



Title	コモン・ローとローマ・カノン法の接触についての検討 : 法書「ブラクトン」を題材として
Author(s)	松本, 和洋
Citation	大阪大学, 2015, 博士論文
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/51884">https://doi.org/10.18910/51884</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# コモン・ローとローマ・カノン法の接触についての検討

—法書『ブラクトン』を題材として—

---

大阪大学大学院法学研究科 法学政治学専攻 後期課程3年 松本 和洋

## 目次

はじめに

第1節 問題関心：イングランド、そして『ブラクトン』への注目

第2節 我が国での『ブラクトン』研究とその傾向

第1部 『ブラクトン』研究史概略

第1章 ギューターボックとヴィノグラドフ：『ブラクトン』研究の先駆け

第1節 カール・ギューターボック

第2節 ポール・ヴィノグラドフ

第2章 F・W・メイトランド：『ブラクトン』研究の曙（1887-1898）

第3章 ウッドバインとカントロヴィチ：メイトランド説の修正と挑戦（1910-1941）

第1節 G・E・ウッドバイン

第2節 ヘルマン・カントロヴィチ

第4章 シュルツとリチャードソン：カノン法文献への新たな注目（1943-1965）

第1節 フリッツ・シュルツ

第2節 H・G・リチャードソン

第5章 S・E・ソーン：『ブラクトン』研究における大転換（1968-1977）

第6章 バートンとブランド：執筆年代と著者問題の新たな展開（1993-2010）

第1節 "The Mystery of Bracton"（1993）におけるバートンの見解

第2節 バートン＝ブランド間の論争（1996-2010）

小括

## 第2部 『ブラクトン』と学識法文献とのテキスト比較

### 第1章 タンクレードとドロエダ

#### 第1節 タンクレードと『訴訟手続の書』

#### 第2節 ドロエダと『黄金汎論』

### 第2章 『ブラクトン』の「抗弁論」におけるタンクレードとの比較

#### 第1節 全体の序論および抗弁の分類についての比較

#### 第2節 抗弁提起に関する比較

#### 第3節 反抗弁、再抗弁、反再抗弁についての比較

### 第3章 章題「4つの事例における不適用」におけるタンクレードおよびドロエダとの比較

#### 第1節 前半部分における『ブラクトン』とタンクレードとの比較

#### 第2節 後半部分における『ブラクトン』とドロエダとの比較

### 第4章 法格言「知りそして望む者に不法は生じない」におけるドロエダとの比較

#### 第1節 先行研究における当該法格言の扱い

#### 第2節 『ブラクトン』と『黄金汎論』における法格言の比較

### 小括

### おわりに

### 付録 『ブラクトン』の公刊と写本一覧

## はじめに<sup>1</sup>

### 第1節 問題関心：イングランド、そして『ブラクトン』への注目

ビジネス等で「国際化」という言葉が当たり前のように受け止められるようになった現在、我が国の法体系もまたこうした波を受けていることは周知の事実であろう。特に世間一般にも知られている近年の大きなトピックとしては、裁判員制度の導入や、司法取引に関する議論が挙げられる。もちろん、民事訴訟の面での影響もより大きなものとなってくるであろう。そして、これまで以上の速度で、各国の法体系が様々な面で影響を及ぼし合う現在、このような「外部の法の自国への影響乃至利用」とでも総称すべき問題の重要性は高まっていると言える。

しかし実のところ、法制史、特に西ヨーロッパに着目する西洋法制史という分野では、この問題を考察するに優れた題材として、ローマ法という対象が既に存在していた。中世期から近代期のヨーロッパ大陸における、ローマ法の継受や「パンデクテンの現代的慣用」といった影響からは、常に（その国で独自に編み出された法体系ではないという意味で）「外部の法」としての側面をローマ法が持ち続けていたと見ることができるだろう<sup>2</sup>。このように、ローマ法が各国でどのように影響乃至利用されていたのかを検討することは、先に挙げた「外部の法の自国への影

---

<sup>1</sup> 本稿で利用する『ブラクトン』のテキストは、*Bracton on the Laws and Customs of England* vol.1-4, G. E. Woodbine ed., S. E. Thorne trans., New York, 1997, rpt（以下 Thorne, *Bracton*）である。他、本稿で取り上げる主な学識法文献についても挙げておこう。カノン法学者タンクレードのテキストは、*Pilii, Tancredi, Gratiae Libri de Iudiciorum Ordine*, Friedrich Christian Bergmann ed., Göttingen, 1842（以下 Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*）の Nabu Press による 2010 年のリプリント版を用いている。Nabu Press 版では幾つかの頁が欠落しており、バイエルン州立図書館の OPACplus

（[https://opacplus.bsb-muenchen.de/metaopac/singleHit.do?methodToCall=showHit&curPos=14&identifier=100\\_SOLR\\_SERVER\\_1583013607](https://opacplus.bsb-muenchen.de/metaopac/singleHit.do?methodToCall=showHit&curPos=14&identifier=100_SOLR_SERVER_1583013607) [2014/10/23]）のオンライン版で公開されているものを併用している。ウィリアム・オブ・ドロエダのテキストは、*Die Summa Aurea des Wilhelmus de Drokedea*, herausgegeben von Ludwig Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Bd. 2, Heft 2, Aalen, Neudruck der Ausgabe 1914, 1962（以下 Wahrmund, *Summa Aurea*）を利用した。名前の呼称はドイツ語（Drokedea）と英語（Drogheda）で差異があるが、本稿では英語表記に従った。また、『ローマ法大全』のテキストは、Berolini: Apud Weidmannos の *Corpus iuris civilis* のシリーズ（*vol.1: Institutiones / recognovit Paulus Krueger. Digesta / recognovit Theodorus Mommsen retractavit Paulus Krueger*, Editio sexta decima lucis ope expressa, 1954. *vol.2: Codex Justinianus / recognovit et retractavit Paulus Krueger*, Editio duodecima lucis ope expressa, 1959）を、教皇令は *Decretalium Collectiones, Corpus iuris canonici / editio Lipsiensis secunda ; post Aemilii Ludouici Richter curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognouit et adnotatione critica ; instruxit Aemilius Friedberg ; pars 2*, 1955 を参照している。

<sup>2</sup> ローマ法の継受や「パンデクテンの現代的活用」については、勝田有恒・森征一・山内進編著『概説西洋法制史』（ミネルヴァ書房、2004年）、158-170 ならびに 232-244 頁を参照。

響乃至利用」という問題に対して有効な方法の1つであると言える。

このような問題意識に立ち、本稿はその対象国としてイギリス、特にイングランドに着目した。イングランドで独自に育まれた法体系であるコモン・ローに対する、「外部の法」としてのローマ法（および教会法＝カノン法）の影響に関する今日の見解が以前と比べて著しく変化していることは、上の問題に対する様々な示唆を与えてくれるように思われたからである。長らくコモン・ローが受けたローマ法の影響は極めて小さなものであったと考えられてきたが、こうした見解の一翼を担った F・W・メイトランドの説への反論に加えて、近年でも R・ツィンマーマンが英米法の特徴の一つであった「信託」について、イギリスと大陸との橋渡しの役割を為したのがローマ＝カノン法（学識法）であったと述べている<sup>3</sup>。一方で、イングランドでは14世紀に法曹院（インズ・オブ・コート）が形成されることによって、コモン・ロー法曹はそこで養成を受けることになり、大学で学ぶ学識法法曹とはその養成過程の時点から一線を画すことになった。他方で、ローマ法法廷弁護士（Civilian Advocates）のように、大学で学識法の教育を受けた法曹が、イングランドにおける法実務（海事裁判所のように、コモン・ロー法曹とは明確に活動の場が区別されるとしても）へ提供されるという状況が19世紀まで続いていた<sup>4</sup>。更にザイプによる研究からも、既に法曹院を有していた15世紀から16世紀のコモン・ロー法曹さえもが、学識法学者と接触を持っており、「ローマ＝カノン法に『全くの無知』でもなければ『完全な隔離』でもなかった」と評されている<sup>5</sup>。こうした見解は決してコモン・ローを学識法の系譜下に置くものではないが、これらの研究から示唆される、学識法との

---

<sup>3</sup> メイトランド他、小山貞夫訳『イングランド法とルネサンス』（創文社、1977）では、イングランドにおけるローマ法の継受に関するメイトランドの見解と、ホールズワースとソーンによる修正および反論が収録されている。また「信託」に関するツィンマーマンの見解については、ラインハルト・ツィンマーマン、佐々木有司訳『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法 シヴィル・ロー的伝統の現在』（信山社、2008）、165頁（原著は Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001, pp.165-166）を参照。

<sup>4</sup> 法曹院におけるコモン・ロー法曹の形成については、さしあたり深尾裕造「イングランドにおける学識法曹の形成」、上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』（ミネルヴァ書房、1987）所収、34-60頁を参照。ローマ法法廷弁護士の概略については、J・H・ベイカー、深尾裕造訳『イギリス法史入門第4版 第1部〔総論〕』（関西学院大学出版会、2014）、235-236頁（原著は J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 4th ed, New York, 2011, rpt, pp.169-170）を参照。

<sup>5</sup> ザイプの研究については、David J. Seipp, "The Reception of Canon Law and Civil Law in the Common Law Courts before 1600", *Oxford Journal Legal Studies* vol.13, 1993, 420 を参照。鉤括弧内は筆者による引用。

「接触」はコモン・ロー法曹にどのような影響を与えたか、という問題は尚一層の研究を行うに相応しいと言える。

そして本稿は検討の対象とする時代として中世を、より具体的にはコモン・ローの発展が本格化する 13 世紀を選んだ。というのも、この時代がいわゆる「12 世紀ルネサンス」の最中に再発見されたローマ法を基としたカノン法と、そのカノン法訴訟手続の受け皿としてのローマ教皇を頂点とした教会裁判所の拡張と発達、近代に至るヨーロッパ大陸におけるローマ法の拡大と利用の遠因となっただけでなく、同時期のイングランド国内においても学識法の教育環境が整備されてきた時代でもあったからである。ザイプの研究で既に述べられているように、法曹院という専門養成機関を有していた時代であってもなお、コモン・ロー法曹が学識法との接触を維持していたのであれば、法曹院設立以前であるこの時期にも接触が発生していたと考えることは容易であり、既に我が国でもこの時期に着目した研究がある<sup>6</sup>。では、背景として、そもそもイングランドにおける学識法の学習の始まりはどのような道を辿っていたのであろうか。

イングランドにおけるローマ法学習は、12 世紀前半における聖職者のボローニャ大学への留学から始まったと言うことができる。国王ヘンリ 2 世との政争で王に暗殺されたことで有名なトマス・ベケットもボローニャに渡ったことがあり、ロンドン司教ギルバート・フォリオットが、聖職者である彼の従兄弟 2 人を法学習得のためボローニャに送っている<sup>7</sup>。12 世紀後半に入ると、ローマ法やカノン法を学ぶ環境がイングランド国内で整備されるようになった。またエクセターやヘレフォード、リンカン州の司教座聖堂付属学校で法学習が行われた証拠が残されている<sup>8</sup>。イングランドでのローマ法教育の始祖と言われるヴァカリウスが大陸からやってきたのもこの頃である<sup>9</sup>。

---

<sup>6</sup> 我が国における研究の一例として、苑田亜矢「法の様々な区分についての論考（翻訳と解説）——中世教会法学のアンブロ・ノルマン学派による一作品——」、『熊本法学』（121）、2010、83-107 頁、直江真一「12 世紀イングランドの学識層について——コモン・ローの形成とローマ学識法覚書——」、『法学』（48-5）、1984、657-706 頁および、同「コモン・ローの形成と大学」、『西洋史研究』新輯（22）、1983、33-56 頁がある。

<sup>7</sup> フォリオットと彼の書翰については、直江真一・苑田亜矢「ムルティプリケム・ノービス（翻訳と解説）：ロンドン司教ギルバート・フォリオットの一書翰」、『法政研究』（66-3）、1999、1083-1129 頁を参照せよ。

<sup>8</sup> F. De Zulueta & P. Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, Selden Society Supplementary Series vol.8, 1990, xxii を参照。フォリオットもある程度の学識を有し、それはボローニャで学んだものであったと考えられている。

特にリンカン州はオックスフォードとノーザンプトンを含み、12世紀には最も活動的な司教座聖堂付属学校を有していた地域であり、ヴァカリウスも何らかの形で関わっていた可能性がある<sup>10</sup>。ヴァカリウス自身もカノン法の知識は持っていたらしく、カノン法の婚姻に関する書物を著した他、教皇の受任裁判官としても活動していた<sup>11</sup>。

やがて12世紀終盤からオックスフォードではジョン・オブ・タインマウスを中心とした人々がカノン法を教授するようになり、ほどなくケンブリッジでも法学教育が行われるようになる<sup>12</sup>。一方で、世俗権力の側にある国王裁判官たちが学識法の知識を有していたことも推測されている。ヘンリ2世期からヘンリ3世期までの国王裁判官に関するターナーの研究成果からも、教会裁判所での裁判に携わった経験を持つ国王裁判官が明らかにされている<sup>13</sup>。

このように、(養成機関の未整備故に)法曹院設立後のようなコモン・ロー専門法曹としての養成をされていない代わりに、学識法の知識を身につけた国王裁判官たちがコモン・ロー裁判所で実務に携わっていた時代である

13世紀に、当時のコモン・ローを体系化せんという野心的な著作が生まれていた。『イングランド王国の法と慣習』(De Legibus et Consuetudinibus Angliae)、イングランド法史研究家の間では『ブラクトン』と通称される法書である<sup>14</sup>。以下第1部、第2部で示すように、この書物は学識法の影響を多分に受けつつも、その題材や思考対象はコモン・ローへと向けられていたという特徴を持つ。『ブラクトン』の現存する写本の多さ(本稿「付録」参照)から、当時『ブラクトン』が大きな人気を博していたことが読み取れるが、おそらくは収録された判例の古さによ

って、『ブラクトン』は14世紀以降のコモン・ロー訴訟手続と判例における漸次的発展へ対しての対応力を失い、

---

<sup>9</sup> ヴァカリウスおよび彼の著作『貧しき法学徒の書』(Liber Pauperium)については、Zulueta & Stein, *op.cit.*, xxxiii-xxxiv および、直江「12世紀イングランドの学識層について」、670-682頁を参照。

<sup>10</sup> Zulueta & Stein, *op.cit.*, xxxv-xxxvii を参照。ヴァカリウス自身が教皇受任裁判官として活動したことも、これを裏付けるものであろう。

<sup>11</sup> James A Brundage, *The Medieval Origins of the Legal Profession : Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago & London, 2008, p.93 を参照。

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp.237-241 を参照。

<sup>13</sup> Ralph. V. Turner, *The English Judiciary in the Age of Glanvill and Bracton c. 1176-1239*, Cambridge, 1985, pp.97-100 および、直江「コモン・ローの形成と大学」、39-40頁を参照。他に騎士たちもイングランド法についての知識を有したことから、聖職者裁判官および俗人裁判官双方がコモン・ローの発展に寄与していたとターナーは考えている。

<sup>14</sup> この通称は、長らく著者とされてきた国王裁判官ヘンリ・ド・ブラクトンに由来するが、以下第1部で述べるように、近年はその著者について研究者間で議論が分かれている。

「コモン・ローの法書」としての価値を一旦は減じさせることとなった。それでも、16世紀には絶対王政主義的な姿勢を取るジェイムズ1世に対して、サー・エドワード・クックが『ブラクトン』の「国王は人の下ではなく、神と法の下にあるべきである」(rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege) という文句を用いて対抗したことは有名である。その一方で、18世紀には『ブラクトン』を媒介として、コモン・ロー裁判官がその実務にローマ法を利用するという現象も起こっていた<sup>15</sup>。このように『ブラクトン』は「コモン・ローの法書」でありながらも、「ローマ法の(知識をコモン・ロー法曹が抽出できる)法書」でもあるという2つの側面を備えた書物であった。ローマ法の学問的再発見とカノン法の整備、それを運用する教会裁判所の進出を伴った学識法が、中世期また近代期のコモン・ローへどのように伝来し、利用されていたのかを現代に伝えるという点で、『ブラクトン』は重要な意義を有しているのであり、コモン・ローと学識法の接点として評することもできよう。かようにイングランド法史において特異な存在感を放つ『ブラクトン』であるが、我が国でもクックによる『ブラクトン』の文句引用は有名であり、豊富とは言えないものの『ブラクトン』は様々な視点から研究が行われている。

## 第2節 我が国における『ブラクトン』研究とその傾向

『ブラクトン』が我が国で大きく注目されるようになった契機は、アメリカの憲法学者C・H・マキルウェイン(マクワルワイン)の『立憲主義 その成立過程』が邦語化されたことに求めることができる<sup>16</sup>。マキルウェインは同著において、先に挙げたサー・エドワード・クックによる『ブラクトン』の引用とその文言を、違憲立法審査権の中世における原点として扱った。しかし、いわば近代的な立憲主義の思想を中世期の書物へとストレートに当

<sup>15</sup> 18世紀における『ブラクトン』の利用については、さしあたりプラクネット、イギリス法研究会訳『イギリス法制史 総説篇(下)』(東京大学出版会、1959)、487頁(原著はTheodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston, 1956, 5th ed., 2010, pbk, p.264)を参照。

<sup>16</sup> C・H・マクワルワイン、森岡敬一郎訳『立憲主義 その成立過程』(慶應通信、1967)原著はC. H. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, New York, 1947, revである。また、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刊1、1973)、39-56頁でも、マキルウェインによる『ブラクトン』のテキスト分析と、これに対するシェイエットの反論が紹介されている。

てはめた彼の手法は、その後 B・ティアニーと E・ルイスを始めとする反論を受けた。これら一連の研究を見事に整理した松垣裕の「ブラクトンの王権論における『法の支配』理念」(1977-1978)が、我が国における『ブラクトン』研究の本格的な草分けであったと言える<sup>17</sup>。同じく『ブラクトン』における「王権論」と制限君主制ならびに「法の支配」との関係に着目した研究としては、近年でも松原幸恵(2000)と土居美德(2005)によるものがある<sup>18</sup>。松原論文は王権と教権という聖俗双方における抑制関係に、また土居論文はいわゆる「古来の国制」論を前提にしているという違いはあるものの、両者とも『ブラクトン』には王権の制限を企図した著述が為されているという結論は同一である。この他に国王の権力との関係では、特に権原開示訴訟への注目をベースにして、『ブラクトン』における国王の地方に対する優位を扱った赤澤計真(1988)の研究がある。赤澤は、国王からの委任である委任裁判権を第三者にさらに委任する「委任の重複」を『ブラクトン』が否定し、『ブラクトン』にとって好ましい権原とは書式化された国王の承認であるところの証書＝特許状のみであり、これの解釈は認可者たる国王のみであることから、全ての権限や一切の領主特権は全て国王からの一元的な付与に基づくものと『ブラクトン』では認識されていると述べる。こうした『ブラクトン』における授与特権理論の前提には、全国的規模の王権の普遍的実在があり、その実体化として赤澤は大巡回(大巡察)裁判制度と王権直属の裁判機構の2つを挙げている<sup>19</sup>。

吉野悟(1988)は、『ブラクトン』の「人の法」における分類とローマ法のそれとを照らし合わせる研究と、17世紀のジョン・カウエルによる『イングランド法概説』(*Institutiones iuris Anglicani*)における「人の法」の著述順序が『ブラクトン』のそれと酷似し、その文章もまた同一に近いものであることに着目して、両者の異同を示

---

<sup>17</sup> 松垣裕「ブラクトンの王権論における『法の支配』理念(上)」、『法文論叢文科篇』(39)、1977、89-114頁および、同(下)、『法文論叢文科篇』(41)、1978、84-102頁を参照。

<sup>18</sup> 松原幸恵「ブラクトンにおける王権と教権——『神の下にある国王』の側面に関する一考察」、『社会科学ジャーナル』(45)、2000、67-92頁、土居美德「ヘンリー・オブ・ブラクトンの法思想——古来の慣習とイングランドの統治」、『奥羽大学文学部紀要』(17)、2005、46-56頁を参照。

<sup>19</sup> 赤澤計真『イギリス中世国家史研究』(多賀出版、1988)、165-166、172頁を参照。

す研究を行っている<sup>20</sup>。同じく『ブラクトン』のローマ法的部分に着目したものとして、森光（2004）と菊池肇哉（2013）の研究がある。森は、消費貸借に関する『ブラクトン』の著述を、その元になったユスティニアヌス帝（以下ユ帝）の『法学提要』と比較することで、『ブラクトン』はローマ法の用語を用いているが、それに全面的に従っていたわけでもなく、またその理解も的確とは言えないとしている<sup>21</sup>。また菊池論文は『グランヴィル』と『ブラクトン』内の契約に関するカウサ（*causa*）理論を分析し、『ブラクトン』が中世ローマ法の影響を受けながらも、その著述は「非常に混乱している」と述べており、これは『ブラクトン』の著者自身のテキスト理解が混乱していることに由来するとの見解を示している<sup>22</sup>。

佐藤伊久男（1994）は、13世紀イングランドでの国王と教会との裁判管轄における政治事情を、後で本稿でもその一部を扱う『ブラクトン』の「抗弁論」との対比によって分析することを試みている。佐藤は、『ブラクトン』が「抗弁論」において、裁判権が教会と国家の2種類のみを想定しており（当然ながら国家の頭として国王を掲げている点は、赤澤の分析と共通する部分であると言える）、ヘンリ・ド・ブラクトンが実務に携わっていた頃に多様化していた禁止令状に対する教会の対応が、1237年のイングランド在使節オットーの教会規律やリンカン司教グローステストを始めとする議会への苦情申立として表出したのであり、『ブラクトン』の「抗弁論」における「回付令状」の著述は、このような裁判管轄権に関する教会と国家の対話の時期を反映するものであったとしている<sup>23</sup>。

この他に、国外の先行研究内で各論者が示した『ブラクトン』の構成を整理した沢田裕治（2004）は、『ブラクトン』の各写本の編纂を行ったG・E・ウッドバインによる、ユ帝『法学提要』の構成の影響を強く意識した構成に

---

<sup>20</sup> 吉野悟「ブラクトン De Legibus の『人の法』における自由と従属」、『日本法学』(54-2)、1988、183-251頁および、同「コモン・ローの人の法におけるブラクトン (Bracton) とカウエル (Cowell) ——家族概念史の一部として」、『法学紀要』(30)、1988、7-70頁を参照。カウエルの著書名の訳はこちらから引用した。

<sup>21</sup> 森光「Bracton へのローマ法の影響——使用貸借を素材として——」、『英米法学』(43)、71-79頁を参照。

<sup>22</sup> 菊池肇哉「中世英国コモン・ロー グランヴィルとブラクトンに於ける契約『カウサ』理論」、『法学紀要』(54)、2013、163-190頁を参照。

<sup>23</sup> 佐藤伊久男「十三世紀イングランドにおける教会と国家——裁判管轄権をめぐる——」、同編『ヨーロッパにおける統合的諸権力の構造と展開』（創文社、1994）所収、477-551頁を参照。

最も高い評価を与えている<sup>24</sup>。このように、『ブラクトン』における学識法の影響に関する研究も我が国では行われているが、それらが断片的である点は否めない。

また我が国での研究の傾向としては、松垣、松原、土居、赤澤のように、国王による統治に着目した研究が比較的多いと言える。特に赤澤以外の研究者は『ブラクトン』と「法の支配」との繋がりに関心が強い。しかしながら、「法の支配」論の創始者であるダイシーは『ブラクトン』について全く触れておらず、上記の「国王は～」の文言も登場しないことに注意せねばならない。むしろ彼は、国王ジェームズの絶対王政的思想に対し、この『ブラクトン』の文句を用いて抗したサー・エドワード・クックの行動を、「銜学的で、技巧的で、また非歴史的なもの」と評価していたのである<sup>25</sup>。ダイシーに従うならば、『ブラクトン』を「法の支配」あるいは制限君主制と関連付けることについては相当の慎重を要すると考えるべきであるが、松原と土居の研究にはこうした点がそれほど考慮されていないようである。一方で、既に松垣が述べたように、マキルウェインに端を発するこの種の研究は、むしろ「『ブラクトン』とローマ法との関係の程度」という問題から派生したものでしかないという一面がある<sup>26</sup>。このように見てみると、「法の支配」や制限君主制は確かに非常に魅力のある題材ではあるが、『ブラクトン』を用いてこれらを扱うには、まず学識法文献との比較検討を更に進めるという段階を経る必要がある。単に双方の類似関係が疑われるテキストを抽出するだけでなく、両者の著述の何が一致しているか、また何が異なっているかを逐一分析するという形での比較検討が要求される。

それでは、『ブラクトン』と学識法文献とのこのような比較検討は海外の先行研究において十分に為されていたのであろうか。確かに、第1部で見ると、『ブラクトン』と学識法文献との類似性の指摘は、その口火となっ

---

<sup>24</sup> 沢田裕治『「ブラクトン」体系の構成・再論』、国方敬司・直江眞一編『史料が語る中世ヨーロッパ』（刀水書房、2004）所収、53-70頁を参照。

<sup>25</sup> A・V・ダイシー、伊藤正己・田島裕訳『憲法序説』（学陽書房、1983）、17頁（原著はA. V. Dacey with an Introduction by E. C. S. Wade, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 10th ed., 1959, p.18）を参照。

<sup>26</sup> 松垣「ブラクトンの王権論における『法の支配』理念（上）」、112頁を参照。

たメイトランドの研究以降、各論者の視点に起因する見解の相違は別としても、先行研究でもスタンダードと目されるものの中で着実に積み上げられており、学識法の知識を有する人物が『ブラクトン』の執筆に関与したことは既に通説として定着したと言える<sup>27</sup>。しかし一方で、それらのほとんどは単に類似関係を指摘するのみに留まり、詳細な検討が行われていないものも多い。むしろ、G・E・ウッドバインが『ブラクトン』の各写本を編纂した後、これに英訳を加えるという大役を果たしたS・E・ソーン（以後、この「ウッドバイン＝ソーン版」が今日でも『ブラクトン』研究者間の共通テキストである。本稿「付録」を参照）が、その訳者序文において『ブラクトン』の執筆年代と著者の問題に関するメイトランド説に対して重要な指摘を行って以降、この問題への傾倒が発生し、その代償として学識法文献との比較への注目は失われてしまったと言える。

そのソーンは、先行研究で関係が指摘された学識法文献や国王裁判所の訴訟記録集の事例などを、逐一英訳部分の脚注に示している。第2巻の訳者メモ（translation note）では、これらを整理した表を第5巻にて付すとソーンは述べていたが、その第5巻はソーンの没年（1994）後も刊行されず、いわば「幻の巻」となっている。そのため、ソーンが脚注で関連を示した各文献についてどのような認識を持っていたのかは極めて不明瞭なままである。

その中には、長らく『ブラクトン』が祖であると見なされていた、不法行為に関するイングランドの法格言「知りそして望む者に不法は生じない」（*scienti et volenti non fit iniuria*）が、13世紀のオックスフォードで教鞭を取っていたウィリアム・オブ・ドロエダ（William of Drogheda）の『黄金汎論』から取られたものであるという興味深い発見も含まれている。しかしながら、この法格言に対する検討もまた省みられることなく残されてしまっ

---

<sup>27</sup> ヘルムート・コーイング、佐々木有司編訳『ヨーロッパ法史論』（創文社、1980）、74頁（原著は Helmut Coing, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main Bd. 6 Nr. 3, Wiesbaden, 1968, S.10）では、「イングランドでは、13世紀に、少なくともカノン法やローマ法の基礎教育は経ていた国王裁判官がいました。13世紀のイングランド法の偉大な叙述者、ブラクトンは、そうした仲間の一人でした」と表現されている（鉤括弧内は筆者による引用）。プラクネットも、『ブラクトン』の執筆された時期はローマ法がもっとも影響力を有していた時代であったと述べていた。T. F. T. Plucknett, "The Relations Between Roman Law and English Common Law Down to the Sixteenth Century: A General Survey", *The University of Toronto Law Journal* vol. 3 no. 1, 1939, 40 を参照。

おり、当該法格言に着目した研究においてもソーンの発見は言及されないままとなっている<sup>28</sup>。先に挙げた我が国の先行研究でも、こうした『ブラクトン』研究における問題関心の転換については大きく取り上げられておらず、『ブラクトン』と学識法文献との比較検討もまた、不足の感を拭えない。故に、たとえ僅かばかりであっても、『ブラクトン』による学識法文献の利用を分析することは、冒頭で挙げた問題関心にとっても有益なものとなるだろう。

以上から、本稿の主要な課題は『ブラクトン』による学識法文献の利用への着目を通じて、コモン・ローと学識法の「接触」を検討することとする。しかしながら、現時点の筆者の力量では、『ブラクトン』全編に渡る検討を行うことはできない。そのような状態の上で、なお取り得る最良の方法は、先行研究において類似性の指摘のみに留まっていた『ブラクトン』と学識法文献との箇所を分析することであろう。これによって、13世紀イングランドの国王裁判官（コモン・ロー法曹に連なる人々）が、「外部の法」である学識法をどのように利用したのか、その実態の一端を示すことができるだろう。そのためには、佐藤伊久男が「一面テキスト・クリティークの歴史とみることさえ可能」と評するほどの、細部にまで渡る各研究者のテキスト分析の蓄積である『ブラクトン』研究の変遷を辿ることを通じて、先行研究で残された課題や問題点を整理することがまず始めに求められる<sup>29</sup>。本稿の第1部ではこれを行う。次に第2部では、その第1部で取り上げた先行研究内で指摘を受けつつも、テキスト間の比較が為されなかった『ブラクトン』と学識法文献の関連箇所を比較することで、それぞれの箇所で『ブラクトン』がどのように学識法文献を自身の著述に利用したかを分析する。

---

<sup>28</sup> これについては本稿第2部第4章で扱う。

<sup>29</sup> 佐藤「十三世紀イングランドにおける教会と国家」、488頁を参照。鉤括弧内は筆者による引用。

## 第1部 『ブラクトン』研究史概略

以下では、『ブラクトン』の先行研究において、特にスタンダードと目されてきた研究者の見解を整理する。これらの研究における論点は、(論点1:『ブラクトン』の執筆年代と著者について)と、(論点2:『ブラクトン』におけるローマ法およびカノン法の利用について)の2つに分類することは可能なため、本稿ではこの2点に関して各研究者の見解を整理することとする。その一方、この2つの論点は、各研究者によっては、時に双方が密接に関連して、また時には一方にのみ重点を置いて言及されるという違いもある。まずは『ブラクトン』研究の原点となったメイトランドに多大な影響を与えた2人の研究者、ギューターボックとヴィノグラドフの見解から始めることにしたい。

### 第1章 ギューターボックとヴィノグラドフ:『ブラクトン』研究の先駆け

#### 第1節 カール・ギューターボック

##### (論点1) についての見解

『ブラクトン』の執筆年代については、ギューターボック以前からいくつかの見解が示されていたようである<sup>30</sup>。しかしながら、ギューターボックは1240年から1255年の間に執筆が開始されたという見解に基づきながら、1256年から1259年の間に執筆が完了したと想定しており、これは後のメイトランド説と極めて近いものとなっている<sup>31</sup>。ギューターボックは主として、彼以前の研究者たちによる見解を修正するという方法を取り、神聖ローマ皇帝に選出(1257年1月13日)されたコーンウォール伯リチャードに関わる『ブラクトン』の著述からは、1256年乃至1257年までは執筆がまだ完了しなかったことや、1259年のオックスフォード条例、1267年のモールバラ条例についても著述が為されていない点からは、『ブラクトン』がこれらの条例については知らなかったことが推定され

---

<sup>30</sup> ギューターボックは彼に先駆けた"Authotiries"として、執筆年代を1262年から1268年(ヘンリ・ド・ブラクトンの没年)の間と考えるリーヴズ(Reeves)の説や、1270年まで含めるスペンス(Spence)の説と、1240年から1255年とするビーナー(Biener)の説を取り上げている。Carl Güterbock, translated by Brinton Coxe, *Bracton and his Relation to the Roman law: A Contribution to the History of the Roman law in the Middle Ages*, Philadelphia, 1866, 1979, rpt, p.24 を参照。

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp.24-28 を参照。

るとしている<sup>32</sup>。ギューターボックが執筆年代に際して注目した点は、後にメイトランドが自身の見解を提示する際に根拠の一つとしてこれらを用いたことから、『ブラクトン』の執筆年代問題に対する大きな示唆であったと言える。

#### (論点2) についての見解

ギューターボックは初めて『ブラクトン』とアゾ等とのテキストを比較し、その異同を分析するという手法をとった。彼の手法と成果はメイトランドの研究にも大きく影響を与え、『ブラクトン』と学識法文献（この時はまだローマ法の側に大きく寄っているが）のテキストを比較することで両者を分析するという方法が『ブラクトン』研究に根付いていったことから、ギューターボックは『ブラクトン』研究の先駆けと評するにふさわしい。

彼の出発点は、ユ帝『法学提要』に従った実体法上・基本的な法原則の箇所 (f.1-f.104) を第1部、訴訟手続の解説に当てられている箇所 (f.104-f.444) を第2部として、『ブラクトン』を2つに大別することにある。ここから『ブラクトン』のローマ法利用について、教義的に解釈を行う注釈学派と異なり、実際の観点に基づきながら、自分の目的に合わせてローマ法を用いることが出来るほどの学識があったという評価をギューターボックは下している<sup>33</sup>。同じくイングランドの法書である『グランヴィル』では、ローマ法は王国の慣習 (consuetudo regni) と対置して捉えられていたが、『ブラクトン』においては最早そうではなく、ローマ法からの借用や、これを元に構想した専門用語が見られることにギューターボックは注目した<sup>34</sup>。彼はローマ法的な法格言 (Roman legal maxim) がイングランドに帰化 (naturalize) したことなどをその例として挙げており、その中には本稿第2部第4章で扱う「知りそして望む者に不法は生じない」(scienti et volenti non fit iniuria) も含まれている<sup>35</sup>。

特にギューターボックの見解で注目すべき点は、『学説彙纂』や『勅法彙纂』それ自体よりも、中世ローマ法学

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp.25-27 を参照。

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp.35-39 を参照。ギューターボックが提示した『ブラクトン』の構成については、沢田『『ブラクトン』体系の構成・再論』、59-67頁で紹介されている。

<sup>34</sup> 『グランヴィル』には既に、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』(明石書店、1993)として邦訳が為されている。

<sup>35</sup> Güterbock *op.cit.*, pp.48-49 を参照。

の大家であるアゾの「集成」(summa)に、『ブラクトン』がその著述の多くを負っていることを初めて説いたことである<sup>36</sup>。ギューターボックは、『ブラクトン』が、特に法的観念や概念の定義と分類においてアゾの用語を用いていることから、アゾの見解や理論に影響を受けていることが明らかであるとした<sup>37</sup>。

ギューターボックは様々な表題の元で『ブラクトン』とアゾ並びに『ローマ法大全』との比較検討を行っている。全てを紹介するのは余りに冗長なので、筆者が以前修士論文で取り上げた箇所を再検討することでその例を示すことにしたい。まず、『ブラクトン』の「占有」(possessio)とその「引渡」(traditio)に関する彼の指摘を見てみよう。「占有」について、ギューターボックによれば、「占有とは心素および体素によって有体物の保持することであり、それは法に支えられて併存している。……故に占有が保持される物と呼ばれるのは、すなわち有体物を保持する者によって自然法的に保持されているのである」と述べる『ブラクトン』の f.38b (ウッドバイン=ソーン版 2 巻 121 頁)は、アゾの『勅法彙纂集成』からの借用である<sup>38</sup>。また、市民法上の占有(civilis possessio)と自然的な占有(naturalis possessio)についても、『ブラクトン』は「占有はある場合には市民法上の、ある場合には自然的なものがある。市民法上とは、意思のみによっても保持され、自然法上とは物理的に占有されるのである……」

(*possessionum autem alia civilis, alia naturalis. Civilis autem est, quae animo tantum retinetur, naturalis quae corpore……*)というアゾの考えを繰り返している<sup>39</sup>。

またギューターボックは、アゾと『ブラクトン』とで異なる見解が取られている箇所も挙げている。前者が同じ人間に市民法上の占有と自然的な占有は属さないと考えるが、後者は「心素および体素による両方の方式によっても占有することは可能である」(*et potest quis utroque modo possidere, scilicet animo et corpore*)と述べ、さらに「一定の正当な事由によって自然的な占有を獲得する者は、市民法上の占有を獲得する」(*qui ex aliqua iusta*

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp.50-51 の脚注を参照。ギューターボックは、『ブラクトン』が『学説彙纂』と『勅法彙纂』から直接引用している箇所として、『学説彙纂』については 12 箇所を、『勅法彙纂』については 10 箇所を挙げている。それらの中には、本稿の第 2 部第 3 章で取り上げる「4 つの事例についての不適用」(*Fallit in quatuor casibus*)も含まれている。

<sup>37</sup> *Ibid.*, p.52 の脚注を参照。

<sup>38</sup> 『ブラクトン』の原文は以下の通りである。" *possessio est corporalis rei detentio, corporis et animi, cum adminiculo iuris concurrente……Et possessio ideo dicitur rei detentio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit scilicet corporaliter*", Thorne, *Bracton* vol.2, p.121 を参照。

<sup>39</sup> Güterbock, *op.cit.*, p.90 を参照。

causa acquisitionis naturalem possessionem habuerit et civilem)としており、このような見解の相違は不動産占有侵奪 (disseisin) を『ブラクトン』が念頭に置いているためであるとギューターボックは考えている<sup>40</sup>。

次に、「引渡」(traditio)に関するギューターボックの指摘に移る。『ブラクトン』のf.40(ウッドバイン=ソーン版2巻125頁)が「象徴的な引渡」(symbolical traditio)について、「全ての耕地を巡回することは不可欠ではない、どこへでもあらゆる方面へ足を運ぶ必要もない。引渡はドアあるいは留め金、ノッカーを通して成されるべきである。そして意思、注視、占有することへの情動から全体についての占有において(引渡が)起こるのである」と述べており、ギューターボックはこれがD. 41. 2. 3. 1を明らかに真似たものであるとしている<sup>41</sup>。

他にも『学説彙纂』を下敷きにした著述として、ギューターボックは以下の例を挙げている。まず『ブラクトン』f.44の「同じく、ある人がワイン貯蔵庫や納屋の鍵を、領主あるいは彼の代理人に引渡したような場合は、ワインと商品が引渡されたと見なされる」という著述はD.41.2.1.21に倣ったものである<sup>42</sup>。また『ブラクトン』f.41(ウッドバイン=ソーン版2巻128頁)の「あたかも納屋や土地が与えられるように、売主が引き渡すと述べた相手の面前で物が売却された時は、同じく(引渡された)言うことや委ねられることができる」(idem etiam dici poterit et assignari, quando res vindita est in conspectu quam venditor dicit se tradere, ut si ducatur in horreum vel campum)における“assignari”という語は、アゾの「それは売主あるいは贈与者が彼へ引き渡すと述べた人の面前で物が売却あるいは贈与された時に、委ねられた(と言う)」(assignari, quum res vindita vel donata est in

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p.91 を参照。なお、ギューターボックが引いたそのままの文章は現行のソーン版では見られない。類似の文章は Thorne, *Bracton* vol.2, pp.154-155 に見られる。

<sup>41</sup> Güterbock, *op.cit.*, p.94 を参照。D. 41. 2. 3. 1 (パウルス『告示註解』第54巻)「我々は心素及び体素から占有を獲得する。心素のみ、あるいは体素のみでは(占有の獲得は)存在しない。しかし、心素及び体素によって我々は占有を獲得すべきだと述べることは、土地を占有することを欲する人のように、あらゆる土塊を徘徊すると解されるべきではなく、境界までの土地全てを占有することを欲するという精神と思考の限りで、土地の一部にでも入ることで足りるのである」(Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere) 訳の括弧内は筆者による。『ブラクトン』の原文は以下の通りである。"non necesse est, omnes glebas circuire, nec ubique nec undique pedem ponere; fieri debet traditio per ostium et per haspam vel annulum, et sic erit in possessione de toto ex voluntate et aspectu et possidendi affectu", Thorne, *Bracton* vol.2, p.125 を参照。

<sup>42</sup> D. 41. 2. 1. 21 (パウルス『告示註解』第54巻)の該当箇所は以下の通りである。「……またワイン貯蔵庫の鍵が買主に引渡された場合、ワインが引渡されたと見なされる」(..... et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint) 『ブラクトン』の原文は以下の通りである。"item si claves cellulae, vivariae, vel horreorum tradiderit quis domino vel procuratori, vina et merces tradi videntur", Thorne, *Bracton* vol.2, p.137 を参照。

conspectu, quam venditor vel donator dicit se tradere)から取られているとしている<sup>43</sup>。これに続く、「私があなたに与えた、またはあなたの前で私が放棄した物をあなたに売却する場合……私が占有取得原因を移譲したように、占有の変更なしにこれを行うことは可能である。すなわちこれにより、ある原因またはあなたの面前から、私の物があなたの物となることが認められ、委ねられたと見なされるのである」(si tibi vendam quod tibi accommodavi (sic) aut apud te deposui,……et sic mutaverim causam possessionis, hoc fieri poterit sine mutatione possessionis. Ex hoc enim quod patior, rem meam esse tuam ex aliqua causa vel apud te esse, videor tradere) という『ブラクトン』の著述は、D.41.1.9.5 に沿った考え方であるとギューターボックは考えている<sup>44</sup>。他にも、後に研究者が取り上げる贈与や相続の問題について、アゾを初めとするローマ法学の影響が『ブラクトン』に見られることをギューターボックは指摘する<sup>45</sup>。

最後に、ギューターボックが『ブラクトン』とカノン法との関係にも注目していたことに触れておきたい。彼が取り上げるのは、カノン法における通常裁判官 (judex ordinarius) と受任裁判官 (judex delegatus) の分類が『ブラクトン』においてもそのまま適用されていることや、刑法に関してもカノン法が影響を与えている点である<sup>46</sup>。また後者はD. 48. 19の「刑罰について」(de poenis) に従っているが、「殺人罪」(homicidio) に関しての『ブラクトン』の著述は疑いなくカノン法に起源をもつギューターボックは指摘している<sup>47</sup>。一世紀近くの後ヘルマン・カントロヴィチが「刑罰について」を、シュルツが「殺人罪」をそれぞれの論稿で比較検討するが、これらはすでにギューターボックが指摘したことでもあったのである。

---

<sup>43</sup> Güterbock, *op.cit.*, p.95 を参照。括弧内は筆者による。

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp.95-96 を参照。D. 41. 1. 9. 5 (ガイウス『日常法書乃至黄金文章』第2巻)「また、時に引渡しなしに、所有者の単なる意思が物を移譲するに足りる。例えば、私が君に使用貸借あるいは沈滞した、あるいは君の元に委託した物を君に売却した場合がある。もちろん物を原因として、私はあなたにそれを引渡したのではないが、購入を原因としてあなたの元にあることを私が許容することによって、あなたのもと私がするのである」(Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio) なお Thorne, *Bracton* vol.2, p.128 では、“vendam”は“vendo”とされている。

<sup>45</sup> Güterbock, *op.cit.*, pp.109-118, 125-134 を参照。

<sup>46</sup> 『ブラクトン』における訴権の分類は対人、対物、混合というローマ法上のものを適用する一方、手続についてはイングランドでの実務を前提としながらもカノン法を流用しているとギューターボックは述べている。*Ibid.*, pp.150-154, 166-170 を参照。

<sup>47</sup> *Ibid.*, p.166, 169 を参照。

ギューターボックの『ブラクトン』に関する考察は、メイトランド以降の研究者たちからは次第に忘れ去られていった——少なくとも、重要性を減じていったかのように見える。しかしながら、彼が示した『ブラクトン』とローマ法利用との関連についての指摘には、半世紀以上後に、『ブラクトン』研究で大きな示唆を与えたヘルマン・カントロヴィチやシュルツといった研究者たちが手がける対象をすでに含んでいることには留意すべきであろう。とりわけ『ブラクトン』とアゾとの関係に関する彼の示唆は、後にメイトランドによって *Bracton and Azo* が記されるきっかけともなったのである。しかしながら、所有権取得に関して『ブラクトン』とアゾとの逐語的な類似箇所を列挙するのみに止めているなど、必ずしも全編に渡る詳細な検討をギューターボックは行ったとは言えず、こうしたテキスト比較の方法はメイトランドを始めとする後の研究者たちに受け継がれることになった<sup>48</sup>。『ブラクトン』とローマ法との関係という問題は、一般的にメイトランドから提起されたものであると思われがちであるが、その下地を作り上げた人物として、ギューターボックの業績は再度評価されるべきであろう<sup>49</sup>。

## 第2節 ポール・ヴィノグラドフ

### (論点1) についての見解

ヴィノグラドフは1884年に『アシュアム』誌への寄稿で、大英博物館に所蔵されているマニュスクリプト (Addition.no.12,269, British Museum) に記されている判例が『ブラクトン』と一致していることを指摘し、これはヘンリ・ド・ブラクトンによる私的な判例集であろうと推測した<sup>50</sup>。この指摘に基づいて当該マニュスクリプトの研究を行ったメイトランドは、1887年にこれを『ブラクトンのノートブック』 (*Bracton's Note Book*, 以下BNB) と名付けて公刊し、『ブラクトン』の執筆年代における彼の見解の足がかりとしたのである。

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp.101-108 を参照。

<sup>49</sup> 既に我が国でも、ギューターボックによる研究の一端が「はじめに」で挙げた沢田による翻訳を通じて紹介されている。カール・ギューターボック、沢田裕治訳「13世紀イングランド刑事訴訟の研究及び素描(1)」、『山形大学紀要(社会科学)』(35-2)、2005、23-51頁と、同(2)、『山形大学紀要(社会科学)』(36-2)、2006、47-68頁と、同(3・完)、『山形大学紀要(社会科学)』(37-2)、2007、33-54頁を参照。

<sup>50</sup> F. W. Maitland, *Bracton's Note Book: a collection of cases decided in the King's Courts during the reign of Henry the Third* vol.1, New York, 1999, rpt, xvii-xxiii, pp.12-13 を参照。また P・G・ヴィノグラドフ、末延三次・伊藤正己訳、『法における常識』(岩波書店、1972)、242-243頁(これは訳者による「評伝 サー・ポール・ヴィノグラドフ」内にあたる)にも、『アシュアム』誌への寄稿などを始めとする、『ブラクトン』研究におけるヴィノグラドフの功績が紹介されている。

またヴィノグラドフは『ブラクトン』の執筆者について検証すべき点があるとして、『ブラクトン』f.34の「国王は上位者、すなわち神を持つ。同じく（上位に）国王を作った法を持つ。彼のクーリア、すなわち伯とバロンも同様（に上位に持つ）である、何故なら伯は国王のパートナーと呼ばれるからである。そしてパートナーを持つ者は、指導者を持つ。それ故に国王が拘束なき状態、すなわち無法の状態にあれば、彼ら自身が国王と共に拘束なき状態であった（場合）を除き、（伯とバロンが）国王を拘束する義務を持つ」を取り上げる<sup>51</sup>。『ブラクトン』はf.5bにおける章題「国王は同等者を持たない」(Rex non habet parem)において、国王は神と法の下(sub deo et sub lege)にのみ従う義務を持ち、国王が地上における神の代理人であること、法が国王を作ることをその理由として述べている<sup>52</sup>。明らかにf.34の著述はこれと対抗するものであり、双方の文章が同一人物の手によるものとは思えないとして、ヴィノグラドフは『ブラクトン』のテキストについて更なる調査の必要性を説いている<sup>53</sup>。またヴィノグラドフによるテキストの提示は、「はじめに」で述べた「王権論」を巡る研究においてそれが用いられることになったことから、後世に大きな示唆を残すものであったと言える。

#### （論点2）についての見解

『ブラクトン』のローマ法利用について、ヴィノグラドフはメイトランドとは異なる立場に立っていた。（メイトランドの死後ではあるが）ヴィノグラドフは『中世ヨーロッパにおけるローマ法』（1909）において、『ブラクトン』がアゾの考えを踏襲しつつ、ローマ法の用語をイングリッシュ法の実情に合わせて用いたとしている<sup>54</sup>。その例の1つとして、ヴィノグラドフは「所有権」（*proprietas*）と「占有権」（*possessio*）を挙げている。ローマ法は所有権を「物に対する真正かつ完全な権利」とし、占有を「法律上の保護を受ける物の利用」として区別

<sup>51</sup> "Rex habet superiorem, deum scilicet. Item legem per quam factus est rex. Item curiam suam, videlicet comites et barones, quia comites dicuntur quasi socii regis, et qui socium habet, habet magistrum. Et ideo si rex fuerit sine fraeno, id est sine lege, debent ei fraenum apponere nisi ipsimet fuerint cum rege sine fraeno", Thorne, *Bracton* vol.2, p.110 を参照。

<sup>52</sup> *Ibid.*, p.33 を参照。

<sup>53</sup> Paul Vinogradoff, "The Text of Bracton", *Law Quarterly Review* vol.1, 1885, 199-200 を参照。

<sup>54</sup> ポール・ヴィノグラドフ、矢田一男・小堀憲助・真田芳憲訳『中世ヨーロッパにおけるローマ法』（中央大学出版部、1967）128頁を参照。原書は1909年に出版され、ヴィノグラドフの死（1925年）後、他の研究者により参考文献等に若干の修正と補充が行われた第2版が出版された。邦訳の底本は第3版（Paul Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, with preface by F. DE Zulueta, 3rd ed., Hildesheim, 1961）である。

する一方、『ブラクトン』では、この2つの概念は中間的かつ相対的な「シーズン」(seisin) に吸収されている<sup>55</sup>。

このような部分から、ローマ法とイングランド法との間にある本質的な違いを『ブラクトン』が踏まえていたと解釈できる。

また、メイトランドが“statuliber” (一般に「候補自由人」と訳される) と“adscripticius” (一般に「登録小作人」と訳される) の用語について、『ブラクトン』がアゾを誤解していたと考える論拠として理解していたことに対し、ヴィノグラドフの理解は異なっている。『ブラクトン』は「人はすべて自由人であるか、さもなければ、奴隷であるかのいずれかである」、という根本的かつ重要な命題についてはアゾを踏襲している。しかし、アゾがこの2つの言葉を、隷属民を自由人と非自由人に分類の下に配列することが可能であると立証する際に用いていたのに対し、『ブラクトン』はこれらをイングランドにおける現実の諸条件の説明に用いているとヴィノグラドフは説明している<sup>56</sup>。つまり、“adscripticius”は自由人と農奴との中間身分を表すものとして、“statuliber”は彼を隷農であると請求する者(彼に逃げられた主人など)に法廷での举证責任が負わされている、自由地で自由人として暮らしている農奴を指すものとして用いられているのであって、ローマ法の用語をイングランド法上の区別に適用したに過ぎないという見解をヴィノグラドフは示している。彼によれば、こうした事例はイングランドの裁判官や法著述家が借用している多くの問題に際し、いわば自らの先人であるかのようにローマの先人たちから刺激を受けたことを顕著に示すのである。このような2つの概念の交流は、イギリスの法律家が彼らのよりどころとしたローマ法のモデルを単に引き写しただけでなく、これらのローマ法のモデルを彼ら独自の方法で発展させるために、これらのモデルから示唆を借用したことを示す例でもあるとヴィノグラドフは述べている<sup>57</sup>。

<sup>55</sup> ヴィノグラドフ、前掲書、130頁(原著は Paul Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, with preface by F. DE Zulueta, 3rd ed., Hildesheim, 1961, p.108)を参照。「シーズン」に関して2つの例が挙げられている。(a) シーズンを有している者は、それより優れたシーズンが発見されるまでは、裁判所により保護される。(b) 甲の長子である乙が、甲の死亡と同時にシーズンを獲得せず、甲の次男丙がそれを獲得した場合は、シーズンを獲得した丙が保護されるものと推定される。

<sup>56</sup> ヴィノグラドフ、前掲書、132頁(原著は pp.110-111)を参照。

<sup>57</sup> ヴィノグラドフ、前掲書、137頁(原著は pp.117-118)を参照。

## 第2章 F・W・メイトランド：『ブラクトン』研究の曙（1887-1898）

### （論点1）についての見解

ギューターボックやヴィノグラドフの見解を貪欲に吸収しながら形成された、*Bracton's Note Book*（1887）におけるメイトランドの『ブラクトン』の執筆年代および著者についての見解は、その後の研究者たちにとって越えるべき壁として厳然たる存在感を放つことになったのである。メイトランドはBNBの執筆年代について、これを1240年から1256年の間であるとする。というのも、BNBが抜粋した最後の訴訟記録集は1240年（ヘンリ三世治世24年）であり、1256年の閏年法による変更については述べられていないからであるとしている<sup>58</sup>。一方で、『ブラクトン』とBNBと結びつける要因の一つである、欄外書込の時期については、それが複数の人間によって為された可能性を認めつつも、欄外書込を行った時期は判例を記した時期からそれほど離れているわけではないとメイトランドは述べている<sup>59</sup>。例えば、両者が言及している判例や考察が一致している点が複数存在していることをメイトランドは指摘するが、特に両者を結びつけるものとして重要視し、かつその後の研究にも影響したものとっては、次の2つを挙げることができる<sup>60</sup>。

第一は、マートン法（Statute of Merton）に関する著述である。メイトランドによれば、『ブラクトン』もBNBの注釈者も、他の条例について述べる際には“nova gratia”という用語を用いていないにもかかわらず、マートン法

<sup>58</sup> Maitland, *Bracton's Note Book* vol.1, pp.81-82 を参照。

<sup>59</sup> メイトランドは、BNBにおける欄外書込は二人の異なる人物が行ったとしており、一方を「臨時注釈者」（occasional annotator）と呼んで、こちらは写字生の一人であるとした。もう一方は「常任注釈者」（usual annotator）と呼び、こちらはその書体から13世紀半ばの人物であると推定していた。そして、『ブラクトン』とBNBの注釈者は同時代人であるという推定の元、両者の同一点を抽出するという手法を取ったのである。*Ibid.*, p.64, pp.83-84 を参照。

<sup>60</sup> 両者による判例と考察の一致についての例として、まず1221年のWillelmus Trussellによる相続不動産占有回復訴訟の事例が『ブラクトン』とBNBで共通して取り上げられており、またこの訴訟に関して『ブラクトン』が挙げているWilliam Briwereという人物の名前が、BNBの欄外書込にも表れていること、次に新侵奪不動産占有回復訴訟に関する記述において、『ブラクトン』は「一見、法に則して正しいが、裁判を行っていないのだから不正によって正しくない」（*Iuste facie prima propter ius, sed iniuste propter iniuriam, quia sine iudicio*）と述べ、BNBも「法に則して正当であるが、裁判を行っていないのだから正しくない」（*Iuste propter ius, sed iniuste quia sine iudicio*）という非常に類似した文章が存在していること、さらに『ブラクトン』とBNBの注釈者とで考察が一致している事例が複数あること、そして、権原担保に関する著述において、『ブラクトン』が「何故なら、交換を行いうる状況において対象となるものを持ってなければ、人の債務は何ら価値を持たないからである」（*quia non valet obligatio personae nisi habeat si opus fuerit unde possit excambium facere*）と述べており、BNBも「何故なら、権原担保や交換を行いうる状況において、彼がそれを有するようなものでなければ、権原担保は何ら価値を持たないからである」（*quia non valet warrantia nisi habeat unde possit warrantiam facere et escambium*）といった、用語等における強い類似をメイトランドは挙げている。*Ibid.*, pp.84-88 を参照。

による変更に関しては、これを「新たな賜物」(*nova gratia*)によるものと両者が一致して述べている<sup>61</sup>。第二は、上述した閏年法についての著述である。どちらも一年は365日と6時間と捉え、閏年においてもその定義に違いはないと述べているが、これは1256年に制定された閏年法によって覆された見解であり、双方の著述が1256年以前のものであることを示唆している<sup>62</sup>。こうした点から、メイトランドは『ブラクトン』の著者とBNBの注釈者が同時代の人間であると推定したのである。

『ブラクトン』には巡察裁判所訴訟記録集 (*Eyre Roll*)、人民訴訟裁判所訴訟記録集 (*De Banco Rolls*)、王座裁判所訴訟記録集 (*Coram Rege Rolls*) を始めとした500近くの裁判 (*plea*) が収録されているが、これらは著者である国王裁判官ヘンリ・ド・ブラクトンの上司であるウィリアム・オブ・ロウリー (*William of Raleigh*) と、そのロウリーの上司であったマーティン・オブ・パティシャル (*Martin of Pateshull*) の事例にその多くを依拠している<sup>63</sup>。また『ブラクトン』が1256年以降の重要な変更・事件 (閏年法やコーンウォール伯リチャードの神聖ローマ皇帝選出) を反映しておらず、また予め執筆を宣言していたトピックが結局著述されていないことから、『ブラクトン』は1256年に執筆が中断された書物であり、従って、その序論で「古の判決」(*vetera iudicia*) と呼ぶものは1240年より以前のもを指すとメイトランドは推定した<sup>64</sup>。その上で、BNBに集録されている訴訟記録もまた『ブラクトン』と同様の特徴を示していることと合わせて、BNBが『ブラクトン』の執筆に用いられたのではないかとメイトランドは考えた。彼はこれをマートン法の制定に関係する、1234年の王座裁判所訴訟記録集及び1236年の制定法全書 (*Statute Book*) と、BNBと『ブラクトン』を比較検討した<sup>65</sup>。ここでは、筆者が修士論文において抜粋したそれぞれの比較部分を (比較1)、(比較2) として掲載している。

結論から言うと、公式文書 (*Coram Rege Rolls* ならびに *Statute Book*)、BNB、『ブラクトン』という配置からも分かるように、BNBの著述はこれら三者の中間点に位置づけられるというのがメイトランドの見解であり、後

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, p.89.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p.91.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp.45-61 を参照。また p.53 に各記録集の判例の内訳が挙げられている。

<sup>64</sup> 『ブラクトン』は f. 141b (*Thorne, Bracton vol.2, p.399*) において民事訴訟における雪冤宣誓 (*wager of battle*) を扱うとしているが、これに関する記述は存在しない。また実際には執筆されていないと思われる他のトピックとして、隸農回復についての訴訟 (*action for recovering a villein*)、金銭債務訴訟 (*action of debt*)、侵害訴訟 (*action of trespass*)、和解譲渡訴訟 (*action of fine*) をメイトランドは挙げている。Maitland, *op.cit.*, pp.34-35 を参照。

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp.111-115 を参照。

述するように、『ブラクトン』の執筆に対する BNB の影響はゾーンによって疑問視されるものの、メイトランドが BNB と名付けたマニュスクリプトが、『ブラクトン』の執筆より以前のものであるという点については、今日でも共通了解として扱われている。

1250 年以降にヘンリ・ド・ブラクトンが、上司であったロウリーと、ロウリーの上司であったマーティン・オブ・パティシャルの訴訟記録を、「古の判決」と呼んで強く依拠して執筆し、時に自ら改訂を加えながらも、1256 年に何らかの理由でその作業を中断した書物こそ、今日『ブラクトン』として知られる書物である。ヴィノグラドフが発見したマニュスクリプトは、この著書が参照する 500 もの判例の内、200 近くの判例を共有しており、なおかつ、これに施された注釈には、マートン法についての言及などに『ブラクトン』の著述との一致点が見られる。このマニュスクリプトが抜粋した最後の判例集は 1240 年のものであり、その著述は王座裁判所訴訟記録集ならびに制定法全書と『ブラクトン』の中間に位置づけられるものであるから、ヘンリ・ド・ブラクトンが自身の著書の執筆に際して利用した、いわゆる「ノートブック」である。以上が『ブラクトン』の著者と執筆年代におけるメイトランドの見解であり、半世紀以上の時を経てゾーンによる大転換を受けるまで、時に挑戦を受けながらも確固とした地位を築くことになったのであった。

(比較史料 1) 王座裁判所訴訟記録集との比較

Coram Rege Roll	Et ideo それ故に
Note-Book	Et ideo tunc preceptum fuit quod それ故に、以下のような命令が生じた時に
Bracton	Et tunc preceptum fuit quod 以下のような命令が生じた時に
Coram Rege Rolls	decaetero ita teneatur tam de illis de quibus 今後義務付けられる、あるものについての命令のように
Note-Book	ita teneretur et observaretur in futuro tam de illis de quibus 将来において義務付けられ、従うべきとされた、あるものについての命令についての、
Bracton	ita teneretur et observetur in futuro tam de illis quam de quibus 将来において義務付けられた、また従うべきである、ある命令と同様に、あるものにも、
Coram Rege Rolls	judicium est faciendum in curia domini Regis quam de 判決は主人たる国王のクーリアにおいて作られるべきであるのと同様に、
Note-Book	judicium ex tunc faciendum esset in curia domini Regis tam de その時々に従って主人たる国王のクーリアにおいて判決が作られるべきであり、
Bracton	judicium ex tunc faciendum esset in curia domini Regis tam de その時々に従って主人たる国王のクーリアにおいて判決が作られるべきであり、
Coram Rege Rolls	placitis quae nondum incipiendis cum talis bastardia 未だ開始されるべきでない決定事項について、このような私生児の問題は
Note-Book	placitis inceptis quam incipiendis cum hujusmodi bastardia 開始された命令と同様に、開始されるべき命令についても、このような私生児の類の問題は
Bracton	placitis inceptis quam incipiendis cum hujusmodi bastardia 開始された命令と同様に、開始されるべき命令についても、このような私生児の類の問題は
Coram Rege Rolls	objiciatur 提示されるべきだからである。
Note-Book	objiciatur 提示されるべきだからである。
Bracton	objiciatur ex tali causa. このような原因によって提示されるべきだからである。

(比較史料2) 制定法全書との比較

Statute Book	Ad breve Regis fuit de objectione bastardiae utrum aliquis natus
Note-Book	国王の令状に対して、私生児かそれとも誰かの息子であるのかという異論についてのものがある、 inter alia tractatum fuit de objectione bastardiae utrum videlicet aliquis natus
Bracton	他の問題の内、私生児かそれとも明らかに誰かの息子であるのかという異論について扱われる、 interu alia tractatum fuit de hujusmodi objectione bastardiae utrum videlicet quis natus
Statute Book	ante matrimonium habere poterit hereditatem (その者は) 婚姻より前に相続を有することができるであろう
Note-Book	ante matrimonium succedere possit antecessoribus suis in hereditate et haberi pro (その者は) 婚姻より前に相続における先行者から相続することが出来る、あるいは
Bracton	ante sponsalia et matrimonium haberi possit pro 婚約あるいは婚姻より前に、以下のように扱われることが可能である、
Statute Book	sicut ille qui natus est post..... (婚姻の) 後の息子であるように……
Note-Book	legitimo sicut ille qui post matrimonium natus fuit..... 婚姻後の息子であるように、嫡出子として扱われる (ことができる) ……
Bracton	legitimo sicut ille qui post matrimonium natus fuit..... 婚姻後の息子であるように、嫡出子として……
Statute Book	et omnes Comites et Barones una voce また、すべての伯とバロンが、1つの声をもって
Note-Book	et omnes Comites et Barones quotquot fuerunt una voce また、各々そこにいたすべての伯とバロンが、1つの声をもって
Bracton	et omnes Comites et Barones quotquot fuerunt また、各々そこにいたすべての伯とバロンが
Statute Book	responderunt quod nolunt leges Angliae mutare quae (彼らは) イングランド法を変更することを欲せずと返答した
Note-Book	responderunt quod noluerunt leges Angliae mutare quae (彼らは) イングランド法を変更することを欲しなかったと返答した
Bracton	responderunt una voce quod noluerunt leges Angliae mutare quae (彼らは) イングランド法を変更することを欲しなかったという1つの声を持って返答した
Statute Book	usitatae sunt et approbatae. それは、(いま) 利用され認可されているのである
Note-Book	usque ad tempus illud usitatae fuerunt et approbatae. その時まで、それは利用され認可されてきたのであった
Bracton	usque ad tempus illud usitatae fuerunt et approbatae. その時まで、それは利用され認可されてきたのであった

(論点2) についての見解

メイトランドは、ここで取り上げる *Bracton and Azo* (1894) と、今日なおイングランド法の研究者たちに参照される傑作 *History of English Law before the Time of Edward I* (1895, 2nd.ed., 1898) において、前者では「学識が乏しく、十分な教育を受けていないローマ法学者」(a poor, an uninstructed Romanist)と、後者では「中世イングランド法学の王冠であり華」(the crown and flower of English medieval jurisprudence) という2つの評価を『ブラクトン』に与えている<sup>66</sup>。この対照的な2つの評価は、コモン・ローに対するメイトランドの見解と深く結びついているといっても過言ではない。我々は何よりも、メイトランドの『ブラクトン』に対する理解の前提に、「純粋なイングランド法の大要であるとした著書の全体の形式と内容の三分の一は『ローマ法大全』から直接に借用されたもの」であり、これを「ブラクトンの剽窃」と呼んだメインの見解に対する反論の意味合いが強かったことを認識しなければならない<sup>67</sup>。メイトランドにとってメインの評価を一転させることこそが、*Bracton and Azo* における最大の目標であり、コモン・ローの発展が独自のものであったことを示す証左でもあったのである。

メイトランドが検討した『ブラクトン』の著述は、(A) 序論 (フォリオ1: 以下フォリオはf.と表記する) から「役権について」(De servitutibus : f.11)、(B) 「訴権について」(De actionibus : f.98b) から「暴力によって奪われた物に対する3種類の訴権について」(De actione vi bonorum raptorum triplici : f.115)までである。(A)の部分では『ブラクトン』とアゾの文章を比較対照し、「注釈」(note)としてメイトランドの考察が加えられている。

(B)の部分では『ブラクトン』のテキストのみが記され、(A)のようにアゾと直接対照することはせず、アゾや『ローマ法大全』との関連を「注釈」で考察するのみに留めている。(A)と(B)の間に属する、「物の所有権の獲得について」(De Adquirendo Rerum Dominio) f.11-98に関しては、その殆どが「純粋なイングランド法」であるとしている。(A)では、『ブラクトン』はアゾの集成を要約し、イングランドでは当てはまらない事項を排除

<sup>66</sup> F. W. Maitland, *Bracton and Azo*, Selden Society vol.8, 1894, xviii; Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *History of English Law before the Time of Edward I*, Cambridge, 1895, p.185, 2nd ed., 1898, p.206 を参照。

<sup>67</sup> Maitland, *Bracton and Azo*, xiv を参照。ヘンリー・サムナー・メイン、安西文夫訳、『古代法』(史學社、1948)、68頁(原著は Sir Henry Sumner Maine, *Ancient law : its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* 10th ed, London, 1885, p.82) を参照。またメイトランド以前の研究者であるスクラットンは、史料(material)が非常に乏しいとしながらも、メインの見解に同調している。T. E. Scrutton, "Roman Law in Bracton", *Law Quarterly Review* vol.1, 1885, 440 を参照。

して、代わりに純粋にイングランド的な事項を挿入した。一方で、その著述からは自らが理解している事項に関して、良くまた流暢に執筆することができる人物であるが、「学識が乏しく、十分な教育を受けていないローマ法学者」である執筆者の姿が現れるとメイトランドは述べている。また (B) の部分について、それほど悪くはないが、他の部分、例えば新侵奪不動産占有回復訴訟の著述と比べると、「悪い」としか言えないという評価をメイトランドは下している<sup>68</sup>。以下ではメイトランドによる検討の一部を取り上げるが、彼が『ブラクトン』のローマ法学識の低さを示すものとして提示するそれらが、そのままメインへの反論の意味を有しているということに留意しておく必要がある。

まず (A) についてのメイトランドの分析を見てみよう。『ブラクトン』はユ帝『法学提要』とその構成が似通っていることを主張し、次に f.1 から f.10 までについてはアゾによるユ帝『法学提要』の集成がモデルであり、『ブラクトン』はこれを要約して用いることを主にしていたと彼は考えている<sup>69</sup>。

メイトランドが取り上げる例の1つに、『ブラクトン』における市民法 (ius civile) の解釈がある。『ブラクトン』は civitas の意味を、イングランドでのチャーターにおける意味合いに曲解しているとメイトランドは述べている。つまり『ブラクトン』にとっては、civitas とは都市 (city) であり、ius civile は都市の法 (law of a city) であり、故に ius consuetudinarium は都市の慣習 (a city custom) を意味している。このような『ブラクトン』の解釈は、アゾによる分類を無益なものとして排除してしまっているとメイトランドは評している<sup>70</sup>。

次に、『ブラクトン』における (a) “adscripticius” と (b) “statuliber” の解釈についてのメイトランドの分析を見てみよう。まず (a) について、『ブラクトン』の “adscripticius” は、「固有王領 (ancient demesne) の『隷農的鋤奉仕保有』 (villain socmen)」あるいは「隷農保有地を有するある種の自由人」 (the freemen holding in

<sup>68</sup> Maitland, *op.cit.*, xv-xix を参照。

<sup>69</sup> *Ibid.*, xv を参照。

<sup>70</sup> *Ibid.*, p.39 を参照。『ブラクトン』の対応箇所は以下の通りである。「一方で、市民法は様々な形で示される慣習法と呼ばれ得るものである。一つは、都市の制定法として。もう一つは、法務官法としてではなく、時に自然法あるいは万民法を減じたり付加するものとして。何故なら、時に都市では、利用者たちのやり方で認められた慣習により成るからである……」 (IUS autem civile, quod dici poterit ius consuetudinarium, pluribus modis ponitur. Uno modo pro statuto cuiuslibet civitatis. Alio modo dicitur ius civile id quod non est praetorium, et quandoque detrahit vel addit iuri naturali vel gentium, quia aliud ius quandoque in civitatibus ex consuetudine more utentium approbata, quam extra, cum observari debeat talis consuetudo pro lege……) Thorne, *Bracton* vol.2, p.27 を参照。

villainage) を示しており、“statuliber”は「自由の身分を享受する農奴」——例えば、自由地に逃亡し自由人として生活している農奴——を示すものとして用いられている<sup>71</sup>。メイトランドはこれを、ある人が保有不動産 (tenement) を放棄することを欲するとしても、彼の領主が、彼の意思に反して農地 (soil) から彼を分かつことのできない「土地緊縛農民」(glebae ascriptus) のようなものと考えた。アゾは、“adscripticius”を「自らをある人の占有の下に置く adscripticius は、主人の意思に反して聖職者となることが認められる」(Adscripticios in ipsis possessionibus in quibus sunt ascripti, clericos etiam praeter voluntatem dominorum fieri praemittimus) と論じており、自由人に近いものと考えていた。そうすると、『ブラクトン』の説く“adscripticius”とは大きな隔りがあることになる。また (b) の“statuliber”については、ローマ法における“statuliberi”が指す人間は全く異なっているものであるとメイトランドは指摘する。D.40.7.29.1 で「もし我が奴隷アンドローニクスが我が相続人に 10 金を与えたなら、(あなたは) 彼を自由にせよ」(Si Andronicus servus meus heredi meo dederit decem, liber esto) と記されているように、“statuliber”は一定の条件を為した場合に自由となる人間のことを指す。これもまた、『ブラクトン』の言う“statuliber”とは大きく意味が異なる。これについて、『ブラクトン』がアゾらローマ法学者との解釈の違いを認識してなかったのではないかとメイトランドは考えたのである。この部分の理解に関して、「アゾの用いた専門用語を、『ブラクトン』は故意にあるいは完全に誤解していた」とメイトランドは結論づけている<sup>72</sup>。

『ブラクトン』のローマ法解釈に関する他の例として、「物の分類について」(De rerum divisione) に関する議論において、『ブラクトン』はアゾとユ帝『法学提要』を用いていることをメイトランドは挙げている。彼は“res publicae”と“res communes”の分類で、ユ帝『法学提要』とアゾと『ブラクトン』を比較検討している。以下はその抜粋である。『ブラクトン』には写本 (OA) が用いられている (本稿「付録」を参照)。

<sup>71</sup> 「固有王領」(ancient demesne) は国王の直轄地である荘園であり、その地固有の法による一種の治外法権を為していた。「隷農的鋤奉仕保有」(villain socmen) は、特定の農耕作業にのみ従事し、自己の意に反して土地から追放されない特権を持つ者を指す。「隷農保有地を有するある種の自由人」(the freemen holding in villainage) は、隷農土地保有条件で土地を保有する自由人は、封建領主と自由人との契約に基づき、占有の侵害に対しては国王裁判所の救済を受けられることを指す。隷農は逃亡して 4 日を経過すると、自身にその「占有」(seisin) を取得できる。領主は、これを取り戻すために国王裁判所に訴えを起し、被告が出生により隷農であることを立証しなければならない。

<sup>72</sup> Maitland, *op.cit.*, pp.49-51 を参照。

Inst. 2. 1. 1	Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: 確かに自然法により万人に共有のものがあり
Azo	Naturali autem iure communia sunt omnium haec: さて、自然法により万人に共有のものがあり
Bracton(OA)	Naturali vero iure communia sunt omnium haec 実際に、自然法により万人に共有のものがあり
Inst. 2. 1. 1	aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris 大気や流水、海、海に沿った海岸である
Azo	aqua profluens et mare et litora maris 流水や海、そして海岸である
Bracton(OA)	aqua profluens aer et mare et litora maris quasi maris accessoria. 流水や大気、海やその従物としての海岸である
Inst. 2. 1. 1	Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, 故に、海辺へ上ることを何者も禁止されない
Azo	Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, 故に、海辺へ上ることを何者も禁止されない
Bracton(OA)	Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, 故に、海辺へ上ることを何者も禁止されない
Inst. 2. 1. 1	dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteineat, 但し、(他人の)別荘や記念碑、建造物を除く限りであるのは、
Azo	dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteineat, 但し、(他人の)別荘や記念碑、建造物を除く限りであるのは、
Bracton(OA)	dum tamen villis et aedificiis absteineat, 但し、(他人の)別荘や建造物を除く限りであるのは、
Inst. 2. 1. 1	quia non sunt de juris gentium, sicut et mare. これらは、海のように万民法上の支配に属さないからである
Azo	quia non sunt de juris gentium communia, sicut et mare. これらは、海のように万民法上の共有財産ではないからである
Bracton(OA)	quia <u>litora</u> non sunt de jure gentium communia, sicut et mare. <u>海岸は、</u> 海のように万民法上の共有財産ではないからである

この比較で引用した『ブラクトン』の最後の行にある、litora (海岸) について、メイトランドはこれを不適切な語句であるとしている。『ブラクトン』は「海岸は万民法に共有のものでない」と述べている。しかし、アゾやユ帝『法学提要』の文章を見る限り、万民法上の共有財産でないのは、「別荘や記念碑、建造物」であって

「海岸」ではない。メイトランドによれば、これは『ブラクトン』の非常に奇妙な大失敗である<sup>73</sup>。上の比較の通り、ユ帝『法学提要』やアゾにこれほど類似した文章でありながら、このような大きな間違いが『ブラクトン』に存在することが、メイトランドの注意を引いたのであった。これ以外にも、メイトランドは *Bracton and Azo* において、『ブラクトン』がアゾの理論を正しく理解していたかについて、疑わしい部分を数多く挙げている。

(B) の検討において、メイトランドは『ブラクトン』のローマ法利用の在り方を (a) ブラクトンはユ帝『法学提要』を正確に引き写したが、後の写字生が彼の言葉を歪めた、(b) ブラクトンは説明を試みた古い文章を理解することが出来なかった、(c) ブラクトンはイングランドの法と調和させるためにローマ法を慎重に修正しようとした、という 3 つの可能性を想定した。その分析として、『ブラクトン』の「債務とは何か、そしてどのように締結されるか」(*Quid sit obligatio et qualiter contrahatur*) が挙げられており、『ブラクトン』の流布本 (Vulgate、本稿「付録」参照) とユ帝『法学提要』とが対照されている。ここでメイトランドは、『ブラクトン』の時代に「消費貸借」(*mutuum*) と「使用貸借」(*commodatum*) の区別が為されていなかった可能性も指摘している<sup>74</sup>。次頁はその抜粋である。

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, p.93 を参照。

<sup>74</sup> *Ibid.*, pp.146-147 を参照。

Inst. 3. 14. 2 Bracton(Vulgate)	et is quidem qui <u>mutuum</u> accepit 確かに <u>消費貸借</u> を引き受けたその者が、 quia is quidem qui rem <u>commodatam</u> accepit なぜなら、確かに <u>使用貸借</u> を引き受けたその者が、
Inst. 3. 14. 2 Bracton(Vulgate)	si quolibet もしどこでも ad ipsam restituendam tenetur vel eius pretium si forte それを返還するために、あるいはその価値について束縛される、もし偶発的に
Inst. 3. 14. 2 Bracton(Vulgate)	fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio, 偶発的な事情で受け取った物を失った場合、例えば火災、倒壊、難破によって incendio, ruina, naufragio, 火災、倒壊、難破によって
Inst. 3. 14. 2 Bracton(Vulgate)	aut latronum hostiumve incursu, あるいは盗賊、もしくは敵による攻撃による場合、 aut latronum hostiumve incursu consumpta fuerit vel deperdita, あるいは盗賊、もしくは敵による攻撃によって、消尽されたり滅却されたり、
Inst. 3. 14. 2 Bracton(Vulgate)	nihilo minus obligatus permanet. それでもやはり債務者は存続する。 subtracta vel ablata, 奪われたり、あるいは持ち去られた場合、
Inst. 3. 14. 2 Bracton(Vulgate)	at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam しかしながら、使用するために（物を）受け取った彼は、確かに十全に注意して et qui rem utendam accepit 使用するための物を受け取った彼は、
Inst. 3. 14. 2 Bracton(Vulgate)	custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei 物の保管について保証することを命じられており、（以下のような）十分ではない non sufficit ad rei custodiam quod 以下のごとき物の管理にとっては十分ではない、
Inst. 3. 14. 2 Bracton(Vulgate)	tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, （自身の）物を利用するのを常としたのと同じ程度の注意で利用した（が、） tantam diligentiam adhibuit qualem suis rebus propriis adhibere solet, 彼自身の物を利用するのを常とするのと同じ類の注意で利用した（が、）
Inst. 3. 14. 2 Bracton(Vulgate)	si modo alius diligentior poterit eam rem custodire より注意深い他人がその物を保管することができた場合ならば si modo alius eam diligentius potuit custodire より注意深い他人がそれを保管することができた場合ならば

このように『ブラクトン』とアゾ並びに『ローマ法大全』との比較検討からメイトランドが達した結論は、*Bracton and Azo* の序論に既に示されている。『ブラクトン』のローマ法的著述は最も出来の悪い部分であり、その理由はイングランドの法廷において滅多に生じない事項に関して、アゾやユ帝『法学提要』から借用していたためであるとメイトランドは述べる<sup>75</sup>。またメイトランドは、『ブラクトン』のローマ法学識が13世紀当時の大学のレベルを反映したものかは疑わしいとしており、どこでローマ法を学んだのかについては明確に述べていない<sup>76</sup>。

『ブラクトン』とアゾの関係を、テキストの比較検討を用いてより詳細に明らかにしようとしたメイトランドの功績は非常に重要なものである。そして、彼の『ブラクトン』におけるローマ法の影響と学識への見解を見る時、そこには「コモン・ローの独自性を証明する証拠」として『ブラクトン』を理解しようとするメイトランドの姿が見え隠れするのは先にも述べた通りである。*Bracton and Azo* の出版は『イングランド法史』の初版と第二版のちょうど中間に位置しており、『イングランド法史』の第二版では『ブラクトン』のローマ法学識の程度は当時から見ても低く、大学で修めたとは思えない」という、*Bracton and Azo* の成果を反映した文章が加えられている。しかしながら、「中世イングランド法学の王冠であり華」という評価、また「そしてなお、『ブラクトン』の——故にまた我らの——ローマ法学者への借りは計り知れないほど大きなものである。これがなければ、彼の著作は成立しなかったであろう」という評価は初版と第二版ともに維持されている<sup>77</sup>。メイトランドは一貫して「形式的にはローマ法、実体的にはイングランド法」として『ブラクトン』を捉えることに注力しており、『ブラクトン』の構成などにおけるローマ法の影響は認めつつも、そのローマ法的な説明が後のコモン・ロー実務へ与えた影響については否定的であったということが実際のところであったかもしれない。

しかしながら、メイトランドがメインへの反論として提示した「学識が乏しく、十分な教育を受けていないローマ法学者」という言葉は、あまりにインパクトの強いものであった。次章で示す通り、メイトランド説はウッ

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, xx を参照。その例として、当時のイングランドではまだ契約関係の法についての需要が少なく、イングランドの裁判所も附合 (accession)、混和 (confusion)、加工 (specification) に関する法乃至法律を何ら持っていなかったのだとメイトランドは述べている。

<sup>76</sup> *Ibid.*, xxi-xxiii を参照。

<sup>77</sup> Pollock and Maitland, *History of English Law before the Time of Edward I*, 1895, p.187, 2nd ed., p.208 を参照。

ドバインによる修正や、ヘルマン・カントロヴィチによる挑戦的な反論を受けることになるが、そうした流れの中でこの言葉が含有していた意味が半ば忘れられてしまったかのように思える。

### 第3章 ウッドバインとカントロヴィチ：メイトランド説の修正と挑戦（1910-1941）

#### 第1節 G・E・ウッドバイン

##### （論点1）についての見解

メイトランドの『ブラクトン』の執筆年代に関する見解の中でも、マートン法は非常に重要なものであり、ソーンによるメイトランド批判においてもその主軸を為していたことは既に述べた通りである。しかしながら、その肝心の『ブラクトン』の f. 96 において、このマートン法の制定年の記述が誤っているという大きな問題がある。本来、マートン法の制定年は 1236 年を示す A. R. XX（ヘンリ三世治世 20 年）とすべきであるが、『ブラクトン』の写本にこれを正しく記しているものはなく、1234 年を示す A. R. XVIII（ヘンリ三世治世 18 年）や、1231 年である A. R. XV（ヘンリ三世治世 15 年）、両者を混合乃至並列している場合など、それぞれの写本に誤った年が残されてしまっているのである<sup>78</sup>。『ブラクトン』の現存する写本を編纂・校訂したウッドバインは、『ブラクトン』におけるこの誤りはヘンリ・ド・ブラクトンではなく、彼の著書を写した写字生の誤りによるものであると考えた。

ウッドバインが“The Misdating of the Statute of Merton in Bracton”（1910）において、自身の見解の出発点に置いたのは書体である。彼はまず、『ブラクトン』の最初の草稿（original draft）は裁判所書体（court hand）で書かれていたであろうとする<sup>79</sup>。しかしながら、この書体においてローマ数字の 10 を表す X は、ともすれば V と誤認されかねない形状であり、ヘンリ三世治世 20 年を示す A. R. XX（1236 年）を、A. R. XV と写字生が誤解した

<sup>78</sup> 現行テキストであるウッドバイン＝ソーン版でのラテン語原文には修正が施されている。Thorne, *Bracton* vol.2, p.276 を参照。それぞれの写本におけるこの箇所の年代表記については、Thorne, *Bracton* vol.1, p.137 を参照。メイトランドは『ブラクトン』と BNB におけるマートン法の年代表記が誤っている原因として、1234 年の王座裁判所訴訟記録集と 1236 年の制定法全書とを取り違えたことによって発生したのではないかとしている。Maitland, *op.cit.*, p.109 を参照。

<sup>79</sup> G. E. Woodbine, “The Misdating of the Statute of Merton in Bracton”, *Law Quarterly Review* vol.26, 1910, 151 を参照。この書体は、写本作成に用いられる写本書体（book hand）よりも早く、かつ簡単に執筆することを可能にすることからも、個人的な書物としての傾向が強い『ブラクトン』に向いていただろうとウッドバインは述べている。

可能性は大いに考えられるとウッドバインは述べている。

また、XVIII の誤記についても、ウッドバインは同様のアプローチを試みている。彼によれば、問題の箇所の正しいラテン語表記は、"XX modo poterit....."である。この"modo"という語句は、<sup>o</sup>mと略記されることが多く、また数字の 18 を示す XVIII は、同じように 3 本の垂直線の上に o をあしらってXVIII<sup>o</sup>と表記されていた。

以上のような前提に立ち、『ブラクトン』（現在は失われてしまった原本）では裁判所書体で“XX<sup>o</sup> m<sup>o</sup>(または modo) poterit.....”と記されていたが、最初の写字生によって“XV<sup>o</sup> m<sup>o</sup>(または modo) poterit.....”と誤解されたまま写本作業が行われ、後にその写本を見た別の写字生が、さらに<sup>o</sup>mをlllと読み違えて、“XVIII<sup>o</sup> poterit.....”としたことによって、現存する写本に見られる年代表記の間違いが受け継がれ、正しい年代を記した写本が存在しない状態となってしまったとして、ウッドバインは写本作業における誤りの連鎖を説明する<sup>80</sup>。

ウッドバインはまた、ヘンリ・ド・ブラクトンの記憶の中でマートン法の日付が明確でなかった可能性もあるとしている。しかしながら彼のように実務においてイングランドの法を学び利用している人物が、マートン法のような重要な法令について無知であるとは考えにくく、やはり双方の記述の誤りは手書きのローマ数字を読み間違えた写字生に帰するとウッドバインは主張する<sup>81</sup>。年代表記の誤りが生じた『ブラクトン』の f.96 に関連する BNB の事例 (Case 1409) は、[ヘンリ 3 世] 治世 4 年に判決されたものであり、マートン法より 6 年も前の事例である。それでも、BNB の欄外書込と『ブラクトン』のテキストの両方において、ブラクトンは新たな法を示す「新たな賜物」(nova gratia) という語句と、変更が最近であることを強調する modo (「ちょうど今」という意味を含む) という語句を用いていることから、彼が旧法と新法とが変わっていたことを示し、マートン法についても知っていたとするのがウッドバインの考えであった<sup>82</sup>。このように、現存する写本における表記の誤りについて、これを著者であるヘンリ・ド・ブラクトンではなく、その著作の写本を手がけた写字生に帰するという見解を取る。ウッドバインもまた、著者に関してはメイトランド説を踏襲するが、彼の指摘した写字生の誤りという視点は、ヘルマン・

<sup>80</sup> *Ibid.*, 153 を参照。

<sup>81</sup> *Ibid.*, 153 を参照。ウッドバインはまた、マートン法制定年である 1236 年を正しく示している著述が f. 416b (Thorne, *Bracton* vol.4, p.295) にあることを根拠としている。

<sup>82</sup> *Ibid.*, 154 を参照。ウッドバインは"nova gratia"と"modo"という 2 つの言葉の利用を、「耳慣れない語法」(unusual phrase) と呼んでいる。

カントロヴィチによる『ブラクトン』とローマ法との関係についてのメイトランド説への反論へと受け継がれていくことになる。

(論点2) についての見解

ウッドバインは『ブラクトン』の各マニュスクリプトを編纂する作業の傍ら、'The Roman Element in Bracton's De Adquirendo Rerum Dominio' (1922) で、「物の所有権の獲得について」の f.11-98 の部分について検討した。彼は『ブラクトン』のローマ法利用を、「ブラクトンにおけるローマ法源の量」、「ブラクトンにおけるローマ法使用の目的」、「ブラクトンのローマ法学識の程度」の3つの問題として分類することができるとする<sup>83</sup>。これを前提として、『ブラクトン』が、(a) ローマ法の題材をほぼそのまま引用している箇所、(b) ローマ法とイングランド法を混合させた箇所、(c) ローマ法の原理に基づいてイングランドの実例に合わせて適用している箇所の3つにウッドバインは分類する<sup>84</sup>。ウッドバインが「物の所有権の獲得について」を選んだのは、メイトランドがこの部分を「純粋なイングランド法」と評したことにあろう。イングランドの著者がローマ法のモデルを単にコピーしたのではなく、そこから得られた示唆を自身の様式で展開することに注力した箇所と位置づけることで、ウッドバインはメイトランド説に修正を加えたのである<sup>85</sup>。

ローマ法的な手法をコピーするのみならず、これを発展させたとしてウッドバインが挙げた例を見よう。『ブラクトン』 f.11 で、贈与の分類について「単純かつ絶対的な贈与」(donatio simplex et pura) についての著述に登場する「金銭なしで、強迫あるいは暴力による介入によって、贈与者による純粋かつ無償の贈与によって……」(nullo pretio, metu vel vi interveniente, ex mera et gratuita liberalitate donantis……) という文章にウッドバインは注目する。これが、アゾの「さて、故に純粋と言われる。何故なら必要に基づいて為された場合は、贈与ではないからである」(mera autem ideo dicitur: quia si fiat ex necessitate, non est donatio) から示唆を受けていながらも、

<sup>83</sup> G. E. Woodbine, "The Roman Element in Bracton's De Adquirendo Rerum Dominio", *Yale Law Journal* vol.31, 1922, 828 を参照。

<sup>84</sup> *Ibid.*, 831 を参照。

<sup>85</sup> *Ibid.*, 833 を参照。

"metu vel vi interveniente"という表現が盛り込まれていることから、『ブラクトン』が新侵奪不動産占有回復訴訟(novel disseisin)を念頭に置いて独自の説明を行い、その中で重要と考えたものに合わせてアズを利用していることを示しているとウッドバインは述べている<sup>86</sup>。

続いて、ローマ法をそのまま利用していると思われる箇所としては、ブラクトンによる「偶発的条件」(condicio causalis)の説明が挙げられる。これは、ローマ法にも存在する事例の蓄積からだけでなく、思いがけない未来の出来事を強調する際の『ブラクトン』のお気に入りの言葉であり、明らかにローマ法を用いているために注目すべきであるとウッドバインは述べている。またこれに付随して、f.19の「同じく偶発的条件はあたかも以下のようになる、『船がアジアから到着した時にその物をあなたに与える』、あるいは『ティティウスが執政官となった時に』。そのような贈与は財産の侵害から由来する故に、未決定の贈与となる」(Item si condicio casualis fuerit, ut si dicam, Do tibi talem rem si navis venerit ex Asia, vel si Titius consul factus fuerit, erit donatio in pendenti quia huiusmodi donationes dependent ex insidiis fortunae.)という一文における“dependent ex insidiis fortunae”という言葉は、「物の所有権の獲得について」の中で5回も用いられている<sup>87</sup>。この文章は『勅法彙纂』の2つの法文を反映しているとウッドバインは考えており、アズにおいてはこの“ex insidiis fortunae”という語句は省略されているので、ブラクトンは直接『勅法彙纂』からこの文句を引いたとしている<sup>88</sup>。

一方で、f.48bから49にかけての文章「すなわち知りそして望む者に不法は生じない、知りそして望むと言う理由は、間違ふ者は同意をしないからである」(Scienti enim et volenti non fit iniuria, et ideo dicit scienti et volenti, quia qui errat non consentit.)という、後にコモン・ローの格言となる“scienti et volenti non fit iniuria”が存在し

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, 834 を参照。また詳細は欠くが、*De Adquirendo Rerum Domino* の5章(暴力と強迫について扱われた部分)では他にも用語をコピーするなど、ローマ法を直接利用している箇所があり、また6章の「条件付き贈与」(Donatio condicionalis)では、『ブラクトン』の考えはローマ法の考えに従いながらも、自由土地保有権やアサイズ訴訟、聖職推挙権といったイングランド法的な諸問題にローマ法を適用していたとウッドバインは述べる。*Ibid.*, 835-836 の脚注を参照。

<sup>87</sup> *Ibid.*, 839 を参照。この語句はウッドバインによればf.47に2回、他にはf.92b, f.94b, f.98に見られる。

<sup>88</sup> ウッドバインが対応する法文で取り上げた箇所は以下の通りである。C. 6. 27. 6「しかし偶発的条件は存在し、財産の侵害から終了する」(Sin autem causalis condicio est et ex fortunae insidiis defecerit)、C. 6. 51. 1. 7「しかしあるものは一定の、あるいは偶発的、あるいは随意的なあるいは混合の条件の下で残り、それらの結果は財産から……示される」(Sin autem aliquid sub condicione relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna……pendeat) *Ibid.*, 839 を参照。

ていることにウッドバインは注目する<sup>89</sup>。『学説彙纂』にはこれに類似する表現はあるものの、この格言そのものは見られない。この法格言については第2部第4章で取り扱うが、ウッドバインは『ブラクトン』自らの言葉である“*scienti et volenti non fit iniuria*”を使って、ローマ法の考えが単に再導入されていたと結論付けている<sup>90</sup>。

ウッドバインは続けて、イングランドの不動産譲渡において極めて重要な部分である「引渡」(*traditio*)について注目する。ここで彼は f.39b から 40 を例として挙げ、これが D. 41. 1. 9. 3-5 の一部が引き写されていることを示した<sup>91</sup>。またウッドバインは「追補」(*addicio*)にも注目している。ウッドバインは「追補」について、ブラクトン本人が執筆したかはっきりとしない部分であるが、別の人物の手によるとしても、ローマ法の題材を著書にほぼそのまま引用している証拠となると考えていた。f.41 の「追補」において、ウッドバインは『勅法彙纂』から「物の所有権の獲得について」の表題下において『ブラクトン』が各所で用いる格言「(占有) 引渡ならびに使用取得その他によるを理由として」(*quia traditionibus et usucapionibus etcetera*) が作られたとする<sup>92</sup>。また「安全な占有」(*possessio vacua*)、「自然な占有」(*possessio naturalis*)といった語句は、ローマ法の影響を思わせるものとされている<sup>93</sup>。

ローマ法とイングランド法を混合させた箇所为例として、『ブラクトン』が購入と売却の主題を扱う f.61b の冒頭

<sup>89</sup> *Ibid.*, 839 を参照。

<sup>90</sup> *Ibid.*, 840 を参照。法格言に類似した表現を含む法文として、D. 42. 8. 6. 9 「というのは誰も知って同意する者を欺罔するとは見られないからである」(*Nemo enim videtur fraudere eos qui sciunt et consentiunt*) ならびに本稿第2部第4章で触れる D. 47. 10. 1. 5 「同意の内に為されたことは、何ら不法ではない」(*quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*)の文句をウッドバインは挙げている。前者の訳は、江南義之「ディゲスタ邦訳(第四二巻)」、神奈川法学 (25-3)、1990、773 頁を参照した。

<sup>91</sup> D. 41. 1. 9. 3 (ガイウス『日常法書乃至黄金文章』第2巻)「また、引渡によって我々のものとなるそれらは、万民法によって我らに取得される。なぜなら、自然の衡平というよりも、むしろ彼の物を他人に移譲することを欲する所有者の意思が、有効と見なされることが適合するのである」(*Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*) D. 41. 1. 9. 4 (ガイウス『日常法書乃至黄金文章』第2巻)「しかしながら、所有者自身が自ら他人に物を引渡すのか、誰か他の者が所有者の意思によって(それを為す)かは違いがない。かような理由により、ある人に外国へ旅立つ人から自由な事務の管理が託され、彼が事務に基づいて物を売却あるいは引渡をした場合、受領者の物となる」(*Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem an voluntate eius aliquis. qua ratione si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis*) 括弧内は筆者による。また D. 41. 1. 9. 5 は既に述べたので省略する。

<sup>92</sup> Woodbine, *op.cit.*, 842 を参照。C. 2. 3. 20 「物の所有は引渡または取得時効に由来するものであり、単なる無方式合意からは移転されない」(*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*) から引用したものであるとウッドバインは述べている。他にこの格言が用いられているのは、f.16, 38b, 41, 43, 62 であり、例えば f.43 においては、「引渡または取得時効によって、物の所有や占有は移転される」(*quod traditionibus et usucapionibus rerum dominia et possessiones transferuntur*)という上述の『勅法彙纂』と酷似した著述がある。

<sup>93</sup> *Ibid.*, 844-845 を参照。

にウッドバインは注目する。彼によれば、買主危険負担を取るローマ法に対して、『ブラクトン』はイングランド法に従い、売主危険負担へ慎重に置き換えているとされる。彼によれば、当該部分の前半はユ帝『法学提要』から直接写されたものであるが、後半は『グランヴィル』から直接コピーした両者の混合となっているのである<sup>94</sup>。

「物の所有権の獲得について」に関する考察を通して、ウッドバインはこの部分にもローマ法的な素材が広く利用されていることを明らかにしたが、いくつかの箇所ではローマ法の要素はごくわずかなものであるとも述べている<sup>95</sup>。またウッドバインは、メイトランドの検討した f.1 から f.10 までと f.98b 直後のような利用とは異なる方法で、多様な主題や方法によるローマ法とイングランド法との混合がこの部分には見られるとして、「我々は『物の所有権の獲得について』における彼（『ブラクトン』）のローマ法的な素材の利用を、理解力があり巧みであると見なさざると得ない」と結論している<sup>96</sup>。ヴィノグラドフは“The Roman Elements in Bracton’s Treatise”（1923）において、『ブラクトン』におけるローマ法の利用方法を、自らの時代と国における法律と慣習を合理化するために、二次的文献としてのローマ法の知識を用いたイングランドの法律家の研究者的関心と器用さを表す記念碑的なものと述べて、ウッドバインの見解を支持している<sup>97</sup>。

## 第2節 ヘルマン・カントロヴィチ

『ブラクトン』におけるローマ法知識の問題と執筆時期に対して、ヘルマン・カントロヴィチが *Bractonian Problems*（1941）において展開したメイトランド批判は「輝かしく、しかも挑戦的」と評されるものであった<sup>98</sup>。後述するように、カントロヴィチは『ブラクトン』に見られるローマ法利用の種々の誤りを、ヘンリ・ド・ブラクトンの死後にその著作を「校訂」した何者かへ帰すべきであるという見解を立てている。つまり、ヘンリ・ド・

<sup>94</sup> *Ibid.*, 846 を参照。

<sup>95</sup> *Ibid.*, 846 を参照。ただしこの部分についての具体的な例をウッドバインはこの論稿で提示していない。

<sup>96</sup> *Ibid.*, 847 を参照。

<sup>97</sup> P. Vinogradoff, “The Roman Elements in Bracton’s Treatise”, *Yale Law Journal* vol.32, 1923, 753 並びに松垣裕「コモン＝ローにおけるローマ法の影響」、『法文論叢』文科篇 36 巻、1975、77-93 頁を参照。

<sup>98</sup> Hermann Kantorowicz, *Bractonian problems: being the ninth lecture on the David Murray foundation in the University of Glasgow*, Glasgow, 1941 ならびに、ブラクネット『イギリス法制史 総説篇（下）』、482 頁（原著は p. 261）を参照。これはカントロヴィチが 1940 年に行ったグラスゴー大学での講演を製本し、彼の死後に出版された。

ブラクトンのローマ法学識はメイトランドが述べたほど浅いものではなく、むしろ校訂に携わった写字生の学識が程度の浅いものだったというのがカントロヴィチの立場である。カントロヴィチの検証は多岐に渡るため、ここでは修士論文で扱った箇所といくつかの追加をハイライト的に紹介することに留めたい。

#### (論点1) についての見解

パティシャルやロウリーの判決を「古の判決」とヘンリ・ド・ブラクトンが解釈したというメイトランドの見解に、カントロヴィチは異を唱える。彼によれば、『ブラクトン』の序文における「このように私 H. (ブラクトン) は、公平なる古の判決に傾注し、そして不眠と労苦を惜しまず、それらの判決、助言と解答を、入魂の思いで調べ上げ……」(Ego H. talis animum erexi ad vetera iudicia iustorum, perscrutando diligenter, non sine vigiliis et labore, facta ipsorum, consilia et responsa……) は、ユ帝『法学提要』序文における「我々はまったく眠らずに……法令を……見事な調和へと高め、その時我々の関心を古の書物の膨大な学識へと広げたのであった」(summis vigiliis...constitutiones...in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa prudentiae veteris volumina……)と『勅法彙纂』と『学説彙纂』を表している箇所に加えて、アゾによる注釈「後に彼自身の意識を古き書物の膨大な学識へと向けた」(erexit postea animum suum ad immensa volumina veteris prudentiae)が部分的に利用されたとしている。また判決 (factum)、助言 (consilium)、解答 (responsa) という語句は、アゾが『学説彙纂』を「元老院決議、法務官の告示、そして法学者の解答」(ex senatus consultis et praetoriis edictis et prudentium responsis)から成ったと述べる部分に示唆を受けたものとした。また1250年代に執筆している者が1240年代までの判例を「古」と呼ぶのは考えにくいとして、カントロヴィチは『ブラクトン』の「古の判決」(vetera iudicia) がローマ法のことを指すとして、*Bractonian Problems*における彼の見解(『ブラクトン』は高いローマ法学識を持つ著書)の足がかりとしたのである<sup>99</sup>。

メイトランド説に対して、カントロヴィチが自身による反論のもう1つの根拠として提示したのが、本稿第2部

<sup>99</sup> Kantorovicz, *op.cit.*, pp.23-24 を参照。ラテン語テキストは当該頁のものを利用した。

でも取り上げるウィリアム・オブ・ドロエダの『黄金汎論』(*Summa aurea*)である。彼は、『ブラクトン』f.1bの「扱うべき事項」(*Quae sit materia*)を用いて、アゾと『ブラクトン』を用いて比較を行った。次に挙げているのは、修士論文においてその一部を抜粋し訳を追加したものである<sup>100</sup>。

Azo	Item est communis intentio de jure rescribere et ad id rescribendo operam dare 同様に共通の概念は法によって修正され、その修正すべきものに対し尽力することである
Bracton	Item communis intentio est de jure scribere 同様に共通の概念とは法によって記されることである
Drogheda	Utilitas vel finis est 合法性あるいは限度は
Azo	Ut 以下のように
Bracton	ut rudes efficiantur subtiles, subtiles subtiliores, 未熟なものを正確にし、正確なものをより正確にするように
Drogheda	ut rudes efficiantur subtiles, balbutientes loquentes, subtiles subtiliores, 未熟なものを正確にし、曖昧な語りをはっきりとさせ、正確なものをより正確にするように
Azo	et homines mali efficiantur boni et boni efficiantur meliores. 悪しき人々を善人とし、善人をより善人とする。
Bracton	et homines mali efficiantur boni et boni meliores. 悪しき人々を善人とし、善人をより善人とする。
Drogheda	boni meliores et inter omnes alios nobiliores et prudentiores, et quod mali fiant boni. 善人をより善人とし、他の全ての人々へ、より高潔さと更なる分別（を与え）、悪しき物を良き物とする。

このように、アゾ→『ブラクトン』→ドロエダという伝播が生じたというのがカントロヴィチの見解である。伝播の終点であるドロエダ『黄金汎論』は、後述するようにドロエダの死亡した1245年で執筆が停止したことが確認でき、またその中に登場する方式文が1239年のものであることから、ドロエダはそれ以前の時点で、『ブラクトン』の序論を自身の著書に利用したとカントロヴィチは考えたのである<sup>101</sup>。また、上述したようにBNBと『ブラクトン』との共通点から、『ブラクトン』の執筆年代を推定したメイトランドの方法についてもカントロヴィチは否定的である。彼は、BNBの欄外書込が『ブラクトン』と一致しているとは言っても、メイトランドも認めるように4人乃至5人の写字生によって写本されたものであることから、BNBから『ブラクトン』の執筆年代を

<sup>100</sup> *Ibid.*, p.31 を参照。

<sup>101</sup> *Ibid.*, p.28, pp.32-33 を参照。

推定することはできないとしている<sup>102</sup>。

以上から、カントロヴィチは『ブラクトン』の執筆年代を 1239 年以前とし、ウィリアム・オブ・ロウリーの書記であった頃のヘンリ・ド・ブラクトンが著者であったと結論づけた。そして、現存する『ブラクトン』のマニュスクリプトは、ヘンリ・ド・ブラクトンの書記によって校訂 (redaction) が為されたものを写本したものであるとしたのである<sup>103</sup>。ギューターボックからメイトランドを経てウッドバインに至るまで、『ブラクトン』の本文ならびに欄外書込に代表される追補 (addicio) は、そのほとんどがヘンリ・ド・ブラクトンの手によるものであると考えられてきた。上述した『ブラクトン』f.34 についてのヴィノグラドフの指摘、写字生にテキストの混乱の責任を帰するウッドバインの理解もまた、こうした考えに立脚したものであると言えよう。メイトランドが示した『ブラクトン』のテキストにおけるローマ法理解に関する種々の問題を、カントロヴィチは校訂者 (redactor) と原型 (archetype) という概念を導入することで解決を試みたのである。

ヴィノグラドフも指摘した『ブラクトン』f.34 のテキストを、カントロヴィチはヘンリ・ド・ブラクトンのラテン語に対する練達と、校訂者による書き換えを示す例の 1 つとして取り上げている。上で引用した『ブラクトン』の当該箇所続きでは、「その時臣民 (subditus) たちは声を上げて言うだろう。『ああ、主イエスよ。彼らの顎を手綱と頭絡で縛って下さい』 .....」 (Et tunc clamabunt subditi et dicent, Domine Iheus in chamo et fraeno maxillas eorum constringe.....) と綴られていくのであるが、「彼ら自身が国王と共に拘束なき状態であった (場合を) 除き」 (nisi ipsimet fuerint cum rege sine fraeno) という文章では、既に無法の状態にある国王に加えて、伯とバロンたちもが無法の状態に入るまで臣民たちは声を上げることができずと解されてしまうことになる。ヘンリ・ド・ブラクトンによる本来の文章は「たとえ彼らが国王と共に拘束なき状態にあるとしても」 (etsi ipsimet fuerint cum rege sine fraeno) であり、彼は伯とバロンが有する国王に対する責任を、より積極的なものに位置付けていたのだが、校訂者が (ヘンリ・ド・ブラクトンの文意を理解できずに) "nisi" と変更し、これが現存の写本

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p.27 を参照。

<sup>103</sup> *Ibid.*, p.36 を参照。

に受け継がれてしまったとカントロヴィチは考えたのである<sup>104</sup>。

カントロヴィチはこのようにして、校訂者の手によるものと思われる数々の変更を指摘するが、その多くは重字脱落や書き間違いとして考慮されるものがほとんどである。例えば、『ブラクトン』 f.9b は「これは附合について……『法学提要』に書いてあることに従うと、接合することや接着することを通して起こる」となっているが、「附合」(accessio)に対応するユ帝『法学提要』の項目はない<sup>105</sup>。これは『学説彙纂』にあるもの(D. 6. 1. 23. 5およびD. 41. 1. 27. 2)であって、"Institutis legitur"となっている文章は、本来ヘンリ・ド・ブラクトンが "Digestis"、あるいは(こちらがより可能性があると)単に"legibus"としていたが、これを校訂者がユ帝『法学提要』を意味する"leges"と誤り、これもまた現存の写本に受け継がれてしまったものとカントロヴィチは考えたのである<sup>106</sup>。

<sup>104</sup> *Ibid.*, pp.50-51 を参照。カントロヴィチはこの部分で校訂者がヘンリ・ド・ブラクトンの文意を理解できていないとは明言しないが、校訂者に対する彼の低い評価から見て、そのように捉えていたと考えるのが自然であろう。

<sup>105</sup> 『ブラクトン』の原文は以下の通りである。"Haec de accessione quae fit...per applumbaturam vel ferruminationem, secundum quod in Institutis legitur", Thorne, *Bracton* vol.2, p.45 を参照。

<sup>106</sup> Kantorovicz, *op.cit.*, p.42 を参照。D. 6. 1. 23. 5 (パウルス『告示註解』第21巻)「同様に、他者に接合あるいは附加されることで従物の地位につくものは何であれ、それらが結合している間に所有者が請求することはできないが、分離され、かつその時に請求がなされるように、提示のために訴訟提起することはできる。もちろん、カッシウスが鍛接について記したことは除く。というのも、自身の像にウドが接合された場合、大部分の同一体に吸収され、同時に他人のものとなったのであり、たとえそこから引き裂かれたとしても、元の所有者に戻ることはできないと(カッシウスは)述べる。はんだ付けされたものについては同じではない。なぜなら鍛接は同一の材料を通して混合を為すが、鉛によるはんだ付けは同じものをもたらさないからである。従って、提示訴権も対物訴権も効力を持たないこれらすべての事案において、事実訴権が必要である。これに対して隔たっている物からなるこれらの物体において、各部分は個々の人、個々の羊というように、自己特有の形を保持していることは明白である。また従って、たとえ君の雄羊が紛れ込んでいても、私は群れを請求することはできるが、しかし君もまた君の羊を請求することができる。結合している物体においては同じことは起きない。なぜなら私の像に他人の像の腕を君が加えた場合、像全体は一つの精神につながれるのであるから、腕が君の物であると述べられることはできない」(Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. at in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse. quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuæ meae brachium alienae statuæ addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statuæ uno spiritu continetur)、D. 41. 1. 27. 2 (ポンポーニウス『サビーヌス註解』第30巻)「二人の所有者の一部が接合材によって結合されている場合、これらがどちらに帰するのが問われるので、カッシウスは物に比例して、あるいは各人の持分の代価に応じて見積もるべきであると述べる。しかし、どちらも一方に従属しない場合、魂が混ぜ合わせられたように両者のものと言うべきか、自身の名義で鍛接された者(のものと言うべき)かを考察しよう。しかしプロクルスとペガサスは各人の物に留まると判断している」(Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant, Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cuiusque partis. sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut eius, cuius nomine ferruminatione est. sed Proculus et Pegasus existimant suam cuiusque rem manere) なお、カントロヴィチは42頁から49頁に渡って、"maritali"を"mortali"と読み違えられた箇所や、"secus"乃至"sed secus"を示す略字表記の読み違いと思われる箇所など、校訂者による誤りと想定され

このようにして、『ブラクトン』に見られる種々の誤りは校訂者 (redactor) に帰されるべきであるというのがカントロヴィチの見解であり、次章で取り上げる F・シュルツもこれに同調している<sup>107</sup>。ギューターボックから通説として取り扱われてきた『ブラクトン』の執筆年代について、カントロヴィチ自身は主たる執筆者がブラクトン本人であるとしているものの、従来の理解に対し一石を投じたという点で評価されるべきであろう。特に「校訂者」に注目する彼の視点は、後にゾーンが提起した「改訂者」(reviser) 説に通じるものと言える。

#### (論点2) についての見解

ヘンリ・ド・ブラクトンのローマ法学識を示すものとして、カントロヴィチは f.107 と f.104b から 105 を取り上げて検討している。まず f.107 の検討の内、「(A) 法律によって生きること以上に主権者たる皇帝にふさわしいものはない、(B) そしてより良い皇帝には法律によって君主国を従わせることが (ふさわしい)、(C) そして (国王は) 法律に、法律が彼に授けた (tribuo) ものに報いる (retribuo) 義務を負うことがふさわしい。すなわち法律が国王自身を形作る」という著述に関する彼の考えを見てみよう<sup>108</sup>。(A) は C. 6. 23. 3 を、(B) は C. 1. 14. 4 を土台にしているが、(C) は形式的にも実質的にも『ブラクトン』流のものである<sup>109</sup>。(C) では (B) と同じ C. 1. 14. 4 がベースとなっているが、その中の「とりわけ、我らの権威は我らが法のそれに依存する」という

---

る箇所を 9 つも提示している。Kantorovicz, *op.cit.*, pp.42-49 を参照。これらはカントロヴィチの入念さを示すものではあるが、本稿で全てを列挙するのは冗長さを免れないため、ここでは割愛する。

<sup>107</sup> 特に F. Schulz, "Bracton as Computist", *Traditio* vol.3, 1945, 265-305 は、この校訂者の問題に対して、これまで度々議論的となってきた『ブラクトン』における閏年の算出についての検証からアプローチを試みた労作である。しかしながら、シュルツ自身が結論部でこの検証を「退屈な」(wearisome) ものと述べているように、本稿でその全てを紹介するのは冗長の感を否めないのもまた確かであるため、ここでは肝要の部分のみを紹介するに止めたい。シュルツによれば、閏年の際の「閏の日」(intercalary day) は、学識法上では現行我々が用いるカレンダー上の 2 月 28 日を指し、この日を 1 日とは見なしていなかった。またイングランドの『王座裁判所訴訟記録集』でも、1218 年 12 月 22 日に提起された訴訟の出廷期限日を 1219 年 12 月 23 日と定めているものといった、学識法と同じ立場を取っている記録が見られる。しかしながら『ブラクトン』は、このような学識法ならびに『王座裁判所訴訟記録集』の見解とは逆の立場を示している著述があり、こうした『ブラクトン』の著述は校訂者による「改悪」を表している、というのがシュルツの見解である。

<sup>108</sup> "nihil tam proprium est imperii quam legibus vivere, et maius imperio est legibus submittere principatum, et merito debet [rex] retribuere legi quod lex tribuit ei; facit enim lex quod ipse sit rex", Thorne, *Bracton* vol.2, p.306 を参照。括弧内とナンバリングは筆者による。

<sup>109</sup> カントロヴィチが引用した『ブラクトン』の (A) にあたる C. 6. 23. 3 の箇所は「……たとえ主権付与法が法の諸形式から皇帝を解放したとしても、法律によって生きること以上に皇帝にふさわしいものはない」(licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere) であり、(B) にあたる C. 1. 14. 4 の箇所は「……また真により良い皇帝とは法律によって君主国を従わせることであり……」(.....et re vira maius imperio est submittere legibus principatum.....) である。

「自己中心的な」文句が、ヘンリ・ド・ブラクトンによって「道徳的に」転じられており、「授ける」(tribuo)と「報いる」(retribuo)という高雅な対照がそれを示しているとカントロヴィチは述べている<sup>110</sup>。

カントロヴィチはまた、『学説彙纂』の「おそろべき巻」(libri terribiles)である D. 48. 19 の「刑罰について」(De poenis)を基礎とした f.104b から 105 に注目している。カントロヴィチはこの箇所を 4 つに分けて論じているが、ここではその 1 つ、「悪事を働く者たちに与えられる刑罰には以下のような種類がある。さてそれは、何者かが生命あるいは身体の一部を奪われることである。また都市あるいは自治都市(バラ)、また州の市民権を剥奪されることである。またさらに、永久的あるいは限定的な(期間の)流刑、あるいは肉体の懲罰を含む。例えば限定的あるいは一時的な(期間の)投獄である」という『ブラクトン』の著述に関する彼の見解を取り上げよう<sup>111</sup>。

元となった D. 48. 19. 6. 2 には、「生命を奪われる」(vitam adimant)に続き、「あるいは奴隷(の立場)に置かれる」(aut servitutem iniungant)という文言があるが、『ブラクトン』はこれを反映していない<sup>112</sup>。その理由は、奴隷へと身分が変更されることがイングランドの法では刑罰とはならないからであるとカントロヴィチは推測している。『ブラクトン』ではその代わりとして、中世期の重要な特徴である「身体の一部を」という文言が挿入されている。更に、『学説彙纂』の「市民権を剥奪される」(civitatem auferant)という文言が、『ブラクトン』でその範囲が自治都市(バラ)や州にまで拡大されている。これもまた——メイトランドも指摘していたことは既に述べたが——"civitas"を国家(state)とは解釈していなかったことを示しているとカントロヴィチは述べる<sup>113</sup>。つまり、ここでも『ブラクトン』はローマ法を利用しつつ、イングランド法に適するように変更することができる能力を示しているということになる。

カントロヴィチはヘンリ・ド・ブラクトンが高い水準のローマ法学者であったと断言はできないが、(メイトラ

<sup>110</sup> Kantorowicz, *op.cit.*, pp.62-63 を参照。C. 1. 14. 4 の該当箇所の原文は"adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas"である。

<sup>111</sup> 『ブラクトン』の原文は以下の通りである。"Genera poenarum quibus afficiuntur malefactores sunt haec. Sunt autem quaedam quae adimunt vitam vel membra. Sunt autem quae auferunt civitatem, burgum, vel provinciam. Sunt autem quae continent exilium perpetuum vel ad tempus, vel corporis coercionem, scilicet imprisonment vel ad tempus vel imperpetuum", Thorne, *Bracton* vol.2, p.298 を参照。

<sup>112</sup> D. 48. 19. 6. 2 (ウルピアーヌス『属州長官職務論』第9巻)「……刑罰は以下のものがある。生命を奪われる、あるいは奴隷(の立場)に置かれる、あるいは市民権を剥奪される、あるいは流刑、あるいは肉体の懲罰を含む」(..... et sunt poenae, quae aut vitam adimant aut servitutem iniungant aut civitatem auferant aut exilium aut coercionem corporis contineant)

<sup>113</sup> Kantorowicz, *op.cit.*, pp.65-66 を参照。

ンドの言うように) アゾの著作を初めとしたローマ法文献についての理解が乏しかったとも言えないと述べる。既に述べたように、カントロヴィチにとって『ブラクトン』のテキストの誤りはコピーを行った者に帰せられる。カントロヴィチは「『ブラクトン』がアゾを理解できなかったと述べる者は、『ブラクトン』を誤解している」と述べて、「学識が乏しく、十分な教育を受けていないローマ法学者」としたメイトランドの評価に対して疑問を投げたのである<sup>114</sup>。カントロヴィチはメイトランドによるこのような『ブラクトン』に対する誤解について、彼が現存するマニュスクリプトを校訂者による原型 (archetype) ではなく、ヘンリ・ド・ブラクトンの手稿から直に写本されたと考えたことに起因するとしている<sup>115</sup>。

『ブラクトン』のローマ法学識の低さを示すものとメイトランドが挙げたものに対して、カントロヴィチは更に検討を加えていくが、その中にはメイトランドの節で取り上げた「消費貸借」(mutuum) と「使用貸借」(commodatum) の問題がある。メイトランドはこれを『ブラクトン』において両者の区別が為されていなかったと述べているが、カントロヴィチはヘンリ・ド・ブラクトンが意図的に「消費貸借」と「使用貸借」を置き換えたとは考えられないとし、『ブラクトン』では"rem commodatam"と表記されていることに注目する。カントロヴィチによれば、これは写本作業時における見間違いであり、本来は「消費に(際して)与えられた物(を)」(rem mutuo datam) とヘンリ・ド・ブラクトンは優れたラテン語で記していたが、「使用貸借」(commodatum) という言葉を知っていたが故に校訂者が読み違いを起し、"rem commodatam"としてしまった結果が、現存のマニュスクリプトに受け継がれてしまったのだろうと推測している<sup>116</sup>。

また、カントロヴィチは『ブラクトン』の"statuliber"の理解に関するメイトランドの見解にも異を唱えており、これは"statu liber"と解釈すべきであると主張するが、その主張の内容は先に挙げたヴィノグラドフの指摘と一致していると言って良いだろう<sup>117</sup>。"statuliber"はメイトランドの言うように「一定の条件が果たされた後に自由と

---

<sup>114</sup> *Ibid.*, pp.77-78 を参照。

<sup>115</sup> *Ibid.*, pp.80-81 を参照。

<sup>116</sup> 傍証として、カントロヴィチは *Coggs v. Bernard* (1703) において、ハウルト王座裁判所主席裁判官が「消費貸借物」(rem mutuum) を「使用貸借物」(rem commodatam) と解釈した事例を挙げている。*Ibid.*, pp.96-97 を参照。

<sup>117</sup> カントロヴィチはヴィノグラドフについて触れていないが、F・デ・ズルエタがヴィノグラドフの *Roman Law in Medieval Europe* の第2版の出版に際してつけた序文にカントロヴィチへの謝辞があることを考えると、知っ

なる人」のことを指すが、"statu liber"は「自由人の状態にある人」のことを指しており、このような人は自らに対して訴訟提起が為されない限り、自身の身分について述べる必要はない。実際、新侵奪不動産占有回復訴訟の著述には、"statu liber"と表記して上記のような立場の人のことを説明している箇所が存在している<sup>118</sup>。カントロヴィチはこれを、『ブラクトン』がローマ的用語法を驚くべき技量 (surprising skill) を持って用いている実例として捉えたのである<sup>119</sup>。

#### 第4章 シュルツとリチャードソン：カノン法文献への新たな注目（1943-1965）

カントロヴィチによる痛烈なメイトランド説への問題提起は、その後のF・シュルツとH・G・リチャードソンそれぞれの『ブラクトン』研究に大きな影響を与えた。両者による議論の根底には、カントロヴィチの言う「校訂者」説を支持するか否かという立場の違いがある。シュルツはこれを支持する立場、リチャードソンはこれに反対する立場を取るという違いはあるものの、両者の見解では（論点1）と（論点2）の結びつきがより密接である点で共通している。そのため、上述した研究者たちのように分けて述べることは難しいため、ここからは先の研究者たちのような区別は行わないものとする。

##### 第1節 フリッツ・シュルツ

カントロヴィチのメイトランド説への挑戦から程なく、シュルツは'Critical Studies on Bracton's Treatise' (1943) において、『ブラクトン』の一部はカノン法学者タンクレードの『訴訟手続の書』 (*Ordo Iudiciarius*) を基に執筆されたものであるとして、『ブラクトン』研究をカノン法文献との比較検討という新たな段階へと進めた

---

てはいたが挙げるのを忘れていたという程度のことかもしれない。

<sup>118</sup> Kantorowicz, *op.cit.*, p.110 を参照。該当する『ブラクトン』の著述は以下の通りである。「すなわち、statu liber とは、たとえそうでなくとも、自由人の如く法廷において「立つ」という役割を持つ人のことである……令状なしに自らの立場について返答することの義務を負わないが故に、statu liber なのである……」(Est enim statu liber qui personam habet standi in iudicio quasi liber licet non sit……Et est statu liber cum sine brevi de statu suo respondere non teneatur……) Thorne, *Bracton* vol.3, p.102 を参照。

<sup>119</sup> Kantorowicz, *op.cit.*, p.108 を参照。

のである<sup>120</sup>。この論稿でシュルツが取り上げた『ブラクトン』の箇所に関する検討は第2部第3章で行うため、ここでは彼が『ブラクトン』との比較対象するテキストとして、カノン法文献への注目を新たにした点を強調するに留めたい。

シュルツはその後、'A New Approach to Bracton'(1944)において、『ブラクトン』とタンクレードの比較対照を、『ブラクトン』の「抗弁論について」(De Exceptionibus)の一部を用いて行っている<sup>121</sup>。彼は『ブラクトン』研究に求められているのは「ソース」を見極めることであり、『ブラクトン』という書物は当時のローマ法およびカノン法の文献における枠組 (framework) を学んでいたに違いないとする<sup>122</sup>。これはまた、彼がタンクレードを初めとするカノン法文献に特に注目した理由と言えらる。また、先に述べたように、シュルツはカントロヴィチの「校訂者」(redactor)説を支持する立場を取り、カノン法文献を新たに持ち上げて検討する一方で、「校訂者」(redactor)の誤りに起因すると思われる箇所も提示している<sup>123</sup>。

シュルツによる検討の例として、裁判官の忌避に関する文章を見てみよう。『ブラクトン』では、「忌避の唯一の理由は、つまり嫌疑であるが、それは以下のような多くの原因から生じる。つまりもし裁判官が原告の血縁者、家臣あるいは従者、親や友人、またあるいは被告の敵や姻戚関係者、郎党あるいは食事仲間である場合、あるいはこの訴訟や別の訴訟、あるいは同じような訴訟において自ら助言者あるいは代弁人を務めた場合である」となっている。シュルツはタンクレードの「忌避の唯一の理由は、つまり嫌疑であるが、それは多くの原因から生じる。例えば、裁判官が原告あるいは召喚状を請求した者の血族である場合や、同じような訴訟で原告の代弁人であった場合……彼の姻戚関係者である場合……郎党あるいは食卓仲間の場合……彼の主人である場合……同じく原告あるいは召喚状を請求した者の家士あるいは従者の場合……この訴訟や別の訴訟において同じ裁判官によって上訴されていた場合……訴えられている者(被告)の敵である場合も同様である」という著述を『ブラクトン』が参照し

<sup>120</sup> Fritz Schulz, "Critical Studies on Bracton's Treatise", *Law Quarterly Review* vol.59, 1943, 172-180 を参照。

<sup>121</sup> Fritz Schulz, "A New Approach to Bracton", *2 Seminar Jurist*, 1944, 41-50 を参照。

<sup>122</sup> *Ibid.*, 42 を参照。

<sup>123</sup> 現存するマニュスクリプトの編纂から『ブラクトン』のテキストを復元することを試みるウッドバイン版を「原型」の再生であって、ヘンリ・ド・ブラクトンの手稿の再現とはならないとしたカントロヴィチの厳しい批判に対しては、シュルツは同調していない。Schulz, "Critical Studies on Bracton's Treatise", 172 を参照。

たと考えている<sup>124</sup>。

『ブラクトン』の文章はタンクレードを要約したものであるが、その際に「家士」(vassallus) という語は「家臣」(homo) へと改められており、また『ブラクトン』では「助言者あるいは代弁者」(consiliarius vel narrator) という文句はタンクレードの「代弁人」(advocatus)を(イングランド流に)改めて用いている。一方で、「被告の敵」(inimicus tenentis) という語の位置は、シュルツによると校訂者による誤りである。シュルツによれば、「家臣あるいは従者、親や友人、またあるいは被告の敵」という部分はヘンリ・ド・ブラクトンが初めの草稿(first draft)で省略し、その後欄外に書き加えたものであって、本来は「親と友人」という文句の後には「姻戚関係者、郎党あるいは食事仲間」と続くべきである。校訂者が語の順番を意識せずに、これをテキストに挿入してしまったことによって、「混沌したテキスト」(the chaotic text) となってしまった、というのがシュルツの見解である<sup>125</sup>。

またシュルツは、同時期にH・G・リチャードソンがグレゴリウス9世教皇令集を編纂したレイモンド・デ・ペニャフォルト(Raymond de Peñafort)と『ブラクトン』との類似性を指摘したことに触発され、「殺人罪」(homicidio)について記されている『ブラクトン』のf.120とペニャフォルトの『事例についての集成』(*Summa de Casibus*)との比較を'Bracton and Raymond de Peñafort'(1945)で行っている<sup>126</sup>。この部分のシュルツの検討からは、以下3点の指摘を見ることができる。

まず、『ブラクトン』がペニャフォルトの著書から借用していることが明らかな点である。『ブラクトン』における冒頭部分は、「殺人罪とは人によって為された人の殺害である。すなわち、牛や犬、その他のものによって行

---

<sup>124</sup> Schulz, "A New Approach to Bracton", 44 を参照。『ブラクトン』の原文は以下の通りである。"Causa vero recusationis unica est, scilicet suspicio, quae consurgit multis ex causis, scilicet si iustitarius sit consanguineus petentis, homo vel subditus, parens vel amicus, vel inimicus tenentis, affinis, familiaris vel commensalis, consiliarius vel narrator suus extiterit in causa illa vel alia et huiusmodi", Thorne, *Bracton* vol.4, p.281 を参照。タンクレードの原文は以下の通りである。"Causa recusationis unica est, scilicet suspicio, quae consurgit multis ex causis, puta quia iudex est consanguineus actoris vel eius qui literas impetravit vel fuit eius advocatus in eodem negotio..... item si affinis eius..... item si familiaris vel commensalis..... item si dominus eius, item si est vassallus vel subditus actoris vel eius qui literas impetravit..... item si appellatum fuit ab eodem iudice in illa causa vel etiam in alia..... item si inimicus eius qui convenitur.", Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.148-149 を参照。傍線は筆者による。

<sup>125</sup> Schulz, "A New Approach to Bracton", 49-50 を参照。

<sup>126</sup> Fritz Schulz, "Bracton and Raymond de Peñafort", *Law Quarterly Review* vol.61, 1945, 286-292 を参照。ペニャフォルトはスペインのカタノニアで生まれ、1219年にはボローニャにて聖職に就いていた。1230年に教皇グレゴリウス9世によって教皇のチャプレンに任命されていた。ペニャフォルトの略歴については、James A Brundage, *Medieval Canon Law*, Longman, 1995, pp.222-223 を参照。

われた場合には、厳密には殺人罪とは呼ばれない。すなわち人によるものは殺人罪と呼ばれ、私が殺意によって殺す（という文言）を人の殺害と称するのである」であり、これはペニャフォルトの「人によって犯された、人の殺害が『殺人罪』である。つまり牛や犬、そういったものからは、殺人罪と厳密には呼ばれない。対して『人』によるものは『殺人罪』と呼ばれ、『私が殺害によって殺す』は人の殺害と称するのである」と非常に似通った文章であることが分かる<sup>127</sup>。

次に、テキストの比較によって、校訂者の手が入る前の『ブラクトン』のテキストの推測を可能とした点である。

『ブラクトン』はペニャフォルトに倣い、殺人における必要性 (*necessitas*) を、回避可能 (*evitabilis*) か回避不可能 (*inevitabilis*) かに分けている。『ブラクトン』の著述では「回避不可能の場合、(つまり) 心の悲嘆の情動において (*in motu dolore animi*)、憎しみの情念なく (*sine odii meditatione*) 人を殺したが故に……」となっている。一方で、ペニャフォルトの著述は「回避不可能であったとは、憎しみの情念なく、それどころか心の悲嘆を持って (*immo cum dolore animi*) 人を殺したが故に……」である<sup>128</sup>。「殺人罪」の冒頭部分において『ブラクトン』がペニャフォルトを借用したのは明らかであるから、この箇所も"*in motu*"ではなく"*immo cum*"としているはずである。シュルツは、『ブラクトン』の「原型」における"*immo cum*"の略字（これは"*in nuctu*"や"*in motu*"と誤認されやすい形式であった）を読み違えた人間（校訂者）による間違いであると推測している。

そして、『ブラクトン』の著述に、ペニャフォルトのテキストを「賢明に」 (*wisely*) 変更していることが見られる点である。『ブラクトン』の著述は「(かような者たち) 皆を殺人者と呼ぶことができる…… (過去に) 殺害した、あるいは殺害への意思を有したことがなくても、殺害者に助言 (*consilium*) と助力を与えるために現れた人々……また (殺人者として) 拘束されるのは (人を) 傷つけたり殺害する者たちだけではなく、傷つけることや

---

<sup>127</sup> 『ブラクトン』の原文は以下の通りである。"Et est homicidium hominis occisio ab homine facta. Si enim a bove, cane, vel alia re, non dicitur proprie homicidium. Est enim dictum homicidium ab homine et caedo caedis quasi hominis caedium.", Thorne, *Bracton* vol.2, p.340 を参照。ペニャフォルトの原文は" 'Homicidium' est hominis occisio ab homine facta: si enim a bove vel a cane, vel huiusmodi, non proprie dicitur homicidium. Est autem dictum 'homicidium' ab 'homine' et 'caedo caedis' quasi hominis caedium."であり、こちらは Schulz, "Bracton and Raymond", 286 を参照した。

<sup>128</sup> 『ブラクトン』の原文は以下の通りである。"Si autem inevitabilis, quia occidit hominem sine odii meditatione in motu dolore animi.....", Thorne, *Bracton* vol.2, pp.340-341 を参照。ペニャフォルトは以下の通りである。".....fuit inevitabilis quia occidit hominem sine odii meditatione immo cum dolore animi.....", Schulz, *op.cit.*, 287 を参照。

殺害することを命じる者たちもである……」となっている。これに対応するペニャフォルトの著述は「罪の程度に  
対して、かような者たち皆が殺人者と呼ばれる……（過去に）殺害した、あるいは殺害への意思を有したことがな  
くても、殺害者に助力を与えるために現れた人々……」である。『ブラクトン』はここで、「命令」(praeceptum)、  
「助言」(consilium)、「助力」(auxilium)という殺人罪と結びつけられる3つの言葉を、ペニャフォルトの  
著述に則しつつ、自らの手でペニャフォルトには欠けていた言葉を補充しており、シュルツはこのような『ブラク  
トン』の著述を、「全てが非常に巧妙で、よく考え抜いた」(all very clever and well thought out)ものである  
と評価している<sup>129</sup>。

## 第2節 H・G・リチャードソン

シュルツと同時期に『ブラクトン』に携わっていたリチャードソンの研究は、カノン法文献と『ブラクトン』の  
類似性を指摘しつつ、これを基に執筆年代に関するカントロヴィチの見解を覆すことに焦点が置かれていたと言え  
よう。そのためか、リチャードソンによる『ブラクトン』とカノン法文献との類似性の研究は、逐語的あるいは構  
造関係の類似性を示すのみに留まっている印象が強い。

まず、リチャードソンは"Azo, Drogheda, and Bracton" (1944)において、アゾ→『ブラクトン』→ドロエダと  
いう系列を示したカントロヴィチ説に対し、ドロエダが『ブラクトン』よりもアゾに近い類似を示している箇所が  
複数存在すること、またカントロヴィチが提示した箇所以降のドロエダの著述が、『ブラクトン』を参照したと思  
われない箇所であることを示すことでカントロヴィチ説に疑問を投げかける<sup>130</sup>。彼は更に、ヘンリ・ド・ブラクト  
ンが死亡した1268年以前に、今日『ブラクトン』として知られる書物が流布したことを示す形跡が見られないこ

---

<sup>129</sup> Schulz, *op.cit.*, 292 を参照。『ブラクトン』の原文は以下の通りである。".....omnes dici poterunt homicidae.....illi qui nec occiderunt nec voluntatem occidendi habuerunt, sed venerunt ut praestarent consilium et auxilium occisoribus.....", Thorne, *Bracton* vol.2, p.342 を参照。ペニャフォルトは以下の通りである。"Quantum ad peccatum dicuntur homicidae omnes.....illi, qui nec occiderunt nec voluntatem occidendi habuerunt, sed venerunt, ut praestarent auxilium occisoribus.....", Schulz, *op.cit.*, 289 を参照。

<sup>130</sup> H. G. Richardson, "Azo, Drogheda, and Bracton", *English Historical Review* vol.59, 1944, 25 を参照。リチャードソンは逐語的な類似の提示を目的としてテキスト比較を行っているが、冗長を避けるため本稿では割愛する。

とから、かの書を 1245 年に死亡したドロエダが利用したとは考えにくいとしている<sup>131</sup>。またリチャードソンは、発展期にあったコモン・ローの複雑な手続をマスターし、オックスフォードの教師（ドロエダ）の目に止まるほどの高いローマ法学識を駆使して執筆された著書が、「徒弟」(apprentice)の時期にある若者の手によることに疑義を呈する<sup>132</sup>。更にまた、BNB 集録の判例の年代から、彼は BNB の執筆を「1250 年よりも遠い昔、あるいはずっと後ではない数年内」(in some year not long before or not long after 1250)であり、また 1244 年以前では執筆できない部分として『ブラクトン』の巡察に関する著述を挙げることで、メイトランド説を擁護している<sup>133</sup>。このようにリチャードソンはアゾ→ドロエダ→『ブラクトン』という過程と、それを支える『ブラクトン』の著述とを示すことで、カントロヴィチ説を退けたのである。

続いてリチャードソンは"Tancred, Raymond, and Bracton" (1944)において、ペニャフォルトの『婚姻集成』(*Summa de matrimonio*)の 24 章 (titulus 24) と『ブラクトン』の f.63-64 を、また 25 章 (titulus 25) と『ブラクトン』の f.92 を対照させている<sup>134</sup>。ペニャフォルトの『婚姻集成』は、タンクレードによる同名の書を利用して 1235 年から 1240 年の間に執筆されたものである。つまり、カントロヴィチの言う 1239 年以前の段階ではイングランドに出回っている筈のない書物であり、リチャードソンは『ブラクトン』との類似性を示すことで、カントロヴィチ説に対する更なる反論を行っている。例えば、『婚姻集成』の 24 章において「たとえ真に婚姻が存在しない場合でも、教会の面前において適法と考えられるもの」(*quod in facie ecclesie legitimum reputatur quamvis in veritate matrimonium non fuerit*)という著述が、『ブラクトン』においては「たとえ真に婚姻が存在しない場合でも、教会の面前において(婚姻した人は)合法的と考えられる人」(*qui in facie ecclesie legitimus reputatur, quamvis in veritate matrimonium non fuerit*)となっている。物を示す"quod"と人を示す"qui"、これに影響された"legitimum"あるいは"legitimus"の語が傍線のように異なるが、用語がほぼ一致していることが見て取れる<sup>135</sup>。ま

---

<sup>131</sup> *Ibid.*, 27 を参照。

<sup>132</sup> *Ibid.*, 32 を参照。

<sup>133</sup> *Ibid.*, 36-37 を参照。

<sup>134</sup> H. G. Richardson, "Tancred, Raymond, and Bracton", *English Historical Review* vol.59, 1944, 376-384 を参照。

<sup>135</sup> Richardson, *op.cit.*, 379-381 を参照。ここでは特に 379 を参照。

た『婚姻集成』の 25 章と『ブラクトン』の f.92 に関して、「嫁資の形式には 2 つのものがある、一方は花嫁の父親によるもの、もう一方は外来的なものである」(pecies dotis sunt duae, alia profectitia, alia adventitia)という一致した表現が見られる<sup>136</sup>。このようにして、リチャードソンは『ブラクトン』の依拠したカノン法文献を新たに発見すると同時に、執筆年代を 1239 年以前とするカントロヴィチ説に鋭い修正を行っている。メイトランドも『ブラクトン』の婚姻に関する著述にはタンクレードの著書が用いられたことを示唆していたが、その伝播はペニャフォルトを介してのものであったという見解をリチャードソンは同時に示している<sup>137</sup>。

シュルツが賛同した『ブラクトン』の校訂者を想定するカントロヴィチ説についても、リチャードソンは否定的な見解を取っている。先の研究を基に、リチャードソンは"Studies in Bracton" (1948) においてカントロヴィチ説に対する疑問を新たに提示する。カントロヴィチは、現存するマニュスクリプトの元になったのは、ヘンリ・ド・ブラクトンの草稿に校訂者が手を加えた「原型」(archetype) であるとしていたのは先に述べた通りである。リチャードソンはメイトランド説に近い立場を取り、マニュスクリプトの基になったのはヘンリ・ド・ブラクトンによる草稿であって、改訂も(おそらく)本人によるものとしている。カントロヴィチ説を適用すると、閏年法を初めとする 1240 年代以後の著述は全て校訂者の手によるという想定も成り立つが、リチャードソンはそれらの著述には「追補」(addicio) の特徴を備えていない部分もあると述べている<sup>138</sup>。しかしながら、リチャードソンは執筆年代を正確に想定することも避けており、彼は『ブラクトン』の改訂部分を (a) 既に組み上げた事項の書き換え、(b) 最新の (fresh) 事例を含む文章の追加、(c) 最新の事項の代入という 3 つの方式に分類しているが、1256 年でこれらの改訂が終了した理由については分からないとしている<sup>139</sup>。

セルデン協会から出版された *Bracton: The Problems of his Text* (1965) は彼の『ブラクトン』研究の集大成であり、その第 1 部第 6 章「ブラクトンは無欠だったか？」(Was Bracton Impeccable?) では「校訂者」に関する問題が扱われている。カントロヴィチとシュルツがヘンリ・ド・ブラクトン自身の理解力を高く評価し、そのテキ

<sup>136</sup> *Ibid.*, 382 を参照。

<sup>137</sup> Maitland, *Bracton and Azo*, pp.221-224 を参照。

<sup>138</sup> H. G. Richardson, "Studies in Bracton", *Traditio* vol.6, 1948, 94-96 を参照。

<sup>139</sup> *Ibid.*, 97, 100 を参照。

ストにおける誤りは「校訂者」に帰す立場であるのに対して、リチャードソンはメイトランド説に則り、ヘンリ・ド・ブラクトン自身の理解力を疑問視する立場をとってこれを検証している。

彼は『ブラクトン』の著述を、まずアングロ=サクソンの古来の法と、次に"dos"の理解に関するタンクレードおよびペニャフォルトの『婚姻集成』と比較している。彼によれば、アングロ=サクソンの法では、「知り合い(cuth)であれ見知らぬ人(uncuth)であれ誰かをもてなす場合は、2日目の夜までは責任を負わない客人(hospes, gust)として扱わなければならないが、3日目の夜からは世帯の一員(agenhine)としてかの者を扱う」としている。しかしこのことを要約した『ブラクトン』のf.124bにおいては、「古き慣習に従えば、他人の家に3日に渡って泊まった者は家族の一員と呼ばれる。何故なら初日には彼は見知らぬ人(uncuth)であり、2日目は客人(gust)であり、3日目は世帯の構成員(hogenehine)となるからである」とされている。一見内容は近いものであるが、詳細に相違がある。リチャードソンはこうした内容の違いについて、『ブラクトン』がアングロ=サクソンの法を理解しそこなったら、常にローマ法を理解していただろうか」と述べ、『ブラクトン』のローマ法継受にそれほど厳密に拘る必要はないとする<sup>140</sup>。

また"dos"について、タンクレードは「結婚の負担を担うために、女性から男性に与えられる贈り物」としているが、『ブラクトン』は「将来結婚する予定の自由人の男性が、教会の玄関先で配偶者に与える物であり、それは夫が妻より先に死亡した場合に妻と子どもたちの援助に用いられる」としている。『ブラクトン』の述べる「嫁資」(dos)は、タンクレードでは「婚姻のための贈与」(donatio propter nuptias)と呼ばれるものである<sup>141</sup>。加えて、「嫁資以外の妻の個人財産」である"parapherna"をペニャフォルト（並びにその参照元となったタンクレード）が「嫁資」(dos)ではないと述べているにも関わらず、『ブラクトン』は"parapherna"を"dos"であるとして、全く逆の見解をとっている。リチャードソンによれば、「レイモンド（ペニャフォルト）と『ブラクトン』を並べて見ると、『ブラクトン』が段落ごと、行ごとに彼の権威乃至典拠（authority）に従っていることが明らかである」がために、

---

<sup>140</sup> H. G. Richardson, *Bracton: the Problem of his Text*, Selden Society Supplementary Series vol.2, 1965, pp.45-46 を参照。

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp.46-47 を参照。

両者の違いは『ブラクトン』がペニャフォルトの見解を理解していないことを示している<sup>142</sup>。このようにして、リチャードソンは『ブラクトン』が学識法文献を多分に用いて著述していることは認めつつも、その学識の程度について疑問を提示する<sup>143</sup>。

続く第7章「『ブラクトン』のユ帝『法学提要』的構造」(Bracton's Institutional Scheme)において、リチャードソンは『ブラクトン』全体の構成に着目する。『ブラクトン』が「人」、「物」、「訴訟」というユ帝『法学提要』の構成を適用していることは、既に研究者間で一致した見解となっていた。リチャードソンは『ブラクトン』がこのような構成を取った理由として、『ブラクトン』が序論で批判的としている「無学な者」(minus doctus)とはローマ法に無知な者であり、そうでない法律家はユ帝『法学提要』に慣れ親しんでいる者であることを読者に示す必要があったとリチャードソンは想定する<sup>144</sup>。リチャードソンによれば、『ブラクトン』とユ帝『法学提要』の対応は次頁の通りとなる。『ブラクトン』の構成は、基本的にユ帝『法学提要』第1巻から第4巻までの流れに沿ってはいるが、各巻の章は順序が一定していない形となっている<sup>145</sup>。リチャードソンの分析によれば、f.115以降の部分には、国王訴訟と抗弁論の一部を除けばユ帝『法学提要』の影響は見られない。これについて、f.160からf.399までは「純粋なイングランド法」(purely English)であるのがその理由であるとリチャードソンは説明し、またユ帝『法学提要』的構成は本来の著者(ヘンリ・ド・ブラクトン)が手がけたものと彼は考えている<sup>146</sup>。

---

<sup>142</sup> *Ibid.*, p.48 を参照。括弧内は筆者による。

<sup>143</sup> 後で本稿でも取り上げる J・L・バートンは、"Bracton as a Civilian" (1968) においてこのようなリチャードソンの見解に同調しない立場をとるが、婚礼日に教会の戸口で夫から妻に与えられるものを指す"donatio propter nuptias"が、イングランドの慣習ではこれが"dos"と解されていたように、"parapherna"の違いも同様のものであって、『ブラクトン』がローマ法の用語を使っていたとしても、イングランド法について著述していたことを忘れてはならないと彼は述べる。ローマ法では、"dos"は婚姻の際に夫の所有となる物であるが、"parapherna"は(夫が自由に使うことを妻が許していたとしても)妻自身の所有に留まる物を指すが、既に『グランヴィール』が、ローマ法上の"dos"はイングランドでは"maritagium"に当たると述べていることから、『ブラクトン』はペニャフォルトを理解していないのではなく、イングランドにおいて"dos"として"maritagium"を見なす者にとって、"parapherna"も同様に解されていたことを指す「非常に適切な答え」(very fairly answer)を示したとする見解をバートンは示している。J. L. Barton, "Bracton as a Civilian", *Tulane Law Review* vol.42, 1968, 558-560 を参照。

<sup>144</sup> Richardson, *op.cit.*, p.53 を参照。

<sup>145</sup> *Ibid.*, p.58 を参照。図に関しても当該ページを流用している。ユ帝『法学提要』の表題訳については、末松謙澄譯註解、『ユスチニアヌス帝欽定羅馬法學提要—訂正増補四版』(帝國學士院、1924)を用いた。

<sup>146</sup> *Ibid.*, pp.60-61 を参照。バートンはリチャードソンが「純粋なイングランド法」と呼んだ範囲の内、f. 161b から f.172 に渡り、詳細な検討は省きながらも、『ブラクトン』が『ローマ法大全』を(明確なテキスト上の類似は見られないが)参照していたことが読み取れるとして、当時の注釈学者たちの方法に従って、自身の著述からの類推によって議論することができるほど『ブラクトン』が学識法に親しんでいたとしている。Barton, *op.cit.*, 573-577 を参照。

『ブラクトン』	『法学提要』
f. 1-10	Book 1 to Book 2, title 3
序論～物の所有権の獲得について「混同に関して」	第一巻～第二巻「役権について」
f. 11-51b	Book 2, titles 7-9
物の所有権の獲得について「生存者間の贈与による物の所有権の獲得について」～「どのようにある人は彼の占有を用いるべきか」	第二巻「贈与について」～「吾人は何人によりて取得するか」
f. 51b	Book 2, title 6
物の所有権の獲得について「一度獲得した所有はどのように失われるか」	第二巻「時効取得及び長期占有について」
f. 52	Book 2, titles 2, 3
物の所有権の獲得について「どのように所有は所有権取得によって獲得されるか」	第二巻「無体物について」、「役権について」
f. 60	Book 2, title 7
物の所有権の獲得について「死亡者と死亡に伴う贈与について」	第二巻「贈与について」
f. 61b	Book 3, titles 23, 24
物の所有権の獲得について「購入による所有権の獲得について」	第三巻「売買について」、「賃貸借について」
f. 62b-69	Book 3, titles 1-6
物の所有権の獲得について「衣服の使用について」～「偽の出生と、女性が望まぬ妊娠と、真なる相続人の相続人廃除を申し立てることについて」	第三巻「無遺言相続について」～血族の親等について
f. 92	Book 2, title 7
物の所有権の獲得について「嫁資の2つの種類について」	第二巻「贈与について」
f. 98b	Book 4, title 6
訴権について「訴権と何が訴権であるかについて」	第四巻「訴権について」
f. 99-101b	Book 3, title 13-Book 4, title 5
訴権について「どこから訴権は発生するか」～「いかなる方法で債務は失効されるか」	第三巻「債務関係について」～第四巻「準不法行為により発生する債務関係について」
f. 101b-104	Book 4, titles 1-4, 6, 12
訴権について「不法行為あるいは同様の行為から生じる債務について」～「訴権の3つの分類」	第四巻「不法行為より生ずる債務関係について」～「人身的損害について」、「訴権について」、「永久又は期限付きの訴権及び相続人に移転または相続人に対して効力ある訴権について」
f. 118	Book 4, title 18
国王の訴訟について「五港の自由の範囲内で、ケント州の運河での巡察のための一般召喚令状について」	第四巻「公訴について」
f. 155-159b	Book 4, titles 3, 4
国王の訴訟について「民事的に訴えられた低級で重要度の低い犯罪について」～「不法行為に関する担保として差し押さえられた他人の土地や危惧あるいは道具における何かを、ある人が構想した場合、動産は獣の名目に属して申し立てられる」	第四巻「アクイーリア法について」、「人身的損害について」
f. 399b-400b	Book 4, titles 13, 14
抗弁について「抗弁について」～「再抗弁は抗弁に対して存在する」	第四巻「抗弁について」、「反抗弁について」
f. 443b-444	Book 4, titles 6, 17
抗弁について「司教又は他の教区司教が初日に書記を有していない場合の、司教に対する差押令状」	第四巻「訴権について」、「審判官の職務について」

最後に、リチャードソンは以下のように『ブラクトン』の執筆と写本への伝播過程をまとめている。まず、『ブラクトン』には2つの執筆スタイルが存在する。一方は正にアカデミックと呼ばれ得る箇所であり、ローマ法の影響がより強く見受けられる。もう一方は長大な論文 (tractatus) であり、こちらは明らかにより自由で、「より低い学習」 (less studied) に基づくが、プロフェッショナルな文章と呼び得るものである<sup>147</sup>。各マニュスクリプトで共通している追補 (addicio) は、『ブラクトン』の草稿に元々記されていたのであって、(それ以外の者による)「付け足し」 (afterthought) と想定することができない。テキスト内で"addicio"と付けられているのは、後の写字生に対してこれを本文 (main text) に組み込むように指示をしていることを示している。明確な理由は不明であるが、1256年にヘンリ・ド・ブラクトンは自身の著作への注釈作業を停止し、彼の死後に残された草稿を写本したものが更に写本されるという伝播の過程を辿ることとなった、というのがリチャードソンの見解である<sup>148</sup>。

リチャードソンは結論として、『ブラクトン』はあちこちにローマ法的な学識の要素を差し挟んでいるが、幸いにも著書の大部分は純粋にイングランド法への直接的な註解であるが、それは『ブラクトン』の著書全体ではなく、我々が残りのローマ法的部分を理解しなければ、彼や彼の時代の法曹たちについて理解することはできないだろうとしている<sup>149</sup>。彼がこのように述べた理由は、ウッドバイン以降の『ブラクトン』研究がローマ法との類似を強く示唆することに対する強い傾向を持っていたことと無関係ではないであろう。『ブラクトン』のローマ法学識についてのリチャードソンの評価は、カントロヴィチはもちろんシュルツとも距離を置いたものである。『ブラクトン』におけるローマ法用語の利用と応用は、ヘンリ・ド・ブラクトンの卓越した理解に基づくものであって、これにそぐわない著書内の誤りを全てヘンリ・ド・ブラクトン以外の何者かに負わせるカントロヴィチらの傾向に対する警鐘であるという主旨の上で、リチャードソンの見解は理解されるべきであろう<sup>150</sup>。

---

<sup>147</sup> Richardson, *op.cit.*, p.62 を参照。

<sup>148</sup> *Ibid.*, pp.68-70 を参照。

<sup>149</sup> *Ibid.*, p.71 を参照。

<sup>150</sup> 彼が *Bracton: The Problems of his Text* の第2部に相互の関連が疑われる『ブラクトン』と学識法文献とを並列して提示していることも、このような彼の姿勢を示しているものと言える。*Ibid.*, pp.77-151 を参照。

## 第5章 S・E・ソーン：『ブラクトン』研究における大転換（1968-1977）

ソーンがウッドバインの編纂した『ブラクトン』の英訳を行ったことは既に述べたが、ソーンの見解は（論点1）＝『ブラクトン』の執筆年代と著者の問題に大きな転換をもたらした。なお、本章においてソーンが示す『ブラクトン』の巻数及び頁の表記（例：2巻104頁）は、ウッドバイン＝ソーン版に準じたものである。これまでの研究では、『ブラクトン』の文章を、マニュスクリプトにおける「本文」（main body乃至 main text）と「欄外書込」（＝追補 addicio）とに分類して分析するという方法が取られていた。そしてリチャードソンに至るまで、ヘンリ・ド・ブラクトンが著者であるという点は揺らぐことのない前提であったが故に、カントロヴィチが提示した執筆年代は、ヘンリ・ド・ブラクトン自身の経歴とそぐわないものであるとして退けられてきたのである。

これに対して、ソーンによる『ブラクトン』の著者と執筆年代に関する研究では、本文ならびに追補それぞれに対して「改訂」（revise）が為されていたのではないか、という新たな視点が打ち出されている。その出発点もまた、マートン法であった。つまり、マートン法による変更が反映されていない箇所は、同法制定の1236年より前に執筆された箇所であり、その逆は1236年より後の執筆である可能性が高いということになる。ソーンは後者と思われる著述を、著書のアップデートを試みたことを示す「挿入文」（insertion）であると解釈したのである<sup>151</sup>。このようなソーンの想定はまた、BNBが『ブラクトン』に深い関係を持つとするメイトランド説に対しての反論にも繋がるが、これについて後で述べることとする。

『ブラクトン』の執筆年代とマートン法に関する問題として、まず「我らはイングランド法を変更するを欲せず」（Nolumus leges Angliae mutare）という有名な文言を生み出す契機となった、嫡出子の扱いについてソーンは注目する。イングランド法では、親の結婚以前に出生した者は非嫡出子とされ、財産の相続からは除外される。一方でカノン法では、婚姻準正の制度として、後に結婚すれば嫡出子とみなされるとしていた。この差異に関して、教会側はイングランドにおいてもカノン法を適用しようとしたが、マートン法の制定によって、「出生が結婚の前あるいは後であろうと」嫡出性についての問題は国王裁判所で審理されることになった。ところが、『ブラクトン』に

---

<sup>151</sup> Thorne, *Bracton* vol.3, xiii を参照。

集録された令状の中に、司教に対してこの問題を諮問するものが含まれているのを初め、マートン法が施行された1236年5月以降に執筆されたとは思えない著述が存在する<sup>152</sup>。かたや、この種の問題を世俗裁判所でのみ扱うことに言及している欄外書込については、ソーンはこれを1237年以降の「改訂者」(reviser)の手によるものであると考えたのである<sup>153</sup>。

また、1236年以降に記されたと考えられるものとして、聖俗裁判管轄訴訟(utrum assise)に関する著述をソーンは取り上げる。『ブラクトン』には、1227年のマーティン・オブ・パティシャルの判決以後、このアサイズは聖職者のみに許され、俗人には属しないとされていたが、「今日」(hodie)では両者に認められると「本文」内で記されている<sup>154</sup>。しかしながら、このアサイズの提訴が俗人に属するのは1235年の10月まで認められていないので、「今日」とは早くて1236年を意味していると考えられることから、ソーンはこの部分を1236年以降に挿入された文章であると理解したのである<sup>155</sup>。

続いてソーンは、教会に対する禁止令状を取り上げる。その項目は1230年代半ばから拡大したが、これに関して『ブラクトン』の中に見られる文章上の混同は、古いテキストの行間乃至欄外に書き込まれたことによる結果として生じたものであるとする。例えば、禁止令状の分類について述べる『ブラクトン』の聖職推挙権に関する令状が、10分の1税についても適用されるとする著述には、改訂者による文言の挿入があり、また『ブラクトン』がその次に聖職推挙権に関する令状を例として挙げている著述において、その適用範囲の区分を更に拡大する旨を述べている末尾部分は、先と同じ改訂者による挿入であるとソーンは考えたのである<sup>156</sup>。スタンダードな禁止令状は、自由土地保有権、聖職推挙権、遺言あるいは婚姻に関連しない債務や動産を含む訴訟の(教会裁判所での)審理を禁止しており、これらは全て1220年代においては「当然令状」(de cursu)となっており、『ブラクトン』に記されている<sup>157</sup>。しかしながら、聖職推挙権ではなく10分の1税が教会裁判所において提起された場合にこれを禁止する

---

<sup>152</sup> *Ibid.*, xv-xvi ならびに Thorne, *Bracton* vol.4, p.303 を参照。

<sup>153</sup> Thorne, *Bracton* vol.3, xvi を参照。

<sup>154</sup> *Ibid.*, p.329 を参照。

<sup>155</sup> *Ibid.*, xvii を参照。

<sup>156</sup> *Ibid.*, xix を参照。

<sup>157</sup> *Ibid.*, xix を参照。ソーンは4巻252-253頁にこの“de cursu”という著述があると記しているが、実際にこの用語が現れるのは285頁である。

とした事例などは、1230年代においては新しくそして注目されるものであるが、1250年には十分に知られていたものであり、1250年に編纂されたとする書物にあえて選ばれるほどの重要性を有していたかについてはソーンは疑問を抱いている<sup>158</sup>。

このように、ソーンは改訂者の存在を思われる著述として数々の事例を提示したが、更に、次章のバートンとブランドの論争においても扱われた令状の表記間違いについて述べたい。ソーンによれば、『ブラクトン』の集録する新侵奪不動産占有回復令状の内、「国王ヘンリのブリタニーからイングランドへの最近の帰還後」(after the last return of king Henry from Brittany into England)は誤った方式であり、また利用されたこともないものである<sup>159</sup>。

この問題を考察するにあたって、ソーンは『ブラクトン』に集録された同種の令状を取り上げる。まず、(a) 出訴期限を「朕の伯父リチャード王の最初の戴冠式後」(after the first coronation of king Richard our uncle)からとした、1218年乃至1220年から1237年にかけての相続不動産占有回復令状の方式と、(b) 出訴期限を「ウェストミンスターでの朕の最初の戴冠式後」(after our first coronation at Westminster)からとした1229年から1237年にかけての新侵奪不動産占有回復訴訟の方式とが、ウッドバイン=ソーン版3巻343頁に集録されている。(c) またウッドバイン=ソーン版3巻の194頁では、出訴期限を「ジョン王のアイランドからイングランドへの最近の帰還後」(after the last return of king John from Ireland into England)からとした1218年から1229年にかけての新侵奪不動産占有回復令状の方式が示されている。(c) については、1229年以降には(b)の方式と同じ方式に改められた後、1237年には「国王ヘンリのブリタニーへの最初の渡航後」(after king Henry's first crossing of the sea into Brittany)という方式へ更に変更されている。

つまり、問題の令状の方式は、(c)の方式を急いで改訂しようと試みたことを示すものであり、また改訂者はその変更にあたって、「ジョン王」を「ヘンリ三世」に、「アイランド」を「ブリタニー」に置き換えなければならないということを認識していたことを示しているのである。従って、問題の令状の誤りは、(a)から(c)の3つ

---

<sup>158</sup> *Ibid.*, xix-xx を参照。なお、佐藤伊久男は、この『ブラクトン』の禁止令状に注目している。佐藤は『グランヴィル』と『ブラクトン』における禁止令状の違いとして、『ブラクトン』には「遺言あるいは婚姻に関連しない債務や動産を含む訴訟」が『グランヴィル』以降に禁止令状として新たに加わったことを挙げる。佐藤「十三世紀イングランドにおける教会と国家」、505頁を参照。

<sup>159</sup> Thorne, *Bracton* vol.3, p.57, 72, 192 を参照。

が『ブラクトン』に集録されていることから示唆されるように、1237年以前に執筆された箇所と、その後に改訂者が著書のアップデートを試みた箇所とが存在することを示しているとゾーンは理解したのである<sup>160</sup>。

このようにして『ブラクトン』の著述を分析することで、ゾーンは『ブラクトン』という書物が、従来の研究でいう1250年代に執筆された「本文」と「追補」といった区分ではなく、1236年以前に執筆された部分と、それ以降に執筆された部分で構成され、全編に渡って「改訂」されたものであるという新たな見解を打ち出したのである。

それでは、1236以前に執筆を行った者と、その後に執筆を行った者として考えられるのは誰か。この問題に関するゾーンの出発点は、BNBについての彼の見解に求めることができる。既に何度もマートン法が『ブラクトン』の執筆年代に重要な意味を有することは述べてきたが、その原点として、マートン法による変更について、BNBの注釈と『ブラクトン』の著述が"nova gratia"という表現で一致していたということを思い返してみたい。ゾーンにとって、この一致は『ブラクトン』の改訂者とBNBの注釈者（メイトランド言う所の「臨時注釈者」）とを結びつけることを意味するものとして理解されている<sup>161</sup>。

ゾーンによれば、1236年の直前あるいは直後から活動を始めた改訂者は、訴訟記録集よりも個人的な観察からいくつかの素材を得ていた。彼は1236年のリンカンの王座裁判所での事例がリンカン伯とウィリアム・オブ・ロウリーによって裁決されたという、訴訟記録集には無い詳細を知っていた。またロウリーによって1238年から1239年に処理され、王座裁判所の訴訟記録集に登録された2つのアサイズが、一方はサフォークのケートシャルで審問されたものであり、もう一方はノリッジで審問されたものであることも改訂者は知っていた。このような情報を得ることができたのはロウリーと彼の法廷に所属していた人物と想定されることから、ロウリーに書記として仕えたヘンリ・ド・ブラクトンこそが、マートン法以後の改訂を試みた人物であるとゾーンは考えた<sup>162</sup>。

ヘンリ・ド・ブラクトンがいつロウリーの書記となったか、どれほどの期間ロウリーの下にいたかは定かではない。彼が公式の記録に初めて現れるのは、国王裁判官書記として40マルクの支払いを受けた1240年である。そして1245年には巡察裁判官となり、1247年には王座裁判官（在任期は1247-1251年と1253-1257年）となった。

---

<sup>160</sup> *Ibid.*, xxviii を参照。

<sup>161</sup> *Ibid.*, xvii を参照。

<sup>162</sup> *Ibid.*, xxx を参照。

このことから、1240年にはすでに彼は書記としては経験を積んでおり、まったくの新参者でなかったことが示されているとソーンは述べており、これは先行研究とも一致した見解である。従って1239年（ノリッジ司教選出に伴うロウリーの退職）頃にヘンリ・ド・ブラクトンが改訂を開始したのなら、彼が著書の欄外にマートン法による変更を記した人物であり、それを当時の「新たな賜物」(nova gratia)あるいは「新たな法令」(nova constitutio)によるものと述べた可能性は十分にある。さらに、前述した聖俗裁判管轄訴訟を俗人に許可する1236年の変更を、「今日」と述べる著述もまた、ヘンリ・ド・ブラクトンによるものと考えられる<sup>163</sup>。

では、ソーンの想定するヘンリ・ド・ブラクトンによる改訂が為される以前の著書は一体、誰によって執筆されたものであるのか。ソーンは『ブラクトン』におけるマーティン・オブ・パティシャルに関する著述に注目する。『ブラクトン』内ではパティシャルを単に「マーティン」とファーストネームで記している箇所が存在している。また『ブラクトン』の著述からは、人民訴訟裁判所や巡察においてパティシャルが担当した訴訟の多くを記録し、更にヨーク(1226-7)、リンカーン(1226-7)、ケント(1227)、そしてサフォーク(1228)という彼の最後の巡察の内容をもよく知っている人物が執筆に携わっていることを示唆される。また『ブラクトン』の著述には、訴訟記録集ではなく個人的な情報を基に、パティシャルの言動が描かれている箇所が表れている。そしてまた、訴訟記録集にはない1223年のある事例における上訴人の名前や、前述のヨーク州におけるある事例が、王座裁判所へ順延された後に何も為されなかったという詳細までもが『ブラクトン』には綴られているのである。これらの著述は、パティシャルの書記であり、彼の退官後にその職務を継いだロウリーが手がけた可能性が高いことをソーンは示唆した<sup>164</sup>。

メイトランドの見解では、パティシャルの死からかなりの後年である1250年代に、ヘンリ・ド・ブラクトンが数ある訴訟記録集からパティシャルとロウリーの記録集を選び出し、自身の著書の執筆に使用したとされている。しかしソーンは、以上のような検討を基に、「どうやって、王座裁判所の裁判官として勤めていた人物が、イングランドの隅々まで国王の随員として定期的に移動し、閉廷期の間のアサイズの審理を命じていたような時期に、長大で複雑な書物を著すに十分な余暇を持てたのだろうか」、「なぜ1250年代に執筆を行った人物が、新しいものを古

---

<sup>163</sup> *Ibid.*, xxxi-xxxii を参照。

<sup>164</sup> *Ibid.*, xxxii を参照。

いものに優先する法律書物において、1239年以前に下した判決（とりわけ1229年以前のもの）に大きく依存し、最近の判決にほとんど触れていないのか」という、メイトランド説に対する鋭い指摘を述べたのである<sup>165</sup>。

また BNB についてのメイトランド説に対しても、ゾーンは批判的である。彼はまず、発見された BNB（と思われるマニュスクリプト）には 2000 もの事例が集録されているにも関わらず、『ブラクトン』に集録された約 500 の事例の内、わずか 150 ほどしか共通していないことに疑問を投げかける<sup>166</sup>。また、メイトランドのように注釈を BNB と『ブラクトン』とを繋げる接点として、両者が同一人物の手によるものであり、前者の事例が後者にも引き写されたとすると、一方の欄外にメモとして注釈を書き込むほど関心を持った事例をもう一方でも引用するか、少なくともより目立つように記すということが考えられるはずである。しかしながら、BNB から引き写された 150 の事例には、何ら注釈がされていないものが殆どである。また注釈が付けられている事例ですら、明らかに BNB ではなく訴訟記録集から引き写されたものであるとゾーンは主張する<sup>167</sup>。また BNB の no.1117 ではマートン法の年代が『ブラクトン』と同じく誤っているが、ヘンリ・ド・ブラクトンが改訂者であるならば正しい年代を十分に知っていたであろうし、彼がマートン法制定当時ロウリーの書記であったならば、正しい年代を忘れることも起こり得ないはずだとして、メイトランドの見解——つまり、ヘンリ・ド・ブラクトンを双方の執筆者であるとする考えに対しても疑問を投げかけている<sup>168</sup>。また、ヘンリ・ド・ブラクトンが BNB の作成に際して、自身が昔に集積した訴訟記録集を、自らの書記たちに割り振って作業させたとするメイトランドの見解にもゾーンは異を唱え、ヘンリ・ド・ブラクトンがロウリーの書記であった時代に、BNB と我々が今日呼んでいるマニュスクリプトを入手していたと想定したのである<sup>169</sup>。

このようにして、これまではヘンリ・ド・ブラクトンの上司という立場でのみ知られていたウィリアム・オブ・

---

<sup>165</sup> *Ibid.*, xxxiii を参照。鉤括弧内は筆者による。

<sup>166</sup> *Ibid.*, xxxiv を参照。

<sup>167</sup> *Ibid.*, xxxv を参照。

<sup>168</sup> *Ibid.*, xxxvii を参照。さらに、BNB の no.1291 にマーティン・オブ・パティシャルが「マーティン」と記載されていることは、ヘンリ・ド・ブラクトンが執筆したことを示すわけではないとゾーンは述べている。

<sup>169</sup> *Ibid.*, xxxix を参照。ゾーンは例として、1235年の夏にロウリーがデボンで執り行ったアサイズの内の1つが記載されていること（no.1148）、またロウリーが高祖不動産占有回復令状（writ of cosinage）の発案者であること（no.1214）を挙げ、またヘンリ・ド・ブラクトンが BNB の no.1124 において補完事項を加えた注釈者であったろうとしている。

ロウリーにソーンは新たに注目を与えた。そしてこれが、『ブラクトン』における 1241 年から 1244 年までの「武器により法（法律）は沈黙する」（*inter arma silent leges*）の状態を説明することができる。ソーンは考えた<sup>170</sup>。この時期はまた、ロウリーにとって苦難の時期であった。

ロウリーが国王裁判官を退官した後の 1238 年にウィンチェスター司教が没した。同修道士参事会はロウリーを選出したが、国王の強い反対にあい、ロウリーは 1239 年にノリッジ司教となった。しかしながらウィンチェスターは以前空位のままであったため、1240 年に再びロウリーはウィンチェスター司教に選出された。彼がこれを受諾したことについて国王は教皇に上訴したものの、教皇は 1241 年にこれを退けた。ロウリーと国王との対立は 1243 年に激化し、国王側はウィンチェスター市に対してロウリーとその書記たちがその地で宿を取ることができないよう、また平信徒たちが彼らに食べ物やその他必要物資を渡すことがないように命令した。これに対してロウリーは、1244 年 1 月にウィンチェスター市長ならびにシェリフを破門とし、また同市を聖務停止として、さらに国王を擁護したヘンリ・ド・スサ（Henry de Susa）も糾弾の末に破門としたのである。また同年、教皇は国王に対してロウリーの選出がカノン法上正当であることを認めるよう警告し、カンタベリ大司教候補を初め、リンカン、ウスター、ヘレフォードの司教も国王に承認を促したことにより、国王もこれを受け入れた。これを受けてロウリーも先の破門を解き、両者の対立は終局を見たのである。その後、1245 年のリヨン公会議に出席したロウリーは、イングランドの 3 つの聖職禄を兼有する教皇特免を得て、その 1 つをジェフリー・オブ・フェリング（Geoffrey of Ferring）に、もう 1 つをヘンリ・ド・ブラクトンに与えた。同年、ヘンリ・ド・ブラクトンは巡察裁判官に任命され、国王裁判官としての道を本格的に歩み始めることになる。つまり、1240 年に国王裁判官書記となったヘンリ・ド・ブラクトンは、1241 年から 1244 年の上司ロウリーの危機に際し、同職を辞して彼を擁護し、その報酬として聖職禄を与えられた。『ブラクトン』内の著述で 1241 年から 1244 年にかけての時期が空白となっているのは、かような事情によるものではないだろうか、というのがソーンの見解である。このような自身の見解を補強するものとして、ソーンはヘンリ・ド・ブラクトンが 1245 年に赴いた巡察の地、リンカンとノッティンガムにおける 2

---

<sup>170</sup> *Ibid.*, xliii を参照。"inter arma silent leges"の訳は、柴田光蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』（大学図書、2010）、107 頁に拠った。

つの事例が、『ブラクトン』の欄外書込であることに注目する。これはヘンリ・ド・ブラクトン以外の人間には為し得ないと思われることから、この書物が1245年の時点で彼の手に入り、おそらくは彼によって欄外書込が行われたことを示唆しているとゾーンは考える<sup>171</sup>。ヘンリ・ド・ブラクトンが、ロウリーから譲り受けた個人的な手稿（マニュスクリプト）に、自身が王座裁判官となった1247年以降の事例を欄外書込に記し、それが現存する写本の元となった原型（archetype）作成の際に本文へ挿入されたのではないかと、というのがゾーンの推定である<sup>172</sup>。

このような推論を基に、ゾーンは現存する『ブラクトン』のマニュスクリプト伝播についての持論を展開する。

ゾーンが描く『ブラクトン』の形成および伝播の過程は、以下（A）から（D）の順に、

- (A) ロウリーの手稿（1230年代執筆？）がヘンリ・ド・ブラクトンの所有になる（～1245年）
- (B) 彼の手で欄外書込等が為される（～1256年？）
- (C) その死後に原型（archetype）が作成される
- (D) それを基に現存するマニュスクリプトの多数が作成される

というように整理することができる。後で触れるが、『ブラクトン』の最初期の写本とみなされる2つのマニュスクリプトは、他のものと比べて欄外書込が圧倒的に多いことが、ウッドバインの編纂作業によって既に明らかになっていた。ヘンリ・ド・ブラクトン本人の事例は、その手稿では欄外に記されたものが、おそらく彼の死後、つまり上記（C）の段階で編集者（editor）によって、本文内への追加や省略が行われたのであろうとゾーンは推測する<sup>173</sup>。このように行われた追補はヘンリ・ド・ブラクトン以外の者による「付け足し」（afterthought）であると、するメイトランドの見解にゾーンは同調しつつも、その時点テキスト（この場合はヘンリ・ド・ブラクトンの手稿）とする点については意見を異とし、「原型」（archetype）の作成時点であろうとゾーンは想定する<sup>174</sup>。こうした前提に立ち、（D）の段階、つまり『ブラクトン』が写字生たちに渡る以前に、（C）の段階として、1人あるい

<sup>171</sup> *Ibid.*, xl-xliii ならびに、佐藤「十三世紀イングランドにおける教会と国家」、483-485頁を参照。ヘンリ・ド・ブラクトンは1245年、リンカン、ノッティンガム、ダービーへ巡察裁判官として赴いている。

<sup>172</sup> *Ibid.*, xliii を参照。先行研究で再三に渡って取り上げられたコーンウォール伯リチャードの肩書は、この著述が1251年以前でも1257年以後のものでもないとするゾーンは述べている。

<sup>173</sup> *Ibid.*, xliv を参照。ゾーンが挙げているのは、ウッドバイン＝ゾーン版2巻98頁(1250)、139頁(1247-51)、150頁(1255-56、この事例はブラクトンによって審理された)、323頁(1247)と3巻309頁(1258)、329頁(1253)である。

<sup>174</sup> *Ibid.*, xliv を参照。

は複数の「編集者」(editor)の手によって、欄外書込のいくつかが本文内に加えられたというのがソーンの手によるものであり、あると解することができるだろう<sup>175</sup>。

一方で、ソーンは追補 (addicio) の内、ヘンリ・ド・ブラクトンの手による追加の例として、「領主かつ相続人とはなりえない」(cannot be lord and heir)、「領主かつ保有者(であることはありえない)」(lord and tenant)の法原理を取り上げる。これは長男以外の相続人に関連するもので、BNB が多数の事例を集録している 1220 年代や 1230 年代においては重要ではあったが、1250 年代にはこの法原理が射程とする主従関係の重要性は実際上低減していた。にもかかわらず、『ブラクトン』では 3 箇所(2 巻 192-194 頁、3 巻 308 並びに 312-314 頁)に渡って、『グランヴィル』と同様に父親と三人の息子に関する古い事例を長文で考察している。ソーンによれば、追補 (addicio) に分類されている 3 巻 308 頁と 312-14 頁が扱っているのは 2 巻 110-111 頁と同じ主題である。こうした部分はヘンリ・ド・ブラクトンが自身の草稿 (draft) に施した追加であるが、「原型」(archetype) の際に一旦省略され、その後再び追補 (addicio) として加えられたとソーンは考えたのである<sup>176</sup>。

『ブラクトン』の最初期のマニュスクリプトである、OA と LA は欄外書込が多いことで知られていた(各マニュスクリプトの名称については本稿末尾「付録」を参照)。ソーンはこの 2 つのマニュスクリプトからは、「原型」(archetype) はヘンリ・ド・ブラクトンの手稿の簡約版であると考えた。というのも、これらはこの浩瀚な書物の大部分をカバーしているが、完全に再現したものではないと思われるからである。例えば LA で取り上げられた文章が OA では削除されている(その逆もある)。その一方、OA と LA の挿入文は同じ箇所が存在することから、両者の元となった「原型」(archetype) は欄外書込のないつまり省略がされており、OA と LA における欄外書込は、ヘンリ・ド・ブラクトンの手稿に由来するのではないかとソーンは述べる<sup>177</sup>。また彼は、この問題がマニュスクリプト間における『ブラクトン』の序論部分の相違点にも関連していると考えていたようである。

OA と LA、更に OC と呼ばれるマニュスクリプトは、最初期のものであると目されている。これらに集録され

<sup>175</sup> *Ibid.*, xlv を参照。いくつかの文章は不注意または故意に省略されているが、それらは別の箇所ですでに繰り返されていたり、あるいはテキスト自体の価値については関係ない部分であったとソーンは述べている。

<sup>176</sup> *Ibid.*, xlvii を参照。また xli-xlii に渡って、ソーンはこうした「付け足し」等が疑われる箇所を事細かに取り上げている。

<sup>177</sup> *Ibid.*, xlviii を参照。

た序論部分にはブラクトン個人の名前は記されておらず、そこには匿名の「(私) 云々は」(talīs)とだけ記されている。ところが、前述した写本以外には「私、ヘンリ・ド・ブラットン」(ego, Henricus de Brattonne)と記したものが存在する<sup>178</sup>。確かに OA の f.1 の欄外には、「当初この書物を所有していたのは H.de Bratona である」(principium libri domini H. de Bratona)と書込まれているが、もしこれを書いた者がブラクトン本人を著者であると意図していたのなら、OA における“talīs”の場所にブラクトンの個人名を記すはずであり、それが為されていないということは、「原型」(archetype) あるいはそれが由来した手稿には、著者の名前が記されていなかったことになる。ソーンは考えた<sup>179</sup>。また、(1250 年から見れば) 30 年あるいはそれ以上の事例が、『ブラクトン』では“vetera”と呼ばれていることが、ソーン以前の執筆年代に関する研究で注目を集めてきたのは既に述べた通りである。ヘルマン・カントロヴィチは“vetera”という語はローマ法を指すと考えていたが、ソーンはこれを「パティシャルとロウリーの判決を『古き』と、自らの書の冒頭に記した者は、彼ら (パティシャルとロウリー) が裁判所を去ってから相当の後にその作業 (改訂) を開始した」と述べていることから、メイトランドと同様に“vetera”はパティシャルとロウリーの判決を指すものとして、カントロヴィチ説を退けているようである<sup>180</sup>。

一方で、ソーンによる第 1 巻の訳者序文は半ば忘れられてきたかのように見える。おそらくは第 3 巻の訳者序文があまりに有名になったこと、また第 1 巻でソーンが自身の発見についても検討を深く行っておらず、その検討も収録する予定であったであろう第 5 巻が未刊行のままであるといったことがその理由として考えられる。しかしながら、我々はここにも注意を要すべき指摘をソーンが行っていたことを忘れてはならない。ソーンは『ブラクトン』の中に見られるローマ法 (そしてカノン法) の要素は、その著者たちが「学校」で教育を受けたことの証明であるとしている<sup>181</sup>。その一例として、ソーンは法格言「知りそして望む者に不法は生じない」(scienti et volenti non fit

---

<sup>178</sup> Thorne, *Bracton* vol.2, p.19 を参照。ソーンが例として挙げているのは、“ego H. de Brattonne”と著述する LG と、“ego H. de Bractone talīs”と著述する OB である。

<sup>179</sup> Thorne, *Bracton* vol.3, li を参照。

<sup>180</sup> *Ibid.*, lii を参照。

<sup>181</sup> 「彼 (『ブラクトン』) のローマ法訓練の更なる証拠は——もしそのようなものが必要とされるならば——たとえ彼の対象が完全にイングランド的なものであった場合でも、彼の用いた用語の内に明らかである。それは、他の場所では獲得し得ない、諸学校 (the schools) の紛れもない専門用語なのである」(Further proof of his civil law training, if such is needed, appears in the language he used, even when his subject was completely English. It is the unmistakable technical vocabulary of the schools, hardly to be acquired elsewhere) Thorne, *Bracton* vol.1, xxxvi を参照。

iniuria)に着目していること、これについては既にギューターボックが「イングランドに帰化したもの」と述べ、またウッドバインが『ブラクトン』が独自に編み出した法格言であるという理解を取り、当該法格言のこのような理解が定着していたことは先に述べた通りである。この法格言がドロエダの『黄金汎論』から借用されたものであるという、英訳作業に伴う新たな発見をもソーンが示していることを我々は注視せねばならないだろう<sup>182</sup>。しかしながら、次章でみるように、その後の『ブラクトン』研究は皮肉にも同じくソーンによって提起された著者と執筆年代の問題に主軸を移していくことになる。

## 第6章 バートンとブランド：執筆年代と著者問題の新たな展開（1993-2010）

ソーンによって提示された『ブラクトン』の著者と執筆年代に関する問題は、J・L・バートンとポール・ブランドとの間で論争の的となった。1993年（奇しくもソーンの没年直前である）に発表されたバートンの"The Mystery of Bracton"は、その前段階と見ることができる。この論文は学術雑誌への寄稿ながら、全142頁に及ぶ長大なものであり、むしろ一冊の本として取り扱うことが望ましいと思える。バートンは非常に微に入り細に入り、ソーンの指摘は『ブラクトン』の執筆年代を厳密に設定するほどのものではないことを論ずる。しかしながら、ブランドは"The Mystery of Bracton"でのバートンの論証そのものには殆ど触れておらず、その結論部分にのみソーン説を擁護しながら反論するといった手法を取っている。これに対してバートンがブランドの提示した論拠に異を唱えるという形で反論を行い、それにブランドが答えるという形で両者の議論が展開されることになった。

### 第1節 "The Mystery of Bracton"（1993）におけるバートンの見解

まずバートンは大前提として、『ブラクトン』と我々が呼ぶ書物が、13世紀の時点でもヘンリ・ド・ブラクトンの所有物であると解されていたことを指摘する。ロバート・オブ・スカバラ（Robert of Scardeburgh）という人物の書翰の1つに、彼が1278年にドーセットの助祭長トーマス・ベックなる人物から、「持ち主ヘンリ・ド・ブレ

---

<sup>182</sup> *Ibid.*, xxxvii を参照。

トン（ブラクトン）が作成したかの書」（*librum quem dominus Henricus de Breton composuit*）を返却するよう  
にという旨が記された書面があり、例えば『グランヴィル』が「グランヴィルと呼ばれる集成」（*summa quae vocatur  
Glanvill*）と呼ばれていたことを踏まえると、（執筆を中断した 1256 年から考えて）30 年近く流布した上でも時  
点でもなお、ヘンリ・ド・ブラクトンが著者と目されていたことを示していると述べた<sup>183</sup>。またソーンが着目した、  
最初期のマニュスクリプトにおいて「(私) 云々は」(*talis*)としか著者が自分のことを表していないことについては、  
ヘンリ・ド・ブラクトンが、本人および彼の書記であればすぐに気づくだろうと考えて簡単に記したのであり、例  
え彼が他人の名前を自分の名前に置き換えようという意図を持っていたとしても、“*talis*”と記すのみにするとは考  
えにくいとした<sup>184</sup>。またマーティン・オブ・パティシャルを「マーティン」とのみ記した部分はウィリアム・オブ・  
ロウリーの手によるものであることを示すとしたソーンの見解に対しては、ヘンリ・ド・ブラクトンにパティシャ  
ルと個人的な面識がないことを示すほど厳密なものではないと述べている<sup>185</sup>。

執筆年代の推定に対して、マートン法による変更が反映されているか否かに強く依拠しているソーンの見解につ  
いても、バートンはそれほど厳密な推定をする必要はないと説く。未成年である相続人の結婚とそれに伴う封主へ  
の支払について、マートン法の関連規定をバートンは例として挙げながら、必ずしもマートン法による変更が実務  
上徹底されていなかったとし、マートン法の変更が反映されていないのは、1236 年以前の執筆であることを決定  
づけるものではないとした<sup>186</sup>。

また、「我らはイングランド法を変更するを欲せず」として婚姻準正の問題を国王裁判所で争うことを決定づけ  
たマートン法第 9 条を巡るソーンの見解に対しても、1247 年に国王が司教にマートン法第 9 条の文言を認めるよ  
う促していることや、1327 年まで国王裁判所で通例的に (*regularly*) 審理されていなかったこと、そして、1260  
年頃の訴答方式を集録した『訴答方式集』(*Brevia Placitata*) の中に、司教に対して出産が婚姻前後のどちらであ

---

<sup>183</sup> J. L. Barton, "The Mystery of Bracton", *The Journal of Legal History* vol.14 no.3, 1993, 1 を参照。

<sup>184</sup> *Ibid.*, 2 を参照。

<sup>185</sup> *Ibid.*, 2-3 を参照。

<sup>186</sup> 封主の同意を求めることなく未成年の相続人が結婚した場合、彼が封主に支払う額はマートン法第 6 条によ  
って等額 (*single value*) から二倍額 (*double*) へと変更されているが、封主が等額の支払を求めている 1241 年の  
事例や、強要ではないながらも封主の勧めた結婚を相続人が拒否した場合に、土地の相続前にその結婚によって獲  
得し得たはずの利益を封主に補填しなければならないとするマートン法第 7 条に起因する法的問題について、人民  
間訴訟裁判所が 1370 年まで決定を避けていたことをバートンは取り上げている。*Ibid.*, 8-9 を参照。

るか確認することを命じる令状が含まれていることを指摘する<sup>187</sup>。

1220年代から1230年代にかけて改訂された令状の出訴期限の方式、また「国王ヘンリーのブリタニーからイングランドへの最近の帰還後」(after the last return of king Henry from Brittany into England)という、実務で使用されたことのない令状表記が『ブラクトン』に集録されている点について、バートンは期日が改訂されたからといって、テキストそのものが改訂されたと断定する必要はないとする。考えられる可能性として、(a) 古い令状登録集を用いて執筆しており(1220年代から1230年代の古い方式が集録されている原因)、執筆時期当時の方式については自身の記憶に頼っていたがために誤記が生じてしまった、(b) 誤って記載された令状の部分について、後にそれを訂正を試みたものの見過ごしてしまった、といった想定を立てることができる。故に、この種の誤りを改訂者(他人のテキストに手を加えた)か著者自身(未完成な草稿における自らの論述を後に修正しようとした)のどちらに帰すべきであるかについては議論の余地を残している、というようにバートンの見解を整理することができるだろう<sup>188</sup>。

このような前提に立って、バートンはゾーン説に対する反論を展開していく。例えば、彼はマートン法第6章の不動産占有侵奪(disseisin)に対する不動産占有回復令状を巡る『ブラクトン』の著述に焦点を当てているが、その中で、「裁判官の利益について」(de beneficio iustitiarorum)という文言を含む1220年代の裁判所令状(judicial writ: 裁判所に事件が係属した後に発行される、訴訟手続を進行するための令状)に言及している『ブラクトン』の箇所は、1230年代の訴訟開始令状(original writ: 原告が手数料を払うことで、シェリフに宛てて、当該国王裁判所が裁判権を有することを意味する被告に対する命令状)への手続変更が反映されていないことを示すとするゾーンに対して、バートンは『ブラクトン』以後の『法廷年報』(Year Book)などを元に、この文言を含む令状が訴訟開始令状にも、裁判所令状にも利用され得たとして、変更の反映がない＝一定の時期のみの著述とはできないと反論している<sup>189</sup>。その他、ゾーンは2つの追補(addicio)部分(ウッドバイン＝ゾーン版3巻308頁、312-314

---

<sup>187</sup> *Ibid.*, 12-13 を参照。

<sup>188</sup> *Ibid.*, 19-20 を参照。

<sup>189</sup> *Ibid.*, 64 ならびに 135 の文末脚注(239)を参照。バートンはまた、スタッフォード州における1293年の巡察の事例を挙げている。

頁)を、編集者 (editor) による「原型」(archetype) 作成の際の省略とその後の補填の現れとして捉えている点に対するバートンの反論をここでは取り上げたい。ソーンはこの部分が追補 (addicio) であり、ここで示唆されているルール(「臣従宣誓は所有権を排除する」 *homagium expellit dominium*) が、1250年代には既にその重要性を低減させていたことの反映であるとしたが、バートンは1280年代でもこのルールが焦点となった事例があり、その重要性は——適用範囲こそ厳密になっていったが——「不用」(desuetude) とされるほどではなかったという見解を取る<sup>190</sup>。このような検証によって、執筆年代と著者を厳密に設定しようとするソーン説に対して修正を施そうというのが、バートンの基本的な立場であると言えるだろう。それを表すものとして、ここでは『ブラクトン』の執筆が1256年に中断された点についての彼の見解を紹介することにしたい。

さて、メイトランドも述べているように、『ブラクトン』内で執筆を明言しておきながら、実現していない幾つかのトピックが存在することは、この書物の執筆が「終了」したのではなく、「中断」されたことを示している。これまでの通り、1256年の閏年法による変更が反映されていないことから、この時点で「中断」されていたというのは、メイトランド以降の研究において一貫した共通理解である。そしてソーンの議論もまた、あくまで「執筆が開始された時期、手が加えられた時期はいつか」という問題を起点とした執筆年代と著者についての論証であり、1256年を「中断」とすることに対しては何らの言及も行っていないことに留意しなければならない。

バートンは、これを当時起こっていたバロン戦争との関連から、ヘンリ・ド・ブラクトンが著者であったとしても、彼個人に著書を仕上げるだけの時間が1256年以降なかったのではないかと考えた。彼は王座裁判官退官後のヘンリ・ド・ブラクトン本人の経歴に着目する。ヘンリ・ド・ブラクトンは1257年に王座裁判官の職を辞したが、この時点で国王とバロンたちとの対立は危機的な段階に達していたというのはイングランド史における周知の事実である。「はじめに」でも触れたが、王座裁判官退官後のヘンリ・ド・ブラクトンの経歴をもう一度挙げておこう。1259年8月に彼はバロンたちによって特別な授権を受けた7人の裁判官の1人に任命され、同年にはグロースター、ウスター、ヘレフォードを訪れていた。1261年には国王によってエセックスのウィザム (witham) にあ

---

<sup>190</sup> *Ibid.*, 85-86 を参照。

るカルトゥジオ会（カトリックの修道会の一派）の教会の保護職に任命され、その後も彼に断続的ながらサマーセットやデボンの審問を担当し、少なくとも 1267 年まで頻繁にアサイズ裁判官を求める訴訟当事者たちによって裁判官に選ばれていた。また 1267 年の春には、バロン戦争の終結後に所領を没収された改革派同調者に対する所領回復に関して、その委員の 1 人に任命されている。またこれに並行する形で彼は教会裁判官としても活動していた。そして彼は 1264 年 1 月にバーンスタブルの助祭長に選出されたが、同年 5 月にはエクセターに移っており、以後は没年の 1268 年まで同地の司教座聖堂尚書院長を務めていた。このように、王座裁判官退官後のヘンリ・ド・ブラクトンは、決して悠々自適な生活を送っていた訳ではなく、死の直前まで世俗裁判官と教会裁判官という 2 つの職務を同時にこなすという状況にあったのである。このように、バートンはバロン戦争といった政治的状况によって著書を補完するための余暇を奪われ、衰えてしまい、結果的にはその作業を断念してしまった人物像としてヘンリ・ド・ブラクトンを描いている<sup>191</sup>。

既にリチャードソンが述べたように、ヘンリ・ド・ブラクトンが没するまでその手稿が流布していないとすれば、彼自身に著書を仕上げるだけの時間や活力が残っていなかったというバートンの推定は、決して無理のあるものとは言えない。ここまでのバートンの議論で理解しておかなければならないのは、ソーン説への彼の反論はその完全な転覆を計るためではなく、1230 年代から 1250 年代という時間にも限定して議論を行うことで論証の厳密性を保とうとするかのような傾向への警告が含まれているという点であろう。また、令状表記の誤りについての見解からも分かるように、『ブラクトン』が 1250 年代当時の実務を反映しているというメイトランド説にバートンが完全に組している訳ではない点にも注意が必要である。このようなバートンによるメイトランド説への緩やかな修正と擁護に対して、ブランドはソーン説に則り、史料分析によるより鋭い反論を試みるのである。

## 第 2 節 バートン＝ブランド間の論争（1996-2010）

ソーン説を踏まえながらもメイトランド説の緩やかな擁護を行ったバートンに対して、同じくソーン説に依拠し

---

<sup>191</sup> *Ibid.*, 125-126 ならびに Maitland, *Bracton and Azo*, xii ならびに、佐藤「十三世紀イングランドにおける教会と国家」、485-486 頁を参照。

たブランドは、自身の研究成果を加えて更に執筆年代を厳格に解釈する見解を取った。これに対してバートンが反論を加え、更にブランドがそれに応じるといった形で、『ブラクトン』の執筆年代と著者に関する問題は新たな局面を迎えたのだった<sup>192</sup>。以下では執筆年代に関する両者の違いを（争点1）、著者に関してを（争点2）として、両者の見解を整理する。

両者による『ブラクトン』のテキスト検討は、他の研究者に劣らず非常に細部に渡るものである。両者の議論の焦点は、『ブラクトン』の著述と1250年代の実務との矛盾（と思われる箇所）に対して、(a) これらは「1250年代以前に執筆された箇所」である＝ヘンリ・ド・ブラクトンの手によるものではない（ブランド：メイトランド説の否定）と見るか、(b) 「矛盾があるからといって、1250年代以前の執筆とは限られない」＝ヘンリ・ド・ブラクトンの手による可能性はある（バートン：メイトランド説の擁護）と見るか、という立場の違いに求めることができるだろう。故に、ブランドは1230年代から1250年代における令状登録簿といった実務関係の文献に、バートンは『フリータ』や『ブリトン』（共に『ブラクトンの』後継書と目されている）といった、『ブラクトン』以後の文献にそれぞれ依拠するといった形で議論を行っている<sup>193</sup>。しかし、その全てを取り上げるのは冗長さを免れないため、上で挙げた特徴が強く出ている点に絞り、以下で取り上げることにしたい。とはいえ、ブランドへの反対論文である“The Authorship of *Bracton*: Again”が公表された時点（2009）で既にバートンが鬼籍に入っている一方、ブランドはこのバートンの遺作に対して“The Date and Authorship of *Bracton*: a Response”（2010）を著しており、バートンの指摘に対する反論と、自説を支持する新たな論拠を示しているため、ブランドへの言及の比重が若干高いものとなっている。

（争点1）について

まず初めに「国王ヘンリのブリタニーからイングランドへの最近の帰還後」(after the last return of king Henry

---

<sup>192</sup> それぞれの論稿は以下の通りである。Paul Brand, “The Age of Bracton”, *The History of England Law: Centenary Essays on Pollock and Maitland*, J. Hudson ed., Oxford & New York, 1996, 65-89; J. L. Barton, “The Authorship of Bracton: Again”, *The Journal of Legal History* vol.30 no. 2, 2009, 117-174; Paul Brand, “The Date and Authorship of Bracton: a Response”, *The Journal of Legal History* vol.31 no. 3, 2010, 217-244 を参照。Brand, “The Age of Bracton”は、直江眞一「成立期コモン・ロー研究の現状」、『法制史研究』(47)、1997、102-108 頁に要約されている。

<sup>193</sup> 『フリータ』および『ブリトン』に関しては、さしあたりプラクネット『イギリス法制史 総説編(下)』、489-491 頁（原著は pp.265-266）を参照。

from Brittany into England)という誤った令状の記載が『ブラクトン』に存在するという点についての両者の見解を改めて取り上げたい。これを1230年代に著書に集録れた令状を改訂者が急いで変更しようとしたことを示すと、1250年代以前の執筆箇所ではないとするゾーンに対し、著者が古い令状登録簿を用いて執筆し、後で間違いを正そうとしていた可能性を提示することで、バートンが執筆年代を測定する根拠とすることに留保を示したことは前述の通りである。ブランドはバートンの理解に対して、「著者が1250年に古い令状登録集を使って執筆していたとするバートンの示唆は、アサイズ裁判官として当時活動していた何者かによって1250年代の間に著書が執筆されていたと考えるならば、とりわけ信じがたいものと見える」と述べ、バートンの見解を批判した<sup>194</sup>。

次に、マートン法と『ブラクトン』の関係を巡り、両者は以下のような事例を初めとして双方の立場を表している。ブランドは『ブラクトン』の新侵奪不動産占有回復訴訟を表題とする著述（ブランドはこれを「論文」tractateと称する）末尾に、不動産占有再侵奪の訴え（マートン法第3条によって創設された訴訟方式）の内容が紛れ混んでいる点から、これは「この論文の末尾に加えられた種々雑多な箇所（miscellaneous section）に位置するだけでなく、注釈（comment）や注解（exposition）の希薄さ」を示しており、「この論文の大部分との特徴的な対照である」として、この箇所も追加であるとする<sup>195</sup>。バートンはこれに対して、16世紀の人物であるフィツハーバートの『大法要録』（*La Graunde Abirigement*）を例にして、「『ブラクトン』の）アサイズの説明の冗長さと不動産占有再侵奪の説明の簡潔さとの間にある対比が、フィツハーバートの『大法要録』におけるアサイズという章の冗長さと不動産占有再侵奪という章の簡潔さとの類似した対照よりも疑わしいものかどうかは、読者の判断に委ねられるべきである」として反論する<sup>196</sup>。整理すると、著者が特定されている『大法要録』にも、正確な著者が不明である『ブラクトン』と同じように分量の充実度の対比が見られるのだから、追加であるか否かを文量を元にして判断することについてバートンは疑義を提示したということであろう。ブランドはこれに対して、「フィツハーバートが要約したのは国王裁判所の事例であり、不動産占有再侵奪の訴訟は州裁判所で通常審理され裁定されたため、

---

<sup>194</sup> Brand, “The Age of Bracton”, 69 を参照。鉤括弧内は筆者による。

<sup>195</sup> *Ibid.*, 67 を参照。鉤括弧内は筆者による。

<sup>196</sup> Barton, “The Authorship of Bracton: Again”, 127 を参照。

報告されなかった」として、そもそも『ブラクトン』とフィツハーバートとの判例利用に違いがあると反論する<sup>197</sup>。

次に、自力取戻令状 (writ of recaption) の方式についての両者の見解を見てみよう。『ブラクトン』では (a) 巡察裁判官の面前で訴訟を審理することを命じる方式と、(b) 州裁判所において訴訟を審理することを命じる方式の2つが収められている。ブランドは、(a) の方式が実務で用いられた形跡がないことから、異なる2つの原稿が組み合わされたものであると考える<sup>198</sup>。バートンはこれに対して、『フリータ』に双方の方式が収められていることから、(『フリータ』の執筆時期である) 1290 年代にも双方の方式が利用できると考えられていたことを示すと反論している<sup>199</sup>。これに対して、『フリータ』が『ブラクトン』を参考に行っている点から、単純に『ブラクトン』に集録されていた方式を再現したに過ぎないとして、『フリータ』の著述とその執筆当時の実務とを結びつけて考えるバートンの見解にブランドは懐疑的である。

更に、「新たな賜物と規定」(nova gratia et provisiones)や「新たな法令」(nova constitutione)という用語でマートン法の変更に関及していることについての両者の見解を見てみよう。ブランドはソーンと同じくこの部分が1236 年ごろに加えられた著述であるとする<sup>200</sup>。「1950 年代の初めでさえ、『新しい法律』として 1925 年の財産法改革諸法に言及する者たちがおり、さらにローマ法学者たちは十二表法より新しい制定法を「新法」(lex nova)と呼んでいた」とバートンは述べて異を唱えている。従って、1250 年代の著書に 1236 年の法令を「新しい」と記しても不自然なことはなく、バートンは執筆者(ヘンリ・ド・ブラクトン)がそれほど厳格な年代基準を持っていなかった可能性があるとする<sup>201</sup>。ブランドはバートンの指摘に対して、「著書の執筆者はマグナ・カルタについての著述の際、これを新しいとは記していない」と反論する。封緘勅許状録(Close Roll)に収められたマートン法についての著述には“new constitucio”と注釈がついており、また不動産占有再侵奪令状(redisseisin)は「新たな法令

---

<sup>197</sup> Brand, “The Date and Authorship of Bracton: a Responce”, 220 を参照。括弧内は筆者による。私見では、バートンがフィツハーバートの『大法要録』を持ち出した理由には、BNB (と目されるマニュスクリプト) に集録されたものと共通する事例が含まれていたという点に関係していたからではないかと思われる。フィツハーバートの『大法要録』と BNB の関係については、さしあたりプラクネット『イギリス法制史 総説編(下)』、508 頁(原著は p. 275) ならびに Maitland, *Bracton's Note Book* vol.1, pp.117-121 を参照。

<sup>198</sup> Brand, “The Age of Bracton”, 68 を参照。

<sup>199</sup> Braton, *op.cit.*, 129 を参照。

<sup>200</sup> Brand, *op.cit.*, 68 を参照。

<sup>201</sup> Barton, *op.cit.*, 127 を参照。

による令状」(breve de nova constitucione)と注釈が施されていた。以上から、ブランドはこの部分は当時の慣行に従って著述が為されていたとして、1250年代に著述していた可能性を残すバートの議論には批判的である<sup>202</sup>。

1240年代半ば以前に執筆されたと考えられる箇所として、『ブラクトン』が個々のアサイズ裁判官の任命書方式について、著書は州の4名の騎士か、(陪席裁判官を選ぶことができる)人民訴訟裁判所の裁判官を任命するという2種類の選択肢を挙げていることにブランドは着目する<sup>203</sup>。この内、第1の方式(騎士任命)は1242-43年までしか用いられず、この方式が著書に集録されていることは、1250年代にブラクトンによってこの部分が著述されたということを否定する強力な証拠であるとブランドは論じている<sup>204</sup>。

バートンはこれに対する反論として、1250年代がヘンリ3世とバロンたちとの政治的対立の時期であったことに注目する。彼は、「ヘンリ3世は悪名高い挑戦的な君主」であるが、「1259年にバロンの政府が特別裁判官を任命するような方式の自由を残していた」のであり、「法律家にとっては地方の騎士を任命する方法が時代遅れであるということがそれほど明確なものではなかった」ということを『ブラクトン』の著述は示しているとした<sup>205</sup>。ブランドはこのようなバートの理解に対して懐疑的であり、「1250年代から1260年代のアサイズ裁判官任命書を多く受け取っていた国王裁判官が、『4名の騎士』の方式をアサイズ裁判官任命書のスタンダードとして取り上げることが考えにくい。何故ならそれはその時すでに使用されていないのであり、また彼自身の任命書を用いる方が執筆しやすく、それをスタンダードなものとして取り上げるの方がありえる」と述べている<sup>206</sup>。

次にブランドは以下の2点に着目する。1つは「身柄提出令状」(habeas corpus)の方式であり、これは1243年のトリニティ期まで中間手続として通常とられるものであった<sup>207</sup>。しかし、この方式は1244年のヒラリー期とイースター期に消滅しており、1243年以後にこの部分が著述されたとは考えにくい。もう1つは、消滅した中間手

---

<sup>202</sup> Brand, "The Date and Authorship of Bracton: a Responce", 223 を参照。

<sup>203</sup> Thorne, *Bracton* vol.4, pp.363-378 を参照。1226年に終了した裁判官任命書の形式が著書に含まれているが、これを1250年代に任命された者(ヘンリ・ド・ブラクトン)が記したとは考えにくい。次に、1220年代から1230年代前半の可能性を示すものとして、1232年まで用いられていたが、1234-36年の間で終了した方式による不出頭申立(essoins)についての言及が、著書のf.110(ウッドバイン=ソーン版2巻312頁)に見られるといった点を、1250年代以前の著述としてブランドは挙げている。Brand, "The Age of Bracton", 70-71 を参照。

<sup>204</sup> *Ibid.*, 71 を参照。

<sup>205</sup> Barton, *op.cit.*, 143 を参照。鉤括弧内は筆者による引用。

<sup>206</sup> Brand, "The Date and Authorship of Bracton: a Responce", 233 を参照。鉤括弧内は筆者による引用。

<sup>207</sup> Thorne, *Bracton* vol.4, p.367 を参照。

続 (mesne process) の代用としての権原証書による権原担保 (warranty of charter) に関わる著述であるが、訴訟記録集によればこの方式も 1236 年までしか使用されておらず、1250 年以降にこれを論争の余地なきものとして著述する者はいないとして、双方の著述が 1240 年代以前のものであるとブランドは論じている<sup>208</sup>。さらに、「領主は一般的に封譲渡の権原証書に記載されている奉仕のみを要求することが認められる」という事例をブランドは挙げる<sup>209</sup>。このような事例は 1223 年から 1241 年までは関連する事例において用いられてきたものの、1241 年以後には用いられなくなり、1250 年代にこれを現行の法として著す者はいないというのがブランドの考えである<sup>210</sup>。

まずブランドが 1244 年に消滅したとする身柄提出令状の方式が、1245 年の動産差押に関する命令に付加されて用いられた記録があることに言及して、「このように一様に、令状作成に必要なと (書記が) 考えたものを追加したのは明らかであった」という旨のことを述べており、必ずしも利用が終了したからといって、すぐに実務上完全に消えてしまう訳ではないとバートンが考えていたことが読み取れる<sup>211</sup>。ブランドはこれに対して、動産差押に関連する『ブラクトン』の著述を 3 つの部分——まず、(a) 実務上行われ、また (公文書上でも) 方式が登録されている、中間手続の連続的な段階として動産差押の事例を執筆者が記した箇所、(b) (実務上) 連続した方式であると執筆者は記しているものの、(公文書上の) 登録や他の令状の方式でも用いられていない箇所、(c) 実務上のものであると見せかけることすら執筆者が放棄している箇所——に分けることができるとする。『ブラクトン』に見られる身柄提出令状に従った動産差押の方式は (a) に該当しており、1233 年以前の事例で用いられていた。このことから (b) と (c) は (a) への追加であり、また同じ著者の手に拠るものと考えする必要はないとして、バートンに反論している<sup>212</sup>。

また権原担保について、『ブラクトン』の著述に『フリータ』や『ブリトン』が追従していることから、13 世紀後半にも中間手続の代用として利用することができたとバートンは述べる<sup>213</sup>。ブランドは『フリータ』と『ブリト

---

<sup>208</sup> Brand, "The Age of Bracton", 71-73 を参照。

<sup>209</sup> Thorne, *Bracton* vol.2, p.112, 119 を参照。

<sup>210</sup> Brand, *op cit.*, 73 を参照。

<sup>211</sup> Barton, *op.cit.*, 146 を参照。

<sup>212</sup> Brand, "The Date and Authorship of Bracton: a Responce", 234-236 を参照。

<sup>213</sup> Barton, *op.cit.*, 151-152 を参照。

ン』は『ブラクトン』の著述に拠って執筆されたのだから、そのこと自体が13世紀後半にも受け入れられていたことを示すものではないとして反論し、またこれに関連して、受封者による封譲渡証書 (charter of feoffment) に際して、それ以上の労働を命じる封主への対抗策に、受封者が権原証書による権原担保を利用することは、1220年から1234年の間にのみ認められていたことであったとして、これに関する『ブラクトン』の著述は1250年代の人間のものではないとブランドは想定する<sup>214</sup>。ブランドは『フリータ』や『ブリトン』が当時の実務を反映しているという前提に立つパートンの見方には懐疑的であり、1245年以降これに関連する判例がないことを理由にこれを退けている<sup>215</sup>。

ブランドは『The Date and Authorship of *Bracton: a Response*』において、訴訟記録集や令状登録集を用いた『ブラクトン』の執筆年代について更なる考察を行っている。彼によれば、巡察における召喚令状 (writ of summon) の方式には、1200年代前半と1250年代のものが『ブラクトン』に含まれている。はじめに、シェリフが関係する人間を「全て」(omnes)集めることを定める令状は、1218年、1226年、1231年と1234年のものがあり、一方で「全て」(omnes)という文言は1250年の令状にも現れている。また1244年と1247年には「かの者たち皆」(omnes illos)と記述され、1256年には「他の者たち皆」(omnes alios)と記述されている。“omnes”と“omnes alios”の方式が『ブラクトン』には含まれており、“omnes illos”が存在しないことから、1244年以前に本体部分が執筆され、1256年以後に追加されたと考えられる<sup>216</sup>。

続いて、国王の訴訟と巡察に関するシェリフへの令状に移り、1218年と1226年、1231年のものには繋ぎの文言が「そして」(et)となっている。これは1234年、1244年、1247年と1250年には「あるいは」(vel)と変わり、1256年には再び「そして」(et)に戻る。『ブラクトン』において扱われているのは「そして」であり、こちらは1234年以前に本体部分の執筆が、1256年以後に追加が為されていると推定される<sup>217</sup>。

さらに、『ブラクトン』の「(シェリフが) 就任時に受領したアサイズと訴答の令状と共に」(cum brevibus

---

<sup>214</sup> Brand, *op.cit.*, 70-71 を参照。

<sup>215</sup> Barton, *op.cit.*, 151-152 ならびに Brand, "The Date and Authorship of *Bracton: a Responce*", 238-239 を参照。

<sup>216</sup> *Ibid.*, 229 を参照。

<sup>217</sup> *Ibid.*, 229-230 を参照。

assisarum et placitorum quae tempore suo receperunt) という文言は、1218年から1234年まで用いられていたが、1244年には別の文言へ変わっており、『ブラクトン』のこの部分は1244年より以前の方式が用いられていることから、1244年以前に著述されたものと思われる。そして、1218年の方式では、シェリフに「あなた（シェリフ）がその場の召喚者とこの令状を所有すべし」(et habeas ibi summonitores et hoc breve) という文言がある。“summonitores”は1244年には“summoniciones”となり、1247年には“summonicionem”と変化するが、1256年には“summonitores”に戻る。『ブラクトン』では“summonitores”という記載であるから、この部分は1244年以前あるいは1256年以後であり、1245年に巡察裁判官であったブラクトンが1244年以前の方式を用いたというよりも、ロウリーやパティシャルといった1230年代以前の巡察から取られたものとブランドは考えている<sup>218</sup>。

#### (争点2) について

OAのf.1には本書がブラクトンのものであるとの欄外記述があることは既に第5章のソーンの研究紹介で述べた。また1278年初めのロバート・オブ・スカバラ (Robert of Scarborough) の残存する書簡の写しには、「所有者であるヘンリ・ド・ブレトンが作成した書物」(librum quem dominus Henricus de Breton composuit)の受取証が存在している。さらに、いくつかの写本においても、著書の書き出しに「私、ヘンリ・ド・ブラクトンは」という記述が為されていることはすでに述べた通りである。加えて、新侵奪不動産回復訴訟の箇所における令状の誤りについても、ブラクトンの名前が例示として用いられているといった点は、ヘンリ・ド・ブラクトンが著者である可能性を示すものであることをブランドも認めている<sup>219</sup>。

しかし、ブラクトンを著者とすると——バートンも認めているように——1256年(死の12年も前)に何故執筆を停止してしまったのか、という点が問題として残るとブランドは述べる。国王裁判官退官後のヘンリ・ド・ブラクトンを取り巻く政治的状況と、彼の経歴から著書を完成させるだけの余裕が失われたとするバートンの見解に対し

---

<sup>218</sup> *Ibid.*, 230 を参照。

<sup>219</sup> Brand, “The Age of Bracton”, 74-75 を参照。ファーストネームの誤り (William と記載すべき箇所が Henry となっている) や、苗字の音節違い (Henricus de Brattona と記載すべき箇所が Henricus de Brothtona となっている)、役職の間違い (Henricus de Brattona decanus と記載すべき箇所が Henricus de Brattona praecentor となっている) などが表記の誤りの例として挙げられている。Thorne, *Bracton* vol.3, p.79 も参照。

てブランドは否定的である。彼は 1250 年代の政治的状況を、バートンのように著作を補完する時間や意欲を失わせるほどの重荷であったとは考えず、執筆の中断は「著書をアップデートすること、あるいは数十年前に執筆を行っていた別の著者による作品であるこの著書を整除することに絶望した人間の行為であるということが、はるかにありそうなことである」と述べている<sup>220</sup>。

ブラクトン本人の出生がいつであるかは未だ確定できていないが、例えばリチャードソンが考えたように 1210 年には生まれていたとすると、1230 年代半ばに裁判官書記となるにはあまりに若く、このような法律著作を手がけるだけの専門的知識を持ち合わせているとは考えられない。従って 1230 年後半より以前に執筆されたと考えられる著書の主要部分について、その著述がブラクトンの手によるものである可能性は低いとブランドは述べる<sup>221</sup>。現存する『ブラクトン』と呼ばれている著作は、2 人以上の作者の仕事、あるいは少なくとも 1 人の作者と彼とは別の改訂者の仕事の成果であるというゾーンの見解をブランドは支持しており、自由土地保有の遺贈の有効性を巡る『ブラクトン』の著述をその例として挙げている。初めに、占有を現有している受遺者が国王裁判所で遺贈の強制執行を訴えることができるという見解とこれに反対する見解の双方が『ブラクトン』の著述内に存在し、矛盾が発生している。これは確かに元の筆者に反対する改訂者によって、急いで手を加えられたことを示すとブランドは考えている<sup>222</sup>。またそのような遺贈が都市や自治区などの慣習で認められている場合に、教会裁判所がそれを管轄することができるかについても、認める立場と認めない立場という、異なる 2 つの考えが著書に記されている<sup>223</sup>。

少なくとも 2 人の作者がいた更なる証拠として、ブランドは f.1 における執筆意図を記した箇所を挙げる。最初の著者はこの著書を「論文」(tractatus)として述べており、彼は「イングランド王国において日々発生する事例を扱い」、「イングランドの法と慣習に従って、どのように訴訟が決定されているかを知りたいと考える者たちに教育すること」がその目的であると述べている。しかし、ブランドによれば、「我々は、その直前の文章において、非

---

<sup>220</sup> Brand, *op.cit.*, 75 を参照。

<sup>221</sup> *Ibid.*, 75 を参照。リチャードソンについては、Richardson, *Bracton, the Problem of his Text*, p.3 を参照。

<sup>222</sup> Brand, *op.cit.*, 76 を参照。国王裁判所で遺贈を強制執行できるとしている箇所には Thorne, *Bracton* vol.2, p.70, *Bracton* vol.4, p.283 を、これに反対している箇所には Thorne, *Bracton* vol.4, p.273, 282 をブランドは取り上げている。

<sup>223</sup> Brand, *op.cit.*, 76 を参照。

常に異なる者の声を聞く」ことになる」と述べる。その人物は、この著書を「大要」(summa)と名づけ、その著述の対象は「わずかな教養しかない者」(ad instructionem saltem minorum) に対してであり、その目的は「愚かで不十分に教育された、法を学ぶ前に裁判官の席に登る事を欲する者たち」に、「公平な裁判官による古き判決」(vetera iudicia iustorum)を教えることであると述べており、あたかも 2 種類の序文が存在しているように見える。前者が現代の事例として取り扱うとするものに対し、後者はそれを過去の事例として扱うという食い違いが『ブラクトン』の「序論」部分において発生しているというのがブランドの見解である<sup>224</sup>。また令状記載の名前の誤記の例示に、1205 年に死亡したヒューバート・ウォルター (Hubert Walter) の名前があるが、ヘンリ・ド・ブラクトンが活動していた時代に例示として用いられるには隔たりがあるとブランドは考え、ヘンリ・ド・ブラクトンよりも前の執筆者を示唆するものとする<sup>225</sup>。

’The Age of Bracton’において、ブランドはヘンリ・ド・ブラクトンをヘンリ 3 世期の主要な国王裁判官として捉えていたメイトランドの見解は修正されねばならないと述べる。ブラクトン本人の国王裁判官としての経歴を見ても、他の偉大な裁判官に匹敵するものではなかったとブランドは説明している。ヘンリ・ド・ブラクトンは人民訴訟裁判所の裁判官にはなっておらず、巡察裁判官としては 1245 年に活動したのみであり、王座裁判所の裁判官としても、彼の任期は中断を挟んだ 10 年足らずの時期 (1247 年～1251 年と、1253 年～1257 年) であった。30 年以上も人民訴訟裁判所や巡察裁判官として勤めたギルバート・オブ・プレストン (Gilbert of Preston) や、20 年以上国王裁判官として勤めたロバート・オブ・レキシントン (Robert of Lexington)、ロジャー・オブ・サークルビィ (Roger of Thirkleby)、ヘンリー・オブ・バス (Henry of Bath) の 3 名、さらに 10 年から 12 年間に裁判官として勤めていた他の者たちと比較すると、その経歴差は明らかであり、ブランドはヘンリ・ド・ブラクトンを当時の裁判官の中ではむしろマイナーな存在に過ぎなかったと捉え、メイトランドの描くヘンリ・ド・ブラクトン像を批判する。その任期の短さから、例えばロウリーが先立って主に執筆を行った著書のアップデートを続けて

---

<sup>224</sup> *Ibid.*, 77 を参照。ブランドが取り上げた『ブラクトン』の「序論」箇所は、Thorne, *Bracton* vol.2, pp.19-20 を参照。

<sup>225</sup> Brand, *op cit.*, 77-78 を参照。

いくだけの経験を持てなかった人物であるというのが、ヘンリ・ド・ブラクトンに対するブランドの見解である<sup>226</sup>。

このような検証の元、ブランドは「原著者＝ロウリー、改訂者＝ブラクトン」とする見解を強く主張している。

バートンはこれに対して、ロウリーが主たる執筆者であるならば、なぜ彼は自らの著作を中断し、ブランドの想定するような力量不足の人間に預けてから後、その著作に関わろうとしなかったのかを考えなければならないとする<sup>227</sup>。ブランドはこれを容易に考えることができると答える。何故ならロウリーは1239年にノリッジ司教に選出され、1243年にはウィンチェスター司教となっていた。この環境の変化はロウリーにとって、執筆の継続を困難にするものであり、彼の著書を完成させられると信じられる人間に託したのではないか、というのがブランドの考えである<sup>228</sup>。これはまた、先に挙げた国王裁判官退官後のヘンリ・ド・ブラクトンを取り巻く状況に依拠したバートンの見解をおうむ返しにしたものと取ることができるだろう。

バートンは自身の見解を補助するものとして、エドワード一世期に首席裁判官を務めたギルバート・オブ・ソーントン（1295年没）が『ブラクトン』の要約を作成していたというセルデンの著述を、ヘンリ・ド・ブラクトンが『ブラクトン』の著者と目されていた証左として挙げる。そのインキピト（*incipit*：序文乃至序論の意味を持つ）において、“*magister*”（教師や学者を指す言葉）であるヘンリ・ド・ブラクトンが作成した著書を要約した旨が述べられている<sup>229</sup>。ブランドはこれに対して、バートンの挙げたインキピトがソーントンの没後に加えられたのは明らかであるとし、またヘンリ・ド・ブラクトンが同時代人から“*magister*”と目されていなかったことを知らない人間によってインキピトが加えられたとする。故に、ソーントンがヘンリ・ド・ブラクトンを知っていた、あるいは『ブラクトン』の著者（バートンはヘンリ・ド・ブラクトンと想定する）について現在の我々よりも多くを知っていたと想定する理由はないとして、ブランドはバートンの見解を退けている<sup>230</sup>。

---

<sup>226</sup> *Ibid.*, 88-89 を参照。

<sup>227</sup> Barton, *op cit.*, 172 を参照。

<sup>228</sup> Brand, “The Date and Authorship of Bracton: a Responce”, 244 を参照。

<sup>229</sup> Barton, *op.cit.*, 174 並びに *Ioannis Seldeni Ad Fletam Dissertatio*, David Ogg trans, Cambridge, 2013, pbk, p.9 を参照。

<sup>230</sup> Brand, *op.cit.*, 242 を参照。

## 小括

第1部を終えるにあたり、まず初めに、『ブラクトン』研究においては、本国イングランド以外の研究者たちが多大な影響を与えた点に注目したい。彼らの中でも、特にカントロヴィチとシュルツの2人には特別な注意を払うべきであろう。ヘンリ・ド・ブラクトンを著者とする前提を崩さなかったが故にリチャードソンから痛烈な批判を受けたものの、カントロヴィチが『ブラクトン』の執筆年代や校訂者に関して提起した多くの疑問は、ソーンによる執筆年代および著者問題の大転換への布石とも言えるものであった。またシュルツがカノン法文献に着目したことは、『ローマ法大全』並びにアゾの著作との比較のみに留まっていた『ブラクトン』研究に更なる拡張をもたらしており、『ブラクトン』研究の特徴であるテキスト・クリティークを新たな段階へと押し進めることになったのである。しかしながら、ナチス・ドイツによる迫害を逃れての亡命が彼らの功績の背景にあったことは、歴史の皮肉と言う他ない。その一方で、メイトランド説は常に彼以後の研究者たちにとって乗り越えるべき壁として君臨し続けており、『ブラクトン』研究の進展は彼に多くを負っている点も疑いないものである。そのメイトランドも、ギューターボックとヴィノグラドフという、イングランド国外の研究者に多くの示唆を受けていることも興味深い点である。

さて、(論点1)の『ブラクトン』の執筆年代および著者問題については、ソーン以前はそれほど注意が払われていなかったと言える。これは、著者はヘンリ・ド・ブラクトンであるという前提が、ソーン以前の研究者たちにとっては疑問の余地のなかったものであったからと思われる。ソーン以前の各研究者たちは、専ら本稿では(論点2)として扱った『ブラクトン』と学識法文献との関係に関心を払っており、(論点1)はこれに付随して扱われるに過ぎない面があったことが、これまでの研究史の整理から窺い知れる。このような状況が形成されていたが故に、ソーンの問題提起はこの問題に関する大きな画期となったのである。そして、ブランドとバートンの論争によって更に具体的な検討や議論が展開されたことで、コモン・ロー成立に関わる多くの示唆を『ブラクトン』が内包していることが明らかとなった。しかしながら、これらの問題が完全な決着を見るのは非常に困難であると言わねばならない。現状ヘンリ・ド・ブラクトン本人の手稿は既に失われたものと判断されており、また現存する各マニ

ユスクリプトの底本、先行研究が言うところの「原型」(archetype) がどのようなものであったかも不明のままである。とはいえ、メイトランドの主張する 1250 年代に執筆されたとは思えない著述が存在することもまた事実である。以上から、執筆年代と著者について我々が現状において言えるのは、『ブラクトン』は 1230 年代から 1250 年代にかけて（おそらくは複数の人間によって）執筆されたであろう、ということのみである。

またバートン＝ブランド間の論争は、『ブラクトン』と学識法との関係が十分に検証されていないという問題点を置き去りにして進行してしまった面を持っている。特にブランドの論稿に言えることであるが、『ブラクトン』研究があまりに文献学的な手法で行われていることに注意すべきだろう。結局の所、それは決して全ての研究者にとって読解が容易でないマニユスクリプトを基点とした議論であり、執筆年代ならびに著者に対する仮説の蓋然性の高さを補う以上のものにはなり得ず、本来『ブラクトン』研究が内包していた大きな疑問——どのようにコモン・ローの画期となる書物は生まれたのか？——について、必ずしも建設的な要素を含んでいるとは言えない。むしろこちらの問題に傾倒することは、カントロヴィチやシュルツといった本来コモン・ローを専門としない研究者たちをも取り込める程の幅広さを持っていた『ブラクトン』研究を、ともすれば逼迫しかねない危険性を孕んでいるのである。

そのカントロヴィチやシュルツが大いに影響を与えた（論点 2）に関して、メイトランドは確かに『ブラクトン』のローマ法学識を低く評価したが、同時に『ブラクトン』がローマ法から学んだのは法についての執筆や思考の方法であったとも述べていることに留意したい。「彼（ヘンリ・ド・ブラクトン）がアゾやユ帝『法学提要』を引き写す時ではなく、自身のノートブック（BNB）で学ぶ時や、訴訟記録集からドクトリンを編み出す時、またアゾがウルピアーヌスやパウルスの見解、あるいはマルティアーヌスやプラケンティアーヌスの註釈を扱ったように、（自身の上司であった）ロウリーと、（そのロウリーの上司であった）パティシャルによる判決を扱う時こそ、『ブラクトン』は全く真の意味で最もローマ的なのである。この時、ローマの再興した法学（the revived *iusprudence of Rome*）がイングランド法にとって何を為したかを我々は見る」とメイトランドは述べている<sup>231</sup>。

---

<sup>231</sup> Maitland, *Bracton and Azo*, xxiv を参照。括弧内は筆者による。

これは『イングランド法史』においてローマ法学者に大きな借りがあると彼が述べていることとも関係を持つであろう。

メイトランド説への修正と反論という形で進行することになった(論点2)に関する各研究者の成果によって、『ブラクトン』と学識法文献との接点の多くが発見されることになった。それに合わせて、『ブラクトン』自身が内包している学識は、メイトランドが考えていた以上に大きいと考えられるようになった。メイトランド説を全面的に是とするには、『ブラクトン』はあまりに多くの学識法文献との類似関係がある、このことを示すことこそがメイトランド以後の(論点2)に関する研究の共通した目標であったと言えるだろう。またこれらの研究は、『ブラクトン』を含めた中世期コモン・ロー裁判官たちや、彼らに対する学識法の影響についての近年の研究等にも影響を与えている<sup>232</sup>。

(論点2)に関する先行研究の成果から、我々は『ブラクトン』と学識法文献の間には類似関係が見られることを確認した。これらの多くは逐語的類似関係に留まっているが、その蓄積の集大成であるウッドバイン＝ソーン版の公刊によって、ひとまず『ブラクトン』全般にわたる学識法文献利用の痕跡を一望することが可能になった。しかしながら、『ブラクトン』が各箇所学識法文献を利用した、その実態はいかなるものであったのか、という(論点2)の次の段階にあたる問題に関しては必ずしも明らかとされていないにも関わらず、ウッドバイン＝ソーン版の公刊を境に、(論点2)への関心が薄れていったように見られるのは象徴的である<sup>233</sup>。(論点1)についての研究が一つの到達点にまで至った現在、今後はこの(論点2)について、『ブラクトン』における学識法文献との逐語的類似関係の実態について、テキスト比較による両者の異同などを分析することが必要となる。

---

<sup>232</sup> 直近のものとしては、判例の利用に関するコモン・ロー裁判官とローマ法学者との関係に着目した Thomas McSweeney, "English Judges and Roman Jurists: The Civilian Learning Behind England's First Case Law", *Temple Law Review* vol. 84 no. 4, 2012, 827-862 がある。ほか Charles Donahue Jr, "Ius Commune, Canon Law, and Common Law in England", *Tulane Law Review* vol.66, 1992, 1745-1780 はユス・コムーネを起点とした考察を行っている。Jonathan Rose, "The Legal Profession in Medieval England: A History of Regulation", *Syracuse Law Review* vol. 48 no. 1, 1998, 1-137 は長大ながら、『ブラクトン』を含めた中世期イングランドの専門法曹について、関連する先行研究の成果を駆使して概観した労作である。また David J. Seipp, "Bracton, the Year Books, and the 'Transformation of Elementary Legal Ideas' in the Early Common Law", *Law and History Review* vol. 7 no. 1, 1989, 175-217 は、『ブラクトン』から『法廷年報』を経由した、近代期のコモン・ローへの「初歩的な法的知識」(elementary legal idea)の伝播について検討している。

<sup>233</sup> 第1部第4章と第6章に見られるように、『ブラクトン』のローマ法理解に対するリチャードソンの見解に異議を唱えていたバートンが、ウッドバイン＝ソーン版の出版以後は『ブラクトン』の執筆年代と著者問題に移行していることも、こうした印象を強くしているように筆者には思われる。

これによって、中世期のイングランドの法曹による学識法文献への接触や理解の範囲を『ブラクトン』から測ることができるであろう。幸いにも、どの学識法文献と『ブラクトン』のテキストとをどの箇所と比較すべきであるかについては、ソーンが十分に手がかりを残してくれている。確かに、ソーンがいかなる認識の元に、各学識法文献を『ブラクトン』の各箇所の脚注で記したのかについては、おそらくは彼自身による解説を収録するはずであった第5巻が未刊行であるが故に、彼が残した註を逐一検討するという道しか現状では残されていない。この非常に煩雑かつ長大な道を辿ることは、多くの困難を伴うであろう。その一方で、ウッドバイン＝ソーン版の出版開始から早くも半世紀を迎えようとしている現在においてこの作業を行うことは、この半ば忘れられたソーンの功績の再検討に、そして『ブラクトン』と学識法文献との関係＝コモン・ローと学識法の接触についての新たな発見にも繋がっていくのである。

## 第2部 『ブラクトン』と学識法文献とのテキスト比較

### 第1章 タンクレードとドロエダ

以下では、本稿で『ブラクトン』との比較として取り上げる2人の学識法学者、タンクレードとドロエダを紹介する。この両者を選んだ理由は、タンクレードはボローニャ、ドロエダはオックスフォードでそれぞれ教鞭をとっていたことから、イングランド国内外の学識法学者の代表としてふさわしい人物であると考えたからである。まずは、この両者について先行研究から明らかとなっている点を整理しよう。

#### 第1節 タンクレードと『訴訟手続の書』

さて、カノン法学者タンクレードと彼の『訴訟手続の書』は、以下の第2章で扱う「抗弁論」序盤部分を含めた『ブラクトン』の多くの箇所大きな影響を与えている。タンクレード(1185-1236)はボローニャで生まれ、カノン法をローレンティウス・ヒスパヌス(Laurentius Hispanus)とジョン・オブ・ウェールズ(John of Wales)から、ローマ法をアゾから学び、ボローニャでカノン法の教鞭を取った人物である。インノケンティウス三世、ホノリウス三世、グレゴリウス九世という三人の教皇に仕え、教会裁判所にも出仕していた。

『ブラクトン』との類似が指摘される彼の『訴訟手続の書』は、1214年から1216年の間に執筆されたものと考えられている。また、婚姻について扱った『婚姻集成』(*Summa de matrimonio*)も執筆しており、これがペニャフォルトにも参照されていたのはシュルツが述べた通りである<sup>234</sup>。タンクレードは、自身の著述に際し教皇令を多く参照する一方で、『ローマ法大全』の法文も数多く参照している。彼の『訴訟手続の書』は学問的研究の面を持つ一方で、実務に携わる法律家にとっても有用なものであるとして高い名声を博しており、俗語たるフランス語に翻訳されるほどであった<sup>235</sup>。その構成は「訴訟に関与する者」、「争点決定までの手続」、「争点決定から判決までの

<sup>234</sup> 本稿第1部第4章を参照。タンクレードの経歴概略については、Brundage, *Medieval Canon Law*, pp.227-228を参照。

<sup>235</sup> Linda Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii and Libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, Typologie des sources du Moyen Âge occidental, fasc. 63, Tübingen, 1994, p.39にフランス語版への言及がある。またアルトゥール・エンゲルマン、小野木常・中野貞一郎編訳、『民事訴訟法概

手続]、「執行及び判決の取り消し」の4つに分けられている<sup>236</sup>。事実、ローマ＝カノン法訴訟手続の決定書であるウィリアム・ドゥランティスの『裁判鑑』(*Speculum iudiciale*)が出版される前の13世紀において、タンクレードの著書は教会裁判所におけるローマ＝カノン法的訴訟手続に関する解説を詳細に記し、かつ多くの地方で人気を博した数少ない(事によると唯一の)書物と言っても過言ではないだろう<sup>237</sup>。

本稿第2部第2章や第3章で触れるように、タンクレードとの類似が強く見られることから、『ブラクトン』が執筆にあたって必要としたのは、タンクレードという当時のカノン法学者によって記された訴訟手続についての手声ある著書である故であったことが、上に挙げたことから推定できる。

## 第2節 ドロエダと『黄金汎論』

さて次に、ウィリアム・オブ・ドロエダと、その著書『黄金汎論』について触れよう。ドロエダを主要な対象として取り上げた国内の先行研究は管見の限り見当たらないので、やや詳しく述べることにする。まず初めに、メイトランドから「一瞬にして現れ、闇に消えていく」と評されている程度ではあるが、マシュー・パリスの年代記にドロエダの名は現れている。それによると、コベントリーとリッチフィールドの司教が1241年に死亡した際、ウィリアム・オブ・モンペリエが一方の教会の修道士(monk)たちによって同職に選出されたが、もう一方の教会の司教座聖堂参事会員(canon)数人と国王によって反対され、訴訟となった。1245年にモンペリエは教皇に彼の主張を断念することを伝え、イングランドでの彼の最も頑強な代弁人(staunchest advocate)であるウィリアム・オブ・ドロエダの死がその理由であるとした<sup>238</sup>。

ドロエダの出身については、同名の都市があるアイルランドとする先行研究もあるが、J・E・セイヤーズによる直近の研究では、ハンプシャーに何らかの関係を持っていたとされている<sup>239</sup>。ドロエダは1230年代後半にはオッ

---

史』(信山社、2007)、290-291頁(原著はA. Engelmann, *Der Civilprozess : Geschichte und System Bd. 2, Heft 3: Der romanisch-kanonische Prozess und die Entwicklung des Prozessrechts in Deutschland bis zum Erlass der deutschen Civilprozessordnung*, Breslau, 1895, S.37-38.)は、数カ国語に翻訳されたと述べている。

<sup>236</sup> エンゲルマン、前掲書、290-291頁を参照。

<sup>237</sup> ドゥランティスとその著書については、さしあたりエンゲルマン、前掲書、292頁(原著はS.38-39)を参照。

<sup>238</sup> Maitland, *Roman Canon Law*, p.108を参照。

<sup>239</sup> エンゲルマン、『民事訴訟法概史』、291頁では、ドロエダはアイルランド人として紹介されている。セイヤー

クスフォードで教鞭を取っていたと思われるが、1245年に従者に殺害されたことで、著書『黄金汎論』も中断を余儀なくされたと考えられている<sup>240</sup>。また中世期のイングランドにおける法学教育を扱った先行研究で、13世紀のオックスフォードにおいて彼が最初のローマ法博士であったと指摘される点も注視すべきである<sup>241</sup>。しかしながら、生前に彼がボローニャ大学などで学んだことを示す証拠はなく、どのようにして彼がオックスフォードで教鞭を取るに至ったかは不明である<sup>242</sup>。

ヴァカリウスの『貧しき法学徒の書』はオックスフォードでの教育に用いられたテキストとしてよく知られているが、これについての研究を手がけたズルエタは、ドロエダを『貧しき法学徒の書』の影響を受けたとは見ていないが、セイヤーズはズルエタのように断言することに留保を示している<sup>243</sup>。またセイヤーズは、国王裁判官ウィリアム・オブ・ロウリーに仕えたジェフリー・オブ・フェリング (Geoffrey of Ferring) を、ドロエダの教えを受けたと思われる人物の一人に挙げている。彼がヘンリ・ド・ブラクトンと共にロウリーから聖職禄を与えられていることについては、既に第1部第5章のソーンの研究において触れたが、そのフェリングがドロエダに教えを乞うたとするセイヤーズの指摘は非常に興味深いものである<sup>244</sup>。また後述のとおり、『黄金汎論』の写本が遠くバチカンにまで渡り、14世紀における著名なカノン法学者であったヨハネス・アンドレアエがこの書物に言及しているといった点から考えても、イングランド国内にいた『ブラクトン』の執筆者たちが、何らかの形で『黄金汎論』に触

---

ズは、オックスフォード大学クイーンズカレッジ所収の Charter 287 に、ハンプシャーのモンク・シェボーン (Monk Sherborne) がドロエダと彼の両親が葬される予定の地であるとされていることや、彼がオックスフォードで教鞭を取ったことから、アイルランド出身とする点については懐疑的である。住居は現在のハイ・ストリート傍の Drawda Hall と考えられている。Jane E. Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law*, P. Linehan ed, Cambridge, 1984, 206 (以下 Sayers, "William of Drogheda and the English canonists") および id., "William of Drogheda", *Oxford Dictionary of National Biography* vol.16, Oxford, 2004, 935-936 (以下 Sayers, "William of Drogheda") を参照。<sup>240</sup> Sayers, "William of Drogheda", 936; Kantorovicz, *Bractonian Problems*, p.27 を参照。

<sup>241</sup> L. E. Boyle, "Canon Law before 1380", *The Early Oxford Schools*, J. I. Catto ed, Oxford, 1984, 536; 直江真一「コモン・ローの形成と大学」、『西洋史研究新輯』(22)、1983、45頁を参照。

<sup>242</sup> ドロエダが教えを受けた可能性のある人物として、アングロ＝ノルマン学派の一員として知られるジョン・オブ・タインマス (John of Tynemouth) や、13世紀前半に受任裁判官として活動していたウィリアム・スコット (Master William Scott) の名がセイヤーズによって挙げられている。Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 209 を参照。アングロ＝ノルマン学派に関しては、さしあたり苑田、「法の様々な区分についての論考」、83-107頁を参照。

<sup>243</sup> *Liber Pauperium of Vacarius*, F. de Zulueta ed, Selden Society vol.46, 1927, xix; id., "William of Drogheda", *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil* tom.2, Gand, 1926, 644 (以下 Zulueta, "William of Drogheda") を参照。セイヤーズはこれに対して、ドロエダが『貧しき法学徒の書』を用いていない、あるいは影響がないとは断定できないとする。Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 208 を参照。

<sup>244</sup> セイヤーズによれば、フェリングは Master の称号を有している。Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 215 を参照。

れていたと推定することができる<sup>245</sup>。

『黄金汎論』には現在八つの写本が確認されている。Gonville and Caius MSS 54/31 (C) と Gonville and Caius MSS 85/167 (Ca) の2つがケンブリッジ大学に保管されている。バチカンにも Vatican-Palace lat.796 (P) と Vatican lat. 2590 (V) の二つの写本がある<sup>246</sup>。他に Luxenburg-Bibl. publ.13 (L) と、Tours Bibl. munic. 607 (T) があり、以上の6つがヴァールムントの編纂本に用いられた。不幸にも (T) は第二次世界大戦中の1940年に失われてしまい、どのような状態だったのかを知る術は今となっては無い。またセイヤーズによって、新たに Bruges Stadsbibliotheek MSS 355 (B) と Worcester Cathedral Dean and Chapter MSS 74 (W) の二つの写本が存在することが明らかになっている<sup>247</sup>。

『黄金汎論』の構成は、人・物・訴訟というユ帝『法学提要』の三分割方式をとっておらず、序文を除く全体の項目は469にも及ぶ。典拠として示しているのはユ帝『学説彙纂』および『勅法彙纂』が圧倒的であり、教皇令も数は少ないが随所に見られる。各項目は基本的にそれぞれ独立した内容であるが、例えば第55項から第72項が全て代弁人の訴訟担保 (cautela) について「第一の」、「第二の」と分けて扱っているように、複数項目に渡って一つの対象が述べられている場合もある<sup>248</sup>。全421頁におよぶ編纂本を、ズルエタは次の五つに分類している。

---

<sup>245</sup> ヨハネス・アンドレアエはドゥランティスの『法廷鑑』への註釈の際、追加で挙げるべき法学者としてドロエダに言及している。「……イングランドのウィリアム・オブ・ドロエダがいる。彼はオックスフォードの学者 (legens) で、訴訟手続について十分な賞賛に値する豊かな書物を書き上げた。懇請により、彼はこの書物を六つの部 (sex partes) に分けて書き始めた。さて、その冒頭は "cum omne artificium" である。その上、この書物については、我らの法廷が十分に利用している」 (.....Guilielmus de Drokedea Anglicus, qui legens Oxoniae satis commendabilem et copiosum libellum composuit de iudiciorum ordine, quem in sex partes divisit, et inchoavit ab impetrando, incipit autem: cum omne artificium: In eo autem satis nostris iuribus utitur) Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* Bd.3, Bad Homburg, 1961, Aufl.4, S.637 (以下 Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* Bd.3) を参照。またアンドレアエの『慣習法論』に焦点を当てた研究として、小川浩三「中世学識法における判決と慣習法——教会法学者ヨハネス・アンドレアエの『慣習法論』とその学説史的前提——」、『法制史研究』(46)、1997、1-40、3がある。

<sup>246</sup> Vについては断篇 (fragment) とされている。Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 205, fn.2 および Wahrmond, *Summa aurea*, xi を参照。

<sup>247</sup> Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 205, fn.2 および Wahrmond, *Summa aurea*, x-xi を参照。ケンブリッジ所収の二写本に関するセイヤーズの調査から、(Ca) の所有者は、1270年代後半に活動したチチェスター司教区のブロードウォーター教会の聖職禄保有者、ウォルター・ド・ハイド (Walter de Hyde) とされ、また (C) は1350年にケンブリッジ大学のローマ法博士 (doctor of civil law) であったウォルター・オブ・エルヴェデン (Walter of Elveden) の所有であったとされている。セイヤーズによれば、ハイドはオックスフォードで哲学の former regent doctor を務めていた。またリチャードソンによれば、ハイドは1278年にローマを訪れている。Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 217 および Richardson, "Studies in Bracton", 61 を参照。

<sup>248</sup> Wahrmond, *Summa aurea*, S.56-71 を参照。

(1) 第1項から第163項までは、どのように受任裁判官の前で訴訟が始まるのかについての形式と先例が扱われている。顕著な特徴としては、訴訟担保 (cautela) と問 (quaestio) の語が付けられた項目が圧倒的に多い点である。特に先に挙げた訴訟担保では、代弁人 (advocatus) による訴訟担保と、訴訟代理人 (procurator) に関する問 (quaestio) にその多くが割かれており、訴訟担保に関しては「代弁人の訴訟担保」(cautela advocatorum) と「被告自身の代弁人の諸訴訟担保」(cautelae advocati ipsius rei) を合わせて30項分、訴訟代理人に関連しての問は31項分にまで及んでいる<sup>249</sup>。

(2) 第164項から第358項と、実に全体の約3分の1に当たる項目が訴状 (libellus) に当てられている<sup>250</sup>。

ズルエタによれば、この部分は更に4つに分類することができる。まず冒頭の第164項から第172項と、末尾にあたる第348項から第358項は「一般的なもの」(generalia) について扱っている<sup>251</sup>。ついで第173項から第281項はローマ法上のもの、続く第282項から第347項は教会法上のものについて扱われている<sup>252</sup>。ズルエタによれば、1234年あるいは1235年に流布した、ロッフレードゥス・オブ・ベネベントゥム (Roffredus of Benebentum) の『ローマ法についての訴状』(*Libelli de iure civili*) の影響が随所に見られる<sup>253</sup>。

(3) 第359項から第397項は、受任裁判官による任命と権限委任について扱われている。ここで扱われているのは、受任裁判官は権限委任者に訴訟を委託することができるか、といった問題である<sup>254</sup>。

(4) 第398項から第434項は教皇の勅書について、例えば教皇の勅書がユス・コムーネ (ius commune) に反している場合も有効であるか否か、といった問題が扱われている<sup>255</sup>。

---

<sup>249</sup> Zulueta, "William of Drogheda", 646-647 及び Wahrmond, *Summa aurea*, S.56-71, 86-91, 105-171 を参照。

<sup>250</sup> Zulueta, *op.cit.*, 647 を参照。本文中では第 164 項から第 348 項と表記されているが、おそらく誤植であると思われる。

<sup>251</sup> 例えば第 168 項の表題は「一般的な第一の訴状について」(De libello primo generaliter) であり、第 357 項は「訴状の効果について」(De effectu libelli) である。Wahrmond, *Summa aurea*, S.196-197, 291-292 を参照。

<sup>252</sup> ローマ法上のものとしては、例えば第 177 項の「プーブリキウス訴権についての訴状」(Libellus de Publiciana actione) や、第 200 項の「分配訴権についての訴状」(Libellus tributoriae actionis) や第 203 項の「特有財産についての訴状」(Libellus de peculio) がある。教会法上のものとしては、例えば第 289 項の「10 分の 1 税についての訴状」(Libellus de decimis) や、第 334 項の「教会の奉仕を乱す者に対する訴状」(Libellus contra eum, qui perturbat ministros ecclesiae) がある。Wahrmond, *Summa aurea*, S.206, 214-215, 241-242, 255 を参照。

<sup>253</sup> Zulueta, "William of Drogheda", 647-648 を参照。

<sup>254</sup> *Ibid.*, 650-651 を参照。

<sup>255</sup> *Ibid.*, 651 を参照。ズルエタは第 394 項から第 434 項までとしているが、第 394 項は「免除についての書面」(Litterae executoriae) に関連する一連の「問」(quaestio) に属する部分であるので、「勅書について」(De rescriptis) と題される第 398 項の誤植と思われる。

(5) 第435項から第469項は、いくつかの脱線 (divagation) を含みつつ、抗弁 (exceptio) について扱っている。例えば第436項からは裁判官の忌避が、また第457項から第462項は損害賠償 (restitutio) が扱われている。ズルエタによれば、ここでもロッフレードゥスが参照されたようであるが、密接な類似は見られないとされている<sup>256</sup>。

ドロエダが依拠した文献には、『ローマ法大全』は当然として、先に挙げたアゾによる集成 (summa) とタンクレードの『訴訟手続の書』、そしてロッフレードゥスの著作の他、1234年のグレゴリウス九世教皇令集、1237年のイングランド在使節オットーの教会規律などがある<sup>257</sup>。さて、メイトランドは『黄金汎論』の構成について、以下に抜粋した序文の部分に従い、本書は六冊の構想であったことを指摘する<sup>258</sup>。

#### 『黄金汎論』序論6-7頁

「……事案 (causa) とは種々雑多なものである。すなわち、あるものは世俗上の (civilis)、あるものは宗教上の (spiritualis)、あるものは刑事上の (criminalis)、あるものは混合 (mixta) である。(略) 故に、これら全てについて、その始まり、中間、結果についてまで、種類により (generaliter)、6巻本 (sex libros) を通じて、目下の作業を私は分類する (略)。

第一巻では、裁判の準備者について、裁判について、仲裁者について、原告及び被告について、裁判官について、代弁人について、同席者について、争点決定に先立つ諸々について扱われる。

第二巻では、争点決定についてと、判決に先立つ諸々について。

第三巻では、判決についてと、それに従う諸々について。

第四巻では、これを通じて既判物への執行が妨害される上訴について。

第五巻では、婚姻関連の事案と、その効果について。

<sup>256</sup> また、裁判官の忌避に関するドロエダの著述は、カノン法についてはタンクレードの影響が見られるが、ローマ法については異なるとズルエタは述べている。Ibid., 651 を参照。

<sup>257</sup> Sayers, "William of Drogheda", 631 ならびに Zulueta, "William of Drogheda", 644 を参照。イングランド在使節オットーの教会規律は、さしあたり佐藤「十三世紀イングランドにおける教会と国家」、516-520 頁を参照。

<sup>258</sup> Maitland, *Roman Canon Law*, pp.109-110 を参照。

編纂本が出版されたことから分かるように、各写本は語句の違いこそあれ、内容に関しては共通している。そのため、ドロエダが『黄金汎論』を本当に六冊に分けて執筆し、かつ死の前に執筆を終了させていたのかについては不明である。先行研究によれば、写本の間でも、(C) では「私は作成した」(composui) となっている箇所が、(Ca) では「私は着手した」(inchoavi) と食い違う記述となっており、他の写本に至っては"composui"並びに"inchoavi"の語が欠落していると言った状態で、この問題に対する結論を出すことは非常に困難である<sup>260</sup>。

以上、ドロエダ本人と『黄金汎論』について、先行研究から明らかになったことを整理した。メイトランドやズルエタなど、著名な研究者たちの注目を度々受けながらも、未だ多くの点が曖昧なまま残されている印象は強い。先に挙げた学識法文献との関連についても、テキストの逐次的な比較検討はほとんど手つかずのままである。奇しくも本稿執筆時点で、ヴァールムントによる編纂本出版から一世紀を数える。確かにドロエダと『黄金汎論』を主な対象として扱った先行研究は非常に少ないが、その名は今日でも教科書的文献で折に触れて登場している<sup>261</sup>。この半ば忘れられた法書を掘り起こして光を当てることは、法曹院成立以前のコモン・ローを担った裁判官たちが、どのような学識法の教育を受けていたか、それをどのように実務に利用したかという、中世期のイングランドにおける法学教育の実態を探る点でも意義を有するであろう。

---

<sup>259</sup> ".....causae sunt variae, quaedam scilicet civiles, quaedam spirituales, quaedam criminales, quaedam mixtae, .....ideo de omnibus hiis, tam de eorum primordiis, mediis et effectibus generaliter per sex libros praesens opus distinguo....."

In primo libro tractatur de praeparatoriis iudiciorum et de iudiciis et de arbitris et de actore et de reo, de iudice, de avvocato, de assessore et de hiis, quae antecedunt litis contestationem.

In secundo de litis contestatione et de hiis, quae antecedunt sententiam.

In tertio de illa sententia et de hiis, quae sequuntur.

In quarto de appellatione, per quam impeditur executio rei iudicatae.

In quinto de causis matrimonialibus et earum effectibus.

In sexto de accusationibus et earum effectibus et de electione et electi potestate et de postulatione.....",

Wahrmund, *Summa aurea*, S.6-7 を参照。訳文中の略は筆者による。

<sup>260</sup> ヴァールムントによれば、問題の単語が欠落した写本は (L) と (P) と (T) である。その他の写本については不明。Wahrmund, *Summa aurea*, S.3 を参照。『ブラクトン』との関連で考えると、『黄金汎論』の序文と共通点があることから、現存の写本のどれか、あるいは (T) のように現在は失われてしまった他の写本がイングランドに流布していた可能性はあるが、推定の域を出ない。

<sup>261</sup> 例えば、R. H. Helmholz, *The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to 1640s, the Oxford History of the Laws of England vol.1*, Oxford, 2012, rpt, p.130, 201; James A. Brundage, *The Medieval Origins of the Legal Profession Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago and London, 2008 がある。

つまり、当時の国王裁判官たちがどのような文献を利用することができたか、どのようにそれを理解していたかを考察することは——我々がよく知る所のイングランドにおける法学教育が始まる以前に——イングランドの法曹たちがどのような教育を受け、それらを利用していたかを研究する際に避けて通れない問題であると言える。国外（ポローニャ）で教鞭を取ったタンクレード、国内（オックスフォード）で教鞭を取ったドロエダ、この二人の学識法学者による著書と類似する部分が『ブラクトン』に現れているという点は、実に興味深いものである。

以下、この第2部では中世期のコモン・ローにおける学識法の影響とその利用の実態を、『ブラクトン』の先行研究において残された課題である、『ブラクトン』と学識法文献との更なるテキスト比較を用いた分析を行うことを主眼とする。まず初めに『ブラクトン』の「抗弁論」序盤部分とタンクレードとの著述とを第2章で、複数訴権の提起についての制限と訴権競合状態に関する『ブラクトン』とタンクレードならびにドロエダとの著述とを第3章で、そして最後に、法格言「知りそして望む者に不法は生じない」(scienti et volenti non fit iniuria) がドロエダに由来するというソーンの見解に則り、『ブラクトン』とドロエダの『黄金汎論』において同法格言が登場する箇所と比較検討を第4章で行う。また『ブラクトン』では、そのテキストが「追補」(addicio) に属するものであるか否かという点は、特に第1部の研究史における(論点1)に関連する大きな問題と見なされていた。ウッドバイン=ソーン版での「追補」についても、ウッドバインとソーンのどちらによって判断されたものかで違いがある。以下本稿では必要に応じ、ウッドバインが判断したものを「追補」、ソーンが判断したものを「内挿」、それ以外のものを「本文」と呼称することとする<sup>262</sup>。

まず第2章の「抗弁論」では、タンクレード自身の著述のみを『ブラクトン』の著述と比較するという手法で、両者の異同について検討する。というのも、「抗弁論」は『ブラクトン』の末尾に位置しながらも、『ブラクトン』全体の10分の1を占める広範なものであり、コモン・ロー訴訟が裁判における訴答(pleading)と共に発展してきたことと合わせて、いわば祖にあたる『ブラクトン』の「抗弁論」、更にその基礎である序盤部分にタンクレードの影響が見られるというのは、非常に興味深い点だからである。

---

<sup>262</sup> ウッドバインは『ブラクトン』の編纂にあたり、欄外書込であった部分には追補の注記を施すことで本文との差別化を図っている。ソーンは英訳の際、『ブラクトン』の執筆者の手を離れた後に加えられた可能性のあると彼が考えた部分を、「内挿」として英訳文内に別個に示している。Thorne, *Bracton vol.2*, xiii-xv を参照。

また第3章で扱う章題「4つの事例における不適用」に着目したのは、この部分にタンクレードとドロエダの影響が見られるのみならず、『ブラクトン』自身が『ローマ法大全』の法文を引用して自論を展開しているという、他と比べても顕著な特徴が見られるからである。タンクレードとドロエダが学識法学者であるため、当然ながら彼らの著述はローマ法やカノン法の法文が典拠として示している。しかしながら、『ブラクトン』ではそのように学識法の典拠を示す箇所は極端に少なく、ウッドバイン=ソーン版におけるラテン語原文全体を筆者が確認したところ、典拠として明示している『ブラクトン』の章題は、ローマ法については11、教皇令に至ってはわずか2つである。その中でも、章題「4つの事例における不適用」は引用法文も最多であり、『ローマ法大全』を成す3つの文献——ユ帝『法学提要』、『勅法彙纂』、そして『学説彙纂』——の全てが参照されたことが認められる唯一の章題なのである。さらに、タンクレードを参照したと思われる第3章の前半部分は「本文」であり、後半部分は「追補」であるとウッドバイン=ソーン版では理解されていることも重要である。

この第3章前半においては、複数訴権の提起制限に関するタンクレード自身の著述と『ブラクトン』とでは、その著述にどのような異同が生じているのかについて検討する。そして第3章後半の訴権競合については、『ブラクトン』が典拠として示す『ローマ法大全』の法文が、類似関係が認められるドロエダの『黄金汎論』でも一部が典拠として扱われている点に注目して、『ブラクトン』とドロエダの間の異同とについて検討する。

第4章では、先の法格言が登場している『ブラクトン』とドロエダ『黄金汎論』の箇所をピックアップして比較することで、同法格言が両者の著述内でどのように用いられているかを検討する。『黄金汎論』は当該法格言の典拠として『ローマ法大全』の法文を挙げており、これらの法文は奇しくも当該法格言に関する歴史的視点による先行研究（『黄金汎論』については言及がない）において典拠であると指摘されていたものと一致している。その一方で、当該法格言を用いている『ブラクトン』の箇所では『黄金汎論』の示した法文は用いられず、更に両者の類似関係も希薄な印象を受ける。ここでは当該法格言における両者のテキスト比較から、同法格言に関する両者の違い、特に『ブラクトン』における当該法格言の利用の変化について分析する。

## 第2章 『ブラクトン』の「抗弁論」におけるタンクレードとの比較

先行研究による『ブラクトン』の「抗弁論」序盤部分と、タンクレードとの類似関係はこのように整理できる。

表 『ブラクトン』の「抗弁論」序盤とタンクレードの関連部分

『ブラクトン』「抗弁について」(DE EXCEPTIONIBUS) 頁数は <i>Bracton vol.4</i> に準拠	タンクレード「抗弁と反抗弁について」(De exceptionibus et replicationibus)
「抗弁について」(De exceptionibus, f.399b: vol.4, p.245, line 3-14)	首項(S.139, line 22-24)
「抗弁とは何であるか」(Quid sit exceptio, f.399b: p.245, line15-17)	
「抗弁の分類について」(De divisione exceptionum, f.399b-400: p.245, line 18-p.246, line 2)	第1項(S.140, line 1-10)
「同じく、いかなる段階で抗弁は提起されるべきか、あるいは提起されざるべきか」(Item quando proponendae sunt et quando non, f.400: p.246, line 3-14)	第1項(S.140, line 11-S.141, line 7)
「同じく、抗弁には請求の前に生じるものと、請求の後に生じるものがある」(Item quaedam sunt ante visum et quaedam post, f.400: p.246, line 15-p.247, line 5)	第1項(S.140, line 11-S.141, line 4. S.142, line 3-17)
「同じく、抗弁に対して反抗弁が認められる」(Item contra exceptionem competit replicatio, f.400-400b: p.247, line 6-16)	第5項(S.146, line 1-11)
「反抗弁に対して再抗弁が認められる」(Ad replicationem competit triplicatio, f.400b: p.247, line 17-21)	第5項(S.146, line 1-11)
「同じく、抗弁は時に永続的であり、時に一時的である」(Item quaedam sunt perpetuae et quaedam temporales, f.400b: p.247, line 18-26)	第1項(S.141, line 17-S.142, line 1):第4項(S.145, line 7-12)

「抗弁論」の構成における『ブラクトン』とタンクレードそれぞれの著述を見ると、まずその項目数・各項目の分量に大きな違いがあることが分かる。タンクレードが一つのセクションでまとめて述べている所を、『ブラクトン』は小項目に分けながら、時に各項目での重複も加えて論じている。一方で、タンクレードとの類似が指摘されていない「抗弁とは何であるか」においては、アゾによるユ帝『法学提要』註釈内の、「すなわち、抗弁とは何か、抗弁の分類とは何か、如何なる時に、如何なるように、誰により抗弁が行われるかということを考察せねばならない」(Videndum est ergo quid sit exceptio et quae sit exceptionum divisio et quando et qualiter et a quibus opponantur.) が引かれている<sup>263</sup>。『ブラクトン』の「抗弁論」は、正にアゾの示した順序に従うが、その内容はア

<sup>263</sup> アゾのテキストは Richardson, *Bracton: the Problem of his Text*, p.141 を参照した。

ゾに教えを受けたタンクレードに依拠を深めていくのである。まずは『ブラクトン』の「抗弁論」冒頭から、タンクレードがどのように参照されているかをそれぞれ検討しよう。

## 第1節 全体の序論および抗弁の分類についての比較

### 『ブラクトン』

#### f. 399b 抗弁について (De exceptionibus)

「延廷や不出頭申立の後に、法廷召喚日の問題に我々は戻ろう。その日に両当事者が対峙し、被告が権原担保人を持たず、あるいは持っている何も担保に供されなかった場合、前述の如く原告の請求表示が裁判官の面前で裁判所に提示され、支持され、証明が提供されたならば、訴権を排除するために、被告が抗弁を有するならば、それを提示し、証明し、そして抗弁が被告自身に属することを示す。それは訴権について説かれる内容に従い、方法も同じである。抗弁が訴権の代わりだからである。抗弁を主張する者は挙証責任において(原告と)同様に見られる。また訴権との関連から抗弁は語られ、一方が他方に対抗する。原告は訴権によって武装しあたかも剣を帯びるように、被告は逆に抗弁によって防御しあたかも盾をかざすように守られているのである」<sup>264</sup>

#### f. 399b 抗弁とは何であるか (Quid sit exceptio)

「特に注意すべきは、抗弁とは何であるかと、(それが)どのように分類されるかである。抗弁とは、それを通じて訴権が破棄される又は延期されるといった訴権の排除であると知るべきである」<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> "AD DIEM summonitionis post dilationes et essonia revertamur, ad quem cum partes comparuerint non habeat tenens warantum quem vocare possit, vel si habuerit nullum vocat, proposita in iudicio coram iustitiariis ut praedictum est intentione petentis et fundata, et illo eam probare offerente, ad elidendam actionem proponat tenens exceptionem si quam habuerit et illam probet, et doceat quod exceptio ad ipsum pertineat, secundum quod dicitur de actionibus et eodem modo. Exceptiones enim loco actionum sunt. Nam qui excipit agere videtur quantum ad onus probationis, et respectu actionum dicuntur exceptiones, unum enim alterum impugnat. Et sicut actores armantur actionibus et accinguntur quasi gladiis, ita rei e contra muniuntur exceptionibus et defenduntur quasi clipeis.", Thorne, *Bracton* vol.4, p.245 を参照。

<sup>265</sup> "IMPRIMUS videndum quid sit exceptio et qualiter diviatur. Et sciendum quod exceptio est actionis elisio per quam actio perimitur vel differtur.", Thorne, *Bracton* vol.4 p.245 を参照。

f. 399b-400 抗弁の分類について (De divisione exceptionum)

「抗弁は以下のように分類される。実際、抗弁は遷延的なものと絶対的なものがあり、これが最初の簡略な区別である。同様に、遷延的抗弁の中には裁判管轄権に関して絶対的なものがあるが、訴権に対して遷延的であって絶対的でないものがある。同様に、他に令状には絶対的なものがあるが訴権には遷延的なものがある。抗弁とはあらゆる訴訟あるいは訴権に関して一般的なものと、特定の訴権に対してのみ請求し付与される特別な抗弁がある。なぜなら、アサイズ訴訟や立入訴訟に関して前述したように、訴権は訴訟方式に依拠する特有の抗弁を持っているからである。裁判管轄権に対する抗弁、原告適格に対する抗弁、令状に対する抗弁がある。また様々な訴訟に応じて時間から生じる抗弁、嘆願における場所の誤りを理由として認められる抗弁があり、これらについては上の箇所ですべて述べた。また全ての訴訟について一般的に存在するものは一般的抗弁であり、またこれらは訴権の猶予や特別訴権に準ずるものである故に、たとえ時期について相違があったとしても訴権を無効としないのである」<sup>266</sup>

タンクレード『訴訟手続の書』 抗弁と反抗弁について (De exceptionibus et replicationibus)

首項「被告は裁判に出廷した時、抗弁という手段によってしばしば救済される。ある時は裁判を遅延させること、ある時は原告の訴権を無効とさせることが被告に認められている。故に抗弁について我々は考察を行おう」<sup>267</sup>

第1項「抗弁には遷延的なもの、絶対的なものがある。遷延的抗弁の内には裁判を遅延させるものと、裁決を猶予するものがある。しかし裁判遅延のために為されるものは、裁判管轄権そのものから、裁判官適格から、他方で

---

<sup>266</sup> "EXCEPTIO quidem sic dividitur. Exceptionum vero quaedam sunt dilatoriae et quaedam peremptoriae, et haec est prima et brevis divisio. Item dilatoriarum quaedam sunt peremptoriae iurisdictionis, et dilatoriae actionis et non peremptoriae. Et eodem modo aliae peremptoriae brevis et dilatoriae actionis. Item quaedam exceptiones sunt generales ad omnia placita sive actiones, et quaedam speciales quae competunt et dantur contra actiones singulares. Quaelibet enim actio habet suas exceptiones appropriatas secundum formam actionum, ut supra videri poterit de assisis et placitis de ingressu. Generales vero sunt quae se habent generaliter ad omnia placita, sicut exceptio contra iurisdictionem, exceptio contra personam agentis, exceptio contra breve, exceptio quae provenit ex tempore secundum diversa genera placitorum, et exceptio quae competit ratione loci per errorem impetrationis, de quibus superius dictum est, et quae sunt dilatoriae actionis et quasi extra actionem, et ideo actionem non perimunt quamvis illam ad tempus differant.", Thorne, *Bracton* vol.4 pp.245-246 を参照。

<sup>267</sup> "Quia reis ad iudicium venientibus ope exceptionum saepe subvenitur, quae interdum ad iudicium declinandum, interdum ad elidendam actionem actoris reo competunt, ideo de exceptionibus videamus.", Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.139 を参照。

原告または彼の代理人適格から、訴えられている被告の本人適格から認められる。一般的に、裁判遅延のために行う全ての抗弁は訴訟開始当初の段階で提起と証明をすべきであり、抗弁を出す時期を逸した者は、そのために後で立ち戻ることはできない」<sup>268</sup>

## 検討

この部分の検討でまず明らかなのは、「抗弁について」の項目における『ブラクトン』の分量がタンクレードを遥かに上回っていることである<sup>269</sup>。原告が行使する訴権と、被告が行使する抗弁とをそれぞれ剣と盾に見立てる印象的な箇所はアズから引かれている<sup>270</sup>。「抗弁について」および「抗弁とは何であるか」の項目におけるタンクレードへの依拠はそれほどものではないが、「抗弁の分類について」の項目以降、『ブラクトン』とタンクレードの抗弁論との類似性は増していくのである。

『ブラクトン』は「抗弁の分類について」の項目で、タンクレードに倣い「遷延的抗弁」(exceptio dilatoria)と「絶対的抗弁」(exceptio peremptoria)の二種に抗弁をまず分類する<sup>271</sup>。この二分構造がローマ法に端を発するものであることは明白である。ローマ法上の抗弁では、前者は一時的に原告の権利の行使を阻止するものとして、後者は永久的に原告の権利の行使を阻止するものとしてそれぞれ設定されている<sup>272</sup>。『ブラクトン』もこれを引き

---

<sup>268</sup> "Exceptionum igitur alia est dilatoria, alia peremptoria; dilatariarum alia declinatoria iudicii, alia dilatoria solutionis. Sed earum, quae ad declinationem iudicii faciunt, quaedam competunt ex ipsa iurisdictione, quaedam ex persona iudicum, quaedam vero ex persona actoris vel eius procuratoris, quaedam ex persona ipsius rei, qui convenitur. Generaliter tene, quod omnes exceptiones, quae ad declinandum iudicium faciunt, in principio inter ipsa litis auspicia sunt proponendae et probandae; et qui tunc eas dimiserit, ad eas postmodum redire non poterit.", Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.140 を参照。

<sup>269</sup> 不出頭申立などについてはここでは扱わないが、『グランヴィル』での不出頭事由を研究したものとして、松村勝二郎『『グランヴィル』における不出頭理由—成立期コモン・ローにおける不出頭理由について (2)』、海技大学校研究報告 (34)、1991、151-172 頁がある。

<sup>270</sup> Thorne, *Bracton* vol.4, p.245 および Richardson, *op.cit.*, p.141 を参照。アズは以下のように述べる、「原告が剣のように身につけ武装する訴権について行ってきたように、被告が防衛されているように見られ、また盾のように守られている抗弁について我々はいま考察しよう」(sic vidimus de actionibus quibus actores armantur et accinguntur quasi gladiis, nunc videamus de exceptionibus quibus rei muniri videntur et defenduntur quasi clipeis.)

<sup>271</sup> "exceptio dilatoria"を「遷延的抗弁」、"exceptio peremptoria"を「絶対的抗弁」と訳し、本文及び脚注の文献もこれに統一する。

<sup>272</sup> 船田享二『ローマ法 第5巻』(岩波書店、1972)、225 頁を参照。例えばユ帝『法学提要』(Inst. 4. 13. 8)でも、「また、ある抗弁は永久的な、および絶対的抗弁と呼ばれ、ある抗弁は一時的な抗弁および遷延的抗弁と呼ばれる」(Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales et dilatoriae.) として説明されている。この箇所の訳文は、岡徹「抗弁論研究 (1)」、関西大学法学論叢 (57-4)、2007、175 頁に拠った。

継いでいるが、遷延的抗弁に対する説明は、裁判管轄権あるいは令状と訴権を関連させることで、例えば誤りがあつたとして抗弁により令状が棄却されたとしても、訴権そのものを棄却するのではなく、新しく正しい令状を獲得することで訴訟を再び提起できる、という意味をも含んでいるのではないだろうか。

続いて、『ブラクトン』は一般的に認められる抗弁と、特定の訴権に対してのみ付与される特別な抗弁とが存在し、訴訟方式に依拠する特有の抗弁を全ての訴訟が有していることがその理由であると述べている。タンクレードと同じく「遷延的」と「絶対的」の分類を用いながらも、『ブラクトン』では抗弁の分類に「一般的」と「特別」という区別が新たに加えられていると言えよう。その上で「一般的」(generales)な抗弁として、『ブラクトン』は五種類を挙げている。前半の二つの抗弁、すなわち「裁判管轄権に対する抗弁」と「原告適格に対する抗弁」はタンクレードと共通しているが、後半の三つの抗弁はタンクレードの文章には記載がない。特に目を引くのは「令状に対する抗弁」(exceptio contra breve)であり、令状発給から始まるイングランドの訴訟手続に対応するために創作された抗弁の形態であるのは明らかである。なお、「特別」の抗弁については「付与される」(datur)と受動態で『ブラクトン』が記していることから、被告がこれを行行使することを欲する場合は、その度に裁判官による有効性の判断を要したと思われる。

---

ユ帝『法学提要』では、"exceptio perpetuae et peremptoriae" また "exceptio temporales et dilatoriae" と表現され、「および」を意味する "et" が存在するが、タンクレードのこの箇所には "perpetuae" と "temporales" は見られない。Inst. 4. 13. 10 では、「一時的なもの、および遷延的なものとは、一時的に（原告に）害を与え、そして時の猶予を認容するものである。たとえば、一定の期間内たとえば五年以内は訴えられないと合意がなされたときの、合意にもとづく抗弁がそれである。なぜなら、この期間が終了したならば、原告は、物を追究することを妨げられないからである。それゆえ、期間内に訴えることを欲する者は、あるいは合意にもとづく抗弁により、あるいはその他の類似の抗弁により、訴えを延期し、そしてその期間の後で訴えるべきである。したがってまた、これが遷延的抗弁と呼ばれる」(Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium. nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi. ergo hi, quibus intra tempus agere volentibus obicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriae istae exceptiones appellantur.) と説明されている（訳文は岡、同上 175 頁に拠る）。「一時的なもの＝遷延的なもの、永久的なもの＝絶対的なもの」とまとめてタンクレードは理解していたのであろうか。これには『学説彙纂』第 44 巻の「抗弁論」部分との検討が求められよう。さて、タンクレードはこの箇所ではユ帝『法学提要』および『学説彙纂』ではなく、『勅法彙纂』の C. 8. 35. 12 「ある代弁人が訴訟開始の中で遷延的抗弁 (dilatoria praescriptio) を利用し損なった後に (遷延的抗弁を) 行行使することを欲し、またそうした援助について隔てられたにも関わらず、(抗弁の行使を) 主張した時期の誤りの弁明に固執するならば、1 リーブラ金相当の罰金によって罰せられるだろう」(Si quis advocatus inter exordia litis praetermissam dilatoriam praescriptionem postea voluerit exercere et ab huiusmodi opitulatione submotus nihilo minus perseveret atque praeposterae defensionis institerit, unius librae auri condemnatione multetur.)、および C. 8. 35. 13 「(訴訟の) 開始において、管轄に関する抗弁 (praescriptio fori) が両当事者によって申し立てられるべきであると、法律の權威が公言する」(Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas.) を、教皇令と共に挙げている。Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.140 を参照。

## 第2節 抗弁提起に関する比較

### 『ブラクトン』

f. 400 同じく、いかなる段階で抗弁は提起されるべきであり、あるいは提起されざるべきか (Item quando proponendae sunt et quando non)

「訴訟開始時、および手続の準備段階で主張されるべき抗弁があり、それは係争地検分の前に請求すべきであって、裁判管轄権に対し、また裁判権を欠く裁判官に対し提起される抗弁のように、訴訟の消滅には達しない。同じく、抗弁は原告適格に対しても認められる。また抗弁は令状に対しても認められる。確かに抗弁が訴訟開始で言及されず、係争地検分の請求に達した場合、もし被告が係争地検分の請求後に (抗弁を)裁判官の前に提出しようとしても、(その抗弁は)受理されない。何故なら係争地検分を請求することによって、被告はこれらの方法での抗弁を暗黙のうちに放棄し、裁判官の裁判管轄権に(服することに) 合意し、裁判権を追認すべき限りですべての事項が限り正しく行なわれたと見なされるからである」<sup>273</sup>

f. 400 同じく、抗弁には係争地検分の前に生じるものと、係争地検分の後に生じるものがある (Item quaedam sunt ante visum et quaedam post)

「さらに係争地検分に伴う抗弁が存在する。原告が係争地検分を自身に行わせ、またその時に請求物の全部あるいは一部を保有するか、あるいは何も保有しないか知っているということを被告が答弁する義務を負う確定物が法廷に持ち出される前に、被告はこれら (抗弁) によって確認することができる。故にこれを付属物にもなし得る。

同じく係争地検分の後に、訴訟の目的物が存在する所に誤りがあるならば、抗弁が認められ、これらは争点決定に

---

<sup>273</sup> "ITEM sunt quaedam exceptiones proponendae in initio litis et in praeparatoriis iudiciorum et ante visum petendum, ad perimendum iudicium ne procedat, sicut sunt illae quae proponuntur contra iurisdictionem, et contra personas iudicantium quibus deficit auctoritas iudicandi. Item exceptiones illae quae competunt contra personam petentis. Item exceptiones illae quae competunt contra breve, quae quidem exceptiones si in initio litis omittantur, et ad petendum visum procedatur, si tenens illas post visum petitum velit illas praeponere, non audietur, quia per petitionem visus videtur tenens huiusmodi exceptionibus tacite renuntiasse, et in iurisdictionem iudicantis consensisse, et quod omnia quoad iudicium ratificandum rite processerunt.", Thorne, *Bracton* vol.4, p.246 を参照。

先立つ。では係争地検分が何ら求められない場合はどうか。それでも順序に従って抗弁はその場に提示されるべきか、または裁判官の裁判管轄権および裁判官適格のように、より相応しいものから順に示されるべきであろう。なぜなら裁判官が訴訟の最も重要な部分だからである。次に、原告自らの有する適格に基づく場合に原告適格の抗弁が生じる。次に令状に対して（の抗弁）、次に被告の適格に基づき原告に対して（提起される抗弁が）認められる。その後、あたかもそこでは何も保有しないか、彼の保有するもの以外に何も保有しないといった、物自体から（抗弁が）認められ、これは付属物にも同様である。その後に場所を理由とする（抗弁が）認められる。前述のような抗弁が何も認められない場合、あるいは前述された抗弁が暗黙の内に放棄された場合、その時は多くの法的理由（*ratio iuris*）から認められる抗弁が提起されよう、訴えることに対して法の伝えることがない（＝訴えの根拠となる法がない）場合のように。訴えの順序が成るように、抗弁の順序が成されるべきである。あたかも、AがBに対し自身の権利として、某村におけるその付属物を含むほどの某所領を訴える場合のように、裁判官の面前で（抗弁は）述べられる。同じくいつでも、また裁判の後でも提示されることが可能な二つの抗弁、彼の管轄でない裁判官（彼の適切な裁判官でない）や偽の訴訟代理人（＝本人の訴訟代理人でない者）に対する抗弁が存在する。なぜならこれらによって、いかなる裁判も法的紛争も生じないからである。前述のように、訴権を提示すること、基礎づけること、証明することが必要不可欠である、それは一見正当と（*iusta*）見られるために、このようなことは抗弁でも不可欠となろう。このことを通じて、訴権が原告に対して属するように、抗弁は抗弁申立者（*excipiens*）に属し得るかどうか知ることができる。なぜなら、訴権に対して抗弁が属するような時でも、上述したように、訴訟を提起するすべての人に属することが常ではないからである」<sup>274</sup>

---

<sup>274</sup> "SUNT etiam quaedam quae visum sequuntur, et de quibus certificari poterit tenens antequam petens visum ei fecerit et certa res in iudicium deducatur, de qua debeat tenens respondere, ut tunc scire possit si totam rem petitam tenuerit vel eius partem vel etiam nihil: et sic fiat de pertinentiis. Item post visum competit exceptio si error fuerit in loco ubi res sita est de qua agitur, et istae praecedunt contestationem. Et quid si nullus visus petatur? Tamen per ordinem proponi debent et suo loco et erit a digniori incipiendum, sicut a iurisdictione iudicantis et persona iustitiarum, cum iustitarius sit pars principalis iudicii. Postea vero contra personam petentis si qua competat contra ipsum ex persona sua propria, Postea contra breve, et postea si qua competat ex persona tenentis contra petentem, et postmodum si qua competat ex ipsa re, ut si nihil inde teneat vel non nisi eius partem, et idem de pertinentiis, et postmodum si qua competat ratione loci. Et cum nulla praedictarum competat, vel si illis tacite renuntietur ut praedictum est, tunc proponatur illa quae competit ratione iuris quae multiplex est, ut si nihil iuris descendere possit ad petentem. Et sicut fit ordo petendi, sic fieri debet ordo excipiendi. Ut si diceretur coram tali iustitario, A. petit versus B. tantam terram cum pertinentiis in tali villa ut ius suum. Item sunt duae exceptiones quae proponi possunt omni tempore et

## タンクレード『訴訟手続の書』 抗弁と反抗弁について (De exceptionibus et replicationibus)

第1項「すなわち（これらの抗弁を）提起するにあたっては、注意深い代弁者はこの順序を守るだろう、それはもし裁判管轄権そのものから被告に認められる場合、例えば聖職者が世俗の裁判官または自身の管轄でない裁判官の前に召喚された場合、偽りの請願あるいは真実の隠蔽によって召喚状が請求されたり、これに類似する場合、抗弁を提示し証明する。なぜなら裁判官の裁判管轄権に抗弁することを逸し相手を認める場合、それに合意したと見なされるからであり、その利益に対しては後に(訴訟に)立ち戻ることはできないだろうから。.....しかしながら、こうした抗弁が期待に沿わない場合、裁判官適格に基づき被告に抗弁が認められる場合は、それを提起しうる。例えば奴隷または市民権剥奪者あるいは破門にあるのであれば、そのような者が裁判官であることはありえない。.....また裁判官が被告に確かな理由から（公平性が）疑わしいとして、裁判官自身が敵対者あるいは相手方の血縁者、もしくは（相手方の）大親友の場合がある。.....ところで、もし被告が裁判官あるいは裁判管轄権に対し提起しうる抗弁を持たない場合でも、原告あるいは彼の代理人適格から、被告に（抗弁が）認められるのであれば、抗弁を提起しうる。（中略）同じく、当然訴訟開始までに限りこうした抗弁は提示すべきであるが、上述したように、新たに（抗弁が）認められることが生じる時は、もちろん争点決定の後になっても提示することができるということに注意せよ。.....さらに留保されたものを除く抗弁を主張することを（一方の当事者が）望む、あるいは（裁判が）開始された後に（抗弁の主張を）彼が行うであろう場合、あるいはその後（抗弁が存在することの）理解に達したと彼が宣誓する場合、その期間内に全ての遷延的抗弁を提示し、その期間の後ほどの当事者も延長して聴聞されない確定した期間を、裁判官は両当事者に裁定することができることに注意せよ。同じく、前述のように争点決定より前に提起すべき抗弁と、裁判が無価値となるために判決の後に提起され得るもの、すなわち偽の訴訟代理人

---

post iudicium, sicut iudicis non sui et falsi procuratoris, cum quibus nullum iudicium controversia nulla. Et sicut necesse est actionem proponere et fundare et probare ut praedictum est, ut prima facie iusta videatur, ita oportebit exceptionem, ut per hoc sciri possit an pertineat ad excipientem exceptio sicut agentem pertinet actio, quia cum aliquando contra actionem pertineat exceptio, tamen ut supra dictum est non semper pertinet ad omnes ut illam proponant.", Thorne, *Bracton* vol.4, pp.246-247 を参照。

や彼の管轄でない裁判官の抗弁という二つの遷延的な抗弁があることに注意せよ」<sup>275</sup>

## 検討

この部分の検討について、まず「いかなる段階で抗弁は提起されるべきであり、あるいは提起されざるべきか」に注目したい。ここでの『ブラクトン』の著述はタンクレードのそれとは異なっているが、裁判管轄権に対する抗弁に代表される「一般的な抗弁」は訴訟開始時や準備手続中に主張されねばならないという点で一致している。『ブラクトン』では、「係争地検分」(visus)の請求が「訴訟開始時」(in initio litis)と共に用いられることで、一部の抗弁を提起する時期がより明確にされていると言えよう。コモン・ローにおいて、不動産を巡る訴訟では、係争地となる土地の検証が第一に求められており、『ブラクトン』の裁判管轄権に対する抗弁の例示を見ると、被告が「係争地検分」を請求する時点をもって裁判管轄権に対する抗弁を放棄したと判断されているようである。『ブラクトン』にとって、「訴訟開始」と『係争地検分』の請求が裁判管轄権に対する抗弁が提出される期限となり、これを過ぎた段階で裁判官の裁判管轄権に服することを被告が認めたとされている。一方で、タンクレードが裁判官適格について述べる箇所との類似は、『ブラクトン』では裁判官の忌避についての著述まで待たねばならない<sup>276</sup>。

---

<sup>275</sup> "In his enim proponendis advocatus providus hunc ordinem servabit, ut, si qua competit reo ex ipsa iurisdictione, puta quia clericus vocatur ante iudicem saecularem, vel aliquis ad iudicem non suum, vel quia literae sunt impetratae per suggestionem falsitatis vel per veritatis suppressionem, vel si quam similem habet, obiiciat illam et probet; quia, si hanc dimittit et accedit ad alias, in iurisdictionem iudicis consentire videtur, unde ad hoc beneficium postea redire non poterit ..... Si vero his exceptionibus destituitur, si qua ex persona iudicis reo competit, illam proponat; puta, quia est servus vel infamis vel excommunicatus, quoniam talis iudex esse non potest, .....; vel quia est reo certa ratione suspectus, utpote inimicus suus, vel adversarii consanguineus vel multum amicus ..... Si autem reus non habet exceptionem, quam contra iudicem vel iurisdictionem proponat, opponat exceptionem, si qua ei competit, ex persona actoris vel eius procuratoris....."

(中略) Item nota, quod, licet huiusmodi exceptiones in principio litis tantum sint proponendae, ut dictum est, tamen, si de novo competere incipiunt, etiam post litem contestatam proponi possunt. ....Praeterea nota, quod iudex potest certum terminum statuere partibus, intra quem omnes dilatoritas exceptiones proponant, ultra quem nulla pars ulterius audietur, si quam allegare voluerit, nisi illam fuerit protestata, vel postea exorta fuerit, vel iuret se postmodum ad eius notitiam pervenisse. ....Item nota, quod duae dilatoriarum exceptionum, quae ante litem contestatam proponendae sunt, sicut supra dictum est, etiam post sententiam proponi possunt, scilicet falsi procuratoris et iudicis non sui, quia tale iudicium nullum est.....", Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S. 140-142 を参照。

<sup>276</sup> 後に『ブラクトン』はf.411b-f.412の「裁判官忌避について」で、裁判官適格についてのタンクレードの例示に加え、同じくタンクレードの「裁判官忌避について」の著述を用いつつ説明している。Thorne, *Bracton* vol.4, pp.280-281 および、Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.146, 148-149 を参照。タンクレードの「抗弁と反抗弁について」では、「さて、どのようにこのこと(裁判官の忌避)を行うべきか、(それは)裁判官の忌避の章で十分に述べるとしよう」(Qualiter autem hoc facere debeat, in titulo de recusationibus iudicium plene dicemus)と述べ、早々にこれを切り上げている。Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.141 を参照。括弧内は筆者。

「抗弁には係争地検分の前に生じるものと、係争地検分の後に生じるものがある」では、『ブラクトン』は再び「係争地検分」をキーワードに用いている。タンクレードの「当然訴訟開始までに抗弁は提示すべきであるが……争点決定の後に提示することができる」という箇所をより明確に示す言葉として、『ブラクトン』は「係争地検分」という語を用いているように思われる。また、「係争地検分」が行われなかった場合について、『ブラクトン』は裁判を司る裁判官に関する抗弁を初めとする諸抗弁が提起することができるとする。そして、「被告はこれら（抗弁）について確認することができる」と述べていることは、被告が裁判官に彼の抗弁に対して承認を与えるよう要求し得たことを指しているのではないか。裁判官および彼の管轄権に対する抗弁を最初に取り上げる点は『ブラクトン』もタンクレードも一致しているが、『ブラクトン』では裁判官をまず決定することについて、係争地の訴訟を預かる点を強調しているように思われる。

裁判の後でも提示される抗弁として、「彼の管轄でない裁判官」および「偽の訴訟代理人」の抗弁が両者で一致して挙げられている。『ブラクトン』がこれらの抗弁について、「いつでも」(omni tempore)と述べていることから、これらを遷延的抗弁とするタンクレードの著述を踏まえた上で、提起に際し特別な許可を必要としない一般的抗弁としてこれらを捉えていることが読み取れる。

### 第3節 反抗弁、再抗弁、反再抗弁についての比較

#### 『ブラクトン』

##### f. 400b 同じく、抗弁に対して反抗弁が認められる (Item contra exceptionem competit replicatio)

「しかしながら、さしあたり認められると考えられる抗弁に対して、原告は反抗弁という手段によって救済される。つまり、もしある者が訴え出た場合、訴えないという合意が後に介在したと被告が抗弁することは可能であり、それに対して、訴えることができるという合意がその後に挿入されたら原告が反抗弁することは可能である。従って、『訴え出ないという合意は、後に訴え出るという合意と対立する』と説かれる。この場合、第一の合意は後（の合意）に無効とされ、それは法上当然にではなく反抗弁という手段によってである。そして、前述の贈与に

ついでのように、何を為し、何を為さないか、そのような形で行うかあるいは行わないかが締結者に許されていることを為すか為さないか、あるいはその時にそのような形で為すことがこうした方法ではできない、といったことを、あたかも契約の締結時に合意したというような、契約に加えられる制限と条件に関しても同様である。」<sup>277</sup>

f. 400b 反抗弁に対して再抗弁が認められる (Ad replicationem competit triplicatio)

「実際には反抗弁に対して再抗弁が続き、再抗弁に対して原因に基づく反再抗弁 (が続き)、このようにして無限に続く。訴権は一旦有効であると (訴訟の) 当初より認めることができるだろうが、抗弁によって無効とされ、同じように抗弁は反抗弁によって無効とされ、そのようにして続く」<sup>278</sup>

タンクレード『訴訟手続の書』 抗弁と反抗弁について (De exceptionibus et replicationibus)

第五項「反抗弁とは、被告の抗弁に対し原告に認められる抗弁であり、原告が常に申立てる。反抗弁に対しては被告に再抗弁が与えられる、そして反再抗弁があり、『学説彙纂』第44巻第1章第2法文と『勅法彙纂』第8巻第36章(第35章)第10法文にみられる如くである。例えば、私はあなたに貸した十金を請求し、あなたは抗弁し、請求しないという合意を有している、あるいは受領問答契約により債務関係から解放されたと述べる。私は反抗弁し、強迫あるいは詐欺を通して強要された、あるいはそのような合意からは解放されていると述べる」<sup>279</sup>

---

<sup>277</sup> "CONTRA exceptionem vero licet ab initio competens videatur, subveniri poterit petenti ope replicationis, ut si quis petat, excipere poterit tenens de pacto postea interveniente ne petat, contra quam replicari poterit a petente de pacto posterius interposito quod petat. Ut si dicatur: Pactus ne peteret postea convenit ut peteret. Quo casu primum pactum per posterius eliditur, non quidem ipso iure sed ope replicationis. Et sic de similibus de modis et condicionibus in contractibus appositis, ut si convenerit in initio contractus quod quid fiat vel ne quid fiat, et si fiat vel non fiat, quod tunc liceat contrahenti sic facere vel non sic, vel si tali modo non fiat, quod tunc sic fiat, ut supra de donationibus.", Thorne, *Bracton* vol.4, p.247 を参照

<sup>278</sup> "AD replicationem vero sequitur triplicatio et ad triplicationem quadruplicatio ex causa, et sic ulterius in infinitum, et ita poterit ab initio concedi quod actio bona sit prima facie, elisa tamen per exceptionem, et eodem modo quod exceptio, elisa tamen per replicationem, et sic deinceps.", Thorne, *Bracton* vol.4, p.247 を参照

<sup>279</sup> "Replicatio est exceptio, quae competit actori contra exceptionem rei, et istam semper opponit actor; et contra replicationem datur triplicatio reo; et iterum quadruplicatio. ut Dig. de except. 44, 1. l. 2 et Cod. e. t. 8, 36. l. non exceptionibus 10. Puta, peto a te decem, quae tibi mutavi, et tu excipis, dicens te habere pactum de non petendo, vel te ab obligatione absolutum per acceptilationem, et ego replico dicens, quod per metum sive per dolum fuit extortum vel abrenuntiatum tali pacto.....", Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.146 を参照

## 検討

この部分では「抗弁→反抗弁→再抗弁……」と抗弁が展開していくことが扱われているが、タンクレードは主に

D. 44. 1. 2 (ウルピアヌス『告示註解』第 74 卷) を用いていると考えられる<sup>280</sup>。以下はその試訳と原文である。

D. 44. 1. 2. pr 「抗弁はある種の排除に準ずると述べられる。それが被告各人のものとして、それが訴権と対置させられることを常とするのは、有責判決あるいは請求表示に対して持ち込まれたものを排除するためである」<sup>281</sup>

D. 44. 1. 2. 1 「反抗弁は抗弁に他ならず、しかも原告の側から生じる。故に、抗弁を排除するためにこれは確かに必要である。何故なら、抗弁にあらがうためという理由で再抗弁は常に援用されるからである」<sup>282</sup>

D. 44. 1. 2. 2 「あらゆる抗弁あるいは反抗弁は排除的であることを留意せねばならない。抗弁は原告を、反抗弁は被告を排除する」<sup>283</sup>

D. 44. 1. 2. 3 「しかし、反抗弁に対しては再抗弁が認められるのが常であり、反抗弁に対して再度、そして続けて請求が増加されるのは、被告あるいは原告が援用する限りにおいてである」<sup>284</sup>

D. 44. 1. 2. 4 「確かに、ある種の諸抗弁が遷延的であり、ある種のそれらが絶対的であると述べることを我らは常とする。例えば、訴権を遅らせる抗弁は遷延的であり、(そうした抗弁の)例として訴訟代理人の抗弁(*procuratoria exceptio*)は遷延的である。すなわち、訴訟代理人の資格(*procuratori nomen*)から訴えることが許されないと述べる人は、訴訟物(*lis*)を直接拒否するのではなく、(代理人の)適格を退けているのである」<sup>285</sup>

---

<sup>280</sup> C. 8. 36 (35). 10 「原告たちは、確かな諸原因に基づき被告たちが救済される抗弁からではなく、反抗弁を有する時にはこれによって自身の請求を防衛する」(*Non exceptionibus actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam habent, muniunt.*)をタンクレードは合わせて挙げているが、これは D. 44. 1. 2 の補足のためと思われる。

<sup>281</sup> "Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusquae rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est."

<sup>282</sup> "Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt: quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant: semper enim replicatio idcirco obicitur, ut exceptionem oppugnet."

<sup>283</sup> "Illud tenendum est omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum."

<sup>284</sup> "Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus aut actor obicit."

<sup>285</sup> "Sane solemus dicere quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremptorias: ut puta dilatoria est exceptio, quae differt actionem, veluti procuratoria exceptio dilatoria est: nam qui dicit non licere procuratorio nomine agi, non prorsus litem infitiat, sed personam evitat."

先に挙げたタンクレードの著述と比べると、ウルピアヌスの言をタンクレードは簡略化して述べていることが分かる。一方で、『ブラクトン』の「反抗弁に対して再抗弁が存在する」の説明は D. 44. 1. 2. 3 に近いものであり、タンクレードと異なり『ブラクトン』が 2 つの章題に分けているのは、執筆者が『学説彙纂』の分節方法に従ったためかと思われる。

被告の行使する抗弁に対し、原告の防衛手段として反抗弁 (*replicatio*) が提起され、これに対し被告による再抗弁 (*triplicatio*)、さらに再抗弁に対して原告による反再抗弁 (*quadruplicatio*) が提起されるという、抗弁の展開については、タンクレードも『ブラクトン』も一致している。しかしながら、ここでは「訴え出ないという合意は、後に訴え出るという合意と対立する」とする D. 2. 14. 27. 2 の言を用いて『ブラクトン』が著述を行っている点に注目したい<sup>286</sup>。タンクレードは例として合意を用いているが、この法文には言及していない。一方で、『ブラクトン』はこの法文を援用することで、(被告が抗弁で述べた) 第一の合意が (原告が反抗弁で述べた) 後の合意により無効となる、という反抗弁の効力についての自身の説明を補強を行っているように見ることができる。

ここまでの検討から、『ブラクトン』の「抗弁論」は、タンクレードに強く依拠しつつも、イングランドの裁判状況を踏まえたアレンジや、『学説彙纂』の法文を独自に参照するといった方法を取ることで、自身の著述を単なる追従に止めないものになっていると言える。参照元の内容についての理解度の問題は別として、『ブラクトン』の執筆者が、イングランド外の学識法文献に対して一定の知識を有していたことが強く推定できる。

---

<sup>286</sup> D. 2. 14. 27. 2 (パウルス『告示註解』第 3 卷)の関連部分の試訳と原文は以下の通りである。

「訴えでないという (内容の) 合意が、後に訴え出るという (内容の) 合意と対立する (時がある)。先の合意は後 (の合意) を通じて無効となろう。(合意が) 為された場合は、問答契約によって問答契約が解除されるというような、法上当然に (よって) では確かでない。なぜなら問答契約に法律関係 (*ius*) はつながれており、合意に事実関係 (*factum*) が関係している。故に反抗弁により抗弁は無効になる……」(*Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur……*) 試訳に際しては、春木一郎譯、『学説彙纂プロータ』(有斐閣、1938)、253-254 頁も参照した。

### 第3章 章題「4つの事例における不適用」におけるタンクレードおよびドロエダとの比較

さて、このように「抗弁論」において『ブラクトン』がタンクレードに依拠しながら執筆を行っていることを検討する中で、「抗弁は時に永続的であり、時に一時的である」という項目内に登場する「留保」(protestation)という語が筆者の注意を引いた。というのも、この「留保」(protestation)という語は、プラウドウン判例集において定義された後にカウエルやクックを経て、ブラックストンの『英法積義』にも受け継がれていったコモン・ロー上の法律用語だからである<sup>287</sup>。なお、タンクレードではこれが動詞形(protestantur)で現れていることに對し、『ブラクトン』では名詞形(protestatio)で現れている<sup>288</sup>。

---

<sup>287</sup> 小山貞夫編著『英米法律用語辞典』(研究社、2011)、280-281頁および、田中秀夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991)、678頁を参照。ブラックストンは以下のように述べている、「……いかにして当事者はある事実に関して間接的な主張あるいは否認を提示するか、それはそのような事実が存在する、あるいは存在しないということ留保することによって(protestando)である。そして同時に直接的な肯定や否認を回避している。サー・エドワード・クックは"protestation"を(当時の簡潔な表現において)『結論の除外』と定義した。というのも、その利用は、訴答について主張事実の複合(duplicity)に陥ることなしに、直接的に肯定あるいは否認することができないある事実や状況に関して決定されることから当事者を救うためである。そしてなお、彼がそれに従って自身の異議申立を提起しなかったならば、彼は暗黙の内に撤回あるいは認めたと見なされる」(.....whereby the party interposes an oblique allegation or denial of some fact, protesting (by the gerund protestando) that such a matter does or does not exist: and at the same time avoiding a direct affirmation or denial. Sir Edward Coke hath defined a protestation (in the pithy dialect of that age) to be "an exclusion of a conclusion." For the use of it is, to save the party from being concluded with respect to some fact or circumstance, which cannot be directly affirmed or denied without falling into duplicity of pleading; and which yet, if he did not thus enter his protest, he might be deemed to have tacitly waived or admitted.) William Blackstone, Thomas M Cooley, *Commentaries on the Law of England* vol.2-Book 3&4, 3d ed, rev, Chicago, 1884, pp.310-311を参照。ブラックストンが例示として出すのは、隷農保有を認められた領主に隷農が自身の解放とは無関係な事項について訴訟を起こした場合である。コモン・ローでは、隷農は領主に対して民事訴訟を起こすことはできない。この訴訟において被告である領主が、原告が隷農であることを認めて訴訟手続を進めると、原告が提起した訴えの内容自体とは別に、隷農状態にある原告は解放されるかという争点が別個に現れ、二重の関係を為す。そうした事態を防ぐため、被告である領主は抗弁の際に"protestation"を用いて、原告が隷農であるかどうかについて当該訴訟中に答えることを留保するのである。こうして陪審は、原告が提起した本来の訴えの内容についてのみ審理を行う。このような"protestation"の定義づけはプラウドウン判例集が初出とされる。*The English Reports vol.75 King's Bench div no.4, Edinburgh, 1907, pp.421-422*を参照。カウエル、クックによる説明はブラックストンの説明と重複し冗長となるためここでは触れないが、カウエルについてはJohn Cowell, *The Interpreter, The English experience, its record in early printed books published in facsimile no. 231*, New York, 1970, "protestation"の項目(頁表記のない文献である)を、クックについてはSir Edward Coke, *The Reports of Sir Edward Coke, Knt: In Thirteen Parts* vol.1, New Jersey, 2002, rep, pp.41-42を参照。ホールズワースによれば、この用語の登場する最も古い年代の判例は1312年である。Sir William Holdsworth, *A History of English Law* vol.3, London, 1977, p.634を参照。

<sup>288</sup> コモン・ローでは法律問題に無知な「素人の民衆」が陪審となるため、一つの訴訟について複数の論点を提示することは許されていなかった。このようなコモン・ローにおける二重訴答(double pleading)への反対は、それが両当事者を決定的な争点に導く方法として唯一論理的なものと思なされたからである。争点が複数発生した場合、各当事者がそれぞれ一つの争点で勝利するという事態が生じる。そして、その結果に伴って反訴が二つ生じた場合、原告がそれぞれについて再訴を為すことができ、訴答は幾何学的に増えていくという状況が生じることを防ぐために、コモン・ローでは単一論点規則(the single-point rule)が用いられた。J. H. Baker, *The Reports of Sir John Spelman Part II*, Selden Society vol.94, 1977, p.149および、J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, New York, 2007, p.88を参照。

## 『ブラクトン』

f. 400b 抗弁は時に永続的であり、時に一時的である (Item quaedam sunt perpetuae et quaedam temporale)

「……上述された順序に従うことが抗弁を提起するためには必要であるが、それらに従わない者もいる。というのも (被告たちは) 残りの (抗弁の) 利益も区別なく無傷であるという留保 (protestatio) によって、(しかるべき時期より) 以前に、あるいは不適切な場面で (抗弁を) 提起するだろうとおそらく考えるからであり、その場合はある抗弁の証明に失敗したとしても、他の抗弁に訴えることができるからである」<sup>289</sup>

### タンクレード『訴訟手続の書』 抗弁と反抗弁について (De exceptionibus et replicationibus)

第四項「……これを法廷回避の抗弁を提出することの正しい順序であると私は考える。しかし、その順序を守らず、提出において (機会を) 逸した場合は他の抗弁に訴え出ることが出来るからとして、残りの (抗弁の) 利益が無傷であるべきと留保して (protestantur)、抗弁を提起する者たちがいる」<sup>290</sup>

この"protestation"という語はソーンの英訳において各所で用いられているが、その初出は f.98 から始まる「訴訟について」内の章題「4つの事例における不適用」(f.113b-114b) である。シュルツによって、この箇所の前半部分にはタンクレードが、また訴権競合問題について論じるその後半部分にはドロエダの参照がソーンによって指摘されている。

### 第1節 前半部分における『ブラクトン』とタンクレードとの比較

ここでは、(A) タンクレード『訴訟手続の書』第2巻第20章「訴訟手続とそれに付随的な問題について」(De ordine

---

<sup>289</sup> "Et talis ordo secundum quod praedictum est necessarius est ad proponendum exceptiones quamvis quidam illum non observent, quia forte credunt quod dum unam ante tempus vel non suo loco proposuerint cum protestatione, salvum sibi fore beneficium ceterarum indistincte, et si in probatione unius defecerint quod possint ad alias habere recursum.", Thorne, *Bracton* vol.4, p.247 を参照。

<sup>290</sup> "Hunc credo rectum ordinem proponendi exceptiones fori declinatorias. Quidam tamen ordinem istum non servant, sed, dum unam proponunt, protestantur sibi salvum esse debere beneficium ceterarum, ut, si in proposita defecerint, possint ad alias habere recursum.", Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.141-142 を参照。

iudiciorum et incidentibus quaestionibus, 参照元は Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.190-191)と、(B)

『ブラクトン』の「4つの事例における不適用」(Fallit in quatuor casibus)の前半部(参照元は Thorne *Bracton* vol.2, pp.321-323)との比較を試みる。

メイトランドは『ブラクトン』のこの部分がタンクレードに依拠していることを認識していなかったため、このような場合についてアゾが5つの事例を挙げているにも関わらず、『ブラクトン』では4つに減らされている点について、「『ブラクトン』の4つの事例はアゾ流である、しかしながら、そこから彼が始める法則 (rule) はアゾ流ではない」と述べている。シュルツは、既にアゾの挙げた5つから4つへとタンクレードが事例を減じていることから、『ブラクトン』の著述はタンクレードを主要なソースとして扱った結果であると述べている。またシュルツは、『ブラクトン』がタンクレードの依拠した学識法への参照を省略し、一方でイングランドの例を追加するなど、その著述はタンクレードの逐語的なコピーではなかったとも述べている<sup>291</sup>。

シュルツはタンクレードの依拠した『ローマ法大全』、ならびに教皇令については触れていない。その理由はおそらく、『ローマ法大全』ならびに教皇令を典拠表記を除いたタンクレード自身の著述と、『ブラクトン』の著述とに強い類似関係が見られるのであって、『ブラクトン』がタンクレードの典拠を参照した形跡が見られないためだろう。以下のタンクレードの「第一の事例」の試訳で挙げられている『ローマ法大全』の法文ならびに教皇令では、複数のものが典拠として挙げられているが、その中でもタンクレードの著述と関連が平易に認められているものを示すこととする<sup>292</sup>。なお、タンクレードの試訳における教皇令の表記が試訳と脚注に示した原文とで異なっている場合があるが、これは編纂を担当したベルグマンによる参照元の脚注での指示に起因するものである。また各試訳の括弧内は筆者によるものであり、『ブラクトン』の試訳における [] 内は「内挿」を指している。

<sup>291</sup> Maitland, *Bracton and Azo*, p.206 ならびに、Schulz, "Critical Studies on Bracton Treatise", 176 を参照。

<sup>292</sup> 『ローマ法大全』ならびに教皇令の典拠元は、本稿の脚注(1)を参照。タンクレードによる一部の参照法文に関しては、なぜ彼がこれらを典拠として示したかが、筆者の力量からは明確に結論づけることができなかったために割愛している。これらについては、「タンクレードにおける『ローマ法大全』ならびに教皇令の理解と利用」といったテーマを別個に立てるなどして、今後の研究への課題としたい。

(1) 冒頭部

(A) 「確かに、一方の訴訟当事者から多くの民事上の争訟が提起される場合、彼が前置することを欲したものや、同時に全ての争訟を取り上げることを提示できる。ただし以下の4つの事例を除く。」<sup>293</sup>

(B) 「さて、一方の当事者から、多くの民事上の訴権は、複数の異なる対象 (res) について、1人 [あるいは複数人] に対して提起され得るので、提起する者は欲する対象を前置すること、また同時に全ての対象を取り上げることを提示できる。しかし、これについては以下のように言われる。ある人に複数の訴権が認められるような場合には、彼は1つを訴え出るべきであり、そして1つの訴権が選択されると、(原告は) 最初の訴権が継続の間、他の訴権に対して立ち戻ることはできないだろう。以下の4つの事例に当てはまらないことを知るべきである」<sup>294</sup>

(2) 第一の事例について

(A) 「第一の事例は、(争訟が) 矛盾している場合である。なぜなら矛盾しているが故に原告は聴聞されない、X. 2. 28. 54 や X. 3. 12 や Dist. 74. c. 2 の如く。すなわち、その時に彼が欲するものを選ぶのであり、それを第一に扱う、C. 6. 2. 1 や C. 4. 36 の如く」<sup>295</sup>

(B) 「第一の事例は以下の通りである、ある人が複数の、[あるいは] 1つの対象について矛盾している [2つの] 訴権を持つが故に、両方の訴権を彼が提起した場合は、矛盾した対象を主張した場合と同様に、彼は聴聞されるべきではない。従って、それらの内、彼は自身が欲した1つを提起することを常とすべきである。何故ならそれ

---

<sup>293</sup> "Et quidem si ab una parte plures civiles quaestiones proponuntur, potest, qui eas proponit, quam voluerit praemittere, et omnes simul tractare, nisi in quatuor casibus."

<sup>294</sup> "CUM autem ab una parte plures actiones civiles proponantur versus unum vel plures de pluribus rebus et diversis, poterit qui eas proponit quam voluerit praemittere et omnes simul tractare. De hoc autem quod dicitur quod si plures alicui competant actiones, una debet experiri, et una electa ad alias non poterit recurrere pendente prima, sciendum est quod istud fallit in quatuor casibus."

<sup>295</sup> "Primus est, si sunt contrarie, quoniam contraria petens non auditur, ut X. 3. de appell. 2. 19. c. sollicitudinem. 12. in f. X. 3. ut benef. eccles. sin. diminut. 3, 10. c. ut nostrum. (un.) et Dist. 74. c. gesta. 2; tunc enim eligat, quam voluerit, et prius ilium tractet. ut Cod. de furt. 6, 2. l. 1 et Cod. si serv. extero se mand. emend. 4, 36. l. un."

らは相容れず、また同時に存在することもできないからであり、またそれは1つの訴権が他方の訴権を妨げるからである。あたかも誰かが元本と利息、または所有権下にある土地と境界に対して同時に請求したかのように」<sup>296</sup>

## 検討

「冒頭部」では、タンクレードが「争訟」の意を持つ"quaestio"を用いる一方で、『ブラクトン』は「訴権」(actio)を用いているという違いがあるものの、両者の見解は一致している。またこの「4つの事例における不適用」における著述に際し、『ブラクトン』はタンクレードよりも多くの言葉を費やしているのは後に挙げる事例を見ても明瞭であるが、既にこの段階でこの傾向が表れている。特に『ブラクトン』では、複数の訴権を有する際に、いずれか1つに絞らなければならないという訴権競合を想定した『ブラクトン』自身の著述が挿入されているが、後年イングランドでは"protestation"が二重訴答を防ぐ目的で用いられていることへの端緒としてこれを見ることもできるだろう。実際、14世紀初頭の時点で、争点の限定を裁判官が指示していることが明らかとなっている<sup>297</sup>。シュルツによれば、タンクレードは異なる対象に関する訴権について制限するアゾの見解に触れていないが、『ブラクトン』内の「複数の異なる対象について」(de pluribus rebus et diversis)という語はその復原と理解されている<sup>298</sup>。

「第一の事例」では、1つの対象に対し矛盾する2つの訴権乃至争訟を有する者が、両方を同時に提起することは認められないという点で『ブラクトン』はタンクレードと一致した立場をとる。タンクレードは矛盾する争訟を同時に提起する者は聴聞を受けてはならない旨は教皇令を典拠として、またそれでも訴訟を求める者は選択せねばならないことは『勅法彙纂』の法文を典拠として、それぞれ簡潔に述べている<sup>299</sup>。一方の『ブラクトン』では、タ

---

<sup>296</sup> "Primus casus est quod cum quis plures habeat actiones vel duas de una re quae sint contrariae, si utrasque proposuerit audiri non debet non magis quam si contraria allegaret. Oportet igitur quod unam istarum proponat quam voluerit, quia sese non compatiuntur nec simul stare possunt, quia una excludit aliam. Ut si quis peteret simul sortem et usuras, et terram in dominico et ad terminum."

<sup>297</sup> P・A・ブランド、直江眞一訳「イングランドの裁判官と裁判—1176-1307年」、『法制史研究』(59)、2009、176頁では、3つの争点すべての立証許可を求める被告に対し、争点を限定するよう指示するベアフォード裁判官の言が紹介されている。

<sup>298</sup> Schulz, *op.cit.*, 176を参照。

<sup>299</sup> 全ての訳出をここで示すには、教皇令はあまりにも長大であるため、特に重要と思われる部分のみを提示することとする。タンクレードは1つの対象に対して矛盾する争訟を同時に提起できないことの典拠として、試訳の通り複数の教皇令を挙げているが、その筆頭である X. 2. 28. 54 のインキピトは「矛盾する上訴人は聴聞されるべきではない」(contraria allegans non est audiendus) と述べており、同種の内容が本文の末尾にも存在している。また訴権の選択について、タンクレードが典拠の1つとしている C. 6. 2. 1 では、「あなたの金銭によって奴隷たち

ンクレードの言を踏襲したのち、より具体的な説明を加えていると言うことができよう<sup>300</sup>。

(3) 第二の事例について

(A) 「第二の事例は、初めに提出されるものが、後で提起されることを要請されているもう一方に依存している場合である。以下を見よ。ある人がいわば相続人のように、相続上の債務を請求し、その後に相続人であるか否かが審問されることを欲する場合である。このような訴訟は順序が転倒している、C. 4. 16. 5 の如く。あるいは、私が所有物返還請求によって土地を請求し、その間に土地が私のものであったかのようにその果実を返還請求する場合、この第二（の請求）から私は排除される、D. 44. 1. 18 の如く。すなわち、初めに物について確定すべきであり、次にそれを取り巻くものについて審理するべきである、X. 3. 48. 5 の如く」<sup>301</sup>

(B) 「第二の事例とは、あたかも初めに提示される訴権が他の訴権に依存しており、順序に拠れば後に提起されるべきであったような場合である。あたかも、ある人がいわば相続人のように、自らを相続人であると証明する前に相続上の債務を請求し、後に彼が相続人であるか否かが審理されることを欲する場合がある。このような請求は順序が転倒している。あたかもある人が所有物返還請求によって土地を請求し、そして直ちに果実を収穫すること、あるいは土地を獲得するよりも前に（果実を）集めること、あるいは主物についての第一の訴権が終了するよりも前に、果実について訴訟提起することを欲する場合、彼は果実についての第二の訴権から排除されねばならない。すなわち、主物について誰のものであるべきかということ、第一の訴権を通じて初めに確定すべきであり、後に

---

が委任され、（その内の）何人かが土地を獲得した場合、あなたは窃盗の訴権または条件か、委任のそれらかのどちらをより強く訴えるべきであるかを選択せねばならない……」（*Si pecunia tua mandantibus servis quidam praedia comparaverunt, eligere rebus, utrum furti actionem et condicionem an mandati potius inferre debeas.....*）と訴えの選択について述べられている。

<sup>300</sup> シュルツは『ブラクトン』の例の内、「元本と利息」（*sortem et usuras*）はもともと「第二の事例」に関しての追加であって、校訂者が誤った場所に配置したものであるとしている。Schulz, *op.cit.*, 178 を参照。メイトランドもこの部分を「不可解」と評していたが、明確な結論は述べていなかった。Maitland, *op.cit.*, p.207 を参照。

<sup>301</sup> "Secundus est, si illa, quae primo proponitur, pendet ex altera, quae postea proponi desideratur; ut ecce, aliquis tamquam heres petit debitum hereditarium, postea vult inquiri, an sit heres, vel non; praepostera est talis petitio, ut Cod. de heredit. act. 4, 16. l. ut debitum 5.; vel si petam fundum rei vindicatione et interim condico fructus eius, ac si fundus esset meus, repellor ab hac secunda, ut Dig. de except. 44, 1. l. fundi. 18.; primo enim debet constare de re, et postea de circumstantiis eius quaeri. arg. X. 2. de eccles. aedif. 3, 26. c. ad audientiam. 4."

その従物であるものについて（確定すべきである）。よって、ある人がマナー（manor）を従物と共に請求し、これには従物として聖職推挙権が従属しており、またマナーについての訴訟が継続中の間、誰のものであるかを立証するより以前に、教会が空位状態に陥っている場合、また主物について決定される前にマナーを送ったとして請求する人が、訴訟を行うことを望む場合、聖職推挙権妨害排除令状を通じて、聖職推挙権回復訴訟（ultima praesentatio: darrein presentment）について（の令状を通じて）も彼は審理されないであろう、といったことが前述の理由から考慮される。このような訴権は複数にして無限に存在する」<sup>302</sup>

## 検討

「第二の事例」では、請求の順序が転倒している場合について述べられている。タンクレードはここで相続人認定よりも先にその債務請求を行っている場合を述べているが、これの典拠として示されているのは C. 4. 16. 5 である<sup>303</sup>。そして、土地についての請求を行っている最中に、当該土地から得られる果実を請求している場合、後者の請求が退けられる典拠として、タンクレードは D. 44. 1. 18 を挙げている<sup>304</sup>。そして、「物」と「それを取り巻くも

---

<sup>302</sup> "Secundus casus est ut si illa quae primo proponitur pendeat ex alia, et quae posterius proponi deberet per ordinem. Ut si quis tamquam heres petat debitum hereditarium antequam se probaverit heredem, et postea vult inquiri si sit heres vel non. Praepostera est enim talis petitio. Item si quis petat fundum rei vindicatione, et statim vult percipere fructus vel colligere antequam fundum adquisiverit, vel de fructibus agere antequam prima actio terminetur de principali, repelli debet a secunda actione de fructibus. Primo enim debet constare de re principali per actionem primam cuius esse debeat, et postea de eius pertinentiis. Et unde videtur rationibus praedictis quod si quis petat manerium cum pertinentiis, ad quod pertineat advocatio sicut de pertinentiis, et pendente placito de manerio, antequam convincatur cuius esse debeat, contingat ecclesiam vacare, et ille qui petit manerium praesentaverit antequam principale terminetur, si placitare voluerit, non audietur per breve quare impedit nec de ultima praesentatione. Et plures sunt huiusmodi actiones et infinitae." 括弧内は筆者による。

<sup>303</sup> C. 4. 16. 5 「相続財産について先にあなたに債務が支払われ、そして次に（債務が）あなたに属していたかどうか調査されることを我々が命じるということは、順序が転倒した請求である……」（Ut debitum ante de hereditate tibi solvatur ac tunc, si ad te pertineret, quaeri iubeamus, praeposterea petitio est.....）

<sup>304</sup> D. 44. 1. 18 （アフリカーヌス『質疑録』第9巻）「あなた所有のものであるとあなたが述べる土地の一部を、私があるから請求し、同時にまた同一の審判人の元で共有物分割を審判人に訴訟提起することを私が欲する。あなたが占有し私が自身の所有であると述べる土地の果実を、あなたに弁済請求することを私が欲するのと同様である。『土地またはその一部に先決訴訟がなされないこと』という抗弁が対抗するか、拒絶されるべきであるかが問われる。どちらも法務官が介入すべきであり、また所有権について確定するより前には、このような審判人らに告訴することは提訴者に認められないと彼は主張する」（Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et volo simul iudicio quoque communi dividundo agere sub eodem iudice: item si eius fundi, quem tu possideas et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim: quaesitum est an exceptio "quod praeiudicium fundo partive eius non fiat" obstat an deneganda sit. et utrobique putat intervenire praetorem debere nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudicii experiri.）

の」として一般化し、前者を先に決着すべきである旨を、X. 3. 48. 5 を典拠として述べている<sup>305</sup>。

ここでの『ブラクトン』の著述もタンクレードを踏襲しているのが明らかである。『ブラクトン』の「あたかも初めに提示される訴権が他の訴権に依存しており、かつ順序に拠れば後に提起されるべきであったような場合」(ut si illa quae primo proponitur pendeat ex alia, et quae posterius proponi deberet per ordinem) という文章は、明らかにタンクレードを誤解したものであるとシュルツは述べている。対応するタンクレードの文章は「初めに提出されるものが、後で提起されることを要請されているもう一方に依存している」(illa, quae primo proponitur, pendet ex altera, quae postea proponi desideratur) であり、「後で提起される」のは第二の訴権であるが、『ブラクトン』では「第一の訴権が本来後で提起されるものであった」として「第一の訴権」と結びつけて述べられており、誤った解釈がなされている。この「要請されている」という語を『ブラクトン』は「法によって要請される」(desideratur iure) と誤って解釈しているが、本来は「原告により要請されている」(desideratur ab actore) とタンクレードは考えていたとして、『ブラクトン』がタンクレードを誤って解釈したが故に、「かつ順序に拠れば後に提起されるべきであった」(et quae posterius proponi deberet per ordinem) という「ぎこちない」(clumsy) 表現がなされてしまったとシュルツは述べている<sup>306</sup>。

一方で、『ブラクトン』は"de principali"と"de pertinentiis"という文言を用いており、「主物」と「従物」の区別を参照元のタンクレードよりも明確にしている。さらに『ブラクトン』では、「主物」と「従物」についての訴権が複雑な形で混在することの事例として、マナーと聖職推挙権という具体的なケースが提示されている。この場合は、マナーが「主物」であり、聖職推挙権は「従物」であるため、「主物」たるマナーの帰属についての訴訟が決着していない場合には、当然「従物」たる聖職推挙権の帰属について、聖職推挙権妨害排除令状や聖職推挙権回復

<sup>305</sup> X. 3. 48. 5 のインキピトには、「俗人の教会は、聖職者たちの確認訴訟 (praeiudicium) なしに、(カノン法上の) 通常的地位 (statum regularem) へ復帰されることはできない、また存在していない集団に特権は与えられない」(Saecularis ecclesia sine praeiudicio clericorum ad statum regularem potest reparari, et collegio, quod nondum est, privilegium non confertur) と述べられている。括弧内は筆者による。本文では在俗司祭 (clerus saecularis) が教会を有している場合が述べられており、司教座聖堂参事会員 (canonicus) がいなければ (カノン法上の) 特権を与えることはできない旨が述べられていることから、このインキピトの"praeiudicium"は「聖職者としての地位確認」の意味であろうと解釈した。なお、「確認訴訟」の語は原田慶吉『ローマ法 (改訂)』(有斐閣、1955) から取った。

<sup>306</sup> Schulz, *op.cit.*, 178 を参照。また、『ブラクトン』文中の「自らを相続人であると証明する前に」(antequam se probaverit heredem) という文句もまた、同種の誤りである旨をシュルツは述べている。

訴訟によって訴えたとしても世俗裁判所では受理されないことが示されている。最後の「このような訴権は複数にして無限に存在する」という文言は、聖職推挙権を起点として禁止令状 (writ of prohibition) の多様化が 13 世紀に進んだことを反映しているものと思われる<sup>307</sup>。

#### (4) 第三の事例について

(A) 「第三の事例は、第二のものが第一のものの先決訴訟となる場合である。例えば、あなたが占有し私のもの(であること)を否定するティティアヌスの土地を、私があなたから請求した(その後)、あなたのものであるセンプローニアヌスの土地を通してそれ(ティティアヌスの土地)に向かう通行権を、私が請求する場合がある。第一(の請求)と先決の関係に立つ故に、この第二の請求では私は聴聞されるべきではない、D. 44. 1. 16 の如く。あるいは、私があなたからその土地の所有権を主張し、その間にあなたに対して同一物に関する共有物分割を訴訟提起することを欲する場合、第一のものが先決訴訟されるが故に、私は聴聞されるべきではない、D. 44. 1. 18 の如く」<sup>308</sup>

(B) 「第三の事例とは、第二のものが第一のものの先決訴訟を成すが故に、第一の事案ではなくその逆の場合である。あたかも、その土地をあなたが占有しており、私の土地であることを否定しているティティアヌスの土地を私があなたから請求し、また、あなたのものであるセンプローニアヌスの土地を通ずるティティアヌスの土地自体への通行権 (via) を私が請求するように、私は通行権についての第二の訴権に関して聴聞されるべきではない。なぜならこの訴権は第一(の訴訟)を先決するものであり、また通行権が属するべきティティアヌスの土地が誰のものであるかを初めに審査することを常とすべきだからである。同様に、もし私があなたからその土地の所有権を主張し、それが立証される前、その間であなたに対して共有物分割に関して訴訟提起することを私が欲する場

<sup>307</sup> 佐藤、「十三世紀イングランドにおける教会と国家」、506 頁を参照。

<sup>308</sup> "Tertius casus est cum secunda est prejudicialis prime. Puta, petebam a te fundum Titianum quem tu possides et negas meum et peto viam ad ipsum per fundum Sempronianum, qui tuus est. Non sum audiendus in hac secunda petitione quia prejudicat primae, ut Dig. de except. 44, 1. l. fundum Titianum. 16. ; vel, si vindico a te aliquem fundum et velim interim agere tecum communi dividundo pro eodem; non sum audiendus, quia per hanc prejudicaretur primae. ut Dig. e. 44, 1. l. fundi. 18."

合、私はそれについて聴聞されるべきではない。なぜならこの分割に関する訴権を通じて、主物を回復することについての第一（の訴訟）が先決されてしまうからである」<sup>309</sup>

## 検討

タンクレードはD. 44. 1. 16で示されている事例を下敷きとして、ティティアヌスの土地を請求した後に、当該土地への通行権を請求した場合を想定する<sup>310</sup>。ローマ法では、地役権である通行権は不動産と切り離して考えておらず、通行権の帰属を決定することがそのまま土地の帰属を決定となるために、この場合は後に提起された請求が先決訴訟となってしまう。そのため、土地についての請求の後に、通行権の請求が為された場合は、後者について聴聞をしてはならないとタンクレードは結論している。また、土地の所有権を請求した後に、土地における共有物の分割を請求することもまた、後者が前者の先決訴訟となるが故に、これも排除している<sup>311</sup>。

『ブラクトン』の著述もタンクレードのそれと比べて殆ど違いは見られない<sup>312</sup>。『ブラクトン』はタンクレード

---

<sup>309</sup> "Tertius casus est cum secunda sit prejudicialis prime, quod non est in primo casu sed e converso, ut si a te petam fundum Titianum, quem tu possides et negas meum esse, et petam viam ad ipsum fundum Titianum per fundum Sempronianum qui Titii est, non sum audiendus in hac secunda actione de via, quia preiudicat prime et quia primo oportet discutere cuius esse debeat fundus Titianus ad quem via pertinere debeat. Item si vindico a te aliquem fundum et, antequam convincatur, velim interim agere tecum de communi dividundo, non sum audiendus pro eo, quia per hanc actionem de dividundo preiudicatur prime de principali recuperando."

<sup>310</sup> D. 44. 1. 16 (アムリカーヌス『質疑録』第9巻)「ティティアヌスの土地をあなたが占有し、その所有権について私とあなたの間で争いがあり、その後あなたのものであることが確定しているセンプローニアヌスの土地までの通行権が義務付けられるべきと私が主張する。私が通行権を請求する場合、『地所に先決訴訟が生じない』という準抗弁があなたにあるだろうと彼は考えた。ティティアヌスの土地が私のものであることを私が立証すると、通行権が私に義務付けられていることを私が立証しようとするのが同様であるのは明らかである」(Fundum titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est, et dico praeterea viam ad eum per fundum sempronianum, quem tuum esse constat, deberi. si viam petam, exceptionem "quod praeiudicium praedio non fiat" utilem tibi fore putavit, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum titianum meum esse.)

<sup>311</sup> タンクレードはD. 44. 1. 18を再度ここでも典拠として用いている。

<sup>312</sup> 「あなたのものであるセンプローニアヌスの土地を通ずる」のラテン語原文は"per fundum Sempronianum, qui Titii est"であり、テキスト通りに訳をするとセンプローニアヌスの土地は「あなた」ではなく「ティティアヌス」のものになってしまうのだが、「Titii」という語が誤りであることは既にメイトランドによって指摘されていた。H・カントロヴィツはこれを校訂者の誤りとして見ており、カントロヴィツの考えはタンクレードとの比較によって証明されたとシュルツは述べている。また「私があなたからその土地の所有権を主張し……」(si vindico a te aliquem fundum.....) という『ブラクトン』の著述について、アズが「私があなたから、不可分の部分に関してその土地の所有権を主張し……」(si vindico a te aliquem fundum pro parte indivisa.....、傍線は筆者)と述べていることから、メイトランドは『ブラクトン』がアズのテキストを損なった (spoil) とし、カントロヴィツはこれもまた校訂者の責任に帰していた。シュルツはタンクレードが同種の省略を行っていることがテキストからも分かる通り、『ブラクトン』がタンクレードに従った結果として、アズの「不可分の部分に関して」(pro parte indivisa)の語が損なわれたまま用いられてしまったとしている。Maitland, *op.cit.*, p.208 ならびに Kantorovicz, *Bractonian*

のようにローマ法を典拠として挙げる代わりに、まずティティアヌスの土地の帰属先を決定しなければならないという、やや冗長さを感じさせる説明を補っている。また土地の所有権と土地の共有物の分割について「主物を回復することについて」(de principali recuperando)と言葉を補っている点と共に、「第二の事例」と同じく「主物」と「従物」を通じた事例の一類系としてこれを見なしていることが読み取れる。

#### (5) 第四の事例について

(A) 「第四の事例は、ある時提示された訴権が複数あり、特有財産訴権と分配訴権のように、一方の選択によってもう一方が排除されるという場合である、D. 14. 4. 9. 1 の如く」<sup>313</sup>

(B) 「第四の事例は、提示された訴権が複数あり、それが一方の選択によってもう一方が排除されるものである場合である。あたかも、私が権利令状を通して所有権の訴訟に関して訴訟提起し、後に占有に関してのものであるもう一方の訴訟へ立ち戻ることを欲するというようなことはできない。なぜならこのことにより第一の先決訴訟となったからであり、また所有権のものも占有権のものも同様に、どちらの訴権も所有権に関する訴権の下に含まれるからである」<sup>314</sup>

## 検討

「第四の事例」に関して、複数の訴権が、それぞれ一方の選択によってもう一方を排除する性質の場合は、双方を提示することが許されないとする基本的な見解について『ブラクトン』とタンクレードの間に差異は見られない。

メイトランドもシュルツもこの部分については殆ど触れていないと言える程度の言及に留まっている<sup>315</sup>。

---

*Problems*, pp.105-106 と Schulz, *op.cit.*, 179 を参照。

<sup>313</sup> "Quartus est, quando tales sunt actiones propositae, quod una tollitur electione alterius, ut actio de peculio et tributoria. ut Dig. de tribut. 14, 4. l. quod in herede. 9. §. eligere. 1."

<sup>314</sup> "Quartus casus est, si tales sint actiones propositae, quod una tollitur electione alterius. Ut si agam in causa proprietatis per breve de recto et postea velim recurrere ad aliam que sit de possessione non possum, quia per hoc fieret praeiudicium prime et cum utraque actio, tam proprietatis quam possessionis, sub actione de proprietate continetur."

<sup>315</sup> この部分について、メイトランドは『ブラクトン』が明瞭にイングランドの事例を提示した箇所であると述べ

しかしながら、タンクレードが特有財産訴権と分配訴権というローマ法上の訴権を用いて述べている一方で、『ブラクトン』では権利令状が訴権と同等に理解されている点からは、国王裁判所における実務を想定していることが色濃く現れていると言える<sup>316</sup>。これはおそらく、イングランド特有の占有方式であるシーズンの保護がコモン・ロー訴訟手続の重要な点であることに関連していると言うことができよう。

## 第2節 後半部分における『ブラクトン』とドロエダとの比較

続いて、後半の訴権競合論における『ブラクトン』とドロエダの『黄金反論』との比較に入る<sup>317</sup>。ここでは『ブラクトン』も『ローマ法大全』を典拠としていることを明示しているため、前節とは異なり、先に『ブラクトン』の著述を(A)、(B)、(C)の三つに分けることとする。そしてドロエダ『黄金反論』との比較を、『ブラクトン』による『ローマ法大全』の法文の引用に着目しつつ行うこととする。

### 『ブラクトン』対象箇所の試訳

「(A) ……最後に、D. 4. 2. 21. 6やD. 14. 4. 9. 1の如く、ある人が同一物に競合している複数の訴権を有しているとしても、一つ(の訴権)から訴えるべきであることに注意せねばならない。しかし、ここでは、もし彼に(利用が)認められることを知り得る二つの訴権が原告に認められており、その一つにより彼の物を追求することを欲するということを留保した<sup>316</sup>という場合は、彼に(二つの訴権が)許されると説くD. 43. 3. 1. 4は(先の二法文とは)

---

のみであり、シュルツも『ブラクトン』の「なぜならこのことにより第一の先決訴訟となった」(per hoc fieret praeiudicium prime)の文言は、「第三の事例」に言及したものと述べるに留まっている。Maitland, *op.cit.*, p.208ならびに、Schulz, *op.cit.*, 180を参照。

<sup>316</sup> タンクレードが依拠したのは以下の法文である。D. 14. 4. 9. 1 (ウルピアーヌス『告示註解』第29巻)「ある人が特有財産訴権か分配訴権かいずれの訴権により訴えるかを選択すべきであるのは、もう一方へ立ち戻ることが今後ないことを知っているからである。確かに、一方で分配訴権を根拠として、もう一方で特有財産訴権を根拠として訴え出ることを欲する者は、審理の対象にされるべきであろう」(Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.)

<sup>317</sup> メイトランドも *Bracton and Azo* にてこの箇所を扱ったが、ドロエダと関連させてのものではなかった。Maitland, *Bracton and Azo*, pp.209-213を参照。なお、この訴権競合はローマ法に由来するが、先行研究として、岡徹「クヤキウスの訴権競合について(1)」、『関西大学法学論集』(62-2)、2012、772-767頁、同「ローマ法の訴権競合についての一考察(1)」、『関西大学法学論集』(62-2)、2012、766-741頁、同「ヘルモゲニアースと訴権競合問題」、『関西大学法学論集』(64-4・5)、2013、65-106頁を参照。

逆に考えられている。このようにして彼は確定せずにこれらの訴権を提起し得ることになる。(B) 解決としては、D. 14. 4. 9. 1 の如く、私に認められる二つの訴権が私に確かである場合、私は選択することを強制される。しかし、訴権が私に認められることを私が知らなかった場合は、反対法文 (*lex contraria*) におけるように、その時は一般的な言葉において訴権を確定せずに提起することが可能である。あるいは、C. 3. 31. 11 の如く、誰も占有者の権原 (*titulum*) を主張することを強制されない (という原則もある) が、私の訴権が相手方の認諾に依存する場合、仲介によって如何なる訴権が原告である私に認められるかを知る。そのため、相続人あるいは占有者として支配しているかどうかを相手方が問われる時、彼は表明することを強制される。王座裁判所におけるリーボー修道院長対ピーター・オブ・サヴォイ (の事例) のように、同じくある人が同時にあるいは別々の機会に二つの令状を獲得した場合、これらを行使したならば、これを通じて訴え出ることを欲した令状の一方を選択したことにより (もう一方をそれより以前に行使していたとすれば)、第一のものから自身を取下げより前に、第二のものから訴え出ることではできなかった。(C) 二つの訴権が同じものについて競合している時、それら (訴権) は損害賠償請求 (*rei persecutoriae*) ものであるか罰金請求 (*poenae*) のものであるかについて注意せねばならない。さて、もし損害賠償請求訴権のみならば、上述のように、告訴することを欲する原告の選択において生じるであろう。一つの選択やその他、上記の場合では、D. 19. 2. 25. 4 の如しである。さて罰金請求ならば、一つの行為か異なる (複数の) 行為から生じるであろう。ある人がある物を力づくで (*per vim*) 奪ったといった、一つのそして同一の不法行為からは、窃盗訴権 (*actio furti*) や暴力による占有侵奪に関する特示命令 (*interdictum unde vi*) により責を負わされる (D. 47. 8. 1. & D. 19. 1. 28)。こうした事例においては、D. 47. 1. 2 や D. 44. 7. 34 の如く、一方の訴権を選ぶと、それから何も得られないのでなければ、もう一方に頼ることはできない。さて異なる不法行為により一方を通じてどちらも排除されない場合、二つの訴権が同じものについて競合している時に一方がもう一方を消費しないのは *Inst.* 4. 9. 1 の如しである……」<sup>318</sup>

---

<sup>318</sup> "Et notandum in fine quod cum quis habeat plures actiones concurrentes de eadem re, una debet experiri, ut ff. quod metus causa, l. si mulier § si coactus, et ff. de tributoria actione, l. quod in heredem § eligere. Sed videtur contra ff. quorum legatorum, l. prima quod autem, ubi dicitur quod si duae competant actiones quas actor sciat sibi competere, et protestatus fuerit ex una rem suam consequi velle, licebit ei, et ita potest indefinite proponere actiones. Solutio: Ubi certus sum duas mihi competere actiones eligere cogor, ut ff. de

「D. 14. 4. 9. 1 や、D. 50. 17. 28、D. 14. 4. 5. 2、そして C. 6. 36. 8 の如く、同一物に競合する複数の訴権を持つ場合、他のものによるよりも、好ましく特権的なものを得ることができるものを選択する。しかしながら、（訴権が）不確かな場合は、自身に属するものを追求することをもう一方から欲するという、このような留保 (protestatio) をもって、どちらも提示しうるのは、D. 43. 3. 1. 3, 4 の如しである：なぜなら、自身に属するものを追求することを、もう一方から我らが欲することを留保したと提示して、我らは二つを申し立てるからである。そして、訴権の違いとこれらの選択の上で、複数（の訴権）は不安定になるのだから、損害賠償請求かあるいは罰金請求かといった複数の訴権により、ある人が訴え出ることを欲する時、あなたは（訴権を）区別せよ。罰金請求の場合は、一つの不法行為あるいは異なる不法行為に起因する。（そして）異なる不法行為による場合は、どちらももう一方を無効としないのは、D. 47. 1. 2 および D. 14. 7. 14 の如しである。一つの不法行為（に起因する）場合、第一のものを通じて得るものが不十分であって、第二のもので得ることができる、ということがなければ、それ以上訴追されることができないのは、D. 47. 8. 1 および D. 19. 1. 28 の如しである。しかし、それ以外のものは、こうしたことになれば、もう一方へ立ち戻ることが許されないのは、D. 18. 3. 4. 2, 7 の如しである。そして、これが事例における不適用であるのは、D. 3. 6. 5 の如しである。さて、損害賠償請求訴権の場合、一つの選択によって、もう一方は無効となるのは、D. 19. 2. 25 4 の如しである。一つがもう一方と共に同一の特徴にない故に、その時は選択することが必然とすることができるのは、D. 14. 4. 5. 12 および D. 30. 84. 6 の如しである」<sup>319</sup>

---

tributoria, l. quod in heredem § eligere. Si autem ignorem quae mihi competat, tunc sub generali verbo indefinite possum proponere actiones, ut in l. contraria. Vel ubi ex confessione adversarii dependet mea actio, cogitur adversarius exprimere cum fuerit interrogatus, utrum pro herede vel pro possessore possideat, ut sciatur per medium quae actio mihi competat actori, licet titulum suae possessionis dicere nemo cogatur, ut C. de heredibus l. cogi possessorem. Item si quis duo breviam simul vel diversis temporibus impetraverit, dum tamen illis usus fuerit, electo uno brevi per quod agere voluerit et alio prius usus fuerit, ex secundo agere non poterit antequam se retraxerit a primo, ut de Abbate de Rivallibus et Petro de Sabaudia coram rege. Et notandum quod ubi duae actiones de eadem re concurrunt, aut sunt rei persecutoriae aut poenae. Si autem rei tantum, tunc in electione actoris erit qua voluerit experiri, ut praedictum est. Et una electa etcetera ut supra, ut ff. locati, l. si merces § culpa nomine. Si autem poenae, tunc aut ex uno facto vel diversis. Ex uno et eodem facto, ut si quis aliquid per vim rapuerit, tenetur actione furti et interdicto unde vi. In quo casu, una electa non poterit recurrere ad aliam, nisi quatenus minus consecutus fuerit ex una, ut ff. de privatis delictis, l. non utique, et ff. de actionibus et obligationibus, l. si servum. Si autem ex diversis factis, tunc neutra tollitur per aliam, et ibi duae actiones de eadem re concurrentes, una aliam non consumit, ut in Institutionibus.....", Thorne, *Bracton* vol.2, p.323 を参照。傍線は筆者による。

<sup>319</sup> "Si plures habeat actiones ad eandem rem consequendam, unam eligat, per quam possit plus consequi

「.....解決として、私は以下のように区別する。一つのものについて確かであるなら、その時はその一つを提示する。あるいは不確かであるなら、その時は二つを提示するのは、D. 43. 3. 1. 3, 4 の如しである。すなわち、自身に属するものを追求することを、もう一方から我らが欲することを留保して、我らは二つの訴権、つまり遺産占有引渡特示命令 (interdictum quorum legatorum) と相続財産回復訴訟 (hereditatis petitio) を提示した。D. 16. 3. 1. 40 や D. 47. 2. 19 の如く、知らなかったことを宣誓した場合、その者は救済される。あるいは、ある者が複数の訴権により行使することを欲する場合には、より正確にあなたは区別せよ。双方ともに損害賠償請求訴権あるいは罰金請求訴権であるか、あるいは一方は罰金請求訴権で、もう一方は損害賠償請求訴権であるか。双方が損害賠償請求訴権の場合、一つの不法行為あるいは異なる不法行為により起因するのか。一つの不法行為による場合、一方がもう一方によって無効となるのは、先に挙げた法文 : D. 14. 4. 9、D. 50. 17. 43. 1 および C. 6. 36. 8 の如しである。異なる不法行為の場合、どちらももう一方を無効としないのは、D. 47. 1. 2 および D. 44. 7. 34 の如しである。不法行為に複数 (の訴権) が起因する場合、一方によって得る物がもう一方によるよりも不十分であったという理由を除き、一方の選択によりもう一方が無効とされるのは、D. 47. 8. 1 および D. 19. 1. 28 の如しである.....」<sup>320</sup>

---

quam per aliam, et favorabiliorem et privilegiatam, ut ff. de tributoria (actione), l. quod in herede, § eligere et ff. de regulis iuris, l. quotiens et ff. de tributoria, l. procuratoris, § II et C. de codicillis, l. si quis agere. Si autem incertus fuerit, quam possit eligere, proponat utramque sub conditione, cum protestatione tali, quod ex altera vult consequi, quod ipsum contingit, ut ff. quod legatorum, l. I. § hoc interdictum et § quia ibi: quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat; nam duas dictamus et proponimus protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit. Et quia super diversitate actionum plures vacillant et super earum electione, ideo distingue, cum quis vult agere pluribus actionibus: aut sunt rei persecutoriae aut poenales. Si poenales, aut ex eodem facto oriuntur aut ex diversis. Si ex diversis, neutra aliam tollit, ut ff. de privatis delictis, l. numquam et ff. de actionibus et obligationibus, l. qui servum. Si ex eodem delicto oriuntur, amplius non potest intentari, nisi in eo, quod minus fuerit per primam consecutus, quam per secundam consequi poterit, ut ff. vi bonorum raptorum, l. I et ff. de actionibus empti et venditi, l. praedia. Alias autem, nisi in hiis, non datur regressus ad alteram, ut ff. de lege commissoria, l. post diem et l. si fundus, § eleganter. Et hoc fallit in casibus, ut ff. de calumniatoribus, l. in heredem. Si autem rei persecutoria sit, electione unius altera tollitur, ut ff. locati et conducti, l. si merces, § culpae autem [nomine]. Et potest dici, quod tunc habet necesse eligere, cum una non sit eiusdem naturae cum altera, ut ff. de tributoria actione, l. procuratoris, § sed etsi adhuc et ff. de legatis I, l. huiusmodi, § cum pater.", Wahrmond, *Summa Aurea*, S.60-61 を参照。傍線は筆者による。ここでドロエダも "protestation" と名詞形を用いているが、法律用語として扱われているかは今後の検討課題としたい。

<sup>320</sup> ".....Solutio. Distinguo: aut est certus de una, et tunc unam proponat, aut incertus, et tunc proponet duas, ut ff. quod legatorum, l. I, § hoc interdictum ibi: nam duas actiones proponimus, scilicet interdictum quorum legatorum et petitionem hereditatis, protestati (ex altera) [quod] nos velle consequi, quod nos contingit. Et succurritur sibi, si iuraverit, quod ignoret, ut ff. depositi, l. I, § si quis argentum et ff. de furtis, in actione. Vel subtilius distingue, (si) quis vult pluribus actionibus uti: aut ambae sunt rei persecutoriae aut poenales aut una poenalis et alia rei persecutoria. Si utraque sit rei persecutoria. aut ex eo eodem facto aut ex diversis

## (A) についての検討

ここで『ブラクトン』は以下の『ローマ法大全』の法文を参照している。

(1) D. 4. 2. 21. 6 (パウルス『告示註解』第 11 卷) 「強制されて相続を私が放棄する時、私がどちらかを選択するように、あたかも相続人のように準訴権を認めるか、あるいは強迫を原因とする訴権 (actio metus causa) を付与するかという二つの方法で、法務官は私に救済を与える。」<sup>321</sup>

(2) D. 14. 4. 9. 1 (ウルピアーヌス『告示註解』第 29 卷) 「ある人が特有財産訴権 (actio de peculio) か分配訴権 (actio tributaria) かいずれの訴権により訴えるかを選択するべきであるのは、もう一方へ立ち戻るこ  
とが今後ないことを知っているからである。確かに、一方で分配訴権を根拠として、もう一方で特有財産訴権  
を根拠として訴え出ることを欲する者は、審理の対象にされるべきであろう」<sup>322</sup>

(3) D. 43. 3. 1. 4 (ウルピアーヌス『告示註解』第 67 卷) 「さて、ある者が遺贈されたものとして (pro legato)  
か、それとも相続人として (pro herede) か、あるいは占有者として (pro possessore) 占有するのか (につ  
いて) 時に不確かであるので、アッリアーヌスが最も素晴らしく述べているのは、相続財産回収訴訟  
(hereditatis petitionem) が設定されるべきということ、そして、ある者が相続人あるいは占有者としてか、  
遺贈されたものとして占有するにせよ、それによって責を負わされるという特示命令 (interdictum) が発布  
されるべきということである。二つの内でより良い訴権を獲得するということが不確かな度に、このように行  
うことを我らは常とする。すなわち、自身に属するものを追求することを、我らが欲することを一方から留保  
して、我らは二つを申し立てる」<sup>323</sup>

---

oritur. Si ex eodem, una tollitur per aliam, ut in praeallegata lege: quod in herede et in praeallegata lege: nemo, §quotiens et C. de codicillis, l. si quis agere. Si ex diversis, neutra alteram tollit, ut ff. de privatis delictis, l. numquam et de actionibus et obligationibus, l. qui servum. Si ex delicto plures oriuntur, una electa tollitur alia, nisi quatenus fuerit minus consecutus per unam quam per aliam, ut ff. de vi bonorum raptorum, l. I et ff. de actione empti, l. praedia.....", Wahrmond, *Summa Aurea*, S.290 を参照。

<sup>321</sup> "Si coactus hereditatem repudiam, duplici via praetor mihi succurrit aut utiles actiones quasi heredi dando aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat." 翻訳にあたっては船田『ローマ法 第3巻』、455頁も参照した。

<sup>322</sup> "Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributaria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. plane si quis velit ex alia causa tributaria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit."

<sup>323</sup> "Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur: quemadmodum solemus facere,

この部分につき『ブラクトン』が参照しているのは、強迫に関する D. 4. 2. 21. 6 と、分配訴権に関する D. 14. 4. 9. 1 と、特示命令に関する D. 43. 3. 1. 4 の 3 法文である。

まず、訴権の選択を求める根拠として、ドロエダと『ブラクトン』が共に扱っている D. 14. 4. 9. 1 に注目したい。この法文によれば、特有財産訴権と分配訴権とは、共に同じ特有財産を対象とする訴権であることから、訴訟の争点決定に際し選択的競合の関係に立つ。そのため、一方の訴権による訴訟提起を選択した場合には、もう一方の訴権による訴訟提起が行い得ないと述べられている<sup>324</sup>。

次に、『ブラクトン』のみが取り上げている D. 4. 2. 21. 6 について見る。「相続」(hereditas)を「強制されて」(coactus)放棄した場合、「相続」に関する訴権と「強制」に関する訴権の二つが、法務官より与えられることが明らかにされている。この事例では、「私」が相続を放棄したことで市民法上の相続人ではなくなるため、相続人の訴権を模倣した準訴権が認められる。そして、放棄した原因が他者からの強制であったために、相続物に対して強迫を原因とする訴権も認められる、というのが法務官による救済とされている<sup>325</sup>。一つの事物に二つの訴権を認める状態が許容されているが、どちらかを「私が選択する」(ego elegerim)という前提が同時に立てられていることから、双方を同じタイミングで提起することは認められていないと思われる。

一方で D. 43. 3. 1. 4 は、相続を問題とし、相続財産回収訴訟と特示命令という二つの方法で訴訟が提示できると述べている<sup>326</sup>。ドロエダは、この訴権と特示命令を「二つの訴権」(duae actiones)と一括して述べているが、

---

quotiens incertum est, quae potius actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit."

<sup>324</sup> 特有財産 (peculio) および「分配訴権」(actio tributaria)については、ゲオルグ・クリンゲンベルク、瀧澤栄治訳『ローマ債権法講義』(大学教育出版、2001)、354-355頁を参照(本書はクリンゲンベルク教授が講義用テキストとして執筆したものを、瀧澤栄治教授が翻訳したものであり、原語版は一般に市販されていない)および、マックス・カーザー、柴田光蔵訳、『ローマ私法概説』(創文社、1979)、390-394頁(原著: Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, Ein Studienbuch, 10. verbesserte Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlig, München, 1977, S.198-200)を参照。

<sup>325</sup> 強迫を原因とする訴権については、船田『ローマ法 第3巻』、450-456頁を参照。

<sup>326</sup> 相続財産回収訴訟 (hereditatis petitio) では、原告が相続人であることを否定して相続財産を占有する者も被告として含まれており、以下のように分類される。まず、自身が相続人であることを信じて占有している者 (possidentes pro herede)。次に、自身が相続人でないことを知りながら相続人であることまたは原告が相続人であるかどうかを争って占有している者 (possidentes pro possessore) である。船田『ローマ法 第3巻』、361-362頁を参照。また、「遺贈されたものとして」(pro legato)とは、市民法上の占有 (possessio civilis) であり、こちらの保護には特示命令が当てられていた。船田『ローマ法 第2巻』、365頁及びカーザー『ローマ私法概説』、161-164

特示命令はもともとローマにおける法律訴訟を補充する役目を負い、ある条件を満たした時に初めて効力を有するものである。訴権が複数ある場合は、一方の選択によってもう一方からの訴訟提起を行うことは想定されていないと読み取れる先の二法文に対し、D. 43. 3. 1. 4 では、被告がどういった状態にあるのか（市民法上の相続人か、自主占有者である市民法上の占有者か）が不明であることをもって、相続財産回収訴訟と相続財産回収のための特示命令との二つが許容される。二つの訴権を訴訟提起に用いる場合には選択が必要とされるという先の二法文に対して、この法文では特示命令は選択を必要とせず、訴訟提起の際に訴権と同時に用いることが可能とされているのは何故か。こうした『ブラクトン』の問題提起は、「確定せずに」(indifinite) という言葉に象徴されているように思われる。この問題に対して、『ブラクトン』は『ローマ法大全』の法文を、彼とは異なる見解であるドロエダの著書をも参照しながら解決を試みたようである。

## (B) についての検討

『ブラクトン』は自身の解答の根拠として、C. 3. 31. 11 「占有者あるいは相続人として（自身が）占有しているかについて述べることを強制される者を除き、自身の占有の権原 (titulum suae possessionis) を要求する者から、占有（の公知）が強制されることは不正である」を再度 D. 14. 4. 9. 1 と併せて用いている<sup>327</sup>。

『ブラクトン』は自身の解答として、訴権を一つに絞ることを要求する D. 14. 4. 9. 1 のみを用い、複数の訴権の利用が認められることを自らが認識している場合は、訴権を選択しなければならないと述べている。これはドロエダの S.290 の見解とも一致する。その一方で、訴権が競合していることは知っているが、どちらを選択すべきかが「不確か」(incertum) である場合は、留保によって二つの訴権を提示することを D. 43. 3. 1. 4 から認めるドロエダと異なり、『ブラクトン』は「訴権が私に認められることを私が知らなかった場合」(Si autem ignorem quae mihi competat) という条件がある場合のみ、複数の訴権による提起が許されるとする。自身に訴権が認められていることを知らなかった場合についての『ブラクトン』の見解はドロエダの「知らなかったことを宣誓した場合、

---

頁（原著 S.83-85）を参照。

<sup>327</sup> "Cogi possessorem ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere incivile est praeter eum, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat."

その者は救済される」と同様であるが、その際に彼が依拠した『ローマ法大全』の法文は『ブラクトン』では言及されていない<sup>328</sup>。『ブラクトン』では、「一般的な言葉」(verbum generali)によって事情を説明することで、訴権を明確にすることの代わりとしており、これは『ブラクトン』独自の表現であろう。

以上を前提として、『ブラクトン』は「訴権の選択は必要である」という自身の論理を明確にすべく『勅法彙纂』の法文を用いている。これもドロエダには見られない『ブラクトン』オリジナルの参照である。自身で占有の公知を強制することは認められないとされているこの C. 3. 31. 11 を用いて、原告がどの訴権を利用できるかが相手方(被告)の認諾に依存している場合を『ブラクトン』は考察する。ここでは、土地を有していることの公知を望むが、占有者としてか、あるいは相続人としてこれを有しているかを自身では判断できない原告がおり、その相手方は原告の訴権を確定できる立場にある場面が想定されている。こうした原告に対しては、彼の訴権が何であるかを確定できる相手方に表明を強制させることで、訴権の競合状態を解消するというのが『ブラクトン』の出した結論と思われる。しかしながら、訴権競合時の選択が「強制される」という、訴訟当事者よりも上位の人物と思われる第三者の関与をほのめかすような表現が見られることは、先のタンクレードとの比較でも触れたように、当時のイングランドの裁判官が裁判に際してしばしば積極的に関与していたという指摘への証左であるかもしれない。

このように、訴権の競合状態についての自身の見解を示した後、『ブラクトン』はこれを令状に則して検討している。訴権と同様、競合する複数の令状が獲得されることは当然考えられる事態である。そのため、上記のように訴権の競合状態における解決法を提示した後に、令状について言及する著述の方式を『ブラクトン』が取ったと考えられる。ここでは王座裁判所の訴訟事例を挙げて、同一人物が複数の令状を取得したとしても、どちらかを選択

---

<sup>328</sup> ドロエダが用いた『ローマ法大全』の法文は以下の通りである。D. 16. 3. 1. 40 (ウルピアーヌス『告示註解』第 30 卷)「ある者が預けられた銀貨あるいは金貨を請求する場合、形象かそれとも重量のどちらを含むべきか。より良いのは、例えば大杯や大皿や皿にとりわけ、そして材料と重量を加えることで双方を含むことである。しかし、もし紫衣が着色されていたり、羊毛(で編まれていた)であった場合は、重量の程度について不確かである時は宣誓した者に救済が与えられるように、損なわれなかった者に重量が加えられるべきである」(Si quis argentum vel aurum depositum petat, utrum speciem an et pondus complecti debeat? et magis est, ut utrumque complectatur, scyphum forte vel lancem vel pateram dicendo et materiam et pondus addendo. sed et si purpura sit infecta vel lana, pondus similiter adiciendum salvo eo, ut, si de quantitate ponderis incertum est, iuranti succurratur.) D. 47. 2. 19. pr (ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第 40 卷)「理解され得るように、物が明示されることで窃盗訴権においては足りる」(In actione furti sufficit rem demonstrari, ut possit intellegi.)

しなければならないと『ブラクトン』は述べている<sup>329</sup>。

先の (A) と合わせると、競合する複数の訴権を有することがあっても、訴訟提起の際には一つの訴権のみを提起すべきであるという原則を、『ブラクトン』はまず打ち立てようとしたのではないだろうか。ヘンリ・ド・ブラクトンが一年とはいえ巡察裁判官として活動し、また中断を挟みつつも十年近くの間、国王に随伴し閉廷期にアサイズ訴訟の審理を命じる王座裁判官として実務に携わっていたことは先行研究で明らかとされている通りである。この部分は、令状発給というイングランドの訴訟手続の実務からも生じ得る問題を検討するために、彼がローマ法をその土台に置いたと考えられる実例の一つであると言えよう。

### (C) についての検討

この箇所での『ブラクトン』は以下の『ローマ法大全』の法文を参照している。なお、(2) と (3) 、(6-1) と (6-2) はラテン語原文中に明記されていないが、これらは、ソーンが同部分の英訳に際し『ブラクトン』が参照した可能性を指摘したものである。

(1) D. 19. 2. 25. 4 (ガイウス『属州告示註解』第 10 卷) 「さて、敵対関係の故に隣人が樹木を切り倒した場合、自身の過失とそのことが算入される」<sup>330</sup>

(2) D. 47. 8. 1 (パウルス『告示註解』第 22 卷) 「物を奪った者は、(被害者から) 非現行窃盗の訴権 (*furti nec manifesti*) で二倍責を負い、暴力による財物奪取の訴権 (*vi bonorum raptorum*) で四倍責を負う。しかし、暴力による財物奪取 (の訴権) が先に行われていたならば、窃盗 (の訴権) は拒絶されるべきである。

窃盗 (の訴権) が先に行われていたならば、しかしながらその内にあるそれ以上のものが訴求されるので、拒絶されるべきでない」<sup>331</sup>

---

<sup>329</sup> この王座裁判所の訴訟は 1247 年に行われたと『ブラクトン』では記されているが、BNB および訴訟記録集 (roll) にはないものと指摘されている。Thorne, *Bracton* vol.2, p.323 および *Bracton* vol.4, p.290 の脚注を参照。しかし、位置が全く異なる双方で同じ判例が用いられていることは、訴訟競合に関する追補を行った者と、追補として「抗弁論」を手がけた者が同一人物である可能性を示唆するものと言える。

<sup>330</sup> "Culpaem autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit."

<sup>331</sup> "Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum. sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti: si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut

(3) D. 19. 1. 28 (ユールアーヌス『ウルセイウス・フェロックス註解』第10巻) 「あなたが私に土地を売り、そして私が何かを為すようにということに同意する。もし私が何も為していなかったならば、私は罰金を約束した。以下のような解答がある。売主が問答契約による (ex stipulatu) 罰金を請求するより前に、彼は売却によって (ex vendito) 訴訟を起こすことができる。もし訴求されたならば、罰金の名目で (poenae nomine) 問答契約された金額が存在する限り、問答契約によって訴える原告を悪意の抗弁 (doli mali exceptio) が退けるだろう。問答契約によってあなたが罰金を訴求していたならば、為されること以上に介在する何かに対してでなければ、法律上当然にあなたは売却によって訴訟を起こすことができない」<sup>332</sup>

(4) D. 47. 1. 2. pr (ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第43巻) 「それらのうち、いずれかについての不可罰 (impunitas) を受けるため、複数の競合不法行為 (delicta concurrentia) は成し得ない。実際、ある過失によって罰金を減らす過失は存在しない」<sup>333</sup>

(5) D. 44. 7. 34. pr (パウルス『訴訟競合論』1巻本) 「ある人が他人の奴隷を不法にむち打つと、一つの行為によりアクィーリウス訴権と人格権侵害訴権が生じる。すなわち人格権侵害は故意により生じ、損害は過失により (生じ)、故に両方が認められることができる。しかし、一方の選択がもう一方を消滅させると言う者たちがいる。他の者たちは、評価額を給付した者に有責判決が下されることは、善および衡平を棄てることであるから、アクィーリウス法により人格権侵害訴権が消滅させられると言う。しかし、(彼らは) 先に人格権侵害訴権が為された場合は、アクィーリウス法に基づき責めを負うと言う。しかし、アクィーリウス法に基づいて (人格権侵害訴権) 以上の分に対して請求するところに訴えられるのでなければ、こうした見解は法務官により阻止されるべきである。彼に自身の欲するであろう訴権を先に行行使すること、一方で (その訴権における) 分を越えて他 (の訴権) の内にあるものについては、これを行行使することが許されるという見解が容認さ

---

tamen id quod amplius in ea est consequatur."

<sup>332</sup> "Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri."

<sup>333</sup> "Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam."

れることが、より合理的である」<sup>334</sup>

(6) Inst. 4. 9. 1「他に以下のことを知るべきである。按察官の告示によって、自由往来がある所で (qua vulgo iter fit) 犬、猪、野猪、熊、獅子を保有することが我らには禁じられているということを。そしてこれに反して行われ、自由人が害を受けたと言われる場合、審判人に善および衡平にかなっていると思われる所により主人に有罪判決を下し、その他に損失を加えられたものについてはその二倍額を課す。さて、これら按察官の訴権の他にも四足獣による損害に関する訴権は効力を有するだろう。何故なら特に同一物に関して競合している罰金請求訴訟では、一方によりもう一方は消滅させられないからである」<sup>335</sup>

(6-1) D. 44. 7. 60 (ウルピアーヌス『告示註解』第 17 卷)「同一の金銭に関して競合する罰金請求訴訟では、一方によりもう一方は消滅させられない」<sup>336</sup>

(6-2) D. 50. 17. 130 (ウルピアーヌス『告示註解』第 18 卷)「同一物に関して競合する(特に)罰金請求訴訟では、一方によりもう一方は消滅させられない」<sup>337</sup>

複数の訴権による訴訟提起の理解に対しては独自の見解を示した『ブラクトン』であるが、損害賠償請求訴権 (actio rei persecutoriae) と罰金訴権 (actio poenalis) についての区別に対してはドロエダと一致している<sup>338</sup>。

前者の訴権についてはドロエダも『ブラクトン』も同じ『ローマ法大全』の法文を用いている。敵対関係から樹木を切り倒された被害者を取り上げる D. 19. 2. 25. 4 は、同一の木が切り倒されたということをもって、アクィーリ

<sup>334</sup> "Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere. sed quidam altera electa alteram consumi. alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi."

<sup>335</sup> "Ceterum sciendum est aedilicio edicto prohiberi nos canem verrem aprum ursum leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: et si adversus ea factum erit et nocitum homini libero esse dicitur, quod bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. praeter has autem aedilicias actiones et de pauperie locum habebit: numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit." 訳に際しては、末松謙澄譯註解、『ユスチーニアーヌス帝欽定羅馬法學提要』、521 頁および、矢田一男訳、『ユースティニアーヌス帝法學撮要』(巖翠堂、1939)、284 頁を参照した。

<sup>336</sup> "Numquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit."

<sup>337</sup> "Numquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit."

<sup>338</sup> 損害賠償請求訴権 (物追求訴権) および罰金請求訴権については、船田『ローマ法 第 3 卷』、31-32、379-380 頁を参照。罰金請求訴権は"actio poenalis"と一般的に表記されるが、『ブラクトン』では"poenae"と記されている。

ウス法による訴権と損害賠償請求訴権という二つの訴権が競合しており、どちらかを選択することが必要とされている。両訴権が選択的競合状態にあることは、ドロエダと『ブラクトン』それぞれ共通の理解であるからか、どちらも簡潔な著述に止まっている。また後者の罰金請求訴権に関しても、不法行為が一つか複数かについて考慮することで一致している。

ドロエダが D. 47. 8. 1 と D. 19. 1. 28 を挙げていることから、『ブラクトン』も（原文に明記されていないが）これらを参照していただろうというゾーンの指摘は正しいと思われる。まず D. 47. 8. 1 は、暴力による財物奪取の訴権の方が非現行窃盗の訴権よりも得るものが多いために、仮に後者の訴権が先に手続として進められたとしても、そのことで前者の訴権が退けられることはないとする。次に D. 19. 1. 28 では、訴訟提起に関して、売買を原因とするか問答契約による罰金請求を原因とするかで訴権が競合する場合を取り上げている。この法文では問答契約による訴訟は悪意の抗弁によって退けられ、また問答契約による罰金を獲得した場合でも、問答契約で為された以上の行為がなければ、売却による訴訟は提起できないとされている。ドロエダはこの法文から、「第一のものを通じて得るものが不十分であって、第二のもので得ることができる、ということがなければ、それ以上訴追されることができない」というより一般化した表現を導き出したように思われる。一方、訴権競合時において一方の訴権を選択して訴訟提起した結果、何物も得られなかったという場合にのみ、もう一方の訴権を提起することを容認するというドロエダの S. 60-61 と同様の姿勢を取る際の『ブラクトン』の根拠は、D. 47. 1. 2. pr と D. 44. 7. 34. pr であるとラテン語原文から推測できる<sup>339</sup>。ドロエダも同じ法文を用いているものの、両者の用法には差異が見られる。ドロエダが D. 47. 1. 2. pr および D. 44. 7. 34. pr の双方を参照しているのは『黄金汎論』の S. 290 であり、罰金請求訴訟を為す複数の訴権が、それぞれ「異なる不法行為に基づく場合」が前提とされる。罰金請求訴訟を考察する S.60 でも、D. 44. 7. 14 と共に D. 47. 1. 2. pr が挙げられているのは、「異なる不法行為に基づく場合」である<sup>340</sup>。

<sup>339</sup> D. 44. 7. 34. pr に対する見解は同法文に対する先行研究でも諸説あるが、これについては岡「ヘルモゲニアースと訴権競合問題」、88-92 頁を参照。

<sup>340</sup> D. 44. 7. 14. (ウルピアース『討議録』第7巻)の試訳と原文は以下の通りである。「奴隷たちは諸不法行為により確かに責めを負われ、解放された場合、責めを負う状態に留まる。一方、契約に基づいて市民法に従っては確かに責めを負わないが、事実上は責めを負い、責めを負わせる。つまり、私が借金した奴隷を解放により私が自由にすれば、私は免除される」(Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si

しかし、『ブラクトン』のラテン語原文で D. 47. 1. 2 および D. 44. 7. 34. pr が言及されるのは、罰金請求訴権が「一つのそして同一の不法行為による場合」を説明する中での「こうした事例において」(In quo casu) から始まる一文である。しかし、ドロエダは D. 47. 1. 2. については、『黄金汎論』の S. 60-61 および S. 290 の双方で、D. 44. 7. 34. pr は S. 290 で、それぞれ「異なる不法行為による場合」として取り上げているのは既に述べた通りである。ソーンの英訳でも、この二法文はドロエダに沿って、「異なる不法行為による場合」の説明と結びつけられている<sup>341</sup>。一方で『ブラクトン』のラテン語原文における「異なる不法行為による場合」に関して参照されているのは、加害訴訟 (actio noxalis) に関し、家長権に服する四足獣が他者に損害を与えた場合について定めている Inst. 4. 9. 1 (およびその末尾部分が類似する D. 44. 7. 60 および D. 50. 17. 130 もソーンは挙げている) であると判断できる<sup>342</sup>。この法文はドロエダでは見られないので、『ブラクトン』オリジナルの参照であろう。『ブラクトン』のラテン語原文から読み取れるのは、按察官の訴権 (公道で飼育するべからずという告示に背いた) と、四足獣による損害に関する訴権 (飼育している四足獣が自由人に害を為した) とを、同一物に関して競合し、かつ異なる不法行為に基づく訴権の例として理解していたことである。罰金請求訴権の「一つのそして同一の不法行為による場合」で先の二法文を用いてしまっているので、「異なる不法行為による場合」の根拠として、ユ帝『法学提要』の法文を参照したということが、『ブラクトン』のラテン語原文からは推測できる。これは『ブラクトン』の訴権競合についての論理展開そのものに直接影響を与えるわけではないが、なぜ『ブラクトン』のラテン語原文におけるこの二法文の利用が、ドロエダでの扱いと異なって見えるように思われるのかについては疑問が残る<sup>343</sup>。

---

servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor)

<sup>341</sup> ソーンによる英訳を日本語に訳すると以下ようになる。「ある人がある物を力づくで有し、(そして) 窃盗訴権や暴力による占有侵奪に関する特示命令の下に責めを負う場合のような、一つのかつ同一の不法行為による時は、(D. 47. 8. 1 や D. 19. 1. 28 のように) 一方を選択すると、彼は一方により獲得することに失敗したのに対してもう一方に頼ることはできない。これら (訴権) が異なる不法行為により生じるならば、もう一方によりどちらも無効とされないのは D. 47. 1. 2 および D. 44. 7. 34 の如しである。そして、同一物に属する競合する (罰金請求の) 二つの訴権が存在する所は、ユ帝『法学提要』にあるように、一方はもう一方を消費しない」(If from one and the same act, as where one seizes a thing by force [and] is liable under the action for theft and the interdict unde vi, then, having elected one he cannot resort to the other save for what he has failed to obtain by the first, as [D. 47.8.1 and D. 19.1.28]. If they arise from different acts, then neither is destroyed by the other, as D. 47. 1. 2 and D. 44. 7. 34; and where there are two concurrent [penal] actions touching the same thing one does not consume the other, as in the Institutes. ) Thorne, *Bracton* vol.2, p.323 を参照。傍線は筆者による。

<sup>342</sup> 加害訴訟およびユ帝『法学提要』当該法文については、船田『ローマ法 第3巻』、706-716 頁を参照。

<sup>343</sup> D. 44. 7. 34. pr の冒頭部分は"Qui servum"であるが、『ブラクトン』では"Si servum"となっている。

以上の検討から、『ブラクトン』がドロエダに近い著述の展開を取っていることが読み取れる。一方、『ブラクトン』のみに見られる『ローマ法大全』の法文があることや、訴権競合についての考えがドロエダと大きく異なっていることも明らかである。このことから、『ブラクトン』がドロエダだけに依拠したのではなく、独自に『ローマ法大全』の法文を参照して自身の叙述を構築したことを示していると言えよう。

#### 第4章 法格言「知りそして望む者に不法は生じない」におけるドロエダとの比較

##### 第1節 先行研究における当該法格言の扱い

次に、法格言「知りそして望む者に不法は生じない」に関する『黄金汎論』と『ブラクトン』の検討に移る。ギューターボック（第1部第1章）やウッドバイン（第1部第2章）は同法格言が『ブラクトン』によるものと見なし、ソーン（第1部第5章）がドロエダの『黄金汎論』から『ブラクトン』が借用したと新たな見解を示したのは既に述べた通りである。我が国でも当該法格言は、主として寄与過失を扱った研究等における近代イギリスでの各判例の紹介によって、よく知られたものと言える<sup>344</sup>。

後述するように、この法格言は『ローマ法大全』の法文を典拠に持つとされているが、主としてイングランドの裁判所で用いられてきたものであると言える。例えば、近代英米法史に関しての古典であるA・H・マンチェスターの*A Modern Legal History of England and Wales 1750-1950*における、雇用者の責任に関する共働者の準則乃至共同雇用の法理（common employment; fellow servant rule）ならびに寄与過失（contributory negligence）の法理という、近代期のコモン・ローにおいて生じた問題を巡る議論に、当該法格言は関わりを有していた。特に寄与過失の法理については、後に我が国でも「過失相殺」を規定する民法722条2項の成立に影響を及ぼしていると

---

<sup>344</sup> 守屋善輝編『英米法諺』（日本比較法研究所、1973）、639頁を初めとして、様々な文献で当該法格言は紹介されてきた。教科書的文献でこれに触れているものとしては、さしあたり砂田卓士・新井正男編『英米法原理』（青林書院、1985）、163頁や、フィリップ・S・ジェームズ、矢頭敏也監訳『イギリス法（下） 私法』（三省堂、1985）、121頁などがある。当該法格言に関する我が国での先行研究としては、杉浦貫一「英国不法行為法における *Volenti non fit iniuria* について」、『大阪経大論集』（47）、1965、140-149頁がある。寄与過失ならびにアメリカにおける比較過失に着目した近年の研究としては、長谷川貞之「イギリス不法行為法における寄与過失の法理とその理論的基礎（上）」、『駿河台法学』（5-1）、1991、1-54頁、同（下）、『駿河台法学』（5-2）、1992、61-81頁ならびに、長谷川義仁「英米比較過失法における損害軽減義務の位相（1）」、『広島法学』（25-1）、2001、145-161頁、同（2）、『広島法学』（25-3）、2002、109-121頁がある。

いう研究もある<sup>345</sup>。このように、当該法格言は我が国にとって、顔も定かでない遠縁ではあっても、決して見ず知らずの他人ではないと言える。

先に述べた通り、この法格言を主題として扱った研究は残念ながら非常に乏しいが、その状況下で例外的なものとして T・イングマンの研究は近代以前にまで遡った歴史学的研究を行っている<sup>346</sup>。イングマンによると、いわゆる『ローマ法大全』の内、以下に掲げる三つの法文がこの法格言の基礎とされる。

(1) C. 2. 4. 34 「後見の執行という義務を（自身が負っていることを）よく知っているあなた方は、贈与あるいは和解の因をもって、自身の兄弟に対して債務を免除することを示すが、望む者に対して悪意が生じてはおらず、悪意について告訴するのは無益である。また約束を果たすために、本来の相続財産の片約により拘束される者はいない。」(Cum donationis seu transactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis nec umquam volenti dolus inferatur, frustra de dolo querimini, nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur.)

(2) D. 47. 10. 1. 5 (ウルピアーヌス『告示註解』56巻)「さて、我々の子どもたちに起きる不法は我らの名誉にまで及ぶ。あたかも誰かが（自らが売却されるよう）望んでいる息子を売り払った（場合）、確かに名義

---

<sup>345</sup> 共働者の準則乃至共同雇用の法理には、配達中の負傷がそれを命じた雇用主の過失 (negligence) によって引き起こされたものであるかが争われた Priestley v. Fowler (1837 年) や、作業中に負傷したが、事故以前から同じ作業に従事しており、そのことで会社に不平を申立てなかったために会社は責任を負わないとした Skip v. Eastern Countries Railway Co. (1851) がある。その後、従業員は作業中に傷害を負っても、それが同僚従業員の過失 (negligence) に基づく場合は、雇主に訴える事はできないとされた。寄与過失については、リーディング・ケースとして有名な Butterfield v. Forrester (1809) や、原告と被告双方に同程度の過失が存在した場合には、被告は責任を負わないと判じられた Bridge v. The Grand Junction Railway Company (1838) がある。このように近代のコモン・ローでは、19 世紀前半は過失に基づく不法行為 (the Tort of Negligence) によって引き起こされた侵害を救済から遠ざけていたのであるが、その世紀の終わりにかけて、徐々にその風貌を和らげることになった。危険が存在することへの認識と危険を冒すことへの同意とを峻別することで、勤務中に受けた傷害についての損害賠償請求を従業員に認めた Smith v. Baker (1891) は殊に有名である。1880 年の使用者責任法 (Employer's Liability Act) や 1897 年の労働者災害補償法 (Workmen's Compensation Act) を経て、共働者の準則乃至共同雇用の法理は 1948 年に撤廃され、寄与過失の法理の適用範囲も制限されるようになった。A. H. Manchester, *A Modern Legal History of England and Wales 1750-1950*, London, 1980, pp. 289-296 を参照。関連するものとして、長谷川「イギリス不法行為法における寄与過失の法理とその理論的基礎(上)」、35-37 頁ならびに、J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 4th ed, New York, 2011, rpt, pp.416-417 を参照。民法 722 条 2 項成立までの過程に着目した研究として、大河純夫「不法行為過失相殺規定(民法 722 条 2 項)成立の一断面」、『立命館法學』(298、2004 年 6 号)、2005、1309-1339 頁を参照。

<sup>346</sup> T. Ingman, "A History of the Defence of *Volenti Non Fit Iniuria*", *The Judicial Review* vol.26, 1986, 1-28 を参照。

上、彼（息子）の父親に人格権侵害訴権が市民法上認められるとしても、息子の名義では市民法上認められない。何故なら、（不法を）望んでいる者に対して起きることは、何ら不法ではないからである。」（*Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*）

(3) D. 50. 17. 203 (ポンポニーウス『クイントゥース・ムーキウス註解』8巻)「ある人が自身の過失に基づいて損害を受ける場合には、(彼が) 損害を受けるものとは理解されない」(*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.*)<sup>347</sup>

また P・スタインは法準則 (*Regulae Iuris*) に関する研究から、この法格言に類似したものとしてボニファティウス八世による『第六書』(*Liber Sextus*) の末尾に所収されている法準則第二七番、「知りそして同意する者には不法も悪意も生じない」(*Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus.*) を挙げている<sup>348</sup>。イングマンもスタインの研究を踏襲しており、近年も A・カルナンがこの法格言を扱う際に両者に言及している<sup>349</sup>。

イングマンは、当該法格言の伝播の原点として学識法では『第六書』(*Liber Sextus*) を、イングランドでは『ブラクトン』を置き、続けて『法廷年報』(*Year Book*) 以降の伝播を描いている。まず、1304年の *Randolf v. de Richmond* において、“*volenti non fit iniuria*”の語が登場し、その後 1311年の *Hotot v. Rychemund* において『第六書』からの引用として“*volenti non fit iniuria*”がベアフォード人民訴訟裁判所首席裁判官によって用いられた後、近代に入って当該法格言はプラウドゥン判例集の *Grendon v. Bishop of Lincoln* において登場している<sup>350</sup>。しかし

<sup>347</sup> 本稿で取り上げる『学説彙纂』第 50 巻第 17 章の訳には、田中周友「ローマ法に於ける法原則の研究——学説彙纂第 50 巻第 17 章邦訳——」、『甲南法学』(11-4)、1971、505-546 頁を用いている。

<sup>348</sup> Peter Stein, *Regulae Iuris -From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966, p.149 および p. 155 を参照。D. 50. 17. 145 (ウルピアヌス『告示註解』第 66 巻)「誰も(事情を)知っていて、しかも同意する者を欺くとは認められない」(*Nemo videtur fraudere eos, qui sciunt et consentiunt*) が『第六書』では用いられているとスタインは考えている。また、柴田光蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』(大学図書、2010 年)、267 頁では、『ブラクトン』もこの法準則の出典に含まれている。

<sup>349</sup> Alan Calnan, *A Revisionist History of Tort Law From Holmesian Realism to Neoclassical Rationalism*, Durham, 2005, pp.186-187 を参照。

<sup>350</sup> Ingman, *op.cit.*, 2-3 および *The Commentaries, or Reports of Edmund Plowden ... : containing divers cases*

ながら、以降のイングマンの著述はイングランドの裁判所における同法格言の定着過程に重点が置かれているため、『ブラクトン』を含めた裁判所での運用以前の状態については非常に淡白なものとなっている<sup>351</sup>。

さて、ソーンが指摘した『黄金汎論』の箇所 (S.52, 175, 277, 407) に現れる当該法格言とその典拠である『ローマ法大全』の法文を見てみると、イングマンの提示した三法文の内、C. 2. 4. 34 と D. 47. 10. 1. 5 が必ず用いられており、D. 50. 17. 203 も後述の通り一ヶ所とはいえ提示されている。イングマンは当該法格言関連の研究では『黄金汎論』に触れていないという点は、我が国でも D. 47. 10. 1. 5 が当該法格言の典拠であると目されている点から見ても、興味深い一致である<sup>352</sup>。

そこで本稿では、ソーンによって指摘された『黄金汎論』と『ブラクトン』両者における当該法格言の出現箇所を以下に試訳を付して列記し、それぞれの比較検討を試みる。なお『黄金汎論』では当該法格言を含む著述に数多くの『ローマ法大全』の法文が典拠として挙げられているが、本稿は当該法格言の利用の在り方について『ブラクトン』と『黄金汎論』との比較を目的とするため、試訳と検討部分も共に、必要に応じて特に重要と思われる箇所や『ローマ法大全』の法文を抜粋する方法を取る。

## 第2節 『ブラクトン』と『黄金汎論』における法格言の比較

### 第1項 『黄金汎論』における検討

(A) 『黄金汎論』第51項「代弁人から申し出されるべき事柄について」(De hiis, quae proferantur ab advocatis)

「依頼人たちが同席することで、代弁人たちから語られる事柄は、あたかも依頼人自身から語られたようなものである。C. 2. 9(10). 1のごとく、彼らによって認識された限りではあるが。しかし、彼らが認識しているであろう場合でなければ、同席している彼らによって為されたとは見なされないとするD. 50. 16. 209や、D. 4. 8. 27. 5, 29な

---

*upon matters of law, argued and adjudged in the several reigns of King Edward VI, Queen Mary, King and Queen Philip and Mary, and Queen Elizabeth [1548-1579]*, London and Westminster, 1761, p.501 を参照。

<sup>351</sup> カルナンは1388年の *Bridelyngton v. Middilton* やヘンリ6世期の『法廷年報』における1440年の事例など、イングマンが言及していない判例を新たに取り上げている。また彼は公序良俗の例外 (public policy exception) と同法格言の関わりにも言及している。Calnan, *op.cit.*, pp.189-190 を参照。

<sup>352</sup> 吉原達也・西山敏夫・松嶋隆弘編『リーガル・マキシム 現代に生きる法の名言・格言』(三修社、2013)、220-222頁を参照。

らびにD. 26. 8. 1 (D. 26. 8. 1. 1?)のごとく、彼ら(依頼人)自身が欠席の場合は異なる。(略) [解決] D. 45. 1. 83. 1のごとく、矛盾しながら公表されている法が、一方で契約におけるがごとく意思に基づいて生じるものに関して言及し、もう一方で各裁判におけるがごとく、必要に基づいて存在するものに関して言及している。よって私は簡潔に結論する、必要と意思は不一致を解消すると。(略) それ以上に私が区別するのは、代弁人として選ばれたのが俗人からか、聖職者あるいは学者からかということである。D. 38. 15. 2. 1, 5やD. 5. 1. 2、D. 2. 1. 15のごとく、俗人から選ばれた場合で、そのような人物に頼む時は、熟練者と考慮しないことで許容すべきである。さて、彼が(代弁人を)探し求めない、あるいは法知識欠如者やそれ以外の場合がある。D. 2. 1. 7. 4のごとく、法知識欠如者の場合は、法知識の欠如あるいは経験不足を理由として、あるいは裁判官によって代弁人が与えられた場合はその裁判官の命令を理由として、容赦されるべきである。(略) さて、D. 50. 17. 19やC. 1. 14. 3のごとく、聖職者の場合、(依頼者は)自らの欠席を理由に救済を与えられない。またD. 43. 24. 3. 8のごとく、依頼者は自身の代弁人を選んだ人物が適切な者であったことを知っていたか、知るべきであった。そして、D. 4. 4. 3, 23, 49のごとく、彼のそうした行為が引き起こしたものの、あるいは原因が彼に帰されるべきである。D. 19. 1. 1のごとく、これについて確かとされるのは法によってであって、人によって確かとされるべきではない。またC. 2. 4. 34やD. 47. 10. 1. 5のごとく、知りそして望む者に不法は生じない……」<sup>353</sup>

<sup>353</sup> "Ea, quae ab advocatis proferuntur praesentibus clientulis, perinde est ac si ab ipsis essent prolata, dum tamen ab eis fuerint intellecta, ut C. de errore advocatorum, l. I in princ(C. 2. 9(10). 1). Secus autem ipsis absentibus, ut ff. de verborum significatione, l. coram Titio(D. 50. 16. 209) ibi: non videtur praesente eo fecisse, nisi is intelligat; et ff. de (receptis) arbitris, l. diem, § coram et l. sed interpellatur, in princ. (D. 4. 8. 27. 5, D. 4. 8. 49) et ff. de auctoritate tutorum, l. I in fin.(D. 26. 8. 1).....**Solutio.** Jura praedicta contraria loquuntur in eis, quae procedunt ex voluntate, ut contractus, alia loquuntur in eis, quae sunt ex necessitate, ut in iudiciis, ut ff. de verborum obligationibus, l. inter stipulantem, § si Stichum(D. 45. 1. 83. 1). Unde breviter concludo: necessitas et voluntas solvunt contrarietates.....Distinguo ulterius, an fuerit electus advocatus a laico, aut a clerico sive literato. Si a laico, tunc ignoscendum est ei, si quaesivit talem, non consulendo peritiores, ut ff. quis ordo in bonorum possessione servetur, l. II, § I et ult.(D. 38. 15. 2. 1, 5) et ff. de iudiciis, l. II in princ.(D. 5. 1. 2) et ff. de iurisdictione omnium iudicum, l. si per errorem(D. 2. 1. 15). Si autem non inquisivit, aut est rusticus aut alius. Si rusticus, parcendum est sibi propter rusticitatem vel suam imperitiam vel propter iussum iudicis, si datus fuerit advocatus per iudicem, ut ff. de iurisdictione omnium iudicum, l. si quis id, § dolo mali(D. 2. 1. 7. 4).....Si clericus, ei non succurritur propter suam absentiam, ut ff. de regulis iuris, l. qui cum alio(D. 50. 17. 19) et C. de legibus et constitutionibus, l. leges(C. 1. 14. 3); et scivit vel scire debuit, quod fuit idoneus advocatus, quem sibi elegit, ut ff. quod vi aut clam, l. prohibere, § ult(D. 43. 24. 3. 8). Et sibi debet imputari, quod tali negotia sua commisit sive causam, ut ff. de minoribus, l. III. et penult. et l. cum mandato(D. 4. 4. 3, 23, 49). Et ex quo certificatus est iure, non est certificandus ab homine; ut ff. de actionibus empti et venditi, l. I(D. 19. 1. 1), et scienti et volenti non fit iniuria, ut C. de transactionibus l. cum donationis(C. 2. 4. 34) et ff. de iniuriis, l. I, § usque adeo(D. 47. 10. 1. 5).....", Wharmund, *Summa aurea*, S.50-52 を参照。括弧内は筆者による。

(B) 『黄金汎論』 第145項「(被告の防御者に関する) 第一の間」(Quaestio prima)

「被告の防御者は二倍額の担保問答契約について義務を負うか、あるいは等額についてかという間がある。C. 2.

56(57). 1のごとく、二倍額について、被告が訴訟代理人 (procurator) を立てた場合、提示すべき担保が二倍であると考えられる。従って、D. 3. 3. 35. 3やD. 3. 3. 43のごとく、防御者も同じものに束縛される。(略) [反論] 等額については、代弁することを欲する者は、判決金額についての担保 (cautio) を十分に付与し保証することに義務を負うことが、Inst. 4. 11. 5やD. 3. 3. 46 (D. 3. 3. 46. 2?)によって命ぜられているが、これを複数担保 (cautiones) とは言わない。このように等額について義務を負うのである。[解決] 直前の間でも述べたD. 2. 8. 8 (D. 2. 8. 8. pr?) やD. 28. 8. 1のごとく、ここで私が述べるのは、(防御者は) 等額について義務を負い、罰金の追加に関する裁判官の指導をもって、相手方当事者の意図を把握するということである。(略) D. 2. 8. 7. 1のごとく、彼に義務を課したということによって、彼に不法が為されたと言うことはできない。D. 47. 10. 1. 5とC. 2. 4. 34のごとく、望む者に不法は生じない」<sup>354</sup>

(C) 『黄金汎論』 第350項「(開示における訴えの陳述の宣言に関する) 第二の間」(Quaestio secunda)

「訴状は変更することができるか、という間がある。C. 2. 1. 3のごとく、永久告示の權威が命じ、法が述べる者の衡平が区別するに依じて、修正や変更が可能である。しかしながら、娘は争点が決定される時点に、父に同意することを必要とする。これに従って、もし娘が父に同意すると言ひ、そして争点決定の前に意思を変更したか、家長権を免除された場合には、父が訴えるのは無益である (D. 24. 3. 22. 5) がごとく、特に争点決定以前にはそうであ

<sup>354</sup> " Quaeritur, an defensor rei teneatur ad duplicem cautionem vel ad unicam? Et videtur, quod ad duplicem, eo quod si procuratorem constituerit reus, duplex esset interponenda cautio, ut C. de satisdando, l. una(C. 2. 56(57). 1). Igitur defensor ad idem tenetur, ut ff. de procuratoribus, sed et hae, § defendere est idem facere, quod dominus faceret, et cavere idonee(D. 3. 3. 35. 3) et l. minus, § poena(ibid. l. 43).....**Contra.** In contrarium videtur, quod ad unicam, ut Inst de satisdationibus, l. nemo, § sin vero(Inst. 4. 11. 5) et ff. de procuratoribus, qui proprio, § qui alium(D. 3. 3. 46), quibus cavetur, quod qui vult alium defendere, tenetur cautionem de iudicato interponere et cavere idonee, non autem dicit: cautiones. Et sic tenetur ad unicam. **Solutio.** Ad hoc dico, quod tenetur ad unicam et comprehendit voluntatem alterius partis una cum moderatione iudicis in poenae adiectione, ut in proxima quaestione dixi, et ff. qui satisdare cogantur, l. de die, in princ(D. 2. 8. 8). et ff. de iure deliberandi, l. I(D. 28. 8. 1).....Nec potest dici, quod sibi fit iniuria, eo quod sibi necessitatem imposuit, ut ff. qui satisdare cogantur, l. si fideiussor, § sin autem satisdatio(D. 2. 8. 7. 1), et volenti non fit iniuria, ut ff. de iniuriis, l. I, § usque adeo(D. 47. 10. 1. 5) et C. de transactionibus, l. cum donationis(C. 2. 4. 34).....", Wahrmond, *Summa aurea*, S.174-175 を参照。

る。D. 9. 4. 4. 3で述べられるところ、先に裁判が為されるまでは、訴えを変更する原告の権利は継続する。Inst. 4. 6. 34で述べられるように、原告が請求表示の中で自身に関係すると理解していたものが少なかった場合、例えば、彼に十金の債務が課せられていたが、五金（だった場合がある）。（しかるに）彼は危険なく請求を変更すること、そして危険なく十金を請求することができる。このように、Inst. 4. 6. 33のごとく、多くを請求し得た場合（でも）、小額を請求することができる。[反論] 誰も、他人に不利となるように彼の決定を変更することはできない（D. 50. 17. 75）。Nov. 112. c. 2で述べられるがごとく、争訟の完了まで（訴えを変更する権利は）維持されるだろう、そして自身や法定の訴訟代理人を通じて第一の請求表示が示されるだろう、そうでなければ、訴状に記された金額の十分の一について、諸費用の名目で罰せられるべきである。またC. 7. 43. 8. Authや、C. 1. 3. 25. Auth（がある）。[解決] これについて私が述べるのは、区別なく行うことはできないが、区別を伴うならば可能であるということである。争訟物の一部を欲するのは良い、何故ならC. 2. 4. 34やD. 47. 10. 1. 5、そしてD. 50. 17. 203のごとく、知りそして望む者に不法は生じないからである<sup>355</sup>

(D) 『黄金汎論』第455項「(裁判官忌避以外の抗弁に関する) 第三の間」(Quaestio tertia)

「大修道院長あるいは教区付司祭は、服属者が法廷へ召喚され得ることを知っている場合、これについて裁判所から知らせを受けるべきであるか、という間がある。D. 49. 8. 1. 3で述べられる所、即時執行命令が提示されなかつ

<sup>355</sup> "Quaeritur, an libellus possit mutari? Et videtur, quod sic, ut C. de edendo, edita actio(C. 2. 1. 3) ibi: quam emendari vel mutari licet, prout perpetui edicti monet auctoritas et ius dicentis discernet aequitas. Et maxime ante contestationem, ut ff. soluto matrimonio, l. si cum dotem, § eo autem tempore consentire filiam patri oportet, quo lis contestatur; secundum haec, si filia dicat, se patri consentire, et ante litis contestationem mutaverit voluntatem vel emancipata sit, frustra pater aget(D. 24. 3. 22. 5). Et ff. de noxalibus (actionibus), l. in delictis, § donec(D. 9. 4. 4. 3), ubi dicitur, quod dum prius iudicium (agitur), durat licentia agentis mutandi. Et Inst. de actionibus, § si minus(Inst. 4. 6.4), ubi dicitur: si minus (in) intentione actor complexus fuerit, (quam ad eum pertineret), veluti quinque, cum sibi decem deberentur, [et] sine periculo mutare potest intentionem et petere decem sine periculo. Et sic, si plus petierit, potest minus petere, ut in eod. tit. § sane si tam magna causa(Inst. 4. 6. 33). **Contra.** ff. de regulis iuris, l. nemo [enim] potest mutare suum consilium in alterius praeiudicium(D. 50. 17. 75), ut in Auth. de litigiosis, § ad excusandas, coll. VIII(Nov. 112. c. 2), ubi dicitur, quod perseverabit usque ad finem litis et primam intentionem per se vel per procuratorem legitimum exercebit, aliter puniendus est nomine expensarum in decimam partem quantitatis in libello comprehensae. Et C. quomodo et quando iudex, Auth. qui semel(Nov. 112. c. 3 ad C. 7. 43. 8) et C. de episcopis et clericis, Auth. generaliter(Nov. 112. c. 2 ad C. 1. 3. 25). **Solutio.** Ad hoc dico, quod non potest indistincte, sed cum distinctione; parte rea volente, bene potest, cum scienti et volenti non fit iniuria, ut C. de transactionibus, l. cum donationis(C. 2. 4. 34) et ff. de iniuriis, l. I, § usque adeo(D. 47. 10. 1. 5) et ff. de regulis iuris, quod quis ex culpa sua(D. 50. 17. 203).....", Wahrmund, *Summa aurea*, S.276-277 を参照。

た場合、また提示しようとしていたのであったが、不在ゆえにその者の認識にまでは至らない場合、有責判決が生じた場合は、無意味なものとなろう。(略) [反論] 逆に、そうではないとも考えられる。D. 19. 1.1で述べられるごとく、知っている者は知らされずには見なされず、不知でない者も知らされるべきではない。このようにして、服属者が法廷へ召喚されたことを知っている、その小修道院長あるいは教区付司祭も知らせを受けるべきではない。また、自分で自分を欺いたことを理由として、知っている者は救済されないとD. 27. 6. 2 (D. 27. 6. 1. 6?)で述べられている。またC. 2. 4. 34やD. 47. 10. 1. 5のごとく、知りそして望む者に不法は生じない。とりわけ、D. 21. 2. 12のごとく、その内の誰かが法廷に同席している場合には。[解決] この場合に私が述べるのは、類似の者との類推をもって、D. 49. 1. 23のごとく、知らせを受けるべきだということである……」<sup>356</sup>

## 検討

『黄金汎論』で当該法格言が登場するのは、(A) から (D) の四カ所である。ズルエタの示した5つの分類で整理してみると、(A) と (B) は (1) にあたり、(C) は (2) に、(D) は (5) に分類される。内容の点では、(A) と (D) では聖職者に、(B) では担保問答契約に、(C) では訴状の変更に關連して、この法格言が現れている。一方で内容上それぞれに密接な関係は見られないことから、ドロエダはこの法格言を——例えば後のコモン・ローのように不法行為のみ限定するといったような——対象を絞ったものとしては考えていなかったと思われる。(A)、(B)、(C) では、当該法格言は「解決」(solutio) の中で、あるいはこれに關連して用いられている。(D) のみが「反論」(contra) の中で用いられている。

---

<sup>356</sup> "Quaeritur, si abbas vel rector sciat, quod subditus vocetur in ius, an debeat super hoc a iudicibus certiorari? Et videtur quod sic, ut ff. quae sententiae sine appellatione rescindantur, l. I, § item cum [ex] edicto(D. 49. 8. 1. 3), ubi dicitur, quod si edictum peremptorium non fuit propositum, et si fuerit propositum, non tamen pervenit ad notitiam absentis, si condemnatio fuerit subsequuta, nullius erit momenti.....**Contra.** In contrarium videtur, quod non, ut ff. de actione empti, l. I(D. 19. 1. 1), ubi dicitur, quod non videtur celatus, qui scit, nec certiorari debet, qui non ignorat. Sic nec iste prior vel rector est certiorandus, qui scit, quod subditus vocatus fuit ad iudicium; et ff. quod [cum] falso tutore, l. II(D. 27. 6. 2), ibi dicitur, quod scienti non subvenitur, quia [per] se ipsum decipit; nec scienti et volenti fit iniuria, ut C. de transactionibus, l. cum donationis(C. 2. 4. 34) et ff. de iniuriis, l. I, § usque adeo(D. 47. 10. 1. 5); et maxime si aliquis eorum praesens fuerit in iudicio, ut ff. de evictionibus, l. quidam(D. 21. 2. 12). **Solutio.** Ad hoc dico, quod est certiorandus, ut in praeall. l. de appellationibus(D. 49. 1. 23) cum suis similibus.....", Wahrmond, *Summa aurea*, S.407 を参照。

典拠として用いられている『ローマ法大全』の法文については、四カ所全てにC. 2. 4. 34とD. 47. 10. 1. 5が用いられており、反対にD. 50. 17. 203が用いられているのは (C) のみである。表記としては、(B) のみが"volenti non fit iniuria"となっている以外は、全て"scienti et volenti non fit iniuria"とその変形である。法文それ自体を見ると、C. 2. 4. 34のみ「知る」(scio) の文言を含んでいる一方、D. 47. 10. 1. 5が法格言にかなり近い表現を用いている<sup>357</sup>。

(A) では、自身が代弁人となることに対する聖職者の自己認識の問題として当該法格言が用いられている。まずC. 2. 9(10). 1を用いて代弁人の基本的な立場が確認されている<sup>358</sup>。一方で依頼人の認識がなければ代弁人の行為に有効性を認めないとする見解として、D. 50. 16. 209が挙げられており、D. 4. 8. 27. 5およびD. 4. 8. 49、D. 26. 8. 1もその典拠とされている<sup>359</sup>。このような代弁人についてドロエダが着目しているのは、代弁人に選ばれたのが俗人であるか聖職者または学者であるかという違いである。彼の依拠する『ローマ法大全』の法文を見ると、俗人は法(ローマ法およびカノン法の双方)について精通した人物とは見なされず、また錯誤に陥って訴訟を損なう可能性があると考えられているようである<sup>360</sup>。それ以外の場合についても、D. 2. 1. 7. 4を用いるなど、俗人が代弁人に選ばれた場合には、ドロエダは様々な考慮を払っている<sup>361</sup>。

---

<sup>357</sup> また、『ローマ法大全』の註釈本には、D. 47. 10. 1. 5には「望んでいる者かどうか、そしていつ不法が生じる(のか)」(Volenti an et quando fiat iniuria)と、C. 2. 4. 34では「(悪意を)望む者に悪意は与えられない」(Volenti dolus non infertur)という欄外書込が見られる。*Corpus iuris civilis / cum commentariis accursii studio Ioan. Fehi*, Osnabrück, Osnabrück, 1966, tom.3, p.1354; do., tom.4, p.370を参照。

<sup>358</sup> C. 2. 9(10). 1「自身の訴訟を提起された人々が同席し、彼らについて代弁人が申立てることは、あたかもその訴訟についての雇主(dominus)から訴訟が提出されたと見なすべきである」(Ea, quae advocati praesentibus his quorum causae aguntur, adlegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur)

<sup>359</sup> D. 50. 16. 209 (フローレンティーヌス『法学提要』第10巻)『『ティティウスの面前で』為すよう命じられたことは、それを彼が理解しているのでなければ、彼が同席して為したとは見なされない……』('Coram Titio' aliquid facere iussus non videtur praesente eo fecisse, nisi is intellegat.....)。D. 4. 8. 27. 5 (ウルピアーヌス『告示註解』第13巻)「……同様に未成年者の面前であっても後見人がその場に同席していなければ、判決が述べられたとは見なされない……」(.....item coram pupillo non videri sententiam dictam, nisi tutor praesens fuit.....)。D. 4. 8. 49. pr (ユールアーヌス『法学大全』第4巻)「……もし精神錯乱者が補佐人を有する、あるいは訴訟継続中にこれを有した場合、(仲裁人は)同席する補佐人の面前で判断を述べることができる」(.....quod si furiosus curatorem habet vel habuerit adhuc litigio pendente, potest praesente curatore sententia dici)。D. 26. 8. 1. 1 (ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第1巻)「もし後見人が暴力により意に反して強いられる場合、為されたことは効力を有しない。すなわち、あたかも昏睡あるいはてんかんに襲われて沈黙するように、肉体が現にあることは承認に充分なものではない」(Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet quod agitur: neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitali occupatus tacuisset)

<sup>360</sup> D. 38. 15. 2. 5 (ウルピアーヌス『告示註解』第49巻)「法学者に生じるのではなく、彼や他者によって獲得することのできる認識 (scientia) を考慮すべきであるとポンポニウスは言う。つまり、より注意深い家父長が助言を求めることが当然であるように、より熟達した者に助言を求めることによってである」(Scientiam eam observandam Pomponius ait, non quae cadit in iuris prudentes, sed quam quis aut per se aut per alios adsequi potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiorum patrem familias consulere dignum sit)。D. 5. 1. 2. pr (ウルピアーヌス『告示註解』第3巻)「さて、自身が彼の裁判管轄の下にないと知り、彼と同意する人々は同意

一方、聖職者に対しては、俗人に対して為した考慮を認める要素をドロエダはまったく認めていないようである。

俗人に対して聖職者と学者 (*litteratus*) を並べて対置するドロエダの考えは、大学でローマ法を教授していた人物らしいものと言える<sup>362</sup>。聖職者を代弁人とした場合には、自身が欠席したからことを理由に依頼者へ救済は与えられないなど、俗人と聖職者との違いを強調しつつ、依頼者が自身にとって適切な人間を代弁人に選んだかどうか認識しておくことをドロエダは求めている<sup>363</sup>。当該法格言もまた、このようにして結ばれた依頼者と代弁人との関係から生じるものは不法と見なされないという見解で用いられている。

---

を為したと見なされる。しかしながら、彼の裁判管轄にあると思っている場合は、その裁判管轄の下にない（ということもある）だろう。というのも、ユリアーナヌも彼の『法学大全』第1巻に記す通り、訴訟当事者の錯誤は同意を生じない。あるいは他者のための法務官であると思っていたのが別人である場合も、錯誤は裁判管轄を与えない。あるいは、訴訟当事者の内の誰かが対抗したために、法務官職にある人々によって強制される時また、いかなる裁判管轄も存しない」(*Consensisse autem videntur, qui sciunt se non esse subiectos iurisdictioni eius et in eum consentiant. ceterum si putent eius iurisdictionem esse, non erit eius iurisdictionis error enim litigatorum, ut Iulianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensum. aut si putaverunt alium esse praetorum pro alio, aequè error non dedit iurisdictionem. aut si, cum restitisset quivis ex litigatoribus, viribus praeturae compulsus est, nulla iurisdictionis est*)。D. 2. 1. 15 (ウルピアーヌス『全ての裁判所について』第2巻)「他の法務官であると誤認されることによって、ある法務官が訪問を受けた場合、為されたことは何ら効力を持たない。すなわち、ユリアーナヌが記す通り、錯誤を犯した者は同意していないのだから、総督に訴えると彼らが同意したと言うのは認められない。実際、無知を曝している錯誤ほど同意からほど遠いものがあるか」(*Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit quod actum est. nec enim ferendus est qui dicat consensisse eos in praesidem, cum, ut Iulianus scribit, non consentiant qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit?*)

<sup>361</sup> D. 2. 1. 7. 4 (ウルピアーヌス『告示註解』第3巻)「さて、告示の言における悪意(という語)についての言及は、不知あるいは無学を通じて、あるいは法務官自らの命令または偶然によってある人が為したことには責を負わないということである」(*Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quod, si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praetore iussus vel casu aliquis fecerit, non tenetur*)

<sup>362</sup> 典拠としては、特に D. 50. 17. 19. pr (ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第24巻)「他人と(契約を)締結する者は、あるいはその他人の状況について不知ではないし、あるいは不知であってはならない。しかし、受遺者と自発的には(契約を)締結するのではないので、このことは相続人には帰せられることはできない」(*Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus condicionis eius: heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit*) が大きな位置を占めていると思われる。

<sup>363</sup> D. 43. 24. 3. 8 (ウルピアーヌス『告示註解』第71巻)「同様に、自身に対して禁止しようとしていると彼が理解し、自身が禁止するであろうと現に判断するあるいは判断すべきである者に隠蔽の意思を持って対応する者もまた秘密に行くことになる」とアリストーは考える」(*Idem Aristo putat eum quoque clam facere, qui celandi animo habet eum, quem prohibetur se intellexerit et id existimat aut existimare debet se prohibetur iri*)、未成年者について触れる D. 4. 4. 3 (ウルピアーヌス『告示註解』第11巻)、D. 4. 4. 23 (パウルス『告示註解』第11巻)「父の委任によって家息が仕事を処理する(時)、彼は原状回復の利益を持たない。というのも、他者が彼に委任した場合、彼は救済されないから。それは、このような方法によって、物の滅失による損害を被ることになる成年者がむしろ配慮されるからである。しかし支払能力がない故にその仕事を行ったことについて回復することができないことを示すため、結果として未成年者が損失を被るであろう場合、法務官が介入するのは疑いない。一方で主人が未成年者で、成年者が委託事務管理人(*procurator*)の場合、彼の委任によって行われ、委託事務管理人から物を回復することができないという場合を除いて、容易に主人は聴聞されない。故に、委託事務管理人の名に未成年者が騙された場合、(その未成年者に)仕事を委託した主人に責が帰されるべきである。マルケッルスも同じ見解を示す」(*Cum mandato patris filius familias res administraret, non habet beneficium restitutionis: nam et si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo maiori potius consuleretur, cuius damno res sit cessura. sed si eventum damnum minor passurus sit, quia quod praestiterit servare ab eo cuius negotia gessit non potest, quia is non erit solvendo, sine dubio praetor interveniet. si autem ipse dominus minor sit, procurator vero maioris aetatis, non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu eius gestum erit nec a*

(B) では、防御者 (defensor) に付随する義務に関連して当該法格言が用いられている。ドロエダの著述を辿ると、被告の訴訟代理人は保証人付担保問答契約を強制されるという C. 2. 56(57). 1. 2 と、訴訟代理人と防御者を併置して双方に判決金支払保証を命じる C. 2. 56(57). 1. 3 を主として、訴訟代理人の責任を防御者に援用している。そしてまた、防御という行為について定義し、またそれを為さなかったことに対する罰に触れた D. 3. 3. 35. 3 と D. 3. 3. 43. 4 をもって、防御者は被告の為した二倍額の担保問答契約に束縛されるという前提が立てられている<sup>364</sup>。一方で、訴訟物の評価に対する判決金支払保証を課す Inst. 4. 11. 5 や、D. 3. 3. 46. 2 を引用することで、防御人の支払能力を重視した視点で「反論」が展開されている<sup>365</sup>。「反論」で述べられているように、防御者は保証人付担保問答契約

---

procuratore servari res possit. ergo et si procuratorio nomine minor circumscriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia. idque et Marcello placet.)、D. 4. 4. 49 (ウルピアーヌス『告示註解』第 35 卷)「被後見人あるいは未成年者の財産が売却され、それが売却されることを法律が禁じていない場合、確かに売却は有効である。とはいえ、もし被後見人あるいは未成年者に重大な損害がある場合は、たとえ結託が介在していなくとも、原状回復を通じて売却は取消される」(Si res pupillaris vel adulescentis distracta fuerit, quam lex distrahi non prohibet, venditio quidem valet, verumtamen si grande damnum pupilli vel adulescentis versatur, etiamsi collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur) もまた、ドロエダは依頼者と代弁人双方の認識へと応用していると思われる。D. 4. 4. 3 については全てをここで挙げるのは冗長であり、また既に邦訳もあることからここでは省略する。邦訳については、春木一郎、『ユースティーニアーヌス帝学説彙纂プロータ』(有斐閣、1938)、442-447 頁を参照。

<sup>364</sup> ドロエダは C. 2. 56(57). 1 とのみ記しているが、内容から推測すると、本文で挙げた C. 2. 56(57). 1. 2 「しかしもし、訴訟の開始時に相手方から防御人の主張に異議申立が為された場合も、この点について不在者の訴訟代理人のように、抗弁提起に関して自ら保証人付担保問答契約を示すことを強制される。これが提出されなければ、彼に委任された訴訟を先に進めることは裁判官により認められない」(Sin autem ei ab adversario opposita fuerit in ipso litis exordio defensionis adlegatio, etiam ipse quasi absentis in hac parte procurator satisfactionem super excipienda lite praestare cogitur, qua non praecedente lis quae ei mandata est ulterius procedere a iudice non conceditur) と C. 2. 56(57). 1. 3 「さて、被告の訴訟代理人あるいは防御人は、行為の証明の下に為されたのと同様に、訴訟の開始時において判決金支払保証をいかなる場合でも示すことを強制される」(Rei autem procurator vel defensor, etiam sub gestorum testificatione factus, in ipso litis limine iudicatum solvi satisfactionem in omnibus causis praestare cogitur) の二法文を重視していると思われる。D. 3. 3. 35. 3 (ウルピアーヌス『告示註解』第 9 卷)も、冒頭の「防御するとは、雇主が訴訟に対して為すであろうことを為し、そして適切な担保を設定することである。保証人付担保問答契約によるを除き、訴訟代理人の地位 (condicio) は主人のそれより不利とされてはならないだろう……」(Defendere autem est id facere, quod dominus in litem faceret, et cavere idonee: nec debet durior condicio procuratoris fieri quam est domini, praeterquam in satisfando.....) がここでの典拠として用いられていると思われる。また D. 3. 3. 43. 4 (パウルス『告示註解』第 9 卷)「訴訟代理人が防御をしないことへの罰とは、彼に訴権が拒否されることである」(Poena non defendentis procuratoris haec est, ut denegetur ei actio) をドロエダは文節まで挙げていますが、ヴァールムントは何故か D. 3. 3. 43 とのみ記している。

<sup>365</sup> Inst. 4. 11. 5 「しかしながら、被告が何らかの理由により同席できず、他人が彼の防御を引き受けることを望んだ場合、対物訴権あるいは対人訴権の中に導入されるべき違いはない。一方で訴訟物の評価として判決金支払保証を示すということを為すことができる。なぜならば、既に述べられた通り、古の規範に従って保証人付担保問答契約なしに他人の事件の防御者は支払能力があるとは見なされないからである」(Si vero reus praesto ex quacumque causa non fuerit et alius velit defensionem subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda potest hoc facere, ita tamen ut satisfactionem iudicatum solvi pro litis praestet aestimatione. nemo enim secundum veterem regulam, ut iam dictum est, alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur)。D. 3. 3. 46. 2 (ガイウス『属州告示註解』第 3 卷)「他人を防御するものは保証人付担保問答契約を行うことを強制される。というのも、保証人付担保問答契約なしに防御者は他人の訴訟物の支払能力があるとは理解されないからである」(Qui alium defendit, satisfacere cogitur: nemo enim alienae litis idoneus defensor sine satisfactione intellegitur)。

なしにそれを行うことはできないため、等額の担保問答契約は当然ながら支払能力を有するであろうが、ここで参照された『ローマ法大全』の法文からも読み取れるもうに、果たして防御者が二倍額の担保問答契約にも支払能力を有しているかどうかという点が問題となる。

ドロエダは「解決」として、二倍額の内訳を訴訟物の評価価格とこれへの追加罰金に分けて考えていると思われる。この内、罰金として追加される分については、問答契約の期日に関する合意を要求するD. 2. 8. 8. prなどを援用して、防御者は裁判官による指導を受けながら、相手方当事者の意思との擦り合わせを行うことで二倍額の担保問答契約への支払能力の有無を確認し合うという行動が求められていると解することができる<sup>366</sup>。このようにすれば、相手方当事者にも不利益は出ず、また防御人も自身の支払能力を認識した上で裁判に望むことが可能になる。そしてドロエダはD. 2. 8. 7. 1を用いることで、自身が防御を務めることに対する支払能力の問題を認識した上で、防御者はこれを望んだのであるから、裁判の結果により自身に不法が生じたと申立てることはできない<sup>367</sup>。このようにしてみると、(A) と (B) は後の「危険の引受」理論と相通ずる意味合いで当該法格言が利用されていると見えるだろう。

(C) はズルエタの分類では (2) の、一般的事項にあたる。当該法格言は、訴状の変更について、特に請求金額の変更を行い得るかどうかに関連して用いられている。ドロエダは、まずC. 2. 1. 3をそのまま引用して、訴権の修正や変更は可能であるとしており、また原告は請求表示の際、要求する金額を自身の裁量で決定することができる

---

<sup>366</sup> D. 2. 8. 8. pr (パウルス『告示註解』第14巻)「訴訟当事者間で問答契約に関して期日設定について合意を為すことを常とする。もし合意しない場合、要約者の権限においてこれを為すとペーディウスは述べる。『裁判官によってこの期日に付き適当な期間が定められること』とする」(De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire. si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse: moderato spatio de hoc a iudice statuendo)。試訳には春木一郎、『ユースティニアヌス帝学説彙纂プロータ』、195頁も参照した。またD. 28. 8. 1とのみドロエダは記しているが、内容からして、特にD. 28. 8. 1. 1(ウルピアーヌス『告示註解』第60巻)『もし(相続人が)熟慮期間を求める場合、私は与えよう』と法務官は述べる」(Ait praetor: 'si tempus ad deliberandum petet, dabo') およびD. 28. 8. 1. 2(ウルピアーヌス『告示註解』第60巻)「彼(法務官)が『時』と言い、『期日』を与えているのではない時に、期日を定めることは法を述べる者の権能において疑いなく示される」(Cum dicit tempus nec adicit diem, sine dubio ostendit esse in ius dicentis potestate, quem diem praestituit:) を利用していると思われる。

<sup>367</sup> D. 2. 8. 7. 1(ウルピアーヌス『告示註解』第14巻)の内でも、ドロエダは特に末尾にあたる「……しかし、保証人付担保問答契約が自発的である場合、他の所にある人(を保証人とすること)は許容されない。というのも、保証人付担保問答契約の義務を自らに課した者は、許容を受けるに値しないからである」(.....si autem satisfactio voluntaria est, non in alium locum remittitur: neque enim meretur qui ipse sibi necessitatem satisfactiois imposit) を利用していると考えられる。

とドロエダは考えている<sup>368</sup>。ここまでは争点決定以前に、原告が訴状内の請求表示を変更することについて述べられているが、原告が被告を不利とするように請求表示を変更することはできないとD. 50. 17. 75を本文に示すことで「反論」を挙げている。そして、被告の不利となるように請求表示を提起あるいは変更した場合には、訴訟の費用として罰金が課されるとしている<sup>369</sup>。当然ながら原告と被告の利益は相対することが想定され、これにより訴状を変更することができるという原告の権利が非常に不安定なものとなっていることが読み取れる。

---

<sup>368</sup> C. 2. 1. 3 は「永久告示の權威が命じ、あるいは法を述べる者の衡平が承認するのに応じて、示された訴権は将来の訴訟の形を示し、人はその訴権を修正や変更をすることができる」(Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas) である。また争点決定に関してはD. 24. 3. 22. 5 (ウルピアーヌス『告示註解』第33巻)「しかしながら、娘は争点が決定される時点に、父に同意することを必要とする。これに従って、もし娘が父に同意すると言い、そして争点決定の前に意思を変更したか、また家長権を免除された場合には、父が訴えるのは無益である」(Eo autem tempore consentire filiam patri oportet, quo lis contestatur. secundum haec, si filia dicat se patri consentire et ante litis contestationem mutaverit voluntatem vel etiam emancipata sit, frustra pater aget)、金額の変更に関してはInst. 4. 6. 34「原告が彼自身に属するよりも少ないものを請求表示において内包した場合、例えば、彼に十金の負債が負わされた場合に、五金を彼に与えるべきと主張したり、あるいは土地全体が彼の物であった場合にその半分を彼の物であると請求した場合は、彼は危険なく訴訟を提起している。なぜなら残余物に対してであっても、神帝ゼーノの勅法により裁判官は相手方に同一の訴訟において有責判決を下すからである」(Si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineret, veluti si, cum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit, aut cum totus fundus eius esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilo minus iudex adversarium in eodem iudicio condemnat ex constitutione divae memoriae Zenonis) である。

<sup>369</sup> Auth. C. 7. 43. 8「ある人が、彼を通じて相手方に知らされる、裁判官の合意、あるいは皇帝に提出した請願書または裁判の嘆願書によって、ひとたび訴権を提示すると、終了まで訴訟を行うべきことを要する。ある人が訴訟の遂行することを延期する場合、被告が必要とすれば、30日の中断を通じて三つの告示によって原告は召集される。何故なら呼出人の声(vox praeconia)は少数の人にのみ伝わるからである。そして、この召喚は皇帝を通じて受任裁判官に委ねられる。もし開始された訴訟がない場合、これが代わりとなる。召喚を受けた者が訴訟を遅らせる場合、彼には一年の延期が許される。その期間内に彼が出席しない場合、裁判官は出廷者の申立が聴聞され、真実が搜索されるよう宣告する。しかし、まず被告が被った訴訟費用を彼が支払わなければ、出頭者は一年間聴聞されない……」(Qui semel actionem proponit, sive conventionem iudicariam, sive precibus principis oblatis, iudicique infinuatis, et per eum adversario cognitis: necesse habet usque ad finem litem exercere. Qui si causam persequi defferat: reo postulante, tribus edictis citetur per intervalla triginta dierum, quia vox praeconia paucis innotescit. Quae citatio et per principem delegatis permittitur: quod locum habet et si lis coepta non sit. Quod si vocatus litem detrectet: ei aliud anni spacium indulgetur, intra quod si cessat, iudex auditis allegationibus praesentis, et perquisita veritate pronunciet. Sed nec intra annum veniens auditur, nisi prius reo litis expensas quas sustinuerit, inferat.....) を、Auth. C. 1. 3. 25 では、「さて、一般に裁判官は、訴えられた者(被告)に訴状が提示されず、また彼から訴訟費用が請求されていないことを考慮する。訴状において原告から彼自身乃至公証人を通じて記入がない限り。また訴訟が生じると、彼は法廷の適切な危険に対し保証人を立てる。訴訟の終了までこれは保たれ、彼自身あるいは委託事務管理人を通じてこれ(訴訟)を行う。もし有罪となった者が不正に訴訟を開始した場合、費用又は支出の名目で、訴状に含まれた金額の十分の一を被告に返還すべきである……」(Generaliter autem iudex provideat, libellum pulsato non porrigi, sportulasve ab eo non exigi, nisi prius et in libello actor per se aut per tabularios conscribat, et actis intervenientibus fideiussorem idoneum periculo competentis officii praestet, quod usque ad finem litis permaneat, eamque vel per se, vel per procuratorem exerceat. Et si convictus fuerit iniuste movisse litem, expensarum, sumptuumque nomine decimam partem quantitatis in libello comprehensae pulsato restituat.....) の部分をドロエダは特に念頭に置いていたと思われる。それぞれの法文は、*Corpus iuris civilis / cum commentariis accursui studio Ioan. Fehi*, tom.4, pp.89-90, 1905-1906 を参照。

そこで、ドロエダは区別 (*distinctio*) を用いることで問題を解決することを計っている。おそらく「反論」で言及された費用という名称を争訟物の一部に与えて、これを請求に含むことにより、訴状の変更による原告の敗北を回避することが可能となるというのがドロエダの主張であろう。このように訴状変更を行うことを原告が認識した上で、これを欲するということは、自身に対する損害の発生を承諾したと見なされる。しかし、ここでのみD. 50. 17. 203が用いられているのは、その文中にある通りの、自責による損害への救済を排除するといった阻却事項的な意味合いではなく、むしろ訴状内の請求表示の誤りによる敗訴から原告を防御するという積極的な意味合いを与えられているのではないだろうか。本来の問題提起は原告が訴状を変更できるのかという問題であり、この部分はどうのようにすれば原告が訴状の請求表示を危険なく変更することができるかという問題に関するドロエダの解答として理解すべきであろう。

(D) は裁判官忌避の抗弁以外の抗弁に関する著述にあたる。ここでは、服属者の法廷召喚を知っている大修道院長 (*abbas*) あるいは教区付司祭 (*rector*) はこれについて裁判所から通知を受けるべきかという問題が扱われている。不在であるという点をもって、即時執行命令に基づく有責判決は意味を為さないとするD. 49. 8. 1. 3を基に、通知を受けるべきであるという考えがまず示されている<sup>370</sup>。その一方で、知っていることを理由として、他者からわざわざ通知を受けるべきではないという考えが「反論」で示されている。本文中ではD. 19. 1. 1が典拠として挙げられているが、特に本文中で挙げられている「知っている者は（そのことを）秘匿されたとはみなされず、また不知でない者は通知を受けるべきでない」(*non videtur esse celatus qui scit neque certiorari debuit qui non ignoravit*) というD. 19. 1. 1. 1の末尾部分が想定されていると思われる。また自分で自分を欺いた者に救済は与えられないとするD. 27. 6. 1. 6や共同相続人の立会について触れるD. 21. 2. 12をもって、服属者が法廷召喚されたことを「知り」、通知を受けること乃至その場に同席することを「望まない」者には通知されるべきではないとして、ドロエダは当該法格言を用いて「反論」部分を結んでいる<sup>371</sup>。

<sup>370</sup> D. 49. 8. 1. 3 (マケル『上訴について』第2巻)「同じく、提示されずまた不在者の認識にも至らなかった事柄を即時執行命令に基づいて有責判決する場合、判決は重要ではないと勅法が示す」(*Item cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est neque in notitiam pervenit absentis, condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant*)

<sup>371</sup> ドロエダはD. 27. 6. 2 (パウルス『告示註解』第12巻)「『もし原告がこのことを知らなかった』と(法務官が)

## 第2項 『ブラクトン』における検討

### (E) 『ブラクトン』 2巻p.67

「贈与者は初めから贈与の原則において、彼の贈与に条項 (lex) を定めることができる。また彼の意思について、その受贈者の利益に対してや、國法 (lex terrae) に反しても他者の不利益にならない限り、その契約に関して何ら関係のない者たちに対して贈与物を免れさせることができるということを知るべきである。(略) しかし、彼自身や彼の相続人の不利益のために、与えられた土地を免れることができ、また彼や彼の相続人のために、奉仕であれ慣習であれ、その他のものであれ、自身の奉仕を軽減することができる。これが充分とされるのは、彼がかつてそう望んだからであって、何故なら自然の衡平としての合意と同様に封主のそうしたいという意味であっても、彼のものを他者に移すことを有効とできないからである。受贈者が贈与の証書において束縛されることについて言明されると、(その証書内で) 特別に言明されていない他のあらゆるものが軽減されたと見なされる。(明白に) 言明されたことは害する(が)、(明白に) 言明しなかったことは害しないように、また明白に負担を課していない証書は、負担から解放させるように。さらに、受贈者の意思に基づく奉仕や諸役権から、贈与者は与える土地に多くあるいは少なく負担をかけることができる。贈与の始めにそうあるよう両者が望んだことから、受贈者とその相続人を除いて、誰にも害が為されないのは、望む者に不法は生じないからである……」<sup>372</sup>

---

いう場合に、ラベオーは、そのことが彼に言われ、そしてそのことを善意で信じなかった場合も含める」('Si id, inquit, actor ignoraverit'. Labeo: et si dictum sit ei et bona fide non crediderit) を典拠としてここでは示しており、ヴァールムントも特に注記などは施していない。しかしながら、「自分で自分を欺く」という点での典拠として用いられているとするならば、むしろ D. 27. 6. 1. 6 (ウルピアーヌス『告示註解』第12巻)「法務官は、『もし、原告がこのことを知らなかった場合、私は原状回復を許そう』と言う。知っている者に救済は与えられないのは正当である、自身で自身を欺いたのだから」(Ait praetor: 'si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem'. scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit)の方が適切であり、何らかの理由による誤記ではないかと筆者は考えている。D. 27. 6. 2の訳には、京都大学西洋法制史研究会「ユスチニアヌス帝学説彙纂第27巻邦訳(5)」、『法学論叢』(77-5)、6頁を参照した。D. 21. 2. 12 (スカエウォラ『解答録』第2巻)「ある人が半分について相続人に任命されたが、不動産全体を売却して代金を共同相続人が受け取った。これが追奪されたなら、共同相続人は買主訴権によって責を負うかと問う。私は、同席する共同相続人が拒否しないと述べる場合、各自がその持ち分を売却したと見なすと解答した」(Quidam ex parte dimidia heres institutus universa praedia vendidit et coheredes pretium acceperunt: evictis his quaero, an coheredes ex empto actione teneantur. respondi, si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse)

<sup>372</sup> "Notandum quod bene poterit donator ab initio in principio donationis legem ponere donationi suae, et de voluntate sua rem datam exonerare ad commodum ipsius donatarii et contra legem terrae dum tamen hoc non sit in praeiudicium aliorum, ad quos nihil pertinet de eorum contractu..... Poterit tamen exonerare terram datam in praeiudicium sui ipsius et heredum suorum, et remittere servitium proprium pro se et heredibus suis, sive servitium sive consuetudines quascumque. Et sufficit quia hoc semel voluit, quia nihil tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. Et expresso eo ad quod tenetur donatarius in carta donationis, alia omnia videntur esse remissa quae

(F) 『ブラクトン』 2巻pp.73-74

「同じく、条件は共通の権利 (*ius commune*) に反して真の相続人たちへ下されるものを妨げることができる。以下のように私は説明しよう。『私があなたに十年の期間でこれこれの土地を譲与し (*concedo*)、期間後にその土地は私に戻る。またその十年の期間内に私が死亡しているであろう場合は、あなたの寿命まで、あるいは封において、あなたに属しているその土地を、私は自身や私の相続人たちのために譲与することができる』このように自由保有不動産権や封に対して条件をつけると、その条件は不動産相続占有回復訴訟 (*assisa mortis antecessoris*) を相続人たちから取り除くのである。というのも、当初彼らが本来訴権 (*actio directa*) を有するとしても、土地賃借権者は合意に基づき抗弁を有するであろうから。(略) 真の相続人たちや不動産相続占有回復訴訟に対する抗弁が与えられる。以下、ある人が十字軍のように海外へ旅立つ際に、『私は一定の期間でこれこれの土地をAに譲与する。そして私が帰還する場合は、土地を私に復帰させるよう。私が行軍中に死亡あるいは帰還できない場合は、その土地は封としてAに属する』のように述べる場合。かの人が帰還しないという条件が生じ、その相続人が不動産相続占有回復訴訟を通じて訴訟提起した場合、条件に関する抗弁が彼を妨げる (*obsto*) だろう。[このようにすれば、贈与は混合物となろう、つまり期間を伴う封譲渡 (*feoffamentum cum termino*) では、一方が初めに為されると、当然もう一方は終了する。そして、期間と封譲渡が同じ時に生じた場合は、当然同時には成立せず、それぞれに進行もしない。条件が生じる、あるいは生じないまでは、それら一方が先行して成立すると、もう一方は未確定の状態になる。(略) そして期間が失効した場合は、反対に、そのように条件に基づく先代の合意が相続人たちを害する] すなわち、誰かが自身のために提示されたものを自らや自身の権利のために放棄することは可能であろう。[そ

---

non sunt specialiter expressa. Et sic expressa nocent, non expressa non nocent, et sic liberat carta ab onere quae expresse non onerat. Poterit etiam donator rem datam onerare plus et minus servitio et servitutibus de voluntate donatarii, et sic non praeiudicatur alicui nisi donatario et heredibus suis, ex quo uterque in initio donationis hoc voluit, quia volenti non fit iniuria.....", Thorne, *Bracton* vol.2, p.67 を参照。この部分は「追補」とされている。

れ故に先代に締結されたこのような条件からは、相続人たちに損害は与えられても不法は与えられない] 何故なら、  
知りそして望む者に不法は生じないからである。このように条件あるいは合意は法（法律）を破る……」<sup>373</sup>

(G) 『ブラクトン』 2巻pp.148-149

「……あたかも臣従宣誓と奉仕のために贈与を行ったかのように、贈与者は特別な合意から、共通の権利（*ius commune*）に反して、贈与原因において自身の条件をより有利にすることができる。実際、権原担保と防衛、権原担保できない場合の寡婦産代替物が臣従宣誓に属しており、とりわけ贈与において権原担保しない旨を合意していた場合、特別な合意に基づいて封主は解くことができる。そのようにして、共通の権利（*ius commune*）に反する条項（*lex*）を理由に自身のために提示されたものを受封者は無償で放棄することができる。また逆に、受贈者が共通の権利（*ius commune*）に反しても特別な合意に基づいて自身の条件をより有利にする。あたかも、相続人の後見権と婚姻料が王への臣従宣誓と奉仕に属するが故に、受封者が特別な合意に基づいて彼の相続人や保有地（*tenementum*）を解くことができるように。このように、主たる封主も共通の権利（*ius commune*）に反して特別に合意している場合には、後見権や婚姻料を持ち得ない。このように受封者が自らの条件を有利に、封主が自らの条件を不利に（なるように）することができる。（略）ある人が特別な合意から、彼のために導入されたものや彼から原因や由来を得た諸々を放棄することができる。また共通の権利（*ius commune*）に反して、彼や彼の物のために導入されたものを放棄できるように、他者の不利益のために、他者のために導入されたものを彼が放棄する

<sup>373</sup> "ITEM poterit condicio impedire descensum ad proprios heredes contra *ius commune*, ut si dicam, *Concedo tibi tantum terrae ad terminum decem annorum, et post terminum revertatur ad me terra illa, et si infra terminum illum decem annorum decessero, concedo pro me et heredibus meis quod terra illa tibi remaneat ad vitam tuam vel in feodo*: et sic facit condicio liberum tenementum et feodum, et tollit condicio heredibus assisam mortis antecessoris, quia si illi prima facie habeant directam actionem, firmarius tamen habebit ex conventionem exceptionem..... Item dat exceptionem contra veros heredes et contra assisam mortis antecessoris, si sit qui dicat cum peregre sit profecturus, *Concedo A. talem terram meam ad terminum certum, sicut cruce signatorum, et ita quod si rediero, restituet mihi terram meam, et si in itinere mortuus fuero vel non rediero, remaneat A. terra illa in feodo*. Et si existat condicio quod talis non redierit, et heres petat per assisam mortis antecessoris, obstabit ei exceptio condicionis. Et ita mixta erit donatio, scilicet feoffamentum cum termino, et unum habent principium, licet exitum diversum, et cum terminus et feoffamentum incipiant eodem tempore, licet simul stare non possunt, nec paribus passibus incedant, unum eorum praecedat et stat et aliud est in pendentem, quousque existat condicio vel non existat..... et terminus evanescit, et e contrario, et sic nocet heredibus antecessorum conventio ex condicione. Poterit enim quis renuntiare pro se et suis iuri quod pro se introductum est, et ideo heredi non infertur iniuria sed damnum, ex quo talis conventio placuit antecessori, quia scienti et volenti non fit iniuria: et ita condicio sive conventio vincit legem.....", Thorne, *Bracton* vol.2, pp.73-74 を参照。訳文における □ は「内挿」を指す。

ことはできない。何故なら、そのようなことを（彼らが）望んでいなかったが故に他者に不法が為されたこととなり、共通の権利（*ius commune*）に反して彼が望んだが故に彼自身に不法は生じないであろうから。すなわち、知りそして望む者に不法は生じない。それ故に、過ちをおかす者は同意していないのだから、知りそして望む者と言うのである……」<sup>374</sup>

(H) 『ブラクトン』 2巻pp.155-156

「……人は自然あるいは民事上の死亡によって双方（の占有）を失う。自然の死亡からは、魂の終焉において（*in exitu animae*）市民法上の占有が失われ、肉体が失われたために（*cum corpus efferatur*）自然の占有が失われる。民事上の死亡によって、市民法上および自然の占有は同時に失われる。（略）封主は正当な自然の占有を保持し、妨害者や侵害者は、真なる封主の不能や過失による長期の占有から、市民法上の占有と自然の占有を幾分か有することを始めるが、その時の自然の占有は不法なものである。ある人の物はどこであれ、占有においてであろうとなかろうと、運搬すること、耕し種をまくこと、水流を転じること、刈られることや掘られること、あるいはその他諸々によって彼の意思に反して制限されるのも同じである。しかし、自らの意思を介してそれを為した場合は異なるだろう。何故なら知りそして望む者に不法は生じないからである。あたかも誰かが私の土地を耕して種をまき、肥料をやる、あるいは他の方法によって私の土地を改良し、私が果実を採り得る時期を（*ad tempus ut fructus consequi possim*）自ら誤摩化したように。その人が耕すことや種をまくこと、他の何かを改良することを私が直ちに妨げな

---

<sup>374</sup> ".....Item poterit donator ex speciali conventionione contra ius commune condicionem suam meliorem facere in causa donationis, ut si pro homagio et servitio donationem fecerit. Ad homagium vero pertinet warantizatio et defensio et excambium si warantizare non possit, et ex speciali conventionione exonerari poterit dominus si specialiter in donatione convenerit ne warantizet, et sic poterit tenens gratis renuntiare his quae pro se introducta sunt a lege contra ius commune. Item vice versa poterit donatarius condicionem suam meliorem facere ex speciali conventionione contra ius commune, ut si cum ad homagium et servitium regale pertineat custodia heredis et maritagium, ex speciali conventionione poterit tenens exonerare suos heredes et suum tenementum, ne capitalis dominus habeat custodiam et maritagium, si ita specialiter convenerit contra ius commune: et ita poterit tenens condicionem suam meliorare et dominus suam peiorem facere..... Et ita poterit quis ex conventionione speciali renuntiare his quae pro se introducta sunt et suis qui a se causam trahunt et originem. Et sicut poterit quis renuntiare his quae pro se et suis introducta sunt contra ius commune, ita non poterit renuntiare his quae pro aliis introducta sunt et in praeiudicium aliorum, quia hoc esset iniuriosum aliis cum hoc noluerint, sibi ipsi non erit iniuriosum cum hoc voluerit licet contra ius commune. Scienti enim et volenti non fit iniuria, et ideo dicit *scienti et volenti*, quia qui errat non consentit.....", Thorne, *Bracton* vol.2, pp.148-149 を参照。

かった場合、私がこのものに対して占有することを放棄しているのではない。何故なら彼は私の意思に従って為したからである。(略)しかし、不誠実な占有者が果実と穀物とを持ち去った場合は、これは封主の意思に反したことであるが故に、明白な占有侵奪となろう。以下、新侵奪不動産占有回復訴訟の中でこの対象について多くを(述べる)」<sup>375</sup>

(I) 『ブラクトン』 3巻p.37

「……令状あるいは原告の適格の瑕疵、あるいは過誤といった諸々を理由として、以前に裁判官の面前で自身(の訴え)を取り下げた者にアサイズ(新侵奪不動産占有回復訴訟)は合致しない。[令状に由来してもアサイズに由来しても同様である]同じく、以前に隷農であることを宣告され、裁判官の面前でそのことを認めた者にアサイズは合致しない。彼が特権あるいは抗弁を有することで、その後に身分を変えたのでなければ。同じく、法廷手続において、あるいは法廷の外でこれを立証することができる限り、かつて自由意思によってある人に保有不動産を与えた、あるいは回復した者にアサイズは合致しない。何故なら望む者に不法は生じないからである……」<sup>376</sup>

---

<sup>375</sup> ".....Item amittit quis utramque morte naturali vel civili. Morte naturali civilem amittit in exitu animae, et naturalem cum corpus efferatur. Civilem et naturalem simul, ex morte civili, ..... retinet dominus naturalem possessionem iustam, et impediens vel perturbans ex longa possessione per impotentiam vel negligentiam veri domini incipit habere quodammodo utramque civilem et naturalem, sed naturalem iniustam. Et eodem modo fit ubicumque res alicuius sive in possessione fuerit sive extra contra voluntatem suam fuerit contractata, aedificando, arando, seminando, aquam divertendo, falcando, fodiendo, vel aliquid aliud tale faciendo. Si autem voluntas ipsius cuius res fuerit intervenerit, aliud erit, cum scienti et volenti non fiat iniuria. Ut si aliquis terram meam araverit, seminaverit, et stercoraverit, vel alio modo melioraverit, et ego dissimulavero ad tempus ut fructus consequi possim, si statim ipsum arare, seminare, vel alias meliorare non impedivero, non tamen propter hoc desino possidere, cum hoc faciat de mea voluntate....Sed cum malae fidei possessor fructus et blada asportaverit, cum hoc sit contra voluntatem domini, erit disseisina manifesta. Infra plus de hac materia inter assisas novae disseisinae", Thorne, *Bracton* vol.2, pp.155-156 を参照。

<sup>376</sup> ".....Item non competit ei qui semel se retraxerit coram iustitiariis tam a brevi quam assisa propter aliquem defectum brevis vel personae querentis, vel propter errorem, ut infra plenius. Item non competit ei qui semel se cognoverit ad villanum coram iustitiariis et de hoc convictus fuerit, nisi forte in posterum mutato statu quod privilegium habeat vel exceptionem, ut infra. Item non competit ei qui semel de bona voluntate sua dederit vel restituerit alicui tenementum aliquod in iure vel extra ius, dum tamen hoc probare possit, quia volenti non fit iniuria.....", Thorne, *Bracton* vol.3, p.37 を参照。"bona voluntas"の訳語は英訳 (his own free will) に従った。[] は「内挿」を示す。

「さて、当事者たちが同一地方居住者である時、令状の方式に従い、このように原告は女性に対して彼の意図を述べる。Aが訴える (queror) のは、Cの妻であるBが、相続人であるAの父親、あるいは前述のごとく他の先代、Cのものであった保有不動産に関する寡婦産において、彼女が有すべきとして属するものよりも多くを有しているということである。そして (Aは) 以下のごとく述べる、Bはこの村落において、三分の一のみ寡婦産の設定を受けているはずの土地の、そのカルケートの半分を有していること、あるいは、Bはいくつかの小さな部分のみ寡婦産の設定を受けており、彼女はそれに満足して保有しているはずだが、実際は荘園のほぼ全てを有していること、あるいは寡婦産において有すべきよりも多くのものを、(例えば) 三分の一あるいは半分以上、あるいは特別に寡婦産の設定を受けた以上に有しているということである。(略) なぜ寡婦産更正 (admensuratio) について進められるべきでないかという、寡婦産更正に対する抗弁や答弁を女性が有するのでなければ、どのように (寡婦産が) 設定されたかが立証されると、為されるべき寡婦産更正が進められるというように、寡婦産の設定についてそれがどのように設定されたか、時に必要に基づいて立ち返ることを、この事例ではすべきだろう。何故なら、全ての訴と全ての人格権侵害訴権は決まった期間の内で規定されるのであるから、長期の存続期間は時に寡婦産更正を取り除く。また寡婦産を女性に委ねた時に成人であった相続人の意思と同意も寡婦産更正を取り除く。知りそして望む者に不法は生じず、彼がかつてそう望んでおり、知っていたか知るべきであったかで足りるからである。同様に、認められ得る限り、成年である相続人は同意や黙示、あるいは言明を通じて、主たる封主あるいは他の人が寡婦産を委ねた時にその譲渡を有効と認めるであろう……」<sup>377</sup>

---

<sup>377</sup> "CUM autem partes praesentes fuerint proponat querens intentionem suam versus mulierem hoc modo secundum formam brevis: A. queritur quod B. quae fuit uxor C. plus habet in dotem de tenemento quod fuit ipsius C. patris, vel alterius antecessoris ut supra, ipsius A. cuius heres ipse est quam ad ipsam pertinet habendum. Et unde dicit quod habet in tali villa medietatem unius carucatae terrae desicut non fuit dotata nisi de tertia parte, vel quod habet fere totum manerium ubi non fuit dotata nisi de quadam minima parte et de qua tenuit se contentam, vel multo plus habet in dotem quam habere debet, ultra tertiam partem vel medietatem vel ultra partem unde fuit nominatim dotata.....Et quo casu oportebit aliquando de necessitate recurrere ad constitutionem dotis qualiter fuerit constituta, ut probato qualiter fuit constituta procedatur in admensuratio facienda nisi mulier exceptiones habeat et responsiones contra admensurationem quare non sit in admensuratione procedendum. Tollit enim admensurationem aliquando diuturnitas temporis imperpetuum cum omnis querela et omnis actio iniuriarum limitata sit infra certa tempora. Tollit etiam admensurationem voluntas et consensus heredis qui cum plenae aetatis esset dotem mulieri assignavit, et quia scienti et volenti non fit iniuria, et sufficit semel voluisse et scivit aut scire debuit. Item cum capitalis dominus vel alius dotem

(K) 『ブラクトン』 4巻pp.285-286

「確かに、令状は法準則 (regula iuris) の類似として形作られる。何故なら、法準則が事物 (res) を簡潔に説明する (enarro) ように、(令状は) 簡潔かつ少ない言葉で申告者の請求表示 (intentio proferentis) を示し (expono) また明らかにする (explano) からである。しかしながら、(令状は) このように法的理由 (ratio) と請求表示の基礎を結合するほど簡潔であってはならない。ある種の令状は、一定の事案 (certi casus) の上に形作られたものや当然令状 (de cursu) として、また王国全土の評議会 (consilium totius regni) によって認められ (concedo) 支持された (approbo) ものであるが、それらは確かに彼らの合意と意思なしに変更されることは決してない。またこれらに続いて、裁判所令状と呼ばれるものがあり、原告 (petens) や抗弁者 (excipiens) の、提出者 (proponens) や答弁者 (respondens) の訴え (placitum) の多種多様さ、答弁の多種多様さに従って、より頻繁に変更 (vario) される。また執行令状と呼ばれるものがあり、事案や行為 (factum) や訴 (querela) の多種多様さに応じて変更される。こうした令状の種類には、人、物、混合があり、これらは異なる多様な訴権の存在に従っている。なぜなら、令状の方式は、訴権の様式がある分だけ存在するからである。令状なしには誰も訴訟提起することができないのだから、そうするよう (彼が) 望んでいるのでなければ、相手方は令状なしに答弁することの責を負わない。このことから彼に不法が為されないのは、知りそして望む者に不法は生じないからである……」<sup>378</sup>

---

assignaverit heres maior factus assignationem illam ratam habuerit per consensum tacitum vel expressum, dum tamen hoc probari possit.....", Thorne, *Bracton* vol.3, p.404 を参照。カルケートは土地の面積を表す単位である。

<sup>378</sup> "BREVE quidem, cum sit formatum ad similitudinem regulae iuris, quia breviter et paucis verbis intentionem proferentis exponit et explanat, sicut regula iuris, rem quae est breviter enarrat. Non tamen ita breve esse debet quin rationem et vim intentionis contineat. Et sunt quaedam brevia formata super certis casibus et de cursu et de consilio totius regni concessa et approbata, quae quidem nullatenus mutari poterunt absque consensu eorundem et voluntate. Sunt etiam brevia ex eis sequentia quae dicuntur iudicialia, et saepius variantur secundum varietatem placitorum proponentis et respondentis, petentis et excipientis, secundum varietatem responsionum. Sunt etiam quaedam quae dicuntur magistralia, et saepius variantur secundum varietatem casuum, factorum et querelarum. Et quorum quaedam sunt personalia, quaedam realia, quaedam mixta, secundum quod sunt actiones diversae et variae, quia tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum, quia non potest quis sine brevi agere, cum non teneatur alius sine brevi respondere nisi gratis voluerit, et ex hoc ei non iniuriatur, cum volenti et scienti non fiat iniuria.", Thorne, *Bracton* vol.4, pp.285-286 を参照。

## 検討

『ブラクトン』では (E) から (K) の七カ所に当該法格言が現れている。ユ帝『法学提要』を踏襲した人・物・訴訟の三項目を取る『ブラクトン』の分類に沿うと、(E) から (H) までの過半数が「物」であり、その分類の内でも贈与に関して用いられている。「訴訟」の分類に属する残りの三つの内、(I) と (J) ではそれぞれ民事訴訟における新侵奪不動産占有回復訴訟と寡婦産訴訟で、最後の (K) は抗弁論の中で用いられている。

続いて、当該法格言が『ブラクトン』の「本文」、「追補」、「内挿」のいずれに当たっているかについて整理してみよう。(E) では「追補」と解釈される文章の中に当該法格言が登場しているが、この中に「内挿」と判断されている文は見られない。(F) では法格言の前後の文章が「内挿」と判断されているが、法格言そのものについては「本文」と解釈されている。(G) を含む箇所では、「追補」は一文のみで、「内挿」もわずかに見られるが、当該法格言そのものは「本文」と解釈されている。(H) では一部「内挿」と判断された箇所があるものの、当該法格言は「本文」と解釈されている。(I) では、当該法格言は「本文」と解釈されているが、本稿で省略したそれまでの箇所に「追補」や「内挿」が見られる。(J) では、当該法格言は「本文」として解釈され、冒頭の事例説明から法格言まで一貫している。(K) では、当該法格言は「本文」と判断されているが、本稿引用分以降、「内挿」と判断された文章が頻出している。表記の面では、(E) と (I) が"volenti non fit iniuria"となっており、残りが"scienti et volenti non fit iniuria"とその変形である。

(E) の該当箇所が全て「追補」であることは既に述べたが、ここでは贈与に関して条項 (lex) を定めることについて述べられている。贈与物 (この場合は封土) に対する条件は、受贈者は当然として、それが國法 (lex terrae) に反していても「他者の不利益にならない限り」認められるという点が興味深い<sup>379</sup>。その上で、贈与者と受贈者の双方が贈与に関して合意することで、その相続人にも効力が及ぶものとされる。これは封主と受封者における封建関係を前提にした著述とであると理解すべきものであろう。またラテン語原文中には明記されていないものの、

<sup>379</sup> 深尾裕造「コモン・ローとは何か——国民的法共同体の成立と法——」、『法と政治』(62-1, 2)、2011、28頁は、「他者の不利益にならない限り」という条件が、D. 50. 17. 45. 1 (ウルピアヌス『告示註解』第30巻)「私人間の合意は、公の法を減損しない」(Privatorum conventio iuri publico non derogat) からクックが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できない」(Pacta privata iuri publico derogare non possunt) というの近代的法理に(距離は遠いものの)一歩近づいたものであると述べている。

「(明白に) 言明されたことは害する (が)、(明白に) 言明しなかったことは害しないように」というモデスティーヌスの言が、贈与者と受贈者の間で交わされる証書 (carta) に応用されている<sup>380</sup>。

(F) では、十字軍に参加する人が、死亡あるいは一定の期間を過ぎても帰還しなかった場合は、その土地をAに譲与するという条件 (condicio) をつけ、その条件が成就した時は、相続人たちが不動産相続占有回復訴訟を提起しても、Aは先の条件から抗弁を与えられており、相続人たちの要求を排除することができるとされている。この場合は、当事者間で取り決められた条件が相続不動産占有回復訴訟に対する阻却事由として機能することで、共通の権利 (ius commune) よりも当事者での合意が優位に立つことが明白に述べられている<sup>381</sup>。(E) と (F) 双方ともに、相続人に対して贈与あるいは相続物に損害乃至不利益が確かに与えられていると見られるが、それは彼らの先代がそうあるよう望んだことを示すもの——(E) では条項であり、(F) では条件である——をもって、不法は生じていないと解釈することを示している。「条件あるいは合意は法 (法律) を破る」と (F) で記されているように、当事者同士が知った上で、そのこと (ここでは封土の贈与) を望むことを重視する視点が、ここでは強調されていると言える。(E) における証書も、こうした条件乃至合意を示すものといって良いであろう。

(G) に関して目を引くのは、共通の権利 (ius commune) に対して当事者間の合意が優位に立つことが、様々な例と共に用いられていることである。もちろん封主と受封者の関係がその底流にあり、贈与において、共通の権利 (ius commune) に反する条件を当事者が設定し得ることがその主眼にある。合意によって封主が後見権も婚姻料も得る事ができないという点から、ここでの共通の権利 (ius commune) はレーン法を指すと考えられる<sup>382</sup>。ここで当該法格言は、共通の権利 (ius commune) に優位する合意の適用範囲に関連して用いられている。これまで検討した通り、合意を結んだ当人は——共通の権利 (ius commune) に反するが——特別に合意を為すことによ

---

<sup>380</sup> D. 50. 17. 195 (モデスティーヌス『相異論』第7巻)「(明白に) 言明されたことは害する (が)、(明白に) 言明されなかったことは害しない」(Expressa nocent, non expressa non nocent)

<sup>381</sup> 深尾、前掲論文、31頁ならびに同論文の文末脚注(39)を参照。また、"ius commune"の訳語であるが、ゾーンは"common right"という訳語を用いているのが、おそらく『ブラクトン』の後継書である『フリータ』の「成文法(ローマ法)において"ius"と呼ばれるものはイングランドの法律 lex においては"rectum"と呼ばれる」(quod in iure scripto "ius" appellatur, in lege Angliae "rectum" esse dicitur) という文言を念頭に置いていたからであると思われる。本稿の"ius commune"の訳語もゾーンを踏襲している。『フリータ』の文言の訳には、柴田光蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』、245頁を参考に、若干の変更を加えた。

<sup>382</sup> 深尾、前掲論文、30頁を参照。また特に"ius commune"の用語はこの箇所集中しているとされている。

て、自身に起因するものを放棄することができるというのは、これまでの検討とそれほど矛盾したものではない。

とすれば、次に述べられている他者 (*alius*) は、当然ながら合意を形成する彼乃至相手方ならびに双方の相続人等とは無関係の人物を指すと思われる。これまでは合意を為した当人の相続人に対する阻却事項と結びつけられていた当該法格言が、この段においては同じ前提に立ちながらも、他者を守る盾としての役割を果たしていると見なすことができる点は興味深い。これを、「あらゆる損害が不法を導き出すのではなく、逆に、(あらゆる) 不法が損害を (導き出すのである)」 (*non omne damnum inducit iniuriam, sed e contrario iniuria damnum*) という『ブラクトン』の考えが反映された実例として捉える事ができるだろう<sup>383</sup>。ここにおいて、当該法格言は単なる阻却事項以上の意義を『ブラクトン』において与えられていると言える。

その上で、「知りそして望む者」について『ブラクトン』内での定義がここで述べられているのは、右記のことと無関係ではないと思われる。当該法格言は「合意を為している」ことを重視し、それは当事者の相続人に対しては訴訟提起の阻却事項になるほどの効力を認めつつも、それに関係しない者にとっては正に訴訟提起の機会を守護する力も与えるのである。『ブラクトン』において「合意を為す」ということは、「知りそして望む」ことを意味しているのであり、「過ちをおかす者は同意していない」という文言もまた、こうした文脈において理解しなければならないだろう。

(H) で当該法格言が現れるのは、占有の消失に関連する箇所であり、これまでの延長線上に立つと言うことができるだろう<sup>384</sup>。土地に関する占有を奪う具体的な行動として、主として農耕に関連するタームが次々と登場する。こうした行動が「私」(ここでは封主であろう)の「意思」(*voluntas*)を介している場合、自身の占有を放棄したとは解されない。つまり他者が勝手に土地に手を入れている場合には当然ながら封主の持つ占有が侵害されており、彼は妨害者乃至侵害者として認識される。しかしながら、そこに封主の意思(知りそして望む)が介在することで、

---

<sup>383</sup> Thorne, *Bracton* vol.2, p.140 を参照。

<sup>384</sup> この項目で取り上げられている自然の占有と市民法上の占有について、これを「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」(*Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*)の法準則に注目し、サヴィニーの『占有法』を題材として扱った先行研究として、吉原達也『何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず』というローマ法準則——サヴィニー『占有法』における占有概念をめぐって——、*広島法学* (35-2)、2011、1-25 頁がある。

彼は市民法上ならびに自然の占有を侵しておらず、従って占有侵奪について訴えられる危険を回避することができると解釈できる。ここでは一見、私（封主）の意思のみによって事足りるかのような著述となっているが、封主の意思を受けて占有者が当該土地での農耕に従事することで、封主は自身に帰属する占有を保持することができる、という形で当事者同士の合意が形成されていると理解できる。その一方で封主の意思は、耕作者の作業が彼の意を受けたものであっても、土地から耕作物を持ち出すことまでは当然ながら容認してはおらず、その時点で封主の意思に反した（不法が生じた）として占有侵奪で耕作者は訴えられることになる。『ブラクトン』はこれについては新侵奪不動産占有回復訴訟の項目で述べるとしており、(I) はこれに関連して、いかなる人物にその新侵奪不動産占有回復訴訟が合致しないかについて述べられている。「自由意思」(bona voluntas; free will) によって保有不動産 (tenementum) を他者に与えた、あるいは回復させた者がアサイズの適用を受けない理由として当該法格言が挙げられている。ここで"volenti non fit iniuria"の形を取っているのは、「意思」(voluntas) を重視していることの現れであり、(H) における封主の意思と同様に扱われていると解するべきであろう。

(J) で当該法格言が登場するのは、寡婦産訴訟の例として、故人 (C) の相続人 (A) が故人の妻 (B) に対して、Bがコモン・ロー上の権利として認められている三分の一以上の土地を保有しているとして訴えている事例に関連する著述である<sup>385</sup>。寡婦産の上限がコモン・ロー上で既に定められているために、寡婦産更正を取り除くには、Bは何らかの抗弁乃至答弁を有することを求められる。ここまでは一般的な寡婦産に対する規定の説明と見ることができる。続いて、寡婦産が成立してからを念頭に置きながら、『ブラクトン』は人格権侵害訴権を例に挙げて、長期の（占有）継続は寡婦産更正に対抗し得るものとする。その一方で当該法格言は、ここでは相続人からの寡婦産更正請求を排除する理由としての役割を『ブラクトン』から与えられている。女性（この場合は妻と思われる）に寡婦産が与えられた時に相続人が成人であったならば、寡婦産の設定に対して彼の意思と合意があったかどうかを『ブラクトン』は重視しているように見受けられる。当事者間の合意が、コモン・ロー上の権利として相続人に認められた寡婦産更正の請求に優位するという当該法格言の利用は、これまでの『ブラクトン』における検討箇所

---

<sup>385</sup> 深尾、前掲論文、26 頁における具体的な事例の一つとして、この部分を考えることができるだろう。寡婦産のコモン・ロー上の発展については、Baker, *An Introduction to English Legal History*, pp.269-271 を参照。

と思考を同じくすることが読み取れる。また、「知っていたか知るべきであったかで足りる」という箇所は、『黄金汎論』の(A)での著述と類似しており、両者の繋がりをここに推定する事もできよう。

(K)では、令状がなければ誰も訴訟提起できず、相手方も答弁の義務を負わないという理由づけに当該法格言が用いられている。ここでも当該法格言は「意思」を重視しており、その表記が"volenti et scienti non fit iniuria"とイレギュラーな形になっていることと無関係ではないと思われる。その一方で、令状については王国の評議会による同意乃至合意(consensus)と意思乃至承諾(voluntas)がなければ変更が為し得ないともされている<sup>386</sup>。(F)において当該法格言と並んで用いられた「合意は法を破る」の思想がここでも見受けられるが、後の著述と合わせて、特別法が國法を破るという意味ではなく、同意乃至合意による新たな國法が旧き國法を破るという議論に関連していると解すべきであろう<sup>387</sup>。

このように『黄金汎論』と『ブラクトン』とを比較してみると、それぞれが異なる利用を行っていることに気づく。『黄金汎論』において当該法格言が対象とするのは、(A)および(B)では依頼者と代弁人乃至防御者、(C)では原告、(D)では服属者とその主人といった関係である。一方の『ブラクトン』では、(E)から(G)にかけては贈与者と受贈者ならびにその相続人が、(H)では所有者と占有者が、(I)ではアサイズの請求資格者が、(J)では寡婦と相続人が、(K)では訴訟の相手方といったように、その対象が変更および拡大されている。また『ブラクトン』では『黄金汎論』のように訴訟が始まる段階ではなく、その前から生じている両者の関係(贈与者と受贈者など)に関しても当該法格言が用いられている。

そして、『ブラクトン』での当該法格言は、訴訟提起ならびにアサイズの阻却事項として用いられていることがより明瞭に示されていると考えられる。『黄金汎論』の、特に(A)ならびに(B)では、基本的に何かしらの訴訟が発生した後に、不法について訴えることを想定しているとも取れる一方で、『ブラクトン』では当該法格言はそもそもその訴権自体を阻却する当事者間の合意を強調する意味合いで用いられていると読み取れる箇所が多いと言える。またC. 2. 4. 34とD. 47. 10. 1. 5を典拠として挙げているにも関わらず、『黄金汎論』が"scienti"という語句を

<sup>386</sup> ソーンはここでの"voluntas"の英訳に、"agreement"の語を用いている。Thorne, *Bracton* vol.4, p.285 を参照。

<sup>387</sup> 深尾、前掲論文、32-33頁を参照。

省略している点は、『ブラクトン』がこれを「合意は法を破る」と結びつけて用いることの一助になったと考えることができよう。加えて、『ブラクトン』の各著述は、『黄金汎論』よりも「知る」(scio)よりも「望む」(volo)ということに重点を置いているかのように見受けられるが、このように当事者間の意思によって合意が形成されることを重視している姿勢は、後にコモン・ロー裁判所で当該法格言が一般に"volenti non fit iniuria"の形で用いられたこととの繋がりを思わせる<sup>388</sup>。

## 小括

第2部の結果からは、(既に先行研究でも再三指摘されてきたことではあるが)『ブラクトン』は一次的あるいは二次的であることを問わず、学識法文献を複数参照しながら執筆を行い、さらにその著述は学識法の単なるコピーではなく、イングランドの実状を鑑みての著述(「抗弁論」における「令状に対する抗弁」の創出や、複数訴権の提起制限に関するイングランドの事例の追加と、訴権競合を下敷きとした令状の競合状態についての考察、ならびに法格言の範囲の拡大)が行われていることを改めて確認した。

より具体的には、第2章と第3章前半部分におけるタンクレードとの比較によって、『ブラクトン』が自身の著述を学識法学者のそれに依拠しながら行っている箇所が存在することが(特に第3章前半部分は酷似と言って良いだろう)明らかになった。ドロエダとの比較を扱った第3章後半では、『ブラクトン』が必ずしもドロエダと見解を同じくせず、自身の見解の根拠として新たに『ローマ法大全』を参照したと思われる箇所の存在が確認された。しかしながら、第3章後半部分における「一つのそして同一の不法行為」と「異なる不法行為」に関する『ブラクトン』とドロエダの『ローマ法大全』法文の利用の差異からは、『ブラクトン』の理解力に疑いの残る点も同時に

---

<sup>388</sup> Ingman, *op.cit.*, 9では「見た所、この法格言(の意味)は、『知る者に不法は生じない』ではなく、『望む者(に不法は生じない)』である」(the maxim, be it observed, is not "scienti non fit iniuria", but "volenti")という1887年のThomas v. Quaetermaineにおけるボウエン判事の言が紹介されている。括弧内は筆者による。また、守屋『英米法諺』で"scienti et volenti non fit iniuria" (639頁)と"volenti non fit iniuria" (643頁)が分けて掲載されていることにも注意が必要であろう。

現れることとなった。また第4章で比較した『ブラクトン』とドロエダの著述箇所は、もはや当該法格言以外の類似性は希薄な状態となっており、これを同法格言の「イングランド化」への萌芽と見ることができるだろう。

最も、さらなる研究を進めるにあたって留意せねばならない点も明らかになったと言える。例えば、第3章後半部分からは、『ブラクトン』と後のコモン・ローにおける"protestation"との関係性を明確にすることはできていない。というのも、『ブラクトン』の"protestation"初出部分およびドロエダの関連部分が、あくまで訴権競合について述べている一方、コモン・ロー上の"protestation"は訴権ではなく抗弁に関係していることが、その大きな理由として考えられる。それ故に『ブラクトン』の「抗弁論」にコモン・ロー上での"protestation"に通ずるような表現のあることが重要性を有するのであるが、この問題については、今回検討しなかった『ブラクトン』の他の部分、および後年の『法廷年報』などを用いた分析を行う必要があるだろう。

また、第4章での検討が、この法格言の作者をドロエダであると百パーセントの確信を持って断定できるものではない点にも注意せねばならない。第2部第1章でドロエダの『黄金汎論』自体が様々な文献を参照していることがズルエタによって指摘されているように、今回の検討から『ブラクトン』が法格言を『黄金汎論』から借用した可能性を高く見積もることはできたとしても、『黄金汎論』もそのように他の文献から借用した可能性は現段階で否定できないのである。しかしながら、そのような問題への更なる研究が必要であることをおいても、当該法格言をコモン・ローに伝えた立役者として『黄金汎論』と『ブラクトン』を評価することは現時点でも可能だろう。

そして、ドロエダが『ローマ法大全』の法文を典拠として示したためか、「知りそして望む者」についてどのような定義を置いているかが不分明な一方、『ブラクトン』がこれについて自らの定義を与えていることは、ギューターボック言う所の「イングランドへの帰化」の過程の始まりとすることができる。しかしながら、(ドロエダに注意が払われていなかったとはいえ) イングマンの研究で『ブラクトン』の扱いがごく僅かであり、専らプラウドゥン判例集以降に焦点が当てられていることから見ても、当該法格言のコモン・ローへの定着に関する『ブラクトン』の影響はあるいは限定的なもの(初出はいつか、という歴史的な問題に留まるもの)という留保を要する。つまるところ、当該法格言に関して『ブラクトン』の行った『黄金汎論』の利用は、「剽窃」(メイン)ではなく「ロ

ーマ法に対する借り」(メイトランド)と解すべきであろう<sup>389</sup>。この「借り」が「帰化」と後世に言わしめるほどの状態に達するには、国王裁判所において同法格言が継続的に利用されていたことが重要な位置を占めていたと推測できる。このような推測を確固たるものとするには、イングマンの行った国王裁判所における判決に加え、『ブラクトン』の後継書である『フリータ』や『ブリトン』などのテキストにおける当該法格言の扱いについても調査することが求められるであろう。

---

<sup>389</sup> メイン、『古代法』、68頁(原著はp.82)ならびに、Pollock and Maitland, *History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd ed., p.208を参照。

## おわりに

ここまでの本稿での検討からは、以下のような整理ができるだろう。第1部の『ブラクトン』研究史概略からは、『ブラクトン』に対するメイトランド説への修正および反論という研究の在り方自体に、研究関心が変遷していったその根本的な部分を求めることができる。思うに、メイトランド自身は「ヘンリ・ド・ブラクトン＝『ブラクトン』と呼ばれる書物の著者」というストレートな認識の上に立っていたが故に、「『ブラクトン』におけるローマ法の誤り＝ヘンリ・ド・ブラクトンの誤り」と定めることができたのであり、またそれは『ブラクトン』の執筆目的が「(当時の) コモン・ローを体系的に論じる」ことにあったことと合わさって、ある種(特にメインの『ブラクトン』理解への反論として) 歓迎されるべきものと見なされていたのであろう。そのような意味でメイトランドの『ブラクトン』理解は、「イングランド法学」にこの書物を復帰させようとする試みの結晶化であった<sup>390</sup>。

その結果として生まれた「(ローマ法学者としての) ヘンリ・ド・ブラクトン」の虚像の打破を強く目指していたのがカントロヴィチの研究であり、彼は「校訂者」(redactor)という新たな虚像を提示することによってそれを為そうとしたと言える<sup>391</sup>。一方で、執筆年代と著者問題に関するソーンの新たな見解は、『ブラクトン』に収録されている判例やその著述等と、1250年代の状況とに生じる矛盾を解明するという目的の下に構築されており、その合理的な説明として「ロウリー(1230s?)＝本来の著者 ブラクトン(1250s?)＝改訂者」という想定を示したに過ぎず、実際ソーンは「ウィリアム・オブ・ロウリーが著者である」旨を断言してはいない。ソーン説をさらに先鋭化させたブランドは、ヘンリ・ド・ブラクトンの経歴が同時代の他の裁判官よりも劣っていたという認識までもを示しているが、これもまた「ヘンリ・ド・ブラクトン」の新たな虚像に過ぎないのではないか、という危惧を禁じ得ない。また執筆年代の問題はコモン・ロー史において今なお大きな意味を有するが、それも極めて限られ

<sup>390</sup> メイトランド自身も *Bracton and Azo* での研究が、メインへの反論を企図したものであることを述べている。メイトランド他、『イングランド法とルネサンス』、40頁を参照。メイトランドもまた、メインの示した「ヘンリ・ド・ブラクトン」の虚像の打破を、新たな虚像の構築によって試みたと考えることもできよう。

<sup>391</sup> プラクネットも、『ブラクトン』のローマ法理解に関するメイトランドとカントロヴィチ間の認識の違いについて、前者は『ブラクトン』＝ヘンリ・ド・ブラクトンの残した手稿本であるとしたこと、後者は『ブラクトン』＝ヘンリ・ド・ブラクトンの真のテキストを多数の誤りの下に隠したテキストであると信じていたことの違いに起因する旨を述べている。T. F. T. Plucknett, *Early English Legal Literature*, Cambridge, 1958, p.61 を参照。

た範囲に留まっている。

つまり、メイトランドによって作り上げられた「ヘンリ・ド・ブラクトン」という虚像の打破や（時には修正を加えての）擁護を各研究者が試みた結果、『ブラクトン』の研究関心は急激な方向転換を被ることになったのである。このような理解に立つと、（論点2）である『ブラクトン』における学識法文献の利用について、その類似点を指摘するだけに留まった理由も推察できる。これもまたメイトランドによる虚像の打破や擁護を目的とされており、それは第1部で取り上げられたような類似点の指摘や、それに対する『ブラクトン』の理解の程度への考察で事足りたのである。この傾向は特にカントロヴィチからリチャードソンまでの時期に見ることができよう。また、研究関心の転換先であった執筆年代と著者の問題については、新たな文献学上の発見を待たねばならない段階に到達しており、各見解の蓋然性の高低を争う以上の進展は望めず、また不毛でもあろう。

むしろこれからの『ブラクトン』研究に求められるのは、本稿第2部で行ったように、『ブラクトン』における学識法の利用とその理解とを、各部分毎に検討していくことによる、「『ブラクトン』と学識法文献との関係」という問題関心への回帰と更なる分析である。『ブラクトン』における学識法文献の理解を検討することで、中世期イングランドにおける法学教育や、当時のコモン・ローを担った国王裁判官たちの実態に迫ることが可能となろう。

『ブラクトン』の執筆年代と著者の問題は、こうした視点における研究から生じる一種の副産物として位置づけるべきである。

そのような点でも、例えば『黄金汎論』は大きな判断材料を与えてくれる。ソーンやブランドが主張する通り、『ブラクトン』という書物には1230年代（主要部分）と1250年代（追加部分）とで別々に執筆された部分が存在し、前者はロウリーが、後者はヘンリ・ド・ブラクトンが手がけたものであると仮定しよう。その仮定に立てば、第2部第3章で扱った『黄金汎論』と類似関係が認められる『ブラクトン』の箇所は、ドロエダの死亡年である

1245 年以後に、ヘンリ・ド・ブラクトンが『ローマ法大全』にも依拠しながら執筆したものであると想定することが出来る。また第 2 部第 4 章で扱った法格言「知りそして望む者に不法は生じない」についても、これを『黄金汎論』を介してコモン・ローに伝えたのは、ヘンリ・ド・ブラクトンその人であったとも想定することが出来る。このように各学識法文献との比較は、『ブラクトン』の執筆年代と著者の問題を検討する際にも大きな手がかりを我々に示すだろう。

次に、その第 2 部での検討によって新たに想起される問題について挙げておきたい。一つは先にも述べた通り、13 世紀の国王裁判官たちが有していた学識のレベルや、また彼らがどこで、どのような教育を受けていたかという問題である。これに対しても目下注目すべきは、ドロエダの『黄金汎論』であろう。遠くイタリアの著名な学識法学者であったヨハネス・アンドレアエにまでその存在を知られるほどの文献であり、さらにボローニャではなくイングランドの学者の手によるものという特徴を持っていたにもかかわらず、『黄金汎論』はこれまで大きく注目が払われることがなかった。それはおそらく、ヴァールムントによる編纂本出版が不幸にも第一次世界大戦の混乱と期を同じくしてしまったこと、また『ブラクトン』研究との関連でも、シュルツやリチャードソンの関心が早々にタンクレードやペニャフォルトといった、ドロエダよりも学識法においてメジャーである人物に移ってしまったことに起因すると言える<sup>392</sup>。しかしながら、アングロ＝ノルマン学派の活躍などが我が国でも取り上げられるようになった現在、その後継の時期である 13 世紀初頭から中期にかけてのオックスフォードで行われた教育の実態を含めて、当時のイングランドの大学等における法学教育の程度を推し量る上で『黄金汎論』は重要な史料である。そして、その著述が『ブラクトン』に利用されていたということからは、法学教育の場に関するコモン・ローと学識法との乖離が顕著となる以前の、国王裁判官たちの学習がどのようなものであったかを知る上でも大きな意味を持つと言える<sup>393</sup>。

---

<sup>392</sup> ズルエタもヴァールムントの編纂本の出版時期について、「出版された時期は確かに不運 (unfortunate) であった」と評している。Zulueta, "William of Drogheda", 642 を参照。第 1 部第 4 章第 2 節で述べたリチャードソンによるドロエダへの注目は、確かに『ブラクトン』の執筆年代に関するカントロヴィチ説への反証以上のものではなかった。

<sup>393</sup> 13 世紀におけるオックスフォード大学の状況を扱ったものとしては、さしあたり直江「コモン・ローの形成と

もう一つは、『ブラクトン』の著述がその後のコモン・ロー法曹によってどのように扱われていったのかという問題である。クックをはじめとする近代期の復活については既に触れたが、一方でそれらは未だ断片的なものに過ぎない。また『ブラクトン』のユ帝『法学提要』的構成を取ってみても、その後継として人気を博した『ブリトン』(1290-1292年に執筆?)ではこれが踏襲されていないなど、13世紀末の時点で既に、構成面での「脱ローマ法」的な傾向が伸張していたことが伺える<sup>394</sup>。また「はじめに」でも述べたように、18世紀には『ブラクトン』を通じてローマ法がイングランドの裁判官たちに伝えられたとも解されているように、『ブラクトン』という書物の持つ2面性については検討の余地が残されている<sup>395</sup>。

『ブラクトン』の写本は残っているだけで50近くにも及ぶ。それらすべてが(印刷技術がない時代故に当然ではあるが)手書きによるものであったこと、また歴史という荒波の中で失われたものも存在だろうということも考慮しても、その頃のイングランドにおいて『ブラクトン』が絶大な需要と人気を誇った書物であったことは疑いない。『ブラクトン』が1220年代から1230年代の判例に大きく依拠していたことを、ソーンやブランドが執筆年代と著者の問題に関して強調しているように、おそらくそれを原因となって、『ブラクトン』は14世紀以降のコモン・ローの変化に対応できず、いわば時代遅れの書物として、その重要性を減じていったであろうこともまた容易に想定できる。次に『ブラクトン』が脚光を浴びるには、プラウドン判例集やクックによる引用が登場する16世紀を待たなければならない。しかしながら、近代期の『ブラクトン』人気の復活に関しては、16世紀のクックと18世紀のハウルト裁判官との『ブラクトン』の利用の違いについて注意せねばならず、時代毎にそれぞれ別の観点から述べる必要があるだろう<sup>396</sup>。とはいえ、近代期(特に18世紀)のコモン・ローは『ブラクトン』を接点

---

大学」、54-55頁を参照。

<sup>394</sup> *Britton* vol.1, Francis Morgan Nichols revised and translated, Oxford, 1865, ix- xiv を参照。

<sup>395</sup> プラクネット『イギリス法制史 総説篇(下)』、487頁(原著はp.264)では、とりわけハウルト王座裁判所首席裁判官が『ブラクトン』を介してローマ法の用語を大いに利用したことが述べられている。

<sup>396</sup> プラクネット、前掲書、484-487頁(原著はpp.262-264)では、「ブラクトンの影響は世紀、世紀によって非常に変わってきている。(略)漸く印刷機はブラクトンのイギリス法文献における地位を確立した。1569年の第1版は堂々たる書物であり、おそらくわれわれがかつて見た印刷物のなかで最もできのよい法律書であろう。そしてこれは中世期の研究が要請されるようになったときに現れたのである。(中略)ブラクトンがローマ法学者であるとの理由で読まれるようになったのはハウルトの時代になって始めてのことである。それまではブラクトンは中世法学者であるとの理由から読まれたのである。したがって政治的動乱が暗黒な様相を呈してきたとき、クックがブラクトンを強力な武器としてこれを熱心に使用したのも驚くにはあたらない。そして1640年の紛争の真唯中でブラクトンの第2版は刊行されたのである」と述べられている。引用と略は筆者による。

とすることで、学識法を利用することが可能になったとも見ることができる。

そうであるならば、「はじめに」で述べたように、やはり『ブラクトン』は中世期ならびに近代期におけるコモン・ローと学識法の接点として捉えることができる。この想定を更に確固としたものにするには、多くの史料を検討せねばならず、本稿はそうした広範な課題に対しては未だ入り口に佇んでいる段階に過ぎないが、むしろこのような視点での研究を進めていく必要を残していることこそが、『ブラクトン』は「外部の法の自国への影響乃至利用」という問題に今なお相応しい研究対象であることの証ではないだろうか。コモン・ローと学識法の接点として『ブラクトン』を捉え、これを検討することで、中世期ならびに近代期のコモン・ロー法曹が、コモン・ローではない外部の法であるローマ法に対して取った姿勢がより明らかになるであろう。それはまた、今後ますます様々な形で外部の法との接触を余儀なくされる我が国の法律家にとっても、その接触に対する姿勢に向けて、おそらく幾分かの示唆を与え得るのである。

## 付録 『ブラクトン』の公刊と写本一覧

現存している『ブラクトン』の手稿本（マニユスクリプト）は全て写本であり、原本は失われている。『ブラクトン』の公刊の始まりは、第1版（1569年）、第2版（1640年）に出版された「流布本」（Vulgate）と称されているものに見ることができる<sup>397</sup>。次にトラヴァース・トゥイスによる英訳が付された6巻本が1878年から1883年にかけて出版されたが、その英訳の稚拙さが指摘されるなど、早々にその価値を減じさせていった<sup>398</sup>。

その後、1915年から1942年にかけて、G・E・ウッドバインによって現存するマニユスクリプトが編集され、4巻本として出版された（第1巻はマニユスクリプトの編纂方針やこれらの文献学的整理に当てられている）。そして、S・E・ソーンがこのウッドバイン版に英訳を追加したものが1968年から1977年にかけて出版されており、このウッドバイン=ソーン版が今日の共通テキストとしての地位を確立していることは既に述べた通りである<sup>399</sup>。

またこのウッドバイン=ソーン版はハーバード大学の Bracton Online (<http://bracton.law.harvard.edu>

[2014/10/30]) として、インターネット上で閲覧することもできる。次頁以降はウッドバインが編纂に使用した各マニユスクリプトの一覧である<sup>400</sup>。

---

<sup>397</sup> *Henrici De Bracton De Legibus Et Consuetudinibus Angliae, Libri Quinque: In Varios Tractatus Distincti, Ad Diversorum Et Vetustissimorum Codicum Collationem, Ingenti Cura, Denuo Typus Vulgati*, New Jeasey, 2009, rpt. によって流布本（Vulgate）の内容は現在でも確認することができる。

<sup>398</sup> *Henrici de Bracton de legibus et consuetudinibus Angliae* vol.1-6, Travers Twiss ed., London, 1878-1883, New York, 1990, rpt. トゥイス版への批判については、Paul Vinogradoff, "The Text of Bracton", 189-192 ならびに T. E. Scrutton, "Roman Law in Bracton", 426-429 を参照。どちらも *Law Quarterly Review* の記念すべき創刊号（1885年）に掲載されており、『ブラクトン』に関する当時の注目の高さを伺わせる。またトゥイス版は「およそ信頼し得ないもの」（most unreliable）とブラクネット、『イギリス法制史 総説篇（下）』、487頁の脚注（29）では評されている（原著は p.264, fn.1）。

<sup>399</sup> 本稿脚注（1）を参照。

<sup>400</sup> Thorne, *Bracton* vol.1, pp.5-19 に拠った。

(表) ウッドバイン=ゾーン版で用いられた写本と所蔵先等一覧

所蔵地	写本名称	呼称	写本時期
オックスフォード 大学	Bodleian Library, MS. Digby 222	OA	13-14世紀
	Bodleian Library, MS. Bodley 170	OB	13世紀後半
	Bodleian Library, MS. Rawlinson C. 159	OC	13-14世紀
	Bodleian Library, MS. Rawlinson C. 160	OD	14世紀
	Bodleian Library, MS. Rawlinson C. 158	OE	14世紀
	Bodleian Library, MS. Bodley 344	OF	14世紀
	Bodleian Library, MS. Tanner 189	OG	13世紀後半
	Merton College, Oxford, MS. CCCXX	OM	14世紀
大英博物館	British Museum, MSS. Add. 11353	MA	13世紀後半
	British Museum, MS. Stowe 380	MB	13世紀後半
	British Museum, MS. Reg. 9. E. XV	MC	1300年頃
	British Museum, MS. Harley 817	MD	14世紀
	British Museum, MS. Harley 656	ME	14世紀前半
	British Museum, MS. Harley 653	MF	14世紀前半
	British Museum, MS. Add. 24067	MG	14世紀
	British Museum, MS. Add. 21614	MH	14世紀
	British Museum, MS. Harley 3416	MI	14世紀
	British Museum, MS. Harley 3422	MK	14世紀
	British Museum, MS. Harley 1242	ML	14世紀
	British Museum, MS. Harley 763	MM	14世紀
	British Museum, MS. Add. 32340	MN	14世紀
	British Museum, MS. Add. 27632	Fragment	14世紀
ケンブリッジ 大学	Cambridge University Library, MS. Dd. VII. 6	CA	14世紀前半
	Cambridge University Library, MS. Dd. VII. 14	CB	13-14世紀
	Cambridge University Library, MS. Ee. IV. 4	CC	13-14世紀
	Cambridge University Library, MS. Ee. I. 1	CD	14世紀前半
	Pembroke College, Cambridge, MS. 298	CE	1300年頃
	Trinity College, Cambridge, MS. O. 9. 24	CF	14世紀
	Trinity Hall, Cambridge	CH	14世紀前半
	Trinity College, Cambridge, MS. O. 3. 52	CI	14世紀
	Fitzwilliam Museum, Cambridge, McClean MS. 145 (Formerly Phillipps MS. 8126)	CM	1300年頃

(表) ウッドバイン=ゾーン版で用いられた写本と所蔵先等一覧 (続き)

ランベス宮殿	Lambeth Palace Library, MS. 92	LA	13-14世紀
	Lambeth Palace Library, MS. 93	LB	14世紀前半
イートン・カレッジ	Eton College Library, MS. 176. Bl. a. 5	LC	13-14世紀
リンカンズ・イン	Lincoln's Inn Library, MS. "Hobhouse"	LD	13-14世紀
	Lincoln's Inn Library, MS. Hale 135	LE	13世紀後半
	Lincoln's Inn Library, MS. "Cholmeley"	LF	14世紀
グレイズ・イン	Gray's Inn Library, MS. "Godbold"	LG	1300年頃
ミドル・テンプル	Library of the Middle Temple, MS. 6 Seat A. F. 15	LT	13-14世紀
バース	Library of the Marquis of Bath Longleat, Warminster	B	14世紀前半
フランス国立図書館	Bibliothèque Nationale, Paris, MS. Latin 4674	P	14世紀前半
フィリップ図書館 (チェルトナム)	Phillipps Library, Cheltenham, MS. 8842	PH	14世紀
ウスター司教座聖堂	Worcester Cathedral Library, MS. F. 87	W	13-14世紀
ヨーク大聖堂	York Minster Library	X	14世紀前半
イェール大学	Yale University Library	Y	13世紀後半
ハーヴァード大学	Harvard Law School Library(Formerly Phillipps MS. 136)	HA	13-14世紀
	Harvard Law School Library(Formerly Phillipps MS. 3510)	HB	13-14世紀