

中世学識法訴訟手続における litis contestatio

—— 訴訟成立要件としての当事者の意思 ——

川 島 翔*

はじめに

I 13世紀前半における法学の議論

II 教皇令「プロウト」

III 法学と教皇令の矛盾

IV 13世紀中葉における矛盾の調和

おわりに

はじめに

中世学識法訴訟（ローマ・カノン法的訴訟）において、litis contestatio（以下 l. c.）¹⁾は訴訟の準備手続（praeparatoria iudicii）と訴訟（iudicium）それ自体という二分割された手続の中間に位置づけられた。l. c.が行われることによって訴訟の予備的段階が終了し、本案審理が開始された。いわゆるローマ法のルネサンス以降、法学者たちの多くはユスティニアヌスのテキストに倣って、法廷において最初に行われる事件についての原告の陳述とそれに対する被告の答弁から l. c.が構成されると考えた。同時に彼らは、l. c.それ自体を民事訴訟に欠けては

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第15巻第1号 2016年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程・日本学術振興会特別研究員 DC

- 1) litis contestatio は伝統的に「争点決定」という訳語が用いられることが多いが、その歴史的發展に伴い意味内容の変化があるため、本稿では一貫してラテン語の原語を略記した。異なった訳語の例として、小菅芳太郎「措問手続（項目手続）覚書」『北大法学論集』38巻4号（1988年）1-40頁およびフルニエ／塙浩訳「フランス中世カノン法訴訟制度要説」塙浩『フランス民事訴訟法史』（信山社、1992年）所収1-234頁は「訴訟応諾」を使用する。

ならない重要な構成要素であるとみなし、訴訟の本質的要素 (substantialia iudicii) に数えた²⁾。ゆえに通常訴訟手続において l. c. が行われえない場合、原則として訴訟は無効であると考えられた。

研究者たちの多くは、l. c. を、当事者が訴訟で争う意思を表明する行為であると解する。それによって当事者らは争いについての判断を裁判所に委ね、その決定に服することを示すのである。しかしながら、l. c. の意義ないし評価については意見が分かれる。中世の l. c. について初めて包括的な研究を行ったルドルフ・ゾーム³⁾は、l. c. を「争訟意思の表明 (Erklärung der Streitabsicht)」と定義した上で⁴⁾、とりわけそれが「儀式的 (feierlich)」なものであることを強調する⁵⁾。ゾームは一貫して、古典期ローマの (仲裁) 契約としての l. c.⁶⁾を前提として、後古典期の l. c.⁷⁾と中世盛期のそれとの相違を探し出そうとしている。その結果、ユスティニアヌス法典においては当事者の陳述と答弁によって生じるとみなされていた l. c. が、中世盛期においては当事者の現実の形式行為それ自体に変化したと結論づけた。それゆえゾームは、中世盛期の l. c. を擬制的思考を失った中身の

2) 訴訟の本質的要素についての一般的説明やそれに含まれる訴訟行為については、Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus, Heidelberg 2012, S. 48-52 を参照。

3) なお、ここで扱うゾーム (Rudolf Sohm jr., 1880-1914) は、シュトラスブルク大学やライプツィヒ大学で教授を勤め、法制史、ローマ法、教会法および民法などの研究で知られるルドルフ・ゾーム (Gotthard Julius Rudolph Sohm, 1841-1917) の息子である。

4) Rudolf Sohm, Die litis contestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart, München 1914, S. 185.

5) Ebd., S. 188.

6) ここでのゾームの見解は、古代ローマの法律訴訟および方式書訴訟における l. c. を契約だとするモーリッツ・ウラサクの学説に基づいている。なお、古典期ローマ法における l. c. に関する研究史については、西村重雄「ウラサクの litis contestatio 論 (一) (二) (三・完)」『民商法雑誌』66巻3、66巻4、66巻5号 (1972年) 29-54、84-114、94-116 頁に詳しい。

7) 後古典期における l. c. の擬制をゾームは以下のように説明する。「擬制 (Fiktion) という補助手段が用いられることにより、l. c. の効果は l. c. を持たない手続へと引き継がれることができた。そして実際にも、l. c. を擬制する (fingiren) ことで手続が進められた。法文に基づいて、l. c. という訴訟契約は、訴訟上の外面的事象 (äußerer Prozeßvorgang) によって示された特定の瞬間に締結されたものとみなされた。この訴訟上の外面的事象は、それ自体が l. c. なのではない。これはその都度の擬制の発効時点だけを決定する。その擬制に基づき、l. c. は締結されたものとみなされるのである。」Sohm (Anm. 3), S. 4f. 強調は原文による。

ない形式であると否定的に評価する⁸⁾。

他方、近年教授資格取得論文を公刊したシュテッフェン・シュリンカーは、ゾームが「古代の理解関係の喪失を嘆く一方、中世の法学における *l. c.* の種類の異なる新たな機能を見落としている」と指摘する。シュリンカーによれば、中世において *l. c.* についての理解は創造的に発展し、それ以前とは別の意味が与えられた。すなわち、*l. c.* は 13 世紀の初めに「事件についての審理の始まりにとっての単純なしるしから、訴訟にとって構成的意味を持つ形式的行為 (*Formalakt, dem konstitutive Bedeutung für den Prozess zukommt*)」に発展したと言うのである⁹⁾。彼の「構成的」という言葉の意味するところは、第一に *l. c.* が両当事者の行為によって構成されることを示すものであるが、その背後には平和共同体に基づいた被告の応訴義務についての理解がある。*l. c.* は当事者双方の行為である一方、応訴するか否かは被告の自由ではなかった。被告が応訴しない場合、応訴させるための様々な強制手段が用意されており、場合によっては欠席判決が下されたからである。シュリンカーの言葉によれば、「*l. c.* は確かに訴訟を基礎づけるが、裁判所を基礎づけるのではない。裁判所は支配制度として理解され、そこから *l. c.* は私的な仲裁契約ではないという帰結が生じる。応訴義務は平和共同体の考え方に基づいている」¹⁰⁾。

中世学識訴訟は伝統的に当事者主義的であると理解されてきた一方、裁判官、原告、被告という三者の協力が必要不可欠であった点が指摘される¹¹⁾。クヌート・ヴォルフガング・ネルは、教会の訴訟において *l. c.* を含む一定の訴訟行為があくまで当事者らの行為であるのにもかかわらず彼らはそれを自由に処分できな

8) Sohm (Anm. 4), S. 172–194. ただし、ルートヴィヒ・ミッタイスが書評で述べているように、なぜゾームが擬制的思考に大きな意義を与えているのかは必ずしも明らかではない。加えてミッタイスは、ゾームが考察の対象を狭く限定しすぎていることを指摘する。Vgl. Ludwig Mitteis, Rezension zu: Rudolf Sohm (junior, Privatdozent a. d. Univ. Würzburg), Die *Litis contestatio* in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZRG), Romanistische Abteilung 35 (1914), S. 350ff.

9) Steffen Schlinker, *Litis contestatio. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert* (=Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 233), Frankfurt am Main 2008, S. 143.

10) Ebd., S. 283.

いことを、当事者の主観的利益と教会制度の客観的秩序との間の緊張関係の現れであると解する。訴訟において当事者は私的利益の追求を目的とするが、同時に訴訟は教会の秩序維持という目的に供され、制度的に理解されるのである¹²⁾。上述のシュリンカーの理解は、このような学識訴訟法の特徴をふまえたうえで、三者の協力義務、とりわけ被告の応訴義務を含む概念として*l. c.*を捉え直したと評価することができるだろう。

しかしながらここで考慮されなければならないのは、応訴の実質的内容である。というのも、中世の法学者たちは*l. c.*の要件として、ユスティニアヌス法典に倣った客観的な当事者の陳述および答弁（体素）に加え、主観的な当事者の意思（心素）を新たに編み出したからである。被告が出頭し答弁を行ったからといって、それは必ずしも訴訟で争うつもりであることを示すわけではないと考えられたのである。応訴を被告の形式的答弁と理解するのであれば、意思の欠缺の場合には応訴が行われてもなお訴訟は成立しないことになる。その際、訴訟が成立するか否かは当事者の意思の解釈次第となる。ゆえに当事者の意思についての学説や立法を検討せずして*l. c.*の性質を論じることはできないと思われる。

そこで本稿は、*l. c.*の成立要件としての当事者の意思について検討した上で、*l. c.*の機能および意義を明らかにすることを試みる。ただし本稿では13世紀の法学説および教皇令に対象を限定せざるをえなかった。以下では関連する史料を訳出しながら、まず13世紀前半の法学者らの学説（Ⅰ）および教皇立法（Ⅱ）の立場をそれぞれ整理し、そこに現れた見解の矛盾を示す。次にこの矛盾につい

11) この点とはとりわけ、ブルガールスの訴訟についての定義として知られる「訴訟は三人の主体の三方向からの行為である（*iudicium est trinus actus trium personarum*）」という観念に現れる。Knut Wolfgang Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, (Münchener Universitätsschriften Bd. 2), München 1967, S. 9は、「訴訟史のいかなる時代も、学識法の時代ほど、訴訟において必要不可欠な三者の協力が明白な時代はない」と述べる。なお、小川浩三「Azonis Summa in C. 2.10. — K・W・ネル『早期学識法訴訟手続における審判人の地位について』の紹介を兼ねて」『北大法学論集』38巻2号（1987）97-141頁はこの論文を紹介すると同時に、関連する史料を翻訳している。

12) Vgl. ders., *Prozeßzweck und Prozeßtypus. Der kirchliche Prozeß des Mittelalters im Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Interessen*, in: ZRG, Kanonische Abteilung 78 (1992), S. 183ff.

でのシュリンカーの所論を紹介・批判しつつ (Ⅲ)、13 世紀中葉に試みられた矛盾の調和を示した上で (Ⅳ)、最後に結論を提示する。

I 13 世紀前半における法学の議論

中世盛期の法学者にとって、*l. c.* について論じる際に主要な源泉となったのは、ユスティニアヌス法典の勅法集であった。しばしば引き合いに出されるのは、以下の 2 法文である。

C. 3.9.1 (カラカラ帝、202 年)「原告の申立だけが行われたとか、訴権の種類が訴訟の前に被告に知らされたとしても、事件は訴訟の中に持ち込まれていとは見られない。なぜなら *l. c.* と訴権提起は大きく異なるからである。*l. c.* は審判人が争いについての陳述によって事件を聴取し始めたときに生じるとみなされる。」¹³⁾

C. 3.1.14.4 (ユスティニアヌス帝、530 年)「しかし、それぞれの当事者のために自己の援助を与えるものとして裁判に関与する弁護人は、どの上位または下位の裁判所においてであれ、あるいは同意または別の方法で指定されるか選ばれた仲裁人の下においてであれ、陳述がなされ、それに対し答弁が行われた後は *l. c.* が行われるのだから、その時は神聖な福音書に手を置いて、以下の文言で宣誓を行うべきである。すなわち、微力ながらも全力を尽くして、公正で真実であると思うことを、余すところなく全力を尽くして、自身の依頼人のためにもたらすことに配慮する、と。……」¹⁴⁾

これゆえ、当事者による陳述 (*narratio*) ないし答弁 (*responsio*) という *l. c.* のメルクマールは、多くの法学者によって挙げられる¹⁵⁾。しかしながら、その

13) C. 3.9.1: „Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.“

実質的内容についてはしばしば争われている。例えば、どのような文言によって答弁が行われるべきか¹⁴⁾、被告の防訴の抗弁 (*exceptiones peremptoriae*) や付随的問題についての答弁によっても *l. c.* が成立するのか、あるいは被告が認諾する場合もそれが認められるかといった問題である。このような論点に加えて、*l. c.* の要件として、事件についての手続を進める意思が登場する。タンクレードゥスは『訴訟の規則』(1216頃)において以下のように述べる。

「*l. c.* とは、その事件を扱う裁判官の面前における、争いについての双方からなされる最初の陳述である。C. 3.1.14.4、X 2.14.4 および X 2.7.6 のように。*l. c.* は、法廷においてなされる訴訟当事者の陳述と答弁によって行われる。C. 3.9.1 および X 1.29.19 のように。アゾー先生とピリウス先生が次のように考え、かつ述べていることに注意せよ。すなわち、*l. c.* はその事件について手続を進める意図で行われた場合に限って効力を持つ。というのは、被告は認めるのであれ、否認するのであれ、抗弁をもって事実を提示するのであれ、その際に *l. c.* を行う意図がない限り、被告には不利益にならないからだと彼らは述べる。しかしながら、この両者の意見に対してこの教皇令〔「プロウト」〕(X 2.14.4) は明確に矛盾する。この点で、私は両者〔アゾーとピリウス〕の意見と同様に考える。その事件において答弁を行ったとしても、当事者がその事件の手続を進めるといふ意図なしに、友人であるかのように裁判

14) C. 3.1.14.4: „Patroni autem causarum, qui utrique parti suum praestantes ingrediuntur auxilium, cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam in qualicumque iudicio maiore seu minore vel apud arbitros sive ex compromisso vel aliter datos vel electos sacrosanctis evangelii tactis iuramentum praestent, quod omni quidem virtute sua omnique ope quod iustum et verum existimaverint clientibus suis inferre procurent, nihil studii relinquentes, quod sibi possibile est.....”

15) Sohm (Anm. 3), S. 175-184 が法学者らの定義を網羅的に挙げている。

16) 共通見解によると「*l. c.* をもって、私は陳述されたことを陳述されたままに否認し、請求されたことはなされるべきでないと言う (*Litem contestando nego narrata prout narrantur et ideo dico petita fieri non debere*)」という決まり文句があったが、必ずしもこの通りに述べる必要はなかった。この問題については、Richard H. Helmholz, *The litis contestatio. Its survival in medieval ius commune and beyond*, in: *Lex et Romanitas, Essay for Alan Watson*, Berkeley 2000, S. 73-89 が詳しい。

官に話すつもりで事実を伝え、自分に不利益にならないように留保を付けて述べた場合、あるいは抗弁の方法で法廷を避けるために何かを述べる場合、こういった陳述によっては *l. c.* がなされるとは考えないからだ。以下の論拠が有効である。D. 20.6.4.1、C. 8.36.9、D. 44.1.9、X 1.41.2 および X 2.10.2。」〔 〕内は引用者註、以下同様)¹⁷⁾

タンクレードゥスは、ローマ法学者のアザーとピリウス¹⁸⁾を引き合いに出して、「*l. c.* は、その事件について手続を進める意図で行われた場合に限って効力を持つこと (*litis contestationem solummodo tunc valere, quando ea intentione fit, ut in causa procedatur*)」¹⁹⁾を指摘する。すなわち、*l. c.* の要件として、当事者の争訟意思が挙げられているのである。以上のことからタンクレードゥスは、

17) Tancredus, Ordo, pars III, tit. 1, §. 1-2: „[§. 1.] *Litis contestatio est principalis negotii apud suum iudicem hinc inde facta narratio. ut Cod. de iud. 3, 1. l. rem non novam. 14. §. patroni. 4. X. 1. de dol. et contum. 2, 10. c. prout. 4. X. 3. de iuram. calumn. 1, 26. c. un. [§. 2.] Litis contestatio fit per narrationem et responsionem partium in iudicio factam. ut Cod. de lit. cont. 3, 9, 1. un. et X. 1. de off. iud. deleg. 1, 21. c. relatum. 22. Et nota, dominos Azonem et Pillium sentire et dicere, *litis contestationem solummodo tunc valere, quando ea intentione fit, ut in causa procedatur*; dicunt enim, quia, sive reus confiteatur, sive neget, sive excipiendo factum proponat, non praeiudicat ei, dummodo litem non intendat contestari. Sed contradicit illis expresse decretalis illa de dol. et contum. prout. In hoc tamen cum eis sentio, quia, licet quis faciat responsionem in principali causa non ea mente, ut in causa procedat, sed iudici tamquam amico narrat factum, protestando id se facturum sine praeiudicio suo, vel si aliqua in modum exceptionis iudicium proponit declinando, non dico litem contestari per talem narrationem. Argumenta sunt valida Dig. quib. mod. pign. vel hyp. solv. 20, 6. l. si debitor. 4. §. si in venditione. 1. Cod. de except. 8, 36. l. siquidem. 9. Dig. de except. 44, 1. l. non utique. 9. X. 3. de in int. reslit. 1, 24. c. cum venissent. 1. X. 3. de ord. cognit. 2, 4. c. un.“*

18) タンクレードゥスが参照したとされる Ordo Invocato Christi nomine (1198 頃) は、タンクレードゥス自身が述べるように、長い間ピリウスの著作であると考えられてきたが、Emil Seckel und Erich Genzmer, Über die dem Pillius zugeschriebene Summa de ordine iudiciorum 'Invocato Christi nomine', Sitzungsberichte der preußischen Akademie der Wissenschaften in Berlin 1931, S. 393ff の研究以降、シエナのベンキウェネが著者だとする説が有力となった。Vgl. Linda Fowler-Magerl, Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius, Begriff und Literaturgattung (Ius Commune Sonderheft 19. - Repertorien zur Frühzeit der gelehrten Rechte) Frankfurt am Main 1984, S. 119ff; Wiesław Litewski, Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii. deutsch unter dem Lektorat und mit einem Geleitwort von Andreas Wacke, Bd. 2, Krakau 1999, S. 28.

①客観的要素としては原告の陳述と被告の答弁を、②主観的要素としては当事者の手続を進める意思の存在をl. c. の要件として考えていることが明らかになる。

当事者の陳述はl. c. の形式的要件であるが、当事者が陳述したとしても手続を進める意思がなかった場合、l. c. は成立しない。では、当事者が事件の手続を進めるという意思がない場合というのはどのような場合か。タンクレードゥスが挙げるのは、①友人であるかのように裁判官に話すつもりで事実を伝えた上で、自分に不利益にならないように(*sine praeiudicio*) 留保を付けて答弁する場合(留保付き答弁)、②抗弁の方法で法廷を避けるために何かを述べる場合(裁判所拒絶の抗弁)²⁰⁾である。

注目すべきなのは、タンクレードゥスが教皇令「プロウト」(X 2.14.4) に対し明確に反対の立場を取っているという点である。というのも、タンクレードゥスは、第一に当時のスコラ学の方法論が相反する法学説および法令どうしの矛盾調和(*concordantia discordantium*) を目指すものであったのにもかかわらずそれを放棄しており、第二に自らがカノン法学者としてだけでなく裁判実務を通じて教会と深い繋がりを持っていたのにもかかわらず教皇令と明確に反対の立場を採っているからである。なぜタンクレードゥスは教皇令「プロウト」と相容れなかったのか。他方でアゾーらを支持した理由は何だったのか。これらの疑問を解くために、以下ではさしあたりアゾーの学説と教皇令「プロウト」の具体的内容をそれぞれ検討し、両立場の相違を明らかにしたい。アゾーは『勅法集集成』(1208-1210) において次のように述べる。

「l. c. は、裁判官の面前における、争いについての、双方からなされる最初の陳述である。そして、この陳述に訴状〔の提出〕が先行することが必要である。ただし、両当事者の合意によって免除されたのであれば別である。C. 3.9.1 Auth. のように。したがって、以上のことから、訴権提起または訴状提

19) 本稿では後述の *animus* に「意思」という訳語を当て、これと区別するために *intentio* や *mens* を「意図」と訳したが、内容に明確な差があるわけではない。

20) いわゆる *exceptiones declinatoriae iudicii*。典型的には、裁判管轄権がないという抗弁がそれに当たる。本稿では「忌避」や「回避」といった訴訟法上特殊な用語を避け、「拒絶」と訳した。

出は *l. c.* ではないことが明らかになる。たとえ訴状が要求されるのが、後に続く *l. c.* が訴状それ自体を保持するためであるとしても。どんな訴状かについて、また訴権提起については、上述『訴権提起について』のところで私は十分に論じた。上記で陳述と言ったことは、それが双方からなされるときに事件において手続が進められること、つまり原告が自身の請求の趣旨を証明するのに対し、被告が否認するか、抗弁を提起するか、それを証明することだと理解されるべきである。したがって、その事件について答弁を行ったとしても、事件の手続を進めるという意図がなかった場合、すなわち、答弁を行って反論するが、裁判官に友人または家族であるかのように争いを話し、その時に自分に不利益にならないように留保を付けて述べる場合、そして法廷を避けるために何かを主張する場合、*l. c.* が行われることはない。なぜなら、被告による陳述が行われたとしても、それは自身の権利を保持したままで行われたからである。このための最も良い論拠がこの法文 (*D. 20.6.4.1*)にある。しかし、反対の論拠 (*D. 12.6.50*) もある。しかしながら、この〔反対の論拠の〕事案では、相手方が返還について合意をする意図で振る舞ったことは明示されていない。それに対して、我々の論拠とした事案では、自分の意図にかかっていたということも明示していた。²¹⁾

21) Azo, *Summa super Codicem*, lib. III, tit. de *litis contestatione*: „Est autem *litis contestatio* *negocii principalis* hincinde apud iudicem facta narratio et necessarium est, ut hac narrationem praecedat libellus, nisi forte remitteretur consensu partium. ut j. eod. l. j. et authen. offeratur. et s. de epis. et cler. auth. generaliter. Patet ergo ex iis, quod actionis editio, vel libelli oblatio non est *litis contestatio*: licet libellus exigatur ad hoc, ut teneat ipsum libellum secuta *contestatio*. de quo libello, et editione actionis plene tradidi s. de edendo. Quod autem dixi supra de narratione ita est intelligendum si fiat ab utroque ideo ut in causa procedatur id est ut actor probet intentionem suam, reus autem neget, vel exceptionem opponat, et eam probet. Si ergo fiat responsio in principali causa, sed non ea mente ut in causa procedat: vel si resistat, sed iudici ut amico vel familiari narret *negocium*, *contestando* id se facere sine praeiudicio sui, et aliqua, ut declinet iudicium, proponat: non erit facta *contestatio litis*, quia fit narratio a reo, salvo iure suo. argumentum optimum pro hoc est in ff. quib. mod. pign. vel hypo. sol. l. si. debitor. §. si iuenditione. Sed contra arg. ff. de condic. indeb. l. quod quis. Sed certe ibi non expresserat, quod agebat in mente, ut sic alius de reddendo pacisceretur: hic aut expressit et id, quod ex sua uoluntate pendebat.“

アゾーの記述は、タンクレードゥスとはほぼ同趣旨だと言ってよい。l. c. の定義および客観的要件ならびに主観的要件についての言及の後に、事件を進める意図がなかった場合の具体例として、①留保付き答弁と②裁判所拒絶の抗弁が挙げられる。その論拠として、アゾーは学説集 (D. 20.6.4.1)²²⁾を引用する。ここでは債権者による質物の売買およびその他の処分について債権者が同意をする場合、債務者は質から免除されるが、債権者が「質物の状態が傷つけられない (non nocere) とした上で」同意をした場合はその限りでない、ということが述べられる。ここでは明示的に留保を付けている点で、権利を保持したまま行為を行うことの根拠とされている。他方、反対論拠として引用される D. 12.6.50²³⁾では、弁済者は債務の不存在を知りながら、後に返還請求する意図で給付した物を返還請求できないことが述べられる。しかしながらアゾーは、ここでは弁済者の意図が留保によって明示されていないために、権利が保持されていないと解する。

II 教皇令「プロウト」

教皇令「プロウト」は、教皇ウルバヌス3世（在位 1185-1187）によって出された教皇令であり、『リーベル・エクストラ』の第2巻第14章「悪意と命令不服従について」の第4法文 (X 2.14.4) として集録されている。章の標題の通り、

22) D. 20.6.4.1 (ウルピアヌス『告示註解第73巻』)「質物の売買について債権者が合意する場合、あるいは債務者がこの物を交換したり、贈与したり、嫁資に入れることに合意する場合、質から免除されると言わなければならない。ただし、彼の質物の状態が傷つけられないとした上で、売買その他に合意した場合は別である。なぜなら多くの人が自分の質の状態を傷つけることなく合意するというを行っているからである。(Si in venditione pignoris consenserit creditor vel ut debitor hanc rem permutet vel donet vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni vel ceteris: nam solent multi salva causa pignoris sui consentire. Sed si ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit, ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat, dicendum erit exceptionem ei non nocere. Sed et si non concesserat pignus venumdari, sed ratam habuit venditionem, idem erit probandum.)」

23) D. 12.6.50 (ポンポニウス『クイントゥス・ムキウス註解第5巻』)「債務を負っていないということを知りながら、後で返還請求する意図で与えた物を、返還請求することはできない。(Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest.)」

本事案は、被告の命令不服従 (*contumacia*) の事案である。

「被告が出頭せず汝ら〔裁判官ら〕の前からかつて立ち去ったので、汝らの前で〈何としても〉²⁴⁾法廷に出頭するようにと、宣誓のうえで保証を立てるよう汝らは強制した。指定期日に被告が汝らの下に自ら現れ、実際には付いていなかった弁護人を口実にして、被告は答弁することをいつものような悪意で拒んだ。最後には、原告が求めてくるのでそれに応じて、争いになっているその十分の一税を40年間受け取っていたと答弁した。被告はその後さまざまな口実を用いて上訴の手段に逃げた。そして、命令に従わず、宣誓を無視して立ち去った。そこで私〔ウルバヌス3世〕は〈汝に〉以下のことを命ずる。被告の悪意について審議するために、被告を汝らの前に召喚せよ。そして、被告が出頭した場合、〈被告が提示することになっているものを聴いたうえで、上訴をやめさせて、〉権限があるのだから訴訟を終わらせよ。被告が〈召喚に〉従わなかった場合、〈汝らはそれにもかかわらず、〉事件に対して*l. c.*を行ったうえで、終局判決をもって訴訟を終わらせよ。あるいは、出頭した者に占有を与えて、裁定を付与せよ。また、出頭していない者の所有権の問題については留保せよ。』²⁵⁾

24) 本稿ではフリードベルクの版においてイタリック体で書かれている部分を、斜字体にした上で〈 〉で囲んで示した。この部分は、『リーベル・エクストラ』の編集の際に本来の教皇令から削除され、フリードベルクによって再構成された箇所である。

25) X 2.14.4: „Prout nobis *vestris literis annotastis etc. (Et infra:)* Reum, quia contumaciter a praesentia vestra recesserat, iuratoriam coegistis exponere cautionem, quod coram vobis *per omnia* iuri pareret; quumque die praefixa vestro se conspectui praesentasset, praetextu advocati, quem non habebat, respondere solita malitia recusavit. Tandem actore instante respondit, quod quadraginta annis decimas, de quibus erat contentio, percepisset, variisque postmodum excusationibus utens in vocem appellationis prorupit, et contumaciter iuramento contempto recessit. Ideoque *vobis praecipiendo* mandamus, quatenus ad convincendam eius malitiam semel eum ad praesentiam vestram convocetis, et, si venerit, *audiatis quae fuerint proponenda, et appellatione cessante* finem imponatis negotio competentem. Quod si *vocatus* venire contempserit, *vos nihilominus* causam, utpote lite, quae ingeritur, contestata, diffinitiva sententia terminetis, vel praesenti saltem adiudicetis possessionem, servata duntaxat quaestione proprietatis absenti.“

紛争の内容は、聖職者どうしの十分の一税の徴税権の帰属を巡る争いである。第一に問題となるのは、被告の応訴、すなわち「争いになっている十分の一税を過去に40年間受け取っていた」という時効の抗弁の主張によってl. c. が成立するか否かである。ウルバヌス3世は、被告が出頭しない場合はl. c. を成立させて終局判決を下せと裁判官たちに対して命じているため、この被告の応訴によってl. c. が成立することになる。

命令不服従に関して中世の学識法律家たちは、緻密な整理を行っている²⁶⁾。ネルの概説書によると、被告の命令不服従の際の帰結は以下の通りであった。まず基準とされたのは、不服従がl. c. の前後どちらに行われたかであった。被告の不服従がl. c. の前に発生した場合、事案それ自体について手続を進めるのではなく、被告を出頭させるための強制手段 (poenae) がとられた。強制手段としては、財産差押え (missio in bona)、差押え (pignoris captio)、罰金 (mulcta) などが用いられた。それに加え、世俗裁判所では平和喪失と追放が、教会裁判所では破門、聖職者に対しては停職および譴責処分が行われた。他方、被告の不服従がl. c. の後に行われた場合、一方的に実体審理が進められた。原告の主張と提出された証拠によって事案が裁判を行いうる程度に熟しているときには、終局判決が下された。事案が熟していない場合、原告に係争物の占有を割り当てることが考慮された²⁷⁾。これにより原告は以後の訴訟では真性の占有者、すなわち被告として有利な立場に立つことが可能となった。以上のような準則を考慮すると、この教皇令のケースにおいて、ウルバヌス3世は被告不出頭の場合には一方的に実体審理を行うよう命じているため、不服従がl. c. の後に行われたと考えているようである。その場合は、答弁の時点に遡ってl. c. が行われたものとみなしたと思われる。

第二に問題となるのが、被告に争訟意思があったか否かである。純粹に教皇令

26) 命令不服従は、一般的に裁判権保持者の命令に対する不服従を意味した。Nörr (Anm. 2), S. 72-73によると、具体的には以下の場合である。呼出を受けた当事者が出頭しなかった場合、出頭したけれども遅れた場合、当事者が裁判官の許可なしに立ち去った場合、当事者が裁判官の質問に対して、あるいは訴訟相手方の措問項目 (positiones) に対して答弁することを拒んだ場合、当事者が要求された宣誓を行わない場合。

27) 以上の記述は、Ebd., S. 74-76 に依拠した。

「プロウト」のテキストを読む限り、実際に被告にその意思があったかどうか明らかではないが、教皇はその有無にかかわらず *l. c.* を成立させてしまっているように見える。少なくともタンクレードゥスが、この教皇令においては *l. c.* の成立のために「手続を進める意図」が必要とされていない、と理解していることは明白である。思うに、タンクレードゥスは当事者の意思を顧みない教皇ウルバヌス3世の判断をそれまでの法学の立場から逸脱する、行き過ぎた措置だと考えたゆえに、これと正反対の立場を採ったのではないだろうか。

Ⅲ 法学と教皇令の矛盾

以上で見てきたように、タンクレードゥスおよびアゾーが当事者の「手続を進める意図」を必要としているのに対し、教皇令「プロウト」はそれを不要としていた。この矛盾について、現代の法史家シュリンカーは、「アゾーとタンクレードゥスは第一に、被告が管轄を持たない裁判官の面前で本案について述べるという特殊な事例のための理由づけとしてのみ主観的要素を用いて」おり、なおかつ「被告が留保を付けない場合には意思があるものと推定され、その結果 *l. c.* が成立する」ため、両者の見解は教皇令「プロウト」と一致すると言う²⁸⁾。つまりシュリンカーは、①教皇令「プロウト」の事案はそもそも管轄外の裁判官の前で答弁をするというケースではないので当事者の意思の有無は問題とならず、②加えて被告は出頭した際に答弁を行ったけれども留保を付けていないので意思があるものとみなされる、と理解しているようである。しかし、そのような解釈で正しいのだろうか。ここではまず、どのような事例において当事者の意思が要求されるのかを検討したい。フゴリヌスの『学説異同弁』(1220)は以下のように言う。

「*l. c.* は、被告が『私は答える。しかし *l. c.* の意思なしに。』と述べた場合にあるか。C. 3.9.1 において意見が分かれている。そこでは、『事件についての

28) Schlinker (Anm. 9), S. 90.

陳述を通して事件を聞く等々』と言われている。次のように言う者たちがいる。例えばアゾー先生が言うように、他の〔非正規の〕裁判官の下に私が訴えられた場合、あるいはローマで私が訴えられた場合、私は彼を拒絶する権利を持っている。例えば次のように言う場合である。すなわち、『ここで私は l. c. がなされることを欲しないが、あなたが欲するなら、好意から答弁する』と言う場合、l. c. はない。なぜなら、私は自分の権利を保持したままで答弁を行ったからである。以下の論拠がある。D. 20.6.4.1、D. 7.1.15.7。しかし、反対の論拠がある。D. 12.6.50。常に l. c. があると言う者たちもいる。C. 3.1.14.4 のように。そして、彼らは次のようにも言う。例えば売買とその類において、ある者が他の誰かによってなされる事柄においてのみ合意している場合にかの法〔D. 20.6.4.1〕が適用される。すなわち、裁判官の面前で行われたこの答弁は、それによって判決を下すことができないとすれば、何のためにあるのか、と。彼らの意見〔反対の論拠〕に基づいても、いかなる者も l. c. の前に判決を下されることはありえない。それと同様に、このような答弁が法廷の外でなされたとしたら、それは彼を害してはならない。』²⁹⁾

フゴリヌスはアゾーを引き合いに出して、被告が l. c. を行う意思なしに答弁することを明示的に留保した場合に、l. c. が生じるか否かを検討している³⁰⁾。そし

29) Hugolinus, *Dissensiones dominorum*, § 122: „C. de Litiscontestatione (3, 9.) L. 1. in f. Sitne lis contestata, si reus dixerit „respondeo, sed non animo contestandi litem“? Differunt in C. de Litiscontestatione (3, 9.) L. 1. in f., ubi dicitur, „quod per narrationem negotii causam audire etc.“ Dicunt *Quidam*, ut dominus *Azo*, quod, si convenior sub alieno iudice, vel quum convenior Romae, ius refutandi eum habeam, ut si ego dicam: „nolo ibi litem contestari, sed si vis, amicaliter tibi respondeo“, quod non sit litiscontestatio, quia respondi salvo iure meo, ut arg. D. Quib. mod. pign. vel hypoth. solv. (20, 6.) L. Si debitor (4.) §. Si vendiderit (1. in f.) et D. de Usufructu (7, 1.) L. Sed si quid inaedif. (15.) §. ult. Sed arg. contra D. de Conduct. indeb. (12, 6.) L. Quod quis (50.). *Alii* dicunt, quod semper sit litiscontestatio, ut C. de Iudiciis (3, 1.) L. Rem non novam (14.), et dicunt, *Legem* illam habere locum, quando quis consentit tantum in illis, quae fiunt ab aliquo, ut in distractionibus et similibus. Nam quid prodesset haec responsio coram iudice facta, quum ex illa damnari non possit? Respondit, etiam ex sententia *Illorum*, ante litem contestatam ut non possit quis damnari, nec etiam aliquo modo praeiudicare debet ei talis responsio, quum extra ius sit facta.“

て、ここでは管轄を持たない裁判官の下に訴えられた場合が想定されている。また、アゾーの『勅法集講義』は次のように述べる。

「ある者が『自分には特権がある。なぜなら自分は学生である、あるいは聖職者である』と主張するつもりで裁判官の前に出頭した。しかし、私は『相手方が請求するものを聴いている』と裁判官に言った。かくして私は裁判官に『これから私が述べることは自分にとって不利益にならない』と言う。なぜなら私は *l. c.* を行う意図がなく、あたかも友人であるかのように親しく彼に述べるのであって、裁判官としての彼に紛争について語るのではないからだ。以下の論拠がある。D. 20.6.4.1。」³¹⁾

ここでも管轄外の裁判官の前で答弁をするケースが想定されている³²⁾。以上から、たしかにシュリンカーが言うように、アゾーが「手続を進める意図」を要求するのは、被告が管轄外の裁判官の面前で本案について述べる特殊な事例においてのみだと理解することも可能である。しかしタンクレードゥスについてはどうだろうか。当事者の意思がないケースをそのように狭く解釈するのであれば、そもそもタンクレードゥスがアゾーの見解と教皇令が矛盾すると考える理由がな

30) ここで注目すべきなのは、アゾーやタンクレードゥスの「事件の手続を進めるという意図で (*mente ut in causa procedat; intentione, ut in causa procedatur*)」という表現が、「*l. c.* を行う意思で (*animo contestandi litem*)」という表現に変化していることである。後の時代には、ここでフゴリヌスが用いる「*l. c.* を行う意思 (*animus litem contestandi*)」という言い回しが定着する。Sohm (Anm. 4), S. 189, Fn. 24 によると、この表現はアゾーとピリウスの時代にはまだ知られていなかった。

31) Azo, *Lectura*, lib. III, tit. de *litis contestatione*, n. 2: „*potest enim esse quod aliquis venit ante iudicem allegaturus privilegium suum, quia dicit se scholarem, vel clericum: sed tamen dixit iudici quod audiret iniquitatem quam petit aduersarius. & sic dicit iudici quod narrabit ei sine praeiudicio suo, non quod velit litem contestare & ita familiariter tanquam amico non tanquam iudici narrat ei negotium. & tunc non credo litis contestatio. arg. ff. quib. mo. pig. si debitor. §. si in venditione.*”

32) ただし、管轄外の裁判官の面前で答弁をする事案という点で両者は共通しているとはいえ、アゾーは『勅法集講義』において裁判特権により管轄が排除されるケースを持ち出しているのに対し、フゴリヌスは管轄裁判所ではない裁判所で訴えられたケースを挙げており、両ケースは微妙に異なる。

くなくなってしまう。教皇令「プロウト」の事案は留保付き答弁にも、裁判所拒絶の抗弁にも関係しないのにもかかわらず、それをタンクレードゥスが「手続を進める意図」がない事例とみなしている以上、当事者が争訟意思を持たないケースはこれらに限定されるものではないことは明らかである。この点を考慮すると少なくとも、アゾーとタンクレードゥスの両者がともに、管轄外の裁判官の前で答弁が行われるケースにおいてのみ当事者の意思を要求していると考えるのはやや無理があると言える。では留保の必要性はどうか。これについては、13世紀中葉の法学の議論を示した後に検討したい。

IV 13世紀中葉における矛盾の調和

上記で述べた法学と教皇令の矛盾を最初に解消しようと試みたのは、13世紀中葉のカノン法学者たちであった。イノケンティウス4世は『教皇令集五巻註解』（1245）において次のように述べる。

「l. c. が効力を持つためには、l. c. を行う意思で行われる必要がある。しかし、l. c. に適するものがあれば、l. c. を行う意思は推定される。ただし、反対の意思が留保によって明らかである場合は別である。」³³⁾

イノケンティウス4世は、タンクレードゥスやアゾーと同様に、有効な l. c. の要件として当事者の意思を挙げる。イノケンティウス4世は、l. c. を行う意思がないことを留保により明示していない場合、l. c. に相当する行為があれば、その意思が推定されるとする。ここでは留保が必須のものとされていることが確認できる。つまり、外形上の行為があれば意思は推定されるが、意思がないと主張するためには、必ず明示的に留保しなければならないのである。また、イノケンテ

33) Innocentius IV., *Commentaria super libros quinque decretalium*, lib. II, tit. IV, cap. I: „Ad hoc enim ut teneat litis contestatio, oportet quod animo contestandi litem fiat, sed ubi sunt apta contestationi praesumitur animus contestandi, nisi contra appareat per protestationem“

ィウス4世の弟子であるホスティエンシスも、自身の著作『黄金の集成』(1250-51)において、以下のようにイノケンティウス4世と同趣旨の記述をしている³⁴⁾。

「しかしながら、*l. c.*を行う意思で請求に対して答弁をするときにのみ、*l. c.*は生じる。そうではなく、逆に、被告が『私はあたかも友人の前であるかのように、*l. c.*を行う意思を持たずに事実について話す』と言う場合は別である。以下の論拠がある。D. 35.1.2、D. 20.6.4.pr.、D. 20.6.4.1。しかしながら、それが明示されない場合、*l. c.*はあるとみなされる。以下の論拠がある。D. 12.6.50、C. 4.6.7。』³⁵⁾

以上から、イノケンティウス4世とホスティエンシスは、*l. c.*の成立要件の定式化を行ったと評価することができる。すなわち、①*l. c.*が成立するためには原

34) ここでホスティエンシスが挙げる「請求 (*petitio*)」と「答弁 (*responsio*)」という*l. c.*のメルクマールは、以下のグレゴリウス9世の教皇令「オリム」(1227-1234)を引き継いだものと思われる。これは、単なる事実関係の陳述ではなく、両当事者からの法的な申立が求められるようになったことを示している。
X 2.5.1「一方当事者ノワイヨンの司教と、他方当事者クインティヌス教会の聖堂参事会の間で、不法について、破門の判決について、別の事項について、問題の材料が生じていた。裁判官たちは、措問がなされ、それに対して答弁がなされ、両当事者が主張したいと思うことを聞いて、同じ事件を司教の審査に委ねた。したがって、当事者の代理人たちが、この事件のために、我々の臨席の下で任命された。たとえ、双方の措問と答弁が、複数の項目について上記の裁判官の面前でなされたとしても、しかし、*l. c.*がなされたということのをわれわれは見出さないため、つまり、措問とそれに対する答弁ではなく、法廷で主張される請求とそれに続く答弁によって*l. c.*は行われるのだから、彼らの訴訟は、我らの兄弟たちの助言によって、無効だと言うことを彼らに伝えるべきだと我らは考える。(Olim inter episcopum Noviensem ex parte una, et capitulum ecclesiae sancti Quintini ex altera super quibusdam iniuriis, et excommunicationum sententiis et quibusdam aliis articulis orta materia quaestionis (*Et infra:*) Iudices factis quibusdam positionibus et responsionibus ad easdem, auditis etiam quae partes voluerunt proponere coram eis, causam eandem ad examen apostolicum remiserunt. Procuratoribus igitur partium propter hoc in nostra praesentia constitutis, quamvis positiones et responsiones hinc inde super pluribus articulis factae fuerint coram iudicibus memoratis, quia tamen *litis contestationem* non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in iure propositam et responsionem secutam *litis contestatio* fiat, processum ipsorum de fratrum nostrorum consilio irritum duximus nunciandum.)」

則として l. c. を行う意思が必要であり、②その意思がない場合は明確に留保をしなければならず、③留保がなされなければその意思があるとみなされ l. c. が成立する。この定式化によって、二人のカノン法学者はアゾーおよびタンクレードゥスの学説と、教皇令「プロウト」との間に生じた矛盾の調和を図っているように見える。というのも彼らは、一方で教皇令のように意思がなくても訴訟を遂行する道を外形上の行為からの推定という方法で残しつつ、他方でアゾーのように留保によって l. c. の成立を避ける手段も確保しているからである。以上のような当事者の意思についての解釈の変化は、現代的に言えば、訴訟開始時における当事者の意思の取扱いが意思主義から表示主義へ移行したことを示している。

さて、ここでタンクレードゥスおよびアゾーの学説と教皇令「プロウト」の矛盾について再度検討したい。シュリンカーは、留保を付けなければ当事者の意思が推定されるため、結果的に両者の矛盾が解消されると述べていた。しかしながら、純粋にタンクレードゥスとアゾーのテキストを読む限り、彼らは事件について「手続を進める意図」がない場合の一例として、留保を付ける場合を挙げているにすぎなかった。それゆえ、意思がない場合としては留保を付ける場合以外にも存在しえ、必ずしもその場合に限定されるものではないと考えられる。留保を付けなければ当事者の意思が推定されることが定式化されるのは、より後の時代、すなわち 13 世紀中葉のイノケンティウス 4 世およびホスティエンシスの著作においてである。したがって、タンクレードゥスの時代においては、まだ留保の必要性は明白ではなく、必ずしも留保の不存在から当事者の意思が推定されるわけではないと思われる。

35) Hostiensis, Summa, lib. II, rubr. De litis contestatione, § qualiter fieri debeat: „Sed & ita demum contestatur, si petitioni respondeat animo contestandi litem. secus, si reus dicat, Ego narro factum, sicut coram amico non animo contestandi litem. arg. j. de ord. cog. cum dilectus. j. de testi. dilecto. & argu. ff. de condi. & demon. l. 2. in si. ff. quib. mo. pig. vel hypo. sol. §. debitor. §. in venditione. sed si non exprimatur videatur lis contestata. ar. ff. de cond. indeb. quod quis. ff. de verb. oblig. quod quis quid astringendae. C. de condi. caus. dat. si repetedi.“

おわりに

以上で論じたように、13世紀前半には*l. c.*の要件として当事者の意思を要求する法学とそれを否定する教皇令が対立する状況が続いたが、後に矛盾調和が目指された結果、*l. c.*の要件の定式化が行われ、被告の応訴という外形上の行為から当事者の意思を推定する方法が編み出された。この解釈の変化は意思主義から表示主義への移行を示していると言える。また、別の見方をすれば、*l. c.*は合意を擬制する機能を持っていた。被告の形式的な応訴から争訟意思を推定することによって、当事者の相争う意思によって訴訟が開始されるという原則を形式的に維持しつつ、当事者の意思が定かでない場合にも訴訟を遂行することが可能になったのである。ただし、それでもなお被告には留保によって訴訟の成立を避ける手段が残されているという点で当事者の意思という要件の意義は残るため、主観的要件が完全に形骸化されたわけではなかった。

応訴義務との関わりで言えば、はじめに述べたように、学識法訴訟の正規の手続においては、命令不服従に関する規定により被告には事実上応訴が強制されていた。呼出に応じ出頭してきた被告の争う意思が明らかでない場合、意思主義的な理解では訴訟は成立しない可能性が残る。ところが、表示主義的に解釈することにより、留保さえなければ応訴から当事者の意思を推定できるようになるため、当事者の意思が不明瞭な場合にも訴訟が成立しうようになる。つまり当時の学識法訴訟は、応訴義務と当事者の意思の推定を組み合わせることによって、訴訟制度全体の実効性を高める方向にあったと思われる。ゆえに学識法訴訟における*l. c.*の意義は、国家による裁判制度がまだ確立されていない時代において、当事者の合意によって訴訟が開始されるという前提を維持しつつ、訴訟制度の実効性を高めることを可能にした点にあると言えるのではないか。とはいえ、本稿は一部の史料を分析したにすぎない。以上のことを十分に証明するためには他の法学者の著作を通して丹念に学説史を辿ることが不可欠であろう。これについては今後の課題としたい。

【利用史料一覧】

Azo, Summa super codicem (Corpus Glossatorum Juris Civilis, tom. II), Augustae Taurinorum 1966.

Azo, Lectura super codicem (Corpus Glossatorum Juris Civilis, tom. III), Augustae Taurinorum 1966.

Tancredus, Ordo Iudiciarius, in: Friedrich Christian Bergmann (Hg.), Libri de Iudiciorum Ordine, Göttingen 1842, S. 89–316.

Hugolinus, Dissensiones dominorum, in: Gustav Haenel (Hg.), Dissensiones Dominorum sive Controversiae veterum iuris romani interpretum qui Grossatores vocantur, Leipzig 1834, S. 317–552.

Decretalium D. Gregorii Papae IX., in: Aemilius Friedberg (Hg.), Corpus Iuris Canonici, pars secunda: Decretalium Collectiones, 1879 (Nachdruck 1959).

Innocentius IV. (Sinibaldus Fliscus), Commentaria super libros quinque decretalium, Frankfurti ad Moenum 1570.

Hostiensis (Henricus de Segusio), Summa aurea, Venetiis 1574.