OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	『ブラクトン』の学識法利用に関する検討（二）：タンクレード及びドロゲーダとの比較検討を通じて
Author(s)	松本, 和洋
Citation	阪大法学. 2014, 63(6), p. 147-159
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/68001
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

『ブラクトン』の学識法利用に関する検討（二）

――タンクレード及びドロゲーダとの比較検討を通じて――

松本和洋

はじめに
第一節　『ブラクトン』研究史の概略
第二節　問題の発端
第一章「抗弁論」における『ブラクトン』とタンクレードの比較
第一節　全体の序論および抗弁の分類についての比較（以上『阪大法学』六三巻五号）
第二節　抗弁提起に関する比較
第三節　反抗弁、再抗弁、反再抗弁についての比較（以上本号）
第二章　訴権競合における『ブラクトン』とドロゲーダの比較
おわりに

（阪大法学）63（6-147）　1851〔2014.3〕

第二節　抗弁提起に関する比較

『ブラクトン』

f. 400 同じく、いかなる段階で抗弁は提起されるべきか、あるいは提起されざるべきか（Item quando proponendae sunt et quando non）

「訴訟開始時、および手続の準備段階で主張されるべき抗弁があり、それは係争地検分の前に請求すべきであって、裁判管轄権に対し、また裁判権を欠く裁判官に対し提起される抗弁のように、訴訟の消滅には達しない。同じく、抗弁は原告適格に対しても認められる。また抗弁は令状に対しても認められる。確かに抗弁が訴訟開始で言及されず、係争地検分の請求に達した場合、もし被告が係争地検分の請求後に（抗弁を）裁判官の前に提出しようとしても、（その抗弁は）受理されない。何故なら係争地検分を請求することによって、被告はこれらの方法での抗弁を暗黙のうちに放棄し、裁判官の裁判管轄権に（服することに）合意し、裁判権を追認すべき限りですべての事項が正しく行なわれたと見なされるからである」(1)

f. 400 同じく、抗弁には係争地検分の前に生じるものと、係争地検分の後に生じるものがある（Item quaedam sunt ante visum et quaedam post）

「さらに係争地検分に伴う抗弁が存在する。原告が係争地検分を自身に行わせ、またその時に請求物の全部あるいは一部を保有するか、あるいは何も保有しないか知っているということを被告が答弁する義務を負う確定物が法廷に持ち出される前に、被告はこれら（抗弁）によって確認することができる。故にこれを付属物にもなし得る。同じく係争地検分の後に、訴訟の目的物が存在する所に誤りがあるならば、抗弁が認められ、これらは争点決定に

先立つ。では係争地検分が何ら求められない場合はどうか。それでも順序に従って抗弁はその場に提示されるべきか、または裁判官の裁判管轄権および裁判官適格のように、より相応しいものから順に示されるべきであろう。なぜなら裁判官が訴訟の最も重要な部分だからである。次に、原告自らの有する適格に基づく場合に原告適格の抗弁が生じる。次に令状に対して（の抗弁）、次に被告の適格に基づき原告に対して（提起される抗弁が）認められる。その後、あたかもそこでは何も保有しないか、彼の保有するもの以外に何も保有しないといった、物自体から（抗弁が）認められ、これは付属物にも同様である。その後に場所を理由とする（抗弁が）認められる。前述のような抗弁が何も認められない場合、あるいは前述された抗弁が暗黙の内に放棄された場合、その時は多くの法的理由（ratio iuris）から認められる抗弁が提起されよう、訴えることに対して法の伝えることがない（＝訴えの根拠となる法がない）場合のように。訴えの順序がなるように、抗弁の順序がなされるべきである。あたかも、AがBに対し自身の権利として、某村におけるその付属物を含むほどの某所領を訴える場合のように、裁判官の面前で（抗弁は）述べられる。同じくいつでも、また裁判の後でも提示されることが可能な二つの抗弁、彼の管轄でない裁判官（彼の適切な裁判官でない）や偽の訴訟代理人（＝本人の訴訟代理人でない者）に対する抗弁が存在する。なぜならこれらによって、いかなる裁判も法的紛争も生じないからである。前述のように、訴権を提示すること、基礎づけること、証明することが必要不可欠である、それは一見正当と（iusta）見られるために、このようなことは抗弁でも不可欠となろう。このことを通じて、訴権が原告に対して属するように、抗弁は抗弁申立者（excipiens）に属し得るかどうか知ることができる。なぜなら、訴権に対して抗弁が属するような時でも、上述したように、訴訟を提起するすべての人に属することが常ではないからである」[2]

タンクレード『裁判手続の書』　抗弁と反抗弁について（De exceptionibus et replicationibus）

第一項「すなわち（これらの抗弁を）提起するにあたっては、注意深い代弁者はこの順序を守るだろう、それはもし裁判管轄権そのものから被告に認められる場合、例えば聖職者が世俗の裁判官または自身の管轄でない裁判官の前に召喚された場合、偽りの請願あるいは真実の隠蔽によって召喚状が請求されたり、これに類似する場合、抗弁を提示し証明する。なぜなら裁判官の裁判管轄権に抗弁することを逸し相手を認める場合、それに合意したと見なされるからであり、その利益に対しては後に（訴訟に）立ち戻ることはできないだろうから。……しかしながら、こうした抗弁が期待に沿わない場合、裁判官適格に基づき被告に抗弁が認められる場合は、それを提起しうる。例えば奴隷または市民権剝奪者あるいは破門にあるのであれば、そのような者が裁判官であることはありえない。……また裁判官が被告に確かな理由から（公平性が）疑わしいとして、裁判官自身が敵対者あるいは相手方の血縁者、もしくは（相手方の）大親友の場合がある。……ところで、もし被告が裁判官あるいは裁判管轄権に対し提起しうる抗弁を持たない場合でも、原告あるいは彼の代理人適格から、被告に（抗弁が）認められるのであれば、抗弁を提起しうる。（中略）同じく、当然訴訟開始までに限りこうした抗弁は提示すべきであるが、上述したように、新たに（抗弁が）認められることが生じる時は、もちろん争点決定の後になっても提示することができるということに注意せよ。……さらに留保されたものを除く抗弁を主張することを（一方の当事者が）望む、あるいは（裁判が）開始された後に（抗弁の主張を）彼が行うであろう場合、あるいはその後に（抗弁が存在することの）理解に達したと彼が宣誓する場合、その期間内に全ての遷延的抗弁を提示し、その期間の後はどの当事者も延長して聴聞されない確定した期間を、裁判官は両当事者に裁定することができることにも注意せよ。同じく、前述のように争点決定より前に提起すべき抗弁と、裁判が無価値となるために判決の後に提起され得るもの、すなわち偽の訴訟代

理人や彼の管轄でない裁判官の抗弁という二つの遷延的な抗弁があることに注意せよ」[3]

検討

この部分の検討について、まず「いかなる段階で抗弁は提起されるべきであり、あるいは提起されざるべきか」に注目したい。ここでの『ブラクトン』の著述はタンクレードのそれとは異なっているが、裁判管轄権に対する抗弁に代表される「一般的な抗弁」は訴訟開始時や準備手続中に主張されねばならないという点で一致している。『ブラクトン』では、「係争地検分」（visus）の請求が「訴訟開始時」（in initio litis）と共に用いられることで、一部の抗弁を提起する時期がより明確にされていると言えよう。コモン・ローにおいて、不動産を巡る訴訟では、係争地となる土地の検証が第一に求められており、『ブラクトン』の裁判管轄権に対する抗弁の例示を見ると、被告が「係争地検分」を請求する時点をもって裁判管轄権に対する抗弁を放棄したと判断されているようである。『ブラクトン』にとって、「訴訟開始」と「『係争地検分』の請求」が裁判管轄権に対する抗弁が提出される期限となり、この段階で裁判官の裁判管轄権に服することを被告が認めたとされている。一方で、タンクレードが裁判官適格について述べる箇所との類似は、『ブラクトン』では裁判官の忌避についての著述まで待たねばならない。[4]

「抗弁には係争地検分の前に生じるものと、係争地検分の後に生じるものがある」では、『ブラクトン』は再び「係争地検分」をキーワードに用いている。タンクレードの「当然訴訟開始までに限り抗弁は提示すべきであるが……争点決定の後になっても提示することができる」という箇所をより明確に示す言葉として、『ブラクトン』は「係争地検分」という語を用いているように思われる。また、「係争地検分」が行われなかった場合について、『ブラクトン』は裁判を司る裁判官に関する抗弁を初めとする諸抗弁が提起できるとする。そして、「被告はこれら

（抗弁）によって確認することができる」と述べていることは、被告が裁判官に彼の抗弁に対して承認を与えるよう要求し得たことを指しているのではないか。裁判官および彼の管轄権に対する抗弁を最初に取り上げる点は『ブラクトン』もタンクレードも一致しているが、『ブラクトン』では裁判官をまず決定することについて、係争地の訴訟を預かる点を強調しているように思われる。

裁判の後でも提示される抗弁として、「彼の管轄でない裁判官」および「偽の訴訟代理人」の抗弁が両者で一致して挙げられている。『ブラクトン』がこれらの抗弁について、「いつでも」（omni tempore）と述べていることからは、これらを遷延的抗弁とするタンクレードの著述を踏まえた上で、提起に際し特別な許可を必要としない一般的抗弁としてこれらを捉えていることが読み取れる。

第三節　反抗弁、再抗弁、反再抗弁についての比較

『ブラクトン』

f. 400b 同じく、抗弁に対して反抗弁が認められる（Item contra exceptionem competit replicatio）

「しかしながら、さしあたり認められると考えられる抗弁に対して、原告は反抗弁という手段によって救済されうる。つまり、もしある者が訴え出た場合、訴えないという合意が後に介在したと被告が抗弁することは可能であり、それに対して、訴えることができるという合意がその後に挿入されたと原告が反抗弁することは可能である。従って、『訴え出ないという合意は、後に訴え出るという合意と対立する』と説かれる。この場合、第一の合意は後（の合意）に無効とされ、それは法上当然にではなく反抗弁という手段によってである。そして、前述の贈与についてのように、何を為し、何を為さないか、そのような形で行うかあるいは行わないかが締結者に許されている

ことを為すか為さないか、あるいはその時にそのような形で為すことがこうした方法ではできない、といったことを、あたかも契約の締結時に合意したというような、契約に加えられる制限と条件に関しても同様である。[5]」

f. 400b 反抗弁に対して再抗弁が認められる（Ad replicationem competit triplicatio）

「実際には反抗弁に対して再抗弁が続き、再抗弁に対して原因に基づく反再抗弁（が続き）、このようにして無限に続く。訴権は一旦有効であると（訴訟の）当初より認めることができるだろうが、抗弁によって無効とされ、同じように抗弁は反抗弁によって無効とされ、そのようにして続く[6]」

タンクレード『裁判手続の書』　抗弁と反抗弁について（De exceptionibus et replicationibus）

第五項「反抗弁とは、被告の抗弁に対し原告に認められる抗弁であり、原告が常に申立てる。反抗弁に対しては被告に再抗弁が与えられる、そして反再抗弁があり、『学説彙纂』第四四巻第一章第二法文と『勅法彙纂』第八巻第三六章（第三五章）第十法文にみられる如くである。例えば、私はあなたに貸した十金を請求し、あなたは抗弁し、請求しないという合意を有している、あるいは受領問答契約により債務関係から解放されたと述べる。私は反抗弁し、強迫あるいは詐欺を通して強要された、あるいはそのような合意からは解放されていると述べる[7]」

検討

この部分では「抗弁→反抗弁→再抗弁……」と抗弁が展開していくことが扱われているが、タンクレードは主にD. 44. 1. 2（ウルピアーヌス『告示註解』第七四巻）を用いていると考えられる[8]。以下はその試訳と原文である。

D. 44. 1. 2. pr「抗弁はある種の排除に準ずると述べられる。それが被告各人のものとして、それが訴権と対置させられることを常とするのは、有責判決あるいは請求表示に対して持ち込まれたものを排除するためである」(9)

D. 44. 1. 2. 1「反抗弁は抗弁に他ならず、しかも原告の側から生じる。故に、抗弁を排除するためにこれは確かに必要である。何故なら、抗弁にあらがうためという理由で再抗弁は常に援用されるからである」(10)

D. 44. 1. 2. 2「あらゆる抗弁あるいは反抗弁は排除的であることに留意せねばならない。抗弁は原告を、反抗弁は被告を排除する」(11)

D. 44. 1. 2. 3「しかし、反抗弁に対しては再抗弁が認められるのが常であり、反抗弁に対して再度、そして続けて請求が増加されるのは、被告あるいは原告が援用する限りにおいてである」(12)

D. 44. 1. 2. 4「確かに、ある種の諸抗弁が遷延的であり、ある種のそれらが絶対的であると述べることを我らは常とする。例えば、訴権を遅らせる抗弁は遷延的であり、（そうした抗弁の）例として訴訟代理人の抗弁（procuratoria exceptio）は遷延的である。すなわち、訴訟代理人の資格（procuratori nomen）から訴えることが許されないと述べる人は、訴訟物（lis）を直接拒否するのではなく、（代理人の）適格を退けているのである」(13)

先に挙げたタンクレードの著述と比べると、ウルピアーヌスの言をタンクレードは簡略化して述べていることが分かる。一方で、『ブラクトン』の「反抗弁に対して再抗弁が存在する」の説明はD. 44. 1. 2. 3に近いものであり、タンクレードと異なり『ブラクトン』が二つの章題に分けているのは、執筆者が『学説彙纂』の分節の形に従った

ためと思われる。

さて、被告の行使する抗弁に対し、原告の防衛手段として反抗弁（replicatio）が提起され、これに対し被告による再抗弁（triplicatio）、さらに再抗弁に対して原告による反再抗弁（quadruplicatio）が提起されるという、抗弁の展開については、タンクレードも『ブラクトン』も一致している。しかしながら、ここでは「訴え出ないという合意は、後に訴え出るという合意と対立する」とするD. 2. 14. 27. 2の言を用いて『ブラクトン』が著述を行っている点に注目したい(14)。タンクレードは例として合意を用いているが、この法文には言及していない。一方で、『ブラクトン』はこの法文を援用することで、（被告が抗弁で述べた）第一の合意が（原告が反抗弁で述べた）後の合意によって無効とされる、という反抗弁の効力についての自身の説明に補強を行っているように見ることができる。

ここまでの検討から、『ブラクトン』の「抗弁論」は、タンクレードに強く依拠しつつも、イングランドの裁判状況を踏まえたアレンジや、『学説彙纂』の法文を独自に参照するといった方法を取ることで、自身の著述を単なる追従に止めないものにしていると言える。参照元の内容についての理解度の問題を別として、『ブラクトン』の執筆者が、イングランド外部の学識法文献に対して一定の知識を有していたことが強く推定できる。

（1）“ITEM sunt quaedam exceptiones proponendae in initio litis et in praeparatoriis iudiciorum et ante visum petendum, ad perimendum iudicium ne procedat, sicut sunt illae quae proponuntur contra iurisdictionem, et contra personas iudicantium quibus deficit auctoritas iudicandi. Item exceptiones illae quae competunt contra personam petentis. Item exceptiones illae quae competunt contra breve, quae quidem exceptiones si in initio litis omittantur, et ad petendum visum procedatur, si tenens illas post visum petitum velit illas praeponere, non audietur, quia per petitionem visus videtur tenens huiusmodi exceptionibus tacite renuntiasse, et in iurisdictionem iudicantis consensisse, et quod omnia quoad iudicium ratificandum rite processerunt.” Thorne, *Bracton* vol. 4, p. 246を参照。

（2）“SUNT etiam quaedam quae visum sequuntur, et de quibus certificari poterit tenens antequam petens visum ei fecerit et certa res in iudicium deducatur, de qua debeat tenens respondere, ut tunc scire possit si totam rem petitam tenuerit vel eius partem vel etiam nihil: et sic fiat de pertinentiis. Item post visum competit exceptio si error fuerit in loco ubi res sita est de qua agitur, et istae praecedunt contestationem. Et quid si nullus visus petatur? Tamen per ordinem proponi debent et suo loco et erit a digniori incipiendum, sicut a iurisdictione iudicantis et persona iustitiarii, cum iustitiarius sit pars principalis iudicii. Postea vero contra personam petentis si qua competat contra ipsum ex persona sua propria, Postea contra breve, et postea si qua competat ex persona tenentis contra petentem, et postmodum si qua competat ex ipsa re, ut si nihil inde teneat vel non nisi eius partem, et idem de pertinentiis, et postmodum si qua competat ratione loci. Et cum nulla praedictarum competat, vel si illis tacite renuntietur ut praedictum est, tunc proponatur illa quae competit ratione iuris quae multiplex est, ut si nihil iuris descendere possit ad petentem. Et sicut fit ordo petendi, sic fieri debet ordo excipiendi. Ut si diceretur coram tali iustitiario, A. petit versus B. tantam terram cum pertinentiis in tali villa ut ius suum. Item sunt duae exceptiones quae proponi possunt omni tempore et post iudicium, sicut iudicis non sui et falsi procuratoris, cum quibus nullum iudicium controversia nulla. Et sicut necesse est actionem proponere et fundare et probare ut praedictum est, ut prima facie iusta videatur, ita oportebit exceptionem, ut per hoc sciri possit an pertineat ad excipientem exceptio sicut agentem pertinet actio, quia cum aliquando contra actionem pertineat exceptio, tamen ut supra dictum est non semper pertinet ad omnes ut illam proponant.” Thorne, *Bracton* vol.4, pp. 246–247を参照。

（3）“In his enim proponendis advocatus providus hunc ordinem servabit, ut, si qua competit reo ex ipsa iurisdictione, puta quia clericus vocatur ante iudicem saecularem, vel aliquis ad iudicem non suum, vel quia literae sunt impetratae per suggestionem falsitatis vel per veritatis suppressionem, vel si quam similem habet, obiiciat illam et probet; quia, si hanc dimittit et accedit ad alias, in iurisdictionem iudicis consentire videtur, unde ad hoc beneficium postea redire non poterit ..... Si vero his exceptionibus destituitur, si qua ex persona iudicis reo competit, illam proponat; puta, quia est servus vel infamis vel excommunicatus, quoniam talis iudex esse non potest, ...; vel quia est reo certa ratione suspect-

us, utpote inimicus suus, vel adversarii consanguineus vel multum amicus ..... Si autem reus non habet exceptionem, quam contra iudicem vel iurisdictionem proponat, opponat exceptionem, si qua ei competit, ex persona actoris vel eius procuratoris.....（中略）Item nota, quod, licet huiusmodi exceptiones in principio litis tantum sint proponendae, ut dictum est, tamen, si de novo competere incipiunt, etiam post litem contestatam proponi possunt. .....Praeterea nota, quod iudex potest certum terminum statuere partibus, intra quem omnes dilatoritas exceptiones proponant, ultra quem nulla pars ulterius audietur, si quam allegare voluerit, nisi illam fuerit protestata, vel postea exorta fuerit, vel iuret se postmodum ad eius notitiam pervenisse. .....Item nota, quod duae dilatoriarum exceptionum, quae ante litem contestatam proponendae sunt, sicut supra dictum est, etiam post sententiam proponi possunt, scilicet falsi procuratoris et iudicis non sui, quia tale iudicium nullum est.....” Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine,* S. 140–142を参照。

（4）後に『ブラクトン』はf.411b-f.412の「裁判官忌避について」で、裁判官適格についてのタンクレードの例示に加え、同じくタンクレードの「裁判官忌避について」を用いつつ説明している。Thorne, *Bracton* vol.4, pp. 280–281、およびBergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine,* S. 146, 148–149を参照。タンクレードの「抗弁と反抗弁について」では、「さて、どのようにしのりと（裁判官の忌避）を行うべきか、（それは）裁判官の忌避の章で十分に述べるとしよう」（Qualiter autem hoc facere debeat, in titulo de recusationibus iudicium plene dicemus）と述べ、早々にこれを切り上げている。Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine,* S. 141を参照。

（5）“CONTRA exceptionem vero licet ab initio competens videatur, subveniri poterit petenti ope replicationis, ut si quis petat, excipere poterit tenens de pacto postea interveniente ne petat, contra quam replicari poterit a petente de pacto posterius interposito quod petat. Ut si dicatur: *Pactus ne peteret postea convenit ut peteret.* Quo casu primum pactum per posterius eliditur, non quidem ipso iure sed ope replicationis. Et sic de similibus de modis et condicionibus in contractibus appositis, ut si convenerit in initio contractus quod quid fiat vel ne quid fiat, et si fiat vel non fiat, quod tunc liceat contrahenti sic facere vel non sic, vel si tali modo non fiat, quod tunc sic fiat, ut supra de donationibus.” Thorne, *Bracton* vol.4, p. 247を参照。

（6）“AD replicationem vero sequitur triplicatio et ad triplicationem quadruplicatio ex causa, et sic ulterius in infinitum,

et ita poterit ab initio concedi quod actio bona sit prima facie, elisa tamen per exceptionem, et eodem modo quod exceptio, elisa tamen per replicationem, et sic deinceps." Thorne, *Bracton* vol.4, p. 247を参照。

（7）"Replicatio est exceptio, quae competit actori contra exceptionem rei, et istam semper opponit actor; et contra replicationem datur triplicatio reo; et iterum quadruplicatio. ut Dig. de except. 44, 1. l. 2 et Cod. e. t. 8, 36. l. non exceptionibus 10. Puta, peto a te decem, quae tibi mutavi, et tu excipis, dicens te habere pactum de non petendo, vel te ab obligatione absolutum per acceptilationem, et ego replico dicens, quod per metum sive per dolum fuit extortum vel abrenuntiatum tali pacto....." Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine,* S. 146を参照。

（8）C. 8. 35. 10「原告たちは、確かな諸原因に基づき被告たちが救済される抗弁からではなく、反抗弁を有する時にはこれによって自身の請求を防衛する」（Non exceptionibus actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam habent, muniunt.）をタンクレードは合わせて挙げているが、これはD. 44. 1. 2の補足のためと思われる。

（9）"Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusquae rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est."

（10）"Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt: quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant: semper enim replicatio idcirco obicitur, ut exceptionem oppugnet."

（11）"Illud tenendum est omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum."

（12）"Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus aut actor obicit."

（13）"Sane solemus dicere quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremptorias: ut puta dilatoria est exceptio, quae differt actionem, veluti procuratoria exceptio dilatoria est: nam qui dicit non licere procuratorio nomine agi, non prorsus litem infitiatur, sed personam evitat."

（14）D. 2. 14. 27. 2（パウルス『告示註解』第三巻）の関連部分の試訳と原文は以下の通りである。

「訴えでないという（内容の）合意が、後に訴え出るという（内容の）合意と対立する（時がある）。先の合意は後（の合意）を通じて無効となろう。（合意が）為された場合は、問答契約によって問答契約が解除されるというような、法上当然に（よって）では確かにない。なぜなら問答契約に法律関係（ius）はつながれており、合意に事実関係（factum）が関係している。故に反抗弁により抗弁は無効になる……」（Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur.....）試訳に際しては、春木一郎譯、『學説彙纂 Πρωτα』（有斐閣、一九三八）、二五三＝二五四頁も参照した。