

中世英国コモン・ロー

——グランヴィルとブラクトンに於ける契約「カウサ」理論——

菊池肇哉

序章的考察

コモン・ローに於ける概念史の歴史的特質

法学者による学識法が間接的に実務を支配していた大陸法体系に比べ、大学教育と独立した法曹院で実務法曹を教育していたコモン・ローの歴史においてはある概念の連続性についてローマ法ほど単純に考えることはできない。メイトランドがイギリス法史を叙述するまで、英国法曹にとつての歴史的理想のアイデンティティは権威的書物や実務理論家による理論書や時折出されるロー・リポーツといったものに長く依拠せざるを得なかつた。^①コモン・ローの歴史は法学者の歴史ではなく実務家の歴史であり、同時に、ケース・ローであり慣習法であるコモン・ローにおいては法制史、

法実務、法理論の間に明確な線引きをすることは不可能である。⁽²⁾ コモン・ローの法理論は内省的に理論的一貫性を志向するより、ある時点で既に存在しているものと仮定された法規則を理解したり「正当化」したりするためや、新しい社会の需要に答えるために既存の先例に「可能性のある解釈」を与えるために奉仕してきた。無論、大陸法にも判例実務は存在し、⁽³⁾ 新しい社会の需要に答えるためにローマ法学は古代のテキストに自覚的、非自覚的に建設的な「間違った解釈」を加えてきたとも言える。⁽⁴⁾ しかしながら、権威となるテキストが『ローマ法大全』以来基本的に変化せず、そのテキストに含まれる「概念」も既に所与のものとして与えられてきた点は異なる。コモン・ローの歴史家は約因という概念もしくはは理論も判例法の中でどの時点で明確に「確立」してきたのか、もしくは「結晶化」されたのかを一〇年前後の単位のスパンである程度正確に特定することは可能である。ある未知の新しい事案が起こった時、その問題の解決にローマ法なりコモン・ローの中で知られる過去の理由付けなりを参考にして、恐らくは何通りかの有力な「理由付け」と解決が提示され、時間が経つうちにそのような複数の「理由付け」は淘汰されていき、生き残ったものが「法準則」としてスタンダード化される。しかしながら、成立した時点では新しく創出された「法準則」というより「過去からすでに存在した法準則」として擬制されることが多い。このようなプロセスにはゲルマン的な「古き良き法」の概念も関係した可能性もあるだろう。後の法政史家は「理由付け」なり「概念」なりを實際存在したより古くにまで遡らせることが可能である。しかしながら、遡った時代に、特定の概念が実際にそのような文脈で理解されていた保証は無いのである。⁽⁵⁾ ゆえに、慣習法であるコモン・ローでは概念史、理論史より、「ルールの結晶化 crystallization of a certain legal rule」を論じたほうが実際的である場合が多い。このような概念の「正当性」や「連続性」に関する慣習法体系の不明瞭性は、特に、ローマ法には存在しないコモン・ロー固有の概念に関する場

合により問題となる。けだし、学者による外在的洗練を受ける「学識法」ではないコモン・ローの歴史は、基礎的な諸概念の絶え間ない乱用と誤用の歴史でもあるからである。

一六世紀の約因論は「引受訴訟」の中の文言として生まれた。その状況を理解するためには先行する世紀のコモン・ローに於ける契約法の基礎前提を知ることが不可欠である。

令状方式 forms of action から理解される貸金訴訟と合意訴訟の本質

初期のローマ法が「契約」という一般概念を持たず当初は認知されてきた数々の取引類型の歴史的集合体でしかなかったのと同様、コモン・ローにおいても当初は契約法という独立した法領域は存在せず、今日我々が契約法に関わると理解する様々な権利保護の体系である「訴訟令状の様式」の集合体が存在しただけである。「令状 writ」は本来は行政的な「命令文書」であり、最初期は国王による個別的、例外的な権利救済であったが、一二世紀後半ヘンリー二世（一二三二—一八九）の治世以降は一般化、標準化して見られるようになった。標準化に伴い行政の効率化のため、「令状の方式や雛形」が固定し、その令状の一定の方式に当てはまる場合に権利救済がされていった。メイトランドが「我々は訴訟形式を葬ったが、それは未だ我々を墓場から支配しているのである。」と述べたように、我々が歴史的に形成されたコモン・ローで本来その権利がどのようなものであったか考える場合、既に廃止されたはずの「令状の方式に内在する権利保護のロジック」を必ず考える必要があるのである。⁽⁶⁾ ユス・コムーネの法律家の思考がローマ法のテキストにより方向性が与えられてきた (text orientated) とすると、英米法の法

律家の思想は令状方式により方向性が与えられてきた (Forms of writ orientated) と言える。⁽⁷⁾

しかしながら、古典期のローマ法学者たちと違い、恐らくは学識法としてのローマ法の影響から中世のイギリスの法律家は「契約」や「合意」といった基本概念は有していたし、物権的権利と債権的権利の区別や、債権は債務者の死と共に消滅するといった概念も有していた。

貸金訴訟の物権的寄託的構成

今日の我々から見て契約法に当たる訴訟形式の中で、「貸金令状 writ of debt」、「合意令状 writ of covenant」、「引受訴訟令状 writ of assumpsit」の三つが特に重要である。「貸金令状 writ of debt」は請求権のある一定量の金銭や一定量の種類物を回復するために用いられたが、この種類物 fungibles の概念は明らかにローマ法の消費貸借契約 mutuum の定義の影響に負っている。⁽⁸⁾ しかしながら中世のコモンローヤーは「貸金訴訟」を債権法に分類するよりは、物権法に分類したであろう。そのことは恐らくは同一の書式から出たと比定される「writ of detinue 返還請求令状」と「writ of debt 貸金請求令状」との比較により明らかになる。「writ of detinue 返還請求令状」とは当初は動産 chattel のみに適用されたが後に不動産にまで拡大された訴訟方式で、不法に当該財産の専有を行う被告 defendant 「D」に正当な権限保持者である原告 petitioner 「P」へと財産を返還するように命令するものであり、動産の場合は「paeiçe D quod reddat P catella quae injuste detinet 被告に彼が不法に占有する動産を返却するように命令せよ」との要式を持つ。これは明確に物権的構成に基づく返還請求の基本的な書式である。これに対し、「writ of debt 貸金

請求令状」の訴訟形式は、「*praecipe D quod reddat P En quas ei debet et injuste detinet* 被告に彼が債務を負い、不法に占有するところの金銭（若しくは種類物）を引き渡すように命令せよ」との要式を持ちその類似性は明らかである。両者とも何らかの原因で今は不法に被告が占有している物の引渡しを要求している。つまり、「*writ of debt* 貸金請求令状」はその名称に関わらず、ローマ法の消費貸借契約のように合意を守るといふ債権的構成ではなく、むしろ（相手方に渡っている原因は問題としないが）相手方が現在では不法に占有しており預けてあるものを返せ」といふ寄託 *depositum* 的構成なのである。

合意令状の特定履行的、一般合意的性格と一四世紀における押印証書化

次に、「合意令状 *writ of covenant*」の性格を見てみよう。その訴訟形式は「*praecipe D quod teneat P conventionem inter eos factam* 被告は原告に対し彼らの間で為された合意を守るように命令せよ」といふ要式を持つ。⁽⁹⁾これは要式書だけから見れば、当事者間の間でなされた合意の特定履行を許容するものに見えるだろう。事実、当初は合意全般に適用されていた経緯があり、貸金債務訴訟が合意訴訟の中にしばしば内包されることもあった。⁽¹⁰⁾しかしながら一三から一四世紀を通じて「合意 *covenant*」はより特定の技術的意味を有してくることとなる。つまり、「*covenant*」とは「合意令状」において保護される「合意」であり、保護されるためには適切に証人により認証され封印され押印証書 *deed* にされなければならないと言ふものである。一四世紀以降、合意保護のための「押印証書」の要求は固定した原則となり、その時点で「合意」は「押印証書 *deed*」と同意語になった。

同一四世紀における大陸での合意化された問答契約の証書化とカウサ記載の要求

同一四世紀に、大陸の中世ローマ法に於いても本質的に口頭であった「問答契約 stipulatio」が公証人立会いによる証書化され、その証書には「特定の原因 causa」の記載が義務付けられており、同様の「合意の証書化」の傾向が見られる。⁽¹⁾つまりヨーロッパ全域で取引慣習として一四世紀には合意の証書化が進行していた高い蓋然性がある。

証書化されていない無方式合意を保護する中世カノン法におけるカウサ記載の要求

また、この証書化された問答契約におけるカウサの要求は、無方式合意を保護し契約保護に証書を要求しないカノン法学における（恐らくは訴訟提起書における）訴訟法上の要件としてのカウサ記載の要求にも見られ、恐らくは現在のドマから通じるカウサ理論の今一方のソースとなっていると筆者は考えている。両理論は似ているが、区別されなければならない。また、カノン法での訴訟法上の要件としてのカウサの要求と先述の世俗ローマ法での証書化された問答契約でのカウサ記載の要求の両者間に、法テキスト上のロジックの内在的関連性が果たしてあるのかは長年考えているが筆者はまだ考えを整理出来ていない。いずれにせよ、両者ともこの意味でのカウサは「当事者が真剣に合意したこと」を証する、訴訟法上の要件とでも言うべきものであり、「causa=vestmentum 理論」とは区別されるべきである。この部分の検証は独立した別論文を要するであろうから本稿では立ち入らない。

コブナントの証書化に対する中世ローマ法の永小作権への証書要求の影響の可能性

イベットソン説

Lease of land *à* Emphyteusis

話を戻すと先に合意令状の正式押印証書 *deed* 化について述べたが、しかしながら、これだけだと、なぜ合意が押印証書 *deed* へと変化したのか、「訴訟形式」の内在的理由からは説明不可能である。デービッド・イベットソン David Ibbetson は「*emphyteusis*」つまり日本語では「永小作権、永代借地権」と訳されるローマ法の制度からの借用の可能性を示唆している。彼の主張は、*covenant* に証書を求めることは土地貸借 *lease of land* の判例から波及しており、*emphyteusis* は恐らくローマ法におけるリースに最も近い類似物であり、*emphyteusis* が効力を持つためには証書が要求されたからである。⁽¹²⁾

しかしながら、我々日本の法律家からは、「永貸借権」は契約ではなく、他人物に対する物権 *ius in re aliena* もしくは用益物権であり、「土地貸借のリース」が「一定の期間」の貸借を前提とするものであるのに対し、「永代借地権」はその訳語が示すとおり、「永久使用」を前提とする物権である。しかしながら、これは現在の大陸法における理解で、アゾは『法学提要へのスンマ *Summa Institutuum*』の I, 1. 2. 1 への注解において確かにローマ法の「契約」であり、証書を要する文書契約の一種として⁽¹⁴⁾いる。イベットソンもアゾの『勅法集へのスンマ *Summa Codicis*』の C. 4. 66. 1. への文言「*Celebretur iste contractus scriptura interveniente, non-aliter*」その契約は文書の介在による以外の方法で締結されない。」を引用している。この点は逆に大陸法の法学者なら指摘が難しかった点かも知れない。ア

ゾはブラクトンのソースとして有名であり一三世紀のイングランドにおいては確かに影響力を有していた。しかしながら、続く一四世紀と一五世紀は一般にローマ法の影響が後退しコモン・ローが独自の発展を遂げた時期と理解されており、その点では若干の問題は残ろう。

次に、コモン・ローを初めて体系的に叙述した一二世紀のグランヴィルと二三世紀のブラクトンにおけるカウサ論に着衣論の影響を概観する。

一二世紀のグランヴィルと二三世紀のブラクトンにおけるカウサ論の影響

ユ帝法学提要の影響

グランヴィルやブラクトンなど中世イングランドの法律家が自国の法制度を叙述するにあたって、使用可能であった唯一の基礎的概念や枠組みは学識法としての中世ローマ法の物であった。両書ともローマ法全体の簡便な理論的入門書を体現していたユスティニアヌス『法学提要』の影響が強い。分析ツールがローマ法のものしか無かったわけであるから、彼らが「イングランドの法及び慣習 *leges et consuetudo Angliae*」を叙述した際にもローマ法の影響を色濃く受けている。

コモン・ロー法律家と大陸法法律家の思考様式の差異

しかしながら、専門用語や基礎概念に関してローマ法からの借用があった事実は必ずしもイングランドの法律家が

大陸の法学者と同じ思考経路を有していたことを意味しない。両法系の思考様式には根本的差異が当初から現代にいたるまで存在している。このような法文化根本的差異は大陸法のカウサと英米法の約因を比較する際にも、大陸法の法学者のアプローチとコモンローヤーとのアプローチとの間に微妙な齟齬を生み出している。一般に大陸法学者の法思想が概念や理論を通じて行われるのに比べ、英米法学者の思考はより事実的、手続き的であり、カズイステックであると言える。このような重要な差異は一部には、大陸法が一六世紀の後期スコラ学とそれに続く一七世紀以降の自然法学との接触を通じて法学外の哲学的思考に晒されてきたことにもよるかも知れない。

大陸法学者とコモンローヤーにおける「影響」の理解の差異

大陸法学者は「概念的関連性」を影響と認識するのに対し、コモン・ロー法律家は「理由付け」の合致を影響とする。しかるに、カウサ理論は、古代、中世と通して「法テキスト」と「哲学、論理学的理論」との影響の中間に位置し、それ以前を問題とする。いずれにせよ、大陸法学者が「影響」があるという場合は「概念的関連性」があることを指すのに対して、イギリス法学者が「影響」があるという場合は裁判における「理由付け reasoning」に同一性があることを求める場合が多い。概念的関連性がローマ法学とあっても「理由付けの同一性もしくは関連性」が無い場合はイギリスの学者はローマ法学のコモン・ローへの影響を認めない傾向があるのである。このような差異の傾向は「法を民族精神」の現れとしたパンデクテン法学の影響の強かった一九世紀や二〇世紀前半にはある種の「民族主義的ナショナリズム」にも関連したが、今日の学者間の齟齬はむしろ根本的な法文化や思考様式の差異に起因するものであろうと考える。

「約因論」に対する「カウサ論」の影響を考える場合、この問題はより鮮明になる。これから見るように、概念的関連性としてはカウサ論はコモン・ローに確実に取り込まれている。しかしながら、約因の「実質的理由付け」の内実を埋めるルールは「reciprocity 対価的牽連性」であり、二三世紀の早い「貸金訴訟 debt」における段階で「道徳哲学におけるアリストテレス哲学に於ける交換的正義違反 breach of commutative justice と実定的違法性 breach of virtue justice」の議論との関連は可能性としては考えられるにしても、実質は「コモン・ロー固有の理由付け」である。このような場合、同じ事実認識を共有しても大陸法学者は概念的関連性から「ローマ法の影響」を認めるだろうし、逆にコモン・ロー学者は「コモン・ローにおける約因論の独自性」を認めるであろう。

グランヴィルに於ける「債務原因 causa debendi」と「債務令状 writ of debt」

一二世紀のブラクトンに比べこの「グランヴィルによると一般に言い習わされる書」に於けるローマ法学の影響はそれほど明確ではない。ポロック&メイトランドに見られるように、通常、コモン・ローの歴史は一二世紀前半から始まり、一二世紀前半から中葉に於いては、中世ローマ法学の所謂注釈学派 glossators の学問も、コモン・ローも未だ揺籃期にあり両者とも基礎がかたまり切っていない時期であるといつて良い。ラヌルフ・ドゥ・グランヴィル Ranulf de Glanvill (c. 1112-1190) はヘンリー二世の治世に於ける Chief Justiciar (1180-1189) であり、ヘンリー二世の法改革の中心的立役者であったと言われている。本書『Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae イン グランド王国における法及び慣習論』は一一八八年ごろに書かれたと比定されており、イギリスにおける固有法であるコモン・ローを叙述した最初の理論書である。先述のようにコモン・ローの根幹を成す「Writ system 令状システム

ム」そのものが、一二世紀後半のヘンリー二世の治世になってようやく根付いたのであるが、令状 writ の確立にグランヴィルのローマ法から概念を借りた「訴権 *actio* 論」が大きな影響を及ぼしたことは論を待たない。

先にゼルナーなどの所説に基づき、カウサ理論の濫觴をアゾ若しくは彼の師のヨハネス・バシアーヌスにおいたが、グランヴィルはそれよりも古く、イギリスにおける最初の注解学派の影響、以前にはウアカリウス Rogerius Vacarius (c. 1120-c. 1200) とその著書、貧乏な学生にも買えるような本という意味で彼が安価に発表した『貧者の書 *Liber pauperum*』からパウパリスト *pauperists* L. *pauperistae* と呼ばれる学派のコモン・ローに対する影響を考えることとなる⁽¹⁶⁾。旧来はウアカリウス Vacarius はオクスフォード大学でローマ法を講義した最初の人間と考えられていたが、ピーター・シュタインによる近時の研究ではリンカーンシャーの教会付属学校で教えたのではないかという有力説が出ている。早期であるが『法学提要』のシステムに通暁していたグランヴィルは既に荒削りながらも実質的なローマ契約法の知識を見せており、そのなかで「様々な債務の諸原因について *De pluribus causis debendi*」と言われる章の中でカウサ概念に言及している。

[*Utroque vero existente in curia, is qui petit pluribus ex causis debitum potest. Aut enim debetur quid ex causa mutui, aut ex uenditionis causa, aut ex commodato, aut ex locatio, aut ex depositio, aut alia iusta debendi causa.*]⁽¹⁷⁾

両当事者が法廷内にいる場合に、被告は様々な債務原因にも続き訴訟を持ち込むことが可能である。なぜならば、

ある者は消費貸借を原因として、ある者は売買を原因として、ある者は使用貸借を原因として、あるものは寄託を原因として、もしくはたの正当な債務原因から債務付けられるからである。」

グランヴィルはここでカウサ概念を債務を成り立たせるバックランドとしての社会的原因という広い意味で使用しており、ここで見られるのは「カウサ」着衣論」での厳密な法的要件としてのカウサでは無い。しかしながら「訴訟原因 *causa actionis*」であることは疑いない。また、「正当原因」という概念は明確に示されており、ローマ法の影響であることは恐らく間違ではない。グランヴィルに於いては「合意令状 *writ of covenant*」は言及されていないが、この一節は「貸金・債務令状 *writ of debt*」に関することは間違いないと解されている。ローマ法の消費貸借契約 *mutuum* では貸金の所有権は相手方に移り、それを使用、消費した後に同種同量の物を変換するのであるが、先述の通りコモン・ローの「貸金債務令状」では「物権的寄託的構成」をとっており、所有権もしくは権限 *ius* は移転しない。このあたり齟齬が見られるであろう、大陸法学者がコモン・ローの「貸金訴訟」を位置づけるとすると「消費貸借 *mutuum*」と「寄託 *depositum*」の中間に位置づけられよう。リットを中心とした「訴訟法主体」のコモン・ローを構築したグランヴィルにとって、「実体法的な法律要件としてのカウサ」「バックランドとして社会事実としてのカウサ」「手続き法的訴訟要件としてのカウサ」の区別は全て曖昧である。またグランヴィルにおいては、「消費貸借」は「貸金訴訟 *debt*」の数ある可能的原因の一つでしか無かったが、後のコモン・ローにおいては「消費貸借契約」の中核的概念である「種類物 *fungible*」の引渡し「貸金訴訟」要素として入ってきている。そのあたりはカウサ概念の混同が影響を及ぼした可能性がある。

つまり、グランヴィルは続く一節で「消費貸借」におけるカウサと種類物の概念に関して触れるが、これが「貸金訴訟 debt」の要件と「消費貸借契約 mutuum」の要件とを混同し、「debt」の定義に「fungibles」を持ち込む原因になったのではないかと筆者は考える。

「*Ex causa mutui debetur aliquid cum quis credit alii aliquid tale quod constituit in numero vel pondere vel mensura.*」⁽¹⁸⁾

消費貸借をカウサとして人は何らかの物を債務として負わされることとなる、なぜなら彼は他人に数量もしくは重量もしくは計量の中に成り立つところの物を信与したからである。」

グランヴィルは最初のイギリス法に関する書物であるので、この一節はイギリス法において fungibles の概念を最初に叙述した一節となる。かれは続けて利息取得を「我々の法によれば高利的である *usurius per legem terre*」からとするが、もちろん利息取得禁止はカノン法、しいては既に旧約聖書に著されているキリスト教的倫理にその源泉を有する。⁽¹⁹⁾

最後にグランヴィルのローマ法学識のソースは何かについて問題が残るが、『イングランド王国における法及び慣習論』はオクスフォードの *Regius Professor* であったデ・ズルエタ Francis De Zulueta (1878-1958) により戦前に発見されオクスフォードで初めてローマ法を講じた *Vacarius* 本人によるオリジナルと目されていたが、その後の研

究で彼の学派に属するがウアカリウス本人のものでないとしてセルデン協会から無名の作者 (anonymus) のものとしてケンブリッジの教授であったピーター・シュタイン Peter Stein により解説付きで一九九〇年に翻訳出版され、今では大英博物館所蔵の手稿 Royal MS. 4. B. IV として所蔵されている『法学提要講義 *Lectura super Institutiones*』と類似性を示している。⁽²⁰⁾ シュタインによれば「我々のテキストはイギリス産であり一二世紀最後の四半世紀に遡る Our text is of English origin and dates from the last quarter of the twelfth century.」とされ、厳密にはホールにより一一八七年から一一八九年の間に書かれたであろうと比定されているグランヴェイルとほぼ同時期である。

一例を挙げればグランヴェイルはその序文で

'Regiam potestatem non solum armis contra rebelles et gentes sibi regnoque insurgentes oportet esse decoratum, sed et legibus ad subditos et populos pacificos regendos decet esse ornatum, ut utraque tempora, pacis scilicet et belli, glorius rex noster ita feliciter transigat...'⁽²¹⁾

「王権は反乱軍やその領国へ迫り来る諸国民に対する兵備によって飾られるべきのみならず、臣下や民草を平和的に統治する諸法によっても飾られるべきである、つまり、平時、及び戦時に於いて我らが栄えある王がかかるごとく幸福に過ぐされんように…」

と述べるが、

無名作者の『法学提要講義 *Lectura super Institutiones*』序文では

'imperat. m. Duo inter se diversa sunt tempora bellum sc. et pacis. tempore belli opus est armis, pacis legum auxilio. Utroque igitur imperatore (m) concedet esse munitionum, usu sc. armorum et legum.⁽²²⁾

「皇帝大権は戦時と平時の二つに分けられる。戦時には兵備が必要とされ、平時には法の助けが必要とされる。両者、つまり兵備と法の両方の使用は皇帝にふさわしい。」

としており、少なくともグランヴィルが彼の著作を書き始めるにあたって、ユ帝『法学提要』を強く意識したことは間違いない。

グランヴィルに於けるカウサ論はウルピアヌスのテキスト「Ex nudo pacto actio non nascitur. 裸の合意から訴権は生まれない」に連結する「カウサー着衣論」では無い、しかしながら、「債務・訴権の原因」として何らかのカウサが必要であるという見解は既に見られ、「債務令状 writ of debt」と関連付けられていた。

ブラクトンとアゾの「カウサー着衣論」

グランヴィル Ranulf de Glanvill (c. 1112-1190) とアンリ・ドゥ・ブラクトン Henry de Bracton (ca. 1210-68) の間にはほぼ一〇〇年の生年の開きがあるが、Bracton『De Legibus et Consuetudinibus Angliae イングランドに於ける法及び慣習について』とGlanvill『Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae イングランド王国における法及び慣習論 (c. 1188)』との間には題名から見ても明確な影響が見られる。学者によっては制定法への言及などか

らその大部分は一二三五年までに彼の上役であったウィリアム・ローリーによって書かれ、ブラクトンの仕事はそれをアップデートし補完することであったとされているが、必ずしも主要な部分がローリーによって書かれたのかブラクトンによって書かれたのか学者間での一致を今日まで見ない。ブラクトンは死の前年の一二六七年まではこの書の増補をしていたらしく、結局のところ作品自体は未完のまま残されている。活版印刷術のない時代に、この書が果たして作者の生前に公表されたのかも一切わからない。このような理由から便宜上、ブラクトンと呼んでいるが、「ブラクトンの作品の作者達」と呼ぶべきかも知れない。書かれた年代にしても、グランヴィルの書の約五〇年後（一二三五年）から八二年後（一二六七年）まで開きがある。この執筆期間の開きは一二三〇年までにはボローニヤで完成されていたとされているアックルシウスの『ローマ法大全』への「標準注釈 *glossa ordinaria*」を果たしてイングランドのブラクトンが知っていたのかという重要な問題に影響を及ぼす。衆目の一致する所では、ブラクトンの主要なローマ法のソースはアゾの作品であり、アックルシウスの標準注釈を知っていた可能性を完全には排除できないが、恐らく標準注釈を知るにはブラクトンは早すぎるだろうということである。先に我々はアゾの「カウサー着衣論」を見たが、ブラクトンはアゾの直接的な影響の範囲内にあるとあって良い。

ブラクトン問題

ブラクトンは当時のコモン・ローを正確に叙述していたのか？

また一三世紀にはコモン・ローの伝統がよりはっきり確立しており、果たしてブラクトンが叙述した「イングラントの法と慣習」の叙述が当時のコモン・ローの実務を正確に反映したもののなのか、ローマ法の知識から彼が案出した

ものなのかの所謂「ブラクトン問題」⁽²³⁾が一九世紀からの伝統的議論として存在している。有名な点ではサー・ヘンリー・メインは『古代法（一八六一）』第四章⁽²⁴⁾においてブラクトンの叙述は完全なローマニズムであり、一切信用できないとしているが、後にアゾとブラクトンの間の共通テキストを抜出し詳細な分析をしたメイトランドの研究⁽²⁵⁾（二八九五）によりそのような極端な見解は否定されている。しかしながら、個別点に関しては現在まで論争が続いていると言って良い。

ブラクトンへのアゾ以外の法律家による影響

先述のようにブラクトンに於けるローマ法の影響はより顕著であり一九世紀後半のカール・ギュターボック Karl Güterbock（一八六一）⁽²⁶⁾やメイトランド F. W. Maitland, *Selected Passages from the works of Bracton and Azo, Selden Society Volume VIII* (London, 1895) 以来、アゾとの関係は完全に受け入れられており、我々が見てきたアゾによる「カウサー着衣論」に当たる部分はメイトランドの前掲書の一一一から一四五ページに明確に観察される。以来、一九四三年にはシュルツ Fritz Schulz はブラクトンのカノン法源の研究を研究し、タンクレッド Tancred の *Ordo Iudiciarius*, 1. 3 とラモン・ド・ペニャフォール Raymond of Penafort の *Summa de Casibus*, 3. 17 をブラクトンが使用していたことを立証した⁽²⁷⁾。またリチャードソンの研究に代表されるようにスコットランドの法律書『Regiam Maiestatem』⁽²⁸⁾との比較研究はブラクトンの時代における他の注釈学派の中世ローマ法源の使用状況について貴重な示唆を与えてくれる⁽²⁹⁾。しかしながら、ここで問題になる「カウサー着衣論」に関する限りアゾの影響は中心的なものとして残る。

グランヴィル同様、ブラクトンはユ帝『法学提要』のプログラムに基づいて叙述した。その第三巻冒頭においてブラクトンは「*Dictum est supra de personis et rebus. Nunc autem dicendum est de actionibus.* 上では人と物について述べたが、しかるに今は訴権に関して述べなければならない」と述べているが、後にフランス民法典に影響を与えたことでも有名な『法学提要』の「人の法」「物の法」「訴権の法」のプログラムに基づいてブラクトンが叙述していることは明白である。この点でまっ先に問題となるのは『法学提要』に対するアゾの小品『Summa Institutionum』であろうが、関連同所ではより大部の『Summa Codicis』C. 2. 3. に対する注釈がリファーされているに過ぎずそこから、D. 2. 14. 7. のテキストへと繋がる。第二巻冒頭で『訴権 actio』の本質について論じた後、ブラクトンは「如何にして訴権が形成されるか」について論じる。つまりブラクトンにおいて「契約におけるカウサ論」が論じられるのは「訴権論」の中である。

「Videndum est etiam unde actio oritur. Et sciendum quod ex **obligationibus praecedentibus** tanquam a matre filia. Obligatio autem, quae est mater actionis, originem ducit et initium ex aliqua **causa praecedente**, sive ex contractu vel quasi sive ex malificio vel quasi. Ex contractu vero oriri poterit multis modis, sicut ex conventionione, per interrogaciones et responsiones, ex verborum conceptione quae voluntates duorum in unum trahit consensum, sicut **pacta conventa**, quae nuda sunt aliquando, aliquando vestita. Quae si nuda fuerint exinde non sequitur actio, quia ex nudo pacto non nascitur actio. Oportet igitur quod habeat vestimenta de quibus inferius dicendum.

(32)

同じく、どこから訴権が生成するのか見なければならぬ。そして知らなければならぬのは、訴権は先行する債務からまるで娘が母親から生まれるように生まれるということである。しかるに、訴権の母であるところの債務は何らかの先行するカウサ・原因から生まれ始められる、つまり、それは契約からであるか準契約からであるか、不法行為からであるか準不法行為からである。契約からである場合はまさに多くの方法で（債務）は発生しうる。つまり先行する問いかけと応答による言葉による合意から、二人の人間の意思が合意として一つのものに引き寄せられる言葉の合致によつて、またあるときは裸でありある時は着衣されている合意された合意のように。なぜなら合意が裸であるならばそこからは訴権は続かないからである、なぜなら、裸の合意からは訴権は発生しないのであるから。それゆえ、（訴権を生み出すためには）合意は外套・着衣を持たなければならないことについて以下で述べなければならない。」

ブラクトンの関連テキストの混乱

上で訳出したブラクトンのテキストは、しかしながら、非常に混乱している。訴権が先行する債務から「娘が母から生まれるように生まれる」というのは明らかに中世ローマ法の影響である。Azo, *Summa Insuperum* to I. 3. 13に同趣旨の表現が見られる。ここで考えられている「先行する債務」とは恐らくは自然債務のことであろう。それに続き、債務は「契約からか準契約からか不法行為からか準不法行為から生まれる」という法学提要に見られる説明が続く。ブラクトンによるとその四種は訴権の母とよべる「先行する債務」のそのまた「先行する原因、カウサ」である。この時点でブラクトンのローマ法理解が大分混乱していることが分かる。本来の筋ではカウサ論は、契約法の中で着衣として出てくるはずである。いずれにせよ、「Ex contractu vero oriri poterit multis modis 契約からである場合は

まさに多くの方法で（債務）は発生しうる」と続くが、「per interrogaciones et responsiones 問いかけと返答を通じて」は恐らくは本来は、「言語による契約 *contractus verbis*」である問答契約 *stipulatio* に関しての文章であるはずであるが、これが「合意から *ex conventione*」と等置されている。「言葉の合致」と訳した「*verborum conceptio*」という言葉も本来は問答契約に関する用語であるが、しかしながら、「*quae voluntates duorum in unum trahit consensum* 二人の人間の意思が合意として一つのものに引き寄せられる」と関係詞で同値化している内容は「*consensus* の定義」である。どうも、ブラクトンは「問答契約」と「合意 *conventio*」を混同しているようである。次に続く、*pacta conventa* は Thorne の訳すとおり「合意された合意」とでもこの文脈では訳すしか無いが、本来は中世ローマ法の文脈では第六の着衣である、先行契約への無方式合意の付着、「*coherentia contractus*」を表す専門用語である。「*conventa* は「合意された」を意味するのではなく、先行債務と同行する (*convenire* 共に行く) 無方式合意つまり *pactum*」によるという意味である。どうもブラクトンは「訴権の母として先行する意味での先行債務（つまり、訴権が与えられる前の自然債務）」と「有効な先行契約へ無方式合意が付着する場合の先行契約」とを混同しており非常に混乱した意味不明のテキストのキメラに仕上げているようである。一三年前にこの主題に付き論文³³を書いた時点で、意味が混乱していることは分かったが、どのように正確に混乱してるか理解できず、このテキストの英訳をつけることが出来なかった。いづらいいことであるが現代スタンダードとなっているハーバードの教授であったソーヌの英訳は一般的に信頼するに足る精度ではなく広範囲に意識や翻訳抜けラテン語の文法構造を誤解した誤訳が見られる。書いている本人が意味を理解していない場合、何百年も後の読者が「混乱した理由も含めて」意味をわかることは非常に困難である。

しかしながら、ウルピアヌス D. 2. 14. 7 「ex nudo pacto non nascitur actio 裸の合意から訴権は生じない」というキーテキストと、*vestimentum* 着衣・外套の言葉が見られるので、一応「カウサⅡ着衣論」であると言って良い。

結論として、ブラクトンのテキストにおけるアゾの「カウサⅡ着衣論」の影響は明らかであるが、カウサという言葉は D. 2. 14. 7 で使われている本来の意味「訴権の要件」つまり「*causa actionis*」としては使用されていない。

また様々なローマ法のテクニカルタームの通常用法との混同が見られる。四つの基本的な着衣Ⅱカウサとしての契約四類型の内、不確かながらも論じられたのは「問答契約」だけでこれも「無方式合意」と混同されている。また、「訴権の母」としての「自然債務の意味での先行債務」と、第六の着衣類型の「先行契約」が混同されている。その上、第六の着衣類型を「先行債務への無方式合意の付着」を表す「*pacta conventa* 共に行く合意」も「合意された合意」として無方式合意の意味で使用されている。ブラクトンは「カウサⅡ着衣論」を明らかに読んで参考にしていたが、精密にはまともに意味を理解していなかったと結論づけられる。しかしながら、「裸の合意から訴権は生じない」という文言と、訴権を生じるためには「何らかのカウサが必要である」という非常におおまかな意味はこの混迷を極めたテキストでも伝達することが出来たであろう。

ブラクトンは続いて、契約、準契約、不法行為、準不法行為の説明にうつり、債務の本質について語る。そこで彼は、*J. Inst.* 3. 13 「契約はそれにより我々が我々の法に従って必要的に何らかの物を履行するように我々自身を義務

付けるところの法の鎖である obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alcuinus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura³⁴⁾」を内容的に引用する。考えるに、恐らくはブラクトンのローマ法理解は『ユ帝法学提要』とアゾの『法学提要のスンマ』に大部分基づいており、より大部の『勅法集のスンマ』を介した Digesta のテキストのまともな理解はほとんど無かったため混乱が生み出されているのであろう。なぜなら、『法学提要』内の法文理解は全く問題なく見え自由に他の『法学提要』内の箇所からの引用が見られるのに対して、主に Digesta 内の D. 2. 14. 7 に関わる法文の理解になると途端に意味不明になるように見えるからである。しかるに、「着衣 || カウサ理論」の本体は既に見たように D. 2. 14. 7 に基づき、基本的な理解の中核部分で問題が生じていると言える。問題はおもにシュナラグマと他の契約への付着という原テキストで一番難解な場所で生じている。

[Et sciendum est obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur ad aliquid datum et faciendum, ut si quis ligatus fuerit astricus alicui ad aliquid, et ille alius ei ad aliquid contrahigatus. Est enim obligatio quasi contrahigatio, et quatuor habet species quibus contrahitur et plura vestimenta. Contrahitur enim **re, verbis, scripto, consensu, traditione, iunctra**, quae omnia dicuntur vestimenta pactorum.]³⁴⁾

そして、債務とはそれにより我々が必要的に何からのことを与えたり為したりするように我々を義務付ける法の鎖であることが知られなければならない。ゆえに、もしある人がある人に対し厳密に何らかの物事に拘束されるとすれば、相手方も彼に対し何らかの物事に反対に拘束されるからである。なぜなら、債務とはあたかも反対拘束である

quasi contrahatio からである。そしてそれにより契約が為される四つの種類があり、多くの着衣がある。なぜなら、契約は物、言語、文書、合意、引渡し、附着により為され、これら全てが合意の外套・着衣であると言われる。」

ここで訳した節では、「カウサⅡ着衣理論」はより明確である。しかしながら、最初に述べた「契約は必要的法の鎖」であるに続く部分は恐らくは第五の着衣Ⅱカウサであるシュナラグマの「牽連性」について述べておりその部分でもブラクトンの理解に混乱が見られる。そして、ブラクトンは「債務とはあたかも反対拘束であるからである Est enim obligatio quasi contrahatio」と続ける。ブラクトンが契約の定義とシュナラグマを混乱して述べたこの部分が権威的テキストとして有効な契約におけるカウサ論Ⅱ約因論の対価的牽連性に繋がった可能性がある。

そして、アゾの標準的な六つの着衣が語られる。つまり、「要物契約」「文言契約」「文書契約」「諾成契約」のローマ法契約の基本四類型と、「引渡し traditio」と称されるシュナラグマの「対価的牽連性」、アゾでは「rei interventio 物の介入」と言われていたものと、第六番目の着衣としての「有効に契約として成立する先行契約への附着」「iuncta 接着」、アゾでは「cohaerentia contractus」が語られる。このように基本線ではアゾの「カウサⅡ着衣論」の基本六類型と同じであるが、主に D. 2. 14. 7 の第五番目のシュナラグマの牽連性と第六番目の先行契約への附着に關して重複して論じられている上に、ブラクトン自身細部のテキスト理解では非常に混乱していたことが理解される。

以上がグランヴィルとブラクトンに於ける「カウサ理論」の影響の考察である。これが言うなれば第一のカウサ論

の影響の波である。両書は一六世紀の活版印刷期になって再度印刷刊行されることになる。一六世紀中、グランヴェールは一五五五年にブラクトンは一五六九年に活版印刷化され、両書に含まれるカウサ理論（ニュアンスの違うものであるが）も影響を取り戻すことになる。それゆえ、第一のカウサ理論の影響の波のリバイバルと第二のカウサ理論の波とは重複することとなる。シンプソンにより例示されている一五四一年の *Lyte v. Peny* (1541) に於けるシェリー判事による言葉「But it is otherwise of a mere gift without any cause precedent. しかし、それは何らかの先行するカウサ無しには単なる贈与である（つまり強行できない）」⁽³⁵⁾ という用法は上で挙げたブラクトンの「*Obligatio autem, quae est mater actionis, originem ducit et initium ex aliqua causa praecedente*」しかるに、訴権の母であるカウサの債務は何らかの先行するカウサ・原因から生まれ始められる」の「先行するカウサ」を想起させる。

一

- (1) F. W. Maitland, *Why the History of Common Law is not Written, The Collected Paper of Fredric William Maitland* ed. H. A. L. Fisher vol. I (Cambridge, 1911), pp. 480-97.
- (2) J. G. Sauveplaine, *Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislators in Civil and Common Law Systems*, (Amsterdam, 1982).
- (3) Peter Stein, "The Civil Law doctrine of custom and the growth of Case Law", in *Scintillae Iuris: Studi in Memoria di Gino Glora*, (Milano, 1994), pp. 371-81.
- (4) Shael Herman, "The Uses and Abuses of Roman Law Texts", *The American Journal of Comparative Law*, 29 (1981), pp.

671-690.

- (5) A. W. B. Simpson, "The analysis of Legal Concepts", *Law Quarterly Review*, 80 (1964), p. 535-59. Also see Simpson, *The Common Law and Legal Theory, Legal Theory and Legal History*, pp. 359-82.
- (9) F. W. Maitland, *The Forms of Action at Common Law*, (Cambridge, 1909).
- (7) ローマ契約法と英米契約法の一般的比較研究は' Tony Weir, "Contracts in Rome and England", *Tulane Law Review*, 66 (1992), pp. 1615-1648.
- (8) J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 3rd. ed. (London, 1990), p. 365.
- (6) 以下の要は J. H. Baker, op. cit., pp. 360-73. から全て引用した。
- (10) William M. McGovern, "Contract in Medieval England: The Necessity for *Quid pro quo* and a Sum Certain", *The American Journal of Legal History*, 13 (1969), pp. 173-201, esp. p. 173-74.
「引き受け訴訟」以前の無方式合意の保護については以下も参照。
William M. McGovern, "The enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages", *California Law Review*, 59 (1971), pp. 1145-1193; "The enforcement of Oral Contracts prior to Assumpsit", *Northwestern University Law Review*, 65 (1970), pp. 576-614; "Contract in Medieval England", *Iowa Law Review*, 54 (1968), pp. 19-62; M. S. Arnold, "Fourteen Century Promises, *Cambridge Law Journal*", 36 (1976), pp. 321-34.
- (11) Romunaldo Trifine, La 'stipulatio' nelle dottrine dei glossatori, *Studi in onore di Enrico Besta* vol. I (1939), p. 171; Winfried Trusen, Zur Geschichte des Mittelalterlichen Notariats, ZSS, 98 (1981), p. 369. Zimmermann, *Obligations*, pp. 546-7.
- (12) David Ibbetson, Words and Deeds: The action of Covenant in the Reign of Edward I, *Law and History Review*, 4 (1986), p. 83. それに反対する見解として R. C. Palmer, Covenant, *Justices Writs and Reasonable Showings*, 31 *American Journal of Legal History* (1987), p. 102.
- (13) この概念を最初に創出したのは一六世紀のドネルスだと言われている。それゆえ、ここで扱う中世ロモン・ローとの関わ

のことがいは無意味ではある。

R Feenstra, “Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction”, in *New Perspectives in the Roman Law of Property*, ed. P. Birks, (Oxford, 1989), pp. 111-122.

(14) Azo Portius, *Summa Institutionum* to I, 1. 2. 1, no. 6. Gordley, p. 43.

(15) Peter Stein, “The Vacarian School”, *Journal of Legal History*, 13 (1992), pp. 23-31. 近時の貴重な研究として Jason Taliadoros, *Law And Theology in Twelfth-Century England: The Works of Master Vacarius* (C. 1115/1120-C. 1200), (Brepols Pb., 2007).

(19) Thomas Edward Scrutton, “Roman Law in Glanvill”, in *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, (Cambridge, 1885), pp. 74-77.

(17) *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Anglie qui Glanvilla vocatur*, X, 3; Glanvill edited. G. D. G. Hall (London, 1965), p. 117-8. ホールによるところの前置や解説 Hall, *Ibid*, p. xxxvii-viii. を参照せよ。

(18) Glanvill by Hall, p. 117.

(16) For usury see Glanvill VII, 16, by Hall, p. 89, 117, 124.

cf. R. H. Helmholz, “Usury and the medieval English Church courts”, *Speculum*, 61 (1986), pp. 364-80.

(20) Francis De Zulueta and Peter Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, *Selden Society Supplementary Series Vol. 8*, (London, 1990). この文献はイギリスにおける最初のローマ法の影響を論ずる時、不可欠である。シュタインによる出版以前に一九六一年にカウフマンにより当時のローマ、カノン法との比較研究が存在する。Hort Kaufmann, ‘Causa debendi’ und ‘causa petendi’ bei Glanvill sowie im Römischen und kanonischen Recht seiner Zeit, 17 *Traditio* (1961), p. 107.

(12) Glanvill by Hall, p. 1.

(22) De Zulueta and Stein, *Ibid*, p. 1.

(23) Hermann Kantorowicz, *Bractonian problems: being the ninth lecture on the David Murray foundation in the University of Glasgow*, (Glasgow, 1941).

(24) Henry Sumner Maine, *Ancient Law Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, (London, 4th ed., 1870), p. 82.

‘And to take a phenomenon of smaller interest, it assists us, though only partially, to understand the plagiarisms of Bracton. That an English writer of the time of Henry III should have been able to put off his countrymen as a compendium of pure English law a treatise of which the entire form and third of the contents were directly borrowed from the Corpus Juris, and that he should have ventured on this experiment in a country where the systematic study of Roman Law was formally proscribed, will always among the most hopeless enigmas in the history of jurisprudence.’

(25) F. W. Maitland, *Selected Passages from the works of Bracton and Azo*, *Selden Society Volume VIII* (London, 1895).

(26) Karl Güterbock, *Bracton and his relation to the Roman law: A contribution to the history of the Roman law in the middle age*, (Philadelphia, 1865) translated from German original (1861) by Brinton Coxo.

(27) Fritz Sultz, *Critical Studies on Bracton's Treatise*, 54 *Law Quarterly Review* (1943), pp. 172-180; Fritz Sultz, Bracton and Raymond de Peñafort, 56 *Law Quarterly Review* (1945), pp. 286-92. Cf. Charles Duggan, *Twelfth-century decretal collections and their importance in English history*, *University of London Historical Studies* vol. 12 (London, 1963).

(28) 本書はグラントンの書が再編集されたものである。

Theodore Frank Thomas Plucknett, *A concise history of the common law*, (1929), p. 257.

‘Manuscripts of Glanvill continued to be copied as useful book for the next hundred years—even after Bracton's much larger (but much more costly and difficult) treatise available. Attempts to re-edit Glanvill seen never to have got beyond the stages of private experiments which did not reach the general public—at least, in England: in Scotland, however, a much revised version of Glanvill became influential under the title of its opening words, Regiam Maiestatem.’

- (62) H. G. Richardson, "Roman Law in the Regiam Maiestatem", *Juridical Review*, 67 (1955), pp. 155-87; H. G. Richardson, *Bracton: the problem of his text*, *Selden Society Suppl. Ser.* II (1965), p. 18.
- リチャーズンは同書ではズン・タンクレッツ・ペニヤフールと記したものがブラクトンと同じソースが使われていると論じブラクトンほどの意味で同じ学派に属しているかと論じたが、シムタインはRegiam Maiestatemのソースはトラーンのゴフノーデウス Goffredusof Trano の Summa Decretalium の 48 の 'ブリクタンニア' については使用こそ若干遅くもその意味で'ブリクタンニア' 特異 unique の 48 の 27 である。
- P. Stein, *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today: An Inaugural Lecture by Peter Stein*, 25pages, (CUP: Cambridge, 1969), note 3.
- (63) Bracton, *De Legibus et Consuetudionibus Angliae* ed. G. E. Woodbine and S. E. Thorne (1968-77), vol. II, p. 282.
- (64) André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, (Paris, 1969), Sec. II, n. 1. La transformation du plan des <<Institutes>>, pp. 130-134; Peter Stein, "The Fate of Institutional System", in *Huldigungsbandel Paul van Warmelo*, eds. J. van der Westhuizen, P. J. Thomas, et als, (Pretoria, 1984), pp. 218-27.
- (65) Bracton by Thorne, vol. II, p. 283.
- (66) Toshiya Kikuchi, "The doctrine of 'causa' in the 'Ius Commune' and the theory of consideration in the Common Law" (London, 1998) LLM Thesis at U. C. L.
- (67) Bracton by Thorne, vol. II, p. 283.
- (68) A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, (Oxford, 1975), p. 343.