

Title	中世イタリアの都市コムーネと条例制定権(ius statuendi)理論(三)
Sub Title	I comuni medievali italiani e la dottrina di (3)
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.10 (1976. 10) ,p.52- 89
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19761015-0052

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(三)

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、四十九卷八号)

第二章 都市コムーネ権力と法律家……(以上、四十九卷九号・本号)

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……(以下、次号)

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

(参照中世法学文献)

第二章 都市コムーネ権力と法律家(続)

(1) 条例 (statuta) 都市コムーネの法である条例とは、一定の目的を遂げるために都市コムーネの立法権たる条例

制定権に基づいて定められた成文法規の全体であるといえるが、この条例は、多種多様のものから成つていて、主として都市の公的諸關係を規律してきたコンソレ以下の都市の役人の服務に際しての誓約 (*brevia*)、都市民の私的諸關係を規律してきた諸慣習、さらに都市の立法機關の決議 (*statuta*) の三つの要素から形成され、これら三つは総括して条例 (*statutum, -a*) と呼ばれた。⁽¹⁰⁾ 条例を表わす言葉としては、*statuta, provisiones, ornamenta, reformationes, capitula, leges municipales* 等が用いられている。そして法の適用順位における条例の地位については、だいたいのところ一二世紀から一三世紀後半までの古い条例と一三世紀後半以後の新しい条例とに一応區別して考える必要があろう。

新しい条例においては、いくつかの例外はあれ (一二四二年・ペルージア、一三四七年・トリノ)、他の競合する法源に対する条例の絶対的な優位性が明らかに認められる (一二八一年・コモ、一三二七年・アレツォ、一三五九年・フォルリ等々) のに対して、古い条例においてはそれが必ずしも明らかであるとはいえない。すなわち、古い条例においては裁判における法の適用順位についての明確な規則を見出すことはきわめて困難なのである。さらに、古い条例においては、法 (*ius*)、理性 (*ratio*)、慣習 (*usus*) 等々についての一般的な言及があるだけであつて、条例 (*statuta*) についてはまったく触れていなかったり (一三世紀・ベネヴェント、一二三五年・ピアチェンツァ、一二五五年・パルマ)、また条例についての言及がなされているときであつても、適用順位においてそれが他の法源に対し最下位に置かれていたりしている (一二一二世紀・パドヴァ、一二三〇年・トレヴィーゾ等々)。

しかしながら、いかなる場合でも、法の適用順位において条例が他の法源より下位に置かれるということは考えられないのであつて、当時条例は他の法源に優先して適用されていたと考えるべきであらう。⁽¹¹⁾ この時代、都市コムーネ自治——とりわけ条例制定権に基づく立法自治——は、その歩みを始めてからまだ間もない頃であつて、そのために条例編纂者の立法技術もいまだ成熟してはおらず、それ故条例の他の法源に対する優先的適用が不明瞭となつたのであらう。しかし、都市コム

コムーネが常に自治統制を要求するかぎり⁽¹⁶²⁾で、そして条例が帝国に対する都市自治——とりわけ立法自治——の象徴的存在であつて、しかもそれがそもそもその時代の新しい要請に答えるべく新しい法 (ius novum) として誕生したものであるが故に、条例はその要請された事項の範囲内において他の一般法に優先して適用されることは当然といわなければならない。ここに、法の適用順位における条例の不変的な優位性が生まれるのである。それ故、条例編纂者が、条例の優先的適用を暗黙の前提として、条例の欠缺を補充するべき法源についてのみ規定したとしても決して不思議ではないであらう。⁽¹⁶³⁾ 實際上、上記の都市条例においては、条例以外の他の法源、たとえば ius, ratio, usus 等はあらゆる事項を包容する能力を有する補充法源と考えられ、これらの法源を補充するような他の法源は考えることができない。まして条例が、これらの一般的な法源を補充するということは考えられないのである。さらに、上記の都市条例のうちで、たとえば一二一六年のミラノの条例、一二二四年のヴォルテラの条例、一二五〇年のボローニャの条例等の一三世紀初期に属する条例が、条例を法の適用順位の第一位に置いていることは、この意味できわめて興味深いといえよう。このように条例は、すべての時期を通して、法適用の順位においては他の法源に対して優先的な、すなわち第一位的な地位を占めていたものと考えられるのである。

(2) 「慣習(法)」(consuetudines) 都市条例においては、「慣習(法)」を表わす言葉として、consuetudines, mores, usus 等が用いられている。「慣習(法)」は法の適用順位において、第一順位にある場合(一三世紀・ベネヴェント)、明確な位置づけのない場合(一二三五年・ピアチェンツァ等)、条例の下位にそしてローマ法または普通法(ius commune)の上位または同位に置かれる場合(一二六六—一三〇四年、一三一六—一三二五年および一三四七年・パルマ、一二八一年および一三三五年・コモ等)、ローマ法または普通法の下位に置かれる場合(一二三九年・イヴレーア等)、そして成文慣習法と不文慣習法に分けられ、成文慣習法が不文慣習法に優先する場合(一二六八年・レッジョ)に分けられる。コムーネの条例編纂者の主たる関心は、それ

まで効力を有していた既存の法規が規制できないような新しい関係すべてに規律を与えようとするのであつたが、当然ながら彼らは、このために社会の具体的な要請によりよく応えようと考へられる慣習法を最大限に利用しようとした。慣習法は、条例の欠缺を補充する法源すべてのなかで、その性質上、条例との完全な同質性を有していた。なぜなら、それは条例と同じ土壌に育ち同じ要請に応えようとしたからであり、従つて慣習法は、条例と同様、都市の市民精神、さらには都市自治の表現そのものと考えられていたからである。⁽¹⁶⁴⁾このことから、「条例は慣習法に優先する」と定めるコモの慣習法⁽¹⁶⁵⁾に明瞭にかがわれるように、慣習法は、法適用の順位において常に条例の下位すなわち第一位の条例に続く第二位に置かれていたと推定される。⁽¹⁶⁶⁾

(3) 自由裁量 (arbitrium) 若干の都市条例においては、そしてそれは常に刑事事件に関して、裁判官の arbitrium, すなわち自由裁量(権)が適用法源として採用されている(一二五〇年および一二八八年・ボローニア、一三三四年・イーモラ、一三五二―一三五三年・サン・マリノ、一四〇四年・カストロカロー、一五世紀・マッサフィスカリア)。これらの条例では、自由裁量は条例に欠缺ある場合に用いられると規定されているが、これは、条例編纂者がローマ刑法の適用を避けるために用いた手段である。なぜなら、この時代、民事においてはきわめて重要かつ有益な補充法源としての役割をはたしたローマ法も、刑事においてはまったく時代に適合しない規定となつていたし、またとくにコミュニネ時代にはとりわけ都市内における党派争いと関連して迅速な刑事裁判が要求され、さらにこの時代はすべての犯罪行為を都市生活のなかから根絶させる必要が感じられていたからであるといわれる。⁽¹⁶⁷⁾しかしこの自由裁量は無制限に認められていたわけではなかつた。たしかに一三〇六年のモデナの条例では、自由裁量は明らかにあらゆる制限から自由であると述べられているが、このような広い自由裁量権は、当時のモデナにおける特別の政治的、社会的情况によつて正当化されたものである。一般的には、条例が自由裁量を認めた場合にだけ、ポデスタとその裁判官たちはこれによつて裁判することができたのであり、またそれは、考へられ得

るあらゆる主観的ならびに客観的条件を考慮して用いられなければならない⁽¹⁰⁾。自由裁量は、適用順位においては常に条例の下位に置かれる⁽¹¹⁾。そしてこの自由裁量が制限されているときには、条例が認めた事項についてだけそれが拡張されるのであつて、その他の事項については他の補充法源が指示されるのである (一二八八年・ボローニア)。

(4) 類推 (analogia) 補充法源として類推 (analogia, de similibus ad similia) が都市条例にたびたび採用されているが、これは、条例編纂者が条例の効力をできるかぎり広範囲にまで拡大しようとした結果である⁽¹²⁾。ニコリーニ (Ugo Nicolini) によれば、類推とはまさに「同じ理由の存するところそこには同じ規定が存する」(ubi eadem ratio ibi eadem dispositio)、すなわち立法者がその条例規定を制定するに際して依拠したものと同一の理由 (ratio) によつて支えられる事件すべてにその条例規定が適用されるという原則であり、条例はこの原則に基づいて、たとえそれが類推について語っていないときでも、特有法 (ius proprium) の類推適用を認めようとしたといわれる。多くの条例が刑事事件における条例の類推適用を明確に承認している (一二八七年・フェラーラ、一三五二—一三五三年・サン・マリノー、一三五三年・カルビ、一三五九年・フォルリ等) のに対し、民事事件について類推を認めている条例はただ一つ (一二三八年・デルヴィオ・コレンノ) しかみられない。おそらく条例編纂者は、刑事事件の特別な微妙さのために、民事事件においてよりも刑事事件において明白に類推手続を援用する必要性を感じたのであろう。この手続は、一方で合法性の原則を確保したとすれば、他方で、もしその法律が厳格に文理解釈されるならば処罰され得ない正当な行為についても責任を問うことを認めたことになるのである。従つて、今日「あらかじめ定められた刑罰法がなければ犯罪はない」(nullum crimen sine praevia lege poenali) という原則に与えられているような意味は、この中世の社会においてはいまだ付与されるに至つてはいないといえる⁽¹³⁾。重要なことは、条例が類推によつても適用され得たということ、さらにこのような類推解釈は決して新しい法の創造を意味するものではなかつたとい

うことである。⁽¹⁷⁾ 条例編纂者は、自己の制定した法規が他のすべての法規に対して形式的に優先するばかりではなく、いわば量的に最大限に拡張されるよう、すなわち可能なかぎり都市生活の大部分を規律することができるよう努力した。そして、まさしくこのような目的を果たすために、条例編纂者は、条例が實際上予期し得なかつた事件については、もしその条例をたんに宣言的にしか解釈しないならば (interpretatio declarativa) その条例の適用が不可能となつてしまうような場合に、類推解釈という方法でそれが適用されなければならないというように規定したのであつた。⁽¹⁸⁾ この意味で、多くの都市条例が用いている「類似したものから類似したものへと進められる」(procedatur de similibus ad similia) という表現は、きわめて暗示的な言葉であるといえよう。⁽¹⁹⁾

(5) 理性 (ratio) ratio という言葉は、例外はあれ (一三三四年・リーミニ)、古い条例 (一二三五年および一二八一—一八二年・ピアチェンツァ、一二五〇年・ボローニャ、一二五五年・パルマ) のなかで多く用いられている。この ratio について、サンタレリ (Umberto Santarelli) は、ratio とは「正しい理性」であり、自然法の認識に達するための手段と考えられるものであつて、従つて裁判官が「理性に従つて」(secundum rationem) 裁判するよう求められるとき、それは実際上は自然法を意味すると語つて⁽¹⁷⁾いる。この ratio の内容には、その時代時代の、そしてその折々の様々なレベルの文化、法文化の影響が加味されたと考えられるのであり、従つて、たとえばボローニャ学派においてローマ法が再び花開いたときに、「理性に従つて裁判する」(iudicare secundum rationem) とは、おそらくローマ法に従つて裁判することを意味したのである。⁽¹⁸⁾ これに対してスカヴァルカンティ (O. Scavalcanti) は、ratio とは、ローマ法というよりはむしろローマ人の法に共通な理性であると主張する。⁽¹⁹⁾ この解釈は、もし一三世紀の法律家オドフレードゥス (Odofredus) が、ボローニャにおいてはロンゴバルド法は法でもなかつたしまた理性でもなかつたが故に用いられなかつたのである、ということを確認するについてなら疑

うこともしなかつたことを考えるならば、中世の法律家たちによつて受け容れられていたのかもしれない。しかし、現在の研究水準では、ratio を、ゾルミ(Arrigo Solmi) が主張したように、法の一般的な諸規定⁽⁸⁷⁾、ないしはグロッシ(Paolo Grossi) の主張するように、法の一般的な諸原理であつて本質的に衡平なものであると考えるのが妥当であろう。つまりシナッティ・ダミーコ (Franca Sinatti D'Amico) が述べるように、この ratio は、少なくとも一二世紀においては、ローマ法であれロンゴバルド法であれ教会法であれ、そこに含まれるところの一般的な諸原理のみを意味したものと考えられ、それは第一に成文法であつて慣習法ではない⁽⁸⁸⁾。しかし一三世紀頃からは、ボローニア学派の影響によつて、この ratio は事実上ローマ法を意味するようになったものと考えられる⁽⁸⁹⁾。

(6) 法、諸法、諸法律 (ius, iura, leges) ius (一二二六年・ミラノ、一二三〇年・トレヴィーゾ、一二五五年および一二六六年・パルマ、一二六二年・シエナ、一二六五年・レッシェ)、iura (一二八七年・フェラーラ、一二九三年・ペーネ、一三世紀・ベルガモ、一三四七年・トリノー)、そして leges (一二二八年および一二七六年・ヴェローナ、一二三〇年・トレヴィーゾ、一二四一年・ヴェルチェッリ、一二一二世紀・パドヴァ、一三五〇年・トリエステ) がいつたいいかなるものを意味するかについては、現在のところ明確にされてはいない。ius についていえば、これは、比較的初期にあつては一般の意味における法であつて、しかも成文化されたものを意味したものと考えられている⁽⁹⁰⁾。つまり ius は、とくに一つの法源を示そうとするものではなく、その全体において法秩序を示そうとするものであり、広義での諸法規の全体のことである。その起源も性質もそれぞれ異なつたこれらの諸法規は、前期中世を通じて混合され、渾然一体として理解され、数世紀にもわたつて効力を有し続け、その時代の精神がなんら疑いを抱かなかつたところのものである。当然のことながら、これら諸法規の全体は、あらゆる場合に統一的な意味内容をもつのではなく、場所によりまた時代によつて様々に異なつて理解される。すなわち、それは、ロー

マ法以前のもつとも古いイタリア人の諸法の残滓、そして「野蛮化した」ローマ法、⁽¹⁸⁶⁾教会諸法、ゲルマン法、封建諸法、皇帝法、さらに諸条例等から構成されていたものと考えられる。⁽¹⁸⁷⁾とくに *lex romana* または *lex* として *consuetudines populi romani* と記されているローマ法は、ローマ帝国の崩壊以来その純粹性と完全性を失つたにもかかわらず、それ自身の力によつて慣習法として前期中世を生き続けてきたのであつた。前期中世においては、このローマ法は合理的なものであると考えられ、絶えることのない伝統によつて確認された諸原理の全体として常に効力を有していた。⁽¹⁸⁸⁾そしてこの伝統の力によつて、ローマ法は、すでに注釈学派以前、すなわち一〇——一世紀においてかのパヴィア学派 (*Scuola di Pavia*) の下で「すべての人々の一般法」 (*lex omnium generalis*) としての地位を獲得していたのである。⁽¹⁸⁹⁾ *ius* をこのように理解するとき、「法に従つて」 (*secundum ius*) とは「合法的になす」 (*legaliter facere*) こと、すなわち合法性の原理を示しているものと考えられる。⁽¹⁹⁰⁾さて、以上に述べたような一般的な意味における *ius* は、一二二六年のミラノの慣習法書のなかで *nostro iure* (我々の法によつて) として用いられている。⁽¹⁹¹⁾さらに一一五六年のミラノとピアチェンツァとの間の同盟規約では、同盟都市のコンソレたちは *secundum ius et usum* (法と慣習に従つて) ミラノの市民またはピアチェンツァの市民を裁判する義務を負うと定められているが、ここで用いられている *ius* も同様に一般的な意味における法を指すものと考えられる。⁽¹⁹²⁾

ゾルミはかつて、一一三五年の土地譲渡に関するピアチェンツァの条例以来、ローマ法はすでに生きた法として広く承認を得ていたものと推定されると主張した。⁽¹⁹⁴⁾しかしながら、このピアチェンツァの条例の諸規定には、ローマ法の基本的諸原理と相対立するところの本質的に中世的な基本的諸原理が含まれており、ローマ的な内容の規定は明確な指示もなくどころに置かれているにすぎないばかりではなく、さらにそれは中世の慣習法をしつかりと守つているといわれる。⁽¹⁹⁵⁾従つて、このことから、ミラノとピアチェンツァとの間の同盟規約における *ius* は、ローマ法を指すのではなく、一般的な法、とり

わけ通常不文の慣習法に対立するかぎりでの成文法という意味で用いられていると考えられるのである。それ故、いまだ属人法が生き続けておりまた帝国の權威が常に生きていたこの時代に、もつばらローマ法のそして付随的に慣習法の遵守を裁判官に義務づけることは、判決の合法性をきわめて狹義でかつ制限的なものとしていたことは否めない。これに対して、一般的に成文法へと訴えることを認めることで、周知のすべての法規、すなわちローマ法、皇帝法、封建諸法、そしてときには条例を適用する可能性が裁判官に開かれていたと考えられる。⁽⁹⁶⁾ しかし一三世紀中頃から、この ius の内容は、徐々にローマ法を表わすような意味合いを帯びていったようである。シナッティ・ダミーコによれば、一二五五年のパルマの条例および一二六五年のレッジョ・エミリアの条例では、ius はローマ法の意味で用いられているといわれる。⁽⁹⁷⁾ そして同様に、おそらく一二三〇年のトレヴィーゾの条例における ius もローマ法を表わすような意味で用いられていると考えることができるであろう。

さてそれでは、この ius 以外の iura, leges はいかなる意味に理解されるべきであろうか。これらについてもその解明はきわめて困難であるが、現在の研究水準では、ローマ法を表わすような意味に理解するのが妥当ではあるまいか。⁽⁹⁸⁾ 但し、上述の一二八七年のフェラーラの条例のように、leges と iura の双方を条例の意味で用いている例外もあることを留意しておかなければならない。

(7) 諸法および諸法律 (iura et leges) 「諸法および諸法律」 (iura et leges) またはこの逆の「諸法律および諸法」 (leges et iura) (一二六八年および一三一一・年・レッジョ、一二八一年および一三三五年・コモ、一二八八年・ボローニャ、一二九七年・アレッサンドリア、一三〇三年・マントヴァ、一三二七年・モデナ、一三二九年・イヴレア) は、一般的にはローマ法を意味するもの⁽⁹⁹⁾と考えられている。サンタレリは、むしろきわめて具体的に、iura はディゲスタ (Digesta, 学説類集) を、そして leges

はコーデックス (Codex, 勅法類集) を暗示しているものであり、これら二つは、当然ながら、この時代の学説が新たに付加していったもの、そしておそらくはカノン法によつて完全なものとされていったローマ法のことであると語つて⁽²⁰⁾いる。ベスタ (Enrico Besta) は、これに対し、*iura et leges* は「ロンゴバルド法とローマ法」またはその逆のいずれかであると語つて⁽²⁰⁾いるが、現実においてこの確認は一般化できないといわれる。さらに、一三一九年のイヴレアの条例において「普通諸法律および諸法に従つて」(*secundum leges et iura comunia*) という言葉が用いられているのはきわめて興味深い。なぜなら、このような表現は来るべき時代の普通法 (共通法) (*ius commune*) の到来を暗示しているものだからである。条例編纂者は、事實上、*ius commune* という言葉は用いないとしても、*iura et leges* を用いることによつてこれに普通法と同様の補完的、補充的効力を認めようとしたものと考えられるのである。⁽²⁰⁾

(8) 普通法 (共通法) (*ius commune*) このいう普通法 (共通法) (*ius commune*) とは、「両法すなわちカノン法と市民法」(*utrumque ius, canonicum videlicet et civile*) をいう。比較的初期においては、*leges romanas* (一一一〇—一二二四年・ヴォルテッラ、一二七七年・ノヴァラ、一三二三年・キエーリ) とか、*legem romanam* (一二一六年・ミラノ、一三世紀・ベネヴェント) とかいう表現が条例で用いられているようであるが、これらは両法からなる普通法ではなくローマ市民法のみを指す言葉である⁽²⁰⁾と考えられる。これに対し、上記の条例のなかで普通法を表わすと思われるものとしては、普通法 (*ius commune*) (一二六六年—一三〇四年・パルマ、一二九六年・ピストイア、一三三四年・リミニ、一三三五年および一三七六年・ボローニャ、一三三七—一三三八年・フリニアーノ、一三三九年・パドヴァ等)、普通諸法 (*iura communia*) (一二七六年・パドヴァ、一二八四年・ノーヴォコモ、一三二二年・レッジオ、一三二三年・ブレシマ、一三二七年・アレッシオ等)、ローマ普通法 (*ius commune Romanum*) (一四世紀・アローナ)、カノン諸法および市民諸法 (*iura canonica et civilia*) またはこれに類似した表現 (一三三四年・

イーモラ、一三五三年・ユルニリオ、一三五九年・フォルリ、一四一〇年・ファエンツァ)、ローマ諸法 (*iura romana*) (一一一六一三二五年および一三四七年・パルマ、一三二八年・ヴェローナ、一四世紀・カザーレ・モンフェラート)、そして市民法 (*ius civile*) (一二八七年・キアンチアーノ) がある。

以上の言葉は、おそらく同じ意味で使われており普通法を表わすものであろう。これらの言葉は無差別に用いられているのであつて、そこにおいては意味の相違はほとんど考えられてはいないように思われる。これまで検討した条例のなかで普通法 (*ius commune*) が採用されている都市条例のもつとも古いものは、一二六六—一三〇四年のパルマの条例と一二九六年のピストイアの条例である。従つて、このことから判断するかぎりでは、条例のなかに普通法が入つてきたのはおよそ一三世紀後半からと推定される。⁽²⁵⁾ このような条例において、普通法は、ときとして慣習と結びつき、またときとして慣習の下位に位置しながらも、条例に対しては常に下位に置かれている。またいくつかの条例においては、普通法は、他の法源 (たとえば一三五九年のフォルリの条例における *Constitutiones generales*) の下位に置かれたり、あるいは政治的理由によりそれがカノン法と市民法に分けられて、カノン法が市民法の上に置かれたりしている。さらに注目すべきことは、稀ではあるが、通常普通法が民事において現われ、これに対して刑事においては自由裁量が普通法に取つて代わる条例のあることである (一三三四年・イーモラ、一三五二—一三五三年・サン・マリーノ)。そして刑事についてだけ考えれば、この自由裁量が条例を補充するという役割をはたしている条例はかなり多く見られる (一二五〇年・ボローニャ、一三〇六年・モデナ、一四〇四年・カストロカルロ、一五世紀・マッサフィスカリア) ので、ここからもし一般化が許されるとすれば、おそらく刑事においては条例の欠缺を自由裁量が補充し、民事においてはその欠缺を普通法が補充したものと考えられる。条例編纂者がこのように規定したのは、民事に比較して刑事の方が、普通法ないしはローマ法 (*Corpus iuris*) の技術的な不備が著しかったからであらう。とりわけ刑事に関する普通法規定が、この時代の諸々の要請に十分に応えられなかったというよりも、むしろこの時代にまったく適

合しなかつたという事実によるものと考えられる。⁽²⁰⁶⁾

ところで、一三二八年のヴェローナの都市条例には、条例と慣習に欠缺あるときは、裁判官は「ローマ諸法およびアックルシウスの標準注釈書に従つて」裁判しなければならぬと規定されているが、ここでローマ諸法とならんで一三世紀の法学家アックルシウス (Accursius) の「標準注釈書」(Glossa ordinaria)、いわば注釈付のローマ法が挙げられているのはきわめて興味深い。しかしこれは、独立の法源としての標準注釈書そのものではない。すなわちこの条例は、「アックルシウスの見解」(opinio Accursii) について語っているのではないし、またアックルシウスの見解が法律の効力をもつといっているのではない。法律としての価値は常にローマ法にのみ付与されるのであり、ローマ法について語るとき、それは注釈付 (cum glossa) のロー法について語っているのである。⁽²⁰⁷⁾ ボローニアの博士たちは、おそらくローマ法の原典 (Corpus iuris civilis) が不明瞭なときにはアックルシウスの標準注釈書に依拠しなければならないが、しかし、もしローマ法の原典が明瞭なときには標準注釈書は不要であるというようにこの条例を理解したのであろう。さらに、一三九三年のヴェローナの条例には、アックルシウスの注釈相互の間に矛盾があるときには、「ディヌスが是認するところのあの注釈に従つて」裁判がなされなければならないと規定されている。⁽²⁰⁸⁾ ここにいうディヌスの注釈とは、アックルシウスの注釈相互の間の矛盾を解明しようとして書かれた一三世紀の法学者ディヌス (Dinus de Mugello) の「矛盾する諸注釈について」(De glossis contrariis) ⁽²⁰⁹⁾ を指す。この条例は、ともかくこのようにして、アックルシウスの注釈の矛盾を克服しようとしたのである。すべてこのことは、まさしくこの時代の法的確実性 (安定性) の要請に応えるためのものであつて (そしてこのことこそ、この条例が意図したところのものであつたのだが)、ある法学者の見解を法律の段階にまで高めようとしたものではなかつた⁽²¹⁰⁾ ということに留意しなければならない。

以上の検討から一応の一般的な結論を出してみよう。法の適用順位については、およそ一三世紀後半を境として二つの時期に区分して考える必要がある。前期、すなわち一二世紀から一三世紀後半においては、たとえ必ずしも明確ではないにしても、都市の裁判官は、まず第一に条例 (statuta) に従つて、条例に欠缺あるときには慣習 (法) (consuetudines, usus) または一般的な諸法規 (ratio, ius) に従つて裁判する義務を負つていた。⁽²²⁾これに対して、後期、すなわち一三世紀後半以後においては、法の適用順位はきわめて明確になり、裁判官は、まず第一に条例に従つて、条例に欠缺あるときには慣習 (法) に従つて、慣習 (法) に欠缺あるときには普通法 (ius commune) に従つて裁判する義務を負う。それ故、すべての時期を通じて条例は常に法適用の順位において他の競合法源に優位して第一順位を占めるのであり、ただおよそ一三世紀後半を境として、条例を補充する法が ratio, ius から ius commune に変わるだけである。⁽²³⁾都市の条例編纂者は、裁判においてなによりもまず条例を優先的に適用することを裁判官に確認することによつて、都市の獲得した立法自治を表明したのであつた。このように、都市コムーネという法的組織においては、裁判官は、ある関係で連結された起源と価値の異なる様々の競合法源を、その関係に従つて順次に適用してゆくべき義務を負つていたという意味で、統一的な法体系について語ることができるのである。

ところで、およそ一三世紀後半に至つて都市の条例のなかに普通法が補充法源として導入されたことが明らかになつたわけであるが、それでは、なぜこの時期に条例のなかに普通法が導入されることになつたのであろうか。この一三世紀後半は、フリードリッヒ二世 (Friedrich II) の統治時代が終り、中世ヨーロッパの政治的基礎を表わすローマ的、キリスト教的な普遍的帝国 (res publica christiana) が衰退して、その衰退と反比例して強化されていつた都市コムーネ自治が終局的な確立をむかえた時期にあたる。一般的には、法学説は、古代ローマ法を中世世界の法生活を規律するための現行法として再生させるための根拠を、すなわちローマ法を普通法として再生させるための根拠を「帝国の理性」 (ratio Imperii) に求めたと

いうように説明されているのであるが、しかし皇帝権力が著しく弱まったこの一三世紀後半のイタリアにおいて、ローマ法が「帝国の理性」であるか故に普通法として承認されたと考えることは、学説上はともかく、都市生活の現実においては適切ではないように思われる。ベスタが述べるように、ローマ法の普通法としての再生がもしほんとうに普遍的帝国の理念への情熱的な回帰の結果であつたとすれば、この一三世紀後半という時期は、逆にその基礎をゆるがす不幸な懷疑主義を浸透させなければならなかつたであらう。⁽²⁵⁾むしろローマ法が帝国の意志を表わすものではないのだという意識が生まれた時期に普通法が確認されたのである。⁽²⁶⁾都市コムーネは、条例の存在という疑うことのできない現実から出発するのであり、その条例に対して他の法が普通法（共通法）として対置される。⁽²⁷⁾すなわちすべての者によつて遵守されなければならず、そして注釈学派の理想に従つて帝国権力（potestas）があらゆる関係の基準として置かなければならなかつたあのローヤ法（unum ius）は、条例に欠缺のあるときにのみ補充法として有効な法たる普通法（共通法）（ius commune）に変化したのである。従つて、条例ないし特有法（ius proprium）が存在するが故にローマ法は共通の法となるのであつて、この逆ではない。⁽²⁸⁾都市コムーネの条例は、その数がますます増加しかつ成熟していつたにもかかわらず、急速に複雑化する都市の社会、経済生活の全体を十分に規律することができるとは完全なものではなかつたが故に、必然的に条例の欠缺を補充する法源が必要とされるに至つた。こうしたなかでローマ法の原典は、法体系に必須の完結性、そしてまた主としてその時代の要請や中世的な精神と必ずしも直接的には結びつかない私法分野において、補充法として要求される組織性と完全性とを備える唯一の法であつた。このようなローマ法の原典は、上述のように、注釈学者の手によつてその理解が可能となり、さらにこの時代の実務上の要請に応えられ得るものに加工されて、ここに都市の實際生活に適用することができるとなつたのである。注釈学派の手によつて仕上げられたこのローマ法は、このことの故に、法解釈および法適用の方法等とともに、様々な方法で都市生活のありとあらゆる方面に導入されていつた。すなわち、公証人の手を通して私的取引のなかに、裁判官、弁護士の手によつて

裁判実務のなかに、さらに条例編纂者の活動を通して、とりわけ上述した法律家の条例編纂活動への参加によつて条例立法のなかにローマ法が浸透していつたのである。⁽²³⁾そしてこのような仕事によつて、ローマ法原典の權威 (auctoritas) が確認ないし強化されることになつたのであり、それとともにポローニア法学校とその教授たちにも權威が付与されることとなつた。法学説は、条例立法に対する偏見をいまや完全に乗り越えたのである。一三世紀後半において条例のなかに普通法が補充法源として導入されたのであるという我々の結論がもし正しいとすれば、このことから、法学説上、普通法は少なくともこの一三世紀後半までには形成されていたと推定され得る。また、法学説における普通法概念の形成およびその成立時期についての論議はさておき、⁽²³⁾コルプス・ユーリスを意味すると思われる ius commune という言葉の使用は、かなり早く一二世紀にまで遡ることができるといわれる。⁽²¹⁾

他方、都市の市民も、ローマ法をもちや地方的精神が對抗しなければならぬにか新しいものとしては考えなくなつていた。むしろ都市民は、彼ら自身の伝統のなかにある実質的なローマ精神が、その地方的精神のなかに反映されるのを見てとつたのである。こうして法学説と条例立法、換言すれば法学校と実務との間の和解が成ることによつてローマ法と条例との間の均衡が保たれるようになり、かくて一三世紀後半になつてはじめて、法学者ばかりではなくすべての都市の市民のなかでも、ローマ法を普通法 (共通法) として考えるという意識の転換が起こつたのであつた。以上述べたような理由によつて、普通法は条例立法のなかに導入されることとなる。⁽²²⁾

これまでは都市権力が法律家を条例編纂者として立法に参加させたことについて見てきたが、都市権力はさらに彼らを裁判官 (iudex)、陪席 (assessor) として裁判にも参加させた。⁽²³⁾たとえば、ファエンツァでは、すべての裁判官はポローニアまたはその他の都市の大学 (Studium) において五年間続けて法律学を学んだ者でなければならないと規定したように、⁽²⁴⁾都市は一般的に、裁判官の採用の条件として法律学を修得していることを挙げた。従つて、大学で法律学を学んだ数多くの法律家

が、都市の裁判官として登用されたことが推測される。実際、たとえば、アックルシウスは一二五二年にボローニアのポデスタの陪席⁽²²⁵⁾、オドフレードゥスは一二三八年にパドヴァのポデスタの陪席⁽²²⁶⁾、バガロトゥス (Bagarotus) は一二〇〇年から一二〇三年までボローニア市の裁判官⁽²²⁷⁾、アクルシウス・デ・レジオ (Acursius de Regio) は一二六三年にフィレンツェのポデスタの陪席⁽²²⁸⁾、アルベルトゥス・デ・ガンディーノ (Albertus de Gandino) はルッカ、ペルージア、フィレンツェ、シエナ、ボローニアの裁判官、陪席⁽²²⁹⁾、さらにチーヌス (Cinus de Pistoia) は一三〇七年にはピストイアの民事の陪席⁽²³⁰⁾、一三一八年にはシエナにおけるポデスタの審査 (sindicatus) のための裁判官、一三一九年から一三二一年までマルカの普通法廷 (Curia Generale) の裁判官を経験した⁽²³¹⁾。バルトルス (Bartolus de Saxoferrato) は、周知のように、トーディ、ピサ (一二三八年)、カリーリの裁判所の陪席であつたし、シニョロルス・デ・ホモデイス (Signorolus de Homodeis) は一三八五年にミラノの裁判官⁽²³²⁾、ルーカス・デ・ペンナ (Lucas de Penna) は一四世紀にポデスタの下で陪席を務めていたらしい。ヨハンネス・デ・ヴィテルボ (Johannes de Viterbo) はフィレンツェの陪席⁽²³³⁾、バルドゥス (Baldus de Ubaldis) は一三八三年にペルージアの裁判官⁽²³⁴⁾、アンジェルス・デ・ウバルディス (Angelus de Ubaldis) は一三九五年にペルージアの裁判官、そしてボローニアのポデスタの陪席⁽²³⁵⁾、ペトルス・デ・ウバルディス (Petrus de Ubaldis) は一三八〇年、一三八三年、一三九〇年、一三九六年にペルージアの裁判官であつた⁽²³⁶⁾。

たしかに都市コムーネは、一つの法的組織 (ordinamento giuridico) としてその全体において完全性を要求しなければならなかつたが故に、公権力行使の基準としての合法性 (legalità) の原理をその出発点として定め⁽²³⁷⁾、そしてこの合法性の原理を貫徹させるために様々な手段を講じた。まず、コンソレ、ポデスタ、裁判官等の都市の役人は、その任官の前にその都市の条例を遵守することを宣誓する義務を課せられたのである。一三二七年のモデナの条例は、ポデスタが「モデナのコムーネの条例 (statuta) に含まれる一つ一つの言葉により、そして条例が存在しないときには諸法および諸法律 (iura et leges)

に従つて、モデナ市全体の公務を行ない統治にあたること」⁽²⁴⁰⁾を宣誓すべき旨を規定しているが、これはそのよい例である。さらに都市は条例のいかなる解釈をも禁止するという手段を講じた。一二九七年のアレッサンドリアの条例は、条例に「なにかある解釈を加えるとか、例外をつくるとか、あるいは補充を加えるとかすることなく、文字のあるがままに、そして文字の意味するがままに自然に (simpliciter sicut littera iacet et sonat)」⁽²⁴¹⁾条例を適用すべきことを命じている。この条例解釈の禁止規定は、都市の役人、とくにポデスタと裁判官に対して向けられたものであるが、都市は、この規定によつて、条例の本来の意味が恣意によつて歪曲されることのないように、つまり条例の正しい解釈がなされるように要求したのである⁽²⁴²⁾。また、ポデスタとそのスタッフ（そこには当然に裁判官も含まれるのであるが）は、その任期終了時に、その在職中「法の文言および条例に反した」 (contra formam iuris et statutum)⁽²⁴³⁾行為がなかつたかどうかについての審査 (examen)⁽²⁴⁴⁾手続 (sindicatus) に付された。このように、合法性の原理は、イタリアの都市コムーネ組織にとつてもつとも基本的な概念を意味したのである。従つて都市の裁判官は、裁判を行なうに際して、合法性の原理に基づき「法律に従つて」 (secundum legem)、すなわち「諸条例に従つて」 (secundum statuta) 裁判することを厳格に義務づけられたのであり、それ故に裁判官が「法に反して」 (contra ius)、すなわち「条例に反して」 (contra statutum) なした判決は無効とされなければならなかつたのであつた⁽²⁴⁷⁾。

しかしながら裁判に関して、上述のように、都市条例は、条例に欠缺あるときは通常、刑事事件については裁判官の「自由裁量」 (arbitrium) に従つて、また民事事件については「普通法」 (ius commune) に従つて裁判すべきことを裁判官に命じたが⁽²⁴⁸⁾、これは、法律家の法解釈活動ならびに法創造活動に広い余地を与えたものであるといえよう。とりわけポデスタ制のような政治体制の下においては、法律家には絶えず法知識の提供が、「知者の助言」 (consilium sapientis) という形で要求された。多数の都市は、訴訟においては、裁判官が自己の判断によつてまたは訴訟当事者の要求によつて、その事案の法律問題 (questio) について知者 (sapientes) の助言を求めることができる⁽²⁴⁹⁾と認めていたのである。この場合、裁判官は知者の助

言に従つて裁判しなければならなかつたのであり、この意味において、知者は裁判官の機能を収奪していたものと考えることができよう。⁽²⁵⁰⁾ このことについては、都市コムーネによる *sindacatus* 手続における厳格な責任から免れるために、ポデスタおよびその司法スタッフが、その裁判に確実な法的根拠を与える目的で法律家に助言を求めたという事情がある。⁽²⁵¹⁾ 実際、一四世紀の法学者バルドゥス (Baldus de Ubaldis) も、「立法者 (legislator) はすべてのことを明示することはできない。なぜなら、事物は無限でかつ多種多様であり、すべての立法者は人間であつて、そして、人間の本性上いかなるものも完全ではないからである」⁽²⁵²⁾ と語っている。それ故、都市コムーネの条例の欠缺の補充は、法律家ないしは法学説の手に委ねざるを得なかつたのであつた。⁽²⁵³⁾

以上に述べたような都市コムーネ権力による法律家の利用という過程を通して、結局、法律家＝法学者は、自己の学問が元来ローマ理念から出発しているにもかかわらず、ローマ理念に依拠する普遍的帝国に対する反対者およびその克服者、すなわち帝国が崩壊してゆくなかで漸次実力を増強してきた特殊的な都市コムーネ権力に主として奉仕するというパラドックスに陥つてしまつたのであつた。⁽²⁵⁴⁾ そしてこれとは逆に、ローマ法の教授たちが帝国のための理論的な武器を作り上げたにもかかわらず、ボローニャ市は、帝国との闘争のなかで、ローマ法学者の法学校に常に好意を示すという結果となつた。⁽²⁵⁵⁾ そして、まさしくこの点において、ドイツにおけると同様にイタリアにおいても、法律家は、次章で述べるように、帝国に対する都市コムーネ権力ないしは都市自治組織の確立のための新しい法理論を構築しかつ完成してゆかなければならなかつたのである。⁽²⁵⁶⁾ 中世において特徴的な、法律家の都市コムーネ権力への参加という現象は、このように説明できるように思われる。

(250) Cfr. Calasso, *Medio evo*, cit., p. 22 s.; Sbriccoli, *L'interpretazione*, cit., p. 20 ss.

(251) *Il diritto consuetudinario*, cit., p. 63; Milano *Il diritto* Sinatti D'Amico, *La gerarchia*, cit., p. 107; *Il diritto* Santarelli, *La gerarchia*, cit., p. 147 を参照。なお一般的に取り扱はるものとして

- Nicolini, *Per lo studio*, cit., p. XLIV; 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 s.; Calasso, *Medio evo*, cit., p. 456; Pertile, *Storia del diritto italiano*, cit., II, parte II, p. 57 以下.
- (20) Sinatti *D'Amico*, *La gerarchia*, cit., p. 6.
- (21) Santarelli, *La gerarchia*, cit., pp. 148 s. e 162.
- (22) Cfr. *ibid.*, p. 155.
- (23) Como, *Consuetudines*, 71: Lattes, *Il diritto consuetudinario*, cit., p. 64, n. 23 e p. 162.
- (24) Nicolini, *Per lo studio*, cit., p. XLIV. Lattes, *Il diritto consuetudinario*, cit., p. 63 以下. マンツォーニ博士の著述中の類似の例を
見なす匪類の類編を田上博士.
- (25) Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane-Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, 1955, Padova, 1955, pp. 80 e 87 ss. Cfr. Engelmann, *Die Wiedergeburt*, cit., S. 164.
- (26) 以下. Bologna の 1141-1142 年の教令に於て『*liberum arbitrium*』(St. Bologna (1259-1282), L. XI, R. XLVIII: Santarelli, *La gerarchia*, cit., p. 83, n. 106) 以下に於て.
- (27) 以下. 1141-1142 年の San Marino の教令に於て『*arbitrium*』に『*considerata condicione personarum facti et loci et aliis circumstantiis que videantur convenire*』(St. San Marino (1252-1253), L. I, R. 1: Santarelli, *La gerarchia*, cit., p. 116) 以下に於て.
- (28) Cfr. Santarelli, *La gerarchia*, cit., p. 152.
- (29) *Ibid.*, p. 149.
- (30) Nicolini, *Il principio di legalità*, cit., pp. 61-73. 以下に於て. Cfr. Engelmann, *Die Wiedergeburt*, cit., S. 160 ff.
- (31) Santarelli, *La gerarchia*, cit., p. 150.
- (32) Nicolini, *Il principio di legalità*, cit., pp. 65 e 254 ss.
- (33) Giovanni Cassandro, *Lezioni di diritto comune*, I, Napoli, 1971, p. 185.
- (34) Engelmann, *Die Wiedergeburt*, cit., S. 163.
- (35) Santarelli, *La gerarchia*, cit., p. 153 s.
- (36) *Ibid.*, p. 154.
- (37) O. Scavalcanti, *La tradizione romana nelle consuetudini medievali*, Perugia, 1897, p. 24.
- (38) Cfr. Odofredus, C. V. 3, 28, Auth. Dos data: 『*Sed Signori, hoc erat secundum consuetudinem longobardorum, unde ut non habeat locum longobardorum ius, in civitate ista, facinus iurare ita protestatem servare leges et rationes. Et ita continetur in*』

- (20) この点については、佐々木前掲「ベルトールヌ」、法協八四巻四号、七頁、注三七を参照。
- (21) Santarelli, *La gerarchia*, cit., pp. 157 s.
- (22) Cfr. Calasso, *Medio evo*, cit., p. 456.
- (23) この推定は、Leicht, *Ermiii*, *Besta* の推定と多少異なる。ただし「致すべし」*Leicht* は、ローマ法學研究の中に出ていた Bologna の条例よりも、十三世紀前半のローマ法の影響と見るべきものではないと指摘している。Pier Silverio Leicht, *Dritto intermedio: Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino, 1960, p. 879。また Ermiii は、固有の意味での普通法という語の用いがあるが「十三世紀より十四世紀の間」のローマの都市の統治者による条例に定めがあることを「イタリア市の条例に従う」(*secundum civitatis tyburinae statuta*)。または「自己自身の慣習法に従う」(*secundum consuetudinem ipsius*)。最も初めのものである主張したのとは、Besta, *Introduzione*, cit., p. 37。もちろん Santarelli は十三世紀より十四世紀の間を推定し (Santarelli, *La gerarchia*, cit., pp. 158-161) Nicolini は十三世紀半にローマを推定している (Nicolini, *Per lo studio*, cit., pp. XLVI s.)。
- (24) Nicolini, *Per lo studio*, cit., pp. 73-99; Santarelli, *La gerarchia*, cit., p. 160.
- (25) Nicolini, *I giuristi postaccursiani*, cit., p. 919.
- (26) *Ibid.*, loc. cit.
- (27) *Ibid.*, p. 921, n. 269.
- (28) Dyni de glossis contrariis : *Tractatus universi juris...*, Venetis, 1584, t. XVIII, f. 187 r. Cfr. *Ibid.*, p. 921, n. 270.
- (29) Nicolini, *I giuristi postaccursiani*, cit., pp. 921 s. この条例について T. Diplovataccius は Verona の条例とは Accursius の見解が規定である。そして彼の注釈相互間の矛盾はローマでは Dinus の見解が法的な権威をもち規定されていると語っている (Savigny, *Geschichte*, cit., V, S. 452)。また Raphael Fulgosius は *«statutum est quod stetur opinionum Dyni, si nec textus nec glossa sit in contrarium»* (C. 5, 1, 1, *De sponsalibus* : Engelmann, *Die Wiedergeburt*, cit., S. 187) と述べている。これは誤りで、これらの法学者は十五世紀初頭から十六世紀末の時代に生きていた人々、すなわちある特定の法学者の見解 (*opinions*) に法的権威を与えた時代の人々であった。従ってこれらの人々が Verona の条例に規定された Accursius の見解や Dinus の見解を法律の段階にまで高めようとしたとしても不思議なことではなかった。いやむしろそれは当然のことである (Nicolini, *I giuristi postaccursiani*, cit., p. 917)。またこれらの条例についての Paulus de Castro の著述については cfr. Hermann Lange, *Die Rechtsquellenlehre in den Consilien Paul de Castros* : *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte*, Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, Berlin, 1966, S. 432 f.

(212) かつて Calasso は一二世紀および一二世紀の時期を絶対的普通法の時期と名づけ、この時期においては、普通法は他のすべての競合法源に優先し、それ故それは条例に優先したのであり、それらの競合法源の有効性は、普通法に反しないかぎりで認められると主張した (Calasso, *Introduzione*, cit., p. 125)。しかし、このような主張は、もっぱら中世における法学説の検討を通して明らかにされたものであつて、都市の現実、すなわち条例の検討を通して明らかにされたものではない。彼は、法学説ないし法理念を重視するあまり、実務ないし法現実に適当な考慮を払わなかつたために、このような結論に達したのであらう。しかし、その後 Calasso は説を改め、条例を広い視野のなかでとらえて、条例は他のあらゆる法源に優先し、条例に欠缺あるものにせよ、他の法源が適用されなければならないと述べている (Calasso, *Medio evo*, cit., p. 456)。

(213) Santarelli の「ヒッポリト・ローニ」地方の条例の検討から、同様の結論に達している (Santarelli, *La gerarchia*, cit., pp. 161-163)。この Santarelli の研究を一般化した Nicolini は「一二世紀半は過激な境」に於いて、第一期(古い条例の時代)と第二期(《Iudex iudicet secundum statuta; deficientibus statutis secundum bonos usus et bonas consuetudines; deficientibus consuetudinibus secundum ius romanum (vel ius commune vel iura communia)》)と第二期(新しい条例の時代)とを区別する (Nicolini, *Per lo studio*, cit., pp. XLIV s.)。

(214) Calasso, *Introduzione*, cit., pp. 50, 68, 101, 120 e 134; *Id.*, *Medio evo*, cit., pp. 498 s.; *Ermini*, *Corso*, cit., cap. I e II.

(215) Besta, *Introduzione*, cit., p. 40.

(216) *Ibid.*, p. 50.

(217) Cfr. Nicolini, *Per lo studio*, cit., XLVIII.

(218) Cassandro, *Lezioni*, cit., pp. 183 s.

(219) Cfr. Leicht, *Dritto Intermedio*, cit., p. 879.

(220) この問題については、もしもたつた木前掲「ベネチア」法巻八四巻一号「四一頁以下を参照」。

(221) 一二世紀(中頃)の注釈学者 Vacarius は「*si autem contra ius commune sententiam tulerti*」(gl. seu male, ad Vacarii *Liber Pauper*, 7, 48 de re iudic. a D. 42, 1, 55, ed. F. De Zulueta, *The Liber Pauperum* ob. Vacarius, London, 1927, p. 236) に「*ius commune*」という言葉を使用している (Cfr. Antonio Padua Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, II, Milano, 1970, p. 49, n. 73)。また、一二世紀末の《Lombardia》の注釈学者の《*ius commune*》という言葉を使用している (佐々木前掲「ベネチア」法巻八四巻一号「五四頁を参照」Cfr. Besta, *Introduzione*, cit., pp. 29 s.; Calasso, *Introduzione*, cit., p. 104)。

(222) Cfr. Nicolini, *Per lo studio*, cit., pp. XLVIII s.; Santarelli, *La gerarchia*, cit., pp. 162-163.

(223) 法律家は都市権力以外の権力に裁判官として仕えてゐた。たとへば *Inerius* は一一一六年から一一二五年に及ぶ皇帝 Heinrich V 治下に於いて裁判官として活躍したといわれ (ラシニードル著・横尾壮英訳「大学の起源(上)」『ヨーロッパ中世大学史』、東洋館出版社、昭和四一年「一一一頁」)。また Andreas de Barulo は一二六九年にシチリア王国の大法官 (Magna Curia) の裁判官 (Luigi Volpicella, *Della vita e delle opere*

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

さて、それでは、以上で述べてきたような現実を前にして、法学説はこの条例制定権の問題にどのような解決を与えていたのだろうか。

まず注釈学派について見てみよう。ローマの法学者ユリアヌス (Salvius Iulianus) は、*ディゲスタ* (学説類集) (D. 1, 3, 32, 1) において、そもそも法律 (lex) が拘束力を有するのは、それがまさに「国民 (populus) の決定 (iudicium) によつて承認されるからであり」、この意味でたとえ成文化されたものでなくとも国民が承認したものであるかぎり、それはすべての者を拘束するのであり、従つて古来の慣習 (consuetudo) が法律として遵守されても少しも不当とは考えられず、これ故に「法律は立法者の表決 (suffragium) によつてのみならず、すべての者の暗黙の同意 (tacitus consensus) による不使用 (desuetudo) によつても廃止 (abrogare) される」と語っているが、注釈学派の創始者といわれる一世紀後半から一二世紀初頭の法学者イルネリウス (Irenaeus) は、この法文の注釈において、「国民は、「かつて」諸法律を制定する権力 (potestas condendi leges) を保有していた。それ故に、「諸法律は」すべての者の暗黙の同意による慣習によつて廃止されていた。しかし今日では、「この」権力は皇帝 (imperator) に譲渡 (transferre) されたが故に、「国民の不使用は顧慮する必要はない」と述べている。⁽¹⁾

このイルネリウスの注釈の意味を解明するためには、この注釈の背後に隠されているローマ法の諸規定をまず論議の前提問題として論じる必要がある。ここでは法律制定権が国民から皇帝に譲渡されたことが、皇帝の独占的、排他的な立法権の根拠となつているが、これについてローマの法学者ウルピアヌス (Domitius Ulpianus) は、*ディゲスタ* (D. 1, 4, 1, pr.)

において「元首の好むところのものは法律の効力を有する (quod principi placuit legis habet vigorem)」。元首の命令権 (imperium) について制定された王法 (lex regia) をもつて、国民 (populus)^(c) はその保有するすべての命令権および職権 (imperium et potestas) を元首に譲渡した (conferre) からである」と語っている。すなわち、ローマ国民 (populus Romanus) は王法 (lex regia de imperio) をもつてその自由な意志により、そのすべての権力 (命令権と職権) を元首に譲渡した。しかしこの命令権には法律を定立する最高の権力が含まれるが故に、この王法の効果によつて元首の意志は法律の本質的な要素となり、その結果、元首が欲したところのものは法律の効力を有することになるというのである。⁽³⁾ こうして元首の意志がただちに法律となるに至つた。しかし、ウルピアヌス自身は、この法文において「元首の勅法 (constitutiones) もまた法律 (lex) としての効力を有する法形式の一つであるということを描べたにすぎないと考えられる。上述のディゲスタの法文 (D. 1, 4, 1, pr.) に対応するインスティトゥティオーネス (法学提要) の法文 (Institutiones, 1, 2, 6) が確認するように、ウルピアヌスは、元首の命じた規定もまた「法律、平民会議決 (plebiscita)」、元老院議決 (senatus consulta)」、政務官の告示 (magistratum edicta) として法学者の解答 (pendentium responsa) と同様に、成文法 (ius scriptum) の一形式として理解すべきだと述べようとしたのである。なぜなら、ウルピアヌスは「王法をもつてすべての権力が国民から元首に委譲された」ということ、すなわち元首権力は国民に由来するという事実をもつて、元首の勅法に法律と同一の効力を認めようとしたのであるからである。⁽⁴⁾ おそらく、後者の法文 (Inst. 1, 2, 6) の本来の意味が「コルプス・ユリス (Corpus iuris) に編纂されるときに前者の法文 (D. 1, 4, 1, pr.) のような異なつた意味に理解されたものと考えられる。このような例は他にもみられる。ウルピアヌスはディゲスタ (D. 1, 3, 31) において、「元首は法律に拘束されなく」 (princeps legibus solutus est) と述べているが、元来、元首は市民のなかの第一人者 (princeps civium) であるとはいえず、一般市民と同様に当然に法律に拘束された。しかしながら元首は統治者として特別の地位にあつたために、特定の法律の適用を元老院によつてとくに免除されることが

あつた。たとえば独身者と無子者の相続上の取得能力を制限する法律 (lex Julia et Papia et Poppaea, 9, A. D.) は元首には適用されないものとされたが、ウルピアーヌスはこの法律について「元首は〔この〕法律に拘束されない」(princeps lege solutus est) と注を付した。しかし元首の権力の強化によつてこの免除権が元老院から元首に移つたために、元首が違法行為をなしたときには元首が自ら免除権を行使したものと看做されて、元首は自由に法律の拘束から免れることができるようになり、その上、「特定の」法律から⁽⁵⁾「法律〔一般〕から」(legibus) という言葉にすりかえられて、「元首は法律に拘束されない」とされるに至つたのである。そして法律を皇帝の意志に還元する上記法文 (D. 1, 4, 1, pr.) は皇帝絶対主義を定めるこの法文を正当化する根拠として主張されることとなつた。以上のような事情が、イルネリウスの上記注釈の背後に隠されているのである。従つてイルネリウスは、都市コムーネ自治の概念がいまだ十分に具体化されていない一二世紀の初期に、この注釈において、おそらく王法により法律制定権が国民から皇帝に譲渡され、皇帝が唯一の法律制定権者となつたこと、そしてこの結果、法律の制定 (condere) および廃止 (abrogare) が国民の暗黙の同意によるものではなくなつたこと、すなわち国民は法律を制定する可能性をまつたく失つてしまつたことを述べることによつて、法律は皇帝の意志に還元され、皇帝こそが最高でかつ唯一の法源となつたことを決定的に確認したのであつた。⁽⁶⁾このような絶対的な皇帝立法権の思想は、周知のように、一一五八年のロンカリア国会においてミラノの大司教オベルトゥス (Obertus) により語られるのである。⁽⁷⁾

イルネリウスは、また他方で条例の有効性の問題を論じ、条例を慣習のなかに位置づけた。注釈学派にあつては、一般的には、その法思考の自由な展開は慣習法論のなかに見られるが、法律と慣習法との関係については、たとえばインスティトゥティオーネスに注釈を付した作者不明のいわゆるトリノ注釈書 (Glossa torinese) があるように、「法 (ius) または法律 (lex) に反しない諸慣習 (mores)」は容易に認められ、⁽⁸⁾同様に成文法の規定しない事項については慣習が行なわれ得るとさ

(9) イルネリウスもまた、ディゲスタ (D. 1. 3. 33) に注を付し、長い間行なわれ続けてきた「永続的慣習」 (diuturna consuetudo) は、通常、成文法の規律しない諸事項に関して「法および法律として」 (pro iure et lege) 遵守されるとし、こゝで彼は、lege に「諸条例から成つていふ」 (statutis consistens) という注釈を付しながら慣習法は諸条例から成ると述べるのである。(10) イルネリウスは、まさに法としての慣習のなかに都市条例の有効性を見出すかのようであり、従つてイルネリウスにおける絶対的皇帝立法権の思想の確認は、必ずしも慣習や条例の有効性をまったく否定し去るものではない。これに関連して思い起こされるべきものとして皇帝ハインリッヒ五世 (Heinrich V) の特許状がある。すなわち、皇帝ハインリッヒ五世が一一一六年五月一日にボローニア市に対して、「やうに余は、彼らの古い諸慣習 (consuetudines) が永久に破られずかつ侵害されずに遵守されることを命ずる」と述べてボローニア市の古い諸慣習を保障した特許状に、イルネリウスが「私、裁判官イルネリウスが出席した」と署名していたとすれば、彼は、都市の慣習、条例について決して無関心ではあり得なかつたのであらうと推測されるのである。しかしながらイルネリウスにとつて、王法の存在はやはり決定的なものであつた。この王法こそが乗り越えることのできない死点であつたのであり、イルネリウス以後の法学者はこの死点をめぐつて長い間悩み続けなければならなかつたのである。

一二世紀後半の法学者プラチェンティヌス (Placentinus) も、イルネリウスと同様に、「今日では……皇帝のみが諸法を制定しかつ解釈する権力を保有する。これ故に、今日では、ローマ国民も元老院も『この権力を保有しない』」(13)と語つており、法制定権は皇帝にのみ帰属することを確認している。

一二世紀後半から一三世紀初頭の法学者アゾ (Azo) は、原則的にはイリネリウスやプラチェンティヌスの考え方に従いつつも徐々に新しい考え方を打ち出している。彼は「元首の好むところのものは法律の効力を有する。元首の命令権について制定された王法をもつて、国民はその保有するすべての命令権および職権を元首に譲与 (concedere) したからである

云々」と定めるインスティトゥティオーネス (Inst. 1, 2, 6) を引用して、「ローマ国民はかつて保有していた法律を制定する権力を〔今日では〕保有せず、王法によつて国民はその保有していたすべての権利 (ius) を彼〔「皇帝」〕に譲渡したのであり」、「それ故に、今日では、〔国民は〕いかなる権利をも保有しないように思われる」と語っている⁽¹⁴⁾。

アゾは、以上のように、原則的には絶対的な皇帝立法権の理論に立脚しながらも、他方で「成文都市法」 (lex municipalis scripta) を「自らコンソレ (consules) を有する世界 (universitas)」に固有のものであると述べながら、ローマ国民や元老院に法律制定権についての大きな可能性を与えようとする。すなわち、「法律は」、もし皇帝 (princeps) の諸法律に反しないならば、そのかぎりにおいて近衛兵団長 (praefectus praetorio) によつて制定されることができる……これに反して、この「法律制定」権力が皇帝に譲渡されたといわれるにもかかわらず、上記の法律の定義から明らかなように、おそらく、そして今日では、法律はローマ国民によつて制定されることができる⁽¹⁵⁾」し、同様に「元老院によつて〔法律が〕制定されることができ⁽¹⁶⁾」とした。しかしアゾによつてもやはり、この王法という死点は乗り越えられることはなかつた。

ところが、一三世紀の法学者アックルシウス (Accursius) に至つて、問題解決のための新しい可能性が開かれることになる。それは、かの有名なローマの法学者ガイウス (Gaius) の《omnes populi》法文 (D. 1, 1, 9; Inst. 1, 2, 1) の釈義的作業を通して試みられる。すなわち、アックルシウスは、ディゲスタ (D. 1, 1, 9) の注釈において「特有法 (ius proprium)」、とりわけ人々によつて定められた (a gentibus statutum) 「法」は、「この法文に」反するものの C. de legi et constitui, 1. ff. [C. 1, 14, 12] の「語る」ように、独り皇帝 (princeps) のみが諸法律を制定する (facere) ことができるが故に、どのようにして通用することができるのか」と問うのである。アックルシウスは、ここで、ガイウスの法文 (D. 1, 1, 9; Inst. 1, 2, 1) すなわち「法律および慣習によつて支配されるすべての国民は、一部はその特有の (suo proprio)」、一部はすべての人間に共通の (communi omnium hominum) 法を用いる。なぜなら、ある国民が自ら自己のために法として制定したものは、

その国民に特有のもので、その都市 (civitas) に特有な法として市民法 (ius civile) と呼ばれ、これに反して、自然の理性 (naturalis ratio) がすべての人間の間に制定したものは、すべての人間の間で等しく遵守されすべての民族 (gentes) が用いる法として万民法 (ius gentium) と呼ばれるからである」という法文と、ユスティニアヌス (Iustinianus) 帝自身の言明であるコーデックス (Codex, 1, 14, 12) の法文、すなわち「諸法律を制定する (condere) ことは独り皇帝 (imperator) のみ認められている」、言い換えれば「独り皇帝のみが適法に諸法律の制定者と〔看做されると〕同様に〔諸法律の〕解釈者と看做される」という法文との対立、矛盾、つまり、都市 (civitas) にもその都市に特有な法を制定する可能性を与えている前者 (D. 1, 1, 9 ; Inst. 1, 2, 1) と皇帝にのみ法律を制定する可能性を与える後者 (C. 1, 14, 12) との対立、矛盾を、どのように調和させ解決すべきかと問うているわけである。これに対してアックルシウスは、「*「こゝ」* [D. 1, 1, 9] では、ほとんど自然自身としてすべての者の間で支配するところの万民法 (ius gentium) に「こゝ」一般〔法〕 (ius generale) たるべきでなく、それ故にこれに反しないところの特有〔法〕 (ius proprium) について述べている」という解決方法が正しいと答えている。

アックルシウスは、ここで法を三種類に区分して論じることによつて、上記の二つの法文の矛盾を乗り越えようとしたのであつた。すなわち、第一に自然自身がすべての人間の間に制定した万民法 (ius gentium) 〓すべての人間に共通の法 (ius commune)、『第二に皇帝法 (lex principis) = 一般法 (ius generale)』そして第三に国民が自ら自己のために制定した特有法 (ius proprium)⁽¹⁸⁾ に区分し、皇帝は、万民法 〓共通法でもなくまた特有法でもない、実は一般法を制定するのであり、従つて国民は、一般法に反しないかぎりで特有法を制定できると語つていたのである。さらにアックルシウスは、インスティトゥティオーネス (Inst. 1, 2, 1) の注釈において、『諸都市法と呼ばれるところの諸地域の諸条例 (statuta terrarum, que iura municipalia dicuntur) を「市民の法」 (ius civile)』すなわち「その都市に特有な法」 (ius proprium ipsius civitatis) の典型

的な例として示している。ここに条例の有効性は是認されるに至つたといつてよいであろう。言い換えれば、アックルシウスは、おそらく、皇帝が王法を通して国民から譲渡されたものは、実は一般法 (ius generale) を制定する権力であつたのであり、他方、国民 (populus) ないし都市 (civitas) は特有法 (ius proprium) ないし条例 (statutum) を制定する権力を有するという⁽²⁰⁾ことを、一応認めようとしたのではないだろうか。

アックルシウスはまた、「政務官」(magistratus) が「新しい法」(novum ius) を定める (statuere) ことのできる可能性を示したディゲスタ (D. 2. 2. 1) に注釈を付して、政務官は「法律を制定する」(condere legem) ことができると語るが、しかし、皇帝にのみ法律制定権力が帰属するというドグマとの矛盾を解決するために、政務官は「特別法」(lex specialis) のみを制定できるのであり、これに反して、コーデックス (C. 1. 16) から「一般法」(ius generale) を制定できるのは皇帝だけであると述べたのであつた。しかしながら、このような和解の試みにもかかわらず、アックルシウスは最後に次のような決定的な警告を与えなければならなかつた。すなわち、多数の学者の見解によれば、「以前に、すべての権利は国民から皇帝に譲渡されて⁽²¹⁾いる」と。かくして彼の和解の試みのすべては水泡に帰してしまつたのである。

これまで述べたように、注釈学派においては、一般的には、法律制定権が皇帝にのみ帰属するという皇帝の絶対的、排他的な立法権の思想が一つのドグマであり、それ故に都市の条例制定権は絶対に承認されることができないように思われるとしても、注釈学派の法理論のなかにも、否定することのできない生きた現実とローマ法の原典との対立、矛盾を、なんとかして解決しようという意欲は生き生きと感ずることができるのである。とりわけアックルシウスに至つて法学説と現実との和解が進められることによつて、ローマ法文と現実との間の大きなギャップが一般法と特有法という区分をもつて補完され始め、ここに都市の条例制定権を基礎づけるための第一歩が標されたといつてよいであろう。

ところでアックルシウス以後、すなわち彼がユ帝法典の独創的な積義によりながら、皇帝法という古い枠組のなかに条例

という新しい法を組み入れようと努めた後で、一三世紀後半に至つて二つの注目すべき変化が現われた。⁽²²⁾

一つは、大学における法学研究、法学教育の方法についての変化である。注釈学者たちは、条例制定権の問題に十分な法理論的解決を与えることができなかったとはいへ、彼らは決して大学のなかに閉じこもつてローマ法のみをその研究対象としていたわけではなく、都市のなかで生活し活動する彼らもまた、第二章で見たように都市生活に積極的に関与し、そこに日々生起する様々の実際的な問題を解決するために、ローマ法であれ、ロンゴバルド法であれ、カノン法であれ、地方慣習法であれ、さらに都市条例であれ、ありとあらゆる生ける法に興味を向け、それらの法を研究せざるを得なかつたのである。⁽²³⁾

この注釈学派の時代にも、そのはじめから大学と都市生活との間には、実り多くかつ絶えることのない交流があつた。一方で、当時の司法、行政活動に関与する専門家を養成する大学と、他方で、大学が社会的、経済的かつ政治的現実の具体的な意味をそこから引き出さざるを得なかつたところの都市生活との間の交流である。このことこそボローニャ大学が法文化史上に有する大きな意義なのであつて、⁽²⁴⁾ 法学文献の上から見ると、それは、従来のローマ法原典の厳格な意義に基づいた総括(summa)や講義(lectura)と呼ばれるものから法学研究が徐々に離れてゆき、これらに代わつて、この時代にいわゆる設問集(quaestiones)、なかでも都市条例や実務を意識した、事実についての設問集(quaestiones de facto)なるものが現われたこと、⁽²⁵⁾ 研究対象も私法分野にとどまらず刑法、訴訟法等の分野にも拡大したこと、さらには公証技術さえも学問の対象とされるに至つたこと等、⁽²⁶⁾ からも理解されるであろう。当時、法学者はすでに助言(constitutum)等を通して実務との接触を保つていたらしいが、彼らはいまや抽象的な仮設例ではなく、実際に法廷で解決された具体的な法律事件を大学に持ち帰つて、それらの事件を設問(questio)形式で学生に討論させるといふ授業方法を取り始めたのである。ここから授業の台本としての設問集ができあがつたのであつたが、⁽²⁷⁾ こうして大学はこの設問集を通して直接に現実の實際生活に参加することとなる。そしてこのことによつて、ローマ法ばかりではなく新しい時代の諸要求、諸条件と様々に結びついた条例、慣習法、カノン

法、封建法といった、現実生活のなかで行なわれていた様々な法が、学問的考察の対象とされるに至つたのであつた。⁽²⁸⁾ とりわけ都市条例をめぐる引き起こされる様々な問題をその研究対象として一三世紀末に著わされたアルベルトゥス・デ・ガンドーノ (Albertus de Gandino) の「条例設問集」(Quaestiones statutorum) の誕生は、以上のような観点において評価されるべきものである。⁽²⁹⁾

しかしながら、さらに重要ないま一つの変化は、いわば公法体系における変化である。注釈学派においては、特有法ないし特殊法である都市条例の有効性の問題が十分にその解決を与えられずに終つたと同様に、この問題と密接に関連する普遍的な帝国組織に対する特殊な都市コムーネ組織の法的地位の問題も、当然のことながらその真の解決を見ることがなかつた。注釈学派の政治思想は、まさに統一的な普遍的帝国、その帝国の支配者たる皇帝、唯一の法創造者としての皇帝という古いローマ理念に基礎づけられていた。このような理念の下では、普遍的組織たる帝国のなかで生きる特殊的組織たる都市コムーネという考え方は、容易に認められることができなかったのである。アゾによれば、「ローマ」(Roma) は「その他の諸都市の頭」(caput aliarum civitatum) ⁽³⁰⁾ であり、さらにアックルシウスによれば、ローマは「卓越した都市」(civitas per excellentiam) ⁽³¹⁾ であつて、「ただローマのみが共和国 (respublica) と呼ばれる。しかし、その他の諸都市は私人 (privati) のようなものである」⁽³²⁾。そして「ローマ市」(Romana civitas) は、換称的に「帝国」(imperium) ⁽³³⁾ を意味したのであり、このローマにのみ「国家」(publicum) の概念を適用することができるのである。⁽³⁴⁾ このような注釈学派の政治思想の下では、帝国という普遍的組織のなかで生きる都市 (civitates) という特殊的組織は、共和国 (respublica) という公法上の人格を取得することはできなかったであり、この公法上の人格はただ帝国という普遍的組織にのみ留保されたのであつた。アックルシウスが語るように、「いかなる都市もローマ市」と同じ法 (idem ius) ⁽³⁵⁾ を用いる、すなわち、帝国も諸都市も「同じ法」、つまり普遍的帝国の完全かつ排他的な体系としての帝国法 (numm ius) を用いるのであつて、この体系内においては都市の

法すなわち特有法 (*ius proprium*) の存在は見い出され得ないのである。

しかし、注釈学者のこのような態度は、一三世紀中頃から一四世紀にかけて大きな変化を遂げるに至った。一二世紀中頃に教会法学者によつてなされた法 (*ius*) と事実 (*factum*) との区別に基いて、ヘルナルド・ダ・パルマ (Bernardo da Parma) は、はじめて事実上の (*de facto*) 独立と法律上の (*de iure*) 独立との区別を導入したが、⁽³⁶⁾ 一三世紀に至つてローマ法学者は、現実と完全に密着しながら帝国への法律上の従属と事実上の独立とを確認し、この区別を利用しつつ、⁽³⁷⁾ すなわち特殊的な都市 (*civitates*) や王国 (*regna*) という、自己の法をもつて帝国を無視しながら自由に生きる事実上の現実的世界と、普遍的な帝国という、伝統的なしきいめや回復しがたいまでにその權威を失墜させてしまつた消え去りゆく法律上の理念的な世界という区別を利用しながら、当時すでに「完全な団体」 (*societas perfecta*) と呼ばれるまでに成長していた特殊な法的組織の、普遍的な法的組織に対する現実的な存在と独立とを認めようとした。⁽³⁸⁾ このようにして、法は純粹に理論的な確認の領域に限定され、事実が違法と認められることなく、公然と法に反し得たのであつた。⁽³⁹⁾ そして一三世紀初頭にはすでに、注釈学者は、ヨーロッパにおいて確立していた王国の独立的、主權的な地位を承認するために、「その王国において上位者を認めない国王は、皇帝である」 (*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*) という公式でそれを表現していた。この公式は、新しい君主によるすべての上位者 (*superior*) の否認、および、伝統的な普遍主義的イデオロギーによれば、世界の支配者 (*dominus mundi*) としての皇帝に帰属する「完全な権力」 (*plenitudo potestatis*) をその王国内において「何人にも服しない国王または君主 (*rex vel princeps*)」に付与すること、この二点を含んでいる。しかし、この公式は、王国から、法律上または事実上皇帝を支配者として認めない都市に拡大されていつた。こうして「上位者を認めない都市」 (*civitas superiorem non recognoscens*) は、「皇帝 (*imperator*) が全世界 (*universum*) において「行使するものと」同じ権力 (*potestas*)」を、その自己の領域内において、つまり自己の裁判権 (裁治権) (*iurisdiclio*) の範囲内で行使す

Firenze, 1932, pp. 49 ss. ; Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Dritter Band. Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland. Nachdruck der I. Ausgabe, Graz, 1954, S. 381 ff.