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（三・完）：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, 64(1), p. 187-208
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71490
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（三・完）

――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『阪大法学』六三巻六号）
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（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

以下では便宜上、『ブラクトン』の著述を（A）、（B）、（C）の三つに分けて、各所で参照されたローマ法文と

ドロゲーダの著述との比較を行うこととする。なお、傍線と括弧付の挿入は筆者による。

『ブラクトン』対象箇所の試訳

「（A）……最後に、D. 4. 2. 21. 6 やD. 14. 4. 9. 1 の如く、ある人が同一物に競合している複数の訴権を有しているとしても、一つ（の訴権）から訴えるべきであることに注意せねばならない。しかし、ここでは、もし彼に（利用が）認められることを知り得る二つの訴権が原告に認められており、その一つにより彼の物を追求することを欲することを留保したという場合は、彼に（二つの訴権が）許されると説くD. 43. 3. 1. 4 は（先の二法文とは）逆に考えられている。このようにして彼は確定せずにこれらの訴権を提起し得ることになる。（B）解決としては、D. 14. 4. 9. 1 の如く、私に認められる二つの訴権が私に確かである場合、私は選択することを強制される。しかし、訴権が私に認められることを私が知らなかった場合は、反対法文（lex contraria）におけるように、その時は一般的な言葉において訴権を確定せずに提起することが可能である。あるいはC. 3. 31. 11 の如く、誰もその占有の権原（titulum）を主張することを強制されない（という原則もある）が、私の訴権が相手方の認諾に依存する場合、仲介によっていかなる訴権が原告である私に認められるかを知る。そのため、相続人あるいは占有者として支配しているかどうかを相手方が問われる時、彼は表明することを強制される。王座裁判所におけるリーボー修道院長対ピーター・オブ・サヴォイ（の事例）のように、同じくある人が同時にあるいは別々の機会に二つの令状を獲得した場合、これらを行使したならば、これを通じて訴え出ることを欲した令状の一方を選択したことにより（もう一方をそれより以前に行使していたとすれば）、第一のものから自身を取り下げるよりも前に、第二のものから訴え出ることはできなかった。（C）二つの訴権が同じものについて競合している時、それら（訴権）は損害賠償請求

（rei persecutoriae）のものであるか罰金請求（poenae）のものであるかについて注意せねばならない。さて、もし損害賠償請求訴権のみならば、上述のように、告訴することを欲する原告の選択において生じるであろう。一つの選択やその他、上記の場合では、D. 19. 2. 25. 4 の如しである。さて、罰金請求ならば、一つの行為か異なる（複数の）行為から生じるであろう。ある人がある物を力ずくで（per vim）奪ったといった、一つのそして同一の行為からは、窃盗訴権（actio furti）や暴力による占有侵奪に関する特示命令（interdictum unde vi）により責を負わされる（D. 47. 8. 1 & D. 19. 1. 28）。こうした事例においては、D. 47. 1. 2 や D. 44. 7. 34 の如く、一方の訴権を選ぶと、それから何も得られないのでなければ、もう一方に頼ることはできない。さて異なる行為により一方を通じてはどちらも排除されない場合、二つの訴権が同じものについて競合している時に一方がもう一方を消費しないのは Inst. 4. 9. 1 の如しである……」[1]

ドロゲーダ『黄金汎論』における類似箇所の試訳

『黄金汎論』S. 60-61

「D. 14. 4. 9. 1 や D. 50. 17. 28、D. 14. 4. 5. 2、そして C. 6. 36. 8 の如く、同一物に競合する複数の訴権を持つ場合、他のものによるよりも、好ましく特権的なものを得ることができるものを選択する。しかしながら、（訴権が）不確かな場合は、自身に属するものを追求することをもう一方から欲するという、このような留保（protestatio）をもって、どちらも提示しうるのは、D. 43. 3. 1. 3, 4 の如しである。なぜなら、自身に属するものを追求することを、もう一方から我らが欲することを留保したと提示して、我らは二つを申し立てるからである。そして、訴権の違いとこれらの選択の上で、複数（の訴権）は不安定になるのだから、損害賠償請求かあるいは罰金請求かといった複

数の訴権により、ある人が訴え出ることを欲する時、あなたは（訴権を）区別せよ。罰金請求の場合は、一つの行為あるいは異なる行為に起因する。（そして）異なる行為による場合は、どちらももう一方を無効としないのは、D. 47. 1. 2 および D. 14. 7. 14 の如しである。一つの行為（に起因する）場合、第一のものを通じて得るものが不十分であって、第二のもので得ることができる、ということがなければ、それ以上訴追されることができないのは、D. 47. 8. 1 および D. 19. 1. 28 の如しである。しかし、それ以外のものは、こうしたことになければ、もう一方へ立ち戻ることが許されないのは、D. 18. 3. 4. 2, 7 の如しである。そして、これが事例における不適用であるのは、D. 3. 6. 5 の如しである。さて、損害賠償請求訴権の場合、一つの選択によって、もう一方は無効となるのは、D. 19. 2. 25. 4 の如しである。一つがもう一方と共に同一の特徴にない故に、その時は選択することが必然であると言うことができるのは、D. 14. 4. 5. 12 および D. 30. 84. 6 の如しである」[2]

『黄金汎論』S. 290

「……解決として、私は以下のように区別する。一つのものについて確かであるなら、その時はその一つを提示する。あるいは不確かであるなら、その時は二つを提示するのは、D. 43. 3. 1. 3, 4 の如しである。すなわち、自身に属するものを追求することを、もう一方から我らが欲することを留保して、我らは二つの訴権、つまり遺産占有引渡特示命令（interdictum quorum legatorum）と相続財産回復訴訟（hereditatis petitio）を提示した。D. 16. 3. 1. 40 や D. 47. 2. 19 の如く、知らなかったことを宣誓した場合、その者は救済される。あるいは、ある者が複数の訴権により行使することを欲する場合には、より正確にあなたは区別せよ。双方ともに損害賠償請求訴権あるいは罰金請求訴権であるか、あるいは一方は罰金請求訴権で、もう一方は損害賠償請求訴権であるか。双方が損害賠償請

求訴権の場合、一つの行為あるいは異なる行為により起因するのか。一つの行為による場合、一方がもう一方によって無効となるのは、先に挙げた法文、D. 14. 4. 9、D. 50. 17. 43. 1 および C. 6. 36. 8 の如しである。異なる行為の場合、どちらももう一方を無効としないのは、D. 47. 1. 2 および D. 44. 7. 34 の如しである。行為に複数（の訴権）が起因する場合、一方によって得る物がもう一方によるよりも不十分であったという理由を除き、一方の選択によりもう一方が無効とされるのは、D. 47. 8. 1 および D. 19. 1. 28 の如しである……」[3]

検討（A）

まず、（A）についての検討に入る。ここで『ブラクトン』は以下のローマ法文を参照している。

（一）D. 4. 2. 21. 6（パウルス『告示註解』第一一巻）「強制されて相続を私が放棄する時、私がどちらかを選択するように、あたかも相続人のように準訴権を認めるか、あるいは強迫を原因とする訴権（actio metus causa）を付与するかという二つの方法で、法務官は私に救済を与える」[4]

（二）D. 14. 4. 9. 1（ウルピアーヌス『告示註解』第二九巻）「ある人が特有財産訴権（actio de peculio）か分配訴権（actio tributoria）かいずれの訴権により訴えるかを選択するべきであるのは、もう一方へ立ち戻ることが今後ないことを知っているからである。確かに、一方で分配訴権を根拠として、もう一方で特有財産訴権を根拠として訴え出ることを欲する者は、審理の対象にされるべきであろう」[5]

（三）D. 43. 3. 1. 4（ウルピアーヌス『告示註解』第六七巻）「さて、ある者が遺贈されたものとして（pro legato）か、それとも相続人として（pro herede）か、あるいは占有者として（pro possessore）占有するのか（に

ついて）時に不確かであるので、アッリアーヌスが最も素晴らしく述べているのは、相続財産回収訴訟（hereditatis petitionem）が設定されるべきということ、そして、ある者が相続人あるいは占有者としてか、遺贈されたものとして占有するにせよ、それによって責を負わされるという特示命令（interdictum）が発布されるべきということである。二つの内でより良い訴権を獲得するということが不確かな度に、このように行うことを我らは常とする。すなわち、自身に属するものを追求することを、我らが欲することを一方から留保して、我らは二つを申し立てる」(6)

この部分につき『ブラクトン』が参照しているのは、強迫に関するD. 4. 2. 21. 6と、分配訴権に関するD. 14. 4. 9. 1と、特示命令に関するD. 43. 3. 1. 4の三法文である。

まず、訴権の選択を求める根拠として、ドロゲーダと『ブラクトン』が共に扱っているD. 14. 4. 9. 1に注目したい。この法文によれば、特有財産訴権と分配訴権とは、共に同じ特有財産を目的とする訴権であることから、訴訟の争点決定に際し選択的競合の関係に立つ。そのため、一方の訴権による訴訟提起を選択した場合には、もう一方の訴権による訴訟提起はなし得ないと述べられている。(7)

次に、『ブラクトン』のみが取り上げているD. 4. 2. 21. 6について見る。「相続」（hereditas）を「強制されて」（coactus）放棄した場合、「相続」に関する訴権と「強制」に関する訴権の二つが、法務官より与えられることが明らかにされている。この事例では、「私」が相続を放棄したことで市民法上の相続人ではなくなるため、相続人の訴権を模した準訴権が認められる。そして、放棄した原因が他者からの強制であったために、相続物に対して強迫を原因とする訴権も認められる、というのが法務官による救済とされている。(8)一つの事物に二つの訴権を認める

状態が許容されているが、どちらかを「私が選択する」（ego elegerim）という前提が同時に立てられていることから、双方を同じタイミングで提起することは認められていないと思われる。

一方でD.43.3.1.4は、相続を問題とし、相続財産回収訴訟と特示命令という二つの方法で訴訟が提示できると述べている。[9] ドロゲーダは、この訴権と特示命令を「二つの訴権」（duae actiones）と一括して述べているが、特示命令はもともとローマにおける法律訴訟を補充する役目を負い、ある条件を満たした時に初めて効力を有するものである。訴権が複数ある場合は、一方の選択によってもう一方からの訴訟提起を行うことは想定されていないと読み取れる先の二法文に対し、D.43.3.1.4では、被告がどういった状態にあるのか（市民法上の相続人か、自主占有者である市民法上の占有者か）が不明であることをもって、相続財産回収訴訟と相続財産回収のための特示命令の二つが許容される。二つの訴権を訴訟提起に用いる場合には選択が必要とされるという先の二法文に対して、この法文では特示命令は選択を必要とせず、訴訟提起の際に訴権と同時に用いることが可能とされているのは何故か。こうした『ブラクトン』の問題提起は、「確定せずに」（indifinite）という言葉に象徴されているように思われる。この問題に対して、『ブラクトン』はローマ法文を、彼とは異なる見解であるドロゲーダの著書をも参照しながら解決を試みたようである。

検討（B）

続いて、（B）についての検討に入る。『ブラクトン』は自身の解答の根拠として、再度D.14.4.9.1を用いながら、次のユ帝『勅法彙纂』の法文も参照している。

C. 3. 31. 11「占有者あるいは相続人として（自身が）占有しているかについて述べることを強制される者を除き、自身の占有権原（titulum suae possessionis）を要求する者から、占有（の公知）が強制されることは不正である」[10]

『ブラクトン』は自身の解答として、訴権を一つに絞ることを要求するD. 14. 4. 9. 1のみを用い、複数の訴権の利用が認められることを自らが認識している場合は、訴権を選択しなければならないと述べている。これはドロゲーダのS. 290の見解とも一致する。その一方で、訴権が競合していることは知っているが、どちらを選択すべきかが「不確か」（incertum）である場合は、留保によって二つの訴権を提示することをD. 43. 3. 1. 4から認めるドロゲーダと異なり、『ブラクトン』は「訴権が私に認められることを私が知らなかった場合」（Si autem ignorem quae mihi competat）という条件がある場合のみ、複数の訴権による提起が許されるとする。自身に訴権が認められていることを知らなかった場合についての『ブラクトン』の見解は、ドロゲーダの「知らなかったことを宣誓した場合、その者は救済される」と同様であるが、その際に依拠したローマ法文は『ブラクトン』では言及されていない。[11]『ブラクトン』では、「一般的な言葉」（verbum generali）によって事情を説明することで、訴権を明確にすることの代わりとしているようである。この表現はドロゲーダには見られないので、『ブラクトン』が独自に考え出したものと思われる。

以上を前提として、『ブラクトン』は「訴権の選択は必要である」という自身の論理を明確にすべく『勅法彙纂』の法文を用いている。これもドロゲーダには見られない『ブラクトン』独自の参照である。自身で占有の公知を強制することは認められないとされているこのC. 3. 31. 11を用いて、原告がどの訴権を利用できるのかが相手方（被告）の認諾に依存している場合を『ブラクトン』は考察する。ここでは、土地を有していることの公知を望む

が、占有者としてか、あるいは相続人としてこれを有しているかを自身では判断できない原告がおり、その相手方は原告の訴権を確定できる立場にある場面が想定されている。こうした原告に対しては、彼の訴権が何かを確定できる相手方に表明を強制させることで、訴権の競合状態を解消するというのが『ブラクトン』の出した結論であろう。

このように、訴権の競合状態についての自身の見解を示した後、『ブラクトン』はこれを令状に則して検討している。訴権と同様、競合する複数の令状が獲得されることは当然考えられる事態である。そのため、上記のように訴権の競合状態における解決法を提示した後に、令状について言及する著述の方式を『ブラクトン』が取ったと考えられる。ここでは王座裁判所の訴訟事例を挙げて、同一人物が複数の令状を取得したとしても、どちらかを選択しなければならないと『ブラクトン』は述べている。(12)

先の（A）と合わせると、競合する複数の訴権を有することがあっても、訴訟提起の際には一つの訴権のみを提起すべきであるという原則を、『ブラクトン』はまず打ち立てようとしたのではないだろうか。ヘンリ・ド・ブラクトンが一年とはいえ巡察裁判官として活動し、また中断を挟みつつも十年近くの間、国王に随伴し閉廷期にアサイズ訴訟の審理を命じる王座裁判官として実務に携わっていたことは、先行研究で明らかにされている通りである。この部分は、令状発給というイングランドの訴訟手続の実務からも生じ得る問題を検討するために、彼がローマ法をその土台に置いたと考えられる実例の一つであると言えよう。

検討（C）

最後に、（C）についての検討に入る。この箇所での『ブラクトン』は以下のローマ法文を参照している。なお、

（二）と（三）、（六―一）と（六―二）はラテン語原文中に明記されていないが、これらは、ソーンが同部分の英訳に際し『ブラクトン』が参照した可能性を指摘したものである。

（一）D. 19. 2. 25. 4（ガイウス『属州告示註解』第一〇巻）「さて、敵対関係の故に隣人が樹木を切り倒した場合、自身の過失とそのことが算入される[13]」

（二）D. 47. 8. 1（パウルス『告示註解』第二二巻）「物を奪った者は、（被害者から）非現行窃盗の訴権（furti nec manifesti）で二倍の責を負い、暴力による財物奪取の訴権（vi bonorum raptorum）で四倍の責を負う。しかし、暴力による財物奪取（の訴権）が先に行われていたならば、窃盗（の訴権）は拒絶されるべきである。窃盗（の訴権）が先に行われていたならば、しかしながらその内にあるそれ以上が訴求されるので、拒絶されるべきではない[14]」

（三）D. 19. 1. 28（ユーリアーヌス『ウルセイウス・フェロックス註解』第一〇巻）「あなたが私に土地を売り、そして私が何かを為すようにということに同意する。もし私が何も為していなかったならば、私は罰金を約束した。以下のような解答がある。売主が問答契約による（ex stipulatu）罰金を請求するより前に、彼は売却によって（ex vendito）訴訟を起こすことができる。もし訴求されたならば、罰金の名目で（poenae nomine）問答契約された金額が存在する限り、問答契約によって訴える原告を悪意の抗弁（doli mali exceptio）が退けるだろう。問答契約によってあなたが罰金を訴求していたならば、為されること以上に介在する何かに対してでなければ、法律上当然にあなたは売却によって訴訟を起こすことができない[15]」

（四）D. 47. 1. 2. pr（ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第四三巻）「それらの内、いずれかについての不可罰

（impunitas）を受けるため、複数の競合行為（delicta concurrentia）は成し得ない。実際、ある過失によって罰金を減らす過失は存在しない」[16]

（五）D. 44. 7. 34. pr（パウルス『訴訟競合論』一巻本）「ある人が他人の奴隷を不法にむち打つと、一つの行為によりアクィーリウス訴権と人格権侵害訴権が生じる。すなわち人格権侵害は故意により生じ、損害は過失により（生じ）、故に両方が認められることができる。しかし、一方の選択がもう一方を消滅させると言う者たちがいる。他の者たちは、評価額を給付した者に有責判決が下されることは、善および衡平を棄てることであるから、アクィーリウス法により人格権侵害訴権が消滅させられると言う。しかし、（彼らは）先に人格権侵害訴権が為された場合は、アクィーリウス法に基づき責めを負うと言う。しかし、アクィーリウス法に基づいて（人格権侵害訴権）以上の分に対して請求するところに訴えられるのでなければ、こうした見解は法務官により阻止されるべきである。彼に自身の欲するであろう訴権を先に行使すること、一方で（その訴権における）分を越えて他（の訴権）の内にあるものについては、これを行使することが許されるという見解が容認されることが、より合理的である」[17]

（六）Inst. 4. 9. 1「他に以下のことを知るべきである。按察官の告示によって、自由往来がある所で（qua vulgo iter fit）犬、猪、野猪、熊、獅子を保有することが我らには禁じられているということを。そして、これに反して行われ、自由人が害を受けたと言われる場合、審判人に善および衡平にかなっていると思われる所により主人に有罪判決を下し、その他に損失を加えられたものについてはその二倍額を課す。さて、これら按察官の訴権の他にも四足獣による損害に関する訴権は効力を有するだろう。何故なら、特に同一物に関して競合している罰金請求訴訟では、一方によりもう一方は消滅させられないからである」[18]

（六―一）D. 44. 7. 60（ウルピアーヌス『告示註解』第一七巻）「同一の金銭に関して競合する罰金請求訴訟で

は、一方によりもう一方は消滅させられない[19]」

（六―二）D. 50. 17. 130（ウルピアーヌス『告示註解』第一八巻）「同一物に関して競合する（特に）罰金請求訴訟では、一方によりもう一方は消滅させられない[20]」

複数の訴権による訴訟提起の理解に対しては独自の見解を示した『ブラクトン』であるが、損害賠償請求訴権（actio rei persecutoriae）と罰金訴権（actio poenalis）についての区別に関してはドロゲーダと一致している[21]。前者の訴権についてはドロゲーダも『ブラクトン』も同じローマ法文を援用している。敵対関係から樹木を切り倒された被害者を取り上げるD. 19. 2. 25. 4では同一の木が切り倒されたということをもって、アクィーリウス法による訴権と損害賠償請求訴権という二つの訴権が競合しており、どちらかを選択することが必要とされている。両訴権が選択的競合状態にあることは、ドロゲーダと『ブラクトン』それぞれに共通の理解であるからか、どちらも簡潔な著述に留まっている。後者の罰金請求訴権に関しても、行為が一つか複数かを考慮することに両者とも一致している。

ドロゲーダがD. 47. 8. 1とD. 19. 1. 28を挙げていることから、『ブラクトン』も（原文に明記されていないが）これらを参照していただろうというソーンの指摘は正しいと思われる。まずD. 47. 8. 1は、暴力による財物奪取の訴権の方が非現行窃盗の訴権よりも得るものが多いために、仮に後者の訴権が先に手続として進められたとしても、そのことで前者の訴権が退けられることはないとする。次にD. 19. 1. 28では、訴訟提起に関して、売買を原因とするか、問答契約による罰金請求を原因とするかで訴権が競合する場合を取り上げている。この法文では問答契約による訴訟は悪意の抗弁によって退けられ、また問答契約による罰金を獲得した場合でも、問答契約で為された以

上の行為がなければ、売却による訴訟は提起できないとされている。ドロゲーダはこの法文から、「第一のものを通じて得るものが不十分であって、第二のもので得ることができる、ということがなければ、それ以上訴追されることができない」という自身の見解を提示していると思われる。一方、訴権競合時において一方の訴権を選択して訴訟提起した結果、何物も得られなかった場合にのみ、もう一方の訴権を提起することを容認するというドロゲーダのS. 60-61と同様の姿勢を取る際の『ブラクトン』の根拠は、D. 47. 1. 2. prとD. 44. 7. 34. prであるとラテン語原文から推測できる。(22) ドロゲーダも同じ法文を用いているものの、両者の用法には差異が見られる。ドロゲーダがD. 47. 1. 2. prおよびD. 44. 7. 34. prの双方を参照しているのは『黄金汎論』のS. 290であり、罰金請求訴訟を為す複数の訴権が、それぞれ「異なる行為に基づく場合」が前提とされる。罰金請求訴訟を考察するS. 60でも、D. 44. 7. 14と共にD. 47. 1. 2. prが挙げられているのは、「異なる行為に基づく場合」である。(23)

しかし、『ブラクトン』のラテン語原文でD. 47. 1. 2およびD. 44. 7. 34. prが言及されるのは、罰金請求訴権が「一つのそして同一の行為による場合」を説明する中での「こうした事例において」（In quo casu）から始まる一文である。しかし、ドロゲーダはD. 47. 1. 2については、『黄金汎論』のS. 60-61およびS. 290の双方で、D. 44. 7. 34. prはS. 290で、それぞれ「異なる行為による場合」として取り上げているのは既に述べた通りである。ソーンの英訳でも、この二法文はドロゲーダに沿って、「異なる行為による場合」の説明と結びつけられている。(24) 一方で『ブラクトン』のラテン語原文における「異なる行為による場合」に関して参照されているのは、加害訴訟（actio noxalis）に関し、家長権に服する四足獣が他者に損害を与えた場合について定めているInst. 4. 9. 1（およびその末尾が類似するD. 44. 7. 60とD. 50. 17. 130もソーンは挙げている）であると思われる。(25) この法文はドロゲーダでは見られないので、『ブラクトン』独自の参照であろう。『ブラクトン』のラテン語原文から読み取れるのは、按察官の訴権

（公道で飼育するべからずという告示に背いた）と、四足獣による損害に関する訴権（飼育している四足獣が自由人に害を為した）とを、同一物に関して競合し、かつ異なる行為に基づく訴権の例として理解していたことである。罰金請求訴権の「一つのそして同一の行為による場合」で先の二法文を用いてしまったため、「異なる行為による場合」の根拠として、ユ帝『法学提要』の法文を参照したということが推測できる。これは『ブラクトン』の訴権競合についての論理展開そのものに直接影響を与えるわけではないが、なぜ『ブラクトン』のラテン語原文におけるこの二法文の利用が、ドロゲーダでの扱いと異なって見えるように思われるのかについては疑問が残る(26)。

以上の検討から、『ブラクトン』がドロゲーダに近い著述を行っていることが読み取れる。一方、『ブラクトン』のみに見られるローマ法文があることや、訴権競合についての考えがドロゲーダと異なっていることも明らかである。このことから、先の「抗弁論」と同様、『ブラクトン』がドロゲーダだけに依拠したのではなく、独自にローマ法文を参照して自身の見解を構築したと言えよう。

しかしながら、『ブラクトン』と後のコモン・ローにおける“protestation”との関係性を明確にすることはできない。その大きな理由は、『ブラクトン』の“protestation”初出部分およびドロゲーダの関連部分が、あくまで訴権について述べている一方で、コモン・ロー上の“protestation”は訴権ではなく抗弁に関係していることである。それ故に『ブラクトン』の「抗弁論」に後のコモン・ロー上での“protestation”に通じる表現が見られることは重要性を有するが、この問題については、今回検討しなかった『ブラクトン』の他の部分、および後年のイヤーブックなどを用いた分析を行う必要がある。これは『ブラクトン』と学識法との関係というよりも、『ブラクトン』とその後のコモン・ローにおける影響といったようなテーマで新たに検討すべき問題であるかもしれない。一方で、訴権競合時の選択が「強制される」という、訴訟当事者よりも上位の人物と思われる第三者の関与をほのめかすよ

うな表現が見られることは、イングランドの裁判官が裁判に際してしばしば積極的に関与していたという指摘への証左と見ることができる。(27)

おわりに

本稿では、先行研究で逐語的類似関係の指摘に留まっていた『ブラクトン』と学識法文献との関係について、「抗弁論」と訴権競合の問題を取り上げて比較検討を行った。これまでの検討結果から、次のように結論づけることができる。

『ブラクトン』は学識法文献を複数参照しながら執筆を行い、さらに単なるコピーや追従ではない、イングランドの実状を鑑みた著述（「抗弁論」における「令状に対する抗弁」の創出や、訴権競合を下敷きとした令状の競合状態についての考察）を行っている。これは、『ブラクトン』がイングランドでの実務を念頭においた著述のために学識法文献を利用したという点で、学識法文献との詳細な比較を行う重要性を再確認するものであると言える。その点で、本稿はウッドバインの見解を裏付ける例示を具体的に示したものとして扱うこともできるだろう。

どこで『ブラクトン』の執筆者たちが学識法についての知識を得たのかは定かではない。ヘンリ・ド・ブラクトン自身の経歴が一二四〇年まで不明である以上、彼または彼らが大学あるいは司教座聖堂付属学校で学識法を学んだのかについて結論づけることはできない。(28) とはいえ、ヘンリ・ド・ブラクトンが王座裁判所退官後も聖俗双方の裁判に携わっていたこと、その最後の赴任地が、早くから法学教育を行っていたエクセターだったことは、彼が聖職者として学識法の教育を受けていたことを示唆しているように思われる。(29) ただし、文献の存在を知っていることと理解していることとは別問題である点を留意せねばならないだろう。タンクレードやドロゲーダについても、同

じ点を留意した更なる研究が必要である。特に典拠としたローマ法文の使い方については注意せねばならない。これと並行して、『ブラクトン』を軸とした、一三世紀イングランドの国王裁判官たちがローマ法およびカノン法の知識をどの程度有していたか、また彼らがどこで、どのような法学教育を受けていたかについての研究も求められる。これは、これからのコモン・ロー研究に要求される課題の一つともなり得るだろう。

（1）“……Et notandum in fine quod cum quis habeat plures actiones concurrentes de eadem re, una debet experiri, ut ff. *quod metus causa*, l. *si mulier* § *si coactus*, et ff. *de tributoria actione*, l. *quod in heredem* § *eligere*. Sed videtur contra ff. *quorum legatorum*, l. *prima quod autem*, ubi dicitur quod si duae competant actiones quas actor sciat sibi competere, et protestatus fuerit ex una rem suam consequi velle, licebit ei, et ita potest indefinite proponere actiones. Solutio: Ubi certus sum duas mihi competere actiones eligere cogor, ut ff. *de tributoria*, l. *quod in heredem* § *eligere*. Si autem ignorem quae mihi competat, tunc sub generali verbo indefinite possum proponere actiones, ut in l. contraria. Vel ubi ex confessione adversarii dependet mea actio, cogitur adversarius exprimere cum fuerit interrogatus, utrum pro herede vel pro possessore possideat, ut sciatur per medium quae actio mihi competat actori, licet titulum suae possessionis dicere nemo cogatur, ut C. *de heredibus* l. *cogi possessorem*. Item si quis duo brevia simul vel diversis temporibus impetraverit, dum tamen illis usus fuerit, electo uno brevi per quod agere voluerit et alio prius usus fuerit, ex secundo agere non poterit antequam se retraxerit a primo, ut de Abbate de Rivallibus et Petro de Sabaudia coram rege. Et notandum quod ubi duae actiones de eadem re concurrunt, aut sunt rei persecutoriae aut poenae. Si autem rei tantum, tunc in electione actoris erit qua voluerit experiri, ut praedictum est. Et una electa etcetera ut supra, ut ff. *locati*, l. *si merces* § *culpae nomine*. Si autem poenae, tunc aut ex uno facto vel diversis. Ex uno et eodem facto, ut si quis aliquid per vim rapuerit, tenetur actione furti et interdicto unde vi. In quo casu, una electa non poterit recurrere ad aliam, nisi quatenus minus consecutus fuerit ex una, ut ff. *de privatis delictis*, l. *non utique*, et ff. *de actionibus et obligationibus*, l. *si servum*. Si autem ex diversis factis, tunc neutra tollitur per aliam, et ibi duae actiones de eadem re concurrentes, una aliam non consumit, ut in Institutionibus……” Thorne, *Bracton* vol. 2, p. 323 を参照。

（2） “Si plures habeat actiones ad eandem rem consequendam, unam eligat, per quam possit plus consequi quam per aliam, et favorabiliorem et privilegiatam, ut ff. de tributoria (actione), l. quod in herede,§ eligere et ff. de regulis iuris, l. quotiens et ff. de tributoria, l. procuratoris, § et C. de codicillis, l. si quis agere. Si autem incertus fuerit, quam possit eligere, proponat utramque sub conditione, cum protestatione tali, quod ex altera vult consequi, quod ipsum contingit, ut ff. quod legatornm, l. I. § hoc interdictum et §quia ibi : quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat ; nam duas dictamus et proponimus protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit. Et quia super diversitate actionum plures vacillant et super earum electione, ideo distingue, cum quis vult agere pluribus actionibus : aut sunt rei persecutoriae aut poenales. Si poenales, aut ex eodem facto oriuntur aut ex diversis. Si ex diversis, neutra aliam tollit, ut ff. de privatis delictis, l. numquam et ff. de actionibus et obligationibus, l. qui servum. Si ex eodem delicto oriuntur, amplius non potest intentari, nisi in eo, quod minus fuerit per primam consecutus, quam per secundam consequi poterit, ut ff. vi bonorum raptorum, l. I et ff. de actionibus empti et venditi, l. praedia. Alias autem, nisi in hiis, non datur regressus ad alteram, ut ff. de lege commissoria, l. post diem et l. si fundus,§ eleganter. Et hoc fallit in casibus, ut ff. de calumniatoribus, l. in heredem. Si autem rei persecutoria sit, electione unius altera tollitur, ut ff. locati et conducti, l. si merces, § culpae autem [nomine]. Et potest dici, quod tunc habet necesse eligere, cum una non sit eiusdem naturae cum altera, ut ff. de tributoria actione, l. procuratoris, § sed etsi adhuc et ff. de legatis I, l. huiusmodi, § cum pater.” Wahrmund, *Summa Aurea*, S.60–61 を参照。ハドロゲータも “protestatio” と名詞形を用いているが、法律用語として扱われているかについては今後の検討課題としたい。

（3） “. . . . . Solutio. Distinguo : aut est certus de una, et tunc unam proponat, aut incertus, et tunc proponet duas, ut ff. quod legatorum, l. I, § hoc interdictum ibi : nam duas actiones proponimus, scilicet interdictum quorum legatorum et petitionem hereditatis, protestati (ex altera) [quod] nos velle consequi, quod nos contingit. Et succurritur sibi, si iuraverit, quod ignoret, ut ff. depositi, l. I, § si quis argentum et ff. de furtis, in actione. Vel subtilius distingue, (si) quis vult pluribus actionibus uti : aut ambae sunt rei persecutoriae aut poenales aut una poenalis et alia rei persecutoria. Si utraque sit rei persecutoria. aut ex eo eodem facto aut ex diversis oritur. Si ex eodem, una tollitur per aliam, ut in praeallegata lege : quod in herede et in

praeallegata lege: nemo, § quotiens et C. de codicillis, l. si quis agere. Si ex diversis, neutra alteram tollit, ut ff. de privatis delictis, l. numquam et de actionibus et obligationibus, l. qui servum. Si ex delicto plures oriuntur, una electa tollitur alia, nisi quatenus fuerit minus consecutus per unam quam per aliam, ut ff. de vi bonorum raptorum, l. I et ff. de actione empti, l. praedia……" Wahrmund, *Summa Aurea*, S. 290 を参照。

（4）"Si coactus hereditatem repudiem, duplici via praetor mihi succurrit aut utiles actiones quasi heredi dando aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat." 翻訳にあたっては船田享二『ローマ法　第三巻』（岩波書店、一九七〇）、四五五頁も参照した。

（5）"Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit."

（6）"Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur: quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit."

（7）特有財産（peculio）および「分配訴権」（actio tributoria）については、ゲオルク・クリンゲンベルク、瀧澤栄治訳『ローマ債権法講義』（大学教育出版、二〇〇一）、三五四＝三五五頁（本書はクリンゲンベルク教授が講義用テキストとして執筆したものを、瀧澤栄治教授が翻訳したものであり、原語版は市販されていない）。および、マックス・カーザー、柴田光蔵訳、『ローマ私法概説』（創文社、一九七九）、三九〇＝三九四頁（原著は Max Kaser, *Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch. 10. verbesserte Auflage*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlig, München, 1977, S. 198-200）を参照。

（8）強迫を原因とする訴権については、船田『ローマ法　第三巻』、四五〇＝四五六頁を参照。

（9）相続財産回収訴訟（hereditatis petitio）では、原告が相続人であることを否定して相続財産を占有する者も被告として含まれており、以下のように分類される。まず、自身が相続人であることを信じて占有している者（possidentes pro herede）。次に、自身が相続人でないことを知りながら相続人であることまたは原告が相続人であるかどうかを争って占有している者（possidentes pro possessore）である。船田『ローマ法　第三巻』、三六一＝三六二頁を参照。また、「遺贈

されたものとして」（pro legato）とは、市民法上の占有（possessio civilis）であり、こちらの保護には特示命令が当てられていた。船田『ローマ法　第二巻』（岩波書店、一九六九）、三六五頁およびカーザー『ローマ私法概説』、一六一＝一六四頁（原著 S. 83-85）を参照。

(10) ‘Cogi possessorem ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere inciuile est praeter eum, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.’’

(11) ドロゲーダが用いたローマ法文は以下の通りである。D. 16. 3. 1. 40（ウルピアーヌス『告示註解』第三〇巻）「ある者が預けられた銀貨あるいは金貨を請求する場合、形象かそれとも重量のどちらを含むべきか。より良いのは、例えば大杯や大皿や皿にとりわけ、そして材料と重量を加えることで双方を含むことである。しかし、もし紫衣が着色されていたり、羊毛（で編まれていた）であった場合は、重量の程度について不確かである時は宣誓した者に救済が与えられるように、損なわれなかった者に重量が加えられるべきである」（Si quis argentum vel aurum depositum petat, utrum speciem an et pondus complecti debeat? et magis est, ut utrumque complectatur, scyphum forte vel lancem vel pateram dicendo et materiam et pondus addendo. sed et si purpura sit infecta vel lana, pondus similiter adiciendum salvo eo, ut, si de quantitate ponderis incertum est, iuranti succuratur.）および D. 47. 2. 19. pr（ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第四〇巻）「理解され得るように、物が明示されることで窃盗訴権においては十分である」（In actione furti sufficit rem demonstrari, ut possit intellegi.）

(12) この王座裁判所の訴訟は一二四七年のものと『ブラクトン』では記されているが、ソーンは『ブラクトンのノートブック』（*Bracton's Note Book*）および訴訟記録集（roll）に該当するものがないと指摘する。Thorne, *Bracton* vol. 2, p. 323 および *Bracton* vol. 4, p. 290 の脚注を参照。位置が全く異なる双方で同じものが現れていることは、同一人物による執筆を示唆しているとも言える。

(13) “Culpae autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit.”

(14) “Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum. sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti: si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur.”

(15) “Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem : quod si non fecissem, poenam promisi. respondit : venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest : si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit : si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.”

(16) “Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur : neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam.”

(17) “Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum : iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere. sed quidam altera electa alteram consumi. alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit : sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi”.

(18) “Ceterum sciendum est aedilicio edicto prohiberi nos canem verrem aprum ursum leonem ibi habere, qua vulgo iter fit : et si adversus ea factum erit et nocitum homini libero esse dicetur, quod bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. praeter has autem aedilicias actiones et de pauperie locum habebit : numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit.” 訳に際しては、末松謙澄譯竝註解、『ユスチーニアーヌス帝欽定羅馬法學提要――訂正増補四版』（帝國學士院、一九二四）、五二一頁および、矢田一男訳、『ユースティーニアーヌス帝法學撮要』（巌翠堂、一九三九）、二八四頁を参照した。

(19) “Numquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.”

(20) “Numquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit.”

(21) 損害賠償請求訴権（物追求訴権）および罰金請求訴権については、船田『ローマ法　第三巻』、三一＝三三、三七九＝三八〇頁を参照。罰金請求訴権は“actio poenalis”と一般的に表記するが、『ブラクトン』では“poenae”となっている。

(22) D. 44. 7. 34. pr に対する見解は同法文に対する先行研究でも諸説あるが、これについては岡徹「ヘルモゲニアーヌス

と訴権競合問題」、関西大学法学論集六二（四、五）、二〇一三、八八＝九二頁を参照。

(23) D. 44. 7. 14（ウルピアーヌス『討議録』第七巻）の試訳と原文は以下の通りである。「奴隷たちは諸行為により確かに責めを負わされ、解放された場合、責めを負う状態に留まる。一方、契約に基づいて市民法に従っては確かに責めを負わないが、事実上は責めを負い、責めを負わせる。つまり、私が借金した奴隷を解放により私が自由にすれば、私は免除される」（Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.）

(24) ソーンによる英訳を日本語にすると以下のようになる。「ある人がある物を力づくで有し、（そして）窃盗訴権や暴力による占有侵奪に関する特示命令の下に責めを負う場合のような、一つのかつ同一の行為による時は、（D. 47. 8. 1 や D. 19. 1. 28 のように）一方を選択すると、彼は一方により獲得することに失敗したものに対してもう一方に頼ることはできない。これら（訴権）が異なる行為により生じるならば、もう一方によりどちらも無効とされないのは D. 47. 1. 2 および D. 44. 7. 34 の如しである。そして、同一物に属する競合する（罰金請求の）二つの訴権が存在する所は、ユ帝『法学提要』にあるように、一方はもう一方を消費しない」（If from one and the same act, as where one seizes a thing by force [and] is liable under the action for theft and the interdict unde vi, then, having elected one he cannot resort to the other save for what he has failed to obtain by the first, as [D. 47.8.1 and D. 19.1.28]. If they arise from different acts, then neither is destroyed by the other, as D. 47. 1. 2 and D. 44. 7. 34 ; and where there are two concurrent [penal] actions touching the same thing one does not consume the other, as in the Institutes.）Thorne, *Bracton* vol. 2, p. 323 を参照。傍線は筆者による。

(25) 加害訴訟およびユ帝『法学提要』当該法文についての説明は、船田『ローマ法　第三巻』、七〇六＝七一六頁を参照。

(26) “Qui servum” とすべき D. 44. 7. 34. pr の冒頭部分の表記が、『ブラクトン』では “Si servum” と誤った表記がなされている。

(27) P・A・ブランド、直江眞一訳「イングランドの裁判官と裁判――一一七六―一三〇七年」、法制史研究五九、二〇〇九、一七六頁では、三つの争点すべての立証許可を求める被告に対し、争点を限定するよう指示するベアフォード裁判官の言が紹介されている。

(28)　国王裁判官書記として給与を得たという一二四〇年の記録が公式の記録としては初である。Thorne, *Bracton* vol. 3, xl を参照。

(29)　ヘンリ・ド・ブラクトンは一二六八年の死亡時にはエクセターの司教座聖堂尚書院長（chancellor）を務めていた。これは大陸での司教代理裁判官（officiarius）に相当する役職である。