

コモン・ローとは何か

——国民的法共同体の成立と法——

深尾裕造

はじめに

J・H・ベイカーが英法史の標準的概説書となった『イングランド法概説』の第10章（「陪審と訴答」）で「コモン・ロー制度の終焉」という項目を設け論じ始めたのは、1979年の第2巻からであった⁽¹⁾。しかし、「コモン・ロー制度の衰退」という節の中で扱われたために、目次に表れることもなく、当初は、それほど衝撃的な印象を与えるものではなかった。しかし、2002年の第4版では、「コモン・ロー制度の衰退」に続く、独立した節として論じられるようになったこともあり、コモン・ロー史の研究者にとっては見過ごすことのできない節となってきた⁽²⁾。

尤も、この終焉は、メイトランドが訴訟方式論で、令状の廃止を論じたときに、既に予定されていたのかも知れない。ベイカーも「訴訟方式の終焉」については、初版から第9章の令状論の最終節で論じていた。しかし、メイトランドが「墓場の下から支配している」と論じたように、アンジュール期に発達した令状を基礎に築き挙げられたコモン・ロー・システムは20世紀に入っても大陸法とは異なるシステムを保ち続けていた。むしろ、コモン・ローの伝統的システムが大きく変化していくのは1970年代以降であり、その変化は世紀の変わり目に一気に加速した⁽³⁾。1987年公訴局の創設による検察官制度の発足、1996年ウルフ・リポート以降の急速な民

事訴訟法改革、1998年人権法、そして、とりわけ、今世紀に入り、バイカーに「憲法革命 (Constitutional Revolution)」と言わしめた2005年憲法改革法によって大きく変動した。⁽⁴⁾ 訴訟法改革、憲法改革法の背後にあるのがEU法体系との適合性にあるとするなら、コモン・ローの終焉を決定付けたのはEU法化であるのかもしれない。バイカーが訴訟方式の終焉に加え、節を改めてコモン・ロー・システムの終焉を論じる理由の一端もこのあたりにあるのではないだろうか。

このことは、逆に、コモン・ローとは何であったのかを理解する上で重要な示唆を与えてくれる。コモン・ローは歴史的に発展してきただけに、その定義は多義的であるが、コモン・ローという言葉の誕生以前から、イングランドに共通な法としてのイングランド國法としての性格を保ち続けてきた。近代法が国家法中心の世界で出来上がっているため、却って、このことの重要性は見失われがちである。しかし、近代法の特質を意識的に探求したウエーバーは、イングランドにおける早期の國法の成立の特殊性を見逃さなかった。

ウエーバーは「近代法の形式的諸性質」の中で、西洋における形式合理的な近代法の成立理由の一つとして、「西洋のみが、[[自治法的] 合意は [一般的] 國法を破る」という法命題と法の属人性との完全な除去を経験した⁽⁵⁾」ことを挙げている。この命題は、ウエーバーの西洋近代法論において、ディングゲノセンシャフト論や家産制の身分制的ステロ化としての封建制論等に比し、それほど注目を浴びてこなかったように思われるが、確かに、合意が國法を破るなら、近代国家法は成立しない。絶えず合意によって新たな特別法領域が生み出されることになるからである。

この命題を論じるに際して、ウエーバーは、近代以前においては、「法は「属地法」“lex terrae”ではなくて——ただし国王裁判所で適用されたイギリス法は、ノルマン人による征服の後、やがて間もなく属地法になっ
2(939) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

たが——、人的団体の特権だった」(187頁 [s 433])ことを強調する。イングランドは例外的なのである。イングランドだけではない「中世イタリアの〔都市国家の〕諸条例は、イギリス法と同様に、統一的な属地法 *lex terrae* を創り出している。中部ヨーロッパ大陸においては、絶対主義的な君主国家がはじめてこの企てをおこなったが、それも多くはこれらの特別法を実質的に温存しながらであった。近代的な国家アンシュタルトになってようやく、これらの特別法は完全に廃止されたのである」(433頁 [ss 482-3])

近代国家法に慣れ親しんだ我々には当然であるようなことではあるが、国家法としてしか法を語らない、もしくは、国家法としてしか法を語れなくなった近代人にとっては意外なことかも知れない。しかし、ウェーバーがいうように、一つの国家が一つの法共同体を形成するのは、極めて近代的な現象であるということに注意をする必要がある。フランスは一つの王権の下に統治されていたが、フランス民法典が成立するまでは、単一の法共同体ではなく、ヘーゲルに紹介された「馬車を替える度に、法が変わる」というフランスの哲学者の言葉に代表されるように、フランス革命前には多くの慣習法地域とバルルマン管区に分かたれていた。プロイセン一般ラント法の成立も同時期ではあるが、プロイセン地域に限られるだけでなく、地域特別法の優位を前提としていたのである。ドイツという国家が成立し、ドイツ全体が一つの法共同体として完成されたのはドイツ民法典が成立した二十世紀になってからなのである。それ故にこそ、ウェーバーにとっては、イングランドにおける早期の國法の実現は驚きであったのである。

一つの王國の成立が必ずしも一つの法共同体の成立を意味するわけではない。ウェーバーが慎重に、「イギリスのコモン・ローは、征服以来、完全に公式にはヘンリー二世以来、属地法であったが、このような「属地法」“*lex terrae*”をつくり出すということは〔イスラムにおいては〕全く不可

能なことであったろう」(403頁[s 476])と論じた。実際、『ヘンリー一世の諸法』は、イングランド法がマーシア法、ウェセックス法、デーン法地域に分かれていると論じていた。即ち、辺境地域に住むアングル人の法、西部地域のサクソン人の法、そしてデーン人の法というように、属人的に分かたれていたのである。それに加えてノルマンディから持ち込まれたレーン法があったわけであるからサクソン人の故地のザクセン・シュピーゲル段階と大きく変わらなかったともいえよう。しかしながら、ウェーバーによれば、「イギリスにおいてレーン法がドイツにおけるように特別法として成立することなく、統一的な「國法」“lex terrae”——すなわちコモン・ローの中に解消するという結果を実現した。その代わりに、土地法・家族法・相続法全体が、いうまでもなく強い封建的性格を帯びることになった」というのである。イングランド法の封建的性格は、早期に國法となったことの裏返しだということである。

このアンジュー期イングランドにおける国民国家的法共同体の成立について、バイカーも『イングランド法史概説』(第4版)で、「偶然にも、イングランドにヨーロッパ唯一のナショナルな法体系を与えたのは、アンジュー統治の強力さ、いや苛酷さでさえあった」(p. 16)と論じている。ナショナルなという言葉の定義を如何に考えるかという問題もあるが、この時期に、後の近代国家に繋がるイングランド的規模で属地法としての國法が実現した地域はなかったと考えられる。しかし、その個性的なコモン・ロー・システムの終焉が語られる時代を迎えている。このことは、逆に、コモン・ローの歴史研究は、近代国家法が生み出され、成熟し、終焉していく過程を理解する上での絶好の時期を迎えているということの意味ないだろうか。イングランドが最初の近代資本主義国家であったと理解するなら、それだけ一層イングランド法史研究の持つ意義は大きくなったといわねばならない。

その意味で、イングランドにおける早期の國法の成立に着目したのはウェーバーの慧眼であった。しかし、問題はそれほど簡単ではないように思われる。

基本の命題に還って、整理してみよう。「[[自治法的]合意は [一般的]國法を破る」という法命題と法の属人性との完全な除去を経験しないかぎり、近代法は実現されないのであり、ドイツでそれが実現したのは、早くても絶対王政期になってからであったのに対して、イングランドではヘンリ二世に実現したというのである。

しかし、ヘンリ二世の*コモン・ロー*の生誕を記す法書『*グランヴィル*』において、ウェーバーが克服せられるべきとした命題そのものを見出すことができる。通常は契約成立後は一方的に解除することは出来ないが、一定期日までなら、いずれの側からも免責の上解除しうるとする合意があれば、一方の側からの解除も可能であるとして、「なぜなら、合意が法律に勝るということが一般的真理であるからである。(generaliter enim verum est quod conventio legem vincit.)」(X-14 De Emptione et Uenditione)と理由付けられているからである。後に論じるように、この法理は、ヘンリ二世の孫の時代、中世イングランド法学の華ともいべき『*ブラクトン*』においても、頻繁に繰り返される。もちろん、売買という分野に関連する議論ではあるが、*Lex terrae* の実現と、合意が法を破るという命題の克服とは必ずしも直線的な関係で論じることは出来ないようにも思われる。

『*英米法辞典*』の編者が、「普通法」という訳語は、ドイツの普通法 *gemeines Recht* と混同するおそれがある」として、普通法の訳語を避けたのは、何れが普通法の名にふさわしいかは別にして、*コモン・ロー*の國法的性質を理解する上で極めて示唆的である。なぜなら、ドイツの普通法は、補充的効力を持つのみで、*コモン・ロー*のような國法的地位を獲得することはなかったし、*プロイセン一般ラント法*すら、特別法に優位するわ

けではなかったからである。しかし、コモン・ローの國法的性質は、『グランヴィル』や『ブラクトン』を見る限り、「合意が法を破る」という命題を克服する形で実現したようには思えない。コモン・ローが如何にして國法的地位を獲得したのか。本稿では、『ブラクトン』における *Lex terrae* の用法の分析を中心に、この問題の解決に迫ってみたい。

第一章 予備的考察

コモン・ローの理解の仕方は概ね三通りの方法がある。第一は、本王国の諸法のみを指す場合で、慣習法、ローマ法、教会法やそれ以外の如何なる法であれ、それに加えられた法を含まない意味である。我がイングランド法で論争がある場合にはコモン・ローによって何が正しいか (of right) 決定される。そして、教会法によって、また海事裁判所等によって決定されることもあるのである。

第二に、王座裁判所、民訴裁判所といった国王裁判所を意味する場合がある。これはこれらの裁判所を領主裁判所、州裁判所、埃足裁判所の如き下位裁判所と峻別するためである。例えば、当該土地は自由保有地であるので、コモン・ローに訴えるべきだという理由で、土地に関する訴訟が旧王領地から移管される場合、[コモン・ローにとは] 旧王領地やその他の下位裁判所ではなく、国王裁判所に訴えるべきことを意味する。

第三に、そして最も通常の場合、コモン・ローという言葉によって、何らかの制定法によって同上の法に変更が加えられ前に、一般的に法と見做され、理解されていた諸法を意味する。例えば、期間貸借権者と異なり、生涯権保有者はグロスター法第5条が制定されるまでは、コモン・ロー上、不動産毀損で罰せられることはなかったが、同制定法によって、彼等に対する不動産毀損訴権が付与されることになった。しかし、鰥夫産権保有者と寡婦産権保有者は、コモン・ローで、即ち、前述のグロスター法が制定される以前の通常且つ共通に受容された諸法によって、不動産毀損で罰せられていた。

John Rastell, *Expositiones termiorum Anglorum* (London, 1579)

コモン・ローとは何かということの理解を、我々にとって困難にしているものの一つとして、近代における法観念と前近代における法観念との相違があるように思われる。近代的法観念によって近代以前のコモン・ローを十全に理解することはできない。近代的法観念からコモン・ローを定義し、その起源を探っても、近代以前にはコモン・ローはなかったというトートロジーになってしまったり、神秘的な秘儀としてしまったりする危険性が大きい⁽⁶⁾。当時の人がコモン・ローという言葉で理解したものを先ず見出す必要があるだろう。

冒頭に掲げたのは、イングランドの最初の法律辞書、ラステル『イングランド法律用語辞典』（1523年）の1579年版に記されたコモン・ローの定義であるが、近代人である我々にとって、丁度、中世との中間点で、前近代コモン・ロー概念理解の出発点として貴重であろう⁽⁷⁾。

既に、この段階からコモン・ローの定義は多義的になされている。我が国の『英米法辞典』のトップに挙げられるエクイティに対するコモン・ローという定義のされ方は見当たらない。この時期に大法官裁判所は確立しているのだが、現在でも、law & equity とする用法でコモン・ローとエクイティが対比されるように、18世紀におけるエクイティの結晶化以前の段階では、エクイティは個別的救済に留まり、一個の法体系とは見なされていなかったからであろう。

制定法に対するコモン・ローという意味も、制定法概念が成立する以前には、出現するはずはなく、コモン・ローという言葉が出現する13世紀末がそうした意味が形成された時代となる。その場合にも、ラステルの辞書のように、中世を通して、訴権主義的な思考方法が強かったことに留意すべきであろう。コモン・ロー上の訴権か、制定法上の訴権かが訴訟の成立において重要な問題であったからである。

より古い語義は、ラステルが第二に挙げている、国王裁判所を意味する

用法であろう。通常イングランド法史でコモン・ロー生誕の世紀とされる、ヘンリ二世の時代を象徴するのは国王裁判所の令状手続を中心とする裁判慣行を叙述した『グランヴィル』の時代であり、コモン・ローという言葉が出現する一世紀前の時代である。国王御猟林地域を國法の適用からの除外とそのための特例の裁判所の設置に係わって、教会法で使われていたラテン語の *ius commune* という用語が、世俗法分野で借用されるようになるのもこの時代であった。⁽⁸⁾

こうしたコモン・ローの多義性は、コモン・ロー自身が歴史的に発展する中でその意味を獲得していったことに起因すると考えて良いであろう。しかし、この歴史的な意味変化の中で、一貫しているのは、ラステルが最初に挙げた「本王国の諸法のみを指す場合」であろう。『英米法辞典』では、領域的国家法としてより、法系論的に教会法や、ローマ法に対する意味として例示されている3、4の意味に近いのであるが、ウェーバーが近代法論で注目したのも、イングランド國法という意味での、この領域的法概念であった。ここでは、慣習は、当時の通常の意味で、即ち、地方個別慣習の意味で、コモン・ローと対立する意味で使われている。『英米法辞典』でエクィティとの対比と共に第一の語義として挙げられている「王国の一般的慣習 (*general custom of the realm*)」という表現は、アンジュール期以来の令状における「國法と王国の慣習に従って (*secundum legem terrae et consuetudini regni*)」という表現に由来するものではあるが、コモン・ローを王国の一般的慣習とする定義それ自体はセント・ジャーマンの『神学博士とコモン・ロー法学徒との対話』以降徐々に定着したものにはすぎないのであって、ある種の形容矛盾的な表現なのである。また、セント・ジャーマン自身も現在の我々がコモン・ローとして語るものを、マクシムと王国の一般的慣習の二つに分けて考察していることにも留意しておく必要がある。

現代国家制定法中心の代を生きる我々にとって慣習法の効力根拠が最も理解にくいものであるかもしれない。中間の時代を生きるセント・ジャーマンも、その困難を感じ始めていたのかも知れない。彼は、神学博士の問いに答え、法準則の形式でコモン・ローを示すのだが、その後、この慣習法の効力根拠について、以下のように説明し、神学博士の同意を求める。

法学徒：……これらすべての、そして、他の同様な慣習は、[合理的であって、そこで使用されている慣習は法律上充分有効であるのだけれども、] 理性のみによっては、そうあるべきであって、それ以外であってはならないとは証明できない。そして《それ故に》こうした[一般的]慣習に反して作成された制定法は完全に有効で法として遵守されねばならない。……

(中略)……所有権法は一般慣習法の中に数え上げられる。しかも、これらのイングランド法の諸慣習の始まりを扱った如何なる制定法も他の成文法もないということが理解されるべきである。[理解すべきは何故にそれらが法と見なされねばならないかではない。]そしてそれ故に王国の諸法の識者に従うべきなのです。本王国の古き慣習であることが諸慣習法のための唯一且つ充分な典拠なのです。そして、博士方はこの点について、即ち、慣習のみで法(any lawe)の充分な典拠となるか否かについて、どの様にお考えかお教え願えないでしょうか。

神学博士：博士達は慣習に基礎付けられた法を最も確実な法と見なしています。しかし、それとともに常に以下のことが理解されねばなりません。そのような慣習は理性法に反してはならず、また神の法に反してもならないということです。(D&S, p. 57)

この簡単な答で、コモン・ローの慣習法論が神学やローマ法の博士達の慣習法論と変わらないことを確認した上で、マクシム論に移っていくのだが、マクシム論の最後で再び、念を押すように、以下のような質問を神学者に行わせて答える。

神学博士：しかし、[私がお示し願いたいのは]、貴方が以前に第八章で提

起した國の一般的慣習の諸事例や貴方がマクシムと称するものが、否定されるべきではなく、マクシムとして理解されるべきであるということは、イングランド法では如何なる權威 (auctorytie) によつて証明されるのかということなのです。なぜなら、貴方自身もそうであることを同意したように、それらは理性によつては証明されないからです。従つて、それらを証明する何らかの制定法か他の充分な典拠 (auctorytie) がある場合にのみ確認できるのであつて、(それがなければ) 軽く否定されうるからです。

法学徒：イングランド法の多くの諸慣習 [と諸原理] は、国土の慣用と慣習によつてあまりに明白に知られているのでそれについて如何なる成文法も必要としない。例えば、長男が父を相続することに、また、男子がいない場合には全ての娘が一緒になつて一人の相続人となることに、また、夫が二人の婚姻の際に [もしくはその後] 妻がもたらした彼女のあらゆる動産の所有権を有することに、また庶子が法定相続人として相続すべきでないことに、また遺言執行人達が遺言者の全動産の処分権を有することに [そして、遺言執行人がいない場合には、管区主教が処分権を持つ、法定相続人は先祖の動産に干渉すべきではない。しかし、個別慣習が彼を助けることがある]、さらにそれ以外の多数の慣習と原理は、如何なる成文法も必要とはしない。他の人々にそれほど公には知られていない [法] 原理や慣習も、一部は理性の法によつて知られうる。そして、また他の一部は、開廷期年報と称されるイングランド法の書物によつて知られ、また一部には、国王裁判所や国庫に残っている様々な裁判記録によつて知ることが出来る。とりわけ、令状登録集と称される書物や、上述の慣習や原理 [の多く] がしばしば文書で採録されている様々な諸制定法によつて知ることが出来る。(D & S, p. 69)

コモン・ロー・マインド論を中世に遡つて検討したタブズはこの答えを、問いに直接応えるものではないと批判する。なるほど、現代の我々の視点からすれば、法の効力の問題が、法の確実性の問題にすり替えられ、法の權威の問題が、法の知識の問題にすり替えられているように見える。実際、そうなのである。

しかし、法を主権者の命令であつて、法を作るのは權威であつて賢識
10(931) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

(Wisdom)ではない。というのはホップズ以降の考え方である。セント・ジャーマンにとってはそうではない、全ての人に知られていれば、まさに法はポジティブなものであり、権威的に決定する必要もないのである。すなわち如何なる成文法も必要としないのである。それほど公に知られていなくても、法廷年報や訴訟記録等から知ることが出来る。

全ての人に知られていない、マクシムについてはもう少し説明をする必要があるかも知れない。「一般慣習も上述のマクシムと同じ効力と権原 (the strength and warunte) をもっているのです、これら全てのマクシムは上述の王国の一般的慣習の内に数えた方が都合がよいかも知れないが、上述の一般的慣習はイングランド王国中に普及し、学識者のみならず、学識無き人にも、王国中で十分に知られているか、もしくはイングランド法を僅か学べば、簡単に知られうるものなのです。これに対し、上述のマクシムは国王裁判所のみで、また、王国の法について多大な学習を積んだ人々の間でのみ知られるものだからです」(D&S, p. 59) と弁解気味に論じている。

イングランド法の第四の基礎としてのマクシム論の冒頭で、「これら [諸マクシム] は、常に法と見なされてきたので、学識ある人がそれらを否定するのは法に適っていない。なぜなら、これらマクシムの全てどれをとっても、彼自身にとって十分に権威あるものであるのです、それらのマクシムを否定する人と議論することは無駄となる程であるからである」(D & S, pp. 57-59) と論じて、フォーテスキュのマクシム論を引き継ぐと共に、対話の相手である神学博士の要望に応え、フォーテスキュが具体的に論じなかったマクシムの具体例を挙げたのである。エリオットが *Loci Communes* に困ることはないといったのは、セント・ジャメインのマクシム論と法準則の例示を念頭においていたのかも知れない。国王裁判所の訴答をめぐる議論で、共通拠点たるマクシムを否定する議論は出来ないと

ということなのである。

中世において権威の問題が無関係であったとっているわけではない。問題は、何が法かという問題であって、その場合、何が法であるかが明白である場合には、何が法であるかを権威的に決定する必要はなかったということなのである。現代における実証主義が権威主義的方向に傾斜しすぎているのである。権威としてポジティブでなくとも、知識としてポジティブなものであればそれで十分だというのが、セント・ジャーマンの主張ではなかつた⁽¹⁰⁾だろうか。

『グランヴィル』や『ブラクトン』が、イングランドが不文法であることにあれほど拘ったのも、不文であるために何が法であるかが確実にないからである。それにも拘わらず法であると主張するために、『グランヴィル』のようにローマ法の王権論に依拠するのも、何が法か疑問がある場合なのである、

「イングランド人の諸法が不文 (non scriptas) であるからといって、法律 (leges) と称さないのは不条理であるように思われる。法律自身に「君主の嘉したまうところ、法の効力を有する」とあるように、それらが疑わしい問題について (super dubiis)、諸侯の忠告に基づいて定められた事柄が、国王の権威を賦与されて公布されたものであることは明らかだからである。もし、単に成文を欠くということで全く法律でないと評価されるならば、法律そのものの権威の精髓が、法を裁決する公平 (equitas) や法を定立する理性 (ratio) よりも成文化 (scriptura) にあると考えられるようになってしまうであろうことは疑いえないからである。」(傍点筆者)。「疑わしい問題について」というところが重要である。『ブラクトン』のように合意論の方に重点を置くかどうかの相違はあるものの、このときにはじめて権威論が呼び出されるのである。国王の権威が必要とされるのは「何が法か」疑わしいときであり、法の識者達によって法が明白な場合には必

要ではないのである。ここでも紛争を解決すべき法知識の明証性が大事な
のである。⁽¹¹⁾

われわれは、ホッブズ以前の時代を研究していることを忘れてはならないし、ホッブズの主権者命令説が一般化するのも19世紀に入ってからであるということ肝に銘じておかなければいけない。

第二章 ブラクトン以前

我々が使用してきたコモン・ローというこの用語について、若干の説明をする必要がある。それが日常的に使われるようになるのは (it comes into use)、エドワード一世の治世中かその直後である。⁽¹²⁾

F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (1908 rep. 1963) p. 22.
A Course of Lectures, M. 1887-L.1888

1883年イングランド法講師に赴任したメイトランドにとって、コモン・ローとは何かという問題はかかせない重要なテーマであったに違いない。ダウニング教授着任直前の1887年ミクルマス学期から1888年レント学期にかけて行われた憲法史の講義の中で、コモン・ローという語の成り立ちを論じ、ポロック&メイトランド『イングランド法史』のブラクトンの時代でも、その用語の成立事情を詳しく論じている。

なるほど、メイトランドが述べたようにコモン・ロー (lex communis, commune lei) という用語が常用化するのはエドワード一世治世晩年以降である。しかし、前章で論じたようにコモン・ローの第一の特質を、王国共同体規模での共通属地法と考えれば、我々はコモン・ローの成立を‘Common law’ という用語の出現まで待つ必要はない。

実際、イングランド法史上コモン・ローの生誕の世紀とされるのは三世代前のヘンリー二世の時代であり、後に制定法令集の扉を飾ることになる彼の父ヘンリー三世のマグナ・カルタも、祖父ジョン王時代の諸侯との抗争

に由来するものであった。イングランド國法誕生の出発点として、國法無き時代から、國法が成熟し、そおのための様々な用語が生まれてくる過程が第一の検討課題である。

ウェーバーのいうように、王國規模の共通属地法が早期に成立した背景は、ノルマン征服以降の王權の強力さであろう。強力な王權を背景として王國共同体全体に「国王の平和」が実現されていった意義は大きい。法共同体成立の前提となるべき平和の実現は、大陸においては「神の平和」運動という脆弱な基礎にゆだねざるを得なかったし、ドイツにおいては、1495年の永久ラント平和令と帝室裁判所条例によって、ようやく、全ドイツの法共同体の基礎を見いだすことが出来るようになったにすぎない。

とはいえ、ノルマン征服によって直ちに王國規模の共通属地法が生み出されたわけではない。アングロ=サクソン王權を継承したノルマン王朝の下でも、イングランドの法共同体は部族毎に大きく分けて三つの法共同体に分かれていた。十二世紀初めの『ヘンリー一世の諸法』によれば、「6,1 イングランド王国は三地域に分けられる。ウェセックス、マーシア、デーン・ロー地域 (Provinciam) である。」この地域区分に応じ、「6,2 イングランド法は上述の如く三つに分たれる。ウェセックス法、マーシア法、デーン法である」。アルフレッド=グズルム協定以来ウォトリング街道以北に定住したデンマーク人は、デーン法に従って、ウェールズ国境に辺境王国 (マーシア) を築いたアングル人はマーシア法に従って、イングランド西南部に王国を築いたザクセン人は西サクソン法に従って、それぞれ属人的な部族法典に従って生活していたのである。⁽¹³⁾

王國規模の法共同体実現過程の第一歩として興味深いのは、ヘンリー二世期にイングランド最初の官庁組織の概要を記したりチャード・フィッツ・ナイジェル『財務府対話編』(1176-7)が記したウイリアム征服王の事跡に関する以下の叙述である。

「[ウインチェスタ] 司教の近親でもある、かのイングランド征服者、ウィリアム王は、その島の奥地まで支配を及ぼし、恐るべき見せしめで反乱を収め、将来にわたり、放逸な振る舞いからくる誤りを防ぐため、征服民を成文法の支配の下に置くこととした。彼は、彼の面前で、イングランドの法を三つの区分、即ち、マーシア法、デーン法、ウェセックス法に分けて提出させ、或ものは廃止し、また或ものは承認し、また、王国の平和を維持するのに最も効果的であると考えたノルマン法を海外から加えた⁽¹⁴⁾」。

征服王は既存の三つの法共同体を修正を加えた上で支配したのであるが、その上に共通のノルマン法を課したというのである。ここでは具体的に述べられていないが、ノルマンの封建制度や決闘神判を念頭においても良いであろう。

さらに、三つの法共同体の統合を促進すべきもう一つの要素があった。前述のヘンリー一世の諸法でも、イングランド法の三区分に続けて、以下の如き規定が記される。「6, 2a 此れ等の上に、諸法を安定させ、健全なものとするインペリウムと称する国王の畏怖すべき威信があることによく留意すべきである。(Preter hoc tremendum regie maiestatis titulamus imperium quod preesse iugiter legibus ac salubriter frequentamus aduertendum.)」と。

同じく、少し下って、再び「9,10 イングランド王国は三つに分かたれる。ウェセックス、マーシア、デーン・ロー地域である」と論じた後にも、「9,10a イングランド法も同様に三地域に区分される。全てに優越して国王裁判所の訴訟があり、その慣行と慣習は、何処でも、常に不変なものとして役立つ」と論じ、国王裁判所の優越的地位が主張され、王法として、国王に属する法領域が、「10 王法に関して (De iure regis)」として、以

下のように論じられる。「10.1 平和と安全を適切に維持するために、イングランド王のみが、彼の土地の全ての人に対し持つ裁判管轄権は以下のものである。彼の手もしくは令状によって賦与された国王の平和違反、デーン税、国王令状・命令侮辱訴訟。如何なる場所であれ国王の従者の死亡・侵害、忠誠違反と大逆罪、国王侮辱・誹謗、違法築城、法外放逐、重窃盗。謀殺罰金、鑄貨偽造、放火罪、家宅侵入罪、公道暴行罪、従軍義務違反、逃亡犯隠匿罪、暴行、強盗。王領地・国王財産横領、埋蔵物、漂流物、放擲物、強姦。誘拐、御猟林、バロン相続料、国王住居内争闘、国王軍隊内平和違反、三大公共義務履行懈怠、法外放逐者・破門者隠匿罪、国王保護違反、戦線離脱、不正判決、裁判懈怠、国王法侵犯」。

さらに、「10.2 全ての公道は遍く国王のものである。そして、すべてのクアルストウ、即ち処刑場も全て国王のものであり、これらは彼の裁判管轄権のもとにある」。さらに「10.3 国王は聖職者、外国人、貧者、見捨てられた人々に対し、他に世話を見るものがないなら、彼らの親族、保護者 (aduocato) として振る舞わねばならない」⁽¹⁵⁾ のであるとされる。

アングロ＝サクソン期に、ウォトリング街道をはじめ、ローマ時代に築かれた四街道はアングロ・サクソン以来「王の道 (via regis)」として、国王の保護区域であったが、ノルマン期には、この「王の平和」は全ての公道へと拡大されていく。この公道を旅して全国を巡回する巡察制度を通して国王裁判が全国化されたのがヘンリ二世の時代であった。国王の平和が全国的に拡大し、一つの国家的法共同体が形成される上での巡察裁判制度の重要性と、その再組織かとしての巡回陪審制度の意義については前稿で論じたが、メイトランドの以下の言葉を引いて、その果たした役割を確認しておこう。⁽¹⁶⁾

「この [巡回裁判所] 制度の詳細は、この制度がほんの数年前でもまだ実際に動いていたのであるから、諸君はこれをいつか将来学ばねばならな

いであろう。この制度がわが法の歴史に占める重要性は巨大なものであった。すなわち、我々が強力な地方の裁判所を決して持つこともなく、又したがってかかる地方の裁判所が存在することの結果として生ずる多様な地方方法も決して持つこともなかったのは、実にこの制度の故なのである。その上さらに、又、州共同体や自治都市が代表制統治の初歩を学んだのも巡察⁽¹⁷⁾という訓練を通してであったのである」。

メイトランド流に言えば、合意が國法に優位するという法原理の下に、特別法が生み出されなかったのは、巡察制度の結果、地方における合意としての特別法を実現する強力な裁判所が生み出されなかったためであるということになるのである。

コモン・ローという用語が日常化する以前の初期の時代の用例を探ったメイトランドが、最初に確認した世俗における *ius commune* という用語の使用例も、前節でも論じたヘンリ二世紀の『財務府対話編』の御獵林領をめぐ⁽¹⁸⁾る議論においてであった。

理性か先例かという議論で、理由が明らかでないものは先例によるべきだという議論が続いて、特権に係わる問題については国王に委ねられるべきであるとして、以下のように論じられる。「全御獵林領の維持のために、獵林犯罪はに対する処罰は、金銭刑であれ、肉体刑であれ、国王もしくは彼によって任命された官吏の決定にのみ依存し、他の裁判管轄には服さない。その法は固有のものであり、王国共通の法にではなく、国王の専斷的⁽¹⁹⁾命令に基づいて創始されたと言われている」。

一見、国王大権の優越性を主張しているようであるが、国王大権が文字通り國法からの除外 (*privilegia*) であることを示しているにすぎない。逆に、ハドソンもいうように、この初期の使用において、国王の専斷的な命令との区分が國法概念の重要な要素になっていることには注目して良いであろう。その意味では、ヘンリー一世の諸法に示された——御獵林も含め

—アングロ・サクソン法とノルマン法との雑多な混合物から形成されてきた王法から、國法觀念が分離されてつつあることを示すものと見ることも出来よう。

メイトランドは、巡察制度と共に、國法としてのコモン・ロー形成の基礎となった令状の使用に関連する *ius commune* の語の使用例も見出している。アイルランドへのコモン・ローの移植とも係わったものであるが、「王はイングランドで使用されている普通法の全令状がアイルランドで同様に使用されることを欲す。(Rex vult quod omnia brevia de communi iure quare currunt in Anglia similiter currant in Hibernia)」という1246年の国王の命令状である。⁽²⁰⁾

メイトランドは、上述のコモン・ローの用語の起源論を、「ブラクトンの時代」の叙述の冒頭で行うのであるが、この位置づけそれ自体は、巡察制度が全盛期を迎え、様々な訴訟開始令状の発展する「ブラクトンの時代」の叙述にふさわしいものであったと言えよう。ところが、メイトランドは、肝心の『ブラクトン』において、*ius commune* の用例が少ないのに、むしろ、驚かされることになる。

「ブラクトンが *common law* 乃至 *common right* について語るとき、一彼は、ほんの稀にしかこれについて語らないのだが—それは、國法によって全ての人に与えられている諸権利を、特別な文言の契約や贈与に由来する権利から区別するためである」と少々落胆気味の叙述となる。後は、何故、エドワード一世紀にコモン・ローの用語が一般化したかということと、何故にこの時期まで語の成立が遅れたかの分析となる。

しかし、國法としてのコモン・ローを語る際に、*ius commune* の言葉に拘る必要はない。ブラクトンは *Lex terrae* や *consuetudo regni* については、頻繁に語っているからである。メイトランド自身も *ius commune* の用語の分析の先だって以下のように論じていた。

「イングランドの世俗法廷によって施行される法準則の総体は、*ius regni, lex regni, lex terrae, ius et consuetudo regni, lex et consuetudo, leges et consuetudines, lei de la terrae, lei et drei de la terrae* といったような文句で示すことが出来た」のである。メイトランドは、これらの用語の用例についても検討しているが、網羅的なものではない。

幸い、現在ではメイトランドの時代と異なり、『ブラクトン』についてはデジタル化されており、ラテン語、英語両方で検索することによって容易にその用例を確かめることが出来る。次章で、コモン・ローという用語が日常化する直前の國法論を『ブラクトン』の著作におけるこれらの用語の使用法を分析することを通して検討してみよう。⁽²¹⁾

第三章 ブラクトンの國法論

「自らと、自らの相続人を害することがあっても、他人を害しない限り、(*dum tamen hoc non sit in praeiudicium aliorum, qumavis hoc esse possit in praeiudicium sui ipsius et heredum suorum*)、贈与者は彼の贈与に、受贈者の承諾の下に条件や方式を課すことが出来る。そして、このように國法と王國の慣習に反する場合であっても、時には、合意は法を破るからである (*Et quamvis hoc sit contra legem terrae et consuetudinem regni, cum conventio quandoque legem vincat*)」*Bracton* (2-106-014)

メイトランドがいうように、ブラクトンにおける *ius commune* の使用例は13例と少なく、しかも、半数が、同じ箇所で集中的に使用され、二つの例は國法的な意味とは別の意味で使われている。これに対し、*lex terrae* の使用例は48例と多く、多様な使われ方をしている。本章では、まず、ウエーバーも注目した、この國法としての *lex terrae* の用法から検討してみたい。

1. Lex terrae

メイトランドが『ブラクトン』以外の典拠から *lex terrae* の事例として挙げているのは、有名な1215年マグナ・カルタ39条の「如何る自由人も、彼の同輩の合法的判決によるか、國法による場合 (*per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*) を除いて、逮捕され、投獄され、所領を奪われ、法外放逐され、追放され、その他の方法で破滅させられることはない」という用例と、ブラクトン時代と重なる國制改革期の1256年オックスフォード規程における '*solum lei et dreit de la tere*', '*solum lei de la ter*' というフランス語での用例である。『グランヴィル』でも三例ほど使用があるのだが、メイトランドは例として挙げていない。グランヴィルでの用法が「國法」としての意味ではなく、三例とも、後に一般化する '*per*', '*secundum*', '*contra*' といった前置詞を伴わない形で、後に述べる「宣誓」としての意味でしか使われていないためかもしれない。その意味では、「國法」的意味は、マグナ・カルタ以降に定着した表現方法なのかもしれない。⁽²²⁾

『ブラクトン』では用例が多く *lex terrae* の語の使用例は50箇所あるが、一カ所を除き、すべて、*secundum legem terrae*, *contra legem terrae*, *per legem terrae* のいずれかの形式で使用されている。rite という用語と共に、使用されることも多く、正規手続に従い、國法に則って、もしくは國法に反して、國法によって、ということであるから訴訟手続的な側面が強い。メイトランドに *lex terre* の初期の用例としてあげられたマグナ・カルタの39条が適正手続条項として、合衆国憲法に引き継がれた行った根源が理解できる。

『ブラクトン』の豊富な用例を通して具体的に分析してみよう。

a. 法外放逐

用例として、圧倒的に多いのは、マグナ・カルタにも関連し、メイトランドも例に挙げている法外放逐との関連である。一つには、法外放逐が國法に従ってなされたか、國法に反して為されたか、それとも、自発的に退國宣誓したのかによって、それ以降、とりわけ、法外放逐が解除された後の法的効果が異なるからである。重罪犯同様、法外放逐者の全動産は国王に、不動産は一年一日国王の管理下に置かれ、その後封主に復帰する。しかし、重罪犯で裁判が行われれば有罪の場合は処刑、雪冤されれば財産没収は行われないのに対して、法外放逐の場合、裁判が行われるわけではない。マグナ・カルタが、「同輩の合法的判決」のみならず、「もしくは、國法によって」と付け加えたのもこのことを強く意識していたからであろう。後に、無罪が明らかになったり、国王の恩赦により法外放逐が解除される場合がある。その場合に、一旦没収された財産はどうなるのかという困難な問題を引き起こした。原則として、恩赦によって法外放逐が解除されても、人身の平和は回復されるが、法外放逐が國法に従って為された場合には、没収された財産は回復されない。また、法外放逐によって訴権を失うため、被相続人が法外放逐にあった場合には、相続人は原告適格が無くなり、従って相続財産占有回復訴訟では絶対的阻却事由となる。他方、法外放逐手続が國法に反して為された場合には、法外放逐宣告そのものが無効となり。財産を回復することが出来るようになる。

実際、殺人事件が起きれば、疑われたものは報復をおそれ、逃亡することが多かったであろう。その意味では、裁判は無実の罪を晴らすための国王の恩恵なのである。したがって、国王による召喚にもかかわらず逃亡を続けた場合に法外放逐されるわけである。

「犯罪者は国王の恩寵によって答弁するように召喚される」。雪冤のために5ヶ月、5回の州法廷が与えられるが、この期間に出頭しなければ

「彼は国王にも法にも従わなかったので、(cum pricipi non obediat neque legi) 法外放逐される。(pro exlege tenebitur)」のである。この場合、正規の手続では、州裁判所で連続して五回、出頭しない場合には法外放逐される旨の告示を行う法外放逐拘引手続を行わねばならない。この手続が、州裁判所で正規に五回連続して行われなかった場合には、法外放逐は無効となる。ブラクトンでは、「國法に反して」放逐された例として、適切な場所＝州裁判所ではなく市場で宣告された場合や、連続して法外放逐拘引手続が行われなかった場合、国王令状や単なる恣意で法外放逐宣告された場合を挙げている。

この問題に関連して興味あるのは、未成年者が法外放逐されないこと理由を論じた箇所である。「未成年者は法外放逐されない。なぜなら、彼は成年に達するまで法の外にあるからである。成年に達するまで、如何なる法の下にもない。またタイジングの下にもない。女性と同様である。なぜなら、彼女も法の下(英語で inlaghe [=inlaw])にないからである。即ち、12才以上の男性のように、自由人宣誓乃至十人組に組織されていないことである。それ故に彼女は法外放逐されない。(quae utlagari non potest-quia-ipsa non est sub legi, id est inlaghe anglice, scilicet in franco plegio sive decenna, sicut masculus duodecim annorum et ulteris.)」(2-354-003)

即ち、法の下にあるということは、自由人宣誓乃至10人組に組織されていることを意味し、法外にあるとは十人組に組織されていないことを意味するのである。

ブラクトンは、「祖国と王國 (patriam et regnum) を失うことを、英語で法外放逐 (utlaghe) と称する。昔は別の名前で、「友無き人 [frendlesman]」と称された。明らかに、友人を失うからである」と論じ、法外放逐後に、彼を匿った人間が同様の処罰を受ける根拠としているが、自由

22(919) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

人宣誓で彼の無罪を宣誓してくれる人がいないことを意味するとも理解出来なくない。

何れの場合にも、法が宣誓と深く関わっていることが興味深い。メイトランドが言うように、「lex と lei とは専門用語としては、宣誓、神判、決闘審判のような種々の証明方法を指すために使用された」ことと関係しているのであろう。

例えば、法外放逐宣告付拘引手続がなされた被告が、「もし、上述の期間に現れたら、法廷に出頭して、國法に従って (secundum legem terrae) 答弁させよ」(2-352-015)とされているが、ブラクトン時代までには、神判に代わる陪審が導入されていたわけであるが、メイトランドが言うように、本来は、雪冤宣誓や神判で疑いを晴らすことを意味したものと解することが出来る。その意味では、グランヴィルにあったような lex terrae の古い用法をまだ引きずっているのである。⁽²³⁾

法外放逐制度は自由人宣誓乃至十人組制度といったアングロ＝サクソンの法制との関連でが語られ、原語たる英語の説明が多いように、アングロ＝サクソンの法制の治安維持制度としての有用性を認められヘンリー一世の諸法にあるように王法の中に取り入れられていったものと考えられる。しかし、最初にも述べたように、その効果が重罪者と同じ財産没収を伴うものであっただけに、また、他方で、重罪裁判と異なり、恩赦で法外放逐解除された場合、権利関係が複雑なものになりかねず、このことが、逆に、法外放逐における「國法に従った」正規手続の強調に繋がったものと思われる。この正規訴訟手続へのこだわりは、secundum legem terrae という言葉に rite という語が添えられることが多いことにも表れている。

この手続の厳正さは、後の時代には、逆に、法外放逐を抜け道の多い実効性の少ない制度とすることとなった。ベイカーによれば、「法外放逐宣言は、念の入った無駄な手続で、州長官は、法外放逐宣言付召喚手続で、

被告を5期連続して州の集会に召喚することを要求される。しかも、その手続は、その呼び名ほどには怖くない。形式的な手落ちで容易に逆転されえたとし、法技術上の抜け道はほとんど当然のものとして残されていたように思われる。もし、他の全てが失敗しても、法外放逐宣言は、様々な役人に、1～2ポンド支払うことで、恩赦を受けることができた。ロビン・フッド伝説は、社会から見捨てられた絶望的な法外放逐のイメージを保ってきたが、1400年迄に、法外放逐は通常は、それほど不都合なものではなくっており、国王役人であっても、法外放逐中に在職し続けることができた⁽²⁴⁾くらいであった」。

Lex terrae の用法の過半数以上を占める最大のグループであるが、英語の呼称がラテン文の中で示されるように、重なるアングロ・サクソン以来の裁判慣行であり、まさに不文法なのである。州裁判所で毎回宣告される誰もが知っている國法であったといえよう。

法外放逐宣告に関しては、per legem terrae, secundum legem terrae, contra legem terrae という表現に加え、contra legem et consuetudinem regni 乃至 per legem terrae secundum consuetudini regni という表現もあるが、consuetudo regni は強調の意味以上のものは見出しにくい。逆に、secundum consuetudinem regni という表現が、法外放逐手続それ自体に係わっては単独で使用されている例はない。

b. 退國宣誓

Lex terrae の用法の中で、唯一 contra, secundum, per を伴わない事例も、退國宣誓の宣誓方式と係わっていることは興味深い。法外放逐同様、イングランドという國共同体的規模の領域にかかわり、自発的に「legem terrae を為すべし」となっている。英訳文では「國法に服す」となっているが、「[國法に従って] 退國宣誓をする」の意味であろう。⁽²⁵⁾

c. 訴訟手続一般

法外放逐手続や退國宣誓以外にも、一般的訴訟手続において「國法に従った」答弁乃至抗弁を求める事例も多い。例えば、訴訟手続が國法にしたがってなされたか否かは、重罪私訴に対する一般的抗弁ともなる。具体的には、叫喚追尾がなされたか、国王サージャントやコロナーへの報告がなされたか、次回州裁判所に訴えられたかといった手続面の問題が國法に従った手続か否かの例として挙げられる。また、法外放逐のところでも述べたが、「國法による自己防衛云々 (2-414-024, per legem terrae se defendant etcetera)」は、雪冤宣誓や神判それに代わる陪審審理を指すものであろう。⁽²⁶⁾

d. 不出頭申立

具体的な訴訟手続との関連で、Lex terrae が言及される、もう一つの例が不出頭申立に関連した事例である。「國法によって不出頭申立を行う (quod essonium fecit secundum legem terrae)」(4-111-020)、「國法によって (per legem terrae) 不出頭申立を行う」(4-129-013) といった、不出頭申立手続そのものに係わるものと、不出頭申立の検証に係わるもの、不出頭申立人の逮捕にかかるものの4例である。不出頭申立は、初期の訴訟の重要な防御手段であるだけに、訴訟手続の適正さに対する関心が高かったのであろう。グランヴィルの訴訟代理人を attorney ではなく、不出頭理由申立の関係で代理人的役割を果たす responsalis と混同しているように見られるのも、そのせいかもしれない。⁽²⁷⁾

e. 職務執行手続

上記の多くの例が訴訟手続に関するものであったのに対し、州長官等の執行手続に関するものも二例ほど見受けられる。一つは、保釈手続に関し

てで、州長官、代官の不正に対する陪審審問条項として、國法による保釈
 手続を無視して身代金を得るまで投獄し続けなかったかが問われる⁽²⁸⁾。もう
 一つは、聖俗裁判管轄権問題で、州長官や市長が国王によって平和維持の
 ために王國の慣習にしたがって逮捕した者を、聖職者だという理由で司教
 が裁判しようとするのを禁じる禁止令状の文言中で使用される⁽²⁹⁾。

以上のように、ほとんどの事例が、*per legem terrae, secundum legem
 terrae, contra legem terrae* の表現そのものから示唆されるように、手続
 的適正さに関連するものでしめられている中で、実体的な法準則に関連す
 るものも若干見られる。

f. 寡婦産

一つは寡婦産に関するもので、寡婦が、王國の法と慣習に従って彼女
 が持つべき以上に寡婦産を持っているという相続人側の訴えに関連するも
 のが二例ある⁽³⁰⁾。

寡婦産の問題は、土地所有に関する問題だけに、封建的土地所有に関連
 しそうだが、ガヴェルカインド所有では1/2の寡婦産が認められていたと
 いうように古い時代から存在する制度で、むしろ封建制的土地所有制度で
 は相続人たる封臣の奉仕を確保するために寡婦産は1/3まで縮減されたと
 見られている。問題の箇所も、相続人が寡婦産を合理的割合に縮減するよ
 う求めているものである。その意味では、征服以前の制度と征服後の封建
 制的法制度との複合と言えよう。

g. 農奴制

もう一つが、農奴制に関するものである。農奴は領主の家支配下にある
 (*Sub potestate dominiorum sunt servi*) のだが、逃亡農奴が一年後に戻っ
 て来ても、國法による身分訴訟で、自らの隷農たることを確認しないぎり
 26(915) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

は、領主権を行使し得ないというものである。逃亡農民が一年間の間に特権を取得し、自由身分であると抗弁することもありうるからである⁽³¹⁾。この領主—農民関係は、封建制的支配秩序というより、家支配的な領主—農民関係で、レクティテュディネス (Rectitudines Singularum Personarum, c. 1000) やドゥームズ・デイ・ブックに見られるように、征服前からの関係であり、自由人に対する国王の保護権に基づくものであろう。

h. 封主への義務

孤立した事例だが、封主に対する封建的義務に関連して、「國法に従って (secundum legem terrae)」の用例が一例だけ見出される。相続財産占有回復訴訟で、被相続人死亡時に、被相続人と共に領有していた場合には、成年、未成年にかかわらず、主たる領主に対し、彼を領主と認め、國法に従って正当に彼に負うべきこと (quod de iure et secundum legem terrae facere debedit) をなす用意があれば、所領を領有し続けることは完全に合法であるというのである。他の事例が封建的法制乃至ノルマン征服によって導入された制度とは異なるアングロ=サクソン以来の法制度と関連していただけに、際立つ事例であるが、「國法に従って」負うべきことを、封主に対する忠誠宣誓であるとするなら、封建的土地保有制度に係わるものとしてより、主従関係の宣誓に係わるものとして「國法に従って」となったのかも知れない。

i. 封土贈与条件の自由

最後に残したのが、メイトランドが、*ius commune* の用語との関連で指摘した封土贈与条件の自由の問題と関連する使用例である。この問題は、*Lex terrae* の用語との関連でも重複して表れる。即ち、「國法に反して (contra legem terrae)」自由な合意によって封土の贈与をなしうるとい

のである。メイトランドは、一般法と特別法の関係として、それほど特別な扱いはしていないが、はじめに述べた、ウェーバー・テーゼとの関連では、國法の成立過程を探る上で、極めて興味深い事例である。⁽³²⁾

即ち、封土の贈与条件は合意によって定めることができるのであって、このような贈与条件は「國法に反しても、他人を害さない限り *contra legem terrae dum tamen hoc non sit praeiudicium aliorum*」(2-67-015) 有効なのである。その理由付けとして、主張されるのが、「承諾した人には不法行為は成立しない (*volenti non fit iniuria.*)」(2-67-031) という、19世紀の労働契約における「危険の引受」的な法理と、グランヴィルでも依拠された「合意は法を破る (*conventio quandoque legem vincat*)」という法理なのである。ここでは、「時には」とされ自分と自己の相続人以外の「他人を害しない限り」とされている限りにおいて、クックが *Beaumont's Case* (10 James 1) の解説で学説彙纂のウルピアヌス法文 (*Privatorum conventio juri publico non derogat*.D.50.17.45 §1) から注記無しに引用した「私人間の約束は公法律を減損することは出来ない。(*Pacta privata juri publico derogare non possunt*)」という近代的法理に一步近づいているとはいえ、まだその距離は遠いといえよう。⁽³³⁾ *ius commune* 事例との重なりについては、*ius commune* の用例の検討後に見てみよう。

以上48例ほど見出される *Lex terrae* の使用例の中には、*consuetudo regni*, *consuetudo regni nostri* の用語と対句となって使用されることも少なくない。⁽³⁴⁾ *Lex terrae* の用法をより正確な分析するために、単独で使用されている例に限ってみると、全41事例中、圧倒的に多いのはやはり、法外放逐の事例で2/3 近くの25事例を数える (2-352-015, 2-354-003, 2-355-025, 2-357-008, 018, 022, 2-358-023, 027, 030, 2-361-026, 2-363-018, 2-369-018, 019, 021, 2-372-007, 019, 020, 2-373-013, 2-374-029, 2-376-013, 2-431-010, 3-396-002, 4-310-014, 016, 4-352-018)。法外放
28(913) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

逐と密接な関係がある退國宣誓（2-383-007）、及び重罪私訴の訴答・抗弁（2-359-011, 2-370-018, 2-394-001, 2-414-024, 3-262-029）、不出頭申立3例（4-111-020, 4-122-034, 4-129-013,）で、法外放逐以外の訴訟手続関係で計9例が見出される。それ以外7例は、（逃亡）隸農取戻訴訟（2-37-002）、特別合意による封土贈与の優位（2-67-015, 2-70-024）、寡婦産の構成内容、寡婦産割合（2-270-019, 3-405-002）、身代金無しを保釈手続（2-332-021）封臣の封建的義務（3-245-013）、といったものが、散見される。

逆に、*consuetudo regni, consuetudo regni nostri* の単独使用例を見てみると興味ある特徴が浮かび上がってくる。

2. *consuetudo regni, consuetudo regni nostri*

consuetudo regni, consuetudo regni nostri の単独使用例は12例で、決闘神判（4-60-024, 4-60-029）、謀殺罰金（2-381-001）、重罪・法外放逐者から国王に没収された一年一日後の封主への返還（2-365-009, 2-385-016）、重罪犯の審問（2-385-007）、自救的動産差押（2-445-023）、不動産毀損（3-408-003）、4名の騎士による不出頭申立の検証（4-123-011）、不動産相続問題（教会裁判所宛禁止令状）（4-260-014, 4-261-005）、フランス王国との相続原理の相違（4-298-027）⁽³⁵⁾である。

四名の騎士による不出頭申立の検証が微妙なところであるが、その他は全てノルマン人が導入した、乃至ノルマン人はデーン人から受け継いだ制度である。⁽³⁶⁾ そうすると、*consuetudo regni nostri* は王國の慣習というより、国王裁判所の慣行と訳す方が正確なのではないだろうか。夫の重罪によって一年と一日没収された娘の嫁資の回復のための令状の事例（2-365-009）は、後の箇所（2-365-023）では「我が王國の議決に従い（*secundum assissam regni nostri*）」⁽³⁶⁾と言い換えられている。英訳者が王國の法令＝マ

グナ・カルタに従って復帰すべきであると訳しているように、具体的には、⁽³⁷⁾マグナ・カルタ22条(1225)[32条(1215)]を指すものと思われる。

3. *ius commune*

Ius commune の事例は13例であるが、7例は148-149頁の箇所に集中的に出現する。また、2例(4-84-010)(4-330-009)は、共有権に関するもので除外して良いであろう。

それ以外のものは、特別法に対する一般法、乃至共通の権利に近い意味であるが、具体的に見ていくと、不動産相続権を妨げる封土贈与(2-68-006, 2-73-006)、封土贈与に関する特別の合意(2-148-011, 017, 018, 022, 2-149-005, 008, 021)、最近占有侵奪訴訟の令状棄却抗弁(3-79-012)、聖職推挙権妨害(3-32-016)といった封土の贈与とそれに付随する権利に係わるものである。⁽³⁸⁾

2-73-006 の事例は、直ぐ後に、「真の相続人に抗し、相続財産占有訴権に反し(*contra veros heredes et contra assisam mortis antecessoris*)」(2-73-028)と言い換えられており、この場合の *ius commune* が、具体的には、相続財産占有訴権をさすことは明白であろう。また、2-148-022 の事例では、「主たる封主も、*ius commune* に反し、そのように特別に合意されたならば、後見権も婚姻権も持たない。*(ne capitalis dominus habeat custodiam et marritagium, si ita specialiter convenerit contra ius commune)*」とされているように、*ius commune* が、具体的には後見権や婚姻権といったレーン法上の権利を指すことは明らかである。

我々から見ると、実体法上の権利と対応する、これらの用語の方が、近代的な意味でのコモン・ローに近く感じられる。その意味では、メイトランドの予想に反して *ius commune* の表現が増えないのは、國法的な意味での *lex terrae* や *consuetudo regni* と土地所有に係わる個々人の持つ
30(911) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

権利的な *ius* との間の区分が明確になってきた結果とも考えられよう。ブラクトンの次の時代のフリータでは「成文法 [=ローマ法] で「ユス」と称されるものは、イングランド法では「レクトゥム」と言われる (Quod in jure script “jus” appellatur, id id in lege Anglie “rectum” esse dicitur.)⁽⁴⁰⁾ という有名な法文が出てくる。我々はその直前の時代にいるのである。

ius commune に関してもう一つ興味深いのは、ウエーバーの議論の関係でいくと、「自発的合意は國法を破る」というマクシムは、*Lex terrae* との関係というより、むしろ、この *ius commune* との関連で論じられることが顕著だということである。例えば、2-73-006 の事例では、続けて、「そのことを知り、承諾した人に不法行為は成立しないからである。かくの如く、条件や合意は法に優るからである。(quia scienti et volenti non fit iniuria: et ita condicio sive conventio vincit legem.)」(2-74-011) と理由付けられる。同じように、「なぜなら、多くの場合、合意は法に優るからである (quia in multis casibus vincit conventio legem.)」(2-118-035) 「彼らが、*ius commune* に反して、それを承諾したのだから、それら自体は不法とならない。知りながら、承諾した人には不法行為は成立しないからである (sibi ipsi non erit iniuriosum cum hoc voluerit licet contra *ius commune*. Scienti enim et volenti non fit iniuria)」(2-149-008)。

しかも、*contra legem terrae* の場合のような、他人を害しない限りといった明確な条件を付けること無しに、むしろ、一般論として論じられている点である。このように、合意が法に優るという法文が一般的な理由付けとされている例は、それ以外にも探すことが出来る。「なぜなら、この場合には合意が法に優るからである (quia conventio vincit legem in hoc casu.)」(4-82-025)。また、封臣から忠誠宣誓を受諾しながら、封土を保証しない贈与方式も可能であるとして「かくの如く、他の多くの箇所と同様に、合意が法に優位するのである (Et sic vincit conventio legem, sicut in

multis aliis locis.)」(4-220-025) と論じられる⁽⁴²⁾。

特別法の一般法への優位は、現代の法源論で民法に対する商法の優位を説明する時に、論じられる。しかし、婚姻権や後見権といったものが合意によって消滅するとすれば、単なる民事的な贈与の問題でなく、レーン法的法制度そのものが解体させられることにならないだろうか。メイトランドが封建化の終焉と捉えた1290年クイア・エムプトーレス法の背後にこうした根強い合意優位の法思想があったように思われる⁽⁴³⁾。ウエーバーが近代に向けて克服されるべきと考えた法理がここでは、封建制を解体させる側に働いている。

その意味で、興味深いのは、*consuetudo regni* が *lex terrae* 乃至 *lex* とではなく、「令状とは何か、訴訟開始令状と執行令状」という表題の下、*ius* と組み合わせられている次の事例である。

「ある令状は、自由人が彼の法廷を失うようなプラエチペと称される令状のように、法と王國の慣習に反して、とりわけ、マグナ・カルタに反して (*contra ius et regni consuetudinem, et maxime contra cartam liberatis*)、嘆願にて獲得されることがある。もし、それが理性に合致し、法に反しないならば (*dum tamen rationi consonum et non iuri contrarium*)、例え父祖の法を超えるものでも (*Si autem praeter ius fuerit impetratum*)、国王によって授与され、彼の評議会によって承認されたものであれば、(*dum tamen a rege concessum et a consilio suo approbatum*) 支持されねばならない」(4-289-002)⁽⁴⁴⁾。

ここでは、合意は國法を破るのであり、マグナ・カルタにさえ優位すると主張されているのである。しかし、『ブラクトン』における合意論の強調は、ドイツにおけるような、特別法が國法を破るという方向にではなく、合意によって形成された新たな國法が旧き國法を破るのであって、むしろ新たな制定法によるイングランド國法の形成に向けた議論となっている点

に注目して良いだろう。続く文章の、「例え父祖の法を超えるものであっても」という議論がそのことを明瞭に物語っている。ここには、もちろん、古き良き法という理念はない。内容的に、理性と正義に反することなく、形式的に、国王の裁可と国王評議会の承認によって権威が付与されたものであれば、過去の法に反して新たな令状（法）を発給しうるのである。イタリアにおける都市条例の普通法に対する優位の持つ意味と、イングランドにおける制定法のコモン・ロー（不文國法）に対する優位の持つ意味とは類似した面を持ちながら、その果たした役割は異なるのである。

令状論として展開されているところは、『ブラクトン』の成立年代問題とも関連するが⁽⁴⁵⁾、「マグナ・カルタに反しても」という議論はともかくとして、新たな令状の発給に評議会の承認を必要とするという点では、バロン層による國制改革期、ブラクトンが王座裁判所判事であった時期に成立した1256年オックスフォード規程で新たな令状の発給に国王評議会の承認を要件とするとした大法官宣誓文の条項と、力点は異なるものの、同様の考え方が示されていると理解して良いであろう。⁽⁴⁶⁾

もちろん、合意理論のみではない、理性に合致し、法に反しないという内容的規定と、合意に加え、国王の権威という形式的規定を満たさねばならない。中世の法律家は、現代の法学者のように法命令説一辺倒に傾いたり、社会規範説一辺倒になったりしない。

しかし、この議論における、合意論の重要性は、表題に付加された以下の文章でより鮮明となる。「それら[令状]は、全王國の評議によって承認され、授与されるのであり、彼らの承諾と合意無しには、決して変更され得ない (de consilio totius regni concessa et approbata, quae quidem nullatenus mutari poterunt absque consensu eorundem et voluntate)」。]

このブラクトンが法の基礎としての合意に加えた強調は、序文において、イングランド法が不文であるにも拘わらず *leges* と呼ぶにふさわしいと

した理由付けの中にも表れている。彼はこのこだわりをグランヴィルと共有しながらも、その理由付けを、グランヴィルのように単純に王権法論に依拠した論じ方をしないからである。⁽⁴⁷⁾

分析の結果を簡単に要約しておこう。

対句的に使われる *Lex terrae, consuetudo regni nostri* の用語を単独使用例で分析してみると、予想に反して全くといってよいほど重なりがない。前者が概ねアングロ＝サクソン期以来の法制で、宣誓、神判等、証明方法、訴訟手続にかかわるものが中心である。それに対して、後者は、征服後導入されたノルマン法に由来する決闘審判やレーン制の原理に関連する国王裁判所の慣行がほとんどを占める。これらが融合して國法としてのコモン・ローを形成していったと考えて良いであろう。従って、*Lex terrae et consuetudo regni nostri* の対句でイングランド國法全体を示せるようになるのである。『ブラクトン』の正式の書名、『イングランド慣習と法 (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*)』もイングランド國法全体を表す意味で使用されていたのであろう。『イングランド國法論』と訳す方が理解しやすい。*Ius Commune* は、ウィリアムが導入したレーン法関係の実体法的な議論の関連で使用されていることが顕著である。しかし、重なりという点から見ると、合意の法に対する優位の問題に係わって議論される例がほとんどであるので、個別の権利的側面から捉えるか、國法的な側面から把握されるかによって *Lex terrae* と重なる場合がでてくるのである。この最後の合意の法に対する優位という側面から成長してくる新法としての制定法概念の出現によって、國法内部に新たな区分の必要が生じたのではないだろうか。

次章で簡単にその過程を探ってみよう。

第四章 制定法とコモン・ロー

一世紀後、エドワード一世の時代に、より頻繁にそれ [ius commune] を見つけ出すようになる。しかし、このときまでに *lex communis* (*commune lei*) という語がより日常的な用語となっていた。コモン・ローは、その時には、制定法と対照されるようになっていたが、今尚、国王大権と対照されることの方がずっと多かった。地方慣習と対照されることもあった。要するに、何であれ個別的な、通常でない、特殊なもの、即ち「特別なもの」 (*aliiquid speciale, especialte*) と対照されうるものであった。

Pollock & Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd ed. (1898, rep. 1952) vol. 2. p. 177.

メイトランドは、コモン・ローに対応する用語が、多少とも専門的に使用された初期の使用例としては、1246年の令状 (*omnia brevia de communi iure*) と1256年のオックスフォード規程 (*lex communis*)、及びバートン年代記におけるジョンの言葉 (*Nihil nisi ius commune*) を挙げている。

しかし、実際、メイトランドが初期のコモン・ローの用例として示した事例は全て1290年代のエドワード一世治世治世20-1年 (1291-2)、21-2年 (1292-4) の法廷年報、治世20年の憲章追加条項法、1290年の議会議事録、そして、エドワード一世治世20年ミクルマスにシャロップ州で開催された権原開示訴訟記録 (1291) である。メイトランドにとって、コモン・ローの初期の用例の分析が十分可能となるだけの事例を集めることが出来るようになるのは1290年代以降であったのであろう。⁽⁴⁸⁾

メイトランドは、その理由として、「この用語 (コモン・ロー) が有用になるのは、かなりの量の制定法が存在するようになり、また、国王の例外的特権が規定されるようになり、また、法制度の中に地方慣習が定着するようになってからなのである」と論じている。即ち、イングランドのユスチニアヌスたるエドワード一世の立法時代を経なければならなかったわ

けである。しかし、國法の国王大権からの峻別については、前章で見たように、御獵林領の國法からの除外にその最初期の例を見ることが出来る。イングランド國法の礎石となったマグナ・カルタの名前そのものも、御獵林のためのもう一つの小さな特許状との関係で大特許状と名付けられるようになったのが象徴的である。しかし、その場合、國法を表すためには Lex terrae 乃至 Lex terrae et consuetudo regis nostri という用語でも十分その役割を果たすことが出来たであろう。同様のことは、地方慣習との関係でもいうことができる。Lex terrae という表現や、Consuetudo regni nostri という用語法には、明らかに領域的國法として地方慣習から形成されつつあるコモン・ローを区別する意味が込められている。その意味では、コモン・ローという言葉の出現を必然化させたのは、同じ國法の中で、合意によって形成された新法としての制定法と、既存の不文法との二つの区分が出来たことによるように思われる。制定法も既存の不文國法と同じく國法であり、しかも、不文の國法に優位する國法であった。もはや、制定法と異なる不文國法を Lex terrae と呼ぶことは出来なかったであろう。前章で検討したように、国王裁判所の慣行を示す consuetudo regis nostri の用語も制定法が国王裁判所で運用されることを考えれば適切ではない。commn lei, lex communis の用語の出現にはこのような背景があったのではないだろうか。

従って、語としてのコモン・ローの発生は、1256年オックスフォード規程以降、評議會によって認められた新たな訴権、すなわち制定法上の訴権と、旧國法上、当然令状として認められたいた訴権、即ちコモン・ロー上の訴権を区別する必要が生じてきたことにその遠因があると考えられる。バロン戦争後、1278年のグロスター法以降、議會制定法を公式に記録する制定法録がはじまることになる。これによってイングランド國法は成文法分野（制定法）と不文法分野（コモン・ロー）分野に明確に分かれるこ
36(905) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

とになったのである。

ラステルのコモン・ローの第三の定義は、まさに、このコモン・ローの用語の発生の契機にうまく対応しているのである。

「第三に、そして最も通常の場合、コモン・ローという言葉によって、何らかの制定法によって同上の法に変更が加えられ前に、一般的に法と見做され、理解されていた諸法を意味する。例えば、期間賃借権者と異なり、生涯権保有者はグロスター法第5条が制定されるまでは、コモン・ロー上、不動産毀損で罰せられることはなかったが、同制定法によって、彼等に対する不動産毀損訴権が付与されることになった。しかし、鰥夫産権保有者と寡婦産権保有者は、コモン・ローで、即ち、前述のグロスター法が制定される以前の通常且つ共通に受容された諸法によって、不動産毀損で罰せられていた」。

合意によって形成された制定法が旧國法に優位するとすれば、地方慣習に対しても優位するのは当然であろう。しかし、合意が法に優位するという命題は不文國法にとっては悩ましい問題となる。制定法は合意に基づくものであるだけに、議会制定法が全王國の同意に基づくものであるとする代表理論の精緻化を通して旧法に対しても、地方慣習に対しても優位を獲得していくであろうし、規定の仕方の工夫も為されていくであろう。しかし、不文國法たるコモン・ローの場合には、いかにして、合意は法に優位するという命題を克服しうるであろうか。

地方慣習や特別法との関係でいえば、国王裁判所に事件が移管されれば、国王裁判所の法に従って裁決されることになろう。争点が地方慣習の存在に絞られれば、陪審に判断が委ねられようが、地方慣習が法と理性に合致するものと見るか否かは国王裁判官に委ねられる。地方慣習の存在は現代でも認められるものであり、焦点は、裁判管轄権や令状執行権の問題にあったといえよう。

その意味では、この1278年グロスター法序文で私有ハンドレッドに対する権原開示訴訟の指針が示されたことも極めて象徴的である。権原開示訴訟は、普通裁判権の根源が国王にあり、全ての裁判管轄権行使が国王の委任に基づくという理論の下に、私有ハンドレッドにおいて行使される裁判管轄権の権原の根拠を問うものであるが、この権原開示訴訟が引き起こした私領裁判機構への攻撃とその解決の仕方が後のコモン・ローのあり方に大きな影響を与えたと考えられる。1290年権原開示法では、普通裁判権は国王の委任に基づくものであるという理論は維持しながら、リチャード一世以前からの存在し、現在まで継続的に行使されてきたことが証明された裁判権に関しては、その裁判記録に基づいて国王から改めて特許状を発給するという形で、妥協的に解決がはかられた⁽⁴⁹⁾。即ち、時効による裁判管轄権の取得を認めたのだが、あらためて開封勅許状で確認する形で、委任理論を維持したのである。しかも、上記のような時効による証明ができないものは、「コモン・ローにしたがって (secundum legem communem) 命じられ、判決され、国王の特許状を有するものは、当該特許状に従って判決される」とされた。即ち、裁判権行使の権原について国王からの委任を示す特許状がなければ、コモン・ローに従って、国王の普通裁判権の侵害と判断されたであろう⁽⁵⁰⁾。

リチャード一世即位年が時効の年限となり、超記憶時代となる根拠の一つはここにある⁽⁵¹⁾。時効によって裁判管轄権が認められれば、その裁判管轄圏内では独自の特別法が発生することになる。問題は、この超記憶時代に遡る裁判管轄権に由来する特別法とコモン・ローとの関係なのである。権原開示法では、国王裁判所で超記憶時代に遡ることが証明されればあらためて開封勅許状で確認されたわけであるから、コモン・ローとの関係は微妙である。

第五章 コモン・ローと [地方] 慣習

確かな合理的理由に基づいて用いられてきた慣習はコモン・ローを免れる (consuetudo, ex certa causa rationabili usata, privat communem legem)。 Littleton, *Tenures*, s. 169.

令状や訴答で ‘secundum legem et consuetudinem regni’ という常套句が使用され続けたために、混乱も生じたようであるが、中世の法曹は、慣習とコモン・ローを明確に区別していたように思われる。

1401年の事件では、被告側弁護士は、原告は「王國の慣習」に基づいて訴陳しながら、その慣習が超記憶的時代からの慣行であるとは述べなかつたとして、訴陳の阻却を求める抗弁を行った。これに対して、全法廷は王國の共通慣習はコモン・ローであるとして、訴答を続けるように求めている。⁽⁵²⁾

即ち、王國の共通慣習は、通常の意味の慣習＝地方慣習と異なり、コモン・ローであるから超記憶的時代からの慣行であることを主張し、陪審によってその存在を証明する必要はないというのである。

イングランド法を体系的に説明することを目指したセント・ジャーマンが、「イングランド法の第三の基礎はイングランド全王国で慣用されている様々な往時からの一般的慣習にあります」と論じ、「これらこそが、まさに固有の意味でコモン・ロー (lex communis) と称される諸慣習なのです」と定義しながら、その直ぐ後に、「ここで主張されるような法乃至一般慣習があるか否かを決定するのは常に裁判官であるべきで、一二人の人たちによってではない」と強調するのには、慣習という言葉を使ってコモン・ローを定義することからくる混同を避ける必要があったからである。⁽⁵³⁾

しかし、超記憶的時代からの慣行であることが証明された場合は、どう

であろうか。リトルトンの慣習法理にクックが付け加えた法理にあるように「時効取得された、合法的な慣習は法を破る (Consuetudo praescripta et legitima vincit legem)」のではないだろうか。リトルトンは、都市土地保有の場合、慣習によって遺言執行人は、相続人に抗して、遺言によって保有地を移転し売却しようと論じ、そして、その根拠として、そうした慣習や慣行があるからだとした上で、以下のような、一般的法理を明らかにする。「なぜなら、確かな合理的理由に基づいて用いられてきた慣習はコモン・ローを免れるからである (Quia consuetudo, ex certa causa rationabili usatata, privat communem legem)」(Littleton, *Tenures*, Sect.169.)。

クックは近代國法にとってのこの法理の危険性を感じたのかもしれない。「コモン・ローを免れる (“Privat communem legem”）」に対して、以下のような注釈を加える。「如何なる慣習も時効も議会制定法の効力を奪うことはできないから、それ故に、リトルトンは、ここでは、実質的にはコモン・ローについて語っているのである」(Coke on Littleton, 113a.)⁽⁵⁴⁾。制定法の慣習に対する優位は、前章に述べたように、合意論からの発展として理解しうる。セント・ジャーマンの議論でも明らかなことであった。

その意味では、近代イングランド法が「合意は法を破る」という法命題を克服し得たのは、國法としてのコモン・ローの成果と言うより、國法としての議会制定法の成果と言えるかも知れない。

リトルトンの法理は、慣習の優位と取られるかも知れないが、むしろ、特権と同じでコモン・ローの支配から免れると理解した方が良い。そうでなければ、地方慣習法の存在余地がなくなるからである。むしろ、「確かな合理的な理由で使われてきた (ex certa causa rationabili usatata)」という理性主義的な条項の方に注目すべきかも知れない。なぜなら、マナーの慣習に従った保有としての膳本保有権に対する保護は、ウェーバーの言う、早期に國法化した、封建主義的なコモン・ローを近代化する上で役に立ち

40(901) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

得たからである。

しかも、リトルトンは別の箇所でも、この理性主義的立場をより強く強調する。「それゆえ、このような時効、乃至他の慣行化された時効も、理性に反する場合には、認められるべきでないし、また、裁判官の前で認められないであろう。なんとすれば、悪しき慣行は廃止されるべきであるからである (quia malus usus abolendus est)。」(Sect. 212)⁽⁵⁵⁾

クックも、間違いの無いように、前述の、リトルトンの法理に、別の方向からの法理を付け加える。「なぜなら、理性に反して導入された慣習は、慣習と言うよりも篡奪と称されるべきであるからである。(Quia consuetudo contra rationem introducta potius usurpatio quam consuetudo appellari debet.)」。

したがって、問題は、コモン・ローか特別法乃至地方慣習の何れが優位するかではなく。それらの法としての合理性が判断されるべくコモン・ロー裁判所の管轄事件となるか否かであったのである。

この問題について、議論した興味ある事例がある。この事例を紹介して、結びにかえることにしよう。

むすびにかえて——*Wallyng v Meger* (1470)

コモン・ローと特権が競合する場合には、最初の占有が優先すべきである。もし、我々のうちの一人が王座裁判所の書記の一人を拘引した場合、このような特権令状は認められないだろう。なぜなら、本法廷は上述の我々の特権によって最初に管轄権を得たからである。*Wallyng v Meger* (1470) per Choke J.⁽⁵⁶⁾

ベイカーが彼の教科書（第4版）の冒頭に挙げた1470年のウォリング対マージャー事件では、本稿で扱った、不文法としてのコモン・ローがいかにして國法としての地位を確立していった過程を理解する上で興味深い

議論が展開されている。

緊急逮捕令状に基づき召還された被告人の内の一人が出頭し、王座裁判所訴訟記録官の従者であるとして慣習的特権を主張したのに対して、原告側弁護人のキャツビーは以下のように法律効果不発生抗弁を行う。「そのような訴答は成立しないように思われる。なぜなら、慣習や私的特権がコモン・ローと競合する場合には、コモン・ローが優先すべきであるからだ」。

このキャツビーの抗弁が認められていれば、大陸のローマ普通法が特別法に対して補充的効力しか持たなかったのに対し、イングランドのコモン・ローは特別法に優位していたのだと主張できよう。

しかし、これに対し、民訴裁判所裁判長ダンビーは「当該特権は記憶を超えた時代からのものであり、コモン・ロー同様に古いものだ」と答える。これに対するキャツビーの返答が、ベイカーが教科書の冒頭で引用した「コモン・ローは創世記以来存在してきた」という主張であった。⁽⁵⁷⁾

キャツビーの主張は、より古いものが優先されるという論理から、コモン・ローの優先性をその古さに求めようとしているのである。このあたりは、フォーテスキュのトロイ神話論に通じるところがある。しかし、この主張は相手にされない。

むしろ、注目すべきは、ここで割って入って来たチョーク判事の冒頭の議論である。「本法廷（民訴裁判所）は当該訴訟の管轄権を有しており、被告人の幾人かはコモン・ロー上訴答可能なのであるから、彼の特権は認められない。コモン・ローと特権が競合する場合には、最初の占有が優先すべきである。もし、我々のうちの一人が王座裁判所の書記の一人を拘引した場合、このような特権令状は認められないだろう。なぜなら、本法廷は上述の我々の特権によって最初に管轄権を得たからである。」

ダンビー裁判長は、裁判所間の争いを避けるためであろうか、特権を主張する被告がいるのだから、全員を裁判管轄権を有する王座裁判所に訴え

42(899) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

たらよいではないかと妥協案を提案するが、議論としては「チョーク裁判官のいうように、我々の一人が王座裁判所の役人を訴えた場合には、彼は特権を主張し得ないというのは、これは正しい。その理由は、我々の特権は彼らのものと同様に古いからだ。いずれもが超記憶時代のものである。もしこの特権を認めるなら、我々は彼らの特権の方が我々の特権より古いことを是認しなくてはならなくなる。そんなことはないのだ。従って、この裁判所が最初に管轄権を行使したのだから、訴訟を維持し続けることになる」というのである⁽⁵⁸⁾。

この場合、事件が国王裁判所同士の管轄権争いであるだけに問題の困難さはましたであろうが、論理的には、それ以外の地方特権や特別法であっても、超記憶時代の慣行が主張された場合に、コモン・ロー裁判所の優位を主張する根拠はなかったといえよう。

しかし、少なくとも、コモン・ロー裁判所に特権や慣習の問題が提起された場合には、当該コモン・ロー裁判所は優先的管轄権をもつ。なぜなら、コモン・ロー裁判所の管轄権は超記憶的なものであり、何れが古いかは争いようがないために、最初に、訴訟が係属した裁判所の管轄となるというのである。無主地先占のような議論であるが、裁判官全員の意見が一致する。同じ、国王裁判所である王座裁判所の特権的管轄権に対しても先占理論によって優位しうるなら、一旦、国王裁判所に事件が係属すれば、他の下位裁判所に対しても優位しうるのはいうまでもないことになる。

結局、一旦コモン・ロー裁判所が訴えを受理した後は、慣習や特権に基づく抗弁も、その合理性は、コモン・ロー裁判所で判断されることになる。この事件では、被告人は特権の根拠として、彼が訴訟記録官の従者であると主張したのだが、その主張は、賄い人やのような家内奉公人の場合には認められるが、被告人は、従者ではあっても農夫であり、同じ教区に住むわけではないので認められないとして王座裁判所裁判管轄特権は認められ

ない。すなわち、訴訟書記官の従者については、王座裁判所の業務の故に、他の裁判所に訴えられた場合に应诉出来ないために、王座裁判所に管轄権が専属するようになったわけであるが、被告は従者とは言え、農夫であり、料理人や賄い人といった家内奉公人でなく、居住教区も異なる。従って、そのような特権を認める合理的理由はないと判断されたわけである。⁽⁵⁹⁾

ここには、コモン・ローが慣習的特権を克服していく過程が見事に描き出されている。慣習的特権を真正面から切り捨てるのではなく、慣習や特権を認めるか否かの管轄権がコモン・ロー裁判所にあることが第一に確認され、その上で、特権の具体的な内容が審査され、特権付与の本来の合理的目的に合わないものは峻別され排除されていくことになる。

国王裁判所への訴えが増えることが、コモン・ローの拡大に繋がっていったという構造がよく理解できるのではないだろうか。

第一章で論じたセント・ジャーマンの『対話』で、一般慣習としてのコモン・ローの実例として、まず第一に、国王裁判所の裁判管轄権の問題をあげるのは一見奇妙に感じるが、極めて重要な意味を持つものであったと言えよう。

法学徒は、神学博士の「これらの一般的慣習の幾つかを私にお示し願えないでしょうか」という質問に答え以下のように述べる。

「喜んでそうしましょう。先ず第一に、如何にして國の慣習が王国の様々な裁判所の基礎そのものとなったかを示すべきでしょう。まず、大法官府について述べましょう。そこでは、何よりも先ず、原告の必要に応じて他の国王の裁判所に向けた訴訟開始令状が得られると言うことが重要です。王座裁判所では、反逆罪、謀殺、故殺、重罪、及び他の国王の平和に反してなされ事柄が扱われる。民訴裁判所では、民間の訴訟が扱われる。すなわち、土地、保有不動産、債権、動産等である。財務府裁判所では、州長官、不動産復帰官、地代徴収官、代官や他の国王役人について等、国王自
44(897) 法と政治 62巻1号II (2011年4月)

身にのみ関わる様々な事件を運用します。これらは記録裁判所であって、何人も、国王の開封勅許状による以外には、これらの裁判所の裁判官席を占めることは出来ません。これらの裁判所は様々な権威をもっていますが、今は、扱う場ではありません。他にも「王國の慣習によつてのみ基礎付けられる」裁判所はある。これらは前記の裁判所よりずっと権威が低い。王國の全ての州に州裁判所と称される裁判所がある。また州長官巡回裁判所と称される裁判所もある。またすべての莊園には、その莊園の付屬物として領主裁判所と称される裁判所がある。全ての定期市や市場町には、市が立つときのみ開催される埃足裁判所と称される裁判所が附屬している。幾つかの制定法やイングランド法の書物に上述の裁判所の権威について言及されたことがあるが、それにもかかわらず、上述の裁判所の最初の設立について、またこれらの裁判所が如何にあるべきかについてはイングランド法では如何る制定法も、成文法もない。上述の全ての裁判所の根拠と始原は王國の慣習に依存しており、その慣習は極めて高い権威をもっている。ので、議会以外で、上述の裁判所の権威が変更され名称が変えられることはないのです⁽⁶⁰⁾。]

ここでは、コモン・ロー裁判所の起源が制定法によるものではなく、その始まりも知られないほど古い時代の王國の慣習に依存していることが大事なのである。

そして、二番目に挙げられるのが、マグナ・カルタの「法の適正手続」条項であり、そこでは「如何る自由人も、國法により [per legem terrae]、彼の同輩の合法的判決による場合を除いて、逮捕され、投獄され、所領を奪われ、その他の方法で破滅させられることはなく、朕は彼のもとに行かず、また送らず」という、王國の古き慣習が確認されている (consuetudo confirmatur) のである。そして、第三に挙げられるのが、モールバラ法の平等取り扱い条項であり。ここでも、「王國の古き慣習によつて、全ての

人は、国王裁判所で「身分の高低にかかわらず」正義を為し、施されるべきである。そしてこの慣習はモールバラ法第一章で確認された。そこでは以下の如く規定されている。全ての人は、身分の高低にかかわらず、国王裁判所で正義を為し、施されるべきである⁽⁶¹⁾」。

それ故に、一旦、国王裁判所に事件が係属すれば、すべての地域的慣習も特権もこうしたコモン・ロー的基準の下で、その手続的合理性と公正さが審査されることになるのであった。⁽⁶²⁾

「暴力と武力」による「国王の平和」違反を主張すれば、容易に国王裁判所に訴えることができたトレスパス訴訟が、ほとんどの近代型コモン・ロー訴訟の母となり、領主裁判所の衰退によって「暴力と武力」という擬制さえ必要でなくなったときに大きく花開き、近代コモン・ローの発展の基礎となった理由もこれによって理解出来よう。

(1) J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. (1979) pp. 79 ff.

(2) コモン・ロー制度という言葉が“common-law system”とハイフンを入れて語られるように、コモン・ローという言葉自身が日常用語から消えつつあるのかもしれない。

(3) 1970年代の変化は、ベイカーも概説書で「遅すぎた埋葬」として論じているように、既に、実質的に廃れていたものが多く、伝統的儀式・儀礼の廃止によるノスタルジックな感慨を引き起こすものであっても、それほど衝撃的なものとはならなかったように思われる。しかし、後の改革の地均しの意味はあったのかも知れない。J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed. (2002) p. 24.

(4) ベイカー教授が所属する St Catharine's College で2004年4月20日に行った講演で、ケンブリッジ大学法学部の以下のサイトからダウンロード可能である。http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/summary/the-constitutional-revolution/1587

(5) M. ウェーバー『法社会学』（『経済と社会』第二部第七章 第八節 近代法の形式的諸性質）世良晃志郎訳（創文社、1974）510頁。Max

Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1956) s. 505. 以下、本文中に世良訳、及び原著頁を略記。日本語訳については、世良訳を参考に若干変えているものもある。

- (6) とりわけ、「○○の起源」という題名の書物の場合には、こうした注意が必要である。なぜなら、○○の定義の仕方でも、その起源も変化することになるからである。明確な定義を与えて議論を進めることは、一見、科学的な方法に見えるが、歴史研究においては、思わぬ落とし穴となることがある。
- (7) 残念ながら1523年の初版にはコモン・ローの項目は確認出来なかった。息子のウィリアム・ラステルが付け加えたのかも知れない。
- (8) 後述20頁以下。
- (9) Christopher St German, *Doctor and Student*, edited by T. F. T. Plucknett and J. Barton (1974) Selden Society vol. 91. p. 47. 以下 D&S と略記。他方、「王國の慣習」とはコモン・ローのことであるとする理解は、15世紀初めの法廷年報に見出すことができる。後述する事例はベイカー教授の示唆によるが、コモン・ローを慣習から峻別するものであることに注意する必要がある。慣習は地域的なものであり、一般的慣習というものがある種の形容矛盾なのである。それ故に、「王國の」という地域名が付されているのである。その意味では、1615年のデイヴィス判例集まで、コモン・ローをイングランド国民の慣習と理解する本格的な議論があらわれないとするタブズの研究が示唆的である。J. W. Tubbs, *The Common Law Mind; Medieval and Early Modern Conceptions* (2000) pp. 131-2. p. 192 参照。しかも、この判例集がアイルランド法務長官に赴任したデイヴィスが編纂した最初のアイルランドの判例集であり、アイルランドの慣習をコモン・ロー的合理性基準の下に排除する役割を果たしたことを忘れてはならない。Baker, *op. cit.*, p. 32. タブズの研究は、ポーコック主義者による混乱を正す上には役に立つが、このデイヴィス判例集がアイルランド貴族の土地支配に対してもった政治的意義については、既にブラクネットの法制史教科書で指摘されていたことである。Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5th ed. (1956) pp. 312f. なお、St German については、現在のイギリスでの発音に近づけてセント・ジャーマンとした。
- (10) その意味で、法律実証主義と法学実証主義との相違が重要である。また、あまりにも権威主義的に理解されるようになった国家制定法中心的な実証主義と言葉に対して、知識としての実証性については明証性という別の言葉を使った方が良いのかも知れない。

- (11) とはいえ、グランヴィルにおける、王権への依存は明白である。「これらの点を効果的に解決するには、確立した法や裁判所の慣行を主張するよりは、裁判所の裁量に頼る方がずっと良い。このように、このアサイズをより实际的で公平なものにするように調整することは国王、もしくは彼の裁判官の予測と判断に委ねられる。」(p.32) Tubbs, pp 4-7. p. 8
- (12) メイトランド『イングランド憲法史』小山訳 32頁を参考にしながら修正した。「この語が最初に用いられるようになったのはエドワード一世の治世中かその直後である」は、誤訳とまでは言えないが、メイトランドの趣旨を正確に伝えていないのではないだろうか。メイトランドの最初のコモン・ロー論として、より詳細に訳しておく。

「我々が使用してきた、コモン・ローというこの用語について若干の説明をする必要がある。それが日常的に使われるようになるのはエドワード一世の治世中かその直後である。‘common’ という語は、もちろん ‘uncommon’ の反対語ではない。むしろ、‘general’ を意味するのであって、コモン・ローに対するものは特別法である。コモン・ローは先ず第一に非制定法であった。それ故に、制定法や王令から区別された。次に、それは全土の共通のものであった。それ故に、地方慣習から区別された。三番目に、それは世俗法廷の法であった。それ故に、教会法、即ち、キリスト教徒の裁判所の法からが区別された。この教会裁判所は、中世を通して、特に、婚姻や遺言といった我々が世俗の事項と見なす多くの事柄に管轄権を行使しているのである。コモン・ローは理論的には伝統的法である。即ち、制定法乃至王令によって覆されない限り、かつて常に法であったものが、現在も法であるのである。地方法廷が今尚強力であったより古い時代には、法はそれらの法廷で裁判官の席を占める自由人達の間で、口頭で実際に保持されていた。12、3世紀国王裁判所がそのドアを、より多くの業務に対して、より広く開くにしたがって、法の知識はますます専門法曹の学識階層の、とりわけ、国王裁判官の、占有物となっていった。既に、ジョン治世に彼らは学識法曹 (*juris periti*) たることを主張しているのである。新たな事件が生じるにつれ、コモン・ローは徐々に進化していった。しかし、裁判官達は新たな法を作っているとは考えなかった——彼らはそのようなことをする権利も権限ももっていなかった——むしろ、彼らはかつて常に法であったものを宣言しているにすぎないと考えていたのである。」 F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (1908 rep. 1963) p. 22.

- (13) *Leges Henrici Primi* edited by L. J. Downer (1972) pp. 96-7. ハドソンはこの叙述はアナクロニスティックで、この時期にはより細分化された地

方法と共通の法に分解していたと批判する。しかし、ヘンリ二世紀までこうした記憶が残っていたことは重要である。『ブラクトン』段階では、もちろん三区分論は表れない。John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England from the Norman Conquest to Magna Carta* (Longman, 1996) p. 14.

(14) Richard FitzNigel, *Dialogus de Saccario, Constitutio domus regis*, edited and translated by Charles Johnson, I-xvi, p. 63.

(15) *Leges Henrici Primi*, pp. 106-109.

(16) 拙稿「旅する裁判所——巡回陪審裁判制度成立史素描」田中きく代、阿河雄二郎編『〈道〉と境界域——森と海の社会史』(2007) 所収、228-260頁。

(17) Maitland, *Constitutional History*, p. 141 (小山訳189頁)。訳は小山訳を参考にした。

(18) Pollock & Maitland, *The History of English Law*, vol. I pp. 176-178 (Camb. U. P., 1968 [1895]) メイトランドは、世俗法に適用される以前の common law: ius commune, lex communis, commun dreit, commune lei の起源として、カノン法学者が地域教会に特有の法、教皇の特権 (privilegia) に対する言葉として使用する普遍教会の法に注目する。イングランド関連のイノセント三世 (1198-1216) のロンドン、イーリー両司教宛書簡 (c. 32, X. 2. 20) 「カナタベリ司教区の空席教会の保護権は、普通法上も、イングランド教会の一般慣行上も、(tam de communi iure, quam de consuetudine generali Anglicae ecclesiae) 助祭長に属す」等を例として挙げている。これら初期の事例に関する最近の研究については、John Hudson, *op. cit.*, pp. 16-19, J. W. Tubbs, *op. cit.*, pp. 2-7 参照。

(19) *Dialogus de Saccario* i. 11 [p.59]

(20) ジョンは、1210年にアイルランドにコモン・ローを移植するために令状登録集が作成したといわれており、この命令状を、ジョンによるコモン・ロー移植と関連づける議論があるが、ブランドは、令状の発給を、従来のアイルランド総裁職の印璽から国王の印璽に変更するものであったとして、ジョンの事業と関連については否定的で、むしろ、ジョンの事業とブラクトンの編纂を結びつけて考えているようである。

G. J. Turner, Who was the author of Glanvill, *L&H Rev.* vol. 80 (1990), p. 101. Paul Brand, 'Ireland and the Literature of the Early Common Law' *Irish Jurist* n. s. vol. 16 (1981), reproduced in *The Making of the Common Law* (1992), pp. 445-463. at. p. 19, pp. 460-463.

- (21) Bracton, *On the Laws and Customs of England*, 4vols. ed. by George E. Woodbine and Samuel E. Thorne (Cambridge, 1968-77). 本稿の分析では、ハーバード大学の Bracton Online 版 (<http://hls15.law.harvard.edu/bracton/>) を使用した。引用は、ラテン文で該当句の見出される箇所を(巻号一頁一行番号)の形式で示している。
- (22) George D.G.Hall ed. *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill* (1965) II, c. 3 (p. 25), II, c. 19 (p. 36), V, c. 5 (p. 58). 以下 *Glanvill*. 何れも法廷での宣誓証言能力の喪失乃至否認との関連で使用されている。マグナ・カルタの‘per legem terrae’をこの様に狭い意味で解するのか、後の用法のように広い「國法」的意味に解するかについても議論がある。マグナ・カルタ第39条は、以下に述べる法外放逐にも関係しており、‘per legem terrae’の句の使用は、その関連が強く意識されていたと考えられる。W. S. Mckechnie, *Magna Carta, A Commentary on the Great Charter of King John*, 2nd ed. rev. (1914) pp. 379f. 両著作とも邦訳(松村勝二郎訳『中世イングランド王国の法と慣習：グランヴィル』(1993)、W. S. マッケクニ著、禿氏好文訳『マグナ・カルタ：イギリス封建制度の法と歴史』(1993))があるが、長期研修中で邦訳該当頁を確認出来なかった。
- (23) 別の箇所では、「重罪私訴者に答弁し、國法によって(per legem terrae) 抗弁した場合」(2-359-011)。この場合、英訳者が、terrae 抜きでの、“per defensionem per legem”を「雪冤宣誓を行う(make one’s law)」(3-262-027)と訳しているように、per legem terrae は、雪冤宣誓による抗弁を意味するのかも知れない。
- (24) Baker, *op. cit.*, 4th ed. p. 64. この法外放逐宣言が、庶民院議員選出と共に州裁判所の機能として最後まで残るのである。*Ibid.*, p. 24.
- (25) 「宣誓文言」の後の説明。40日間教会にとどまる必要はなく、裁判官やコロナーの到着後直ちに出頭し、「[國法に従って] 退國宣誓すべきである (facere legem terrae)」(2-383-007)。クラレンドン議決の40日間の期間は、友人の援助を求めるための期間であるからであるとされる。
- (26) 「抗弁の最初のもは、全ての重罪私訴に一般的なものである。即ち、訴訟が國法に従って、且つ有効になされたかということである。(Prima exceptio et generalis in omni appello de secta, si bene et secundum lege terrae facta sit.)」(2-394-001)。なお、州裁判所に出頭すれば、叫喚だけでも適正手続となる。また、法外放逐のところでも論じたが、州裁判所での法外放逐宣告付召還に応じて出頭した場合には、國法に従って答弁することに

なる。「重罪私訴者に答弁し、國法によって (per legem terrae) 抗弁した」場合 (2-59-011) 「ある州で國法に従い防衛し、もしくは、自ら獄に繋がれたが、他の州で、法外放逐された (in uno se defenderit secundum legem terrae vel se in prisonam posuerit, et alio comitatu fuerit utlagatus)」場合 (2-370-018) 「國法によって (per legem terrae) 訴訟遂行している以上、罪 (culpa) はない」 (3-262-029)。Terrae 抜きで英訳者が雪冤宣誓を為すと訳している箇所については、注(15)参照。

- (27) 「國法に従って不出頭申立を行う (quod essonium fecit secundum legem terrae)」 (4-111-020)、封主法廷への不出頭申立検証・不出頭許可証を被告 (tenant) が得た後に、相手方が不出頭申立人を放浪理由で逮捕した場合の釈放を命じる州長官宛て令状の中の文言 (secundum legem terrae) (4-122-034)。さらに「國法によって (per legem terrae) 不出頭申立をおこなったものが、悪意によらず、逮捕された」 (4-129-013) 場合は (悪意の場合には敗訴)、例え、原告が欠席裁判判決を求めたとしても、暗黙の承諾によって放棄したのではない限り、欠席のままとせよ。なぜなら、被告と和解 (diem amoris: laveday) を持つことによって暗黙裏に放棄することがあるからである。もう一つの例は、封主法廷への不出頭申立検証許可証発給を命じる令状文言 (secundum legem terrae et consuetudinem regni nostri), (4-123-015) である。この箇所では、関連して (secundum legem et consuetudinem regni nostri) (019), (secundum consuetudinem regni nostri), (011) という表現が使われており、何らかの使い分けがなされているのか気になるところである。(011) については、4名の騎士による検証問題が絡んでおり secundum consuetudinem regni nostri の単独使用例として後述。
- (28) 陪審審問条項で「それ以外の身代金無しに國法によって保釈されうるし (per legem terrae replegiari sine aliqua redemptione)、されねばならないのに」 (2-32-021)、盗犯で正式起訴されたものを投獄し、身代金を得るまで投獄し続けた州長官や他の代官がいなか審問するものである。
- (29) 教会裁判所裁判官宛禁止令状の文言「州長官や市長が、平和維持のため、職務上、國法によって、我が王國の慣習に従って (pro officio sui debetio et pro pace nostra per legem terrae secundum regni nostri consuetudinem)、逮捕したA某が、聖職者だと主張して釈放され、司教の下に置かれた」 (4-258-032)。
- (30) 「王國の法と慣習に従って (secundum legem et consuetudinem regni) 彼女が持つべき以上に寡婦産を保有している」 (3-402-022)。「國法に従った合理的割合の寡婦産以上には持たないが故に (quia lus habet quam

rationabilem dotem secundum legem terrae)」(3-405-002)。

- (31) 表題は「領主の家支配権のもとにあるあるのが領民(農奴)である (Sub potestate dominiorum sunt servi)」、「領民 (servi) は、領主が彼に抗して國法によって (per legem terrae) 支援されるまでは、自由身分であるといわれている。彼は、彼の身体に対する権利を獲得するまでは彼に対しても、彼の息子、土地、その他の動産に対しても支配権 (potestatem) を持たない」(2-37-002)。領主権は裁判所で行使されなければ消滅することになる。力を回復して、逃亡農民の特権を無視して連れ戻せば、平和違反で罰せられることになる。
- (32) 同じく「この贈与は、國法に反しているように見えるが、譲与者の意図と承諾の故に、有効である (valet donatio propter voluntatem et consensum donatoris quavis contra legem terrae fieri videatur)」(2-70-024)。「自らと、自らの相続人を害することがあっても、他人を害しない限り、そして、國法と王國の慣習に反する場合でも、なぜなら、合意は、時折、法に優位するからである (dum tamen hoc non sit in praeiudicium aliorum, quavis hoc esse possit in praeiudicium sui ipsius et heredum suorum. Et quavis hoc sit contra legem terrae et consuetudinem regni, cum conventio quandoque legem vincat)」(2-106-014)。
- (33) この法理は 9 *Coke Rep.* 141 b [E. R. v. 77, p. 934] によって広まることになるが、本来は、学説彙纂50巻の法格言章に収められてウルピアヌス法文 (D. 50. 17. 45 § 1 (Ulpian)) に由来するものと考えられる。もっともここでクックが公法律として主張しているのは、二つの制定法のことであり、公的合意としての制定法が私的合意に優位する点に関しては、後に述べるように、ブラクトン段階でも確認できることかも知れない。
- (34) 対句的表現の典型的な例としては、「法外放逐が合法的に正規になされた (utlagaria sit iusta et rite)」場合と対比して、「國法と王國の慣習に反して宣告された (contra legem terrae et consuetudinem regni promulgata)」(2-373-006) 場合には無効とされる。
- (35) 土地の回復に関する令状「法外放逐により、王國の慣習に従い (secundum consuetudinem regni nostri) 一年と一日の間、朕の下にあった土地」(2-365-009)の封主への返還。同様の事柄が同頁の後の行で、「イングランドの慣習と法に従い (secundum legem et consuetudinem regni nostri Angliae)」(021)、「我が王國の議決に従い (secundum assissam regni nostri)」(023)と論じられる。家畜の差押者の抗弁で、家畜が被害をもたらしたので「損害賠償が為されるまで、王國の慣習に従って (secundum

consuetudinem regni) 押収した」(2-445-023)。不動産毀損を検証するための令状文言で「上述のAは我が王國の慣習に反して (contra consuetudinem regni nostri) 不動産毀損、破壊、追放を行ったとBは主張」(3-408-003)。具体的には、木を切り倒し、隸農を金銭で解放た。「王國の慣習に反して決闘審判に付された場合 (Ubi duellum vadiatum est contra consuetudinem regni)」(4-60-024)。「彼は違法に王國の慣習に反して決闘審判に付された」と訴えている (Et unde queritur quod duellum illud iniuste et contra consuetudinem regni nostri vadiatum est)」(029)、封建裁判所執事宛令状文言で、前述の不出頭申立に対する4名の騎士による検証許可証の発給を求めるもの(4-123-011)、不動産相続に関するものは、マートン法に関連して教会裁判所で嫡出性を立証することへの禁止令状文言「イングランド法により (per legem Angliae)」(4-259-012, 013)、「イングランド法により、王國の慣習に従い (per legem Angliae secundum consuetudinem regni nostri)」(027) という文言が法令に従って続いた後、「上述の保有地に関して、王國の慣習に従って (secundum consuetudinem regni nostri) 正義を施すであろう」(4-260-014) と締めくくられる。なぜなら、「当事者間で相続は争われているとき、もしくは争われようとしている時に、我々が問題を貴公に信託する以前に嫡出性に関する調査を進めることは明白に我が王國の慣習に反する (contra consuetudinem regni nostri) からである」(4-261-005)。王國の慣習が地域慣習であることを示す興味ある例としては、「丁度、教皇が精神的事項に関して秩序と位階を定めうるように、国王は、世俗事項に関して、秩序と位階を定めうるのであって、相続財産を与え、相続人を立てることにしては、彼の王國の慣習に従って (secundum consuetudinem regni sui)、そうすることが出来る。なぜなら、全ての王國は、互いに異なる独自の慣習を持つからである。なぜなら、イングランド王國の相続にはある慣習が存在し、フランス王國には別の慣習があるからである」(4-298-027)。

(36) 謀殺罰金制度もデー人支配に遡るとされるが、財務府対話編での議論にあるように、ノルマン征服により復活・強化せられた記憶は生々しいものがあつた。

(37) 前注(27)参照。

(38) 4-30-009は遷延的抗弁に関する以下の議論である「なぜなら、共有の権利であるので、他の人がいなければ答弁できない。部分的に他人に関係することなので、その人達がいなければ云々 (quia ius commune ita quod sine alio respondere non potest, vel quia in parte tangit alios sine quibus

etcetera.)」。もう一つ、「上述の場合には共有権の分有者は分割を認めているからである (quia in casu supra dicto ius commune participum recipit divisionem)」(4-84-010)。それ以外の例については、以下の通りである。「贈与方式は、たとえば *ius commune* と法に反しても守られねばならない。なぜなら譲与方式や合意は法に優位するからである (modus tenendus est etiam contra ius commune et contra legem, quia modus et conventio vincunt legem)」(2-68-006)、「贈与条件が、*Ius Commune* に反して、正当な相続人の不動産相続を妨げることもある (Item poterit condicio impedere descensum ad proprios heredes contra ius commune)」(2-73-006)。このすぐ後で同趣旨の事柄が「真の相続人と相続不動産占有訴権に反して (contra veros heredes et contra assisam mortis antecessoris)」(2-73-028)と論じられ、その理由付けとして、「そのことを知り、承諾した人に不法行為は成立しないからである。かくの如く、条件や合意は法に優位するのである (quia scienti et volenti non fit iniuria; et ita condicio sive conventio vincit legem)」(2-74-011)と論じられるのである。「*ius commune* に反する特別な合意によって授封者は、贈与原因にいて自らの立場を改善しうる (Item poterit donator ex speciali conventionione contra ius commune condicionem suam meliorem facere in causa donationis)」(2-148-011)、具体的には、権原担保者とならず、保護を行わないこともできる。他方「受封者は、彼の保護のために法によって導入されたものを、*common ius* に反し、自由に放棄しうる (sic poterint tenens gratis renuntiare his quae pro se introducta sunt a lege contra ius commune)」(2-148-017)「逆に、受封者も *ius commune* に反する特別な契約によって自らの立場を改善しうる (Item vice versa poterit donatarius condicionem suam meliorem facere ex speciali conventionione contra ius commune)」(2-148-018)。「主たる封主も、*ius commune* に反し、そのように特別に合意されたならば、後見権も婚姻権も持たない (ne capitalis dominus habeat custodiam et marritagium, si ita specialiter convenerit contra ius commune)」(2-148-022)。この場合、*ius commune* はレーン法を意味し、単なる贈与の問題でなく、合意によってレーン法的関係が解体させられることがよくわかる。「彼と彼の所有物のために導入されたものを、このように、*common ius* に反して、放棄しうる (Et sicut poterit quis renuntiare his quae pro se et suis introducta sunt contra ius commune)」(2-149-005)。これに続けて以下のように論じられる「自らが *common ius* に反して、そのように望んだのだから、それら自体は不法とならない。知りながら、承諾した場合には不正とならないから

である (sibi ipsi non erit iniuriosum cum hoc voluerit licet contra ius commune. Scienti enim et volenti non fit iniuria) (2-149-008)「先祖の遺言者が望んだことであるので、ius commune には反するが、受遺者が占有している場合には、相続不動産占有回復訴訟に対する抗弁となる (ex quo antecessor teatator hoc voluit, licet contra ius commune, ad tollendam assisam mortis antecessoris)。……占有していない場合には、教会裁判所にも、世俗裁判所にも訴えることはできない」(2-149-021)。また、最近侵奪占有訴訟における、令状、裁判管轄権に関する抗弁では、合意乃至承諾は一般的訴権に対する抗弁事由となるのであって、「例え、common ius に反して、嘆願によって入手されたものであったとしても (Item si impetratum fuerit contra ius commune) 同様である」(3-79-012)。また、聖職推挙権の付属する土地保有者による推挙の教会保護権者による妨害 (3-232-016) についても、contra ius commune は使用されており、この場合、ius commune は聖職推挙権。

- (39) 具体的には、十字軍遠征中に、帰還後返還されるが、死亡によって帰還しなかった場合には、Aの封土として留まるという但書付で期間権を譲渡した場合。相続人が相続不動産占有回復訴訟で訴えたとしても、譲与条件における但書きが、阻却事由となる。ヘンリ二世紀の導入された相続不動産回復訴訟を指すと見てよい。相続不動産回復訴訟を指すのか、相続不動産回復訴訟を定めた1179年ノザンプトン議決 (assisa) を指すのかは確定しがたい。同様の議論として、2-9-021も参照。
- (40) *Fleta*, Book6, c. 1, sect. 1. *Coke on Littleton*, Sect. 234, fol. 158b.
- (41) 前注(32)参照。
- (42) 例としては、(2-118-035)、(4-82-025)、(4-192-007)、(4-220-025)など。
- (43) Maitland, *Constitutional History*, p. 24f. 本稿の考察対象からは外れるが、長子単独相続制との関連して、家族内の財産分与を行う場合、土地譲与が全て封主－封臣関係を擬制して行われるため、家族内の関係が法的には封建的関係となってしまう。その結果を避けるには合意を優位せざるを得なかったのではないだろうか。
- (44) Magna Carta (1215) ca 34, (1225) ca. 24. 令状とは何かという、一般的表題の下に論じられたこの議論は、後の議会制定法に基づく令状の発展を理解する上で興味深い。法に反し (contra ius et regni consuetudinem) としながら、法に反しない場合 (dum tamen non iuri contrarium) というのは、論理矛盾のように聞こえるが、前者は、通常使われる、國法と王國

の慣習に反し (*contra legem (terrae) et regni consuetudinem*) と同じ意味で、既存の法を意味し、後者が正義としてのあるべき法を意味するのであろう。

(45) ブラクトンの成立年代に関するソーン以降の議論、とりわけ最近のブランドとパートンとの論争については、本稿の筆者の能力の及ばぬところがある。しかし、本体部分を何時、誰が執筆したかはともかく、ブラクトンが最後に編纂者の一人として係わったことには異論がないように思われる。

(46) オックスフォード条款 (1258 June / July)

「同上のオックスフォードの議会で、二四名が選ばれた、一二名が国王の側から (*ex parte domini regis*)、同数が [王国] 共同体の側から (*ex parte communitatis*) である。国王とその息子エドワードは、前述の如く、彼ら自身と全イングランドの状態の是正とより良き改革のために、彼らの命令と条規に服することとなった。

多くのことが、当地でまた、他の場所で議論され、以下の如く定められた。

オックスフォードで定められた条規

1～4 (略) ……

4. オックスフォードでのイングランド共同体の宣誓 (*iura le commun de Engleterre*)

……以下宣誓文言は仏語……

7. 大法官の宣誓

彼は、当然令状をのぞいて、国王と彼に侍する評議会の命令無しに、いかなる令状に捺印を押すことはない。また、大評議会、乃至その多数の同意無しに、大所領の後見権、多額の金銭、不動産復帰権の授与状に捺印を押すこともない。また、二四委員会乃至その多数の作成され、また作成される命令に反する事柄に捺印を押さない。彼は他の人々によって決められた額を超えて支払を受けない。評議会が決定する方法で、彼に同僚が与えられる。

8. ～14. (略)

15. 大法官に関して

大法官も [最高法官] 同様 [一年任期] であり、任期末に、その任期中の責任を問われる。彼は、当然令状を除き、国王の意思のみによって (*par le sule volunte del rei*) 作成された令状に捺印してはならず、国王に侍する評議会によって作成されたものに捺印しなければならない」。

I. J. Sanders (ed.), *Documents of the Baronial Movement of Reform and Rebellion, 1258-1267*, selected by R. E. [i. e. R. F.] Treharne (1973), pp. 97-107.

- (47) 前述のグランヴィルの理由付けと、下記のブラクトンの理由付けを比べれば、その力点の違いが分かるであろう。「なぜなら、諸侯の忠告と同意、及び國全体の合意 (de consilio et consensu de magnatum et rei publicae communi sponse) によって正しく定められ、承認されたものに國王乃至君主の権威が加えられれば法の効力を持つからである」(2-19-012)。
- (48) メイトランドが法廷年報 (Y. B. 21-2 Edw. I. 1292-4) で確認した初期コモン・ローの用語法は以下の通りである。制定法 (pp. 55-6, 419)、地方慣習 (pp. 213, 287)、大権 (p. 406)、商人法 (p. 459)、特別法 (p. 71)。
- (49) The Statute of Quo Warranto, *Statutes of the Realm* vol. 1 p. 107. 海外研修中の執筆で、日本語文献につき、正確には言及出来ないが、城戸毅『マゲナ・カルタの世紀』、また、赤澤計真氏の権原開示訴訟をめぐる研究等を参照。
- (50) この時代は、同時期に制定された、ウエストミンスター第一法律、第二法律の令状強制送達規程によって、令状復命権の衰退する時期でもある。
- (51) リトルトンの時効論とクックの注釈によって、一般的には超記憶時代としてコモン・ロー上の時効の起源は権利令状の時効期限をリチャード一世即位時 (1189年9月3日) としたウエストミンスター第一法律 (1275) 第39条と理解されているが、慣習との関係では権原開示法の規定の方が重要であろう。 *Statutes of the Realm*, vol. 1 p. 36.
- (52) *Beaulieu v Finglam* (1401), Y. B. Pas. 2Hen. IV, fo. 18, p. 1. 6. in Sir John Baker, *Baker & Milsom's Sources of English Legal History: Private Law to 1750*, 2nd ed. (2009), p. 610.
- (53) 問題はこのような慣習と区別されたコモン・ローを如何なるものとみるかにある。シンプソンのように法曹団体を法共同体とする慣習法とみる見方もできようが、それならば、法曹法とってしまった方が我が国の研究者には理解しやすいのではないだろうか。
- (54) 同様な指摘は 81b 不使用によって立法の効力は失われることはない。
- (55) *Coke on Littleton*, 141a-b. クックが、悪しき慣習は廃止されるべきの注釈としてここで、40Ed 3 のアイルランドのキルクゥニー議会でのプレホーン法廃止をあげているのは、先にあげた同時代のデイヴィス判例集とともに慣習に対するコモン・ローの合理性審査基準の果たした役割を理解する上で象徴的である。もっともこの場合でもクックが挙げているのは議

会法による悪しき慣習の廃止である。

(56) *Year Books of Edward IV: 10 Edward IV. and 49 Henry VI. AD. 1470*, ed. N. Nelson, Selden Society vol. 47. pp. 38f.

(57) *Ibid.*, p. 38

(58) *Ibid.*, p. 39. これで議論が終わったわけではない。問題は「とはいえ、原告は王座裁判所に訴えることが出来たわけで、その原告の訴えによって本法廷が訴訟管轄権を行使する場合、彼の訴えによって被告の特権が奪われてしまうのは合理的ではないのではないか」という議論へと移っていくことになる。ここでは、原則の問題から政策判断の問題へと方向転換していくのである。これには、国王裁判所同士の裁判管轄権問題であるという点が影響しているのであるが、原則論としては、下位裁判所との間でも同様の論理が成立したであろうが、その場合には、こうした政策的配慮も働かなかったであろう。

(59) *Ibid.*, pp. 39-41.

(60) *D&S*, p. 47.

(61) *Ibid.*, pp. 48-49.本文は英語版（1531）の順番に従ったが、ラテン語版（1523）では、モールバラ法とマグナ・カルタの順番が逆になっている。また、法外放逐が省かれているため「國法によって」という文言の意味が異なってくるのが興味深い。*Ibid.*, pp. lxix-lxx.

(62) Reasonablenessについては、J. H. Baker, 'Custom' in *Halsbury's Laws of England*, 4th ed. reissue (1998), pp. 155-202. 特に、同書162-167頁参照。他の、興味ある実例としては、「法の適正手続」という側面からアプローチしたベイカー教科書の実例参照。Baker, *op. cit.* 4th ed. (2002), p. 97. 参照。

What is the Common Law?

The Common Law of England as a Body of National Law

Yuzo FUKAO

The Origin of the Common Law traces back to the reign of Henry II, though the word ‘common law’ itself began in the age of Edward I. Max Weber who explored the theoretical origin of modern law, was astonished at the early formation of English law as territorial law, ‘*lex terrae*’, because in central Europe national law system just began in the modern age. He thought it indispensable for the making of modern law to overcome the maxim, ‘*conventio legem vincit*’, because modern law is national territorial law. But we can find the same maxim in *Glanvill*, and even in *Bracton*. How did they make the national law system in England, without overcoming the maxim?

At first, I tried to find what was the early common law before the word ‘common law’ came into use, by analyzing *Bracton*’s usage of the following phrases, ‘*lex terrae*’, ‘*consuetudo regni*’, and ‘*ius commune*’. The usage and the meaning of the terms, ‘*lex terrae*’ and ‘*consuetudo regni*’ did not overlap each other when they were used separately. The former words generally signify the law before the Conquest, chiefly in relation to the outlawry, while the latter words signify the practice of king’s court introduced or intensified after the Conquest. Therefore ‘*lex terrae et consuetudo regni*’ meant all the body of English law, namely the common law of England. On the other hand, ‘*ius commune*’ and ‘*lex terrae*’ overlapped in the passages where *Bracton* explains that a donation ‘*ex speciali conventionione contra ius commune*’ or ‘*contra legem terrae*’ is valid. They overlapped each other because the same matter is analyzed from two different points of view, one the objective law and the other subjective right. The law and the right were diverging from ‘*ius*’. It was in this context that the maxim ‘*conventio legem vincit*’ was used with another maxim ‘*volenti non fit injuria*’. *Bracton* rather emphasized the

importance of agreement, even against the common law, provided it does not injure the other men. But this emphasis strengthened the unity of the law of the land as a national legal system because he also stated that statute law derived from consent and will of the council of the whole realm should prevail against the older law. If so, laws of this kind prevailed against both private agreement and special custom.

But this progress also divided the law of the land into statute law and common law. And there remained the problem whether the common law prevailed against a particular agreement or the custom beyond the time of memory. Did common law prevail when it competed with a custom or a private franchise? In the interesting case in 1470, *Wallyng v Meger*, the judges of the court of common pleas didn't think so. The Chief Justice thought that the privilege beyond the time of memory was as strong as the common law. But it was important for them that the plea had already been seized by the court of common pleas, and 'when common law and privilege come together the first possession shall be preferred', because the jurisdiction of that court could not be inferior to any other court. Therefore once the case has brought to the common law jurisdiction, the privilege or the custom was judged on the reasonableness of the common law. This test of reasonableness by the common law judges prevailed against custom and private agreement.