

Title	バルトルス・デ・ サツソフェラート「条例衝突理論」概観： 《中世イタリア法学Mos Italicus》研究序説
Sub Title	Bartolo e la sua teoria delle relazioni fra gli statuti
Author	森, 征一(Mori, Seiichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.3 (1982. 3) ,p.1- 43
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19820315-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

バルトルス・デ・サッソフエラート

「条例衝突理論」概観

——中世イタリア法学 *Mos Italicus* 研究序説——

森 征 一

一

中世における神聖ローマ帝国領 *Terrae Imperii* イタリアの法生活は、現実的にはさまざま要素が避け難く衝突し合いながら、多元的な対立へと向かう一方で、精神的にはなおそれらが共存し合いながら、統一的な調和へと向かつてゆく。⁽¹⁾ 神聖ローマ帝国は古代ローマ帝国の正当な後継者であるというローマ帝国理念は、とりわけ一二世紀以来の「支配権移転 *translatio imperii*」⁽²⁾ 理論に立つて形成されたが、この理想の上に、古代のローマ法 *Corpus iuris* は中世の帝国の法である、と考えられるにいたつた。このような考え方から出発したポローニアの注釈学派(グロッサトーレス)は、帝国の普遍的な統一理念を高揚し、ローマ法の普遍的な妥当性を強調して、一二世紀から一三世紀にかけて、ただ一つの帝国 *unum imperium*

バルトルス・デ・サッソフエラート「条例衝突理論」概観

一 (二六九)

しか存在しないがゆえに、そこにはただ一つの法 = ローマ法 *unum ius* しか存在しない、ということを確認する。すなわち政治的には帝国内において、帝国にたいして自治を要求する都市(コムーネ)が事実上形成され、都市の立法権たる「条例制定権 *ius statuendi*」を行使して都市法 = 条例 *statutum* を制定して、これを他の法源に優先させて適用しようとしたとしても、法理論的には注釈学派にとつて、都市は法律上帝国という統一体の部分としてあくまでも帝国に従属すべきものにかすぎず、それゆえにただ一つの帝国が存在するだけであるから、当然のことながらそこでは、都市に条例制定権の承認される余地はなく、法律制定権を有するのは帝国のみであつた。かくして法理論上、帝国においてはただ一つの帝国法たるローマ法しか妥当し得ず、都市条例はまつたくその法的効力を承認されることはなかつたのである。以上のように、この時代においては政治現実と法学説との対立は決定的なものであつた。

しかし帝国にたいする都市の自治運動がさらに高まるにつれて、都市は条例の法的効力を帝国に承認させるために、その前提として都市自治の象徴とされた条例制定権を獲得するための闘争を展開し、帝国と対立することになる。その結果、帝国領の北中部イタリア諸都市は、一一八三年の「コンスタンツの和約 *Pax Constantiae*」を通して皇帝から、さらに教会領 *Terrae Ecclesiae* の中部イタリア諸都市は、一三五七年の「聖母教会令 *Constitutiones Sanctae Matris Ecclesiae*」を通してローマ教皇から、それぞれ条例制定権を獲得して都市自治を確固たるものとした。このような政治現実を背景として、注解学派(コンメンタトーレス)は一二世紀後半頃から都市の条例制定権を、ローマ法(D. I. I. 9)を通して法理論的に根拠づけたうえで、帝国と都市との対立関係を、諸国民のローマ的・キリスト教的な統一世界としての普遍的組織と、その統一世界を構成する個々の小世界としての特殊的組織との共存関係において捉え、さらにそれに対応させて、帝国ローマ法と都市条例との対立関係を、普遍的組織としての帝国のローマ法とカノン法とから成る両法 *utrumque ius* と呼ばれる普通法 = 共通法 *ius commune* と、特殊的組織としての都市の特有法 *ius proprium* との共存関係において、換言すれば、全体と個と

の統一的な調和關係において把握しなした。普通法は、もつとも大きな普遍的組織体としての帝国の全人類に共通な一般の利益を追求するために、皇帝が制定する法であり、特有法は、その普遍的帝国のなかで生きる小さな特殊的組織体としての都市の特殊の利益を追求するために、都市が制定する法であるとするのである。かくして普通法と条例との關係は、いわば一般法と特別法との關係で把握されることとなり、普通法と条例とが衝突する場合には、まず条例が普通法にたいして優先的に適用され、条例に欠缺ある場合にのみ、普通法が条例の欠缺を補充する法として適用されるものと考えられた。「条例制定権理論」の上に構築されたこのいわゆる「条例優先理論」により、普通法は条例の欠缺補充の機能を有するにいたる。政治現実と法学説との対立は、こうして解消されたのであつた。

以上に概観したように、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關係、いわば縦軸の關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ほだかつたつぎの問題は、論理必然的に都市と都市という対等な關係に立つ下位権力相互間の対立關係、いわば横軸の關係の問題であつた。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、というものであつた。中世イタリアの法学者は、この問題を解決するために法理論を構築していつたのであり、そこに誕生をみたのがいわゆる「条例衝突理論」なのである。

この条例衝突理論の問題は、ヨーロッパ近世・近代法学史の出発点として位置づけられるべきものでありながら、いまだ「神秘的なヴェールの蔭にかくされている」⁽⁵⁾。「中世イタリア法学 mos italicus」の実体を解明するためには避けて通ることのできない、もつとも重要な鍵の一つと考えられるものである。この意味で、条例衝突理論の全貌を明らかにすることは、法学史の研究の上できわめて有意義なものといえよう。

さらにこの問題の解明は、国際私法学史のうえでもなんらかの意義を有し得るものと考えられる。⁽⁶⁾なぜならこの条例衝突

理論は、国際私法学の分野において現在もなおその意味を失っていないからである。条例衝突理論は、一九世紀にいたるまで支配的であつたし、その後この理論を克服すべく登場してきた数多くの理論も、結局はその影響を依然として強く残しており、また今日、とくにアメリカを中心として、ある意味では条例衝突理論の復活とさえ思われるような、きわめて興味深い動向のみられることも注目値しよう。

かくして本稿においては、前稿からさらに歩を進めて、さしあたり、中世イタリア条例衝突理論の完成者と目されるバルトルス Bartolus de Sassoferrato (一三二一—一三七七年) の学説の素描を試みたいと思う。

- (1) 以下の論述については Francesco Calasso, *Medio evo del diritto*, I, Milano 1954, pp. 367 ss. 抽稿「中世イタリアの都市ローマネと条例制定権 (ius statuendi) 理論 (一—四)」法学研究第四九卷八一—一〇号およびジュゼッペ・エルミニ著「教会領における普通ローマ法と特別法」(筆者紹介) 法学研究第五〇巻二号、六二頁以下参照。さらに勝田有恒「ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落」法学研究(一橋大学) 九も参考にならう。
- (2) 勝田「フリードリヒ バルバロッサといわゆる『ローマ法の理論的継受』」法学研究(一橋大学) 六、二二—三五頁以下参照。
- (3) 抽稿前掲論文「Giovanni De Vergottini, L'Impero e lo «ius statuendi» dei comuni: Id., *Scritti di storia del diritto italiano*, a cura di Guido Rossi, I, Milano 1977, pp. 470—504 参照。
- (4) シンパイク・ハネル前掲書、六六—七頁。Cfr. Umberto Santarelli, *Osservazioni sulla «potestas statuendi» dei Comuni nello Stato della Chiesa (a proposito di Const. Aeq., I, 19)*: *Annali della Facoltà Giuridica*, Nuova Serie-Vol. I, pp. 245—262.
- (5) 勝田「ヨーロッパ近世法史学の動向と課題」一橋論叢第五四卷三三—四三—五—六頁。
- (6) わが国の国際私法学者の手になる国際私法史を概観した本格的な文献としては、川上太郎「国際私法の歴史」(国際私法学会「国際私法講座・第一巻」有斐閣、昭和二八年)をかぞえるのみである。最近では折茂豊「国際私法講話」有斐閣、昭和五三年において簡潔な概観が試みられている。なおイタリア学派の条例理論に関連するものとしては、マイヤー(跡部定次郎・毛戸勝元訳)「国際民商法論 上巻」宝文館、明治三八年、寺田四郎「イタリアの国際私法に対する寄与」国際法外交雑誌第二〇巻五、六号(大正一〇年五、七月)、さらに坪場準一「ウルリクス・フーベルス」法抵論「註解」法学研究(一橋大学) 八が参考となる。
- (7) 沢木敬郎「国際私法入門」有斐閣、昭和四七年、八一—四頁。Cfr. Samuel Edmund Thorne, *Sovereignty and the conflict of laws: Bartolo da Sassoferrato*, I, Milano 1962, pp. 675—689. なおこの条例衝突理論は、わが国においては、従来「法規区別説」法規区別説、法則学説、スタチュートの理論等と呼ばれてきたのである。
- (8) バルトルス学説も含めて一般に国際私法史に関する文献は Max Gutzwiler, *Geschichte des Internationalprivatrechts. Von den Anfän-*

フランク王国のランゴバルド征服(七七四年)以来、イタリアは属人法主義の支配するところとなつたといわれる。⁽¹⁾しかし一世紀頃から、神聖ローマ帝国イタリアに自己の法に従つて生きる自治都市が形成され、都市民間の交流が盛んになつて、もはや帝国ではなく都市が他都市の市民の裁判権を行使するようになると、都市条例間の衝突の問題が生じ、属人法主義の維持が困難となつた。このような場合、都市の裁判官は他都市の市民である外人にたいして、いずれの都市の条例を適用すべきかという問題が起こつた。

初期においては、各都市は外人に対して自都市の条例も、またその外人の属する他都市の条例も適用することはなかつた。なぜならそれを承認することは、形成期における都市の自治的組織の確立とその防衛にとつて、きわめて危険が大きかつたからである。このような状況の下で、外人は都市の裁判官のいわゆる「自由裁量権 *arbitrium*」に服さなければならなかつた。⁽²⁾ 外人にたいする都市のこのような態度は、誓約団体として成立した都市の起源に由来するものと考えられる。都市共同体は、その構成員たる市民の契約(合意)に基づいて成立し、またその構成員を拘束する慣習や条例もその契約から生まれたという側面をもつている。⁽³⁾ 慣習や条例のもつこのような契約的性格から、それら慣習や条例が、都市の構成員たる市民のみ適用され、その構成員ではない外人には適用されないのであつて、それゆえ外人は別の規範に基づいて裁判されなければならなかつたのである。かくして外人は、皇帝の授封を通して都市にたいする政治的支配権 *iurisdictio* を保有していた伯comes または司教伯から、その支配権を収奪した都市の裁判官 *consolares* の政治的な権力たる自由裁量権に服することとなる。この場合、裁判官はあくまでもその都市市民の利益 *utilitas* を優先させながら、おそらくはまず第一に裁判官自

身の属する都市の慣習や条例、さらにランゴバルド法やローマ法、最終的には衡平を斟酌しながら、涉外事件の裁判を行なつたものと推測される。⁽⁴⁾

しかし都市自治が対内的にも対外的にも確立してくると、涉外事件における属地法主義による解決が要請されてきた。都市自治体制と矛盾しない唯一の法は「法廷地法 *lex fori*」であつたと考えられる。⁽⁵⁾ 一三世紀末頃までは、都市法の衝突は、都市の裁判官がつねに自都市の実質法と手続法の全体を外人に適用することによつて解決された。⁽⁶⁾ 法実務において法廷地法が支配的であつたことは、都市間で締結された条約や都市条例からうかがい知ることができる。⁽⁷⁾

ただ、この都市間条約は、条例衝突に関する問題の解決のための条約というよりも、むしろカロリング時代以来の外人の権利保護のための条約という性格を有していた。⁽⁸⁾ 都市間条約において条約当事者たる都市は、相手方都市の市民に関する訴訟事件において、その者を自都市の市民であるかのように、自都市の慣習および条例にしたがつて裁判することを保証した。⁽⁹⁾ ただこの場合に、都市の裁判官がいかなる事項に関してもその裁判管轄権を主張し得たかどうかは疑問である。⁽¹⁰⁾

以上のような都市における法生活の実際は、ローマ法学者に大きな影響を与えたものと思われる。ポローニアの注釈学者にたいするその影響は、早いものは史料上ではすでに一二世紀中頃に現われるともいわれるが、より明確な形では、それは一三世紀初期のアゾ Azo (一二三〇年頃没) の学説にみることがができる。彼は、原告の地、被告の地、裁判官の地でそれぞれ異なる慣習がある場合に、いずれの慣習にしたがつて裁判がなされるべきかについて問い、これについてコルプス・ユーリスの「学説類集 *Digesta*」 D. 4. 8. 21. § 10 を引用して、「裁判官の慣習が考慮されるべきである」⁽¹²⁾と答え、涉外事件に關して法廷地法の適用を主張した。このような法廷地主義の考え方は、彼と同時代の法学者にも共通していたようであり、アルベルトゥス・ガレオッティ Albertus Galeotti (一二七二年頃没) も「古い時代の博士たちはこのような〔法廷地主義の〕見解である」と述べている。⁽¹⁴⁾

しかし一二世紀後半にはすでにアルドリクス Altricus が、法廷地法によるとは異なつた新しい解決方法を提示していた。實際私法学の創始者としての榮譽を担う彼は、相異なつた慣習をもつ相異なつた地の人々が裁判で争つた場合に、裁判官はいずれの慣習に従わなければならないかを問い、その場合に裁判官は「より強く Potior かつより有益 prior」と思われる「慣習に従わなければならない」⁽¹⁶⁾と明確に答えたのである。彼のこの理由づけは、裁判官は職務就任の際に、訴訟においては、彼に「正義 iustum」と思われるものに従つて「裁判を行なうことを宣誓すべしと定めるコルプス・ユーリスの「新勅法 Novellae」第八号の裁判官宣誓に由来するものと思われる⁽¹⁷⁾。裁判官がいずれの慣習が内容的によりよいかを判断して、適用すべき慣習を自由に選択することができる、というこの考え方は、まづたく斬新でかつ革命的なものであつた⁽¹⁸⁾。ただこの場合、裁判官は訴訟当事者のそれぞれの本国法のうちから、いずれかの法を適用法規として選択できるということであつて、ここでは裁判官の法は考慮されてはいないことに注意しなければならない⁽¹⁹⁾。

アルドリクスの学説は、アーンと同時代のウゴリーヌス Hugolinus (一二三三年以降没)に継承された。彼は、コルプス・ユーリスの「勅法類集 Codex」C. 8. 52(53), 1の注釈において、原告、被告、そして裁判官がそれぞれ異なつた慣習をもつ場合には、裁判官は「裁判官によりよい meliusと思われるものに従つて裁判しなければならない⁽²⁰⁾」と述べている。

これにたいして一二二八年頃に、アックルシウス Accursius (一二六三年没)は上記 C. 8. 52(53), 1の注釈において、ウゴリーヌスが D. 4. 8. 21, §10の論証から「裁判官は彼が欲するところのものに quam volet従わねばならない」と主張したことに反論して「C. 8. 48(49), 1の論証から「裁判官の地が着目されるべきである⁽²¹⁾」と主張し、さらに C. 8. 48(49), 1の注釈でも「裁判が行なわれる地の法と条例が遵守されるべきである⁽²²⁾」と断じる。

しかし一三世紀の初期にはすでに、このような法廷地法主義の支配する情況から脱け出すべき歩みが、確実に始まつ

ていた。

カノン法学者は、都市生活の現実的な必要性から、ローマ法学者に先んじてこの問題に新しい道を開いた⁽²³⁾。たしかにカノン法学者においても、ローマ法学者と同様、初期においては法廷地法主義が支配的であつた⁽²⁴⁾。シモン・ビシニアヌス Simon Bisianus は、一一七一年頃に「外人はその滞在する都市の法に従わねばならない」ことを主張している⁽²⁵⁾。しかし、一二世紀末頃に法廷地法主義は危機に陥り、一三世紀初期には外人も自己の法を維持すべきことが主張されてくる。『スンマ・パインベルゲンシス』(一二〇六—一〇年頃)は、「いかなる裁判官も、仲裁人といえども、訴訟当事者の慣習に従つて裁判しなければならぬ⁽²⁶⁾」と述べている。カノン法学者を代表するウグッチョ Hugucio (一二一〇年没)も、外人がその滞在地に住所を有しないかぎり、または滞在地の慣習に服しないことによつて不和を惹き起こさないかぎり、外人は滞在地の慣習に服することはない、と主張している⁽²⁷⁾。

ローマ法学者がこれに続いた。ローマ法学者は「[皇帝たる]余は余の慈悲深い帝国が支配する国民すべて Cunctos populos が、使徒聖ペテロがローマ人に伝えたあの宗教〔キリスト教〕の下で生きることを望む云々⁽²⁸⁾」と定めた「勅法類集」C. I. の法文の釈義を糸口として新たな歩みを始めるのであり、この後 C. I. は条例衝突法の法源と考えられ、条例衝突理論はこの C. I. のなかで論じられることとなるのである。

上記のウゴリーヌスは、まずこの法文から、皇帝はその支配に服する者以外を拘束しようとは欲しないのであり、「皇帝はその臣民にのみ法律〔ローマ法〕を課す⁽²⁹⁾」という意味を引き出した。つまり彼は、皇帝法はこれに服する臣民のみを拘束するのであつて、それに服さない外人を拘束するものではないとして、本法文をその原義とはまったく異なつた意味に読み変えたのである。

ローマ普通法の人的適用範囲に関するこのような命題は、さらに一二〇〇年頃に都市条例の人的適用範囲の問題に転用さ

れた。⁽³⁰⁾

カロルス・デ・トッコ Carolus de Tocco (一二〇八年以降没)はC.1.1.1に注釈を付し、「皇帝は」その支配權 imperium によつて「皇帝の」臣民以外の者を拘束しようとは欲しない」のであり、他方「このことによつて「諸都市が」その条例をもつて「自都市」外の者さえも拘束しようとすることは、諸都市の法慣習に反する」とし、この前提に立てば、「もしモデナ市民がボローニア市においてボローニア市民に訴えを提起した場合には、「ボローニア市の」条例はモデナ市民を害することはない」のであるが、これに対してある者は、「この場合、モデナ市民は、ボローニア市民に訴えを提起することによつて、「ボローニア市の」裁判所に従い、それ故、その「ボローニア市の」裁判所のすべての法律を受け入れる⁽³¹⁾」として反対している、と述べている。彼はC.1.1.1の法文をはじめて、皇帝は自己の支配に服する者でなければ自己の法律(ローマ法)をもつて拘束できないのであり、それと同様に、都市もまた自己の支配に服する者でなければ自己の条例をもつて拘束できない、という意味に解釈し、これによつて「条例はそれに服する者のみを拘束する」のであつて、それ以外の者は拘束しない⁽³²⁾』という原則を打ちたてたのである。かくしてこの原則は、後に、たとえばバルトルスの師(?)オールドラドゥス Oldradus de Ponte (一三三五年没)が、「帝国の」法律がそれに服する者のみを拘束するように、地方慣習はそれに服する者のみを拘束する⁽³³⁾』と述べ、さらに同じくバルトルスの師チヌス Cirus de Pistoia (一二七〇頃—一三三六年)も、「もし皇帝の命令がその臣民自身以外は拘束しないとすれば、いわんや「都市の」条例は「その都市の市民以外は拘束せず」、外人を拘束しない⁽³⁴⁾』と論じたように、一般的に承認されることとなつた。

上記のウゴリヌスとカロルス・デ・トッコの考え方は、それに続く法学者の間にしだいに浸透していつたが、アツクルシウスにおいても、それは例外ではなかつた。彼もまたこのような考え方を受け入れ、同時に法廷地法の無制限な適用を認めた従来の自己の見解を放棄した。⁽³⁵⁾彼は、皇帝に服する者は必ずしもすべての人民ではなくて、皇帝の支配に服する者のみ

であるとするれば、ましてや都市はその自己の条例を外人に課することはできないとし、C. I. I. の注釈に、後に（二四五）年頃⁽³⁶⁾か「追加 *additio*」⁽³⁷⁾として、つぎのような有名な注釈を付した。その追加注は、「もしボローニア市民がモデナ市において訴えを提起されたときには、彼は彼の服しないモデナ市の条例に従つて裁判されてはならない」と述べる⁽³⁷⁾。すなわち、モデナ市の条例はボローニア市民にたいして法的な拘束力を有しないから、モデナ市の法廷ではボローニア市民はモデナ市の条例ではなく、その出身地ボローニア市の条例の適用を受けるべきである、というのが彼の結論であつた。

かくして条例衝突に関する法学説はこの C. I. I. の注釈のなかで、そしてその際しばしばボローニア市とモデナ市の事例を用いて、しかも外人には法廷地の法は適用されないという消極的な態度を捨て、外人にはいかなる法が適用されるべきかという積極的な態度の上に展開されることとなるのである。

以上に述べたように、法学者は内外法の平等を前提とする条例衝突の問題を解決するために、普遍的な適用を要求する帝国法たるローマ法をその法源として考へた。しかしこの古代のコルプス・ユリスは、中世特有の歴史情況から生まれたこの問題を解決する術を知る由もなく、条例衝突の問題はその予見し得なかつたところであつて、本来そこには典拠とされるべき規定は含まれていなかつたのである⁽³⁹⁾。にもかかわらず、ローマ法を「書かれた理性 *ratio scripta*」とみなして、あらゆる法律問題の解決をそのなかに探究してゆこうとしたイタリアの法学者にとつて、条例の適用範囲の問題の解決も例外ではなく、彼らはいくまでもローマ法に依拠したのであつた。法学者は問題の解決にあつて、このローマ法にしばしば無謀とも思われるような解釈を加えてゆかざるを得なかつたのである⁽⁴⁰⁾。この意味でローマ普通法は、条例衝突に際して適用条例の選択の基準を示す、すなわち適用すべき条例を指定する上位法としての機能を有することとなるのである⁽⁴¹⁾。

こうして中世イタリアの法学者は、ローマ法の解釈を通して条例衝突の解決のための法理論、すなわち、いわゆる「条例衝突理論」を作り上げてゆく。そしてこの「条例衝突理論」は、注釈学者の手によつてその基本的な原則が打ちたてられ、

つぎの注解学者の手によつて理論的に完成していった。しかもそれは、実務との密接な関連のなかで完成されていったのであり、したがつて条例理論の大部分は、法学者による理論の構築であつたばかりではなく、とりわけ早くから法実務のなかで作り上げられてきた規則の、法学者による理論的な仕上げの成果でもあつたのである。⁽⁴²⁾

以下において、条例衝突理論の完成者と考えられているバルトルスの条例衝突理論を概観する。そこにおいては必ずや、彼が、その条例衝突理論を構築するにあつて、彼以前の時代の法実務・法学説が積み重ねてきた遺産を、どのように生かしていつたか、がうかがわれよう。

(1) この時代の法情況に関しては久保正晴「西洋法制史研究——フランク時代におけるゲルマン法とローマ法——」岩波書店、一九五二年、特に二七九頁以下参照。

(2) Bruno Paradisi, Osservazioni sul rapporto storico tra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato : *Id.*, *Civitas Maxima*. Studi di storia del diritto internazionale, I, Firenze, 1974, pp. 772 ss. e 786. 本稿拙稿前掲論文(五)五五—六頁参照。

(3) Cfr. Aldo Checchini, *Pressupposti giuridici dello evoluzione storica dalla «Bartoliana» teoria degli statuti al moderno diritto internazionale privato* : Bartolo da Sassoferrato, I, Milano, 1962, pp. 87 ss.; Francesco Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951. 本稿スルトルスは「一種の市民の協約」(quaedam conventio civium) (Bartolus ad C.3. 13. 2)に於て述べられてゐる。Cfr. Cecil N. Sibley Woolf, *Bartolus of Sassoferrato. His position in the history of medieval political thought*, Cambridge, 1913, p. 148.

(4) Cfr. Paradisi, *op. cit.*, pp. 774 s. e 786.

(5) *Ibid.*, p. 786.

(6) Karl Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, I, München, 1916 (Nachdruck beider Stücke Berlin 1969) pp. 1 ss.; Horst Müller, *Der Grundsatz des wohler-worbenen Rechts in internationalen Privatrecht. Geschichte und Kritik*, Hamburg, 1935, p. 11; Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht*, 4 Aufl., München, 1977, p. 74; Egon Lorenz, *Das Dotalstatut in der italienischen Zivilrechtslehre des 13. bis 16. Jahrhunderts*, Köln Graz, 1965, pp. 2 ss. Paradisi, *op. cit.*, pp. 769 ss.

(7) Neumeyer, *op. cit.*, pp. 1 ss.

(8) *Ibid.*, p. 4.

- (6) Lorenz, op. cit., p. 2.
- (7) Ibid, loc. cit.; Cfr. Paradisi, op. cit., pp. 769 s.
- (8) Neumeyer, op. cit., p. 58. cfr. Paradisi, op. cit., p. 787
- (9) Jacobus de Ravanis (Jacques de Révigny), Repetitio super D. 5.1.1: Edua Maurits Meijer, Études d'histoire du droit international privé, Paris 1967, p. 166. Cfr. Neumeyer, op. cit., pp. 58—9; Willy Onclin, La contribution du Décret de Gratien et de Décrétistes à la solution des conficts des lois : Studia Gratiana, I, 1954, P. 128 ss. *カクニ Cfr. Gl. C. 8, 52(53), 1.
- (10) Neumeyer, op. cit., pp. 58—65.
- (11) Albertus Galeotti, Summa quaestionum seu Margarita, c.24, n. 29 : Neumeyer, op. cit., p. 58, n. 3.
- (12) Ibid, pp. 66—7.
- (13) Codex Chisianus E, M, 218, §46 : Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur ed. G. Haenel, Leibzig 1834, p. 153. Cfr. Horst Kaufmann, Zur Geschichte der international-privatrechtlichen Vorbehaltssklause l von den Glossatoren bis Bartolus : Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Hrg. v. W. Wilhelm, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1972, p. 70 ; Lorenz, op. cit., p. 6 ; Neumeyer, op. cit., p. 67 ; Kegel, op. cit., p. 45.
- (14) Neumeyer, op.cit., p. 68 ; Kegel, op. cit., p.74
- (15) Neumeyer, op. cit., p.68 ; Fritz Schwind, L'influsso di Bartolo sulla evoluzione del diritto internazionale privato : Bartolo da Sassoferrato, I, Milano, 1962, p. 509.
- (16) Kaufmann, op.cit., p. 70.
- (17) Prager Handschrift zu C. 8,52 (53), 1 controversiarum des Museum Regni Bohemici ms. XV. A 10 f.221 a : Neumeyer, op. cit., pp. 70 s.
- (18) Gl. ad C. 8, 52(53), 1. Cfr. Neumeyer, op. cit., pp. 61 s.
- (19) Gl. ad C. 8, 48(49), 1. *カクニ Gl. ad C.8,52(53), 1 ; D.1,3,32, *カクニ Cfr. Neumeyer, op. cit., pp. 61—2.
- (20) *カクニ Cfr. Neumeyer, Das kanonische Recht und die Lehren der Kanonisten in ihrem Einfluß auf die Entwicklung des internationalen Privatrechts(1250—1357): Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 33(1965), pp. 177 ss. ; Neumeyer, op. cit. I, pp. 112 ss. ; Onclin, La contribution, cit., pp. 117 ss.
- (21) Onclin, La contribution, cit., pp. 127 s.
- (22) Simon Bisinianus, Summa, D. M, C.2: Codex Bambergensis, can. 38, p. I, 20, fol. 2, v. col. 2: Onclin, La contribution, cit., p. 128,

- n. 27.
- (35) Summa Bambergensis, an canon 4, D. X. Cfr. K. Neumeyer, op. cit., t. I, p. 112—3, 115; Onclin, La contribution, cit., p.130, n. 37.
- (37) Onclin, La contribution, cit., p. 135.
- (38) Codex Justiniani rec. Paulus Krueger, Berolini, 1877 頁444 C.1,1,1 註《cunctos populos, quos, clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat……》 又 頁445 註《temperamentum》 又 《imperium》 又 頁446 註 頁447 註 頁448 註 頁449 註 頁450 註 頁451 註 頁452 註 頁453 註 頁454 註 頁455 註 頁456 註 頁457 註 頁458 註 頁459 註 頁460 註 頁461 註 頁462 註 頁463 註 頁464 註 頁465 註 頁466 註 頁467 註 頁468 註 頁469 註 頁470 註 頁471 註 頁472 註 頁473 註 頁474 註 頁475 註 頁476 註 頁477 註 頁478 註 頁479 註 頁480 註 頁481 註 頁482 註 頁483 註 頁484 註 頁485 註 頁486 註 頁487 註 頁488 註 頁489 註 頁490 註 頁491 註 頁492 註 頁493 註 頁494 註 頁495 註 頁496 註 頁497 註 頁498 註 頁499 註 頁500 註 頁501 註 頁502 註 頁503 註 頁504 註 頁505 註 頁506 註 頁507 註 頁508 註 頁509 註 頁510 註 頁511 註 頁512 註 頁513 註 頁514 註 頁515 註 頁516 註 頁517 註 頁518 註 頁519 註 頁520 註 頁521 註 頁522 註 頁523 註 頁524 註 頁525 註 頁526 註 頁527 註 頁528 註 頁529 註 頁530 註 頁531 註 頁532 註 頁533 註 頁534 註 頁535 註 頁536 註 頁537 註 頁538 註 頁539 註 頁540 註 頁541 註 頁542 註 頁543 註 頁544 註 頁545 註 頁546 註 頁547 註 頁548 註 頁549 註 頁550 註 頁551 註 頁552 註 頁553 註 頁554 註 頁555 註 頁556 註 頁557 註 頁558 註 頁559 註 頁560 註 頁561 註 頁562 註 頁563 註 頁564 註 頁565 註 頁566 註 頁567 註 頁568 註 頁569 註 頁570 註 頁571 註 頁572 註 頁573 註 頁574 註 頁575 註 頁576 註 頁577 註 頁578 註 頁579 註 頁580 註 頁581 註 頁582 註 頁583 註 頁584 註 頁585 註 頁586 註 頁587 註 頁588 註 頁589 註 頁590 註 頁591 註 頁592 註 頁593 註 頁594 註 頁595 註 頁596 註 頁597 註 頁598 註 頁599 註 頁600 註 頁601 註 頁602 註 頁603 註 頁604 註 頁605 註 頁606 註 頁607 註 頁608 註 頁609 註 頁610 註 頁611 註 頁612 註 頁613 註 頁614 註 頁615 註 頁616 註 頁617 註 頁618 註 頁619 註 頁620 註 頁621 註 頁622 註 頁623 註 頁624 註 頁625 註 頁626 註 頁627 註 頁628 註 頁629 註 頁630 註 頁631 註 頁632 註 頁633 註 頁634 註 頁635 註 頁636 註 頁637 註 頁638 註 頁639 註 頁640 註 頁641 註 頁642 註 頁643 註 頁644 註 頁645 註 頁646 註 頁647 註 頁648 註 頁649 註 頁650 註 頁651 註 頁652 註 頁653 註 頁654 註 頁655 註 頁656 註 頁657 註 頁658 註 頁659 註 頁660 註 頁661 註 頁662 註 頁663 註 頁664 註 頁665 註 頁666 註 頁667 註 頁668 註 頁669 註 頁670 註 頁671 註 頁672 註 頁673 註 頁674 註 頁675 註 頁676 註 頁677 註 頁678 註 頁679 註 頁680 註 頁681 註 頁682 註 頁683 註 頁684 註 頁685 註 頁686 註 頁687 註 頁688 註 頁689 註 頁690 註 頁691 註 頁692 註 頁693 註 頁694 註 頁695 註 頁696 註 頁697 註 頁698 註 頁699 註 頁700 註 頁701 註 頁702 註 頁703 註 頁704 註 頁705 註 頁706 註 頁707 註 頁708 註 頁709 註 頁710 註 頁711 註 頁712 註 頁713 註 頁714 註 頁715 註 頁716 註 頁717 註 頁718 註 頁719 註 頁720 註 頁721 註 頁722 註 頁723 註 頁724 註 頁725 註 頁726 註 頁727 註 頁728 註 頁729 註 頁730 註 頁731 註 頁732 註 頁733 註 頁734 註 頁735 註 頁736 註 頁737 註 頁738 註 頁739 註 頁740 註 頁741 註 頁742 註 頁743 註 頁744 註 頁745 註 頁746 註 頁747 註 頁748 註 頁749 註 頁750 註 頁751 註 頁752 註 頁753 註 頁754 註 頁755 註 頁756 註 頁757 註 頁758 註 頁759 註 頁760 註 頁761 註 頁762 註 頁763 註 頁764 註 頁765 註 頁766 註 頁767 註 頁768 註 頁769 註 頁770 註 頁771 註 頁772 註 頁773 註 頁774 註 頁775 註 頁776 註 頁777 註 頁778 註 頁779 註 頁780 註 頁781 註 頁782 註 頁783 註 頁784 註 頁785 註 頁786 註 頁787 註 頁788 註 頁789 註 頁790 註 頁791 註 頁792 註 頁793 註 頁794 註 頁795 註 頁796 註 頁797 註 頁798 註 頁799 註 頁800 註 頁801 註 頁802 註 頁803 註 頁804 註 頁805 註 頁806 註 頁807 註 頁808 註 頁809 註 頁810 註 頁811 註 頁812 註 頁813 註 頁814 註 頁815 註 頁816 註 頁817 註 頁818 註 頁819 註 頁820 註 頁821 註 頁822 註 頁823 註 頁824 註 頁825 註 頁826 註 頁827 註 頁828 註 頁829 註 頁830 註 頁831 註 頁832 註 頁833 註 頁834 註 頁835 註 頁836 註 頁837 註 頁838 註 頁839 註 頁840 註 頁841 註 頁842 註 頁843 註 頁844 註 頁845 註 頁846 註 頁847 註 頁848 註 頁849 註 頁850 註 頁851 註 頁852 註 頁853 註 頁854 註 頁855 註 頁856 註 頁857 註 頁858 註 頁859 註 頁860 註 頁861 註 頁862 註 頁863 註 頁864 註 頁865 註 頁866 註 頁867 註 頁868 註 頁869 註 頁870 註 頁871 註 頁872 註 頁873 註 頁874 註 頁875 註 頁876 註 頁877 註 頁878 註 頁879 註 頁880 註 頁881 註 頁882 註 頁883 註 頁884 註 頁885 註 頁886 註 頁887 註 頁888 註 頁889 註 頁890 註 頁891 註 頁892 註 頁893 註 頁894 註 頁895 註 頁896 註 頁897 註 頁898 註 頁899 註 頁900 註 頁901 註 頁902 註 頁903 註 頁904 註 頁905 註 頁906 註 頁907 註 頁908 註 頁909 註 頁910 註 頁911 註 頁912 註 頁913 註 頁914 註 頁915 註 頁916 註 頁917 註 頁918 註 頁919 註 頁920 註 頁921 註 頁922 註 頁923 註 頁924 註 頁925 註 頁926 註 頁927 註 頁928 註 頁929 註 頁930 註 頁931 註 頁932 註 頁933 註 頁934 註 頁935 註 頁936 註 頁937 註 頁938 註 頁939 註 頁940 註 頁941 註 頁942 註 頁943 註 頁944 註 頁945 註 頁946 註 頁947 註 頁948 註 頁949 註 頁950 註 頁951 註 頁952 註 頁953 註 頁954 註 頁955 註 頁956 註 頁957 註 頁958 註 頁959 註 頁960 註 頁961 註 頁962 註 頁963 註 頁964 註 頁965 註 頁966 註 頁967 註 頁968 註 頁969 註 頁970 註 頁971 註 頁972 註 頁973 註 頁974 註 頁975 註 頁976 註 頁977 註 頁978 註 頁979 註 頁980 註 頁981 註 頁982 註 頁983 註 頁984 註 頁985 註 頁986 註 頁987 註 頁988 註 頁989 註 頁990 註 頁991 註 頁992 註 頁993 註 頁994 註 頁995 註 頁996 註 頁997 註 頁998 註 頁999 註 頁1000 註
- (39) Gl. ad C. 1,1,1.
- (39) 川上前編卷之三頁° Cfr. Armand Lainé, Introduction au droit international privé, I, Paris, 1888, p. 55.
- (40) Schwind, op. cit., p. 510.
- (41) Giuseppe Barile, Diritto internazionale privato : Enciclopedia del diritto, XI, Milano 1964, p. 1041.
- (42) Paradisi, op. cit., pp. 770 ss.

三

バルトルス⁽¹⁾は C. I. I. の注解⁽²⁾⁽³⁾において、「もしポローニア市民がモデナ市において訴えを提起されたならば、彼は彼の服しないモデナ市の条例に従つて裁判されてはならない」というアックルジウスの注釈から、二つの大きな問題を引き出す。

第一に、「条例〔の効力〕は〔その領域内で〕それ〔＝条例〕に服しない者に及ぶか⁽⁴⁾」という問題、第二に、「その条例の効力は条例制定者の〔支配する〕領域外に及ぶか」という問題である。

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⁽⁵⁾。これによつて条例衝突理論は、その統一的・総合的な理論的指針を得た。バルトルスは、この二つの問題を軸に、問題解決にたいするその優れて鋭敏な洞察力と、それを支える実務的感覚をもつて、さまざまな事項についてその見解——それが、たとえ必ずしも彼の独創にかかるものではないとしても——を展開する。以下にその概要を述べる。

〔I〕 条例の域内的効力について

バルトルスは、この問題を、(A) 契約 (B) 犯罪 (C) 遺言 (D) 契約、犯罪、遺言以外のその他の事項、の四つに区別して論じている。

(A) 契約 contractus に関する条例

「ある外人がこの「ペルーシア」市において締結した契約をめぐつて争いが生じ、訴訟が一方当事者の出身地で進行中で

ある場合に、いずれの地の条例が遵守され、適用されるべきか」を論ずるにあつて、バルトルスは、契約に関する条例もしくは慣習を、(1) 契約の方式と (2) 契約から発生する権利とに関するものに、そしてさらに後者(2)を、(i) 訴訟手続と(ii) 訴訟実体とに関するもの區別する。

バルトルス以前の伝統的な学説では、契約に関しては、訴訟手続と実体とに區別する二分法が一般的であつた。この二分法は、ヤコブス・デ・バルドウィーニ Jacobus de Balduni (一二三五年没) の獨創にかかるといわれる。⁽⁶⁾ 前述のごとく、彼の師アーンゾが一律に法廷地法の適用を主張したのになら、彼は、訴訟手続 *litis ordinatio* と訴訟実体 *litis decisio* とに區別して論ずることを主張し、訴訟手続に関しては D. 22, 5, 3 を引用して、「裁判官の所在する地の慣習」すなわち法廷地法を、訴訟実体に関しては D. 21, 2, 6 を引用して、「契約地 *locus contractus*」の慣習すなわち契約地法の適用を主張した。⁽⁷⁾

この二分法に修正を迫つたのは、フランスの法学者グイレルムス・デ・クネオ *Guillemus de Cuneo* (一二三五年没) であつた。彼は、遺言に関して、後述の人に関する慣習と物に関する慣習の區別に関連させて、「行為の方式 *sollemnitates actus*」にたいする適用法規の問題を論じた。伝統的な学説は、遺言に関する慣習を物に関する慣習と考へて、「物の所在地 *lex rei sitae*」の適用を承認する点で、意見の一致をみていた。これにたいしてグイレルムスは、一方で直接に人に関して規定する慣習のみならず、間接に物に関して規定する慣習をも、人に関する慣習に含め、他方で物に関する慣習を、直接に物に関して規定する慣習に限定するという方法で、人に関する慣習の概念を拡張させた。このようにして彼は、遺言の問題に画期的な解決を与えた。すなわちグイレルムスによれば、遺言の方式に関する慣習は、それが間接的にしか財産について規定してないので、人に関する慣習であり、その結果、遺言がなされた地の慣習が規定する方式にしたがつてなされた遺言によつて、財産の所在地のいかんを問はず、被相続人の財産は、遺言により指定された相続人に相続される。これによ

つて彼は、「場所は行為の方式を支配する *Locus regit formam actus*」という原則を打ちたてたとはいえる。⁽⁸⁾

このグイレルムスの学説は、チーヌスの手を通して直ちにイタリアに伝えられた。チーヌスは、遺言の方式は物の所在地法によるとする、フランスの法学者ヤコブス・デ・ラヴァーニス *Jacobus de Ravanis* (一二九六年没) やペトルス・デ・ペラバルティカ *Petrus de Bellapertica* (一三〇八年没) の見解をすでに受け入れていたが、グイレルムスの「勅法講義 *Lectura Codicis*」の発刊後は、その見解を支持するにいたつた。その後、ライネリウス・デ・フォルヴィオ *Raynerius de Forlivio* (一三五八年没) や、ヤコブス・ブトリガリウス *Jacobus Butrigarius* (一三四八年没) というバルトルスの二人の師も、グイレルムス説を採用した。⁽⁹⁾

しかし、グイレルムス説がイタリアで一般的な承認を得るようになるのは、バルトルスに至つてからである。

バルトルスは、「場所は行為の方式を支配する」という原則を承認はするが、それを人に関する慣習ないし条例の概念の拡張のための手段的な前提としては承認せず、むしろそれを、人に関する条例および物に関する条例と並ぶ第三の類型として、「行為の方式に関する条例」として区別した。この条例は、後に「混合 *mixta* 条例」と呼ばれるが、これは外人にたいしても有効であるという点で、実質的に人に関する条例と異なる。⁽¹⁰⁾

それはさておき、バルトルスは、契約に関する条例もしくは慣習を、三分法に従つて論じる。すなわち、

(1) 契約の方式⁽¹¹⁾——「条例もしくは慣習が契約の方式 *sollemnitates* に関するものであるとき」この場合は「契約地 *Locus contractus* が着目されるべきである (D. 21, 2, 6; C. 6, 32, 2 により)」——すなわち契約地法が適用される。

(2) 契約に関連して発生する権利——「条例もしくは慣習が契約そのものから発生する権利の行使に関する裁判(権)に關するものであるとき」この場合、バルトルスはヤコブス・デ・バルドウィーニの二分法を踏襲し、さらに二つに区別して論じる。

(i) 訴訟手続⁽¹²⁾ 「それが訴訟の遂行(手続)に関わつてゐるときは、裁判官の地 *Locus iudicii* が着目されるべきである(D. 22. 5. 3. § 6 以下)」——すなわち法廷地法が適用される。

(ii) 訴訟実体——「それが訴訟の決定(実体)自体に関わつてゐるとき」は、さらに二つに區別される。

① 契約の性質上生ずる権利⁽¹³⁾ 「契約自体に従つて、その契約の性質上生ずる権利であれば、契約地が着目されるべきである。ただしこの場合、それは契約締結地 *Locus celebrati contractus* であつて、その履行地 *Locus solutionis* ではない。なぜなら土地 *Fundus* はその所在地で引渡されなければならないにもかかわらず、なお契約締結地が着目されるからである(D. 21. 2. 6 以下)。ディヌス *Dinus de Mugello* (一二九九年没)も同意見である(D. 44. 7. 21 以下)。ただしこれは嫁資 *dos* には適用されなかつた(D. 5. 1. 65 以下)」——すなわち契約地法が適用される⁽¹⁴⁾。

② 契約後に生ずる権利⁽¹⁵⁾ 「懈怠 *negligentia* もしくは遅滞 *mora* から生ずる権利である場合、履行地は、i) 特定の地、ii) 原告の選択にかかる数者択一の地、iii) なんら特定しない地(なぜなら約束が一般的になされたがゆえに)、のいずれかである。i) の場合は、この地で有効な慣習であれば、いかなるものでもそれが着目されるべきである(D. 12. 1. 22; D. 13. 3. 4; D. 22. 1. 1. pr. et Gl. 以下)。ii) の場合は、履行の請求のなされる地が着目されるべきである(D. 12. 1. 22; D. 13. 3. 4 以下)。なぜなら、この後二者の場合、そこが懈怠もしくは遅滞のなされた地だからである」——すなわち履行地法が適用される。

以上の点を基礎にして、バルトルスはさらに、1) 嫁資 および 2) 請求する権利 *iura petendi* の問題について検討する。
1) 嫁資⁽¹⁶⁾ について

「子をなさずに妻が死亡した場合に、夫の出身地であるペルーシア市の条例によれば、嫁資の二分の一は夫のものとなるのであるが、嫁資および婚姻の契約が締結されたアッシジ市の条例では、嫁資の三分の一が夫のものとなるとしてい

る場合、いずれの地の条例が適用されるべきであるのか」という問題について、彼は、「それは疑いもなく夫の地の条例である (D. 5, 1, 65 以下)」とする。

最初、ヤコブス・デ・バルドゥイーニは、嫁資の問題は夫婦間の財産関係の問題として、婚姻の契約によつて規律されるべきものであるとして、契約地法の適用を主張した。⁽¹⁷⁾

これにたいしてグイード・デ・スツァリア Guido de Suzaria (一二八五年頃没) は、一二世紀後半にすでに、類 genus と種 species の関係を利用しながら、家族は、婚姻により形成され、しかもこの家族のなかで嫁資が問題となるが、この嫁資および婚姻の契約の問題は特殊な問題であり、それは一般的な問題とはその取扱いを異にすべきであるとする。⁽¹⁸⁾ 彼は、おそらく裁判実務の影響の下に、「未亡人は、嫁資設定行為がなされた地ではなく、夫の住所地で彼女の嫁資を請求すべきである」と規定する D. 5, 1, 65 から、嫁資に関しては婚姻時の夫の住所地法の適用を主張した。⁽¹⁹⁾ バルトルスもまた、嫁資契約については、夫の住所地法の適用を確認したのである。

2) 請求する権利について

「この「ペルージャ」市の条例によれば、債務に関して請求する権利は一〇年の時の経過によつて消滅する」が、「フイレンツェ市民がペルージャ市で弁済する約束で、ローマの裁判所において、「ある物を」一〇〇〔個〕借用した場合、人が一〇年間沈黙していたならば、ペルージャ市の条例が適用されることは疑いない。なぜならそれが懈怠のなされた地であるからである」とバルトルスは言う。

以上の1)、2)の点については、「契約地ではなく法廷地が着目されるべきであるとする D. 13, 4, 2. ff. のアックルツウスの『標準注釈書 (Glossa ordinaria)』(以下Gl.)に反すると言われる」が、これに関して、グイレルムス・デ・クネオは、「契約の文言上発生する事項および当事者の予期している事項については契約地が着目され (D. 21, 2, 6 以下)、予期されていな

い事項(たとえば契約を取消すこと)によって、なにかが生ずる場合のように)については、G. が述べているように、法廷地が着目される(D. 46, 3, 98, § 1に「より」としてその矛盾を解決しようとしているが、それにたいしてバルトルスはつぎのように論じている。

「契約地の慣習が着目されるというのが法原則 *regula iuris* (D. 50, 17, 34に「より」)なのであるから、グイレルムスの見解は納得のゆくものではない。すなわち、私見によれば、請求が契約の時点に、契約そのものから生ずる不利益からの救済のためのものである場合には契約地が着目され、また、たとえば遅滞のような他のなんらかの懈怠から契約後に生ずる不利益からの救済のためのものである場合には、その遅滞のなされた地が着目されるのであつて、それが法廷地であるならば、法廷地が着目されるのである。前記の G. は、そのような意味においてであれば正当であるが、そうでないならば誤りといわなければならない」。

(B) 犯罪 *delictum* に関する条例⁽²⁰⁾

ここで論じられる問題は、「犯罪が、ここ「ペルーシア市」で外人によつて行なわれた場合、その者はその犯罪の行なわれたこの「ペルーシア」市の条例によつて処罰され得るか」という問題であり、「これはチヌスによつても論じられている(C. 1, 1, 1: C. 8, 53, 1)が、それはより広義に解さねばならない」とバルトルスは言う。ヤコブス・デ・ラヴァーニスやペトルス・デ・ペラペルティカといったバルトルス以前の法学者においては、犯罪と契約とは共に「行為」であるという点で同一の性質をもつものとして考えられ、それゆえに両方ともに行為地法 *lex loci actus* の適用が主張されていた⁽²¹⁾。

これにたいしては、バルトルスと同時代のアルベリクス・デ・ロサーテ *Albericus de Rosate* (一三五四年没)とヨハネス・フアーベル *Johannes Faber* (一四世紀初頃没)は、「外人は条例の不知を理由に行為地法の適用を免れうる」と反論し、とく

に後者は、この場合、その条例の不知が過度でないとき以外は、普通法が適用される、と主張した。⁽²²⁾

この問題についてバルトルスは、「この「ペルージャ」市で行なわれた行為がこの「ペルージャ」市の条例および慣習の下で処罰し得る場合に、その犯罪が普通法の下でも犯罪であるかどうか、という視点から把握しなければならない」と述べ、二つに区別して論ずる。

(1) 条例の下でも、普通法の下でも犯罪である場合

この場合には、「その都市の条例および慣習によつて〔外人を〕処罰できる (C. 3, 15, 2 et Auth. D. 47, 11, 9; Extravaganes 5, 39, 21 et d. により)」。そして「ディヌス (D. 48, 2, 7, § 5 により)」、ヤコプス・デ・アリーナ Jacobus de Arena (一二九六年以降没) 他すべての博士たちも同意見である」とバルトルスはいう。ここでは「場所は行為を支配する」の原則にしたがつて、条例が適用されるのである。なぜなら、特別法たる条例にたいして優越的地位を与えられている共通法たる普通法を知っているということが、当然の前提とされているからである。⁽²³⁾ 法実務も同様であつた。一二五四年のヴェネトの条例は、ある行為が、自然法、普通法あるいは武器携行許可に関する特別規定によつて禁止されている場合はつねに、普通法を知つているということ为前提として、外人にたいして不知の抗弁を否定する。⁽²⁴⁾

(2) 条例の下では犯罪であるが、普通法の下では犯罪でない場合

この場合は、さらに二つに区別して論じられる。

(i) 「その外人が、その条例もしくは慣習を知つていたはずであると考えられるだけ十分長い期間、その地に滞在していた場合は、それ〔ii 条例もしくは慣習〕によつて処罰することができる (C. 3, 15, 2 等により)」。

(ii) 1)、「その者が、それほど長い期間その地に滞在していなかつた場合は、その行為があらゆる都市において、もしくはその地方全域において禁止されていた行為であるときには、その者は、条例もしくは慣習の不知を理由に処罰を免れ

することはできず、その条例もしくは慣習によつて処罰される(D. 39.4.16. § 5 により)。たとえば、穀物は域外に持ち出してはならないという内容の条例は、イタリア全土であまねく、穀物の域外への持ち出しが禁止されているので、それにあたる」という。⁽²⁶⁾

ロ、さらに、「それがこのように一律に禁止されているわけであれば、その者が実際にそれを知っている場合以外には、その条例に拘束されない(D. 50.9.6 により)」。そして「今日、この点に関する原典が存在しており、そこでは、不知の者は、その不知が不注意で怠惰によるのではないかぎり、「判決に」拘束されない、と定めている (Sext. 1.2.2)」と述べ、バルトルスはカノン法を例に引いている。

バルトルスにおいては、まだ刑法の絶対的な属地主義の考え方は確立していない。

(C) 遺言 testamentum に関する条例⁽²⁶⁾

「遺言は二人もしくは三人の証人の面前で有効になされ得るといふ条例もしくは慣習がヴェネツィアにあり、「これが、それより多数の証人を要求している普通法に反している場合において」、ヴェネツィアを訪れていた者〔「外人」〕が、「そのヴェネツィアの条例にしたがつて」遺言をなした場合、それは有効であるか」を論ずるにあつて、バルトルスはそれを二つの視点から考えてゆく。まず第一に、「普通法に反する」そのような条例もしくは慣習そのものが有効であるのか」という問題、さらに第二に、「それ〔「条例」〕が有効であるとすれば、それを外人に適用し得るのか」という問題がそれである。つぎにその論ずるところを要約してみよう。

(1) 普通法に反する条例もしくは慣習の有効性の問題⁽²⁷⁾

ヤコブス・デ・アレーナは、この問題をつぎのように論じている。イ)「この慣習が皇帝の同意を得ていない場合には、そ

れは有効ではない。「実際」法律「[ローマ法]」に熟知していない場所でも、少なくとも五人の証人を要するのであるから、明示的にそれは禁止されているのである(C. 6. 23. 31 により)。さらにその慣習は悪くかつ無分別なものであるともいえる。なぜなら七人の証人という要求が広まってきたのは、遺言の偽造を危惧した結果であり(C. 6. 23. 29 ; C. 6. 42. 32 により)、「二人または三人の証人で足りるといふ」、その「ヴェネツィアの」慣習にしたがうことは、遺言の偽造を行ないやすくすることになる」(C. 6. 40. 2 ; D. 2. 13. 1, § 6 により)、「悪い慣習にはしたがうべきではないのである (Authentica 9, 17, 1 により)」。D 「他方その慣習が皇帝の同意を得ている場合には、それは有効である」。その場合、皇帝がそれを創設したことになるからであり (D. 3. 2. 13, § 1 ; D. 19. 2. 60, § 6 ; D. 14. 1. 1, § 5 により)、「何人もこの特権の付与という皇帝の好意を否定するものではない (C. 6. 23. 9)」。このような特権はこの種の慣習によつて付与され得るものなのである (Gratian. C. 9. 3. 8, Gratian. D. 65. 6 により)。条例が、このように皇帝法である普通法に反するときは無効である、というのが伝統的な見解であつた。

このヤコブスの見解にたいして、バルトルスは、以下つぎのように反論する。

「条例や慣習は、皇帝がそれについてまったく不知であつても有効である。なぜなら、遺言の検認が文書による遺言を有効なものとするのに必要なことであるにもかかわらず (C. 6. 23. 2 ; D. 29. 3. 7 により)、『その方式が条例および慣習によつて緩和され、変化してきたのと同様に、証人についての方式もそのように〔緩和されるように〕なつてきたからである (C. 6. 23. 2 により)』。さらに⁽²⁸⁾、「普通法上」父はその子を二人の証人として遺言をなし得る (C. 6. 23. 21, § 3 ; C. 3. 36. 26 により) が、それと同様に、人の本国は、その権力の基礎を父権 *potestas patria* と同様の基礎の上に置いているのであるから、それに服する者についてなんらかの規定をなすことができる (D. 1. 1. 2 ; D. 49. 15. 19, § 7 により)。そのような条例が禁止されているとは考えられず、それゆえ許可されているといふべきであらう (D. 1. 1. 9 により)。五人より少ない証人による遺言の禁止 (C. 6. 23. 31 により) は、このことに反するものではない。なぜならそれは、将来の慣習を禁止するというよりも、むしろ既

存の慣習を制限しているものだからであり、これはチーヌスの見解のようである(C. 4. 38. 14 により)。ここにいう条例もしくは慣習が、無分別であるなどということは馬鹿げた議論であつて、かえつてそれは、戦地にいる兵士が遺言をなす場合、仕事を休んで証人となる場合などを考えると、遺言者、証人としてのそれぞれの立場からも、利益的で有益なよいものといふことができよう(D. 29. 3. 1 により)。以上のように、バルトルスは、普通法に反する条例も有効であると考える。

(2) 遺言に関する条例の外人にたいする適用の可否の問題⁽²⁹⁾

(i) 方式の緩和——バルトルスによれば、「ヤコブスはこの種の慣習は外人には及ばない(C. 6. 23. 9; D. 49. 14. 32 により)」とし、その理由として、「農民は五人の証人の面前で遺言をなすことを許されているが、このような許可は、いずれもその地に滞在している都市民にはなされていないのである」(C. 6. 23. 31; D. 29. 7. 8. § 2 により)、また条例は都市の特有法と呼ばれているのであるとすれば(D. 1. 1. 6)、それは外人には及ばないという結果になるからである」とする。

これにたいして、バルトルスはつぎのように反論する。

「条例が文言上その都市民に限定されている場合には、それは外人には及ばない」。なぜなら普通法は、農民にとくに許可を限定するのであつて(C. 6. 23. 31; D. 29. 7. 8. § 2 により)、それゆえそれはすべての者には適用することができるからである。条例が、一般的かつ不確定的に定めている場合には、それはそこで遺言をなす外人に及ぶと考えるべきである(C. 6. 32. 2 以下)」。

(ii) 能力の制限もしくはその緩和——彼はさらに、「父権を免除されていない子も遺言をなすことができる」というように、「条例が人の能力に関するものである場合に、父権を免除されていない外人の子が、その条例のある都市で遺言をなしたならば、それは有効であるか」という問題を提起し、それについてはつぎのように答える。

「条例はそれに服しない者に能力を付与することもできず、あるいはその者の能力に関して定めることも決してでき

ないという理由で、それは有効ではないと考える (D. 26. 5. 1, § 2; D. 26. 1. 10 により)。これは、方式についてすでに述べた見解と矛盾するものではない。なぜなら、行為の方式は、ある者の領域内で行為がなされる場合に、その者の裁判管轄権に属しており、それゆえ、その方式はそれぞれの地によって異なるからである (D. 22. 5. 3, § 6; C. 6. 32. 2 により)。しかし、人の能力はいずれの地においても同一であり、何人も自己に服しない者の能力を扱うことはできない。それにして、普通法上、子はいかなる地においても父権を免除されることができ (C. 8. 48. 1 により)、それゆえその能力は、条例の手續に従つてそれに服しない者にも付与されることができ、ここに述べたことと矛盾するのであるが、この点については、条例は、能力を付与することができないがゆえに、能力を直接に付与するのではなく、父権免除は、これこれの裁判官の面前で宣告せられるべきであるというような、父権免除がそこでなされるための付与に関する手續と方式とを定めているのであるというのがその答である。したがつてそれは、方式に関するものであるがゆえに、外人に及ぶということになる。夫はその妻を相続人に指定することができないと定めるペルージャ市の場合のように、条例が人の能力を制限している場合において、外人がこのペルージャ市で遺言をなすならば、彼がその妻を相続人に指定することを妨げないとされることについて疑いを抱かないのは、このような理由によるのであり、これは、「カノン法学者」ドゥランティス *Guilelmus Durantis* (一二三七—一二九六年) の見解である (*Durantis, Speculum iuris, tit. de sententia & qualiter, vers. item pone, quidam.*)」。

(D) 契約、犯罪、遺言以外の他の事項⁽³¹⁾

ある外人がペルージャ市に家屋を所有していて、彼がその家屋高さを、さらに高くすることについて争いが生じた場合、すなわち彼は、家屋を高くし得るかについて、バルトルスはきわめて簡略に答える。

「問題が財産そのものから発生する権利である場合はつねに、その財産の所在する地の慣習又は条例を遵守すべきである」(C. 8, 10, 3 ; D. 8, 4, 13, § 1 2-4-6)。

〔Ⅱ〕 条例の域外的効力⁽³²⁾

バルトルスは、条例の域外的効力の問題については、三つの場合に區別して検証しなければならないとする。すなわち彼は、条例を、(A)禁止的 prohibitoria 条例 (B)許可的 permissiva 条例 (C)刑罰的 prohibitiva 条例の三種類に區別して、そのそれぞれの内容を詳細に検討してゆくのである。

(A) 禁止的条例

禁止的条例は、刑事的理由からではなく、他の政策的理由から、あることを禁止する内容を定めているものである。バルトルスは、これを、その内容から、さらに三つに區別して論ずる。

(1) 特定の行為の方式に関するもの——「条例が、ある特定の行為について一定の方式を要求しているために、禁止的であると考えられるもので、たとえば、遺言もしくは証書作成は二人の公証人の面前で、あるいは他のなんらかの方式にしたがつてのみなされるべしと規定される場合であり、この場合、このような条例「の効力」は、条例制定者の領域外には及ばない。なぜなら、方式の問題に関しては、すでに「〔I〕で」見てきたように、契約についても、遺言についても、つねに行為地が着目されなければならないからである」。したがつて、特定の行為の方式に関する禁止的条例の効力は、域外には及ばない。

(2) 物に関するもの——「条例が、物〔＝財産〕に関してなんらかの禁止をしているもので、たとえば、共有物の持分の譲渡は、いかなる地において、他の共有者以外にはなし得ないとするような場合であり、この場合、このような物に関する取

引がなされても、それは有効ではない。なぜなら、そのような規定は、物に影響を及ぼし、かつその共有権の移転を妨げるからである(D. 2, 8, pr.; C. 5, 33, 1.; C. 5, 13, 1, § 15; nota in C. 4, 6, 3.; C. 8, 10, 3に於て)。したがつて、物に関する禁止的条例の効力は、域外に及ぶ⁽³³⁾。

(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」で、バルトルスは、グイレルムス・デ・クネオに倣つて、⁽³⁴⁾これをさらに、(i) 利益的 favorable 条例 と (ii) 不利益的 odiosus 条例 の二つに區別して論ずる。

(i) 利益的条例——これは、当事者にとつて利益的な内容のもので、たとえば、「未成年者が遺言をなすときに、他の者によつて欺罔されるのを防止するために、二五歳未満の者は遺言をなし得ないとする条例」、あるいは、「夫と妻が相互に、その一方の愛情を利用して、相手方から財産を奪取したり、詐取したりすることを防止するために、夫は妻に、妻は夫にそれぞれ財産を遺すことができなとする条例」がそれで、「このような禁止的条例は、その都市の市民が、いずれの地に滞在しようとも、その者を支配する」。

「一般的に同じことは、ある者に法廷においてその財産の処分を禁止する無能力者宣告にも妥当する。なぜならこれは、その者に自己の財産を失わせないようにするための、いわば利益的な禁止であるから、その効果は財産がいずれの地に所在しようとも、その地に及ぶのである(C. 1, 1, 1.; D. 45, 1, 6, D. 28, 1, 18.; D. 27, 10, 10に於て)。同じ理由によつて、ある特定な行為についての、この特別な無能力者宣告は「すべての地に及ぶと解すべきである。」すなわち一般的無能力者宣告と特別的無能力者宣告は、同一の基礎の上に置かれているのである(D. 49, 17, 18, pr. および § 1.; D. 26, 7, 51に於て)。したがつて、人に関する禁止的条例のうち、利益的なものは、その効力が域外に及ぶ。

(ii) 不利益的条例——これは、⁽³⁵⁾当事者(あるいは一方の当事者)にとつて不利益的な内容のもので、たとえば、「女子は、相続においては、その持分を主張し得ないとする条例」がそれで、「このような禁止的条例〔の効力〕は、条例制定者

の領域外には及ばない(D. 3. 1. 9により)。そのような条例は、禁止的であつた不利益的な内容のものであるので(C. 6. 28. 4により)……、その条例「の効力」は、その都市以外の他の地に所在する財産には及ばないというわけである(Sex. 5. 11. 16参照)」。不利益的条例の概念は、*in odium eius cui debetur*と定めるD. 12. 6. 40に由来するが、ローマ法学者は、これから、「不利益的条例は嚴格に解釈されるべし」という原則を引き出し、さらに、グイレルムス・デ・クネオがこれを利用して、不利益的条例の域外的効力を否定した。バルトルスは、このフランスの法学者の法学説を継承しながらも、さらにD. 3. 1. 9を援用することによつて、これを確固たる原則に高めたのである。⁽³⁶⁾おそらくは、家族の財産の分散を防止するために女子に相続権を認めない、というような不利益的条例は、もつばらある特殊な法秩序の特別的利益に奉仕するものであつて、それは女子の保護を追求する普遍的な法秩序の一般的利益に照らして合理性に乏しい、とバルトルスは考えたのであろうか。したがつて、人に關する禁止的条例のうち、不利益的なものは、その効力が域外に及ばない。⁽³⁷⁾

(B) 許可的条例⁽³⁸⁾

許可的条例とは、ある行為や事項について許可を与えているもので、バルトルスは、これに關連して二つの問題が検証されなければならないとする。すなわち、第一の問題として、「許可された行為は、許可した者の領域外でなされ得るか」、またさらに、第二の問題として、「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」という問題であり、彼は、さまざまな事例を挙げ、この二つの問題を關連させながら論じてゆく。以下にその論ずるところを見てみよう。

(1) 公証人としての行為——(i)「条例は時に、特権によつて、とくに付与されるものを除いて、本来は何人の権限のうちに

も存し得ないものを付与し、許可することがある。たとえば、ある都市の条例の下で、ある者が公証人に指定された場合、その者はその都市の領域外で証書を作成し得るであろうか。これは、ドゥランティスの論ずるところである (*Speculum iuris, tit. de instrumentorum editione § restat. ver quid de his*)。私見によれば、その者は、領域外ではそれをなし得ないのであり、それは、領域内でのみなされ得る類似の事項についても同様である。なぜなら、非訟事件の裁判権に属する行為については、その非訟事件の裁判権が、皇帝より下位にある者によつて付与された場合はつねに、その領域外では行なわれ得ないからである (D. 1. 16. 2; *Sext. 2. 2. 12* 以下)。

(ii) 「しかしながら、⁽⁴⁰⁾ 領域内でそのような公証人によつて作成された証書は、領域外のすべての地で十分な信頼を有するべきであり、それゆえに、ある都市法によつて裁判権を有する者の面前でなされた子の父権免除も、すべての地で確認されるべきとされるのである (C. 8. 48. 1 以下)。これは後に述べるように、それが、行為に関するものではなく、方式に関するものであるからである」。

(2) 「条例は、ときに、条例が普通法によつて「すでに」許可されていることを許可し、しかもその場合に、普通法上における障害を除去しているという意味で許可的であることがある」。これには、(i) その障害の除去が方式に関するものである場合 と (ii) 人の能力に関する場合 とがあり、その各々の内容はつぎのとおりである。

(i) 方式の緩和——「障害の除去が方式に関するものである場合、たとえば、普通法によれば、遺言のためには七人の証人を要するとされているところで、条例は四人で足りると定めているような場合、その条例は有効であるか、という点に関しては、たしかに有効であると考えられる。「このような条例は、領域外の市民にはなんらの利益もない。なぜなら、方式に関しては、すでに述べたように、行為地が着目されるべきであるからである」⁽⁴¹⁾。しかしながら、領域内でなされる遺言が、領域外に所在する財産に関するも尊重されるべきであるか、については疑問がある。この点について

は、ドゥランティスの引用する、ウベルトゥス・デ・ボビオ Hubertus de Bobbio (一二四五年以前没) およびアルプスの向こう側のフランスの他の老博士達が様々に論じているが (Speculum iuris, de instr. edit. 8 compendiose, ver. quid si de consuetudine)、その結論は出されていない。ヤコブス・デ・ラヴァーニスは、これについて、『指定相続人は、領域内の財産を取得すべきであり、領域外の財産は、遺言なくして死亡した場合における相続人によつて取得されるべきである (D.26.5.27; D.26.7.47, §2以下)』と主張し、さらに、『その場合において、遺言者が、一部は遺言し、一部は遺言せずに死亡しても、これに矛盾するものではない (D.50.17.1により)。なぜなら、それはさまざまな慣習の存する結果なのであつて、さまざまな財産の存することからくる状況と同じことになるからである (D.1.7.22により)』とする。チヌスは、かつてこの見解に賛成していた (C.1.1により)。

後に⁽⁴²⁾、グイレルムス・デ・クネオは、『遺言はなんらの区別なく有効であり、またそれは、たとえ領域外のものであつても、すべての地に所在する財産に及ぶ』と主張した (C.1.1により)。その理由として彼はまず、『条例の効力が遺言の上に及び、遺言はそれがなされたときに有効であれば、この遺言を通して、その条例「の効力」がすべての財産に及ぶということは、いわば必然的な結果であつて、条例は、財産に直接的に関与するわけではないが、結果的に関与することができる (D.26.4.3, pr.: I.1.16以下)』と述べ、さらに、『たとえば、訴えが、争われている土地の所在地以外の他の地でも、正当に提起され得ると同様に、財産はその所在地以外の他の地でも扱われ得るし (C.7.33.12により)、また、ある裁判所の記録は、他の裁判所の面前においても、十分な信頼を与えられる (C.2.1.2; C.7.42.15および19; C.4.20.20; C.2.55.5により)。そして遺言が、それほど方式が要求されていないある裁判所の面前でなされる場合には、その遺言によつて相続は開始されるのであつて、その開始された相続は、すべての地で有効なのである (C.6.23.19により)』と主張する。チヌスは、後にはこの見解に改めたのであり、ヤコブス・ブトゥリガリウスも同様の見解であつた (C.6.23.

9: C.6.22.224c)』。

グイレルムスの見解は、その理由の一部を除いて妥当と思われる。「さらに加えて(C.6.23.3)により、五人の証人の面前で、田舎においてなされた遺言は、他の地ではより厳格な方式が要求されていても、すべての地で効力を有するし、同様に軍務中に戦地でなされた遺言の効力も、すべての地に及ぶ。そして、問題となつている行為の方式に関しては、その地方慣習が着目されるのであるが(D.25.4.1.85以下)、それが支持されるべきである。賛成しかねる一部の理由とは、グイレルムスが最初に挙げているものであるが、それについては、つぎのように考えられる。これによれば、直接に認められていないことが、ときには結果的に認められることがある、すなわち、それは、直接には認められていないことが、その問題の当然の結果である場合であつて、当然の結果でない場合はそうではない(D.34.3.23: D.3.2.4.8.2により)。ディーンヌはこのように注釈する(D.26.8.1以下)。しかしながら、遺言がすべての財産を包括するということは、それが有効であることの当然の結果ではない。すなわち、軍人の場合のように、立法権(法規定)によつて、一部は遺言し、一部は遺言せずに死亡するということが可能とされ得る、というのが事実なのである(D.29.1.6およびD.41.8.1: C.5.9.1以下)』。

(四)人の能力の付与——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、「父権を免除されていない子や、〔普通〕法によつて遺言をなすことを禁止されているその他の者に、遺言をなすことを認めている条例」や、「普通法によれば、相続人に指定されることができないとされている庶子が、相続人に指定され得るとする条例がある場合」、そのような条例の有効性については、他で論ずることとし(II(1))、ここでは、「それが有効である」として論を進めてゆく、とバルトルスは述べる。「そのような者が領域外で遺言をなし、もしくはそこで相続人に指定されて相続を開始し得るかという点については、それが非訟事件の裁判権に属する行為に関するものであるとしても、これは、皇帝

より下位の者によつて認められるものであるから、その者は遺言をなし、もしくは相続人に指定されて相続を開始することはできないと考えられる。それは、その認める者の裁判権の「範囲」外では行なわれ得ないのである(D.1.16.2; Authentica 7.1.4により)。都市の裁判所にたいする申立てによる子の準正「の効果」は、子とそれを申し立てる父との間のみ及び、祖父および他の者にたいしては及ばない。それゆえ同様に、いま論じている点についても、ある都市の条例によつてなされる能力の付与は、それを付与する都市の領域内以外では、効果を有しないのである。

しかし、この点については、きわめて困難な問題が生ずるとバルトルスは言う⁽⁴⁵⁾。すなわち、「このようにして能力を付与された者が、その都市の領域内で遺言をし、もしくはそこで相続人に指定されて相続を開始する場合、この遺言もしくは相続開始の効果は、他の都市に所在する財産に及ぶであろうか。それは、方式について定める条例の問題に關し示された理由により、その財産に及ぶというべきである。さらに同様の効果に關するものとして(C.8.48.1により)、『ある地でなされた父権免除は、公証人の能力について述べた見解によれば、すべての地にその効果が及ぶし、また、ある裁判所によつてなされた判決は、他の領域の裁判所によつて他の地に所在する財産についても執行される(D.5.1.45.81; D.42.1.15; C.3.1.13, 83により)。そして遺言は、『それが判決ともいえるがゆえに(D.28.1により)、『その効果は』他の地に所在する財産にも及ぶべきである』。

しかし⁽⁴⁶⁾、「それが及ばないとすべき理由もある(D.26.5.27; D.27.1.10, 84により)。一般的な規定は、『それを定める者の「支配する」領域内に所在する財産についてのみ言及しているものとされるべきであり(D.42.5.12.81; Authentica 7.1.4により)』。同様に(Extravagantes 4.17.13により)、『教皇によつてなされた能力付与「の効果」は、『グイレルムスと現代の諸博士による注釈によれば、皇帝の「支配する」領域内に含まれる相続および他の世俗的事項といった、教皇の裁判権に服しないものには及ばない』。

バルトルスは、この問題をさらに詳細に検討する。

「答は否である。なぜなら、行為の方式に関する規定と、行為をなす能力の付与に関する規定は、別ものであるというのである。その理由は、場所の相違に従つて、方式の程度についての根拠も変わるといふことであつて、たとえば軍人の遺言を例にとれば、軍務に専念する結果は、ほとんどの人を証人として利用し得ないといふことになるので、証人は要求されておらず、これが、その場合には、ほとんど証人を要しないといふことを、条例が規定している根拠である。ある都市においては、他の都市におけるよりも、法の定める証人適格者の数が多いといふことはあり得ることであつて、それがゆえに条例は異なるわけである。方式の程度についての根拠は、このようなところにあるのであり、それが、市民の遺言についてと同様、外人の遺言についてもその条例を適用し得る理由である。そしてまた、それが、法律が方式に関するかぎり、その効果はすべての地に及ぶといふことを定めた理由なのである。このために他の都市にたいして不利益を及ぼすことはない。なぜなら、同様の行為が、その方式によらなくても、すべての地でなされ得るからである」。

しかし、「後者の行為をなす能力の付与に関する規定の問題についてみた場合、このような規定は、方式に関して述べたような性質のものではない。すなわちそれが、条例制定者に属していないかぎりには能力を付与し得ず、他の条例制定者に不利益を及ぼすことになるがゆえに、それはその都市の領域外には及ばないといふ理由である。「子はいかなる地においても父権を免除され得る」といふことは(C.3.48.1により)、これと矛盾するものではなく、また同様に、すでに述べた公証人についての見解も、これと矛盾しない。なぜなら、ここでは条例は、直接的に行為を扱っているわけではなく、行為の方式のみを扱っているからである。といふのは、条例が子を父権免除するのではなく(父権免除する条例であれば、それは外人には及ばない)、条例に定められた方式によつて、父が子を父権免除するのであるから。それは公

証人についても同様であり、これは、彼は彼自身が行為に関与しているのではなく、他の人によつてなされる行為の方式に関与するからであつて、方式について述べたことが、ここにおいても妥当する。判決について述べたことは、これと矛盾するものではない。なぜなら、そこでは裁判官は、すでに基礎づけられ、形成された諸権利、たとえば、現存の債務を理由として、かなりの債務を負う被告をいずれの地においても拘束する、一方当事者敗訴の判決を下す場合のよりに、いたる所で人に伴う諸権利を扱っているからである。それが他の裁判官に執行が委ねられ得る理由であるが、裁判官自身が、その領域内での判決によつて、新たに権利を創造するときには、判決は領域外には及ばない。

つぎに、バルトルスは、相続財産の配分の問題に関して、有名な、人に関する法と物に関する法の区別を論ずる。

(3) 相続財産の配分の問題——「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」という問題に関して学説は対立するが、「ヤコブス・デ・ラヴァーニス〔C.1.1.1により〕およびグイレルムス・デ・クネオ〔C.1.1.1により〕は、イギリスに所在する財産については、イギリスの慣習にしたがつて裁判されるが、イタリアに所在する他の財産については、すべての兄弟間で分配することができるよう、普通法にしたがうべきであると主張する (D.26.5.27により)。その地に所在する財産について、特定の方式が定められているということは、それがすべての地に及ぶということの理由とはならない (C.10.1.4; D.50.1.24により)。チーヌスは同様の見解であつた (C.1.1.1により)」。これにたいして、「他の博士達は、契約の問題について契約地が着目されると同様に、相続については準契約の締結される地と同様に考えて (D.42.4.3により)、その相続の開始地が着目されるべきであると主張している (D.21.2.6; D.50.17.34により)」。

つぎに、バルトルスは自説を展開するが、彼によれば、このような問題を考察する場合に大切なことは、「条例もしくは慣習の文言が、注意深く吟味されなければならないということである」と言う。彼はこう述べた後、『故人の財産は長子に

婦すべきである』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には、その物に財産の所在する地の慣習と条例とにしたがつて、すべての物に財産に関する裁判がなされるべきである。なぜなら法は、その物に財産が市民のものである、そこを訪れている市民以外の者のものであれ、物に財産を扱っているからである(D. 50. 4. 6. 88; C. 8. 10. 3により)。他方、『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は、故人がイギリス人であつたか否か、に区別して考えなければならない。その者が、イギリスに財産を所有していたにもかかわらず、イギリス人ではなかつた場合には、その条例は彼とその子には及ばない。なぜなら、人に関する規定は、すでに述べたように、外人には及ばないからである。そして、その者がイギリス人であつた場合には、長子はそのイギリスに所在する財産を相続するが、他の地に所在する財産については、すでに述べた博士達の主張するように、普通法にしたがつて相続すると考えるべきである。なぜなら、その場合その条例は、長子以外の子から相続権を奪う、いわば不利益な条例とみなすことができるからであり、それゆえに、その条例は、すでに述べたように、他の地に所在する財産には及ばないし、またそれは、他の箇所ではやはりすでに述べたように、長子以外の子に相続の可能性を与えている普通法上の障害、すなわち、長子の側からみた障害をそれが除去しているという意味で、許可的な条例とみなすこともできるからであつて、その場合も同じ結果となる(D. 18. 1. 81 § 3 *in fine*)。

相続開始地に着目すべきであるとする見解については、そこは、相続財産が承継された地であるという以外には、通常あまり関連性がなく、それほど重要な地ではないと考えられるので、この見解は妥当ではない。

(C) (1) 刑罰的条例 *statuta puniaria* ⁽⁴⁹⁾

「刑罰的条例の効力は域外に及ぶか」という問題については、バルトルス以前には二つの見解が対立していた。オドフレ

ードゥス Odofredus (一二六五年没) やアルベルトゥス・デ・ガンディーノ Albertus de Gandino (一四世紀初没) らの伝統的見解は、犯罪は普通法または犯罪行為地の条例に従つて処罰されるべきであると主張する。これにたいしてチヌスは、刑法の属人性の概念をはじめて導入し、他都市で犯罪を犯し、後に自己の都市において裁判に付された市民は、本国たる自己の都市の条例にしたがつて罰せられ得るとし、条例の域外的効力を認めた。

バルトルスはこの二つの見解の調和をはかる。彼は、この問題の考察のためには、「条例の文言を注意深く吟味しなければならぬ」とし、三つの場合に区別して論じる。

第一に、条例が、領域外で犯罪を犯した市民にたいし、都市はその下で訴訟を行ない、その者に刑罰を科すことができるというように、その域外的効力を「明示的」に定めている場合は、このような条例は有効であり、条例の効力は域外に及ぶ。「なぜならその者の本国であるという理由で、都市はいかなる地域であれ、その犯された犯罪にたいして刑罰を科すことができる (C.3.15.1により)。したがつてこのような犯罪は、その市民の本国の都市の裁判管轄権に属するがゆえに、都市はそのような条例を制定できる (D.50.9.6, C.4.42.2, C.4.63.4により)」。

第二に、「犯罪が域内でなされた場合というように、条例が制限的に規定している場合には、条例の効力は、域外でなされた犯罪には及ばない。つまり条例の効力はその域外には及ばない。

第三に、「ペルージア市当局はいかなる殺人事件をも審理し得る」と規定するペルージア市条例のように、条例が明示的ではないが「一般的に」規定している場合、条例の効力は域外に及ぶか。この問題については、さらに訴訟手続と刑罰の二つの問題に区別して論じる。

前者については、「その者の本国たる都市の条例にしたがつて訴訟が遂行され得る。なぜならば、契約について論じたように、訴訟の遂行(手続)に関する条例の効力は、たとえ「犯罪が」域外で行なわれたものであつても、その都市に提起さ

れたあらゆる訴訟事件に及ぶからである」。

後者については、「その者は普通法または犯罪が行なわれた地の条例にしたがつて処罰されるべきである。なぜならば、訴訟の決定(実体)に関する条例の効力は、域外でなされた事項には及ばないのであつて、契約や犯罪について論じたように、行為地が着目されるべきだからである」。

(2) 刑事判決⁽⁵⁰⁾

条例衝突理論の最後の問題として、バルトルスは、「刑事判決の効果はその判決を下した裁判官の領域外に及ぶか」という問題、すなわち刑事判決の域外的効力の問題を検討する。彼の見解は、この問題が国際関係の問題と密接に関連するため、きわめて複雑になつていたので、ここでは要約にとどめる。

バルトルスは、刑事判決の効果について、人に関する刑罰と財産に関する刑罰に区別して論じる。

ある者が、破廉恥 infamia 刑、奴隷 servus 刑、破門 excommunicatio 刑等の、人の身分関係に変更をもたらす判決を宣告された場合のような、「人に関する刑罰」の判決の効果は、「癩病が癩病患者につきまとうように」、その人につきまとうてゆく。つまり、人に関する刑事判決の域外的効力を認める。

ある者がある都市で財産没収刑の判決を宣告された場合のような、「財産に関する刑罰」の判決についてはさらに二つに区別する。判決が普通法に基づく場合には、その判決の効果は、財産がどこに所在しようと、あらゆる財産に、したがつて域外の財産にも及ぶ。それゆえ、域内の財産のみならず、域外の財産も没収され得る。他方、判決が特別法に基づく場合には、その判決の効果は域外の財産には及ばない。それゆえ、域外の財産の没収は禁止される。しかしこの場合、判決の基礎となつた特別法の規定と同一の特別法が、他の地域にもある場合には、その判決の効果は、域外の財産にも及ぶ。それゆえ、域内の財産のみならず、域外の財産も没収され得る。

- (1) バルトルスはついでに、さしあたり佐々木有司「中世イタリヤにおける普通法(ius commune)の研究——バルトルス・オ・サクソフエラートを中心として——」(例言)法学協会雑誌第八四巻一号—第八五巻八号参照。
- (2) 本稿では、バルトルスのC.1.1.1の注解の底本として Bartoli a Saxoferrato, In primam Codicis Partem, Venetiis MDXCVI (慶應義塾大学所蔵)を使用した。補充的は Bartolus a Saxo Ferrato, In primam Codicis Partem, Venetiis apud Iuntas MDLXXVII (ローン大学所蔵および同MDLXXX(ハレム大学所蔵)を参照した。なお、同箇所に引くバルトルスの注解については、その複製版がある。一つはハーゼル版(一五八九年) (Savigny's Conflicts of Laws (translated by Guthrie) 2ed., 1880, p.433) 一つはケルン版(一五十四年) (F. Meili, Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat- und Strafrecht: Zeitschrift für internationales Privatrecht und Strafrecht IV(1894), pp. 280-269, 340-346, 446-456) である。この複製版の註釋はケルン版に引く。cf. J. A. Clarence Smith, Bartolo on the Conflict of Laws: The American Journal of Legal History, vol. 14 (1970), p. 160. またこの箇所に引く「ユーニ」の翻訳があるが (Joseph Henry Beale, Bartolus on the conflict of laws, Cambridge 1914) 「ユ」はユニであるの誤記である(ユ)と引くことについては、Albert A. Ehrenzweig, Beale's translation of Bartolus: The American Journal of comparative Law, XII (1963), pp. 384-5)。最近「部分」部分の「ユ」を「キ」で誤記した新訳がある(スミス)と云う(Smith, op. cit., pp. 163-183, 247-275)の「ユ」は底本の訂正に利用した。
- (3) Bartolus, ad C.1.1.1, n.13.
- (4) 「キ」は「ユ」である。《utrum statutum porrigitur extra territorium ad non subditos》と云う部分は、キキヌの「追加注 Additiones」に引く。《utrum statutum porrigitur ad non subditos intra territorium》と譯す要である。現在では《extra territorium 域外に》を《intra territorium 域内》と譯す。キキヌはこれを別語として註し、その通例である。これを引く。cf. Kegel, op. cit., p. 77.
- (5) Vincenzo N. Rizzo, Bartolo da Sassoferrato: Annuario di diritto internazionale, 1965, p. 269.
- (6) 二名は、Gl. ad C. 8, 53, 16 《addictio》と記され、その「ユ」は「キ」である。キキヌの見解を引く。cf. Meijers, L'Histoire, cit., p. 595.
- (7) Jacobus de Ravanis, Repertio super D.5.1.1: Meijers, Étude, cit., p. 166.
- (8) Cinius, in I. cunctos populos, n. 5. Cf. Meijers, L'Histoire, cit., p. 601. なお佐藤一義「国際私法と国際民事訴訟法との交錯(一)」法学協会雑誌第九六巻一一号参照。
- (9) Meijers, L'Histoire, cit., p. 601, n. 2.
- (10) Rizzo, op. cit., p. 270, n. 28.
- (11) Bartolus, loc. cit., n. 14.
- (12) Bartolus, loc. cit., n. 15.

- (1) Bartolus, loc. cit., n. 16.
- (2) Bartolus, loc. cit., n. 17.
- (3) Bartolus, loc. cit., n. 18.
- (4) Bartolus, loc. cit., n. 19.
- (5) Rizzo, op. cit., p. 596, n. 2.
- (6) Rizzo, op. cit., p. 272, n. 33.
- (7) Cfr. Meijers, L'Histoire, cit., p. 596, n. 2.
- (8) Bartolus, loc. cit., n. 20.
- (9) Meijers, Études, cit., I, Leyde 1959, Annexe I ; Rizzo, op. cit., p. 36.
- (10) Rizzo, op. cit., p. 273, n. 37 ; Armand Lainé, Introduction au droit international privé, I, Paris 1888, p. 129.
- (11) Rizzo, op. cit., pp. 273—4.
- (12) E. L. Catellani, Storia del diritto internazionale privato e suoi recenti progressi, Torino 1895, vol. I, p. 370.
- (13) バネンヌの時代における裁判物と領土の問題については Anna T. Sheedy, Bartolus on social conditions in the fourteenth century, New York 1942 (reprinted 1967) p. 83 s.

- (14) Bartolus, loc. cit., n. 21.
- (15) Bartolus, loc. cit., n. 22. Cfr. Smith, op. cit. p. 168.
- (16) Bartolus, loc. cit., n. 23.
- (17) Bartolus, loc. cit., n. 24.
- (18) Bartolus, loc. cit., n. 26.
- (19) Bartolus, loc. cit., n. 27.
- (20) Bartolus, loc. cit., n. 32.

(21) Günter Herrmann, Johan Nikolaus Hert und die deutsche Statuenlehre, Berlin, 1963, p. 4 ; Rizzo, op. cit., p. 280, 以下はたゞこの物に關する禁止的条例の効力は、域外に及ばないとする反対説がある(Meijers, L'Histoire, cit., p. 602 ; Gutzwiller, Geschichte, cit., p. 35)「バネンヌの版図に」Aut statutum est prohibitivum inrem et respectu rei, ut quia prohibet dominium rei alienari extra consortes, tunc ubicumque ; fiat dispositio de tali re, non valet. . . . (n. 32)となつてゐるが、反対説は「これは」条例が物に關してならぬかの禁止をしてゐるものでたゞとせば共有物の持分の譲渡は、他の共有者以外にはなし得ないとするような場合であり、この場合、このような物の取引が、いかなる地でなされようとする

よ、このような条例は有効ではなから」と説きようとする (Smith, op. cit., p. 181)。

- (34) Rizzo, op. cit., p. 280.
- (35) Bartolus, loc. cit., n. 33.
- (36) Cfr. Meijers, L' Histoire, cit., p. 603.
- (37) このようなバルトルスの考え方は、国際私法の領域における「公序」の概念に通ずることを指摘する学者の一人 (R. Quadri, Lezioni di diritto internazionale privato, Napoli 1961, pp. 278—9)。
- (38) Bartolus, loc. cit., n. 34.
- (39) Bartolus, loc. cit., n. 35.
- (40) Bartolus, loc. cit., n. 36.
- (41) Smith, op. cit., p. 248.
- (42) Bartolus, loc. cit., n. 37.
- (43) Bartolus, loc. cit., n. 38.
- (44) Bartolus, loc. cit., n. 39.
- (45) Bartolus, loc. cit., n. 40.
- (46) Bartolus, loc. cit., n. 41.
- (47) Bartolus, loc. cit., n. 42.
- (48) Bartolus, loc. cit., n. 43.
- (49) Bartolus, loc. cit., nn. 44—49.
- (50) Bartolus, loc. cit., nn. 50—51.

四

以上で、バルトルスの「条例衝突理論」の全容の素描を終える。彼の学説について、説明はもはや必要ないであろう。エ
ルミニが述べるように、⁽¹⁾バルトルスが、その学問的営為の到達点としたものは、実務の要請に十分に応えるということであ
り、ローマ法原典(コルプス・ユース)がその出発点をなして、かつその推論の支柱をなすものであつて、さらにスコ

ラ学的方法が、彼の新しい理論構成のための道具として用いられた。⁽²⁾ 彼は実務の要請に應えるが、条例衝突の問題を論ずるにあつて、實際生活のなかで起こつた事件をとりあげ、それらの事件それぞれについて、区別とその下位の区別の連鎖からなる区別論（特に完全数の「三」分法は特徴的である）、問と答の討論形式、そして他の法学者との論争形式といつたスコラ学的手法を縦横に駆使しながら、個別的に検討し、それを通して、法伝統と衝平に支えられた、当時の社会に妥当な解決を導き出していつたのである。たしかに、バルトルスは、条例衝突問題を論ずるなかで、ときとして、今日から見ると一般的な法原則と思われるものを提示してはいるが、法学者バルトルスの関心は、条例衝突問題の解決のための一般的な法原則を打ちたてることにあつたのではなく、あくまでも、条例衝突についての實際の問題各々に、個別的に正しい解決を与えることにあつた。⁽³⁾ この意味で、このようにして構築された壮麗な総合的秩序としての彼の条例理論は、まことにみごとなカズイステイクの作り出した芸術作品ともいふべきものであつたといえる。⁽⁴⁾

ところで、バルトルスは、法実務へと指向しながら、あくまでもローマ法原典に依拠してそれに釈義をほどこし、しかも法文の文言のもつニュアンスを微妙に読みとりつ⁽⁵⁾、スコラ学の方法を借りて壮大な条例衝突理論を構築していつたが、彼はその条例衝突理論の創設者というより、総括者であつたように思われる。⁽⁶⁾ 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（フランスの法学者を含めて）によつ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つたが、彼はそれらをその新鮮で鋭い感覚によつて再構成したのである。

たとえば、彼は、人に関する法と物に関する法との区別を用いるが、それはすでに一三世紀のウベルトウス・デ・ボビオやマルティヌス・デ・ファアーノ Martinus de Fano（一二七二年以降没）の手によつてなされて⁽⁷⁾いた。しかし、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が、とくにこれらの概念の内容とその限界について示した、彼の独創的な理解および解釈の仕方

に遺憾なく發揮されているのであり、その代表的な例として、かの有名な「イギリス事件」⁽⁸⁾が挙げられよう。ここで彼は、法理論上、人に関する法はあらゆる地にその効力が及ぶが、物に関する法は物の所在地にその効力が限定されるとし、つぎに人に関する法と物に関する法の区別の基準について語るが、それはまったく驚くべきものである。すなわち、条例が「長子が云々」と規定している場合は、ここでは長子が問題となつてゐるゆえに、人に関する法であり、これにたいして、条例が「財産が云々」と規定している場合には、ここでは財産が問題となつてゐるゆえに、物に関する法であるとする。今日からすると、まったく納得し難いような、このバルトルスの原初的な学説は、たとえ外国法の適用に関する一般的な理論体系を構築したのではなかつたにせよ、それはその最初の試みであつた。⁽¹⁰⁾バルトルスは、条例が物的か人的かの区別については、条例の文言自体の注意深い検討によつて決定しなければならず、と語るが、ここで誤解してならないのは、その彼の真意は、たんなる純粹な表面的字句の検討によつてではなく、法の文言には立法者の意思が宿るといふ考えの下に、あくまでも条例制定者の制定した条例の精神に照らして区別することにあつたといふことである。⁽¹¹⁾

さらに注意すべきは、上述の物に関する条例と人に関する条例の区別は、バルトルスにとつては、問題を解決するため、いくつかの基準の一つにすぎなかつたといふことである。彼は、この区別一つだけで衝突法の問題のすべてを解決しようとは考えていなかつたのである。従来、国際私法学者は、この区別に注目して、イタリアの条例衝突理論を法規分類説と呼んでいたが、これはその一面の真理を突いたものにすぎない。⁽¹²⁾

「裁判権・iusdictio理論」をもつて、普遍的法秩序である帝国にたいする特殊的法秩序である都市の条例制定権を基礎づけたバルトルスにとつて、つぎに解決すべき問題として浮かび上がったのは、都市の立法権はどの範圍にまで及ぶか、という都市の条例制定権の限界の問題であつた。⁽¹³⁾彼はこの問題を、都市の条例制定権の象徴と考えられていた条例の効力の及ぶ

範囲の問題に置き換えた。上述のように、彼はこの問題を、条約はこれを制定した都市の市民に対してのみ有効であり、かつこれを制定した都市の支配領域内でのみ有効であるという、人と場所とに関する適用の制約を前提とした上で、第一に「条例の効力は域内の外人に及ぶか」、そして第二に「条例の効力は域外に及ぶか」という二つの問題を設定することによって、考察しようとした。この彼の問題設定には、特殊の法秩序である都市、しかもバルトルス本人の住むペルーシア市を中心にする、この町から一方通行的に外の世界を見ろという一方主義の発想が見られる。ここには、都市の立法自治の確立という、歴史的事実の息吹きさえ感じられるのである。さらにまた、バルトルスの学説は、特別法たる条例に、普遍主義的機能を付与しているかのようである。ここでは、特殊なものと同普遍的なものが逆転するかのような様相を示す。上述のように、遺言の問題を論ずるときに、帝国の普遍性を主張するバルトルスが普通法に反する条例は有効か、という問題を提起せざるを得ないほどに、彼の時代には、帝国の権威が失墜していたものと考えられる。

以上に見てきたように、我々は、バルトルスの条例衝突理論のなかに、都市立法権間、そしてそれに付随して、都市立法権と帝国立法権の間の対立のダイナミズムのみならず、そこに、中世スコラ学のカズイステイクの大輪の花をも見る事ができるのである。

- (一) Giuseppe Ermini, *Storia della Università di Perugia*, Firenze 1971, pp. 140 ss.
- (二) Bruno Breschi, *Alcune osservazioni sul contributo recato da Bartolo alla teoria degli statuti*: Bartolo da Sassoferrato, cit., I, p. 53.
- (三) Breschi, op. cit., p. 54. なおイタリヤ中世のローマ法学者と実務との密接な関係については、拙稿前掲論文を参照されたい。
- (四) 「中世イタリヤ法学」の思维方法については、さしあたり、佐々木有司「中世ローマ法学」(碧海純一他編「法学史」東大出版会一九七六年)七五頁以下、およびテオドール・フィーヴエック(植松秀雄訳)「トピクと法律学」(木鐸社、一九八〇年)、一〇五頁以下参照。
- (五) Kegel, op. cit., p. 78.
- (六) 「継承者Fortsetzer」への訳者註(Gutzwiller, *Geschichte*, cit., p. 29)° Cfr. F. Surville, *La théorie des statuts d'après Bartole*

et Dumoulin, pp. 5 s. : *Journal du droit international*, Tome 18 (1921).

- (7) Cfr. Neumeyer, *op. cit.*, pp. 33 ss., 88 ss.
- (8) バルトルスの条例衝突理論全体の評述については、cfr. Rizzo, *op. cit.*, pp. 287-291.
- (9) バルトルス以前にフランスの法学者はすでに、フランスとイギリスの例を用いて財産の相続の問題を論じていた (Meijers, *Etudes*, *cit.*, pp. 124 ss.) が、バルトルスはこれをイタリヤとイギリスの例に置き換えて論じた。
- (10) Schwind, *op. cit.*, pp. 511-2.
- (11) Onclin, *La doctrine*, *cit.*, pp. 386-7.
- (12) Breschi, *op. cit.*, pp. 51 ss. ; Rizzo, *op. cit.*, pp. 267-8.
- (13) Rizzo, *op. cit.*, p. 290