

イングランド法とヨーロッパ普通法 一四五〇-一六五〇年

イベトソン, デイヴィッド
ケンブリッジ大学法学部

朝治, 啓三
関西大学文学部

直江, 眞一
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/10728>

出版情報 : 法政研究. 73 (4), pp.65-93, 2007-03-20. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

イングランド法とヨーロッパ普通法 一四五〇—一六五〇年

デイヴィッド・イベトソン

朝治啓三

(訳)

直江眞一

一四六九年頃、ヴァティカンの教皇庁図書館員であったジョヴァンニ・アンドレア (Giovanni Andrea) は、次のように記しています。「中世は終わりにさしかかり、新しい時代が始まろうとしている」と。⁽¹⁾ キリスト教世界の知的中心にいた彼の立場からみて、大きな変動が起こりつつあったのです。

法もまたこの時期、ヨーロッパの到るところで変動の最中にありました。私達の議論の出発点として、ネーデルラント南部に由来するこのような変化の最初の証拠から始めるのが適当でしょう。⁽²⁾ それは、シント・ピーテルス (St Peters) という小さな村に関係しています。この村では、法的紛争はその地方のオールダマン (alderman) によって解決されてきました。オールダマンというのは、正式の法的訓練を受けていたわけではありませんが、その地方の慣習法を適用するにあたって多くの経験を積んでいた人々であります。争点は、通行のための法的権利が永年の使用によって取得されるかどうかというものでした。被告は、当該土地の所有者であり、教会でした。両当事者には弁護士がついておりました。原告側の主張は、永年の使用による権原取得に必要とされるのに適当な期間は三〇年であるというものでした。被告はこれに同意せず、被告の弁護士は四〇年か一〇〇年が必要とされると主張しました。双方の弁護士は、ローマ法、すなわちユースティニアヌスの『ローマ法大全』のテキストを、自らの主張の正当性の根拠にしました。それによれば、権原取得のための通例の期間は三〇年であるが、当該権利が教会に対抗して得られる場合には、そのよ

うな一般的ルールの例外がありうるということになっていました。私達にとって、この紛争の詳細はそれほど関係ありません。興味を引くのは、この裁判所の裁判官達の次のような反応です。

「成文法についてのそのような主張がかつて彼等の面前に出されたことはなかった。また、シント・ピーテルスの
オールドマン達はこの件に関する慣習法を知らなかった。それ故、彼等は無知であった。」

慣習法を適用しようとするこの裁判所の裁判官達は、初めて、全く異なった根拠で主張する弁護士、すなわち地方的慣習ではなく、ローマ法の成文テキストから準則を導き出そうとする弁護士に直面したのであります。裁判官達には、ローマ法の用語で構成された紛争をどうやって解決したらよいのか分かりませんでした。彼等がしたことは、自分達が解決できない紛争に直面した時に裁判所がいつもしていたことでした。つまり、何度も審理を先延ばしにしつつ、その間、ローマ法の訓練を積んだ者、準則が実際どうであるかについて教えてくれる者から助言を得ようとしたのです。

一五世紀末までには、ネーデルラント南部において、慣習法とローマ法の衝突はますます普通に見られるようになりました。古来の慣習法を理解していた弁護士達が、ヨーロッパの諸大学出身の新しい人々に取って代わられるにつれ、そのようになっていったのです。彼等は全く新しい法を持ち込み、その結果、それまでの社会関係を秩序付けていた伝統的枠組みを壊しつつありました。⁽³⁾

もちろん、これはネーデルラント南部に限られた現象ではありませんでした。まさしく同じ慣習法とローマ法との間の緊張は、一五世紀の終わり頃までにはヨーロッパ大陸の北部と中部の至る所で見ることができました。すなわち、東はポーランドやハンガリー、西は北フランスやドイツにおいて。さらに、大陸から海を隔てたところでは、スコットランドが明らかにこの同じ動きの例をなしていたのです。⁽⁴⁾

このような変動について、私達は三つの主要な問題に目を向けなければなりません。すなわち第一に、このような変動を生じさせたものは何か、第二に、新しく創造された一六世紀の法の性格はどのようなものであったのか、そして第

三に、このシステムはどうなったのか、であります。これらと並んで、イングランドはどのように異なっていたのか、またそれは何故なのか、という第四の問題が生じます。

ごく最近まで、ヨーロッパ大陸の発展はローマ法の継受という言い方で描かれてきました。確かに、これは諸変化の重要な一面、しかもきわめて可視的な一面ではあります。しかし、これを實際生じたことの主要な点と見なすのは、正確ではありません。最近の研究は、今や、法の専門化、あるいはより広く言って、法の学問化を指摘する傾向にあります⁽⁵⁾。このことを理解するためには、私達は少し中世に戻らなければなりません。

一二世紀以降、ヨーロッパにおける法実務は、多かれ少なかれ地方的慣習法と学識法——大学で教授される教会法とローマ法——との間の緊張関係において捉えることができます。裁判所における法と大学における法とがあらゆる点で同一であった教会裁判所を別にすれば、ヨーロッパは三つの地域に分けることができます。「第一に」学識法が事実上支配的な地域がありました。そのもつともよい例は北イタリアです⁽⁶⁾。例えば、ピサ市においては、一二世紀半ばの成文法典が自らローマ法の遺産であることを強調しており、そこに含まれる準則は明らかにローマ法によって強く影響を受けていました⁽⁷⁾。もちろん、それは純粹な意味でのローマ法ではありません。何故なら、北イタリアの他の都市国家同様ピサにおいても、地方的立法および若干の地方的慣習が機能する余地があったからです。しかし、それを大学における法学を、実際に重視されていた地方の多様性に適用させようとする試みであると表現したとしても、事態をひどく誤って捉えたことにはならないと考えます。南フランスとスペインの特徴もまた、同じように学識法が支配的であるということでした。しかもスペインにおいては地方的慣習さえローマ法の色を強く帯びていました。それは疑いもなく、過去数世紀にわたってローマ法化された西ゴート法が果たした役割の結果であります⁽⁸⁾。

〔第二に〕反対の極にあったのがイングランド、ネーデルラント、ドイツ諸領邦のような地域です。ここでは、慣習法が著しく支配的でありました。それは、学識法が全く役割を演じなかったということの意味するものではありません。

しかし、確信をもって次のように言うことができます。すなわち、ユースティニアヌスの法について全く知識を有していない者であっても、裁判所で自らの主張を展開する際にひどく不利益を蒙ることはなかったであろう、と。例えば、一三世紀の半ばないし末以降、イングランドのコモン・ロー裁判所で、ローマ法に由来するテキストに基づいて議論を展開しようなどと考える弁護士はいなかったでありましょう。⁽⁹⁾

〔第三に〕これら両極端の間に、慣習法と学識法の間で、よりバランスのとれた地域が存在していたと考えられます。北フランスが大変よい例です。パリのパルルマンでは、慣習法が法的議論の主要な源でした。しかし、適用しうる地方的慣習が存在しない場合には、大学で教授されていた学識法を補充的な法源として利用することが許されていたのです。⁽¹⁰⁾

一五世紀後半の変化は、以上のような緊張関係がヨーロッパの至る所で学識法に有利な形で緩んでいったことを示しています。但し、イングランドは明らかな例外でした。また、恐らくスカンディナヴィア諸国も部分的には例外をなしていました。⁽¹¹⁾ イタリアやスペインのように、学識法がすでに支配的だった所では、ほとんど目立った転換は生じませんでした。しかし、ヨーロッパのその他の地域では、この動きはきわめて顕著でありました。この変化がもっとも容易に把握されるのはドイツ帝国においてであります。⁽¹²⁾ すなわち、ドイツ帝国においては、一四九五年に最上位の裁判所である帝室裁判所 (Reichskammergericht) が創設されたのですが、ここでは学識法が地方的慣習に優先して適用されたのです。下位の裁判所で適用される法には形式上の変化はありませんでしたが、実際上は下位の裁判所に対して帝室裁判所が上訴裁判権を有しているという事実は、下位の裁判所が最上位の裁判所で使われるのと同じ法を適用するという圧力の下に置かれたということを意味しました。その結果、学識法はこれら下位の裁判所にも浸透し始めました。フランスやネーデルラントのような所では、この変化はドイツとは異なった形で生じました。先に示したシント・ピーテルスの例のように、この変化は何よりも、慣習法に慣れ親しんでいた裁判官からなる裁判所における事件に、ローマ法に由来する議論を導入しようとした弁護士達の慣行によって、引き起こされました。⁽¹³⁾ ドイツで生じたようなローマ法の正

式な継受というものはなく、むしろ大学の法が裁判所の法に次第に滲みこんでいったのです。

この動きの中心にあったのは、大学における学位を、少なくとも最上位の国家的裁判所における実務にとって不可欠の資格とみなす方向への急速な移行でありました。一四九五年にドイツで帝室裁判所が創設された時、少なくともその構成員の半数は大学における法学の学位を取得していなければならないということが明示的に定められました。他ならぬこの年カステイリアでは、弁護人は大学の学位を有していなければならないということが定められております。そして実際一五二〇年までには、彼らは単に学士の学位のみならず博士の学位を有することが通例となっていました。パリでは、四年後の一四九九年にローマ法の正式の試験が導入され、パルルマンで実務活動を行うことを許されるためにはそれに合格していなければならないことになりました。これに類似したルールがヨーロッパの至る所で導入されるにつれて、大学で法学を修めた者の数がきわめて急速に増加していったことは、驚くに値しません。

私は、法廷におけるローマ法の利用が増加していったことは、学識法の訓練を積んで法廷で実務に携わる大学卒業生の数がこのように増加していったことの結果と見るべきなのであって、「その逆に」学識法が法実務に正式に組み込まれた結果として、訓練を積んだ法律家への信頼が増加していったと見るべきではないであろうと考えております。もつとも、どちらが主要因であろうとも、結果は同じでした。非専門家によって運用される内在的に不確実な慣習法を用いることから、訓練を積んだ専門法律家によって運用される洗練された法体系への移行があつたのです。一六世紀初めまでは、ヨーロッパ大陸の至る所で、学識法が共通の法的基礎となつていたのを見ることができません。もつとも、地方的立法と若干の地方的慣習が依然として存在していたために地域毎の偏差はありましたが。また、ヨーロッパの至る所で法律家達が書かれたテキストに対して同じアプローチを取り、さらに（より重要なことなのですが）、慣習法がいかにして学識法の体系に組み込まれるべきかという形式的な問題に対して同じアプローチを取るにしたがつて、私達は共通の法学を見ることができません。

おそらく驚くべきことに、イングランドはこの汎ヨーロッパ的な動きに加わっておりませんでした。サー・ジョン・ベーカー教授が説得力をもって論じたように、ヨーロッパの他のいかなる場所とも異なつて、イングランドは一五世紀までにすでに、洗練され、また強固に専門化された慣習法を有していました。⁽¹⁴⁾ ロンドンのインズ・オヴ・コートは、あらゆる点でヨーロッパの大学で提供される学識法の教育と同じように知的な猛訓練によつて、コモン・ローにおける教育を提供していました。イングランドのコモン・ローが、法廷に立ち主張を行うことができるためには正式の資格が必要であるというルールを採用した時、その必要とされた資格は大学からのローマ法あるいは教会法の学位ではなく、インズ・オヴ・コート版のコモン・ローにおける学位授与、すなわち法廷弁護士資格の付与 (call to the bar) だったのです。

しかし、当該の変化にはこれ以上のことがありました。「本講演の最初に触れたように」中世の終わりを指摘したのが教皇庁図書館員だったということは、少なからざる意味をもっています。一五世紀ヨーロッパにおける発展の中でもっとも重要なものは、印刷術の導入でありましたが、そのことの帰結を他の誰よりも容易に認識しえたのは図書館員だったからです。⁽¹⁵⁾ 一四六〇年代までには法書の印刷が始まりました。そして、印刷されたテキストが利用できるということは、直ちに法の働き方に影響を与え始めました。印刷本の登場によつて引き起こされた口承の文化から書かれた文化への移行は、法の次元においては慣習としての法からテキストとしての法への移行を意味したのです。

この移行は、ヨーロッパの他のあらゆる場所と全く同様、イングランドにおいても看取することができます。私は、もしかしたらそれはイングランドで一番はつきりとしていたのではないかと思っております。ジョン・ベーカーが論じたように、中世イングランド法の本質を把握しようとするならば、インズ・オヴ・コートを中心とした口承の文化に目を向けなければなりません。⁽¹⁶⁾ イングランドの法曹は強度に中央に集中しておりました。ロンドン(「ウエストミンスター」)にあるコモン・ロー裁判所で実務に携わる弁護士は限られた数の組織、すなわちインズ・オヴ・コートに集まっ

ていました。弁護士達はインズ・オヴ・コートで一緒に生活し、食事をし、働きました。そして、年長の弁護士は若い弁護士や法実務に入るために法を学ぼうとする学生を公式・非公式に教授しました。コモン・ローがその基盤をイングランド人民の確信と実務に置いていたことは疑いがないのですが、コモン・ローはそれをはるかに超えて発展してしました。その詳細な準則——実際それはきわめて詳細なことがありえました——は、人民一般の慣習の中に見出されるというよりは、法律家の慣習の中に見出されました。法的議論は、このような文化的枠組みの中にほとんど閉じ込められていたのです。困難な主張を展開しようとする弁護士は、皆が法だと信じているものが実は間違っているのだということ、を主張するよりは、承認された慣習を出発点とし、それを自ら「の主張」に合致するような形にしようとするでしょう。権威的なテキストが存在しない状態では、実際それ以外の選択肢はほとんどありませんでした。何故なら、裁判官が簡単に「弁護人の」挑発にのって、自分達が法であると固く信じていたものを放棄するなどということは想像しにくいからです。このように言ったからといって、テキストが全く存在していなかったということではありません。イングランドには一三世紀以来上位裁判所における判例の記録、いわゆる年書 (Year Books) が存在しており、それは一四世紀半ば以降連続と続いております。年書の中で記録された議論は、将来の世代を導くための定点として機能しました。しかし私達は、それをインズ・オヴ・コートで発見される弁護士の慣習の源としてではなく、インズ・オヴ・コートの法の反映と見なければなりません。それらはいかなる意味においても、それ自体議論の源ではありませんでした。それどころか、写本毎に異なり、承認されていないテキストから確固とした法準則を導こうとすることが實際上困難であったことを考えるならば、年書がそのように利用されえなかつたということは容易に理解されるのであります。

印刷への移行がこのような事態を変えました。ひとたび印刷に付されるならば、法律家は誰でも全く同一の書物を一部持つことができました。年書は集成され、テキスト規範となることが可能になりました。今や、法が何であるかについての一般的信念は全く一貫して同じであったとしても、法律家は誰でも望めば、同じテキストを違う読み方をするこ

とによって、異なる議論を構築することを妨げられることがなくなりました。そこには、プロテスタント神学の興隆とはつきり類似した関係がありました。プロテスタント神学においては、個々人は聖書の意味についての伝統的説明に縛られることなく自分達で聖書を読み、解釈することができたからです。

以上すべてのことは、突然生じたわけではありません。一六世紀を通して、インズ・オヴ・コートは依然として法律家を堅く結びつけ、広く受け入れられた法的準則の定式化は引き続き重きをなしていました。また、諸々の法原理は法廷における議論の基礎として、年書の〔中の〕判例法と同様、重要でありました。それどころか、法律家が自らの議論の基礎として、気に入ったテキストを何であれ利用することを妨げるものは何もありませんでした。例えば、シャリントン対ストロトン事件では、弁護士は——多分に「添え物」的に——旧約聖書『列王記』からの一節を引用して、男は女よりも厚遇されるべきであるという自らの主張の根拠としました。すなわち、「壁に向かつて用を足す者」という語句は「男のみを指す婉曲的表現であつて、女のことではない。何故なら、男は立ったまま用を足すが、女はそうではないからである」と、言わなくてもよいことまで言ったのです¹⁷。そのような法的文献以外からの引用が全く消え去ることはありませんでしたが、しかし、一七世紀の最初の数十年が経過するまでには、イングランド法は十分強固にテキストに基礎を置くようになっていました。その結果、法廷は自らの過去の判決に従わなければならないということが受け入れられた法理となりつつありました。とりわけ、先例が判例集の認定された版の中で印刷されることによって権威を高められた場合は、一層そうでありました。

ヨーロッパ大陸ではどうだったでしょうか。ここでは、印刷術の影響は若干異なった形をとりましたが、しかしイングランドに劣らずその痕跡を残しております。影響の主たるものは、一五世紀後半から一六世紀を通じて法の学問化が進展する型を提供したというものであります。このことは、ある一つの裁判所、すなわちネーデルラント南部の都市メヘレンの大評議会の記録を読めば、よくわかります¹⁸。この裁判所で審理された案件のファイルが一五世紀半ばからか

なるの量で現存しており、これによつて、裁判所が辿り着いた判決のみならず、弁護人によつて主張された弁論もまた描くことができます。そこからは、学識法の文献の引用が多くなっていく様子を知ることができます。最初のうちは、ローマ法のテキストそのものと、中世ヨーロッパのどこの大学でも利用されていたそれに対する標準註釈が参照されています。¹⁹一五世紀末までには、これらと並んで、最もよく知られたローマ法の註解、とりわけ一四世紀の二人の偉大な学者、バルトルスとバルドゥスの作品、さらに訴訟手続についての最も重要な作品であるグリエルムス・デュランドゥスの『裁判の鏡』(Speculum Judiciale)の参照が見られます。²⁰一六世紀になると、引用の範囲はさらに広範になり、ヨーロッパ中で利用可能になりつつあった法源のあらゆる種類を含むようになります。²¹このような法源の拡大は、印刷術なしにはほとんど起こりえなかつたでありましょう。ユースティーニアーヌスのテキストと中世の註釈は写本によつて広く知られていたでしょうが、それ以外の作品はおそらくそうではなかつたでしょう。それらがかなりの程度読まれるようになったのは、印刷されたからに他なりません。重要なことは、読者層が大学に限定されたアカデミックな範囲にとどまらなかつたということです。テキストがより広範に行き渡るにつれて、他ならぬ裁判所における法的弁論の定式化に利用され始めたのです。

メヘレンの大評議会の例で示された傾向は、ヨーロッパ中で見られる一般的傾向だつたように思われます。最初のうちは、ローマ法の標準的文献それ自体が引用され、次いで、ローマ法への註解が印刷されて、より一般的な形で利用可能になるにつれ、これら註解が法的弁論の中に組み込まれていくのです。引用されるものについての唯一実質的な制約は、あえて言うならば、当該著作が利用可能かどうかということだけでありました。²²明らかなことですが、書籍というものはそれが印刷された場所あるいはそこに近い場所の方が、そこからはるか離れた場所よりもより入手し易かつたわけですから、その結果、近くで印刷された作品を引用する傾向が強くなりました。しかし、これは公式のルールというわけではなく、ただそのような傾向があつたというにすぎません。このことを念頭に置くならば、イングランドにお

いて、イングランドのコモン・ローではなくヨーロッパ大陸の普通法を適用した一つの主要な世俗裁判所、すなわち海事裁判所 (Court of Admiralty) を取り上げることが、興味深いことです。一六〇〇年前後の数年間について、私達は、この裁判所の実務についてのきわめて明確な像を、その長であったサー・ジュリアス・シーザーの審理ノートから得ることができ⁽²³⁾ます。彼は、弁護士の弁論を聞くにあたって、弁護士の主張と、弁護士がその弁論を正当化するために引用した法的テキストをノートに留めています。例えば一六〇五年のある事件では、イングランド副海事奉行 (Vice-Admiral of England) の注意義務違反に対する法的責任が争点になりました。それは、今日ならネグリジェンスの責任と呼ぶようなものです。彼に要求される注意の基準はどのようなものだったでしょうか。この問題の一つの局面についてのある弁護士の弁論を眺めてみるだけで、引用されている著作の一覧を知ることができます。

偶然的原因 (fortuitus casus) が介在していた場合には、保管義務を負っていた者の過失 (culpa) が推定される。それ故、偶然的原因の立証責任は彼らが負う。何故なら、彼らは、その職務の故に保管する義務を負っているからである。いかなる保管者においても同様である。 *glos. cap. penult. de regul. iur. Turz. com. opinio. 385, Alciat. 3, presumpt. 15, et Cephal. consil. 362.* 何故なら、保管者は最軽過失 (culpa levissima) すなわち予防における最も完全な注意 (exactissima diligentia) を証明しなければならないからである。 *Jason in l. 61, D. de legat. 1, Alexand. 1, consil. 50, Alciat. 8, consil. 20, Menoch. consil. 118,* 保管者であると主張する者は、そのような注意を証明しなければならない。何故なら、それ程の注意は通常見出されることがないし、そのような最軽過失を避けるには困難を伴うからである。 *Cephal. consil. 640.* しかして、公の役人 (officialis publicus) は、私的な侵害 (privatus Iesus) に関してさえ、責任を問われる。すなわち、私的になされた (civiliter) 最軽過失がそれである。さらに、過失が先行する場合も同様である。ローマ法 (leges) および解釈者達 (interpretes) によれば、そのよびである。 *Menoch. consil. 246, et Rebuffus in l. 164, D. de verb. signif.* 保管者が、強盗 (robataria) につ

いて、逃亡 (fuga) について、他人によってなされた損害 (damnum datum ab aliis) について責を負う。おもなくば、自らに過失が存在しなかったことを証明しなければならぬ。Fulgos. de offic. prefecti. vigil. de rei ven-dicat. l. 40, loca.⁽²⁴⁾

この略記号から、以下の諸著作が引用されていることが分かります。

諸博士、すなわち大学出の指導的註解学者の共通見解についてのトゥルサヌス (Tursanus) の作品⁽²⁵⁾

一六世紀イタリアの人文主義者アルキアートゥス (Alciatus) の推定証拠に関する論文⁽²⁶⁾

アルキアートゥスの法の見解、すなわち助言 (consilia) の集成⁽²⁷⁾

一六世紀のもう一人のイタリア人ケファールス (Cepharus) の助言⁽²⁸⁾

一五世紀イタリアの二つの標準的作品、すなわち、ジェインソン・デ・メイノ (Jason de Mayno) の『学説彙纂』註

解と、アレクサンデル・タルタグヌス (Alexander Tartagnus) の助言⁽²⁹⁾

レブフス (Rebuffus) の『学説彙纂』註解⁽³⁰⁾

フルゴシウス (Fulgosius) の『勅法彙纂』註解⁽³¹⁾

ほぼ同時代のスペインの影響を受けたパドゥア出身の大学教授メノキウス (Menochius) の助言⁽³²⁾

素材は特に広範囲に及んでいるというわけではありません。その理由は、ロンドンがイタリアやスペインというヨーロッパ普通法の中心部分から、きわめて遠く離れていたということにあつたのではないかと考えられます。その意味で、とりわけ多くを物語っているのは、同一の書物の異なつた部分から繰り返し引用がなされているということです。例えば、メノキウスの八つの異なつた助言が引用されていますが、これはそれぞれ異なつた主張を正当化するものです。メノキウスが重要な学者であつたことは言うまでもなく、そのために引用されたのでしようが、これほど集中していることをより現実的に説明するのは、イタリアで印刷されたメノキウスの書籍がロンドンの法律家にとって入手可能であり、

両当事者の弁護人が自分達の弁論を支持すると思われた論点をその中に探し出したからだということです。ケファルスという今ひとつ世に知られていない著者の様々な意見が、何回も引用されているという全く同じ現象が見られます。このことを説明しうるのは、彼の書物がロンドンで容易に入手可能だったという事実だけです。

サー・ジュリアス・シーザーのノートの中で参照されているものについて、さらにもう一つ言っておかなければならないことがあります。すなわち、それらはすべて私達が今日学問的註解と呼ぶものへの参照だということです。このことは一六世紀普通法のきわめて重要な特徴、すなわち裁判所で実際に適用される法が学問化されていた、ということを示しています。ローマ法のテキストからのみならず、学者によつて説明されたものとしてのローマ法から法準則が導き出されてきました。さて、学者が違う意見を持ちがちであるというのは事実であります。あるいは、おそらくより正確に言うならば、学問的な註解は討論を通して、すなわちお互いに議論を検証することによつて、真実を得ることを目指しています。しかし、裁判所で引用される時には、それは錯綜した議論の諸要素としてではなく、法準則の源の可能性として取り扱われるのです。学者が、法のある分野についてより鮮明でより厳密な定式化を獲得することを目指して、何らかの争点の中核に位置する真理を理解しようとする時に用いるメカニズムは、ひとたび学者の著作が法実務において利用されると、ひっくり返されるのであります。それは、相対立する見解が相反する準則によつての権威に変えられ、どちらをとるのかの判断は裁判官に委ねられるからです。

しかし、一六世紀のヨーロッパ大陸の普通法は、たんに同じ種類の学問的文献に共に依拠するということによつて結び付けられていただけではありません。このことに加えて、非常に早い時期から、ヨーロッパ普通法は様々な裁判権に属する裁判所において下された判決を進んで引用することによつてもまた、特徴付けられていました。⁽³³⁾例えば、オランダの裁判所は、フランス、ドイツ、イタリア、スペイン、それどころかヨーロッパ大陸のあらゆる所から判例を引用することもありえました。一七世紀初めの南ネーデルラントの判例の集成は、その序において、それがスペイン、フラン

ス、ベルギーにおける判決のみならず、全ヨーロッパの最上位の裁判所における判決を参照していることを自慢しております。このような現象は、ドイツの帝室裁判所のこれまでに公刊された判決のうちで最初のものの中に見てとることができます。それは、一五五〇年頃の判決です。

争点決定 (*litis contestatio*) がなければ、判決はありえない。何故なら、争点決定は訴訟の基礎であり、実質だからである。*Specul. de litis contest. §. i. ubi iura.* しかし、第一審において争点決定がなされている限り、上訴事件において争点決定の欠如の故に手続が無効となることはない。何故なら、争点決定の効果は、「第一審における」判決の後も、上訴事件において持続するからであり、上訴によって消滅させられることも、停止させられることもないからである。*Dec. in rubr. de appellat. & c. per tuas. eo tit.によるがごとく。* 同所では、その他のこともまた主張されている。*Domi. de Rota deci. ccvii. & dclxxiii. in Antiq.* もまた、そのように判断している。その際、当事者が欠席しているか出席しているかは関係しない。*Guid. Pa. dec. lviii. & ibi in addi. & Edig. Bella. decis dxxvii.* が書いていることを、以上に追加すべし。このようにして、帝室裁判所 (*Camera*) においてもまた、一五四八年一月一九日のハデリヌス・デ・ポンテ (*Hadelinus de Ponte*) 対ラウレンティウス・マリスカルクス (*Laurentius Mariscalchus*) 事件における結論、および一五四九年八月末に判決が言い渡されたヨハンネス・リブル (*Ioannes Liblar*) 対マティア・シルマン (*Mathia Silman*) の上訴事件における結論を私は記憶している。⁽³⁴⁾

ここでは、グリエルムス・デュランドウスの『裁判の鏡』とフィリップス・デキウス (*Philippus Decius*) の註解の引用に加えて、ローマ・カトリック教会の最上位の裁判所であるローマ控訴院 (*Roman Rota*) の三つの判決群と弁護士ギ・ド・パプ (*Guy de Pape*) によって集められたグルノーブルのフランスの一群の判決の引用がなされています。すでに言及したメヘレンの大評議会でも同時期に類似の一群の素材が引用されています。⁽³⁵⁾ 一五六三年には唯一公刊された一六世紀ポーランドの一群の判決が残っていますが、これはあるスペイン人によって書かれたものです。⁽³⁶⁾ 一六世紀末ま

では、全ヨーロッパの判決の抄録を一つにまとめることに意味がある程、判決の量は十分多くなっていました。当時、ヨーロッパの法律家は、今日と全く同様、利用可能であれば、法の知識について好んで近道をとりました。そのような集成の一つはローマで公刊されていますが、イタリアのあらゆる所、スペイン、ポルトガル、フランス、ドイツ、さらにはポーランドの判決の要約を与えてくれます³⁷。

このような国境を越えた引用の例を重ねることは簡単でありましょう。これは、当時のヨーロッパ大陸の判決録の最も明瞭かつ注目に値する特徴の一つです。しかし、重要な点はすでに指摘しておいたことです。すなわちそれは、ヨーロッパ大陸の普通法はヨーロッパのコモン・ローといっても良いものだったということです。おそらくより意義深いことですが、ヨーロッパ中の法律家達が好んでお互いの法的素材を引用したということは、それが彼等によって共通のシステムであると認識されていたことを示しています。このような事態からすれば、イングランドの素材が大陸ヨーロッパにおいて全く引用されず、またイングランドのコモン・ローにおいて大陸の素材がほとんど存在しないということは、あることを雄弁に物語っています。すなわち、一六世紀および一七世紀初めに共通のヨーロッパ法が存在していたのに、イングランドのコモン・ローはその一部ではなかったということでもあります。

このような〔法の〕統一は、印刷術なしには、到底なしえなかつたことでしょう。学問的文献を広範に利用できるようにしたのは印刷術であり、またフランス、スペイン、イタリア、ドイツ、さらにはポーランドの法律家がお互いの判決を読むようになったのも印刷術のおかげでした。印刷術による広範な利用可能性がなかつたとしたならば、どうだったでしょうか。異なった場所の法の間で類似点を見出すことは可能でしょう。法的議論は、ヨーロッパ大陸の到る所で、大体はローマ法の何らかの形式の上に立てられたであろうからです。しかし、それ以上のことはなかつたでありましょう。基礎的な準則においては類似があつたとしても、しかし、疑いなくその解釈においてはきわめて実質的な相違が生じたことでありましょう。

私達は、あまりに先走って、ヨーロッパ大陸を通して法が絶対的に同一であったと考えないように注意しなければなりません。実際は、それとは大きくかけ離れていました。地方的立法は依然として重要でした。地方的慣習についても同じです。しかし、この点でも印刷術が役割を演じました。何故なら、印刷術は、慣習を書き留め、民衆に公示することを意味あることにしたからです。これは、フランスとベルギーで非常にはつきりとしています。フランスとベルギーでは、一六世紀のうちに多くの個々の地方的慣習が成文化され、印刷に付されました。³⁸ 地方的慣習をまとめ、そのことによつてより確実なものとしたことは、他方でその適用範囲をより限定されたものになりました。口頭で伝えられる限り、慣習は流動的で、変化しつづつある状況にあわせて形作られました。しかし、一旦書かれると、固定されました。裁判所は適用できる慣習が存在するかどうか知ろうとすると、書物を読むことになり、書物の中に何も見つからなければ、それで終わりとなりました。地域共同体が、議論されている事態に適用されるような慣習を記憶したり、新たに作り出したりする余地はありませんでした。したがって、当然のことながら、地方的慣習の範囲が限定されるにつれ、普通法の範囲は拡大したのです。

したがって、ヨーロッパ大陸の法はどこでも同じだったわけではありませんが、しかし、大学のローマ法をまます法実務に組み込むことになった知的な面での変化と、印刷されたテキストの普及に起因する情報面での変化が相俟って、ヨーロッパ大陸の法は共通の枠組みの中に入るようになっていきました。一六世紀後半までには、イタリアで教育を受け、イタリアで弁護士活動を行っていた法律家が、比較的容易に他の地域、例えば北ドイツのような遠く離れた場所に移動して、そこで弁護士活動を行なうことも可能になったと想像してよいでしょう。法システムの間には相違があつたでしょうから、誤りを犯すこともありえたでしょう。しかし、その相違は、誤りが多いために実務に携わること障害が生じる程大きなものではなかったと思われまます。

したがって、私達は次のような形で、ヨーロッパ大陸のコモン・ローを理解するために考えられるモデルを定式化する

ることができます。すなわち、それは、主要な共通の基礎をローマ法に置き、大学で生まれた註解と裁判所の先例に加えて、多少は止むを得ず場所によって異なる地方的立法と慣習を伴うというものです。しかし、このような定式化できえ〔ヨーロッパ大陸法の〕共通性の程度を控えめに表現しているかもしれません。ヨーロッパ普通法の共通性はまた、地方的な準則が一つのシステムから他のシステムへと伝播することを可能にするチャンネルとしても機能したのです。そのようなことが可能であったことの非常によい例が、契約における第三者利益に関する準則の発展です。³⁹⁾ローマ法の基本的準則は、きわめて強く表明されているものですが、二者間の契約は強制可能な権利を第三者に与えることはできないというものでした。このような準則は、おそらく多少の修正はあつたにしても、中世ヨーロッパにおいて一般に認められていました。例外は、カスティリア王国でした。一三四八年の制定法がそのような準則を破棄し、第三者の権利が承認され、かつ強制されることを許容したからです。これは、重要な地方的準則でした。そして、コヴァルヴィアス(Covarruvias)のような一六世紀のカスティリアの学者が契約法——すなわち、普通法上の契約法——を扱う時には、この地方への言及を併記して、それが普通法の枠組みの中にどこまで組み込むことが可能かという議論をしています。⁴⁰⁾このような議論は、広くカスティリア以外の法律家の注意が地方的準則に及ぶようにするのに十分でした。一五八〇年代までには、それはヴァレンシアで適用される準則であると宣言されています。ヴァレンシアはカスティリアに隣接する地方であり、当時カスティリアと一緒にたつてスペイン統一王国の構成部分となっていました。⁴¹⁾しかし、両地方が近接して政治的統一を果たしていたにもかかわらず、カスティリアの法は形式上ヴァレンシアでは適用されていませんでした。ヴァレンシアの素材にこの準則が登場したことは、それがローマ法とヴァレンシアの従来の慣習法準則に反する恐れがあるという事実にもかかわらず、正しい結果と考えられるであろうことに導く準則を意識的に採用するという方向を示しています。一五九八年と一六〇九年のパリのパルルマンの二つの判決は、さらに進んで、第三者たる受益者に訴えの権利を認めています。モルナキウス(Mornacius)はユースティーニアヌスの『勅法彙纂』に対する註解にお

いて、ユーステイナーニアヌスの制限的な準則に対する批判の中で、これらの判決を引用しています⁽⁴²⁾。そして、このモルナキウスの著作を通して、フランスの法実務におけるより一層寛大なアプローチの仕方が学問的な敬意を獲得し、広く承認されるようになったのです。一六世紀ネーデルラントの法実務は第三者の権利にとって好意的でした。この地方的準則は（スペインにおける理論化によって支えられて）一七世紀初めにはグロチウス（Grotius）によって取り上げられることによつて、ヨーロッパの法的伝統の一部となりました⁽⁴³⁾。スペインの影響は、スコットランドでも直接見ることができません。スコットランドで公刊されることになる最初のスコットランド法に関する主要作品は、ステア（Stair）子爵〔サー・ジェイムズ・ダルリンプル〕の『提要』（*Institutions*）でありませんが、これは、第三者たる受益者によつて提起される権利主張を認めるスコットランドの準則として描いているものを、一六世紀のスペイン人ルイス・ド・モリナ（Luis de Molina）によるこの問題についての議論に関連付けています⁽⁴⁴⁾。多少は推測によらざるをえないのですが、一六世紀半ばから一七世紀半ばの間にヨーロッパ中で生じたこの問題に関する法の一般的な逆転現象は、地方的準則が他の場所の法実務に組み込まれていったことを示していると言えそうです。この組み込みは、当の地方的準則に言及し、それに理論的な通用力を与えた普通法上の作品が印刷に付されてヨーロッパ中で広く読まれるという事実がなかったならば、ほとんど生じ得なかったことでありましょう。

多くの点で、このヨーロッパ私法は雄大な試みでした。その汎ヨーロッパ的性格はヨーロッパ中で適用される私法の準則を調和させつつありました。今日、欧州連合の公的組織によつて「ヨーロッパ全体の私法の調和という」プロジェクトが促進されているにもかかわらず、しかも今日では学者も実務家も、書物を読むことによつてあるいはインターネットで利用可能なテキストを見ることによつて、容易に他の司法権の法的素材にアクセスすることができるようになりました。今日よりも一六世紀においての方がより調和があったとまじめに考えることができます。学者の著作にかなりの重心を置くヨーロッパ私法の学問化は、古来の慣習法と比べてヨーロッパ私法が理論上はるかに精巧なものであるこ

とを意味しました。そして、それは書物の中に見出されえたが故に、あらゆる法的紛争に適した準則を発見することをもより容易にしたに違いありません。したがってまた、それは紛争の解決をより予見可能なものにもしたのです。

このように見てくるならば、何故イングランドのコモン・ローは、他のすべてのヨーロッパのシステムが辿った道をとらなかつたのかということについて、私達が疑問を感じたとしても、それは当然のことであります。すでに見たように、イングランド法は中世末までにはすでに精巧なものとなっていたので、どこでも生じていた専門化のプロセスは、それ自体が大学の学識法をイングランドの法実務に組み込むことには繋がりませんでした。しかし、イングランド法は何故「ヨーロッパ大陸で生じた」この新しい世界に入っていくことを選択しなかつたのかという疑問は残ります。容易にそうなつたかもしれないのです。非常にはつきりしていることは、一六〇三年にスコットランド国王ジェームズ六世がイングランド国王ジェームズ一世になつた時に、一人の国王の下での二つの王国の連合は、二つの王国の法を統一することを実際きわめて容易にしたであろうということであります。しかも、すでにヨーロッパ普通法がスコットランドで適用されつつあつたのですから、その準則を明示的に採用すれば、それを成し遂げることは困難ではなかつたはずです。イングランドの法律家の間からはある程度不満の声があつたことでしょう。というのも、彼等は途方もなく複雑化したイングランドの法準則の理解を独占していたからです。しかしもし、ヨーロッパ「大陸」のシステムが真によりよいものであつたならば、それが非効率的で軋みつつある旧式のコモン・ローの実務家に不利益を与えるかもしれないというのは、それを斥けるためには、全く筋の通らない議論でしょう。それでも、イングランド法のヨーロッパ化に向けたそのような動きは、実際、一七世紀初めに斥けられました。しかも、その理由たるや、コモン・ロー・システムのあらゆる欠陥にもかかわらず、ヨーロッパのシステムはそれ以上に非常に悪いというものでした。

ヨーロッパ・システムの主な欠陥とされたものは、一七世紀初めにイングランドの首席裁判官サー・エドワード・クック (Sir Edward Coke) によって次のように述べられています。

ローマ法のテキストに対して、非常に多くの註釈と解釈が施され、さらにそれらに対して非常に多くの註解が付けられている。しかも、それらはすべて地位と権威を等しくする博士達によって書かれている。そこには、きわめて多くの意見の相違があるので、疑問を解くというよりは疑問と不確実さを増大させる。この高貴な学問の教授達は次のように言っている。まるで波立つ海のようなのだ。⁽⁴⁵⁾

〔ヨーロッパのシステムが抱える〕問題はあまりにも明白なのです。何らかの点ですべてがお互いに一致することのない学問的註解の増殖が意味するのは、紛争の多くの点について、異なった立場について権威を見出すことが可能であるということです。しかも、これらの学者の間にはヒエラルヒーがないため——クックが言うように、それらはすべて地位と権威を等しくしているのです——彼等のうちの誰の見解も他の誰かの見解と全く同様に有力なのです。さらに、学問的論述の性格は全体としてこのような著作の多様性をむしろ助長したために、結果として不確実性が増大したのです。一七世紀初めのある註解学者が記しているように、法の正統的理解を掘り崩す学者には賞賛と栄光が与えられ、他方共有されている見解を維持する者には全く信頼が置かれなかったのです。⁽⁴⁶⁾ それより半世紀前に、ブールジュ大学教授エグネール・バロン (Eguinaire Baron) は同じことをより写實的に述べています。註解の増殖に対して、彼は次のように言ったのです。「犬がどこかで小便をすると、必ずわざわざやって来て足を上げて連れ立って小便をする犬がいる。それと同じように、バルトルス、バルドウス、あるいは他の法律家がある一節について論じると、すべての博士連中が同じ一節に絡みついて来る。彼らは、結論を下し、制限を加え、賛成か反対かの理由を挙げ、敷衍し、繰り返し、その他専門家特有のやり方を持ち出す」と。⁽⁴⁷⁾ 法の学問化は、明確さや調和をもたらずどころか、全く逆の効果を生み、法という水を理論化という大量の不消化物で汚してしまつたのです。慣習法よりも大学の法を選択することによって生じると思われた洗練さと正確さは消え去りつつありました。それは、何であれ望むことのほとんどについて、説得力ある弁論を組み立てることが可能になつたからです。

このようにして引き起こされた不確実性は、ヨーロッパ中の裁判所から出される一連の様々な判決によって増大されました。ここでもまた、判決はすべて等しい重みをもつものでした。中世の教会法は、地理的な点での広範な広がりにもかかわらず、全体的な首尾一貫性をなんとか保っていました。それは、ローマ控訴院を唯一の最上位の裁判所とする明確な上訴制度をもっていたからです。一六世紀普通法の場合、そうではありませんでした。ヨーロッパ中の全く異なった相互に独立して競合する裁判権から事件が生じるのに対して、この系統の議論は正しく、他の系統の議論は間違っていると断定できる権威をもった裁判所は、存在していなかったからです。まさしく、その反対でした。何故なら、ユースティニアヌスの『勅法彙纂』によれば、先例 (exempla) ではなく法律 (lex) にしたがって判決が下されなければなりません⁴⁸。したがって、判決が権威的な力をもつことに対して圧力をかけるような準則が普通法理論のまさしく核心に存在していたからです。

したがって、理論的レヴェルでは、私達は、普通法を危機的状况へ導きつつあった二つの問題を確認することができます。一つは法理論と法実務が混在することであり、もう一つは良き法を悪しき法から濾過する基準もなしに判例法が歯止めなく成長することです。このことと並んで、法律家にとっては実務上の問題がありました。印刷に付され利用可能なものが増えるだけ、弁論の準備をするために読まなければならないものが増えたということです。怠惰は、次のような危険を冒す愚かさを意味したことでしょう。すなわち、法廷における相手方が今や利用可能になりつつあった文献の塊の中のどこかで何らかの決定的な弁論を発見し、しかも自分の側ではその相手方の弁論の欠陥がどこにあるかを前もって考えておくことができないというような事態、あるいは自分自身の立場を支えるための決定的な弁論を見つけ損なうというような事態であります。さらなる大量の判決がヨーロッパのどこかの裁判所から現れて来たり、学問的見解のさらなる膨大な量が事務所に届くのを歓迎したがない様子は、想像に難くありません。事態を一層悪くしたのは、あらゆる書物が、ヨーロッパ中どこでも理解されえた唯一の言語であるラテン語で書かれていたわけではなかったとい

うことであります。

このような不確実性と法外な労力に対する一つのラジカルな解決法が、一七世紀スペインで提案されています。それは、あらゆる外国の法律書の輸入は禁止されるべきだというものです。⁴⁹これは、問題解決の単純なやり方だったでしょうが、真に満足のいくやり方ではありませんでした。次々に出版される膨大な量の文献が理論上有効であることは認めつつ、しかしいかなる法律家もそれに依拠することを不可能にだけすることにのみ対処するというのは、すでに完全に破綻した状態にあるシステムを支えるための絶望的な試みのように思われます。別の選択肢は、当該問題に対するより正直な対応でした。すなわち、それは、汎ヨーロッパ的法システムを創ろうとする実験が失敗であったことを認め、しかもそれとは違った言い方にならない解決策を模索するというものでした。

そのような解決策はいくつか試みられ始めました。その一つは、法学者達が古い問題に対処する際にさらに新しい方法を見つけ出す傾向から離れて、ますます関連のうすくなっていく議論をやめるということでありました。一六世紀半ばの人文主義者達はすでに、テキストそのものに立ち返ろうとしていました。彼らの努力の派生物の一つが、オランダに見られるローマ法の基本原理に焦点を合わせた法学カリキュラムの発展です。いわゆるオランダの典雅法学派の学者達は『法学提要』や『学説彙纂』の最終章「法準則について」(De Regulis Iuris)を対象として、地方的準則と融合させられるような、より扱い易いローマ法のシステムを生み出しました。これに由来するのがオランダ・ローマ法 (Roman-Dutch law) という独特の形態です。⁵⁰同じく、一七世紀ドイツの法律家達は「パンデクテンの現代的慣用」(Usus Modernus Pandectarum) という彼ら独自のローマ法の一ヴァージョンを発展させたのです。⁵¹イタリアでは、一六世紀の傾向に逆らうかのように、個々の学説の構築に対して、共通見解の重力を再確立しようとする動きが存在しました。⁵²實際上、これらすべてに共通しているのは、きわめて一般的レヴェルのものを除いて、偉大なローマの法学者達の作品の分析を通して法的真理に至る道を理論的に跡付けるという方法を法学者達が放棄したということです。⁵³それ

は、三、四世紀におけるローマの法思考の退化現象の近世的類似物です。すなわち、偉大な法学者達——とくにパーピニアヌス、パウルス、ウルピアーヌス——の著作が権威を獲得し、紀元四二六年には引用法によって公式に承認されることによって、彼らの推論の論理的力に依拠しなくてもよくなった〔ことと類似している〕のです。

第二の解決策は、大学よりも裁判所に基礎を置いていました。この解決策もまた、結果的には〔ヨーロッパ中の〕異なった法システムを再度国家単位のものにするというものでした。それは、必ずしもアカデミックな素材あるいはどこのものであれ異なった裁判所の判決を引用することを不可能にするというではありません。そうではなく、自らの裁判所において下された判決——あるいは下位の裁判所が関係している場合には自らの地域の最上位の裁判所によって下された判決——にプライオリティを与えるということです。私達は、このような転換を一七世紀初めのパリのパルマンの判決の中にきわめて容易に看取することができます。そこでもまだローマ法のテキストとそれに基づく議論からの引用は依然として見られますが、テキストの註解あるいはフランス以外の裁判所の判決の参照はきわめて僅かしかありません。それらはすべて、パルマン自体の過去の判決の参照にとって代わられたのです。⁵⁴ いずれにせよ、裁判所にとって真に関心があったのは、過去にその裁判所において類似の事件がどのようにに処理されたかということであり、当該の問題に直接関わる裁判所の過去の判決を見出すことができるのであれば、裁判所はそれに従うでしょう。類似の問題に関わる過去の判決を見出すことができるのであれば、裁判所は、それが現在の事件にどれだけ近似しているかを考慮し、それに従うべきか、それともそれと区別するべきかを決定するでしょう。後者の場合には、それが多少実際的な点で現在抱えている事件とは異なると述べることとなります。一七世紀前半を通して、同じような事態がヨーロッパ大陸の全域で生じていることに、私達は気付きます。私達はまた、おそらくは偶然の一致であり、あるいはそうではなかったのかもしれませんが、全く同じ現象が同時期のイングランドでも生じているのを見ます。⁵⁵ ある時は、おそらくこのような現象が生じただけです。それは、裁判官が、両当事者の議論に関して一見したところ関係ありそうな膨大なテ

クストを弁護人が引用するという事態を切り抜ける方法として、自らの過去の判決に目を向けるといふ慣行に着手したような場合です。またある時には、理論的な考慮によつて変化が正当化されている場合があります。それは、大学教授達が、どここの地域であれ最上位の裁判所の判決はその地域にとつての立法行為と考えられるべきであると言つて、そのような変化を合理化し始めた場合がそれでありませう。その場合に前提となつてゐるのは、以下のような理由に基づいて、当該地域の支配者が自ら当該の判決を下したということとです。それは、彼が理論上は少なくとも当該裁判所を主宰してゐる支配者であるという理由、あるいは彼は彼の役割を裁判官達に委任したという理由、あるいはまた彼は国家の法を變更するための立法をなすことなく、当該判決を国家の法として黙示的に採用したという理由であります。これらのうちどの理由がとられようとも、結果は同じでした。このようにして、法実務と法学の間に存在した一六世紀のつながりは解消されたのです。そして、法はどこでも概して同一であるといふ法学者の前提は、単に自らの地域の現在の準則は何であるのかといふことを見出そうとする法実務家の関心に取つて代わられたのです。

第三の解決策は法典化です。これは、イタリアで一八世紀半ばにルドヴィーコ・アントニオ・ムラトリー (Ludovico Antonio Muratori) によつて提唱された解決策です。イタリアでは、普通法の危機と法秩序の多様性によつて投げ出された諸問題が、一七世紀にはほとんど満足のいくような形で解決されていませんでした。与えられた解決策は異なつていきましたが、底流にある趣旨は同じでした。すなわち、法実務を法学から解放することでした。疑いなく、ヨーロッパのどこにおいても問題はイタリア程深刻ではありませんでしたが、同一の方向性は、一八世紀の法典化運動においてより一般的に認めることができました。それは、法を単純化すること、法を民衆化することであり、(いかなる種類のものであれ) 法専門家の手から法を取り戻し、そうすることによつて法の機能回復を図ることを意味したのです。

法制史家は、自分が過去に生じたことについて何らかの知識をもつてゐるが故に、将来起こるであろうことを予測することができると考えるような傲慢さを避けるように常に注意しなければなりません。予測などできないのです。また

何が起こるべきかについて説教すべきでもありません。一六世紀のヨーロッパのコモン・ローが失敗した理由が法的素材の歯止めなしの増大にあった限り、二一世紀のヨーロッパ普通法が同じ失敗を避けるのは容易なことかもしれません。ヨーロッパ連合の様々な裁判所は、司法上の権威を通して秩序を与えるいくつかの方法を提供しており、ヨーロッパ連合が加盟国に出す文書 (European Directives) やその他同種の文書は、汎ヨーロッパ的立法の積極的な形態を提供することによって、一六世紀にローマ法がなした以上に直接的に変化に対応しうる法秩序を生み出しつつあるからです。そして、きわめて重要なことですが、インターネットを通してヨーロッパ中の判決が利用できること、しかも電子技術によってそれらを検索し、関連するデータをすばやく入手することができるということは、たまたま入手しえたという偶然性だけに依拠した引用の恣意性を避けるための潜在的可能性を二一世紀の法が有していることを意味します。言葉の相違という問題を乗り越えることすら、法律家の機知を超えるものではないのかもしれませんが。

ヨーロッパの法秩序が、何千もの法学者達——その全員が法についての独自の洞察を公にすることを目指しており、「前述の」エギナル・バロンの写実的な言い回しを用いるならば、仲間が用を足した地面をさらに汚そうとしているのですが——の活動を乗り越えて生き残りうるか否かという判断は、他の方々に委ねることにしましょう。

[注]

- (1) J. Le Goff, *The Medieval Imagination*, translated by A. Goldhammer, Chicago, 1988, p.18.
- (2) R.C. van Caenegem, "Bookish Law and Customary Law: Roman Law in the Southern Netherlands in the Late Middle Ages", in *Law, History, the Low Countries and Europe*, London, 1994, p.119.
- (3) Van Caenegem, "Bookish Law and Customary law", p.130.
- (4) S.Plaza, *Historia Prawa w Polsce ma Tle Porównawczym*, vol.1, Cracow, 2002, pp.139-144, 168-169; W. Uruszczak, "Essais de Codification du Droit Polonais dans la Première Moitié du XVII^e Siècle", 59 *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1981, p.419; G. Bónis, *Einfluss des Römischen Rechts in Ungarn*, Jus Commune Medii Aevi, V.10, Milan, 1964; F.

- Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, translated by T. Weir, Oxford, 1995, pp.71-90; V. Piano Mortari, *Diritto Romano e Diritto Nazionale in Francia nel Secolo XVI*, Milan, 1962, pp.19-46; J.W.Cairns, "The Civil Law Tradition in Scottish Legal Thought", in D. Carey-Miller and R.Zimmermann, eds., *The Civil Tradition and Scots Law*, Berlin, 1997, p.191.
- (5) Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, p.95.
- (6) M.Bellomo, *The Common Legal Past of Europe*, translated by I.G.Cochrane, Washington DC, 1995, pp.78-96.
- (7) P. Classen, *Studium und Gesellschaft im Mittelalter*, Stuttgart, 1983, pp.84, 94.
- (8) P. Ourliac and J.-L. Gazzaniga, *Histoire du Droit Privé Français*, Paris, 1985, pp.121-143; F. Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1997, pp.205-262.
- (9) J.L.Barton, *Roman Law in England, Ius Romanum Medii Aevi*, V. 13a, pp.25-28; J.H.Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., London, 2002, pp.27-29.
- (10) J.-P. Lévy and A. Castaldo, *Histoire du Droit Civil*, Paris, 2002, pp.6-7.
- (11) D.J.Ibbetson, *Common Law and Ius Commune*, London, 2001 (with further references); D.Tamm, "The Danes and their Legal Heritage", in B.Dahl et al, eds., *Danish Law in a European Perspective*, Copenhagen, 1996, pp.33, 38-40.
- (12) Wieacker, *History of Private Law in Europe*, pp.91-155.
- (13) 福井(5)' 参照。
- (14) J.H.Baker, "English Law and the Renaissance", *Cambridge Law Journal*, 1985, p.46.
- (15) E.L.Eisenstein, *The Printing Press as an Agent of Change*, Cambridge, 1979, especially, pp.103-107.
- (16) J.H.Baker, *The Law's Two Bodies*, Oxford, 2001, pp.59-90.
- (17) *Sharrington v. Stroton*, 1565, P10 298, p.305.
- (18) A.Wijffels, *Qui Millies Allegatur: Les Allegations du Droit Savant dans les Dossiers du Grand Conseil de Malines*, Amsterdam, 1985.
- (19) Wijffels, *op.cit.*, 1, pp.109-162.
- (20) Wijffels, *op.cit.*, pp.165-202.
- (21) Wijffels, *op.cit.*, pp.202-282.
- (22) この証拠の集めと解釈は、D.Osler, "The Myth of European Legal History", *Rechtshistorisches Journal*, 16, 1997, p. 393 を参照。

- 2).
- (44) Stair, *Institutions*, 1.10.5.
 - (45) Coke, *Second Institute*, Proeme.
 - (46) *Synagma Communium Opinionum*, Lyons, 1608, Praefatio, esp. § 7.
 - (47) D.R. Kelley, *Foundations of Modern Historical Scholarship*, New York, 1970, p.100 及びの註。
 - (48) C. 7.45.13.
 - (49) F. Tomás y Valiente, *Manuel de Historia del Derecho Español*, 4th edn., Madrid, 1997, p.318.
 - (50) Wieacker, *History of Private Law in Europe*, pp.125-126; R. Zimmermann, "Römisch-holländisches Recht — ein Überblick", in R. Zimmermann and R. Feenstra, eds., *Das Römisch-Holländische Recht*, Berlin, 1992, p.9.
 - (51) Wieacker, *History of Private Law in Europe*, pp.159-175.
 - (52) L. Lombardi, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Milan, 1967, pp.124-199.
 - (53) このジュリアン論述については、一七世紀の自然法思想や實へ一般原理の提示がある。あつては、これは（今までの）理論上では、ロー法には無関係である。
 - (54) J.P. Dawson, *Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, pp.316-331. この題は、一七世紀の Georges Louet の *Recueil de Plusieurs Arrests Notables du Parlement de Paris* 及びその註を参照。
 - (55) その例として、'Common Law and Its Commune (編註(下))' 参照。
 - (56) Ludovico Antonio Muratori, *Dei Diffetti della Giurisprudenza*, 1742; Pier Luigi Falaschi, *Il Problema della Certezza del Diritto nel Trattato, "Dei Difetti della Giurisprudenza" di L.A. Muratori*, Milan, 1963.

(訳者あとがき)

ケンブリッジ大学法学部ローマ法欽定講座教授 (Regius Professor of Civil Law) デイヴィッド・イベトソン (David Ibbetson) 博士は、日本学術振興会の招聘により、二〇〇六年三月下旬から四月上旬にかけて来日された。その間、三月二十九日には関西大学文学部において、また四月四日には九州大学法学研究院において、本稿の基になる講演をされた。ここに訳出した原文は、講演の後八月にイベトソン教授から渡されたものであり、講演の際に配布されたペーパーとは内容が一部異なる。また、注(参照文献)も後から付されたものである(訳者達の手元にはない文献が少なくないため、残念ながら個々の文献についての確認はできていない)。なお本稿の内容は、二月にすでにオクスフォード大学において、リチャード・ヨウアード (Richard Youard) ・レクチャーとして講演されており、「原稿に目を通して、いくつかの点で言い過ぎを直すよう助言してくれたイアン・ウィリアムズ (Ian Williams) にとくに感謝する」旨の注記が付されている。

イベトソン教授は、ケンブリッジ大学卒業後、一九八〇年から二〇年間、オクスフォード大学モードリン・カレッジのフェローを務め、二〇〇〇年にケンブリッジ大学に戻り(所属はコーパス・クリステイ・カレッジ)、ローマ法欽定講座教授となった。この講座は一五四〇年に国王ヘンリ八世によって創設されており、一五三五年にオクスフォード大学に創設された同講座と並んで、由緒ある講座である。かつては、日本でもよく知られたローマ法の専門家スタイン (Peter Stein) 教授がこの講座に就いていた。イベトソン教授の名著はイングランド債務法史に関するもの (*A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, 1999) であるが、その専門領域は、ローマ法、イングランド法制史、ヨーロッパ大陸法制史の多分野に及んでおり、お読みいただいた方にはお分かりのように、本稿もそのような幅広い学識をもつ教授ならではの興味深い内容となっている。講演時のペーパーでは、結論部分で、一六世紀におけるイングランド法とヨーロッパ大陸法の相違、それとは対照的な一七世紀における両者の間での共通点の指摘がなされており、

よりタイトルに即した内容となっていたが、本稿においては、イングランド法とヨーロッパ大陸法の比較よりもむしろ二一世紀の法との比較が最後に言及されている。これは、おそらく教授が、現在進行中の「ヨーロッパ統一契約法」プロジェクトにも関与されていることからくる関心によるものであろう。

なお、関西大学における講演に際しては、関西大学文学部招聘講演者制度の援助を受けた。また、九州大学における講演に際しては、法学部国際学術交流振興基金および法政学会の援助を得た。記して、感謝したい。

(直江眞一)