

# 権威と「理性」と法（三〇）

——イギリス法における——

下山 瑛二

一 序論（三卷一号）

二 本論

第一章「世俗的」権威と「理性」論

はしがき

第一節 教皇庁の権威と世俗的権力

序—聖俗二権威と世俗的権力

第一款 教皇と世俗的権力

一 教会の法的権力

二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立（三卷二号、四号一号）

三 イギリスの特殊性（四卷二号、五卷一号、二号）

四 聖俗裁判競合の前提（六卷一号、二号、七卷一号、二号、八卷一号、二号、九卷一号、二号、十卷一号）

五 教会権力の世俗化と若干の法理論的検討課題（十卷一号、二号、十一卷一号、二号、十二卷一号、二号、十三卷一号、

二号、十四卷一号、二号、十五卷一号、二号、十六卷一号、二号、十七卷一号、本号及び次号）

第二款 世俗裁判権

第三款 教会世俗裁判権

第四款 聖俗裁判権の競合

第二節 教皇庁の「権威」からの解放と人間社会の自立的「権威」の抬頭

権威と「理性」と法（三〇）

第三節 人間の「理性」論と「権威」の問題提起の過程

第四節 聖俗裁判権の競合と補完——イギリス法

第二章 法と「理性」論——宗教改革前

第三章 「自然法理性」と「人為的理性」

三 必ずびに代えて

五 教会の世俗化と若干の法理論的検討課題（続）

(二) 世俗権力の正当化と聖職者の係わり方——「権威」と「権力」の癒着の理論的契機（続）

(イ) とくにカノン法学に内包される「自然法と理性」論——トマス理論——（続）

(2) トマスの「自然法と理性」（続）

(C) トマスの人定法論と理性論（続）

(vi) 自然法と訴訟

① 問題点

「トマスの人定法論と理性論」の最後の問題として、「自然法と訴訟」の問題を取り上げておきたい。就中、ここでは、「刑事事件」と異った側面をもつ民事訴訟との関係に言及したい。<sup>(1)</sup>ただ、ここで取り上げる「訴訟過程」の問題は、現在の法学における訴訟手続法の問題関心とは些か異なった観点から取り上げるものなので、<sup>(2)</sup>その問題点を先に摘示しておきたい。

いうまでもないことではあるが、民事訴訟という制度も歴史的所産である。<sup>(3)</sup>団体を構成する構成員間の紛争を、団体がどのように処理するかは、その団体の存在の客観的諸条件とそこに支配する制度的イデオロギーの所産で、そこには恒久的要素は少しも含まれていない。したがって、西欧社会において、ローマ法の影響を受けた社会でもその態様はマ

チマチである。ゲルマンの原始社会においては、そもそも刑事訴訟とか民事訴訟とかいう観念さえ存在しなかった。ローマ社会を別とすれば、西欧社会において、刑事訴訟と民事訴訟の分離が明確化するのには、中世社会であると、ミッターイスリーベリツヒは指摘する。<sup>(4)</sup> しかもなお、その民事訴訟といっても、今日のように、商品経済が社会の隅々まで行き渡った資本主義経済社会における民事とは、かなり内容が異なっている。しかもなお、この時代の民事訴訟を瞥見しておくことは、近代法への道を明らかにする意味で、決して疎かにはなしえないものと思料している。そこで、このことを前提として、本項の課題における問題点を先に摘示しておきたい。

拙稿で、先に、トマスの「枢要徳」を瞥見したときに、<sup>(5)</sup>「徳」概念と「正義」概念の關係に触れた。<sup>(6)</sup> さらに、トマスの共通善あるいは公共善と正義の問題にも触れてきた。<sup>(7)</sup> ところで、この問題の核心は、刑事關係であり、その点についても本稿では言及してきている。<sup>(8)</sup>

しかし、世俗社会において、私的所有化傾向が強まるにつれて、その財産關係が私人間において争訟化してくる。そこで、その紛争解決について、世俗権力の権限をもって介入してくるケースが生じてくる。一体、その場合に世俗権力の介入の根拠は何か、その論拠はいかなるものかが問われてくる。ことに、民事訴訟が仲裁的性格をもつ面のあるといわれている点について、その論拠を見ておかねばならぬであろう。<sup>(9)</sup>

先に指摘した如く、中世盛期において、世俗権力の頂点に立つ王の権限の特徴としては、軍事高権と裁判権が挙げられていた。<sup>(10)</sup> そこで、世俗権力の最高の封主である王の裁判所の民事訴訟への介入の問題が、とくに考慮されねばならぬ。尤も、現実のこの裁判権の行使は、王の財政収入と王権の權威の高揚とその拡大という世俗的動機からの民事介入が主であったが、その点は、ここでは一応捨象しておきたい。<sup>(11)</sup>

ところで、中世の民事訴訟と自然法の係わりを考察する場合にもう一つ問題点を取り上げておく必要があると考えて

いる。それは、「正義」とならんで、「衡平」という要素が訴訟においてどのような役割を演ずるのか、トマスは、裁判における「衡平」の問題について、果たして、何らかの言及をしていたのかという点である。

先に、世俗の裁判所の訴訟手続について言及してきたが、<sup>(12)</sup>その場合に、中世では、カノン法と教会裁判所の訴訟手続がいち早く整備され、大体一二世紀末から一三世紀にかけて整えられてきたことに触れた。そして、この教会裁判所の訴訟手続が、世俗裁判所の模範となってきたことにも触れてきた。<sup>(13)</sup>

尤も、そこでは、人定法たるカノン法が前面に出ているために、自然法の存在を主張するものの所論が直ちに訴訟手続と直結して論ぜられてきているわけではなかった。しかしなお、その手続においては、例えば、告白といった精神的要素が訴訟法上極めて重要な要素を占めてきていることに言及した。<sup>(14)</sup>この点が、大陸の刑事手続の基本手続として、長く近世をも支配した糾問手続に連なる点も忘却しえない点であろう。<sup>(15)</sup>しかし、この間の糾問手続というものが、現実には、多くの弊害をもたらしてきたことも忘却することはできない。しかも、刑事手続と違った、私人間の関係にかかわる民事訴訟においては、かかる糾問主義的性格をもつ手続が採択されていたならば、それは、刑事手続におけると同様の弊害をもたらすのみならず、先にあげた、民事訴訟の仲裁的性格と一体どのように調和しうるのだろうかということ疑問として浮かび上がってくる。

ことに、イギリス法においては、衡平法裁判所が、コモン・ロウ裁判所と併存して、イギリス法制度の特色を形成してきた。そこでは、人の良心への働きかけを基本に据えている。そこでは、人の心の奥まで裁判権力は立ち入るといふ形態をとる。それならば、かかる訴訟過程は、いかなる論拠で正当化されるのであるか。それが、「衡平」といふ要素を原点におくならば、それと「正義」の観点とはいかに調和しうるかが、問われねばならなくなる。<sup>(16)</sup>

そこで、本項では、この二点に絞って、考察しておきたい。

(1) ここで「民事訴訟」という概念を使用したのが、当時において、その概念がはたしてあったのか、また、名称は兎も角、それを意味するものがあつたのか、あつたならば、それはそれぞれの地域あるいは時代によってどのよう概念化してきたのか問題であつたといえよう。たとえば、イギリスにおいては、マグナ・カルタ一七条では *communia placita* と表現されており、その英訳は *common pleas* とされている。田中英夫編、前掲「英米法辞典」では、民間訴訟の訳が付されている。但し、高木八尺・末延三次・宮沢俊義編、「人権宣言集」、岩波文庫、昭和三二年、四一頁「田中英夫訳」では「民訴裁判」となっている。また、高柳賢三ほか編、前掲「英米法辞典」では、*Common pleas* に民事訴訟裁判所の訳が付されている (*Court of Common Pleas* の意味で捉えている)。尤も、*Court of Common Pleas* の項では民訴裁判所の訳が付されている。(同様の捉え方は、早川武夫、『法律英語の常識』、日本評論社、昭和三七年一七四頁にも見出される。一般に *common pleas* の訳に民訴の訳を付するものが多い。「この点については再度後述箇所で言及することにする。」これに対して、大陸法系の諸国では、*civil process* と訳される語を使用する傾向にある。ジュゼッペ・キリヴェンダ、「民事訴訟におけるローマ的要素とゲルマン的要素」、中野貞一郎訳、信山社、一九八九年、五三頁以下参照。因みに、ここで留意されねばならぬことは、民事訴訟といわれるものの内容である。未だ商品経済の普及が限定的であつたような社会において、一体民事事件としてどのようなものが、訴訟の対象になつたのであろうか。また、当時において、ローマ法が重視される傾向にあつたが、しかし、先に触れたイギリスのマートン会議の決定の如く、それを拒否した事例も見出される。この点、拙稿、前掲五巻一四七頁以下、四九頁以下注(13)、六巻一四四頁注(8)、七四頁参照。

しかし、それは、西欧社会ではイギリス法に限つたことではない。ジャン・アンベル、『フランス法制史』、三井哲夫・菅沼一彦訳、クセジュ、白水社、一九七四年、二五頁以下〔第二章 封建時代の私法(一〇世紀から一六世紀まで)〕参照。

そもそも、当時における裁判においてローマ法の浸透がどのようであつたかが、その訴訟の態様に大きな影響を与えた。アンベルは次の如く摘示している。すなわち、

「ローマ法大全の普及はきわめて遅々たるものであつた。」二八頁。「ある著名な法制史家〔注、E. Meyrial〕が、『フランスにおける一二・一三世紀のローマ法の侵入にたいする民衆の反対』を明かに指摘することができたほどである。」二八―九頁。「この抵抗は、地方慣習性のなかにローマ法の基礎が残存していた南仏地方では、ゲルマン法がローマ法の少しの痕跡を留めることも許さなかつたフランスの北部地方におけるほどには強くなかつた。」二九頁。

「一三世紀には、個々の文書はローマ法の影響をかなり強く受けて起案されている。つまり、大学の影響は実務においても感じられるようになってきたのである。」「これは、大学で養成された司法官がローマ法の規定を守るように命じたからである。」「しかし長い間に、慣習性は南仏地方でも義務的と考えられるようになってくる。つまり、各地方、また各都市さえもがその固有の慣習法を持ち、これが成文法という名で呼ばれはじめたローマ法と競合的に適用される。」二九頁。

「次の世紀には、成文法の影響を受ける地域はある曲線の南側と限定されるようになる。」この曲線は、オレロン島に発し、サントジュとリムザンの北を通り、南の方に曲がってオヴェルニュの一部を慣習法地方に残す。この線は、次いで北上してマコンとジュクス地方を成文法に残すのである。」二一九頁。

「この線より南の地方全部において、ローマ法は『成文法に合致した一つの慣習法』として適用される。」二一九頁。「つまり、フランス王はこれを慣習性の資格においてのみ承認し、法律としては認めないのである。」二一九—三〇頁。

このような状況にあるとき、民事訴訟の内容というものを、どこまで概括的に把握できるか、問題である。そして、本項でも、その点を留意しながら、その課題にアプローチしたい。

因みに、イギリス法へのローマ・カノン法の影響については、cf. Harold Potter, *An Introduction to the History of English Law*, 2nd, p. 247 et seq. [Appendix A. The Influence of the Civil and Canon Law in England].

なお、民法法Ⅱ私法という概念でこの問題を捉えることのできないことも、ここで付記しておきたい。私的自治の原則が社会的に承認され、一つの法体系を構成しようという、制度的イデオロギーが成熟するのは、遙か後になってからである。その意味では、R. C. Van Canegem, *An Historical Introduction to Private Law*, transl. by D. E. L. Johnston, 1992がフランス民法典(一八〇四)から取り扱っているのは興味深い。

- (2) 今日でも、各国によって訴訟過程は多様であり、また、歴史的に見てもなおそのように指摘しうるだろう。今日、訴訟は多く、その手続の態様によって、刑事訴訟と、民事訴訟に大別する場合が多いが、その場合にも、民事訴訟に行政事件関係を含める国々と、行政裁判所を有する国々のごとく、行政訴訟を独立させて並列化させる場合があり、さらに、一口に行政訴訟といっても、ドイツの如く、多種の広義の行政裁判所が並置されている場合の訴訟過程は独特の過程を踏むし、また、イギリスの場合にも、多様な審判所 *tribunals* を前審手続として持つ場合もあり、訴訟におけるその性格論は、原理論的に追求する問題が山積している。cf. ed by D. J. Galligan, *Procedure*, 1992. 本書では、現代のアメリカ法における訴訟手続に関する問題点を中心に諸論文が再録されているが、この中で民事訴訟手続に關し、とくに、米独の民事訴訟の利点の比較が紹介されている。cf. John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, p. 253 et seq.; Samuel R. Gross, *The American Advantage*, p. 311 et seq. 問題の核心の一つは、事実審理過程の相違にあり、実は、この点英米間でも異なる面がある。cf. P. S. Atiyah & R. S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* — A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions, 1987, p. 157 et seq. [6 The Trial Process]. ちなみに、この問題は、いわゆる「手続的正義」論と絡み、「正義」論からも検討を要する問題にもなっている。拙稿、前掲五卷一号一九二頁以下注(8)参照。

なお、現代の手続と正義の問題に關し、私もいろいろ的法的側面について言及してきた。それは、とくに行政訴訟をどのように地

位づけるかという点に関するものであった。拙稿、「憲法三一条と due process of law」、法律時報三三卷四号（一九六一）、四頁以下、「行政手続と人権」、ジュリスト臨時増刊「日本国憲法—三〇年の軌跡と展望」（一九七七）、三四九頁以下、「行政手続と人権保障」、ジュリスト増刊号「憲法の争点」（一九七八）一〇八頁以下。

とくに、英米法がわが国のアプローチと異なる点に着目して、この問題に関心をもち続けたが、英米法でもその法的傾向の基幹をなしたイギリス法のそれに力点をおいて言及してきた。拙稿、「近代イギリス法研究」の意義について、社会科学の方法七巻一号（一九七四）、一三頁以下、「イギリス行政法学における一思潮—J. D. B. Mitchellの主張について」、大阪市大法学雑誌一六巻二・三・四号（一九七〇）一三三頁以下、「イギリス行政法学における一思潮—H. W. R. Wade教授とL. L. Jaffe教授の主張について」、都立大法雑一〇巻二号（一九七〇）二二一頁以下、「イギリス行政手続法の法理」、東大社研創立一五周年記念論文「社会科学の基本問題（下）」（一九六三）四三頁以下、「The Council on Tribunals（審判所審議会について）」、大阪市大法雑一九巻三・四号（一九七三）三三頁以下。これらの点は、大陸法系の諸国と異なった手続的特徴をもつとともに、その管轄、事実審理などに特徴点を持ち、さらにその基礎に大陸法系ではあまり論ぜられない手続的正義の原則の問題を含んでいる。したがって、近代法における民事訴訟において、「正義」の概念がどう絡むかは、原理論的に確かめておかねばならぬ点といえよう。それは、今日よく論ぜられる英米法系の「法の支配」、大陸法系の「法治主義」の基本問題にも絡むからであった。この点は、わが国の憲法七六條二項に絡む問題であるが、わが国では余り原理論的に深められているように思えない。新堂幸司、「民事訴訟法」、筑摩書房、昭和四九年、七頁以下

〔3〕行政訴訟〕参照。

〔3〕新堂幸司、前掲「民事訴訟法」一頁以下「第一節 民事訴訟 制度の目的」〔一 学説の対立状況〕。

〔4〕ミッターイスリーベリッヒ、前掲「ドイツ法制史概説」四二二頁。

〔5〕拙稿、前掲一三巻二号四〇頁以下注「補論「徳 virtue」論」参照。

〔6〕同前。なお一四巻一号二三頁注〔6〕〔4〕共通善と正義〕参照。「共通善の実現をめざすところの正義は、或る人の私的な善 bonum privatum へと秩序づけられた正義とは異なった徳である。」四一頁。

因みに、本項で特に問題になるのは、「法的正義」であるが、本項では、先に、刑事法における「法と正義」の関係には言及してきた。拙稿、前掲一五巻二号一八頁以下参照。本項で問題になるのは、個人が他の人格に関係するときの倫理徳をトマスがどう取り扱っていたかという点である。

〔7〕拙稿、前掲一四巻一号二三頁以下注〔6〕〔4〕共通善と正義〕参照。

〔8〕拙稿、前掲一五巻二号一八頁以下〔iii〕トマスと刑事法—法と正義〕参照。

〔9〕拙稿、前掲一二巻二号五五頁以下注〔2〕、一五巻一号一四二頁、一五六頁以下注〔34〕、一六巻二号八六頁以下注〔7〕参照。

(10) 拙稿、前掲一七卷一号二一四頁〔③〕「王」の地位の特殊性」注(17) 参照。

(11) 拙稿、前掲一七卷一号二〇一、二〇四頁以下参照。

(12) 拙稿、前掲四卷一号七頁以下、三一頁、一六卷二号八六頁注(7) 参照。

刑事法違反と民法違反について、とくにイギリス法で留意せねばならぬことは、後述の如く、不法行為が王座裁判所の管轄が起源であったということである。そのことは、不法行為法の発展が、準刑事事件として取り扱われ、それを足がかりにして、コモン・ロウの私法的準則を発展せしめてきた側面が大であったことに絡む。拙稿、前掲一五卷二号一七四―一七五頁注(11) 参照。

(13) スタイン、前掲「ローマ法とヨーロッパ」、七五頁以下〔8〕ローマ法の適用―訴訟手続。ここでは、一二世紀から一三世紀に架けて、すでに訴訟法に関するテキストが現れてきていることを摘示している。主たるものとして、イルネリウスの弟子の四博士の一人であるブルガールの『法律提要』、その弟子のヨハネス・バッシアヌの『訴訟要覧』が摘示されているし(七五頁)、一二世紀末には、とくにノルマン王朝下のイングランドで、諸々の『訴訟要覧』文献の全盛期を迎えたという(七六頁)。これらの訴訟文献は、一二七一年のグイレルムス・デュランティスの『法廷鑑』によって頂点を極めたという(七六頁)。そして、一三世紀には、それらは、世俗裁判所においても用いられるようになったと言われている(七七頁)。

ことに、このローマ・カノン法の訴訟手続の世俗裁判所への影響については、ウェーバー、前掲「法社会学」、四二七頁参照。すなわち、

「世俗の裁判に対するカノン法の影響は、若干の制度を度外視するならば、主として訴訟手続の分野にあった。」四二七頁。「この分野では、世俗の訴訟の形式主義的な・弁論主義にもとづく訴訟法をもっているのにたいして、あらゆる神政政治的な裁判は、実質的・絶対的な・単に形式的ではない・真実を求めようと努力するものであり、この努力が、とくに早い時期に職権手続の合理的な―とはいえもちろんすぐれて実質的な―方法論を進展させるにいたっている。」四二七頁。

「神政政治的な裁判というものは、不法がおこなわれた場合の贖罪も、真実の探究も当事者の任意に委ねることができない裁判である。」「それは、『職権にもとづいて』手続を進め(職権主義 Officialmaxime)、現実に起こった事実を最善の形で確定する保障を与えてくれる証拠手続を作り出す。この証拠手続が、西洋においては『糾問主義』“Inquisitionsprozess”であり、これは、その後、世俗的な刑事裁判によっても受けつがれた。」四二七頁。

「実体的なカノン法をめぐる闘争は、西洋においては、その後、本質的に政治的な問題になってしまった。」「カノン法が今日なおおこなっている諸要素がなお実際の意義をもっているのは、経済的に重要な意味をもっているような諸領域においてではない。」四二七頁。

ミッターイスリーベリッヒ、前掲「ドイツ法制史概説」〔第二〇章 カローリング帝政〕一七五頁以下「職権的訊問手続」参照。



(14) なお、自白については、拙稿、前掲四卷一号一〇頁、四二頁、六五頁、五卷二号一七八頁、二二二―二三頁、二三三―三五頁注(1)、(2)参照。ことば、二二四―三五頁注(2)では、トマスの見解に触れている。そこで、本項では、自白に関しては省略したい。

(15) 前出注(13)のウェーバー指摘参照。

(16) 本稿においても、「良心裁判所、良心の法廷」については、拙稿、前掲四卷一号二四頁注(12)で触れてきている。なお、イギリス法における「良心 conscience」については、cf. Holdsworth, HEL. op. cit., vol. 2, p. 344.

なお、現代的観点から、cf. Sarah Worthington, Equity, 2003, pp. 298~303, [Is equity a peculiarly conscience-based jurisprudence?]. この点は、本稿においては、後述の「第二章 法と「理性」論」「第二節 大法官の裁量と「理性」論」において取り上げるつもりであるが、イギリス法において、コモン・ロウの推論方法との違いの法学的基礎が検討される。ただ、正義と衡平との関係論については、本項後述箇所参照。

現代の標準的テキストとしての Hanbury & Maudsley, Modern Equity, 13th, 1989, by Jill E. Martin においても良心概念に触れている。pp. 4, 7, 33, 309, 640.

## ② 民事訴訟の性格―仲裁

### 1. 民事訴訟の前提

そこで、当時の民事訴訟の性格とその論拠づけの問題に立ち入る前に、その前提となる「正義と訴訟」の基本問題を整理しておきたい。

拙稿で既に言及してきた如く、訴訟が社会的制度として成立するためには、その時代的背景を念頭におかねばならぬ。それを要約すれば、訴訟は、戦争・暴力の支配する社会では成立しない。それは、平和と秩序を社会的要請としている場合に存在可能な条件が生まれる<sup>(1)</sup>。

現在においても、民事訴訟制度の目的は何かという点に関し、権利保護説、私法秩序維持説、紛争解決説等が存在するが、民事訴訟の端緒形態については、なお検討の余地があるにせよ、とにかく、訴訟が成り立つためには、社会における平和状態の成熟が条件になることは間違ないであろう。

次に、これまでも摘示してきた如く、広域的領域支配権力の確立のための要件として、制度的イデオロギー的側面においては、平和観念の普及とともに、「正義」観念の形成・普遍化が必要であった。そのことを前提に、力の支配から制度的観念的な権力の支配へと社会的意識が変化してくる。<sup>(3)</sup> 現在でも民事訴訟の本質論として私法秩序維持説が存在するように、ここでは、種々の構成員間の紛争解決のためには、世俗権力が、それらの構成員を支配する公権力として立ち現れる必要性があり、しかも、その公権力が「正義」の担い手となる必要性があった。

ところで、一三世紀におけるトマス理論が社会的イデオロギーとして権威化されてきたのはかかる背景の下にであった。トマスの「倫理学」はアリストテレスの倫理学とローマ法の法観念を摂取しながら神学的権威を構成しようとした。特に、その「徳」論における「正義」論が、訴訟を正義の観念に結びつけるのに重要な役割を演じた。<sup>(4)</sup> そこで、民事訴訟の性格論に入る前に、その前提となる、「公権力の確立」と「訴訟を正義「徳」の実施たる手段として制度化する場合の問題点」を整理しておきたい。

まず、民事訴訟における「公権力の確立」の問題点について整理しておこう。

本稿においても、「公権力」概念についてはしばしば言及してきた。<sup>(5)</sup> また、前項において、「王」の持つ「権力」が、他の貴族のそれと異なり、すぐれて「公権力」の保持者として現れることにも触れてきた。<sup>(6)</sup> ここでは、王位の家系による継承に基づく私物化傾向の反面、その継承の正当性の論拠の探求、すなわち、王位の継承性の理論化が要求され、ここに「王冠」論が案出されたこと、そして、それが、人的支配から領域的支配「多種の人民を構成員とする広域領域支配」を可能にしたこと、さらに、私的個人の王からの観念的分離による「公」概念を創出し、私に対する「公」概念を誕生させ、王の個人的権力と分離した「公権力」概念を確立させていることに触れてきている。

では、トマスは「公権力」概念をどのように捉えていたであろうか。<sup>(7)</sup> それは、個人間の争いにまで介入すべきものと

して捉えていたのであろうか。もし、そうであるならば、それは如何なる根拠によつたのであろうか。換言すれば、それは公共善にかかわる正義の実施として介入しえたものであつたのであろうか。また、そうでないとするならば、そのような争訟にいかなる立場で立ち会うことができたのであろうか、といったことが問題となるであろう。

次に、民事訴訟を正義「徳」の実施たる手段として制度化する場合にどのような問題点が生ずるのであろうか。そこで、まず見ておかねばならぬこととして、世俗権力が、正義を実施する手段として、訴訟をどのようなものとして捉えていたのであろうか、という問題がある。<sup>(8)</sup>

すでに見てきた如く、訴訟は、私闘に代わるもの、換言すれば、力による私的救済「自力救済」に代わるものとして実施されてきたこと、しかも、その訴訟を管理する公権力は、その任務を担う制度的イデオロギーとして、「正義」を行ふものという大義名分を立てていた。

だが、公権力の実施するその訴訟の大半は、秩序維持のための刑事事件であり、「罪」にかかわる「正義」という「徳」の実施手段として公権力は立ち現われていた。では、公権力の支配する団体の構成員間の紛争に、公権力は、同じ論理で介入しえたのであろうか、というのがここでの問題であることは、先の問題提起の箇所でも摘示したところである。言い換えれば、公権力の構成員間の個別事項に介入するのが、徳 *virtue* を行うことになるのか、しかも、民事事件におけるその介入について、公共善とは異なつた根拠をどのようにして提示しうるのか、それが、制度的になぜ容認されるのか、さらに、その介入の態様になんらかの規則性があるのか、という点が問われなければならない。

では、これらの問題点の存在を前提としながら、トマスは人民間の訴訟をどのように捉えていたのであろうか。

因みに、すでに瞥見したごとく、教会裁判所の裁治権の中には、かかる私人としての構成員間の問題処理の手續が確立していた。<sup>(9)</sup>したがって、トマスも、この問題に無関心ではいらなかった。そこで、浮び上がってくるのが先に摘示

した世俗社会における私人間の紛争処理に世俗権力が介入することが、どこまで正当化され、かつ、その論拠が問われるという問題であり、<sup>(10)</sup>いわゆる民事訴訟における公権力としての裁判権の行使がどのような場合にその正当性が認められるのかという問題であった。そして、拙稿においても、一般的に言って、当時のかかる民事裁判の性格は主として「仲裁」(広義)的であることに言及してきた。<sup>(11)</sup>そこで、ここでは、トマスが、自然法とこの「仲裁」手続を、どのように「神学大全」の中で位置づけ、ひいては、構成員間の紛争処理の法をどのように観念していたのか、そして、その観念が社会哲学的にどのような意味をもっていたのかを瞥見してみたい。<sup>(12)</sup>

まずこの点に関するトマスの指摘については、先のトレルチの指摘が想起されねばならぬであろう。<sup>(13)</sup>もとより、トマスのこの点に関する指摘は本項のテーマよりはるか広範な見地からなされたものであるが、しかし、その指摘の中から本項にかかわる箇所を摘示することは可能である。この点に関しまず、トレルチが、トマスの倫理的制度観は、自然法に基礎づけられるべきこと、そして、それが、まず十戒と自然法の同化によって仲裁がもたらされた<sup>(14)</sup>と摘示していたことを想起する必要がある。<sup>(14)</sup>ただし、ここでいう「仲裁」概念は、先に触れた如く、極めて広く捉えられたものであるが、<sup>(15)</sup>しかもなお、人為的諸制度を基礎づける人定法にかかわる「仲裁」制度もまた、その基礎の上に立つものとして捉えられている<sup>(16)</sup>としている。

ところで、本稿においても既にトマスの裁治権と自然法および仲裁論について言及した箇所は多い。そこで初めに、それらの点をここで纏めておきたい。

まず、当面の課題になっている訴訟は世俗社会における事案であり、必ずしも神学の対象とはならぬはずのものであった。それにも拘わらず、トマスは、倫理的関心の対象として、前述のごとく、公権力たる裁判権の行使の正当性の有無と自然法が関わりをもつ側面のあることを認識している。<sup>(17)</sup>それは、公権力の行使に関わる人定法が自然法に従属す

るところから必然的であった。<sup>(18)</sup>

しかし、自然法といっても、その内容は曖昧模糊として把握し難いものがある。そこで、トマスも、自然法を第一次規定と第二次規定に分ける<sup>(19)</sup>。それがストア学派の自然法の分類に従って、絶対的自然法と相対的自然法との概念区分をする傾向と軌を一にするものか否かまでは、詳らかではないが、トレルチはトマスの倫理学がその線に沿っていることを主張する。<sup>(20)</sup> トマスが、現実の社会との関係で、自然法の可変性を認めていることは確かであり、その意味では、かかる線に沿って人定法と自然法とが理論的に関連づけられうることを前提としているといえよう。<sup>(21)</sup>

- (1) 拙稿でも幾つかの箇所、既にこの問題に触れてきた。「神の平和」運動、教会の平和運動については、前掲三巻二号一七頁注(12)、(18)、一〇巻一号八四頁注(8)、「煉獄思想」に関連しては三巻二号二八頁、秩序と平和に関しては、九巻二号八〇頁、八四頁注(6)、一二巻二号一一頁注(2)、平和と正義については、九巻二号八八頁注(21)、戦争と自力救済からの脱出・止揚については、一〇巻一号八三頁注(8)、「国王の平和」については、とくにイギリスに関しては、九巻二号八一頁、教会の平和運動を補足する「平和令」については、一〇巻一号八四頁注(8)、平和裁判権の観念の台頭については、一〇巻一号九一頁注(35)、平和的に統治するための組織と機能については、三巻二号一二頁、教会裁判所の管轄権の承認するマインツのラント平和令については、六巻二号八三頁、仲裁裁判所と平和裁判所については、八巻一号一二八頁、一二九頁、都市平和と自由意思による仲裁裁判権については、八巻一号一五六頁注(53)、新カノン法による訴訟手続―訴訟応諾による自力救済の放棄については、四巻一号六一頁参照。なお、平和と秩序概念に関するホッブズの見解については、一三巻二号二〇頁「補論」 「徳 virtus」論参照。
- (2) 新堂幸司、前掲「民事訴訟法」一頁以下、三ヶ月章、前掲「民事訴訟法」一頁以下「第一編 訴訟本質論」第一章 私的紛争とその解決方式」参照。

- (3) 拙稿、前掲一四巻二号二九頁注(12)では「力」と「権力」の関係に触れている。なお、四七頁以下「(v) 支配と「人民」の合意」参照。三ヶ月章、前掲「民事訴訟法」四頁以下「四 紛争の公権的・強行的解決方式としての民事訴訟」。

因みに、ゴフは一二世紀を「正義の世紀」(または正義の時代)という。拙稿、前掲三巻二号二二頁、一二巻二号一二頁注(5)、

一三卷一號九八頁。

- (4) 拙稿、前掲一三卷二號一四頁以下〔補論「徳virtus」論〕参照。特に、四〇頁以下〔5〕「徳」概念と「正義」概念〕参照。
- (5) この点、拙稿、前掲一四卷二號〔3〕トマスの自然法と人定法―人は如何にして自然法を行為規範となしうるか〕で主に取り上げてきた。「公(的)権力」については、一四卷二號二四頁注(2)「トレルチの指摘の紹介」、とくに、四九頁注(22)でその概念史上の問題を瞥見している。さらに、一五卷一號〔1〕トマスの自然法とpotestas〔権力・権限〕と正義〕一三五頁注(37)参照。そこでは、「権力の委託」の問題に触れている。それは、前掲一四卷二號四九頁、五〇頁の指摘を受けたものである。前掲一四卷二號四九頁以下注(22)では〔2〕公的権力〕を概念的見地から言及している。なお、公権力の担い手について、前掲一四卷二號四七頁以下注(22)〔v〕支配と「人民」の合意〕参照。それが、「共通善」確保の委託を受けた者の権限にのみ属することを摘示した点については、前掲一四卷二號四九頁注(22)、一五卷一號一四四頁注(1)〔2〕公的権力potestas publica〕参照。そして裁判官の権能も委託を受けて行使されるものであることを摘示している。前掲一四卷二號五二頁注(22)〔6〕通常裁判官の権能potestas iudicis ordinari〕参照。
- (6) 拙稿、前掲一七卷一號二〇三頁以下〔v〕権力者の地位の世襲と財産の相続―相続法と「正義」論〕〔3〕「王の地位の特殊性」参照。
- なお、国の公権力と君主の公権力の関係については、拙稿、前掲一四卷二號一二頁注(6)参照。
- (7) 拙稿については、前出(1)参照。
- 「公権力」の行使に関する限界についてのトマスの所説は、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六七問題二三二頁「裁判における裁判官の不正について」〔第一項 或る者が自分の下に従属していない者を正当に裁判することは可能か〕参照。拙稿でも、前掲一四卷二號五二頁以下注(22)〔通常裁判官の権能〕、一五卷一號一五三頁以下注(25)〔裁判官の判断の限界〕でこの問題に触れている。
- (8) イギリス法では、裁判をadministration of justiceということについては、拙稿でも触れてきた。だがフランス法でも administration de la justice という用語があるが、それは司法行政を意味する。拙稿、前掲九卷二號八一頁、八八頁注(17)、一五卷一號一五〇頁注(17)。一五卷二號一二九頁参照。
- (9) 拙稿、前掲四卷一號二頁以下、五一頁以下参照。また裁きと仲裁の相違に言及した箇所、一五卷一號一三五頁、一五六頁注(34)〔2〕トマスの自然法と世俗権力の裁治権―とくに科罰権の根拠と限界〕参照。
- (10) 世俗裁判所に大きな影響を与えた教会裁判所の世俗事項への介入については、マルタン、前掲「フランス法制史概説」〔一三七項 教会裁判権の進展の原因〕二八六頁参照。

「教会裁判権は、既にフランク時代に、頗る広い一管轄領域を有していた。」「そして、中世には、世俗裁判権が分裂しこのために弱化したのとは反対に、教会裁判権は大きな進展を示す。」二八六頁。

「この進展は、まず第一に、一二世紀中頃以来教会が勝ち取った一般的な進展に基づくものである。」「教会は、先ず、その教階制度（イエラルシ）の構成に、次いで平信徒衆に、明確で峻厳な戒規を課した。」「しかし、この努力も総て、もし教会が、聖職者に対した平信徒に対して、完全な戒規裁判権を有していなかったとすれば、徒勞なままに留ったことであろう。」二八六頁。「それ故に、教会は、世俗的権力に対して、その裁判権を完全に尊重することを強要した。」二八六―七頁。「もつとも、教会は、そのことにおいては、因り自身が鼓吹しそして兎も角も強制した。」二八七頁。「中世の社会の請傾向と、即ち、領主制やコミュニティがそして或る点では大学や同業組合のような明確な各社会集団が夫々自身固有の裁判権を持つという傾向と、調和を保つのである。」二八七頁。

「第二に、教会裁判所は、旨い仕組みを持っている。」「裁判は、教養有る聖職者の協力で為される。」「裁判には、教会法の明瞭な諸規定が適用される。」「ここでは、書面が重要な役割を演じる。」「ローマ法の特別訴訟手続に倣った、簡明であると同時に巧妙な訴訟手続が採用される。」「証拠方法は合理的であって、裁判決闘その他の神判は排される。」「刑罰は緩和され、罪人に矯正の余地を残している。」二八七頁。「最後に、審級制の上訴が可能であって、上訴は教皇のもとにまで達しうる。」二八七頁。

「これらの特徴は総て、封建的な裁判所の仕組みと対照をなしている。」「教会判事裁判所は、要するに、世俗の裁判所程に裁判の利得を貪欲に求めることをしなかつたように見える。」二八七頁。

「そのため、裁判管轄服属者衆は、戒規にも信仰にも関係のない分野の事件でさえ、教会裁判所に、自ら進んで出掛けているのが見受けられる。」「(傍点筆者)。「世俗権力に味方する衆は、甚だ早くに、このような管轄侵犯を非難した。」「しかし、事実、その背後には、世俗裁判所の無能ということが特に有ったのであって、裁判管轄服属者衆に懇願されて教会裁判所は、キリスト教徒共同体の利益のために、その仕事を引き受けたのである。」「二八七頁。(仲裁裁判委託の契約は)「甚だ屢々生ずる。」「二八七頁。「教会裁判権は、このような膳立てがあれば、仲裁裁判権として、正当に介入しうる。」二八七頁。

「更にもっと一般的に、教会裁判権は、裁判管轄服属者衆の明白な愛顧に支えられて、自身のもとに提訴された多くの世俗事件を、世俗裁判所と競合して、迎え容れる資格を持つと、自ら考えるように成った。」「二八七頁。「因り、法的には、教会裁判権は自己固有の領域でしか、管轄権を有しない。」「しかし、それは、平穩なそして記憶にない程に古くからの慣例の効果として、各司教区で差異はあるが、それだけに留まらないもつと幅広い介入を認められうるのである。」「二八七頁。

- (11) arbiter の語義について、Shorter OED, pp. 106-7 では次の如き指摘を見出す。後期中世英語での用語として、後期ラテン語より arbiter として、あるいは、古フランス語の arbitrateur から由来したものととして、ラテン語の裁判官、最高の支配者としての語義を有するものと言う。

なお、ラテン語の語義について、柴田光蔵、前掲「法律ラテン語辞典」では、「arbitrator」に、「裁定人、仲裁人、仲裁者、証人、支配者、主人」(三二二頁)の用法が付されているし、「arbitratus」については「判断、意見、自由意志、裁定、仲裁、仲裁判決、訴、指示、裁量、主観、主義」(三二二頁)が、さらに「arbitrium」については、「仲裁、仲裁人の判断、裁定人の判断、評決、意思決定、自由裁量、自由裁量権、任意、意思、決意、決定、決定権、権能、意向、決断力、皇帝の命令、支配、統治、権力」(三三三頁)の訳が付されている。

拙稿でも、既に若干の箇所です。「仲裁(人)」「仲裁契約」「仲裁裁判権」「仲裁裁判所」「仲裁裁判手続」の概念に言及してきた。司教が、あらゆる事件において、キリスト教徒の仲裁人として機能していたことについては、前掲四卷一号一一頁、二五頁以下注(19)、一一世紀半以降教会法の影響の下に、仲裁に付す傾向が強まったことについては、同前二六頁、教会判事裁判所の仲裁裁判権については、六卷一号七二頁注(5)、ドイツ司教都市における司教支配下の仲裁裁判所については、八卷一号一二八頁、ケルンの事例については、同前一五二頁注(40)、Sühnegerichtについては、同前一五五頁注(46)、教会哲学としての仲裁の観念については、一二卷二号五五頁以下注(2)、judiciumとarbitriumの違いについては、一五卷一号一五六頁以下注(34)、ローマの仲裁裁判手続と審判人については、一六卷二号八六頁以下注(7)。

なお、ウェーバー、前掲「法社会学」、一一五頁以下「第二節 主観的権利の設定の諸形式」参照。「本来の法発見の分野においても、自由な合意は、以上の諸例に劣らず原生的であり、まさにいっさいの始源をなしていた。」「ジッペ間の贖罪契約から生まれた仲裁契約―すなわち、裁判または神判への自由意思による服従(の契約)―は、単にいっさいの訴訟法の源泉であるというだけでなく、私法的な契約の最古の諸類型も、すぐあとに論ずるように、きわめて広義においては訴訟契約に由来しているのである。」「一一五頁。「さらに、訴訟手続上の重要な技術的進歩も、大部分は、少なくとも形式的には、訴訟当事者の自由な合意の所産である。」「また、手続への官憲の介入(大法官 Lordkanzler または法務官による介入)は、広範にわたって、訴訟の進行を可能ならしめるような一定の合意を締結することを当事者に強制するという、きわめて特徴的な形式でおこなわれた。」「一五五―一六頁。「すなわち、『契約締結の法的強制』としておこなわれたのである。」「一一六頁。

(12) 社会学的にトマスの倫理学における「仲裁」的性格を重視したのは、トレルチであったといえよう。トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法雑四一巻一号三三三〇頁以下参照。この点は後に触れる。

(13) 前出注(12)参照。

(14) トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法雑四一巻一号三三三三頁以下参照。

(15) トレルチ、同前三三三〇頁以下「トマス主義」倫理学の仲裁的性格」。

(16) トレルチ、同前。



(17) 拙稿、前掲一四卷二号二頁以下参照。

(18) トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九六問題「人定法の権能について」〔第五項 すべての者が法の下にあるか〕一二〇頁参照。なお、トマスの「人定法」論について、拙稿、前掲一二卷二号五〇頁、五三頁、六〇頁注(24)、一四卷一号一三頁以下、二四頁以下、三七頁注(14)、四七頁注(10)、一四卷二号二頁以下、三二頁注(16)、一五卷二号一四三頁以下注(4) 参照。

(19) 稲垣良典、前掲「トマス・アキナス倫理学の研究」二四一、二五〇、二五一、二五二頁参照。なお、トマスの「自然法論」の初期と後期の違いについての稲垣良典の指摘については、同書二四〇頁以下参照。

しかし、いずれにせよ、稲垣良典は、「トマスの自然法論は、われわれの現実の道德生活において機能している自然法の考察と、自然性の理論的基礎づけの試みとをふくむものであり、この後者において不可変的・超歴史的な人間本性についての形而上学的洞察が前提されていた、というものである。」「トマスはたしかに自然法の可変性・歴史性を認めており、かれの自然法論が経験論的立場によって特徴づけられることもたしかである。」「……だが、「トマスの自然法論は不可変で超歴史的な精神的創造の秩序に属するものとしての人間本性、という形而上学的前提を承認することによってのみ一貫性を保持しうるものである」とする。二五六頁。

(20) 「自然法の第二次的規定」については、トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九四問題「自然法について」〔第五項 自然法は改変されることが可能か〕八三頁。

なお、キリスト教のストア学派の絶対的自然法と相対的自然法の区分の受容については、拙稿、前掲一二卷一号五六頁以下参照。ストア学派の自然法論については、拙稿、前掲一一卷一号六四頁注(16)、一二卷二号六頁以下〔② ストア学派と「自然性」参照。

トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法學四一巻一号「第七節 教會的統一文化はトマス主義の倫理学によって理論的に説明された」〔トマス主義〕倫理学の仲裁的性格〕三三〇頁以下、「最初の仲裁は自然法と十戒の同化によってもたらされた」三三三頁以下、「自然の掟ないし自然性の概念の継続的形成」三三四頁以下、「罪の状態」「現世」の秩序に内在する強度に合理的な内容〕三三八頁以下、「十戒と自然の掟」三四三頁以下、「第二の仲裁は自然の倫理と恩寵の倫理の階層化によって行われた」三四六頁以下、「キリスト教に特有の道德律としての恩寵の倫理」三四八頁以下、「原始状態および救済に関する新たな教説」三四九頁以下、「段階的な仲裁の仕組み」三五三頁以下、「段階的な仲裁の仕組み―続き―」三五五頁以下、「段階構造の中に残存する対立関係」三五八頁以下、「文化理念のために行われた倫理的基準の相対化」三六二頁以下参照。

ただ、ここで使用されている「仲裁」概念とトマスの民事訴訟において使用する「仲裁」概念の異同についてはなお検討を要するものと思う。

なお、自然法理論については、拙稿、前掲一四卷二号二頁以下、八頁注(5) 参照。スコラ学の自然法の形成については、一四卷

一三七頁以下注(14)、キリスト教会へのストア学派の影響についての言及については、一四卷一號一頁注(12)、一四卷二號二頁、二五頁注(6)参照。その他、ストア学派の自然法については、一二卷二號六頁以下、一六頁以下注(22)、二〇頁以下注(40)、一四卷一號一〇頁注(8)、一四卷二號二頁注(6)参照。

(21) ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」四八頁以下「自然法の第二次原理と実定法」参照。

## 2. トマスと仲裁手続

そこで、トマスは、民事訴訟関係においても、どのように自然法がそれを規則化しようかという問いに答える。トマスが、まず正義を、「一般的正義」と「特殊的正義」を区分し、法的正義がこの「特殊的正義」に関わるとしたことに<sup>(1)</sup>ついては、すでに摘示してきた。しかも、個人間を支配する「正義」としては、「交換的正義」が支配するものとして<sup>(2)</sup>きている。

そこで、トマスの交換的正義の実施と仲裁論の係わり合いを少しく追求してみたい。

トマスは、この点に関し、トレルチがトマスの「仲裁」論に言及したように広義で捉えてはいないが、「仲裁契約」を前提とした「仲裁裁判官*judex arbitrarius*」の存在には言及している。そこでまず問題として、それは一体、共通善の確保を委託された「裁判官*judex*」の立場と同じ意味で「仲裁裁判官」というものに言及しているのであるか、もし、異なるというならば、どのように異なるのであろうか、という問題を見てみたい。

そもそも、当時の如く、私闘・私戦の横行する中で、訴訟になるということ自体、むしろ例外であるが、その反面、世俗社会でも訴訟が普及し始めたことをそれは示すものといえよう。したがって、かかる状況の下では、そこで使用された概念内容も確たる定義が未だあるわけではなかった。では一体、かかる「裁判官」とか「仲裁人」といった概念の間<sup>(3)</sup>にどのような相違があったのであろうか。「但し、当時訴訟を主宰するものに、「裁判官」と並んでいわゆる「審判人」が存在したが、「審判人」との違いについては後で取り扱いたい。」

そこで、民事裁判の性格論に入るために、まず、トマスの使用した *judex* 「裁判官」概念に触れることからはじめたい。

ところで *judex* 概念については、本稿においてもすでに言及してきているのでその点をまず要約しておきたい。

それによれば、そもそも「さばきのつかさ」は神の業として設けることが意図されたものであり、すでに律法にも規定があるが、世俗の裁判官は、最高の裁判権を授与された君主（王）の任命にかかわり、その授権の範囲内で公権力を行使するものと摘示されている。<sup>(4)</sup>

次に *arbiter* 「仲裁人」概念を瞥見してみたい。しかし、この点についても拙稿ではすでに言及してきているので、その点を整理することでその概念を要約しておきたい。

まず第一に指摘したいことは、*arbiter* の語義には二通りあり、その一つは、何か居合わせた証人を意味し、他は、当事者間の紛争の解決を図る第三者を意味したといわれている。<sup>(5)</sup> 次に、その存在は古く、すでに一二表法に見出され、*judex* と異なり、あらゆる事案において機能するものとされている。<sup>(6)</sup> しかしそれはまた *judex* と異なり私的なものであり、公権力の行使を委託された者ではないということになる。<sup>(7)</sup> 換言すれば、それは、当事者の同意が出発点になることを意味している。そして、仲裁人は、恰も、その場に居合わせた者の如くに裁決するという。したがって、仲裁人の語義のもつ二つの意味、すなわち、証人と第三者たる仲裁裁定人の立場は、ここで連結することになるといえる。

なお、先に摘示した如く、当時における仲裁行為の普及には、教会裁判所の役割が大きかった。教会裁判所の管轄には、戒規裁判権と仲裁裁判権があったし、司教の仲裁人としての機能の大きかったことも既に触れた。<sup>(8)</sup>

ではトマスの「仲裁裁判官」の概念はどのようなものであったろうか。確かに仲裁人として裁判官が選ばれることもありうる。その場合に、「仲裁裁判官」の権限としては訴訟当事者の合意に基づく権限しか持ちえない。<sup>(9)</sup> しかし、「仲裁

裁判官」として「通常裁判官」が選ばれる場合はどうか。トマスの見解は、その場合には、「通常」裁判官という特殊の裁判官が「仲裁人」として選ばれた意義を重視する。即ち、その場合の「通常裁判官の権限は、その裁判に服するところの者の合意に依存するのではなく、むしろかれを任命した王もしくは君主の権力に由来する」(傍点筆者)ことになるとする<sup>(10)</sup>。したがって、そこでは上訴が可能になってくることが重要であるし、その上訴事由として、自然法を含めた法に反することがあげられる。ここに、現実には、キリスト教徒の係わる事案では、司教が「通常裁判官」であるという特殊性が「仲裁」を求めしめる事案を多くしてくることになるし、また、世俗社会においては、別の道を辿り、後に触れる「審判人」の機能が大きくなってきたものといえよう。

(1) 因みに、トマスの「法的正義」論については、拙稿では、とくに前掲、一五卷一号一二九頁以下注(9)、一五卷二号一二八頁以下「(iii) トマスと刑事法—法と正義」、一七〇頁以下② 私的領域の確立への道—刑事法と不法行為法の分離「[公から私の分離の第一歩]」参照。

またこの点に関し、トマスの場合、正義には「一般的正義」と「特殊的正義」の区分がたてられており、法的正義を特殊的正義との関わり合いで捉えていることを摘示しておきたい。この点が本項ではとくに重要である。

トマスの「一般的正義」については、拙稿、前掲一五卷一号一二二頁以下「トマスの自然法と potestas 「権力・権限」と正義」、一二九頁以下注(9)参照。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五八問題「正義について」[第七項 一般的正義のほかは何らかの特殊的正義が存在するか]四〇頁以下、「第九項 正義は情念にかかわるか」四八頁参照。

「特殊的正義」については、前出の拙稿、前掲一五卷一号一二二頁以下、一二九頁以下参照。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五八問題第七項「前出」、[第八項 特殊的正義は特定の対象領域を有するか]、「第九項 正義は情念にかかわるか」(とくに、異論解答(三)四八頁)参照。

(2) 個人間の関係に関しては、とくに交換的正義と配分的正義の問題が絡むが、交換的正義については、主として、拙稿、前掲一四卷一号五三頁以下注(10)「(ii) 交換的正義」、一五卷一号一二六頁以下、一三二頁以下注(16)、一三四頁注(32)、一五卷二号一六二頁、一六九頁以下注(24)、一七二頁注(1)、一六卷一号二八四頁「補論 dominium 概念と所有権論」[xi] [⑤ ルネサンス]

- の要約」、一六卷二号八八頁以下注(10)、一〇二頁以下、一〇四頁注(12)、一一一頁、一一九頁以下参照。(なお、交換的正義は以前匡(矯) 正的正義と称せられたのでその点については、一五卷一号「前出箇所」参照。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六一問題「正義の諸部分について」【第一項 正義の二つの種、配分正義と交換正義を区別するのは適切であるか】九六頁以下参照。)
- (3) この存在については、すでにローマ時代に認められる。原田慶吉前掲「ローマ法下巻」一五八頁以下参照。拙稿、前掲一六卷二号八六頁注(7) 参照。
- (4) *index* については、拙稿、前掲一四卷二号五一頁以下注(22) 【⑤ 裁判官と任命権】(その権限は任命権者の権力に由来する)、五二頁注(22) 【⑥ 通常裁判官の権能】、*index supremus* 「最高の裁判官」については、五三頁注(22) (任命権者、すなわち、首長(君主) が保持するということ)、また、一五卷一号一四三頁注(1) (正を告げる者)、一五二頁以下注(25) (世俗社会の*index*) 参照。なお、トマス、前掲「神学大全」の各所でその点に触れている【第二、三、一三、一六、一八分冊】。とくに第一八分冊第六七問題「裁判における裁判官の不正について」【第二項 裁判官は自分が知りえた真実に背き、提出された反対の証拠にもとづいて判決を下すことが許されるか】二三四頁以下参照。因みに、トマスの「司法的規定」概念については、前掲「神学大全」第一三分冊第一〇四問題「司法的規定について」【第一項 隣人との関係を秩序づけるものたることが司法的規定の本質であるか】三六〇頁以下、第一八分冊第六〇問題「裁きについて」【第一項 裁きは正義の行為であるか】七四頁参照。したがって、*index* の権能は、公権力の行使という点にあることになる。
- (5) 拙稿、前掲一五卷一号一五七頁注(34) 参照。
- (6) 同前。
- (7) 同前。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六七問題「裁判における裁判官の不正について」【第一項 或る者が自分の下に従属していない者を正当に裁判することは可能か】二三三頁参照。
- (8) 同前一五八頁。また、司教の仲裁人としての役割については、拙稿、前掲四卷一号一一頁(司教のキリスト教徒のあらゆる事件における仲裁人としての役割)、二五頁注(19) 参照。なお、ローマのクリアが西欧社会に与えた影響が大であったことは、拙稿でも各所で触れたが、取りあえず、前掲三卷二号四六頁以下注(70) 参照。
- (9) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六九問題「被告の側における正義に反する罪について」【第三項 被告は上訴によって判決を逃れることが許されるか】二七〇頁参照。
- (10) 合意による「仲裁裁判官*index arbitrarius*」と「通常裁判官*index ordinarius*」との違いについて、仲裁裁判官の判断からの上訴はあるのかという点が大きな鍵となる。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六九問題「被告の側における正義に反する罪について」【第三項 被告は上訴によって判決を逃れることが許されるか】二七〇―一頁(通常裁判官と仲裁裁判官の上訴について) 参照。

「(二)……或る人が、その正義に信を置いていないような人物による裁きに、自ら進んで身を委ねたとすると、それはかれ自身の過失もしくは怠慢によるものである。」二七〇頁。「さらに、或る人が一度は是認したことを守り続けたいとすると、態度の軽率さを示すもののように思われる。」「したがって、訴訟当事者の合意にもとづく権限のみしか有しない仲裁裁判官 *judex arbitrius* に関しては、その判決を不服として上訴するという救済策が否認されているのは条理になかった *rationabiliter* ことである。」「―しかるに、通常裁判官の権限は、その裁判に服するところの者の合意に依存するのではなく、むしろかれを任命した王もしくは君主の権力に由来する。」二七〇頁。「したがって、かれの不正なる抑圧に対抗するため、法は上訴という救済策を与えている。」二七〇頁。「すなわち、もしかれが通常裁判官であり、かつ仲裁裁判官として（訴訟当事者にとって）選ばれた者である場合においても、その判決を不服として上訴することができるのである（グラティアヌス『法令集』II, 2, 6, 33; *RFI*, 478）。」二七〇―一頁。「なぜなら、かれが通常裁判権限を有することが、仲裁者として選ばれる理由であったと考えられるからである。」二七一頁。「また訴訟当事者が、君主によって通常裁判官として任命された者にたいして、仲裁裁判員たることについての合意を与えたことが、本人にとっての過失と見なされてはならないのである。」二七二頁。

ここで断っておかねばならぬことは、*judex ordinarius* という概念についてである。英語で *ordinary* といわれるものは、教会裁判所における統治権者を意味し、通常は司教がその権限をもつが、それは特別の授権なしに保有される。Shorter OED, *op. cit.*, p. 2018. *Byrne's L. Dict.*, p. 636. マルタン、前掲「フランス法制史概説」二八五頁以下「一三二項 通常裁判官としての司教および彼の教会判事裁判所」参照。但し、トマスの場合、前述の如く、君主によって任命される「通常裁判官」をも含めて論じている。

(11) この時代、ことに一三世紀はテオクラシーの時代になってきたことを、この問題を考える背景として捨象することはできないであろう。拙稿でも各所で言及してきたが、とくに本項に関連して、三巻二号五三頁、一一巻一号一八頁以下、一三三頁注(11)、四五頁以下注(64)、五〇頁以下注(84)、一二巻二号二三頁参照。また、テオクラシーと神判の廃止、上訴に重要な役割を演じた第四回ラテノウ会議(一二一五年)については、五巻二号一八二頁注(4)、一八五頁、二二二頁、二四八頁参照。

### 3. イギリスの人民間訴訟の状況

ところで、イギリスでは、この点に関し、大陸と異なった道筋を早くから取り出していたので、ここで、その点に関し一言触れておきたい。

しかし、今日でも、大陸法と異なるものとして、英米法という概念がよく使用される。そこで、当面の問題に入る前

に、大陸法とイギリス法が異なってくる道筋に触れるために、英米法自体のこの問題の相違点を先に摘示しておいた方が有意かと思う。

現在では、先に摘示した如く、商品経済が世界の社会関係につき、ことに先進資本主義と称されている国々の間では、グローバル化が進み、確かに法技術的には相違はあっても、実質的な商品交換に関する法律制度については、基本的な障害をもちえぬよう、条約・国内制定法によってカバーされてきている。その点、英米法間にあっても同様である。しかし他方、法技術的見地から民事関係の訴訟に関して同根の法体系を保持しつつも、その法形成過程においてなお依然として相違点が残っていることも事実である。<sup>(1)</sup> その中でも、とくに事実認定過程にかかわる陪審制のあり方には注目すべき相違点があり、その基礎には、事実認定過程をどう見るのかという制度的イデオロギーの相違が見られ、その点に、特殊民事訴訟手続に関する法理論的課題が存在しているように思われる。ただ、それ以上に全体的な法学的見地から見た、今日の民事関係といわれるものについての大きな問題は、先にも触れた如く、公権力の私的関係への介入が次第に拡大しつつあることにあり、それをめぐる法的问题が複雑化する傾向にある点には留意せねばならぬであろう。そして、その点は、今日では大きな政治的課題になっている。したがって、そのとき民事関係の共通性といった側面のみで法制度を考察することはできぬようになってきているといえよう。そして、その点では、英米の間でも異なった制度的イデオロギーも看取されうる。<sup>(2)</sup> 尤も、かかる相違の生ずる所以は、長い歴史の変遷の中で、いろいろの諸要素が絡み、単にこの問題の考察だけでは把握しきれぬ問題になっていることも事実である。しかし、その基礎には社会構成員間の問題に、その構成員を覆う全体の利益からといわれる公権力の介入がどのように関係づけられるべきかという根本問題が常に横たわっている。その意味では、民事訴訟の端緒的形態における公権力の民事関係への介入問題の考察は、全体的考察の中の局部的な問題ではあるが、なお今日的意義を失わぬものと思料している。私的自治と公権力との関係からみれば

ば、大陸法と英米法という分類は、必ずしも学問的見地からは通用せず、却って、イギリス法と大陸諸国との共通性が、英米間よりも大きい側面も見出しうる。<sup>(3)</sup> 他方、EU間でも、イギリスと大陸諸国系の国々の間でこの問題について、なお摩擦の生ずることがしばしばある点も看過しえない。<sup>(4)</sup> したがって、何が制度的相違をもたらしたのかという点の理論的歴史的検討は、今日でも等閑視できない側面をもっているものといえよう。

さて、当面の課題に立ち返って見れば、西欧諸国間における民事訴訟関係の制度的相違の一端は、既にこの時代に生じていたといえる。

そこで、ここでの考察すべき問題点を摘示しておけば、まず極めて大まかな捉え方ではあるが、捨象できない点として、*ultranantani* という言葉があるように<sup>(5)</sup>、当時では地中海文明が中心であり、それが、法制度的問題としては、成文法地帯と慣習性地帯という区分を可能にしてきていたことを摘示しうる。そして、イギリスは大まかにいって、慣習法地帯に属してくるといわれている。そのことは取りもなおさずゲルマン部族法のなお支配する地帯に、基層的には、属することになる。しかし、ドイツなどと異なり、イギリスは、ノルマン征服以来フランスの諸家の支配を受けてくる。そのことは、ドイツのローマ法の継受といわれる現象とは別に、ローマIIカノン法の影響を早くから受けるといふ要素を捨象することができない。ことにフランスのアンジュー家の支配下のイングランドを制度的にどう捉えるのかという問題は、イングランドの法制度あるいはコモン・ロウといわれる制度を見る場合には常にについてまわる。さらに、封建制度下にあるイングランドでも、人民間の争訟は、大半領主裁判所の管轄下におかれ、そこでは多様な慣習の下で、その裁判官「領主またはその代理人」の裁量によって処理されてきていたことを、この問題を瞥見する場合には留意しておかねばならぬであろう。<sup>(6)</sup> したがって、中央の裁判権力を行使する国王裁判所がそれらの事案にどのような形で介入するかがまさに問題であった。



ところで、この問題の包括的検討は、本稿では、「第二款 世俗裁判権」の課題であるので、本項での課題に関連した点のみをここでは取り上げることにはしない。その意味では、大陸と異なり、イングランドでは、フランスの貴族の支配下にありながら、その貴族が極めて強力強大な権力を保持し、大陸のその他の諸国には見られぬ体制を保持していた点があらゆることの前提となっていた。換言すれば、事実上の植民地であり、かつ、極めて中央集権的体制を取りながら、なお、その権力の行使上、軍事的秩序維持的な最小限の関与をし、その余はその地方地方の慣習に委ねる法政策をとってきていたという当時の支配者の政策が重視されねばならぬ<sup>(7)</sup>。そしてこのことが、当面の課題の考察の出発点になっているものといえる。

では、当時の人民間の争訟に関する訴訟形式を、このような法政策に絡めて見る場合に、いかなるものであったであろうか。先に触れた如く、地方の裁判所の場合を除外すると、当時の中央の国王の裁判に関わる人民間の訴訟状況を見る場合は、土地保有関係と金銭債務関係と不法行為関係の訴訟形態を分けて考察する必要性がある。そこでまず当時の財の主要形態であった土地保有関係から触れてみたい。

土地保有関係における訴訟関係の考察において、まず取り上げられるのが令状体制というものであることは良く知られている。通常取り上げられるのが、国王の発する権利令状 Writ of right、就中、「プレシピ praecipe」令状であった。尤も、writ of right (Breve de recto) は通常「権利令状」と訳されているが、その「権利」は今日言われている実体的権利を基礎に発せられる命令ではなく、被害者がその窮状を訴えることに対する救済の有無を検証するために、国王が、バロン等を名宛てとして発する命令「プレシピ」令状の場合にはシェリフ宛<sup>(8)</sup>であり、right はラテン語の「rectitudo, recte, rectum」等の語群に連なる意味をもつもので、まさに「正しさ」を求めて訴えを起す場合に用いられるものであったと言える。その意味では、土地保有関係のトラブルについて、権力を行使する側の態様を表現するも

のであり、それは現状回復命令である。そして、その命令の実施過程における手続において、その申立ての真実を検証する手続をとり、しかも、その手続が後の訴訟方式に発展して行くような形式をとるため、その手続が重要な役割を演じてきていたといえよう。<sup>(9)</sup>

そこで、その点を当時のイギリスの歴史に照らしてみると、考慮すべき四つの大きな画期があったと思料する。

その第一は、ノルマン・コンクエストであり、第二はヘンリー二世の改革であり、第三は、マグナ・カルタであり、第四は、一三世紀中葉のヘンリー三世治下の変革であった。<sup>(10)</sup>しかし、本項の課題に照らし、マグナ・カルタの呈示した点を中心にここでは取り扱っておきたい。

そこで、民事訴訟に関連あると思われるマグナ・カルタの條項を、まずここで取り上げることにした。そして、とくにその第七章、第八章に含まれた問題点から瞥見してみたい。

まず、第七章は、*common pleas* (*communia placita*) については、一定の場所で開廷されるべきことを謳った有名な條項である。また、第八章は、土地保有等にかかわる條項である。<sup>(11)</sup>そこで、奇妙な問題が提起されてくる。それは、当時における人民間の争いの主要な形態は、主要な社会的財産である土地に関してであろう。しかし、それが第八章の問題であるとするならば、第七章でいう人民間の訴訟とは如何なるものであるのか、という疑問が湧くであろう。<sup>(12)</sup>

そこで第八章を見てみたい。そこには幾つかの重要な点が含まれている。

しかし、これらの條文はいずれも、決して、ジョン王の治世に新たに持ち上がった問題に関係するものではなかった。それまでの歴史的経過の上に立つものであった。<sup>(13)</sup>またマグナ・カルタは一二一五年後も修正が加えられ、また再確認も繰り返された。その中でも重要なのはヘンリー三世の一二二五年のそれであったことは周知の事実である。<sup>(14)</sup>

ところで、この第一八章に関連し、とくに後に言及する「審判人」との関係で、イギリス独特の訴訟方式たる陪審裁判が関わってくることを想起し、裁判におけるアサイズと裁判官の役割をここでは中心に取り上げておきたい。また、それが本項での課題でもある。

まず、アサイズについて触れておきたい。尤も、当時におけるアサイズについて、その背景を含め包括的に考察することはかなり困難な作業を強いられ、私の現在の能力を越えるところが多いので、私の問題意識を中心に触れることとしたい。

アサイズには大アサイズと小アサイズがあり、ここで関連しているのは、後者である<sup>(15)</sup>。そして重要なのは、このアサイズの役割である。すなわち、アサイズについては、幾つかの段階を経過してマグナ・カルタに到っている。

第一に、第一八章の三つの訴訟「侵害不動産占有回復訴訟、相続不動産占有回復訴訟、聖職者推挙権回復訴訟」に関するアサイズは、ノルマン征服後、イングランドで事実審問 (*inquisitio, recognitio*) として知られている王の手続の発展の所産であった<sup>(16)</sup>。

第二に、民事にアサイズが利用されたのには、ヘンリー二世の改革が絡んでくる<sup>(17)</sup>。まさに、マグナ・カルタの第一八章の小アサイズの規定は、ヘンリーの時代の改革の所産であった<sup>(18)</sup>。

では、このマグナ・カルタの「小アサイズ」に関する章の意図はどこにあったのであろうか。それは、すでに慣行となっていた「小アサイズ」の手続について、年何回開廷されることが妥当かという点の妥協の産物であったといえる<sup>(19)</sup>。では、マグナ・カルタの効果はいかなるものであったのであろうか。

しかし、マグナ・カルタのこの条項は必ずしも実行されなかったということをまず摘示しておきたい<sup>(20)</sup>。それは、小アサイズ開廷のための授權令状の発給について確たる制約がなかったため、その発給が年に数百にも上ったこともあると

いわれている。そして、その都度審判員が召集され、彼らはその負担に耐えられなくなっており、不満が持ち上がっていた。<sup>(21)</sup> その結果、エドワード一世の時の有名なウェストミンスター第二條例が発せられたとき、その第三〇章において、侵害不動産および相続不動産の占有回復訴訟につきアサイズ裁判官二名を指定し、年三回巡回し、各州一ないし数人の騎士の協力をえて陪審審問を行うことを定めることになった。<sup>(22)</sup>

因みに、かかる際に裁判を主宰する当時の裁判官はいかなる素質と役割をもっていたのであろうか。その点を、ここで些か触れておきたい。

いうまでもなく、当時の裁判権は、国王裁判所にあつては、国王に属していた。したがって、裁判官を任命する場合も規則があるわけでなく、また、その資格というものも存在していなかったことはいうまでもない。それは王の授権状で任命されたものが裁判官になった。<sup>(23)</sup> ただ、訴訟が多くなり、その事務に携わるうちに、実務的知識をもつものが一三世紀には多くなつて行き、またその者が裁判官として登用される機会が多くなつて行つたといわれている。<sup>(24)</sup> したがって、これまで言及してきたアサイズ受命官の場合、陪審の評決に対して判決を宣告するのが役割で、あとは、裁判を公正に実施することが任務であり、実体的判断に介入するものではなかったといわれている。

では、土地関係以外の人民間の訴訟の場合はどうであつたろうか。当時の訴訟は、秩序に関する刑事事件と、財産にかかわる土地関係が主たる法領域を形成していたが、人民間訴訟は、当時においても、土地関係に限定されない。しかし、未だ、自給自足経済を基盤とする当時においては、それ以外の人民訴訟というものは、社会的に見れば、極めて限定されたものであつた。<sup>(25)</sup> 現在の契約関係の法に連なる訴訟形態は後の発展にかかわるものであるが、この当時に関しても動産等にかかわる事案は存在していたことは周知の事柄であるが、それは二次的重要さをもつものであつた。そこで、これらの法一般の変遷に関わることは本項の課題でないので、ここでは、それらの訴訟が密接にかかわる財務裁判所と、

人民間訴訟との関連についてのみ取り上げ、一言触れておきたい。

首都というものが定まっていなかった当時には、どこでも、財務府の事務は君主等と共に旅あるきをしていた。このことはイギリスでも同様であった<sup>(27)</sup>。そこで、王の財務関係を擬制的に拡大して、かなり早い時期から、財務府が人民間の債権債務関係に介入する傾向が見出されることになった。そしてその取り扱いは、極めて特殊な形態で介入されていたというところでは摘示しておきたい<sup>(28)</sup>。そして、それが後に財務裁判所になって、コモン・ロウの発展の一翼を担うイギリス独特の形態を生み出してきたことのみここでは触れておきたい。

ところで、先に、当時の人民間訴訟の形態として、土地保有関係、金銭債務関係のほかには不法行為関係の訴訟形態をあげたが、最後にこの不法行為関係の訴訟と本項の課題との関わり合いについて瞥見してみたい。

一体、国王裁判所において、何故人民間の争いについて介入しうる根拠は何かという点が本項の課題であるが、イギリスにおいて不法行為に関する国王裁判所の介入はいわゆる不法侵害 trespass の令状が核となり、それが王座裁判所において発展させられてくることになるので、人民間訴訟問題との関連で、その令状の導入過程について一言触れておかねばならなくなる。

後の契約法を含めて、イギリスの私法関係の法がこの trespass の令状を巡って発展してきたことは贅言を要しないまでに、よく知られた事柄である。しかし、それが歴史的現実であるとしても、論理的には必ずしも納得のいかないものを含んでいるといえるか知れない<sup>(29)</sup>。ゲルマン部族法においては、ジッペ間の紛争に贖罪金が支払われた<sup>(30)</sup>。したがって、損害填補という概念は比較的早くから存在したものといえる。

それにも拘わらず、イギリス法においては、国王裁判所のこの問題に関与するのが、trespass 令状を通じてやっと一三世紀半ば以降になってくる<sup>(31)</sup>。一体それは何故であろうか<sup>(32)</sup>。それは、拙稿でも、先に触れた如く、トマスの理論にお

いて、人民間における不法行為を秩序維持のための刑事法の対象として論ずることは別に、正義に関わる問題としていたことと<sup>(33)</sup>、どのように対比しうるのであろうか。

この点は推測の域を出ないが、ノルマン征服は、結局軍事的行動によるものであり、そこでは、侵害行為 *wrong* に対する国王の関心は、刑事的制裁と土地に関する秩序維持にあったと推測される<sup>(34)</sup>。その場合、侵害行為に関する損害填補の争いはより些細なもので、ノルマン改革の対象外のものとして以前からのなんらかの審査方式で継続処理されており、そこではまた、決闘裁判の対象になりえたかも知れないという説もなされている<sup>(35)</sup>。しかし、とにかく、マグナ・カルタ後のヘンリー三世時代の一三世紀半ばには、王座裁判所で、侵害行為に関わる侵害填補を準刑事的事案として処理することになったという。

しかも、この準刑事的事案として発足したこの *trespass*<sup>(36)</sup> は、その後エドワード一世の有名なウエストミンスター第二條例の「場合事案」*consimili casu*<sup>(37)</sup> (*trespass* に類する事案) によって、イギリス法における民法発展の基礎を形成したが、それが王座裁判所の刑事事件に準ずるといふ形態をとったため、刑事陪審の評決が使用されてきた点も特異であるといえよう。そして、さらに一四世紀以降イギリスは、国の中央の裁判所（王座、民間訴訟、財務裁判所）の管轄権の拡大現象により、人民間争訟が専属的に一裁判所によって管轄化されず、競合するままイギリスのコモン・ローが形成されていくこともまた周知の事柄であろう。それは、何らかの制度的イデオロギーによって指導されたことのも所産とは言い難く、実務的經驗的解決の辿った途であったし、封建的諸裁判所より国王裁判所の方が優越していく過程を現していたものといえる。

しかし、ここでの課題は、この *trespass* を起点とする不法行為法の処理過程における刑事陪審がイギリスの後の民事における陪審制度形成の端緒になったといわれている点にある<sup>(38)</sup>。ここに、大陸、ことにドイツの審判人制度と異なっ

た道筋を辿ることになる。その点はすぐ後で触れたい。だが、ここで留意せねばならぬことは、陪審制度の評価そのものの以前に、ヘンリー二世以降のこの制度の形成過程が、力での解決に対して裁判形式による解決として普及されたという点にある<sup>(39)</sup>。

最後に留意したいことは、これらのアサイズによる方法とは別に、そして、アサイズの方式を模して、当事者の同意によって、このアサイズ方式を利用する傾向があったということである<sup>(40)</sup>。それは、アサイズと現代の陪審制度を橋渡しするものともいわれている<sup>(41)</sup>。

(1) Atiyah & Summers, *op. cit.*, [Form and Substance in Anglo-American Law], p. 32 et seq.

アメリカ法の民事関係での大きな技術的問題は、なお依然として、裁判所の管轄が各州と連邦に分岐しているという点にあるといえよう。

アメリカ法を中心とした英米法系の訴訟手続の現代的課題に関する論文集としては、ed by D. J. Galligan, *Procedure*, 1992がある。本書は、「第一部 一般的な理論」、「第二部 手続的公正さ」、「第三部 民事手続」、「第四部 刑事手続」、「第五部 審理の代替策」、「第六部 手続の経験的研究」からなっており、諸論文がそれぞれに収められているが、就中、比較法的見地からは、第三部収録の Benjamin Kaplan, *Civil Procedure* Reflection on the Comparison of Systems (1959); John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure* (1985); Kenneth E. Scott, *Two Methods of Civil Process* (1975); Samuel R. Gross, *The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation* (1987); Sir Richard Egleton, *What is Wrong with the Adversary System?* (1975) が注目に値する。「一部既出」① 問題点注(2) 参照。

なお、アメリカの法哲学・法社会学者の間で、「手続的正義」に関する関心が高いのも興味深い。例えば、わが国にも馴染深い John Rawls, R. Dworkin は各所でその問題に言及している。

(2) cf. Bernard Schwartz, *Law & Executive in Britain* A Comparative Study, 1949; Bernard Schwartz & H. W. R. Wade, *Legal Control of Government* Administrative Law in Britain and the United States, 1972.

(3) この側面では、むしろアメリカ対EUという図式がしばしば看取されうると言っても過言ではないように思われる。

(4) 今日のイギリスの民事裁判の特徴については、Sir Jack I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, 1987, p. 5 et seq. [B. Fundamental Features].

(5) Robinson, *op. cit.*, [European Legal History], p. 61 et seq.

なお、イギリスにおいても都市の勃興があり、商品交換も相当量にのぼるに到っていたが、その一部に関し、その特殊性については既に言及してきた。拙稿、前掲八巻一号一六九頁以下、八巻二号九〇頁以下、九巻一号九四頁以下、九巻二号四二頁以下、一〇巻一号三二頁以下参照。

(6) Maitland, *op. cit.*, [Equity and The Forms of Action at Common Law], p. 306. なお、赤沢計真、前掲「イギリス中世国家史研究」、一三二頁以下「集团的封建制度の形成」、三八五頁以下「結論 イギリス中世国家史研究の現状と方法論的課題」参照。

(7) マックケニ、前掲「マグナ・カルタ」七頁。かかる国王の関与の結果、地方の政治と裁判に一定の制約が課せられてくることになったという。しかし、国王裁判所と地方の封建裁判所（主たるものとして領主裁判所）との間の競合は長く続く。したがって、その点はマグナ・カルタでも取り上げられることになる。そこで、その点を先に触れておくことにする。

それはマグナ・カルタ第三四章に関わる。先にも触れた如く、封建裁判所は、その管轄権を保有するものの恣意的運用に委ねられており、それを統制しうるのは、（教会裁判所関係を除けば）中央集権的機能を営みうる国王裁判所だけであった。しかし、当時の国王裁判所の管轄は、限定的で、一定の訴訟開始令状を発給しえた場合のみ、国王の裁判所で訴訟を審理することができた。

そこで、マグナ・カルタ第三四章を見ると、次の如きものであった。すなわち、

「(プレシピ)と呼ばれる令状は、自由人がそれによって自己の裁判所を失うかもしれない場合には、今後、何びとにも、いかなる保有権についても、発給せられないものとする。」

なお、この点に関するわが国の研究としては、戒能通厚、前掲「イギリス土地保有権法研究」一三二頁以下注(10)参照。富沢靈岸、『イギリス中世国制史の研究』、関西大学出版・広報部、昭和五三年、一七五頁以下「六 マグナ・カルタの問題について」M・T・克蘭チーの『三四章論』について」参照。

但し、この点に関しては前史がある。その点、マックケニは次の如く摘示している。マックケニ、前掲「マグナ・カルタ」九二—三頁参照。

要点を摘示すると、国王の封建裁判所に対する支配の手段として、ヘンリー二世国王の司法改革の一環として令状制度が活用された。九二頁。

土地に関する訴訟は令状がなければいかなる裁判所でも開始されえないものとされた。九二頁。その令状は、「権利令状 writ of right」と「プレシピ令状 writ praecipie」という二つの型のもので、前者は裁判所の所有者に王の裁判所の介入のありうることを条



件に裁判を命ずるものであり、後者は、シェリフ宛に、土地保有者が土地の権利者にその土地を引き渡すか、さもなければ、そうしない理由を王に説明することを要求するものであった。九二頁。マグナ・カルタ第三四章は、それらを利用して王が権力乱用するを抑制しようとしたものという。九二―三頁。

これらの令状が、イギリス法の発展に与えた影響には紆余曲折があり、その技術的複雑化をもたらすことにもなったが、その点は本項の課題から離れるので省略する。

cf. Holdsworth, HEL, op. cit., vol. 1, pp. 58, 178; vol. 2, p. 368 et seq., esp. [Magna Carta], pp. 213, 245; Milson, op. cit., [Historical Foundations of the Common Law], pp. 126, 133, 146~8, 158. フォーフォット、前掲「イギリス法」八四頁以下、高柳賢三、前掲「英米法の基礎」八九頁以下、戒能通厚、前掲「イギリス土地所有権法研究」一三二頁以下注(10)参照。

周知の如く、令状制度は、一八七三―五年の裁判所法 The Supreme Court of Judicature Acts, 1873~5. によって今日の訴訟形式に取って代わられるまで存続した。そして、その間、多数の令状を創設する方式で、イギリス法の近代化に成りてきた。Maitland, op. cit., [Equity and the Forms of Action], pp. 378~5, Robinson, op. cit., [European Legal History], pp. 135~6. [§8. 6. 10]. とくど、一三世紀の状況、就中、Bractonとの関係については、pp. 141~2 [§§ 8. 8. 5~8. 8. 6].

(8) Maitland, op. cit., [Equity and the Forms of Action], p. 315 et seq. なおその王と平和と正義への関わり合いについては、p. 306 et seq. 高柳賢三、前掲「英米法の基礎」八九頁以下参照。マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」九二、三六八―七一頁参照。right が今日の意味における「権利」の概念を意味するようになるためには、世俗的自然法、権利章典 bill of rights などのイデオロギーが社会的に承認されてくるような歴史的過程を経過してであると考えらる。cf. ed by Michael. J. Lacey & Knud Haakonssen, A culture of rights. The Bill of Rights in philosophy, politics, and law 1791~1991, (1991).

(9) メートランドによつて普及されたメーンの言葉、すなわち、「実体法は手続法の間隙に潜んでいる」という言葉がある。Maitland, op. cit., [Equity and the Forms of Action], p. 295. 高柳賢三、前掲「英米法の基礎」八三頁参照。Maine, Early Law and Custom, p. 389.

(10) 本項に関連して、考慮すべきノルマン・コンクェストの要点は、マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」七頁参照。「彼は、イングランドでは、土地保有の制度、土地占有にもとづく社会的差別の制度としてみられる封建制度の採用を発動したが、地方の政治と裁判の制度としては、その野放しの発展の弊害を抑えることに成功した。」七頁。次に大陸の「伯」に代わるものとして、シェリフの機能を重視した。八頁。但し、「イングランドにおける封建制度の発展とノルマン征服との正確な関係は複雑であり、大きな論争の対象になっている」ことは留意すべきであろう。五四頁。なお、本項の課題に關することとして、ノルマン征服により決闘裁判が導入されたことを挙げる。八六頁。

ヘンリー二世の司法改革は有名であるが、とくに、当面の課題に関しては、決闘裁判に代わる訴訟の道を選択するか否かの制度を導入した点を挙げうる。この点は後述。なお、民事裁判 civil justice に関するヘンリー二世の改革は、刑事裁判に関するものと同様に重要であった。就中、その「令状」制度を整備した点にあるといわれている。九一頁。マグナ・カルタの人民間の訴訟にたいする條項もこのヘンリー二世の司法改革がベースになっている。ヘンリー二世の改革の概括的記述については、拙稿、前掲四卷二号九五頁以下参照。

また、マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」、二八八頁以下参照。

「乱れていたステイヴンの治世には、土地は頻繁に持ち主を変えた。」「ヘンリが即位した時、イングランドの重要な土地で、二人またはそれ以上の対立する大貴族が権利を主張していない土地はほとんどなかった。」「その結果、訴訟は絶えず行われ、そしてその争いを決定する唯一の法的手段は決闘であった。」二八八頁。

「ヘンリー二世は、驚くべき新制度を導入した。」「現に事実上の土地保有者が相手の原告から決闘を挑まれたときは、次のような選択権が認められた。」「即ち、彼は、原告を（もしその者が頑張り通すなら）強制して、問題を近隣の二人の騎士の宣誓にゆだねさせることができた。」「ヘンリーの布告は、これらの審問員 [recognitors] の任命を定めた。まず、四人の主要な州騎士が選ばれるべきであり、そしてその土地が存在する所定の地域の二人の騎士を選ばず義務を彼らに課した。」「そしてこれらの人びとは、然るべきいかめしきをもって、王の裁判官の面前で、その土地がどちらの訴人のものであるかを宣誓をもって宣言した。」「この裁判官の判決は、終審的なものであり、所有権をめぐる問題を全面的に決定した。」「大アサイズの名称は、その手続にも、評決を与えた騎士にも、同様に適用された。」二八八頁。

「手続は時間がかかった。」「多くの形式張った手順と遅延の可能性が介在したが、それには、まず、四人の指名する騎士、そしてその後二人の指名される騎士による中央のクリアへの金のかかる旅が含まれた。」二八八頁。「最終的に評決が得られるまでに、数か月、また数年をもが経過することもあった。」二八八―九頁。「比較的重要でない事件でこうした困難を軽減するために、一一九四年の規程 [Capitula] は、土地が年収五ポンドを超えない場合、大アサイズを開廷する権限を巡回裁判官に与えた。」二八九頁。

「しかし普通、この手続は、王の中央のクリアのためのものであって、州裁判所のためでもバロンの裁判権のためでもなかった。」二八九頁。「……大アサイズが、一方決闘裁判に取って代わったが、また中間領主の裁判権を削減するための手段ともなった。大アサイズが、……何故大貴族の間で人気を得ることがなかったかを理解することは容易である。」二八九頁。

なお、ヘンリー三世治下における改革は後に触れることにする。

小山貞夫、『イングランド法の形成と近代の変容』、創文社、一九八五年、一二頁以下「第一篇 成初期コモン・ロー研究に関する新動向」。

(11) マグナ・カルタ第一七章は、「*communia placita* は、朕に随行せず、一定の場所で開廷されるものとする。」という内容であり、また第一八章は、「侵奪不動産占有回復訴訟、相続不動産占有回復訴訟、聖職推挙権回復訴訟の審問は、彼ら自身の州裁判所において、かつ以下の方法によるのでなければ、開廷されないものとする。即ち、朕、あるいは朕が王国外にある場合、朕の最高法官 *capitalis iudiciarius* は、一年に四度、二人の裁判官を各州に派遣するだろう。しかし、彼らは、州によって選出された四人の州騎士とともに、州裁判所において、その裁判所について、一定の期日に州裁判所の集会の日に、かつその場所で、前記の訴訟「アサイズ」*assias* (*aisizes*) を開廷するものとする。」という内容であった。

ただ、この訳文は禿民好文の訳によっているが、*capitalis iudiciarius* を「最高法官」と訳した点についてはコメントを加える必要があるものと考えられる。

まず、「最高法官」の原語は、前述の如く、*capitalis iudiciarius* であるが、通常英訳は、*chief iudiciarius* である。わが国では、最高法官のほかいろいろな訳が付されているが、その内容の説明が十分ではないのではないかと懸念するので、Holdsworth. HEL. op. cit., vol. 1, p. 35 et seq. ならびにそれに付された S. B. Chrimes, *Introductory Essays*, pp. 29\*~38\* の要点を紹介しておきたい。ホールズワースは、次のように摘示していた。*iudiciarius* は、元来、王がイングランドから不在の間、王の代行者 *lieutenant or viceroy* であった。ノルマン征服後、王の不在の時、代行したために、或る年代記者は、*custodus Angliae* と呼び、他の年代記者は *Praefectura* と呼んだという。三六頁。それは恒久的な職ではなかった。しかし、ウイリアム二世の時に恒久的なものになったという。その職務は、王国の司法的財政的仕組み全体の指導を含んでいたという。三六頁。しかし、その場合にも王の制約の下にあった。かくして、*iudiciarius* は、王国の第一の従者 *the first minister* となった。その発展は、おそらく *Ranulf Flambard* 「在任一一〇七—一三三年」によったのであろう。この職は、この時までが大貴族によって占められるに到っていたが、かかる者の中から反逆行為があったので、危険視され、*Flambard* 後は王の役人から任命されるに到った。三六頁。ヘンリー一世治世下では、ソールズベリーの司教の Roger が、国の行政体系の再構成を行ったことで有名である。ヘンリー二世治世下で有名なのは、*Glavin* がその職を占めていたということである。三六頁。

とこひで、国王の宮廷の主要役人は、*iudiciarius*, *chancellor*, *treasurer*, *chamberlain*, *constable*, *marshall*, *king's justices* であった。三五頁。就中、司法関係史においては、*iudiciarius*, *chancellor*, *justices* が重要であったという。三五頁。

また、Chrimes は、*iudiciarius* について、一二世紀と初期一三世紀におけるクリア・レギスの司法活動組織において主要な役割を演じたのは、*iudiciarius* 達であったという。三五頁。なお、Chrimes の人民間訴訟に関する指摘もなされているが、それはまた後に触れることにする。

これらのことから見ても分かる通り、*iudiciarius* は、単に司法関係の仕事にかかわる職の保持者ではなく、王の代行ないし第一の

補佐人として広範な業務を遂行している者であることを知る。

なお、この点についての歴史的変遷については、cf. S. B. Chrimes, op. cit., [Administrative History of Mediaeval England], pp. 19ff, 23, 36ff, 46ff, 59, 69, 82, 86ff, 91ff.

さらに、民間訴訟裁判所について、プラクネット、前掲「イギリス法制史総説篇上」二六七頁参照。

(12) 拙稿、前出① 問題点注(1)参照。

既に言及した如く、*communia placita* にはいろいろの訳が付されているが、とくに目立つのは、マッケクニを訳した禿民好文の場合である。ここでは「一般訴訟」の訳が付されている。民訴の訳に対し、この訳が強ち奇異なものと必ずしも言い得ないのは、イギリスにおいても、例えば、「The Trustee of the British Museum」, 1965の出版に関わる G. R. C. Davis, *Magna Carta*, p. 19 (あるいは、Sir Ivor Jennings, *Magna Carta and its Influence in the World Today*, 1965) Davis の訳を些か訂正したもの)では、いずれも英訳として「ordinary lawsuits」の語を充てている。但し、それは厳密なラテン語訳ではなく意識であると断つてのことではあるが。その意図は、*Crown case* に対するものという点を強調したかったものであるといえよう。マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二七七頁参照。

*communia placita* の内容を裁判所との関連で見ると、それは後に Court of Common Pleas になって行くと言われているが、その過程は錯綜しており、ことにそれは Exchequer の訴訟と絡み合っていたといわれている。マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二七九頁以下、二八三頁以下参照「後述」。cf. A. L. Poole, *Domesday Book to Magna Carta*, 1087-1216, 1993, p. 413.

なお、第一七章で民間の訴訟を一定の場所で開廷することを約定している。それが後にウエストミンスターにおける民間訴訟裁判所(民訴裁判所)になっていくが、すでに、ウエストミンスターにおけるかかる訴訟の開廷には前史があった。それはヘンリー二世の改革に関連する。cf. Maitland, op. cit., [The Constitutional History of England] p. 69. すなわち、ヘンリー二世の改革に伴って裁判官の仕事が膨大になり、裁判官は二手に分かれ、裁判官が王のクリアのそれになるものと、ウエストミンスターで会期毎に立ち会う裁判官に分かれた。この後者に関して、マグナ・カルタは言及したものとされている。その点、マグナ・カルタを見る場合にも参考になる。

(13) 例えば、一一〇〇年のヘンリー一世の「自由憲章」、一一三六年のステイヴンの「オクスフォード憲章」、一一五四年ごろのヘンリー二世の「憲章」、いわゆるジョンの一二二四―五年頃の「未知の自由憲章」、一二二五年の「バロン規約」等が挙げられる。マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」九六頁以下「I. その原型・初期の諸憲章」、五一九頁以下参照。

(14) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」一四三頁以下「第四部 歴史上 マグナ・カルタに続くもの」、五四三頁以下参照。

(15) このアサイズについては、既に、わが国の英米法研究の先駆者である高柳賢三の研究が存在する。高柳賢三、前掲「英米法の基

礎」六三頁以下「第四講 陪審」に関連して、とくに六七頁以下で言及している。

そこで、いまその点を要約しておきたい。「陪審の歴史」について、ローマの五世紀に遡りうるといふ説もあるが、八二九年、シャルルマーニュの後継者ルイ一世の時に、王関係の権利に利害関係人の提出する証人の慣行によらず、地方名望家の宣誓ある陳述により決定したことに始まるという。そして、これが糾問法 *inquisitio* であるという。六九頁。

それは、ノルマンディでも使用され、ノルマン征服の際にも導入され(六七頁)、ヘンリー二世の時に、民事裁判におけるその使用を一般化し、宗教的保有か世俗的保有かの決定のため *inquisitio* (\*) の審判方式を定めた(一一六二年)。そして、それは、一六四年に侵奪された土地占有回復に使用し「侵奪不動産占有回復訴訟」、一一六七年に相続不動産占有回復に使用した「相続不動産占有回復訴訟」。六八頁。「拙注、これは、土地占有にかかわる場合で、土地そのものの回復ではない。」

(\*) 拙稿、前掲五巻二号一八四―五頁注(13) 参照。

ところで、土地回復につき、ヘンリー二世の際、先に触れた如く、被告に、決闘裁判に代えて使用することを認めた訴訟方式が大アサイズ *grand assize* であった。六八頁。

大アサイズと小アサイズの区別については、マッケクニは次の如く摘示している。すなわち、

「(3) 民事陪審 (*civil jury*) は、このおなじ改革者「ヘンリー二世」によって始められたのであるが、まったく異なった一連の改革にその起源をもっている。「ステイーヴンの治世からの悪い継承物のうちにあって少なからず厄介なものは、マティルダとステイーヴンが気前よくあたえた土地や特権に対する権利を敵対的大貴族が主張したことであった。」一四一頁。

「ヘンリーは、決闘裁判よりも合理的な手段で既得権を保護する緊急の必要性を感じた。」「ここでふたたび彼は新たな『事実審問』の発展にたよることにした。かような場合に、論争中の問題を地方の審問員の評決に付するための選択権は、土地保有者(占有中の者)にあたえられた。」一四一頁。

「この新しい手段は、最初は少数の特殊な事件にだけ用いられた。それは、究極的権利―絶対的土地所有権―の主張を解決するために用いられ、当時大アサイズ [*Grand Assize*] として知られた。」「それはまた、占有権論争の訴訟のうちの少数のはっきりした種類のものを解決するために用いられた。」「それは、当時小アサイズ「占有権回復訴訟」(それには三つの異なった種類があった)として知られた。」「王は、高圧的な権力の行使によって原告から封建法上彼の権利であった救済手段、即ち、合法的な決闘による方法をうばった。」「アサイズ」という名称がそれに付けられたのは、この新しい手続が王の布告にもとづいていたからであった。」一四一頁。

cf. Robinson, *op. cit.*, [*European Legal History*], p. 135 et seq. [§8. 6. 8].

「一一七八年の Windsor のアサイズは一人の土地所有者に大法官へ令状を求めることを認めた。彼の権原が挑戦されていた。この

令状は権利令状であった。それは領主の法廷で決闘を引受ねばならぬ代わりに巡回裁判官の下で州の十二人の騎士の陪審へ彼の請求を提出することを認めるものであった。「封建裁判所ではなく国王裁判所の下でのこの手続は、それ自身小アサイズと対比される大アサイズとして知られていた。小アサイズは、権利問題としてよりむしろ事実問題、*not d'ancestor* のような問題としてシージンを最後に持っていたものを探るアサイズで大アサイズに対比されるものであった。」

「*Novel disseisin* は、小アサイズのもう一つの事項であった。そこでは、*civil law of interdict*、あるいは、カノン法の *actio spolii* との関係についてはなお議論が継続している。」「それは、最近の占有侵奪前のシージンをもっていたかを取り扱う。」

「二つの他の小アサイズは、*ultrum* [whether] であった。すなわち、土地が世俗的土地保有条件によって保有されるか、教会的土地保有条件として保有されるか（それは自由土地保有か期間保有かどうか、また、相続人が成人かどうか、等々の如き同類の問題にまで拡大された）、そしてまた、聖職者推挙権回復について、あるいは（すなわち）、誰が特定のベネファイスに対するパトロネージの権利を最後に行使したかを取り扱った。他の二つの小アサイズ同様、そこでは、二人の *lawful men* [陪審員適格者] による陪審が用いられた。」一三五頁。

なお、高柳賢三が「アサイズ」の語義について触れている点は、ここでは省略するが、参考になることを付言しておきたい。前掲「英米法の基礎」六九—七〇頁。

ゆふど cf. ed by J. Hudson, *Centenary Essays on "Pollock and Maitland"*, 1996, p. 47 et seq. [J. C. Holt, *The Writs of Henry II*], p. 69 [P. Brand, 'The Age of Bracton'], p. 156 [R. H. Helmholz, *The Learned Laws in "Pollock and Maitland"*], p. 251 [S. F. C. Milson, 'Pollock and Maitland: a Lawyer's Retropect.'].  
因みに、大アサイズに *gravel* Milson, op. cit., [Historical Foundations of the Common Law], esp. p. 130 et seq.; Holdsworth, HEL, op. cit., vol. 1, p. 327. マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二八八頁以下参照 [既出、注(10)]。高柳賢三、前掲「英米法の基礎」六八頁参照。なお、小山貞夫、前掲「イングランド法の形成と近代の変容」一一九頁以下 [第二篇 マグナ・カルタ(一一二—五年)の歴史的意義] [三 裁判に関する規定] 参照。

(16) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二九二頁。その経過については、同書一三八頁以下 [VII マグナ・カルター陪審裁判に対するその伝統的關係] 参照。

(17) ヘンリー二世の司法改革、とくに民事事件については、拙稿、前出注(10)参照。なお、ヘンリー二世の令状体制の普及化については、cf. Maitland, op. cit., [Equity and the Forms of Action], p. 315 et seq.; Robinson, op. cit., [European Legal History], p. 132 et seq. [§ 8. 6 Henry II; The Curia Regis: The Growth of the Central Courts]; ed by G. D. G. Hall, *The treatise on the laws and customs of the realm of England commonly called Granvill*, 1965, p. xi et seq. [Introduction] [1. The Background].

(18) 前出、注(15)参照。

(19) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二九二頁以下参照。

「小アサイズは、最初、ヘンリ二世によって発明されたとき、猜疑の目で見られていたとしても、半世紀後の世論は、小アサイズの賢明さを擁護しただろう。」「一二一五年の叛徒のバロンは、その廃止を求めるところではなかった。彼らの新しい不満は、むしろアサイズの法廷が十分な回数だけ開かれていないということであった。」「二九二頁。

「これらのアサイズが開廷されるべき方法を定める際に、いくつかの点が強調された。」「二九二頁。

(1) その種の審理は、財産が存在している州以外の場所で行われるべきではなかった。これは、訴訟当事者、アサイズの裁判官たち、そしてすべての関係者の便宜に合わすことが考えられた。」「二九二頁。」「二年以内に、この規定が行き過ぎであったことがわかった。」「いくつかの審理は、ウエストミンスターのベンチの前で開廷するほうが便利であった。」「それで一二一七年の再発給憲章は二つの修正をした。」「二九二頁。

(a) 今後は、聖職推挙権回復訴訟は、『ベンチの裁判官』の前で行われるべきであった。」「二九二―三頁。

(b) 侵害不動産あるいは相続不動産の占有回復訴訟も、特に難しい点がある場合、ベンチの判断のために留保することができる。」「二九三頁。」「かくして、王に付け込まれるような不確かなものもち込まれた。報告されている一二二一年の事件で、相続不動産占有回復訴訟は、ウエストミンスターではなく、それ自体の州で開廷されることが決定された。」「二九三頁。

(2) その上に、ジョンの大憲章は、アサイズ裁判官の年四回の巡回裁判を主張しているが、イングランドの各州の訴訟当事者は、自分らの評価をこの方法で解決してもらおう年四回の機会をもつことができるようにしたのである。」「かような回数は、もたらされた利益と不釣り合いな出費と労力をともなった。」「従って、一二一七年の大憲章では、巡回裁判は、年に一度だけ行われるべきことを定めた。しかし一二八五年に、それが年に三回開廷できるが、それ以上は開廷されないことが定められた。」「二九三頁。

(3) 大憲章は、裁判所の構成を規定している。王(あるいは、彼の最高法官)によって任命された二人の裁判官は、四人の州騎士とともにアサイズを開廷するように定められている。かくして、六人から成る裁判官は、クリアの代表を地方の地主と組み合わせている。」「二人の審問員については何も触れられていないが、また、これは必要でもなかった。」「何故なら、彼らの職務と地位は、一二一五年にはよく知られていて、彼らの評決が、その手続の基本的特徴となっていたからである。」「第一九章は、審問員が選出されるべき階級の者は、『評決を有効に行うのに』十分な人数をもって出席すべきことを規定している。」「二九三頁。

マグナ・カルタの陪審裁判の状況について、特記すべきことは、プラクネット、前掲「イギリス法制史総説篇上」二九〇頁、三〇一頁以下参照。

「一二三〇〇年に、われわれは、民事訴訟(common pleas)は財務裁判所で審理してはならないとする一制定法上の規定を見出す」

とする。二九〇頁。

「陪審裁判によつて『陪審員が貧困になつたこと』及び『地方が荒廃した事』は切実な問題であつた。」「ヘンリー二世が占有權回復のための陪審 (petty assise) を創設した時、国王は、一二人の陪審査問ができるかぎり土地の所在する州、つまり、陪審員が居住していた州で開かれねばならないということを要件としたように思われる。」「三〇一頁。「民訴裁判所で陪審を使用するにつれて、陪審は訴訟原因の起つた州から来なければならぬとする、これに似た要件が間もなく生じた。」「民訴裁判所の裁判官たちが、国王とともに、絶えず、巡回をつづけている間は、陪審が彼ら自身の州かまたはその近隣の地から選ばれる充分な機会があつた。」「しかし、民訴裁判所が一つの場所に定着する傾向が生ずるとともに、裁判所が巡回して、地方で、陪審を選ばれ代りに、陪審が裁判所にやってくるのが、ますます必要となるようになった。」「三〇二頁

「マグナ・カルタは、大多数の陪審 (アサイズ) は、(当時、コモン・ロー上の訴訟に最も頻繁に用いられていたが) 土地の所在する州で選ばれなければならないし、また陪審員は上記の州のあたりに住むものでなければならぬから、陪審に余り遠くに旅をさせるべきではないと規定することによつて、この問題の最も緊急な部分を解決したのである。」「したがつて、国王は州で陪審査問を行うために、定期的に、受命官を派遣したのである。」「三〇一頁。

「さて、ジョンの治世の民訴裁判所といへば、マグナ・カルタが、その裁判所が、もはや巡回すべきでなく、恒久的に、ある特定の場所に定着する旨を規定したことはきわめて重要なことであつた。」「三〇一—二頁。「このことは、多分、訴訟当事者にとっては便利なことであつたであろう。しかし裁判所の事務が増加するにつれて、陪審員をイングランドの巡回の地からウエストミンスターに來させることは、きわめて難儀なことであつた。まことに、多くの場合においては、そういうことは全く不可能であつたのである。」「三〇二頁。

「この問題の解決は、今や民訴裁判所が (及びさういふ事項に関しては財務裁判所も) ウエストミンスターに定着したので、ますます困難となつた。」「口頭の申立は、その結果、撤回しえない訴答を形成させることになつたのであるが、これは (この頃は) 裁判官の出廷している裁判所で行なわれなければならないかつた。」「そして、その裁判官は、この手続を監督して、当事者の適当な争点に到達する手助をしたのである。」「三〇二頁。「しかしながら、一度争点がきまれば、陪審員に争点を提示して、その評決を記録することは簡単な仕事であつた。」「三〇二頁。「この第二の手続は、ウエストミンスターで行われる必要はないということが理解された。」「すでに一一九六年において、当事者が、ノーフォークに『その間に裁判官たちが來ないならば』ウエストミンスターに出頭すべき期日が指定されており、ヘンリー三世の初めの頃に、巡察裁判官は、すべての関係人の難儀を救うために、間々陪審審理を (巡察裁判官自身の面前ではなくして) 地方で行うことを命じ、そして同様に、地方で行われた審問の評決を、もし必要があれば、ウエストミンスターに回送するように命じようとしたものもある。」「三〇二頁。



「このように事実発見とその他の法律上の手続とを分離することによって、この問題に解決が与えられたのであり、かくして、エドワード一世の治世に、ウエストミンスター第二法律、第三〇章（一二八五年）を嚆矢とする（一連の）立法は、徐々に、巡回裁判制度（system of nisi prius）を打ち立てたのであって、この巡回陪審制度によって、ウエストミンスターの民訴裁判所で始まった訴訟は、一度、訴答を行って争点を決定した以上は、従来行われていたように、陪審員を、ウエストミンスターに金のかかる旅を行わせないで、州において、巡回陪審裁判官の面前で、陪審の評決を行わせることによって、これを継続することができたのである。」三〇二―三頁。

なお、陪審の変遷、ことに二〇世紀になってからの大改革については、フーフット、前掲「イギリス法」三七頁注（56）参照。「本書の刊行当時は、同意があれば陪審を排除しようとする動きがあった（cf. Common Law Procedure Act (1852) s. 1）が、刊行直後の一九三三年の Administration of Justice (Miscellaneous) Act は、刑事における起訴陪審を廃止するとともに、民事陪審を大巾に削減した。すなわち、当事者が権利として陪審を請求できるのは、名誉毀損、悪意訴追、不法監禁、婦女誘惑、婚約破棄の訴訟と詐欺が問題になる訴訟のみに限られ（それ以外は陪審を附するかどうかは裁判所の自由である）、さらにこれらの訴訟でも陪審によるのが不都合のときは、裁判所は陪審なしに審理できることになった。戦時中はさらに一歩進めて、婚約破棄の陪審（それも七人からなる）を命じたときのみ用いられることになっていったが（Administration of Justice (Emergency Provisions) Act, 1939）これは臨時法で、一九四七年効力を失った（Administration of Justice (Emergency Provisions) Act (Repeal) Order）。刑事の陪審はなお残っている。」

(20) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二九四頁。

「大憲章のその條項は、厳格にはその通り実行されなかった。」「王が、小アサイズを開廷するための一般的授權状を与えることは、ヘンリ三世治下では慣習になっていなかった。」「そうではなく、各訴訟当事者は、王に対して個々に申請するのにかかれ、そこで王はその一つの特定の訴訟を主宰する裁判官を開封勅書で指定するのだった。」「一年に数百ものこのような授權状が発せられることもあった。」「そして審問員はこれらの各々のために別々に召集された。」二九四頁。

(21) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」。同前。「一二五八年に、バロンの請願（c. 19）は、これについて不満を述べて、組織化する試みがなされた。」二九四頁。

(22) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二九五頁。

「ウエストミンスター第二法律（c. 30）は、二人の宣誓した裁判官を指定し、侵害不動産および相続不動産の占有回復訴訟は（陪審質問 [attains] とともに）彼らの前で開廷すべきであり、他の者が開廷しないことを定めた。」二九五頁。「彼らは、一年に三回巡回裁判に行き、各州の一人または数人のもっとも思慮のある騎士の協力を受けるべきであった。」二九五頁。「この指示は、マグ

ナ・カルタの規定には欠けている。」二九五頁。

ウェストミンスター第二條例第三〇章の原文については、E. Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England*, vol. 2, 1986, pp. 420~25.

(23) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二九五頁以下 [VI アサイズ裁判官のその後の歴史] 参照。

(24) 富沢靈岸、『イギリス中世文化史—社会・文化・アイデンティティ—』、ミネルヴァ書房、一九九六年、一五七頁以下 [「十三世紀の裁判官たちの処世」参照。プラクネット、前掲「イギリス法制史総説篇上」二五八頁 [「ユート」という言葉の意味]、三〇三頁 [「アサイズ受命官」]。cf. Robinson, *op. cit.*, [European Legal History] p. 140. [§ 8. 8. 3]。なお、拙稿、前掲五巻一号一八頁以下 [「世俗社会の法的職業」] 参照。

(25) それに関する令状として、*debt, detainee, account, covenant* を挙げることは周知の事柄であらう。cf. Maitland, *op. cit.*, [Equity and the Forms of Action], pp. 332 et seq., 342 et seq., Holdsworth, HEL, *op. cit.*, vol. 2, pp. 193, 204, 265, 366 [writ of debt], pp. 193, 246, 265 [writ of detainee], pp. 300, 367 [writ of account], pp. 193, 265, 367, 581 [writ of covenant]。高柳賢三、前掲「英米法の基礎」九四頁以下参照。これらの訴訟類型は、基本的に義務の遂行を求めるものと言われている。被告に出頭して履行しない理由を述べさせることを当初から求める形式での令状はその後生じてくるが、本質的には同じである。cf. Milsom, *op. cit.*, [Historical Foundations of the Common Law], p. 243 et seq.

なお、動産ないし金銭債務等に関する執行について、教会裁判所が絡むことも摘示しておかねばならぬだろう。Holdsworth, HEL *op. cit.*, vol. 2, p. 266.

(26) cf. Ibbetson, *op. cit.*, [A Historical Introduction to the Law of Obligation], p. 126 et seq. [7. The Rise of the Action of Assumpsit]。高柳賢三、前掲「英米法の基礎」一〇一頁以下参照。

(27) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二八三頁以下。

「独立した財務府裁判所の発生のずっと以前に、記録は、法律上の仕事のために財務府に（即ち、通常は、財務府の計算事務がおこなわれた部屋に）王のクリアが集会したことを語っている。」二八三頁。「シェリフの収支明細書を検査するための財務府の正式の開廷は、必要な資料が保管されているウェストミンスターでしか行うことができなかった。」「しかし『財務府』という弾力的な言葉をいく分違った意味に用いて言うならば、財務府は、沢山の令状や割符の手荷物を持って、王国中を行く王の行列に随行したのであった。」「例えば、一二一〇年には、財務府は、ノーザンプトンにあった。一二六六年には、セント・ポールに、一二七七年には、シエルーズベリに、そして一二九九年には、ヨークにあった。」二八三頁。

(28) マッケクニ、同前。

「さて、財務府は、裁判所として執務したときは、王が用いるために工夫されたその強力な手段を、いつも進んで報酬目当てで一人債務者に随意に利用させた。つまり『一般訴訟』を『財務訴訟』として取り扱ったのである。」「財務裁判官の前に債務の責任に應えるために呼び出された通常の債務者は、他の場所で経験したより以上の急激な圧力を受けた。そこで、債務者は、債権者が懸命に財務府の裁判権を求めたように、同様に懸命にその裁判権を免れようとした。」二八三頁。

「マグナ・カルタの以前、以後ともに、ウエストミンスターのみならず、王の一行とともに旅の最中にある時にも開廷される財務府の法廷で、一般訴訟が時々裁判されたらしい。」「きびしい財務府のやり方に押しまくられた被告たちが、大憲章の本章「第一章」に避難場所を求めたことはまったく当然なことであった。」「彼らがそうしたということは、一三〇〇年の（憲章に関する條項）の言葉によって説明される。即ち、それは、いかなる一般訴訟も、今後は、『大憲章の方式に反して』財務府で開廷されるべきではない、と宣言したのである。」二八三頁。

「一三〇〇年の法律のこの條項は、かつては文字通りに承認された。」「しかしマグナ・カルタは、少なくともそのきつぱりした言い方から見ればかような禁止を含んでいない。」二八四頁。「本章が、旅歩きする王座裁判所の裁判権からと同様に、旅歩きする財務府の裁判権から一般訴訟を除外するものであるとしても、その言葉を拡張して、ウエストミンスターで開廷される財務府の普通の法廷に適用することはできない。」「しかし（憲章に関する條項）は、一二一五年の大憲章が企てなかつたことを企てたのである。」「一三〇〇年から後は、財務府ではいかなる訴訟も開廷することも、王とその大臣に関するものでないかぎり、明かに違法であった。」「その後の法律は、このことを確認した。しかし彼らの明かな意図は、法の擬制の巧妙な利用と、仕事の増加に見合った手数料の増加を歓迎する財務府裁判官の黙認によって、常に挫折させられた。」二八四頁。

- (29) フィーフット、前掲「イギリス法」二五七頁「不法侵害訴訟と場合訴訟」。「イギリス法は、これ「フランス民法典第一三八二―四條」と同様な論理的統一性を誇ることはできない。時代錯誤的なものの寛大な取扱および道徳的問題の解決の経験的方法によって、イギリス法の均齊は傷つけられてきた。」「その不法行為法の基礎は不法侵害の令状であり、そこでは、倫理的考慮は無視された。」二五七頁。

- (30) 例えば、ウェーバー、前掲「法社会学」七四頁。  
(31) 高柳賢三、前掲「英米法の基礎」六九頁以下参照。

「右のアサイズの語義のうち、審判方式としてのアサイズは、民事事件における陪審裁判と見ることができ。然しグラント・アサイズその他のアサイズはいずれもみな、後に説く物的訴訟 (real actions) 文に使用されていたので物的訴訟の廃止と共にそれらはみな消滅した。そして現代の民事陪審はアサイズに由来するのではなく、むしろ侵害訴訟 (action of trespass) を通じて刑事小陪審 (Petty Jury) から発展したのであることが記憶せられねばならない。」六九―七〇頁。

- (32) Milsom, op. cit., [Historical Foundations of the Common Law], p. 288.
- (33) 拙稿、前掲一五卷二号一七〇頁以下「私的領域の確立への道—刑事法と不法行為法の分離（公から私の分離の第一歩）」参照。
- (34) Milsom, op. cit., [Historical Foundations of the Common Law] p. 285.
- (35) Milsom, *ibid.*
- (36) Holdsworth, HEL. op. cit., vol. 2, p. 364.
- (37) Holdsworth, HEL. op. cit., vol. 2, pp. 300, 365, 455~6.  
フィーフット、前掲「イギリス法」九一—五頁
- 「裁判官は、大法官府の官僚たちの発給する新しい令状を却下することに、ひどく躊躇しはしなかった。」「その態度は、領主たちの特権の消失しつつあった時代において、国王の権力に反感をもち、新令状の創造は、その権力の行使の恐るべき面のあらわれであると敏感に看取した封建領主たちの支持をうけた。」「そして、エドワード一世の時代に妥協が行われ、ウェストミンスター第二法律の條項のうちに具体化された。」九一頁。（第二四章）
- なお、ウェストミンスター第二條例と場合訴訟に関する論争については、cf. Milsom, op. cit., [Historical Foundations of the Common Law], p. 283 et seq., esp. 284n. 2.
- (38) 高柳賢三、前掲「英米法の基礎」六九—七〇頁。陪審制度の発展過程については、高柳賢三が夙に研究している。前掲「英米法の基礎」六三頁以下。ことに、アサイズと陪審との関係については、同前六九頁以下参照。
- 「ヘンリー二世は一一六六年に強盗・殺人・窃盜又はそれら犯人を隠匿している嫌疑ある者が、その地方に在りや否やについて陳述をなさしめるがための陪審を設置した (Assize of Clarendon)。」この陪審は『ハンドブック』の二人の陪審員及び村 (VII) の四人の陪審員から構成され、それがいわゆる『大陪審』(grand jury) すなわち公訴陪審の起源である。」この点、後出注(39)参照。
- (39) 決闘裁判 *duelium* については、ヘンリーの司法改革が重要な地位を占めている。マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」九一頁。
- 「(b)ヘンリーの例の分別心から、彼は、この問題でいくつかのいちじるしい誤判事件に刺戟されて、刑事訴訟で通常採用されている手続の公正さを疑問とするに至ったのである。」「私的な『私訴』[*appeal*] (即ち、被害者あるいは生存する最近親者による告訴) を、彼はできるかぎり公共による告訴に置き換えた。即ち、王の裁判官の前に犯罪容疑者を起訴する義務は、もはや私人の主導にゆだねられず、隣人の集団—後世の大陪審の先駆—に負わされた。」「私訴は衰退し、告訴権を制限しうる規制が定められた。」九一頁。
- 「なお、大陪審による *presentment* (告発) については、拙稿、前掲四卷一号四八頁、五卷二号一九四—五頁注(13)、一九七頁注(13)、二二二頁、九卷一号一三四頁注(32)参照。」

「(c)必然的な補完現象は『決闘裁判』の衰退であった。」「巧妙な仕組みが発明され、ふえつつあった多くの訴訟事件に拡大利用された。」「つまり被告人は、拘禁理由審査令状 [de adio et atia] の名で知られている令状を申請して、実際上は隣人から成る陪審であった一機関へ付託することによって決闘を回避することができたのである。」九一頁。

また「(1)彼〔拙注、ヘンリー二世〕は、クラレンドン條例とノーザンプトン條例(\*)によって犯罪の防止と処罰のための機構を改造し、刑事裁判は(通常の事件では)真実を述べることを宣誓した代表的隣人集団による被告人の起訴 [indictment] によって開始するという原則を樹立した。」一三九頁。(原注(3)、これによってこれまでの私訴による手続が完全に廃止されたわけではなかった。)[これは、すでにおこなわれた多くの形式の事実審問の一つの単なる系統的实施にすぎないものであった。]一三九―四〇頁。

(\*拙注。クラレンドン條例 Constitutions of Clarendon (1164) については、拙稿、前掲四卷二号一〇〇―一頁、一二五頁注(13)、クラレンドン條例 Assize of Clarendon (1166) については、九卷一号九九頁以下、一二三頁注(27)、一二九頁以下注(29)、一四〇頁注(41)、九卷二号四五頁、五二頁注(12)、六五頁注(1)、ノーザンプトン條例 Assize of Northampton (1176) については、九卷一号一三三頁注(27)、一三〇頁以下注(29)、一三四頁注(36)、一四〇頁注(41)、九卷二号五二頁注(12)、六五頁注(1) 参照。)

「(2)ヘンリーは、有罪か無罪かの検査法として神判を廃止して免責宣言にかえることを主張し、意識せずして陪審の第二の形式のために下準備をした。」「マグナ・カルタの丁度その年の第四回ラテラン会議が、聖職者みずからの出席あるいは祝福の祈りによって神判を支持することを禁じたとき、その種の手続ないし、『検査法』に致命的な一撃が加えられた。」「というのは、それが依存する根拠が迷信であったからである。」「教会法は、ヘンリーが彼の刑事裁判制度を回転させていたその回転軸を叩き壊したのである。」「何か代わりの物が緊急に必要とされそこで小陪審(あるいはその未完成の先駆的制度)が姿を現したのである。」「一四〇頁。それは、「もし被告人が同意した場合には、神判によって彼が無実であることを証明する彼のかつての権利に代わる新しい『検査法』あるいは『法』 [“law”] と言われるものであった。」「第二の、かつ最終的な評決をあたえるこの陪審は、もともと権威をもって語る資格のある人々のあいだでも、まだ意見が一致していないような不明瞭な歩み方で次第に発展して、一二人から成る刑事陪審、即ち、イギリスの憲法的自由の発展に、また国民的特性にさえも重大な影響をあたえた今日の小陪審となった。」「一四〇頁。「ヘンリーの発明したもう一つの方策が刑事陪審への運動を助けた。即ち、拘禁理由審査令状 [writ de ordio et atia] であり、犯罪のゆえに『私訴された』者がそれを請求することにより、以前には当然『私訴』にともなった『決闘裁判』を、実際上陪審の評決ともいべきものに替えてもらうことができた。」「一四〇―一頁。

なお、「決闘裁判の弊害は明白であった。」「ヘンリー二世の取った「四つの手段」(拙注、二つは民事訴訟に関するもの、他の二つは刑事に関する私訴に関わるもの)は、「陪審裁判が決闘裁判にとって代わって行く過程に解明の光を当てた点で非常に興味深い。」「

そして、刑事にかんしては、既に触れた「告訴陪審」が私訴、すなわち、被害者の個人的な訴えに代わって置かれていくことになった。三八三頁。

なおまた、刑事陪審について、小山貞夫、『絶対王政期イングランド法制史抄説』、創文社、一九九二年、三頁以下「第一篇 陪審制と職権的糾問手続への史的岐路—英米法と大陸法についての一つの覚え書—」参照。

因みに、当時における陪審制の評価には難しいものがあるが、ウェーバーの次の指摘だけ紹介しておこう。ウェーバー、前掲「法社会学」二八七頁、二九七頁参照。

「ところで、この（合理的な理由づけがないという）性質は、神託にも陪審の評決にも共通にみられる性質である。」「もちろん、陪審員そのものは、歴史的には、決してカリスマ的な法予言者の法的後継者などというようなものではなく、むしろ、それとはまったく反対に、ディングゲノッセンシャフト的な裁判の非合理的な証拠方法を、（とくに占有状態についての）隣人たちの証言によって置き代えたものであり、したがって国王裁判所における君主の合理主義の一産物なのである。」「これに反して、カリスマ的な法宣示の真の継承者と目すべきものは、裁判官に対するゲルマン的な審判人の地位や、北欧法における法の語り手の制度なのである。」「二九七頁。

(40) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」三八四頁。

ヘンリー二世の時に、「民事訴訟の当事者には、任意に決闘裁判を受けずにする、あらゆる便宜手段が与えられた。ヘンリーは、代替手段として、彼の先王たちが王への奉仕のために留保していた手段を彼らに自由に選ばせた。訴訟当事者は、自分に対立する主張を、土地の隣人の選り抜きの一団による宣誓に付することができた。つまり古い審問員「recognitors」であり、彼らは、かくして古陪審「jurata」へと発展した。しかしこの手続は、両当事者が同意した場合にだけ可能であった。またそれは、現代の仲裁手続と共通する多くの特徴をもっていた。」三八三頁。

この手続の特徴は、「しかしほとんどの種類の紛争は、両当事者の同意によって同様な決定をすることができた。」「（同様な」とは、「小アサイズ」を意味する。）」即ち、（王の裁判官の指揮下において）当時古陪審「jurata」（アサイズではなく）として知られた通常一二人の土地の審問員「recognitors」の評決に付された。アサイズは、少数の型の事件にせまくかざられたのに対して、古陪審は、際限のない拡大ができる柔軟な救済法であり、かくして間もなく両者のうちでも人気と重要性においてまさることになった。」「一四一頁。「時には、王の命によってアサイズとして召集された一二人の審判員は、予定外に提起されたもっと広範囲の問題を審理するために、両訴訟当事者の同意によって古陪審に換えられた。」「一四一頁。「これは、（アサイズは古陪審に換えられる。）」「assisa veritatur ad juratum」という文句を説明している。」「一四一—二頁。「常に密接に結びついて、基本的特徴が互いに似通っているアサイズと古陪審は、どちらも近代の民事『陪審』……の先祖であることを主張することができる。」「一四二頁。

なお、*jura* については、cf. Holdsworth, *HEL*, op. cit., vol. 1. pp. 326, 330~2. また、*recognitor* については、マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」八八―九頁。「調査する為政者の観点からインクィジチオ [*Inquisitio*] (即ち、情報の探索) として知られ、また情報を与える人びとの観点から、レコグニチオ [*recognitio*] (即ち、情報の提供) として知られた。」

- (41) 現在における仲裁 *arbitration* は、主として商事仲裁かあるいは労使関係における仲裁である。それは当時における人民間の訴訟の性格を見る場合、必ずしも直結する問題を提起してゐるわけではなう。cf. William H. Gill, *The Law of Arbitration*, 2nd, 1975.; J. R. Spencer, *Jackson's Machinery of Justice*, 1989, pp. 101~4, 128.; *Halsbury's Laws of England*, 4th. vol. 2, p. 253 et seq.