

ジョルジュ・シュヴリエ

「債務におけるコースの歴史に関する試論」(六)

岸上晴志
石堂典秀

第二部

教会法学者の学説におけるコース (P. 140)

一三世紀前半に教会法がコース理論から借用したのは、ローマ法の技法である。しかし、教会法がこのなじみのない法源を用いたとしても、その規定を詳細に写すとか、その精神を取り入れるまでには至らなかった。

教会法は、ローマ法学者のその制度、すなわちそこでは教会の裁判管轄内で直面した実務上の困難さに対する解答が発見できたのだが、それに賛同する前に、教父(初期教会神学者(Peres de Eglise))の著作の中に萌芽として含まれていた道徳原理に導かれている。教父はそのあぶなっかしい性急さに

注意し、誤った約束の実現よりもその不履行を勧めた。それ故教会法学者は、全く別の根拠であるけれども、ローマ法学者が不法なコースや恥辱的なコースに対する約束の無効を引き出した効果の一部を取り入れている。真の債務として認められながら、道徳的罪をもたらす合意を履行しないその裁量権は必然的にあまりに広く出現した。従って、その適用は、誓いのような非世俗的な行為に限定されるであろう。一般的な合意にあっては、ローマ法の解決策が普及した。すなわち、債務関係は一定の手續きに従ってまた市民法によって規定された無効の事例で緩和され得るにすぎない。

かような契約当事者の保護は、グレゴリウス九世の教令によって承認されたコース概念の導入により強められた。従って、裁

判官は、その目的を十分に見いだせない二つの場合、すなわち疑わしいもしくは単に曖昧な意思の合致を禁じている。もはやローマとは違う世界に移されたその概念は、非常に新しい性質を有していたので、それが教会法の発見として普及した。コースは、ローマ法の制度では形式証書や証拠証書の要素への矯正にすぎなかった。コースは、一三世紀の終わりから一四世紀全体にかけて、教会法学者のもとで債務を示す単純約束の真の基礎となった。しかしながら、その信じ難い拡張が宣誓の形態で存続した抽象行為を消滅させることはなかった。しかし、宗教制度の性質に固執した解釈原理のおかげで、抽象行為が詐欺の手段となることはなかった。

かようなことが、わが国の学説史上教会法が果たした二つの役割である。当事者が不道德な目的によって促された場合に、彼らは、完全に (*de plano*) その約束から解放されることが全面的に認められた。教会法がローマ法から受け入れた厳格な法理論とともに、拘束力ある約束の概念を強化した。

何が教会法学者の道德概念に影響を及ぼしたのであるか。ローマ法学者によって伝えられた伝統がどのように教会法学者に受け入れられたのであろうか。教会法学者の下で、その伝統がいかなる変化を受けたのであろうか。

第一章 不法なコース—不履行責任と制裁

(P. 142)

法的関心をもたない道德学者にとってコースの問題は、その目的に従う人の行為の評価という最も一般的な問題と混合するにちがいない。目的が不法である約束は、過誤を構成するのであろうか。いかなる罪がそれに適用されるのであろうか。わが国の法学者には道德上の罪を罰するということが問題となる。すなわち、そこで発生した合意の市民法上の効力は機能しない。その二つの問題は根本的に異なっている。すなわち、一方は教会法の原理に關係し、他方は契約私法である。しかし、教会法が受け入れた解決は、私法でなされた解決に由来していた。目的が不法である宣誓は、偽りの誓いであるということは、その宣誓を支えるべき義務が存在しないということを当然ほめかすことである。しかも、何ら先行する手続きなくして、約束者の信頼が魂を犠牲にしている場合、それを維持することを拒絶できるといふ真の債務である。

その結果は、外見上不法なコースに対するローマ法上の無効に一致する。しかしながら、その結果は、罪のある行為を自ら必ずやめるにちがいない人の後悔心に訴えるところが異なる。その違約は、「信頼を裏切れば、信頼は維持されない (*frangenti fidei, fides non est servanda*)」という格言によって、双務合意において各当事者に認められる後悔権と類似しているにすぎない。しかし、その違約は後悔権以上に大変危険である。その債務を免れるために、悪賢い心というものがそれほど多くの口実を作り出していない。なぜなら、行為の不法な性

質は、本人の意図に依拠しているからである。すなわち、罪のある考えというものは常に見出すことができ、それによって、その約束を守ることを拒否できる。従って、教皇法令学者の權威に反して、違約制度が普及することはない。多くの学者は、そこでは神がたてられた誓いの相手方である誓いや宣誓のような行為にその違約を限定した。神が相手方であるという点では、神が我々のよく考えた隠し事を見抜く限り、詐欺は生じない。さらに、宣誓した信頼を破るにもかかわらず、神は償いを与えらる。罪のある誓いをした本人は、実際、悔悛をすることで改心するだけでなく、よりよい精神の性向にもどって、神に対して新しく約束をしなければならぬ。その同じ解決策は、市民法レベルでの取引には拡張され得ない。一体債権者は、債務者が他の給付の提示によって不法であると認められた給付を思うままに取り替えるということを確認することができるのであろうか。

I 道德学者の教義

(P. 143)

教会法の道德学者によれば人の行為の価値は目的因で評価される。彼らのいうところに従うまでもなく、我々の多くの行為は、我々が追求する目的に従って善か悪になるにすぎない。目的のみに価値がある。神に関しても同様に、行為は精神的傾向に寄与することはないし、行為が偶発的障害によって機能しないとしても、その行為の価値は低下しない。誓いについては、単なる計画のままであることになり、行為は事実に基づいて計

算される (Opus reputatur pro facto)。行為が不完全な方法によってなされる場合、行為は根本的に無効である。司祭が洗礼の式文を述べる際に誤っている場合に、彼は、その目的が純粹であったならば、それでもなお有効な秘跡を授ける。すなわち、祭儀はその行為の要素であるが、信仰の誠実さが形式の欠陥を補う。誠意が儀式以上に重要であり、意思が形式主義よりも勝っている。

法律行為に直接適用される規則から、かような幅広い目的論をいかにして引き出すのであろうか。道德学者は、人の行為を規定し、人定法以外に神に関して人の行為価値を測定する原則の定義付けのみに努めていたように思われる。彼らは、神が内心を探るのであるから、純粹な目的いわゆる我々の行為の精神的側面のみを検討していたと理解されている。しかし、それは教会法の道德学者が法的側面に関心をもっていないために、あまりに道德的なものに近く、宗教的性質を帯びたものとなっている。その履行が伝統的に誠実義務とみなされる単純約束や、誓いや宣誓のような宗教的性質を持つ約束や、婚姻のような祭儀でもあり、同時に契約でもある混合行為の約束がこれにあたる。

全ての約束の厳正さに契約当事者の注目を向けさせることは、合意の履行が罪とされる行為に至らしめるにちがいないとき、つまり不履行の責任が、誓いに払われるべき良心と両立するかどうかを探究しているときは、約束を履行しないことさえも契

約当事者に勧める。道徳学者は以上の各種の点を言及している。何よりもわが国の学者は、無思慮な約束を危惧している。誠実さが約束することを躊躇させるのではないか。契約は、常に重くのしかかる拘束である。すなわち、なぜ無益に罪を犯すのであろうか。偽証を避けるためにも、例外的に宣誓にのみ頼ることは間違いないのであり、契約の不履行から生じるうそを避けるために、軽率に約束することになるあらゆる口頭約束を禁止することが賢明である。その本人が、悪徳なキリスト教徒となることを約束して、宣誓や誓いをする場合、神はその者を考慮しない。当時、すでに聖ジェローム司教 (St Jérôme) は、時間をかけて約束することを勧めた。すなわち、彼は、「急いで債務という言葉を用いてはならない。言葉は差し控えよ (Noli festinare in ore tuo...debednt verba nostra esse moderata)」という伝道の書の言葉を想起させた。神は、我々が気づかない言葉全てがもたらす内心の思考作用を知っており、その点で、市民法の区分にもかかわらず、宣誓の破棄と口約束の不履行との間には区分は存在しないことを想起させた。イジドール・ド・セヴィル (Isidore de Séville) は、「容易に言葉を述べてはならない (non sis in verbis facilis)」という忠告を繰り返した。後に、ピエール・カントール (Pierre Cantor) は、多くの言葉の罪悪の中に軽率な言葉 (incauta loquacitas) を入れた。

この慎重さを要するという義務は、本来全く道徳的なもので

あるけれども、契約の要式の欠如から生じる危険性に対する保護となるが、その義務はもっぱら消極的なものである。従って、より積極的な効力がそれを補完しなければならない。これは、聖グレゴワール (St Gregoire) が、分別ある人 (homme discretus)、すなわち厳密には、罪をもたらしたものをその合意の言葉の中に見いだすことができる人に認めたものである。分別 (discretio) が、あらゆる罪ある計画を放棄することを命じる。契約が同意されたときにも、それを放棄しなければならぬのか。その命言は、「悪徳な約束にあっては誠意を無効にする (in malis promissis rescinde fidem)」ということを確認した格言の中で、イジドール・ド・セヴィルによって支持された。誓いの不履行が不正な意図の実現よりも好んでいられた。神に対する約束の場合、その誓いを放棄するだけでなく、よりよい解決策をとることで、その軽率さを償うほうがよい。従って、債務者は、目的の変更が満足を与える限りで、債権者に対して完全に免責される。アルジェ・ド・リエージュ (Alger de Liège) は、「憐れみと公正さに関する文献 (Liber de misericordia et justitia)」において彼が引きださうと努めた適切な解釈原理によって、その解約の理由は誠意にかなうと説明している。すなわち、宗教的教えを用いるために人々は状況を考慮しなければならない。従って、虚栄や邪淫を黙認するのであれば、最悪の状況を免れるために、偽りの誓いも認めるであろう。

目的が不道徳的な約束の不履行から、あるいはその履行から生じる各々の罪の重さを比較することで誠意への違背を正当化すべき場合に、その方法を定めるのは、教会法学者の役目である。しかし、道徳学者が自らその基準を提示した。その基準は疑いを残している。すなわち、事例に応じて、不履行が認められたり、否定されなければならなかった。その規則を確立することは困難である。従って、全く異議をもちたらないような明確な制度は消滅した。グラティアノー (Gratian) によって受け継がれた教父学のテクストからおそらく借用したピエール・ロンバールは、その権威を後楯にした。偽りの誓いの概念は、履行の任意的拒絶に加え、不法な目的で約束を交わすという単なる事実を含むまでに広いものである。その約束を履行しないことに何ら危険は存在しない。それはまたそういった約束の履行が導く罪を単純約束から生じる罪に加えている。それ故、その目的によって道徳規則に反する契約から完全に (de plano) 解放される真の債務が存在する。

格言学の指導者 (Maitre des Sentences) は、婚姻のような契約に類似した行為にその原理を適用するまでになった。伝統的に婚姻には明確な二つの目的が与えられている。すなわち、出産を請け負うことと邪淫を避けることである。人は、たしかに時折、宗教的秩序に反するその他の理由で婚姻を行う。原則として、そうした理由は契約を無効にする。しかし、わが国では、婚姻は傷つけることのできない秘跡を伴うのであり、その

秘跡の効力が婚姻という行為に十分に有効性を与える。全く純粹で単純な契約の場合には、不法な性質や単に目的因を欠く性質は、根本的な悪であるということが出来る。

II 教皇法令学者の体系

(P. 148)

法学者のもとで、より詳しくはグラティアノーや教令 (Dei Grat) の注釈者のもとで、見いだされたのはまさに同一の理論である。問題は彼らにとっても道徳学者にとっても同じである。すなわち、これは、両立するテクストの多様性と同じであり、相対立する二つの義務の間の争いと同じである。体系の実務上への適用の配慮から、彼らは不法な行為の分類を試みるようになった。

教令にあっては、不法な約束の有効性の問題を解決するために提示された二つの体系が同時に存在している。グラティアノーや初期の教皇法令学者がこのいずれを選択しているか明らかではない。教令注釈のみが、神学者の一派の中でピエール・ロンバールが固持していたものに第一順位を与える傾向を示している。

編纂に編纂を重ねた有名な二つのテクスト (一つはトレドの第八回教会会議の第二決議を掲載し、もう一つはベドゥ (Bede) の説教を引用している) は、「二つの悪から、より少ない方を選ぶ (de duobus malis, minus est eligendum)」という格言で欠陥の比較の原則を要約している。

前者は、罪の重さを評価することを認める実務上の規則に言及している。すなわち、その重さが測定されるのは、その罪ある者達の中においてである。教会法の例を再びあげてみる。たとえその目的が罪あるものであるとしても、宣誓を破棄するかその誠意を守ることのどちらがよいのであろうか。宣誓の軽視から生じる偽りの誓いは、ある一つの結果をまねくにすぎない。単に個人的な過ちをもたらすことは神に背くことである。しかし、約束の履行はさらに隣人へ向けられる。これがなぜ偽りの誓いがたいして重いものではなく、まだましであるという理由である。

かつての教皇法令学者たちは、軽微な罪しかもたらさない方法を選択する制度に賛成している。しかし、彼らは、彼らが注釈した教会法によって示されている基準を厳格に適用していないことになる。その制度を明確に理解しているただ唯一の人であるローラン (Roland) は、この教えの実務的機能を研究するよりもその権威を引用することに専心している。不法な宣誓の履行から生じる罪が、宣誓の破棄よりも重くない場合には、しばしばその宣誓が尊重されなければならない結果を引き合いに出している。二つの悪 (de duobus malis) という格言の価値に関して他の注釈者たちの下でその不鮮明さがすでに明らかになっている。二つの悪について言及しなければならぬのであろうか。わが国では、宣誓に反することが本当に罪であるうか。エチエンヌ・ド・トゥルネ (Etienne de Tournai) は、

罪ある行為を行わないという事実のどこに罪が存在するのか問題にしている。その不確定さを是正するために、彼は、ある人が不正行為を行うことを拒否した場合に、そのみで非難されることはないが、教会では、誓をした約束を履行しないこと、偽りの誓いの罪となり、いわゆる名譽刑を課されるということに注目している。その人は、神に対して大罪を犯しているのか。エチエンヌ・ド・トゥルネは、それには答えていないが、そこには教義があり、それによれば、その者が偽りの誓いをするか、罪を犯すかというジレンマにとらわれることで、その宣誓を守らないとしても、いかなる大罪とはならないことになる。従って、目的が不法なものである約束は必ずしも履行される必要がない。しかしながら、その当事者は、名譽刑という教会法上の罪に服したままであり、通常不正行為から生じる道徳的な罪から解放されるにすぎない。違約に関する法とは別に、誓いに基づかない破棄を罰する制裁が存在する。

その見解は、翻意する自由や権利という単なる事実から生じる制裁との共存に由来する矛盾を導く。自らの合意を破ることが認められるなら、なぜその行為の結果によって罰せられるのか。従って教皇法令学者たちは、別の方法をとっている。エチエンヌ・ド・トゥルネによれば、約束を破ることから生じる罪は、本来制裁が課される不正行為を構成した約束者の行為に結び付けられる。これは、もはや不法な債務を履行することを拒否するという絶対的なものであり、教会はその権利を利用する人に

何らの罪を課すことができない。しかし、不法な目的において約束をすることで、その者は、彼が釈明しなければならぬ偽りの誓いを当然 (*ipso facto*) 犯すことになる。ラフアン (*Rufin*) は、いくつかの権威をおく教えが、それ自体が「命じられた言葉が、守られないとしても、それによって守られないことが罪とはならない (*si praeceptum est non adimplere, ergo non adimplere non est peccatum*)」という厳正な約束の目的であるならば、不法な行為を行わないということとを命じていると教示している。この法への唯一の補正措置は、単なる不法な約束から生じ、偽りの誓いに至る制裁に基礎づけられている。

教令への注釈は、その最終的な解釈を明確に決定した。しかし、この注釈は、罪 (約束の不履行から生じる偽りの誓いと不正行為の履行から生じる罪) の比較の原理を定めたトレド会議のテクストに従っていた。その対照性を導く様々な結果が知られている。すなわち、殺人が偽証よりも重大ではないとみなされることはないのか。

その危険性を防止するため、注釈書は、二つの相反する責務の間でテクストが想定した対立を除去するように努めている。そこで、その誓いを尊重し、不正行為を犯さないということは、約束者をとらえるジレンマである。すなわち、履行をすることは不正行為を犯したことになる、約束の目的を行わなければ、誓いを破ることになる。このジレンマは、注釈書によれば想像

上のものである。すなわち、この罪はとりこし苦勞にすぎず、注釈書が、どんな罪が最も重いものとしてみなされるべきかどうかということを探求しているのは、単にそのとりこし苦勞をする者を安心させるためにすぎない。しかし、かようなとりこし苦勞をするのは無用であり、不法な宣誓を行うことを偽りの誓いと同一化しながら、ピエール・ロンバールの体系を参照することが望ましい。教令が多くの教父学のテクストやその結果を導く決議を含んでいたので、教令への注釈書は苦勞することなくその見解を支配的なものとした。従って、不法な行為に与えられる無効は、絶対的である。何らかの不正行為を犯す以上にその誠意に背くことのほうがその罪が重いため、それぞれの類型を探求する必要はない。その当事者が最初から (*ab initio*) 解放され得るためには、約束が不法なものとしてみなされることと十分である。

しかし、何が不法な行為となるのであろうか。容認された不履行が合意に関する瑕疵を与える余地がないようにするために、定義をかなり狭義にする必要がある。不法性の定義付けは、注釈書のものではなく、グラティアノーによって整備された。グラティアノーは、イノセンスの教会法に加えた言明 (*dictum*) の中で、不法な宣誓のカテゴリーを定義付け、うわべの不法性から真の不法性を区別することに努めた。目的 (宣誓者に関係する (*id quod juratur*)) がその性質上悪徳なものである宣誓を不正 (*illicitum*) と呼ぶなら、人の肉体の無欠や精神的

安泰を危うくするということになる。これが、性質の不法性である。さらに、軽率な方法とみなされる宣誓(宣誓方法(modus jurandi))が不法となる。しかし、言葉の濫用に よっても、それが拘束力をもつことを何ら妨げていないので、不法であるといわれる。外部から発生する原因に基づく(ex causis extra venientibus)状況によって不法な行為に近づけられる行為が存在する。貞操の誓いをした後の婚姻の宣誓が そうである。かような約束が不法とみなされるのは、全く作爲的な同化によるものである。なぜなら、その約束は、破られた誓いに対する改悛を行うことになるかもしれないが、尊重されなければならぬからである。

目的因のみが不法である誓いはどの部類に属するのであろうか。グラティアーノは、その仮説を予期しておらず、大部分の 教皇法令学者たちは、それについて失念していた。ラファンによつて創設された複雑な再区分もまたこの事例を包含していない。新しい分類法を用い、目的が法に反する契約と厳密に区分したその分類の用語の中にどこからどこまでの範囲で(ex fine ad quod velit quis venire)という不法な行為を含ませるに至ったのは、ウグッシオ(Huguccio)である。自分を 選ばせる目的で、選挙前に司教によってなされる教会財産を 滅失させないという宣誓や他人の遺産を共犯者と共に分かちあ うという宣誓は、いかなる価値があるのか。いかなる明確な規則も定めることはできない。約束の履行が罪となる場合を考え

なければならぬということとは認められる。その場合にのみ宣誓は「解放」(relâché)される。この範囲内にある(ex fine)不法が常に本来の不法に入るとは限らず、外部から発生する原因に基づく(ex causa extra veniente)作爲的な不法と同様な効果を有するときもある。注釈書もジャン・ド・トルクマダ(Jean de Torquemada)も明白な分類には到達していない。いずれにしても、ジャン・ド・トルクマダによって動機の不 法な性質が広く理解されている。宣誓の尊重が、たとえ許される罪であったとしても、罪を導く場合、それは無視されるべきである。すなわち、常にそうあるべきであった。範囲内にある(ex fine)不法な行為は、それ故本来的に不法な行為の範囲に入る。

*

目的が不法である約束を即無効にすることによって、教皇法令学者は道徳的法則を尊重させることにのみ専念している。彼らは、ローマ法に匹敵し得る法体系を構築しようとはしていない。彼らは、予想した以上の成果をあげた。彼らは、不道徳を理由に、合意を破棄する権利を広く認めたので、契約関係の安定性を危うくした。従つて、彼らの継承者は、誓いのような非世俗的行為にその原理を限定している。彼らは、契約には非常に広く知れわたったローマ法の規則を適用している。

不法な行為に関する歴史は、初期の教会法的考えの方向性が非常に新奇であるために修正されなければならなかったという

わけではない。

第二章 教皇法令学者におけるコースと証明

(P. 156)

ローマの裁判所に持ち込まれた種々の請求に応えるための手本を見つけようとして、教皇庁尚書局は、既成の書式をローマ法の中から見いだした。同局は、その書式がキリスト教の教義や制度と両立し得る基準の範囲内で、それらを模写した。一二三〇年頃グレゴリウス九世の教令は、コースのローマ法概念、すなわちディゲスタの抄本を直接教会法に導入した。ローマ法のテキストから切り放された債務証書に関する教皇法令 (*de crétales si cautio*) は、完全な模写ではなかった。逆言法 (*préerition*) によって、教会が、非債弁済に関する法 (*loi cum de indebito*) の複雑さを廃したのであるか。金銭不受領の抗弁の働きによって、コースに与えられた全く偶然的な拡張から何が残されていたのか。この注解 (*exégèse*) の問題に、我々の理論の限界のより重大な問題点が付加された。コースは、証拠証書における簡単な言及に過ぎないという羽目になるのであるか。それとも、無方式によってつくり出された債務の存在に不可欠な要素として考えられることになるのだろうか。

I 債務証書に関する教皇法令

(P. 156)

債務証書に関する教皇法令によって解決された唯一の問題は、書証の証明力に関するものである。

我々のテキストは、独持のものではない。それは、同じ時期に教会法上の訴訟手続きに原因付けられた証書を導入したいくつかのものに関連している。ローマ法学者と同様、教会法学者は、全ての裁判所の審級で、抽象的形式を不明確という理由で廃止している。デュラン (*Durand*) によれば、裁判官は、請求原因を明らかにしない訴状を職権で拒絶しうる。さらに、その地位において、一方当事者は、その権利の原因をしらしむべきである。証人は、証拠上の原因 (*causa testimonii*) に関して、尋問されるはずである。しかし、我々は、すでに注目したように、この体系は、両当事者に債務の原因 (コース) の説明を必ずしも導くものではない。そのコースは、債務の源である合意という名によって明らかにされた場合、偶然に見いだされる。例えば、売買や賃貸借の場合においてそうなのである。しかし、宣誓による約束が想定される場合がある。原告が、次のようなことを書いたとき、原因付けられた訴状の規則をもって、債務が免除されるであろう。すなわち、私は、そのことを私に宣誓によって約束したピエールに一〇金請求する。私は、ポールに一〇金与えることを宣誓によって約束したピエールの独自の判断 (*propris sensibus*) と理解した、と証人が答えた場合、彼は裁判官の尋問に満足を与えたことになろう。書面上の原因、客観的原因 (*causa libelli, causa scientiae*) と

いわれるもの、すなわちピエールの債務のコースは、常に不明のままであろう。それは、単に債務原因 (*causa debiti*) の探求を命じられうるのは、宣誓の有効性に関する訴訟手続き外の規則によってである。

債務証書に関する教会の文献 (*capitulum si cautio*) が述べているのは、この種の原則である。それが、単なる証明方法である書証のみを指しているにもかかわらず、それは、債務と紙一重のものである。教皇法令学者は、書証が金銭支払い確認ではなく、負債の自白を含んでいる場合、明白な非債弁済が宣言される (*indebite exposita esse dicitur*) という言葉は、単なる証拠 (*instrumentum*) というよりも、債務を意味している。確かに、本来の意味において、我々のテキストは、債務の証明の問題を切り放すにすぎないのであって、債務の有効性の問題ではないということである。

正確に言えば、サン・バルテルミー修道院へのグレゴリー九世の応答は、二つの点において、ローマ法から離脱していた。債務証書 (*cautio*) という言葉は、自署証書を真正証書として考えていたはずであるが、「原因が同時に表明されれば、その本人よりも債務証書が非債弁済を公に知らせる。すなわちこれが、その本人の認諾である (*cautio quam a te indebite proponis expositam...; si causam expresseris in eadem...; confessioni tuae*)」という表現は、単に債務者自身の手

で書かれた書証と一致するにすぎない。第二に、ローマ法によって非常に厳格に体系付けられた原因付けられた証書に対する証明は、ここでは無限に認められる。

その解釈は、この二つの相違点を消滅させる傾向にある。ローマ法によって提示された反証への制限、すなわち書証の必要性は、我々の教皇法令によって言外にほめかされていたようである。人的証拠を明らかに排斥していたアッバス・アンティクス (*Abbas Antiquus*) は、それを理解している。注釈書は、証明について重視していなかったが、ローマ法に含まれる制限を受け入れていることが認められる。オステイアンシス (*Hostiensis*) は、非常に明解である。すなわち、債務者は、他の書類を作成しているの、原因付けられた書証の有効性が確認されるにすぎない。つまり、証人による証明に助けを求めることが認められるのは、口頭の自白の場合においてのみである。しかし、他の意見もあった。それは、書証は必要であるということ結論付ける為に、債務証書に関する教皇法令 (*de cretali si cautio*) の章と非債弁済に関する法 (*loi cum de indebito*) との文章の違いを拠り所としている。それは、ヴァンサン・デスパリーニ (*Vincent d'Espagne*) の意見である。しかし、彼が与えた例は、債務者がもとの書証 (*ecrit primitif*) の有効性を確認するために、公的書類 (*instrumentum publicum*) を利用するというものである。この理論の首尾はいかようなものか。コースの実現は反論されたが、彼は反証の様

式について何もいっていない。ピエール・ド・アンシャラノ (Pierre de Ancharano) は、テキストの固有の言葉を繰り返している。

債務証書 (cautio) という言葉に関して、オステイアンシスの異論にもかかわらず、債務者の手であれ、公証人によってであれ、作成された全ての種類の書証が了解された。かようなことが註釈書の見解である。アッバス・アンティクスやヴァンサン・デスパリーニュのような最も古い人たちに従った幾人かの教皇法令学者達は債務証書 (cautio) という表現を定義することを忘れていた。ヴァンサンは、私的証書、例えば直接話法の使用 (solvam quae debeo) と一致させることがよりよいように思われる。

ただ、オステイアンシスは、明らかに通説から分かれた。もし一定の証書がコースの要求からのがれる余地があるのなら、その形式の厳正さから、それは公正証書であらねばならないと考えられた。そのうち、債務証書に関する教皇法令 (decretale si cautio) は、単に、自署証書の下で書面に関するように思われていた。にもかかわらず、伝統的にオステイアンシスの意見を借用している見解は、この仮説に反対している。すなわち、コースが要求されるのは、単に公正証書においてのみである。もし、書面が債務者自身によって作成されたのであれば、私は義務を認めるといふ言及以外に有用なものはない。合理人が、動機なく自ら合意しうるとどのように考えるのであろうか。人

は常に退く自由がある。反対に、証書 (instrumentum) の作成が、公証人のような第三者に記される場合、この者が債務を承認すると、書くことは何のつらいこともない。彼は、強い債務原因 (causa debiti) を言及させることに慎重である。これが、後日、より簡単に債務証書 (cautio) の有効性を確証しうる為にとっておく債務者にとっての担保であろう。自署証書がコースの言及を免除されているため、この理屈が、自署証書が公文書に優る優越性を与えることへと到達する。

オステイアンシスの意見と同様のものがあつたとは信じがたい。多分、それは彼の本来の概念の変化したものにすぎないのであろう。初期の頃にその説をとった者にあつては、少なくとも大全 (somme) と教皇法令 (Décretale) の註釈によって、その説を再構築することが出来るくらい、オステイアンシスの考えが全く別の範囲を持っていたように思われる。それは、私文書に関するコースの問題ではなく、単に裁判上の自白に関してであつた。制裁を生じさせるために、なんらかの債務原因 (causa debiti) の言及をさせるようになったのか。それを肯定するため、オステイアンシスは、証書 (instrumentum) と自白 (confessio) も同様であるということが主張されているという。しかし、オステイアンシスは、証書の作成と負債の自白は別物だと応えている。前者の場合、公証人がそれを理解したものととして証書を書く。後者は、自白する当事者がその言葉を自由に操ることが出来、そのものが間違つて約束したとい

うことによつて、その自白を撤回できる。当事者がその発言を撤回するために与えられた期間を徒過した場合、よく事情を知つて合意したと推定されるにすぎないのであるか。オステイ枢機卿 (cardinal d'Ostie) の考案にあつては、コースが証書では無用であつたと、先の注釈者達は信じたに違いないといつたのは、まさにオステイアンシスが裁判上の口頭自白についていたことを私印証書に適用することによつてである。オステイアンシスをほゞ文字どおり模写したジャン・ダンドレ (Jean d'Andre) の注釈は、裁判上の自白が問題であるといふことを予め示さずして、ただ、証書 (instrumentum) と自白 (confessio) に対比するといふ変形をしたことに責が負わされる。そのため、裁判外の自白の意味で自白 (confessio) という言葉が理解された。書面で言及されようが、口頭であろうが大した違いはない。オステイアンシスの説が、一四世紀に理解されているのは、一般的にこの意味においてである。それは、非常に衝撃的であつた。なぜなら、コースのない単なる口頭自白は債務者がなしうるからである。

また、一四世紀の教皇教令学者達は、それに抵抗した、なぜ特別な規則が債務の言及を公証人に課すのに必要なのか。公証人は、当事者が予め債務原因 (causa debiti) を宣明していたなら、自らが作成する証書にそれを必ず挿入するであろう。経験豊富な第三者の中で、現認できないことが自らの経験に対して、弁護されるであろう契約者のために、どうして貴重な保

証となるのか。さらに、債務証書に関する教皇法令 (decretale in cautio) は、ディゲスタのうちの一つの法律の抜粋にすぎない。そこでローマ法学者達は、あらゆる種類の書類についての非債弁済に関する法 (loi Cum de indebito) を理解した。オステイアンシスの体系を覆し、コースのない公文書に一定の証拠力を帰したバルドゥスの孤立した見解は、注目をひかなかつた。通説は、債務証書 (cautio) において、公正証書と同様に自署証書を見ていた。

しかし、そのように仮定すれば、この規範は余りに広くなりすぎた。なぜなら、それに従わない書面があるからである。まず、例えば、領収書のような弁済済みの証書すべてがそれにあたる。後の教皇教令学者達のみが、このローマ法と一致する例外に言及している。彼らは非常に広くそれを理解している。有効な債務免除もしくは単に支払いを確認する証書が問題となるとき、コースの欠如は、前者の場合、債務者を解放することの妨げにならないし、後者の場合、その証拠の妨げにならない。臨終者によつてなされた債務の承認は、この宣明を免除されるか。ある人達がいったように、コースの宣明が死亡時 (in articulo mortis) に生じる場合、その形式が抽象的なものであるなら、その真实性を疑ふことは難しい。より疑わしいことは、コースのない遺言での債務の自白の有効性である。教会法学者は、ローマ法学者の方策に助けを借りている。彼らは、意思の宣明を遺贈と解して、それをコースは遺贈に関して影響なしと

いう格言を變形し、有効と宣明している。かようなことが、書証における債務証書に関する教皇法令 (*decretale si cautio*) の適用領域である。

債務証書に関する教皇法令 (*decretale si cautio*) は、長い間単にこれらの書証に適用されると理解されていた。確かにかようなことが初期の教皇教令学者の見解であり、また同時にベルナルド・ド・パルム (*Bernard de Parme*) の注釈における見解である。しかし、コースの役割の概念を彼が修正したということのみならず、ローマ法学説の模倣につき、債務証書に関する教会の文獻 (*capitulum si cautio*) によって規定された説と自白の一般理論との間でローマ法学説が創設した結びつきは、証人の前での口頭自白を債務証書 (*cautio*) —— もしくは事実上の自白—— と同列におくようになった。充分な証拠力を生ずるために自白はまたコースの宣明に委ねられるであろう。通説が、コースがなくとも自白は義務を負うというオステイアンシスの説に帰しているという異説が引き合いに出されているにすぎない。そのいうところの主要部分が、通説が間違いをいったからといって、通説を非難していることは、すなわち、他の証明方法に頼ることを負わせることにより相手方がおかさなかつた過失の重圧をその者に負わせることは、不当であろう。この学説が、一四世紀の中ごろ、どのように打ち負かされるまでに反論されたかは周知のところである。ピエール・ド・

アンシャラノは、全ての証明方法が、同様の厳格さで取り扱われるべきだし、書面のない自白は、書面上の自白以上の重要な証拠力をもちえないといっている。口頭の自白に対立する証拠は、より広く認められているとさえ思われる。すなわち、単なる証言は十分に承認されよう。

II 自白——債務の源

(P. 166)

教会法学者達が、もはや単に証拠権限における言及としてではなく、結局どのようにコースを、債務の創設行為の有効要件として理解するようになったのであろうか。ローマ法学者は、自白の解釈によって、この概念をとる道を辿ってきた。しかし、この傾向は、二つの規範によって反対される。一つは訴訟手続きであり、もう一つは、約束に関するものである。前者によると、全ての原告は訴状 (*libellus actionis*) に訴権の名前を書かねばならない。さもなければ、どの訴権が裁判外の自白に効果を与えるか、いかなるテキストも示していない。ある解釈者達は、法に基づく返還請求 (*condictio ex lege*) に助けを求めのをためらっている。注釈 (*Glose*) の時代、この訴権の領域は、まだ不確定であった。「裸の約束からは何も負わない」という規範に反して、債務を負う力を自白に認めることは、債務の新しい源であった。同様のためらいは教会法学者達にもあった。有名訴権 (*nomen actio*) にコースがとってかわった。請求が履行を求める法的作用を明らかに示していれば、そ

の訴権が明示的に示される必要はほとんどない。意思の完全な一致は、事実、訴訟手続き上認められる余地がある。

しかし、コースの役割の第二の概念に関する推移は、遅々としている。多分、このテーゼは全ての教会法学者を賛同させなかったのではないか。一四世紀にピエール・ド・アンシャラノは、債務証書 (*cautio*) という言葉が、債務 (*obligatio*) ではなく、債務の証明 (*probatio obligationis*) と解されていたと主張する。ボワック (*Boich*) は、純粹かつ単純な自白を債務と同視することを非常に激しく批判した。それに対して、パノルミタン (*Panormitain*) は、債務証書 (*cautio*) という名の下で、「約束ないし債務証書 (*promissio seu cautio*)」という約束を考案した。注釈 (*Glose*) は、もっと慎重であった。最も普及したテキストによれば、自白は、約束から生じる (*valet ad promissione*) と書かれた。この自白は、約束の際の自白 (*confessio cum promissione*)、いわゆる支払い約束を伴う債務の承認と区別している。つまり、この後者のみは、過去の遺物である付随した問答契約 (*stipulatio subnixta*) というこの条項の付加の結果、訴因である。しかし、ある約束の一つの自白と二重の自白間の壁を築くことには、ほど遠い。注釈書は、約束が明言されていなかったということをいかなる場合も推定することは正当であったと述べている。証拠としての自白と債務を負う自白との区別は、もはや存在価値がなかった。付属の約束の無償の推定は、無用となった。それゆえこの

後者は、非常に論理的であり、教会法は、このローマ法の形式主義の最後の残滓を無視することになった。かようなことは、債務におけるコースの配置転換の実現で、時宜を得たものとなるであろう。

それは、教皇法令学者の全く知らないところであった。根源的に、コースは債務の言葉を明白、明瞭に固定するように示された。それは、債務を維持する権限において、全く具体的な言及として考えられていたようである。地役権に関する証書は、あらゆる混乱を避けるため、負担させられる土地の部分を示さなければならぬのと同様、更に、債務を言及させる書面は、それ、すなわち書面が結びつけるものを説明できる多数の機能にしたがって区別すべきである (区別するということは、債務証書を区別することである (*discerner = cautio discreta*))。書面への明確な記載に関する関心が、債務証書に関する教会の文献 (*capitulum si cautio*) を動機付ける。かようなことは、まず債務原因 (*causa debiti*) への言及に与えられた狭義である。

それは、「各人が明白な証言を述べれば述べるほど、価値のないものであり、固有の傷は証拠能力がある (*nimis est indignum ut quod quisque sua voce dilucide protestatus est, proprio infringere valeat testimonio*)」というローマ法の格言のおかげで少しづつ広がった。それが、注釈書が区別された債務証書 (*cautio discreta*) の力を説明するために

与えた理由である。注釈書は、この証書と自白との間の関係を強調している。アッバス・アティクウスの注釈も、イノセンヌ四世の釈義 (Apparatus) も、この関係を示していない。それゆえ、債務証書に関する教会の文献 (capitulum si cautio) が、自白の一般理論の中に、包含させるのは、やや時間がかかった。注釈の構想は、転換を示している。一三世紀の教皇法令学者は、我々のテクストに関して、自白を取り扱っている。一四世紀の始めに、反対の慣習が構築された。アントワーヌ・ド・ブトリオ (Antoine de Butrio) は、債務証書に関する教会の文献 (capitulum si cautio) の地位が証書への信頼 (fide instrumentorum) という権能でなく、自白 (confessio) の権能であると注記している。ポイックがそれを研究したのも、この観点からである。

*

通説において、明白な債務の自白 (confessio obligationem inductiva) と証拠としての自白 (confessio probatoria) との関係の結果、全ての自白は、債務を創設する証拠としてみなされうる。それはもはや、ローマ法学者達では、書面上の債務 (obligatio literis) の名の下で一つの契約の列におかれていたのは、相互自白 (confessio mutui) としてだけではなかった。それは、たとえ債務を負うことになる無償の意図によってもなんらかのコースによって動機付けられたあらゆる種類の自白があった。

教皇法令の注釈書に由来するこの学説は広すぎた。それは、ボワックの側からの非常に激しい反発を引き起こした。彼は、ローマ法学者の概念を再生した。すなわち一つの約束 (promissio) の二重の自白のみが債務を生じさせるという概念である。彼のいつていた本質的な論議は、契約に多くの制限があることは周知であろうが、教会法学者達を刺激するつもりはなかった。債務証書に関する教会の文献 (capitulum si cautio) に由来する結果を制限するだけであった。

本来、自白は一方的言明である。債務を負うことの効果をそれに認めることは意思の一方的言明に力を与えることではないのではない。ある教会法学者達が、公平は約束する者の意思のみを検証することを命ずるとこの構想を持っていたことは疑いない。

しかし、この理論は、勝利しなかったし、自白はローマ法の問答契約のモデルとして理解されていたようである。教皇法令の注釈書はすでにこの二つの行為を関係付けていた。それは、当事者の存在を要求していた。それが、その後の学説が変わらなかつた点である。更に、言葉の取り交わしが要求された。しかし、いかなる方式も重要視されなかつたようである。それは、他方当事者によって承諾された約束に変わった。アッバス・アティクウスは、すでに、全ての約束の結果として、受益者の黙示の同意が存在していると主張していた。注釈学者の多くは、約束のコースが常に無償譲与の将来の受益者の承諾を必要とし

ていた与える意図であったという場合にまで、この主張を拡大している。正当原因 (*piae causae*) を考慮した例外が存するにすぎなかった。

かようなことが、教会法学説の中へ、負債の承認となった債務のこの新しい源をおいた決定的な「特徴 (*figure*)」である。

III 教会実務

(P. 170)

フランスの教区裁判所 (*officialité*) の実務において、これらの学説の貢献はいかなるものであろうか。それについては、答えのない問題としておくよりしか仕方がない。教会裁判所 (*Cours d'Église*) から生じる希な裁判例は、この問題についてはほとんど語っていない。裁判用の模擬書式集に関して、そこにあらわれている例が、典型例として提起されたかどうか、もしくはその例が慣例を忠実に反映しているかどうかを判断することは難しい。ギヨーム・デュラン (*Guillaume Durand*) によって、模擬書式集 (*Speculum*) の第四巻に収録された数多くの書式についても同様である。この本質的研究という留保付きで、教会学説についての我々の研究になんらかの補足をもたらすことは可能である。コースの言及は、ごく最近の習慣では、それが証書の中に、一定の学説によって守られてきた裁判上の自白 (*confessio in iure*) として入り込んできたことは、上々の首尾と思われる。

模擬書式集編纂者によって与えられた訴状の例は、債務原因

(*causa debiti*) を暗にはのめかしている。ある明確な書式が通用していたとは思われない。ときたま、原告は、非常に自由にその請求を展開している。その規則が結果として抽象的約束に基礎付けられた請求 (*petitio*) を排除しているということもまた確認されよう(かようなカウザに基づいて私に一〇金支払うことを約束したピエールの申立 (*conqueror de P. qui promisit mihi solvere 10... ex tali causa*))。実務は、書式集によって非常に広くひろがったこの規則に賛同したのであろうか。あたかもその本人によって示された事例を解説するかのようによフレッド・エピファヌ (*Roffrede Epiphane*) の訴状 (*libelli*) 以外に書き写された有効な審理において認められた訴状によれば、そうであったという明確な証拠を我々は持っている。その状況に応じて、各当事者は、そこに債務原因 (*causa debiti*) の召還をすべきであるように思われる。少なくとも、それが模擬書式集 (*Speculum*) に続く書式のほめかすものである。

証書 (*instrumenta*) と借用書 (*recognitiones debiti*) は、より多くの興味がある。残念ながら、多分イタリアの実務からすべて着想を得たと思われる書式集において我々が持っている例の有効な公正証書から、長い間、単にフランスの慣習においてのみ知られていた教区裁判所印の証書に至ったとすることはかなりむづかしい。教会法学者の公文書 (*scriptura publica*) に関する説明は、この後者に適用すべきであろうか。反対に、

裁判官の面前での (coram iudice) 債務の自白としてそれを解釈すべきではないか。かようなことは、その証拠力の理由とすべく考察された流行の解釈であったことは知られている。論理的には、かような説明をもってコースがその主文から消えるべきであったのだろう。我々に再発見されたいくつかの例によれば、少なくともそれは全くそんなことはなかったように思われる。かような人は、一連の飲み屋の支出の勘定のため、金銭の貸借のため、なされた労務のため、一連の不法行為の示談のために債務を負うことを承認している。

これらの場合以外は、欠席当事者の裁判上の自白 (confessio in iudicio) の証拠力の問題は、トゥールーズの教区裁判所で論議されているようであるが、コースの問題には触れていない。結局、原因ある遺言の自白は遺言の相続人に義務を負わせる。

*

かように、教会法学者は、新しい契約を創設するようになった。すなわち、コースの概念は、かような構成を許した。そこには、まじめな意思の完全な一致をより強くする意図で、熟慮された努力の兆しが存在する。この後者は、ローマ法に沿源をもつものである。

第三章 裸の約束におけるコース (P. 174)

教会法学者は、一般市民 (信徒達) の良心に訴えた掟によつて、ローマ法の判決を補完するにとどまる限り、ローマ法学者

との対立を提起しなかった。彼らは、どんな約束の違反からでも生じうる罪を罰しつつ、市民法の如何なる原則をも侵害しなかった。反対に、彼らは、「裸の約束から訴権を生ず (ex nudo pacto actio nascitur)」というようなローマ法に反する法規範を創設するよう主張したとき、自らの役割を越えなかったであろうか。何等の道德益も、裸の約束に効果を与える訴権の付与とは結びついてはいなかった。なぜなら、教会は、懲罰によって、なされた口約束の違反を制裁し、必要な場合には、道德益は、強情に従わない債務者に対し、職務上強制する手段を裁判官に承認することを許していた。更に、教会法の意図は、うまく人々に適合していなかった。すなわち、教会法は、無名契約さらには要式行為に関するローマ法規の地位を奪うことを目指していなかったであろうか。全ての契約において、約束が存在したので、通常の市民法上の訴権に訴える代わりに、債権者は教会法に基づく請求権 (condictio ex canone) を提起し得ないのであるか。ローマ法は完全に消滅させられる危険を犯していた。従つて、一三世紀中頃、教会法学者もまた、自らの教義の支配領域を限定するように努めている。

しかし、この前者の危険は取り除かれたが、他の支障は存続した。その根拠がどんなものであるかと、完全な意思の合致を認めることで、教会法上の訴権を発生させないのか。学者達は、コース概念の中に、「裸の約束から訴権が生ず (ex nudo pacto actio nascitur)」という彼らの原則に時宜を得た境界

線を見いだした。このような経過で教会法原理は衝動的なその性格を失った。その原則は、もはやローマ法理論にしたがうように主張しなくなつたが、よりつましくローマ法理論を補完するようになった。その原則は、新しい着衣を、伝統的な着衣の約束につけ加えた。

I 裸の約束の教会法理論とローマ法学者間の関係

(P. 175)

教会法のテクストの精緻な研究は次のような結果を導いた。学者間で裸の約束の性質に関する一致した見解は決して存在しなかつた。一四世紀の終わりと一五世紀に、ジャン・ラルマン (Jean l'Allemand) の注釈——それによれば単純約束は訴権によって制裁される——に代表される通説的見解 (opinio communis) に、異議が唱えられる傾向が認められさえした。更に、教会法学説は、もっとも絶対的な形式の下でさえ、着衣の約束というローマ法体系を崩していない。

この中途半端な挫折は、全ての要求に依っていたローマ法理論の権威と柔軟さ及びある種の教会法的解釈の危険性によってのみ説明し得る。ローマ法学者と教会法学者の間で持ち上がった解決困難なものは、前者に有利なように解釈された。そのような事情であつたことは、容易に理解される。金銭支払い義務 (constitut) の規定の使用によって補完された着衣の約束は非常に広かつたので、實際上、裁判で承認されない誠実な意思の

合致はほとんど存在していなかつた。幾度もローマ法学者達は裸の約束は、まだ存在するのかと自問したのである。彼らは、横柄に、かような範疇において、要式の違背が承認されることを妨げていた全ての契約を拒絶していた。しかし、彼らの態度は変化した。

*

ローマ法学説は、教会法理論がローマ法に異議を唱えたときでさえ、決して教会法に対する論争を開始しなかつた。ローマ法学説は、教会法概念の利点の少ないこと、さらにはその危険性を指摘して、単に大事にその全ての地位を守り続けた。ローマ法学説は、ようやく初期の教皇法令学者達の非妥協性をぐらつかせるまでになつた。

後期注釈学者達は、教会法学説の批判にとりかかるのに、かなり困惑させられていた。オステイアンシスは、長く人々の記憶にとどめられた罵言で、着衣の約束の類型の非一貫性を示した。しかし、彼は、ローマ法学者のまったく中で注釈を攻撃した、彼の師匠ジャック・バルダン (Jacques Baldun) の論理を拡張させたにすぎなかつた。

最も切迫した仕事は、古典派学説にもたらされた裂け目を修繕することであつた。オステイアンシスは、着衣の約束の数を減らすことを提案することによってその方法を考えた。我々は、これがフランスの弁証学派の偉大な仕事の一つであることを知っている。この学派は、二つの着衣の約束(物の供与が介在する

(*interventus rei*) と契約当事者を義務づける (*coherentia contractus*)) のみを承認するために、注釈と関係を断つことに躊躇することはなかった。より首尾一貫した学説に支えられて、わが国の学者達は、教会法学者から、彼らを分離する全ての相違をその利点とともに強調する。更に彼らは原則として、教会法学者にかなり敵対していた。ジャック・ド・レヴィニイは、宣誓が教会法において債務の源としても、それは市民法においては、比較し得る効果をもたない。すなわち、放棄をも有効にすることさえ出来ないというような例は枚挙に暇がない。教皇法令集は固有の立場 (*in foro suo*) を保持すると、彼は、結論付けている。更に、彼は訴訟行為において、教会学説の前では決して譲歩していない。

少し後に、ある学者達は、「裸の約束から訴権は生ず (*ex nudo pacto actio nascitur*)」という規則の真の領域について気にかけていた。注釈は、また、数多くの裸の約束の例を明らかにしていたし、(スコラ派の) 神学者の一般的意見としては、次のような基準に従って、この変化を大きく二つに区別していた。すなわち、裸の約束が、答えが問に先立つ逆の問答契約であった場合と、裸の契約が、前述の範疇にとどまる任意的な合致であった場合である。要するに、それは要式に反する行為であり、当事者の気まぐれが余儀なくその効果をもたなくさせるような合意であった。後者の場合は、純粹に理論的であったが、前者においては、裸の約束は市民法範疇から外れるもの

であった。

ギヨーム・ド・キュネオ (*Guillaume de Cuneo*) が廃止することを提案したのは、まさにこれら二つの仮説——教会規範を担い得る唯一のもの——である。今日、もはや裸の約束は見いだせない。すなわち、同意が有効な先行コースの名において行なわれ、その同意が一連の金銭支払い義務 (*constitut*) の規則の適用によって有効となる場合もあれば、同意が如何なる先行コースにも依拠しておらず、従って注釈の推定によると、その同意は贈与とみなされることになるような場合もある。我々はもはや裸の合意を氣遣ってはいないとギヨームは結論付けている。この意見は急速に広まった。アルベリキウス・ド・ロシアツ (*Albericus de Rosciate*) は、そのことを、(今日何物も裸の約束を補うものはない (*non est hodie curandum de pacto nudo*)) と表現している。教会法教義は全ての利点を失った。

にもかかわらず、全てのローマ法学者が、この極端な意見を共有したとはいえない。バルトルスは、まだ裸の約束が存在していることを認めている。かような状態が続いたことは、一五世紀前半において、ジャン・ド・マコン (*Jean de Macon*) の著作の中で、教会法のテーゼの危険性を強調する批判が見うけられることで説明される。すなわち、なんらの要式も用いず、単なる意思の合致のみによって義務を負わされることになるならば、人が余りに簡単に約束するようになりはしまいか、また、

お互いに約束した者同士に対して一般人が受け入れなかったということを考えれば、余りにしばしば裏切られはしまいか、ということを心配しなければならぬのではないか。形式を要求する市民法は賢明である。そのうえこの法は、多くを要求してはない。形式は確定かつ慎重に考慮された意思の表象にすぎないのである。

しかし、この見解は余りに無制限であった。一五世紀の後半になってやっと教会法学者達は、教会教義を尊重しつつ、かつ教会教義が冒してきた最も大きな危険を避けることができるようになった。

II 約束のコース

(P. 179)

ローマ法学者達の批判をやめさせるために、バルドゥスは、ある教義を再生させることを考えついた。それは、彼自身の言うところによれば、これまで気付かれずにきたイノセント四世の見解から借りたものである。それは、コースを備えた約束 (Pactum cum causa) 理論である。その説明は、我々には未知のものではない。すなわち、我々はイルネリウス派のローマ法学者の文章でそれに出会っており、その説明が彼らにあっては、無名契約、いわゆる一方当事者が譲与であれ、作為であれ、すでに履行された双務同意を対象としていることは知られている。バルドゥスの考えは、ローマ法のレミニセンス (無意識の借用) にすぎないのであろうか。バルドゥスは、自己の学

説を裏付けるために、コースが前示の意味で理解されているローマの多くのテキストを引用している。さらに、バルドゥスの後継者の教皇法令学者は、彼の理論にローマ法規範の残滓をみたと思われる。

それでも、ある種のテキストは、より広い解釈を示唆している。同意が、有効なコースの上に成り立っている場合、全ての同意が強制力をもつようになる余地があることを示し、裸の約束と着衣の約束との区別を維持することは無用である。たとえば、贈与する、もしくは和解・和合を確保するという意図で締結された合致がそれにあたるであろう。要するに、完全な効果を約定 (stipulation) に与える性質をもつ全てのカウザは、単純約束を支持するものとなり得る。バルドゥスは、我々がみたように、しばしば問答契約 (約定) のコースを「最終的 (finalis)」と呼んだ。

しかし、見かけ上、非常に一般的なこの規範が、事実上何になるのか。それは真にローマ法学説にとって代わったのか。すでにそれを示したように、ローマ法学者が、完全に (de plano) 有効にすることを拒んだ多くの合意が、その目的の理由から強制力を承認されていることは確かである。(共有) 分割の同意も同様であり、たぶん戦争を終わらせる、もしくは秩序を復活させるつもりも同意も同じである。ここでは、市民法上効力もなくとも、教会法がコースを理由として強制力があると宣明していた同意の列举にとどめる。

他のいたるところで、バルドゥスは、ローマ法によって要求されている形式性を存続させている。保証 (cautionnement) や仲裁 (compromis) や和解 (transaction) 等の場合がそうである。保証や仲裁において、単純な問答契約であれ、違約金問答契約の方法であれ、それらの助けを借りねばならない。和解に関して、それは無名契約の範疇 (君が与えたから私が為す (facio ut des)) へと戻る。すなわち、作為とみなすことのできる訴権 (droit litigieux) の真の放棄と推定される。しかし、バルドゥスは、この作為の概念を、君が与えるために私が与える (do ut des) として、和解の解釈で注釈がしたよりもずっと広く理解している。それでも、単純同意の範囲にとどまる和解の約束は強制力がないことにかわりはない。しかしながら、どんなに優遇して、それが取り扱われるべきではなかったであろう。それは秩序を再編成する傾向にあり、かつその目的が正当化される契約の例ではなかったのか。しかし、バルドゥスによって提起された規範は揺るぎのないものである。カウザという言葉に特に与えられたこの拡張は、予め物の給付 (implementum rei) を回避するための口実であってはならない。すなわち、彼は「無名契約は、先行給付がない場合、教会法によって訴権を生じない (contractus innominati etiam de jure canonico non parium actionem nisi per implementum)」と言っている。このことは、純粋な約束の状態のままである同様の契約を有効にすることと公平を欠

くことになるであろう。このことは、かような行為において、目的因の意味でのコースが存在しないというのではなく、そのようなコースが——バルドゥスがそれを注記しているように——訴権を付与するカウザ (causa producens actionem) と区別されることである。

かようにして、ローマ法においてなされていた分類を廃止するとか、無用にするとかとは程遠く、単に原因付けられた約束の新しい教義がそこに重ねられたにすぎない。その考え方になんらの疑問も差し狭まなかったため、バルドゥスは、次のように言っている。「教会法学者は衣を強いものと呼ぶためにどこから衣につけ加えるのか (Unde tu canonista addis vestimentum quod appellatur vestimentum roboris)」というこの説明は、全てのローマ法学者の批判を抑えた。なぜならそれはもはや教会法が効果を与えている裸の合意ではなく、昔の契約と比較し、厳格に境界付けられた古代の契約のような着衣の合意であるからである。法によって受けられたコースによって動機づけられたものではない単純合意は、常に効果を奪われた。そして、我々はローマ法とは絶対的に違ったこの特権あるコースについては二つの例を知るにすぎない。すなわち、共有を終わらせる目的の合意と和解 (paix) の合意がそれである。

*

我々は教会法学者の努力をはかりしることができる。それは、当事者の明らかな表示よりも、真の意思を優先させる傾向にあって

たということが出来る。しかし、それはローマ法の形式主義の残滓を除去することに成功はしなかった。

まだ、一つだけ惜しまれることがある。それは、無名契約のローマ法の範疇とその全ての残命によって対立させられる予期せぬ抵抗であった。また教会法学者の最後の努力は、自然因というイルネリウス派の考えと裸の合意の有効性という絶対原則との妥協点を探すことであった。一四世紀にも一五世紀にも教会法はローマ法学者に打ち勝つところまでには到達しなかった。それは、コースがまた二つの意味をもっていたからである。すなわち、譲与もしくは作爲という古い意味と、契約者によって望まれた目的因 (but final) という新しい意味である。

一六世紀の初めに、フランス法において、これらの意味のもっとも古いものが少しずつ衰退していくのがみえるにすぎない。

(石堂)