

Title	バルトルスの慣習法理論における「同意」(序説): イタリア中世都市国家の立法主権との関連で
Sub Title	The "Consensus Populi" in the theory of customary law of Bartolus de Saxoferrato
Author	森, 征一(Mori, Seiichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.11 (1994. 11) ,p.1- 24
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19941128-0001

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.

バルトルスの慣習法理論における「同意」(序説)

——イタリア中世都市国家の立法主権との関連で——

森 征 一

Ⅰ

中世ローマ法学の巨星バルトルス・デ・サクソフェラート Bartolus de Saxoferrato (一二三三—四一三五年)⁽¹⁾に時代が求めた課題の一つは、皇帝権の不在という北中部イタリアの現実の中で、帝国から事実上独立した、すなわち「上位者を認めない *superiorem non recognoscere*」都市国家(ムーネ) *civitas* の主権を法理論上いかに正当化するか、ということであった。「今日、イタリア、とくにトスカーナ地方のいかなる都市国家も「皇帝の」支配権 *dominium* を認めず、それ自身のうちに自由な国民 *populus liber* および純粹命令権 *merum imperium* を有し、そして皇帝が世界において有するものと同様な権力を都市国家において有する」と⁽²⁾いうのが、彼が見たイタリアの現実であった。中世の法学者においては国家支配権としての主権の中核部分を構成するのは立法権であると考えられており、その意味で立法権は主権の象徴であった。かくしてバルトルスは、一般に「都市はそれ自身の皇帝である *civitas sibi princeps*」と表現される、この都市国家の主権の問題を都市の自治立法権、すなわち条例制定権 *ius statuendi* の問題を中心に据え

て論じたのである。彼の目は上位者たる帝国の主権を承認しないほどに確立していた都市国家の政治的自治の現実に注がれた。

都市の自治立法である条例は都市自治の象徴であった。⁽³⁾ 都市国家はその獲得した帝国からの自由を確認するために、条例編纂を行っていったのである。条例編纂は、帝国がロンバルディア諸都市にたいして「都市の諸慣習 *leges* および諸法律 *leges* に従って」裁判を行うことを承認した一八三年のコンスタンツの和約以降、黄金期を迎える。コンスタンツの和約は、都市の自由の証として、しばしば条例の冒頭に掲げられたのである。⁽⁴⁾

条例 *statutum* は、広義では(一)古い時代から成長し、この時代に固定化しつつあった、市民の私的関係を規律する慣習 *consuetudines*、(二)都市の役人および市民相互によってなされた、都市の公的関係を規律する誓約 *brevia*、および(三)都市の立法機関である民会の議決たる、狭義の条例 *statuta* の三つの要素を総称する呼び名である。⁽⁵⁾

都市条例では、慣習には *consuetudines, mores, usus* という言葉が用いられている。⁽⁶⁾ また、条例は、*leges* とも呼ばれた。それは、中世イタリア都市国家が理想としていた国家モデルは、執政官 *consul* によって統治される古代の共和国ローマであり、したがって都市国家を表わす言葉はそれと同じ *civitas* であり、そこにおける統治者はローマのそれと同語の *consul*、そしてそこにおける法も、ローマの民会議決と同語の *leges* でなくてはならなかったからである。もちろん、周知のように、この時代、*lex* という言葉は、ローマ法を表す言葉として用いられていたのである。⁽⁷⁾ さらに、都市の全市民の集まる民会における議決は初めは喝采によって同意を与える全会一致によっていたようであるが、一二世紀から一三世紀の間に投票による多数決の方式に移行した。⁽⁸⁾

バルトルスが生活と研究の場としていたペルージャも自治を誇った都市国家の一つであった。「ペルージャ市は教会にも帝国にも服しない」、⁽⁹⁾ つまり「上位者を認めない」「自由な国民 *populus liber*」⁽¹⁰⁾ によって統治される共和制を維持する都市国家である、と彼に言わしめたほどであった。バルトルスの時代、ペルージャの自治は、その絶頂期にあった。

このような都市自治体制の中で、彼の条例に関する法理論が構成されていくのである。バルトルスは、都市の条例制定権を、都市がその統治のために事実上行使していた公的支配権である「裁判権(裁治権) iurisdictio」に基礎づけ、⁽¹¹⁾ コルプス・ユリスの『学説集 Digesta』D. 1, 1, 9 法文(ガイウス)への注解において、次のように語った。「国民があらゆる裁判権をもつとき、国民は、上位者の権威を懸念することなく、条例 statutum を制定することができる」と。⁽¹²⁾ すなわち、裁判権を有する都市国家は、皇帝の承認を求めることなく、自らの意思で、条例を制定できるというのである。

そして、バルトルスはさらに続けて語る。「その場合、上位者の権威が懸念されないということは、国民の黙示の同意 tacitus consensus populi から導入され、かつ条例と等置される慣習法 consuetudo の例から明らかである」と。

ここでは都市国家の立法主権の問題は、条例と慣習法との関連の中で把握されており、ここではそれらを支える「国民の同意」がキーワードとなっている。本稿では、このバルトルスの注解を手がかりに、⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾ 慣習法の問題を検討しながら、彼の条例制定権理論の理解をさらに深めてみたい。

なお、本稿は都市の条例制定権の問題との関連でのみバルトルスの慣習法理論を扱う。バルトルスの慣習法理論全体に関しては、つぎの機会に譲りたい。

- (1) バルトルスに関しては、佐々木有司「中世イタリアにおける普通法 (ius commune) の研究(一―四完)——バルトルス・デ・サクソフェラートを中心として——」法学協会雑誌、八四巻一号―八五巻八号(一九六七―八年)、抽稿「バルトルス・デ・サクソフェラート」(勝田有恒編『近世ヨーロッパの法学者たち』ミネルヴァ書房、一九九四年、所収)参照。また、Woolf, Cecil N. Sidney, *Bartolus of Sassoferrato, His Position in the History of Medieval Political Thought*, Cambridge, 1913. 参照。
- (2) *Bartolus de Saxoferrato, Commentarius ad D. 48, 1, 7, n. 15 (Venetus, 1596)*.
- (3) 抽稿「中世イタリアの都市・ローマと条例制定権 (ius statuendi) 理論(一―四完)」法学研究、四十九巻八一―二号(一

年、とくに五二頁以下)、最近では、小川浩三氏の一連の研究、同「Azonis Summa in C. 8. 52——アゾーの慣習法論(一)——」北法、三八巻五・六号(一九八八年)一三一—五頁以下、同「Azonis Summa in C. 1. 14(一—二完)——アゾーの慣習法論(2)——」北法、三九巻五・六号(一九八九年)一九—九頁以下、四一巻五・六号(一九九一年)七九五頁以下、同「グラ―テニアームス教合集の *consuetudo in scriptis redacta*」北法、四一巻五・六合併号(一九九一年)一三三—三三頁以下、同「アウグステイームスの *consuetudo universae ecclesiae*」(海老原明夫編『法の近代とポストモダン』東京大学出版会、一九九三年、三頁以下)がある。

さらに、最近の慣習法論については、石川真人「類型論の原点」北法、四一巻五・六号(一九九一年)五一〇頁以下、児玉寛「寛書・ローマ慣習法論」法学雑誌(大阪市立大学)、三八巻三・四号(一九九二年)、七三三頁以下、ゲアハルト・ディルヒャー・海老原明夫訳「慣習法の理論——旧ヨーロッパから近代へ」(海老原編、前掲『法の近代とポストモダン』、一—五頁以下)の興味深い論述がある。

- (14) バルトルスの主権論に *„der Herrschaft“* Woolf, Bartolus, cit., pp. 112-207; Ercole, Francesco, Da Bartolo, all' Althusio, Firenze, 1932, pp. 70-104; Canning, Joseph, The Political Thought of Baldus de Ubaldis, Cambridge, 1987; The Cambridge History of Medieval Political Thought, c. 350-c. 1450, edited by J. H. Burns, Cambridge, 1988; Walter, Helmut G., Imperiales Königstum Konziliarismus und Volkssouveränität, München, 1976, pp. 176-86. 参照。

(一)

中世のローマ法学者は法律上、皇帝は、教皇と並び、全世界の支配権 *iurisdictio* を掌握する普遍的支配者 *dominus mundi* であることを確認した。それは、皇帝は古代ローマのアウグスツスおよびユスティニアヌスの後継者であり、ローマ法は帝国の法であり、したがってコルプス・ユーリスにおいて皇帝に帰せられている権能はすべて、皇帝が保有するものと考えられたからである。しかし、理由はそれだけではなかった。皇帝権は、教皇権と共に、神に由来すると考えられていたからでもある。例えば、『新勅法 *Novellae*』 Nov. 73, 1 が「天上の神は帝国を創造せり」と定めるように、コルプス・ユーリスにも、これを基礎づけるような法文が含まれていた。皇帝は地上におけるキリストの

代理人 *vicarius Christi* と考えられた。⁽¹⁾ バルトルスも、帝国は神に由来し、皇帝は「地上における神 *Deus in terris*」であると語っている。⁽²⁾

しかし、コルプス・ユーリスには皇帝の普遍的支配権のもう一つの起源が定められている。それは「皇帝法 *レクス・レギア*」であり、それによれば、皇帝権はローマ国民に由来するものとされる。

例えば、『学説集』D. I, 4, 1, pr. 法文(ウルピアーヌス)は、「皇帝の欲するところのものは、法律の効力を有する。皇帝の主権に関して制定された皇帝法 *レクス・レギア Lex Regia* をもって、国民はその保有する支配権 *imperium et potestas* をすべて皇帝に付与した *conferre* からである。」と定める。要するに、かつてローマ国民 *populus Romanus* は立法権を含むあらゆる支配権を保有していたが、*レクス・レギア* を通じて、国民はそれを皇帝に付与したため、いまや皇帝が立法権を含む国家支配権を保有しているというのである。この法文により、皇帝権は法的に基礎づけられると同時に、この法文から、皇帝権が国民に由来することが推定される。*レクス・レギア* は共和国ローマから帝国ローマへの移行を説明するものであった。

ところで、この *レクス・レギア* に関しては、中世ローマ法学者の間に解釈上の争いがあった。一つは、*レクス・レギア* が一般的に支配権の皇帝への完全で永久的な移譲 *translatio* を意味するのか、それとも個人としての特定の皇帝への限定され撤回可能な認可 *concessio* を意味するのかという問題であり、⁽³⁾ もう一つは、*レクス・レギア* による支配権の皇帝への付与の後、支配権はすべて皇帝が独占し、ローマ国民にはいかなる権力も、とりわけいかなる立法権も残されていないのかどうかという問題であった。⁽⁴⁾

確かに、理論的には、*レクス・レギア* の取消し可能性を語る余地はあった。アーンゾ *Azo Portius* (一二二〇年没) も、皇帝法によって支配権を皇帝に移譲したとしても、国民はそれを撤回して、支配権を立法権を回復できると考えていた。⁽⁵⁾ しかしバルトルスは、実際にローマ国民が *レクス・レギア* を取消し、支配権を回復し、一般法を定立できる状

況にはなかった以上、それを語ることは現実的にはそれほど意味があるとは言えない、と考えていたようである。

バルトルスによれば、ローマ国民はかつて法律定立権を含むあらゆる権力を保有していたが、レクス・レギアを通して、今では「皇帝のみが法律を定立し、解釈することができる」こととなった。「ローマ国民が皇帝に権力を移譲した *transfere* 後でさえ」、しばらくの間、ローマ国民は皇帝を選出し、廃位する権力を保有していたがゆえに、ローマ国民、そして元老院でさえ、法律定立権を保有していた。しかし、「今日では帝権のあらゆる権力はそれら(ローマ国民および元老院)から放棄されている。」「なぜなら、ゲルマニアの諸侯が皇帝の選挙権を有し、教皇のみが皇帝廃位権を有するからである。」かくして「ローマ国民および元老院には帝権については残されているものが何もないが故に、私は、ローマ国民および元老院は法律を定立することができないと見る」⁽⁶⁾。彼は、ローマ国民はこのレクス・レギアを取消し、皇帝の手に移った法律定立権を含む支配権を取り戻すことはもはや不可能であると考えているようである。そして、レクス・レギアが取消し不能になったのは、国民の意思ではなく、皇帝の選出権および廃位権が事実上国民の手からドイツの諸侯および教皇の手に移ったことによる。

要するに、バルトルスによれば、かつて主権はローマ国民に存したが、レクス・レギアを通して、皇帝に移転され、その結果、ローマ国民はいまや永久に立法権を中核とする主権を喪失し、皇帝が唯一の立法権を有する普遍的支配者となった、というのである。レクス・レギアから皇帝の絶対的立法主権を推論したバルトルスにとって、レクス・レギアは都市国家の立法主権を根拠づけるためには利用できず、したがってその根拠をレクス・レギア以外のところに求めざるを得なかったのである。

では、ローマ国民は、帝権の移転により、一切の権力を失ってしまったのであろうか。ローマ国民の手には何物も残されなかったのであろうか。この問題は、中世ローマ法学の創始者イルネリウス⁽⁷⁾ *Irnerius*(一一三〇年頃没)以来、慣習法を中心として論議されたのである。

バルトルスは、ローマ国民がもはやレクス・レギアを取り消し、皇帝の手に移った法律定立権を含む支配権を取り戻すことはできないが、しかし、コルプス・ユーリスにおいて国民の慣習法が完全な法的効力を承認されるかぎり、わずかながらではあるがまだ法創造能力を保持しているといえるのではないかと考えた。この残された慣習法を作る権力を皇帝が国民から取り上げたという法文はコルプス・ユーリスのどこにも見当たらないし、逆に、皇帝は国民が慣習法を作ることを暗黙裡に認めているふしが見える、と彼は考えた。レクス・レギアは、ローマ国民が国民自身の慣習法に従って生活する可能性を必ずしも否定してはいないし、また実際、ローマ市の住民としてのローマ国民は、皇帝の黙認の下で、慣習法に従って生活しているのではないかという、この疑問は一見些細なことのように見えるが、それは後に都市の立法自治の承認という重大な結果をもたらすことになる糸口であった。

かつてプラケンティヌス Placentinus (一二世紀) は、慣習法のいかなる新たな創造も許されるべきではないと主張した。彼は言う。「ローマ国民は、レクス・レギアによってあらゆる権利を皇帝に移譲した *transferte*、したがって法……都市法、すなわち慣習法を作る権利は拒絶されており、かくして一般法が遵守されるべきである」⁽⁸⁾。

バルトルスは、『勅法集 *Codex*』C. 8, 52, 2 法文への注解で、「昔は」⁽⁹⁾「ローマ国民は一般法を作り、したがって法律に反する一般的な慣習法をも作ることができた」が、「現在では」それができないというプラケンティヌスの上述の注釈と同主旨の主張を紹介した後、次のように語っている。フランスの法学者グイレルムス・デ・クネオ *Guilielmus de Cuneo* (一三三五年没) は、レクス・レギアを通して、法律定立権が皇帝に移譲されただけであり、黙示の同意によって慣習法を作る権利は失うことなくまだ国民の手に残されている、と主張し、これに反論した。彼は言う。「明示かつ成文の法律を作る権力は皇帝に移譲されたが、しかし慣習法を作る権力は移譲されなかった。なぜなら、慣習法は黙示の同意から発生するからである」と。

バルトルス自身は、このグイレルムス・デ・クネオの見解が正しいと考えたと思われる。そのためか彼は自説を展

開しない。彼はただ「皇帝自身が、慣習法を導入する権力を国民に認可し concedere、長い間慣習法を受け入れることに同意したことが推定される」と述べ、国民が慣習法を作ることには皇帝が黙示の同意を与えていることが推定されることをつけ加えるだけである⁽¹⁰⁾。

こうして法学者は法源には皇帝法 *lex* と慣習法 *consuetudo* の二つがあり、両者はまったく異なった起源を持つことに初めて気づいた。皇帝法は皇帝の意思 *voluntas principis* に由来し、慣習法は国民の意思 *voluntas populi* に由来する。しかも両者は同一の効果をも有するのである。その結果、皇帝と国民という二つの法創造機関が存在するということになる。

- (1) Canning, *The Political Thought*, cit., pp. 24-25.
- (2) Bartolus, *Comment. ad Constit. ad Reprimendum* (ad verb. *Fidelitatis*.) §5.
- (3) エルンスト・H・カンターローヴァチ、小林公訳『王の二つの身体』平凡社、一九九二年、二二五頁以下、参照。
- (4) Woolf, *Bartolus cit.*, pp. 36-43; Canning, *The Political Thought*, cit., pp. 55-64.
- (5) 小川浩三「前掲」『Azonus Summa in C. 1. 14 (二説)』八〇〇頁。
- (6) Bartolus, *Comment. ad C. 1. 14, 11, nn. 2-4.*
- (7) 拙稿「中世イタリアの都市ローマネと条例制定権 (*ius statuendi*)」理論(三)「法学研究、四十九卷一〇号、七六頁以下参照。
- (8) C. 8, 52, 1: Ullmann, *Bartolus, cit.*, p. 271.
- (9) Bartolus, *Comment. ad C. 8, 52, 2, pr.*
- (10) Bartolus, *Comment. ad C. 8, 52, 2, n. 3.*

(三)

周知のように、ヨーロッパでは中世を通して慣習法は最も重要な法源であった。イタリアの都市生活でも同様であ

った。北中部イタリア都市では早くも一二世紀には慣習の編纂が見られ、一三世紀初期に至ってそれは、都市コムーネ生活の特徴的な要素として本格化する。とりわけ北中部イタリアの都市コムーネの古来の諸慣習を帝国が承認した一八三年のコンスタンツの和約の影響は大きかった。その編纂は、初めは私的に行われるが、都市生活が成熟するに伴い、公的に行われるようになった。⁽¹⁾ 例えば、ミラノでは、一二一四年には諸慣習の公的編纂のために、一四名から構成される編纂委員会がポデスタにより都市評議会から選出され、すでに前世紀の中頃にピエトロロという裁判官によって私的に作られていた草稿を参照して、一二一六年『ミラノ慣習法書』が公布された。⁽²⁾ このミラノの例は、ブレシャ、ベルガモといった他のロンバルディア諸都市のモデルとなった。⁽³⁾

こうして、イタリア都市の不文の慣習はその編纂により、さらに条例編纂に際しその中に編入されるようになり、成文化されるようになっていった。それにより、バルトルスが「都市法には、文書に編纂されたものと、そうでないものの二様がある」⁽⁴⁾ という状況が生ずるのである。

そしてさらに、『封建慣行 Usus Feudorum』『封建慣習 Consuetudines Feudales』とも称された、北イタリアの『封建法書 Libri Feudorum』は、一二世紀半ばに文書に編纂され、さらに一三世紀にはコルプス・ユーリスの中に『新勅法 Authenticum』の「第一〇部」として採用され、法的効力を有するものとなっていた。バルトルスは、このような現実を冷静に観察していた。そして彼は、『封建慣行』は「文書に編纂されているにもかかわらず、今なお慣習と呼ばれている」と述べ、ここから、「慣習法は、それが文書に編纂されているとしても、それは慣習法である。なぜなら、(それによって)文書が導入された(生み出された)のではなく、それ以前に存在したものが文書に作成されたからである」という結論に到達したのである。⁽⁵⁾ すなわち、バルトルスは、成文慣習法の現実を目の当たりにして、慣習法か否かは、それが不文であるか成文であるかという事で区別することはできないと考えたのである。

それでは、慣習法の本質をどのように考えるべきなのかであろうか。バルトルスの慣習法論は、コルプス・ユーリ

スにおける慣習法の二つの主要法源を中心に展開される。一つは『学説集』D.1.3.32 法文(ユース・アヌス)で、同法文は「長年の慣習法が法律のごとく守られるのには、理由がないわけではなく、これは、習いによって設定された法といわれている。なぜなら、法律それ自身が拘束する根拠も、国民の決定によって法律が受け入れられたということのほかにはなく、そのことは、国民が成文化することなしに承認したことがすべての人々を拘束するというにも、当てはまるからである。というのも、国民が投票によってその意思を表明することと、事柄や行為によって表明することとにどんな差があるというのであろうか。したがって、法律が立法者の投票だけでなく、すべての人々の黙示の同意 *facilis consensus* による不使用の慣習によっても廃棄されるということが認められたのも、至極もつともである」と定める。要するに、国民の慣習法および法律は、それらが同意という要素を共有するがゆえに、同一の効力を認められるというのである。もう一つは『勅法集』C.8.52.2 法文で、同法文は「長期の慣習法および慣行の權威は軽くないが、しかし、道理や法律に勝るほどの効力をもつものではない」と定めている。

バルトルスは、『学説集』D.1.3.32 法文の注解において、まず「慣習 *consuetudo* とは何か」を問い、慣習の概念を問題とする。彼によれば、学説上、その用語は、三通りの意味に用いられるという。第一は、人ないし動物の「習性 *assuetudine*」を意味するもの、第二は、多数の人々の「慣行 *usu*」、「習わし *mos*」を意味するもの、そして第三は、多数の人々の「慣行」、「習わし」の結果生ずる「慣習法 *ius consuetudinarium*」を意味するものの三つである。

第一および第二のものは、事実 *factum* としての慣習であり、第三のものは法 *ius* としての慣習である。そして彼は、この第三の意味での慣習が法学の対象となりうるものであり、それについて議論を進めるといふ。バルトルスの注解を追ってみよう。

バルトルスは初めに、アーンズの慣習法の定義を示す。アーンズは、「慣習法とは、国民の長期にわたる習いによって導入された不文の法である」とし、慣習法を不文法であると考えた。⁽⁷⁾

つぎに、バルトルスはキヌス・デ・ピストイア Cynus de Pistoia (一三三六—一七〇七年没) の注解を引用しつつ、このア
 ーゾの定義に対する最初の批判者ヤコブス・デ・アレーナ Jacobus de Arena (一二九六年頃没) の反論を示す。彼は、
 「不文であることは、慣習法の本質ではない」と主張し、「慣習法とは、国民全体あるいはその多数部分の習いや慣行に
 よって正しく始められ、維持された法であって、法律としての効力をもつものである」と定義する。そして最後に、
 バルトルスは、ヤコブス・デ・アレーナの定義は、「もろもろの教会の決定も慣習法を導入するのに、それはこの定義
 には含まれない」という理由で、「良くない」と批判し、グラーツィアーヌス教令集 D. I. c. 1 の「慣習法とは、習い
 によって設けられたある種の法であって、法律がない場合に、法律に代わるものと認められるものである」という定
 義を「良い」とし、これを彼の定義として提示する。

バルトルスは慣習法の定義に続いて、その成立要件の問題に入る。彼は、事実としての慣習を、拘束力のある行為
 の規範たる法としての慣習に転化させるものは何かという側面から、慣習法の起源 origo を訪ねるのである。

この慣習法の成立要件の問題を、法学者は原因 causa とそれから発生する結果 effectus の関係で考えた。ヤコブス・
 デ・アレーナは、「慣習法と習わしとの相違は何か」を問い、「習わしは慣習法を産み出す原因であるが、慣習法はその
 所産である」とし、習わしと慣習法の関係を因果関係で把握し、慣習法の成立要件を習わしに求めたのである。⁽⁹⁾ すな
 わち、彼は、慣習法は習わしに由来すると考えたのである。

フランスの法学者ヤコブス・デ・ラヴァーニス Jacobus de Ravanis (一二九六年没) は、これに対し、「慣行は慣習法
 の原因ではなく、国民の黙示の意思 tacita voluntas populi がその原因である」と述べ、慣行を慣習法に転化させるも
 のは、国民の黙示の意思であると主張したのである。⁽¹⁰⁾

バルトルスは、イタリア学説とフランス学説を結合し、新しい折衷的な見解を提示する。彼は言う。「慣行および習
 わしは慣習法の原因、私はそれは遠因 causa remota であると言う。なぜなら、近因 causa proxima は慣行および習わ

しから思い量られる黙示の同意 *tacitus consensus* だからである⁽¹¹⁾。要するに、彼によれば、慣習法の成立要件には遠因と近因の二つがあり、慣行や習わしといった、実際に繰り返される国民の行為は慣習法の遠因であり、このように繰り返される行為を拘束力のあるものにしよとする国民の黙示の同意 *tacitus consensus populi* が慣習法の近因であるというのである。バルトルスは、慣習法の真の原因は慣行や習わしではなく、国民の黙示の同意であると考へた。かくして、慣習の法的な拘束力は、義務を課し権利を付与するという国民の意思たる黙示の同意に帰せられた。

それゆえ、バルトルスの慣習法の概念は、黙示の同意という内在的要素と行為それ自体という外在的要素の二つの要素を含むものであった。前者はいわば存在根拠であり、後者は認識根拠である。

慣習法にとって国民の黙示の同意こそが本質的要素なのであり、時間および慣行の永続性は、国民の黙示の同意を証明する要素に過ぎないのである。この国民の同意こそ、社会生活の中で反復して行なわれる人の事実的な行動を強制的な法規範に変化させる基本的要素なのである。国民の黙示の同意はまさに慣習法の生みの親である。バルトルスは、このように考へたのである。

バルトルスは、他の箇所でも言うている。「慣習法は国民の黙示の合意 *conventio* ……市民の黙示の合意から「規範となる」力を付与される」と⁽¹²⁾。この注解で用いられている「市民の黙示の合意」という言葉は、慣習法を市民の黙示の合意とする『学説集』D. I, 3, 35 法文(ヘルモゲニアヌス)からの引用であろう。同法文は「長年の慣習により是認され、かつ多年にわたり遵守されてきたものは、市民の黙示の合意として成文法と同様に遵守されるべきものとする」と定める。

それでは「黙示の同意」とは何であろうか。この言葉についての説明はコルプス・ユーリスのどこにも見られない。イタリアの法学者、とりわけバルトルスは同意の有効性の要件に目を向けることによって、この概念を練り上げた。バルトルスは、慣習法を意思が同様に本質的な要素、すなわち「合意 *pactum*」と比較する。そして「慣習法は合意

に等置される」「なぜなら、両者はともに同意から生まれるからである」と述べる⁽¹³⁾。バルトルスは、慣習法も合意もともに、同意によって成立するから、同一の性質を持つものと考え、合意すなわち契約理論から、錯誤、強迫、意思能力等の意思表示の要件に関する諸原理を借用して、慣習法理論を構築していったのである。

ここで、国民の同意とは、国民は団体 *universitas* としての国民であり、そこでの同意たる意思決定は多数決による⁽¹⁴⁾。以上に見たように、国民の黙示の同意を慣習法の本質的要素と見ることによって、バルトルスは、国民は自らの意思で、したがって皇帝の承認を必要とすることなく、慣習法を創造できることになると考えた。こうして国民は慣習に法としての価値を付与する力を保有することになったのである。

- (1) Bellomo, *Società e istituzioni*, cit., p. 342.
- (2) 二二六年『マニッノ慣習法書』について E. Besta-G. L. Barni, *Liber consuetudinum Mediolani anni MCCXVI*, 2a ed., Milano 1949 参照。
- (3) Calasso, *Medio evo*, cit., p. 415.
- (4) Bartolus, *Comment. ad D. 39, 4, 15*, n. 20.
- (5) Bartolus, *Comment. ad D. 28, 6, 2*.
- (6) Bartolus, *Comment. Repetito ad D. 1, 3, 32, n. 6*. なお、バルトルスの慣習法理論については、小川、前掲「グラテーポームス教令集の *consuetudo in scriptis redacta*」一八七頁以下参照。なお、ローマ法文およびバルトルスの注解については、同論文記を利用せられた。
- (7) Azo, *Summa Codicis, Basilae*, 1563, C. 8, 52, n. 1. なお、アーンの慣習法論については、小川、前掲「Azonis Summa in C. 8, 52」参照。
- (8) Cynus, *Commentarius ad Codicem, Francofurti*, 1578 (rist. Torino, 1964), C. 8, 52, 2, n. 3.
- (9) Bartolus, *Comment. ad C. 8, 52, 2*, n. 10.
- (10) Jacobus de Ravanis, *Lectura super prima et secunda parte Codicis*, Parisiis, 1519, C. 8, 52, 1.
- (11) Bartolus, *Repetitio*, loc. cit. (D. 1, 3, 32), n. 10. and also C. 8, 52, 2, n. 10.

- (12) Bartolus, Comment. ad D. 1, 3, 33.
 (13) Bartolus, C. loc. cit., n. 2.
 (14) Ullmann, Bartolus on Customary Law, cit., p. 270.

(四)

国民の黙示の同意を慣習法の中軸に据えたバルトルスは、次に、同意に基づく法体系全体の再構築の必要に迫られることとなった。

ところで、バルトルス以前の法学者は、さまざまに試みにもかかわらず、結局は都市国家の主権理論を確立できなかった。彼ら、とりわけ注釈学者達にとって、主権は、法律上あくまでも都市の上位者である皇帝に帰属すべきものであった。したがって、都市法は、慣習法であれ条例であれ、本質的に、その効力が皇帝の公認またはその黙認の形で示される皇帝の同意に依存する慣習法として把握されていた。彼らローマ法学者には、都市が真の意味での自律的な法創造能力を有するという考えはなかった。⁽¹⁾しかし、徐々にではあるが、都市法の定立における同意の役割の重要性が認識され始め、ついには、慣習法と条例の本質的な違いは、その同意が黙示的か明示的かの違いに帰するといふ考えに到達していく。

すでに、慣習法と法律との違いに関して、フランスの法学者ペトゥルス・デ・ベラベルティカ Petrus de Bellapertica(一三〇八年没)は、「成文であることが法律の本質ではないし、またさらに、不文であることが慣習法の本質でもない」⁽⁴⁾したがって「両者の間の違いは、明示的か黙示的かの違いである」と述べていた。⁽²⁾さらに、バルトルスの師キヌス・デ・ピストイアも、慣習法と法律との違いに言及して、『学説集』D. 1, 3, 32 法文が言うように、慣習法と法律とは、それらが黙示的か明示的か以外に、異なるところはない」と語った。⁽³⁾バルトルスも、「法律 lex と慣習法とは

成文か不文かではなく、黙示的か明示的かの違いである。そしてこのことをヤコブス・デ・ラヴァーニスは理解している」と述べた。

そして、バルトルスは、帝国の「ローマ国民」に適用されたこの解釈を、イタリアの「都市国家の国民」に類推して適用していったのである。最高の注解者と謳われたバルトルスの解釈技術の妙味が、ここにある。帝国における法律と慣習法の関係は、都市国家における条例と慣習法のそれに置き換えられるのである。その結果、法学者は、法定立の形式の側面を強調した、従来の成文法*ius scriptum*と不文法*ius non scriptum*という法の分類を否定し、よりその実質に迫って、都市法を都市の国民の意思、すなわち同意の産物として把握し、その表示方法の違いにより分類するようになる。従来のように、慣習法が不文慣習法として、そしてアックルシウスFranciscus Accursius(一二五九〜六三年没)が述べたように、条例が「成文慣習法*consuetudo scripta*」として把握されるのではなく、⁽⁵⁾いまや慣習法は、都市の国民の黙示の同意の表れとして、そして条例は都市の国民の明示の同意の表れとしてとして理解されることとなった。

バルトルスは、慣習法と条例は国民の同意という要素を共有し、それらは共に国民の同意から生み出されると主張した。両者の違いは、ただ黙示的か明示的かの、同意の表れ方の違いにあるにすぎない。彼は言う。「慣習法は条例と異なる。なぜなら、条例は国民の明示的な同意によって導入されるが、慣習法は黙示の同意から導入される」。しかし、「黙示的な同意と明示的な同意とは等置され、かつ同一の力*potentiae*をもつ」という。⁽⁷⁾したがって、慣習法も条例も、それが国民ないし市民の合意であるという点では、同一であって、異なるものではない。バルトルスは言う。慣習法と同様に、条例もまた、「市民の合意のようなもの*quaedam conventio civium*」である。⁽⁸⁾と。

同意は、それが言葉で表現されるとき、明示的となる。一方、黙示の同意は行為そのものを通して表現される。⁽⁹⁾その区別は、拘束力を獲得する方法に関連する。慣習法はその拘束力を国民の黙示の同意を通して獲得する。それゆえ、

慣習法が後に文書に編纂されたとしても、その慣習法としての性質は変わらない。他方、条例はその拘束力を国民の意思を文書に編纂することを通してのみ獲得するのである。これに関して、バルトルスは「慣習法はその起源と導入に関して考察されうる。しかしして、慣習法は国民の黙示の同意に由来するがゆえに、その当時、文書に記載されることは不可能であった」と注解している⁽¹⁰⁾。

都市法は、条例であれ慣習法であれ、都市の国民の意思による立法として理解されたのである。後にバルトルスの高弟バルドゥス Baldus de Ubaldis (一四〇〇年没)が明確にしたように、いまや「慣習法は黙示の条例である」と考えられたのである⁽¹¹⁾。

したがって、立法は都市の上位者である皇帝だけの独占物ではなくなったのであり、都市国家の所有物ともなったのである。

バルトルスの着眼点のすばらしさは、成文法も不文法も共に同意に基づくという点にあった。彼は、もし国民が黙示の同意または合意によって慣習法の形での不文法を創造できるとすれば、同じように国民は明示のそれによって成文法を創造することができるのではないかと考えた。彼にとつて、国民が慣習法を創造する権力をもつと考えることは、その論理的帰結として暗に、国民は同様に成文法、すなわち条例を創造する権力をもつことをも意味した。

国民の意思ないし同意の基本的重要性が認識されるや、これを条例の形での成文法の創造に拡張するのは容易なことであった。慣習法と成文法の違いは、国民の意思が表示される方法の違い——それが黙示的か明示的かどうか——にあるに過ぎないのであり、重要なのは同意において示される国民の意思の表明である。黙示であれ明示であれ、同意を通して自己自身の意思に基づいて行為する市民は、何ものにも拘束されない、自立する自由な国民であり、このことのゆえに上位者を認めることを拒絶する。すなわち、市民は黙示の同意によってなすことができること(慣習法の創造)を、明示の同意によってもなすことができる(制定法の創造)。その結果として、彼らの条例法について上位者に

承認を求める必要はない。なぜなら、彼らの慣習法もその承認を要しないからである。

上述のように、バルトルスは言う。「国民があらゆる裁判権をもつとき、国民は、上位者の権威を懸念することなく、条例を制定することができる。……そしてその場合、上位者の権威が懸念されないということは、国民の黙示の同意から導入され、かつ条例と等置される慣習法の例から明らかである」と。

civitas sibi princeps の概念の核心は、このようなそれ自身が皇帝である都市国家が上位者を認めないということである。しかし、上位者を認めないということの中には、その定義上、当然に——バルトルスは、上位者を認めないものを *civitas sibi princeps* と呼んでいる——都市の側が上位者にたいして承認を拒絶するという意思が込められている。すなわち、都市国家は上位者を承認すべきなのに、それを行わないというように理解される。そこには上位者に対する都市の挑戦的・反抗的な態度が示されているとも言えるのである。⁽¹²⁾

繰り返し言えば、バルトルスは、黙示の同意と明示の同意は本質的に同一のものであると主張し、その上に立法的国民主権理論を構築したのである。

彼は、「国民の同意」に着目して、慣習法の原理を成文法に拡張させたのである。成文法と不文法とは類似しているという彼の考え方は、上記『学説集』D. I. 6 法文についての彼の注解にも浸透している。したがって、慣習法を「市民の合意」とするローマ法文を、バルトルスは、条例を表すために利用したのである。すなわち、慣習法も条例も共に「市民の合意」なのである。バルトルスは「国民の黙示の同意」の道を選ぶことによって、都市国家の完全な立法権を論証し、正当化できたのである。すなわち、「世界の支配者」としての皇帝の裁判権 *iurisdictio* と別に、都市が完全な裁判権を行使しているという事実が否定できないのである。バルトルスは、厳密に法的な観点からは絶対に異論をさしはさむことのできない「国民の同意」という概念を巧みに操作することによって、法的にこの事実を正当化したのである。その結果、都市国家が法的(かつ政治的)主権に付属する要素を備えた国家になりうる道が開けたのであ

る。国民の意思と同意によって統治される都市は「国民による統治政体 *regimen ad populum*」として特徴づけられる⁽¹³⁾。バルトルスの功績は、都市国家が上位者を認めないという事実を法的に有効な国民の同意という概念から論理的に導き出した点にあるのである。

その結果、国民の意思は法的かつ政治的理論の重要な部分とされた。国民の同意の概念によってはじめて、都市国家は「自己の欲するように *prout sibi placet*」とりわけ公共の福祉に関するあらゆる問題について立法を行うことができるのである⁽¹⁴⁾。

civitas sibi princeps としての都市国家に関するバルトルスの学説の特徴は、国民の完全な立法主権、さらに言えば、法的な用語で表現された完全な国民主権である。この都市国家の帝国からの主権的独立は、侵略および防衛戦争を遂行する能力、軍隊を維持する能力、要塞を構築する能力、条約を締結したり、課税したりする能力、財産を没収する能力、完全な市民の地位に服させる能力等の中に示される⁽¹⁵⁾。

バルトルスは、自由な国民を立法権の究極的な保有者として示し、そしてそれを皇帝と同一視することによって、同時に国民を主権者として確立したのである。すなわち、都市の自由な国民は立法主権を保有する皇帝となったのである。国民によって認められない上位者は、いわばアウトサイダーである。上位者の上位性は国民に由来しないから、上位者は国民から遊離している。しかし、国民は上位者を認めないことによって、自分自身を自己の上位者としたのである。明確に言えば、上位者を認めないことは、国民が自己自身の上位者であるという国民の主張なのである。

強調すべきは、バルトルスが都市主権を法的な方法を用いて基礎づけたということである。すなわち、バルトルスは、彼のローマ法解釈を、イタリアにおける都市国家の現状についての彼の判断と結びつけることによって、*civitas sibi princeps* としての都市国家を国民の意思に基づく完全な国家として見るに至ったのである⁽¹⁶⁾。

バルトルスに国民の立法主権を基礎づけさせた理論構成のキー・ポイントは、国民の黙示的同意と明示的同意との

同一視にある。黙示的同意の効力が慣習法の形で承認されるや、もはやそれと同一の効力を明示的同意に帰せしめるのに何の障害もなかった。この小さな、しかし重要なキー・ポイントから出発して、彼は、法的な国家の概念にたどり着いたのである。したがって、国家はその構造、機構、目的、政策、換言すればそのすべての実質・本質をそれ自身の主権者、すなわち法的には国家それ自身を意味する国民から引き出すのである。

彼の国民主権論は、権威の所在の一方から他方への移転を含む。そしてそれは重大な結果をもたらす。すなわち、かつて皇帝は国民の外部に立っていたのにたいして、今や彼は国民自身の内部に立つのであり、彼は国民の一部なのである。すなわち、国民はそれ自身の上位者、それ自身の皇帝なのである。これは、いわば国民 \parallel 皇帝理論である。バルトルスは言う。「都市国家はそれ自身の皇帝である」⁽¹⁷⁾。また「誰にも服従しない自由な国民は皇帝である」とも言う⁽¹⁸⁾。これはまさしく国民主権の純粋に法的な表現である。

ここにおいては、国民自体が主権者、すなわち皇帝であるから、皇帝に関するあらゆる原理が今やこの主権者たる国民に移転される。すなわち、国民の名において評議会によって可決された法律、すなわち都市条例は、皇帝によって命じられた法律と同様の遵守を要求する。そして皇帝の至高権 *plenitudo potestatis* は、今や *civitas sibi princeps* たる都市国家に適用されるのである⁽¹⁹⁾。

- (1) Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, cit., pp. 94-5.
- (2) Bartolus, *Comment. ad C. 8, 52, 2*, n. 5.
- (3) Cynus, *Comment. ad C. 8, 52, 2*, n. 10.
- (4) Bartolus, *Repetitio*, loc. cit., n. 7.
- (5) Gl., C. 8, 48, 1, 1.; Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, cit., p. 98, n. 9.
- (6) Bartolus, *Comment. ad D. 1, 3, 33*, n. 1.
- (7) Bartolus, *Comment. ad D. 1, 4, 1, n. 4*.

- (8) Bartolus, Comment. ad D. 28, 1, 3, n. 4.
- (9) Bartolus, Comment. ad D. 1, 1, 9, n. 19.
- (10) Bartolus, Repetio, loc. cit., n. 7.
- (11) Baldus de Ubaldis, ad Auth., 'Et qui iurat'(ad C. 7, 72, 9). Cf. Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, cit., p. 245.
- (12) Ullmann, *De Bartoli Sententia*, cit., p. 713.
- (13) Bartolus, *Tractatus De Regimine Civitatis*, n. 7. Cf. Woolf, *Bartolus*, cit., p. 174.
- (14) Bartolus, *Comment. ad C. 10, 63, 5 (si quod)*, n. 4.
- (15) Ullmann, *De Bartoli Sententia*, cit., p. 715.
- (16) Ullmann, *De Bartoli Sententia*, cit., p. 724.
- (17) Bartolus, *Comment. ad D. 4, 4, 3, n. 2*.
- (18) Bartolus, *Comment. ad D. 43, 6, 2, n. 1*.
- (19) Ercole, *Da Bartolo all'Alhusio*, cit., pp. 117-8.

(五)

北中部イタリアのペルージアを舞台に活動したバルトルスにとっての主たる関心は、イタリアの都市国家の問題であった。したがって彼の主権理論も都市国家のそれをめぐって展開される。バルトルスは都市国家の立法主権を理論構成するに当たり、政治現実⇨事実の最初の表現である慣習の問題から始める。コルプス・ユーリスの注解を通して彼は次のように言う。法律の効力は国民の同意に由来し、他の者の承認を必要としない。それゆえ慣習は都市の国民の同意の表現であるから、それは上位者たる皇帝の承認を必要としない。したがって条例もまた、上位者たる皇帝の承認を必要としない。なぜなら慣習は都市の国民の黙示の同意であって、条例は都市の国民の明示の同意であるから、

両者は共に同意から発生するという点で同一であり、同一の効力をもつからである。条例は国民の意思の産物であり、立法は上位者たる皇帝だけの独占物ではないと考えたのである。

彼はここから国民の同意は主権の基本的な表現である上位者たる皇帝の不承認に繋がると考えた。教会にも帝国にも従わない「ペルージャ市のように」、「上位者を認めない都市国家」は「自由な国民」といわれる。⁽¹⁾バルトルスの「自由な国民」は主権に付随する概念である。「自由な国民」は、皇帝が帝国内で有する支配権たる「裁判権」を都市国家内で有する。彼によれば「裁判権」はかならずしも皇帝の許与によらなくても、都市がそれを自ら行使してきたという「使用」の事実によって取得されうるといふ。都市国家は国家統治権を自らの中に保有するのである。したがって「自由な国民」である「都市国家はそれ自身の皇帝である *civitas sibi princeps*」。これはまさしく皇帝への従属依存関係から解放され、独立した都市国家の完全な自治(主権)の確立の表現である。「すべての裁判権を有する自由な国民」は、「その意思の欲するところに従って」、すなわち、上位者の権威を懸念せずに、「条例を制定できる」⁽²⁾。なぜなら、「都市国家はそれ自身の皇帝であるからである」⁽³⁾。バルトルス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る。

彼においては都市国家はいまや法人として把握され、したがってそれと同一視される国民とは個々の具体的な国民ではなく、それとは別個の総体としての抽象的な国民である。そして都市国家の統治機関としての評議会が国民を代表して同意を与えるのである。

要するに、都市国家の国民はその裁判権の範囲内で、皇帝の許可を必要とせず、その意思に従い、いかなる条例をも制定できるという意味で、「その都市国家内において」⁽⁴⁾「それ自身の皇帝」なのである。

ローマ法の枠内で都市国家の立法主権を基礎づけようとすれば、このような表現以外にはないであろう。そしてこの「上位者を認めない都市は、それ自身の皇帝である」という表現は、明らかに「国王はその王国内では皇帝である」

という公式の応用である。

帝国の普遍的統一を維持しながら、都市の自治を確保しようとするバルトルスにとって、皇帝はあくまでも「世界の支配者」として帝国内で真の法律上の主権を保有するのであり、事実上上位者を認めない都市は純粹に事実に基づいて真の主権を獲得できるのである。バルトルスは、イタリアにおける政治生活の事実をそのまま承認したのである。しかし、そのような事実上の主権は、もはや単なる適法性を欠いた権力ではない。

この都市国家の主権理論は階層的秩序をもつ主権の文脈で見られなくてはならない。都市が真の主権を有するといっても、それは皇帝がその領域内でもつ最高の主権ではなく、次位の主権である。普遍的組織としての帝国は「最も完全な裁判権」を有するのにたいして、特殊の組織としての都市は「完全な裁判権」を有するのである。バルトルスにおいては帝国は領域的な都市国家と同一のレベルにあるのではない。すなわち帝国は対等な多くの国家の中の一つではなく、それらの上に立つ普遍的かつ最高の主権を有する国家なのである。この点で彼の主権理論は、対等なレベルにある国家を前提とする多元的な領域的主権国家を要求する近代的な国家主権理論とは基本的に異なる中世的なものである。⁽⁵⁾

バルトルスの主権理論は、一方で都市の帝国からの自由の獲得を、他方で僭主にたいする都市の共和制的自由の防衛を意味したのである。

このようにして、バルトルスは、慣習法と成文法とを比較し、国民の同意をキーワードとして用いながら、都市国家の主権 *civitas sibi princeps* に関する法理論を完成させたのである。

civitas sibi princeps は、バルトルスの時代における国民主権の法的な表現であった。これは国民の法創造能力の側面における転換点を記すものであり、それは中世ローマ公法学におけるコペルニクスの革命とも言える。

バルトルスは、慣習法 *consuetudo* の基本要素である国民の同意という概念を手掛かりとして、慣習法の創造の中

に隠されていた問題を明るみにだし、それを条例立法の問題へと転換することによって、都市国家の国民の立法自治、すなわち条例制定権に象徴される都市国家の立法主権を確立する法理論構成に成功したのである。

- (1) Bartolus, Comment. ad (Codex, Tres libri) C. 11, 32, 3.
- (2) Bartolus, Comment. ad (Codex, Tres libri) C. 10, 65, 5.
- (3) Bartolus, Comment. ad D. 4, 4, 3.
- (4) Bartolus, Comment. ad D. 42, 6, 2.
- (5) Canning, *The Political Thought*, cit., p. 70.