

ジヨルジュ・シュヴリエ

「債務におけるコースズの歴史に関する試論」(五)

岸上晴志

石堂典秀

第三章

弁証学のフランス学派における抽象的証書の復活 (P. 92)

フランスの弁証学者は、問答契約と文書 (litteris) 契約の二つの場合に抽象的証書を復活させながら、契約におけるヒエラルキーを再構築するということと、理論上債務を発生させる証書を証拠証書に対置させるという二つの欲求に従っていた。彼らは、厳格な形式主義に戻るつもりも、商業上の必要性から課せられた実務に効果を与えるつもりもなかった。彼らは、四博士の理論やプラッケンティヌスの著作まで遡って起源として考えていた概念に反対しつつ、単に註釈書の体系の一定の結果に異議を唱えている。

註釈書は、裁判で述べられる権利のコースズの宣誓を個人に関して全ての原告に統一的に課していたので、契約締結の一定の方式の優越性を損なう恐れがあった。註釈書は、取り扱う事案の種類を必然的に明らかにすることなく、あらゆる同意がはめこまれるはずの真の枠とはもはや無関係に、コースズと結びつく契約、すなわち売買や消費貸借及びその他のものを区別することをもはや認めていない。さらに、註釈書は、書面によって証明される消費貸借の自白として文書契約を説明しながら、証拠手段と債務の源泉を混同しなかったのだろうか。なぜコースズが書面上表示されることを求めるローマ法の要求を証拠証書の範囲外にまで広げたのであろう。特に、いわゆる形式が欠如している単なる自白の場合にどのようにコースズを債務の真の源泉と

したのである。その概念の唯一の機能は証拠手段の有効性を保障することではないのか。

しかし、債務を発生させる片務行為におけるコースに対するかような対応は、フランス学派が考えたような当事者の給付間で具体的に完成する相関関係という考えに立脚する双務合意における同時履行の抗弁権 (*exceptio non adimpleti contractus*) の役割を忘れさせてはならない。コース及びその将来を含む獲得物に与えられたのが、この新しい領域であり、しかし、コースは、抽象的証書の退行がわがの国学説にもたらした損失を補っているであろうか。ジャック・ド・レヴィニイがこの明白なパラドックスに陥ったのが、契約のより厳格な分析であることを忘れてはならない。すなわち、そのパラドックスとは、コースを双務の合意に取り入れるために、それを片務契約から排除するということである。

I ジャック・ド・レヴィニイの体系 (P.93)

例えば、教皇権至上論者 (*ultramontain*) にとって註釈書を完全に否定することは、難しい。ジャック・ド・レヴィニイの体系は、多くは無名の先人達の長い努力の結果として、可能となったにすぎない。本来、その先人達は、強制された形式主義がもはや当事者の真の意思に疑いを残していない場合のみに抽象的証書を慎重に有効としつつも、註釈書の権威に対する彼らの対応を隠そうと試みていたように思われる。

何よりも抽象的形式への回帰が注目されるのは、問答契約においてである。

ジャン・ダンドレの言うことを信じるなら、証拠証書に債務を発生させる証書を対置した註釈書以降の最初の著者としては、マルタン・ド・ファノということになる。彼はコースの表示なしに約束が有効となる、すなわち「コースを特定することなく債務は有効である (*obligatio valet sine specificatone causae*)」ということを認めた。註釈書が、創設していた回り道、「いわゆる推定贈与 (*donation supposée*)」を使う必要はない。すなわち、問答契約は、現実の法律行為 (*negotium*)、もしくはそれを欠く場合の無償の意図が、その存在を示しているかどうかを探る必要なく、それ自体価値を有する。かように、債務と証拠の区分に基づく原則及びその解釈が、同時に現れた。

マルタン・ド・ファノの書式集をわが国で保持していたのと同じほどには、証拠及び訴状の方式において一般原則の痕跡が存在しないことを認めなければならぬ。問答契約による約束は、原因付けられた証書のような外観を常に呈する。すなわち、原告は、自らが実現することを求める贈与の種類を、要するに純粹で単純な贈与なのか、もしくは報酬的な贈与のかを示すまでになる。しかしながら、次の二つの場合には、問答契約は、抽象的形式を用いる。それは、宗教的言明 (*profession reli-*

giense) と誓い (hommage) である。規則に変更をもたらすには、手を合わせるという副次的儀式的履行が証拠となる意思の合致の厳正さが、軽率な約束から約束者を免らせたと推定される。ただ誓いは、変更された目的で行われるので、誓いにあつてのみコースの言明が有益であるということに注意しなければならぬ。しかし、この二つの例外を除けば、原因付けられた証書が存在するにすぎない。自由人に禁止されている奴隷契約は、第三者の協力によって可能となる売買という双務契約の形で偽装されなければならない。いわゆる奴隷が、実際、自ら進んで他人に仕えるのに、いわく付きの奴隷 (servus) であるという真の条件を知らない買主に、第三者がその奴隷を売るように見せかける。書式集は、売主の行為は、対価を受け取るという願望によって決定されたにすぎないと強調している。しかし、かようなことが、非常に狭い真の抽象的言語証書の最初の適用であつたのであるが、その証書は全く別の運命をたどつた。その結果、ジャク・ド・レヴィニ以前には教皇権至上論者は単純な言語契約と、誓いによって補強された問答契約とをもちや区別していない。ある一つのコースの表明は、あらゆる場合に有効とはならない。ジャン・ド・ブラノは、註釈書に根本的に対立するかのような学説に関しての最も大胆な代表者であつた。なるほど註釈書に対立するその見解が法学者の支持を得ていることを彼は知っており、訴状にコースの言及をすることを勧めているが、かような主張は合理的ではない。すなわ

ち、債務のコースに言及することを要求し、この危険から保護されるのが非常に容易であるのに、なぜ人々は誤って約束しようかと推定されるのであろうか。例えば客体の供与 (re) といわれるようなその他のあらゆる債務が、それ自体で有効な訴権を発生させるのに、なぜ特に確固たる (firmus) 証書である問答契約が、外因 (cause extrinsèque) によって支えられることを必要とするのであろうか。後者の場合、自然法とのつながりが問答契約に欠けるので、市民法にのみ立脚しているという致命的な欠陥を問答契約が有していると言われているからであらうか。言語の方式 (verba) が市民法上の債務に起源を有するにすぎないというのは、イリネリウスの考えであつた。しかし、問答契約にも、以下で示すような自然法上のつながりが存在するとジャン・ド・ブラノは反論した。彼は、当然になされる言葉の交換以外に、問答契約が明白な同意を推定するとは言っていないのだろうか。自然法上の基礎となるのがこの同意 (consensus) である。市民法にも自然法にも同時に基礎をおく証書がいったい独りでに無効となり得るのであろうか。それ故、確定物返還請求訴訟 (condictio certi) の訴状に問答契約のコースを表示することは、理論上無益であるということとは周知のこととなつた。それは、被告がこのコースを言明することを行為者 (agens) に要求する場合、行為者は、それをすることに拘束されない、と答えることができる。なぜなら、各人、適切な事実の理由 (causam facti sui) を知っているはずで

ある。被告は独自の行為の動機について自らが熟知しているのであるから、原因の開示 (*editio causae*) が何に役立つのであろう。裁判官の介入を考慮しないとは、なんと奇妙な理屈であらうか。さらに、コースの提示に関してどこまで気にかけるのか。すなわち、コースのコースや無限なまでの進展を探ることにはならないのか。わが国の学者は、コースと動機を区分しながら、その探究に障壁を置くことを知らない。従ってコースの表明は重要ではない。

時折、副次的関心がコースに寄せられる。マルタン・ド・ファノと同様にジャン・ド・ブラノは、付加的儀式によって効果を与えらるる問答契約上の誓いを分析している。非常に多くのそれらの適用が、封建制上の誓いを違法行為を治癒する和解の誓いへと近づけている。その効果は、ある場合は約束者のみに与えられ、またある場合には、その相続人に与えられる。誓いを行う人の態様が個人のみか、世襲的なものかを決定づけるために、約束のコースが考慮された。それが、違法行為を治癒することを目的としていれば、罪のある個人に対してのみ効果がある。また、それが、完全な領地権のない場合に、領主の保護を得ることを目的としていれば、権利者の相続人を拘束することができる。なぜなら、父は、その子を売ることも、後見に服させることもできるように、彼らを拘束することができるからである。

同じ論拠が、ジャク・ド・レヴィニイによって再びとられ、

より強く表明された。彼は、その勅法への註釈で、明白にジャン・ド・ブラノを模倣した。その先人たちのように、あらゆる種類の法律上の機能をまとうのに適している問答契約の性質から引き出した反論も彼の説には何ももたらさなかった。何らかの契約の結果として、支払われる支払と、何らなされていなくとも生じ得る支払とは、同じではない。しかし、支払が有効であり、表示されたコースの欠缺が、瑕疵ではないことには異論がない。すなわち、貸金は支払われ、保証される (*paria sunt solvere et promittere*)。その比較が重要である。なぜなら、それがいかにして抽象的証書が批判され得るかを説明するからである。非債は、免除証書における場合にはまだしも、債務を発生させる証書では、絶対に推定されない。誤って支払ったと主張する人が、その錯誤の証明をする義務を負う。すなわち、コースなしに約束をしたと主張する債務者が、その債務が不法なまた詐欺的な基礎に立脚していると証明する負担を課される。純粹な形式手続上の抗弁はもはや認められない。逆に註釈書の体系では、悪意の抗弁は、「被告が悪意を抗弁する」ということで証拠を要求していないということを想起した。すなわち、問答契約がコースを有していることを証明しながら、その訴権の障害を除去するのは原告である。ジャック・ド・レヴィニイは、否定的事実の証明を提示する困難さにもかかわらず、契約にコースないことを証明する作業を逆に被告に与えている。しかし、抗弁する可能性は、ある矛盾によって排除される。債務者が、

約束のコースの欠缺を援用しようとするならば、彼の主張は却下される。またそれは、債権者が、贈与することを望んでいたとみなされることを知っていたか——但し原告がそれを証明しなければならぬが——、知らないと言ったとしても、信じられない場合である。なぜなら、彼がその事実を誤解していたということはありえそうもないからである。しかしながら、テクストは、原告 (actor) が、なぜ債務者が強制されるかを知っているかということを示さない限り、その無知 (いわゆる善意) は推定されなければならないと認めている。コースの欠缺を証明することを認めたとしても、債務者がその主張を証明することに成功するまでは、問答契約は抽象的証書の性質に与えられる有効性の外観をそれでもなお保持する。

抽象的な口頭約束に抽象的証書による補完を与える試みがなされていた。

問答契約固有の方法を用いてその結果に導くことができるであろうか。多くの場合、問答契約は、行為の総体を有効とする証拠 (instrumentum) の最終条項として形成された。コースの欠缺にもかかわらず、単なる債務の宣誓が有効となるために、どんな書面でも問答契約がなされたと推定するだけで十分であったであろう。問答契約が暫定的ないし推定される場合が多くなる。しかし、かような応急処置は、言語契約の範囲に誤って書面による契約を包含するというあやまちを犯す。すなわち、

いわゆる文書契約が書面上の問答契約にすぎないのであれば、その契約は、「債務を負うことを約する (promitto me debere)」という同じ公式を用いなければならない。すなわち、「債務を負うことを認諾する (confiteor me debere)」と述べる時、それを必ず原因付けられる証拠証書としてみなされることになる。フランス学派にとって、それは全く別のものである。証拠証書の権限とは全く別にその有効性を損なうことなく、抽象的形式をとることのできるものは、問答契約に匹敵するような債務の源泉である。

直に重大な困難が生じた。問答契約をコースから分けることが容易であったならば、その分、文書契約について同じ区分をすることは困難なように思われる。文書契約は、消費貸借上の原因に必ずしも結び付かないのか。そのコースを表示しなくても済んだとしても、それでも文書契約は外見上抽象的であるにすぎない。すなわち、その完全な効果をもつコースの存在が常に知られていた。

この点について、ジャック・ド・レヴィニイの考えは、一定していない。すなわち、彼の思考は、法学提要註釈 (commentaire aux Institutes) から法典講義 (lectura Codicis) へ変化している。後者の場合に、文書契約は、一般的な抽象的証書としてみなされ、その書面の対をなす問答契約にあらゆる点で類似するにすぎない。しかし、その相違性は残されるであろう。すなわち、いかなる訴権がこの復活した契約に効果を与え

るのであるか。それを証拠証書からいかにして区分するのであるか。ジャック・ド・レヴィニイは、その説明のためにこの問題に立ち戻らなければならなかった。その弟子達が満足するほどに、フランス学派の指導者の考えを理解するだけでは物足りない。

*

ある基本的区分がジャック・ド・レヴィニイの全体系を支配している。それは、真の消費貸借と、ジャン・バッシャンと註釈書の市民法上のみの消費貸借の折衷的構成をとる疑似的消費貸借である。

もっとも、その考えはそれが初めてではない。その考え方を知っていて、それにくみしていたと思われるジャン・ド・ブラーノは、ジャック・バルダンのものとした。バルダンにとっては、物の引き渡しによって成立する契約のみが消費貸借の名に値する。すなわち、それ以外は、問答契約や文書契約といった形式的証書が存在するにすぎない。金銭の受領が期待されるにすぎないにもかかわらず、ある人が消費貸借の原因から (*ex causa mutui*) 債務者であると分かる書面が、消費貸借の一変種を証明することにはならない。これは、真の文書契約である。ジャック・ド・レヴィニイのすべての説は、この区分に根ざしている。しかし、真の消費貸借と消費貸借の原因に基づく文書契約との相違をいかにして明白にするのか。前者の場合には、我々はレヴィニイの「法学提要註釈」で知ることができ、ジャック・

バルジャンがすでに示していたのがその兆候である。すなわち、実現された消費貸借かそうでないかということが、そこに関係付けられるのが適切である。その意味で、文書契約はコースと切り離れていない。すなわち、それは、常に将来の消費貸借を指してなされる。それゆえ、単なる証拠上の消費貸借の証拠 (*instrumentum mutui*) の抽象的性質によって区別されない。さらに、私的証書や公的証書によっても実現され得る。混同が生じるほど多くの関係がある。それらを区分することを求めなければならぬのは、わが国の証書以外の形式や文書契約の一般的特質に起因する基準にではなく、金銭の受領がなされていたのかという基本的要素にある。

各々の訴権が依拠するのは、その事実である。金銭が請求された場合、確定物返還請求訴訟すなわち消費貸借が生ずる。反対に、何ら問答契約が付加されなければ、これは、全く異なる訴権となる。すなわち、債権者を保護する法に基づく返還請求訴権 (*condictio ex lege*) は、法によって生ずる全ての債務の承認である。訴権は、カウザ (*causa*) からではなく手書から、すなわち契約からではなく法から生じるのである。消費貸借を証明するか、文書上の債務を発生させるかという書証上の用語がほとんど異なるのであれば、際立った対立は、訴状では目立たなくなるにちがいない。ジャック・ド・レヴィニイが、訴訟方式を完全に個別化できる訴権名の提示を求めているように思われる。おそらく、非常に正確な状況の説明が十分なもの

としてみなされたのであろう。例えば、 Δ が私に一〇金貸したと申し立てた *Dico* …… *quod X scripsit se debere mihi decem* 〳と述べる場合、消費貸借が行われたことは確かであり、確定物返還請求権が原告に与えられる。Xが消費貸借の原因に基づいて私には一〇金の債務があると書きしるしたと申し立てた場合、消費貸借の原因は、必ずしも消費貸借が現実のものであると示していないため、提起される訴権は、法に基づき訴権となる。

しかし、かような訴権は、実務上機能していたのであろうか。消費貸借と問答契約から生じる二つの確定物返還請求権によって、それは排除されたのではないのか。ジャック・ド・レヴィニイは、わが国の訴権の理論上の適用範囲を確定した後、法に基づき返還請求権のあらゆる効果を否定するまでになった。

訴状についての先述の例に再び戻る。すなわち、訴状が消費貸借上の原因に言及する場合である。ところで、債務が文書 (*litterae*) の厳格な形式を推定するとジャック・ド・レヴィニイは考えていたのであろうか。すなわち、万事が規則に従って記載されたか推定されるべきではないか。言及されたコースがまさに現実であれば、消費貸借が行われたと言われるのであろうか。それ以来、消費貸借の名において確定物返還請求訴訟が提起された。金銭の受領がなされていないと確信される場合、問答契約から生じるその他の確定物返還請求権に立ち戻る。かような訴権が存在するためには、何が必要であらうか。それ

は、契約の用語が推定され得る単なる意思の合致の交換であらう。法に基づき返還請求権の領域は喪失しないのであろうか。文書契約は、一部は消費貸借に吸収され、残りの部分は消費貸借の原因付けられた問答契約 (*stipulatio mutui causa*) によって吸収されてはいなかったのか。かつての主張全てを挫折させるなんと奇妙な理論であらうか。

批判が高まり、ジャック・ド・レヴィニイはすぐにそれに気がついた。同意の相互性が存在するとき常に問答契約が存在していたなら、全ての約束は言語契約の領域に含まれる。弁済約束がそうである。私が他者の債務を支払う約束をするとき有するのが、弁済約束の訴権であって問答契約に基づくものではない。さらに、問答契約は適切な将来の言葉 (*verba futuri temporis*) を要求する。ところが、文書契約は、過去ないし現在と関係する言葉、すなわち消費貸借の証拠 (*instrumentum mutui*) との混同から新しい動機であり続けるものによって認識され得る。消費貸借上の原因が消費貸借に等しいということについては、金銭不受領の抗弁を厳格にする限り少しも効果がない。

消費貸借上の原因への法に基づき返還請求権の結びつきは、事実上、単なる確定物返還請求権のように二年の間、金銭不受領の抗弁に服す。しかし、その期間の経過後、その固有性が明らかになる。確定物返還請求訴訟の場合、二年の経過をもたらず金銭受領の推定にもかかわらず、悪意の抗弁が常になされ

るのに対して、法に基づく返還請求権は、金銭の受領ではなく手書のみ (*sola scriptura*) に基礎を置くので、債務者敗訴判決は避けられない (*erit condemnandus non quia numeravit, sed quia scripsit se sic debere*)。

かようなことが抽象的な文書証書についてのジャク・ド・レヴィニの初期の学説の側面である。その概念はまた遠慮がちである。彼は、一方でコースと完全に切り離される訴権が文書契約から発生することを認めながら、文書契約上の債務は、消費貸借上の原因から生じると再び主張した。ある種の矛盾によって消費貸借に結び付けられた法に基づく返還請求権は、金銭不受領の抗弁に服したままである。

*

ジャク・ド・レヴィニは、その欠陥を理解しており、法典註釈で文書契約を消費貸借に結び付けた最後のつながりを切り離した。抽象的書面は、問答契約と同様に広く一般的形式となった。言語の方式と文書は同じであり、均衡している (*similia sunt et proportionalia verba et scriptura*)。問答契約にとって、新しい役割が与えられた。問答契約が消費貸借に従う場合、原告が訴訟提起するのは問答契約の名においてであるのと同様に、文書契約から生じる訴権が消費貸借から生じる訴権にとって代わった。約束が交わされた後でも、その契約の性質がどんなものであろうと事情は同じである。例えば、私は、馬の売買の結果、ティティウスに一〇金支払うことを書面で認め、

支払う約束をしたという場合である。ティティウスは、コースを考慮しなければ、書面上の私の約束を用いることで私を訴えることができるのであろうか、あるいはその権利が依拠するコースの存在を書面によって証明することで売買から生じる訴訟を提起するのであろうか。学者達はみな後者の立場をとった。非常に大胆にもジャク・ド・レヴィニは、ティティウスが単なる文書 (*scriptura*) を援用することで、法に基づく返還請求権によって訴訟提起できることを認めた。上述の例においては、債務の自由以外に支払う約束が存在することに注意しよう。論理上、その約束は、付加的問答契約として解釈されなければならぬ。すなわち、これが、「法学提要註釈」でのジャク・ド・レヴィニの見解であり、この事例は、消費貸借上の原因に基づく問答契約の事例に含まれなければならない。問題となるのは、まさに文書契約であるというこの疑問が彼を阻むことはなかった。すなわち、約束する (*promitto*) という言葉は、証拠方式とは対照的に、何らかの債務の源泉を示すものとしてみなされなければならない。その用語が、口頭でなされていないことが確かな場合、その用語は問答契約と結びつくことができない。文書契約と消費貸借とを区分することに向けられる金銭受領の事実以上に明白な基準としてその用語の存在を見ることが出来る。かような書面の形式への回帰は、レヴィニの「法学提要講義」の理論に関する進展である。

従って、債務を負う意思 (*animus obligandi*) が本当に

存在すれば、またコースの証明とは無関係に、コースがどんなものであるかと、とにかくコースが存在することを証明すれば、そのコースの証明方法とは無関係に、訴権はいかなる書面からでも発生し得る。すなわち、手書は、債務意思を含んでいれば、コースなくして有効である (*si scriptura habet formam obligatoriam valet sine causa*)。訴権は、原則として、書面の作成から合意された債務を債務者に即履行することを強制する。すなわち、書面上の債務がコースに代わって消費貸借をとることが明白なときにコースへのつながりが問題となるにすぎない。法に基づく返還請求訴権は、消費貸借に基づく確定物返還請求訴権 (*condictio certi ex mutuo*) として扱われる。すなわち、二年間は、金銭不受領の抗弁がその訴権を停止させる。二つの返還請求権を分けたあらゆる相違性が、その期間の経過において再び見出され、法に基づく返還請求訴権の抽象的性質が明らかになるといふことがすでに知らされていた。

かようなことが、概ねジャック・ド・レヴィニイの体系である。すなわち、債務を発生させる片務的行為は、コースの正当化とは無関係に有効である。コースの存在と訴権の付与との間には、註釈書が確立したような必然的關係がもはや存在しない。コース概念が介入しなければならぬ領域は、証拠証書に限られる。

かのような最終的な結果は、形式なくして意思の表明から生じ

る債務の真の基礎をコースに見いだしていた註釈学者の理論や教会法学者の理論に反する。しかしながら、その結果は、フランス学派の学説にはきわめて当然であった。ジャック・ド・レヴィニイは、実際、その厳格さによって区別される。すなわち、その厳格さによって彼は、強制力ある約束の概念を拡張しようとするフランス学派の試みに反対し、たとえフランス学派の学説がもはや裸の約束が存在しないと主張しようと、また多くの衣を着けた約束 (*vestimenta*) を主張しようと反対する。彼は介入物 (*interventus rei*) や共同相続人間の契約 (*cohereditia contractus*) 以外の衣を着けた約束を認めることを否定する。彼は、契約がその一種である領域を約束から導く註釈学派の一般的体系を非論理的で合理的でないとして批判する。契約は、衣を着けたものとは全く別である。彼が、たとえそれが原因付けられた場合でも単なる自由に債務の源泉を見いだそうと望んでいなかったことは驚くことではない。どこに衣に付けた約束が存在するのであろうか。それが書面であらうと、証人の面前で口頭で宣誓されようと、その性質は変わらない。訴状にあっては、認諾に基づいて (*ex confessione*) 提起することはできない。

ジャック・ド・レヴィニイが存在理由を与えていない特権によって債務の源泉になるのは、裁判上の自白のみである。しかし、訴権が発生したなら、コースに言及することはもはや必要ではない。

それ以来、認諾 (confessio) は何となるのであろうか。それは、先行した債務の証拠手段の役割とされる。しかし、その効力は、全てコースの言及にある。認諾が証人の面前で、あるいは書面でなされたのかは問題ではない。ジャック・ド・レヴィニイが決してとって代わることのできない証拠方法 (instrumentum) を主張するのは、最終的な認諾 (confessio in extremis) の場合にすぎない。さらに、通説に従えば、かような書面は、債務の証拠とはならず、単に遺贈を構成するにすぎない。

非常に厳格な学説は、実際緩和されなければならない。書面上の認諾と文書契約を区別することは難しい。ジャック・ド・レヴィニイは、正確な基準を提示していない。すなわち彼の「法典講義」によれば、債務があると認められる証である約束する (promitto) という言葉の挿入は、「法学提要註釈」では求められていない。後者ではまた、証人の面前でなされる原因付けられた単なる自白に強制的効果を与える方法を認めている。その自白は、論理上、単なる証拠手段としてみなされるにすぎず、これは、「法典講義」に従う明白な見解である。書面の作成という事実のみで債務の宣誓が訴権を発生させるのに、その宣誓が口頭であるというだけで、あらゆる効力を拒否するのは過酷ではないのではないか。かような論理は、文書契約と消費貸借上の証拠 (instrumentum mutui) とを十分にまだ区別していない彼の「法典講義」の体系にあっては、ある程度理解

される。註釈書の古くなった解釈は、一時その権利を修正した。さらに、最終的意思 (in ultima voluntate) である自白に加えられた宣誓は、相続人の負担に置く。しかし、非常に狭いかような例外は、自白がそれ自体原因付けられていたとしても債務の源泉とはならないという規則を補強するにすぎない。簡潔に言えば、ジャック・ド・レヴィニイは、形式的片務契約からコースを削除した。彼は、証拠証書のみをコースを残した。

II ジャック・ド・レヴィニイの体系の運命 (P.116)

ジャック・ド・レヴィニイの権威は、その抽象的証書に関する彼の体系がフランス学派の弟子達の下でほとんど完全に再発見され、バルトルス学派の著作をより活気づけるようなものであった。

しかしながら、バルトルス以来再構築された伝統的見解は、その弟子ピエール・ド・ベルペルシュが文書契約上の債務 (obligatio litteris) に関する彼の学説を激しく批判していたことを認めていた。そのことは、ジャック・ド・レヴィニイの考えを無視することによって説明される。レヴィニイは、その契約が最初から (ab initio) 純粹かつ単純な債務をもたらすのではなく、条件付きの権利とつながりをもつにすぎないと主張していたのであろう。すなわち、金銭の受領は、停止条件とみなされる。逆に、ピエール・ド・ベルペルシュは、文書契約

上の債務は、その発生から完全であると主張していた。フランス学派の指導者であるレヴィニイの作品には、一般に彼のものとみなされる学説の痕跡を何ら見いだせない。これが、その教育の根本的失敗を信じない理由である。一般的契約の形態である文書上の債務に関するその概念は、ピエール・ド・ベルペルシュとその後のバルドゥの二人の学者以外には注目を集めなかった。

しかしながら、理由を聞くまでもなくピエール・ド・ベルペルシュは、レヴィニイの学説を肯定的に受け入れなかった。彼は、訴権の性質に関する近代学者 (*Doctores moderni*) を批判し、註釈書に留まっている。さらに、彼は、ジャック・ド・レヴィニイの下でさらに広まった抽象的問答契約と衡平に関する学説との矛盾に注目していないわけではない。

従って、彼は、弁済約束としての証書におけるカウザの宣誓を訴訟開始訴状から根本的には排除してはいない。レヴィニイの影響は、それにもかかわらずより強くなった。抽象的問答契約が有効であることを彼が完全に認めていたことは、疑いがなない。さらに、彼は、証拠としての (*ad probandum*) 書面と債務としての (*ab odligandum*) 書面とを詳細に区別して、その形式と文書契約上の認諾 (*confessio literis*) とを対比する。論理上、債務としての書面は、有効な訴権をもたらさなければならぬ。債務者が金銭の全額を受領することを期待して約束したことをいかなる状況証拠も推察させない場合、

ピエール・ド・ベルペルシュが果敢にも金銭不受領の抗弁の作用を排除しているとかがえられる。▲認諾者がその支払義務を負い、約束すれば、合意者は、金銭不受領の抗弁を有しない *Ubi (quis) confitetur se debere et promittit se solutum, valet (obligatio) et si conveniatur promittens non habet exc.n. num. pec.*。文書契約上の債務とそのコースとの間の区分は、絶対的である。ジャック・ド・レヴィニイは、その弟子ほど断言的ではない。それでも、彼は、一貫性を保持することに注意し、ほとんど全体として註釈学者の概念に帰着した。債務の文言が何であれ、その債務が消費貸借上の原因を生じさせることが常に推定されなければならない。すなわち、金銭不受領の抗弁が常に認められていることになる。しかし、文書契約上の債務にコースが必ず示されなければならないとは、理解されなかった。奇妙なことにレヴィニイは、文書契約上の債務と問答契約を接近させた註釈書の権威を引用し、コースのない問答契約が有効であると考えたのである。彼は、近代学者 (*Doctores moderni*) からその借用を隠そうとしたのであろうか。

証拠証書に関して、ピエール・ド・ベルペルシュは、区別された認諾 (*confessio discreta*) についてのその当時の学説を再主張した。

後のフランス学派の一人であるジャン・ド・マコンの著作に見い出されるものもまさに同じ区分である。彼は、自由につい

ての三分を認めた。すなわち、それは、裁判上 (in iudicio) の自白 (口頭の約束を含んでいないとしても、裁判官の面前という理由で価値のある) と、裁判外 (extra ius) の自白 (有効な証拠をもたらす原因付けられた) と、裁判外の自白 (証明されないし原因付けられない) とである。彼は、事実上当然に (ipso facto) 有効な形式である文書契約上の債務を別にしてゐる。なぜなら、その基礎は、当事者の意思にあるのではなく市民法にあるからである。その概念には、市民法の重要性についてのジャック・ド・レヴィニイの学説の拡張がある。問答契約について、ジャン・ド・マコンはあまりはつきりしない。主として、問答契約は原因付けられなくても、価値を有するが、それが確かな (precise) コーズによって生じることとも可能である。後者の場合、コーズの欠缺は、その有効性の障害となるであろう。かようなことが、ジャック・ド・レヴィニイの考えの最後の影響である。その他の学者は、ピエール・ジャコブのように彼を無視するか、ジャン・フォールのように批判した。これまでの彼らの価値を低下させるに至ったことが、学説の形成においてフランスのローマ法学者へ立戻る人から述べられるのは、皮肉であろう。しかし、教皇権至上論者の対応を法学提要の運命を危うくすることのない取るに足らない出来事としてみなすならば、重大な過ちを犯すことになる。結局、彼らの影響力はかなりあった。ジャック・ド・レヴィニイを批判した作品は、それよりも生き延びた。註釈書の欠陥をキヌスによ

って知ったバルトルス学派は、彼らが伝えてきた学説を改善しようと試みた。

第四章 バルトルス学派時代の目的因の普及 (p. 120)

「アックルスの」註釈書とジャック・ド・レヴィニイの説との間で、バルトルスとその最初の弟子達は、自らの態度を決定するのにはほとんど迷わなかった。彼らはフランス学派の学説を放棄した。消費貸借の説にのみ関連する原因付けられた問答契約理論と疑似文書契約の概念とを復活したことがわかる。しかし、すでにフランス学派の「註釈書に対する」批判は、成果をあげていた。文書契約はもはや書証とは混同されない。バルドゥスを中心とするバルトルス学派の、後の普及は、穩健な制度へとたどりつくことになる。そこでは、多くの部分が、ジャック・ド・レヴィニイの理論と一致する。彼らが註釈書へ戻ったり、論理に傾倒しフランス学派の思考に賛同していることから、かれらは、何物も考案しているわけではなく、我々は、如何なる基準において彼らの思想がオリジナルであるかを探究するとうう無用な労をとっているようである。

彼ら独自の業績は、その先人達の業績に潜在的に含まれた概念を深く掘り下げることと、折衷的な構成でそれらを配合することであった。特に、バルドゥスの著述の中心点は目的因であった。抽象行為に対する防御という実務制度の側で、わが国の学

者達が補強することになるその註釈学者の個人的創造は、一四世紀以後、周辺哲学から素材を借り、新しい学説を作り上げていく。その学説は、実務上コースと一体化する法律行為(NEGOTIUM) (経済的行為もしくは贈与)の性質には関心を示さず、かような行為を新しい債務と結びつける関係について専ら分析している。コースは、同意の一部としてみることになる。すなわち、コースは意思が追及する目的(FIN)である。

それは、この概念の論理的価値と必要性を確立することであった。しかし、この思索は、法律家を満足させていない。あらゆる状況にあっても、このコースに関する監督権を裁判官が持つことは、果して適当であったであろうか。ジャック・ド・レヴィニイは、法律行為の一つの範疇である形式行為を、この分野の研究からすべてはずしていた。何人かのバルトルス学派の学者が、同じ概念を共有したとしても不思議ではない。すなわち、概してバルトルス学派は、中間的制度より註釈書を尊重している。しかし、新しい商実務は迅速な形式を主張し、時折かようなコースの探究を犠牲にするようになる。したがって、法分析の進歩にもかかわらず、抽象行為が註釈学派の時代よりも長く生き延びてしまった。

他の点に関して、バルトルス学派の努力は、一五世紀の終わりまで実りのないものになってきた。彼らが、双務契約から生じる二つの債務の理論的牽連性を完全に理解したにもかかわらず、譲与と原因ある(ob causam)贈与の領域外で、コース

の欠如のための解除の理論を機能させることはできなかった。それは、ローマ法に反対することであったのであり、もはやその欠陥を埋めることはなかった。

I 片務行為におけるコース (p.122)

片務行為とそのコースとの関係の綿密な性質に関する註釈書の説明は不十分であった。コースを表示する必要性は、訴訟上の規則から生じていたが、この概念の本当の性格は如何なるものであったのか。註釈書は、かような明かな継承の順序が、どのような真の因果関係であったか示さずに、それを着衣の、先行因と呼んでいた。しかも、コースは、債務の外周にある(バルトルス学派にとっては、まだ真実である)ようにみえただけでなく、債務とは関係がない(バルトルス学派は、もはや認めていない)と、思われていた。周知の如く、ジャック・ド・レヴィニイは、コースが含まれていない約束も有効な訴権を基礎付けるのに充分であるということを判断し、かような自律性を主張していた。註釈書に近い概念に立ち帰りつつも、バルトルス学派は、フランス学派の批判を広く考えにいれなければならなかったし、彼らが、部分的にその批判に打ち勝ったとしても、それは片務行為とそのコースを結ぶ関係のより深い分析に依拠していたのである。ただ、バルドゥスは、部分的にこの試みに成功した。

バルトルス学派が、問答契約とそのコースの関係を合目的性の関係としてとらえるまでに高めることはできなかったが、それでも彼らは、その体系の実務上の効果と、意見が一致していた。抽象的言語契約に対して、註釈書によって蓄積された訴訟上の障害を補強した。

バルトルスは、訴状に全く虚偽であるコースが示されると困ると思っていたので、アックルスのした用心を強調している。負債のカウザ (*causa debiti*) は、単に、種類において (*in genere*) 名付けられるべきだけでなく、非常に明白に示すべきである。「売買に基づいて約束したと宣告する (*decem quae promisi ex venditione*)」と書くのでは充分ではなく「このような物の売買に基づいて (*ex venditione talis rei*)」と付け加えなければならぬ。そこでコースが表示されていない訴状を、はっきりしない (*obscur*) として判事が拒絶し得るということになるが、それは教会法学者の獲得したものであった。さらに、被告に送られた召還状は、このカウザについての言及を含まねばならない。結局、人的証拠まで、自らによってもたらされた事実の状況について提示する証人を調査する使命を、判事が持つてしまった。註釈書が、裁判官の職務 (*officium iudicis*) に非常に広い概念をとどめていたのに対して、バルトルスは、この審問において判事に認められる規則、すなわち判事にその責務を決め、自由裁量の範囲を限定する規則を明言している。それは、供述が曖昧な証人を新たに調査するあ

る種の権利である。この権限は、どの範囲に及ぶのか。証人に債務原因を証言することを強制してよいのか。バルトルスはこの点に関しては、沈黙している。バルドゥスのみが、当該問答契約のコースを明言しない証言を効力のないものとして却下することに到達した。しかし、証人は、確認した事実を正しいと判断することではなく、それに異議を唱えることであるという役割から、逸脱していなかったのであろうか。バルドゥスは、イノセント四世の考えに従って、所有もしくは債務として明白にされない法律行為において、証人が債務理由 (*ratio debendi*) を述べ、さらに所有の由来する権限の名称をいうことを義務づけられるということが通常要求されると答えている。したがって、抽象的問答契約は法的に承認され得ないだろう。すなわち、その有効性に反対するのは判事の義務である。原因が明白であれば問答契約を有効にする (*causa expressa stipulationem validat*) ということ、すなわち、コースの表示が、裁判上、訴権に認められた一定の価値を問答契約に与えるということ、バルトルスの註釈者が、叙述できたのは、この意味である。しかし、このコースは、虚偽であるかもしれない。悪意の抗弁で対抗しつつ、訴権の結果から身を守るのは被告の役目である。

*

しかし、問答契約をそのコースと結びつける関係の性質はどのようなものか。バルトルスが、この問題を理解していたとは

思われない。言語契約から生じた債務が、同じ当事者間で過去に結ばれたことの一連のものとしてみなされるのか、あるいはまた、それが純粹な無償の意図によって思いついたかのどちらかである。先行因が表示されないすべての場合において、コースの現実的な存在が疑わしいなら、贈与が推定されうるようである。虚偽のコースから生じた問答契約が、時折有効となり得るとするならば、さらに強い論拠から (*a fortiori*)、なんらコースが表示されていない場合や、単にコースの存在が不確かな場合も同様であるべきである。専ら論議されたものは、コースの無償・有償性の問題であり、問答契約にコースの代わりとなるものを与える単純な意図の力についてである。しかし、バルトルスが言語とコース間の関係の性質を決定しようと努めたとは思われない。たぶん、その曖昧さは、コースの定義に関して、彼のとった態度の結果であろう。彼は、この概念を余りに広く理解していたので、それがすべての可能な因果関係、有効で、最終的で(目的因)、形式的(形相因)なコースを含むか、あるいはまた、彼が約定された債務に法律行為 (*negotium*) を関連付ける関係を非常に広い用語で示しているにすぎないので、コースを法律行為自体と同一視するために狭くそれを理解していたかのどちらかである。

法律家達の意見にしたがえば、ピエール・ロムバール (*Pierre Lombard*) の後継を配する格言学者達 (*Sententiaires*) が、ずっと以前から宗教的行為をもたらししていたコースを研究する

ことにより、その分析の手順を法律行為に適用することを最初に考えたのは、おそらくバルドゥスであろう。かくして、彼は、言語に形式的コース(形相因)を、そして人すなわち約束者に有効なコースをみていたのに反して、問答契約の目的因として、法律行為をみなすように仕向けている。しかし、ある大きな反論がその前に立ちはだかった。目的因はコースの第一の威厳、すなわちあらゆる原因の源 (*fons omnium causarum*) である。その欠如もしくはその誤った性質は、問答契約の完全な破棄が生ずるようになる。すなわち、目的因がなければ効果がない (*cessante causa finali, cessat effectus*)。それでもコースのない問答契約は、根本的には無効ではない(原因が存在しなければ悪意の抗弁を妨げる (*non existente causa, obstat exceptio doli*))。言語、すなわち形相因は、訴権を創設する力がある。この特異性をどのように説明するのか。バルドゥスは、与えるという方式は物の供与である (*forma dat esse rei*) というスコア派の格言を引用する事で満足している。彼は、言語の中に二つの債務の源、すなわち市民法のそれと自然法のそれとをみているフランスの教皇権至上主義の意見を支持するまでになった。しかし、彼はコースのない問答契約の説において贈与の推定に関するバルトルスの理論を放擲している。すなわち、この行為は錯誤によって汚されたもの (*nemo pre-sumitur jactare suum*) として考えた方がよいとしている。ある種の事情、すなわち人の資格、与えられた物の割合部分な

どによって、問答契約の約束者の意図が譲与する事であるといふこと、すなわち錯誤の推定が、これらの場合に揺らぐであろう事は考えられ得る。

そのようなわけで、バルドゥスの分析は、問答契約の要素の中の法律行為 (*negotium*) を目的因 (*cause finale*) といふ資格で呼び戻させた。

一般的かつ抽象的文書債務の概念に関して、唯一の書式の効力により独自の訴権をつくることは、全く偶然にバルドゥスの文献においてみられる以外、バルトルス学派の文献にはその痕跡が残されていない。註釈書にならって、彼らは、強制力ある文書約束の概念、すなわちその約束があるコースに立脚しているという唯一つの要件に専心している。そして註釈書においてと同様、明らかに決定的な表示にもかかわらず、曖昧さはこの証書の性質、すなわち証明手段か債務の発生原因かに残存する。しかし、ジャック・ド・レヴィニの批判は、文書の二重の役割をもたせつつ、批判がバルトルス派の学説の矛盾を一掃できなかったならば、註釈書のそれよりも純粹な区別へと彼らを導いたのであろう。

多くの場合、書面は証明手段の効力しかないということとはたしかである。付加的な措置 (*dispositio*) がない限り、それは債務を負わない。先人達のためらいをもちや認めてないポール・ド・カストロ (*Paul de Castro*) のような後のバルトルス学派

によれば、それは、もはや規範でさえある。これらの証書におけるコースの演じる役割を調べる価値はない。なぜなら、ローマの法律に関する解釈は註釈書以来変わっておらず、単に、債務原因の証書 (*cautio discretata*) のみが当該コースの証明となるからである。注意深く制限はされているが常に反証がなされることができない限り、自らの訴権の拠り所を債務原因の証書とする原告は勝訴するであろう。このことにより、債務を生じると信じさせ、かつコースの言及を含んでいる原因ある書面を、債権者が提示する場合、訴権が成立する。ジャック・ド・レヴィニの批判によって、かような錯覚に対する警告をうけたバルトルス学派は、もはや幻惑されず、訴権が生じるのは、確認された法律行為 (*negotium*) からであり、書かれた認諾 (*confessio*) からではないとした。したがって、遺言書における認諾は、遺贈を証明するのに役立つ。すなわち債務の履行は、遺贈から生まれた訴権によって生じ、原則的にはすべてのコースと無関係である。虚偽のコースは遺贈を無効とせず (*falsa causa non vital legatum*)。生者間の認諾 (*confessio inter vivos*) は、如何なる契約であれ立証し得る。

*

文書債務の場合には全く異なる。それはもはや古い債務の証拠となるための認諾ではなく、新しい債務、すなわち約束 (*promissio*) を創設する証書である。バルトルスはその考えを代金を確定することによって及び文書によってなされた約束は有効で

est (promisso facta ex certa de preterio et in scriptis est valida) と要約している。このことは、コースが口頭の問答契約に匹敵するということや、そしてそこではカウザが目的の役割を果たしているということを用いているのではないのでないか。これは、バルトルスが、ジャック・ド・レヴィニエの考えと非常にかけ離れているということを強調しているであろう。

バルトルスにとって、文書債務は、註釈書における民事上の消費貸借、すなわち、何等の金銭支払いもないが、金銭支払いを期待して、初めから (ab initio) 債務を全く真実のように創設した書面である。文書債務が固有の効果がないために疑似契約として残っていたにすぎない註釈書において、それが、そのような扱うことを知らなかったというよりも、むしろ書面の二つの役割を認めているバルトルスが、文書債務に訴権を付与するように努めたのである。多くの疑問をいだかせかねない法学提要註釈 (Commentaire aux Institutes) の疑わしい文章は脇においておこう。アックルスの註釈書の付足によれば、バルトルスは、法による返還請求権 (condictio ex leg) が、ごく一般的に、すなわち法が特別の訴権の力なしに新しい債務をつくり出すすべての場合において、与えられるということを確認していたようである。文書契約はその範疇に立ち戻る。文書契約が、一般訴権によって効果が与えられる場合、コースはそこで再び役割を演じるであろうか。註釈書が一般的訴権

から抽象的訴権へと同化するように押戻していたことは知られている。前者は、コースに依拠している。しかし、コースの役割は如何なるものであろうか。註釈書を転載しているバルトルスにとって、書面から生じる契約は、市民法上の権利のみに基礎をおいている。すなわち、それが最終的 (目的因)、もしくは有効的または契約を補完するようになる虚構の (債務の支払い、二年間の経過) コースの到来である。厳粛な文書に由来する市民法の絆に、コースを基礎付けられた自然法の絆を付け加える。コースの機能は、それ故文書契約の履行の権利を確固とした議論の余地のないものにするのである。ピエール・ド・ベルペルシュに愚弄されたことだか、バルドゥスが、書面が作成されると直ちに、自然法的と市民法的という二つの債務が同時にそこから生じるということを主張したことを、どの様に理解するのであろうか。フランス学派 (Dialecticiens) は、コースからあらゆる利益を奪い取るように思われるような体系を弁護する資格があった。なぜなら、彼らは、文書債務を抽象行為 (抽象的証書) と考えていたからである。しかし、この学説を註釈書から借りた概念の基礎と結びつけるのはうまい方法とは言えない。なぜなら、コースは説明不能な残存物という印象を残しているからである。バルドゥスは、将来の支払い (spe future numerationis) という形態が生じた場合、初めから法的二重関係を生じる問答契約の例を想起させた。そして、自然法上の債務の存在の微妙な区別 (distinguo) によって、

説明しようとする。つまり、それは、同時に同意と債務の支払いとに基礎をおいている。すなわち、かようなことが、自然的消費貸借における場合である。しかし、それは、物 (res) が引き渡されていたことはあまり重要ではない単なる同意から生じる自然法上の債務である。それが署名入り文書である。二つの債務の発生を言語 (verba) に関係付けて、この解釈がコースの欠陥とまでは言わないがコースに関する錯誤としてその契約を批判することを許している。コースと債務の関係は、それ故理論的には註釈書におけるよりも狭くないものとして考えられた。

商事実務の要求はまた、この分離を強調するようになった。イタリアの商事裁判所において、一四世紀、略式訴訟手続きが勢力をふるっていた。そこでは、推定が、受理するのに余りに長い、また提出するのが余りに難しい証明の代わりをしている。単純約束は、正式な契約の型として取り扱われている。単に、商人の台帳が、その取得者に対して裁判上立証するだけでなく、その文書はまた、当事者の面前で (裁判外で) も推定される。ある商人の帳簿上の債務の記入が、債務の適正な源として直接みなされない場合、それでも、それは、コースが推定される有効な約束として解釈される。すなわち、コースの証明を持ち出す必要はなく、したがってその言及は全く意味を失う。同様に、譲渡証書をとった他人の債務の支払い義務にあっては、一連の推定が過去の債務への言及に置きかわったので、法定の債務の

原因と同様、過去の債務に言及することは余計なこととなった。実務上、その機能は、銀行にとってみれば、金銭消費貸借債務を變じ、寄託を構成することとなる。預金者の特に指名債権者は、預金を払戻すことによって、他人の債務の支払い義務を履行する銀行に申し出ることが出来る。すなわち、支払い義務のコースは、間接的に寄託において見いだされ得るにすぎない。事実、コースは全く重要性を失う。時折、コースは絶対的に排除されるわけではないが、余りに一般的な用語でコースが説明されるので、債務の有効な目的を明確にするのは難しくなりすぎる。二人の商人間で、取引勘定が停止された結果、一方が債務者として残る場合にこのことが生じる。バルドゥスの言うところによれば、その相手方は、更新 (ex restauratione) や残存充足利益 (ex resto et satdo rationis) を訴えることが出来る。すなわち、非常に広いかような指示 (indication) が、コースの役どころをつとめる。かような実務に対する防衛も確かに存在した。ピエール・ド・フェラールは、コース概念を余りに不確かな状態にして置くことは、甚だ不満であると考えていたが、その反対の意見の方が優った。

II 双務行為 (p. 132)

片務行為における目的因は、債務とは無関係で無限に変化し得る。コースを債務に結び付ける関係を明らかにするために、バルドゥスの詳細な分析が必要である。逆に、双務合意におい

ては、債務とそのコースの断絶はもはや考えられない。それ故、目的因という概念は、ここでは優位な地位として考えられ得る。それでも、ここでは、その発展が最も遅れたのである。なぜなら、実定法上の規則は、有名契約にその適用を禁止しており、そこから、解除に基づく返還請求 (*condictio en resolution*) は、常に排除されたからである。テキストに真つ向から反することができなかったため、そのテキストをもって策を練らねばならず、解除が自由に作用する無名の相互同意 (*consensus*) の性質を有名契約に持たせなければならなかった。その結果は、有名契約と無名契約(原因付けられた贈与 (*donatio ob causam*)) との中間的行為の範疇を創設するか、約束の付加(付加的約束を伴う売買)によって有名契約の本質を修正するか、という二つの手続きによって得られる。

その応急措置のおかげで、コースは実務的範囲のない現実を離れた机上の見解とは別物になった。

贈与に目的因として課せられた負担の不履行が贈与の解除となること、注釈書の時代には多くの学者によって認められていた。条件、方式、目的因ないし動機として当該条項をみなさなければならぬかということを決するため、裁判官に提示される基準のみが議論されたにすぎない。

一四世紀には、確立した原則と議論の余地のあるその適用との間のアンチテーゼが存在した。バルトルスは、現状を打開

するためにアックルスによって考えられたあらゆる形式上の区分を批判し、否定した。彼によれば、方式が条件と言われるべきか、それとも次のような接続詞の用いられない場合にコースと言われるにちがいないかを判断するものは契約当事者の意図にある。しばしば、条件は接続詞 *si* 以外の言い回しによって表明される。それでも、注釈書の基準が、どれほど理論上不十分であろうとも、有益となり得るため、存在した。ある説では、*quia* によって表示される動機(カウザ)は重要ではない。すなわち、それが条件付きで表示されれば、その不成就は、行為の帰趨に影響を及ぼさずにはいられない。接続詞 *si* は、コースが表示される場合にその言い回しを命じ、条件の性質とはいわないまでも、その外観をコースにもたらし。すなわち、コースの不履行は、条件の不成就として扱われる。しかし、かような場合は別として、*si, ut, quia* といういくつかの用法は、目的に向けられる条件に服する意思を推定しながら、単なる状況証拠としてみなされ、決定されるのは意図の分析となる。従って、負担 (*modus*) は、時としてそれが付加された契約が、その不履行の結果例外的に解除された場合、最終的負担 (*modus finalis*) という名のもとで目的因と同一視される。なぜなら、贈与や遺贈は、その実現を目指してなされるからであった。

意思の分析に基礎を置くコース、方式、条件といった区分は、注釈学者の時代よりさらに明らかになった。特に、コースと条

件とは全く相反していた。すなわち、コースが過去及び間近の行為に關係するのに対し、条件は将来の行為を対象とする。コース実現の欠缺に対する解除の作用を説明することが不可能となる結果、条件の不成就の場合の効力ある訴権の不存在とコースの欠缺を同一視しながら、バルトルスは、両者の間の決して埋まることのなかった溝を深めた。しかし、これは、主たる困難な問題を防止する単純な手段であった。バルトルスは、有名なカム・モタ法 (Loi Cum nota) についての自らの主張を支えるために、その解釈に依拠しようと考えていたにすぎない。すなわち、彼は、有名契約における原因に基づく返還請求訴権 (condictio ob causam) の不存在に関する論争を直ちに断ち切るこののできる方法を考へなかつた。

実際、註釈書以来伝統的に認められた規則は、その契約の枠から返還請求権を排除する。何人かの学者は、コース欠缺に対する解除が自由に作用し得るために、有名合意のカテゴリから贈与を取り除くことを考へた。ジャック・ビトリガリウスは、一般的名称に依拠する限り (quia stat in nomine generis)、無名契約にそれを含ませることを躊躇しなかつた。有名契約となる無名契約を考へることは、註釈書の見解と正反対である。かような完全な同化は、議論の余地がある。すなわち、無名契約は、物の供与から生じ、贈与は合意のみである。かような反論には、意思の交換によってなされる約束を、引き渡しを含む眞の贈与から区分することで容易に應へることができた。負担

付き贈与の場合でさえ、困難さは見られない。すなわち、註釈書は、原因付けられた讓与 (datio ob causam) にそれ自体關係していなかったのであるうか。相手方当事者の給付の履行がない限り、無名の合意が一方的な意思によって自由に解除されるという危険性が残された。ところが、後悔 (penitentia) は全ての贈与から正式に排除された。

バルトルスは、贈与を有名契約としてみなすことに賛同した。しかし、単なる贈与が有名行為に入るのに対し、死因贈与や負担付き贈与は、厳密にいえば、眞の贈与とはならない。これは、有名契約と無名契約からなる混合の行為である。すなわち、無名契約を伴う有名契約の混合は認められる *permissus contractus nominatus cum innominato*。その有名契約の性質が、後悔に基づく返還請求訴訟 (condictio ex penitentia) にその行為を近づけた。しかし、その無名契約の性質の結果、返還請求訴権 (condictio) の適用によるコース欠缺に基づく解除に服したままであった。これは、有名契約の通常体系に対する二つの違背である。すなわち解除は、それが解除約款 (lex commissoria) の名において定められる場合と契約から発生する訴権によって行使される場合に、その契約に作用するにすぎない。原因付けられた贈与の混合の性質が、解除訴権を受ける十分な権利の端著をもたらした。さらに、贈与は片務行為であり、贈与者に何ら訴権をもたらさない。贈与者が物を引き渡す限り、彼は、受贈者の行為がどんなものである

うと、行為の解除を獲得するための合意から生ずる権利を何ら有しない。負担の不履行の場合に黙示の解除の約束を想定することは、解除についての不十分な説明である。なぜなら、この約束は、贈与者のために何も発生させない以上、契約から生じる訴権を形成する (informar) ことはできない。それ故、原因に基づく返還請求訴権 (condictio ob causam) という補助的訴権に訴えなければならぬ。

それは、負担付き贈与の双互同意 (condannanza) 性を強調することであった。

通常の有名契約が目的因の欠缺のために論理上解除されなければならなかったということは、バルトルス学派にもまた理解できないわけではない。バルトルスやバルドゥは、売買において、例えば当事者の一方の債務、その債務の十分な履行、代金の支払が、相手方当事者の目的因であることを明瞭に理解していた。かような非常に明瞭な主張は、実務的な範囲を残しておくつもりであったのだろうか。アゾを含む何人かの註釈学者が、たとえ契約が、有名なカム・テ法 (Cuius Cuius) におけるように十分に決定された目的因によって発生する場合であろうと、有名行為における原因付けられた返還請求訴権の作用を認めることを否定したことが思い出される。アックルスによって書かれた註釈書は、同じ解釈法を認めているように思われる。しかし、彼の同法への例解 (casus) は、それによって示された作

用を相互授受 (do ut des) というタイプの無名契約としてみなしている。かような矛盾を解消するために、バルトルスは、同法への完全 (perfect) 註釈と例解 (casus) とを両立させた混合体系に用いた。彼は、それに対する解除は目的因が存在する場合の原因に基づく返還請求権 (condictio ob causam, cessante causa finali) によって訴えられなければならないと明白に述べている。これは、実際、売買が全く単純なものではなく、買主にある種の債務を課す約束が附加された契約としてみなさなければならぬということである。本来の契約以外に約束された利益を得るという期待が、売主を約束させ、給付すべき目的物の引渡をなさしめた場合、その期待が、売買の真の目的因としてみなされなければならない。すなわち、売主がその期待において裏切られた場合、解除において返還請求訴権を行使することができた。

しかし、ほとんどの場合、売主の正当な期待は、契約に附加された合意の履行ではない。すなわち、これはもっぱら代金の支払である。いわんや、代金の不払いが、売買の解除を発生させるにちがいない。かような演繹が、目的因の欠缺に対する有名契約は解除され得ないとする原則を否定するに至った。従って、その規則における明白な例外を説明するために、バルトルスは、カム・テ法によって規定されたその機能の性質の中に正当性を見いだそうと努めた。附加された約束が意思の合致の基本的部分である場合に、その約束は有名契約の性質に変わる。

これが、なぜ解除が売買よりも無名契約に近い混合行為にかかわるにすぎないかという理由である。すなわち、有名行為が、目的因の欠缺に対する解除に服するのは、それが、無名の相互同意性を帯び、それによってその固有の性質を失うような場合に限ってである。それ故、純粹な有名契約は、それが特別な契約解除の約束を含んでいない限り、決して解除されない。ローマ法は堅持された。

*

コーズの一般的概念を知ることがかりとなるバルトルスやバルドゥスが、わが国の学説に与えた方向性がいかなるものであるかを知るであろう。聖書注解学者 (exegete) のあるためらいが彼らを阻止した。すなわち、有名合意の領域は、わが国の学説には禁じられたままであった。しかし、全く別の債務にあつては、コーズは、動機とは十分に区別されるという目的因という名の下で自由に拡張した。

(石堂)