

権威と「理性」と法（一一）

——イギリス法における——

下山英二

一 序論（三卷一号）

二 本論

第一章「世俗的」権威と「理性」論

はしがき

第一節 教皇庁の権威と世俗的権力

序——聖俗二権威とその統合とウェイトの変化——世俗権力の独立と構成

第一款 教皇の統治権

一 教会の法的権力

二 中世後期における教会の現世の「統治権」の確立（三卷二号、四号一号）

三 イギリスの特殊性（四卷二号、五卷一号、二号）

四 聖俗裁判権競合の前提（六卷一号、二号、七卷一号、二号、本号及び次号）

第二款 世俗裁判権

第三款 教会世俗裁判権

第四款 聖俗裁判権の競合

第二節 教皇庁の「権威」からの解放と人間社会の自立的「権威」の抬頭

第三節 人間の「理性」論と「権威」の問題提起の過程

権威と「理性」と法（一一）

第四節 世俗裁判権の競合と補完—イギリス法

第二章 法と「理性」論—宗教改革前

第三章 「自然的理性」と「人為的理性」

三 むすびに代えて

(五) 都市法と教会法

(イ) 都市の多様性と本項の課題

教会の世俗裁判権の行使の論理がいかなるものであったかという点は、私にとって興味深い点ではあるが、なお後の課題として留保しておきたい（後述「第一節 教皇庁の権威と世俗的権力」「第三款 教会世俗裁判権の論理とそれへの挑戦」）。しかし、都市法と教会法との関わりから、なお次の世代の展開に対しなんらかの接点を得ることができらば、本稿の課題に一步近づくことができるのではないかという問題意識より、ここでこの問題を設定してみた。ことに世俗社会における新たな実力の培養は、まず都市の勃興に始まるとよくいわれている⁽¹⁾。そしてとかく安易に、都市の自治とか、都市の空気は自由にするとかいわれ⁽²⁾、都市は近代化の端緒形態であるかの如くよく言われるが、しかし、後述の如く都市は中世において多様な形態を呈していたし、その後の社会の変遷との係わり具合もまた一様ではない⁽³⁾。ことに都市といっても、今日の眼でみれば、その人口規模は、今日の都市概念に当てはまらぬものが多い。それにも拘わらず、都市がかように重要視されるのは、自然経済に依拠する農村ないしそれを基盤とする統治構造とは異質の要素を、すでにこの時期に内包し始めているからである。そこで、都市の勃興による世俗裁判権そのものの変容過程の問題は、本章第二節第一款「多様の価値観（反普遍性）の発生—その社会的基盤の生成」の項で取り上げるとして、ここでは、世俗法としての封建制の中において⁽⁴⁾、一体都市法と教会法の関係が、他の都市君主と司教都市君主の場合では異なった

様相を呈していたか否かについてののみ、聖俗両権力の競合領域論の傍論として取り上げ、それにより聖俗裁判競合の問題になんらかの示唆をあたえうるならばと考え、ここで言及することにした。

すでに教会法と都市法との関わりについては、極めて局部的な問題ではあったが、雪冤宣誓補助にかんする教会の見方と都市法の関わりについて言及している⁽⁵⁾。しかし、中世後期においては、教会は商業・金融の面においても活躍していたし、また世俗商人の商業・金融活動はすぐれて都市生活に係わってくる。尤も、一二世紀は都市勃興の時代といわれる反面、都市の発展の中心的役割を演じた商人は、前述の如く（拙稿、前掲三巻二号二五頁および四〇頁注（24））、この時期に、社会的身分に関する三分説の中には包摂されていない。都市において、商人が都市の飛躍的發展に寄与したにも拘わらず、このような社会的地位を一二世紀には公認されていなかったものが、その地位を獲得していくに当たっては、いろいろの要因が働くものと思料するが、本項との係わりでは、とくに都市の法制度との係わりを問題にせねばならず、その場合に、はたして自然発生的な土着の慣習法が支配するのではなく、かかる都市法制度面になんらかの人為的要因が絡みうるのではないかという問題意識がすぐに浮び上がってくるであろう⁽⁶⁾。とくに都市が司教都市である場合には、それまで支配していた世俗法たる都市法と教会法とによって異質な商人的インパクトがいかに作用したか否か、という疑念が重複して持ち上がってくる。そしてそれがここでの課題になってくる。

しかし、都市といっても先に言及した如く多様であり⁽⁷⁾、また、アルプス以南と以北では、後述の如く、その類型を異にするといわれている⁽⁸⁾。ここでのテーマとの関連で、都市法に言及するのであれば、都市国家を形成したアルプス以南の地域の都市ではなく、アルプス以北の司教都市、それも特にドイツの司教都市が適当であると思われる⁽⁹⁾。それは国王と教会との政治関係力関係から然らしむるところといわれている。尤もそれは王の権力の弱体であったドイツの特殊性かも知れぬし、あるいは、反対に国王の権力の相対的に強かったイギリス、フランスの方がかえって特殊性を有するも

のと把握せねばならぬものかも知れぬ⁽¹⁰⁾。それはともかくとして、ここでは独自の法領域を形成しえたドイツの司教都市から、教会法と世俗法の接点と競合関係を探ることを課題としたい。また、それらの諸国との相違点も一つの興味あるテーマとなるであろう。それは明らかに本稿の主題からみれば、些か逸脱するものであるが、イギリスの特殊性に言及する前提として、瞥見しておきたい。「なお、その他の都市問題に関する本稿の課題は、先に示唆した如く、後のテーマとの関連で後述することとしたい。」

ところで司教都市での司教の裁判管轄は、司教の聖俗二面性を端的に表現しているものであることは言を俟たない。尤も、従来の研究では、都市ないし都市法について語るもの、また、教会法について語るものを見出しうるが、私の探索能力の限界もあり、両者の関連性に重点をおいた問題意識に真正面から答えてくれるものは極めてすくない⁽¹¹⁾。しかし、他の封建領主体制の中における世俗法と教会法の問題とは異なつて、司教都市の場合には独特の関係が現われてくるのではないかという問題意識が、私の脳裡からなかなか捨象しえない⁽¹²⁾。また都市が後述の如く、コミュニケーション運動により、司教権力の弾圧から解放を試みる場合もあるが、他方世俗領主権力から解放される場合に、教会がバックアップする例も見られたという⁽¹³⁾。その場合の世俗法と教会法との関係の特殊性は無視しえないものを持っているのではないかと思ふ⁽¹⁴⁾。尤も、この点も私には荷の勝ちすぎた課題であるので、若干のこれまでのわが国の研究者の業績に基づいて言及するに止めたい。しかも、それも、いくばくかの推論を交えた問題提起に過ぎないが、本稿の課題遂行のために必要な限りで言及してみたいと思うし、またその限度に止まることをここで断わっておきたい。

そこで問題を整理してみると、司教都市の場合に、まず封建的な世俗的権力からどのように免かれるか「特権都市化」⁽¹⁵⁾という問題とさらに司教の世俗権力そのものから都市住民がどのように免かれて、自治権力を確保していくか「いわゆるコミュニケーション運動」⁽¹⁶⁾（自治都市化）という問題を分けて考察しておかねばならぬと考へた。都市が既存の世俗的権

力から免かれた場合「IIイムニテの場合」には、その都市はカノン法の影響が強かった否かという問題が浮び上がるであらうし、また、都市住民が司教権力から免かれるというときには、カノン法を含めて司教権力の適用する法を排除し、その結果、自己の新たな自治権力と法をどのように形成していったかという問題が浮び上がってくるからである。

ことに、世俗権力が教会権力から離れて、自己の官僚制を形成し、世俗裁判権を確保し、どのようなイデオロギーで自己の「権威」を正当化し、その統治体制を整えるかの過程分析の問題は、第二款以降の課題であるが、都市裁判所の形成はこの問題を先駆けて提起してくる側面があるので、かかる考察はなお必要になってくるものと考えた。

(1) 都市一般の輪郭的把握については、David Nicholas, *The Growth of the Medieval City. From Late Antiquity to the Early Fourteenth Century*, 1997; David Nicholas, *The Later Medieval City, 1300~1500*. 1997. アンリ・ピレンヌ、前掲「ヨーロッパの歴史」一六五頁以下「第五篇 市民の成立」、アンリ・ピレンヌ、『中世都市——社会経済史的試論』、佐々木克己訳、創文社、一九七〇年、ハンス・プラニーニッツ、『中世都市成立論——商人ギルドと都市宣誓共同体——』、鯖田豊之訳、未来社、「改訂版」一九九五年、マックス・ウェーバー、『都市の類型学』（経済と社会、第2部第9章8節）、世良晃志郎訳、創文社、一九六五年、増田四郎、『西欧市民社会意識の形成』、講談社学術文庫、一九九五年、「第二章 マックス・ウェーバーの都市研究」第四章「西欧市民意識の源流」第六章「ドイツ中世都市の起源について」第七章「イタリア中世都市の成立について」、中村勝己、前掲「世界経済史」一六〇頁以下、ジェラルド、前掲二四七頁以下「都市 Ville」、二五〇頁以下「都市貴族 Patriciat」、鯖田豊之、前掲「ヨーロッパ封建都市」、講談社学術文庫、一九九四年を基礎にした。都市法の輪郭的把握についてはハンス・K・シュルツェ、『西欧中世史事典——国制と社会組織』、千葉・浅野・五十嵐・小倉・佐久間訳、ミネルヴァ書房、一九九七年、二六〇頁以下「4 都市法と都市制度」参照。中世都市の起源論争については、比較都市史研究会編、『比較都市史の旅——時間・空間・生活』、原書房、一九九三年、二頁「魚住昌良」、「序章 ヨーロッパ中世都市の形成——ケルンの古代と中世——」、ことに一〇頁以下参照。その他の参考文献は言及する箇所では指摘することにする。

一般に、ヨーロッパの都市の勃興について、一二世紀を一つの標識とし、貴族支配の構造変化とともにその成立・発展を中世後期ヨーロッパにおいて見る上で重要視されてきている。木村・山田・成瀬編、前掲「ドイツ史I」二三五頁「西川洋一執筆」「補説11 ドイツにおける都市の勃興」。

ただ、都市の成立の多様性に関連し、ピレンヌ、プラニーニッツ以来の商人都市中心の把握に対して異論の出ていることも事実であ

り、その点にまで立ち入る能力はない。その点、専門の法制史家、社会経済史家、歴史家の研究に俟たねばならないと考えている。問題の提起として、たとえば、酒井昌美、『ドイツ中世後期経済史研究序論——オスト・エルベを中心として——』、学文社、一九八九年。どれだけその研究成果が普遍性をもつものかは、私としては、留保せざるをえないが、その一端として、「ドイツ中世の都市と領主の問題」の節の問題点の要約を紹介しておこう。すなわち、異った考察視点に立って、「八—一〇世紀の統一的農民層の形成（属人法→属地法の方向）」と労働生産性の発展にもとづく都市共同体の自立化の方向、他方では、政治権力の側においても、パトリモニアルな支配が解体を示していくことを述べ、ほぼシュタウフェン王朝の法の形成は、いかなる意図にしろ、『荘園法』における新たな規定と、『都市法』においては、隷属性からの解放がみられることを述べ、都市に關係する権力の錯綜と『価格規定』をめぐる都市領主（拙注、都市君主とも称す）と都市共同体との対抗の結節点にパトリチアートが存すること、その土地所有者的性格（三五頁）を概観的に述べようとしたという。この指摘がどれほど特殊性の探究に止まりうるのかという点が問題にはなるが、とにかく、ピレンヌ、プラニーニツの従来の通説からの乖離を指摘したもの一つとして留意しておきたい。また、Ch・プティリデュタイイ、『西洋中世のコミュニオン』、高橋清徳訳、東洋書林、一九九八年、一二三頁以下「解説 コミュニオンと都市法——高橋清徳」参照。なおまた森本芳樹編、『西欧中世における都市と農村』、九州大学出版会、一九八七年、二七三頁「編者あとがき」、森本芳樹編著、『西欧中世における都市と農村關係の研究』、九州大学出版会、一九八八年、III頁以下「序——欧日学界状況の比較と本書成立の経緯——」参照。

ただ、最近二—三〇年の研究が、古典的研究を批判していることは事実のようであるが、それにも拘わらず、その上でなお、古典学説の持久力を認めるものにシュルツェの指摘があることも留意しておいてよいように思われる。前掲iii頁「序」。

なお経済史の立場から、中村勝己、前掲一六〇頁以下で「都市」の節を設けているが、基本的な柱の建て方は、概ね大同小異であると思われる。

各国の都市史に関する文献については、ドイツについてはプラニーニツを始めとする相当数の都市法史が存在する。本稿の課題と関連して、それらの文献を参照することは、私の能力の到底及ぶところではないので、その点は歴史学者ならびに法制史研究者の業績を媒介としてアプローチするに過ぎないことを断っておきたい。ドイツ都市法の概観として、ミッターリスリーベリッヒ、前掲三八七頁以下「第三章 都市制度」のほか、W・エーベル、『ドイツ立法史』、西川洋一訳、東大出版会、一九八五年、八六頁以下、林毅、『西洋中世自治都市と都市法』、敬文堂、一九九一年、林毅、『ドイツ中世自治都市の諸問題』、敬文堂、一九九七年を、さらに一般史からの参考として木村・山田・成瀬編、前掲「ドイツ史I」、二三五頁以下「西川洋一執筆」補説II ドイツにおける都市の勃興」、三三九頁以下「池谷文夫執筆」第八章 ドイツと中欧「1 領邦・都市の『連合体』国制」2 中世後期の都市民の生活」に基礎をおいた。

フランスについては、基本的にはマルタン、前掲二四三頁以下「第四章 都市と商工業」、また一般史からの参考として柴田・横山・福井編、前掲「フランス史I」、三二七頁以下「高橋清徳執筆」第七章「中世の社会——都市と産業」を参照した。

イギリスの都市法と都市史については、とくに本稿の課題との関連で基本的に Pollock & Maitland, *HEL*, op. cit., vol. 1, p. 634 et seq.; Holdsworth, *HEL*, op. cit., vol. 2, p. 372 et seq.; op. cit., vol. 1, p. 30; Helmholz, op. cit., [Canon law] の各該当箇所を参照し、一般史との関係で Alan Harding, *England in the Thirteenth Century*, 1993, 青山、前掲「イギリス史I」、二七〇頁以下「城戸毅執筆」補説15「都市」、イギリス中世史研究会編、『中世イングランドの社会と国家』、二五七頁以下「第五部 都市」等を参照した。

また特殊ではあるが、英仏封建社会の都市を比較したものとして、R. H. Hilton, *English and french towns in Feudal Society - A comparative study*, 1992 があるが、それには後に触れることにする。

(2) プラーニッツ、前掲一八五頁以下。なおこの諺はドイツのものといわれている。

(3) Nicholas, op. cit. [Growth], p. 152 et seq. [Jurisdictional heterogeneity in the cities].

中世都市の存在の重要性について、ジュエラル、前掲二四七頁「都市 Vile」。「都市の誕生は、中世の歴史と社会にとって決定的に重要な現象であった。」なおジュエラルは、「中世都市の担う根本的に重要な二つの側面」として、「封建制の崩壊にはたした役割と、新しい価値体系や新しい文化の創造への参加の側面」を指摘する。これらの点については、本稿では、第二節第一款「多様の価値観（反普遍性）の発生——その社会基盤の生成」の箇所で言及する。

尤も、中世の都市の全体の共同体内で占める地位というものを過大に評価してはならない。P・レーメ、「商法史概説」、(塙浩『ヨーロッパ商法史』所収)、信山社、平成四年、一〇五頁。「経済生活、殊に、商業生活の担手は、中世には小さな、そして、一七、一八世紀には大きな社会公共体であった。即ち、前者では都市が、後者では国家が、という訳である。」

いずれにせよ、一二、一三世紀における都市の勃興は、未だ制度論的観点から見れば部分的変革の萌芽を提示し始めた段階であると考えた方がよいように思われる。

なおここで、マルタンの指摘を引用しておくのも、都市の多様性を念頭におく上で有意かもしれない。すなわち、「歴史家衆は、経済的にも活動的であり、同時に法的にも特権的である、そして関係資料の存在する、真正正銘の都市を、殊更好んで、考えて来た。一方からいえば、それは正当であるが、全く自由な大都市と純粋の領主領との間には、至極諸種の中間的段階が有ることを忘れてはならない。」マルタン、前掲二四四頁。

(4) マルタン、前掲二四三頁以下「第四章 都市と商工業活動」一一五項「問題の所在」。フランスでは、一〇世紀には、農村同様に都市にも領主領が敷かれる。

(5) 拙稿、前掲五卷二号一八二頁注(4)、二一八頁注(4)参照。ことにこの段階では、刑事手続が問題であり、カノン雪冤宣誓補助が都市において有効かどうか裁判官自身が疑問に感じだしてきていた。このことについては、拙稿、前掲五卷二号二〇頁注(23)参照。(なおローマ市は教皇が裁判権を掌握していることについては、拙稿、前掲四卷一号五五頁)。

なお、決闘と雪冤宣誓補助に関する商人法と都市法の関係については、プラーニッツ、前掲一九六頁以下参照。「ユース・メルカーートルム(拙注、商人法のこと)のこのような遺物は、ずっとのちの時代になると、ますます注目に値するものとなり、決闘免除特権は、都市内において、同時に、一般的な市民の特権に転化しはじめた。」「すでに一二世紀への転換期ごろ、都市法は、一般に、市民の決闘挑戦を禁止した。」「ユース・メルカーートルムから純粹の都市条文への移行は、この点について完成した。」「商人の訴訟特権は、特別の都市訴訟法の形成におけるもっとも重要な基礎になった。」「一九七頁。

(6) まず、教会裁判所と都市の関係についてみると、ここでは、慣習を主とする世俗裁判所たる都市裁判所と、人為的な教養を法源とする教会裁判所との管轄権の競合現象が見られた。林毅、前掲一三八頁。

しかし、当時のカノニストの間でよく用いられた、ユース・コミュニティンという概念も存在した。それは慣習法と人為法を橋渡す一つの環を形成していたといえよう。その性格づけは複雑で困難であるが、Robinson, op. cit., p. 106によれば、「ユース・コミュニティンは単純な概念ではない。事実、場所によりまた随時いろいろの割合にはあるが、地方慣習と、封建法、現代化され精巧化されたローマ法、カノン法並びに慣習法とが一緒に到来した複雑な結果である。それは一二世紀ルネサンスに始まった法と法学の新しい成長の頂点にあるものである。それはまた、一六世紀の間に發展的都市制度の指向した出発点あるいは淵源である」(傍点筆者)という。競合と融合を繰り返しながら、国家法へと発展していく過程の一環を担う都市制度は、単純なものではなく、いろいろの要素を内包するものであったといえよう。それを解析することは困難ではあるが、都市法問題の一つの課題であることは事実である。

R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*, 1938, p. 45 et seq.

(エス・ロツキーンに引く) Pollock & Maitland, *HEL. op. cit.*, vol. 1, p. 176. ノンマクソン時代には common law という言葉は、稀にしか用いられなかったが、カノニストの間では *ius commune* はよく用いられた言葉であったという。後出「(イギリスの特殊性」の項参照)。

(7) 多様性について、地中海都市、司教都市、ハンザ同盟都市等では都市構造が大いに異なる。地中海都市はイタリアの都市国家である。また司教都市は次項でとりあげる。ハンザ同盟都市については、斯波照雄、『中世ハンザ都市の研究——ドイツ中世都市の社会経済構造と商業——』、勁草書房、一九九七年。また第二次大戦後の中世都市研究の業績の中で注目を受けてきたアンドレ・ジュリス、『ベルギー都市ウイの栄光と衰退』、斎藤綱子訳、八朔社、一九九五年は、神聖ローマ帝国内の慣習法文書の伝来する最古のもののみならず、「自由と自治」の表現と結びついた都市の研究として注目に値する。

永松栄、前掲二四頁以下では、「中世都市の起源」について次の如く指摘している。

① 中世都市の性格が、自衛の遂行、都市機能の保有、富の蓄積の三つの要素が統合して、都市の原風景を形成するという。二四頁。

② 中世都市の起源としては、定期市開催地、遠隔地商人定住地、物流上の中継地や集散地、領主居城の城下町、司教座教会などの門前町があるという。同前。

(8) Nicholas, op. cit [Growth], p. 141 et seq. など一四一頁以下では北部ヨーロッパ、一五七頁以下では南部ヨーロッパを取り扱う。

ただし、城戸照子、「インカステラメント・集村化・都市」、(江川、服部編著、前掲「西欧中世史中」所収)、一三一頁以下参照。ここでは、かかる区分にたいして、その相対化を摘示する。この作業は、清水広一郎の問題提起を受けて、インカステラメントと集村化現象を中心に取り上げているものといえる。この考察が私の本稿の課題とどうかかわるのかは、未検討である。

なお、ピレンヌ、前掲「ヨーロッパの歴史」一七八頁以下では、南部ヨーロッパは司教のシテを中心に、北部東部ヨーロッパは、軍事的城砦であるブルを中心に発展したことを指摘する。

またミッターリスリーベリッヒ、前掲四〇一頁参照。イタリアとドイツの都市の性格の違いに触れる。「イタリアとちがって、ドイツの帝国都市の中には、いくらかの重要な領邦国家を形成したようなものは一つもない。いうに足るほどの農村領域が獲得されたのは、ごく散発的にすぎない(メッツ、ニールンベルク、シュトラースブルク、ウルム)。「ケルンやフランクフルトやアウグスブルク級の諸都市すら、都市の禁制区域だけで満足しているのである。このような謙抑の原因は、強力な諸侯国家に隣接していたという点よりも、むしろ諸都市の考え方が圧倒的に経済中心であったという点にある。」

(9) 林毅、前掲四七頁以下「第一部 都市共同体の諸問題」「第二章 自由帝国都市ケルンとケルン大司教」。「周知のように、封建国家の王権による統一が進行した英・仏と異なり、封建国家の分裂・領邦国家の乱立と強力な自治都市の誕生という事態が生み出された中世ドイツに関しては、都市と都市君主(ないし領邦君主)との関係を分析することが、重要な研究課題の一つをなしている。」

都市の中で司教都市が持つ重要性については、後述(ロ)の項参照。就中ドイツの司教都市の場合、後述するにせよ、宗教改革との関連に留意しておかねばならぬであろう。B・メラール、「帝国都市と宗教改革」、森田安一・棟居洋・石引正志訳、教文館、一九九〇年。一六世紀初頭に「自由・帝国都市」とされるものが八五、その内六五が帝国直属、そして五〇が宗教改革を正式に導入した。一三頁以下参照。但し、ケルンは、数少ないカトリック系帝国都市として残った。三七―八頁。かかる歴史的展開過程を念頭に置きながら司教都市を瞥見したい。

(10) 留意すべきことは、ここでドイツ、フランスという言葉を使用したか、プラーニッツの指摘するが如く、アルプス以北で一〇・一

一世紀に商業的中心となった都市はニーダーフランケン諸都市、すなわち、ライン河右岸からセーヌ河を挟んだ地域に発達した都市であるので、現代的感覚で捉えた都市のイメージと歴史的現実との間に相違が生じうる。プラーニッツ、前掲一九頁以下。

なおドイツの特殊性について、前出注(9)の林毅の指摘参照。

- (11) 私は、プラーニッツ、前掲、とくにドイツについては、主として林毅、前掲「西洋中世自治都市と都市法」、林毅、『ドイツ中世自治都市の諸問題』、敬文堂、一九九七年等を参照した。

- (12) 特権の態様によって、都市法と領主領との関係が多様性をもつことについてのフランスの例示として、マルタン、前掲二四四頁参照。

- (13) Ch・ドーンソン、『中世ヨーロッパ文化史——宗教と西方文化の興隆——』、野口洋二・諏訪幸男訳、創文社歴史学叢書、一九九三年、一八九—九〇頁。「西ヨーロッパにおけるこの新たな発展は、一般に教会の庇護のもとにあった自発的結社の原理にもとづいていたが、この原理は、封建国家の既存の領域的な階層制に占めるべき場所をもたない新たな階級の要求に、特に適合していた」(傍点筆者)。

- (14) なるほど、都市がカノン法に対立する関係に立つ場合もある。しかし、同時に、都市に対して教会法が一定の影響をもった事例として、ウェーバー、前掲「法社会学」、四二五頁。

- (15) ドイツの場合には、ラント法からの解放が主となる。なおマルタン、前掲二五一頁以下「第二節 特権都市の主要形態」参照。

- (16) 中村勝己、前掲一六九—七〇頁。

「また旧来の裁判は窮屈な形式に拘泥する訴訟手続をとめない、訴訟に際しての宣誓補助者を必要とし、神盟裁判や決闘裁判がおこなわれ、裁判官は農村人口の中から選ばれ、土地の耕作か所有によって生涯する人びととの関係を規制するためにくりあげられた慣習法以外は認められなかった。」一六九—一七〇頁。

「商人たちは取引の安全と紛争の合理的解決と迅速さを求めて、裁判権の獲得を強く求めた。」「市民は封建制そのものを否定したのではなく、封建社会の内部において特権的地位を獲得するために都市領主と争ったのである。」「この都市の自治権獲得において積極的な役割を演じたのは、富裕な商人たちであったが、彼らの反抗はしばしば手工業者・貧民・下級聖職者によって支持されていた。」一七〇頁。

「都市の自治獲得運動は、それぞれの地方における封建権力の内部構造、とくに王権の強弱と、聖俗両界権力の種類によって、さらに都市の経済的地位により、また都市内部の勢力関係によって、都市や地方ごとに異なった形態をとった。」一七〇頁。

司教都市の場合には、「司教は、精神的権威と世俗的権力とをあわせ有していたから、あらゆる譲歩を危険視した。司教は職務上都市に居住せねばならなかったから、市民自治によって諸困難をもたらされることをおそれたし、商業に不信の念を抱いていた。」

「それゆゑに司教座都市は都市自治運動の最初の舞台となつた。」一七一頁。

なお鯖田豊之、前掲「封建都市」一四八頁以下「コミューン都市から自治都市へ」、プラーニッツ、前掲五七頁以下。「一、コミューン運動 Kommunerbewegung」参照。

フランスの都市コミューン運動については、マルタン、前掲「第四章 都市と商工業活動」〔第二節 特権都市の主要形態〕二五一頁以下「一一九項 慣習の特権と自由特許状」〔二二〇項 市民都市またはプレヴォテ都市〕「一二二項 誓約コミュヌ。その法的基礎」〔一二二項 コミュヌの代表、その諸特権〕参照。またジェラルド、前掲二二三頁「コミューン」参照。

またコミューンと宣誓共同体との関係に関し、プラーニッツ、前掲五七頁以下「第二部 都市宣誓共同体」〔第一章 都市宣誓共同体の成立〕参照。なおさらに「宣誓共同体」については次項〔(ロ)(2)(a)の注(9)〕参照。

さらにジェラルド、前掲一三三―一六頁「コミューン」によって、両者の関係と、コミューンの地域的相違について瞥見すると以下の如くである。

「コミューンを定義することは、それほど簡単ではない。この言葉に法的積義をあたえようとするかぎり、この語義はあまりに狭く限定されたものにならざるをえない。」「コミューン運動がはじまつた一一世紀末から一二世紀初頭にかけて、この言葉は、自分たちの領主から譲歩を獲得するために闘おうとした住民のあいだに結ばれた、共同誓約を意味した。」(傍点筆者) 一三三頁。

この限りでは、後に言及するドイツで主として用いられる宣誓共同体と当初は内包的に共通する面をもっていたといえよう。ただ、ジェラルドも指摘するが如く、ヨーロッパの全都市が自治や特権を獲得する過程・形態は多種多様であった。一三四頁。

この運動が最初に出現したのは「フランス」で、「一〇七〇年から一二世紀なかばまでにかけて、二〇ほどの町村」で、「それらすべては、ロワール・ライン川間にあった。」「なかでもルーマン、カンプレ、ノワイヨン、ランでは、領主でもあった、ひどく憎まれていた司教がころされた」という。一三四頁。

獲得した自治の中で最も自由であったのが、イタリアのコムィネであったろうといわれている。一三四頁。ドイツの諸都市も、同様に領主への攻勢を実施することなく自由を發展させて行く。そのバックボーンとなつたのが、帝権に対抗して組織された都市同盟であった。それは帝権が衰退すると領邦君主に対抗するものになつたという。一三四―一三五頁。

南フランスは、貴族と衝突することなしに都市共同体を發展させた。北フランスは、コミューン運動に拘わらず、けつして完全に自由になることはなかつた。中部フランスでは、厳密な意味でのコミューンのモデルとなるものは全くないというほど普及されていなかった。」一三五頁。

イギリスのコミューンは、それほど自由な存在ではなかつた。

(ロ) 司教都市

(1) ドイツの司教都市の特徴

そもそも都市といっても、前述の如く、中世の都市の類型には多様性を見出しうる⁽¹⁾。その中で先例的意義をもつものの一つが司教都市であることは言うまでもない⁽²⁾。

しかし、ここでは私は殆ど知識を持ち合わせていないので、従来のが国の研究史から、本稿の課題に関連し、注目に値しうると思われるドイツの都市、就中ケルン市を取り上げ、その他の司教都市の場合を補完として利用することにした。

因に、かかる作業を実施するに当たって、とくに留意せねばならない点として、既述の如く、教会裁判所の管轄が頂点に達するのが一二世紀半ばごろであったということ⁽³⁾、そして、ローマ法研究の再興を媒介として新しいカノン法時代に入るのが、グラチアヌス教令集が整備された一一四〇年頃以降であった点を挙げうる⁽⁴⁾。換言すれば、これらの時期の前後では教会体制が変わってくるので、その点をここでも留意しておかねばならないということになる。

(1) 中世都市多様性については、前述の(イ)の注(3)および(7)参照。

因に、神聖ローマ帝国における都市君主権の移譲の結果生じる都市類型につき三つの型の存在したことについては、ミッターイス・リーベリッヒ、前掲三八七頁以下「第三章 都市制度」参照。ことに三九一頁以下では次の如く述べられている。すなわち、

「都市君主は最初はどこにおいても国王——市場開設権と築城高権の担い手としての国王——であった。」「しかし国王はこの二つの高権をも譲渡することができ、最初は教会諸侯に、のちには世俗諸侯にもこれを譲渡したのである。」「フリードリッヒ二世以後は、都市建設権は一般にランデスヘルの権利になった。したがってこの時代以後は、次の三種の都市が区別されることになる」として、

「国王都市（後には帝国都市）」（＝フランクフルト、ニュルンベルク、アーヘン、ゴスラル、ドルトムント、ミュールハウゼン、チューリッヒ、後にリュールベック）、「司教都市」（＝ケルン、マインツ、トリール、ハムブルク、ブレーメン、ザルツブルク、パッサウ、バーゼル、ローザンヌ、ジュネーヴ等）、「ランデスヘル都市」（＝フライブルク、ミュンヘン、プラーク、ヴィーン、ヴランシ

ユヴァイク、ライプツィヒ、ベルン等)を挙げている。

司教都市のタイプについて、建築史専門の永末栄、前掲三六頁以下参照。「司教座教会を持つ都市の発生には、大きく二つのタイプがある。」「一つはもともと司教座教会とこれを囲むブルクや自治区が存在し、これを核として都市が発生する場合で、ここでは自然に都市領主としての司教の権限が確立されることが多かった。」「三七頁。「もう一つは、封建領主により新しい拠点都市が建設され、その際に布教拠点としての司教座教会が建設される場合である。」「広い意味での司教都市はこの両方を指すが、司教座教会のブルクから発展した都市に限定したほうが、都市造形的性格は明確になる」という。三七頁。

またシティ内に抱える裁判の異種性については、Nicholas, op. cit. [Growth], p. 152 [Jurisdictional heterogeneity in the cities] 参照。

シティという概念は、一般に都市概念に等しいものとして用いているし、ここでもその用法に従っている。但し、この概念は *civis* [= citizen]、*homo* は *civitas* [= city] の語群に属するものであることはいくまでもない。ただイギリスではしばしば特許状によって創設された大都市、とくに聖堂のある都市をさすことがある。Shorter OED.

ドイツにおける *Stadt* と *civitas* の関係については、キヴィタスはローマ都市との連続性を想定させる言葉使いであるが、*Stadt* に関して、ミッタース＝リーベリッヒは以下の如く指摘する。すなわち、「ここで問題にするのは、都市の国制上の特殊的地位、都市のラント法からの離脱という現象である。この現象はドイツにおいて他のどの国よりも一層強度に現われてくる。顕著な都市自治法は今日に至ってもなおドイツの特色をなしており、他国語にはドイツ語の『*Stadt*』という語に比しうるような含蓄の深い表現は存在しない」という。前掲三八九頁。下宮忠雄編著、『ドイツ語語源小辞典』、同学社、一九九二年によれば、中高ドイツ語で *stat* (特権階級の) 居住地 (以前の *Burg* に代る) をいう。また、*stehen* と同根で *Statt* 「場所」と同じ単語で、一六世紀ごろから綴字で区別されるようになったものという。一六一頁。

なおフランスでは、都市を *ville* というが、なお城壁に囲まれた中世都市は、城内を *cite*、城外を *bourg* と呼んだ。この *cite* と *bourg* については、ピレンヌ、前掲「歴史」、一七八頁以下「1 シテとブル」の節参照。

なお中世都市の勃興について、商人の役割が大きかったために、都市の法制度も商人の法制度とほぼ等しいのではないかという推定がよく行われるという。そこで、都市法と商人法との係わりは、後述するが、ここでは次の点だけ言及しておきたいと考える。cf. Nicholas, op. cit. [Growth], p. 154 et seq. 「都市法は時々商人法と等しいとされるが不正確である。」「コミュニティは元来領域的権限なしの人のグループであり、商人的特権は人的であった。」「しかし、「地方慣習はすべての住民に適用になった。」「しかも、二つの観念は重複していた」という。一五四頁。

なおドイツと対照的なイタリアのシティの特殊性については、Nicholas, op. cit. [Growth], p. 320 et seq. 「結びの省察」の節参

照。

イギリスについては、cf. Nicholas, op. cit. [Growth], pp. 152~3. [後述]。

(2) 中村勝己、前掲一七一頁。拙稿、前掲七卷一號一六九頁「イムニテと司教自治都市」の箇所参照。

ブラーニッツ、前掲二六―七頁。「司教都市においては司教がほとんど唯一の領主となった。」「大抵はグラーフの公的裁判権を自己の手中に収めるのに成功し、往々にして、インムニテート権の拡充以上にすすんだ。」「一〇世紀以降、司教は同時に都市のグラーフとなった。」「二六頁。

フリッツ・レーリヒ、『中世ヨーロッパ都市と市民文化』、魚住昌良・小倉欣一訳、創文社、一九七八年。ドイツの最も重要な諸都市では、司教が都市君主であった。一〇頁。

なお、都市君主という用語と都市領主という用語は同じ意味であるが、関連文献の文脈に従って、本稿では両方の語を用いている。

(3) 拙稿、前掲四卷一號一六頁参照。ことに神政政治といわれる時代のイノケンティウス三世時代(一一九八―一二二六年)が一つのメルクマールになるだろう。拙稿、前掲三卷二號三〇頁以下。

(4) 拙稿、前掲三卷二號三四頁以下「(一)一四〇年のグラチアヌス教令集の意義―新しいカノン時代とする所以」「(ト)ローマ法の再発見とカノン法との結びつき」の項参照。なおローマ法の再発見は、後述の「(五)デクレタリスト Decretalists と注釈学派と「権威」と自然法―問題点」の項参照。

(2) ケルンの場合

聖俗裁判管轄と法の競合状況をケルンにおいて眺めようとする場合に、最も問題になるのは、司教支配下のケルンの管轄と法、ならびに、それがどのように都市住民の手に移っていったかという点であろう。そして、先に摘示した点も林毅の研究⁽¹⁾に依拠して瞥見したので、その線に沿って、この問題も要約しておきたい。

(a) 司教都市の形成と変遷

まずケルンが司教都市になる経緯と、大司教がケルンを離脱し、ケルンが自治都市(帝国都市)の道を歩み始めた経緯の概略について瞥見しておきたい。⁽²⁾

① ケルンの都市自体は、すでにローマの支配時代に始まる。⁽³⁾

② ここで留意すべきは、八八一年にノルマン侵寇を受けて、この町が徹底的に破壊されたということである。⁽⁴⁾ それにもかかわらず、キリスト教はなお存続し、司教座は中世都市成立の基盤を形成していた。⁽⁵⁾

③ かかる司教権力は、宗教的中心であったのみならず、財力・軍事力をもつ領主権力であったため、商人たちの新しい定住地となった。⁽⁶⁾ ことにノルマン侵寇後一〇世紀前半頃から再建され、著しい発展をとげた。⁽⁷⁾

④ 次は司教都市から自治都市への歩みであるが、一二世紀になると、アルプス以北のヨーロッパ最重要商業都市にまで発展する。そして、力をつけてきた富裕商人中心の市民が司教権力に反抗するようになるが、それらの端緒的徴表としては、失敗に終わったが一〇七四年の騒動をあげうる。⁽⁸⁾

⑤ また一一一二年に、武装した市民を中心に関「宣誓共同体」[宣誓共同体、コンユレーティオ—conjuratio] が形成され、ケルン市民は、国王・都市領主の承認をえて、大幅な自治権を獲得するまでに至った。⁽⁹⁾

⑥ 一三世紀になると、後述の如く、市参事会が誕生し、領主に対しての独立性を強め、同世紀後半には市の合法的機関になったという。⁽¹⁰⁾

⑦ 一二八八年、大司教が近隣の世俗領主と争って破れ、世俗領主に与した市民は支配の象徴である大司教の鍵を奪った。そして、大司教はケルンを去り、ケルンは、司教都市から、事実上帝国にのみ服する自由都市の地位を獲得するに至った。⁽¹¹⁾

(b) 司教支配下の裁判制度

次に一一一二年の宣誓共同体の結成から一二八八年の事実上の「自由帝国都市」の地位の確保までの、司教支配下の都市裁判制度の変遷状況を瞥見しておきたい。⁽¹²⁾

(i) 司教都市下の裁判管轄

まず、自治都市以前の司教都市ケルンの裁判管轄の状況を概括的に把握しておきたい。⁽¹³⁾

自治都市としてのケルンが都市裁判所を保有する場合と、都市君主制の下における都市裁判所が設けられる場合では、制度的にはその性格を異にする。尤も、自治都市と言っても、国王の支配下にある特権都市であることには変わりはないが、都市君主制の場合には、国王が、国王都市の場合とは別として、教会ないし世俗諸侯に市場開設権と築城高権⁽¹⁴⁾を譲渡したことを前提として、都市裁判所の地位づけをせねばならなくなる⁽¹⁵⁾。そして、その都市裁判所が、都市君主制の下にありながらいかにその都市の自治化を反映しうるように変質してきたかということがここでの課題になる。

そこでまず都市裁判所が成立するにあたっては、都市がラント裁判所から分離することが不可欠であったことに注目せねばならない。⁽¹⁶⁾ この過程は次項の「(ii) 都市君主制的都市裁判所の形成と変容」の項に譲るとして、ここでは、都市君主制の下にある都市裁判所の種類と管轄をまず眺めておきたい。

大司教を裁判君主とするケルン都市裁判所は、大司教が主宰する民刑事裁判を管轄したが、但し、流血裁判権の行使は禁じられていた。⁽¹⁷⁾ なお、大司教が管轄内を巡回して歩くため、役人を代行に任命して裁判権を行使せしめたが、それが、ブルクグラーフ裁判所とフォークト裁判所であった。そして、そのほかに、なお幾つかの下級裁判所が存在していた。

α ブルクグラーフ裁判所

都市君主制のケルン市の裁判所の当初形態として、まず挙げられねばならぬのは、ブルクグラーフ「城代、城守」裁判所である。⁽¹⁸⁾

① ブルクグラーフ裁判所は、ブルクグラーフによって主宰される裁判所であるが、それは広義の裁治権を行使していたものといえることができる。⁽¹⁹⁾

② ブルクグラーフは、ケルン市に対し、高級裁判権を保有し、年三回の定期裁判集会を開催し自ら主宰した。一二世紀に入ってから、全市民（或いはほとんどすべての市民）が参加したブルクグラーフ裁判所は、ブルクグラーフを裁判長とし、彼が任命した参審人「審判人」（後述）を判決発見人として開廷された。⁽²⁰⁾

ブルクグラーフの裁判権はケルン大司教から授与されていたが、しかし罰令権とアハト刑 *Acht* 「追放」を科する権限は国王から直接授与されていた。大司教が自ら裁判権を行使する時は、ブルクグラーフは陪席の裁判官となった。⁽²¹⁾

③ 定期裁判集会の管轄は、元々は重大な刑事事件、不動産に関する事件ならびに自由身分に関する事件（いわゆる大事件 *causae majores*）であった。しかし、林毅は、一二世紀の間に、刑事事件の管轄権は定期裁判集会から（後述の）参審人「審判人」裁判集会に移行していったものと推定している。⁽²²⁾

β フォークト裁判所

フォークト裁判所に言及する前に、酒井昌美の次の問題提起をさきに紹介しておくことが、この裁判所の概観を把握する上で有用ではないかと考える。すなわち、「ブルクシタット」ないしはそれに求心的に作用する都市は、現象的には、グラーフシャフトから、『中世盛期』にめざましいフォークトタイへの支配に、しばしば、移行することになる。フォークタイの自立化により、被支配層に対する二重的な支配「グラーフとフォークタイによる」が成立することになるのではないだろうか⁽²³⁾という。

したがって、フォークト概念の社会的意義が時代によって変化していることを念頭に置かねばならないであろう。フォークト概念の多義性⁽²⁴⁾を前提にしながらも、ここで林毅が把握しているフォークト裁判所は、ケルン大司教の第二の裁判役人たるフォークトの主宰する裁判所を意味していることを断っておかねばならない⁽²⁵⁾。

① フォークトは大司教の役人の中で最高の地位にあった。⁽²⁶⁾

② フォークトはブルクグラーフが召集した定期裁判集會に陪席していた。⁽²⁷⁾

③ 彼には、グラーフシャフト制度の下における下級裁判官たるツェンテナール Zentenaar あるいはシュルトハイス Schultheiss と同様に、定期裁判集會でなされた判決の執行が委ねられていたものと推定されている。⁽²⁸⁾

④ フォークトの本来の任務は下級裁判権の行使であり、通常の裁判集會である参審人「審判人」裁判集會を主宰した。⁽²⁹⁾

⑤ 参審人「審判人」裁判集會に帰属したのは、定期裁判集會の権限に属した以外の事件である。しかし両裁判集會の権限には必ずしも明確な区別が存在しなかったという。⁽³⁰⁾

γ 下級裁判所

ケルン市内にはいくつかの下級裁判所が設けられていた。それは主として、当該地区ないし領域内の不動産事件の処理に当たるものであった。⁽³¹⁾

(ii) 都市君主制的都市裁判所の形成と変容

ところで、以上の如き、ケルン市の都市君主制の下における都市裁判所の存在は、その形成過程が、当時のドイツの都市一般の諸様相を帯びていたと共に、ケルン市独特の過程をたどり、さらにそれに加えて、それとは異質の市民的裁判所をケルン市は形成してくる。

ケルン市の場合にも、その都市裁判所はケルンの大司教の都市権獲得によって、都市君主制的支配機構の一環として形成されたという。⁽³²⁾

しかし、都市共同体の確立に伴い、都市君主制的裁判所に変容がもたらされる。⁽³³⁾ そこでは、従来の都市裁判官であるブルクグラーフおよびフォークトと並んで、市民選出の下級グラーフおよび下級フォークトが現われて来たという。⁽³⁴⁾ 彼

らの任命権はブルクグラーフおよびフォークトが掌握するが、参審人「審判人」が市民の中から候補者を推薦し、参審人の同意をえて任命する。⁽³⁵⁾ ここにおいて従来の都市裁判所にある程度の自治的性格がもたらされるようになった。⁽³⁶⁾

さらに進んで、ここに、都市裁判所として従来のものとは異質の市民的裁判所が成立することになる。⁽³⁷⁾

(iii) 参審人(員)「審判人」の出現

すでにしばしば参審人の出現については言及してきた。この語については、単にドイツのみならずヨーロッパ諸地方に同類の存在を見出すが、ここでは主として、ドイツにおける参審人の出現現象について触れておきたい。

そもそも、私がここで使用している参審人という概念はドイツ語の Schöffen という概念であるが、広義で用いた場合には、ヨーロッパ大陸で、scabini, doomsmen, échevins という概念で表現されるものと同類のものである。⁽³⁸⁾ またドイツの Schöffen の訳として、前に触れた如く、参審員の語あるいは審判人の語が用いられている。私は参審人の語を一応用いるが、引用文では、著者の用法にしたがうことにしている。また私が使用する場合にも、その文脈が、わが国の文献に主として依拠し、その著者の使用方法を採択した方がよいと判断した場合には、その用法に従ったり、あるいは、並記することもある。

ところで、参審人の概念は、都市行政においても重要な意義をもつものであった。しかしこの制度的起源はゲルマンの部族社会に遡り、住民に裁判が帰属するのみならず、広汎な裁判権が住民集会に存していた時代からの産物である。もとより、時代により場所によりその内容に変化が生じてきたことはいままでもないが、住民の統治、ことに裁判への参加という点については、その系譜を遡りうるといわれている。そして、この制度がすぐれて都市において変容しつつも機能していた点に注目せねばならない。⁽³⁹⁾ そしてまた、この慣習は、ケルンの如き司教が都市君主である場合にも同様であった。⁽⁴⁰⁾ しかし視野を広くとったときには、これが、都市コミュニティや参事会と間接的に関わりをもつ場合も生じてき

ていた⁽⁴¹⁾。例えば、裁判権が特別の都市裁判官や参審人団の手中にない場合には、参事会の権限範囲内で処理されていた場合も生じた⁽⁴²⁾。

したがって、司教君主制の論理からは必ずしも演繹されてこないこの制度がもつ意味を無視することはできないのみならず、統治権力への市民参加の意義を考える場合に、その端緒的意義を表示したものといえよう。また狭く、司法権力への市民参加形態として、今日なお西欧社会に存在する陪審制度、参審制度を考える契機をも内包しているものといえる。

しかしここでは、都市君主制の下でも参審制という制度があったことを強調し、それが都市の自治化との関係でどのように展開してゆくかが一つの課題であったことを摘示したい。なおその点については後述することにする。

(iv) 司教支配下の共同体裁判所の性格⁽⁴³⁾

① 仲裁裁判所 *Sühnegericht*

ケルンの都市君主制の下での一つの注目すべき点として、自治運動の展開があることは、前述の通りであるが、まず、その場合に、誓約団体「誓約兄弟団」の出現とその公認「宣誓共同体の公認」と、かかる共同体がその公認以前から裁判権を行使していた点に留意したい。それは都市君主制の系列とは異質の性格を内包していたからである。

大司教は一一二一年になって、制限つきではあるが、都市住民全体によって設立された宣誓共同体の公認を承諾した⁽⁴⁴⁾。しかし、それ以前においても、誓約兄弟団たる共同体は、一定の裁判権を行使していた⁽⁴⁵⁾。

それは仲裁裁判所であり⁽⁴⁶⁾、平和裁判所であった⁽⁴⁷⁾。また徐々に誓約者のみならず、市民一般を包摂する都市裁判所の性格を保持していた⁽⁴⁸⁾。そこで以下その点を簡単に指摘しておきたい。

まずプラーニッツはこの点について次の如く摘示している。すなわち、「すでに叙述したように、誓約兄弟団たる共

共同体は、誓約兄弟の殺害ならびに重大な傷害の場合には、復讐の権利と義務を持った。「しかし、平和共同体の干渉による和解 *Sühne* [拙注、贖罪] を期待するように仕向けた。」「このようにして、平和共同体の裁判権が発展したが、それは最初はジッペの裁判権と同一のものであった。」「ただ、こんどは、共同体内部における平和維持の権利を伴ったため、共同体の裁判権は成長するにつれて論争の余地の多いものとなり、グラーフ裁判所と競合することになった。」そこで「(共同体) 裁判所はフェーデのかわりに和解をすすめる目的でフェーデ事件に干渉した。仲裁裁判所になったわけである」と。⁽⁴⁹⁾

② 平和裁判所 *Friedensgericht*

共同体裁判は仲裁裁判所であるが、それが、第一義的にフェーデ問題に関連するということとは、共同体裁判所が平和の維持を主眼としていたことを意味する。⁽⁵⁰⁾ そこから共同体裁判所は平和裁判所であるといわれている。⁽⁵¹⁾

そもそもドイツでは、ラント平和令がラント平和運動に支えられて帝国の平和令として公布されていた。そしてその下での裁判所として平和裁判所の性格をもつものが存在した。しかし、ここで言及しているものは共同体裁判所であり、その性格が平和裁判所であるという意味で言及していることを断っておきたい。

したがって、その管轄は、第一義的には、共同体員相互のフェーデ問題に限られていた。⁽⁵²⁾ しかも、それは、一三世紀以来、都市がラント法域からの免除を獲得していたため、独立の裁判区を形成していたが、それはなお属人的性格をもつものであり、共同体市民にのみ適用になるものであった。⁽⁵³⁾

③ 都市裁判所

ところで、かかる共同体裁判所が、自治権を確保するに従って、都市住民全体の裁判所として変容を遂げて行く過程は、都市によってそれぞれ異なるが、⁽⁵⁴⁾ ケルンの場合、かなり紆余曲折をへることになる。すなわち、ケルンが事実上自

由帝国都市たる地位を確保するのが一二八八年であったが、しかしその後においても、市と大司教との間には対立関係が存続し、一四七五年になってやっと法的にも自由帝国都市の地位を獲得したといわれている。⁽⁵⁵⁾

尤も一二世紀初頭、共同体の結成にともない、従来の都市君主制下の都市裁判所にも市民的自治的要素が加わっていたことは前にも触れた。⁽⁵⁶⁾しかし、新しい市民的裁判所は市長の主宰の下で開かれるようになってきたものといわれている。⁽⁵⁷⁾

なお、一二世紀末に、大司教がケルンのブルクグラフ職を市民に質入れをしたので、大司教の裁治権は後退していったが、一二七九年にそれを取り戻すことになった事実も忘却できない。それに従って大司教は裁判君主としての権限を行使し、一二八八年にケルンが事実上の帝国自由都市となった後も、その点は変わらなかった。⁽⁵⁸⁾

だがさらに、市民の自治権の発展は、一二七九年後の都市君主制の強化にも拘わらず、拡大し、市の参事会制度を発展させ、それが一定の独自の裁判権を行使するようになった。従来の都市君主制の下における都市裁判所とそれは対抗する側面をもつものになった。⁽⁵⁹⁾

(c) 司教都市から自治都市へ

次に司教の都市君主制から自治都市への変貌は、まず都市君主制下の誓約兄弟団の結成から始まることは、前にも触れたところである。そこで、この段階から自由都市への発展過程を大まかに整理すると、次の四段階になる。

① まず第一の標識は、一一一二年の「自由のための誓約団体」の結成にある。⁽⁶⁰⁾

プラーニッツは、その成果について、都市住民が都市君主とともに都市の運営に参加し得ることを承認した点を強調する。⁽⁶¹⁾

② 一二世紀初頭以降の段階では、これまで都市の指導性を確保してきた商人のギルドとの関係がどのようなようになった

かが問題として浮かび上がってくる。⁽⁶²⁾ プラーニッツは、「ギルドは以後の都市自治権の発展において指導的な役割を演じたのであろうか」と問い、⁽⁶³⁾ その問に対して、ギルドは新しい団体と交代したことを強調する。⁽⁶⁴⁾ この点は、市民運動がそもそも司教君主の暴政に向けられたことの所産であったことに係わり、その点は他の多くの都市と本質的に変わりがなかったものといえよう。⁽⁶⁵⁾ それは、住民の相互擁護義務が、商人に止まらず、市民をも包摂せざるを得なくなってきたことに由来するものといえる。⁽⁶⁶⁾

ただ、ここで強調しておきたいことは、司教都市といえども、キリスト教の聖的色彩が世俗行政に反映することなく、却って暴政に流れる場合も多く存在したということである。いわば聖俗両権力を掌握することによって、却ってその「権力」が圧政を加重させた事例であるともいえよう。

③ 一三世紀になると、一般的に三つの点で特徴的な事象が生じてきた。

その第一は、市民の力が旧来の勢力を凌ぐような状況まで成長したという点である。⁽⁶⁷⁾

第二は、市民の自治傾向を表現するものとして、市長を長とする市参事会がいたるところに見られるようになったということである。⁽⁶⁸⁾

第三は、市民の総体の上に「都市 *civitas*」が独立の行為主体として認められるようになったということである。⁽⁶⁹⁾ このことは、客観的に、統治原則に大きなインパクトをあたえた。すなわち、政治行為の独立化を招き、全会一致の原理は多数決の原理によっておき代えられることになった。それとともに、「政治的領域と私的領域とが区別され」、⁽⁷⁰⁾ そのことがかえって、都市において、まず「私的領域の保護のため」の「自由権」の観念が発展し始めた⁽⁷⁰⁾と指摘されている。この時代では、なお自由権は個別「特権」形態をとり、自由権一般の観念は成熟していなかったが、なお、自己固有の自由の観念が次第に芽生える段階になり、それが都市を基盤としていたことは留意しておかねばならないだろう。

④ かかる段階をへて、前述の如く、ケルンでは、大司教が去り、一二八八年には、事実上「自由帝国都市」としての地位を確立するに至ったといわれている。⁽⁷¹⁾

(d) 自治都市下の都市法

ところで自治都市下の都市法は都市裁判所の変容とともに生じた。⁽⁷²⁾

自治都市下の都市法の問題は、いわば、後述の「世俗裁判権」(第二款)の先駆的問題状況を呈しているといっても過言ではないであろう。もとより、都市の多様性とその部分性から、領域国家の一般的特徴を摘示することはできないであろうが、そこに提起されてきている問題は、明らかに共通項を有するものとして看過しえない。⁽⁷⁴⁾ことに、「市民」概念に含まれる「身分」性からの解放的要素は、今後の世俗社会の問題を考察する場合に一つのキイ概念となりうるものといえよう。換言すれば、属人性から属地性へと法の性格が変わる一つの標識を顕示しているものともいえる。⁽⁷⁵⁾

(i) 自治都市下の都市裁判所

そこでまず都市裁判所の変容状況を瞥見することにした。

① 先にも触れた如く、一三世紀初頭に都市参事会が出現し始めた「前出、(a)⑥参照」⁽⁷⁶⁾。それに伴い、旧来の都市裁判所も変容してきたが、⁽⁷⁷⁾他方新たな市民の裁判所も設けられた。⁽⁷⁸⁾しかもこの新たな裁判所は参事会そのものであった。⁽⁷⁹⁾尤も記録に現われてくる参事会の裁判所としての機能は、一四世紀以降であるが、その機能の起源は不明であるといわれている。⁽⁸⁰⁾

その場合、第一審として機能したときの参事会の管轄は、境界を越えて建てられた建物に関する争い等の事件、ツンフトに関して生ずる紛争、および不動産登記に関する非訟事件等であったが、第一審としての参事会はあまり重要な意味を持たなかったと言われている。⁽⁸¹⁾

② これに対し、重要な機能を営むようになったのは、この時期より以降の控訴審としての参事会裁判所の役割であったという。因に、その管轄は各種の市民的裁判所（第一審）の判決に対するすべての控訴を処理したという。⁽⁸²⁾

③ なお一四世紀以降になると、かかる市民的裁判所には多様な種類のもものが誕生していることを知る。林毅の研究によれば、例えば、この段階以降、都市参事会の中に設けられる特別の裁判所と、外人裁判所が存在していた。⁽⁸³⁾ ことに本稿の関連で簡単に言及しておきたいのは前者である。⁽⁸⁴⁾ それは参事会内に設けられた特別裁判所としての刑事裁判所（Gewaltgericht）であった。この裁判所は都市平和（公的秩序）の破壊となるようなすべての暴力事件を審理し、一定額以内の罰金刑のほか、重要事案に対しては、死刑や切断刑、あるいは膚髪刑等を科すこともできた。⁽⁸⁵⁾ そのため審判人裁判所との間で管轄競合が生ずることもあったという。さらに、刑事裁判官は、今日でいう行政法規の違反に対する刑罰、秩序罰を科する権限を保持していたという。⁽⁸⁶⁾ さらにまた、その後、かかる系列の裁判所として、市長裁判所としていくつかの特別裁判所が発展していくが、その点ここでは省略することにする。⁽⁸⁷⁾

ここで強調したいのは、これらの市民的裁判所もまた、教会裁判所との間に管轄権競合を引き起こしていたという点である。⁽⁸⁸⁾

(ii) 自治都市下の都市法

近代法体系は私的自治の原則の上に私法体系とそれを維持する公法体系を形成してきた。その場合、私法体系は、法的な人格権の確立、私的所有権の絶対性、契約の自由原則を柱として形成されてきたことは言を要しないであろう。しかし、封建社会の社会構造は、かかる法体系を形成する条件を備えていない。そこでは、封建的身分関係、契約の自由原則の未成熟、所有の複雑な要素を混淆する重疊の支配が原則であった。ところで、都市が自治体制を確保してくる過程で、実は、この封建的特徴が崩れ、近代法の萌芽的形態らしきものが提示されてくる。それが商業の抬頭に関わって

たことは既に言及した。尤も都市法の研究は、近代法への橋渡しとしての要素を探索する上で重要であるが、それは、「第二節第一款 多様な価値観（反普遍性）の発生——その社会基盤の生成」の箇所での課題としたい。ここでは、司教都市である都市ケルンが、自治都市化する過程で、いかに都市法を形成したかということを検証することにある。とくにイギリスの司教都市の特殊性を摘示する基礎的資料として、この問題を取り上げているものといえよう。就中、契約法と商人法の問題をとりあげて、この問題を探ってみたい。

この点に関して、まず留意せねばならぬことは、都市におけるイニシアティブは商人によって取られていたということである。そのことは、都市法の担い手たる商人が、今日の契約法において想定される担い手「市民」と、基本的に同一であったか否かをまず検討しておかねばならないことになる。換言すれば、都市法は、商人という「人」を想定して、属人的法を措定したものであったのか、あるいは、都市という属地的制約条件を伴うだけで、市民一般を担い手とした法を考えるものであったのかという問題になろう。

この点についてシュルツェは次の如く摘示している。

① 都市法の起源を商人法にまず求める。すなわち、それは中世初期に遡るとし、遠隔地交易のための特権授与と商人間の慣習によって、カロリング時代に「古来の商慣習」という観念が生まれ、一〇・一一世紀中に次第に「商人法」(ius mercatorum) が形成され、特別な商人裁判官による裁判管轄が認められたとい⁽⁸⁹⁾う。

② しかし、一〇世紀後半になると、一般商人法から市場法(ius fori)への移行が始まった。それは商人法という属人法では事足りず、所有権法と相続法、さらに市場秩序、裁判権、あるいは、市場領主とその役人に対する市場居住民の義務に関する諸規定が加えられた。そこでは、属人法から属地法的要素が加わってきたとい⁽⁹⁰⁾う。

③ さらに一二世紀になると市場法は都市法(ius civitatis, ius civile, ius commune, ius burgens, purcrecht,

stadtrecht)に移行了たという。尤もそれは、都市領主からの特権・自治の獲得の度合に依存し、固定的な法領域を形成するものではなかったが、都市自治機関、とくに参事会の成立とその自治立法の範囲に依存したという。⁽⁹¹⁾

尤もこの発展過程の説明だけを見ると、その発展過程において最も重要な属人法的契約から属地法的契約への質的転化が、必ずしも明確に暗示されていない。ここでは、商人に属人的に帰属した法がいかに一般市民に対して適用されるに至ったかが問題として提起されねばならなかった筈であるが、その法的「内容はさまざまな範疇に分けられ」るし、「それらの境界ははっきりしていない」⁽⁹²⁾ようである。その意味では、「都市法は市場法、ユース・フォーリー」⁽⁹³⁾でなく、商人の法、ユース・メルカートールム*ius mercatorum*の発展形態であった」という指摘が強調されている。⁽⁹³⁾要約すれば、商人法という属人法が普遍化することによって都市住民一般の享受する都市法へと発展したものと考えられている。尤もかかる範囲まで管轄を拡げるならば、属人的か否かを論じる必要性はないかも知れぬが、その痕跡が残るのであれば、この点は考慮せざるをえないであろう。

例えば、契約という語を使用する場合に、今日では、商人が商取引を行うための契約も、市民が市民生活を行うための諸契約も、契約一般の観念が成立しているため、基本的に、一括して捉えて、その上でさらに民法上の契約と商法上の契約を区分するという技法を用いるが、当時のように、契約一般が成立していない段階では、これらを包摂しうる法は存在していなかったということ的前提を考えねばならぬであろう。したがって、例えば、都市生活に伴う都市の土地の使用賃貸借のための契約と商人間の金銭の消費貸借に関する契約を一括して論じるわけにはいかなかったのではないかという疑問がすぐ湧くであろう。

そこでは、それぞれの発展段階におけるそれぞれの種類の契約の法的意義を明らかにし、その上で、一体商人の慣習法から始まって都市法へと発展する場合に、何が発展の契機になりえたのかという問題が問われねばならなかった筈で

ある。要約すれば、属人法的な契約が、属地法的契約へと発展する契機を問うことはかなり重要な意味を持っていたのではないかと思料する。

そこでこの問題に対するアプローチの方法として、仮定的に問題を設定するならば、カノン法に従えば、契約とは別に、単独行為たるプロミス「約束」に法的強行性が付与されていたが⁽⁹⁴⁾、一体商人の慣習法、ひいては、都市法で、なんらかの要物性あるいは要式性なしに、かかる約束だけに法的拘束性が付与されうる要素があったのか否かを探ってみることも、この問題へアプローチする一つの切り口になるのではなからうかと考えた。そしてそれがもしそうであったとするならば、それはカノン法の影響によるのか、あるいは、商慣習に由来するものなのかということが問題にもなってくる。

尤もこの契約法関係は、この問題点に関していえば、むしろ一四世紀以後の主題になるべきかも知れぬので、これらの問題は後に包括的に取り上げること⁽⁹⁵⁾にしたいと考えている。ただここでは、林毅が「一二、三世紀を画期として、ドイツ（西ヨーロッパ）封建社会の構造は質的な転換をとげる」⁽⁹⁶⁾ものとし、「都市においては、債務法に関し、決定的に重要な変化が生じるに至った」といった指摘をしているので、この時期に新たに展開した都市法が、これまで瞥見してきた聖俗両権力の競合性に基づく問題点と異なった要素を含むものであったか否かを検討せねばならぬという意味で、ここで触れておきたい。

ところで、前記の問題提起から都市における契約を考える場合に、林毅の研究から要点を抽出すると次の点が留意されねばならない。

① 都市においては、都市裁判所が十分に機能するようになったため、債権者が債務訴訟を提起することができるようになった。

② それに伴って、給付それ自体を目的とする強制執行の制度が発展したことにより、責任の形態が刑法的なものから財産法的なものに転化すると共に、しかも債務と責任が広範囲に結合し、特別の責任設定行為がなくとも、債権者には彼の財産をして責任を負わしめるという考えが支配的になった。

このことは、属人法的な刑罰体系はなお存続していたが、それに並んで、物的法体系たる財産法的債務法の発展の萌芽が現われはじめたことを意味する⁽⁹⁸⁾。

③ さらに商業の発達により、無方式の約定が成立するようになったが、それは、後の諾成契約の基盤をなすものであった⁽⁹⁹⁾。

これらの点から、私なりに纏めると、まず都市が自治組織を基盤として、約束に法的強行性を付与するシステムを形成しだしたことが注目せねばならないということになる。「後述(4)強制手段の項参照」。そして、その組織形成は商人の活動が契機になったが、商人外の市民をも包摂し、商人の慣習を市民にまで及ぼすシステムを可能ならしめたといえよう。確かに、市民といっても都市の全市民ではないという属人的要素は残されているが、そのシステムの形成が従来属人性を超越する契機になったことは無視しえないように思われる。しかもそこでは、その端緒として、「宣誓」共同体という要素を包摂していたが、その宣誓は、必ずしもカノン法的な意味でなくてもよく、その限りでは、異邦人を含みうるものであった。しかし、そのことが一定の範囲で属人性を捨象しうるものであったことは重要である。

かかる意味では、商取引というものが、宗教的色彩をも捨象し、属人性を超越するモメントとして摘示しうるものを含み、それが都市において従来の契約形態に代わった新しい契約形態を可能ならしめたことを強調しておかねばならない。しかし、この段階でも、なお商取引の不規則性は、その約束の実効性を担保する組織が、前近代の要素に依拠せざるをえない側面を残しており、本格的な諾成契約のシステムは取引の日常化を社会的に担保させた後の段階の到来まで

待たねばならなかったものと考えの方が妥当な気がする⁽¹⁰¹⁾。その意味では、この段階ではなおなんらかの宗教的色彩をもつ要素に依拠して、その実効性を担保せざるをえなかったのではないかと思料する。なおこの問題は後述の「強制手段」の項と密接に関連する。また、イギリス法におけるエクイティ「衡平法」の機能を考える手掛かりになるであろう。

(3) バーゼルの場合——訴訟手続の変化

バーゼルの場合には、ケルンの場合に言及しえなかった点を補完する意味で取り上げておきたい。それは訴訟手続に関する側面である。

前述した如く、都市法へのローマ・カノン法の影響は訴訟手続からと指摘されている⁽¹⁰²⁾。

そこでここでは補論的に、司教都市バーゼルにおけるその変化を瞥見して、ローマ・カノン法と世俗法たる都市法の接点に触れておきたい。なおこの点に関して林毅は教会裁判所と世俗裁判所への影響を分けて考察している⁽¹⁰³⁾。私も一三世紀初頭までの教会裁判所の訴訟手続の性格に触れておくことが、都市の世俗裁判所を眺める上で便宜かと考えるので、林毅の研究に従って、教会裁判所の訴訟手続から瞥見することにした。

(i) 教会裁判所

① まずバーゼルでは、教会裁判に関しては、一三世紀の初頭に至るまでは、司教が教会会議と共に行う裁判を行っていた。この裁判では、未だゲルマン的訴訟手続の原理が優越していた。教会法上は司教の権限内であるが、実際には、教会会議 (Synode) が決定的に参加していた⁽¹⁰⁴⁾。

② しかし、一三世紀の初頭から、新たな教会裁判所が形成されたことによって、訴訟手続に変化が生じた⁽¹⁰⁴⁾。

③ それは訴訟数の増加により、従来の司教裁判では対応しきれぬことより生じた。また特殊な場合には、本稿でも先に触れた教皇派遣特使裁判所が形成された。この裁判は、単独判事の下で行なわれた。そして、その結果、新たな教

会裁判所の訴訟手続に、ローマ法的訴訟手続の影響が現われ始めた。⁽¹⁰⁵⁾

④ 一三世紀の中葉になると、司教によって任命された教会裁判官によって主宰される裁判所の存在が史料上に現われてくる。そしてそれは、この裁判所にローマ法⁽¹⁰⁶⁾カノン法的訴訟手続が侵入している事実を浮かび上がらせてきている。また一二七四年の証書には、カノン法的書面主義手続が示されている。⁽¹⁰⁶⁾

かくして、一三世紀の初頭以来、バーゼルの教会裁判においては、新たな裁判所の成立に伴い、ゲルマン的訴訟手続からローマ法⁽¹⁰⁷⁾カノン法的訴訟手続への転換が行われたという。

(ii) 世俗裁判所

① 教会裁判所の場合と異なり、世俗裁判所、特にシュルトハイヌ裁判所（下級裁判所）においては、一六世紀に入ってから、基本的にはゲルマン的訴訟手続が支配し続けたという。すなわち、手続は口頭主義によって進められ、裁判長はあくまで司会者にすぎず、判決は判決発見人（都市参事会からなる委員会）の手によって行われた。⁽¹⁰⁸⁾

② なおその後の過程ではあるが、様々な形で、ローマ法⁽¹⁰⁹⁾カノン法的訴訟手続の影響は浸透していったと指摘されている。

したがって、司教都市においては、都市君主が聖職者であっても、その訴訟手続は原則として世俗の慣習に依拠して裁判するのが慣行になっていたといえよう。尤も部分的にローマ法⁽¹¹⁰⁾カノン法の影響を見出しうるが、世俗裁判所では、その影響が端的にあらわれるのは、一五世紀以降になってであるといわれている。

(4) 強制手段

前述の契約法の箇所而言及した如く、契約の強制手段というものが、契約そのものが如何に独自の法領域を形成するか否かの鍵をなすとともに、強制手段が对人的色彩をもつか対財産的価値に向けられるかは、その性格を評価する場合

において重要な要素となってくる。

一般的に、近代法は強制手段が法の背後に退き、法によって許容される範囲と方法とで、しかも財産的価値に対してのみ、実力は行使されうる。そのためには、法そのものが独自の存在意義をもち、自己完結性をもつものという社会意識が普遍化していることが前提となる。かかる意味では、中世におけるカノン法は、法が観念化しており、強制手段が背後に退く形態をとり、近代法に通ずる側面をもつ。しかし、世俗法制度の次元では、先にも瞥見した如く、一三世紀にはなお実力行使的状况が維持されていた——その典型は決闘。その他、自力救済を見よ——のみならず、对人的強制方法がなお採られていた。

ただこの点に関しては、史料の関係で、ケルンに限らず、都市一般の状況をもとにしてしか検討しえなかったことを断わっておきたい。とくにここでは、主としてプラーニッツに拠りながら、共同体裁判所の強制手段について広く瞥見するものであることを付言しておきたい。

① 先に摘示した如く、共同体裁判所は元来は仲裁裁判所であった。その意味では、実力行使を抑止することが一つの課題として背負わされていた。すなわち、フェーデの禁止、当事者の和解、贖罪金の決定が任務であった。しかし、その決定に従わないときには強制手段が使用された。^(III)

② その後、共同体裁判所は、一二世紀中に仲裁機能が後退し、裁判所は都市裁判所として、判決とともに被告に直接に刑罰手段を行使するようになった。その手段は追放と家屋破壊であった。それは共同体との絶縁を強制する对人的実力行使の形態をとるものであった。^(III)

③ けれども一二世紀中にさらにこの強制手段の内容と目的が変化したことが重要である。すなわち、追放も家屋破壊も仲裁拒否を理由とするものでなく、犯罪行為そのものに対する刑罰となった。そこでは、かかる強制手段が一般の

刑罰範疇の中に包摂されるとともに、刑罰という間接強制形態の範疇にかかる对人的直接強制も代置されることになる。そして、そのことにより、当事者間の仲裁的色彩は捨象され、共同体全体の秩序ないし平和維持のための手段というところが名目になってしまった。尤も、家屋破壊の場合には、贖罪金の支払によって免かれることもできるようになり、その贖罪金の半分は都市そのものに帰属し、都市防備の費用に充てられた。⁽¹²⁾

④ なお共同体が自ら家屋破壊を実行するほどの十分な力を持たない場合は、裁判領主が武力によってそれを援助した。

また強制手段が刑罰化することによって、共同体構成員という属人的要素は色褪せ、非共同体員も同様に処理されるに至った。⁽¹³⁾

なお付言すれば、イギリスで一三世紀半ばに、犯罪と不法行為の区分が生じるが、そのことは、犯罪が犯罪独自のジャンルを形成しうるようになったことが前提となろう。かかる意味においても、犯罪に関し、処罰が贖罪と離れて独自のジャンルを形成しうるようになったことの意味を把握しておく必要がある。⁽¹⁴⁾

(1) 林毅、前掲「西洋中世自治都市と都市法」、林毅、前掲「ドイツ中世自治都市の諸問題」参照。

(2) ケルンの歴史について、比較都市研究会編、前掲一頁以下「序章 ヨーロッパ中世都市の形成—ケルンの古代と中世」(魚住昌良執筆)。

(3) 魚住、前掲一五頁以下。

(4) 魚住、前掲一九頁。

(5) 魚住、同前。

(6) 魚住、前掲二六頁。プラーニッツ、前掲二四頁。

(7) 魚住、前掲二七—八頁参照。

(8) この時期の都市の概観については、cf. Nicholas, op. cit. [Growth]. [一〇世紀の復活]の項で、ドイツを含め各国の状況を要約

している。六四頁以下。ドイツは六九頁以下。

また一〇世紀後の都市の発展については、プラニーニッツ、前掲一九頁以下。「ヨーロッパの第二の大商業中心地は、一〇世紀以来、ライン川とセーナ川の間の地域に発展した。」一九一〇頁。

「一二世紀および一二世紀初頭にドイツに影響を及ぼしたのは、イタリア都市でなしに、ラインとセーナの間の地域に成立した都市であった。この地域に成立した法律制度をライン右岸のドイツに伝えるのはケルンの仕事であった。イタリア都市のドイツに対する影響は、フリードリッヒ・バルバロッサ Friedrich Barbarossa の時代（拙注、在位一一五二—九〇）になってはじめて証明される。」二二頁。

(8) 魚住、前掲二八—九頁。プラニーニッツ、前掲二三頁。

市民の反抗については、プラニーニッツ、前掲五八頁。「ケルンではある富裕な商人の所有する一隻のライン河船を徴発することによって、大司教が一揆運動に直接の動機を提供した。」一〇七四年の復活祭のさい、大司教は祭日の期間中に帰任するミュンスターの司教に用立てるため船を押収した。都市の有力者たち *primiores civitatis* に率いられた市民の一揆は失敗した。「富裕な商人たちは都市を去らなければならなかったり、追放されたりした。」「残留者はきびしく処罰され、すべての人々が財産を没収された。」五八頁。「しかし、一年後には都市領主は逃走した商人を呼びもどし、彼らを追放から解除して財産を返還した。」五八—九頁。「大司教の支配権はその後もしばらく安泰であった。」五九頁。

なお、鯖田、前掲「ヨーロッパ封建都市」一三八—四二頁、「一〇七四年のケルンの騒動」の項参照。

(9) 魚住、前掲二九頁。なおプラニーニッツは、「一一世紀末以降、多くのニーダーフランケン諸都市において、市民は一つの共同体的団体 (*Gemeindeverband*) に結集した」という。五七頁。また、ミッターイスリーベリッヒ、前掲三九頁参照。

さらに、シュルツェ、前掲二五三頁以下。「ケルンの国王年代記には、一一一二年に、*coniuratio coloniae facta est pro libertate* と記録されている。」「ケルンのコンニュラティオが自由のためにつくられた」というこの文章は、長い間、都市史研究の方向を定めてきた。なぜなら、*coniuratio* はケルン市民が都市領主である大司教から権利と自由を奪取する目的で結んだ誓約団体と解釈されたからである。」二五三頁。だが、「帝国の封建社会の『支配階級』を二つの陣営に裂いた叙任権闘争もまた、明らかに、いわゆるコミュニティ運動を促すきっかけとなった。市民の圧倒的多数は、この闘争において、国王の側についた。ドイツの市民が、まさしく二、三の大きな司教都市において政治史に登場したのも偶然ではない。都市を露骨に支配した司教は、経済力をつけ、自意識に目覚めた商人層と衝突していた。こうして、司教と帝国の長でもあったドイツ国王とが敵対した瞬間、市民はキャスティングボードを握ったのである。」二五四頁。

なおミッターイスリーベリッヒ、前掲では「誓約団体」の訳語を *Schwurverband* に付している。(なお誓約兄弟分団体 *Schwur-*

bruderschaft)については、同書四〇二頁、またその裁判所 Schwurgericht [陪審裁判所] については一七六頁参照。) またフランスについては、マルタン、前掲。稿訳では、conjuratio に「集合誓約結社」という訳を付している。二四七頁「一七項 自治組織の問題」。

さらに英語ではそれを sworn association と訳している。Nicholas, op. cit. [Growth], p. 98.

鯖田、前掲「封建都市」一四三頁「コミュニティの誓約は全市民で」の項で、史料の不完全性を指摘した上で、一一四四年の北フランスのボーヴェの場合、誓約を全市民で行うことを前提とした記述を見出すとしている。プラーニッツ、前掲一二頁では、商人ギルドと都市宣誓共同体との関連について触れている。この問題は商人法と都市法、都市の自由、ひいては、職業人と一般市民との関係、閉鎖的身分の名残か、市民の平等性への萌芽かの問題を含む。さらにそれは、フランスの歴史学者のコミュニティ説とドイツのギルド説の対立の説明にもなる。プラーニッツ、前掲一〇頁以下。(さらにまたこのことは「宣誓」の意義を問うことにもなる。宣誓がかつてキリスト教と結びつかなかったことについては、拙稿、前掲四卷一号三八頁参照。)

シュルツェ、前掲二五五頁でも、「最近二一三〇年の都市史研究は、都市共同体の成立が統一的な『都市成立史論』によって単一の因果関係から説明できないことを明らかにしている」といい、コミュニティ運動の過大評価を戒め、それが「部分的に反封建的だっただけで、反封建が原則ではなかった。それは領主機構の完全な排除ではなく、所与の体制の枠内での最大限の自治をめざすものだったのである」として、自治獲得の経過の多様性を指摘している。二五五頁。

(10) 魚住、前掲三二頁。なお、cf. Nicholas, op. cit. [Growth]. 八五頁以下で、一一世紀と一二世紀における領主的都市化から経済的都市化への問題を取りあげ、ことに一四一頁以下で、都市法と政府に言及している。一般的背景として参考にならう。さらに二三四―六頁でドイツの都市政府に言及している。

(11) 魚住、前掲三二頁。「ケルンの場合は、一四世紀の後半、ガッフェルと呼ばれる手工業団体主導の体制が成立するが永續せず、市政はほどなく商人門閥の手に復歸した。」三四頁。

林毅、前掲五三頁。「ケルン市が一二八八年に獲得した地位は、形式的・法的には不明確なものであり、大司教とケルン市との間の力関係いかによっては覆えされる可能性を含むものであった。それ故にケルン大司教は、その後においても、観念的に自己に帰属する支配権を実質的にも回復させようとする政策をとり続け、ケルン市と対立し合うことになるのである。」

(12) ピレンヌ、前掲「歴史」一八一―二頁。封建領主体制から共同体体制へ移行する場合の法の課題について、「純然たる農業社会のただ中で生まれた当時の法律や行政が商業人口の必要にはもはや充分でないことは明らかである。形式主義的な訴訟手続の装置とそれに伴う原始的立証手段、抵当手段、差押え手段は、より単純で、より迅速な諸規則に席をゆずらなければならない。裁判上の決闘、訴訟人にとってのあの最後の手段 ultima ratio は、商人の眼には裁判そのものの否定と映る。」「それまで古いシテあるいはフォブ

ールで秩序を維持していくために、商人は、罰金と『示談』という古い制度を廃止して、有益な恐怖心を吹き込むことのできる刑罰を新設することを是非とも必要とする。曰く絞首刑、曰くあらゆる種類の肢体切斷、曰く抜眼。」「商人は、彼らが輸出入する商品を通過させる代りに関税徴収吏が要求する現物賦課租に、抗議する。」「商人は、たとえ仲間の一人が農奴であることが知られるようなことになっても、その仲間を領主が連れ戻すことを許さない。子供達についてはどうか。当然のことながら子供の母親はほとんどいつでも農奴身分であるが、その子供達が非自由民であると見なされるのを商人は容認することができない。このようにして、至るところで、これらの新しい人々と古い社会との遭遇から荘園法と商法の対立、実物交換と貨幣交換の対立、従属と自由の対立、に由来する衝突と紛争が生まれる」(傍点筆者)。一八一—二頁。

しかし、その過程は当然に軋轢なしには進めなかつた。「諸侯が、それまで彼らの農奴に対して適用してきた權威主義的家父長的な制度を商業住民のためには修正しなければならぬことを理解するまでには、長い時間を必要としたのは明らかである。」「とりわけ聖界諸侯は、初めのうち極めて明瞭な敵意を示した。彼らの眼には商業が魂の救済にとって危険なものと映つたからであり、目を追つてますますひろがっていくこれらすべての革新を不信の眼を以て、また服従への犯罪的攻撃として見ていたからである」(傍点筆者)。「聖界諸侯の抵抗は必然的に反乱を誘発することになった。イタリアで、低地諸邦で、ライン川沿岸で、叙任権闘争が市民に彼らの司教に対して反乱を起す機会あるいは口実を与えた。」「ここでは教皇の名において、かしこでは皇帝の名において、歴史に伝えられる最初のコムニヌ、一〇七七年のカンプレのそれは、商人の指導の下にこの都市の皇帝派の高位聖職者に対抗して民衆が誓約したものであった。」一八二—三頁。

(13) ケルン司教都市下の裁判管轄について、林毅、前掲「西洋中世自治都市と都市法」、八五頁以下「第三章 中世都市ケルンの裁判所制度」に主として依拠する。

(14) 築城 *Burgenbau* 権については、ミッターイスリーベリッヒ、前掲二二九頁。なお「あまたの都市(ケルン、ニュルンベルク)において、ブルクグラーフは同時に都市グラーフであり裁判官であつた。」三九二頁。

(15) ミッターイスリーベリッヒ、前掲三九一—二頁。都市君主には三種の都市類型があるとする。すなわち、国王都市(のちの帝国都市)、司教都市、ランデスヘルの都市。

形式的には司法は国王を頂点としていた。ミッターイスリーベリッヒ、前掲二八三頁。「しかし、国王裁判所は、フランスやイギリスでおこなわれたように、すぐれた判決をおこなうことによつて下級裁判所の模範となると、いう機会を逸したのである。」二八四頁。したがつて、「地方においてはグラーフ裁判所が主たる裁判所を形成」していた。二八四頁。

(16) シュルツェ、前掲二六九頁「都市の裁判制度と司法」。「通例は、都市建設や都市法の付与と同時に、ただちにラント裁判所から免属がなされた。」

(17) 林毅、前掲八七―八頁。

(18) 林毅、前掲八八―九頁〔(一)ブルクグラーフ裁判所〕。なおフランク時代のグラーフの機能とグラーフ裁判所の成立については、ミッタースリリーベリッヒ、前掲一二〇頁以下。中世においては都市政策はある程度ブルク政策であった。野崎直治、「ヨーロッパ中世の城」、中公新書、一九八九年、一三六頁以下参照。

(19) 林毅、前掲八八頁。

(20) 林毅、前掲八八頁、八九頁。「審判人は、史料の上では一一〇三年に初めてその存在が証明されるが、その成立はフランク時代まで遡ると推定されている。」「審判人の数は、一一〇三年の史料では一二名であるが、しかし一二世紀の中葉以後になると二〇名に増加している。」「審判人は、ケルン有力市民層の中からブルクグラーフによって任命され、その任期は終身であった。」「八九頁。

(21) 林毅、前掲八九頁。

(22) 林毅、前掲八八―九頁。

なお林は、ここでは審判人の語を使用している。審判人の原語は Schöffen であり、Schöffen については、後述の「参審人(員)」の項で言及する。この言葉にはいろいろの訳が付されているが、東北大学学派の人びとは多く「審判人」の訳を付している。その他の人は参審人(員)の訳が多い。引用する場合は、それぞれの訳者の訳に従うが、私は一応参審人としておく。但し、何が適訳かは不明である。本稿では、原則として参審人とするが、依拠した諸文献との関係でとくに「審判人」の語を並記する場合もある。

(23) 酒井昌美、前掲一五頁。

(24) フォークトの訳語については、プラーニッツ、林毅ではカタカナで表現している。ミッタースリリーベリッヒでは、弁護人 [advocatus, Vogt] という使用方法を用いている箇所がある。前掲一三四―三五頁。また、シュルツェ、前掲二一九頁では「教会守護」の訳が付されている。その多義性を伺い知ることができよう。

フォークトの語義については、世良晃志郎の、ウェーバー、『都市の類型学』、創文社の訳注(二八七頁注(六))を紹介したい。『フォークタイ』とは『フォークト』(vogt, advocatus)の制度ないしはその地位を云う。フォークトとは、元来は、世俗的事項に関して教会・修道院を外部に対して、とりわけ裁判所において、代表することをその任務とするところの、教会・修道院の俗人役人であるが、教会・修道院が最初は下級裁判権を、一〇世紀以来は高級裁判権をも取得するに至ってからは、この教会・修道院の裁判権の行使を担当するに至った。このことと関連して、一〇世紀頃以後は、有力な高級貴族がフォークトとなることが多くなり、それとともに彼らはフォークトの地位を教会・修道院からレーエンとして受け、役人から封臣に転化するとともに、その権力を濫用して教会・修道院領の住民に対する誅求を強化していった。他方で、司教叙任権争いは、さし当たり国王の司教叙任権をめぐるの国王对教皇の争いであったが、その底流をなした思想としては、教会・修道院に対する一切の世俗権力の介入を排除しようとする教会

側の主張があり、この限りにおいてはフォークト制の排除 (Entvortung) をも含む運動であった。しかし、この争いにおいて国王の教会支配権が否定されたことは、同時に教会・修道院に対する国王の一般的保護権 (Schirmvogtei) も否定されたことを意味し、このことはかえって教会・修道院を俗人フォークトの支配に委ねるといふ結果を招来した。事実、フォークト権力の獲得はランダスヘルシャフト形成のための一つの重要な手段であり、一二・三世紀以降しだいにランダスヘルによって独占されてゆくという傾向が見られる。」

ただフォークト概念は教会法概念ではなく、世俗社会でも用いられた。その変遷の経緯については、ミッタースリーベリッヒ、前掲一三五頁以下参照。

(25) 林毅、前掲八九頁。拙稿、前掲七卷一號一七二頁注(4)。

(26) 林毅、同前。

(27) 林毅、前掲九〇頁。

(28) 林毅、同前。

ツェンテナール Zentnar, centenarius については、ミッタースリーベリッヒ、前掲一二〇頁。フランク時代であるが、「グループ」が裁判集会の議長の地位を取得すると、「ツェンテナールは陪審者、下級裁判官 (vicarius) となった。しかし他方で、ツェンテナールは執行の面でグループの地位を襲い、その後シュルトハイス Schultheiss, exactor 「執達吏」と呼ばれている。——ただしこのシュルトハイスなる名称はその他の下級官吏をも指称することがある。」一二二頁。

なお一二二頁では、ツェンテナールの司法機能に触れている。すなわち、「グループは各裁判場所で、順次に六週間に一回ずつその定期裁判集会を開廷したにすぎなかったために、個々の裁判管轄区では中間開廷日の必要が生まれてきた。そしてこのような中間開廷日は、ツェンテナールが臨時裁判集会 Botding としてこれを開くことになったのである。しかしこの臨時裁判集会の管轄権は制限されていた。すなわち彼が独立に解決できたのは *causae minores* (小事件) のみであり、*causae maiores* (大事件) (死刑・身体刑を科する訴訟、不動産 (所有権) に関する訴訟、自由身分に関する訴訟) については、彼は確かにその審理権はもっていたが、判決を下したり (*terminare finire*) または執行したりすることはできなかったのである。」「このようにして高級裁判権と下級裁判権の区別の道が開かれてきた」と。一二二頁。

またフォークトとツェンテナールの関係については、フランク時代ではあるが、この関係が非国家的裁判権が国家的裁判権になる契機をもつ点について、以下の如く摘示している。すなわち、「イムニテートの隷属民ではない第三者までが、隷属農民に対する訴えはこれをイムニテート裁判所に提起することを強制されるようになる」と (*actor forum rei sequitur* 「原告は被告の裁判所にしたがう」)、ここに決定的な転換が生じてきた。「これによって公けの裁判組織は、決定的に破られたのである。」「隷属農民は今やその一

般的裁判籍をグルントヘルの裁判所にもつことになり、彼の正規の（国家的）裁判官の管轄から除外され、隷属農民の事件についてはフォークトがツェンテナールの地位を踏襲するに至った。」「このようにして、もともと非国家的裁判組織であったグルントヘルの裁判権は、イムニテートと結びつくことによって、一つの国家機能という地位に高められたのである。」「一三五頁。

シュルトハイスについては、ミッターイスリリーベリッヒ、前掲一二二頁。なお後述の一三世紀以後、都市が上級裁判権（流血罰令権）をも取得すると、都市そのものが、無制約の都市君主になり、都市のシュルトハイス（Stadtmann, Stadtoberichter）は都市政務官的な官吏になったという。前掲三九三頁。

(29) 林毅、前掲九〇頁。

(30) 林毅、同前。

(31) 林毅、前掲九〇—一頁。

第一は、一一〇六年の新しい築城による旧市に合体せしめられたニーデリッヒの町の下級裁判所である。それはグラフ「ブルクグラフ」によって任命されたともいわれる」という市民身分の下級裁判官と一二名の参審人「審判人」によって構成されたという。九〇頁。管轄は、この地区の不動産事件のみであるが、それ以前は刑事事件も審理した可能性があるという。同前。

第二は、同様に合体せしめられたオフエルスブルクの下級裁判所である。第一とほぼ同様な構成と管轄を有する。九〇頁。
第三は、ライン河岸城外町のウンターライン市区の居住者により一名の裁判官を主宰者として開廷し、不動産事件のみを処理した。九〇頁。

第四は、旧市外の修道院教会が、そのイムニテートの領域内で、世俗裁判権を行使することが、一一世紀に大司教によって認められたという。構成は修道院長によって任命されたシュルトハイスと参審人「審判人」により、不動産事件のみを処理した。九一頁。

(32) 林毅、前掲八五頁以下。

(33) 林毅、前掲九二頁以下。

(34) 林毅、前掲九二頁。

(35) 林毅、同前。

(36) 林毅、前掲九三頁。

(37) 林毅、前掲九四—五頁。

(38) Schöffen, scabini, doomsmen, échevins の概念に触れておきたい。

cf. Robinson, op. cit. [European Legal History], p. 33. なお「第二章 封建法」[司法手続]の項参照。「封建的裁判の成長はフランスから例証されうる。そこでは、より古い慣習的システムのほとんどの特徴を吸収した。」「メロヴィンガ王国において、司法手

続の慣習の様式は、教会あるいは若干の領主がイムニテを認めた場合を除いて、法を知っており、かつ、法を遵守する誓約の下にある国王の役人、すなわち、伯 count (= comte) が彼の権限の領域を巡回していた。この領域は、慣習的ゲルマン・グループである百人(戸) 邑 *hundreds* (*) に分割された。各百人(戸) 邑では伯が彼の法廷 *mallus* (集会) にすべての自由人を召集した。そこで、この集会は、伯の主宰の下に法発見人 *law-finders* (*doomsmen*, *scabini*) を選出した。彼等の出廷は、法が領域的(拙注、屬地主義)であるよりも屬人的であった間は、より不可欠であった。三三三頁。(*) 元来はハイドを基準とした。)

「シャルルマニユはこのシステムを改革した。(*)」三三三頁。「出席の負担を軽減するために、彼は、重要な訴因を考慮するための、各百人(戸) 邑におけるすべての自由人の会合を年三回に止めることを要求した。」三三三頁。(*) この点についてミッタースリーベリッヒ、前掲一七四—五頁参照。「裁判権の問題においては、人民裁判所の改革の必要が、おなじく経済事情からして生まれてきた。さらにこれと並んで、国王裁判所で形成された新しい種類の手續が、きわめて重要な意義をもっている。」(a) 一般的裁判協力義務も、軍役義務に劣らず、自由民層に対する重圧となった。のみならず、常置的判決発見人 (*Rachinburgen* [*Ratburgen*] の制度が現われて以後は、自由民の大部分は法発見(裁判)への不断の参加の習慣を失っていたのである。」「カルル大帝(シャルルマニユ)は、審判人制度 *Schöffenverfassung* を導入することによって、右のごとき事態からの唯一の可能な帰結を引き出した。」一七四頁。「この制度によれば、それぞれの裁判管区において、毎年三回の定期グラーフ裁判集会のみが全民衆の参加の下に開かれるべきものとされた。臨時裁判集会はもはや審判人 (*scabini*。この語は *schaffen* を意味する *scapian* に由来する) だけによって運営されるべきものとされたのである。」一七四—五頁。「(開廷には七名の審判人が必要とされたが) この七名という数は、審判人がラヒンブルゲン *Rachinburgen* [拙注、仏語のラシンプール、ラテン語『良き衆』 *boni homines*] の独立化したものであるという事情から説明される。」「これらの審判人は、貴族 *meliores* の階級に属し、さらにまた、職業上の妨げなく職務に従事しうるために、一定の大きさの所有地を有してはならなかった。」「彼らは職務宣誓をおこない、定期裁判集会においても判決発見人として現われた。」「これによって、判例の統一性が一層高められるという結果がうまれている。」「のちには審判人の職務は一定の土地 (*Hantgenal*) [世襲財産] に結びつけられ、世襲化し、その一部は最高の(一般)自由人身分たる『参審自由人』 *Schöffen bar-freien*』という独立の身分の基礎となった。」一七五頁。「しかし審判人制度はどこにおいても貫徹されたというわけではなく、例えばシュヴァーベンにおいては貫徹されていない。バイエルンでは、審判人は、一三世紀の半ばごろ、不使用に帰した。」一七五頁。なおこの点については、後述マルタンの指摘参照。)

ところでロビンソンはその後の経過について続けて以下の如く摘示する。

「軽微な訴因は、*scabini* (*ehelvins*) によって簡単に処理された。以後、彼らは、殆ど普通には伯の代理人の主宰の下に着席する、生涯選出の、各百人(戸) 邑のための七人が通常存在した。」「彼らは *mallus* あるいは *placita* に出席し続けた。」三三三頁。(*placita*

については、後述マルタンの記述参照。）

「このことは、上級裁判と下級裁判の区別の起源であった。」

その後、「有効な政府は市民戦争ならびに九世紀・一〇世紀の侵入の間に崩壊したので、裁判における民衆的要素は消滅した。」(傍点筆者) 三三三頁。

「手続は封建化された。それは領主が、特許状の有無に拘わらず、裁判権を取得したためであり、また、伯が彼等の法廷と、彼らの支持のためにあたえた土地を honours 「大領地」に変えたためであり、あるいは、scabini が封建社会における彼等の地位を強化するために彼らの地位の利点を取得したためであった。」三三三頁。

「一一世紀までに、フランスの百人(戸) 邑裁判所は消滅した。そして scabini が通常封建階層の中にあつて、封主としての彼らの地位に依存した上級裁判あるいは下級裁判権を行使した。」三三三頁。

「セーヌ河とロワヌ河の間の地方において、上級裁判は伯あるいはその他の有力者の主宰の下に、自由民の一般集会に依存し続け、いた。」(傍点筆者) 三三三頁。

「scabini は時々領主の顧問会議として現われるが、法の集团的判決あるいは宣言を与え続けていた。もし必要ならば、何が法、慣習かに関して、かかる集団から問合せがなされるだろう。」三三三頁。

「ロワール河のその他の北部は、裁判所の出仕、特定の裁判所へ出席する権利義務は自由人の身分よりむしろそれ以外の特定の保有条件に結びつけられていた。尤も、実際にはそう大した相違はなかったかもしれない。」三三三頁。「不自由人あるいは極貧の者の間では、上級者が、彼の隷属民に対する裁判権をもっていた。それは単に騎士の隷民に対する——領主裁判——のみならず、隷民もまた、領主からの土地を保有しているならば、他の隷民に対して同様に裁判権をもっていた。かかる場合には、裁判権は、特定の保有条件に限定された。また、領主の明示的許可を必要としたであろう。ところが、封建身分においては、かかる許可は黙示的であった。」三三三頁。

またゲルマンの Schöffen については、前掲三三三頁以下参照。「ゲルマンの土地においては、フランスと対照的に、封建法 (Lehnrecht) は、ラント法 (Landrecht) と異なり続けた。そこで、封建裁判所はより古い裁判所を吸収することなしに、それらとならんで発展し続けた。」(傍点筆者) 三三三頁。

「さらに、いかなる自由人も国王の裁判所への出仕義務者になりうるだろうというイングランドにおいても見いだされた観念は、ドイツ南西部 (Swabian Alps) とサクソン地方でとくに、自由保有地で生き延びるに役立った。」「しかしながら、scabini (Schöffen) ——通常封建領主であった判事 (Richter) の下で会合する——は通常一定の価値の土地を保有することを要した。そして、彼らの職は世襲と見なす傾向があった。そこから、封建的態度は、たとえ正確には封建制ではないにせよ、慣習法とそこで混合した。」

三四頁。

さらに前掲一一二頁「普通法」[「ドイツの慣習」の項参照。「皇帝フレデリック二世治世後、ドイツはイタリア同様、有効な中央集権化された権威を持たなかった。だが、イタリアと違って、学識者の優越性はなかったが、法秩序の守護者は、法発見人 Schöffen であった。」(傍点筆者)。「ヨーロッパ発展の主流に従う動きは後期一五世紀に強力になった。フランクフルト・アム・マインのシテイ裁判所で書面による訴答が一四八〇年代に用いられた。審判にというより仲裁に提起された事案が殆どであったが。一四九〇年代にローマ・カノン手続が口頭様式に加えて用いられたが、一五〇五年までに、後者は消滅した。裁判所の(選出された)構成員 Schöffen が、専門職業的法律家の区別と技術に直面せしめられた時、シテイの学識ある書記の知識に依拠せねばならなかった。」

フランスの参審人 scabini については、マルタン、前掲八四頁以下「四三項、ゲルマン人の集会、トウンギヌス、フランク王国の伯の集会」の項参照。但し、若干前述の記述と重複するが、文脈を考慮してそのまま引用する。

「カロリಂಗア家治下では、ラシンブルは、参審人衆(エシュヴァン) [scabini] によって置き換えられる。即ち、参審人衆が、伯の恒常的な補助者と成って、『集会』の各会期に伯を補佐するのである。」「しかしながら、彼らはそれを職業とするものではなくて、どこまでも名士であり、民衆の同意をもって指名されるのである。」「この参審人衆は中世全期に亘って自由都市の、殊にフランス北部の自由都市の参審人衆の中に生き延びて行く。」(傍点筆者) 八五頁。

「このようにして、裁判は民衆の何程かの参加を伴いつつ、王の一役人によって行われる。」「これは、やがて更に変化して行く過渡的形態である。」「即ち、民衆は『集会』に参席するに倦む。」「戦士衆は、彼らが耕作する土地に分散している。『集会』へ頻繁に行くことは、彼らには大きく障害と成る他、またその有用性は乏しい。」「なぜならば、伯が次第にその主と成るからである。」「不参加者共に対する罰金を徴収するために、召集回数を増加することが、余りにも頻繁に行われさえする。」「民衆は、かつては自身の主権性を際立たせてくれたこの集会を、賦役のように考えるに到った。」「シャルルマニユはこの精神状態を考慮する。そして、彼は、以後は伯と参審人衆とによって開催されることになる通常集会に参席する義務を、明瞭に自由人に免除する。彼らの参席は、最早、年に三度開催される総集会 [placitum generale] の場合以外には義務的ではない。」八五頁。

「伯は、各百人区(サンテーヌ)または『伯代官区(ウイカーリア)へ定期的に『集会』を主宰しに向く。」「しかし、彼は伯代理 [副伯、子] (バイコント) により代理されうる。」「伯の下属者である百人区长または伯代官(ヴィケール)は、屢々、小事件 [causae minores] を処理する。」「事実、伯は最高裁判官である。」「国王巡察使衆は、審級制上の上位者として伯の判決を変更することはない。」「彼らは唯、依怙鼻頂で書かれた判定を正すに留る。」「しかも、審級制的上訴が、国王裁判所の前に為されることはない。」「王は、自身の欲するとき、しかし明白な不正の有る場合にのみ、介入する。」「裁判管轄服属者は、真実の民衆裁判の保障をも享けず、また、強度に審級制化された国家裁判の利益を享けることがないのである。」八六頁。

また参審人と自治組織の問題については、マルタン、二四六頁以下「一一七項 自治組織の問題」参照。

「一般的と成ったこの商工業の復活は、必然的に多少共早くに、自治組織の問題を措定せざるをえない。」「遂には市民『burgensisi』と呼ばれるに到る都市住民衆は、固り明確な領主領に居住しはするが、しかし、彼らの有形的な隣近所は狭小な地域内に在りて、この状態は、農民衆の分散的な孤立的な状態と対照を為し、視線の交換を容易にし、綜合力を彼らに与える。」「領主領の真只中で、都市的集団は、農民衆よりもっと継続的に、昔の公裁判所を継ぐものである領主の裁判所に列席するための代表者衆『scabini』即ち参審人衆、別名『良き衆』即ち賢人衆を送る。」「かくて、接触は常に保たれる。」「二四六―七頁。

「領主は、主人としての地位を保ちつつも、領主領の共通の利益に関する諸問題を、参審人衆に相談しうる。彼は、都市の安全や整備に必要な経費の負担に協力してくれるよう、彼ら参審人を介して、市民衆に要求しうる。即ち、囲壁や市場（アル）や埠頭の築造または修理等の場合がそうである。」「二四七頁。

さらに参審人とコミュニティとの関係については、マルタン、前掲二五六頁以下「一二二項 コミュニの代表、その諸特権」参照。

「コミュニティは、もつと後に『都市役員団体』と呼ばれるに到る。そして、専ら市民から構成される自治役員団体によって、恒常的に代表される。」「その構成員は、参審人衆『scabini』、同輩衆『pares』、誓約人衆（ジュレ）または正誓人衆『vere jurati』と称せられる。」「そして、それは一名の長によって導かれるが、この長は、通常、メーラまたはマニール『mayor』[即ち、都市自治役員団長なる性格の市長]と称される。」「二五六頁。

なお Schöffen, scabini, doomsmen, echevins の訳には、参審人（員）、審判人、法発見人等の語が当てられている。なお、マルタン、前掲二七頁「一四項 慣習の編纂、サリカ法典」、二九頁「一六項 ビュルゴンド部族のローマ人法典、アラリク抄典」参照。ここでは「審判人」（シフシフ judges）の意味で使用している。二七頁。

なおさらに、わが国の法制史学会でシンポジウム『司法への民衆参加』をテーマにしたことがあるが、この問題の基盤を考える場合の基礎的問題提起が含まれている。法制史学会、法制史研究四五号、一九九五年、創文社「朝治啓三、「一三世紀イングランドの巡回裁判と陪審の評決の記録」一四五頁以下、和田敏朗、「フランスにおける刑事陪審制の成立」一五一頁以下、三成賢次、「陪審制と参審制―近代ドイツにおける司法への民衆参加」一五六頁以下。』

拙稿、前掲四巻一号二六頁以下注(21)でも、傍論としてこの問題に言及している。

(39) シュルツェ、前掲二六九頁「(d)裁判制度と司法」。

「どの都市も独自の裁判管区を形成し、その管区ではそれぞれの都市法が適用された。ラント裁判所からの都市の分離は、都市成立過程の不可欠の要素であった。通例、都市建設や都市法と同時に、ただちにラント裁判所からの免属がなされた。」「

「当初は、都市領主が裁判領主であり、シュルトハイス、都市フォークトあるいはブルクグラーフなどの自己の役人に裁判権を行

使させた。これらの役人は、都市領主の名において裁判権を行使し、それに対し都市領主は、通常、彼らに裁判手数料の三分の一を与えた。裁判官の脇には参審人 (scabini, iudices) が控え、判決を発見した。「一方、裁判官は裁判を司宰するだけで、審理を指揮し、判決を告示し、その執行を監視した。」参審人は、最初、都市領主によって任命された。彼らは市民の出であり、たいいては商人であったが、時には都市在住の下級貴族の一員がなることもあった。いずれにせよ彼らは、都市住民の最上層集団に属していた。」

(40) ケルン市の参審人については、プラーニッツ、前掲で以下のごとく摘示されている。

「ケルンにおいても誓約者の特別の公庁は出現しなかった。」一一一頁。

「(40)ではおそらく一〇世紀以降にははやくも参審員の団体が存在していた。」「彼らは都市ケルンに対する大司教裁判所の判決者であった。」「法廷は大司教の役人、すなわち、上級裁判 Hochgericht の場合は大司教の自由貴族身分のヴァザルたるブルクグラーフ、下級裁判 Niedergericht の場合は大司教のミニステリアールンたるフォークト Vogt によって主宰された。」「参審員はケルン市民階級の名望ある階層の出身で、終身その任にあった。」一一一頁。「三つの年次大会 Wizzigedingen において完全共同体 Voll-gemeinde として行動した裁判共同体もまた、ケルン市民から構成された。」一一一―一二頁。「参審員と裁判共同体は法廷において適用されるべき法に関して単独で決定した。」「彼らの裁判はラント法に拘束されず、『ケルンにおける商人たちの公正な慣習および法 juste consuetudines et leges negotiatorum in (Colonia)』、『都市ケルンの法 jus Coloniensis urbis』、『市民法 civile jus』に従った。」「それ故に、都市ケルンははやくも一一世紀には都市の必要に応じた裁判を持っていた。」「けれども、参審員は都市における自治権を未だ行使してはいなかった。」一一二頁。

またケルン市については、都市君主 (領主) たる大司教と参審人の間に闘争が存在した点については、酒井、前掲三二頁以下参照。「ケルンにおいては、すでに、一一二六年、ツンフトと大司教に、従属する参審員 (Schöffen) の間に闘争が存在した。そして一二五九年に新しい参審員が任命された時、その下に、一人の織匠、一人の漁師、一人の彫師、一人のパン製造人、一人の醸造人が存在した。大抵はもちろん、ツンフトの共同参加と影響を除去あるいは弱化せしめることに、都市貴族は成功している。」(傍点筆者)。「(40)のような都市貴族」は、「参審自由人 (Schöffen barfrei) 的な商人によって形成されているのである。」三三三頁。

また林毅、前掲では「審判人」についての歴史について以下の如く摘示している。

① まず「(二)都市住民の法的不平等」の項で「都市貴族」について次のように述べている。

「都市住民の中には、権利能力の差異に依りて、都市貴族 (門閥)、一般市民、及び単なる住民という三つの身分が存在することになっていたのである。」「都市貴族 (門閥) は、特権的有力市民であり、階級的にみれば豪商であると同時に、その富を土地に投資して、大規模な土地 (不動産) 所有者となつてゐる者達であった。」「その場合に彼らは、市外においては荘園所領を獲得した場合が多

かったから、従って彼らは、領主的性格を併せ持つ結果になっていた。」一二二頁。「このような、地主的、封建領主的豪商は、各都市において閉鎖的な門閥を形成し、一般市民とは異なった社会生活を送ると同時に、都市の政治権力をほぼ独占的にその手中に収めていたのである。」一二三頁。「すなわち、都市の自治機関の要である都市参事会の会員や、都市裁判所の審判人（判決発見人）に選出される資格は、（特にツンフト闘争に至るまでの都市貴族制的市制の段階においては）、彼らが全く独占していたのであった。」一三三頁。

② そして都市君主たる大司教の支配権の喪失過程について、「第一部 都市共同体の諸問題」第二章 自由帝国都市ケルンとケルン大司教」で以下の如く叙述している。

「四 上述のごとく、ヴォリンゲンの戦闘における敗北により、ケルン市に対して都市君主として有していた支配権（軍事高権、警察権、関税徴収権、貨幣鑄造権、ユダヤ人保護権等）を、実質的にはほとんど失ってしまった。」五二頁。「従ってこの時から、ケルンは自由帝国都市に事実上等しい強力な自治都市に転化したのであるが、しかしながら、この時点においては、その地位がドイツ国王（皇帝）の特許状によって明確に認められたわけではなかった。それゆえ、その後も、ケルン大司教は名目的には都市君主たる地位を保持したしケルン市は大司教に対して誠実宣誓を行い続けなければならなかった。」五二―三頁。「また都市君主に帰属するべき諸権利も観念的には存続し、特に裁判君主（高級裁判権の担い手）としては、大司教は実質的にも審判人の任命権を行使するという形において、ケルンの高級裁判所（審判人裁判所）を支配し続けたのである。」五三頁。

③ なおその後「三 ツンフト闘争期におけるケルン市とケルン大司教」の項において、ケルン市と大司教との闘争の画期的段階をとりあげている。

「(一) 一四世紀に至るまでのケルン市制は、明らかに都市貴族制的性格を有していた。」六二頁。「かの大仲裁裁定 (Grosser Schied) が行われた際に、ケルン大司教の側から次のような訴えがなされ、都市の有力者（都市貴族）による権力の乱用がなされている事実が指摘されているのである。すなわち、審判人の裁判が遅滞したり、判決を遅延したり、不公平な裁判をしていること、市長が不正な行政、不当な裁判、不当な課税を行っていること、有力者が弱小市民を圧迫していること、自己の従属下にあるムントマン（被護民）を特別に保護して裁判の公平を欠いていること、不当な登記手数料を要求していること等であり、以上のような諸点について都市貴族が一般市民を抑圧して利益を侵害していたことが確認されるのである。」六三頁。

さらに審判人裁判所に至る過程については、林毅は以下の如く述べている。

① 「ブルクグラフ裁判所は、（ほとんどの）全市民参加の下に、ブルクグラフを裁判長とし、彼が任命した審判人を判決発見人として開廷された。審判人の数は、一一〇三年の史料では一二名であるが、しかし一二世紀の中葉以後になると二〇名に増加している。審判人は、ケルン有力市民層の中からブルクグラフによって任命され、その任期は終身であった」八九頁。

② そして「審判人裁判所」につき、「(一)従来の都市裁判所の変質」の項で以下の如く言及する。

「従来の都市君主制的都市裁判所の変質は、本来の都市裁判官であるブルクグラーフおよびフォークトと並んで、市民の中から選ばれた市民的下級裁判官、すなわち下級グラーフ (Untergraf) および下級フォークト (Untervogt) が登場してきたことによって示される。彼らは、一二世紀の一〇年代以来史料の上に現われるのであり、下級グラーフはブルクグラーフによって、下級フォークトはフォークトによって、それぞれ市民の中から任命された。その場合ブルクグラーフもフォークトも、その任命を自由に行うことはできず、審判人が市民の中から提案した候補者を、審判人の同意を得て任命することができただけであった。」九二頁。

③ 下級グラーフと下級フォークトは、「都市裁判所のすべての裁判集会、すなわち、定期裁判集会にも審判人裁判集会にも陪席者として出席したばかりか、判決を執行する権限、および不動産の譲渡等の際に資格ある証人として参与する権限が彼らの手に移っていったからである。」九三頁。「一二世紀後半になると、ブルクグラーフやフォークトが自ら裁判を主宰することを怠るようになった結果、下級グラーフと下級フォークトがそれぞれ代理人として都市裁判所 (定期裁判集会と審判人裁判集会) を主宰する機会が増えたからである。」九三頁。

④ さらに「(一)従来の都市裁判所の変質」の項で都市裁判所の新たな過程が開けるが、その点について以下の如く摘示している。「一二世紀の末にブルクグラーフがその職をケルン市民に質入れするような事態が生じた結果、ブルクグラーフ制はケルン市制の中で重要な意味を持たないものになっていたのであるが、一二七九年になると、ブルクグラーフのヨハン・フォン・アルベルクが、一六〇〇マルクを対価として、ブルクグラーフ職を大司教に返還するに至った。」九七―八頁。「具体的にいうと、一二七九年にブルクグラーフ職が大司教の手に復帰して以来、大司教は、ケルン都市裁判所の審判人の任命を自ら行使し、また従来の下級グラーフ (市民的下級裁判官の一人) に当る裁判官 (グラーフ Greve と称せられる) を自ら任命して、都市裁判を主宰せしめたのである。」「この新しい裁判官は、事実上は同一人物が長年にわたって勤めるのが常であったが、しかし形式的には、毎年大司教によって、大抵は審判人の中から任命された。」九八頁。「その場合、審判人や裁判官に任命されたのはケルン市民 (都市貴族・門閥) であつたら、彼らが市民の利害を代表する存在であつたことは否定できないが、しかしその任命が形式的には大司教によってなされるようになったため、彼らの性格には、一定限度都市君主制的色彩がつきまとうことになつたのである。」九八頁。

「かくしてそれ以後、以前から存在していた都市裁判所は、都市君主制的性格をやや強くし、定期裁判集会も審判人裁判集会も共に、大司教によって任命された裁判官 (グラーフ) を裁判長として開廷されることになつた。そしてこの新しい裁判官 (グラーフ) が登場した結果、以後フォークト制は裁判官職としては意味を持たないものとなり、それに伴つて下級フォークト職も意義を失つていったのである。」九八―九頁。「グラーフによって主宰される審判人裁判集会は、刑事事件、特に生命・身体刑を科するような重大な刑事事件、キリスト教に対する犯罪、および市内のすべての民事事件 (但し土地に関しては旧市内についてのみ) を審理した。」

九九頁。

⑤ 「ゼント裁判所〔教会裁判所 Sendgericht〕には俗人たる審判人が存在したので、この審判人の任命に対して都市参事会が影響力を行使するに至ったような場合も見られた。」「このように、教会裁判所と都市との間には、一定の関係が存在したのである。」一三八頁。

(41) シュルツェ、前掲二六九頁。プラーニッツ、前掲九八頁。「二、都市共同体とユーラーティ」(ユーラーティII「誓約者の公庁」)。

「ユーラーティの公庁は同時にコミュニケーション裁判所でもあり、都市の自治機関でもある。ユーラーティのコミュニケーション裁判所は、プレボントゥスまたはマールホルの司会のもとに開廷され、それぞれの都市においてきわめて雑多な権能を獲得したが、ランドスヘルあるいは都市領主の参審員裁判所 Schöffengericht とは厳密に区別されていた。」「けれども、一二世紀には、個々の機能はマールホルが独立して行使できるようになった。」九八頁。

(42) シュルツェ、前掲二三八頁。

また二五二頁で、「市場から都市へ」を論じた中で、「いくつかの都市では、この『参審人団』 Schöffenkollegium は自治の成立にとって重要な要素となった」と指摘している。

また、裁判だけではなく、行政をも担っていた都市の参審人制度に代わって参事会制度が普及したところもあるという。シュルツェ、前掲二六五頁。時期的にはドイツでは一二世紀末から一三世紀に架けてである。その場合に北イタリアの制度がモデルとされたという。なお参事会については、同、二六四頁以下参照。

(43) 「共同体」概念について、これまでもこの概念は使用してきたが、ここでは宣誓共同体を意味する。なお共同体の機関についてはプラーニッツ、前掲九四頁以下「第三章 都市の公職制度」参照。

(44) プラーニッツ、前掲一一四頁。

林毅、前掲九二頁。「一〇七四年の暴動に始まり、一一〇六年の市民による都市占拠(新たな城壁の築造)を経て、一一一二年の宣誓共同体(コミュニラートイオー)の結成によってケルン市民の自治団体(都市共同体)が法的に確立され」た。通常、この時期をもって、都市共同体の確立期と称している。

(45) プラーニッツ、前掲一一四頁。一一一二年前までに市民階級はすでに裁判集会(Gerichtsversammlung)をもっていた。しかし、それは大司教の役人たるブルクグラーフや都市フォークトの主宰の下であった。それは都市君主制下の市民参加であった。

(46) プラーニッツ、前掲一三四頁。Sühngericht は通例仲裁裁判所と訳されているが、元来 Sühne は贖罪、和解である。

(47) プラーニッツ、前掲二〇五頁。

(48) プラーニッツ、同前。

(49) プラーニッツ、前掲一三四頁。

(50) ミッターイスリーベリッヒ、前掲三二八頁。平和の維持にかんしては、ドイツのみならず、ヨーロッパではラント平和令の存在が重要な意義を有する。ミッターイスリーベリッヒは、「ラント平和令 Landfriede は全ヨーロッパを通じて中世盛期の最も注目すべき法源群である」といつている。三二八頁。そして、都市法では一二五〇年以前にすでに現われたという。同前。ドイツでの帝国ラント平和令の最初は、マインツの一〇三年のものであるが(前掲三二九頁)、それは限時立法で、ラント平和運動が一応完結したのは、フリードリッヒ二世の一三三五年のマインツの大帝国ラント平和令であったといわれている。前掲三三一頁。

(51) プラーニッツ、前掲一三四—三五頁。

「裁判所はフェーデのかわりに和解をすすめる目的でフェーデ事件に干渉した。」そこで「仲裁裁判所になったわけである。」一三四頁。

「フェーデを禁止し、党派間の和解を命令して、贖罪金の額を決定するのがその仕事であった。」一四二頁。

(52) プラーニッツ、前掲一五頁。「平和裁判所の機能は第一義的には徹頭徹尾フェーデ問題に関係する。史料もまた、ある共同体員が仲間を殺し、傷つけ、あるいは侮辱した事件をとくに強調する。」「このようにして、もっとも重要なフェーデ事件に関しては特別の規定が採用され、しかも、それは、ただちに、共同体員相互間におけるフェーデ権行使の制限にまでおよんだ。」一三五頁。

なおラント平和裁判所 Landfriedengericht については、若曾根健治、『中世ドイツの刑事裁判—生成と展開—』、多賀出版、一九九八年、二七六頁以下参照。

また酒井昌美、前掲一六頁は、都市成立における「ラントフリーデ」の問題の重要性を強調している。

(53) ところで、都市の場合、ラント裁判所から部分的ないし完全な免除を獲得していたので、その限りで独立の裁判区を形成していた。しかし、「その裁判権は属人的なままにとどまり、すなわち市民たちだけの範囲に制限されていた。」ミッターイスリーベリッヒ、前掲三九二頁。

(b) 誓約された都市平和(ブルク平和)を確保したのは自由意思による仲裁裁判権であったが、諸都市はさらに、この仲裁裁判権の域を越えて、一三世紀以来、都市君主から下級裁判権を獲得した。「大きな諸都市は、さらにそれ以上に、上級裁判権(流血罰令権)をも取得したことが稀ではない。」三九二—三九三頁。「これによって、諸都市は無制約の裁判君主になり、都市のシュルトハイス(Stadtmann, Stadtoberichter)は都市政務官的な官吏になった。」三九三頁。

(54) プラーニッツ、前掲一三八頁。

「しかしながら、平和裁判所の機能は、共同体構成員間のフェーデ行為以上に及んだ。」「一二世紀の大抵の憲章では、殺傷や傷害に対する保護権は一般に共同体裁判所の手中におかれる。」「共同体裁判所は非共同体員が共同体員に加えた身体傷害や殺害に関して

も裁判する。「このような権能はときとにもますます拡大した。」「ついには、誓約団員に加えられたものであるかぎり、いかなる種類の犯罪に関しても裁判所は判決を出すに至った。」「しかし、それだけでなく、非誓約団員、つまり都市内のいかなる人物に向けられた殺害や身体傷害であっても、共同裁判所で最後の判決が下された。」「共同体の平和裁判所は特別の権能を持つ都市裁判所になった。」一二三八頁。

(55) 林毅、前掲四七頁。

(56) 林毅、前掲九二—三頁。

(57) 林毅、前掲九四—九五頁。

(58) 林毅、前掲九七—九頁。

(59) 林毅、前掲九九頁。

「以上のごとく、旧来のケルン都市裁判所は、一二七九年以後、都市君主制的性格を一段と強めて存続することになったのであるが、しかしながら、市民の自治権が充実に参事会制度が発展してくると、参事会が新たに独自の裁判権が確立するに至り、その結果として、ケルン市内には、旧来の都市裁判所と対抗しながら、全く新しい市民的、自治的裁判所が成立して発展することになった。」

(60) プラーニッツ、前掲一一四頁参照。

(61) プラーニッツ、前掲一一四頁。

「市民階級はすでに裁判集会 *Gerichtsversammlung* にあつまっていたが、大司教の役人たるブルクグラーフや都市フォークトの主宰下においてであった。」「新しい市民集会においては、大司教の役人はもはや何ごとをしてもならなかった。市民集会的存在について証言する最古の証書においても、大司教の役人はすでに証人のなかにすら出てこない。他方、市民集会的議長になり得たのは市民だけであった。」一一四頁。

(62) ミッタイスリーベリッヒ、前掲三九五頁。商人ギルドの指導の下における運動の頂点は一一二二年の「自由のための誓約団体」の結成と自治行政権の獲得である。しかし「同時に、商人ギルドは、選挙によって構成された全市民団 (*communitas*) の機関(都市参事会) にその指導的地位を譲ることになった。」三九五頁。

(63) プラーニッツ、前掲四七頁。

(64) プラーニッツ、前掲五一頁。「都市の支配にあたって、大商業地においては、ギルドはまさしく新しい団体と交代した。」五一頁。

プラーニッツ、前掲一五八頁以下「第五章 自治行政」参照。

「一二世紀のはじめになると、宣誓共同体の理念が都市全体の防衛権を次第に都市共同体の手中におくに至った。」「ケルンではこ

のような発展はやくも一一〇六年には完成した。」一五九頁。

- (65) プラーニッツ、前掲。「コミュニオン運動は、これら二つの都市（ケルン、カムプレー）において、司教の暴政に対する闘争という目標を持つが、他の多くの都市においても同様である。」五九頁。「コミュニオン運動に反対して先ず教会が闘争を開始した。」「司教たちは彼らの都市に居住しており、運動によって直接被害を受けた。」「彼らは運動のなかに彼らの権利、すなわち教会法によれば剝奪し得ない教会の権利に対する侵害を見出した。」「すでにイヴォ・ド・シャルトル Ivo de Chartres は諸都市の行動に反対して、市民相互間の宣誓は教会法規および教父の決定に違反して居り、司教はそれを拘束的なものと見なす必要はないと声明した。」六〇頁。

- (66) プラーニッツ、前掲一八五頁参照。

- (67) レーリヒ、前掲三六頁。「ドイツでの代理者たる息子ハインリヒが分別無く一連の司教都市において市民の味方に立ち、司教との闘争に入ったとき、フリードリヒ自身は、一二三一年ラヴェンナにあって、ドイツの全都市に対し司教の同意なく設けられた自治行政機関の廃止を講じなければならなかった。」しかし、「市民の運動は、極めて強く、命令で弾圧できるようなものではなかった。それは、王冠の権威に対する重大な一撃であった。都市の方でも、最初は幻滅あるのみであった。それでも都市は、わが道を進んだ。都市の力は、都市領主の権力と対決するに十分であったからである。」三六頁。

- (68) ミッターイスリーベリッヒ、前掲三九五—六頁。

「自治制の萌芽は都市君主制の時代にすでにみられる。」三九五頁。

「一三世紀には、市長 (magistri civium) を長としてもつ市参事会 Stadtrat (consilium, consules) が、いたるところにみられるに至った。次の時代には、市参事会をめぐって激しい闘争が勃発した。」「古型の参事会は都市貴族的性格をもっていた。」「すでに一世紀以来 meliores が都市貴族 patrizier の前身として現われてきていた。meliores 「メリオーレス (有力者)」を構成したものであるが、農村から移住してきてその行政上の経験を都市のために提供した貴族やミニステリアーレン (行政都市貴族) もあるが、しかしその大部分を占めたのは、富裕な・騎士的生活を送っていた遠隔地商人 (商業都市貴族、例えばケルンの "Richerzeche" 「リッヘルツェッヘ」のごとし) であった。これらの者が『参事会員資格をもつ家柄』を形成したのである。」三九六頁。なお、林毅、前掲九六頁参照。

- (69) ミッターイスリーベリッヒ、前掲三九七—八頁。

「ほぼ一三世紀ごろから、都市においては、ゲノセンシャフトからケルベルンシャフトへの移行という重大な変革がおこなわれた。universitas civium 「市民の総体」と並んでかつその上位に、civitas 「都市」が、すなわち独立の行為主体として都市が現われてきた。かくて都市は、それ自体の機関を有する最初の『法人』になったのである。これは、例えば市民約定が参事会立法によって代置された点に表現されている (第三十七章一七参照)。三九七—八頁。

(70) ミッターイスリーベリッヒ、前掲三九八頁。「これと同時に、全会一致の原理は多数決の原理によっておき代えられ、都市の内部には今や政党や派閥が結成させるに至った。最後に、政治的領域と私的領域とが区別され、かくして、都市において最初に、私的領域の保護のために自由権の觀念が發展し始めた。この自由権の一部は、今日なお、近代民主的憲法の基本権の中に生きつづけている。」三九八頁。

(71) 林毅、前掲四七頁以下。なお「一二世紀初頭に成立をみたケルン都市共同体は、その後ケルン都市經濟の繁榮に基づく市民勢力の増大に伴って益々發展の歩みをたどり、都市君主ケルン大司教の支配権は次第に駆逐していつて、遂に一二八八年には、事実上『自由帝国都市』としての地位を確立するに至った。」九五―六頁。

魚住、前掲三二頁。但し、自由帝国都市の地位を事実上獲得した後、完全な法的地位を獲得する一四七五年までの間、なお紆余曲折がある。

(72) ミッターイスリーベリッヒ、前掲四一〇頁。

「都市制度の復興と歩調をあわせて都市法が形成された。」「実体法や訴訟法の領域においても、新しい法形成をもたらした。」「最初に位置するのは国王や都市君主の与えた特許状であり、これらは主として市場法・関税法・取引法に関することであった。」「ゲマインデ制の形成とともにアイヌング [Einung、中世の誓約] に基づく法が生まれ、これは次のような法規の成立に導いていった。すなわち、市民たちによって――最初は一定の有効期限を限って――協定され、市民たちの範囲内に適用するような法規である。これらの法規は毎年ブルク集会 Burgding で更新され、これが法規の永続的適用力を保証した。」「一三〇〇年ごろになると、比較的大きい諸都市は、正規の法制定権を、すなわち、都市の機関を通じて警察的な性質の・一般的拘束力をもつごとき法を制定する権限を獲得している。」四一〇頁。

なお従来の都市裁判所の変容については、林毅、前掲九四頁以下「(一)従来の都市裁判所の変質」参照。

「都市共同体の成立に伴う都市裁判所の変容の第二は、新たな自治的裁判権が確立され、従来の都市裁判所とは異質な、新しい市民的、自治的都市裁判所が成立したことである。」九四頁。「これについては史料は乏しいのであるが、一二五八年の『大仲裁裁定』によると、名誉毀損に主宰する裁判所である。」九四頁。「これについては史料は乏しいのであるが、一二五八年の『大仲裁裁定』によると、名誉毀損に関する市長の裁判所が存在したことが知られる。」「この裁判所において市長は、侮辱行為や悪口雑言に関して被害者の告訴を待たずに裁判し、贖罪金を徴収した。」九四―五頁。「また市長は、醸造、パン製造、肉の販売、及び魚市場に関して監督権を行使し、更に食料品商業全体に関して監督権を行使して、違反者に対しては裁判権に基づいて刑罰を科していた。」九五頁。

「以上のような市長によって主宰される自治的裁判所の誕生は、都市共同体成立の時点迄遡ると推定されているのである。」九五頁。ミッターイスリーベリッヒ、前掲三二七頁。自治都市になるといふことの意味は社会的法制度的には多様な意味合いをもつが、現

代法との関連で一つ指摘しておきたいことは、現代法の基礎原理となる「私的自治」を生み出す側面をもっていたことである。それは単に「都市の空気は自由にする」という面だけでなく、この時代に「法の分裂」傾向を生みだした点を摘示しうる。ミッタースリーベリッヒは、ドイツにつき、「この時代には、ほとんど見渡しえないほど多様なラント法や地方法が形成され、かくて法の分裂が時代の特色となった。法形成は極小の地方区にひきこもってしまったのである(『片隅法』“Winkelrecht”)という。三二七頁。

「しかもこの場合、自治的立法の原則にしたがって、小地区の法源が大地区の法源に優先した。当事者の意思は都市法を破り、都市法はラント法を破り、ラント法は帝国法を破るのである。ところで、『当事者の意思』“Wilkür”を法源として承認するということは同時に、私的自治(例えば契約)もまた客観的法を創造しうることに認められていたということの意味する。——これは法理論がやっと最近になって再発見した認識である」と言っていることも留意しておきたい。三二七頁。

(73) H・コーイング、『近代法への歩み——ドイツ法史を中心に』、久保正幡・村上淳一訳、東大出版会、一九五九年、五八頁以下。

プラーニッツ、前掲一七九頁「第六章 都市法と自治権」。

「事実上は、憲章のほかに、慣習法という形で、新しい都市法が、一二世紀のうちには発展した。はやくも一一三六年には、フランス国王ルイ六世は、ソアソン市民が彼の与えたカルタ carta「証書」以上の権利を僭取したと苦情をいわなければならなかった。」「二度も憲章を持ったことのない都市においても、一二世紀末には、その領域に成立した法慣習は都市領主によって明示的に保証された。」一七九頁。「なお原注(6)一八一頁では、「ケルンでは、一一八〇年の大司教との協定がそうで、Quellen. 1. S. 582ff. Nr. 94(4)には、『市民および都市のすべての法ならびに良好にして合理的なすべての慣習を予は彼らに対して保証する omnia jura civium et civitatis nec non omnes bonas et rationabiles consuetudines els confirmamus』とある」といっている。」

(74) コーイング、前掲五九頁以下。都市法の多様性にも拘わらず、共通的特徴をもつ点に言及している。但し、期間として一四・五・六世紀にわたる市民層の興隆と法への反映として捉えている。五八頁。参考までに、その内容を摘示すれば、①属人法的関係からの解放、五九頁以下、②自治組織の保有、六一頁以下、③訴訟法における決闘と神判からの袂別、宣誓の重視、証人・証書・登録簿の信憑性、土地登記制度、六二頁、④夫婦財産法、相続法(死因贈与、遺言)、六三頁、⑤刑事法における弾劾主義からの袂別と職権訴追、六三頁、⑥新都市による既往の都市法の模倣(都市法家族の形成)、六四頁を取り上げている。

(75) シュルツェ、前掲二六〇—一頁「4 都市法と都市制度」(a)商人法、市場法、都市法」において、都市法一般の発展過程につき、①都市法の起源と商人法の形成「二六〇頁」(i)都市法の起源。カロリング王時代、(ii)商人法の形成(一〇・一一世紀中にしだいに形成)、②一〇世紀後半(一般商人法から市場法)「二六〇頁」、③一二世紀(市場法が都市法へ)「二六一頁」に関する諸点を取り上げていいる。また二六一頁以下「(b)都市法の体系」において、①文書主義「二六一頁」、②法源「二六一—二頁」、③制度法と行政法

〔二六二頁〕、④刑法と訴訟法〔二六二頁〕、⑤警察・秩序法〔二六三頁〕、⑥私法〔二六三頁〕の諸項に言及している。
(76) 林毅、前掲九六頁。

「そして都市共同体の発展は、都市内部においては自治組織の整備・拡充として現われ、一三世紀の初頭には、従来の自治機関『リッヘルツェッヘ』（富裕者の団体）と並んで『都市参事会』が形成されたのである。」九六頁。「都市参事会員の数は一五名で、任期は一年であった。」「都市参事会員の毎年の交代は、次のようにして行われた。すなわち、各参事会員がそれぞれ自らの後継者を提案し、それを全参事会員が多数決によって選挙するものである。」「その場合後継者は、前任者の一族の者の中から選ばれて提案されるのが常であったので、一五名の参事会員は、事実上ほとんど一定の限られた都市貴族（門閥）の中から選ばれていた。」九六頁。

「一三世紀末から一四世紀にかけての時期に、条例制定権、市民権を賦与する権限、ツンフト監督権等がリッヘルツェッヘの手から参事会の手に移っていき、参事会は都市統治の最高機関たる地位を確立していったのであった。」九六頁。「上に述べたように、一三世紀初頭に形成された都市参事会は都市貴族（門閥）によって独占されていたため、一般市民は門閥の支配に専ら服するという状態が存在したわけであるが、そのような状態の中では当然のことながら、市政に対する一般市民の不満が増大していくことになった。」九六頁。

（なお「その結果、一四世紀の初頭になると、従来の参事会（小参事会）の他に、一般市民の代表も加わった『大参事会』が新たに設けられ、僅ながら市制の民主的改革がなしとげられた。」九六頁。「そのため、一四世紀の後半になると、一般市民の武装闘争を伴う市制改革運動、すなわち『ツンフト闘争』が展開されることになり、その結果一三九六年にはツンフト改革が成功を収めて、市制の民主的改革が成しとげられ全市民（各ツンフト）の代表によって構成される新たな都市参事会が誕生したのであった。」九七頁。）

「以上のように、一三世紀から一四世紀にかけて、ケルン都市共同体は充実・発展の一途をたどったのであるが、それに対して、領邦形成政策を積極的に行っていたケルン大司教が、敵対的態度を示し続けたことは言うまでもない。」「ケルン市の自治を抑圧して、ケルンをラント都市化しようとする政策は、ケルン大司教によって繰返し試みられたのであるが、しかしそれらはすべて失敗に帰し、ケルンは一四七五年には『自由帝国都市』としての地位を、法的に明確に確立するに至ったのであった。」九七頁。

「とは言え、ケルン市に対して支配権を行使しようとする大司教の勢力は、ある一点に関しては成功を収め、ケルンの自治に対して一定の制約を与える結果となった。それは何かといえば、大司教がケルン市に対する裁判君主（高級裁判権の担い手）たる地位を保持し続けたことである。このことによって、従来の都市裁判所には、ある時点から一定の変質が生じたのであった。」九七頁。

(77) 林毅、前掲九七頁以下参照。

(78) 林毅、前掲九九頁以下参照。

「旧来のケルンの都市裁判所は、一二七九年以後、都市君主制的性格を一段と強めて存続することになったのであるが、しかしながら、市民の自治権が充実に参事会制度が発展してくると、参事会が新たに独自の裁判権を確立するに至り、その結果として、ケルン市内には、旧来の都市裁判所と対抗しながら、全く新しい市民的・自治的裁判所が成立して発展することになった。」九九頁。

(79) 林毅、前掲九九頁。「新たに成立した市民的裁判所のまず第一は、都市参事会そのものである。すなわち、裁判権を確立した参事会それ自身が、同時に裁判所としての機能をも果すようになったのである。」

(80) 林毅、前掲九九頁。

「都市参事会が、いつ頃から裁判所としても機能するようになったのか明らかでないが、一三二一年の誓約帳簿(都市法)の中には、既に都市参事会が同時に裁判所である旨が明確に規定されている。」「裁判所として機能したのは小参事会のみでなく、大参事会もまた裁判所として機能した。しかし両者が合同で法廷を構成する場合も存在した。」「参事会は、最初は第一審として機能したが、一三四三年以後は、控訴審としても機能したことが確認される。」九九頁。

(注、シュルツェ、前掲二六九頁参照。「次の段階は、参事会が下級裁判権を、できれば上級裁判権をも獲得することであった。それは、購入か、あるいは貸付金の担保として獲得されることが多かった。」)

「そして大参事会は、一三七五年以後は第一審としての機能を失い、また一三九六年のツンプト革命以後は、参事会が一元化されたために姿を消すことになる。」「参事会が控訴審として機能した場合に、法廷がどのように構成されたかについて明確なことは知られないが、後になると、代表者による委員会(特別の法廷)が構成され、それが審理にあたるようになっていく。」九九—一〇〇頁。

(81) 林毅、前掲一〇〇頁。

(82) 林毅、前掲一〇〇頁。

「参事会が裁判所として重要な役割を果たしたのは控訴審としてであるが、控訴審としての参事会は、以下に述べるような各種の市民的裁判所(第一審)の判決に対するすべての控訴を審理した。」「控訴がなされると、まずその事件を一種の予審判事(Vorrichter)が両当事者を召喚して調べ、その報告に基づいて参事会が審理を行った。」「控訴に当って両当事者は、五マルクを供託しなければならなかった。」「勝訴した者はその五マルクを返還されたが、敗訴した者はそれを失い、予審判事と裁判官とそれを折半した。」一〇〇頁。

(83) 林毅、前掲一〇〇頁以下参照。

「都市参事会の裁判権確立に伴って成立してきた新たな市民的裁判所の第二は、都市参事会の内部に特別に設けられた裁判所(参事会裁判所と称せられる)であり、その一つは外人裁判所であった。」一〇〇—一頁。

「これは最初は文字通り、外人（他所からケルン市に來訪した商人）同士ならびに外人に対するケルン市民の債務事件を審理する裁判所として設立されたものである。そのような事件は、もともと市長と審判人によって審理されていたが、ケルン市における商業取引の繁栄につれて外来商人を法的に保護する必要が増大した結果、新たに参事会の内部に特別の外人裁判官が設けられることになったのである。外人裁判所の存在は、一三二六年に初めて証明される。」一〇一頁。

「ところで、外人裁判所の管轄権は、時と共に拡大されていった。すなわち、市民同士の債務事件もそこで審理されるようになり、そして一三六二年になると新たな参事会布告が發せられて、あらゆる契約ないし債務証書に関して、契約当事者が欲した場合には外人裁判所が持ち得ることとされるに至ったのである。」このように、外人裁判所の管轄権が拡大されたことにより、外人裁判所と、旧来の審判人裁判所および教会裁判所との間で、民事事件に関して管轄争いが生じていく結果となった。「外人裁判所は毎週三回開廷されたが、裁判官のみによって審理が行われ、その審理は、外人裁判所たる性格からして迅速に行われるのが特徴であった。」「外人裁判所にも、役人として書記および廷吏が配置されていた。」一〇一頁。

(84) 林毅、前掲一〇二頁。「参事会の内部に設けられたもう一つの特別裁判所は、刑事裁判所 (Gewaltgericht) である。」「刑事裁判所の存在は一三四一年に証明されるが、しかしそれは、それ以前に、すなわち外人裁判所と同時に設置されたものと推定されている。」「刑事裁判所も、参事会によって小参事会員の中から任期二年で選出された二名の裁判官を有していた。」一〇二頁。

(85) 林毅、前掲一〇二頁。「刑事裁判所は、都市平和 (公的秩序) の破壊となるようなすべての暴力事件を審理した。」「刑事裁判所が科す刑罰は、通常は一定額以内の罰金刑であったが、しかし刑事裁判所は、重罪に対しては死刑や切断刑、或いは膚髮刑等を科すこともできた。」「このような刑事裁判所が形成されたことにより、刑事事件に関して、刑事裁判所と審判人裁判所との間で管轄権争いが生じていったが、少くとも重大な刑事事件の管轄権は、審判人裁判所が保持し続ける結果となった。」一〇二頁。

シュルツェ、前掲二七〇頁参照。「民事訴訟とならんで、刑事訴訟も重要であり、その際都市裁判所は厳しい刑罰を下すのがふうであった。死刑は、謀殺、放火、強姦、さらに異端、魔術、獣姦、貨幣偽造に下された。窃盜には、絞首刑にまで及ぶ重い刑罰が科せられた。死刑を宣告された者が溺殺、火炙り、車裂き、生理めの刑に処せられず、単に絞首、斬首で済めば、それは寛大な措置であった。軽犯罪に対しては、たいいては、笞打ち、丸刈り、烙印、晒し、絞首台に吊すといった名誉剝奪刑が用意された。刑罰の程度と種類は、都市法ごとにきわめて異なっていた。有罪の判決を受けた者でも、罰金、和解、あるいは都市から期限付の追放で済むことがしばしばあった。」

なおこの点に関する、ドイツの一般的叙述としては、若曾根健治、『中世ドイツの刑事裁判——生成と展開』、多賀出版、一九九八年、三一九頁以下参照。

(86) 林毅、一〇二頁。「また刑事裁判官は警察長官としての性格を有し、参事会によって発せられる風紀取締規定、奢侈禁止規定、お

よび建築警察に関する規定の違反者に対する取締(科刑)をも行った。「なお刑事裁判所にも、役人として書記と廷吏が置かれていた。」

(87) 林毅、前掲一〇二頁以下。

「都市共同体(宣誓共同体)の成立と共に、市民によって主宰される市民的裁判所が形成されていたことは既に述べた。」「その後、参事会制度が確立され、リッヘルツェへに代って都市参事会が最高の自治機関たる地位を獲得した段階になると、この市長裁判所は変質をとげ、参事会に從属する三つの市民的裁判所へと發展するに至った。」一〇二頁。

「その一つは、穀物市場協の市長裁判所(Gericht am Kornmarkt)であり(これは旧市場Alter Marktで開廷された)、もう一つは、食肉会館前の市長裁判所(Gericht vor dem Fleischhaus)である(これは乾草市場Heumarktで開廷された。)」一〇二頁。「これら二つの市長裁判所の存在は、史料の上では一三七五年に初めて証明されるが、その成立はもっと早い時期においてであったと考えられる。」一〇二―三頁。「以上二つの裁判所は、市場裁判所であり、食料品に関して発生する紛争を解決することを第一の目的としていた。」一〇三頁。「しかしそれに限らず、十マルク以内の財産に関する事件を審理する権限も両者に認められていた。」「また両者は、参事会によって布告される。市場における商業や商品の質に関する警察規定の違反者の取締(科刑)を行っていた。」一〇三頁。

(注、シュルツェ、前掲二六九頁以下)「前出」(d)裁判制度と司法」参照。「都市自身による裁判権の掌握は、明らかに市場裁判権を基点とした。市場取引、度量衡の監督、市場取引から生ずるあらゆる紛争の解決は、市民にとってとくに有益なことであった。それゆえ市民は、市民裁判権を自身で行使しように努めたのであった。」

「以上二つの裁判所の他に、以前の市長裁判所からは、もう一つの新たな裁判所が成立した。それは、市長と六名の裁判官によって構成される裁判所である(Bürgermeister und Anteutegericht)。六名の裁判官は、参事会によって、以前参事会員を勤めたことのある者達の中から任期一年で選出され、半年ごとにその半数が交代した。」(高領債務事件、不動産関係事件)。一〇三頁。

「以上のように、ケルン都市自治の發展に伴う参事会の裁判権確立に基づき、旧来の都市君主制的性格を有する審判人裁判所と對抗しながら、数多くの新たな市民的裁判所が形成された結果、両方の裁判所の管轄権は、刑事事件に関してのみ民事事件に関する競争するようになっていった。」一〇四頁。「そのための両裁判所間においては、管轄権をめぐる紛争が生じていくことになったが、ケルン市民は、多くの場合、自己の選択に從って、どちらの裁判所にも訴えを提起することができるようになったのであった。」一〇四頁。

(88) 林毅、前掲一〇四頁。「以上においてわれわれは、中世都市ケルンにおける世俗的裁判所の發展過程を明らかにすることができるが、以上の他にケルン市内には、いうまでもなく『教会裁判所』が存在した。これは、教会裁判官(Official)と若干名の陪席判事

(Assessor) によって構成され、大司教の宮殿内の法廷で開廷された。「教会裁判所は、キリスト教の教義に関係のある事件——利息、偽誓、姦通、不正な度量衡等——については一般市民に対しても裁判権を行使したので、後になると市民的裁判所との間で管轄争いが生ずる結果となっている。」一〇四頁。

(89) シュルツェ、前掲二六〇頁。

(90) シュルツェ、同前。

(91) シュルツェ、前掲二六一頁。

プラーニッツ、前掲一七八頁以下には次のような指摘がある。

「もちろん、商人の特別な法の存在については、ニードーフランケン地方の憲章は稀にしか言及しない。」「しかし、このことは驚くにはあたらぬ。憲章によってユース・メルカートールムの段階は克服され、商人の法はやくも都市市民全体の法に取って代わられているからである。」一七九—一八〇頁。

「一〇・一一世紀の都市領主支配下の都市においては事情は異なっていた。」「ドイツ皇帝は、そこに商人法を適用する権利を明示的に都市領主に与えた。」「あらたに定住した商人は皇帝の保護下に入った。」「彼らは古い都市の商人と同じ法的地位を享受すべきであった。」「この場合、先例となったのはとくにケルンとマインツであった。」「これらの商人はすべて『メルカートーリース・レギス mercatores regis「国王の商人」』であり、叙任権闘争までは、なかでも聖界都市領主の支配する商人はこの範疇に属した。」「一八〇頁。

「一一世紀になると、商人法の存在は何回となくはっきりと確認される。」「たとえば、アルベルト・フォン・メッツが、一〇二一—二四年に、ティールの商人に関して、皇帝が彼らに独自の裁判権を与えたこと、そこでは、ラント法でなく彼らの恣意によって、すなわち商人法によって裁判されていることを報告するのがそれである。」「さらに、一一〇三年のケルンのある文書も、『ケルンにおける商人たちの公正なる慣習と法、*juste consuetudines et leges negotiatorum in colonia*』の存在を指摘する。」「同じ用語法は、一一二〇年のフライブルクの特権文書でもくり返され、そこでは、『商人全体の而してとくにケルン商人の慣習的なそして合法的な法 *consuetudinario et legitimo jure omnium mercatorum praecipue autem coloniensium*』とある」と。一八〇頁。

さらに、商人という身分から市民という概念が解放される過程については、プラーニッツは以下の如く指摘する。前掲一八五頁以下「二、都市の空気は自由にする」参照。

「ユース・メルカートールムは、都市領主の時代に、商人グループを特権階級として都市住民大衆とは別の存在たらしめた。」「しかし「彼らは遍歴商人としてすでに出生地から遠去かっていたので、彼らの法的所屬も失念され、支配者の特許状は彼らに自由を保証することとなった。」「とここで、商人は都市全体のその他の住民とともに誓約兄弟団を結成したので、彼らは他の住民の自由をも擁

護する義務を負った。「兄弟としての援助義務が、いかなる誓約兄弟を外部の領主に引き渡すことも許さないのは明らかであったし、コミュニティ特許状は、一人の兄弟の負担を除くためにも全員の協力しなければならないことを保証した。」「隷属民は、しばしば、コミュニティに加入することによって、隷属民としての給付を免れるべき存在となった。」一八五頁。

「以上のことは、すべて、誓約兄弟団の結成にあたって商人が合体した都市の住民にも妥当した。彼らが依然として領主に貢納を支払わなければならないことはありえなにしても、彼らは自由の市民になった。」ただ「移住者の地位だけが論争の余地をのこした。」一八六頁。

「ケルンにおいては、大司教、ブルクグラフ、リムブルク公が、ケルン市民となったものを相手に自由身分に関する訴訟を提起した。」「そのほか、都市と隷属民の主人との利益を平等に維持して、妥協に到達することもあったが、これは、ドイツ法における権利不行使による権利喪失 *Verschweigung* の考え方を取り入れたからであった。」一八六―七頁。ただなお移住者の場合に直ちに市民化されるものではなかった。

さらに「商人の他の権利もまた徐々に都市法の内容となった。商人が結婚強制 *Heiratszwang* や荘園法上の貢納から自由であったこと、移動の自由 *Freizügigkeit* を持ち、自己の遺産を処分し得たことは、もともと、彼の自由人としての地位から明らかであった。」しかし、商人は、特別の特権として、法廷において決闘 *Zweikamp* に応じたり神判 *Gottesurteil* に服したりする必要はなく、無罪宣誓 *Reinigungseid* をなすことによってそれを免れることができた。このような権利は、あきらかに、旅の途次で訴訟を強制されてもしばしば宣誓補助者を立てることができず、従ってあまりにも頻繁に神判を甘受しなければならなかった、遍歴商人が獲得しようとしたものであった。「決闘禁止令がユース・メルカートールムに由来することは、一二、一三世紀になってもみとめられる。」一九六頁。

なお一―二世紀のヨーロッパの都市法と商人法の関係については cf. Nicholas, op. cit. [Growth], p. 154 et seq.

(92) シュルツェ、前掲二六一―二頁。法源からみれば、「国王や都市領主によって付与される特権、慣習法、暫定法（＝自治立法法）」に、また法の対象からみれば、「制度法と行政法、刑法と訴訟法、経済法、警察法ないし秩序法、そして私法」に区分されるといふ。

(93) プラーニッツ、前掲一七九頁。

(94) 拙稿、前掲五卷一号四二頁。

(95) 後述第二節第一款二(一)「社会条件の変容」、第二款一四「ルネサンス・イタリアにおける社会意識の変容——商人層の意識」、第四節第一款二四「信仰違反」に絡めて問題にしたい。

(96) 林毅、前掲一九四頁。

(97) 林毅、前掲一九五頁。

(98) 林毅、同前。

(99) 林毅、前掲一九六頁。この点、林はプラーニッツに依拠して、「債務法は一二世紀以来、都市において、完全な新築を経験することになった。商業と手工業の興隆の結果、(商業と手工業の) 目的のために定められた新しい債務契約が成立するに至った。売買は交換と分離し、信用売買および供給売買になった。賃貸借が債務法上の契約になった。消費貸借は商業にとって不可欠となった。自由な労働契約によって家共同体や手工業共同体の中に編入された。(また) 契約証書は有価証券になった」という文言を引用している。依拠された原典は Planitz, Deutsche Rechtsgeschichte, 1950, S. 159.

(100) 林毅、前掲一九五頁。「ところで都市は、封建社会における貨幣経済の拠点であり、すなわち商品生産と商品交換の場であった。すなわちそこには、商人と手工業が定住し、市場(定期市)が開設されたのである。」「治安の維持に平和を高度に必要とする手工業の立地である都市は、法制史的にみると、特別の平和地域として形成されていった。」「都市には特別の平和が命ぜられ、都市裁判所が設置されて、商工業に特別の法的保護が与えられた。その結果、都市においては債務法(契約法)が豊かな発展をとげ、それはやがて農村地帯への影響を及ぼしていった。農村においては契約的社会関係を展開させていくことになるのである。」

前述の都市裁判所が平和裁判所の性格をもつものであったことを想起されたい。
なお宣誓という事象が、属人的行為である点だが、ここでは重要な要素になっている。近代法における債権法は、对人的法関係であるが、その実効性の担保は、对人性を捨象して、对財産的価値に向けられている。かかる意味では、この時点における契約の对人性が完全に超克されてなかった点を留意したい。後述。

この点について、中世末期においても、共同体自身が「宗教的・教会的状況」をなお存していた。B・メラ、『帝国都市と宗教改革』、森田安一・棟居洋・石引正志訳、教文館、一九九〇年、一五五頁。「『聖なる共同体』としての市民共同体、『聖なる空間』としての都市については、このような呼称を正当化しうる、従来にもまさるさまざまな証拠が最近指摘された。」

(101) 新カノン法による改革後の訴訟手続の導入は一八〇―一二〇〇年頃ともいわれている。「拙稿、前掲四卷一号五二頁以下参照」。また教会裁判所の手続の変化については、拙稿、前掲四卷一号三二頁以下で刑事手続につき、五一頁以下で民事手続につき、フルニエの要約を紹介しておいた。

(102) 林毅、前掲二九五頁以下。

(103) 林毅、同前。

(104) 林毅、同前。

(105) 林毅、同前。なお教皇派遣特使裁判所について拙稿、前掲五卷二号二四九頁参照。

(106) 林毅、前掲二九五―六頁。

(107) 林毅、前掲二九六頁。

なお林は、それ以後の教会裁判所の訴訟手続の変遷過程について次の如く摘示しているので、参考のため引用しておきたい。「ところで、次に、一五世紀になると、バーゼル教会裁判所に対するローマ法の影響は、更に新たな様相を示すに至る。すなわちそれは、いわゆる法生活の『学問化』といわれる現象の現われである。」二九六頁。本稿においても、この点は後述したい。

そして、「一三、一四世紀における教会裁判所の証書には、訴訟の内容についての簡単な記載しかされていなかったが、一五世紀の中葉以来、時には数百頁にも及ぶ詳細な訴訟記録が残されるようになった。そしてそれらの記録は、ローマ法Ⅱカノン法の訴訟規則を適用して行われた当時の訴訟手続を、微細にわたって示しているのである。」「そしてそれらの記録は、訴訟当事者の法律的議論が、実体法上の問題についてよりも訴訟法上の問題についてより多く交された事実を物語っており、しかもその議論は、時には三百代言的性格を示していると言われる。」「いずれにせよ、当時教会裁判所の訴訟手続には、学問化された法が意識的に適用されていたことが確認されるのであるが、このような、一五世紀におけるバーゼル教会裁判所の法実務の学問化に対して大きな原因となったのは、一四三一年から一四四九年にかけて開催されたバーゼル公会議であった。」「そして更に、それより約半世紀遅れて開花したバーゼルの人文主義は、法生活の学問化の水準を一層高いものにした。」二九六頁。

「その結果、一六世紀になると、訴訟記録は、高度の法学的議論とカノン法源およびローマ法源からの引用、更には法学説からの引用を豊富に含むものとなってくる。」「そしてまた弁護士達も、バーゼル大学法学部と密接な関係を持ち、三百代言的議論によってではなく、法律や法学文献からの引用を伴う学問的議論によってその主張を行うようになったと言われる。」二九六―七頁。

(108) 林毅、前掲二九七頁。

(109) 林毅、前掲二九七―八頁。

その後のローマ法Ⅱカノン法の影響について林は以下の如く摘示している。

「まず、既に一五世紀の初頭において、判決発見人が判決を確定する際に、多数決の原理が採用されていること、それから証拠方法の一つとして、ローマ法Ⅱカノン法的宣誓の制度、すなわち、原告が不完全にしかな立証をなしえない場合に被告に対して要求する宣誓、および当事者の不完全な立証に対して、裁判官が要求する補充的宣誓の制度を取り入れられている。」二九七頁。

「次に、一五世紀の中葉以降になると、以下のような形で、ローマ法Ⅱカノン法の影響によるゲルマン的訴訟手続の寛容がより強度に現われてくることである。すなわち、手続は上述のごとく一六世紀に至るまでは口頭主義の原則によって行われたものの、一五世紀の後半に至ると、大きな事件の際には、当事者が書記に対して、訴訟の詳細な記録と、当事者の弁論の朗読とを要求することが認められるようになったという限りで、書面主義への傾向が現われ始めてきたこと、また、当事者の弁論は代弁人によって行われるのが原則であったものの、一五世紀末から一六世紀初頭になると、当事者が定められている代弁人以外の任意の人物を弁護人として

選任することが可能とされたことにより、法学識者が弁護士となる道が開かれ始めたこと、更に、大きな訴訟事件の際には、訴えを簡条書にして行い簡条化された手続が採用されている場合がみられること、および、証拠手続において、挙証は当事者の責任であるという考え方が現われてきていること、等である。」二九七―八頁。

(10) プラーニッツ、前掲一四二―三頁「三 強制手段」参照。

(11) プラーニッツ、前掲一四四頁。

(12) プラーニッツ、同前。

(13) プラーニッツ、前掲一四五頁。

(14) ウェーバー、前掲「法社会学」、八六頁以下「五「不法」と「犯罪」」参照。

(イ) イギリスの特殊性

(1) イギリスの都市の特徴と秩序イデオロギー⁽¹⁾

(a) 本項の課題

すでに言及したところから、イギリスの都市が、アルプス以南の都市と類型を異にすることは勿論⁽²⁾、アルプス以北の都市との間でも、大陸のそれとは異なった様相を示すものであることは感知しえたところであろう⁽³⁾。ドイツ、ことにニダーフランケン地方の都市の場合とは、相当の相違をもたらすものであることは、繰り返し留意してきた。単に人口規模からのみ見ても、イギリスでは、ロンドンをのぞいては、大陸に比しうる顕著な都市は存在しない⁽⁴⁾。さらに、フランスとの間においても、フランス自体が、南と北で異なる様相を呈しているのみならず、イギリスとの間で、その国王の権力の強弱を始め、諸要素が絡み、相違がもたらされてきていることを考慮した上で⁽⁵⁾、とくにフランスにおいて展開したような市民自体のコミュニケーション運動が、イギリスではそれほど強力ではなかったといわれている点は重要であろう⁽⁶⁾。このことは他面において、イギリスでは、国王から都市に付与された特許状が重要な意味合いをもったことを意味する⁽⁷⁾。それは大陸の下からの強力なコミュニケーション運動に支えられた特権の獲得に比し、イギリスの場合には、たとえ従来の慣習

を認めるものであったとしても、上からの多様な利害関係の上に立つ特許状の下付の要素が強かったといえよう。⁽⁸⁾なお、ホールズワースがイギリスの都市を見ると、一三世紀以降の都市の繁栄の原因を探ることを重視していることも留意しておきたい。⁽⁹⁾ことに本項において、ローマ教会の普遍的「権威」と「権力」が、イギリスの教会を通じて世俗権力とどう交わるのかという課題を探究する場合に、これまで考察してきた大陸における、ことにドイツにおける都市の新たなエネルギー——自治都市への運動——が、イギリスでは、はたして同様の役割を演じたかどうかを知っておくことが、今後のイギリスの世俗権力自体の国内統治のための官僚組織の形成と、その権力の「権威」獲得への道を検討する上で、一つの手がかりになるものと思われるからである。

ただ本項の課題からみて、ここではまずかかる課題の一部であるイギリスの司教都市における地方裁判所の管轄の特徴についてのみ、一言言及しておくに留めたい。本稿の課題からみた都市一般については、世俗裁判権「第二款」の項目の箇所を取扱いたい。それゆえここではまず司教都市の前提になる点のみをとりあげることにする。それは、この時期の都市の多様性の中で、イギリスの一定の特徴を摘示することが、大陸と対比したイギリスの司教都市の特殊性考察の前提となると思われるからである。

しかし、考察方法としては、特殊的に、この時期における史料を利用することの困難さから、便宜的に、ホールズワースが、都市の管轄について、刑事管轄、民事管轄および特別管轄、とくに商事ないし海事裁判管轄に分類して考察しうるとしている中で、関連ある点のみを抽出して摘示することにした。⁽¹⁰⁾

(1) イギリスで中世都市という場合に、どのように定義づけられているか、という問題は困難な問題とされている。本稿では、前述(五) (1)注(1)において、シティ概念について言及したが、city, boroughの定義については Pollock & Maitland, *HEL*, vol. 1, pp. 634~5で、慣行以外のなものでもないことを指摘している。しかし、少なくとも、フランスで都市をvilleという場合があるのに対して、イギリスのvillはboroughと異なった使用方法がとられてきたことを摘示している。六三四頁。「少なくとも、一三世紀初

期以降から、単なる villa と burgus の区別は、極めて厳密ではないが、公法の馴れ親しんだアウトラインであった。反復の間隔で、巡察裁判官が county (拙注、*jur*)では州 shire の意。現在では county は県として訳している場合が多い) にやってきたが、各 *viii* はその reeve と四名によって代表された。他方、各 city あるいは borough は一二名の jury (陪審。拙注、この時代の状況に照らして、この訳語を用いることの適否については、ここでは留保したい) によって代表された」という。この慣行があったため、後に、city あるいは borough が議会へ代表を送ることを命ぜられた時に、代表を送る意味が容易に理解されえたという。

(2) イギリスのバラに (*jur*) Holdsworth, HEL. op. cit., vol. 2, p. 385 et seq.

イタリアの都市国家との違いについて、ウェーバーによれば、イタリアと対照的なのがイギリスの都市であるという。ウェーバー、前掲「都市の類型学」一六三頁「四 イギリス諸都市における・国王行政によって制約された名望家的寡頭制」参照。「ヴェネツィアにおいては、都市貴族の形成は、歴然たる名望家支配から出発して、何ら本質的な断絶なしにおこなわれていた。イタリアの他のコムーネにおいても、門閥支配が発展の先頭に立っていた。これに反して、北方においては、閉鎖的な都市貴族層の発展は、部分的にはイタリアにおけるとは異なった基礎にもとづいていたし、また、どちらかというとは逆の動因からしておこなわれた。典型的な形で一つの極限的ケースをなしているのは、イギリスにおける都市寡頭制の発展である。」一六三頁。

そして「都市制の発展の仕方において決定的な影響力をもっていたのは、イギリスにおいては、王権の勢力であった」という。一六三頁。

さらに「ノルマン時代になると、都市のもつ軍事的意義は、国家の統合が進んだことと、国外からの脅威が停止したことと、農村に住む大バロンたちの勢力が高まったこととの結果、減少していった」一六四頁。

(3) またミッターイス・リーベリッヒ、前掲四〇一頁参照。イタリアとドイツの都市の性格の違いに触れる。「イタリアとちがって、ドイツの帝国都市の中には、いくらかの重要な領邦国家を形成したようなものは一つもない。いうに足るほどの農村領域が獲得されたのは、ごく散発的にすぎない(メッツ、ニュルンベルク、シュトラースブルク、ウルム)。「ケルンやフランクフルトやアウグスブルク級の諸都市すら、都市の禁制区域だけで満足しているのである。このような謙抑の原因は、強力な諸侯国家に隣接していたということよりも、むしろ諸都市の考え方が圧倒的に経済中心であったという点にある。」(前出、(五)(イ)注(8))。

なおイギリスとドイツの中世都市の比較として、平城照介、「イギリスの中世都市とドイツの中世都市」(『イギリス史研究』二四号)、一九七六年があるが、参照しえなかった。ただ、同論文で、ドイツ中世史家からイングランドの都市裁判所 (borough court) の性格を明らかにすることが求められているという指摘がある。酒田利夫、『イギリス都市史』、三嶺書房、一九九四年、二四一―五頁注(3)。

(4) まずイギリスの都市の人口は、大陸の都市に比し小さい。一三世紀の人口規模を表わす数字が見当たらなかったため、一四世紀以

降の数字から推論することにする。鯖田豊之、前掲「ヨーロッパ封建都市」一〇五頁以下参照。

都市人口——一四—五世紀。鯖田、前掲一九八頁。

一〇万以上—パリ（一五五万）^{*}「二四万」、ヴェネチア（一二二万）^{*}「一九万」

一〇万以下—フィレンツェ、ジェノヴァ、ミラノ、ガン（—ゲント）、ブリュージュ

五万以下—ブリュセル、ケルン、リュウベック、ロンドン

二万前後—イーブル、ニュルンベルク、ストラスベール、ウルム、ソエスト、マインツ、マグデブルク、ブランシュヴァイク、ア
ウスブルク、ルーヴァン

一万前後—フランクフルト・アム・マイン、ロストック、チューリヒ、バーゼル、トリエル、ミュールハウゼン、ハンブルク、ヨ
ーク、ブリストル等

「*鯖田、前掲「ヨーロッパ中世」二二七頁の数字参照。なお研究が進むとこの人口数はなお減少するという。例えば、パリの実際の人口は八万位といわれる。」

(5) R. H. Hilton, *English and French towns in feudal society—A comparative study*, 1992.

「現在考察している都市をもつ中世イングランドは、事実上、現在イングランドのそれと同じ境界をもっていた。そのことはフランスにもあてはまるが、一つの大きな例外がある。フランドルの県はフランスの君主の封であったが、多くの他の県ならびに伯領の場合と同様に、決してカペー家あるいはヴァロワ家によって支配されていなかった。」「フランドルの県の極めて多くは、現在のベルギーにある。」「中世ヨーロッパの最も重要な若干はそこに含まれていた—多くの他のより小さな都市のみならず、ゲント、イーブル、ブルージュ。」「フランドルの都市は、商業的ならびに工業的に、北部ヨーロッパの、ことに一三世紀末と一四世紀において、経済的社会的ならびに政治的発展の最前線にあった。」一頁。

「他方、プロヴァンスは、一五世紀末まで中世フランス王国の部分ではなかった。」「しかし、フランドル地方と違って、重要なフランス地方—ラングドック—と経済的ならびに社会的構造において類似しており、そして、フランスの歴史家によって十分に研究された都市センターを含んでいた。」一頁。

イギリスの国王権力の強かったことよって生みだされた特殊性について、ミッターイス—リベリッヒ、前掲三三六頁参照。「イギリスの国王は、官治行政と貴族の土地保有権とを分離し、（官吏たる）シェリフ *sheriff* の援助によつてイムニテートをも統制することに成功した。」

なお前出(イ)注(8)。ドイツの特殊性について、林毅は、「周知のように、封建国家の王権による統一が進行した英・仏と異なり、封建国家の分裂—領邦国家の乱立と強力な自治都市の誕生という事態が生み出された中世ドイツに関しては、都市と都市君主（ない

し領邦君主」との関係进行分析することが、重要な研究課題の一つをなしている」と指摘していた。前掲四七頁。

ことに自治獲得運動の及ぼした影響に関しては、「それぞれの地方における封建権力の内部構造、とくに王権の強弱と、聖俗、兩権力の種類によって、さらに都市の経済的地位により、また都市内部の勢力関係によって、都市や地方ごとに異なった形態をとった」といわれている。中村、前掲一七〇頁「前出」。

(6) 前述(イ)注(16)参照。ウェーバー、前掲「都市の類型学」一六八頁。「大陸的な意味でコミュニヌと呼びうるのは、ロンドンであった。」しかし、その他の都市群は、一定の特殊な特権と明確に規律されたコルポラツィオーンの自律権(自治権)をもっていたが、単なる強制団体のままにとどまった。」

尤も、特権は都市活動に必要な条件ではなかったという城戸毅、「中世イングランドの国制と都市——Boroughとは何か——」(一九八〇年、『西洋史学』一一八号)の指摘があると酒田、前掲「イギリス都市史」四頁はいつているが、その点は今後の課題にした

(7) Holdsworth, HEL. op. cit., vol. 2, p. 372 et seq. 「これらの中世の都市の特許状は多様で、しかも、発展のすべての段階と地域特権のすべての程度を表現している。」三三三頁。しかし、これらの特許状の記録は、一四世紀、一五世紀に都市書記ないしその他の役人によって集約したものが多かったことも留意しておかねばならぬ点かと思う。Holdsworth, *ibid.*

青山吉信編、前掲「イギリス史I」、二七〇頁以下「補説15・都市」「城戸毅執筆」。「一二世紀にはいると王や諸侯が都市にたいして権利を付与した証書(チャーター)が出てくる。」「こうして一二一六年までに一二〇の都市的集落がこうした証書をえ、さらに一三三四年までに約九〇の都市的集落がこれにくわわった。これらの証書で王や諸侯が都市に許した権利は『自由な市街地保有(フリー・バーゲイズ)』と表現されており、一三世紀にはいるとこの表現は『自由なバラ』という表現に変わる。」「これらの表現が意味したものは当該都市領域内の土地保有権が市街地保有であって、定額金納地代を負担し、譲渡自由であることを核心とし、ほかに当該都市固有の慣習や法をもつことであった。」二七二頁。

(8) Holdsworth, HEL. op. cit., vol. 1, p. 138. ホールズワースは、どのように、その他の共同体と区別されるようになったかを示そうとしている。「ノルマン征服前でさえも、都市共同体はタウン、ハンドレッド、シャーの共同体と区別された特徴を發展させ始めていたことを見てきている。そして、これらの都市はしばしば異なった組織、特有の慣習法、特別の特権ならびに歳入責任、および、特別裁判所を有していたのを見てきている。」「しかし、それらは農村共同体と異なっているけれども、それらは、これらの農村共同体に極めて類似した方法で組織され、かつ、統治されたのを見てきた。そして、征服後の若干の間、ハンドレッドとシャーのような農村共同体よりも法人格化されることは少なかつたことを見てきた。」

(都市共同体が次第に別個の法人格を取得する方法について、またしたがって、次第に、タウン、マナ、ハンドレッド、ならびに、

シャーの共同体から切り離されてくる方法について本『法史』の後の巻でなお詳細に触れている。cf. vol. 2, pp. 392~5; vol. 3, pp. 474~5.)

なおイギリスの都市の多様性にもかかわらず、ある都市と農村一般の類似性が保持されていたのは、国会とコモン・ロウの統制があったからであると、ホールズワースは暗示する。前掲一四一―二頁。この点は、いままでも折に触れ言及してきた中央統制が大陸諸国と異なつて強力であつたことに関連する。

青山吉信編、前掲「イギリス史」、二七二頁以下「城戸毅執筆」。

「いわゆる都市自治権、すなわち都市住民がみずから選んだ都市政府をもつ権利は、バラのうちでもごくかぎられた数を有したにすぎない。」「イングランドでは都市の自治は王領都市からの王の地代収入や裁判収入の徴収を住民が背負う都市収入徴収請負権（フイルマ・ブルギ）を住民が獲得することにより達成された。」「住民は請負権をえると、定額の都市収入を財務府に納入する責任を集体的に負うことになり、この点で彼らを代表し、王からみれば都市の国王代官でもあるリーヴを彼らのあいだから選出する権利をえた。」「都市は行政・財政上その都市がかつて属していた州から分離し、住民は州長官の管轄から脱し、集团的に直接受封者として都市全体を知行することになり、国王直属都市の地位を確定する。」「一三世紀末までに三〇をこえる都市がこうして自由権を獲得し、一三〇七年までにはその数は五〇に達した。」「なお都市代官は従来王によって一方的に任命されていたものが都市の国王収入徴収請負権獲得とともに市民のあいだから選出されるようになるが、その地位はあくまで国王の代官のそれだった。」「これにたいし市長（メイヤ）は都市共同体の首長であつて、その地位は都市外の公権力の秩序とかかわりがない。」「二七一頁。

『自由なバラ』の特権の拡散により独自の裁判管轄領域と固有の法をもつた都市集落がふえたが、こうした都市の裁判権はおおむね民事事件にかぎられており、住民の重い犯罪にかんする裁判権は王の手に留保されるのがつねだった。しかし大巡察の巡回にさいして同一州内のハンドレッドとならんで独自の陪審団を立てることをもとめられる都市もあり、これらは『司法上のバラ』とよばれる。しかし『司法上のバラ』を定める客観的基準はなかったので、大巡察の到来ごとにそれは変動した。」「二七一―二頁。

(6) Holdsworth, HEL. op. cit., vol. 1, p. 138 et seq. 「決して二つと同じでない多くの原因が、一三世紀がバラとして認めた特有の共同体をつくるまでに至つた。そして、われわれのより古いバラの表面に、この種の共同体の相違点を形成したそれらの特徴の多くの記録を看取しうる。」

Maitland, op. cit. [Const. Hist.], p. 52. メートランドも「一三世紀末からバラの特権、すなわち単なるタウンと異なつたものたらしめる制度について語りうる」としてゐる。

バラ Borough の定義については、cf. Maitland, op. cit. [Const. Hist.], p. 54.

「また司教管区であるバラは、シティ (civitates) として區別される。そしてそれらの住民は市民である。」「シティの語は、けつしてそれ以上のことを告げない。それはバラ (burgus) の語以上に高度の自治組織あるいは独立性は示さない。」五四頁。

「後の時代に、すなわち、一五世紀以降に、バラの法的定義に達しよう。コーポレイションの概念はそのときに形成された。それは擬制的人格であり、法人であり、その構成員の権利義務と全く異なった権利義務をもつものである。」「しかし、この観念は、カン法で発展したものであるが、ただ、イングランド法では極めて緩慢な程度によってその道を進んだ。」(原注、Maitland, *Township and Borough, Cambridge, 1897* この観念は作り出された。)「しかしながら、エドワード治世の比較的大きなバラは、既に、後に法人単位に不可欠であるとして見なされる際だった特徴のすべて、あるいは、ほとんどに、実体的には達している。」「これらの特徴は五つある——恒久的承継の権利、全体としてまた、法人名で原告被告になる権限、コモン・シールを使用する権利、土地を保有する権利、ならびに条例を制定する権限である。」「実質的に、これらの特徴は、存在していたが、しかし、未だ、それは擬制的人格の概念——それは恒久的であり、原告被告になり、土地を保有し、自身の印璽を持ち、構成員たる自然人のために規則を制定するもの——によって理論にまで構成されていなかった。」「この擬制的人格の構成がいかなるものか、いかに自然人から作りだされるかという問題はいまだ生起されていなかった。」「バラは、未だ、法人でもなかったが、タウン、ハンドレッド(百人(戸) 邑)、州(県) 以下のものでもなかった。そして、もしバラが、権利義務をもち、法違反をし処罰されるものとして語られるならば、このことは州、ハンドレッドならびにタウンについてもあてはまることになる。」五四頁。

因みに、現在バラ、シティの概念の使用は慣用に依存し、必ずしも一定しているわけではないようである。

(10) Holdsworth, *HEL. op. cit.*, vol. 1, p. 142 et seq. & pp. 534~543.

(未完)