

クック「マグナ・カルタ註解」覚書

論

深尾裕造

説

イギリスの歴史家はしばしばサー＝エドワード＝クックに対し批判的ですが、クックは大憲章の本来の意味を歪曲したのだというありふれた非難は真実に欠けると思われます。

J=C=ハウルト「マグナ＝カルタ、法および国制」佐藤伊久男訳⁽¹⁾

プロローグ

冒頭に引用した英国中世史の大家ハウルトの言葉は、1986年来日時の東北大学における講演の一節である。ハウルトのこの主張の論拠は、既に、1965年マグナ・カルタ750周年を記念して出版された『マグナ・カルタ』初版で詳論されていた。昨年800周年に出版された『マグナ・カルタ』第3版においてもこの主張は一貫している。⁽²⁾

したがって、冒頭のハウルトの見解は、この時に初めて我が国に紹介されたわけでもなかった。ハウルト説は、その基礎を提供したトムプソンの研究と共に『イギリス基本法思想の研究—民主主義憲法の源流をたずねる為の歴史学的方法—』（1973年）で、禿氏好文氏によって紹介されていたのである。しかし、禿氏は「発展の決定的な時代は、クックの時代にではなくて、十四世紀であり、その時に、クックの大憲章解釈の諸特徴の多くが議会制定法に具体化された」というハウルトの見解を、「最近の学説の傾向の中にあってはむしろ異色の部類に属す」と一蹴し、1904年のジェンクス論文「マグナ・カルタ神話」の方が通説だと断じてしまった。⁽³⁾

ためか、ホウルト説は、我が国に於いて広く受入れられるところとはならなかったのである。

禿氏は、その根拠として、ジェンクス論文を紹介した田中英夫氏の研究「私有財産権の保証規定としての Due Process Clause の成立 (一)」(1955) に拠りつつ、「“The law of the land” は Due process of law を意味するというクックの説も、彼の非歴史的な態度からでたものとされるのが通説である」と断じられたのである。ホウルト『マグナ・カルタ』初版以前に著された田中論文でホウルトの議論を封じてしまわれたことになるのであるが、何故に、禿氏は、ホウルト『マグナ・カルタ』初版以前に発表された論文に依拠し、1904年のジェンクス論文にまで先祖返りされてしまったのであろうか。

一つには、この間、ハーバート・バターフィールド／越智武臣他訳『ウイッグ史観批判—現代歴史学の反省—』(未来社, 1967) が出版され、ホイッグ史観批判が歴史学界の一つの潮流となりつつあったことに一因があるのかもしれない。原著 Herbert Butterfield, *The Whig Interpretation of History* (London, 1931) は、クックを直接批判するものではなく、自由の自己発展として歴史を道徳的に描き出すケンブリッジ大学欽定近代史講座教授アクトン卿のヘーゲル流の方法への批判であったのだが、訳者の紹介にもあるように、バターフィールドは、第二次世界大戦終戦前に、クックをホイッグ史観の創始者とする Herbert Butterfield, *The Englishman and his History* (Cambridge U.P., 1944) を著していたからである。⁽⁵⁾

実は、1904年のジェンクス「マグナ・カルタ神話」は、クック「マグナ・カルタ註解」を直接の批判対象とした論文ではなく、イギリス大学歴史教育の父、オックスフォード大学初代欽定近代史講座教授スタップズの説に対する批判論文であり、その末尾に、このようなスタップズ的マグナ・カルタ理解の創始者としてクックの名を挙げたにすぎなかった。したがって

42(42) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

て、直接にジェンクス論文から論じた田中氏は、この点を誤ることなく、マグナ・カルタを「イギリス人の自由の守護神」とする立場をとった学者として「19世期末に活躍した憲法史の権威であるスタブズ（William Stubbs）が第一に挙げられねばならない」とし、その説を紹介すると共に、このような見解をとる学者として、ハーラム、グナイスト、ブトーミイ、テイラの名を挙げ、このような伝統的見解と根本的に相反する説の嚆矢としてジェンクス論文を紹介していたのである。⁽⁶⁾

クック「マグナ・カルタ註解」への本格的な批判は、近代マグナ・カルタ研究の出発点となったマッケクニの『マグナ・カルタ』（1905年）であり、前述、田中論文のクック批判もマッケクニ『マグナ・カルタ』第2版（1914年）に多くを負っていた。バターフィールドに大きな衝撃を与えたのも、このマッケクニの著作であり、1968年レディング大学でのステントン講義の最後に、「私が若かったとき、20世期初めに、マッケクニ某がマグナ・カルタ神話を抛り飛ばすのを学んだのは、今尚、身震いするようなことであった」と回顧している。⁽⁷⁾スタブズ『英国憲制史料選 Select Charters』第9版（1913）の編者もマグナ・カルタの解説に「本文への詳細で優れた註釈が W. S. McKechnie によって、彼の著書『マグナ・カルタ』（Glasgow, 1905）によって提供されている」と付け加えた。この『憲制史料選』の編者は、スタブズ説批判の書物による修正を加えた版を出版することについて、第9版序文冒頭で、この多くの修正が「偉大な学者の記憶を冒瀆する不当なものと思われるように希望する」と弁明しているが、逆に、この修正のお陰で、スタブズ説が葬り去られた後も、史料集としての『憲制史料選』は、オックス＝ブリッジでの定番の歴史史料集として⁽⁸⁾1960年代迄出版され続けたのである。

これが、ホイッグ史観の根強さを支えて続けていたのであろう。マッケクニの著作に衝撃を受けたバターフィールドが1931年に『ホイッグ史観

批判』を著わし、第二次世界大戦末の1944年『英国人と彼の歴史』でクックをホイッグ史観の創始者として批判したのも、その故であろう。

しかし、第二次世界大戦が「人権」のための戦いとして闘われ、戦後1948年の世界人権宣言が採択に向けた動きが活発化する中、マグナ・カルタへの見方も変化する。⁽⁹⁾1947年のレイディン「マグナ・カルタ神話」⁽¹⁰⁾、翌年のフェイス・トムプスン『マグナ・カルターイングランド憲法の形成に果たした役割1300-1629』は、共に所謂「マグナ・カルタの世紀」以降の中世におけるマグナ・カルタ解釈の変遷を明らかにしたものであった。合衆国で続いて両論文が発表されたことに示されるマグナ・カルタへの関心の高さの背景としては、トムプスン論文の序文にあるように、第二次大戦前のニューヨーク世界市場博に出展され1,400万人の観客を集め、大戦期間中アメリカのノックス空軍基地に保管されていたリンカン大聖堂のマグナ・カルタ原本の返還式典が、1946年1月10日に大々的に催され、アメリカの大衆の関心を再び惹きつけたことが大きかったのであろう。⁽¹¹⁾

前述の1965年のハウルト『マグナ・カルタ』（初版）の議論は、主としてトムプスンの研究を基礎に、バターフィールドのクック＝ホイッグ史観創始者論を批判するものであったのだが、この点が見過ごされてしまったのかもしれない。

もう一つが「マグナ・カルタ神話」というサウンド・バイトの持つ魔力であろう。戦後の日本研究者の「科学」への憧憬が、「神話」への拒絶感を強くしたのかも知れない。1965年ハウルト『マグナ・カルタ』と同年に、「サー・エドワード・クック―神話の創始者」題した章を展開するヒルの『イギリス革命の思想的先駆者たち』が出版され、一早く浜林正夫氏によって『歴史学評論』第307号（1965）で紹介されており、こうした言葉の魔術が影響したのかも知れない。同書は1972年に福田良子訳で邦訳されるが、ハウルト『マグナ・カルタ』の邦訳については2000年、森岡44(44) 法と政治 67巻1号（2016年5月）

敬一郎氏によって第2版（1992年）が訳されるまで待たざるを得なかったのである。

しかし、より根本的な問題があった。近代の本格的なマグナ・カルタ研究はマッケクニにはじまり、ハウルト『マグナ・カルタ』は、マグナ・カルタの法学的解説に重点を置いたマッケクニの研究に対し、歴史学的な視点から再検討を加えようとしたものであった。その意味では、法学的な解説としては、マッケクニの著作の意義は、今尚大きく、禿氏がハウルト『マグナ・カルタ』ではなく、マッケクニ『マグナ・カルタ』の邦訳を目指され、1992年に出版されたことの意義、それ自体は高く評価されるべきものである。⁽¹²⁾しかし、マッケクニは、あたかもクックが1215年のジョンのマグナ・カルタを註解したかの如く批判するという、逆の意味の非歴史的過ちを犯してしまったために、「クック＝マグナ・カルタ神話創造者＝歴史の歪曲者説」を固定化させる役割を担うようになったように思われる。中世の人々にとって、マグナ・カルタとは、1225年にヘンリ三世が発給し、1298年にエドワード一世が確認し制定法録に登録した現行法としてのマグナ・カルタであり、より、一般に普及していたのは1300年交付版マグナ・カルタであったのである。⁽¹³⁾ジョン王のマグナ・カルタは1571年にカンタベリ大司教マシュー・パーカーがマシュー・パリス『大年代記』を出版するまで、ほとんど知られていなかった。シェークスピアのジョン王は1598年頃までに完成していたようであるが、歴史学者でもないシェークスピアが新たに出版された『大年代記』を利用していなかったとしても責められるべきではないであろう。800周年記念論文集で百科辞典研究者によって明らかにされたように、百科辞典のマグナ・カルタの項目でジョン王のマグナ・カルタが中心的位置を占めるようになるのは1830年代、1215年マグナ・カルタ発給600周年以降のことなのである。⁽¹⁴⁾ジョン王のマグナ・カルタへの学問的注目が復活するのは、ブラックストンのマグナ・

カルタ研究以降にすぎず、ハーバード大学教授のボウエンは、1854年直前になってもジョン王のマグナ・カルタの適切な英訳版を発見することができなかつたのである。⁽¹⁵⁾

我々、日本人にとっては、学生版ブラックストンを介しての福沢諭吉『西洋事情』（1870）による紹介、尾崎三良『英國憲法纂要』（1874）による翻訳・註解以来、マグナ・カルタと言えば、1215年のジョン王のマグナ・カルタであり、戦後、岩波文庫『人権宣言集』（1957）に収められたのも1215年のマグナ・カルタであった。⁽¹⁶⁾しかし、クックにとっては、1215年マグナ・カルタは強迫によって発給され、無効とされたマグナ・カルタであり、法学者であるクックが無効とされたマグナ・カルタに註解を加えるはずもなかつたのは言うまでもないことなのであって、このことを忘れて議論するなら、とんでもないアナクロニスティックな議論となってしまうのである。

勿論、学者であるクックは、パリス『大年代記』に通じており、課税同意権に関する1215年のジョン王のマグナ・カルタ第十四条が、エドワードが制定法令集に登録したマグナ・カルタから削除されていたことを知っていた。それ故にこそ、1628年の権利請願に於いては1297年無承諾課税禁止法 Statutum de Tallgio non Concedendo の意義を強調したのである。⁽¹⁷⁾18世紀に、「家庭の医学」的法律書として版を重ねたジェイコブの『各人が自らの弁護士』の「臣民の権利」の章には1225年マグナ・カルタと無承諾課税禁止法がセットで収められたのである。⁽¹⁸⁾英国議会の課税同意権を強調するフォーテスキューがマグナ・カルタに言及しなかつたのも、当時のマグナ・カルタには課税同意権の規定が省かれていたからであり、印刷術導入の前に、個別の制定法を引用することは稀であつたからでもあろう。学問方法論としても、典拠を脚注や欄外注の形で挙げる方法は、人文主義の時代以前には一般的ではなかつたのである。⁽¹⁹⁾さらに、マグナ・カルタ第46(46) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

29章（39条）の規定についていえば、印刷術導入後も、コモン・ローを成文化したものととして、マグナ・カルタへの言及もないままに、コモン・ローの重要なマクシムとして紹介されていたことにも留意すべきであろう。⁽²⁰⁾

その意味で、1980-84年王立歴史学会会長の座に登り、マグナ・カルタ研究史上初めての「歴史的注解」者として紹介されるようになったハウルト教授の1986年来日時におけるマグナ・カルタ講演は、従来の「異色」見解説を打ち破る大きなチャンスであった。しかし、訳者は「彼（クック）の好古主義は、ホイッグ史観の進化論とは異なり、基本法の持続的で不変の要素を見究めることにあった、とハウルト教授は理解する」（傍点筆者）として、ハウルト教授によるバターフィールド批判の意義を正しく評価しながらも、ブレイディのクック批判の有効性を強調することで、ハウルト教授の主張の意義を弱めてしまったように思われる。⁽²¹⁾

実は、「クック＝神話の創始者＝歴史の歪曲者」論を成長させる種が既に蒔かれていたのである。バターフィールドは、空位期急進派のノルマン・ヨーク説の研究を目指していた一人の博士学位志望者のテーマを、彼が『英国人と彼の歴史』でクック批判のために採り上げたブレイディ論争に向けさせるのに成功した。⁽²²⁾ 彼は、1952年に博士論文「庶民院起源論争1675-88」を完成させた。この博士論文がポーコック『古き憲制と基本法』（1957）へと発展することとなったのである。もう一人の論文指導者プラム博士も十八世紀研究者であり、中世におけるコモン・ロー法学の発展を検討するものではなく、むしろ、十八世紀のバークによる時効論的憲制理論の系譜を過去の歴史に遡り探究することを目的とする歴史思想の発展を跡づける著作となった。⁽²³⁾ コモン・ローに限らず、近代の如何なる法学も時効論無しには成立し得ないのだが、法学を学んだことのない者にとっては、時効という概念は理解しにくく、神秘的に見えるものなのである。バークが時効論を政治的言説として憲制論に利用したことが、コモン・ロー法曹

への不信の種を撒き散らすこととなったのであろう。

ハウルトが初版で「クックに代表される『歴史のコモン・ロー的解釈』を、「より名の通ったホイッグ的歴史解釈の祖先であり、ほとんど、その親である」とする最近のクック批判として、直接的に問題視したのは、バターフィールド説を受継いだばかりの若き日のポーコックの議論であった。⁽²⁴⁾ハウルトは、注で、ポーコックの見解とヒルの見解とを比較するように促している。ヒル『ピューリタニズムと革命』（1962）に収められた「ノルマンの軛」論文の見解なら、まだ許せたのかも知れない。ヒルも、クック説を「ホイッグ的解釈と称しうるかもしれない」と論じてはいるのだが、クックや彼の仲間は、コモン・ローがアングロ・サクソンの自由を体现するものと理解し、「商業社会の必要」、即ち、「所有権の神聖さと継続性」に「コモン・ローが適応してきた」と論じ、クックの近代性に注目して議論を展開した後に、この「アングロ・サクソンの自由の存続の理論と『マグナ・カルタ神話』がホイッグの歴史解釈に不可欠であった」とその理由を述べていたからである。ハウルトも「クックと彼の仲間達の考え方が、後の『歴史のホイッグ的解釈』に素材を提供した」（傍点筆者）ことは認めてはいるからである。しかし、クックは「ホイッグでも、ホイッグ的歴史家でもなかった」（傍点筆者）この比較を要する微妙な理解の差が、問題を見えにくくしてきたのかも知れない。⁽²⁶⁾

何れにせよ、最近の我が国における政治思想史家としてのポーコック人氣が、クック＝マグナ・カルタ神話の創造者＝歴史歪曲者説を永らえさせることに大きく寄与しているのは疑い得ないであろう。ハウルトのポーコックへの批判に対しては、ポーコック自身に答えてもらおう。彼は、1986年、「古き憲制と封建法 回顧付再発行」において以下のように弁明した。「クックがイングランド法全体を超記憶的で、静態的で、不変なものと考えたというのは『古き憲制と封建法』の適切な読み方ではない」のであつ

48(48) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

て、「彼〔クック〕の慣習 custom（そして慣行 usage）概念はずっと柔軟であった」。「クックは、ホイッグという産湯とともに洗い流してしまうにはあまりにも頑丈な赤ん坊なのである⁽²⁷⁾」。

ジェンクス「マグナ・カルタ神話」を上記デュー・プロセス論文で紹介された田中氏が、数年後、ホウルト『マグナ・カルタ』初版出版（1965年）以前に、クック「マグナ・カルタ注解」第29章を詳細に検討され、以下のように述べられていることにも注目する必要がある。

「彼〔クック〕は叙述を進めるにあたって、数多くの判例と制定法とを、あるいは本文中に、あるいは（より多く）欄外に、引用しながら議論を進めているのである。もとより、これらの引用には、すでにしばしば言われているように、歴史的にみれば不正確なものも少なくはないであろう。しかし、クックは歴史を書くことに興味を持っていたのではない。彼の興味は、あくまでも実践にあった。…(中略)…明治憲法や旧親族相続法のもとで解釈学者がした努力を非歴史的だと非難するのがお門違いであるように、クックの非歴史性をあげつらうのも一クックが歴史だというのが、実は非常にしばしば歴史でないという注意としてはともかく一クックの評価としては、⁽²⁸⁾ 的外れと言うべきであろう」

ホウルト『マグナ・カルタ』出版前でも、実際に、クックの「マグナ・カルタ注解」を直接に学んだ研究者は、クックに対する誤った評価を下すことはなかったのである。筆者が、松本氏と共に前号でクック「マグナ・カルタ注解」を翻訳しようと考えたのは、その故でもあった。

ここで、我々は、この「頑丈なクック」に立ち戻って学ぶことにしよう。しかし、クックの「マグナ・カルタ注解」に立ち戻る前に、それを正しく理解するために、即ち、クック「マグナ・カルタ注解」を時代の文脈に於いて理解するために。クック時代のマグナ・カルタ観、制定法解釈論、法律書出版等についての基礎的な理解を前提として見ておこう。

諸 前 提

ク
ツ
ク
「
マ
グ
ナ
・
カ
ル
タ
註
解
」
覚
書

法律家クック

当然のことであるのだが、クックは歴史家ではなく、法律家である。クック批判の多くの論拠が、バターフィールドが、『英国人と彼の歴史』で紹介したブレイディ論争におけるクック批判を基礎に置いているのだが、法律家であるクックが、現行法としてのマグナ・カルタに彼が生きていた時点の視点から註解を加えるのは、むしろ当然のことであった。

多くの論者が、ブレイディのクック批判そのままにクックが論じられ、クックの著作における具体的な論証過程の分析を通してクック論が語られてきたわけではないのを知って驚くのである。⁽²⁹⁾

クックが「古のコモン・ロー」について論じるのは、制定法解釈のためであって、歴史そのもののためではない。コモン・ロー法曹であるクックは、まず、第一に、当時の制定法解釈論に従って解釈する必要があった。制定法がコモン・ローの宣言か新たな法の制定かで解釈方法が異なったからである。次ぎに、現行法解釈の出発点として制定法成立前後の文献を通して成立直後の法文の意味を理解することが必要であった。クックの過去の法書への関心は、これに留まるものではない。マグナ・カルタは不変ではなく、マグナ・カルタの法文の意味も、その後の立法の変化により大きく修正されてきたからである。それと同時に、判例の変化も合わせて、その意味の変化を丹念に追跡することが現行法としてのマグナ・カルタの解釈に不可欠であったのである。

卑近な喩えでいうならば、30年前の日記に書かれた私は、今の私ではないが、そこには、今の私を理解する鍵が隠されているのである。そして、その後の日記を読み解くことで、現在の私をより良く理解できるのである。同じように、クックにとって、現行法としてのマグナ・カルタを理解する

ための鍵として、成立時のマグナ・カルタの意味を知ることが重要なのであった。こうした探究方法が神話を創造するものとして否定されるなら、厳格な「原意主義者」を除き、全ての法律家は「神話の創造者」として批判されることになるであろう。

前述したように、クックは中世末以来の法曹院のマグナ・カルタ制定法講義の伝統に従って、当時の印刷本制定法令集のトップに登載されたエドワード一世によって検認されたヘンリ三世治世9年のマグナ・カルタに註解を加えることが重要なのであった。『法学提要 第2部』序文で、ジョンのマグナ・カルタが、強迫によって作成されたものとして無効とされたことが教訓として語られ、1225年の「マグナ・カルタ註解」で前文に付け加えられた「朕の³⁰自発的な善意に基づき」（傍点筆者）という文言の重要性が強調されるのはそのためなのである。

クックが、マグナ・カルタについて、ブラックストンのように「国王ジョンから、³¹剣を手に、獲得された自由の大憲章」（傍点筆者）と誇らしく語ってはいないことにも注意する必要があるだろう。諸侯の反乱の物語そのものは、ブラックストンの時代とは異なり、クックにとってはマグナ・カルタの権威を弱めるものとはなっても、賛美の材料とはなりえなかったからである。

クックの制定法解釈論

ブラックストンは、前述の議論に続けて「その憲章は、新たな譲与をほとんど含んでおらず、サー・エドワード・クックが述べているように、大部分がイングランド基本法の主要な基礎の宣言である³²」と論じたのだが、クックの上記言説が文脈から切り離されてしまうと、チューダ期の制定法解釈論との密接な繋がりが見失われてしまいかねない。

クックが序文で「大憲章は、³³大部分がイングランドの基本法の主要な基

礎を宣言したもので、残りの部分は、コモン・ローの若干の欠陥を補うために付加されたものであった」(傍点筆者)⁽³³⁾と論じたのは、チューダ期の制定法解釈論を意識してのことであった。クックの旧敵エジャートンの著作とされる制定法解釈論においては、立法は、コモン・ローを拡充する立法と、コモン・ローの弊害を救済する立法、コモン・ローを確認する立法、コモン・ローを縮減する立法、コモン・ローを廃止する立法の五種類に分けて論じられ、前の三者は制定法のエクイティより拡張解釈は可能だが、後二者に関しては、刑罰法規同様、厳格に解釈されるべきものと理解されていたからである。⁽³⁴⁾

クックは、このように論じることによって、マグナ・カルタの規定が、エクイティにより拡張解釈可能な立法であると主張しているのもあって、Ancient Constitution 論や「古き良き法」論に頼ってそのように論じているわけではない。そうした安易な議論で済むならば、膨大な欄外注も本文の詳細な議論もほとんど不要であったであろう。クックが権威を持ち得たのは、その論証のために博覧強記とでもいえるべき畏るべき法学識を示し得たからであった。

クックが序文で、「旧制定法及び他の制定法を扱う本書『法学提要』の第2部では、我々はほとんど必然的に、我々の古の著者達、『ブラクトン』『ブリトン』『裁判官鑑』『フリータ』や、以前には印刷されたことのない多くの訴訟記録を引用せざるをえなかった。」と論じ、その理由として「これは賢明な読者に、本著作で我々が扱うこれらの全ての制定法が定められる以前のコモン・ローが如何なるものであったかを認識して頂き、それによって、制定法が新たな法を導入するものであったのか、古き法を宣言するものであったのかを知ってもらうことが、当該法文それ自体の真の理解を大いに助けることになるからである」⁽³⁵⁾と論じていたのもそのためであって、クックが制定法解釈のために利用した方法を明示しているのであ

る。

かくして、クックが、最初に行ったのは、マグナ・カルタ成立時の法文献との対照によって、個々の法文が、当時のコモン・ローを成文化したものにすぎないのか、新たに制定されたものを丹念に確定することであった。マグナ・カルタ成立直前の『グランヴィル』、成立直後の『ブラクトン』、さらに、『フリータ』、『ブリトン』、『裁判官鑑』といったエドワード一世末期の法書が頻繁に引用されるのはその故である。これは「コモン・ローを制限する制定法は厳格に解釈すべきである」というチューダ期の制定法解釈論に則った解釈を展開する上で不可欠な作業であったからなのである。従って、マグナ・カルタの個々の法文がコモン・ローの成文化にすぎないことを確認することによって、当該法文の解釈の中を広げることが可能としたのである。

各章の解説で、「これは古来のコモン・ローであって、様々な議合法令で宣言されてきた」(第一章)、「本制定法以前の古法はどうであったのか」(第三十章)、コモン・ローの欠陥を是正するために制定されたと考えられる三十二章では「最初に、本制定法以前のコモン・ローはどうであったのが理解されるべきである」と論じて、その変化の意義が検討されるのはその故であった。(後述、各章別覚書参照)

このように、クックは、マグナ・カルタを制定法(Statute)として扱っている。しかし、クックの制定法概念が、現在の法命令説的な制定法概念と異なる点にも注意する必要がある。大きく分ければ、制定法は、前述の如く、不文法であるコモン・ローを確認するものと新たに法律を制定するものの二つに分けられるのだが、前者は、むしろ、コモン・ローの成文化といってよいものである。成文化により法の意味が明確となるのだが、制定されたが故に法となったわけではないのである。フランス民法典やドイツ民法典にもこのような側面があって、定められたが故に法であるという

より、新たな市場社会の法的関係を成文化したが故に、政治体制の変化に拘わらず、長期に亘り法としての命脈を保っているのである。勿論、成文化にあたって、政治的な力関係が影響を及ぼすことはありうるのであろうが、それは、決定的なものとはならないであろうし、そのような場合には、力関係が変化すれば、直ちに変更されるか、長期的に見て、無視されることになるのである。

その意味では、クックがマグナ・カルタを制定法であると称する場合には、議会で法文が確定されたということの意味の方が大きいのである。コモン・ローの成文化に過ぎないと述べることで、成文化されたことの意義を低く評価しているわけでもないことは言うまでもない。マグナ・カルタの重要な言葉は一言たりとも見過ごすべきでないのである。

制定法解釈論で、クックが、『ブラクトン』に多く依拠するのは、「立法に関しては、同時代の解釈が最良のものである」⁽³⁶⁾と考えたからであり、立法解釈論を展開する上での出発点と見なしたからである。しかし、それ以降の解釈の変化も重要である。臣従礼について論じる際に、現在では、臣従礼は権原担保や責任解除を義務づけるものではないと判示されており、今日のイングランドでは廃れてしまっているか、極めて稀なのだと論じ、「法律の理由が止むとき、法律自身が終焉する」⁽³⁷⁾というのである。

とはいえ、制定法の場合には、極めて難しい問題が生じる。なぜなら、『法学提要 第1部』のリトルトン註解で述べたように、「時効取得された合理的な慣習は法を破る」、すなわち、コモン・ローに優位することはあるが、「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」⁽³⁸⁾ (Coke on Littleton, 113a) からである。それ故にこそ、ロンドン市の慣習はマグナ・カルタ第九章で制定法上の確認を受けているのである。他方、マグナ・カルタ第二十六章は、理由が無くなったために、制定法によって廃止されたのだが、マグナ・カルタに反する法は無効であるとするエドワー

54(54) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

ド三世治世42年第1号法によって復活させられたというのである。

コモン・ローの宣言であるマグナ・カルタも、コモン・ローの変化に合わせてその意味を拡張し、その時々³⁹の制定法によって解釈を確定してきた。後に述べるように、クックが第29章の註解でエドワード三世期の立法によるマグナ・カルタ解釈の変更を跡づける意味は、この辺りにあるのかもしれない。

チューダ期には法廷年報や制定法によるマグナ・カルタ解釈の変化を容易に確認できるような法大要録、制定法要録といった百科全書的な法文献も出版されていた。法廷年報やその他の法書によって確実な論拠を示すことも可能となっていたことがクックのこの方法を助けたのである。

マクシムの果す役割

上記制定法解釈論と係わって多くのマクシムが引用を示さずに利用されるいることに気が付かれたかも知れない。例えば、第三章、「立法に関しては、同時代の解釈が最良のものである *Contemporanea expositio est fortissima in lege*」(199頁 [p. 11])、「法律の理由が止むとき、法律自身が終焉する *Cessante ratione legis cessat ipsa lex*」(201頁 [p. 11])、そして、第七章末の「そして、慣習こそが法律の最良の解釈者なのである *Et optimus interpret legum consuetudo*」(216頁 [p. 18])などである。これらのマクシムは典拠が示されていない（もしくは、隠されている）が、多くはローマ＝カノン法に由来する法格言で、最後のものは『学説彙纂』1, 3, 37に収録されたパウルス『質疑録』第一巻に⁽³⁹⁾迄遡るものである。二番目のものは、『学説彙纂』35, 1, 72, 6の動産遺贈に関するパピニアヌス法文への註釈としてローマ法学者にも使用されていた格言を使った可能性が高い。また、ハットンが『制定法解釈論』で「制定法の前文は議会法令制作者の意図を知る鍵である」というダイアの言葉との関連で引証したロー

マ法学者の格言“Cessante statuti praemio cessat ipsum statutum”を意識していたのかも知れない。⁽⁴⁰⁾

最初のマクシムは、Liebs, Latenische Rechtsreglen und Rechtssprichwörterで、典拠不明のままで紹介されている。

立法解釈論ではないが、第三十章の締括りに、コモン・ローの格言として、「法によって生きるほど、統治者にとって適切なことはない Nihil tam proprium est imperii, quam legibus vivere.」(313頁 [p. 63]) と論じているが『勅法彙纂』6, 23 からの引用であることは明らかであろう。

「マグナ・カルタ註解」に限らず、クックが典拠を示さずローマ=カノン法のマクシムに依拠することは多い。例えば、違憲立法審査問題との関連で注目されるボナム医師事件におけるクックの意見「如何なる人も自己の訴訟において裁判官たりえない。Alquis non debet esse iudex in propria causa」として紹介されたマクシムも、『勅法彙纂』3, 5, 1 に由来するものであり、内科医師会に裁判権を与えた制定法に対し「議合法令が共通の正義や理性に反していたり、自己矛盾していたり、執行不能な場合には、コモン・ローはそれを統御し、そして、そのような法令を無効と裁定するであろう」と論じたのも、近代的な違憲立法審査を論じたというより、自然法乃至自然的正義に反する制定法は、端的に、法=正義ではないと論じたものとも考える方が自然であろう。その意味では、むしろ、アンティゴネーの議論に近いのかも知れない。⁽⁴¹⁾

クックは『法学提要 第一部』の隷農保有論で、「自由とは、法や力によって禁じられていない限り、各人が欲するままになしうる、生まれながらの権能である Est autem libertas naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod de jure, aut vi prohibetur」と論じているが、上記、自由権論はグロティウスが近代的権利論としてのファクタルス論を展開する基礎となったローマ法文で、ユスティニアヌス『法学提要』第一卷第三 56(56) 法と政治 67 卷 1 号 (2016 年 5 月)

章人の法第一節から、『学説彙纂』第一卷第五章人の身分第四節を通して、古典期のフロレンティウス『法学提要』第九巻にまで、遡るものである。幸い、ここでは、『ブラクトン』第一巻第六章「人」の「自由とは何か」に同法文が引用されているために、典拠として『ブラクトン』を引証して⁽⁴²⁾いる。

より興味深いのは、「全てのイギリス人の家は彼の城である」というイギリス固有のものとして伝えられている法格言である。クックの本来の格言は「各人の家は」、もしくは「人の家というものは」であって、「イギリス人の」という言葉はつかないのだが、最初に引用された『判例集 第5部』(91b)でも、同判例集シーメイン事件 (Semayne's Case) を引用した『法学提要 第3部』(p. 162)でも、最後に「人の家というものは彼の城であるからである」とする議論を補強するために、「各人の家は最も安全な避難所である Domus sua cuique est tutissimum refugium」と『学説彙纂』D. 2, 4, 18を通してガイウス『十二表法』第一巻 (Gaius XII Tables vol. 1) の法文をマクシムとして利用しているのである。しかし、ここでは古のコモン・ロー法書『ブラクトン』の中に法文を見つけることができなかったからであろう。引証先については口を噤んだままなのである。

ホップズは、この点について、クックが自分の意見を法と信じ込ませるために、「恰も理性法の諸原理であるかの如く、古の法曹達の典拠も、その確かな理由も示さないままに、ラテン語の章句を本文や欄外注双方に挿入することによって、それらがイングランド法の基礎そのものであると人々に信じさせようと努力した」と批判したのである。⁽⁴³⁾

しかし、キケロやタキトゥス、ヴェルゲリウスに依拠するとき、また、旧約及び新約聖書に依拠する際には、時には、『アッティクス宛書簡』、『ゲルマン人の慣習について』等の書名も含め引用先を記しながら、ロー

ローマ＝カノン法上のマクシムには全く引用を付していないのは意図的な行為であったように思われる。常識化しているために引用を付さなかつたわけでもないであろう。『ブラクトン』から引用可能であった場合には、『ブラクトン』を引証していることを考えると、意図的に、ローマ＝カノン法からの引用を明示することを避けたのであろう。その意味で、もし、クックが歪めたところがあるとするならば、密かにローマ＝カノン法上のマクシムを、コモン・ローの大原則であるかの如く持込んだことにあるのかもしれない。その意味では、ヒルの言うように、クックがコモン・ローを自由化したというのならば、その場合に、これらのローマ法のマクシムの密輸入も考慮に入れるべきであろう。

クックの典拠

ローマ＝カノン法のマクシムを密かな典拠としていることを論じたが、それ以外にも、当時依拠しうる最良のものに依拠しながら解釈論を展開しているのだが、そのことが却ってクックへの批判の種とされることも多い。

序文の最後で、サクソン語で書かれたアングロ・サクソン法については、当時のアングロ＝サクソン法史の権威ランバードの業績を参照したことを明らかにするとともに、ハロルドは王位篡奪者であるとして、ウィリアム征服王の王位継承の正統性を認めていることにも注意が必要である。

ヒルも『ノルマンの軛』第二章を「クック 法と自由」と題して論じながら、クックがノルマン・ヨーク説を唱えたとする直接的証拠を示すことはできなかった。スターキーの対話編でのノルマン人への従属の証としてのコモン・ローを廃棄してローマ法を継受すべきだとする議論を紹介しながら、クックについては、アングロ＝サクソン法の継続性を主張し、『裁判官鑑』を普及したということを除くと、ノルマン・ヨーク説の積極的主張をほとんど提供していないのである。⁽⁴⁴⁾ 後述するように、「マグナ・カル

タ註解」では、ヘンリ二世治世への評価が高く。マグナ・カルタをヘンリ三世の祖父ヘンリ二世治世期への復帰とも論じているのである。

クックの『裁判官鑑』への注目は、『裁判官鑑』が、当時、新たに注目されるようになった法文献で、同書が、マグナ・カルタについての一貫した批判的解説を施した章を含む最初の法書であったことを考えれば、当然であろう。むしろ同時代のマグナ・カルタ註解に注目しない方がおかしい。さらに、法書への依拠としては『グランヴィル』、『ブラクトン』への依拠の方が際立っており、同時代のものとしても『フリータ』、『ブリトン』への依拠と代るところはない。『裁判官鑑』への依拠が問題とされるのは、メイトランドによる『裁判官鑑』への評価の低さが大きな原因となっているのであるが、メイトランドのこの評価については、サイプ教授による最近の批判を踏まえた上で議論することが必要であろう。⁽⁴⁵⁾

もう一つ、クックが依拠した文献で、信頼性が疑われているのが、『議会開催方法』であった。同書は、王党派の歴史家ブレイディが排斥法案期に行った議会起源論争にかかわるものだけに一層重要であろう。

しかし、クックが「マグナ・カルタ註解」で『議会開催方法』を引用するのは、後述するように、『グランヴィル』に対抗して、相続料の固定化をアングロ・サクソン期に遡らせようと古写本を探す中で『議会開催方法、云々。これは、エセルドレッドの息子エドワード王の御代のものであるが、その方法は王国の賢人達によって、ノルマンディ公、征服者、イングランドの征服者にして王であるウィリアム王の面前で、今度は征服王自身の命令で再録され、自ら承認されたものである云々』という表題を付けられた古の写本」を発見したからである。⁽⁴⁶⁾

『議会開催方法』の執筆年代を明らかにしたセルデン『称号論』第2版(1631)も、クックの生前には出版されていなかった。ホップズは、このクックの死後出版された議会派のセルデンの著作を利用して論じているが、

この問題に対するホップズのクック批判がそれほど厳しくないのも、クックが当時の依拠しうる最良の文献に依拠しながら論じていたからであろう。また、サクソン期の議会の存在そのものについては、ホップズもクックの依拠したランバードに拠りながら論じており、その存在を否定はしていないのである。クックやホップズが、ここで、議会として議論しているのは、庶民院起源論争で問題となる議会ではなく、国王評議会も含めた広い意味での議会なのである。⁽⁴⁷⁾ 丁度、ウェーバーが西洋近代法の特質として、ディングゲノッセンシャフト的な社会構造を指摘したのと同じ、類型論的な議論として把握すべき問題のように思われる。タキトゥスにも親しんでいたクックが初期の王会やアングロ・サクソン期の賢人会に議会の原型を見たとしても強ち不当ともいえまい。

逆に、スタッブズ批判の文脈で、クックの議会論を見ることの方がアナクロニスティックな批判となるであろう。クックの時代の文脈の中で議論する方が稔りの多い議論となるのではないだろうか。

しかし、クックが「序文」で、ヘンリ三世9年のマグナ・カルタが、「当時開会中の議会の権威によって確認され、『議会録 Parliament Roll』に登録された」としているのには、若干の疑問符がつくであろう。具体的には、31名の聖界諸侯、33名の貴族を証人として確認されたと述べていることから、現在、我々の理解する「議会」ではなく、むしろ「国王評議会」といった方が歴史学的には適切なのである。『議会録』への登録も、当時の議会録は残されておらず、むしろ、後段にあるように、「安全に保管するために、大司教、司教及び他の聖職者に送付された」というのが真実であろう。常に、法学実証主義的立場から出典を欄外注で明らかにしているクックが、この重要な箇所でも『議会録』の引用を行っていない。クックが、実際に確認していないことは明らかで、この時点での『議会録』への登録はクックの推測に過ぎないのである。第三十八章で、ヘンリ三世の

60(60) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

グナ・カルタは1/15税の譲与と交換で譲与されており、1/15税が議会によって与えられたのなら、大憲章も「議会の権威」によって与えられたのだと強弁しているのも直接的な典拠がない証拠であらう。⁽⁴⁹⁾ 次の段で、エドワード一世治世25年の議会法令に言及する際に、ようやく欄外注で出典が明らかとなる。我々が『制定法令集』で確認できるのは、この年に登録されたマグナ・カルタなのであり、現在でも、これが正規の制定法としてのマグナ・カルタなのである。クックは、ヘンリ三世治世9年以前にも、マグナ・カルタの規定がコモン・ローであったことを示すために、フィッツハーバート『大法要録』相続不動産占有回復訴訟、第53番から、ヘンリ三世治世5年イースタ開廷期の要録(1221年)を引用しているが⁽⁵⁰⁾、ここで言及されているマグナ・カルタは、ヘンリ三世未成年期、フランス皇太子ルイのイングランド王位請求権放棄の条件として教皇特使グアラと摂政役のペンブルック伯ウィリアム・マーシャルによって発給された1217年マグナ・カルタであらう。当時、印刷された法廷年報がエドワード三世治世期以降のもので合った故に、それ以前の時代の国王裁判所でのマグナ・カルタの利用を確認するために初期の法廷報告の要録を取めたフィッツハーバート『大法要録』が利用されているのであるが、その中でも「マグナ・カルタという制定法 lestatut de Mag.carta」として言及されており、クックがヘンリ三世9年のマグナ・カルタを『議会録』に登録されたと推測したのも、このあたりに理由があったのかも知れない。⁽⁵¹⁾

しかし、いずれにせよ、クックが、後の人がどこでクックが誤ったのか検証可能な形で議論を進めてくれていることに感謝すべきであらう。『裁判官鑑』や『議会開催方法』への依拠を問題とする議論も、クックが典拠を明らかにしながら論じる実証主義的な学問態度から生じてきているのである。

人文科学系の学問の「科学性」というものがありうるとするなら、単な

る意見の学としてではなく、このように蓄積可能な知識を反証可能な形で積み重ねていくことにあるのかもしれない。クックが序文に最後に述べている議論は、権威の学としての法学の性格とともに学問のあるべき姿への指摘も含んでいるように思われる。サヴィニーが法学構築のために最初に為したことも、法学の文献学的基礎付けであったことを忘れてはならないであろう。

「マグナ・カルタ註解」概観

前号翻訳の前書きで述べたように、クックの実際の著作を通して、クックの議論を理解して戴ければというのが訳者の願いである。実際、各章毎の分析を行えば、マッケクニの著作のように膨大なものとならざるをえないのだが、筆者にはそのような能力も時間的余裕もない。従って、さしあたり、クックへの誤解を解くために必要な限りで、クック「マグナ・カルタ註解」理解のための補助線として、筆者の若干の覚書を記しておきたい。⁽⁵²⁾

序文及び前文

序文では、制定法令集の最初を飾るマグナ・カルタの法的性格及びその定着までの過程がマグナ・カルタ成立史として語られる。著名な中世におけるマグナ・カルタの確認回数が語られるのも本序文においてである。

続いて、前章で論じたように、制定法解説たる『法学提要 第2部』全体の序文として、制定法解釈論が展開され、アングロ＝サクソン期国王在位年が付される。ここで、ハロルドを王位篡奪者とする議論、アングロ＝サクソン法源についてのランバードへの依拠が語られ、註釈学派から註解学派へと展開する中世ローマ法学への批判で締め括られる。

ジェームズ一世期制定法までの解説を含んだ『法学提要 第2部』が『マグナ・カルタ註解』とも称され、その序文も、主として「マグナ・カルタ」62(62) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

ルタ註解」のための序文となっているのだが、このことが、「イングランド憲制史の全てはこの憲章の註釈につきるのである」⁽⁵³⁾と論じたスタップズを批判したジェンクスに、クックを「マグナ・カルタ神話の発明者」と呼ばしめたのかも知れない。

前文では、エドワード一世治世25年法の前文が含まれていないのが興味深く、逆に、ジョンの憲章との対比が注目される。ジョンの段階で大憲章と御猟林憲章が分離していたとするマシュー・パリスの誤りを引継いでいるのだが、この誤解はブレイディ、ラパンも含め、ブラックストーンによる説明が行われるまで続くことになる。

最初の節で、「国王の称号」の変遷について『法学提要 第1部』を参照するように求めているが、本節以降にも頻繁に引照され、『リトルトン〔土地法〕註解』が法律用語辞典的な役割を担わされているのが良く理解できる。第三十七章の「楯金」の註解の短さが典型的であるが、封建的付随負担に係わる多くの問題が、大きく変容してきていることと同時に、その問題が『リトルトン註解』に委ねられているからであろう。

ラストル『法律用語辞典』に収められたダイア裁判官の言葉にあるように「前文は制定法解釈の鍵である」のだが、序文で詳しく論じたせいもあって、簡潔である。ここで重視されているのは、ジョンのマグナ・カルタを受継いだ大憲章の4つの目的よりも、前述した如く、「自発的な善意」(傍点筆者)で発給されたということなのである。⁽⁵⁴⁾

全体の章別編成

以下の表は、クックが各章の註解にどれ程の頁数を割いたかを示したものである。+、-は、半ページ以下の+、-、--は、半頁以上の-である。

尚、クックが第三十八章としている章は、現在では跋文とされている。

章	論 題	頁数	廃止年
1	教会の自由特権＋全ての自由人への下記の特権賦与	3	○
2	相続料の定額化	5+	1863/72
3	後見権	2-	1863/72
4	後見人の義務（不動産毀損の抑制、違反時の解任）	2+	1863/72
5	後見権終了時の返却義務	1+	1863/72
6	婚姻権：身分不相応な婚姻の禁止	1--	1863/72
7	寡婦産権、寡婦滞留権	3-	1925-69
8	国王債務のための差押抑制	2-	1969
9	ロンドン市及び他の都市の自由特権確認	1-	○
10	奉仕義務を越える強制の抑制	1-	1948
11	民間訴訟開催地の固定	2+	1879
12	年1回のアサイズ訴訟の地方巡回	3	1879
13	聖職推挙権訴訟	1--	1872
14	憐憫罰は罪に相応して科され、生活必需品は対象外	2+	1967
15	築堤、架橋義務は慣習の枠内	1-	1969
16	堤防の慣習特権の拡大抑制	1--	1969
17	城番・コロナ・国王代官による国王の訴訟開催の禁止	2+	1892
18	死後審問（国王債務の優先権）	1	1947
19	城番、国王代官による無償徴発の禁止	1--	1863/72
20	城番勤務と軍事奉仕の調整	1-	1863/72
21	馬車、荷車、材木の徴発抑制	2-	1863/72
22	重罪人の封土は一年と一日後に封主に返還	2-	1948
23	テムズ河の航行自由のための築の撤去	1-	1969
24	直属受封者下知令状発給の制限（封主の裁判権を奪わない）	2+	1863/72
25	度量衡の統一	1-	1948
26	悪意訴追審査令状の無償発給	2-	1828/29
27	直属騎士保有者以外の者への国王後見権の抑制	1-	1863/72
28	証人無しの宣誓尋問の禁止	1-	1863/72
29	同輩裁判・國法によらない逮捕・投獄・自由保有剥奪、法外放逐・流罪の禁止	11+	○
30	外国商人の自由交易権・慣習的関税	7-	1969
31	国王特権領、復帰バロン領から保有するものの後見権	1+	1863/72
32	封土の下封制限	3-	1887
33	古来の聖職推挙権者の権利確認	1-	1863/72
34	夫の死以外への夫人の重罪私訴禁止	1-	1863/72
35	州裁判所、ハンドレッド裁判所、十人組査察開催回数数の制限	5+	1887
36	死手譲渡の禁止	1+	1863/72
37	慣習的方法による楯金徴収	1--	1863/72
38	国王及び相続人による憲章遵守の約束と臣民による動産1/15税の譲与	2+	※

合衆国憲法、大日本帝国憲法に継受され、デュー・プロセス条項として現在まで残る著名な第二十九章が、第一章から第三十八章まで77頁の内11頁余で、一章だけで全体の1/7以上を占めており、マグナ・カルタ註解において特別の重点が置かれているのが分かるであろう。

これに次いで長い第三十章は外国商人の交易の自由に関するものであるが、⁽⁵⁵⁾ペイト事件以降大問題となり1610年議会で大論争となった付加関税に関するもので、議会の協賛によらない国王大権による課税を問題とする章であり、同時に、1225年マグナ・カルタで削除されたジョンのマグナ・カルタ第十四条の援助金に関する一般評議会の課税同意権についての議論を補う役割も担わされた章でもある。上記第二十九章に、第三十章7頁弱を合わせると、全体の1/4近くを占めることとなる。

これに、アングロ＝サクソン期に由来する地方統治機構である州裁判所、十人組査察等に5頁強、相続料定額化問題の5頁強を加えると、28頁強で全体の1/3を越えてしまう。

他方、半数を超える23章が本文、註解を合わせても見開き2頁に満たず。本文、註解合わせて1頁にも満たない章が15章もある。これには、前述の如く、封建的土地所有に関係する多くの章が、既に、『法学提要第1部』の『リトルトン〔土地法〕註解』で論じられており、第六章のように完全に『リトルトン註解』に委ねられている章があるということを割り引いて考えねばならないものの、クックの「マグナ・カルタ註解」における各章別の重点のかけ方の相違は明白であろう。

唯一、相続料定額化を論じた第二章が封建的土地保有に係わるものであるが、前述の如く、クックがマグナ・カルタ以前のコモン・ローを知るために通常依拠する『グランヴィル』では、定額となっていないために(291頁 [p. 7])、アングロ・サクソン期にまで遡って論証しなければならなかったからであろう。タキトゥスが引用されるのもこの章であり。後に、

ブレイディ論争で批判されることになる『議会開催方法』が引用されるのも、相続料が確定的であったことを示すためであって、議会の古さを示すためではない。パーカー大司教の古写本と『クヌート王の法』も調べられている。この論証する姿勢が大事である。「古き良き法」観念や「古き憲制論」といったイデオロギーに寄りかかっているわけではないのである。

権利請願でも、第三十章に関して述べられた、ジョンのマグナ・カルタから削除された第十四条に代って、無承諾課税禁止法の確認が求められ、マグナ・カルタ第二十九章と共に、関連するエドワード三世期諸立法の遵守が求められた。これらの諸法を典拠としながら第二十九章を論じているのを見ると、クックが「マグナ・カルタ註解」で、近代に引継がれるべき法文を精選していることがよく分かるであろう。

クックの役割は、中世後期以降のコモン・ロー法学の成果を集約し、マグナ・カルタに含まれる法規範の中から近代社会へと継承されるべきものを選び分け、出版術の導入によって引用可能となった中世以降の法律書を基礎に文献学的に明らかにすることによって—これこそが裸の Natural Reason と区別された Artificial Reason なのであるが—、コモン・ロー法学の伝統を近代へと架橋することにあつたのである。

制定法としてのマグナ・カルタの封建的土地保有に関する多くの章は、19世紀法改革の時代に廃止される。ベンサム主義的改革の故とされるのだが、既に、クックの時代に多くの規定が、本来の意味を失っていたのであり、さらに、王政復古初年の軍事的奉仕保有廃止法によって実質的に葬りさらわれてしまっていたのである。ブラックストンが、人身保護法と合わせて「これら二つの制定法〔軍事的奉仕保有廃止法（1660）と人身保護法（1679）〕は、我々の財産と人身に関し、ラニミードのそれと同じように恩恵的且つ効果的なものとして、第二のマグナ・カルタを成すものであ⁽⁵⁶⁾る」と論じたのは、その故であった。

「マグナ・カルタ注解」各章別覚書

以下、各章別に、訳者の一人として気付いた点を覚書的に少し述べておきたい。

第一章の「教会の自由」から、「これは古来のコモン・ローであって、様々な議会法令で宣言されてきた」として、『グランヴィル』、『令状登録集』、『制定法令集』等を利用しながら論証していくのだが、この時期の『制定法令集』や『制定法要録』が如何に便利であったかについては後述する⁽⁵⁷⁾。この論証の立法解釈における重要性については、前述したが、コモン・ローの欠陥を是正する新たな規定の場合には、第三十章「本制定法以前の古法はどうであったのか」、第三十二章「最初に、本制定法以前のコモン・ローはどうであったのが理解されるべきである」と、特に強調されることとなる。

本章が、マグナ・カルタの中で今尚現行法として残されている三章の一つとなっている理由は、「全ての自由人」に「以下に記す諸自由特権を与え、譲与した」と規定されているからであろう。この最初に現われる「全ての自由人」という文言の註釈として、隷農が含まれるという註解がなされる。ここで依拠されているのは「隷農は、領主に対する場合を除いて、全ての人に対して自由と見なされる」というリトルトン第189節の議論であるが、この隷農保有の議論が始まる第172節で、前述の「自由とは、法や力によって禁じられていない限り、各人が欲するままになしうる、生まれながらの権能である」とする『学説彙纂』第一巻第五章人の身分第四節のフロレンティウス法文が引用されていたのである。なるほど、ローマの「古き良き法」からの引用ではある。

また、「以下に記す諸自由特権を」（186頁 [p. 4]）に星印で付された欄外注も重要である。「より全般的な自由特権としてはエドワード一世治世

34年の無承諾課税禁止法第4章 de tallagio non cocedendo c. 4 を参照せよ」というのである。これは1225年のマグナ・カルタによって賦与された自由特権では、ジョンのマグナ・カルタに列挙された自由特権が削減されたこと。即ち、援助金に対する課税同意権が削除されたために、それを補うものとして、無承諾課税禁止法が挙げられているのである。第八章末尾(220頁 [p. 20])でも、「ここでは、削除された章に注目せよ。即ち、『如何なる楯金も援助金も、我が王國の共通の評議による場合を除き、課されることはない』という条文である。この条文はジョン王治世17年〔1215年〕の憲章には存在したのだが、エドワード一世による本大憲章の謄本では削除されてしまった。第三〇章参照」とより詳しく解説している。第二十九章のデュー・プロセス条項冒頭でも「秀逸なる法律エドワード一世治世34年無承諾課税禁止云々法を見よ」と欄外注が付されている。一見奇妙な取り合わせの感じがするが、当時の人々には、それほど奇異には映らなかったであろう。実は、クックが起草した権利請願で、最初に、この無承諾課税禁止法と強制借入金を禁ずる法律の解説と確認が行われ、その違反が問題とされるとともに、その後、その違反した課税乃至借入金を強制するために、本章、即ち、マグナ・カルタ第二十九章及び同章を解釈し拡充するエドワード三世期の諸制定法に反して、人々の身柄が拘束されていることが問題とされていたからである。従って、騎士強制借入金問題と五騎士事件を目の当たりにし、権利請願以降、長期議会までの歩みを経験してきた当時の人々にとっては、この関係は一目瞭然のことであったのである。

第二章の相続料問題が、封建的土地保有関連では、相当詳しい註解となっている。軍事的土地保有という封建的土地保有の根幹に関わる問題であるということもあり、189頁 [p. 6], 197頁 [pp. 9-10] のように、『リルトン註解』への付録的な訴訟記録を付しているためでもあるのだが、前述 68(68) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

の如く、『格蘭ヴィル』に対抗して、「マグナ・カルタのこの章は古の
モン・ローの確認に過ぎない」(194頁 [p. 8]) ことを示すために、『議会
開催方法、云々』という古の写本等を通して論証する必要があったため
であろう。この写本の表題を信じたことがクック批判の一つの根拠を与え
ることとなったのであるが、パーカー大司教の図書館で発見した古写本の
「クヌート王の法」でも補強しており、論証方法として、当時としては最
高の研究水準を示している。むしろ、前述の如く、論拠を明らかにしてい
ることが重要で、それ故にこそ、どこで誤りを犯したかが明らかとなり、
学問の進歩の基礎となるからである。最近の何処かの国の内閣法制局のや
り方とは異なるのである。それ故、もし、それが「神話化」したとするな
ら、それは、クックの責任ではなく、後の研究者の責任なのである。

第三章は、臣従礼の法的効果が議論の焦点とされているのだが、翻訳で
は、in fait は de droit との関係で「事実上」と訳したが、「捺印証書で」
と強く訳すべきであったかもしれない。また、「立法に関しては、同時代
の解釈が最良のものである」(199頁 [p. 11]) とされながら、「法律の理
由が止むとき、法律自身が終焉する」(201頁 [p. 11]) というマクシムが
強調されるのは、クックの時代までに臣従礼の受入強制に関する法そのも
のが廃れていたからであろう。

第四章、第五章は、未成年、聖界所領への後見権の議論だが、第四章末
で心神喪失者、知的障害者への後見について議論することで、他人の財産
を管理する者一般にまで責任範囲を拡大できる可能性を広げている。

第六章の身分不釣り合いな婚姻に関する章については、規定そのものを
「コモン・ローのマクシム」だとして、完全に『リトルトン註解』に委ね
られる。

第七章は、寡婦産権に関する比較的詳しい註解で、最後に「そして、慣
習こそが法律の裁量の解釈者である」(216頁 [p. 18]) とするローマ法格

言が引用されている。

第八章の国王債務の徴収では、ヘンリ八世期の国王債務徴収法に関心を注ぐと共に、国王債務徴収の主要な基礎となる国王の課税権に関して、前述の如く、本章末尾で、ジョンのマグナ・カルタから削除されてしまった課税同意権条項が、マシュー・パリス『大年代記』から再録され、欄外注で、「後述エドワード一世治世34年不承諾課税禁止法参照」とされていることが注目される。

第九章は、現在まで残る3章中の1章で、ロンドン市を初め都市の自由特権に関する章であるが、ロンドン市の具体的慣習については第4部裁判管轄権論に委ねているためか、解説はそれ程長くはない。ここではロンドン市の自由特権が制定法からの除外事項として認められたことが肝要なのである。なぜなら、本章の規定がなければ、人は、「制定法に反する慣習や時効は如何なるものも請求しえない」(221頁 [p. 20-21]) からなのである。

第十章も封建的土地保有に関するもので、『グランヴィル』によって古来のコモン・ローであったことを論証している。

第十一章は、民間訴訟裁判所の固定に関する章で、「新たな穀物は古き畑から生じる」という好みの句を使いながら、『グランヴィル』、『ブラクトン』、『ブリトン』、『フリータ』等の法書における訴訟の分類について論じ、これらの裁判所の設立が慣習によることを『博士と学徒』を通して明らかにしている。

第十二章は、各州への年一回のアサイズ裁判官の派遣を義務づける章で、直属受封者下知令状と共に法廷年報で良く引用された章である。前章と合わせ比較的詳細な註解が施されている。アサイズ訴訟の起源を超記憶時代に遡らせる『アサイズ法廷年報』事件における主張を批判し、『グランヴィル』や『ブラクトン』に拠りつつアサイズ訴訟の起源を論じ、ノルマン征

70(70) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

服以降の創案によるものであるとし、フィッツハーバート『大法要録』のアサイズの項目を通してその後の発展を説明している。かくして、本章の規定は、国王裁判における事実認定の場を地方に拡張することによって、旧来のコモン・ロー欠陥の是正する制定法であると理解され、「制定法のエクイティ」によるアサイズ裁判の拡張解釈の例が、『アサイズ法廷年報』の事例を通して示される。これ以外にも、大判官、首席裁判官論を論じているが、このコモン・ローの発展上極めて重要な役割を果たしたアサイズ巡回陪審をノルマン征服以降の創設と明確に位置付けている点は重要である。そして、本章こそが、『ブラクトン』で *Communis Libertas* として言及されている章なのである。⁽⁵⁸⁾

第十三章は、聖職推挙権回復訴訟は、従来通り巡回陪審で行われたいとする規定であったが、ウェストミンスター第二法律によりナイサイ・プライアス令状で中央裁判所の裁判官が地方に派遣される場合には、地方巡回陪審で審理可能となった。

第十四章、憐憫罰は罪に応じてという本章であるが、「生計維持のための必需品」が憐憫罰の対象外であることに説明の重点が置かれる。ここでも『グランヴィル』、『ブラクトン』、『フリータ』が引用されるとともに、キケロを引用しながら、恣意的に科される憐憫罰は古の時代の陰に過ぎないと論じられる。後の第二十九章との関連で、自由人、同輩 *Pares* の意味についても注目すべき章である。

第十五章の築堤、架橋義務に関する規定も「コモン・ローの宣言であって、彼〔ヘンリ二世〕の時代に法として慣習化されていたように、事実法的効力が与えられるべきなのである」。本章では、歴代国王へのクックの評価が興味深い。前述のアサイズ巡回陪審への評価同様、ヘンリ二世治世への評価が極めて高い。リチャード王、ジョン王の治世は混乱した不正常的な時代であったが、ヘンリ三世の時代に、賢明で國法に通じた枢密顧問

官と学識豊かで厳正な裁判官を擁し、王冠の権利、國法の擁護者であった祖父ヘンリ二世の治世に復歸したのである。その子エドワード一世も賢慮と正義に満ちた君主であった。そして、立派で、賢明且つ戦闘的な王であるエドワード三世の時代に、諸法が花開くことになったというのである。議会の発展については、ヘンリ四世、五世治世期が、議会が非常に強力であった時代とされる。ヘンリー一世の諸法を通して、エドワード証聖王の法に復歸したとは論じていないことに注目したい。

第十六章は、有力貴族が堤防を防御施設として独占することへの制限なのであるが、クックは同法が廃れてしまったと嘆く『裁判官鑑』の批判的註解を紹介している。

第十七章は、州長官、城番、コロナ等国王代官による國王の訴訟の開催の禁止の章であるが、「人間の生命というものは、この世の全てのものの中で最も高価なもので、國法について経験豊かで学識ある裁判官の面前で審理されるべき」として、コモン・ローにおける生命重視の立場を鮮明にしている。興味深いのは、第九章との関係で、「朕の如何なる代官も」と規定した本法は、一般法であるので、五港都市のバロンが國王の訴訟を開く自由特権をも廃止するものと解釈していることである。後は、『裁判官鑑』、『ブリトン』、『グランヴィル』、『ブラクトン』、『フリータ』による國王の訴訟の管理人としてのコロナについての解説である。

第十八章は、死後審問に関する章であるが、ここでもマグナ・カルタの直ぐ後に著された『ブラクトン』の説明に直接的に依拠しつつ、遺言者の動産処分権の自由の必要性を論じながら、遺産管理人、遺言執行人は受益してはならないと釘を刺すことを忘れない。

第十九章の徴発権の制限では、『裁判官鑑』、『フリータ』における批判的見解が紹介される。

第二十章の城番勤務と他の奉仕の重複の問題も「コモン・ローの宣言で」、72(72) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

『リトルトン註解』や『フリータ』にほとんど委ねられている。

第二十一章は、馬、荷馬車、木材の徴発に関するもので、第十九章と共にヴォルテールが羨んだ規定である。⁽⁵⁹⁾ クックは、本規定が議会で32回も確認されたことを強調し、これに反する制定法は、マグナ・カルタに反する制定法を無効とするエドワード三世治世42年法によって廃止されたとしている。そして、国王による相続産の侵害が起きないように、「マグナ・カルタに反する全ての大権の存在は取除かれている」と最後に論じている点が注目される。エドワード三世治世42年法も将来的にマグナ・カルタに反する法律が制定されることを禁止しえなかったとしても、マグナ・カルタに反する既存の大権が取除かれたとするなら、マグナ・カルタに反する新たな大権は、制定法による以外には、創設し得ないということになるからである。

第二十二章は、重罪人の土地に対する国王の権利であるが、『グランヴィル』、『ブラクトン』、『ブリトン』、『フリータ』によりつつ、不動産毀損権の代償として一年と一日の収益が国王のものとなった由来を論じ、「不動産毀損の権利はマグナ・カルタの本章から正当にも除外された」と結論づけている。『裁判官鑑』が批判するように、本規定に反し双方を要求する国王役人が間違っているのは明らかなのだが、エドワード二世期18年の『国王大権法』は、一年と一日の収益と不動産毀損料の双方を請求しうると規定したのである。しかし、この法律は、マグナ・カルタの本章に反しており、上述のエドワード三世治世42年第1号法令によって廃止されたというのである。国王の役人に騙されないように、「古の制定法を理解するためには、古の著者の著作を読むことが如何に必要とされるのかは明らか」なのである。

第二十三章にいても『グランヴィル』に依拠しつつ、河川が王道であるという説明で補強している。

第二十四章は、直属受封地保有者に向けて発給されたプラエチペ令状によって、彼が裁判権を失うことがないとするもので、法延年報時代に依拠されることの多かった規定であったが、本章に関しては複雑な問題が生じる。よく主張されるように、本章は封建諸侯たる封主の権利を守るための規定であって、プラエチペ令状で訴えられた被告は、国王からの直属受封者ではないとは訴答し得ないのである。なぜなら、その訴答を認めると、国王以外の封主から保有しているということとなるので、誰が封主なのかという問題が国王裁判所で争点となり、本来、保護されるべきであった封主の権利が危うくなるからである。訴訟開始令状を発給するのは大法官府であるので、この禁止規定は大法官府宛のものであるが、実際に発給され、民訴裁判所で訴えられた場合、誰が封主であるかを争う訴答を行うことは、大法官府に禁じられた封主の裁判権の侵害を民訴裁判所では認めるということにもなるからである。他方、被告は、国王直属受封者として訴えられているわけで、国王直属受封者ではないと訴答せずに、安易に訴訟を進めて行くと、後に、記録に残されて、国王の直属受封者としての負担を強いられることになりかねない。それをさけるために、留保条件付答弁を行うことが勧められているのである。

本来の封主は、国王直属受封地であるとして訴えた原告を詐欺令状で訴えることができる。また、民訴裁判所で裁判が開始され、国王直属保有地としての裁判記録が残ってしまった場合には、封主は国王への権利請願による救済手段を持つことになる。これによって、陪審審理で敗訴した被告が救われることすらあるのである。実は、1628年の権利請願は、クックが、この個人の救済手段として権利請願の方法を、議会による権利請願へと転換せしめたものなのである。⁽⁶⁰⁾

また、本章に付された、「令状」に関するクックの註解は、令状と訴権との相違から始まる令状一般の体系的解説となっており、要領よく整理さ
74(74) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

れていて、令状論としても便利である。

第二十五章では、『旧約聖書』申命記を引いて、度量衡統一に関する本法令を神法に基づくものと論じている。

第二十六章は、悪意訴追審問令状が無償で与えられるとする規定である。クックは、法は自由の側に立つもので、コモン・ローは長期の投獄を激しく嫌うことからこの救済手段が与えられると論じている。本章の無償規定を全ての令状に拡張すべきだとする『裁判官鑑』の議論を引用してはいるが、その解釈に従っているわけではない。また、本規定がエドワード三世治世28年制定法で廃止されたと論じていることからわかるように、マグナ・カルタの規定そのものが永久不滅のものと理解していたわけではないこともわかる。クックは、その廃止理由を、アサイズ巡回陪審制度の定着により毎年二回裁判官が各州を訪問するようになり、長期の勾留が無くなったことに求めている。前述の如く、「法律の理由が止むとき、法律自身が終焉する」というわけであろう。しかし、その後、マグナ・カルタに反する全ての制定法を無効とするエドワード三世治世42年1号法によって、本章の規定も復活したと論じている。それにより、未決囚の迅速な裁判がより一層求められることとなったということに力点を置いているように、人身保護の側面に注目しながら解説を付している。

第二十七章の国王の後見権の限界については、「本法令は、…(中略)…コモン・ローを宣言したもので、今日に至るまで常に利用されており、これ以上説明する必要はない」のである。

第二十八章の原告単独の申立による宣誓審問の強制を禁じる規定に関しては、「如何なる代官も」という文言を、全ての裁判官、国王役人等に拡張していることが注目される。本章では、「雪冤宣誓論」も詳しく論じられる。本章の解説より、クックが Law という語が雪冤宣誓手続と深く関わっていたことを認識していたことは明らかであろう。⁽⁶¹⁾次章、第二十九章

における法外放逐問題における，per legem terrae との関連（280頁 [p. 49] 参照）でも注目される。また，引受訴訟で「雪冤宣誓」を許さないことが，債務返済訴訟で雪冤宣誓を認めることから悪弊が生じるのを防いでいるのだと論じているのはスレード事件との関係で興味深い。

第二十九章は，ジョン王のマグナ・カルタ三十九条，四十条に対応する章で，最初に邦訳した尾崎によって「此一ヶ条ハ英國法律中ノ精神トス若シ此一ヶ条無クンハ萬卷ノ法律憲法モ敢エテ論スルニ足ル無シ千七百九十年ノ頃…名高キ英ノ宰相ウイリヤムピットノ曰大約書六十三ヶ条三十九ノ一条之ヲ蔽フト」として紹介され，大日本帝国憲法第二十三条に，‘No Japanese subject shall be arrested, detained, tried or punished, unless according to law’ として継受された章であり，「マグナ・カルタ神話」論でも議論の焦点となった章である。⁽⁶²⁾

このデュー・プロセス条項冒頭の欄外注に無承諾課税禁止法が付されていることの意味については前述した。

最初に，有名な「如何なる自由人も」の註解が入るのであるが，ここでも，第一章で論じた『リトルトン註解』第189節の「隷農が領主を除く全ての人に対して自由である」が引用される。そして，この人=homoの規定は，両性，即ち，男女に及ぶものとされることにも注意を喚起している。貴族の婦人を例として挙げているにも拘わらず，フランス人権宣言が男=hommeの権利宣言であると批判されるのとは対照的である。

次に，「法の適正手続」の問題がくるのであるが，ここでは，「合法的な判決」を，「彼の同等者（即ち，彼自身と同身分の人々）の評決」と理解し，「もしくは，國法による」という規定とを合わせて，一言で，「法の適正手続」と読み替えているのである。しかし，次の，3., 4. の法外放逐，追放刑の議論では，「同輩の合法的な判決」の問題は触れられず，「國法に従って」とのみ論じられている（273頁 [p. 46]）ことにも注意する必要
76(76) 法と政治 67巻1号（2016年5月）

がある。

この二つの文言の関連性は、再び、「この文言『法外放逐される』については、以下の文言「國法によらずして」が関係していることに注意せよ」（275頁 [p. 47]）と強調される。なぜならば、法外放逐や追放刑は、「同輩の合法的な判決」によって科されるのではなく、本人の不出廷や退國宣誓に基づいて宣告されるからである。この点は、「自由な慣習」の説明でも、「我々の法書も、如何なる訴訟記録でも、退國宣誓の場合以外で、追放や、流罪について語ることはない」（276頁 [p. 47]）としていることから明らかであろう。

「同輩の合法的判決」と「國法に従って」という文言が、後に、合わせて「法の適正手続」と称せられるようになったことの影響で、従来、‘vel’ というラテン語の接辞が ‘or’ か ‘and’ かという議論が喧しくなされてきたが、本来は、クックが、ここで論じているように、法外放逐や退國宣誓の問題と、それ以外の合法的判決によって強制される問題とを分ける趣旨であったと解すべきであろう。⁽⁶³⁾ 前章で述べたように、クック自身は「國法 *lex terrae*」が「雪冤宣誓」的な意味を持っていたことを知らなかった分けてもないのである（280頁 [p. 49] も参照）。

「朕は彼の上に出向かず、彼の上に派遣しない」という句については、マッケクニは、ジョン王が武力を用いたり兵を派遣したりしないと意図であると述べて、クックのように国王の面前の裁判であれ、派遣された国王受任裁判官の面前であれ国王の意のままに有罪とされないと解釈するのは誤りであると批判する。⁽⁶⁴⁾ しかし、クックが註解を付しているのはジョン王のマグナ・カルタではなく、ヘンリ三世のマグナ・カルタであり、兵を送ると言うことも、合法的裁判無しに、国王の訴えのままに *at the kings suite* 有罪を宣告して実力行使するということと変わりはないのである。

有名な Libertates という言葉の定義も、本章の解説で展開されており、クックが経済的自由主義者であることを示す「営業の自由」論として、「すべての独占はこの大憲章に反する。なぜなら、それらは臣民の自由と自由特権に反し、國法に反するものであるからである」という独占批判の主張が注目されてきた。

「國法によるのでなければ」が「法の適正手続無しに」と読み替えられている問題についてはエドワード三世治世37年第8号法を挙げて説明しているが(283頁以下 [p. 50])、欄外注に掲げられた制定法による変化の過程については、当時の制定法要録で容易に追跡することができた。⁽⁶⁵⁾「如何なる自由人も」という文言の変化と合わせて、現代まで引継がれることとなった第29章の立法による解釈の変化を、クックも利用したであろう制定法要録の一つを通して見てみよう。

ラステル『現行イングランド制定法集成』(1611)

起 訴 Accusation	
正義 剥奪 自由保有 慣習的権利 法外放逐 同輩	如何なる自由人も、同輩の合法的判決か國法によるのでなければ、逮捕されることも、投獄されることもなく、彼の自由保有、自由特権、自由な慣習的権利を奪われることなく、また、法外放逐、流刑などの如何なる方法によっても亡ぼされることはない。朕は如何なる人にも正義や法を否定することも遅延させることもなく、それらを売渡すこともない。ヘンリ三世治世9年 [1225年]、マグナ・カルタ第29章
逮捕 差押	2. 今後、如何なる人も、如何なる起訴理由によっても、大憲章と國法の方式に反し、逮捕されることはなく、予断によって、生命、四肢、彼の土地、保有地、動産、資財を国王の手に差押えられることもない。エドワード治世三世治世5年 [1331年] 第9号法
投獄	3. (略) エドワード三世治世25年第5法律第4章 4. 如何なる人も、彼が如何なる身分、状況にあらうとも、法の適正手続によって答弁すべく法廷に召喚されること無しに、彼

投獄
自由保有

の土地、保有地から追出されたり、投獄され、相続排除され、生命を奪われたりしてはならない。エドワード三世28年〔1354年〕第3号法

5. マグナ・カルタという大憲章の第29章（前述第1項）に、如何なる人も、法の適正手続無しに、逮捕され、投獄され、彼の自由保有を奪われてはならないとする条項が含まれているが、それにも拘わらず、…エドワード三世治世37年〔1363年〕第〔1〕8号法

(傍点筆者)

本書を見れば、14世紀半ば迄に、エドワード三世期の制定法によって、第二十九章の「自由人」が「人」一般に、「同輩の判決か國法によるのでなければ」が「法の適正手続無しに」と読み替えられていった過程が一目で分かるであろう。この変化は、700周年記念論文集（1917年）でヴィノグラードフによって『黒死病』と関連付けて指摘され、モット『法の適正手続』（1926年）によって、「國法」の「法の適正手続」という語への読替えとともに注目されるようになっていた。普遍的な人権概念によって独立宣言を行ったアメリカ合衆国においてすら、州憲法規定の「自由人」を「人」に転換するのに、南北戦争後まで待たねばならなかったことを考えると、この変化の意義は大きい。⁽⁶⁶⁾ クックのマグナ・カルタ解釈が、このような中世末のイングランド制定法によるマグナ・カルタ解釈の変化と印刷術の導入による索引付乃至百科辞典的制定法令集の普及にその基礎を置いていたことは明らかであろう。⁽⁶⁷⁾

ヘンリ七世期に、本章の基礎にある「古来の基本法に反し」制定され、悪名高いエンプソン、ダッドリーによる苛斂誅求を可能にした法律は、ヘンリ八世治世初年の議会で無効とされ、廃棄された。この二人の抑圧者の「怖ろしき最後」は以後の人々への警告なのである。（285頁 [P. 51]）

他方で、令状による逮捕以外の適正手続による逮捕として、現行犯逮捕、

令状無しのコモン・ロー上の逮捕の様々な例が挙げられるのだが、逮捕状、収監令状には、逮捕理由、収監理由が含まれていなくてはならないとしている点が肝要である。そして、王座裁判所の身柄提出令状のサンプルが示されるとともに、『新約聖書』使徒言行録第25章を典拠に示しながら、国王、聖俗貴族、庶民の全員議会で可決された1628年の権利請願によってこの問題に終止符が打たれたことが誇らしく語られるのである。(287-289頁 [p. 52-53])

そして、さらに、不法な留置から長期の留置にまで批判の範囲が広がられていく。ヴェルギリウスによって語られる冥界の審判者ラダマントゥスの話や『新約聖書』使徒言行録第22章のパウロの裁判の話を通し、裁判官のあるべき姿が教訓的に論じられる。(289-293頁 [pp. 53-55]) クックは、長期の投獄で自白を強要する裁判官を批判し、そして、身柄提出令状を人身保護令状として活用する途を示すとともに、それ以外の救済手段として、不法監禁訴権、人質取戻令状、悪意訴追禁止令状等が利用しうることを明らかにしている。ここでもエドワード三世治世42年法でマグナ・カルタに反する全ての制定法が廃止されたことが強調される。(295頁 [p. 55])

最後の「朕は売らず」の註解で、あるべき裁判の姿が論じられる。即ち、「教会人であれ、俗人であれ、自由人であれ、隷属民であれ、男であれ、女であれ、老いも、若きも、また、彼が法外放逐者であったり、教会から破門された人であったりしても、例外無しに他の全ての人も、彼に対して為された侵害に対し、コモン・ローにしたがって救済手段を得ることができ、売買では無しに無料で、決して拒否されることなく、遅滞なく迅速に、裁判と正義を得ることができる」(295頁 [p. 55-56]) べきなのである。そして、その救済を「遅延せしめることもない」と論じ、「コモン・ローは、全ての中で最も弱いものを保護するための最も強靱な砦であり、人が

80(80) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

獲得した最も確実な聖域であると論じた後に、「法律は最も安全な兜であり *lex est tutissima cassis*, そして、法の楯の保護の下で欺かれる者はいない *sub clypeo legis nemo decipitur*」(296頁 [p. 56]) というマクシムにまとめられるのである。

もう一つ興味深いのは、「裁判や法 *Justiam vel rectum*」の註として、*Rectum=Right* の語義が論じられることである。(297-8 頁 [pp. 56-7]) 最初に挙げられた意味は、興味深いことに、この時期の *Right* という英語に、*Recht*, *Droit* 同様に、法という意味が残っているということである。クックは法律を、配分的正義を命じるものと理解し、*Common right* とは *Common law* と同義だとするのである。2 番目に、真っ直ぐで正しいものという正義の意味が挙げられ、*injuria* は *right=juria* の反対で、歪んだもの、不正なものと説明されている。3 番目に、現在馴染み深い権利の語義が、「臣民の生得権 *birth-right*」と言う意味で、不文法的な権利として使用され、その根拠としてキケロの以下の言葉が引用される。「大いなる相続財産が各人にもたらされ、我々のものとなるのは、父祖のお陰というよりも、法 [=生得権] と法律のお陰なのである *a jure & legibus, quam a parentibus*」。このキケロの言葉は、『イングランド法学提要 第1部』の扉にも使われた言葉であり、クックのこの句への心酔振りがうかがえる。⁽⁶⁸⁾

4 番目に、土地に対する所有権の意味を、権利令状 (*Breve de recto*) から説明している。クックが起草した権利請願の当初の法案名が、「財産所有権と人身の自由に関し、全ての自由人のより良き安全を確保するための法令 *An Act for the better securing of every freeman touching the propriety of his goods and liberty of his person*」であり、議論の過程で法案方式から請願方式に変更されて「臣民の諸権利と諸自由に関する … 請願 *The Petition exhibited to His Majesty by the Lords Spiritual and Temporal, and Commons in this present Parliament assembled, concerning divers Rights*

and Liberties of the Subjects, with the King's Majesty's Royal Answer there unto in full Parliament」となったように、Right という言葉は、この狭義の「所有権」を意味していたのであり、「権利請願」として、一言で「権利」と称されるものの中に「所有権」と「自由権」という二つの権利概念が含まれていたことにも留意すべきであろう。⁽⁶⁹⁾

権利章典も「臣民の所有権と自由権を宣言し、王位継承を確立する法令 An act declaring the rights and liberties of subject and settling the succession of the crown」であった。権利論として論じられている問題は、所有権論と自由権論とに分けて論じられるべき問題なのである。⁽⁷⁰⁾ 近代的権利が自由権の権利論として論じられ、所有権の問題も自由処分権を中心に語られるために混乱が生じているのではないだろうか。このように、第二十九章は、近代的権利概念の成立を検討する上でも興味深い章なのである。

第三十章は、第二十九章に続き長大な章となっているが、これは、前述したように、ジョン王のマグナ・カルタから一般評議会の課税同意権が省かれたのを補うために、無承諾課税禁止法と共に本章に於いて課税問題を論じるためであった。もう一つがベイト事件と1610年議会の付加関税論争で問題となったように、国王の貿易管制権を根拠とする国王大権による課税が大きな争点となっていたからでもある。それ故に、古法論からはじまって詳細な議論が展開されているのである。最初に「悪税」と「古来の正当な慣習的負担」の相違が明らかにされ、「古来の正当な慣習的負担」というものの解釈は、ヘンリ三世治世48年（1263－1264〔バロン反乱期〕）に、新たな「慣例なき賦課金」の徴収を禁じる布告が定められ、両憲章確認法では「如何なる援助金、負担金、賦課金も古来の援助金、正当な慣習的賦課金を除き王国の一般的同意による以外には、王国とその相続人によって課されてはならないと制定された」ことから明らかで、「無承諾課税禁止法」もマグナ・カルタのこの部分の説明に過ぎず、エドワード一世は、
82(82) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

これによって、検認済贖本でマグナ・カルタから省いたこの問題に関する条項の趣旨を加えることとなったとするのである。(300-304頁 [pp. 58-59]) その後、エドワード三世治世13年に「大不正 great wrong」と称される付加関税が課され、付加関税 impostion という言葉が、この年に始まったと論じられる。同治世21年から、羊毛の大部分が織布とされるようになったため、羊毛関税から織布に関税が転換されたことを含め、その後の関税賦課をめぐる争いの歴史が詳説され、フォーテスキューの著作を通して「国王は不同意な臣民に新たな税を負わすことはできない」とする見解がチューダ期以前に確立していたことが示される。(305-308頁 [pp. 60-61]) そして、メアリ治世のマームズビー輸入特権の形式の新たなワインへの課税を無効とした事例等々を紹介。最後に、ベイト事件に簡単に言及し、その判決は法と様々な明文の議会法令に反するというのが共通意見であったとして一蹴される。(312頁 [p. 63]) そして、この問題を二つの法格言で締め括っている。1. 「コモン・ローは国王の大権が如何なる人の相続産も奪ったり、侵害したりしないように調整する」。2. 「法によって生きるほど、統治者にとって適切なことはない」。後者は前述の如くユスティニアヌスの『勅法彙纂』からの引用である。(147頁 [p. 63])

長々と論じられてきたことの目的が何であったか明らかであろう。そして、最後に、営業や通商に関するあらゆる独占が、本憲章によって宣言された自由特権及び自由に反していると付け加えて、この章の註解が終えられるのである。

第三十一章は、後見権論の補論であり、コモン・ローの宣言である。

第三十二章はコモン・ローの欠陥を是正し、自由人による所領の再下封を制限する規定である。従って、本章制定前のコモン・ローと本規定の制定による効果が詳しく検討される。実際、この問題はマグナ・カルタ成立当時には極めて重要な問題で『ブラクトン』でも Constitutio Libertas と

して言及されている⁽⁷¹⁾。

クック
「マグナ・カルタ註解」
覚書

再下封により生じる問題は、後述する1295年のエドワード一世治世18年のウェストミンスタ第三法律の不動産移転法によって再下封が禁じられ、代置によるものに転換されることによって解決されるのであるが、国王直属保有地を国王の許可無しに自由に移転しうるのかという問題が残った。この問題は、移転許可料に対する国王大権がヘンリ三世治世期に本法令によって始まったということが、エドワード三世治世34年法によって明確にされ、国王の許可無しに不動産移転した場合には、没収ではなく合理的な和解金支払とするという事で解決された。一般人からの保有の場合には、不動産移転法以降は、封主の許可無しに代置によって自由に不動産移転を行いうるようになり、上記のような問題は生じなかった。クックは不動産移転法成立の意義を「本法で、多くの素晴らしい事柄が定められた」と高く評価し、同法により、マグナ・カルタ本章による禁止と罰則が取り払われたと論じる。(319頁 [p. 66]) 最後に、本章の解説が三頁近くになったことについて弁明している。

この場合、マグナ・カルタに反する全ての制定法を無効とするエドワード三世治世42年1号法によって、本章の規定も復活しなかったのかという疑問も残るかもしれない。クックは、この点について、何も論じていない。不動産移転法への高い評価が背景にはあるのではあろうが、代置によって封主に十分に為されるべき奉仕が減少するわけではない。従って、1295年不動産移転法は、本規定を廃止するものとはいえず、反するものではないが故に、廃止されなかったともいえよう。

第三十三章の聖職推挙権問題では、国王との関係、そして、最初の設立者が誰かが重要な問題となる。

第三十四章の女性の重罪私訴権の夫の死亡への制限については、婚姻の合法性、事実上の婚姻関係の重要性、再婚した場合の問題、両性具有の場合

84(84) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

合が論じられる。

第三十五章の州裁判民集会、州長官順察、十人組査察に関する規定は、封建的不動産保有に関する規定とは異なり、アングロ・サクソン期以来の州共同体、ハンドレッド、十人組といった地方統治機構に係わるものとして、また、地方に残るリート裁判管轄特権にも係わるものとして詳細に取扱われる。ランバードのアングロ・サクソン法研究、『ヘンリー世の法』等によりつつ、古の州共同体民集会から議論を進め、とりわけ、十人組査察の起源が詳しく論じられる。州長官順察とリート裁判管轄が十人組査察に基礎を置く同根のものであることを論証することに力点が置かれているのだが、十人組査察については、「この法廷の真の設立意図は見失われてしまい云々」(331頁 [p. 72]) というキケロの言葉で締め括られることとなる。

本章は、基本的には州長官を初めとする地方役人による裁判収入の収益権化を防ぐ目的の規定であり、最後に、この規定により被害を受けた者は訴権を有すると論じている。

第三十六章は、エドワード一世治世7年宗教法人法〔=1279年 死手法〕の前身となる規定であり、本章の註解は、むしろ死手法の解説となっている。死手法は、本章の規定に拘わらず、聖職者達は、曾ては最良の法学識者であり、法律顧問から法知識を得ることも出来たので、脱法的な多くの方法を見出したことが指摘され、それらの工夫に対し死手法が制定されたとされる。しかし、その工夫からも抜け道が見出され、1285年ウェストミンスター第二法律によって新たな抑制が試みられたが、ユース慣行によって抜け道が作られ、リチャード二世15年法でこの工夫も死手に当たるとされた経緯が詳論されている。そして、これら死手法の発展の「全ての基礎が、マグナ・カルタ本章であった」とされるのである。

本章は、課税同意権規定とは逆に、1217年のマグナ・カルタで初めて

導入された規定であって、ジョン王のマグナ・カルタには存在しなかった規定であることにも留意する必要がある。

第三十七章の楯金問題の註解は、ヘンリ二世時代への復帰が強調される以外は、全面的に『法学提要 第1部』に委ねられている。

第三十八章は終章というより、跋文であり、現在残されている制定法の章には数え上げられていないが、本憲章が1/15税の譲与と交換に与えられたことを明らかにしている重要な箇所である。前述の如く、クックは、この箇所を捉えて、1/15税が議会によって譲与されたのであるから、大憲章も議会の権威によって与えられたのだと強弁（341頁 [p. 77]）している。同時に、大憲章の法的性格を示すものとして、「国王や彼の相続人、継承者は、本章の全ての部分に拘束され、抜け道を主張できない」、「国王、国王の相続人が譲与した全ての自由特権と慣習を遵守すべく拘束されている」、「王國の全ての人も、彼等と彼等の相続人のために上記を遵守すべく義務づけられている」、「1/15税は議会によって譲与されたのだから、この大憲章も同じく議会の権威によって授与されたということになる」「国王と相続人は本憲章に含まれる自由特権が破棄されたり弱められたりすることを求めてはならず、誰かによって本憲章に反して何か求められても、如何なる価値も有さず、無効と見なされる」と論じる。国王も彼の相続人も、王國の全ての人もその相続人も本章のすべての部分を遵守すべく拘束され、本憲章に含まれる自由特権を弱めることすら求めてはならず、求めても無効であるとする主張は、違憲立法審査権的な主張とも読めなくもないが、実際には、過去に、幾つかの規定が廃止されたことを認めており、マグナ・カルタの基本法的重要性を主張する以上のものではなかったように思われる。実際、永久拘束禁止則同様に、将来の世代を永久に拘束するという事は、理念として主張しえても、実際上は実行不可能であったのである。

「以下の人々を証人として」の解説として、大憲章が特権証書という文書形式を採った制定法であることと関連して、特権証書 Charter、開封勅許状 Letter Patent、捺印証書 Deed といった文書様式の相違について説明があり、最後に、再び、「大憲章は、ウェストミンスターで開催されていた議会の権威によって、他の多くのものがそうであったように、特権証書の形式で、確認されたのである。というのは、同様に前述したように、議会によって、貴族と庶民は 1/15 税を与えたからである。」と繰り返され、「特権証書形式での議会法令については、プリンス事件で詳細に読むことができよう。それ故に、再録すべき必要はない」(343-344頁 [p. 78])と論じて締め括られることになるのである。

エピローグ—マグナ・カルタ神話論の背後で—

翻訳及び本解説を通して、クック自身が法律家として法学実証主義的な立場を貫いていたことを理解して戴けたであろうか。クックは、裸の、粗野な Natural Reason からではなく、長年の経験を通して洗練された Artificial Reason によって、まさに「学術の源から ex artis fontibus」⁽⁷²⁾ の註釈を目指していたものと理解される。

稿を終えるにあたって、「マグナ・カルタ神話」論の発端に立ち戻ってみよう。

ジェンクスが「マグナ・カルタ神話」を執筆したのは、1896年以来勤めていたオックスフォード大学法学部の講師を辞め、1903年に代弁弁護士⁽⁷³⁾の法曹協会 Law Society 法学校長に就任して間もない頃のことであった。

その背後に、オックスフォード大学コーパス法理学教授講座のポロック後任問題があった。ポロックはロンドンでの判例集編纂委員としての仕事で忙しかった。オックスフォードでの彼の講義が不人気で、ロンドンから通うのが苦痛であったのかも知れない。滑舌の悪いポロックの講義より、

ケンブリッジ大学、メルボルン大学、リヴァプール大学で法学教育に携わり、自ら詰込み教師と広言するほどの教育経験を積み、1896年からオックスフォードに転任したジェンクス講師の方がよほど多くの学生を惹き付けたであろう。⁽⁷⁴⁾

それ故に、後任としてジェンクスの名前が挙がっても当然であった。この間の事情はメイトランドがケニーに宛てた1902年11月19日付の手紙の中で以下の如く明らかにしている。

オックスフォード・コーパス法理学教授講座のポロックが退職意向を示していて、私〔メイトランド〕はずっと君にいてもらいたいとは思っているのだが、友人として知らせないわけにもいかないのて手紙を出したというのである。難しいポストというわけではないが、「法理学」というポストはあらゆる種類の法知識をカバーするもので、「合格点に達しないと認めながら、ジェンクスを後継者候補として私に推してくる人々もいる」。「君が望むなら、「楽勝」可能だろう」。この教授職は生涯権ではなく、毎年更新のポストだが、オックスフォードに居らず、ほとんど講義もしないポロックでも毎年更新してきているからね。だけど、返事は要らないよというものであった。⁽⁷⁵⁾

ところが、1904年1月にメイトランドが毎年、避寒のため出かけていたカナリア島から、急にヴィノグラードフが後任に決まったという知らせがケニーに届く。

「ヴィノグラードフが候補者となったのは突然で、出立後に聞いた。彼はオックスフォードの友人達の圧力に負けただけだと言っており、信じることにした。戦場の規模は分からないが、エドワード・ジェンクスやジョン・ポウリ・ベイトがその中にいたと思うし、トマス・ローリーを採用しようとする企てもあったが、彼が固辞したことも知っている。私の思うところ、大天使ガブリエルの息子であるポール〔・ヴィノグラードフ〕なら、
88(88) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

イングランド法の教師となろうとしない限り、うまくやるだろう。」(傍点⁽⁷⁶⁾筆者)

ヴィノグラードフのオックスフォードの友人達とは、恐らくスタッフズの弟子達ではなかったろうか。オックスフォードの法学教育は古典学中心の大学教育システムの中で歴史学と手を携えながら発展してきたからであり、メイトランドの手紙にもあるように、ヴィノグラードフは法学教師としてより、むしろ歴史学の業績において高く評価されていたからである。⁽⁷⁷⁾

結果的には、この人事は意義あるものであった。ヴィノグラードフが指導し、編集した『オックスフォード法律・社会史研究 全八〔九〕卷』⁽⁷⁸⁾は、イギリスにおける法史研究の水準を飛躍的に高め、大学における法学の学問的地位を高めることとなった。他方、人事に破れたジェンクスは代訴弁護士法曹協会法学校の校長となり、ジェンクスの労働組合と称された大学法学教師協会 Society of Public Teachers of Law の組織者として辣腕を振る近代イギリス法学教育の基礎を築くことになったからである。⁽⁷⁹⁾

ジェンクス「マグナ・カルタ神話」によれば、「故オックスフォード司教〔Dr Stubbs〕」は、「全てのイギリス史研究者が計り知れない恩を負っている著者」であり、「近代教科書は彼の影響の下に書かれている」が、それによって、「全国民が自身の過去につき歪められた見解を抱くように訓練されている」のではないかというのである。「二・三ヶ月前まで筆者〔ジェンクス〕もこの正統学説を教えていた」(p. 260f.) のである。スタッフズ言葉に従えば、「マグナ・カルタは、当時、国民が一体感をもって立ち上がった最初の団体的行動」であり、「都市の人々も村の人々も、国民一般が、即ち、後の庶民達が…(中略)…今や、諸侯の側に身を投じ」、「ノルマン征服以来はじめて国王に反抗して諸侯の側に馳せ参じた」(p. 260) のであって、「イングランド憲制史の全てはこの憲章の註釈につき

る」(p. 265)ということになるのだが、そのような人民の蜂起など存在しなかったし、この運動は封建諸侯の君主権強化への反抗にすぎなかった。マグナ・カルタも国民的文書ではなく封建的文書に過ぎないのである。そして、後の38回以上の確認も、守られなかったことの証拠に過ぎないと論じたのである。そして、全編スタッブズ批判の最後の一節で、このスタッブズ説の創始者はサー・エドワード・クックであったとする一言を付け加えたのである。⁽⁸⁰⁾

この偶像破壊的なジェンクス論文は、1908年のグラスゴウでのマッケクニ『マグナ・カルタ』の出版を勇気づけたであろう。1912年にイエール大学から『英国憲制の起源』を出版したG. B. アダムズの序文で、スタッブズとメイトランドの間にある差の大きさを論じ、スタッブズの後継者E. A. フリーマンが強力に主張するサクソン諸制度の切れ目無き継続性という考えからの解放こそが学問の前進だと述べるようになっていた。⁽⁸¹⁾前に述べたように、史料集としての『憲制史料選』は、初版に付録として収められていた権利請願や権利章典は後に除かれるようになったものの、若干の修正を加えられながら、スタッブズのコメントと共に1970年代まで出版され続けたのであるが、主著である『イングランド憲制史』全三巻そのものの影響力は急激に減じていったのである。⁽⁸²⁾

イギリスの歴史学者達は、「全てのイギリス史研究者が計り知れない恩を負っている著者」をジェンクスのように批判することはできなかった。前述した『憲制史料選』の編者のように、必要な修正を加えることにすら弁明を加えざるを得なかったのである。こうした学会状況の中で、ジェンクスが最後の一節で付け加えた「伝説はクックによって発明された」という一言が、作者の本来の意図とは離れ、一人歩きを続け、学会という劇場のイドラを形成することとなっていったのではないだろうか。

附記、本稿は、前号翻訳と共に、平成27～平成29年度日本学術振興会科学研究助成事業、基盤研究(C)「マグナ・カルタの800年—その記録と記憶」による研究成果の一部である。

注

- (1) J=C=ホウルト歴史学論集『中世イギリスの法と社会』城戸毅監訳(刀水書房、1993年)所収、71頁。
- (2) J. C. Holt, *Magna Carta*, 3rd ed. (Cambridge U.P., 2015) pp. 35-48, esp. pp. 38-40. 残念ながらホウルト教授は800周年の前年、1214年に亡くなられ、第三版は弟子の George Garnett と John Hudson によって出版された。両者によって付された序文は1992年の『マグナ・カルタ』第2版以降の議論を整理したものととして有益である。なお、第2版に関しては森岡敬一郎訳、J. C. ホウルト『マグナ・カルタ』(慶應義塾大学出版会、2000年)、6頁以降、特に10-13頁参照。
- (3) 禿氏好文『イギリス基本法思想の研究—民主主義憲法の源流をたずねる為の歴史学的方法—』(京都女子大学研究叢書I、1973年)69-71頁。小山貞夫氏が「マグナ・カルタ神話の創造」『法学』44巻772-853頁(1981)、同『イングランド法の形成と近代的変容』(創文社、1973年)所収285-367頁において、再びトムプソン説を採り上げられた。しかし、神話化の要件をマグナ・カルタの規定と現実とのずれと捉えられ(786頁)、一三世紀後半に既に神話化しつつあった(791頁)と理解された故か、マグナ・カルタ確認回数とチューダ期以降に焦点を当てられ、ホウルト説の根拠となったエドワード三世治世期における立法による解釈の変化については、「割愛」されてしまった(796頁)。むしろ、立法による解釈によって現実とのずれが埋められたことに焦点を当てて戴ければ、「神話化」の議論についても異なった結論になったのではないだろうか。
- (4) 同書、71頁及び73頁注㉔ 田中論文は、トムプソン著作の前年に出版され、「マグナ・カルタ神話」論に批判的なレイディン論文、Max Radin, 'Myth of Magna Carta' *Harvard Law Review*, vol. 60 (1947) pp. 1060-1091 にも触れているが、「しかし」、「なお」という形でヨーク・チューダ期にはマグナ・カルタは重要視されなかったと論じていた。田中論文は、同『英米法研究2 デュー・プロセス』(東大出版会、1987年)に収められている。
- (5) ハーバート・バターフィールド/越智武臣他訳『ウィッグ史観批判—現代歴史学の反省—』(未来社、1967年)115頁以下。アクトン卿は、カト

リック教徒であるため、ケンブリッジ入学を拒否され、ミュンヘン大学で学び、外交官として活躍していた。「権力は腐敗するものであり、絶対的権力は絶対に腐敗する」というのが彼の残した有名な格言である。ジョン・ケニヨン著今井宏、大久保桂子訳『近代イギリスの歴史家たち』（ミネルヴァ書房、1988年）150-173頁参照。

- (6) 田中、前掲書 9-11頁。田中氏は注2)に、W. McKechnie, *Magna Carta* (2ed. 1914) を挙げておられ、同書、第三部 III (pp. 113-121) 邦訳 116-120頁も参考にされたであろう。
- (7) Herbert Butterfield, *Magna Carta in the Historiography of the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, (University of Reading, 1969) Stenton Lectures 1968. p. 25.
- (8) William Stubbs, *Select Charters and other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward the First*, 9th ed. (Oxford, Clarendon Press, 1913) pp. iii-v, p. 292.
- (9) ラスキの戦時パンフレット Harold Laski, *The Rights of Man*, Macmillan War Pamphlets No. 8 (Macmillan, 1940) を参照。ラスキが最初に挙げるのが「司法の独立」である。裁判官の独立が個人の自由にとって必須であるからである。続いて、「立憲主義的統治」で、表現の自由と結社の自由が無ければ、立憲主義的統治は不可能であると訴える。大戦前の我が国の憲制状況の問題点を探る上で示唆的である。第二次大戦後、世界人権宣言 (Universal Declaration of Human Rights) の締結に向けた動きの中でマグナ・カルタへの注目が果たした役割については、Francheska Klug, *A Magna Carta for all humanity: Homing in on Human Rights* (Routledge, 2015) 参照。1957年に出版された岩波文庫『人権宣言集』が、マグナ・カルタにはじまり、世界人権宣言で終わっているのが象徴的である。全米法曹協会によってラニミードにマグナ・カルタ記念堂が建てられたのも同年であった。
- (10) Max Radin, 'Myth of Magna Carta' *Harvard Law Review*, vol. 60 (1947) pp. 1060-1091.
- (11) Faith Thompson, *Magna Carta: Its Role in the Making of the English Constitution, 1300-1629* (University of Minnesota Press, 1948). とりわけ、その序文 (*Ibid.* p. v.) を参照。 *New York Times*, Jan 11 & 12, 1946: ProQuest Historical Newspapers: The New York Times (1851-2010) p. 7 & p. 8. Cf. Susan Reyburn, 'Magna Carta in America from World's Fair to World War' in Randy J. Holland ed., *Magna Carta: Muse & Mentor* (Thomson Reuters, 2014) pp. 9-27.

- (12) この段階では、禿氏もハウルト説を受入れられていることに注意。
W. S. マッケクニ著／禿氏好文『マグナ・カルターイギリス封建制度の法と歴史一』（ミネルヴァ書房，1993年）566-568頁。
- (13) *The Statutes of the Realm*, vol. I (London, 1810 [reprinted, 1963]) pp. xxix. 1300年迄の再発行，再確認の過程については，小山貞夫「マグナ・カルタ神話の創造」『法学』44巻772-853頁（1981）に詳しい。しかし，トムプスンのエドワード三世治世期における立法による解釈の変化については，一切捨象されてしまった。
- (14) Bryan A. Garner, 'A Lexicographic Look at Magna Carta' in Holland ed., *op.cit.*, pp. 92-93.
- (15) Francis Bowen, *Documents of the Constitution of England and America, from Magna Carta to the Federal Constitution of 1789* (Cambridge, 1854) pp. vi-vii.
- (16) 福沢諭吉『西洋事情』（慶應義塾大学出版会，2009）244頁，尾崎三良『英國憲法纂要』（東京，汎愛堂，1874）乾，第一巻 1-30丁，坂根義久校注『青木周蔵自伝』東洋文庫168（平凡社，1970）45-51頁参照。高木八尺，末延三次，宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波書店，1957）
- (17) 1297年無承諾課税禁止法 Statutum de Tallgio non Concedendo が本来，議会制定法ではなく，諸侯の要求条項であったという議論については，城戸毅『マグナ・カルタの世紀：中世イギリスの政治と国制1199-1307』（東京大学出版会，1980年）245頁，250頁注13）参照。その意味では，権利請願は，無承諾課税禁止法を正規の議会制定法と認めさせる役割も果たしたのである。
- (18) Giles Jacob, *Every man his own Lawyer* (1736) Ch. Of the liberty of Subject, Magna Charta and other statutes, pp. 345-373. 同章には，両憲章と共に，無承諾課税禁止法，人身保護法が収められている。
- (19) ピーター・バーク著／井山弘幸・城戸淳訳『知識の社会史』317-8頁参照。
- (20) T. F. T. Plucknett and J. L. Burton ed, *St German's doctor and student* (London, Selden Society, 1974) SS. vol. 91, p. 49.
- (21) J=C=ハウルト，前掲訳書（1993年）89-90頁。
- (22) H. Butterfield, *The Englishman and His History* (Cambridge U.P., 1944) pp. 75-77.
- (23) この経緯については，J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*,

- A Reissue with Retrospect* (Cambridge U. P., 1987) pp. vii-xii, xiv. 参照。
- (24) *Ibid.*, p. 45f.
- (25) C. ヒル著／藤籐信義訳『ノルマンの軛』(未来社, 1960年) 96-97頁。
Christopher Hill, *Puritanism and revolution: studies in interpretation of the English Revolution of the 17th century* (Secker & Warburg, 1965 [1958]) pp. 57-67, 87f.
- (26) ホウルト第2版(1992)への邦訳者森岡氏の訳注参照。前掲訳書12頁。むしろ、相違は、この時点で、ポーコックがクックをホイッグ史家の先駆者と評価しているのに対し、ヒルが法律家としてクックを見ている点にあるように思える。従って、ヒルも「マグナ・カルタ神話」という言葉を使用するのだが、「歴史の歪曲」というより「法の近代化」というプラス・イメージで語っているのである。他方、小山貞夫氏が「ノルマンの軛」説で、ヒル説とポーコック説を比較している点については、後述注(41)参照。
- (27) Pocock, *op.cit.*, p. 274, p. 278. その意味では、彼のクック論に頼りすぎないようにすることが肝要なのである。
- (28) 田中英夫「クックと『法の支配』」『法律時報』33巻4号, 同『英米法研究2 デュー・プロセス』(東大出版会, 1987年)所収, 210頁。翻訳段階では気付かなかったのであるが、田中氏の見解が変化したもう一つの背景として、1958年に、田中氏が協力し、増訂版として出版された高柳賢三『司法権の優位』(有斐閣)の影響があったのかもしれない(同書, 9頁)。同書, 252頁では、ジェンクス説に言及し、「自由の憲章としてのマグナ・カルタの意味を一がいにコークの『発明』に成るものとするのは、この文書の漸次的史的展開を無視するものであるとするのが、正しい観方であると思われる」と批判している。高柳氏は、既に戦前から違憲立法審査制の思想史的背景を検討する中でエドワード三世期立法によるマグナ・カルタ解釈の変化に注目しておられた(「司法的憲法保障制—其の法律思想史的背景—(二)」『国家学会雑誌』43巻10号(1929年)99-105頁)。1935年に発表された「司法的憲法保障制の法理及其運用」においても、同趣旨は生かされ、戦後、1948年に『司法権の優位〔英米法講義第三巻〕』(有斐閣)として出版されたが、「司法的憲法保障制—その法律思想史的背景—」が『司法の優位』に付録一として加えられるようになったのは、1958年の増訂版になってからであった。しかし、高柳論文は、戦前はドイツ法学優位の下で、戦後は、逆に戦前の論文であったためか、しかも、増訂版付録として収録されたためであろうか、専門の英米法研究者以外には、余り顧みられなかったように思われる。前述禿氏論文も、後述小山論文も、高柳論

- 文には全く触れていない。
- (29) ポーコックの議論は主としてクック『判例集』に付せられた序文に基礎を置いたもの分析で、クックの具体的な法律論の展開を検討したものではない。確かに、『判例集』序文は法思想的に興味深いものではあるが、クックの法学・法思想を理解するための一助となるものに過ぎない。
- (30) クック「マグナ・カルタ注解」深尾裕造・松本和洋訳『法と政治』66巻4号（以下、「マグナ・カルタ注解」）172-3頁、180頁。クックが注解を付しているのはヘンリ三世の「自発的な善意に基づき」発給されたマグナ・カルタなのである。その意味では、マッケクニの『マグナ・カルタ』は、ジョンのマグナ・カルタ解説としては優れているものの、逆に、クック注解批判としては、クックがジョンのマグナ・カルタを注解したものと、誤って論じることによって大きな問題を抱えることとなったのである。マッケクニ、前掲訳書、194-5頁
- (31) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (1765) vol. 1 p. 123. ブラックストンは名誉革命以降の政治状況の中で、ロックの自然法論の影響も受けながら、彼自身のジョンのマグナ・カルタ原本の歴史的研究に基づいて論じているのである。
- (32) *Ibid.*, p. 123f.
- (33) 「マグナ・カルタ注解」172頁。マグナ・カルタは「大部分がイングランドの基本法の主要な基礎の宣言である」と序文で述べているが、すべてとは述べていないことにも注意をする必要がある。「コモン・ローの若干の欠陥を補うために付加された」残りの部分もあるからである。後述するように、具体的には、第二十六章や三十二章のように新しく導入された法文もある。しかも、後の制定法によって変更されないわけでもないのである。
- (34) 拙稿「レスボスの職人の定規（二・完）」『島大法学』42巻4号（1999）442頁。エリザベス期立法解釈論全般については、同論文439-479頁参照。
- (35) 「マグナ・カルタ注解」176頁。アングロ・サクソン法が挙げられていないことにも留意。クックがアングロ・サクソン法に大きく依拠するのは、州裁判民集会やハンドレッド、十人組査察のような、アングロ・サクソン期に由来する制度や、通例依拠する『グランヴィル』に抗して議論を展開する時なのである。
- (36) 「マグナ・カルタ注解」199頁 [Ch. 3, p. 11]
- (37) 「マグナ・カルタ注解」201頁 [Ch. 3, p. 11]

- (38) 拙稿「コモン・ローとは何か」『法と政治』62巻1号Ⅱ 39-41頁
- (39) *The Digest of Justinian*, Theodor Mommsen ed. & Alan Watson translated, vol. 1 (Unv. of Pennsylvania P., 1985), p. 14
- (40) *Ibid.* vol. 3 p. 194, Detlef Liebs, *Latenische Rechtsregeln und Rechtssprichworte* (1982 [2007]), p. 45, Sir Christopher Hatton, *A Treatise concerning Statutes* (London, 1677), p. 53. 拙稿前掲論文 (1999) 445頁の引用は校正漏れ。本文の如く訂正されたい。『学説彙纂』本文に由来するものでない故か、柴田光蔵、林信夫、佐々木健偏『ラテン語法格言辞典』(慈学社, 2010)では、柴田光蔵編(京都玄文社, 1985年)版に付されていたローマ法文由来が削除されている。『プラクトン』でも引用された“Cessante causa cessat effectus”という『教皇令集』2, 24, 26や『神学大全』に由来するマクシムが意識された可能性もある。
- (41) 小山貞夫「違憲立法審査制の史的淵源としてのボナム博士事件再考」『法学』77巻5号(2013) 683-4頁。このように理解すれば、後任のホバート裁判長の見解とも一致することになろう。同686-7頁。ここでは、Common rightを「共通の正義」と訳したが、後述するように、クックはCommon rightをCommon lawと同義だとしている。その意味では、Common lawの格言という時も、我々は特殊イギリス法的な格言と考えがちであるが、むしろ、万国共通の法格言というような意味が強かったのかも知れない。
- (42) *Coke on Littleton*, Sect. 172 116.a.-117.b.
- (43) Thomas Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher and a Student, of the Common Laws of England*, Alan Cromartie ed. (Oxford, Clarendon Press, 2005) p. 63. ホブズ『哲学者と法学徒との対話』田中・重森・新井訳(岩波書店, 2002年) 97頁。
- (44) その意味では、この点では、ポーコック説とヒル説は、逆の意味で、近いように思われる。小山貞夫「マグナ・カルタ神話の創造」同『イングランド法の形成と近代の変容』(創文社, 1973年) 367頁
- (45) David J. Seipp, ‘The Mirror of Justices’ in Bush & Wijffels ed., *Learning the Law* (Hambledon Press, 1999) pp. 85-112. 筆者は、以前、拙稿「フォーテスキュとブルータス伝説」『法と政治』51巻1号(2000)で、誤って、The Mirror of Justicesを「正義の鑑」と訳していた。Justicesと複数形で、裁判官批判の書であることを見落としていた。ここに不明を詫び、訂正をしておきたい。
- (46) 「マグナ・カルタ註解」26頁 [p. 7]。

- (47) Cromatje, *op.cit.*, p. 146. 邦訳, 248頁。クックは、議会起源論については、「その権威と古き由来については『法学提要 第4部』の議会議裁所の章を参照するようとしているが、そこで「この『開催方法』は、征服王の面前で、征服時に再録され、宣言されたもので、イングランドのために是認され、従って、征服王は『開催方法』に従って議会を開催した」(p. 12)とし、マグナ・カルタの起草者も相続料の確定に関連して『開催方法』を見たと論じている。確かに、この点については誤りなのであるが、庶民院については、その言葉が確認出来るのがエドワード三世28年制定法で、庶民院議長が任命されるのはヘンリ四世8年であり、それ以前は両院は分離されていなかったとも理解している。(p. 2)。従って、クックが古き議会として論じているのは、『法学提要 第1部』第164節 110a 葉で論じたエドワード証聖王時代の賢人会 *witenagemot* のことで、フランスの三部会 *les estate*、ドイツの国会 *diet* に対応するものと考えていたようである。そして、それが、イングランド王国一般評議会 *commune concilium regni Angliae* 乃至大評議会 *magnum concilium* に発展したと考えているのである。なお、『議会開催方法』が出版されたのは、1641年のクックの死後であった。
- (48) 「マグナ・カルタ註解」序文, 172頁
- (49) 「マグナ・カルタ註解」341頁 [p. 77]
- (50) 「マグナ・カルタ註解」序文, 172頁。勿論、この時代には、所謂「法廷報告」は始まっていない。フィッツハーバートは、*Bracton's Note Book* として知られる註釈付国王裁判所記録を利用しているのである。F. W. Maitland ed. *Bracton's Note Book: A Collection of Cases decided in the King's Courts during the Reign of Henry the Third, annotated by a Lawyer of that Time, seemingly by Henry of Bratton*, vol. 1 (Cambridge U.P., 1887) pp. 117-121.
- (51) 念のため本学所蔵のフィッツハーバート『大法要録』1565年版で確認した。フィッツハーバートは *Bracton's Note Book* のラテン語の註釈付訴訟記録を法廷年報風にロー・フレンチに訳し直すときに *lestatut de Mag. carta* という語を使用したのである。元の訴訟記録では、'Dom. Rex per cartam suam' である。 *Ibid.*, vol. 3, p. 408.f.
- (52) 全般的な分析を行うわけではない。差当たりジョンのマグナ・カルタの解説ではあるが、マッケクニ『マグナ・カルタ』の禿氏訳の対応条文、及びホウルト『マグナ・カルタ』第2版、第9章、森岡訳を参考として見て戴くのがよいであろう。
- (53) Stubbs, *op.cit.*, p. 291.

(54) 同じく、マッケクニが、実際の憲章下賜の理由は反乱者の軍隊に求めねばならないと論じ、クックを批判したのも、全くの的外れな批判である。クックはジョンのマグナ・カルタではなく、1/15税の譲与に対し、ヘンリ三世の「自発的な善意に基づき」譲与されたマグナ・カルタを、チューダ期の制定法解釈理論に従って解説しているのである。

(55) クック『法学提要 第2部』63頁の欄外注の表記 (Ihon Bate de London mercar.) に従って、ベイト事件とした。T. B. Howell, A Complete Collection of State Trials vol. 2 (London, 1809) に収録された Cobett's 収集の議論では、全て John Bates となっている。戒能通厚「イギリス憲法の実像—その歴史的文脈・8」『法律時報』83巻12号77頁注19参照。同上に収録された Lane 判例集の判例報告を収めた English Reports vol. 145 (1914) pp. 267-275 でも An Information against Bates であるが、イムポジション論争に係わる1610年の議会議事録を収めた Proceedings in Parliament 1610, ed. by Elizabeth Read Foster (Yale U.P., 1966) では、John Bate で統一されている。Corbett によって収集された Hakewill の議会演説は、1641年に印刷された版では、the Case of Bate,s と読める。William Hakewill, The Liberty of the Subject: Against the Pretended Power of Impositions. (London, 1641) p. 2。クックが引用した財務府裁判所訴訟記録原本を確認する必要があるが、取り敢えず、上述の如くクックの記載と慣例に従った。著名な Bracton も本来は Bratton である。尚、欄外注の『民訴裁判所録』は校正ミス。In mem. Scarar int. com. は財務府裁判所訴訟記録原本州名欄の空白部分に挿入された欄外注記であろう。

(56) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (1769) vol. 4 p. 431.

ブラックストーンにとっては、騎士奉仕保有は、外国支配の烙印である奴隷的な土地保有なのであって、1660年の軍事的奉仕保有廃止法によって、イングランドの自由は征服時に全面的に廃棄されて以来、初めて完全に回復されたのである。「ラニミード」という言葉の中に、ブラックストーンにおける、ジョンのマグナ・カルタ復活の意義が、ここでも顔を出している。

(57) 後述、第29章覚書参照。当時利用可能であった制定法令集については、*The Statutes of the Realm*, vol. I, Introduction ch. 1 pp. xxi-xxix. Appendix A pp. xlix-lv. に詳しい。

(58) Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, vol. 3, G. E. Woodbine ed. & S. E. Thorne translated (Belknap Press, 1977), p. 327 [f. 285]

(59) ヴォルテール『哲学書簡』林達夫訳 (岩波書店, 1951) 55-56頁。参

照, 井ヶ田良二『法におけるクリオの目』(法律文化社, 1987年) 43-7頁, 石井三記「フランスにおけるマグナ・カルタ観」『法政論集』264号(2015) 339-343頁。

- (60) 権利請願の上部に書き込まれた「望み通りに法律と為せ *Soit droit fait come est désiré*」という国王の文言は, 私法律を承認するときの通常形式であることは興味深い。J. H. ベイカー『イギリス法史入門』第4版第I部, (関西学院大学出版会, 2014) 209頁以下参照。
- (61) McKechnie, *op.cit.* (1914), pp. 379-381. 禿氏訳, 前掲書, 404-406頁
- (62) 尾崎三良, 前掲訳書, 乾, 第一巻18丁, Count Hirobumi Ito, *Commentaries on the Constitution of the Empire of Japan* (Igiris-Horitsu Gakko, 1889), p. 100. 土橋友四郎『日本憲法比較対照 世界各國憲法』(有斐閣, 大正14年) 107-121頁。
- (63) 禿氏, 前掲訳書, 407頁, 訳注(*1)参照。ハウルトの見解については, 森岡, 前掲訳書 8-9頁, 393-8頁参照。退國宣誓, 法外放逐との関わりについては, 拙稿「コモン・ローとは何か」20-24頁参照。
- (64) McKechnie, *op.cit.* (1914), p. 385f. 禿氏, 前掲訳書, 410-411頁
- (65) William Rastall, A Collection in English, of the statutes now in force (1611). 書誌については, 父親 John Rastall の最初の英語版制定法要録と共に, *The Statutes of the Realm*, vol. I, pp. xxi-xxiii. 参照。田中氏は, 「クックがその非歴史的な態度から “due process of law” を意味するものだとしていた “Lex terrae” (“law of the land”) という言葉についても, 最近の学者は皆クック説を否定している」と論じたのだが, クックは, マグナ・カルタ成立時に, Lex terrae が due process of law という意味を持っていたと主張していたわけではない。クックは, その後の立法による解釈を通して due process of law と解釈されるようになっていったことを論証しているにすぎないのである。クックはチューダー・スチュアート期の法学者であり, この時代までに積み重ねられてきた法学の発展に基づいて解釈論を展開しているのである。恰も, クックがジョンのマグナ・カルタを註解していたかの如く論じていた「最近の学者達」こそが, アナクロニスティックであったのである。田中氏が, 数年後に, 直接クック「マグナ・カルタ註解」に触れられ, 「最近の学者達」の誤りに気付かれ, 見方を変えられたことについては前述した。
- (66) Paul Vinogradoff, ‘Clause 39’ in H. E. Malden ed., *Magna Carta: Commemoration Essays* (Royal Historical Society, 1917) p. 82. Rodney L. Mott, *Due Process of Law: A Historical and Analytical Treatise of the Principles*

and Methods Followed by Courts in the Application of the Concept of the "Law of Land" (Da Capo Press, 1973 [1st ed. 1926]) p. 37. この問題が、後にトムプスンによって詳細に論じられるようになったのである。Faith Thompson, *Magna Carta: Its Role in the Making of the English Constitution 1300-1629* (Univ. of Minnesota Press, 1948) pp. 86-97. esp. p. 90ff. 前注(24)の第二次大戦前の高柳論文は Vinogradff や Mott の著作に依拠して論述されている。山下和夫氏は、このような「自由人」規定変化の素地は、既にジョンのマグナ・カルタ成立時に存在していたと論じている。山下和夫「マーグナ＝カルタ（一二一五）第三九条考」北海学園大学法学研究13巻510-513頁。バターフィールドもエドワード三世期の諸立法について知らないわけでもなかった。しかし、彼は、それによってホイッグ史観を中世にまで遡らせてしまった。Butterfield, *op.cit.* (1944), p. 71. ここまでついで行けるのはポーコックぐらいではないだろうか。

- (67) 田中氏は、当初の論文で、この制定法による変化を、逆にマグナ・カルタの“Liber homo”が、隷農の自由を含んでいなかった証拠だとして、「クリージ (Sir Edward Creasy)」を批判しておられるのだが、このことは、「マグナ・カルタ神話」を創造したのは誰なのかという問題を考える上で極めて示唆的である。名誉革命後に再発見されたジョンのマグナ・カルタ原本に新たな政治的意味が賦与されたこと、さらに、とりわけ、1848年の二月革命期の人民憲章運動に対抗してマグナ・カルタにイングランド的自由の拠り所を求め、「マグナ・カルタ、権利請願、権利章典はイングランド国民のバイブルである」と称した大ピットチャタム伯の言葉を広めたクリースィの果たした役割を正確に位置付ける必要がある。近代イギリス歴史学の父スタップズは、このような19世紀後半のホイッグ的歴史観を無批判に『英国憲制史料選』の中に持込んでしまったのである。

因みに、マッケクニが、「マグナ・カルタの偉大さは、1215年のその制定者にとってそれが何であったかということよりもむしろ、それが後に政治指導者、裁判官と法律家、また後世のイギリスの全大衆にとってどういうものになったかという点にある。」(禿氏、前掲訳書、158頁)と論じていることにも注目する必要があるだろう。

- (68) 何故か、前掲『ラテン語法格言辞典』では、クックの格言とははされているが、キケロの『カエキーナ弁護』に由来することは示されていない。前掲 *Latenische Rechtsreglen* にも収録されていないところを見ると、このキケロの言葉は、大陸のローマ法学者達には影響を与えていなかったのかもしれない。Cicero, *pro Caecina* xxvi 74 (The Loeb Classical Library,

- Cicero IX pp. 170-171.)
- (69) Samuel Rawson Gardiner ed., *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660*, 3rd ed. (Oxford U.P., 1906 [1958]) pp. 64-65.
- (70) E. Neville Williams, *The Eighteenth-Century Constitution 1688-1815 Documents and Commentary* (Cambridge U.P., 1960) p. 26. 同時に、権利章典が王位継承順位を決定することで議会の王権に対する優位を明らかにし、排斥法問題と関連したブレイディ論争に政治的決着を付けて議会主権を確立した点にも留意。
- (71) Bracton, *op.cit.*, p. 35 [f. 168b]. 高柳賢三『司法権の優位』（増訂版）（有斐閣，1958）254-255頁参照。しかし、単数形ではあるものの、上級封主の権益保護規定であり、特権から一般的自由への変化を示すものとしては、前述十二章の規定が *Communis Libertatis* として言及されている例の方が適切かも知れない。
- (72) 拙稿「レスボスの職人の定規（二・完）」469頁以下。この言葉は、クックと同時期のヘイクが、彼のエピソードイデア立法解釈論で強調した言葉であるが、その由来となるメランヒトンの著作についてはクックも通じていたに違いない。
- (73) ジェンクススの経歴については、*Oxford Dictionary of National Biography* vol. 29, (O.U.P., 2004) p. 991. r-p. 992. を参照。
- (74) ポロックの講義が学部学生向けではなく、滑舌も悪く、人気が無かった点については、Neil Duxbury, *Frederick Pollock and the English Juristic Tradition* (Oxford U.P., 2004) p. 53. ジェンクススについては、拙稿「一九世紀後半イングランド法曹養成制度の展開とその帰結」『法と政治』55巻3号（2004）53頁参照。
- (75) *Ibid.*, p. 54, P. N. R. Zutshi ed. *The Letters of Frederic William Maitland*, vol. 2 (Selden Society, 1995) n. 246, p. 189.
- (76) *Ibid.*, n. 272, p. 272. ヴィノグラードフの二番目の名前が Gavrilovitch であったようである。
- (77) さしあたり、ケニヨン、前掲訳書、177頁。
- (78) P. Vinogradoff ed., *Oxford Studies in Social and Legal History*, 9 vols. (Oxford U.P., 1909-1927 [Octagon Books, 1974]). 最後の巻は、ヴィノグラードフの死後に出版された。第一巻序文で、独仏に比べて、イギリスにおける歴史研究の組織化が遅れており、単行研究論文の発表の機会が雑誌論文を除いて少ないということが叢書出版の動機として語られている。ヴィノグラードフのこの問題意識は来英直後からのもので、オックス＝ブリッ

ジにおける歴史研究体制が大陸、特にドイツの歴史学に対する遅れを取り戻すことが緊要な課題とされていた。Do., 'Oxford and Cambridge through Foreign Spectacles', *The Fortnightly Review* vol. 37, n. s. (1885) in *The Collected Papers of Paul Vinogradoff* (Wildy, 1963) vol. 1 (History), pp. 277-285.

- (79) ホールズワースに『イギリス法制史』教科書の執筆を委ねたのもジェンクスであった。中世・近世法史に時間をかけ、一向に一九世紀にまで進まないホールズワースの作業に業を煮やし、ジェンクスは、結局、自分で *A Short History of English Law* を執筆することとなる。このことから分かるように、ジェンクスは法学研究者というより、何よりも先ず、法学教育者であったのである。ソリシタを近代的リーガル・プロフェッションに育て上げたジェンクスの功績は大きい。Edward Jenks, *A Short History of English Law: from the earliest times to the end of the year 1919*, 2nd ed. (London, Methuen, 1920 [1st, 1912]), pp. vii-ix. (Preface, April 1912) 恐らく、Radcliffe & Cross, *The English Legal System* (Butterworth, 1937) の前身となるような著作であったのだが、著者達は、謝辞にメイトランドとホールズワースの名のみを挙げている。3rd ed. (1954) p. 5f.
- (80) Edward Jenks, 'The Myth of Magna Carta' *Independent Review* vol. 4 (1904) pp. 260-273.
- (81) George Burton Adams, *The Origin of the English Constitution*, enlarged ed. (Yale U.P., 1920] p. viii. (Preface, 1912.3.5)
- (82) スタッブズ『憲制史』全三巻の批判的補注となったプティ＝デュテール『スタッブズ憲制史への補注と研究』を1908年に英訳出版したのはマンチェスター大学出版局であった。

Comments on Coke's Commentaries upon Magna Charta

論

Yuzo FUKAO

Prologue

説

Jenks's 'The Myth of Magna Carta' in 1904 has had a long influence on the understanding of Coke's scholarly work in Japan, even after the publication of Holt's *Magna Carta* in 1965 which criticized the work of young scholar J. G. A. Pocock that called Coke the Whig historian. Why this misunderstanding lasts so long. To dispel this misunderstanding, I and Dr. Matsumoto translated Coke's Commentaries upon Magna Charta into Japanese in the last number of this bulletin.

Preliminary Consideration

Coke was not a historian, but a lawyer. He did not expounded John's Magna Carta in 1215, but Henry III's Magna Carta as a statute in force in the early 17th century. Therefore it is important to understand the method of statutory interpretation of the day. He did not expound the Magna Carta on unreal theory of Ancient Constitution, but on many legal sources that the introduction of printing has produced, namely, *Glanvil*, *Bracton*, *Abridgements of Statutes* and *Year Books* or so. He also smuggled legal maxims from Roman=Canon law.

Analysis on the Structure of the Commentaries

He did not expound every chapters evenly. He focused on chapters 29 and 30. The chapter 29 is the famous due process clause, and the chapter 30 is a clause that relates the tax called imposition.

Coke knew well which chapters in the Magna Carta should be succeeded in the next Ages.

Comments on each Chapter

I drew auxiliary lines to understand each chapter. We should not pass over the statutory changes of the interpretation on the Chapter 29 during the reign of Edward III. And, Coke knew the phrase, ‘Nisi per legem terrae’ originally related the process of the outlawry and the abjuration of the realm by which freehold is disseised ‘Nisi per iudicium parium suo’. His definition of ‘rectum’ in that chapter is also important to understand the process how right theory in modern law has grown out.

Epilogue

The chief target of ‘The Myth of Magna Carta’ was not Coke, but Dr. Stubbs who is the father of historical scholarship in the modern age. Jenks who failed to get the Corpus Professorship of Jurisprudence at Oxford, could criticize him without concern. But, the other historians hoped that they would not be thought disrespectful to his memory. His ‘*Select Charters*’ has long lived as the textbook and sources at Oxbridge.