

《資 料》

ハインリッヒ・フォン・ローゼンタールの二重授封論

藤 田 貴 宏 (訳)

結論 7：疑似授封の効果について。疑似授封は封臣との関係で何を封主に義務づけるのか。

要約：1. 疑似授封が為されたならば、封はそれを否認する授封者から軍事的手段に訴えてでも取得することができる。

2. あるいは、そのような授封者に対抗して裁定宣誓で確認できる。

3. というのも、授封者は、物の安全な占有とその利益権を封臣に移転すべ

* 以下は、ハインリッヒ・フォン・ローゼンタール Heinrich von Rosenthal の『周知の方法に従って12章に渡る結論乃至命題にまとめられた全封建法の考察と概略、宝典や法典に匹敵する本書には、様々な著者のあちこちに雑然と見出される封建法上のありとあらゆる事柄が確実な理由と簡潔さを伴って収められ、個々の結論には表題と要約が付されるとともに、法文や封建法解釈者の權威、つまり、賛否両論について論究された通説も添えられており、しかも今回驚くべきほどに増補され再検討された上に、多くの考察、とりわけ帝室裁判所に関する未公開の所見によって例証された、要するに、法廷及び大学双方において極めて有益でほとんど不可欠といってもよい著作 *Tractatus, et synopsis totius iuris feudalis: conclusionis, et sententiis in capita duodecim familiari methodo digestus: in quo, velut thesauro, ac corpore quicquid iuris feudalis, ubique et passim apud varios auctores sparsum, certa ratione, ac brevitate continetur, adiectis singularum conclusionum argumentis, et summaris: legum et interpretum feudalium auctoritatibus: opinionibus in utramque partem disputatis, et receptis, additis: nunc mirum in modum auctus, locupletatus, ab ovo recognitus, multisque observationibus, inprimis camerae imperialis, hactenus non editis illustratus: opus tam in foro, quam in scholis perutile, et pene necessarium*』の第6章結論7から結論12までの試訳である。訳出にあたっては、1610年ケルン刊のテクスト173-179頁を底本とし、欄外の数字や記号は〈〉を用いて文中に挿入した。叙述形式及び内容に関しては、拙稿「近世封建法学の方法と法文解釈—ハインリッヒ・フォン・ローゼンタール『考察と概略』の方法論的分析」獨協法学76号を参照されたい。

く義務づけられ、また、何らかの偶然で物が自らに戻って来た場合でも、それを封臣に回復する必要があるから。

4. あらゆる果実、更には、引渡の遅滞による利害関係についても、それが物に対して外的ではない限りで、封臣に回復すべく義務づけられる。ただし、封臣が商人である場合はこの限りではない【第5及び6番】。

7. 封臣は、占有の移転を拒絶する封主を相手に権利剥奪を求める訴えを起こすことも当然可能である。

本文：〈1〉更に、上に述べた点〔「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」結論6第6番〕の射程は、疑似授封が為されたにも関わらず、封主が物を保持し引き渡そうとしない場合に、その物を軍事的手段によって封主から取得することも可能である〈a〉というところまで及ぶ。〈2〉あるいはまた、封主に対する裁定宣誓を代わりに求めることも可能であり、そのような宣誓では物がその正当な価値以上に評価される場合があるけれども、物が引き渡されないことでどれだけの利害関係を有するのか宣誓する限り可能である〈b〉。〈3〉というのも、封主は、安全な占有の移転〈c〉と用益の許諾〈d〉とを義務づけられているだけでなく、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は、それを封臣に回復すべく強いられるからである〈e〉。〈4〉また、物それ自体以外にも、封主が遅滞に陥っている場合には、あらゆる果実や使用利益を封臣に支払うことになる〈f〉。〈5〉ただし、万人の一致した見解によれば、このような果実や使用利益は、例えば物の収益のように物をめぐって生じるものであって、取引上偶然取得されるような外的なものではないと解される〈g〉。〈6〉ただし、封臣が商人であり、なおかつ、取得した物で商売することを生業としている場合はこの限りではなく、その場合、失われた外的利益であっても算定され賠償されねばならない〈h〉。〈7〉更にここでは次の点にも注意すべきである。すなわち、封主が頑迷にも封臣に占有を移転しない場合、封臣は、もしそれを望むのであれば、封主が封の所有権を剥奪されるべく訴えることもできるのである〈i〉。

脚注： a. 封建法書 2 卷 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」の「授封後云々」の節〔第 6 節〕へのアンドレアス・デ・イセルニアの注釈第 1 番及びアルワロトゥスの注釈第 6 番。封建法書 2 卷 7 章「忠誠宣誓の新たな方式について」第 1 節への同じくアルワロトゥスの注釈第 1 番及びアッフリクティスの注釈第 1 番、ミュンシゲルス『帝室裁判所判決個別考察集』第 4 集考察 61 第 8 番。何れも学説彙纂 6 卷 1 章「所有物取戻訴訟権について」第 68 法文に依拠している。ブランクス『スンマ』第 1 卷 3 章 50 番。

b. 封建法書 2 卷 26 章第 6 節へのアルワロトゥスの注釈第 6 及び 9 番、ミュンシゲルス考察 61 第 7 番は、学説彙纂 6 卷 1 章第 68 法文やその解釈者たちの見解の通りであるとしている。更に、封建法書 2 卷 26 章第 6 節へのバルドゥスの注釈第 2 番及びイセルニアの注釈第 3 番、ブランクス前掲箇所。果実によって利益を得られたはずであることを証明できればという趣旨に解すべし。

c. 封建法書 2 卷 26 章第 6 節本文、同法文「封主は封の占有を」への標準注釈、同法文へのアルワロトゥスの注釈第 4 番及びその他の人々の注釈。封建法書 2 卷 7 章第 1 節本文、同法文への封建法学者の注釈は一致して標準注釈に従っている〈*〉旨ヨハネス・ブランクスは前掲書第 1 卷 3 章第 51 番で述べている（そこには、「とはいえ、私自身は、たとえそれが安全な占有ではなかったとしても、封臣が物における権利を取得するのに十分である限り、占有を移転するだけで十分であると考え、安全な占有か否かは問わない」と付言されている）。ミュンシゲルス考察 61 第 13 番、クルティウス『封論』第 2 部の 2 第 32 番、スクネイドウィヌス『封慣行略説』第 4 章 11 番、ヤコビヌスの注釈第 6 番、この箇所ではヤコビヌスはあらゆる人々がこの点を認めている〈*〉旨明言している。同じ見解に従うものとして更に、クラルス『封論』「封」問題 26 第 4 番、スクラデルス『封論』第 5 部 2 章 18 番、ウルテュス『封及びその権利』第 1 卷 10 章 11 番、ウェーセンベキウス『封論』第 8 章 15 番、ハルトマヌス『実務考察集』考察 6 末尾及び考察 7。

d. 封建法書 2 卷 7 章第 1 節に関してあらゆる人々がそのように解している〈*〉。同法文への聖堂参事会長〔ヨハネス・アントニウス・デ・サンク

ト・ゲオルギオ]の注釈第3番、バルドゥスの注釈第4番、ラウデンシスの注釈第5番、アルワロトゥスの注釈第7番、アッフリクティスの注釈第10番、ミュンシングルス、クラルス、スクネイデウィヌスそれぞれの前掲箇所、ヤコビヌス、クルティウス、クラルスは前掲箇所において万人の一致した見解〈* *〉の証人となっている。ウェーセンベキウス第8章17番、スクラデルス第5部2章18番、ウルテュス第10章11番、モッジウス『封新論』「封の本質について」第36番末尾、カピュキウス『授封論』「授封について」第2欄。

e. 封建法書2巻26章第6節へのバルドゥスの注釈第4番、アルワロトゥスの注釈第7番、ラウデンシスの注釈第5及び13番、アッフリクティスの注釈第9番、シェンキウス、ペトルス・ラウエンナスの注釈、ヤコビヌス・デ・サンクト・ゲオルギオ『封論』第6番、小クルティウス第2部「俗人の封について」32番、ユリウス・クラルス「封」問題26末尾、アントニウス・カピュキウス「授封」第5欄428頁、ヨアンネス・スクネイドウィヌス第5部129番末尾、モッジウス「封の本質について」第36番末尾、スクラデルス第5部2章18番、ウルテュス第10章11番610頁以下、ミュンシングルス前掲箇所。

f. 封建法書2巻7章第1節本文及び標準注釈、以下同章を援用する標準注釈ではこれに従っている。更に、2巻26章第6節、同節「封主が占有を」、及び、同章全体の標準注釈、ザシウス『封慣行略説』第6章12番、スクネイドウィヌス第4章11番及び第5章129番、ウルテュス第10章11番、ハルトマヌス第2巻54章「封について」考察7、ブランクス第1巻3章49及び50番、アルディゾニウス『スンマ』第37章。

g. 封建法書2巻7章第1節の標準注釈。その後これに従うものとして、同章へのベルウイススの注釈、バルドゥスの注釈第5番、聖堂参事会長の注釈第1番、イセルニアの前掲注釈、アッフリクティスの注釈第8番、アルワロトゥスの注釈第3番、ラウデンシスの注釈第26番、シェンキウスの注釈第1番。ペトルス・ラウエンナスの注釈は、当該法文を根拠とし、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節や勅法彙纂7巻47章「利害関係について下される判決について」第1法文についての諸博士の学説とは区別している。ミュンシングルス第4集考察61第4番、ウェーセンベキウス『助言集』

第2部助言64第3番。

h. 封建法書2巻7章第1節への聖堂参事会長の注釈第5番、シェンキウスの注釈第1番。アルワロトゥスの注釈第3番は同法文への標準注釈とバルドゥスの注釈第5番に従う一方で、傍注では前掲勅法彙纂7巻47章第1法文に立ち戻っている。他にペトルス・ラウエンナスが上記第1節注釈第6番においてこの点を明言している。

i. 封建法書2巻7章第1節へのヤコブス・デ・ベルウィソの注釈は同2巻3章「誰によって授封がおこなわれるべきか」第1節末尾への注釈を介してそのように主張する。封建法書2巻7章第1節への聖堂参事会長の第3番、ラウデンシスの注釈第8番、同2巻26章第6節へのアッフリクティスの注釈第9番、ブランクス第1巻3章49番、アルディゾニウス第37章。スクラデルス第5部2章17番は、授封が適法に行われ、封臣が封剥奪に値するような不法を働いていない場合に限られるとしている。

結論8：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。

要約：1. 封臣が利害関係のみを訴求し、あるいは、そもそも何も訴求しない場合、逆に、封臣も忠誠の誓約から解放される。

2. 封臣の誓約には封が引き渡されたならばという条件が付加されている。

3. 信頼を損なう者に対してはたとえ誓約済みであっても誠意を尽くす必要はない。予め宣誓され、疑似授封が為されている場合であっても、封主と封臣の合意があれば、封に関する義務を免れることができる【脚注b】。

4. 第二に、封主は、物を引き渡す能力を欠いている場合、利害関係を賠償すれば免責される。

5. 他人物を封として与えた場合には、同一の価額、あるいは、同種の別の物について義務づけられる。

6. 第三に、不忠に関する正当な抗弁を、直ちにそれを証明する用意を整えた上で、受封者に提起した場合にも、封主は免責される。それ以外の場合には、亡くなった父親の不忠を封主が非難する場合と同様、占有を移転した上で不忠について訴える必要がある【脚注f. 封主と封臣双方に有利な注意点につ

いてもここを参照せよ】。

本文：〈1〉次に、上に述べたこと（つまり、封主が、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という点）について幾つか制限を加えることにする。まず第一に、疑似授封された封臣が忠誠の宣誓を行ったにも関わらず、封主が物を引き渡さない場合に、封臣が引渡ではなく利害関係のみを訴求するか〈a〉あるいはこの件について全く争わないならば、上記の点は当てはまらない。〈2〉そしてまた、このように上位者〔たる封主〕が欺く場合には、封臣もまた当該宣誓に拘束されず、これに違反しても非難されることはない。というのも、当該宣誓においては、封が封臣に引き渡されたならばという条件が付されているものと解されるからである〈b〉。〈3〉更に、誓約された信頼関係一般について、「信頼を損なう者に対しては誠意を尽くす必要はない」〈c〉旨言われていることがここにも当てはまる。〈4〉第二に、封主が引渡の能力を有していない場合にも上記の点は制限される。なぜなら、この場合封主は利害関係を支払うことによって免責されるからである〈d〉。〈5〉なお、他人物を与えたが故に引渡が不可能であっても、依然として封主は、同等の物を購入できるだけの金額を支払うか、あるいは、同等の物を与えるべく義務づけられる〈e〉。〈6〉第三に、例えば占有取得前に不忠を犯したといったような何らかの正当な抗弁が封臣に対して提起可能ならば、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場合に限って、上記の点は制限される。これ以外の場合においては、封主は、まず全てを引き渡した上で、不忠その他のこれに類する抗弁を主張する必要がある〈f〉。更に第四に、封臣に対して時効を援用する場合にも上記の点は制限される〈g〉。

脚注：a. 封建法書2巻7章第1節の標準注釈、バルウイソその他による注釈。

b. 封建法書2巻7章第1節の標準注釈、その後バルウイソの注釈も、「標準注釈が適切に答えている通り、封主が引き渡そうとしない場合には封主に忠誠宣誓を遵守する義務はない」と述べている。同法文へのバルドゥスの注釈第5番末尾、イセルニアの注釈第5番、アルワロトゥスの注釈第4番、ラウデンシスの注釈第4番、アッフリクティスの注釈第9番、聖堂参事会長の注釈第2

番。また、ペトルス・ラウエンナスの注釈もこれに反対するものとは思われな
い。ブランクス第1巻3章49番やアルディゾニウス第37章は、勅法彙纂2巻3
章「合意について」第16法文、同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節を援用しており、標準注釈も多くの
別の法文を引用している。以上からすると、「たとえ宣誓が既に為され疑似授
封が行われたとしても、封主と封臣の反対の合意の下に債務を免れることがで
きる」と考えるのが適切であり、アルワロトゥスの注釈第5番とこれに倣うペ
トルス・ラウエンナスの注釈がその典拠となる。

c. 既に引用した諸博士に加えて、ヒッポリトゥス・デ・マルシリウス『個
別論集』論考42、ミュンシゲルス第4集考察7第51番以下。

d. 封建法書2巻26章第6節の標準注釈、アルワロトゥスの注釈第7番、
アフリクティスの注釈第2番。ペトルス・ラウエンナスその他の人々はヤコ
布斯・デ・ベルウイソの注釈に従っている。ミュンシゲルス第4集考察61、
ブランクス第1巻3章50番。ソンスベキウス『封慣行注解』第9章33番。そこ
では多くの人が引用されている。ボルコルティウス『封慣習注解』第1部7
章。なお、通説は市民法上もこのように制約を受ける。この点については本章
問題〔結論〕6第6番を参照せよ。同箇所脚注eに引用した人々がそのように
解しているのは明らかである。更に、ウェーセンベキウス第8章15番、ザシウ
ス第6章12番。モンタヌス『封論』第3巻1章は、不明確ながら、引き渡せな
ければ利害関係あるいは等価物の提供によって免責される旨述べている。スク
ラデルス第5部2章第17番末尾（そこで彼は「たとえ封主が悪意あるいは過失
によって授封したとしても引き渡す能力を有する限り」と述べているが、同第
22番では、学説彙纂6巻1章第68法文にある通り、裁判において宣誓されただ
けの利害関係について義務づけられるとする）、ウルテユス第1巻10章11番606
頁。ウルムセリウス『実務考察集』第50章考察8は通説く*にに基づくものと
してそのように述べている。

e. 前述第4章問題8冒頭を参照せよ（つまり、そのような封主が利害関係
について義務づけられる論拠となるのは、学説彙纂19巻1章第30法文1節と法
学提要3巻23章「売買について」第5節である。ミュンシゲルス第4集考察

61第17番)。我々の領域でそのように説いているのは、封建法書2巻7章第1節へのアルワロトゥスの注釈4番、聖堂参事会長の注釈第3番、ラウデンシスの注釈第7番である。また、この点は、封建法書第2巻8章「他人物について為された授封について」前書第1文が明白に定めており、同法文に対する全ての注釈〈*〉も例外なくそのように解している。既に引き渡された物が追奪された場合は、後述第8章問題29にある通り、学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第9法文〔前書〕、及び、同法文への諸博士の注釈に依拠している。ウェーセンベキウス助言64第3番、ソンスベキウス第7章33番、ボルコルティウス第1部7章17番、ウェーセンベキウス第8章16番、クラルス問題26第2番。

f. 封建法書2巻8章前書第1文へのヤコブス・デ・ベルウィソの注釈、イセルニアの注釈第58番以下、誰よりも適切なアルワロトゥスの注釈第3及び4番、聖堂参事会長、アッフリクティスの注釈、ラウデンシスの注釈第1番、バルドゥスの注釈第3番。ニコラウス・デ・ネアポリス、ベトルス・ラウエンナスその他の人々は、フリードリヒ1世による封処分の禁止について言及しており、アルワロトゥスはホステイエンシスがそのように主張した旨述べている。ヤコビヌス・デ・サンクト・ゲオルギオ第57番、スクネイドウィヌス第5章129番、問題7の脚注eで引用したクルティウス、モッジウス、スクラデルス、ウルテユスの見解（アッフリクティスの注釈第14番は、「当然に権利を失うような不法が行われた場合はそうであるが、判決が必要な場合には事情は異なる」として区別している。しかし、第10章で見る通り何れにせよ判決は必要なのであるから、このような区別はできないと私は考える）。このような抗弁に裏付けが必要であるのか否かは必ずしも明らかではない。スクラデルスその他の既に引用した人々も同旨。そこで、同法文へのバルドゥスの注釈第5番やこれに倣う他の人々は封主に対して以下のように忠告している。すなわち、「直ちに証明を行うべきであるが、封臣から訴えを退けるために更なる裏付けを求められる場合には、逆に、自らが被害を被り侵害されており、権利が封主に保持されるべく訴えるべきである」、と。この点について第10章問題1第6番で詳しく検討する。抗弁が退けられて封主が履行を強いられた事例を私は記

憶している。更に、次のような特殊な問題もある。すなわち、父が死亡後に、封主が封臣たる息子に対して父が不忠を働いた旨主張し、あるいは逆に、死亡した封主の継承者が封臣に対して同様の理由で授封の義務はない旨主張する場合と上記の事例にはほとんど違いはない。ここでも、先に引用した全ての人々は、直ちに証明可能か否かという同じ区別に従っている。この点については後述第10章問題1で論じられるし、帝室裁判所でも同様の事例について封主に不利は判断が下されたことがある。

g. 封建法書2巻26章第6節へのアルワロトゥスの注釈第7番、小クルティウス第2部2章32番末尾。ミュンシゲルス第4集考察61第13番は勅法彙纂3巻33章「用益権について」第16法文〔前書〕に依拠している。スクネイデウィヌス、スクラデルス、ウルテユス、モッジウス前掲箇所。

結論9：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何れが優先されるべきか。

要約：1. 先に疑似授封を受けた者は、授封と同時に占有を取得した後続の者に劣後するけれども、利害関係について授封者を義務づける。ザクセン法においても同じである【脚注a。反対の見解の人々についても同箇所参照】。

2. 封臣が跡継ぎ無しに死亡したならばという条件で誰かに授封した後に、封臣が、封の占有者に対して封の処分権限を与えた場合も同じである。つまり、占有を取得した買主が優越する一方で、封主は利害関係へと義務づけられる。そしてこれは、授封された者が、占有者であった封臣の死亡後に、購入代金分を支払うとしても、封を回復することはできないということも含意する【脚注b】。

3. 封臣が生存中に特約に基づいて正当に【脚注c】封を処分した場合にも同じ考え方が当てはまる。封主は、生存中の封臣やその相続人の犠牲の下に他の者の期待に応えることはできないし、そのようなことを望んでいると推定することもできない【同箇所及び脚注b】。

4. 他方、同等の封、あるいは、その算定額を代わりに（何が同等かについては第7番参照）提供することを望んでいる封主の主張は、封臣にとって重大

な利害関係がない限り認められるべきである。

5. 物が追奪された場合にも当然、封主はこれらの何れかを義務づけられ、まして、引き渡すことができるにも関わらずそれを望んでいない場合には、悪意の手助けとならないように【脚注 f】、封主に対して裁定宣誓を為すことも可能である。

6. ただし、その場合には、種々の役権を差し引いた準所有権のみが算定され、また代価については、他の取得されるべき俸禄に振り替えられねばならない。というのも、多くの場合、授封された者はこの点に重大な利害関係を有していないからである。

7. 封主がその過失によって封の引渡能力を、当初から有していなかったのか、それとも事後的に失ったのかは、重要ではない。脚注 f において、ボルコルティウスの異論が退けられる。

8. しかし、封主が同等の封の授封を絶対的に強制されるということはない。

9. 債務の内に現実にも可能性としても含まれていないものを、法律上履行する必要はない。

10. 第二に、以上の点は、先に授封された者は、封主が後に授封された者に引き渡さないように妨害することはできないという趣旨に拡張して理解される。ただし上訴した場合にはその限りではない【脚注 i】。

11. 第三に、たとえ封主が第二の者に引き渡す際に「第一の者の権利が害されない」と述べた場合であっても、同様に拡張される。

12. つまり、封主が、第一の者が占有を訴求した場合に占有がこの者あるいは封主に回復されるという趣旨でこのような合意を付加した場合にも拡張される。つまり、このような場合、第二の者は、その物の回復そのものではなく、利害関係についてのみ義務づけられると考えられているのである。

13. 著者が賛同するのは反対の見解である。

本文：〈1〉第五の制限として付け加えられるのは（ただしそれは第二の制限と同時に生じる可能性があるので、第二の例外の一種とみなすこともできる）、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した場合である。すなわち、占有を先に取得した第二受封者が第一受封者に優先し、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のである〈a〉。〈2〉この点はまた拡張されて、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場合にも妥当する。つまり、この場合の買主は占有を取得することで優先され、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。というのも、そのような買主は権原だけではなく引渡によって所有権をも取得しているからである。しかし、他人に処分する許可を与えた封主は利害関係について義務づけられる〈b〉。〈3〉更に、以上の点は、封臣が存命中に特約や封の性質に基づき処分を行った場合にも妥当する。つまり、処分の相手方となった者が優先されるのである。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〈c〉。〈4〉ところで、第二受封者に占有を移転した封主は、むしろ、別の封を購入できるように算定された額を支払うか、もしくは、同等の封を提供する必要があるのではないだろうか。これらの何れかを希望する封主の主張は、封臣がより重大な利害関係を申し立てない限り、確かに認められるべきものと思われる〈d〉。〈5〉これに対して、与えた物が追奪された場合に封主が利害関係へと強制されると解すべき点については〈e〉、封主が物を引き渡す能力を有しながらそれを望まない場合も含めて、疑念の余地はないように思われ、上記問題〔結論8〕の脚注d及びeで引用した人々もこの点について一致しており、異論は一つもなく、そのような場合、封主に対抗して裁定宣誓を為すことも当然可能である。〈6〉これ以外の理由で当該封そのものを提供できない場合であっても〈f〉、封主が悪意であれば、利害関係の算定が行われ得るし(別の箇所で述べた通り、この場合、裁定宣誓も可能である)、悪意ではない場合も、同等の土地に相当する分の利害関係が封臣に生じる以上、同じである。ただし、その際には、各種役権を除いた準所有権のみが算定さ

れ、あるいは、封を構成する他の物へと価額を振り替えるべきであって、同等の土地の価値以上の利害関係が生じるのは実際まれである。〈7〉以上の通りであるから、封に転用する土地の購入に費やされるべく算定された額乃至価額を定めることということは、封主自身が同等の封を買い入れ封臣に提供することと同じになる（ただし、封臣の宣誓に基づく封主の悪意、あるいは、他の外的な要因によって生じた利害関係を理由に算定額が増える場合この限りではない）。〈8〉それでは、封主は、事件に応じて法が求める利害関係の算定を望んでいるにもかかわらず、自身が同等の土地を所有しあるいは購入できる場合には、ディオメデス的な義務に基づき、その土地を封に転用しあるいは売りに出ている土地を購入した上で提供するよう強いられるのであろうか〈g〉。この点、封建法書2巻8章「他人物について為された授封について」第1節に定められているような場合を除いて、封主をそのように義務づけるべきとは私には思われず、このような場合、絶対的な義務というよりはむしろ、封主の熟慮や意思に委ねられるべきものと解する〈h〉。〈9〉なぜなら、現実にも、(物の算定額という意味で)可能性としても債務に含まれていないものを絶対的に給付すべきというのは普通法に反する。〈10〉更に、この第五番目の例外は、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とはできないという意味にも拡張される〈i〉。〈11〉第三に、この例外は、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」〈k〉、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」と述べたとしても同じことが妥当するという意味にも拡張される。〈12〉すなわち、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、ある人々の見解によれば〈l〉、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というのである。〈13〉しかしながら、私自身は、この封主に関する限りでは、反対の見解に与することにしたい。というのも、先に既に述べた通り、与えあるいは返還すべく義務づけられた者はこの点に絶対

的に義務づけられ、利害関係の支払によっては免責されないという見解がむしろ通説であり、しかも、封主は上記のような場合に備えて物への権利を自らに留保したものと解されるからである〈m〉。

脚注：a. 勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文の本文、バルトルス及びバルドゥスの同法文注釈。ヤーソンの注釈第30番もこの問題について彼らに倣っている。封建法書2巻26章第6節の標準注釈、及びこれに倣うヤコプス・デ・ベルウィソの注釈、イセルニアの注釈第2番。同法文へのバルドゥスの注釈第2及び3番、アルワロトゥスの注釈第6及び7番、ラウデンシスの注釈第2番、聖堂参事会長の注釈第2番、アッフクティスの注釈第2番もこのように考えており、シェンキウスの注釈第2番はこれを慣行〈**〉と解している。アルディゾニウス第38章。ヤコピヌス・デ・サンクト・ゲオルギオ第4番は標準注釈が一般に承認されている旨述べる。小クルティウス第2部2章33番、カエボラ『実務心得集』第130番冒頭、ソンスベキウス第9章33番、ハネトニウス『封建法論』第1巻7章、ザシウス第6章12番、フェラリウス・モンタヌス『封論』第3巻1章。ボルコルティウス第7章12番はこの見解が通説〈*〉である旨証言し、パリス・デ・プテオ『封回復論』第187章11番もそう解するのがより適切であると述べている。アントニウス・カピュキウス「授封について」第6欄及び249頁、ウェーセンベキウス第7章16番。モッジウス「封の本質について」第36番は、封建法書2巻26章第6節の標準注釈が一般に承認されている旨述べている。スクラデルス第5部2章19番も詳しい（ボルコルティウス前掲注釈は、たとえ宣誓をもって第一授封が証明された場合であっても、様々な理由ではっきりとこの点を肯定している）。また、ヘルマヌス・ウルテユス第10章11番は、これが通説であり〈*〉、なおかつ、ザクセン法においても受容されている旨述べて、ザクセンシュピーゲルのレーン法第37条を引用している。ミュンシングルス第4集考察61第15番、スクルフィウス『助言集』第1集助言53第3番以下、特に第16番、パリシウス『助言集』第1巻助言1第106番、ケファルス『助言集』第3巻助言367第10番及び第5巻助言658第17番、ウェーセンベキウス助言64第5番。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29章11番以下もこれが通説〈*〉で

あるとし、同第16番はザクセン法についても同じことを説いている。更に、ユリウス・クラルス問題26番、アントニウス・ガブリエリウス・ロマヌス『通説集』「売買」結論2第13及び46番〈*〉。確かに、ルドウィクス・ロマヌス『助言集』助言70第3番は、反対の立場で、第15法文の不適用を主張しており、これに倣っているのは、ファベル『推測集』の第15法文注解（ガブリエリウス前掲箇所はこれを引用し、ピストリス前掲箇所第17番は彼らの論拠を再現し反駁している）、ケファルス助言147第18番である。

b. 私の勘違いでなければ、カロルス・モリナエウスがどこかでそのように述べていたはずが、該当箇所は見つからない。ハルトマヌス [ヤーコプ]・ピストリス氏によって死後に出版された『助言集』所収のルドウィクス・ファクシウスの助言20第22番（ここでは適切にも、代金の償還したとしても受封者に先買権はない旨付言されており、封建法書1巻27章「流質約款に基づく封付与の禁止について」第2節によってこの点を裏付けている。全ての注釈者は同法文を根拠に、存命封臣の死亡を条件に他人に対して為されたそのような授封が、その者やその相続人に優先権を付与しないというのは、学説彙纂39巻3章「流水及び流水阻止訴権について」第8法文にある通り、所有権者もそのようなことをできず、あるいは、望んでいるとは推定されないのと同じであると説いている）、及び、同書所収のモデスティヌス・ピストリスの助言第41番。ハルトマヌス・ピストリス第2巻2章問題28第1及び3番以下もこれに従い、多くの論拠によって裏付けている。そこでは、単なる疑似授封ではなく正式授封を受けている場合を除いて、ザクセン法でも同じである旨説かれている。この点については少し後で論じる。

c. ファクシウス前掲箇所、また、既に引用した他の人々の見解についてはスクルフィウス第1集助言53第6番が明解である。

d. 既に述べたところから必然的にこのように解される。というのも、それは通常の利害関係よりも大きいかあるいは少なくとも小さくはなく、しかも、代替物の選択は一般に債務者に委ねられているからである。アルディヅニウス第41章。更にブランクス第1巻3章50番も参照せよ。

e. 封建法書2巻8章第1節、及び、同法文のあらゆる注釈、そしてまた、

上述第4章問題8で引用した人々もそのように述べている。

f. 封建法書2巻8章第1節、同1巻25章「封臣が他人から封について異議申立てを受け、封主がその封臣を弁護しようとしめない場合」第1節、及び、両法文への注解、上述第4章問題8で述べたところからすると、理由はどうであれ、他人物を約束し疑似授封した以上は、やはり同等の封もしくは別の封への代替評価額について義務づけられることになるはずである。上記問題 [=本章結論8] 脚注eで引用した人々も、ボルコルティウスを除いて、そのようにはっきり述べている。封主が、疑似授封した物が他人物であるが故に最初から履行不能である場合と、事後的に同じ理由で追奪された場合との間には実際違いはないように思われる。また、例えば事後的に他人に引き渡したというような別の理由から履行不能となった場合も同じである私は考えるし、この点において、上記問題の脚注eで引用した人々の考えとも違いはないと思われる。確かに、ボルコルティウス第1巻7章17番はソンスベキウス第9章33番の見解を批判し、この場合利害関係のみが生じる旨主張しているが、この主張が区別に値する何らかの論拠に基づいているようには見えない。更に、勅法彙纂4巻39章「遺産あるいは訴権の売却について」第6法文も以上に矛盾しないし、ここでは封主は封臣に対して準所有権について義務づけられるに過ぎないのであるから、権利全体が売却された場合とは異なるので、封主に対して訴訟上〔評価額を〕宣誓可能なはずである。封建法書2巻26章第6節へのイセルニアの注釈第3番、アルワロトゥスの注釈第9番。フェラリウス・モンタヌスは、「別の者に約束し、更に、その者の権利の保全を条件に第三者に引き渡した場合であっても、最初の者は封主に宣誓可能である」と述べ、ミュンシゲルス第4集考察61第16番もこのような場合に利害関係もしくは等価物について義務づけられる旨説いている。

g. というのも、上記問題脚注dで引用した人々は、このような場合、あるいは利害関係に、あるいは代替物を購入する代価に、あるいは同等物に言及し【最後の場合には、学説彙纂23巻3章「嫁資の権利について」第10法文を論拠に、選択権は封主に属するとされる】、同じく上記問題脚注eで引用した諸博士は最後の同等物の提供を主張するといったように様々であるから。ただし、

ボルコルティウスは、他人物であるという理由以外で履行不能となった場合には、利害関係のみが生じるとしている。

h. しかも、封建法書2巻8章第1節は、別の同等の封が提供されることを絶対的に要求しているのではなく、封主が学説彙纂23巻3章第10法文の債務者のようにそれを為し、あるいは、同等物を購入可能な代価を提供すること（両者が異なる点はボルコルティウス前掲箇所が適切にも説いている）も認めているということは、封建法書1巻25章第1節本文によって裏付けられる。そこではこの〔代価提供という〕選択肢が認められており、上記第4章問題8脚注aに引用したバルドゥスその他の人々もそのように説いているし、ピストリス第2巻2章問題29第3番もこれに加えることができる。

i. 勅法彙纂3巻32章第15法文へのヤーソンの注釈第3番（この箇所でヤーソンが言うには、第一買主は裁判官が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場合は例外とされる。ただしその際、グレゴリウスⅨ世教皇令集2巻28章「上訴等について」第51節へのインノケンティウスの注釈に従い、第二買主に売却できないことを裏付ける理由を付さねばならない。以上の見解を支持し封にも適用しているのは、スクラデルス第5部2章第19番末尾である。なお、ヤーソンが理由を必須と考えているのは封主が第一買主に宣誓している場合である）。ヤーソン以前では、バルドゥスの封建法書2巻2章「授封とは何か」第1節注釈第3番がそのように説いていたし、ウェーセンベキウス第8章16番が適切にもこれを封に適用し、通説〈*〉であると述べている。更に、スクラデルス前掲箇所、ウルテュス第10章1番。また、勅法彙纂3巻32章第15法文に関する他の諸博士の学説も当然ここで適用可能である。

k. 封建法書2巻26章第6節へのイセルニアの注釈第3番（第一受封者に所有権も占有も付与されていない以上、封主に対する人的訴権を除いては何も留保されないからである）。これに従うのが、アルワロトゥスの注釈第9番、ラウデンシスの注釈第2番、聖堂参事会長の注釈第2番、アッフリクティスの注釈第10番、シェンキウスの注釈第2番（ただしこの立場を称賛しているようには見えない）、ヤコビヌス・デ・サンクト・ゲオルギオ第5番、ザシウス第6

章13番、フェラリウス・モンタヌス第3巻1章末尾、アントニウス・カピュキウス「授封について」第6欄及び249頁、モッジウス「封の本質について」第36番、スクラデルス前掲第19番、ボルコルティウス第1部7章16番、ウルテユス第10章11番である。

1. 封建法書2巻26章第6節へのイセルニアの注釈第3番(為す債務に代替するのは利害関係であるからと述べている)、アルワロトゥスの注釈第9番、ラウデンシスの注釈第2番(しかも、本法文の適用を、封主自身が絶対的に強制されることを望んでいる場合に限定し、この場合のように封臣に適用されることはないとしているが、[第二授封者たる]封臣は普通法上義務づけられ、そのような条件付きで引渡を受けたにすぎないと私は考える)、聖堂参事会長の注釈第2番、ヤコビヌスの注釈第5番、そして更に、モッジウスやウルテユス前掲箇所はこれらの人々に従っている。

m. 封建法書2巻26章第6節へのシェンキウスの注釈第2番が、これらの人々の解決が受け入れられているのはアルワロトゥスの影響である旨述べる時、この点に配慮しているように見える。実際、占有が条件付で移転され得ることを私は知っている。学説彙纂41巻2章「占有の取得及び喪失について」第38法文1節。しかし、先の諸博士の学説によれば、このような場合は除外されることになるであろう。

結論10：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幾つかの事例。

要約：1. 「第一受封者が請求しないならば」あるいは「第一受封者が請求するならば支配権はその者に帰属する」といった条件で、第二受封者に引き渡された場合。

2. 第二に、第一受封者が都市、教会、あるいは、引渡無しに所有権が移転される人である場合。

3. 第三に、封の許諾者が、君主、あるいは、特別の法律を制定する権能を有する者である場合。ある人々は、封が、契約によらず、恩典としてあるいは一方的に付与される場合にこれを認め、またある人々は、契約によらなくと

も、君主等による封としての正当な恩典の内にそれを認めている【第6番、脚注d及びe】。

4. 君主、国王、教皇の許諾によって、占有の取得がなくとも当然に被許諾者に所有権が移転すると考える人々もいる。

5. 更に、高位聖職者であれば誰の許諾によってもやはり同じであると考えられる人々もかなり存在する。

6. より適切なのは、契約ではなく君主の特許状（ただし、ある人々は、特許状に中で明確にその旨述べることを要求している）によって、封の成立を認めることである。

7. 契約に際して、君主は、そのような契約がもし私人によって締結されたならば有効となる限り、普通法の規定を遵守するものと推定される。ただし、別の意思を表明している場合にはこの限りではない【脚注e】。

8. 許諾書に「断固たる決意の下に云々」という条項が含まれる場合に、第一受封者が優先されるべきか否か。

本文：〈1〉ところで、上述の主題を引き続き考察して、問題9の第11番で提示された〔第五の制限の〕第三の拡張について更に敷衍するならば、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」と述べる限り、第一受封者が優先することになる。なぜなら、この場合、物は条件付で、つまり、解除されるという条件の下に引き渡されたにすぎないからであり、このようなことは実際に為し得るからである〈a〉。〈2〉上記問題9の第1番に提示された第五の制限に関する第二の制約となるのは、第一受封者が都市や教会である場合である。というのも、これらは権原のみによって所有権を取得するからである〈b〉。〈3〉第三に、ある人々によれば、許諾者が、例えば、統治権を有する君主乃至国王、あるいは、封の承認を行った教皇のような最上位者である場合にこの制限は制約を受ける。〈4〉すなわち、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〈c〉、彼らの最初の許諾が後の許諾に優越しより重要であると多くの人々が考えているのである。〈5〉この点を許諾を行うあらゆる高位聖職者に拡張す

る人も少なからず存在する〈d〉。〈6〉他方、君主の恩典の内にはこれを認めるが、契約に関しては封の成立を否定する人々もいる。〈7〉なぜなら、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〈e〉、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からであり、この見解が法律により一層合致するものと考えられる。〈8〉許諾書に「断固たる決意の下に云々」という条項が含まれている場合には、たとえ占有の取得について明らかではないとしても、第一受封者が優先することを認める人々もかなり多い〈f〉。

脚注：a. 封建法書2巻26章第6節へのイセルニアの注釈第3番（このような場合にのみ、勅法彙纂8巻54章「一定の方式や条件あるいは時間の経過によって成立する贈与について」第1及び3法文、学説彙纂41巻2章第38法文1節によって、第一授封者に帰属するとされているから。なお、直前の問題脚注mで引用したシェンキウスの注釈も参照せよ）、これに従うものとして、アルワロトゥスの注釈第9番、ラウデンシスの注釈第2番、聖堂参事会長の注釈第2番（上記学説彙纂41巻2章第38法文1節に関するバルトルスやバルドゥスの注意に我々が従う場合にのみ、この考えが妥当するとされる）、ヤコビヌスの注釈第5番、ザシウス第6章14番（第一受封者が請求すれば占有は封主に回復され引渡は無かったものとみなされるとの条件で行われた場合）、アントニウス・カピュキウス「授封について」第7欄、モッジウス「封の本質について」第36番、スクラデルス第5部2章19番、ウルテュス第10章11番及び609頁。

b. 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」第25法文及び当法文の諸博士の注釈、ヤコビヌス・デ・サンクト・ゲオルギオ第5番末尾、アントニウス・ガブリエリウス・ロマヌス第2巻「売買について」第35番（しかし、封建法書2巻2章第1節へのバルドゥスの注釈第3番が指摘する通りであるとすれば、占有がこのように教会に移転することはない）、コワッルウィアス『問題解決集』第2巻19章2番、スクラデルス前掲第19番、ボルコルティウス第7章1部15番、カピュキウス前掲箇所。

c. ソンスベキウス第9章39番、それによると、この場合にはロマヌスの上記結論を受け入れることができるとされる（バルドゥスとアッフリクティスは

この区別をめぐって互いに異なる立場であり、後者は脚注 e で論じるとおり、そこで引用するカピュキウスやスクラデルスと同じ立場である)、ザシウス第 5 章 17 番、ウェーセンベキウス助言 64 第 4 番 (ただし「疑問点」の中で言及している)、モリナエウスも先にふれた箇所での見解に賛同している。私も、ここで示された区別に従い、脚注 e においてこの点に賛同するつもりである。

d. ソンスベキウス第 9 章 39 番、ザシウス第 5 章 17 番、ロマヌス助言 70 第 3 番、アレクサンデル『助言集』第 7 巻助言 83 第 5 番、ゴジウス『助言集』助言 14 第 3 番。ソキヌス『市民法及びカノン法原則集』原則 118 第 8 番ではこの立場に与する人々を多数引用している。アントニウス・ガブリエリウス・ロマヌス第 2 巻「売買について」第 34 番は、反対の人々を少なからず引用しているが、聖職禄や靈的事項については引渡無しに所有権が移転し、勅法彙纂 3 巻 32 章第 15 法文は妥当ししないが、その他の事項や上位者との契約においては逆である旨述べている。この点についてはそこに援用されている文献を参照されたい。これらの人々 [聖職者] においても封や契約が決して特殊なものではないと私は考えるし、ヒエロニムス・スクルフィウス第 1 集助言 53 第 7 番、勅法彙纂 3 巻 32 章第 15 法文へのヤーソンの注釈第 19 番、パリシウス第 1 巻助言 11 第 20 番、ディダクス・コワツルウィアス第 2 巻 19 章 4 番もそのように解している。また、ヨアンネス・ボルゴルティウス第 7 章 12 番もコワツルウィアスに従い、このような場合に聖職者への授封と俗人へのそれとを区別していない。更に最近では、ハルトマヌス・ピストリス第 3 巻 2 章問題 29 第 27 番も多くの論拠によってこの見解に与している。

e. このように解しているのは、封建法書 2 巻 7 章第 1 節へのバルドゥスの注釈第 3 番 (そこでは、第六書 3 巻 4 章「聖職禄及び頭職について」第 17 節を根拠に、封の契約によらずに恩顧の願出に対して許諾される場合には、封においてもそれ [引渡無しでの権利移転] を認めているように思われる)、聖堂参事会長の注釈第 4 番、ラウデンシスの注釈第 12 番、アッフリクティスの注釈第 3 及び 4 番 (前二者は、許諾による場合についても区別無くこれ [引渡無しでの権利移転] を認めていない。その理由は、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、契約の場合と変わらないというものである。無論、教会においては、上記第17節によって君主の許諾だけで所有権が移転されるので、事情は異なる。これに対して、アッフリクティスの注釈第3番は、バルドゥスに倣って、契約によらず純然たる恩典として君主により封が許諾された場合についてその旨述べているし、アントニウス・カピュキウス「授封について」第4欄は、君主が特許状によって無能力者や女性に許諾した場合についてもそのように主張しているように見える。この点については前述第1章問題7第2番を参照せよ。なお、封建法書1巻9章「封の継承者として義務づけられるの誰か」へのイセルニアの注釈第1章もそのように解している点をここで付け加えておく。更に、アッフリクティス（ヤーソン前掲注釈第72番も彼に言及している）は、教皇が「余は汝にこの城塞を完全な権利とともに委ねる」（＜委ねる＞という語は一般に占有の移転を生じさせる。マスカルドゥス『通説結論集』第3巻結論1184第14番を参照せよ）等これと同趣旨の文言を用いて所有権を移転する旨述べた場合もここに含めている。ボルコルティウス第1章1部第13番は、勅法彙纂11巻71章「国家乃至国庫帰属の不動産の賃貸その他について」第5法文を根拠に、恩典についてこの点を認めているが、同法文は、占有が既に第一賃借人の下に存する以上、物に関わるものではなく、しかも、契約に関しては、当該法文から反対の結論が導かれる。スクラデルス第5部2章第19番によれば、たとえ高位聖職者であっても授封者が封の承認を行わない限り、所有権は移転しないとされる。ただし、君主が第一の授封を自発的に行ったが、第二の授封は請願に応じて行われたような場合は除かれている。これは、封建法書1巻9章へのアッフリクティスの注釈第26番が第六書3巻4章第24節を論拠として主張した点に従ったものである。勅法彙纂3巻32章第15法文へのヤーソンの注釈第10番は、別の問題に関して先のバルドゥスによる「契約と恩典の」区別に言及しこれに従っているが、同注釈第30番は君主による封の許諾にそれ「権利移転」を認めており、『封序論』第73番でもその旨説いている。ただし、君主が引渡無しに物における権利の移転を企図する特許状によって為された許諾についてのみそのように解する趣旨であることは明らかであり、クラウディウス・セイフェリウスも学説彙纂41巻2章第1法文への注釈で

そのように述べている。スクラデルスの前掲注釈第19番もそのように説いてイセルニアやヤコビヌスの前掲箇所に言及しているし、アンドレアス・ガブリエリウス「売買について」やロマヌス結論2第43番もこれに従っている。しかし、如何なる文言でそれが行われるべきかはここでの問題にだけ関係するわけではないので、上に引用した人々を参照されたい。なお、イセルニアが封建法書2巻2章への注釈第3及び4番において、恩典乃至特権に言及されてない限り、契約、あるいは、君主による封の許諾によって所有権が移転することはない旨論じていることもここに関連し、ヤコビヌス第1及び2番も同旨である。スクルフィウス第1集助言53第7及び9番は、聖界諸侯が許諾する場合も含めて、このような見解が通説〈*〉であると述べている。また、封に関してこれが通説〈*〉であることは、ハルトマヌス・ピストリス第2巻問題29第24番も指摘し、同第25番以下では、君主が所有権あるいは占有の移転を望んでいることが許諾の趣旨から導かれる場合にのみ、封の許諾に限定した上で、アルキアトゥス『助言集』助言166第11番を引用している。なお以上については上記問題2脚注fも参照されたい。恩典を介して君主が為した贈与は当然に所有権を移転させるという特別扱いは、既に引用した人々に加えてガイリウス『実務考察集』考察55第1番以下が証言する通り、広く通用し帝室裁判所でも承認された見解によって裏付けられているのに対して、契約においては、同じくガイリウス第5及び6番が指摘する通り、普通法の遵守が推定される以上、この区別を無視することは容易ではない。更に、学説彙纂12巻1章「確定物訴求時の貸与物及び不当利得返還訴権について」第9法文9節へのデキウスの注釈第7番、及び、同『助言集』助言689も、様々な諸論拠によって、この区別、すなわち、君主が特許状を付与するならば所有権は移転するが、何らかの物について契約する場合はそうではないという点を裏付けている。以上の人々に続いて、勅法彙纂11巻71章第5法文へのルキウス・デ・ペンナの注釈もそのように主張し、カロルス・モリナエウス『アレクサンデル・デ・タルタグニスの助言集への注解』第5巻助言3注解b、ロマヌス助言298第2番へのマンドシウスの注解、ディダクス・コワッルウィアス第2巻20章3番、パリシウス第1巻助言11第58番もこれに従っている。ところで、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。確かに、このような問題が生じるのは、約束に関してであって、前述の通り、疑似授封によって封が成立する以上、疑似授封ではこの問題は生じない。しかし、そもそも封は、第1章問題4第4番で述べたように、有名契約なのである。

f. アレクサンデル『助言集』第5巻助言3第7番。同箇所へのカロルス・モリナエウスの注解bは、勅法彙纂2巻3章「合意について」第20法文が君主には適用されない旨詳しく論じているが、同注解eでは、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の注釈が立てた区別に与している。カピュキウス「授封について」第7欄は、君主が、「第二受封者の占有には妨げられない」、あるいは、「先行する授封が真正かつ現実の物の占有という性質を保持する」旨述べる場合といった別の例外を設けている。また例えば、スクラデルスの前掲箇所第19番によれば、物が予め第一授封者自身のものとなっている場合、特に、物に対する権利をく優先的に(プロティメセオース)取得する場合(封主に所有権や占有が属するならばこのようなことはあり得ない)と同じことが言えるとされている。慣習法上、あるいは、制定法上、以上のように解されるならば、封主が第一授封に際して、当該物について他人に授封することはない旨約束し、自らの全資産を担保とし、あるいは、約束した物を質入した場合どうなるのかについては、後述第7章問題25第28番で論じられる。

結論11：他に第一受封者が優先される場合、及び、疑似授封のその他の効果について検討される。

要約：1. 封主が第一受封者のために占有改定を行うならば、第二受封者はたとえ占有を取得したとしても劣後する。

2. 約束や疑似授封は人的訴権や対物権を付与するのであって、物における権利や所有権、あるいは、物の占有を与えるわけではない。脚注cにおいて異論は退けられる。また、たとえ授封者が自ら占有を移転する旨述べたとしても占有回復の特示命令は発せられない【脚注b】。

3. ただし、そのような授封が、現地あるいは物の面前で為されようとしている場合、あるいは、役権を留保して物が付与された場合【脚注b】はこの限りではない。約束だけではなく疑似授封があつて初めて封が成立し対物権が発生するが、物における権利が成立しない【脚注c】。

4. 疑似授封を受けた者は、現実には物が提示されずに授封が為された場合であつても、そのような授封が地域の慣習である限り、自力で占有を取得できるとされる。ただし、司法官の権威に従う方がより賢明ではある【脚注e】。

5. 「与える」や「引き渡す」等の文言が授封に用いられた場合にのみこれを認める人々もいる。

6. 少なくとも第三者に対してはこの権限を行使することはできない。

7. このような優劣の問題は、疑似授封について、しかも、既存の封ではなく新規の封について生じるものであり、本来的な受封者は直ちに占有を取得するものである【第8番】。二人の者が疑似授封を受けたが、双方とも占有を取得していない場合、第一受封者が優先される。ただし、第一受封者が安全な占有になる予定の段階の封について受封され、第二受封者がそうなることの確実な封について受封された場合、あるいは、最初の者が単に授封の約束をされたに留まり、後の者が疑似受封を受けた場合はこの限りではない【脚注k。これらの見解の正しさについても同所を参照せよ】。

本文：〈1〉上記問題9で示した第五の例外には、次のような四つ目あるいはむしろ三つ目の例外がある。すなわち、他の者に疑似授封が既に為されたが占有の取得には至っていない場合に、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のである。というのも、第一受封者が占有と所有権の移転のために占有すべく正当に宣言された以上、そのような事実が無くともこの者から占有や所有権を奪うことはできないからである〈a〉。

〈2〉これらの人々（つまり、通常は、後の者が先の者に優先すると主張する人々）の論拠は、授封の約束や疑似授封がいわば権原となつて、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〈c〉、封臣に占有や所有権が移転するわけではないという点にある〈b〉。〈3〉ただし、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場合は別である〈d〉。〈4〉また、自力で物に踏み込み占有する権能は当該授封によって封主から封臣に対して許諾されたものと解される〈e〉。〈5〉ただし、封主が「与える」乃至「引き渡す」等と述べた場合に初めてこれを認める人々もいる〈f〉。〈6〉更に、このような権能は物を占有する第三者に対しては行使できない〈g〉。〈7〉以上の諸点から、疑似授封についてのみそのように解すべきであることは、(他の諸結論においても度々述べている通り)ここでもやはり疑問の余地はない。というのも、本来の授封では占有が移転する以上、そのようにして最初に授封された者、つまり、占有へと導かれた第一受封者が当然優越すべきであるから〈h〉。〈8〉第六に、これもあらためて言うまでもないことだが、以上の点は、新規に付与された封について妥当するのであって、既に一旦封主から引き渡され、これに応じて封臣自らが授封の際に一括して受領した既成の封については当てはまらない〈i〉。〈9〉第七に、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場合には、第一受封者が優先される〈k〉。

脚注：a. 封建法書2巻2章第1節へのバルドゥスの注釈第3番。ただし、バルドゥスは、そのような占有改定が封についても可能であるということを単に示唆するに留まっており、我々の問題との関連では、同2巻26章第6節へのマッタエウス・デ・アッフリクティスの注釈第4番がそのように論じている(それにも関わらず封臣はそのような契約に基づいて物が現実に引き渡されるべく訴求できる旨、両者は付言している)。また、カピュキウス「授封について」第10欄も同じである。更に、アントニウス・ガブリエリウス・ロマヌス第3巻「売買について」結論2第18番は、権威ある人々の大半がこの見解であるとして〈*〉、封主が第一買主のために占有改定した場合、第一買主は、物の引渡を受けた第二買主に優先する旨説き、ウィウィウス『両法博士通説吟味集』第2巻通説232は、占有改定における占有は真正な占有であるので、占有改定を受けた者は、その後現実に占有を取得した第二譲受人に優位する旨、通説に基づき主張している。スクラデルス第5部2章15番も同様に考えてい

る。

b. 封建法書2巻26章第6節の標準注釈、及び、これに従うものとして、イセルニアの注釈第3番、バルドゥスの注釈第1番及び同2巻7章第1節注釈第1番、アルワロトゥスの26章第6節注釈第3番及び7章第1節注釈第2番、ラウデンシス26章第6節注釈第2番、聖堂参事会長の注釈第4番、アッフリクティスの注釈第2番以下及び7章第1節注釈第2番、ペトルス・ラウエンナスの注釈、ヤコビヌス第3番、ソンスベキウス第3章29番、スクネイデウィヌス第4章9、10、11番、ザシウス第6章5及び12番、パリシウス・デ・プテオ第28章3番以下、カピュキウス第10欄、フェラリウス・モンタヌス第7巻1章、ハネトニウス第1巻7章。ウェーセンベキウス第8章18番は、一般にそのように解されている〈*〉旨主張する。また、ミュンジンガー第4集考察61、アントニウス・カピュキウス「授封について」第4欄、アルディゾニウス第39章等は、勅法彙纂3巻32章第15法文へのヤーソンの注釈第31番に従っている。更に、封建法書2巻2章第1節への注釈の中で同様の主張するものとして、ラウデンシスの注釈第8番、アッフリクティスの注釈第3番、聖堂参事会長の注釈第1番、アルワロトゥスの注釈6及び7番その他がある。スクラデルス第5部2章15番は、勅法彙纂8巻53章第26法文を根拠に、封主が当該物の用益権を保持する場合を例外とみなし、更に、第16番以下に示された別の仕方によっても制限を加えている。ウルテユス第10章10番、モッジウス「封の本質について」第36番末尾（ただし、授封者が自ら封臣に占有移転する旨述べた場合には、占有が移転したとは決して見なされない。封建法書2巻2章第1節へのバルドゥスの注釈第2番、ボルコルティウス前掲箇所第7番、ウルテユス第10章10番）、スクルフィウス第1集助言53第5番、ハルトマヌス・ハルトマヌス『実務考察集』第54章「封について」考察6、ザシウス『助言集』第1巻助言10第4番、アンドレアス・ガイリウス第2巻考察152第14番以下。なお、ガイリウス同第16番は、以上から、マッタエウス・デ・アッフリクティス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決299に依拠しつつ、疑似授法が占有回復の特示命令をもたらすことはない旨明確に述べている。

c. 従って、疑似授封のみによって封が取得された場合、現実の引渡が未だ

為されていないとも、これを封と呼ぶことは正当ではあるが、その封は未だ完了されていないという限りにおいて、封が成立するものと私は考える。封建法書2巻7章第1節への聖堂参事会長の注釈は、バルドゥスや彼によって援用されたスンマ著述家たちの見解をそのように理解しており、実際、バルドゥスの注釈第1番はその旨主張し、ヤコブス・デ・ラウエンナスのはその『スンマ』「如何なる仕方では封は取得されるか」でそのように明確に述べているし、私の見るところ、オドフレドゥスも同じである。封建法書2巻7章第1節へのイセルニアの注釈第5番の述べるところによれば、授封したのではなく単に約束したに留まる場合、封は未だ成立しておらず、それ故また、所有権の移転を厳格に義務づけられることはないので、事情は異なるとされる。この点については上記問題6第7番を参照せよ。また、封建法書2巻7章第1節へのアルワロトゥスの注釈第2番も同じことを述べている。以上の人々は全て、疑似授封によって対物権は取得できても、物への権利は取得されないと解されている旨付言している。これら二つの点〔疑似授封による封の成立及び対物権の取得〕双方を認めているのは、ラウデンシスの注釈第10番（ただし幾つかの例示に際して論理の飛躍のために全く反対の結論になっている）、アッフリクティスの注釈第2番、ブランクス第1巻3章47番、カピュキウス前掲箇所第12欄。また、ヨアンネス・スクネイデウィヌスその他、上記問題6脚注eで引用した人々のほとんど全ては、疑似授封が無ければ封は成立しないという論拠を付け加えている。以上のように、私のみる限り、疑似授封によって封は成立するが未だ完成されていないという点に異論を唱える者はいない。封建法書2巻2章第1節へのイセルニアの注釈第3番、ウルテュス第1巻7章10番及び10章10番も同旨である。なお、ハルトマヌス・ハルトマヌス第54章考察6は、忠誠宣誓が予め為されていれば、疑似授封によっても物における権利を取得できると考えているが、これは誤りである。

d. このように解するものとして、封建法書2巻2章第1節へのラウデンシスの注釈第8番、アンドレアス・デ・イセルニアの注釈第2番、アルワロトゥスの注釈第7番、バルドゥスの注釈第3番、聖堂参事会長の注釈第1番、アッフリクティスの注釈第4番、ペトルス・ラウエンナス前掲箇所。ヤコビヌス・

デ・サンクト・ゲオルギオ前掲箇所第3番は、学説彙纂18巻1章「売買の締結について」第74法文や同41巻2章第18法文2節を論拠としている。ソンスベキウス第9章29番以下、ヨアンネス・スクネイドウィヌス第4章10及び11番、ザシウス第6章6番、勅法彙纂3巻32章第15法文へのヤーソンの注釈第31番。ペトルス『良き杖について』第7章9番は、上記第74法文を根拠に、現地において城塞の鍵を引き渡せば占有は移転する旨述べている。封建法書2巻2章第1節へのイセルニアの注釈第2番もその旨主張し、現地あるいは物の面前で何らかの物体を用いて疑似授封が為された場合には占有は移転するとしている。更に、ラウデンシス前掲箇所、ロランドゥス・ア・ワッレ『助言集』第2巻助言51第32番、アンドレアス・ガイリウス第2巻考察15第14番、カピュキウス「授封について」第4及び10欄、ニコラウス・モッジウス「封の本質について」第36番、スクラデルス第5部2章15番、ボルコルティウス第7章7番、ヨアンネス・ブランクス第1巻3章48番。

e. ソンスベキウス第9章30番以下、スクネイドウィヌス第4章11番。より適切なのは、勅法彙纂3巻32章第15法文へのヤーソンの注釈。そこでは、他の人々とともに、イモラによるグレゴリウスⅨ世教皇令集1巻4章第2節の注釈を引用している。クルティウス第2章2部15番とヤコビヌス第3番も、同第2節へのインノケンティウス、パノルミタヌスその他の人々の注釈に依拠している。封建法書2巻2章第1節へのバルドゥスの注釈第3番、アルワロトゥスの注釈第7番、聖堂参事会長の注釈第1番、ラウデンシスの注釈第7番（何らかの物体による授封の場合にこれを認める）、その他全ての人々がく*、上記ヤコビヌス第3番を引き合いに、この見解に従っている。更に、ハルトマヌス・ハルトマヌス「封について」考察6、ウェーセンベキウス第8章15番、スクルフィウス第1集助言53第15番、ニコラウス・モッジウス「封の本質について」第36番、スクラデルス第5部2章16番、ヤーソンの学説彙纂41巻2章第5法文への注釈第5番、ウルテユス第10章11番末尾、ユリウス・クラルス問題29第1番。ヨアンネス・ボルコルティウス第7章10番はこれが通説く*であるとし、アンドレアス・ガイリウス第2巻考察15第14番も、グレゴリウスⅨ世教皇令集1巻4章第10節を根拠に、その旨説いている。フィカルドゥスの〔『通

説集]における] ウィラロプスへの補注 I 第96番(ただし、フィカルドゥスは、『助言集』第1巻助言6第4番において、今日の状況に鑑みればこのような権能に頼るようにより依頼者に勧めることはできないとして、当該物について嘆願書を以て当局に申し立て、当局の権威に基づいて占有を取得すべき旨助言している)。パリシウス第1巻助言22第54番以下。同第59番は、特に最上位の君主によって許諾が為された場合については、これが通説〈*〉である旨説き、また、第63番は、たとえ別の場所で捺印を以て授封されたとしても、そうするのが通常である場合には、同様に解されるとしている。

f. 封建法書2巻2章第1節へのアルワロトゥスの注釈第7番、聖堂参事会長の注釈第1番、アッフリクティスの注釈第3及び4番、ペトルス・ラウエンナスの注釈、ザシウス第6章7番、ヨアンネス・スクネイドウィヌス第4章11番、ハルトマヌス・ハルトマヌス前掲箇所。脚注eで既に引用した人々は、物が不在である場合には授封に際して「与える」あるいは「引き渡す」といった文言が不可欠である旨単純に主張しているように見える。しかし、私は普通法を参照することをお勧めする。この点を初めて指摘したアルワロトゥスは、上記グレゴリウスⅨ世教皇令集1巻4章第2節へのカノン法学者たちの注釈に依拠して、物の不在時に言明された「与える」あるいは「引き渡す」といった文言は、占有そのものではなく、市民法上付与される占有取得の資格を証明するに過ぎない旨主張しており、最近では、中でも、ヨセフス [アルデラヌス]・マスカルドゥス第4巻結論1184第9番がこの点に言及している。なお、学説彙纂41巻2章第48法文へのバルトルスその他の人々の注釈も参照せよ。

g. ソンスベキウス第9章31番。マスカルドゥス前掲結論1184第20番がこの見解について述べている点もここに付け加えておく。ウルテユス第10章11番末尾。

h. 封建法書2巻26章第6節の本文は、「占有の引渡」について述べている以上、そのような趣旨に解されるし、同2巻2章第1節の本文も、その末尾に、「授封が行われ忠誠宣誓も為された場合、封主は完全な占有を提供すべく強制される」とあり、正式授封について既に述べた点を合わせるならば、同じ趣旨であると考えられる。同第1節の標準注釈、ヤコプス・デ・ベルウィソの

注釈、イセルニアの注釈第1番、バルドゥスの注釈第1番、シェンキウス、ペトルス・ラウエンナスも同旨である。なお、既にアルワロトゥスの注釈がそのような立場を表明して標準注釈に従っている。

i. 封建法書2巻26章第6節の標準注釈、ベルウィツの注釈、アッフリクティスの注釈第10番、そしてその他全ての人々が、そのようにはっきりと言明し、あるいは、明らかにそのように想定している。ヤーソンの勅法彙纂3巻32章第15法文の注釈第31番。小クルティウス第2章2部15番では、正式授封によって占有と所有権が移転する旨、封建法書2巻2章第1節及び26章第6節についてあらゆる人々が注釈している〈*〉とされ、その証人としてヤコビヌス第1番とクラルス問題26第1番が挙げられている。

k. ヤーソンの勅法彙纂3巻32章第15法文の注釈第34番が、このように当法文の適用を制限し、封にもこれを当てはめている。フェラリウス・モンタヌス第3巻1章。アントニウス・カピュキウス「授封について」第6欄は、ルキウス・デ・ペンナの勅法彙纂11巻71章第5法文の注釈を引用する（なおカピュキウスによれば、国王が先に他の者に対して為された贈与を明示的に取り消し、あるいは、先行するあらゆる許諾は第二授封によって失効し無効となる旨の条項が挿入された場合も例外とされる。しかし、別の箇所ですでに述べた通り、契約において君主が後悔することは許されない。パリシウス第1巻助言22第45番が特にこの点を指摘している）。その後私は、ハルトマヌス・ピストリス第2巻2章問題29第1番がこれに従っていることに気付いた（同第7番では、この点を制限し、最初の者が、例えば当初は安全な占有となるはずであったような不確定な封を授与されたのに対して、後の者には詐欺的な手段によらずに確実な封が授与された場合を、第六書3巻4章第14及び4節本文を根拠に、例外としており、ウルテュス第1巻10章11番もこれに従っている）。スクラデルスもまたこの見解に与しつつ、最初の者に封が約束されたけれども後の者には疑似授封によって封が授与された場合には、後の者が優先されるとしている。これは、ヤーソンが前掲注釈第34番で、売却の予約を受けた者について、その後に物の売却を実際に受けた者に劣後する旨説いているのと同じである。以上の点が当てはまるのは、双方が依然として同等の立場に留まり、互いに争ってい

のような場合に限られるのは明らかである。そうでなければ、既に問題9第10番で述べたように、第一受封者が、第二受封者への引渡を望んでいる封主を阻止できないということは言えなくなってしまう。ここから明らかなように、このような場合〔何れの受封者も未占有の場合〕に第一受封者が優位するという点も常に真ではあり得ない。また、既に引用した諸博士が援用する学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第26法文もこのような理解の妨げとはならない。というのも、この法文は、反復可能であるが故に何れの借主に対しても履行可能な労務の貸与において、何れの訴求者も学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第57法文に立ち返るべき旨述べているものと考えられ、これはディダクス・コワッルウィアス『実務問題集』第14章が扱っているのと同じ問題である。

結論12：勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第15法文は如何なる場合に如何にして封に適用されるべきか、及び、封臣が二人の者に封を売却した場合何れが優先されるべきかについての更に詳細な説明

要約：1. 何れの者に対して引渡が為されたのか不明である場合、先に授封されたことを証明する者が優先する。ただし、何れの授封も有償である場合はこの限りではない。なぜなら、この場合、合意された代価を支払ったことを証明する者が優先されるからである【脚注a】。

2. また、第二受封者が占有することを第一受封者が一年に渡って放置した場合も除かれる。この点は、当事者以外の者が丁度30年で封臣に対して時効取得を主張できるという理由から【この点については省略】、そのように一般的な仕方では認められていない【脚注b】。

3. 封臣が封主の同意の下に封を別々に二人の者に売却した場合、後の者が引渡を受けたならば、その者が優先される。脚注cにおいて異論が退けられる。反対する人々もいるけれども、同じ物が二人の物に売却され得ると同様に、封主の同意もまた複数の者に与えられると解される【脚注c】。

4. 封主がもう一人の者に〔対する売却について〕のみ同意し、その者に占有が移転された場合、たとえそれが第二買主であっても、その者が優先される

【なお脚注cも参照】。

5. 封を売却した封臣が絶対的に引渡を強制されるか否かについては省略。

6. 同時に授封を受けた第一買主に対しては、たとえ占有を取得した第二買主であっても劣後する。脚注fではこの点が吟味される。

7. 同等の権原を有する二者の間においては、第二譲受人が占有を取得したとしても悪意である限り、普通法上、劣後し【第10番】、異論もあり得るけれども【第9番】、封についても同じである【第8番】。

9. 所有権の移転には、権原に加えて、譲渡人と受領者の合意があれば十分である云々。

10. 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。

11. 同一の物を別々に二人の者に授封した封主には如何なる制裁が科せられるべきか。

本文：〈1〉勅法彙纂3巻32章第15法文の趣旨を遵守し、それを封の領域において援用するならば、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、授封に含まれる特約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ことになる〈a〉。〈2〉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、一年間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場合には、第一受封者の権利は失効し、その占有は失われる〈b〉。〈3〉それでは、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場合はどうであろうか。第一買主に優越権を付与すべきと考える人々もいるが〈c〉、所有権と占有の観点から見れば、第二譲受人を優先させる人々の方が正しい〈d〉。〈4〉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した場合には、最初の売買は無

効であるから、第二買主が優先されることになる〈e〉。〈5〉ある者に封を売却した場合に封臣がその引渡を強制されるか否かは、封主の許可が無い場合については第9章問題3を、封主の同意がある場合については同章問題6、とりわけ脚注fをそれぞれ参照せよ。〈6〉以上に述べた点について最後に注意されるべきなのは、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した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、当該条件が成就し、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ような場合、引渡を受けた第二譲受人であっても優先されないという点である。というのも、そのような引渡にも関わらず、マエウィウスやその子はパンフィルスから封を取り戻し、この者に対して優先されるのが適切であるから〈f〉。〈7〉ところで、ここで第15法文の解釈、つまり、当法文が封に適用されるべきか否か、そして、適用されるとすればどの程度においてかという問いに立ち戻るとするならば、次の点を無視して通り過ぎることはできない。それはすなわち、解釈者たちが(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、優先権を享受するという)例の学説を制限すべき例外として、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場合を挙げた上で、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旨主張している点である〈g〉。〈8〉そして、我々の領域においても同等性の論拠に基づきこの考えが適用されるべきとも論じられている〈h〉。〈9〉厳格法に関する限り、この問題について如何に多くの疑問があろうとも、それは後の者が所有権を取得することの妨げとはならないように思われる。というのも、所有権の移転のためには、権原乃至原因、そして、移転者と受領者の合意で十分である以上【学説彙纂41巻1章「物の所有権の取得について」第31及び36法文、同12巻1章「確定物が訴求される場合の貸与物、及び、不当利得返還訴権につい

て」第18法文、そしてまたこれらの法文に対する諸博士の注釈】、引渡を受けていない第一譲受人は、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すぎないからである。〈10〉他方、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場合にも、上記の人々は同じことを主張しているが、この点は、ある意味では当法文それ自体によって、しかも既に私が挙げた諸論拠にも抵触することなく、妥当するものと考えられ〈i〉、先の場合のように通説から離れる必要はない。〈11〉最後に、この第15法文に関して注意すべきなのは、封主が二人の者に同じ物を封として約束しても、後の方の約束乃至授封は為されなかったものと見なされるべきであるので、詐欺や虚言を働くことにはならない旨主張する人々がいるという点である。例えば、封建法書2巻26章第5節【第1文】へのバルドゥスの注釈第3番がそのように述べており、その後、アフリクティスの注釈第2番を除けば、同箇所の注釈に際してこの点に言及する人はいないが、バリシウス・デ・プテオ『封回復論』第187章5番がこれに従っている。他方、第15法文へのヤーソンの注釈第49番は、上記第5節のような事例（すなわち、存命者の封について既に別の者が正式に授封を受けていることから第二の授封が無効となる場合であり、これについては第4章問題9以下で述べた）についても封主は上記のような罪を犯すことになることと主張している。その理由は、第5節の法文は、第二の授封が無効であることを裏付けるものではない以上、詐欺への処罰を免れることはできないというものである。私の考えでは、何れの授封も有効であるが故に封あるいは利害関係について訴求できるような諸事例において、封主は上記のような刑罰を免れることはできない【学説彙纂48巻10章「偽誓に関するコリネリウス法及びリボニウス元老院議決について」第21法文、同47巻20章「詐欺罪について」第3法文【1節】、ソンスベキウス『封建慣行注釈』第9部39番】。これに対して、バルドゥスが想定する事例のように第二の授封が無効となる場合には、後の契約が何か別の理由によって無効となっても、上記のような刑罰が維持されるべきか否かに判断が左右されるように思われる。スクラデルス『封建法論』第5部2章23番によれば、学説彙纂48巻10章第28法文を根拠

に、それまでに他の誰にもその物を授封していない旨確言した場合以外は詐欺罪は適用されないとされ、同箇所に関するバルドゥスとアッフリクティスの注釈もそのように理解することができるが、既にみた学説彙纂47巻20章第3法文による限り、ここでもやはり常に詐欺罪に問われるべきである。

脚注：a. そのように考えるものとして、封建法書2巻26章第6節へのバルドゥスの注釈第13番、アルワロトゥスの注釈第6番、ラウデンシスの注釈第3及び4番、聖堂参事会長の注釈第2番、アッフリクティスの注釈第3番、ペトルス・ラウエンナスの注釈。ヤコビヌス・デ・サンクト・ゲオルギオ第7番は他の人々もバルドゥスに従っている旨述べている。小クルティウス第2章2部33番は、勅法彙纂3巻32章第15法文への諸博士の注釈が二重売買に関して一致して〈*〉これを認めている旨指摘する（この点については、アントニウス・ガブリエリウス・ロマヌス「売買について」結論2第2番以下を参照せよ）。フェラリウス・モンタヌス第3巻1章、パリシウス第27章6番、ザシウス第6章15番、カピュキウス「授封について」第6欄、ヤーソンの上記第15法文の注釈第37番、モッジウス「封の本質について」第37番、スクラデルス第5部2章20番（何れの授封も有償で行われた場合には、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旨指摘されており、ラウエンナス前掲箇所も同旨である）、ウルテユス第10章11番、アントニウス・ガブリエリウス・ロマヌス「売買について」結論2第51番以下。コワツルウィアス『実務解決集』第2巻20章6番は、どちらに対して先に引渡が為されたのか明らかでない二人の買主について、通説に基づき〈*〉この点を認めている。

b. アルワロトゥスの封建法書2巻26章第6節への注釈第9番、アルディゾニウス第38章、ヤコビヌス前掲箇所第5番。小クルティウス第2章2部35番は、アルワロトゥスがこの見解のために上記法文第5節[第2文]の本文を援用した旨指摘している。これに従うものとして、ミュンシゲルス第4集考察61第18番（なお、モッジウス「封の本質について」第36番は、諸博士その他がこれに反対している旨はっきり述べているが、上に引用した人々を自らの見解のために引用していることから明らかなように、これは誤りである）、スク

ラデルス第5部2章24番がある。ところで、上記第5節の本文は、血縁者が受封後に行った親族に対する処分について言及しているにすぎない。この点について後述第9章2部問題95を参照せよ。なお、このような場合を除けば、第三者が30年以下の期間で時効取得できないのは明らかである。本章問題84及び第9章結論97を参照せよ。そこで述べる通り、封主の同意の下に物が処分された場合でも事情は変わらない。というのも、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以上、更なる何らかの不注意が〔第三者に〕生じていると考えられるからである。

c. バルドゥスは封建法書2巻26章第6節への注釈第2番でこのように主張し、学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第82法文5節を引用している（しかし、この法文がなぜこの点の裏付けとなるのか私には分からない）。カエボラ第130番末尾は、封主に第二売買に同意する権利はないという理由に依拠しており、上記第6節へのブルガルス注釈がそのように述べているようであるが、私はそうは思わない。なぜなら、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、第一買主は物に関して人的訴権以上の権利を取得することはないからである。カエボラ前掲箇所はバルドゥスの前掲注釈及び聖堂参事会長の注釈第3番（ただしこの見解は最後に挙げられている）に従っている。更に、聖堂参事会長の上記箇所は、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るという理由を付け加えている。しかし、そのような主張もまた誤りであり、何処にもその裏付けを見出すことはできない。むしろ、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、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者へと、そのような同意が確実明白である限りは、他の点は不確実なまま、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。また、封臣は、封主の同意が得られた

からといって、売却を強いられるわけでもない。以上に加えて、もし準所有権が封主に帰属するならば、この第二の同意によって、封主自身に帰属する権能の故に同じく、第二買主に準所有権が移転され得ることになる。

d. ラウデンシスの封建法書2巻26章第6節への注釈第3番。アントニウス・ガブリエリウス・ロマヌス第3巻「売買について」結論2第11番もこのように解しているように見えるが、そこでは反対のことも少なからず主張されている。

e. カエボラ第130番がそのように主張しており、アルベルトゥス・ブルーヌス『助言集』助言96も自らの事件にこれを適用し追隨している。更に、アントニウス・ガブリエリウス・ロマヌス第3巻「売買について」結論2第50番。

f. 継承権を特別の合意無しに付与するザクセンの同時授封（この同時授封に拠らなければ跡継ぎがない場合継承権は失われる）に関してこれが適当である旨説くものとして、かつてライプチヒの著名な教授であったルドウィクス・ファクシウスの（ハルトマヌス [ヤーコプ]・ピストリスによって編集された『助言集』第2巻2部に印刷された）助言20第8番以下（同第13番以下では、本問題において私が例を示したような普通法上の同時授封についても同じことを述べている。その理由として、このような仕方と同時に授封された者の期待が損なわれてはならないだけでなく、同時授封を受けた者はそのような事態を阻止することもできる旨指摘されている。上記箇所第6番でモデスティヌス・ピストリスもそのように主張しているものと考えられる。この点については後述第9章問題95で検討する）があり、モデスティヌス・ピストリスがライプチヒ大学の名で著し、上記助言の後に収録された助言第1番以下も、先の助言における論拠を否定していないが、その後でそれらの論拠がこの事例にあまり相応しくない旨主張している。更に、ピストリス問題29第31番以下、スクルフィウス第1集助言66、第3集助言62第6番、第1集助言100、ウェーセンベキウス助言14第1頁も彼らに与している。なお、次のような論拠も加えることができるかもしれない。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と考えられるのであ

る。この点については、本章問題69第32番以下、第3章問題11全体、とりわけ第17番を参照されたい。そこで述べた通り、占有者が何らかの仕方でも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と思われる。

g. 勅法彙纂3巻32章第15法文の標準注釈、更に詳しくはヤーソンの注釈第26番、そこでは他の人々も引用されている。トマス・フェラトゥス『実務心得集』心得48、ヨアンネス・ルプスの勅法彙纂8巻53章「贈与について」表題注釈第81節11番。更に多くの人々を列挙しそれに与するものとして、ディダクス・コワッルウィアス『問題解決集』第2巻20章5番、ピストリス問題29第2番、スクラデルス第5部2章19番。

h. ピストリス前掲箇所及びスクラデルス第5部2章19番がそのように述べている。

i. ヤーソンの勅法彙纂3巻32章第15法文への注釈第27番、ルプス、コワッルウィアス、ピストリスのそれぞれ前掲箇所。第15法文も「二人の者に売却される」という文言でこれを示唆しており、双方とも贈与に基づく場合もまた同じである。このような区別をふまえて、債権者を詐害する目的での処分を法務官法上の廃罷事実訴権に委ねる法文として、学説彙纂42巻8章「債権者を詐害するために為された事柄で回復できるのは何か」第1法文、第6法文11節、勅法彙纂7巻75章「詐害行為によって処分されたものの取戻について」第5法文があり、コワッルウィアスやピストリスの前掲箇所はこの点を論拠としている。更に、ヤーソンが前掲箇所ですでにそのように述べており、ここでは、バルドゥスに従って、この法務官法上の事実訴権をこれらの事例に適用する旨明言し、第一買主が物における権利を取得しないと不十分であるとしている。封の領域でも、スクラデルス第2章29番がそのようにはっきりと述べている。