

《論 説》

二重売買における第二買主の善意

——スペイン学説継受の一例として——

藤 田 貴 宏

キーヌス・デ・ピストリオ Cinus de Pistorio (1270-1336/37年)、バルトルス・デ・サクソフェルラート Bartolus de Saxoferrato (1313/14-1357年)、バルドゥス・デ・ウバルデイス Baldus de Ubaldis (1327-1400年)、パウルス・デ・カストロ Paulus de Castro (1360/62-1441年)、アレクサンデル・デ・タルタグニス Alexander de Tartagnis (1424?-1477年)、ヤーソン・デ・マイノ Jason de Mayno (1435-1519年) 等、14世紀から15世紀にかけてイタリアに台頭した注解学派の「諸博士 DD.: doctores」による注釈や助言は、17世紀の前半に至るまで、いわゆる「通説 communis opinio」として頻繁に引用参照されていた。しかし、その後、大学での講義や鑑定実務において、「列挙された擁護者の数によって何らかの見解に通説としての威信をもたらしそうとした man wollte gewissen Meinungen durch die aufgestellte Anzahl ihrer Verteidiger das Ansehen einer communis opinio verschaffen」慣行¹⁾が徐々に廃れ、いわゆる「イタリア学風 mos Italicus」の影響力が衰えて行く中で、彼らの名は法学文献上から急速に姿を消した。とはいえ、中世ローマ法学の成果が、人文主義法学や自然法論という新たな潮流が台頭する下でもなお、継受ローマ法と地域固有法の融合過程の中で取捨選択されつつ継承されていったことに疑問の余地はない。ただ、そうしたローマ法の批判的実用化あるいは「現代的慣用 usus modernus」の流れに棹さず法学者たちは、もはやバルトルスやバルドゥスの権威に頼る必要はなかった。彼らは、中世ローマ法学そのものではなく、それを継承するよ

1) Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 6. 2. Ausg. (1850), 14.

り新しい学説の参照を指示したのである。中世ローマ法学と17世紀のローマ普通法学を結びつけるそのような媒介項の一つとなったのは、16世紀スペインの法学文献、とりわけ、アントニオ・ゴメス Antonio Gomez (1500-1572? 年) とディエゴ・デ・コヴァルビラス・イ・レイヴァ Diego de Covarubias y Leyva (1512-1577年) の著作であった。確かに、南ネーデルラントのように、18世紀初めのスペイン継承戦争を経てオーストリア・ハプスブルク家領となるまでスペイン王国の統治下にあった地域では、上記のようなスペイン学説の影響は当然の流れとも言えるし、サラマンカ大学教授を経て何れも高位聖職者となったゴメスとコヴァルビラスの著作がカトリック信仰を保持したこの地域で好意的に受け容れられたのも首肯できる。しかし、少なくとも私法的世俗の事項に関しては、当初から、政治宗教事情が法学文献の引用を左右することはほとんどなく、むしろ、三十年戦争を経た17世紀半ば以降は同時代の自国の文献を優先的に引用する傾向が強まる。そのような中で学問上実務上の権威として例外的に尊重され続けたのがゴメスとコヴァルビラスの著作であった。実際、彼らからの引用は、既に16世紀後半にはスペインから事実上の独立を果たしていた北ネーデルラント(ネーデルラント連邦共和国)、更には、ブランデンブルク辺境伯領、スウェーデン領フォアポメルンといった神聖ローマ帝国の北部プロテスタント諸領邦の法律家たちにも少なからず見出される。このようなスペイン学説継受の具体像を、二重売買における所有権の帰属という論点に即して敷衍検討することが本稿の課題である。

I.

二重売買における所有権の帰属という問題については、ローマ法源上、「所有物取戻訴権 *rei vindicatio*」に関する第3巻第32章の第15法文として勅法彙纂に収録されているディオクレティアヌスとマクシミアヌス両帝による勅法²⁾において、「土地全体が二人の者に適法に売却された場合、土地が先に引き渡された者が所有権の保持において優先することは自明の法に属する *quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur: manifesti juris est, eum, cui priori*

traditum est, in detinendo domino esse potioem] というさしあたり明解な答えが提示されている。つまり、第二買主であっても先に目的物の引渡を受けて占有を取得するならば所有権を取得でき、第一買主は、所有権を取得できない以上、所有物取戻訴権を行使することはできないのである。これに対して、既に標準注釈は、「〈適法に〉とはつまり善意でという趣旨である iure, id est bona fide」と解して³⁾、悪意の第二買主による所有権取得を排除する可能性を示唆していた。しかし、引渡の先後によって所有権者の決定する上記原則にそのような方向で何らかの例外を設けるとしても、目的物の引渡が所有権移転の要件であること⁴⁾自体に変わりはなく、先に引渡を受けた第二買主がたとえ悪意で

2) Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur: manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo domino esse potioem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse, ac pretium exolveris apud Praesidem provinciae probaveris: obtentu non datorum instrumentorum expelli te a possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris recipere: ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumptuum ratio habeatur: cum, et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis; eum cui priori possessio soli tradita est, haberi potioem conveniat. (C. 3, 32, 15. Dioclet. et Maxim. [293])

“土地全体が二人の者に適法に売却された場合、土地が先に引き渡された者が所有権の保持において優先することは法的に自明である。従って、占有を先に買い受け代金を支払ったことを汝が属州総督の面前で証明したならば、証書が交付されていないという理由で汝から土地を剥奪することはできない。既に支払った代金を利息とともに取り戻すかどうかはもちろん汝の意思次第であるが、享受された利得及び費用について考慮されねばならない。たとえ汝等双方が贈与に基づいて目的物の所有権を主張しているとしても、土地の占有が先に移転された者を優先するのが適切である。”

3) q. iure, id est in praeiudicium suum non tenentur utrique. Vel iure, id est non dolo. Iure, id est bona fide, vel sine dolo secundum quosdam. Vel iure quantum ad vendentis perjurium, non autem iure, quia incidit in legem Corneliam de falsis: ut ff. ad leg. Cornel. de fal. l. qui duobus. (ad C. 3, 32, 15., 694, q. 引用は1551年リヨン刊のテキストによる)

“〈適法に〉とは二人の買主双方が確認訴訟を義務づけられていないということである。また、〈適法に〉とは、悪意によってではないということでもある。この場合、〈適法に〉とはつまり善意でという趣旨であり、例えば、誰か[の証言]によれば悪意がないという場合がこれにあたる。なお、売主の偽証に関しては、学説彙纂48巻10章第21法文にある通り、虚偽陳述に関するコルネリウス法が適用される以上、〈適法に〉とは言えない。”

あっても、所有権者ではない第一買主が所有物取戻訴権を行使して第二買主の手元にある目的物を取り戻すことはできないし、占有を奪われたわけでもない以上、プブリキウス訴権 *actio Publiciana* によって目的物の回復を求めることも不可能である。そこで、第二買主への売却を売主による詐害行為 *fraus* と位置づけ、債務者による詐害行為を取り消し損害の填補を求める事実訴権（パウルス訴権 *actio Pauliana*：廃罷訴権 *actio revocatoria*）を介して、第一買主の救済を図ろうとしたのがバルドゥスであった。すなわち、「汝が我にある物を売却したが、それを我に引き渡す前に、我を詐害する目的でその物をティティウスに売却し引き渡した *vendidisti mihi rem aliquam, et antequam tradas vendidisti, et tradidisti eam Titio, in fraudem meam*」場合、「所有物取戻訴権やプブリキウス訴権に関してはティティウスが優先するとしても、ティティウスが当該詐害行為に関与していたならば、我は引渡を求めるであろう *in rei vindicatione, et Publiciana potior est Titius* ; *tamen si fraudem participavit, revocabo*」というのである⁵⁾。ここでは、その文脈から明らかなように、「所有物取戻訴権 *rei vindicatio*」や「プブリキウス訴権 *vindicatio Publiciana*」に代替し第二買主のそれに対抗し得る救済策として、第一買主に「引渡を求めること *revocare*」が認められており、目的物の引渡を受けた第一買主は、その結果として、所有権を取得することになる。しかし、パウルス訴権とは、本来、金銭債権の保全

4) *Inst.* 2, 1, 40.

5) *Mirabiles conclusiones videntur inferri in hac materia. Vendidisti mihi rem aliquam, et antequam tradas vendidisti, et tradidisti eam Titio, in fraudem meam* : *nam in rei vindicatione, et Publiciana potior est Titius* ; *tamen si fraudem participavit, revocabo. Si autem fuit sibi donata, revocatur, etiam si fraudem non participavit. [...]* (*ad Rubr. C.* 7, 75, n. 1. 引用は1615年ヴェネツィア刊のテキストによる)

“以下の事案においては、注目すべき帰結がもたらされるように思われる。それはすなわち、汝が我にある物を売却したが、それを我に引き渡す前に、我を詐害する目的でその物をティティウスに売却し引き渡した場合である。なぜなら、所有物取戻訴権やプブリキウス訴権に関してはティティウスが優先するとしても、ティティウスが当該詐害行為に関与していたならば、我は引渡を求めるであろうから。他方、ティティウスに物が贈与された場合には、たとえ詐害行為に関与していなくても、その引渡が求められる。…”

を目的とする人的な事実訴権であって、金銭債権者が、債務者の詐害的財産処分を取り消し、債務者や受益者等に金銭賠償を請求することこそ、〈回復を求めること *revocare*〉の本義である。ここでバルドゥスは、パウルス訴権を、物を占有する第三者、つまり、先に売買目的物の引渡を受けた悪意の第二買主に対して、債権者たる第一買主が物自体の引渡を求める訴権として転用乃至誤用しているのである⁶⁾。

このようなパウルス訴権の転用は、債務者たる売主から第二買主への売却と引渡が第一買主への詐害行為になることを前提としているが、周知の通り、ローマ法源上、「債務の本質は、何らかの物や役権を我々のものとするのではなく、我々に対して何かを与え、為し、あるいは、給付するよう他人を義務づける点に存する *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*」とされており⁷⁾、何らかの物の売主は、目的物の「安全な占有 *vacuna possessio*」を移転することによって、買主が使用収益し将来において使用取得できるようする義務（為す債務）を課されているだけで⁸⁾、「売主が所有権者であった場合にそのような行為によって買主が所有権者となることは確かである *quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum*」にせよ、所有権そのものの移転義務（与える債務）まで負っているわけではない。それ故、第二買主への引渡は、第一買主に対する為す債務の不履行にはなっても、所有権を移転しなかったという意味での詐害行為を想定することはそもそも不可能なはずである。また、履行不能による為す債務の損害賠償債務への転化可能性を根拠に仮に債務者の詐害行為を想定できるとしても、その相手方である第三者にパウルス訴権を行使するため

6) バルドゥスの見解とその由来については、さしあたり、Brünneck, Über den Ursprung des sog. *jus ad rem*, ein Beitrag zur Geschichte dieses Dogmas (1869), 92-94., 及び、Ankum, De geschiedenis der Actio Pauliana (1962), 182-186. 参照。また、以下で扱うパウルス訴権の転用（「広義のパウルス訴権 *de ruine Pauliana*」）をめぐる学説の展開については、Ankum, De geschiedenis, 211-215, 259-262. 参照。

7) D. 44, 7, 3, pr. Paul. 2, inst.

8) D. 19, 1, 2, 1. Paul. 5, ad Sab. ; D. 19, 1, 11, 2. Ulp. 32, ad ed.

には、債務者本人について、「その資産が検索され *bonis ejus excussis*」⁹⁾、財産処分が「債権者を詐害する目的で *in fraudem creditorum*」行われたことを「資産の不十分さによって *bonis non sufficientibus*」証明する必要がある¹⁰⁾。それ故、第二買主に目的物が売却され引き渡されたというだけでは、第一買主は、その第二買主に対してパウルス訴権を行使することはできず、売主に対して、為す債務の履行不能を理由に、財産状態の差額（いわゆる「利害関係 *interesse*」）について金銭賠償を訴求できるにすぎない。これに対して、注解学派の下では、「売却した者は物の引渡を義務づけられ、もしこの者が所有者であるならば、受領者への所有権の移転も義務づけられる *ille qui vendidit, tenetur ad rem tradendam: et si est dominus, tenetur transferre dominium in accipientem*」とのバルトルスの言葉¹¹⁾に象徴される通り、所有者たる売主について端的に与える債務を課す見解が通説化していたし、債務者の財産の「検索 *excussio*」についても、バルドゥス自身、「数量による債務が存在する *est debitum quantitatis*」場合と「特定物の譲渡が義務づけられている *debetur species alienata*」場合を区別し、後者については「検索は要求されない *non requiritur excussio*」と述べていた¹²⁾。パウルス訴権の上記転用は、一方で、目的物引渡を介した売主の所有権移転義務を前提とし、他方で、財産の検索によ

9) C. 7, 75, 1. Antonin. [213.]

10) C. 7, 75, 2. Alex. [232?]

11) [21.] *verum: nam ille qui vendidit, tenetur ad rem tradendam: [22.] et si est dominus, tenetur transferre dominium in accipientem: si non est dominus, non, [...]* (ad D. 12, 1, 9, n. 21-22, 9. r. 引用は1581年リヨン刊のテキストによる)

“しかし実際には、売却した者は物の引渡を義務づけられ、もしこの者が所有者であるならば、受領者への所有権の移転も義務づけられる。所有者でない場合はその限りではない。…”

12) *Et nota, quod ista actio datur in subsidium, quando est debitum quatitatis, secus si debetur species alienata, cum hac distinctione intellige, quod non requiritur excussio; quia quod debetur, est ipsa species alienata, [...]* (ad Rubr. C. 7, 75, n. 2.)

“ところで、当該訴権は、数量による債務が存在する場合に、補充的に付与されるものであり、特定物の譲渡が義務づけられている場合には事情が異なることに注意されたい。この区別によって理解してもらいたいのは、義務づけられているのがまさに特定物の譲渡である以上、検索は要求されないという点である。”

る売主の無資力の確認を不要とする点において、法源からの乖離を一層際立たせているのである。しかし同時に、ここで第一買主に与えられる訴権は、本来のパウルス訴権に付されているある制約を引き継いでいる。すなわち、詐害行為の相手方たる受益者のように債務者以外の第三者については、「債務者が債権者を詐害する目的でそれを行ったことを知りつつ、詐害行為においてもたらされたものを受領した *sciens eum in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat*」場合¹³⁾、つまり、「事情を知りつつ詐害行為に協力した買主 *emptor, qui sciens fraudem comparavit*」に対して¹⁴⁾、行使できるとされており、これをそのまま転用の場面にも当てはめるならば、バルドゥスの言うように、「詐害行為に関与した *fraudem participavit*」者、つまり、悪意の第二買主に対してのみ目的物の引渡を訴求できることになる。ただしこの準則には重要な例外が存在する。すなわち、債務者の財産が「何者かに贈与された *cui donatum est*」場合には、受贈者は「利益を剥奪されても何ら実害を被らない *cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur*」ので、「事情を知りつつ贈与物が受領されたか否かではなく、債権者に対して詐害行為が行われたかどうかだけが探究されるべき *non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudulentur creditores*」¹⁵⁾であり、そのような「無償の権原で占有する者との関係では、認識の有無を問うことなく、事実訴権によって債権者が救済される *per actionem in factum contra eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta creditoribus esse consultum*」¹⁶⁾のである。この点をふまえて、やはりバルドゥスも、「ティティウスに物が贈与された場合には、たとえ詐害行為に関与していなくても、その引渡が求められる *Si autem fuit Titio donata, revocatur, etiam si fraudem non participavit*」と述べている。こうして、目的物の引渡の先後によって所有権の帰属を確定する上記第15法文には、結局、売主の後発的取引が売買のような有

13) D. 42, 8, 6, 8. Ulp. 66, ad ed.

14) C. 7, 75, 5. Dioclet. et Maximian. [293.]

15) D. 42, 8, 6, 11. Ulp. 66, ad ed.

16) C. 7, 75, 5.

償処分の場合は受益者たる第二買主の悪意を条件に、贈与のような無償処分の場合には受贈者の善意悪意を問わずに、それぞれ第一買主による目的物引渡の請求を、パウルス訴権の転用例として正当化し、第一買主による所有権取得を認めるという例外が設けられるに至ったのである。

バルドゥス以降通説化したこのような例外的取り扱いは17世紀のネーデルラントにおいても継承されていた。ただし、そこでは、パウルス訴権乃至廃罷訴権の転用という側面は後退し、むしろ第15法文適用の前提として第二買主の善意を要求する方向へと議論が進んでいる。例えば、ルーヴァン大学教授を務めたヘンドリク・ズース Hendrik Zoes (1571-1627年) の『市民法学説彙纂全50巻への注解 *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libros L*』(1645年初版)においてみられる第15法文の解釈はその典型である。ズースによれば、契約の先後ではなく目的物引渡の先後によって所有権の帰属を決定する第15法文は、「第一買主に売却されたがこの者に未だ引き渡されていない物を売主が第二買主に売却すること *rem primo venditam, ante traditionem illi factam, venditor secundo vendere potest*」を法的に承認するものに他ならない。というのも、この場合、売主が、「先に他人に対して質や抵当に供されていた物 *res pridem apud alios obligatae pignoris seu hypothecae*」を売却した場合¹⁷⁾と同様に「詐欺の罪 *crimen stellionatus*」に問われ、「第一買主に対して利害関係の賠償を義務づけられる *tenetur priori emptori ad interesse*」可能性は確かにあるとしても、「売主が第二買主に引き渡してしまえば、物は第二買主によって確実に取得され、第一買主がこれを奪うことはできない *cui si tradiderit, firmiter illi acquisita, nec avocari poterit per priorem emptorem*」からである。しかし、このような第15法文の「趣旨 *decisio*」が妥当するのは「後に買った者が善意であった場合 *casus, quo posterior emptor fuerit bonae fidei*」に限られる。第二買主は、「物が他人に売却済みであることを知っている限り、如何なる権利も取得できない *si rem alteri venditam sciverit, nihil juris acquirere*」のである¹⁸⁾。「原告が事情を知っているならば、この者は他人によって

17) C. 9, 34, 4. Philipp. [244].

欺かれているのではなく自らを偽っていることになり、故に被告は訴えから解放される *si actor scit, tunc is non ab alio, sed a se decipitur: et ideo reus absolvitur*」という法文¹⁸⁾とともにズースがここで参照しているのは、ゴメスの『市民普通法及び王国法の問題解決集 *Variae Resolutiones iuris civilis communis et regii*』(1552年初版)とコヴァルピアスの『教会法、王国法、及び、帝国法に基づく問題解決集 *Variae ex iure pontificio, regio et caesareo resolutiones*』(1552年初版)であって、先にふれたバルドゥスの注釈への言及はない。

もう一つ注目すべきなのは、以上のような第15法文の解釈が、所有権取戻訴権に関する学説彙纂第12巻第1章の注釈の一環として提示されているという点である。ズースの注釈によれば、「所有物取戻訴権 *vindicatio*」とは、「係争物

18) [7.] *Quod patet ex eo, quod rem primo venditam, ante traditionem illi factam, venditor secundo vendere possit: cui si tradiderit, firmiter illi acquisita, nec avocari poterit per priorem emptorem, l. Quoties 15. C. h. t. Quamvis venditor eo casu non videatur immunis a crimine stellionatus, l. 3. Inf. De crimine stellion. et teneatur priori emptori ad interesse. Procedit autem decisio d. l. 15. in casu, quo posterior emptor fuerit bonae fidei: nam si rem alteri venditam sciverit, nihil juris acquireret, atque eo in casu imputabit sibi secundus emptor, qui se deceperit, l. Num si actor 26. h. t. Gomez. 2. Var. Resol. cap. 2. nu. 20. vers. Secundo limita, Covarr. 2. Var, c, 19. (Commentarius, 197. 引用は1651年ルーヴァン刊のテキストによる)*

“《7. 勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文によれば、売主は、売却したが未だ引き渡していない物を他人に売却することができる *Venditor rem venditam, non traditam, vendere alteri potest, ex l. Quoties 15. C. h. t.*》このことは、第一買主に売却されたがこの者に未だ引き渡されていない物を売主が第二買主に売却できるということから明らかである。すなわち、売主が第二買主に引き渡してしまえば、物は第二買主によって確実に取得され、第一買主がこれを奪うことはできない【勅法彙纂3巻32章第15法文】。ただし、この場合、売主は詐欺の罪を免れないし【勅法彙纂9巻34章「詐欺の罪について」第4法文】、第一買主に対して利害関係の賠償を義務づけられる。しかも、上記第15法文の趣旨が妥当するのは、後に買った者が善意であった場合である。というのも、物が他人に売却済みであることを知っていたならば、如何なる権利も取得できず、その場合、自らを偽った第二買主は自ら責任を負うべきであるから【本章第26法文、ゴメジウス『問題解決集』第2巻第2章第20番「第二に制限される…」の節、コヴァルピアス『問題解決集』第2巻第19章】。”

19) D. 6, 1, 26. Paul. 2, ad Plaut. この法文は、第一買主による引渡請求を正当化するというよりも、何らかの形で物の占有を取得した第一買主に対する第二買主からの所有物取戻訴権あるいはプブリキウス訴権の行使を排除する意味を有する。

の所有権が確認され、裁判官の職務執行によってその物が占有者から自らに返還されるよう請求できる対物訴権 *actio in rem, qua quis petit, se rei controversae dominium declarari, eamque officio iudicis a possessore sibi restitui*」であり、「本来所有権 *dominium directum*」と「準所有権 *dominium utile*」の区別に対応して、「所有物取戻本訴権 *vindicatio directa*」と「所有物取戻準訴権 *vindicatio utilis*」の二つに区分され、前者は「万民法もしくは市民法によって所有権を取得した者 *qui aut jure gentium aut civili dominium acquisivit*」に、後者は「抵当権を有する限りでの債権者、永借人、封臣、そしてまた、物について、真正な所有権ではなく、所有権に近似する何らかの権利を有するにすぎない者のように、所有権者でない者 *non domini, uti creditor quoad hypothecam, emphyteuta, vasallus, et alii, qui non habent verum dominium, sed tantum jus aliquod circa rem dominio proximum*」にそれぞれ付与されるものとされる²⁰⁾。

20) “集合物に関して提起される訴えの後に続くのは個々の物に関する訴えであり、それらは個別の対物訴権と呼ばれている。これは、〈ウインディカーレ〉から生まれた〈ウインディカティオ〉という名詞に由来する。《1.〈ウインディカーレ〉乃至〈ウインディカティオ〉とは何か》ところで、〈ウインディカーレ〉とは、物の所有権や物への何らかの権利を自ら行使することであり、それ故、「自分のものであると〈ウインディカーレ〉する」とは、換言すれば、自分のものであると主張するということである【本章第66法文】。しかし他方で、〈ウインディカティオ〉とは、何者かに占有されている我々の物を訴求する訴権【学説彙纂44巻7章「債務関係及び訴権について」第25法文】、つまり、係争物の所有権が確認され、裁判官の職務執行によってその物が占有者から自らに返還されるよう請求できる対物訴権である。この場合、物は我々のものと判示される。というのも、ここで占有者は、契約上の債務によってではなく、彼が占有する我々の物の故に訴えられているからであり、これは対物訴権に固有の特徴である【法学提要4巻6章「訴権について」第1節】。

《2.所有権は本来所有権と準所有権に区別するのが適切である》一般に、二つの所有物取戻訴権、すなわち、所有物取戻本訴権と所有物取戻準訴権があるとされている。これは、所有権に本来所有権と準所有権があるとされるのと同じである。ただし、我々の物の根拠となる権利はただ一つであり、法の如何なる箇所にもそのような区別は見出されないという理由で、存在するのは本来所有権だけであると主張する人々にとっては、上記の点は受け入れ難い【クヤキウス『考察と修正』第11巻第25章】。また、本来所有権と疑似所有権と呼ぶ人々もいる。彼らは、所有権という物支配権を有する者に本来所有権を、役権や質権その他類似の物支配権を有する者に疑似所有権を、それぞれ付与している。その結果、物支配権は所有権よりも射程が広いこ

所有物取戻訴権の定義と区分をめぐるこのような型通りの説明に続いて、ズースは、所有物取戻本訴権が付与される者の一例として、「物を贈与したり購入したり、あるいは同様の権原に基づいて真正な所有者から物を取得した者 qui habet rem donatam, emptam, aut simili titulo acquisitam a vero domino」を挙げた上で、これらの「受贈者 donatarius」や「買主 emptor」等が所有物取戻訴権を行使できるのは「物が確かに引き渡された後に限られる non alias, quam si et traditio fit subsequuta」と付言している。上記の第15法文の解釈の起

とになるが、学説彙纂41巻1章「物の所有権の取得について」第21法文への注解においてクヤキウスが認めているのは、物支配権と所有権のそのような相連だけである。結果として、彼らは、所有物取戻本訴権と所有物取戻準訴権を区別している。《3. 所有物取戻訴権には本来の訴権と準訴権がある》とはいえ、多くの人々が本章第23法文に照らして賛同しているのは、所有物取戻本訴権と所有物取戻準訴権の区別であり、その法文では、所有物取戻訴権は、万民法もしくは市民法によって所有権を取得した者に付与されると述べられている。他方、抵当権を有する限りでの債権者、永借人、封臣、そしてまた、物について、真正な所有権ではなく、所有権に近似する何らかの権利を有するにすぎない者のように、所有者ではない者にも対物訴権を付与するとされている【学説彙纂6巻3章「小作地すなわち永借地が訴求される場合」第1法文〔1節〕末尾】ことから、多くの解釈者は前述の区別を考案し、クヤキウス『考察と修正』第5巻第29章もこの区別を認めているように思われる。

《4. 所有物取戻本訴権は誰に付与されるのか》何れにせよ、所有物取戻本訴権は、万民法あるいは市民法に基づき所有者である者に付与される【前述の本章第23法文】。この点は「原告によって」証明されねばならない。つまり、証明されない場合には、「原告の証明がなければ被告は免訴されるべし」との準則に従い、たとえ権原のない占有者であっても訴えから解放されねばならない。ただし、証明は、物が原告側に帰属する正当な原因によって為されれば十分である。《5. 所有物取戻本訴権は使用取得者に付与される》所有物取戻本訴権は、まず、物を使用取得した者に付与される。というもの、法律は使用取得の完成後に真正な所有権を付与するからである【学説彙纂41巻3章「使用収益及び使用取得について」第3法文】。使用取得が完成されていない場合、未だ法律によって所有権が付与されていない以上、占有者に当該訴権は発生しない。ただしこの場合、しばしば、プブリキウス訴権による救済が占有者に与えられる。この点については次章を参照せよ。《6. 同様に受贈者や買主等にも付与される》所有物取戻本訴権は、物を贈与したり購入したり、あるいは同様の権原に基づいて真正な所有者から物を取得した者にも付与される。ただし、それは物が確かに引き渡された後に限られる。なぜならば、それらの権原によっては、引渡し無しには、物への権利は取得できず、物に対する人的権利が取得されるにすぎないからである。” (Commentarius, 197.)

点である二重売買の法的許容は、まさにこの点の論理的帰結として導かれたものであった。つまり、売買という「権原 *titulus*」は買主に「物に対する人的権利 *jus ad rem personale*」をもたらすにすぎず、そうである以上、売主から第二買主への目的物の売却と引渡による所有権移転は未だ可能であり、引渡を受けた第二買主は、原則として、「物への権利 *jus in rem*」を取得し、必要に応じて所有物取戻訴権を行使できるのである。このような文脈においては、悪意の第二買主との関係での第一買主の保護が表立って論じられることはなく、むしろ、悪意の第二買主が所有権を取得できず所有物取戻訴権の保護も享受できないことのいわば反射的效果として、第一買主の所有権取得が消極的に承認されるとの印象が強い。「素材の在処 *sedes materiae*」を、バルドゥスのように債権者への詐害行為に関する章（学説彙纂第42巻第8章、勅法彙纂第7巻第75章）に求めるのではなく、第15法文が本来属する体系的位置、つまり、所有物取戻訴権の章（学説彙纂第6巻第1章、勅法彙纂第3巻第25章）に見出すことに、パウルス訴権の無理な援用に対する暗黙の批判が含まれているか否かは定かではないが、議論の文脈上、第一買主保護の積極的な正当化が省かれる結果となっているのは確かである。

この論法が、当時一般化していたことは、ズースと同じくルーヴァン大学で教えたアントニオ・ペレス Antonio Perez (1583-1673年) の『ユスティニアヌス帝の勅法彙纂全12巻講解 *Praelectiones in duodecim libros Justiniani Imp.*』（1653年初版）での議論²¹⁾にもはっきりと見て取れる。ペレスもまた、二重売

21) Quo fit, ut emptori rem praesentem sibi venditam, nondum tamen traditam, non possit vindicare, quia per solam emptionem non acquirit jus in rem, sed ad rem, cum non rei praesentia, non nudis pactis, sed traditione transferatur dominium, *l. pen. h. t. l. 20. C. De pact.* Et propterea deficiente dominio, etiam rei vindicatio locum habet nequit. Unde si duobus res sit vendita, is potior erit in detinendo dominio, cui priori tradita est, non obstante, quod alteri prius fuerit vendita, *l. 15. h. t.* Nam contractibus res tantum fiunt debitaе, at traditione fiunt nostrae. Adeoque acquiritur res emptori posteriori, ut non possit ab eo avocari per priorem emptorem, quamvis venditor eo casu non videatur immunis a crimine stellionatus, *l. 3. ff. De crim. stell. et l. 21. ff. ad L. Corn. de fals. et teneatur priori emptori ad interesse. Quod ita procedit, modo is, cui traditio facta, fuerit bonae fidei; nam sciens rem alteri ante venditam esse, per traditionem nihil juris ac-*

買を許容し契約ではなく引渡の先後によって所有権の帰属先を確定する第15法文の趣旨を説明する前提として、「所有権は物の現存や裸の合意ではなく引渡によって移転するのであるから、単なる購入によって買主が取得できるのは物への権利ではなく物に対する権利にすぎず、所有権が欠けている以上、所有物取戻訴権が生じる余地もない *per solam emptionem non acquirit emptor jus in rem, sed ad rem, cum non rei praesentia, non nudis pactis, sed traditione transferatur dominium, et propterea deficiente dominio, etiam rei vindicatio locum habere nequit*」旨明言している。また、二重売買一般における売主の詐欺の罪と利害関係の賠償義務に言及する一方で、「先に引渡を受けた者が所有権の取得において優先する *is potior erit in detinendo dominio, cui priori tradita est*」のは「引渡を受けた者が善意である場合に限られる *modo is, cui traditio facta, fue-*

quiret, idque in odium malae fidei, arg. l. 26. ff. h. t. Covar. l. 2. var. c. 19. Gomez. tom. 2. var. res. c. 2. n. 20. (Praellectiones, 175. 引用は1671年アムステルダム刊のテキストによる)

「《8.引渡前に所有権が買主にもたらされることはない：同じ物が二人の者に売却された場合、所有権に関して誰が優先されるか *Dominium non datur emptori ante traditionem: et quis potior in dominio, cum duobus eadem res est vendita.*》その結果、買主は自らのために購入したが未だ引渡を受けていない現存する物を取り戻せないことになる。というのも、所有権は物の現存や裸の合意ではなく引渡によって移転するのであるから、単なる購入によって買主が取得できるのは物への権利ではなく物に対する権利にすぎず【本章第27法文、勅法彙纂2巻3章「合意について」第20法文】、所有権が欠けている以上、所有物取戻訴権が生じる余地もないからである。従って、物が二人の者に売却された場合、もう一方の者に先に売却されていたとしても、先に引渡を受けた者が所有権の取得において優先する【本章第15法文】。なぜなら、物は、契約によって義務づけられるにすぎず、引渡によって初めて我々のものになるからである。また、物は、第二買主によって取得されるので、第一買主によって第二買主から奪われることはない。ただし、この場合、売主は、詐欺の罪を免れないし【勅法彙纂9巻34章「詐欺の罪について」第3法文、学説彙纂48巻10章「偽証に関するコルネリウス法について」第21法文】、第一買主に対して利害関係の賠償を義務づけられる。しかも、先のように扱われるのは、引渡を受けた者が善意である場合に限られる。というのも、物が先に他人に売却されたことを知っている者は引渡によって如何なる権利も取得することはないからであり、これは悪意に対する嫌悪に基づいている【学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第26法文、コワッルウィアス『問題解決集』第2巻第19章、ゴメジウス『問題解決集』第2巻第2章第20番】。”

rit bonae fidei」としている点もズースと全く同じである。引用されているのもやはりゴメスとコヴァルビアスであり、「悪意への嫌悪 odium malae fidei」の故に、「物が先に他人に売却されたことを知っている者は引渡によって如何なる権利も取得することはない sciens rem alteri ante venditam esse, per traditionem nihil juris acquirat」と述べるだけで、パウルス訴権の転用への言及はないし、ましてや、第二買主への引渡請求が第一買主の「物に対する権利（対物権）jus ad rem」の効力として位置づけられているわけでもない。第二買主の悪意は、売主の詐害行為への関与として同定されることなく、所有権の取得と所有物取戻訴権の付与の消極的要件として位置づけられているにすぎないのである。

これに対して、ネーデルラント共和国の法律家たちは、第二買主の悪意を第一買主への詐害行為と関連づけ、廃罷訴権による救済に言及しており、バルドゥスの立場に再び近づいている。例えば、レイデン大学で学位取得後弁護士として長く活動したシーモン・ファン・レーウエン Simon van Leeuwen (1626-1682年) の『裁判の理論的実務的査閲 Censura forensis theoretico-practica』(1662年初版) では、売買をめぐる論点の一つとして、「物が二人の者に売却された場合に誰が優先するのか re duobus simul vendita, quis potior erit」が検討されている²²⁾。まず、「ある者が商品あるいは自己の物を複数の者に対して

22) Nec uni tantum, sed et pluribus res emi vendi potest, quod si simul in eadem re pro diviso fiat, duos, aut stipulandi, aut promittendi reos constituit, de quibus supra cap. 17. Sed quid si quis merces, aut rem suam pluribus diverso tempore pro indiviso vendidit, nec cuiquam eorum tradiderit? In empti actione is potior est, cui prius res fuit vendita, reservata alteri actione ejus quod interest, secundum regulam, qui prior est tempore, potior est jure, arg. l. 26. ff. locati. Alias ex pluribus emptoribus praefertur is, cui prius res fuerit tradita, l. 15. Cod. de Rei Vindicat. et ibi DD. aut qui prior ejusdem rei possessor constitutus est, ut recte notat Anton. Fab. ad Cod. lib. 3. tit. 22. defin. 4. adeo ut sola rei emptae subsignatio, sigillatio, aliquem in rei emptae possessionem constituat, isque potior reputetur, licet eadem res postea alteri vendatur, et tradatur, arg. l. 14. §. final. ff. de peric. et commod. rei vend. Prout exemplo demonstrat Petr. Foller. in addit. ad Robert. Marant. Specul. Aur. part. 4. distinct. 14. in fin. Vide etiam Ludovic. Roman. Singul. 285. Boer. decis. 105. num. 9. Andr. Gail lib 2. observ. 55. num. 10. Nisi forte is cui res empti et tradita est, quumsciret, eandem rem alteri prius venditam esse, in

異なる時点に分割を想定せずに売却し、なおかつ、それらの者の何れにも物を

fraudem prioris emptoris egerit, ut sibi enderetur, et traderetur, nec alter eam consequatur: qui eo non obstante, rem traditam actione in factum revocatoria, a secundo emptore revocare potest. Bald. *ad Rubr. Cod. De Revoc. iis quae per fraud. alienat. num.* 1. Ludoc. *Roman. Singul.* 292. *in not. circa fin.* Gomez. *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 20. *vers. Secundo principaliter limita.* Andr. *Gail. lib.* 2. *observ.* 55. *num.* 11. (Censura, pars prima, lib. IV, cap. xix, n. 26, 388, 引用は1678年レイデン刊のテキストによる)

“《26.物が同時に二人の者に売却された場合、誰が優先するのか *Re duobus simul vendita, quis potior erit.*》一人だけでなく二人に対して物が売却され二人によって購入されることも可能であり、それが同じ物について分割を前提として同時に行われた場合には、二人の諸約者もしくは約束者を生じさせる。この点について上述第17章を参照せよ。これに対して、ある者が商品あるいは自己の物を複数の者に対して異なる時点に分割を想定せずに売却し、なおかつ、それらの者の何れにも物を引き渡さなかった場合はどうであろうか。買主訴権に関しては、「時において先んずる者が権利において優先する」との準則に従い、先に物の売却を受けた者が優先するが【論拠は学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第26法文】、もう一方の者には利害関係について訴権が留保される。これ以外の場合には、複数の買主の内、先に物の引渡を受けた買主が優先し【勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文、及び、同法文への諸博士の注釈】、また、アントニウス・ファベル『ファベルの勅法彙纂』第3巻第22章の定義4が適切にも指摘している通り、先に当該物について占有改定を受けた者も優先され、更には、購入物の登録や明認だけでも購入物の占有をもたらす以上、たとえ同じ物がその後別の者に売却され引き渡されたとしても、先に占有者となった者が優先される【学説彙纂18巻6章「売却物の危険と便益について」第4法文最終節】。ロベルトゥス・マランタ『黄金の鏡』第4部第14章末尾部分へのペトルス・フォレルスの補注は、この点を具体例を用いて論じている。また、ルドウィクス・ロマヌス『個別論集』第285番、ボエリウス『判決集』判決105の9番、アンドレアス・ガイル『実務考察集』第2巻考察55の第10番も参照せよ。ただし、以上の点は、物を購入し引渡を受けた者が、同じ物が他の者に売却済みであることを知っているにもかかわらず、第一買主を詐害する行為を行い、自らがその物を購入し引渡を受けることによって、第一買主が物を訴求できなくなる事態を招来した場合はおそらく妥当しない。というのも、第一買主は、そのような【第二買主への売却及び引渡という】事情に関わらず、廃罷事実訴権を用いて、引渡済みの物の引渡を第二買主に求めることができるからである【勅法彙纂7巻75章表題への注釈第1番、ルドウィクス・ロマヌス『個別論集』第292番末尾付近の注、ゴメジウス『問題解決集』第2巻第2章第20番「第二に制限せよ…」の節、アンドレアス・ガイル『実務考察集』第2巻考察55の第11番】。”

引き渡さなかった場合 *quis merces, aut rem suam pluribus diverso tempore pro indiviso vendidit, nec cuiquam eorum tradiderit*」については、「時において先んずる者が権利において優先する *qui prior est tempore, potior est jure*」との法準則²³⁾、及び、「同時に二人の者に労務が貸与された場合は最初の借主を先に満足させるべきである *in operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satifieri*」との法文²⁴⁾を論拠としつつ、「先に物の売却を受けた者が買主訴権について優先する *in empti actione is potior est, cui prius res fuit vendita*」とされる。他方、売主が目的物を引き渡した場合には、「複数の買主の内、先に物の引渡を受けた買主が優先する *ex pluribus emptoribus praefertur is, cui prius res fuerit tradita*」とされ、第15法文と同法文への「諸博士」の注釈が引用されている。ただし、その際、「複数の買主の内、たとえ単なる占有改定や容假占有による場合であっても先に占有者となった者が優先される *ex pluribus emptoribus praefertur, qui prior factus est possessor, etiam per solum constitutum aut precarium*」とするサヴォイア公国最高法院首席判事アントワヌ・ファーヴル Antoine Favre (1557-1624年) の見解²⁵⁾や、「購入物の登録や明認

23) VI 5, 13, 54.

24) D. 19, 2, 26. Ulp. 2, disput.

25) *Definitio IV. Ex pluribus emptoribus praefertur is, qui prior factus est possessor, etiam per solum constitutum aut precarium.*

Quod jure constitutum est, ut eadem re pluribus vendita diversis temporibus potior sit in causa doiminii is, cui prior tradita fuerit, ad eum quoque pertinet, qui per solam constituti clausulam possessionem nactus est, postquam placuit, ut eo quoque modo, licet fictitio, etiam vera et realis possessio transferatur, nec minus naturalis, quam civilis. Idemque juris est, si precarium possessio translata fit: quamvis utroque casu maneat obligatus venditor ad corporalem traditionem, adeo, ut si quibusdam credimus, nec ante res committi possit ob non soluta laudimia, sicut nec illa debentur, priusquam possessio aaprehensa sit. *Ita tractatum est* 11. Calend. Decemb. 1588. (Codex Fabrianus, lib. III, tit. xxii, def. IV, 239. 引用は1740年ジュネーヴ刊のテキストによる)

“定義4. 複数の買主の内、たとえ単なる占有改定や容假占有による場合であっても先に占有者となった者が優先される。

同じ物が時を異にして複数の者に売却されたならば、先に引渡を受けた者が所有権の問題について優越するという点は法的に確立されているところ、そのような者には、単なる占有改定条項によって占有を取得した者も含まれる。なぜならば、そのよ

だけでも人に購入物の占有をもたらし以上、たとえ同じ物がその後別の者に売却され引き渡されたとしても、先に占有者となった者が優先される *ut sola rei emptae subsignatio, aut sigillatio, aliquem in rei emptae possessionem constituat, is potior reputetur, licet eadem res postea alteri vendatur, et tradatur*」とする帝室裁判所判事アンドレアス・ガイル Andreas Gail (1526-1587年) 等の見解²⁶⁾が引用され、優先基準としての引渡の意義を形式化乃至観念化する裁判実務の動向が肯定的に紹介されている。その上で言及されるのが、第二買主悪意の場合における第一買主の法的地位である。すなわち、「物を購入し引渡を受けた者が、同じ物が他の者に売却済みであることを知っているにもかかわらず、第一買主を詐害する行為を行い、自らがその物を購入し引渡を受けることによって、第一買主が物を訴求できなくなる事態を招来した場合 *is cui res emptā et tradita est, quum sciret, eandem rem alteri prius venditam esse, in fraudem prioris emptoris egerit, ut sibi venderetur, et traderetur, nec alter eam consequa-*

うにたとえ擬制的な手段であっても、真正かつ現実の占有が、市民法のみならず自然法の下でも移転されると解されているからである。容假占有によって占有が移転された場合も法律上同様に扱われる。ただし、何れに事例においても、売主は依然として現実の引渡を義務づけられているので、ある売主に物を貸与している場合、賃料の不払い時にはそれ以上物が貸与されることはないし、一旦占有を取得してしまえばもはや賃料が義務づけられることはない。以上の通り1588年12月11日判示された。”

26) ガイルは「署名が引渡の代わりになる *signatura loco traditionis est*」と解している。

Item fallit tertio, in duobus emptoribus unius rei, si primus rem emptam signavit, praefertur secundo emptori, cui res tradita est: quia signatura loco traditionis est, et per eam dominium in signatam transfertur, text. notab. in l. quod si neque, §. fin. ff. de peric. et commod. rei vend. Ias. in d. l. quoties, numer. 8. (Practicae observationes, lib. II, observ. LV, n. 10, 397. 引用は1645年ケレン刊のテキストによる)

“[10. 物に署名した第一買主は、物の引渡を受け第二買主に優先する *Primus emptor qui signavit rem, praefertur secundo emptori cui res tradita est.*] 第三に、前掲勅法彙纂3巻32章第15法文は、一つの物の二人の買主の内、第一買主が購入物に署名した場合も同様に適用されず、第一買主が引渡を受けた第二買主に優先する。なぜなら、署名は引渡の代わりとなり、この署名を介して所有権は署名者に移転するからである

【学説彙纂18巻6章「売却物の危険と便益について」第4法文最終節の明白な法文、前掲第15法文へのヤーソンの注釈第8番】。”

tur」には、「第一買主は、廃罷事実訴権を用いて、引渡済みの物の引渡を第二買主に求めることができる *prior emptor rem traditam actione in factum revocatoria, a secundo emptore revocare potest*」というのである。ここでは、先にみたバルドゥスの注釈が引用され、「廃罷事実訴権 *actio in factum revocatoria*」という救済方法も明示されている。バルドゥスとともに参照されているのは、ルドウィクス・ロマヌス *Ludovicus Romanus* (1409-1439年) の『個別論集 *Singularia*』、ガイルの『皇室裁判所の裁判手続及び判決に関する実務考察集 *Practicae observatines, tam ad processum iudicarium, praesertim imperialis camerae, quam ad causarum decisiones pertinentes*』(1578年)²⁷⁾、そして、ゴメスの『問題解決集』である。

また、ユトレヒト大学やレイデン大学で教えたヨハネス・フート *Johannes Voet* (1647-1713年) の『学説彙纂注解 *Commentarius ad Pandectas*』(1698/1704年初版) では、同じ問題が、法文注釈の枠組みに従い、所有権取戻訴権の章を「素材の在処」として、しかしまた同時に、ファン・レーウエンと同様の実務寄りの立場から論じられている²⁸⁾。先にふれたズースやペレスがそうで

27) *Quarto fallit in secundo emptore habente scientiam, rem alteri prius venditam: quo casu primus emptor, alienata in fraudem actione in factum revocatoria, revocare posset, Bald, ad Rubric. num. 1. C. de revoc. iis quae per fraud. alien. sunt, Ias. in §. item si quis in fraudem, num. 116. Instit. de actio. ubi dicit. Hancesse singularissimam litigationem ad d. l. quoties, Ioan. Ant trigona sing. 15. nu. 1. incip. nos habemus. (Practicae observationes, lib. II, observ. LV, n. 11.)*

“[11. 物が他者に売却済みであることを知っていた第二買主は、その引渡請求者に物を返還せねばならない *Emptor secundus sciens rem venditam alteri, eidem revocanti restituere debet.*] 第四に、前掲第15法文は、物が先に他人に売却されたことを第二買主が認識している場合にも適用されない。というのも、この場合、第一買主は、詐害目的で処分されたものの引渡を、廃罷事実訴権に基づいて請求することができるからである【勅法彙纂 7巻75章「詐害行為によって譲渡されたものの回復について」表題へのバルドゥスの注釈第1番。法学提要 4巻6章「訴権について」第6節へのヤーソンの注釈第116番、この箇所ではヤーソンはこれが第15法文に対する最も重要な制約であると述べている。ヨアンネス・アントニウス・トリゴナ『個別論集』第15論第1番】。”

28) 20. *Porro vendicandae rei potestatem non habent, qui dominium ejus nunquam adepti sunt; veluti, quibus, cum rem emissent, ac solvissent pretium, res necdum fuit legitime*

tradita; quibusve sine traditione res pacto vel stipulatione interveniente donata est; quippe qui solam personalem ad tradendum actionem habent. *l. obligationum* 3. *ff. de obligat. et act. l. traditionibus* 20. *C. de pactis*. Ant. Matthaeus *de action. lib. 1. cap. 18. num. 15*. Unde et ad vindicationem rei duobus separatim diverso tempore distractae, non is, cui priori vendita, sed cui pretio soluto vel fide de eo habita prius est tradita, admittendus est. *l. quoties* 15. *C. h. t. sive vera traditio intercesserit*, licet tunc instrumenta tradita non fuerint. *d. l. 15. C. h. t. sive ficta*, quae per instrumentorum traditionem aut signationem aut constitutum possessorium contingit, etiamsi naturalis desuerit translatio possessionis. *l. 1. C. de donat. l. quod si neque* 14. §. 1. *ff. de peric. et commod. rei vend. l. quod meo* 18. *ff. de acq. vel amitt. poss. DD. ad d. l. 15. C. h. t. cum fictae veraeque traditionis eadem vis sit*, ac fictio tantum operari soleat in casu ficto, quantum veritas in casu vero. Cui consequens est, ut si uni prius facta sit ficta traditio, alteri dein vera; prior ex ficta traditione potior futurus sit; eo quod ipsi dominus ex traditione ficta semel quaesitus, adimi non potuit facto venditoris, dominiojam destituti. Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 55. num. 10*. Ant. Faber *Cod. lib. tit. 22. de rei vindicat. defin. 4*. Si tamen emtor secundus, sciens, rem priori distractam esse, nihilominus emerit; et possessionem ex traditione fuerit adeptus; priori quidem non ob id vindicatio accommodanda est, quippe necdum domino; sed in factum actionem personalem ei contra secundum fraude non carentem dari oportere, quidam censent, ne dolus ei profit. *arg. tit. tot. ff. quae in fraud. credit. alien. sunt, ut rescind.* Uti et in casu, quo res secundo emtori, ut in bona fide constituto, est tradita, postquam prior jam caeperat actione ex emto rem venditam persequi; eo quod litigiosa tunc esse coepit. *arg. tot. tit. ff. et Cod. de litigiosis*. Andr. Gayl. *d. lib. 2. observ. 55. num. 11*. Anton. Matthaeus *paroemia 7. num. 6*. Simon van Leeuwen *cens. part. 1. lib. 4. cap. 19. num. 26*. Gomezius *variar. resolut. tom. 2. cap. 2. num. 20. vers. secundo principaliter limita*. Sic et excipiunt venditionem et donationem ejusdem rei per principem duobus separatim factam; quo casu emtorem primum aut donatarium semper potiores esse contendunt, etiamsi posteriori res tradita fuisset, nec ex possessione, sed titulo priore, jus omne deducendum esse. Neostadius *Curiae Holland. decis. 15. vers. quae limitatio*. Quid quod et ex jure canonico in beneficiorum ecclesiasticorum collatione id obtinet, ut prior sit, cui prius illud collatum fuerit, nulla quasi possessio prius aut posterius obtentae habita ratione. *c. tibi qui* 12. *de rescriptis. in 6. cap. si tibi absenti* 17. *de praebendis et dignitat. in 6*. Andr. Gayl. *d. lib. 2. observ. 55. num. 9*. (Commentarius, tom. 1, 426. 引用は1698年レイデン刊初版のテキストによる)

“20. 《何人も、原則として、その所有権を未だ取得してない物について取戻を請求することはない Nemo regulariter vindicat rem, cujus dominium necdum acquisivit.》次に、物の所有権を全く取得していない者には所有物返還請求の権能はない。例えば、物を購入し代金も支払ったが、物が未だ正當に引き渡されていない場合、あるいは、引渡を伴うことなく合意もしくは問答契約を介して物が贈与された場合がそうで

ある。というのも、そのような人々は、引き渡すように求める人的訴権を有するに過ぎないからである【学説彙纂44巻7章「債務及び訴権について」第3法文と勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文、アントニウス・マッタエウス〔2世〕『訴権論』第1巻18章の15番】。《同じ物が二人の者に別々の時点で売却された場合、現実的にせよ擬制的にせよ先に引渡を受けた者が取戻を訴求する *Si duobus res eadem sit diversis temporibus endita, is vindicat, cui prius est tradita, sive vere sive fecte.*》二人の者にそれぞれ別々の時に売却された物の取戻請求を認められるべきなのは、先に売却を受けた者ではなくて、代金を支払うかもしくは代金支払について担保を提供した上で、先に引渡を受けた者である【勅法彙纂3巻32章「所有物返還訴権について」第15法文】。その場合、たとえ未だ証書が引き渡されていないとしても、現実の引渡が為されていればよく【同法文】、また、実際の占有の移転が行われなくとも、証書の交付、明認、占有改定を介して行われる擬制的引渡が為されればよい【勅法彙纂8巻53章「贈与について」第1法文、学説彙纂18巻6章「売却物の危険及び収益について」第14法文1節、同41巻2章「占有の取得と喪失について」第18法文、前掲勅法彙纂3巻32章第15法文への諸博士の注釈】。というのも、擬制的引渡も現実の引渡もその効果は同じであり、現実の引渡の場合に事実が果たすだけの役割を、擬制もまた擬制的引渡の場合において果たすとされているからである。その結果、一方の者に対して擬制的引渡がなされ、その後、他方の者に対して現実が引渡が為される場合、前者が、擬制的引渡に基づいて優先することになる。なぜなら、擬制的引渡によって取得されたこの者の所有権が、既に所有権を喪失している売主の行為の故に奪われるということとはあり得ないからである【アンドレアス・ガイル『実務考察集』第2巻、考察55の10番、及び、アントニウス・ファーベル『ファーベルの勅法彙纂』第3巻22章「所有物返還訴権について」定義4】。《引渡を受けた第二買主が当該物の他人への売却について知っていた場合はどうか *Quid si posterior emtor, cui tradita, sciverit eam alteri esse venditam?*》ところで、第二買主が、物が第一買主に売却されたことを知っているにも関わらず買い受け、引渡によって占有を取得したとしても、これを理由に、第一買主に取戻請求を認めるべきではないのは確かである。というのも、彼は未だ所有権者ではないからである。しかし、詐害性に欠けるわけではない第二買主に対する人的な事実訴権が、彼が悪意によって利することのないように、第一買主に与えられるべきであると考え人々も若干いる。論拠となるのは、学説彙纂42巻8章「債権者への詐害行為として何が為されると取り消されるのか〔原状回復されるのか〕」全体である。《第一買主が当該物の取戻を裁判所に訴えた後になって第二買主に引き渡された場合はどうか *Quid si demum tradita posteriori, postquam prior ceperat eam iudicio petere?*》第一買主が買主訴権に基づいて売却物を既に追求し始めた後に、物が第二買主に対して、両当事者とも善意のまま、占有改定によって引き渡された場合もまた同様である。なぜなら、当該物は既に係争物になっているからである。論拠となるのは勅法彙纂8巻36章「係争物について」全体である。アンドレアス・ガイル『実務考察集』第2巻、考察55の11番、アントニウス・マッタエウス〔2世〕『法律家によって頻繁に用いられるネーデルラントの法諺』法諺7の第6番、シモン・ファン・レー

あったように、買主が所有物取戻訴権の行使主体足り得るかという視点から二重売買を論じるフートが議論の出発点として確認しているのは、目的物の引渡の有無がその判断基準となること、すなわち、目的物の引渡を受けておらず、従って未だ所有権を取得してない買主は、「引き渡すように求める人的訴権 *personalis ad tradendum actio*」を取得するだけで、所有物取戻訴権を行使することはできないという点である。このように、目的物の引渡の有無によって所有権の帰属と所有物取戻訴権行使の可否が決定される以上、「二人の者にそれぞれ別々の時に売却された物の取戻請求を認められるべきなのは、先に売却を受けた者ではなくて、先に引渡を受けた者である *ad vindicationem rei duobus separatim diverso tempore distractae, non is, cui priori vendita, sed cui prius est tradita, admittendus est*」ことに異論の余地はない。ここでフートが引用しているのは第15法文のみであるが、「売却され引き渡された物が買主によって取得されるのは、売主に代金を支払ったか、あるいは、保証人や質を提供するなど別の仕方でも売主を満足させた場合に限られる *venditae et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato*」とするローマ法の立場²⁹⁾をふまえ、正確を期して、あるいは、この売買における所有権移転特有の制限を無視乃至緩和する論者への暗黙の批判を込めて³⁰⁾、「代金を支払うかもしくは代金

ウェン『査閲』第4巻19章の26番、ゴメジウス『問題解決集』第2巻2章の20番「第二に…」の一節が、以上のように考えている。《君主が二人の者に売却した場合はどうか *Quid, si princeps duobus vendiderit?*》ただし、彼らは、君主によって二人の者に別々に為された同一物の売却もしくは贈与は除外している。この場合、第一買主もしくは受贈者が常に優先し、たとえ第二買主もしくは受贈者に物が引き渡されたとしても、占有からではなく権原から全ての権利が引き出されるべきであると彼らは主張している【ネオスタディウス『ホラント州裁判所判決集』判決15の「そのような制限…」の一節】。《聖職禄が二人の物に譲与された場合はどうか *Quid si beneficium ecclesiasticum duobus collatum sit?*》更には、教会法によれば、聖職禄の譲与において同じことが妥当し、先に聖職禄を譲与された者が、占有の取得が先か後をほとんど考慮することなく、優先すべきとされる【第六書1巻3章「解答について」第12節、及び、同3巻4章「聖職禄及び顕職について」第17節、アンドレアス・ガイル『実務考察集』前出第2巻、考察55の9番】。

29) *Inst.* 2, 1, 41.; *D.* 18, 1, 19. *Pomp.* 31, *ad Quint. Muc.*

- 30) 当時この点をめぐる学説上の対立が意識されていたことは、例えばウルリク・ヒューベルの『ローマ法文研究』(1700年)の次のような一節からも見て取れる。

Pomponius Lib. XXXI. Ad Quint. Mucium. *Quod vendidi, non aliter fit accipitis; quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione. L. 19. d. Contrah. empt.*

1. Non referrem ad Eunomicam disputationem, hujus Textus argumentum, nisi in Foro compettum mihi esset, homines in ea fere sententia versari, ut nec usus fere ullius hoc jus, nec aequitati vel utilitati promiscuae putent esse consentaneum: Aut saltem ejusmodi addant limitationes, quae usum rei fere absorbent; dum volunt, in dubio, ex omni Traditione rei Venditae praesumi fidem esse habitam, ut etiam ex communi DD. sententia menet Schneidewijnus *ad §. 41. Inst. de A. R. D.* Unde sequeretur, dominium venditori post Traditionem non reservari, nisi quando specialiter id cavisset, aut de fide non habenda protestatus esset. Verum alii rectius, etiam Pragmatici, quos inter eminet Gailius 2. Obs. 15. Sustinuerunt istam lagem hujus doctrinae: Quae nitur Praesumpta voluntate partium, praecipue Venditoris, qui non potest videri dominium transferre voluisse, quam si de Pretio securus sit; solutione, satisfactione, vel alio fidei habitae argumento, ut hic textus et Iustinianus in *d. §. 41. docent.* [...] (Eunomia Romana, 655-656. 引用は1724年アムステルダム刊第三版のテキストによる)

“ポンポーニウス『クイントゥス・ムーキウス注解』第31巻「私が売却したものは、代金が支払われるか、代金について担保が提供されたか、あるいは、担保提供無しに買主に信用を与えた場合以外は、受領者のものとはならない」学説彙纂18巻1巻「売買の締結、買主と売主の間で為される合意、及び、売却することのできない物について」第19法文

1. 人々が次のような見解に従っていること、すなわち、この法がほとんど誰の役にも立たず、また、一般的な衡平や利便にも資することがないと考えていることをもし法廷で聞き及ばなかったならば、私は当該法文の議論を法文研究の対象に加えることはなかったであろう。それどころか、人々は、そのようにして、物事の効用を悉く取り去ってしまうような制限を付け加えた上に、疑わしい場合には、売買目的物の引渡だけで信用が供与されたものと推定されるよう望んでいる。これは、諸学識者の共通意見に基づいてスクネイデウィヌスが『法学提要注解』2巻1章第41節で教示している通りである。その結果、所有権は、特にこの点に用心し、少なくとも、信用が供与されていない旨異議を申し立てない限り、引渡後は売主に留保されないということになろう。これに対して、他の人々は、実務家たちも含めて、中でもガイリウス『実務考察集』2巻の考察15が際立っているが、彼等は、上記見解の次のような欠点を指摘している。すなわち、先のような推定は、当事者の意思、とりわけ、売主の意思に左右されるものであり、その売主は、弁済や担保提供、その他の信用供与の証拠によって代金支払が確保されない限り所有権の移転を望むことはあり得ない。これは、当該法文及び法学提要の上記第41節が述べている通りである。…”

支払について担保を提供した上で *pretio soluto vel fide de eo habita*』という限定句を付け加えている。引渡の態様については、「占有を先買い受け代金を支払ったことを汝が属州総督の面前で証明したならば、証書が交付されていないという理由で汝から土地を剥奪することはできない *si antecedente tempore te possessionem emissee, ac pretium exolvissie apud Praesidem provinciae probaveris : obtentu non datorum instrumentorum expelli te a possessione non patietur*』とする第15法文の第1節に依拠して、「たとえ未だ証書が引き渡されていないとしても、現実の引渡が為されていればよい *vera traditio intercesserit, licet tunc instrumenta tradita non fuerint*』とされる一方で、「奴隷売買の証書が授与され引き渡されたならば奴隷それ自体の引渡が為された」と見なしてよい *emptionum Mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum Mancipiorum traditionem factam intellegis*」³¹⁾、あるいは、「買主が記名した船は引き渡された」と見なされる *videri trabes traditas, quas emptor signasset*」³²⁾とする法文、そして、「私の名前で占有しているものは他人の名前でも占有できる *quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere*』との定式の下に占有改定 *constitutum possessorium* 一般を認める法文³³⁾、更には、第15法文への諸博士の注釈に照らして、「実際の占有の移転が行われなくとも、証書の交付、明認、占有改定を介して行われる擬制的引渡が為されればよい *ficta traditio intercesserit, quae per instrumentorum traditionem aut signationem aut constitutum possessorium contingit, etiamsi naturalis defuerit translatio possessionis*』とされ、ファン・レーウエンも参照していたファーヴルとガイルと引用しつつ、「一方の者に対して擬制的引渡がなされ、その後、他方の者に対して現実の引渡が為される場合、前者が、擬制的引渡に基づいて優先することになる *si uni prius facta sit ficta traditio, alteri dein vera ; prior ex ficta traditione potior futurus sit*』と結論づけている。

続いて論じられているのが第二買主の悪意であり、この論述の順序もファ

31) C. 8, 53, 1. Sever. et Anton. [210.]

32) D. 18, 6, 14, 1. Paul. 3, epitom. Alfen.

33) D. 41, 2, 18, pr. Cels. 23, digest.

ン・レーウェンと同じである。ただし、これを所有物取戻訴権の問題として扱うフートは、ファン・レーウェンとは異なり、「第二買主が、物が第一買主に売却されたことを知っているにも関わらず買い受け、引渡によって占有を取得したとしても、これを理由に、未だ所有者でもない第一買主に所有物取戻請求を認めるべきではないのは確かである *si emtor secundus, sciens, rem priori distractam esse, nihilominus emerit ; et possessionem ex traditione fuerit adeptus ; priori quidem non ob id vindicatio accomodanda est, quippe necdum domino*」と述べて、所有者でない者は所有物取戻訴権もまた行使できないとの原則に注意を促している。他方、悪意を第二買主による所有権取得の消極的要件とみなすのではなく、第一買主の救済そのものを当該原則に対する例外として位置づけている限りでは、ズースやペレスよりもやはりバルドゥスの議論に近いと言える。しかし、「詐害性に欠けるわけではない第二買主に対する人的な事実訴権が、彼が悪意によって利することのないように、第一買主に与えられるべきである」と考える人々も若干いる *in factum actionem personalem ei contra secundum fraude non carentem dari oportere, quidam censent, ne dolus ei profit*」との言い回しからすれば、フート自身は、「第二買主に対する人的な事実訴権 *in factum actio personalis contra secundum emptorem*」による第一買主の救済に必ずしも賛同しているわけでもなさそうであり、しかも、そのような救済の論拠としては、「債権者を詐害する目的で何が為されると損害が回復されるのか *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*」と題された学説彙纂第42巻第8章全体を指示しているだけで、同じ問題を扱う勅法彙纂第7巻第75章の表題「詐害行為によって処分されたものの回復請求について *de revocandis his quae per fraudem alienata sunt*」に付された先のバルドゥスの注釈は引用していない。文献として引用されているのは、ガイルの『実務考察集』、ファン・レーウェンの『査閲』、そして、ユトレヒト大学教授を務めたアントニウス・マッタエウス Antonius Matthaeus II 世 (1601-1654年) の『法律家によって頻繁に用いられるネーデルラントの法諺 *Paroemiae Belgarum juris-consultis usitatissimae*』という小冊子 (1667年) に加えて、ここでもやはり、ゴメスの『問題解決集』である。

ドイツでの議論³⁴⁾は、廃罷訴権や詐害行為に言及する点において、ネーデルラント共和国でのそれと共通するが、その際引用されているのはゴメスではなくコヴァルピアスである³⁵⁾。例えば、ブランデンブルク辺境伯領のフランクフルト・アン・デア・オーダーで長く法学教授を務めたヨハネス・ブルンネマン Johannes Brunnemann (1608-1672年) の『ユスティニアヌスの勅法彙纂注解 Commentarius in Codicem Justinianum』(1663年初版) では、「ある者が二人の者に物を売却あるいは贈与した場合、優先されるのは、先に物を譲渡された者ではなく、先に物の引渡を受けた者である quando quis duobus vendit, aut donat, non ille potior est, cui rei prius donata, sed cui prius tradita」との第15法文の「準則 regula」に対する「制限 limitatio」の一つとして、「対物権が第一譲受人に帰属することを第二譲受人が知っていた secundus scivit ius ad rem quod priori competeat」場合が挙げられ、「多くの人々が、このような場合、第一譲受人に廃罷訴権が付与される旨主張しており、シュパイヤーの帝室裁判所もこの見解に従っている tunc actionem Revocatoriam priori competere plures tradunt」とされている³⁶⁾。その際、「廃罷訴権 actio revocatoria」による第一譲

34) Wesener, Dingliche persönliche Sachenrechte – iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung, in: FS Niederländer (1991), 204-207. 参照。

35) II及びIIIでみるように両者の著作の両地域における普及の程度、及び、議論の内容に大差はないと考えられるので、この違いは興味深い。

36) [L. Quotiens. 15.] Quando quis rem duobus endit, aut donat, non ille potior est, cui res prius donata, sed cui prius tradita, licet nondum tradita Instrumenta, ratio in *l. traditio-nibus* 20. *supra de Pactis*, simodo contractus ad transferendum dominium aptus. Excipitur I. Si Ecclesiae quid donatum *l. fin. supra de S. S. Eccles.* Anton. Gabriel. *l. 3. tit. de Empt. Concl.* 2. *num.* 2. Covarr. *l. 2. Resol. cap.* 19. *n.* 2. Idem Privilegium Civitati etiam putant competere Covarr. *d. l. n.* 2. Molina *tr.* 2. *d.* 369. *n.* 7. Ioan. Balthas. *tit.* 7. *Bavar. Res.* 6. qui cum Molina recte hoc declarat in Ecclesia vendente id locum non habere, neque in personis Ecclesiasticis, sive Vendentibus sive Ementibus; II. Si Princeps quid donet, qua de re videatur Gail. *lib.* 2. *Obs.* 55. Covarr. *lib.* 2. *Resol.* 19. Hatm. *Pistor. part.* 2. *quaest.* 29. Gomez. *tom.* 2. *Variar. Resol.* c. 2. *n.* 20. Klock. *v.* 2. *Cons.* 21. *num.* 48. Christinaeus *vol.* 5. *decis.* 27. *n.* 1. *et seqq.* Sed hoc limitandum videtur, nisi Princeps per modum contractus non Privilegii alteri concedat. Gail. *Obs.* 55. *num.* 6. Rosenthal. *de feud. cap.* 6. *concl.* 10. *num.* 7. Si quidem Princeps in contrahendo praesu-

mitur iure Communi uti, Rosenth. *d. l. Est et alia Limitatio huius Regulae*, si secundus scivit Ius ad Rem quod priori competeat, nam tunc actionem Revocatoriam priori competere plures tradunt. Gail. *d. l. num. 11*. Molina *d. l. n. 9*. Covar. *d. l. 5*. Ioh. Fr. Barthas. *d. l. n. 4*. et hanc sententiam Cam. Spirens. secutam esse ex Meichsnero *tom. 4. decis. 20*. Colligit. Klock. *d. Con. 21. n. 53*. Thomas Micahel. *inter consilia Klockii v. 2. Cons. 42. n. 93*. Rosenth. *d. cap. 6. Concl. 12. n. 7*. Plures limitationes Videantur apud dictos Autores et Balbosam *hic*. (Commentarius, 137. 引用は1669年リヨン刊第二版のテキストによる)

“[第15法文] ある者が二人の者に物を売却あるいは贈与した場合、優先されるのは、先に物を譲渡された者ではなく、先に物の引渡を受けた者であり、たとえ証書が未だ引き渡されていない場合であっても同じである。前出勅法彙纂2巻3章「合意について」第20法文の趣旨は、所有権の移転に相応しい契約が存する限り妥当する。例外は、1) 何かが教会に譲渡された場合である【前出勅法彙纂1巻2章「聖なる教会及びその財産と特権について」最終法文、アントニウス・ガブリエリウス『共通解決意見集』第3巻売買の章第2節第2番、コワッルウィアス『問題解決集』第2巻第19章第2番】。コワッルウィアス前掲書第19章第2番、モリーナ『正義及び法について』第2論369の第7番、ヨハネス・バルタサル『市民法及びバイエルン法実務解決集』第7章第6番は、同じ特権が都市にも付与されると考えている。バルタサルが、モリーナとともに、この特権が、教会が売主である場合や、売主であれ買主であれ聖職者個人には妥当しない旨明言しているのは正しい。また、2) 君主が何かを譲渡した場合も例外である。この点については、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察55、コワッルウィアス『問題解決集』第2巻第19章、ハルトマヌス・ピストリス『ローマ法及びザクセン法問題集』第2部問題29、ゴメジウス『問題解決集』第2巻第2章第20番、クロッキウス『助言集』第2巻助言21第48番、クリスティナエウス『ネーデルラントの諸最高裁判所実務問題判決集』第5巻判決27第1番以下が参照されるべきである。ただし、以上の点は、君主が契約ではなく特許状によって他人に譲渡する場合にのみ妥当すべきものと解される【ガイリウス『実務考察集』考察55第6番、ローセントリウス『封建法論』第6章結論10第7番】。というのも、契約締結の場合、君主は普通法を用いるものと推定されるからである【ローセントリウス前掲箇所】。更に、対物権が第一譲受人に帰属することを第二譲受人が知っていた場合に、当該準則のもう一つの限界が存する。実際、多くの人々が、この場合第一譲受人に廃罷訴権が付与される旨主張しており【ガイリウス前掲書第11番、モリーナ前掲書第9番、コワッルウィアス前掲書第5番、ヨハネス・フランキスクス・バルタサル前掲書第4番】。メイクスネルス『帝室裁判所判決集』第4巻判決20によれば、シュバイヤーの帝室裁判所もこの見解に従っているとされる。クロッキウス前掲書助言21第53番、クロッキウス『助言集』第2巻所収のトマス・ミカエリスの助言42第93番、ローセントリウス前掲書第6章結論12第7番もそのように結論づけている。その他の制限については、上に述べた著者たち、及び、バルボサの当該第15法文への注解を参照されたい。”

受人保護を主張する文献として、ガイルの『実務考察集』、ヨハン・フランツ・バルタザル Johann Franz Balthasar (?-1663年)の『市民法及びバイエルン法実務解決集』(1651-60年)、ヨハン・マイスナー Johann Meisner (?-1597年)の『帝室裁判所判決集 Decisiones diversarum causarum in camera imperiali judicatarum』(1603-06年)、カスパー・クロック Caspar Klock (1583-1655年)編集の『助言集 Consilia』(1649-50年)、ハインリッヒ・フォン・ローゼンタール Heinrich von Rosenthal の『全封建法の論説及び概要 Tractatus et synopsis totius iuris feudalis』(1597/1600年)といったドイツ人の著作と並んで参照されているのは、イエズス会士ルイス・デ・モリーナ Luis de Molina (1535-1600年)の『正義及び法について De iustitia et iure』(1593年)と、コヴァルビアスの『問題解決集』であった。また、ヴェストファーレン(オスナブリュック)講和条約に基づきスウェーデン国王が帝国内に獲得した諸領邦を管轄地としてヴィスマール市に新たに設置された国王最高裁判所の次席判事を務めたダーフィト・メヴィウス David Mevius (1609-1670年)の『ヴィスマール国王最高裁判所の訴訟及び事件に関する判決集第四部 Decisionum super litibus et casibus in Summo Tribunali Regio quod est Vismariae, pars quarta』(1667年初版)に収録された二重授封事件の考察³⁷⁾でもコヴァルビアスが引用されて

37) DECISIO LXXVIII. *Ex duobus de feudo eodem investitis potior quando non est possessor.*

Cum duo de eodem feudo in casum ejus vacaturi concessionem impetrant, nemine adhuc investito potior est causa priori concessionem nitentis. Cum vero alter eorum simul instituitur hic praefertur nudam expectativam habenti. Siquidem uterque investitus sit prior est causa prius investiti. Ubi vero alter possessionem adeptus fuerit ejus potiores sunt partes. Utut vero haec pro regula traduntur, tamen exceptionem non unum patiuntur. In ea quae nobis occurrit specie ideo possessionem alterius nihil contra prius investitum facere existimatum est; Primo quod hujus concessio iis formulis exprimebatur, unde colligi poterat, voluntatem concedentis fuisse, ut dominium feudi, cum aperiretur, utile statim et ipso jure ad concessionarium vel investitum transeat: inter quos referendae sunt hae, quod quamprimum feudum vacabit ipsius esse, in eo defendi, ipse occupandi licentiam habere debeat. Deinde si investiens aliam de eo feudo investiendi facultatem abdicavit, ita ut si aliam investituram fecerit ista nullius momento nec ipsi praejudicio esse debeat. Similiter si ultimo investiti possessio occupata jam sit eo tempore quando

ipse alterius jus scivit et vel investituram vel possessionem comparavit. Addimus non immerito si investitura non gratis se sed ob bene merita processerit. Tum etiam si ultima investitura haebit exceptionem prioris qualis inest clausulae salvo jure tertii. Quae omnia cum allegarentur a prius investito appellante, quod posterior obtentu possessionis ipsi ante habitus erat, appellationem recipere juri convenit. In causa deß Praelaten Marx von Eichstädten / contra Obristleutn. Detloff Siverdt von Kuglenfeld / die 12. Febr. Anno 1656. (Decisiones, 126-128. 引用は1667年シュトラールズント刊初版のテキストによる)

“判決78：同じ授封地の二人の受封者の内で占有者が優先されない場合。

二人の者が同じ授封地について空地であることを条件に承認を受けた場合に、何れの者も未だ授封されていないならば、最初の承認に依拠する者の主張が優先される

【1.ハルトマヌス・ピストリスの著名な『ローマ法ザクセン法問題集』第2部問題29第1番は、売買を例にこのように解されるべき旨述べている。論拠は学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権」第30法文 *Ita exemplo venditionis serandum esse ait Hartmann. Pistor. part. 2. Illustr. quaest. 29. num. 1. arg. l. in operis 30. ff. Locat.*】。これに対して、もう一方が承認と同時に授封されている場合には、その者が、単に継承権のみを有する者よりも優先される【2.これはロマヌス『助言集』助言70が述べている通り *Uti scribit Romanus consil. 70.*】。仮に双方が授封された場合には、先に授封された者の主張が優先される【3.ローセントリウス『封建法論』第6章結論12第7番。そこでは彼の流儀に従って多くの人々を引用している *Rosenthal. de feudo. cap. 6. conclus. 12. num. 7. ubi pro more suo plures allegat.*】。しかし、もう一方が既に授封地の占有を取得している場合は、この者の立場が優越する【4.ハルトマヌス・ピストリス前掲書問題29第14番は、同じく売買を例に、勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文に基づいて、そのように述べている。ミュンシンゲルス『帝室裁判所判決個別考察集』第4部考察61、ウルテュス『封及びその権利について』第1巻第10章第11番、ローセントリウス『封建法論』第6章結論9第1番 *Hartm. Pistor. dict. quaest. 19. num. 14. exemplo itidem venditionis juxta l. quoties 15. C. de Rei Vindic. Mynsing. 4. Observ. 61. Vultei de Feud. lib. 1. cap. 10. num. 11. Rosenthal. de Feud. cap. 6. conclus. 9. num. 1.*】。ところで、以上の点は原則として述べたわけであるが、その例外も一つに留まらない【5.これらの例外については、ローセントリウス『封建法論』第6章第9番以下の詳細な説明を参照せよ *De exceptionibus his Vide plenius apud Rosenthal. de Feud. cap. 6. num. 9. et tribus sequentibus.*】。それ故、我々の下に持ち込まれた当該事件においては、以下の理由から、第二受封者の占有は第一受封者に対して何らの効力も及ぼさないと解される。まず、第一受封者への承認は書面に記載されており、そこから結論づけられたところによれば、授封地の準所有権を明け渡しの際に直ちにかつ法に基づき被承認者乃至受封者に移転するというのが承認者の意思である【6.このような事例あるいは事案においては、所有権は適法に移転し、物における物権的権利は直ちに取得され、前掲第15法文の適用はなく、先に占有を取得した第二譲受人が優先されることはない。勅法彙纂3巻32章第15法文への

ヤーソンの注釈第11番。これは封についても同じである。ハルトマヌス・ピストリス前掲書問題29第31番 *In quibus speciebus aut ex quibus causis dominium transit ipso jure seu in re jus reale statim acquiritur non est locus l. quoties nec posterior possessionem prius adeptus praefertur Jason. in l. quoties num. 11. C. de Rei Vindic. Quod aequae in feudis procedit Hartm. Pistor. dict. quaest. 29. num. 31.】。授封地が空地となって受封者に帰属するためには、当地に留まり自ら占拠する許可を要するので、これらの書面が両者の間で取り交わされねばならない。その後、封主が、別の授封を行ったりして、授封地について授封される権能を否定したとしても、それらの事情は重要ではなく、受封者に如何なる損害も生じてはならない【7.ハルトマヌス・ピストリス前掲書問題29第28番を参照せよ。その末尾には、そのような仕方では授封される者は、君主が彼に引渡無しに所有権を譲渡しようと意図したと推察できるような条項の挿入に気を配る必要があるとの助言が付け加えられている。このような仕方では、後から他人が同じように授封され、先に占有を取得することによって、先行者の権利を妨害するのを防止することができる *Vid. Hartm. Pistor. dict. quaest. 29. num. 28. ubi in fine addit hoc consilium quod qui ejusmodi in vestituras impetrant semper curare debent inseri clausulas ex quibus colligatur Principem ipsi dominium sine traditione cedere voluisse. Haec ratione tutos esse posse, ne deinde alius similem investituram impetrando et possessionem praecoccupando jus ipsorum intervertat.】。既に第二受封者によって授封地の占有が取得されているとしても、その時点において他人の権利について知りながら授封あるいは占有を取得した場合もまた同様である【8.ある者に対する悪意や詐害行為によって利することのないように、後続者を優先してはならず、それ故、前掲第15法文は悪意を理由に制限され制約を受ける。当法文へのヤーソンの注釈第26番、デ・サリケトの注釈、アルベリクスの注釈、コワルウィアス『問題解決集』第2巻第19章第5番 *Ne alicui mala fides seu fraus sua patrocinetur posterior potior esse non debet, ideo ex mala fide limitatur et restringitur d. l. quoties vid. ib. Jason. num. 26. Salycet. Alberic. Covarruv. lib. 2. var. resolut. cap. 19. num. 5.】。授封が無償ではなく何らかの功績の故に為された場合をここに付け加えても不当ではない【9.功績と奉仕に鑑み君主が厚意として行う承認によって、所有権は引渡無しに移転するものと解され、それ故、第二譲受者よりも第一譲受者が優先される。たとえ[第二譲受人が]占有を取得している場合でもそうである。ガイリウス『実務考察集』第2巻考察55第6番 *Concessione Principis per modum gratiae facta contemplatione meritorum vel servitiorum dominium cesetur transire sine traditione ideo prior praefertur posteriori. Utut possessionem nacto Gail. 2. Observ. 55. num. 6.】。更に、後発の授封が先行の授封の除外を定めている場合もまた同じであり【10.他者の権利の留保は承認の例外を含み、承認を制限する。受封者は、封主が与えようとした以上の権利を、占有によって取得することはできないし、所有権者が第二の承認に際して優先することを望んだ者に対しても優越することはできない。ローセンタリウス前掲『封建法論』第6章結論10第1番も同じように論じている *Reservatio juris alterius continet exceptionem a concessione eamque limitat. Ut itaque plus juris possessione capere non potest investitus quam con-*****

いる。「封地 feudum」乃至レーエンの貸与は、「承認 concessio」や「授封 investitura」といった特有の手續を伴い、単なる売買や贈与とは異なるが、二重授封における「準所有権 dominium utile」の帰属については、二重売買と同様の原則が類推される³⁸⁾。従って、「仮に双方が授封された場合には、先に授封

ferre voluit investiens, ita non potest esse potior eo, quem dominus semper etiam circa secundam concessionem voluit potiozem *uti in simili tradit Rosenthal. de Feud. dict. cap. 6. conclus. 10. num. 1.*】、そのような除外は第三者の権利を害しない旨の条項に含まれる【11. このような条項は、あらゆる先行者の権利の除外をもたらすが、それ以外の者の権利に対してその効力を及ぼすことはない。トミンギウス『助言集』助言17第3番 *Haec clausula affert exceptionem juris cujusque anterioris nec huic vim finit contra jus alterius Thoming. consil. 17. num. 3.*】。以上全ての点を上告人である第一受封者によって主張されており、第二受封者が占有の根拠にこの者に優先するものと扱われていた以上、上告を認めるのが法に適用。高位聖職者マルクス・フォン・アイヒシュテッテン対将校デトロフ・ジーベルト・フォン・クーグレンフェルト事件について、1656年2月12日判決。”

- 38) ローマ法(学)の封建法学に対する中世以来の影響関係は、17世紀の封建法学文献におけるローマ法源・学説の盛んな引用からも明らかである。二重授封に関しては、例えば、イェーナ大学教授ゲオルク・アーダム・シュトルーヴェ Georg Adam Struve (1619-1692年)『封建法綱要 Syntagma juris feudalis』(1653年初版)の以下の箇所に当時の一般的理解を確認できる。なお、下記に引用した箇所からも見て取れるように、シュトルーヴェが好んで参照しているのは、ハルトマン・ピストリス Hartmann Pistoris (1543-1601年)の『ローマ法及びザクセン法問題集 Quaestiones iuris tam Romani quam Saxonici』(1579-1593年)や『個別考察集 Observationes singulares』(1629年)、マティアス・ベルリッヒ Matthias Berlich (1586-1638年)の『黄金判決集 Decisiones aureae』(1625年)、ベネディクト・カルプツォフ Benedikt Carpvov (1595-1666年)の『ローマ=ザクセン裁判法学 Jurisprudencia forensis Romano-Saxonica』(1638年)といった、いわゆるローマザクセン法の文献である。

VII. Obligatur ex hac promissione ac investitura conditionali dominus, ut existente conditione, feudum illi, cui promisit, tradat : ac oritur inde Jus ad rem et actio personalis.

[1.] *Carpvov. d. def. I. n. 6.* et quidem si facultatem rei tradendae habeat, praecise ad feudum tradendum dominum teneri nec praestando interesse liberari tradit H. Pist. *d. q. 25. num. 22. Add. And. de Isern. in c. I. qui succ. ten. num. 2.* quod multo magis obtinet, quando abusiva, uti vocant, investitura intervenerit. *II. f. 26. §. si facta 7. §. 1.* Existimat quidem Matth. Berlichius, *p. 2. c. 54. num. 59.* et Dn. Carpvov. *p. 2. c. 45. def. 2.* ex promissione feudi sub conditione hujusmodi facta dominum non praecise ad tradendum feudum esse devinctum, sed praestando interesse liberari, eo quod communiter tradat Dd. solam promissionem, absque investitura dominum ad praecise tradendum non

obligare. *Andr. de Isern. in d. §. si facta. si feud. cont. num. 1. Praepos. ibid. n. 1. Myns. 4. obs. 61. n. 14. M. Pist. v. 1. cons. 6. q. 2. num. ult. §. absque.* et quod extra contractum emtionis venditionis quis non praecise teneatur ad tradendum. *Carpz. d. l. num. 3. Berlich. d. l. num. 60.* Verum haec doctrina non simpliciter videtur admittenda, sed attendenda natura conventionis, qua feudum promittitur: secundum quam naturam utique obligatus erit dominus: e. g. si per donationem feudum promiserit, ad praecise tradendum tenetur §. 2. *J. de donat. l. 35. §. ult. C. donat. N. 162. c. 1.* Similiter obligatur, si emptio venditio intecesserit §. 1. *d. emt. Vendit. d. §. 2. de donat. l. 50. de act. emt. l. 6. C. de resc. vendit. et c. [2.]* Quaeritur autem, si pluribus expectativa concessa, quisnam horum, conditione existente, praeferatur: Distinguendi duo casus: aut enim aliquis eorum nactus est legitime possessionem feudi, et tunc is omnibus aliis praefertur. *arg. l. 15. C. d. R. V. Lehn Recht. c. 37.* quia habens jus in re potior est illis, qui solum jus ad rem et actionem personalem habent. *Vid. late hoc explicantem et limitantem Matth. de Afflict. in d. c. qui success. ten. n. 3. et seqq. H. Pistor. d. l. 2. q. 29. n. 11. et aeqq. Carpzov. d. l. def. num. 4.* Aut vero nullus istorum possidet, et tunc si pluribus certum feudum promissum, praefertur is, cui primo promissum: similiter si pluribus incerta expectativa concessa, qui tempore alios praecedit. *arg. d. l. 15. C. d. R. V. Lehn Recht. c. 7. 11. et 49.* Sin vero uni definite certum feudum, alteri in genere ac indefinite feudum, quod primum aperiatur, fuerit promissum, feudo illo certo ac nominato aperto, potior est is, cui hoc definite promissum; licet alias tempore sit posterior *arg. c. 14. 38. de praeb. in 6. De Jure Saxon. est text. Lehn R. c. 7. H. Pistor. d. q. 29. n. 7. Carpzov. d. def. num. 8.* nisi haec expectativa de feudo certo fuerit concessa tum, quando jam mors seccessori instabat, atque adeo prope erat, ut feudum ad eum, qui primam generalem acceperat, pervenire posset; tunc enim propter suspicionem fraudis hic, cui primum indefinite feudum promissum, praefertur: *uti ex d. c. 7. limitationem hanc tradunt Pistor. et Carpzov. d. l. [3.]* Caeterum reliquis, quibus promissum feudum, quod unus capit, praestare nequit dominus ad interesse tenetur. *II. f. 7. §. 1. vid. Lehn R. c. 11. et 33.* Nec interest, utrum sciverit an ignoraverit dominus feudum jam ante aliis esse promissum. *d. II. f. 8. pr. in fin.* Imo nec heres domini, alteri promittens feudum, liber est a praestatione interesse, qui ignoravit antecessorem suum jam alii in eodem expectativam concessisse. *arg. d. text. Add. Hartm. Pistor. obs. 28.* Non autem tenetur dominus, si secundo investitus sciverit, alteri jam ante promissum feudum. *d. II. f. 8. pr.* aut dominus addiderit clausulam: *juribus alienis semper salvis. Vid. H. Pistor. d. l. n. 3. et seqq. Carpz. d. def. 4. n. 3.* (Syntagma, tit. VII, cap. vii, n. 1-3, 233-234. 引用は1690年フランクフルト・イエーナ刊第七版のテキストによる)

“VII. このような条件付の約束及び授封によって封主は、条件が成就次第、約束した相手方に封地を引き渡すべく義務づけられ、そこから、対物権及び人的訴権が発生する。

《1. 無論これは、契約が端的に引渡を義務づける場合に限られる Et quidem si con-

tractus exigat, praecise ad tradendum.》カルプゾウィウスの前掲『ローマ＝ザクセン裁判法学』第2部第45章定義1第6番。また、封主は、物を引き渡す権能を有している場合、端的に封地の引渡を義務づけられ、利害関係の賠償によっては免責されない旨、ハルトマヌス・ピストリス『ローマ法ザクセン法問題集』第2巻問題25第22番が論じている【封建法書1巻3章「封地を与えるべく義務づけられるのは如何なる相続人か」第1節へのアンドレアス・デ・イセルニアの注釈第2番も参照せよ】。更に、いわゆる簡略な授封が為された場合であっても当然封主はそうに義務づけられる【封建法書2巻26章第13節及び7章第1節】。確かに、マティアス・ベルリキウスの『実務解決集』第2部第54章第59番や、カルプゾウィウス氏の前掲書第2部第45章定義2は、そのような状況の下で為された封地の約束からは、直ちに封地の引渡へと義務づけられることはなく、利害関係の賠償によって免責されると解している。というのも、諸博士が、授封を欠いた単なる約束は封主を直ちに引渡へと義務づけることはないと一致して説いている【封建法書2巻26章第13節へのアンドレアス・デ・イセルニアの前掲注釈第1番及び同章前書への注釈第1番、ミュンシゲルス『帝室裁判所判決個別考察集』第4部考察61第14番、モデスティヌス・ピストリス『助言集』第1巻助言6問題2最終番「…無しに」の節】し、売買契約以外においては、何人も直ちに引渡を義務づけられるべきではないからである【カルプゾウィウス前掲箇所第3番、及び、ベルリキウス前掲箇所第60番】。しかし、このような見解は単純に承認されてはならず、封地が約束された合意の性質、つまり、如何なる性質の下で封主が義務づけられることになるのかに目を向けるべきである。例えば、贈与によって封地を約束した場合は、端的に引渡が義務づけられる【法学提要2巻7章「贈与について」第2節、勅法彙纂8巻53章「贈与について」第35法文最終節、新勅法第162勅法第1章】。売買が行われた場合も同様に義務づけられる【法学提要3巻23章「売買について」第1節、同2巻7章第2節、学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第50法文、勅法彙纂4巻44章「売買の解除について」第6法文他】。

《2. 複数の者に継承権が認められた場合、何れの者が優先するか Quis praeferatur, si pluribus exspectativa concessa.》ところで、複数の者に継承権が認められた場合、条件成就によって、その何れの者が優先されるべきなのか問題となる。ここでは二つの事例が区別されねばならない。まず、その内のある者が適法に封地の占有を取得した場合であり、この場合は、その者が他の全ての者よりも優先する【論拠となるのは、勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文、及び、ザクセンレーエン法第37章】。というのも、物における権利を有する者は、物に対する権利及び人的訴権を有するにすぎない者に優位するからである。この点を詳細に説明し定義づけるものとして、封建法書1巻3章「封地を与えるべく義務づけられるのは如何なる相続人か」へのマツアエウス・デ・アッフリクティス前掲注釈第3番以下、ハルトマヌス・ピストリス前掲箇所問題29第11番以下、カルプゾウィウス前掲箇所定義2第4番を参照せよ。次に、それらの者の内の何れも占有するに至っていない場合であり、この場合は、最初に約束された者を優先される。複数の者に不確定な継承権が認められた場合に、時間において他の者に先行する者もまた同じように優先される【論拠とな

された者の主張が優先される *siquidem uterque investitus sit prior est causa prius investiti*」が、「もう一方が既に授封地の占有を取得している場合 *ubi alter possessionem adeptus fuerit*」は、第15法文に照らして、「この占有者の立場が優越する *eius potiores sunt partes*」ことになる。しかし、「既に第二受封者によって授封地の占有が取得されているとしても、この者がその時点において他人の権利について知りながら授封されあるいは占有を取得した *ultimo investiti possessio occupata jam est eo tempore quando ipse alterius jus scivit et vel investituram vel possessionem sibi comparavit*」場合は、ここでも、「原則

るのは、前掲勅法彙纂3巻32章第15法文、及び、ザクセンレーエン法第7, 11, 49章】。これに対して、一方にある特定の封地が確定的に約束され、他方には空地となり次第という条件で一般的かつ不確定的に約束された後、当該封地が確定的かつ特定の空地となった場合、確定的に約束された者が、たとえ時間において他者に劣後するとしても、優先される【論拠となるのは、第六書3巻4章「聖職禄及び顕職について」第14及び38節、ザクセン法については、ザクセンレーエン法第7章の条文、及び、ハルトマヌス・ピストリス前掲箇所問題29第7番、カルプゾウィウス前掲箇所定義2第8番】。ただし、このような特定の封地の継承権が承認された際、既に継承者に死が近づきつつあり、程なく、最初に一般的な継承権を取得した者に封地が移転する可能性があった場合は別である。というのも、この場合、詐害行為の疑いがあるため、先に不確定的に封地の約束された者が優先されるからである。当該例外については、ザクセンレーエン法の前掲第7章に基づいて、ピストリスとカルプゾウィウスがそれぞれ前掲箇所論じている通りである。《3. 封主は残りの者に対して利害関係の賠償を義務づけられる *Reliquis tenetur dominus ad interesse*。》他方、ある者が取得した封地を約束されていた他の者たちに対して、封主は履行することはできず、利害関係の賠償を義務づけられる【封建法書2巻7章「忠誠義務の新たな形態について」。ザクセンレーエン法第11及び33章も参照せよ】。また、その場合、当該封地が既に他の者に約束されていたことを封主が知っていたか知らなかったかは問題とならない【封建法書2巻8章「他人の物について為された授封について」前書末尾】。更に、前封主が既に同じ封地について他者の継承権を承認していたことを知らずに、別の物に封地を約束した封主相続人もまた利害関係の支払を免れない【同法文。更に、ハルトマヌス・ピストリス『個別考察集』考察28も参照せよ】。しかしながら、封地が既に他人に約束済みであることを第二受封者が知っていた場合【封建法書前掲2巻8章前書】、あるいは、封主が「他者の権利は常に確保される」との条項を付加していた場合【ハルトマヌス・ピストリス前掲『問題集』第2巻問題29第3番以下、及び、カルプゾウィウス前掲箇所定義4第3番を参照せよ】は、封主が利害関係について義務づけられることはない。”

regula」に対する「例外 exceptio」の一つとして位置づけられている。「ある者に対する悪意や詐欺行為によって利することのないように、後続者を優先してはならず、それ故、第15法文は悪意を理由に制限され制約を受ける ne alicui mala fides sue fraudis sua patrocinetur posterior potior esse non debet, ideo ex mala fide limitatur et restringitur l. quoties」と論じるメヴィウスは、その典拠として、ヤーソン・デ・マイノ Jason de Mayno、アルベリクス・デ・ロスキアーテ Albericus de Rosciate、バルトロマエウス・デ・サリケット Bartholomaeus de Saliceto らバルドゥスより後の世代の「諸博士」による第15法文注釈とともに、コヴァルビアスの見解を参照したのである。

II.

ゴメスやコヴァルビアスの著作はそもそも如何なる経緯でこれらの地域において出版され受容されていったのであろうか。この点を探る手掛かりとなるのが、コヴァルビアスの『著作全集 Opera omnia』(1568/74年初版)のアントウェルペン版(1610年刊)に付された編者ジャン・ヴァン・ユフェル Jean van Uffel (1577-1617? 年)の献呈文³⁹⁾、及び、フランクフルト・アム・マイン版

39) ANPLISS. MO NOBILISSIMOQ. D. NICOLAO DAMANTIO SUPREMI SENATUS BRABANTIAE CANCELLARIO ET SERENISSIMIS ARCHIDUCIBUS A CONSILIO STATUS NEC NON NOBILIBUS AC PRUDENTIBUS EIUSDEM SENATUS BRABANTIAE CONSILIARIIS.

POSTQUAM huic operi supremam manum admovissem, AMPLISS. ME CANCELLARIE, SENATORES PRUDENTISS. MI haud diu multumque cogitavi, cui has ingenii mei primitas consecrarem. Neque enim rationi consonum mihi visum, DIDACUM COVARRUVIAM, unicum Practicae Iustitiae Atlantem, modo notis quibusdam, et Brabantiae consuetudinibus per me licet exigua, at non contemnenda sui parte, illustratum, ad alios deferri quam ad eos, penes quos Iustitiae in Brabantia stat summa; adeoque ad primam Themidos aream, in qua (ut Philonis illud usurpem) INCORRUPTIBILIS PRUDENTIA INCORRUPTIBLEM HABITAT DOMUM. Ad quod me etiam incitavit Consanguineorum Affiniumque in eodem Senatu nuperus ac praesens confessus, qui velut quibusdam me vinculis constringunt, ut aliquod mei cultus debitique obsequii specimen edam. Verum cum opellam hanc meam intra pauculos menses properante praelo conceptam, auspiciis Am-

plit. VV. publica luce donare decrevissem, non semel in mentem mihi venit subnereri, ne iisdem, quod de Iove commenti sunt Poetae, tam exiguis adesse rebus vacaret. At pervicit cum Auctoritas Magni iulii Covarruviae, tum Iurisprudentiae Maiestas (cuius vos Mystas et Sacerdotes veneror) ut sures Benevolentiae vestrae aucuparer, qui non iis ingenii dotibus instructus sim quae ad exornandum hanc Spartam videntur requiri, ea tamen fiducia in hanc arenam descendi, ut caeteros insuper Belgas exemplo hoc provocarem ad ingenii sui foetus maturiores in lucem producendos, quibus aeviternum Belgicae eruditionis trophaeum aliquando apud posteros statuant; quod tum potissimum evenit, cum labori praemium, virtuti gloria reponitur: nec in obscuro delitescunt, quos ad altius honoris fastigium eruditio virtusque emeritis evehit. Quod igitur superest, ANPLISS. ME CANCEL-LARIE, SENATORES PRUDENTISS. MI quicquid in hoc opere a me fuerit desudatum, vestro honori lubens devoceo: vos illud, et eum qui defert sereno vultu, quo haec talia soletis, aspice: sincero adfectu, quo haec talia approbate: quod si sensero, satis magnum laboris mei fructum me consecutum agnoscam beneficio earundem Amplit. VV. quas bonorum largitor Deus sospitet vel in aevum, Patriae bono. Antverpiae prid. Kalend. April. M. DC. X.

Obsequio Amplit. VV. devotus IONANNES VAN UFFELE. (Opera omnia, 2. r. - 2. v.)

“名望高く卓越せる金羊毛騎士団員にしてブラバント州最高顧問会議長、ニコラウス・ダマンティウス閣下、及び、等族会議の諸侯にして同じくブラバント顧問会議の卓越聰明なる評議員諸氏へ。

名望高き議長閣下、そしてまた、聰明なる議員諸氏よ、この仕事を仕上げた後、我が知力の最初の実りであるこれらを誰に捧げるべきかについて、私は長く多くを思い悩むことは決してありませんでした。といいますのも、ディダクス・コワッルウィアス、この法実務の比類無きアトラスを、僅かではありますが捨て置くことのできない箇所について、私が若干の覚書とブラバントの法慣行によって解説したものを、ブラバントにおける最高の正義を司る方々以外の人々に供することは理性に反するよう思われたからであります。正義の女神テミスたちの高貴なる庭、その庭で(かのフィロンに倣って申し上げるならば)「不滅の賢慮は不滅の故国に宿る」のですが、そこにこそ供されるべきなのです。血縁者や本議会の関係者の同意もまた私にそうするよう促しました。彼らは、私が自らの恭順さと敬意について何らかの証しを示すように、いわば鎖のようなもので私を縛りつけているのです。とはいえ、わずか数ヶ月の内に取り急ぎ印刷公刊されたこのささやかな仕事を、名望豊かな諸氏の導きの下、公にしようと決断した際、一度ならず私の心に浮かんできたのは、これらの人々が、ユピテルによって生み出された詩人である以上、このように取るに足りない事柄に関わり合う暇を持ち合わせていないのではないかという危惧でありました。しかし、あなた方の好意に満ちた御傾聴を拝借しようと、かの偉大なコワッルウィアスの権威とともに法学の尊厳が優ったのです(この法学の伝授者であり神官であるあなた方を私は尊敬いたします)。この任務を果たすために必要と思われる天賦の才には恵まれていないとしても、私は、この戦場に赴く気概を持ち、この私の例に続いて、他のネーデルラ

(1592年刊)に付された編者ピーテル・コルネリス・ファン・ブレーデローデ Pieter Cornelis van Brederode (1559-1637年)の読者向け序言⁴⁰⁾である。ま

ントの人々がそれぞれの才能のより一層豊かな成果を公にするよう促したつもりであり、彼らはその成果によっていつの日かネーデルラントの学問の永遠なる栄光を後世の人々の間に確立してくれることでしょう。そしてそれが最も見事に成し遂げられた時、労苦への報償と徳の榮譽をもって報われます。学識と徳によってより一層の名誉の高みへと導かれる功労者たちが忘れられるということはないのです。名望高き議長閣下、そしてまた、聡明なる議員諸氏よ、これで十分です。この仕事において私がどれだけ汗をかいたにせよ、私はあなた方の名誉を言祝ぎ、これを捧げます。この仕事と、それを晴れやかな表情で献上する者をいつもの調子でどうか御覧頂き、そして、いつもの調子で誠の御厚意を示して頂きたいのです。そうして頂けたならば、私の労苦の最大の成果は名望高きあなた方の御厚意に由来するものと私は気付くことでしょう。あなた方に善の贈り主である神の永遠の御加護があらんことを。祖国の安寧を祈念して。アントウェルペンにて、1610年3月31日。

名望高き諸氏の御厚意に身を捧げる者、ヨアンネス・ヴァン・ユフェル。

40) P. CORN. BREDERODIUS IC. LECTORI S. D.

OPERUM Didaci Covarruvias Iurisconducti celeberrimi, commendatio, benigne Lector, pro Auctoris dignitate huic editioni proscribenda esset: si illorum praestantia et usus nondum publice innotuisset: ne tamen de tanto auctore, et tam bella occasione, nihil dicendo male mereri videar; breviter quod de illius lucubrationibus sentio, ostendam.

Tria sunt potissimum, Lector, quae labores eorum, qui scribendo sibi nomen parare student, posteritati commendare solent, Subiectum, Forma, Oratio seu Sermo. Quae si coniunctim in unum eundemque auctorem concurrant, eum diu victurum, multisque profuturum esse nemo profecto dubitavet. De Oratione stylique quo auctor utitur elegantia, (licet illis alias, qui forentibus rebus involuuntur elegantiae aut puritatis postrema cura sit) hoc constat illum longo intervallo, omnes sui aevi iurisperitos anteire, elegantissimo enim, aperto ac Latino sermone quidquid evulgavit, ornatum est, ut iure meritissimo illum Hispanorum Scaevolam quis nuncpaverit. Ad materias quod attinet, quia nominatim illas hic reffere operosius multo quam fructuosius esset, singula totius operis capita, ad calcem huius praefationis velut per synopsis reiici atque imprimi curavimus. Hoc tamen obiter adspargo, quod quaecunque a Covarruvia in iuris Nostri commentatione, et illius ad praxin applicatione scripta reliquit, ea tam solida, aperta, et plena esse, ut nihil exquisitius a Iurisconsulto sperari posse videatur. Taceo caetera, quae ex more gentis suae usu ita exigente, summa et admiranda cum libertate protulit. Modum denique formam scribendi, sive universum opus spectes, sive singularum materiarum lecturas, sui seculi esse fatendum est, quo nulla servata methodo omnia mixtim et velut per Satyram ad Rubricam congerebantur. Hoc tamen huic auctori in illa confusione peculiare est, tam in Ru-

bricarum explicatione, quam in variis Resolutionibus et Quaestionibus practicis, quod cuncta eiusdem argumenti vel subiecti tam exacte, tam methodice et egregie, atque adeo in utranque partem tractet, ut vel curiosissimo cuique satisfacere posse videatur. Nec in probationis fide minor illius apparet diligentia. Nam sive interna ac vera rerum demonstratio requiratur, sive externa quae sola auctoritate nititur, in utroque eam, omnium calculo, laudem assecutus est, ut inter omnes sui et nostri temporis scriptores iure Princeps habeatur. non enim auctoritatum emplastro solo, quod multis, sed imperitis tantum nimis frequens est: Quaestionibus controversis medetur, sed ratione, quae anima legis est, opiniones suas primum firmat, inde illas, ne apud quenquam in dubium venirent, auctoritatum pondere (quae alias sola, libertati iudicii vim tyrannicam faciunt) confirmat, atque, haec tanto studio, ut libens fatear, nullum a me hactenus auctorem lectum vel relectum esse, qui fide et diligentia in externis probationibus Didacum Covarruvias superare videatur. Vix enim quidquam vel in genere vel in specie scribit, quod non idem post rationem ac diligentem disquisitionem, *Communum Opinionum* fide et auctoritate communiat, haud ignarus, quantum illa momenti in negociis publicis et privatis diffiniendis affere solet.

Nunc quid in postrema hac editione pro ratione temporis praestitum sit, accipe: Opera Didaci Covarruvias, cum ab illis, ad quos ea res pertinet, nobis diligentissime commendata essent, ut vitia, quibus anteriores editiones scatebant expurgaremus, atque quibus haec nova editio, recens, melior, ornatior, et usu commodior fieri potest, adderemus. negotium in nos suscepimus. Ac primum mendas quae tam ipsum contextum, quam in allegationes non leves irrepserant, summa fide ac diligentia expurgavimus, textumque multis in locis penitus depravatum et subversum, ex fida allegatorum indagazione restitimus, *Argumenta*, quae pro singulorum capitum et paragraphorum magnitudine subinde nimis succincta et brevia erant, pro subiecti usu auximus. Titulos deinde singulorum capitum et paragraphorum (ut qua parte operis Lector esset, in ipsa libri apertura, conspiceret) in vertice singularum columnarum superscripsimus; *Singularia* item tam in textu quam in allegatis, *Communesque sententias*, ut legenti confestim appareren, literarum varietate distinximus, *Index* item *omnium titulorum, capitum et paragraphorum* synopticus operi praefixus est, ut quae Auctor noster summa in opere suo capita fuse tractat, in ipso operis vestibulo Lectori confestim, appareant. Postremo, quia, ut supra scripsimus, Auctoris institutum non fuit, ordine methodico lucubrationes suas evulgre, sed illas, uti natae, uti successive elaboratae sint, sic alias post alias in lucem publicaverit, isque scribendi modus usu difficilimus sit, in primis practicis, quibus ad independentia causarum fata, praesentibus, non autem longe aut cum multa difficultate pendendis medicamentis opus est; ne quid deinde ad Operum perfectionem requirere posses, in locum prioris Indicis, qui pro operum et magnitudine, et excellentia perexiguus et prope nullus erat, Novum verborum et rerum, omnium locupletissimum et nostro, id est, compendiaro digestum ordine Indicem corollarii vice adiecimus; Tuum nunc erit, be-

nigne Lector, his nostris laboribus favere, iisque etiam, si placebit, feliciter frui. Vale
 Francofurti Kalend. Mart. Anno M. D. XCII. (Opera omnia, 4. v.)

“法律家ペトルス・コルネリウス・ブレーデロディウスが読者にご挨拶申し上げます。

親愛なる読者よ、卓越せる法律家ディダクス・コワツルウィアスの著作の推薦紹介がこの度の出版によって企図されたのは著者の権威に相応しいことであつた。これらの著作の存在や有用性が未だ一般に知られていないとしても、これほどの著者について、この絶好の機会に一言も述べずに軽んじていると思われぬように、私がこれらの著作について思うところを手短かに述べておくべきであらう。

読者よ、著述によって名声を得るべく努めた人々の労作は、とりわけ、その主題、形式、そして、文体乃至表現の三つの故に、後世の人々の心に訴えるのが世の習わしである。もしそれらが互いに結びついて一人の著者に見出されるならば、彼が長く栄光を保ち多くの人々に寄与し続けることを何人も決して疑わないはずである。著者の用いる典雅な文体について言えば、(法廷実務に関わり合う人々にとって典雅さや精密さへの配慮は二の次であるとしても) 彼が同時代のあらゆる法律家を遙かに凌駕していることは明らかである。というのも、彼は、何事であっても極めて典雅でなおかつ平易なラテン語文を用いて著述し、全く正当にも彼をスペイン人のスカエウォラと呼ぶ者がいるほどに称賛されているからである。内容に関しては、それらについてここに一つ一つ取り上げることは有益だが極めて困難であるので、全著作の個々の主題を、この序文の後に一覧としてまとめて示すべく配慮した。とはいえ、次の点だけはこの場を借りて付け加えておきたい。すなわち、我々の法の注解とその実務への適用に際してコワツルウィアスが著したものは何れも、法律家にこれ以上の入念さを要求するのは不可能であると思わせるほどに、極めて確実明白で完璧である、と。彼が、そのように要求する自国民の習俗や習慣に従い、称賛されるべき最大限の率直さをもって論じている他の事柄については、ここで触れるつもりはない。最後に、著述の方法乃至形式については、作品全体、個別問題の解説の何れを見ても、彼の時代のものに則していると言わざるを得ない。そこでは、如何なる体系にも従わず、全てが、混ぜ合わされ、法文表題へのいわば「批評」によって構成されていた。しかし、そのような混合の下で、この著者に特徴的なのは、表題の解説にせよ、『問題解決集』や『実務問題集』にせよ、一つ一つの論拠や主題の何れについても、一方では正確に、他方では体系的かつ見事に、賛否両論に渡って論じているという点であり、それは如何に旺盛な知識欲に駆られた者であっても満足させるに足るものと思われる。論証の信頼性においても、著者の入念さに何ら不足はないのは明らかである。というのも、内在的で真理に照らした事物の論証、あるいは、単に権威に依拠した外在的な論証の何れが求められる場合であっても、彼は、あらゆる点を考慮するが故に、当時及び現代の著述家の中のまさに王とみなされるほどの名声に浴している。実際、彼は、多くの無学者にも頻繁に見出される権威の継ぎ当てだけを用いて、争われている問題を解決しているのではなく、まず法律の魂である理性によって自らの見解を根拠づけ、その上で、誰かが疑念を抱くことのないように、それらの見解を権威の重みによって

ず、「ブラバント州最高顧問会 *Supremus Brabantiae Seatus*」所属の「訴訟弁護士 *caussarum patronus*」であったユフェルが、最高裁判所を兼ねる同顧問会の「議長 *cancellarius*」と「評議員 *consilarii*」、すなわち、「ブラバントにおけ

(これだけでは判断の率直さに専横的な力を与える場合がある) 裏付けており、しかもそれを十分な熱心さをもって行っているので、この外在的な論証における信頼性と入念さにおいてディダクス・コワツルウィアスを越えると思われるような著述家をこれまで見たことも読んだこともない私は喜んで認めたい。というのも、一般的にせよ個別的にせよ、何かについてほとんど論じたことがなく、また同じく、理性と入念な探究の後に「通説」の信頼性と權威によって裏付けようとししない者であっても、公事及び私事の処理においてそれらが通常どれほど重要であるか知らないわけではないのだから。

次に、この再出版に際して、時代の趨勢をふまえ、如何なることが実現されたのか理解されたい。そもそも我々がディダクス・コワツルウィアスの著作を再び出版したのは、然るべき筋の人々から、先行する諸版に溢れている誤りを取り除き、新版がそれらの諸版よりも新しく、有用かつ内容豊富で、実務慣行にも対応したものになるよう委託されたからである。その仕事を我々は引き受けた。我々は、まず最初に、文脈そのものや重要な引用の中に紛れ込んでいる誤りを、最大限の誠実さと入念さをもって取り除き、多くの箇所ですくすく歪んだり反転しているテキストを論述内容の確かな理解に基づいて復元し、個々の章や節の分量に照らしてしばしばあまりに短く簡潔に過ぎる「論題」を主題の有益さに応じて補充した。続いて、個々の章と節の題名を(読者が作品のどの辺りに向かうべきか本の入り口で気が付くように)それぞれの欄の冒頭に書き込み、また、本文や引用中の「特殊事項」や「通説」については、読者に直ちにそれと分かるように異なる文字によって区別し、更には、梗概としての役割を果たす「各章及び各節の全題名の索引」が冒頭に付されているので、我々が著者がその作品においていかなる主題について詳しく論じているのか、各著作の入り口で読者が直ぐに分かるようになってはいるはずである。最後に付け加えるならば、既に述べた通り、体系的秩序に従って自らの労作を公表することが著者の意図ではなく、それらが生み出され継続して書き上げられるに応じて様々な機会に公刊したので、そのような著述方法は、訴訟の雲行きに怪しさに即効性がありしかもそれほど詳しくも困難でもない処方箋を手に入れる必要がある最前線の実務家にとって極めて利用しにくいはずである。そこで、著作の完全さに何か不足を感じることはないように、著作の偉大さと卓越さに比して極めて貧弱でほとんど無に等しかった従来の索引に代えて、あらゆる重要な語句と事項に関する新たな索引、しかも、我々の流儀、つまり、簡略な順序によってまとめられた索引を、私からの贈り物として配置した。親愛なる読者よ、それがいいよ貴方のものとなる。我々の努力に拍手喝采頂き、もしお気に召されたならば、存分にお使い頂きたい。ご機嫌よう。1592年3月、フランクフルトにて。”

る最高の正義を司る人々に宛てて *ad eos, penes quos Iustitiae in Brabantia stat summa*」書いた献呈文は、コヴァルビアスを「法実務の比類無きアトラス *unicus Practicae Iustitiae Atlas*」と呼んでおり、当地においてコヴァルビアスの著作が既に法実務上の「権威 *auctoritas*」として扱われていたことを示唆している。このアントウェルペン版全集の最大の特徴は、所収の『問題解決集』に、ユフェル自身の手になる「理論的かつ実務的な覚書 *cum Theoricae tum Practicae notae*」が新たに付加された点にあり、そこでは、主として『問題解決集』公刊以後の学説の動向について言及されているが、同時に、「ブラバントの法慣行 *Brabantiae consuetudines*」との比較検討も試みられている。この覚書を通じて、「他のネーデルラントの人々がそれぞれの才能のより一層豊かな成果を公にするよう呼びかけた *caeteros Belgas provocabat ad ingenij sui foetus maturiores in lucem producendos*」とするユフェルの目指すところはあくまで「ネーデルラントの学問の永遠なる栄光 *aeviternum Belgicae eruditionis trophaeum*」である。このように、ユフェルの献呈文には、献呈文であるが故の儀礼的性格を差し引いて理解する必要があるとはいえ、コヴァルビアスの著作の再刊が、宗主国スペインとの政治的関係やカトリック信仰ではなく、むしろ著作内容の卓越性や実務的有用性によって促されたというその経緯について少なくとも確認することができる。

そして、このようなコヴァルビアスの著作の位置づけは、アントウェルペン版公刊に先立つこと18年前に、帝国駐在ネーデルラント共和国初代大使を務めるブレーデローデが自ら編集したフランクフルト版全集のために書き、アントウェルペン版にも再録された読者向け序言の中に一層明確に表現されている。すなわち、ブレーデローデは、この序言において、「著述によって名声を得るべく努めた人々の労作は、とりわけ、その主題、形式、そして、文体乃至表現の三つの故に、後世の人々の心に訴えるのが世の習わしである *tria sunt potissimum, quae labores eorum, qui scribendo sibi nomen parare student, posteritati commendare solent, Subiectum, Forma, Oratio seu Sermo*」との一般論を前提に、「もしそれらが互いに結びついて一人の著者に見出されるならば、彼が長く栄光を保ち多くの人々に寄与し続けることを何人も決して疑わないはずであ

る quae si coniunctim in unum eundemque auctorem concurrant, eum diu victurum, multisque profuturum esse nemo profecto dubitaverit」と述べて、コヴァルピアスがまさにそのような「著者 auctor」にあたると主張し、「スペイン人のスカエウォラ Hispanorum Scaevola」、あるいは、「当時及び現代の著述家の中の王 inter omnes sui et nostri temporis scriptores Princeps」といったコヴァルピアスへの一般的评价には十分な理由がある旨説いているのである。まず、「文体乃至表現 Oratio seu Sermo」については、「法廷実務に関わり合う人々にとって典雅さや精密さへの配慮は二の次である illis, qui forensibus rebus involuuntur elegantiae aut puritatis postrema cura est」ことは認めつつも、「何事であっても極めて典雅でなおかつ平易なラテン語文を用いて著述する elegantissimo, aperto ac Latino sermone quidquid evulgavit」コヴァルピアスの「典雅な文体 oratio styli elegantia」が「同時代のあらゆる法律家を遙かに凌駕していることは明らかである hoc constat illum longo intervallo, omnes sui aevi iurisperitos anteire」とされている。また、著作の「主題 subiectum」や「内容 materiae」に関しても、「我々の法の注解とその実務への適用に際してコワッルウィアスが著したものは何れも、法律家にこれ以上の入念さを要求するのは不可能であると思わせるほどに、極めて確実明白で完璧である quaecunque a Covarruvia in iuris Nostri commendatione, et illius ad praxim applicatione scripta reliquit, ea tam solida, aperta, et plena esse, ut nihil exquisitius a Iurisconsulto sperari posse videatur」と手放しの称賛が与えられており、その評価に如何なる留保も見当たらない。これに対して、「著述の方法乃至形式 modus seu forma scribendi」は、同時代、つまり、16世紀半ばの一般的な著述様式に則って、「如何なる体系にも従わず、全てが、混ぜ合わされ、法文表題へのいわば〈批評〉によって構成されている nulla servata methodo omnia mixtim et velut per Satyram ad Rubricam congerebantur」点において時代的制約を強く受けている。しかし、少なくとも一つ一つの「論拠や主題 argumentum vel subiectum」に関しては、「一方では正確に、他方では体系的かつ見事に、賛否両論に渡って論じる tam exacte, tam methodice et egregie, atque adeo in utranque partem tractat」その「入念さ diligentia」、更には、「まず法律の魂である理性

によって自らの見解を根拠づけ、その上で、誰かが疑念を抱くことのないように、それらの見解を権威の重みによって裏付ける *ratione, quae anima legis est, opiniones suas primum firmat, inde illas, ne apud quenquam in dubium venirent, auctoritatum pondere confirmat*』という「論証の信頼性 *probationis fudes*」は、上記制約を補って余りある。ここでブレードローデは、「内在的で真理に照らした事物の論証 *interna ac vera rerum demonstratio*」を「権威に依拠した外在的な論証 *externa demonstratio quae sola auctoritate nititur*」で補うコヴァルビアスの論法を称賛し、「権威の継ぎ当て *auctoritatum emplastrum*」だけで満足する「多くの無学者 *multi imperiti*」を批判しているわけであるが、だからといって、後者の「外在的な論証 *externa demonstratio*」が軽視されているわけではない。「外在的な論証における信頼性と入念さにおいてディダクス・コワツルウィアスを越えると思われるような著述家をこれまで見たことも読んだこともないと私は喜んで認めたい *libens fateor, nullum a me hactenus auctorem lectum vel relectum esse, qui fide et diligentia in externis probationibus Didacum Covarruvias superare videatur*」との言葉からも明らかなように、「理性と入念な探究の後に〈通説〉の信頼性と権威によって裏付ける *post rationem ac diligentem disquisitionem, Communum Opinionum fide et auctoritate communit*」こと、つまり、中世以来の法学の蓄積と成果の自覚的な継承をむしろ大きく評価しているのである。

なお、ブレードローデは、序言の冒頭で、恐らくは帝国内におけるコヴァルビアスの知名度の低さを念頭に、「これらの著作の存在や有用性が未だ一般に知られていない *illorum operum praestantia et usus nondum publice innotuit*」と指摘し、その「推薦紹介 *commendatio*」が「この度の出版 *haec editio*」の目的であるかのように述べているが、これは適切とは言えない。というのも、コヴァルビアスの『著作全集』は、ブレードローデ編集版が公刊される以前にも、少なくとも二度（1573/78年及び1583年）、『全集』第二巻に収録された『問題解決集』及び『実務問題集 *Practicae quaestiones*』（1556年初版）については、三度（1573年、1577年、1578年）、フランクフルトで出版されており、帝国内にも相当数流布していたものと推測されるからである。そして、16

世紀後半から17世紀半ばにかけて、フランクフルトで四版（1572/73年、1584年、1596年、1616年）、アントウェルペンで三版（1615年、1617年、1634年）を数えたゴメスの『問題解決集』についても、事情は変わらなかったと思われる。他にリヨンやヴェネツィア等でも出版されていた両者の著作は、かなり早い時期からヨーロッパ規模で流通し、標準注釈や注解学派の注釈と並び立つ權威として受容されていたのである⁴¹⁾。その權威は、17世紀に入って、固有法とローマ普通法の融合が進展し、人文主義法学によるテキスト批判と史的考証の成果が徐々に浸透する中においても揺らぐことはなく、既にIでみた通り、急速に影響力を弱めつつあった中世ローマ法学の遺産を当時のローマ普通法学へと伝える媒介項となった。そのような媒介項としての役割を果たしたコヴァルピナスとゴメスの学説そのものに目を向けることが本稿に残された課題である

III.

コヴァルピナスの『問題解決集』第2巻第19章は、二重売買の問題を、まさに第15法文への注解という形式で論じている。冒頭では、「何らかの物を売却あるいは贈与する者は、その物を引き渡すまでは、如何なる所有権も移転せず、物の引渡を求める人的訴権によって訴えられ得るに留まる *is, qui rem aliquam vendit, aut donat, priusquam ipsam tradat, nullum ius dominii transfert, sed tantum actione personali ad rei traditionem conveniri potest*」との理由に基づいて、「所有権の取得と保持に関しては、二人の買主の内、先にその物を引き渡された者が、たとえ契約締結において劣後したとしても、優先すると解されるべきである *ex duobus emptoribus is potior censebitur, quo ad dominii acquisitionem et retentionem, cui prius res ipsa tradita fuerit, licet in contrahendo*

41) 例えば、1592/93年の初版以来絶大な人気を博して17世紀末まで版を重ねた、マールブルク大学教授ヒエロニムス・トロイトラー Hieronymus Treutler (1565-1607年) の『学説彙纂全50巻にまとめられたユスティニアヌスの市民法に関する討論選集 *Selectae disputationes ad ius civile Justinianum quinquaginta libris Pandectarum comprehensum*』には、コヴァルピナスやゴメスからの引用が幾つも見られる。

posterior fuerit」という周知の原則が提示されている⁴²⁾。第15法文前書に対応するこの原則の例外、つまり、第二買主が先に目的物の引渡を受けたとしても第一買主が「所有権の取得と保持 *dominii acquisitio et retentio*」において優先される場合を、プレーデローデの言うように「体系的に *methodice*」であるかどうかは疑問は残るものの、網羅的に列挙し論じることが同章の主たる内容である。まず、「何らかの特別法によって引渡しなしに契約のみによって所有権が移転するとされている場合 *hi casus, quibus singulari quodam iure ex solo con-*

42) CAPUT XIX. Traduntur aliquot interpretationes ad l. quoties C. de rei vindicat.

Quoties duobus in solidum, praedium iure distrahitur, manifesti iuris est, eum cui priori traditum est, in detinendo donminio esse potioem. *d. l. quoties*. cui convenit Regia *l. 50. tit. 5. par. 5*. Huius constitutionis ea est ratio, quod dominum regulariter nequeat in alium transferri aliter, quam per traditionem. *l. traditionibus. C. de pact. l. nunquam. ff. de acquir. rer. domin. §. per traditionem. Institut. de rer. divis.* is vero, qui rem aliquam vendit, aut donat, priusquam ipsam tradat, nullum ius dominii transfert. *l. pen. C. de rei vindic. l. alienatum. ff. de verb. signifi.* sed tantum actione personali ad rei traditionem conveniri potest. *l. ult. Lucius. ff. de don. l. qui tibi. C. de hared. vel actio. vend. igitur ex duobus emptoribus is potior censebitur, quo ad dominii acquisitionem et retentionem, cui prius res ipsa tradita fuerit, licet in contrahendo posterior fuerit. l. sive autem §. si duobus. ff. de publi. l. si ea res. §. ulti. ff. de actio empt.* (Opera omnia, tom. II, 172.)

“第19章：勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文について幾つかの解釈が試みられる。

「土地全体が二人の者に適法に売却された場合、土地が先に引き渡された者が所有権の取得において優先することは法的に自明である」【同第15法文】。王国法第5部第5章第50条はこれと一致する。このような勅法の根拠は、所有権が引渡以外の仕方では他人に移転されることは通常あり得ないという点に存する【勅法彙纂2巻3章「合意について」第20法文、学説彙纂41巻1章「物の所有権の取得について」第31法文【前書】、法学提要2巻1章「物の区分について」第40節】。これに対して、何らかの物を売却あるいは贈与する者は、その物を引き渡すまでは、如何なる所有権も移転せず【勅法彙纂3巻32章第27法文、学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第67法文【前書】】、物の引渡を求める人的訴権によって訴えられ得るに留まる【学説彙纂39巻5章「贈与について」第35法文1節、勅法彙纂4巻39章「売却された相続財産あるいは訴権」第6法文】。従って、所有権の取得と保持に関しては、二人の買主の内、先にその物を引き渡された者が、たとえ契約締結において劣後したとしても、優先すると解されるべきである【学説彙纂6巻2章「物へのプブリキウス訴権」第9法文4節、同19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第31法文2節】。…”

tractu citra traditionem transfertur dominium」は、「先に契約を締結した者 qui prius contraxit」である第一買主が確定的に所有権者となり、二重売買の問題はそもそも生じない。「物が二者に売却され、その一方が教会あるいは都市である re vendita duobus, quorum prior ecclesia, vel civitas est」場合も、第一買主たる「教会 ecclesia」や「都市 civitas」は、それぞれの「特権 privilegium」を理由に、同様の扱いを享受できる⁴³⁾。更に、「君主によって贈与され売却された物 res a principe donata vel vendita」の所有権も、「法 ius」や「特権 privilegium」が「君主の意思 voluntas principis」に由来する以上、上記の場合と同

43) “《2. 同じ物が二人に売却され、その一人が特別法に基づいて引渡なしに所有権を先に取得する場合、この者は、後に現実の引渡を受けた者よりも優先される》第一に、上の見解は、何らかの特別法によって引渡なしに契約のみによって所有権が移転するとされている場合には受け入れられない。というのも、この場合、物の引渡が求められていない以上、先に契約を締結した者が他の者に優先し、従ってまた、引渡を既に受けた者たちにも優先するからである。学識者たちは一致して、当該第15法文についてそのように注釈しており、とりわけヤーソンの注釈第2欄がそうであり、また、第六書3巻4章「聖職禄及び頭職について」第17章についてのほとんど全ての学識者がそのように注釈している。他の人々を承けて更に、グレゴリウス9世教皇令集3巻10章「司教座聖堂参事会の同意なしに高位聖職者によって為された事柄について」第2節、及び、同3巻38章「保護権について」第20節への大修道院長の注釈、ルドウィクス・ゴザディヌス『助言集』助言14の13番、パノルミタヌス〔ニコラウス・デ・トゥデスキス〕『助言集』第5巻助言91の7番もまたそうである。

第二に、勅法彙纂1巻2章「聖なる教会とその財産及び特権について」最終法文によれば特権に基づき所有権が引渡無しにこれらに移転するとされているので、たとえその後他の者にその物が売却され引き渡されたとしても、上記の第一買主が優先されるべきであるという点は、既に述べたところとは異なる。当然ながら、先の結論を承認した人々もそのように述べており、また、ロマヌス『助言集』助言298では、所有権が契約にのみ基づいて引渡無しに第一買主に取得されたことが明らかな以上、第二買主に対してなされた引渡はこの者に所有権をもたらしことはあり得ないとされ、この点は、第六書2巻14章「判決及び既判力について」第3節によって裏付けられている。更に、前出学説彙纂6巻2章「物へのプブリキウス訴権」第9法文4節への標準注釈、及び、学説彙纂48巻10章「偽証に関するコルネリウス法及びリボニアヌス元老院決議について」第21法文へのヒッポリュトゥスの注釈がこの旨明確に主張しており、同21法文の語句「物」への標準注釈も同様であるし、他の人々を承けて、前出勅法彙纂1巻2章最終法文へのヤーソンの注釈第25番がそう述べている。” (Opera omnia, tom. II, 172.)

様に、「贈与あるいは契約のみに基づいて引渡無しに *ex sola donatione, vel contractu etiam sine traditione*」移転することがあり得る。この点をめぐっては、「契約 *contractus*」と「特権」を区別し後者に基づく所有権移転についてのみ引渡を不要とする見解や、「贈与 *donatio*」においては原則通り「占有の取得以前に所有権は移転しない *dominium minime transferri ante apprehensionem possessionis*」とする見解等が対立しているが、コヴァルビウスは、「君主の意思」の内容次第で引渡の要否を区別する立場を表明している⁴⁴⁾。すなわち、

44) “《3. 君主が引渡無しに所有権を移転できるのは、売買乃至贈与に基づくのか、それとも、特権に基づくのか》が詳細に検討される》第三に、既述の勅法が君主によって贈与され売却された物に及ばないことは明らかである。なぜなら、たとえ第二受贈者乃至買主に物が引き渡されたとしても、第一受贈者乃至買主が優越的権利を取得するからである。これは所有権が君主の贈与あるいは契約のみに基づいて引渡無しに移転するためであり、そのように解しているのは、封建法書2巻7章「忠誠の新たな形式」第1節へのバルドゥス及びアンドレアス・デ・イセルニアの注釈、学説彙纂41巻2章「占有の取得と喪失について」第3法文前書へのフランキスクス・アレティヌス[デ・アッコールティス]の注釈第2欄、グレゴリウス9世教皇令集5巻11章「語句の意味について」第16節へのヨアンネス・アンドレアエの注釈、バルドゥス『封建法書注釈』序言の第28番、学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第9法文へのアンゲルス・デ・ウバルディスの注釈、ヤーソン『封建慣行注釈』第72番、勅法彙纂2巻3章第20法文へのデキウスの注釈第4番（ただし同法文へのヤーソン注釈第5番は結論を留保している）、同法文へのロゲリウス・デ・モータの注釈第13番であり（彼はこの見解が通説であると述べている）、同様の指摘は、アレクサンデル・デ・タルタグニス『助言集』第2巻助言186最終番、同第5巻助言3第7番及び同第6巻助言155第16番、大修道院長『助言集』第2巻助言64最終番、大クルティウス『助言集』助言48第15番にも見られ、更に、特に当該第15法文の解釈に関しては、同法文へのヤーソンの注釈第2番、前掲ロマヌスの助言298がこの旨指摘しており、ヤーソン『助言集』助言27第1番、前掲ルドウィクス・ゴザディヌス助言14第13番、ザシウス『封建慣行論』第5部第3番、パウルス・パリシエンシス『助言集』第1巻助言11第58番（彼によれば、当該第15法文への前掲ヤーソンの注釈第10番以後、この見解が通説であると断言している）も同様である。ただし、諸博士、とりわけ、バルドゥスの封建法書2巻7章第1節への注釈、同じく『封建法書注釈』の前掲序言、勅法彙纂2巻3章第20法文へのデキウス及びヤーソンの前掲注釈、当該第15法文への同じくヤーソンの注釈、アレクサンデル・デ・タルタグニス及びパウルス・パリシエンシスの上記助言は、契約と特権を明確に区別している。すなわち、君主の契約に基づいて所有権が引渡無しに移転されることはないのは明らかだとしても、特権に基づいて所有権の移転が未だ引渡が為されない内に直ちに生じるのである。また更に、封建法書2巻

「君主が物の所有権を何らかの引渡あるいは占有取得無しに直ちに移転することを望んでいるのが明らかである限り、我々が論じているのが契約、封、特権の何れであるにせよ、所有権は移転すると解すべきである *si constet, principem voluisse rei dominium transferre statim citra aliquam traditionem, vel corporealem apprehensione, id translatum esse dicimus, sive tractemus de contractu, sive de feudo, vel de privilegio*」し、「この点に関する君主の意思が不明であるとしても、特権に関わる場合、少なくとも君主がある物の贈与に際して適法に特権を用いている場合には、当然、所有権は君主の黙示の意思に基づいて引渡無しに直ちに移転したと推定されるべきである *si dubia sit hac in re voluntas*

7章第1節への前掲アンドレアス・デ・イセルニアの注釈第2欄、同2巻2章「授封とは何か」第1節へのマルティヌス・ラウデンシスの注釈、そして、勅法彙纂11巻71章「国有地の賃貸借について」へのルーカス・デ・ペンナの注釈第2及び19番が誰よりも詳細に、君主によって行われた贈与によって占有の取得以前に所有権は決して移転しないということを証明し主張しており、聖ゲオルギウスのヤコブス『封地論』の「君主」の節第2欄はこれらの人々を支持している。私はこの困難な問題を次のように解決すべきものとする。すなわち、君主が物の所有権を何らかの引渡あるいは占有取得無しに直ちに移転することを望んでいるのが明らかである限り、我々が論じているのが契約、封、特権の何れであるにせよ、所有権は移転すると解すべきである。なぜなら、君主は、法律によってそれが可能であるのと同様に、それを行うことができるからである。この点に関する君主の意思が不明であるとしても、特権に関わる場合、少なくとも君主がある物の贈与に際して適法に特権を用いている場合には、当然、所有権は君主の黙示の意思に基づいて引渡無しに直ちに移転したと推定されるべきである。同様の意思は、贈与や契約の書面に君主によって書き込まれた文言から明らかになることもある。他方、単に契約が問題となっている場合には、所有権は引渡や占有の取得無しに移転しないと解されるべきである。というのも、契約の場合、君主は普通法の準則や判断に即して契約を締結したものと推定されるからである。当該論点について以上のような区別を主張しているのは、学説彙纂12巻1章「確定物が訴求される場合の貸与物について」第9法文最終節へのデキウスの注釈第7番、同じくデキウス『助言集』助言187第4番及び助言989の最終欄、前掲ヤコブス『封地論』の「君主」の節第2欄の8行目、前掲アレクサンデル・デ・タルタグニス『助言集』5巻の助言3第7番へのカロルス・モリナエウスの注釈である。従って、前述の諸博士の見解は以上のように解釈されるべきであり、これは第六書3巻4章「聖職禄及び頭職について」第17節によっても裏付けられる。そして同じ理由から、当該第15法文の勅法について両法の解釈者たちがこのような分析に基づいて繰り返し主張している解釈もまた承認されるはずである。” (Opera omnia, tom. II, 172-173.)

principis, tunc sane in privigiis, aut ubi iure privilegiis is utitur in alicuius rei donatione, praesumendum est, dominium ex voluntate tacita principis translatum statim fuisse, absque traditione」が、「単に契約が問題となっている de simplici contractu tractamus」場合には、「君主は普通法の準則や判断に即して契約を締結したものと推定される praesumendum est, principem iuxta iuris communis regulas et decisiones contraxisse」ので、「所有権は引渡や占有の取得無しに移転しないと解されるべきである dicendum est, non esse translatum dominium absque traditione vel apprehensione possessionis」、と。この例外的扱いは、立法者乃至特権付与者たる「君主 princeps」に特有のものであり、たとえ「教会 ecclesia」や「聖職者 ecclesiasticus」であっても、聖職叙任や聖職禄譲与のような教会法の専権事項とは無関係に単に「売主 venditor」の立場に立つ場合については、第15法文の原則が当然妥当することになる。これに対して、「教会や聖職者において二枚舌や欺罔が絶対に許されない以上、売主としての彼らに当該第15法文の判断は及ばない decisionem l. quoties. non procedere in ecclesia venditrice, nec in venditore, qui ecclesiasticussit, cum in eis sit maxime reprobata variatio et illusio」とする見解もあるが、コヴァルピウスは、「教会の関係者や指導者に二枚舌が許されない variationem esse improbatam in ecclesiasticis personis, et in ecclesiarum administratoribus」点、及び、「間において二人の者に同じ物を売却した売主が欺罔を働いたことになる male fecisse venditorem, qui duobus ex intervallo eandem rem vendiderit」点を認めつつも⁴⁵⁾、そ

45) なお、コヴァルピウスは、君主の「二枚舌 variatio」や「欺罔 illusio」については言及していないが、同じように君主の二重贈与について論じるガイルは、第一受贈者優先の根拠の一つとしてこの点を挙げている。

“ある有名な事件において、君主が、ある物のある者に贈与した後、しばらくして同じ物を別の物に贈与し、何れもその立派な功績の故に贈与を受けたのであるが、先に贈与を受けた者が贈与物の占有を求めて訴え出た。問題は、この訴えに反して、後に贈与を受けた者が先に贈与を受けた者に優先されるべきか否かである。この点、勅法彙纂3巻32章「所有物返還訴権について」第15法文、及び、諸学識者が一致して当法文に注釈するところに従えば、反対の結論が下されるべきものと思われた。【1：君主による最初の贈与は後の贈与よりも優先される】というのも、あらゆる学識者に共通の見解によれば、君主による最初の譲与もしくは贈与は、勅法彙纂11巻71章「国

のような売主の「欺罔 *illusio*」だけでは「引渡を受けた第二買主 *secundus emptor, cui res tradita fuerit*」の所有権取得を否定する理由にはならないとして、これを退けている⁴⁶⁾。

家もしくは国庫に属する不動産の賃借について」第5法文によって、後の譲与もしくは贈与に優先する。【2：君主に請求原因を授かる者は何人によっても煩わされることはない】君主に請求原因を授かる者は、何人によっても煩わされてはならず、永久に保護されねばならないというのが理由である。勅法彙纂7巻37章「四十年前の預書について」第2及び3法文。そしてこの理由は、たとえ後の贈与が自発的に為されたとしても、前掲勅法彙纂11巻71章第5法文があるので、失われることはない。以上のように結論づけているのは、アレクサンデル『助言集』第5巻、助言3の7番、デキウス『助言集』助言287の7番、同じく、432の2番、689の5番、ゴザディヌス『助言集』助言14の13番、小クルティウス『助言集』助言143番、そこではこの問題が見事に論じられている。更に、バルドゥス『助言集』第1巻、助言327の4番、ロマヌス『助言集』助言298の3番、学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第75法文へのデキウスの注釈、同第67法文へのヤーソンの注釈、そこでヤーソンは次のように述べている。すなわち、君主が、功績に報いてある者に城を与えた後、別の者にその城を与えた場合、第二の譲与は当然に無効である、と。なぜなら、この場合、君主は、懇願者の厚顔無恥さに欺かれたか、先の譲与の忘却によって与えたものと推定されるからである。更に、反証も、勅法彙纂11巻67章「君主の財産に属する土地もしくは山林について」第2法文を根拠に、許されない。なお、前掲勅法彙纂11巻71章第5法文も援用できる。【3：君主において意思は不変でなければならない】理由は、いわば正義の源泉にあたる君主においては、不変の意思が存在しなければならないからである。つまり、君主には、「同時に神もそう言われた」や「既に書き記したことを書き記した」といった言葉こそ相応しいのである。【4：君主は一本のペンと一つの舌を持たねばならない】同様にまた、君主は、一本のペンと一つの舌を持たねばならず、それらを幾つも有してはならない。「如何なることになろうとも私の唇から無益なことを生み出すまい」と書き記した以上は、礎石や天空の北極星のごとく不動でなければならないのである。これらは、バルドゥスの前掲助言327の4番の言葉であり、学識者一般も上に引用した箇所において彼に言及し従っている。更にこれに、ボッシウス『犯罪論』君主に関する章の8番以下、学説彙纂6巻1章「所有物返還訴権について」第9法文へのアンゲルスの注釈第2番、デキウス『助言集』助言287の4番以下及び689の17番を付け加えておく。…”(Practicae observationes, 396.)

- 46) “4. 勅法彙纂3巻32章第15法文の判断は売主たる教会及び教会関係者にも当てはまる》第四に、グレゴリウス9世教皇令集3巻10章「司教座聖堂参事会の同意無しに高位聖職者が行ったことについて」第2節へのホステイエンスとヨアンネス・アンドレアエの注釈が述べていることが正しいか否かも以上と同じ背景の下で論じられる。すなわち、彼らは、教会や聖職者において二枚舌や欺罔が決して許されない以上【グ

また、「何れの買主も自らに物が引き渡されたことを証明しており、しかも、何れに先に引き渡されたか明らかではない *uterque emptor probat, rem sibi traditam fuisse, nec apparet cui prius tradita fuerit*」場合⁴⁷⁾については、「双方が代金を支払ったことを証明している *uterque probat pretium numerasse*」ならば、引渡の有無を問わずに「物は先に第一買主に引き渡されたものと推定するのが賢明である *sane praesumetur res prius tradita priori emptori*」が⁴⁸⁾、「それ以外の場合は、代金の支払いを証明した者が優先権を保持し、先に引渡を受けたものと推定される *alioqui is potiora iura obtinebit, et praesumetur rem ei prius traditam fuisse, qui probat pretii numerationem*」⁴⁸⁾。続いて、「売主自身に

レゴリウス9世教皇令集3巻38章「保護権について」第5節、クレメンス集1巻4章「棄権について」第1節】、売主としての彼らに当該第15法文の判断は及ばない旨主張しており、それ故、このような観方の下では、たとえ第二買主が第一買主よりも先に引渡を受けたとしても、第二買主よりも第一買主が優先されることになる。同様の立場に立っているのは、ロマヌス『助言集』助言298、ゴザディヌス『助言集』助言14の第14番、アレクサンデル・デ・タルタグニス『助言集』第6巻の助言83第5番、ヒッポリュトゥス『個別考察集』第32考察であるが、私は、当該第15法文の勅法が依拠する適切な配慮に照らし確信を持って彼らに異を唱えたい。というのも、売主たる教会が引渡無しに所有権を移転できないことは明らかであり、それ故、所有権を有しない第一買主が引渡によって所有権を取得した第二買主に優先されることは決してあり得ないし、教会の関係者や指導者に二枚舌が許されないということもこの結論を左右しないからである。確かに、間をおいて二人の者に同じ物を売却した売主が欺罔を働いたことになることは、私自身も認めるし、たった今引証されたところではあるけれども、だからといって、引渡を受けた第二買主が所有権について優越しないということにはならない。以上のことから、私は、当該勅法の判断は売主としての教会や聖職者についても承認されるべきものと解し、前掲グレゴリウス9世教皇令集3巻10章第2節へのイモラの注釈、更には、バルトロマエウス・ソキヌス枢機卿『助言集』第4巻助言29、勅法彙纂1巻2章「聖なる教会とその財産及び特権について」最終法文へのヤーソンの注釈第29番、当該第15法文への同じくヤーソンの注釈第20番に従うことにする。ヤーソン、及び、パウルス・バリシエンシス『助言集』第1巻助言2第20番は、この見解が通説であると主張しており、同様に、アレクサンデル・デ・タルタグニス『助言集』第5巻助言122第2番もこの見解に従う旨述べている。”(Opera omnia, tom. II, 173.)

47) 複数の買主に占有改定や証書交付などの「擬制的引渡 *ficta traditio*」が行われる場合が典型例であろう。

48) “6. 疑わしい場合には、誰に先に引渡が為されたと推定すべきか》第六に、何れの

よって他人に譲渡されないという約束で物が売却された上で、その物が契約乃至合意の担保として抵当に供された場合 *ubi res vendita fuerit cum pacto, ut non possit ab ipso venditore alienari, et praemissa ad contractus et pacti robur hypotheca*」には、その「約束 *pactum*」の故に⁴⁹⁾、「同じ物が間を置いて二人の

買主も自らに物が引き渡されたことを証明しており、しかも、何れに先に引き渡されたか明らかではない場合は、何れの側のために推定がなされるべきか疑わしいけれども、引渡を度外視したならばより正当で優っているはずの第一買主に先に引き渡されたものと推定するのが賢明であると、当該第15法文へのヤコブス・デ・アレナの注釈、キヌスの注釈の最終論題、ヤーソンの注釈第7番、勅法彙纂7巻45章「裁判官一般の判決及び中間判決について」第9法文へのバルドゥスの注釈第2欄、学説彙纂6巻2章「物へのプブリキウス訴権」第9法文4節へのバルドゥス及びアングルススの注釈、ロマヌス『個別論集』の第337論、アレクサンデル・デ・タルタグニス『助言集』第2巻助言9第2番、第5巻助言109第6番、第7巻助言81第5番、勅法彙纂1巻2章最終法文への前掲ヤーソンの注釈第28番、学説彙纂48巻10章第21法文への前掲ヒッポリュトゥスの注釈第8番は解している。双方が代金を支払ったことを証明している場合には、上記の見解が正しい。それ以外の場合は、代金の支払いを証明した者が優先権を保持し、先に引渡を受けたものと推定される。そのように書いているのは、封建法書2巻26章「死亡者の封地をめぐる封主と封臣の遺族との間に訴訟が生じた場合」第5節へのバルドゥスの注釈第1番であり、つい先ほど引用したロマヌス、ヤーソン、ヒッポリュトゥスの注釈はバルドゥスを支持している。また、学説彙纂6巻2章第9法文4節への前掲バルドゥスの注釈に対するアレクサンデル・デ・タルタグニスの注解も、法学提要2巻1章「物の区分について」第41節の法文から引き出された論拠、すなわち、このように疑わしい場合には、どちらが先に代金を支払ったのか吟味し判定すべきであるという論拠に基づいて、同様の立場に立っている。”

(Opera omnia, tom. II, 173.)

- 49) “《7. 譲渡しない約束で売却された上で抵当に供された物は、引渡によっても第二買主の所有物にはならない》第七に、当該勅法の趣旨を考慮するならば、売主自身によって他人に譲渡されないという約束で売却された上で、その物が契約乃至合意の担保として抵当に供された場合には、本勅法の判断が及ばないのは明らかである。なぜなら、この場合、たとえ物がその後売却され、その買主に対する引渡が為されたとしても、当該引渡は反対の約束を根拠に阻止されるからである【学説彙纂20巻5章「質物あるいは抵当目的物の売却について」第7法文2節】。この点については、本巻第15章の第3番で言及したし、当該法文の理解に関しては、ヤーソンの注釈第28番及び同『助言集』第3巻助言5第6番、トマス・フェッラ『実務心得集』第48章の第2欄がこのように指摘しており、アンドレアス・ティラクエルス『先買権論』第2巻第3章第4番は彼らに従っている。なお、ティラクエルスは、当該箇所においてヤーソン

者に売却されたが、当該物の所有者でない者や売却する権限を有さない者から第二買主に引き渡され、その後、その者が所有者となった *eadem re duobus ex intervallo vendita, et posteriori tradita ab eo, qui nec dominus illius est, nec iure vendere poterat, postea dominus eiusdem rei efficitur*」場合には、「所有権の移転に関して最初の売買が有効となる *ratam effici quo ad dominii translationem ultimam venditionem*」が故に、それぞれ第一買主が優先される⁵⁰⁾。更に、「二人の者に同じ物が賃貸された *duobus eadem re locata*」場合については、「賃貸借によって何らかの物的権利が移転されるわけではないので、最初に賃借した者が、たとえ他の者が先に引渡を受けたとしても、優先する *eum priorem esse qui prius conduxerit, licet alteri res fuerit prius tradita, cum non locatio ius aliquod reale transfert*」との見解もあるが、コヴァルピアスによれば、この見解がそのまま妥当するのは、占有改定等による擬制的引渡によって「第二借主が先に引渡を受けたが未だ占有に至っていない *secundus conductor, cui res prius tradita fuit possessioni non incumbit*」場合に限られるとされる。「第二の賃貸によって物を所持する者は、占有保持の権利に基づいて、物

による当該法文の注釈に言及して、その箇所ではヤーンソンがこの問題を適切に論じていない旨述べているけれども、それは誤りである。一方、キーマス、ヨアンネス・ファベル、バルドゥス、デ・サリケト、パウルス・デ・カストロは、抵当権について吟味しているわけではないが、実際のところ、後の買主に先に引渡が為されたとしても、抵当に関して先行する者が優先すると考えている。というのも、当該法文へのヤーンソンの注釈第11番にそのように書かれているからである。また、ヤーンソンがその注釈第28番で極めて明確にその旨教示していることについては上に述べた通りである。”

(*Opera omnia*, tom. II, 173.)

- 50) “第八に、次の点も見過ごしてはならない。すなわち、同じ物が間をおいて二人の者に売却されたが、当該物の所有者でない者や売却する権限を有さない者から第二買主に引き渡され、その後、その者が所有者となった場合、所有権の移転に関して最初の売買が有効となり、当該売買に基づいて引渡が行われる。これは、学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第72法文、同41巻3巻「用益及び使用取得について」第42法文、同19巻1章「買主訴権及び売主訴権」第46法文の法律家の見解から導かれる。ルドウィクス・ロマヌス『助言集』助言270第2欄はこれらの法文によってこの見解を裏付けており、ヒッポリュトゥス『個別論集』第82論はこれに従っている。” (*Opera omnia*, tom. II, 173.)

的訴権ではなく人的訴権を有するにすぎない第一借主に対して抗弁できる is, qui ex secunda locatione detinet, iure retentionis se defendit a priori conductore, qui tantum habet actionem personalem, non realem」 というのがその理由である⁵¹⁾。

第二買主の悪意も以上のような例外的諸事例の一つとして扱われており⁵²⁾、

51) “《8. 当該第15法文の勅法は賃貸借においても妥当するか》第九に、まさにこれと同じ理由から、賃貸借契約においては、当該勅法が妥当すること、つまり、二人の者に同じ物が賃貸された場合、先に物を引き渡された者が、たとえ〔賃貸において〕何者かよりも後であったとしても、優先するというものがないように求められる。というのも、所有権の取得を対象とするものと解される第15法文の趣旨はそのような事例には妥当せず【学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権」第31法文最終節】、賃貸借によって何らかの物的権利が移転されるわけでもないの【同19巻2章「貸主訴権及び借主訴権」第39法文への標準注釈及びバルトルスの注釈、勅法彙纂4巻65章「賃貸借について」第9法文】、最初に賃借した者が、たとえ他の者が先に引渡を受けたとしても、優先すると考えられるからである。この点は、学説彙纂19巻2章第26法文における法律家〔ウルビアンヌス〕の權威によって裏付けられている。そこでは、二人の者に労務が賃貸された場合、最初の者に履行されるべきであるとされている。それ故、第15法文へのヤーソンの注釈第13及び32番は、当該法文の解釈のためにこの見解を用いている。ただし、これについては、次のような理由から若干の疑問がある。すなわち、引渡によって賃借人に所有権や物的権利が移転することはないとしても、賃借人は、少なくとも物を所持している以上、非常に強力な権利を有しており、物が奪われた際には、占有していたにも関わらず奪われた者と同様に、何よりもまず裁判官の職権によって原状に復されることになるが【学説彙纂39巻5章「贈与について」第27法文、及び、同法文へのバルトルス、パウルス・デ・カストロの注釈。この点は学説彙纂6巻1章第9法文でも指摘されているが、最良の典拠は第7部第10章第11法文に見出される】、そうだとすれば、第二の賃貸によって物を所持する者は、占有保持の権利に基づいて、物的訴権ではなく人的訴権を有するにすぎない第一借主に対して抗弁できるのは明らかであるから。しかも、当該人的訴権は、第二借主ではなく貸主との関係で付与される。従って、上記ヤーソンの見解は、第二借主が先に引渡を受けたが未だ占有に至っていない場合について承認されるべきである。というのも、もし第二借主が物そのものを占有しているならば、如何なる訴権をもってしても彼を訴えることはできず、第一借主よりも優先され、第一借主から防御されるべきことは、教皇庁控訴院の裁判官たちが『判決集』賃貸借の章第1及び第879判決で判示し、バルトルス、ソキヌス『助言集』第4巻助言29、アレクサンデル・デ・タルタグニス『助言集』第5巻助言122第2欄が述べている通りである。” (Opera omnia, tom. II, 173-174.)

I でふれた標準注釈やバルドゥスの注釈を含む多くの典拠に基づいて、「先行する売買を知らなかったわけではない第二買主が同じ物を購入したならば、たとえ第二買主に物が引き渡されたとしても、その物は第一買主によって第二買主から引渡を求められ追奪される *si is, non ignarus primae venditionis, eandem rem emerit, licet eidem tradita sit, nihilominus per primum emptorem res ab eo revocabitur et evincitur*」とされ、廃罷事実訴権による第一買主の救済が肯定されている⁵³⁾。ただし、この場合、仮に第二売買に基づく引渡が売主の詐害行

52) コヴァルビアスは、他に、「第一売買について宣誓がなされた場合 *ubi prior venditio iurata fuerit*」や、第一売買に「占有改定条項 *clausula constituti*」が付されている場合について、論点だけを簡単に提示しているが、前者については、別の著作（『グレゴリウス9世教皇令集第4巻概論 *In quantum librum Decretalium epitome*」[1545年]）の中で、「何者かがある物を二人に売却し、第二買主にその物を引き渡した場合、勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文に基づき、物はこの第二買主のものになると解され、たとえ宣誓されていたとしても、第一売買を口実に第二買主から物を奪うことはできない *si quis vendat rem quandam duobus, ac secundo emptori eam tradiderit, illius censetur effecta, nec potest ab eo auferri praetextu primae venditionis, etiam iuratae, per l. quoties. C. de rei vindic.*」とするヨアンネス・デ・イモラ *Ioannes de Imola* (?-1436年)の見解（グレゴリウス9世教皇令集2巻24章「宣誓について」第28節への注釈第81番）を引用して、原則通り第15法文の適用を認めている（*Opera omnia*, tom. I, 127.）。

“第十に、第一売買について宣誓がなされた場合に第15法文が適用されるか否かについて、多くの人々が疑問を呈しているけれども、そのような疑問については『グレゴリウス9世教皇令集第4巻概論』第1部「婚約について」第5章第9番において既に検討した。その他、当該勅法の解明に必要な多くの事柄についてはヤーソンに尋ねるべきであるが、カロルス・モリナエウス『パリ慣習法論』第30節問題21もここで付け加えておきたい。また、占有改定条項については、学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第23法文へのデキウスの注釈第14番、同『助言集』助言598、ヒッポリュトス『個別論集』第82論、アンドレアス・ティラクエルス『占有改定論』第1部第21番から28番までを参照せよ。”（*Opera omnia*, tom. II, 174.）

53) *Quinto, eadem constitutio proculdubio intellegendaest, ubi secundus emptor bonam fidem habet, nam si is mala fide, id est, non ignarus primae venditionis, eandem rem emerit, licet eidem tradita sit, nihilominus per primum emptorem res ab eo revocabitur et evincitur gl. in verb. iure. Alber. Saly. et las. n. 26. in d. l. quoties gl. communiter recepta in d. ca. ti sibi absenti. quam dixit sing. esse Ioan. Lup. in Rubr. de donat. §. 81. nu. 11. idem notant Bald. in Rubr. c. de his quae in fraud. credit. col. 1. las. in §.*

item si quis in fraud. de action. nu. 116. et illic Ang. Aret. num. 11. Hippol. in d. l. qui duobus num. 10. ff. de fal. Ripa lib. 3. respons. cap. 8. idem Ias. in l. ult. numero 28. C. de sacrosanct. eccles. illud vero admonendum est, in hac specie fraudem ex eo tantum praesumi, quod secundus emptor sciverit, rem alteriprio venditam fuisse, ut expressim adnotarunt Ioan. Lup. d. nu. 11. Ias. in d. l. quoties et idem in d. l. ult. Thom. Ferra caut. 48. idem praemittit gl. in l. operis ff. loca. sensit gl. in d. c. si tibi absenti. item et Salic. in d. l. quoties dum bonam fidem a sciente ius et factum excludit. Sic idem Salycet. in l. penul. C. de revoc. iis, quae in fraud. cred. alie. sunt. quae. prima licet dubitet de praedicta opinione Bal. Ex alia ratione manifeste tamen intelligit, scientiam sufficere, ut secundus emptor fraudis iudicetur, ratio vero, ex qua Sal. dubius est, facillime tollitur ex eod. Saly. in l. 1. C. eod. tit. post Bal. ibi. Caeteri autem authores, quorum modo meminimus, fraudem exigunt simpliciter, et tamen mihi videntur hanc ex scientia constituere, vel ex eo, quod contrarium non scripserint. Et quia si confideremus leges de his, quae in fraudem creditorum fieri solet, staturas, fraudis particeps secundus emptor censebitur, qui sciens rem primo alteri venditam fuisse, eandem emerit, ac sibi traditam acceperit, cum sciat, per hanc traditionem venditorem omnino impediri ad traditionem rei venditae, quam emptori praecise tradere tenebatur, eius possessionem habens, et ex ea causa facultatem rei tradendae. Hanc etenim fraudem praecitati authores sufficere censent, ut minime sit admittenda l. quoties. responsio. Quod si primus emptio-nis titulum habet posterior autem, cui res prius tradita fuit, causam donationis, tunc etsi donatarius prioris emptio-nis inscius, ac bona fide rem gesserit, potior erit is, qui rem ipsam emerat, sicuti Bal. Ias. et Ioan. Lup. in praecitatis locis censent. Nam licet in emptio-ne, et alienatis titulo oneroso verum sit, tam venditorem, quam emptorem, ut alienatio revocetur, participem fraudis esse oportere, l. 1. ff. quae in fraud. credit. ubi tamen donationis titulo res possidetur, nulla fraudis scientia in donatario exigitur. l. ignoti. C. de revoc. his quae in fraud. credi. l. quod autem. §. similique modo ff. quae in fraud. credi. idem Rip. in specie notat. in d. c. 8. ex veteri editione, ex nova in c. 4. n. 3. sub tit. de don. et grat. perfic. et revoc. (Opera omnia, tom. II, 173.)

“《5. 第二買主が当該第15法文の判断に依拠するためにはその善意が不可欠である Bona fides secundi emptoris necessaria est, ut is possit uti dicta l. quoties responso》第五に、第二買主が善意であるという前提において当該勅法を理解すべきことに疑問の余地はない。というのも、もし第二買主が悪意であるならば、つまり、先行する売買を知らなかったわけではない第二買主が同じ物を購入したならば、たとえ第二買主に物が引き渡されたとしても、その物は第一買主によって第二買主から引渡を求められ追奪される。当該第15法文の文言「適法に」への標準注釈、同じく第15法文へのアルベリクス・デ・ロスキアーテ、バルトロマエウス・デ・サリケトの注釈、同ヤーソンの注釈第26番、前掲第六書3巻4章第17節への一般に承認された注釈（これについて唯一言及しているのは、表題「贈与について」へのヨアンネス・ルプスの注釈第81節の11番である）。勅法彙纂7巻75章「詐欺行為によって譲渡されたものの取戻につい

て」の表題へのバルドゥスの注釈第1欄、法学提要4巻6章「訴権について」第6節へのヤーソンの注釈第116番、同節へのアングルス・アレティヌスの注釈第11番、学説彙纂48巻10章第21法文への前掲ヒッポリュトゥスの注釈第10番、リーバ『助言集』第3巻第8章が同様の指摘をしており、勅法彙纂1巻2章最終法文へのヤーソンの注釈も同じである。ただし、前掲ヨアンネス・ルプスの注釈第11番、当該第15法文への前掲ヤーソンの注釈、勅法彙纂1巻2章最終法文への同じくヤーソンの前掲注釈、トマス・フェッラ『実務心得集』第48章がはっきりと指摘する通り、この場合、物が先に他人に売却されたことを第二買主が知っていたという事情から詐害行為が推定されているにすぎないことに注意せねばならない。学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第26法文への標準注釈は同じことを想定しており、第六書3巻4章第17節への前掲注釈もこの点に気付いている。更に、当該第15法文への前掲デ・サリケトの注釈は、法と事実について知る者についてのみ善意を否定する。同様に、勅法彙纂7巻75章第5法文への同じデ・サリケトの注釈の第1論題も、前掲バルドゥスの見解について異議を唱えているけれども、第二買主が詐害行為の関与者と判断されるためには悪意だけで十分であることは別の理由から明らかであり、デ・サリケトの異論の根拠は、勅法彙纂7巻75章第1法文へバルドゥスの注釈に従ったデ・サリケト自身の同法文への注釈によって極めて容易に覆される。一方、つい先ほど言及した他の著者たちは詐害行為を単純に扱っているが、特に反対のことを書いていないところからすれば、彼らも悪意から詐害行為を導いているように私には思われる。また、債権者への詐害行為として通常行われることに関して定められた諸法律をみる限り、先に他人に物が売却されたことを知りつつ同じ物を買ひ受け、自らに引き渡された物を受領する第二買主は詐害行為の関与者と見なされることとなろう。なぜなら、第二買主は、そのような引渡によって、売買目的物を占有しそれ故に当該物を引き渡す権能のある売主がその引渡を端的に義務づけられているにもかかわらず、そのような売主による売買目的物の引渡が完全に妨げられてしまうことを知っているからである。そして、まさにそのような詐害行為こそ、当該第15法文の解答を全く適用すべきではない根拠として十分であると、先に引用した著者たちは考えているのである。ところで、第一譲受人が売買を権原としているのに対して、先に物の引渡を受けた第二譲受人は贈与を権原としている場合、たとえ受贈者が先行する売買について知らず、従って善意で物を譲り受けたとしても、先に引用したバルドゥス、ヤーソン、ヨアンネス・ルプスの注釈に従えば、当該物を買ひ受けた者が優先されることになる。確かに、たとえば売買、つまり、譲渡について有償の権原の下であっても、譲渡が取り消されるためには売主とともに買主が詐害行為の関与者でなければならないが【学説彙纂42巻8章「債権者への詐害行為として何が為されたならば返還請求できるか」第1法文〔前書〕、贈与という権原に基づいて物が占有される場合には、詐害行為についての如何なる悪意も受贈者には要求されない【勅法彙纂7巻75章第5法文、及び、学説彙纂42巻8章第6法文11節】。この点に特に言及しているのは、前掲リーバ『助言集』第3巻旧版第8章、新版第4章である。”

為を構成するとしても、その売主からの目的物の受領それ自体から直ちに第二買主自身の詐害行為が導かれるわけではなく、「物が先に他人に売却されたことを第二買主が知っていたという事情から詐害行為が推定されているにすぎない *fraudem ex eo tantum praesumi, quod secundus emptor sciverit, rem alteri primo venditam fuisse*」ので、第二買主は自らが善意であること、つまり、「詐害行為の関与者 *fraudis particeps*」ではないことを証明して第一買主からの引渡請求を退けることができる。これに対して、「法と事実について知る者についてのみ善意を否定する *dum bonam fidem a sciente ius et factum excludit*」見解もあるが、「先に他人に物が売却されたことを知りつつ同じ物を買ひ受け、自らに引き渡された物を受領する第二買主 *secundus emptor, qui sciens rem primo alteri venditam fuisse, eandem emerit, ac sibi traditam acceperit*」は、「そのような引渡によって、売主による売買目的物の引渡が完全に妨げられてしまうことを知っている *scit, per hanc traditionem venditorem omnino impediri ad traditionem rei venditae*」はずであるから、「第二買主が詐害行為の関与者と判断されるためには悪意だけで十分である *scientiam sufficere, ut secundus emptor particeps fraudis iudicetur*」というのがコヴァルビアスの立場である。また、「第一譲受人が売買を権原としているのに対して、先に物の引渡を受けた第二譲受人が贈与を権原としている *primus emptionis titulum habet, posterior autem, cui res prius tradita fuit, causam donationis*」場合についても、「たとえ受贈者が先行する売買について知らず、善意で物を譲り受けたとしても、当該物を買ひ受けた者が優先する *etsi donatarius prioris emptionis inscius, ac bona fide rem gesserit, potior erit is, qui rem ipsam emerat*」とされており、有償の権原である売買と無償の権原である贈与を区別し、後者に依拠する譲受人との関係では無条件に廃罷事実訴権の行使を認めるバルドゥス等の見解がそのまま踏襲されている。ところで、第二買主への引渡によって第一買主への引渡が「完全に妨げられる *omnino impediri*」との推論は、Iで既にみた通り、売主に目的物引渡を介した所有権移転義務を課すことによって初めて成立する。もし売主が「利害関係の賠償によって免責される *liberabitur praestando interesse*」のであるならば、第二買主への引渡はそもそも第一買主に対する詐

害行為とはなり得ず、従って、悪意の第二買主に対する廃罷事実訴権も問題とならない。コヴァルピアスは、第15法文が妥当しない例外的事例を列举するに先立って、「売主が所有権者であり、かつ、所有権を物の引渡によって買主に移転したり物それ自体を引き渡すことが可能な場合には、端的に当該物の引渡が強制されるというまさにそのような仕方、で、売主の債務が発生する *mistam esse venditoris obligationem, ita quidem, ut si dominus sit, dominiumque per rei traditionem transferre possit in emptorem, aut rem ipsam tradere, praecise ad ejus traditionem cogendus sit*」との「通説 *opinio communis*」の權威を、ローマ法源に忠実に「売主は利害関係の賠償によって免責される *liberabitur venditor praestando interesse*」とするアンドレアス・アルチャート *Andreas Alciato* (1492-1550年)の人文主義的異論を意識しつつ確認しているが⁵⁴⁾、これは、

54) [...] *Receptum siquidem est frequentiori Docto. sententia, venditionem absolute nec dandum, nec ad tradendum, teneri, sed mistam esse eius obligationem, ita quidem, ut si dominus sit, dominiumque per rei traditionem transferre possit in emptorem, aut rem ipsam tradere, praecise ad ejus traditionem cogendus sit: si vero non habeat rem, nec ipsam tradere possit, ad interesse teneatur, iuxta Martini opinionem relatam a gloss. in l. 1. in princ. ff. de act. empt. et Accurs. in §. pretium. Instit. de emptio. et vendit. ubi tex. hanc partem probare videtur, quam veriore esse existiman Bartol. in d. l. certi conditio. nu. 21. ff. si cetum peta. et in l. stipulationes non dividuntur. qu. 8. num. 38. ff. de verborum obligat. ubi assserit hanc opinionem communem esse. idem eam secuti fatentur Imol. Abb. nu. 16. Felin. nu. 34. in c. cum Ioannes. de fide instru. Ias. in §. actionum. n. 147. de act. Rebuff. in l. unic. C. de sent. quae pro ea quod interest. in verb. quantitate. n. 10. Anton. Burgens. in Rub. de emp. col. 1. cuius examinationem omitto, scio etenim posse iure defendi, maximeque Iurisconsultorum autoritatib. probari. Venditorem etsi rem ipsam habeat, non posse praecise cogi eam tradere, dominiumque transferre, imo liberabitur is praestando interesse secundum Accurs. in d. l. 1. quae quidem opinio adversus communem late instruitur ab Alciato in d. l. unic. C. de sent. quae pro eo quod inter. col. 3. et seq. Sit modo satis rationem tradidisse, a qua non immerito d. l. quoties constitutio processit, ea vero diligenter inspecta aliquot perpendi poterunt ad ipsius constitutionis veram interpretationem. (Opera omnia, tom. II, 172.)*

“...《1. 物それ自体を占有している売主は端的に引渡を義務づけられる》というのも、諸博士の多数説によれば、売主は、与えることや引き渡すことを完全に義務づけられるわけではないが、その者が所有権者であり、かつ、所有権を物の引渡によって買主に移転したり物それ自体を引き渡すことが可能な場合には、端的に当該物の引

売主から第二買主への目的物引渡を詐害行為と位置づけ、廃罷事実訴権による第一買主の救済を認めるためにまさに必要不可欠の前提であった。

『問題解決集』に付されたユフェルの『覚書』では、悪意の第二買主に対して第一買主を優先させる箇所については、モリーナ『正義及び法について』やガイル『実務考察集』とともに、また、第二受贈者一般に対する優位に関しては、モリーナ、ヤーコプ・トミンク Jacob Thoming (1518-1576年) の『重要問題判決集 Decisiones quaestionum illustrium』(1579年)、及び、アントニオ・ガブリエリ Antonio Gabrieli (?-1555年) の『共通の解決及び意見集 Communes conclusiones et opiniones』(1570年)と並んで、ゴメスの『問題解決集』が、参照されるべき文献として補充されている⁵⁵⁾。全三巻から構成され

渡を義務づける売主の債務が発生すると解されているからである。これに対して、売主が物を所持していない場合や、物を引き渡せない場合には、利害関係について義務づけられるというのが、学説彙纂19巻1章第1法文前書への標準注釈に引用されているマルティヌスの見解、及び、法学提要3巻23章「売買について」第1節への標準注釈のアクルシウスの見解であり、後者の箇所では法文によって、バルトルスの学説彙纂12巻1章「貸与物について」第9法文への注釈第21番及び同45巻1章「言語に基づく債務関係について」第72法文への注釈の問題8番第38番がより適切と考えている見解が確証されているように思われる。その箇所で、バルトルスはこの見解が通説であると述べている。同様に、この見解に従う旨表明しているのは、グレゴリウス9世教皇令集2巻22章「証拠の信用性について」第10章へのヨアンネス・デ・イモラの注釈、[ニコラウス・デ・トゥデスキス：シキリアの]大修道院長の注釈第16番及びフェリヌス[・サンダエウス]の注釈第34番、法学提要4巻6章「訴権について」第28節へのヤーソンの注釈第147番、勅法彙纂7巻47章「利害関係に関して下される判決について」第1法文「額」の文言へのレププフスの注釈第10番、法学提要3巻23章の表題へのアントニウス・ブルゲンシスの注釈第1番である。この見解については、法によって裏付けられ、とりわけ法律家の権威によって確証され得ると思われるので、その吟味は差し控える。ただし、たとえ売主が物そのものを所持しているとしても、その物を引き渡して所有権を移転するよう義務づけることは決してできず、むしろ売主は、前掲アクルシウスの注釈に従い、利害関係の賠償によって免責されるという見解が、通説に抗して、勅法彙纂7巻47章第1法文へのアルキアトゥスの注釈第3欄以下において詳細に教示されているのは確かである。第15法文の勅法が由来すると言っても過言ではない根拠については以上において十分に論じられたとはいえ、この勅法の正しい解釈のために幾つか考察を試みることも無益ではなからう。”

55) “第5番：「第二買主が善意であるという前提において当該勅法を理解すべきこと

るゴメスの『問題解決集』は、ブレードローデの言う「内在的論証 *interna demonstratio*」と「外在的論証 *externa demonstratio*」の組み合わせという点ではコヴァルピアスとはほぼ同じ叙述方法が採られているが、他方で、「終意処分 *ultimae voluntates*」、「契約 *contractus*」、「不法行為 *delicta*」が各巻の「主題 *materiae*」として割り当てられ、各章の叙述もコヴァルピアスと比べて格段に体系的であり、二重売買については、売買一般の諸問題について扱う第2巻第2章の第20番において、「ある者が二人の者に一つの物を売却した場合、何れの者が優先されるべきか *si quis vendit duobus unam rem, quis praeferatur?*」との問いの下に詳細に論じられている⁵⁶⁾。「未だ引渡を受けていない第一買主は、その人的債権乃至訴権に基づいて、既に引渡を受けた第二買主を訴えることはできない *primus emptor, cui res non fuit tradita, non potest agere sua actione vel obligatione personali contra secundum emptorem, cui res fuit tradita*」との原則に続いて、「…の場合にも妥当し適用されるべく拡大せよ *extende, ut procedat et habeat locum in*…」との文言とともに当該原則の拡張事例を、「…の場合において妥当すべく特に制限して理解せよ *principaliter limita et intel-*

に疑問の余地はない。というのも、もし第二買主が悪意であるならば、つまり、先行する売買を知らなかったわけではない第二買主が同じ物を購入したならば、云々」について

モリーナ『正義及び法について』第2巻第369論「第七に…」の節、ガイル『実務考察集』第2巻考察55。更に、ゴメジウス『問題解決集』第2巻第2章第20番「第二の主要な制限として…」の節は、この見解が通説であるとした上で、裁判にあたっても忌避されるべきではないと主張しているが、その一方で、先に引渡を受けた第二買主をこの場合においても優先するのが、法的観点からはより適切であるとも述べている。そして、最終的には、諸博士の見解を調和させるために場合分けをしている。

「第一譲受人が売買を権原としているのに対して、先に物の引渡を受けた第二譲受人は贈与を権原としている場合、云々」について

付け加えられるべきは、ゴメジウス『問題解決集』第2巻第2章第20番「以上から導かれるのは…」の節、ヤコプス・トミンギウス『重要問題判決集』判決8第21番以下、ガブリエリウス『通説集』第3巻売買の章結論2第32番、モリーナ『正義及び法について』第2巻第369論「第七に…」の節である。”(Opera omnia, tom. II, 373.)

56) *Variae resolutiones*, tom. II, 443-448. 引用は1768年マドリード刊『著作全集 Opera omnia』のテキストによる。

lige, ut procedat quando…」との文言とともに当該原則の例外事例を、それぞれ列挙検討するというのがそこでの論証の手順である。拡張事例としては、二重贈与、二重賃貸、「善意占有者 *bonae fidei possessor*」による二重譲渡、擬制的引渡、第一買主による利害関係の賠償請求後の第二買主への引渡、聖職者による二重譲渡、「宣誓 *juramentum*」付きの第一譲渡がそれぞれ検討されており、第二買主の悪意の問題は、君主による譲渡や教会への譲渡のように物権移転に引渡が不要とされる場合、引渡の有無や先後が不明な場合、売主が二重譲渡しない旨約束している場合と並ぶ例外事例の一つとして位置づけられている。

ゴメスもやはりバルドゥス等による通説を確認するところから始める。すなわち、「第二の売買が、第一買主による物の取得を詐害する目的で行われ、第二買主がこの詐害行為に関与している場合 *quando secunda venditio fieret in fraudem primi emptoris, ut non habeat rem, et secundus emptor participavit de fraude*」には、「第二買主に対して引渡が為され、この引渡によってこの者に所有権が移転されたとしても、第一買主は、債権者を詐害する目的で処分されたものを回復させるために付与される廃罷事実訴権によって、物とその引渡を求めることができる *licet secundo emptori sit facta traditio, mediante qua in eum sit translatum dominium, primus emptor poterit rem et traditionem revocare actione in factum revocatoria, quae competit ad revocanda ea quae sunt alienata in fraudem creditorum*」のである⁵⁷⁾。しかし、ゴメスは、この通説の權威をその

57) *Nunc vero limita et intellige praedictam sententiam et conclusionem, quae habet, quod si res vendatur vel donetur duobus, vel pluribus, ille praefertur in dominio, vel quasi dominio, cui res prius fuit tradita : Primo, [...]*

Secundo, principaliter limita et intellige, ut procedat quando secunda venditio alteri facta fuit celebrata bona fide, sine dolo malo et fraude : secus tamen est, quando fieret in fraudem primi emptoris, ut non habeat rem, et secundus emptor participavit de fraude ; quia tunc, licet secundo emptori sit facta traditio, mediante qua in eum sit translatum dominium, primus emptor poterit rem et traditionem revocare actione in factum revocatoria, quae competit ad revocanda ea quae sunt alienata in fraudem creditorum : argumento text. in leg. 1. et per totum. ff. de His quae in fraud. cred. et in leg. 1. Cod. de Revoc. his quae in fraud. cred. Et in terminis isto fundamento et ratione istam senten-

まま承認するのではなく、ユフェルが『覚書』で指摘している通り⁵⁸⁾、反論を想定した上で両者の調和を図っている⁵⁹⁾。それによれば、反論の論拠となるの

tiam et conclusionem tenet singulariter Bald. in Rub. Cod. de Rovoc. his quae in fraud. cred. alienata sunt. 1. col. num. 2. Salyc. in fin. eod. tit. et sentit Glossa ordinata in dict. leg. quotiens. Cod. de Rei vindic. in glos. 2. dum dicit, Id est, bona fide. et ibi Alber. et Salyc. et tenet ibi expresse Jas. et reputat singulare 6. col. 9. limit. tenet etiam Angel. de Aret. in §. Item si quis in fraudem. Instit. de Actionib. pen. col. et ibi Jas. 13. col. num. 116. ibi reputa illud dictum Bald. unicum, et non alibi: idem Jas. in leg. fin. cod. de Sacrosanct. eccles. pen. col. (Variae resolutiones, tom. II, 446-447.)

“次は逆に、上に提示した見解とその結論、すなわち、物が二人もしくはそれ以上の複数の者に売却された場合、最初に引渡を受けた者が所有権や準所有権において優先されるという見解と結論を制限して理解してもらいたい。第一に、…”

第二に、当該見解及び結論は、他の者に対して為された第二の売買が、悪意や詐欺行為なしに、善意で締結された場合に妥当するものとして特に制限して理解されたい。つまり、第二の売買が、第一買主による物の取得を詐害する目的で行われ、第二買主がこの詐害行為に関与している場合には、別様に扱われるのである。なぜなら、この場合、第二買主に対して引渡が為され、この引渡によってこの者に所有権が移転されたとしても、第一買主は、債権者を詐害する目的で処分されたものを回復させるために付与される廃罷事実訴権によって、物とその引渡を求めることができるからである。論拠となる法文は、学説彙纂42巻8章「債権者に対する詐害行為として為された事柄について」第1法文及び同章全体、勅法彙纂7巻75章「債権者に対する詐害行為として譲渡されたものの回復について」である。そして、勅法彙纂7巻75章の表題へのバルドゥス注釈第1欄第2番、同章最終法文へのデ・サリケトの注釈は、上記のような理由づけと趣旨において、この同じ見解及び結論を明解な語句でそれぞれ提示しており、勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」の前述第15法文への標準注釈第2番も、「つまり善意において」と述べる限りにおいて同様に考えているし、同箇所へのアルベリクス、及び、デ・サリケトの注釈も同じである。また、同箇所へのヤーソンの注釈も同じ立場であることは明らかであり、同注釈第6欄第9番ではこれを特殊な例外と位置づけている。更に、法学提要4巻6章「訴権について」第6節アングルス・デ・アレティヌスの注釈第11番、及び、同節へのヤーソンの注釈第13欄第116番もそのように解しており、後者では、当該見解がバルドゥス独自のもので他にはみられない旨考察されており、勅法彙纂1巻2章「聖なる教会とその財産及び特権について」最終法文への同じくヤーソンの注釈最後から二番目の欄も同旨である。”

58) 注55参照。

59) Advertendum tamen, quod licet ista sit communis opinio, et satis aequa, et ab ea non recedendum in iudicando et consulendo; tamen in puncto juris non videtur vera: Imo videtur, quod etiam isto casu secundus emptor, cui prius res fuit tradita, praeferatur. Et

hoc hac inconvincibili ratione ; quia etiam fraude utriusque probata, non est agendum revocatoria contra possessionem, nisi prius facta excussione in bonis principalis debitoris, ut *in leg. 1. Cod. de Revoc. his quae in fraud. credit. alienata sunt.* ibi : *Bonis ejus excussis.* et ibi communis tenet etiam Glossa, et communis opinio *in dict. §. Si quis in fraudem. Instit. de Actionib.* Sed in nostro casu venditor tenetur primo emptori ad interesse rei, ubi non tradita est, ut *in leg. 1. ff. de Action. empt.* Ergo eo solvente mediante praedicta excussione, non tenetur secundus emptor et possessor. Confirmatur : quia cum ex natura contractus venditor teneatur ad tradendum, et sic ad factum, sequitur quod ad hoc debet coneniri ; unde cum non habeat facultatem tradendi, succedit obligatio ad interesse : Ergo eo soluto, non agitur revocatoria contra secundum emptorem, cui res fuit tradita : argumento text. *in leg. Stipulationes non dividuntur. vers. Celsus. de Verbor. obligation.* et eorum, quae ibi notat Bart. maxime 15. col. num. 39. Et ex ista consideratione istam sententiam et conclusionem tenet notabiliter Salyc. sibi contrarius, *in leg. penult. Cod. de Revoc. his quae in fraud. creditor. alienata sunt. 1. col. 2. quaest. num. 6.* Sed substinendo primam communem opinionem, potest huic difficultati responderi, quod praedicta excussio requiratur quando debitum erat in quantitate ; et ita procedant et intelligantur jura in contrarium adducta : secus tamen est, si debitum consistat in specie certa et determinata, ut in nostro casu ; quia tunc, fraude utriusque probata, potest agi revocatoria, nulla excussione facta, quia alias non plane consulitur ipsi creditori, hoc est, emptori primo. Et confirmatur subtili ratione : quia ex contractu emptionis et venditionis praecise tenetur venditor dare, si habet facultatem tradendi, ut tenet Glossa et communis opinio *in leg. 1. ff. de Action. empt.* et dixi suo loco : Unde in nostro casu, ut rem sibi debitam primus emptor consequatur, merito poterit agere revocatoria : et iste fuit sensus Bald. et DD. *ubi supra.* (Variae resolutiones, tom. II, 447.)

“しかしながら、以上が通説であり、非常に衡平であるので、裁判や鑑定において忌避されるべきではないとしても、法的観点からみれば限り正しいとは思われないとの反論があり得る。むしろ、上記のような場合であっても、先に物の引渡を受けた第二買主が優先されるべきであるとされるのである。そして、これは次のような否定しがたい根拠に基づく。すなわち、[売主と第二買主] 双方の詐害行為が証明されたとしても、まず主たる債務者の資産への検索が為されなければ、廃罷訴権を占有者に対して行使することはできないからである。これは、勅法彙纂7巻75章第1法文に「その財産を検索した上で」とある通りであり、同箇所に関する標準注釈を含めた通説、及び、法学提要4巻6章第6節に関する通説も同じ立場である。然るに、我々が扱っている事例において、売主は、学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第1法文にある通り、引渡が為されなかった場合に、第一買主に対して目的物の利害関係を義務づけられているにすぎない。従って、上述の検索によって売主が支払う限り、第二買主、すなわち、占有者は何も義務づけられることはない。これは以下の理由によって裏付けられる。すなわち、契約の性質上、売主は、引き渡すこと、つま

は、第一に、法源上⁶⁰⁾、廃罷事実訴権を行使する前提として債務者の「資産 bona」の「検索 excussio」が要求されており、「双方の詐害行為が証明されたとしても、まず主たる債務者の資産への検索が為されなければ、廃罷訴権を占有者に対して行使することはできない etiam fraude utriusque probata, non est agendum revocatoria contra possessionem, nisi prius facta excusio in bonis principalis debitoris」という点、第二に、そのような「主たる債務者 principalis debitor」に相当する売主も、「契約の性質上、引き渡すこと、つまり、為すことを義務づけられている ex natura contractus venditor tenetur ad tradendum, et sic ad factum」にすぎないので⁶¹⁾、「引き渡す権能を有していない場合には、代わりに利害関係への債務が発生することになる cum non habeat facultatem tradendi, succedit obligatio ad interesse」という点である。従って、二重売買においては、「売主が、引渡が為されなかった場合に、第一買主に対して

り、為すことを義務づけられているので、この為すことについて訴えられる必要があり、それ故また、引き渡す権能を有していない場合には、代わりに利害関係への債務が発生することになるのである。結局、この利害関係が支払われる以上は、物の引渡を受けた第二買主に対して廃罷訴権を行使できない。論拠となるのは、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第72法文〔前書〕の「ケルススは…」の一節、及び、特にバルトルスが同箇所への注釈第15欄第39番で述べている点である。また、デ・サリケトが、勅法彙纂7巻75章第5法文への注釈第1欄第2問第6番で、同様の考慮に基づいてこの見解及び結論を支持しているのは著しい自己矛盾である。とはいえ、このような困難に対しては、最初の通説を支持した上で、上記の検索は債務が数量に基づく場合に要求されるものであると答えることができる。その場合、法は、以下の通り、反対の方向へと導かれるのが分かる。すなわち、我々の扱う事例のように、債務が特定物乃至確定物を内容とする場合には、事情は異なるのである。というのも、この場合、双方の詐害行為が証明されたならば、検索無しに廃罷訴権を行使できるからであり、もしそうでなければ、債権者、つまり、第一買主が全く救済されないことになるからである。この点は次のような単純な理由に基づく。すなわち、学説彙纂19巻1章第1法文に関する標準注釈及び通説が支持し、私も同箇所ですべたように、売主は、売買契約に基づいて、引き渡す権能を有している限り、端的に与えるべく義務づけられるのである。従って、我々の扱う事例においても、第一買主が自らに対して義務づけられていた物を追求するために、廃罷訴権を行使できるとするのが適切であり、これこそ先に触れたバルドゥス及び通説の趣旨であった。”

60) C. 7, 75, 1. Antonin. [213]

61) D. 44, 7, 3, pr.

目的物の利害関係を義務づけられる *vendor tenetur primo emptori ad interesse rei, ubi non tradita est*』というだけで、「利害関係相当額を検索に応じて売主が支払う限り、第二買主、すなわち、占有者は何も義務づけられることはない *solvente mediante excussione, non tenetur secundus emptor et possessor*」。つまり、「物の引渡を受けた第二買主に対して廃罷訴権は行使されない *non agitur revocatoria contra secundum emptorem, cui res fuit tradita*」のである⁶²⁾。これに対して、ゴメスは、「債務が数量に基づく *debitum est in quantitate*」場合と「債務が特定物乃至確定物を内容とする *debitum consistit in specie certa et determinata*」場合、つまり、種類物債権と特定物債権を区別することによって、上記反論と通説との矛盾のない並存を主張している。この区別は、I でみた通り、バルドゥスが既に主張していたものであり、ここでは、それが、売主に与える義務を課すバルトルス等の見解と組み合わせられて敷衍されている。すなわち、「売主は、売買契約に基づいて、引き渡す権能を有している限り、端的に与えるべく義務づけられる *ex contractu emptionis et venditionis praecise tenetur venditor dare, si habet facultatem tradendi*」との見解に従えば、第二買主への引渡によって売主に対する第一買主の特定物債権の行使が妨げられることになるので、「検索無しに廃罷訴権を行使できる *potest agi revocatoria, nulla excussione facta*」と解すべきであり、目的物を占有する第二買主に対する引渡請求をそれでもなお認めないということになれば、「債権者、つまり、第一買主が全く救済されないことになる *non plane consulitur ipsi creditori, hoc est, emptori primo*」というのである。他方、「売主が最初にある者に物を売却するか、もしくは、その他有償の権原を付与しながら、その後、別の者に贈与その他の無償の権原を付与し物を引き渡した *vendor primo vendidit rem uni, vel alio titulo oneroso concessit, et postea titulo donationis vel lucrativo alteri concessit et tradidit*」場合については、「売主が詐害目的で譲渡し

62) 逆に言えば、第一買主への与える債務、つまり、所有権移転義務が売主に課されなくとも、債務者たる売主の無資力が明らかとなれば、第二買主に対して廃罷訴権を行使することは可能だが、そうだとすると、物それ自体の引渡を求めることはやはり不可能ということになる。

たとえられる以上、たとえ占有者がその詐害行為に関与していなかったとしても、この占有者に対して、第一買主は廃罷訴権を行使できる *primus emptor poterit agere revocatoria contra possessorem, cum venditor videatur alienasse in fraudem, licet possessor non participavit de ea*』とされ、第二受贈者の悪意を要求しないバルドゥス等の見解が支持されている⁶³⁾。

63) *Ex quo deducitur et infertur satis subtiliter et singulariter, quod si venditor primo vendidit rem uni, vel alio titulo oneroso concessit, et postea titulo donationis vel lucrativo alteri concessit et tradidit; etiam isto casu primus emptor poterit agere revocatoria contra possessorem, cum venditor videatur alienasse in fraudem, licet possessor non participavit de ea: ex eo quod primus emptor habet et praetendit causam onerosam, et possessor lucrativam; quo casu sufficit fraudem esse in solo alienante, ut in leg. 1. in princ. ff. Quae in fraud. credt. et in leg. Quod autem. §. Hoc edictum. juncto §. Simili modo. et in leg. Ait Praetor. §. Quod sit. et in leg. Si fraudator. eod. tit. et in leg. penult. Cod. de Revoc. his quae in fraud. credit. alienat. sunt. et in leg. 7. titul. final. partit. 5. Ergo sicut eo casu, quo uterque praetendit titulum onerosum, prius debet praeferrri, quando in fraudem fit traditio secundo, et uterque participavit de fraude, ut dixi in casu praecedenti: ita in nostro casu, quando secundus, cui facta fuit traditio in fraudem, habet et praetendit titulum lucrativum, emptor, vel ille qui habet titulum onerosum, debet praeferrri, et poterit revocare traditionem factam in fraudem, licet donatarius, vel ille qui praetendit titulum lucrativum, non participavit de fraude. Et utroque casu militat doctrina et conclusio Bald. et DD. in locis supra proxime allegatis. Et si bene advertatur, iste videtur sensus text. in dict. leg. Quotiens. Cod. de Rei vindication. ubi dicit de duobus praetentibus causam lucrativam, et omitit istum tertium casum, quando unus praetendit causam onerosam, alius vero causam lucrativam: et in expresso ita tenet solus Jas. in dict. leg. Quotiens. 6. col. limiation. 10. quod reputo novum, et subtile. (Variae resolutiones, tom. II, 447.)*

“以上から、十分な明確さと独自性をもって導かれ引き出されるのは、売主が最初にある者に物を売却するか、もしくは、その他有償の権原を付与しながら、その後、別の者に贈与その他の無償の権原を付与し物を引き渡したならば、その場合も、売主は詐害目的で譲渡したと考えられる以上、たとえ占有者がその詐害行為に関与していなかったとしても、この占有者に対して、第一買主は廃罷訴権を行使できるという点である。つまり、第一買主が有償の権原を、占有者が無償の権原を、それぞれ有しており、それを主張しているという事情があれば、その場合、譲渡者にのみ詐害行為が存在すれば十分なのである。これは、学説彙纂42巻8章第1法文前書、同第6法文3節と8節の組み合わせ、同第10法文2節、同第25法文、勅法彙纂7巻75章第5法文、及び、王国法第5部最終章第7法文にある通りである。従って、双方の譲受人が有償

以上、コヴァルピアスもゴメスも、「諸博士」の「通説」に依拠しながら、互いにほぼ同じ議論を展開しており、まさにそのような「通説」との連続性と相互の類似性の故に、17世紀の法律家たちは、彼らの学説をいわば新たな「通説」と位置づけ、その権威に頼ることができた。ただし、そのような「通説」の継承過程は決して単純ではない。Iで検討した通り、17世紀の法律家は、一般に、廃罷事実訴権の転用による第一買主の保護を正面から議論することなく、第二買主の悪意を所有権取得及び所有物取戻訴権付与の消極的要件として位置づける傾向が強かったが、そのような学説の微妙なニュアンスの変化もやはり、(おそらくはヤーソン等の注釈に示唆を受けて)第15法文が体现する原則に種々の例外を対置したコヴァルピアスとゴメスの論法によってもたらされたのである。

(完)

的権原を主張している場合、先にそのような事例について述べたように、第二買主に対する引渡が詐害行為となり、かつ、売主と第二買主の何れもが詐害行為に関与しているならば、第一買主が優先されるのに対して、先に詐害行為となる引渡を受けた第二買主が無償の権原を有しそれを主張している場合は、贈与者もしくは無償の権原を主張する者がたとえ詐害行為に関与しなかったとしても、売主あるいは有償の権原を有する者が優先され、詐害目的で為された引渡を取り消すことができる。何れの事例においても、すぐ上に引用した箇所におけるバルドゥスや通説の見解や結論が役立つ。更に、既に触れた勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文〔第2節〕では、二人の譲受人が無償の権原を主張している場合について言及し、一方が有償の権原を、他方が無償の権原を、それぞれ主張するような第三の場合を省いてはいるけれども、その趣旨は、よく注意するならば、以上のような趣旨であると分かる。そのように明確に述べているのは、同法文へのヤーソンの注釈第6欄第10番だけであり、私はこれを目新しくかつ正確であると考え。”