

「抵触法」の起源としての「都市法（条例）衝突理論」 （森論文を中心として）と EU 法

渡 部 茂 己

はじめに

「抵触法（Conflict of Laws）」が存在しているということは、そもそも「世界には多数の異なる法秩序が存在しているという多元主義的状况を前提」⁽¹⁾としていることになる。抵触法ではないが国際法もまた、異なる法秩序である各国の国内法が多元的に存在していることを前提とした実定法規範である。良く知られているように、国際法の歴史的基礎となったのは世界帝国たる古代ローマの万民法（*ius gentium*; *droit des gens*）であるが、この万民法も同様に、各地域ごとの法が多元的に存在していることを前提とした法である。仮に諸国内法が存在しない国際社会（現在のような意味での主権国家が存在しないのであるから、「国際」社会ではなく、世界社会または地球社会と呼称すべきであろうが）であれば、国際法ではなく、（狭義の）世界法というべきである。ここでカッコ書きで「狭義の」と記したのは、言うまでもなく、「世界法」という概念もまた多岐にわたるからである⁽²⁾。

抵触法という概念を基礎づける都市法（条例）が立法されるようになるのは、12世紀前後である。12世紀においても、規模は小さく、当然、現在より素朴な状況ではあるが、グローバリゼーションまたはミニ・グローバリゼーションとも呼ぶべき、当時の都市国家間の交流があった。また、後述のように、限定的ながら地中海を通じて、世界全体と

の交流もあった。14世紀頃のイタリアで、法の衝突（抵触）の解決として、統一法を模索するのではなく、抵触法が創始されたのは、「関連する複数の法秩序の中からその一つを選択して当該秩序の法にその判断を委ねる」というこの準拠法選択という非常に技術的な仕組は、各法秩序の多様性とその独立・平等を尊重すべきであるという価値観に基づいている。（傍点太字は筆者による）⁽³⁾のである。

山内によれば、「『国際私法』に関する研究は、これまで、もっぱら『国際私法』の枠内で自己完結的に行われ、国際私法学者以外の関心を呼ばなかったかもしれない。しかしながら、地球全体、そして人類全体に関わるような主題については狭い専門分野の枠を超えて（ここでは、一方で「国際法」と「国際私法」との間で、他方で「国際政治および外交史」と「国際私法」との間で）学際的（Interdisciplinary）対話の実現に向けた協力が行われなければならない」⁽⁴⁾とされる。

1 ローマ法と抵触法と EU 法

1-1 「自然の理性」による直接法・実質法としてのローマ法

紀元前の共和政ローマ期から5世紀までの帝政ローマ期にかけて、古代ローマがヨーロッパ等の各地を征服し拡大していく過程で、多様な法慣習を含む広範囲な領域を支配していく必要から、法源適用についての法原則を定める必要があった。その原則はよく知られているが、「ローマ市民に対しては市民法が適用され、ローマ支配下の属州の市民にはその地の固有法が適用された。このほか、異なる属州の市民間や属州民とローマ市民間には万民法（droit des gens）が適用」⁽⁵⁾されるというものである。史学的表現によれば、「ローマ市民と外人間および外人相互間の紛争に関して、万民法が形成されていった」⁽⁶⁾のであり、後にそれは「都市法（条例）」制定権の法的根拠ともなった。すなわち、14世紀末の法学者バルドゥス（Baldus de Ubaldis）によれば、「ローマの法学者ガイウスが『自然の理性』（rationaturalis）が全人類の間に制定したものと定義した（原注148）『万民法』（ius gentium）、すなわち注釈・

注解学者の間で自然法（*ius naturale*）、神法（*ius divinum*）として理解されていたところのものに条例制定権の法的根拠を求めたのである。（傍点・太字は筆者による）」⁽⁷⁾

ところで、万民法は、複数民族が関わる時に適用される法ではあるが、抵触法ではなく、多民族が関わる時に適用される実質法であるから、法的性質として、国際私法ではなく国際法の源となった。それは「万民法」に内在する次のような特性による。すなわち、万民法は「多種多様の民族、習慣、生活様式を包含する領域を維持するための法であり、当然普遍性が高くなり、自然法的要素が強かった」⁽⁸⁾ため、このような法としての特性が、近代の国際法につながるものとなった⁽⁹⁾。

1-2 ローマ法の注解による抵触法理論の誕生

ローマ法は市民法も万民法も、また、属州の市民に個別の固有法を適用する場合も、それぞれの対象に、それぞれ決められた法規が適用される「直接法」の体系であった。ここからはローマ法とは、主に、6世紀前半に法典として纏められたコルプス・ユーリス（*Corpus Iuris Civilis*）いわゆるローマ法大全（ユスティニアヌス法典）の内容のこととする。

ローマ法自体は直接法の体系であった⁽¹⁰⁾が、ローマ法の「注解」によって抵触法の理論が誕生する。ローマ法には直接含まれてはいなかった「抵触法」は、14世紀に「ローマ法の注解」を通して、バルトルス・デ・サクソフェラート（ラテン語表記で Bartolus de Saxoferrato、イタリア語表記で Bartolo da Sassoferrato）（1313/1314—1357年）によって、「体系的に」構築されたのである。体系的に構築された、とは、「彼（筆者注：バルトルス）はその条例衝突理論の創設者というより、総括者であったように思われる（原注：「継承者 Fortsetzer」と呼ぶ学者もいる（Gutzwiller, Geschichte, cit., p. 29）。（後略））。バルトルスの論じているほとんどすべての問題は、すでに彼以前の世代の法学者（フランスの法学

者も含めて）によって個別的に論じられ、ある意味では解決を与えられていた問題であったが、彼はそれらをその新鮮でするどい感覚によって再構成したのである。（中略）バルトルスの真価は、個別的な問題にたいして前の世代の法学者が提示していた解決方法を、彼独自の明晰な分析の下で全体に統合してゆくことのなかに示される（後略）（傍点は筆者による）」⁽¹¹⁾ という意味である。国際私法の歴史を詳細に研究した川上は、「都市法の衝突の場合には、常に法廷地法によるべきものではなく、場合の事情を考慮して、連結素に基いて準拠法を決定する必要がある」と既に1200年頃に論じていた、注釈学派の Magister Aldrius を「国際私法学上の最初の問題提起とみるべきものであろう」としている⁽¹²⁾。

森によれば、当時の、法解釈としての営為は「形式的にはコルプス・ユーリスの法文に拘束されながらも、実質的にはそれから解放され、（中略）コルプス・ユーリスの法文を時代の要請に応え得るように読み変えていった。法学者の解釈の作業は、形式的には法文の釈義ではあったが、実質的には法創造であった（注：傍点は筆者による）」⁽¹³⁾ として、「その典型的な例」としてバルトルスが構築した「国際私法理論」について論究している⁽¹⁴⁾。「国際私法」はコルプス・ユーリスが予定していなかったもので、「解釈」が実質的には法創造であることの代表例とも言える⁽¹⁵⁾。

1-3 抵触法としてのEU法

現代のEU法と各国の法体系との関係も大胆に捉えれば、ヨーロッパの（普遍的な）法と各国（各民族）の法という、類似の関係性にある。このEU法と各国の法体系についての法原則として、各国の憲法を含む国内法全体に対する「EU法の優位」がEU司法裁判所の判例によって確立しているが⁽¹⁶⁾、その法的意味に関して、須網は「抵触ルール」であるという⁽¹⁷⁾。すなわち、「EU法秩序では設立条約等が、加盟国秩序では憲法がそれぞれ最高規範」として存在し、「両者は連邦的な階層

構造を構成してはならず、むしろ併存する水平的関係にある」のであって、「EU法の優位も、その実質は両者の抵触を解決する抵触ルールであり、一方が他方に全面的に優位又は劣位することを意味しない。（傍点は筆者による）」。

長年EU法研究に携わった須網によれば、EU法が、EU法と各国の法のいずれを適用するかを決める際の抵触法となっているとする。たとえば、いわゆる国際私法としての抵触法が国内外の法を等価に扱う原則の下、それぞれの国においてはそれぞれの国内法によって、一例として日本の領域内では「法の適用に関する通則法（平成18年6月21日法律第78号）」という日本の法によって、解決されることに対応する。したがって、「通常は、EU法の優位により両者の抵触を解決するが、EU法秩序に正統性の欠損が生じる場合には、その優位性が否定される可能性が生じる」⁽¹⁸⁾ ことになる。

横溝は、国家法間の水平的抵触法に加えて、三次元的抵触のイメージで「国家法と地域的・国際的法規範との間や、国家法と非国家『法』との間」の法の抵触を示唆している⁽¹⁹⁾。

抵触法の一つとしての、「国際私法（private international law）」という用語自体は比較的新しいもので、19世紀になってから用いられるようになる。後述するサヴィニーの少し以前に、ジョセフ・ストーリー（Joseph Story）判事の1834年の著書『法の抵触注解（*Commentaries on the Conflict of Laws*）』において“private international law”⁽²⁰⁾という用語が使用されたことはよく知られている。

2 中世の法学：注釈学派（glossatores）と注解学派（commentatores）

現代の「大学（university）」の基礎がイタリア・ボローニャに創設された11世紀後半から12世紀前半に、その中心的な教員として活躍したのがイルネリウスである。イルネリウスが法実務と関わりは持ちながらもそれとは独立した体系的学問としての「法学」を確立したことで、彼が研究と教育をしていたボローニャ法学校に学生が集まり、学生の

団体（ギルド）と教員によって組織化され、近代的な大学（universitas）⁽²¹⁾の誕生となった。

イルネリウスによって、法学は「法の学芸」（ars iuris）から自立して、「法の学問」（scientia iuris）として独立し、「法解釈学（interpretatio iuris）」として誕生した⁽²²⁾。今日でもとりわけ重みのある注目すべき一例として、イルネリウスは、『学説彙纂』の「法は善と衡平の術なり」の注釈として、「善と衡平」を「正義」と呼び変えることで、正義と法を同一し、正義を法の本質とした⁽²³⁾。

中世の法学は、(近代的) 大学がボローニャに創設されたときの中心人物である「イルネリウスが創始し」⁽²⁴⁾、アックルシウスとバルトルスが到達点であった⁽²⁵⁾。すなわち、「法学は12世紀前後に誕生した注釈学派によって基礎が築かれ、13世紀後半に始まる注解学派によって完成される（太字強調は筆者による）」⁽²⁶⁾のである。

注解学派（commentatores、後期注釈学派：postglossatores、オルレアン学派）は「バルトルス学派」とも称される。バルトルスは、「絶対的権威を謳われていたアックルシウスに寄りかかりつつ彼を越えようとした。コルプス・ユーリス全体にたいする注解がバルトルスによって完成されるや、彼の注解は『標準注釈』（筆者注：アックルシウスが完成させた）と並ぶ権威を獲得する。その結果、コルプス・ユーリスを学ぶには原典テキスト、『標準注釈』、そしてバルトルスの注解書の三種が必要となった」⁽²⁷⁾とされる。バルトルスの業績は「中世ローマ法学の到達点」⁽²⁸⁾とされ、「バルトルスのローマ法全体にわたる注解が完成するや、ローマ法からすべてのものが引き出されてしまったという確信が生まれた。彼の注解書はいわばローマ法原典の生まれ変わりであった。そのためバルトルスの後の法学者の仕事は彼の著作の上に展開されるようになり、ローマ法原典テキストへの直接への照合をしだに行わなくなっていた（太字強調は筆者による）」⁽²⁹⁾。イルネリウス、アックルシウス、そしてバルトルスという3人の天才によって、古代の高度な法を換骨奪胎することで近代の法および法学の基礎が、ローマ法としての権威

の下に発展していくのである。

3 中世ヨーロッパにおける自治都市（コムーネ）と都市法（条例）

3-1 自治都市（コムーネ）の出現

12世紀頃、「聖職叙任権闘争（Investiturstreit）」⁽³⁰⁾などによって神聖ローマ帝国の権力が衰退し、また、封建制度が確立するに従って、帝国領内の北イタリアやドイツで都市間の連合組織が形成された。すなわち、その「領土内のすべての人および物に絶対的に適用される属地法が成立」していった⁽³¹⁾。その時期に、北イタリアやドイツでは、「各々固有の特別法」としての「都市法（statute）」をもつ「自治都市」が現れる⁽³²⁾。中世の自治都市として、北イタリア諸都市のほか、ドイツのリューベック（Lübeck）⁽³³⁾、ハンブルク（Hamburg）⁽³⁴⁾や、（現フランスの）アルザス地方のコルマル（Colmar : Kolmar）⁽³⁵⁾の例がある。リューベックやハンブルクからなるハンザ同盟は、国際交通網の一環として、19世紀のキール運河、20世紀の新キール運河の元となるアイダー運河（バルト海に面したキール（Kiel）とアイダー川を繋ぎ、アイダー川を拡張）を1784年に完成させた。

中世イタリアの自治都市コムーネ（comune）は、本浪によれば、「宗教的、文化的、地理的、経済的、人種的、軍事的連帯感と、皇帝や領主の支配を受けず、上位者を認めない支配地域をもつという共通性と同時に、それぞれの都市が個別的統治形態に起因する独自のスタチュータ statuta 条例をもつという均一性の中の異質性（傍点は筆者による）」⁽³⁶⁾、を有している点に特徴がある。そうして、「商工業の発達に伴う都市相互間の人々の取引や往来の激増につれて、スタチュータの適用関係の考察の必要性を認識させる誘因となった。」⁽³⁷⁾

その後、北イタリアやドイツの都市間の連合組織が形成される⁽³⁸⁾。よく知られているように初期の代表的なものとして、北イタリアのロンバルディア都市同盟（Lega Lombarda）（1167年）がある。ロンバルディア都市同盟は、ヴェローナ同盟（Lega Veronese）⁽³⁹⁾を受け継いで拡大し、

イタリアでの皇帝の力を削ぐことを意図するローマ教皇アレクサンデル3世（在位：1159年 - 1181年）の支援により組織された⁽⁴⁰⁾。その後もロンバルディア都市同盟は、教皇グレゴリウス9世（在位：1227年 - 1241年）の支援によりフリードリヒ2世と対抗し、皇帝の力を減少させていく。

木棚によれば、「これらの都市間の交易が活発になるにともない、都市法の場所的抵触の問題が生じてきた。14世紀になると、この問題の解決のための後期注釈学派（注解学派）の学者達が法規分類学説を展開した。その最も代表的な学者がバルトルス（Bartolus, 1314-1357）であった」⁽⁴¹⁾。

3-2 「都市法（条例 :statutum/statuta）制定権」の獲得

(1) 都市法（条例）の概念

ここで、statutum, statuta の訳語としては、「都市法」と「条例」を特に使い分けせず、原則として「都市法（条例）」と表記することにしたい。引用および引用に基づく論述の際には、適宜、どちらか片方のみの表記とする場合がある。概念に違いはない。それは狭義では一般に、「都市の立法機関である民会の議決」⁽⁴²⁾であり、今日の日本等での自治体（地方政府）立法の語源となった。当時用いられていた広義での「条例 statutum/statuta」は、上記狭義の意味に加えて、「古い時代から成長し、この時代に固定しつつあった、市民の私的関係を規律する慣習 consuetudines」と、「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」をも併せ含む概念であるとされる⁽⁴³⁾。

(2) 裁判権の獲得

12世紀はじめに、ロンバルディア都市同盟などが都市法（条例）制定権すなわち「立法権」を獲得するに先立って、まず、「裁判権」（iurisdictio）を自治的に行使するようになる。

すなわち、「1168年のローディでの決議文によって、同盟を構成する諸都市（socii）は、その相互の裁判権を制限し、さらにコムーネの市民の多数によらないかぎり、皇帝への上訴の有効性を認めないことを決定した」⁽⁴⁴⁾。そのような決定が可能であったのは、「この時代には、きわめて広範な慣習法という遺産を裁判官がその裁判活動においてすでに十分有効に利用し得たからに他ならない」⁽⁴⁵⁾。慣習法は、イタリアでは10世紀、遅くとも11世紀には成文化されるようになっていた⁽⁴⁶⁾。最古のものとされるのは「958年頃から始まったと考えられるジェノヴァの慣習法」⁽⁴⁷⁾で、「このような慣習法の形成過程は、都市コムーネ形成への序曲」⁽⁴⁸⁾となった。

その裁判規範としての法源のひとつとして、新たに「都市法（条例）」が加えられたことに、「都市法（条例）制定権」（＝立法権）の大きな意義がある。すなわち、「条例制定権（*ius statuendi*）」が、長い間にわたって事実上行使されてきた裁判権（*ius iudicandi*）と論理的に結合し、そしてそれに統合されることになったのである」⁽⁴⁹⁾。

（3）「都市法（条例）制定権（*ius statuendi*）理論」

—都市は法を制定しうるか—

12世紀から13世紀にかけての「注釈」学派の論理では、「事実上は（*de facto*）、それら諸都市コムーネという部分が帝国という統一体から独立し、それ故にそれら部分の多数の法すなわち都市コムーネの法である条例が存在するとしても、法律上は（*de jure*）、常に一つの統一体としてのただ一つの帝国が存在するだけであり、それ故にまた帝国には常にただ一つの法が存在するだけなのである。」⁽⁵⁰⁾というものであった。

その後、13世紀に、このような捉え方が大きく転換した。すなわち、「帝国法＝ローマ法と都市コムーネ法＝条例との関係が、普通法（共通法）（*ius commune*）と特有法（*ius proprium*）との対置関係において概念されるようになった」⁽⁵¹⁾のである（両者の優先関係についての議論は「4-1

都市法（条例）優先理論」において後述する）。

14世紀の「注解」学派に至ると、「普通法—特有法の対置概念は、切り放すことのできない二項式の関係として法理論的に明確化される」⁽⁵²⁾ようになり、さらに、「ローマ法と条例との関係を古い法（*ius vetus*）と新しい法（*ius novum*）との関係に置きかえ」ることで、両者を調和させて、新しい法であるコムーネの都市法（条例）は「帝国の法体系内に組み込まれ」た「法」として承認されるべきものとされた。「こうしてローマ法と条例の二元論は止揚され、普通法理論はその完成をみるに至る」のである⁽⁵³⁾。すなわち、普通法（一般法）かつ古い法たるローマ法と特有法（特別法）かつ新しい法である都市法（条例）として、体系的に共存するものとなった。

ところで、その前提として、そもそも「法」として「都市法（条例）」を立法（制定）しうることは、いかなる法的根拠によるのか、それ自体がまず議論されなければならない。すなわち「都市は条例制定権（*ius statuendi, potestas statuendi, potestas condendi statuta*）を有するか、もし有するとすれば、それはいかなる法的根拠によるのかという都市の条例制定権の問題」、すなわち都市法（条例）制定権理論である⁽⁵⁴⁾。それは「中世法学史におけるきわめて大きな問題」であった⁽⁵⁵⁾。

＊

そもそも中世ヨーロッパの都市法（条例：スタチュータ：*statutum/statuta*）が、ローマ法の原典を差し置いて法としての拘束力をもつものとなった理論的根拠については、バルトルスは、「学説彙纂（*Digesta, Pandectae*）」第1巻第3章第32文に基づいて次のように理論化している。「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暗黙の同意であって、条例は都市の国民の明示の同意であるから、両者はともに同意である点で同一であり、同一の効力をもつからである」とする⁽⁵⁶⁾。

バルトルスは、当時のイタリアの学説と、慣行ではなく「国民の黙示の意思 *tacita voluntas populi*」が慣習法の原因であるとするフランスの学説を融合して、「慣行および習わし」を慣習法の「遠因 *causa remota*（外在的要素、認識根拠）」とし、「黙示の同意」を「近因 *causa proxima*（内在的要素、存在根拠）」と説明した⁽⁵⁷⁾。すなわち、「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うとする国民の黙示の同意 *tacitus consensus populi* が慣習法の近因である」と考え、黙示の同意を慣習法の「真の原因」、「本質的要素」であるとした⁽⁵⁸⁾。そうすると、慣習法も「合意 *pactum*」も、等しく「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」、「慣習法理論を構築していった」のである⁽⁵⁹⁾。さらに、「国民が黙示の同意または合意によって慣習法の形で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」と理論化した⁽⁶⁰⁾。

（4）コンスタンツの和約—神聖ローマ帝国による都市法（条例）の効力の法的承認—

神聖ローマ帝国は、1183年の「コンスタンツの和約（*Pax Constantiae* ; *La pace di Costanza* ; *Peace of Constance*）」により、ロンバルディア諸都市に対して「『都市の諸慣習 *mores* および諸法律 *leges* に従って』裁判を行うことを承認」⁽⁶¹⁾したために、多くの各都市法（条例）の冒頭にはコンスタンツの和約が置かれている⁽⁶²⁾。コンスタンツの和約は、イタリアのすべての自治都市の基本法に位置付けられたのである。

すなわち、「コンスタンツの和約は、形式的には、何世紀もの間、この和約に掲げられたロンバルディーア同盟諸都市と皇帝派の諸都市ばかりでなく、これに参加しなかった他の諸都市、たとえばトスカーナ諸都市をも含めてイタリア王国に属するすべての都市コムーネと帝国

との間の関係を規律する基本法となっていった」⁽⁶³⁾。コンスタンツの和約は、「注釈学者の手によってコルプス・ユーリスに挿入され、帝国法として、注釈、注解の対象」となるとともに、「都市コムーネの自由の『マグナ・カルタ』(Magna Charta)」と位置づけられるものとなった⁽⁶⁴⁾。

北中部イタリア諸都市は、上述のように「コンスタンツの和約」により皇帝から都市法(条例)制定権を得ており、そのおよそ170年後の1357年には、ローマ教皇の「聖母教会令 Constitutiones Sanctæ Matris Ecclesiæ」(Constitutions of the Holy Mother Church)によって、ローマ教会領の中部イタリア諸都市が都市法(条例)制定権を獲得した⁽⁶⁵⁾。

4 バルトルス都市法(条例)衝突理論—法規分類学説を中心に—

4-1 「都市法(条例)優先理論」

都市法(条例)が法として認められるようになると、普通法たるローマ法と都市法(条例)のいずれの効力が優先するのか、すなわち優先性の問題(衝突の問題)が生じる。

この問題は、論理的に、「一般法かつ前法」たるローマ法と「特別法かつ後法」である都市法(条例)という形で整理されることになるので、特別法は一般法に優先する(*lex specialis derogat legi generali*)、そして、後法(新法)は前法(旧法)に優先する(*lex posterior derogat priori*)という法原則により、この衝突問題の帰結は必然的に、都市法(条例)の優先という結論に至ることになる⁽⁶⁶⁾。

したがって、バルトルスが完成した「都市法(条例)優先理論」においては「共通の法=普遍的な法律=普通法(*ius commune*)」たるローマ市民法と「特有の法=特有法(*ius proprium*)」たる「都市(*civitas*)が制定する条例を含む地域特別法」が衝突するときには、「学説彙纂」第1巻第1章第9文に基づいて後者が優先的に適用され、「条例に欠缺あるときに、普通法が補充法として適用される」ことになる⁽⁶⁷⁾。

上述の「都市法(条例)制定権理論」と「都市法(条例)優先理論」

を踏まえて、次には、都市法（条例）同士の抵触（衝突）の問題—「条例衝突理論」—が論じられることになる⁽⁶⁸⁾。すなわち、「抵触法」の誕生である。

これらの要点について、「バルトルス・デ・サッソフェラート『条例衝突理論』概観」—＜中世イタリア法学 *Mos Italicus* ＞研究序説—（慶應義塾大学法学会『法學研究：法律・政治・社会』第55巻3号、1982年）をはじめとする森征一氏によるバルトルス研究の精華である多数の論稿に基づいて、以下、骨子のみ整理することしたい。森征一氏は、慶應義塾大学法学部長・常任理事、常磐大学学長・理事長を経て、2021年現在、全国大学実務教育協会代表理事・副会長、慶應義塾大学名誉教授の地位にある。その間、ボローニャ大学、サンパウロ大学等で研究および講義を行いつつ、本稿で引用しているものを含む多大な玉稿を発表している⁽⁶⁹⁾。

4-2 「都市法（条例）衝突理論」

「中世世界の法秩序を構成する帝国と都市という上位権力と下位権力との対立関係、いわば縦軸の関係についての問題に法理論的な解決を与えたローマ法学者の前に立ちはだかったつぎの問題は、論理必然的に都市と都市という対等な関係に立つ下位権力相互間の対立関係、いわば横軸の関係の問題であった。すなわち条例制定権と条例制定権、換言すれば、条例制定権が具現化した条例と条例との衝突の問題をいかにして法理論的に解決すべきか、というものであった。」⁽⁷⁰⁾

この法的課題に対する中世イタリア法学者の解答こそが、「ヨーロッパ近世・近代法学史の出発点として位置付けられる（太字強調は筆者による）」べき「条例衝突理論」である⁽⁷¹⁾。このような国民相互間に生ずる問題、すなわち、条例相互間の抵触に関する考察が、国家間の私法の抵触を扱う今日の「国際私法」という法分野の嚆矢となったのである⁽⁷²⁾。

バルトルス（Bartolus de Saxoferrato）は、「国際私法の祖」⁽⁷³⁾と呼ばれ

ている。同旨であるが木棚は「国際私法学の祖（傍点は筆者による）」と呼ぶ⁽⁷⁴⁾。その内容は、「各法規を人に関する法（人法）と物に関する法（物法）に分類し、人法は人に付随して領域外でも適用され、物法には属地的な効力のみを認めた。この考え方が、法規分類説（法規区別説、条例理論、スタチュータの理論とも呼ばれる）である。」それは、周知のように「長い間、国際私法の支配的な理論であった」⁽⁷⁵⁾のである。

バルトルスの条例衝突法理論においては、後述するように、「都市の条例の効力はその領域内の外国人に及ぶか」という問題である「条例の域内的効力」と、「都市の条例の効力はその領域外に及ぶか」という「域外的効力」の2つの領域に分け、それぞれをさらに再分して論じている⁽⁷⁶⁾。

4-3 バルトルスによる抵触法の体系化の要点

バルトルスは、ユスティニアヌス法典「勅法集 Codex」冒頭の1、1、1法文に「帝国の支配の下にある国民はすべてキリスト教を信仰すべきこと（傍点は筆者による）」とあることを法源として、「皇帝法は帝国の国民を拘束するだけであって、外国人を拘束しえないという意味に読み替え、それから類推して、都市条例も都市国家の国民のみを拘束するだけであって、外国人を拘束しえないと結論した」のである⁽⁷⁷⁾。

その上で、「ローマ法を条例衝突に際して適用条例の選択の基準を示す上位法とみなし」、「具体的な問題を個別的に解決」する理論を構築していくのである⁽⁷⁸⁾。バルトルスは前述の「勅法集 Codex」1、1、1法文に付した注解として、次のように条例の問題を体系化した。すなわち、「条例の問題をまず、『都市の条例の効力はその領域内の外国人に及ぶか』および『都市の条例の効力はその領域外に及ぶか』、すなわち条例の域内的効力および域外的効力という二つの問題に区分し、さらに前者の問いについては契約、犯罪、遺言およびその他の事項の四つに再分し、後者の問いについては禁止的条例、許可的条例、刑罰的条例および刑事判決の四つに再分して、それらをさらに細分しながら

ら、それぞれの問題を個別的に解決していき、壮大な国際私法体系の系統樹を作り上げる」⁽⁷⁹⁾。

森によれば、「条例の域内的効力および域外的効力いかん、というこの体系的とも思えるスコラ学の区別論に依拠した二分法の問題設定は、バルトルス独自のものである。これによって条例衝突理論は、その統一的・総合的な理論的指針を得た」⁽⁸⁰⁾のである。具体的には以下のようになる⁽⁸¹⁾。

(1) 都市法（条例）の域内的効力

第1に、都市法（条例：以下、この節では、「条例」と略記する）の「域内的効力」については、バルトルスは(A)契約 *contractus* に関する条例、(B)犯罪 *delictuim* に関する条例、(C)遺言 *testamentum* に関する条例、(D)契約、犯罪以外の事項、の4つに大別する。(A)契約に関する条例または慣習を、(1)契約の方式と(2)契約から発生する権利に関するものに分けて、(2)については、(i)訴訟手続と(ii)訴訟実体に細分して論じる。

(2) 都市法（条例）の域外的効力

第2に、条例の「域外的効力」については、バルトルスは(A)禁止的 (*prohibitoria*) 条例、(B)許可的 (*permissiva*) 条例、(C)刑罰的 (*punitaria*) 条例の3つに大別する。そして、(A)の禁止的条例を、バルトルスは(1)特定の行為の方式に関するもの、(2)物に関するもの、さらに、(3)人に関するものに分けて、(3)人に関するもの（「条例が人についてなんらかの禁止をしているもの」）を、(i)利益的 *favorabili* 条例、(ii)不利益的 *odiosa* 条例に細分して、それぞれの条例の効力が域外に及ぶか否かを論じている。たとえば、人に関する禁止的条例で不利益的な内容のものの効力は、域外に及ばないことになる。

(B)の許可的条例は、「ある行為や事項について許可を与えているもの」で、これについては、①「許可された行為は、許可した者の領域外でなされ得るか」、と②「それがその領域内もしくは許可された地で、

「有効に」なされた場合に、それは領域外でなんらかの効力を有するか」という論点を示した上で、それぞれに具体的なケースで詳細に議論している。

たとえば、第1に、公証人としての行為について、第2に、普通法によってすでに許可されていることで、条例が普通法における障害を除去して許可を与える場合に、(i)その「障害の除去が方式に関するものである場合」(たとえば普通法で遺言のために7人の証人を要するとされている場合に条例が4人でよいとする場合など)、(ii)「障害の除去が、人の能力に関するものである場合」(たとえば普通法で相続人に指定されることができないとされている非嫡出子について、条例が相続人に指定され得るとする場合など)について、さらに第3に、相続財産の分配の問題について、それぞれ前述の①と②の2つの論点を関連させて結論を導くのである。第3の相続財産の分配の問題については、たとえば、「長子がすべての財産を相続するという慣習がイギリスにあるが、ある者が、イギリスとイタリアに財産を遺して死亡した場合に、いかなる法が支配するのか」⁽⁸²⁾という問題に関して学説が対立している中で、バルトルスは、『故人の財産は長子に帰すべきである』という文言のように、その規定が物に関するものである場合」と『長子が相続すべきである』という文言のように、その条例もしくは慣習が人に関するものである場合に分けて、適用する法を区別して論じていく⁽⁸³⁾。

(C)の刑罰的条例 *statuta punitaria* の効力は域外に及ぶか否かの問題については、従来の2つの対立する見解の調和をはかることを意図して、さらに3つの場合に区別して議論を深める。すなわち、バルトルスにおいては、今日の国際私法の領域を越えて、刑事法分野も含めた体系化を図っているのである。具体的には、条例衝突理論の最後に、「刑事判決の域外的効力」という「国際関係の問題と密接に関連する」複雑な問題についても、「人に関する刑罰」と「財産に関する刑罰」に区別してそれぞれ検討を加えている⁽⁸⁴⁾。

バルトルスが体系化した「法規分類学説」は、近代になってからも、

「1756年のババリア（筆者注：バイエルン）のマックスミリアン民法典⁽⁸⁵⁾、1794年のプロシャ一般法典⁽⁸⁶⁾、1811年のオーストリア一般市民法典⁽⁸⁷⁾など初期の成文法典に大きな影響を及ぼした」⁽⁸⁸⁾のである。

結びにかえて

「ヨーロッパ近世・近代法学史の出発点」⁽⁸⁹⁾とされる都市法（条例）衝突理論構築の政治的・社会的背景として、各都市国家がゆるやかな包括的権威である皇帝と教皇から自治権を得たのと方向性は逆ながら、類似の力学とプロセスでヨーロッパ各国はEUに包括的権威を集約している。いずれも社会の変革期にあって、市民の生活を守りより良いものとする、とりわけ経済活動をより効率的なものへと発展させる、という明確な方向性を共通にすると見えよう。

このような「社会変動（パラダイムシフト）」の背景にあるのは、12世紀のミニ・グローバルゼーション、今日のグローバルゼーションであり、それらと同時並行的に進展した文化社会変革である。ここで文化社会変革と呼ぶのは、12世紀前後の（近代的）大学の成立と発展（学生集団と教員集団からなる *universitas/ university* が11世紀末にボローニャ、12世紀にパリやオックスフォードに誕生した）や、20～21世紀の情報通信革命のことである。黒田は、「11世紀後半の商業や都市生活の勃興が、国家形態を秩序付ける『法』の存在を欲し、学ぶことを必要とした」⁽⁹⁰⁾と整理し、「法学の復活は、大学の勃興によって始まる」⁽⁹¹⁾とする。情報通信革命との関連は、後に別稿で論じたい。

ここまでで本稿の考察はひと区切りとし、「イタリア学派の理論を継受しつつ発展させた」⁽⁹²⁾16世紀フランスにおける抵触法の発展や、周知のごとく今日の主流である、19世紀半ばにおけるドイツのサヴィニー（Friedrich Carl von Savigny）による、「キリスト教およびローマ法の共通性を有するヨーロッパ諸国による国際法的共同体を基礎として、法律関係の本拠の法を準拠法とする普遍的な国際私法理論（法律関係本拠説）」^{(93) (94)}、そして、現代アメリカにおける「抵触法革命」^{(95) (96)}」につ

いては別稿で考察することとしたい⁽⁹⁷⁾。

- (1) 横溝大「グローバル化時代の抵触法」東京大学社会科学研究所『社会科学研究』第65巻2号、2014年、129頁。
- (2) Cf. Harold J. Berman, "World Law," *Fordham International Law Journal*, vol.18 (1994), pp.1616-1622. 斎藤恵彦「世界法概念について—田中、恒藤両博士の概念をめぐって— Ernst Zitelmann, "Die Möglichkeit eines Weltrechts" (1888) 100年目を記念して」『世界法年報』第8号、世界法学会、1988年、1-15頁。
石黒は、国際私法と世界法概念の関係についての一例として、田中耕太郎『世界法の理論』第2巻の国際私法に関する考察について、「その後のわが国際私法上の通説の基本に、殆ど決定的な影響を与えたと言ってもよい」（石黒一憲『国際私法・第2版』新世社、2007年、75頁）と指摘する。
- (3) 横溝、前掲「グローバル化時代の抵触法」、130頁。各国法秩序の本質的平等の観念が、とりわけサヴィニエ的準拠法選択の方法論を支えていることにつき、たとえば、石黒、前掲『国際私法・第2版』74頁。
- (4) 山内惟介『国際私法の深化と発展』信山社、2016年、6頁。石黒は、両性平等の問題等に絞られてはいるが、国際私法と憲法との関わり合いについて議論されていることに触れている（石黒、同上、108頁他）。
- (5) 滝沢正『フランス法』第4版、三省堂、2010年、21-22頁。
- (6) 木棚照一「第3章 国際私法理論の沿革」木棚照一・松岡博・渡辺惺之著『国際私法概論・第5版』有斐閣、2007年、11頁。
- (7) 森征一「中世イタリアの都市コムーネと条例制定権（ius statuendi）理論（4・完）」慶應義塾大学法学研究会『法學研究：法律・政治・社会』第49巻11号、1976年、38頁。
- (8) 滝沢、前掲書、22頁。
- (9) 「万民法」は、ラテン語の ius gentium をフランス語や英語で droit des gens, law of nations として表記するものであるが、近代に至り、それらは「国際法」の意味で用いられるようになる。また、1789年以降、ベンサム（Jeremy Bentham）の案出による international law が国際法を意味する用語として広く使われるようになった（cf. Berman, *supra* note 2, pp.1617-18）。柳原正治「ユース・ゲンティウム概念の変遷—ヴォルフの1729年論文を中心として—」『国際法外交雑誌』第88巻2号（1989年）、185-220頁。柳原正治『法学入門（放送大学教材）』2018年、66-67頁。
- (10) 「ローマ法自体には抵触規則は稀少であった。」との表現もされる。本浪章市「国際私法の起源から国際租税法の連結点考察までの過程」『関西大学法学論集』第53巻4-5号、2004年、410頁。
- (11) 森征一「バルトルス・デ・サッソフェラート『条例衝突理論』概観—

- ＜中世イタリア法学 Mos Italicus＞研究序説―」、前掲『法學研究』第55巻3号、40頁。
- (12) 川上太郎「第5節 国際私法の歴史」国際法学会編『国際私法講座』第1巻、有斐閣、1953年、93頁。なお、本稿においては引用文中の旧字体を新字体に置き換えている。
- (13) 森征一「バルトルスの法学観―ヨーロッパ中世法学の理解のために―」、同上『法學研究』第70巻3号、26頁。
- (14) 同上。
- (15) 同上。
- (16) 拙稿「立憲化の歴史的文脈―法制史としてのグローバル立憲化―」常磐大学教職センター『教職実践研究』第3号、2019年、73頁。
- (17) 須網隆夫「グローバル立憲主義とヨーロッパ法秩序の多元性―EUの憲法多元主義からグローバル立憲主義へ―」『国際法外交雑誌』第113巻3号、2014年、42頁。
- (18) 同上。
- (19) 横溝、前掲「グローバル化時代の抵触法」、131頁。
- (20) その後、ドイツ語の“Internationales Privatrecht”、フランス語の“droit international privé”などに、そして日本語の「国際私法」に、直訳された。
- (21) ラテン語 universus (全体) の派生語で「共同体」の意味をもつがヨーロッパ中世ではギルド、組合の意味であった。大学 (universitas) は「教師と学生の共同体 (universitas magistrorum et scholarium)」の短縮形である。田中建彦「大学の起源と学問の自由」『長野看護大学紀要』第7巻、2005年、93-94頁。
- (22) 森、前掲「バルトルスの法学観」、14頁。
- (23) 黒田加奈子「中世における正義の概念の形成―14世紀パドヴァ・コムーネを中心として―」千葉大学大学院社会文化科学研究科『千葉大学社会文化科学研究科研究プロジェクト報告集・第67巻・権力と視角表象(Ⅲ)』2001年、35頁。
- (24) 森、前掲「バルトルスの法学観」、14頁。
- (25) 同上、41頁。
- (26) 同上、15頁。
- (27) 同上、23頁。
- (28) 同上、41頁。
- (29) 同上。
- (30) 1076年1月のハインリヒ4世による教皇グレゴリウス7世の廃位宣言と、1076年2月の教皇によるハインリヒ4世の破門と王位の剥奪宣言を経て、ザクセン公を中心にドイツ諸侯が教皇についたことによる1077年1月のいわゆるカノッサの屈辱 (カノッサ事件) と、その後、1122年のヴォル

ムス協約（Wormser Konkordat）で叙任権が教皇にあることが確認された。これらの経緯で主に教皇派であった都市に後述するボローニャ、ジェノヴァ、フィレンツェが含まれる。

- (31) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、11頁。
- (32) 同上。
- (33) Die Hansestadt Lübeck（ハンザ都市リューベック）
- (34) Die Freie und Hansestadt Hamburg（自由ハンザ都市ハンブルク）
- (35) 1226年に自由都市となり、1354年の「アルザス十都市同盟」（Décapole, Zehnstädtebund）に関わった。
- (36) 本浪、前掲「国際私法の起源から国際租税法の連結点考察までの過程」、409頁。
- (37) 同上。
- (38) 「都市（国家）同盟」の発端は古代ギリシャのアンフィクティオニアに遡る（拙著『国際機構の機能と組織—新しい世界秩序を構築するために—』第2版、国際書院、1997年）。
- (39) 1164年にヴェローナ Verona、パドヴァ Padova、ヴィチェンツァ Vicenza の3都市が結成し、後にヴェネツィア（ヴェネツィア共和国 Repubblica di Venezia）が加わった。
- (40) 上述各都市に加えて、クレーマ Crema、クレモナ Cremona、マントヴァ Mantova、ピアチェンツァ Piacenza、ベルガモ Bergamo、ブレシア Brescia、ミラノ Milano、ジェノヴァ Genova、ボローニャ Bologna、モデナ Modena、レッジョ・エミリア Reggio nell'Emilia、トレヴィーゾ Treviso、ヴェルチェッリ Vercelli、ローディ Lodi、パルマ Parma、フェラーラ Ferrara などである。
- (41) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、11-12頁。
- (42) 森征一「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—」、前掲『法學研究』第67巻11号、1994年、2頁。
- (43) 同上。
- (44) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、47頁。
- (45) 同上。
- (46) 同上、57頁。
- (47) 同上。参考として、森征一「V・ピエルジョヴァンニ著『ジェノヴァ法史講義—中世—』」、前掲『法學研究』第57巻6号、1984年、113-117頁。
- (48) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、57頁。
- (49) 同上、48頁。
- (50) 同上、31頁。
- (51) 同上。
- (52) 同上、31-32頁。

- (53) 同上、32頁。
- (54) 同上、34頁。
- (55) 同上。
- (56) 森征一「第10章 中世ローマ法と条例理論」勝田有恒、森征一、山内進『西洋法制史』ミネルヴァ書房、135頁。
- (57) 森、前掲「『同意』(序説)」、12-13頁。
- (58) 同上、13頁。
- (59) 同上、13-14頁。
- (60) 同上、17頁。ここで成文法とは、条例を意味している(同頁)。
- (61) 同上、2頁。
- (62) 同上。
- (63) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、59-60頁。
- (64) 同上、60頁。
- (65) 森、前掲「『条例衝突理論』概観」、2頁。
- (66) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、33頁参照。
- (67) 森、前掲「第10章 中世ローマ法と条例理論」、136-137頁。森、前掲「『条例衝突理論』概観」、3頁。
- (68) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、34頁。
- (69) 「森征一教授略歴・主要業績」[<https://core.ac.uk/download/pdf/145778821.pdf>] (2021年6月24日参照)を参照。
- (70) 森、前掲「『条例衝突理論』概観」、3頁。
- (71) 同上。
- (72) 同上、3-4頁。森、前掲「バルトルスの法学観」、29頁。
- (73) 高杉直「第2章 法選択規則」、松岡博編『国際関係私法入門—国際私法・国際民事手続法—国際取引法—第3版』有斐閣、2012年、29頁。
- (74) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、12頁。
- (75) 高杉、前掲「第2章 法選択規則」、29頁。
- (76) 森、前掲「第10章 中世ローマ法と条例理論」、137頁。森、前掲「『条例衝突理論』概観」、14-36頁。
- (77) 森、前掲「バルトルスの法学観」、26頁。
- (78) 同上、26-27頁。
- (79) 同上、29頁。
- (80) 森、前掲「『条例衝突理論』概観」、14頁。
- (81) 同上、14-36頁のエッセンスを集約したものである。
- (82) 同上、33頁。
- (83) 同上、33-34頁。
- (84) 同上、36頁。
- (85) 筆者注：*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*。
- (86) 筆者注：*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*。

- (87) 筆者注：*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für Österreich*.
- (88) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、14頁（各法典名の原語は筆者による注記）。
- (89) 森、前掲「『条例衝突理論』概観」、3頁
- (90) 黒田、前掲「中世における正義の概念の形成」、34頁。
- (91) 同上、33頁。
- (92) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、13頁。都市部と農村部の地方慣習法が異なっていることなどから生じた抵触の問題を解決する必要から属地主義を緩和する Charles Dumoulin (1500-1566) と、属地主義的傾向の強い Bertrand d' Argentré (1519-1590) の理論が後の国際私法理論に影響を及ぼしている（同上）。
- (93) 高杉、前掲「第2章 法選択規則」、29-30頁。「法律関係本拠説は、法規ではなく法律関係から出発する点で、法規分類説とは全く逆のアプローチであり、実質法と国際私法を峻別するものであった（同上）。」
- (94) サヴィニーの生没年は、1779-1861年。1815年から31年にかけて全6巻からなる『中世ローマ法史 (Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter)』、1840年から49年にかけては、全8巻の『現代ローマ法体系 (System des heutigen römischen Rechts)』を執筆したが、49年刊行の第8巻の大部分は「法律関係に関する法規適用の場所的限界」とする、「画期的な国際私法理論を樹立（木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、15頁。）」した。
- (95) すなわち、「概念的な発想ではなく現実的な対応を求めるリーガル・リアリズムの影響もあり、20世紀半ば、伝統的な法選択規則では、具体的事案において妥当な結論を導くことができないとの批判が強くなった。むしろ各事案の争点ごとに関連諸国の実質法の内容や法目的を考慮した上で法適用の利益が最大で適切な結果を導く法を準拠法とすべきとの新たな方法論が提唱」（同上、31頁）されたのである。
- (96) この抵触法革命は米国における契約や不法行為などの一部の分野にとどまっているものの、「伝統的な国際私法に対する米国の抵触法革命の影響を過少評価すべきではない」として注目されている（同上）。
- このようなアメリカの抵触法革命の諸理論は、本稿の主題であったバルトルスと通ずる面があるため、“neo-statutists”と呼ばれることがある（石黒、前掲『国際私法・第2版』72頁）。
- (97) 古代ローマから1980年代～2000年代の日本およびヨーロッパ諸国の国際私法全面改正に至る「現代国際私法の歴史的位相」の全体像が、石黒、前掲『国際私法・第2版』70-71頁に緻密に図解整理されている。なお、前述の川上は、「あらゆる法部門のうちで国際私法ほど、法史の研究を必要とするものは、おそらく少いであろう。国際私法にあっては、歴史がすべてであると言われる（グッツヴィラー 原注1 Gutzwiller, Le

développement historique du d. i. p., Recueil des Cours, 1929-IV, p.292)」
と論じたことがある（川上、前掲「国際私法の歴史」、86頁）。

