



Title	中世学識法訴訟における職権と当事者（一）：「効用ある一節（clausula salutaris）」についての覚書
Author(s)	水野, 浩二; Mizuno, Koji
Description	論説
Citation	北大法学論集, 60(5), 1-27
Issue Date	2010-01-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/42612
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-5_001.pdf



中世学識法訴訟における職権と当事者（一）

——「効用ある一節（*clausula salutaris*）」についての覚書——

水野 浩二

目 次

- 一章 「パンデクテンの現代的慣用」の議論から——問題の所在
- 1 フレーズの効果
- 2 フレーズと職権の関係

3 問題の設定

第二章 一五世紀のローマ法文献——フレイーズの成熟

第三章 カノン法文献における議論の推移

1 当初の謙抑の評価と一四世紀以降の変化——X.2.10.2

2 訴権の訴訟上の意義と職権の関与——X.2.1.6

(一まで本号)

中世学識法字(中世ローマ法学・カノン(教会)法学)が作り出したローマ・カノン法的訴訟手続——今日の民事訴訟手続の直接の起源——において裁定を行う裁判官、そして当事者たる原告・被告の相互関係はいかなるものだったのだろうか。中世学識法訴訟手続は、基本的に当事者主義に基づくと理解されてきた。しかし複数の先行研究は、職権が手続全体にわたって一定以上の主導的役割を果たしていたことを示唆している。請求の法的根拠付けをどのようなかたちに特定するか(以下

「訴えの対象の特定」と記する)に関しても、裁判官の職権は、一定の事例においては訴訟手続を主導する訴権の選択に關して当事者の判断に必ずしも拘束されず介入したとされる。しかし、表層的な制度の紹介を超えた分析はまだ手つかずの領域が多いと言わざるを得ない。⁽¹⁾

筆者はつとに、紛争の事実からいかなる具体的訴権を導き出し「訴えの対象として特定」するかに原告だけではなく被告・裁判官も自らの利害・意図を持って積極的に関わり得たこと、その結果「訴えの対象の特定」は事例に応じ多様に訴権を選択・組み合わせられていたこと、を論じた。⁽²⁾「発生した紛争の解決手段としていかなる訴権を選ぶかによって主体の地位の法的把握が決定される。その訴権の選択は原告のみならず被告・裁判官との交渉・駆け引きにより変動しうる」というあり方を「法的関係」と呼ぶとすれば、本研究は、「法的関係」の認識に際して職権の積極的関与を起動させる装置に

ついで検討することになる。⁽⁴⁾

一章 「パンデクテンの現代的慣用」の議論から——問題の所在

本研究では、中世学識法訴訟手続における職権と当事者の相互関係を、「訴えの対象の特定」に関して検討するための題材として、いわゆる *clausula salutaris* (効用ある一節。以下フレーズと称する) を取り上げる。中世については、先行研究が事実上存在しないため、その点で若干恵まれている。「パンデクテンの現代的慣用」期の議論をまず取り上げ、検討対象と検討方法を設定することにした。但し、本稿はあくまで中世学識法訴訟手続を対象とするものであり、「現代的慣用」の時期について取り上げる先行研究・史料の選択は必ずしも十分な検討の結果ではなく、断片的なものに留まらざるをえない。

先行研究がフレーズに言及する際はしばしば取り上げてきたのが、一七世紀ドイツの「パンデクテンの現代的慣用」の代表的人物であるザミュエル・シユトリユーク (Samuel Stryk⁽⁵⁾ 一六四〇—一七一〇) の *De clausula salutaris libellorum* (『訴状における *clausula salutaris* について』) という著作である。フレーズについての当時の学説を知る手がかりとして、この著作でのフレーズの位置づけを本研究に關する限りで検討する。フレーズの具体的機能について本格的な検討がこれまでなされてこなかったことに鑑み、やや詳しく論ずることにする。

1 フレーズの効果

一 *clausula salutaris* フレーズとはいかなるものか。「第一章 訴状における *clausula salutaris* 一般」(Cap.I De *clausula salutaris libellorum in genere*) の冒頭でシュトリュークは、訴状の最後に以下のフレーズを記すのが慣例としてフレーズを紹介する。

「すでに「訴状中において」請求されたものすべて、または、法あるいは慣習に基づきあらゆるより良き方法によって請求されるべきであったものすべてについて、私(原告)は、法と正義が最大限配慮されるよう上級職権 (*nobile iudicis officium*) に嘆願する」⁽⁶⁾⁽⁷⁾

二 では、このフレーズの効果とはどのようなものか。シュトリュークは「第二章 *clausula salutaris* の効果」(Cap.II De effectu *clausulae salutaris*) をこの問題にあてている。

訴状において重要なのは結論 (*conclusio*) であり、結論とは事実についての申述 (*narratio*) から導かれる訴権ならびに訴訟上の請求のことである。裁判官は原告が記載した結論に従って判断を行わなければならない、いかなる場合であつても原告による請求を外れて原告に有利になるように判断してはならない。しかし従前より、もしフレーズが訴状に記載されている場合には、職権はより自由に判断することができる⁽⁸⁾とシュトリュークは述べる⁽⁹⁾。以下シュトリュークはフレーズの効果を具体的に説明している。

「裁判官は判決を行う際に、このフレーズの効果により、原告による請求を厳密に考慮する必要はなく、なされたこととの真実だけを考慮すべきである……というのは、そのフレーズを付記した者「原告」は、有益となるべきすべての事柄について裁判官に要求したと考えられるからである……それゆえ訴状は原告の有利になるように解釈され、できる限り有効なものとされねばならない」というのが基本的な考え方である。⁽¹⁰⁾

より具体的には、通常は一般的な訴状は許容されないが、フレーズが付記されている場合は認められる。⁽¹¹⁾ 原告がい

かなる訴権を提起したか判然としない場合、あるいは不適切な訴権が提示されている場合には、事実の申述から導かれるすべての、原告にとって有益な訴権が提示されたと考えられる。⁽¹²⁾ 原告が一の訴権を提示した場合でも、事実の申述から導かれるいずれの訴権に基づいても判決は可能である。⁽¹³⁾

例えば、本権に基づく訴権 (petitorium) と占有訴権 (possessorium) の双方の可能性がある場合について、証拠調べから根拠付けられる訴権と提示された訴権が異なったとしても、前者に基づいて判決をすることができ⁽¹⁴⁾。

最後にシユトリユークはこのように述べている。「事実が非常に複雑であるため、何を特定して請求すべきか、いかなる訴権のフォーミュラを用いるべきか明確にするのが困難な場合には、博士たちによれば、汝の法を失わないように、事実を申述するに留め、最後に以下のように結論せよ。『以上に基づき、裁判官閣下、私は上記センプロニウス(被告)に訴訟を提起し、全てのそして個々の事柄について私に正義がなされるよう請求する』⁽¹⁵⁾。「訴えの対象の特定」を裁判官に完全に委ねることが、フレーズの効果として可能にされていることが読み取れる。

フレーズは、「訴えの対象の特定」即ち請求の法的根拠付けについてのみならず、訴訟上の請求について (Wetzell: System, S.519)、「また訴えの根拠となる事実についてのみ」(Bomdorf, Falk: Prozeßmaximen und Rechtswirksamkeit, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß, Vom gemeinen Recht bis zur ZPO (1971))「職権の大幅な介入を認めるものであったと解される。本稿ではこれらについては取り上げず、「訴えの対象の特定」に検討を限定する。

三 このように「訴えの対象の特定」に当たり職権の強力な介入を認める根拠は何だろうか。シユトリユークはさらに続けてこのように述べている。

「實際、訴権が有効か否か、いかなる訴権が有効かを、裁判官よりよく知り得る者がいるだろうか。法格言によれば『法廷は法を知る』のである。……『もし、ローマ人が用いていた訴権のフォーミュラを復活させるべきだというなら』無知な者たちは、特定の訴権を法廷に提示せずに審理を受けるより、(訴権のフォーミュラの表示を知らないなら)不適切な請求を行って敗訴するほうがよいということになるが、これほど不正義でおかしな考え方があろうか」⁽¹⁶⁾

二で述べたように、フリーズは「訴えの対象の特定」を大幅に職権に委ねるものであった。「法廷は法を知る」(*intra novit curia*)」は、同旨の「汝は私に事実を与えよ、私は汝に法を与えよう」(*da mihi factum, dabo tibi ius*)」と並んで近代的民事訴訟の一つの原則としてあげられるものである。訴えの提起に際し、当事者に法についての知識が必ずしも要求されなくなることになる。

四 このように、いわば後見的な立場から裁判官が「訴えの対象の特定」について積極的な介入を行うとして、その際にはいかなる基準によるとされていたのだろうか。二ですでに「原告に有益な訴権」とされていたが、より具体的にシュトリユークはこのように論じた。

「……裁判官は、原告にとってより良くより有益となるものに基づいて、判決をしなければならぬ。それゆえ、ヴルテイウス「一五五五—一六三四」の以下の注記を、私はよく理解できない。即ち『原告の) 申述に基づくと複数の解決方法がありうる場合には、フリーズの効果は限定されたものであり、より小さくより軽い有責判決をもたらす解決方法または判断に従わねばならない』というのである。というのも、このような効果の制限はこのフリーズの性質に反するものであり、あらゆる博士の同意するところによれば、フリーズは原告の意図を補助すべきものであり、訴状の文言を原告の有利になるように解釈するように、そして緩やかに理解されるように作用せねばならないのである」⁽¹⁸⁾

フリーズの効果について、原告にとって最小限度の解釈を行う「消極説」と原告の利益を最大限に考慮する「積極説」

があつたことになる。シュトリユークは(通説に従つて)「積極説」を採ることを明確に宣言しているのである。

2 フレーズと職権の関係

一 さて、フレーズは原告が訴状の末尾に記載するものであり、その意味では原告のイニシアティブに係るものである。それに対して、職権そのものの権能をシュトリユークはどのように捉え、それはフレーズといかなる関係に立つものとして理解していたのか。「第三章 *clausula salutaris* の使用と濫用」(*Cap. III De vsv et abvsv clausulae salutaris*)には、この点に関する詳細な叙述が見られる。

シュトリユークの見解は明確である。裁判官はフレーズによつてできるのと同じことを、補充に関する職権(*officium suppletorium*)によつて行うことができる。⁽¹⁹⁾「というのも、裁判官は「原告が付記した」フレーズの効果により、原告が法と慣習に基づけばより良く適切に請求すべきであったものすべてを補充しなければならないところ、裁判官は「自らの」補充に関する職権の効果により、当事者がより少なく不適切に述べた場合にはそれを追加し、法律と公の法に適合すると知っていることを提出しなければならないのである。それゆえ、このフレーズは、裁判官が補充に関する職権の効果として持つ以上の権能を裁判官に付与するものではないことは明らかである。というのも、双方の意義と効果は一致しているからである。」⁽²⁰⁾としており、フレーズと職権自体の効果が同一であり、原告が訴状にフレーズを記載せずとも、職権は自らのイニシアティブで「訴えの対象の特定」に積極的に介入できるとシュトリユークは論ずる。

ただし、シュトリユークは補充に関する職権の効果はフレーズよりも広範にわたると解している。一例として、職権は原

告だけではなく被告のためにも補充をせねばならない。⁽²¹⁾

二 フレーズの記載がなくとも結果が同一ならば、そもそもフレーズの記載は不要ではないかという疑問が生じる。シュトリユークはフレーズの記載は、疑いを少なくするためだという。⁽²²⁾

「しかしして、何のために我々はフレーズを付記するのだろうか。換言すれば、我々の助言や権威のせいでは、誰であれ訴状へのフレーズの付記を怠るようなことは望まないし、このような混乱した時代においてはとりわけそうである。即ち法廷において、強欲な鳥たちの中のように大概のことが引っかけまわされ、その結果三百代言たちはすべてをかっさう機会を決して逃さず、彼らはその際手続を引き伸ばし、きわめて不正な事件についてさえも勝訴判決を獲得することができるのである。実際、多くの争いごとに巻き込まれるよりは、不必要なことであっても怠らないほうが賢い。しかして、もし意に反してこのフレーズを省いてしまったら、その場合は上述の補充に関する職権に立ち戻り、裁判官に以下のように述べるのが有用であろう。『フレーズの記載がなくとも』あなたは、法と慣習に基づけば原告のために、あるいは被告のために請求されたことを補充する義務がある』と。そうしたとしても、この場合に法廷で、少なからざる争いが無益に騒ぎたてられることは避けられないのだけれども⁽²³⁾」

シュトリユークの叙述からは、当時「訴えの対象の特定」への職権自身のイニシアティブによる積極的介入について、そしてそれとの関連でフレーズの機能についてもおそらく議論があったことが読み取れる。⁽²⁴⁾ それゆえに実際の訴訟において疑義が生じ、原告が不利益を被る危険性を回避するために、原告のイニシアティブによる職権の発動の請求⁽²⁵⁾ フレーズの記載を薦めているのである。

3 問題の設定

シュトリユークにおいて「訴えの対象の特定」への職権の介入は、フリーズの使用と関連させられながらかなり積極的に行われうると位置づけられていた。この姿勢は、「パンデクテンの現代的慣用」期のほかの著作にも見て取ることができる。⁽²⁶⁾

一 この時期、フリーズの使用の可否・効果に関しては多様な考え方が存在した。その一例として、一六世紀後半から一七世紀はじめにおけるドイツの帝国レベルの裁判所規則の動向を取り上げる。⁽²⁷⁾

「訴えの対象の特定」について、帝室裁判所 (Reichskammergericht = RKG) は原告が自らの請求の法的根拠を訴状に記載することは手続を混乱させるとして否定的で、基本的には事実の提示のみを求め「法廷は法を知る」が行われていたという。⁽²⁸⁾ 一六五四年の帝国最終決定 (Jüngster Reichsabschied = JRA) でも法的主張は排除され、注の形で記載のみが認められたが、実務ではこの規定は徹底せず本文に記載され続けた。他方、帝国宮内法院 (Reichshofrat = RHR) では事実に基づく法的根拠の記載が要求されていた。⁽³⁰⁾

[以下で用いられる略号] DA = Deputationsabschied, RA = Reichsabschied, VA = Visitationsabschied, KGO = Kammergerichtsordnung

フリーズについては、一五五〇年のVA二三条、一五五一年のRA三二条は訴訟経済の観点からフリーズの効果を認めたが、一五五一年のVA四条にはフリーズの濫用による弊害(裁判官が訴えの内容を明確に理解できないなど)⁽³¹⁾

が記録されている。一五五七年のRA三三三条による禁止も実際には徹底されなかった。一六〇〇年のDA三〇条⁽³³⁾で部分的に認められるも、一六一三年のKGOで最終的にその使用は禁止されるにいたった。フレーズによって原告自身ではなく職権による「訴えの対象の特定」が行われ、原告に不利な結果に終わった場合に、原告が職権にすべての責任を押し付けようすることが当時から指摘されていた⁽³⁵⁾。しかしその後も裁判実務ではフレーズは効力を持ち続け、フレーズを付記することが推奨されていたようである⁽³⁶⁾。

以上の状況につきボムズドルフは、当初原告の（今日言うところの）処分権主義として捉えられていたフレーズが徐々に消滅していったのは、原告によるフレーズの記載がなくとも職権自体に基づいて補充を行う権能・義務があると考えられるようになったことの表れと解釈している⁽³⁷⁾。シュトリユークの叙述において、フレーズの効果と職権自体の権能という二つの問題が、明確に区別されながらも密接に関連付けられていることは、この間の事情をよく反映しているといえることができる。

フレーズの使用を禁止した一五五七年のRA三三三条について、シュトリユークは職権の権能を制限するものではないとしている（Cap. III (87)）。「一五五七年の最終決定「RA三三三条」により、この場合におけるフレーズの効果は撤回されたが、補充に関する職権はその影響を受けない、という考えは当該決定に沿うものであることを我々はいずれにしても疑わない。というのも当該決定では、訴状での効用ある一節「フレーズ」を排除した上で、それにもかかわらず以下のように明示して付け加えているからである、『しかし、帝室裁判所裁判官と陪席者は、規則と普通法の規定に基づいて、さらに裁判所の伝統と慣行に従って、すべてについて適切な対応をしなければならない』。普通法という語の下で（普通法において確立されている）補充に関する職権も暗に認められているならば、帝室裁判所は上記職権に基づいて、もし何らかの形で原告の有利

に解釈されうるならば訴訟の訴状を有効なものとして維持する義務がある、と我々は理解する。原告がより長く自らの正当な請求にかかわらずわされることなく、より早く訴訟が終結されるように」⁽³⁸⁾

二 中世学識法学は、以下論じるようにフレーズをめぐる議論の出発点である。このフレーズは常に同じ機能を果たし、職権は「訴えの対象の特定」において常に同じ意義を認められていたのだろうか。本稿はこの点についての、中世学識法の議論に関する覚書である。

(1) 第一の論点、「フレーズ自体の効果」については、1で述べたように「積極説」と「消極説」があったことが見て取れる。両者をめぐる学説の推移はいかなるものであったのか。

シュトリュークは「あらゆる博士」が「積極説」に同意すると述べている(上記1四)。しかし「パンデクテンの現代的慣用」期にはフレーズについてかなりの議論があったようなので、この点について現時点では確かなことはいえない。例えば帝室裁判所・帝国宮内法院で活動したアンドレアス・ガイル (Andreas Gail¹ 一五二六―一五八七) は以下のように述べ「積極説」を採っている(Practicae observationes (1586): Observatio LXI.) “Et index ex deductis, si sit obscurum, quae actio intentata sit, eam elicere debet quae actori sit omnium vtilissima. Nam in dubio intelligitur intentatum illud remedium, et illa actio, quae melius facto applicari potest, text. in l. si quis intentione, ff. de iud. [D. 5, 1, 66] et in l. inter stipulantem, § 1, ff. de verb. oblig. [D. 45, 1, 83, 1] praesertim si in libello clausulae salutaris sine saluantes adiectae sint: videlicet, super quibus omnibus peto mihi iustitiam administrari, omni meliori modo, quae tantae efficaciae, vt earum virtute, omnis actio, omneque re- medium competens et resultans ex narratis, in iudicium deductum esse videatur, per ea quae pulchre tradit Ange. in d. Somnium

[Inst.4.6.1], nu.7 circa finem, las. ibid. num.149 et num.151....”

(2) 第二の点、「フリーズと職権の関係について」。シュトリユークにおいては、フリーズなしに職権そのものの作用として「訴えの対象の特定」への介入が可能とされていた。中世学識法訴訟から官房訴訟、そして普通法訴訟にいたるまで基本的には当事者主義が妥当していたとしても、一般に職権の作用は漸進的に強化されてきていた。⁽³⁹⁾ フリーズの許否についての争いは、民事訴訟における職権がどこまで介入できるかという問題であった。⁽⁴⁰⁾

「訴えの対象の特定」への職権の関与については、近代民事訴訟の特徴の一として「法廷は法を知る (iura novit curia)」、即ち裁判官は請求の法的根拠付けをありうる選択肢の中から自由に選択できるという考え方が存在する。シュトリユークはフリーズによる裁判官の「訴えの対象の特定」への介入を認める根拠として“iura novit curia”を引用している。⁽⁴¹⁾ カウフマン⁽⁴²⁾は、実体法上の請求権と訴訟上の請求の独立という考え方は非常に新しいものであり、「法廷は法を知る」はそれを象徴するフリーズであると位置づけている。一三世紀の中世ローマ法学が、原告は訴権開示 (editio actionis) において一の訴権を特定せねばならないとしたことは「法廷は法を知る」とは相容れない。その後一六五四年のJRA⁽⁴³⁾に至って一の訴権への特定は必要なくなり、事実基礎付けられた訴訟上の請求を提出すればよいということになって、「法廷は法を知る」に従って訴訟実務が行われるようになったと位置づける。

筆者はつとに、ほぼ一四世紀以降「訴えの対象の特定」が必ずしも一の訴権にとは限らず、事実の申述や複数の訴権への「特定」でもよしとされるようになったこと、「特定」を行うのが原告に限らず被告や裁判官の関与も見られるようになっていったことを論じてきた。⁽⁴⁴⁾ ちょうどこの時期に学説上発展をみたフリーズは、「訴えの対象の特定」における原告主導から（原告が付記するフリーズという形を経て）「法廷は法を知る」が成立するに至るまでの推移のあり方

をよく示してくれると思われる。⁽⁴⁵⁾

三 検討対象としては、一五世紀のロマネリストであるヤンゲルス・デ・ガンビリオニブス (Angelus de gambilionibus・一四世紀末―一四六二) とヤンソン・デ・マイン (Jason de Mayno・一四三五―一五一九) の *Institutiones* 4,6: *De actionibus* (『法学入門』四章五節 訴権について)⁽⁴⁶⁾ への注解の検討から始めたい。一六世紀以降の「パンデクテンの現代的慣用」の著作でフリースが扱われる際に、この両者の叙述が重要な典拠として引用されるのが常であったからである。

- (一) Horn, Norbert: *Aequitas in den Lehren des Baldus*. (1968), Lange, Hermann: *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*. in: ZRG RA 71(1954) S.319-347, Lefebvre, Charles: *Les pouvoirs du juge en droit canonique*. (1938), Id.: *L'«officium iudicis»d'après les canonistes du Moyen Age*. dans: *L'Année Canonique* 3 (1953) pp.115-124, Id.: *Juge (Reccours à l'office du)* dans: DDC. t.6, Meccarelli, Massimo: *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*. (1998), Id.: *Arbitrium iudicis und officials 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, Nörr, Knut Wolfgang: *Das Streitprogramm: eine historisch-vergleichende Skizze*. in: Id.: *Iudicium est actus trium personarum*. (初刊: FS für Fritz Baur (1981), S.537-547), Ourliac, Paul: *L'office du juge dans le droit canonique classique*. dans: *Mélanges offerts à Pierre Hébraud* (1981) pp.627-644, Roussier, Jules: *Le fondement de l'obligation contractuelle en droit classique de l'Eglise* (1933), Schrage, Eljio, J.H.: *Le droit savant avant Accurse*. dans: *Reueis de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparativedes Institutions*, 64 (1997) pp.7-31, Strodhoff, Bert-Hagen: *Die richterliche Frage- und Erorterungspflicht im deutschen Zivilprozess in historischer Perspektive*. (2003)
- (二) とりわけ水野浩二「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(一)〜(五・定)」、法協一二二巻五、八、一〇、一一、一二号(平一七)を参照。

- (3) 本稿の作成に当たっては、アレクサンダー・フォン・フンボルト財団(ドイツ)研究奨学金、ならびに文部科学省科学研究費・基盤研究S「法のクレオールと主体的法形成の研究」(研究代表者・長谷川晃北海道大学教授、同若手研究B「主体の『権利』から主体間の『法的関係』へ——中世におけるその理論的基層」(研究代表者・水野浩二)による援助を受けた。記して御礼申し上げる。在独中のスザンネ・レプシウス教授(ミュンヘン大)の御指導にも感謝する。
- (4) Bayer, Hieronymus von: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß (8. Aufl.) (1858), S.36. Danz, Wilhelm August Friedrich: Grundsätze des ordentlichen Processes (4. Ausg.) (1806), S.195. Martin, Christoph: Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes (8. Aufl.) (1824), S.145. Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand: Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprocesses nach Linde's Lehrbuch (1840) S.626. Wetzell, Georg Wilhelm: System des ordentlichen Civilprocesses (3. Aufl.) (1878), S.522. また、先行研究はドイツの帝国レベルの裁判所がプロセスに対する姿勢がいかに変遷したかをよくフォローしている。この点については下記③を参照。
- (5) 本著作は、当時多数出た文献類型である Inaugural-Dissertatio (Disputatio) に属する (この文献類型については、さしあたり Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd.II/1. (1977), S.575f. を参照)。学生 (Respondent) が学位取得のために、ある特定のテーマについて教授 (Praeses) が立てたテーゼについて、法源や中世以来の法学文献を用いながら弁護するという形式をとっている。本著作では Praeses はシユトリユーク、Respondent はシユヴァービュシエ、ハル出身の Johann Lorenz von Jemgumer Closter と二人人物である。Dissertatio は Praeses たる教授の著作として当時理解されるものが多く、その内容が Respondent と Praeses のいずれにも程度帰せられるかは多くの場合判断が困難である (このことについては、Schubart-Fikentscher, Gertrud: Ein Beitrag zum Usus modernus pandectarum insbesondere nach den Dissertationen von Samuel Stryk und Christian Thomasius um die Wende vom 17 zum 18. Jahrhundert. in: Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, vol.1. (1963) pp. 297-324. Id.: Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung (1970) を参照)。
- 本研究は一七世紀までの解釈論の一般的状況を把握するためにこの著作を検討するにすぎないので、叙述の便宜上以下では「シユトリユーク」の著作として取り扱う。
- テキストとして用いたのは、一七〇一年ハレ刊行の版である。以下のテキスト引用は、テキスト自体に記されている章

番号とパラグラフ番号(カッコ内の数字)により行う。

(6) 上級職権 (officium nobile) とは、訴権の代わりに行使される職権のことをさす。訴権に基づいて行われている手続きについて行使される下級職権 (officium mercenarium) と中世学識法学以来区別されるようになった (DDC: t.6. Art. Juge (recours à l'office du)). 但し、シムトリーヌクはCap.Iで続けて両者の区別の存在に「さつ論じつる」。

(7) Cap.I (1) "Super his omnibus, quae iam petita, aut quae de iure vel consuetudine omni meliori modo peti debuissent, im-
plo ro nobile iudicis officium pro iure et iustitia largissime administranda"

(8) 結論じつる「さつ論じつる」(Cap.I (13))。"Soll das factum und Geschicht daraus die actio und Forde-
rung herrühret /klar und gründlich fürbracht/ und nach solcher Geschichts=Erzehlung/ eine rechte und förmliche petition
oder Bittē angestellt werden"

これは中世学識法学の考え方をそのまね引き継いだものであった。水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義(一)」
参照。

(9) Cap.II (15),(17)

(10) Cap.II (18) "Et primo quidem in genere asservunt Doctores, quod Index in iudicando, vi huius clausulae non teneatur prae-
cise respicere ad petita Actoris, sed tantum ad ipsam rei gestae veritatem.....Nam apponens istam clausulam, iudicem de
omnibus, quae ipsum expedire oportet, rogasse censetur.....(19) Hinc et libellus in fauorem actoris interpretatione iuuandus,
et quoad fieri potest susinendus.....Et verba potius late accipienda, improprianda, et in fauorem Actoris explicanda, ne
totum iudicii aedificium collabatur"

(11) Cap.II (20) "In specie autem, [I]licet alias libellus generalis non admitatur, sed debeat specialis esse, et specialis petio;
Attamen si clausula salutaris adiecta, etiam libellus generalis susinetur....."

(12) Cap.II (21) "Sed et [2] si non constet, quam actionem instituerit Actor, tamen vi huius clausulae susinetur libellus, et
omnis actio censetur deducta, quae ex narratis colligi potest, atque actoribus est opportuna et vtilis. Martini d.l.n.3, Marta
d.l.n.2, Barbosa de Clausulis usufrequentib. d.Claus. 76. n.2.3. et ibi citati. Wesembec. Cons.21. n.27 Mynsing resp.18.n.13.
Vultei. Vol.2. Cons.21. nam per istam clausulam omne remedium competens videtur intentatum. Menoch. de recuper. poss. in

- praclud.n.16. (22) Idque [3] non modo si in conclusione nullius actionis mentio facta, sed et si concludatur actione inepta, ex narratis tamen apta colligi possit, etiam ex ea sequi potest condemnatio.”
- (13) Cap.II (25) “Sed et [6] si multa in libello narrata et super vno tantum specialiter conclusum fuisset, nihilominus haec clausula operatur, vt super omnibus narratis sententia ferri possit.”
- (14) Cap.II (26) “Insignis etiam [7] est effectus, qui ipsi tribuitur in cumulatione petitorii et possessorii, hic enim licet ex probationibus iusta petitorii causa appareat, in possessione tamen subsistendum esse, nec iudicare posse iudicem super petitorio, ex Hartmanno Pistoris, Mynsingero, Azeuedo et Decio tradit Carpouius in Proc.tit.16 art.2.n.40.seqq. et Iurispr.For. P.1. Const.2 d.4.tot. (27) Sed, subiuncta libello clausula, eius vigore vtrumque, tam petitorium quam possessorium, et quidem illud, quod probationibus deinceps factis magis conuenit, in iudicium deductum videri; et ita in petitorio super possessione, ac in possessorio super proprietate iudicem tuto pronunciare”
- (15) Cap.II (28) “.....si factum adeo fuerit intricatum, vt non facile discerni possit, quid in specie petendum, et qua formula Actionis vtendum; tum enim iniquum, ne iure tuo defrauderis, narrabis simpliciter factum, tandemque sic concludes: Quare, magnifice iudex, agens cum praedicto sempronio, peto, mihi in omnibus et singulis iustitiam ministrari. Angelus ad §1 Inst.de Action. [Inst.4.6] Oldendorpius d.Tr. de formula libelli. p.307.lin.25.seqq.”
- (16) Cap.II (30) “Quis enim melius scire potest, an actio competat, et quae competat, quam iudex? iuxta illud vulgatum: Iura nouit curia.....Nam quid iniustius et iniquius dici potest, hoc asserto, simplicissimos homines potius iniusta petitione sua succumbere debere, si formulam actionis describere nesciant, quam vt sine certa actione instituta in iudicio audiantur.”
- (17) 「法廷は法を知る」のこころが、上記を参照。
- (18) Cap.II (49) “....iudex secundum id, quod melius et vtilius actori est, pronunciet. (50) Inde nec illud satis intelligo, quod Vulteus ibid. porro addit: Si ex narratis plura remedia competere possint, vim clausulae salutaris restringendam, et ad illud remedium seu iudicium respiciendum esse, quod minorem et minus grauem continet condemnationem. (51) Nam haec restrictio est contra naturam ipsam huius clausulae, vtpote quae, secundum omnium Doctorem consensum, adiuuare debet actoris intentionem, et operari, vt in ipsius commodum et fauorem explicentur verba libelli, et late accipiantur, vt supra traditum

n.18,19.”

(19) Cap.III (54) “... Vt vel inde pateat, idem posse iudicem vi officii suppletorii, quod potest vi clausulae salutaris.....”

(20) Cap.III (68) “Cum ergo, vi clausulae salutaris, iudex omnia illa, quae actor de iure et consuetudine melius et aptius petere debuisset, supplere teneatur; et vi officii suppletorii iudex debeat, si quid a partibus minus et non debite fuerit dictum id addere, et proferre, quod sciat legibus et iuri publico conuenire: Satis inde patet, non plus potestatis tribui iudici per illam clausulam, quam ipse habet vi officii suppletorii, cum vtriusque sensus et vis plane coincidat.”

(21) Cap.III (71) “Iudex enim non tantum vi officii suppletorii actori succurrit, sed et reo cum in genere teneatur supplere ea, quae desunt litigatoribus, vel his, qui negotiis assistant.....”

(22) Cap.III (64) “.....ac ita fateatur, illa quidem per se etiam sine ista clausula obtinere, sed tamen cum clausula communiter addatur, eo minus dubii rem habere. Vt adeo haec clausula tantum de abundantanti adiciatur.....”

(23) Cap.III (81) “Quorsum vero ista [=clausula] a nobis allata sunt? Scilicet. Nollemus, vt quisquam nostro suasu nostraque auctoritate clausulam libello adicere negligeret, maxime his peruersis temporibus, vbi in iudiciis plerumque versandum est, languam inter aues praedatrices, adeo enim nullam occasionem omittunt Rabulae omnia captandi, quibus processum vinguam aeternum reddere, et in causa licet iniustissima victricem sententiam reportare queant. Tutius enim est superflua non negligere, quam tot controuersijs se immiscere. (82) Quod si autem praeter intentionem acciderit, vt haec clausula fuerit ommissa, tum vtile erit recurrere ad hoc officium suppletorium, atque ostendere iudici, eum nihilominus obligari ad supplendum ea, quae de iure ac consuetudine peti vel pro actore, vel pro reo potuissent. Quo ipso non poterunt non innumerae lites, quae in iudicio hoc casu frustrantur, ventiantur, evitari.”

(24) フレーズの機能について異論が存在したことは、シエトリュータもつくつかの箇所では指摘している。例えば Cap.II (29) の *cap.ij. de iud. q. 2.* “Equidem subditi Oldendorpius iudicium suum de ista Angeli cautela his verbis: sed credo tali licentia hoc corruptissimino seculo factum esse, vt nemo de inuestiganda actionis forma curiosus esset, solum congruens vt quaque factum, et petens pro suo magis affectu et coeco iudicio, quam secundum iuris et aequitatis regulam, scilicet fiducia huius clausulae. Proinde, si rem sursum ac deorsum disputes ac conferas omnium seculorum exempla, nulla erit melior iudiciorum

reformatio, quam si recipiatur aliquando maiorum auctoritate, nullum libellum admitti, in quo non aperte describatur formula actionis.”の点については下記にも参照。「バンデクテンの現代的慣用」期のフリースについては、別稿で詳しく取り上げる予定である。

(25) 管見の限り、「バンデクテンの現代的慣用」の著作ではフリースと職権の効果が基本的に同一とした上で、フリース記載を従属する²⁶⁾とは少なくともなかったと思われる。例えばダヴィッド・メヴィウス(David Mevius、一六〇九—一六六〇)の*Jurisdictionis Summi Tribunalis Regii, quod est Vismariae* (editio tertia 1681); Pars III, CCCLI (S.458)は職権の積極的介入にこころを述べた上、²⁷⁾ “De quibus eo minus dubidandum, cum partes libellis et scriptis, uti moris, addunt clausulam omnimodori modo, seu petunt iuxta petita aut quod peti debet iudicari vel aliis formulis noble officium pro administratione iustitiae implorant”²⁸⁾と述べている。

(26) 以下紹介する先行研究も参照。本格的な検討は、別稿に譲らざるを得ない。一六・一七世紀のイタリアの状況についてはSalvioli, Giuseppe: *Storia della procedura civile e criminale*, in: *Storia del diritto italiano*, vol.3:2 (1927) pp.772-773.を参照。

(27) この点については、以下の文献を参照。Bayer: *Civilproceß*, S.34-36, Bomsdorf: *Prozelmaximen*, S.42-47, Danz, Wilhelm August Friedrich: *Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses* (1795), S.367-369, id.; *Grundsätze des ordentlichen Prozesses* (4.Ausg.) (1806), S.194-197, Dick, Bettina: *Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555*(Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich Bd.10) (1981), Maab, Paul: *Die Zivilprozeßreform des jüngsten Reichsabschiedes* (1925), Sellert, Wolfgang: *Prozeßgrundsätze und Stilus Currae am Reichshofrat, im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens*, (1973), Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand: *Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses nach Linde's Lehrbuch* (1840) S.621-627, Tigelkamp, Kurt: *Geschichte und Stellung der Verhandlungsmaxime im deutschen Zivilprozeß seit dem jüngsten Reichsabschied*, (1940), Wigenhorn, Heinrich: *Der Reichskammergerichtsprozeß am Ende des alten Reichs*, (1966), Wezell: *System*, S.516-522.

「バンデクテンの現代的慣用」更にドイツ普通法学においてはフリース(と職権の関係)については少なからず論じられていたと思われる。現時点ではそれを具体的に取り上げる用意がないので、本研究ではあしあたり、ある程度の先行研究がある帝国レベルの裁判所についての状況を紹介するに留める。

- (82) Dick: Kameralprozesses, S.142, Sellert; Stilus Curiae, S.165, Sellert; Stilus Curiae, S.165 於 1507年のRKGGOに於てこの考え方が見られる。一五五五年のRKGGOに於て原告が法的主張を記載するなどの弊害が論じられている (Dick: Kameralprozesses, S.142, nn.401-403)。
- (83) Corpus iuris cameralis (1724) [式目- CIC の註記] S.862: 「RA§§34 Diesemächst nun beyrn dritten Haupt=Puncten/ wie nemlich die Prozesse an Unsern Kayserlichen und des Heiligen Reichs Cammer=Gerecht abzukurtzen seyn möchten/ sich befinden/ wie viel Zeit so wohl in puncto Libellorum, wie auch der Defensionaln, Elisiv-Articuln, und der Responzionum auff dieselbe/ als auch in puncto Exceptionum, und sonsten durch allerhand Tergriversiones, ohnnothige Repetitiones, und andere gesuchte Ab= und Umwege vergeblich zugebracht/ die Sachen/ damit meistentheils ohne Noth viel Jahr lang auffgezogen/ die Acta sich dardurch sehr überhäuff/ und die Prozesse so wohl zu der Itigirenden Partheyen größten Schaden und Nachtheil/ als zu dieses höchsten Gerichts im Reich mercklicher Verkleinerung/ gleichsam unsterblich gemacht worden; Und einmahl nöthig/ dergleichen und andere Mängel und Gebrechen nach aller Möglichkeit abzustellen/ und die Mittel und Wege wodurch Zancksüchtige Partheyen/ Advocaten und Procuratoren die Sachen in angeregte Weitäuffigkeit einführen können/ abzuschneiden: Zumalen aber nicht wohl möglich/ alle und jede Umstände bey den Processen und Handlung= Terminen auff einmahl vorzusehen/ sondern deren diffalls knüfftig erscheinenden Mangeln und deren Verbesserung halber dem Artbirrio Judicis, nach Anleitung der Ordnung Part.2, Tit.36, und Reichs= Abschieds zu Speyer Anno 1567 §Ferner nachdem hierbey/ sc. 5 anheim zu geben: So haben wir uns demnach mit Chur=Fürsten und Ständen/ und der abwesenden Räh/ Botschafften und Gesandten hierin auch nachfolgender massen vergleichen/ daß nemlich und fürs erste/ solle der bißher in mehr Weg mißbrauchte Modus zu articuliren/ und ad Articulos zu respondiren/ samt allen denen bißhero nach sich gezogenen Terminen und Anhängen/ dabey und darüber auch beflissentlich vorgegangen ohnnothigen Disputationen und Aufznglichkeiten/ (nur allein die probationalen, da die Partheyen wollen/ und wann es die Nothdurfft erfordert/ wie auch die Responssiones und Antworten auff dieselbe/ außgenommen) hinführo gantzlich cassirt und aufgehoben. Und hingegen in Sachen Simplicis Querelae, ein jeder Kläger vor Gericht mit seiner Nothdurfft bereit erscheinen/ und bey Ausziehung der Proceß oder Ladung/ seine Klag oder Libell nicht Articuls= sondern

allein summarischer Weise/ darinnen das Factum kurtz und nervose, jedoch deutlich/ distincte und klar/ auch da ihm beliebt/ oder der Sachen Weitläufigkeit und Umstände es erfordereten/ Puncten= Weise verfaßt und ausgeführt seye/ mit angehängter Conclusion und Bitte/ nicht allein den Gegenheil zu citiren/ sondern auch zu condemniren:.....”

CIC; S.872. “JRA§§96 Zu demahliger grundlichen Abheiff und Verbesserung deren/ bey den Procuratoren, Advocaten und Partheyen vorgehenden Fehlern und Unordnungen/ auch befllessentlich suchenden Räncken und Vervortheilungen ihre Partheyen bey den etwa in der Possession habenden strittigen Gütern unter wählenden Reichs=Stand zu erhalten: Ordnen/ setzen und wollen Wir/ daß zu dessen allen Abschneidung und Verhütung/ die Procuratoren und Advocaten sich künfftig/ nach Inhalt Unserer bereits hieoben in puncto der Klage= Libellen und Responsionen beschenehen Verordnung/ also durchgehends bloßlich in Erzehlung deß Facti und der Geschicht aufhalten/ die Disputationes und Allegationes Juris aber/ welche mehrentheils die Sachen nur verwirren und schwerer zu machen pflegen/ also auch in Facto selbst dasjenige/ was nicht zur Sachen dienlich/ nicht einmischen/ sondern bey Straff nach Ernäßigung übergehen; jedoch ad marginem einen oder mehr Textus Juris oder bewährte Scribenten, welche in terminis terminantibus von den Sachen schreiben/ zu allegiren: Wie auch Rechtliche Consilia und Berathschlagungen/ mit vorangesetzter Facti Specie und den Rationibus dubitandi, in Gestalt einer quasi-Relation zu übergeben/ erlaubt seyn; solche Consilia aber werde in referendo noch votando Ziel oder Maß geben/ noch/ so viel das Factum belangt/ einigertley Weise attendirt werden sollen.“Maab; Zivilprozeßreform, S.20-21, Wigggenhorn; Reichskammergerichtsprozeß, S.110-111.

(98) Sellert; Stilus Curiae, S.165-166. 但し、そのロープ・カンへ法源を全く用いずべきなり。 Sellert; Stilus Curiae, S.169, n.537 以下、その詳細な内容の議論がその下に記述を窺えぬ。

(99) CIC; S.105. “Fürter nachdem Uns fürbracht worden/ daß die Partheyen vielmahlen um Prozeß suppliciren/ die ihnen insgesamt/ wie gebeten/ abgeschlagen/ oder unter denen oder dergleichen Worten (wo die Parthey förmlich bitten würden/ sollte darauf geschehen was recht ist) auf die Supplication decretirt werden/ daraus erfolgen mag/ daß die Zeit verloren und vergbliche Kosten angewendt/ auch die Partheyen nicht allein aufgezozen/ sondern auch etwan gänzlich bewegt werden/ ihre gute Gerechtigkeit ersitzen zu lassen:.....Wo aber einige Supplication fürkommen würde/ darinn das gestellte

unterschiedliche Begehren/ nicht aus fürbrachten Narratis von Rechtswegen folgen möchte/ und doch zu End derselbigen Supplication nachfolgende Clausul, so mit folgenden oder dergleichen Worten angehengt (hierüber begehend Recht und Gerechtigkeit nicht allein gebetener / sondern auch in einer jeden andern rechtmässigen Form und Gestalt/ wie das von Rechtswegen/ am kräftigsten beschehen soll oder mag/ mitzutheilen) daß Cammer=Richter und Baysitzer / unangesehen/ daß diß in specie gethanes Begehren nicht förmlich / noch schiedlich ist/ auf die fürbrachte Narrata erkennen sollen/ was darauf von Rechtswegen zu erkennen sich gebühret / und man in specie bitten hätte sollen oder mögen."

(82) CIC: S.110. ".....so befinden Wir doch/ daß viele Supplicanten sich gemelter Constitution hochlich mißbrauchen/ in dem sie ihre Supplicationes dermassen unformlich und ungeschickt fürbringen/ daß durch Cammer= Richtern und Baysitzer entweder darauf nichts erkannt werden kan/ oder aber ihnen als Richtern nicht will gebühren/ wo auch schon zu Zeiten darauf erkannt/ doch die Prozeß in der Cantzley daraus nicht förmlich mögen gestellt und angezogen werden....."

(83) CIC: S.541. "In Fällen/ da um Mandata S.C.[Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, Bd.3 (1747), S.479] sine clausula ~] auf eine Obligation oder Verschreibung/ darinnen unter andern etliche zu Recht verbottene und billige Puncten befunden/ supplicirt wird/ ist Zweifel fürgefallen/ ob gleicher Gestalt/ wie in andern Supplicationibus, da mer gebetten als von Rechtswegen zu erkennen seyn mag/ eine Separation und Abtheilung derselben Puncten zu machen/ und allein etwas zum Theil zu erkennen seye? Solches zu erläutern/ so ordnen und wollen Wir/ daß dieser Gestalt die Separation und Abtheilung geschehen solle und möge/ inmassen dann die Reichs Constitutiones selbst solche von einander scheiden/ und wollen/ daß in dergleichen Contracten weiter nicht/ als sich von Rechtswegen gebührt/ verhoffen soll werden/ und seye ex Clausula salutari Supplicationum dasjenige allein/ welches nicht gebetten/ noch aus denen Narratis oder Relatis zu vernehmen/ nicht ex mero officio zu suppliren und zu erstatten. Wo aber gewisse verschiedene Stück insonderheit angezeigt und außgedruckt/ oder sich die Narrata darauf relative ziehen/ und die Petitio darauf gerichtet/ in dem Fall mag und solle dasjenige so also specificirt ist und stat haben kan/ von dem andern untauglichen abgetheilt und separirt werden."

(84) 1. Teil Tit.22, §12 (CIC: S.602) "Wiewohl auch etwan hievor (i) constituirf gewesen: Wo Supplicationes einkommen/ darin

das gestellt unterschiedlich Begehren nicht aus den vorbrachten Narratis von Rechtswegen folgen möcht/ doch zu Ende derselben Clausula Salutaris angehangt wird/ daß alsdann Cammer=Richter und Beysitzer/ unangesehen daß die in specie gethane Begehren nicht förmlich oder schließlich/ demnach auf die fürbrachte Narrata erkennen sollen/ was daraufl von Rechtswegen zu erkennen sich gebührt/ und der Supplicans in specie hat bitten sollen; Und aber entgegen statliche/ erhebliche und begründliche Beweß vorgebracht/ sonderlich vielerhand Unrichtigkeit in den Rahmen und der Cantzley zu vermeiden/ warumb solche Clausul nicht in acht genommen werden sollte. So setzen und ordnen Wir/ daß diese Clausula in den Supplicationen nicht statt haben/ sondern Cammer=Richter und die Beysitzer/ vermög und Inhalt der Ordnung und gemeiner Rechten/ auch nach Herkommen und Gebrauch des Gerichts/ sich in solchen gebührlich erzeugen sollen.“

(35) Dick; Kameralprozesses, S.144, n.412.

(36) Danz; ordentlichen Prozesses, S.196.

(37) Bomsdorf; Prozeßmaximen, S.46-47. シュンケンハナーヒスザ、やはり職権による補充が可能であった(シュンナーヒスザの無意味さを結ぶ)議論(1738)。Danz; ordentlichen Prozesses, S.195-196, Sinteniz; Civilprozesses, S.623-627.

(38) “non dubitamus indirecto vltimo Reccessui de Anno 1557. subueniri posse, si dicamus, per illum omnem vim clausulae hoc casu ademptam quidem esse, non vero esse sublatum officium iudicis suppletorium; Cum in dicto Reccessu, postquam clausula salut. in libellis supplicatoris reiecta, nihilominus expresse addatur: Sondern Cammer=Richter und Beysitzer vermöge und Inhalt der Ordnung und der Gemeinen Rechten/ auch nach Herkommen und Gebrauch des Gerichts/ sich in allen gebührlichen erzeugen sollen. Vbi sub voce: Der gemeinen Rechten/ simul tacite approbatur officium iudicis suppletorium, quod in iure communi fundatum. Hinc colligimus, obligari Iudicium Camerale, vt ex officio eiusmodi libellum supplicem, si vlllo modo in fauorem supplicantis explicari potest, sustineat; quo diutius non detineantur supplicantes in iusta sua petitione, sed eo citius lites finiantur.”

(39) 中世学識法についてのクヌート・ヴォルフガング・ネルの諸論文を参照。一般的にはさしあたり、HRG Bd.4, Art.Prozeßmaximen (Wesener, G.)を参照。職権と当事者の関係は、普通法訴訟において最も争われた問題の一つであった (Bomsdorf; Prozeßmaximen, S.31)。

- (40) Sellert, *Stilus Curiae*, S.169, n.535.
- (41) 「法廷は法を知る」については、以下の二つの側面を区別するのが便宜である。
- (一) 中世・初期近世についての研究では、「事実」たる個別法 (*ius proprium*) の適用のためには当事者によるその存在の証明が必要であるのに対し、「法」である普通法 (*ius commune*) については証明を要しないという側面が主に注目されたと思われる (Wiegand, Wolfgang: *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit* (1977), Oesmann, Peter; *Rechtswissenschaft vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich* (2002))。
- (二) 今日では「法廷は法を知る」は (一) を包含する形で (参照: 独民訴二九三条) 、当事者は請求の法的根拠付けを特定する (「訴えの対象の特定」) 必要がなく、裁判官が自由に選択できるといって理解される (Rosenberg, Schwab = Gottwald: *Zivilprozessrecht* (16. Aufl.) (2004), §77, Rn.9, §131, Rn.34. 邦語文献として山本和彦『民事訴訟審理構造論』(平七) 二〇、二五、九六—一〇五頁)。本稿の問題にするのは、これらの側面である。本文で述べるように、「この考え方は中世後期から一七世紀にかけて徐々に成立したものと考えられるが、“*iura novit curia*” という法諺がいつからこの意味で用いられるようになったかは詳らかではない。シュトリュークにおける用法はその点で興味深いものかもしれない。
- (42) Kaufmann, Horst: *Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens*, in: *IZ* (1964) S.482-489. 邦語文献としては、上村明広「アクチオ法的思考と訴訟物」、『法学会雑誌 (岡山大)』二五卷三・四号 (昭五二) がある。
- (43) 注 (29) で引用した史料を参照。
- (44) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」参照。
- (45) クリーヒバウムは、カウフマンの議論を中世ローマ法については依然基本線の地位を保つものとして紹介した上で、「法廷は法を知る」が補充に関する職権により中世ローマ法において既に一定の範囲で妥当していたと指摘する (Kriechbaum, Maximilian: *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts* (1996), S.218)。クリーヒバウムの議論については三章で言及する。
- (46) テキストは、Angelus de Gambitionibus: *Lectura super titulo de actionibus institutionum* (Venetia, ca.1473) へ Jason de Mayo: *De actionibus* (Lugduni, 1554) へ参照。

第二章 一五世紀のローマ法文献——フレーズの成熟

アンゲルスとヤソンの叙述には、フレーズに関する「パンデクテンの現代的慣用」期の見解の多くを既に見て取る⁽¹⁾ことができる。

一 アンゲルスは対人訴権 (売却訴権 *actio ex vendito*) の訴状のモデルを紹介したうえで、このように述べる。

「以下のことに注意せよ。(訴状に) 常に、以下のような一般的フレーズを付記するのが有用である。『以上述べた全て、そしてその各々について、私は法と正義が自分になされることを請求する』(参照、*X.2.10.2*)。また、以下の文言を付け加えることも有用である。『上述の方法のみならず、他のあらゆる可能なより良い方法によって』……」⁽²⁾

一見してわかるように、ここに紹介されているフレーズは一章で取り上げたシュトリユークのものとはほぼ同一である。その効果として裁判官が介入し、補充を行うとされる。⁽³⁾

続けて本権による訴えと占有の訴えの関係が論じられる。

「(フレーズが付記されている場合) ヨハンネス・カルデリヌス「一四世紀初め——一三六五」とアントニウス・デ・ブトリオ「一三三八頃——一四〇八」が上述の *X.2.10.2* で述べたところによれば、(訴状で) 申述されたあらゆることについて請求と結論がなされたと考えられ、それゆえ彼らはこう述べた。原告が訴状で本権に基づく訴権 (*petitorium*) と占有訴権 (*possessorium*) を申述した場合「訳注・双方が導かれるような事実を記載する、ということ」⁽⁴⁾、たとえそのうちの一方のみによって訴状が結論付けられているとしても、フレーズの効力により (上述 *X.2.10.2* により) 本権に基づく訴権と占有訴権いずれについても有責判決を行うことができる。このことは、実務において非常に顕著である」⁽⁴⁾

本権に基づく訴権と占有訴権の場合のように、事実から複数の訴権が導かれる場合に原告が不適切な訴権に特定した

としても、裁判官は適切な訴権を選んで判断することができるという⁽⁵⁾ことであり、この点でもシュトリユークと同様の見解が既に採られていることになる。

最後に、アンゲルスはこのように助言している。

「事実が非常に錯綜している、あるいは事実の複雑さや法の不確かさ故に、いかなる訴権・法的手段が自らに有効であるか、あるいは訴状をどう結論付けるべきか判断としない場合の助言は以下のものである。つまり、事実を矛盾なく申述した上で、結論としてはいかなる特定した請求、あるいは何らの特定の結論付けもせず、訴状の末尾で単に『これらすべてと各々について、法と正義が自分になされることを私は請求する。同時に、ばらばらのものを一緒に、あるいは取り替えて、個々のもの同士を適切に結びつけ、しかもあらゆるより良い方法で』と述べよ。というのも、この結論にはたいへんな重要性があり、有効かつ申述から導かれるすべての訴権・法的手段が持ち出されたと考えられるからである (X.2.10.2)。つまり、既に述べたようにヨハネス・カルデリヌスとアントニウス・デ・ブトリオに従えば、訴状の結論が申述されたうちのあるものに特定してなされた場合にも、当該文言が作用して申述されたすべてについて判断することができる以上、尚更のこと、申述されたうちのあるものにまで特定して結論されなかった場合にはそうだと考えられるのである。確かに、インノケンティウス四世「二二〇〇以前一二五四」は上述のX.2.10.2について、訴状の申述のうち最小限のことが有責判決に取り込まれると述べた (D.50.17.9) のであるが、上述したことが (アントニウス・デ・ブトリオの言うように) 共通に従われているのである」⁽⁶⁾

この議論もシュトリユークに見られたものである。上述の「占有と本権」の問題は、ありうる複数の訴権のうち不適切な一に特定した場合についてであった。ここではそれがより一般化され、ありうる複数の訴権の何れにも特定しないことも認められるとされ、フリーズにさらに強力な効力が与えられていることになる。その際フリーズは「あらゆる

より良い方法で」の判断を請求する。それはインノケンティウス四世による「消極説」とは異なるものとして認識されており、シュトリュークにおけると同様原告に有利な判断をもたらす「積極説」を採用していると解される。⁽¹⁾

- (1) 以下紹介する史料箇所が訴権開示に関する中世学識法学の議論で重要な意味を持っていたことについては、水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義(二)」法協一二二巻八号参照。
- (2) Angelus; De actionibus, Omnium autem (Inst.4,6,1) "Aduertas tamen quod utile est semper apponi illam clausulam generalem videlicet super quibus omnibus et singulis peto ius et iustitiam mihi ministrari vt in c.ii et ibi doc. extra de ordi cogni. [X.2,10,2] et etiam est utile addere non tantum dicto modo sed etiam omni alio meliori modo quo fieri potest...."
- (3) Jason; De actionibus, fol.19ra. "....quando actor in libello apposuit ista verba, scilicet, Petens super praedictis sibi ius, et iustitiam ministrari: dicitur iudicem interpellasse: et sic poterit index supplere, et impertiri officium suum, et si aliter a parte non petatur, quod nota."
- (4) Angelus; De actionibus, Omnium autem (Inst.4,6,1) "....secundum Calda. et Ant.de butrig. in dicto c.ii.de ordi.cogni. [X.2,10,2] super omnibus narratis videtur fieri petito et conclusio unde dicunt si narratur petitiorum et possessorium licet in altero tantum fiat conclusio libelli tamen super utroque potest fieri condemnatio uirtute illius clause per illud c. [X.2,10,2] quod est ualde singulare in practica"
- (5) 上の点ごとの解釈論の推移をかたごとのつづきは、三章一で詳しく取り上げる。
- (6) Angelus; De actionibus, Omnium autem (Inst.4,6,1) "quando ignoras quae actio uel quod remedium tibi competat uel quomodo debeas concludere in libello, forte propter factum intricatum uel multitudinem factorum uel propter dubietatem iuris consulto quod factum congruenter narres et demum in conclusione nihil in specie petas nec aliquid specificum concludas. sed simpliciter in fine libelli dicas super quibus omnibus et singulis peto ius et iustitiam ministrari simul diuisum copulative alternatiue singula singulis congrue referendo et omni meliori modo etc. nam talis conclusio est tante importan-

tiae quod videtur deducta omnis actio et omne remedium competens et resultans ex narratis.d.c.ii.de ordi.cogni. [X.2.1.0.2] et quod ibi doc. quia si dicta clausula operatur quod super omnibus narratis possit indicari etiam in specie quando in aliquo narratorum fit conclusio ut dixi supra secundum Caldelet An.de butri. ergo multomagis quando in specie non concluditur in aliquo quod tene cordi. licet in d.c.ii. [X.2.1.0.2] Inno. dixerit quod per illam clausulam illud quod est minimum narratorum in libello veniat in condemnatione ar.l.semper in stip. de rei.iuri. [D.50.1.7.9] sed quod supra dixi committer tenetur. ut ibi dixit An.de butri.”

(7) 後世の文献の中には、アングルスやヤソンが「積極説」を採ったと明示的に解釈するものが見られる。一章3で引用したガイルの叙述を参照。

(この章未完)
（北海道大学大学院法学研究科准教授）