



Title	ウィリアム・オブ・ドロエダと『黄金汎論』（一）： 法格言scienti et volenti non fit iniuria の原点 を訊ねて
Author(s)	松本, 和洋
Citation	阪大法学. 2015, 64(5), p. 267-287
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71544
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ウィリアム・オブ・ドロエダと『黄金汎論』(一)

——法格言 *scienti et volenti non fit iniuria* の原点を訊ねて——

松 本 和 洋

はじめに

第一章 先行研究からの示唆

第一節 『ブラクトン』研究におけるドロエダ『黄金汎論』への注目

第二節 当該法格言のローマ法的起源に関する先行研究からの指摘

第二章 ウィリアム・オブ・ドロエダと『黄金汎論』(以上本号)

第三章 『黄金汎論』と『ブラクトン』における法格言の比較

第一節 『黄金汎論』における検討

第二節 『ブラクトン』における検討

おわりに

はじめに

ビジネス等における「国際化」の拡大と相まって、自国の法体系とは異なる「外部の法」に由来するものをどの

ように自国に取り入れるのかという、いわば「外部の法の自国への影響乃至利用」とも言うべき問題の重要性と関心は、昨今の我が国において刑事訴訟あるいは民事訴訟を問わず高まっていると思われる。

このような問題関心の元、筆者はヘンリ・ド・ブラクトンが著者とされている（この点については研究者間で論争がある）一三世紀のイングランドの法書『イングランド王国の法と慣習』（以下『ブラクトン』）に着目して研究を行ってきた。というのも、『ブラクトン』はイングランド固有の法であるコモン・ローを体系化して述べようとした初めての法書でありながら、その著述には『ローマ法大全』を始めとするローマ・カノン法（以下学識法）の文献が利用されていたということが、先行研究において指摘されていたからである。⁽¹⁾さらにまた、一八世紀には『ブラクトン』を媒介とすることによって、コモン・ロー裁判官がローマ法を利用するという現象が起こっていたことから、『ブラクトン』をコモン・ローと学識法の接点として捉えることができる。⁽²⁾

その上で本稿は、『ブラクトン』がその起源であるとされてきた法格言「知りそして望む者に不法は生じない」(scienti et volenti non fit iniuria) に注目した。⁽³⁾当該法格言はイングランドの裁判所において、主として不法行為に関して用いられてきたものである。例えば、共働者の準則乃至共同雇用の法理 (common employment doctrine; fellow servant rule) ならびに寄与過失 (contributory negligence) の法理といった、近代期のコモン・ローにおいて生じた問題を巡る議論と当該法格言は関わりを持っており、特に寄与過失の法理については、我が国でも「過失相殺」を規定する民法七二二条二項の成立に影響を及ぼしているという研究もある。⁽⁴⁾

その一方、本稿で述べるように、『ブラクトン』の先行研究において、当該法格言が一三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) の著書、『黄金汎論』(Summa Aurea) から借用されたという指摘があったことに筆者は注目した。さらに（詳細は第一章第二節および第三章で述

べるが)『黄金汎論』における当該法格言の登場箇所を確認したところ、各箇所では当該法格言は『ローマ法大全』の法文を典拠としていたことが明確に示されていたのである。⁽⁵⁾

つまり、『黄金汎論』と『ブラクトン』における当該法格言の利用を比較検討することは、独自の法体系であると思なされているコモン・ローも、その発展期には何らかの形で学識法という外来の影響を受けていた(しかしながら、ヨーロッパ大陸諸国での継受とは異なっていた)ことの実例を示すことになり得よう。そしてさらに、発展期にあたる一三世紀のコモン・ロー裁判所を担った裁判官たちが、学識法とどのように接触し、どのようにこれを利用したかという点で(その後も多分に歴史的陶冶を経たという問題を同時に孕んでいるが)冒頭で挙げた「外部の法の自国への影響乃至利用」という問題を考える際の格好の素材であるとも言えるだろう。

第一章 先行研究からの示唆

第一節 『ブラクトン』研究におけるドロエダ『黄金汎論』への注目

さて、本稿で扱う『ブラクトン』ならびに『黄金汎論』が執筆された中世イングランドにおいて、ローマ法が与えた影響は、大陸法におけるそれと比べて大きなものではなかったという見方が久しく取られてきた。近年では、いわゆる「アングロ・ノルマン学派」についてのS・クットナーとE・ラシュボーンによる記念碑的な研究を初めとして、イングランドにおけるローマ法の影響——とりわけコモン・ローの形成および発展の時期であった一二世紀から一三世紀にかけて——についての視点は変化を遂げてきた。⁽⁶⁾例えば一九世紀にF・W・メイトランドが『ブラクトン』に関する研究で述べたような、コモン・ローにおけるローマ法の影響を断片的かつ程度を低く見積もろうとする視点——これはコモン・ローの独自性を確立するという点において非常に重要であったが——から、およ

そ百年を経ての脱却を示していると言えるだろう。⁽⁷⁾ コモン・ローには俗に「法曹院」と呼ばれる専門の法曹養成組織の形成とそこでの教育があり、ローマ法およびカノン法の教育状況とは一線を画していたが、他方でローマ法廷弁護士 (Civilian Advocates) のように、大学で教育を受けた法曹がイングランドにおける法実務 (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一九世紀まで続いていた。⁽⁸⁾ またザイプによる研究からも、既に法曹院を有していた一五世紀から一六世紀のコモン・ロー法曹たちが学識法学者と接触を持っており、「学識法に『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。⁽⁹⁾

その一方で、法曹院以前の研究が我が国では未だ不足しており、『ブラクトン』についての研究もまた同様の感を否めない。既に述べたように、『ブラクトン』には学識法の影響が (その理解度や利用の在り方を別としても) 各所に見られ、更に当時の国王裁判所を担った者の多くは、その退官後に教会裁判所の裁判業務にも従事した聖職者裁判官たちであった。⁽¹⁰⁾ また『ブラクトン』で「訴訟」を扱った部分が全体の三分の二に上ることからも、主として当時発達していたカノン法の訴訟手続が執筆の参考にされたであろうことは想像に難くない。実際、先行研究からも『ブラクトン』における学識法文献の影響を示す例が挙げられている。⁽¹¹⁾ しかしながら、詳細な検討を欠くものも多く、ドロエダの『黄金汎論』も含めて更なる比較検討が求められる。

そのドロエダと『黄金汎論』についての研究は、数は少ないものの細々となが行われており、また『ブラクトン』研究とも大いに関わりを持っていた。ドロエダの経歴や著書を初めて本格的に扱った F・W・メイトランドの成果は、後に『黄金汎論』の写本を編纂した L・ヴァールムントによる編者序文や、F・デ・ズルエタ並びに J・E・セイヤーズの研究で大いに参照された。⁽¹²⁾

『黄金汎論』の編纂を手がけたヴァールムントは、『ブラクトン』と『黄金汎論』それぞれの序文に類似点がある

ことを指摘していた⁽¹³⁾。ヘルマン・カントロヴィチは『ブラクトン』の執筆年代に関するメイトランド説を批判する際、その根拠の一つとしてこれを応用することで、『ブラクトン』は中世ローマ法の大家アゾの著作と『黄金汎論』の間に位置しており、『ブラクトン』の序論がドロエダの『黄金汎論』のそれに参照されたとした。これに対し、H・G・リチャードソンは、『黄金汎論』が『ブラクトン』よりもアゾに強く依拠している箇所を提示し、またヘンリ・ド・ブラクトンが、その死（一二六八年）まで自身による手稿（マニユスクリプト）を保管しており、その死後に写本として流布した、かの手稿（『ブラクトン』）が未完であった点を理由としてカントロヴィチ説を退けた⁽¹⁴⁾。一方で、『ブラクトン』研究における『黄金汎論』への注目はこの後一旦途切れることになる。

その『ブラクトン』を英訳したS・E・ソーンは、英訳本の第一巻と第三巻とに訳者序文を付しており、通説であった著者と執筆年代に関するメイトランドの見解に対して鋭い批判を行った第三巻のそれは特に有名である反面、第一巻に付されたそれは注目を集めていない⁽¹⁵⁾。しかしソーンはその内で、『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、その執筆者たちが「学校」で教育を受けたことの証明であり、さらに法格言「知り（そして望む者に不法は生じない）」（*scienti et volenti non fit iniuria*）が、『黄金汎論』から借用されたものであるという新たな発見を示したのである⁽¹⁶⁾。それまで当該法格言は、『ブラクトン』のオリジナルである、またはローマ法のイングランドでの「帰化」を表すものであるといった評価を与えられていた⁽¹⁷⁾。しかしながら、その後の『ブラクトン』研究は皮肉ながら同じくソーンが提起した著者と執筆年代の問題に主軸を移していくことになり、この法格言に関する詳細な検討もまた放置されてしまった感がある。

第二節 当該法格言のローマ法的起源に関する先行研究からの指摘

さて、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⁽¹⁸⁾。イングマンによると、『ローマ法大全』の下三つの法文がこの法格言の基礎とされている。

(一) 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ないように、悪意について告訴するのは無益とする。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¹⁹。」(Cum donationis seu transactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis nec unquam volenti dolus inferatur, frustra de dolo querimini, nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur.)

(二) D. 47. 10. 1. 5 (ウルピアヌス『告示註解』五六卷)「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）望んでいる息子売り払った（場合）、確かに名義上、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、望む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 venderit, patri suo quidem nomine competat iniuriarum actio, filii vero nomine non competat, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.)

(三) D. 50. 17. 203 (ボンボーニウス『クイントゥース・ムーキウス註解』八卷)「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 damnus sentit, non intellegitur damnum sentire.)⁽¹⁹⁾

またイングマンはP・スタインの法準則(Regulae Iuris)に関する研究を踏襲しており、そのスタインはこの法格言に類似したものとして『第六書』(*Liber Sextus*)末尾所収の法準則二七番、「知りそして同意する者には不法も悪意も生じなす」(Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus.)を挙げている。⁽²⁰⁾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。⁽²¹⁾

イングマンは当該法格言の伝播の原点として、学識法文献では『第六書』を、イングランドでは『ブラクトン』を置いているが、彼の関心は『ブラクトン』以後の『法廷年報』(Year Book)以降における同法格言の定着過程にあるためか、これらに対する言及は非常に淡泊である。その『法廷年報』以降についてのイングマンの研究によれば、まず一三〇四年のRandolf v. de Richmondにおいて、“volenti non fit iniuria”の語が登場している。その後一三一年のHotot v. Rychemundにおいては、『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、近代に入って当該法格言はブラウドウン判例集に収録されたGrendon v. Bishop of Lincolnにおいて登場した後、「はじめに」で挙げた共働者の準則乃至共同雇用の法理や寄与過失の法理に関わる判例等において用いられるようになっていくことが示されている。⁽²²⁾

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、そこで典拠として示されている『ローマ法大全』の法文を見ると、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. 203²³も（第三章で示すように一ヶ所ではあるが）用いられていたのである。イングマンの研究では『黄金汎論』に触れていないという点、また我が国でも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⁽²³⁾。またその写本が遠くバチカンにまで渡り、一四世紀の著名なカノン法学者ヨハネス・アンドレアエがこの書物に言及していた点から考えても、一三世紀のイングランドで行われていた法学教育の一端を知る手がかりとして『黄金汎論』は重要な意味を有している⁽²⁴⁾。

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く、彼及び著書への詳細な説明を欠くものの、その名は今日でも折に触れて登場している⁽²⁵⁾。この法格言を契機として、この半ば忘れられた法書であるドロエダの『黄金汎論』と『ブラクトン』とを比較することは、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、法曹院成立以前の一二世紀におけるコモン・ローと学識法の接触の実態と、その頃の国王裁判官が受けた法学教育の実態を探る点でも意義を有するであろう。

第二章 ウイリアム・オブ・ドロエダと『黄金汎論』

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あるが、ドロエダの名はマシユー・パリスの年代記にも現れている。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一二四一年に死亡した際、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。一二四五年に、モンペリエは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

死を理由として、彼の主張を断念することを教皇に伝えている。⁽²⁶⁾

ドロエダの出身は不明であるが、セイヤーズはハンプシャーに何らかの関係を持っていたとしている。⁽²⁷⁾ ドロエダは一二三〇年代後半にはオックスフォードで教鞭を取っていたと思われるが、一二四五年に従者に殺害されており、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。⁽²⁸⁾ また中期イングランドの法学教育を扱った先行研究で、一三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。⁽²⁹⁾ しかし生前に彼がボローニヤ大学等で学んだことを示す証拠はなく、また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については不明である。⁽³⁰⁾ 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ていたが、ズルエタはこの『貧しき法学徒の書』の影響をドロエダが受けたとは見ていない。⁽³¹⁾

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 Fering) 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。彼と共にロウリーから聖職禄の分与を受けた人物がヘンリ・ド・ブラクトンであることは、『ブラクトン』研究の側からも興味深いものである。⁽³²⁾

現在八つの『黄金汎論』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 (C a) の二写本はケンブリッジ大学に、Vatican-Palace latin. 796 (d) と Vatican latin. 2590 (v) の二写本がバチカンに所収されていることがヴァールムントによって確認されている。⁽³³⁾ 他にLuxenburg-Bibliothek publ.13 (L) と Tours Bibliothek municip. 607 (T) を含めた六つの写本がヴァールムントによる編纂作業に用いられた。不幸にも (T) は第二次世界大戦中の一九四〇年に失われている。その後セイヤーズによって、新たにBruges Stadsbibliothek MSS 355 (B) と Worcester Cathedral Dean and Chapter MSS 74 (W) の二写本が存在することが明らかになっている。⁽³⁴⁾

全四二一頁におよぶ編纂本から確認される『黄金汎論』の全項目数は、序文を除いて四六九である。同書が典拠としているのはユ帝『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。また時に一つの対象が複数項目に渡っている場合もあり、例えば第五項から第七二項が、「第一の」「第二の」として代弁人の訴訟担保 (*cautela*) に当てられている。⁽³⁵⁾ズルエタは『黄金汎論』全体を次の五つに分類している。

(一) 第一項から第一六三項までは、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 (*questio*) の語が付けられた項目の多さがある。特に訴訟担保では、代弁人 (*advocatus*) による訴訟担保と、訴訟代理人 (*procurator*) に関する問 (*questio*) にその多くが割かれている。訴訟担保に関しては「代弁人らの訴訟担保」(*cautela advocatorum*) と「被告自身の代弁人の諸訴訟担保」(*cautelae advocati ipsius rei*) を合わせて三〇項分、訴訟代理人に関連しての問だけで三一項分に及んでいる。⁽³⁶⁾

(二) 第一六四項から第三五八項と、実に全体の約三分の一に当たる項目が訴状 (*libellus*) に当てられている。⁽³⁷⁾ズルエタによれば、この部分は更に四つに分類することができる。まず冒頭部にあたる第一六四項から第一七二項、末尾部にあたる第三四八項から第三五八項は「一般的なもの」(*generalia*) について扱っている。⁽³⁸⁾その間には、第一七三項から第二八一項にかけてローマ法上のもの、第二八二項から第三四七項にかけて教会法上のものが扱われている。⁽³⁹⁾ズルエタによれば、一二三四年あるいは一二三五年に流布した、ロッフレードウス・オブ・ベネベントゥム (*Roffredus of Beneventum*) 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。⁽⁴⁰⁾

(三) 第三五九項から第三九七項は、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、例えば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。⁽⁴¹⁾

(四) 第三九八項から第四三四項は、教皇の勅書について当てられており、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。⁽⁴²⁾

(五) 第四三五項から第四六九項は、抗弁(exceptio)について扱っている。例えば第四三六項からは裁判官の忌避に、また第四五七項から第四六二項は損害賠償(restitutio)に当てられている。ズルエタによれば、ここでもロッフレードウスの参照が疑われるが、密接な類似は見られないとされている。⁽⁴³⁾

ドロエダが『黄金反論』の執筆に際して依拠した文献には、『ローマ法大全』は当然として、アゾによる集成(summa)やロッフレードウスの著作の他、一二三四年のグレゴリウス九世教皇令集、一二三七年のイングラン・ド在使節オットーの教会規律などがある。⁽⁴⁴⁾ さて、メイトランドは『黄金汎論』の構成について、次に抜粋した序文の部分から、六巻で構想されていたと指摘する。⁽⁴⁵⁾

『黄金汎論』序論六〇七頁

「……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)、あるものは聖界上の(spirituais)、あるものは刑事上の(criminails)、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(generatiter)六巻本を通じて(per sex libros)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。

第三卷では、判決についてと、それに従う諸々について。

第四卷では、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。

第五卷では、婚姻関連の事案と、その効果について。

第六卷では、告発とその効果について、選出と選出者の権能について、また申請について……⁽⁴⁶⁾

編纂本の出版が示しているように、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ため、ドロエダが『黄金汎論』を本当に六巻に分けて執筆したか、死の前に執筆が終了していたかは不明である。(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⁽⁴⁷⁾られており、他の写本に至っては“composui”並びに“inchoavi”の語が欠落していること等から、結論を出すことは非常に困難である。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になったことを整理した。メイトランドやズルエタなどの注目を度々受けながらも、未だ多くの点が曖昧である印象は強い。ドロエダ自身と『黄金汎論』それ自体にも、更なる研究が必要であらう。

- (1) 先行研究における展開については、拙稿『プラクトン』の学識法利用に関する検討(一)——タンクレードおよびドロゲータの比較検討を通じて——、「『阪大法学』六三巻五号、二〇一四、二〇六＝二〇七頁ならびに、T. F. T. Plucknett, *Early English Legal Literature*, Cambridge, 1958, pp.47-53を参照。
- (2) 一八世紀における『プラクトン』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、一九五九)、四八七頁(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。
- (3) 守屋善輝編『英米法諺』(日本比較法研究所、一九七三)、六三九頁を初めとして、様々な文献で当該法格言は紹介さ

れてきた。他に砂田卓士、新井正男編『英米法原理』(青林書院、一九八五)、一六三頁や、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、一九八五)、一二二頁などがある。当該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』四七巻、一九六五、一四〇＝一四九頁がある。また近年の研究には、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』五巻一号、一九九一、一＝五四頁、同(下)、『駿河台法学』五巻二号、一九九二、六一＝八一頁ならびに、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(一)」、『広島法学』二五巻一号、二〇〇一、一四五＝一六一頁および、同(二)、『広島法学』二五巻三号、二〇〇二、一〇九＝一二一頁などがある。

(4) 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* (一八三七年) 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、そのことで会社になを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 Counties Railway Co.* (一八五一年) 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、雇主を訴える事はできないとされた。寄与過失の法理については、リーディング・ケースとして有名な *Butterfield v. Forrester* (一八〇九年) や、原告と被告双方に同程度の過失が存在した場合に被告は責任を負わないと判じられた *Bridge v. The Grand Junction Railway Company* (一八三八年) がある。このように近代のモン・ローでは、一九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状況は変化した。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、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* (一八九一年) は殊に有名である。一八八〇年の使用者責任法(*Employer's Liability Act*) や一八九七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一九四八年に撤廃され、寄与過失の法理の適用範囲も制限された。A. H. Manchester, *A Modern Legal History of England and Wales 1750-1950*, London, 1980, pp. 289-296 ならびに J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 4th ed., New York, 2011, pp. 416-417 を参照。民法七二二条二項については、大河純夫「不法行為過失相殺規定(民法七二二条二項)成立の一断面」、『立命館法学』二九八号(二〇〇四年六号)、二

〇〇五、一三〇九＝一三三九頁を参照。

- (5) 日本の先行研究でもドロゲータ、ドロエタなど複数の表記があるが、本稿ではドロエタとする。『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）、一三九頁に従った。また、同書でドロエタは「ドロゲータ」と呼称されている。

- (6) S. Kutner & E. Rathbone, "Anglo-Norman Canonists of the Twelfth Century", *Traditio* vol.7, New York, 1951, 279-358を参照。

- (7) F. W. Maitland, *Bracton and Azo*, Selden Society vol.8, 1895; Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *History of English Law before the Time of Edward I*, Cambridge, 2nd ed, 1898, pp.207-209を参照。

- (8) 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「イングラント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、一九八七年）所収、三四＝六〇頁を参照。ローマ法廷弁護士の概略については、J・H・ベーカー、深尾裕造訳『イギリス法史入門第四版 第一部〔総論〕』（関西学院大学出版会、二〇一四）、一三三＝一三三六頁（原著はJ. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 4th ed., New York, 2011, rpt, pp.169-170）を参照。

- (9) 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, 388-420を参照。鉤括弧内は筆者による引用。

- (10) ヘンリ・ド・ブラクトン自身も、国王裁判官退官後の一二六四年にはバースタブルの助祭長に就任し、晩年の一二六八年にはエクセターで司教座聖堂尚書院長を務めた。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, p.17を参照。

- (11) ローマ法研究者として知られるF・シメルにこの研究について、Fritz Schulz, "Critical Studies on Bracton's Treatise", *Law Quarterly Review* vol.59, 1943, 172-180を参照。また、"A New Approach to Bracton", *2 Seminar Jurist*, 1944, 41-50を参照。また、id., "Bracton and Raymond de Peñafort", *Lane Quarterly Review* vol.61, 1945, 286-292を参照。また、これに触発された研究として、H. G. Richardson, "Azo, Drogheda, and Bracton", *English Historical Review* vol.59, 1944, 22-47を参照。また、id., "Tancred, Raymond, and Bracton", *English Historical Review* vol.59, 1944, 376-384を参照。また、同様にH. G. Richard-

son, *Bracton, the Problems of his Text*, Selden Society Supplementary Series vol.2, 1965, pp.77-151) など、それぞれの詳細な検討は欠くものの、『ブラクトン』と対応関係が考えられる学識法文献の箇所とが提示されている。

- (21) F. W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England: six essays*, London, 1898, pp.107-116 (以下 Maitland, *Roman Canon Law*) を参照。

- (13) ヴァールムントが取り上げたのは以下の部分である。『黄金汎論』二頁「どの作業でも我々は以下を考察する。素材は何であるか、意図は何であるか、何が目的であり、哲学の如何なる部分に従わせられるかである。要するに、この本の素材はイングラントで日々生じ生み出されている実際の各事例であることを知らねばならない……意図とは、これらを研究することである。効用あるいは目的は、粗雑な者を繊細にし、□□もる者を雄弁にし、繊細な者をより繊細にし、善人をより善良にし、その他すべての者の内より高潔で分別のある者にし、悪人を善良にすることである……」(in quolibet opere consideramus ista: quae sit materia, quae intentio, quis finis, cui parti philosophiae supponatur, igitur sciendum, quod materia huius libri sunt casus de facto, qui in Anglia incidunt et quolibet die accidunt……Intentio est, tractare de his. Utilitas vel finis est, quod rudes efficiantur subtiles, balbutientes loquentes, subiles subtiliores, boni meliores et inter omnes alias nobiliores et prudentes, et quod mali fiant boni……)『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 (以下 Wahrmund, *Summa aurea*)』, S.2: 『ブラクトン』第二卷二〇頁「つづ」この論文の中では、他の論文におけるように、すなわち素材は何であるか、意図は何であるか、効用とは何であるか、何が目的であり、哲学の如何なる部分に従わせられるのか、を考察すべきである……イングラント王国で日々発生し明らかになる事件 (facta) と事例がその素材であることを知らねばならない……共通の意図は、粗雑な者を繊細にし、繊細な者をより繊細にし、悪人を善人に、善人をより善良にするように法につづ (de iure) 著すことである……」(In hoc autem tractatu sicut in aliis tractatibus consideranda sunt haec, scilicet, quae sit materia, quae intentio, quae utilitas, quis finis et cui parti philosophiae supponatur……Et sciendum quod materia est facta et casus qui quotidie emergunt et inveniunt in regno Angliae……communis intentio est de iure scribere ut rudes efficiantur subiles, subiles subtiliores, et homines mali efficiantur boni et boni meliores……) *Bracton On the Laws and Customs of England* vol.2, G. E. Wood-

bine ed., trans. S. E. Thorne, New York, 1967, rpt. p.20 (以下 Thorne, *Bracton*) を参照。傍線は筆者による。

- (14) カントロウィチならびにリチャードソンに見解に合うが、Hermann Kantorowicz, *Bractonian problems: being the ninth lecture on the David Murray Foundation in the University of Glasgow*, Glasgow University publications 56, 1941, pp.28-36 及び Richardson, "Azo, Drogheda, and Bracton", 21-27 を参照。近年、その『ブレントン』の執筆年代と著者問題を巡る議論は J・J・バーレンと M・ブレンツの間に行われた。J. L. Barton, "The Mystery of Bracton", *The Journal of Legal History* vol.14 no.3, 1993, 1-142 及び id., "The Authorship of Bracton: Again", *The Journal of Legal History* vol.30 no.2, 2009, 117-174 及び Paul Brand, "The Age of Bracton", *The History of England Law: Century Essays on 'Pollock and Maitland'*, John Hudson ed, Oxford & New York, 1996, 65-89 及び id., "The Date and Authorship of Bracton: a Response", *The Journal of Legal History* vol.31 no.3, 2011, 217-244 を参照。

- (15) Thorne, *Bracton* vol.1, vii-xlviii 及び vol.3, v-iii を参照。

- (16) 「彼(『ブラクトン』)のローマ法訓練の更なる証拠は——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ト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-xxxvii を参照)。

- (17) 『ブラクトン』の写本を編纂した G・E・ウッドバインは、『ブラクトン』がアソなどを参考にしつつ、オリジナルに当該法格言を作り上げたものと考へた。(G. E. Woodbine, "The Roman Element in Bracton's De Acquirendo Rerum Domino", *Yale Law Journal* vol.31, 1922, 839-840 を参照) メイトランドの『ブラクトン』研究に影響を与えた C・ギューターボックは、当該法格言をイングラントに帰化 (naturalize) したローマ法的な法格言 (Roman legal maxim) の一つと評している。(Carl Guterbock, Brinton Cox trans, *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. pp.48-49 を参照)。

- (18) T. Ingman, "A History of the Defence of *Volenti Non Fit Injuria*", *The Judicial Review* vol.26, 1986, 1-28 を参照。

- (19) 本稿で取り上げる『学説彙纂』第五〇巻第一七章の訳には、田中周友「ローマ法に於ける法原則の研究——学説彙纂

mischen Rechts im Mittelalter Bd.3) を参照。またアンドレアエを扱った先行研究には、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』四六号、一九九六、一—四〇、三頁がある。

- (25) 例へば、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を参照。

- (26) Maitland, *Roman Canon Law*, p.108を参照。

- (27) 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）、二九二頁（原著はA. Engelmann, *Der Zivilprozess: 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.38）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 28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ら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と推定される。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") を参照。

- (28) Sayers, "William of Drogheda", 936; Kantorowicz, *Bractonian Problems*, p.27を参照。

- (29) L. E. Boyle, "Canon Law before 1380", *The Early Oxford Schools*, J. I. Catto ed., Oxford, 1984, 536を以下、直江真一「コモン・ローの形成と大学」、『西洋史研究新輯』一二二号、一九八三、四五頁を参照。

- (30) 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、一二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) の名をセイヤーズは挙げている。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』一二二号、二〇一〇、八三—一〇七頁を参照。

- (31) *Liber Pauperum of Vacarius*, F. de Zulueta ed. Selden Society vol.46, 1927, xix, id., "William of Drogheda", *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornu* tom.2, Gand, 1926, 644 (以下 Zulueta, "William of Drogheda") を参照。サイヤーズはズルエタのような見解を断定するものではないと主張している。Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 208 を参照。

- (32) 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。『ブラクトン』の著者および執筆年代に関する研究を行ったブランドは、ソーンの見解に従って、『ブラクトン』の大部分はロウリーの筆によるものであり、ヘンリ・ド・ブラクトンはその改訂を試みた人物であるという見解を強く打ち出している。Brand, "Age of Bracton", 73-79 を参照。ロウリーによる聖職禄の分与については Thorne, *Bracton* vol.3, xlii-xliii を参照。ソーンおよびブランドの見解に沿うならば、共にロウリーに仕えたフェリングを通じて『黄金汎論』をヘンリ・ド・ブラクトンが知り、これを利用したと考えられることもできるが、推測の域を出ない。

- (33) V にしたがって断篇 (fragment) として残っている。Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 205, fn.24 及び Währmund, *Summa aurea*, xi を参照。

- (34) Währmund, *Summa aurea*, x-xi および Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 205, fn.2 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、一二七〇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であったウォルター・ド・ハイド (Walter de Hyde) が (Ca) の所有者であり、また一二五〇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) が (C) の所有者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 を務めており、またリチャードソンは、ハイドが一二七八年にローマを訪れていたと述べている。Sayers, "William of Drogheda and the English canonists", 217-218 H. G. Richardson, "Studies in Bracton", *Traditio* vol.6, New York, 1948, 61 を参照。

- (35) Währmund, *Summa aurea*, S.56-71 を参照。

- (36) Zulueta, "William of Drogheda", 646-647を参照。Wahrmund, *Summa aurea*, S.56-71, 86-91, 105-171を参照。
- (37) Zulueta, "William of Drogheda", 647を参照。同論文内は第一六四項から第三四八項としているが、誤植と思われる。
- (38) 例えは第一六八項の表題は「一般的に第一の訴状について」(De libello primo generaliter)であり、第三五七項は「訴状の効果について」(De effectu libelli)である。Wahrmund, *Summa aurea*, S.196-197, 291-292を参照。
- (39) ローマ法上のものとしては、例えは第一七七項の「プーブリキウス訴権についての訴状」(Libellus de Publiciana actione)や、第二〇〇項の「分配訴権についての訴状」(Libellus tributioriae actionis)や第二〇三項の「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、例えは第二八九項の「十分の一税についての訴状」(Libellus de decimis)や、第二三四項の「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。Wahrmund, *Summa aurea*, S.206, 214-215, 241-242, 255を参照。
- (40) Zulueta, "William of Drogheda", 647-648を参照。
- (41) *Ibid.*, 650-651を参照。
- (42) *Ibid.*, 651を参照。同論文は第三九四項から第四三四項までとしているが、第三九四項は「免除についての書面」(Litterae executoriae)に連なる「問」の一部であり、第三九八項「勅書について」(De rescriptis)の誤植と思われる。
- (43) また、裁判官の忌避に関するドロエダの著述は、カノン法に関してはタンクレードの影響が見られるが、ローマ法に関しては異なるとズルエタは述べている。*Ibid.*, 651を参照。
- (44) Sayers, "William of Drogheda", 631を参照。またズルエタによれば、ドロエダはタンクレードの『裁判手続の書』も知っていたとされている。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については、さしあたり佐藤伊久男「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一的諸権力の構造と展開』(創文社、一九九四)所収、五一六-五二〇頁を参照。
- (45) Maitland, *Roman Canon Law*, pp.109-110を参照。
- (46) ".....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

advocato, de assessore et de hiis, quae antecedunt litis contestationem.

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

In tercio 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 effectu.

In sexto de accusationibus et earum effectu et de electione et electi potestate et de postulatione.....", Währmund, *Summa aurea*, S.6-7を参照。文中の略は筆者による。

(47) 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。Währmund, *Summa aurea*, S.3を参照。