

ヘイル『ロール法要録』序文、  
若きコモン・ロー法学徒に向けて  
——一八世紀法文献史研究の起点として——

深 尾 裕 造

以下の翻訳資料は、王政復古期に出版された『ロール法要録』（1668）に付されたヘイル裁判官（Sir Matthew Hale, 1609-1676）の序文（以下、「ヘイル序文」）である。法要録の収集者ヘンリー・ロール（Henry Rolle, c. 1589-1656）は、チャールズ一世期に王座裁判所長官、共和制期上座裁判所長官を務めた法曹であるが、クロムウェルの司法介入に反対し1655年に職を解かれた。ヘイルと共にセルデン・サークルの一員であったことも含め、法曹としての評価については「ヘイル序文」を参照されたい。<sup>(1)</sup>

- (1) 'The Publisher's Preface directed to the Young Students of the Common-Law' in Henry Rolle, *Un abridgment des plusieurs cases et resolutions del Common Ley: Alphabetical digest desouth severall Titles* (London, 1668) [5-14]. 本書は、1671年の Bassett の英国最初の法律書カタログ（後述註(7)参照）では 'An **Abridgment** of many Cases and Resolutions of Law, contained as well in Law Books, Statutes and Records, as of the modern Judgements in the Courts at *Westminster*, Alphabetically digested by **Henry Roll** Serjeant at Law. Published by the Lord Chief Baron **Hale**, in *Folio*, **French**. Price 40s.' として出版人がヘイルであることを明確にする形で登載されている。なお、翻訳に使用したマイクロフィルム版では表紙は1668年版となっているが、1715年のジョージ一世の肖像を含む刻印が「ヘイル序文」の前のページ[4]に付されており、後に製本販売されたものと思われる。翻訳には、後に、ハーグレイヴの『法学論叢』第一巻に収められたものを併せて使用した。[Francis Hargrave], *Collectanea Juridica, consisting of Tracts relating to the Law and Constitution of England*, vol. 1 (London, 1791), pp. 263-282.

また、長文のラテン語の引用文の翻訳については、広島大学の吉原達也氏に貴重な意見を頂いた。記して感謝したい。

ヘンリー・ロール及び『ロール法要録』については、本文のヘイルによる紹介の他、シンプソン編『コモン・ロー法曹辞典』、John D. Cowley, *A Bibliography of Abridgements*,

「ヘイル序文」は、1668年に出版されて以来大きな反響を呼び、既に邦訳されている一八世紀初めのウッドやリーヴの法学教育論にも大きな影響を与え、1730年頃に書かれた後者の書簡では「法の学習のための最良の計画案」として推奨されている。<sup>(2)</sup> また、後にも述べるように、ヘイルの著作がほとんど死後出版である中、生前に出版した唯一のコモン・ロー法学論を含んでおり、その意味でも極めて貴重なものである。しかしながら、『ロール法要録』それ自体は、法律フランス語で出版されたこともあり、『ベーコン法要録』（1736-66年）の出版、さらに、その出版の成功が大学初の英法講座を生み出し、ブラックストン『英法釈義』（1765-69）に結実したことで知られる『ヴァイナ法要録』（1742-[1756]）によって凌駕されていくことになる。

ヘイルのコモン・ロー法学論は、彼の遺稿から『イングランド普通法史』（1713）として出版され、その後も版（1716, 1739）を重ね影響を与え続けたが、コモン・ロー法学教育論の部分は、法要録と切り離されて独自の価値を持つものであるにもかかわらず、序文として収録されたために、現行法を要録した法律書としての『ロール法要録』が時代遅れになるとそれと共に読まれなくなる運命にあった。フランシス・ハーグレイヴが「ヘイル序文」を前述のリーヴ判事の手書と共に『法学論叢 (Collectanea Juridica)』第一巻（1791）に収めた目的は、こうした運命から「ヘイル序文」を救い出すことにあった。このことは、ヘイルが序文で示した法学教育論の法曹養成方法としての有効性が一八世紀末になっても基本的には変わっていなかったことを示すものであろう。<sup>(3)</sup>

---

*Digests, Dictionaries and Indexes of English Law to the Year 1800*, pp. liv-lvii, p. 77 f. 参照。  
また、ヘイルの略伝とその業績については石井幸三「ヘイルの法思想——イギリス近代法思想史研究(二)——」『阪大法学』94号（1975）25-79頁。最近の研究としては、D. E. C. Yale, *Hale as a Legal Historian* (Selden Society, 1976), Alan Cromartie, *Sir Matthew Hale, 1609-1676: law, religion and natural philosophy* (Cambridge U. P., 1995), Michael Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900 (A Treaties of Legal Philosophy and General Jurisprudence vol. 8)* ch. 3 The Age of Selden and Hale pp. 59-89. (Springer, 2007) 等を参照。

(2) 両法学教育論は、ブラックストンの法学教育論と共に、ジェントルマン法学教育論の視点から、石井氏の慧眼によって早い時期に翻訳され紹介されている。石井幸三「一八世紀イギリスにおける法学教育について(一)——ウッドとリーヴ——」『龍谷法学』第一七巻一号（1984）42-57頁。

ヘイルが『ロール法要録』とその序文による法学教育論、コモン・ロー法学論を企画した背景には、共和制期を挟む法曹院の公式的教育訓練制度の衰退、終焉といった問題があった。内戦以前に、機能不全に陥っていた制定法講義を中心とする法曹院教育訓練制度は、内戦期の中断を挟み、その後の復活の努力<sup>(4)</sup>にもかかわらず改善の見通しが立っていなかった。

『ロール法要録』出版四年前の1664年に、法曹院の教育訓練制度を再興するために、財務府裁判所長官であったヘイル自身も含め、記録長官を除く裁判官全員の署名の下に四法曹院に対し裁判官令が発せられた。「ヘイル序文」で語られるバリスタ資格を得るまでの七年間という確定的な年限はこの裁判官令で規定されたものであった。<sup>(5)</sup>しかし、この四年後の「ヘイル序文」の法学教育論では、もはや、模擬裁判や制定法講義といった法曹院における公式の教育への言及は一切見られない。リンカンズ・インが制定法講師の任命すら行なくなくなるのは1677年以降ではあるが、それ以前から、罰金を支払うことで講師の義務を免れることが一般化しており、裁判官令も法曹院の教育訓練制度の崩壊を押しとどめることはできなかったのである。

ホールズワースは、こうした法曹院の教育訓練制度終焉の第一の要因として、印刷術の導入と法律書の出版による学習方法の変化を挙げている。第二、第三の要因として挙げられた学生、講師双方の訓練参加意欲の減退の背景としても法律書による知識の獲得がその背景にあった。もちろん、書物の普及による学習方法の変化によって影響を受けたのは法曹院だけではないであろう。しかし、

(3) Sir Matthew Hale, *The History of Common Law of England*, edited with a introduction by Charles M. Gray (Univ. of Chicago Press, 1971) 編者はヘイルのアルゴ号論をクックの影響と見ているようであるが、誤りで、セルデンに由来するもので、セルデン自身はローマ法からこの考え方を導いている。ポーコックのコモン・ロー・マインド論に安易に頼ると思わぬ誤りを犯すことになる。

(4) 法曹院の教育訓練制度は、1642-47年の内戦期の教育訓練制度の中断によって危機が現実化し、崩壊を招くことになるのであるが、その衰退過程と原因論については、ホールズワース、ケニス・チャールトン、プレスト等の研究者によって見解の相違がある。王政復古期以降の再建の試みと併せて、David Lemmings, *Gentlemen and Barristers: The Inns of Court and The English Bar 1680-1730* (Clarendon Press, 1990) p. 78ff. を参照。

(5) 1664年の裁判官令については、*The Record of Honorable Society of Lincoln's Inn, The Black Book*, vol. III (Lincoln's Inn, 1899) Appendix Note V, pp. 445-449.

本来教育機関ではなかった法曹院で、法曹の昇進のステップとして位置付けられた制定法講義を中心に発展してきた教育訓練制度においては、制定法講師が教師身分として自立化していなかったことが致命的であったように思われる。勅撰弁護士サー・サージェントに対する上席権が確立し、バリスタの法廷弁護士としての地位が確立すると、上層法曹の講師、評議員への昇任意欲の減退を押しとどめることは出来なかった。裁判官令で指摘されたように、もはや、講師就任祝宴のための過度の費用負担は割に合わないものとなり、罰金支払いによる懈怠に拍車をかけるものとなっていた。このような状況の下で、内戦期の混乱による中断の後に、制定法講義を中心とする教育訓練制度を復活させることは不可能に近かった。

『ロール法要録』が裁判官令と同じく全裁判官の署名による許可の下に出版されたのも、単に出版統制のためだけではなく、法曹院の教育訓練制度崩壊の上に立って、次世代の法曹養成制度の再構築が焦眉の課題となっていたからであろう。最早機能しなくなった古い制度ではなく、新たな法律書による学習に望みが託されていたのである。1671年、「ヘイル序文」出版の三年後に、トマス・バセットによって英国初の法律文献カタログが出版され、「長い」一八世紀法学文献史のもう一つの出発点が形成されることとなったのも決して偶然ではないように思われる。本邦訳の切っ掛けも、一八世紀法文献がウェブで検索、入手しうる時代になった今日、「ヘイル序文」が、これらの法文献の位置づけを明確にし、一八世紀法学史、法学教育史研究の礎とするための研究の出発点に相応しい「序文」であると考えたからである。

(6) バイカー氏は、法曹院は本来教育機関として設立されたという立場である。氏は法曹院が果していた教育機能を、その初期に遡らせることによって教育機関としての性格を強調されるが、職業団体が教育機能を持つことと、教育機関として設立されたかとは別問題である。この立場から論じられた法曹院に関するセルデン協会での二つの講演の内、最初の講演は、丹念に資料に基づいて議論を展開されており、法曹院の教育機能の成長を理解する上で有益であるが、それによって教育機関としての歴史を論証し得たと自認してソーン説批判を展開した最近の講演は読者に誤った理解を広げることになるのではないだろうか。J. H. Baker, *The Third University of England: the inns of court and the common law tradition* (Selden Soc. lecture 1990), Do, *Legal Education in London 1250-1850* (Selden Soc. lecture, 2007)

(7) Thomas Basset, *A Catalogue of the Common and Statute Law-Books of this Realm*

法曹養成教育としては、こうした法律書による学習と共に、フォーテスキュにも重視されていたウェストミンスターの法廷での傍聴の意義が改めて強調されている。あらたな点は、事例の共通拠点帳 (Common-place-book) への収集、整理における新たな、もしくは改善された方法と法廷活動分野の専門化にある。この法律書の系統的読書による学習を第一段階とし、十分な法知識が備わってから傍聴によって自ら共通拠点帳を作成していくという二段階方式の法曹養成方法は、大学でのアカデミック段階と法曹院でのプロフェッショナル段階とに分けられる近代法曹養成制度の前身ともいえよう。収集者ロールの法曹小伝も、こうした理想的法曹養成の典型例として紹介されている。そこでは、法曹院の教育機能は、制定法講義を中心とする法学教育訓練制度よりヘイル自身そのサークルの一員であったセルデンを含む「学識に恵まれた優秀な同僚達」「学問の偉大な交易者」との交流に求められている。法曹院が一六世紀以来こうした幅広い知的交流の場を提供していたことは、外国の観察者による証言からも確認できよう。<sup>(8)</sup>

『ロール法要録』と「ヘイル序文」出版の意義は、法学教育の側面に限られたものではない。王政復古後の法秩序の安定にとっても新たな法要録の出版が求められていた。「ヘイル序文」でも述べられているように、既に、フィツハーバートやブルクの法要録は古くさくなってしまっていた。エリザベス期以降の法変化は上記の法要録には収録されるべくもなく、従来の法要録に代わる新たな法要録の出版を不可欠なものとしていたのである。しかも、内戦の混乱の後、信頼できる法要録が必要であった。「ヘイル序文」でも、内戦期の問題に

---

(1671)。「長い十八世紀」を「名誉革命体制」を最も広く考え、王政復古期の排斥法案危機の時代以降、「ほぼ一六八〇年ころから一八三〇年ころまでの期間」として理解する最近の時代区分の傾向については、近藤和彦編『長い18世紀のイギリス』(山川出版社、2002) 13頁以下参照。法史的に見れば、一九世紀法改革の出発点となった1828年のブルームの6時間演説までということになるかも知れない。この時代を独自に扱うことによって、一九世紀法学教育改革前の法曹教育と法学の状況を掛け値無しに理解する手懸かりとなるだろう。

(8) 1598年にロンドンを訪問したドイツ人法曹は法曹院の多くの若き貴族やジェントリは、主として哲学や神学、医学を学んでおり、法学を学ぶものは僅かであったと報告している。Wilfrid R. Prest, *The Rise of the Barristers: A Social History of the English Bar 1590-1640* (Clarendon Press, 1986), p. 201f.

触れ、本書のような大部な書物でも検閲不可能ではなかったと述べているが、序文に続けて、前述の如く、全ての裁判官の名前が出版許可に係わって印刷されたことが、逆に、本書にある種の御墨付けを与える効果を持ったであろう。<sup>(9)</sup>

「ヘイル序文」では、封建的軍事的土地所有の廃止や、厳格継承財産設定の工夫といった共和制期から王政復古期の法の大変動も含め、チューダ期以降の法変化が、使用されなくなった法のタイトルを列挙するという形式で整理されている。共和制期にヘイル委員会と名付けられた法改革委員会の委員長を務めたヘイルほどこうした作業に適した人物はいなかったであろう。実際、『ロール法要録』出版の翌年にミドル・テンプル法曹院に入会し、王政復古期に法曹として活躍し、後にコモン・ロー法曹教育のための覚え書きを残したロジャー・ノースも「ヘイル序文」のこの作業の法学習上の意義を高く評価した。<sup>(10)</sup> また、前述のウッドの法学教育論でも、使用されなくなった法分野を明示して法学生の負担を軽減する方法として援用され、さらに、名誉革命期以降の法変化のポイントが補追されている。なるほど、法廷年報、リトルトン、クックのリトルトン註釈を基礎文献として学習する場合、その中の不必要となった法分野を把握することは、当時の法学生の負担軽減に大いに役立ったのであったであろう。他方、現代の我々にとっては、このリストは、チューダ期から市民革命期にかけての法変化の要点を把握し、コモン・ローの近代化の過程を理解するための重要な指針として役立つであろう。<sup>(11)</sup>

(9) 序文の後に付した出版許可参照。裁判官の役職と就任期間は Sir John Sainty ed. *The Judges of England 1272-1990* (Seldn Society, 1993) による。民訴裁判所裁判長であったブリッジマンは1667年クラレンドン失脚後に国璽尚書に任命されたが、1668年5月に後任の民訴裁判所裁判長ヴォーンが任命されるまで、兼任状態であったようである。Edward Foss, *The Judges of England*, vol. VII p. 62.

(10) Roger North, *Discourse on the Study of the Laws* (ca. 1700-1730) in Michael H. Hoeflich, compiled & edited, *The Gladsome Light of Jurisprudence: Learning the Law in England and the United States in the 18th and 19th Centuries* (Greenwood Press, 1988) p. 25.

(11) バイカー氏は初版以来、この箇所の冒頭のヘイルの言葉、「法における変化というよりむしろ、その対象における変化であった」を引用し、ポーcock流にクック、デビス、ヘイルと順に並べ、コモン・ローの変化に対し否定的な態度を示したとして指摘し続けているが、ヘイルの真意を伝えているようには思えない。読者には以下の翻訳で前後の議論も含め読んで判断していただきたい。J・バイカー『イングランド法制史概説』小山貞夫訳(創文社、1975) 504頁。J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed.

もう一つ見逃して成らない点は、ヘイルのコモン・ロー法学論である。ヘイルのコモン・ロー法学論としては、前述の『イングランド普通法史』（1713）が著名であり、ホッブズの晩年の著作『哲学者とコモン・ロー法学徒との対話』（1681）（以下『対話』）を批判した未公開の遺稿「ヘイル裁判長閣下によるホッブズ氏の法についての対話に関する考察」（Harl. MS. 71ff. 418-439）で展開されたコモン・ロー法学論も、ホールズワースの大著『英法史』第五卷（1-st, 1924）の巻末に資料として収められている。両著作は、ポーコックの『古き國制』論以降、タックのポーコックへの批判も含め多くの関心と呼んでおり、ホッブズの『対話』の方は、1971年にクロプスイ（Joseph Cropsey）によって長大な序文付で再版され、最近では文庫本で日本語に翻訳されるまでになった。<sup>(12)</sup>

上記二つのコモン・ロー論に対し、今回翻訳した『序文』におけるコモン・ロー論は、ヘイル自身が生前に自ら意図的に公開した唯一のコモン・ロー法学論であり、さらに、後に王座裁判所長官となり出版許可を求められホッブズ『対話』の原稿に触れる以前に出版されたという時系列的な経緯から見ても興味深い作品である。この審査の過程で、ヘイルと共にセルデンの遺言人であり、ブッシュェル事件で有名を馳せることになる民訴裁判所長官ヴォーンが、友人でもあるホッブズの著作に好意的であったのに対し、ヘイルは、『対話』を「大

（Butterworths, 2002）p. 195.

(12) William Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 5 (Methuen and Sweet & Maxwell, 1945) pp. 500-513. ホールズワースの評価については同書 pp.481-483参照。ポーコックの初期の議論については、J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century* (Cambridge U. P., 1957) Ch. 7 Interregnum: the First Royalist Reaction and the Response of Sir Matthew Hale, pp. 170-181. を参照。ヘイルのホッブズ批判に着目しながら彼の法思想を分析した石井論文でもポーコックのヘイル批判が受容されている。尚、ホッブズ・クロプスイ論争については、D. E. C. Yale, 'Hobbes and Hale on Law, Legislation and the Sovereign' *Cambridge L. J.* vol. 31 (1972) pp. 121-156. Lobban, op. cit., pp. 81-89., 拙稿「Artificial Reason 考(一)～(三)」『島大法学』第三五巻四号、第三六巻一号、三号も参照されたい。『対話』のクロプスイの復刻については、Thomas Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, edited and with a introduction by Joseph Cropsey (Univ. of Chicago Press, 1971)、邦訳については、ホッブズ『哲学者と法学者との対話——イングランドのコモン・ローをめぐる』田中浩・重森臣広・新井明訳（岩波文庫、2002）



層嫌い、彼〔ホッブズ〕の敵である (much dislikes it, is his Enemy)」と評されることになる。ここに翻訳した「ヘイル序文」のコモン・ロー法学論を一読されるなら、ここで展開されている理性論が、ホッブズの『対話』で唐突に始まる理性論と奇妙な対応関係にあることに気付かれるであろう。その後の、理性論の権威論への急転換といった対話のすすめ方も合わせ、ホッブズの『対話』草稿は、名指しはされていないものの、1668年に出版されたばかりの「ヘイル序文」のコモン・ロー法学論を念頭に構成し直されたと考える方が素直な見方ではないだろうか。このように両作品を対比してみると、1672年にホッブズの『対話』の草稿を読んだヘイルが何故にそれを嫌ったかが良く理解できるであろう<sup>(14)</sup>。

さらに、学問論のみならず、政治状況においてもヘイルが『対話』を嫌う背景があった。ヘイルが『対話』を読んだ1672年末から73年初頭にかけては、国王の発した二度目の信仰自由宣言が政治問題化していく時代であった。ロール『法要録』出版許可の筆頭に名を連ねた国璽尚書ブリッジマンは信仰自由宣言への国璽捺印を拒否し、1672年11月7日に解任され、長老派の立場から寛容政策を推進したアシュリー卿が後任として大法官に任命され、シャフツベリ伯となる。翌年2月に庶民院は、これに対抗して議会法令によらない免責を無効とす

(13) 1673年2月2日付のオーブリーの書簡が検閲の事情を伝えている。アシュリー卿クーバー (Anthony Ashley Cooper) が大法官に就任し、シャフツベリ伯となるのが1672年11月7日であるから、ヘイルがホッブズの原稿を読んだのは、1672年11月から1673年2月の間の時期ということになろう。Thomas Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher and a Student, of the Common Law of England*, edited by Alan Cromatec (Clarendon Press, 2005) pp. xvii-xix.

(14) オーブリーによれば、彼がホッブズに法学の著作の著述を薦めたのは1664年であり、法学の著作をはじめていたホッブズが、セルデン・サークルの仲間でもあったヘイルが1668年に発表した「序文」のコモン・ロー法学論を読んでいなかったとは考えられない。オーブリー『名士小伝』橋口稔、小池銑訳、富山房百科文庫26 (富山房、1979) 109頁。タックは「おそらく一六六六年に書かれたものと思われる」としているが、推測の根拠すら示されていない。リチャード・タック『トーマス・ホッブズ』田中浩・重森臣広訳 (未来社、1995) 71頁。例え、1666年迄に草稿が出来上がっていたとしても、その後も草稿のまままでとどまっており、修正が重ねられ、クロプスイが解説で明らかにしたように、死ぬまで未完成であったと考えたほうがよいのではないだろうか。Hobbes, *op. cit. Dialogue*, edited and with a introduction by Cropsey, p. 5.



る決議を行い、審査法の制定によって国教会支配を強化し、カソリック教徒の王弟ジェームズを海軍長官辞任に追い込む。この期の寛容政策がカソリック、非国教徒の合作の上に成立していたが故に、ヘイルとヴォーンの見解が分かれたのであろう。こうした政治状況の中で、ヘイルは法の優位の立場から王権の介入の正当化となるホッブズの議論の危険性を敏感に嗅ぎ取ったに違いない。ヘイルの反応を知ったオーブリーが新任大法官シャフツベリを国王大権派と目して侍医兼相談役であるロックに『対話』への支持を求めたのもその故であった。ホッブズの『対話』の出版は、排斥法案問題で国王とシャフツベリ伯の対立が露わになり、1679年出版規制法失効後、国王布告による恣意的な出版規制が強化される時代、1680年フィルマー『家父長権論』の出版の翌年にまで引き延ばされることになるのである<sup>(15)</sup>。

したがって『対話』を読む前に書かれた「ヘイル序文」のコモン・ロー法学論は、共和制期の法改革委員会の議長としての経験に基づいて、当時の法の体系化、法典化の要求やローマ法学者のコモン・ロー批判を念頭に置きながら、コモン・ローの初学者のために書かれたものである。簡潔で、後の著作より分かりやすい議論となっており、所謂「ノルマン・コンクエスト論」への対応は出てこない。その意味では、死後出版される『イングランド普通法史』における長大なノルマン・コンクエスト論は、ホッブズ『対話』を読み、現国王の統治権をウィリアム征服王の権利に遡らせ、主権者たる国王の理性を個人的理性であるが普遍的理性に代位するとの主張を展開するホッブズの議論の当時の政治状況に於ける危険性を鋭く認識した結果であったと理解することが出来る<sup>(16)</sup>。

(15) Alfred F. Havighurst, "The Judiciary and Politics in the Reign of Charles II" 66 *LQR* (1950) pp. 72-74. pp. 235-237. Geoffrey Holmes, *A Making of A Great Power; Late Stuart and early Georgian Britain 1660-1722*, p. 113f., p. 137f. ヘイルが『対話』を嫌い、出版に反対したことが明らかになる中、ヘイルは批判論文を書いたが、基本的な論点については共感を示したと論じるタックの議論は誤解を招く恐れが多く、とりわけ、上記議論をタックの論じた寛容政策という文脈から切り離して紹介した『対話』日本語訳の田中浩氏の解説はヘイルの立場に対する誤解を増幅させかねない。『対話』の恩赦論が、当時の政治状況下で、持つ意味についても一言、言及があつてしかるべきではなかろうか。タック、前掲書74-75頁。ホッブズ、前掲書、田中浩解説277-8頁。

(16) Thomas Hobbes, *op. cit.*, p. 67. [26-7]. 前掲邦訳（岩波文庫訳38頁）ではこのあたり

ポーコック自身は最近の回顧でクック批判の矛先を収めつつあるのだが、その影響力は大きい。ポーコックの議論の問題性については筆者も論じたことがあるが、非力な筆者の議論では、この大流行の前には隆車にむかう蟻螂の斧であろう。さすがに、イギリスの法史研究者にはポーコックの見解に批判的な優秀な研究者も存在し、ローバンの近著は、拙著と同様に歴史学と法学の峻別の必要性を説いており、1995年に本格的なヘイル論 (Sir Matthew Hale 1609-1676) を上梓し、ホップズ全集版の『対話』を編集した政治思想史家クロマティもポーコックの議論に言及しながらも、その主張を極めて限定的に理解している<sup>(17)</sup>。関心のある方は参考にしていただきたいが、むしろ、直接に批判の対象者とされたヘイルに語ってもらう方が良いであろう。自然法論者や、法典化論者、ローマ法学者を意識して、人文主義法学者クックより、より近代的な様相で議論を展開したヘイルのコモン・ロー論なら、法学に疎遠な歴史家の方々にも理解できるであろうし、ポーコックの「古き國制論」(本来は「古き憲制論」とする方が適切であろう) やコモン・ロー・マインド論への安易な依拠に対する警鐘として役立つであろう。

の危険性が伝わりにくいのではないだろうか。

(17) 拙稿「フォーテスキューとブルータス伝説——忘れられたイングランド國制起源論——」『法と政治』(2000) 262-4 頁参照。筆者は、上記論稿のむすびで、「我々の歴史家達が法律上の論点乃至法に関する事柄に干渉する場合には、我々は、彼らが著述する前に、この國の諸法を学び、修得した人々に相談するように忠告する」というクックの言葉は、反歴史家論としてではなく、歴史学と法律学との学問的峻別論として主張されたものと理解されるべき」と論じたのであるが、ローバンも、同様の文言に注目しつつ、「彼〔クック〕が歴史家としてではなく、法律家として著述していたことを想起すべきである」と論じるのも、同趣旨のことを論じているのである。Michael Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900* (Springer, 2007) p. 34. Andrew Lewis & Michael Lobban ed. *Law and History* (Oxford U.P., 2004) p. 15f. & pp. 63-81. 尚、上記論稿では『裁判官鑑』と訳すべきところ、そそっかしく『正義の鑑』と訳していた。汗顔の至りである。これを機会に訂正しておきたい。

(18) 革命期の法の体系化、法典化の要求については、ヘイルの法改革論文を含めヘイルの法思想全般を扱った前掲石井論文と共に、栗原真人「イギリス革命と法改革——序論的考察——」『阪大法学』109号 (1978) 109-129 の先駆的な研究を参照。その後、革命期の法改革については Nancy L. Matthews, William Sheppard, *Cromwell's Law Reformer* (1984, Cambridge U.P.) 等で研究が深められている。シェパードは王政復古後失脚したものの、その後も法律書の著作出版活動を続け、前述のバセットの法カタログでも量的には大きな

翻訳した「ヘイル序文」をお読みいただければ分かるように、法律家にとって重要なのは、法の確実性である。コモン・ロー法学に限らず、法律学上、権利を確定するために重要な役割を果たす時効論を、バークの政治思想の影を追って政治思想史的に読み替え、非歴史的だと議論してもはじまらないのである。ヘイルも法学者として法の安定性、確実性の担保を歴史に求めたのであって、前述の『イングランド普通法史』の最初の部分も、通常の意味の歴史ではなく、イングランド法の法源を確定させるための法源史なのである。

法学を教授した経験のあるアダム・スミスはこの点を良く理解していたように思われる。彼は、グラスゴー大学法学講義でイギリスで自由の体系 (a system of liberty) が如何に確立されたかを探求し、その完成が名誉革命によって制度化された裁判官の独立や人身保護法にあることを明らかにするとともに、自由の保障の由来を裁判所の起源とその歴史に求め、締めくくりに以下のように論じている。「ヨーロッパのどの国もイングランドほど法律が正確ではない。なぜなら、どの国の法律もイングランドのそれほど長く続いたものではないからである。<sup>(19)</sup>」スミスにとって、イギリスの自由の体系は名誉革命による制度化

---

位置を占めている。ヘイルの体系化批判、法典化批判は具体的にはシェパードを念頭に置いていたのかも知れない。ポーコックのコモン・ロー・マインド論については、ヘイル以前の憲制思想を扱ったクロマティの近年の著作 Alan Cromartie, *The Constitutionalist Revolution* (Cambridge U. P., 2006) pp. 198-200. では、ポーコック説をより限定的乃至批判的に理解する傾向が明瞭となっているように思われる。「古き国制論」とする訳は、ポーコック自身が政治思想史家であるためにそうなるのであろうが、Ancient Constitution 論それ自体は法学的思惟への批判であつたはずである。紹介者に敬意を表して「古き国制論」と訳すのが礼儀なのかも知れないが、そうすると Ancient Constitution 論に含まれていた法学的意味合い、乃至、立憲主義的な「法の支配」的意味合いが無くなってしまうのではないだろうか。

- (19) Adam Smith, *Lecture on Jurisprudence*, edited by R. L. Meek, D. D. Raphael & P. G. Stein (Clarendon Press, 1978) pp. 420-426, esp. at p. 426. 翻訳は筆者によるが、アダム・スミス『法学講義』(岩波文庫、2005) 水田洋訳 101頁参照。上記は、1766年講義であるが、1763年講義 (p. 270 ff. esp. at 287) では、スコットランドの事例が加えられるが、同趣旨の議論が展開されている。本文に続けて「バリの高等法院 (Parliament) は、イングランドのヘンリ八世のときに設立されたにすぎない。ブリテンの議会 (Parliament) は、大層多数の人々と高位の人々から成っている。すべての新しい裁判所は以前に樹立された諸規則に従うことを嫌う。すべての新しい裁判所は大きな害悪なのだ。なぜなら、それらの権限は、当初、厳密には決定されておらず、したがって、それらの判決は放縦で不正確にな

によって完成されたのではあるが、その確実性の基礎は、その制度の新奇さではなく、法制度が歴史によって支えられてきたことにあるのであった。

ヘイルが王政復古に際し提起した同意による統治はマंक将軍に一蹴され、マーヴェルが批判したようにヘイル死亡後は王権による裁判官人事への介入も露わになる。その後排斥法案をめぐる対立の中、人身保護法を成立させたシャフツベリも亡命を余儀なくされる。こうした政治的経験が、名誉革命における権利宣言とそれに引き続く権利章典、王位継承法の制定による法の支配体制の確立を不可避にしたと言えよう。その意味では名誉革命体制はヘイルが目指しながら実現できなかった法の支配体制の制度化であったといっても過言ではない。一八世紀はホップズの世紀ではなくヘイルの世紀なのである。そして、この確実な法と自由の体制こそが一八世紀イギリスの経済的発展と繁栄を保障したものであったことはいうまでもない。

追記 本稿は平成19～21年度 科学研究費補助金 基盤研究(C)課題番号19530016  
「一八世紀イングランド法文献史研究」による研究成果の一部である。

---

らざるをえないからである」と論じられる。パリの高等法院に関する彼の記述の精確さとはともかく、関心のある方は、これも最近『十八世紀パリ生活誌』として翻訳されたメルシエのタブロー・ド・パリの裁判所の項目を一読されると良い。王権の介入が如何に法の確実性を阻害していたか、また、この時代のパリの裁判所やユスチニアヌス法典がフランスの人々によってどのように評価されていたかが理解できよう。メルシエ『十八世紀パリ生活誌——タブロー・ド・パリ——(下)』原宏編訳(岩波文庫、1989)198頁以下。スミスが指摘した「法の確実性」が、自由にとってではなくとも、資本主義の発展にとって重要であることはウェーバーにとっても了解できたはずであったのだが、残念ながら、十九世紀末ドイツ法学隆盛の時代に生きたウェーバーには、十八世紀のコモン・ローと大陸法との比較は眼中になかったのかも知れない。

## 出版人の序文、若きコモン・ロー法学徒に向けて

以下の書物はコモン・ローの様々な事例、意見、決定を、アルファベット順のタイトルの下に要録したもので、これらのタイトルは項目と記事毎に細分されています。本書の著者は、彼自身の私的な使用のみを意図しておりました。その書物を公刊いたしますのは、もちろん、コモン・ロー実務家や教師にとっても有益なのですが、主としてコモン・ロー法学生の利益を意図してのことです。そこで、序文乃至序説の形で、以下の各点に関して若干の意見を述べることにしましょう。即ち、1. 本書の著者乃至収集者について、2. 本書の内容について、3. 本書の方法について、4. 本書の効用（use）について、5. 本書に関して留意すべき若干の注意点について

1. 本書の収集者乃至著者については、印刷業者が（と思うのですが）、本書の表紙に彼の名前を付しており、後世に残る彼の学識、声望、能力については、彼を知る多くの人々にとって今尚記憶に新しく、私が詳細に論じることを免じてくれるかも知れません。しかし、後の人々のために、彼の専門に関してのみではあるのですが、彼に関し若干の意見を述べておくことにします。なぜなら、この場を借りるのが最も適切と思われるからです。

彼は極めて偉大な天賦の才能に恵まれた人で、即妙且つ明晰な理解力、強靱な記憶力、健全な思慮と着実な判断力を備えていました。持ち込まれたあらゆる仕事に精神を傾注し、心の動揺や情動に左右されない立派な人でした。また、自制心に富んだ穏和な人柄で、身体は壮健であり、このことが彼を研究、仕事双方について疲れを知らずに根気よく励むに最適の人物としたのです。

彼は勤勉にコモン・ローを学んだ後に、数年間法廷弁護士として過ごしましたが、その間も法廷で自らの知識を改善する機会を見過ごすことはありませんでした。それに関連して彼は以下のような幸せな経験を積みました。ジェームズ一世治世六年二月一日のインナ・テンプル法曹院への入会後、サージャントに昇進するまで、同上の法曹院の偉大な才能と学識に恵まれた優秀な同僚達と共に過ごしたのです。即ち、後の民訴裁判所首席判事、国璽尚書長官エドワード・リトルトン卿、後の法務次官エドワード・ハーバート、後のロンドン市

裁判長トーマス・ガーディナ、あの全ての学識の宝庫たるジョン・セルデン氏です。彼は、これらの人々と長期にわたり、恒常的で、親しい交際と知遇関係を保ちつづけました。そして、それによって、彼自身と彼らの学識双方を、とりわけ、彼が主として意図していたコモン・ローに関する学識を向上させることが出来たのです。なぜなら、これらの学問の偉大な交易者というべき人々との、ほとんど毎日といって良いほどの、多年にわたる恒常的な交わりこそが、あたかも相互の会話によって生み出される共有の貯蔵庫の如く、彼ら各自の取得財産をもたらすからです。それによって、彼らは各々、大いに、他人の学問と知識の共有者となり、参与者となったのです。

彼は、法実務に充分ふさわしくなるまで、実務に携わることはありませんでした。彼は、一つの法廷、即ち、非常に多様な法実務が展開されている王座裁判所を自らの仕事場と定めました。このようなやり方で、その裁判所の経験に熟達していったので、彼の依頼人は、彼の傍聴や経験の不足のせいで失望させられることは決してありませんでした。彼は良く発言し、主張も適確でした。弁論は、論証や証明に相応しいもので、人に知識を誇示するようなものではなく、平明だが学識に富んでいました。（事案の性質が許すなら）手短に、洞察力に富んだ議論を展開しました。彼の言葉は多くはありませんでしたが、意味深長でした。法律問題や訴答の問題についての彼の技術、判断、忠告は健全で秀逸なものでした。

彼は、法廷弁護士時代も他に抜きこんでいましたが、彼が司法権を行使するようになったとき、彼の才能、学識、賢慮、手際の良さ、判断力はさらに顕著なものでした。彼は忍耐強く、注意深く、観察眼に優れた聴き手であり、如何なる訴訟にあっても真実と正義を発見しうるかもしれない事柄を見失うよりは、多少の無礼さにも我慢することで満足しました。彼は諸事件の厳格な調査役であり、吟味役であって、何が重要か、どこに本質があるか、事件の重点や力点を賢明に識別することの出来る人でした。調査、吟味と同様に、説示や決定においても称賛すべき着実さと、平等性、明確性を備えていました。多大な経験が彼にとって裁判実務を容易で馴染み深いものにしたので、適宜迅速な処理を行なったのですが、軽率な処理となることも、人を驚かせることもありませんでした。要するに、彼はコモン・ローの偉大な学識と経験を備えた人で、深遠

なる判断力と類い希な慎慮を持つ、中庸の精神と正義感に富んだ、高潔な人であつたのです。

私はこの尊敬すべき人物について、以上、簡潔に真実の説明を行なつたのですが、それによって読者に（如何なる著作の正当な評価にとつても最悪の敵となる）過大な期待を本書に抱かせ、却つて彼の書物を傷つけることになるのではないかと危惧します。それ故、私は読者と率直に語らい、本書には優れた効用と価値があるが、しかしそれを編纂した人の声望と能力にははるかに及ばないし、それ故に彼には不釣り合いな記念碑であるということ述べておきたい。この偏差に対する弁明として、また、本書に関し抱かれるかもしれない過度な期待を若干なりとも鎮めるために、以下の如き所見を付け加えておきたい。

1. 本論考の素材が全て彼自身のものであるわけではなく、大部分は、他の書物や判例報告から集められたものです。2. 彼自身の私的な使用を意図したものであつて、公の目に触れることを意図したものではありません。もし彼が公共の使用のために本書や他の書物を企画していたならば、彼に見合った期待に値したことを私は確信しており、したがつて弁解の必要はなかつたでしょう。3. 本書は死後出版著作であり、分別に富んだ著者の最後の手もしくは筆が入られることはなかつたのです。この種の著作は公刊されると他の人々に利益となるのですが、著者自身に正当な利益をもたらすことは減多にないのです。

2. 本書の主題については、全般的に述べるべきことと、より個別的に述べるべきことがあります。全体としては、本書の主題は様々な意見、事例及び適用可能な選りすぐりの諸決定から構成され、コモン・ローのほとんどの重要なタイトルのもとに要約されています。イングランドのコモン・ロー賛美に多くの時間を費やすのは余分なことかもしれません。コモン・ローは本質的に、それを具備しており、自ずから十分な賛美を生み出すので、幾百年もの間、全王国の全ての世代から支持を得てきたのです。それというのも、本王国の公の裁判（public justice）が、コモン・ローに従つて、いつの時代も大きな成功と満足をもって行使されてきたからです。とはいえ、それに関して若干の所見を述べることにしましょう。

(1) イングランドのコモン・ローは誰か一人の知恵の産物でも、ある団体の知恵の産物でもなく、ある時代の産物でもありません。そうではなくて、多年に



巨る賢明で観察力ある人々の知恵、助言、経験、所見の産物なのです。法の対象が単純である場合なら、ある時代の賢慮が試みに適切な法を定めることまで進むこともありうるでしょう。しかし、この種の最も賢明な規定でさえも、経験が我々に示すところによれば、新たな、思いもつかない緊急事態がしばしば発生し、必然的に新たな補追や、縮減、解釈を必要とするようになるのです。しかも、偉大な王国に適用される共通の正義に関わる全法体系は、広範で、包括的で、無限の個別的要素によって構成されており、多様な緊急事態に対応せねばならず、それ故に、継続的に欠陥と不都合を見出し、それらを適切に補い、救済を与えるには、多くの知恵と賢慮のみならず、多くの時間と経験を要するのです。イングランドのコモン・ローとはまさにこうしたもののなのです。即ち、多大なる知恵、時間、経験の産物なのです。

(2)イングランドのコモン・ローは既知の確立した法なのです。完全に新たな法のモデルというものは全て二つの大きな困難と不都合の下で労苦に苛まれることになります。即ち、第一に、それらは理論上は美しく見えるけれども、実行に移されると、極めて欠陥の多いことに気付かされることになるのです。一方では、あまりにも厳格、他方では、あまりにも曖昧、また、狭すぎたり、広すぎたりということになるからです。そして当初予想せず、また十分予想し得なかった新たな事態が判明した場合、その構造はばらばらになり、混乱してしまいます。それ故に、このような新たなモデルを一般の利用と便宜に適合させるには、恒常的に多くの補追と縮減、そして変更の必要に迫られることになります。それによって、元の姿は、ほんの僅かの間に、完全に無視されるか、修正で大部分失われるかして、法の極めて小さな部分になってしまうでしょう。さらに、このような完全に新しい法のモデルは決してそれほど良いものではありません。しかも、よく知られ、理解されるには長い時間がかかるのです。新たな法のモデルに従って、助言し、判決を下すことを仕事としなければならない人々にとってさえそうなのです。それ故、少なくとも助言を行い、判決を下す人々にとっては、より不完全な法体系であっても、十分知られたものであれば、その方が、新たに制定され、それ故に、新たに学ばれねばならない、より完全で、完成された法体系よりも、社会の福利にとってより有用で便利なのです。

(3)イングランドのコモン・ローは他の諸法よりも事細かにできています。このことが、イングランドのコモン・ローを量的により膨大なものに、体系性をより少ないものとし、その学習により長い時間がかかるようにするのですが、それでもなお、それを補うより大きな利点を備えています。即ち、事細かに出来ているので、裁判官の恣意を妨げ、法をより確実なものにし、また、事案に判決が下されるようになった段階では、より適用しやすいものとなるのです。なるほど一般的法は非常に包括的で、すぐに修得され、容易に体系的秩序に帰することができます。しかし、個別的な適用の場面になると、それらはほとんど役立たず、依怙臆、利益、さらには理解の多様性に非常に広範な余地を残し、適用を誤ることになるからです。二人の相争うギリシア人の司令官のように、ほとんど完全に意見が一致しながら、その意見を、論争中の個別の事例に、それぞれの願望と目的に合うように適用すると、そこから互いに極端に矛盾する結論を演繹することになるといった道德家の共通了解事項に似たようなことになるのです。それ故に、一般論に依拠することなく、全ての個別の場合にほとんど適合するように個別諸法によって恣意と不確実性を防いできたことにイングランドの統治の知恵と幸福があったのです。

もし、イングランド法がそれほど優れたものであれば、時の経過に応じ、何故にかくも多くの変化が生じたのかと誰かが異論を唱えるなら、私は一般的に以下のように答えよう。

人間界の法が、個別的な欠陥と転変に服さねばならぬという人間界の共通の運命を完全に免れうると想定することなど出来ないのです。時間と経験がイングランド法に完全性を与えてきたのですから、今後、それを進歩させ改善していくのも時間と経験にちががなく、また、そうでしょう。より個別的に論じるなら、かつて生じたこの種の変化は、法における変化というよりむしろ、その対象の変化でした。議会の偉大な知恵が慣れ親しんできた多くのタイトルを取り去り、縮減してきました。慣用や長期の不使用によって廃れたタイトルもあります。商業や取引における多様な道筋と変更は以前にはそれほど有用でなかった取引方法を今日より有用なものとすることがあります。この機会に、大きく縮減され、非常に狭い範囲と使用に限られるようになったり、現在ではほとんど廃れてしまった重要な法律上のタイトルの幾つかの例を以下に列挙してみる

のも全く不適切というわけではないでしょう。1. 騎士奉仕保有とその附随事項、後見権、被後見人の婚姻許可料と没収、楯金、相続許可料、長女婚姻時援助金、長男騎士叙任時援助金、初年度収入、封土引渡料、死後調査料、競合権利者否認料及びそれに関する権利の返還請願 (*monstrans*)、幾つかの権利令状、後見令状、被後見人略取令状、婚姻権相当額請求令状、婚姻権二倍相当額請求令状、さらに、この種の他の附随事項は法律上の重要なタイトルを構成しており、古の、より以前の法律書の多くの事案を占めていました。その全て、大部分は今や削除され、保有態様を変更する後の法律によって不用のものとなっています。2. 隷農身分とその幾つかの附随事項、即ち、農奴解放、逃亡農奴回復令状、自由身分確認令状とそれに関する訴答と審理は、古い書物では重要なタイトルでしたが、今や、時の流れで廃れてしまっています。我々はダイア卿のクラウチ事件以降隷農身分事件について聞いたことはありません。3. 自認 (*profession*)、否認 (*derainment*) のタイトル及びそれに関する幾つかの付随事項については、古き法廷年報では無視できないタイトルでしたが、今やヘンリ八世三一年第二七号法とそれに続く他の立法によって全く廃れてしまいました。4. 寡婦産権及びその種のタイトルは、コモン・ロー上の広範なタイトルでした。このタイトルは完全に廃止されて、使われなくなったというわけではありませんが、とりわけ大所領に関しては、ヘンリ八世二七年法により、寡婦給与の一般的利用によって、ずっと狭いものとなりました。5. 無遺言不動産相続のタイトルは、占有回復立入権と継続的権利主張を取り除くために、ヘンリ八世32年33号法によって利用と実務の面で大幅に縮減されました。6. 領主交替承認 (*attournment*) のタイトルは難しいが重要なタイトルであり、それに附随して、不承認理由開示令状 (*quid juris clamat*)、不承認者地代請求令状 (*quem redditum reddit*)、地代・奉仕請求令状 (*per quae servitia*) があります。しかし、ほとんど使用されず、代わって新たな便法がその位置を占めるようになってきています。即ち、収益権和解譲渡 (*finis to uses*) や定期賃借権売却契約代金支払と権利放棄 (*bargain and sale for a term and release*)、ヘンリ八世治世二七年法にしたがう証書の登記 (*by deeds in rolled according to the statute 27. H. 48*) の何れかによってです。これらの便法によって、占有引渡による不動産権行使の際の難しさ、そして、さらに、ある種の権利放棄、権利確認に含まれる多く

の精妙な問題も通常埋め合わされています。7. 不動産権継承阻害 (discontinuance) と原権遡及回復 (remitter) のタイトルは重要且広範なタイトルなのですが、実に難解な学識に満ちています。しかし、これらのタイトルも様々な議会制定法によって大幅に狭められました。今日では、コモン・ロー上不動産権継承阻害となる不動産譲渡証書 (assurances) の幾つかは無効とされています (be made bars)。即ち、限嗣直系卑属 (issue in tail) に関するヘンリ七世四年及びヘンリ八世三二年の制定法によって、巡回陪審で公告された和解譲渡 (fines with proclamation) は不動産承継阻害を無効とすることになりましたが、残余権と復帰権を持つ者には、一定の場合、今尚存続しています。さらに、コモン・ロー上の不動産継承阻害事由で、議会制定法によって、それ以降、効果を失うようになったものがあります。寡婦給付権者 (jointresses) や妻の権利で保有する夫の事例の場合は、ヘンリ七世十一年第二〇号法によって、司教の場合は、エリザベス一年の制定法によって、教会法人の場合は、エリザベス三年法によってです。8. アサイズ訴訟による救済、それに関する種々の方式と訴訟手続は、法廷年報において重要なタイトルでした。それらに関する法は変更されたわけではないのですが、慣用と日常実務は、占有回復におけるそれらの利用を廃れさせ、その代わりに、借地権回復訴訟 (*ejectione firmæ*) による救済が利用されるようになりました。それ故に、官職の占有回復の場合を除き、如何なるアサイズ訴訟であれ提起されることは稀です。9. 権利令状や立入令状等の不動産訴権とその若干の附随事項、差押付召喚大令状 (*grand cape*)、差押付小召喚令状 (*petit cape*)、出廷懈怠免除 (*saver default*)、第三者訴答認容 (*resceit*)、係争地検証 (*view*)、物的訴訟援助請願 (*ayde-prayer*)、権原担保者訴訟引込 (*voucher*)、権原担保者引込反対答弁 (*counterplea of voucher*)、権原担保反対答弁 (*counterplea of warranty*)、担保物権相当額賠償 (*recovery in value*) は、各々、法廷年報時代における重要なタイトルでした。しかし、今やほとんど使われなくなっています。というも、今日では、権利保持者が合法的に不動産立入 (the entry) できる場合には、ほとんどの場合、借地権回復訴訟による占有権の回復を選択するからです。上記のような不動産訴権の訴訟方式が保持されているのは馴合不動産回復訴訟 (common recoveries) だけです。そして、稀にですが、寡婦産権令状、不動産譲与令状が使用されることがあります。

なぜなら、通常、限嗣不動産権の存在が疑われる場合には、馴合不動産回復訴訟が開かれるからです。また、ウェールズ地方巡回大陪審では、不法占拠令状 (quod ei deforceat) によって出廷懈怠を争うことで訴訟が進められることもあります。10. 雪冤宣誓 (Ley-gager) も法廷年報の重要なタイトルでしたが、今や、単純契約に基づく借金に対しては特殊主張侵害訴訟が通常提起されるので、地方条例による金銭債務訴訟や、荘園裁判所での軽罰金犯罪 (pain or amercement) の場合以外には、そのタイトルが使用されることは滅多にありません。11. 不法妨害除去訴訟 (Quod permittat), 及び共有地、道路等に関するアサイズ、粉引水車使用義務違反訴訟 (secta ad molendinum)、妨害排除アサイズ訴訟はほとんど暴力侵害訴訟と特殊主張侵害訴訟に変わってしまいました。12. 債権仮差押手続 (Garnishment) と供託動産所有権確定手続 (interpleader) は、コモン・ローの大きなタイトルでしたが、今や殆ど使われなくなっています。というのも、動産回復訴訟はほとんど発見物、横領物に関する (sur trover and conversion) 特殊主張侵害訴訟に転換してしまったからです。13. 正当占有回復の抗弁 (avowries) について学ぶべき知識はヘンリ八世二一年の制定法によって大幅に縮減されました。不当差押動産回復訴訟、正当差押動産復帰令状 (returno havendo)、係争差押物訴訟 (withernam) 等の訴訟手続の複雑さも、本議会の最近の法令によって、地代に対する自救的動産差押の場合については大幅に改善されています。この種の変化についてさらに多くの例を挙げることが出来るでしょう。しかし、上記の例だけでも時の経過が法の実務と方法を大きく変化させてきたこと、さらに、このような変化の理由をも理解させるのに役立つでしょう。時間と経験、慣行、幾つかの議会制定法が、あるタイトルを縮減し、また別のものを廃れさせたように、それらは、他のタイトルでそれらを代替させ、また拡張していったのです。本書の以下の叙述で発見することになるように、例えば、特殊主張侵害訴訟、不動産遺贈 (devises)、賃借不動産占有回復訴訟 (ejectione firmæ)、取得分選択権 (election) や、他の様々な法分野は、現在では昔以上にずっと大きなタイトルに成長しています。

軍事規律に劣らずその法においても栄誉に浴した古代ローマ人たちもこの真理に気付いていました。即ち、時の経過により、彼らの法の幾つかは互いに矛盾するようになり、また、あるものは古臭くなり、あるものは実用に適さなく

なり、あるものは意味が分からなくなり、全体の量があまりにも膨大となりました。それゆえ、ユスチニアヌスの時代には、信じ難いまでの多くの巻数と引用に満ちた法となったのです。それに対し、かの卓越した君主は、学識ある人々からなる大評議会乃至顧問団の忠告によって、(かつて、イングランドのユスチニアヌスたる、エドワード一世がウェールズ法によって為した様に) それらをより良き概要 (*compendium*) に帰しました。これが現在、大陸法系を構成しているのです。実際、時の経過によってコモン・ローの書籍、巻数が如何に浩瀚なものとなったことか、同一の問題に関して、如何に多くの矛盾する法廷報告があるのか、また、如何に多くの説明され、解決されるべき外見上矛盾する意見があるのか、如何に多くのタイトルが使われなくなっているのか。これらを考えるなら、公衆の利用のために、また、諸法をより狭い範囲に縮減し秩序立てるために、少なくとも日常の学習のために、ある種の完全なコモン・ロー大全 (*corpus juris communis*) が我々のイングランド法の多数の書物から抜粋されることが望まれるべきでしょう。しかし、これは時の仕事であり、それを助ける多くの勤勉で賢明な人々の手と頭脳を必要とするのです。

以上、本書の主題に関する全般的問題については一定論じましたので、これから、より個別的に本書の内容に関わる問題について論じることにしてしましよう。読者は、本書に目を通すと、訴訟記録や議会議事録からの若干の収集があるのに気が付くでしょう。そのとおりで、スピード (Speed) とスケーン (Skene) からの収集もありますが、僅かであって、性質上も有益なものです。しかし、本書の主要部分は、法廷年報、その後の判例集といった、既に他の人々の私的な判例報告から印刷された事例や、著者自身が採録したジェームズ治世一二年頃以降の事例から構成されていて、そのほとんどは王座裁判所の法廷報告ですが、刑事事件 (pleas of crown) に関するものは殆どありません。実際、読者は最近出版された書物、とりわけクルク裁判官の判例集や、フランシス・ムーア卿の判例集で報告された多くの事例を見出すでしょう。しかし、それらの事例に関しても、本書による利点が無いわけではありません。というのは、1. 一つの事例について多数の多様な法廷報告があることによって、ある法廷報告より、別の法廷報告の方がより明解な判決理由を与えることがあるからです。2. それらの事例は本書では要約のみが示され、理由は簡潔に与えられているだけ

でなく、秩序立てて整理されているので読者はより手早く且つ容易に利用することができます。この点を論じるために、第三の考察に移りましょう。

3. 第三番目の考察は、本収集の方法で、このことは私に、以下の三点について論ずる機会を与えてくれることになります。即ち、1. コモン・ローの方法一般について、2. コモン・ローの学習方法について、3. 本収集の特別の方法についてです。

これらの最初のものについては、幾度となく述べてきたことですが、他の分野、恐らくは大学での学問に良く通じてはいるが、コモン・ローの学問についてはあまり知らない人々はコモン・ローの学問について二つの大きな偏見や異議を持っています。即ち、第1のものは、コモン・ローは理性の明確な証拠を欠き、その結論と解決は他の科学で為され、もしくは為されうような明白な論理的帰結によって演繹されず、曖昧且つ複雑で、それ故に、自らを理性の偉大な達人と考える人々は勿論、論理学や哲学の精妙さに良く通じている多くの人々や学校教師達は、それを見て困惑し、それをほとんど理解できないということです。第二のものは、コモン・ローは方法、順序、適切な配列を欠いているという意見です。このことは、精妙な学問に耽っている人々のみならず、自らの法はコモン・ローより方法、順序ですっと優れていると考えるローマ法の教授の中にまでコモン・ローに対する偏見を産んできたのです。これらの第一のものについては以下のように述べよう。なるほど、理性は、知識や学問を獲得し、適用し、行使するための人類の共通の能力であり、道具であって、それを最も明瞭に行使しうる人々が、通常それに最も熟達した人であるというのはその通りでしょう。まさに同一の理性の力こそが、訓練、学習、経験によって、人を良き論理学者、良き数学者、良き内科医、良き法律家とするのです。しかし、良き論理学者であるからといって、その人がそのまま即座に良き法律家、良き数学者、良き内科医となるわけではありません。例えば、選り抜かれた天賦の才のある人をユークリッドに触れさせ、もしくは、(かの偉大な理性の教師たる) アリストテレスの物理学や形而上学乃至論理学の数編に目を向けさせてみるなら、彼は勉強と時間によって彼の理性がそれらの学問に適応するようになるまでそれらを修得しようと努力するでしょう。コモン・ローの一定部分については、各方面の能力をもつ人にとって、その理性は一見ただけで明白



なのですが、その全知識を修得するには、理性のみならず、それを理解するための勉学と精勤を要するのです。その後、彼の理性がその知識の蓄えを利用し、丁度、数学者がユークリッドの定理に基づいて為すように、同じような方法でそれに基づいて推論し、演繹しうようになるのです。しかし、(法律と共通の学問分野である) 道徳や世俗に関する事柄は、それらについての一般的概念や共通概念はあり得るし、またそれらに基礎付けられてはいるのですが、その適用や、そこからの個別的な演繹、結論は論理学や数学における帰結や結論ほど明晰でも、不変でも、確定的でもありません。なぜなら、道徳的行為の諸性質は、それらの学問や科学の分野より、本質的に、ずっと不確定なものだからです。かくして、それらは通常、状況が無限に変化することによって、極めて多様なものとなるのです。それ故に、正義や道徳について同一の共通概念に合意する人々が、(人間にはよく附随する) 利害関心や依怙最良が介入してこない場合でも、それらから異なった結論を演繹し、異なった適用を行なうことが、しばしば生じるのです。それは古代の道徳家の嘆きでもあったのです。「全ての人類に共通の概念があり、概念同士も矛盾していない場合、例えば、公共善 (*nostrum bonum*) が、有用で、期待され、如何なる理由であれ、求められ、達せられるべきものと思わなかった人がいようか。公正が正義で美徳であると思わなかった人がいようか。であるなら、個別の事柄に概念を当て嵌めたとたんに、どうして論争が生じるのだろうか。(notiones communes omnibus hominibus sunt & notioni notio non repugnat; quis enim nostrum non statuit bonum esse utile & expetendum, & quavis ratione consequendum & persequendum? quis non statuit justum esse honestum & decorum? quando igitur pugna oritur? in notionum accomodatione ad res singulas)」そして、それ故に、法の知恵、とりわけ、イングランド法の知恵は、偉大な見識と、経験、時間によって見出され、使用され続けている個別的準則、適用、立法 (*constitutions*) によって公正と正義 (*honest*) の一般的概念を決定することにあるのです。これらの個別的適用と結論は、共通の概念に同意し、優れた才能と理性をもつ人なら、ほとんどの人が確立した準則を何ら必要とせずに発見しうるので、それによって、多様性と不安定性が解消されるのです。3. その起源を設立 (*institution*) に多く負っている事柄については人は理性による演繹によってそれらを

発見することは容易に出来ないし、通常は不可能で、教授と教育によってのみ発見することが出来るのです。しかし、これらの事柄は、論証によってより明白に演繹可能な他の事柄同様に、人類にとって極めて必要且つ有用なのです。例えば、会話の意味について、何故に、この区切られた音と音節、言葉の組合わせがある対象を意味し、また、理解可能な命題となるのか。また、何故にあるフランス語の作文と別の英語の作文と同じ事を意味することになるのか。何故に、言葉の多様な語尾が言葉に文法上様々な意味合い乃至意味を与えることになるのか。設立乃至黙示の設立たる慣習以外に、如何なる直接的な理由も正当に与え得ないし、要求もされもしません。そして、これに類似したことは、イングランド法においてのみならず、世界の全ての法に見出されるのです。その場合、その最初の設立については、重大で深遠な理由がないわけではなく、また、それが続くことには、事態の不確実性を妨げ、社会の大きな利益となるのに、三段論法によって論証され、演繹されないという理由で、不合理だと結論付けることは愚かしいことです。かくして我々の法では、「私が与えた (dedi)」という用語が担保を、「私が譲渡した (concesssi)」という用語が捺印契約を作成することになり、「法定相続人 (heires)」という用語が単純封土権の譲与や封土公開譲渡による移転に必要とされ、単純封土保有地は直接父親には相続されず、叔父に相続されるのです。また、すべての息子にではなく、長男にのみ相続されます。これに対し他のある国々では法はこれとは異なった方法で不動産相続されることを命じています。この種の例は無限に挙げることが出来るでしょう。それらはその効力を主として設立乃至黙示の設立たる本王国の共通の慣行に負っており、不確実性を防ぐために極めて有用なのです。それ故、想像しうるあらゆる理性を動員しても、教育、学習乃至訓練によってそれを学ぶこと無しには、ある人を良き文法家としたり、ある言語に習熟させたり出来ないように、他の分野について豊かな理性を持つ人も、生まれながらのコモン・ロー法曹ではなく、学習と経験無しには、その知識の修得者でありえないとしても傷がつくわけではないのです。

第二の点、コモン・ローが方法的体系性に欠けるという点に関しては、以下のように述べよう。1. コモン・ローを、その一般的項目に関して、完全に方法的体系性に帰することは可能です。全ての学生は、自らのために、彼の利用

と記憶に適合するような法の一般的概要を容易に作り出しうるし、実際そうしている。2. しかし、なるほど、その多量さと多様さという点から、全ての個別的なものを、学校風の方法的体系性に帰することは容易ではありません。しかし、以前に示したように、その不便は、その個別性と個別的状況への適用の有用性によって償われているのです。なるほどローマ法体系は一般的項目の下に要録されており、それらは多くの個別的なものが入れられる共通の箱のような役割を果たしています。しかし、個別的なものそのもの、それらの論説、回答、助言、決定の方法的体系性については、我々のコモン・ローが達成し、また容易に達成するであろう体系性とほとんど変わりません。以上で、コモン・ローの方法一般については十分に論じました。

(2)コモン・ローの学習方法に関しては、その学習者に対して、一般的に言わねばならないことが以下の如く多くあります。法学生にとって必要なのは、方法的に体系立った読書と学習を遵守することです。というのも、記憶力がそれほど優れていない人の場合、その人に自由に任せれば、彼が読む全て、もしくは大部分をはっきりと役立つ記憶として七年間の終わりにいたるまで持ち続けることは不可能でしょうし、日常的使用や方法的体系立ての援助が無い場合には、ずっと短い期間さえ保持し得ないからです。実際、反復的使用と方法的体系立てとの助け無しには、その時以来七年間かけて読んだものも、ほとんどそれを読んだことがなかったかの如く新しいものに見えることになるでしょう。それ故にこそ、方法的体系立てが必要なのですが、各人個々の好みに応じ多様な方法があります。それ故に、若干の経験により、この種のもので非常に有益と見做されてきたものを説明したい。第一に、学生にとっては、二、三年間、リトルトン、パーキンス、博士と法学徒、フィツハーバートの令状論、そして、とりわけ、我がクック卿のリトルトン註釈を、そして出来れば彼の判例集を精読して過ごすのが適切です。これによって彼は実務訓練を行なうに相応しくなり、他の人々との会話や議論によって自ら精進させ、また、ウェストミンスターの法廷での傍聴を彼にとって有益なものとするのが出来るようになるでしょう。二、三年そのように過ごした後に、彼に大きな共通拠点帳 (common-place-book) を与え、アルファベット順のタイトルに分けさせなさい。これらのタイトルはブルクの法要録や、法律書の索引を観察すれば容易に集めることが出来

るでしょう。また、おそらくは（後述するように）今回刊行した本書も彼の共通拠点帳の基礎となりうるものです。その後に、法廷年報を読み始めるのが相応しいでしょう。なぜなら、古い法廷年報の多くには、今やほとんど使われていない法が一杯詰まっているからです。彼の日常的な継続的読書のために最も有用なものとして以下のものを選び出すことが出来ます。エドワード三世巡回陪審法廷報告の最後の部分、ヘンリ六世法廷年報第二部、エドワード四世、ヘンリ七世法廷年報、そして、順次下って行って、時代順に後の法へ、即ち、プラウドゥン、ダイア判例集、そして、クック判例集の再読、そして最近出版された他の判例集と進むのです。読むにしたがって、事例を比較し、事例の訴答を、訴答登録集、とりわけ、法廷年報との関連では最良のものであるラステルの訴答登録集と比較するに適した段階になります。読書の過程で読み取ったものを抽出して、その要旨、とりわけ事例の要旨乃至解決された問題点を適切なタイトルの下に自分の共通拠点帳に書き込ませなさい。一つの事例を幾つかのタイトルの下に当て嵌めるのが相応しい場合には、都合良く分けることが出来るなら、各々の部分を適当なタイトルの下に記入し、うまく分けられなければ、全事例の要約を最も適切なタイトルの下に書き込ませ、別のタイトルからその要約が参照できるようにさせなさい。なるほど、こうした方法で学習すると、ある学生は多くの紙を浪費することになり、恐らくは二、三年して、以前に彼がやっていたことの中に多くの誤りと見当違いを発見し、不適切な項目の下に素材を配置することで多くの不規則と無秩序が生じているのに気付くことになるでしょう。しかし、彼はこの学習方法に傾注することで以下のような成果を得ることは間違いありません。1. 時を経るに従い、彼はこの業務についてより完全且つ巧みになるでしょう。2. 書き留めた素材に頻繁に戻ることによって、当初不完全で無秩序であった叙述も、少なくとも彼自身にとっては明瞭なものとなり、記憶も更新されることになります。3. こうした手段によって、彼は、彼が読書したものを何であれ、適切なタイトルの下にまとめるようになるのです。4. 検索の機会や新たな挿入の必要が生じる度に、すべてのタイトルに再々戻ることによって、不思議にも、彼は彼が以前読んだことを記憶に蘇らせ、刻み込むこととなります。5. いかなる問題についてでも彼の読んだことなら、全ての書物を繙くこと無しに、その内容を一見して理解できるように

なるでしょう。(彼に特別の助言や論証が求められた場合にのみ、その目的に有用だと彼が考える書物を詳細に読むことが必要となるのです。) 6. 彼は、どんな場合でも、索引や他の目録に頼ること無しに、彼が読んだことを突然に思い出すことが出来るようになります。尤も、それらはしばしば短いものであり、探している問題の貧弱な説明でしかないのですが、このことに関連して第三のテーマに移ることにしましょう。

(3)本書固有の方法について、手短に言えば以下のようなものです。第一に本書はアルファベット順の大きなタイトルに分かたれており、(国王の訴訟以外の) コモン・ローの重要なタイトルを全て含んでいます。次に、それらのタイトルは多くの場合一般的な項目に再分割され、さらに、それらはより特殊な項目へと分割されます。国王大権、事実審理等のタイトルには多くの下位のタイトルがあり、それらの下位のタイトルも多数に分割されています。幾つかの事例には、「疑義あり (quaere)」とか「疑われる (dubitatur)」という印が付けられており、それらは大部分、本書全体においては、もしくは、収集者にとっては、単なる意見に過ぎないか、疑わしいものです。チャールズ治世二年 [1645/6] から1655年の間に報告されたものは、多くの場合裁判所名が省かれています、それらも含め全て、著者が臨席した裁判所における意見乃至決定です。

4. 私が冒頭で提起した考察すべき第四番目の大きな問題は、本書の効用と利点ですが、それらは主として以下のようなことです。1. 今日法律書は、多くの人々がそれら全てを読むだけの忍耐をもたないほど、非常に膨大で浩瀚なものとなってしまいましたが、本書を読む学生は、相当要約された形で、それらの書物の重要な内容の大部分を集めることになるでしょう。2. フィツハーバートやブルクの法要録はヘンリ八世治世期、もしくはせいぜいメアリ女王治世期で終わっていますが、本書は、およそチャールズ一世治世末期乃至その幾分後の時代に至るまで、その後の判例報告に含まれる新たな法のほとんどを含んでおり、それをアルファベット順のタイトルに落とし込んでいます。3. 本書の学習者乃至読者は、多くの索引や目録を調べる手間に煩わされること無しに、短時間で、あるタイトルに関する学問体系を大部分理解しうるでしょう。4. 私は、前段で、共通拠点帳の作成、使用を推奨しましたが、法の組織立っ

た有益な学習にとって私が知る最も当を得た方法として、本書がそのような共通拠点帳の基礎となるでしょう。本書は、学生に短時間に修得できる適切な方法を与えるだけでなく、彼に個別事例の豊富な蓄積を備えさせるでしょう。その上に立って、さらなる改良を奥深く続けていけばよろしい。本書はこのように彼の将来の全ての学習のための一般的宝庫となるでしょう。本書は、本書に漏れている事例や、今後生じる事例を本書の既存の項目の下に加えるために、また、本書には欠けているが、将来必要となる他のタイトルを追加するために、意図的に大きな余白を設けて印刷されています。なるほど、本書には、古い書物の幾つかのタイトルで、ほとんど廃れてしまっているものが含まれていますが、それらは見れば分かるものです。全体として見れば、この優れた人物の骨折りのお陰で、学生や読者は体系的方法で要録され、実用に適した学問の宝庫を備えることになり、それによって、多くの時間や労苦を費やすことなく、自らの知識を向上させうようになったのです。

5. お約束した考察の最後の問題、即ち、本書の読書と使用にあたって留意すべき点と本書に関する忠告を述べるところまで来ました。それは以下のような点です。1. 本書は、学生達の勤勉を減ずるためではなく、勤勉を奨励するように、彼らの援助と利益のために出版された書物です。自分自身の精勤、傾注、勉学なしに、他人の労苦にのみ頼る人は、決して彼のプロフェッションで有能となることはなく、自分自身と他の人々双方を失望させることになるでしょう。2. 本書は法要録に過ぎません。事例が詳細に記載されているわけではなく、また議論も詳細には報告されていません。本書は非凡な判断力をもって収集され、要約された法要録ではあるのですが、詳細な判例報告が入手できる場合には、忠告、弁論、決定を行なう段階になったら、読者は判例報告を詳細に調べるべきです。これらの要録事例の幾つかは彼によって要約されただけでなく、自ら所見を述べ、法廷弁論し、判例報告したものもあれば、彼によって判決されたものも幾つかあります。彼自身の所見を含むものは、主として、ジェームズ王治世一二年、一三年、一四年、及びその後の数年、チャールズ王時代の全てとその後の数年の事例です。それらは厳密に検討され、採録されています。他の要録事例は、他の人の私蔵判例報告乃至公刊された判例報告から抽出され、要約されたに過ぎず、判例報告者の誤りを引継いでいることがあります

す。しかし、訂正は容易です。なぜなら、これらの判例報告は現在では大部分印刷されているからです。3. 本書は法要録に過ぎないものであると同時に、コレクションに過ぎないものです。収集者自身が下した判決も多く収められてはいるのですが、本書に収集された判決のほとんどは他の人によって下されたものです。そのような事例では、全てのことに彼自身の感想と判断を差し挟むのではなく、彼が読み、聞いた事の要旨を正確に報告することで充分なのです。それ故に、互いに対立し、また、後の時代の決定によって否定されてしまった決定や意見が収められている場合もありうるのです。しかし、賢明な読者は、そうしたことに害されることなく、収集された決定や意見を活用されるでしょう。4. 本書に収められた多くの事例、決定は最近の混乱した時代に生じたものではあるのですが、その時代の混乱に係わる事例は一つもないと信ずべき理由が私にはあります。収集者はこの点につき極めて注意深く、出版者も同様の注意を払っています。その種の事が何か生じる恐れがあれば、検閲されていたでしょう。それは、このような大きな巻でも不可能ではないのです。原本に含まれていて、出版に際し省いたタイトルや事例が若干ありますが、それらは、徴発権や騎士身分に関するもののように現在では通用しなくなったものか、性質上、コモン・ローの書物には相応しくないものです。全体を通して、賢慮に満ちた読者が本書で彼に役立つことを多く見出し、犯罪に正当化事由を与えるものを何も見出さないことが望まれます。5. 収集者は、本書が公衆の目に触れることを意図していなかったということを、私は再び繰り返し述べねばなりません。それ故、時々、歴史や海外の著者から引き出された、コモン・ローの書物には相応しく思われない所見が若干見受けられます。また、法要録を完全なものとするのに必要な若干のタイトルと事例が欠けています。例え、二度も繰り返されているタイトルや事例が若干あったとしても、また、このような収集者の、この種の著作を生み出すための完全な順序と方法が、全ての事柄に亘って備わっているわけではないとしても、本書には正当な免責事由があります。意図されていた補追の作成によって、若干のタイトル、少なくとも若干の事例と所見を補うことが出来たかも知れませんが、印刷の支障がその問題を傍へそらしてしまいました。そうした落ち穂拾いが、そのために著作自体の出版を遅らせるほど重大なものであるはずはなかったからです。今後良い機会があ



れば、それを実現するのに充分時間があります。公平で賢慮に満ちた読者なら、上述の遺漏や本書に生じる他の同種の問題も（もし、何かあるとしても）容易に訂正し、大目に見ることが出来るでしょうし、それどころか、彼の知識を向上させ、時間を上手く利用するために充分なものをそこに見出し、彼の心の内に収集者の判断力、学識、勤勉への正しき尊崇の念を惹き起こすことになるでしょう。（父親のプロフェッションのみならず、その美徳の相続人でもある）彼の立派な息子さんの丁寧な御対応に感謝の意を表したい。彼は、彼の父を誉め称える人々の要請に応え、公共善のためにこの著作を公刊することを異論なく許可して下さったのです。

我々はヘンリ・ロール撰『各タイトル  
の下にアルファベット順に彙纂された  
多くのコモン・ローの事例と決定の要  
録』と題された本書の印刷と公刊を許  
可する、云々。

オーランド・ブリッジマン	国璽尚書 [(1667.8.31-1672.11.17)]
	[民訴裁判所裁判長 (1660.10.22-1668.5.22)]
ジョン・ケリング	[王座裁判所裁判長 (1665.11.21-1671.5.9/10)]
マスィユ・ヘイル	[財務府裁判所裁判長 (1660.11.7-1671.5.17)]
エドワード・アトキンズ	[財務府裁判所判事 (1660.6.23-1669.10.9)]
トーマス・トワイズデン	[王座裁判所判事 (1660.6.27-1678.12.5?)]
トーマス・ティリル	[民訴裁判所判事 (1660.7.7-1672.3.8)]
クリストファ・ターナー	[財務府裁判所判事 (1660.7.7-1675.5.19)]
ウォダム・ウィンダム	[王座裁判所判事 (1660.11.24-1668.12.24/25)]
ジョン・アーチャー	[民訴裁判所判事 (1663.11.4-1672.12.12)]
リチャード・レインフォーズ	[財務府裁判所判事 (1663.11.16-1669.2.5)]
ウィリアム・モートン	[王座裁判所判事 (1665.11.23-1672.9.23)]