OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ウィリアム・オブ・ドロエダと『黄金汎論』（二・完）：法格言scienti et volenti non fit iniuriaの原点を訊ねて
Author(s)	松本, 和洋
Citation	阪大法学. 2015, 64(6), p. 199-237
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71563
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ウィリアム・オブ・ドロエダと『黄金汎論』（二・完）

――法格言 scienti et volenti non fit iniuria の原点を訊ねて――

松本和洋

はじめに
第一章　先行研究からの示唆
　第一節　『ブラクトン』研究におけるドロエダ『黄金汎論』への注目
　第二節　当該法格言のローマ法的起源への先行研究からの指摘
第二章　ウィリアム・オブ・ドロエダと『黄金汎論』（以上『阪大法学』六四巻五号）
第三章　『黄金汎論』と『ブラクトン』における法格言の比較
　第一節　『黄金汎論』における検討
　第二節　『ブラクトン』における検討
おわりに（以上本号）

第三章　『黄金汎論』と『ブラクトン』における法格言の比較

以下本稿では、ソーンの指摘した『黄金汎論』と『ブラクトン』との当該法格言の出現箇所に対しての比較を試

みる。『黄金汎論』では当該法格言を含む著述で数多くの『ローマ法大全』の法文が典拠として挙げられており、また『ブラクトン』での当該法格言の登場箇所も時に長大な文中に存するものもあるが、紙幅の関係ならびに筆者の力量では、これら全ての提示や確認は難しいため、特に重要と思われる箇所や引用法文等を適宜扱うこととする。訳文中の括弧書きや傍線は筆者による。

第一節　『黄金汎論』における検討

『黄金汎論』での『ローマ法大全』の引用表示は、章の題目および法文または文節最初の二文字から三文字を表す学識法学者のスタイルである。ヴァールムントは『黄金汎論』の編纂時に簡略表記を加えている。本稿の引用表示もこれに倣うが、疑問のある部分は別途注記を施している。

（A）『黄金汎論』第五一項「代弁人から申し出されるべき事柄について」（De huis, quae proferantur ab advocatis）

「依頼人たちが同席することで、代弁人たちから語られる事柄は、あたかも依頼人自身から語られたようなものである。C. 2. 9(10). 1 のごとく、彼らによって認識された限りではあるが。しかし、彼らが認識しているであろう場合でなければ、同席している彼らによって為されたとは見なされないとする D. 50. 16. 209 や、D. 4. 8. 27. 5, 29 ならびに D. 26. 8. 1 のごとく、彼ら（依頼人）自身が欠席の場合は異なる。（略）［解決］D. 45. 1. 83. 1 のごとく、矛盾しながら公表されている法が、一方で契約におけるがごとく意思に基づいて生じるものに関して言及し、もう一方で各裁判におけるがごとく、必要に基づいて存在するものに関して言及している。よって私は簡潔に結論する、必要と意思は不一致を解消すると。（略）それ以上に私が区別するのは、代弁人として選ばれたのが俗人からか、聖

職者あるいは学者からかということである。D. 38. 15. 2. 1. 5 やD. 5. 1. 2′ D. 2. 1. 15 のごとく、俗人から選ばれた場合で、そのような人物に頼む時は、（法に）精通した者と考慮しないことで許容すべきである。さて、彼が（代弁人を）探し求めない、あるいは法知識欠如者やそれ以外の場合がある。D. 2. 1. 7. 4 のごとく、法知識欠如者の場合は、法知識の欠如あるいは経験不足を理由として、あるいは裁判官によって代弁人が与えられた場合はその裁判官の命令を理由として、容赦されるべきである。（略）さて、D. 50. 17. 19 やC. 1. 14. 3 のごとく、聖職者の場合、（依頼者は）自らの欠席を理由に救済を与えられない。またD. 43. 24. 3. 8 のごとく、依頼者は自身の代弁人に選んだ人物が適切な者であったことを知っていたか、知るべきであった。そしてD. 4. 4. 3, 23, 49 のごとく、彼のそうした行為が引き起こしたもの、あるいは原因が彼に帰されるべきである。D. 19. 1. 1 のごとく、これについて確かとされるのは法によってであって、人によって確かとされるべきではない。またC. 2. 4. 34 やD. 47. 10. 1. 5 のごとく、知りそして望む者に不法は生じない……」(1)

（B）『黄金汎論』第一四五項「（被告の防御者に関する）第一の問」（Quaestio prima）

「被告の防御者は二倍額の担保問答契約について義務を負うか、あるいは等額についてかという問がある。C. 2. 56(57). 1 のごとく、二倍額について、被告が訴訟代理人（procurator）を立てた場合、提示すべき担保が二倍であると考えられる。従って、D. 3. 3. 35. 3 やD. 3. 3. 43（D. 3. 3. 43. 4?）のごとく、防御者も同じものに束縛される。（略）［反論］等額については、代弁することを欲する者は、判決金額についての担保（cautio）を十分に付与し保証することに義務を負うことが、Inst. 4. 11. 5 やD. 3. 3. 46（D. 3. 3. 46. 2?）によって命ぜられているが、これを複数担保（cautiones）とは言わない。このように等額について義務を負うのである。［解決］直前の問でも述べた

D. 2. 8. 8（D. 2. 8. 8. pr.?）やD. 28. 8. 1のごとく、ここで私が述べるのは、（防御者は）等額について義務を負い、罰金の追加に関する裁判官の指導をもって、相手方当事者の意図を把握するということである。（略）D. 2. 8. 7. 1のごとく、彼に義務を課したということによって、彼に不法が為されたと言うことはできない。D. 47. 10. 1. 5とC. 2. 4. 34のごとく、望む者に不法は生じない……」(2)

（C）『黄金汎論』第三五〇項「（開示における訴えの陳述の宣言に関する）第二の問」（Quaestio secunda）

「訴状は変更することができるか、という問がある。C. 2. 1. 3のごとく、永久告示の権威が命じ、法を述べる者の衡平が判断するに応じて、修正や変更が可能である。しかしながら、娘は争点が決定される時点に、父に同意することを必要とする。これに従って、もし娘が父に同意すると言い、そして争点決定の前に意思を変更したか、家長権を免除された場合には、父が訴えるのは無益である（D. 24. 3. 22. 5）がごとく、特に争点決定以前にはそうである。D. 9. 4. 4. 3で述べられるところ、先に裁判が為されるまでは、訴えを変更する原告の権利は継続する。Inst. 4. 6. 34で述べられるように、原告が請求表示の中で自身に関係すると理解していたものが少なかった場合、例えば、彼に十金の債務が課せられていたが、五金（だった場合がある）。（しかるに）彼は危険なく請求を変更すること、そして危険なく十金を請求することができる。このように、Inst. 4. 6. 33のごとく、多くを請求し得た場合（でも）、小額を請求することができる。［反論］誰も、他人に不利となるように彼の決定を変更することはできない（D. 50. 17. 75）。Nov. 112. c. 2で述べられるがごとく、争訟の完了まで（訴えを変更する権利は）維持されるだろう、そして自身や法定の訴訟代理人を通じて第一の請求表示が示されるだろう、そうでなければ、訴状に記された金額の十分の一について、諸費用の名目で罰せられるべきである。またC. 7. 43. 8. Authや、C. 1. 3. 25. Auth（がある）。［解

決」これについて私が述べるのは、区別なく行うことはできないが、区別を伴うならば可能であるということである。争訟物の一部を欲するのは良い、何故ならC. 2. 4. 34やD. 47. 10. 1. 5、そしてD. 50. 17. 203のごとく、知りそして望む者に不法は生じないからである」[3]

（D）『黄金汎論』第四五五項「（裁判官忌避以外の抗弁に関する）第三の問」（Quaestio tertia）

「大修道院長あるいは教区付司祭は、服属者が法廷へ召喚され得ることを知っている場合、これについて裁判所から知らせを受けるべきであるか、という問がある。D. 49. 8. 1. 3で述べられる所、即時執行命令が提示されなかった場合、また提示しようとしていたのであったが、不在ゆえにその者の認識にまでは至らない場合、有責判決が生じた場合は、無意味なものとなろう。（略）［反論］逆に、そうではないとも考えられる。D. 19. 1. 1で述べられるごとく、知っている者は知らされずにいたとは見なされず、不知でない者も知らされるべきではない。このようにして、服属者が法廷へ召喚されたことを知っている、その小修道院長あるいは教区付司祭も知らせを受けるべきではない。また、自分で自分を欺いたことを理由として、知っている者は救済されないとD. 27. 6. 2（D. 27. 6. 1. 6?）で述べられている。またC. 2. 4. 34やD. 47. 10. 1. 5のごとく、知りそして望む者に不法は生じない。とりわけ、D. 21. 2. 12のごとく、その内の誰かが法廷に同席している場合には。［解決］この場合に私が述べるのは、類似のものとの類推をもって、D. 49. 1. 23のごとく、知らせを受けるべきだということである……」[4]

検討

以下では、先に挙げた『黄金汎論』の各箇所におけるドロエダの著述を、同じく彼が自身の典拠として記した

『ローマ法大全』の法文とを適宜参照しながら検討する。まず『黄金汎論』で当該法格言が登場する（A）から（D）の四カ所を、第二章でズルエタが示した五つの分類に則して整理してみると、（A）と（B）は（一）にあたり、（C）は（二）に、（D）は（五）に分類される。内容の点では、（A）と（D）では聖職者に、（B）では担保問答契約に、（C）では訴状の変更に関連して、この法格言が現れている。一方で内容上それぞれに密接な関係は見られないことから、ドロエダはこの法格言を（例えば後のコモン・ローのように不法行為のみ限定するといったような）対象を絞ったものとして考えてはいなかったと思われる。（A）、（B）、（C）では、当該法格言は「解決」（solutio）の中で、（D）のみが「反論」（contra）の中で用いられている。

典拠として用いられている『ローマ法大全』の法文については、四カ所全てにC. 2. 4. 34とD. 47. 10. 1. 5が用いられているが、これらにD. 50. 17. 203も合わせて用いられているのは（C）のみである。表記としては、（B）のみが“volenti non fit iniuria”である以外は、全て“scienti et volenti non fit iniuria”とその変形である。法文それ自体からは、「知る」（scio）の文言を含むのはC. 2. 4. 34のみである一方で、D. 47. 10. 1. 5が法格言にかなり近い表現を用いている。(5)

（A）では、自身が代弁人となることに対する聖職者の自己認識の問題として当該法格言が用いられている。まずドロエダは、C. 2. 9(10). 1を用いて代弁人の基本的な立場を確認している。(6) 一方で依頼人の認識がなければ代弁人の行為に有効性を認めない典拠として、D. 50. 16. 209が、D. 4. 8. 27. 5およびD. 4. 8. 49とD. 26. 8. 1が合わせて挙げられている。(7) このような代弁人についてドロエダが着目するのは、代弁人に選ばれたのが俗人であるか聖職者または学者であるかという違いである。典拠とされた『ローマ法大全』の法文からは、俗人は法（ローマ法およびカノン法の双方）に精通した人物と見なされず、錯誤に陥り訴訟を損なう可能性もあると考えられているようであ

る。[8] 俗人が代弁人に選ばれるその他の場合も、D. 2. 1. 7. 4 を典拠として、ドロエダは様々な考慮を払っている。[9]

一方、聖職者に対しては、俗人に対して為した考慮を認める要素をドロエダはまったく認めていないようである。俗人に対して聖職者と学者（litteratus）を並べて対置するドロエダの考えは、大学でローマ法を教授していた人物らしいものと言える。[10] 聖職者を代弁人とした場合には、自身が欠席したことを理由に依頼者へ救済は与えられないなど、俗人と聖職者との違いを示しつつ、依頼者が自身にとって適切な人間を代弁人に選んだかどうか認識しておくことをドロエダは求めている。[11] 当該法格言もまた、このようにして結ばれた依頼者と代弁人との関係から生じるものは不法とは見なされないという見解で用いられている。

（B）では、防御者（defensor）に付随する義務に関連して当該法格言が用いられている。ドロエダの著述を辿ると、被告の訴訟代理人は保証人付担保問答契約を強制されるという C. 2. 56(57). 1. 3 を主として、訴訟代理人と防御者を併置して双方に判決金支払保証を命じる C. 2. 56(57). 1. 2 と、訴訟代理人の責任を防御者に援用している。そしてまた、防御という行為について定義し、またそれを為さなかったことに対する罰に触れた D. 3. 3. 35. 3 と D. 3. 3. 43. 4 をもって、防御者は被告の為した二倍額の担保問答契約に束縛されるという前提が立てられている。[12] 一方で、訴訟物の評価に対する判決金支払保証を課す Inst. 4. 11. 5 や、D. 3. 3. 46. 2 を引用することで、防御人の支払能力を重視した視点で「反論」が展開されている。[13]「反論」で述べられているように、防御者は保証人付担保問答契約なしにそれを行うことはできないため、等額の担保問答契約は当然ながら支払能力を有するであろうが、果たして防御者が二倍額の担保問答契約にも支払能力を有しているかどうかという点が問題となる。

ドロエダは「解決」として、二倍額の内訳を訴訟物の評価価格とこれへの追加罰金に分けることを考えていると思われる。罰金として追加される分については、問答契約の期日に関する合意を要求する D. 2. 8. 8. pr などを援用

して、防御者は裁判官による指導を受けながら、相手方当事者の意思との擦り合わせを行うことで二倍額の担保問答契約への支払能力の有無を確認し合うという行動が求められていると解することができる。[14] このようにすれば、相手方当事者にも不利益は出ず、また防御人も自身の支払能力を認識した上で裁判に望むことが可能になる。そしてドロエダは D.2.8.7.1 を用いることで、自身が防御を務めることに対する支払能力の問題を認識した上で、防御者はこれを望んだのであるから、裁判の結果により自身に不法が生じたと申立てることはできない。[15] このようにしてみると、（A）と（B）はいわゆる「危険の引受」論と相通ずる意味合いでの利用とも言えるだろう。

（C）はズルエタの分類における（二）の内の、一般的事項にあたる。当該法格言は訴状の変更について、特に請求金額の変更を行い得るかどうかに関連して用いられている。ドロエダは、まず C.2.1.3 をそのまま引用して、訴権の修正や変更は可能であるとしており、また原告は請求表示の際、要求する金額を自身の裁量で決定することができるとする。[16] ここまでは、争点決定以前に原告が訴状内の請求表示を変更することについて述べられているが、「反論」では原告が被告を不利とするように請求表示を変更することはできないとする D.50.17.75 を挙げている。さらに、被告の不利となるように請求表示を提起あるいは変更した場合には、訴訟の費用として罰金が課されるともしている。[17] 当然ながら原告と被告の利益は相対することが想定され、これにより訴状を変更することができるという原告の権利が非常に不安定なものとなっていることが読み取れる。

そこで、ドロエダは区別（distinctio）を用いることで問題を解決することを図っている。おそらくは「反論」で言及された費用という名称を争訟物の一部に与えた上で請求に含むことで、訴状の変更による原告の敗北を回避することが可能になるというのがドロエダの主張であろう。このように訴状変更を行うことを原告が認識した上で、これを欲するということは、自身に対する損害の発生を承諾したと見なされる。しかし、ここでのみ D.50.17.203

が用いられているのは、その文中にある通りの、自責による損害への救済を排除するといった阻却事項的な意味合いではなく、むしろ訴状内の請求表示の誤りによる敗訴から原告を防御するという積極的な意味合いを与えられているのではないだろうか。本来の問題提起は原告が訴状を変更できるのかという問題であり、ここでは、どうすれば原告が危険なく訴状の請求表示を変更できるかについてのドロエダの解答として理解すべきであろう。

（D）は裁判官忌避を除いた抗弁に関する著述の一端である。ここでは、服属者の法廷召喚を知っている大修道院長（abbas）あるいは教区付司祭（rector）はこれについて裁判所から通知を受けるべきかという問題が扱われている。不在であるという点をもって、即時執行命令に基づく有責判決は意味を為さないとするD. 49. 8. 1. 3を基に、通知を受けるべきであるという考えがまず示されている。[18] その一方で、知っていることを理由として、他者からわざわざ通知を受けるべきではないという考えが「反論」で示されている。本文中ではD. 19. 1. 1が典拠として挙げられているが、特に本文中で挙げられている「知っている者は（そのことを）秘匿されたとはみなされず、また不知でない者は通知を受けるべきでない」（non videtur esse celatus qui scit neque certiorari debuit qui non ignoravit）というD. 19. 1. 1. 1の末尾部分が想定されていると思われる。また自分で自分を欺いた者に救済は与えられないとするD. 27. 6. 1. 6や共同相続人の立会について触れるD. 21. 2. 12をもって、服属者が法廷召喚されたことを「知り」、通知を受けること乃至その場に同席することを「望まない」者には通知されるべきではないとして、ドロエダは当該法格言を用いている。[19]

第二節　『ブラクトン』における検討

『ブラクトン』では、そのテキストが「追補」（addicio）か否かという点は重要な問題として研究者の間では認

識されており、「追補」とされる箇所は、各写本において余白部分等に為された欄外書込を指し、一旦書き上げられたテキストに対して、後年に手が加えられたことを示していると解されている。それがヘンリ・ド・ブラクトン本人によるものかという点と合わせて、著者および執筆年代は『ブラクトン』研究者間で論議を呼ぶ問題である。ウッドバインが写本を編纂してソーンが英訳を施したバージョンが、研究者間における『ブラクトン』の共通テキストの地位を確立しているが、「追補」についてはこの両者のどちらが判断したものかで違いがある。[20] 本稿ではウッドバインの判断によるものを「追補」、ソーンによるものを「内挿」、それ以外を「本文」として分類する。

（E）『ブラクトン』二巻二六七頁

「贈与者は初めから贈与の原則において、彼の贈与に条項（lex）を定めることができる。また彼の意思について、その受贈者の利益に対してや、國法（lex terrae）に反しても他者の不利益にならない限り、その契約に関して何ら関係のない者たちに対して贈与物を免れさせることができるということを知るべきである。（略）しかし、彼自身や彼の相続人の不利益のために、与えられた土地を免れることができ、また彼や彼の相続人のために、奉仕であれ慣習であれ、その他のものであれ、自身の奉仕を軽減することができる。これが充分とされるのは、彼がかつてそう望んだからであって、何故なら自然の衡平としての合意と同様に封主のそうしたいという意思であっても、彼のものを他者に移すことを有効とできないからである。受贈者が贈与の証書において束縛されることについて言明されると、（その証書内で）特別に言明されていない他のあらゆるものが軽減されたと見なされる。（明白に）言明されたことは害する（が）、（明白に）言明されなかったことは害しないように、また明白に負担を課していない証書は、負担から解放させるように。さらに、受贈者の意思に基づく奉仕や諸役権から、贈与者は与える土地に多く

あるいは少なく負担をかけることができる。贈与の始めにそうあるよう両者が望んだことから、受贈者とその相続人を除き、誰にも害が為されないのは、望む者に不法は生じないからである……」[21]

（F）『ブラクトン』二巻七三＝七四頁

「同じく、条件は共通の権利（ius commune）に反して真の相続人たちへ下されるものを妨げることができる。以下のように私は説明しよう。『私があなたに十年の期間でこれこれの土地を譲与し（concedo）、期間後にその土地は私に戻る。またその十年の期間内に私が死亡しているであろう場合は、あなたの寿命まで、あるいは封において、あなたに属しているその土地を、私は自身や私の相続人たちのために譲与することができる』、このように自由保有不動産権や封に対して条件をつけると、その条件は不動産相続占有回復訴訟（assisa mortis antecessoris）を相続人たちから取り除くのである。というのも、当初彼らが本来訴権（actio directa）を有するとしても、土地賃借権者は合意に基づき抗弁を有するであろうから。（略）真の相続人たちや不動産相続占有回復訴訟に対する抗弁が与えられる。以下、ある人が十字軍のように海外へ旅立つ際に、『私は一定の期間でこれこれの土地をAに譲与する。そして私が帰還する場合は、土地を私に復帰させるよう。私が行軍中に死亡あるいは帰還できない場合は、その土地は封としてAに属する』のように述べる場合。かの人が帰還しないという条件が生じ、その相続人が不動産相続占有回復訴訟を通じて訴訟提起した場合、条件に関する抗弁が彼を妨げる（obsto）だろう。［このようにすれば、贈与は混合物となろう、つまり期間を伴う封譲渡（feoffamentum cum termino）では、一方が初めに為されると、当然もう一方は終了する。そして、期間と封譲渡が同じ時に生じた場合は、当然同時には成立せず、それぞれに進行もしない。条件が生じる、あるいは生じないまでは、それら一方が先行して成立すると、もう一方は未確

定の状態になる。（略）そして期間が失効した場合は、反対に、そのように条件に基づく先代の合意が相続人たちを害する」すなわち、誰かが自身のために提示されたものを自らや自身の権利のために放棄することは可能であろう。「それ故に先代に締結されたこのような条件からは、相続人たちに損害は与えられても不法は与えられない」何故なら、知りそして望む者に不法は生じないからである。このように条件あるいは合意は法（法律）を破る……」(22)

（G）『ブラクトン』二巻一四八＝一四九頁

「……あたかも臣従宣誓と奉仕のために贈与を行ったかのように、贈与者は特別な合意から、共通の権利（ius commune）に反して、贈与原因において自身の条件をより有利にすることができる。実際、権原担保と防衛、権原担保できない場合の寡婦産代替物が臣従宣誓に属しており、とりわけ贈与において権原担保しない旨を合意していた場合、特別な合意に基づいて封主は解くことができる。そのようにして、共通の権利（ius commune）に反する条項（lex）を理由に自身のために提示されたものを受封者は無償で放棄することができる。また逆に、受贈者が共通の権利（ius commune）に反しても特別な合意に基づき自身の条件をより有利にする。あたかも、相続人の後見権と婚姻料が王への臣従宣誓と奉仕に属するが故に、受封者が特別な合意に基づき彼の相続人や保有地（tenementum）を解くことができるように。このように、主たる封主も共通の権利（ius commune）に反して特別に合意している場合には、後見権や婚姻料を持ち得ない。このように受封者が自らの条件を有利に、封主が自らの条件を不利に（なるように）することができる。（略）ある人が特別な合意から、彼のために導入されたものや彼から原因や由来を得た諸々を放棄することができる。また共通の権利（ius commune）に反して、彼や彼の物の

ために導入されたものを放棄できるように、他者の不利益のために、他者のために導入されたものを彼が放棄することはできない。何故なら、そのようなことを（彼らが）望んでいなかったが故に他者に不法が為されたこととなり、共通の権利（ius commune）に反して彼が望んだが故に彼自身に不法は生じないであろうから。すなわち、知りそして望む者に不法は生じない。故に過ちをおかす者は同意していないのだから、知りそして望む者と言うのである……」[23]

（H）『ブラクトン』二巻一五五＝一五六頁

「……人は自然あるいは民事上の死亡によって双方（の占有）を失う。自然の死亡からは魂の終焉において（in exitu animae）市民法上の占有が失われ、肉体が失われたために（cum corpus efferatur）自然の占有が失われる。民事上の死亡によって、市民法上および自然の占有は同時に失われる。（略）封主は正当な自然の占有を保持し、妨害者や侵害者は、真なる封主の不能や過失による長期の占有から、市民法上の占有と自然の占有を幾分か有することを始めるが、その時の自然の占有は不法なものである。ある人の物はどこであれ、占有においてあろうとなかろうと、運搬すること、耕し種をまくこと、水流を転じること、刈られることや掘られること、あるいはその他諸々によって彼の意思に反して制限されるのも同じである。しかし自らの意思を介してそれを為した場合は異なるだろう。何故なら知りそして望む者に不法は生じないからである。あたかも誰かが私の土地を耕して種をまき、肥料をやる、あるいは他の方法によって私の土地を改良し、私が果実を採り得る時期を（ad tempus ut fructus consequi possim）自ら誤摩化したように。その人が耕すことや種をまくこと、他の何かを改良することを私が直ちに妨げなかった場合、私がこのものに対して占有することを放棄しているのではない。何故なら彼は私の意思に

従って為したからである。（略）しかし、不誠実な占有者が果実と穀物とを持ち去った場合は、これは封主の意思に反したことであるが故に、明白な占有侵奪となろう。以下、新侵奪不動産占有回復訴訟の中でこの対象について多くを（述べる）[24]」

（Ⅰ）『ブラクトン』三巻三七頁

「……令状あるいは原告の適格の瑕疵、あるいは過誤といった諸々を理由として、以前に裁判官の面前で自身（の訴え）を取り下げた者にアサイズ（新侵奪不動産占有回復訴訟）は合致しない。［令状に由来してもアサイズに由来しても同様である］同じく、以前に隷農であることを宣告され、裁判官の面前でそのことを認めた者にアサイズは合致しない。彼が特権あるいは抗弁を有することで、その後に身分を変えたのでなければ。同じく、法廷手続において、あるいは法廷の外でこれを立証することができる限り、かつて自由意思によってある人に保有不動産を与えた、あるいは回復した者にアサイズは合致しない。何故なら望む者に不法は生じないからである……[25]」

（J）『ブラクトン』三巻四〇四頁

「さて、当事者たちが同一地方居住者である時、令状の方式に従い、このように原告は女性に対して彼の意図を述べる。Aが訴える（queror）のは、Cの妻であるBが、相続人であるAの父親、あるいは前述のごとく他の先代、Cのものであった保有不動産に関する寡婦産において、彼女が有すべきとして属するものよりも多くを有しているということである。そして（Aは）以下のごとく述べる、Bはこの村落において、三分の一のみ寡婦産の設定を受けているはずの土地の、そのカルケートの半分を有していること、あるいは、Bはいくつかの小さな部分のみ寡婦

産の設定を受けており、彼女はそれに満足して保有しているはずだが、実際は荘園のほぼ全てを有していること、あるいは寡婦産において有すべきよりも多くのものを、（例えば）三分の一あるいは半分以上、あるいは特別に寡婦産の設定を受けた以上に有しているということである。（略）なぜ寡婦産更正（admensuratio）について進められるべきでないかという、寡婦産更正に対する抗弁や答弁を女性が有するのでなければ、どのように（寡婦産が）設定されたかが立証されると、為されるべき寡婦産更正が進められるというように、寡婦産の設定についてそれがどのように設定されたか、時に必要に基づいて立ち返ることを、この事例ではすべきだろう。何故なら、全ての訴と全ての人格権侵害訴権は決まった期間の内で規定されるのであるから、長期の存続期間は時に寡婦産更正を取り除く。また寡婦産を女性に委ねた時に成人であった相続人の意思と同意も寡婦産更正を取り除く。知りそして望む者に不法は生じず、彼がかつてそう望んでおり、知っていたか知るべきであったかで足りるからである。同様に、認められ得る限り、成年である相続人は同意や黙示、あるいは言明を通じて、主たる封主あるいは他の人が寡婦産を委ねた時にその譲渡を有効と認めるであろう……」(26)

（K）『ブラクトン』四巻二八五＝二八六頁

「確かに、令状は法準則（regula iuris）の類似として形作られる。何故なら、法準則が事物（res）を簡潔に説明する（enarro）ように、（令状は）簡潔かつ少ない言葉で申告者の請求表示（intentio proferentis）を示し（expono）また明らかにする（explano）からである。しかしながら、（令状は）このように法的理由（ratio）と請求表示の基礎を結合するほど簡潔であってはならない。ある種の令状は、一定の事案（certi casus）の上に形作られたものや当然令状（de cursu）として、また王国全土の評議会（consilium totius regni）によって認められ

（concedo）支持された（approbo）ものであるが、それらは確かに彼らの合意と意思なしに変更されることは決してない。またこれらに続いて、裁判所令状と呼ばれるものがあり、原告（petens）や抗弁者（excipiens）の、提出者（proponens）や答弁者（respondens）の訴え（placitum）の多種多様さ、答弁の多種多様さに従って、より頻繁に変更（vario）される。また執行令状と呼ばれるものがあり、事案や行為（factum）や訴（querela）の多種多様さに応じて変更される。こうした令状の種類には、人、物、混合があり、これらは異なる多様な訴権の存在に従っている。なぜなら、令状の方式は、訴権の様式がある分だけ存在するからである。令状なしには誰も訴訟提起することができないのだから、そうするよう（彼が）望んでいるのでなければ、相手方は令状なしに答弁することの責を負わない。このことから彼に不法が為されないのは、知りそして望む者に不法は生じないからである……」[27]

検討

『ブラクトン』では（E）から（K）の七カ所に当該法格言が現れている。ユ帝『法学提要』を踏襲して人・物・訴訟の三分類を取る『ブラクトン』の構成と合わせると、（E）から（H）までの過半数が「物」であり、その内でも贈与に関して用いられている。「訴訟」部分に含まれる残り三つの内、（I）と（J）はそれぞれ民事訴訟における新侵奪不動産占有回復訴訟と寡婦産訴訟で、最後の（K）は抗弁論に属している。

続いて、当該法格言が『ブラクトン』の「本文」、「追補」、「内挿」のいずれに判断されているかについて整理してみよう。（E）は当該法格言を含めて「追補」と判断されているが、「内挿」と判断されている文は見られない。（F）では法格言の前後の文章が「内挿」と判断されているが、法格言そのものについては「本文」と判断されて

いる。（G）を含む箇所では、「追補」は一文のみで、「内挿」もわずかに見られるが、当該法格言そのものは「本文」と判断されている。（H）では一部「内挿」と判断された箇所があるものの、当該法格言は「本文」と判断されている。（I）では、当該法格言は「本文」と判断されているが、本稿で省略したそれまでの箇所に「追補」や「内挿」が見られる。（J）では、当該法格言を含み、冒頭から一貫して「本文」と見なされている。（K）では、当該法格言は「本文」と判断されているが、本稿引用分以降、「内挿」が頻出している。表記面では、（E）と（I）は“volenti non fit iniuria”、残りが“scienti et volenti non fit iniuria”とその変形である。

（E）の該当箇所が全て「追補」であることは既に述べたが、ここでは贈与に関して条項（lex）を定めることについて述べられている。贈与物（この場合は封土）に対する条件は、受贈者は当然として、國法（lex terrae）に反するものでも「他者の不利益にならない限り」認められるという点が興味深い[28]。その上で、贈与者と受贈者の双方が贈与に関して合意することで、その相続人にも効力が及ぶものとされる。これは封主と受封者における封建関係を前提にしていると理解すべきであり、またD. 50. 17. 195の「（明白に）言明されたことは害する（が）、（明白に）言明されなかったことは害しないように」を『ブラクトン』は注記なしで用いているようである[29]。

（F）では、十字軍に参加する人が、死亡あるいは一定の期間を過ぎても帰還しなかった場合は、その土地をAに譲与するという条件（condicio）をつけ、その条件が成就した時は、相続人たちが不動産相続占有回復訴訟を提起しても、Aは先の条件から抗弁を与えられており、相続人たちの要求を排除することができるとされている。この場合は、当事者間で取り決められた条件が相続不動産占有回復訴訟に対する阻却事由として機能することで、共通の権利（ius commune）よりも当事者での合意が優位に立つことが明白に述べられている[30]。（E）と（F）双方ともに、相続人に対して贈与あるいは相続物に損害乃至不利益が確かに与えられていると見られるが、それは彼ら

の先代がそうあるよう望んだことを示すもの――（E）では条項であり、（F）では条件である――をもって、不法は生じていないと解釈することを示している。「条件あるいは合意は法（法律）を破る」と（F）で記されているように、当事者同士が知った上で、そのこと（ここでは封土の贈与）を望むことを重視する視点が、ここでは強調されていると言える。（E）における証書も、こうした条件乃至合意を示すものといって良いであろう。

（G）に関して目を引くのは、共通の権利（ius commune）に対して当事者間の合意が優位に立つことが、様々な例と共に用いられていることである。もちろん封主と受封者の関係がその底流にあり、贈与において、共通の権利（ius commune）に反する条件を当事者が設定し得ることがその主眼にある。合意によって封主が後見権も婚姻料も得る事ができないという点から、ここでの共通の権利（ius commune）はレーン法を指すと考えられる[31]。ここで当該法格言は、共通の権利（ius commune）に優位する合意の適用範囲に関連して用いられている。これまでの検討からも、合意を結んだ当人は――共通の権利（ius commune）に反するが――特別に合意を為すことで、自身に起因するものを放棄し得るというのは、先の箇所とも矛盾したものではない。とすれば、その次の他者（alius）は、当然ながら合意を形成する彼乃至相手方ならびに双方の相続人等とは無関係の人物を指すと思われる。これまでは合意を為した当人の相続人に対する阻却事項と結びつけられていた当該法格言が、この段においては同じ前提に立ちながらも、他者を守る盾としての役割を果たしていると見なすことができる点は興味深い。これを、「あらゆる損害が不法を導き出すのではなく、逆に、（あらゆる）不法が損害を（導き出すのである）」（non omne damnum inducit iniuriam, sed e contrario iniuria damnum）という『ブラクトン』の考えが反映された実例として捉える事ができるだろう[32]。ここにおいて、当該法格言は単なる阻却事項以上の意義を『ブラクトン』から与えられていると言える。

その上で、「知りそして望む者」について『ブラクトン』内での定義がここで述べられているのは、右記のことと無関係ではないと思われる。当該法格言は「合意を為している」ことを重視し、それは当事者の相続人に対しては訴訟提起の阻却事項になるほどの効力を認めつつも、それに関係がない者にとっては訴訟提起の機会を保護している。『ブラクトン』において「合意を為す」ということは、「知りそして望む」ことを意味しているのであり、「過ちをおかす者は同意していない」という文言もまた、こうした文脈で理解する必要があろう。

（H）で当該法格言が現れるのは、占有の消失に関連する箇所であり、これまでの延長線上に立つものと言うことができるだろう(33)。土地に関する占有を奪う具体的な行動として、主として農耕に関連するタームが次々と登場する。こうした行動が「私」（ここでは封主であろう）の「意思」（voluntas）を介している場合、自身の占有を放棄したとは解されない。つまり他者が勝手に土地へ手を入れている場合には当然ながら封主の持つ占有が侵害されており、彼は妨害者乃至侵害者として認識される。しかしながら、そこに封主の意思（すなわち「知りそして望む」）が介在することで、彼は市民法上ならびに自然の占有を侵しておらず、従って占有侵奪について訴えられる危険を回避することが可能であると解釈できる。ここでは一見、私（封主）の意思のみによって事足りるかのような著述となっているが、封主の意思を受けて占有者が当該土地での農耕に従事することで、封主は自身に帰属する占有を保持することができる、という形で当事者同士の合意が形成されていると理解できる。その一方で封主の意思は、耕作者の作業が彼の意を受けたものであっても、土地から作物を持ち出すことまでは当然ながら容認してはおらず、その時点で封主の意思に反した（不法が生じた）として占有侵奪で耕作者は訴えられることになる。『ブラクトン』はこれについては新侵奪不動産占有回復訴訟の項目で述べるとしており、（I）はこれに関連して、いかなる人物にその新侵奪不動産占有回復訴訟が合致しないかについて述べられている。「自由意思」（bona voluntas; free will）

によって保有不動産（tenementum）を他者に与えた、あるいは回復させた者がアサイズの適用を受けない理由として当該法格言が用いられている。“volenti non fit iniuria”という表記であるのは、「意思」（voluntas）を重視していることの現れであって、（H）における封主の意思と同様と解するべきであろう。

（J）で当該法格言が登場するのは、寡婦産訴訟の例として、故人（C）の相続人（A）が故人の妻（B）に対して、Bがコモン・ロー上の権利として認められている三分の一以上の土地を保有しているとして、訴えている事例に関連してである。[34] 寡婦産の上限がコモン・ロー上で既に定められているために、寡婦産更正を取り除くには、Bは何らかの抗弁乃至答弁を有することを求められる。ここまでは一般的な寡婦産に対する規定の説明と見ることができる。続いて寡婦産の成立後を念頭に置き、『ブラクトン』は人格権侵害訴権を例として、長期の（占有）継続は寡婦産更正に対抗し得るものとしている。ここで当該法格言は、相続人からの寡婦産更正請求を排除する理由としての役割を『ブラクトン』から与えられている。女性（この場合は妻と思われる）に寡婦産が与えられた時に相続人が成人であった場合に、寡婦産の設定に対して彼の意思と合意があったかどうかを『ブラクトン』は重視しているように見受けられる。当事者間の合意が、コモン・ロー上の権利として相続人に認められた寡婦産更正の請求に優位するという当該法格言の利用は、これまでの『ブラクトン』における検討箇所と思考を同じくしていることが読み取れる。また、「知っていたか知るべきであったかで足りる」という箇所は、『黄金汎論』の（A）での著述と類似しており、両者の繋がりをここに推定することもできよう。

（K）では、令状がなければ誰も訴訟提起できず、相手方も答弁の義務を負わないという理由づけに当該法格言が用いられている。ここでも当該法格言は「意思」を重視しており、その表記が“volenti et scienti non fit iniuria”とイレギュラーな形になっていることとも無関係ではなかろう。その一方で、令状については王国の評議会による

同意乃至合意（consensus）と意思乃至承諾（voluntas）がなければ変更が為し得ないともされている。[35]（F）において当該法格言と並んで用いられた「合意は法を破る」の発想がここにも窺えるが、後の著述と合わせて、特別法が國法を破るとの意味ではなく、同意乃至合意による新たな國法が旧き國法を破るという議論と関連すると解すべきであろう。[36]

このように『黄金汎論』と『ブラクトン』とを比較してみると、それぞれが異なる利用を行っていることに気づく。『黄金汎論』において当該法格言が対象とするのは、（A）および（B）では依頼者と代弁人または防御者、（C）では原告、（D）では服属者とその主人といった関係である。『ブラクトン』では、（E）から（G）にかけては贈与者と受贈者ならびにその相続人が、（H）では所有者と占有者が、（I）ではアサイズの請求資格者が、（J）では寡婦と相続人が、（K）では訴訟の相手方がといったように、その対象は変更され、かつ（J）のような事例にまで拡大されている。また『ブラクトン』は『黄金汎論』のように訴訟が始まる段階ではなく、その前から生じている両者の関係（贈与者と受贈者など）に関しても当該法格言を用いている。

そして、『ブラクトン』での当該法格言の利用は、訴訟提起に加えてアサイズの阻却事項にまで拡大されていると考えることができる。『黄金汎論』の、特に（A）ならびに（B）では、基本的に何かしらの訴訟が発生した後に、不法について訴えることを想定しているとも取れる一方で、『ブラクトン』では当該法格言がそもそもの訴権自体を阻却する当事者間の合意を強調する意味合いで用いられていると読み取れる箇所が多いと言える。加えて、『ブラクトン』の各著述は、『黄金汎論』よりも、「知る」（scio）以上に「望む」（volo）ということに重点を置いていると思われる。また当事者間の意思によって合意が形成されることを重視している姿勢、そしてまたC. 2. 4. 34とD. 47. 10. 1. 5を典拠としながらも、『黄金汎論』が“scienti”の語を省略している点は、後にコモン・ロー裁

判所で当該法格言が“volenti non fit iniuria”の形で用いられたこととの繋がりを思わせる。(37)

おわりに

以上、法格言「知りそして望む者に不法は生じない」を対象として、ウィリアム・オブ・ドロエダと『黄金汎論』の先行研究を整理し、その法格言に関連する『ブラクトン』のテキストとの比較を行った。典拠を示すことなく『ブラクトン』が当該法格言を吸収したことにより、C. 2. 4. 34 と D. 47. 10. 1. 5（そして D. 50. 17. 130）という『ローマ法大全』の法文に縛られることなくコモン・ローでの利用が可能となった。またドロエダが『ローマ法大全』の法文を典拠として示したためか、「知りそして望む者」の定義が不明瞭な一方、『ブラクトン』が自らの定義を与えていることをも踏まえると、『ブラクトン』の当該法格言に関する『黄金汎論』の利用は、ローマ法の「剽窃」（メイン）ではなく「借り」（メイトランド）の一部と解するべきであろう。(38) さらにこれがイングランドの裁判所による判決において用いられることでコモン・ロー上の性質を獲得するという経緯を辿ったと見れば、『ブラクトン』における当該法格言の利用は、「イングランドへの帰化」という過程の始まりとみなすことができよう。(39)

しかしながら、本稿の検討からは、この法格言の作者はドロエダであると百パーセントの確信を持って結論付けられるものでない点に注意せねばならない。『黄金汎論』も様々な文献を参照していることをズルエタが指摘しているように、今回の検討から『ブラクトン』が当該法格言を『黄金汎論』から借用した可能性を高く見積もることはできるが、『黄金汎論』も同様に他の文献から当該法格言を借用した可能性は現段階で完全に否定できない。

とはいえ、当該法格言をコモン・ローに伝承した立役者として『黄金汎論』と『ブラクトン』を評価することはできる。また双方の利用の差異からも、『ブラクトン』への『黄金汎論』の影響は、コモン・ローを学識法の系列

下に置くものではないとも考えるべきである。イングマンの研究が『ブラクトン』以後の国王裁判所の判例に多くを割いているように、当該法格言のコモン・ローへの定着に関する『ブラクトン』の影響は限定的なものとして考慮する必要がある。当該法格言について、『ブラクトン』が著述の中でドロエダに直接言及していないように、あくまでも国王とその評議会が定めた制定法と、国王裁判所の判決の中で認められた地方慣習とによって形成される「不文の法」であるコモン・ローを対象に、文章による説明を試みんとした『ブラクトン』の執筆にとって、学識法は優れたツールであってコモン・ローに対する典拠ではなかった。これはまた、コモン・ローと学識法の関係が「継受」ではなく、あくまで「接触」というレベルに留まっていたことの証左として見ることもできよう。

その上で、当該法格言の利用をメイトランドが言う所のローマ法への「借り」から、コモン・ローへの「帰化」と後世に言わしめるほどの状態へと到達させるには、国王裁判所による同法格言の継続した利用が重要な位置を占めていたであろうと推測できる。このような推測を確乎なものとするには、イングマンの行った調査だけではなく、新たな対象として、『ブラクトン』の後継である『フリータ』や『ブリトン』などのテキストを加えた調査が求められるであろう。しかしこのような調査もまた、『ブラクトン』と当該法格言の近代における利用とを直接に繋ぐものではなく、あくまで『ブラクトン』を媒介とした、当該法格言の利用と解釈の発展との区別が求められる。そのような見地から見れば、本稿はその入り口に立ったばかりであり、未だ数々の課題を残している。

それでもなお「はじめに」で述べた通り、近代には『ブラクトン』がコモン・ロー裁判官とローマ法との媒介役を果たしたように、その執筆がされた中世から近代に至るまで、『ブラクトン』はコモン・ローと学識法の接点であり続けたと言えよう。そしてまた、『黄金汎論』はその『ブラクトン』と学識法との橋渡しを担ったのみならず、法学教育の場に関するコモン・ローと学識法との乖離が顕著となる以前の時期における、（おそらくは大学等で）

国王裁判官たちが受けたであろう法学教育の実態を知る上でも大きな意味を持つ[40]。このように『ブラクトン』の著述を、参照関係が類推される学識法文献のそれと比較することは、「ある一つの法体系に従事する者が、どのように外部の法体系から影響を受けたか、どのようにこれを利用したか」という点に関して、国際化の進展により様々な法体系の接触が日々発生している今日においても、幾許かの示唆を与えてくれるのである。

（1）"Ea, quae ab advocatis proferuntur praesentibus clientulis, perinde est ac si ab ipsis essent prolata, dum tamen ab eis fuerint intellecta, ut C. de errore advocatorum, l. I in princ. (C. 2. 9(10). 1). Secus autem ipsis absentibus, ut ff. de verborum significatione, l. coram Titio (D. 50. 16. 209) ibi: non videtur praesente eo fecisse, nisi is intelligat: et ff. de (receptis) arbitris, l. diem, §coram et l. sed interpellatur, in princ. (D. 4. 8. 27. 5, D. 4. 8. 49) et ff. de auctoritate tutorum, l. I in fin.(D. 26. 8. 1)..... **Solutio.** Jura praedicta contraria loquuntur in eis, quae procedunt ex voluntate, ut contractus, alia loquuntur in eis, quae sunt ex necessitate, ut in iudiciis, ut ff. de verborum obligationibus, l. inter stipulantem, §si Stichum (D. 45. 1. 83. 1). Unde breviter concludo: necessitas et voluntas solvunt contrarietates....Distinguo ulterius, an fuerit electus advocatus a laico, aut a clerico sive literato. Si a laico, tunc ignoscendum est ei, si quaesivit talem, non consulendo peritiores, ut ff. quis ordo in bonorum possessione servetur, l. II, §I et ult. (D. 38. 15. 2. 1. 5) et ff. de iudiciis, l. II in princ. (D. 5. 1. 2) et ff. de iurisdictione omnium iudicum, l. si per errorem (D. 2. 1. 15). Si autem non inquisivit, aut est rusticus aut alius. Si rusticus, parcendum est sibi propter rusticitatem vel suam imperitiam vel propter iussum iudicis, si datus fuerit advocatus per iudicem, ut ff. de iurisdictione omnium iudicum, l. si quis id, §doli mali (D. 2. 1. 7. 4).....Si clericus, ei non succurritur propter suam absentiam, ut ff. de regulis iuris, l. qui cum alio (D. 50. 17. 19) et C. de legibus et constitutionibus, l. leges (C. 1. 14. 3); et scivit vel scire debuit, quod fuit idoneus advocatus, quem sibi elegit, ut ff. quod vi aut clam, l. prohibere, §ult (D. 43. 24. 3. 8). Et sibi debet imputari, quod tali negotia sua commisit sive causam, ut ff. de minoribus, l. III. et penult. et l. cum mandato (D. 4. 4. 3, 23, 49). Et ex quo certificatus est iure, non est certificandus ab homine; ut ff. de actionibus empti et venditi, l. I (D. 19. 1. 1), et scienti et volenti non fit iniuria, ut C. de transactionibus l. cum donationis (C. 2. 4. 34) et ff. de

iniuriis, l. I, §usque adeo (D. 47. 10. 1. 5).....", *Die Summa aurea des Wilhelmus de Drokeda*, herausgegeben von Ludwig Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Bd. 2, Heft 2, Aalen, Neudruck der Ausgabe 1914, 1962 (以下 Wahrmund, *Summa aurea*), S.50–52.

（2） "Quaeritur, an defensor rei teneatur ad duplicem cautionem vel ad unicam? Et videtur, quod ad duplicem, eo quod si procuratorem constituerit reus, duplex esset interponenda cautio, ut C. de satisdando, l. una (C. 2. 56(57). 1). Igitur defensor ad idem tenetur, ut ff. de procuratoribus, sed et hae, §defendere est idem facere, quod dominus faceret, et cavere idonee (D. 3. 3. 35. 3) et l. minus, §poena (ibid. l. 43).....**Contra**. In contrarium videtur, quod ad unicam, ut Inst de satisdationibus, l. nemo, §sin vero (Inst. 4. 11. 5) et ff. de procuratoribus, qui proprio, §qui alium (D. 3. 3. 46), quibus cavetur, quod qui vult alium defendere, tenetur cautionem de iudicato interponere et cavere idonee, non autem dicit: cautiones. Et sic tenetur ad unicam. **Solutio**. Ad hoc dico, quod tenetur ad unicam et comprehendit voluntatem alterius partis una cum moderatione iudicis in poenae adiectione, ut in proxima quaestione dixi, et ff. qui satisdare cogantur, l. de die, in princ. (D. 2. 8. 8). et ff. de iure deliberandi, l. I (D. 28. 8. 1).....Nec potest dici, quod sibi fit iniuria, eo quod sibi necessitatem imposuit, ut ff. qui satisdare cogantur, l. si fideiussor, §sin autem satisdatio (D. 2. 8. 7. 1), et volenti non fit iniuria, ut ff. de iniuriis, l. I, §usque adeo (D. 47. 10. 1. 5) et C. de transactionibus, l. cum donationis (C. 2. 4. 34).....", Wahrmund, *Summa aurea*, S.174–175.

（3） "Quaeritur, an libellus possit mutari? Et videtur, quod sic, ut C. de edendo, edita actio (C. 2. 1. 3) ibi: quam emendari vel mutari licet, prout perpetui edicti monet auctoritas et ius dicentis discernet aequitas. Et maxime ante contestationem, ut ff. soluto matrimonio, l. si cum dotem, §eo autem tempore consentire filiam patri oportet, quo lis contestatur; secundum haec, si filia dicat, se patri consentire, et ante litis contestationem mutaverit voluntatem vel emancipata sit, frustra pater aget (D. 24. 3. 22. 5). Et ff. de noxalibus (actionibus), l. in delictis, §donec (D. 9. 4. 4. 3), ubi dicitur, quod dum prius iudicium (agitatur), durat licentia agenti mutandi. Et Inst. de actionibus, §si minus (Inst. 4. 6. 4), ubi dicitur: si minus (in) intentione actor complexus fuerit, (quam ad eum pertineret), veluti quinque, cum sibi decem deberentur, [et] sine periculo mutare potest intentionem et petere decem sine periculo. Et sic, si plus petierit, potest minus petere, ut in eod. tit. §sane si tam magna causa (Inst. 4. 6. 33). **Contra**. ff. de regulis iuris, l. nemo [enim] potest mutare suum consilium in alterius

praeiudicium (D. 50. 17. 75), ut in Auth. de litigiosis, §ad excusandas, coll. VIII (Nov. 112. c. 2), ubi dicitur, quod perseverabit usque ad finem litis et primam intentionem per se vel per procuratorem legitimum exercebit, aliter puniendus est nomine expensarum in decimam partem quantitatis in libello comprehensae. Et C. quomodo et quando iudex, Auth. qui semel (Nov. 112. c. 3 ad C. 7. 43. 8) et C. de episcopis et clericis, Auth. generaliter (Nov. 112. c. 2 ad C. 1. 3. 25). **Solutio**. Ad hoc dico, quod non potest indistincte, sed cum distinctione; parte rea volente, bene potest, cum scienti et volenti non fit iniuria, ut C. de transactionibus, l. cum donationis (C. 2. 4. 34) et ff. de iniuriis, l. I, §usque adeo (D. 47. 10. 1. 5) et ff. de regulis iuris, quod quis ex culpa sua (D. 50. 17. 203).....", Wahrmund, *Summa aurea*, S.276–277.

（4） "Quaeritur, si abbas vel rector sciat, quod subditus vocetur in ius, an debeat super hoc a iudicibus certiorari? Et videtur quod sic, ut ff. quae sententiae sine appellatione rescindantur, l. I, §item cum [ex] edicto (D. 49. 8. 1. 3), ubi dicitur, quod si edictum peremptorium non fuit propositum, et si fuerit propositum, non tamen pervenit ad notitiam absentis, si condempnatio fuerit subsecuta, nullius erit momenti.....**Contra.** In contrarium videtur, quod non, ut ff. de actione empti, l. I (D. 19. 1. 1), ubi dicitur, quod non videtur celatus, qui scit, nec certiorari debet, qui non ignorat. Sic nec iste prior vel rector est certiorandus, qui scit, quod subditus vocatus fuit ad iudicium; et ff. quod [cum] falso tutore, l. II (D. 27. 6. 2), ibi dicitur, quod scienti non subvenitur, quia [per] se ipsum decipit; nec scienti et volenti fit iniuria, ut C. de transactionibus, l. cum donationis (C. 2. 4. 34) et ff. de iniuriis, l. I, §usque adeo (D. 47. 10. 1. 5); et maxime si aliquis eorum praesens fuerit in iudicio, ut ff. de evictionibus, l. quidam (D. 21. 2. 12). **Solutio.** Ad hoc dico, quod est certiorandus, ut in praeall. l. de appellationibus (D. 49. 1. 23) cum suis similibus.....", Wahrmund, *Summa aurea*, S.407.

（5） また註釈本の欄外書込ではあるが、D. 47. 10. 1. 5 には「望んでいる者かどうか、そしていつ不法が生じる（のか）」（Volenti an et quando fiat iniuria）が、C. 2. 4. 34 には「（悪意を）望む者に悪意は与えられない」（Volenti dolus non infertur）がある。*Corpus iuris civilis / cum commentrariis accursii studio Ioan. Fehi,* Osnabrück, 1966, tom.3, p.1354; do., tom.4, p.370 を参照。

（6） C. 2. 9 (10). 1「自身の訴訟を提起された人々が同席し、彼らについて代弁人が申立てることは、あたかもその訴訟についての雇主（dominus）から訴訟が提出されたと見なすべきである」（Ea, quae advocati praesentibus his quorum

causae aguntur allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur)。

（7） 各法文の試訳は以下である。D. 50. 16. 209（フローレンティーヌス『法学提要』第十巻）「『ティティウスの面前で』為すよう命じられたことは、それを彼が理解しているのでなければ、彼が同席して為したとは見なされない……」（Coram Titio' aliquid facere iussus non videtur praesente eo fecisse, nisi is intellegat.....）。D. 4. 8. 27. 5（ウルピアーヌス『告示註解』第一三巻）「……同様に未成年者の面前であっても後見人がその場に同席していなければ、判決が述べられたとは見なされない……」（.....item coram pupillo non videri sententiam dictam, nisi tutor praesens fuit.....）。D. 4. 8. 49. pr（ユーリアーヌス『法学大全』第四巻）「……もし精神錯乱者が補佐人を有する、あるいは訴訟継続中にこれを有した場合、（仲裁人は）同席する補佐人の面前で判断を述べることができる」（.....quod si furiosus curatorem habet vel habuerit adhuc litigio pendente, potest praesente curatore sententia dici）。D. 26. 8. 1. 1（ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第一巻）「もし後見人が暴力により意に反して強いられる場合、為されたことは効力を有しない。すなわち、あたかも昏睡あるいはてんかんに襲われて沈黙するように、肉体の現存は承認に充分なものではない」（Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet quod agitur: neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali occupatus tacuisset）。

（8） それぞれの試訳は以下のとおりである。D. 38. 15. 2. 5（ウルピアーヌス『告示註解』第四九巻）「法学者に生じるのではなく、彼や他者によって獲得することのできる認識（scientia）を考慮すべきであるとポンポーニウスは言う。つまり、より注意深い家父長が助言を求めることが当然であるように、より熟達した者に助言を求めることによってである」（Scientiam eam observandam Pomponius ait, non quae cadit in iuris prudentes, sed quam quis aut per se aut per alios adsequi potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiorem patrem familias consulere dignum sit）。D. 5. 1. 2. pr（ウルピアーヌス『告示註解』第三巻）「さて、自身が彼の裁判管轄の下にないと知り、彼と同意する人々は同意を為したと見なされる。しかしながら、彼の裁判管轄にあると思っている場合は、その裁判管轄の下にない（ということもある）だろう。というのも、ユーリアーヌスが彼の『法学大全』第一巻に記す通り、訴訟当事者の錯誤は同意を生じない。あるいは他者のための法務官であると思っていたのが別人である場合も、錯誤は裁判管轄を与えない。あるいは、訴訟当事者の内の誰かが対抗したがために、法務官職にある人々によって強制される時もまた、いかなる裁判管轄も存しない」

(Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subiectos iurisdictioni eius et in eum consentiant. ceterum si putent eius iurisdictionem esse, non erit eius iurisdictio: error enim litigatorum, ut Iulianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensum, aut si putaverunt alium esse praetorum pro alio, aeque error non dedit iurisdictionem, aut si, cum restitisset quivis ex litigatoribus, viribus praeturae compulsus est, nulla iurisdictio est)。D. 2. 1. 15（ウルピアーヌス『全ての裁判所について』第二巻）「他の法務官であると誤認されることによって、ある法務官が訪問を受けた場合、為されたことは何ら効力を持たない。すなわち、ユーリアーヌスが記す通り、錯誤を犯した者は同意していないのだから、総督に訴えると彼らが同意したと言うのは認められない。実際、無知を曝している錯誤ほど同意からほど遠いものがあろうか」(Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit quod actum est. nec enim ferendus est qui dicat consensisse eos in praesidem, cum, ut Iulianus scribit, non consentiant qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit?)。

(9)　D. 2. 1. 7. 4（ウルピアーヌス『告示註解』第三巻）「さて、告示の言における悪意（という語）についての言及は、不知あるいは無学を通じて、あるいは法務官自らの命令または偶然によってある人が為したことには責を負わないということである」(Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quod, si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praetore iussus vel casu aliquis fecerit, non tenetur)。

(10)　D. 50. 17. 19. pr（ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第二四巻）「他人と（契約を）締結する者は、あるいはその他人の状況について不知ではないし、あるいは不知であってはならない。しかし、受遺者と自発的には（契約を）締結するのではないので、このことは相続人には帰せられることはできない」(Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus condicionis eius: heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit)等が聖職者の場合として挙げられている。

(11)　ドロエダは以下の法文を挙げている。D. 43. 24. 3. 8（ウルピアーヌス『告示註解』第七一巻）「同様に、自身に対して禁止しようとしていると彼が理解し、自身が禁止するであろうと現に判断するあるいは判断すべきである者に隠蔽の意思を持って対応する者もまた秘密に行うことになるとアリストーは考える」(Idem Aristo putat eum quoque clam facere, qui celandi animo habet eum, quem prohibiturum se intellexerit et id existimat aut existimare debet se prohibiturum iri)、

D. 4. 4. 23（パウルス『告示註解』第一一巻）「父の委任によって家息が仕事を処理する（時）、彼は原状回復の利益を持たない。というのも、他者が彼に委任した場合、彼は救済されないから。それは。このような方法によって、物の滅失による損害を被ることになる成年者がむしろ配慮されるからである。しかし支払能力がない故にその仕事を行ったことについて回復することができないということを示すがため、結果として未成年者が損失を被るであろう場合、法務官が介入するのは疑いない。一方で主人が未成年者で、成年者が委託事務管理人（procurator）の場合、彼の委任によって行われ、委託事務管理人から物を回復することができないという場合を除いて、容易に主人は聴聞されない。故に、委託事務管理人の名に未成年者が騙された場合、（その未成年者に）仕事を委託した主人に責が帰されるべきである。マルケッルスも同じ見解を示す」（Cum mandato patris filius familias res administraret, non habet beneficium restitutionis: nam et si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo maiori potius consuleretur, cuius damno res sit cessura. sed si eventu damnum minor passurus sit, quia quod praestiterit servare ab eo cuius negotia gessit non potest, quia is non erit solvendo, sine dubio praetor interveniet. si autem ipse dominus minor sit, procurator vero maioris aetatis, non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu eius gestum erit nec a procuratore servari res possit. ergo et si procuratorio nomine minor circumscriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia. idque et Marcello placet.）、D. 4. 4. 49（ウルピアーヌス『告示註解』第三五巻）「被後見人あるいは未成年者の財産が売却され、それが売却されることを法律が禁じていない場合、確かに売却は有効である。とはいえ、もし被後見人あるいは未成年者に重大な損害がある場合は、たとえ結託が介在していなくとも、原状回復を通じて売却は取消される」（Si res pupillaris vel adulescentis distracta fuerit, quam lex distrahi non prohibet, venditio quidem valet, verumtamen si grande damnum pupilli vel adulescentis versatur, etiamsi collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur）。またドロエダは D. 4. 4. 3（ウルピアーヌス『告示註解』第一一巻）も挙げているが、春木一郎、『ユースティーニアーヌス帝学説彙纂プロータ』（有斐閣、一九三八）、四四二＝四四七頁で既に邦訳が為されているためここでは省略する。

(12) ドロエダは C. 2. 56 (57). 1 とのみ記しているが、内容から推測すると、本文で挙げた C. 2. 56 (57). 1. 2「しかしもし、訴訟の開始時に相手方から防御人の主張に異議申立が為された場合も、この点について不在者の訴訟代理人のように、抗弁提起に関して自ら保証人付担保問答契約を示すことを強制される。これが提出されなければ、彼に委任された訴訟を先

に進めることは裁判官により認められない」(Sin autem ei ab adversario opposita fuerit in ipso litis exordio defensionis adlegatio, etiam ipse quasi absentis in hac parte procurator satisdationem super excipienda lite praestare cogitur, qua non praecedente lis quae ei mandata est ulterius procedere a iudice non conceditur) と、C. 2. 56 (57). 1. 3「さて、被告の訴訟代理人あるいは防御人は、行為の証明の下に為されたのと同様に、訴訟の開始時において判決金支払保証をいかなる場合でも示すことを強制される」(Rei autem procurator vel defensor, etiam sub gestorum testificatione factus, in ipso litis limine iudicatum solvi satisdationem in omnibus causis praestare cogitur) の二法文を重視していると思われる。また D. 3. 3. 35. 3 (ウルピアーヌス『告示註解』第九巻) も、冒頭の「防御するとは、雇主が訴訟に対して為すであろうことを為し、そして適切な担保を設定することである。保証人付担保問答契約によるを除き、訴訟代理人の地位 (condicio) は主人のそれより不利とされてはならないだろう……」(Defendere autem est id facere, quod dominus in litem faceret, et cavere idonee: nec debebit durior condicio procuratoris fieri quam est domini, praeterquam in satisdando.....) がここでの典拠と思われる。D. 3. 3. 43. 4 (パウルス『告示註解』第九巻)「訴訟代理人が防御をしないことへの罰とは、彼に訴権が拒否されることである」(Poena non defendentis procuratoris haec est, ut denegetur ei actio) をドロエダは文節まで挙げているが、ヴァールムントは何故か文節を省略している。

(13) Inst. 4. 11. 5「しかしながら、被告が何らかの理由により同席できず、他人が彼の防御を引き受けることを望んだ場合、対物訴権あるいは対人訴権の中に導入されるべき違いはない。一方で訴訟物の評価として判決金支払保証を示すということを為すことができる。なぜならば、既に述べられた通り、古の規範に従って保証人付担保問答契約なしに他人の事件の防御者は支払能力があるとは見なされないからである」(Si vero reus praesto ex quacumque causa non fuerit et alius velit defensionem subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda potest hoc facere, ita tamen ut satisdationem iudicatum solvi pro litis praestet aestimatione. nemo enim secundum veterem regulam, ut iam dictum est, alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur)。D. 3. 3. 46. 2 (ガイウス『属州告示註解』第三巻)「他人を防御するものは保証人付担保問答契約を行うことを強制される。というのも、保証人付担保問答契約なしに防御者は他人の訴訟物の支払能力があるとは理解されないからである」(Qui alium defendit, satisdare cogitur: nemo enim alienae litis idoneus defensor sine satisdatione intellegitur)。

（14） D. 2. 8. 8. pr（パウルス『告示註解』第一四巻）「訴訟当事者間で問答契約に関しての期日設定について合意を為すことを常とする。もし合意しない場合、要約者の権限においてこれを為すとペーディウスは述べる。『裁判官によってこの期日に付き適当な期間が定められること』とする」（De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire. si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse: moderato spatio de hoc a iudice statuendo）。試訳には春木一郎、『ユースティーニアーヌス帝学説彙纂プロータ』、一九五頁も参照した。また D. 28. 8. 1 の中でも、特に D. 28. 8. 1. 1（ウルピアーヌス『告示註解』第六〇巻）「『もし（相続人が）熟慮期間を求める場合、私は与えよう』と法務官は述べる」（Ait praetor: si tempus ad deliberandum petet, dabo）および D. 28. 8. 1. 2（ウルピアーヌス『告示註解』第六〇巻）「彼（法務官）が『時』と言い、『期日』を与えているのではない時に、期日を定めることは法を述べる者の権能において疑いなく示される」（Cum dicit tempus nec adicit diem, sine dubio ostendit esse in ius dicentis potestate, quem diem praestituat）をドロエダは参照したと思われる。

（15） D. 2. 8. 7. 1（ウルピアーヌス『告示註解』第一四巻）の内でも、特に末尾にあたる「……しかし、保証人付担保問答契約が自発的である場合、他の所にある人（を保証人とすること）は許容されない。というのも、保証人付担保問答契約の義務を自らに課した者は、許容を受けるに値しないからである」（.....si autem satisdatio voluntaria est, non in alium locum remittitur: neque enim meretur qui ipse sibi necessitatem satisdationis imposuit）の部分をドロエダは利用したと思われる。

（16） C. 2. 1. 3 は「永久告示の権威が命じ、あるいは法を述べる者の衡平が承認するのに応じて、示された訴権は将来の訴訟の形を示し、人はその訴権を修正や変更をすることができる」（Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas）となっており、争点決定に関しては D. 24. 3. 22. 5（ウルピアーヌス『告示註解』第三三巻）「しかしながら、娘は争点が決定される時点に、父に同意することを必要とする。これに従って、もし娘が父に同意すると言い、そして争点決定の前に意思を変更したか、また家長権を免除された場合には、父が訴えるのは無益である」（Eo autem tempore consentire filiam patri oportet, quo lis contestatur. secundum haec si filia dicat se patri consentire et ante litis contestationem mutaverit voluntatem vel etiam emancipata sit, frustra pater aget）が、また金額の変更に関しては Inst. 4. 6. 34「原告が彼自身に属するよりも少な

いものを請求表示において内包した場合、例えば、彼に十金の負債が負わされた場合に、五金を彼に与えるべきと主張したり、あるいは土地全体が彼の物であった場合にその半分を彼の物であると請求した場合は、彼は危険なく訴訟を提起している。なぜなら残余物に対してであっても、神帝ゼーノーの勅法により裁判官は相手方に同一の訴訟において有責判決を下すからである」（Si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineret, veluti si, cum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit, aut cum totus fundus eius esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit in reliquum enim nihilo minus iudex adversarium in eodem iudicio condemnat ex constitutione divae memoriae Zenonis）がドロエダの典拠であろう。

(17)　ここでドロエダが挙げたC. 7. 43. 8. Auth とC. 1. 3. 25. Auth の内、C. 7. 43. 8. Auth では「ある人が、彼を通じて相手方に知らされる、裁判官の合意、あるいは皇帝に提出した請願書または裁判の嘆願書によって、ひとたび訴権を提示すると、終了まで訴訟を行うべきことを要する。ある人が訴訟の遂行することを延期する場合、被告が必要とすれば、三〇日の中断を通じて三つの告示によって原告は召集される。何故なら呼出人の声（vox praeconia）は少数の人にのみ伝わるからである。そして、この召喚は皇帝を通じて受任裁判官に委ねられる。もし開始された訴訟がない場合、これが代わりとなる。召喚を受けた者が訴訟を遅らせる場合、彼には一年の延期が許される。その期間内に彼が出席しない場合、裁判官は出廷者の申立が聴聞され、真実が捜索されるよう宣告する。しかし、まず被告が被った訴訟費用を彼が支払わなければ、出頭者は一年間聴聞されない……」（Qui semel actionem proponit, sive conventione iudiciaria, sive precibus principi oblatis, iudicique insinuatis, et per eum adversario cognitiis: necesse habet usque ad finem litem exercere. Qui si causam persequi defferat: reo postulante, tribus edictis citetur per intervalla triginta dierum, quia vox praeconia paucis innotescit. Quae citatio et per principem delegatis permittitur: quod locum habet et si lis coepta non sit. Quod si vocatus litem detrectet: ei aliud anni spacium indulgetur, intra quod si cessat, iudex auditis allegationibus praesentis, et perquisita veritate pronunciet. Sed nec intra annum veniens auditur, nisi prius reo litis expensas quas sustinuerit, inferat.....）が、C. 1. 3. 25. Auth では「さて、一般に裁判官は、訴えられた者（被告）に訴状が提示されず、また彼から訴訟費用が請求されていないことを考慮する。訴状において原告から彼自身ないし公証人を通じて記入がない限り。また訴訟が生じると、彼は法廷の適切な危険に対し保証人を立てる。訴訟の終了までこれは保たれ、彼自身あるいは委託事務管理人を通じてこれ

（訴訟）を行う。もし有罪となった者が不正に訴訟を開始した場合、費用又は支出の名目で、訴状に含まれた金額の十分の一を被告に返還すべきである……」（Generaliter autem iudex provideat, libellum pulsato non porrigi, sportulasve ab eo non exigi, nisi prius et in libello actor per se aut per tabularios conscribat, et actis intervenientibus fideiussorem idoneum periculo competentis officii praestet, quod usque ad finem litis permaneat, eamque vel per se, vel per procuratorem exerceat. Et si convictus fuerit iniuste movisse litem, expensarum, sumptuumque nomine decimam partem quantitatis in libello comprehensae pulsato restituat.....) *Corpus iuris civilis / cum commentariis accursii studio Ioan. Felti*, tom.4, pp. 89–90, 1905–1906 を参照。

(18) D. 49. 8. 1. 3（マケル『上訴について』第二巻）「同じく、提示されずまた不在者の認識にも至らなかった事柄を即時執行命令に基づいて有責判決する場合、判決は重要ではないと勅法が示す」（Item cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est neque in notitiam pervenit absentis, condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant）。

(19) ドロエダは D. 27. 6. 2（パウルス『告示註解』第一二巻）「『もし原告がこのことを知らなかった』と（法務官が）いう場合に、ラベオーは、そのことが彼に言われ、そしてそのことを善意で信じなかった場合も含める」（'Si id', inquit, 'actor ignoraverit'. Labeo: et si dictum sit ei et bona fide non crediderit）を典拠としてここでは示しており、ヴァールムントも特に注記などは施していない。しかしながら、「自分で自分を欺く」という点での典拠として用いられているとするならば、むしろ D. 27. 6. 1. 6（ウルピアーヌス『告示註解』第一二巻）「法務官は、『もし、原告がこのことを知らなかった場合、私は原状回復を許す』と言う。知っている者に救済が与えられないのは正当である、自身で自身を欺いたのだから」（Ait praetor: 'si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem'. scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit）の方が適切であり、誤記ではないかと筆者は考えている。D. 27. 6. 2 の訳には、京都大学西洋法制史研究会「ユスチニアヌス帝学説彙纂第二七巻邦訳（五）」、『法学論叢』七七巻五号、六頁を参照した。また D. 21. 2. 12（スカエウォラ『解答録』第二巻）の試訳は以下の通りである。「ある人が半分について相続人に任命されたが、不動産全体を売却して代金を共同相続人が受け取った。これが追奪されたなら、共同相続人は買主訴権によって責を負うかと問う。私は、同席する共同相続人が拒否しないと述べる場合、各自がその持ち分を売却したと見なすと解答した」（Quidam ex parte

dimidia heres institutus universa praedia vendidit et coheredes pretium acceperunt: evictis his quaero, an coheredes ex empto actione teneantur. respondi, si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse)。

(20) 著者と執筆年代の問題については本稿（一）の文末脚注（14）に挙げたバートンとブラントの論稿を参照。また写本における「追補」に関しては、さしあたり F. W. Maitland, *Bracton's Note Book : a collection of cases decided in the King's Courts during the reign of Henry the Third* vol.1, New York, 1999, rpt, pp.26–33; *Bracton On the Laws and Customs of England* vol.1, G. E. Woodbine ed., trans. S. E. Thorne, New York, 1997, rpt,（以下 Thorne, *Bracton*）pp.312–422 を参照。ウッドバインは『ブラクトン』の編纂にあたり、欄外書込の部分を注記で示すことで本文との差別化を行った。ソーンは英訳を施す際に、元の文章への「内挿」が為された可能性のある部分を新たに区別している。双方の違いについては Thorne, *Bracton* vol.2, xiii–xv を参照。

(21) "Notandum quod bene poterit donator ab initio in principio donationis legem ponere donationi suae, et de voluntate sua rem datam exonerare ad commodum ipsius donatarii et contra legem terrae dum tamen hoc non sit in praeiudicium aliorum, ad quos nihil pertinet de eorum contractu..... Poterit tamen exonerare terram datam in praeiudicium sui ipsius et heredum suorum, et remittere servitium proprium pro se et heredibus suis, sive servitium sive consuetudines quascumque. Et sufficit quia hoc semel voluit, quia nihil tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. Et expresso eo ad quod tenetur donatarius in carta donationis, alia omnia videntur esse remissa quae non sunt specialiter expressa. Et sic expressa nocent, non expressa non nocent, et sic liberat carta ab onere quae expresse non onerat. Poterit etiam donator rem datam onerare plus et minus servitio et servitutibus de voluntate donatarii, et sic non praeiudicatur alicui nisi donatario et heredibus suis, ex quo uterque in initio donationis hoc voluit, quia volenti non fit iniuria.....", Thorne, *Bracton* vol.2, p.67. この部分の著述は「追補」と判断されている。

(22) "ITEM poterit condicio impedire descensum ad proprios heredes contra ius commune, ut si dicam, *Concedo tibi tantum terrae ad terminum decem annorum, et post terminum revertatur ad me terra illa, et si infra terminum illum*

decem annorum decessero, concedo pro me et heredibus meis quod terra illa tibi remaneat ad vitam tuam vel *in feodo*: et sic facit condicio liberum tenementum et feodum, et tollit condicio heredibus assisam mortis antecessoris, quia si illi prima facie habeant directam actionem, firmarius tamen habebit ex conventione exceptionem..... Item dat exceptionem contra veros heredes et contra assisam mortis antecessoris,si sit qui dicat cum peregre sit profecturus, *Concedo A. talem terram meam ad terminum certum,* sicut cruce signatorum, *et ita quod si rediero, restituet mihi terram meam, et si in itinere mortuus fuero vel non rediero, remaneat A. terra illa in feodo.* Et si existat condicio quod talis non redierit, et heres petat per assisam mortis antecessoris, obstabit ei exceptio condicionis. Et ita mixta erit donatio, scilicet feoffamentum cum termino, et unum habent principium, licet exitum diversum, et cum terminus et feoffamentum incipiant eodem tempore, licet simul stare non possunt, nec paribus passibus incedant, unum eorum praecedit et stat et aliud est in pendenti, quousque existat condicio vel non existat..... et terminus evanescit, et e contrario, et sic nocet heredibus antecessorum conventio ex condicione. Poterit enim quis renuntiare pro se et suis iuri quod pro se introductum est, et ideo heredi non infertur iniuria sed damnum, ex quo talis conventio placuit antecessori, quia scienti et volenti non fit iniuria: et ita condicio sive conventio vincit legem.....", Thorne, *Bracton* vol.2, pp.73–74. 訳文における［］は「内挿」を指す。

(23) ".....Item poterit donator ex speciali conventione contra ius commune condicionem suam meliorem facere in causa donationis, ut si pro homagio et servitio donationem fecerit. Ad homagium vero pertinet warantizatio et defensio et excambium si warantizare non possit, et ex speciali conventione exonerari poterit dominus si specialiter in donatione convenerit ne warantizet, et sic poterit tenens gratis renuntiare his quae pro se introducta sunt a lege contra ius commune. Item vice versa poterit donatarius condicionem suam meliorem facere ex speciali conventione contra ius commune, ut si cum ad homagium et servitium regale pertineat custodia heredis et maritagium, ex speciali conventione poterit tenens exonerare suos heredes et suum tenementum, ne capitalis dominus habeat custodiam et maritagium, si ita specialiter convenerit contra ius commune: et ita poterit tenens condicionem suam meliorare et dominus suam peiorem facere..... Et ita poterit quis ex conventione speciali renuntiare his quae pro se introducta sunt et suis qui a se causam trahunt et originem. Et sicut poterit quis renuntiare his quae pro se et suis introducta sunt contra ius commune, ita non

poterit renuntiare his quae pro aliis introducta sunt et in praeiudicium aliorum, quia hoc esset iniuriosum aliis cum hoc noluerint, sibi ipsi non erit iniuriosum cum hoc voluerit licet contra ius commune. Scienti enim et volenti non fit iniuria, et ideo dicit *scienti et volenti*, quia qui errat non consentit.....", Thorne, *Bracton* vol.2, pp.148–149.

（24） ".....Item amittit quis utramque morte naturali vel civili. Morte naturali civilem amittit in exitu animae, et naturalem cum corpus efferatur. Civilem et naturalem simul, ex morte civili, ... retinet dominus naturalem possessionem iustam, et impediens vel perturbans ex longa possessione per impotentiam vel negligentiam veri domini incipit habere quodammodo utramque civilem et naturalem, sed naturalem iniustam. Et eodem modo fit ubicumque res alicuius sive in possessione fuerit sive extra contra voluntatem suam fuerit contractata, aedificando, arando, seminando, aquam divertendo, falcando, fodiendo, vel aliquid aliud tale faciendo. Si autem voluntas ipsius cuius res fuerit intervenerit, aliud erit, cum scienti et volenti non fiat iniuria. Ut si aliquis terram meam araverit, seminaverit, et stercoraverit, vel alio modo melioraverit, et ego dissimulavero ad tempus ut fructus consequi possim, si statim ipsum arare, seminare, vel alias meliorare non impedivero, non tamen propter hoc desino possidere, cum hoc faciat de mea voluntate.....Sed cum malae fidei possessor fructus et blada asportaverit, cum hoc sit contra voluntatem domini, erit disseisina manifesta. Infra plus de hac materia inter assisas novae disseisinae", Thorne, *Bracton* vol.2, pp.155–156.

（25） ".....Item non competit ei qui semel se retraxerit coram iustitiariis tam a brevi quam assisa propter aliquem defectum brevis vel personae querentis, vel propter errorem, ut infra plenius. Item non competit ei qui semel se cognoverit ad villanum coram iustitiariis et de hoc convictus fuerit, nisi forte in posterum mutato statu quod privilegium habeat vel exceptionem, ut infra. Item non competit ei qui semel de bona voluntate sua dederit vel restituerit alicui tenementum aliquod in iure vel extra ius, dum tamen hoc probare possit, quia volenti non fit iniuria.....", Thorne, *Bracton* vol.3, p.37. また "bona voluntas" の訳語はソーンの英訳（his own free will）に従った。[] は「内挿」を示す。

（26） "CUM autem partes praesentes fuerint proponat querens intentionem suam versus mulierem hoc modo secundum formam brevis: A. queritur quod B. quae fuit uxor C. plus habet in dotem de tenemento quod fuit ipsius C. patris, vel alterius antecessoris ut supra, ipsius A. cuius heres ipse est quam ad ipsam pertinet habendum. Et unde dicit quod habet

in tali villa medietatem unius carucatae terrae desicut non fuit dotata nisi de tertia parte, vel quod habet fere totum manerium ubi non fuit dotata nisi de quadam minima parte et de qua tenuit se contentam, vel multo plus habet in dotem quam habere debet, ultra tertiam partem vel medietatem vel ultra partem unde fuit nominatim dotata.....Et quo casu oportebit aliquando de necessitate recurrere ad constitutionem dotis qualiter fuerit constituta, ut probato qualiter fuit constituta procedatur in admensuratio facienda nisi mulier exceptiones habeat et responsiones contra admensurationem quare non sit in admensuratione procedendum. Tollit enim admensurationem aliquando diuturnitas temporis imperpetuum cum omnis querela et omnis actio iniuriarum limitata sit infra certa tempora. Tollit etiam admensurationem voluntas et consensus heredis qui cum plenae aetatis esset dotem mulieri assignavit, et quia scienti et volenti non fit iniuria, et sufficit semel voluisse et scivit aut scire debuit. Item cum capitalis dominus vel alius dotem assignaverit heres maior factus assignationem illam ratam habuerit per consensum tacitum vel expressum, dum tamen hoc probari possit.....", Thorne, *Bracton* vol.3, p.404. カルケートは土地の面積を示す単位である。

(27) "BREVE quidem, cum sit formatum ad similitudinem regulae iuris, quia breviter et paucis verbis intentionem proferentis exponit et explanat, sicut regula iuris, rem quae est breviter ennarat. Non tamen ita breve esse debet quin rationem et vim intentionis contineat. Et sunt quaedam brevia formata super certis casibus et de cursu et de consilio totius regni concessa et approbata, quae quidem nullatenus mutari poterunt absque consensu eorundem et voluntate. Sunt etiam brevia ex eis sequentia quae dicuntur iudicialia, et saepius variantur secundum varietatem placitorum proponentis et respondentis, petentis et excipientis, secundum varietatem responsionum. Sunt etiam quaedam quae dicuntur magistralia, et saepius variantur secundum varietatem casuum, factorum et querelarum. Et quorum quaedam sunt personalia, quaedam realia, quaedam mixta, secundum quod sunt actiones diversae et variae, quia tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum, quia non potest quis sine brevi agere, cum non teneatur alius sine brevi respondere nisi gratis voluerit, et ex hoc ei non iniuriatur, cum volenti et scienti non fiat iniuria.", Thorne, *Bracton* vol.4, pp.285-286.

(28) 深尾裕造「コモン・ローとは何か――国民的法共同体の成立と法――」『法と政治』六二巻一号（下）、一一〇－一一八頁は、「他者の不利益にならない限り」という『ブラクトン』のつけた条件が、D. 50. 17. 45. 1（ウルピアヌス『告示

註解』第三〇巻）「私人間の合意は公法律を減損しない」（Privatorum conventio iuri publico non derogat）からサー・エドワード・クックが注記無しに引用した「私人間の約束は公法律を減損することはできない」（Pacta privata iuri publico derogare non possunt）というの近代的法理に（距離は遠いものの）一歩近づいたものであると述べている。

(29) D. 50. 17. 195（モデスティーヌス『相異論』第七巻）「（明白に）言明されたことは害する（が）、（明白に）言明されなかったことは害しない」（Expressa nocent, non expressa non nocent）。

(30) 深尾、前掲論文、三一頁ならびに同論文の文末脚注(39)を参照。ソーンは『ブラクトン』における "ius commune" を「共通の権利」（common right）と訳しているが、おそらく『ブラクトン』の後継書である『フリータ』の「成文法（ローマ法）において "ius" と呼ばれるものはイングランドの法律（lex）においては "rectum" と呼ばれる」（quod in iure scripto "ius" appellatur, in lege Angliae "rectum" esse dicitur）という文言を念頭に置いていたためと思われる。本稿も『ブラクトン』における "ius commune" の訳についてはソーンを踏襲している。『フリータ』の訳には、柴田光蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』（大学図書、二〇一〇）、二四五頁を参考に、若干の変更を加えた。

(31) 深尾、前掲論文、三〇頁を参照。また特に "ius commune" の用語はこの箇所に集中しているとされている。

(32) Thorne, *Bracton* vol.2, p.140 を参照。

(33) この項目で取り上げられている自然の占有と市民法上の占有について、これを「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」（Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest）の法準則に注目し、サヴィニーの『占有法』を題材として扱った先行研究として、吉原達也「『何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず』というローマ法準則――サヴィニー『占有法』における占有概念をめぐって――」、『広島法学』三五巻二号、二〇一一年、一＝二五頁がある。

(34) 深尾、前掲論文二六頁における具体的な事例の一つとして、この部分を考えることができるだろう。寡婦産のコモン・ロー上の発展については、J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 4th ed., New York, 2011, rpt, pp. 269-271 を参照。

(35) ソーンはここでの "voluntas" の英訳に、"agreement" の語を用いている。Thorne, *Bracton* vol.4, p.285 を参照。

(36) 深尾、前掲論文、三二＝三三頁を参照。

(37) T. Ingman, "A History of the Defence of *Volenti Non Fit Iniuria*", *The Judicial Review* vol.26, 1986, 9 では「見た所、

この法格言（の意味）は、『知る者に不法は生じない』ではなく、『望む者（に不法は生じない）』である」（the maxim, be it observed, is not "scienti non fit iniuria", but "volenti"）という一八八七年の Thomas v. Quaetermaine におけるボウエン判事の言が紹介されている。また、守屋善輝編『英米法諺』（日本比較法研究所、一九五九）で "scienti et volenti non fit iniuria"（六三九頁）と "volenti non fit iniuria"（六四三頁）が分けて掲載されていることにも注意が必要であろう。

(38) ヘンリー・サムナー・メイン、安西文夫訳、『古代法』（史學社、一九四八）、六八頁（原著は Sir Henry Sumner Maine, *Ancient law : its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* 10th ed, London, 1885, p.82）ならびに、Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *History of English Law before the Time of Edward I*, Cambridge, 2nd ed., 1898, p.208 を参照。

(39) Carl Güterbock, Brinton Cox trans., *Bracton and his Relation to the Roman law:A Contribution to the History of the Roman law in the Middle Ages*, Philadelphia, 1866, 1979, rpt, pp.48-49 を参照。

(40) 一三世紀のオックスフォード大学を扱ったものとして、直江真一「コモン・ローの形成と大学」、『西洋史研究新輯』二二号、一九八三、五四＝五五頁を参照。

※本稿は㈠、㈡ともに平成二六年度日本学術振興会特別研究員（ＤＣ２）の研究課題（課題番号 二六・三四四五）「法格言『知りそして望む者に不法は生じない』の成立と影響について」の研究成果である。