

君はこれをどうやって確かめたのか  
——表示と異なる内心の意思の証明——

小川 浩三

## 目 次

1. 問題の所在
2. 合意が婚姻を成立せしめる (consensus facit nuptias)
3. 「ヨハネスが婚姻する」
4. 結果と展望

## 1. 問題の所在

民法93条は、「意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする」と規定する。これを、要件事実論的に見れば、たとえば契約の履行請求に対して心理留保の抗弁が問題になり、これにより無効を主張する者は、①表示と異なる真意が存在すること、および、②相手方がこの真意を知り、または、知ることができたことを証明しなければならない、ということになる。ここで、①の「表示と異なる真意が存在すること」を証明するためには、当然のことながら、表意者において意思表示の時点で表示とは異なる内心の意思が存在することを証明しなければならない。しかも、内心の意思は主観的なものであって直接証明できない以上は、内心の意思を推測させる客観的な評価根拠事実を証明しなければならない。この評価根拠事実としてどのようなものが考えられるのだろうか。

次に無効を主張する者は、②「相手方がこの真意を知り、または、知ることができたこと」を証明しなければならない。相手方が「知っていた」ということは、「知ることができた」との対比でいえば、「知っていた」ことの具体的証明（たとえば、表意者が相手方に真意を伝えていたこと、相手方からの働きかけによって真意に反する意思表示をした、など）が必要であろう。より重要なのは、「知ることができた」ことの証明である。これについて通説は、一般人の注意をもってすれば知ることができた場合、<sup>(1)</sup>としている。一般人の注意をもって知ることができたかどうかは、意思表示を行った周囲の客観的状況から

---

(1) たとえば、我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（1965年）288頁。

評価されることになる。ここでの評価根拠事実が、①の内心の意思の存在を証明する評価根拠事実と異なるのかどうか、それを考えるためのヒントの一つとして、心理留保の出発点となったといわれる中世教会法学、とりわけ婚姻の合意について検討するのが、本稿の課題である。

## 2. 合意が婚姻を成立せしめる (consensus facit nuptias)

婚姻の解消不可能は、カトリック教会において長いあいだほとんど異論のない事柄である。<sup>(2)</sup> この原則が歴史的にいつ成立したのかについては、必ずしも明確ではない。<sup>(3)</sup> しかし、本稿で検討課題とする12世紀においては、婚姻解消不可能の原則は既に確立しており、議論はどの時点から解消不可能になるか、言い換えれば、どの時点で婚姻が成立するかに移っていた。

婚姻の成立について、<sup>(4)</sup> その後の展開にとって重要なテキストは、866年の教

---

(2) とはいえ、カトリック教会内でも検討を求める声はある。たとえば、フライブルク大司教区の司牧ガイドライン『さあ出発だ (Den Aufbruch gestalten)』(2005年)は、離婚して再婚した人々を教会内でどう扱うのかの問題を教会全体の検討課題とした。これは、ドイツのカトリック教会で大きな反響を呼んでいる。これについては、さしあたり次の記事参照。M. Drobinski, Eine Tür ist aufgestossen, <http://www.sueddeutsche.de/panorama/wiederverheiratete-in-der-katholischen-kirche-eine-tuer-ist-aufgestossen-1.1790177>; G. Nardi, Deutsche Kirche will Unauflöslichkeit der Ehe kippen – Ein Spiel mit dem Feuer, <http://www.katholisches.info/2013/10/09/deutsche-kirche-will-unaufloeslichkeit-der-ehe-kippen-ein-spiel-mit-dem-feuer/>. とくに後者の記事は、ドイツの教会が教会税(ヒトラーが導入したことになる!)による資金力にものを言わせて横暴を極めていることに対するいら立ちを隠していない点でも、興味深い。

(3) シュメーケル(小川訳)「ロータル2世の婚姻紛争」ファルクノルミナーティノシュメーケル編(小川・福田・松本監訳)『ヨーロッパ史のなかの裁判事例』(2014年)137頁は出発点を9世紀中葉の偽造法令集に求めている。しかし、この原則が直ちに一般的に受容されたのではないことは、それに続く頁で示されている。

君はこれをどうやって確かめたのか

皇ニコラウス1世 (Nicolaus I) のブルガリア人たちからの照会に対する答書<sup>(5)</sup>である。すなわち、東方への宣教者たちが主張する、有効な婚姻締結のためには両親の同意およびとりわけ司祭の祝福も必要であるという考え方に対して、ローマ法<sup>(6)</sup>に従えば両当事者の合意のみで十分であると回答した。ニコラウス

---

(4) 以下については、R. Weigand, *Die Durchsetzung des Konsensprinzips im kirchlichen Eherecht*, in: idem, *Liebe und Ehe im Mittelalter*, 1993, 141 et s. (初出は1989年) に依拠した。

(5) この答書の全文は、E. Perels (ed.), *Monumenta Germaniae Historica, Epistolae* 6, 1925, 568-600にあり、問題のテキストは570頁にある。中心部分は、『グラティアヌス教令集』C.27 q. 2 c. 2に採録されている。「ローマ法に従えば、その婚姻が問題となっている男女の合意だけで十分である。欠けているものがこの合意だけであり、性的交わりそのものとともにそのほかのさまざまな厳かな儀式があったとしても、婚姻は無効になる (Sufficiat solus secundum leges consensus eorum, de quorum quarumque coniunctionibus agitur. Qui solus si defuerit, cetera etiam cum ipso coitu celebrata frustrantur)。」

(6) 「ローマ法 (leges)」について、前注のMGH, 570 not. 4は、Inst. 1, 10 pr. 「ところで、法律の命ずるところに従って結合するローマ市民は、正当な婚姻を締結する。もちろん、男性なら成熟者、女性なら能力者でなければならないが、家父であっても家子であってもよい。ただし、家子の場合には、その権力下にある親の同意も必要である (Iustus autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patresfamilias sint sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt)」を参照している。9世紀中葉のローマ法の伝承状況を確認することは難しい。これについてはさしあたり、ヴォルフガング・カイザー (田口正樹訳) 「中世初期におけるローマ法の発展について」：Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269を例として「北法63巻2号 (2012年) 219頁以下参照。「合意が婚姻を成立せしめる」という法格言の淵源として現在の法学者が引用するものは、西ヨーロッパにおいて遅くとも11世紀末には参照可能であった以下の『学説集 (Digesta)』の法文である。D.23, 1, 11 (Iulianus) (「婚約は婚姻と同様に締結する両当事者の合意によって成立する。したがって、婚姻の場合と同様に婚約においても〔家父の権力下にある〕家女〔自身〕が合意しなければならない (Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt : et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet)」

は、その際にヨハネス・クリソストモス (Iohannes Chrisostomos) のものとされる文章 (「性的交わり (coitus) ではなく、意思 (voluntas) が婚姻を成立せしめる<sup>(7)</sup>」) を援用している。ここでは、合意があれば、特別な方式も性的交わり (婚姻の実行・完成) がなくても婚姻は成立し、他方で合意は婚姻の両当事者男女のものでなければならぬ<sup>(8)</sup> ということが、簡潔に述べられている。

---

tet)」、D. 35, 1, 15 (Ulpianus) (「ある人に『家に娶ったならば』という条件付きで遺贈がなされた場合には、妻が迎え入れられれば、たとえ夫の寝所に入らなくても直ちにこの条件が成就したものと解される。なぜなら、婚姻を成立せしめるものは同衾ではなく、合意だからである (Cui fuerit sub hac condicione legatum “si in familia nupsisset”, videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. nuptias enim non concubitus, sed consensus facit)」、および、D. 50, 17, 30 (Ulpianus) (「婚姻を成立せしめるものは同衾ではなく、合意である (Nuptias non concubitus, sed consensus facit)」) である。

(7) この文章は、C. 27 q. 2 c. 1 (「たしかに性的交わりではなく、意思が婚姻を成立させる。したがって、婚姻を解消させるのは肉体の別離ではなく、意思の別離である。それゆえ、妻を追い出して別の女性を受け入れていない者は、その時までは夫である。なぜなら、肉体の上で既に別れていても、しかしその時までは意思の上では結び付けられているからである。したがって、別の女性を受け入れたその時に、完全に追い出したことになる。したがって、妻を追い出した者ではなく、別の女性を受け入れた者が悪人となるのである (Matrimonium quidem non facit coitus, sed voluntas, et ideo non soluit illud separatio corporis, sed voluntatis. Ideo qui dimittit coniugem suam, et aliam non accipit, adhuc est maritus. Nam etsi corpore iam separatus est, tamen adhuc voluntate coniunctus. Cum ergo aliam acceperit, tunc plene dimittit. Non ergo qui dimittit mechatur, sed qui alteram ducit).」) に採録されている。さらに、後に若干詳しくして Palea (グラティアヌス以後に彼の弟子たちによって付加、彼の弟子 Paucapalea に由来する名称) として C. 27 q. 2 c. 4 に採録されている (冒頭に「全てのものは、いかなる原因により生じたものであれ、同じ原因によって消滅せしめられる (Omnis res, per quascumque causas nascitur, per eadem dissoluitur)」が付け加わっている)。

(8) ちなみに、シュメーケル前掲注3文献148頁注33は、ここでのニコラウスの答書は「単純化したただけだ」とヴァイガントの見方に対して留保を付している。ニコラウスのロータ

君はこれをどうやって確かめたのか

ニコラウス1世の答書に先立つ860年に、中フランク王ロータル2世の婚姻紛争をめぐって、ランスのヒンクマル（Hincmar de Reims）が鑑定意見（consilium）を提出した。<sup>(9)</sup> 彼によれば、両当事者の合意だけでは婚姻の完結（matrimonium completum）には十分ではなく、そのためには婚姻の実行＝性的交わりが必要である。婚姻が完結することによって、婚姻の結合はキリストと教会の結合（秘跡）を模写するものとなる。<sup>(10)</sup>

この二つの見方の対立、あるいは、仮にそれがないとしてもそのように見え<sup>(11)</sup> たものは、12世紀中葉においてより鮮明になる。遅くとも12世紀40ころには、フランスでかなり一般的に婚約と婚姻締結とが明確に区別されるようになった。合意の交換による婚姻締結があれば、これだけで完全な秘跡であり解

---

ル事件との関わりについては、同文献参照。

(9) この鑑定意見についてはシュメーケル前掲注3文献122頁以下、特に137頁参照。

(10) この際に、ヒンクマルはレオ1世のテキストを援用した。このテキストは、C.27 q. 2 c.17に採録されている。「夫婦の結びつきは、夫婦が両性の交わりのほかに自らのうちにキリストと教会の秘蹟を含む〔含まない〕ものとして元来作り出されたものであるのだから、夫婦の秘密がなかったと伝えられるかの女が婚姻にまで至っていないことに疑いはない（Cum societas nuptiarum ita a principio sit institute, ut preter conmixtionem sexuum [non] habeant in se nuptiae Christi et ecclesiae sacramentum, non dubium est, illam mulierem non pertinere ad matrimonium, in qua docetur non fuisse nuptiale misterium）。」当初は、nonがない「含む」という形であったが、12世紀になってこのテキストにnonが挿入されたといわれている（cf. Weigand, op. cit. (not. 4), 143）。nonがあれば、両性の交わりのほかにキリストと教会の結合の秘蹟に類するものを含まないのだから、両性の交わりがなければこのような結合は生じないという結論を導きやすい。しかし、nonがなくても、「両性の交わりのほかに自らのうちにキリストと教会の秘蹟を含む」を、両性の交わりがあってその上で自らのうちに秘蹟を含むと解釈すれば、両性の交わりがなければもちろん夫婦の結びつきはないという解釈は可能である。

(11) ニコラウスのテキストが本来もっていた意味が、注7で紹介したシュメーケルの解釈のように限定的であったとしても、後世の人々がそれをどう解釈するかは、いうまでもなくまた別の問題である。

消不可能だと認められた（合意主義 consensus-theory）。おそらくは、ランのアンセルムス（Anselmus de Laon）に由来するテキストが<sup>(12)</sup>この両者の区別をその効果の違いと共に明確に区別した。このテキストは、後に Palea（注7参照）として『グラティアヌス教令集』に挿入された（C.27 q. 2 c.51）。その内容は次のようである。<sup>(13)</sup>

信義（fides）には二通りの言い方がある、約定（pactio）の信義と合意（consensus）の信義である。ある男がある女に対して約定の信義を与えた場合には、別の女性を〔妻として〕迎え入れてはならない。別の女性を迎え入れた場合には、信義を裏切ったことについて贖罪を行わなければならない。しかし、迎え入れた女性とは共にあり続けるべきである。なぜなら、秘跡〔の結合〕<sup>(14)</sup>だけは（tantum）引き裂かれてはならないからである。これ

---

(12) このテキストの成立過程については、Weigand, Die bedingte Eheschließung im kanonischen Recht, I. Teil : Die Entwicklung der bedingten Eheschließung im kanonischen Recht, 1963, 246-248.

(13) Duobus modis dicitur fides, pactionis et consensus. Si aliquis alicui mulieri fidem fecerit pactionis, non debet aliam ducere. Si aliam duxerit, penitentiam debet agere de fide mentita : maneat tamen cum illa, quam duxit. Non enim rescindi debet tantum sacramentum. Si autem fecerit fidem consensus, non licet aliam ducere. Si autem duxerit, dimittet eam, et adherebit priori.

“Est autem fides pactionis, quando aliquis promittit alicui fidem, quod eam ducet, si permiserit ei rem secum habere, vel etiam pro consensu. Fides autem consensus est, quando, etiamsi non stringit manum, corde tamen et ore consentit ducere, et mutuo se concedunt unus alii, et mutuo se suscipiunt.”

同じ法文は、『第一教皇令集（Compilatio prima）』（パヴィアのベルナルドゥスによって編纂され、1189年から1193年の間に成った）を通じて、『グレゴリウス9世教皇令集（リール・エクストラ）』（1134年）にも採録されている（X4.4.1）。

(14) tantum はここでは副詞として解釈した。形容詞として、tantum sacramentum 「こんなにも重大な秘蹟」と読む可能性もある。



君はこれをどうやって確かめたのか

に対して、合意の信義を与えた場合には、別の女性を迎え入れることは許されない。迎え入れた場合には、この女性を追い出すべきであり、最初の女性と結びついているべきである。

「ところで、約束の信義があるといえるのは、ある男がある女に対して、彼女が彼に事を共にする (*rem secum habere*) ことを許すならば彼女を迎え入れるという信義を約束する場合であり、あるいは〔将来の〕合意のためであってもよい。これに対して合意の信義があるといえるのは、手を引っ張っていないとしても、心と口によって迎え入れることを合意し、相互に相手を許し (*concedere*) あい、相互に相手を受け入れ (*suscipere*) あう場合である。<sup>(15)</sup>」

---

(15) 合意理論の代表的な論客として有名なのは、フランスの神学者サン・ヴィクトルのフーゴー (Hugo de St. Victor) とペトルス・ロンバルドゥス (Petrus Lombardus) である。後者がまとめた、教会法の『グラティアヌス教令集』にあたる神学の権威的書物『命題集 4 卷 (*Sententiarum libri quattuor*)』(1158年に完成) から婚姻について述べる要点を以下に簡単に引用しておく (Lib. 4 d. 27)。「ところで、婚姻の作用因は合意である、任意のものではなく、文言によって表示され、また未来についてではなく、現在についてのものである (*Efficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet, sed per verba expressus, nec de future sed de praesenti*)。」(c. 3)「しかしある者たちは次のように主張している。すなわち、〔家の中への〕引き入れと肉の交わりがあるまでは、真の婚姻は締結されず、また性の合一が介在するまでは夫も妻もない。婚姻の約束の第一の信義から、男は婚約男、女は婚約女になるが、妻にはならない (*Quidam tamen asserunt verum coniugium non contrahi ante traductionem et carnalem copulam : nec vere coniuges esse aliquos ante intercedat conmixtio sexus : sed a prima fide desponsationis vir sponsus, et mulier sponsa est, non coniunx*)。」(c. 6)「しかし、以上に対しては次のように答える。すなわち、婚姻の約束は、男と女が婚姻を締結することについて合意する場合にも、成立する。しかし、ここには現在についての合意はない。婚姻の約束には、また、現在についての合意を含むものもある、すなわち、婚姻の約定を含むものであり、これだけで婚姻を成立せしめる (*His autem ita respondemus. Fit aliquando desponsatio, vbi est compromiss-*

これに対して、ポーランドでは合意だけでは不十分だとする立場が優勢であった。1140年ころに成立した『グラティアヌス教令集』のC.27 q. 2（第27事案第2問）において、婚姻の成立（解消不可能）の時点に関する諸法源を検討した上で、第45法文の後の付言（Dict (um). p (ost). c.45と表記）の中で、<sup>(16)</sup>グラティアヌスは次のように書いている。

以上すべてから明らかになるのは、婚約者が妻と呼ばれるのは、将来の期待から（spe futurorum）であって、現在ある状態から（re presentium）ではない。したがって、婚約者の列に入れられた女は妻であることを否定されるとすれば、<sup>(17)</sup>どうやったら婚姻の約束（desponsatio）という第一の信義に

---

sio viri et mulieris de contrahendo matrimonio : non est autem ibi consensus de praesenti. Est et desponsatio habens consensum de praesenti, id est, pactionem coniugalem, quae sola facit coniugium)。」(c. 9) なお『命題集』のテキストは1581年リヨン版 (Google-books) を利用した。

(16) Ex his omnibus apparet, sponsas coniuges appellari spe futurorum, non re presentium. Quomodo ergo coniuges ex prima fide desponsationis appellantur, si ista, quae sponsa asseritur, coniux esse negatur? Sed a prima fide desponsationis coniunx dicitur appellari, non quod in ipsa disponsatione fiat coniunx, sed quia ex fide, quam ex desponsatione sibi inuicem debent, postea efficiuntur coniuges, sicut per fidem dicuntur remitti peccata, non quod ante baptismum per fidem remittantur, sed quia fides est causa, quare in baptismo peccatis emundamur. §. 1. Illud autem Iohannis Crisostomi: “Matrimonium non facit coitus, sed voluntas”; item illud Ambrosii: “Non defloratio virginitatis, sed pactio coniugalis matrimonium facit”, ita intelligendum est: Coitus sine voluntate contrahendi matrimonium, et defloratio virginitatis sine pactione coniugali non facit matrimonium, sed precedens voluntas contrahendi matrimonium, et coniugalis pactio facit, ut mulier in defloratione suae virginitatis vel in coitu dicatur nubere viro, vel nuptias celebrare.

(17) Dict. a (nte). c. 35 「アンプロシウスその他の教父たちによって婚約者は妻と呼ばれ、以上のすべての論拠からは妻でないことが証明される。いったいどうすればそうなるのか。しかし知らなければならないのは、婚姻が婚約によって始動され（initiari）、交わりによって完成される（perfici）ということである。したがって、婚約者の間には婚姻があ

君はこれをどうやって確かめたのか

よって妻と呼ばれることになるのか。しかし、婚姻の約束の第一の信義から妻と呼ばれるといわれるのは、婚姻の約束それだけで妻になるからではなく、婚姻の約束に基づいて相互に義務を負う信義から配偶者となるからである。ちょうど、信仰 (fides) によって罪が赦されるといわれるのは、洗礼の前に信仰によって許されるからではなく、信仰が洗礼においてわれわれが罪から清められる原因だからである。

§. 1とところで、ヨハネス・クリソストモスのかの文章「性的交わりではなく、意思が婚姻を成立せしめる」、さらにアンブロシウスのかの文章「処女の喪失ではなく婚姻の約定 (pactio coniugalis) が婚姻を成立せしめる」〔C.27 q. 2 c. 5〕は、次のように解される。婚姻を締結する意思のない性的交わり、婚姻の約束のない処女の喪失は婚姻を成立せしめない。しかし、〔性的交わりや処女の喪失に〕先行する (praecedens) 婚姻を締結する意思や婚姻の約束があれば婚姻を成立せしめる。したがって、女はその処女喪失において、あるいは、性的交わりにおいて夫と婚姻し (nubere)、あるいは婚姻を盛式に執り行う (celebrare) といわれるのである。

こうした、完全な婚姻のためには合意だけではなく性的交わり (copula) も必要だと主張するグラティアヌスの主張 (性的交わり主義 copula-theory) は、ボローニャの教会法学者たちに基本的に受け継がれた。初期教令集注釈学 (Dekretistik) を代表するルフィヌス (Rufinus) が Summa (1164年ころ成立)

---

る、しかしそれは始動したもの (initiatum) である。肉の交わりのある者の間には承認された (ratum) 婚姻がある (Quomodo ergo secundum Ambrosium et reliquos Patres sponsae coniuges appellantur, et his omnibus argumentis coniuges non esse probantur? Sed sciendum est, quod coniugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est, sed initiatum ; inter copulatos est coniugium ratum)。」

の中で述べているところを見ておこう。

これらの問題についての考え方は非常に揺らいでいるが、それはキリストの僕や神の書の管理者ではなく、むなしい栄光を追い求める者たちがこの問題の考え方を両面的にしたからである。彼らは、他の者たちの労作を、言葉で飾り立てられ、意味に満ち溢れ、すでにほぼ全世界の畏敬の念をささげられているこれらの労作を読むのに対して、ほとんど飾られていない労作を蔑にし、指のかすかな音に聞き耳を立てる。山々の真ん中から水を引いてくるのではなく、バビロンの王の籬（えびら）から娘エルサレムに向かって矢を射る。曖昧模糊とした心の中にある正しい者たちに矢を射るように。大いなる思い出の中にあるかのグラティアヌスは、この関連で婚姻についての真正の分別を打ち立てている。すなわち、婚約者の男女の間には始動された婚姻（*coniugium initiatum*）があるが、しかし完成され（*consummatum*）ていないと述べることによって。これに対して、ある論者たちは質朴な人々の力強さをねたみ、血も涙もない動物どもの流儀で澄んだ水を渡るときにそれをかき回し、この聖なる分別を傲慢にも高みから吹き下ろす風で吹き飛ばし、新たな世迷言をでっち上げた。すなわち、任意の婚約者の間に婚姻があるわけではない、なぜなら彼らの間に婚姻を成立せしめる合意が常にあるとは限らないから、と述べることによって。すなわち、彼らのいうところでは、合意には一方で現在に関するもの、たとえば両者が相互に「私は君を私の夫または妻に受け入れる」、「私は君を私の夫または妻に受け入れたい」等という場合と、将来に関するもの、すなわち婚姻を締結することについて、たとえば相互に「私は君を私の夫に受け入れることを約束する—あるいは誓う」等といわれる場合とがある。いわく、第一の合意は完全かつ承認された婚姻（*coniugium perfectum et ratum*）を成立せしめる。この結果、このように合意した者は、その後は相手方が活着している限り別の者と婚姻することはできず、相手方の同意なしには修道院を選ぶこともできなくなる。さもなく

君はこれをどうやって確かめたのか

ば、すなわち一方が相手方の同意なしに修道院に行き、あるいは、婚姻の約束 (desponsatio) が先にあるのに他の者と肉的に結合する場合には、前者の場合には修道院から連れ戻され、後者の場合には最初の配偶者に回復されることになる。しかし、第二の合意は、彼らのいうところでは、婚姻を成立せしめない。したがって、二人の間にこのような合意がある者たちが、別の者たちと結びつけられたとしても、後の交わりは解消されることはない。修道院に入ることも、誓願によって拘束されることも、相手方の同意なしに勿論可能になる、というのである。しかし、このようなことを自らの書物で主張した者たちは、聖なる教父たちのいかなる権威に基づいてこの新しい虚構を作り上げたのか、願わくは示してほしい、そうすればわれわれを説明に駆り立て、あるいは、模倣するように仕向けたのだから。<sup>(18)</sup>

---

(18) Rufinus, *Summa decretorum*, ed. H. Singer, 1902, 440 et s. : *Vaga multum est harum questionum sententia, quam non ministri Christi divine scripture dispensatores, sed inanis glorie aucupes fecere bifrontem. Qui cum aliorum labores, sermonibus expolitos sensibus consummatos et totius iam pene orbis reverentia dedicatos, legerint, vix gustatos contempnunt et concrepantibus digitis novas aures afferunt, non de medio montium educentes aquas, sed de faretra regis Babilonis emittentes sagittam contra filiam Ierusalem, ut sagittent in obscure rectos corde. Cum ergo ille magne memorie Gratianus in hac serie autenticam de coniugio distinctionem construat, dicendo inter sponsum et sponsam esse coniugium initiatum, non autem consummatum, quidam simplicium potibus invidentes more severorum animalium, cum pertransissent, aquas limpidas turbaverunt et hanc sacram distinctionem alto vento superbie exsufflantes novam fabulam ediderunt, dicentes non inter quoslibet sponsos esse coniugium, quia non semper talis inter illos consensus, qui faciat matrimonium. Consensus enim, ut aiunt, alius de presenti, ut cum invicem sibi dicunt : “accipio te in meum vel meam”, “volo te in meum vel meam”, et huic simile ; alius de futuro, scil. contrahendo matrimonio, ut cum per invicem dicitur : „promitto – vel iuro – te accepturum in meum“, et e converso, et similia. Prior, inquiunt, consensus facit coniugium perfectum et ratum : propter quod qui sic consenserunt, ulterius altero eorum vivente aliis coniungi non*

ローマ法を用いて（「バビロンの王の籠から」）合意だけで十分とするフランス学派の新説に対する怒りと苛立ちを隠さないルフィヌスは、おそらくは決定的な証拠として最後に「教皇アレクサンデルおよび殉教者」の教皇令を偽造<sup>(19)</sup>までして<sup>(20)</sup>いる。そこでは、「エフェソの信者への手紙」5章32節を引いて「使徒が述べるように、秘跡は偉大である。このことを私〔パウロ〕はキリストと教会について言っている。すなわち、キリストが頭で教会が体である。したがって、男女の適法な結合によって二人が一つの肉体に成さしめられないのであれば、男女の間に婚姻の秘跡が生じないことはたしかである<sup>(21)</sup>」と書かれ、肉の交

---

poterunt nec monasterium sine alterutrius consensu eligere ; alioquin, si alter eorum sine consensu alterius ad monasterium iverit vel alii se carnaliter precedente desponsatione coniunxerit, et ille de monasterio retrahetur et hic priori coniugi restituetur. Secundus vero consensus, ut dicunt, non facit matrimonium : ideo inter quos talis consensus intervenit, si aliis coniungantur, posterior copula non dirimetur ; qui etiam monasterium ingredi, voto astringi sine alterius consensu prevalebunt. Verum qui talia suis scriptis allegaverunt, ex qua sanctorum patrum auctoritate novum hoc plasma confecerint, utinam designassent, ut nos vel exercuissent ad exponendum vel traxissent ad imitandum!

(19) ルフィヌスのローマ法に対する態度、より一般的に彼の方法に関する文献は非常に多い。ここでは、最近のものとして、Ch, H. F. Meyer, Die Distinktionstechnik in der Kanonistik des 12. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des Hochmittelalters, 2000, 207 et s. を挙げておく。その末尾（218 et s.）において本文で引用したテキストも論じている。

(20) 偽造については、Singer, op. cit. (n. 17), CVII et s. 参照。ヴァイガントは、前掲注4論文145頁で簡単に指摘しているほかに、しばしば触れているが、これについても前注書219頁注662参照。

(21) Singer, op.cit. (n. 17), 448 et s. : Sacramentum autem, ut ait apostolus, magnum est, hoc autem dico, in Chrsto et ecclesia : Christus caput, ecclesia corpus. Nisi ergo per maris et femine legitimam coniunctionem duo una caro efficiantur, certum est, quod nullum inter eos coniugii erit sacramentum. キリストが頭で、教会が体であり、その関係に夫と妻の関係が類比されることは、「エフェソの信者への手紙」5章22節以下のテーマである。32節

わりによって婚姻の秘跡が生ずることが聖書と教皇の権威によって基礎づけられている。

ルフィヌスとほぼ同時代の教皇アレクサンデル3世は、その20年余の治世(1159-1181)の間に立場を変化させたと言われるが、最終的には、基本的に合意主義に立ちながら重要な例外を認めることによって、両者の妥協を図った。一般には、次の教皇令(X4.4.3およびX3.32.2—これらは元来一個の教皇令であったテーマに応じて二つに分けられて編纂された)が挙げられる<sup>(22)</sup>。

君の照会に対して私共は次のように答える。すなわち、男と女のあいだで現在についての適法な合意が介在している。たとえば、相互の合意において

---

の直前の31節では、「創世記」2章24節の「それゆえ、人は父母を離れて妻と結ばれ、二人は一つの肉体となる」が引かれている。なお、この箇所はほとんどの邦訳において「一人となる」と訳されているが、ルフィヌスはここから肉の交わりがなければ秘跡がないという結論を導き出しているので本文のように訳した。なお、「一つの肉体 (una caro)」の概念から、『グラティアヌス教令集』の婚姻論を分析するものとして、J. Alesandro, *Una Caro and the Consumation of Marriage in the Decretum Gratiani*, ZRG KA, vol. 129 (2011), 64 et s. がある。

(22) X 4. 4. 3: *Licet praeter solitum Consultationi tuae taliter respondemus, quod, si inter virum et mulierem legitimus consensus interveniat de praesenti, ita quidem, quod unus alterum in suo mutuo consensu verbis consuets expresse recipiat, utroque dicente: "ego te accipio in meam", et: "ego te accipio in meum," sive sit iuramentum interpositum sive non, non licet mulieri alii nubere. Et si nupserit, etiamsi carnalis copula sit secuta, ab eo separari debet, et, ut ad primum redeat, ecclesiastica districtione compelli, quamvis aliter a quibusdam praedecessoribus nostris sit aliquando iudicatum.*

X 3. 32. 2: *Verum post consensum legitimum de praesenti licitum est alteri, altero repugnante eligere monasterium, sicut etiam sancti quidam de nuptiis vocati fuerunt, dummodo carnalis commixtio non intervenerit inter eos, et alteri remanenti, si commonitus continentiam servare noluerit, licitum est ad secunda vota transire, quia, quum non fuissent una caro simul effecti, satis potest unus ad Deum transire, et alter in saeculo remanere.*

通常用いられる文言によって明示的に一方が他方を受け入れる場合、それぞれが「私は君を私の妻に受け入れる」「私はあなたを私の夫に受け入れる」と述べる場合、宣誓が加えられていなくても、女が別の男と婚姻することは許されない。婚姻した場合、たとえ肉の交わりがそれに続いたとしても、彼女はこの別の男から別れさせられねばならず、最初の男のもとへ戻るよう、教会の厳格な懲らしめをもって強制されなければならない。たとえ、私共の前任者の誰かが時にこれと異なる裁定を行っていたとしても。

しかし、現在についての適法な合意があった後でも、一方当事者には相手方の反対があっても修道院を選ぶことが許される。かつて聖なる人々の中には婚姻していてもそこから召命された者があったように。ただし、これは両当事者のあいだに肉の合体が介在していない限りのことである。この場合、残された相手方は、勧められても禁欲を守りたくないのであれば、第二の婚姻へと向かうことが許されている。なぜなら、同時に一つの肉体にならなかったのであるから、一方が神のもとに向かい、他方が世俗に残ることは十分に可能だからである。

修道院に入ることは靈的婚姻 (*matrimonium spirituale*) と言えるのであるから、合意のみによって婚姻が成立するという原則は重要な例外を抱えることになった。この例外においては、肉の交わりはなお決定的な意味をもったのである。そして、この例外は合意主義がボローニャでも認められ、イノケンティウス3世のもとで完全に確立したあとも、なお認められ続けたのである。

### 3. 「ヨハネスが婚姻する」

合意主義の主唱者であるペトルス・ロンバルドゥスは、婚姻を成立せしめる合意について次のように述べている。



君はこれをどうやって確かめたのか

ところで、婚姻の作用因は合意である、任意のものではなく、文言によって表示され、また未来についてではなく、現在についてのものである。なぜなら未来に対して合意する場合、すなわち、「私はあなたを夫に受け入れるつもりである」「私は君を妻に受け入れるつもりである」という場合、この合意は婚姻を作り出す効力をもたない。さらに、思いの上では合意しているが、言葉または他の確かな印によって表示していない場合、このような合意もまた婚姻を作り出さない。これに対して、心の内では欲していないことを言葉で表明する場合、強制又は詐欺がない場合には、「私はあなたを夫に受け入れる」「私は君を妻に受け入れる」と述べて合意するとき用いるかの言葉の義務が婚姻を成立せしめる<sup>(23)</sup>。

ここでは、内心では合意しているが言葉あるいはその他の表象によって表示していない場合と、内心では欲していないが、言葉で表示した場合とが対比されている。しかも後者において、強制 (coactio) も詐欺 (dolus) もないという条件が付せられているので、婚姻したくないという内心の意思を知っていて婚姻すると表示する場合 (心裡留保)、あるいは知らないで表示する場合 (錯誤) が考えられる。錯誤とは、内心の意思と表示の不一致であって、そのことを表意者が知らない場合であるといった19世紀ドイツで生まれた定義を、12世紀の『命題集』の著者に読み込むのはあまりにアナクロニズムであろう。重要

---

(23) Lib.4 d. 27 c. 3: *Efficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet, sed per verba expressus, nec de future sed de praesenti. Si enim consentiunt in futurum, dicentes, Accipiam te in virum, et ego te in vxorem: non est iste consensus efficax matrimonii. Item si consentient mente, et non exprimant verbis vel aliis certis signis: nec talis consensus efficit matrimonium. Si autem verbis explicant quod tamen corde non volunt, si non sit coactio ibi vel dolus, obligatio illa verborum, quibus consentiunt dicentes: Accipio te in virum, et ego te in vxorem, matrimonium facit.*

なことはペトルス・ロンバルドゥスが、内心で欲していないことを表示する、しかもそこには強制も詐欺もないという形で、心裡留保に当たる場合を析出していることである。ローマ法文においては心裡留保 (reservatio mentalis) がほとんど知られていなかったとすれば、この析出は高く評価することができる。<sup>(24)</sup> 内心と表示の問題を、内心はあるが表示がない場合と内心はないが表示がある場合とを対比することで考察する仕方は、典型的に分類 (divisio) — 分別 (distinctio) の方法であり、したがって心裡留保の場合の析出は、多分に理論的営為の結果であると思われる。

他方で、内心で欲していないとしても表示があれば、強制や詐欺がなければ、婚姻を成立せしめるという効果は、後の展開からすると注目に値する。内心があっても表示がなければ婚姻が成立しないと対比すると、表示を重視するここでのペトルス・ロンバルドゥスの立場は明瞭である。婚姻の作用因 (causa efficiens) は合意であり、合意の作用因は意思であるのだから、意思がなかったなら婚姻はどうなるのか、といった遡行してゆく思考はここには見られない。表示に踏みとどまって合意を考察し、言葉の義務 (obligatio verborum) が婚姻成立の根拠になっている。<sup>(25)</sup>

---

(24) Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., 2008, 62 ; R. Zimmermann, *Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Traditions*, 1996 (1<sup>st</sup> ed. 1990), 645参照。どちらも、萌芽的なものとして、D.2, 15, 12 (Celsus) 「遺言によって自己に遺されたものについて一般的に和解した者が、後に自分は遺言の前半で遺贈されたものだけを考えていたのであって、後半で遺贈されたものまで考えていたのではなかったという言い逃れをする場合には、それを聞き入れてはならない (Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit)」を挙げている。

(25) obligatio verborum はローマ法においては、問答契約 (stipulatio) から生ずる言語債権債務関係である (D.45, 1の表題 de verborum obligationibus)。ペトルス・ロンバルドゥスがここでローマ法をどれだけ意識していたかは、彼の論述のはるかに詳細な分析を通して明らかになることであり、ここでは不可能である。

君はこれをどうやって確かめたのか

『命題集』から半世紀余経て、内心では欲していない、しかし必ずしも明確ではないが表示はあるというケースが、現実には起こってくる。ブレスシア司教の照会に対して教皇イノケンティウス3世は、次のように答えた（X4. 1. 26；1212年）。

続けて君は次のことを尋ねてきた。すなわち、ある女をある男が自分と肉体的に交わせるためには、彼女と婚姻の約束（desponsatio）をするしかなかったので、何らの厳かな儀礼を付加することもなく、また何人の立ち会いもなしに、彼女に言った「ヨハネスが君と婚姻の約束をする」、と。この男自身はヨハネスと呼ばれてはおらず、ヨハネスと呼ばれると偽ったのであり、それは、自身はこの名前で呼ばれておらず、婚姻する意図もなく、ただ肉の交わりを達する意図しかなかったのだから、婚姻は成立していないと考えてのことであった。このとき、上記の二人の間には正式の婚姻があるのであろうか、女は男に対して過去に同意（consentire）し、男は過去に同意せず、現在も同意しておらず、上に述べたこと以外にはなにも、つまり彼女を知ることしか行わなかったという場合に。以上について私共は君に次のように答える。上述の男が上述の女に自分自身で、しかしそう呼ばれるとその時偽った別の名前で婚姻の約束をし、そして彼らの間で肉の交わりが続いたのであるなら、婚姻があると推定すべきものとする。ただし、かの男がかの女を迎え入れる意図もなく、また同意もしなかった、と君が私共に明示的に書いていたというなら別であるが、しかしこのことが君にどのようにして確かめられたのか、私共にはわからない。しかし、私共は何が法であるのかを回答する者として、次のように述べる。事実が以上述べたようであるならば、すなわち、男が女を迎え入れる意図もなく、また女に一度も同意しなかったというのであるなら、この事実からは婚姻を認める判決を下してはならない。そこには婚姻が締結されたという実質も、また婚姻締結の形式〔さえ〕も見出すことができない、つまり、一方の側にはまったくの悪意〔詐欺〕

しかなく、同意はおよそないのであり、そしてこれがなければ他の何があっても婚姻の結びつきを全うすることができないからである。<sup>(26)</sup>

前提問題として、婚姻の約束 (desponsatio) には、ペトルス・ロンバルドゥスが分類したように (注15参照)、いまだ婚姻を成立せしめない婚約の場合と婚姻を成立させる現在に関する合意の場合とがある。しかし、ここではどちらであってかまわない。仮に婚約だとしても、それに性的交わりが続いて行われているので、婚姻は成立する。<sup>(27)</sup>したがって、ここでの問題は、婚約であれ

---

(26) Consequenter quaesivisti, quum quendam mulierem quidam aliter inducere nequivisset, ut sibi commiseretur carnaliter, nisi desponsasset eandem, nulla solennitate adhibita vel alicuius praesentia, dixit illi: "te Ioannes desponsat," quum ipse Ioannes non vocaretur, sed finxit se vocari Ioannem, non credens esse coniugium eo, quod ipse non vocaretur hoc nomine, nec haberet propositum contrahendi, sed copulam tantum exsequendi carnalem, utrum inter praedictos sit matrimonium celebratum, quum mulier consenserit in eundem, et ille dissenserit et dissentiat, nec aliud quicquam egerit, quam superius est expressum, nisi quod cognoverit eandem. Super quod tibi respondemus, quod, quum praefatus vir praedictam desponsaverit mulierem in propria persona et sub nomine alieno, quo tunc vocari se finxit, et inter eos sit carnalis copula subsecuta, videtur forte pro coniugio praesumendum, nisi tu nobis expresse scripsisses, quod ille nec proposuit, nec consentit illam ducere in uxorem, quod qualiter tibi constiterit non videmus. Nos autem, quid iuris sit rescribentes, dicimus, quod, si res ita se habuerit, videlicet, quod ille eam non proposuit ducere in uxorem, nec unquam consensit in praedictam personam, non debet ex illo facto coniugium iudicari, quum in eo nec substantia coniugalis contractus, nec forma contrahendi coniugium valeat inveniri, quoniam ex altera parte dolus sollummodo adfuit, et defuit omnino consensus, sine quo cetera nequeunt foedus perficere coniugale.

(27) 婚約+肉の交わりが現在に関する合意 (現在形の合意) と同様に婚姻を成立させることは、既に確立したルールであった。たとえば、以下のアレクサンデル3世の教皇令参照。

X4.1.5:ところで、宣誓を行った上で、ある女性を将来迎え入れることを約束し、

君はこれをどうやって確かめたのか

婚姻の合意であれ、どちらかの合意があるかどうかである。

この法文で重要なことは、事実問題と法的问题とを明確に区別していることである。法的问题としては、婚約あるいは婚姻の合意をしていなければ婚姻は成立しない、合意があるかどうかは用いられた言葉の意味から理解されるが、この場合重要なのは当事者の意図 (propositum) である。したがって、法的ルールとしては、ペトルス・ロンバルドゥスとは反対の結論になる。つまり、心裡留保がある場合、合意はないことになる。ローマ法学者のクニューテルは、この教皇令をこの法的ルールの側面から理解し、「婚姻の秘跡性に由来するこの決定は、一般化することができない」と述べている<sup>(28)</sup>。もちろん、クニューテルは、世俗法でも19世紀に心裡留保を考慮しないということは意思主義と矛盾するという問題に直面したことを指摘する。しかし、それ以上展開していない。合意に基礎を置き、そして合意が程度の差こそあれ当事者の意図あるいは意思によって意味付けられるという点について言えば、秘跡である婚姻であろうと世俗的な契約であろうと変わりはないであろう。

しかし、事実問題に目を転ずると、法的ルールから受ける印象は一変する。本来自分の名前ではないヨハネスという名前を用いて婚姻の約束をした、しか

---

その後この女性を知ることなくその土地を離れ、他の土地へと移って行く者たちについて、君〔パレルモ大司教〕に以下のことが知られることを私共は欲する。すなわち、事実がこれ以上進展していないのであれば、この女たち自身が別の婚姻へと至ることは自由である。ただし、婚姻が完成しなかったことについてこの女たちに責がある場合には、まず偽誓について贖罪を受けていなければならない (De illis autem, qui praestito iuramento promittunt, se aliquas mulieres ducturos, et postea eis incognitis dimittunt terram, se ad partes alias transferentes, hoc tibi volumus innotescere, quod liberum erit mulieribus ipsis, si non est amplius in facto processum, ad alia se vota transferre, recepta tamen de periurio poenitentia, si per eas steterit, quo minus fuerit matrimonium consummatum)。

(28) Kaser/Knütel, op.cit. (n. 24). ツィーマーマンもこの教皇令を法的ルールの側面だけから見ている点では変わりはない。Zimmermann, op. cit. (n.24).

し、だからといってどうして婚姻する意図がなかったと言えるのか。たとえ、ヨハネスという他人の名前を使ったとはいえ、自分の言葉で婚姻を約束すると言ひ、その後性的関係までもったのだから、こういった状況 (circumstantia) からすれば、婚姻する意図が推測 (coniectura) される。こういう意図がなかったというのであれば、それ相応の証拠を提出しなければならない。そのことを本教皇令は、「婚姻があると推定すべきものと考えろ」とか「このことが君にどのようにして確かめられたのか、私共にはわからない」と述べているのである。この「私共にはわから (ない) (videmus)」に、代表的な教皇令集注釈学者 (Dekretalist) でもある教皇イノケンティウス4世は、次のような説明を加えている。

なぜなら、ここで、自分は彼女に同意していなかった、または婚姻することに同意していなかったのであって、欺く意図であったのだという自己の利益のための証言がなされるとしても、それは彼には役立たないからである。なぜなら、この証言には正当な原因がなく、したがって反対の行為によって自己の利益のための証言を放棄すると解され、もっと言えば、事実と反することを述べているから彼の役にたつてはならないのである。…その他に、これらのことでは通常理解に立ち返らなければならない。…他の人々は反対のことを言う。すなわち、自己の利益のための証言は婚姻が証明されないためには十分である、と。しかし、教皇が「一体いつこのことが彼に明らかになったのかわからない」と述べているのは、婚約〔あるいは結婚〕に何人も立ち会っていない以上、この証言から、教会の法廷において婚姻がなかったと裁定できるだけの確信をもてなかったからである。しかし、魂の法廷では裁定できる、告解に基づいて裁定されるのだから。しかし、教会の法廷ではそうは行かない。<sup>(29)</sup>

protestatio (自己のための証言) とは、自己の立場を明確にするために自己

君はこれをどうやって確かめたのか

について行う証言である。たとえば、1529年のシュパイヤ帝国会議においてルターの帝国アハトなどを決めた多数派に対して、少数派が自分たちが多数派に与するものではないことを明確にするために、自らについて多数派に賛成しない旨を証言した。ここでイノケンティウス4世が言っている *protestatio* とは、自己の婚姻が問題になっている裁判における婚姻を否定する自己の証言である。この証拠だけでは、通常の意味（＝婚姻の成立）を否定する確信をもてなかった、と解釈しているのである。信徒の告解（罪の告白）に基づいて裁く「魂の法廷（*forum animae*）」あるいは「良心の法廷（*forum conscientiae*）」、「内面の法廷（*forum internum*）」とは違って、「教会の法廷（*forum ecclesiae*）」＝「外面の法廷（*forum externum*）」においては、主張・立証されたことに従って裁判されなければならない。内面の法廷と外面の法廷の違い、とりわけ証法上の問題について、『標準注釈』もテキスト部分「君にどのようにして確かめられたのか」に付した注釈の中で論じている。

むしろ十分に確かめることができた。なぜなら、かの男は司教に告白していたからである。他人から聞いたことも知っていると言われるのだから。あ

---

(29) Innocentius IV, *Apparatus in quinque libros*, X 4. 1. 26 v. *videmus* : Nam licet hic protestatus fuerit, quod non consentiebat in eam, vel non contrahere, sed decipere intendebat, non proficit sibi. quia non subest iusta causa protestationis, unde per contrarium factum renunciare intelligitur protestationi, vel potius sibi prodesse non debet, quia facto contrarium dicit. ... praeterea in his ad communem intelligentiam recurrendum est. ... Alij contrarium dicunt, scilicet, quod protestatio sufficit, ut non probetur matrimonium, sed ideo dicit Papa, quod non videtur quandoque sibi hoc constet, quia cum nullus interfuerit sponsalibus de protestatione sibi constare non potuit, ut in foro ecclesiae iudicare posset non fore matrimonium, sed in foro animae iudicare potest, ubi iudicatur secundum confessionem, sed in foro ecclesiae secus est.

イノケンティウス4世の *Apparatus* は、1245年ころに成立した。ここでは、1570年のフランクフルト版 ([http://works.bepress.com/david\\_freidenreich/46](http://works.bepress.com/david_freidenreich/46)) を利用した。

るいは、この男は贖罪の法廷で告白したのだ。そこでは、誰であれ信じられなければならない。なぜなら、贖罪の法廷では、〔告白によって〕自分だけが害されるのだから。どうして自分の救済のことを考えない者がいるであろうか。しかし裁判の法廷では、他人を害して彼が信じられてはならない。<sup>(30)</sup>

贖罪の法廷（内面の法廷）では、自己の罪を告白する。ここでは、男は自分が女性を欺いて手籠めにしたことを告白する。しかし、この法廷で裁かれるのはこの罪だけであって、婚姻の有効無効は問題にならない。もしこの罪について嘘をつけば、罪に罪を重ねることになる。告解をする者は、神を相手をしているのである。告解を聴く聴罪師も告解を信すべきことになる。しかし、告解で聴いたことは、もちろん他人に漏らしてはならない。外面の法廷で利用することなどもっての外である。内面の法廷では告白する者と神の関係が問題になるのに、外面の法廷においては他人との関係が問題になる。他人との関係が問題になる以上、一人の一方的な言い分を聴くわけには行かない。立証が問題になる。では、これからいうことは全て嘘だといった上で、婚姻の約束する場合は、どうか。この場合についても、『標準注釈』が冒頭のテキスト部分「ある女を (mulierem)」に付した注釈の中で論じている。

しかし、考えてみよ。ある者が複数の人々の前で、これから言うことまたは行うことは、結婚する意図で行うものではないと自分について証言し、そ

---

(30) Glossa ordinaria, X 4. 1. 26 v. Qualiter tibi constiterit : immo bene potuit constare : quia vir ille ei hoc confitebatur : quia hoc dicimur scire, quod ab aliis audiuimus. ... Vel quia ille hoc ei confessus fuit in poenitentiali iudicio, in quo cuilibet est credendum. ... quia soli sibi sit praeiudicium : unde non est verisimile, quod sit immemor suae salutis. ... sed in iudicio pro tribunali non crederetur ei in praeiudicium alterius. 『標準注釈』は1263年にバルマのペルナルドゥスによって完成された。ここでは、1582年のローマ版 (<http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>) を利用した。



君はこれをどうやって確かめたのか

の後で、私は貴方を妻にすることに同意しますと、言ったらどうか。このとき婚姻はあるのか、ないのか。この場合には、教会は婚姻があると裁判しなければならぬ、と私は言う。なぜなら、言葉の共通〔通常〕の理解が拠り所とされなければならないのだから。このような言葉は彼の意図を表現するのに役立つべくもない。その他に、かの言葉を最初に自己のために証言したと証明しても、その後この意思から離れて彼女を妻にすると同意することだっただけでありえた。そしてこれは、その後彼が公に行っていることから、認められる。婚姻を締結したときも同じ意思だったと言うとしても、この言葉は信じられない。なぜなら、詐欺を行う者に対しては、解釈は彼の不利になされなければならないからである。<sup>(31)</sup>

ルールとして、行為の意味の解釈においては意図が重視されるといっても、その意図は主観的なものである以上、客観的な状況から推測するしかない。たとえ、あらかじめ複数の人の前で「自分がこれから言うことを行うことは、婚姻する意図で行うものではない」と証言 (protestatio) していたとしても、その後の言動は文言の通常の意味や周囲の状況から解釈される。最初にこのような意図が本当であったとしても、気が変わったということはあることであり、これもまた言動や状況から判断されることになるのである。後になって、

---

(31) Glossa ordinaria, X 4. 1. 26 v. mulierem : Sed pone, quod aliquis protestetur coram pluribus, quod omnia quae dicet vel faciet, non faciet animo contrahendi matrimonium, et publice dicat, consentio in te : nunquid est hic matrimonium, vel non? In casu isto dico quod ecclesia iudicare debet pro matrimonio : quia recurrendum est ad commune verborum intelligentiam. ... Talia verba non possunt servire suae intentioni. Praeterea si probet quod illa vera protestatus fuit primo, potuit postea recedere ab illa voluntate, et consentire in illam, et hoc videtur per illud quod publice facit. Et si dicat quod adhuc tempore contractus erat in eadem voluntate, non creditur ei. Quia contra eum debet fieri interpretatio, quia dolum adhibet....

婚姻締結の時も気持ちが変わることはなかったといっても、これがあとで取って付けたものではないとどうしていえようか。

では、婚姻の成立は合意に基づき、合意は当事者の意図を重視して判定されるというルールは無意味なのだろうか。婚姻締結時に婚姻する意図がなかったということが証明できる状況が全くないとは言えないであろう。その場合にはなお、表示があったとしても、合意がないとして婚姻の成立が認められないことになる。その可能性は、開かれている。あるいはそれは、通謀とまでは言えないが、相手方においても婚姻締結の意図がないことを知っていたか、あるいは当然知っていてしかるべき場合かも知れない。あまり、想像はできないし、教会が関与して公示 (publicatio) 主義を取るトリエント公会議以降のカトリック婚姻法では考えられないところではあるが。

#### 4. 結果と展望

以上、中世教会法の婚姻法における心裡留保の問題を検討してきた。結論的に言えば、アナクロニズムではあるが19世紀パンデクテン法学以降の用語法を用いれば、意思主義から心裡留保の問題を論ずることは困難ではない。意思主義の立場に立っても、心裡留保が基本的に考慮されないという結論を導くことは可能である。表示から通常理解される意味で意思が推測される。これと異なる意思＝債務を負担しない意思を契約締結時点でもっていたとすれば、もちろん債務負担意思はない。だとすれば、合意はない。しかし、通常理解される意味と違う意思があることを主張する以上、それはこの意思があること（あるいは、文言から通常理解される意味の意思が存在しないこと）を主張する側が証明することになる。これは、主観的意思であっても、契約締結時点の客観的状況から証明する以外にない。それは、この主観的意思を推測させる周囲の状況を証明することである。

君はこれをどうやって確かめたのか

中世盛期の分析を若干行つたに過ぎない本稿から、長期にわたる展望を導き出すことは、無鉄砲であろう。しかし、それを承知であえて言うならば、19世紀初頭までは心裡留保の規定は不要であったが、それは文言から通常理解される意思とは異なる意思の存在の証明の問題であつて、通常解釈問題とは異なる特別なものを必要とするわけではない。ドイツに関しても、意思主義の立場に立つプフタ (G. F. Puchta) が心裡留保を論じなかったことを、もう一度考え直す必要があるのではないだろうか。これは、見方を変えれば、中世以来の普通法学の伝統と19世紀ドイツ法学との関係でもある。19世紀ドイツ法学の転換をどのように評価するにせよ、何が転換したのかを確認する作業が必要であろう。心裡留保はそのための指標を提供するように思われる。

意思の不存在のつながり而言えば、錯誤についても同様な考察が可能であろう。契約締結時の錯誤の存在の証明は、契約締結における諸状況を考慮に入れるルートを提供したはずである。もっとも、最も多い性状錯誤の問題では、錯誤の存在証明は容易である。性状が合意の内容になって初めて要素の錯誤として無効事由になるのであるから、合意の内容になっていることで、目的物に合意内容となっている性状がないことについての錯誤の存在証明となっている。

---

(32) Kaser/Knütel, op. ci. (n.24) は、心裡留保の規定として § 869 ABGB と art. 1131 Cc を挙げている。しかし、前者は「契約に対する承諾は、自由で、真剣に (ernstlich)、確定して理解できるものとして表示されなければならない。表示が理解できず、全く不確定である場合、または、約束が行われたのと異なる規定でその受領が行われた場合には、契約は成立しない。他人を欺いて利益を得るために、不明瞭な表現を用い、または仮装行為を企てる者は、填補する」であつて、心裡留保はたしかに「表示が真剣でなければならない」に触れるかもしれないが、それについての効果は規定されていない。また、後者は「コースのない、または誤ったコースに基づく、または違法なコースに基づく債権債務関係は無効である」であつて、「誤ったコース (fausse cause)」は心裡留保とは関係ない。19世紀ドイツ法学以降の固定観念で考察することから自由ではない。

(33) 村上淳一『ドイツの近代法学』(1964年) 13頁。

もつとも、これを意思と表示の不一致などと説明すると頓珍漢なことになる。たとえば、受胎馬を例に取れば、表示も受胎馬の売買で意思も受胎馬の売買だから、意思と表示の間には齟齬がない。実際に売買するつもりでいた馬が不受胎馬だったときに問題なのは、この不受胎馬についての合意がないことである。受胎馬についての合意があるということは、通常は不受胎馬について合意がないと推測させる。不受胎馬について合意がないとすれば、それについて給付請求や反対給付請求、損害賠償請求を求めることは契約法からは不可能である。これに対して受胎馬についての合意からいかなる効果（履行不能、解除、損害賠償請求）が生ずるのかは別の問題である。

ここでの主張は、既に定着しているアプローチを変更しろということではない。別のアプローチを知ることが筆者の目的である。別のアプローチを知ることとは、固定観念からのなにかの自由をもたらす。その一助になれば、幸いである。

〔付記〕本稿は専修大学研究助成「東アジアにおける『法の循環』」（代表：廣渡清吾）に基づく成果である。