



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	西洋中世における法的関係の認識と訴権（2）：学識的封建法を手がかりに
Author(s)	水野，浩二
Description	論説
Citation	北大法学論集，59(3)，167-198
Issue Date	2008-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/34840
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-3_p167-198.pdf



西洋中世における法的関係の認識と訴権（二）

—— 学識的封建法を手がかりに ——

水野 浩二

目 次

- 一章 「封建法」と「訴権」——問題状況
- 2 1 問題の設定
- 2 具体的方針と史料

- 3 『封建法書』(LF)の成り立ちと法源としての位置づけ
 - 4 封の返還請求——対物訴権とコンディクティオ
- (以上、五八卷六号)
- 第二章 「証明の困難さ」——dominiumの証明の要否
 - 1 封建関係のローマ法上の訴権への取り込み
 - 2 証明責任におけるコンディクティオの優位
- 第三章 剥奪の理由——許可なき譲渡かそれ以外か
 - 1 剥奪における訴訟・判決の役割
 - 2 封建法に基づくコンディクティオの汎用性
- (以上、本号)
- 3 小括
 - 第四章 「個別法に基づく訴権」と一般的法源論——一つの示唆として
 - 1 一般的法源論との関係
 - 2 「封建法に基づく訴権」の位置づけ

第二章 「証明の困難さ」——dominiumの証明の要否

封建関係において封臣が主君に対して負っている義務に違反した場合の制裁として、封臣が封に対する法的地位を喪失する⁽¹⁾ものがある。本研究では、その際に主君が封臣から封を取戻すための訴え方について検討する。

JACが紹介する取戻のための訴え方は、dominiumに基づく対物訴権⁽²⁾(actio in rem・一三、六一八節)と、封建法に基づくコンディクティオ(condictio・五六―五八節)の二つに大別される。うち対物訴権は、ベゼマーが指摘した⁽³⁾「物に対する法的地位についての慣習法に基づき、ローマ法上の対物訴権が与えられる」例ということになる。対物

訴権のうち、特に当事者間の封建関係の存在を前提にしたもの（六一八節）は、*dominium* 概念を媒介として封建法上の法的関係をローマ法上の訴権である対物訴権に最も直接的に取り込んだものといえよう。これらの対物訴権はベゼマーが論じたように、封建法に基づくコンディクティオよりも優先的に適用されるものとして位置付けられていたのだろうか。⁽⁵⁾

1 封建関係のローマ法上の訴権への取り込み

一 JACは六節「法それ自体の効果により没収された封建物のための対物訴権について」で、封臣が主君の同意を得ずに封を譲渡したことにより当該封を喪失したとして、主君が封臣から封を取戻すための訴えの叙述を、以下の訴状で始めている。

「モンペリエの裁判官であられる閣下の御前で、ペトルス「原告」がマルティヌスを被告として法廷で以下のことを述べ提示する。被告はモンペリエにある *Bilho* の城 (*turris*) を保持あるいは占有し、それを返還する権能を持っている。被告は当該城をかつて封として原告から保持していたので、城は被告に *dominium utile* あるいは *quasi dominium utile* の法的地位 (*ius*) に基づいて帰属していたことになる。被告はそれをセンプロニウスに原告の許可なく売却・引渡した。それゆえ、そのこと自体の効果として被告は城について持っていた自らの法的地位を喪失したので、封はいまや原告にとって空き (*apertus*) の状態となった。原告は被告に対し訴えを起し、裁判官閣下に以下のように請求する。当該城が *dominium* あるいは *quasi dominium* の法的地位に基づいて原告に帰属していることを判決で宣言されたい。そして、被告が原告に城を返還するように有責判決を下されたい」⁽⁶⁾

中世学識法学が生み出したいわゆる「分割所有権論」においては、一の土地に対する *dominium* が上位所有者（主君）の持つ *dominium directum*（本来 *dominium*）と下位所有者（封臣）の持つ *dominium utile*（準 *dominium*）に分たれることになる。⁽⁷⁾ *quasi dominium*（擬 *dominium*）とは、前主が真の所有者でないことを知らずに取得した者の法的地位をさす概念である。*dominium* の分割に対応して *quasi dominium directum* と *quasi dominium utile* がある。

「*dominium* あるいは *quasi dominium* の法的地位に基づいて（*iure domini vel quasi*）」と云う記載は、*dominium directum* と *quasi dominium* だけではなく、*dominium utile* も含む。JAC においては以下のように説明されている。「*dominium* と云う言葉はそれ自体として単純に取れば、*directum dominium* だけを表すのであるが、*quasi* という言葉を *dominium* という言葉に付すると一般的な意味になり、*quasi directum dominium* だけではなく総ての *dominium utile*、そして *quasi dominium utile* をも指すことになる。思うに、永小作人や地上使用人は確かに *dominium utile* を持つのであるが、大まかに言えば、これらの者達は *quasi dominus* と呼ばれるのである」⁽⁸⁾ “*licet per verbum domini per se et simpliciter sumptum importetur et significetur directum dominium tantum attamen verbum quasi idem subiunctum erat intantum generale quod nedum importabat quasi directum dominium immo et omne utile. videmus enim quod emphiteota et superficarius habent utile dominium verum. et tamen large loquendo vocantur quasi domini*” (fol. 9va)

被告（封臣）が原告（主君）の許可なく封を譲渡（売却）したという違反行為を理由として、*dominium* に基づく対物訴権が提起されている。続く七節では、封臣からの封の買主が現に占有している場合に買主を被告として主君が訴える場合の訴状が紹介されているが、右に紹介した封臣を被告とする六節のそれとほとんど同じ記載である。この二つの訴状は、原告と被告の間に封建関係があった（六節）、あるいは被告が封臣からの取得者である（七節）ことを直接的

に取り込んだものといえる。根拠法文として LF2. 54 (55). 1 と 2. 42 が挙げられており、LF に基づく主張がローマ法上の訴権である対物訴権を通して行われていることになる。

この二つの訴状に関する種々の解説を加えた後に、JAC は以下のように述べている。

「同様に、上述の訴状は単に *dominium* あるいは *quasi dominium* の法的地位に基づく形で、即ち封についてや城が既に没収されたことについては言及せずに、作成することもできよう。そして被告が『原告から当該物が封として与えられた』⁽⁹⁾ことを抗弁するならば、原告にとって便宜であろう。……このことに関して、永小作について上述されているように」

原告は、被告たる封臣との間に封建関係がある場合でもそのことは出さず、被告が単純侵奪者であるという形で訴状を作成することができる。そのような訴状に対して被告が「封として原告から当該物を授与されている（だから、自らの占有は正当である）」と抗弁したら、原告にとって有利になるであろうという。何が「有利」なのかについて、JAC は永小作の叙述を参照させている。JAC において封建関係の法的問題は永小作としばしば関連付けて論じられている。

中世学識法学において封と永小作は類似したものと位置付けられ、個々の論点においても近似した取り扱いや相互影響が広く見出される (Cencetti, Giorgio: *Il contratto di enfiteusi nella dottrina dei glossatori e dei commentatori* (1939), Danhorn, Wolfgang: *Römische Emphyteuse und deutsche Erbleihe* (2003))。

永小作人の違反行為ゆえに没収の対象となった永小作物を取戻す対物訴権に関する叙述（五節）で、JAC は原被告

の間に永小作関係があったことを前提とする訴状を紹介し、種々の解説を加えた後でこのように説明していた。被告との間の永小作関係や没収については言及せず、被告を単純侵奪者として訴える。被告が「永小作関係に基づいて、原告から当該物を授与されている」と抗弁したら、原告は再抗弁として被告の義務違反に基づく喪失を主張し、それだけを証明すれば勝訴できる。永小作関係に基づく物の授与の証明は困難な可能性があり、それを被告自身が言ってくれば（Ⅱ自白）原告はその点についての証明を回避でき有利になる、というのである。⁽¹⁾

「封建（永小作）関係に基づく授与」という被告の自白が何を意味するのかについては、八節で明確に述べられている。

「（原告は） *dominium utile* あるいは *quasi dominium* を持っていることを証明することになるが、このことは、被告がもし『当該城は自分に、封として与えられた』と「抗弁として」述べるならば十分証明されたと考えられよう。なぜなら、その場合被告が城について *quasi dominium* を持っていたことは明らかであり、従って、原告の再抗弁の理由「Ⅱ封臣の義務違反」が正しいと証明されれば、被告が封を既に喪失したことは明らかであり、当該封は原告に移転されていることになるからである」⁽¹²⁾

原告（主君）が *dominium* に基づく物の取戻のための対物訴権で訴えた際に、被告（封臣）が抗弁として「自分は、当該物を原告から封として与えられた」と主張したとする。そのことが、「原告と被告との間に封建関係があり、それに基づいて封についての *dominium* が原告から被告に授与された」、即ち「もともと、封についての *dominium* は原告のものであった」旨の自白として機能する。もはや *dominium* は争点ではなく、原告は封についての *dominium* が自分のものであることの証明をする必要はない。原告は再抗弁として、封喪失の原因となるような被告の義務違反を主張し、そのみを証明できれば勝訴できる。

永小作についての C. 4, 66, 2 の注釈 *Gl. repellere* や、同所で引用されている用益 *usufructus* に関する D. 7, 9, 7 では *dominium* に基づく所有物取戻訴権での訴え→永小作・用益を抗弁→義務違反を再抗弁という駆け引きが見られる（これらの法文は、JACC 4 節 (fol. 16ra) でも同じ主旨で紹介されている）。

Gl. repellere, C. 4, 66, 2: “Item quid si emphyteuta faciat alium emphyteutam unum vel plures, et cessant in solutione canonicis, quod auxilium datur domino? Quidam dant ei condicionem ex lege, Ioan. dicit, quod vendicat dominium suum a secundo emphyteuta, et si ille excipiat de iure emphyteutico, quod replicet, quia non debet ei fides servari etc. vt supra de pactis. l. cum proponas. ii [C. 2, 3, 21] et ff. usufruct. quemadmodum caueat l. si usufructus nomine [D. 7, 9, 7]....”

D. 7, 9, 7 “Si usufructus nomine [tradita rei] (re tradita), satisfatum non fuerit: Proculus ait, posse haereditem rem vindicare, et si obijciatur exceptio de re usufructus nomine tradita, replicandum [esset] (erit), quae sententia habet rationem...”

ローマ古典期において、ある物についての *ius in re aliena*（他人物における法的地位）を持つ者が当該物の *dominium* に基づく所有物取戻訴権 (*rei vindicatio*) の被告たり得るか否かについては争いがあり、用益人が被告たり得るとする D. 7, 9, 7 の位置づけについても議論がある (Kaser, Max: *Das Römische Privatrecht* I. S. 451, n. 35 の文献参照)。中世学識法学ではいわゆる「分割所有権論」で *ius in re aliena* を持つ者の法的地位が *dominium* (*utile*) として把握されるようになり、右に述べたような駆け引きが広く行われ得るようになったと考えられる。

ローマ法源では、訴権の開示 (*editio actionis*) には「被告に争うか認諾するか判断するための情報を与える」という役割が与えられている⁽¹³⁾。しかし以上の JAC の考え方においてはそれとは別の方向性、相手の出方を予測し、それを自分に有利に利用しようとする訴訟戦術的発想といふべきものが強く表れているといえる。

二 *dominium* に基づく物の取戻のための対物訴権においては、原告は自分が所有者 (*dominus*) である $\parallel$ *dominium* を持つてゐることを証明しなければならない。この証明は困難である可能性があり、原告にとって「*dominium* の証明の困難さ」を回避することは訴訟戦術上重要なモティーフとなり得た。上述の議論は、この観点から説明することができる。

(1) *dominium* に基づく物の取戻のための対物訴権において、原告が証明しなければならないのは、原始取得（取得時効など）でなければ、①売買などの取得原因、②占有の引渡、③価格の弁済、④前主が *dominium* を持つていたこと、の四点である。⁽¹⁴⁾ 中世学識法学はこれらの証明が時に困難になり得るという認識の下、①と②のみの証明で十分なブリキアーナ訴権 (*actio Publiciana*) を *dominium* に基づく対物訴権に併合させて訴える手法を編み出していた。例えば、*“peto……iure domini vel quasi”* (*dominium* あるいは *quasi dominium* の法的地位に基づいて、……私は請求する)

という形の訴状である。*“iure domini”* は *dominium* に基づく対物訴権を、*“quasi (domini)”* は *quasi dominium* [擬 *dominium*] に基づくブリキアーナ訴権を示しており、複数の訴権が併合され同時に提起されていることになる。訴えの対象を拡大することで、「前主が *dominium* を持つていたこと」の証明の成否にかかわらず勝訴 $\parallel$ 物の取戻を実現できるようにするのである。この形の訴状を「*vel quasi* 訴状」と呼ぶことにすると、一で紹介した訴状は何れも「*vel quasi* 訴状」であったことが分かる。

しかし、JAC は「*vel quasi* 訴状」によつて、「*dominium* の証明の困難さ」を十分に回避できるとは考えていなかったと解される。「*vel quasi* 訴状」について詳細に論じた三節には以下のような叙述が見られる。

「所有者 (*dominus*) にとつては、自分の物が自分に返還されるよう問答契約しておくことが便宜である。そうしておけば、その問答契約に基づいて、あるいは不確定物のコンディクティオ (*condictio incerti*) によつて「物の返還を」

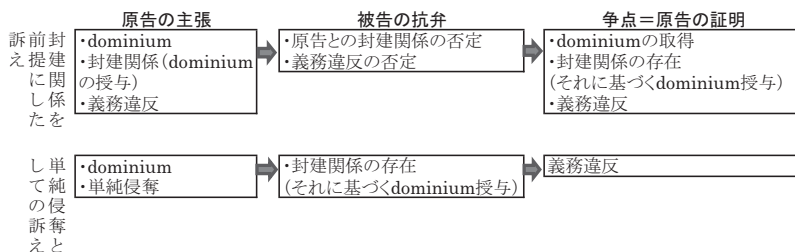
訴えるならば、dominium の証明という困難なことをする必要がないからである」⁽¹⁵⁾

所有者は dominium の証明の困難さを回避するために、（単に対物的な関係だけではなく）問答契約を介して対人的な法的関係を結んでおき、それに基づく訴権で（対人的に）訴えることができるようにしておくべきである、とするのである。

(2) 「dominium の証明の困難さ」が訴訟戦術上重要なモティーフになりうるという姿勢は、JAC の封建（永小作）関係に関する叙述においても一貫している。

JAC が封建（永小作）関係を前面に出す訴状を紹介した後で、あえて被告を単純侵奪者として訴えることを勧めているのは、封建（永小作）関係を前面に出した訴えの場合には上述した「dominium の証明の困難さ」回避というメリットが得られにくいという認識があったと解される。思うに、JAC のリーズニングは以下のようなものである。

封建関係を前提にした訴えにおいては、原告は①当該 dominium の自らへの帰属、②被告との間の封建関係の存在、③被告の義務違反の三つの主張を提示しており、被告はそのすべてに反論する可能性がある。その場合原告は、自らの dominium・被告との封建関係・被告の義務違反のすべてを証明しなければならない。対して単純侵奪としての訴えでは、もし被告が抗弁としてうっかり原告との封建関係の存在を自白してくれば、封についての dominium はもととは原告のものであったと当事者間では認められ、争点から外れることになる。JAC は叙述の各所で訴訟書面・答弁において当事者が留意すべき戦術上のアドバイスをしており、ここでも原告に対しては「dominium の証明の困難さ」回避のために単純侵奪としての訴えを薦め、



被告に対しては原告の策略に足をすくわれないよう注意しているのである。

以上要するに、「dominium の証明の困難さ」に鑑みれば、ローマ法上の対物訴権に封建関係を直接的に包摂すること⁽¹⁶⁾は推奨されておらず、同じ対物訴権でも被告を単純侵奪者として訴えることが薦められていることになる。

2 証明責任におけるコンディクティオの優位

では、本研究のテーマである「封建法に基づくコンディクティオ」は「証明の困難さ」の観点からはどう評価されているのか。

一 被告が封建関係について自白する場合には、封建法に基づくコンディクティオ・「対物訴権で単純侵奪者としての訴え」のどちらでも争点は義務違反の有無に限定される。自白しなければ、コンディクティオの場合は対人訴権なので dominium を証明する必要はなく、封建関係の存在と義務違反について証明する。⁽¹⁷⁾「対物訴権で単純侵奪者としての訴え」の場合は自らの dominium について証明せねばならない。

五六節「皇帝勅法」[F.2. 54 (55). 1]に基づくコンディクティオについて。封が法それ自体の効果により没収された場合⁽¹⁸⁾の訴状は、11で紹介した対物訴権の六節の訴状と同様に、封臣が許可なく封を譲渡したことを理由として主君が封を取戻すためのものである。請求の対象・根拠の相違に注意されたい。

「モンペリエの裁判官であられる閣下の御前で、ペトルス「原告」がマルティヌスを被告として法廷で以下のことを述べ提示する。被告はモンペリエにある Bilio の城をかつて封として原告から保持していた。被告はそれをセンプロニウスに原告の許可なく売却・引渡した。そのこと自体の効果として封は原告にとって空き (apertus) の状態となり、

被告はいまや城について持っていた自らの法的地位を喪失した。それゆえ原告は被告に対し訴えを起こし、裁判官閣下に以下のように請求する。被告が城について持っていた法的地位を喪失したことを判決で宣言されたい。そして、被告が原告に城を返還するように有責判決を下されたい⁽¹⁸⁾」

これまでの議論から明らかなように、封臣からの封の取戻のための訴え方を考えるに際して、「dominium」の証明の困難さは重要なモチーフであり、dominiumの証明をそもそも必要としないコンディクティオはこの点で優位に立つと認識されていたと解される。

JACはこの点に関し、封建関係プロパーでは明示的に指摘していない⁽¹⁹⁾。しかし、永小作法に基づくコンディクティオを取り扱う五五節では以下のように述べられている。

「本事例においては、対物訴権で訴えることもできよう（C. 4. 66. 3, Nov. 7. 3, 2）。……そして、上述の対物訴権に基づいて、既に「四・五節で」述べた二つの訴状は作成されているのである。

同様に、原告にとってこの訴権「永小作法に基づくコンディクティオ」によって訴えることは便宜である。というのも、その場合原告は自分が所有者（dominus）あるいは擬所有者（quasi dominus）であるという、時として困難な証明をする必要がないからである（D. 5. 3. 13 (i. p.))⁽²⁰⁾」

ここには、永小作物の取戻の方法として対物訴権とコンディクティオがあり、「dominiumの証明の困難さ」を回避できる点でコンディクティオが対物訴権より優っているという認識が明確に示されている。⁽²¹⁾

二 個別法に基づく訴権に対して消極的な評価をしていたベゼマーは、対物訴権と封建法に基づくコンディクティオの関係をどのようにみているだろうか。その一つとして、⁽²²⁾LF2. 42「主君と封の買主の間の紛争について」への標準注釈が挙げられる。この法文は、JACの六節・七節・五六節が根拠法文としているものでもある。

『主君が、封の買主を被告として訴えた場合』への注釈 これは即ち、もし自分が所有者 (dominus) であると証明できると信じていた場合には、所有物取戻訴権 (rei vindicatio) によってである。あるいは恐らく、習慣に基づくコンディクティオかあの皇帝勅法に基づくコンディクティオによってである。……あるいはC. 7. 32. 12に基づくコンディクティオによって返還請求ができると述べよ。というのも、所有者のために占有していた者から買主が取得しているからである (C. 7. 32. 12)⁽²³⁾

「もし自分が所有者であると証明できると信じているならば、所有物取戻訴権で訴える」とある。ベゼマーはこれを「習慣に基づくコンディクティオは、択一的あるいは補助的な訴権としてのみ考えられていた」という自らのテーゼに帰納させている。⁽²⁴⁾しかしこれまでの議論から判断すれば、「もし自分が所有者であると証明できると信じているならば」という条件は、対物訴権での訴えに消極的な姿勢の表れと解釈するべきである。

封臣の違反行為に基づく封の剥奪について、LFは様々な箇所に取り上げている。しかし実務・学説においては、一三世紀以降封が剥奪される場合を限定してゆく傾向が一般化した。「原則」どおりに剥奪について述べた上で、実務や慣習法ではそれとは異なる扱いがなされていることを指摘する著作も多かった (Del Gratta: Feudum a fidelitate. Danusso: La feffomia. Montorzi: Diritto feudale, pp. 54-57)。JACも七節・五六節で地域慣習法上の取り扱いについて触れている。

以上要するに、JACにおいては封建法 (と永小作法) に基づくコンディクティオは、「dominiumの証明の困難や」のモティーフに鑑みれば大変重要な選択肢であり、ローマ法上の対物訴権との関係でも単なる「択一的」「補助的」存在に留まらず、その積極的な適用が推奨されていたと解される。また、ベゼマーが指摘するように個別法 (封建法) に

基づいてローマ法上の訴権(対物訴権)が与えられるとしても、やはり「dominiumの証明の困難さ」という訴訟戦術的な配慮が重視され、封建関係の直接的な包摂はむしろ避けられていた、ということができよう。これらの配慮はJAC⁽²⁵⁾だけではなく、当時の他の著作にも広く共有されていたと考えられる。

(1) 近時のまとまった研究として、Del Gratta, Rodolfo: *Feudum a fidelitate. Esperienze feudali e scienza giuridica dal Medioevo all'Era Moderna*. (1994) Danusso, Cristina: *La fellonia ex delicto nell'età del commento*. in: *Studi di storia del diritto III* (Università degli studi di Milano, Facoltà di giurisprudenza) (2001) pp. 201-363. 一般的にはむしろあたり、Ganshof, F. L. (森岡敬一郎訳)『封建制度 改訂新版』(昭四三)を参照。

(2) 本稿(一)(北法五八巻六号)一二頁の図表を参照。

コンディクティオ(condictio)について、わが学界では「不当利得返還請求訴権」という訳語が充てられることがある。わが不当利得法の母法たるドイツ不当利得法がローマ法源のcondictioを母体に創出されたことに基づくものであるが、近代における不当利得法とローマ法のcondictioは二対一対応ではないので、本稿では「コンディクティオ」というカナ書きをすることにする。ご了承ください。

本研究で扱われる封建法に基づくコンディクティオは、新しい債権債務関係を導入した法律がそのための訴権を手当てしていない場合に、当該法律に基づくコンディクティオ(condictio ex lege)を認めるD. 13. 2. 1に依拠するものである。D. 13. 2. 1は、個別法に基づく訴権の創出に大きな役割を果たした法文であった。本稿第三章3(次回予定分)掲載の図表を参照。

(3) Bezemer: *Legal remedies*, nn. 26, 35, 36, 39 (本稿(一)注(20)の史料参照), 56, 57. 「所有権に帰結される慣習法については、ローマ法上の所有物取戻訴権(rei vindicatio)のような、一般的な訴権が用いられるというジャック・ド・レヴィニー「二九六没」の見解は)『慣習法に基づく』訴権が問題になっていることが多くの場合見過ごされる理由を明らかにする。即ち、一般的な訴権が言及されているからにすぎない。勿論それは、土着の法がローマ法によって覆い隠さ

れている一つの例である」(p. 69)

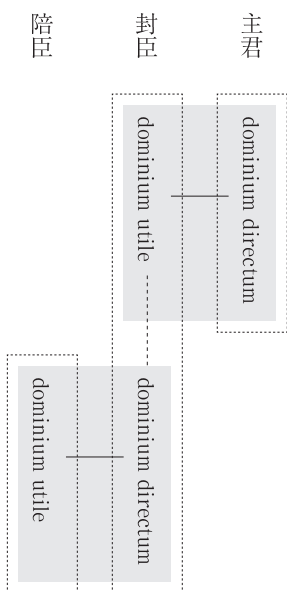
- (4) 封臣・永小作人・長期賃借人など実際に土地を利用している者の法的地位を指す *dominium utile* [準 *dominium*] という概念(いわゆる「分割所有権論」)は、中世学識法学が創出したものである。恐らくピリウス(十二世紀後半)が、LFをローマ法源にある“*dominium*”概念により解釈しようとした際に生み出されたものと思われる。Feenstra, Robert: *Les origines du dominium utile chez les glossateurs*, in: *Fata iuris romani*, (1974), pp. 228-251. なぎを参照。詳細には拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義 (三)」、『法協一二三卷一〇号(平一七)二五頁注(5)』。

- (5) 本稿(一)六頁以下参照。

- (6) JAC; fol. 18rb-18va. “*Coram vobis domino iudice montispessulani dicti et proponit in iudicio Pe. [Petrus] contra Mar. [Martinum] quod dictus reus tenet seu possidet et facultatem restituendi habet turrim de bilho sitam in monte pessulano. quam turrim cum dictus reus teneret retroactis temporibus in feudum a dicto actore et sic dicta turris pertinebat tunc ad dictum reum eiture (一五七五版つち iure) viliis domini vel quasi viliis dictus reus ipsam vendidit et tradidit sine permissu dicti actoris sempronio. vnde cum dictum feudum ex hoc tunc fuerit apertum dicto actori quia eo ipso dictus reus cecidit a iure suo quod habebat in dicta turri agit dictus actor contra eum: et petit a vobis dicto domino iudice: vt dictam turrim pertinere ad dictum actorem iure domini vel quasi per vestram sententiam declaretis et dictum reum: vt dicto actori dictam turrim restituat sententialiter condemnatus.*”

主君が原告として訴えを提起しているのは、マヨルカ王サンチヨ(位一二三一一―一二三二四)の裁判所で、裁判官は法学博士(*legum doctor*)である(JAC冒頭の二節以外の訴状では省略されている)。封建関係についての訴えはLFでは主君が主宰する同輩法廷に係属すると言われていたが、一二世紀以降徐々に通常裁判所に係属するようになっていった(Blum, Edgar: *La comisse féodale*, dans: TRG 4 (1923), pp. 74-75, Danusso: *fellonia*, p. 321, n. 412)。

- (7) この対応関係は、封臣から再下封が行われた場合の封臣と陪臣の間にも成立すると一四世紀にかけて考えられるようになっていった(いわゆる「重疊的分割所有権論」)。Meynial, Edouard: *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XIVe siècle dans les romanistes*, dans: *Mélanges Fitting*, t. 2. (1908), pp. 449-461. Feenstra: *dominium utile*, pp. 251-252.)。



JACがこの理論を受容していたかどうかは微妙である。六二節には“Imperator dedit castrum in feu. [feudum] meuior: deinde Meuius sine fraude dedit illud in feu. [feudum] sempronio. queritur cuiusmodi ius habeat in dicto castro Meuius primus vas. [vasallus] videretur dicendum de iure feudorum male composito quod Meuius primus Vas. [vasallus] habeat in dicto castro vile dominium respectu habito ad Imperatorem. Sed respectu habito ad Sempronium secundum Vasal. [vasallum] habeat directum dominium.....Sed hoc non patitur ratio quod idem habeat directum et vile dominium eiusdem rei licet diuersis respectibus.....dico tamen quod licet ille meuius primus vasallus non habeat aliquod dominium nec vile nec directum illius castri: habet tamen in eo ex quadam vulgari et communi approbatione quoddam ius quod in aliquibus habet vim et instar et quasi effectum directi domini et in quibusdam vtilis diuersis respectibus” (JAC: fol. 89vb-90ra) であり、「重疊的分割所有権論」にかなり近似している (Meyrial: domaine divisé, p. 459, n. 1 の挙げる例も同旨)。以下の検討では、この点についてはオープンにして取り扱うことにする。

(8) JACでは訴状の雛型に続いて、“Probatur (iste libellus) in....”という形で、根拠法文が明示されている。本稿第三章（次回予定分）掲載の図表を参照。

以下『ローマ法大全』（含LF）のテキストは一五八一年ウェネツィア版による。批判版と語順・語句が異なる部分について、[.....]は一五八一版のみの部分、(.....)は批判版（LFについてはレーマン版、それ以外についてはCorpus

iuris civilis (1872-1895), Vol. 1 Institutiones (Krueger), Digesta (Mommсен) 8. Aufl. (1963), Vol. 2 Codex (Krueger) 11. Aufl. (1954), Vol. 3 Novellae (Schoell, Kroll) 8. Aufl. (1963)) のもの部分や欠けた。

LF2, 54 (55), 1 “Callidis insuper machinationibus quorundam obuitantes, qui pretio accepto quasi sub colore inuestiturae, quam sibi licere dicunt, [feudum] (feuda) vendunt, et in alios transferunt; ne tale figmentum, vel aliud vterius in fraudem huius nostrae constitutionis excogitetur, modis omnibus prohibemus, poena auctoritate nostra imminente, ut venditor et emptor, qui tam illicitas alienationes reperi fuerint contraxisse, feudum amittant: et ad dominum libere reuertatur. Scriba vero, qui (super) hoc instrumentum sciens conscripserit, post amissionem officii cum infamiae periculo manum amittat”

LF2, 42 “Item si sit inter dominum et emptorem feudi, si emptor dicat, non esse feudum, domino in probatione deficiente sacramento emptoris finiatur. §1.) Domino cum emptore feudi agente, si vasallus jurare poterit quod ignorans esse beneficium vendidisset, credens proprium: electioni emptoris committitur, vtrum domino velit ipsum cedere, an vasallo restituere, [Obertus dicit, omnia vasallo restituenda]. Quo restituto, id beneficium vasallus retinebit, non nocente [nec obstante] venditione, eo quod ignorans [alienauit] (alienasset). (§2.)[Et] Quod dicitur alienatione feudum [aperiri domino] (domino aperiri), intelligendum est, cum a scientibus [alienatur] beneficium (venditur). Et quod dicitur de venditione, idem est in omnibus alienationibus”

(9) JAC; fol. 19r-a-b. “Item et posset formari praedictus libellus simpliciter iure domini vel quasi non faciendo mentionem de feudo nec quod turris cecidisset in commissum et expediret actori quod reus exciperet de re data in feudum ab actore: ut de hoc dictum est. supra de emphiteota.”

(10) 「モンペリエの裁判官であられる閣下の御前で、ペトルス〔原告〕がマルティヌスを被告として法廷で以下のことを述べ提示する。被告はモンペリエにある……農地 (domus) を保持あるいは占有し、それを返還する権能を持っている。被告は当該農地をかつて永小作 (一年の借料六デナリウス) により原告から保持していたので、農地は被告に dominium utile あるいは quasi dominium utile の法的地位 (ius) に基づいて帰属していたことになる。被告は上記の永小作関係に反して C. 4. 66, 2 及び C. 4. 66, 3 の規定に違反する行為をした。それゆえ被告は自らの法的地位、あるいは永小作についての法的地位を喪失してしまった。原告は被告に対し訴えを起こし、裁判官閣下に以下のように請求する。当該農地が

dominium あるいは quasi dominium の法的地位に基づいて原告に帰属していることを判決で宣言されたい。そして、被告が原告に農地を返還するやうに有責判決を下された。」JAC; fol. 177b. “Coram vobis domino iudice montipessulani dicti et propositi in iudicio pe. [Petrus] contra mar. [Martinum] quod dictus reus tenet seu possidet et restituendi facultatem habet domum sitam in monte pessulano quam domum cum dictus reus teneret retroactis temporibus emphiteosim a dicto actore ad annuam pensionem vi. denariorum et sic dicta domus pertinebat ad dictum reum tunc iure vtilis domini vel quasi vtilis dictus reus versatus est contra emphiteosim predictam aliter quam dispositum est. C. de iure emphi. l. ii. et iii. vnde cum dictus reus propter hoc ceciderit a iure suo: seu a iure emphiteoticario agit dictus actor contra dictum reum et petit a vobis dicto domino iudice: vt predictam domum pertinere ad dictum actorem iure domini vel quasi per vestram sententiam declaratis et dictum reum vt dicto actori dictam domum restituat sententialiter condemnatis....”

四節の訴状もほとんど同一の記載であり、永小作の訴状が封建関係の訴状と基本的に同一の形で作成されていることが分かる。

- (11) JAC; fol. 187b. “.....quando res cecidit in commissum actor posset agere actione in rem iure domini vel quasi non faciendo mentionem quod res fuerit emphiteotica quondam nec quod cecidisset in commissum et procederet bene talis libellus: et tunc si reus exciperet de re sibi data in emphiteosim ab actore: actor replicaret quod res iam cecidit in commissum quo probato ipse obtineret in causa: et expediret actori quod reus illo modo exciperet: quia tunc in parte esset fundata actoris intentio quia non haberet vltius probare dationem in emphiteosim fuisse factam quod forte fuisset sibi difficile probare.” JACは続けて、永小作地所有者(原告)の許可を得ない譲渡による取得者を被告として訴える場合も同じ理由でこの訴え方が原告に有利であるとする。

- (12) JAC; fol. 19vb. “[actor] probaret vtile seu quasi dominium quod satis videretur probatum eo ipso quod reus diceret turrim datam sibi fuisse in feudum quia iam appareret reum habuisse in ea quasi dominium et sic causa replicationis probaretur vera appareret reum amisisse illud et est translatum in actorem” 以下、quasi dominium について dominium utile と同義と思われる。上述参照。

- (13) 拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義 (一) (二)」法協一二二巻五号、八号参照。

- (14) 以下について、拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」第三編（法協一二二卷一〇号、一一号、一二号）参照。
- (15) JAC; fol. 8ra. “est utile domino stipulari rem suam sibi restitui quia tunc si ex illa stipulatione vel condicione incerti Agat non habebit necesse probare dominium cuius probatio est difficultis”
- (16) 具体的には、三節の訴状であると考えられる。「……被告は……ある地所 (fundus) を占有あるいは保持し、それを返還する権能を持っている。……当該地所は原告に dominium あるいは quasi dominium の法的地位に基づいて帰属している。地所の返還を要求された被告はそれを拒否したので、原告は被告に対し訴えを起す」。……以下のように請求する。当該地所が dominium あるいは quasi dominium の法的地位に基づいて原告に帰属していることを判決で宣言されたい。そして、被告が原告に地所を返還するように有責判決を下されたい」 JAC; fol. 6va. “……dictus reus possidet seu detinet et facultatem restituendi habet quendam fundum……qui fundus pertinet ad dictum actorem iure domini vel quasi vnde cum dictus reus acquisitus (一五七五版は requisitus) dictum fundum restituere contradicatur agit dictus actor contra dictum reum et petit … vt dictum fundum ad dictum actorem pertinere iure domini vel quasi per vestram sententiam declaratis, vt (一五七五版は et) dictum reum ad restituendum dictum fundum dicto actori……sententialiter condemnatis…”
- (17) LFでは、封建契約に基づく授封に関して同輩の証人や書面の使用が規定され、授封について争いが生じた際の証拠の確保が図られている (LF1, 4, 2, 2, 2, 32など)。一般的には Ganshof 前掲、一七一一七三頁を参照。
- 永小作契約では、証拠としての書面の必要性を唱える説が強かったようである (Cencetti, *enfiteusis*, pp. 20-27, *Dannhorn, Emphyteuse*, S. 12-13)。書面あるいはその他の方法による永小作契約の証明については JAC 五五節に詳しい説明がある。
- (18) JAC; fol. 79vb. “Coram vobis domino iudice montispe. dicit et proponit in iudicio Pe. contra Mar. quod cum dictus reus teneret quondam in feudum a dicto actore turrim de bilho silam in montepessullano. ipse vendidit et tradidit eam sempronio sine permissione dicti actoris. vnde cum propter hoc feudum fuerit apertum dicto actori et dictus reus ceciderit iam a iure suo feudali quod habebat in dicta turri agit dictus actor contra eum. et petit a vobis dicto domino iudice vt dictum reum cecidisse a iure suo quod in dicta turri habebat per vestram sententiam declaratis. vt dictum reum (一五七五版は et dictum reum vt) dicto actori dictam turrim restituat sententialiter condemnatis et condemnatum etc”

(19) 他の著作には、封建関係についてのことを明示的に指摘するものがある。この点については別稿を用意したい。

(20) JAC; fol.79rb. "Posset etiam agi in casu nostro actione in rem vt C.de iure emphiteotico. l. finali. et notatur in praecedenti Scire..... et super praedicta actione in rem formati sunt supra duo libelli....."

Item expedit actori agere hac actione quia non oportebit eum probare se dominum vel quasi: quod quandoque difficile est probare: vt notatur ff. de petitione hereditatis. l. etiam. §i."

Nov. 7, 3, 2についてGl. defendere. D. 5, 3, 13 (i. p.) についてGl. debet dari.を参照。

(21) 本稿 (一) 六頁以下参照。

(22) ベゼマーが取り上げたほかの例としては、ヒリウスとヤコブス・デ・ベルヴィンが挙げられる (Bezemer; Legal remedies, pp. 64, 74-75.)。ベルヴィンは標準注釈とはほぼ同じ内容である。

(23) Gl. domino agente. "s. rei vindicatione, si crederit se probare dominum. vel forte condictione ex moribus, vel forte cond. ex illa l. imperialem etc..... vel dicas, quod condicere posses condic. ex illa l. ex libris Sabiniani, cum ab eo habeat emptor, qui pro domino possidebat, ut C. de acq. poss. l. ex libris."

法文本文については、注 (8) を参照。C. 7, 32, 12 に基づくコンディクティオは、本人が他者 (奴隷や執事など) を介して占有している場合に、その他者の懈怠または悪意によって第三者が当該占有を保持するに至った際、本人が占有回復のために用いるものである。JACは五六節でこのコンディクティオの封建関係への適用を否定している (fol. 79vb-80ra)。

(24) Bezemer; Legal remedies, p. 65.

(25) この点については別稿で論じたい。

三章 剥奪の理由——許可なき譲渡かそれ以外か

主君が封臣から封を剥奪する理由には様々なものがありうる。JACは剥奪理由を、訴え方との関連で「主君の許可なく封を譲渡したこと」と「譲渡以外の違反行為」の二つに区別して扱っている。

1 剥奪における訴訟・判決の役割

一 JACは、封の剥奪に関して訴訟・判決がいかなる役割を果たすかは剥奪の理由が「許可なき譲渡」か「譲渡以外の違反行為」かによって大きく異なるとしている。七節では以下のように述べられる。

「以下のこと注意到すべきである。封臣が……あえて物を譲渡しようとする、あるいは封建物について持っている *dominium utile* あるいは *quasi dominium utile* を譲渡しようとする。その際、主君の許可なく物を引渡（または準引渡）し、その結果……移転し自らから引き離すことにより、封臣は当該 *dominium* を喪失し、*dominium* は彼がそれを移転しようとした相手のものにはならず、妨げなく主君に戻る（LF2, 54 (55), 1: 2, 26, 6）。つまり、『この場合、法それ自体の効果により (*ipso iure*) 封臣は封を剥奪されることになる』と生きた理によつて述べなければならない。封臣自身が自分から剥奪したのであるから、剥奪にはなんらの判決も必要でない。譲渡を行った永小作人についても同様である（C. 4, 66, 3）。……しかし、それ以外『許可なき譲渡以外』のいかなる原因ゆえに封臣が封を喪失するとしても、『封臣は法それ自体の効果により封を喪失することになる』と考えるべきではなく、判決によつて (*per sententiam*) 封を剥奪されねばならない。なぜなら、上述の理由付けがこの場合には当てはまらず、またその際には法それ自体の効果により喪失すると法により規定されているわけでもないからである（LF1, 20 (21), 1）。同様に、法律の解釈により罰は緩和されるべきであるから、判決によつてなされる方がより衡平にかなうからである。……実際、『剥奪されねば

ならない』と『既に』剥奪されている』の間には大きな相違がある（C.1.2.14.5）」⁽¹⁾

要約すれば、

(イ) 「許可なき譲渡」を理由として封が剥奪された場合：封臣が主君の許可なく封を第三者に譲渡した場合、封臣は自ら封を手放したことになる。しかし、そのような譲渡はLFにより禁止されているため、封は第三者には移転されず主君に戻る。つまり、封臣は違法な譲渡の結果「法それ自体の効果」により（*ipso iure*）封を剥奪されてしまうのであり、剥奪それ自体のために判決は要求されない。

(ロ) 「譲渡以外の違反行為」を理由として封を剥奪する場合：主君への義務違反ではあるが、封自体についてではない。封そのものを手放したわけではないから、封の剥奪にはその原因たる違反行為の認定が必要である。従って、「判決による」⁽²⁾（*per sententiam*）必要があるのである。

五七節では、「いかなる原因に基づいて封臣が封を喪失しなければならないとしても、法それ自体の効果によってではなく判決によると理解されるべき」、「法それ自体の効果によってか判決によるか判然としない場合には、刑罰はより緩やかに解釈されるべき（D.48.19.42）」として、封臣が封を喪失せねばならない場合は法それ自体の効果によってではなく判決によってであるのが通常であると述べ、「許可なき譲渡」はその例外として位置づけられている。⁽²⁾

「許可なき譲渡」による封臣からの封の買主については、剥奪が「法それ自体の効果」によるか「判決による」か議論があった（下記二）。JACは六一節で、買主についても封臣と同様「法それ自体の効果」によると明確に述べている。

“Columbus tamen notavit ibi quod licet Vasallo vendente seu [freudum] et transferente ius suum illud ipso iure reuertatur ad dominum : tamen quantum ad emplorem non reuertitur ad dominum nisi per sententiam : vt empior postea possit agere de euictione:

sed illa differentia non potest stare : quia aut reuertetur ipso iure quantum ad omnes aut quantum ad nullum.....est dicendum quod etiam quantum ad emplorem feudum reuertitur ipso iure ad dominum non expectata sententia super priuando" (fol. 88vb)

二 封の剥奪が「法それ自体の効果」によるか「判決による」かは、当時の学説において大いに争われていたテーマである。⁽³⁾

LFには、封臣は何らかの義務違反について審理・有責判決を受けない限り封を剥奪されないという見解が各所に見られる。⁽⁴⁾一方、封の剥奪の法的性質については「忘恩行為ゆえの贈与の撤回・廃除」に引照して考える学説と、「双務契約における義務の不履行ゆえの解除」として考える学説が存在した。前者の考えは「剥奪には罰としての性格があり、従って判決による必要がある」(罰的構成)という結論に、後者の考えは「法それ自体の効果」により剥奪されるという考え(契約的構成)に結びつけられていた。⁽⁵⁾

しかし、契約的構成をとる者においても、剥奪が罰としての性格を持ち得ることは広く認められていた。また「法それ自体の効果」による剥奪を文字通りに理解すれば主君の自力救済ということになるが、これはしばしば主君により濫用された。⁽⁶⁾こうして一四世紀には「法それ自体の効果」による場合も含め常に何らかの判決を要求する見解が広がっていったと考えられる。「法それ自体の効果」による場合も宣言的(declaratoria)な判決が必要だとしたうえで、「判決による」場合の判決は創設的(privativa)なものと位置づける見解が見られる。

JACもこの「法それ自体の効果」→宣言的判決、「判決による」→創設的判決という性質付けに従っていると考えられるが、この考え方を叙述した史料(cf. Danusso : *feudonia*, p. 323, n. 417)を参看することができなかったため、判断を留保

せざるを得ない。

「法それ自体の効果」による剥奪を限定する見解には様々なものが存在した。バルドゥス（一二三七―一四〇〇）は「法それ自体の効果により剥奪されるのは、主君がそれを望み請求する場合に限られる」という。アンドレアス・デ・イセルニア（一二八九以前―一二三六）やマテウス・デ・アフリクティス（Matheus de Afflicis・一五世紀半ば―一五二〇）は他の論者とは異なり、作為における過失（culpa in faciendo）の場合には「法それ自体の効果」、不作為における過失（culpa in omitendo・インヴェステイトールの不請求、奉仕の不提供）の場合には「判決による」（原因ゆえのコンディクテイオ conditio ob causam で訴える）という区別を行い、「法それ自体の効果」による場合も dominium の剥奪には判決は不要だが、占有の剥奪には封剥奪の宣言的判決（sententia declaratoria privationis feudi）が必要だと論じた。

一方で、罰的構成を採る者も含め、「許可なき譲渡」については「譲渡以外の違反行為」とは区別して考え、「法それ自体の効果」によるとする議論が後代まで見られた。ヤコブス・デ・ベルヴィシオ（一二七〇以前―一二三五）は、封臣からの取得者からの剥奪は「判決による」必要があるが封臣については「法それ自体の効果」によると述べた。罰的構成を強く主張したホスティエンシス（Hostiensis・一二世紀末―一二七二）も、「許可なき譲渡」は例外としている。

以上、封の剥奪には訴訟手続による審理・判決が必要という見解は広く受け入れられてゆくも、その性質・場合分けについては後代に至るまで議論が続いていたといえることができる。⁽⁷⁾このような不明確な状況を、JACも念頭に置いていた可能性は否定できないと思われる。

永小作については、JACは「許可なき譲渡」「譲渡以外の違反行為」を問わず、常に「法それ自体の効果」により所有

者に *dominium* は戻ると考えており、この点で封建関係と永小作には大きな相違があることになる。中世学識法の学説においては「法それ自体の効果」によるか「判決による」かを巡り封の場合と同様様々な説が唱えられていた。有力だったのは「法それ自体の効果」で可とする説であったが、「法それ自体の効果」としつつ宣言的判決を求める説、「許可なき譲渡」と「譲渡以外の違反行為」で区別する説、所有者がそれを望む場合に限定する説などが併存していた。このことのコロラリーとして、所有者の自力救済の可否についても通説は形成されず（JACも微妙である）、見解の多様さは後代まで続くことになる（Cencetti ; enfiteusi. Damhorn ; Emphyteuse）。

三 JACは、「許可なき譲渡」を理由とする剥奪のための訴えについて対物訴権（六・七節）と封建法に基づくコンディクティオ（五六節）を、「譲渡以外の違反行為」については封建法に基づくコンディクティオ（五七節）を紹介している。つまり、対物訴権は「許可なき譲渡」の場合のみとなっている。これは何故であろうか。

当事者間に封建関係がひとたび設定されると、*dominium* が封臣にその時点で移転する。封臣の違反行為に基づき、「法それ自体の効果」により既に *dominium* が剥奪されていれば（「許可なき譲渡」の場合）、自分の下に戻ってきた *dominium* に基づいて原告たる主君は対物訴権で訴えることができる。対して *dominium* の剥奪が「判決による」必要がある場合（「譲渡以外の違反行為」）においては、原告は（自分の下はまだ *dominium* が戻ってきていないので）その *dominium* に基づく対物訴権で訴えることはできないのである。七節では以下のように述べられている。

「封が没収された場合、主君は対物訴権を持つ。それだけではなく、（それまで）封臣だった者を被告として、また（法律の禁止にもかかわらず）引渡して物を譲渡しようとした相手方を被告としても、法律『皇帝勅法』に基づくコンディクティオによって訴えることが得やう（LF2, 54 (55), 1)」。しかし対人訴権は土地についてゆくわけではないので、そ

れ以外の占有者を被告として訴えることはできない。同様に、封が法それ自体の効果によって没収されるのではなく判決が望まれる場合には、主君は *quasi dominium* に基づく対物訴権で訴えてはならず、法律「皇帝勅法」に基づくコンディクティオによらねばならない（次の節で説明される⁽⁸⁾）

従って、封の取戻に際してローマ法上の対物訴権と封建法に基づくコンディクティオのいずれを用いるかは、「封剥奪の理由」も影響を与え得るモティーフの一ということになる。

四 JAC は「許可なき譲渡」「譲渡以外の違反行為」の各々に基づく封の取戻のための訴状を紹介する一方で、そうした個別の理由に基づく訴えには危険が伴うという認識を持っていた。五八節ではその危険が具体的に説明されている。

「上述の訴状で『被告は法それ自体の効果により封を喪失した』と記されているとして、訴状に付記された原因に従うと剥奪には法的に判決が必要だとすると、原告はおそらく訴権の不適切さゆえに敗訴することになる。反対に、訴状に『被告は判決により、封を剥奪されねばならない』と記されているとして、訴状に付記された原因に従うと法それ自体の効果により既に剥奪されてしまっている」とすると、原告は同様に訴権の不適切さゆえに敗訴することになる。仮に両方とも訴状に記載するならば、即ち『被告は法それ自体の効果により剥奪されてしまっており、かつ、被告は判決により剥奪されねばならない』と記載するならば、原告は自己矛盾を犯しているということ、当然却下されねばならないだろう。しかし、封臣が封を「そもそも」法それ自体の効果により、あるいは判決により喪失するのか、そしていかなる場合に法それ自体の効果により、あるいは判決により喪失するのか、は疑問の対象となっている。それゆえ、その点については触れず隠す形で本節「五八節」の訴状の出来となる。ここでは『上述の城に関する封は、既述の原因に基づき原告にとって空きとなっている』と記されている⁽⁹⁾」

「法それ自体の効果により封臣は封を喪失した」と訴状に記載しているのに、記載された原因が「判決による」剥奪

を要求するものであったり（あるいはその逆）、その種の不適合を恐れて一の訴状で「被告は法それ自体の効果により既に封を剥奪されており、かつ、判決により封を剥奪されねばならない」と両方を記したりすれば、不適切な訴えとして原告は敗訴してしまう。しかし、そもそも封の剥奪が「法それ自体の効果」によるのか「判決による」のか（an）、いかなる事例が「法それ自体の効果」によるのか「判決による」のか（quando）は必ずしも判然としているわけではない。そこで、そのことには触れずどちらにも適合する「封は原告（＝主君）に対して空いている（apertum）」という記載のみで済ます訴状をJACは紹介するのである。それが五八節「空きの封のための、習慣に基づく同一のコンディクティオについて。一般的訴状」即ち封建法に基づくコンディクティオの訴状である。

「……被告は原告から封としてモンペリエにあるBilioの城を保持していた。被告は、原告に対して義務違反（felonia）（即ち、その奥方との姦通）を犯した。その後、被告はさらに、当該城を原告の許可なくヨハンネス・ルフス師に売却し、城を彼にその名において占有させた。以上の原因に基づいて、当該城に関する封は原告にとって空きの状態のはずでありかつそうだったので、原告は被告に対して、城を自分に妨げなく返還するように訴え、裁判官閣下に以下のことを請願申しあげる。すなわち、当該城に関する封が上述の原因に基づいて、原告にとって空きになるように判決によって宣言されたい。そして、被告が原告に城を妨げなく返還すべく有責判決を下されたい」⁽¹⁾

このような訴状が提案された動機はどのようなものだったのだろうか。上記の訴状では、「主君の奥方との姦通」という違反行為と、「許可なき譲渡」双方が理由として挙げられている。「判決により」剥奪されるような理由と、「法それ自体の効果」によって剥奪されるような理由が並存していることになる。現実には双方の理由が「並存している」場合は有り得る。しかし、なぜ双方の理由を包含する訴え方が必要なのかについて上述したことからすれば、別の側面が浮かび上がってくる。

勝訴するためには、原告は剥奪の理由となる事実（「許可なき譲渡」「譲渡以外の違反行為」）を少なくとも一つ証明しなければならない。証明の危険を考えれば、理由を二に限定せず可能性のあるものを広く提出しておいたほうが有利といえる。剥奪が「法それ自体の効果」によるのか「判決による」のか判然としないので、双方とも一の訴状に記載したいというのは、どちらの理由ならば証明できるかが判然としない、という状況を含むと解される。⁽¹²⁾ また、上記二で紹介した当時の学説・実務の状況に鑑みれば、剥奪が「法それ自体の効果」によるのか「判決による」のかは必ずしも一義的に明確とはいえなかった。「法それ自体の効果」による場合は被告は既に封を剥奪されてしまっているのに対し、「判決による」場合は提訴の段階では被告は依然として封についての法的地位を保持している。この相違は訴状の記載に様々な相違をもたらすため、テクニカルな部分に精通していない当事者や訴訟代理人には敗訴の危険を生ぜしめるものであった。⁽¹³⁾ 「双方の理由の一括処理」は現実には双方の理由が並存している場合だけではなく、学説・実務上の曖昧さに基づく危険を回避するためのテクニクという一面を持っていたと思われる。

以上要するに、双方の理由を包含する訴え方が案出されたのは、「剥奪原因の証明の困難さ」の軽減と「双方の理由の一括処理」のためであったといえる。

（この章未完）

(1) JAC: fol. 197b: "Item est notandum quod feudatarius... conetur alienare rem seu transferre vtile dominium vel quasi vtile quod habes (一五七五版に habet) in re feudali tradendo rem vel quasi tradendo sine permissione domini et sic... transferendo et a se abdicando illud ipse amittit nec vadit ad illum in quem vult transferre: sed reddit libere ad dominum: vt in scallidis. et de feu. contro. fu. c. qui clericis. Et sic vicia ratione debemus dicere quod tunc ipso iure vasallus priuatur feudo."

北法59 (3·194) 1306

20(21)] et supra quo tempore miles inue.petere debe. capi.3.[LF1. 21(22), 2]"

LF2, 26, 6 は聖職者となった者は、そのこと自体故に封を喪失することを述べる。

no, feudum non amittit.]

dominium] (dominum suum) dimiserit, et cum eo non laborauerit, si potuerit.

- C. 1, 2, 14, 5 及び “privetur” など 語の “privetur” 以下の “per sententiam, non ipso iure...Item dicti, privetur et non privatus sit”
- (2) JAC 六一節では、封についての様々な区別のひとつとして、喪失が「法それ自体の効果による」か「判決による」かを挙げ、本文で述べたのと同旨が詳細に論じられる (fol. 88va-89va)。
- (3) 以下の叙述は、Danusso; fellowia., Del Gratta; Feudum a fidelitate., Blum, Edgar; La commise féodale. dans: TRG 4 (1923), pp.31-102, 124^{re}。
- (4) 例えは LF1, 20(21) (前掲注 (一) 参照) LF1, 21(22), 2 “Sancimus, vt nemo miles [adimatur] (ejiciatur) de possessione sui beneficii nisi conuicta culpa, quae sit [laudanda] (laudata) per iudicium parium suorum, sicut supra diximus....” LF2,54(55),7 “...si vero inter dominum et vasallum lis oriatur, per pares curiae a domino sub fidelitatis debito coniuratos terminetur” 詳細には Del Gratta; Feudum a fidelitate, cap. 4, Danusso; fellowia, p.320, n.407 を参照。係属する法廷について 一章注 (6) 参照。
- (5) Blum; commise, pp.82-85.
- (6) 多くの封建法文獻では主君の自力救済の可否について論じられている。JAC も七節でこのように述べている。「永小作人が自らの法的地位を喪失した場合、所有者が自らの権限で何時でも排除することが可能である (C.4, 66, 2) のに對して、主君は封臣を何れの場合においても、彼が持っている自然的占有からいかなる方法でも自らの権限で排除してはならない。何故なら、いかなる法律も主君にそのような権力を与えてはおらず、もし主君がそのようなことをすれば、暴力を犯したことになるからである (D.43, 16(15), 1, 9 LF1, 21(22), 2(i-p))」 “licet emphiteota cum amisit ius suum possit quandoque repelli a domino propria auctoritate vt C.de iure emphi. l.ii. Dominus tamen vasallum in aliquo casu a possessione sua naturali quam habet nullo modo expellat auctoritate sua: quia nulla l. [lex] dat sibi talem potestatem: quia si faceret ipse committeret violentiam vt ff. de ui et ui arma. l.i. Scleritur et facit quo tempore miles inuesti. pede. c. fin prin.” (fol. 197b-va) 但し、永小作人だった者に対する自力救済の可否について、JAC の姿勢は微妙である (fol. 127b, を参照)。
- (7) 中世の学識法理論はフランスの学説・実務にも大きな影響を与え、考え方の対立は一八世紀にいたるまで継続していた。Blum; commise, pp.88-96.

(80) JAC; fol.19va. “si feudum cecidit in commissum tunc nedum dominus habet actionem in rem: immo et potest agere condictione ex lege contra vasallum quondam et contra eum etiam in quem tradendo voluit rem alienare lege prohibente ut in Scallidis: sed contra alios possessores non. Quia actio personalis non sequitur fundum. Item quando feudum non cadit ipso iure in commissum: sed est expectanda sententia tunc non debet agi actione in rem quae competit ratione quasi domini. Sed condictione ex lege ut dicitur statim in sequenti titulo.” quasi dominium とは主君が封臣にかつて授与し、違反行為ゆえに戻つて主君の dominium (この主君の dominium utile) のものである (2章1ーを参照)。

封建法に基づくコンバインクティオの叙述においても、「法それ自体の効果」による場合は対物訴権でも可だが(五六節)、「判決による」場合は対物訴権は不可(五七節)と指摘されている。

(81) JAC; fol.81va. “si dictum esset in libello predicto quod reus cecidit in feudo ipso iure et propter causas in libello adiectas de iure requireretur sententia in priuando actor forte caderet ab (11575版では actione tanquam) inepta. Item econtra si dictum fuisset in libello reum debere priuari feudo per sententiam: et propter causas in dicto libello adiectas esset iam priuatus ipso iure actor similiter caderet ab (11575版では actione tanquam) inepta. Item si utrumque esset appositum in libello s. quod reus esset priuatus ipso iure et etiam ipsum debere priuari per sententiam actor esset sibi contrarius: et sic esset merito repellendus: sed quia aliqui dubitant an et quando vasallus amittat feudum ipso iure et an et quando per sententiam: idcirco super illis taceatur et sub nube sit transitus in presenti libello et dicitur in eo quod feudum turris predicte est apertum actori ex predictis causis.”

(10) 封が「空いてる (apertum)」とは、何らかの理由(封臣の死亡・違反行為など)で封に関する法的地位を持つ者が欠け、別の者が封を取得する地位を取得するようを指す概念である。Montorzi; diritto feudale, pp.78-92. 参照。JACの二二節(22)のちのに説明されている (JAC; fol.89vb)。“Queritur an ex omnibus causis feudum dicatur aperiri domino an solum quando ipso iure amittitur: Dico quod siue ipso iure siue per sententiam feudum ad dominum reuertatur semper potest dici feudum aperiri seu esse apertum domino ipso iure: vt per alienationem. vt in libro feu. de contro. inter domi. et empto. c.i. [LF2, 42, 2] et quid iuris fit si post alie. c.i. [LF2, 44, pr] et de feu. fe. c.i. in glo. [Gl. postposuerit. LF2, 30] Item si per mortem vasal. [vasalli] ad dominum ipso iure reuertatur: vt apud quem vel quos controuer. feu. diffi. de. c.i. [LFI,

17(18)] et si de feu. contro. fue. c.moribus [LF2, 26, 3] et de l.corra. c.ii. in fi.[LF2, 34, 3] et de cleri. qui inuesti. fa. c.uno. [LF2, 35] et ibi etiam potest inteliigi quando per sententiam reueritur. Item et agnatis dicitur feu. [feudum] aperiri quasi per successione[m], vt quando vas. feu.priu.a. cui de. c.vno. [LF2, 31] Item et cum feu. [feudum] reueritur ad dominum per sententiam dicitur sibi feudum aperiri. vt an ille qui interfe. fratrem domini sui. c.i.[LF2, 37, pr] et de controuer. inter Vasal. et alium de benefi. c.vno.[LF2, 43]

- (11) JAC. fol.81rb. "...cum dictus reus teneret in feudum a dicto actore turrim de bilho sitam in molepessulano dictus reus commisit feloniam erga dictum actorem scilicet cucurbitando eum. et postmodum nihilominus dictus reus dictam turrim sine permissione dicti actoris vendidit magistro Johanni Ruffi. et se constituit eandem turrim eius nomine possidere. vnde cum ex predictis causis predictum feudum dicte turris sit et fuerit apertum dicto actori agit dictus actor contra dictum reum. vt dictam turrim sibi restituat libere vobis predicto domino iudici supplicando vt feudum dicte turris fore apertum dicto actori ex predictis causis per vestram sententiam declaretis et predictum reum. vt predictam turrim dicto actori libere restituat sententialiter condemnatus...."

「空いてゐる」という概念は六・七・五六・五七・五八・六二節の訴状で用いられている。「fuerit apertum」という形が多いが、*"apertum est"* (五七節)、*"sit et fuerit apertum"* *"fore apertum"* (五八節) という時制もみられる。時制の相違と内容の間には特に関連性は見い出されず、JACは特に頓着せずこれらの表現を用いていたと考えられる。

- (12) 本稿 (三) (次回予定稿 注 (17) で紹介するJAC八節の訴状に対する説明を参照。

- (13) JACは七節、八節、五七節、五八節で、この点に起因する訴状作成上の留意点を詳細に説明している。例えば五七節には以下の叙述が見られる。「訴状には『被告は封臣である』と適切に記載されている。なぜなら、(ハ)ではまだ被告が封臣であることを止めていないような原因に基づいて訴えられており、封臣はまだ自分の *dominium utile* あるいは *quasi dominium* を喪失していないからである。判決によつて剥奪されるまでは *dominium* を被告は喪失したのであり、訴状はそういう形に作成されてゐるのである」 JAC. fol.80vb-81ra *"Recte dicitur in libello quod reus est vasallus. quia hic agitur ex tali causa ex qua non desit ad huc esse vasallus. quia nec adhuc amisit dominium suum vile vel quasi. nec ipsum amittit donec per sententiam pro eo priuetur et sic formatus est libellus"*

ちなみに、永小作についても同様の問題点をJACは指摘している。

◇本稿(二)の以下の誤りを訂正する。

一八頁一〇行目(誤)「トゥールーズの法学教授だったジャン・フォール…一三五〇頃没」↓(正)「ジャコビと同時期にフランスで活躍したジャン・フォール…一二七〇頃―一三四〇頃」
 二二頁一一行目(誤)「空きの封のための同一のコンディクティオについて…」↓(正)「空きの封のための、習慣に基づく同一のコンディクティオについて…」