

# フォーテスキュとブルータス伝説

——忘れられたイングランド國制起源論——

深尾裕造

## 目次

はじめに

第一章 フォーテスキュにおけるブルータス伝説の形成——ニムロド起源説とブルータス起源説——

一 國制区分論とブルータス伝説

二 第一七章「連続説」の再解釈

第二章 クックとブルータス伝説——判例集序文の分析を中心に——

一 クック初期判例集とブルータス伝説

二 クックの征服理論

三 フォーテスキュ國制論と一六一〇年議會会及び勅令事件

四 クックのノルマン・コンクエスト論

五 『正義の鑑』の出現とその意義

第三章 セルデンとフォーテスキュ國制論の革新——『イングランド法礼賛』註釈の分析を中心に——

フォーテスキュとブルータス伝説

二二五

むすびにかえて——設立形態による國制区分の解体形態、ホップズとヘイル——

## はじめに

故佐々木氏が、チューダー期の法史学の発展との関連で「ブルータス伝説」の有した意味について論じられて久しい。<sup>(1)</sup>近年、この問題に関連する著作や訳書が相次いで出版され、チューダー王朝の政治的プロパガンダやイングランド宗教改革との関連での研究が深められてきているが、史学史的な関心が重点に論じられてきたせいか、「法の支配」というイングランド國制の特質をブルータスによる建国伝説と結びつけて展開したフォーテスキューの著作の意義については、ほとんど検討されることはなかった。<sup>(2)</sup>史学史の問題を正面に据えてアーサー王伝説を扱った青山氏の著作は措くとして、とりわけ、「イングリッシュネス」を主題とした著作でこの問題が重要な論点とされないのは、むしろ奇異な感じさえする。憲法学者ジェニングスのいうように、フォーテスキューこそが、「イングランド史の特殊性」、即ち、イングリッシュネスの極みというべき「自由主義的な意味での法の支配」という特質に「最初に注目した」人と目されてきたからである。<sup>(3)</sup>

しかし、他方、この「法の支配」を意味する、フォーテスキューの「王政的且憲政的統治」論が取り上げられる際にも、一七世紀憲政論争との関連で議論されるせいか、ここでもブルータス伝説の問題が重要な論点とされることは少ない。我が国でも良く知られているヒルの「ノルマンの軛」論やポーコック「古来の國制」論においても、イングランド法史の連続性論という視点から、「イングランドの慣習は非常に古く、五つの民族によって継続的に受容され慣用されてきた」として、ブリトン人以来のイングランド法の連続性とその古さを説いた、『イン

ランド法礼賛』第一七章の慣習法論を基礎に議論を展開しており、第一三章の「如何にして憲政的に統治される王国は最初に設立されたか」という國制起源論において直接的に言及されたブルータス伝説の意義に触れられることはほとんどなかったからである。また、これと同様の傾向は、ノルマン・コンクエスト問題との関連で、連続性史観という視点からフォーテスキュークックの問題を扱った我が國の法史研究においても見られる。<sup>(4)</sup>

これらの欠落は、論者が扱っている時代が、ブルータス伝説の問題が、ルネッサンス期アングロ・サクソン法史研究の進展とともに、史学史的には克服され、既にロマンス化していった時代に焦点を当てているためとして理解することもできるのであるが、他方、フォーテスキューの國制論が一七世紀憲政論争で果たした重大な役割や、建国伝説一般の持つ政治的意味を考えると、このブルータス伝説の國制論からの消失過程とその意味を明らかにすることは、イングラント憲政史の理解のために欠かすことはできないであろう。

本稿では、まず、フォーテスキューにおけるブルータス伝説の意義を確認するとともに、さらに、それが一七世紀憲政論争へと移植される過程で、どのように変容していったのか検討することにした。

## 第一章 フォーテスキューにおけるブルータス伝説の形成

### ——ニムロド起源説とブルータス起源説——

#### 一 國制区分論とブルータス伝説

フォーテスキューが有名な國制区分論、即ち、「純粹王政的統治 (Dominium tantum regale)」と「憲政的且王政

フォーテスキューとブルータス伝説

的統治 (Dominium politicum et regale) という國制区分論を初めて展開したのは、彼自身がその主著『イングランド法礼賛』で言及しているように、ランカスター王朝の正統性を主張した『自然法の性質及び至高の王国の相続に関する自然法による評価について』(1461-63? De Natura Legis Nature) という著作においてであった。<sup>(5)</sup> この著作では、題名の示すように、中世自然法論的視点から、地上における二つの異なる王国の相違が一般的に論じられている。<sup>(5)</sup>

彼は、まず、自然法の下に設立された王国として、アウグスティヌスの『神の国』第一六卷三章の叙述にしたがって、旧約聖書で「主の前の力強い狩人」と称されたニムロドに王国の起源を求める。しかし、狩人は統治者ではなく殺戮者である、彼は王とは称されなかった、むしろ暴君であった。かくして、彼の後で、アッシリア王国を築いたベルスこそが最初の王となるのである。<sup>(6)</sup>

この自然法の下で生み出された国王は王法によって統治するようになるのではあるが、国王自身は王法によって拘束されないために、暴君政に転換する恐れがある。キケロの義務論における暴君放伐論もこうした文脈で紹介されることになるのであるが、アウグスティヌスの『神の国』やキケロを基礎とした国家論の展開は、ソールズベリのジョン以来の君主鑑の伝統を引継ぐものといえよう。<sup>(7)</sup>

憲政的統治の必要性とその純粹王政的統治に対する優位は、このような暴君政治を防止するための忠告として、王政的に統治を行う国王に対し、アキーナスの『君主制論』を基礎に説かれるのである。即ち、(第二六章)「名誉と威厳において劣ることのなき第三の統治形態」として「憲政的且王政的」統治が挙げられる。「イングランド王国では、諸王は三身分の同意なしには立法も、臣民への課税をも為し得ないからであり、その王国の裁判官達

も、宣誓によって、それに反する主君の命令がある場合でも、國法に反する判決を下さないよう拘束されているからである。<sup>(8)</sup>」

ローマの帝國的発展も三二人の元老院によるものであって、憲政的に、即ち、多数の同意、忠告を受けて統治することが望ましい統治形態であるされ、こうした、統治形態論とのかかわりで、憲政的に統治する国王は彼の王国の有力者の同意なしには法を変更し得ない(第二六章)という議論が展開されるのである。<sup>(9)</sup>

ここでは、「憲政的且王政的統治」は、暴君的統治に対するものとして、また、ブルータス伝説のような國制起源論からではなく、より多くの賢人の忠告による統治が、ローマのような王国の繁栄をもたらすものとして、より望ましい統治として論じられているに過ぎないのではあるが、國制区分論の基本的骨格は、この段階で既に出来あがっていたと見てよいであろう。

これに対して、数年後書かれた、主著『イングランド法礼賛』(1468-71 De Laudibus Legum Anglie)では、議論の順序が逆転して、第九章で「君主の欲するところ法の効力を有する」というローマ法のマクシムへの反論として、先ず第一に、「憲政的統治を行う国王は彼の王国の法律を変更し得ない」とする議論が提出され、それに対する王子の疑問「双方ともに国王であるのなら、同一の地位にあるのに、何故に権力において等しくないのか」という問いへの答えとして國制区分論が展開されることになる。従って、ここでは、一般的に憲政的統治が望ましい、より人間的な統治形態であるというだけでなく、ローマ法地域と異なり、なぜ、イングランドで憲政的統治を行わねばならないのかが、イングランド國制論として、説得力をもって展開されねばならなかったのである。<sup>(10)</sup>かくして、フォーテスキューは、第一二章でニムロドーベルス論に従って、純粹王政的統治について論じた後に、

フォーテスキューとブルータス伝説

以下のように論じる。既に「王政的に保持される王国の始まりの形式について会得されたでしょうから、今度は、憲政的に統治される王国が如何にして始まったかを説明しましょう、両王国の始まりが理解されれば、あなたが質問された相違の理由もよりたやすく理解されるようになるでしょう」<sup>(11)</sup>

このように、『自然法の性質について』の議論は、第一三章の憲政的に統治される王国は最初に如何にして始まったかという議論として、起源論的に組みなおされて展開されることになるのである。ブルータス論が出現するのは、まさにこの文脈においてであった。

「私はこの相違は、王位の設立による相違 (*diversitas institutionum dignitatum*) にのみ由来するものであることを堅く確信するのである……、なんとなれば、以下の如く、イングランドの王国は、ブルータスがイタリアとギリシアの地から率いてきたトロイ人の仲間たち (*Bruti comitiva troianorum*) に由来する憲政的且王政的王国として始まった (*prorupit*) からである」(傍点筆者)<sup>(12)</sup>

このように、聖書のニムロド伝説に対抗してブルータス伝説を持ち出すことによって、二つの王国の相違を起源論的に説明することによって、イングランドの國制が「憲政的且王政的」であることを明らかにされることになるのである。

フォーテスキュは、イングランド國制がブルータスに由来すると論じることによって、いかなる意味を込めようとしたのであろう。

モンマス『イングランド列王伝』によれば、アエネーアスの曾孫に生まれたブルータスは誤って父親を殺害しギリシアに追放される、ここで、ギリシアの地にいるトロイ人も出会ふことになる。「ブルータスはこれらの人々

が彼の子孫と同一種族であることを知り、そこにしばらく留まることにした。しかしながら、しばらくすると、彼は戦闘力と豪胆さで、諸王や長老達によって、その國の如何なる若者よりも高く評価されるようになった。……彼は獲得した全ての金銀や装備を兵士達に与えた。かくして彼の名声は全ての人々に広まり、トロイ人達は彼の周りに集まり、ギリシア人への服属から解放されるために彼等の指導者となるように懇請した<sup>(13)</sup>のである。

ここでは、力によってではなく、人々の合意によって指導者となったということが重要なのである。このような、「合意による王権（ブルータス型）」と「実力による王権（ニムロド型）」との区分はフォーテスキュの独創ではなく、むしろ、ボーヴェイのヴェインサンの『君主の道徳的教育について』（Vincent de Beauvais, *De Morali Principis Institutione*）から着想を得たものであるといわれているように、元来はイングランド國制論にのみ結びつくものではなかったが、フォーテスキュは、この議論をイングランド議会の発展と結びつけることによって、イングランド固有の國制論起源論へと組替えていったと思われる。<sup>(14)</sup>

このイングランド國制起源論としてのブルータス伝説の持つ意義は、彼の晩年の著作、「純粹王政的統治と憲政的且王政的統治との相違について」という名の下に知られるようになった実践的なイングランド絶対王政の青写真である『イングランドの統治論』でより直接的で且明瞭な形で論じられる。

少々長文となるが、フォーテスキュの全体的構想を理解するために、第二章全文を試訳してみよう。

第二章 何故に、一方の王が王政的に統治するのに、他の王は憲政的且王政的に統治するのか

何故に、ある國は純粹に王政的な支配であって、その君主は『王法』と称される彼の法によって統治する

フォーテスキュとブルータス伝説

一一一

のに、他の王国は、王政的且憲政的支配であつて、君主は『憲政的且王政的法』と称される法によつて統治するの不思議に思う人がいるかもしれない。これら二つの君主は等しい身分であるのといふわけである。この疑問に対して以下のように答えよう。この相違の原因はこれら二つの國が形作られる際の最初の設立 (institution) のされ方にある。力強いニムロドが彼自身の栄光のために、最初の國を作り、まとめあげて、その國を暴君的に彼に従わしたとき、彼は、彼自身の意志以外のいかなる法や規則によつても統治しようとはしなかつたであろう。なぜなら、彼自身の意志によつて、その意志を成就するために、彼はその國を作つたからである。そして、それ故に、彼はこのようにして自らの國を作つたのではあるが、聖書は、彼を王とは呼ばなかつた。『なぜなら、王は統治するが故にそう称される』のであるが、彼が行つたのはそうではなくて、力によつて人々を抑圧することであつたからである。それ故にかれは暴君であり、『最初の暴君』と称される。しかし、聖書は彼を『神の前の力強い狩人』と称している。丁度狩人が野獸を屠つて食べるため捕らえるように、ニムロドは人々の奉仕と財産を得るために、『純粹王政的統治』と称される支配権を彼らに行使して、力で彼らを従属させたのである。

彼の後が、最初に王と称されたベルスであり、その後が彼の息子ニヌスであり、その後他の國々も、ニムロドの例に倣つて諸國を形成し、彼ら自身の意志以外法によつて統治しようとはしなかつた。それらの諸法は良き君主の下では、正に良きものであり、彼らの王国は、人類を彼自身の意志で規律することによつて治める、神の王国に最も似たものであつた。このように多くのキリスト教君主は同上の法を使った。それゆゑ、『君主の欲するところ法の効力を有す』というのが法であつた。それ故、私は國は先ず第一に、『純粹王政的

支配』として始まったと考えている。しかし、その後、人類がより人間らしくなり、徳性と大衆により良く配慮するようになった。ブルータスとともにこの國にきた仲間たちはそのような人々であったのであり、彼らは一体となって國と称される政治体を形成することを欲し、それを統治するための首領を持つことにしたのである。かの哲学者の言葉に従えば、全ての共同体は多くの部分からなっており、頭を持つことを必要とするからである。それで、彼らは上述のブルータスを彼らの頭に選び、王としたのである。そして、彼らと彼は、この彼ら自身を一つの國に結成し、設立し、統合するに際して、同上の國が彼ら全員が同意する法によって支配され正統化されるように命じた。それゆえにその法は『憲政的』と称され、そして、その法は王によって施行されるがゆえに『王政的』と称される。『憲政は多数を意味する *poles* と知識を意味する *ycos* からそのように称されるのであり、憲政的統治とは多数の識者の統治乃至は臣下の忠告による統治である』。スコットランド王はこの法、即ち、憲政的且王政的統治によって彼の人民を統治している。そして、ディオドルス・シクルスが彼の書物『古代史 (de priscis historiis)』で述べているように、エジプト國は同上の法によって支配され、それ故その王は彼の人民の同意なくして法を変えることはなかった。また、彼の言うには、アラビアのフェリチトリビアの地にあるサバの王国も同じような方式で支配されていた。また、アフリカのほとんどの國がそのように統治されている。ディオドルスは同書で、このような統治の方法と支配を大層褒め上げている。こうした統治が良いのは、それによつて、彼自身の裁量のみによるよりも、より確実に正義を施すことができるからというだけではなく、人々が彼ら自身の欲する正義を享受することができるからである。さて、私はなぜ一方の王が人々を『純粹王政的』に統治するのに、他の王は『憲政的且王政的』に統治する

フォーテスキュとブルータス伝説

のか十分に明らかに示されたと思う。

というのは、一方の王国は君主の力によって、かそのものから始まったのに対し、もう一つの王国は、同上の君主を建てようとする、人々の意志と創設に始まるからである。(傍点筆者)<sup>(15)</sup>

ここでは、『自然法の性質について』の徳性論と『イングランド法礼賛』の起源論が融合され、しかも、ブルータスの国王への選立がブリテン島移住後であるかのように論じられることによって、「憲政的且王政的統治」まさに、イングランド國制の固有性が強調されることになる。『イングランド法礼賛』では一般論乃至ローマ法一般との対比に重点がおかれていたのに対し、『イングランド統治論』においては、前書においては、陪審制論の後に、第三六章以下で展開されていた純粹王政的なフランス國制との対比が、冒頭から前面に出てきており、次章以降で展開されるフランス王権との対比で、イングランド國制の特色を浮き彫りにするためにブリテン等到着後の王位選立を強調したとも理解される。

しかし、次章でフランスにおける三部会の存在とその弱体化の原因についても論じられているように、國制の理解には、起源のみならず、その後の展開を跡付けながら論じられており、こうした視点から第一七章の連続説も再検討される必要がある。<sup>(16)</sup>

## 二 第一七章「連続性説」の再解釈

前節で論じたように、國制の相違が、「力による征服」か「合意による設立」かという國制起源に由来するものとして理解されるならば、現在のイングランドの國制を「憲政的且王政的」統治であると論証するためには、単に、ブルータス伝説によつて、起源における「合意による王権」の成立を主張するだけでなく、かくして形成された國制がその後中断されることなく維持されていることが、証明されねばならない。

ブリトン人以降、ローマ人、サクソン人、デーン人、ノルマン人によつて次々と征服されたイングランドの國制を合意により形成された國制と言いつるのだろうか。このように、國制論的な視点から、第一七章を読みなおしてみるならば、なるほど、章別の構成からいえば、法源論的に、イングランド法の三源泉Ⅱ「自然法」「慣習法」「制定法」という法源別の議論で、慣習法論として、イングランド法のローマ法に対する優位Ⅱ古さを論じているのではあるが、他方では、征服説Ⅱ「力による國制」への反論ともなるように意識されているのではないだろうか。

もう一度、第一七章の議論を振り返ってみよう。

第一七章 イングランドの諸慣習は最も古く、五つの民族によつて続けて受容され、使用された。

イングランド王国は、最初はブリトン人によつて、次はローマ人に支配され、そして再びブリトン人によつて統治され、その後サクソン人によつて占領され、その名もブリタニアからイングランドへと変えられた。

フォータスキュとブルータス伝説

そして、短期間王国はデーン人によって支配された。再びサクソン人によって支配されたが、最終的にノルマン人によって支配され、その子孫が現在もその王国を保持している。これら全ての民族、諸王において、世俗の王国は、現在統治されているのと同じ慣習によって継続的に統治されてきている。もしこれらの慣習が最良のものでなかったら、正義のために、理性乃至感情によって変更されたであろうし、また、完全に廃止されてしまったかも知れない。とりわけ、ローマ人は、残りのほとんど全世界を彼らの法によって裁治したし、同じように、剣によってのみイングランドを保持した他の上述の諸王も権力で法を破壊してしまつたであらう。実際、かくも古きローマ人の世俗法も、その古さを誇るヴェネチア法もいかなるキリスト教国の法もそれほど古く遡らない。ブリトン人のはじまりの時には、ローマ人は建国されておらず、ヴェネチア島には人は住んでいなかったからである。従つて、イングランドの慣習が良きものであるだけでなく、最良のものであることには、いかなる疑いもないのである。」(傍点筆者)<sup>(17)</sup>

第一三章の國制起源論的理解からすれば、ブルータス以降、ローマ人、サクソン人、デーン人、ノルマン人の力による征服によって、ブルータスに由来する合意による國制は失われてしまったことになるのではないか。何故に、イングランドの國制は今なお「王政的且憲政的統治」としてつづいているのか。ウィリアム征服王はもちろん、これらの諸王は「剣によつてのみイングランドを保持した」のであり、それゆえに「権力で法を破壊する」こともできたはずなのである。「とりわけ」、第一三章の議論の出発点となつた「君主の欲するところ法の効力を有する」とする法原則を生み出した「ローマ人は、残りのほとんど全世界を彼らの法によって裁治した」のでは

なかったか。なぜ、ブルータスに由来する國制を「変更し得た」にもかかわらず「変更しなかった」のか。

なぜなら、「これらの慣習が最良のものであった」から、というのがフォーテスキュの答えであった。もし、そうでなかったら、「正義のために、理性乃至感情によって変更されたであろうし、また、完全に廃止されてしまったかも知れない」からである。結果として変更されなかったという事実が、イングランドの慣習が正義に適ったものであったことを証明しているものであり、したがって、その起源が古ければ古いほど、より長期の時の試練に耐えてきたことになるのであって、それゆえに、その起源が最も古く遡れる慣習が、結果として「最良のもの」であったと理解されることになるのである。その意味では「古さ」とは「良さ」を証明するものであり、イングランドの慣習はまさに「古き」＝「良き」慣習ということになるのである。

もちろん、冒頭で論じたように、ここで直接に論じられているのは慣習法論であって、國制論ではない。しかし、フォーテスキュにあつては、「純粹王政的統治」が自然法の下に生み出される王国であるのに対して、「憲政的且王政的統治」は、「その後、人類がより人間らしくなり、徳性と大衆により良く配慮するよになった」段階で、人々の意志と創設によって生み出された、人為的な、その意味では、慣習法の下に生み出される王国であったのであり、古き＝良き慣習とは古き＝良き國制でもあるのであって、このイングランドの慣習的國制が幾度も「剣による」征服にもかかわらず存続していることが最も重要なことであつたのではないだろうか。

このような一五世紀中葉のフォーテスキュの國制論は、一七世紀憲法論争に、大きな影響を及ぼすことになるのだが、その一五〇年近い歴史の過程で、とりわけチューダー期のヴァージルによるブルータス伝説批判とアングロ・サクソン法史研究の本格的進展によって、さらには、その後のブルータス伝説の「ロマンス」化によって、

フォーテスキュとブルータス伝説

一三七

彼がそのイングランド國制起源論に求めたブルータス伝説の歴史的信憑性はますます疑わしいものとなってきていた。しかも、チューダ期のブルータス伝説の政治的利用は、むしろ、ギリシアの神々に連なる王権の神聖性とブルータスの征服の偉業を強調することに重点が置かれたために、むしろ國制論としては諸刃の刃となる危険性もあつたであろう。<sup>(18)</sup> それゆえ、議会派の人々にとって、フォーテスキュの國制論の重要性が増大すれば増大するほど、その論拠としてのブルータス伝説への言及を如何にすり抜けていくかは桎梏の問題となつていったに違いない。晩年に議会派の闘士として活躍し、近代コモン・ロー法学の元祖となつたクックと、それを引継いだセルデンにおけるこの問題への対応を通して、ブルータス伝説からのフォーテスキュ國制論の引き離しがどのようにして行われたか、その克服の過程を検討してみよう。

## 第二章 クックとブルータス伝説——判例集序文の分析を中心に——

### 一 クック初期判例集とブルータス伝説

クックの法思想の変遷は、エリザベス治下の法務長官時代の第一部(一六〇〇)から、第二部、第三部(一六〇二)、第四部(一六〇四)、第五部(一六〇五)、第六部(一六〇七)、第七部(一六〇八)、第八部(一六一一)、第九部(一六一三)、第一〇部(一六四一)、第一一部(一六一五)まで、ジェームズとの対立により王座裁判所長官辞任に追い込まれるまでの間、一六年間、年を追って発行された判例集の読者宛て序文を検討することによって、その大きな流れをたどることができる。また、第一二部(一六五六)、第一三部(一六五九)は、死後の出版

ではあるが、クックが政治的理由から出版を控えたと考えられる事件が多く登載されており、逆に、クックの思考の変化の背後にあるものを読み取る手助けとなろう。<sup>(19)</sup>

クックは判例集第二部の序文で、判例集出版の主要な目的を「共通善」たる「多くの人々の所有の確立と平穩」であるとした第一部序文を受けて、こうした臣民の所有の安全を与える、イングランドにおける「法の支配」を下記の如く賛美する。

「他の国でも、外見上は法が支配しているのだが、裁判官達は国王の機嫌をそこなうよりは、法を歪めて解釈し、不正を行う方を選んできた。詩人達の語るように、法律の意味は国王の意に沿うように聞こえる (*Ad libitum regis sonuit sententia legis*) のである。エリザベス女王に神の祝福あれ、女王が常に彼女の裁判官達へ課してきた職責は、古き諸法に合致するものであって、國璽、御璽によるいかなる命令も、令状、勅許状によっても、公の権利 (*publicum jus*) の実現は妨げられてはならず、ほんの僅かでも遅延されてはならないというものであった。そして、もし、例え、虚偽の意見に基づいて、このような命令が出された場合でも、彼女の裁判官達は正義を施すことを止めるべきではないし、また引延ばされるべきでもない。このことは、「朕は、何人にも正義或いは司法を売らず、また、それを拒否したり、遅延せしめたりすることもない」と偉大な憲章と称されるマグナ・カルタに表され、国王本人が語ったように、イングランドの古来の國制 (*ex antiquo institutio*) から生じたものである。もし、この素晴らしい島国の古の諸法 (*antiquae leges*) が、他の全ての法に優ったものでなければ、その島の征服者や統治者達、即ち、ローマ人、サクソン人、デーン人、ノルマン人、そして、とりわけ、正当にも、自らの國法を誇るローマ人はイングランドの法を変更してしまつたであらう」<sup>(20)</sup>

フォーテスキューとブルータス伝説

この一六〇二年に出版された判例集第二部の序論が、一六〇一年議会の独占論争と、それを收拾する為に出されたエリザベスの黄金演説、一六〇一年一月二八日の反独占勅令を念頭において執筆されていることは文脈より明らかであろう。クックはここで、イングランド的「法の支配」を、フォーテスキュー『イングランド法礼賛』の第一七章の議論を下敷きとして、ブリトン人に遡る古来の國制として賛美しているのである。慣習法が、イングランド古法一般とされている以外には、イングランドにおけるコモン・ロー (*leges Angliae communes*) の優位を法の支配に求め、また、イングランド法が優れていたが故に変更されなかったのだという、フォーテスキューの議論に基本的に忠実な理解がなされている。この時期、クックは法務長官(一五九四—一六〇六)として国王の法廷代理人として役割を果たしており、独占への批判に対しても「公共善」の立場から、議会側からの批判と妥協可能な線を求めて議論を展開しているのであり、「法の支配」の主張も決して、反王政的議論として展開されているわけではない。実際、反独占勅令を受けて、国王大権を審査するテスト・ケースとなった独占事件においても、フォーテスキュー『イングランド法礼賛』第二六章が引用されているが、引用の重点は、國制論に直接係わる形ではなく、むしろ、臣民の財産権の安全に向けられていた。<sup>(21)</sup>

第二部と同年の一六〇二年に出版された『判例集』第三部献辞では、ブルータス伝説が独自に取り上げられる。しかし、クックのこの伝説の取り上げ方に注意をすべきであろう。

彼は、法廷年報、裁判書記録、グランヴィル以降のイングランドの現存する法書、さらには、最近の判例集、法要録、議会制定法例集にいたるまで典拠とすべき法律専門文献を列挙した上で、以下のように警告する。

「如何なる人であれ、自分が専門としていない学問や科学の分野について、正当に真実を報告することは難し

いし、理解していない事柄の正しい真の関係を構想することは不可能である」。従って、「我々の年代記に報告された法には気をつけなさい、なぜならそれはきつとあなたを間違いに導くからです」として、その例として、「例えば、年代記作者達によれば、ウィリアム征服王は、すべての州にシェリフをおき、治安判事に州の平穩を保ち、犯罪者を罰するように命じたことであるが、学識ある人々は、シェリフは、現在同様に高官として、また司法官として、征服以前から存在していたことを知っており、また、治安判事は、そのほぼ三〇〇年後まで、すなわちエドワード三世の初年まで存在しなかったことを知っているからである」と論じる。<sup>(22)</sup>

このように、真正の法学が依拠すべき法律専門文献を列举し、年代記作者の著述の疑わしさについて警告を發した上で、用心深く、クックは以下のように付け加える。

「もし、読者が彼らを幾分たりとも信じるなら、コモン・ローの古さと榮譽に関して彼らの公刊したところに委ねよう。第一に、彼らの言うには、ブルータスがこの國の最初の王であり、彼の王国を確立するやいなや、かれの人民の安全で平和な統治のために、ブリトン人の諸法という書物をギリシア語で記した。かれはそれらの法をトロイの法から集めたのである。彼らの言うところでは、この王は創世後二八六〇年、主の生誕前一〇三年、サムエルがイスラエルの裁判官であった時代に没したということである。私はこれらの事柄を権原開示訴訟でやるような形で (in a quo warranto) 検討する気はない。その根拠は、それら年代記の作者や著者たちに最も良く知られていると思うからである。」(傍点筆者)

なるほど、ブルータス伝説はコモン・ローの古さの例証として利用されてはいるものの、in a quo warranto という表現に見られるように、クックにとつても、その事実が法的に立証可能なものとも考えられていないのであ

る。

実際、当時の人々は、一五九〇年に出版され、一世を風靡することになるスペンサーの壮大な叙事詩『妖精の女王』第二卷一〇篇「ブルートよりユーサーの統治に至るブリトン諸王の年代記とグロリアーナ時代までの妖精の帝王達の記録」を通してブルータス伝説に触れることが多かったであろうし、また、翌年開催されたロンドン市長歓迎のページェントにおける仮装行列、さらには、「篩」の肖像画と称されるトロイ伝説を背後に描いたエリザベスの肖像画のような、象徴化された凶像によってブルータスの物語に接していたのであり、その意味では、もはや、ブルータス伝説は歴史の世界からロマンスの世界へと移しかえられつつあったと思われる。<sup>(24)</sup>

これに対して、クック自身のブリトン時代への言及は、ドルイド神官の支配やギリシア語の使用という一見荒唐無稽と思われる議論も含め、カエサルの『ガリア戦記』の叙述に忠実に依拠して論じられているのであって、同時代人の証言を基礎としているという意味では、むしろルネッサンス期の歴史的精神に忠実なのである。<sup>(25)</sup>

そして、ノルマン征服にもかかわらず、イングランドの慣習法が継続したことを、フォーテスキュの第一七章の慣習法論に明示的に依拠しつつ、以下のように論じているのである。

「この点について、満足を得たいなら、卓越した学識者で権威者でもあるイングランドの裁判長、騎士のフォーテスキュ氏が、この問題について第一卷第一七章で記していることを御聴きなさい」として、「もしこれらの慣習が最良のものでなかったら、正義のために、理性乃至感情によって変更されたであろうし、また、完全に廃止されてしまったかも知れない。とりわけ、ローマ人は、残りのほとんど全世界を彼らの法によって裁治したのだから」とフォーテスキュの議論を直接に引用するのである。クックがフォーテスキュの慣習法論のどこに注目して

いたかは明らかであろう。しかも、クックはノルマン征服によって、イングランド法が全く変化しなかったと述べているわけではない。フォーテスキュの議論を補強する形で、「征服の後、征服王の息子で、良き書記 (Beau-clerke) と称されたヘンリ一世は学識に優れた王であった。なぜなら、彼は彼の父が我々のコモン・ローに付け加えたノルマンディの慣習を廃止し、イングランドの古法を回復せしめたと言われているからである」と付け加える。<sup>(26)</sup>

こうした、叙述から見ると、クックは、ブルータス伝説を実際の歴史的事実として理解していたようには思われないし、また、ノルマン征服が、如何なる法の変化も起こさなかったとも考えていなかったことは明らかであると思われる。

このように、この時期のクックのフォーテスキュへの依拠は、直接的には、こうしたイングランド法の優秀性や、また、臣民の財産権保護という観点からのなされているのであって、王権抑制の目的で國制論上の法の支配論を展開する際に依拠していたのは、むしろ、前述の独占事件でフラァーが引用した有名なブラクトンの法の支配論であった。

一六〇四年の第四部序文は、法学理論、制定法論、刑法典編纂論について論じた後に、裁判官論との関連で、有名なブラクトンの一節を引用する。

「ブラクトン第一巻第八章に述べられているように、国王はいかなる人の下に立たずといえども、神と法の下にある。なぜなら、法が国王を作ったからであり、それゆえ、国王をして、彼が法から受け取りしもの、即ち、領有権と支配権 (dominationem et imperium) とを法に服せしめよ。なぜなら、法ではなく恣意の支配することこ

フォーテスキュとブルータス伝説

一三三三

ろには、王は存在しないからである。<sup>(27)</sup>」

こうした、王権抑制的議論の出現には、一六〇三年のスコットランド王のジェームズのイングランド王への登位の影響を見ることができよう。彼の即位により、イングランド法とスコットランドとの法の統一が現実問題化しつつあった事態は、財産権の保護の問題においても現われる。一六〇五年の第五部で「イングランドの古く且優れた法は、この國の臣民の有する生得権であるとともに最古および最良の相続財産である」と表現されたクック独特の相続財産乃至生得権 (Birthright: avita jura) としての法という言い回しは、このスコットランドとの法の統一を意識して発せられた言葉であったに違いない。<sup>(28)</sup>

この序文におけるイングランド臣民の相続財産論乃至生得権論の強調と、判例集第五部の冒頭に、「国王教会法について」の副題の下に報告された、Caudrey 事件報告におけるイングランド教会史の叙述が、イングランド法の起源をノルマン・コンクエストに求めるカソリック側の神父からの批判を招くことになる。<sup>(29)</sup> これによって、『イングランド法礼賛』第十七章の議論が、再び前面に出てくることになる。

一六〇七年の判例集第六部序文冒頭は以下の議論で始まる。

「私の判例集の第五部出版以降、とりわけ我が國法の熱心な学徒が、第二部の献辞で私が断言したことについて満足はいく答えを欲しがっている」というのは、「彼の言うには、他の専門分野の人々の中には、イングランドのコモン・ローが、そのように誇張して話されているほど古いことに納得しない人もいる」<sup>(30)</sup>からである。

この初期のコモン・ローの不確かさへの疑問に対して、クックは歴史的事実によってではなく、フォーテスキューの権威に訴えることによって答えようとする。

「実を言うと、そのことは、私自身の意見ではあるのですが、私の考えに始まるわけではありません。それは、ヘンリ六世期の裁判長であり、騎士であった、かのもつとも尊敬すべき名誉ある裁判官ジョン・フォーテスキュ卿の判断したことなのである。彼は（法についての深い学識に加え、古事学研究においても優れており）」<sup>31</sup>「繁栄するイングランド王国の憲政的統治と國法注釈 (De Politea administratione & Legibus Civilibus Florentissimi Regni Angliae Commentarius)」と題する彼の書物の第一七章で以下の如く述べているのです。」<sup>31</sup>

この後にフォーテスキュ『イングランド法礼賛』第一七章からの、全文の引用が延々と続くことになる。題名からして、彼が依拠しているのは、ホワイトチャーチ版（一五三七？／一五四五―六）であろう。一五六七年にマルカスターの英訳版が出版され、このときまでに6版（一五七三、一五七五、一五七八、一五九八、一五九九）以上を重ねており、一六〇九年には新たな版が出版されることになる。<sup>32</sup>

かくして、フォーテスキュへの依拠の重点が、イングランド法の優秀性が継続性を生み出したという論理から、イングランド法の古さそれ自体の証明のための論拠へと重点を移しはじめることになる。しかし、このことは同時に、コモン・ローの初期の歴史については、このように、フォーテスキュの権威に頼る以外に証明の仕様がなくなってしまうことを示している。それと同時に、このように不確かな問題についてフォーテスキュの権威に依拠することは、ブルータス伝説それ自体の信憑性の喪失とともに、フォーテスキュ自身の議論の信用性を失わせることによつて、彼のイングランド國制論にまで痛手を及ぼしかねない問題を含むことになったように思われる。

クックは一六〇六年法務長官から、民訴裁判所長官に昇進したが、国王との対立も深まっていた。一六〇七年

フォーテスキュとブルータス伝説

一三五五

十一月一〇日の教会裁判所とコモン・ロー裁判所との管轄権争いに端を発した国王親裁問題で、クックが国王の自然的理性に対する学問的理性の優位を説いた著名な事件の締めくくりに引用したのもブラクトンの「国王は如何なる人の下に立つべきではないが、神と法の下にある (quod Rex non debet esse sub homine sed sub Deo et lege)」という言葉であった。国王の恣意的権力行使の抑制として議会論がでないブラクトンの法の支配論は、まだ、安全な議論であったからであろう。それにもかかわらず、この国王の勘気を蒙った一六〇七年の勅裁事件も、次ぎに述べる勅令事件とともに、生前に出版された判例集に登載されることはなかった<sup>(33)</sup>。この事件におけるは国王の自然的理性論に対する批判は、一六〇八年に出版された判例集第七部冒頭の著名なカルヴィン事件の中で、当該事件に直接触れない形で、しかも、ブラクトンの法の支配論ではなく、アリストテレスのトピカ論に依拠しながら、一般論として学問的理性の自然的理性に対する優位が説かれることになるのである<sup>(34)</sup>。

## 二 クックの征服理論とノルマン・コンクエスト

前節で触れた一六〇八年の判例集第七部の冒頭のカルヴィン事件で、学問的理性論に先立って展開された征服論においてクックは以下のように主張する。

先ず、彼は征服が既存の法に与える影響を、「キリスト教国王の王国の征服」と「異教徒の王国の征服」とに區別して論じる。後者の場合には、キリスト教に反するだけでなく、十誡に含まれる神の法及び自然法に反するが故に、征服の事実それ自体によって、異教徒の法は廃止される。これに対し前者の場合には、「征服者は、正規の

流血罰令権 (ritae et necis potestatem) を持っているので、意のままに、その王国の諸法を改正し、変更しうる」  
 のではあるが、「彼がその王国の諸法の改正をなすまでは、王国の古法が残ることになる」と論じる。さらに付け  
 加えて、「しかし、相続の権原によって王国を得た王は、彼は、その王国の諸法によってその王国を相続したので  
 あるから、議会の同意なしには、彼自身のものである諸法を変更し得ないのである」と主張するのである。<sup>(35)</sup>

このように一般論として征服論を論じることによって、クックは、相続権に基づいて王位を継承したジェーム  
 ズのみならず、ウィリアム征服王とアングロ・サクソン法との関係についても当てはまる議論を展開しているこ  
 とになる。

この議論からすれば、キリスト教信仰到来以前の國制は、征服それ自体によって廃棄されるのであるから、諸  
 法や國制の継続は問題とならない。その意味では、フォーテスキュの言うような、六民族によるさまざまな征服  
 ではなく、キリスト教王国としてのアングロ・サクソン王国の法制とノルマン・コンクエストとの関係に焦点が  
 絞られることになる。チューダー期以来進展したアングロ・サクソン法史研究の成果を採り入れた新たなイング  
 ランド國制論とノルマン征服の解釈が必要とされることになる。

しかも、ここには二重の防衛ラインが引かれている。まず、ウィリアム征服王が、相続の権利によって王位に  
 ついたのか、征服の権利によって王位についたのかが議論の焦点となるのである。『法学提要』第二部序文(一六  
 四二)の国王在位表にあるように、クックにとっては、ハロルドは王位篡奪者であり、ウィリアム征服王こそが  
 正統な王位継承者なのである。<sup>(36)</sup>

「エドワードは紀元一〇四二年に統治をはじめ一〇六六年に没した。ウィリアム庶子王は一〇六六年に統治を

フォーテスキュとブルータス伝説

一三七

始め、一〇八七年に没した」として、以下の如く付け加える。「エドワード懺悔王の没後、イングランドの王位を篡奪したハロルドは、ドゥームズデイでは、決して、国王と称されることはなく、彼の称号にしたがって、ハロルド伯と称された。それゆえ、我々は彼を省くことにする。」

例えそうでなくとも、アングロ・サクソン王国はキリスト教王国であったので、征服という事実のみでは法は廃止されたのではなく、征服王ウィリアムが実際に法を変更したかぎりで廃止されたにすぎないということになる。

かくして、イングランド法の連続性論の焦点はブルータス伝説からノルマン・コンクエスト論に移動させられると共に、三年後の判例集第八部序文におけるノルマン・コンクエスト論に向けた基本的な理論的準備作業は出来あがりつつあったということになる。

### 三 フォーテスキュ國制論と一六一〇年議會論争、勅令事件

ブルータス伝説からの離脱と新たなノルマン・コンクエスト論の構築と言う、この転換の必要性は、一六一〇年の付加関税論争及び勅令事件双方においてフォーテスキュの國制論が議會論争、法律論争の焦点となることによつて一層高まることになる。

最初にフォーテスキュ論に触れた第二部の献辞の時代に、エリザベスの黄金演説によつて一旦收拾された議會と国王大権との対抗関係は、ジェームズの即位以降、独占事件、さらには、一六〇六年に生じたベート事件とフ

レミング財務府裁判所長官の国王大権に基づく課税容認論とそれに対する一六一〇年議会における批判によって頂点に達する。

このように、国王の課税権と議会との関係が前面に出てくると、ブラクトンの法の支配論から一步踏み込んで、議会論を支柱とするフォーテスキュの國制論に依拠せざるを得なくなってくる。<sup>(37)</sup>

独占事件でアラン側弁護士を務めたフラーは、フォーテスキュに依拠しつつ議論を展開する。

「我が國の学識ある裁判官、後に皇太子付き大法官となったフォーテスキュ氏は、上述の諸制定法や同趣旨の他の法書の諸事例、記録を閲覧、精読し、多大な熟慮の上になつて、印刷された彼の書物でイングランドの国王は臣民の動産や商品に彼等の同意なしに賦課乃至課税 (make imposition) することはできず、マグナ・カルタの文言も、当該制定法によって明らかになつてくるとく上述のように解釈されるべきであると述べている。<sup>(38)</sup>」

同じく独占事件でアラン側弁護士として活躍したドッドリッジは一六〇七年に法務次官となっており、第九章の同趣旨の文言に依拠しつつ以下の如く反論する。

「貴兄の意見では、学識豊かな大法官フォーテスキュは、彼のイングランド法礼賛で国王は議会による以外に彼の人民に課税し得ないと書いているということであるが、この有利な引用で、その文言の意味を明確に伝えていない。なぜなら、その文言は、lay strange impositions であり、strange というのは不合理なという言葉と同義であつて、従つて、誤りは量にあるのであつて、権利の問題ではないのであつて、この典拠は以前に主張された諸記録や制定法と同一の根拠に基づいて主張されているのである。<sup>(39)</sup>」

これに対して、フィンチは第九章のラテン語原文から引用して以下のように論じる。

フォーテスキュとブルータス伝説

「イングランドの首席裁判官で後に大法官となったフォーテスキューは、第二六葉で、(既にしばしば想起されてきているように)イングランドの国王は議会なしに彼の人民に課税し得ないと、はっきりと書いている。nec lege ipse sine subditorum assensu mutare poterit nec subjectum populum renitentium onerare impositionibus peregrinis」<sup>(40)</sup>

かくして、国王の貿易統制権に基づく関税付加に対する論争をめぐってフォーテスキューの議会課税協賛権論の解釈が双方の側から重要な典拠とされるようになる。

クック自身は、ベート事件に対しては、法務長官時代の独占事件で示した「公共善」論者の立場を堅持しており、「公共善」のためならば、議会の同意なしに課税しうるとする立場をとっていた。<sup>(41)</sup>むしろ、クックにとってフォーテスキューの國制論の核心にせまる問題として重要な意味を持ったのは、同年九月に生じた勅令事件(Proclamations, Mich. 8 Jac 1)であったと思われる。

夏の巡回裁判から帰任したばかりのクックに対し、大蔵卿セシルが九月二〇日付けの国王のメモに基づき王座裁判所長官に二つの質問を行った。一つは、国王が勅令によってロンドンにおける新たな建物の新築を禁じうるかという問題であり、もう一つは、同じく国王は小麦澱粉の製造を禁じうるかという問題のであった。<sup>(42)</sup>

大法官エルズミアも枢密院議長も先例が無い事にこだわらざるべきでない、全ての先例には始まりがあり、内科医は治療にあたって先例にこだわらないではないかと論じた。これに対して、クックは、「なるほど、すべての先例には始まりがあるのであるが、典拠や先例を欠く場合には、新奇なことが確立される以前には、それが國法に反することのないように、十分な熟慮の必要がある。」と答え、最終的に三人の裁判所長官とアルサム財務府裁判

所判事に委ねられることとなった。<sup>(43)</sup>

この事件の注として、クックは「国王は勅令、その他の方法でコモン・ロー、制定法、國の慣習の如何なる部分も変更し得ない」と論じ、その根拠として、他の制定法と並んでフォーテスキュの『イングランド法礼賛 (De Laudibus Angliae Legum)』第九章、さらには一八、三四、三六、三七章を挙げた。さらに「また、国王は禁令乃至勅令によって以前犯罪でなかったことを犯罪とすることは出来ない。なぜなら、それは法を変更することであり、犯罪でないものを犯罪とすることであるからである」<sup>(44)</sup>と論じた。

問題が立法権限にかかわってくると、もはや勅裁事件のようなブラクトンの司法論的な法の支配論では解決がつかない。議会の立法協賛権論について論じたフォーテスキュの國制論、即ち、イングランド國制の特質としての「憲政的且王政的統治」論に直接的に依拠する必要があるが生じてきたのである。議論は政治的に極めて微妙且危険な分野に入ってきており、この判例報告も、用心深く、決して生前に出版された判例集に登載されることはなかった。

このように、一六一〇年の議會イムポジション論争、勅令事件を通してフォーテスキュの國制論の持つ政治的重要性は急速に増大していった。『イングランド法礼賛』という書名が確定していったのもこの過程を通してであったであろう。一六〇七年の第六部でホワイトチャーチ版の書名で言及していたクックも、一六一〇年の事件では『イングランド法礼賛』の書名で注を付けており、一六一四年の第一〇部序文のコモン・ロー法学文献案内でもフォーテスキュ著『イングランド法礼賛』として、後に一六一六年セルデンによって出版される書名が示されている。<sup>(45)</sup>

他方、このように一六一〇年代、議会論争等で、フォーテスキュの憲政論の重要性が増大すればするほど、フォーテスキュが國制起源論として依拠したブルータス伝説の歴史的信憑性の喪失は深刻な問題として認識されるようになっていったに違いない。その意味でも、フォーテスキュの國制起源論の修正が急務であった。

#### 四 クックのノルマン・コンクエスト論

一六一一年の判例集第八部の序文冒頭で「イングランド法の古さと、卓越性についての以前の私の序文から二つの問題が生じてきた」として、クックは、従来の疑問に答える必要にせまられていることを告白する。<sup>(46)</sup>

コモン・ローが、実際に、そのように常に確認されてきたのかという「歴史論」と、コモン・ローの本文とは何かという「法源論」との二つの問題である。クックは、この「歴史論」において、征服論を基礎に、アングロ・サクソン法とノルマン・コンクエストの意義付けを通して、イングランド國制論を組替えていくのである。

ここでは、前述の征服論を前提に、ノルマン・コンクエストから制定法令集の冒頭を飾るヘンリ三世のマグナ・カルタまでのイングランド古法の継続性に重点が移される。しばしば引用されるクックの有名な言葉「今日の我々のコモン・ローの根拠は記憶や最初期の記録を超えるものであり、ノルマンの征服者達がこのイングランドの國で見出したものと同じである」とする議論は、この判例集第八部の序文における、こうした考察の前提として掲げられるのである。ここで展開されているのはコモン・ロー上の時効論であって、従って、もはや、ウィリアム征服王が見出した法はすでに、古来からの、承認されてきたものであったと言うこと以上に遡って論じられ

ることではない。「ウィリアム征服王が遵守することを誓約した諸法は「良き且承認された古き王法 (bonae et ap-  
probatae antiquae regni leges)」であった。即ち、この王国の諸法は征服王の治世の始まりにおいて、良く、承  
認された、古きものであったのである。<sup>(47)</sup>」

その後息子ウィリアム赤顔王の圧制があったが、「ヘンリー一世の大憲章」による「エドワード懺悔王の法」の回  
復、ステイーヴンによる「ヘンリー一世の諸法及びエドワード王の法」の自由の大憲章による確認と勅令によるロー  
マ法の厳禁、さらに、ヘンリー二世による大憲章、ジョンの大憲章と森林憲章による確認があった。「これらの諸法  
は一部はヘンリー王の憲章から、また一部はエドワード王の古法から採用されたのであるが、エドワード懺悔王が  
創設したのではなく、第三部の序文でより詳細に明らかにしたように、彼は膨大な法の堆積から最良のものを選  
び一つにしたのである」。このジョンの大憲章はヘンリー三世九年の議会で確認されて以来三〇回以上確認されてい  
るのである。<sup>(48)</sup>

なるほど、典拠として、「とりわけ、第六部の序文で引用したヘンリー六世王治世の裁判長ジョン・フォーテスキュ  
氏の権威によって」とされているように、ブリトン人まで遡る第一七章の議論が完全に捨てられたわけではない。  
しかし、焦点はもはやブルータス伝説とは離れ、ノルマン・コンクェスト以降の諸王によるアングロ・サクソン  
諸王国の國制の継受が焦点となってきたのである。<sup>(49)</sup>

とするならば、イングランド國制を大陸法諸国と分かつたためには、ウィリアム征服王が発見したアングロ・サ  
クソン國制が「合意による國制」であったことを証明しなければならない。クックは「実際、明白にされたすべ  
てのことによって、ノルマン征服以前のコモン・ローの本体そのものは、アルフレッド王法典、エドワード一世、

フォーテスキュとブルータス伝説

エドワード二世、エセルスタン、エドワード、エドガー、エセルレッド、カヌート、エドワード懺悔王や他の征服前の他のイングランド諸国王の法という名の下に公布されているように、実際には、このような法令や命令の断案からは省かれている。しかし、今なお残っているこれらの諸法の数章は大部分、上述の幾人かの王によって彼らの王国の一般評議会の同意によって確立された法令乃至命令なのである」と主張する。<sup>(50)</sup>このようにアングロサクソン諸法が王国の一般評議会の同意に基づいて制定されたということが重要なポイントとなってくるのである。

そして、具体的に、陪審制がノルマン征服以前に遡ることを、さらには、民訴裁判所の起源がヘンリ三世のマグナ・カルタ以前に、そして「記憶を超えた時代に」遡ることを法廷年報の議論に依拠しつつ論じる。「エドワード四世一〇年の法廷年報五三葉では、イングランドの全裁判官が、大法官裁判所、王座裁判所、民訴裁判所、財務府裁判所、これらは全て国王裁判所であるが、如何なる人も、どの裁判所が最も古いのかを知らないように、人の記憶を越える時代から存在したことを確認した」のでくある。<sup>(51)</sup>ここでも根拠として依拠されているのは歴史論と言うより、時効論なのである。

こうした立論において、ウィリアムが見出した古来の慣習としてのアングロサクソン法とその継受の問題が益々重要となって来たに違いない。まさに、このタイミングで出現したのが、『正義の鑑』論の出現であった。

## 五 『正義の鑑』の出現とその意義

前述の第八部序文では、フォーテスキュへの賛辞は、連続性論との関係より、むしろ陪審制との関連で強調されていた。「この種の審理方式の卓越性と不偏不党性とそれが何故にイングランドの國法にのみ適合的であるのかについてはフォーテスキュの二五、二六、二七、二八、二九、三〇、三一、三二等の章を読みなさい。それらの章は、金の文字で書かれるに相応しく、重々しく且貴重なものであって、それゆえ、私は同上の如何なる部分も要約するつもりはない。学識ある読者はその源泉に遡って参照されたい。」<sup>(52)</sup>

この読者に直接の参照を勧めたフォーテスキュの陪審制論が次の第九部序文における『正義の鑑』の突然の出現の切っ掛けを作ったのかもしれない。

フォーテスキュ陪審制論の最後に挙げられた第三二章では、マタイ伝第一八章の「全ての言葉は二人もしくは三人の口で立証されねばならない」という言葉を論拠に、「陪審手続は神法に矛盾しないか」という、前章の王子の質問に答えて、フォーテスキュは「イングランド法では、他に方法が無い場合には、真実は常に二人の証人によって証明することができる」と答える。<sup>(53)</sup>

実は、この問題こそ、一五七一年のプラウドウン判例集の冒頭を飾る一五五〇年のレニジャ対フォゴッサ事件における前任の法務長官ブラッドショウ (Attorney General Henry Bradshaw) の主張を思い出させたに違いないからである。

ブラッドショウは相手側の証言の証拠能力を否定して以下のように論じる。「彼のために証言するのはただ一人

フォーテスキュとブルータス伝説

に過ぎない、すなわちウエルズだけで、法的には十分ではない。この國のキリスト教君主達は昔より彼らの法を出来る限り神の法に近づけるようになってきたのであり、さらに、禁じられた事柄に、神の法が宣言しているより、より重い刑罰を加えることもしばしばであった。この問題は、彼らが追求してきた神の法の諸々の点の中の一つなのです。即ち、申命記にあるように、すべての審判において、少なくとも二人の証人がいるべきであるということである。そして、ノルマン征服以前に作成された『正義の鑑』と称する書物に明示されているように、この國の法も、非常に古くからそれに応じたものであった。<sup>(54)</sup>

この事件は『正義の鑑』が、この期の法学文献の中で現れる最初の事例であるとされており、プラウドウン判例集にならって判例集の出版をはじめたクックがこの事件を知らないはずはなかった。しかし、一六〇三年判例集第三部の法律専門文献目録の中で全く言及されることが無かったように、当初この書物はほとんど重視されいなかったように思われる。<sup>(55)</sup>

ところが、突然一六一三年出版の判例集第九部の献辞で、前述第八部献辞の読者の質問への答えとして、この書物の意義が大々的に宣伝されるようになる。

「私はこの王国の法と慣行についての非常に古く学識豊かな論文を持っている。この國はおよそ一一〇〇年以前からそれらの法と慣行によって統治されてきたのである。その書物の題名乃至主題については、著者自身が貴兄達に以下のように語っている。『私はこの要録を、私自身が観察し、また、アーサー王時代以来の神聖なる慣習によって使われてきた反戦的諸徳と内容に応じて、『正義の鑑』と題することにする』と

そして、直ぐ後に『この要録作成のもととなった法は、聖書によって認定された、古き慣行であって、全ての

人に一般的に与えられたが故に共通のもの (Common) と称されるのである云々』と述べているのである。<sup>(56)</sup>

この『正義の鑑』の著者の言葉を受け、クックは「この書物には、實際上、この國の古のコモン・ローの全枠組みが現れていて」と断定し、議會議論、大法官府論、裁判所論、法曹論、国王大権論、刑事訴訟論等の『正義の鑑』の内容を要約的に紹介するとともに、最後に、再び「かくして、この鑑によって、貴兄はイングランドのコモン・ローの全体を完全且誤り無く認識しうるでしょう」とその意義を確認する。<sup>(57)</sup>

しかし、この『正義の鑑』の成立年代について、クックもブラッドショウの言葉をそのまま信じていたように思えない。「プラウドウン氏の注釈の第八葉、フォゴッサ事件で法務長官ブラッドショウは『正義の鑑』の名で引用し、『それはノルマン・コンクエスト以前に作成された』と述べた。彼の意味するところは、その書物がこの民族が征服されていない時に作成された (coditum fuisse) というのではなく、その書物から彼が引用した法律の正文 (textum vero legis) がコンクエスト以前にこの國の法であったということなのである」<sup>(58)</sup>

クックは、このように、慎重な言い回しで解釈しなおすことによって『正義の鑑』を再登場させるのである。なぜ、半世紀以上後になって、しかも、このような解釈の仕直しによって強引に『正義の鑑』を再登場させる必要があったのか、また、これが、なぜ第二部以来の読者の疑問に答えることになったのであろうか。

この意味を考える上で重要なのは、「イングランド人のこの國への来寇」と題された『正義の鑑』第二節の有名な議論である。

「神は正義より武力を使用したブリトン人の貴族を貶め、その國を隣接する国々の中で最も貧しく、素朴な国々、即ち、ドイツの一部から来て、その地の征服者となったサクソン人たちに引き渡した。その民族には同輩たる四

フォーテスキュとブルータス伝説

二四七

○もの首領達からなっていた。これらの君主達は、以前に大ブリテン (Great Britain or Britania Major) と称されていたこの地を「イングランド」と称した。

彼らは長期間の苦難、災厄、大戦争の後に、法の支配によって彼等の財産と身体を平和の内に防衛し維持するために、神の民として彼等を統治する一人の国王を自ら選んだのである。

戴冠に際して、彼等は国王に、力の及ぶ限りキリスト者の信仰を維持し、彼の人民を、如何なる人であるかに係わりなく、法によって統治すること、さらに、聖なる教会と正義に服し、他の人民と同様に法に従うことを誓約せしめた。そして、その後、この王国は相続可能財産となった。<sup>(59)</sup>

アングロ・サクソン王権は「征服による王権」としてではなく「合意による王権」として成立したとする理解さらには、イングランド王国の相続財産としての把握が重要な意味をもったと思われる。この合意により形成された王権から現在のイングランド國制への相続による継続性は、既に第八部のノルマン・コンクエスト論で提出されていた。あとは、第八部で欠けていた出発点の議論さえ補えばよかったのである。かくして、歴史としては信用を失いつつあったブルータス伝説に依拠することなく、当時進展しつつあったアングロ・サクソン法史研究に架橋することによって、フォーテスキューの憲政論を生かすことが可能となったのである。

かくして、翌年出版された判例集第一〇部(一六一四)の序文の文献案内には、『正義の鑑』は、グランヴィルやブラクトンに先んじて、令状登録集に次ぐ、第二番目に古き重要な法書として案内されることになるのである。

「正義の鑑」 Speculum Justicar については、見てのとおり、そのほとんどの部分はノルマン征服よりずっと

以前に書かれた (*consignatum fuit*) と主張している (*attinet*) が、しかし、なお多くのことが、エドワード一世治世にホーンという学識と分別豊かな人によって加えられたのである (と云われている (*ut ferunt*))<sup>(60)</sup>。」

これに対してフォーテスキュの著作は、

「フォーテスキュ著イングランド法礼賛、本書はヘンリ六世治世に書かれたものであるが、読むに価する多くの優れた事柄を含んでいる。彼は主君であるヘンリ六世のイングランド王位継承権と合法性を擁護するために (*pro titulo et jure*) も著述したが、後になって、真理と良心に基づいてそれらを撤回している。両書とも私の下にある。彼がとりわけ称賛に値するのは、彼は自らの誤りに固執する人ではなく、見出した真実に道を譲る人であったということにある。このジョン・フォーテスキュ氏は、イングランドの首席裁判官であり、後にはイングランドの大法官となった。彼の子孫は今日においても重要な地位にある」として紹介される。<sup>(61)</sup>

後半部は、王位継承権に関するものであろうが、ブルータス伝説との関連も想像させる言い回しでもある。

かくして、『正義の鑑』はアングロ・サクソン法史の成果を生かしつつ、安全にイングランド國制論をブルータス伝説から切り離す梃子としての役割を受け持つことになったように思われる。同時に、議論の焦点はブルータス伝説の問題から、ノルマン征服によるイングランド法の連続・不連続の問題、即ち、ノルマン・コンクエストの評価の問題へと移っていくことになるのである。他方、『正義の鑑』の序文は理想的キリスト教君主としてのアーサー王への言及によって、再び理念的にブリトン人の過去へ遡る可能性を示すことになった。クックが連続説論者として批判されるようになる新たな出発点は、むしろ、この『正義の鑑』を権威的法文献にまで高めた点に求められよう。<sup>(62)</sup>

## 第三章 セルデンとフォテスキュ憲政論の合理化

## 『イングランド法礼賛』註釈の分析を中心に――

クックが転換を図っていた同じ時期に、近代的イングランド法史研究の祖セルデン（一五八四―一六五四）は、二〇代の若きで『ブリタニアニアングロサクソン古事余滴』（1607, *Analecton Anglo-Britanicon*）、『アングル人のもつ一つの顔』（1610 *Jani Anglorum Facies altera*）、『イングランド古法論』（1610 *England's Epinomis*）等、ブリトン島の初期の歴史と法について精力的に研究を発表していた。決闘審判のノルマン起源説についても明らかした決闘審判論（1610 *The Duello or Single Combat*）を発表したのも同じ時期であった。<sup>(63)</sup>

このようにイングランド古法の歴史的研究を深めつつあったセルデンにとって、一六一〇年の付加関税問題で議会派の議会の課税協賛権の典拠として憲政上の重要性を増大させてきたフォテスキュの著作におけるブルータス伝説の持つ問題性は見過ごすことの出来ない問題となったであろう。しかも、セルデンはブルータス伝説とイングランド國制起源の結びつきを最も明瞭な形で論じた『イングランド統治論』を手稿で所有しており、クック以上にこの問題の深刻性が感じられたに違いない。<sup>(64)</sup>

一六一六年セルデンはフォテスキュのラテン語英語対訳版を註釈付きで出版する。このセルデンの『イングランド法礼賛』への註釈は、全面的なものではない、註釈を付されたのは、全五六章中、その三分の一余りの一章のみ（第三章、第八章、第十三章、第十七章、第二十一章、第二十四章、第二十五章、第二十六章、第三十三章、第三章、第三十四章、第三十九章、第四〇章、第四二章、第四四章、第四六章、第四七章、第四八章、第五一章）であ

り、しかも、その四分の一以上、すなわち一一頁中三頁が半葉にも満たない第一七章の議論の注のために充てられていることを見れば、彼が如何にこの章を問題視していたかが理解できよう。<sup>(65)</sup>

セルデンは、ブリトン人の法が最良のものであったので、征服者達もその法を変えなかったというフォーテスキュの議論に対して、以下のような批判的注によって合理化を図るのである。

[5. *Aliqui regum*]しかし、疑いもなく、サクソン人たちはブリトン人たちの慣習を彼ら自身のものと混合し、そして、デーン人は古いブリトン人やサクソン人のの慣習を混合し、そしてノルマン人も同様な事を行った。サクソン人の古法はデーン法を *Danelage*、マーシア法を *Mercenlage*、ウェストサクソン法を *Westaxonlage* と称していた。そしてある州はその中の一つの法で、また他の州は別の法で統治されていた。これら全ての法をウィリアム一世はノールウェイの法（彼にもっとも影響を与えた法である。というのは、同法によって、妾腹の庶子であるにもかかわらず、嫡出子と同等の相続権をえるからである）と比べ考慮したのである。<sup>(66)</sup>」

歴史的に見れば、イングランドの法は様々な民族のほうの混合物なのである。したがって、フォーテスキュが「この國の法が決して変化しなかったということの意味は」、例えば、ウィリアム一世の諸法の法記録の手稿に、訛ったフランス語で「これはウィリアム王がこの地の征服後イングランドの全ての人々に与えた法及び慣習であつて、彼の親族たるエドワード王が彼以前に保持していたものと同じである」と題されているものがあるが、「それらの内容は全体にわたって非常に変わってしまったてはいるけれども、今日エドワード懺悔王の法と称されるものである」ということ、さらには、「実際上は、さまざまなるノルマン人の慣習が当初より混合され、現在まで続いており」、また「後の時代に、新たな国民が（丁度のルマン征服者のように、複合した称号ではあるが、征

フォーテスキュとブルータス伝説

服によって来寇したことが、確認されている) 常に、何らかの修正をもたらしている」こと等を「十分考慮することによってより良く理解される」ことになるのである。<sup>(67)</sup>

また、最も問題の多いコモン・ローの古さについては、以下の如く理解されるべきなのである。

「7. *Leges civile in quantum Romanort...*」彼の言う我々の法のローマ市民法以上の古さには、下記の条件の上でのみ成り立つことなのである。第一にブルータスの物語が信用されること、さらに、ブリテンでは、それ以降同一の法と政体 (*law and policy*) が続いたということである。彼はその物語をローマ建国の三〇〇年前に想定している。しかし、ユリウス・カエサル以前にはこの島の住人についていかなる証言も持たないし、ポリビウスがギリシア語で、またルクレティウスがラテン語で語るまでその名前すら知らなかったといっても、我々のコモン・ローを誹謗することにはならないだろう」。フォーテスキュが論じているブルータス伝説は、ロマンス以外のなにもでもない。「吟遊詩人達 (*Bards*) は伝統から様々なことを知っているが、彼らは歌うのみである。彼らがそれを歌うが故に、その普及した物語についてもっともらしい議論が日常的になされてきたが、何でも信じ込んでしまう人を除いて、なぜ人々が、ほとんどの部分が、作り話と変わらない叙事詩 (*poetical story*) にすぎないものを信じるのか理解できない」。<sup>(68)</sup>

こうした建国伝説はイングランドに限られたことではなく、ブリテン島から建国者ブルートが連想されるように、「フランキアから建国者フランキオがヒスパニアからヒスパヌスが、スコティアかたスコータが、アングリヤからアンジェーラがバタヴィアがバートから、イタリアがイタールスから」というようにこうした作り話には枚挙のいとまもなくなるのである。<sup>(69)</sup>

彼の批判は、イングランド國制論を展開した第一三章にも及ぶ、「著者はブルータスの到来を主張し、第一三章でそれについて語っている。しかし、そのことが、我が法の古さの有利にはたらくなら、ヤフェエや彼の子孫からのブリトン人のより古い真の組織からより多くのことが得られることになるだろう。」<sup>(70)</sup>

かくして、セルデンは法の古さと優秀性を結びつける議論から決別していく。「実際のところ、偏見なくいえば、全ての法一般は、本来的には同じように古いのであって、全ては自然に根ざしており、いかなる国民もその根拠から自然に根ざす法を取り除くことはできない。そして自然は全ての國において同一であるのだから、全ての法の始まりも同一であるに違いない。」<sup>(71)</sup>「そして、ここにおいて、自然の諸法は世俗社会の便宜のために制限され、これらの制限はそれ以降増加し、修正され、解釈され、そして、現在あるような姿になった。恐らくは、自然の純粹に不変的部分を除けば、今や、その最初の存在に関しては、丁度、『学説彙纂』第二〇卷第六五法文第二分節 (n. tit. de legat. l. 1. 65. si ita §. 2) で見る)との出来るように、ローマ法で、しばしば修繕される家が、最初の素材から残っているものはなにもなくとも (ut nihil ex pristina materia supersit) なお同一のものとみなされているのと同じである。」<sup>(71)</sup>

ここには後に、ヘイルが六〇〇年間変化しなかったコモン・ローの継続性を、ギリシア神話に擬えて、「長き航海で、絶えざる修繕を行い、戻ってきたときには、以前の材料をほとんど失っていた」アルゴ号の乗組員の船 (Argonauts Ship) に擬えた話の原型を見る事が出来るよう。<sup>(72)</sup>我々は、この、いわゆる「コモン・ロー的精神」の原型といわれる思想が、本来、ローマ法源から導き出されて来たものであることに注目しておいてよいであろう

フォーテスキュとブルータス伝説

う。

このようにコモン・ローの連続性乃至歴史的同一性の問題を、形相と質料の問題に分け、形相としての本質乃至精神の同一性として理解する見方は、クックの『正義の鑑』の位置付け方以上に、より洗練したものとなってきている。絶えず変化する社会の中で、とりわけ、質料として、文字に固定された成文法の文言は変化し、修正されるにもかかわらず、形相としてのコモン・ローの精神は同一性を保っているのである。

しかも、セルデンは島国的精神からそう論じているのではない。

「國法一般に関する卓越性乃至榮譽の点については、いままでの古さについての議論からは、実質的には似たようなものであるから、ほとんど出てこない。いかなる法も比べようがない。その國にもっとも適した法が最良の法の名に値するのである。ものはそのものにしたがって最良であったり、最悪であったりするのである。」<sup>(73)</sup>

かくして当該「社会の便宜」に合わせて歴史的に形成されてきたイングランドの憲政構造はイングランドに最も適したものと理解されることになろう。かくして、イングランド國制論は國制起源論からは完全に切断された形で、そのイングランド国民への適合性を主張しうることとなるのである。このように、セルデンによってブルータス伝説は正面から切って落とされることによって、フォーテスキュのイングランド國制論の合理化が行われ、一七世紀憲法論争への準備が出来あがることになるのである。<sup>(74)</sup>

他方、フォーテスキュがイングランド法のローマ法に対する優位を説いた議論も以下のように読み替える。「この根拠に関してさらに、ローマの市民法と比べた場合の、イングランドのコモン・ローについていわれるべきことがある」として、ユスチニアヌスの死後、ロタールによるアマルフィでのデイゲスタの発見とイルネリウスに

よるボローニヤにおけるローマ法教育の復活までの空白を問題として、もし、ローマ法が優れていたというなら、「なぜ、五〇〇年ものあいだ無視されていたのであろうか」と問いかける。かくして、実際、近代ローマ法の歴史は「ロタールの下でローマ法曹が始まり、それ以降続いてきたように、それらは新しいものであるだけでなく、ユスチニアヌスの下で使われていたものの再生でもなかったのである」と断じ、コモン・ローの古さではなく、むしろ、継受された近代ローマ法学の新鮮さを強調することによって、最後に、フォーテスキュの議論を救い出すのである。<sup>(75)</sup>

むすびにかえて——設立形態による國制区分の解体形態…ホップズとヘイル——

一六五一年『リヴァイアサン』を出版したホップズは同書の特別装丁版をセルデンに献呈し、それによって、両者の交流が始まりセルデンの死に至るまで続いたという有名な逸話が残されている。<sup>(76)</sup> ホップズは、同書において、コモンウェルスを設定形態によって「設立によるコモンウェルス」||「憲政的コモンウェルス (Political Commonwealth)」(第一八章、第一九章)と「獲得によるコモンウェルス」||「父権的及び専制的支配」(第二〇章)と、いう二つのコモンウェルスに区分し、こうした設立形の相違にかかわらず、また、前者が相互に対する恐怖によるものであり、後者が征服者に対する恐怖によるものであるとしても、双方ともに恐怖に基づいて設立されたことには変わりはなく、主権者の権威や性格に相違は無いと論じた。<sup>(77)</sup> この同一性の根拠を、征服者の支配権も「剣によって」ではなく、敗北者の「同意」によって獲得されたからであるとして、両コモンウェルスとも人々の意志により設立されたとするところにフォーテスキュ的國制論からの完全な転換がある。したがって、ホップズにとつ

フォーテスキュとブルータス伝説

ては、むしろ恐怖による合意も有効であるということが重要な眼目となる。<sup>(78)</sup> このように理由付けの相違にもかかわらず、両者のディスコースの在り方、ないし議論枠組みが類似しているのは、ホッブズが、一七世紀憲政論争におけるフォーテスキュ流の國制区分論を念頭において議論を構築したからとは考えられないだろうか。

序論における機械仕掛けの人工人間としてのリヴァイアサンも、フォーテスキュの人体に擬えた有機体的國家論を彷彿とさせるだけでなく、「リヴァイアサン」それ自体までも『イングランド法礼賛』三二章において出現するからである。<sup>(79)</sup>

この設立形態による区分は、ホッブズの最初の政治論として、すでに、一六四〇年に草稿で完成し、回覧されていたとされる『法学綱要』以来のものであり、それ以後、『市民論』、『リヴァイアサン』に引継がれていくホッブズの國家論の出発点を為すことになる。もし、従来の國制論への批判という脈絡を抜きにすれば、結論的には、設立形態によって主権者の権威がかわらないにもかかわらず、何故に、こうした設立形態による区分を強調するのか理解しえないであろう。ブルータス伝説がロマンスとして消え去った後も、國制区分論乃至イングランド國制論の起源論的枠組みは残っていたのではないだろうか。<sup>(80)</sup>

ところが、『リヴァイアサン』において、主権的権力の設立形態における相違を否定してきたはずのホッブズが、一六八一年に出版された『哲学者とコモン・ロー学徒との対話』においてはノルマン・コンクエストの意義を強調し始める。

コモン・ロー法学徒とりわけクックの法理論を一方の当事者として念頭に置きながら『対話』編を構成したからであろう。したがって、國制起源論が主権論にかかわって問題となっているのであるが、その直接の焦点となつ

ているのは、フォーテスキュ流のブルータス伝説に由来する國制起源論ではなく、『正義の鑑』以降主張されるようになった、アングロ・サクソン期の法制とノルマン・コンクエスト以降の法制の連続、非連続、イングランド議會制の起源の問題なのである。

このホップズの『対話』に対するヘイルの有名な批判の中に、この間のコモン・ロー法学の到達点見ることが出来るであろう。彼は、セルデンの後を受けて、原初的設立形態による國制区分論を前提としながら以下のように批判する。

先ず、彼は「統治の諸形態はその種類、形式、程度において多様であり、或ものは君主制的乃至貴族主義的であり、或ものは民主主義的であり、また、或ものはこれらすべての混合形態であり、それらの混合の形態は無限に多様であり、また多様で在りうる。ある國制においては主権の一部は統治のある部分に属しており、他の國制では他の部分に属している。」のであるが、「これら統治の諸形態の形成のされ方にはいくつかの方法がある」として、統治の諸形態の形成のされ方を、「1、統治体制の本源的設立 (the Original Institution) によって、即ち、最初に定住した時の統治者と被治者との合意」による場合と、「2、長期の慣習と慣用」による場合、「3、勝利、もしくは征服による」場合、「4、統治体制の最初の設立 (the Primitive Institution) の後の治者と被治者の相互の合意乃至譲歩」による場合の四形態にわけ、國制起源論的に統治形態論を分類する。

ところが、他方で、フォーテスキュ的な第一の形態を、このように、「最初に定住した時の統治者と被治者の合意」は、文書として保存されることもなく、また、時の経過によって修正されてしまうものであるから、ほとんど論証不能であると論じることによって、実質的には、國制起源論からの離脱が計られて行くのである。<sup>(82)</sup>

同様な、起源論からの離脱は、征服論においても現れる。当時のアイルランド征服の問題を反映し、ヘンリ二世によって開始されジョン王によって完成されたアイルランド征服のような「それが完全で、全面的なものである場合には、絶対的な支配権、戦勝による主権を獲得する」とされる一方、ノルマン・コンクエストを、第三の征服による統治形態にあたらないとしてホッブズの『対話』編の議論を批判する。

ウィリアム王の王位請求権は、「征服の権利」によるものではなく、「エドワード王の相続権」によるものとし、王位に対する相続権争いとしてハロルドに勝利したのであって、それは「王に対する勝利 (Victoria in Regem)」であつても「人民に対する勝利 (Victoria in Populum)」ではないと論じるのである。法の変更をもたらすのは「人民と国王に対する勝利 (Victoria in Regem & Populum)」であり「単なる国王に対する勝利 (Victoria in Regem tantum)」ではないとするヘイルの峻別論理については、石井氏がすでに紹介されているところであり、ここで詳述するまでもないが、法が法共同体としての人民に属するものであるなら、完全な意味での征服とは、法共同体としての人民に対する勝利でなくてはならないのである。しかも、クックが論じたように、ハロルドは王位篡奪者であり、したがって、エドワード懺悔王の正統な王位継承者としてイングラント王となったウィリアムによる戦争処理は、「とりわけハロルドに組した人々には一定苛酷な取扱いをもたらしたとはいえ、イギリス人の法や所有権、自由保有権の全面的な変更はなかった」と理解されるのである。<sup>(83)</sup>

しかし、これだけでは、議論は完全ではない、統治形態の起源の第四の形態はそのために考案される。「2。たとえば、ウィリアム王の請求の意図が完全な征服であつたとしても（そうでなかったことは、ほとんど明白なのであるが）、彼の獲得を十全且完全なものにするには降伏と協定とが不可欠であつた。その協定でエドワード王

の法が認められただけでなく、王位請求と降伏文書に基づいて譲与され、想像しうる限りの荘厳さでもって確認された」と論じる。クックが判例集第八版序文で論じたように「全ての王の時代に、各時代毎に、エドワード王の諸法のみならず、イングランド諸王の自由な臣民として、イングランド人に属する全ての諸自由と諸権利の譲与文書がある」のであるとする議論はこうして受け継がれていくのである。

他方、第二の「長期の慣習と慣用」を「それ自体の内に、簡明な治者と被治者との合意を伝えるもの」であり、「少なくとも、治者と被治者との「合意」の当初の部分乃至、原初的に設立された統治体制の性質の証拠乃至解釈となる」とする理解によって、歴史理論としては証明不能となった、フォーテスキュ流の議論を慣習法論的な解釈理論を通して甦らせることも可能となる。いかえれば、文書や文言は失われていようとも、本来の精神が生きているということになる。

前述の如く、長期の航海で、もはや建造された当時の船板はほとんど失われてしまったとしても、その船がアルゴ号であることには変りはないのである。新陳代謝によって人間のほとんどの細胞が入れ替わってしまったとしても人格的同一性は変わらないのである。

かくして、フォーテスキュの「合意による統治」と「征服による統治」との区分は、それぞれ、「慣習的合意による統治」と「征服後の協定による統治」という修正形態の方に重点が置かれることによって、歴史的な意味での國制起源論そのものは、現在の統治形態にとって決定的な意味を失うことになるのである。

その意味で、ホッブズとヘイルの論争は、「力による統治」と「合意による統治」という、設立形態による國制区分論それ自体の解体形態であったといえよう。この時までには、フォーテスキュのブルータス伝説は、時代の歴

フォーテスキュとブルータス伝説

二五九

史意識に耐え得ず、その使命を終え、法学理論から消えうせてしまっていた。この段階では、さらにその影を宿していた、ローマ法に対するイングランド法の古さとその継続性＝優秀性を誇る第一七章の議論も、不文法源論として別種の法学理論に置きかえられていくのである。しかし、他方、フォーテスキュの主張した「法の支配」の精神それ自体は、ヘイル自身がギリシア神話のアルゴ号の故事にならって論じたように、論証のための素材を変えながらも、その後も、イングランド法の中に引継がれていったことも忘れてはならないであろう。

最後に、誤解を避けるために付言すれば、クックやヘイルの追い求めたのは、コモン・ローの歴史ではなく、コモン・ロー法学の礎石となるべき法源であったと考えるべきであろう。このことは『イングリッシュ・コモン・ロー史』と題されたヘイルの著作の冒頭の議論に如実に表れる。

「イングランドの諸法は適切にも、二つの種類の法に、即ち、Lex Scripta 成文法と Lex non Scripta 不文法に分けられうるであろう。なぜなら、(後に示されるように)この國の全ての法はその記念や記憶を文書に留めてはいるが、それら全ては、起源においては成文化されていなかっただからであり、また、これら諸法のあるものは、超記憶的慣行乃至慣習によって、その効力を得ているからであるが、こうした諸法こそが、固有の意味の Leges non Scriptae 不文法乃至慣習と称されるのである。」<sup>(84)</sup>

したがって、制定法であっても、法的記憶以前の時代に、具体的にはリチャード一世即位前に制定されたものは、アングロ＝サクソン諸王の部族法典もウィリアム征服王以降の王令や議会法令も、慣習によって効力を持つが故に、Leges non Scriptae に分類されるのである。ここで展開されているのは、その書名にもかかわらず、歴

史論ではなく、法源論なのである。それゆえに、アングロノルマン時代ノルマンの諸法は写本で確認できても「真正の記録 Authentic Records」がないが故に、その法源性は慣習に求めざるを得ないのである。コモン・ローの時効理論から発展した法的慣習乃至超記憶的慣習という議論は、これらの諸法の中の、リチャード一世以前の諸法律の法源性を立証するために援用されることになるのである。このように法的記憶の理論は、チューダー期以降増大する議会立法及び議会立法権限の拡大に対する反射として生じた、不文法の法源性を如何に位置付けるかという問題への答えとして生み出されたイングランド流近代慣習法理論であったのである。

同じことが、議会議事録（一二九〇—一五〇三）や制定法記録（一二七八—一四六八）に記載されていないエドワード一世以前の諸法律の法源性についても問題となる。ヘイルは、法曹院の制定法講義の伝統から生じた当時の制定法例集の分類の伝統に従って、エドワード三世以降の新制定法とエドワード二世以前の旧制定法の区分を基礎にしているが、結果的には、旧制定法例集の冒頭を飾るヘンリ三世のマグナ・カルタまでは、上記記録以外の公文書を通して遡ることが可能とされるのであり、この場合リチャード一世治世期とジョン治世期の諸法律に空隙が生じるが、この期の記録はほとんど無く、マグナ・カルタもヘンリ三世紀まで確定しないということ（<sup>85</sup>）で現実に合わせられることになる。

これらの不文法の本質は、文言ではなく精神にあるのであって、これらの精神は現在の慣習や慣用を通して証明され、解釈されるものであって、歴史学的手法によって得られるものではない。法律学にとっては、歴史的な失われた過去ではなく、現在なお生きている過去が重要なのであり、歴史は過去の真実を探求するためというよりは、現在の権利を確定するために求められるのである。

その意味では「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、彼等が著述する前に、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、歴史学と法学との学問的峻別論として主張されたものとして理解されるべきであろう。判例集第三部の締めくくりに使われたこの有名な議論が、再び『イングランド法学提要』第二部で、領主裁判権に関する時効論の礎石となった一二九〇年の権原開示法の解説を締めくくる言葉として再び語られるようになるのは決して偶然ではないのである。

(1) 佐々木 信「チューダー期イギリス法史学史覚書——一七世紀イギリス法学史における連続性の問題に関連して——(その一)〜(その四)」(『駒大法学論集』一二、一四、一六、一八号、一九七五—七八年)、ブルータス伝説については、(その二)第一四号、六三—九五頁に詳しい。なお、同論文への書評の機会を得た(拙稿、書評『法制史研究』二九号一九七九年)が、当時は私自身もフォーテスキューの國制論との係わりについては十分認識してはいなかった。

(2) 青山吉信『アーサー王伝説——歴史とロマンスの交錯』(岩波書店、一九八五年)、指昭博「ブルータス伝説」(同編『イギリス』であること)(刀水書房、一九九九年)所収)、ブルータス伝説のエリザベス期における政治的プロパガンダとしての利用については、フランスス・A・イエイツ『星の処女神 エリザベス女王』(西沢龍生、正木晃訳、東海大学出版、一九八二年)、同著『星の処女神とガリアのヘラクレス』(西沢龍生、正木晃訳、東海大学出版、一九八三年)参照。

(3) Sir Ivor Jennings, *The Law and Constitution* (Univ. of London Press, 5th ed., 1973) p. 47.

(4) さしあたり、C・ヒル『ノルマンの軛』紀籐信義訳(未来社、一九六〇年)、とりわけ、「二 クック 法と自由」

を参照' Pocock, *Ancient Constitution: Common Law Mind—Immemorial Custom*—(Camb. U. P., 1957). ポーコックの「超記憶的慣習論」の問題性については、拙稿「Artificial Reason 考——ホップズ・ブックス論争と近代法学の生誕——(一)」(『島大法学』三五巻四号、一九九二年)二五六—二八六—七頁参照。その後、J. P. Sommerville, *Politics & Ideology in England 1603–1640* (London, 1986), Corinne C. Weston, "England: ancient constitution and common law" in J. H. Burns ed., *The Cambridge History of Political Thought 1450–1700* (Camb. U. P., 1991) pp. 374–411; Ellis Sandoz ed., *The Roots of Liberty: Magna Carta, Ancient Constitution, and the Anglo-American Tradition of Rule of Law* (Univ. of Missouri Press, 1993) を参照する機会を得たが基本的評価は変わらない。最後の論文集に収められた Christopher W. Brooks 及び Paul Christianson の論文は既に論争が最終段階に来ていることを示しており、おそらく、Brooks の評価「エドワード・クック卿によって公式化された古来の國制論は、それ故に特定の政治的、宗教的、法律的地位への対応であったのであり、深く根ざしたメンタリテイの産物ではない」というのが最終的な答えとなるのであろう。

我が国では、戒能通厚氏がヒルやポーコックの研究を基礎に、クックをフォーテスキュの議論の継承者として、「連続性」論を展開している。戒能「イギリス市民革命と法」(『資本主義法の形成と展開1』東大出版会、一九七二年所収)、同「名誉革命と法律家」(講座・革命と法 第一巻『市民革命と法』、日本評論社、一九八〇年 所収)。これらの研究では、「連続性説」の起源として、第一七章のフォーテスキュのブルータス論が扱われることはあっても、第一三章の國制起源論との関連でのブルータス論に言及されることはない。

また、最近の研究としては、Sommerville, Sandoz 等の研究に依拠した、土井義徳「フォーテスキュの思想と英国立憲主義の系譜——ボディ・ポリティークの理念と「古来の慣習」」鈴木健夫編『ヨーロッパ』の歴史的再検討』(早稲田大学現代政治経済研究所、一九九六年)及び「初期スチュアート期のコンステイテューションリズム(1)(2)」があるが、フォーテスキュの憲政起源論とブルータス論の関連には全く触れられることはない。

なお、後に述べるように、古のイングランド法の卓越性についてのフォーテスキュへの依拠は既に『判例集』第二フォーテスキュとブルータス伝説

部(一六〇二)以降なされており、土井氏の言う第六部序文(二六〇七)は、第二部序文への従来の読者の質問に答える形で、第一七章がほぼそのまま引用されているのであって、クックのフォーテスキュの扱いは、決して散発的なものではなからう。

- (15) Sir John Fortescue, *De Natura Legis Naturae et de Eius Censura in Successione Regnorum Suprema*, in *The Works of Sir John Fortescue*, collected and arranged by Thomas Fortescue, Lord Clermont (London, 1869) vol. 1 pp. 63-184 (Latin), 187-333 (English)。なお、『イングランド法礼賛』との対応関係については、ジョン・フォーテスキュー「イングランド法礼賛について」1-3・完」小山貞夫、北野かほる、直江真一共訳、『法学』五三巻四、五号、五四巻一号(以下東北大版)の註が有益である。
- (6) *Ibid.*, Part 1 chps. 17-18 (pp. 69-71 (Latin)), pp. 196-198 (English)。アウグスティヌス『神の国』服部英次郎、藤本雄三訳(岩波文庫、一九八六)(四)一三〇-一三二頁。
- (7) *Ibid.*, p. 70 et p. 197。ハンス・リーベシュッツ『ソールズベリーのジョン』柴田平三郎訳、(平凡社、一九九四年)一〇二頁以下及び一五五頁以下。
- (8) *Ibid.*, p. 77 et p. 205。
- (9) *Ibid.*, pp. 77-8 et p. 206, pp. 87-8 et pp. 216-8。
- (10) John Fortescue, *De Laudibus Legum Anglie* ed. by S. B. Chrimes (Cambridge U. P. 1949) pp. 24-27. (以下 Chrimes ed.)
- (11) Chrimes ed., pp. 28-9。
- (12) *Ibid.*, pp. 30-33, 'prorupit' を東北大版五三巻四三二頁では「突き進んだ」、クライムズ訳では「花開いた(blossomed forth)」と訳しているが、文意からしても「始まった」と訳す方が意味が採りやすいように思われる。
- cf. *Revised Medieval Latin-Word List* (OUP, 1965) p. 378。
- (13) Geoffrey of Monmouth, *The History of the Kings of Britain* (Penguin Classics, 1983) pp. 55f. モンマスによ

れば、アエネーアス以下の系譜は、Aeneas-Ascanius-Silvius-Brutus とつながることになる。

(14) ヴィンサン (d.1264/56) の『君主教育論』については、『自然法の性質について』でもニムロドールス論で引用されていた(第八章)が、ブルータス論は現われていなかった。Fortescue, op. cit. *De Natura*, p. 198, p. 356f. Chrimes, pp. xciii-xciv. pp. 158; John Fortescue, *The Governance of England otherwise called The Difference between an Absolute and a Limited Monarchy*. edited by Charles Plummer (Oxford, 1885) p. 84, 181, 186.

(15) *Ibid.*, pp. 111-113.

(16) フォーテスキュはヴィンサンを師としたルイ聖王の時代には、イングランドの議会に類似して、三身分の同意なしには人頭税も附加税も課されなかったと論じる。そして、イングランドとの戦争によって三身分が集まり得なくなったこと、及び国土防衛の必要性が三身分の同意なしに庶民に課税可能にしたが、貴族に対しては反乱を恐れて課税し得なかったと説く。その意味では、フランスを「王政的統治」としながらも、その理由を王国の起源に求めているわけではない。*Ibid.*, pp. 114-5.

(17) Chrimes ed., pp. 38-41, 東北大版五三巻四三五一六頁参照。

(18) 前掲 註(1) (2)の文献、及び後述註(24)参照。

(19) *English Reports* では序文が収録されていないために利用されないことが多いが、クックの法思想を理解する上で必須の文献である。この序文については『*The Report of Sir Edward Coke ed. by John Henry Thomas (Part 1-4) & John Farguhar Fraser (Part 4-13)*, (London, 1826) を使用した。以下 *Co. Rep.* として引用。

(20) *Co. Rep. Part 2, Preface* pp. vii-viii; cf. *Co. Rep. Part 1, Preface* p. xxix.

(21) *Co. Rep. Part 11*, fol. 86a [1262-3], Moore, 674-5 [832]、□は *English Reports* のページ数。独占事件及び公共善論者としてのクックの立場の一貫性については、稿を改めて論じる予定である。背景となる反独占勅令と一六〇一年議会論争については、紀藤信義『イギリス初期独占の研究』(御茶ノ水書房、一九六三年)三一—四三頁以下参照。

フォーテスキュとブルータス伝説

二六五

- (22) *Co. Rep. Part 3, Pref. viii-ix.*
- (23) *Ibid.*, p. xiv.
- (24) エドマンド・スペンサー『妖精の女王』和田勇一、福田昇八訳（筑摩書房、一九九四年）三二三頁及び三二六頁以下、イエイツ、前掲『星の処女神』一〇二、一一八頁、一二二―一二、一三八―一四〇、二六一―二六三頁
- (25) *Co. Rep. Part 3, Pref. pp. xiv-xix.* カエサルはギリシア語系のルーン文字を見てブリトン人がギリシア語を話すと考えたのかもしれない。カエサル『ガリア戦記』近山金次訳（岩波文庫、一九四二年）一九八頁。
- (26) *Ibid.*, pp. xxi-xxii.
- (27) *Co. Rep. Part 4 Pref. p. xix.* *potestatem* が *imperium* に変えられている。cf. Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* ed. by Woodbine, trans. by Thorne, (Belknap Press, 1968) fol. 5b [vol. 2, p. 33]
- (28) *Co. Rep. Part 5 Pref. pp. v-vi.*
- (29) *Co. Rep. Part 5 fol. 1a ff.* [1ff.]; Brooks, *op. cit.*, pp. 84-5. クックはアングロ・サクソン期まで議会を遡らせるが、このことはクックの議会概念の広さにもよる。フォーテスキュ同様、元老院も議会のようなものであつて、国王ケンウルフを取り巻く司教と俗人の顧問会議があれば、それは議会と称されるのである (fol. 10a [12])
- (30) *Co. Rep. Part 6 Pref. p. iii.*
- (31) *Ibid.*, pp. iii-iv.
- (32) Chimes, *op. cit.*, p. xciv. フォーテスキュの書名の考察については、直江真一「サー・ジョン・フォーテスキュ―著『イングランド法札賛について』の書名の由来について」(九州大学附属図書館報『図書館情報』三〇巻二号、一九九四年) 九―一一頁。
- (33) *Co. Rep. Part 12*, pp. 63-65 [1342-43].
- (34) *Co. Rep. Part 7, fol. 19a* [400]. 拙稿「Artificial Reason 考 (二)」(『島大法学』三六巻一号) 一〇九―一一一頁。こうしたクックの慎重さにもかかわらず、これらの判例集の発行が原因で王座裁判所長官を罷免されることに

なったことを念頭に置きながら、クックの判例集は読まれるべきであろう。

- (35) *Ibid.*, fol. 17b-18a [397-8].
- (36) Sir Edward Coke, *the Second Part of the Institute of the laws of England*(1642), (A Garland Series, reprinted 1979) A poem.
- (37) ベート事件を起点とするイムポジション論争については、隅田哲司『イギリス財政史研究』（ミネルヴァ書房、一九七一年）一〇八頁以下参照。J. R. Tanner, *Constitutional Documents of the Reign of James I 1603-1625* (Camb. U. P., 1961) p. 243ff.
- (38) Nicholas Fuller, 1610/6/23 in Elizabeth Read Forster ed., *Proceedings in Parliament 1610* vol. 2 p. 163. 編者は『イングランド法礼賛』第三六章の議論としているが、むしろ第九章の議論である。
- (39) Sir John Dodderidge, 1610/6/29 in *Ibid.*, p. 220.
- (40) Heneage Finch, 1610/7/2 in *Ibid.*, p. 245.
- (41) 「国王は、この島国の生命である営業と交通の増進のため、即ち、公共善のためでなければ、いかなるイムポジションであれ、この王国に輸入され、もしくは輸出されるいかなる商品にも、意のままに課することはできない」*Co. Rep. Part 12*, 33 [1315]。したがって、国王がもはや公共善を代表しなくなったとき、クックは議会派へと転じて行くことになるのである。
- (42) *Co. Rep. Part 12*, fol. 74 [1352]
- (43) *Ibid.*, fol. 75 [1353]
- (44) *Ibidem.*
- (45) 直江、前掲論文、筆者の知る限り、一六〇九年のアッシュの『エピソード』のクック宛献辞は、冒頭から「彼のイングランド諸法礼賛 (the commendation of the lawes of England)」という書物」でとして、マルカスター版書名を縮めた形で引用している。他方一五九七／八年頃完成されたヘイクの『エピソード』では、「彼の小さな註  
フォートスキュとブルータス伝説

釈 (his *lyttle Commentary*)」としてホワイトチャーチ版を短縮したと思われるタイトルを使用しており、世紀の変り目頃には『イングラント法礼賛』というタイトルはそれほど確定的でなかったように思われる。

- (46) *Co. Rep. Part 8 Pref.* p. iii.
- (47) *Ibid.*, p. iv.
- (48) *Ibid.*, p. vi-x.
- (49) *Ibid.*, p. xi.
- (50) *Ibidem.*
- (51) *Ibid.*, pp. xii-xv.
- (52) *Ibid.*, pp. xiii-xiv.
- (53) *Crimes ed.*, pp. 72-75, 東北大版五三卷五九一―五九三頁。
- (54) *Reniger v. Fogossa*, *Hillary 4 Edw. 6 in Exchequer Chamber (1 Plowden fol. 8 [12])*
- (55) *Co. Rep. Part 3*, pp. vii-viii. 実際、中世を通じて写本は一例しか確認されておらず。前述のようにフォーテスキュが版を重ねたのに対して『正義の鑑』は一六四二年まで出版されることもなかった。F. W. Maitland *introduction to the The Mirror of Justices ed. by W. J. Whittaker (1895) (Selden Society vol. 7) pp. ix-xi.*
- (56) *Co. Rep. Part 9, Pref.* pp. v-vi., cf, *The Mirror of Justices*, p. 3, p. 5. この序文によってキリスト教君主としてのマーサーにまで結び付けられることになるが、クックの巧妙な取扱いについては、後述註(62)
- (57) *Co. Rep. Part 9, Pref.* pp. iv-x.
- (58) *Ibid.*, pp. x-xi.
- (59) *The Mirror of Justices*, op. cit., p. 6.
- (60) *Co. Rep. Part 10, Pref.* pp. xxv-xxvi.
- (61) *Ibid.*, p. xxviii.

(62) もちろん、具体的法源において伝説的アーサー王に依拠しているわけではない。例えば、クックは、「古の諸王の時代、即ちアルフレッド王の古き記録を調べ、そしてアーサー王時代以来の諸法について書いた『正義の鑑』は……」というように、『正義の鑑』著者は、アーサー時代以来の法について書いたとはのべているが、著者が、実際に調べたのはアルフレッド王の時代の記録であるとして慎重に区分して論じる。史料的には、アングロ・サクソン諸王の法典以前に遡れないことをクックも自覚しているのである。問題は、その史料の解釈の問題であり、その際、収録された諸慣習を「アーサー王時代以来の神聖な慣習」であると主張する『正義の鑑』序文の叙述が大きな役割を果たすことになるのである。その意味では、『正義の鑑』はアングロ・サクソン時代から、再びブリトン人の時代にまでロモノ・ロー法史を遡らせる跳躍台の役割を果たしたということになる。

Sir Edward Coke, *The Second Part of the Institutes of the Lawes of England* (1642) (Garland CELH Series), p. 498.

- (63) Edward Fray, "John Selden" in *Table Talk of John Selden* ed. by Frederick Pollock, 1927 pp. 154-5. Martha A. Ziskind, "John Selden: Criticism and Affirmation of the Common Law Tradition" *The American Journal of Legal History*, vol. 19, pp. 33-35. これら初期の著作の内容については Paul Christianson, "Young John Selden and the Ancient Constitution, ca. 1610-18" *Proceeding of the American Philosophical Society*, vol. 128, No. 4, 1984 pp. 272-278. を参照。また、ドライトンと Poly-Olbyon との関係については *Ibid.*, pp. 283-6. セルデンについても、近年研究が進んできているが、本稿では時間的にも力量的にも全面的に議論を展開する余裕がない。ここでは、さしあたり、フォーテスキューへの註釈を中心に論じることとするとともに、近年の重要な文献 *David Sandler Berkowitz, John Selden's formative years: politics and society in early seventeenth-century England*, (Associated University Presses, 1988); Paul Christianson, *Discourse on history, law, and governance in the public career of John Selden, 1610-1635*, (University of Toronto Press, 1996).

- (64) クックは前述の法律文献案内でも『イングランドの統治』については触れておらず、また、クックの蔵書目録のフォーテスキューとブルータス伝説

中にも同書の手稿は発見できない。これに対して、セルデンはクックの所有していた「正統なる王位の権原に関する宣言」に加え、'difference between dominium regale and dominium politicum et regale'の書名の下にこの手稿を所有していることを『イングランド法礼賛』の序文の中で明らかにしている。John Selden, "Notes on Sir John Fortescue, De laudibus legum Anglie" in *Joannis Seldeni jurisconsulti opera omnia* (London, 1726) vol. 3 col. 1883. クックも一六二八年権利請願に関わって、『イングランドの統治』について言及しているが、セルデンの影響があったのかも知れない。(State Trials, col. 375)

- (65) *Ibid.*, cols. 1885-1906.
- (66) *Ibid.*, cols. 1887.
- (67) *Ibid.*, cols. 1887-8.
- (68) *Ibid.*, col. 1890.
- (69) *Ibidem*.
- (70) *Ibid.*, col. 1891.
- (71) *Ibid.*, col. 1891-2.
- (72) Sir Matthew Hale, *The History of the Common Law of England*, ed. by Charles M Gray (Univ. of Chicago Press, 1971) p. 40.
- (73) Selden, op. cit., col. 1892.
- (74) ハムデン事件をはじめ一七世紀憲法論争一般への影響については、Caroline A. J. Skeel pp. 95-6, "The Influence of the Writing of Sir John Fortescue" *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 10, (1916). また、フォータスキュの如何なる側面が利用されたについては、一六二八年の議会論争資料 *Commons Debates 1628*, ed. by Robert C. Johnson et al, (Yale Univ. Press), 1977 vol. 1 pp. 135-6 を参照。
- (75) Selden, op. cit., cols. 1892-3.

- (76) ジョン・オーブリー『名士小伝』橋口稔、小池銈訳（富山房百科文庫 26、一九七九年）一二八頁。同じく二二頁も参照。
- (77) ホップズ『リヴァイアサン(二)』水田洋訳（岩波文庫、一九六四年）三四頁及び三六頁―八五頁。
- (78) 同書、七六―七七頁。
- (79) 同書、二七―二八頁。Chrimes ed., *op. cit.*, pp. 30-31. et pp. 76-9. 東北大版五三卷四三〇―四三二、五九四頁。国家論一般としては、ホップズはフォーテスキュが依拠した前近代社会のアリストテレス的有機体的国家論そのものを問題としたと理解する方が適切かもしれない。しかし、眼前に展開するイングランド國制の転換を考えたとき、直接の発想のヒントはフォーテスキュあたりにはあつたのではないだろうか。
- (80) Thomas Hobbes, *The Elements of Law Natural and Politic*, ed. by Ferdinand Tommies (Camb. U. P. 1928) pp. 99; Do, *De Cive* (the Latin version) ed. Howard Warrender (Oxford Clarendon Press, 1983), p. 135; Do, *De Cive* (the English version) ed. Howard Warrender (Oxford Clarendon Press, 1983) p. 117. 上の問題を一六五〇―五一年の「エンゲイジメント論争」との関連性を強調し、「突然、△設立によるロモンウェルス▽と区別される△獲得によるロモンウェルス▽を語り始める」とする鈴木氏の議論には無理があるように思われる。鈴木朝生『主権・神法・自由』第四章第三節 征服理論（木鐸社、一九九四年）二五九―二六四頁。
- (81) Thomas Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, ed by Joseph Cropsey (Univ. of Chicago Press 1971). pp. 59, 67, 69/(12), (26), (30). ( ) 内は原ペーン。
- (82) *Reflection by Lord. Chief Justices Hale on Mr. Hobbes his Dialogue of the Lawe*, reproduced by W. S. Holdsworth in *History of English Law vol. 5 appendix III*, pp. 507.
- (83) *Ibidem*, 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』九四号 一九七五年)九四頁以下参照。
- (84) Hale, *op. cit.*, p. 3.
- フォーテスキュとブルータス伝説

論 説

二七二

(85) *Ibid.*, pp. 3-15.

(86) Coke, 2 *Institute* p. 499. クリストファ・ヒル『イギリス革命の思想的先駆者達』福田良子訳(岩波書店、一九七二年)三九二頁 *Co. Rep. Part 3, Pref. p. xxiii.*