

【論説】

ローマ法学に鍛えられて

—中世教会法学の *bona fides* について—*

小川 浩三

1. はじめに：ヨーロッパ法史の中のローマ法学

「…ローマ法が現代世界にとって有する意義は、つかの間法源として妥当したという点にはなく、…それが内部からの完全な転換をもたらしたこと、われわれの法的思考全体を作り変えた点にある。」¹⁾ このイエーリングの言葉を中世について考えるならば、ローマ法と教会法との関係は、叙任権闘争に代表される世俗権力者と教会との対立を反映する両法の適用の陣取り合戦を考えるだけでは十分ではない。すくなくとも知的ライバル関係を考えなければならない²⁾。しかし、ローマ法とキリスト教および教会法との関係は、中世だけの問題でないことは言うまでもない。どちらも、ヘレニズム世界の周辺で生じ、ヘレニズム世界全体に広がった。『新約聖書』自体において、わずかではあれ、ローマ法の影が認められる³⁾。さらに古代の教父たち、少なくともラテン教父たちを通じたローマ法の影響は、とりわけその最大のラテン教父であるアウグスチヌスがローマ法と密接に関係する修辞学教師であったことを考えると、大きかったことは、想像に難くない⁴⁾。さらに帝政後期の教会組織がローマの帝国組織をモデルとして作られたことも、周知の事実である⁵⁾。必ずしも明確な像が描けるとはいえない中世前期についても、帝政後期のローマの法状態を前提にすると理解が容易であることは、多くあるように思われる⁶⁾。グレゴリウス改革およびその時期の「学説集 (*Digesta*)」の発見⁷⁾とローマ法学の復興、『グラチアヌス教令集』の編纂⁸⁾、その注釈を通じた教会法学の自立的形成、つまり神学から独立の学問分野としての教会法学の成立と、そこにおけるローマ法学との相

相互作用⁹⁾は、すでに本稿の課題と重なる。

本稿は、教会法学の形成にとってローマ法学がどのように関わるかという問題を、『グラチアーヌス教令集』の時効 (praescriptio) 法、とその注釈を通して探る一事例研究である。扱う問題は、現行法で言えば、取得時効の善意要件である。ローマ法では、善意 (bona fides) は占有開始時にだけ要求されるのに対して、教会法では時効期間を通じて善意でなければならないということは、法史上はいわば常識に属し¹⁰⁾、民法もこの対立を意識して「その占有の開始の時に」(162 条 2 項)と明示的に規定している。所有物返還請求に対して時効の抗弁が出され、これに対して善意を否認して、善意の心証の形成を妨げることができれば、原告(所有物返還請求者)は勝訴できる。しかし、教会法ではこれではすまない。時効完成前に、自分が所有権を取得していないこと——通常であれば、自己の前主が所有者ではなかったこと——を知った占有者は、善き信仰 (bona fides) の持主として、自発的に所有者に物を返還すべきではないのか。では、占有者は単純に真の所有者に返還すればよいのか。それでは、後に見るように、前主に対して追奪担保責任を問うことはできなくなる。もちろん、そんなことには頓着せずに善行を積みめばよいという議論も可能であろう。しかし、このような道徳的リゴリズムを前提にしてしか成り立たない議論は、法学としては失敗であろう。以下では、ノエル・ヴィランの研究¹¹⁾に依拠しながら、教会法的な「善意」要件の成立過程をたどり、次いで、返還の問題に対する中世法学者の努力を、見てゆくことにする。

以上のように本稿で問題にするのは、主として取得時効の問題である。いうまでもなく取得時効は、ローマの使用取得 (usucapio) に遡り、それはさらに握取行為 (mancipatio) における usus auctoritas に源を発する¹²⁾。したがって、これはローマの共和政よりも歴史が古い。これに対して消滅時効は、共和政時代およびいわゆる古典期にはなく、帝政後期の産物である¹³⁾。いまや時効法の「国際的トレンド」¹⁴⁾なるものに踊らさ

れて、時効期間をどんどん短縮して積極的に活用しようとしている。以下に見るように教会法は時効法に対して厳しい態度をとった。時効が「必要悪」だとすれば、どういう意味で「必要」なのか、どの程度「悪」なのか、「必要性」と「悪性」は比例の原則に合致しているのかを、安易に立法する前に慎重に検討すべきであろう。そのためのささやかな素材を提供することもまた本稿の課題である。

2. 終着点：c. Quoniam omne (X 2. 26. 20)

教会法の取得時効の要件としての善意 (*bona fides*) について、一般的に明確に規定するのは、教皇イノケンチウス 3 世最晩年 (1215 年) の第 4 ラテラノ公会議第 41 決議 (c. *Quoniam omne*) である。

X 2. 26. 20

教会の法廷でも世俗の法廷でも悪意の時効は認められない。

同〔イノケンチウス 3 世〕全体公会議〔第 4 ラテラノ公会議〕において

信仰に由来 (*ex fide*) しないものはすべて罪 (*peccatum*) であるのだから、われらは公会議の決定をもって以下のように定める。すなわち、善意 (*bona fides*) なしには時効は教会法上のものも世俗法上のものも認められない、一般的に死すべき罪なしには遵守することのできないすべての制定法および慣習法が〔その限りで〕廃棄されねばならないからである。したがって、時効主張する者は、〔時効〕期間のいかなる部分においても他人の物であると知ってはいはならない¹⁵⁾。

この決議では、明確に「時効主張する者は、期間のいかなる部分においても他人の物であることを知ってはいはならない (*qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae*)」と述べられている。とはいえ、この決議で注目すべきは、「善意なしには時効は教会法上のものも、世俗法上のものも (*prescriptio tam canonica quam civilis*) 認められない」と述べ、「すべての制定法および慣習法が廃棄されね

ばならないから (quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum)」と理由付けられている部分であろう。このまま読むと、この決議が教会法だけでなく、世俗法についても立法しているように見える。もちろん、そんなことはないわけであって、これについて『リーベル・エクストラ (Liber Extra)』¹⁶⁾ の『標準注釈 (Glossa ordinaria)』において、パルマのベルナルドゥス (Bernardus Parmensis de Bottone) は次のように説いている¹⁷⁾。

Glossa ordinaria in X 2. 26. 20 v. quam civilis.

「教会法上のものも世俗法上のものも」と述べていることから、教皇が俗人たちの時効にも影響を及ぼそうとしたとも思われる。俗人たちの時効は、俗人たちが悪意 (mala fides) であっても、30 年または 40 年の時効においては、認められるからである、X 2. 26. 5、C. 16 q. 3 dicum post c. 15, VIII . Pars § . 3. ヨハネスは、[神に対する] 罪 (peccatum) との関係で教皇は俗人の時効についてこれを定めた、と述べていた。なぜなら、すべての事案は、少なくとも間接的には、教会に属するからである、X 2. 1. 13. この考え方によれば、30 年または 40 年の時効を扱うすべての世俗法 (iura civilia) は、悪意の占有者の場合には拘束しないことになる。しかし、私は、この決議によって教皇が世俗法 (leges) [ローマ法文] に影響を与えようとした、とは考えない。とはいえ、神法に関する限りでは、死すべき罪なしには悪意で時効主張する俗人がこのような物を保持できないのは、真実である、C. 14 q. 6 c. 1. そして、この文言については、次のように解釈する、すなわち、霊的な物についても世俗的な物についても、と。そしてこの決議が述べたいのも、時効主張する者は、教会法によれば善意でなければならない、時効主張する物が霊的な物であれ、世俗的な物であれ、そして、このように解釈すれば、世俗法に反することを何も定めなかったことになる。あるいは、ヨハネスが言ったことに従うなら、次のように言えばよい。すなわち、世俗法 (lex) が考慮したことは教会法 (canon) が考慮したこととは別のことである。なぜなら、世

俗法は自己の物を請求しない者の懈怠を考慮した、X 2. 26. 5. しかし、教会法が考慮したのは、悪意で時効主張する者の罪であって、これは自己の物を請求しない者の懈怠を弁明として認めない。したがって、また、ここで述べているのは、死すべき罪なしには維持することができない時効は、教会法上のものであれ、世俗法上のものであれ、効力をもたない、である。したがって、また、この事案では、世俗法よりも教会法に従わなければならない。なぜなら、時効主張する者は世俗法を理由として罪から赦されはしないからである。したがって、教会法は魂の危険を考慮してこの点で世俗法を修正しようとしたのである、たとえ世俗の法廷で遵守されないとしても。利息を許す世俗法の規定が今日では拘束力をもたないと言われているのと、同様である、下記 X 5. 19. 3 の注釈で述べられているように。また、この決議は、将来のことをのみ展望している、過去については何も述べていないからである、X 1. 2. 13. では、教会が〔教会裁判権および世俗裁判権〕両方の裁判権を有している場合は、何を言うべきであるか。この種の時効について俗人をも教会法の規定に従って裁くことになるのかどうか。この決議の権威によって肯定されると考える。なぜなら、過去に遵守すべきと定め、これを後に禁止することを責めてはならないからである、X 4. 10. unica. そして、他の者たちにおいて要求されることは、自分自身に対してはより強く要求しなければならないからである、D. 3, 5, 5, 14、および、D. 26, 7, 9, 2.¹⁸⁾

最初に、第 4 ラテラノ公会議直後にその決議に注釈を付したヨハネス・テウトニクス (Iohannes Teutonicus) ——『グラチアーヌス教令集』の『標準注釈』の著者でもある——の説が引かれる¹⁹⁾。ヨハネスは、神に対する罪 (peccatum) の観念を媒介として、教会法が世俗法上の時効に対しても影響することを主張する。peccatum は世俗国家によって処罰される犯罪 (crimen) とは区別される。アウグスチーヌスは、罪を司教の欠格事由とする新約聖書の教えについて、罪を peccatum と解釈すれば、誰もがそれを犯している以上、司教に適格な者は誰もいなくなる、した

がって、ここでの罪は *crimen* でなければならない、と解釈した²⁰⁾。罪に対する贖罪(*poenitentia*)については、9世紀のアイルランド教会以降、教会つまり会衆の前での贖罪と並んで、司教などの監督者に罪を秘密で告白＝懺悔(*confessio*)し、これに対して贖罪のための業が課される実務が発展する。これは、同じ第4ラテラノ公会議第21決議²¹⁾において、贖罪の秘蹟として、すべての信徒に1年に1度教区司祭への告白の義務として公定される。これは司教や司祭が神の代理として(したがって、秘蹟として)行う裁きであって、司教が管轄権をもつ *crimen* を扱う公開の法廷、つまり外面の法廷(*forum externum*)と区別されて、内面の法廷(*forum internum*)と呼ばれるようになる²²⁾。他方、すべての世俗法上の事案が罪に関係してくることから、内面の法廷も含めた教会裁判権の世俗裁判権への優位が説かれる。それを明確に宣言しているのが、フランス王とイングランド王との紛争に介入する教皇イノケンチウス3世の教皇令 *c. Novit ille* (X 2. 1. 13)である²³⁾。この教皇令をも根拠にして、ヨハネスは教会法の世俗法に対する先決性(*praeiudicium*)を主張する。

これに対して、ベルナルドゥスの解釈は、教会法の効力に対してより限定的である。問題の *tam canonica quam civilis* を、ヨハネスのように「教会法上の時効も世俗法上の時効も」と解釈するのではなく、「教会法上」の物、つまり「霊的な物(*res spiritualis*)」と、「世俗法上の」物と解釈する。そして、いずれの物も教会法に従って時効主張するためには、全期間を通じた善意が要求されると説く²⁴⁾。この解釈では、問題の決議の効力は教会法に限定され、世俗法に対する教会法の先決性は問題にならない。もっとも、ベルナルドゥス自身も、神法に関しては、悪意(*bona fides*)——これについては後述——の時効主張が罪になることを否定しない。したがって、決議の解釈は別にして、ヨハネスのような解釈を受け容れざるを得ない。世俗の法廷では、悪意の場合でも30年または40年の時効が認められるとしても、これは教会法上は、とりわけ内面の法廷では依然として罪である。それゆえ、魂の救済を重視するならば、教会法の原則に従うべきことが勧められる。

以上は、教会法の原則、全時効期間を通じて善意でなければならない、の終着点である。では、出発点はどうかであったのか。以下では、すでに引用されている C. 16 q. 3 dicum post c. 15 を見てゆくことにする。

3. 出発点：C. 16 q. 3 dicum post c. 15

『グラチアーヌス教令集』第2部第16事案 (Causa) は、「ある修道院長が教区教会をもっていた。ここで隠棲修道士を任命して、人々のために職務を催行させた。この修道士は、40年にわたってこの教会を中断なしに占有した。最後に、修道院長を相手どって、この教区教会が存在した司教管区の洗礼教会の聖職者たちにより争いが起こされる」²⁵⁾ というものである。第3問 (quaestio) は、「教会の諸権利は時効によって取り去られるか (an iura ecclesiarum prescriptione tollantur?)」である。第1法文 (capitulum) から第15法文までは、教皇令および公会議決議が引かれるが、一転して第15法文の後の付言 (dictum post c. 15) において、ローマ法の議論が始められる。

C. 16 q. 3 dictum post c. 15

グラチアーヌス。教皇ゲラーシウスが教区教会の状態が変更可能であることを否定する [c. 5: 教区教会の境界が画定している場合には、その境界は時効によって変更されない] かの長期間の時効は、別様にも解釈することができる。すなわち、長期間とは、ローマ法文から読み取られるように、10年または20年と解釈される。したがって、この長期間の時効はゲラーシウスおよび世俗法文の権威によって教会に対して対抗することができない。

第8部 § . 1 時効の中には、請求者を憎み、占有者を好んで導入されたものがあり、請求者を憎むだけで導入されたものもある。すなわち、善意および正権原をもって現在者の物を10年、不在者の物は20年保有する者は、永続的な抗弁によって保護される、他の者たちに対してだけでなく、物そのものが質入された債権者に対しても、さ

らには、真実の所有者に対しても。さらに、この者がある機会に占有を失ったとしても、真実の所有者に対しても準所有物返還請求することができる。しかし、正権原がなく、しかし善意で、他人の物を 30 年にわたって占有する場合には、同様の保護を受けることになる。しかし、善意は中間の期間を通じて関係するのではなく、占有の始まりに関係する。なぜなら、誰にとっても、始まりにおいて善意に占有したことで十分であり、中間の時点で他人のものだと知っても差し支えないのである。§ .2 以上の時効は、占有者を好み、請求者を憎んで導入されたものである。なぜなら、世俗法 [ローマ法] は、善意および正権原をもって、または、善意だけをもって占有する者を好み、自らの物について懈怠し、何もしない者を憎み、罰するからである。§ .3 ところが、ある人が悪意で他人の物の占有を開始した場合には、30 年経過後はすべての請求者に対して保護されることになる。しかし、彼がある機会に占有を失えば、訴権をもつことはない、なぜなら、この時効は悪意の占有者を好んだためではなく、自己の物の追求を懈怠する者を憎んだために、導入されたからである。しかし、物がその債権者または所有者の下に到来するときには、債権者または所有者が保持の利益をもつことになる。しかし、他の者に到来するときには、債権者または所有者がこの者に対して請求ことができ、中間占有者 [悪意の時効主張者] の抗弁は彼 [所持者] には役立たない、なぜなら、彼は中間占有者から占有の原因を取得したわけではないからである。ところで、暴力によって占有が彼ら [債権者、所有者、その他の者] に到来する場合には、悪意の占有者は、占有を区別することなく占有の利益を受けることになる。²⁶⁾

第 15 法文までに引かれている教皇令や公会議決議は、時効について「善意」や「正権原」といった抽象的な概念を用いていない。すなわち、キーになる部分を抜き出すと、以下のようなものである。「30 年間暴力なしで統治し (sine violentia per triginta annos gubernare)」(c. 1)。「司教管区の司教による [30 年間の] 占有 (dioeceses ab episcopis possidi)」

(c. 2)。「〔他の司教管区の〕30年の占有 (*tricennalis possessio*)」(c. 3)。「〔同一大司教管区 (*provincia*) 内の〕30年にわたる中断のない占有 (*per triginta annos sine aliqua interpellatione possidere*)」(c. 4)。「いかなる推定によっても教区教会の〔司教管区への〕所属は変更を受けない (*nulla praesumptione statum parochiarum immutari*)」(c. 5)。「適法な境界線が同教会の境界を画しておらず、かくも長期の時効が対置されて証明される場合 (*si limes legitimus eandem basilicam non concludit, et tam longi temporis probatur obiecta prescriptio*)」(c. 6)。「広さ長さについて昔から確定した定めが明らかになるときは、それは〔時効に関係なく〕そのまま無傷で守られるべきである (*si de spatiis diffinito dudum certa processerit, intemerata seruetur*)」(c. 7)。「物や特権が、長期の慣習に基づいて神の教会に属し、または、神々しい記憶の中にある皇帝たちによって、もしくは、神を敬う他の人々によって文書によって教会に贈与され、その教会によって30年にわたって占有された (*res uel priuilegia, que Dei ecclesiis ex longa consuetudine pertinent, et siue a diuae recordationis inperatoribus, siue ab aliis Dei cultoribus in scriptis donata, et ab eis XXX. per annos possessa sunt*)」(c. 8)。「〔司祭等が誤った決定を行い、それに基づいて占有する場合には、起算点は〕このような決定を文書に書いて下した日ではなく、死亡してこのような決定を遺した日である (*non ex die, quo talia scribendo decreuerunt, sed ex quo talia moriendo diffinita reliquerunt*)」(c. 10)。「誰であろうと聖職者が、いかに長期間であれ教会からの謝礼として何かを占有する (*Clerici quilibet quantacumque diuturnitate temporis de ecclesiae remuneratione aliqua possederint*)」(c. 11)。「司教が人を見て奴隷、ブドウ畑または土地を聖職者、修道士、その他任意の者に給付する (*episcopus humanitatis intuitu mancipiola, uineolas uel terrulas clericis aut monachis, uel quibuslibet prestiterit*)」(c. 12)。「〔占有の始まりにおいて〕敵に対する恐怖が介在する場合 (*ubi hostilitatis metus intervenerit*)」(c. 13)。「異教徒や不信心な者たちの狂気が原因にある場合には、どれだけの時間が経過しようとも、教会の権利を害しない (*ubi paganorum et incredulorum furor in causa est, quantalibet pretereant tempora, iuri non preiudicat ecclesiarum*)」

(c. 14)。〔司教が管区の布教を怠っている場合に、隣の管区のみめな司教はそれを行うようにと訴えることができる。〕訴えた後 6 ヶ月以内に実行しないなら、布教することができる司教に属すべきである (si intra sex menses a die conuentionis non effecerint qui potuerit eas lucrari, ad ipsum pertineant) [表題では、30 年後には確たるものになる (post triennium constabunt)、となっている]] (c. 15)。

ここで挙げられている法文はいずれも、具体的な事案である。時効が認められるかどうかの基準も、①司教管区全体か、それとも管区内の一部の教区教会か、あるいは、②管区の境界が明確に定まっているか、それとも明確でないか、あるいは、③占有の開始が暴力、恩恵的な供与、敵に対する恐怖等によるものである場合といったものである。これらの法文が、時効期間を 30 年としている点、あるいは、占有の開始における暴力あるいは恩恵的な供与を問題にしている点で、もちろん公会議決議あるいは教皇書簡の成立時にローマ法の影響を受けたことは、当然想定できる。しかし、たとえば、③の論点は、当然「正権原」という用語で抽象的に議論できたと思われるが、表題以外では、この言葉は表れてこない。

以上の考察から、第 15 法文後の「付言」は明らかにそこまでの調子とは変わったまったく新しい議論になっている、ということができる。具体的な議論を抽象論によって体系化するという学問化の観点からすれば、『グラチアーヌス教令集』の議論は、これによって一気にレベルアップしたと評価することができる²⁷⁾。

しかし、「付言」のローマ法学的議論は、その後の教会法学の議論とも明らかに異なっている。「善意」は明らかに、時効の開始時点だけに要求されて、全時効期間には要求されていない。また、30 年の時効は、「正権原」がないが「善意」があるという場合であるが、これも後に見るように教会法の議論とは異なっている。ここでは、この両概念がどうい

ものであるのか、そしてその関係はどうかということとは、まったく検討されていない。以下では、この「付言」の議論がどのように変容してゆくのか、その展開を見てゆくことにする。

4. 矛盾する法文：C. 14 q. 6 c. 1、C. 34 q. 1 & 2 c. 5

教会法学もとるスコラ学的方法は、あるテーゼに対して異論を対置し、そこから議論を展開してゆく。C. 16 q. 3 c. 15 に続く「付言」に対する異論の根拠となったのは、C. 14 q. 6 c. 1、および、C. 34 q. 1 & 2 c. 5である。Causa 14 は、「ある教会の聖堂参事会員たちが土地について訴訟を起こし、彼らの兄弟たちから証人たちを連れてくる。彼らは商人たちに金銭を貸与し、商人たちの商品からお布施を受取ろうとした (Canonici cuiusdam ecclesiae questionem mouent de prediis; testes ex fratribus suis producant; negociatoribus pecuniam crediderunt, ut ex eorum mercibus emolumenta acciperent.)」という事案である。第6問は、「利息受取人は、不正に受け取ったものを返還することなく、有効に贖罪を行うことができるか an usurarii penitentiam agere ualeant, nisi quod male acceperunt restituant」である。最初に引かれるアウグスチーヌスの文章は、以下のようである。

C. 14 q. 6 c. 1

贖罪は、他人の物を返還しなければ、行われぬ。

罪の原因となった他人の物を返還できるのに返還しない場合には、贖罪は行われず、見せかけである。ところで贖罪は誠実に行われなければ、罪は許されず、取り上げたものは返還しなければならない。ただし、すでに述べたように、返還できる〔のに、返還しない〕場合である。なぜなら、大概是、取り上げた者は〔取り上げた物を〕失う、あるいは他の悪人たちから被害を受け、あるいは自ら邪な生活を送ることによって、そして、そこから返還すべき他のものも有していないからである²⁸⁾。

この法文からすれば、自己が占有している物が他人のものだと知った場合に、それを保持し続けることは他人の物を奪ったことになり、罪になる。この罪を贖うためには、罪の原因となったこの他人の物を返還しなければならない。とすると、占有の最初に善意であったとしても、他人の物と知った後に占有を続ければ、それは罪になる。この罪を贖うためには、占有している他人の物を返還しなければならない、そうすれば時効は完成しない。その限りでは、占有の最初において善意であればよいという前記「付言」と矛盾することになる。

Causa34 は、「ある男が捕虜にされた。その後彼の妻は、この男が死んだと聞いたので、他の男と婚姻した。最後にこの男が捕虜から帰還して、彼の妻に戻るようにと要求する。彼女は、後の男への愛に捕えられて、前の男のベットを拒絶する (*Quidam uir in captiuitatem ductus est; postea uxor eius, audiens illum mortuum, nupsit alii; demum ille, de captiuitate rediens, repetit uxorem suam; illa, posterioris amore capta, aspernatur thorum prioris*)」という事案である。第 1 問は、「その夫が存命なのに他の男と婚姻した女は姦通の罪人であるか (*an sit rea adulterii, que uiuente uiro suo alteri nupsit*)」である。第 2 問は、「最初の男が帰還した場合は、女は第二の男とは別れて、第一の男の元に帰るよう強制されなければならないか (*an redeunte primo sit cogenda recedere a secundo, et redire ad primum*)」である。これに対する解答は、c. 1 の教皇レオー 1 世の書簡によって与えられる²⁹⁾が、この問題の最後に、アウグスチーヌスの文章が引かれる。

C. 34 q. 1 & 2 c. 5

他人の夫と知らないで婚姻する乙女は姦通ではない。

乙女が知らないで他人の夫と婚姻した場合、これをずっと知らなければ、このことから決して姦通にはならない。しかし、知る場合には、他人の夫と知ってベッドを共にしたそのときから姦通になる。それはちょうど、土地の法におけると同様である。すなわち、自己が他

人の土地を占有していると知らない限りで、誰であれ善意の占有者と至当にも言われる。これに対して、知ったのに他人の占有〔土地〕から身を引かなければ、このときは悪意の占有者と言われ、不正なものと呼ばれるのは正当である³⁰⁾。

この文章は、「信仰と行いについての書 (liber de fide et operibus)」第7章から引かれたものである³¹⁾。この中で、アウグスチーヌスは、自分の相手が他人の夫と知った乙女は、それにもかかわらずその男と添い寝する場合には姦通になる、そのことの根拠付けとして、他人の物と知ったときから悪意の占有者 (malae fidei possessor) となるという議論をもち出す。ローマ法では、周知のように使用取得の要件として占有開始時の善意だけが要件となり、その後他人の物だと知っても使用取得は妨げられない³²⁾。このこととアウグスチーヌスの議論は矛盾するようにも見える。しかし、アウグスチーヌスは使用取得を問題にしているわけではなく、ただ他人の物だと知っても占有を続ける者が悪意の占有者と呼ばれるということを、述べているにすぎない。逆に言えば、悪意の占有者だとしても、占有開始時に善意であれば使用取得できるというのは、普通の人の感覚には反するので、使用取得できることを法律家たちが繰り返し強調しなければならなかったのかもしれない。悪意の占有者は、「不正な者 (iniustus)」だと言われるのであるから、「正しい者 (iustus)」つまり「義人」となるためには、他人の物を返還しなければならない。この結果、途中で他人の物と知って時効完成まで占有を継続することは、時効の完成にはなるかもしれないが、それは義人には認められないことになる。ここでも「付言」との矛盾が認められる。

5. 矛盾の解決：ルフィーヌスおよびトゥルネのステファーンヌス

ヴァイランによれば、最初期のデクレチスト (『教令集』注釈学者) パウカパレア (Paucapalea) およびロランドゥス (Rolandus) には、この問題についての議論は見られない³³⁾。次のデクレチストであるルフィーヌス (Rufinus: † 1192) およびトゥルネ司教ステファーンヌス (Stephanus

Tornacensis: † 1203) において、初めて現れる。まず、それぞれの『スンマ (Summa)』³⁴⁾ における議論を見てゆくことにする。

Rufinus, Summa in C. 14 q. 6. c. 1 v. *Quod vere penitentia*. たしかに贖罪を行うことができるのは、他人の物が返還される場合だけである。—しかし、物そのものまたはその評価額が返還できる場合である—、なぜなら、取られたものが返還されなければ、罪は赦されないからである。この点において、悪意により他人の物について時効した者についていつも問われている問題、すなわち、時効した物をしかし所有者に返還しなければならないかの問題にも、十分になる。どんな場合であっても、天の法 (lex celi) に従えば返還しなければならない、世俗の法 (lex seculi) に従えば、これを行うよう義務づけられないとしても。これは、下記 C. 34 q. 2 c. 5 に基づいて主張することができる³⁵⁾。

Stephanus Tornacensis, Summa in C. 14 q. 6 c. 1 v. *Si res aliena usque non restit. ablatum*. 30 年または 40 年の時効によって保護される者について異論が出されるならば、われわれは言う、すなわち、彼は返還しなければ、法廷の法 (ius fori) からは罪を犯していないが、天の法 (ius poli) からは罪を犯している、と。なぜなら、世俗の法〔ローマ法〕によっても、悪意で時効した者自身は物の所有者ではなく、最初の所有者が所有者であり続け、ただ時効した者が所有者に対して時効の抗弁によって保護されるだけだからである。論者の中には、暴力によって占有した物も時効の後には保持することが法に基づいて許されると信じ、保持する場合には、罪を犯していない、と主張する者がいる。しかし、どうして罪から弁明されるのか私にはわからない、なぜなら、これは自然法を知らないことであり、これを知らないことを誰にとっても弁明にならないからである。すなわち、自然法によれば、ある人が時間の経過によって自己の物を失うということにはならないからである³⁶⁾。

両者に共通しているのは、贖罪が問題になる限りは、時効は弁解事由にならないということである。他人の物は、返還しない限り、贖罪はできない。「天の法 (ius poli, ius caeli)」に従う限り、知っていて (mala fides) 他人の物を保持することは、たとえ時効が完成した後も、罪は罪である。しかし、両者が「天の法」と対置するものは微妙に違っている。一般的な用語法からすれば、「天の法」に対置されるのは、ステファーンヌスのように「法廷の法 (ius fori)」である。この場合、「法廷の法」は、世俗の法廷で適用される法だけでなく、贖罪の秘密の法廷 (内面の法廷) から区別された、教会の公開の法廷 (外面の法廷) で適用される法も包含する³⁷⁾。この点から見れば、ステファーンヌスのここでの議論からは、法廷の法としての教会法でも、世俗の法と同様に、時効期間経過中に悪意になったとしても時効が認められる可能性はある。この点は、また後に見てゆくことにする。いずれにせよ、「天の法」と「法廷の法」の対置によって、贖罪の問題と時効の問題は別だという処理は可能になる。これに対して、ルフィーヌスは、「天の法 (lex caeli)」に対して「世俗の法 (lex saeculi)」を対置している³⁸⁾。「世俗の法」によって世俗の法廷の法を理解するとすると、「天の法」と「世俗の法」の間には、教会の「法廷の法」があり、それについてはさしあたり何も述べていないと理解することも可能である。つまり、教会法によれば、途中からであれ、悪意により占有して時効期間経過した場合でも、時効の主張により所有者の返還請求を退けることができないという、立論の可能性である。次に、ルフィーヌスの C. 16 q. 3 冒頭の注釈を見てみよう。

Rufinus, Summa in C. 16 q. 3 v. *Quod autem prescriptione temporis*. …したがって、知っておかなければならないのは、教会の権利には霊的なものと、肉적인ものがあるということである。霊的な権利とは、霊的なものに関して存在するもので、たとえば、奉獻物、初穂、十分の一税、教会そのもの、および教会の勤めに属するものに関する権利である。肉적인権利とは、世俗的なものに関して存在するもので、

たとえば土地、すなわち穀物畑やブドウ畑である。それゆえ、靈的な権利は、有効に占有することができる者によって、時効主張することができる、たとえば、聖職者が聖職者に対して靈的権利を時効主張する場合のように。したがって、十分の一税やその他同様なものをある教会は別の教会に対して時効主張することができる。これに対して、俗人は靈的権利を決して有効に占有できないのであるから、どうやってもそれについて時効主張することはできない。しかし、俗人は肉的权利、すなわち土地等は占有することができ、したがって、これらについて教会に対しても時効の利益を得ることができる。しかし、教会の権利を教会または私人が時効主張するためには、主として以下の 2 つのことが共に生ずる必要がある、すなわち、善意の継続的自覚および正権原である。善意の継続的自覚とは、——時効の始まりの時から時効の最後の時まで——他人の物を占有しているのではないという自覚をもつことである、たとえ世俗法が善意は中間の時の経過には関係なく、占有の始まりに関係すると命じているとしても。しかし、われわれは、教会の物の時効主張にはより厳格な態度をとるべきと信ずるが、これは教会の自由のためである。したがって、教会法によれば、ある人は他人の物という自覚をもっている限り悪意の占有者と判定される、たとえ最初に善き自覚をもっていたとしても、C. 34 q. 2 c. 5 にあるように。これは、たしかに世俗法とは反対である、世俗法は、最初に善意で占有したのであれば、中間のときに他人の物であるという自覚をもったとしても、誰にとっても十分であると述べているからである。ここから、教会の時効と世俗の時効は別々の趣旨であると言うことが明らかになる³⁹⁾。

ここでは、教会の財産が世俗の財産とは違った扱いを受けるべきことが述べられている。靈的な権利と肉的权利、あるいは世俗的な権利が区別され、靈的な権利について時効主張できるのは、聖職者だけである。俗人は教会の靈的権利を占有し、それについて時効主張することはできない。ここには、俗人からの支配を免れる、グレゴリウス改革以来追

求されてきた教会の自由（*immunitas ecclesiastica*）の主張が認められる。この同じ教会の自由の論拠は、全時効期間の善意の継続要件のためにも引き合いに出される。世俗の権利とは区別された教会の特別の権利を保護するために、教会の時効はより厳格に運用されなければならない。そこでは、個人の魂の救済の問題だけではなく、教会の財産を維持することが問題になっている。教会財産は司祭などの聖職者の司牧活動を支えるものであり、したがって、教会財産を維持することは教区民全体（教会 *ecclesia* の原義）の利益＝教会の利益（*utilitas ecclesiae*）に関わることである。信徒全体の利益（*utilitas ecclesiae*）と国民全体の利益＝公共の利益（*utilitas publica*）との概念的連続性を考慮すれば、時効全期間の善意を要求することは、天の法だけでなく、法廷の法の問題でもあるのである。天の法と法廷の法を倫理と法という現代的な用語法で言えば、全期間の善意は、法と道徳を区別したうえで、道徳の問題だけではなく、法の問題でもあると捉えられたと評価することができる。

ステファーンヌスにとっても、教会の物の時効は世俗法の時効よりもより厳格である。たとえば、教会の土地は世俗法の場合とは違って、俗人による時効主張のためには40年、他の教会による時効主張の場合でも30年が必要である⁴⁰⁾。しかし、ステファーンヌスは、善意の要件については、占有開始時に善意であればよいという世俗法について述べるだけで、この点についての教会法の特殊性については、何も述べていない⁴¹⁾。したがって、初期のデクレチストたちの間では、意見の一致がなかったということが想定される。しかし、その後ルフィーヌスの見解が多数を占めるようになり、最終的には、すでに見たように、*c. Quod omne* によってこれが確認されることになった⁴²⁾。

6. ローマ法による検証：Glossa ordinaria in C. 34 q. 1 & 2 c. 5

少なくとも時効完成前⁴³⁾に他人の物だと知った場合には、その所有者に返還しなければ罪は免れない。しかし、単純に返還すると、今度は所有権をもっていなかった売主に追奪担保責任を問うことができなくな

る。この問題を意識して『標準注釈』(当初ヨハネス・テウトニクスが執筆し、その後プレシアのバルトロマエウス (Bartholomaeus Brixiensis) によって加筆された (1240-1246)) は C. 34 q. 1 & 2 c. 5 の注釈で、次のように書いている。

Glossa ordinaria in C. 34 q. 1 & 2 c. 5 v. *Cum vero scieret.*

時効においては、善意が継続的に要求されることは確かである、X 2. 26. 20 にあるように。しかし、その後に私を買った相手が所有者でなかったと分かった場合はどうか。

〔異論 1〕私 が直ちに物を所有者に返還すれば、故意によって占有を失ったのだから、追奪担保について訴えることができない。D. 21, 2, 29, 1。

〔異論解答 1〕ある論者たちは、私が第三者を代わりに立てて、その第三者が私に対して当該物の所有物返還を訴え、私から追奪するようになる、と説いている。D. 3, 5, 18, 3。

〔異論 2〕しかし、これについても同じ問題が残るように思われる。すなわち、私によって立てられた第三者には所有者からの委任がない、だから私はこの第三者に対して委任代理に関する抗弁を出すことができた。しかし私はこの抗弁を行わなかった、〔したがって〕やはり私が自発的に物が追奪されたことを許したということになる。それゆえ、私は追奪担保によって訴えることができなくなる。D. 21, 2, 29, 1 および D. 21, 2, 56, 1 で述べているように。

〔異論解答 2〕これに対しては次のように言うことができる。すなわち、この種の抗弁は訴訟を延期するものであるから、怠ることができる。しかし、弁済の延期の抗弁は怠ることができない。D. 17, 1, 29, 4 にあるように。

〔異論 3〕さらに、同人〔買主=被告〕は自己が悪意で占有していることを知っているのに、どのようにして *calumnia*〔濫訴〕の宣誓を行なうのか。

〔異論解答 3〕以下の形式で貴方は宣誓を行うように、ということが出来る。すなわち、「私は、私の権利を保持するために争うに至った、

と宣誓する」と。D. 38, 2, 30にあるように。私の師は、買主が「自己の物でない」と自白することもできるという。この自白は、自己の羞恥心を保た (*suo pudori parcere*) ねばならないので行なう。D. 17, 1, 48pr. のように。

〔異論 4〕 代わりに立てられた第三者はどのように宣誓を行なうのか？
〔異論解答 4〕 確かに買主と同様⁴⁴⁾。(〔異論 1〕〔異論解答 1〕等は、議論を整理するために筆者が補った。)

異論の第 1 は、他人の物と分かって自発的に返還すれば、売主に追奪担保責任を問うことができない、というものである (論拠: D. 21, 2, 29, 1⁴⁵⁾)。これに対する解答は、第 3 者を所有者の代理人として原告として所有物返還訴訟を提起させるというものである (論拠: D. 3, 5, 18, 3⁴⁶⁾)。しかし、これに対しても、この代理人には所有者からの委任がないのであるから、委任がないことについての抗弁を出さなければ自発的に返還したことになる、という試練が襲いかかる (論拠: D. 21, 2, 29, 1 および D. 21, 2, 56, 1⁴⁷⁾)。しかし、委任に関する抗弁は訴え棄却を可能にする妨訴の抗弁 (*exceptio peremptoria*) ではなく、訴訟を延期する効果をもつだけの延期の抗弁 (*exceptio dilatoria*) であるから、これを提出しないからといって、被告の過失にはならない、と答えられる (論拠: D. 17, 1, 29, 4⁴⁸⁾)。続けて、被告は他人の物であると知っているのに訴訟で争うとすれば、濫訴にならないのか、また濫訴を行うものではないという宣誓はどのように行えばよいのか、という試練が出される。これに対しては、自己の追奪担保権を確保するために訴訟を行うということで濫訴にはならず、そのような宣誓も可能だと答えられる (論拠: D. 38, 2, 30⁴⁹⁾)。さらに、ここで被告が自白しても、故意の返還ではなく、自己の羞恥心を保つためにやむを得ず行なったものと評価される (論拠: D. 17, 1, 48 pr.⁵⁰⁾)。

以上の議論は、現実の問題というよりも、机上の空論であろう。だからと言って、それは無意味ではない。教会法学は、ローマ法学との対決

を通して、時効全期間の善意の要件を確立した。これは、他人の物と知った場合には、所有者に返還すべきであるという義務をとまなう。しかし、この義務が単なる道徳的義務にとどまらず、法的にも正当化されうるというためには、少なくともその結果法的に不都合な結果をもたらさないということが必要になる。追奪担保責任の要件を充たすことができるかという検証は、この点で全期間を通じた善意の要件を法学的に完結するためには必要な作業であったと思われる。もちろん、このようないわば知的遊戯を通じて、法学の武器庫を整理し、その武器を磨き上げて将来に備えることも可能になったであろうことは、また別の問題ではあろうが。

7. 終わりに

以上の時効の善意要件をめぐる教会法学の議論を要約すると、以下のようになる。『グラチアーヌス教令集』において、古代以来伝えられた公会議決議あるいは教皇書簡(教皇令)が編集された。これらの法文は、それ自体ローマ法の影響を受けて成立したものではあったが、概念的整理はなされていなかった。この整理のために、中世のローマ法学によって獲得された「善意」や「正権原」といった概念が「付言」によって導入された。しかし、ローマ法学の、善意は占有の開始時にあればよく、その後他人の物であることを知っても、時効の主張には影響を与えないという議論と矛盾する教会法文があった。この矛盾は、さしあたりは、天の法と法廷の法、あるいは内面の法廷と外面の法廷の区別によって、解決された。しかし、時効の全期間を通じた善意の要件は、天の法だけでなく、教会の自由 (*immunitas ecclesiae*) の観点から、つまり教会財産の保護という観点から、法廷の法においても認められることになった。つまり、ローマ法学とは異なる要件が認められることになった。しかし、この全期間を通じた善意要件を法学的に貫徹するためには、法学的に維持できるものであることを検証する必要があった。そのために、追奪担保責任に関するローマ法学の論拠からの検証が行われた。以上の過程は、教会法の学問化、教会法学の学問的確立の過程と見ることができ

るが、それは一貫してローマ法との対決を通じて行われたとすることができる。

* 故和田卓朗に献呈する。

【注】

- 1) Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 6. Aufl., Teil I, 1907, S. 2 f.
- 2) クヌート・ヴォルフガング・ネル (村上淳一訳) 『ヨーロッパ法史入門』(1999) 77 頁「教会と世俗諸権力の間絶えず生じた緊張関係は、教会が自分自身の法 (canones) をローマ法 (leges) と並ぶ水準に高めないかぎり、教会の劣勢に傾くと思われた。」「ローマ法は、知的水準を競い合うと言う意味でカノン法に影響を及ぼしただけではない。」
- 3) 一般的には、Dieter Nörr, *Die Evangelien des Neuen Testaments und die sogenannte hellenistische Rechtskoine*, *ZRG Rom. Abt.*, 78 (1961), 93 ff. bes. 96; ders., *Rechtsgeschichtliche Probleme in den Evangelien*, in: *Kontexte* 3 (1966), 98 ff., bes. 105 f. なお、両論文とも、Ders., *Historiae iuris antiqui* I, 2003 に収録されている。たとえば、処刑されるローマの兵士がイエスにかぶせた「茨の冠」(『マタイ』27. 29 その他) は、ローマ法の理解によって、より意味深いものになるのではないだろうか。ローマの市場では、奴隷の売主は、高等管理官 (aedilis curulis) の告示によって奴隷の品質表示義務を負っており、その品質に反したとき瑕疵担保責任を負った。売主は、たとえば出所が明確でないなど品質に自信がない場合、したがって瑕疵担保責任を負いたくない場合に、奴隷に帽子あるいは冠をかぶせた。「冠をかぶせて売られる (sub corona venire)」というテクニカル・タームもあった。これを前提にすれば、ローマの兵士が奴隷として処刑される (十字架刑) イエスに「ユダヤの王」といって冠をかぶせたことは、文字通り「侮辱」である。と同時に、イエスが単なる奴隷としてではなく、奴隷の中でも品質さえ保証されない (どこの馬の骨とも分からない) 最低の奴隷として死んで行ったということは、それはそれで意味深いことのように思われる。少なくとも、ローマ世界の古代の聞き手 (あるいは読み手)

には、了解可能なことであつたらう。ローマ法の瑕疵担保法と市場における品質表示義務については、さしあたり、拙稿「瑕疵担保責任の請求期限について——問答契約研究の一環として」本誌 12 卷 2 号 (2006 年) 5 頁参照。

- 4) 特に小菅芳太郎「テルトゥリアヌスの法学 (覚書)」北法 40 卷 5・6 号 (1990 年) 1665 頁以下参照。その他に、拙稿「アウグスティヌスの *consuetudo universae ecclesiae* について」海老原明夫編『法の近代とポストモダン』(1993 年) 3 頁以下参照。
- 5) 最も代表的なものは、答書 (*rescriptum*) の実務であろう。簡単には、ネル『ヨーロッパ法史入門』(注 2) 78 頁参照。さらに、152 頁 (小川執筆) 参照。より一般的には、Jean Gaudemet, *L'Église dans l'Empire Romain (Ive -Ve siècle)* (*Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident publiée sous la direction de Gabriel Le Bras*), 1958 mise à jour 1989 参照。答書および教皇の立法については、226 頁以下、教皇およびその首位権 (*primatus*) については、408 頁以下参照。
- 6) たとえば、クヌート＝ヴォルフガング・ネル (拙訳)「中世教会における法発展の担い手。第一部：グラチアーヌスまでの時代」本誌 10 卷 2 号 (2004 年) 49 頁以下、特に 56 頁以下が描き出す教会法令集の状況は、古代末の諸引用法——代表的なもの、426 年 (CTh. 1, 4, 3) の引用法——が制定された背景 (とにかく何か権威となる「書かれたもの」が欲しい) と連続していると考えると理解が容易である。
- 7) 『学説集』発見の一般的意義としては、クヌート＝ヴォルフガング・ネル (拙訳)「中世教会における法発展の担い手。第二部古典期：グラチアーヌスから 14 世紀中葉まで」本誌 11 卷 1 号 (2004 年) 2 頁以下参照。さらに、Hermann Lange, *Römisches Recht im Mittelalter. Band I, Die Grossatoren*, 1997, 29 f.
- 8) 『グラチアーヌス教令集』の成立の意義については、ネル「中世教会における法発展の担い手。第二部古典期」(注 7) 94 頁以下参照。最近の研究によって、この『教令集』の編纂過程が 2 段階に分けられることが明らかにされたが、この研究動向を紹介し、かつ、それに連なる研究を行

うものとして、源河達史「グラチアヌス教令集における婦責の問題について (1) - (4・完)」法協 119 巻 2 号 (2002 年) 287 頁以下、5 号 913 頁以下、7 号 1348 頁以下、8 号 1589 頁以下参照。

- 9) 簡単には、ネル「中世教会における法発展の担い手。第二部古典期」(注 7) 100 頁参照。より詳しくは、源河「グラチアヌス教令集における婦責の問題について (1)」法協 119 巻 2 号 (注 8) 294 頁注 8 参照。
- 10) 原田慶吉『ローマ法 (改定版)』(1955 年) 112 頁。
- 11) Noël Vilain, Prescription et Bonne Foi du Décret de Gratien (1140) à Jean D'André († 1384), in: *Traditio*, vol. 14 (1958), 121 et s.
- 12) usus auctoritas については、吉野悟『ローマ所有権法史論』(1972 年) 48 頁以下参照。
- 13) Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, Zweiter Abschnitt, 2. Aufl., 1975, 71; Reinhard Zimmermann, „… ut sit finis litium“, *JZ* 2000, 854 bes. Fn. 8.
- 14) Zimmermann (not. 13), 859 ff. このようなトレンドに批判的なものとして、Wolfgang Zöllner, Das neue Verjährungsrecht im deutschen BGB — Kritik eines verfehlten Regelungssystem, in: *Besonderes Vertragsrecht - Aktuelle Probleme: Festschrift für Heinrich Honsell*, 2002, 153 ff., bes. 163.
- 15) Non in foro canonico nec civili valet praescriptio cum mala fide.

Idem in concilio generali.

Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide prescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

なお、『グレゴリウス 9 世教皇令集 (リーベル・エクストラ)』のテキストについては、リヒターおよびフリートベルク編集版 (1881 年) を用いるが、現在では、Bibliotheca Augustana (http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost13/GregoriusIX/gre_0000.html) のサイトで簡単に接することができる。

- 16) 『リーベル・エクストラ』について、簡単には、ネル「中世教会におけ

る法発展の担い手。第二部古典期」(注 7)103 頁以下参照。より詳しくは、西川洋一「一三世紀君主立法権概念に関するノート (一) ——教皇権を素材として——」国家 112 卷 1・2 号 (19 年) 42 頁以下参照。

- 17) 『標準注釈』は、1241 年頃に出され、最終版は 1263 年に出ている。テキストは、桐蔭横浜大学カーザー記念文庫所蔵の版 (1605 年ヴェネチア版) を用い、さらに、UCLA Library/Digital Collections (<http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>) の 1582 年ローマ版を参照した。なお、以下は、Vilain (not. 11) , 151 et s. に依拠した。

- 18) Glossa in X 2. 26. 20 v. *Quam civilis*.

Ex eo quod dicit, tam canonica quam ciuilis, videtur quod Papa voluit praeiudicare paraescriptioni laicorum, quae praescriptio locum habet vbi etiam habent malam fidem in praescriptione xxx. vel xi. annorum. supra eo. vigilant. et 16. q. 3. c. placuit. §. potest. et §. quod si mala. Dicebat Io. quod ratione peccati statuit hoc Papa de praescriptionibus laicorum: quia omnis causa ratione peccati saltem indirecte pertinet ad ecclesiam. supra de iud. nouit. et secundum hoc omnia ciuilia iura quae tractant de praescriptione xxx. vel xl. annorum in malae fidei possessoribus non tenent hodie. Sed hoc non credo, quod per istam constitutionem Papa voluerit praeiudicare legibus. Sed quo ad ius diuinum verum est illud, quod sine peccato mortali laicus malae fidei praescribens talem rem retinere non potest. 14. q. 6. c.1. Et littera ista sic intelligitur tam canonica, id est tam de re sprituali quam ciuili. Et hoc vult dicere, ille qui praescribit, bonam fidem habere debet, siue res quam praescribit spiritalis sit, vel ciuilis secundum iura canonica, et sic nihil statuit contra leges. Vel dicas secundum quod dixit Io. quod lex aliud considerauit quam canon; lex enim considerauit negligentiam non petentis rem suam. supra eod. vigilant. sed canon considerauit peccatum praescribentis mala fide, quod non excusat negligentiam non petentis rem suam: et ideo dicit hic, quod nulla valet praescriptio siue canonica, vel ciuilis, quae sine peccato mortali conseruari non potest; vnde potius standum est canoni, quam legi in hoc casu; quia praescribens non excusatur a peccato per rationem legis: et ideo canon voluit propter periculum animarum in hoc leges corrigere, licet non

seruetur in iudicio seculari: sicut dicitur de legibus permittentibus usuras, quae hodie non tenent: vt no. infra de vsur. quia in omnibus. Et constitutio ista tantum respicit futura, cum de praeteritis nihil dicat. supra de constit. c. vlt. vbi de hoc. Sed quod dices vbi ecclesia habet vtraque iurisdictionem. numquid iudicabit super laicos secundum canones de huiusmodi praescriptione? Videtur quod sic auctoritate illius constitutionis: et quia non debet impugnare quod statuit obseruandum, et quod alias prohibet. infra de nat. ex lib. ven. c. vni. Et quod exigitur in aliis, multo fortius in se exigere debet. ff. de nego. gest. si pupilli. §. fi. et ff. de admi. tu. quotiens. §. item si temporalis.

- 19) ヨハネスの注釈それ自体は、A. Garcia y Garcia, *Constitutiones Concilii Lateranensis Quarti cum Glossis*, 1981, p. 244 et. で見ることができる。v. *tam canonica quam ciuilibus*. 「あなたが、教皇が俗人の時効について何か定めることができるのかと問うなら、私は罪に関してはできると言う、なぜなら、すべての事案は罪に関しては教会に関わるのだから、3 Comp. 2. 1. 3 (X 2. 1. 13) のように。しかし、この決議の前に未完成であった時効は中断されるのか、あるいは、この決議の前に時効主張していた者たちは、時効によって保護されるのか。確かに然りである、なぜなら、決議〔勅法〕はこのときまで未決である過去には、特に言及がなければ、及ばないからである、C. 1, 14, 3 のように。さらに、上長が占有している物が他人のものだということについて汚れた知識をもっており、しかし、教会が善意であるときはどうか。物を放棄しなければならないであろうか。私は否と答える、しかし、物がその人のものである人にとっては、その物を請求するという事は意味あることになる。この場合には、欺網を行っていることにもならない、D. 3, 5, 18, 3 および D. 17, 1, 48 のように。ヨハネス (Si queris papa possit aliquid statuere de prescriptione laicorum, dico ratione peccati potest, quia omnis causa ratione peccati spectat ad ecclesiam, ut extra iii. de iudic. Nouit. Set numquid interruptentur prescriptiones iam incohate ante hanc constitutionem uel numquid tuti erunt prescriptione illi qui ante hanc constitutionem prescripserant? Et certe sic, quia constitutio nec ad preterita que adhuc pendent extenditur, nisi hoc nominatim dicatur, ut C. de

- legibus Leges. Item quid si prelati habet lesam conscientiam alicuius rei quam possidet, set ecclesia habet bonam fidem? Numquid tenetur rem deserere? Resp. non, set significabit illi cuius res est ut eam petat. Nec in hoc facit fraudem, ut ff. de negot. gestis Ac qui nature §. Cum me absente, ff. mandati Quintus Jo.)。』
- 20) peccatum と crimen の区別については、源河前掲注 8 論文の主題（「帰責の問題」）である。これについて、古典的な文献として、S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, 1935. アウグスチヌスについては、8 頁参照。
- 21) この決議 (X 5. 38. 12) の邦訳は、拙稿「Azonis Summa in C. 2. 10」北法 38 卷 2 号 332 頁注 72 参照。なお、同頁下段 3 行目「この決議を受け入れる (salutare) ことを」は誤訳で、「この救済のための決議を」でなければならない。
- 22) 「内面の法廷」「外面の法廷」については、さしあたり、拙稿「中世法学から見たホッブス」金山直樹編『法における歴史と解釈』（2003 年）22 頁以下参照。より詳しくは、Bruno Fries, *Forum in der Rechtssprache (Münchener Theologische Studien III. Kanonistische Abteilung 17)*, 1963. この区別の法学上の意義については、Winfried Trusen, *Forum internum und gelehrtes Recht im Spätmittelalter. Summae confessorum und Traktate als Wegbreiter der Rezeption*, *ZRG KA* 57 (1971), 83 ff.; ders., *Zur Bedeutung des geistlichen Forum internum und externum für die spätmittelalterliche Gesellschaft*, *ZRG KA* 76 (1990), 83 ff. 両論文とも、Ders., *Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, 1997 に収録されている。
- 23) c. Novit ille の邦訳は、淵倫彦「カノン法」木村尚三郎編『中世史講座 4 中世の法と権力』（1985 年）429 頁注 4 参照。
- 24) 「霊的な物 (res spiritualis)」と「世俗的な物 (res temporalis)」の分類は、周知のように、アウグスチヌスを根拠にシャルトルのイヴォが展開したものであり、叙任権闘争の少なくとも理論的解決にとって決定的な意味をもった。国王（皇帝）の司教叙任には、臣従礼が先行し、そこで司教（候補者）は奉仕義務を宣誓し、これに対して司教叙任が行われる。

これは、義務の負担によって司教職を獲得したと解釈され、聖職売買になる。司教は、教会の監督者として「霊的な物」としての教会を受取り、世俗領主として国王から「世俗的な物」としての領地を受取る。司教が「世俗的な物」としての領地の収入から国王に奉仕する限りは、教会財産には手が付けられない。臣従礼は、「世俗的な物」として国王から授封された領地の収入に基づく奉仕義務の負担である限り、それは教会監督者としての司教叙任の要件ではなく、世俗領主の任命のための要件となる。これと司教叙任とは切り離される。以上については、成瀬治・山田欣吾・木村靖編著『世界歴史体系 ドイツ史 1』(1997年) 199頁以下(山田欣吾執筆) 参照。

- 25) C. 16 Gratianus. Quidam abbas habebat parrochitanam ecclesiam; instituit ibi monachum, ut officium celebraret populo; possedit eam per quadraginta annos sine aliqua interpellatione; tandem querela aduersus abbatem mouetur a clericis baptismalis ecclesiae, in cuius diocesi parrochitana ecclesia illa consistebat.

なお、テキストはリヒターおよびフリートベルクの版(1879年)を用いた。このテキストは、Bayerische Staatsbibliothek/Münchener Digitalisierungszentrum/Digitale Bibliothek (http://geschichte.digital-sammlungen.de/decretum-gratiani/angebot/decretum_gratiani) で容易に見ることができる。

- 26) Gratian. Potest etiam aliter intelligi prescriptio illa longi temporis qua Gelasius negat statum parrochiarum posse mutari. Longum enim tempus, sicut ex legibus habetur, decennium uel uicennium intelligitur. Huius ergo longi temporis prescriptio auctoritate Gelasii et secularium legum ecclesiis obici non potest.

VIII. Pars. §. 1. Prescriptionum aliae sunt odio introductae petentis et fauore possidentis: aliae tantum odio petentis. Qui enim bona fide et iusto titulo rem presentis per decennium, absentis uero per uicennium tenuerit, perpetua exceptione tutus erit, non solum aduersus alios, sed etiam aduersus creditores, quibus res ipsa obligata fuerat, etiam aduersus uerum dominum. Si uero aliquo casu a possessione ceciderit, etiam aduersus uerum dominum utiliter rem uendicare poterit. Si autem nullo titulo, bona tamen fide, per tricennium rem alicuius possederit, simili gaudebit presidio. Bona uero fides non ad tractum

medii temporis, sed ad initium possessionis refertur. Sufficit enim in inicio cuique bona fide possidere cepisse, etiamsi medio tempore conscientiam rei alienae habuerit. §. 2. Hae prescriptiones sunt introductae fauore possidentis et odio petentis, quia lex fauet his, qui bona fide et iusto titulo, uel bona tantum fide possident, odit autem et punit circa rem suam negligentes et desides. §. 3. Quod si mala fide rem alienam quis possidere ceperit, post XXX. annos aduersus omnem petentem exceptione tutus erit. Si uero aliquo casu a possessione ceciderit, actionem non habebit, quia prescriptio hec non fauore malae fidei possessoris, sed odio tantum rem suam persequi negligentis introducta est. Si autem res ad creditorem suum uel ad dominum peruenerit, detentionis commodum habebit; si uero ad alium, creditor uel dominus aduersus eum experiri poterit, nec sibi proderit exceptio medii possessoris, quia non ab eo habuerit causam possidendi. Quod si uiolenter possessio ad eos peruenerit, malae fidei possessor indistinctae possessionis commodum recipit.

27) このローマ法の議論について、Vilain (not. 11), 135 et s.、および、Lange (not. 7), 179 参照。なお、現在の研究水準からすれば、この付言が『グラチアーヌス教令集』の編纂のどの段階で入ってきたかという問題も興味あるものであるが、筆者にはそれを解明する能力はない。

28) Penitentia non agitur, si res aliena non restituitur.

Si res aliena, propter quam peccatum est, reddi possit, et non redditur, penitentia non agitur, sed simulatur. Si autem ueraciter agitur, non remittetur peccatum, nisi restituatur ablatum; si, ut dixi, restitui potest. Plerumque enim qui aufert amittit, siue alios patiando malos siue ipse male uiuendo, nec aliud habet unde restituat.

29) C. 34 q. 1 & 2 c. 1

「自己の夫が死亡したと思って他人と婚姻した者は、その夫が帰還した場合には、前の夫の元に戻ることを強制される (Que alii nupserit, putans uirum suum mortuum esse, illo redeunte ad priorem redire cogatur)。

あなた方の言うところでは、戦争の災厄によって、そして敵のこの上ない攻撃によって、別れ別れになった夫婦があり、その結果、夫が捕虜に連れ去られ、その妻が一人残され、自分の夫が殺されたと思い、あるいは、

過酷な支配から解放されるなどありえないと信じて、不安に駆られて他の男との夫婦関係に移行した。そして、主の助力によって事態が好転し、滅んだと思われていた夫たちの何人かが帰ってきた。そこで当然にも、慈愛あふれるあなたは、他の男と結んだ妻たちについて、われわれによってどのように律せられねばならないか、疑問に思ったようである。しかし、われわれは妻が主によって夫に結び付けられると書かれているのを知っており、さらに加えて、主が結びつけたものを人が分けてはならないという教えも知っているのだから、適法な婚姻の絆が再結合されるべきと信じ、敵によってこの絆は切り離されたのであるから、〔主が〕適法にもたらしたものが、それぞれに再興されねばならず、各人が自己のものを受け取るよう全力を尽くして配慮しなければならない。§. 1 すでにいないと評価されていた彼女の夫の役割を引き受けた者は、責めらるべき者として裁かれず、また、他人の権利の侵害者ともみなされない。なぜなら、同様に、捕虜に取られた者たちに帰属していた多くのものが、他人の権利に移転することは可能だったのであり、しかし、これらの者たちが帰還した場合には、自分たちのものが回復されるというのが、全く正義にかなうことである。したがって、以上のことが奴隷や農地、さらには邸宅や財産においても正当に守られるとしたなら、夫婦の再興においてそれだけいっそうなされるべきではないか。戦争の災厄によって乱されたことは、平和の救いによって再興されるべきである。それゆえ、長期の虜囚から帰還した夫たちが自己の夫婦の愛情に留まり、その妻が自己との共同生活に戻ることを欲する場合には、必要がもたらしたことは、放免されるべきであり、責めあると裁かれてはならず、信義が要請するものが返還されるべきである。以下略。§. 2 ところで、妻たちの中に後の夫の愛情に捕らえられて、適法な共同生活に移るよりも、この後の夫との結合を選ぶ者がいる場合には、当然にも彼女たちには叱責がなされる、したがって彼女らは教会の交わりを奪われるべきである。なぜなら、彼女たちは弁解可能な事柄について犯罪の烙印を選んだのであり、自分の不満のために正当な救済が無くなってもかまわないと決めたことを示しているからである。したがって、妻たちは自発的に夫婦を再興してその本来の状

態に戻るべきであり、必要という条件が奪ったものが悪しき意思という非難に決して結び付けられてはならない。なぜなら、その夫の元に帰ろうとしない妻たちは不忠とみなさるべきであるのと同様に、神によって設けられた始まりに戻る妻たちは、当然のことながら賞賛さるべきだからである (Cum per bellicam cladem, et per grauissimos hostilitatis incursum ita quedam dicatis diuisa esse coniugia, ut, abductis in captiuitatem uiris, feminae eorum remanserint destitutae, que uiros proprios interemptos putarent, aut ab iniqua dominatione numquam crederent liberandos, et in aliorum coniugium sollicitudine cogente transierunt; cumque, statu rerum auxiliante Domino in meliora conuerso, nonnulli eorum, qui putabantur perisse, remearunt: merito karitas tua uidetur ambigere, quid de mulieribus, que aliis sunt iunctae uiris, a nobis debeat ordinari. Sed quia nouimus scriptum, quod a Domino iungitur mulier uiro, et iterum agnouimus preceptum, ut quod Dominus iunxit homo non separet, necesse est, ut legitimarum federa nuptiarum redintegrandam credamus, et remotis his, que hostilitas intulit, unicuique, quod legitime intulit, reformetur, omnique studio procurandum est, ut recipiat unusquisque quod proprium est. § . 1. Nec tam culpabilis iudicetur et tamquam alieni iuris peruasor habeatur, qui personam eius mariti, qui iam non esse estimabatur, assumpsit. Sic enim multa, que ad eos, qui in captiuitatem ducti sunt, pertinebant, in ius alienum transire potuerunt, et tamen plenae iusticiae est, ut eisdem reuersis propria reformentur. Quod si in mancipiis, uel in agris, aut etiam in domibus, ac possessionibus recte seruatur, quanto magis in coniugatorum redintegratione faciendum est? ut quod clade bellica turbatum est pacis remedio reformetur. Et ideo, si uiri post longam captiuitatem reuersi ita in dilectione suarum coniugum perseverant, ut eas cupiant redire in suum consortium, omittendum est, et inculpabile iudicandum est quod necessitas intulit, et restituendum quod fides poscit. Et infra: § . 2. Sin autem aliquae mulieres ita posteriorum uirosum amore sunt captae, ut maluerint his coherere, quam ad legitimum transire consortium, merito sunt notandae, ita ut ecclesiastica communione priuentur, que de re excusabili contaminationem criminis elegerunt, ostendentes, sibimet pro sua incontinentia placuisse

quod iusta remissio poterat expiare. Redeant ergo in suum statum uoluntaria redintegratione coniugia, neque ullo modo ad opprobrium malae uoluntatis trahatur quod condicio necessitatis extorsit, quia, sicut hae mulieres, que reuerti ad uiros suos noluerint, inopiae sunt habendae: ita illae que in affectum ex Deo initum redeunt, merito sunt laudandae.)。』

30) Non est adultera uirgo, que nesciens uiro nubit alieno.

Si uirgo nesciens uiro nupserit alieno, hoc si semper nesciat, numquam ex hoc erit adultera. Si autem sciat, iam ex hoc esse incipit, ex quo cum alieno sciens cubauerit, sicut in iure prediorum tamdiu quisque bonae fidei possessor rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum; cum uero scierit, nec ab aliena possessione recesserit, tunc malae fidei perhibetur, tunc iuste iniustus uocabitur.

31) 出村和彦訳『アウグスチヌス著作集 27』(2003年) 209頁参照。

32) C. 7, 32, 1 (Severus et Antoninus) 「自由人を通じて〔他人の物と〕知らない人のために占有が取得されること、および、その間に知ったとしても、使用取得の要件が充たされ始めることは、有益性の観点からも、法の観点からも昔から認められてきた (Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est)。』(196年)

33) Vilain, op. cit. (not. 11), p. 140, 145.

34) Summa は、トマス・アキナスの『神学大全 (Summa Theologiae)』に代表されるように、問題 (quaestio) ごとに論ずる文献類型が一般的であるが、初期デクレチストの Summa は、むしろ個別の語句に注釈を付してゆく注釈 (glossa) 文献である。テキストは、Rufinus von Bologna (hrsg. Heinrich Singer), Summa decretorum, 1902 (復刻版 1963)、および、Stephan von Doornick (hrsg. Johann Friedrich von Schulte), Die Summa über das Decretum Gratiani, 1891 (復刻版 1965) を用いた。

35) Rufinus, op. cit (not. 34), p. 344: Vere penitentia agi non potest, nisi res aliena restituatur — si tamen ipsa vel eius estimatio restitui potest —, quia non

dimittitur peccatum, nisi restituatur ablatum. in quo et illi questioni satis fit, qua solet queri ed eo, qui rem alienam mala fide prescripsit, utrum rem prescriptam vero domino debeat restituere. Debet utique secundum legem celi, etsi non teneatur hoc facere secundum legem seculi; quod optinetur ex illo capitulo „Si virgo “, infra Cs. XXXIV. q. II.

36) Stephan, op. cit. (not. 34), p. 220: Si opponatur de eo, qui praescriptione XXX. vel quadraginta annorum tutus est, dicimus, quia de iure fori non peccat, de iure poli peccat, si non restituat. Nam et secundum leges ipse dominus rei non est, qui mala fide praescripsit, sed prior dominus dominus remansit, quamvis iste adversus eum tueri se exceptione praescriptionis. Quidam dicunt, eum non peccare, si credat, sibi licere retinere de iure rem vi possessam post praescriptionem, et retineat. Sed quomodo a peccato excusatur, non video, cum hoc sit ignorare ius naturale, cuius ignorantia nullum excusat; de naturali enim iure non est, quod aliquis tempore rem suam amittat.

37) ちなみに、法廷の法としての教会法 (ius canonicum) を扱うのが法学者の仕事であり、これに対して内面の法廷で適用される自然法を論ずるのは、神学の一分野としての倫理神学 (theologia moralis) である。近代自然法論のスタートとなるグローチウスがスペイン後期スコラ学の倫理神学の強い影響を受けたことは、自然法論の系譜からは当然のことである。以上については、Winfrid Trusen, *Forum internum* (not. 22), 124 ff.

38) Rufinus, op. cit. (not. 34), p. 344 not. 10 は、*secundum legem fori* の異文があることを指摘しており、以下の議論は編集者ズインガーの読み方を前提とする。

39) *Sciendum ergo est quod iura ecclesiastica alia sunt spiritualia, alia corporalia. Spiritualia sunt que circa spiritualia consistunt, ut oblationum, primitiarum et decimationum, et ipsarum ecclesiarum, et eorum, que ad earum pertinet ministerium. Corporalia iura sunt que circa secularia consistunt, ut prediorum — agrorum scil. et vinearum. Iura ergo spiritualia ab eis possunt prescribi, a quibus valent possideri, ut puta clerici contra clericos iura spiritualia prescribunt; unde et decimas et cetera similia una ecclesia contra aliam prescribere potest.*

Laici autem, cum nullo modo iura spiritualia possidere valeant, nullo genere ea prescribere possunt; possunt vero iura corporalia possidere, scil. prediorum et talium: possunt itaque etiam adversus ecclesiam in eis lucrari prescriptionem. Ad hoc autem, ut iura ecclesie prescribantur sive ab ecclesiis sive a privatis personis, necesse est, ut hec duo maxime concurrant, scil. continua bone fidei conscientia et iustus titulus. Continua bone fidei conscientia: ut — ex quo prescribere cepit usque novissimam horam prescriptionis — conscientiam haberet quod rem alienam non possideret, licet lex dicat non ad taractum medii temporis bonam fidem referendam, sed ad initium possessionis. Sed credimus districtius se habere in ecclesiasticarum rerum prescriptionibus, et hoc propter favorem ecclesiastice immunitatis. Unde secundum canones tamdiu aliquis iudicatur male fidei possessor, donec habet conscientiam rei aliene, licet in initio bonam conscientiam habuerit, ut infra Cs. XXXIV. q. II. cap. Si virgo. Quod quidem est contra legem, qua dicitur: Sufficit cuique in initio bona fide possidisse, etiamsi medio tempore conscientiam rei aliene habuerit. Unde patet quia alia est ratio in ecclesiasticis, alia in secularibus prescriptionibus.

- 40) Stephan, op. cit. (not. 34), p. 224, C. 16. q. 3 「…長期間の時効は、教会の物には適用がない。すなわち、何人も教会のものを 10 年または 20 年〔時効主張者と所有者が同一州 (provincia) 内に居るときは 10 年、そうでないときは 20 年。善意および正権原が要件となる。これらの要件を欠くときは 30 年または 40 年の最長期の時効 (praescriptio longissimi temporis)〕占有しても時効によっては保護されない (Longi temporis praescriptio in rebus ecclesiasticis locum non habet; nemo enim rem ecclesiasticam X. vel XX. annis possidendo praescriptione tutus erit.)」
- 41) Stephan, op. cit. (not. 35), p. 226.
- 42) Vilain, op. cit. (not..11), p. 149 et s.
- 43) 時効完成後の悪意の場合にも、とりわけ神学者は返還義務を肯定した。Vilain, op. cit. (not. 11), p. 154 et s. 教会法学でもそのことは十分に意識されていた。Glossa ordinaria in C. 34 q. 1 & 2 c. 5 v. Recesserit. 「論拠。時効完成後であっても、自己が他人の物を買ったことを知る時から、物、と

りわけ教会の物は返還しなければならない、教会は非難可能なことはすべからく妨げるからである。C. 25 q. 1 c. 8、論拠 D.54 c. 12 § . 2. (Argu. quod etiam post praescriptionem ex quo scit rem alienam se emisse, teneatur reddere rem praesertim ecclesiae, cum omne id quod reprehensibile est, defendit ecclesia, ut 25. q. 1. omne quod, arg. dist. 54. generales, in fine.)」なお、C. 25 q. 1 c. 8 「非難できないことは全て、普遍教会は妨げる。以下省略。§ .1 不正な裁判、および、暴君の強迫または命令をもって裁判官〔役人〕たちによって命ぜられた不正な定めは、通用すべきではない。福音、もしくは、預言者もしくは使徒たちの教え、または、それらもしくは教父たちの定め反して行われることは、維持されてはならない。そして、不信心な者たちまたは異端者によって行われることは、全て破棄さるべきである (Omne, quod inreprehensibile est, catholica defendit ecclesia. Et infra: § . 1. Iniustum iudicium et diffinitio iniusta, regio metu uel iussu a iudicibus ordinata, non ualeat. Nequaquam quod contra euangelicam, uel propheticam, uel apostolicam doctrinam constitutionemue eorum, siue sanctorum Patrum actum fuerit, stabit, et quod ab infidelibus uel hereticis factum fuerit omnino cassabitur.)」D. 54 c. 12 § . 2 「他人のものが返還される場合には、教会の利益にとって何も失われないと我々は信ずる (Nichil perire credimus ecclesiasticis utilitatibus, si que sunt aliena reddantur.)」他方で、法的には次のように述べて、返還義務を否定していた。Glossa ordinaria in C. 34 q. 1 & 2 c. 5 v. Possidere. 「〔占有した〕と述べていない。なぜなら、時効が完成した後は、他人の物を占有していると知るのではなく、占有したと知るのであり、このときは他人の物であるという意識はないからである。したがって、返還する義務を負わない。良心がとがめるときは、これ〔返還〕をフグチヨがアドバイスしているとしても。C. 27 q. 1 § .1 および X 2. 26. 20 (Non dicit possidisse. nam post completam praescriptionem non scit se possidere alienum sed possedisse, nec habet tunc conscientiam rei alienae: vnde non tenetur restituere: licet Hug. hoc consulat vbi conscientia remordet. 27. q.1. § . 1 et extra de praescrip. cap. vltim.)」最大のデクレチストであるフグチヨ (Hugutio, Huguccio: 1190-1210 フェラーラ司教) のアドバイスは、法的義

務よりというよりは、道徳的義務の問題であろう。なお、『グラチアーヌス教令集』の標準注釈は、桐蔭横浜大学カーザー記念文庫が所蔵する版(1615年ヴェネチア版)を用いた。

44) certum est quod in praescriptione exigit continue bona fides, vt extra de praescr. quoniam omne. Sed quid si postea percipiam, quod ille a quo emeram, non fuit Dominus? si statim restituam eam domino, non possum agere de euictione: ut ff. de euict. si rem. §. 1. Dicunt quidam, quod debeo subjicere personam, quae a me petat rem illam, vt a me euincatur. vt ff. de neg. get. atqui natura. §. cum me absente, sed adhuc eadem videtur restare quaestio: quia illi qui sic a me subiectus est cum non habebat mandatum a domino, potui obijicere exceptionem procuratoriam: quod tamen non feci, et sponte permisi a me rem euinci. ergo non potero agere de euictione vt dicit illa l. si rem. et l. si dictum. Ad hoc potest dici, quod huiusmodi exceptiones, quae sunt dilatoriae iudicii, potest aliquis omittere, sed non illas, quae sunt dilatoriae solutionis ut ff. mand. si fideiussor. §. quaedam. Item qualiter iurabit iste de calumnia, cum sciat se mala fide possidere? potest dici, quod sub hac forma iurabis, Iuro quod veni ad litigandum causa mei iuris conseruandi, ut ff. de bo. lib. si quis liberum. Dominus meus dicit ipsum posse confiteri, quod res non sit sua, quia pudori suo debet parcere ff. man. quintus. qualiter autem iurabit ille qui submissus est? Certe eodem modo.

45) 「2倍額担保問答契約の要約者〔買主〕が占有者から〔占有を失って〕原告となり、敗訴した場合、当該物を占有していればそれを保持することができ、かくして有効に請求されることはありえないのであるから、2倍額担保問答契約の諾約者〔売主〕は、あるいは法上当然に保護され、あるいは確かに悪意の抗弁によって自己を守ることができるが、しかしそれは、2倍額担保問答契約の要約者の過失により、または自発的に占有が失われた場合である (Si duplae stipulator ex possessore petitor factus et victus sit, quam rem si possideret retinere potuerit, peti ita autem utiliter non poterit, vel ipso iure promissor duplae tutus erit vel certe doli mali exceptione se tueri poterit, sed ita, si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa

fuerit)。』

46) 「私の不在時に貴方が私の事務を管理し、貴方が知らずに私の物を買
い、知らずに使用取得したときは、貴方は私に対して事務管理訴権に
より返還すべき義務を負わない。しかし、貴方が使用取得する前に、私
の物であることを知ったときは、貴方は別の人を代わりに立てて、貴方
に対して私の名前で請求させなければならない。これによって、物を私
に帰着させ、貴方に追奪担保問答契約の効力を生じさせる。この代わり
の人を立てることによって、貴方は悪意〔詐欺〕を行ったとは見られ
ない。なぜなら、貴方は事務管理訴権によって義務を負わされないた
めに、これを行わざるを得ないからである (Cum me absente negotia mea
gereres, imprudens rem meam emisti et ignorans usucepisti: mihi negotiorum
gestorum ut restituas obligatus non es. sed si, antequam usucapias, cognoscas
rem meam esse, subicere debes aliquem, qui a te petat meo nomine, ut et mihi
rem et tibi stipulationem evictionis committat: nec videris dolum malum facere
in hac subiectione: ideo enim hoc facere debes, ne actione negotiorum gestorum
tenearis.)。』

47) 「〔追奪訴訟において〕私が相互に同意して、私の敗訴判決が下された
場合には、私には売主を相手とする追奪担保訴権が与えられるべきではな
い。なぜなら、私は必要やむを得ずそれを行ったのではないからである (Si
compromisero et contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione
danda est adversus venditorem: nulla enim necessitate cogente id feci.)。』

48) 「しかしながら、ある種の事柄は信命人〔保証人〕が知っていてそれを
怠っても、詐欺にはならない。たとえば、委任代理に関する抗弁を、知っ
ていて、あるいは、知らずに怠った場合である。なぜなら、誠意に基づ
いて訴えられているのであるから、法の瑣事について議論することは誠
意にはふさわしくなく、債務者であるかどうかだけが議論すべきだから
である (Quaedam tamen etsi sciens omittat fideiussor, caret fraude, ut puta
si exceptionem procuratoriam omisit sive sciens sive ignarus: de bona fide enim
agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum, debitor
fuerit nec ne.)。』

- 49) 「ある者が父の被解放者を奴隷だと訴え、その意図が追奪担保の根拠を自己に保持することであったとすれば、彼は財産占有の利益を失わない〔*calumniam* 濫訴ではないので、この被解放者が死亡した場合の相続権を失わない〕 (*Si quis libertum paternum in servitute ea voluntate petierit, ut causam evictionis sibi conservet, non amittit beneficium bonorum possessionis.*)。』
- 50) 「クイントゥス・ムキウス・スカエウォラは、次のように述べている。すなわち、ある者が利息付で貸与された金額について信命人となり、主債務者が訴訟で訴えられたなら利息付で金額が貸与されたことを否認するつもりでいたところ、信命人が利息を支払うことによって利息を否認する権能を主債務者から奪った場合には、その金額を主債務者に請求することはできない、と。しかし、主債務者が信命人に、利息付の債務を負っていることを否認するつもりであることを通告し、信命人が自己の評価で否認しようとしなかった場合には、このようにして支払ったものを信命人は主債務者に請求することができる。スカエウォラは、これを正しいと評価した。なぜなら、信命人は前者の事案ではあまり信義に則って行為していない、主債務者から権限を奪うことは、主債務者の権利の行使と見られるからである。他方で、後者の事案では、信命人が自己の羞恥心を保つのだとすれば、信命人に責めありとされてはならないからである (*Quintus Mucius Scaevola ait, si quis sub usuris creditam pecuniam fideiussisset et reus in iudicio conventus cum recusare vellet sub usuris creditam esse pecuniam et fideiussor solvendo usuras potestatem recusandi eas reo sustulisset, eam pecuniam a reo non petiturum. sed si reus fideiussori denuntiasset, ut recusaret sub usuris debitam esse nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit, a reo petiturum. hoc bene censuit Scaevola: parum enim fideliter facit fideiussor in superiore casu, quod potestatem eximere reo videtur suo iure uti: ceterum in posteriore casu non oportet esse noxiae fideiussori, si pepercisset pudori suo.*)。』

(おがわ・こうぞう 本学法学部教授)