



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	中世学識法訴訟における職権と当事者（二・完）：「効用ある一節（clausula salutaris）」についての覚書
Author(s)	水野，浩二
Description	論説
Citation	北大法学論集，60(6)，59-90
Issue Date	2010-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/42992
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-6_002.pdf



中世学識法訴訟における職権と当事者（二・完）

——「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

二章 一五世紀のローマ法文献——フレーズの成熟

(一まで、六〇巻五号)

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

(以上、本号)

二章 一五世紀のローマ法文献——フレーズの成熟

二 一六世紀以降の論者は中世の典拠としてアンゲルスとヤソンを引用していたが、この二人がフレーズの創始者というわけではない。次章では、中世後期のカノン法文献においてフレーズについての議論がどのように推移し、フレーズにいかなる役割が与えられていたのかについて検討される。その際の検討対象は以下のように限定される。

中世学識法学におけるフレーズの先行研究はせいぜい概説書のレベルにとどまり、現時点ではそれほどの手がかりは存在しない。⁽¹⁾そこで、アンゲルスとヤソンの叙述がフレーズ⁽²⁾についての解釈論で根拠として挙げる法文である教皇イ

ンノケンティウス三世(位一一九八—一二一六)の一一九八年の教皇令X.2.10.2、ならびにそれと密接な関係を持つと解される教皇アレクサンデル三世(位一一五九—一一八二)の一一七九年の教皇令X.2.1.6に関する注釈・注解を検討することとする。フレーズとの関連でいえば、この二つの法文には「一の事実(カウサ)から複数の訴権が導かれる場合」における「訴えの対象の特定」という問題設定が共通して見出される。

(1) X.2.10.2はフレーズの直接の根拠法文として、一五世紀のアンゲルスやヤソンは無論、「バンデクテンの現代的慣用」

期の著作においても根拠として常に挙げられていたものである。当法文に関する注釈・注解にはフレーズについての記載がほぼ常に見出され、論点の一「フレーズ自体の効果」についての解釈論の推移を知ることができる。

(2) もう一つの論点「フレーズと職権の関係」については、先行研究が職権の「訴えの対象の特定」への関与について十分な情報を与えているとはいい難く、原告によって表示されるフレーズと裁判官の職権行使の関係について本稿で明確な結論を示すことはできない。以下では今後の検討の準備として、カノン法学における訴権開示 (editio actionis) の議論の核となったX.2.1.6を取り上げることにしたい。

一三世紀半ばまでのカノン法学の動向を扱った先行研究は、訴権開示における訴権の名称の必要性いかん⁽⁵⁾「訴権開示の形態」に関するカノン法学の議論の軸としてX.2.1.6を位置づける。その説くところによれば、本法文をめぐる様々な議論を経て、一三世紀初め以降（ローマ的訴権開示の原則とされる）訴権の名称の表示の必要性は否定され、事実（カウサ）の表示で十分という形に収斂することとなる。⁽⁶⁾ローマ法上の訴権にこだわらず、事実を調べよという本法文X.2.1.6は、ローマ的な個別的訴権のカタログの意味を失わせ、当事者は事実⁽⁷⁾に根拠づけられた請求を提示すれば十分という「近代的」なあり方へと移行する大きな契機として位置付けられてきた。

しかし、中世学識法学の議論はこの「訴権開示の形態」の問題にとどまらず、⁽⁸⁾⁽⁹⁾「一的事实（カウサ）から複数の訴権が導かれる場合」における「訴えの対象の特定」をも詳細に論じていた。本法文X.2.1.6でもこの問題が取り扱われている。

その注解ではX.2.1.0.2が多くの著作で参照され、フレーズによる場合を含め職権による処理が念頭に置かれている可能性が高い。先行研究では、本法文は職権による「訴えの対象の特定」やその根拠たる事実についての介入を正当化する根拠として位置付けられてきた。⁽¹⁰⁾以下では、本法文についての解釈論をカノン法学における訴権開示、訴権の訴

訟上の意義について重要な視点を提供するものとしてのみならず、職権の「訴えの対象の特定」への関与についての当時の見解を示す史料として検討したい。

- (1) 中世学識法の時期におけるフレーズについては、¹⁾簡略な言及が、Ourliac: *L'office du juge*, pp.637, 641, Rousnier: *Le fondement*, p.109, Salvioli: *Storia della procedura civile*, pp.238-239, Sella, Pietro: *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana* (1927), pp.78-79 にみられるに留める。
- (2) 本章で検討したマンゲルスとヤンンのテキストは、²⁾何れも訴訟法書 (Prozeßliteratur) に分類されるものである (Nörr, Knut Wolfgang: *Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. 1, S. 383-397)。³⁾中世学識法期の訴訟法書におけるフレーズの取り扱われ方については、⁴⁾別稿で論じる予定である。
- (3) 以下『カノン法大全』テキスト本文の引用は、すべてフリードベルク版による。
X.2.10.2 „.....suam abbas deposuerit quaestionem, quod praeferat nobiles, nulla requisitione praemissa, manu armata et cum exercitu ad castrum monasterii Ferentilli et Gab. venientes, in praedictis animalium, segetum combustionibus, captiionibus hominum, homicidiis perpetratis et damnis aliis usque ad D. libras Lucenses praeter stragem hominum et iniurias irrogatas, damnnificare dictum coenobium praesumpserunt, de quibus et aliis pariter, quae vellet proponere contra ipsos, iustitiam sibi fieri postulabat. Ei citra litis contestationem sub forma exceptionis fuit ex adverso responsum, quod, quum abbas ipse nobilibus viris O. et R. promiserat praestito iuramento, quod eos.....ad retinendum quod tunc habebant in castris, villis et bonis aliis, et recuperandum sine fraude ac malo ingenio, si eorum aliquid amitterent, adiuuaret, per ipsius dolum et violentiam castrum Strati amiserant fraudulentem, quod et progenitores eorum tenebant, et ipsi possederant in quiete, (Super quo ab ipsis saepe admonitus illud eis restituere denegavit,.....) sibi petentes prius restitui, quam petitionibus ipsius responderent.....” 「.....大修道院長 [原告] は以下の訴えを提示した。前述の貴族たち [被告] は、予めいかなる要求もせずに、

武装し軍勢を伴って Ferentili et Gab. 修道院のカストゥルムに現れ、修道院の地所において穀物に放火し、人々を捕え、殺人を犯し、他に一〇〇〇ルッカリブラの損害を与え、さらに多数の者を殺害し攻撃を行って、上述の修道院に損害を与えることを図った。原告はこのこと、そして被告たちについて提示しようと考えているその他のことについても同様に、正義が自らになされるよう請求した。原告に対して争点決定の前に、抗弁の形式で反对当事者「被告」から、以下の返答がなされた。大修道院長「原告」は自ら、それらの貴族たちに対して宣誓を伴って以下のことを約束していた。つまり、……彼らがカストゥルム・ヴィラ・その他の地所に持っているものを保持するように、そして彼らがその内の何れかのものを喪失するならば悪意も奸計もなくそれを取り戻せるように、助力すると。にもかかわらず、原告の悪意と暴力によって貴族たちは、先祖から保持していた自らの平穩に占有していた Strati のカストゥルムを許害的に喪失してしまった。（当該カストゥルムについて大修道院長は、貴族たちによる度重なる返還の求めを拒絶した。……）被告は原告の請求に返答する前に（Strati のカストゥルムが）自らに返還されることを請求する。……」

(4) X.2.1.6 「……多くの者がそうしがちなのであるが、いかなる訴権が提起されているかを細かに調べたりしないよう一層配慮せよ。しかし、諸々のカノンの形式並びに聖なる教父たちの發した諸規定に従って、単純かつ純粹に事実そのものの、そして事柄の真実を調査するよう気をつけよ」……Provideatis attentius, ne ita subtiliter sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum Patrum instituta investigare curetis”

(5) 以下に引用は Leicht, Pier Silverio: Il nome dell'azione nei decretisti e nei decretalisti, in: ZRG KA27 (1938) S.81-93. Liotta, Filippo: Il “nomen actionis” nei civilisti e nei canonisti del secolo XII. Quaderni di «Studi senesi» (1975) Ochoa, Javier: «Actio» e «contestatio litis» nel processo canonico, in: Apollinaris 52 (1979) pp.102-133⁴ ならびに水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義（一）」法協一二二巻五号七頁以下における整理を参照⁵。

(6) その際のモティーフとして、訴訟をより単純で迅速なものにすべしというカノンの衡平を指摘する論者もある（ライヒト、オコア）。不十分な知識ゆえに表示された訴権が不適切であることがしばしばだった、というのである。

(7) 但し、X.2.1.6 の解釈論が、ローマ法上の訴権の訴訟上の意義をどのように捉えていたかは微妙な問題である。先行研究も訴権の名称の表示の否定とは別に、少なくとも史料が何らかの形で訴権の特定を求めていることは指摘している。先

行研究が何れも一三世紀半ばまで止つてゐることもあり、この点については判然としない。三章2では中世後期のカノン法学の動向について若干の検討を試みる。

(8) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」を参照。

(9) フレーズの根拠法文として本研究が取り上げるX.2.10.2も、「一の事実(カウサ)から複数の訴権が導かれる場合」の解決策としてフレーズを位置づけたものであった。この点については、三章1で詳論される。

(10) Bayer, *Civilprozess*, S.34, Bomsdorf, *Prozessmaximen*, S.43-44, 52-53, Danz, *ordentlichen Prozesses*, S.196, n.(k), Endemann, Wilhelm; *Das deutsche Zivilprozessrecht* (1868, Neudruck 1969), S.373 を参照。Wetzell, *System*, S.521, n.43 以下¹⁾の点について議論があつたことやフレーズとの関連性が指摘されている。

三章 カノン法文献における議論の推移

本章では、ほぼ二三世紀から一五世紀までのカノン法文献における二つの教皇令、X.2.10.2とX.2.1.6への注釈・注解を検討する。検討対象としたのは以下のテキストである。¹⁾×印はそのテキストが当該法文についての叙述を欠いていることを示す。

インノケンティウス四世 (Innocentius IV.・一一〇〇以前—一二五四) ; *In Quinque Libros Decretalium*. (Turin, 1581)

ホスティエンシス (Henricus・デ・セグシオ) (Hostiensis (Henricus de Segusio)・一一〇〇頃—一二七二) ; *Summa* (Lyon 1537, Neudruck Aalen 1962)

リーベル・エクストラ標準注釈 (*Glossa ordinaria to Liber Extra*) (Lyon 1541)

- ホステイエニス（＜＜ニリクス・デ・ヤベント＞＞）；In...decretalium librum commentaria. (Venedig 1581, Nachdruck Turin 1965)
- ヨハンネス・アンドレアエ (Johannes Andreae) ；1170頃－1184頃）；In quinque Decretalium libros novella commentaria. (Venedig 1581, Nachdruck Turin 1963)
- バルドウス・デ・ウバルデイス (Baldus de Ubaldis) ；Super secundo libro decretalium. (Mailand, 1478)
- ペトルス・デ・アンカラノ (Petrus de Ancharano) ；111111頃－11416頃）；Lectura aurea...super secundo decretalium. (Lyon 1518)
- アントニウス・デ・ブトリオ (Antonius de Butrio) ；111111頃－11408頃）；Super...Decretalium Commentarii. (Venedig 1578, Nachdruck Turin 1967)
- アエギディウス・デ・ベラメラ (Aegidius de Bellamera) ；11407頃）；In Decretalium libros...praelectiones. (Lyon 1549)
- フランキスカス・デ・ザバレルリス (Franciscus de Zabarellis) ；111160－11417頃）；Super secundo et tertio decretalium. (Venedig 1502)
- ヨハネス・デ・イモラ (Johannes de Imola) ；111111頃－114116頃）；Commentaria, seu mavis Lectura in ... Decretalium librum (Lyon, 1549)
- パノルミタヌス（ニコラウス・デ・トゥデスキス）(Panormitanus (Nicolaus de Tudeschis) ；111166－11445頃）；Commentaria vel lectura in quinque Decretalium libros (Lyon 1521)
- ソッキニ・マリアーノ (Soccini, Mariano) ；11401－11467頃）；In aliquot singulares et in praxi lucrosissimos titulos Decretalium... (Frankfurt 1583) （× X.2.1.6, X.2.10.2)
- ソッキニ・マリアーノ；Marianni Socini super Decretales tractatus. (Lyon 1547) （× X.2.1.6, X.2.10.2)

アンドレアス・バルバティウス (Andreas, Barbatius・一四〇〇～一四一〇一四一六) ; *Decretalium praeclarissima commentaria* (1508) (× X.2.1.6, X.2.10.2)
 フランキスカス・デ・アッコルティス (Franciscus Accoltis・一四一八頃一四八五／八六) ; *Super secundo libro Decretalium* (Bologna 1481) (× X.2.10.2)
 フェリヌス・サンデウス (Felinus Sandeus・一四四四一五〇三) ; *Commentaria Felini Sandei in V. lib. Decretalium* (Basel 1567) (× X.2.10.2)
 フィリップス・デギウス (Filippo Decio・一四五四一五三五／三六) ; *In Decretales commentaria* (Lyon 1581) (× X.2.10.2)
 ヨハネネス・フランキスカス・リッパ (Johannes Franciscus Ripa) ; *In secundum Decretalium librum commentaria*. (Venedig 1586) (× X.2.1.6, X.2.10.2)

本研究では、フリースがいつどのようになつて発生し、学説レベルで取り上げられるようになったのかという「起源」の問題はとてあたりオーブンとする。Weitzell, System, S.521, n.45は「フリースがイタリアの実務と学説から生まれたとして、一七九七年のヴェローナのボデスタ裁判官への訴状を紹介してゐる (Flicker, Julius; Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens. Bd.4 (Nachdruck 1961), S.252 参考)」。……Et ad hoc propono actionem in factum, quae descendit ex re iudicata, et actionem ex stipulatu et prescriptis verbis in factum subsidiariam et triticariam, et conductionem ex legibus et ex privilegiis, et officium iudicis, et omne ius mihi competens; et si quid deest in actionibus proponendis, salvo iure addendi, mutandi, minuendi, corrigendi de iure et facto, in supplementum officium vestrum implo-ro……”

Sella; *procedimento civile*, p. 79, n.161 はプリウス (Pilius・一六九以前一二〇七以降) の著作の叙述を例として挙げ

べん⁹⁶ (Bergmann, Friedrich Christian; Pilius, Summa de ordine iudiciorum (1842, Nachdruck 1965), P.1, §2)° 例べん⁹⁷ “Consueverunt insuper boni advocati et sapientes circa finem libelli inserere: “salvo eo, si plus dicere voluero” vel “reservata mihi licentia et potestate addendi usque ad sacramentum calumniae.” Et hoc totum iudices admittunt.” ヴリウスは同所べ⁹⁸ 他にも「一般的な訴状」の記載例をいくつか列挙している°。しかしベリウスは、同じ著作中でフレーズに対して否定的な姿勢をとり、一の訴権への「訴えの対象の特定」を求めべん⁹⁹ (Schmidt, Richard: Die Klageänderung (1888), S.46-47). Contingit quandoque, quod actor plures ad idem proponit et edit actiones. Igitur est hoc diligenter inspicendum, an tunc unam eligere sit cogendus. Ad quod sic breviter potest responderi, quod si actor plures proponit copulative, puta hanc et illam, tunc eligere compellatur.....si autem alternative plures proponit, puta illam aut aliam, tunc aut de facto certus est et scit, quae sibi competti, quo in casu debet eligere; si autem est incertus propter factum adversarii, adhuc non est cogendus eligere..... Verrum ex consuetudine generali istud hodie fere inter omnes iudices observatur, quod non compellunt actorem ad eligendum, et admittunt plures actiones propositas insimul, dum tamen non contrarias, de eodem facto et negotio, et cum hac adiectione quidam, scilicet “propono omne ius competens mihi” vel ita “et si quid deest”. Et sunt quidam, qui ita simpliciter admittunt verba actoris circa editionem actionum, scilicet “propono omne ius mihi competens” nulla facta mentione specialium actionum.....Sed non bene dicunt” (Id.; P.1, §6)

1 当初の謙抑的評価と一四世紀以降の変化——X.2.10.2⁽²⁾

一 インノケンティウス四世は、X.2.10.2の「正義 (Iustitiam)」という語句への注解でフレーズの効果を論じた。

【正義 (iustitiam) について】この事例において不動産占有回復の特示命令 (interdictum unde vi・被告がカストゥルムを侵奪した場合)・暴力強奪物訴権 (actio vi bonorum raptorum) と窃盗訴権 (actio furti)・そしてアクイーリア法訴権 (actio legis Aquiliae・侵奪物に損害を与えられた場合) が有効でありえ、加えて公的または私的暴力についての訴権 (actio de vi publica vel priuata) とも告訴せうと述べる者たちにとつて、何れの訴権によつても有責判決がなされうと考える場合、訴え方が異なればそれに従つて異なる形で判断されねばならないのに、この事例では『正義が自分になされるよう要求する』という一般的な文言が記されているゆえに、いかなる方法で原告が訴えようとしたのか判断できないということになる。私は以下のように答える。そのような一般的な訴状を受領した者は愚かである。というのも、原告は訴権、またはそこから自らの法的根拠 (intentio) が読み取れるような訴えるためのカウサ (causa agendi) を表示しなければならないからである (D.6.1.6. D.44.2.14.2. X.2.3.3)。しかし受領された場合は有効である (C.7.40.3)。そして、『フレーズが記載された場合』有責判決は、より小なる有責判決を要求する訴権に基づいてなされることになる (D.50.17.9. D.50.17.125. X.2.22.6)。但し、訴訟中に証明から、あるいは原告が明示して述べることで、原告がどのように訴えたいのかが明らかになった場合 (それに従つて判決しなければならない) はその限りではない⁽³⁾。

一五世紀に至るまで、ほとんどの著作にはば同旨の叙述が見出される。

二 X.2.10.2 は占有侵奪の事例に関する法文である。その際に原告が取りうる手段として、複数の訴権が考えられる。即ち、「一の事実 (カウサ) から複数の訴権が導かれる場合」ということになる。その場合に原告が訴権を特定せず「訴えの対象の特定」を一般的なものに留めるための手段としてフレーズは位置づけられている。

しかし、そのような訴状を受理する裁判官・更なる「訴えの対象の特定」を請求しない被告は「愚かである」とされる。⁽⁴⁾これでは訴えを認諾するか争うか判断するに必要な情報を得ることができないからである。⁽⁵⁾複数の史料では、一の訴

権に「訴えの対象が特定」されるべきという趣旨でX.2.1.6が参照されている。⁽⁶⁾アントニウス・デ・ブトリオは以下のように指摘している。

「（訴状の）結論は特定の訴権へと限定されねばならぬ（D.2.1.3.1、上述X.2.1.6、X.2.1.15）。しかしここでは『正義が示されるように』と結論している。……[以下、X.2.10.2の事例について複数の訴権の可能性があることが指摘される]……それゆえ、特定の訴権によって有責判決を行うことができないような訴状は有効ではない。というのは、訴状の結論があいまいで、複数の相違し別々の、そして別々の性質を持つ訴権を示してしまい、それらのすべてについて相違する形で対応がなされるが故にである。別の考え方としては以下のものである。即ち、一般的で人・物・結論について特定されておらず、複数の訴権を導き得る訴状は、特定するよう請求されない限り有効である。このことは、別の形に特定するよう請求しない貴族たち『被告』の愚かさのせいである（C.7.40.3）」⁽⁷⁾

受理され・更なる「訴えの対象の特定」が請求されなければ訴状は有効であり、裁判官は事実から導かれるうち被告の有責度がより小さくなる訴権によって判決する、つまりフレーズの効果の「消極説」が採られている。ほとんどの著作でこの根拠とされているのが、二つのローマ法文D.50.17.9とD.50.17.1.25⁽⁸⁾そしてカノン法文X.2.22.6（i.l.）である。

D.50.17.9 「判然としない場合は常に、最小のものに従う」

D.50.17.1.25 「原告よりも被告が、より有利に扱われる」

X.2.22.6（i.l.）「……⁽⁸⁾というのも、当事者の法的地位が判然としない場合は、請求する者（原告）の不利に判断されるのが常だったからである」

一五世紀前半にいたるまで⁽⁹⁾X.2.10.2の解釈論では総じて、フレーズを伴った一般的な訴状に対しては上述のように

消極的な姿勢が採られ、一の訴権に「訴えの対象を特定」することがそれなりに期待されていたと解される。フリーズを伴う一般的な訴状で訴えることは原告にとって少なくとも「最善」の帰結はもたらさない。「訴訟中に原告が訴権を明示した場合には、フリーズの適用が除外される」という末尾の文言は、そうするよう従属しているのだろう。

三 しかし、後の「積極説」につながるとも考えられる思考が一四世紀後半の著作からは見られるようになる。占有の訴えと本権による訴えについての叙述においてである。

多くの著作がこの問題を取り上げており、基本的には一章と二章で論じた後世の著作と同一の見解が見出される。最も整った叙述を持つパノルミタヌスのそれ（一四三三年までに完成⁽¹⁾）は以下のようである。

「ヨハンネス・カルデリヌスは、訴状に普通付記される『そして、上述のことについて私は正義がなされることを請求する…』というこの一般的フリーズのおかげで実際に自分が勝訴したと述べている。即ち、原告が訴状で本権に基づく訴権と占有訴権を導かせること「事実」を申述し、占有訴権を明示して結論した上で、末尾にその一般的フリーズを付記した。……その後「手続中に」原告は本権に基づく訴権に関して証明を提出することができる。というのは、この一般的フリーズは双方を包含できるのであり、それゆえ申述では双方について言及がなされ、結論は占有訴権に関して行われ、同じこと「訴訟」が二度繰り返されるようなことがないように、一般的フリーズが付記されたのである。……このフリーズは、申述された本権に基づく訴権を帰納させるべきである。上に述べたことを許容するようなこと「フリーズ」が付記されており、……そしてあいまいな場合には、原告の解釈に従うべきだからである（D.5.1.66）⁽²⁾」

占有訴権と本権に基づく訴権の双方を導きうる事実を申述した上でどちらか一方の訴権で結論した場合に、他方の訴権に基づいて判決をすることができるという趣旨を、パノルミタヌスはヨハンネス・カルデリヌスの実際の訴訟での経験として語る。その根拠としてあいまいな言明は原告の解釈に従うという考え方が提示され、パノルミタヌスを初め複

数の著作で、ローマ法文 D.5.1.66 が引用されている。

D.5.1.66 「もしある者があいまいな法的根拠あるいは防衛を用いた場合には、その者にとってより有利な形で理解されるべきである」

【もしある者が…法的根拠を (si quis intentione) への注釈】『法的根拠』というのは、原告に関連付けよ。例えば、原告が『被告が不正に占有しており、(当該物は) 自分に帰属している』と述べた場合、それらの語句は本権に基づく訴権にも占有訴権にも帰せしめることができるようである。『防衛』というのは、被告に関連付けよ。例えば、被告がこの場合『当該物は原告に帰属する』と自白した場合、それらの語句は『(物が) 原告のものである』というのではなく『原告に対して義務付けられている』という趣旨で表明されている、というように。なぜなら、その方が被告にとって有利であるから……」

あいまいな場合には被告の有利になるよう取り扱うという上述二の議論とは逆に、あいまいな言い方をした原告にとって有利な解釈をすることを求めている。パノルミタヌス以外の著作の叙述はここまでの指摘で終わっている。

パノルミタヌスは引き続きこの考え方を一般化した。⁽¹⁴⁾

「以上に基づき、私は他の事柄について次のように結論する。以下のことに注意せよ。事実の申述から複数の訴権が導かれ得、その内あるものは適切でありあるものは不適切であるとする。そして不適切な訴権が結論され、上述の一般のフレーズが付記されたとする……訴状は不適切なものとして却下されてはならず、適切な訴権について証明を提出することができる。というのは、同じこと『訴訟』が二度繰り返されるようなことがないように、一般的フレーズは事実の申述から導かれ得る適切な訴権を帰納させるべきであるからである……」⁽¹⁵⁾

原告が「訴えの対象」を不適切な訴権に「特定」した場合には、裁判官が適切な訴権に変えて判決することができる

と述べている。二章でアンゲルスについて指摘したように、この考え方からはその更なる一般化として、原告が訴状にフリーズを記載することで全く訴権を特定しない形で「訴えの対象の特定」を行い得ることが導き出されるのである。¹⁶⁾

四 当初、即ち一三世紀のカノン法文献において、フリーズは職権の積極的な介入を促すものとしては必ずしも位置付けられていなかった。フリーズにより職権が積極的に介入し、客観的に見て正当な判断をするのであれば、更なる「訴えの対象の特定」を請求しない被告が「愚か」であるとはいえないだろう。他方、フリーズは原告にとっても必ずしも「最善」の結果を導くわけでもない。この時点ではフリーズは高々、原告から「訴えの対象の特定」の負担を免ずるという消極的な効果をもたらすにとどまっており、その意味では原告のイニシアティブ（「当事者主義」）の枠内で理解されるべきものであったろう。しかし、一四世紀以降、占有訴権と本権に基づく訴権の問題を出発点として、徐々にフリーズによる職権の積極的介入が準備され、一五世紀のローマ法文献におけるフリーズの効果の開花が導かれることとなったと解される。

以上の見解は、中世ローマ法学における訴権開示 (editio actionis) についての考え方の推移と符合するものといえる。一三世紀後半を境にして、原告が一の訴権に「訴えの対象を特定」する原則から、原告のみならず被告・裁判官の関与も念頭に置きつつ一の訴権・複数の訴権・事実の申述という多様な「訴えの対象の特定」

フリーズの効果の拡大の推移

占有訴権と本権に基づく訴権が導かれる場合にどちらかに特定
→適切な訴権による判決

⇩ 一般化

複数の訴権が導かれる場合に一の訴権に特定
→適切な訴権による判決

⇩ 一般化

原告が訴権を全く特定しない
→適切な訴権による判決

が認められるようになっていったことが、「訴権を軸とする文献」からは読み取られる。⁽¹⁷⁾ ほぼ一四世紀以降、中世学識法訴訟手続における「訴えの対象の特定」は近代法に向けて大きく変化してゆくことになったといえよう。

2 訴権の訴訟上の意義と職権の関与——X.2.1.6

以下ではまず、カノン法学の議論で訴権が「訴えの対象の特定」においていかなる意義を持つと考えられていたかをとり上げた上で、フレーズ・職権に対する本法文X.2.1.6の姿勢を論ずることにする。

一二章二で述べたように本法文は、カノン法学における訴権開示のあり方に大きな影響を与えたと位置づけられてきた。ローマ法上の個別的訴権のカタログの意味を減殺させ、原告は事実を表示すれば十分という「近代的」なあり方を示したものである。インノケンティウス四世には以下のような叙述が見られる。

「カノンによれば、訴権を提示する必要はない (X.2.14.1, C.8.5.1。反対X.2.4.1, C.11.4.1.c.15, X.3.16.1)。解決：カノンによれば、訴権を提示する必要はないということになるが、もし提示されてそれが不適切である場合は、原告は請求したものを「勝訴により」手に入れることはない (X.2.1.15)。ローマ法によれば、訴権は常に提示されねばならない (D.26.7.9, Inst.4.6 (i.p.))」⁽¹⁸⁾

カノン法とローマ法とで訴権開示のあり方に相違があるという指摘は、中世後期を通じて本法文の注解にしばしば見られたものである。カノン法によれば、原告は特定の訴権を提示する必要はなく、事実(カウサ)の提示で十分である、というのである。この点について、アントニウス・デ・ブトリオはこう指摘している。

「カノン法によれば、訴権を訴状に必ずしも開示する必要はなく、単純にそこから訴権あるいは訴えるための法的地

位 (ius agendi) が生じるような事実を法廷に表示すれば十分である。このように、カノン法では訴権の使用は必要なく、訴えるための法的地位の衡平が備わっていれば十分である。かくして最終的には、カノンに従う人々 (canonici) はローマ法が成立する以前に存在していた万民法上の衡平に帰せしめられると思われる。(その頃は) 自然的にのみ訴えがなされ、事実が単純に提示され、王の手によって正義がなされていたのである。以上のことから、次のように述べることが十分可能である。カノン法によれば、単なる合意 (pactum) に基づいて形式を伴う訴権は発生しない。しかしカノン法上、裸の合意 (pactum nudum) [11] では「単なる合意」と同義」に基づいて訴えることはできる。⁽¹⁹⁾それはちょうど、ローマ法成立以前に、万民法上の衡平に基づいて訴えていたのと同様である」

カノン法に従えば事実を表示すれば十分なのだが、その事実から訴権あるいは訴えるための法的地位が読み取れることが求められる。⁽²⁰⁾訴訟手続を開始する原動力として、ローマ法上の訴権と並んで、ローマ法以前の「万民法上の衡平」という概念が持ち出され、ローマ法上訴権が認められなかった単なる(裸の)合意に基づく訴えがそれによって可能になるとされている。

しかしインケンティウス四世は、訴権を提示することは可能であり、それが不適切ならば敗訴するとも述べている(この根拠として挙げられている X.2.1.15 については、下記五で検討する)。右に述べたようにローマ法上の訴権の意義の相対化が一定程度見られるとしても、訴権の訴訟上の意義が否定されることはなかったと解される。デキウスには以下の説明が見られる。

「アントニウス・デ・ブトリオによれば、訴権は必ずしも訴状に表示する必要はない。それゆえ彼によれば、カノン法では訴権の使用は必要ない。しかし大修道院長「パノルミタヌス?」はこの点について『これは正しくない』と述べる。……カノン法上も訴権の使用は留意されるべきである、と (X.2.1.15, X.2.13.15)。これらのテキストは妨げにな

らない。というのは、『訴権が備わっていなくても訴えることができる』とは述べられておらず、『訴権の名称を表示する必要はない』とされているのだからである。そして、同じことがローマ法上も言える⁽²¹⁾」

訴権そのものが必要なのではなく、訴権の名称を表示する必要がないというのである。「訴権開示の態様」としての訴権の名称の表示は必要ないが、提示された事実から「訴えの対象」たる訴権が「特定」される必要がある、という見解は一三世紀以降のロマニストの文献において通説的見解とされていたものである。⁽²²⁾この点について、ロマニストとカノニストの間で大きな相違はなかった、というべきであろう。

パノルミタススの以下の総括的な叙述も紹介しておこう。「訴権は訴状に表示されるべきであるか……ある場合は、訴権はその厳密な意味で、その効果即ち訴えるための法的地位として理解される。つまり、自分のために義務付けられているものを法廷で訴求するための何らかの法的地位としてである。この法的地位は無体物なので、表示することはできない。……しかし、いかなる事実からこの訴えるための法的地位が結論されるかは表示しなければならない。またある場合は、訴権はこの訴えるための法的地位の名称（所有物返還請求訴権 *rei vindicatio*、提示訴権 *actio ad exhibendum*、確定物のコンディクティオ *certi conditio* など）として理解される。……」この点については、カノン法とローマ法とも「二つの見解がある」というのは、カノン法上、インノケンティウス四世のように区別なく訴権は必ずしも表示する必要はないとする者がいる一方、ラウレンティウスのように、申述された事実から複数の訴権が導かれうる場合には一の訴権を表示しなければならないとする者もいるからである。ホステイエンシスもこの問題についてそのように考えて、以下のように述べている。通常カノンによれば事実の表示で十分である。但し、より明確に表示されなければ被告が誤った判断をしかねないと合理的理由により裁判官が判断する場合は、その限りではない。その際には、裁判官が自らの職権によって補充を行う（D.1.22.1）。……同

様にローマ法においても複数の見解がある。というのは、ある者たちは常に訴権は表示されねばならないと考えている……しかし、ロマネストの共通見解はC.2.1.3とD.2.1.3.1に示されており、ヨハンネス・アンドレアエとそれに続く者たちの見解としては、訴権の表示は必要ないということになる。というのは、事実の提示から訴える方法や提起された訴権を読み取ることが常に可能だからであり、これはカノン法でもローマ法でもそうなのである。……それゆえに訴権の表示は不要であると慣習によって従われており、このことは法律によっても証明される。なぜなら、被告は「訴権の表示がなくとも」係争物とカウサ（の表示）によって「請求を認諾するか争うか」判断とするからである」Panormitanus; Commentaria, X.2.1.6, fol.22rb. ”……an actio sit exprimenda in libello……aut suminus actionem proprie pro effectu et iure agendi: prout est quodam ius prosequendi in iudicio quod sibi debetur: et istud ius cum sit incorporale non potest exprimi: vt no.in l.edita C.de eden. [C.2.1.3] sed necesse est exprimere ipsum factum ex quo concludatur ipsum ius agendi……aut capitur actio pro nomine ipsius iuris agendi vt est rei vindicatio: actio ad exhibendum certi conditio……et tunc duae sunt opiniones tam de iure canonico quam de iure ciuili. Nam de iure canonico quidam tenent indistincte actionem non esse necessario exprimendam vt hic not. Immo. Alii vt Lauren. quod vbi possunt plures actiones oriri ex facto narrato debet exprimi actio: quod sentit hic Host. dicens quod regulariter secundum canones sufficit exprimere factum nisi index ex causa rationabili videat reum decipi posse si non vltra exprimatur: quia tunc supplebit index ex officio suo vt ff.de offi.as. l.i. [D.1.22.1] ………Item de iure ciuili sunt etiam opiniones. nam quidam tenent quod sit semper exprimenda……sed communis opi. legistarum habetur in l.edita C.de eden. [C.2.1.3] et in l.i. ff.e. [D.2.1.3.1] et opi.Jan. an. et sequacium est vt non sit necesse exprimere: quia ex propositione facti semper potest elici modus agendi seu actio intentata. et hoc tam de iure canonico quam ciuili. …… vnde ……dicit de consuetudine seruari vt non exprimatur actio. et quod etiam lege potest probari. Nam cum reus possit esse certus per rem et causam……”

これは1で論じた、同時期の学説がフレーズによる「訴えの対象の特定」の免除に対して基本的には消極的な見解を採っていたことも符合する。

二では、「一の事実(カウサ)から複数の訴権が導かれる場合」の「訴えの対象の特定」はどのように行われるのか。1でフレーズが用いられる事例としてすでに取り上げた問題であるが、本文では殆どの著作でラウレンティウス・ヒスパヌス(Laurentius Hispanus・一二世紀後半?―一二四八)の問題提起として叙述されている。ペトルス・デ・アンカラノではこのようになっていいる(丸数字は水野が付した。後述の分類に対応する)。

「ラウレンティウスによれば、一のカウサから複数の訴権が出来し、一方の訴権と他方の訴権とは結果が異なる場合には、①(原告によって)「いかなる訴権で訴えるのか」宣明されねばならない。というのは、さもなくば裁判官は一方の訴権ではなく他方の訴権で判決を形成するというわけにはゆかないからである。……それゆえ…一の事実の申述から複数の異なる性質を持つ訴権が導かれる場合には、①原告は(訴権を)宣明するよう強制される。……実際、裁判官は補充を行い、原告にその(訴権の)表示を行うよう強制しなければならぬ。そうすることで、上述のうち「訳注・省略した部分で、複数の訴権が導かれる具体例が紹介されている」いずれの訴権により判決をなすべきかが明確にされるのである。この点について②インノケンティウス四世は下記X.2.10.2で、原告がいかなる法的地位(status)によるのか宣明しなかった場合について述べている。この場合、手続から一方の訴権ではなく他方の訴権によると原告が考えていたと判明する場合は、それに従って判決をしなければならぬ。しかし判明し得ない場合は、より「被告にとって」穏和な、より小なる「有責任を」含む訴権に従って有責判決をなさねばならぬ(D.48.19.42, D.48.19.32)。ヨハネス・アンドレアエがホステイエンシスの後に述べたところによると、カノンの真実に徴すれば、通常は単に事実を提示すれば十分である。③但し、より(明確に)表示されなければ被告が誤った判断をしかねないと合理的理由により裁

判官が判断する場合は、その限りではない。その場合は、裁判官が補充を行う (D.1.22.1)。……」⁽²³⁾

右の叙述で、複数の訴権の可能性があるにもかかわらず原告が一に「訴えの対象を特定」していない場合の対応として挙げられているものは、思うに以下の三つに整理される。

- ① (被告・裁判官の請求を受け) 原告が特定する
- ② 職権が X.2.10.2 に従って判断する⁽²⁴⁾
- ③ 職権による補充により特定する

これらは態様こそ異なれ、何れも職権が「訴えの対象の特定」に介入することを意味する。職権による関与が認められていたこと自体は先行研究が⁽²⁵⁾と指摘しているが、その具体的メカニズム・解釈論の時系列的な推移は判然としない。この点についての理解は職権発動に関するフレーズの要否・効果のいかん (「フレーズと職権の関係」) の検討のためには不可欠であるが、本稿では本格的な分析を行う用意はない。以下では、①から③の各類型について問題提起をするに留める。

三 ① (被告・裁判官の請求を受け) 原告が一の訴権に特定することは、同時期のローマ法学の文献にも同様に見られたものである。1で取り上げた X.2.10.2 の注解でも、被告・裁判官がフレーズにより一般的な訴えを提起してきた原告にその「特定」を要求することが念頭に置かれていた。原告が一の訴権に「訴えの対象を特定」する形態から、被告・裁判官との交渉・駆け引きを通じて浮かび上がる諸々の具体的モチーフに即して徐々に「訴えの対象が特定」されるあり方への移行を示唆するものといえよう。⁽²⁶⁾

四 ② 職権の X.2.10.2 による判断はかなりの著作で指摘されているが、それが本研究の対象たるフレーズ (効用ある一節) の適用を意味するのはやや微妙である。フレーズの明示的引用がある場合には問題はなく、1で論じたのと⁽²⁷⁾

同様「被告の有責度がより小さくなる」形で判断が行われる。

一方複数の著作⁽²⁸⁾においてはX.2.10.2による処理は、ジャック・ド・レヴィニー (Jacques de Revigny・111110～四〇頃―1129六) やピエール・ド・ベルペルシュ (Pierre de Belleperche・1130八没)、『そしてキヌス (Cinus・1127〇―1133六) の叙述に依拠して、複数の訴権の可能性がある場合分けの解釈論における「例外」として、位置づけられた。可能性ある訴権のうち (一) 一方が一般的 (generalis)、他方が個別的 (specialis) な訴権の場合は個別的な訴権と推定、(二) 双方とも一般的あるいは個別的な訴権の場合、余事記載がない (あるいはより少ない) ことになる訴権と推定されるという。それに続けてアンカラノは以下のように述べている。

「以上のことはレヴィニーによれば真である。但し、訴状に『原告は自らを、「訴状に申述した事実の」すべて、そして各々を証明するよう義務付けない』旨のフレーズが挿入されていた場合はその限りではない。すなわち、訴状の余事記載がより少ないか無くなることになる訴権ではなく、被告にとってより軽い有責判決がなされることになる訴権が開示されたと理解されるのである。そのようにキヌスはC.2.1.3で述べており、インノケンティウス四世のX.2.10.2における考えはそれに十分調和するものである」⁽³⁰⁾

本研究の対象たる「効用ある一節」ではなく「すべてを証明するよう自らを義務付けない」フレーズが持ち出されている。この「すべてを証明するよう自らを義務付けない」フレーズは「効用ある一節」とは異なるかもしれないが、「一の事実（カウサ）から複数の訴権が導かれる場合」における「訴えの対象の特定」という問題設定、「より有責度の小さい」判決を導く訴権への特定、X.2.10.2が念頭に置かれていることは共通している。

被告にとってより有責度の小さい訴権による処理（を示すX.2.10.2）は中世学識法学において、職権が「訴えの対象の特定」を行う際の原則の一つとして機能していたのではないかと思われる。「効用ある一節」フレーズも「すべてを

証明するよう自らを義務付けない」フレーズもその現象形態の一であり、「効用ある一節」のほうが後により広範な効力を持つようになっていった、という仮説を立てることができよう。

五 ③職権による補充に関する解釈論の時系列的推移は現時点では判然としない。そのため以下では、これまで論じてきた「一の事実（カウサ）から複数の訴権が導かれる場合」と類似した事例である「申述した事実に対応しない、適切な訴権を原告が開示した場合」における職権介入についての解釈論の推移を、ごく雑駁ではあるが取り上げてみたい。具体的には、インノケンティウス三世の教皇令X2.1.15（一二〇七年）³¹に対する注解である。

(1) インノケンティウス四世は次のように述べている。

「ある人が適切な法的根拠を持っているのに、訴権が不適切な場合、例えば『私はしかじかの農場をあなたから請求する。というの、その農場は私に *dominium* の法的地位 (*iure*) に基づいて帰属しているから。そしてそのために、私は貸主訴権 (*actio de locato*) を提起する』と述べたとする。その場合法的根拠は有効であり、*dominium* が証明されれば、たとえ訴権が全く不適切であっても、私（原告）が勝訴する判決がなされなければならない……

【「有効である」について】以下の点に注意せよ。最初から訴権が不適切であると知られていたならば、裁判官あるいは陪席者は直ちに訴状を引き裂かねばならない (D.1.22.1)。最初からは知らず後になって、「提示された訴権との関係で」法的根拠が有効でないと、証明に基づいて判断するかその他の形で決する場合 (D.1.6.1, X.2.1.3.15) は、「請求が許容されるものである限り、（本法文で述べられているように）請求は認められるべきである。というのは、解釈に際しては原告の意に従うべきだからである (D.5.1.6.6)」

事実の申述に対応しない、その意味で不適切な訴権を原告が開示したとしても、裁判官はそれにこだわらず職権を行使し、事実を示された法的根拠（に対応した訴権）に従って判決を下すことができる。その根拠とされるのは、先に「占

有訴権と本権に基づく訴権」の処理において職権の積極的介入を正当化する根拠とされた、あいまいな記載はその記載をした者の有利に解釈すべしとするローマ法文 D.5.1.66 である。

職権の介入に肯定的なインノケンティウス四世に対し、ホステイエンシスは反対の立場をとった。

「訴権を (actionem) について」請求のこと。いかなる者も、自ら望まない限り訴権を表示するよう義務付けられない (X.2.1.6)。しかし、提示することを望むならば認められる。しかし、不適切な訴権を提示した場合には、被告はその訴訟手続について無責判決を受ける。……しかる後に、適切に自らの請求を構成した「訴権を選んだ」場合には、再度の訴えが認められる。そのように本法文では述べられ、X.2.1.6 では指摘されている。……「上記のインノケンティウス四世の見解が紹介された上で」⁽³³⁾しかしこの見解は明白に、この教皇令の文言に反する。それゆえ、本注釈【訴権を】の最初に既に書かれているように述べよ」

これは X.2.1.15 の明文に忠実に従う解釈であり、「訴えの対象の特定」への職権の関与には否定的で、原告のイニシアティブに全面的にゆだねる見解といえる。

この両者の対立については、管見の限りデュランティスの訴訟法書 Speculum iudiciale へのヨハンネス・アンドレアエによる注解（一三四〇年代）におけるインノケンティウス説への支持が、爾後の X.2.1.15 への注解では常に受容されることとなった。

「無責判決 (Absolutiones) について」インノケンティウス四世は『法的根拠が適切である限り、訴権が適切であるかどうかは問題にならない』と述べた。それゆえ、もし私が『私は農場を請求する。というのは、それは dominium の法的地位に基づいて私に帰属しているから』と述べた上で、貸主訴権を提示した場合、dominium が証明されれば、私は勝訴することになる。ホステイエンシスは本法文 (X.2.1.15) によつての見解を否定する。[この問題については]

デユランティス (Speculum iudiciale) の Lib. II, Part. III (de sent. prolatione. Squaliter, versiculo, quid si his.) を参照せよ。³⁴ この箇所はインノケンティウス説を支持するものである。また、同書の Lib. II, Part. I (de actio. nel peti. Sequitur, versiculo hoc quoque) において、私が完全にインノケンティウス説を支持するために書き記したことを参照せよ」

一四世紀半ば以降には、原告が不適切な訴権を提示した場合における職権介入が、通説としての地位を得ていたと解することができよう。

(2) 但し、職権が自らのイニシアティブで「訴えの対象の特定」に介入できることと、フレーズの職権の効果が同一であったかは別に考える必要がある。当初から同一と考えられていたとすれば、なぜフレーズが生み出されたのか説明し難い。むしろ、当初はフレーズには独自の強い効果が認められていたのが、徐々に職権が強化されるにつれ、「パンデクテンの現代的慣用」期に見られたような確認的役割に変化していったと想定するのが自然だと思われる。フレーズは「当事者のイニシアティブで、職権を作動させるための装置」として出発し、一六世紀以降における「フレーズの記載がなくとも、職権自体の権能として同一、いなそれ以上ができる」という見解に徐々に変化していった、ということである。

以上、限られた形ではあるが、中世後期から近世にかけての「効用ある一節」フレーズの推移の要点は示すことができたと解する。「一の事実(カウサ)から複数の訴権が導かれる場合」においてこのフレーズ、そして職権の関与は、一三―一四世紀を通じて原告による訴訟上の請求の法的根拠づけ³⁵「訴えの対象の特定」の必要性を徐々に軽減させていった。近代の「法廷は法を知る」への移行に際してこのフレーズは触媒の役割を果たしたのである。フレーズの機能の具体相、そして職権の「訴えの対象の特定」への関与のメカニズムの解明は、今後の検討に委ねられる。

- (1) テキストについて、¹⁰ Van Hove, Alphonse, *Prolegomena editio altera auctior et emendatior* (1945), Ourliac, Paul et Gilles, Henri, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, t.XIII. La période post-classique. (1378-1500) II.a problématique de l'époque, les sources. (1971), Coing, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* Bd.I Mittelalter (1973), Lange, Hermann und Kriechbaum, Maximilian; *Römisches Recht im Mittelalter* Bd.II Die Kommentatoren (2007), Pennington, Kenneth, *Medieval Canonists. A bibliographical listing* (<http://faculty.cua.edu/pennington/bibli.htm>)
- (2) X.2.10.2 に於けるローレン・マンブーン ¹¹ 標注・注釈と「フーバー」に関する叙述が見られる。
- (3) Innocentius IV.: *Decretalium*, X.2.10.2, fol.90ra. «[Iustitiam] cum pro his, quae dicunt hic competere possit interdictum, unde vi, si castra ceperunt, ff.de vi et vi ar. l.i. Sillud vique. [D.43,1(6)5,1,6] et actio vi bonorum raptorum et furti, vt in eo, § dicitur, et actio. l. Aqu. si damnum datum est in reb. ablatiis. ff. ad l. Aqu. si seruus seruum. §3. [D.9,2,27] praeter id, quod accusari potest de vi publica, vel priuata, C. de vi pu. [C.9,33?] per totum quando dicemus fieri condemnationem, cum secundum diuersos modos agendi aliter debeat iudicari, et hoc propter generale verbum, s. nisi iustitiam sibi fieri postu. non possit perpendi quomodo egerit. ¶ Respondeo stultum esse qui tam generalem libellum recepit, cum deberet actor exprimere actionem, vel causam agendi, ex qua causa colligi poterat intentio eius, ff. de rei ven. si in rem [D.6,1,6], ff. de exce. rei iu. et an ead. § actiones. [D.44,2,14,2] supra de libel. ob. c. vl. [X.2,3,3] sed si receptus est, valet, C. de ann. excep. l. vl. [C.7,40,3] et fiet condemnatio secundum actionem, quae minorem condemnationem requirit. ar. ff. de re. iu. l. semper [D.50,17,9] et fauorabiliores. [D.50,17,125] et l. ea infra de fi. iust. inter directos. in fi. [X.2,22,6 (i.f.)] nisi in medio litis ex probationibus vel quia actor dixit expresse apparere qualiter agere velit: quia tunc secundum hoc ferenda est sententia, ar. ff. de iu. l. si quis. [D.5,1,66] ff. quorum leg. li. § quod autem. [D.43,3,1,4]”
- (4) 文献により、裁判官が愚かであるとするもの、被告が愚かであるとするもの、インノケンティウス四世のように特に主体を明示しないものに分かれる。
- (5) 上記テキストで引用されている D.6,1,6 への注釈 Gl. debet (とち) のようになっている。『ローマ法大全』への標準注釈は一五六九年リヨン版による。 „praedicta autem omnia in libello conuentionali actor diligenter ipsi reo debet notificare;

vt per hoc reus possit deliberare, cedat, vel contendat: vt supra de eden. l.i. [D.2,13,1].....”

- (9) トンムレンデ、ベラメラ、ブトリオ、パノルミタヌス。基本的には一の訴権に「訴えの対象を特定」すべし、という X.2.1.6 の趣旨にこじつけを参考。

- (7) Antonius de Butrio; Commentarii, X.2,10,2, fol.92vb. “quia conclusio debet esse terminata ad certam actionem: et no. ff. de eden. l.i. [D.2,13,1] supra de iudi. dilecti. [X.2,1,6] et c. examinata [X.2,1,15]. Haec autem concludit iustitiam exhiberi: nam potuit hic concludi interdictum vnde vi,.....Potuit etiam hic concludi actio vi bo. rapt. et actio furti: ...Potuit etiam concludi actio l. Aquil.....Item potuit hic comprehendere actio l. ludi de vi pub. et pri.....ergo non procedit libellus, ad quem in certa actione non potest adaptari condemnatio, cum conclusio libelli sit vaga ad plures diversas, et separatas actiones, ac naturae separatae: et diverse potest responderi ad omne quare, alias quasi: quia libellus generalis, et indeterminatus tam circa personas, quam res, quam circa conclusionem aptus concludere plures actiones procedit, nisi specificari petatur: et hoc imputandum est stultitiae nobilium non petentium aliter specificari, C. de anna. ex. l. fi. [C.7,40,3].....”

- (8) 『ロー民法大全』テキスト本文の引用は、モトギンクリューガー版による。

D.50,17,9 „Semper in obscuris quod minimum est sequimur”. 但し、法文表記方が同一の D.50,17,56 („Semper in dubiis benigniora praefenda sunt”) でも内容上問題ないといえ、どちらの法文が引用されているのかは不明である。

D.50,17,125 „Favorabiliores rei potius quam actores habentur”

X.2,22,6 “.....quoniam, quum obscura sunt iura partium, consuevit contra eum, qui petitior est, iudicari”

- (9) 本研究ではそれ以降のカノン法学文献も検討対象としたが、参照したテキストにおいては X.2,10,2 についての叙述が欠けていたため、一五世紀後半以降の動向は現時点では判然としない。

- (10) ブトリオ、ベラメラ、ザバレッタ、イモラ、パノルミタヌス。

- (11) パノルミタヌスの著作は一四二一年頃から長期にわたり執筆されたものである。Pennington, Kenneth; Nicolaus de Tudeschis (Panormitanus), in: <http://faculty.cua.edu/pennington/Canon%20Law/PANORMITANUS.html> (初出: Condorelli, Orazio (ed.); Niccolò Tedeschi (Abbas Panormitanus) e i suoi commentaria in decretales (2000), pp. 9-36)

- (12) Panormitanus; Commentaria, X.2,10,2, fol.148va. “Cal. etiam dicit hoc se de facto obtinuisse propter istam clausulam

generalem quae in libello communiter subicitur et peto mihi de praedictis iustitiam fieri etc. quod si actor in libello narravit respicientia petitorium et possessorium et concludit expresse in possessorio: addens in filiam clausulam generalempostea poterit super petitorio probationes inducere: quia haec clausula generalis potest complecti utrumque, ex quo in narratione facta fuit mentio de viroque et conclusio facta in possessorio: adiecta clausula generali ne bis idem repeti videatur. de ele.in genesi...debet illa clausula referri ad petitorium narratum. nam talia sunt subiecta qualia praedicata permittunt....et in ambiguis standum est interpretationi actoris. fide iul.si quis intentione. [D.5,1,66].....”

(13) D.5,1,66 “Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est accipiendum est.”
Gl. si quis intentione. “Quod dicit, intentione, referras ad actorem: vt quia dixit reum iniuste possidere: et ad se pertinere, quae verba et ad petitorium et ad possessorium possunt referri: et quod dicit, oratione: referras ad reum: vt quia fuit ibi confessus rem ad actorem pertinere: quae verba exponuntur, vt sit debita: non quod sua: cum reo vtilius sit.....”

(14) この一般化がいつから行われるようになったのかは、確定的にはいえない。二章で紹介したアングелスの叙述ではヨハネス・カルデリヌスやアントニウス・デ・ブトリオにおいてすでに一般化がなされていたようにも読める。しかし、ブトリオのX.2,10,2の叙述には一般化は見られず（カルデリヌスについては史料を確認できなかった）、X.2,10,2への注解についていえるパノルミタヌスを待つことになる。アングелスとパノルミタヌスがほぼ同時代人であることに鑑みれば、それぞれの文献が成立した一五世紀前半には確立した考え方だったということができるかもしれない。

(15) Panormitanus; Commentaria, X.2,10,2, fol.148va-vb. “Ex praedictis infero ad aliud not. dictum quod vbi ex narratione facti possunt elici plures actiones quarum aliqua sunt apte aliquae vero inepte et concluditur inepta subiecta illa clausula generaliquod libellus non debet reijci tanquam ineptus et potest probatio induci super apta actione: quia clausula generalis debet referri ad aptam ex quo potest elici ex narratione facti ne bis idem repeti videatur.....”

(16) フレーズの起源・効果の推移を考える上で、占有侵奪という法律問題は一定以上の意味を持っているのかもしれない。X.2,10,2は占有侵奪についての法文であり、「占有訴権と本権に基づく訴権」の問題はフレーズ使用の典型例として認識されていたとも考えられ得る。一三世紀中には、原告は種々の占有回収のための訴権のみに訴状で特定する必要はなく、裁判官がすべての可能な法規範の中から適用を行うようになった。占有回収のための訴権と本権に基づく訴権の併合も一

三世紀半ばにわたる論争をめぐっての議論 (Masméjan, Lucien; La protection possessoire en droit romano-canonique médiéval (XIIIe-XVe siècles) (1990))

(17) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」参照。

(18) Innocentius IV.; Decretalium, X.2.1.6, fol.80va. „actiones non proponendas secundum canones infra de do et contu.c.1 [X.2.14.1] et C.si per vim vel alio modo l.1. [C.8.5.1] contra infra de mu.pe.c.1. [X.2.4.1] 11 q.1.experientiae. [C.11 q.1.c.15] infra depo.gravis. [X.3.16.1] sol. secundum canones dicimus non esse proponendam actionem, sed si proponatur et inepta, non obtinet, quod petit, infra eo.examinata. [X.2.1.15] secundum legem semper proponenda est. ff.de admi.tuto.quotiens. §1. [D.26.7.9] Insti.de act. in princip. [Inst.4.6 (i.p.)]”

(19) Antonius de Butrio; Commentarii, X.2.1.6, fol.12ra. “.....quod de iure canonico actio non est necessario in libello edenda, sed sufficit simpliciter factum, ex quo actio oritur, vel ius agendi in iudicio exponere: et sic de iure canonico non est necessarius vsus actionis, sed sufficit subdesse aequitatem iuris agendi: et sic in terminis canonici reduci videntur ad illam aequitatem iurisdictionis, quae suberat antequam foret ius civile: quia sola naturali agebatur, et factum simpliciter proponebatur, et manu regia iustitia ministrabatur. Per quod satis potest dici quod de iure canonico actio formalis non producat ex pacto, sed bene ex pacto nudo agitur de iure canonico, sicut agebatur ex aequitate iurisdictionis antequam foret iura civilia.”

(20) 訴権の代わりに訴えるための法的地位 (ius agendi) としている文献は複数存在する。両者の関係についてやや不明だが、ブトリオの叙述からすれば訴権よりも広い概念であると解される。

(21) Decius; Commentaria, X.2.1.6, fol.168ra. “.....secundum An. de Bu quod actio non est necessario exprimenda in libello. Et ideo secundum eum de iure canonico vsus actionis non est necessarius. Sed Abb. hic dicit, hoc non esse verum,Et quod etiam de iure canonico vsus actionis attendatur, videtur text. in c.examinata,infra eo. [X.2.1.15] in c.i. infra tit.i. [?] et in c.cum ad sedem.de rest.spo. [X.2.13.15] ¶Non obstat tex.hic, quia non dicitur quod agi possit non subsistente actione, sed quod nomen actionis non exprimatur. Et hoc idem videtur de iure civili.....”

(22) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」参照。

- (23) Petrus de Ancharano, *Lectura*, X.2.1.6, fol.5vb. ".....secundum Lau. quando ex vna causa plures actiones oriuntur. et aliter sit in vna: quam in alia. ① quo casu declaratio fieri debet. quia aliter iudex non posset formare sententiam magis super vna actione: quam super alia.....etgo.....cum ex vno facto narrato plures nascuntur actiones habentes diuersam naturam: ① actor cogitur declarare.....Iudex enim debet supplere et actorem cogere ad talem expressionem: vt certus reddatur. secundum quam actionem ex predictis debet ferre sententiam. et hoc no. ② Inno. infra de or.cog. cum dilectus [X.2.1.0.2] et ibi quid iuris non declarauit. dicit enim quod si ex processu potest apparere quod magis de vna quam de alia senserit secundum illam ferret sententiam. ¶ Si autem apparere non potest: fiet condemnatio. secundum miliozem et secundum eam quae minus continet ar.l.interpretatione. [D.48.19.42] et l.preses. [D.48.19.32] de pens. host. et Ioan. post hosti. dicit quod inspecta veritate canonum regulariter sufficit simpliciter factum proponere nisi ③ iudex ex rationabili causa videat reum decipi. posse: nisi vltra exprimatur. quia tunc supplebit iudex. ff.de offi.asse. l.i. [D.1.22.1]....."
- (24) 著作によりいづれのことを明示して紹介しているかには差異がある。
- ① 注釈、バルドゥス
- ① + ③ ホステイエンスス (Commentaria) 、デキウス
- ② + ③ アンドレアエ、ブトリオ、ベラメラ
- ① + ② ザバレッラ、イモラ、フェリヌス
- ① + ② + ③ アンカラノ、パノルミタヌス
- (25) 本稿 (一) 注 (一) に掲げた文献を参照。クリーヒバウム (Kriechbaum, Maximiliane; Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts (1996), S. 160-171) における詳細な検討については、下記注 (35) を参照。
- (26) この点については、水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」で詳細に論じた。
- (27) ベラメラとイモラ。アンカラノとパノルミタヌスにおいては、X.2.1.0.2に基づいて「被告の有責度がより小さくなる」形で判断が求められる旨述べられているが、フレーズについての明示的指摘はないので、以下取り上げる「すべてを証明するよう自らを義務付けない」フレーズが念頭に置かれている可能性もある。
- (28) アンカラノとパノルミタヌス。ブトリオとベラメラにおいては、X.2.1.0.2の明示的引用は見られないが、同旨の叙述

がみられる。

(29) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義(一)」五三頁以下を参照。さうでも指摘したように、訴権について、
 ちゃんとした判断を行うのも実際には裁判官の職権である。

(30) Petrus de Ancharano; *Lectura*, X.2.1.6, fol.6ra. "..... haec vera secundum Jac. predictum nisi esset inserta in libello illo
 clausula non astringens se ad omnia et singula probanda etc. tunc enim non intelligeretur intentata illa per quam minus vel
 nihil est superfluum. Sed illa ex qua leuius sequitur condemnatio. et ita refert Cy. in dicta ledita. [C.2.1.3] in v.q. cuius dic-
 tis satis concordat Innocen.in dicto eum dilectus. [X.2.10.2]"

cf. Revigny; *Lectura super Codice* (Paris 1519, Nachdruck Bologna 1967) C.2.1.3. fol. 49ra-rb. ".....Si autem plures
 actiones competunt et ad idem. Ego sciam similiter que intentatur: quia aut una est generalis: alia specialis. aut ambe gene-
 rales: aut ambe speciales: si una generalis, alia specialis. presumo specialem intentatam.....Si ambe sint speciales dico quod
 illa est intentata que intentata operaretur ad condemnationem. omnia verba libelli que intentari libellus concludit: et nihil
 habet superfluitatis vel minus habet superfluitatis.....et hoc est verum si [nisi]? (vgl. die Handschrift der *Lectura Codicis*,
 Paris BN lat. 14350, fol. 240va.) inseratur in libello illa clausula non astringens se ad omnia et singula probanda etc. quia
 tunc intelligeretur intentata secundum quam vnus superflueret vel nihil. Sed illa ex qua leuius sequeretur condemnatio....."

Cinnus; *In Codicem*. (Frankfurt 1578, Nachdruck Turin 1964) C.2.1.3. p.45A. ".....Vnde non est opus, quod in libello nomi-
 natim aliqua actio exprimitur. Nam si una est tantum, praesumitur illa intentata. Si una generalis alia specialis praesumitur
 intentata specialis. Si utraque generalis vel utraque specialis, praesumitur illa intentata, per quam minus superflueret. Haec
 vera secundum Jac. praedictum, nisi inseratur, in libello illa clausula, non astringens se ad omnia et singula probanda, etc.
 quia tunc non intelligeretur intentata illa, per quam minus, vel nihil superfluit, sed illa, ex qua leuius sequitur condemna-
 tio."

(31) 「.....それゆえ、その点について汝(原告)の法的根拠は有効ではないと我々は宣告し、当該騎士たち(被告)にその
 法的根拠について無責判決を下した。しかし、汝が後に「申述した事実」に対応する適切な訴権で訴えたいならば、被告
 はやはり汝に応訴しなければならない」*.....Unde intentionem tuam in hac parte pronunciavi non tenere, absolventes

(32) Innocentius IV., *Decretalium*, X.2.1.15, fol.81va-vb. "....immo plus videtur, quod si quis rectam haberet intentionem, si esset actio inepta, ut si quis diceret, peto talem fundum a te, quia ad me pertinet iure domini, et propono ad hoc actionem ex locato: quod bene teneret intentio, et probato dominio ferenda est sententia pro me, licet actio omnino sit inepta....."

(23) Hostiensis, *Commentaria*, X.2.1.15, fol.81ra. "[Actionem] Expone[i] petitionem: nec enim cogitur quis exprimere actionem nisi velit, vt supra c. dilecti. [X.2.1.6] si autem velit proponere, admittitur. Sed si proponat ineptam, reus ab instantia iudicii absolutur, postmodum si apte petitionem suam formauerit, iterum admitteatur, vt hic dicit, et no. in d. dilecti. [X.2.1.6]..... [上記インノケンティウス四世の見解が紹介された上で] sed hoc est contra hanc litteram euidenter. Dic ergo, vt nota supra in prin. huius glossae."

[illegible]

iure domini, et probat se dominum: qui licet submisserit actionem locati, obtinere debet ex causa sufficienti intentata et probate.”

(35) クリービバウム (Kriechbaum: Actio, S. 160-171) は、「一の事実 (カウサ) から複数の訴権が導かれる場合」の職権関与についての中世ロマンストの解釈論を、関与の積極性についてはやや謙抑的なものとして理解している。「法廷は法を知る」という形容が現代法と同様に中世学識訴訟法についても当てはまるとした上で (一章注 (45) 参照)、“Die Legisten waren bestrebt, diesem Grundsatz so weit Geltung zu verschaffen, als das Erfordernis der *editio actionis*, d. h. der Beschränkung des Verfahrens auf eine bestimmte *actio*, dies zuließ” (限定) による (id.: S. 218) の、同テンペで理解される。

(北海道大学大学院法学研究科准教授)