



Title	『ブラクトン』の学識法利用に関する検討（一）： タンクレード及びドロゲータとの比較検討を通じて
Author(s)	松本, 和洋
Citation	阪大法学. 2014, 63(5), p. 205-230
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/67987
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

『ブラクトン』の

学識法利用に関する検討（一）

——タンクレード及びドロゲータとの

比較検討を通じて——

松 本 和 洋

はじめに

第一節 『ブラクトン』研究史の概略

第二節 問題の発端

第一章 「抗弁論」における『ブラクトン』とタンクレードの比較

第一節 全体の序論および抗弁の分類についての比較（以上本号）

第二節 抗弁提起に関する比較

第三節 反抗弁、再抗弁、反再抗弁についての比較

第二章 訴権競合における『ブラクトン』とドロゲータの比較
おわりに

本稿の目的は、ヘンリ・ド・ブラクトンの手によるとされる大著『イングランドの法と慣習』(*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*、以下『ブラクトン』)と、その先行研究で類似性が指摘された学識法(ローマ＝カノン法)文献とを比較することで、『ブラクトン』が学識法をどのように用いたかについて分析することである。⁽¹⁾我が国での『ブラクトン』研究は、「国王は人の下ではなく、神と法の下にあるべきである」という文言から「法の支配」との関連で取り上げられることが比較的多く、学識法と関連させたものは少ないように思われる。⁽²⁾一方で海外における研究関心は、ローマ法との関連(第一の『ブラクトン』問題)と、その著者及び執筆時期(第二の『ブラクトン』問題)との二つに大きく分けることができる。本稿は海外の先行研究に影響を受けたもので、まずはこれらの整理からはじめよう。

第一節 『ブラクトン』研究史の概略

「第一の『ブラクトン』問題」は、メイトランドが *Bracton and Azo* において、中世におけるローマ法の權威であるアーゾと『ブラクトン』とを比較し、『ブラクトン』を「乏しく、教育を受けていないローマ法学者」(a poor, an un instructed Romanist)と評したことがその始まりと言える。⁽³⁾しかしながら、メイトランドが示した検討部分は、『ブラクトン』の序論と(ユ帝『法学提要』で言う所の)「人」を扱った「⁽⁴⁾」(「はフォリオの意」)から「⁽⁵⁾」と、「訴訟」を扱った「⁽⁶⁾」以降の内、「⁽⁷⁾」までに留まっていた。そのため、メイトランド説に対する修正・反論は、彼の未検討部分を研究する形で展開されていった。

ウッドバイン（後に『ブラクトン』の写本を編纂・校訂）は、『ブラクトン』とローマ法の関係について、ローマ法の題材をほぼそのまま引用している箇所、ローマ法とイングランド法を混合させた箇所、ローマ法の原理に基づいてイングランドでの実例に合わせて適用している箇所の三つに区別できるとして、メイトランド説に修正を加えた⁽⁴⁾。ヘルマン・カントロヴィチによる *Bractonian problems* は、『ブラクトン』のローマ法の学識についてのメイトランドの理解に対する最も挑戦的なものであったと言える。カントロヴィチは、ユ帝『法学提要』や『学説彙纂』等と『ブラクトン』を直接比較する方法を取り、『ブラクトン』が有していたローマ法の学識はメイトランドの評価ほど低いものではなかったと結論した⁽⁵⁾。なお、著者及び執筆年代の問題にも関係する『ブラクトン』内の誤記については、『ブラクトン』の「編集者」(Redactor)に責を負わせるべきというのがカントロヴィチの見解であった⁽⁶⁾。その後、シュルツトリチャードソンによる研究の結果、『ブラクトン』との比較対象の文献はローマ法のみならずカノン法も含む学識法全体にまで拡大された。本稿で取り上げるタンクレードの『裁判手続の書』(*Ordo iudiciorum*)に初めて着目したのもシュルツである⁽⁷⁾。このような研究の結果、「第一の『ブラクトン』問題」に関するメイトランドの評価は後退したと言える⁽⁸⁾。一方で、これらは逐語的類似関係の提示に終わるものも多く、「第二の『ブラクトン』問題」の表出に伴い影に追いやられたように見える。

その「第二の『ブラクトン』問題」の嚆矢は、ウッドバインによる『ブラクトン』編纂本を英訳したゾーンが、訳者序論にて示した疑問であったと言える。一二五六年に『ブラクトン』の執筆が中断されたと結論できることから、メイトランドはヘンリ・ド・ブラクトンが国王裁判官であった一二五〇年代に執筆したと考え、カントロヴィチは裁判官書記時代のヘンリ・ド・ブラクトンが一二三〇年代に執筆し、その後に「編集者」の手が加えられたと考えていた⁽⁹⁾。年代の違いはあれ、『ブラクトン』の大部分をヘンリ・ド・ブラクトンその人が執筆したという二人

の見解に対し、ソーンは疑問を呈したのである。

ソーンがまず注目したのは、一二三六年に制定されたマートン法についての著述である。これにより嫡出性について争う場合は教会ではなく国王裁判所で審理されることが決まったのであるが、『ブラクトン』には司教に対しこれを諮問する令状が記載されており、このような執筆がマートン法制定後になされたとは考えにくい。⁽¹⁰⁾ またソーンは、ヘンリ・ド・ブラクトンの上司ウィリアム・オブ・ロウリーが師事した国王裁判官マルティン・オブ・パティシヤルについての著述にも注目する。パティシヤルを単に「マルティン」と呼んでいる箇所が『ブラクトン』にはあるが、ヘンリ・ド・ブラクトンが自身の上司の師に当たる人物をファーストネームで呼ぶというのは考えにくい。また『ブラクトン』に収められたパティシヤルの言動は、訴訟記録集ではなく個人的な情報に拠っていることと合わせ、これを手がけたのはパティシヤルの最後の巡察もよく知っていた人物だとして、ソーンはウィリアム・オブ・ロウリーが『ブラクトン』の著者の一人であった可能性を新たに提示したのである。⁽¹¹⁾ この「第二の『ブラクトン』問題」は、ブランドとバートンとの間で近年まで議論されることになった。

ブランドはソーン説の側に立ち、『ブラクトン』の執筆年代を一二五〇年代以前と見るべき証左を次々と与えている。例えば、一二二六年で使用が終了した裁判官任命書の方式、また一二三四年から一二三六年の間に終了した不出頭申立(essoin)についての言及が『ブラクトン』に収められていることが挙げられる。⁽¹²⁾ また個々のアサイズ裁判官の任命書方式において、一二四二年あるいは一二四三年で使用が中止された方式が『ブラクトン』に記されていること、一二三六年までしか用いられなかった勅許状の方式が記されていることなど、一二五〇年代に執筆されたとは考えられない著述が『ブラクトン』にあることをブランドは示している。⁽¹³⁾

このようにブランドは収録された令状方式などを重視した上で、「当時の実務を反映した書物」として『ブラク

トン』を見るならば、メイトランドの考える執筆年代には大きな疑問が生じるとする。前述のマートン法に関する著述に、「新たな賜物と規定により」(nova gratia et provisione) や「新たな法令により」(nova constitutione) といった表現が用いられていることから、これらが一二五〇年代に書かれたとは考えにくいとする点でブランドはソーンと一致した見解を取る。一方のバートンは、「一九五〇年代初めてさえ……『新しい法律』として一九二五年の財産法改革法 (Law of property Act) に言及するイングランドの不動産譲渡専門弁護士たちがおり……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」と述べて、メイトランド説を擁護する。この言葉は、『ブラクトン』の執筆年代に関するバートンの捉え方を最も簡潔に、かつ的確に示すものだろう。⁽¹⁴⁾

著者の問題について、ブランドはソーン説に沿い以下のような考えを提示する。リチャードソンが考えたようにヘンリ・ド・ブラクトンその人の出生が一二一〇年頃だとしても、一二三〇年代半ばに裁判官書記となつてこのような法律著作を手がける程の専門的知識を持つにはあまりに若すぎる。⁽¹⁵⁾ 故に『ブラクトン』の著述の内一二三〇年代に執筆されたと考えられる部分は、彼以外の人物の手による可能性が高い。また『ブラクトン』の序論において「大要」(summa) と呼ぶ箇所と「論文」(tractatus) と呼ぶ箇所とがあり、あたかも二種類の序文が存在しているように見受けられる点も、『ブラクトン』に少なくとも二人の執筆者がいたことを示している。⁽¹⁶⁾

一方、バートンはヘンリ・ド・ブラクトンが国王裁判所から離れた後も裁判実務に携わっていたことから、その多忙さの結果として『ブラクトン』の執筆が一二五六年頃に中断されたままになったと考えている。⁽¹⁷⁾ ブランドの主張の厳密さに押されているが、バートンは執筆年代や著者問題をより柔軟な姿勢で捉えていたと言える。

上記のように、二つの『ブラクトン』問題の先行研究を見る限り、それぞれの基礎となったメイトランド説は大きく修正を受けた。とはいえ、Bracton and Azo が『ブラクトン』全体を検証したものではない以上、研究史の中

で修正が為されたのは無理もない。また、ソーンによって『ブラクトン』の著者と執筆年代の問題が再度提起されたことは、コモン・ロー史の研究において非常に重要な意義を持つ。『ブラクトン』は一二三〇年代から一二五六年までの間に複数人が手がけた書物であるという見解が、ソーン以降は主流になったと言える。

しかしながら、ブランドとバートンの議論のように執筆者や執筆年代に固執することは、『ブラクトン』研究の矮小化を招く危険性を有してはいないだろうか。つまり、『第二の『ブラクトン』問題』への傾倒によって、『ブラクトン』における学識法の影響についての研究Ⅱ「第一の『ブラクトン』研究」で残された課題が忘れ去られるという危惧を感じずにはいられない。その際、我々は『ブラクトン』の四分の三が、「訴訟」そして「訴訟手続」を扱った部分で占められていることを忘れてはならない。令状の選択や訴訟手続の複雑化が専門法曹の需要を生み出していたことは、『ブラクトン』において「訴訟」を扱った部分がかくも膨大であり、その内の「抗弁論」が『ブラクトン』全体の十分の一を占めるほどの分量であることと無関係ではない。⁽¹⁸⁾『ブラクトン』の「抗弁論」がコモン・ロー訴訟の底流と位置づけられる点で、その重要性は大きいのではないか。

また、こうした「抗弁」(exceptio)の増加が学識法での訴訟手続の発達における特徴の一つであったことにも注意せねばならない。裁判遅延(delay)のために用いられることが多かったこれらの抗弁は、一三世紀初頭には既に審理の長期化と費用高の原因となっていた。インノケンティウス三世はこれを制限しようとしたが、その成果が微々たるものに終わるほど、一三世紀における「抗弁」(exceptio)の拡大は止まる所を知らないものであった。⁽¹⁹⁾こうした時代を生きた聖職者裁判官と思われる『ブラクトン』の執筆者たちが、「抗弁論」を著す際にカノン法の訴訟手続を参考としたことは十分に考えられる。メイトランドもまた、イングランドの民事訴訟手続におけるカノン法の影響を示唆している。⁽²⁰⁾イングランドにおけるローマ法の伝播には、カノン法がその仲介としての役目を果た

したと言え、『ブラクトン』における学識法文献との多くの類似は、それを示唆するものと考えられる。⁽²¹⁾

第二節 問題の発端

さて、『ブラクトン』の「抗弁論」序盤部分に大きな影響を与えたのは、先に挙げたカノン法学者タンクレードの『裁判手続の書』である。⁽²²⁾ タンクレードはローマ法をアーンズに学び、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文も数多く参照している。彼の『裁判手続の書』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。⁽²³⁾ このことから、『ブラクトン』が「抗弁論」の執筆にあたり必要としたのは、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名声ある著書であり、学識法がタンクレードを通じて、コモン・ロー発展の基礎である「抗弁論」の源を担っていたと言いうことができるだろう。本稿で触れるように、特にその序盤部分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』の「抗弁論」がタンクレードをモデルとして扱っていたことは疑いない。筆者は『ブラクトン』研究における先行研究を整理するとともに、特にこの「抗弁論」におけるタンクレードとの比較検討を行う中で、以下の部分に注意を引かれた。

『ブラクトン』

l. 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。というべもの（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⁽²⁴⁾」

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」⁽²⁵⁾

ここで注目すべきは「留保」(protestation) に対する語法の違いである。タンクレードではこれが動詞形 (protestantur) で現れていることに対し、『ブラクトン』では名詞形 (protestatio) で現れている⁽²⁶⁾。ブラウドウン判例集において、この「留保」(protestation) という語はコモン・ロー上の定義を受け、その後は法律用語としてカウエルやクックを経て、ブラックストンの『英法釈義』にも受け継がれていった⁽²⁷⁾。

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 t. 98 から始まる「訴訟について」内の「四事例における不適当」(t. 113b-114b) である。既にシュルツによって、この箇所の前半部分の著述にタンクレードが参照されていたことが明らかとなっている⁽²⁸⁾。

ソーンによれば、訴権競合問題について論じるその後半部分に参照されているのはタンクレードではなく、十三世紀にオックスフォードで教鞭をとったウィリアム・オブ・ドロゲータの著した、ローマ法およびカノン法の訴訟手続を扱った『黄金汎論』(Summa Aurea) である。さらに、『ブラクトン』の有名な法格言「知りそして望む者

に不法は生じない」(scienti et volenti non fit iniuria)が、ドロゲータに由来していることもソーンは指摘している⁽²⁹⁾。『黄金汎論』と『ブラクトン』の類似性は、『黄金汎論』の編纂本が出版された一九一四年に部分的に指摘されていたが、この法格言の関連には言及されていなかった⁽³⁰⁾。

このように、『ブラクトン』に学識法が影響を与えたことを示唆する点が多く見られる一方、特に成立期コモン・ローとローマ法との関係については、ローマ法は大陸法におけるような影響をコモン・ローに与えなかったという理解が従来とられてきた。近年ではこうした理解に対して新たなアプローチが行われている⁽³¹⁾。では、そもそもイングランドにおける学識法の学習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、一二世紀前半における聖職者のボローニヤ留学から始まったとすることができる。ヘンリ二世との論争で有名なトマス・ベケットもボローニヤ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二人を法学習得のためボローニヤに送っている⁽³²⁾。一二世紀後半に入ると、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。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⁽³³⁾。イングランドでのローマ法学教育の始祖といえ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⁽³⁴⁾。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、一二世紀で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⁽³⁵⁾がある。ヴァカリウス自身もカノン法の知識は持っていたようで、カノン法における婚姻についての書物を著した他、教皇の受任裁判官としても活動していた⁽³⁶⁾。やがて、一二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教鞭を取って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⁽³⁷⁾。一方で、世俗権力の側にある国王裁判官たちも学識法の知識を有し

ていたことが推測される。ヘンリ二世期からヘンリ三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おり、彼らがカノン法の知識を有していたことは十分に考えられる。⁽³⁸⁾

先の『ブラクトン』研究と合わせると、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。⁽³⁹⁾ ソーンについては、「第二の『ブラクトン』問題」関連のものが注目されがちであるが、彼が『ブラクトン』全編に亘って学識法文献との類似部分を抽出した点、また先の法格言に関するドロゲータとの関係性についてのように、『ブラクトン』の執筆者が用いたのは「他の場所では習得できない、まぎれもない学校での専門用語」であったことを指摘している点は無視すべきではない。⁽⁴⁰⁾ しかし、「第二の『ブラクトン』問題」が関心を集める中で、こうした学識法文献との更なる比較研究は停滞を見せてしまっている。

ヘンリ・ド・ブラクトンをヘンリ三世期の主要な国王裁判官として扱うメイトランドの見解は修正されねばならないとブランドは論じている。⁽⁴¹⁾ しかしながら、ヘンリ・ド・ブラクトンが学識法をどのように用いたかについて追究することは、当時の国王裁判官たちが有していた学識のレベルをより明確にすることに繋がるのではないか。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。国外（ボローニャ）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ゲータ、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、その意味で実に興味深いものである。以下では、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を、次に訴権競合における『ブラクトン』とドロ

『ブラクトン』の学識法利用に関する検討（一）

表 『ブラクトン』とタンクレードの対照

『ブラクトン』「抗弁について」 (DE EXCEPTIONIBUS) 頁数は <i>Bracton</i> vol.4 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)	第一項 (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)	第一項 (S.140, line 11-S.141, line 7)
「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, f.400: p.246, line 15-p.247, line 5)	第一項 (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)	第五項 (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)	第五項 (S.146, line 1-11)
「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)	第一項 (S.141, line 17-S.142, line 1):、 第四項 (S.145, line 7-12)

ゲーダとの著述を、こちらは『ブラクトン』がその中で提示したローマ法文も交えながら比較検討する。⁽⁴²⁾

第一章 「抗弁論」における『ブラ

クトン』とタンクレードの

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を表に整理しよう。

「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、アーズによるユ帝『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考察せねばならぬ」(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。⁽⁴³⁾『ブラクトン』の「抗弁論」は、正にアーンズの示した順序に従うが、その内容はアーンズ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についてそれぞれに検討しよう。以下では、先の図で挙げた『ブラクトン』とタンクレードの試訳を本文に示し、それぞれの原文は文末脚注に示している。

第一節 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も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拳証責任において（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」⁽⁴⁴⁾

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」⁽⁴⁵⁾

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つたとしても訴権を無効としないのである」⁽⁴⁶⁾

タンクレード『裁判手続の書』 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」⁽⁴⁷⁾

第一項「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、また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」⁽⁴⁸⁾

検討

この部分の検討でまず明らかになるのは、「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遙かに上回っていることである。⁽⁴⁹⁾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ーズから引かれている。⁽⁵⁰⁾「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のものではないが、「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 dilatoriae)と「絶対的抗弁」(exceptio peremptoriae)の二種に抗弁をまず分類する。⁽⁵¹⁾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。⁽⁵²⁾『ブラクトン』もこれを引き継いでいるが、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、被告がこれを行使用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。

(1) 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, trans. S. E. Thorne, New York, 1997, rpt.である。なお、本稿では人物との混同を避けるため、テキストを指す場合は『ブラクトン』と表記し、人物を指す場合はヘンリ・ド・ブラクトンと表記する。タンクレードのテキストは、*Pili, Tanceti, Gratie Libri de Iudiciorum Ordine*, ed. Friedrich Christian Bergmann, Göttingen, 1842 の Nabu Press (2018) 1000年のリプリント版と、その欠落部分にデジタル版としてバイエルン州立図書館の OPACplus (<http://www.bsb-muenchen.de/Aktuelles-aus-der-Bayerischen-Staatsbibliothek.14.0.html>) で公開されているものとを併用した。デジタル版について情報提供を頂いた北海道大学の水野浩二准教授に、この場を借りて御礼申し上げる。ドロゲータのテキストは、*Die Summa Aurea des Wilhelmus de Drogeda*, herausgegeben von Ludwig Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses*

im Mittelalter, Bd. 2, Heft 2, Aalen, Neudruck der Ausgabe 1914, 1962 を利用した。名前の呼称はドイツ語 (Drokedta) と英語 (Drogheda) で差異があるが、本稿では英語表記に従った。ローマ法文のテキストは、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 ipe expressa, 1959) を参照した。

(2) ヘンリ・ド・ブラクトン (c.1126-8) と彼の著書についての概略は、さしあたり碧海純一・伊藤正己・村上淳 一編『法学史』(東京大学出版会、一九七六、二二三―二五頁および、直江眞一「法典・法集成」、高山博・池上俊 一編、『西洋中世学入門』(東京大学出版会、二〇〇五、二四五―二四七頁を参照。我が国における『ブラクトン』と「法の支配」との関心の発端には、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、一九六七、原著は C・H・McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, New York, 1947, rev.) が挙げられる。同著に対するティアニー、ルイスなどの反論を含めた一連の研究は、松垣裕「ブラクトンの王権論における『法の支配』理念(上)」、法文論叢文科篇三九、一九七七、八九―一四頁および、同「ブラクトンの王権論における『法の支配』理念(下)」、法文論叢文科篇四一、一九七八、八四―一〇二頁に要約されている。近年では、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四五、二〇〇〇、六七―九三頁、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十七、二〇〇五、四六―五六頁が、「法の支配」との関連で『ブラクトン』を扱っている。赤澤計真「イギリス中世国家史研究」(多賀出版、一九八八)、一四九―一七二頁は権原開示訴訟との関連を研究したものである。また吉野悟「ブラクトン De Legibus の『人の法』における自由と従属」、日本法学五四(二)、一九八八、一八三―二五一頁および、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」、法学紀要三〇、一九八八、七―七〇頁はローマ法の視点から『ブラクトン』を検討したものである。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、一九九四)、四七七―五五一頁は本稿でも扱う「抗弁論」と、当時のイングランドにおける国家と教会の関係を論じている。また、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―

- ロッパ』（刀水書房、二〇〇四）、五三〇頁は、英訳本出版までの『ブラクトン』全体の構成に関する先行研究を要約している。さらに、『グランヴィール』と『ブラクトン』のカウサ（causa）論に着目したものととして、菊池肇哉「中世英国コモン・ロー グランヴィールとブラクトンに於ける契約「カウサ」理論」、法学紀要五四、二〇一三、一六三—一九〇頁がある。
- (3) F. W. Maitland, *Bracton and Azo*, Selden Society vol.8, 1894, xviii を参照。
- (4) G. E. Woodbine, “The Roman Elements in Bracton’s De Acquirendo Rerum Domino”, *Yale Law Journal* vol.31, 1922, 831 を参照。
- (5) Hermann Kantorowicz, *Bractonian problems: being the ninth lecture on the David Murray Foundation in the University of Glasgow*, Glasgow University publications 56, 1941, pp.58-127 を参照。
- (6) *Ibid.*, pp.36-58 を参照。
- (7) メイトランドの『タンクレードの *Summa de Matrimonio* が『ブラクトン』の婚姻の部分に影響を与えたことについて。Maitland, *Bracton and Azo*, pp.221-224 を参照。シュルツの『裁判手続の書』への最初の注目も、Fritz Schulz, “Critical Studies on Bracton’s Treatise”, *Law Quarterly Review* vol.59, 1943, 172-180 である。シュルツは更に、Fritz Schulz, “A New Approach to Bracton”, *2 Seminar Jurist*, 1944, 41-50 において、タンクレードを『ブラクトン』の執筆における重要な典拠の一つに位置づけた。そしてリチャードソンによる更なる比較検討が、H. G. Richardson, “Tanced, Raymond, and Bracton”, *English Historical Review* vol.59, 1944, 376-384 である。H. G. Richardson, “Studies in Bracton”, *Treditho* vol.6, 1948, 61-104 におおづ進められた。これらの成果は H. G. Richardson, *Bracton: the Problem of his Text*, Selden Society Supplementary Series vol.2, 1965 に収められ、その成果はソーンにも引き継がれている。『裁判手続の書』の訳語は、アルトゥール・エンゲルマン、小野木常・中野貞一郎編訳、『民事訴訟法概史』（信山社、二〇〇七）、二九〇—二九一頁（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 Zivilprozessordnung*, Breslau, 1895, S.37-38.）に従った。
- (8) まづまでの『ブラクトン』研究については、松垣裕「コモン・ローにおけるローマ法の影響」、法文論叢文科篇三

六、一九七五、七七〇九三頁および、ブラクネット、イギリス法研究会訳、『イギリス法制史（下）』（東京大学出版会、一九五九）、四八一―四八四頁（原著はTheodore Plucknett, *A Concise History of the Common Law* 5th ed, London, 1956, pp.261-262）, T. F. T. Plucknett, *Early English Legal Literature*, Cambridge, 1958, pp.42-79を参照。しかしながら、メイトランドの評価はメインの『ブラクトン』評価に対する反論の意味を有していたと思われる。メインは「ブラクトンの剽窃」として、『ブラクトン』がローマ法をイギリスのものと偽って持ち込んできたと評していた。ヘンリー・サムナー・メーン、小泉鐵訳、『古代法律』（岡書院、一九二六）、五〇頁（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。

(9) メイトランド説の根拠は以下の四点である。まず『ブラクトン』が引用する判例は一二四〇年以前のものがほとんどである点、次に一二五九年のウェストミンスター條款による変更が反映されていない点、そしてコーンウォール伯リチャード（一二五七年に神聖ローマ皇帝に選出）の称号が変わっていない点、最後に一二五六年の「閏年法」(Statute of Leap Year) についての言及がない点である。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, Buffalo New York, 1999, rep. pp.37-45を参照。カントロヴィチはその反論として、まず「古の判決」(vetera iudicia) に注目する。『ブラクトン』が一二五〇年代に執筆され、更にその執筆がユ帝『法学提要』等にある類似の文章に従ったものであるならば、メイトランドのように一二四〇年代の判決と解釈するのは不自然であり、むしろローマ法を指すものであるとした。次に『ブラクトン』序論の「扱う事項は何か」(Quae sit materia) と、アーンおよびドロゲータの著書それぞれの序論とを比較すると、ドロゲータの用語法はアーンよりも『ブラクトン』に近いものであり、ドロゲータの著書の執筆年代は著書内の方式書から一二三九年頃と考えられるとした。以上の二点から国王裁判官書記時代のヘンリー・ド・ブラクトンが一二三〇年代に執筆したものと推定し、アーン↓『ブラクトン』↓ドロゲータという伝播の過程を示す。Kantorowicz, *Bractonian problems*, pp.24-36を参照。一方で、リチャードソンはカントロヴィチ説に対し、ドロゲータが『ブラクトン』よりもアーンに依拠している箇所が複数存在すること、ヘンリー・ド・ブラクトンが一二六八年に死亡するまで『ブラクトン』の原本を有していたと考えられることから疑義を呈し、アーン↓ドロゲータ↓『ブラクトン』という過程を示す。H. G. Richardson, "Azo, Drogheida, and Bracton", *English Historical Review* vol.59, 1944, 21-27を参照。今日ではリチャードソン説が通説となっている。

- (10) Thorne, *Bracton* vol.3, xv-xvi を参照。
- (11) 「どうやって、王座裁判所の裁判官として務めていた人物が、イングランドの隅々まで国王の随行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」という疑問をソーンは提示している。 *Ibid.*, xxxii-xxxiii を参照。
- (12) Paul Brand, "The Age of Bracton", in John Hudson ed. *The History of England Law: Century Essays on Pollock and Maitland*, Oxford & New York, 1996, 70-71 を参照。なお著書全体の要約に、直江眞一「成立期コモン・ロー研究の現状」法制史研究四七、一九九七、八七―一三八頁がある。
- (13) Brand, "Age of Bracton", 71-73 を参照。
- (14) J. L. Barton, "The Authorship of Bracton: Again", *The Journal of Legal History* vol.30 n.3, 2009, 127 を参照。なおバー-ton は二〇〇八年に他界し、この論文が彼の遺稿となった。
- (15) H. G. Richardson, *Bracton: the Problem of his Text*, p.3 をよむ Brand, "Age of Bracton", 75 を参照。
- (16) Thorne, *Bracton* vol.2, pp.19-20 を参照。
- (17) 王座裁判所を退官した後、ヘンリ・ド・ブラクトンは一二五九年にバロンたちによって特別な授権を受けた裁判官の一人に任命され、同年にグロースター、ウスター、ヘレフォードを訪れており、一二六一年に国王からエセックスのウィザムにある教会の保護職に任命された後もサマーセットやデボンの審問を行い、またアサイズ裁判官を求める当事者たちによって裁判官に頻繁に選ばれる状況は、彼の死の前年である一二六七年にまで続いていた。J. L. Barton, "The Mystery of Bracton", *The Journal of Legal History* vol.14 n.3, 1993, 125-126 を参照。
- (18) Paul Brand, *The Origins of the English Legal Profession*, Oxford, UK & Cambridge, Mass., USA, 1992, pp.38-42 を参照。『ブラクトン』は全四四四フォリオで構成されているが、「抗弁論」はその末尾 f.399b-444b の約四〇フォリオを占めてゐる。
- (19) 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, Turnhout, 1994, pp.42-43 を参照。
- (20) Frederick Pollock & Frederic William Maitland, *History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd ed vol.1,

Cambridge, 1898, pp.133-134を参照。

(21) こうした学識法との関連についての研究が、主としてカントロヴィチ、シュルツなどのドイツ人ローマ法学者から提示されている点も『ブラクトン』研究の一つの特徴である。

(22) タンクレード（一一八五—一二三六）はボローニヤで生まれ、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・ウエールズ（John of Wales）から、ローマ法をアーゾから学び、ボローニヤ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『裁判手続の書』は、一二一四年から一二一六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 *Summa de matrimonio* も執筆している。タンクレードの経歴概略については、James A. Brundage, *Medieval Canon Law*, London & New York, 1995, pp.227-228を参照。

(23) Fowler-Megeal, *Ordines iudicarii*, p.39にフランス語版への言及がある。またエンゲルマン『民事訴訟法概史』、二九〇—二九一頁（原著ではS.37-38.）は、数カ国語に翻訳されたと述べている。

(24) “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, saluum sibi fore beneficium ceterarum indistincte, et si in probatione unius deecerint quod possint ad alias habere recursum.” Thorne, *Bracton* vol.4, p.247を参照。

(25) “Hunc credo rectum ordinem proponendi exceptiones fori declinatorias. Quidam tamen ordinem istum non servant, sed, dum unam proponunt, protestantur sibi saluum esse debere beneficium ceterarum, ut, si in proposita deecerint, possint ad alias habere recursum.” Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.141-142を参照。

(26) 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見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 Speelman Part II*, Selden Society vol.94, 1977, p.149 ㉔㉕、J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, New York, 2007, p.88 を参照。

(27) 小山貞夫編著『英米法律用語辞典』(研究社、二〇一一)、「二八〇〓二八一頁および、田中秀夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九二)、六七八頁を参照。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を残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・エンドワード・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 (duplicitly) 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、隸農保有を認められた領主に隸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、隸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、原告が隸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、隸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、原告が隸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”の定義づけはブラウドウン判例集が初出とされる。The English Reports vol.75 King’s Bench div n.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 fascimile no. 231*, New York, 1970, “protestation” の項目（頁表記のなご文献である）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一二二一年である。Sir William Holdsworth, *A History of English Law* vol.3, London, 1977, p.634 を参照。

- (28) シュルツによる検討については Schulz, “Critical Studies on Bracton’s Treatise”, 176-180 を参照。
- (29) Thorne, *Bracton* vol.1, xxxvii を参照。法格言の訳は柴田光蔵『法律ラテン語格言辞典』（玄文社、一九八五）、二五八頁を利用した。このフレーズと後のイングランド法への影響との研究は、筆者にとって今後の大きな課題である。
- (30) Währmund, *Die Summa Aurea des Wilhelmus de Drobede*, xxxiii-xxxvi の検討は、脚注部分にて『ブラクトン』とドローゲータ双方の序論部分の類似性を指摘するのみに留まる。『黄金汎論』はその序文にて、第一に争点決定までの訴訟手続を、第二に争点決定から判決までの手続を、第三に判決とその結果を、第四に上訴、第五に婚姻の事例、第六に刑事訴訟手続その他の六分野を扱うと述べている。F. W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England: Six Essays*, London, 1898, p.109 を参照。『黄金汎論』の訳語は、P・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、一九七四、再版）、一二二頁（原著は Paul Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, 3d ed. with preface by F. DE Zulueta, Hildesheim, 1961, p.98）に従った。
- (31) 我が国における研究の一例として、直江真一「十二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——」、『法学四八五』、一九八四、六五七―七〇六頁および、同「コモン・ローの形成と大学」、西洋史研究新輯二二、一九八三、三三三―五六頁や、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グロ・ノルマン学派による一作品——」、『熊本法学二二、二〇一〇、八三―一〇七頁を参照。
- (32) フォリオットと彼の書翰については、直江真一・苑田亜矢「マルチメディア・ノベリス（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」、法政研究六六（三）、一九九九、一〇八三―一一二九頁を参照せよ。
- (33) F. De Zulueta & P. Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, Selden Society Supplementary Series

vol.8, 1990, xii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。

(34) ヴァカリウスおよび彼の著作『貧しき法学徒の書』(*Liber Pauperum*) については、F. De Zulueta & P. Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, xiii-xxxiv および、直江「十二世紀イングランドの学識層について」、六七〇―六八一二頁を参照。

(35) F. De Zulueta & P. Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, xxxv-xxxvii を参照。ヴァカリウス自身が教皇受任裁判官について活動したことが、これを裏付けるものである。

(36) James A. Brundage, *The Medieval Origins of the Legal Profession: Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago & London, 2008, p.33 を参照。

(37) *Ibid.*, pp.237-241 を参照。

(38) 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」、三九―四〇頁を参照。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たとターナーは考えている。

(39) 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、一九八〇）、七四頁（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）以下「イングランドでは、十三世紀に、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。十三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。またメイトランドも『ブラクトン』の執筆にあたり教例集やカノン法学者の書物が用いられたことを指摘している。Maitland, *Bracton and Azo*, xxix-xxv を参照。

(40) Thome, *Bracton* vol.1, xxxvi-xxxvii を参照。

(41) ヘンリ・ド・ブラクトンは人民訴訟裁判所には務めず、巡察裁判官としては一二四五年に活動したのみである。また王座裁判所の裁判官としての任期は中断を挟んだ一〇年間（一二四七年から一二五一年と、一二五三年から一二五七

- 年)であったことから、一二三〇年代にロウリーが手がけた著書を、一二五〇年代にアップデートできるだけの経験をヘンリ・ド・ブラクトンが有していなかったとブランドは理解する。Brand, "Age of Bracton", 87-89を参照。
- (42) メイトランドも *Bracton and Azo* についてこの箇所を扱ったが、ドロゲータ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(一)」、関西大学法学論集六二(二二)・二〇一二、七七一―七六七頁、同「ローマ法の訴権競合についての一考察(一)」、関西大学法学論集六二(二二)・二〇一二、七六六―七七一頁、同「ヘルモゲニアヌスと訴権競合問題」、関西大学法学論集六二(四・五)・二〇一三、六五―一〇六頁を参照。
- (43) マーンのテキストは Richardson, *Bracton: the Problem of his Text*, p.141を参照した。
- (44) "AD DIEM summationis 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 impugnare. Et sicut actores armantur actionibus et accinguntur quasi gladiis, ita rei et contra muniuntur exceptionibus et defenduntur quasi clipeis." Thorne, *Bracton* vol.4, p.245を参照。
- (45) "IMPRIMUS videndum quid sit exceptio et qualiter diuiatur. Et sciendum quod exceptio est actionis elisio per quam actio perimitur vel differtur." Thorne, *Bracton* vol.4, p.245を参照。
- (46) "EXCEPTIO quidem sic diuiditur. 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. Quae libet 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⁵⁴⁾。
- (47) “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。
- (48) “Exceptionum igitur alia est dilatoria, alia peremptoria; dilatarum 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⁵⁵⁾。
- (49) 不出頭申立などについては⁵⁶⁾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 (二)』、海技大学校研究報告三四、一九九一、一五一―一七二頁がある。
- (50) Thorne, *Bracton* vol.4, p.245 ⁵⁷⁾ Richardon, *Bracton: the Problem of his Text*, p.141 を参照。アーン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 acinguntur quasi gladiis, nunc videamus de exceptionibus quibus rei muni videntur et defenduntur quasi clipeis.)
- (51) “exceptio dilatoria”を「遷延的抗弁」、「exceptio peremptoriae”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。
- (52) 船田亨一『ローマ法 第五卷』(岩波書店、一九七二)、一二五頁を参照。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(一)」、関西大学法学論叢六七(四)・二〇〇七、一七五頁に拠った。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、タンクレードに“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 conveniri, 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、同上二七五頁に拠る)。「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』第四四巻の「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』(以下C.) 8. 35. 12「ある弁護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)主張しまた時期の誤りの弁明に固執するならば、一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 optulatione submotus nihilo minus perseveret atque praeposterae defensionis insisterit, unius librae auri condemnatione muletur.)⁷⁾ およびC. 8. 35. 13「(訴訟の)開始において、管轄に関する抗弁(prescriptio fori)が両当事者にゆづり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.)⁸⁾を、教皇令と共に挙げていす。Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S. 140 を参照。