

## 《論 説》

## 近世封建法学の方法と法文解釈

——ローゼンタール『考察と概略』の方法論的分析——

藤 田 貴 宏

主として封建法書の注釈という形で展開された中世封建法学は封建法概念上術語上のローマ法化を達成したが、16世紀以降、ローマ法が帝国法としての地位を名実ともに確立して行くのに呼応して一層強く意識されるに至ったのは、ローマ普通法と封建法との体系上解釈上の調和という課題である。この時代、封として際限なく分割配分される一連の国王大権は、その本来の機能を離れて、時に領邦権力の確立手段として用いられ、時に財産権の一種として純粹に経済的な関心の下に処分取引されていた。このような現実を見据えつつ、早くから法学識者の注釈対象となり事実上帝国法としての地位を確立していた封建法書とその注釈の蓄積を、ザクセンシュピーゲルのレーン法を初めとする各領邦固有の封建法、封建慣行、帝室裁判所の実務等にも配慮した上で、いわば封建普通法として、ローマ普通法と論理整合的な形で再構成することが、帝国の封建法学者たちに強く求められていたのである。そのような法学的営為は、一方では、法一般に応用可能なトピカ的論理学に依拠した体系化、他方では、ローマ法源との整合性の探究という二つの方向において展開された。本稿では、この二つの課題に同時に取り組んだハインリッヒ・フォン・ローゼンタール Heinrich von Rosenthal (?-1625?年)の『全封建法の考察と概略 Tractatus et synopsis totius iuris feudalis』(1597/1600年初版)を中心に、近世封建法学の方法論上の特質を概観することにした。

## I

皇帝ルドルフⅡ世に献呈された『考察と概略』第1巻には、執筆の目的と経緯から、叙述上の方針や工夫を経て、第2巻の出版予定、果ては製本上の助言に至るまで実に詳細かつ周到な読者宛序言が付されており、そこには、著作の題名にも示唆されている通り、雑多な素材に通覧可能で首尾一貫した秩序を付与する教育的方法的関心と、現実の法生活の要求を汲み取り既存の法体系の内部において整合的な問題解決を試みる実務的解釈的関心とを両立させ調和させようとする態度を読み取ることができる。序言の冒頭、ローゼンタールは、「嫉妬にかられた多くの人々の悪意に満ちた解釈や歪曲、欺瞞に満ちた人々の犬のごとき罵詈雑言に耐え忍んだ経験のない者が、率直かつ明白に、しかも学識深く、慎重かつ有益な仕方で著述することなどほとんどあり得ないのだと思ひ知らされた *animadverti, quod vix quemquam tam candide, tam solide, ac docte, tam diligenter, utiliter, scripssisse comperiam, qui non plurium invidorum traductiones lividas, calumnias multas, et Sycophantarummorsus canios, atque insectationes aculeatas perpressus fuerit*」と述べて、『考察と概略』執筆の直接の契機が、同書の前身に当たる『全封建法概要』(1588年)に向けられた誹謗中傷にあることを示唆した上で、「優美な教養に満ちてはいるがしかし節度なく墮落し退廃したこのような時代に敢えて著作を公表する者 *is, qui in publicum prodit, inprimis seculo hoc, licet delicate literaro, tamen praeter modum exulcerato, malo, ac misero*」としての決意を表明している<sup>1)</sup>。そのような決意を根底において支えていたのはカルヴァン主義者としての宗教的使命感であった<sup>2)</sup>。

1) “著者が親愛なる読者にご挨拶申し上げる。

親愛なる読者よ、以前、それはちょうど学問や言語その他の極めて豊かな天性の教養(これによって善き人々は習俗や外面的領域を識別するものである)を直に体験するためにイタリアとフランスを旅していた頃であったが、私が封(あるいは貴方は封建的な奉仕や軍役という呼称を好むかもしれない)に関する法及び慣行全体を確実な方法によって『概略』の形に未熟ながらも苦労してまとめ整理したのは如何なる考え

と見通しに促され駆り立てられたのか、そしてまた同じく、その『概略』を今から九年前に上梓したのは如何なる動機、目的、意図があつたのかについては、同書の冒頭に付されこの頁から八頁後に印刷されている読者宛序言の中に率直に述べた。簡潔さへの努力をめぐってはその序言で述べたことが思い起こされるし、ここでもそれを繰り返したいと考えている。しかしその後、研究に打ち込んでいたまさにその時期に同書の公表を思い立ったのは時期尚早であつたのではないかとの思いにしばしば駆られるようになった。それ故、いつの日か、既に公刊したものを改訂し増補するのではなくて、封建法及び慣行について注釈し他の領域にも言及する十分に正当かつ極めて重大な理由が私にはあるように思われた。というのも、優美な教養に満ちてはいるがしかし節度なく墮落し退廃したこのような時代に敢えて著作を公表する者が、どれほどの困難と危険にその身を曝し、自らに対する万人の判定を惹起し受け取ることになるか私は気付いたからである。つまり、嫉妬にかられた多くの人々の悪意に満ちた解釈や歪曲、欺瞞に満ちた人々の犬のごとき罵詈雑言に耐え忍んだ経験のない者が、率直かつ明白に、しかも学識深く、慎重かつ有益な仕方でも著述することはほとんどあり得ないと思ひ知らされたのである。そしてこれは驚くべきことではない。というのも、御存知のように、他の点では全く非の打ち所はなく偉大と思われることを望み実際に多くの人々からもそう思われている人々さえ、そのような羨望や嫉妬という不徳故に卑劣な行動に出て、あろうことか、分別を失ひ傲慢さに促され尊大になることがしばしばあるからであり、このような人々は十分に罰せられ、この問題の正しき裁き手である神に日々その罪を償っているものと貴方は考えるかもしれないけれども、実際のところ、彼らは、自分に好意を示しあるいは好都合な者を生涯に渡って探し求め、善き人を侮蔑し遠ざけ虚言をもって陥れ、ある時は公然とある時は密かに嘲り、危害、不利益、誹謗、虚言、侮辱その他の手段で攻撃している。古人「オウィディウス」が正しくかつ賢明にも「よく隠れたる者こそよく生きたり」[Trista, 3, 4, 25.]と言ったが、ここでは経験そのものがその証人となっている。”(Tractatus, 3. v. 引用は1610年ケルン刊のテキストによる)

- 2) “更に付け加えるならば、キリスト教会自身やキリスト教国家にふりかかるあらゆる種類の災い、例えば、争乱、戦争、暴動、不正、孤児や寡婦その他不幸な人々への抑圧、不信心、隣人愛忘却の恐れのような数限りない苦難が大挙して次々と我々の時代を襲い、隅々まで蹂躪し覆い尽くしている。つまり、神がその偉大な到来に近いことを予示する徴のほとんど全てを用いているために、疲弊し苦難によって押しつぶされ罪と恥ずべき行いに倦怠した諸元素がざわめき立ち、この世がじきに崩壊し神の存在を間違いなく知らしめるであろうと警告しているのである。たとえある者が敬虔な心でこの事態を想起し吟味して、このような苦難を回避しあるいは少なくとも不遜な企みの勢いを弱めることはそれほど困難ではないと考えたとしても、そのような努力の勢いは何かのきっかけで失われ、より一層敬虔で遙かに有益であり、永久に存続するであろう神学研究へと心奪われ導かれ、他の事柄を投げ出してしまふかもしれない。しかし、私にとってこの事態はむしろ非常に好都合であるように思われた。というのも、私がこの著作を公にしたのは、大部の著作を公刊する人々が多くの場合そう

「人間 homo」にとって「聖書に従い自らの天職と任務に絶えず勤勉にいわば掟に縛られたかのように没頭すること *vocationi ac officio suo sacris literis assidue et diligenter incumbere, quasi praecepto constrictum*」のみが「神 Deus」の意に適う生き方であり、「大多数の人々の公共の利益、従ってまた、神の栄光に関わり含まれると考えられる事柄を、人間の不徳や悪意、忌まわしい心根のために放置しなおざりにするのではなく、共通の祖国の発展のために神からの賜り物をいつ何時でも捧げるべく義務づけられているのだと肝に銘じることこそ善き人間に相応しい *virum bonum non decet, illa quae ad publicam multorum utilitatem, et consequenter ad Dei gloriam pertinere ac manere posse videntur, propter hominum vitia, malitiam, et animos ingratos praetermittere, et negligere, sed potius eo, et in communem patriam iuvandam, dona sua, qualia*

であるのとは違って、執筆料目当てでも誰か庇護者からの報酬を望んでいたからでもないからである。それどころか、私は私財を抛ち有利な仕事をしばしば断念しつつそれを思索し書き上げた。しかも、帝国等族や要人の多くの重大な事件の助言や弁護にしばしば関わり、私事や友人たちの問題に忙殺されたために、職務が注釈を書き上げる時間と閑暇を削り奪い取った。しかしながら、親愛なる読者よ、このような事態は、取りかかった作業を遅延させたけれども、それを投げ出し放棄してしまうほどの重荷にはならず、むしろ、他の事情が、帆を畳むことなく著述を続け神の御加護によってこれを完成すべく動機づけ促し、後悔が入り込むのを妨げたのであり、実際、恵み深き神の意志によって法及び法律の公的研究へとそれがまるで自分に定められた任務であるかのように手を引かれ導かれたように思われ、そのような導きが無ければこの種の著述や注釈に向かい取り組むべく促されることはそもそもなかったはずである。ここで想起されるのは、人間が労働へと生まれついており、額に汗してパンを得るべく神に命じられているが故に、働かざる者は食に与り得ない定めであるという点であり、そうである以上、人間は聖書に従い自らの天職と任務に絶えず勤勉にいわば掟に縛られたかのように没頭すべきものと私には思われ、作業の厄介さや挫折への恐れ、あるいは、不当な世評や苦々しい侮辱に押しつぶされ妨げられて、神から私に与えられた任務を放棄することは不信心で神の言葉に反することと考えられたし、実際そのように解さねばならない。というのも、大多数の人々の公共の利便、従ってまた、神の栄光に関わり含まれると考えられる事柄を、人間の不徳や悪意、忌まわしい心根のために放置しなおざりにするのではなく、共通の祖国の発展のために神からの賜り物をいつ何時でも捧げるべく義務づけられているのだと肝に銘じることこそ善き人間に相応しいからである。” (Tractatus, 3. v.)

etiam cumque offerre, obligatum esse, mente recolere」。このように「神の栄光 Dei gloria」のみを支えとしそれを自らの行いによって積極的能動的に確証する生き方を旨とするカルヴァン主義の立場からすれば、「作業の厄介さや挫折への恐れ、あるいは、不当な世評や苦々しい侮辱に押しつぶされ妨げられて、神から与えられた任務を放棄すること stationem a Deo attributam, vel taedio laborum, vel formidine periculorum, vel temporis iniuria, et asperitatis difficultate fractum et absteritum deserere」が「不信心で神の言葉に反する impium, et Dei verbo contrarium」のは明らかである。「恵み深き神の意志によって法及び法律の公的な論究へとそれがまるで自分に定められた任務であるかのように手を引かれ導かれたように思われる me Dei benigni voluntate ad publica iuris, et legum studia, tanquam in stationem meam quasi manu ductum video」と述べるローゼンタールもまた、宗教改革に起因する政治的社会的緊張が最高度に達していた三十年戦争前夜、「神がその偉大な到来に近いことを予示する徴のほとんど全てを用いているために、あたかも疲弊し苦難によって押しつぶされ罪と恥すべき行いに倦怠したかのように諸元素そのものが極限までざわめき立ち、この世がじきに崩壊し神の存在を間違いなく知らしめるであろうと警告しているように見える Deus signa magnum illum adventum proxime praesagentia fere omnia effundit, ita ut elementa ipsa tanquam fessa, laboribusque fracta, peccatorum ac flagitiorum pertaesa ad finem anhelare, ac praedicere videantur, quod mundus mox dabit ruinam, et tandem falsum non sinet esse Deum」との現状認識によってその終末論的世界観を先鋭化させていたカルヴァン主義者の一人として、この『考察と概略』の完成を自らの「天職 vocatio」と位置づけたのである。しかし、そのような「法と法律の公的な論究 publica iuris et legum studia」の成果、つまり、「様々な無数の書の内に散在し多くの場合議論の余地のある法と正義の諸準則が一書にまとめられ、学習者のみならず官吏や訴訟代理人、そして、節度ある知性を有する全ての人々が、それぞれの職務へと促され困難な問題に短時間で対処できるように、簡便な方法に即して作成された図表にそれらの諸準則が配置される iuris ac iustitiae praecepta, variis et infinitis libris sparsa, plerumque etiam controversa, in unum contrahuntur, ac quasi in tab-

ula facili methodo proposita, tam studiosis quam magistratibus, caussarum patronis, ac omnibus mediocris ingenii hominibus contemplanda exhibentur, ut officii sui admoneantur, et tricis quaestionum brevissimo tempore sese expedire possint」ことが、「より一層敬虔で遙かに有益であり、永久に存続するであろう神学研究 meriora pietatis, ac longe pretiosiora studia theologica, in aeternum permansura」と同様に、「大多数の人々の公共の利益 publica multorum utilitas」となり、「神の栄光に関わり含まれる ad Dei gloriam pertinere ac manere」ということが果たして可能なのか。「正義が行われるならば、それだけ一層容易かつ効果的に苦難を救い悪を行う者を糺すことができる si iustitia laborat, tanto promptius, et vehementius rebus afflictis succurrendum, et malum grasans coercendum est」のは確かであるが、その一方で、「一つの問題あるいは法分野のために夥しい書物を繙き調べる機会が与えられているのはごく僅かな人々に限られ、我々は、知識への探求心と愛に如何に強く導かれようとも、本性上、簡潔さ、明瞭さ、确实さを求めざるを得ない est paucis, concessum et datum, ob unam quaestionem, vel iuris partem, tot tanta volumina scire aut exantlare, et quotquot scientiarum cognitione et amore ducimur, brevitatis, perspicuitatis, et certitudinis studiosi natura sumus」。それ故、この種の著作の簡便さは、「正義 iustitia」の実現に努める人々に多大な利便をもたらすことになる。ここでもう一つ指摘されているのは法学と神学の密接な連関である。というのも、「法学 iurisprudentia」それ自体、「衡平と善の技芸 ars aequi, et boni」として単に正義を追求するだけでなく、同時にまた、「自らの信奉者を神への信仰から遠ざけることなく、それどころかむしろ神へと向かわせ全身全霊をもって神を賛美させるという意味でキリスト教的性格を有している Christiana ita comparata est, ut cultorem suum a cultu divino alienum non faciat, quin potius ad eum instiget, animo ac mente ad Deum extollat」からである。その上で、ローゼンタールは、「法学がキリスト教信仰の明白な特質を幾つか備えている以上、これと神学と結びつけることが敬虔な人間にとって有益であるのみならず、信頼に足る法律家になりたいと思う場合にはそれが不可欠でさえある iurisprudentia praecipua Christinae fidei aliquot capita complectitur, ut hinc

homo pius non modo commoditatem, sed et si iurisconsultus solidus esse desideret, necessitatem habeat, theologica mediocriter coniungendi」とまで言い切つて、「法律家 iurisconsultus」もまた一信仰者として「神の国を求めること quaerere regnum Dei」を至上命題とすべき旨主張する<sup>3)</sup>。とはいえ、『考察と概略』では、以上のような信仰上の立場が、例えば、カルヴァン主義者として同様の使命感を有していたと考えられるヨハネス・アルトゥジウス Johannes Althusius (1557-1638年)の『ディカエオロギカ Dicaeologica』(1617年)のように、聖書や神学文献の豊富な援用<sup>4)</sup>という直接的な形で表示されることはない。これは、封建法という法分野の特殊性というよりは、むしろ、次に見るような実務重視の叙述方針によるものと解される。しかし、帝室裁判所を中心とした帝国の法実務に対するそのような敬意と献身を根底において支えていたも

- 
- 3) “しかも、正義が行われるならば、それだけ一層容易かつ効果的に苦難を救い悪を行う者を糺すこともできる。そして、様々な無数の書の内に散在し多くの場合議論の余地のある法と正義の諸準則が一書にまとめられ、学習者のみならず官吏や訴訟代理人、そして、節度ある知性を有する全ての人々が、それぞれの職務へと促され困難な問題に短時間で対処できるように、簡便な方法に即して作成された図表にそれらの諸準則が配置されるならば、そのような正義の作用に極めて有益かつ有意義であるように思われる。実際、「人生は短く技芸は長い」[Seneca, De brevitate vitae, 1, 1.]のであり、一つの問題あるいは法分野のために夥しい書物を繙き調べる機会を与えられているのは僅かな人々に限られ、我々は、学問への探求心と愛に如何に強く導かれようとも、本性上、「簡潔さ」、「明瞭さ」、「確実さ」の愛好者なのである。また私は、誰もが同じように忌まわしい態度で罪を犯しているわけではなく、好ましい態度でそのような作業、つまり、良き企てに従事し敬意と努力を惜しまない人々が依然として存在するものと考えている。我々の法学もまた、自らの信奉者を神への信仰から遠ざけるのではなく、それどころかむしろ神へと向かわせ全身全霊をもって神を賛美させるという意味でキリスト教的と言える。確かに、法学とは、「神事並びに人事の知識」[Inst.1, 1, 1.]であり、「衡平と善の技芸」[D.1, 1, 1, pr.]である。そのような法学の普遍的原理は、「誠実に生きよ、他人を害するなかれ、各人に各人のものを与えよ云々」[D.1, 1, 10, 1; Inst.1, 1, 3.]というものである。しかしながら、法学がキリスト教信仰の明白な特質を幾つか備えている以上、これと神学と結びつけることが敬虔な人間にとって有益であるのみならず、信頼に足る法律家になりたいと思う場合にはそれが不可欠でさえある。実際、何よりもまず必要と考えられるのは神の国を求めることである。”(Tracrarus, 3.v.-4.r.)

のこそ、「神の栄光」を現世に確証すべく定められている一信仰者としての決意に他ならない。その意味で、信仰は、ローゼンタールにとって、法律家としての方法的関心と実務的関心を両立させる不可欠の前提なのである。

続いて、ローゼンタールは『考察と概略』の内容的特長に論を進める。そこではまず、「前著 editio prior」、つまり『概要』の欠点が列挙される<sup>5)</sup>。すなわち、「フランスの人々の著作をふまえておらずほとんど無数の誤植を含みしかも未完成である Gallorum operarum incuria innumeris fere mendis aepersa, et infecta」こと、「諸解決が多くの場合簡潔に過ぎるために曖昧さをもたらし、論拠をたびたび別の箇所から引き出し取り出すことが煩わしいだけでなく困難であった conclusiones feudales plerumque brevitate sua laborabant, idque obscuritatem saepe pariebat: rationes multoties aliunde petere et haurire molestum et difficile erat」こと、「それまで他人が集めたよりも多くの問題を盛り込

- 
- 4) この点については、Strohm, *Recht und Jurisprudenz im reformierten Protestantismus 1550–1650*, in: ZRG KA 123 (2006), 453–493 (459–461). を参照。なお、アルトゥジウスとローゼンタールはほぼ同時期（前者は1586年7月、後者は1588年10月）にバーゼル大学法学部で博士号を取得している（Mommensen, *Katalog der Basler juristischen Disputationen 1558–1818* (1978), 159/162.）。当時バーゼルが再改革派領邦出身の法学生の学位取得地として人気を博した背景等については、Strohm, 462–477. 参照。
- 5) “更に私の場合には、先に公表したものを手元に取り戻し改訂増補した上で学界に再び問うべく強いられ促されている。というのも、フランスの人々の著作をふまえておらずほとんど無数の誤植を含みしかも未完成であると思われたにもかかわらず、数年に渡ってそれが売り出されしかも大いに売れていると聞かされ、多くの学識深く有力な人々、とりわけ友人たちはそのように促し自分のことであるように推奨してくれたばかりか、様々な出版者が、もし私が着手しなければ、他人の手で再版し私の成果を妨害する旨脅してきたからである（私はそれを私自身の明確な意思に反するものとして聞き流したし、前著に含まれていた誤植や不都合を間違いなく増加させるであろうそのような再版はそもそも皇帝の特許状によって十年間禁じられているのであるから、読者はそのような出版物には十分に注意されたい）。その上、実践と経験、そしてまた事柄自体に教えられたところによれば、私の提示した封建法の諸解決が多くの場合簡潔に過ぎるために曖昧さをもたらし、論拠をたびたび別の箇所から引き出し取り出すことが煩わしいだけでなく困難でもあって、前著ではそれまで他人が集めたよりも多くの問題を盛り込んだのは確かであるが、そこには依然として最重要の事柄が漏れていたからである。” (Tractatus,)



んだにも関わらず、そこには依然として最重要の事柄が漏れていた *plures quaestiones quam ante me quisquam alius comportassem, tamen iis adhuc plurima deerant*」ことへの反省が、先にふれた誹謗中傷、更には、友人たちの勧めや出版者の脅しといった外的要因と相まって、全面的な改訂を促したというのである。そのような改訂作業の指針となったのは、「実務を熟知し法廷に出入りする者だけが辛うじてそのような試みに成功し得るのであり、実益と実務経験の伴わない法の理論的省察や思弁は、いわば心を欠いた身体あるいは目的に全く相応しくない題材のようなもので、健全な法学のあり方とは決して言えない *vix dum quenquam tale quid feliciter praestare posse, nisi in praxi bene esset exercitatus, ac in foro versatus : ac theoricam iuris meditationem et speculationem sine usu, et exercitatione practica, esse instar corporis sine anima, ac rei ad finem suum nunquam accommodatae, nec integram iurisprudentiae cognitionem dici posse*」という実務基底的な法学観であった<sup>6)</sup>。『概要』が、ウルリッ

6) “封に関わるあらゆる事柄を含み、法廷で採用されることもある異論をも逐一併記したより包括的で完全な版を心より望むに至ったのは以上のような理由による。まさにそれ故、私は節度ある態度で自省し、友人からも次のような率直な忠告を受けた。すなわち、実務を熟知し法廷に出入りする者だけが辛うじてそのような試みに成功し得るのであり、実益と実務経験の伴わない法の理論的省察や思弁は、いわば心を欠いた身体あるいは目的に全く相応しくない題材のようなもので、健全な法学のあり方とは決して言えない、と。そこで私は、両者を結びつけ、私の構想した著作により大きな利便と威厳とを与えるべく、1589年に、ヨハンネス・ネルウィウス氏の有り難いご招待を受けご相談申し上げる機会を得た。世評高く有徳で法の知識にも卓越した氏は、かつてかの帝室裁判所の誉れ高き陪席判事を二年に渡って務めた後、多くの君侯貴顕並びにシュトラスブルク市の公正この上ない顧問となり、数々の訴訟事件の著名な助言者かつ弁護人で、法廷や政治の事情に精通し、皇帝や諸侯の覚えもめでたく、その見識において私の同志とみなすべき方である。氏は、この企てが有益であり国を愛する全ての者にとって歓迎すべきものであるという理由で、閑暇の折にそれに着手し役立つ資料を収集するように私に勧め、そのために彼の蔵書、あるいは、彼や他の人の覚書を利用して下さった。氏が神の御意志により質素な晩年を過ごされ56歳をもって、ほとんど全ての愛国者の嘆きと悲しみの内に見送られ天国の安らぎへと召された時、私は、帝国の実務と名声に一層の貢献をなし、あたかも花咲き誇る草原で卓越した人々と論じ交わり彼らの所見に耳を傾け、対立のある見解の内では何が実務や法

ヒ・ツァジウス Ulrich Zasius (1461-1535年) の『封慣行略述 In usus feudorum epitome』(1535年)、マテウス・ヴェーゼンベック Matthaeus Wesenbeck (1531-1586年) の『封論 Tractatus de feudis』(1583年)、ヨーハン・シュナイデヴィン Johann Schneidewin (1519-1568年) の『封慣行略述 Epitome in usus feudorum』(1585年)、ヘルマン・ヴルテュス Hermann Vultejus (1555-1634年) の『封及びその権利について De feudis eorundemque iure』(1595年) 等と同じく、封建法全体を簡便な形で教示するという教育的方法的志向の強い便覧的著作であったのに対して、『考察と概略』では、「実務経験 exercitatio practica」と「理論的省察 theorica meditatio」を結合させる実務的解釈的志向をより前面に押し出すことによって、「封に関わるあらゆる事柄が、異論をも逐一併記した形で見出され、しかも、法廷において何が採用されているのか分かるようなより包括的で完全な版 editio solidior, et perfectior, in qua omnia ad feuda pertinentia, expressis cunctis etiam pugnantibus opinionibus, et quod in foro sequendum reperiri posset」が企図されたのである。1566年から1568年にかけて帝室裁判所のクールライン・クライス代表の初代第三陪席判事を努めたヨハネス・ネルヴィウス Johannes Nervius<sup>7)</sup>との交流や、帝室裁判所の所在地シュパイヤー滞在といったエピソードも強まる実務志向を裏付けるものと言える。そのような封建法実務への寄与という目標を果たすに当たって特に留意した点をローゼンタールは二つ挙げる。一つは、既存の封建法学説の網羅的な収集と整理である。「あらゆる優れた著者、とりわけ封建法に関して卓越した著者を広く渉猟し、如何に多くなろうともそれらを拾い集め整理し区分し考察した *conquisitis maiore ex parte omnibus bonis auctoribus, praesertim de hoc iure exstantibus, quotquot invenire datum fuit collegi, corrasi, dis-*

---

廷の支持を得ているのか確かめ吟味する手段を機会を得ることで、着手した作業を断念することなく更なる努力と便宜の下で継続できるよう、この上なく公正で世に聞かえた帝室裁判所のあるこの町に戻った。”(Tractatus, 4.r.)

7) バトルス・デナিশウス Petrus Denaisius の『帝室裁判所法 Ius camerale』所収の「帝室裁判所判事録 *Judicii Camerae Imperialis personae*」に拠る(ここでは1652年シュトラスブルク刊第七版724頁を参照した)。

posui diiudicavi, observavi」のは、中世以来の封建法学の蓄積にも関わらず、「この法のまさに全体を、ほとんどあるいは全く遺漏無しに、より頻繁に主張され実務にも受け入れられている見解を人々が支持する箇所と共に、手際よく一つの作品にまとめた者は見当たらない *neminem, qui totum hoc ius solide, plene, et ita, ut nihil vel parum admodum desiderari posset, commodè in unum aliquod opus, adiectis ubique singuli quam tenerent sententiam, quae frequentior esset, et usu obtineret, reperire licet*」からであり、これによって、膨大な文献を繙く「時間の浪費や多大な困難労苦 *iactura temporis, maxima difficultas, et molestia*」を解消することができる<sup>8)</sup>。もう一つは、市民法の知識を前提とした必然性のある論証である。「封の慣行や慣習がこれほど長期に渡って広く普及し自明のものとなり、学識者の間でさえ各人の信じるがままに論じることなどほとんどできない *usus et mores feudorum tam longe lateque diffusi sunt, ac patent, ut inter doctos etiam vix hoc dicimus quisque credat*」状況の下で、「あ

- 
- 8) “確かに、他にも非常に多くの人々がこの封建法に関する著述を公刊し、更に多くの人々が封建法のために注目と称賛に値する成果をあげているのは周知の通りではあるけれども、御存知のように、それぞれがそれぞれの論拠で注釈を施し、しかも彼らの多くはある特定の法文について書いているにすぎず、また、封建法の法文がある人は単純にある人はそっけなくまたある人は学者風に解釈し、「要論」や「論考」その他を矢継ぎ早に公刊する者もいれば、死に阻まれあるいは別の理由に妨げられて自らの仕事を全うできなかった者もあり、ただ単に問題を論じようと構想しただけの者も多い。しかし、この封建法のまさに全体を、ほとんどあるいは全く遺漏なく、より頻繁に主張され実務にも受け入れられている見解を人々が支持する箇所と共に、手際よく一つの作品にまとめた者は見当たらない。それ故、私は力の及ぶ限りこのような不便を解消しようと努め企てたのである。そこで、あらゆる優れた著者、とりわけ封建法に関して卓越した著者を広く渉猟し、如何に多くなろうともそれらを拾い集め整理し区分し考察した。確かに作品は大部なものとなったが、必要と利便は別のあり方を許さなかった。なぜなら、封建法上の如何に小さな問題も、それらがよく援用される箇所とめったに参照されない箇所とを問わずどれほど多く見出され、努力と勤勉を阻み得る程であるにせよ、無視することなく取り上げて一つにまとめようと試みたとし、場合によっては新たな問題を付け加えたので、読者は、本書の中に封に関わるあらゆる題材が盛り込まれているのを見出すであろうし、時間の浪費そして多大な困難と労苦を伴いながら別々の著者を繙く必要は無くなるであろう。” (Tractatus, 4.r.)

あらゆる問題解決を様々な論拠や人々を納得させ得る必然性によって論証し裏付ける *omnes quaestionum decisiones potiore una, vel altera ratione, vel etiam necessitate hoc suadente pluribus fundare, et communire*」ためには、論証主体の主観ではなく論証対象たる法それ自体にその立脚点を求める必要がある。そもそも、「法というものはそれ自体独特でそれぞれ別個のものであり、このことは、成文不文問わず全市民法のほとんど全ての素材、とりわけ難解な素材に当てはまる *est ius per se singulare et separatum, quod fere in universas totius iuris civilis scripti, ac non scripti materias, inprimis vero difficilimas incidit*」<sup>9)</sup>。しかも、市民法は、既に、封建法学に多種多様な概念を提供しそれらを互いに共有し合うに至っているのであるから、「成文不文の市民法の難解な箇所を丹念に解明し、それらの知識に導かれて取り組むと同時に習熟するの でなければ、何人も安んじてこの封建法の解釈者を名乗ることはできない *nemo se huius iuris interpretem foeliciter profiteri poterit, nisi difficiliores iuris civilis scripti, ac non scripti partes diligenter evoluat, earumque scientia instructus ad id accedat, animum simul imbuat*」のである<sup>9)</sup>。

9) “更に言えば、あらゆる問題解決、とりわけ難解な解決案については、あれこれの論拠や人々を納得させ得る必然性によって論証し裏付けなければ、そのようなものを読者に約束し提供することはできなかったと思われる。とはいえ、取るに足りない論拠や関係の薄い論拠は常に慎重に省略し削除した。また、特に面倒な問題は、その難解さに応じて幾分詳細かつ念入りに論じ吟味する必要もあった。その例として、読者は、第1章問題15、第2章問題33、第6章問題68、69、82、第7章問題11、13、19、44、第9章問題40以下、及び、同問題97その他を参照されたい。しかし、封の慣行や慣習がこれほど長期に渡って広く普及し自明のものとなって、学識者の間でさえ各人の信じるがままに論じることなどほとんど不可能である。実際、法というものはそれ自体独特でそれぞれ別個のものであり、このことは、成文不文問わず全市民法のほとんど全ての素材、とりわけ難解な素材に当てはまる。それでは独自のものとは一体何であろうか。どの法分野を吟味するにせよ、経験上大抵繰り返し見出される何かがあり、例えば、契約、終意処分、時効を論じる場合、あるいは、付加権、家父、家子、奴隷、信託遺贈、法定相続、役権、用益権、抵当、質に関する法を扱う場合、そしてまた、その他返還されるべき物、永借、種々の貸借、嫁資、婚姻故の贈与、後見、相続について探究する場合、更には、様々な不法行為、親に対する子あるいは受贈者の

とはいえ、実務的解釈的関心に根ざしたこれらの試みによって、もう一方の教育的方法的関心が失われたわけでは決してない。確かに、四折判で四百頁強であった『概要』に比べて、『考察と概略』はフォリオ判で千頁を優に越える「大部なもの *volumen magnum*」となったが、ローゼンタール自身、「かの偉大で輝かしい叙述上の簡潔さと見通しの良さを可能な限り維持することによって、浩瀚な書物の中で労力が浪費されないように、つまり、読者が本書に含まれているあらゆる事項を苦勞せず時間もかけずに容易に見出し手に取ることができるようにするため、余分な事項や無関係な事柄を省略しただけでなく、自然そのものと完全に調和した前著の方法を維持しこれに従った *quo auream illam brevitatem, et tradendi perspicuitatem pro viribus retinere possem, ne scilicet in multa volumina opus se effunderet, ac lectoridifficile non foret, quidvis in hoc opere comprehensum, nullo negotio ac sine temporis dispendio cito invenire et ad manum habere posset, non modo superflua, et aliena, sed et methodum priorem, ipsi naturae admodum consentaneam, obsevari, et secutus sum*」と述べて、「叙述の簡潔さや見通しの良さ *brevitas, tradendi perspicuitas*」に配慮した「前著の方法 *methodus prior*」の有用性を依然強調している<sup>10)</sup>。そこに言う

---

忘恩行為、そしてまたその逆、増築や改良、裁判や裁判に関わる事柄について言及する場合がそうである。

従って、成文不文を問わず市民法の難解な箇所を丹念に解明し、それらの知識に導かれて取り組むと同時に習熟するのでなければ、何人も安んじてこの封建法の解釈者を名乗ることはできないであろう。”(Tractatus, 4.r.-4.v.)

- 10) “しかし他方で、かの偉大で輝かしい叙述上の簡潔さや見通しの良さを可能な限り維持することによって、浩瀚な書物の中で労力が浪費されないように、つまり、読者が本書に含まれているあらゆる事項を苦勞せず時間もかけずに（なぜなら、誰しも、中でも公の仕事や任務に就いている人々は多くの邪魔や厄介事に苛まれており、それらの人々にとって一時一時間がどれほど貴重でかけがえのないものであるか私は知っているから）容易に見出し手に取ることができるようにするため、既に述べた通り余分な事項や無関係な事柄を省略しただけでなく、自然そのものと完全に調和した前著の方法を〔第1章〕結論1の前に掲げた個々の章の表、そしてとりわけ、章から章への移行関係や、各章の冒頭に見出される予定された叙述順序の説明との組み合わせによって、誰もが容易に利用し理解できるように）維持しこれに従うとともに、本書を

「自然そのものと完全に調和した方法 *methodus*, *ipsi naturae admodum consentanea*」とは、本性に応じた事物の規則的かつ体系的な配置を意味し、その際には、古代以来弁論術乃至修辞学において重視されていた説得を目的とする蓋然的推論（トピカ）で用いられる一連の抽象的論理的観点（トピカ的論拠）が利用される。このような「方法」は、メランヒトンやラムス等が特に知識の効率的な教示という教育的な観点から推奨した反スコラ学＝人文主義的な弁証術（論理学）の影響の下、16世紀半ば以降、プロテスタントの間で様々な分野の学芸に応用され流布浸透するに至った。ローゼンタールもまた、時代の潮流に従い、封建法書の法文の順序とは無関係に、封という事物に相応しい「方法 *metodus*」、つまり、封建法の体系の下に叙述したわけであるが、序言の中で予め概観されているその「方法」は、ローゼンタール自身の独創ではなく、IIで検討する通り、用いられた論拠もその順序もヴェーゼンバックの『封論』のそれに倣っている。ヴェーゼンバックや前著との関係において、『考察と概略』独自の叙述形式上の工夫と言うべきなのは、むしろ、そのような体系的叙述を構成する単位となり、ここでは慣例に従い「結論 *conclusio*」と称される個々の論点の考察の内部における「要約 *summaria*」、「本文 *textus*」、「脚注 *glossae*」の徹底した役割分担である<sup>11)</sup>。「要約」とは、文字通り、当該結論の

---

従来と同じく全12章に分けた。”(Tractatus, 4.v.)

- 11) “これら何れの章も、時に章それ自体が幾つかの部分に区分される場合もあるにせよ、一定の数の連続した結論から成っており、個々の結論の全体的論題、更には、内容の要約を冒頭に配置し、引用の類は、読者の当惑させたり、事柄自体を探究し学習し読み取ることを望む人の妨げとならないように、それぞれの結論の本文末尾に別々に、本文よりも小さな文字で印刷されるべく配慮した。一方、例えばある問題[結論]から別の問題へと頻繁に為される参照指示や省略その他のように、便宜上本文から取り除くことのできないものについては、より適切かつ容易な理解のために記号を用いて目立たせた。私の思いこみでなければ、これらによって、読者が、短時間の内にそれぞれの必要と利用に応じて、たとえそれ如何に大部であるにせよ、この著作全体を吟味検索し、目当ての記述を難なく見出せるようにすることができたはずである。要約そのものについては、一つ一つ述べることはしなかったが、詳細かつ入念にほとんど例外なく全て手を加えてある。判断理由も、より一層簡便な形で、冗長を避け、一つの語句、法文、あるいは、別の問題のみの引用によって、本文や注解の中に

要点を簡潔に提示する部分であり、「本文」の欄外にふられた通し番号順に、必要な場合には「脚注」の内容にも言及しながら、両者よりも大きな文字で多くても数行程度で書かれている。「本文」では、法文や学説の引用が最小限に抑えられ、「事柄自体を探究し学習し読み取ることを望む人 *res ipsas quaerere, discere aut legere volens*」のためにやはり簡潔さ読み易さが追求されているのに対して、「本文」中にふられたアルファベットに対応する「脚注」では、関連法文と夥しい数の文献が列挙されるとともに、「本文」では省略されたより特殊な問題が扱われており、その分量は「本文」よりも更に小さな文字を用いているにも関わらずその何倍にも達している。つまり、これによって、「読者は、短時間の内にそれぞれの必要と利便に応じて、たとえそれが如何に大部であるにせよ、この著作全体を吟味検索し、目当ての記述を難なく見出せるようにすることができる *lector brevi temporis spacio, pro sua necessitate, et utilitate totum opus, quamvis magnum, lustrare, percurrere, et quod quaerit, sine moles-*

---

示したし、必要とあれば更なる簡潔さを実現するために、他の章や問題への頻繁な参照指示を用いた。あれこれの本書の利便性に鑑み、私は、封建法に初めて取り組む場合であっても極めて容易に、しかも、私の前著の『概略』に劣らず有益かつ安全に利用可能であることを、初学者や法学研究者に対して御約束したい。たとえば大著であっても、本文そのものは引用や要約なしに読むことができ、その上それほど長くはないので、短時間で調べ読了することも可能である。これらの事柄に初めて取り組む者は、第1章問題15であれば第1、2、3番以外を、第2章問題33であれば第1、2、3、4番以外、及び、同章の問題40から問題50、及び、最後の問題[83]を、第3章では問題11を、第4章については必要事項を最低限知っているならば問題19から最終問題[24]までを、第5章に至っては全てを（あるいは少なくともざっと一覽するに留め）、第6章では特に問題68及び69、そして、附合の権利と時効取得に関するほとんど全ての問題を、第7章では問題11、12、19、24、31、32、36、37、38、42、44から54までを、第9章においても多くの問題、とりわけ、問題24、25、26、34から38まで、41、42、そして、問題58については第1、2、3番以外、問題59については第10番以外、問題63及び66、問題69では第9番以下、問題71では第5番以下、問題75、76、80、83、85、91、92、94をそれぞれ読み飛ばすことができ、残りを読む際にも、引用の内、援用された封建法文以外は概して読む必要はない。というのも、そのようにして法文を理解し本書に十分に慣れ親しむならば、時と共に封建法に習熟し、何でも思うがままに本書の内に見出せるようになるはずであるから。”(Tractatus, 4.v.)

tia, obviam habere potest」し、また、「本文そのものは、引用や要約なしに読むことができる上にそれほど長くはないので、短時間で目を通し読了することとも可能である *textus ipsi sine allegationibus et summariis legendi, non sunt adeo longi, quinimo tempore brevi percurri, aut legi poterunt*」。

このように便覧としての利用価値を温存する一方、「脚注」では、「今日まで世に出た人々の少なくとも著作に見出し得た事柄で封の問題や領域に関わる事柄は全て集め、いわば一体のものとしてまとめること *omnia, quae apud quemquam auctorum in hunc usque diem in lucem editorum, modo scripta eius nancisci potuerim, ad feudorum materiam et castra pertinentia conglomerare, ac in unum quasi corpus coportare*」、そしてそれによって、「あらゆる権威に目を通すこと *omnes auctoritates videre*」が企図されている<sup>12)</sup>。ここに言う「今日まで世に出た著作家 *auctores in hunc usque diem in lucem editi*」の内には、「要

12) “あらゆる人々の権威ある著作をこの上なく豊富に援用している。この点の説明は初版の序言において既に述べた。ここで付け加えておきたいのは、今日まで世に出た人々の少なくとも著作の内に見出し得た事柄で封の問題や領域に関わる事柄は全て集め、いわば一体のものとしてまとめようと企図し、人間の無力さの許す限りでそれらを集成するにあたっては、その著者が然るべき身分である限り、その名前を伏せ隠すことなど思いもよらなかったという点である。また、封に関する慣行やそこから発生する諸問題も非常に曖昧で、極めて頻繁に論争の対象となっているので、最も昔の人々、より昔の人々、昔の人々、新しい人々、より新しい人々、最も新しい人々がそれぞれどのように考えているのか知ることはやり甲斐があり有益なことである。更には、要論を著す人々、法文それ自体について注解を施す人々、論考を編む人々がそれぞれの提起した問題について何を述べているか、そして、助言者たちが何を解答し、市民法その他の解明に際して如何なる立場に立っているのか知ることもまた重要である。というのも、助言者の権威とそれ以外の人々の権威とはほとんど別物であるから。通常、これらに基づき、以上の手順に従って、何が共有され受け入れられた見解であるかも吟味される。なお、各地の裁判所の判決を編集する人々もここに付け加える必要がある。なぜなら、そのような判決は、よく整備され学識ある人々によって構成された裁判所によって下され、他の地域の慣習や判例によって妨げられない限り、最大限に尊重すべきものとされているからである。また、読者が少々大部であるかといって購入を躊躇したり、僅かな引用よりもむしろあらゆる権威に目を通すことを望まないとは、それが読むことの妨げにはならない以上、私には思えなかった。実際、



大量の書物ではなく、一、二冊を手元に置き、確実な事件については一つの文献の引用すれば十分事足りることが多い。また、私が自己顯示のためや退屈な冗長さで頁を埋めるために何かを引用しているとは誰も思わないはずである。これほど退屈で信じられないほど手間のかかる困難な作業、そしてまた、知性と思慮を欠くならば決して為し得ないその作業は私の好みではないし、読者がそこから如何なる利益も得られないのであれば、私も読者に代わってそれを成し遂げようとは思わなかったはずである。例えば要論を引用する際には、それが必要に応じて信頼できる仕方と正確に為されるよう配慮したし、たとえわずかでも吟味せずに誰かを引用することのないように慎重を期した。引用されたものの参照が読者にとって必ずしも容易ではない場合が時にあるとしても、かなり多くの著者が、しばしば、極度に注意をこらさなければその意図を把握し得ないほど曖昧に議論し、人それぞれに異なって理解されているという点にまず思いを致すべきであろう。更に付け加えるならば、何度も書き直し手書きの原稿に基づいて印刷されねばならない以上、それほど多くはないことを期待したいのではあるが、間違いが容易に入り込む余地があり、改めて言うまでもなく、ある時は怠慢によって、あるいは、ほとんど常に生じる仕事や所用によって(ただしこちらの方は一層少ないものと信じたい)、何か不注意や誤りを許してしまった可能性がある。というのも、過ちは人間につきものであるから。また、印刷業者の作業も一般に過誤が多いものであるため、私は、最大限の配慮を注意を払い労力を惜しまなかったにもかかわらず、本書を完全に誤植から解放することはできなかった。とはいえ、そのような誤りは読者が自分で修正できないほど僅かなものであったと期待している。注解においては、引用の間に、時に、あれこれの著者による有益な論拠や問題の解明等が含まれているが、一瞥すれば直ちにそれと分かるように、書体の違いで区別してある。通説は一個のアスタリスク、あたかも判例(これについては至る所で注意深く読者に指示してある)のように広く受け入れられている見解は二個のアスタリスクで概ね表示した。疑念や異論の特に多い問題については、地域の慣習や裁判において如何なる事柄が遵守されているのに注意が払われるものなので、各問題についてドイツあるいは威厳溢れる帝室裁判所においてこれまで何が通用してきたかを、著名な先達等の数え切れない注解や、事件やその判決の集成から学び取り、シュパイヤーに滞在している間は実際の経験を通じて観察し理解できるよう精一杯努力し注意を払った。かなりの数にのぼるそのような考察(一般にはこれは先例と呼ばれる)や判決を、私は、読者の便宜や公共の利益のために各所に挿入し、その際、明白なもの代わりに不明確なものを提示することのないように努めた。すなわち、事実関係が複雑な場合や、多くの事件が偶然一つの判決に含まれている場合には、その判決を省略し、中にはそのような誤りに労力を費やす向きもあるけれども、一つの判決についてあれこれ論及することがどれほど紛らわしいか敢えて申し添えてある。とはいえ、この第一巻に一部関連する幾つかの判決が未だ私の手元に残されており、神がお許しになるならば、読者に対する他の有益な贈り物と共にそれらを本書第二巻の末尾に挿入して、読者の便宜や研究、そしてまた、公共の利益を幾らかでも蔑ろにしたと見られることのないようにしたい。”(Tractatus, 4.v.-5.r.)

論を著す人々 *summas scribentes*」、*「法文それ自体について注解を施す人々 super textus ipsos commentantes*」、*「論考を編む人々 tractatus contextentes*」、*「助言者たち consulentes*」に加えて、*「各地の裁判所の判決を編集する人々 qui decisiones variorum tribunalium conscripserunt*」も含まれる。というのも、*「そのような判決は、よく整備され学識ある人々によって構成された裁判所によって下され、他の地域の慣習や判例によって妨げられない限り、最大限に尊重すべきものとされている maxime hujusmodi determinationes, si a iudicio bene constituto, et ex viris doctis composito, procedant, et alterius loci consuetudo aut res iudicatae non adversentur, haberi solent*」からである。また、このように関連文献を網羅的に列挙することだけでなく、*「本文」*で省略された *「様々な著者による有益な論拠や問題の解明 utilis ratio vel unius, vel alterius auctoris aliqua declaratio quaestionum*」について記すことも *「脚注」*の役割とされ、*「通説 Communes sententiae*」は *「一個のアスタリスク unus asteriscus*」、*「判例のように広く受け入れられている見解 sententia receptior sicut res iudicatae*」は *「二個のアスタリスク duo asterisci*」によってそれぞれ明示されている。*「威厳溢れる帝室裁判所においてこれまで何が通用してきたのか quid in splendidissimo Camerae Imperialis iudicio ante hac obtinuerit*」を常に意識し、*「専門家風ではなく敢えて通俗的な文体 stylus non affectatus, sed potius popularis*」を用い、*「この法分野において著述する他の多くの人々のように自信なさげに論するのではなく、明白さと一貫性をもって判断を下し、あるいは少なくとも、双方の立場を吟味し何れの立場に与するのか十分に述べておいた non, ut multi alij in hac iuris parte fecerunt, somnolenter transivi, sed vel aperte, et constanter determinavi, vel ad minus in utramque partem rationes movi, et in utram propensior essem, sat indicavi*」と明言するローゼンタールの実務的関心は、何よりもこの *「脚注」*の充実という形で具体化されたのである<sup>13)</sup>。

13) “文体に関しては、専門家風ではなく通俗的なものを用い、また、他の仕事の関係で言葉よりもむしろ内容に注意を向けることが多いために、言い回しの華やかさは相当なおざりにされている。数々の問題について、その解決案が実務乃至慣行において

受け入れられる可能性や必然性があるか否か検討したわけだが、私は、この法分野において著述する他の多くの人々のように自信なさげに論するのではなく、明白さと一貫性をもって判断を下し、あるいは少なくとも、双方の立場を吟味し何れの立場に与するのか十分に述べておいた。一方、時間の不足やその他の事情に妨げられ、卓越した法律家の見解の指示だけで判断を保留したり、更なる検討の余地を残したりした問題も少ないけれども存在する。実際、あれこれ問題を検討する機会を誰かに与えることが私の良心に反するわけではない。ただし、本書の第二巻が公刊される前にそれらを解決する機会に恵まれたならば、[第二巻の] 末尾にその旨報告するつもりである。全知全能の神が寛大にも長寿をお許しになったとしても、本書の形態を大幅に変更するつもりはなく、本書全体が公刊された後に何かこの問題で重大なことにいくわし、修正、敷衍、補充の必要が生じた場合には、難解な問題については特に裁判所や広く受け入れられた判断を尊重し（というのも、私は残された人生を公共の利益と親愛なる読者のために努力し尽くす所存であるから）、もしそうすることが可能であれば、いわば＜パラリポモメナー＞、拾遺集として本書とは別に印刷公刊されるよう手配し、本書の購入者一人一人がそれを安価で手に入れられるようにするつもりである。しかし他方で、多様かつ多くの用務のために論考全体の公刊が今回の定期市に間に合わず、また、この新版が大部となって九章分を含む第一巻が細心の注意を払って印刷されたとはいえ相当な分量となり、しかも、多くの人々が心待ちにしていると方々の友人たちから知らされたために、本巻を放置して期待している人々をこれ以上待たせるわけにはいかにないように思われた。残りの巻が、直近の定期市、できるならば本年第二回目に市に公刊されるべく、神の御加護の下、努めたい。というのも、大部分は既に脱稿しており、残りも概ね書き終えているからである。なお、それら三つの章はそれほどの分量にはならないと思われるので、巻末に、そこに如何なる不足も感じないほどに詳細で完全な（というのも索引を分割するよりはこちらの方が読者にとって便利であると聞いているから）本書全体の索引を備え、更には、個々の結論での主張や本書全体の梗概を含む簡潔な図表を加え、誤りを見落とした箇所があれば若干の考察も計画している。もし合冊された大きく分厚いものを好むのであれば（第二巻は第一巻よりも薄く、それ故、価格も安くなるはずなので、同時に合冊することも可能であると思われる）、第二巻の公刊までこの第一巻を未製本のまま用いることもできる。しかし、書物というものは適度な大きさの方が便利であるとも考えられるので、本書を二巻に分けたのはむしろ都合がよかったのかもしれない。また、二冊をほぼ均等にしたい場合には、第9章の第2部、つまり、問題64以下の「処分された封の取戻について」を第二巻の中に製本すると上手く行くようにしてある。私の努力がもたらし得るその他の利便については、丹念かつ熱心に本書を繙く読者であれば容易に気付かれるはずなので、改めて述べる必要はないと思われる。ここでは、好意ある読者（というのも、何もかもが侮蔑の対象となる嫉妬深いゾイロスたちのことなど私の念頭にはなかったし、嘲弄し侮辱することだけを望むのであれば彼らをここから遠くリビアやインドへと追い出そう。また、為政者の命令によって誰かが私の著作の購入を義務づけられているわけでもない。手の内は隠すべきではなく、教父の時代に書物

## II

『考察と概略』はトピカ的論拠に対応させて秩序立てられた全12章（ただし第9章が二部に分けられているため実質的には13章）から成り、読者向け序言の中には予めその概要が示されると同時に<sup>14)</sup>、各章には「論拠 loci」を意識し

の執筆についてあれほど大きな自由が存在していた以上、私がそのような人々に望むのは、そのような自由如何なる制約も無く、私もまたこの時代に同じ自由を享受しても不当とされることなく、私から同様の喝采を期待してもらうことだけである）が、このような私の労苦、不眠徹夜の努力の成果に理解を示し、何らかの評価を下す前に熱心かつ念入りに読み込み、そこから最大の利益を引き出し、私への好意と感謝の故に、この題材の重要性と読者の有用性に相応しい残りの部分の完成と公刊に向けて私に刺激とやる気、きっかけを与えようと望み、私が読者の期待に常に応えていないとしても、そもそも私が人間業以上のことを企図する人間ではないことを思いを致し、逆に、私という人間がその努力によって公共の利益に幾らかでも貢献し資するところがあると考えた場合には、私とともに全能の神（つまりこれは神の恵みなのである）に心より感謝を捧げることを、望むだけである。そして、神の一人子キリストを介して熱烈な祈りをともに神に懇願したいのは、私の人生に何らかの閑暇を与えることをよしとされ、私がその全てを神の名を栄光を讃え、教会と国家の利益と、隣人のみならず可能な限り多くの人々の利便と発展のために捧げ振り向けることを慈悲深くお許し下さることである。もし、私の仕事が無価値で取るに足りないとか、あるいは、洞察力や努力が無くても容易に書き上げられる代物と解する人がいても、私はその人に寛大でありたい。というのも、この封建法や他の法において同様の仕事が見出されることが見出される以上、そのような仕事が苦労なく、あるいは、洞察力を欠いた努力だけで成し遂げられるのかどうか吟味し判断を下すことは可能であるはずであるから。神の豊饒なる恵みの下、健やかならんことを。そして、神に最高の栄光、称賛、尊敬、慶賀を永久に、アーメン。1597年9月シュパイヤーにて記す。” (Tractatus, 5.r.-5.v.)

- 14) “実際のところ、自然は何よりもまず、論究を企図すべき事柄、そしてまた、その事柄を理解し吟味するに当たって如何なる法則に従うべきであるか、当該事項と類似しあるいは相違するのは何か、区分されるのはどの事項か、区分された事項それぞれの性質は何か、確定され叙述されるべく要求するので、第1章では、封の定義や概略について幾らか言及した上で、封建法にしばしば見出される諸概念、封建法と比較対照すべきものは何か、封建法は何に由来し、如何なる権威を有し、どのような人々を拘束するのか、そして、如何なる法と手順に従って封建法に属する問題を解決すべ

きかについて述べた。続いて第2章では、封の様々な区分や多種多様な封の概略を他の誰よりも正確かつ詳細に論じたが、これはそれらの区分や概略によってこそ封建法全体の極めて難解な問題を解決できるからである。そもそも不案内な事柄に無益にも取り組む人があるのは許し難い。第3章では、封の作用因、すなわち、封を付与しあるいは受領し得るのは誰か、そしてまた、そうすることを禁じられているのは誰かを明らかにした。これに対して、第4章で扱ったのは、封の質料、つまり、封として付与されあるいはされ得ないのはどのような物かという点であり、教会や宗教施設の財産についても随時言及し、また、国王大権も一般に授封されているので、第5章全体をいわば特論として、当該封及びその性質の考察に当てた。作用因と質料の後に事物の秩序が求められるのは、(第5章末尾にも付け加えたそのような秩序の説明にある通り)作用因が質料から如何にして物それ自体、つまり、封を創出し得るのか、換言すれば、封の形相因はどのようにして示されるのか、その仕方であるので、第6章では、この形相因をめぐる、どのような債務関係に基づいて封が義務づけられるのか、及び、それらの債務の効果、つまり、授封の性質と作用双方について論じており、また、事柄の類似性故に、既に成立している封の承認についても結論29から71において扱い、その際には、結論68第6番以下で解明した通り、単純な承認が授封されていない物からであってもしばしば封を創出し得る旨指摘したし、更には、封を成立させる他の場合、すなわち、裁判官の判決や、場合によってこれと同じように働く附合の権利にも言及し、取得時効や誠実の宣誓についても省略しなかった。続いて、封が相続によって承継されるものであることから、第7章では、遺言相続及び無遺言相続の問題を徹底的に考察し、その後[第8章では]、封の目的因、つまり、既に成立した封の効果、例えば、封臣が取得するのは如何なる権利であり占有であるのか、封臣は封主に対してどの程度賦役を義務づけられ、あるいは逆に、封主は封臣に対してどの程度義務づけられるのかについて論じた。このように封が成立され創出されると、第9章第1部冒頭の順序の説明でも言及した通り、その阻害事由、すなわち、封が喪失される原因となる過失や不法行為について論じる必要がある。ところで、封臣は、一般に、封の処分を理由に封を剥奪されるものとされており、第9章では、順序の説明にあるように、封喪失の一形態としての処分について詳細かつ広範に考察し、とりわけ、如何なる場合に封の処分は正当でありあるいは不当であるのか、誰が如何なる場合に封を正当に処分し、あるいは、不当に処分された封を取り戻すことができるのかについては、上記及び結論64の前に付された順序の説明にあるように、徹底した論証を試みた。第10章では、不法や過失、あるいは、それによる封喪失の他の原因について幅広く簡潔に言及し、犯されたそれらの不法が如何なる手段で取り消されあるいは非難されるべきであるか、封が当然に喪失されるのは如何なる場合で、一定の判決を要するのはどのような場合か、増加や増価その他の附合に際して何が遵守されるべきかについて特に詳細に論じた。これについては第10章冒頭に述べたところを参照されたい。更に、喪失され無主となった封が封主、あるいは、封臣の卑属や宗族への移転されるべく義務づけられるのは如何なる場合で、逆に、喪失された封主の所有権は誰に帰属すべきかという問題は極めて難解で錯綜したものであるので、第11章に

た比較的詳細な表題が付されている。ラムス主義者たちが様々な学芸への応用を図ったトピカの論理学は、個々の論拠を発見する「発想 inventio」と論拠を用いて事物を説明する「判断 iudicium」とを区別し、しかも、知識全体を事物の本性に相応しい形で教示する「方法 methodus」を、「三段論法 syllogismus」による個々の論証作業より高次の「判断」と位置づける。この「自然 natura」に即した「方法」の起点となるのが、「定義 definitio」と「分割 distributio」乃至「区分 divisio」という二つの論拠による「判断」であり、そのような「判断」は、区分された個々の事項についても際限なく繰り返される。

「自然は何よりもまず、論究を企図すべき事柄、そしてまた、その事柄を理解し吟味するに当たって如何なる法則に従うべきか、当該事項と類似しあるいは相違するのは何か、区分されるのはどの事項か、区分された事項それぞれの性質は何か、確定され叙述されることを要求する *natura exigit, ut ante omnia res, de qua sermo institunendus est delineetur et describatur, ac etiam, quae leges circa eam cognoscendam, et diiudicandam observandae sint, et quibus cum affinitatem, aut dissimilitudinem habeat, quisque partitiones admittat, ac quae cuiuslibet sit speciei natura*」というローゼンタールの言葉は、法学を含めた学芸一般に適用されるべき「方法」の起点について述べたものであり、『考察と概略』では最初の二章がその役割を担っている。すなわち、第1章では、「封 feudum」の「定義 definitio」と、これを補足する「語源 notatio」、「起源 origo」、「変遷 progressus」に加えて、「封建法 ius feudalis」の法源や解釈適用一般、つまり、「如何なる法と手順に従って封建法に属する問題を解決すべきか *ex quo iure, et quibus gradibus decisiones controesiarum in illo petendae sint*」が論じられ、続く第2章では、封の「種々の区分 *variae divisiones*」、「個々の類型の概略と特徴 *specierum singularum descriptiones, et proprie-*

---

おいて誰よりも詳しく一つ一つ解明した。第12章では、実務、すなわち、慣行と法廷、とりわけ、ドイツにそれを正確に対応した裁判手続を余すところ無く全体に渡って、その区分と共に、明らかにしたので、貴方は他の誰の著作にもこれほど詳細な記述を見出すことはないはずである。” (Tractatus, 4.v.)

tates」が提示される。このような封それ自体の「定義」と「区分」を前提に、第3章から第8章にかけて展開されるのは、アリストテレスの形而上学や自然学に由来しスコラ学を經由して中世ローマ法学に持ち込まれたいわゆる「四原因 *quatuor causae*」<sup>15)</sup>を、個々の論証ではなく論究対象の体系的な配置、つまり、「方法」の「論拠」として用いた叙述である。第3章では、封の「作用因 *causa efficiens*」として、「封を付与しあるいは受領できるのは誰か *qui fueda dare, et accipere possint*」が、第4章及び第5章では、封の「質料因 *causa materialis*」として、「如何なる物によって封が構成されるのか *in quibus rebus feuda consistant*」が、第6章及び第7章では、封の「形相因 *causa formalis*」として、「如何にして封が取得され設定され成立するのか *quomodo feuda acquirantur, fiant, et constituentur*」が、第8章では、封の「目的因 *causa finalis*」として、「封主と封臣は互いに何を義務づけられるのか *ad quid sibi dominus et vasallus invicem teneantur*」が、それぞれ扱われ、この内、第5章では、封としての「国王大権 *regalia*」が、第7章では、封の「保存因 *causa conservans*」という名目で「遺言相続 *successio testamentaria*」及び「無遺言相続 *successio ab intestato*」が、その実務的重要性に鑑み、章を改める形で詳しく論じられている。封の主体、客体、要件事実、法律効果に相当するこれらの原因論に対して、続く第9章から第11章が扱うのは、封の「反対事由 *contraria*」、つまり、封の消滅に関わる事項である。まず第9章は、「一般に封臣は封の処分によって封を剥奪される *propter alienationem regulariter vasalli feudis privantur*」という点をふまえ、「封喪失の一形態 *unus modus amittendi*」としての「処分 *alienatio*」について、「如何なる場合にそれは正当であり不当であるのか *quando illa sit licita, aut non licita*」を論ずる第1部、及び、「処分された封を誰が如何なる場合に取り戻すことができるのか *quis, et quomodo feudum alienatum, revocare possit*」を論ずる第2部の二部構成で扱い、第10章は、「封が喪失される他の原因 *causae, quibus feuda amittuntur reli-*

15) さしあたり、Lange/ Kriebbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. II. Die Kommentatoren (2007), 325-332. を参照。

quae」を、いわゆる「不忠 felonía」を中心に幅広く論じ、更に、第11章では、封喪失の事後処理、すなわち、「喪失され無主となった封が封主、あるいは、封臣の卑属や宗族へと移転されるべく義務づけられるのは如何なる場合か feudum amissum et apertum quando domino, vel vasalli filiis, aut agnatis debeatur」が検討される。以上のように、封の成立、内容、消滅という実体法的側面が整理解明された後、掉尾を飾る第12章では、「慣行と法廷に正確に対応した裁判手続の全体 processus iudicialis integrum, usibus ac foro eleganter accommodatus」が、二百頁以上に渡り本書最大の規模で論じられている。

以上のようなローゼンタールの「方法」に決定的な影響を与えたと考えられるのがヴェーゼンベックである。周知のように、ヴェーゼンベックは、定義、区分、四原因、反対事由等の論拠を用いた注解方式を、『市民法学説彙纂の章別注解（パラティトラ）Paratitla in Pandectas iuris civilis』（1565年初版）で初めて実践し<sup>16)</sup>、その後、この方式は、勅法彙纂の前半八巻の注釈（1582年以降『市民法学説彙纂及びユスティニアヌスの勅法彙纂前半八巻への注解 Commentarii in Pandectas iuris civilis et Codices Justiniani libros VIII』の名称で上記著作と合冊出版）を経て、『封論』でも採用された。『封論』は全17章で構成され、論拠に応じた表題が各章に付されている。それによれば<sup>17)</sup>、第1章「封は、なぜそのように呼ばれ、そして、如何なるものであるのか Unde dictum et quid sit feudum」が封の定義を、第2章「封の区分及び類型について De divisionibus et speciebus feudorum」が区分を、第3章「封の作用因について De feudi causa efficiente」、第4章「封を付与できるのは誰か Qui feudum dare possint」、第5章「受領できるのは誰か Qui feudum accipere possint」が作用因を、第7章「質料について：封として付与され得るのは如何なる物か De

16) Söllner, Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz, in: Coing (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Zweiter Band, I, 530-531.

17) 引用は1665年アムステルダム刊の『パラティトラ』に収録されたテキストによる。



materia. Quae res in feudum dari possint」が質料因を、第8章「形相について：封は如何にして設定されるのか、及び、忠誠宣誓と授封の形式について De forma. Quomodo constituatur feudum, et de forma fidelitatis, ac investiturae」が形相因を、第9・10章「封の目的、すなわち、効果について De fine et effectu feudi」が目的因を、第15章「反対事由、すなわち、封は如何なる仕方 で解消され喪失されるのか Contraria et quibus modis feudum extinguatur et amittatur」、第16章「消滅した封は誰の元に回復されるのか Ad quem feudum amissum revertatur」が反対事由を、第17章「封の裁判について De judiciis feudalibus」が裁判手続をそれぞれ扱っており、上に見た『考察と概略』の「方法」との類似性は明白である。確かに、『考察と概略』では第1章で封の定義と共に論じられている封建法の法源や解釈方法が、『封論』では「封建法の起源、権威、及び、運用について De origine, auctoritate, et usu juris feudalibus」と題された「序論 Prooemium」で扱われ、また、同じく前者では封の保存因と呼ばれ形相因の下位区分とみなされた相続が、後者では質料因の前に論じられ（第6章「如何にして封は取得されるのか、及び、封の相続について Quibus modis feudum acquiratur: et de succedione feudi」）、更には、前者が反対事由の一例と位置づけた「封の処分 feudi alienatio」について、後者は目的因の直後に独立した章を設けている（第11章）。他にも、「あらゆる封は新規ではなく父祖伝来のものと推定される feuda omnia praesumuntur antiqua, non nova」、「地所の大部分が封であるならば残りの部分も同じ性質であるとみなされる si major pars praedii sit feudalibus, reliquae ejusdem naturae cendantur」、「封は物的負担の一種である feudum est servitus realis quaedam」といった「封の解釈 interpretatio feudi」の準則（第12章）、雑多な「関連事項 adjacentia」（第13章）、あるいは、「保護者に対する被解放者の義務 obligatio liberti erga patronum」、「永借権 emphyteusis」、「自由人借地権 contractus libellarius」、「用益権 ususfructus」という四つの「封類似の契約 affines contractus feudo」（第14章）についても個別に章が立てられているなど、『考察と概略』との相違点もかなり見られる。しかし、これらの相違は、ヴェーゼンバックとローゼンタールの「方法」の類似性を否定するというよりもむしろ、後者による前者

の模倣継承を裏付けるものである。というのも、「方法」を規定する諸論拠と無関係な章を一切設けなかったローゼンタールは、ヴェーゼンベック自身よりもその「方法」に忠実であったと言えるからである。しかも、当初は学説彙纂や勅法彙纂の各章の注解にその内容に相応しい限りにおいて用いられた後、封建法という一法分野全体に控え目ながら当てはめられた叙述方式が、ここでは、膨大な分量の素材全体の見通しを担保するより厳密な枠組みとして採用されている。

『考察と概略』各章の冒頭に見られる「章から章への移行 capitum transitiones」の説明は、序言でも強調されている通り<sup>18)</sup>、そのような「方法」の役割を重視するローゼンタールの立場を象徴するものである。最初の「結論」の全て乃至一部がこの説明に当てられたり、「順序の説明 Ratio ordnis」や「移行 Transitio」等の表題、場合によっては無題の文章があらためて付加されるなど、その形式は一定ではないが、それらは何れも、「方法」それ自体、つまり、叙述の体系的連関を正当化する目的で書かれている。例えば、第9章第1部冒頭の「移行」<sup>19)</sup>では、封の定義、区分、諸原因の後に「反対事由」が配置

18) 注11参照。

19) “以上のように、封の定義、諸原因、形式、及び、効果が精査されたわけであるが、既に定立されたものそれ自体からその反対の事柄も自ずと明らかとなり、哲学者たちの教説にある通り、発生の後には消滅が続くのが普通であることに鑑みれば、我々に残されているのは、反対事由、つまり、封が喪失され剥奪される諸原因について論じることであり、その際には、如何にして封が人から人へと移転するののかも必要に応じて論じられる。同時に注意したいのは、特に、封臣が封を剥奪される原因について、以下の論考を企図しているという点である。確かに、封が、家系の断絶や時の経過によって封主に回復され、あるいは、相続によって人から人へと移転する仕方については、既に第7章で検討した。にもかかわらず、ここで初めて封の処分について論じることにしたのは、それが封喪失の一形態でもあるためである。とはいえ、処分自体はずっと以前より可能とされており、正当とされる場合もあれば、不当とされる場合もあるので、本章全体を特にこの処分に当てることにした。この問題については以下のような方法で検討を始めることにする。すなわち、私は本章を二つの主たる部分に分割し、その第1部において封の処分を論じた。というのも、処分は、法の下で、封の喪失の威嚇により禁じられているからである。その後、何がここに言う処分

されるその論理的かつ自然的な必然性がまず説かれている。すなわち、「既に定立されたものそれ自体からその反対の事柄も自ずと明らかとなり、哲学者たちの教説にあるように、発生の後には消滅が続くのが普通であることに鑑みれば *quoniam contraria iuxta se posita magis elucescunt, et secundum Philosophorum doctrinam, generationem corruptio sequi solet*」、封の「定立 *posita*」や「発生 *generatio*」の後に、その「反対 *contraria*」や「消滅 *rruptio*」、つまり、「封が喪失され剥奪される諸原因 *caussae, ex quibus feuda amittantur, et aperiantur*」を論じることは当然だというのである。しかし、そのような反対事由の叙述に当てられた三つの章の内、二部構成の本章で詳論されている「封の処分 *feudi alienatio*」がなぜ反対事由として扱われるのか一見分かりにくい。というのも、「処分 *alienatio*」は、「封 *feuda*」が「人から人へと移転する *de persona in personam transferuntur*」場合の一つであって、例えば、「封が、家系の断絶や時の経過によって封主に回復され、あるいは、相続によっても人から人へと移転する仕方 *quomodo illa generatione finita, aut temporis lapsu domino aperiantur, aut etiam succesione, de persona in personam transferantur*」については、形相因の下位区分たる保存因として既に検討済みであった。にもかかわらず、ここで処分を封の反対事由と位置づけているのは、それが、「法の下で封の喪失の威嚇により禁じられている *in iure sub amissionis periculo est interdicta*」限りにおいて、「封の喪失形態 *modus feuda amitendi*」の

---

に相当するのか、すなわち、売買、交換、代物弁済、相殺、遺言による移転、つまり、遺贈、相続人の指定、婚姻故の贈与、嫁資の提供、永借権、土地定期金、債権証書の設定、賃貸借、用益権設定、果実の処分、質あるいは抵当の義務や設定、執行（封を原因とするものではなく、封臣が別の理由で有責判決を受け、あるいは、財産差押を受けねばならないような場合）、役権の設定（なおここでは、封臣によって封に加えられる負担や損害一般が扱われる）、占有のみの移転、和解、仲裁合意、確定判決、更には、転授封、受封辞退、封の分割等が処分に当たるのか否かを明らかにする。そして最後に、正当あるいは不当な封の処分形態として他にどのようなものがあるのかふれる。本章のもう一つの部分では、処分された封を、誰が、如何なる場合に、どのような仕方で返還請求し取り戻すことができるのか、述べることにしたい。”（*Tractatus*, 476.）

一つに当たると言えるからである。方法上の模範となったヴェーゼンバックがその体系的位置づけにおそらくは困難を感じて前後の章との論理的連関が不明瞭な独立の章を設けていたことを考え合わせるならば、このような扱いをローゼンタールの確固たる方法的関心の表出の一例と見なすこともできる。

「章から章への移行」と並んで、各章における叙述の順序もまた、各章冒頭における体系的連関の説明の重要な役割であった。上述の第9章第1部の「移行」では、移行それ自体の説明の後に、「売買 *venditio*」から「分割 *divisio*」に至る処分の類型が叙述順に列挙され、最後に、「処分された封を、誰が、如何なる場合に、どのような仕方で返還請求し取り戻すことができるのか *quis, quando, et quomodo feuda alienata repetere, et revocare possit*」という問いが第2部の主題が提示され、続く第2部冒頭の「順序の説明」<sup>20)</sup>は、これを更に敷衍して、「処分された封を取り戻すことができあるいはできないのは誰か *quisnam feudum alinatum revocare aut non revocare possit*」、「そのような取戻は如何なる仕方では為されるべきか *quomodo hoc faciendum sit*」、「そのような取戻が阻止されあるいは取り消されるのは如何なる場合か *quibus modis hujusmodi revocationes impediuntur, sive exstinguuntur*」という三つを論題を挙げている。一々明示されてはいないが、これらの論題が、「処分」によってもたらされ「取戻 *revolutio*」によって実現されるところの封の「反対事由」自身の作用因、形相因、反対事由にそれぞれ相当し、第1部での定義や区分とともに、「方法」として配置されているのは明らかである。また例えば、「封に関する裁判乃至訴訟について *De iudiciis, sive controversiis feudalibus*」と題された

20) “以上、本章第1部では、封の処分の不正なものとは許容されるもの双方について、(私の考えでは) 十分広範かつ詳細に検討した。後に残されたのは、「処分された封の取戻に関する」本章の第2部である。そこでは、まず最初に、処分された封を取り戻すことができあるいはできないのは誰か、そして、そのような取戻は如何なる仕方では為されるべきかを論じる。不正に処分されそれ故に喪失された封が誰の元に帰属すべきかもそこから明らかとなる。続いて、処分が正当であるにせよ不当であるにせよ、そのような取戻が阻止されあるいは取り消されるのは如何なる場合かを明らかにする。” (Tractatus, 597.)

第12章冒頭の「順序の説明」<sup>21)</sup>は、「人と物の法 *ius personarum, et rerum*」の後に「裁判手続 *processus iudicialis*」を論じる法学提要的構成を、「国家に法が存在すると言ってもその法を司る者がいなければどれほどの意味があろう *quantum est ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint?*」というポンポニウスの言葉<sup>22)</sup>を引きつつ正当化した上で、「裁判官その他の裁判に従事しあるいはその可能性のある人々の資格 *iudex competens, aliaeque personae, quatenus in iudicio versantur, aut versari possunt*」、「封に基づき付与される種々の訴権及びその性質 *actiones, et singularum natura, nomine feudi competentes*」、「その他の手続 *reliquus processus*」、「証明 *probationes*」、「判決に対する上訴 *re iudicata appellationes*」、「判決の執行 *executio rei iudicatae*」を順に挙げており、ここにもやはり、裁判手続の作用因＝主体＝「裁判官 *iudex*」等、質料因＝客体＝「訴権 *actio*」、形相因＝積極的要件＝「手続 *processus*」

21) “以上全11章に渡って、封、すなわち、封建的權益の本質や本性、如何なる法によって封は規律されるのか、封の諸区分、誰が誰に対し如何なる物について封を授与できるのか、如何なる方式によって封は取得され保持されるのか、封臣と封主は相互に何を義務づけられるのか、封の權利は如何にして失われ、失われた封は誰に帰属するのかについて検討してきた。人と物の法の大部分が理解された以上、法の順序として相応しいのは、訴権に関する法や慣行、封が取得され維持され制限され喪失される訴権の諸形態、どのような裁判官の下で訴権が行使されるべきか、誰がどの程度訴権を証明せねばならないのか、そして、実務や訴訟慣行、つまり、裁判手続に関するその他の事柄が教示され論究されることである。要するに、学説彙纂1巻2章「法及び法を司る者の由来、及び、法学者の系譜について」第2法文[13節]でポンポニウスが主張するように、国家に法が存在していても、法を司る者や法が運用される手段が存在しなければ、十分ではないのであるから、本章において、軍務と引き換えの權益である封に関わる裁判手続について吟味し論究することが本書に残された最後の仕事となる。この試みは概ね以下の順序で進められる。すなわち、まず最初に、裁判官その他の裁判に従事しあるいはその可能性のある人々の資格を、(この点の論究は訴権の後に行うことも可能であるとはいえ)彼らの榮譽に鑑み、結論11にかけて論じる。続いて、手続そのものが取り上げられ、(本章の第2部に当たると言ってもよい)その部分では、封に基づき付与される種々の訴権及びその性質が解明される。そして最後に、その他の手続、証明、判決に対する上訴、判決の執行について論じられる。”

(Tractatus, II, 281.)

22) D. 1,2, 2, 13. Pom. enchirid.

や「証明 probatio」、目的因＝効果＝「判決 res iudicata」、反対事由＝消極的要件＝「上訴 appellatio」、実践＝効果の実現＝「執行 executio」といったように各論拠との対応関係を見出し得る。とはいえ、章単位における「方法」はあくまでも各章の内容に応じて可能な範囲内で遂行されたに過ぎない。第2章冒頭の「区分の有用性 Divisionis utilitas」と題された一節<sup>23)</sup>にはそのようなローゼンタールの姿勢がはっきりと示されている。第2章の課題は、「封の定義、起源、変遷 feudorum definitio, origo ac progressus」を論じた第1章を承けて、「封の主要かつ不可欠の区分 potissimae et necessariae feudorum divisiones」を提示することにより、ローゼンタールも、「分類は、読む者の心を動かし、理解する者の知性を支え、巧みに記憶させ、混乱した教示に由来する困難を区別を通じて解消する partitio animum legentis incitat, mentem intelligentis praeparat, memoriam artificiose informat, et difficultates ex permixta traditione provenientes per separationem explicat」というアックルシウスの主張やキケロの『トレバティウスのためのトピカ Ad Trebatium Topica』を後ろ盾とし

23) “アックルシウスによればく a : 法学提要序言第4節への注釈。この問題についてはキケロが『トピカ』において適格に述べている)、分類は、読む者の心を動かし、理解する者の知性を支え、巧みに記憶させ、混乱した教示に由来する困難を区別を通じて解消するとされるく b : なお、アックルシウスは、法学提要2巻20章「遺贈について」第3節及び同2巻17章「遺言が無効となるのは如何なる場合か」第5節への注解においてもその旨述べている)。それ故、封の定義、起源、変遷の解明を承けて、この第2章では、封の主要かつ不可欠の区分を(余分で無益なものは省く一方で、これまで他の誰かに見出し得たものよりも更に多くについて有益な仕方)で)検討し提示することにした。それらの区分は、その全てが、弁証術家たちの法則に即した互いに異なる種から組み立てられ取り出されたわけではなく、むしろ、授封や承認の様々な性質から実用そのものを介して生まれたものであるとしても、より適切な教育に鑑みれば非難されるべきものではないし、それらの種が時に極めて不適切な用語から構成されていることもある以上、才気走った人々の頑迷さが我々の妨げとなってはならない。というのも、叙述内容から事柄そのものが理解できれば我々には十分なのであるから。実際、ある学問上の諸概念を念入りに吟味したところ、それらが、問題となっている事柄を、それほど適格かつ完璧十全には表現できていないというのは目新しいことではない。”(Tractatus, 19.)

て、「区分の有用性」そのものは認める。しかし他方で、それらの区分は、「その全てが弁証術家たちの法則に即した互いに異なる種から組み立てられ取り出されたわけではなく、むしろ、授封や承認の様々な性質から実用そのものに照らして生まれたものである *non omnes ex speciebus inter se dissidentibus, iuxta Dialecticorum leges compositae ac depromptae, sed potius ex diversis investiturarum, ac concessionum qualitatibus ipso usu natae sunt*」とされる。そして、種々の論拠を配置する「方法」が、結局、それらの論拠を基準として繰り返される「定義」と「区分」に他ならない以上、「弁証術家の法則 *Dialecticorum leges*」よりも「授封や承認の性質 *investiturarum, ac concessionum qualitates*」を優先させる態度は『論考と概略』全体に当てはまるはずである。このように「実用そのものに照らして *ipso usu*」遂行される方法の具体例として、ここでは、第6章での「授封 *investitura*」の定義と区分を見ておくことにする。

「封は如何なる場合に如何なる仕方で成立し取得されるのか *feudum quot et quibus modis constituatur, et acquiratur*」と題された第6章冒頭の「結論」では、封の「取得形態 *modi acquirendi*」が列举区分され、封の形相因を扱う「本章全体の配置 *summa huius capituli distributio*」が示されている<sup>24)</sup>。それに

24) “以上において、封の定義、分類、区分、作用因、質料因について説明されたので、後に残され、方法と時系列の観点からも求められているのは、物に存在を付与する形相因に向かうことである。

第6章：封の形式、すなわち、封は如何にして取得され形成され確立されるのかについて。ここでは、封の取得形態として、授封、承認、誠実宣誓、裁判官の判決、附合権に加えて、取得時効等についても論じられる。

結論1：封は如何なる場合に如何なる仕方で成立し取得されるのか。

要約：1.本章全体の配置；2.新たな封の成立形態には、二つ、すなわち、約束や擬似授封、あるいは同時に両者によって、物を封として付与することに同意する場合と、正式授封によって、物の物的な占有が移転される場合とがある【こちらは第4番】；3.前者の場合には、封の完成のために正式授封が為される必要がある【脚注c】；4.後者の正式授封はそれ自身で事足りる；5.封主が「物を占有せよ」及び「封として保有せよ」という二つのこと言明する場合のように、権原が表示されるだけでよい。ただし、権原が予め存在していない場合にはこれらの何れかを言明したとして

よれば、封の形相因には、「新たな封が成立する *feudum novum constituitur*」場合と「既に成立した封が承認される *feudum iam constitutum recognoscitur*」場合があり、「新たな封 *feudum novum*」は「現実に *re vera*」成立するか「推定上 *praesumptive*」成立するかの何れかであるとされる。後者、つまり、「法の推定 *praesumptio iuris*」による「新たな封の成立形態 *feudi novi constituendi forma*」としては、「従来封ではなかった物 *res ante non feudalis*」に対して誤って為された「封の承認 *recognitio feudi*」（結論68から71）、「裁判官の判決 *sententia iudicis*」（結論72）、共同受封者に対して相続等を経ないで互いの封の承継を認める「付加権 *ius accrescendi*」（結論73から76）、「取得時効

---

もこの限りではない【脚注c及びd】。封の授与には、三つの段階、すなわち、約束、疑似授封、正式授封の各段階が想定されている【脚注b】。封は授封無しには成立しない【脚注c】。

本文：〈1〉封は、新たな封として取得され存在するに至る、つまり、成立するか、もしくは、既に成立し与えられた授与された封として承認される【詳細は問題29以下】かの何れかである。新たな封は、約束、合意、授封（これらについては以下に直ちに論じられる）によって現実に成立するか、あるいは、例えば、時効【本章後述問題77以下】や裁判官の判決【後述問題72】の場合のように、また時には承認【後述問題68以下】や付加権【後述問題73、74、75、76】によっても、推測の下に、つまり、法の推定〈a〉によって成立する。〈2〉新たな封を成立させるには二つの形式が考えられる。すなわち、ある場合には、封主と将来の封臣が何らかの物を一定の方式によってかもしくは単純に封として付与し受領することについて合意し【後述問題5及び6。また前述第1章問題2第10番及び問題4でもこの点にふれたし、更には、同問題6第11番も参照せよ】、またある場合には、格別の約束が為されることなく、疑似授封によって直ちに封主が封臣に授封し、更には、これら二つ（つまり約束と疑似授封）が、同時に、もしくは、別々、つまり、後者が前者の後に行われる場合もある。〈3〉ただし、これらの場合には、封の完了完成のために正式の授封が為される必要がある〈b〉。〈4〉これに対して、正式授封は、これらの何れか一方あるいは双方無しに、「要するに授封が開始されたならば」、権原の存する限り、封の物的な成就に至る。〈5〉つまり、予めの約束や疑似授封が無くとも、私を地所に招き、宮廷の同胞の面前で、例えば、「物を占有しそれを封として保有せよ」といったように、「汝にここを封として与える」旨述べるだけで事足りる〈c〉。しかし、私に地所の占有をもたすだけで、何も言明しない場合には、封は発生しない〈d〉。”（*Tractatus*, 168-169. ここでは「方法」としての「区分」を辿ることが目的なので、ローゼンタール自身の勤めに従い、脚注部分は省略した）



praescriptio」(結論77から84)が扱われているが、これらはあくまで特殊な「成立形態 *forma constituendi*」であるので、叙述の順序においては、前者、つまり、新たな封を「現実」に成立させる「授封 *investitura*」(結論1から28)、及び、既存の封の「承認 *recognitio*」乃至「更新 *renovatio*」(結論29から67)という二つの原則的な「取得形態」の後に配置され、最後に、封の成立と引き換えに受封者に義務づけられる「忠誠宣誓 *iuramentum fidelitatis*」(結論85及び86)を論じて本章は閉じられている。最初に論じられる授封それ自体もまた、「物の現実の占有が移転される *realis possessio rei traditur*」場合と「物を封として授与することに同意する *de rem in feudum danda convenit*」場合とに区別される。前者は、「正式授封 *investitura propria*」と呼ばれ、授封の相手方を「地所に招き、宮廷の同胞の面前で、例えば、<物を占有しそれを封として保有せよ>と言明する *in praedium inducit, et coram paribus curiae dicit, vade in possessionem rei, et eam pro feudo tene*」ことによって完了されるものであり、「地所の占有をもたらずに留まり何も言明しない *saltem in possessionem praedii ducit, et nihili dixit*」場合や「前述のような文言を宮廷の同胞の面前で述べなかった *praedicta verba coram paribus curiae non protulit*」場合には、原則として封は成立しない。ただし、「同胞 *pares*」の立会を欠いた場合であっても、「受領者は、自らが生きている限り、いわば封の名の下に保有できる *acquirens id, quamdiu vixerit solum, quasi feudi nomine retinere potest*」。また、「宮廷内に同胞を有しない者が、声望ある諸氏の面前で先の言葉を述べた *quis, qui pares curiae nullos habeat, huiusmodi verba coram aliis honestis viris protulit*」場合には正式授封による封の成立を認めて差し支えなく、更に、「皇帝あるいは国王の許諾や命令 *Imperatoris aut regis concessio, aut iussum*」という形で行われた正式授封においては、「これらの人々による契約が法律に匹敵する *contractus horum, legis instar sunt*」以上、「宮廷の同胞の立会がなくても *etiamsi pares curiae non adfuerint*」封は成立する<sup>25)</sup>。

以上に対して、授封のもう一方の形態、すなわち、「物を封として付与することに同意する」場合については、更に、正式授封に倣って文字通り授封としてそれが行われる場合と、「契約 *contractus*」、「無方式の約束 *nuda promissio*」

sio]、「遺言 ultima voluntas」等を通じて「授封」そのものが約束される場合とに区別される。この内、前者は、「疑似授封 investitura abusiva」と呼ばれ、「宮廷の同胞の面前で、剣、指輪その他これに類する物体を引き渡して、当該

25) “結論2：同胞の立会無しに土地が封として承継された場合について、及び、正式授封とは何か。

要約：1. 同胞の立会無しに封主（ただし皇帝あるいは国王は除く【第4番参照】）封臣をあたかも封であるかのように土地の占有へと導いたとしても、封は成立しないが、占有へと導かれた者は生涯に渡ってその土地を封であるかのように保有できる；2. 占有へと導かれた者は、同胞がいない場合であっても、声望ある諸氏の面前で封の名の下に占有する旨宣言するならば、封は成立し、異議は退けられる【脚注c】。脚注bにおいて、バルドゥスの立場を解明し、批判に対して弁護する；3. 正式授封とは占有あるいはその引渡であり、脚注dではこの点について説明される；4. 皇帝や国王による契約は法律に匹敵し、また、たとえ普通法に反する場合であってもそう解されるについて点は脚注fで論じられる。

本文：〈1〉これに対して、封主が、「この物を占有しそれを封の名の下にあるいは封として保有せよ」という前述の文言を宮廷の同胞の面前で述べなかった場合には、この言葉を受け取った者はこの言葉に基づいて当該物の占有を取得するけれども、封は成立せず、受領者の子孫に承継されることはないが、受領者自身は、自らが生きている限り、いわば封の名の下に保有でき〈a〉、そのような者は、封建法書1巻25章「封は如何なる仕方て成立するか」第1節へのアルフロトゥスの冒頭注釈第4番では、「非正規取得者」乃至「疑似取得者」と呼ばれている【封建法書2巻33章「正当な封の慣習について」への聖堂参事会長〔ヨアンネス・アントニウス・デ・サンクト・ゲオルギオ〕の注釈第1番、カピュキウス『授封論』『封の類』の章217頁。本書においても、第2章問題52脚注cや同問題54第4番等、至る所で既に多くを引用し言及した】。〈2〉それでは、宮廷内に同胞を有しない者が、声望ある諸氏の面前で先の言葉を述べた場合はどうであろうか。バルドゥスは、この場合封は成立しないと主張している〈b〉。しかし、そのような言葉を述べた相手を同時に占有へと導きあるいはその者に別の仕方て引渡を為した場合には、反対の見解の方がより衡平で正しいと私は考える〈c〉。〈3〉というのも、既に述べた通り、授封には疑似授封と正式授封の二つがあり、封主が封臣を現実に物の占有へと導き、その物を封として付与するか〈d〉、あるいは、先行する疑似授封による義務づけに応じて（「これらの内の何かが偶然先行する場合には」）、約束した物の完全な占有を引き渡す場合こそ〈e〉、正式授封に他ならないからである。〈4〉封を成立させるために既に述べたやり方で為された皇帝あるいは国王の許諾や命令は、宮廷の同胞の立会がなくても、不確定な賭けとは見なされない。なぜなら、これらの人々による契約は法律に匹敵するからである〈f〉。”（Tractatus, 169.）

物乃至土地について授封する旨述べる *tradendo ensem, annulum, aut simile quid corporeum coram paribus curiae, dicit se investire, de tali re, aut fundo*」場合に認められるものであるが、それ自体は、「新たな権利を与えるものでも、封臣に対して何かをすべく封主を義務づけるわけでもない *iuris novi nihili dat, nec dominum vasallo in aliquo obligat*」し、「封臣が亡くなれば効力を失う *vasallo succumbente, evanescit*」ので、「封の完了完成のために正式授封が為される必要がある *ad perfectionem et consummationem feudi, propriam subsequi investituram necesse est*」。にもかかわらず、「授封」という名称が付されているのは、「剣 *ensis*」や「指輪 *annulus*」、あるいは、「軍旗 *vexillum*」といった封を象徴する「物体 *corporeum*」の授受が、土地等の「占有 *possessio*」乃至「引渡 *traditio*」に擬されているからである<sup>26)</sup>。このように物の引渡が象徴的

#### 26) “結論3：疑似授封について

要約：1. 疑似授封とは、当該地域の慣習に従い、同胞の面前で何らかの物体を差し出して授封する場合であり、それ故、授封に関する無方式の約束とは異なる。脚注bにおいて、王権はほとんどの場合軍旗によって、国王大権は多くの場合軍旗を用いて、純然たる命令権は剣を用いてそれぞれ授封されること、また、シキリアでは授封によって封が付与されることはないことについて論及される；2. 封臣であると主張する者に対して宮廷でその旨主張できるように疑似授封が為される場合もある；3. 疑似授封は、新たな権利を付与するわけではなく、封臣候補者が死亡すれば無効となる。この点については省略。

本文：〈1〉疑似授封とは、宮廷の同胞の面前で〈c〉、剣、指輪その他これに類する物体を引き渡して（「というのも、物の引渡が不可欠であると定められてからであり、疑似授封と呼ばれるのもそのためである」〈a〉。ただし、自国の慣習に従う必要があり〈b〉、そこから、この疑似授封と、封の付与に関して為された約束との明白な相違も理解できる）、当該物乃至土地について自らがティティウスに授封する旨述べる場合である〈d〉。〈2〉ここで注意すべきなのは、自分が封臣である旨主張して封主や同胞の面前での裁判に訴える者に対して、同胞の数が揃った時点でその権利を付与できるように、この疑似授封が為される場合もあるという点である。これは、一般に、「権利のための授封」と呼ばれるもので、物体の介在無しに単なる言葉だけで為される場合が多いと考えられる。〈3〉疑似授封は新たな権利を与えるものでも、封臣に対して何かをすべく封主を義務づけるわけでもない。従って、後述第12章で詳しく論じた通り、授封された封臣が亡くなれば、疑似授封は全く効力を失う。”（*Tractatus*, 170.）

行為に代替される点を除けば、同胞の立会や授封の言明を要する点において疑似授封と正式授封は一致し、何れにせよ「封の授与が書面によって為される必要はない *feudi concessiones ut in scriptis fiant, necesse non est*」。しかし、特に疑似授封に際しては、「封主の捺印 *sigillum domini*」と「短い文言 *verba brevia*」から成る「簡易の証書 *breve testatum*」や、「公証人その他の手よる公的文書 *instrumentum publicum, notarii et ceteri*」が用意されるのが通常であり、これらの「書面 *scriptura*」や「証書 *documentum*」は「新規の封の授与の証明が問題となる *de feudi novi investitura probanda agitur*」場合には証拠として「有効 *utilis*」である<sup>27)</sup>。なおここで、ローゼンタールは、「簡略な証書による

27) “結論4：封の成立に証書は不要であること、簡易の証書について、疑似授封は立会人無しに証明できるか否か。

要約：1. 証書は、封や授封の存立には関わらないが、その証明【第2番】には有益であることが明らかにされる【第4番】。この点において封と永借権は異なる【脚注a】；2. 簡略な証書とは何か、なぜそのように呼ばれるのか；3. 簡略な証書は、その中に同胞が証人として署名することを要しないという見解が論駁される【第4及び5番】。同胞による証言や署名、あるいは、封主の捺印を伴う簡易の証書による証明は、ある人々からは同視され、ある人々からは忌避される【脚注d】。複数の封主が存在する場合には、捺印のみで十分とされる【同上】；5. 同胞の立会無しに行われた新たな授封は原則として無効である。

本文：〈1〉ところで、このような封の付与を書面で行うことは必ずしも必要ではない。というのも、証書は授封や封の存続や成立とは無関係であるから〈a〉【問題67を参照せよ】。〈2〉ただし実際には、新たな授封であっても文書や簡易の証書（「これは封主の捺印によって裏付けられた文書であり、短い文言で書かれるのが通常であるためにそのように呼ばれる」と、勅法彙纂10巻2章「国庫による債務請求について」第5法文への注釈、特に、この上なく博識なクヤキウスによる注釈に述べられている。封建法書2巻2章「授封にめぐる争いについて【授封とは何か】」前書へのバルドゥスの冒頭注釈第3番、同法文へのアッフリクティスの注釈第15番、ザシウス『封慣行略説』第6部4番、スクラデルス『封論』第5部2章4番、スクネイデウィヌス『封慣行略説』第4部26番、ウルテュス『封及び封建法論』第1巻7章42章）によって証明され〈b〉、あるいはまた、公証人その他の手よる公的文書によって明示されるとされ【ウルテュス前掲書第1巻7章43章はそのように主張する】、後者は、公証人が同胞を証人として関与させ書き加えた場合にのみ認められるとする見解もある【封建法書2巻2章前書へのアッフリクティスの注釈第17及び18番はアンドレアス・デ・イセルニアの見解を援用している】。〈3〉しかし、新たな封の授与の証

証明は宮廷の同胞による証明と同視されるべきである *probatio per breve testatum, et per pares curiae aequiparantur*」との見解には反対し、「同胞の立会なく為された新たな授封は原則として無効となる *nova investitura sine parium praesentia facta regulariter non valet*」点に鑑み、授封の証明に際しても「同胞が文書の中に署名したり証人となる必要がある *ut pares in isto instrumento sese subscripserint, sut testes sint, necessarium esse*」との見解に与している。

一方、授封という方式に従わなくとも、「取り決めによって封が有効に約束され、封主である約束者が授封を通じてそのような約束を履行したり、あるいは、遺言によって与えられ、遺贈され、処分されることで、相続人が授封を義務づけられ、または、受贈者がある物を相続人以外の誰かから封として受領する可能性がある *feuda per conventiones efficaciter promitti ita ut dominus et promittens illas promissiones per investituras adimplere: vel per ultimas voluntates ita dar, legari, et relinqui potest, ut haeres investire cogatur, aut ut legatarius rem aliquam ab alio quopiam in feudum recipiat*」<sup>28)</sup>。これらの「処分行為

---

明が問題となっている場合に、簡略な証書において、宮廷の同胞が証書中に署名し、あるいは、証人が存在すること（「この二つは同視されるべきものと解される」〈c〉）が必要か否かは解釈者の間で争われている。〔4〕 権威においてさほど劣らない人々の中には、簡略な証書による証明は宮廷の同胞による証明と同視されるべきである以上、これを不要とする者もいる〈d〉。これらの人々に劣るところがなく、権威と名声において明らかに同等であり、私の見るところ、数の上ではむしろ優勢である人々は、同胞が文書の中に署名したり証人となる必要があると述べている〈e〉。〔5〕 封建法上は、後者の人々の見解の方がより適切である。というのも、同胞の立会なく為された新たな授封は原則として無効であり【既に本章問題1及び2でそのように述べたし、第12章の証明に関する箇所でもより詳しく論ずるつもりである】、このような場合に証人を欠いても簡略な証書は有効であることが封建法上明らかであると言えず、むしろそこには反対の趣旨が読みとれる〈f〉。」(Tractatus. 170-171.)

28) “結論5：封は契約、合意、遺言によって有効に約束されること。

要約：1. 授封以外にも、生存者間の処分行為や遺言による封の約束は有効に約束者や相続人を有効に義務づける【第2番以下も参照】；2. 合意が為された場合も同じであり、異論は退けられる【第3番】；3. 封を授与する約束は決して軽率乃至無因ではない；4. 封の約束はそれ自体が権原となる；5. 如何なる約束もその原因に基づき有効

dispositio」による封の付与も、それぞれの要式を満たす限り当然に有効であるが、疑似授封と同様、正式授封が為されるまでは「封は完成されない *feuda non consummantur*」。ここで問題となるのは、「生存者間の処分 *dispositio inter vivos*」が、「問答契約 *stipulatio*」や「交換 *permutatio*」といった「要式契約 *contractus solemnus*」ではなく、「契約当事者が単純にある物を封として付与すべく約束しただけで、その約束が問答契約による裏付けを欠き、万民法や市民法上の何らかの合意にも相当せず、裸の合意の範疇に属する *contahentes simpliciter pasciscuntur, ut res aliqua in feudum detur, pactio stipulatione nulla munita est, nec in aliquam conventionem iurisgentium, aut civilis incidit, verum in terminis pacti nudi consistit*」場合である。この点、ローゼンタールは、「そのような合意からは如何なる訴権も発生しないし、封主が有効に義務づけられ

---

に義務づける。無因の問答契約に基づいて訴える者は、市民法とカノン法何れにおいても、抗弁をもって退けられる【脚注 g】。

本文：〈1〉これまで述べたところからすると、封は、授封を伴わない契約によっては確かに完成されないけれども、問答契約その他人間による同種の取り決めによって有効に約束され、封主である約束者が授封を通じてそのような約束を履行したり〈a〉、あるいは、遺言によって与えられ、遺贈され、遺されて、相続人が授封し、受贈者がある物を相続人以外の誰かから封として受領するという可能性もある〈b〉。〈2〉ところで、そのような処分行為が問答契約や交換等の要式契約で為される限り、生存者間の処分に委ねられることに異論の余地はない。これに対して、契約当事者が単純にある物を封として付与すべく約束しただけで、その約束が問答契約による裏付けを欠き、万民法や市民法上の何らかの合意にも相当せず、裸の合意（「話し言葉による方式」）の範疇に属する場合には、そのような合意からは如何なる訴権も発生しないし、封主が有効に義務づけられることもないと大抵の人は考えている〈c〉。〈3〉しかしながら、彼らの見解は誤りとして退けることをお勧めする〈d〉。なぜなら、そのような合意であっても、何らかの物が封として約束されている限り、受領者が忠誠を誓い、極めて厳格な絆によって自らの封主に忠誠と奉仕を義務づけられるという牽連性ある条件を伴っているのであって、軽率、つまり、無因では決してないからである〈e〉。〈4〉この点に関連して、封の約束がそれ自体として権原となると言われることもあり〈f〉、それ故、このような権原が既に存在する限り、無因の約束とは言えない。〈5〉そもそも、今日、キリスト教徒の国々の法廷では、如何なる合意であっても、原因の存する限りは、有効に義務づけるのが正当であると解されている〈g〉。” (Tractatus, 171.)

ることもない *ex hoc pacto actionem nullam nasci, nec dominum efficaciter obligari*」との見解に反対し、「今日、キリスト教徒の国々の法廷では、如何なる合意であっても、原因の存する限りは、有効に義務づけるのが正当であると解されている *hodie in foro Christianorum pium existimatur, ut quaelibet promissio, modo caussa subsit, efficaciter obligat*」と述べて、「裸の合意 *pactum nudum*」による「授封の約束 *promissio de investiendo*」の有効性を強調している。というのも、無方式の約束であっても、「そこで何らかの物が封として約束されている限り、受領者が忠誠を誓い、極めて厳格な絆によって自らの封主に忠誠と奉仕を義務づけられるという牽連性ある条件を伴っているのであって、軽率、つまり、無因と決して言えない *ubi res aliqua in feudum promittitur, nunquam indiscretæ, hoc est, sine causa sunt, quiniam annexam conditionem habent, ut recipiens fidelitatem iuret, domino suno sese arctissimo vinculo ad fidelitatem, et servitia obstringat*」からである。以上のように「封主と将来の封臣が何らかの物を一定の方式によってかあるいは単純に封として付与し受領することについて合意する *dominus, et futurus cliens. De re aliqua certis modis, sut simpliciter in feudum danda, et accipienda, paciscuntur*」場合、つまり、授封の約束一般と、前述の疑似授封とは二つの点において区別されねばならな

29) “結論6：封の約束と疑似授封は如何なる点において異なるのか、そして、封主は約束された物の引渡を絶対的に義務づけられるのか否か。

要約：1. 授封の約束は同胞たる証人を要しない；2. 証明手段を制限する慣行は限定的に解されるべきである；3. 授封に際して何故同胞が必要とされるのか；4. 生存中の者の封をその者の死亡時に付与する旨の封主の約束は有効である；5. 売買の約束が売買と異なるように、授封の約束は授封それ自体とは異なる【脚注 f】；6. 疑似授封以後、封主は物の引渡を絶対的に義務づけられるが、封の約束によっては未だ義務づけられることはなく、利害関係を賠償することで免責される【第8番】；7. 疑似授封は封を成立させるが、授封の約束はそうではない；9. 君主であっても疑似授封が為されると引渡を絶対的に義務づけられる。脚注 g も参照せよ。通説によれば、為す債務においては、遅滞後、利害関係の賠償債務が生じる【脚注 f】。売主は、自ら所有する売却物について、絶対的にその引渡を強いられる【脚注 f】。

本文：〈1〉とはいえ、封に関する契約と疑似授封とは、本章問題3で既に述べたように儀式や方式において異なる以外にも、前者の契約において同胞の関与が要求さ

れないという点において相違している。これまで誰もこの点について決定的なことは論じてはいないが、私の見るところ、先の問題5で引用した人々のほとんどは、このような封の契約が役権の約束の一種に相当し、封が授封とは異なる仕方では合意され成立することは、「法学提要2巻3章〈役権について〉第4節や同節への解釈者による注解に照らして明らかである」旨主張しているし、封建法やその解釈者たち自身〈a〉、新たな封の成立には証人たる同胞が必要である旨主張する箇所において、封が約束され得る先行の契約に関してはこの点について何も言及していない。〈2〉それ故、同胞の関与を厳格に求めるこのような慣行は、証明手段を制限することになる以上、拡張するよりはむしろ限定すべきである〈b〉。〈3〉確かに、同胞の仲立が求められる理由を単純に(「つまり封主に対して詐欺が働かれることのないようにするため」〈c〉)と解するならば、そのような理由が何れの場合にも当てはまる以上、上記のような約束においても同胞の立会が必要であるように見える。しかし、私からみれば、この理由はそれほど重要でも普遍的でもないように見えるし、本当にこの理由だけで十分であるかどうか明らかとは言えない。更に、このような慣習は、単に欺罔を回避するためだけでなく、それ以上に、儀礼的行為の一種としての授封の厳格さの故に、同胞の関与を求めていると言ってもあながち不当ではないと考えられる。このように私が書くのは、私自身、このような見解に確信を得る以前はこの点をしばしば疑いを抱いていたこともあり、他の人々にもこの問題に目を向けられるように窓を開くためである。〈4〉今や私が上記のような考えに至ったのは、私よりも前にハルトマヌス・ピストリス『ローマ法及びザクセン法問題集』第2巻2部問題30第4番以下が次のように書いていると見出したからである。そこでピストリスは、生存中の者の封がその死亡を条件として同胞の立会無しに何者かに対して約束されたとしても、その約束は有効である旨明確に主張しており、私も、疑似授封によって同胞の立会無しにこれを約束した場合以外はこの点に賛同する。ただし、この箇所では、ピストリスは、実際には疑似授封ではなく授封の約束に過ぎないものを疑似授封と呼んでいる。〈5〉授封の約束が直ちに授封となるわけではない。適切にも、封として約束することと授封することとは別物であると言われていることも〈d〉以上の点と一致する。〈6〉第二に、この封に関する先行の契約と授封とは、封主が封臣に疑似授封した場合、約束された物の引渡を絶対的に義務づけられ、利害関係を弁済して免責されることはないという点で異なっている〈e〉。〈7〉なぜなら、たとえ占有が移転されておらず物における権利が取得していなくとも、疑似授封によって既に封が成立したものと解されるからである【封建法書2巻6章「忠誠宣誓の新たな方式について」最終節へのバルドゥスの注釈第1番、そこでバルドゥスはヤコブス・デ・ラウエンナの『スンマ』の見解を援用している。また、同法文へのイセルニアの注釈第5番(授封がなされず封が約束されただけならば封は未だ成立していない旨イセルニアは主張する)、及び、聖堂参事会長の注釈第3番、その他の人々の注釈、後述問題11の脚注c、アントニウス・カピュキウス『授封論』授封の章5頁】。〈8〉つまり、先行する何らかの契約乃至約束のみでは封主が義務づけられ、物の引渡を絶対的に強いられることはなく、利害関係を弁済して債務の拘束から免れることができるのである



い<sup>29)</sup>。授封の約束は、まず、「証人としての同胞を必要としない pares testes non requirit」という点において、疑似授封と異なっている。疑似授封において「同胞の立会 parium praesentia」が求められるのは、「単に欺罔を回避するためだけでなく、それ以上に、儀礼的行為の一種としての授封の厳格さのため potius et simul, ob solennitatem quandam in investitura, tamquam actu solenni, quam duntaxat ob evitandam fraudem」に過ぎない。このような法的行為としての「厳格さ solennitas」の差異は、もう一つの相違点、すなわち、そこから生じる法的効果のそれに直結する。授封の約束も疑似授封も、何らかの訴権を生み出し封主を義務づける点では共通するのは確かであり、そのような訴権や義務が、後に第8章で「封の目的因」として扱われるような封の完了を前提とした封主封臣間の権利義務と異なるのは言うまでもない。しかし、疑似授封においては、「たとえ占有が移転されておらず物における権利が取得していなくとも、既に封が成立したものと解される intelligitur feudum constitutum, etiamsi nondum tradita sit possessio, nec ius in re habeat」が故に、授封者は「約束された物の引渡を絶対的に義務づけられ、利害関係を弁済して免責されることはない praecise ad rei promissae traditionem obligatur, nec solvendo id, quod interest liberatur」のに対して、単に授封の約束をしたに留まる者は、「物の引渡を絶対的に強いられることはなく、利害関係を弁済して債務の拘束から免れることができる praecise ad traditionem rei non urgeri, sed solvendo id, quod interest, sese ab obligationis nexu eximere potest」という点において、両者は義務づけの程度を異にしているのである。

以上にみてきた第6章冒頭の叙述では、封の取得について、新たな封を成立させる授封と既存の封に対する承認、現実に行われる授封と法の推定に基づく諸形態、物の引渡を伴い封を完成させる正式授封と授封の合意に留まる諸形態、疑似授封と授封の約束、というように、ラムス主義的二分法に沿った定義

---

〈f〉。〈9〉以上に述べた点は、私人同様に、疑似授封を行うことで契約によって義務づけられる君主にも、私人の場合と同様に当てはまり、絶対的に引渡を強いられることになる〈g〉。」(Tractatus, 172)

と区分が繰り返されており、そこには「実用」に照らした「方法」の実践を十分に確認できる。このような定義と区分が、四原因等の論拠と共に、『考察と概略』全体に周到に張り巡らされたのである。しかし、ローゼンタールは、序言の中で予告していた「個々の結論での主張や本書全体の梗概を含む簡潔な図表 *tabula, singularum conclusionum argumenta, et totam synopsis totius operis brevem continens*」を結局作ることにはなかった。そのような「図表 *tabula*」を用いることによってラムス主義の「方法」を貫徹したアルトゥジウスとはまさに対照的である。ただし、そのような「図表」の欠如によって象徴されているのは、教育的方法的関心の不足というよりは、むしろ、実務的解釈的関心との相互補完的な関係、つまり、「概略 *synopsis*」と「考察 *tractatus*」の両立であると考えられる。本稿に残された課題は、上記のような授封の区分に続けて展開された二重授封論を素材に、『考察と概略』のもう一つの側面に目を向けることである。

### Ⅲ

『考察と概略』第6章冒頭に提示された封の各種取得形態の内、より詳細な考察の対象として最初に取り上げられたのは「疑似授封の効果 *effectus investituae abusivae*」であった。封となる正式授封の効果、つまり、引渡による封完了後の封主封臣間の権利義務は、「封の目的因」として第8章に配置されているのに対して、ここでは、封それ自体の占有移転を伴わない疑似授封が「封臣との関係で何を封主に義務づけるのか *ad quid dominum vasallo oblibet*」が問われている。Ⅱでみた通り、ローゼンタールは、直前の結論6において、単純な封の約束と疑似授封の相違点の一つとして、後者において封主が「約束された物の引渡を絶対に義務づけられ、利害関係を弁済して免責されることはない *praeceise ad rei promissae traditionem obligatur, nec soluendo id, quod interest liberatur*」という点を挙げていた。続く結論7では、まさにこの点が「疑似授封の効果」として敷衍され、以下結論12まで続く考察<sup>30)</sup>の起点に据えられたのである。疑似授封による封主の絶対的な引渡義務を肯定する法文が封

建法書に見出されるために、考察は同時に法文解釈という形で展開されることになる。すなわち、封建法書第2巻第26章「死亡者の封について封主と封臣の宗族との間に争いが生じた場合 *Si de feudo defuncti contentio sit inter dominum, et agnatos vasalli*」の第6節第1文(「封について授封が行われた後、占有を移転する以前に、封主が翻意した場合、その封主は利害関係を封臣に支払うことによって免責され得るか否かが問題となる。それに対する制裁は別としても、授封が為された封の占有を引き渡すべく封主は強制されねばならないというのがその解答である *Si facta de feudo investitura poeniteat dominum, antequam possessionem transferat : an praestando interesse vasallo, liberetur, quaesitum fuit. Responsum est, praetermissa illa condemnatione, dominium possessionem feudi, de quo investituram fecit, tradere compellendum.*」)、及び、同第7章「忠誠宣誓の新たな方式について *De nova forma fidelitatis*」の第1節第2文(「実際に授封が為され忠誠宣誓もこれに続いたならば、封主は受封者を安全な占有に導くべく完全に義務づけられ、これに遅滞した場合には、あらゆる使用利益を封臣に支払うことになる *Inestitura vero facta, et fidelitate subsecuta, omnimodo cogitur dominus investitum in vacuam possessionem mittere : quod si differat, omnem utilitatem ei praestabit*」)によれば、疑似授封を行った封主は、受封者乃至封臣に対して封の「安全な占有 *vacua possessio*」を移転する義務を「完全に *omnimodo*」負い、「利害関係 *interesse*」の賠償によってもこの義務を免れることはできず、履行を遅滞した場合には「使用利益 *utilitas*」の返還も義務づけられるのである。両法文の連関に基づくこのような理解は、第6節第1文の<封主は封の占有を *dominum possessionem feudi*>、及び、第1節第2文の<支払うことになる *praestabit*>にそれぞれ付された標準注釈<sup>31)</sup>

30) 以下で敷衍する結論7から12までの試訳は「ハインリッヒ・フォン・ローゼンタールの二重授封論」獨協法学76号参照。

31) “すなわち、授封を為し忠誠宣誓を受けた後は、合意によって忠誠が軽減されていない限り、直ちに安全な占有の引渡を強制され、しかも、先に第7章「忠誠宣誓の新たな方式について」第1節1文にあった通り、そのような占有の引渡を遅滞した場合

において既に示されており、前者では、「ここで言及されている授封が、時に疑似授封とも呼ばれている言葉による授封であって、本来の意味で授封と称されるものではない *hic loquitur de ea investitura, quae abusivo modo dicitur: et non de ea, quae proprie dicitur investitura*」ことも付言されている。ローゼンタールも、これらの法文と標準注釈に照らして、封主が授封物の引渡を絶対的に義務づけられるのは当然と解した上で、封主があくまで引渡を拒否する場合には、「武力による *manu militari*」占有取得やいわゆる「裁定宣誓 *iuramentum in litem*」による利害関係の賠償請求を封臣に認めている。このような理解を支える論拠としては、脚注に引用される膨大な注釈や文献の権威に加えて、封主が、単に「安全な占有の引渡 *vacuam possessionem tradere*」や「用益の許諾 *uti frui permittere*」を義務づけられるだけでなく、正式授封の後に、「封臣が一旦取得した占有を自らの懈怠によって失い、その占有が偶然に封主に戻った場合に、それを封臣に回復すべく強いられる *si vasallus a possessione semel adepta etiam negligentia sua cadat, et possessio forte ad dominum veniat, illam*

---

には、あらゆる使用利益を封臣に支払うことになる。また、ここで言及されている授封が、時に疑似授封との呼ばれている言葉による授封であって、本来の意味で授封と称されるものではないことは、先に第2章「授封とは何か」で双方について説かれた点からも明らかである。というのも、もしそうでなくて、正式授封について述べているのだとするならば、そもそもこのような疑念は生じなかったであろうから。実際、既に占有が引き渡されているにもかかわらず、一体何のために、封主が占有の引渡を義務づけられねばならないのか。しかも、封臣がそれを欲しない限り利害関係の受領を強いられることはないとしても、この場合には何ら不思議はない。しかしながら、ある者に授封した後に別の者に授封し、前者に引き渡す以前に後者に引き渡した場合ではどうか。つまり、この場合、利害関係を支払うことで免責されるのであろうか。二人に対して売却した場合について、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[1節]に、「売却された物が引き渡されない場合には云々」という箇所を見出せるので、これと同じように解さない理由はないように思われる。”(tom. V, feudorum liber secundus, 73, not. a. <Dominum possessionem feudi>。引用は1627年リヨン刊ヨアンネス・フェフス Ioannes Fehus 編『ユスティニアヌスの市民法大全 *Corpus iuris civilis Iustinianei*」収録のテキストによる)

“第26章第6節第1文にある通り、封主は、授封したことを後悔したとしても、封臣に利害関係を支払う旨主張して免責されることはない。”(47, a. <Praestabit>)

vasallo restituere cogitur」点との均衡が指摘されている。また、引渡の遅滞により封主に使用利益の支払が義務づけられる点については、第1節第2文の〈使用利益 utilitatem〉に付された標準注釈<sup>32)</sup>が、当該使用利益を「物をめぐって生じるもの quae sit circa rem」に限定し、「葡萄酒や土地定期金によって取り引きし収益を得られたとしても使用利益とは評価されない neque si potuit ex vino, et redditu negotiari, et lucrum capere, id aestimabitur」としている点を支持しつつも、「封臣が商人であり取得物によって商売することを生業としている erat mercator vasallus, res suas in mercimonia collocare solitus」場合には例外的に「失われた外的利益であっても算定され賠償される lucrum cessans et extrinsecum computandum et resarciendum erit」とする。更に、「封主が封の所有権を剥奪されるべく訴えること agere, ut dominus proprietate feudi privetur」も、封主による引渡の拒否あるいは遅滞への対抗手段の一つとして挙げられている。

『考察と概略』におけるローゼンタールの議論は、法文や標準注釈に留まらず、無数の文献を渉獵した上で展開されたものであり、脚注では、アンドレアス・デ・イセルニア Andreas de Isernia、バルドゥス・デ・ウバルディス Baldus de Ubaldis、ヤコブス・アルワロトゥス Jacobus Alvarottus、ヤコブ

32) “学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第21法文3節にある通り、ここに言う使用利益とは物をめぐって生じるものであって、例えば葡萄酒や土地定期金によって取り引きし収益を得られたとしても、使用利益とは評価されない。また、封主が受封者に対して誠意を尽くさず、あるいは、約束した封をその者に与えない場合には、受封者は忠誠の宣誓を遵守する必要はない。なぜなら、そこには常に、「封主が誠意を尽くすならば」あるいは「約束された封を引き渡すならば」という条件が内在するからであり、更に言えば、誠意を尽くさない者に対して誠意を示すことは有害で公平さに欠けるからである。勅法彙纂2巻4章「和解について」第14法文、グラティアヌス教令集2部事例27問題2第21節、同事例22問題2第14節、勅法彙纂2巻3章「合意について」第16法文、学説彙纂4巻4章「25歳未満の成熟者について」第37法文1節、勅法彙纂4巻30章「\*について」第16法文、学説彙纂48巻5章「姦通を処罰するユリウス法について」第14法文、同19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第54法文1節、同31巻「遺贈及び信託遺贈について」第77法文27節。”(46-47, p. <Utilitatem>)

ス・デ・ベルウイシオ Jacobus de Belvisio、ヨアンネス・アントニウス・デ・サント・ゲオルギオ Joannes Antonius de Sancto Georgio (通称「聖堂参事会長 Praepositus」)、ペトルス・ラウェンナス Petrus Ravennas、マッタエウス・デ・アッフリクティス Matthaeus de Afflictis の注釈や、ヨハネス・ブランクス Johannes Blanchus、アルディゾニウス Aldizonius のスンマといった伝統的な封建法学文献や、「封論 tractatus de feudis」や「封慣行略述 epitome in usus feudorum」等の表題を冠した便覧的著作、関連するローマ・カノン法文の注釈、「助言集 Consilia」、「問題解決集 Quaestiones」、「実務考察集 Practicae observationes」、「通説集 Communes sententiae」等に至るまで網羅的に参照吟味されている。このような脚注の分量が、「概略」から「考察」へと移行するに連れて増加するのは当然であるが、むしろ注目すべきなのは、叙述方法それ自体の変化、すなわち、定義と区分による諸概念の配置の過程で個々の論点に適宜検討を加える体系基底的叙述から、一つの論点について原則的解答を提示しその例外となる諸事例を列挙検討する問題基底的叙述への移行である。疑似授封の効果をめぐる考察には、この原則と例外を積み重ねる後者の叙述方法の典型例を見出すことができる。「封主は疑似授封を行った物の占有の引渡へと絶対的に義務づけられる dominus praecise ad rei, de qua abusivam contulit investituram, possessionis traditionem obligatur」という命題が、疑似授封の効果という論点に対する原則的解答として、第6章の結論6から7にかけて提示敷衍されたの承けて、続く結論8では、「授封者が絶対的に物の引渡を義務づけられないのは如何なる場合か quibus casibus investiens praecise rei traditori ascriptus non sit」との問いの下に、上記原則に対する「制限 limitationes」、つまり、原則が妥当しない例外事例が列挙されることになる。それらの事例とは、順に、「封臣が利害関係のみを訴求するか、あるいは、この件について全く争わない vasallus petat vel ad interesse, aut plane non agat quo casu」場合、「封主が引渡の能力を有していなかった dominus tradendi facultatem non habebat」場合、「占有取得前に不忠を犯したというような何らかの正当な抗弁が封臣に対して提起可能である aliqua iusta exceptio vasallo obiici potest, ut quod feloniam ante adeptam possessionem commiserit」だけでなく「封主が直ちにそ

れを証明する用意を整え実際に証明できる *dominus hoc in continenti probare paratus est et potest*」場合、「封臣に対して時効を援用する *contra vasallum praescripsit*」場合の四つである。結論8の本文では他に、封臣の受封拒絶という第一の例外に関連して、引渡のない限り封臣に忠誠宣誓の遵守義務がないことが、また、封主の引渡不能という第三の例外との関連では、他人物売買と同様に「他人物 *res aliena*」の授封においても封主が利害関係の賠償義務を負うことが、それぞれの付随的に言及されている。ただし、ローゼンタールの考察の主眼は「第五の制限 *quinta limitatio*」としての二重授封にあるのは一見して明らかである。というのも、残る結論9から12まで全てが、「封主から同一の物について相前後して疑似授封を受けた二人の者の内何れが優先されるべきか *uter ex duobus, a domino abusive de eadem re successive investitis, praeferatur*」の考察に当てられ、二重授封という例外それ自体について原則と例外が提示されているからである。

この二重授封論が疑似授封の効果をめぐる「考察」の核心であるとするならば、そこには「概略」と対比されるべき「考察」の特質が一層明白に示されているはずである。ローゼンタールが意識していたそのような「考察」と「概略」の区別をより具体的客観的に把握するために、ここではまず、ヴェーゼンベックの『封論』における議論を概観しておきたい。ヴェーゼンベックは、封の形相因を扱う同書第8章において、「封が成立するための三つの要件 *tria ad feudum constituendum requisita*」として、「授封の請求 *petitio investiturae*」、「授封 *investitura*」、「忠誠の宣誓 *fidelitatis sacramentum*」を挙げ（第1番）、「授封の目的及び効果 *finis et effectus investiturae*」については、授封の請求（第2から11番）、授封の区別や要件（第12から14番）の後に論じている（第15から18番）<sup>33)</sup>。それによれば、「真正の授封 *vera investitura*」、つまり、「授封

33) 「15. 授法の目的」以上に対して、真正の授封の目的及び効果とは、封臣が封を自由に使用収益でき、封主がそのような用益の受忍を授封後継続して封臣に提供すべく義務づけられ、それを怠る場合には、利害関係【封建法書2巻2章「授封とは何か」第1節へのバルドゥスの注釈第3番】、あるいは、別の同等の封【同2巻8章「他人

物について為された授封について」第1節】について訴求されるという点に存する。更に、封主は授封の証書を封臣のために作成し、封に関わる争訟の際には常にその証書が参照されねばならない【デキウス『助言集』助言173、ザシウス『封慣行略述』第6章】。ただし、以上の点は嚴格法に属する【カケラヌス『ピエモンテ判決集』第2巻判決23第14番、ムダエウス『助言集』第4巻助言11第11番、フランキスクス・ソキヌス『助言集』第2巻助言65、クルティウス『封論』第1部問題3及び4】。疑似授封の目的及び効果として、まず、封臣は授封と引き換えに忠誠宣誓を行い、実際に封の占有を取得する前にそれを行わねばならない【封建法書2巻4章「授封と忠誠宣誓の何れが先行すべきか」第1節、同7章「誠実宣誓の新たな方式について」第1節2文】。次いで、当該授封により、封臣は自ら占有を取得する資格を取得する【同33章「正当な封の慣習について」第1節、同2章第1節へのアルワロトゥスその他諸博士の注釈】。他人が占有しているために封臣が取得できない場合には、当該授封に基づいて封主は安全な占有かあるいは別の同等の封を封臣に提供するよう義務づけられる【同7章第1節、8章「他人物について為された授封について」第1節、クラルス『封論』問題26第2番】。

〈16. ある者が授封された後に、封主は同じ封について別の者を授封できるか否か、及び、両者は如何なる権利を取得するのか〉ところで、ここで通常問われるのは、封主が封臣に授封する前に、同じ封について別の者を授封できるか否かという点である。また、これらの者の内何れが優先されるべきかも問題となる。議論は錯綜しているけれども、ある者に売却された物が別の者に売却され得る【勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文】のと同様に、第二の者への授封が許され、最初に授封された者も封主が他人に占有を与えることを阻止できないと一般に解されている【封建法書2巻2章第1節へのバルドゥスの注釈第3番、勅法彙纂3巻32章第15法文へのヤーソンの注釈第30番】。従って、先に現実の授封を受け物を引き渡された者が優先されることになる【上記第15法文、ヤーソンの同法文への注釈第30番以下、封建法書2巻26章「死亡者の封について封主と封臣の宗族との間に争いが生じた場合」第6節1文への標準注釈及び諸博士の注釈】。ただし、その場合、封主は封を失ったもう一方の者に対して同等の封を提供すべく義務づけられる【同2巻8章第1節】。依然存命中の者の封が二人の者に授封された場合に何れが他方に優先されるべきかについては、ハルトマン・ピストリス『ローマ法及びザクセン法問題集』第2部問題20が論じている。

〈17. 授封の効果〉最後に、授封の効果について注意すべきなのは、封建法書1巻25章「如何なる仕方では封は成立し得るのか」第1節にある通り、たとえ誰かが封主の命令によってある物の占有を封の名目で確保し取得したとしても、授封無しには決して封は成立しないという点である。授封の残りの効果については、バルドゥスが同2巻2章第1節への注釈第4番で述べている点を付け加えることができる。すなわち、授封からは二つの債務、つまり、一方では、封主が封の引渡を義務づけられる本来的債務、他方では、封臣が継続的に、つまり、封を占有する限り絶え間なく使用収益することを受忍すべく強いられる継続的債務が、それぞれ発生するのである。



物の要式に則った現実の引渡 *rei feudalis vera et solennis traditio*」を伴う「正式授封 *propria investitura*」の「目的 *finis*」乃至「効果 *effectus*」が、「封臣が封を自由に使用収益でき、封主がそのような用益の受忍を授封後継続して封臣に提供すべく義務づけられ、それを怠る場合には、利害関係、あるいは、別の同等の封について訴求される *vassalus libere feudo utatur, fruatur, et ejus usus patientiam post investituram dominus successive vasallo praestare cogitur, alioquin conveniendus in id quod interest, aut ad aliud aequipollens feudum*」という点に存するのに対して、「口頭の授封 *verbalis investitura*」、つまり、「授封物の引渡 *rei feudalis traditio*」を伴わない「疑似授封 *abusiva investitura*」では、「封臣は自ら占有を取得する資格を取得する *vasallus apprehendae propria*

---

〈18.授封によって所有権と占有が移転されるのか否か〉またここでは、授封によって所有権や占有が移転するの否かという点も問題となり得る。勅法彙纂3巻32章第15法文及び法学提要2巻1章「物の区分について」第44節へのファベルの注釈は、移転される旨、特にフランスの慣習に依拠して主張している。しかし、グレゴリウスⅨ世教皇令集2巻22章「文書の証明力について」第6節や勅法彙纂3巻32章第15法文について一般には反対に解されている【同第15法文へのヤーソンの注釈30番以下】。なお、アンドレアス・ガイリウス『実務考察集』第2巻考察152第12番が封建法書2巻2章第1節への封建法学者たちの注釈が援用されている点にも注意されたい。この問題については、スクルフィウス『助言集』第1集助言53が詳しく述べている。また授封は封について明示する【勅法彙纂6巻55章「自権者、嫡出子、娘から生まれた孫の無遺言相続について」第12法文及び7巻6章「ラテン人の自由廃止及び一定の方式によるローマ市民権の取得について」第1法文2節へのバルドゥスの注釈】。それ故、何よりもまず授封の趣旨に注意すべきものと一般に言われているのは正しい【封建法書2巻18章「上位者によって授封された兄弟について」第1節ガイリウス考察50第13番、封建法書2巻3章「授封は誰によって為され誰によって受領されるか」第1節】。更に言えば、授封の趣旨は、ヤーソン『助言集』第4巻助言136第2番やバルドゥスの封建法書2巻2章第1節への注釈及び『助言集』第1巻助言98が述べる通り、あらゆる封の性質を制約する。また、ザクセンの慣行上、あらゆる傍系継承権は授封への異議に左右されるという点を、ハルトマヌス・ピストリス氏『ローマ法及びザクセン法問題集』問題30、25、28が、その他事柄と同様に正確に論証しており、また、存命の者の封について為された授封についても色々と見事に考察し、問題27第1番では、当該授封によって封主の相続人や承継人がどのような義務を負うのか詳細に論じている。” (Tractatus de feudis, 838-839.)

authoritate possessionis facultatem consequitur」に留まるとされる。また、疑似授封を受けたが、「他人が占有しているために封臣が占有を取得できない *prehendere vasallus nequit, quoniam alter sit in possessione*」場合には、「封主は安全な占有かあるいは別の同等の封を封臣に提供するよう義務づけられる *tenebitur dominus aut possessionem vacuum vasallo praestare, aut aliud feudum aequivalens*」とされ、そのような場合の一つである二重授封に関しては、「ある者に売却された物が別の者に売却され得るのと同様に、第二の者への授封が許され、しかも、最初に授封された者も封主が他人に占有を与えることを阻止できないと一般に解されている *communiter concluditur, investiri secundum esse concessum, sicut et res uni vendita alreti vendi, nec posse impedire primo investitum, quominus dominus alterum in possessionem mittat*」以上、「先に現実の授封を受け物を引き渡された者が優先される *praesertur is, cui realis investitura prius facta, et res tradita fueirt*」ことになり、「封主は封を失ったもう一方の者に対して同等の封を提供すべく義務づけられる *tenebitur dominus alterutri qui feudo caret, praestare aequivalens*」というのがヴェーゼンベックの主張である。この他、授封一般について、授封だけでは所有権や占有が移転されないこと、封の内容を規定するいわゆる「授封の趣旨 *tenor investiturae*」に注意すべきこと等が言及され、封の成否が最終的に受封者の意思に委ねられるとの論理を介して、封成立の最後の要件である忠誠宣誓の区分、要件、効果へと議論は進められる。確かに、ここでは、封の成立要件を列挙し、成立過程に即してそれらを取り上げ、それぞれの区分、要件、効果を論じるというように整然とした「方法」が提示され、疑似受封の効果と二重授封もそのような体系的連関の中に的確に位置づけられている。しかしその反面、叙述内容は簡略に過ぎ、最低限の法文と文献は挙げられているとはいえ、初学者対象の基礎知識以上のものをそこに求めることはできない。ヴェーゼンベックは、授封によって発生する債務として「封主が封の引渡を義務づけられる本来的債務 *obligatio primitiva, qua dominus ad feudum tradendum obligatur*」と「封臣が封を占有する限り絶え間なく使用収益することを受忍すべく強いられる継続的債務 *obligatio successiva, qua vasallum uti frui continuo et quamdiu feudum possidet, pati*

compellitur」を挙げるバルドゥスの見解を援用しているが、疑似授封によって封主が占有の引渡を「絶対的に praecise」義務づけられるとは明言しておらず、「他人が占有しているために封臣が占有を取得できない」場合に封主に課される「安全な占有 possessio vacua」の移転や「別の同等の封 aliud feudum aequivalens」の提供も、結局は、引渡能力を欠いた封主による「利害関係」の賠償に帰する。ヴェーゼンバックが法文や通説に反して利害関係の賠償による封主の免責を認めているとは考えられないし、ローゼンタールも通説に与する者の一人としてヴェーゼンバックを引用している<sup>34)</sup>とはいえ、免責を認めない原則とその例外という形で検討が最初から断念されているのは明らかである。また、二重授封についても、占有取得した第二受封者を優先させる原則的解決は示されているが、その例外に関しては、「依然存命中の者の封が二人の者に授封された場合に何れが他方に優先されるべきか duobus de feudo viventis adhuc investiis, uter alteri praeferendus est」という問題点のみが僅かに指摘されているだけであり、以下に見るように十以上の例外を列挙吟味するローゼンタールの叙述とは全く対照的である。

「封主が第一の者に対して疑似授封を確かに行ったが、実際に占有を移転しあるいは第一の者が正当に占有を取得する以前に、第二の者にも授封し、この者に現実に占有を移転する dominus primum abusive quidem investivit, antequam vero possessionem ei tradidit, vel primus eam licite adeptus est, secundum quoque investit, et in eum realiter possessionem transfert」場合、つまり、二重授封が、疑似授封者に引渡を絶対的に義務づける原則の「第五の制限 quita limitatio」となるのは、「占有を先に取得した第二受封者が第一受封者に優先する secundus, qui possessionem prior nactus fuit primo praefertur」ために、「封主は、第一受封者に引き渡すべく絶対的に強制されることはなく、利害関係の支払を義務づけられるにすぎない dominus praecise, ut primo tradat, cogi non potest, sed tenetur illi interesse praestare」からである。「占有を先に取得

34) Tractatus, cap.6, conc.6, glos.e, 172.

した第二受封者が第一受封者に優先する」という理解は、封建法書第2巻第26章第6節への前記標準注釈の中で、売主の目的物引渡義務の不履行を理由とする買主の利害関係賠償請求訴権一般に関するローマ法源（学説彙纂第19巻第1章「買主訴権及び売主訴権について De actionibus empti venditi」第1法文前書：「売却された物が引き渡されない場合、利害関係、つまり、当該物が買主にもたらす利益について訴求される。なお、物の価値や購入よりも大きな利害関係が存する場合には、利害関係が代金額を超えることもある si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris : hoc autem interdum pretium egreditur, si plurius interest, quam res valet vel empti est.」）に依拠する形で既に示され、その後の第6節への諸注釈を通じて通説化していた。また、二重授封と二重売買の類似性も早くから意識され、不動産の二重売買において第一買主よりも早く占有を取得した第二買主の優位を定めるローマ法源（勅法彙纂第3巻第32章「所有物取戻訴権について De rei vindicatione」第15法文前書：「不動産が全体として二人の者に適法に売却された場合、先に不動産の引渡を受け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 quotiens duobus in solidum praedium iure distrahitur : manifesti iuris est, eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorerem」）の適用場面の一つとして二重授封が論じられた。二重授封論の展開を支えたのは、むしろ、標準注釈からヤーソンに至るまで「諸博士 doctores」がこの第15法文に加えてきた注釈の蓄積である。二重授封論の総括を企てるローゼンタールの議論を方向づけているのもやはり第15法文の適用範囲の確定という視点であり、結論9では、「占有を先に取得した第二受封者が第一受封者に優先する」という原則が「拡張される ampliatur : extenditur」場合、つまり、原則の拡大適用として理解される事例が、引渡を受けていない第一受封者が例外的に優先される事例に先立って検討されている。そのような拡大事例としてまず第一に挙げられているのは、「封主が存命中の者の封についてその死亡を条件に疑似授封を行う一方で、封の占有者に処分権限を与えたところ、この者が他人に封を売却した dominus de feudo viventis in casum mortis abusive inestit, et feudi possessori postea licentiam alienandi dedit, et is alii vendidit」場合

や、同様の条件で疑似授封が為された後に「当時の封臣が存命中に特約や封の性質に基づいて偶然にも処分を行った *vasallus vivens in vita sua forte ex pacta, aut natura feudi alienavit*」場合であり、これらの事例では、処分の相手方である「買主 *emptor*」が、二重授封における第二授封者と同じく、「占有を取得することで優先される *possessione adepta, potior est*」。このように「買主が権原だけではなく引渡によって所有権をも取得する *emptor non modo titulum; sed et per traditionem dominium adeptus sit*」結果、第一受封者は「その死亡後に当該封を取得するはずであった最初の封臣が実際に死亡しても、封の回復は不可能である *defuncto illo priore vasallo, post cuius mortem hic illud feudum debebat, id revocare non potest*」。他方、「封主は、存命中の封臣がその権利を行使するのを阻止できないし、封臣がそれを許す法に基づき行う処分を、他人に付与した期待を理由に禁じることもできない *neque dominus vasallum viventem iure suo uti impedire, et per istam expectativam alteri collatam alienationem, quam vasallus iure permittente facit, prohibere potest*」上、引渡によって買主への所有権帰属が確定すると「利害関係について義務づけられる *tenetur ad interesse*」ことになる。また第二に、「第一受封者は第二受封者に物を引き渡すことを望んでいる封主を妨げることはできない *prior investitus dominum volentem rem secundo tradere, impedire non potest*」とされ、第二受封者の優位は引渡以前にまで及ぶ。なお、脚注では、「第一買主は裁判官に売主による第二買主への売約や引渡を妨げるべく求めることはできないが、売却がまさに為されようとしている旨上訴するならば、第二買主に対して売却できないことを裏付ける理由を付す場合に限って例外とする *prior emptor non potest impetrare, ut iudex venditori inhibeat, ne secundo vendat et tradat, excepto tamen casu, si de venditione fienda appellet, dummodo tamen causam inserat necessario concludentem quod secundo vendere nequeat*」旨のヤーソンの見解に注意を促しつつも、「第15法文に関する諸博士の学説はここに適用可能である *Dd. doctrinae circa d.l. quoties, huc applicandae sunt*」と結論づけられている。更に第三に、「封主が第二受封者に占有を移転する際に、＜第一受封者の権利を害しない＞、あるいは、＜第一受封者が占有を求めるならば、汝が当該占有を

第一受封者に与えるか、あるいは、私自身が第一受封者に占有を移転できるように汝が私に占有を返還することを私は望む」と述べた *dominus tradendo possessionem secundo dixit, salvo iure prioris, vel, si prior petat possessionem, volo ut eam illi des, vel, mihi restituas, ut illam priori tradam*」場合についても、「このような言明から後の者に対する優先権が帰結するわけでもないし、そのような後発の合意によって封主に対する占有の返還が絶対的に義務づけられるわけではなく、せいぜい利害関係について義務づけられるにすぎない以上、第二受封者が依然として優先する *adhuc secundus potior erit, quia nihil iuris prior ex ea consequitur contra posteriorem, nec domino praecise ad possessionis restitutionem obligatus est ex eo pacto posteriore, sed bene ad interesse*」と解する人々が存在する。しかし、ローゼンタール自身は、以上三つの拡張事例の内、前二者のみを認め、第一受封者を優先させる留保条項を伴った二重授封については、留保の趣旨通りに、原則の適用を排除する見解に与しており、続く結論10の冒頭では、第一の例外事例として再び同じ問題を論じている。つまり、この事例は、拡張事例から例外事例へと議論が移行するまさに分岐点なのである。

結論10は、「第五の制限に対する制約 *quintae limitationis restrictio*」、すなわち、第15法文に対応する原則が妥当せず、「先に疑似授封を受けた者が、後に授封され占有を取得した者に優先する場合 *casus, quibus prior investitus abusive, posteriori praefertur possessionem adeptis*」を三つ取り上げている。まず、上記のように、封主が、第二受封者に物を引き渡す際に、「第一受封者が請求するならば、その時よりその者が所有者となり、占有はその者に移転するものとする *si prior petat, volo quod ex tunc dominus fiat, et possessio ad ipsum transeat*」等の文言によって、第一受封者の権利を優先させる意思を表明した場合には、たとえ第二受封者が先に占有を取得したとしても「第一受封者が優先する *prior potior erit*」。なぜなら、この場合、「第二受封者に対しては、条件付で、つまり、解除され得るとの前提で物が引き渡されたにすぎない *posteriori sub conditione, et modo tradita fuit, nempe ut resolvatur*」からである。また、「第一受封者が都市や教会である *prior vasallus est civitas, aut ecclesia*」場

合にも、これらのものが一般に「権原のみによって所有権を取得する *ex solo titulo dominium adipiscuntur*」と解されているため、第一受封者が占有無しに優先されることになる。第一の事例が拡張事例ではなく例外事例であることは既に結論9で論証され、第二の事例も特に異論のないものとして簡略に扱われているのに対して、第三の「制約 *restrictio*」、すなわち、「統治権を有する君主乃至国王 *princeps, aut rex, iura imperialia habans*」、「教皇 *papa*」、「高位聖職者 *praelati*」等のいわゆる「最上位者 *supremus*」による封の「許諾 *concessio*」については、脚注を用いて詳細な検討が加えられている。まず、「これらの人々による許諾によって占有の取得無しに当然に所有権が被許諾者に移転するが故に、彼らの最初の許諾が後の許諾に優越する *horum concessionem primam secundae praevalere, quia ipso facto, sine possessionis apprehensione, ex horum concessionem dominium in concessionarium transeat*」と考える人々の間では、「恩典 *gratia*」による許諾と「契約 *contractus*」による許諾とを区別し、前者にのみ「占有の取得無しに当然に所有権が被許諾者に移転する *ipso facto, sine possessionis apprehensione, dominium in concessionarium transit*」ことを認める見解が有力とされる。この見解によれば、「当該契約が法的に許され締結方法が適切である限り、君主は、別段の意思を明白に表明している場合を除いて、契約締結上、普通法に準拠し、普通法の規則を遵守するものと推定される *princeps praesumitur in contrahendo, modo ille contractus sit in iure licitus, et modo initio valere possit, iure communi uti, et ad illius dispositionem se conformare, nisi eum aliud voluisse manifeste appareat*」ので、契約による封の許諾は第15法文の適用を原則として免れることはできないことになる。これに対して、「君主の契約や世俗的な恩典に基づく封について法に定めがない以上、君主が所有権の移転を望んでいる旨明確に言明しない限り、契約の場合も事情は変わらない *nihilominus est contractus, nisi ubi princeps expresse dicit, quod velit transferre, quia nulla lege disponitur, quod ex contractu principis, aut gratia profana*」という理由で、教皇令<sup>35)</sup>に基づいた「教会」に対する許諾を除いて、恩典と契約とを問わず引渡によらない準所有権の移転を原則的に否定する異論が脚注において紹介され、そこでは更に、恩典による許諾にのみ準所有

権の移転を認める見解についても、バルドゥス、アッフリクティス、ヤーソン等の論者毎のニュアンスの差が細かく言及された上で、やはりこちらが「通説 communis opinio」であり、なおかつ、「帝室裁判所で承認された見解 in Camera approbata opinio」である旨論じられている。そして、ローゼンタール自身、本文中で、「この見解が法律により一層合致するものと考えられる quam sententiam, ut legibus magis consonam amplector」と述べているところからすると、恩典による許諾を第三の制約と解することに賛同しているように見える。しかし、脚注の末尾では、「根本的な難しさは、それが恩典であって契約ではないにせよ、封が約束されるということがそもそもあり得るか否かという点に存する tota difficultas in eo consistit, an feudum aliquando promittatur, ut sit gratia, et non contractus」と指摘され、たとえ君主の恩典であっても、授封以外の仕方では封が成立し、しかも、先に許諾を受けた者へ現実の引渡無しに準所有権が移転するという疑似授封よりも強力な効力が認められることに対して強い疑念が表明されている。そのような懐疑的な立場は、結論11の冒頭、第一授封者に対する封主の占有改定の事例を指して、「第五の制限は四つ目あるいはむしろ三つ目の制約を受ける quarto, potius tertio sublimitatur quinta limitatio」と述べている点にも看取できる。「他の者に疑似授封が既に為されたが占有の取得には至らない内にその物の交付を受けた第二受封者は、封主が、第二の許諾とこの第二受封者に対する現実の引渡に先立って、純粹かつ無条件にあるいは結果的に占有改定し、第一受封者の代わりに占有するならば、第一譲受人に優先することはない secundus, cui res post abusivam investituram alteri factam, ante possessionis tamen apprehensionem, collata est, non est potior priore concessionario, si dominus ante secundam concessionem, et realem traditionem posteriori collatam, constituisset pure, non autem sub conditione, aut eventu, se nomine prioris possidere」と解される限り、君主の恩典としての封の許諾もまた、「封主が占有改定し第一受封者に代わって占有する dominus

---

35) VI 3, 4, 17.



constituit, se nomine prioris possidere」場合の一つに相当するというのがローゼンタールの理解なのである。また、「当該疑似授封が為された時に物がその場に存しあるいは眼前に示されている *res est praesens, aut in conspectu, eo tempore, quo ista abusiva investitura celebratur*」場合、つまり、現地での疑似授封においても、第一授封者は、後に現実の引渡に受けた第二授封者に優先する。しかし、何れにせよ、疑似授封それ自体に権利移転の効果が認められているわけではない。「授封の約束や疑似授封がいわば権原となって、封主が人的訴権の下に契約の履行を義務づけられるのは確かであるが、たとえ何らかの対物権が付与されても、封臣に占有や所有権が移転することはない *per promissorem infeudandi, aut abusivam investituram, tanquam ex aliquo titulo, dominus obligatur quidem ad perfectionem contractus actione personali, sed dominium, aut possessio, in vasallum non transfertur, licet ius aliquod ad rem tribuat*」のである。なおここでは、疑似授封によって封主が引渡を絶対的に義務づけられることの帰結の一つとして既に結論7で言及されていた「自力で物に踏み込み占有する権能 *facultas propria auctoritate rem intrandi, et apprehendendi*」について、それが「物における権利 *iun in re*」ではなく「人的訴権 *actio personalis*」乃至「対物権 *ius ad rem*」に由来するものである以上、「物を占有する第三者に対しては行使できない *contra tertium forte possidentem exercere non potest*」旨付言されている。また、「既に一旦封主から引き渡され、これに応じて自己のために授封に際して一括して受領された既存の封 *feudum antiquum iam semel traditum a domino, et consequenter pro se et omnibus in investitura comprehensis, acquisitum*」については、正式授封により完全に権利が移転し封が完了しているので、後発の疑似授封との優劣が問題となる余地はない。結論11では、以上三つの制約、つまり、封主の占有改定、現地での疑似授封、正式授封による封の完了に加えて、「何れの者も疑似授封を受けたに留まり、未だ占有を取得していない *uterque saltem abusive investitus, neuter vero possessionem adeptus est*」場合が挙げられているが、この制約については、先の諸制約と異なり、封建法書やその注釈ではなく、ヤーソンによる第15法文の注釈が典拠の筆頭に掲げられ、二重売買と二重授封を同視する姿勢が一層顕著と

なっており、そのような論調の変化が同時に次の結論12への移行を促す巧みな構成が採られている。

「第15法文は如何なる場合にどのような仕方で封に適用されるべきか quando et quomodo l.quoties in feudis obtineat, vel non」を吟味する結論12では、第15法文の原則について更に幾つかの「制約」が列挙検討される。第一に、「同一の物について疑似授封を受けた二人の者の何れが先に占有を取得したのか争いがある、何れか不明な場合には、先に授封されたことを証明する者が、授封に含まれる約束を履行する限りにおいて、もう一方の者に対して優先し優位する si dubitetur, hoc est, ignoretur, uter ex duobus de eandem re abusive investiis, priorem possessionem nactus sit, tunc priorem investituram probans, modo ipse pactis in investitura apposis satisfecerit, alteri anteferetur, et praebit」。ただしこの制約自体にも幾つか例外が存する。まず、「何れの授封も有償で行われた utraque investitura pretio facta est」場合には、「先に授封されたこと prior investitura」ではなく「合意された代価を自ら支払ったことを証明する者が占有の移転を受けたものと推定される illi possessionem traditam praesumi, qui se pretium convetum solvisse probat」とされる。また、「第一受封者に占有が移転されたのは確かだが、その後封主が、このことを知らない第二受封者にも同様に引渡を行い、しかも、第一受封者がこれを知った上で放置し、一年に渡って黙認する内に、第二受封者が占有を取得し継続した priori quidem tradita erit possessio, et secundo postea, hoc ignoranti itidem dominus tradit, qui et eam, priore sciente, patiente, per annum tacente, apprehendit et continuavit」場合にも、「第一受封者の権利が失効しその占有が失われる prioris iura enervantur, et possessio evanescit」結果、原則通り、第二受封者が優先することになる。更に、第一受封者による黙認放置という特殊な事情がない場合であっても、「第三者 extraneus」たる第二受封者が封を「時効取得する praescribit」ことは可能である。ただし、「引渡が為されたことによって第一封臣が準所有権を取得した prior vasallus dominium utile per traditionem factam, adeptus erat」という前提では、第二受封者側に「更なる何らかの不注意が付け加わったものと考えられる aliud asserere temerarium videri poterat」の

で、短期取得時効の要件たる「正当原因 *iusta causa*」乃至「正当権原 *iustus causa*」が欠けることになり、「三十年以下の期間では時効取得できない *minore quam 30.annorum spacio non praescribat*」。

第二の制約として検討されるのは、「封臣が封主の同意の下にある者に封を売却し、その後、同じく封主の意思と同意に基づいて、別の者に対して封を処分し引き渡した *vasallus feudum alicui consensu domini vendit, postea eiusdem domini voluntate, et consensu, alteri distrahit et tradit*」という事例である。つまり、封主による二重授封ではなく封臣による封の二重処分を二重売買に類比する形で第15法文の射程が吟味されるのである。この場合、第15法文の原則通りに、第二譲受人を優先させるべきと考えるローゼンタールは、脚注において、「第一譲受人に優越権を付与すべきと考える *priori primas tribuendas existimant*」人々が挙げる論拠に反駁している。まず、「封主に第二売買に同意する権利はない *dominus secundae venditioni consentiendi ius non habet*」という論拠に対しては、「どのような仕方であれ、複数の者に対して同じ物を売却することは可能であり、その結果、何も制裁がないというわけではないが、占有において先んじた第二買主が優先されるのと同様、封主もまた、複数の者に対して同意を与えることができ、その場合、第一買主は物に対する人的訴権以上の権利を取得することはない *quemadmodum pluribus eadem res vendi potest ut postea in possessione praeveniens praeferatur, licet non sine poena, sic etiam dominus in plures consensum accomodare poterit, nec priori emptori aliud acquisitum fuit, quam actio personalis ad rem*」として、封臣による封の処分に封主の「同意 *consensus*」が必要とされる点以外は、第15法文を含めたローマ法上の二重売買の帰結をそのまま当てはめる解釈が提示されている。また、「第一買主に売却するために先に封主から同意を得た以上、その同意によって準所有権は封主から失われた *dum a domino primo consensum impetavit, ut priori venderet, utile dominium in eius gratiam domino cessisse*」との論拠に対しても、「法律上全く明白なのは、封臣が封主の同意を得てその準所有権を他人に処分することは可能であり、その場合まさに引渡によってその準所有権を移転するという点であり、もしそうでなければ、場合によっては売買や引渡も

無くても、処分の相手方として封主が同意しただけで他の点については不確定な者へ、そのような同意が明白である限りは、準所有権が移転することになってしまうが、これほど馬鹿げたことは聞いたことがない *bene iure expressum est, quod vasallum impetrato consensu, suum ius utile alteri alienare potest, et id tradendo demum transfert, alioqui sequeretur, quandoque sine venditione, sine traditione, in eum in quem alienari consensit dominus, si certus expressus est, alioqui in incertum, utile transiret dominium, quo auribus meis nihil absurdius est*」し、「封臣は、封主の同意が得られたからといって、売却を必ずしも強えられるわけではない *nec vasallus post obtentum consensum necessario vendere cogitur*」と、やはり封建法の特異性を極力排しローマ法上の売買の論理に即した反論が展開されている。これに対して、「一方の者に対しては封主の同意無しに封を売却して引き渡し、その後、もう一方の者に対して、封主の同意を得た上で同様に売却し引き渡す *si uni vendit sine consensu domini, et tradit, alteri postea cum consensu domini itidem vendit, et quoque tradit*」場合に「第二買主が優先される *posterior praefertur*」のは、第15法文の帰結ではなく、むしろ、「最初の売買 *prior emptio*」が「封主の同意 *consensus domini*」を欠くために「無効となる *nulla est*」からである。

第三に、いわゆる「同時授封 *simultanea investitura*」を伴う事例が取り上げられ、「第一譲受人が、＜セーユスの土地についてティティウスとマエウィウスは同時に授封され、ティティウスが相続人無しに死亡した場合には当該土地はマエウィウスあるいはその子に封の権利として帰属するものとする＞といった文言によってその物について同時に授封を受けたにも関わらず、封主あるいはその相続人が、占有者たるティティウスが封の継承者無しに死亡するならばという条件で、パンフィルスに暫定的な授封つまり疑似授封を行った後、そのような条件が成就し、パンフィルスがマエウィウスよりも先に封主から占有を取得した *prior simultaneam in ea re habuit investituram, verbi gratia, Titus et Maevius de fundo Seiano simul investiti sunt, ita, ut Titio sine successoribus feudalibus defuncto, is fundus ad Maevius, vel eius filios iure feudi perveniat, quo non obstante, dominus, vel eius haeredes Pamphilo exspectativam sive abusivam*

investituram, in casum, quo Titius possessor sine haerede feudali moriatur ded-  
erunt, quo casu eveniente, hic Pamphilus ante Maeviu, a domino immissus fuit」  
という具体例が挙げられている。このような場合には、「マエウィウスやその  
子がパンフィルスから封を取り戻す Maevius, vel eius filii hoc feudum a Pam-  
philo avocant」ことを認めるのがローゼンタールの立場である。同時授封を受  
けた第一譲受人乃至その継承者を「引渡を受けた第二譲受人 posterior, cui tra-  
ditio facta est」に優先させる実質的論拠として、ローゼンタールは、「同時に  
授封された者の期待 praeiudicium simul investiti」への配慮に加えて、同時授  
封を受けた一方の者による占有が同時に他方のための代理占有にあたるとの理  
解を提示している。すなわち、「マエウィウスに対しても確かに同時に授封さ  
れたが、こちらは約束だけでティティウスに引き渡された場合、この引渡は、  
所有権がマエウィウスにも移転するように作用する Maevius simul quidem, sed  
sibi pactus, et dum Titio traditur, quodammodo haec traditio id operari, ut do-  
minium quoque in Maevium transeat」と考えられ、「占有者が何らかの仕方  
で双方のために占有するものと解せば、このように考えても何ら問題はない ob-  
stare videtur, nisi dicamus, videri possessionem aliquo modo utriusque nomine  
possidere」というのである。以上のような議論が結果として第15法文の原則  
に対する制約を認めることになるとはいえ、封処分への同意と同じく、同時授  
封という封建法乃至慣行に特有の問題が絡むが故に、第15法文の射程という当  
初の問題設定から離れた印象は否めない。実際、脚注において引用されている  
のは、シーモン Simon (1489-1562年) 及びモデスティヌス Modestinus  
(1516-1565年) のピストリス Pistoris 父子、ルートヴィヒ・ファックス Lud-  
wig Fachs (1497-1554年) による鑑定意見を収めた『助言乃至解答集 Consilia  
sive responsa』(1587-1588年)、ハルトマン・ピストリス Hartmann Pistoris の  
『ローマ法及びザクセン法問題集 Quaestiones iuris tam Romani quam Sax-  
onici』(1579-1593年)、ヒエロニムス・シュルフ Hieronymus Schurpff  
(1481-1554年) の『法助言乃至解答集 Consilia seu responsa iuris』(1545-  
1553年)、ヴェーセンバックの『論考及び解答集 Tractatus et responsa』  
(1575-1577年) といった当時のザクセンの法実務を伝える文献ばかりであ

る。ローゼンタール自身も「第15法文の解釈に立ち戻るとするならば *dum versamur in explicatione*」と述べて議論の軌道修正を図っている。

「第15法文が封に適用されるべきか否か、そしてまた、適用されるとすればどの程度においてか *an et quatenus in feudis obtineat*」というローマ法源との整合性を意識した問題設定が一層の有効性を発輝するのは、当然ながら、当法文が想定する二重売買に直接対応する事例、つまり、単純な二重授封の場面である。そのような前提の下に、ここではまず、第二授封者の悪意について検討されている。「同等の権原を有する二者の内、後の者であっても、占有の移転を受けたならば、優先権を享受する *inter duos parem titulum habentes, posterior, cui possessio tradita est, iura potiora foveat*」が、「もう一方の者が同一の物について既にそのような権原を取得しているということを上記の者が知っていた *posterior ille scivit, alterum iam ante super eadem re talem titulum acquisivisse*」場合には、「たとえ先に占有を取得したとしても悪意がこの者の助けとなつてはならない *malam fidem illi, etiamsi possessionem prior adeptus sit, patrocinari non debere*」という理由から第一譲受人を優先させる見解が、第15法文の制限的な解釈として通説化しており、これを二重授封にも当てはめべきか否かがここでの問題である。二重売買と二重授封の「同等性 *paritas*」の故にこれを肯定する見解もあるが、ローゼンタール自身は封が「厳格法 *ius strictum*」に属するという理由でそのような解釈に反対している。売買に基づく訴権がいわゆる誠意訴権であり、その行使の適否を判断するに当たっては、当事者をめぐる様々な利害状況が「信義 *bona fides*」に基づき考慮されるのに対して、授封は、問答契約等と同様、いわゆる厳正訴権をもたらし、授封者の意思が授封の文言に従って厳格に解釈されるので、上記のような第二受封者の悪意が考慮される余地はそもそもない。従つてまた、引渡による準所有権の移転についても、授封という正当な「権原乃至原因 *titulus seu causa*」が存在し、それについて「譲渡人と譲受人の合意 *tradentis et suspicientis consensus*」があれば足りることになり、そうである以上、第二受封者がたとえ第一受封者の存在について悪意であっても、引渡によって有効かつ確定的に封を取得できることになる。これに対して、「引渡を受けていない第一譲受人

prior, cui traditio facta non est」にすぎない第一受封者は、「第三者からその物を取り戻し回復することができるような物における権利ではなく、単に約束者に対する人的訴権を取得するに留まる nullum ius in re habet, ut eam a tertio vindicare, seu repetere possit, sed saltem actionem personalem contra promissorem」]。なお、ここでローゼンタールは、「裸の引渡によって所有権が移転することは決して無く、売買その他、引渡が行われるべき正当な原因が予め存在している場合にのみ所有権は移転する numquam nuda traditio tranfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur」という法文<sup>36)</sup>、及び、これを前提に「引き渡される物については合意しているがその原因については一致していない in corpus quidem quod traditur consentimus, in causis vero dissentimus」場合の所有権移転の可否について述べる法文<sup>37)</sup>を典拠として引用しているが、ここでは授封という正当な権原の存在そのものについて争われているわけではないので、権原についての合意を欠いた場合に所有権移転を一方で認め他方で認めない上記両法文間の矛盾には特に言及されていない。一方、「第一譲受人が有償の権原を有し、第二譲受人が無償の権原を有しなおかつ占有を取得している prior titulum onerosum, secundus lucrativum, et possessionem habet」場合や「双方に対して贈与を原因に処分される utrique ex causa donationis distrahitur」場合についても通説は第一譲受人を優先させており、この権原の無償性による制約については、二重授封への適用を肯定して、「同一の封について、一方に対しては代価と引き換えに、もう一方に対しては無償で授封が為された場合には、第二受封者が占有を取得したとしても、第一受封者が優先される duobus de eodem feudo, altero, pro pretio, altero grativito investitis, praefertur prior titulum onerosum habens, etiamsi posterior possessionem adeptus sit」と解するのがローゼンタールの立場である。有償契約たる売買について規定する第15法文は無償契約たる贈与には妥当しないはずであり、そのように引渡の先後で所有権の帰属が確定さ

36) D. 41, 1, 31, pr.

37) D. 12, 1, 18; 41, 1, 36.

れないならば、通説のように、「債権者を詐害する目的で為された処分 in fraudem creditorum alienata」に関する「法務官上の廃罷事実訴権 actio praetoria in factum」を転用して第一受封者の封の回復請求を認める余地があるというのである。結論12で検討された五つの制約の内、ローゼンタール自身が認めているのは、結局、引渡の先後不明、同時授封、授封の無償性の三つの事例に限られる。原則を提示し例外を列挙検討する作業を丹念に繰り返すローゼンタールの議論は、あらためて言うまでもなく、中世以来、特に後期注釈学派によって培われてきたいわゆる「設例集 Quaestiones」や「論考 Tractatus」等の著述形式<sup>38)</sup>を継承するものである。ただし、ローゼンタールの「考察」は、脚注の効果的な利用によって、賛否両論の冗長な対照併記を本文から可能な限り排除し、論旨の簡潔化明確化を図っている。「考察」の実務的解釈的志向は、このような叙述上の工夫を介して初めて、「概略」の教育的方法的志向と相互に補完し合い、一冊の著作の内に共存し得たのである。

(完)

---

38) Lange/ Kriechbaum, Die Kommentatoren, 369–374 ; 385–395 ; 402–411.