



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	西洋中世における法的関係の認識と訴権（3・完）：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(4)，1-24
Issue Date	2008-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35178
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-4_p1-24.pdf



論
説

西洋中世における法的関係の認識と訴権（三・完）

—— 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)

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

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

(以上、五九卷三号)

2 封建法に基づくコンディクティオの汎用性

3 小括

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

(以上、本号)

三章 剥奪の理由——許可なき譲渡かそれ以外か

2 封建法に基づくコンディクティオの汎用性

一 「許可なき譲渡」と「譲渡以外の違反行為」を包含する訴え方たるコンディクティオについて論じてきたが、対物訴権ではこのような訴え方は可能なのだろうか。1三で述べたように、「譲渡以外の違反行為」の場合は対物訴権で訴えることは不可能なように思われる。

JACは八節「空きの封のための対物訴権について。一般的訴状」では、以下のような対物訴権の「一般的」訴状を紹介している。

「……被告は、城を保持しそれを返還する権能を持っている。…当該城は原告に *dominium* の法的地位に基づいて帰属している。そして、被告は原告への城返還を拒否したので、原告は被告を訴え、当該城は自分のものであるから自分に返還することを請求する。そして、裁判官閣下に以下のことを請願申し上げる。当該城が *dominium* の法的地位に基づき原告に帰属していることを判決で宣言されたい。そして、被告が城を原告に返還するよう有責判決を下されたい……」⁽¹⁴⁾

この訴状はいかなる意味で「一般的」なのだろうか。それは引き続いての叙述で明らかになる。

「原告は、自分が城の本来的な所有者 (*directo dominus*)⁽¹⁵⁾ であることを証明しなければならぬ (その証明方法は一節で述べた)。この *directum dominium* が証明され、被告が何も抗弁しなければ原告は勝訴する (D. 6. 1. 9 (i. p.))。しかし、被告が当該城が自分あるいは自分の前任者たちに封として与えられた旨抗弁するとする。それが証明され、原告が何も再抗弁しなければ被告は勝訴する (D. 43. 18 (17). 1. 4^o D. 6. 3. 1 (i. f.))。しかしその際、原告が再抗弁として以下のように述べるとする。『被告』マルティヌスよ、あなたは当該城が自分 (あるいは前任者たち) に封として与えられた旨適切に抗弁した。しかし、あなたは私の妻と不貞を働いた。従ってあなたに対して、信義が守られる必要はない』 (C. 2. 3. 21)、あるいは『マルティヌスよ、あなたは適切に抗弁した。しかし、あなたは当該城を私の許可なく、法の禁止にもかかわらず譲渡した。そのこと自体の効果によりあなたは封を喪失してしまったのであり、従ってあなたに対して、信義が守られる必要はない』。これらの原因のうち一方が真実であると証明されれば、原告は恐らく本事件で勝訴するであろう (同頁、C. 4. 66. 2^o C. 4. 66. 3^o D. 7. 9. 7)。⁽¹⁶⁾

後半部分から分かるように、この訴状は「許可なき譲渡」と「譲渡以外の違反行為」を包含するものであり、双方の

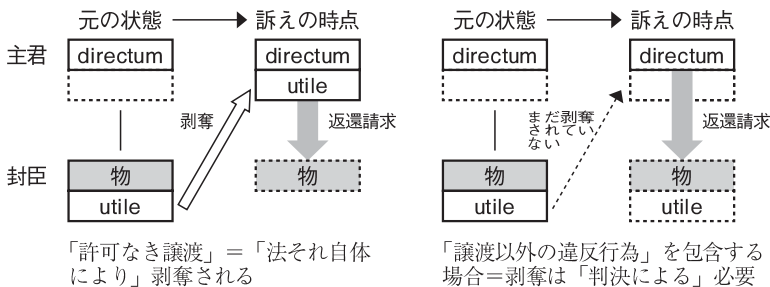
うち何れかを証明すれば勝訴できるというのである。剥奪理由証明の困難さの回避と、複数の剥奪理由の一括処理が図られることになる。¹⁷⁾しかし、「譲渡以外の違反行為」ゆえに対物訴権で訴えることはいかにして可能になるのだろうか。

上記1・2では、剥奪によって封臣から主君に戻ってくる *dominium* = *dominium utile* (準 *dominium*) に基づく対物訴権での訴えが「譲渡以外の違反行為」の場合は理論的に不可能であることを論じた。対して、この訴状では「*dominium* の法的地位」即ち *dominium directum* (本来 *dominium*) に基づいて訴えがなされている。

JACは単なる“*dominium*”という表記は *dominium directum* のみを指し、*dominium utile* は含まないと解釈している。“Attamen cum simpliciter *dominium* dicitur de directo tantum intelligitur et non de vtili. vt notatur ff. de eue. l. minor §i. D. 21, 2, 39, 1.” (fol. 19vb)

従って、この訴えでは原告は *dominium directum* を証明できなければ敗訴する。当時の実務、そしてそれを受容した新しい学説は、「vel quasi 訴状」という形で訴えの根拠たる *dominium* の範囲を拡張する (*dominium directum/ dominium utile/ quasi dominium...*)¹⁸⁾ とど「*dominium* の証明の困難さ」を軽減しようとしていた。JACも他所では「vel quasi 訴状」を受け入れているが、封建関係の「許可なき譲渡」と「譲渡以外の違反行為」を包含する訴えについてのみ明確に異なる姿勢をとっていることになる。

二 敢えて証明が困難な訴え方をする理由は、「譲渡以外の違反行為」の場合を包含するためであった。



「判決により」封が剥奪される場合、有責判決が出るまでは原告には封についての *dominium* は帰属していない。従って、「判決による」必要がある場合Ⅱ「譲渡以外の違反行為」をも包含して訴えようとするならば、原告は封についての *dominium* に基づいて訴えることはできない。訴えの根拠を「*dominium* の法的地位、あるいは *quasi dominium* の法的地位 (*ius domini vel quasi*)」(「*vel quasi* 訴状」)と拡張して訴えることはできないのである。JACの叙述は以下のである。

「しかし、以下のことに注意すべきである。(原告の)再抗弁の原因が、(被告の)不貞やそれに類した行為のように判決によってのみ封が喪失されるようなものである場合、『あるいは *quasi dominium* の法的地位に基づいて (*vel quasi domini*)』という言葉を訴状に付記したとしても何らの有用性も確実に持たないであろう。……なぜならその場合には、被告は自分の *quasi dominium* を剥奪されてはいないので、通常いかなる *quasi dominium* の法的地位も原告には帰属し得ないからである。しかし再抗弁の原因が、被告が法それ自体の効果に基づいて封を剥奪されてしまったようなものである場合には(例えば『被告は当該城をすでに売却し、買主がその名においてそれを占有するようにした』)、原告にとつて訴状で『*dominium* の法的地位、あるいは *quasi dominium* の法的地位に基づいて』と記載するのが有用であろう。その場合、原告はもし *directum dominium* を証明できないならば、少なくとも *dominium utile* あるいは *quasi dominium* を証明することになる。これは、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、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。このように、原告は *directum dominium* を証明できない可能性があるるので、上記のように *quasi dominium* について記載すれば、勝訴するためには少なくとも有利に働くであろう。す

に紹介した二つの訴状「六・七節」も、ほぼそのように作成されている⁽¹⁹⁾

つまり quasi dominium とは、主君が封臣にかつて授与し、違反行為ゆえに戻ってくる dominium、つまり dominium utile のことである。つまりは JAC は、“vel quasi (dominii)” という語句を専ら dominium utile との関連で理解している。

JAC においては「vel quasi 訴状」における“vel quasi (dominii)”は、プブリキアーナ訴権の根拠たる quasi dominium、つまり真の所有者でない者から取得された dominium の意と、dominium utile の意の双方を包含するものとして理解されている(本稿(二)二章一)。⁽²⁰⁾つまりではそのうち後者の側面が問題とされていることになる。

JAC は dominium 概念の重層性について以下のように述べている。「判決による」場合には訴えの段階では原告の下には封臣が保持する dominium utile (quasi dominium) は当然ない。したがってそれに基づく訴えは不可能であるが、原告は本来的な所有者 (directo dominus) ではある。本来それに一体化していた dominium utile を、封建関係に基づいて封臣に与えているところ、違反行為を理由として「親」たる dominium directum に基づく訴えはおこなうことができる。directum dominium を証明すれば勝訴するが、証明できなければ敗訴する。その証明は常に容易ではないから、「もし自分が本来的な所有者でないならば、成文化されていない法律に基づくコンディクティオで剥奪のために訴えるべきであろう」と述べている。「もし自分が本来的な所有者でないならば」とは、「そうであることを証明できなければ」という意味を含むと解される。

dominium directum の証明は、被告の抗弁(原告との間の封建関係の自白)によって回避されない。封建関係の自白により回避されるのは、主君が封臣に封について与えた dominium = dominium utile についての証明であった(本稿(二)二章の叙述を参照)。

「譲渡以外の違反行為」を包含するために“vel quasi (dominii)”を排除した結果として、quasi dominium に基づくプブリ

キアーナ訴権も訴えの対象から排除され、常に *dominium directum* を証明しなければならないことになると考えられる（JACはこの点については明示的には述べていない）。

以上要するに、対物訴権によって「許可なき譲渡」と「譲渡以外の違反行為」の双方を包含した訴えをしようとする
と、「*dominium* の証明の困難さ」は回避できないことになる。このこともまた、封臣からの封の取戻に際して当事者間の法的関係をいかなる形で認識するか——対物訴権かコンディクティオか——に、影響を与えるであろう。

3 小括

一 二章・三章でのこれまでの検討を受けて、封建法（永小作法）に基づくコンディクティオ・封建（永小作）関係を前提とした対物訴権・単純侵奪者としての対物訴権がどのように行使されていたのか、言い換えれば主君と封臣の間の法的関係が、様々な具体的要素の下でどのように認識されてゆくことになるのかを、小括として考えてみたい。これまでの議論から、JACはいくつかのモティーフを念頭に置いていたことがわかる。

(1) 「*dominium* の証明の困難さ」 二章では、このモティーフに鑑み、封建（永小作）関係を前提とした対物訴権より、単純侵奪者としての対物訴権が、さらにはコンディクティオのほうが有利であることを明らかにした。⁽²¹⁾ この点では封建関係は永小作と全くパラレルな関係に立っている。

三章では、永小作とは異なり封の剥奪では剥奪理由により訴え方に相違が存在することを論じた（下記(2)も参照）。対物訴権ですべての剥奪理由を包含しようとする、常に *dominium directum* についての証明を余儀なくされる。同じ

くすべての理由を包含するコンディクティオは、この点で優位に立つことになる。

(2) 剥奪理由とその一括処理 三章では、永小作とは異なり封の剥奪には「法それ自体の効果」による場合と「判決による」場合があり、後者については原理的にはコンディクティオによるしかないと考えられていたことを見た。証明の危険や当時の学説の未確定に鑑みれば剥奪理由の一括処理へのインセンティブは大きく、双方の場合を包含した訴えを起こそうとすれば、基本的にはコンディクティオが用いられることになる。

ここまで述べてきた以上の点に加えて、

(3) 転得者への訴求の可否 対物訴権とコンディクティオの間では、被告たり得る者の範囲が異なる。封臣からの取得者(買主など)からの転得者への訴求については、対物訴権であれば可能だが、コンディクティオでは封臣からの取得者までしか訴求できない。この点については各箇所指摘されている。⁽²²⁾

二 対物訴権とコンディクティオの相違として、dominiumに基づく対物訴権では原告勝訴であれば原告のdominiumが確認され、コンディクティオではそれはないという点を挙げることができる。しかし、この相違はそれほど重視されてはいなかったのではと考えられる。⁽²³⁾

JACをはじめ当時の学説・実務が推奨していた「vel quasi 訴状」は複数の対物訴権を併合した訴えである。しかしこの訴状による手続で「dominiumの証明の困難さ」回避のために、前主が真の所有者であったことを要求しないquasi dominiumに基づき物の取戻が認容される場合は、係争物について原告が被告より相対的に強い地位にあることが認定されたに過ぎない。また、封建関係に関する被告の自白ゆえにdominiumについての証明が回避される場合(二章)、それには対世効は認められていなかった。⁽²⁴⁾dominiumに基づく対物訴権による訴えとはいえ、訴訟の実際には、封に対して原告のいずれが相対的に強い地位を持っているかを、当事者間の法的関係の中で暫定的に決するという色

彩が強かったとも言い得、その点ではコンディクティオと相違はない。

JACの叙述においては、封（永小作地）の取戻について対物訴権とコンディクティオは各々の説明において相互に
もう一つの選択肢として参照されており、特に「原告に dominium が帰属することの確認」の有無が両者の相違として
注目されているわけではない。思うに、このことはJACにおいて——恐らくは当時一般に——どちらの訴え方でも「実
際に得られるもの」にはさまで大きな違いはないと認識されていたことの顕れと解される。「土地の取戻」という目的
が当事者間の法的関係において達成されれば差し当たり十分だったのであり、法的地位の対世的な指標にそれほど拘泥
する必要はなかったということであろう。⁽²⁵⁾

三 以上要するに、封の取戻のための訴えを行うにおいては、原告は「dominiumの証明の困難さ」、「剥奪理由（の証明）
とその一括処理」、「転得者への訴求の可否」を考慮したうえで用いる訴権を選ぶ必要があったことになる。⁽²⁶⁾それは被
告との従前の経緯、手続において被告がいかなる反応を示してくるかといった、複数の具体的モティーフに基づいて原告
と被告の間の法的関係の認識が多様に行われ得たことを示している。

封建法（と永小作法）に基づくコンディクティオは、dominiumの証明の困難さを回避しつつ一回の訴えであらゆる
場合を包含することも可能であり、封（あるいは永小作地）の取戻のための優れた方法として認識されていた。それは
決してローマ法上の対物訴権に対して単なる並列・補充的關係に立つものではなく、多くの場合にはむしろ積極的に選
択されるべき方法であった。少なくとも、「慣習法に基づく訴権は補充的なもの」としたベゼマーにおける消極的な位置
付けは見られない。

また、「封建法（個別法）を対物訴権（ローマ法上の訴権）に包摂する」としても、その際にはその訴権を用いて実
際に法的地位の実現を図る際に必要な訴訟戦術的配置が介在していたといえることができる。⁽²⁷⁾

JACの節区分に即して図示すると以下のようになる。

- (14) JAC; fol.19va. “.....dictus reus tenet et restituendi facultatem habet turrimque ad dictum actorem iure dominii pertinet: vnde cum dictus reus dictam turrim dicto actori restituere contradicat agit contra eum et petit ab eo vt dictam turrim sibi restituat quia sua est vobis dicto domino iudici supplicando vt dictam turrim ad dictum actorem pertinere iure dominii per vestram sententiam declaretis: et dictum reum vt dictam turrim dicto actori restituat sententialiter condemnetis.....”
- (15) directo dominus とは、いわゆる「分割所有権理論」における dominium directum (本来 dominium) を持つ者のことである。
- (16) JAC; fol.19va-vb. “Item actor debebit probare se esse directo dominum praedictae turris quod qualiter debeat probari dictum est ibi. Item dicto directo dominio probato si reus nihil excipiat actor obtinebit. vt ff. de rei vendi. l. officium, in prin. si autem reus excipiat de turri praedicta sibi vel praedecessoribus suis in feudum data et verum probetur tunc si actor nihil replicet reus obtinebit. argumen.ff. de superfi. l. i. § is autem. et si ager vec. vel emphi. pe. l. i. in fi. Si autem actor tunc replicet et dicat Martine bene exciperes de turri praedicta tibi vel praedecessoribus

対物訴権	単純侵奪者としての訴え (3 節)	dominium の証明 dominium utile の証明の必要の可能性比較的「小」 (被告の自白得られ易い)? dominium utile の証明の必要の可能性比較的「大」 (被告の自白得られ難い)? dominium directum の証明が常に必要	剥奪の理由	転借者への請求	根拠法文
対物訴権	6 節 / 7 節	dominium utile の証明の必要の可能性比較的「小」 (被告の自白得られ易い)?	「許可なき譲渡」のみ	○	D.6, 1, 23 (24) C.2, 54 (55), 1
	8 節	dominium utile の証明の必要の可能性比較的「大」 (被告の自白得られ難い)?	「許可なき譲渡」のみ	○	LF2, 54 (55), 1 LF2, 42
		dominium directum の証明が常に必要	全ての理由を包含	○	D.6, 1, 23 (24) (ip.) C.2, 54 (55), 1
コンテイクテイオ	56 節	不要	「許可なき譲渡」のみ	×	LF2, 54 (55), 1
	57 節	不要	「譲渡以外の違反行為」のみ	×	D.13, 2, 1 LF2, 54 (55), 5 LF2, 54 (55), 6
	58 節	不要	全ての理由を包含	×	D.13, 2, 1 LF1, 5, 1 LF2, 38 LF2, 52, 1 LF2, 54 (55), 1

tuis data in feudum nisi quia tu cucurbitasti me: et sic fides non est tibi servanda. vt C. de pac. l. cum proponas: vel replicet ita Martine bene exciperes nisi quia tu dictam turrin sine permissione mea iure prohibente alienasti: et eo ipso feudum amisisti et sic fides non est tibi servanda. certe si altera de praedictis causis vera probetur actor forte iam obtinebit in causa vt simile notatur. C. de iure emphiteo. l. ii et l. iii. et ff. vsufruc. quemadmodum ca. l. vsufructus nomine.” D. 7, 9, 7 ㄥ ㄥ ㄥ
 これは、本稿(11)(北法五九卷三三号)一七三頁参照。

(17) 本稿(11)三章一四を参照。

(18) 本稿(11)一章一三(1)を参照。

(19) JAC; fol. 19vb-20ra. “Et tamen notandum quod si causa replicationis sit talis ex qua feudum non amittitur nisi per sententiam vt cucurbitatio et similes certe verbum vel quasi dominii si esset subiunctum, in libello nullam assereret vtilitatemquia tunc ad actorem non posset pertinere regularis in re (| 五七五版は regulariter ius) alicuius quasi dominii quia nec reus priuatus esset suo quasi dominio. Si autem causa replicationis esset talis propter quam reus esset priuatus ipso iure vt quia dictam turrin iam venderat et eam nomine emptoris se possidere constituerat tunc esset vtile actori si fuisset dictum in libello iure dominii vel quasi: vt sic (| 五七五版は si) tunc actor non posset probare directum dominium quod saltim probaret vtile seu quasi dominium quod satis videretur probatum eo ipso quod reus diceret turrin datam sibi fuisse in feudum quia iam appareret reum habuisse in ea quasi dominium et sic (| 五七五版は si) causa replicationis probaretur vera appareret reum amisisse illud et est translatum in actorem: et sic quia actor non posset probare directum dominium saltim proficeret ei praedictum quasi dominium ad optinendum in causa et quasi iuxta hoc formati sunt duo praecedentes libelli”

(20) JAC; fol. 20ra. “Si autem feudum debeat amitti per sententiam tunc ille qui dederat in feudum non habet aliquod vtile seu quasi dominium nec consolidatum si est directo dominus nec principaliter si non est directo dominus ante sententiam privationis probato tamen directo dominio ipse obtinebit, vt superius dictum est: quo non probato ipse succumbet: debebit ergo agere condictione ex lege non scripta ad priuandum si directo dominus non est.”

(21) もともと、「封建関係(永小作関係)の存在を前提とした訴状」に全く利点がなかったとはい切れない。「単純侵害者

としての訴状」が極めて一般的な訴えであるがゆえに、判決の既判力により後訴が事実上遮断されてしまうのに対して、個別的な訴えとして（敗訴時に）再び訴える余地が広く残される、ということが挙げられる。拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」第三編（法協一二二巻一〇、一一、一二号（平一七））を参照。

(22) 三章注（8）で引用した史料を参照。JACは永小作について、封の場合と異なり永小作人以外の第三者へのコンディクティオによる訴求はできないとされているように思われるが、やや不明確である。

(23) 以下の点について、詳細には拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義（五・完）」一〇三—一〇五頁を参照。

(24) 所有物取戻訴権についての叙述（一節）で、JACは原告の *positio* の一として以下のように述べている。“*dictus reus...actore presente confessus fuit dictum fundum pertinere ad dictum actorem iure directi domini effectus. quia licet propter hoc dictus actor non sit directo dominus. quia propter nostrum affirmare vel negare nihil mutatur in re secundum philosophum...: atamen confessio praedicta nocebat*（一五七五版で *nocebat*）*ipsi reo...licet quo ad alios non noceat talis confessio...*”（JAC: fol. 3ra.）より一般的には Kaser, Max und Hackl, Karl: Das römische Zivilprozessrecht (1996), S. 273.

(25) JACは三節と八節の判決の雛形について、「当該物は *ius domini vel quasi* に基づいて原告に帰属している」という曖昧な確認も、（審理からいずれの *dominium* であるか判然としなかった場合には）認められるとしている。静態的な「権利」の確定という視点からすれば *dominium* か *quasi dominium* かは根本的相違である。しかし動態的な「法的関係」の形成、すなわち「物の取戻の実現」の見地からは、どちらであるかは特に重要ではない。

(26) 双方の理由を一括処理すべく一の訴えに提出すれば全てに既判力が及び、遮断効により後訴が排除される危険があるというモティーフは、JACにおいても当然の前提だった。拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義（五・完）」八七一—八八頁参照。

(27) 以上の結論は、一三世紀後半以降訴権開示（*editio actionis*）のあり方が大きく変わり、原被告・裁判官が事例毎の具体的モティーフを考慮して多様な形で「訴えの対象の特定」を行うようになっていったこと（拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義（五・完）」参照）と同じライン上にあるのかもしれない。その検証のためにはJAC以外の封建法文献の検討が必要であり、他日を期したい。

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

最後に、これまで論じてきた「個別法に基づく訴権」に関するJACの考え方は、当時の議論全体の中にどのよう位置づけられるのかを考えたい。そのためには、「封臣からの封の剥奪」のための訴えに関する、同時代の著作の叙述との比較が必要であるが、もとより対象は膨大で現時点ではその用意がない。⁽¹⁾以下では、JAC六三節に見られる、LFに対して敵対的とも取れる一般的法源論について考察し、中世学識法における「個別法に基づく訴権」の在り方について、今後の検討の方向性を示唆するに留めたい。

1 一般的法源論との関係

JACは六三節で封建問題に関する一般的法源論を詳細に論じ、フランスにおけるLFの法源としての地位を事実上否定しているとも解釈できる叙述をしている。先行研究は、この部分を根拠に「ジャコビはジャン・フォール（一二七〇頃—一三四〇頃）と並んでLFに極めて否定的だった」と位置づけており、この点は無視できない。本稿の限定された研究対象からは軽々に見解を述べることは難しい問題であるが、若干の示唆を試みたい。

一 JACは六三節で以下のように述べている。

「封については私は簡潔に以下のように述べる。即ち、LF中の慣習法はフランス王国においては根拠として持ち出されるべきではなく、いかなる点でも我々を拘束しない。その書物に採録された法律「中世の神聖ローマ皇帝の勅法」についても同じことが言えるが、それらが autentica⁽³⁾として『勅法集成』(Codex)の本に採録されている場合はその限

りではない。同様に一般に、封に関する何らかの問題が発生し、訴訟が起こされた地方に当該行為に関して何らかの合法的に時効取得された慣習法が存在するならば、それに従うべきである。もしその地方に、当該問題を判断できる慣習法は存在しないが、類似の行為に関しては慣習法が存在するならば、それに従うべきである。もし当該行為に関しても、類似の行為に関しても慣習法が存在しないならば、常にLFの慣習法は排除され、市民法 (*ius civile*) に依拠するべきであり、市民法に従って判断されるであろう。ここまで述べたことは、誠実宣誓やその際に含意された言葉、そしてこれらの言葉の表現や解釈（これらについてはC. 22, q. 5, c. 18を参照）が注意考慮された上でのことである。⁽⁴⁾

これは六三節の一般的法源論の最後にまとめとして記されたものである。ジョルダネンゴやダヌツソは、JACがフランスにおけるLFの法源としての典拠性を完全に否定したものであるとしてJACの一般的法源論を解釈している。⁽⁵⁾

確かに、この結論に至るまでの議論においても、JACは再三再四LFの典拠性を「否定」している。しかしその中身については、もう少し掘り下げて検討する余地があるように思われる。

二 JACは同時代の議論と同様に、LFをその起源に従って「皇帝勅法起源の法文」と「ロンバルド慣習法起源の法文」に分けて議論している。

(一) 皇帝勅法起源の法文 JACは封臣が封を喪失する原因について、ロンバルド慣習法起源の法文の規定はフランスにおいて拘束力を持たないと述べた上で、封臣が封を喪失するのは二つの根拠、即ち誠実宣誓に関するカノン法文 (C. 22, q. 5, c. 18) と皇帝勅法起源のLF法文 (LF2, 54 (55)) のみに基づいてであるとする。

C. 22, q. 5, c. 18 「……自らの主君に誠実宣誓する者は、以下の六項目を常に覚えておかなければならない。即ち無危害、安全、名譽、有用、容易、可能である。無危害とは、主君の肉体に対して損害を与えないことである。安全とは、主君の秘密あるいは主君が安全でいられるための防備に対して損害を与えないことである。名譽とは、主君の正義ある

いは主君の名譽に關すると考えられるその他の原因について損害を与えないことである。有用とは、主君の占有に対して損害を与えないことである。容易・可能とは、主君にとって容易になしえた良きことを困難にしたり、主君にとって可能だったことを不可能にしたりしないことである。封臣がこれらの範に留意するのは正当なことである。しかし、悪から遠ざかるだけではなく、善をなすのでなければ十分ではないがゆえに、封臣は上記六項目について主君への助言と援助の提供もしなければならぬ。自らが（授けられた）封に値する者と見られ、自らの宣誓した誠実が守られていることを欲するのであれば……」⁽⁷⁾

LF2.54(55)として具体的に挙げられている法文は、① LF2.54の最初から2.54.1まで（封臣による封の不正な譲渡）、② 2.54.2（インヴェステイトールの不請求）、③ 2.54.3（奉仕の不提供）、④ 2.54.5（封臣の息子による主君への攻撃）、⑤ 2.54.6（陪臣による主君への攻撃）の五つである。

しかしフランスにおいては以下になるという。

「しかして、おそらく以下に言うことができる。上述の皇帝勅法にあるそれらの五つの封喪失の原因は、法的には封喪失の真の原因ではない。ただし、それらが以下すぐのべるように他の七つの原因の下に置かれ帰せしめられる場合は、その限りではない」⁽⁸⁾

LF2.54が列挙する五つの事例はそれ自体としては封喪失の原因とはならないが、カノン法文が列挙する七つの事例に包摂される形で認められる、⁽⁹⁾ということになる。

またJACは、中世の皇帝勅法が『ローマ法大全』の『勅法集成』中に autentica として挿入され、法律＝ローマ法として学校・法廷で遵守されていることを指摘している。⁽¹⁰⁾ の中にはLFに採録された勅法（LF2.53.10＝Auth. sacramenta puberum. post C. 2.27(28).1）も含まれ、従って皇帝勅法起源のLF法文は我々を拘束するというのである。

その性格付けについて、JACはこう続けている。

「しかし、以下のように述べるべきである。それらの法が我々を拘束するのは、それらが『皇帝』フリードリヒの法律の一部だからではなく、それらが autentica として、そしてさながらテキストとして『勅法集成』の本に配置され、法律として学校で教授されているからである（先決対物訴権 (actio praedicialis in rem) についての三三節で既述）¹¹⁾」

中世の皇帝勅法としてではなく、『ローマ法大全』の一法文として典拠性が認められる、ということである。参照されている三三節には以下の叙述がある。

「というのも、以下のことは真だからである。フリードリヒによって制定されたある法は、autentica としてほぼ字句通りに『勅法集成』に採録され、すべての法学院で正講義 (lectura ordinaria) に含められている。そして、フランス王はそれが遵守されるべきであり、あらゆる地方においてそれが法として遵守されることが自らの臣民にとって適切である、と認めているのである。それはフリードリヒへのいかなる従属あるいは命令に基づくものでもない。フリードリヒに対してはフランス臣民は決して従属したことはなく、同盟していたのであり、そして今日においても皇帝とは同盟しているのである（既述）。同様に、フリードリヒの法律について述べたのと同じことを皇帝ユスティニアヌスの書物（『学説集成』 [Digesta]、『勅法集成』、『法学入門』 [Institutiones]）、そしてそこに収録された法について言うことができる。即ち、それらが遵守されしば用いられているのは、従属ゆえにではなく、何らかの慣習法に基づいてなのである。また、それらの書物が編まれた時代にはフランス王国はユスティニアヌスに従属していたからである（既述）¹²⁾」

『勅法集成』をはじめとして『ローマ法大全』に属する法源は、皇帝への服従故にではなくあくまで慣習法として典拠たり得ると考えられた。この考え方は、フランス王国でのローマ法の利用と神聖ローマ皇帝への法的従属を分離する意図の下、仏王フィリップ四世（位一二八五―一三二四）がオルレアン大学に与えた王令（一二二二年）にも見出され

るものである。⁽¹³⁾

内容の要旨は、

- ① 第一に判決・立法・王令、第二に確実な慣習法、第三に衡平と理によって裁判が行われねばならない。
- ② 「衡平と理の究理に貢献し、慣習法の理解を助ける」限りにおいて、「いかなる上位者をも認めぬ」フランス国王はローマ法の有用性を認め、ローマ法の研究を許容した。

- ③ 王国の幾つかの地方においては、臣下達はフランス国王の許可の下にローマ法を用いており、その理由は、彼らがローマ法によって拘束されているからではなく、習俗の中に取り入れられたところのローマ法の模範と一致する慣習法によって規律されているからである。

皇帝勅法起源の法文が規定する封喪失の原因についても、慣習法に取り込まれることによって典拠性を獲得すると丁ACは説明している。

「同様に、……私は以下のように述べる。LFに採録された法律は我々を拘束しないが、それらが *autentica* として『勅法集成』の本に採録されている場合はその限りではない。それゆえ、LF2.52と2.54(35)の封喪失の原因（五つと考えられる（上述））は、合法な原因と考えるべきではなく、我々を拘束もしない。但し、それらが誠実宣誓で述べられた原因（C.22. q.5. c.18¹ X.3.20.2 [史料ではX.3.20.1となっているが、内容に鑑み誤植と思われる]）の下に帰せしめられ理解される場合、あるいはそれらが慣習法に帰せしめられ合法に時効取得された場合は、その限りではない」⁽¹⁴⁾

（二）ロンバルド慣習法起源の法文

「さて、既に述べたことに鑑み、私は以下のように述べる……LF中に記されている慣習法は、冒頭から末尾に至るまで、我々フランス王国全体に関する限り無きものとして考えられねばならない。……しかし、封について問題が生じ、

訴えが行われている地方に合法に時効取得された何らかの慣習法が当該事例について存在する場合は、その慣習法に従うべきである。そうでない場合は、LFは排除され、カノン法と市民法にもどるべきである。従って、もし封臣が封を喪失せねばならないか否かが問題になる場合は、裁判官はLF中の封喪失の原因はとりわけ、……そして他のいかなる原因も受け入れるべきではない。但し、C.22,q.5,c.18とX.3,20,2に挙げられた原因、あるいはその地方の慣習法に持ち込まれ合法に時効取得された事柄の下に帰せしめられ理解され得る原因については、その限りではない⁽¹⁵⁾

(一)で述べたのとまったく同様に、LF法文としてではなく、カノン法文あるいは当該地方の慣習法としての典拠性を認められる、とされていることがわかる。

以上要するに、JACはLFという著作自体、あるいはその構成要素たる「ロンバルドの慣習法」や「皇帝勅法」それ自体については典拠性を明確に否定しているが、そこに含まれる個々の具体的法文については、個別にその典拠性を判断する余地を残しているということが出来る。他方、JACの「封建法ⅡLFに基づく訴権」の叙述、とりわけ封の相続に関する部分においては、地方の慣習法やローマ法源によりLF規定の内容を改変する解釈が見られる⁽¹⁶⁾。

本稿の最初に述べたように⁽¹⁷⁾、一般的法源論と具体的レベルでの法源使用が必ずしも体系的整合性を持つとは限らないとすれば、JACについても両者を切り離して理解することも可能かもしれない。六三節の一般的法源論はフランス王国について述べたものであり、それ以外の叙述は地域を限定しない議論であると解釈することもできない。しかしここでは、両者を結びつける方向に働く要素に注目してみた。その理由については以下述べることにする。

2 「封建法に基づく訴権」の位置づけ

以上の検討を受けて、最後に「個別法Ⅱ封建法に基づく訴権」の中世学識法における位置づけについて、若干の問題点の示唆を試みたい。

一 「封建法に基づく訴権」はJACにおいては、ローマ法上の訴権との関係は決して単純な「択一的」「補助的」位置づけにとどまるものではなく、「dominiumの証明の困難さ」の回避を初めとする具体的モティーフに基づき、封の取戻のための訴えの主要な手段として選択されていた。ベゼマーのテーゼには、少なくとも再検討の必要性があることが明らかにになったと思われる。

但し、管見の限り中世後期の封建法文献には、封の取戻のための訴えの方法としてJACと同様に封建法に基づくコンディクティオを紹介するものと、しないものが存在する。後者においてはローマ法上の訴権（所有物取戻訴権やローマ法上のコンディクティオなど）のみが挙げられる。この差異は中世を通じて存続したように思われる。封建法に基づくコンディクティオがどの程度確立された考え方だったのかについては、今後の詳細な検討が必要であろう。¹⁸⁾

二 「個別法に基づく訴権」は、普通法や個別法という様々な法源の並存のなかでいかなる位置づけを持っていたのだろうか。

JACは「個別法Ⅱ封建法に基づく訴権」を詳細に紹介するが、一般的法源論ではLFの法源としての典拠性は明確に否定している。他方、LFの規定の解釈がローマ法源により改変されたり、LFそれ自体の典拠性を否定する一般的法源論もLFが他の法源の適用の際に影響を与える可能性は残されていた。

各々の法源が相互に独立した自己完結的な存在であり、ヒエラルヒーを構成しているという近代の法典法体系を念頭に置けば、JACのこのような姿勢は理解に苦しむものである。しかし、封の取戻についてのJACの叙述において、法源としての典拠性如何は全く問題とされていなかった。中世学識法学者にとってはローマ法かLFかという法源の形

式的相違はそれほど意味を持たず、問題に対して適切な解答を得るために用いられる法的資源として同列に理解されていたとすれば¹⁹、必ずしもおかしいものではない。

「個別法に基づく訴権」とはいつても、学識法的な取り扱いの対象となった時点でそれはLFだけで自己完結したものではありません。封建法文献においてLFの規定が解釈される際にも、ローマ法・カノン法の理論・法文が縦横無尽に適用されているのである。封建法文献は封という中世特有の問題を、ローマ法に代表される学識法により解決しようとした。確かにその際、法的資源としてLFは重要な位置を占めていたのであるが。²⁰

「封建法に基づく訴権」は、当時実務上重要だった封建関係に対処するために、封に関連性を持つと考えられた種々の法源を法的資源として用いて新しい訴権を創出する試みであった。その意味では、その際LFが重要な位置を占めていたとはいえ、「個別法Ⅱ封建法に基づく訴権」としてローマ法上の訴権と二項対立的に理解すべきものでは必ずしもない。むしろ中世学識法学がローマ法源やそれから導かれる制度を中世の現実・実務に適用するための操作の²¹一コマであり、「*vel quasi* 訴状」などと同列に把握することができよう。

(1) 別稿にて詳細に論じる予定である。本稿(一)での予告にもかかわらずこの点についての叙述を欠くこととなり、おわび申し上げる。

(2) ジャン・フォール (Jean Faure [Johannes Faber/Fabricius]) はフランス・ボルドー近くのアングレームに生まれ、モンペリエで(その後ローニャでも)学んだ。教育への従事の有無については議論がある他、アングレーム地方での *advocatus* やセネシャルとしての経験も持つ。JACと同様訴訟法書に分類される *Commentarius in Institutiones* (一三三三五一―一三四〇頃)などの著作は一六世紀にも何度も出版されている。著作は実務的性格を強く持ち、当時の現実の問題の

解決、慣習法（特に *consuetudo regni franciae*）の重視、実務経験に基づく実践的アドバイスが多々見られる。その名声は早くから広く知られ、ローマ法のみならずフランス慣習法の大家として後世まで高く評価されていた。封建関係のローマ法的把握にも強い関心を持ち、いわゆる「重量的分割所有権論」（本稿（二）一八〇頁注（七）参照）を確立したことは、デュムラニをはじめ後々まで大きな影響を及ぼすものであった。Fournier, Paul; Jean Faure, légiste. dans: Histoire littéraire de la France 35 (1921), pp. 556-580. Boyé, André-Jean; Notes sur Jean Faure. dans: Etudes d'histoire du droit privé, offertes à Pierre Petot (1959) pp. 27-38. Lange, Hermann und Kriechbaum, Maximiliane; Römisches Recht im Mittelalter Bd. II. Die Kommentatoren (2007), S. 581-593. 及びそこに示された文献を参照。

- (3) 『ローマ法大全』の一部を構成する『新勅法』（*Novellae*・一六八の勅法を収録）の法文の中には、『勅法集成』（*Codex*）の古い勅法を逐更しているものがある。autentica とは、『新勅法』の中世のテキストである Authenticum（一二四の勅法を収録）から抜粋され、それによつて修正される『勅法集成』の個々の法文の後ろに挿入された法文のことである。Lange; Römisches Recht im Mittelalter, Bd. I, S. 74ff.
- (4) JAC; fol. 94va-vb. “super eis dico breuiter quod consuetudines libri feudorum non sunt in regno francie allegande: nec nos astringunt in aliquo: et idem dico de legibus in illo libro repositis nisi quatenus redacte sunt pro autenticis in libro C. Item in summa si oriatur aliqua questio super feudo si in illo loco in quo agitur sit super illo negocio consuetudo aliqua legitime prescripta seruatur illa: et si non sit ibi consuetudo talis per quam questio possit terminari si sit ibi consuetudo super simili negotio seruatur illa: et si non sit consuetudo super illo negocio nec super simili negotio spretis semper consuetudinibus libri feudorum recurratur ad ius ciuile: et secundum illud determinabitur quod attento et considerato sacramento fidelitatis et verbis in eodem subintellectis: et verborum illorum exponere（一五七五版では expositione）et interpretatione de quibus habetur xxii. questione.v. c.de forma.”
- (5) 本稿（一）注（41）の文献を参照。
- (6) 本稿（一）一一頁以下参照。
- (7) テキストは Lugdunum 1543（源河達中新潟大准教授の厚意による）による。
“.....Qui domino suo fidelitatem iurat, ista sex semper in memoria debet habere: incolume, tutum, honestum, vtile, facile,

possible. Incolume videlicet, ne sit in damnum domino suo de corpore suo. Tutum, ne sit ei in damnum de secreto suo, vel de munitionibus per quas tutus esse potest. Honestum, ne sit ei in damnum de sua iustitia vel de aliis causis quae ad honestatem eius pertinere videntur. Utile, ne sit ei in damnum de suis possessionibus. Facile vel possible, ne id bonum quod dominus suus facere leuiter poterat, faciat ei difficile: neve id quod possibile erat, reddat ei impossibile. vt fidelis hec documenta caueat, iustum est. Sed quia non sufficit abstinere a malo, nisi fiat quod bonum est: restat vt in eisdem sex supradictis consilium et auxilium domino suo fidele prestet, si beneficiis dignus videri vult, et saluus esse de fidelitate quam iurauit.....”

りの法文はほぼ同文で LF2, 6 (De forma fidelitatis) として採録されている。南仏実務における本法文の受容については、Giordanengo, Gérard; Epistola Philiberti. Note sur l'influence du droit féodal savant dans la pratique du Dauphiné médiéval. dans: Féodalités et droit savants dans le Midi médiéval. (1992). (初出・Mélanges d'archéologie et d'histoire publiés par l'Ecole française de Rome. 82 (1970) pp. 809-853) . id.; Le droit féodal dans les pays de droit écrit. (1988) を参照。

- (8) “sed et probabiliter posset dici quod ille quinque cause amittendi feudum que sunt in (1575版では dictum) constitutionem imperialem non sunt vere cause amitendi feudum de iure nisi quatenus possent reponi et reduci sub septem aliis causis vt statim dicitur.”
- (9) 注 (15) の史料も参照。
- (10) 例として複数の法文が挙げられている。その1である Auth. cassa et irrita. post C. 1, 2 (5), 12 にはオットーヌス (1118以前-1165) により注釈が付され、1175の『第10編』への編入が神聖ローマ皇帝フリードリヒ二世 (位1111-1150) の命令によるものであり、皇帝により1175のすべての規定が無条件に承認されたとして、1175の典拠性の論拠として広く用いられたものである。Danusso; Federico II e i Libri Feudorum.
- (11) JAC; fol. 93vb. “Sed dicendum est quod iura illa non astringunt nos: quia in legibus frederici sunt: sed quia pro autenticis et quasi pro textu reposita sunt in libro codicis et pro legibus leguntur in scolis vt dictum est supra in titulo de preiudiciali in rem”
- (12) JAC; fol. 56va. “quia verum est quod aliqua iura per federicum condita fuerunt quasi textualiter reposita in C.iustiniani pro autenticis; et sunt admissa in lectura ordinaria per omnia legum studia: et rex Francie permittit quod obseruetur (15

や五版^せは obseruentur) et placet populo suo in quibusdam locis ea pro iure obseruari non ex aliqua subiectione seu mandato federici cui nunquam subiecti fuerunt: sed federati fuerunt: et hodie etiam federati sunt imperatori; vt dictum est. Item quod dictum est de legibus federici. idem potest dici de libris iustiniani imperatoris. s. de libris ff. et codicis: et insti. et de iuribus in eis contentis. s. quod non seruantur nec frequentantur ex subiectione: sed ex quadam consuetudine; et quia tempore quo illi libri fuerunt conditi regnum Francie subiectum erat iustiniano; vt dictum est”

(13) 大久保泰南「フハス中世王權とロマン法」『法制史研究』1111号(昭四八) 411-415頁。

(14) JAC; fol. 94rb. “Item dico.....quod leges repositae in libro feudorum non astringunt nos nisi quatenus pro autenticis repositae sunt in libro. C. et sic cause amittendi feu. que sunt de prohibita feu. alie. per lotharium et de prohibita feu. ali. per fre. que videntur esse quinque vt supra dictum est non debent reputari cause legitime nec astringunt nos nisi quatenus possunt reduci vel intelligi sub illis causis que sunt in sacramento fidelitatis. xxii. questione. v. capit. de forma et extra de feu. capit. i. vel nisi quatenus sunt in consuetudine reducte (ハヤ五版^せ inductae) et legitime prescripte”

X. 3, 20, 2, Gl. Alienari. “Si vasallus alienat totum feudum, vel maiorem partem, perdit feudum. et dominus a quolibet possessore potest illud reuocare. si vero minorem partem eius dat in libello, vel obligat pignori, dummodo remaneat in seruitio domini, propter hoc non perdit feudum; vt in libro feu. quibus mo. feu.amit. [LF. 1, 5] §ii. et iii. T.”

Gl. filium. “.....scire debes quod si vasallus intra annum et diem inuestituram feudi ab heredibus domini non quesierit, vel domino petente iuramentum fidelitatis tertio commonitus non prestiterit, vel aliquam feloniam contra tenorem iuramenti fidelitatis fecerit, perdit feudum, et reuertitur ad dominum. Si vero aliquid graue contra dominum perpetraverit, puta fratrem eius vel patrem interfecerit, vel aliquid graue, si feudum est paternum, amittit illud: et non ad dominum, sed ad confeudatarios suos pertinet: vt in libro feudorum: quibus mod. feud. amit. [LF1, 5] §vlti. sed ad filios illius non pertinet. Tan.”

(15) JAC; fol. 93vb. “Nunc consideratis predictis dico....quod consuetudines scripte in libro feudorum a principio vsque ad finem pro nichilo haberi debent quantum ad nos in toto regno francie.....Sed si super feudo orta fuerit questio si sit super illo negocio aliqua consuetudo legitime prescripta in loco illo in quo agitur seruetur illa alias spreto libro feudorum recuratur ad ius canonicum et ciuile: et tunc si questio fiat an vas. debeat amittere feudum, iudex non recipiet causas amittendi

feudum que sunt in libro feudorum potissime.....nec aliquas alias nisi illas que sunt xxii. questione v. capit. de for. et extra de feu. c. ii. vel quae possunt reduci vel intelligi sub illis que sunt in consuetudinem deducte in loco illo: et legitime pre-scripte”

(16) これは当時広く見られた現象であった(本稿(一)一七頁参照)。女子による封の相続に即してこの点を論じたものとす。Dauusso: Donnaを参照。

JACでは、五六節で封の譲渡に関するLFの規定が慣習法(consuetudo huius patriae)により改変されている例、六二節では相続から廃除された息子による封の相続、封の相続順位、直系尊属による封の相続について、LFの規定がローマ法源により改変される例が見られる。

(17) 本稿(一)参照。

(18) 別稿で詳細に取り上げることにした。

(19) 本稿(一)一章1参照。

(20) このような法のあり方の下では、裁判官の職権の裁量が法的関係の認識において重要な役割を果たしたであろうことを指摘しておきたい。Meccarelli, Massimo: Arbitrium iudicis und officialis im ius commune: Ein Instrument für die Vermittlung zwischen einem allgemeinen Recht und der örtlichen Realität (XIV – XVI Jahrhundert) in: ZRG-GA 115 (1998) S. 552-565. を参照。

(21) 小川浩三教授(桐蔭横浜大学)による拙稿「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」への書評(『法制史研究』五六号三四一頁以下)を参照。

◇本稿の原案については、平成一九年八月の「北大ローマ法研究会」で報告を行い、出席者の方々から多くの有益な指摘を頂いた。記してお礼申し上げます。