

ジヨルジュ・シユヴリエ

「債務におけるコースズの歴史に関する試論」(七)

岸上晴志  
石堂典秀

序

(P.187)

コースズはわが国の民法典に規定されているけれども、フランスでいわゆる学説継受が疑いのないものであったならば、コースズ理論の形成におけるフランス法の重要性は過少評価されたいはずである。

おそらく、一三世紀以来、慣習法の文献は、ローマ・教会法概念による侵入を受け、そこで、コースズが持ち込まれた。しかし、学派の煩瑣さから逃れ、もはやローマのものとはいえない考え方に付合したコースズは、変形し、緩和された。それでも、コースズは、三世紀の間、ローマ法の道のりを辿っていた。その原則が契約法理の領域に移行したのは、一六世紀初頭からにす

ぎない。コースズは、もはや借りものとして選択され、利用されるものには甘んじておらず、新しい基礎に基づいて体系を構築することに努めた。歴史的批判によって損なわれたローマ法の権威は、理性によって導かれる自然秩序の前に消え去った。

わが国の学説は、そのような進展の印象を与える一例である。かつての分類法からコースズに課されていた境界線はもはや知られておらず、コースズはあらゆる契約に共通のものとなった。その中心が移動している。すなわち、コースズは証明力の周辺を取りまき、合意の形成を支える。集大成(ジンテーゼ)は、一八世紀に達成せられ、コースズはそのまま、民法典に受け継がれた。従って、フランス法におけるコースズの歴史は、全く異なる二つの時期に区分される。一六世紀まで、コースズ理論は、わが国

慣習法における学説の浸透としばしば敵対する実務との接触に要約される。逆に、一六世紀から一七世紀にかけて、判例によって活気付けられたその理論はいくつかの類型に帰属する契約の根本的要素を確定することを試みている。コースはかような自然本性的なものの一つである。

### 第一部

#### 一六世紀までの原因付けられた行為

(P. 189)

ローマ・教会法学説は、原因付けられた行為に手続法の領域をもたらしながら、危険を伴うある種の形式化を復活させた。そこですます警戒されなければならないことは、それが無知なもしくはその弁護士によって裏切られる原告に対する畏でもあり、巧妙な債務者への逃げ道にもなることである。一三世紀の中頃、ネポ・ド・モンターバン (Nepos de Montauban) は、債務者に与えられたあらゆる言い逃れを列挙した。すなわち、訴状、書面、証言のコースの欠缺などの抗弁である。あまりにも手の込んだ保護は、見せかけの変化に終わっている。無効の危険から逃れるため、債権者は、手続き上また無訴権の抗弁、さらにはコースに関する抗弁を債務者に断念させた。過剰な警戒心はその目的に違背していた。

しかしながら、原因付けられた行為は、有益な獲得物であった。実務は、煩瑣さに難があるその学説の洗練さを否定しないまでも、それに敵対しないというわけではなかった。その学説

は、一三世紀の終わりから一四世紀にかけてのわが国のある慣習法を活気づけ、詐欺、悪意・不正行為に対する契約当事者の完全な保護を求める方向性をもたらすけれども、債務の重要な性質を保護する方法には直接反するものではなかったであろうか。合意の経済的及び道德的目的の追及が、その体系を強化するまでにはならなかったであろうか。さらに、手続きと契約の古い形式主義が引き起こす恐れのある不意打ちに比較して、コースの緩和された理論の採用から生じる危険とは何であろうか。しかし、この古くなった枠組みを揺るがすほど十分なものではない。均衡がとれないという契約当事者の自由意思の危険性に陥ることが知られているが故に、それに代わることのできる方法を補う必要がある。コースはその様式の代用の一つである。

おそらく、わが国の慣習法は、コースに与えた役割について明確な意識を常に有していなかったのだろう。それは、「意思の合致が法を支配する (convenance vaint loi)」とか、「意思の合致が取引を結ぶ (convenance fait le marché)」という格言に与えられる重要性については再び躊躇している。慣習法は、新しい権利を提示するとか、実務的範囲のないローマ・教会法的思考の潜在的影響を放棄するのであるか。かつての契約方式が残されたというのが事実である。単なる債務の合意 (solus consensus obligat) という原則から契約理論の核心となる概念に達することができないのに、わが国慣習法がコースに求めた救済策を明白に示すことができないということは驚

くべきことであろうか。ローマ法の先例を辿りながら、慣習法がわが国の学説を研究するのは、まさに手続きや証拠に関する証書においてである。しかし、学説の区分が、学派の考えに浸透した一般的文献への介入よりもむしろローマ法の影響を受けない原初的基础に徐々に近づけた。かような区分は、一四世紀にあつては、多少とも地方の集大として再編されたいくつかの文献に現れているにすぎない。しかし、かような区分は、多くの地方の法にはほとんど浸透していない。一五世紀には、慣習法に関する注釈が、その区分の普及を示唆している。例えば、ジャック・ダブレージュ (Jacques d'Ableiges) の平易な集成は、何らかの統一的視点に達することなく、教会法手続きの痕跡をとどめた実務の慣習を伝えている。

ポーマノワール (Beaumanoir) を除いて、コースに関する深遠な概念を求めべきという者は、わが慣習法学者にはいない。

### 第一章

#### 実体法と慣習と実務

(P. 192)

一三世紀において、フランスにおける学説はいかなる運命を辿ったのであろうか。成文法地域においては、確かに活気あるコース概念を見出すことができる。その頃、ユスティニアヌス法への反動は弱まったけれども、地方の法 (status locaux) の完全なローマ法化は存在しなかった。それら法が

常に勅法に一致した解決策を認めているということはない。ノール (北部) の慣習法に関して、コースはより複雑な進展を示している。当初は、合意に強制力を与える宣誓とほとんど完全に混同されたコースは、一三世紀後半以来新しい意味で出現し、徐々に一四世紀及び一五世紀の学説に接近している。

#### I ミディ (南部) の慣習

(P. 192)

希少な原本であるミディ (南部) 地方の慣習は、それでも、ローマ法について完全な分離を示している。

トゥールーズでは、コースのない書面は、私文書ないし公文書というどんな性質であろうと、証明方法として有効であると認めている。それでも、コースの記載は、二つの利点を示す。金銭不受領の抗弁 (exceptio non numeratae pecuniae) は、現実に履行された消費貸借 (mutuum) という記載を含む公文書に対して提起されえない。さらに、手続き上のある障害が、抽象的証書の有効性の完全な承認を妨げている。すなわち、裁判官が、抽象的証書を用いる債権者にその債務証書のコースの宣誓を自ら要求することができる。すなわち、実体法が規定するの言明を要求することができる。すなわち、実体法が規定するように、債務者は、証書 (instrumentum) が債務原因 (causa *reale*) を示さないかどうか、それに応える義務がある。しかし、提出される証拠がない場合、その返答で十分である。裁判官は、いわゆるコースに固執し、それが適法ないし真正であれ

ば、債務者敗訴の判決を下す。それ故、書面の作成がコース記載の欠缺を補完するのはあくまで仮のものにすぎない。何ら書面によって証明されないような債務の結果、ある争いが生じるならば、債権者はおそらく最初から適法 (*ab initio ius*) という性質のコースを宣誓しなければならぬ。反対に、コースの記載や適法な性質は裁判外の自白の有効性には欠くことができぬ (おそらく、証書 (*instrumentum*) が作成されていない場合) のは確かであり、ここでは自白が金銭の受領や全く別の方法による債務の創設を証明することも確かである。しかし、カルカソンヌやモンペリエでは、かような宣誓は、当事者が介在するならば、不要なものともみなされる。債務の承認は、それが抽象的であるとしても、有効である。

ローマ法にとらわれないようなこれら実体法のほかに、ベアールンを除くある一定の慣習法は、何人かのローマ法主義者の解釈を忠実に反映している。これは、主として勅法の緩慢な編纂方式の下で、その本国の属州であるプロヴァンス地方よりもわが国の地方で長い間維持されたコディの普及の結果である。ここでは、コースは、双務行為でも片務行為でも機能している。書面上のコースを拒否する債務者は、コースの現実の存在を宣誓の形で反対当事者に主張させる。コースは、テキストによって消費する (*combentz*) という言葉と同一化され、これはいわゆる現実の法律行為 (*negotium*) であり、捺印証書 (*Carta*)、いわゆる書証という言葉には対立する。コースのない書面の有

効性の問題が直ちには生じないことが認められるべきである。おそらく、トゥールーズのように書面はコースを記載することなくして作成することができ、債務者が反論しなければ、訴権を付与することができた。それは、書面を主張する十分な力であり、これは、何ら給付が認められないにもかかわらず、債務者に約束を履行することを強制する。しかしながら、給付間の相関関係は原則的である。コースが不法である合意に関して、それは約束の対価を得るための、また書面の作成ないし給付の履行を要求するための訴権を付与しない。あらゆる場合にコディに固有の解決策が承認されていた。

## II コースと先履行

(P. 195)

全く異なる領域で、コースは一三世紀の慣習法に出現している。本来のものから別のものへ変わった債務制度は、優れた混合体であり、全体として南部慣習地域の制度とは明らかに異なる。多くの表象は、慣習の中に残った。すなわち、形式に代わる書証がよくみられる。しかし、ローマ法の諾成契約の有効性が認められ始めた。おそらく、慣習法の理論がそれを進展することに努めたのであろう。すなわち、その理論は、儀式が同意なくして強制するという考えに敵対すると同時に、単なる合致から拘束性を認めることを志向していた。理論上の先入観がその動きを妨げることはない。

しかし、過去の規則の遺物である物の介入 (interventus rei) という実務には著しい制限がみられた。それによれば、原告たる債権者は、自ら行った約束だけでなく、彼が履行した給付も用いなければならない。先履行であれ、物の介入 (interventus rei) は、フランカン (Franken) の言葉によれば、ある争いが同意 (consensus) と物の供与 (res) で生じるならば、この混合した契約の体系において、債務が単なる同意 (solo consensu) から生じるという制度の中で、いわゆる単なる目的 (projet) と確たる契約を分ける方法である目的因から求められるものに相当していたのであろう。かようなことは、ジョステスとプルトの慣習法集 (Livre de Justice et de Plet) へのその適用において明白にされている規則である。まさに、ある学者達によれば、ノルマンディ法大全 (Summa de legibus normande) の規定や「同胞への指針」 (Conseil a un ami) の断片にさえその暗示を見いだすにちがいない。しかし、ポーマノワールは、コースズの明示を「悪意 (malice)」を含まない分別ある意思表示として理解し、その先人達を陵駕している。

ジョステスとプルトの慣習法集の多くの言明が、以下の手続きの存在を示していることは間違いない。すなわち、双務契約の履行を求める債権者が、すでに彼によって履行された給付を利用することができないとき、被告の地位は、非常に優位なものとなる。被告は、保証人による証拠の提示を宣誓によって退

けることで解放される。これは、いわゆる正式の契約というよりむしろ疑わしい合意及び契約の目的についての推定 (sornise) —— イギリスの surmise に由来する —— に関する手続きである。逆に、被告は、保証人による証拠の危険や債権者がすでに給付内容を満たしていたならば、証言の過誤の危険を負担しなければならない。単なる合意は、その反対当事者が証拠の提出を妨げることができない以上、見せかけの訴権をもたらすにすぎないのに対して、物の供与 (res) は、被告が提示する証拠の承認の権限を彼に与えている。貸金における金銭の受領といったような先履行が、原告たる債権者の地位を優位にするものではない。すなわち、貸借者は、その宣誓によってあらゆる証拠を阻む。外国法において見いだされるかような特異性の説得的な説明を探究することは無駄であった。しかし、かような例外は、その非常に特異な性質をもって双務契約や贈与に存在する規則を妨げるものではない。その例外は、合意の成立ではなく、もっぱら被告の手続き上の地位に関係している。すなわち、たぶんそれは、ローマのテキストによれば、コースズが不法である合意に対して提起された抗弁を除いて、合意の成立は全く自由である。物の供与が、履行を受けることではなく、その証拠を提出することを原告にのみ認めているのであるから、もはや契約の強制力の条件以上のなものでもない。推定 (sornise) と確たる取引との対比は、十分に決定されない合意の目的と正式に合意された契約との区分の非常に不十分ではある

がその最初の端緒としてみなされうる。

非常に重要なことは、ノルマンディーの大慣習法 (*grand Coutumier de Normandie*) に含まれている制度である。それは、もはや単に被告の手続き上の特権に関するものではなく、合意の有効性に関係する。さらに、それは、近代主義の特徴であるものであり、コースを直接ほめかしている。何ら合法的なコースが先行していない約束は、その者を債務者にすることはない。「請求されたコースが正当に確約されない限り、いかなる債務者も約束を確定することはない。また確約されたコースが提示されない限り、約束は何もたらすものではない (*Ex promisso.....nemo debitor constituitur, nisi causa precesserit legitima promittendi.....Nec etiam promissio aliquem facil debitorem, nisi causa promittendi fuerit demonstrata*)」ということが法に関する大全第九〇章第三節 (*Summa de legibus*) に関するあまりにも簡潔な二つのテキストによって形成された規則であり、それについては、解釈は分かれている。大全は、当事者を義務付ける目的因が示されていることを唯一の条件として、諾成合意の有効性を認めている。あるいは、それは、一方の先履行がなければ、いかなる訴権も契約から生じないというかつての考えを模倣したにすぎないのであろうか。前者の解釈では、コースは真の債務の源泉たる同意の要素であり、後者では、コースは物の供与 (*res*) と混同されている。すなわち、これは、注釈書では無名

契約のカウザ、ないしイギリス法の対価 (*quid pro quo*)、約因 (*consideration*) である。

わが国の二つのテキストの簡潔さが解釈者に周辺国の文献における類似性を探究させた。ピエール・ド・フォンテーヌ (*Pierre de Fontaines*) の次の至言以上に、近い体系はないのではないか。すなわち、「原告が、他の理由なくして同意したことが訴訟を要求する原告の正当な理由では決してない」。しかし、このテキストは明らかにされる必要がある。すなわち、それは、コースか、それとも形式をほめかしているのであるか。コースを明確にするよりよい概念に向かう傾向にある。しかし、その探究の結果は、不明である。その結果は一定の源泉に直接負うものを示していない。従って、その影響を述べるにとどまっている。イギリス法の影響という仮説を明白に表明することなく、大全に関するテキストをあたかもイギリス本土 (*outré-Manche*) で認められるものに類似した法を示しているものとして解釈している。一三世紀のイギリスとノルマンディーの法の上での厳然たるその起源から導かれる議論は別として、グランビル (*Glanville*) の概説書を引用するしかない。しかし、前述したように、各契約の列挙の結果現れる債務原因 (*Iusta causa dependi*) という用語は、その債務の源泉が法に一致するというように解釈されなければならないし、わが国の二つのテキストではなく、法に関する大全の他の文章から関連付けられなければならない (法に関する大全第八八章第

一節)。

グレゴワール九世の教令 (Décretales de Gregoire IX) である債務証書に関する教会法 (Canon Si cautio) というよりむしろこのテキストの初期の解釈と、ノルマンディー法とを比較することで、教会法の影響がより正確に述べられている。しかしながら、約束に関する仮説と債務証書に関する仮説との間に次のような顕著な相違が存在するように思われる。すなわち、前者は過去の債務を証明する証拠証書に言及し、これは、教会法がそれを証拠たるもの (Probationibus) として示している理由である。後者では、不確かな方式の約束の問題、すなわち債務の創設の問題がある。コースは両者にあつて多様な意味を有している。おそらく、学説上の解釈は、徐々に約束を債務証書に、すなわち証拠方法を債務の源泉に近づけた。しかし、かような変化の明白な現れは、一四世紀にバルドゥスによって、さらに一世紀後の法に関する大全以降の時代に現れたにすぎない。かつての教会法学者がかような進展を準備していたことが本当だとしても、彼らの考えには疑いが残る。すなわち、大全の著者がその学説を参照していたならば、彼は、そこから単に動機付けられただけでなく、そこからその意味を変えて教会法に適合させていたはずである。例えば、大全の中で直接引用されているオスティアンシス (Hostiensis) は、書面上の自白の規則を証人の面前での自白に拡張することを提案している。その行為の双方とも、不完全な証拠方式になるにすぎない

という条件で、原因付けられるべきである。さらに彼は、「自白すなわち、カウザが付加されるとき、売主は約束の効力を維持する (confessio..... ubi causa adjicitur, videtur habere vim pacti)」とつけ加えている。コースの付加は約束の効力を自白に与え、これは、自白を債務の源泉と同じ地位におくということである。それ故、たとえ、コースが表明されていないとしても、約束それ自体でコースの表明によって強化された自白に相当する。イノセント四世の時代を除いて、バルドゥスより以前では、約束と呼ばれる債務創設行為におけるコースの問題はどこにもない。全く証明しえないことだが、聖職者の教えを知っていたならば、大全の編者は、コースがいまだ証拠の役割を有しているにすぎず、どんな場合にも、コース (近代的意味での) と訴権付き約束との間には関係は創設されないという不完全な理論を示しうるにすぎなかったであろう。

我々がそれらのテキストそのものを尊重しているが故に、大全の源泉について色々推測してみよう。約束 (Pactio) という項目では、その言葉はわが国慣習法の用語法において正確な意味では知られていない言葉であり、イギリス法の捺印契約 (Covenant) との関係がほとんど明らかにされていないために、大全の著者は裁判上の請求の二つの範疇を研究している。その一つはある者の契約上の合意に基づく (ex alicujus pacti contractu) といわれ、もう一つはある獲得物に基づく (ex alicujus rei obtentu) といわれる。前者は、「私が建てた

建物故に、あなたに、それに対して私に約束した一〇スーを私に支払わなければならない」という方式で提訴される。その者は、建物を建てるという約束におかれた条件を履行した後、彼になされた一〇スーを支払うという約束の履行を請求する。我々は、その約束の性質を全く知らない。それは、単なる約束なのか、形式にのっとった約束なのか、契約 (*contractus*)、約束 (*promissio*) という言葉を用いるいかなる用語もそれを決定することを許さない。しかし、その法律上の性質を明確化することはできる。これは、片務行為である。その建築者は、一〇スーを約束した者に訴権を有するが、自ら強制されることはない。相互同意を推測させるテクストには決して存在しないものである。すなわち、一〇スーを約束した人は、たとえその金額を支払った後でも、建物の建築を要求するための訴権を有しない。従って、わが国の約束をローマ法の範疇に近づけるならば、各当事者がある給付を履行した後、その約束の履行を相手方に要求することのできる相互同意 (*communis intentio*) となる無名契約ではなく、むしろ停止条件付き約束を考慮することに固執している。すなわち、あなたが建物を建てたならば、それに対して一〇スーさらにはそれ以上を約束するという約束である。債権者となるのは私ではなくあなたである。すなわち、建物が建てられたならば、あなたは私に一〇スーを請求することができる。その条件が満たされることが必要であり、これは、あなたが「私があなたのために建てた建物に対し

て」とその請求で述べているからである。かようなことが契約に基づく訴え (*querela ex contractu*) である。

第二の訴えはいわゆる獲得物 (*rei obtentu*) である。その方式は約束を含まない。すなわち、「あなたに、私のためにあるいは私から受領した一〇スーを支払わなければならない。また、あなたがそれを所持しているが故に、私にそれを支払わなければならない」(法に関する大全第九〇章第一節)。コースがなくとも、十分である。その責任は金銭の授受に依拠する。しかし、この解釈は、その背景によって修正されなければならない。その事例を取り上げている第九〇章の第二節は、約束が存在するが故にそうなるという不可解な用語でそれを補完している。債権者によって引き渡されるもしくは第三者から受領した金銭、返還することを約束した金銭が問題となる。訴権をもたらす事実は約束ではなく金銭の受領であることに変わりはない。そして、契約 (*contractus*) と獲得物 (*obtentus rei*) との間のかような区別を解説した後、大全の著者は第二節でそれを廃止しているようである。さらに、彼は、「債務に基づく、受領物に基づく訴えは完全である (*est omnis talis querela aut ex debito, aut ex rei receptione*)」というそれぞれの用語を取り上げながら、第八八章で先に定義した分類とその区別を混同している。債務について、彼は、先の第八八章を参照させている。受領物については、第一節で新しく解説している。すなわち、彼は、訴え (*querela*) の方式に専念し、そこで、



債務の性質を考察している。

これは、約束 (promissio) に関して第三節で気にかけている問題と同じである。約束に基づく (ex promissio) という言葉は、訴え (querela) の第一例の結果生じるこの約束ゆえに (quos propter hoc promissisti) という言葉に近づけられるべきである。同様に、我々の考えでは、受領物に基づく約束 (Pactum enim ex rei perceptione) という先例の文章 (第二節) は、獲得物の訴え (querela de rei odentiu) の事例に結び付けられなければならないであろう。「債務に基づく、あるいは受領物に基づく訴えは、それ故完全である (est ergo omnis lalis querela aut ex debito aut ex rei receptione)」という文章の第二節への不用意な挿入の結果、その関係が隠されたにちがいない。約束に基づく (ex promissio) から始まる文章は、次のようになる。「約束の結果、約束の正当な (ないし約束者を促す) コーズが先行してなければ、何ら債務を構成しない」。かようなコーズは約束におかれた条件のようなものである。すなわち、その実現や合法性が、債務者を訴えうるために必要なものである。大全が、その規則を例示するために我々に与えようとしている不法なコーズの事例は、第一節で示されている契約に基づく訴え (querela ex contractu) の方式に非常に近い。すなわち、そこでは、「不誠実な行為の履行の結果、いかなる人も何らかのものを支払うとは考えられないし、その行為を履行した人は賞賛されるのではなく、罰せ

られなければならない」と述べている。同様な訴権の効果は、以下の争いによって生じる。すなわち、私が履行した行為に対して、あなたはそのため私に約束したのと同じように、しなければならぬ。しかし、約束の不法な性質は、私の訴訟が成立することを妨げる。すなわち、これが、大全があなたの約束が決して守られないと述べる理由である。

それ故、カウザ (causa) という用語にわが国のテキストが与えた意味はいかなるものであろうか。停止条件を思い起こし、二つの時期、すなわち約束の締結時と裁判上の訴訟時を順次設定してみよう。私に家を建てるために、あるいは、ある悪事を行うために私が一〇スーを約束するとき、コーズは将来の行為である。しかし、私が約束した人が裁判で訴訟をするとき、そのコーズは履行されたものという過去の出来事であり、そこから証拠が前もって提出されなければならない。従って、約束における現実のないし合法的コーズというのが、法に関する大全の提示しているものである。おそらく、ノルマンディーのカウザが接近したのが目的因であり、それは、契約締結時には将来の行為の期待にあるが故に、混同された。しかし、その対比はもはやこれ以上維持されず、裁判上の履行時を配慮するならば、停止条件のローマ法への帰着を考慮しているにちがいない。さらに、注意すべきは、ローマ法がかような条件を認めておらず、本来、将来の条件であることである。それ故、おそらく大全の編者によって無視されたか、誤解されているローマ・教会法技

法の範囲の中に、カウザに関する慣習法概念を無理矢理入れようとしてはならない。約束することの原因 (*causa promittendi*) は、契約によって課せられた給付の先履行以外のものであると理解されたにすぎない。すなわち、これは、訴訟を開始させるのが、外国法では停止条件の到来として、一方的な条件としてその本人の完全な裁量にゆだねられるもの、すなわち履行である。おそらく、かようなことが大全の編者が残した概念であろう。

しかし、大全の普及をフランス流解釈の抛り所とした新しい解釈は、徐々に大全にとって代わり、一五世紀の間に、わが国慣習法の注釈書でその地位確立をえた。すなわち、「フランスのテキストを読めば、約束の正しいコースが存在しないならば、約束に対して債務者を拘束するものは何ら確立していない。恥ずべき役務を行うため約束した物を弁済することは強いられない。それを請求する者は支持されるべきではなく、それを修正しなければならない」。その仮説は、ラテンのテキストが確立したものとは非常に異なる。ここでは、不正な行為 (*actor inus*) を履行した者が約束の報酬を請求することが問題となっていた。すなわち、注意すべきはその行為であり、それは行うという約束ではない。すなわち、その者がそれを行うなら (本来は反対の停止条件)、彼は存在する単なる約束の履行すなわち金銭の支払を請求することができる。なぜなら、彼が約束されたものを履行したというのではなく、その反対当事者の約束

におかれた条件が満たされたからである。フランス流の解釈は、他の解釈に権威をもっていった。すなわち、ある物が「恥ずべき役務」をするために誰かに約束された。そこには二重の債務が存在し、その当事者は、誰かにその対価を約束し、その役務を履行することを義務づけることができる。反対に、テキストの最後に設定された仮説ではあるが、同人は合意された対価を請求することができるが、実行される約束がコースを有していることをその者が示すことになっている。すなわち、それは、返礼としてかような役務を行うことが同人に課せられる債務である。コースはすでに履行された行為ではなく履行される行為にあるということとは、不正行為 (*actor inus*) という用語の解釈から生じる意味である。それを請求する者は、この者が自ら約束した給付を先に履行していることを考慮することは全く考えられない。反対当事者の相対的債務を弁明する者は、行為の遂行ではなく、その固有の約束に基礎をおく。この特徴は、すなわち昔からコースと物の供与 (*res*) を関連させた大全の中では、物の物質的履行が断ち切られていたことである。コースは法によって受け入れられる同意の動機となった。これは、本来、心的行為であり、すなわち、コースを約束の訴えに利用する相手方当事者の相対的約束が存在するという考えである。「ある人と戦うために約束された」と述べる一〇巻によれば、その一方に訴権を付与した」という大全への注釈は十分に理解された。原告は、かような行為を行うことで約束が存在していた

と主張する。獲得物に基づく訴えを検討するとき、注釈が、返済約束があるのかかわりなく、貸金の受領がある場合と金銭を返済する単なる約束が存在する場合を区別していることは明白である。後者の場合、かような受領に返済約束のコースを見出すことで、いくら認められようとしても、貸金の授受の証拠を提出することは無駄である。すなわち、履行訴権は、真のコースいわゆる約束の確たる合法的性質を本当だとする動機に立脚していれば、根拠を与えらる。物の受領を証明しなくとも、合意者の正当なコースが存在するだけで、合意は十分である。合意のコースが貸金の受領とは別であるということ以上に明白に説明することは不可能である。

従って、一三世紀以来、ノルマンディー慣習法のカウザが近代的意味でのコースに相当するということが疑わしいならば、大全のテキストについての後の解釈が慣習法概念をわが国の同時代の概念に近づけたということを否定しうるにすぎない。しかし、その対比は、強調されてはならない。すなわち、コースは多少とも動機と混同されている。さらに、最も古い慣習法のように、北部慣習法地域の法学者が考慮したのは主として不法なコースである。しかしながら、一四世紀の終わりに、実務家は、コースの探求には疑わしい、あるいは単に不確かなまた不完全な意思の合致に対する保護を見いだすと理解している。すなわち、同時代にイギリス法は贈与の報酬的性質の中にその行為の正当なコースを見いだしている。

### III コースと不正行為

(P. 209)

やや遅れて、おそらく無意識のうちにノルマンディー慣習法がコースの新しい意味を引き出すに至ったその後の進展は、一三世紀終わりに同時代の人たちに先んじたボーマノワールによって直に受け入れられた。

実際、コースという言葉が、ボーマノワールにおいて合意の動機を示すものと理解されているのは間違いない。その意味は、ボーマノワールの慣習法で用いられている用語と一致しており、ここでは、コースは目的、動機、理性と同義である。ボーマノワールが、債務におけるコースに関するその文献の多くを引きだしたのは、ローマ法であることはまず確かなことである。しかしその借用が明らかにされるのは難しい。

その先人達のように、ボーマノワールは、コースの不法な性質の中に合意の無効の一般的存在理由を見いだしている。すなわち、一定の金銭のためにある者を殺すとか、傷つけるあるいは戦うという約束がそれである。かような行為を履行した者は、金銭の支払を得ることができない。その犯罪を罪あるものとして当事者を裁くのは、その意思の合致が告げられている領主である。時折、単なる市民法上の無効は刑事罰なくして宣告される。それ故、全く異なる三つの仮説が存在する。すなわち、賭事や高利貸しの負債の支払の意思の合致と、債務を負う当事者にせよ他人にせよその人にとって名誉毀損となる約束と、一般

に利益となるよりも苦しみとなる行為を行う約束がある。それは教会法の慣習によれば、宣誓が約束を確認する場合には、放棄された。負債の保証人はその担保物 (plevine) を保証するまでには至らない。かようなことがコースの適用に関する最初で数少ない原本である。

しかし、ポーマノワールは、ジョステスとプルトそしてピエール・ド・フォンテーヌと同じようにはコースをみなしていない。彼は、ローマ・教会法手続きにならって、かような行為は悪意の疑いのあるものという理由で、コースの示されない約束の裁判上の承認を妨げようとした。その反対当事者に債権の存在理由を明らかにさせることは、債務者のよりよい抗弁であろうか。

訴訟 (plet) の最初から、意思の合致に関する請求は、請求される対象物の提示に加え、債務のコースを示さなければならぬ。すなわち、コースがなければその請求は決して認められない。領主 (sire) はかような請求を拒否するか、少なくともコースを明らかにさせるのであろうか。ポーマノワールは明白には述べていないが、被告は答弁を拘束されない。すなわち、被告側の行為がなければ、訴訟は開始しない。

証明の時に、負債の有効なコースを探求するのは裁判においてである。ポーマノワール自身、自明である自白に関するコースについては述べていない。しかし、彼は、裁判で履行が請求されている書面のコースを調査することを裁判官に命じている。だが、コースの欠缺は、被告が証拠として提出された書面に對

して申し立てる抗弁の中では評価されない。証人による証拠に訴えるのであろうか。裁判官ないし聴証役 (commissaire enquêteur) は、その状況や負債のコースに関して証言することを申し立てる人を尋問しなければならない。

かような規則は、抽象行為を無条件に排除するのであろうか。おそらく、約束 (fiance) のように方式のみで有効となる口頭契約が存在する。すなわち、その請求においては約束 (fiance) という言葉を述べるだけで十分であり、コースを示すことは無用である。すなわち、ピエールは、ジャンが彼に返済することをお約束した一〇リールをジャンに請求する。証書に関しては、ポーマノワールの著作の正確な射程範囲を述べることはかなり難しい。すなわち、貴族の私的印章のある証書、バイイ (Bailli) の印章のある証書という彼が与えた証書の事例全てがコースの記載をしている。しかし、コースの表示は、その欠缺が行為の無効となるのに不可欠な要素であろうか。被告は裁判上履行が請求される証書に対して二重の方法を用いていた。すなわち、これは、その債務が負わされる証書に関して、その父親によって返還された受寄物故に、コースは含まないというコースの欠缺と、被告本人が証書を作成したときに彼が知らなかった父親の債務の支払である。残念ながら、彼はその二番目の方法を証明することを示したにすぎない。そこで、反対当事者はその点のみを反駁し、裁判官はその抗弁の有効性を判断するにすぎない。それ故、我々は、表明されたコースの欠缺が無効の理由と

してみなされるかどうかはわからない。しかし、コースを記載することには慎重である。なぜなら、原告において裁判官の面前で証書の履行を請求しなければならぬとしたら、裁判官は、抽象的証書の解読後、「その面前で支払われる前に債務が生じるコース」をその職権で (*ex officio suo*) 探求しなければならぬからである。かような制限は、その履行を行う前に裁判上の介入を必要とする私的印章のある証書に係るにすぎない。完全な権利の履行をもたらすバイイの印章ある証書は、裁判官の支配に服する。しかし、その点について、全く道徳的な予防策がとられていることは、確かである。すなわち、バイイは証書が封印されなければならないことを確認した後、彼自ら調査した証書に印を押すにすぎない責務にある。言い換えれば、バイイは債務の存在と適法性を確認しなければならない。ポーマノワールの理論はあまり体系的でなく、非常に不完全であるがそれでもなお、それは、片務行為や贈与においてコース概念に訴える慣習法理論の最初のものである。すなわち、いかなる学説の分類法も目的因という名称としてコースと動機との区分を無視するポーヴェジ慣習法には浸透しなかった。不法なコースの仮説のみを理解しているにすぎない。あるいは承認・否認するかという一面的な手続きに固執し、拘束力ある証書に對抗しえる虚偽の支払や支払猶予の抗弁のみに固執する他の学者達にはいかなる進展があるのか。それでも、法外のコース (*cause extorsionneuse*) に対する伝統的無効という点及び

債務は、確たる合理的コースをもって強制される人を除いて生じえないように、非常に一般的な規則の想起に加え、当事者に与えられた単なる助言を示しているにすぎず、裁判官に向けられた何らの介入なくして、約束されることはないブルターニュの古代慣習法のような後の文献にはいかなる優位性があるのか。しかし、それ以降、学説としてのローマ法は、慣習法のこの初期の基礎とコース理論の意味の変化に相当するようなローマ法化とを重ねるまでになる。これが、一三世紀の慣習法における不正行為や不道徳性に対する手段であり、債務者の保護は承知の上で約束をしているにすぎないということを導く。一四世紀の終わりの文献の多くと一五世紀の文献は、その深い意味をもはや理解しておらず、それらもはや手続き範囲としてしか理解していない再評価をえたローマ法の要請としてコースを受け入れている。

#### IV 学識法のコース (*cause savante*) (P. 214)

わが国の後期慣習法は、ローマ法学者式のコースの綿密な規則を全く認識していない。しかし、学識法の影響の進展は、それを同時により完全なかつ狭義の理論へと導いた。この理論の適用はかなり多くなった。しかし、一三世紀の学説を活気づかせた精神は、詐欺と錯誤に対する保護をコース理論において考慮させることによって、消滅した。コースとは、裁判上の請求や自白もしくはその言及が一定の様式である文書において挿入

された言葉である。

ブーティイエ (Bouillier) にとってもまた、コースは、債務の証拠に関し、証言と文書との間で起こりうる抵触ゆえに、意義深いものとして残っている。すなわち、「生の声は文書を歪曲する」と一般にいわれている。しかし、この規範は、絶対的なものではなく、判事がそれを評価する人である。理由があり、かつ確かな根拠がある証言は、原因付けられていない文書に優るべきである。すなわち、「判事は、コースを表示していない文書の内容によりも、その供述をすることを判断した証人の供述に注意を払うべきである」。そして、当事者が文書によって確認した債務に関し、その証明を避けたいと望んだ場合、証人は書面に反して表明することが認められ、しかも書面よりも好まれさえすることから、常に容易な証明、すなわち意思の合致のコースを宣明するように当事者を導くことになる。しかし、これらの説は別として、ブーティイエが、問答契約におけるコースや原因のない請求権 (condictio sine causa) によって支払い義務のない金銭の請求について語るとき、繰り返すのは、従来とは変わらない常套句である。

マジュエ (Masuer) は、もはやローマ法の必要性を想起することを考えていない。いかなるコースが請求に挿入されるべきか、近因か遠因か。コースのない書面上の自白の効果はいかなるものか。問答契約によってなされた贈与は黙示のコースをもたないのか。報酬的贈与の目的因は何か。同様の懸念はいた

るところに出現する。これが、個人に関する請求が原因付けられなければならないとする、アンジュやポワトール地方で明確にされた規範である。また、より一般的には、「コースなく結ばれた債務は、それ自体無効である」という原則がアンジュ方式により制定された。パリのシャトレ方式は、非常に類似した規範をもっていた。フランス大慣習法や付帯条項によって引用された債務の正式な原本還付証書という訴状の例は、一般実務に適合している。ブルゴーニュにおいて、一四世紀の終わりに、慣習は債務を負う文書にコースを言及すべきであったようである。

一四世紀の始めに、パリ高等法院の判例は、シャトレの印章によって効力をもつ債務を無効としたことが見受けられる。それは、馬の売買と引渡しの結果として、負債の承認をもたらす印章であった。上诉人によって述べられた理由によれば、コースを暗に表示している。すなわち、彼らは特定の馬を得ることを期待して合意することを承諾したにすぎない。そうでなければ、売主はそれを引渡すことに難色を示していたはずである。

結局、ジャン・デ・マール (Jean des Mares) の判断によれば、判例は、贈与が無効とされるべきかどうか決定するために、「コース cause (動機 motif)」と「条件 condition」と「方式 maniere」(方式 mode)とを区別することに専念しているということになる。すなわち、イギリス人の捕虜になった待臣が身代金を支払うために二〇〇フラン受け取ったが、彼は何も与えることなく脱走した。なされた贈与の返還を請求できるで

## 資 料

あろうか。身代金の支払いが、譲与 (don) の目的因としてみ  
なされないため、それは許されない。

(石堂)