



Title	学識的民事訴訟における職権補充（suppletio iudicis）：中世末期の解釈論の変動
Author(s)	水野, 浩二
Citation	北大法学論集, 65(1), 1-36
Issue Date	2014-05-30
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/56129">http://hdl.handle.net/2115/56129</a>
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_vol65no1_1.pdf



[Instructions for use](#)

学識的民事訴訟における職権補充  
(suppletio iudicis)

——中世末期の解釈論の変動——

水野 浩 二

目 次

- 1 問題設定と研究方法
- 2 一二世紀後半から一四世紀前半まで——弁護士との役割分担
- 3 一四世紀半ば以降——職権単体での把握へ

おわりに

## 1 問題設定と研究方法

本稿では西洋中世の学識法的（ローマ・教会法的）訴訟手続における、裁判官の職権に基づく介入のあり方ならびにその変遷を明らかにするために、ローマ法文（C. 210un.）への解釈を検討する。中世学識法学（中世ローマ法学・教会法学）は法文に解説を施すという形で解釈論を展開したのであり、裁判官の職権介入も複数の法文の解説で論じられていた。C. 210un. はその一つで、当事者・弁護士<sup>(1)</sup>の訴訟行為に不十分な点がある際に職権が法・事実について補充すること（*suppletio iudicis*）が扱われ、内容上近代以降の民事訴訟でいう釈明権の行使に含まれるものといえよう。

以下では、職権の作用に着眼する動機を説明した上で、本研究の対象と方法について述べることにしたい。

### 一 民事訴訟における職権の再定位

学識法的民事訴訟については伝統的に当事者主導というイメージが描き出されてきた<sup>(2)</sup>。しかし、職権作用に関する当時の学説についての研究は、そのほとんどは概説的叙述にとどまるとはいえ、一定以上に積極的な介入が裁判官に認められていたことを示している<sup>(3)</sup>。例えば当分野の大家たるクヌート・ヴォルフガング・ネルの最新の概説書は、当事者の主導性を肯定した上で、手続の各段階における職権の積極的介入の可能性を強調し、その手段として裁判官の釈明権

(Fragerecht) に言及する<sup>(4)</sup>。

中世学識法手続を下敷きにした近世についても同様の状況が見てとれる。従来、近世普通法の民事訴訟は弁論主義、一八世紀プロイセンの民事訴訟は職権探知主義として二項対立的に把握されてきた。しかし近年の研究では、普通民法はかなり積極的な職権作用を規定しており、他方プロイセン民法の職権主義は必ずしもプロイセン国家の後見性格(啓蒙専制主義)から説明できるものではなく、弁論主義の基本を維持していたことが強調されるようになって<sup>(5)</sup>いるのである。

このことは、少なくとも前近代の民事訴訟を「当事者主義か職権主義か」という対立軸から評価することには一定の留保が必要であることを示しているといえる<sup>(6)</sup>。今日民事訴訟の基本原理として当事者主義をあげる際の基盤となった弁論主義と職権探知主義の対置は、ようやく一九世紀初め、民事訴訟の理論化の先駆けとなったニコラウス・タデウス・フォン・ゲンナー(一七六四―一八二七)によるものであり、それが一九世紀の自由主義的政治思潮と結びついて強い影響力を持つにいたったものなのである。

中世学識法手続(そして近世普通法手続)の当事者主義的な理解には、一九世紀以降民事訴訟における裁判官と当事者の役割分担を考えるさいに基本原理として位置づけられてきた「当事者主義」や「弁論主義」の過去への投影という側面があり、職権作用を一定程度再定位することが必要なのではないだろうか。中世学識法手続において当事者と裁判官の関係はどのように把握されていたのかという問いかけは、「当事者主義」や「弁論主義」という考え方が、裁判官や当事者のさまざまな側面のいかなる部分を強調しあるいは捨象しているのかを、歴史の側面から明らかにする作業なのである。

## 二 本研究の方法

本稿は、裁判官の補充の「標準テキスト」たる C. 210un. についての中世学識法学の解釈論を検討し、法と事実に対する裁判官の介入の態様とその変遷に光を当ててを旨とする。C. 210un. の解釈論を取り上げた先行研究はいずれも、民事訴訟における裁判官と当事者の関係いかんという問題についてこの解釈論が中・近世に大きな意味を持つていたことを指摘している。

(1) 裁判官の職権行使についての先行研究は、多くの場合今日の民事訴訟の理論的枠組に従った概説・再構成のかたちをとっている。その結果、時系列上の変化や当時の議論においていかなる論点が相互に関連するものとして認識されていたのが明らかでない。

そこで、本研究は C. 210un. という一法文への解説を時系列を追って検討し、当時の人々における認識のあり方に沿った理解を試みたい。漠然と「中世学識法期の特徴」を論じるのではなく時期による変遷を重視し、とりわけ先行研究がなおざりにしてきた中世末期（一四世紀半ば以降）における変動が持つ意義を考察する。また、内容だけでなく叙述の構成も重視する。<sup>(8)</sup>

(2) この時期の C. 210un. 解釈を扱った先行研究は、何れも「法」と「事実」の区別を自明の前提とし、法の補充と事実の補充を切り離しどちらか一方のみを扱ってきた。<sup>(9)</sup> それは今日の民事訴訟において、請求の法的根拠づけなど法的評価については裁判官の判定に委ねられることになっている（法廷は法を知る *iura novit curia*）のに対し、裁判所にかかる事実に基づいて裁いてもらうかは原則当事者が設定する（弁論主義）という扱いになっていることと無縁ではないと思われる。<sup>(10)</sup>

それに対して本研究では、法の補充と事実の補充を一体のものとして取り扱う。これは *Canon* 解釈の叙述の構成に従ったものであるが、本論で取り上げるように内容上の共通性に基づくものでもある。その際、裁判官による法・事実の補充がいかなる基準に基づいて行われると考えられていたのかに注目する。本稿では法と事実の両者に一貫する姿勢が存在した点を重視したい。

本研究はこれらの検討を踏まえ、学識的訴訟における（あるいは民事訴訟法史全体における）当事者と裁判官の關係に新しい光を与えようとするものである。

### 三 検討する史料

本研究では、一二世紀末から一五世紀までの著作を検討する。史料とテキストを時代順に並べると以下のとおりである。

- プラケンティヌス (†1192) 『勅法集集成』 Placentinus, *Summa Codicis*. (Turin 1962)
- アゾ (vor 1190-nach 1220) 『勅法集講義』 Azo, *Lectura super Codice*. (*Corpus glossatorum iuris civilis* III.)
- 『勅法集についての集成』 Azo, *Summa super Codice et Instituitis* (*Corpus glossatorum iuris civilis* II.)
- アックルシウス (1182/85-1263) 『標準注釈』 Accursius, *Glossa ordinaria* (Venedig 1581. 但し法文本文はモムゼン＝クリューガー版による)
- オドフレドウス (一二三世紀初頭ー一二二六五) 『勅法集講義』 Odofredus, *Lectura super Codice I* (*Opera iuridica rario* VI)
- ジャック・ド・レヴィニー (ca.1230/40-1296) 『勅法集講義』 Jacques de Reuigny, *Lectura super Codice*. (*Opera*

## iuridica rariora I)

- ヤコブス・デ・アレナ 『注解』 *Jacobus de Arena. Commentarii in universum ius civile. (Opera iuridica rariora XVII)*  
 ヤコブス・ブトリガリウス 『勅法集講義』 *Jacobus Butrigarius. Lectura super Codice. (Opera iuridica rariora XIII)*  
 チヌス・デ・ピストイア (1270-1336) 『勅法集のこころの注解』 *Cinus. In Codicem. Doctissima commentaria. (Turin 1964)*  
 アルベリクス・デ・ロサテ (ca. 1290-1360) 『勅法集注解 (第一部)』 *Albericus de Rosate. Commentarii in Primam Codicis Partem. (Opera iuridica rariora. XXVII)*  
 バルトルス (1313-1357) 『勅法集第一部のこころ』 *Bartholus. In primam Codicis partem. (Lyon 1581)*  
 バルトロマエウス・デ・サリケト 『勅法集講義』 *Bartholomaeus de Saiceto. Lectura super toto Codice. (Venedig 1483)*  
 バルドゥス (ca.1327-1400) 『勅法集注解 (第一―三部)』 *Baldus. Commentaria omnia. In primum, secundum et tertium codicis librum. (Goldbach 2004)*  
 ラファエル・フルロミウス (1367-1427) 『勅法集注解』 *Raphael Fulgosius. In Iustiniani Codicem Commentarii. (Lyon 1547)*  
 パウルス・デ・カストロ (1360-62-1441) 『勅法集のこころ』 *Paulus de Castro. Super Codice. (1527)*  
 アレクサンデル・デ・イモラ (1423/4-1477) 『勅法集注解 (第一・二部)』 *Alexander de Imola (Tartagnus). Commentaria in I. et II. Codicis partem. (Venedig 1595)*

## 2 一二世紀後半から一四世紀前半まで——弁護士との役割分担

## 一 叙述の構成

一三世紀半ばまで、つまりプラケンティヌスからアックルシウスの標準注釈までの著作では C. 210. un. 解釈の叙述の構成に統一性は見られないが、法の補充が手続進行の段階に沿って取り上げられ、加えて事実の補充の可否について論じられている。分量としては法の補充がメインで大半を占めており、その叙述の中で職権補充の一般的基準についても触れられている。法の補充は簡単に処理できる問題とは考えられておらず、職権補充として最初に関心が向かったのは法であり、事実についてはやや遅れた、ということができる。これらはネルやヴィーガンダの見解とは大きく異なるイメージである。

これは両者が自らの関心の限りで C. 210. un. を利用したことの帰結である。ネルは「法の補充は弁論主義の議論の枠外」として検討から除外し (Nörr, *Stellung des Richters*, S.18, n.8, S.29)、ヴィーガンダは法の補充のうち「普通法 *ius commune* はそれを援用する当事者による証明が不要であるが、個別法 *ius proprium* は必要である」という論点のみに関心を向けた。その結果ネルは法の補充については初期以来可能ということまで争いがなかったと片付け、ヴィーガンダはバルトルスまでは議論が低調だったと述べる。

一三世紀後半から一四世紀前半、オドフレドゥスからアルベリクス・デ・ロサテまでの著作では、C. 210. un. 解釈の叙述は明示的に三つ (①補充の態様、②補充の時期、③補充の対象) に分かれたれている。この時期には補充の一般的基準が①で独立して論じられるようになった。法の補充は②で展開されて依然半分またはそれ以上の分量を占め、それまでと同様に法の補充が簡単に処理できる問題とは考えられていなかったことが分かる。事実の補充は大半は③で扱われており、分量は半分程度を占めるようになり重要度が増している。



## 二 補充の一般的基準

この時期の叙述では、法と事実の双方に共通する職権補充の「一般的基準」と呼ぶべきものが論じられていたことが注目される。

- (1) 一四世紀半ばまでの著作で一貫して取り上げられた原則として、裁判官の補充は「座ったままで、立たずに *sedendo et non stando*」がある。

オドフレドゥス『勅法集講義』C. 210un. 「我々は、裁判官 (*iudex*) は座ったままで立たずに補充しなければならぬ、と述べる。つまり、弁護士があるべきほど十分には申し立てない場合において、裁判官は直ちに立ち上がって弁護士に先んじて弁護士のために述べてはならず、座ったままで、『これこれの法律は彼のために適切であるが、これこれの法律の方がより適切である』というように述べねばならない。なにゆえに裁判官は座ったままで補充しなければならぬのか。というのは、座っていることが裁判官の役割だからである。なぜなら、もし裁判官が立ち上がるならば、彼は自らに弁護士の職務を引き受けることとなり、その結果彼は「同時に」裁判官 (*assessor*)<sup>(1)</sup> かつ弁護士であることになるが、それはあってはならないことだからである (C. 15114, C. 266, Nov. 823)」

「座る」は裁判官、「立つ」は弁護士に対応する。注目されるのは、単に法廷における双方の外形的な振る舞いだけではなく、弁護士の権限との対比において職権の権限が考察されていたことである。

裁判官は「弁護士の職務を含まないように」立たずに座って補充を行うべきである。弁護士が行うべきことは裁判官にはできない、職権はあくまで裁判官として行うべきことの範囲内で行うべきことという趣旨で、弁護士との役割分担の

観点から職権作用を制約する姿勢を看取することができる。主に論拠として引かれるのはローマ法源 C. 2.6.6 である。

C. 2.6.6.pr. 「およそ訴訟事件を扱う者 (causidicus)<sup>(12)</sup> たろうとする者は、一の事件において同時に弁護士と裁判官であってはならない。なぜならば、裁判人と弁護人の間には何らかの相違があるべきだからである」

C. 2.6.6. 「それゆえ、訴訟行為をすることを我々が許可した者の中訴訟事件を扱う者 (causidicus) たろうとする者は誰でも、訴訟事件を扱う者である間は、訴えの時点で自分が引き受けた役割のみでしかあり得ないことを知っておかねばならない。また、その者が (弁護士) 起立する役務を選び (裁判官として) 着座する権利を取らなかつたとゆえに、その者の名誉 (honor) が幾分でも減せられるなどは誰も考えてはならぬ」<sup>(13)</sup>

C. 2.6.6 についてアツクルシウス標準注釈までの著作では、同一人が裁判官と弁護士を務めることができなことは触れられるが、その理由については突っ込んだ叙述は見られない。詳細に論じられているのは、裁判官と弁護士の名誉には差があるということのみである。

Susanne Lepsius, Das Sitzen des Richters als Rechtsproblem. in: Barbara Stollberg-Rilinger et al. (Hrsg.), Alles nur symbolisch? Bilanz und Perspektiven der Erforschung symbolischer Kommunikation. Köln 2013, S.109-130. は外形的振る舞い＝儀礼としての「裁判官の着座」を論じ、中世学識法の議論においては裁判官の地位の優越性・名誉、後には着座が精神の平静・集中に有用であるとして、判決言渡し時における裁判官の着座が手続上遵守されるべき形式として重視されていたとする。本稿の構想に興味を示され、公刊前の段階で前記論文を提供いただいたレプシウス教授に感謝する。

(2) これに対して一三世紀末のジャック・ド・レヴィニーやその影響を受けたチヌスには、ややニュアンスの異なる見解がみられる。

レヴィニー『勅法集講義』C.210.un.「私は、座ったままで立たずに（補充すべきである）と述べる。というのも、座っていることが裁判官の、立っていることが弁護士役割だからである「不明法文。C.266の誤り?」。しかし、裁判官は弁護士であってはならないと反論される。それに従えば、実際いまや裁判官たちは自らに弁護士の役割を引き受けており、かくして、法律 [C.266.pr.] がその実質ではなく「うわべの」文言において課せられているように見える。その法律は『一の事件において同時に弁護士と裁判官であってはならない』と述べていなかったらうか? というのも、それらの裁判官たちは『座っている以上、弁護活動をしていることにはならない』と述べているのである。私は以下のように述べる。弁護活動をしていないかどうかは、『弁護士は自分の当事者の利益を図るものであって、反対当事者の利益を図るものではない（さもなければ依頼人への忠実義務違反となる）。他方、裁判官は両当事者の利益を図るものである (D.324)』とこう考え方に基<sup>13</sup>づいて判定されるのである。」

「一の者が同時に裁判官と弁護士であってはならない」という従前からのリーズニングに加え、「立っている」弁護士は自分が代理している当事者のためにのみふるまうの<sup>15</sup>に対し、「座っている」裁判官は両当事者のためにふるまわねばならない、と主張している。ここでも念頭に置かれていると思われる C.266 への注解においてレヴィニーは、「同時に裁判官と弁護士であることはできない」というテーゼについて、一方当事者の弁護士だった者が同一事件の裁判官に着任することは裁判の公正性を害するという論点を取り上げている。

レヴィニー『勅法集講義』C.266「弁護士だった者は同一の事件において裁判官になることはできない。以下の事例を想定せよ。「当初」仲裁人たちの面前に訴えられた。私は仲裁人たちの面前において弁護人を務めている。その後、当該事件は「仲裁手続から訴訟手続への」移送により私に委任された。私は爾後裁判官を務めることができるだろうか？『否』』と言われるべきである。私は自分が弁護人を務めていた側の当事者をひいきするであろうから」<sup>16)</sup>

ここには、職権補充の範囲自体を弁護士との役割分担により限定する従前の視点は薄い。前面に出ているのは、職権の両当事者に対する取り扱いは衡平であるべきだとする考え方 (aequalitas) だったと解される。衡平は当時裁判官の行為規範として重視されており、職権の行使を制約するだけでなく積極的に後押しする方向にも作用し得るものだった。両当事者が同一の条件の下で自らの主張立証を適切に行えるように配慮することは、学識法理論において職権の義務とされていたのである。<sup>17)</sup> 双方に偏りなく介入する限り、補充を積極的に認めようという姿勢を読み取ることができるように思われる。

(3) 以上紹介したこの時期の議論において、職権補充の基準を考察する際に裁判官の果たすべき役割と対置されるのは、当事者ではなく弁護士であったことに注目しておきたい。本稿の対象たる C.210.in. は当事者または弁護士のミスを裁判官が補充することを述べたものであるが、C.271に始まる弁護士についての一連のテキストに属するものであった。

### 三 法の補充

法の補充については一貫して、原告による訴権すなわち請求の法的根拠づけの選択が係争事実との関係で不適切な場

合に職権が補充を行うことの可否が論ぜられ、早い段階（二三世紀初頭）から一貫して積極に解されていた。具体的には、「原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合」と一般的に訴えたうえで、そのうち不適切な一の訴権に特定した場合<sup>(18)</sup>の二つの論点を取り上げられた。ここでは最も早い例であるアゾの『集成 (Summa)』を例として説明する。<sup>(19)</sup>

(1) 原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合

アゾ『勅法集』についての集成』C. 210. in. 「しかし、訴訟事件の最初から原告が不適切な訴権とそれに適合しないカウサを提示した場合、敗訴する可能性がある (D. 11.6.1)。しかしここで注意深い裁判官は、当該訴権がカウサに適合しうるか否かを考慮すべきであるし、またそうすることができ。何らかの形で適合しうる場合は、裁判官は当該訴状を許可する。どうしても適合し得ない場合は、当該訴状を却下すべきである (D. 1.22.1, D. 48.2.2)。被告の弁護士が、もし「そのまま」手続が進行し判決されるならば勝訴できるだろうと考えるならば、彼はこの裁判官の権限を看過していることになるのだが」<sup>(20)</sup>

この論点でデイトミーをなすのが D. 1.22.1 と D. 11.6.1 とは二つの法文である。<sup>(21)</sup> 原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合、職権は何らかの形で訴権をカウサに適合させられる場合はその訴状を認めて手続を行い、適合できない場合は訴状を却下すべしとする (D. 1.22.1)。不適切な訴権でそのまま手続を進行させて被告を（原告側の形式上の瑕疵を理由に）勝訴させるといふ D. 11.6.1 の立場は、原告は適切な訴権で再訴できるから被告の利益にはならず、訴訟経済に反する (inanis) として採らない。そうすることで、被告（の弁護士）が D. 11.6.1 を訴訟戦術として用いるのを封じ込めようとしたのである。以上の傾向は、同じ問題を扱った教会法文 X 21.15 への同時期の注解にも見られたものであった。<sup>(22)</sup>

(2) 一般的に訴えたうえで、手続中に不適切な一の訴権に特定した場合 具体例として、所有権に基づく物の取戻の訴えで、所有権に関するすべての権利という一般的な形で法的根拠を訴状では開示し(今日のいわゆる選択的併合)、手続中に不適切な訴権(用益権についての認諾訴権)に特定した例が取り上げられる。

アゾ『勅法集についての集成』C. 210.un. 「訴権についても、もし弁護士が訴訟事件が開始されずで一部審理がなされた状態で、提示された事実と適合しない訴権を選択した場合、裁判官は同じこと「適切な法の補充」を行わねばならない。例えば、所有権についての紛争が提示され、その後訴訟手続中に原告が(用益権についての)認諾訴権を提示する場合である。実際、所有権に関する自分のすべての権利(ius)を「請求の法的根拠として」手続に持ちだした依頼人が、この訴権の選択ゆえに敗訴することはあってはならない。裁判官は所有権について判決するべきであって、弁護士が愚かにも提示したもの(認諾訴権)についてではない。弁護士の錯誤は法の錯誤であるゆえに、依頼人が出席していてもその不利益には作用しない。なぜならば、依頼人にはそのこと自体(法の錯誤)が理解できないからである」<sup>(23)</sup>

請求の法的根拠が特定されない形で提出されている以上、弁護士が愚かに誤って選択した訴権ではなく、裁判官は本来選択されるべきであった訴権に基づいて判決すべきだとしている。裁判官は、原告が提案した複数の可能な訴権から一に特定する形で補充を行うのである。この結論は後に至るまですべての文献で一致している。ここで問題となっている選択的併合の訴状については、一の訴権を選んで開示すべきというローマ的訴権開示の原則からの批判が一三世紀中は(少なくとも理論レベルでは)強かったが、職権行使の立場からは早い段階で積極的介入が認められていたこととなる。<sup>(25)</sup>

アゾは、弁護士における法の錯誤は、法を知らない当事者本人の不利益に作用してはならないと述べている。法専門家たる弁護士の法についての誤りのリスクを当事者に負わせるべきではない、というモティーフが職権の積極的介入について作用していたことは注目される。

以上取り上げた法の補充についての叙述は一四世紀初めまで C. 210un. 解釈の大半を占めており、ここでは当事者が提示した訴権について職権が積極的に修正を加えていたのだった。法の補充は先行研究のイメージとは異なり当時簡単に処理できる問題とは考えられておらず、事実の補充よりもホットな論点として明らかに重視されていたのである。

#### 四 事実の補充

中世末期までを通じて C. 210un. の解説では、職権補充は法については可能だが、事実については不可能という「原則」が掲げられていた（管見の限り、近世の著作においてもそうだったと思われる）。事実の補充についてはクヌート・ヴォルフガング・ネルが「一三世紀前半までの時期に重点をおいて詳細に研究している。ネルは C. 210un. 解釈について「裁判官は法については補充できる、ということ（26）で議論がなかった」と片付け、「議論があった」事実についての補充のいかん、その基準については法の補充から完全に切り離して論じた。

ネルは事実の補充については「一三世紀初頭のアゾ以降の通説として、裁判官が「裁判官として知った」事実については補充を認めるが、「私人として知った」事実については基本的に認めなかった、と論じた。裁判官が当該事件の手続中に訴状や証拠調べ（当事者を排除して行われる）を通じて知った事実は調査の形で当事者に提供され、それに基づいて自分に有利な事実が判明した項目を、当事者が最終弁論 (allegatio) で主張し忘れた場合のみ補充できると言う。(27)

(1) ここでは、「裁判官として知った」事実のみについて補充を認めるというこの考え方が、二で一般的基準として紹介した「弁護士職務を含まないように」という姿勢、職権はあくまで裁判官としての役割の範囲内で行使すべきという思考と軌を一にしていることに注目したい。

裁判官は法については補充するが事実についてははしない、という上位の「原則」も同様に、一般的基準たる「弁護士の職務を含まないように」というラインで捉えられていたと思われる。オドフレドウスは「事実について裁判官は補充すべきではない。なぜならば、(もし事実について補充するならば) その場合は裁判官は自身に弁護士の役割を担っていることになるだろうからだ」(“de facto non debet supplere, quia iam sibi assumeret partem advocati, quod non debet esse vt supra dixi.” (fol. 83rb)) と説明している。

当時の議論は事実の補充を決してそれ単独で把握していたのではなく、職権補充の一類型としてその一般的基準に従うものと考えていたのである。

(2) ネルの最新の概説書は、手続の段階を問わず裁判官が釈明権や補充により介入することができたことを強調して<sup>(28)</sup>いる。そのことはC.2.10.un.への解説においてはいかなる形で表出し、そして正当化されていたのだろうか。

ここでは「裁判官として知った」事実については補充を認めるという上述の考え方と並び、「私人として知った」事実についても例外として認められる場合があるという位置づけになっている。根拠付けとしては「公益 (utilitas publica)」「不名誉者の訴訟行為からの排除」「一方当事者の欠席」などがあげられ、根拠法文としては訴訟要件の不備にかかわるものが多く、<sup>(29)</sup>一方当事者欠席時の手続に関する法文もいずれの著作においても共通して紹介されている。

この時期の事実の補充についての叙述は上述の基準や法文の列挙が中心で、内容的にも訴訟要件の不備に関するものが多いが、実体的内容について事実の補充が認められる例として初期の著作から一貫して紹介されてきたのが、当事者



が実体に関する抗弁を對抗しない場合に職権が介入するという D. 5358<sup>(30)</sup>である。レヴィニーやチヌスはこの法文について、裁判官は「私人として知った」事実（原被告間における不訴求の合意 pactum de non petendo の存在）について、具体的抗弁を對抗するよう被告に述べることはできない。しかし被告が何らかの防御方法を持っていることを想起させることは、被告側に加担したことにはならず、両当事者に補充を行うという理念とも合致すると論じる。

レヴィニー『勅法集講義』C. 210un. 「あるいは、不訴求の合意がなされるのを裁判官が私人として知り、そしてその合意に反して訴えがなされた場合に、裁判官が別の形で補充できるのかとあなたは尋ねる。裁判官が（被告に）『自分に対してなされた不訴求の合意についての抗弁を對抗しなさい』と述べることは、裁判官にとって義務ではない。しかし、裁判官が被告の記憶を呼び起すことは非難されるものではない。私は、裁判官が被告のために抗弁を對抗してやるべきだとは考えない。しかし裁判官は、被告に『自分の防御方法について、こういう方法を持っているか、こういう方法はどうかと常に思い返してみなさい』と述べるべきである。そうしたとして、裁判官がその当事者をひきしたとは考えられないのである。かくして、その法律 [C. 210un. 2] によって『裁判官は両当事者のために述べる事ができる』ことが証明される」<sup>(31)</sup>

二で論じたように、レヴィニーやチヌスは補充の一般的基準として「両当事者に衡平に」という原則を掲げていた。レヴィニーらにおいて事実の補充の範囲が拡充されたことはつとに指摘されてきたが、それはやはり一般的基準をあてはめることによって可能になったのである。<sup>(32)</sup>

以上要するに、一四世紀前半までの段階では、①事実についての補充はできない、②但し「裁判官として知った」事実については可能である、③「私人として知った」事実も例外的には可能である、というスタンスがとられていたこと

になる。

(3) なお、チヌスにおいて初めて、法律の上にいる裁判官（教皇と皇帝。後には皇帝以外の世俗支配者も）は事実について補充できるという見解が紹介される。これはバルトルス以降の著作においては頻繁に取り上げられることになる。<sup>33)</sup> 当時における教皇庁裁判所（ロータ・ロマーナ）や都市裁判所の重要性和何らかの関係があるのかもしれない。

### 3 一四世紀半ば以降——職権単体での把握へ

#### 一 叙述の構成

一四世紀半ばに活躍したバルトルスにおいて C. 210<sup>un.</sup> への解説は大きく変化する。従前の著作と異なり法の補充と事実の補充という枠組みの区別が消滅し、最上位の区分として「主に裁判官に根ざしている事項」か「主に当事者に根ざしている事項」かという区別が登場する。

バルトルス『勅法集第一部について』C. 210<sup>un.</sup> 「……以下のことを知っておくように。ある事柄は主に当事者に、ある事柄は主に裁判官に根ざしている。裁判官に裁判官として根ざしているのは、期間・判決の付与、その他類似の事柄である。当事者に根ざしているのは、抗弁の提示、証人・証明の提出、裁判官への判決請求、その他の事柄である。最初のものに関して裁判官は補充できるか、つまり、裁判官自身に根ざしている事柄を、当事者の請求なく行うことができるのか？ 以下のように述べよ。公の法の遵守にかかわる事柄についていうと、当事者の請求なく裁判官は不適切に作成された訴状を却下でき(D. 1.22.1) 期間を与え(C. 3.1.13; C. 9.31.1) 当事者に悪意官誓をさせ(C. 2.58.2.4)

ことができる。上に述べたことは、両当事者が出席して手続が行われている場合については正しい。なぜなら、一方当事者が不出頭による官命抗拒におちいっている場合は、他方当事者が請求・主張しない限り、不出頭による官命抗拒におちいっている当事者に対して何らの手続もなされないからである（C. 3.113, D. 5.1.68, Auth. post C. 7.438）。しかし、当事者の利益にかかわる事柄については、当事者が出席していない限り、裁判官はそれを行うことができる（D. 46.7.5）。

二番目のもの、即ち当事者に根ざしている事柄に関しては、以下のように述べよ。公共の利益にかかわる事柄については、当事者の請求がなくとも、裁判官は自らの職権により提示することができる（例・弁護士や訴訟代理人の除斥（D. 3.1.7, D. 3.3.82））。しかし、公共の利益にかかわらない事柄については以下のように言われる。欠席当事者に対して終局判決まで到達できる事例では、裁判官は事実について補充することができる（欠席当事者のために証明を提出する（C. 7.62.39, Auth. post C. 7.438）。）これらの法文で私はあなたに注意を喚起した）。しかし欠席当事者に対して手続がなされない、欠席当事者に対して終局判決まで到達できない場合は、裁判官は事実について補充することはいざなむ<sup>(3)</sup>」

つまり、「裁判官に根ざしている事項」については、(a) 公の法の遵守に関することは当事者の請求なく補充が可能である。但し一方当事者が不出頭の場合は他方当事者の請求が必要である。(b) 当事者の利益に関することは当事者の出席が必要である。「当事者に根ざしている事項」については、(c) 公共の利益に関わることは当事者の請求なく補充が可能である。公共の利益に関わらないことについては、(d) 欠席当事者に対して終局判決まで進める場合には事実の補充が可能である。(e) 終局判決まで進めない場合には事実の補充はできない。

バルトルスが最上位の区分として「主に裁判官に根ざしている事項」か「主に当事者に根ざしている事項」かという区別を持ち出したことを捉えてネルは、バルトルスが事実の補充という問題の背後に、弁論主義・職権探知主義という

概念の基礎にある裁判官と当事者の基本的な緊張関係を認識した、と評価した。<sup>(35)</sup>

## 二 補充のさまざまな基準——中世末期に向けて

バルトルスが叙述の構成を變動させたことについてのネルによる指摘は重要な点を突いている。しかしネルの研究が中世末期を対象外としたこともあり、ネルの解釈は不十分であるように思われる。

(1) 弁護士から当事者へ バルトルス以降の著作では、C. 210u. の叙述において裁判官と弁護士、各々の役割の限界付けという従来の図式は姿を消している。一四世紀前半までの著作で必ず挙げられてきた「立たずに座つて sedendo et non stando」という「一般的」基準はもはや取り上げられることはなくなり、バルトルス以降の著作では裁判官と当事者の間での役割の限界付けがおこなわれるようになるのである。

(2) バルトルスが最上位の区別とした「裁判官に根ざしている事項」か「当事者に根ざしている事項」かは、その実質的射程は小さかった。バルトルスの叙述の構成すなわち体系的整理はバルドゥスとラファエル・フルゴシウスに引き継がれるにとどまった。

内容的に見ても「裁判官に根ざしている事項」か「当事者に根ざしている事項」かという区別は必ずしも重要でないと考えられる。バルトルスの叙述の構成においては裁判官・当事者のどちらに根ざしている事項についても「公益・公の法に関する事柄か否か」「一方当事者が不出頭・欠席しているか否か」「当事者が請求しているか否か」がさらなる区別として持ちこまれている。これらは従前の著作において事実の補充が例外的に認められる条件としてカズイステイツシユに持ち出されてきたものをバルトルスが焼き直し、法と事実を包含する補充の基準として展開したものであり、実

質的にはこれらの基準によって補充の可否は決まったのである。

(3) 一四世紀後半以降中世末期にかけての著作では、C. 210.11m. の叙述の大半は事実の補充に割かれるようになる。また前代までの訴訟要件にまつわる内容とはことなり、手続進行中に生じうる具体的な問題群について詳細な検討が行われるようになる。その際しばしば援用されるのが、「裁判官として知った」事実については補充を認めるというアゾイの「原則」であった。

「裁判官として知った」事実について補充できることについては、前代の著作では原則として掲げられるにとどまり、その具体的適用が論じられるには至らなかった。対してバルトロマエウス・デ・サリケト以降の著作では、「抗弁の考慮」「欠席当事者のための事実の補充」「(今日いう)証拠共通の原則」「判決言渡しの請求」という手続中の具体的問題が、「裁判官として知った」事実を補充できることを根拠として詳しく叙述されるのである。いずれも大きな論点であるので、本稿では現象面の指摘にとどめざるをえない。

#### (イ) 抗弁の考慮

パウルス・デ・カストロ『勅法集について』C. 210.un. 「〔裁判官は事実については補充できない』という原則は）何か裁判官に裁判官として知られた場合（自らの面前に提出された事柄に基づく場合を考えよ）にはいくつかの事例において適用されない。例えば、私の訴状や私が提出した書面の文面から、あなたにとって有効な抗弁が存在することが判明する場合である。その場合、あなたが抗弁を対抗せずとも、裁判官はあなたに有利に判決を下すこと<sup>(36)</sup>ができるからである」

(ロ) 欠席当事者のための事実の補充

バルドゥス『勅法集注解(第一～三部)』C. 210.un.「最後に、下記C. 76239のように事実についても裁判官は補充すべきである、と反論されかつ思われる。「解決」当該法文においては裁判官は自らの面前でなされた訴訟行為<sup>(37)</sup>に基づき、そして同様に原審裁判官の面前でなされた事柄に基づき(上訴審の裁判官はその役割を襲っているがゆえに)補充を行う。裁判官はいかなる訴訟行為に基づいても事実について補充することはできない、なぜならそれらは訴訟手続に持ち込まれ裁判官に帰属しているとはなおいえないからである「と反論される」。しかしバルトルスは、『裁判官は欠席者のために事実について補充できる』と述べる。バルトルスの説は、訴訟行為ならびにそれについての尋問に基づいて判明する事実を補充する場合のみ正しい<sup>(38)</sup>。」

(ハ) (今日いう) 証拠共通の原則

バルトロマエウス・デ・サリケト『勅法集講義』C. 210.un.「上訴人が欠席している際に被上訴人が何かを提出し、それが上訴人の利益になるべき事柄である場合には、裁判官はそれに基づいて上訴人の利益になるようにすべきである。なぜならば、提出した者(被上訴人)は『私はこの事実を自分の利益になるようにのみ提出する』と述べていたとはいえ、その事実に基づいて裁判官に裁判官として事態が判明するに至っているからである。証人におけると同様に書面も、当事者の意図にかかわらず両当事者のために証明するのであるから(C. 421.15)<sup>(39)</sup>」。

ネルはこの時期の議論について周縁的、個々の議論の精密化にとどまり理論的に新しい展開は見られなかったとする<sup>(40)</sup>。確かに道具立て自体はアゾにはじまる一四世紀前半までの著作と変わりはないが、扱われる問題や道具の使い方

に見られる大きな変動は、職権をめぐる状況に大きな変化があったことを示すと解するべきであろう。

### 三 法の補充の扱い

法の補充は叙述の構成上事実の補充と区別されなくなる。内容的にも従前詳細に取り上げられていた論点は極めて簡略に、そして完全に姿を消してしまう。「原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合」はバルトルスやバルドゥスの体系的叙述でさえ、「裁判官に根ざしている事項」のうち「公の法の遵守に関すること」の例として言及するにとどまり、当事者の請求なく職権による補充が可能ということになる。

扱いが従前に比べごく簡略になったことは、この問題の処理が確立し論点としての重要性を失ったことを示しているといえよう。一四世紀初頭以降の訴権開示の学説では、原告は法的根拠を必ずしも一の訴権に特定する必要はなく係争事実を提示すれば十分という説が確立しており、普通法（ローマ法・教会法）上の訴権の特定についての職権介入は当然に認められるようになっていたと推察される<sup>(41)</sup>。

それに代わって、バルトロマエウス・デ・サリケト以降の著作では都市条例や慣習、すなわち普通法ではない個別法（*ius proprium*）についての当事者による主張・証明の要否を詳細に論じる例が見られる。個別法上の訴権の扱いが問題とされるようになったのである<sup>(42)</sup>。

### 四 小括

以上紹介した、一四世紀半ば以降の変化を全体としてどう理解すべきだろうか。クヌート・ヴォルフガング・ネルは、アゾの学説に代表される一三世紀始めまでに事実の補充についての学説の変化はほぼ終了し、バルトルスの議論には一定の新しさを認めるものの、基本的には前代の繰り返し、内容の体系化や例外という周縁的な部分についてのものとして片づけている。<sup>43</sup>ネルの検討が基本的には一三世紀前半までの時期を中心に行われたものであることは十分斟酌しなればならないとしても、バルトルス以降の叙述の構成がそれまでとは大きく異なるものになったことは、職権による補充についての見方、そしてその背景にそれなり以上の変化があったことを示すと考えるべきであろう。

バルトルス以降、弁護士役割との限界付けというそれまでの考え方が放棄され、手続中に生じうる具体的な問題群についての検討が叙述の中核を占めるようになった。「法については補充できるが、事実についてはできない」という「原則」は一応掲げられ続けるが、実際の主戦場は具体的事例における対応に移ってゆく。その際重視されたのは「裁判官として知ったこと」つまり手続中に当事者から得た情報に何らかの端緒がある場合には補充が可能である、というリズムニングであった。

本研究で得られた状況証拠からは、やや極端に言えばネルとは反対の方向性、中世末期にかけ学説が徐々に法・事実両者の補充について職権の積極化に傾いていったように思われる。

弁護士との役割分担の形で職権行使を制約していた「立たずに座って」「両当事者に衡平に」原則はこの時期には姿を消す。<sup>44</sup>その後身とも見えるバルトルスの新しい区別「裁判官に根ざしている事項—当事者に根ざしている事項」は当初より体系的整理以上の意義を欠いており、中世末期には消滅してしまう。弁護士との役割分担による職権の限界付けが外れ、「裁判官として知ったこと」が補充の基準として具体化されたことは、裁判官は手続中に何らかの端緒を当事者サイドに見出し得れば常に介入が可能である、という方向性に道を開くものだったのではないだろうか。事実の補充



についてそれまでの著作が基準の羅列・静態的な説明、内容的にも訴訟要件にまつわるものがおおかったこととは対照的である。<sup>(45)</sup>

一四世紀中に職権というものの把握の性質は大きく変化し、その作用は弁護士との役割分担においてではなく単体で評価されるようになっていったのである。ネルガバルトルスの「裁判官に根ざしている事項―当事者に根ざしている事項」という区分について指摘した「弁論主義と職権探知主義」という概念対の基盤に横たわる、訴訟手続にとって本質的な裁判官と当事者間の緊張関係<sup>(46)</sup>は、やや皮肉な言い方をすれば、弁護士との役割分担による職権行使への制約を欠落させ、職権介入を拡大する意味合いを持たされていたのではないかと思われる。

### おわりに

本稿の検討はごく断片的なものであるが、そこから導かれるのは以下のような像である。中世の学識的訴訟手続は学説のレベルでは法と事実の補充について議論の一体性が顕著にみられ、職権がある程度まで積極的に活動することを可能にする枠組を用意していた。すでに学識法的手続の成立期から職権にはある程度の自由が認められていたが、一四世紀中に議論の質が変化し職権のさらなる積極化が可能になったようにおもわれる。

学識法的手続において当事者本人の出廷が求められることは稀であったとされるが、<sup>(46)</sup> 弁護士が訴訟行為を行っていることが職権補充を行わない方向には必ずしも作用しなかったことは興味深い。職権の介入は単純に「真実に基づく裁判の実現」というだけのものではなく、「法専門家たる弁護士のミスのリスクを誰が負うべきか」という思考にも基づくものであった。「後見的介入が必要なのは主に本人訴訟の場合である」というラインとは位相を異にしているといえ

よう。<sup>(47)</sup>

そしてそれは近世における職権のありようにつながるものだったと思われる。近世普通法訴訟手続が完全に弁論主義に支配されていたとする伝統的見解に強い批判を行ったファルク・ボムズドルフは、手続全体を通じて事実の解明のために裁判官が広範な介入を行えたことを強調し、下級裁判所・簡略手続においては職権は何でもできた結論している。ボムズドルフは当時の C. 210.un. の解釈論についても重視してとりあげており、ここでは（通説にはならなかったとはいえ）有力な論者が事実の補充を認める見解を採っていたとされ、C. 210.un. の解釈が後年に至るまで議論を呼ぶものだったことがわかる。<sup>(48)</sup>

例えば、C. 210.un. への解説書という叙述スタイルを採るツァウンシュリッファー (Otto Philipp Zaunschliffer, 1653-1729) の『職権補充について』(De officio iudicis suppletorio (一六八二年)) では、「裁判官は一方当事者の弁護士であるてはならない」という中世以来の規制は簡単に回避できる、なぜなら補充は当事者ではなく正義に助力することであるから、と述べている。一方当事者のための職権補充により他方当事者を害することは認められないという見解に対しては、他方当事者を害さない形で補充などそもそも不可能だと言いきった。裁判官と弁護士の役割の限界づけ、弁護士との相違点たる両当事者への職権の衡平性は放棄されているようにみえる。<sup>(49)</sup> 弁護士の資質の低さゆえのリスクを当事者に負わせないことが、職権の積極介入の正当化の一因として主張され、これは一八世紀プロイセンの民事訴訟改革の重要なモティーフへとつながってゆく。そしてツァウンシュリッファーの極めて積極的な補充の是認を支えていたのも、当事者の訴訟行為に基づいて、すなわち「裁判官として知った」事実という基準であった。<sup>(50)</sup>

中世の学識的訴訟手続は伝統的に「弁論主義」「当事者主義」として理解されてきたが、それは一定程度の職権の積極的作用を想定したものであった。<sup>(51)</sup> 中・近世の訴訟を「当事者主義」と形容するとしても、それはその言葉からふつう

イメージされるものとはある程度異なるものであったとみるべきではないだろうか。

- (1) C. 210.un. 「以下のことは裁判官によって疑われるべきではない。もし訴訟当事者あるが訴訟行為において補助する者が、「本来言うべきよりも」少なくとも述べなかつた場合において、法律や公の法に適合すると裁判官が知っているはずの事柄を補充し提示するもの」 “Non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adstant minus fieri dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire.”
- (2) 解説「個別研究としての Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd.4. (1. Aufl. 1990) Art. Prozeßmaximen (G. Wesener) / 個別研究としての Knut Wolfgang Nörr. Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit. München 1967. Id., Prozeßzweck und Prozeßtypus: Der kirchliche Prozeß des Mittelalters in Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Interessen. in: Id., Iudicium est actus trium personarum. Goldbach 1993. S. 87\* 113\* (urspr. ZRG KA 78 (1992) S. 183-209).
- (3) 以下は裁判官の補充に重点を置いての先行研究を挙げる。Giuseppe Salvioli, Storia della procedura civile e criminale. Milano 1927. ND Frankfurt am Main 1969. S. 766-768. Nörr, Stellung des Richters, passim. (7) の著作の紹介と関連史料の詳細な翻訳として、小川浩三「Azonis Summa in C. 210.——K・W・ネル『早期学識法訴訟手続における審判人の地位について』の紹介を兼ねて」北法三八巻一号(昭六二)九七一—四一頁) / Wolfgang Wiegand, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit. Ebelsbach 1977. S. 75-90. Paul Ourliac, L'office du juge dans le droit canonique classique. in: Mélanges offerts à Pierre Hébraud (1981) S.638-642. Maximiliane Kriechbaum, Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts. Edelsbach 1996. S. 160-171. Elyio J.H. Schrage, Le droit savant avant Accurse. in: Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, 64 (1997) S.19-20, 22. Wiesław Litewski, Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii. Kraków 1999. S. 124, 447. Bert-Hagen Strodthoff, Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozess in historischer Perspektive. Frankfurt am Main

- 2003, S. 30-36. 次注を参照。
- (4) Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in *civilibus*. Berlin 2012. ネルは学識法的手続を口頭審理と書面審理の混合として認識し、釈明権行使の前提としての口頭審理を重視している (S. 46-47.)
- (5) Sebastian Adler, Das Verhältnis von Richter und Parteien in der preußischen und deutschen Zivilprozessgesetzgebung. Hamburg 2006. Martin Ahrens, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess. Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilverfahrensrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung. Tübingen 2007. 参照: 水野浩二「書評・鈴木正裕著『近代民事訴訟法史・ドイツ』」法制史研究六十二号(平二五)二九八-三〇三頁。
- (6) ネルの指摘 (Nörr, Stellung des Richters, S. 13f. 101.) を参照。
- (7) Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO. Berlin 1971.
- (8) 「注釈学派や初期の教会法学者と対比して」[「十三世紀後半以降の」助言学派の訴訟法領域における業績は過大評価されつばならぬ」(Nörr, Stellung des Richters, S. 5, n.19)。訴訟法一般についてはともかく、職権の作用については必ずしもそうは言えないように思われる。以下論ずるように、学説の内容はともかく叙述の構造の変化は一定の背景の変化を前提としていると考えた。
- (9) Kriechbaum, Actio. Wiegand, Nörr, Stellung des Richters, Bomsdorf.
- (10) 一九世紀の普通訴訟法理論がローマ・カノン法源から近代的な民事訴訟法体系を構成していった際には、補充 (suppletio) につづいての C. 210.un. はもっぱら「職権は事実については介入できないが法についてはできる (iura novit curia)」つまり法的事項は弁論主義の対象外であることの根拠として用いられた。他方向じく弁論主義の限定として、事実について釈明権行使が可能であることの根拠付けには、他の概念 (interrogare, investigare など) を用いた法文が用いられたことが、当時の民事訴訟法文献からは見て取れる。ネル (Nörr, Stellung des Richters, S. 47, 89, Id. Prozessrecht, passim.) も釈明 (inquire, interrogare) と補充 (suppletio) を区別して扱い、事実について釈明は可能だが補充は不可能という認識を示す。

しかし、前近代の時期における釈明と補充の関係いかんはなお明瞭ではない。

- (11) Odofredus, *Lectura super Codice* I. C. 2.10.um. (fol. 83ra.) "dicimus quod debet supplere sedendo non stando: si enim aduocatus minus sufficienter allegat, non debet index statim surgere, et antequam aduocatus pro eo dicere: sed debet sedere, et ita debet dicere, bene facit talis lex pro eo: sed melius facit talis, vnde debet supplere sedendo: quia eius est sedere: nam si assurgeret, assumeret sibi officium aduocati, et sic esset assessor et aduocatus: quod esse non debet, vt supra de asses. l.vlt. [C. 1.51.14] et supra de postul. l.quisquis. [C. 2.6.6] et in auth. de iudi. §sedebunt. [Nov. 82.3=Coll. VI.10]"

「裁判官」と記した assessor の中世の存在を註釋しているのは、Nörr, *Prozessrecht*, S. 19 を参照。

- (12) 標準注釈 (Gl. causidicus) では、"Causidicus generaliter dicitur quicumque causas dicit, siue aduocatus, siue index." だが、弁護士の裁判官両方を包含する概念を理解されるべき。

- (13) C. 2.6.6.pr. "Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et index, quoniam aliquem inter arbitros et patronos oportet esse delectum."

C. 2.6.6.6. "Quisquis igitur ex his, quos agere permisimus, vult esse causidicus, eam solam, quam sumit tempore agendi, sibi sciat esse personam, quousque causidicus est, nec putet quisquam honori suo aliquid esse detractum, cum ipse necessitatem elegerit standi et ipse contempserit ius sedendi."

裁判官と弁護士の役割が分立したころの当時の議論になっているのは、Nörr, *Prozessrecht*, S. 19, 35 を参照。

- (14) Jacques de Revigny, *Lectura super Codice*, C. 2.10.um. (fol.76vb.) "dico quod sedendo non stando, quia iudicis est sedere: stare aduocati, supra de pecul. l.si quis. [?] ¶ Sed opponitur, non debet esse iudex aduocatus, secundum hoc enim iam assumunt sibi partes aduocati, et ita videtur lex imposta verbis et non rebus quae non dicit non in eodem negotio non debet esse aduocatus et iudex, quia dicitur quod non aduocat quia sedet, ego dico quod non aduocat quod apparet ex eo quod aduocatus est pro sua parte non pro aduersa parte, alias esset praeuaricator: at index pro vtraque parte est. vt ff. e.l. athletas. [D. 32.4]"

- (15) 弁護士の職業倫理として依頼人に対する忠実義務が重視されていたのを強調するのは、James A. Brundage, *The*

- medieval origins of the legal profession. Canonists, civilians, and courts. Chicago 2008, S. 187-188, 317-320, 324.
- (16) Jacques de Revigny. *Lectura super Codice*. C. 2.6.6. (fol. 75va).".....qui fuit advocatus in eadem causa non potest esse iudex. Pone. agitur coram arbitris, ego sum aduocatus coram arbitris, deinde illa causa committitur mihi ex delegacione: nunquid poterò esse iudex? Dicendum quod non, verisimile est quod ego fouerem partem illam pro qua fui aduocatus." "
- (17) Norbert Horn. *Aequitas in den Lehren des Baldus*. Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte Bd. 11. Köln 1968, S. 134-149. Claudia Storici Storchi. «Aequalitas servanda est in iudiciis» Il principio dell'uguaglianza delle parti nel processo del diritto comune classico. in: *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*. 4 (2) (1991) S. 376-399.
- ちかみに、<sup>1)</sup>「両当事者間の衡平の保障」に基いて、当該地域における弁護士不足や反対当事者が当該地域の弁護士を全部押さえてしまった場合など、職権による弁護士付与の実務学説が、十三世紀後半にかけて確立したことが知られている。参照： Franck Rounny. *Le développement du système de l'avocat commis d'office dans la procédure romano-canonique* (XII-XIV siècles). TRG 71 (2003) 359-386.
- (18) Nörr. *Stellung des Richters*. S. 29. Id. *Prozessrecht*. S. 83.
- (19) アン『集成』C. 2.10.un. の邦訳として、小川「Azonis Summa in C. 2.10」九八一〇〇頁。以下の訳出においても適宜参照した。
- (20) Azo, *Summa super Codice et Institutis*. C. 2.10.un. (S. 30) "Si vero a principio causae ineptam actionem proponat quis et incongruentem causam potest amitti causa. vt ff. si mes. fal. mo. di. li. [D. 11.6.1] §i. Sed tamen et hic diligens iudex considerare debet et potest. An actio congruere possit causae an non. Si potest aliquo modo congruere libellum admittit. Si nullo modo potest, ipsum reicere debet. vt ff. de asses. li. [D. 1.22.1] et de accu. lii. [D. 48.2.2] licet id ius praetermittatur a patrone rei qui scit ideo se victurum si procederetur et pronunciaretur in causa."
- (21) D. 1.22.1. 「裁判官 (assessor) のすべての職務は、法の専門家がすべておこなう自らの職分を遂行するものであるが、大概以下の事例に存する。審理、申出、訴状、命令、決定、書状」 Omne officium adsectoris, quo iuris studiosi partibus suis funguntur, in his fere causis constat: in cognitionibus postulationibus libellis edictis decretis epistulis.  
D. 11.6.1. 「土地の測量人を被告として、法務官は (原告に) 事実訴権を提示した……といったのは、昔の人々は測量人と

の間に賃約契約「訳注：今日いう雇用・請負を包含する」は存在しておらず、測量人の役務は好意で提供されるものであり、測量人に与えられるものは報酬として与えられるがゆえに謝礼と呼ばれる」と考えていたからである。もし賃約契約に基づいて訴えられた場合は、当該請求は有効ではないとされるべきである。「Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit: quia non crederunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficij loco praebere et id quod datur ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari: si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit nec tenere intentionem.....」

- (22) 水野浩二「中世学識法訴訟における職権と当事者——『効用ある一節 clausula salutaris』についての覚書(一・完)」北法六〇巻六号(平二二)八〇—八二頁。

- (23) Azo, Summa super Codice et Institutis, C. 2.10.1um. (S. 29-30) “.....idem faciet et in actione si aduocatus causa cepta et ventilata iam in parte ineptam facto proposito eligit actionem. vt si querela de dominio fuerit proposita et postea in processu causae proponat confessoria. nec enim clientes ob hoc debet amittere causam qui in iudicio omne ius suum super dominio deduxit. vt ff. de excep. rei iudi. l. si mater seandem. [D. 44.2.11] et super eo iudex debet pronunciare. vt ff. de iudi. l. de qua re. [D. 5.1.74] non super eo quod stulte proponit patronus cuius error cum sit iuris etiam aduocato praesente non praeiudicat cum ipsam non intelligat.”

末尾の“etiam aduocato praesente”に“etiam et clientulo praesenti”というテキストを採った (Venedig 1566. 小川「Azonis Summa in C. 2.10」も「被護者が立ち会っている場合でも」と訳している。小川訳のテキスト (Basel 1563) は参照できなかつたが、おそらく同文と思われる)。

- (24) さしあたり水野浩二「西洋中世における訴権の訴訟上の意義——『訴権を軸とする文献』についての一考察(五・完)」法協一二二巻一二号(平一七)一一〇頁以下、ならびに前提とされた論述を参照。レヴィニーは“ius domini vel quasi”と訴えた上で、そこから導かれ得る複数の訴権のうちプブリキアーナ訴権に不適切に特定する例をあげているが、これは當時訴権の適切な選択をめぐるトポスとなっていた事例である。

- (25) クリーヒバウム (Kriebbaum, Actio, S. 160-166.) はこの問題について、裁判官の介入はあくまで示唆に留まるのであり、「原告が一の訴権を選択する」という「訴権開示のローマ法的原則」が維持されたと解釈しているが、これはクリーヒバウ

ムが自分のシエーマに拘泥しているに過ぎない。

(26) Nörr. Stellung des Richters, S. 18.

(27) Nörr. Stellung des Richters, S. 30f.

アソ「勅法集についての集成」C. 210un. 「同様に、裁判官は裁判官として自分に知られている事実について補充しなければならぬ。当事者の自白や証人の証言を知っており、それらを一方当事者が「最終弁論において」それとは異なる内容で申立てるのを聞いた場合どうするか。他方当事者が沈黙していると、裁判官は『それらの証人はそれとは異なることを、あるいはより多くのことを述べた』と、彼らの発言を提示し当事者に助言を行うことにより、補充することとなる」Azo, Summa super Codice et Instituitis, C. 210un. (S. 30) “..... ¶Item supplere debet de facto quod notum est ei ut iudici. Quid enim si sciat confessiones partium testimonia testium. et ea audiat proferri ab aliqua partium aliter quam sint certe etiam altera parte tacente supplebit immo testes illi aliter vel plus dixerunt ostendendo eorum dicta praecipiendo alicui.....”

(28) Nörr. Prozessrecht, S. 98, 138, 142-143, 146, 150, 168, 181, 188ff.

(29) 反対当事者による抗弁によって指摘されるはずの事項を、裁判官が職権で認定できるようにしたことであり、抗弁の意義の稀薄化・近代民事訴訟における訴訟要件論の成立へとつながってゆく。Nörr. Prozessrecht, S. 98, 222.

(30) D. 5358 「父権から解放された息子が、母の遺言の条件に従って相続を承認した。当該財産は、父が息子を解放する前に占有しており、そこからの果実も占有していたが、息子が元老院議員だったのでその名譽のためにそこから金銭を支出していた。息子のために支出した分を考慮した上で父が相続財産を（息子に）引渡す用意があるにもかかわらず、息子が相続財産の請求に固執する場合（息子の請求が）悪意抗弁によって排除されうるかが問われる。私は、たとえば父が抗弁を対抗しないとしても、裁判官の職権によって十分に（上述の事情は）考慮されると回答した」『Filius a patre emancipatus secundum condicionem testamenti matris adit hereditatem, quam pater, antequam filium emanciparet, possedit fructusque ex ea possedit, sed erogationem in honorem filii cum esset senator fecit ex ea. quaesitum est, cum paratus sit pater restituere hereditatem habita ratione eorum quae in eum erogavit, an filius nihilo minus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione summo veri possit respondere, etsi non exciperetur, satis per officium iudicis consulti.’’



例、オドーフレドゥス(Odofredus, Lectura super Codice I. C. 2.10.un. (fol. 83rb)) ヲテ、  
 “quia lex illa ponit talem casum: filio emancipato fuit delata matera hereditas: ego pater possedi illam hereditatem: dum  
 filius meus vocaretur vna die ad honores, ego aliqua erogavi in eius honorem: postea egit filius meus contra me, peti  
 hereditatis, ego dico, quod cum expendi de ista hereditate in tuos honores, non potes a me petere: et si petas repellante  
 exceptione doli: et si non opponeret, iudex opponet. non autem debet intelligi si non competeret mihi, quod iudex daret  
 mihi eam: quia in sumptibus subueniunt alicui iudicis officio:.....”

- (13) Jacques de Revigny, Lectura super Codice. C. 2.10.un. (fol. 77ra) “:aut tu queris vtrum possit supplere aliter vt quia  
 iudex videtur vt priuatus fieri pactum de non petendo et agatur contra eum. Dicit iudex opponas exceptionem de pacto  
 tibi facto quod iudex non tenetur: sed si reduceret sibi ad memoriam non est improbatum. Non enim dico quod excipiat  
 pro eo: sed dicit ei semper recolas de defensionibus tuis an habeas talem vel talem: et tunc non videtur fouere partem  
 eius et sic probatur per l. istam quod iudex possit allegare pro vtraque partium.....”

(14) Nörr, Stellung des Richters, S. 86, 90. オナチノイノイカニシテ、（指掌中ニイカニシテ）。

(15) Nörr, Stellung des Richters, S. 87.

(16) Bartolus. In primam Codicis partem. Lyon 1581. C. 2.10.un. (fol. 63vb-64ra) “.....debetis scire quod quaedam sunt, quae  
 principaliter radicantur a [Basel 1562, ND 2007 in] parte, quaedam sunt quae principaliter in iudice. In iudice vt iudice, vt  
 dare dilationes, pronunciationes, et similia. In parte, vt proponere exceptiones, producere testes, et probationes, petere  
 a iudice sententiam, vel aliquid aliud. Circa primum, an iudex possit supplere, hoc est illud quod radicitur in se, facere  
 parte non petente? hic [Basel 1562, ND 2007 sic] dicas: aut loquimur in his, quae respiciunt iuris publici obseruantiam, et  
 iudex potest parte non petente remittere [Basel 1562, ND 2007 rejicere] libellum male conceptum vt ff. off. asses. li. [D.  
 1.22.1] dare dilationes, vt l. properandum, §i. infra de iud. li. [C. 3.1.13] et li. infra quando ciacripraui. [C. 9.31.1] facere  
 partes iurare de calumnia, vt l.2. §sed quia veremur. infra de iur.cal. [C. 2.58 (59).2.4] Praedicta vera, quando proceditur  
 utraque parte praesente. Nam si aliqua partium esset contumax, contra illam partem contumacem non proceditur ad  
 aliquid non petente, aut instante altera parte, vt dl. properandum §i. [C. 3.1.13] et ff. de iud. l. ad peremptorium [D. 5.1.68],

et aut. qui semel. quomodo et quando iu. [Auth. post C. 7.438] Si vero respiceret partis vitilitatem, tunc index hoc non posset facere, nisi parte praesente, ut l.5. §pe. ff. iud. sol. [D. 46.7.5]

Circa secundum, s. in his, quae radicantur in parte, dicas, aut respiciunt publicam vitilitatem, et potest index proponere ex suo officio non petente parte, vt repellere aduocatum, vel procuratorem. vt l. quos prohibet. ff. de postu. [D. 3.1.7] et l. filius. §veterani. ff. de proc. [D. 3.38.2] et §milites ea. l. [D. 3.38.2] Si vero publicam vitilitatem non respiciunt, tunc siquidem loquitur in casibus, in quibus potest contra absentem perueniri ad diffinitiuam sententiam, tunc index potest supplere de facto, inducendo probationes pro absente, vt d. l. ampliore §i. in pr. [C. 7.62.39] et ibi feci te notare. et aut. qui semel quomodo et quando iud. [Auth. post C. 7.438] vbi feci te notare. Si vero non proceditur contra absentem, vel contra eum ad diffinitiuam sententiam perueniri non potest, tunc index non potest de facto supplere, vt in tex. et in gl.<sup>1</sup>

(95) Nörr, Stellung des Richters, S. 90f.

(96) Paulus de Castro, Super Codice. C. 2.10.un. (fol. 68va) “Fallit tamen in aliquibus casibus quando aliquid est sibi notum vt iudici. [1141] 1244 1245 “*non* notum” 1245 1246 1247 “*non* notum” 1247 1248 “*non* notum” 1248 1249 “*non* notum” 1249 1250 “*non* notum” 1250 1251 “*non* notum” 1251 1252 “*non* notum” 1252 1253 “*non* notum” 1253 1254 “*non* notum” 1254 1255 “*non* notum” 1255 1256 “*non* notum” 1256 1257 “*non* notum” 1257 1258 “*non* notum” 1258 1259 “*non* notum” 1259 1260 “*non* notum” 1260 1261 “*non* notum” 1261 1262 “*non* notum” 1262 1263 “*non* notum” 1263 1264 “*non* notum” 1264 1265 “*non* notum” 1265 1266 “*non* notum” 1266 1267 “*non* notum” 1267 1268 “*non* notum” 1268 1269 “*non* notum” 1269 1270 “*non* notum” 1270 1271 “*non* notum” 1271 1272 “*non* notum” 1272 1273 “*non* notum” 1273 1274 “*non* notum” 1274 1275 “*non* notum” 1275 1276 “*non* notum” 1276 1277 “*non* notum” 1277 1278 “*non* notum” 1278 1279 “*non* notum” 1279 1280 “*non* notum” 1280 1281 “*non* notum” 1281 1282 “*non* notum” 1282 1283 “*non* notum” 1283 1284 “*non* notum” 1284 1285 “*non* notum” 1285 1286 “*non* notum” 1286 1287 “*non* notum” 1287 1288 “*non* notum” 1288 1289 “*non* notum” 1289 1290 “*non* notum” 1290 1291 “*non* notum” 1291 1292 “*non* notum” 1292 1293 “*non* notum” 1293 1294 “*non* notum” 1294 1295 “*non* notum” 1295 1296 “*non* notum” 1296 1297 “*non* notum” 1297 1298 “*non* notum” 1298 1299 “*non* notum” 1299 1300 “*non* notum” 1300 1301 “*non* notum” 1301 1302 “*non* notum” 1302 1303 “*non* notum” 1303 1304 “*non* notum” 1304 1305 “*non* notum” 1305 1306 “*non* notum” 1306 1307 “*non* notum” 1307 1308 “*non* notum” 1308 1309 “*non* notum” 1309 1310 “*non* notum” 1310 1311 “*non* notum” 1311 1312 “*non* notum” 1312 1313 “*non* notum” 1313 1314 “*non* notum” 1314 1315 “*non* notum” 1315 1316 “*non* notum” 1316 1317 “*non* notum” 1317 1318 “*non* notum” 1318 1319 “*non* notum” 1319 1320 “*non* notum” 1320 1321 “*non* notum” 1321 1322 “*non* notum” 1322 1323 “*non* notum” 1323 1324 “*non* notum” 1324 1325 “*non* notum” 1325 1326 “*non* notum” 1326 1327 “*non* notum” 1327 1328 “*non* notum” 1328 1329 “*non* notum” 1329 1330 “*non* notum” 1330 1331 “*non* notum” 1331 1332 “*non* notum” 1332 1333 “*non* notum” 1333 1334 “*non* notum” 1334 1335 “*non* notum” 1335 1336 “*non* notum” 1336 1337 “*non* notum” 1337 1338 “*non* notum” 1338 1339 “*non* notum” 1339 1340 “*non* notum” 1340 1341 “*non* notum” 1341 1342 “*non* notum” 1342 1343 “*non* notum” 1343 1344 “*non* notum” 1344 1345 “*non* notum” 1345 1346 “*non* notum” 1346 1347 “*non* notum” 1347 1348 “*non* notum” 1348 1349 “*non* notum” 1349 1350 “*non* notum” 1350 1351 “*non* notum” 1351 1352 “*non* notum” 1352 1353 “*non* notum” 1353 1354 “*non* notum” 1354 1355 “*non* notum” 1355 1356 “*non* notum” 1356 1357 “*non* notum” 1357 1358 “*non* notum” 1358 1359 “*non* notum” 1359 1360 “*non* notum” 1360 1361 “*non* notum” 1361 1362 “*non* notum” 1362 1363 “*non* notum” 1363 1364 “*non* notum” 1364 1365 “*non* notum” 1365 1366 “*non* notum” 1366 1367 “*non* notum” 1367 1368 “*non* notum” 1368 1369 “*non* notum” 1369 1370 “*non* notum” 1370 1371 “*non* notum” 1371 1372 “*non* notum” 1372 1373 “*non* notum” 1373 1374 “*non* notum” 1374 1375 “*non* notum” 1375 1376 “*non* notum” 1376 1377 “*non* notum” 1377 1378 “*non* notum” 1378 1379 “*non* notum” 1379 1380 “*non* notum” 1380 1381 “*non* notum” 1381 1382 “*non* notum” 1382 1383 “*non* notum” 1383 1384 “*non* notum” 1384 1385 “*non* notum” 1385 1386 “*non* notum” 1386 1387 “*non* notum” 1387 1388 “*non* notum” 1388 1389 “*non* notum” 1389 1390 “*non* notum” 1390 1391 “*non* notum” 1391 1392 “*non* notum” 1392 1393 “*non* notum” 1393 1394 “*non* notum” 1394 1395 “*non* notum” 1395 1396 “*non* notum” 1396 1397 “*non* notum” 1397 1398 “*non* notum” 1398 1399 “*non* notum” 1399 1400 “*non* notum” 1400 1401 “*non* notum” 1401 1402 “*non* notum” 1402 1403 “*non* notum” 1403 1404 “*non* notum” 1404 1405 “*non* notum” 1405 1406 “*non* notum” 1406 1407 “*non* notum” 1407 1408 “*non* notum” 1408 1409 “*non* notum” 1409 1410 “*non* notum” 1410 1411 “*non* notum” 1411 1412 “*non* notum” 1412 1413 “*non* notum” 1413 1414 “*non* notum” 1414 1415 “*non* notum” 1415 1416 “*non* notum” 1416 1417 “*non* notum” 1417 1418 “*non* notum” 1418 1419 “*non* notum” 1419 1420 “*non* notum” 1420 1421 “*non* notum” 1421 1422 “*non* notum” 1422 1423 “*non* notum” 1423 1424 “*non* notum” 1424 1425 “*non* notum” 1425 1426 “*non* notum” 1426 1427 “*non* notum” 1427 1428 “*non* notum” 1428 1429 “*non* notum” 1429 1430 “*non* notum” 1430 1431 “*non* notum” 1431 1432 “*non* notum” 1432 1433 “*non* notum” 1433 1434 “*non* notum” 1434 1435 “*non* notum” 1435 1436 “*non* notum” 1436 1437 “*non* notum” 1437 1438 “*non* notum” 1438 1439 “*non* notum” 1439 1440 “*non* notum” 1440 1441 “*non* notum” 1441 1442 “*non* notum” 1442 1443 “*non* notum” 1443 1444 “*non* notum” 1444 1445 “*non* notum” 1445 1446 “*non* notum” 1446 1447 “*non* notum” 1447 1448 “*non* notum” 1448 1449 “*non* notum” 1449 1450 “*non* notum” 1450 1451 “*non* notum” 1451 1452 “*non* notum” 1452 1453 “*non* notum” 1453 1454 “*non* notum” 1454 1455 “*non* notum” 1455 1456 “*non* notum” 1456 1457 “*non* notum” 1457 1458 “*non* notum” 1458 1459 “*non* notum” 1459 1460 “*non* notum” 1460 1461 “*non* notum” 1461 1462 “*non* notum” 1462 1463 “*non* notum” 1463 1464 “*non* notum” 1464 1465 “*non* notum” 1465 1466 “*non* notum” 1466 1467 “*non* notum” 1467 1468 “*non* notum” 1468 1469 “*non* notum” 1469 1470 “*non* notum” 1470 1471 “*non* notum” 1471 1472 “*non* notum” 1472 1473 “*non* notum” 1473 1474 “*non* notum” 1474 1475 “*non* notum” 1475 1476 “*non* notum” 1476 1477 “*non* notum” 1477 1478 “*non* notum” 1478 1479 “*non* notum” 1479 1480 “*non* notum” 1480 1481 “*non* notum” 1481 1482 “*non* notum” 1482 1483 “*non* notum” 1483 1484 “*non* notum” 1484 1485 “*non* notum” 1485 1486 “*non* notum” 1486 1487 “*non* notum” 1487 1488 “*non* notum” 1488 1489 “*non* notum” 1489 1490 “*non* notum” 1490 1491 “*non* notum” 1491 1492 “*non* notum” 1492 1493 “*non* notum” 1493 1494 “*non* notum” 1494 1495 “*non* notum” 1495 1496 “*non* notum” 1496 1497 “*non* notum” 1497 1498 “*non* notum” 1498 1499 “*non* notum” 1499 1500 “*non* notum” 1500 1501 “*non* notum” 1501 1502 “*non* notum” 1502 1503 “*non* notum” 1503 1504 “*non* notum” 1504 1505 “*non* notum” 1505 1506 “*non* notum” 1506 1507 “*non* notum” 1507 1508 “*non* notum” 1508 1509 “*non* notum” 1509 1510 “*non* notum” 1510 1511 “*non* notum” 1511 1512 “*non* notum” 1512 1513 “*non* notum” 1513 1514 “*non* notum” 1514 1515 “*non* notum” 1515 1516 “*non* notum” 1516 1517 “*non* notum” 1517 1518 “*non* notum” 1518 1519 “*non* notum” 1519 1520 “*non* notum” 1520 1521 “*non* notum” 1521 1522 “*non* notum” 1522 1523 “*non* notum” 1523 1524 “*non* notum” 1524 1525 “*non* notum” 1525 1526 “*non* notum” 1526 1527 “*non* notum” 1527 1528 “*non* notum” 1528 1529 “*non* notum” 1529 1530 “*non* notum” 1530 1531 “*non* notum” 1531 1532 “*non* notum” 1532 1533 “*non* notum” 1533 1534 “*non* notum” 1534 1535 “*non* notum” 1535 1536 “*non* notum” 1536 1537 “*non* notum” 1537 1538 “*non* notum” 1538 1539 “*non* notum” 1539 1540 “*non* notum” 1540 1541 “*non* notum” 1541 1542 “*non* notum” 1542 1543 “*non* notum” 1543 1544 “*non* notum” 1544 1545 “*non* notum” 1545 1546 “*non* notum” 1546 1547 “*non* notum” 1547 1548 “*non* notum” 1548 1549 “*non* notum” 1549 1550 “*non* notum” 1550 1551 “*non* notum” 1551 1552 “*non* notum” 1552 1553 “*non* notum” 1553 1554 “*non* notum” 1554 1555 “*non* notum” 1555 1556 “*non* notum” 1556 1557 “*non* notum” 1557 1558 “*non* notum” 1558 1559 “*non* notum” 1559 1560 “*non* notum” 1560 1561 “*non* notum” 1561 1562 “*non* notum” 1562 1563 “*non* notum” 1563 1564 “*non* notum” 1564 1565 “*non* notum” 1565 1566 “*non* notum” 1566 1567 “*non* notum” 1567 1568 “*non* notum” 1568 1569 “*non* notum” 1569 1570 “*non* notum” 1570 1571 “*non* notum” 1571 1572 “*non* notum” 1572 1573 “*non* notum” 1573 1574 “*non* notum” 1574 1575 “*non* notum” 1575 1576 “*non* notum” 1576 1577 “*non* notum” 1577 1578 “*non* notum” 1578 1579 “*non* notum” 1579 1580 “*non* notum” 1580 1581 “*non* notum” 1581 1582 “*non* notum” 1582 1583 “*non* notum” 1583 1584 “*non* notum” 1584 1585 “*non* notum” 1585 1586 “*non* notum” 1586 1587 “*non* notum” 1587 1588 “*non* notum” 1588 1589 “*non* notum” 1589 1590 “*non* notum” 1590 1591 “*non* notum” 1591 1592 “*non* notum” 1592 1593 “*non* notum” 1593 1594 “*non* notum” 1594 1595 “*non* notum” 1595 1596 “*non* notum” 1596 1597 “*non* notum” 1597 1598 “*non* notum” 1598 1599 “*non* notum” 1599 1600 “*non* notum” 1600 1601 “*non* notum” 1601 1602 “*non* notum” 1602 1603 “*non* notum” 1603 1604 “*non* notum” 1604 1605 “*non* notum” 1605 1606 “*non* notum” 1606 1607 “*non* notum” 1607 1608 “*non* notum” 1608 1609 “*non* notum” 1609 1610 “*non* notum” 1610 1611 “*non* notum” 1611 1612 “*non* notum” 1612 1613 “*non* notum” 1613 1614 “*non* notum” 1614 1615 “*non* notum” 1615 1616 “*non* notum” 1616 1617 “*non* notum” 1617 1618 “*non* notum” 1618 1619 “*non* notum” 1619 1620 “*non* notum” 1620 1621 “*non* notum” 1621 1622 “*non* notum” 1622 1623 “*non* notum” 1623 1624 “*non* notum” 1624 1625 “*non* notum” 1625 1626 “*non* notum” 1626 1627 “*non* notum” 1627 1628 “*non* notum” 1628 1629 “*non* notum” 1629 1630 “*non* notum” 1630 1631 “*non* notum” 1631 1632 “*non* notum” 1632 1633 “*non* notum” 1633 1634 “*non* notum” 1634 1635 “*non* notum” 1635 1636 “*non* notum” 1636 1637 “*non* notum” 1637 1638 “*non* notum” 1638 1639 “*non* notum” 1639 1640 “*non* notum” 1640 1641 “*non* notum” 1641 1642 “*non* notum” 1642 1643 “*non* notum” 1643 1644 “*non* notum” 1644 1645 “*non* notum” 1645 1646 “*non* notum” 1646 1647 “*non* notum” 1647 1648 “*non* notum” 1648 1649 “*non* notum” 1649 1650 “*non* notum” 1650 1651 “*non* notum” 1651 1652 “*non* notum” 1652 1653 “*non* notum” 1653 1654 “*non* notum” 1654 1655 “*non* notum” 1655 1656 “*non* notum” 1656 1657 “*non* notum” 1657 1658 “*non* notum” 1658 1659 “*non* notum” 1659 1660 “*non* notum” 1660 1661 “*non* notum” 1661 1662 “*non* notum” 1662 1663 “*non* notum” 1663 1664 “*non* notum” 1664 1665 “*non* notum” 1665 1666 “*non* notum” 1666 1667 “*non* notum” 1667 1668 “*non* notum” 1668 1669 “*non* notum” 1669 1670 “*non* notum” 1670 1671 “*non* notum” 1671 1672 “*non* notum” 1672 1673 “*non* notum” 1673 1674 “*non* notum” 1674 1675 “*non* notum” 1675 1676 “*non* notum” 1676 1677 “*non* notum” 1677 1678 “*non* notum” 1678 1679 “*non* notum” 1679 1680 “*non* notum” 1680 1681 “*non* notum” 1681 1682 “*non* notum” 1682 1683 “*non* notum” 1683 1684 “*non* notum” 1684 1685 “*non* notum” 1685 1686 “*non* notum” 1686 1687 “*non* notum” 1687 1688 “*non* notum” 1688 1689 “*non* notum” 1689 1690 “*non* notum” 1690 1691 “*non* notum” 1691 1692 “*non* notum” 1692 1693 “*non* notum” 1693 1694 “*non* notum” 1694 1695 “*non* notum” 1695 1696 “*non* notum” 1696 1697 “*non* notum” 1697 1698 “*non* notum” 1698 1699 “*non* notum” 1699 1700 “*non* notum” 1700 1701 “*non* notum” 1701 1702 “*non* notum” 1702 1703 “*non* notum” 1703 1704 “*non* notum” 1704 1705 “*non* notum” 1705 1706 “*non* notum” 1706 1707 “*non* notum” 1707 1708 “*non* notum” 1708 1709 “*non* notum” 1709 1710 “*non* notum” 1710 1711 “*non* notum” 1711 1712 “*non* notum” 1712 1713 “*non* notum” 1713 1714 “*non* notum” 1714 1715 “*non* notum” 1715 1716 “*non* notum” 1716 1717 “*non* notum” 1717 1718 “*non* notum” 1718 1719 “*non* notum” 1719 1720 “*non* notum” 1720 1721 “*non* notum” 1721 1722 “*non* notum” 1722 1723 “*non* notum” 1723 1724 “*non* notum” 1724 1725 “*non* notum” 1725 1726 “*non* notum” 1726 1727 “*non* notum” 1727 1728 “*non* notum” 1728 1729 “*non* notum” 1729 1730 “*non* notum” 1730 1731 “*non* notum” 1731 1732 “*non* notum” 1732 1733 “*non* notum” 1733 1734 “*non* notum” 1734 1735 “*non* notum” 1735 1736 “*non* notum” 1736 1737 “*non* notum” 1737 1738 “*non* notum” 1738 1739 “*non* notum” 1739 1740 “*non* notum” 1740 1741 “*non* notum” 1741 1742 “*non* notum” 1742 1743 “*non* notum” 1743 1744 “*non* notum” 1744 1745 “*non* notum” 1745 1746 “*non* notum” 1746 1747 “*non* notum” 1747 1748 “*non* notum” 1748 1749 “*non* notum” 1749 1750 “*non* notum” 1750 1751 “*non* notum” 1751 1752 “*non* notum” 1752 1753 “*non* notum” 1753 1754 “*non* notum” 1754 1755 “*non* notum” 1755 1756 “*non* notum” 1756 1757 “*non* notum” 1757 1758 “*non* notum” 1758 1759 “*non* notum” 1759 1760 “*non* notum” 1760 1761 “*non* notum” 1761 1762 “*non* notum” 1762 1763 “*non* notum” 1763 1764 “*non* notum” 1764 1765 “*non* notum” 1765 1766 “*non* notum” 1766 1767 “*non* notum” 1767 1768 “*non* notum” 1768 1769 “*non* notum” 1769 1770 “*non* notum” 1770 1771 “*non* notum” 1771 1772 “*non* notum” 1772 1773 “*non* notum” 1773 1774 “*non* notum” 1774 1775 “*non* notum” 1775 1776 “*non* notum” 1776 1777 “*non* notum” 1777 1778 “*non* notum” 1778 1779 “*non* notum” 1779 1780 “*non* notum” 1780 1781 “*non* notum” 1781 1782 “*non* notum” 1782 1783 “*non* notum” 1783 1784 “*non* notum” 1784 1785 “*non* notum” 1785 1786 “*non* notum” 1786 1787 “*non* notum” 1787 1788 “*non* notum” 1788 1789 “*non* notum” 1789 1790 “*non* notum” 1790 1791 “*non* notum” 1791 1792 “*non* notum” 1792 1793 “*non* notum” 1793 1794 “*non* notum” 1794 1795 “*non* notum” 1795 1796 “*non* notum” 1796 1797 “*non* notum” 1797 1798 “*non* notum” 1798 1799 “*non* notum” 1799 1800 “*non* notum” 1800 1801 “*non* notum” 1801 1802 “*non* notum” 1802 1803 “*non* not

quod non est verum, nisi ex acitatis, et in percunctatione activatorum, quia potest index dicere, producas processum, vt infra [C. 3.1.13] Ssin autem ver. cum autem eremodicium.”

バルトロマエウス・デ・サリケト、ラファエル・フルゴシウス、パウルス・デ・カストロ、アレクサンデル・デ・イモラにも叙述が見られる。

- (39) Bartholomaeus de Saiceto, *Lectura super toto Codice*. C. 210.un. “...si appellatore absente appellatus aliqua producatur quae habent iurare appellantem iudex ex illis eum iuabit quia sibi vt iudici incipit constare ex eo quod producens dixisset quod in fauorem sui tantum producit. nam sicut testis parte iniura probat pro vitraque parte ita instrumenta argumen. infra de fide. instrumen. l.in exerendis. [C. 4.21.15]”

バルドゥス、パウルス・デ・カストロ、アレクサンデル・デ・イモラにも叙述が見られる。

- (40) Nörr, *Stellung des Richters*, S. 66, 85.

(41) さしあたり水野「訴権の訴訟上の意義(五・完)」一一〇頁以下参照。「原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合」についても、カウサについての証明が適切になされれば不適切な訴権の選択にもかかわらず勝訴判決を下すべきという見解が一四世紀前半までに通説となっていた(水野「職権と当事者(二・完)」八〇―八二頁)。バルトルスやバルドゥスは明示的には「不適切に作成された訴状の却下」のみ言及しているが、単なる却下ではなく原告勝訴を可能にする積極的介入を認めていたと解するべきであろう。

- (42) この点については Wiegand, *Studien*. の詳細な検討に譲る。

- (43) Nörr, *Stellung des Richters*, S. 66, 78, 82, 85.

- (44) 僅かに取り上げられている例でも「一四世紀前半までとはかなり意味合いが異なってきたことが注目される。

Bartholomaeus de Saiceto, *Lectura super toto Codice*. C. 210.un. 「[この]に從つて、私は、その補充を立つて行うべきなのか、それとも座つて行うべきなのかを問う。注釈は『座つて』としている(C. 266 (I.1))が、それは事件の性質が座つての補充を要求する場合についてと理解せよ。歩き回りながら決定してよい事件や事柄についてはそうではなく……裁判官は立つて補充[ ]つてやる」 “...Iuxta hoc quero an suppletiorem istam facere debet stando vel sedendo. Et dicit gl. sedendo arg. Iquisquis. in fin. supra de postu. [C. 2.6.6] quod intellige quando natura causae hoc exigit. alias in causis vel

articulis qui perambulando possunt decidi... poterit etiam stando supplere”

「歩み回りながら」決定してよい事柄については「立つて」補充してよいと述べられている。Lepsius, *Sitzen des Richters*, S. 122はバルトルスの学説として、通常手続においては着座により裁判官が精神を平静にすることが重要であるが、簡略手続においては必要なく、従って簡略手続における判決言渡しは歩き回りながら／立つて行うことができる、と述べる。サリケトも通常手続に比べ職権が強度に作用する簡略手続を想定していたのかもしれない。

- (45) バルトルス以降の著作でしばしば持ち出される「当事者による請求の有無」という視点は、一見当事者のイニシアティブを重視しているようにも見える。しかし、当時の法実務では原告が訴状に「効用ある一節 *clausula salutaris*」を付記することにより、職権にフリーハンドを与える趣旨の嘆願を行うことが当時すでに一般化していたことを考慮する余地があるように思われる。水野「職権と当事者」のほか水野「訴訟法書・公証手引書における『職権と当事者』——一二・一三世紀『法生活の学問化』の一断面」(長谷川晃編著『法のクレオール序説 異法融合の秩序学』(平二四)所収)、Bomsdorf, *Prozeßmaximen*, S. 47. を参照。本稿「おわりに」で紹介する一七世紀の文献ではこの点が明示されている(Otto Philipp Zaunschliffer, *De officio iudicis suppletorio*, Marburg 1682, Pars Prima, Conclusio V §4)。

- (46) Salvoli, *Storia*, S. 766. Roumy, *l'avocat commis d'office*.

(47) 弁護士がローマ以来前近代までは当事者の利益の代弁者というのではなく、むしろ当事者の主張の正当性を客観的にチェックする「最初の裁判官」「裁判官の補助者」として位置づけられていたことと関連しているのかもしれない。

- (48) Bomsdorf, *Prozeßmaximen*, S.33ff. 47.

- (49) Claudia Storti Storchi, *Aequalitas*, S. 396は、手続における両当事者の衡平への配慮についての学説が一三世紀に最高潮を迎えた後徐々に衰退してゆき、近世においては一般論としてのみ言及されるようになっていくという見通しを示している。
- (50) Otto Philipp Zaunschliffer, *De officio iudicis suppletorio*, Marburg 1682, Pars Prima, Conclusio IV §3, Conclusio V §1, Conclusio X §2-4, Conclusio XI §1.

(51) 近年盛んになってきている、当時の民事訴訟の実務についての検討が示す像との関連性、ならびに中世後期の(イタリア都市国家の?) 国制の変動との関連いかんは今後の課題としたい。また、法的紛争解決についてこれまでの研究は通常の訴訟手続に関心が傾いてきた感があるが、実務においては重要な役割を果たしていた簡略手続では職権が主導的な役割

を担っていたことも考え併せる必要があろう。

\*本研究に当たり、文部科学省科学研究費基盤研究C「『当事者のために介入する裁判官』の歴史的系譜（研究代表者・水野浩二）による補助を受け、また法制史学会第四一九回近畿部会例会など複数の研究会にて貴重な意見を賜ったことに感謝する。