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

Title	「モス・イタリクス Mos Italicus」の法学思想：中世ローマ法学の正義の学としての側面
Sub Title	Equity in the Medieval Roman Law
Author	森, 征一(Mori, Seiichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1988
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.6 (1988. 6) ,p.1- 36
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880628-0001

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.

「モス・イタリクス　Mos Italicus」の法学思想

——中世ローマ法学の正義の学としての側面——

森　征一

I

ヨーロッパ中世における神聖ローマ帝国 Sacrum Imperium 領イタリアの法生活は、一般的にいえば、現実的にはさまざまな要素が避け難く衝突し合いながら、多元的な対立へと向かう一方で、精神的には、なおそれらが共存し合いながら、統一的な調和へと向かってゆく。(1)

このキリスト教的・ローマ的帝国は、その誕生以来、中世の帝国は古代ローマ帝国の正当な後継者であるというローマ帝国理念が、とりわけ一二世紀以来の「支配権移転 translatio imperii」理論(2)に立って形成されたが、この理論の上に、古代のローマ法 Corpus iuris は中世の帝国の法である、と考えられるにいたった。かくして中世帝国の法秩序はローマ法によって形成されることとなったが、このような考え方から出発したボローニャの法学者は、一二世紀の一注釈学者が語るように、帝国の絶対的な普遍的統一理念を高揚し、ローマ法の普遍的な妥当性を強調して、

「ただ一つの帝国 unum imperium しか存在しないがゆえに、[そこには] ただ一つの法 [＝ローマ法] unum ius しか存在しない」[3] ということを確認する。しかし、その確認とは異なって、時代は新たな展開を示していた。彼も述べるように、「帝国の下にあって相異なる土地と統治によって区別された諸国民は相異なる諸法」すなわち「条例 statuta」「に従う」[4] という現実がすでに生まれていたのである。すなわち注釈学者においては、政治現実的には、帝国内において、帝国にたいして自治を要求する都市（コムーネ）が事実上 de facto 形成され、都市の立法権たる「条例制定権 ius statuendi」を行使して新しい法、すなわち条例を制定して、これを帝国法たるローマ法を初めとする他の法源に優先させて適用したとしても、法理論的には注釈学者にとって、都市は法律上 de iure、帝国という統一体の部分として、あくまでも帝国に従属すべきものにしかすぎず、それゆえにただ一つの帝国が存在するだけであるから、当然のことながら、そこでは、都市に条例制定権の承認される余地はなく、法律制定権を有するのは帝国のみであった。かくして法理論上、帝国においてはただ一つの帝国法たるローマ法しか妥当し得ず、都市条例はまったくその法的効力を承認されることはなかったのである。以上のように、この時代においては、政治現実と法学説との対立は決定的なものであった。

しかし、帝国にたいする都市の自治が否定しえない現実となるにつれて、都市は条例の法的効力を帝国に承認させるために、その前提として、都市自治の象徴とされた条例制定権を獲得するための政治闘争を展開し、帝国と対決することになる。その結果、帝国領の北中部イタリア諸都市は、一一八三年の「コンスタンツの和約 Pax Constantiae」を通して皇帝から、さらに教会領 Terrae Ecclesiae の中部イタリア諸都市は、一三五七年の「聖母教会令 Constitutiones Sanctae Matris Ecclesiae」を通してローマ教皇から、それぞれ条例制定権を獲得して、都市自治を確固たるものとした。このような政治現実を背景として、法学者は一三世紀後半頃から、都市の条例制定権を、ローマ法（D. 1,1,9）を通して法理論的に根拠づけた。これがいわゆる「条例制定権理論」である。[5] 法学者は、続いて、そこから論

理必然的に引き出される中世世界の法秩序を構成する帝国と都市という、上位権力と下位権力との対立関係についての問題の解決を迫られることとなった。換言すれば、皇帝立法権と条例制定権、つまりローマ法 unum ius と条例 statuta の問題をいかにして解決すべきか、という問題が法学者の前に立ちはだかったのであった。法学者は、帝国と都市との対立関係を、諸国民のローマ的・キリスト教的な統一世界として普遍的組織と、その統一世界を構成する個々の小世界としての特殊的組織との共存関係においてとらえ、さらにそれに対応させて、帝国ローマ法と都市条例との対立関係を、普遍的組織としての帝国のローマ法とカノン法とから成る両法 utrumque ius と呼ばれる普通法＝共通法 ius commune と、特殊的組織としての都市の特有法 ius proprium との共存関係において、換言すれば、全体と個との統一的な調和関係において把握しなおした。普通法は、もっとも大きな普遍的組織体としての帝国の全人類に共通な一般的利益を追求するために皇帝が制定する法であり、特有法は、その普遍的帝国のなかで生活する小さな特殊的組織体としての都市の特殊的利益を追求するために、都市が制定する法であると考えられたのである。かくして普通法と条例との関係は、いわば一般法と特別法との関係で把握されることとなり、普通法と条例とが衝突する場合には、まず条例が普通法にたいして優先的に適用され、条例に欠缺ある場合にのみ、普通法が条例の欠缺を補充する法として適用されるものと考えられた。

ところで、ここにローマ法と都市条例との関係についての法学理論を考えるうえで興味深いエピソードがある。それは法学博士 legum doctor ヤコブス・バルドゥイーニ（一二三五年没）にまつわる逸話である。一二一三年、彼はボローニャ法科大学の教授に就任したが、一二二九年にポデスタとしてジェノヴァに招聘され、そこである刑事事件を担当した。ローマ法学者の彼は、凶悪犯罪を犯した貴族にたいして絞首刑の判決を下したが、その執行にジェノヴァ市民が反対したとき、ポデスタ職を辞任したというのである。ジェノヴァの慣習法は、貴族は「縄ではなく剣によって」処刑されるべし、と斬首刑を規定していたが、「最高の学識をもったローマ法学者としての」バルドゥイーニは、

凶悪犯罪に関しては、「ローマ法」を優先的に適用すべきことを主張した。しかしジェノヴァ市民の抵抗に打ち勝つことができず、彼はジェノヴァを立ち去ったのであった。その後ジェノヴァ市民は、ローマ法学者をポデスタ職に就任させることを禁止する規定を設けたという。しかしそのような条例はかつて存在したのかもしれないが、現在は伝えられていないし、その後も法学者は依然としてポデスタとして招聘され続けている。このような伝説は、ローマ法に内在する衡平 aequitas の理念や自然法的要素を賞揚し、そして、それと対照的に条例の貧弱さを際立たせようとして作り出されたものであろうと言われている。したがってこの逸話が、ボローニャ法科大学草創期の法学者の一人ペポの逸話と著しく類似していたとしても偶然ではない。奴隷の殺害事件について「悪しき裁判官」は財産刑を主張したが、ペポは「あたかもユスティニアヌス帝の勅法類集および法学提要の裁判官のように」、彼に反対し、帝国法の適用を達成したというのである。ジェノヴァでは、バルドゥイーニはローマ法の伝統を守ろうとするが、その結果は、ペポとは逆に成功しなかった。彼はジェノヴァを追われて、真なる法に精神的渇きをいやすべくボローニャの講壇に戻るが、これにたいして、ジェノヴァ人は将来にわたって、ローマ法学者の支援を断つことを決定した瞬間から、ますます野蛮な法の深みにはまりこんでいったという。(6)

このバルドゥイーニにまつわるエピソードは、一三世紀前後に、法学者 doctores と都市相互の間に生じた激しい対立、言い換えるならば、法学と政治権力との対立の一面を象徴的に物語っているように思えてならない。(7)

このように政治権力と対立し得る法学とはどのような性質のものであったのだろうか。本稿では、一二世紀から一六世紀初頭にいたる、いわゆる「古典普通法学 giurisprudenza del diritto comune classico」ないしは「イタリア学風 mos italicus」と呼ばれている中世ローマ法学の時代に、法学者は、彼らの法学をどのようなものとして観念していたのかを、普通法と条例との関係の問題を関連させながら、衡平・正義という側面から検討してみたい。

この検討によって、ヨーロッパ近世・近代法学史の出発点として位置づけられるべきものでありながら、いまだ

「神秘的なヴェールの陰に隠されている」[8]「中世イタリア法学 mos italicus」の「正義 iustitia の学」としての一端が解明されよう。

(1) 以下の論述については、Francesco Calasso, Medio evo del diritto, I, Milano, 1954, p. 367 ss.; 拙稿「中世イタリアの都市コムーネと条例制定権 (ius statuendi) 理論、㈠—㈣」、法学研究、四九巻八—一一号およびジュゼッペ・エルミニ著「教会領における普通ローマ法と特別法」(筆者紹介)、法学研究、五〇巻二号、六二頁以下参照。さらに勝田有恒「ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落」、法学研究 (一橋大学)、九も、ヨーロッパ法史の全体的パースペクティブを得るのに参考になる。

(2) 勝田「フリードリッヒ　バルバロッサといわゆる『ローマ法の理論的継受』」、法学研究(一橋大学)、六、二三五頁以下参照。

(3) Questiones de iuris subtilitatibus. Testo, introduzione ed apparato critico, a cura di Ginevra Zanetti, Firenze, 1958, II, 16. (なお引用個所については、佐々木有司「中世イタリアにおける普通法 (ius commune) の研究—バルトールス・デ・サクソフェラートを中心として—㈠」、法学協会雑誌、八四巻一号、四七—四九頁参照)。

(4) Ibidem, II, 15.

(5) 拙稿前掲論文参照。

(6) Vito Pierogiovanni, Lezioni di storia giuridica genovese. Il Medio evo, Genova, 1983, p. 31. 本書の紹介は、拙稿「V・ピエルジョヴァンニ著『ジェノヴァ法史講義—中世—』」、法学研究、五七巻六号、一一五—一一六頁参照。

(7) Calasso, Medio evo, cit., p. 424.

(8) 勝田「ヨーロッパ近世法史学の動向と課題」、一橋論叢、五四巻三号、四三五—六頁。なお、中世ローマ法学およびその法学文献について論じたものとしては、以下のものがある。勝田「マックス　プランク　ヨーロッパ法史研究所とその研究課題六」、一橋論叢、六五巻六号、九八頁以下。佐々木有司「中世ローマ法学」(碧海・伊藤・村上編『法学史』、東大出版会、一九六七年)、七五頁以下。小林公「中世論理学と中世ローマ法学」、立教法学、一三、一六一頁以下。テオドール・フィーヴェク著(植松秀雄訳)『トピクと法律学—法学的基礎研究への一試論—』(木鐸社、一九八〇年)、一〇五頁以下。久保正幡「法学の mos Italicus と、mos Gallicus」、法学協会編『法学協会百周年記念論文集第一巻　法一般・歴史・裁判』(有斐閣、昭和五八年)、二二九頁以下。河上倫逸「法律学の形成と学識法曹階層の社会的進出」(上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』、ミネルヴァ書房、一九八七年)一頁以下。さらに、法思想に関しては、飛沢謙一「中世スコラ哲学の法思想 (トマス、スコッ

ト、オッカム）」、名城法学、二六巻三・四号、一―五九頁。若曾根健治「バルドゥスにおける法理論の一斑」、熊本法学、二八号、四二七―四六五頁がある。

II

中世の精神は、基本的には、統一の原理 reductio ad unum、換言すれば、全体的なるものと個別的なるもの、単一なるものと多数なるもの、普遍的なるものと特殊的なるものという両極にある二つの理念の調和を要請していたといわれる。[1] この統一の原理は、精神科学の領域で、知識の普遍性と統一性を要求した。それは、神学 theologia によって要求され、哲学 philosophia によって裏づけられた真理の一体性の再確認であった。神学は学問のなかの女王として理念化された。かくして哲学、法学といった知識の様々な領域は、人間性 humanitas、それゆえに、自然的、啓示的な神学のなかに統合され、そこにキリスト教的英知の組織的統一がその姿を現わすのである。[2]

法学もまた神学、哲学と切り放せない一体のものと考えられた。[3] アックルシウス（一二六〇年頃没）は、「ローマ法学は真の哲学であるといわれる」[4]として、法学と哲学の一体性を主張した。さらに彼は、法学と神学との一体化を主張し、「法律家を目指そうとする者は、神学を学ぶ必要があるだろうか」を問い、それにたいして、「その必要はない。なぜなら、Corpus iuris のなかにあらゆるものが見い出されるからである」[5]と答えた。アックルシウスにとって Corpus iuris を学ぶことは、法を学ぶことのみならず、道徳をも学ぶことをも意味したのである。なぜなら、Corpus iuris には法と道徳についてのあらゆることがらが含まれているからである。バルドゥス（一四〇〇年没）も、法学のなかに「道徳哲学 philosophia moralis」が含まれる。「なぜなら、それは法律の母であり、入口であるから」[6]と語っている。このように中世の法学者においては法学と哲学、神学は、相互に密接な関係で結合しているのである。

統一の原理はさらに、キリスト教の神を媒介とする法と倫理・道徳との一致を要求した。[7] 中世キリスト教社会に生きた法学者にとって、人の法は神の法に服従すべきものであった。そして法と倫理との対立は、絶対に回避されなければならなかった。なぜなら、両者に生命の息吹きを与えるものは、神によって人間の精神に直接に刻印された「自然的理性 ratio naturalis」であったからである。したがって、法は理性の命令 dictamen rationis であった。[8]

中世においては、聖トマス・アクィナスの思想に典型的に表わされているように、あらゆる法は宇宙全体の支配者としての神の永遠なる世界統治の理念たる永遠法 lex aeterna から導き出されると考えられた。自然法 lex naturalis は、理性的被造物たる人間における永遠法の分有であり、神の光の刻印である。すなわち、自然法は、神によって人間の精神のなかに吹き込まれた理性的な掟である。そして人間によって制定された実定法、すなわち人定法 lex humana は、自然法の一般的掟の具体的な法規への特殊的な確定という仕方で、自然法から導き出される。[9] 聖トマスの法思想は、法学者、とくに注解学者に影響を与えた。一六世紀の法学者、ボロニェットもその一人である。ボロニェットによれば、「人定法」は「自然法」に由来し、自然法は「永遠法」の分有であるから、人定法は自然法とともに、永遠法を共有する。したがって、「人定法と自然法は密接に結びついている」のであり、しかも、人定法には自然法が本質的に内在するものであることを確認する。そして、「君主および国民によって制定されたものが、自然法と合致しなければ、それは法の名に価しない」と述べて、人定法は自然法に適うものでなければならず、それに反するものであってはならないと主張した。[10] 彼の法思想の根底に流れるものは、人定法は自然法から導き出されるものであり、それゆえに、人定法は、その「力と霊 vis et spiritus」を自然法から付与されるという確信である。[11]

この人定法は正義 iustitia から導き出されなければならないと考えられていた。なぜなら、正義は徳 virtus の一つであり、[12] 徳の行為はすべて自然法に属するからである。バルトルス（一三五七年没）も、「法 ius は正義に由来するといわれるが、……その理由は、正義は徳であり、法は徳それ自体の実行 executio だからである」[13] と述べている。

この正義は、プラケンティヌス（一一三五―一一九二年没）が「法の作者は人間であり、正義の作者は神である」[14]と語ったように、神の正義である。正義はまた、初期の注釈学者が「正義の源泉は衡平である」といったように、衡平と同一のものと考えられ、そして「衡平は神そのものである」[15]とされた。アックルシウスによっては、「自然 natura とはすなわち神 deus である」[16]ともいわれた。中世の法宇宙は、神の意思によって支配されるが、神の意思は事物の本性および人間関係の本質に息吹く理想的な正義に表われる。神は、人間の魂のなかに正義と不正の意味を明らかにする自然の倫理の光を与えるのである。そして衡平は神意によって人間関係に内在する自然的正義であると考えられた。さらに、中世の法学者にとって、チーヌス（一三三六年没）が「衡平と理性とは同一のものである」[17]と述べているように、衡平と理性とは結びつけて考えられていた[18]。アルベリクス・デ・ロシャーテ（一三六〇年没）は、「衡平は人間精神のなかに眠る正しい理性 iusta ratio である」[19]と述べている。そして衡平は、バルドゥスが「自然的衡平 aequitas naturalis」と呼んだように、「自然的理性」と同一視されていた[20]。かくして、もし人定法が人間の理性の作品であり、たとえ不完全だとしても、つねに神の理性を分有するものだとすれば、人定法は具体的な関係への正義の実行としての「制定された衡平 aequitas constituta」を意味する。したがって人定法が自然法によって指導されなければならないとすれば、法学者にとって、あらゆる実定法の本質的な評価基準は、最高の法原理としての衡平でなければならないのである。バルトロメウス・デ・サリチェート（一四一二年没）は、キケロの衡平の観念を思い起こしながら、「衡平には二種類ある。……なぜなら、一方は自然のままでかつ若々しい衡平で、それはまだ法規に移し変えられず、また書き記されていないものであるが、しかしそれは、神の所有に属する知恵の一部であり、……他方は第二次的衡平であって、公共善によって導入され、しかして法規に移し変えられたものであるから……」[21]と述べ、衡平と法との強く固い結合と、法の衡平からの由来について明らかにしている。

衡平とは、神の意思と一致する、より高い理性、すなわち完全なる正義の理念へと向かう創造力である[22]。そのため

に衡平は「カノン法の衡平 aequitas canonica」とも呼ばれる。カノン法学における aequitas、すなわち aequitas canonica は、正義 iustitia としてのローマ法の衡平 aequitas romana、厳格法 strictum ius の厳格性を緩和させるものとしての misericordia, benignitas 等の教父哲学的概念、および法律を訂正するものとしてのアリストテレスのエピケイア epicheia の三つの要素の総合概念である。それは、カノン法学者ヘンリクス・デ・セグシオ Henricus de Segusio Cardinalis Hostiensis（一二七一年没）によって完成された。aequitas canonica は、法規の厳格性を緩和させるのみならず、実定法が社会善の要求に沈黙するときは、新しい法を創造するのに役立つ概念である。[23]

衡平は中世キリスト教文明の精神であり、統一の原理の表明であった。それはいわば中世法思想の導きの星であった。[24] このことを、ルーカス・デ・ペンナ（一三八九年前後没）は、「法律は衡平の上に基礎づけられるべきである。なぜなら衡平は統一の効果 effectus unitatis であるから」[25]と簡潔に表現したのである。

以上のような衡平の概念は、法学者にとっては、ある実定法規の内容を本質的に評価、判断するための理念的な尺度を表わすにとどまらず、法解釈手続を本質的に指導するための現実的な最高基準を表わすことにもなった。[26]

当時、法学者は、法を神に由来する不変かつ永遠の正義の最高原理である衡平から引き出すという意識から、「司祭 sacerdos」と呼ばれていた。[27] 真の法学者とは、実定法規に内在する永久不変の価値を自覚できる者、当時使用されていたアリストテレスの言葉を用いれば、実定法の「原因 causa」を敏感に察知できる者と考えられた。アルベリクス・デ・ロシャーテも、「法の原因あるいは質料 causa seu materia がなにかを知らなければ、それから生み出されるところの法を知ることはできない。……初めに正義があったのであり、このような法は母および質料としての正義自体から生み出されるのである」[28]と述べている。バルドゥスも「法学者 jurisconsultus は、……諸原理 principia の探究のためには、法の起源から始めなければならない」[29]と述べるように、法学研究は、まず、法の本質的な構成要素を理解することから始めなければならないと考えられていた。法学者は、「法の原因と起源 causa et origo iuris」

を探究しなければ、法学に精通したとはいえない。「なぜなら、術 ars の原理を知らない者は、術を完全に知る者ではないからである。……結果 causati を完全に知るためには、その原因を完全に知ることが要求されるのである」[30]。法学者が正義の問題を論じたのは、これと同じような意味においてであった。パウルス・カストレンシス（一四四一年没）はつぎのように語っている。「法学教授 professores iuris は正義を愛する」。法学教授のもっとも重要な研究対象である実定法の永遠かつ最高の源泉である正義が探究されてこそ、彼らは、正当にも、「司祭」とか「衡平の裁定者 arbitri aequitatis」とか、正義および衡平の「管理者 administrator」と言われうるのである。「正義は善と衡平以外のなにものでもない。そして法は善と衡平の術であり、それゆえ、法は正義に由来するといわれる。なぜなら、法学教授は、もっとも神聖なる法律 leges sacratissimae を管理するがゆえに、……そして善と衡平の知識をもつと自称し、またもっているがゆえに、司祭といわれる」[31]と。

要するに、法学において衡平の存在を予定するということは、それによって、実定法の本質を明らかにしうるということを暗に意味したのである。フェデリーチはつぎのように語っている。すなわち、「市民法は神によって君主の口を通して公布されるといわれる。……衡平の裁定者と呼ばれる法学者についても同様である」[32]。したがって、アルベリクス・デ・ロシャーテも述べるように、「法律の提案者は神から許可を受け、それゆえに法律は神によって作られ、悪魔によって廃されるといわれる」[33]。立法者には、正義に反する恣意的な法律を制定することはできないのである。なぜなら、神は立法者に正義にしたがった衡平な法律を制定する権限しか与えなかったからである。ガンマーロも、「法律を制定することは、まさに、共通かつ理性的な善をなすことである。なぜなら、神は、ただ正義と衡平を制定する権限しか認めていないからである」[34]と述べている。それゆえに、ルーカス・デ・ペンナが語ったように、「君主の意思が衡平、正義あるいは理性から逸脱するとき、それが法律ではないことは明白である」[35]。

立法者と同様、アルベリクス・デ・ロシャーテのいう「もっとも神聖なる正義の法律 lex sanctissimum iustitiae」[36]

を管理する法解釈者としての法学者は、司祭のように、その口を通して、神の意思たる正義を語らなければならないのである。したがって、法学者は、法規の解釈および適用に際して、法規を基礎づける正義と衡平という最高の法原理を思い起こす必要がある。さもなければ、正義と衡平という価値である実定法規の真なる意味を理解しえないのである。バルドゥスは、このことをつぎのように語った。すなわち、「衡平とは［法律の］意味 sensus を教え示すものである」[37]と。

中世の法学者、とりわけ注解学者は、法学を「法解釈 interpretatio legis の学」として理解していた[38]。そしてこの法解釈とは、立法者の意思 mens legislatoris を解明することであると考えられた。なぜなら、立法者の意図 intention こそが法律であるからである。立法者の意思は、直接的には法律の文言 littera legis を通して知ることができ、間接的には法律を本質的に根拠づける理由 ratio legis を通して知ることができる。バルドゥスによれば、「法学は理性 ratio の精髄からなるのであって、法文の皮相からなるのではない」[39]。したがって法解釈としての法学においては、立法者の意思 mens legislatoris を解明するとは、法律の本質的要素としての ratio legis を明らかにすることを意味するものと考えられた[40]。このことを初めて明らかにしたのはディーヌス（一二九九年以降没）であるといわれる。彼によれば「mens とは立法者を動かす ratio 以外のなにものでもない」のであって、もし ratio legis＝mens legis が法律の文言 verba と矛盾するときは、前者を優先しなければならないという[41]。バルドゥスも同様に、原則として、法規の適用を義務づけることを確認するが、しかし、法規を本質的に根拠づける理由としての ratio legis が存在しない場合は例外として、法規はその適用を受けないと考えた[42]。彼にとっても、法解釈とは ratio legis を追求することであった。このようなバルドゥスの解釈概念は、衡平が法解釈を指導するのであり、それゆえ、法律の適用により不公平が生ずる場合には、法律の適用はできないという意味で、アリストテレスのエピケイア epicheia 的な衡平概念に一致する[43]。かくしてバルドゥスにおいて衡平と法解釈とは、同じ法律の本質的要素である「法律の意味」ないし

は「法律を根拠づける理由」の解明を目的とする、同一のものとして概念されることとなったのである。法解釈者は、衡平の観念を留意しつつ、その指導の下で立法者の意思を追求しなければならないのである。かくしてバルドゥスによって「あらゆる解釈は衡平を熱望する」[44]と言われたり、また、一五世紀の法学者チェポラが総括して述べたように、「衡平は法解釈の基礎である」[45]と考えられた。すなわち、法は衡平、換言すれば、自然的理性にしたがって解釈されなければならないのである。

以上のように、法学者は、「もっとも神聖なる法律」である正義および衡平を管理する司祭として、社会において法学を通して正義と衡平を実現すべき責務を負うことになるのである。アルベリクス・デ・ロシャーテが語るように、まさに、「法学 iurisprudentia は神事と人事に関する知識である」[46]って、法学者は、神の正義および衡平の体現者として現われるのである。

この点で興味深いのは、バルドゥイーニのエピソードである。[47]すなわち、彼はあるときローマ法 Corpus iuris のなかに矛盾する二つの法文があることを発見した。ローマ法には矛盾はありえないはずである。しかし彼の乏しい才能をもってしては、見せかけにすぎないはずのその矛盾をなかなか解決できなかった。彼はその解決方法について苦悩するあまり、ある日、思いあまって Corpus iuris を祭壇に捧げ、燭台にろうそくを灯し、一晩中神に祈り続けたところ、明け方ついに啓示を得て、その矛盾を解決できたというのである。このエピソードでは、法学者は解釈者というよりは神に代って語る預言者であり、法律の言葉は神の言葉であり、法解釈は神の息吹きの産物であることが象徴的に語られている。

(1) Calasso, Medio evo, cit., p. 371 ss.; Paradisi, Bruno, Il diritto e lo spirito nel medio evo: V. Branca (a cura di), Concetto, storia, miti e immagini del medio evo, Firenze, 1973, p. 379 ss.

(2) Segolini, Danilo, Aspetti del pensiero giuridico e politico di Bartolo da Sassoferrato: Il diritto comune e la tradiz-

ione giuridica europea. Atti del convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini (Perugia, 30-31 ottobre 1976), Perugia, 1980, p. 395 ss.

(3) Calasso, Introduzione al diritto comune, Milano, 1970, p. 191 ss.; Rossi, Guido, Consilium sapientis iudiciale. Studi e richerche per la storia del processo romano-canonico I (secoli XII-XIII), Milano, 1958, p. 61 ss.

(4) Accursius, Gl. nisi fallor D. 1, 1, de iustitia et iure, 1. iuri operam (1).

(5) Accursius, Gl. notitia, D., eo. t., 1. iustitia (10).

(6) Baldus, In primam Dig. Vet. partem, I, I de iust. et iure, 1. iuri operam § huius studii (1 § 2). Cfr. Calasso, Introduzione, cit., p. 193.

(7) Piano Mortari, Ricerche sulla teoria dell' interpretazione del diritto nel secolo XVI. I. Le premesse., Milano, 1956, p. 17 ss.; Rossi, op. cit., p. 55 ss.

(8) Piano Mortari, Ricerche, cit., pp. 17-8.

(9) トマス・アクィナス（稲垣良典訳）『神学大全』（創文社、昭和五二年）II-1、九一一九七参照。なお聖トマスについては、稲垣良典『トマス・アクィナス』（勁草書房、一九七九年）参照。

(10) Alberto Bolognetto, De lege iure et aequitate disputationes: Tractatus universi iuris. Venetiis, 1584, I, fo. 291^{v}.

(11) Bolognetto, op. cit., fo. 318^{v} et 298^{r}.

(12) Cortese, Ennio, La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico, Milano, 1464, II, pp. 5-7.

(13) Bartolus, In Dig. Vet., de iustitia et iure, 1. iure operam, n. 1.

(14) Placentinus, Summa Inst., exord., 23 (ed. Fitting, Juristische Schriften des früheren Mittelalters, Halle, 1876, rist. anast., Aalen, 1965, p. 221).

(15) Fragmentum Pragense, De Glosulis, n. 2 (ed. Fitting, Juristische Schriften, cit., p. 216).

(16) Accursius, Gl. ius naturale, Inst., I. w de iust. et iure etc., princ.

(17) Cynus, Comm. in Cod. 8. 53 [53], 1, quae sit longa consuetudo, 1. praeses provinciae. nr. 4.

(18) Cortese, La norma, cit., I, p. 281 ss.

(19) Albericus de Rosciate, In Cod. de legibus et constitutionibus, 1. inter aequitatem, n. 1.

(20) Baldus, Consilia, V. cons. 47.

(21) Bartolomeus a Saliceto, In Cod., de legibus et constitutionibus principum, 1. inter aequitatem, n. 1.

(22) Calasso, Introduzione, cit., pp. 171-2.

(23) Cfr. Caron, Pier Giovanni, 《Aequitas》 romana, 《Misericodia》 patristica ed 《Epichcia》 aristotelica nella dottorina decrtetalistica del duecento e trecento: Studia Gratiana, XIV (1967), p. 307 ss.

(24) Cavanna, Adriano, Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico, I, Milano, 1979, p. 125.

(25) Lucas de Penna, In tres libros, X, 5, 2, n. 7. Cfr. Calasso, Introduzione, cit., p. 174.

(26) Piano Mortari, Ricerche, cit., p. 22 ss.

(27) Cfr. Piano Mortari, Ricerche, cit., p. 27 ss. バルドゥスの考え方については、若曾根前掲書、四三〇—四三六頁参照。

(28) Albericus de Rosciate, In Dig. Vet., de iustitia et iure, 1. iuri operam daturum, nn. 2-3.

(29) Baldus, In Dig. Vet., de iustitia et iure, 1. iuri operam daturum, n. 1, Add. Bal. Cfr. Piano Mortari, Richerche, cit., pp. 27-8.

(30) Ibidem.

(31) Paulus Castrensis, In Dig. Vet., de iustitia et iure, 1. iuri ºepram daturum, n. 4.

(32) Federici, De interpretatione legum: Tractatus universi iuris, t. I. 215^{v}.

(33) Albericus de Rosciate, In Dig. Nov., Proeminium, 1. Christi et beatae virginis, nn. 17-18.

(34) Gammaro, De extensionibus, cit., fo. 250^{r}.

(35) Lucas de Penna, In Tres Libros, Lugduni 1583, X, 26, 3, n. 5. Cfr. Calasso, Intoroduzione, cit., p. 178.

(36) Albericus de Rosciate, In Cod., de legibus et constitutionibus, 1. leges sacratissimae, n. 1.

(37) Baldus, In Cod., de iure dotium, 1. etiam, n. 2.

(38) Piano Mortari, Vincenzo, Dogmatica e interpretazioni, I giuristi medievali, Napoli, 1976, pp. 64, 205.

(39) Baldus, In Dig. Vet., de legibus et constitutionibus, 1. sive. Cfr. Piano Mortari, Dogmatica, cit., p. 206.

(40) Caron, op. cit., p. 339. なお、ratio legis については、cfr. Nicolini, Ugo, Il principio del legalita nelle democrazie italiane, 2 ed., Padova, 1955, p. 249 ss.

(41) Dynus Mugellanus, Commentarius mirabilis super titulo de regulis iuris, Lugduni, 1540, reg. 88, Certum est, fol. 1391. Cfr. Caron, op. cit., p. 339.

(42) Baldus, In primam Digesti Veteris partem Commentaria, Venetiis, 1599, tit. De iustitia et iure, 1. 7. Omnes populi, nn. 59-60, fol. 14r.
(43) Caron, op. cit., p. 312 ss.
(44) Baldus, In Cod., de usuris, 1. cum. allegas, n. 29.
(45) Cepolla, Bartolomeo, De interpretatione legis extensiva, Venetiis, 1557, fo. 32r. cfr. Piano Mortari, Ricerche, cit., p. 31.
(46) Albericus de Rosciate, In Dig. Nov., Proeminium, 1. Christi et beatae virginis, nn. 17-18.
(47) Calasso, Introduzione, cit., 1970, pp. 177. 拙稿前掲「V・ピエルジョヴァンニ」、一一五頁参照。なおバルドゥイーニがユスティニアヌス法典を corpus と考えていたことは、Gl. iuri communi ad D. 1, 1, 6, de iustitia et iure, 1. ius civile: 《responditur secundum Iac (cobum) non detrahitur iuri communi in sua corporis universitate》から証明されうる。Cfr. Bellomo, Società, cit., p. 291, n. 31. ローマ法の解釈においてばかりではなく、条例の解釈においても衡平が重要な役割を果たした。ジャソン・デル・マイノは、「同一の条例集のなかに矛盾する条例が収録されているときは、より正しくより衡平なものが遵守されるべきである」(Iason de Mayno, In Dig. Infort. de legatis, Primo, 1. Titiae, n. 33) と語っている。

III

中世法学は、上述のように、中世社会における衡平と正義、および法律家の役割の問題と深く関わっていた。中世の精神は、キリスト教共同体が正義に立脚すべきこと、そして「正義は、自然法のもろもろの掟のなかで人間に顕示されているものとして、他のいかなる命令や権威にも打ち克つべき」ことを要請していた。[1] 法学者は、中世の世界に生きる人々の心の内に宿されていたこの正義の思想を、法の世界のなかに導入し、法の効力の問題を正義の問題として理論化し、それを通して社会における法学、ひいては法学者の存在とその役割の重要性を人々に認識させた。[2] かく

して、法は正義として、それゆえ法学は神学、哲学と同様に、正義のための学問として、したがって法学者は、社会において聖職者や道徳家と同様に、正義の体現者として現われた。

注釈学派の創始者といわれるイルネリウス（一一三〇年頃没）は、古代ローマの法学者、ケルススによって定義され、ウルピアヌスによって引用された「法 ius とは善と衡平の術である ars boni et aequi」(D. 1, 1, 1) という法文[3]を注釈し、衡平 aequitas[4] について「善と衡平 bonum et aequum をここでは正義 iusticia と呼ぶが、衡平は正義とは異なる。なぜなら、衡平は事物 res 自身のなかに感知されるが、しかしそれは、[立法者の]意思 voluntas から発し、形相 forma を与えられるとき、正義になるからである[5]」と述べている。すなわち、衡平が正義になるためには、それに言葉という衣服と強制という価値を付与する地上の人間の意思が介在する必要があるというのである。ここにおいて、正義は法と同一視されているように思われる。

中世の法学者は、正義を法との関係で、二つに区別して観念していた。すなわち、正義は抽象的な正義の原理と、法秩序に具体化された実定的な正義、すなわち法の二つの意味に区別して用いられた。法学者は、法と正義の関係については、「法という名は、正義に由来する」というウルピアヌスの法文 (D. 1. 1, 1, pr.) の注釈を通して考察し、この法文に法の正義からの語源的由来の意味にとどまらず、それを超えて、法の正義からの本質的由来の意味を付与していった。正義と法とは、母 mater とそれから出生する子供 filius、原因 causa とそれから生起するもの causatum、あるいは質料 materia とそこから生成するもの materiatum のような、切り放すことのできない密接な結合関係で把握された。法学者は、一般的には、法は正義に由来し、法は正義の実行であると観念していた[6]。アックルシウスは、子供が母から生まれるように、「法は正義に由来する[7]」と述べたが、「法が正義に由来する」とは、正義が法の源泉であり、本質そのものであること[8]を意味していたのである。イルネリウスも「[法は]その質料から名称を受け入れている」と述べ[9]、法の本質が正義であることを示した。

他方、イルネリウスが、正義を法と同一視していたことは、彼が、上記注釈における衡平と正義を、他の注釈では「まだ制定されていない衡平 aequitas nondum constituta」と「制定された衡平 aequitas constituta」または「法それ自体 ipsum ius」の対応関係において言い換えているように思われることからも窺い知ることができる。[10] そしてさらに上記注釈における衡平と正義は、おそらくは、アックルシウスが、「第一次的衡平 prima aequitas」または「原初的正義 primitiva iustitia」と「実定的といわれる第二次的正義 secunda iustitia que dicitur positiva」と呼んだものに対応するものと思われる。[11]

イルネリウスにとって、衡平とは、抽象的な正義の原理であり、法とは具体化された実定的正義を意味したのである。イルネリウスにとって、「地上における生ける法 lex animata in terris」[12] である皇帝のみが、衡平を法としての正義に変容させうる権力を有する。なぜなら、ローマ国民はかつて、立法権を含むその保有する権力すべてを皇帝に委譲したからである。[13] したがって、注釈学者、たとえば、アーゾ（一二三〇年以前没）が、「書かれた衡平 aequitas scripta がユスティニアヌス帝法典 Corpus iurisのなかに配列されている」[14] と述べたように、イルネリウスもまた、Corpus iuris が書かれた衡平であると考えていたと思われる。かくしてイルネリウスにおいては、ユスティニアヌス皇帝によって意欲せられたローマ法全体は、衡平とは異なるが、それから生れ、常にそれと結びついている正義として構成されることになる。[15]

ところで、一二世紀に明確化し始める中世文化は、基本的には存在 esse と現存 esistentia との関係のなかで把握されることを要請する。[16] すなわち、一方は完全なるもの、永遠なるもの、神の理想を実現するものであり、他方は不完全なるもの、はかないもの、現世において人間生活とともに消耗するものである。両者の関係は、後者が前者へと向かうという関係である。不完全なるもの、すなわち人間が完全なるもの、すなわち神に到達しようとしても、それは地上ではなく、天上においてしか叶えられず、さもなければ地獄に落ちて永久に苦しまねばならない。一縷の希望

は至福の楽園に託される。人間生活はすべて過ち、不正、不完全さに悩まされるが、同様に善、正義、完全さへの渇望によって啓発される。かくしてあらゆる知識にはそれぞれ深い宗教的な緊張が走る。信仰の世界で人間が地上に天上の正義を求めようとすれば、人間の法は神の絶対的な正義を自己のなかに反映させねばならない。不完全な人法は完全な神法に到達しようと渇望する。法の世界においても、もっとも初期のボローニアの法学者が語ったように、「神の意思を正義と呼ぶ」[17]ように、そして、グラティアーヌスが語るように、「法は正義 iustitia であるがゆえに、法と呼ばれる」[18]ように、地上の法における天上の正義の実現が要請された。すなわち、法の世界においても、絶対的正義への渇望と結びついて、秩序、調和、思想の統一性への渇望が支配した。法的に形成されるものすべては、人間に可能なかぎり、永遠的、超越的なモデルに一致しなければならない。立法者が法制度を定めるとき、法解釈者が法の形姿 figurae を作り上げるとき、それらは可能なかぎり、神の正義の実現でなければならない。あらゆる結果は、それが人間の為せる業であるがゆえに、不完全の誘を免れない。しかし皇帝の決定は、神の最高の摂理にもっとも近い。なぜなら皇帝は地上の人間のなかに降りてきた神聖なる支配者 divina sacrata maiestas と考えられたからである。ビザンティン的概念では、皇帝は地上の生活を送る神であり、ローマ・キリスト教概念では、地上における神の代理人である。[19] 法学者もまた、神が皇帝を立法者として承認したということを確信していた。アックルシウスは、法律は「神の贈り物」であると定めたユスティニアヌス帝法典の D. 1, 3, 2 のマルキアヌスの法文に注釈を付して、「皇帝は神の意思によって法律を制定するがゆえに」[20]、C. 1, 4, 1 への注釈では「皇帝の口を通して神によって発布される」がゆえに[21]、皇帝の立法権は神に由来するのであると考えた。また、ルーカス・デ・ペンナ（一三八九年以前没）も、「市民法は皇帝の口を通して神により発布される。……そして諸法律は神の照明によって善くかつ正しく制定される。なぜなら神は皇帝に法律制定権を付与したからである」[22]と語っている。したがって、アックルシウスにおけるように、法律も「義 honesta を命じ、その反対を禁ずる神聖なる規定 sanctio sancta」と定義され[23]、法への神意の反映が見ら

れる。法学者がユスティニアヌス帝法典のなかに神の正義を見たように、神学者もまた、ユスティニアヌス法典のなかに人間の下での神的正義の受容を見たのである。神学者アルベルトゥス・マグヌスは、「この［ユ帝法典の］正義によってむろんキリストの掟の正義を承認し、かつ受容したのである」[24]と述べている。皇帝はローマ教皇と特権を分かち合う。ローマ法とカノン法は、人法に関するあらゆる省察の要点と考えられた。それはあたかも、峻厳にして不動なる神の正義と、そのような正義に向かいながらも、ときに個人的、特殊的な場合から出発し、地上の人間の無知ゆえに卑しく無益な恣意的な衡平に迷い込む無分別な人間の意思との間の神の深慮のようである。

以上のような文脈で把握すれば、法律家は、一方でその信仰、すなわち神において感受され、他方でその利益にも結びつく、ある課題を課されることになる。それは、すなわち、ローマ法およびカノン法を研究するということ、それらを神の真理 veritas をもっとも直接的に反映させたもの、したがって全キリスト教徒に共通の法と考えるということ、さらにこれらの法の上にのみ、専門的な教育が可能であり、そして固有の法文化の形成が許されると判断するということである。[25] 法律家は皇帝法と教会法のなかに、統一と秩序、とりわけ神の統一と秩序の光明を垣間見なければならないのである。かくして、ローマ法とカノン法、すなわち「両法 utrumque ius」は「一体 corpus」として把握されるにいたる。この一体として把握されたローマ法とカノン法は、それらの法文間には矛盾があってはならず、衡平の下で統一的に調和している必要があった。

イルネリウスは、衡平を実定法の本質的評価の理想的な尺度として見たのである。[26] その結果、基本的には、ローマ法＝ユスティニアヌス帝法典は正義として、したがってそれとは逆に、皇帝の意思によらない、都市の政治権力者の制定する条例は不正義として把握されたのである。かくしてユ帝法典は衡平と正義の原理が実定化されたものとして法的権威を有することとなり、逆に条例は法的価値を見い出しえないものとされたのである。イルネリウスにおいて、法とは Corpus iuris 以外存在しえず、条例は法として認められず、無視された。そのため、都市の条例および条例

制定者 statutarii は、法学者に不信と軽蔑の目で見られたのである。ボンコンパーニョ（一二三五年没）も「これら都市法および市民決議は月の影のように色あせ、そして月に似て立法者の恣意によって増えたり減ったりする」[27]とあざけっている。このイルネリウスの思想は後の法学者に大きな影響を及ぼしたのであり、その克服は、実質的には、バルトルスを待たなければならなかった。

物と代金の交換という具体的事例で、イルネリウスの上記の注釈の意味を考察してみよう。[28] いかなる者も代償（たとえば売買、交換の場合）なくして、あるいは理由（たとえば贈与の場合）なくして、物を放棄することはないというのが事物の本性である。したがって、たとえば、売買の場合には、物を引き渡した者に代金が支払われることは正当であり、衡平である。このことはすべては衡平である。すなわち、それは、衡平の具体的な明示である。しかし引き渡された物にたいして代金を支払い、あるいは受け取った代金にたいして物を引き渡さなければならないという義務が、法規の形式で制定されていないかぎり、それは、いまだ道徳的な段階の「自然のままの衡平 aequitas rudis」にとどまっている。しかし、このような衡平が具体的な関係のなかで個性化してゆくという過程が、私的な主体によって指導される場合には、まだ法の枠外にとどまっている。なぜなら、この場合、その個体化が理性的で、一般的善 bonum generale に合致する場合には、厳格法 ius strictum（まだ成文法 ius scriptum ではない）となり、あるいはそれが個人的、特殊的な利益に合致し、それゆえ各人が気まぐれに自己のポケット bursa から取り出す便利な法として現われる場合には「恣意的な衡平 aequitas bursalis」となりうるからである。衡平を正義に変えるためには、そして秩序のなかに法的安定性を保障するためにも、その論理的な全過程に皇帝の権威を刻印する必要がある。すなわち、成文法 ius scriptum が厳格法 ius strictum に合致する必要がある。

一注釈学者が、「衡平とは、（具体的な）関係 causa のなかに正義を導き入れる法 ius である」[29]と言うとき、それは、具体的関係のなかで正義を実現する法は「制定された衡平 aequitas constituta」であることを意味するのである。

ロジェリウス（―一一六二年―）も、衡平は、「法規 praeceptum に変えられ、そして法の紐で結ばれている」のでなければ、正義とはならないと述べている。[30]

さらにフランスの法学者でチーヌスの師であるヤコブス・デ・ラヴァーニス（一二九六年没）は、法 ius と衡平の関係は種 species と類 genus との関係にあるという。それはたとえて言えば、手工品と、それを作り出す第一質料のような関係にあるとする。すなわち、衡平とは、自然のなかにあり、鉱山から掘り出され、そして壺に形を変えられるが、職人の手によらなければ壺にはならない銀のようなものであり、法は銀の壺のようなものであるという。同様に類としての衡平は、最初は隠されているが、法律家の手によって磨き上げられてはじめて、そこから種としての法が引き出される。そして衡平と正義（＝実定的正義）との関係についていえば、衡平は類 genus であり、正義は種 species である。したがって正義は種としての固有の性質を有するが、また類の性質をも保持する。かくして法は自律的であり、道徳から区別されるが、道徳律を自己のなかに保持し、それを実行する。[31]

このように法学者は、衡平を広義に理解し、それをあらゆる実定法の源泉と考えていたのである。

ところで法律家も立法者も、法解釈者という同一の顔を持っている。ただ、法律家はしばしば、立法者が法の生産を完了した後の段階で、その法律を再構成し、あるいは法律の欠缺を補充することができるというかぎりで、法の再生産をなす権力を付与される。このことは、フランスの法学者でチーヌスの師であるペトルス・ベレペルティカ（一三〇八年没）にも明確に見られるように、[32]「衡平と法との間にある解釈については余［皇帝］によってのみ究明されなければならず、また余によってのみ許される」というコンスタンティヌス帝の三一六年の勅令（C. 1, 14, 1）の解釈を通して、立法者たる「皇帝 Princeps」が立法段階においてなす法解釈と、立法後の法理論の構築と法適用の段階で「法学者 magister」や「裁判官 iudex」がなす法解釈とを区別する際に、中世の法学者がすでに気づいていたことであった。したがって中世の法学者が法解釈者として、立法者と同様、法規が衡平に合致するか否かという問題に関心を

示したとしてもなんら不思議ではない。法学者は通常、C. 1, 14, 1 および、裁判官は「すべての事項において、厳格な法理よりも、正義と衡平が優先すると定められた」という、同帝の三一四年の勅令（C. 3, 1, 8）の二法文の注釈を通して[33]成文法 ius scriptum が厳格法 ius strictum に合致するか、厳格法は衡平に合致するか、すなわち実定法と衡平は一致するか否かを問題にした。

法 ius が衡平 aequitas に合致するときは当然ながら問題はない。しかし法が衡平に反するとき、法解釈者は法を考慮することなく、衡平を適用できるのであろうか。この問題に関して、法学者は上記 C. 1, 14, 1 の法文に従って、法と衡平の間の対立を解消できるのは、最高の法源としての皇帝のみであるという原則を確認した。ロジェリウスは「自然のままの衡平を探し出し、それを法規に移し変え」[34]ることは、立法者の権限に属することであると教えている。アーゾもいう。「しかし皇帝を除いて、いかなる者にも好き勝手に de corde suo 衡平を見い出すことは許されてはいない」[35]、なぜなら、皇帝はあらゆる私的な利益を超越する存在であり、それは「正義の声 vox iustitiae」であり、「地上における生ける法」であるからである。それとは逆に、各人が好き勝手に作り上げようとした正義は、解釈者が自分のポケットから引き出した恣意的な衡平 aequitas bursalis とみなされる。

しかし一二世紀にはすでに、皇帝のような立法者といえども衡平に合致する法 ius civile を必ずしも常に制定しうるとはかぎらないという、新しい考えも法学者の間に現われてきている。[36]

前に述べた一二世紀の一注釈学者の著作『法の厳正に関する設問集 Quaestiones de iuris subtilitatibus』は、ある意味で、衡平と実定法、すなわち神意によって事物のなかにあり、それ自身が絶対的、神的正義である衡平と、過ちを犯しやすい、それゆえ人事として正されるべき実定法との間の関係を問題としている。「序文」[37]において、著者は、寓意的に興味深く語っている。正義 iustitia は高所で秤をもって「神と人間の具体的関係 causa Dei et hominum」を測っているが、その秤を支えるのは衡平である。正義は他を圧する威厳 dignitas を装い、あたかも母を囲んでい

る娘のように、周りに religio, pietas, gratia, vindicatio, observantia そして真理 veritas を従えている。そしてこれらは衡平によって優しく「抱擁され」、衡平のなかで「満足した寛大の面持ちで」生活する。この一群に面して、一枚の壊れやすいガラスの壁がある。それには「あらゆる法律書の原典 totus librorum legalium textus」が金文字で書かれている。その壁の側には多数の「高貴な人々 honorabiles viri」が絶え間なく立ち働いている。彼等は法学者、すなわち法解釈者である。法学者は金文字で書かれた法文を、衡平の不文の掟と対比させ、衡平に反する法文を削除しているのである。この「序文」において寓意的に語られているのは、正義の威光と法学者の役割、責任およびその権力である。とりわけ実定法を、絶対的正義と啓示された真理にたいする尊敬という関係のなかで評価、判定するという法律家の人間性 humanitas と信念が明確にされている。[38] ここには、聖トマス・アクィナスに代表されるような、法は正しくなければならず、さもなければ「それは法ではなく、法の腐敗であ」り、そして法は「共通善のために置かれ、個人的利益のために作られるのではない」という中世の伝統的思想が表現されている。[39]

ところで、南イタリアの法学者アンドレアス・デ・イゼルニア（一三五三年没？）にとって、定義上は正しい「合法的君主 princeps legalis」である立法者が「理由もなく」、恣意的にその絶対的権力を行使するとき、その君主にそれを改めさせられる者はこの世界には誰もいない。しかし君主は神の前では「罪を犯している peccat」ことを知るべきであったのである。[40] Quaestiones de iuris subtilitatibus の著者とアンドレア・ディゼルニアとの間では、法学者の役割、責任および権力についての考えかたが微妙に異なっている。前者にとっては、法解釈者としての法学者は、衡平に反する法規を削除もしくは無視しうる権力を有する。しかしシチリア王国 Regnum Siciliae で生活した後者にとっては、法学者は、当時の説教師や道徳家と同様に、君主の良心に訴えかけ、衡平に反する立法は、神にたいする罪であることを思い起こさせること以外、何事もなしえないのである。後者の立場は、確かに、衡平と法との間の矛盾を解消させる権力は皇帝、すなわち法解釈者ではなく立法者にのみ認められることを規定する、上記「勅法集 C. 1, 14,

1」の主旨に合致する。しかし、前者のボローニァの法学者は衡平の理性 ratio は厳格法の理性に優越すると考え[41]、さらに問題をローマ法全体 corpus iuris civilis のなかに位置づけながら、上述のイルネリウスに由来するこの後者の立場をしだいに克服してゆく。

実際、ユスティニアヌス帝法典には、上記法文 C. 1, 14, 1 と部分的に対立する法文がある。すなわち、学説類集 D. 1, 1, 10, 1 のウルピアヌスの法文は「正義は、各人に彼の権利を分配する恒常不断の意思である。法の掟 praecepta は、誠実に生きること、他人を害しないこと、各人に彼のものを分配すること、これらである。法学 iurisprudentia は、神事および人事の知識であり、正と不正の識別 scientia である」と定めているのである。こうして法解釈者としての法学者は、あらゆる実定法、それは「人間のために hominum causa」（D. 1, 5, 2）制定されたのであるが、それが人間の理性およびその要請に背かず、また人間性 humanitas を犠牲にし、それを破壊しないように統制し、保障する役割を担うことになる。

（1） A・P・ダントレーヴ著（久保正幡訳）『自然法』（岩波書店、一九五二年）、六〇—六一頁参照。

（2） Bellomo, Manlio, I giuristi, la giustizia e il sistema del diritto comune: Legge, giudice, giuristi: Atti del Convegno tenuto a Cagliari nel giorni 18-21 maggio 1981, Milano, 1982, p. 157.

（3） ローマ法上における衡平 aequitas の意義については、佐藤篤士「AEQUITAS 考」早稲田法学、五七巻三号、一八一頁参照。

（4） 中世の法学者の aequitas 論については cfr. Calasso, Introduzione, cit., pp. 166 ss.; Calasso, Medio evo, cit., pp. 476 ss.; S. Capriori, Tre capitoli intorno alla nozione di《regula iuris》nel pensiero dei glossatori: Annali di storia del diritto, 5-6 (1961-1962), pp. 248-266; E. Cortese, La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico, 2 voll., Milano, 1964; Sbriccoli, Mario, L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale. Milano, 1969, p. 91 ss.; Bellomo, Manlio, Società e istituzioni in Italia tra medioevo e età moderna, 4 ed., Catania, 1984, p. 413 ss.

(5) 《(bonum et) aequum vocat hic iusticiam, differit antem aequitas a iusticia; aequitas enim in iuris rebus percipitur, quae, cum descendit ex voluntate, forma accepta fit iusticia》: gl. iustitia D. 1, 1, 1, iuri operam (1): Besta, L'opera d'Irnerio, vol. II (Torino 1856), Glossa d'Irnerio al Dig. Vet., p. 1. なおイルネリウスについては、佐々木有司「イルネリウス像の歴史的再構成」日本法学、四九巻二号参照。

(6) 若曽根健治「ボルドゥスにおける法理論の一斑」熊本法学、二八号、四三頁以下。Cortese, Norma, cit., II, p. 24 ss.

(7) Accursius, Gl. iustitia in Dig. 1, 1, 1, pr. de iust. et iure, 1. iuri operam.

(8) Cortese, Norma, cit., II, p. 24 ss.

(9) Irnerius, Gl. appellatum in Dig. 1, 1, 1, pr., ed. Besta, op. cit., p. 1.

(10) Exordum Codicis: Kantorowicz-Buckland, Studies in the Glossators of the Roman Law, reimp. Aalem 1969, p. 234.

(11) Accursius, Gl. publiciana, D. 6, 1, 17 (18). -De publicana, Publiciana. Cfr. Nicolini, Il principio di legalità, cit., p. 216, n. 43.

(12) Nov., 105, cap. II, § 4 in fi.

(13) 森前掲「中世イタリア」一一三一一頁以下参照。

(14) Azo, Lectura super Codicis, Parisiis 1577, lib. I, tit. XIV (XVII), 1: Corpus Glossatorum Juris Civilis, III, a cura di M. Viora, Torino 1966.

(15) Bellomo, Società, cit., p. 279.

(16) Cfr. Bellomo, Società, cit., p. 424; Bellomo, I giuristi, cit., p. 157.

(17) Cod. Haenel III, 1: Fitting, Juristische Schriften des früheren Mittelalters, Halle, 1876, p. 131.

(18) Decretum, Dist. I, C. 2 (Isidor., Etym., V. 3).

(19) Calasso, Gli ordinamenti giuridici, cit., p. 48 ss.

(20) Accursius, Gl. nam a Dig., 1, 3, 2.

(21) Accursius, Gl. inter aequitatem a C. 1, 4, 1.

(22) Lucas de Penna, In Tres Libros, X, 18, 1. u., § 7. Cfr. Calasso, Introduzione, cit., p. 165.

(23) Accursius, Gl. non faciendorum a Dig. 1, 3, 2.

(24) S. Albertus Magnus, De sacrificio Missae, tr. I, c. II, Opp. t. XXI. ローマ法に関する同様の概念は、トマス・アクイ

ナスの De regimine principum (III, 4, 5, 18, 20-22) にも見られる。Cfr. Rossi, op. cit., p. 55.

(25) Bellomo, Società, cit., p. 290.

(26) Piano Mortari, Dogmatica, cit., pp. 13, 238.

(27) Boncompagno, Rhetorica novissima, (ed. Gandenzi, in Biblioteca iuridica medii aevi, Bononiae, 1892), I de origine iuris, p. 253.

(28) Bellomo, Società, cit., pp. 415-6.

(29) Libellus de verbis legalibus, I, de iure: Fitting, Juristische Schriften des früherem Mittelalters, Halle, 1876, p. 182.

(30) Rogerius, Enodationes quaestionum super Codice [§ 2], ed. a cura di H. Kantorowicz, Studies in the Glossators of the Roman Law, Cambridge, 1938 (rist. Aalen 1969), p. 282.

(31) Bellomo, Società, cit., pp. 416-7. cfr. Calasso, Medio evo, pp. 478-479.

(32) Pierre de Belleperche, Lectura super C. 1, 14, 1 (ed. a cura di Cortese, op. cit., vol. II, p. 464): 《.....dictur hic soli principi convenit interpretari. Contra: iudex et magister potest in terpretari.....》.

(33) 法学者はしかし、C. 1, 14, 1 法文と C. 3, 1, 8 法文を対置させ、C. 3, 1, 8 の法文から、裁判官は、裁判において、厳格法よりも正義と衡平を優先させなければならないという原則を推論することは矛盾であろうかを問うた。法学者は、上記の二法文は、一見矛盾にみえて、実は矛盾しないと答えた。法学者は、衡平を二つに区別して、二法文の矛盾を解決した。すなわち、衡平は、「自然のままの衡平 aequitas rudis」、「制定されていない衡平 aequitas non constituta」、「不文の衡平 aequitas non scripta」、「法規に移し変えられていない衡平 aequitas non redacta in praeceptis」等の言葉で表現された抽象的な正義の原理（したがって、「書かれていない正義 iustitia non scripta」とも言い換えられることもある）を意味するものと、その衡平から導き出され、「制定された衡平 aequitas constituta」、「書かれた衡平 aequitas scripta」、「法規に移し変えられた衡平 aequitas redacta in praeceptis」等の言葉で表現された、具体的な正義の実行たる実定法規（したがって実定的正義または成文法 ius scriptum, ius approbatum, ipsum ius, ius fixum とも言い換えられる）とに区別されたのである。C. 1, 14, 1 は、立法者が、立法段階で行なう解釈であり、C. 3, 1, 8 は、裁判官が法適用段階で行なう解釈である。後者の「衡平」は「書かれていない衡平」を、そして後者の「正義と衡平」は、「書かれた正義と衡平」すなわち実定法規を意味した。Cfr. Guzman, Alejando, Ratio scripta, Frankfurt am Main, 1981 (IUS COMMUNE, Sonderhefte, 14), p. 10 ss.

(34) Rogerii Summa Codicis, prooem., n. 3: ed. Gaudenzi, Bibl. iuridica medii aevi, I² (Bologna 1914), p. 49: 《rudem aequitatem……eruere. erutam inpreceptis redigere, redactam in preceptis subditis conservandam iniungere et sub idoneis titulis collocare》.

(35) Azo, Lectura super Codicis, IV, 30, 8. de corde suo と同じ意味で ex ingenio suo という言葉が用いられることがある (ex. Hugolinus, Dissensione, dominorum, diss. 91: ed. Fitting, reim. Aalen, 1964, p. 330).

(36) Cfr. Cortese, Ennio, La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico. I. Milano, 1962, p. 66 ss.

(37) Quaestiones, cit., pp. 4-5.

(38) Bellomo, Società, cit., pp. 418-9.

(39) トマス・アクィナス『神学大全』Summa Theologica, Iª 2ªᵉ, 95, 2.

(40) Andreas Ysernia, Super usibus feudorum, lib. I, n. 29. Cfr. Calasso, Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale, 2ª ed., Milano, 1953 (rist. 1965), pp. 268-269.

(41) Calasso, Medio evo, cit., p. 480 ss.

Ⅳ

中世の法学は、法を一般的には権威 auctoritas と理性 ratio という二つの理念に基礎づけて把握していた[1]といわれる。神学におけると同様、法学においても、権威と理性の関係をどのように考えるかは、つねに解決を迫られた問題であった。法学者、とりわけ、注釈学者は、主意主義的な理念に立って、一方で、Corpus iuris がローマの最高の立法権の保有者であるユスティニアヌス皇帝の意思の表明であるがゆえに、権威 auctoritas を有すると確信していた。しかし、他方で、法学者は、Corpus iuris には、キリスト教の正義 iustitia、衡平 aequitas の理念が移し変えられており、したがって Corpus iuris の各法文は、理性 ratio に合致した内容をもち、また、理性によって秩序づ

けられた統一的な体系を構築するものであるとも確信していた。このように法学者は、Corpus iuris に法的権威のみならず、メタ法的権威をも承認したのである。法学においては、皇帝の口を通して表明された神の贈り物として、絶対的な権威を認められた Corpus iuris は、神学における聖書、哲学におけるアリストテレスの著作と同様に、真理の尽きない宝庫と考えられた。

しかし、帝国のイタリア支配は、一一八三年のコンスタンツの和約以後陰りが見え始め、そして、一三世紀中頃、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ルサルタでの敗北の後、実質的には実体を伴わないものとなっていった。その間、都市はしだいに都市国家へと成長し、立法権を行使して条例を制定し、その法秩序を確立し始めた。そのため、帝国理念は生き続けるが、帝国法としてのローマ法という観念はしだいに稀薄化し始める。その結果、都市で生活をしていた法学者も、当然のことながら、条例という現実を否定し難く、また、フランスのオルレアン学派の影響もあって[2]、注釈学派の時代から注解学派の時代へと移行するにつれて、ローマ法 Corpus iuris の原典を皇帝の権威と結びついた帝国法としてよりもむしろ、理性に基づく最高の法原理としての「書かれた理性 ratio scripta」として把握するようになった[3]。法学者は、「書かれた理性」として把握されるようになった Corpus iuris を、「普通法の理性 ratio iuris communis」[4]として把握しなおし、普通法による条例の理性的な総合的体系の構築のための基礎としたのである。注釈学派が、どちらかといえば主意主義的な理念に立っていたのにたいして、注解学派は、主知主義的な理念に立ち始めていたのである。

この注解学派の主知主義の基礎にある思想は、聖トマス・アクィナスの法思想と思われる。聖トマスによれば、周知のごとく、法は、「共同体の配慮を司る者によって制定され、公布される共通善を目的とする理性の命令［あるいは秩序づけ］」と定義される[5]。聖トマスにおいては、法は立法者の意思というよりは、むしろ立法者の理性の表現として考えられる。つまり、法は「理性の命令（あるいは秩序づけ）ordinatio rationis」である[6]。中世の法学者の著作で

使用される自然的理性 ratio naturalis、衡平 aequitas (naturalis)、正義 iustitia および自然法 ius naturale という言葉はすべて、実定法の構成要素のなかでもっとも重要な理性を表わすものである。[7] ガンマーロは、実定法は権威の表明か、それとも理性の表明かの問題を論じ、バルドゥス等の法学者を引用しつつ、「理性なくして法律は付与されえない」[8]と述べ、聖トマスと同様の考えを示した。一四世紀の法学者ルーカス・デ・ペンナが「理性は法律の基礎である」[9]と語り、バルドゥスもまた「理性は法律の最良の盾である」[10]と語ったように、ガンマーロ以前の法学者はすでに、実定法が理性の表明であることを明らかにしていた。ガンマーロはさらに続けて、「法律の権威 potentia は［立法者を］動かしている意思に由来するとしても、しかし、この運動は理性を伴わなければならない。なぜなら、意思は将軍 dux のような理性によって指導されなければならないから」であると述べる。要するに、彼によれば、人定法の本質的な構成要素は「権威と理性 authoritas et ratio」であり、その関係は人間の構成要素である「肉体と精神 corpus et anima」のそれのようなものである。[11] つまり、法律は理性の産物であり、理性は法律の精神である。

(1) Piano Mortari, Dogmatica, cit., p. 15 ss., 138 ss.
(2) Cfr. Paradisi, Bruno, La scuola di Orleans. Un'epoca nuova nel pensiero giuridico: Studia et documenta historiae et iuris, 26, 1960, pp. 347-362.
(3) Piano Mortari, Dogmatica, cit., pp. 53-4, 70. なお、いわゆる「ratio scripta」については、cfr. Guzman, op. cit.
(4) Calasso, Francesco, Medio evo, cit., p. 470.
(5) Thomas de Aquino, Summa Theol., I, II^{ae}, q. 90, a. 4.
(6) ダントレーヴ著（友岡敏明・柴田平三郎訳）『政治思想くの中世の貢献』（未来社、一九七九年）、四一頁。
(7) Piano Mortari, Dogmatica, cit., p. 234; Cortese, La norma, cit., passim.
(8) Gammaro, De extensionibus, cit., fo. 249^{r}.
(9) Ullmann, W., The medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna, London, 1946, p. 45.
(10) Baldus, In Dig. Vet. de legibus et senatusconsultis, l. de quibus, n. 101.
(11) Gammaro, De extensionibus, cit., fo. 249^{r}.

V

注解学者チーヌスの関心もやはり、注釈学者イルネリウス以来の衡平および正義の問題にあったが、彼はその師ヤコブス・デ・ラヴァーニスの考えをさらに深めた。チーヌスにおいては、研究対象としてもっぱらローマ法しか取り扱わなかった注釈学者とは異なって、条例をも含めてあらゆる法が普通法体系のなかで扱われるようになるが、法解釈者はこれらの法規にたいして、それらが衡平に合致するか否かを判断できる、否、それができなければならない人として、大きな自由と独立を有する。彼によれば、あらゆる人間関係のなかで法律家は正義の印である神の意思の印を思い出すことができなければならない。「正義 iusticia [=法 ius] は精神 animus に目を向け、衡平 equitas は事物 res 自身に目を向ける。したがって衡平は事物への適合 rerum convenientia である。それゆえ、成文法 ius scriptum が存在しなかったとしても、衡平は存在する。なぜなら事物自身は存在するからである。したがって、「法は、それを命ずる権力を保有する者によって定められた法規 preceptum である」が、「衡平は法規ではない」といわれる。衡平が法規になるためには、法を命ずる権力を保有する者の介在が必要である。しかし立法者はその介在に際して、怠慢や私利私欲のために、過ちを犯す可能性があり、そのため、法は衡平と合致しえない。すなわち、「立法者はしばしば不衡平なことを命ずる。なぜなら人間は過ちを犯し、そして犯し続けるからである」[1]。

チーヌスの法思想も、キリスト教への深い信仰心に支えられている。彼は晩年、その有名なソネットのなかで、「なぜ、誇り高き都ローマには、かくも多くの法律があるのか」と、法解釈者としての自らの非才を嘆き、「神の存在しない、まったく不正で軽薄な諸法律を取り扱い」、徒に時を費やしてしまったことで、神に許しを乞いながらも、一方で「神は心の内に書き記されて包み隠されし」と述べて、神の掟を心に抱き続けていたことをせめてもの慰めとし

たのである。[2] ここには、彼以前の法学者におけると同様に、神の正義の地上における実現という信仰上の熱望、換言すれば人法の神法への従属の渇望が表現されているように思われる。

この点とも関連して、チーヌスにおいてさらに興味深いことは、彼もまた絶えずその時代の諸法規の正義への接近度を評価、測定していたということである。[3] 彼にとって、ローマ法、つまり普通法 ius commune は、かりに皇帝がときに、あらゆる人間と同様に、過ちを犯しうるとしても、正義の程度の最も高いものであった。これとは逆に、都市の政治権力者の制定する条例、つまり特有法 ius proprium は正義の程度の最も低いものであると評価された。都市の条例は、借主と不正義を生みだし、またそれらによって生み出される。彼によれば、ときとして、「諸条例は諸法 iura に反している。そのような諸条例は遵守されるべきではない。諸条例が遵守されるところに、正義はなく、借主がある」。[4] このように理解すれば、チーヌスが「ピストイア市のカピターノ・デル・ポポロの職にあった、あるルッカの人は市庁舎の中にいて、そして妓楼の中で娼婦がするように、身を売った」[5] として、都市の政治権力者を非難したとしても、なんら不思議ではないのである。彼の目には、都市の支配者は不正を生み出す借主として映ったのである。

とはいえ、都市の条例は、チーヌスといえどももはや否定できない現実であった。彼は法学者として、現実を直視した。『勅法集講義 Lectura super Codice』（一三一二―一三一四年頃）のなかで、彼は、条例をもはや第二次的なものとは考えず、それに固有の自治領域を与え、ローマ法との統一のなかで、すなわち Lectura という corpus のなかで、不完全とはいえ、共通法 ius commune と特有法 ius proprium との統一的な体系において把握しようとしていたのである。しかし、彼が Lectura のなかで条例を論じているとしても、その主たる関心は、それが衡平と一致するか否かを確認するために、実質的な正義を基礎として、その内容を評価することにあった。したがって衡平という中心問題によって統合された、チーヌスの普通法の「体系」は、例えて言えば、「プトレマイオス的宇宙体系」[6] であ

る。それは水平的な同一平面の真中で静止している地球と、地球を照らし暖めるために、日々、地球の周りを回転する星である太陽とで構成される。すなわち、チーヌスの「普通法体系」は法規の全体、すなわちそれは地球の部分と同様に多様で、あるものは主要な法規、すなわち普通法で、他のものは従属的な法規、すなわち条例であり、それらは相互に接近し、補充し合うが、地球に生命を与える太陽である衡平の光と熱がなければ、生命を失ってしまう法規の全体として構成される。

チーヌスの立場をさらに発展させて、ローマ法と条例の統一的な体系を完成させたのはバルトルスである。バルトルスの普通法の体系は、チーヌスのように、普通法と特有法とが、水平的な同一の平面に位置するようなものではない。また、それらは主要な法規と付属的な法規という関係にあるのではない。バルトルスにおいては、たとえて言えば、広大な球状の空間の内部で普通法が太陽として、特有法が惑星として太陽の周りを回転するのである。それは「コペルニクス的宇宙体系」といえようが、バルトルスにおいても、法の根底には衡平が生命の本質的な前提および条件としてあり、法の存在を支配し、法の内容を正当化するものと考えられていた。しかし、衡平は、チーヌスの思想において有していた特徴と実体とを失い、この法宇宙体系を動かす精神という役割を担うことになる。それは、神が肉体を有するのではなく、必要不可欠な精神として体系のなかを巡るのに似ている。太陽には生命はないが、生命の源泉があるように、普通法には（現世的な意味での）生命はないが、特有法にたいする法的な生命のあらゆる可能性の原理がある。

特有法のなかには、あらゆる問題を抱えた現実の人間がいる。普通法は、その法原理（principia）をもって、人間行為のレベルまで降りてきて、その特有法秩序に息吹きを与え、それを維持する。その逆であってはならなかった。バルトルスが語るように、「普通法 ius civile の真理は、条例法の映像によって隠蔽されてはならない」のである。(7) バルトルスの普通法の体系のなかで、条例は特有法として合法化された地位を獲得する。普通法と条例との関係は、太

陽と地球、神と人間との関係に似て、条例は体系内で普通法に「従属した地位」に置かれるのではなく、「条件づけられた地位」に置かれる。[8] 地球はその軌道を外れ、その太陽との恒久的な関係を離れては生活ができないように、また人間の魂は神との関係のなかにあるがゆえに、人間は神を拒否できないように、条例は普通法との関係を離れては存在しえず、その条件づけられた地位の限界を踏み越えることはできない。条例は普通法との関係の外ではその存在をやめ、法としての生命を失う。以上のように、バルトルスにいたって初めて、中世の法学者によって正義論と関連させながら論じられてきた普通法と条例の体系的把握の問題に結着がつけられた。[9]

かくして、条例と普通法の問題は、条例優先理論、つまり裁判においてはまず条例が優先して適用されるが、条例に欠缺あるときには、普通法が補充法として適用されるという形で、それは普通法の側面からみると、つまりそれを学問的に作り上げた法学者の側からみると「普通法の補充的効力の理論」という形で解決されたのである。バルトルスは「(条例に) 欠缺があるときは、普通法の規定がこれを補充する」と述べ、さらにバルドゥスも「条例に欠缺あるときは、市民法が適用される」と述べる。[10] 法学者はあくまでもローマ法を中心にすえ、そこから条例をみるために、その理論においては力点が「ローマ法の補充的効力」の方におかれ、そのために積極的に「まず第一に条例が適用される」ということがその前提になっているにもかかわらず、それを積極的に言わない。これは、都市が条例立法のなかで「まず第一に条例を適用せよ」、つぎに「これに欠缺あるときは、普通法を適用せよ」と命じているのと著しい対照を示している。

そして法学者は、この「普通法の補充的効力の理論」を実質的に裏打ちすべく、いわゆる「条例は普通法にしたがって解釈されなければならない statutum interpretatur secundum ius commune」という解釈論を打ち出した。[11] バルトルスはつぎのように言っている。「条例のあらゆる解釈は、ローマ法 lex の権威をもってなされなければならない」。[12] したがって、条例の意味は、普通法との関係を通してはじめて正しい法内容を獲得する。普通法は解釈者に法原理、

解釈規則、方法論的体系的基準の全体、すなわち、法学が条例を解釈し、そして適用するために、絶えず利用するところの高い価値を持つ解釈道具を提供したのである。[13] ここでは、普通法の条例にたいする実質的優位性が認められる。

そしてさらに、これに対応して、条例の厳格解釈が主張されるに至った。デチウス（一五三九年没）は、これを一般原則的に、「条例は厳格に解釈されるべし statuta stricte sunt interpretanda」[14] と表現している。すなわち、条例と共通法が対立する場合には（＝条例が普通法に反する contra 場合には）、条例は厳格法 ius strictum と見られるゆえに、「制限的」に解釈されなければならないとされた。[15] この原則により、条例の効力範囲は制限され、逆に普通法のそれは拡張されえた。かくして法学者はローマ法を防衛したばかりか、条例をもその手中におさめたのである。

(1) Cynus, Lectura super C. 1, 14, 1. Cfr. Calasso, Medio evo, cit., p. 479 et nt. 32; Bellomo, Società, cit., pp. 456 ss.

(2) Cino da Pistoia, 《A che, Roma superba, tante leggi》: Rime di M. Cino da Pistoia e altri del secolo XIV, ordinate da G. Carducci, Firenze, 1962, pp. 138–139. Cfr. Calasso, Medio evo, cit., p. 472 et n. 11.

(3) この問題に関しては cfr. Bellomo, I giuristi, la giustizia e il sistema del diritto comune, Milano, 1982, p. 159.

(4) Cinus, Divina lectura super D. 1, 6, 7, de his qui sui. l. si qua poena (m. s. Savigny 22, fol. 54 ra): 《quid dicemus de statutis Italie, quibus cavetur (quod) pro filio delinquente pater teneatur assignare partem suam, ut eam habet fiscus. Dico quod statuta sunt contra iura, que non debent servari, et ubi (text. ibi) servantur non est iustitia, sed tirampnitas》. n. 108; id. Bellomo, Società, cit., p. 457, n. 114; id., Problemi di diritto familiare, cit., pp. 173 et nt. 89, 197.

(5) Cinus, Codicem l. si qui, De postulando, n. 1. Cfr. Sbriccoli, p. 409.

(6) Bellomo, Società, cit., p. 461.

(7) Bartolus, Tractatus de procuratoribus, quaestio VIII, an in causis criminalibus admittatur procurator, nr. 7 (ed. Venetiis 1615, fol. 205 rb). Cfr. Bellomo, Società, cit., p. 462.

(8) Bellomo, Legge, giudici, giuristi, cit., p. 160.

(9) Cortese, La norma giuridica, cit. p. 58; Bellomo, Legge, cit. p. 157.

(10) Cfr. Calisse, Intorno, cit., p. 156.
(11) Cfr. Sbriccoli, op. cit., p. 441.
(12) Bartolus, Comm. in D. 1, 1, 9, de iustitia et iure. 1. omnes populi, nr. 65 (ed. Venetiis 1585, fol. 14ra). Cfr. Bellomo, Societa, cit., p. 462.
(13) Astuti, Guido, Il contributo di Giuseppe Ermini agli studi di diritto comune: Il diritto comune e la tradizione giuridica europea, Atti di Convegno di Studi in onore di Giuseppe Ermini, Perugia, 30-31 Ottobre 1976, Perugia, 1980, pp. 20-1.
(14) Philippus Decius, In tit. ff. De regulis iuris, Lugduni 1556, regula 117, p. 345.
(15) Cfr. A. Gandinus, Quaest. statut. n. 23.; Albericus de Rosciate, De stat. I, 2, 9.

VI

一三世紀前後に都市と法学者、言い換えれば、政治と学問との間に生じた激しい対立を考えるとき、普通法と特有法の正義性と不正義性についての法学者の議論はきわめて興味深い。正義および衡平は、正しい普通法を不正で僭主的な特有法から区別し、それによって、特有法を否定（自然法に反する場合がその典型）、ないしは普通法によってのみ条件づけられる第二次的な地位に押し込めるのに用いられたのである。

このような正義論は、普通法の解釈者であり、独占者である法学者にとってはまことに都合のよいものであった。なぜなら、都市の条例立法者が普通法体系から逸脱するような条例を制定すれば、それは正義に反するものとして激しい非難を浴びることが予想されるからである。バルトルスも「法律によって統治しない」都市の支配者シニョーリを僭主として非難する。[1] この非難を浴びないためには、都市の条例立法者は、法学者がユスティニアヌス法典を素材にして構築した普通法の諸原理を用いざるをえない。中世法思想の中心問題としての正義ないしは衡平は、ここに普

通法の枠内に組み込まれるのである。この普通法の体系に入るもののみが有効となるのである。[2]

このように、キリスト教信仰によって法と倫理の概念的統一がなされたヨーロッパ中世の社会において、法学者は正義論を道具として政治を学問のなかに取り込むことにより、普通法体系を完成させる。果たせるかな、この普通法は、一三世紀後半にいたり、条例により支えられていた各都市国家の法秩序のなかに、条例を補充する法源として採用され、各都市国家の法秩序を支えることとなった。[3]

こうして、一四世紀には、法学者は、普通法を武器に権威と名声とを得て、安定した地位を得ることになる。権威と名声とは、法学者に、富と権力を与えた。「法律はお金を生み出す」といわれた。しかしそれだけではなかった。「法学者なくして、君主も高位聖職者も存在しえない」[4]ともいわれた。こうして法学者は、学問の力によって、あらゆる政治権力から解放され、結果的に一つの権力層を形成することになる。かくして法学は「権力のための学」となった。

（1）Bartolus, De tyranno, n. 1. cfr. Quaglioni, D., Politica e diritto nel Trecento italiano. Il《De tyranno》di Bartolo da Sassoferrato(1314-1357). Firenze, 1983.

（2）Cfr. Bellomo, I giuristi, cit., p. 159 ss.

（3）拙稿前掲「中世イタリア㈠―㈢」参照。

（4）Cfr. Bellomo, Saggio sull'Università nell'età del diritto comune, Catania, 1979, pp. 7-23.