



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ダ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	<a href="https://doi.org/10.18910/67987">https://doi.org/10.18910/67987</a>
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ダとの

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』とドロゲーダの比較

おわりに

## はじめに

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<sup>(1)</sup>) 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。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と思われる。<sup>(2)</sup>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（「第一の『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なので、まずはこれら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<sup>(3)</sup>が *Bracton and Azo*において、中世におけるローマ法の権威であるアーヴと『ブラクトン』とを比較し、『ブラクトン』を「<sup>(4)</sup>」し、教育を受けていないローマ法学者」(a poor, an uninstructed Romanist) と評したことがその始まりと言える。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 f.1 (f. はフォリオの意) から f.11 と、『訴訟』を扱った f.98b 以降の内、f.115 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『プラクトン』の写本を編纂・校訂）は、『プラクトン』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。<sup>(4)</sup> ヘルマン・カントロヴィチによる *Bractonian problems* は、『プラクトン』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つたと言える。カントロヴィチは、ユ帝『法学提要』や『学説彙纂』等と『プラクトン』を直接比較する方法を取り、『プラクトン』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つたと結論した。<sup>(5)</sup> なお、著者及び執筆年代の問題にも関係する『プラクトン』内の誤記については、『プラクトン』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つた。<sup>(6)</sup> その後、シュルツとリチャードソンによる研究の結果、『プラクトン』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 iudicarii*）に初めて着目したのもシュルツである。<sup>(7)</sup> このような研究の結果、「第一の『プラクトン』問題」に関するメイトランドの評価は後退したと言える。<sup>(8)</sup> 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『プラクトン』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『プラクトン』問題」の嚆矢は、ウッドバインによる『プラクトン』編纂本を英訳したソーンが、訳者序論にて示した疑問であつたと言える。一二五六年に『プラクトン』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・プラクトンが国王裁判官であつ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・プ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。<sup>(9)</sup> 年代の違ひはあれ、『プラクトン』の大部分をヘンリ・ド・プ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詰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。<sup>10)</sup>またソーンは、ヘンリ・ド・ブラクトンの上司ウイリアム・オブ・ロウリーが師事した国王裁判官マルティン・オブ・パティシャルについての著述にも注目する。パティシャルを単に「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ャルの言動は、訴訟記録集ではなく個人的な情報に扱っていることと合わせ、これを手がけたのはパティシャルの最後の巡察もよく知っていた人物だとして、ソーンはウイリアム・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。<sup>11)</sup>この「第二の『ブラクトン』問題」は、ブランドンとバートンとの間で近年まで議論されることになった。

ブランドン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、一二三二六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。<sup>12)</sup>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つ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ンは示している。<sup>13)</sup>

このようにブランドン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。前述のマーテ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」とから、これらが一二五〇年代に書かれたとは考えにく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、「一九五〇年代初めで……『新しい法律』として一九一五年の財産法改革法 (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、『プラクトン』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。<sup>14)</sup>

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方を提示する。リチャードソンが考えたようにな亨リ・ド・プ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。<sup>15)</sup> 故に『プラクトン』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『プラクトン』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、『プラクトン』に少なくとも一人の執筆者がいたことを示している。<sup>16)</sup>

一方、バートンは亨リ・ド・プ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『プラクトン』の執筆が一二五六年頃に中断されたままになつたと考えている。<sup>17)</sup> ブランドの主張の厳密さに押されてはいるが、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よう。

上記のように、一〇の『プラクトン』問題の先行研究を見る限り、それぞれの基礎となつたメイトランド説は大きく修正を受けた。とはいって、Bracton and Azo が『プラクトン』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、ソーンによつて『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つたと言える。

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かろうか。つまり、「第一の『ブラクトン』問題」への傾倒によつて、『ブラクトン』における学識法の影響についての研究は「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」を扱つ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」を扱つ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。<sup>(18)</sup>『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つ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つたこれらの抗弁は、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つていた。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つた。<sup>(19)</sup>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。<sup>(20)</sup> 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、『プラクトン』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。<sup>(21)</sup>

## 第一節 問題の発端

さて、『プラクトン』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。<sup>(22)</sup> タンクレードはローマ法をアーザに学び、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ても有用なもの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>(23)</sup> このことから、『プラクトン』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つ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」の源を担つていたと言つていい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も、『プラクトン』の「抗弁論」がタンクレードをモデルとして扱つていたことは疑いない。筆者は『プラクトン』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。

### 『プラクトン』

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）によつて、（しかるべき

も時期より)以前に、あるいは不適切な場面で(抗弁を)提起するだら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>(24)</sup>

論

### 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>(25)</sup>

ノハリ注目すべきは「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)で現れているノハリに対し、『プラクトン』では名詞形(protestatio)で現れている<sup>(26)</sup>。プラウドゥン判例集におこし、ノハリの「留保」(protestation)とこう語はコモン・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、プラックストンの『英法辞義』にも受け継がれていった<sup>(27)</sup>。

ノハリの“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「四事例における不適用」(f. 113b-114b)である。既にシユルツによつて、ノハリ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つてゐる<sup>(28)</sup>。

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、111世紀にオックスフォードで教鞭をとつたウイリアム・オブ・ドロゲーダの著した、ローマ法およびカノン法の訴訟手続を扱つた『黄金汎論』(Summa Aurea)である。やうに、『プラクトン』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、ドロゲーダに由来している」ともソーンは指摘している。<sup>(29)</sup> 『黄金汎論』と『プラクトン』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。<sup>(30)</sup>

このように、『プラクトン』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・ローに与えなかつ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新たなアプローチが行われている。<sup>(31)</sup> 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らうか。

イングランドにおけるローマ法學習は、一二世紀前半における聖職者のボローニャ留学から始まつたと言うことができる。ヘンリ一世との論争で有名なトマス・ベケットもボローニャに渡つたことがあり、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一人を法學習得のためボローニャに送つている。<sup>(32)</sup> 一二世紀後半に入るト、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つた。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學習が行われた証拠が残されている。<sup>(33)</sup> イングランドでのローマ法學教育の始祖といえるヴァカリウスが大陸からやつてきたのもこの頃である。<sup>(34)</sup> 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がある。<sup>(35)</sup> ヴァカリウス自身もカノン法の知識は持つていたようで、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。<sup>(36)</sup> 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つ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學教育が行われるようになる。<sup>(37)</sup> 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。<sup>(38)</sup>

先の『ブラックトン』研究と合わせると、学識法の知識を有する人物が『ブラックトン』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>(39)</sup> ソーンについては、「第二の『ブラックトン』問題」関連のものが注目されがちであるが、彼が『ブラックトン』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ダとの関係性についてのように、『ブラックトン』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」であつたことを指摘している点は無視すべきではない。<sup>(40)</sup> しかし、「第二の『ブラックトン』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つていている。

ヘンリ・ド・ブラッ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。<sup>(41)</sup> しかしながら、ヘンリ・ド・ブラッ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（ボローニヤ）で教鞭を取つたタンクレード、国内（オックスフォード）で教鞭を取つたドロゲーダ、この二人の学識法学者による著書と類似する部分が『ブラックトン』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『ブラックトン』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『ブラックトン』とドロ

## 『プラクトン』の学識法利用に関する検討（一）

表 『プラクトン』とタンクレードの対照

『プラクトン』「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)

### 第一章 「抗弁論」における『プラクトン』とタンクレードの比較

先行研究による『プラクトン』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『プラクトン』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、『プラクトン』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、アーヴィによるユ帝『法学

ゲーダとの著述を、こちらは『プラクトン』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。<sup>(42)</sup>

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、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。<sup>(43)</sup> 『プラクトン』の「抗弁論」は、正にアーヴィングの示した順序に従うが、その内容はアーヴィング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『プラクトン』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べ。以下では、先の図で挙げた『プラクトン』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く。

## 第一節 全体の序論および抗弁の分類についての比較

### 『プラクトン』

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、あるいは持っていても何も担保に供されなかつた場合、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」と示す。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举証責任において（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。原告は訴権によつて武装したかも剣を帯びるよう、被告は逆に抗弁によつ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>(44)</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>(45)</sup>

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、訴権に對して遷延的であつ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、特定の訴権に對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關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つているからである。裁判管轄権に對する抗弁、原告適格に對する抗弁、令状に對する抗弁がある。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>(46)</sup>

タンクレーム『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つてしばしば救済される。ある時は裁判を遷延させる」と、ある時は原告の訴権を無効とさせる」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>(47)</sup>

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遷延させるものと、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、そのため以後で立ち戻ることはできない」<sup>48)</sup>

### 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。<sup>49)</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ーザーから引かれている。<sup>50)</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。<sup>51)</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>52)</sup>『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

」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、『プラクトン』は一般的に認められる抗弁と、特定の訴権に対しても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、『プラクトン』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、『プラクトン』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『プラクトン』が記していることから、被告がこれを行使する」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。

- (1) 本稿で利用する『プラクトン』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『プラクトン』と表記し、人物を指す場合は「ヘンリ・ド・プラクトン」と表記する。タンクレードのテキストは、*Pili, Tancredi, Gratiae Libri de Iudiciorum Ordine*, ed. Friedrich Christian Bergmann, Göttingen, 1842 (Nabu Pressによる1010年のリプリート版)、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一准教授に、この場を借りて御礼申し上げる。クロゲーダのテキストは、*Die Summa Aurea des Wilhelmus de Droneda*, herausgegeben von Ludwig Wahrund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses*

英語 (Drogheda) で差異があるが、本稿では英語表記に従った。ローマ法文のトキストレバ Berolini: Apud Weidmannos Corpus juris civilis のハーネーク (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 duocetima lucis ipe expressa, 1959) を参考した。

2) ヘンリー・ド・ブラクトン（？—一二六八）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）、一一三三—一三五頁および、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. マクワーライン、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（1）、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「十三世紀の関係を論じて」、澤田裕治「『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

ロッペ』(刀水書房、1100円)、五三=七〇頁は、英訳本出版までの『アラクートン』全体の構成に関する先行研究を約してある。琳派は『クラハチャル』と『アラクートン』のカウサ (causa) 論に着目したのとし、菊池肇哉「中世英國ロモン・ロー・クラハチャルとアラクートンに於ける契約『カウサ』理論」、法学紀要五四、110-111、1-K1=1九〇頁があ。

- (∞) 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 Adquirendo 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) メーテルハーディー タハクルーデンの *Summa de Matrimonio* が『アラクートン』の婚姻の部分に影響を与えたとしている。Maitland, *Bracton and Azo*, pp.221-224 を参照。ハーリッヒの『裁判手続の書』への最初の注目は、Fritz Schulz, "Critical Studies on Bracton's Treatise", *Law Quarterly Review* vol.59, 1943, 172-180 である。ハーリッヒは更に、Fritz Schulz, "A New Approach to Bracton", 2 *Seminar Jurist*, 1944, 41-50 で述べ、タハクルーデンを『アラクートン』の執筆における重要な典拠として位置づけた。ハーリッヒは更なる比較検討が、H. G. Richardson, "Sanctified, Raymond, and Bracton", *English Historical Review* vol.59, 1944, 376-384 をもたらす。H. G. Richardson, "Studies in Bracton", *Traditio* vol.6, 1948, 61-104 で述べられた。これらの成果は H. G. Richardson, *Bracton: the Problem of his Text*, Selden Society Supplementary Series vol.2, 1965 に取入れられ、その成果は「ハーリッヒの元論文集」である。『裁判手続の書』の訳語は、アルトウーハルトハーディー、小野木常・中野貞一郎編訳『民事訴訟法概史』(信山社、1100円)、1九〇=1九一頁(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 Civilprozeßordnung*, Breslau, 1895, S.37-38.) に述べた。

(∞) リチャードソンの『アラクートン』研究については、松垣裕「ロモン=ローにおけるローマ法の影響」、法文論叢文科篇二

六、一九七五、七七=九三「ヨリよび、ヲクネット、イギリス法研究会記、『イギリス法制史 (トト)』(東京大学出版会、一九五九)、四八=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, 1953, pp.42-79 を参照。」かしながら、メインの評価はメインの『ヲクネット』評価に対する反論の意味を有してゐたと思われる。メインは「ヲクトンの剽窃」として、『ヲクネット』がローマ法をイギリスのものと偽つて持ち込んでいたと評してゐた。ヘンリー・サムナー・メーハ、小泉鐵訳、『古代法律』(岡書院、一九一七)、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) メイントンの説の根拠は以下の四点である。まず『ヲクネット』が引用する判例は一一〇年以前のものがほとんどの点、次に一一五九年のウエストミンスター条例による変更が反映されていない点、セントローハウオール伯リチャード(一一五七年に神聖ローマ皇帝に選出)の称号が変わっていない点、最後に一一五六年の「閏年法」(Statute of Leap Year)にひづ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。カントロヴィチはこの反論として、まず「古の判決」(vetera judicia)に注目する。『ヲクネット』が一一五〇年代に執筆され、更にその執筆がユ帝『法字提要』等にある類似の文章に従つたものであるならば、メイントンのようない一四〇年代の判決と解釈するには不自然であり、むしろローマ法を指すものであるとした。次に『ヲクネット』序論の「扱う事項は何か」(Quae sit materia) と、アーヴおよびドロゲーダの著書それとの序論とを比較すると、ドロゲーダの用語法はアーヴよつて『ヲクネット』に近いものであり、ドロゲーダの著書の執筆年代は著書内の方式書から一一三九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・ヲクトンが一一三〇年代に執筆したものと推定し、アーヴ→『ヲクネット』→ドロゲーダ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、ドロゲーダが『ヲクネット』よりもアーヴに依拠している箇所が複数存在するといふ、ヘンリー・ド・ヲクトンが一二六八年に死亡するまで『ヲクネット』の原本を有してゐたと考えられる」とかかる疑義を呈し、アーヴ→ドロゲーダ→『ヲクネット』とこう過程を示す。H. G. Richardson, "Azo, Drogheda, and Bracton", *English Historical Review* vol.59, 1944, 21-27 を参照。今日ではリチャードソンの説が通説となつてゐる。

『プラクトン』の学識法利用に関する検討（一）

- (10) Thorne, *Bracton* vol.3, xv-xvi を参照。
- (11) 「えへんへ、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ン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だらうか」 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。なお著書全体の要綱は、直江眞一「成立期ロザン・ロー研究の現状」、法制史研究四七、一九九七、八七=一二一八頁がある。
- (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 no.3, 2009, 127 を参照。なおバーメハゼ1100八年に他界したとの論文が彼の遺稿となっていた。
- (15) H. G. Richardson, *Bracton: the Problem of his Text*, p.3 参照。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・ル・プラクトンは一一五九年にバロンたちによって特別な授權を受けた裁判官の一人に任命され、同時にグロースター、ウスター、ケンブリッジを訪れており、一一六一年に国王からエセックスのウェ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ドボンの審問を行ふ、またアサイン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一一六七年にまで続いた。J. L. Barton, "The Mystery of Bracton", *The Journal of Legal History* vol.14 no.3, 1993, 125-126 を参照。
- (18) Paul Brand, *The Origins of the English Legal Profession*, Oxford, UK & Cambridge, Mass., USA, 1992, pp.33-42 を参照。『トトカーナ』は全四四回ウォリオで構成されながら、「抗弁論」はその末尾f.399b-444b の第四〇ウォリオを上るところ。
- (19) Linda Fowler-Magerl, *Ordines iudiciorum 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,

- 説 Cambridge, 1898, pp.133-134 を参照<sup>21</sup>。
- (21) リハーツ学識法との関連についての研究が、主としてカントロザイチ、シュルツなどのドイツ人口ーマ法学者から提示された。『アラクトン』研究の一つの特徴である。
- (22) タンクレード（一一八五一一一三六）はボローイヤで生まれ、カノン法をローレンティウス・ビスパーースス (Laurentius Hispanus) ハビタ・オブ・ウェールズ (John of Wales) から、ローマ法をアーヴィングから学び、ボローイ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、ボノリウス三世、ケンタウス九世に仕え、教会裁判所にも出仕していた。『アラクトン』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<sup>22</sup>。
- (23) Fowler-Megeal, *Ordines iudicarii*, p.39 に「ハラハ語版」の言及がある。また、ハネゲルマハ『民事訴訟法概史』、一九〇一九一頁（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 proponentium exceptiones quamvis quidam illum non obseruent, quia forte credunt quod dum unam ante tempus vel non suo loco propositerint 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>23</sup>。

- (25) “Hunc credo rectum ordinem proponendi exceptiones fori declinatorias. Quidam tamen ordinem istum non servant, sed, dum unam proponunt, protestantur sibi salvum esse debere beneficium ceteratum, ut, si in proposita defecerint, possint ad alias habere recursum.” Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.141-142 を参照<sup>24</sup>。
- (26) ローマ・ローデ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、ことは許されてこなかった。このようなコモン・ローにおける「重訴答 (double pleading)」への反対は、それが両当事者が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、その結果に伴つて反訴が一つ生じた場合、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のを防ぐために、コモン・ロー

では單一論占規則 (the single-point rule) “が用ひられた”。J. H. Baker, *The Reports of Sir John Spelman Part II*, Selden Society vol.94, 1977, p.149 参照。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、110-1)、1180=118一頁および、田中秀夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九一)、六七八頁を参照。プラックストンは以下のように述べてゐる、「……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ことを留保するか」として、(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・エミール・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。ところの、その利用は、訴答について主張事実の複合 (duplicity) に陥るかしないに、直接的に肯定あるいは否認するかでないある事実や状況に関して決定されるか当事者を救つたのである。やがてなお、彼がそれに従つて自身の異議申立を提起しなかつたならば、彼は暗黙の内に撤回あることは認めたり見なされる」 (.....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。プラックストンが例示したもののは、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した場合である。ロバート・ローによれば、隸農は領主に対し民事訴訟を起したりするはやめな。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ふ争点が別個に現れ、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か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ふ。)のよへな “protestation” の定義だけはプラウドゥ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。

- カウェル、クックによる説明はアラックストンの説明より複数重複し冗長となるため、以下に触れないが、カウェルによれば、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（頁表記のなぐ文献である）を、クックにて、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。ホールベースによる、11世紀の用語の登場から最も古く年代の判例は1111年である。Sir William Holdsworth, *A History of English Law* vol.3, London, 1977, p.634 を参照。
- (28) ハーリングによると検討について、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「法律ラテハ語格言辞典」（玄文社、一九八五）、一五八頁を利用した。このハーリング後のハンクハム法の影響との研究は、筆者によつて今後の大変な課題である。
- (30) Wahrmund, *Die Summa Aurea des Wilhelmus de Drokeda*, xxxiii-xxxvi での検討は、脚注部分にて「アラクトン」と云ロゲーダ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つと述べてゐる。F. W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England: Six Essays*, London, 1898, p.109 を参照。『黄金汎論』の訳説は、ル・ヴィノグラードフ、矢田一男・小堀憲助・真田芳憲訳、『中世纪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）、1111頁（原著は Paul Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, 3d ed., with preface by F. DE Zulueta, Hildesheim, 1961, p.98）に従つた。
- (31) 我が国における研究の一例として、直江眞一「十一世紀イハグハムの洋識層について——」中ハ・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「ロマン・ローの形成と大学」、西洋史研究新輯二二、一九八三、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「作品」——」熊本法學一一一、一一〇一〇、八二二=一〇七頁を参照。
- (32) フォリオットと彼の書翰について、直江眞一・苑田亜矢「マルティアリケム・ノーマース（翻訳と解説）」、ノーマン・同教ギルバートの「書翰」、法政研究六六(111)、一九九九、一〇八二二=一一一九頁を参照せよ。
- (33) F. De Zulueta & P. Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, Selden Society Supplementary Series

vol.8, 1990, xxii を参照。フォリオットはある程度の学識を有し、それはボローに学んだものであったと考へられて  
いる。

- (34) カトカリウスおよび彼の著作『貧しき法学者の書』(Liber Pauperium) について F. De Zulueta & P. Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, xxiii-xxiv をもじ、直訳「十二世紀イハグトハムの辯識層」、六七〇=六八一[頁]を参照。

(35) F. De Zulueta & P. Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, xxxv-xxxvii を参照。カトカリウス自身が教皇受任裁判官として活動したりとも、これに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.93 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、直訳「ヨギル・ローの形成と大學」、三九二四〇頁を参照。他に騎士たるもイハグトハムの知識を有した」とかい、聖職者裁判官および俗人裁判官双方がヨモハ・ローの発展に寄与したシスターは考へてこる。

- (39) ハルバート・ローイング、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) によると、「イングランドでは、十二世紀に、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。十二世紀のイングランドの偉大な叙述者、『トラクトン』は、やがてした仲間の一人でした」と表現されてくる。またマイトハム『トラクトン』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) Thorne, *Bracton* vol.1, xxxvi-xxxvii を参照。
- (41) ハンリ・ム・ト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)を除くと、

- 年) であつた」とか<sup>42</sup>、1110年代にロウリーが手がけた著書を、1150年代にアッパー・ローマだけの経験をくへり・シ・アラクトーへが有してなかつたとアラムは理解する。Brand, "Age of Bracton", 87-89 を参照。
- (42) メーテルハーメ *Bracton and Azo* 以下の箇所を扱つたが、エロケータと関連わせてもよくなかった。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6-1 (11), 110-117, 771=七六七頁、同「ローマ法の訴権競合についての考察（一）」、関西大学法学論集6-1 (11), 110-117, 771=七四一頁、同「カルサケリースと訴権競合問題」、関西大学法学論集6-1 (11), 110-117, 771=七四一頁を参照。
- (43) テーベのトキベーラ Richardson, *Bracton: the Problem of his Text*, p.141 を参照した。
- (44) “AD DIEM summontionis 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 eidem actionem proponat tenens exceptionem si quam habuerit et iliam probet, et doceat quod exceptio ad ipsum pertineat, secundum quod dicitur de actionibus et eodem modo. Exceptiones enim loco actionum sunt. Nam qui excepti agere videtur quantum ad onus probations, et respectu actionum dicuntur exceptions, unum enim alterum impugnat. Et sicut actores armantur actionibus et accinguntur quasi gladiis, ita rei e contra mununtur exceptionibus et defenduntur quasi clipeis.” Thorne, *Bracton* vol.4, p.245 参照。
- (45) “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 参照。
- (46) “EXCEPTIO quidem sic dividitur. Exceptionum vero quaedam sunt dilatoria et quaedam peremptoriae, et haec est prima et brevis divisio. Item dilatoriarum quaedam sunt peremptoriae iurisdictionis, et dilatoria actionis et non peremptoriae. Et eodem modo aliae peremptoriae brevis et dilatoria actionis. Item quaedam exceptions sunt generales ad omnia placita sive actiones, et quaedam speciales quae competent et dantur contra actiones singulares. Quaelibet enim actio habet suas exceptions 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 imprecatiōnēs, de quibus superius dictum est, et quae sunt diutoriae actionis et quasi extra actionem, et ideo actionem non perimunt quāvis illam ad tempus differentia.” Thorne, *Bracton* vol.4, pp.245-246 ↗

(47) "Quia reis ad iudicium vententibus ope exceptionum saepe subvenit, quae interdum ad iudicium declinandum, interdum ad aliud eum actionem extirricare non competit, id est de exceptionibus videlicet" *Barrington, Liber de Iudiciorum Origine* § 130

を参照。

488 "Exceptionum igitur alia est dilatoria, alia perentoria; dilatoriaum alia declinatoria iudicij, alia dilatoria solutionis. Sed earum, quae ad declinationem iudicij faciunt, quedam competit ex ipsa iurisdictione, quedam ex persona iudicium, quedam vero ex persona actoris vel eius procuratoris, quedam 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。

(49) 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(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 索引を Richardson, *Bracton: the Problem of his Text*, p.141 を参照。アーバーは以下のよう  
に述べる。「原告が劍のよみに身につけ武装する訴権にひこで行つてゐたよみに、被告が防衛されてゐるよう  
に見られ、また盾にひこで守られてゐる抗弁にひこで我々はこも考観しもべ」 (sic vidimus de actionibus quibus actores  
armantur et accinguntur quasi gladiis, nunc videamus de exceptionibus rei muniri videntur et defenduntur quasi clip  
eis.)

(51) “exceptio dilatoriae”を[懇延的抗弁]、 “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) 船田享一「ローマ法 第五卷」(岩波書店、一九七一)、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」

説  
論  
〔Q〕 (Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales et dilatoriae.) どうして説明がされている。この箇所の訳文は、岡徹「抗弁論研究(1)」、関西大学法学論叢六七(四)、110頁、175頁に掲げた。ユ帝『法学提要』では、「exceptio perpetuae et peremptoriae」が「exceptio temporales et dilatoriae」と表現され、「およぶ」を意味する“et”が存在するが、タ・ク・レ・ム・リ “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、一時に(原告に)害を及ぼす、もしくは時の猶予を認容するものである。たゞべば、一定の期間内たゞえば五年以内は訴えられない」と合意がなされたとある。合意にもつく抗弁がそれである。なぜない、この期間が終了したならば、原告は、物を追究するの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、あることは合意にもつく抗弁により、あることはその他の類似の抗弁により、訴えを延期し、そしてこの期間の後で訴えを可能である。したがってまだ、これが遷延的抗弁と呼ばれる」(Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilatationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum convenierit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium, nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi. ergo hi, quibus intra tempus agere violentibus obicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriae istae exceptiones appellantur.) と説明がなされている(訳文は岡、同上、75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」とまとめたンクレームは理解しているのであるつか。これには『学説彙纂』第四四卷の「抗弁論」部分との検討が求められる。そして、タ・ク・レ・ム・リの箇所ではユ帝『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遷延的抗弁(dilatoria praescriptio)を利用し損なった後に(遷延的抗弁)行使する」を欲し、またそうした援助にひき隔てられたにも関わらず、(抗弁の行使を)主張した時期の認の弁明に固執するなど」、リーブル金相当の罰金にのみにて罰せられるなど」(Si quis advocatus inter exordia litis praetermissam dilatioriam praescriptionem postea voluerit exercere et ab huiusmodi opitulatione submotus nihil minus perseveret atque praeposterae defensioni insisterit, unius librae auri condemnatione multetur.)、およびC. 8.35.13 「(訴訟の)開始にねじて、管轄に屬する抗弁(praescriptio fori)が正当事務にのみ適用されぬ場合、法律の権威が公認する」(Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas.)を、教皇令と共に挙げてゐる。Bergmann, *Libri de Iudiciorum Ordine*, S.140を参照。