慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	中世イタリアの都市コムーネと条例制定権(ius statuendi)理論(四・ 完)
Sub Title	I comuni medievali italiani e la dottrina di (4)
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.11 (1976. 11) ,p.19- 52
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19761115-0019

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（四・完）

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、四十九巻八号）
第二章　都市コムーネ権力と法律家……（以上、四十九巻九・十号）
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……（以上、四十九巻十号）
　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……（以上、本号）
（参照中世法学文献）

第三章　条例制定権の法理論的展開

第二節　注釈学派後の時代

第一項　許可（permissio）理論

前節ですでに述べたように、アックルシウスによつて都市の条例制定権の法的根拠を《omnes populi》法文のなかに求めるという方法がとられるようになつたが、これを契機として皇帝の許可意志そのもののなかに条例制定権の根拠を見い出そうという新しい道が開かれることとなつた。[41] これが許可（permissio）理論と呼ばれるものである。この理論はきわめて古く、すでに注釈学派のなかにその芽生えが見られるが、[42] これには、注釈学派と同様、法文に対する執着心の名残りが見られる。この理論の主張者たちは、都市コムーネ条例に合法性という衣を着せるために、世界の支配者（dominus mundi）としての皇帝が、寛容と慈悲とをもつて、都市に条例を制定することを許可（permittere）または許与（concedere）したのであるという理論構成を行なつた。すなわち、許可理論は、条例制定権の法的根拠を、明示的であれ黙示的であれ、皇帝の許可（permissio）または許与（concessio）の意志のなかに求めようとしたのである。[43]

これについて、ホッパー（Joachim Hopper）は、「都市法」（leges municipales）とは、「皇帝」（princeps）によつて特定の「諸都市」（municipia et civitates）に「許可された」（permittuntur）ところのものであると語る。[44] さらに、チーヌス（Cinus de Pistoia）も、「諸国民（populi）が諸法津（leges）を制定できる」のは「皇帝の許与」（concessio imperatoris）があるからであると明確に述べている。[45] その結果、彼らは、皇帝の意志の表明であるユスティニアーヌス法典（Corpus iuris）、またはごく最近の皇帝勅法の法文のなかに皇帝の許可意志を探し求めようと努めた。かくして、法学者は、皇帝フリードリッヒ一世とロンバルディーア同盟諸都市との間のコンスタンツの和約（Pax Constantiae）によって明示的に、そしてディゲスタ（D. 1, 1, 9）のガイウスの《omnes populi》法文によつて黙示的に、皇帝は都市に条例を制定することを許可したのであると主張したのであった。

まず法学者が注目したのは、第一章ですでにみた、皇帝フリードリッヒ・バルバロッサとロンバルディーア同盟との間で締

結された一一八三年のコンスタンツの和約であつた。この時代は、新しいものを古いもののなかに挿入するという操作を通して、法規範体系の枠組が完成をみたのであつたが、この新しい和約文も、帝国の基本法として、すでにボローニァの注釈学者の手によつて古いコルプス・ユーリス（Corpus iuris civilis cum glossa）の《Volumen quintum》のなかに挿入されていた。[46] このことは、その後まもなくして、条例制定権の問題に重大な影響を及ぼすに至つた。なぜなら、この和約は、いまや形式的にもローマ法の一構成部分となつたことによつて、都市コムーネの条例制定権を認めるための法理論的な根拠として法学者に利用されることとなつたからである。[47]

条例制定権の問題を、はじめて総合的、組織的に論じたのは、アルベルトゥス・デ・ガンディーノであつたが、彼はコンスタンツの和約について、「コンスタンツの和約において許与された特別の特権（privilegium）に基づいて」、ロンバルディーアの「各都市（civitas）は、それ自身、条例を制定することができる」と述べた。[48] さらに、バルドゥス（Baldus de Ubaldis）も、コンスタンツの和約の注解を通して、この和約によつて、「都市に自己の条例をもつことが認められている」と述べている。[49]

しかし、このような説明によつて十分な解決が得られたわけではなかつた。なぜなら、それは理論的な弱点を有していたからである。すなわち、一方で、このコンスタンツの和約がすべての都市にではなく、皇帝フリードリッヒ一世・バルバロッサと和約を締結した特定のロンバルディーア同盟諸都市にのみ有効なものであつたために、これによつて皇帝から条例制定権を付与された諸都市は、その数があまりにも限定されていたこと、換言すれば、この和約は、あらゆる都市に対する条例制定権の「一般的な許与」（concessio generalis）を意味するものではなかつたために、条例制定権問題の一般的解決の決め手とはなり得なかつたこと、[50] さらにまた他方で、この条例制定権が帝国の諸利益に反し、またはなはだしく帝国の統一を侵害するような法を制定するのに利用されたという点で、その範囲があまりにも拡張されすぎたことが挙げられる。この点

に関しては、諸都市の政治的利益と中世の政治世界の統一の象徴であり保障である帝国権力（potestas）とを同時に救済しようと努めていた中世の法学者たちも、懸念をもちつつ観察していた。[51] なかでもバルトルス（Bartolus de Saxoferrato）は、ある面で彼の時代の現実を見失うほどこの統一を守ろうと努めた。バルトルスにとつては、法律上皇帝が全世界の支配者であるということが疑うことのできない事実であるとしても、このことは、他のすべての支配者がたんに事実上のものにすぎないということを意味するわけではない。バルトルスは語る。「私は次のように言う。すなわち、皇帝は真に全世界の支配者（dominus mundi）であると。しかしそれは、他の者たちが特殊的に（particulariter）支配者であることを妨げるものではない。なぜなら世界はあるウニヴェルシタス（universitas）であるから。そしてある者は定められたウニヴェルシタスをもつことができるが故に、個別的なもの（singulae res）は、彼〔皇帝〕のものではないということが可能である」。[52] つまり、バルトルスによれば、皇帝は真に全世界の支配者であるが、しかし皇帝以外の者も特殊的に支配者たり得る。またウニヴェルシタスとして考えられる世界は皇帝のものであるが、しかし個別的なものは必ずしも皇帝のものとはかぎらないというのである。[53]

条例が、皇帝の意志に反する態度を示すようになり、そして徐々に普通法に反する法として特徴づけられてくるようになつて、その結果、条例制定権がコンスタンツの和約の予定していたはずの前提から離反していつたことは、法学者のなかに根本的な疑問を抱かせる要因となつた。アルベリクス・デ・ロサーテ（Albericus de Rosate）は、皇帝の「許可」のなかには「普通法に反して」（contra ius commune）条例を制定することができるということも含まれていると主張する法学者を批判して、「〔皇帝は〕、〔この条例を制定するということが〕、彼〔皇帝〕の法（ius）に反して行なわれないかぎりで、これ〔条例を制定すること〕を許与したというのが真実である」と述べている。[54] このように、都市が普通法に反する条例を制定し続けているという現実を前にして、法学者は、このような現象を皇帝の「許可」という理論で説明することがはたして妥当で

あるかどうかという疑問を抱くようになつたのである。

さて、法学者はこの許可理論をより確実に根拠づけるために、コンスタンツの和約のなかに皇帝の許可の意志を読み取るだけでは満足せず、そのより一般的な許可の意志を、あのガイウスの《omnes populi》法文のなかに読み取ろうとした。ディゲスタ（D. 1, 1, 9）の《omnes populi》法文のなかに都市の条例制定権の法的根拠を求めたアックルシウスの新しい試みは、彼に続く法学者たちに影響を与え、そして彼らに受け継がれていつたのである。

アックルシウスと同時代のオドフレードゥス（Odofredus）も、アックルシウスと同様な考え方に立脚しながら、ディゲスタ（D. 1, 1, 9）の注釈で、「諸国民」（populi）と「諸都市」（civitates）の「特有法」（ius proprium）を条例と呼び[55]、法律制定権については、コーデックス（C. 8, 52（53）, 2）の注釈で、「かつて国民が法律を制定することができたように、今日も〔国民は法律を制定することが〕できる」[56]と語る。さらに彼は、ディゲスタ（D. 1, 1, 9）の注釈で、「都市はただその市民たち（cives）だけを義務づけるところの〔特有〕法（lex）を制定することができるのであり、これに反して、ローマ帝国に服するその市民たちを義務づけるところの一般法（lex generalis）を制定できるのは、独り皇帝のみである」[57]と述べて、皇帝だけではなく都市もまた法律を制定できることを認めた[58]。もちろん他方では、都市の条例制定現象を無視ないし否定し、あくまでも皇帝にのみ法律制定権を付与しようとする伝統的な立場をとる法学者もいないわけではなかつたが[59]。

しかしバルトルスに至り、アックルシウス以来の法の三区分法に決定的な変化が見られるようになる。すなわち、バルトルスは、《omnes populi》法文（D. 1, 1, 9）の注解において、「特有市民法（ius civile proprium）は国民によつて制定されることができる。しかし、共通市民法（ius civile commune）は独り皇帝のみがこれを制定する」[60]と述べ、法の二区分法を採用した。本来ガイウスは万民法（ius gentium）のみを共通法（ius commune）と考え、そしてローマ市民法（ius civile）を特有法（ius proprium）と考えて、都市の条例を知らなかつたのであるが、バルトルスは、万民法とローマ市民法を含めてこれ

を共通市民法と呼んで、独り皇帝のみがこれを制定できるとし、これに対置させて「都市が自ら自己のために制定するところの特有法（＝特有市民法）、すなわち条例」[61]を考えたのであつた。ここに、特有法の概念と普通法の概念との対置関係が明確にされたわけである。[62]

バルドゥスは、その柔軟で自由な思考によつて、《omnes populi》法文の注解のなかで、「普通法は、その〔市民法の〕権威（auctoritas）が行なわれているところでは、これ〔普通法〕は市民法と呼ばれている。しかし、〔市民法の権威が〕行なわれていないところでは、そのときは、普通法（共通法）は、すなわちもつとも共通な法（ius communissimum）、すなわち万民法と呼ばれる。これに対して、特有法は国民誰でもが自ら制定するところのもつとも特有な法（ius proprissimum）、すなわち特有な条例と呼ばれている」[63]と語つている。ここでバルドゥスは、《omnes populi》法文のいう普通法（ius commune）のなかに、「もつとも共通な法」と呼ばれ得る万民法のみならず、ローマ市民法をも含めて考えているようであり、そしてこれに対置させて、「もつとも特有な法」と呼ばれ得る条例を考えているのである。

このようにして、バルトルスとバルドゥスによつて、一四世紀後半の意識と現実を反映して、普通法（共通法）（ius commune）――特有法（ius proprium）という各々の概念の対置関係が確認されたのであつた。[64]

以上のような《omnes populi》法文の発展史のなかで、一三世紀の法学者グイード・デ・スツァリア（Guido de Suzaria）は、「諸都市は、《omnes populi》法文によつて条例を制定することができる」[65]と述べた。

さらにアルベルトゥス・デ・ガンディーノも、上述したように、一方でコンスタンツの和約のなかに皇帝の明示的な許可の意志を見い出しながら、他方で「第一にいかなる者が条例を制定することができるのかが検討されるべきであり、しかして私は、それは都市であるという。また条例は都市法と呼ばれる。たとえば、ff. de iustitia et iure l. omnes〔1, 1, 9〕et Inst. de iure naturali〔1, 2〕に見られるように」[66]と述べている。この論証はきわめて曖昧なものであるとはいえ、彼も

また条例制定権の根拠を《omnes populi》法文に求めていることは確かであるように思われる。[67]

しかし、シニォロルス・デ・ホモデイス（Signorolus de Homodeis）は、この法文が述べるように、「都市法」（ius municipale）または「諸条例および諸慣習」（statuta et consuetudines）を制定することができることを「皇帝は一般的に（generaliter）各都市に許可した」[68]と明確に述べた。

さらにクロッティ（Giovanni Crotti）も、後述するバルトルスの裁判権（iurisdictio）理論による条例制定権の根拠づけは正しくない[69]として、なぜなら《omnes populi》法文は、「すべての国民に条例を制定する権能（facultas）を許可し、そして裁判権を有する国民と〔裁判権を〕有しない国民との間で区別をしない」[70]からであると述べる。しかし、「都市は、皇帝が禁止することについては条例を制定することができない」[71]し、「さらに国民は、皇帝の裁可（authoritas）によってでなければ法律を制定しない、それ故に、〔国民は〕、皇帝によって禁止された場合には〔法律を〕制定しない」[72]とはバルトルスの述べるところである。

こうして法学者は、《omnes populi》法文によって、皇帝は黙示的かつ一般的にすべての都市に条例制定権を承認したと考えたのであった。しかし、これによってもなお、都市の条例制定権を確実に根拠づけることはできなかった。というのは法学者たちは、この許可理論自体のなかに、重大かつ決定的な危険性が潜んでいるのに気づいたからである。すなわち、明示的であれ黙示的であれ、皇帝の許可または許与に都市の条例制定権を基礎づけることは、皇帝が許可または許与を与え得るとともに、その許可または許与を「撤回」（revocare）ないしは取消し得るということ、かくして皇帝に都市の獲得したすべてのものを一瞬にして無効に帰してしまう権利を与えるということを暗黙裡に認めることを意味したからである。[73]この点に関してライネリウス・デ・フォルリヴィオ（Rainerius de Forlivio）は、「しかし、〔皇帝〕自身は手に手綱を握っている。なぜなら〔皇帝は〕はこの法律〔＝《omnes populi》法文〕を、そして諸国民の諸条例を、一つのもっとも価値低き法律

（lex levissima）〔＝皇帝法〕によつて撤回することができるからである」[74]と明確に指摘している。

このような許可理論の欠陥は、法理論上、皇帝の許可がいつ撤回されるかも知れないという意味で、条例制定権の存在をきわめて偶然的かつ不安定なものとした[75]。さらにまたこの許可理論は、皇帝が都市自治および条例という否定することのできない政治的事実を皇帝の「もつとも価値低き法律によつて」無効とすることなど、当時の政治現実からみると不可能に近かつたという意味で、実際の情況とは著しく遊離した内容のものであつた[76]。実際、皇帝フリードリッヒ一世・バルバロッサのレニァーノでの敗北以来、皇帝権はイタリアではまつたくの名目だけになりさがつてしまつており、いかなる勅法をもつてしてもそれを回復するなどということは不可能な状態にあつた。さらに、長い間の都市民の努力によつて獲得された都市自治は、いまや否定することのできない確固たる現実であり、そしてこの現実的な実力こそが、この許可理論の受容性、説得力を失わせる最大の要因とならなければならなかつたし、また同時にそれは、条例制定権の法的根拠づけを新たに探し求め、その理論構成に立ち向かうための大きな起動力ともなるべきものであつた。

最後に、この許可理論の意義について考えてみたい。この許可理論は、古い皇帝権力の衰退と新しい都市の自治権力の強化という、当時のイタリアの厳しい政治情況を十分に反映させてはいるが、しかし、それは帝権の決定的な崩壊をいまだ的確に把握してはいない、いわば過渡期の理論である。この理論は、いうなれば、古い資材で新しい建物を築き上げようと努力する、法学者の純粋な推論の産物であつた。すなわち、法学者は、皇帝のみが唯一の立法者であるという伝統的な帝国理念にのつとつて、都市の条例制定権の問題に解決を与えるための理論構成をしようと試みたのであつた。そこに乗り越えることのできない暗礁が横たわつていた。この理論は、古い帝国の論理そのものを用いたが故に、本来その帝国の論理にのらない新しい都市の論理を十分に説明することができなかつたのである[77]。しかし、少なくとも都市の条例制定権は慈悲深い皇帝の許可に由来するという理論構成をとることによつて、皇帝のみが唯一の法源であるという伝統的な教義は傷つけられる

ことはなかつたし、また特有法は、皇帝にその存在根拠をもつという理論構成をとることによつて、もつとも広い帝国の法体系に編入されることとなり、帝国の法体系のローマ法的統一は少なくとも表面上は救済された。ともかくも、この許可理論によつて都市の条例制定権は法的に基礎づけられ、そしてまた都市条例は、帝国の法体系のなかに正式に組み込まれることとなつたのである。(78)

第二項　裁判権（iurisdictio）理論

許可理論によれば、都市の条例制定権はあくまでも皇帝の許可によるもの、換言すれば至上権者たる皇帝によつていわば「外から」付与されたものであつたから、そのことに由来する様々な制約、とりわけ皇帝の恣意の介入によつて、それは、当然ながら、法理論上きわめて不安定なものとなつた。従つて、都市の条例制定権をより確実なものとするためには、すなわち条例制定権をより客観化するためには、それが、本来都市に固有のものであるという理論構成を行なう必要があつた。このような要請に応えるべく登場したのが裁判権（裁治権）（iurisdictio）理論である。

中世、とくに一二世紀から一五世紀に至る法思想においては、一般的かつ総合的な意味における裁判権とは、広義での公権力、すなわちいわゆる裁判権のみにとどまらず、行政権、財政権、法規定立権といつたある法的組織の支配に必要でかつ十分な諸権力および諸機能の全体を意味し、そしてさらにそこから演繹されてその法的組織自体をも意味していた。(79) この裁判権は、いわゆる法的組織の複数性の時代にあつては、様々な法的組織が保有していたものである。しかし、ここにおいては、普遍的な法的組織である帝国の統一性が前提とされ、従つて皇帝は「もつとも完全な裁判権」（iurisdictio plenissima）を保有するのであり、他方、特殊的な法的組織である都市は、そのなかで様々な手段を講じて伯（comes）からその支配権、すなわち「完全な裁判権」（iurisdictio plena）を奪い取る闘争を続けてきたのであつた。すなわち諸都市は皇帝の特許

状によつて、とりわけロンバルディーアの諸都市はコンスタンツの和約によつて、この裁判権を獲得するに至つたわけであるが、[80]このような裁判権のなかに都市の条例制定権の法的根拠を求めようとするのが裁判権理論と呼ばれるものである。

それでは、このような裁判権の概念は、どのようにして形成されてきたのであろうか。ここでは、一一世紀末から一四世紀までの法学説を中心にその歩みを簡単に辿つてみることにしよう。

中世における裁判権の概念史は、「審判人を設置する権限（iudicis dandi licentia）もまた裁判権（iurisdictio）である」[81]というローマの法学者ウルピアーヌスの定義を出発点としている。そしてカラッソによれば、一一世紀末から一二世紀はじめにかけてのある注釈学者は、裁判権とは「法を宣言する権力」（potestas iuris dicendi）[82]であると定義しているというが、しかしこの定義は、言葉のたんなる文字的説明の域をいまだ出ていないといえよう。

フィッティング（H. Fitting）編の中世初期法律書では、「裁判権とはなにか」という問に対し、それは「法を宣言する、あるいは直ちに決定される、あるいは判決そのものによつて決定されるべき権利」であると答える。[83]この定義にはなお曖昧さが残つているとはいえ、裁判権に宣言的価値（ius iam constitutum）と創設的価値（ius constituendum）が加わつたことはきわめて興味深いことである。

裁判権の概念をはじめて明確なものとしたのは一二世紀前後の注釈学者イルネリウスであつた。彼は、裁判権とは「すなわち法（ius）を付与し（reddere）かつ衡平（equitas）を実現す（statuere）る必要（necessitas）をもつた権力」[84]と定義する。この定義によつて、伝統的な定義は、本質的に「法を宣言すること」の機能に結びついた「必要」の概念と「衡平を実現すること」の概念の二つのものによつて、内容のより豊かなものとなつた。

一二世紀の中頃、注釈学者ロジェリウス（Rogerius）は、イルネリウスの定義をさらに拡張し、そして完成させた。彼によれば、「裁判権とは、法を宣言し、法を維持し（tueri）あるいは衡平を実現する必要をもつて公的な権威（auctoritas pu-

blica）によつて命ぜられた責務（munus）である」。[85]

ここにはじめて、裁判権の概念のなかに、その本質的な要素として「公法的」な意味が導入されるに至つた。[86] そして、とりわけ裁判権は公的な責務であり、それ故に、必要という内在的な特質を有し、[87] さらにその対象は、法秩序の維持、ならびに抽象的な法（ius）を具体的な事件（causa）に適合させてゆく衡平の実現に限定されることが明らかにされた。[88][89]

この公法的な裁判権の本質的な特質をなす必要は、再度、アゾによつて厳格な確認を受ける。アゾは、ロジェリウスの定義を受け容れながら、「裁判権は、法律によつて各々の裁判官（iudex）に付与される」が故に、「合法的な権力」（legitima potestas）であるとする。[90] さらに彼は、裁判権を「審判人を設置する権限」としたウルピアーヌスの定義（D. 2, 1, 3）は、「しかし裁判権の定義ではない」、なぜなら、この定義は「〔イルネリウスの主張するように〕、類（genus）を定義しているのではなく、類の言葉、または種（species）の名称を表わしているからである」[91] と述べている。こうしてアゾは、すでに過去の存在と化してしまつた古代ローマ世界の法的経験としてのローマ法が記憶にとどめていたきわめて豊かな決疑論（カズイスティーク）から裁判権の概念を引き出すことには、もはや魅力を失つてしまつたのであつた。[92]

以上に述べてきたような注釈学者達の学問的努力によつて作り上げられた伝統と、政治的、社会的、法的等の様々な偶然的要素から収集した定義をすべて自己のものとし、[93] そして将来における裁判権概念の仕上げのための基礎を築き上げたのはアックルシウスであつた。彼は、裁判権を「法を宣言し、かつ衡平を実現する必要をもつて公的に導入される権力（potestas de publico introducta）」[94] であると定義したのである。

このような準備期を経て、ついに一四世紀後半裁判権概念は完成されるに至つたが、この完成者こそ、バルトルスその人であつた。彼はアックルシウスの定義に十分に満足したわけではなかつた。なぜなら、もし裁判権がたんに「公法上（de iure publico）導入された権力」として理解されなければならないとすれば、父が子に対して、主人が奉公人に対して、そして

後見人が被後見人に対して有する権力もまた裁判権ではあるまいかと指摘する。事実、これらの権力の各々はすべて、「公的に導入され」、そして「市民法」（ius civile）にその基礎を見い出し、従つてそれは、「利益による私的〔責務〕といえども、権威による公的責務」[95]なのである。このようにしてバルトルスは従来の定義を次のように修正する。すなわち、裁判権とは「公人（persona publica）によるように、法を宣言しかつ衡平を実現する必要をもつて公法上導入された権力である」[96]と。この結果、裁判権を保有する者がここで行なう行為は、その者が「私人（privatus）であるように」行なう他のすべての行為から峻別されるのである。かくして裁判権の概念は決定的に限定され、かつ深められるに至つたのであつた。[97]

ところで、これまで述べてきた裁判権とは、広義の「類」（genus）概念としての裁判権であつた。しかし、中世の法思想においては、もう一つ、狭義の「種」（species）概念としての裁判権がある。

ローマの法学者ウルピアーヌスは、「命令権（imperium）には、あるいは純正の（merum）もの、あるいは混合の（mixtum）ものがある。純正命令権とは、犯人を懲戒するための刑罰権（potestas gladii）を有することであり、これはさらに職権（potestas）と呼ばれる。混合命令権とは、さらに裁判権（iurisdictio）を包含するものであり、遺産の占有を認めるものである。審判人を設置する権限もまた裁判権である」（D. 2, 1, 3）と述べる。

アックルシウスは、このローマ法文に基づいて、類としての裁判権を承認し、これを、「純正命令権」（merum imperium）「混合命令権」（mixtum imperium）、「中庸の強制権」（coercitio modica）、「厳格に使用される裁判権」（iurisdictio stricte sumpta）の四つの種に分類した。[98]

さて、注釈学者たちは、この最後の「厳格に使用される裁判権」、つまり「単純裁判権」（iurisdictio simplex）を、一定額の事件および軽罪（levia crimina）事件に関する小裁判権と考えていた。[99]そして彼らは、一二世紀末には、コンスタンツの和約によつて承認された新しい現実を背景としながら、都市の上位にある皇帝権に対して都市の裁判官の権力を明確なもの

とするために、主として単純裁判権に訴えたのであつた。[100] しかし、一三世紀に入つて帝国が決定的にその政治的実力を失い、それに反比例して諸都市がその自治をより完全なものとしてゆくに及んで、法学者は都市の諸権力を単純裁判権に限定することに疑問を感じはじめたばかりか、直接に都市に命令権の行使をも承認するようになつていつた。

すでに、ヨハンネス・バッシアーヌス（Johannes Bassianus）は、コンスタンツの和約を契機として生まれた新しい法的情況を承認して、「今日では、しかし、皇帝フリードリッヒによつて、ロンバルディーア諸都市の防衛者（defensores）〔＝都市の裁判官〕に、さらにまた純正命令権が付与され、そして、〔その純正命令権は〕他のすべての〔防衛者〕によつて使用されている」[101] と述べている。

アックルシウスは、「ロンバルディーアにおける若干の諸都市は、コンスタンツの和約に関する〔皇帝〕フリードリッヒの勅令によつて、純正かつ混合命令権（merum et mixtum imperium）を有する」[102] と語る。

オドフレードゥスも、ロンバルディーア諸都市のポデスタ（potestates）は、「コンスタンツの和約によつて、純正かつ混合命令権を有する」[103] と述べ、ロンバルディーア諸都市に命令権の有効な行使を承認するのである。

さらにその後、チーヌスは、類としての裁判権を、「単純に使用される命令権」（imperium simpliciter sumptum）と「厳格に使用される裁判権」（iurisdictio stricte sumpta）の二つの種に分類し、[104] そして諸皇帝（principes）は、「皇帝フリードリッヒがコンスタンツの和約においてロンバルディーアの諸都市に、そしてその他の多数の〔皇帝たち〕がその他の諸都市に許与したように、諸都市に純正命令権を許与した」と述べ、都市を古代ローマの県（provincia）と同一の地位に、さらに都市のポデスタを県の知事（praeses）と同一の地位に置いた。[105] ここにおいて、とにかくも、命令権を保有するものが、皇帝の許与によつて、ロンバルディーア諸都市ばかりではなく、その他の諸都市にまでも拡大されたことは、きわめて意義深いことといえるであろう。

さて、このような都市による命令権の保有化の傾向をさらに押しすすめ、ついにはこの命令権の保有化を皇帝による許与から引き離しながら、直接に「上位者を認めない」（superiorem non recognoscens）すべての都市に命令権の有効な行使を認めるに至つた法学者こそ、他ならぬバルトルスなのである。[106] 彼は、まず、類としての裁判権（iurisdictio in genere）を二つの種、すなわち命令権（imperium）と単純裁判権（iurisdictio simplex）とに区分する。バルトルスの定義[107]によれば、命令権とは、「裁判官の高貴な職務によつて（officio iudicis nobili）行使される裁判権」であり、また単純裁判権とは、「裁判官の報酬つきの職務によつて（officio iudicis mercenario）行使される裁判権であつて、私的利益（privata ... utilitas）を配慮するもの」である。前者の命令権は、さらに「純正命令権」（merum imperium）、すなわち「裁判官の高貴な職務によつて、もしくは告訴（accusario）によつて行使される裁判権であつて、公的利益（publica ... utilitas）を主として配慮するもの」と、「混合命令権」（mixtum imperium）、すなわち「裁判官の高貴な職務によつて行使される裁判権であつて、私的利益を配慮するもの」との二つに区分される。[108] そして、これら純正命令権、混合命令権、および単純裁判権は、この順序で裁判権としての重要性が小さくなつてくるのであるが、これらの三者はすべて、その重要性に従つて各々が《maxima》、《maior》、《magna》、《parva》、《minor》、《minima》というように、最高のものから最低のものまで六等級に細分される。従つて裁判権は、自己の土地（fundus）においてその所有者によつて行使される最低の（minima）裁判権から、世界において（in mundo）皇帝によつて行使される最高の（maxima）裁判権に至るまで、その等級に従つて細かく分類されるわけである。[109]

ところで、バルトルスによれば、普通法上、都市（civitas）は純正かつ混合命令権を有しないのであつて、単純裁判権のみを有するにすぎない。[110] この点について、バルトルスは次のように語つている。すなわち、「諸都市の防衛者（defensores）は、普通法上、純正命令権も混合命令権も有しないのであつて」、ただ一〇〇金貨までの金銭事件のみを取り扱うことのできる[111]最下位の単純裁判権のみを有するにすぎない。[112]「しかし、今日では、ロンバルディーアそしてさらにトスカーナにおけ

る若干の諸都市は帝国からの特許（privilegium）により、あるもの〔＝都市〕はコンスタンツの和約に関するあの勅法（constitutio）により、またあるものは使用（usurpatio）により、〔純正かつ混合命令権を〕有する」[113]。そして、これに関してバルトルスは、「イタリアの諸都市が、一般に純正命令権を有しないでこれを使用してきたことを知れ。しかし、私は、都市が自ら防衛し、かつ純正かつ混合命令権を行使することを欲するならば、それは皇帝の許与（concessio）を引き合いに出す必要があるという。また同様に、上述の都市が純正命令権を行使してきたきわめて長い期間（longissimum tempus）を〔引き合いに出す必要がある〕、先の場合に皇帝の許与が立証されなかつたとして。しかし、自らが純正命令権を行使していたことを立証すれば、それは有効である」[114]と語るのである。バルトルスの言葉の意味はこうである。すなわち、もしイタリアの諸都市が、純正かつ混合命令権を行使するとすれば、それら諸都市は、使用（usurpatio）によつてそうするのである。もし諸都市がその命令権の行使を正当化するための根拠を立証しようとすれば、それら諸都市は皇帝からの許与（concessio）を立証しなければならない。それが不可能なときは時効（praescriptio）、すなわち《longissimum tempus》を立証しなければならない。しかし、許与も時効も立証されないときには、その命令権を行使してきたこと、換言すれば、その命令権を使用してきたこと、つまり使用を立証すればそれで足りるというのである[115]。このようにして、学説上、都市が純正かつ混合命令権を、皇帝による許与によるばかりではなく、時効もしくは使用によつても取得することができるということが承認されたことによつて、都市の裁判権（iurisdictio in genere）は皇帝への依存関係から解き放たれ、客観化されるに至つたのである[116]。

以上に述べてきたような経緯をたどつて、最終的には、バルトルスによつて裁判権の概念は完成された。すなわち、「裁判権を有すること」（iurisdictionem habere）は、ある法的組織が、その生活を全うするために行使する諸権力の全体を意味するに至つたのである[117]。この裁判権は、各々の法的組織の範囲内で、かつまたその組織の必要に対応して完全なものなのであり、それ故に、この裁判権はそれ自体のなかにその規律（＝条例）を見い出すのであり[118]、この意味で、裁判権はまさに自治

的である。[119] こうして、裁判権を有するかぎりで、「都市はそれ自身にとつて皇帝である」（civitas sibi princeps）。[120] しかし、これによってバルトルスは、「世界の支配者」（dominus mundi）としての皇帝の権威を否定し去ろうとするわけではない。彼にとつて、皇帝の裁判権は、バルトロメウス・デ・カプア（Bartholomaeus de Capua）が述べたように、最高位の（maxima）裁判権であり、唯一かつ第一位の（primaria）裁判権であつて、下位の裁判権はすべてこの皇帝の裁判権に由来するのである。[121] こうしてバルトルスは、帝国の至上権のより広い範囲のなかから、都市の自治の範囲を引き出すという方法で、「都市はそれ自身にとつて皇帝である」の概念を仕上げるのであり、新しい都市の自治と古い帝国の至上権とをともに救済するのである。[122] このようにして特殊的組織としての都市の公権力ないし支配権たる裁判権が承認され、同時に都市組織の存在自体も認められることとなつたのであつた。

実際、法学説による「裁判権」概念の形成の歴史は、まさしく都市自治の確立の歴史と一致するのである。すなわち、都市の自治を賭けての闘争史は、初期には伯から伯権（comitatus）すなわち裁判権を、そして後には皇帝から裁判権または純正かつ混合命令権を獲得、奪取する歴史であつた。[123] 従つて都市の自治とは、都市がその領域内において自己の裁判権または純正かつ混合命令権を行使することができることを意味したのである。一一八三年のコンスタンツの和約の意義の一つは、まさしくこの点にあるといつてよい。そしてこの闘争史のなかで、学説史もそれと並行して展開していつたのであつて、この裁判権の概念を完成したバルトルスの時代には、都市の自治はほとんど確固たるものとなつており、彼はこの新しい現実をその法学説のなかに反映させたのであつた。

さて、バルトルスは、このような裁判権に条例制定権の法的根拠を見い出すわけであるが、彼のこの考え方は、すでに彼以前の法学者のなかにも見られたものであつて、格別に新しいものではなかつた。

一三世紀後半に、ヤコブス・デ・アレーナ（Jacobus de Arena）は、皇帝の絶対的立法権という厳格な原則に対する一工

夫を付言している。彼は、「〔皇帝〕フリードリッヒは、若干のロンバルディーアの諸都市に裁判権と命令権とを許与した。そしてそれ故に、〔それらの諸都市は〕、彼らの思慮（consilia）によつて、彼らの条例を彼ら自身に与える」[124]と述べる。すなわち、彼によれば、皇帝フリードリッヒ一世・バルバロッサは、コンスタンツの和約によつて、ロンバルディーア同盟諸都市に裁判権と命令権とを許与したのであるから、これによつてそれらの諸都市は条例制定権を認められたというわけである。

同様に、条例問題について本格的に論じ始めた最初の法学者と考えられるアルベルトゥス・ガレオットゥス（Albertus Galeottus）は、一三世紀後半に「諸団体（collegia）が諸条例を制定することができるかどうか」を問い、「〔それら諸団体は〕裁判権を有するのであるから、〔諸条例を制定〕できるように思われる」[126]と答えている。

このアルベルトゥス・ガレオットゥスを出発点として[127]、アルベルトゥス・デ・ガンディーノは、「諸都市の裁判官、公証人およびその他の諸団体は、それら団体の間で、諸条例を制定することができるであろうか。〔制定することが〕できるように思われる。なぜなら、このような諸団体を支配する（regere）者たちは、裁判権を有するからである」[128]と述べているが、彼のこの言葉のなかには、すでに述べた許可理論者としての彼とは別の、裁判権理論者としての姿が見られる。ここでは都市自体の条例制定権の根拠について言及されているわけではないが、しかし彼がここで、諸都市における諸団体（collegia）の条例制定権の根拠を裁判権に求めていることは、きわめて注目すべきことである。このことを考慮するならば、彼が、「第一にいかなる者が条例を制定することができるのかが検討されるべきであり、しかして私はそれは、都市であるという」[129]と語るとき、そこにはすでに、都市の自治的権力行使の基礎としての都市の裁判権の概念が念頭にあつたのかもしれないということが推測されよう。

一四世紀前後の法学者チーヌス・デ・ピストイアは、さらにすすめて、「我々は、この都市の裁判官または国民が、条例または都市の法律を制定したと主張する。……もし誰か、臣下または市民がその領域外に出ているときに、命じられた条例

に反して行動するとすれば、〔その者は〕その〔条例〕によつて拘束されるかどうかが問われる。……拘束されないように思われる。なぜなら、裁判官は従属する者たちについて裁判権を有し、従つて、〔その者たちが〕どこで違反行為をしようと、定められた条例の理性によつて、〔その者たちは〕、彼〔裁判官〕の法廷に従うということは確かなことであるから[130]」と語つている。ここで用いられている「裁判権」という言葉が、条例制定権の根拠としての裁判権とは多少異なつた意味合いを含んでいるとしても、チーヌスが裁判権と条例との間においた結合関係は、明瞭に読みとることができるであろう[131]。

チーヌスのこのような立場をさらにすすめて裁判権理論を完成させた法学者は、他ならぬバルトルスであつた。彼は語る。「裁判権を有する国民すべてに特有法（ius proprium）を制定することが許される[132]」のであり、従つて、「都市（civitas）は、その〔都市の〕裁判権に由来していないところのこれら〔条例〕については、〔このような〕諸条例を制定することができない[133]」。皇帝の許与（concessio）、時効（praescriptio）もしくは使用（usurpatio）によつて「すべての裁判権を有し[134]」かつ上位者（もしくは皇帝）を認めない（superiorem［vel principem］non recognoscens）ところの都市は、その自己の領域内において「自由な国民」（populus liber）として「それ自身皇帝であり」（sibi princeps est）[135]、「それが好むところに従つて」（prout sibi placet）[136]、諸事件（causae）の決定（decisiones）に関する事項から「国民自身の諸財産（res）の管理（administratio）に関する[137]」事項に至るまで、しかもたとえ「皇帝に留保された諸権利」（iura reservata Imperii）[138]についてであつても、「上位者の権威を懸念せずに条例を制定することができる」。こうして、「なるほど、世界全体の支配者である皇帝は普遍的な法律を制定するが、しかし、部分の支配者である者たちは部分の諸条例を制定する[139]」。

つまり、彼は、条例制定権を裁判権の一つの発現形態として基礎づけるのであり[140]、従つて条例制定権をこの裁判権を有するすべての組織体に承認するわけである。それ故に、条例制定権は、法的組織としての都市に固有の裁判権の有する制約を受ける。すなわち、裁判権の様々な程度に応じて、条例制定権の程度も決定されるのである。この裁判権理論は、まさし

く、新しい現実との完全な一致のなかで、諸都市に固有の裁判権から条例の有効性を引き出し、都市の条例制定権を皇帝に対するいかなる依存関係からも決定的に解き放つたという意味で、まつたく画期的ともいうことのできる理論であつた。[141]

そして、一四世紀末の法学者バルドゥスは、裁判権と条例制定権との関係をより密接な結合関係のなかで理解する。彼は、「条例制定権と裁判権とは結び合わされ（annexa）、そして一方を有する者は同時に他方を有する」[142]と述べた後で、「条例を制定すること（statuere; condlere statutum）[143]は裁判権に属することである」[144]と結論したのであつた。

さて、以上述べてきた裁判権理論は、いつたいどのような意味をもつていたのであろうか。この理論は、裁判権が時効または使用によつて取得できるものであることが一般的に承認されるようになったときにその姿を現わしたのであり、それ故その裁判権の効果ともいえる条例制定権もまた、時効または使用によつて取得され得ることが確認された。そしてここに皇帝の恣意は阻まれ、許可理論は克服された。[145]従つて、この裁判権理論をもつて、条例の有効性の問題は、主観的、恣意的なたんに政治的な基礎から、客観的、確実的な厳密に法的な基礎へと移行するのである。[146]言い換えれば、この理論の重要性は、それが本質的でかつ理論的な聖油を条例に注いだという点にあるといつてよいであろう。しかし、他方で、この理論は、都市の実力による支配という現実に理論的な支えを与えたという点で、きわめて政治的な役割をも担つたということも否定できない。つまりこの理論は、都市の条例制定権が、まつたく疑いをもたれなくなつた時期における現実から出発して、現存の事実上の所与を正当化するという、いわば確認的な特質を有している。それ故、この理論における裁判権の概念が、実質的に都市自治の概念と一致することがあるとしても、それは別段不思議なことではないのである。[147]

第三項　万民法（ius gentium）理論

バルドゥスが都市コムーネの条例制定権を裁判権に密接に結びつけることによつて裁判権理論を展開させたことについて

はすでに述べたが、彼は条例制定権をたんに法的かつ形式的に基礎づけるだけでは満足せず、他方で、この裁判権理論をその哲学的な思考をもつて強化させたのであつた。すなわち、バルドゥスは、ローマの法学者ガイウスが「自然の理性」（ratio naturalis）が全人類の間に制定したところのものと定義した[148]「万民法」（ius gentium）、すなわち注釈・注解学者の間で自然法（ius naturale）、神法（ius divinum）として理解されていたところのものに[149]条例制定権の法的根拠を求めたのである。これがいわゆる万民法理論と呼ばれるものである。

バルドゥスは次のように語つている。すなわち、「すべての国民は自己のために諸条例を制定することができ、そして条例がないときには市民法が行なわれる。従つて、諸国民は、あるいは共通の諸法律によつて、あるいは特有の諸条例によつて、または特有の諸慣習によつて生きる。――市民法の権威が行なわれているときには、普通法（共通法）はこれを市民法と呼ぶ。しかし〔市民法の権威が〕行なわれていないときには、そのときは特有法、すなわちすべての国民が自己のために制定するところの特有の条例は、普通法と呼ばれる。次に、このような条例のなかに上位者の権威が要求されるかどうかを吟味することがまだ残されている。――要求されないように思われる。なぜなら、諸国民は万民法によつて存在するのであり、従つて国民の統治体（regimen）は万民法によつて存在するからである。しかし、〔国民の〕統治体は諸法律および諸条例なしには存在し得ない。従つて、国民がその存在を有するということそれ自体によつて、その結果としてすべての動物（animal）がその自己の固有の精神（spiritus）と魂（animus）によつて統治されるように、それ自身のなかに統治を有するのである」。そして、正しく（bene）統治されるならば、上位者（superior）によつて妨害され得ない。なぜならば、妨害的な諸法律（leges prohibitoriae）は、正しく生きる者によつて（propter bene viventes）ではなく、過ちを犯す者によつて（propter errantes）制定されるからであり、また、もし人々が法律に合致するところのものを当然に遵守するとすれば、彼らは彼ら自身にとつて法律（lex）なのであり、そして健康な者には薬は不必要であるからである。「従つて、もし諸条例がその

地域（locus）の要求（exigentia）と公的な保持（conservatio publica）に従つて正しい（bona）ものであるならば、他の支配者（director）は必要ではない。なぜならば、〔諸条例は〕その固有の自然の正義（justitia naturalis）によつて確認されるからである。さらに、各々のものが本質的な形式を有すると同様に、それは積極的な力（virtus）を有する。しかし、国民は自己自身に由来する形式を有する。従つて、国民はその存在のなかに、そしてその固有の形式において自己自らを保持する実行をもた〔なければならない〕[150]」と。

すなわち、条例は国民の存在の保持という目的をもつており、従つて、条例制定権はすべての人々が自己の保持のために有している自然の正義に合致するが故に、国民には条例制定権は否定することができないというのである。[151] つまり、国民――これは法的組織としての人的集団を意味するものであるが――[152]は、上位者の権威によつてその生を受けるのではない。なぜならば、国民はその自己の生を他のいかなる者からも受けるものではないからである。国民は、自然の要求によつて、国民自身の力でその生を受ける。この自然の要求は、国民にその生を与えたものであり、国民の存在に本質的なものなのである。しかし、統治体（regimen）またはある組織（ordinamento）は、その生活を規律する諸法規なしには考えることができないが故に、これら法規範の有効性は、ある組織が存在するという、まさにその事実のなかに見い出さなければならない。[153] 従つて、否定することのできない、そして取り消すことのできない自然の理性、すなわち万民法によつて、国民は、自己の存在を規律する条例を制定する権力を自己のなかに有するのである。言い換えれば、条例制定権の基礎は、上位者の意志行為から独立して、組織としてのその存在という事実そのものから生まれるのである。そして、万民法すなわち自然の理性こそが、条例を有効に制定できるすべての社会集団に条例制定権を付与するものなのである。しかも、この理性とは、抽象的で非歴史的なものではなく、ガイウスのいう自然の理性のように、自然的であると同時に実定的である法を基礎づけながら、歴史的現実を解釈しかつ合理化するところの理性なのである。[154]

バルドゥスの目には、国民の存在はまさに法律と条例によつて規律される組織としての統治体として映つたのであり、そして彼は、いわば組織と法規範との間の循環過程論によつて、組織と、法規範と、組織の誕生という政治的要素との間に存在する結びつきを理解するのである。[155] たしかに、都市コムーネ組織と条例との間にはこの循環過程が存在する。各々の国民が、自らのなかにその生活を規律する条例を制定する権利を有するのは、まさに自然の正義という、取り消すことのできない理性によつてなのであり、そして、万民法によつてまた国民の存在ないしは保持という自然の要求によつて裁判権はあらゆる国民に固有のものであるから、この裁判権の範囲内で国民の法律制定権もまたすべての国民に承認されなければならないのであつて、これに対して上位者は、これらの国民の法律がその裁判権の範囲を逸脱するとき、またはそれが国民自身の保持のための真の必要性に応えないときにのみ、その効果を停止させるために介入できるにすぎない。[156]「かくして、皇帝が全世界（orbis）において〔法律を制定することができる〕ように、〔都市は〕都市（municipium）において条例を制定する（disponere）ことができる」[157] とバルドゥスは語るのである。

以上に述べたように、バルドゥスによつて条例制定権の法的根拠が万民法に求められることにより、都市コムーネは自由に、すなわち皇帝による黙示的ないし明示的な承認なしに条例を制定できるものと考えられたのである。バルドゥスは、皇帝の普遍的裁判権という残滓と、都市コムーネの揺るぐことのない自治という現実とを完全に調和させたのであつた。[158]

しかし、バルドゥスの論理にはもう一つの面がある。ある組織（regimen）は諸法律および諸条例なしには存在し得なく、従つて、国民が存在するという、まさにその事実の結果として、その存在のなかにある組織をもつということを確認するとき、ある組織の存在は、それ自体の法律の存在に必要な要件であると同時にその結果であることを確認するだけにとどまらない。この組織と法律との間の循環する円はある一点で壊れる。その点とは、組織の出現ないし誕生であり、それは、その政治的な実力にのみ基因しているのである。国民は、それが確認される実力をもつときに、国民なのである。

このようなプロフィルの下では、おそらく、裁判権についての多くの定義のなかで、権力の印でありまた手段でもある、すなわち権力自体に先存する原初的な実力ないし政治的実力である剣（gladium）に裁判権を結びつけるところの定義ほど真理に近いものはない。[159] こうして、国民がその組織の淵源としての存在を達成したとき、いかなる者も、国民の法律を制定する権利を、実力の段階において以外には、もはや争うことはないであろう。バルドゥスの理論は、その鋭くかつ現実的な精神をもつて、都市コムーネがすでに獲得していた確固たる政治的自治という現実を、そのまま条例制定権の正当化の論理としたという特徴をもつている。それ故に、彼の理論は歴史的現実に完全に合致し得たのであつた。[160]

かくしてバルドゥスによつて、条例制定権は法理論上完全に基礎づけられた。彼の卓越した三段論法は、疑いもなく彼の時代を乗り越え、そして形式的な法論理の閉ざされた壁をも乗り越えた。このために、同時代の人々は、このバルドゥスの学説を深く理解できなかつた。当時の法学界は、その殻に閉じこもつてしまい、大いなる社会的、政治的な変革の果実であつた条例現象という重大な現象をあらゆる法的な形式主義の様々な束縛から解放して、その古くかつ永遠の諸基礎を見い出したところの、このバルドゥスの壮大な法学説を理解することができなかつたのであつた。

このようにして、主権的国家を思わせる特殊的な政治組織体が確認され、これによつて普遍的帝国は有名無実のものになりさがつてしまうのである。[161]

(41) Giuseppe Ermini, Corso di diritto comune, I, 3ª ed., Milano, 1962, pp. 26 s.

(42) すでに一二世紀の注釈学者 Joannes Bassianus は、《...Nihil enim tam naturale est quam eo genere quicquid dissolvi, quo coligatum est. Quod nisi imperator constituit postquam populus ei et in eum omne suum imperium commissum ademit, et nisi imperator patiatur eos uti in contrarium...》(Joannes Bassianus, Lectra in Institutiones, De iure naturali, gentium et civili, ed. Enrio Cortese, La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico, II, Milano, 1964, appendice, III, pp. 413 s.) と語り、さらに彼の弟子は、《omnes populi》法文を注釈して、《pro nobis quod populus possit condere, id est ius particulare》(gl. proprium

civitatis, ed. Cortese, La norma, cit., II, p. 167, n. 148) と語りつつ、この許可理論の先駆を思わせる。

(43) この理論について、Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, cit., S. 385 f. ; Enrico Besta, Fonti. Legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero Romano al secolo XVI : Storia del diritto italiano pubblicata sotto la direzione di Pasquale Del Giudice, vol. I, parte II, Milano, 1925, rist. Francoforte e Firenze, 1969, p. 498 ; Fonti del diritto italiano dalla caduta dello Impero Romano sino ai tempi nostri, 2a ed., Milano, 1950, p. 38 ; Calasso, Medio evo del diritto, I, Le fonti, Milano, 1954, p. 499 ; Id., La《dottrina degli Statuti》per l'Italia Meridionale : Annali di Storia del Diritto, IX, 1965, p. 303 ; Ermini, Corso, cit., p. 27 ; Mario Sbriccoli, L'interpretazione dello statuto -contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale, Milano, 1969, pp. 32 ss.

(44) Joachim Hopper, De iuris arte : T. U. I., Venetiis, 1584, lib., I, De lege, circa fin.

(45) Cinus de Pistoia, D. 1, 3, 32 : Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, cit., S. 385, Anm. 133. なお、Petrus de Bellapertica, ad. C. 1, 14, 8 et 11, Lectura super Codice, Paris, 1519 ; Johannes Faber, ad. C. 1, 14, 13-15, Breviarium in Codicem, Lugduni, 1550 の許可理論について cfr. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, cit., S. 385, Anm. 133.

(46) Calasso, Diritto : Annali di storia del diritto, IX, 1965, p. 447. 私見し得たかぎりでは、Accursii glossa in Volumen : Corpus glossatorum iuris civilis, XI, Augustae Taurinorum, 1969 の目次にはこの和約が載っているが、本文のたかでは抜かっている。しかし、Corpus iuris civilis iustinianei, Studio et opera Ioannis Fehi, Lugduni, 1627, rist. Osnabrück, 1966 の Tomus quintus, Volumen Legum には、コンスタンツの和約の注釈が載っている。なお、コンスタンツの和約の Corpus iuris への挿入について、cfr. Liber Grossus Antiquus Comunis Regii (《Liber Pax Constantiae》), vol. I, a cura di F. S. Gatta, Reggio Emilia, 1944, pp. 9-11.

(47) Calasso, Diritto, cit., p. 447.

(48) Albertus de Gandino, Quaestiones statutorum, LXXXIII : ed. Solmi, Bibliotheca iuridica medii aevi collegit atque edidit A. Gaudentius. Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum, III, Bononiae, 1901.

(49) Baldus de Ubaldis, ad tit. De pace Constantiae, del Corpus iuris civilis iustinianei, Tomus quintus, Volumen Legum. reimpressio editionis 1627, Osnabrück, 1966, gl. v. Secundum mores et leges illius civitais. なお、Baldus は、この許可理論を他の箇所でも主張している。たとえば、Ad D. 2, 1 de iurisdictione, 1, n. 1 : Antonio Padoa Schioppa, Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune : Studia et Documenta Historiae et Iuris, XXX, 1964, p. 196, n. 54.

(50) Besta, Fonti, II, cit., p. 498 ; Ermini, Corso, cit., p. 27.

(51) Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 38, n. 41.

(52) Bartolus, ad D. 6, 1, 1 : Bartolus a Saxo Ferrato, In primam Digesti veteris Partem, Venetiis, 1567.

(53) Cfr. Cecil N. Sidney Woolf, Bartolus of Sassoferrato. his position in the history of Mediaeval political thought, Cambridge 1913, p. 22.

(54) Albericus de Rosate, De statutis, I, quae. 7, n. 5 : T. U. I., duce et auspicio Gregorio XIII. Pont. Max. XXVIII volumia congesti, vol. II. そもそも Rainerius de Forlivio は《... legislator non potuit hanc potentiam populis concedere in derogando iuri civili, quod supra dixi eos facere posse》と述べ、したがって、条例が市民法 (ius civile) に反し得ることを否定するのではない。だがこれが、皇帝またはは市民法の承認の産物であることを否定するのである。だまならば《Secundum hoc omnes populi de mundo poterunt statuta specialia facere contra totum corpus iuris civilis, et hoc modo tollere totum ius civile, et hoc modo sibi romanum imperium usurpare : quod non est verisimile prncipem romanorum velle. Ne hoc modo imperator romanum diminuat et subvertat imperium, quod non debet facere, sed augere. Item quia per hunc modum indirectum perderet dominium mundi et ipsius monarchiam, quod non licet sibi directo, ergo nec per obliguum》: Rainerius, Repetitio in l. omnes populi : Repetitionum seu Commentariorum (volumina), I, Lugduni, 1533, n. 33 : Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 38, n. 41.

(55) Odofredus, D. 1, 1, 9: Winfried Trusen, Romisches und partikulares Recht in der Rezeptionszeit: Festschrift fur Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, 'Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung', Munchen, 1970, S. 100, Anm. 11.

(56) Odofredus, C. VIII, 52(53), 2 : Nino Tamassia, Odofredo, Studio storico : Scritti di storia giuridica, II, Padova, 1967, p. 442, n. 41.

(57) Odofredus, D. 1, 1, 9 : Tamassia, Odofredo, cit., p. 442, n. 41.

(58) オドフレードゥスは、他の箇所でも同様な考えを述べている。すなわち《quilibet magistratus etiam hodie potest legem condere in suo territorio...non obstat quod solus princeps potest legem condere...solus princeps potest legem generale condere, ut omnes de suo imperio liget, sed magistratus municipalis condit legem specialem ut liget illos de suo territorio...》: Odofredus, Interpretatio in undecim primos pandectarum libros, Lugduni, 1550, ad l. Hoc edicum, ff. Quod quisque iuris : Pietro Costa, Iurisdictio. Sementica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100–1433), Milano, 1969, p. 201, n. 32.

(59) たとえば《Solus princeps potest hodie concedere leges ..., hanc opinionem tenebant Nicolaus de Matarellis et Ricardus de Malumbris》: Albericus de Rosate, In pr. ff. vet., l. non ambigitur, De legibus et senatusc., n. 3 : Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 36, n. 35. そもそも《Ali dicunt quod (iudex) non potest cognoscere secundum iura civitatis, et quod appellatione iuris statuta non contineantur: quia iura videntur solum ea quae sunt creata per principem, quia solus princeps potest facere iura secundum oppinionem Omoboni : Albertus de Gandino, Quaestiones statutorum, cit., quae. LXXXIII.

(60) Bartolus, ad D. 1, 1, 9. なお佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四五五頁を参照。

(61) Bartolus, ad D. 1, 1, 9, num. 2. なお佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四五七頁を参照。

(62) Ermini, Corso, cit., p. 24 ; 佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四五六頁。

(63) Baldus, ad D. 1, 1, 9. Cfr. Ermini, Corso, cit., p. 24.

(64) Ermini, Corso, cit., p. 25. なお、《omnes populi》法文のその後の発展史については cfr. Ermini, Jus commune e Utrumque ius. Excerptum ex Actis Congressus Iuridici Internationalis Romae. 12-17 Novembris 1934 vol. II, Romae, 1935, p. 3 ss.

(65) Albericus de Rosate, De statutis, cit., 1, 3.

(66) Albertus de Gandino, Quaestiones statutorum, cit., I. なお佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四四六頁を参照。

(67) Albertus de Gandino は、他の箇所では、明らかに《omnes populi》法文を条例制定権の根拠としている。《Et primo videamus, qui possunt statuta facere? Et certe populi civitatum statuta facere possunt, ut ff. de iustitia et iure l. omnes populi》: Tractatus de maleficiis, rubr. De statutis et eorum observantia, ed. Hermann U. Kantorowicz, Albertus Gandino und das Strafrecht der Scholastik, II, die Theorie, Berlin und Leipzig, 1926, S. 381, Anm. 1.

(68) Signorolus de Homodeis, Consilia ac quaestiones, Lugduni, 1549, cons. 39, n. 6 in fi. : 《Sed ita est, quod licet generaliter imperator permittatci vitatibus ut possint facere statuta et consuetudines iuduci, ut dicta lege omnes...》; cons. 56, n. 11 : 《Imperator generaliter permisit unicuique civitati ut ius municipale facere possent, et probatur in l. omes ... alias nulla civitas leges facere posset cum solius sit Imperatoris》: Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 34, n. 31. 同様に、
Paulus de Castro, In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria, Venetiis, 1594, in l. Omnes pop., De iust. et iure, n. 4 : 《Collige ergo ex ista lege quod quilibet populus, sive sit subditus Romanorum Imperio, sive non, habet facultatem condendi statuta ... Primo quod talia statuta valent etiam si sint contraria iuri scriptio, non propter potestatem condentium, sed propter licentiam datam ab ipso iure scripto ...》: Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 34, n. 31.
Lanfranco da Oriano, Tractatus de interpretatione statutorum : T. U. I., II, Venetiis, 1584, nn. 2-3 : 《...Quoddam est statutum, quod est contra ius commune ... et tale statutum valet, quoniam imperator dedit potestatem omnibus populis conficiendi sibi statuta oportuna ... Unde si imperator non dedisset hanc licentiam, statutum contra ius non valeret, quia inferior non potest tollere legem Superioris ...》.

(69) Ermini, Corso, cit., p. 40.

(70) Giovanni Crotti, ad l. omnes populi, ff. De iustitia et iure : Ermini, Corso, cit., p. 40.

(71) Bartolus, Consilia, Quaestiones, et tractatus, Venetiis, 1567, lib. 2, cons. 105, n. 2.

(72) Ibid., cons. 106, circa fin : Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 35, n. 34.

(73) Besta, Fonti, II, cit., p. 498 ; Calasso, Medio evo, cit., p. 499 ; Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 40.

(74) Rainerius de Forlivio, Repetitio, cit., n. 22, circa med. : Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 40.

(75) Calasso, Medio evo, cit., p. 499.

(76) Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 40.

(77) Ibid., p. 45.

(78) Ermini, Corso, cit., pp. 27 e 38 ; Sbriccoli, L'interpretazione, cit., pp. 38 e 45.

(79) Calasso, Medio evo, cit., p. 500 ; Id., 《Iurisdictio》 nel diritto comune classico : Annali di Storia del Diritto, IX, 1965, p. 93 ; Id., I glossatori, cit., pp. 49 ss. e 83 ss. ; Id., Autonomia. Premessa storica ; Id., Storicità del diritto, Milano, 1966, pp. 360 s. ; Paolo Grossi, Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale –Corso di storia del diritto–, Padova, 1968, p. 75 ; Cortese, La norma, cit., pp. 377 e 379, n. 29. なお、裁判権一般については、P・カラマンドレーイ著・小島武司・森征一共訳『訴訟と民主主義』、中央大学出版部、昭和五一年、とくに第一章を参照。

(80) Cfr. Calasso, 《Iurisdictio》, cit., p. 95 ; Claudio Schwarzenberg, Giurisdizione (diritto intermedio) : Enciclopedia del Diritto, XIX, Milano, 1970, p. 213.

(81) D. 2, 1 de iurisdizione, 3.

(82) Calasso, 《Iurisdictio》, cit., p. 97.

(83) Codice Haenel, IV, 67, p. 140 : H. Fitting, Juristische Schriften des fruhen Mittelalters, Halle, 1876 ; Calasso, 《Iurisdictio》, cit., p. 97.

(84) Irnerius, Glossa ad Digestum Vetus, de iurisdictione 〔2, 1〕, ad rubr. : Besta, L'Opera d'Irnerio, II, Torino, 1896, p. 20. さらに Excerpta codicis Vaticani Reg. 435, n. 68 : Bibliotheca Iuridica Medii Aevi, II, ed. Padetta, p. 135 も、《Iurisdictio est potestas cum necessitate iuris retinendi, vel aequitatis statuende》 と語っている。

(85) Rogerius, Summa Codicis, de iurisdictione omnium iudicum, 2 〔III, 7 (13)〕 : Bibliotheca iurica Medii Aevi, I, ed. Palmeri, p. 85.

(86) Padoa Schioppa, Guirisdizione e statuti, cit., p. 192, n. 40.

(87) Schwarzenberg, Giurisdizione, cit., p. 214.

(88) Calasso, 《Iurisdictio》, cit., p. 98.

(89) Ibid., loc. cit.

(90) Azo, Summa Codicis, de iurisdictione omnium iudicium (III, 13), I. Rogerius の定義を繰り返した後、次のように語る。すなわち

《Dicitur autem iurisdictio a ditione (quod est potestas) et iure, quasi dicat legitima potestas》.

(91) Azo, Summa Codicis, loc. cit. col. 177.

(92) Calasso, 《Iurisdictio》, cit., p. 99.

(93) Schwarzenberg, Giurisdizione, cit., p. 214.

(94) Gl. potest ff. de iurisdictione omnium iudicum, e. ius dicentis (D. 2, 1, 1).

(95) Calasso, 《Iurisdictio》, cit., p. 100.

(96) Bartolus, ad D. 2, 1, 1, n. 3 : In primam Digesti veteris Partem, cit. なお佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四六八頁および同「バルトールスの政治思想」国家学会雑誌第八九巻第三・四号、一五頁を参照。

(97) Calasso, 《Iurisdictio》, cit., p. 100.

(98) Gl. mixtum est ff. de iurisdictione, l. imperium : Corpus glossatorum iuris civilis, cit., VII.

(99) Cfr. Padoa Schioppa, Giurisdizione e statuti, cit., p. 192, n. 43 e p. 193, n. 44.

(100) たとえば Joannes Bassianus は都市の裁判官たる《defensor civitatis》は、《ea...qual spectant ad merum imperium vel mixtum non exercet: nam illa egent iurisdictione, scil. maiori...》: Summa Authentici, ad auth. de defen. civ. [Nov. 15], n. 3 : Padoa Schioppa, Giurisdizione e statuti, cit., p. 193, n. 46 と語っている。

(101) Joannes Bassianus, Summa Authentici, ad auth. de def. civ. n. 3 : Padoa Schioppa, Gurisdizione e statuti, p. 193, n. 46.

(102) Bartolus, Ad C, 11, 29 : Super postremistribus libris Codicis, Venetiis, 1567. ここにおいて、《glossa dicit quod sunt ...》と述べている。

(103) Odofredus, ad C. 3, 3, 1 : Tamassia, Odofredo, cit., p. 442, n. 41.

(104) Cynus, in Digesti Veteris, libros De iurisdict. omnium iudic. in l. Imperium : Cyni Pistoriensis, in Codicem et aliquod titulos primi Pandectorum tomi... Commentaria, II, Francoforti ad Moenum, 1578, rist. anast. Torino, 1964.

(105) Cynus, in Codicem et aliquod titulos, cit., I, lib. III, r. V.

(106) Padoa Schioppa, Giurisdizione e statuti, cit., p. 194.

(107) 以下 Bartolus については、佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四六六―四七二頁を参照。

(108) Bartolus, ad D. 2, 1, 3. なお佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四六八―四六九頁を参照。

(109) Calasso, Medio evo, cit., p. 500.

(110) Woolf, Bartolus of Sassoferrato, cit., pp. 134 f.

(111) Bartolus, ad C. 1, 4, 16 : In primam Codicis Partem, Venetiis, 1567.

(112) Cfr. Woolf, Bartolus of Sassoferrato, p. 135, n. 1.

(113) Bartolus, C. 1, 4, 16.

(114) Bartolus, ad C. 2, 3, 28, Antica Lectura, n. 5. なお佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四七〇頁を参照。

(115) Woolf, Bartolus of Sassoferrato, cit., p. 136. なお佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四七〇頁を参照。

(116) Ermini, Corso, cit., p. 40; Calasso, Medio evo, cit., p. 500.

(117) Calasso, 《Iurisdictio》, cit., p. 93.

(118) Calasso, Medio evo, cit., p. 500; Id., Autonomia, cit., p. 36.

(119) Guido Fasso, Storia della filosofia del diritto, I, Bologna, 1966, p. 282.

(120) Calasso, Diritto, cit., p. 451.

(121) Calasso, Autonomia, cit., p. 36.

(122) Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 43, n. 50 ; Marcel David, Le contenu de l'hégémonie imperiale dans la doctrine de Bartele: Bartolo da Sassoferrato, II, Milano, 1962, pp. 206 ss.

(123) Cfr. Woolf, Bartolus of Sassoferrato, cit., pp. 130 s.

(124) Jacobus de Arena, Commentarii in universum ius civile, Lugduni, 1541, ad l. Consuetudines, C. Que sit longa consuetudo: Costa, Iurisdictio, pp. 210 s.

(125) Solmi, Alberto da Gandino, cit., p. 177.

(126) Albertus Galeottus, Aurea ... margarita, seu quaestionum summula, Venetiis, 1567, XLI, n. 4 : Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 35, n. 33.

(127) Solmi, Alberto da Gandino, cit., p. 145.

(128) Tractatus de maleficiis, rubr. De statutis et eorum observantia, ed. Kantorowicz, Albertus Gandinus, II, cit., S. 382, Anm. 6. 同様に、《Numquid collegia facere possint inter se statuta? Et videtur quod sic., cum iurisdictionem habeant qui talia collegia regunt》: Alberti de Gandino, Quaestiones statutorum, cit., VII.

(129) Albertus de Gandino, Quaestiones statutorum, cit., Quaest. 1.

(130) Cyni Pistoriensis, In Digesti veteris libros; Cyni Pistoriensis, in codicem commentaria, II, Francoforti ad Moenum, 1578, rist. anast., Torino, 1964, in l. extra territorium, De iurisd. Omn. iudic., nn. 10-11.

(131) Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 35, n. 33.

(132) Bartolus, ad D. 1, 1, 9.

(133) Id., ad C. 3, 1, 3, n. 2.

(134) Id., ad D. 1, 1, 9.

(135) Id., ad D. 4, 4, 3.

(136) Id., ad C. 10, 63, 5.

(137) Id., ad D. 1, 1, 9.

(138) Id., ad D. 4, 4, 3.

(139) Id., ad D. 1, 1, 9.

(140) 佐々木前掲「バルトールス」法協八四巻四号、四六七頁。Ermini, Corso, cit., p. 38 ; Prosdocimi, La formazione dell'unità giuridica medievale : Quaestioni di storia medievale, a cura di E. Rota, Milano, p. 634.

(141) Ermini, Corso, cit., pp. 38-40.

(142) Baldus, ad C. 6 cum omnes, X, 1, 2 de constit., n. 38 : Padoa Schioppa, Giurisdizione e statuti, cit., p. 196, n. 54.

(143) Baldus, Consilia, I, cons. 31, n. 1 ; IV, cons. 324, nn. 1-3 ; IV, cons. 396, n. 1 ; V, cons. 372, nn. 2-3 ; V, cons. 183, n. 1 ; Ad Decretales, c. cum omnes, De const., n. 38. Cfr. Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 33, n. 30.

(144) Baldus, C. 8, 52, 2, n. 2 ; X, 2, 26, 20, n. 2 ; Inst. 1, 2, 1, n. 2 ss. : Horn, Aequitas in den Lehren des Baldus, Köln-Graz, 1968, S. 77, Anm. 5.

(145) Besta, Fonti, II, cit., p. 499.

(146) Calasso, Medio evo, cit., p. 500 ; Id., La《Dottrina degli Statuti》, cit., p. 303.

(147) Sbriccoli, L'interpretazione, cit., pp. 41-44.

(148) D. 1, 1, 9 ; Inst. 1, 2, 1.

(149) Cortese, La norma, cit., I, Milano, 1962, pp. 37 ss.

(150) Baldus, ad D. 1, 1, 9. Cfr. Federigo Sclopis, Storia della legislazione italiana, 2ª ed., Torino, 1863, p. 116, n. 1.

(151) Ermini, Diritto romano comune e diritti particolari nelle terre della chiesa : Ius romanum medii aevi, pars V, 2 c, Mediolani, 1975, p. 55.

(152) Calasso, Medio evo, cit., p. 500.

(153) Ibid., loc. cit.; Id. La《Dottrina degli statuti》, cit., p. 303 ; cfr. Vittorio Emanuele Orlando, La legislazione statutaria e giureconsulti italiani dei secolo XIV, Palermo, 1884, p. 28 ; Ermini, Corso, cit., p. 41.

(154) Fasso, Storia della filosofia del diritto, cit., I, p. 283.

(155) Cfr. Calasso, Medio evo, cit., p. 501.

(156) Ermini, Corso, cit., p. 41.
(157) Baldus, Comm. ad C. 7, 37, 3 (De quadriennii praescriptione, l. Bene), 1 : Ermini, Diritto romano comune, cit., p. 56.
(158) Biagio Brugi, Baldo : Id. Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane, -Saggi-, Torino, 1915, p. 765.
(159) Cortese, La norma, cit., II, pp. 378 s., spec. p. 379, n. 29 ; Calasso, I glossatori, cit., p. 101.
(160) Sbriccoli, L'interpretazione, cit., p. 30, n. 24 ; cfr. Nicolini, Per lo studio, cit., p. XXXIII.
(161) Calasso, Medio evo, cit., p. 501.

おわりに

本稿の研究目的は、中世イタリアにおける都市コムーネの条例制定権の問題を政治的、社会的現実と法学説とのダイナミズムのなかで把握することであつた。このために、まずはじめに、都市コムーネはどのようにして条例制定権を政治的に獲得していつたのかを、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る法律家が、現実の社会、政治生活のなかで権力とりわけ都市コムーネ権力と、どのような関係で結ばれていたのかについて検討し（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、どのようにして都市コムーネの条例制定権の問題に法理論的な解決を与えていつたのかについてみてきた（第三章）。

この研究を通して明らかとなつたことを要約すれば、次のようになる。帝国領イタリアの北中部の都市コムーネは、一一八三年のコンスタンツの和約を通して帝国から条例制定権を獲得し、それによつて都市コムーネは自己の法によつて生きる一つの法的組織としてその存在が認められ、特殊的な組織として帝国という普遍的組織に正式に編入されることとなつて、ここにその自治は確立された。こうして、都市コムーネの条例制定権の問題はその政治的解決をみたのである。このような政治情況のなかで、都市コムーネの自治体制を強化し、そして防衛するために、都市コムーネ権力は、合理的なローマ法学

を学んだ法律家を都市コムーネ権力の構成員として取り込み、条例編纂者、裁判官等の公職を通して権力行使の一端を担わせた。かくて、都市コムーネ権力と法律家との結合関係が生まれ、法律家は自己の修得した法知識を都市コムーネ自治の確立のために役立てることになる。こうしたなかで法学説は、あくまでも条例制定権の法的根拠をローマ法原典のなかに求めながら、事実上の現実を、その現実に時間的に遅れつつも、法律上正当化してゆく。すなわち、都市コムーネの条例制定権についての法学説は、都市コムーネ自治の確立の歩みを追いつつ展開してゆくのである。事実、法学説は、一方で、都市コムーネの条例制定権に表面上は客観的かつ法的な理論的根拠を与えながら、他方で、この条例制定権をいまや都市コムーネによつてすでに獲得された所与として、すなわち理論的にではなく政治的に獲得された所与として認めるのである。

条例制定権理論の基礎には二つの組織の対立がある。帝国という普遍的組織は、その内部に都市コムーネという特殊的組織が誕生して、この新しい組織が、帝国はただ一つであり皇帝は唯一の立法者であるとする絶対的たるべきドグマを力づくで侵害し、自らが条例制定権者として条例を制定してゆく姿を目のあたりに見たのであつた。法学説は、このような現実に対応してゆき、絶対的皇帝立法権というドグマを打破してゆくのだが、しかし、このようなドグマをまつたく否定し去るわけではない。それは、そのドグマがかつてもつていた絶対的、排他的な価値、力を失うという意味である。法学説は、普遍的組織が侵害されることを認めることはできなかつた。法学説は、普遍的組織と特殊的組織という、皇帝の立法権と都市コムーネの条例制定権という相対する極を調整しながら、古い絶対的皇帝立法権のドグマを、都市コムーネがその政治的な実力をもつて条例を制定しているという新しい現実と和解させて、新たな体系的統一を作り上げてゆくのである。すなわち都市コムーネの条例制定権の法的基礎を、許可理論は、まだ都市コムーネの力が弱く不安定な時期に、直接に皇帝のまたは皇帝が最高位にある法的組織の許可に求めたのであり、裁判権理論は、都市コムーネ自治が確立した時期に、それを決定的に都市コムーネの支配権を意味した裁判権自体に求め、最後に万民法理論は、都市コムーネ自治が不動のものとなつた時期

に、自然の理性である万民法に求めていつたのであつた。これら三つの理論は、時間的に前後関係にあつたのではない。むしろ、これら三つの理論は、空間的に重層的関係にあつたのである。また、多くの法学者においては、これら三つの理論が矛盾と感じられることなく同居していたのであつた。こうして都市コムーネの条例制定権は、政治上も法理論上も承認され、その結果、条例もまた法として認められ、都市コムーネ自治はその完成をみた。かくてここに時代は中世から近代へとその歩みを始めるのであり、そして普通法の概念も、帝国という統一体の法から個々の独立した統一体の法へと徐々に移行し始めるのである。

私は、この研究を基礎として、次に本稿で欠落している教会法学者の理論、教会領における都市の条例制定権をめぐる問題、さらには中世の法学説が普通法と条例、そして条例と条例との衝突の問題をどのように解決していつたのかについて明らかにしてゆきたいと思う。

（参照中世法学文献）

本稿において参照した中世の法学文献は左の通りである。

Accursii Glossa in Digestum Vetus : Corpus glossatorum iuris civilis, VII, Augustae Taurinorum, MCMLXIX（以下 C.G.I.C. と略す）

Accursii. Glossa in Codicem : C.G.I.C., X, A.T. MCMLXVIII

Alberici a Rosate Commentariorum de statutis (libri) : Tractatus universi iuris, duce et auspice Gegorio XIII Pontifice maximo, in unum congesti, additis quamplurimis antea nunquam editis, ...praeter summarium singulorum tractatuum, accessere locupletissimi indices, II, Venetiis, 1584.（以下 T.U.I. と略す）

Alberti de Gandino Quaestiones Statutorum, ed. Arrigo Solmi, Bibliotheca iuridica medii acvi collegit atque edidit A. Gaudentius. Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum, III, Bononiae, 1901.（以下MIMAe と略す）

Azonis Lectura super Codicem : C.G.I.C., III, A.T. MCMLXVI.

Azonis Summa super Codicem : C.G.I.C., III, A.T. MCMLXVI.

Baldi Ubaldi Perusini, In primam digesti veteris partem Commentaria, Venetiis, 1616.

Baldi Ubaldi Perusini, Consiliorum sive Responsorum (volumina)..., Venetiis, 1580.

Bartoli a Saxoferrato In primam ff veteris partem (commentaria)..., Venetiis, 1567.

Bartoli a Saxoferrato In primam Codicis partem (commentaria)..., Venetiis, 1567.

Bassiano Giovanni, Lectura in Institutiones, framm. ed. E. Cortese, La norma giuridica, II, app. III. Milano, 1964.

Caccialupi Giovanni Battista, Joannis Baptistae de Caccialupis opusculum, ed. Caprioli (De《Modis Arguendi》scripta Rariora): Studi Senesi, LXXVII, 1965.

Cyni Pistoriensis in Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est. Digesti veteris. Doctissima Commentaria, Francoforti ad Moenum, 1578 (rist. Torino, 1964)

Corpus iuris civilis, tom. I-III, ed. Krueger-Mommsen-Schoell, Berolini, 1954.

Corpus iuris civilis iustinianei, Tomus quintus, Volumen Legum reimpressio editionis 1627, Osnabrück, 1966.

Joachimi Hopperi De iuris arte (libri)..., T. U. I., I, Venetiis, 1584.

Quaestiones de iuris subtilitatibus, ed. Ginevra Zanetti, Firenze, 1958.

Rogerii Summa Codicis, ed. Palmieri : BIMAe.

Vacarius Liber Pauperum ed. De Zulueta, The Liber Pauperum ob. Vacarius, London, 1927.

(補注) 本稿第一章（本誌第四九巻第八号、七〇頁）に注の欠落があったのでここに補充する。

(119) オットカール著・清水・佐藤共訳前掲「中世の都市コムーネ」、三〇―三一頁を参照。

(昭和五一年六月二〇日脱稿)　完