

英米法におけるダイシー理論とその周辺

——A・V・ダイシー「コモン・ローの発展」——

A・V・ダイシー
加藤 紘 捷
菊池 肇 哉 訳

訳者解題

はじめに

本稿は、一八七一年八月、英国の『マクミラン雑誌』Macmillan's Magazineの第二四号 (pp. 287-296.) に掲載されたA・V・ダイシーによる「コモン・ローの発展」(The development of the Common Law)と題する論文の邦訳であり、

英米法におけるダイシー理論とその周辺 (加藤・菊池)

七五 (七五)

ダイシーの伝記作家リチャード・コスグローブ (Richard Cosgrove)^{*1} によるダイシー論文リスト (一九八〇年) によれば、*Fortnightly Review* における二つの論文、一八六七年「法的エチケット」*Legal Etiquette* と一八六八年「自由の法的限界」*The Legal Boundaries of Liberty* に続く、恐らくは第三番目の論文と目されているものである。ダイシーの著作品の中では比較的初期に位置し、一八七〇年、ダイシーが二六歳の時、オックスフォード大学のローマ法欽定教授に任命されたばかりの親友ジェームズ・ブライス James Bryce との長期にわたる *Grand Tour*、いわゆる「アメリカ見聞旅行」² に行った翌年に書かれた著作品ということになる。奇しくもダイシー論文のキャリアは、日本の明治維新と同時に開始したようである。

「コモン・ローの発展」——「エクイティ」というテーマと当時の社会状況

本論文の九割は、英米法のコモン・ロー、及びその発展としてのコモン・ロー内部のエクイティによる改革、そしてコモン・ロー裁判所とは別系統の大法官府裁判所によるエクイティの確立を、ローマ法の「市民法、厳格法」と「法務官法、名誉法 *ius honorarium*」との対比によって二元的英国判例法の発展を説明しようとするものである。しかし、一見したところ、本論文の題名から、本稿は憲法学者たるダイシーが英国憲法の未来を予測した内容ではないかと思われるかもしれない。だが、実のところ読んでみると、コモン・ローと英国のエクイティの発展の諸相を「コモン・ローの発展」との表題に託して表していることが分かるであろう。この「発展・進展 *development*」という未来志向の言葉の選び方に、その自由主義的、進歩論者的、ホイッグ的なダイシーの嗜好が汲み取れるかもしれない。その意味で、本論文の一貫したテーマは「コモン・ローにおけるエクイティ論」と言つてよい。そして、このテ

マの背景にあったのは、ホイッグ党のグラッドストーン第一次内閣(1868-74)による司法改革であった。周知の通り、一八七三年最高法院法(Supreme Court of Judicature Act 1873)により、コモン・ローとエクイティの管轄権は統合され、大法官府裁判所によるエクイティの管轄は終わりを告げることとなる。本ダイシー論文は、その前夜の改革論が吹きすさぶ渦中に発表されたものである。

先述のダイシーの渡米する前に出版した処女本、*A Treatise on the Rules for the Selection of the Parties to an Action*, (London, 1870) もコモン・ローとエクイティの管轄権の複合性により複雑化していた「市民請願」に関するルールをより単純な少数の主導的原理に基づきまとめたものである。コスグローブによれば、ここで、ダイシーは既に、後の『憲法序説』で見られる複雑な英国憲法の現状を単純な少数の主導的原理に基づきまとめて見せるという才能を既に見せていたと評される。渡米後の最初の論文であろう、当論文「コモン・ローの発展」は、そのような渡米前のダイシーの学問的関心から自然に延長・発展したものと考えられる。またここで、ダイシーはコモン・ローの形式性を正義の概念から緩和する衡平法をコモン・ロー裁判官による「法改革[Law Reform]」として捉えている。ダイシーにとって、実体的正義であるエクイティの発展は、コモン・ローの中での法改革であり、かつ、社会ダーウィニズム的な「社会における法進化の過程」であった。そしてそのことは、当時のグラッドストーン内閣による「立法による司法改革」の最終段階へと繋がっていく。

ダイシーが立てた主要な問いは、「英国法はいかなる事情で、二つの違ったある側面では相互に敵対的でさえある裁判所により運営される、コモン・ローとエクイティという二つの法的枠組みを生み出すに至ったのであろうかということである。この問いかけは、言い換えれば、英国の通常裁判所は、どのような事情で、彼らによる裁判制度の内

部に「エクイティ」として知られる自身の法の改良、若しくは変更を化体せしめることがなかったのであろうか？ということである。」ということである。ローマでは、大法官府裁判所のように、独立に「エクイティ」を運用する裁判所は生まれなかった、なのになぜ、英国では大法官府裁判所が存在するようになったのであろうか？このことは、まさに大法官府裁判所のエクイティ上の管轄権に大鈍を振った数年後の一八七三年最高裁判所法を考える上での焦点でもあった。

コモン・ローにおける衡平

留意すべきなのは、「エクイティ上の救済 equitable remedy」や「equitable principle エクイティ上の原則」と翻訳される equitable という言葉であるが、厳密に「衡平法裁判所」のみで使用される規定ではなく、コモン・ロー上にもエクイティが存在するという点である。この点、日本の英米法の教科書や辞典類では「エクイティ上の救済」はコモン・ローとは別系統の「エクイティ」でしか使用できないという峻別主義を前提とした叙述がしばしば目に付く。が、その前提はまま誤解を生じやすく、現実の判例を読んでもみるとコモン・ロー裁判所ではしばしば「衡平的原則」が適用されている事態を目にすることができるのである。本論文でもダイシーは、エクイティという言葉で、コモン・ローの裁判官によるエクイティの導入と大法官府によるエクイティの導入の二つの場面にわけ、コモン・ロー裁判所と大法官府裁判所の両者にわたってエクイティが存在しているという叙述をしている。ダイシーの表現を借りるなら大法官府裁判所のエクイティとは別に、「コモン・ローにおける衡平 equity of the common law」が存在するのである。この点は、あまり表立って指摘されることはないが、日本における英米法学の基礎理解には比較的重要な点

であると思われるので特筆しておきたい。

ダイシーはコモン・ローの発展段階を、三段階に分けて理解していると思われる。つまり、(1)コモン・ロー裁判官による、擬制の使用によるコモン・ローにおける衡平の段階、(2)大法官府裁判所による近代以降の衡平法の発展、(3)ベンサムや功利主義者達による立法改革運動やコモン・ロー批判後の一八三〇年代から開始する立法による司法改革である。その内、三番目の一九世紀中の立法による司法改革は、メイトランドの没後刊行された著名な講義録『The Forms of Action at Common Law, (1909)』で言及されているように一八三〇年代から一八九〇年代にまで掛けて行われており、ダイシーが当論文を執筆中は正にその抜本的な立法改革の渦中であつた。

メイトランドの言及した「訴訟方式の廃止」にしても、「大法官府裁判所のエクイティ管轄権の放棄と最高法院への機能統合」にしても、英米法の根本を揺るがす大改革であつたことは想像に難くない。今日では、トニー・ブレア労働党政権がヨーロッパ人権条約やEU法との調和の観点から、三権分立や『一九九八年人権法』Human Rights Act 1998に配慮して、『二〇〇五年憲法改革法』Constitutional Reform Act 2005により、大法官の司法的権限を完全に奪い去ってしまったことがこれに匹敵し得よう。ダイシーのヴィクトリア朝時代のホイッグ(自由党)のグラッドストーン内閣の司法改革は、その左翼的伝統否定の精神において今日のトニー・ブレア労働党政権の司法改革とある意味、非常によく似ているようにも思われる。ともあれ、第三の段階である立法による司法改革は、ダイシーにとっては、エクイティでは無かつたことを付記しておこう。

ダイシーによるエクイティの定義は、「エクイティは、その最も一般的形式において、名目的には既存法を施行したまま実際はそれを破棄するところの、概してより正当である裁判所により導入された新原則にすぎないと理解され

る。」というものである。立法はコモン・ロー^{*二}の一部として吸収され、エクイティではない。

上記の区別自体は、伝統的な区分で問題はないのだが、法の進化論的發展を考えるにあたって、最終段階にあるはずの立法による司法改革という手段に、ダイシーは功利主義者たちとは違ってあまり乗り気ではなかったふしがある。ダイシーの著作にはしばしば、立法をコモン・ローの例外的部分とみなして、穏便なものではあるが、立法に対する敵意のようなものが感じられるのである。有名な『憲法序説』において、「法の支配」の特徴の一つに、制定法ではなく通常裁判所の判決の帰結であることを敢えて論じたのも、ある意味、ダイシーの立法に対する判例法への嗜好を表すものかもしれない。この点、ベンサム¹の弟子であったオースティンなどとダイシーの態度は明確に異なる。

法的擬制とエクイティ・メイン 『古代法』の影響

この定義から、ダイシーは既存の制度を表面上は変革しないが、実際上は新しい救済手段を与えるというエクイティの性質を、特に the Bench と呼ばれるコモン・ローの高位裁判官によるコモン・ローの発展と関係させる。その際に、持ち出されるのは、「legal fiction」つまり「法的擬制」の概念である。この「法的擬制」の概念は、本論文の十年前、一八六一年に出版されたサー・ヘンリー・メイン『古代法』によって当時非常に意識されていた概念であり、本論文におけるダイシーの叙述の大半が法的擬制と言わば裁判官による「脱法的法改革」である「エクイティ」の発展と費やされているのは恐らくそのためであろう。

ダイシーによる「コモン・ローの発達」という言葉などにも見られる進化論的史観と、この「擬制 legal fiction 概念」に対する注目はメインの影響であろうと思われる。メイン『古代法』が出版されたのが、一八六一年、ダイシー

二六歳の時である。同年、オースティン『法理学領域の確定』の第二版が出版された。ダイシーは訳者らが前号で翻訳したオックスフォード大学を離任する際の、言わば自分の学生生涯を振り返ることとなった別論文で「一八六一年」をコモン・ローの歴史において、エポック・メイキングな年として認識している。その影響を受けた中にはダイシー自身も含まれているものと思われる。本論文にもオースティンからの引用が含まれているが、ダイシーの論文の方法論は、厳密に「分析法学的」であるというには程遠いものの、ほぼすべてのダイシー論文でオースティンからの引用に依拠しているのは事実である。オースティンの影響は学説史にも常に認識されているが、歴史主義的な著作であるメイン『古代法』からのダイシーへの影響の方は、今日では、法史学から決別した実定法学者ダイシー像の影になり、あまり認識されていないのではないだろうか。ダイシーの学術的方法論を理解する上で、メインもまた非常に重要であり、オースティンの影響と二本柱とさえなり得る可能性を指摘しておきたい。

古代ローマにおける法務官法の発達もそうなのであるが、法原則というものが形式主義的に定義されると、かならず、社会発展による状況変化に対応するため、何らかのそれを上回る社会的妥当性を有する行政的対応、もしくは、妥協が必要となってくる。ローマ法は「純粹市民法」を廃止せずに、行政的法務官である法務官の告示を通して、言わば迂回的に、「法務官法」という別の法システムを並行的に運用し、それにより、法改革をなしたのである。その点、英国と古代ローマの状況は非常にパラレルに対比して見受けられるかもしれない。ダイシーはそのような「衡平」の発展の中核的システムとして法的擬制を捉えたのであろう。

我々は定訳としてエクイティを、ともすれば、大法官府裁判所により運営された固有の法制度という意味で、「衡平法」と機械的に訳しがちであるが、元来、この言葉に「法」という表現は入っていない。上で、ダイシーが述べて

いるように、エクイティとは根本的に「法」と相容れない反対概念でもあるのである。端的に言えば、エクイティの脱法的性格が「衡平法」という表現からはこぼれ落ち、特に、本邦における「コモン・ローにおけるエクイティ」の存在の十分な認識に先述の通りブレキをかけているのではないかと思われる。またこのことは、最後に触れるダイシーの本論文でのオリジナリティのコアにもなるであろう「司法に対立する行政的逸脱行為としてのエクイティ」の中核に関わる。本論文の翻訳にあたり、ダイシーのコモン・ローの三裁判所と大法官府裁判所を横断するエクイティ観をそのままカタカナで処理するしかなかったのはこのような事情による。

先述の通り、ダイシーによれば、コモン・ロー裁判官による正義の是正、すなわち衡平の導入に貢献したのは、法定費用収入をめぐる三つのコモン・ロー裁判所の管轄権争いであった。本来の民事事件（特に契約）は民間裁判所 Court of Common Pleas の管轄であった。この民間裁判所の専属管轄権を財務裁判所 Court of Exchequer は、そのような契約違反は国王の財産を侵すものであるという建前から、王座部裁判所 Court of King's Bench は「契約違反は欺罔行為を持った「直接的権利侵害」[Trespass] 中の「引き受け訴訟 action of assumpsit」にあたり、その意味で、「国王の平和 Pax Regis」侵害であるという建前からその管轄権を侵害していくのであるが、ダイシーにとってはそのような建前も一種の「法的擬制」であった。ダイシーのある意味、非常にサーカイスティックな見解によれば、法定手数料が裁判官の私的収入に編入されるのを止めた時点からコモン・ロー裁判所によるエクイティ導入も停止したということになる。ダイシーは、特定のにその時期を上げていないが、恐らくは一七世紀以降、ヨーロッパ全域に敷衍した中央集権化により、裁判官が高級官僚・公務員として国家からの定額の俸給により収入を得るようになったいわゆる「裁判官の官僚化」の過程と軌を一にするのであろう。

大法官府裁判所の成立とエクイティ

ダイシーは、論文の最後の残り二頁になり、ようやく、本来の当論文の目的であった大法官府裁判所によるエクイティ管轄権の成立について述べるが、そこで示されるダイシーの視点というのがオリジナルでかつ現在では識者の描写から失われてしまっている視点として非常に興味深い。ここでは、エクイティの法からの行政的逸脱という性格に關して、コモン・ロー裁判所と国王の中央政府の距離と権力分離が語られる。本稿ダイシーによれば「そして、大法官の（コモン・ロー司法への）介入は、元来は、実際のところ、行政政府の介入であり、国王というものは、通常裁判官たちが法の技術性により正義を実現できない場合に正義を与えるべきものであるとか、もしくは、これはより説得力のある理由であるのだが、司法裁判所が無力で彼らの判決に実効性をもたせる事ができない場合に行政府が法を強行すべきであるというような理由から正当化されたのであろうということは、非常にあり得る推測であり、それが真実であることはほぼ疑いようのない事実である。」

コモン・ロー裁判所の王権からの分離と大法官府の介入

三種のコモン・ロー裁判所は全て「王^は Aula Regis」から分化したものだが、英国においては、司法機関の行政組織からの分離が非常に早期に行われ、コモン・ローの各種技術性も一三世紀後半から一四世紀初頭にかけてのエドワード一世治世には、ガチガチに硬直化していた。近代的視点から見れば、ある意味で司法裁判所の中央政府からの独立は非常に歓迎すべきものであるが、逆に、コモン・ロー裁判所のあまりにも早期からの王権からの分離は、コモ

ン・ローの硬直化、保守化と、コモン・ロー裁判所が判決を執行するに際しての権力不足を促進した。中世では、判決の執行が担保されなかったり、通常裁判所の手続きでは正義が担保されない場合の、最終的な責任は正義の源泉である国王にあるとされていた。国王は正義を国民に担保する正義の源泉としての機能を有していたのである。そのことは、国王による裁判所への行政的介入を意味していたが、それを代行したのが国王による政府の第一の官僚である大法官であった。ダイシー論文によれば、大法官府のエクイティ管轄権の機能は、本来は、中心的な王権の行政官としての逸脱的なものであったが、早期からの王権との分離によるコモン・ロー裁判所の弱体化と保守化により「大法官の介入」に抵抗する力を持たなかったことが、本来行政的なものであった大法官府のエクイティ管轄権を固定化させ、裁判所的組織にし、そのことが、エクイティ専門の管轄権を持つ大法官府裁判所の存在を英国に許したというわけである。エクイティの確立は、大法官の良心というより、行政権力より遠ざかっていたコモン・ロー裁判所の抗えない大法官の介入によるものであった。そのうえで、大法官府裁判所の出現の原因を、コモン・ロー裁判所の早期からの王権との分離であると喝破して見せたのはいかにも、後に英国憲法学の泰斗たるダイシーの国家権力組織間の関係への観察眼の真骨頂ではないだろうか。

余談であるが、本論文で、ダイシーは *government of law* という言葉を一度だけ使い「主権者意思」と対置しているが、内容は「法の支配」の事でありまた *rule of law* という言葉が当時のダイシーの中では定着していなかったことを伺わせる。また、ダイシーが「衡平法・衡平 *equity*」と言われているものがいかに簡単に主権者の恣意的意思が裁判所の判決を覆すことの単なる仮面に過ぎないと、大法官府裁判所のエクイティが主権者による司法恣意的運用の一側面にすぎず乱用の危険性と常に隣合わせにあることを喝破しているのは、実証研究あるいはリアリズムからくる

彼のまさに卓見であろう。ダイシーにとってエクイティの本質は、法からの行政的逸脱であった。

小括

本論文は最初期の論文で、メインの影響を受けたエクイティの「法的擬制論」としての色彩が強いが、後ろになるほど味わい深くなり、後の大学者たるダイシーの片鱗が随所に感じられるというのが、私見としての我々の感想である。しかしながら、最終的判断は読者諸賢の読後感に委ねたい。

*一 Richard Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, (North Carolina, 1980), pp. 303-6. コスグロブは、ダイシー論文のリストを法学・憲法論文、政治学論文、その他雑多な論文の三種に分けているが、そこからの分析である。また、当リストで抜けを発見したことがあり、必ずしも完全なものではないが、現在のところ本邦の研究でも標準的なものであるので、これによる。

*二 The Lawと表現されるが、コモン・ローの事である。

「コモン・ローの発展」

A・V・ダイシー

仏語や独語の読める英国人であれば、ローマ法がどのように成立したかを詳細に知ることにより、自国法であるコ

モン・ローが一体どのようなようにして成立したか、その理解がずっと容易であることに気づくはずである。この事実に答えるための説明として、英国の法律家は自国の法制度以外に一般的に他国の法を研究したことがない、というまさにその理由のために、自国法制度の発達を理解することにも、自国法が引き起こす諸問題をどのように解決すべきかにも、正確に理解することが困難であるということである。外国語を全く知らないのならば自国語の文法を理解することが不可能であると同様、英国法しか学ばない者は、比較すべき他国の法制度についての理解を欠くがゆえに、自国の英国法が歴史的にどのように発展したかを理解することも困難になるのである。ブライス氏¹が適切に指摘したように、ローマ法の研究は、英国の法律家をして、「独自の見地から」、自国法の用語、概念、発展を批判的に理解することを可能ならしめるものである。一見、逆説的に思われるかもしれないが、至極当然の理（ことわり）として、ローマ法へ向けられる関心は英国法における非常に興味深い様々な問題への関心をかきたてる効果を有するものなのである。

本論文での考察を目的とする問いかけは、英国法はいかなる事情で、二つの違った、ある側面では相互に敵対的であるさえる裁判所により運営される、コモン・ローとエクイティという二つの法的枠組みを生み出すに至ったのであろうかを明らかにするということである。この問いかけは、言い換えれば、英国の通常裁判所、すなわちコモン・ロー裁判所は、どのような事情で、彼らによる裁判制度の内部に「エクイティ」として知られる自身の法の改良、若しくは変更を化体せしめることが無かったのであろうか？ということである。

かかる疑問は、ローマ法の諸制度をごく表面的に学ぶだけでも、直接的に示唆されるものなのである。ローマ及び英国の双方において「衡平的法」の成長を観察することが出来、ローマの歴史と英国の歴史の比較は、エクイティの本質とは何であるのか、それはどのようなプロセスで存在するに至ったのかを教えてくれる。もし、「法」というものが直接的立法により新しい、そして恐らくはより良いルールに取って代わられる場合には、誰もそのような新しい原則を「エクイティ」もしくは「正義のルール」と呼ぶことは無いであろう。なぜならそれは、それが廃止し取って代わった「法」と同じく、単に「法」であるからである。しかるに、ある裁判官がある正義の原則に効力を与えることにより間接的に既存法の効果を廃止する場合、つまり、実際上は既存の法的ルールを廃止することになるのであるが、形式上はその既存法を存続させておくような場合には、全ての人が通常の場合に存在する旧来の「法」と、（※それに対し逸脱的な）裁判官によって作られた新しい「衡平的法」つまり「エクイティ」との間に存在する対立を意識することとなる。例えば、最近の制定法は、既婚女性をして訴えることと訴えられること、すなわち既婚女性の訴訟適格性を認めたのであるが、誰もこの新制定法を「エクイティ」と呼ぶことはない。なぜなら、その新法はそれが廃止したところの旧来の状況が「法」であったのと同じく「法」（※通常法としてのコモン・ローの一部）であるからである。しかしながら、コモン・ロー裁判官が、訴訟の原告が「既婚女性 *Femme covert*」であるとの異議申し立てを却下することを決心し、たとえ直接的にはないにせよ既婚女性がコモン・ロー上で訴訟することを禁ずる原則を事実上は廃止した場合には、既婚女性が訴訟することを不可能にする正式のコモン・ローのルールがそのまま存在し続けることになるその一方で、既婚女性に訴訟可能にする法実務が存在することになる。かかる場合、前者は未だに「法」であると考慮されるであろうし、後者はエクイティという流儀で呼ばれるものとなろう。そして、このことは、

裁判官たちにより原告が既婚女性であるという異議申立てを却下する代わりに、法的凝制を使って、訴えを提起した女性は全て未婚であると看做すとされ、同時にその凝制に疑義を呈すことを禁止するような場合には、より当てはまるであろう。

それゆえ、エクイティの本質と起源に関して、ローマ法と英国法はお互いに光を投げかけ合うということになる。エクイティは、その最も一般的形式において、名目的には既存法を施行したままにするものの、実際はそれを破棄するところの、概してより正当である裁判所により導入された新原則にすぎないと理解される。しかるに、ローマ帝国の歴史はその「衡平法」の真の特質を説明してはくれるものの、同時に、今ここで考慮している問題、つまり、「なぜゆえに、我々英国の通常裁判所は（※ローマの）法務官（法）により示された軌跡をなぞることをせず、英国に於いては大法官府により実現されてきた法変更を自らの上に導入し、最終的にはエクイティという独立した法制度を結果として成立させるに至ったのか？」という疑問を提起するのである。

ローマにおける「衡平法」の進展と、それが提示する英国法の発展との間の対比について、次のオースティン氏の著作からの短縮された引用以上に適切に叙述するものは無いであろう。

「ローマ市民法 *jus civile*」で知られていない権利を法務官 *praetor* が付与する場合には、法務官はかかる権利を明示的かつ直接的に付与することはなかった。法務官は彼の一般的告示という方法により、法務官 *praetor* たるところ

の彼が「何人に対しても」訴権を与えるであろう、もしくは、かれがかかる訴訟を提起するのが適切だと考える場合には訴権付与を受け容れるであろうと宣言した。『法務官』が『市民法』の一部であるルールを廃止する場合には、彼は明示的に廃止することはなかった。法務官は一般的告示の手段を通じて、つまり、彼は訴答不十分抗弁もしくは訴え（※原語は「demurrer 訴答不十分抗弁」or 「plea 訴え」、悪意の抗弁 *exceptio doli* や悪意訴権 *actio doli* についての言及であろう。）により原告の訴訟に被告が打ち勝つことを許容すると、宣言したのである。…この曖昧かつ馬鹿げた法の廃止方法は我々自身の大法官により踏襲されてきている。コモン・ロー上のルールがエクイティにより廃止される場合には、一見した所、当該コモン・ロー上のルールは手付かずのままに放置されるのであるが、かかる権利を訴訟で強行しようといふいかなる試みが為されたとしても、原告は彼の空疎化した権利を追求することを大法官により抑制されることになるのである。ローマと英国の二つの事例の唯一の相違点は次のことから発生する。ローマでは、エクイティの名の下に独立した法制度を運用すべく作用する独立の裁判所は存在せず、それゆえ、衡平的抗弁は「法務官」本人か、もしくは、訴訟が持ち込まれたその裁判所に提出されることになる。…それに対し、英国では、エクイティの名の下に独立した法制度を運用すべく作用する独立の裁判所が存在しており、それゆえ、一方である裁判所に訴訟が提起され、他方で訴訟が提起された裁判所と異なる別系統の裁判所において衡平的抗弁が訴訟の形式をとって提起されることとなったのである。…英国における複雑性と不条理による混乱は、古代ローマに比べ、何かしら度を越したものとなるのである。」

それゆえ、いずれにせよ、一見したところの、相違は、次のようなものである。古代ローマ及び英国のいずれの事

例でも、裁判官たちによる改良であるところのエクイティは裁判所により導入されたものである。ローマにおいては「偉大なコモン・ロー裁判官」（というのも、英国での関係において法務官に対するもつとも近接的表現がこれであろうから。）は何が正義であるのか、何が効率的であるのか、といった見解に従ってコモン・ローを適合化しようとする目的で、法を自ら形成していったのであるが、かかる衡平の見解は折にふれ、世論からの承認という試練に服したものである。対して、英国においては（コモン・ローの）裁判官は、厳格法の執行者であり代表者であるに留まり、もしくは、留まらざるべきものとされ、衡平的法変革の導入は独立した敵対的裁判所の手に残され委ねられたものであると理解されている。加えて、法が立法により変革されるべきものであるならば、ローマのやり方が、より簡潔かつ有益であり、その意味において、英国において衡平が追求されるやり方より、はるかに自然であるということを疑う者はほとんどいないであろう。それゆえ、実際の所、疑問となるのは、「なぜゆえに我々英国における高位の裁判官たちは（※古代ローマにおける）「法務官」と同様の政策を採用して、現代社会の様々な要求に答えうるまでにコモン・ローというものを伸長しなかったのか？」ということである。

第一の答えは、事実、初期の裁判官たちとその後継者の一部の者は「法」の変更を（ローマ法の）「法務官」がローマ市民法を変革したのとほぼ同じやり方で変革していたということである。

しかし、疑いなくこのことは、標準化され固定化した近代的司法運営のみに慣れ親しむ大衆からは忘却されている事実であり、同時に著名な裁判官たちの次のような言葉により隠蔽され続けていた事柄でもある。たとえばケニヨン

卿 Lord Kenyon⁽¹⁾によれば「私はこの職業に就いて四〇年以上になり、コモン・ロー及びエクイティ両者の裁判所で実務に従事してきたが、仮に法律学全体の体系を構築することが自分の仕事としてお鉢が回ってきたとしたら、果たして異なったルールにより支配される異なった管轄権を有する二つの異なった裁判所を設立すべきであると勧告した方がよいと思料すべきか否かということについて、もつとも、このようなことは言う必要のないことがらなのであるが（※この部分、論理的繋がりがおかしいが原テキストママ）。しかるに、私は、既に確立された状態で見受けられるそれらの複合的法制度に従属する人間にとつて常習的になつたある種の様々な先入観に現在のところは影響されており、異なつたルールにより手続きが進行されるこれらの裁判所においては、一般的法律学のある種の複合的法制度が構築されてきており、それは我が英国の人民にとつて非常に有益なものであることを見出すのであり、このことは、もし私がかかるとく思いのままに主張されることが許されるならば、そして私はそう望むのであるが、（わが法制度は）地球上のいかなる他の国家に類を見ないものとなっている。∴「古き道の上に *super antiquas vias*（※ラテン語で「道」は複数対格であり「英語でいう *old ways*」を墨守することと、現実の古道に足を踏みしめることを比喩的にかけている。）」足を踏みしめることは我が希望であると同時に我が慰みでもある。私は立法者たりえないが、自らの勤勉さにより私の先任者達がなしてきたことを発見し、彼らの足跡に自発的に隷従するのである。」

かかる自己満足的保守主義の言は、（※一八世紀における法改革の雄で、王座部裁判所主席判事として彼の前任者であつた）マンズフィールド卿の天才への侮蔑・侮辱を含むものであるが、コモン・ローの裁判官たちの恒久的態度であると広く一般に信じられていたものを雄弁に語るものであり、事実として、何らかの誇張は伴うものの、大まかに、今世紀

初頭において高位裁判官職 the Bench に息づいていたある種の感情を、まさに描出するものである。しかしながら、一八一〇年時点での感情や慣習といったものが、他の個々の時代の高位裁判官職の感情や実務を体现していたと考えらるなら、これに勝るアナクロニズムはなからう。他の時代のコモン・ローの裁判官たちは、二つの法的機構の存在を当たり前のものたるべく容認もしていなかったし、「踏みならされた道」の上に立ち止まらるべく注意をはらつても来なかつたし、実際上の立法行為をすることを躊躇もしなかつたということは、端的な歴史的事実である。また、これらのことは、概して、英国人民にとって非常な恩恵となつたということも付言せねばなるまい。

英国史における顕著な特徴を一瞥するのみでかかる主張の真実は証されるであろう。

おおまかに言つて、我々の法的、憲法的な諸機構がその恒常的な形に落ち着いたのは(※一三世紀後半の)エドワード一世の治世であつたと言えよう。当時、技術的、形式主義的、かつ厳格な「コモン・ロー」の体系は既に存在していた。例えば、当時流布していた法諺に「一音節に躓く者は、訴訟全てに躓く。 *qui cadit a syllaba cadit a tota causa*」というものがある。つまり、訴答におけるほんのわずかな見落としでも敗訴するということである。この点において、当時のコモン・ローの状況は、古来の訴訟形式のみが認容され、古来の法律家の精妙さがほんの些細な点画の過誤だけで訴訟そのものが敗訴してしまうような状況を招来せしめ、徐々にそれらの法制度自体が全般的不信に陥ることになつてしまつたと伝えられる、ローマにおける状況とある意味で似ていたのである。加えて、ローマにおいてそうであつたように、英国においても、「コモン・ロー」の形式性は、社会の進化に対応して徐々に承認され

るに至った全ての権利を保護しうるに耐えるほどの柔軟性を有しては居なかった。古い個々の訴訟形式を検証するだけで、エドワード一世即位時において、恐らくはそれ以前から、時代の要請に応ずるに十分な法的救済手段が欠如していたという事を十分に証明しうるものである。なぜならば、当時の古い訴訟形式を見れば、土地（※保有権）及び人身の自由の保護、並びに、特定の厳格な要式による契約の強行といったものが、コモン・ロー裁判所によりその達成が請け負われている全てであったことが理解できるからである。通常の契約方式が、押印証書や債務証書であると解され、さらに、それが最も厳格な要式によるものであった時代においては、商業的活動における取引の多くはしかるべき法的保護を受けることが出来なかつたことは明らかである。我々が話題にしている時代の商人や貿易商人間の取引が保護されていたに違いないその程度及び範囲が、ギルド、商社、そして恐らくは市参事会の権威といったものが後世にはコモン・ロー法廷によって与えられた保護を代用していたことを前提として初めて理解しうるものだったということとは、実際、妥当な推測である。いずれにせよ、十分な法的救済の欠如というものは、当該治世の有名な制定法（※ウェストミンスター第二法^⑤）の規定から明らかである。それによれば、「大法官府裁判所において、ある事例においては令状が存在するが、類似する事例においては（*in consimili casu*）令状が存在せず、仮に同様の法によって同様の救済が必要とされる事例に該当するケースが起こったとして、（該当する）何らの救済も見出されないものであるならば、大法官府裁判所の書記官は新しい令状を創出することに同意せねばならない」とされている。英国法においては「場合」訴訟として知られる一連の莫大な数の訴訟様式はこの制定法に依拠しているのであるが、この「場合訴訟」は、法的な文言の様式性を取り払ってみれば、何時でも新しい権利を認容するのが望ましい場合には様々な新訴権を付与することによりコモン・ローを修正しようとした精力的な試み以外のなものでもないのである。

法的救済の欠缺のみならず、時代遅れの思想もしくは迷信といったものがしかるべき司法の運営に対し大きな困難を投げかけてきていたのである。例えば、被告の雪冤宣誓をする権利は、どんなゴロツキであれ、彼が信義違反の上に偽誓の罪を重ねることを選択すれば、彼自身の債務から逃れる権利を意味していた。^{三〇}

けれども、コモン・ローの形式性、厳格性、時代遅れの特性といったものだけが、改革を必要としていたわけでもなかった。法廷は、ある意味で、それが有している権限を実行する上で非常な制限を受けており、このことは相応の注目に値する事柄である。例えば、コモン・ローにおいて法廷はその管轄権の限度に關して非常な制約を受けていた。かかる制約ゆえに、コモン・ロー裁判所は、本来的には、英国国外で為された、もしくはチェスター公爵領内でさえ為された、契約違反や不法行為に対する補償を与えることは不可能であった。より深刻な司法上の欠陥は、被告の出頭を強制する適切な手段が存在しなかったことであつた。多くの場合において、唯一の厳密な法的救済というものは、被告が出頭するに適正であると感じるまで被告の資産を担保として差し押さえることであり、彼を逮捕したり彼に保釈金を払うよう強制したりする法的手段は何も存在しなかった。加えて、下された判決を執行するのに満足行く手段といったようなものは全くといって存在しなかった。

それゆえ、裁判官たちに課せられた使命というものは、裁判所に認容されてこなかった新しい権利に保護を与えることが出来るように既存の法制度を拡充し、司法の運営の妨げとなつてきた時代遅れの慣習を除去し、一方で管轄権を拡大しながらも、もう一方で裁判所の手続きをより効率化するということであつた。これらの方向性の全てにおい

て、裁判官たちは顕著な実績を上げてきた。もつとも、裁判官たちは新訴権を付与することもなかったし、新しい令状を発給すべく、許可する制定法に完全な効力を付与するような形で効力を与えることも無かったのは事実である。しかしながら、(※コモン・ロー) 裁判官たちは、ある種の迂回的方式により、新しい権利を確かに認定したのである。例えば、押印証書によらない契約が、いずれにせよ、独立した債務証書として結実していない場合に、一般に強行可能なものであるのか、ということは非常に疑わしいものに見うけられた。しかしながら、(※コモン・ロー) 裁判所は、部分的にその制定法(※ウエストミンスター第二法)の権威によりつつも、押印証書によらない契約(※無方式契約)違反に対する損害賠償金を回復する手段とすべく、古来のトレスパス訴権を伸長したのである。この結果を得るために裁判官たちは、実のところは、単なる法的擬制に過ぎないものを相当程度、利用した。しかしながら、最終的に万人に使用されうるに至る法的擬制の大胆さというものが何たるかを知るには、動産侵害訴訟(trover)及び不動産占有回復訴訟(ejection)がその基礎を置く恣意的な様々な仮定条件の興味深い総体を微に入り細を穿って検証するに若くはなからう。第一の(※動産侵害訴訟troverの)事例においては、原告は彼が失ったこともない動産を失ったことが仮定される一方で、被告は彼が発見したこともない動産を発見したように仮定される。第二の(※不動産占有回復訴訟ejectionの)事例においては、想像上の原告が純粹に想像上の直接的権利侵害trespassに対し想像上の被告に対し訴訟を提起する。しかるに、いずれの場合においても、かかる法的擬制の総体の下には、実質的な法改良が隠されているのである。彼所有の動産の横領conversion of his goodsに対して、より古い動産返還請求訴訟detinueの代わりに動産侵害訴訟troverを提起する原告は、被告が進んで自身が誓約することを提案することにより、敗訴する危険性を回避することが可能である。不動産占有回復訴訟ejectionというものは、一見した所、全く人工的なものではあ

るが、『物的 real』訴訟にまつわる全ての困難を回避しつつ、誰が土地占有の正式な権利者であるかを決定する簡便な方式なのである。実際、コモン・ロー裁判官たちの創意により生み出された様々な訴権は概して、次に挙げる利点のいずれか一つか、多くの場合、複数を有しているということが出来る…つまり、それらの訴訟はコモン・ロー法廷で認知される以前に新しい権利を強行することを可能にするか、被告をして雪冤宣誓をして逃げおおせることを不能にするか、もしくは、最後に、コモン・ロー裁判所をして被告の出頭を強制する権限を与えるような要式を有しているかのいずれかである。しかしながら、我々の議論の眼目は、コモン・ロー裁判官たちにより発明された手続きの様々な利点ではなく、彼らがまさに隠れて新訴権を付与していたという事実であるか、もしくは、実際のところ、「衡平法」を導入していたという事実の方にある。彼らコモン・ロー裁判官たちによる努力が、ローマ法務官の司法的立法(※各種法務官告示 *edictum* への言及であろう。)により達成された成果に及ばなかったとしても、長い目で見れば、それらは決して効果の無いものではなかった。例えば、「債権的財産 *a chose in action*」は譲渡 *assign* 不能であるということ、つまり、XがAに対し債務を負っている場合に、AはBに対しXを訴追する権利を譲渡できないという原則以上にコモン・ローにおいて確立された原則は存在しなかった。しかるに、コモン・ロー裁判官たちはこの格言を決して廃止することなしに、時の経過とともにその効力を大いに奪ったのである。つまり、第一には、BをしてAの名の下に訴追することを許可することによって、第二には、商人の慣習による法原則の運営を許可することによってである。実際のところ、漸進的ではあるが偉大な「コモン・ローに於ける衡平 *equity of the common law*」の勝利というものは、高度に文明化した商業的共同体においては不可避に生ずる全ての複雑で技術的な諸契約をコモン・ローの手続きに従ってコモン・ロー法廷において処理されることが可能であるように、主に架空のものである色々な仮定

的条件の利用により、慣習 *custom*、つまり、庶民生活における実務慣行、特に、商生活における実務慣行に計り知れない力点を置くことによりもたらされたのである。

また、既に指摘されたように、コモン・ロー裁判所の管轄権はある限られた領域に対して伸長されたのである。ここでは、明らかな欠陥に対する救済として馬鹿げた擬制が用いられた。コモン・ロー裁判所は海外で起こった取引から生ずる訴えを考慮する権限を有しては居なかつたが、代わりに彼らが有して使用した権限というのは、特定の海外で締結された契約や犯された不法行為が、現実に英国内で締結されたり、犯されたものであるかのように偽って主張する権限であつたのである。ゆえに、現代に至るまで、例えば（※スペインの）ミノルカ島である人間が権利侵害を受けたとすると、彼の主張は、当該不法行為は「ミノルカ島、つまるところ、ロンドンのセント・メアリー・ル・ボウ教会区のチープ地区」*at Minorca, to wit, at London, in the parish of St. Mary-le-Bow, in the Ward of Cheap*」為されたというものであり、そうすることにより当該事件を自己の管轄権内に移動したのである。法学者なら、かかる子供じみた法的擬制を見て笑みを漏らすかもしれない、しかしながら、このことが大いなる実務上の弊害に救済を与え、最初にこの制度を生み出し使用した司法行政官たちは自らの前任者たちの足跡に盲従するというような傾向を有していたわけでは決して無いということは何人も否定し得ない事実であろう。しかしながら、コモン・ローの高位裁判官たちが折にふれて、少なからぬ衡平的革新を導入してきたことは、法律の素人には、手短に語られれば理解不能であろうし、逆に長々と論じられれば退屈であろう、その細々とした技術的細目に立ち入るといふ犠牲さえ厭わなければ、全く理解することは容易である。コモン・ローの高位裁判官たちは、ローマの「法務官 *praetor*」

と同様に、時にはコモン・ローでは知られていなかった脅迫に基づく訴えを認容したし、彼らは、ローマの政務官と同様に、保証人が初めて自らが債務者に代位して支払わなければならなかった金銭を求めて彼の債務者を訴えることが可能になった場合のように、時には、全く新しい権利を強行したりもした。加えて、彼らは自らのローマの先人たちのように、例えば、比較的近代になって、場合訴訟の有益性を考慮して新しい審判手続を創設し、そうすることによって陪審審判の全ての機能に影響を及ぼした場合のように、しばしば、法的手続き過程を大きく変更したりもしたのである。最後に、コモン・ローの裁判官たちが、自己の所属する個別の裁判所の管轄権の伸長に、非常に特異な行動力を披露したことには、いくつかの理由から、特別な注意が払われねばならない。王座部裁判所は、被告がトレスパス（※直接的権利侵害）を犯したという一つの擬制によって、コモン・ローによれば（※本来、）民訴間裁判所のみが管轄権を有した契約の事例を自らの裁判所に呼び寄せた。また、一方で、民訴間裁判所は自らのある発明によって王座部裁判所の優位に対抗しようとしたし、財務府裁判所は裁判における原告が被告（※原文では原告になっているが被告にしないと意味が通らない）の行為により国王 the Crown に負っている債務の支払いが妨害されたと偽って主張することにより、（※本来、）財務裁判所が関心をもつことを全く予定してない様々な一団の通常訴訟を自らの管轄領域に引き寄せたのである。

かように、コモン・ローの裁判官たちは革新を忌避するというのには程遠かったわけではあるが、では、歴史上のある時代において、彼らをかかえる積極的な法革新者としたその動機は何であったのかという疑問が、自然に生じてくる。

古い時代のコモン・ロー裁判官たちは、相異なる二重の動機から改革、特に自己の各裁判所の管轄権及び権限の進展を達成しようとしたが、両動機とも現代の彼らの後継者たちには力を及ぼすことが無くなっていることが分かる。

まず、何時の時代でも、イングランドの裁判官たちは、高名で通常の才能をはるかに超えた人物達であったということが思い出されねばならない。また、文明の進歩ともに、教養人が進む様々なキャリアが増加する傾向にあるという単純な理由から、我々の歴史の早期の段階では、コモン・ロー研究に捧げられる才能及びエネルギーの量は現代に比べて恐らくは、比較的に多かったであろうと推測される。これに加え、科学が研究対象として存在しておらず非常に不完全にしか発達していなかった時代には、人々が科学的研究に献身する時代において体験されるのとは比べ、法学の研究に対し感じられる関心の量は恐らくは大きかったことであろう。加えて、英国の法曹界の構造により、司法界の頭職に出世するのは、非常に特殊な法的知識によると言うよりは、一般的評判によったことも想起されねばならない。英国においては少しの程度、そしてローマにおいてははるかに大きな程度、職業的訓練の大いなる利点と、一般人の感情と意見を共有するというより大きいとは言わぬまでもほぼ同じ大きさの利点とを、独特の方法で融合せしめた人間が高位の司法的地位を占める様になったのである。それゆえ、かかる人材を裁判官として長に持った英国の法曹組織は、ローマにおけるよりはるかに弱い力によるものではあるものの、かつてローマの全ての才能ある者が法学の研究に従事することを強制されたのと似た様な各種動機をもつて、法改革を為すよう促されたのである。また、何世紀にもわたって、そして、事実上、ある意味では、非常に最近に至るまで、コモン・ローの修正 *modification of the law* というのは、いやしくも必要であるのならば、直接の立法によるよりは各裁判所の行為によ

らなければならぬことは明確であった。なぜなら、プランタジネット朝やチューダー朝における議会の実情がどのようなものであったのか実感しているものなら誰でも、議会というものが滅多にか、有史以来如何なる議会も決して、立法改革に適したものではなかったのだということが理解されるからである。

高位裁判官職に影響した一方の動機が、法改良を實行しようとする合理主義的願望であるとするならば、現在までほとんどの注意が払われて来なかつたもう一方の影響というものは、非常に重要な影響を生み出した。各裁判所が自らの管轄権を進展しようとする努力してきたことについては既に触れた。法的年代史をほんの少し学ぶだけで、大法官は恒久的にコモン・ロー高位裁判官職の管轄権を侵食しようとする一方、各コモン・ロー裁判所は同じ熱意を持って大法官の侵入をはねのけると同時に、互いの裁判所の個別の領域を侵略しようとしていたのである。かかる精力の源泉とは何であったのであろうか？その答えは、法廷手続料を得んとする欲望だったのである。かなりの程度、コモン・ロー裁判所は法的手続き料からの収益に賄われていた。(※裁判所の)管轄権の増大は、事業・商売の増大を意味し、事業・商売の増大は収入の増大を意味した。端的に言えば、コモン・ロー裁判所相互間の競争というものは、事業競争であり、同業のライバル商社間の競争を支配しているのと同じの原理により支配されていた。この公的正義の売人たちは、他の商人らと同じく、高額の支払いを受け取ること、顧客の愛顧を増やすこと、という二重の私欲に動機づけられていた。(サー・マシュー・ヘイルの様々な論考を学ぶ者は、王座部裁判所は「小商いを沢山(※稼ぎに追いつく貧乏なし) small gains and frequent」という格言に固執すること、言い換えれば、その手続を比較的安価かつ効率的にすることで、その競争相手たちに対し優位を得たのだが、一方で、民間裁判所は、めつたに現れない裁

判所の顧客から時折大金を雀り取りはしていたものの、不必要なほど多数の裁判所付き官吏と高額な方式書による過負荷に陥り、次第に商売を落目にしたのであると、結論付けることであろう。かかる表現は、現代の読者の耳には奇異に聞こえることであろうが、ヘイル自身により採用された表現ほどは奇異でもないのである。ヘイルは、「各自、自らの粉挽小屋^{mill}へできるかぎり多くの代訴人たちを連れ込もうとやつきになつてゐる裁判所主席書記官の乱闘及び取組^{scuffling}組み合わせ scrambling and scuffling among protonotaries, each striving to get as many attorneys as he can to his mill」と叙述しており、民訴間裁判所については、特筆して、「その法廷では、人民の利益を極めて害するのみならず、ウエストミンスターの（他の）全ての法廷に（※民訴間裁判所に対しての）有利な立場を提供し、かつ、代訴人の料金を膨れあがらせる以外の目的にしか役立たずで、目下の所、その首席書記官が自らの地位を買収した代償を有利に償還するために私的収入（ポケット）を膨らませることにはしか貢献しない一定の非合理的な様々な慣行が通用し存在しているのである。」としている。最後の言葉は示唆的で、コモン・ロー高級裁判官職が裁判手続料の増加により個人的な利害を感じ得た少なくとも一つの態様（※現実社会での現象の現れ）を指し示している。実際、裁判手続料による支払いの古来のシステムという問題全体は幾つかの疑問を触発している。例えば、コモン・ローの諸法廷が法的擬制により新しい法的救済を与えることに最も活発であつたと観察される期間が、大法官がコモン・ローの領域を侵害しようとして、換言すれば、コモン・ロー裁判所の商売を引き剥がそうと、まさにしようとしていた時期と正確に一致するのは単なる偶然なのであるか、という問い掛けである。また、各種裁判手続料による（※裁判官収入の）支払いと、コモン・ロー裁判官たちの如何なる新しい管轄権を引き受けようとする性向が同時に消滅したのは果たして単なる偶然なのであるか？各種裁判手続料による（※裁判官収入の）支払いというのは、詰まるところ、（※権利救済の）結果

報酬であるのだが、果たして、例えばその給料の三分の一が仕事量に比例した裁判手数料に依存するとするならば、現在そうであるように、我らのコモン・ロー裁判所の一つが、他の二つの裁判所各自が達成している約半分の量の仕事を認可・処理するという現況のままあり得るかどうかというのは、確かに興味深い問い掛けなのである。

これらの疑問のうちの幾らかに対する答えがどのようなものであれ、コモン・ローの裁判官たちは、非常に強力で非常に当然な動機をもつて、様々な時期において、疑いもなく、多くの衡平的改善の導入者であったと考えることができる。実際、我々の法の最良のそして最も満足の行く部分の少なくとも半分は彼らの司法的活動の成果であると正當に言いうるであろう。しかしながら、このことが理解された時点で、当初に述べたように、形の違うものであるが、ある疑問が起こってくるのである。つまり、なぜコモン・ローの高位裁判官職 *the Bench* はそこまで踏み込んだが、それ以上は踏み込むことはなかったのでしょうか？換言すれば、それほどまで衡平の導入に有能であったコモン・ロー裁判官たちが、多かれ少なかれ、かれらの抵抗にあれだけ会いながらも大法官府が導入した法改良をコモン・ローの中に自からで先手を打って導入しなかったのは一体なぜなのであるか？

この疑問に対する返答は単純な一つの答えをただ認めるようなものではない。なぜならば、英国法の軌跡は幾つかの運動の合力による産物であるからである。もつとも、ある程度、推測に基づくものではあるが、この問題に対して多かれ少なかれ満足の行く解答を与えることは可能である。

法的救済を与えようという活動を制限した諸原因を理解するにあたって、コモン・ロー高位裁判官による衡平的革新がそこで留まり制限されていた様々な限界やその理由とは何であったのか、手短に見ていく必要がある。

どのようなコモン・ローの裁判官でも、「新訴権を付与する」と言つて正面から新訴権を付与する者は決して誰も居なかつた。コモン・ロー裁判所はここでも、事実上は既存の法を変更することにはなつても、例えば、権利回復のシステムを導入する場合のように、表立つては、もしくは、恐らく我々は決して意識的にはといつていいかと思われが、立法を引き受けることはなかつたのである。さらに、裁判官たちには彼らが運営していた組織の基本的構造と呼びうるものを変革することは不可能であつた。例えば、全ての訴訟というものは究極的には令状 *the writ* に依拠していた。訴訟全体の流れは、本質的に訴答 *the pleadings* により決定されていたし、その訴答そのものは相当程度、裁判官というものが不当介入する権限も無いしその意思も持たない制度である陪審審判 *trial by jury* の帰結によるものであつた。幾つかの点において、どれほど厳格にコモン・ローの諸準則が、今日にいたつてもなお、維持されてきているのかということは、素人の読者にでも理解できる二つの例によつて示すことが出来る。既婚婦人というものは、大法官府裁判所の介入や近時の制定法が無ければ、彼女の財産に対して未だに強行可能な権利はほとんど有していない。この点はより興味深い、なぜなら、コモン・ローの裁判官たちは折りにふれ、コモン・ローのこの過酷さを変更しようとする望みを表明してきたし、代理権法 *Law of agency* を曲解し矛盾を生じさせつつも、既婚婦人が彼女の夫の費用により生活必需品を取得することを可能にしてきたのである。また、XがAに二〇ポンド借りがあり、AがXに一五ポンド借りがある場合に、XがAに訴えられた場合、XはAから負っている金額からその四分の三に当たるA

に対して貸しがある一五ポンドを差し引いて勘定、もしくは相殺することが許されるということは、単なる常識の要請に思われるであろう。このことは、一見、手続の問題であり、厳密に裁判所の指揮権の範囲内であるかのように見えるであろう。しかしながら、この「相殺権」は制定法に基づく権利であり、コモン・ロー理論上では、AはXから二〇ポンドを回復する訴訟を提起せねばならず、Xは別訴訟でAから一五ポンドを回復する訴訟を提起せねばならないのである。

加えて、コモン・ローの裁判官たちはコモン・ローの管轄領域を拡張するのに使用可能であった様々な権限を徐々に廃れるに任せてきた。非常に早期の時代に、場合訴訟を認可する権限を自由に利用すれば、大法官府の介入は全く必要でなかったであろうということが示唆されてきた。現代英国の執政官（※裁判官）たちは仮定的事例に対して判決を宣言する事に対し激しい抵抗感を示しているが、しかしながら、その一方で、クックやハウルト3と言ったより古い時代のコモン・ロー裁判官たちは、しばしば、ある一事件を、そこで直接に問題とされている問題の決定には不必要な、様々な一連の関連した全ての疑問に対して脇から解答を与える機会として利用してきたのである。

実際のところを大まかに言えば、コモン・ローの各裁判所は、たとえ見せかけであつても、確立したシステムの様々な準則の中に留まることと首尾一貫しうるその限界ギリギリにまでコモン・ローを発展させたが、一方で、その限界を突破しようとする意思の欠如もしくは権限・能力の欠如を示したのである。

もし、この事実の描写が実質的に正確であるとするならば、その現象の原因は二項目に整理可能である。

なぜコモン・ローの裁判官たちが「法務官達」を模倣して、徐々にコモン・ローと衡平法を統合することによって成功しなかったのかという事の第一の「内在的理由」と称し得るものは、彼らが扱わなければならなかったコモン・ローの高度に発達した特質の内に見いだせるであろう。確かにエドワード一世治世（※一二七二年から一三〇七年・ポロック&メイドランドの叙述がここで終わることから分かるように、英国コモン・ローの一応の制度的完成を意味した。）の早期にまで遡って、英国の法的諸制度がいかに技術的で厳格かつ複雑なものになっていたのかを、人は驚き無しには理解し得ないであろう。しかしながら、当時の制定法を少しでも学ぶものは誰でも、裁判官であれ立法者であれ、当時の法改革者たちは、（※古代ローマの）「法務官達」が正義の準則に合致するように折り曲げたローマ市民法よりもはるかに複雑で強靱な材質を持った諸制度を変革するように求められたものだということが理解されることであろう。その上、既存システムの厳格性というものは、それが為されている最中でさえもほとんど気づかれることすら無いほど徐々に発展させられてきた法変革により、一層強固にされたのである。この変革というのは、口頭訴答から書面訴答への変遷であった。事実が陪審に付される前に両当事者が法廷において自らの訴訟原因を口頭で口述する限りにおいては、法形成の偉大な権限は、訴答と決定しそれらを（※古代ローマの）「法務官達」が「方式書 formula」を扱ったのとほぼ同じやり方で扱っていた（※コモン・ローの）裁判官たちの手にあつた。また、原告による請求と被告による応答という口頭の法的議論は、技術的な諸ルールの厳格性による弊害を無害化したのである。なぜなら、初期の訴答に関するリポーツに見られるように（※口頭手続では）彼は自己の主張を訂正、撤回、変更可能であつたからである。

事実、最も技術的な訴答の様々なルールというものは恐らくは、当初は口頭による弁論における公正な振る舞いのために設置された全く良識的な諸々の規制に過ぎなかったであろう。しかしながら、両当事者による事件における主張が両当事者もしくは両当事者の代訴人により（※予め）作成された正式の書面・文書の形を取るようになると、裁判所による訴答監督は存在し無くなったに相違ない。口頭による議論を念頭に置いて考案された様々な（訴答の）技術的ルールが書面による訴答への推移により有害な細則に墮し、行政官吏による監督的手腕により変革が要求されるようになったのと、まさに時を同じくして、かかる裁判所による訴答監督の消失は起こったのである。

これらすべての事情に加え、陪審審判はその利点がどのようなものであれ、そして利点というのは非常に大きなものであったのだが、文明の進歩に従いコモン・ローの介入を要求する複雑な請求及び反対請求の調整には一貫して適用不能なものであることが分かっており、かつ、その成功は通常の間民間における平均的知性の存在を前提にし、そのさいに要求されている平均的知性の基準というものは現代英国の住民間において常に見出すことが可能であるものよりも更に高度なものなのである。しかしながら、この制度にコモン・ローの裁判官たちは縛り付けられており、同時に裁判官たちは、コモン・ローの各裁判所が有益な行動をなすことを阻害するある事情により、動きを阻まれていた。つまり、必要かつ十分な人数の従属官吏団の必要性である。また、彼らは彼らの後継者たちがほとんど感じることのない制度上の欠陥によっても苦しめられていたのである。コモン・ローの裁判官たちは、彼らの判決を執行することを義務とする官僚たちに対して、決して、完全な監督（権）を有していたわけではなかったのである。

しかしながら、この時点で、我々はコモン・ロー裁判官たちをして、彼らの意思に非常に反したものでありながら、コモン・ローの変革を衡平法裁判所に主に委ねさせることになった、第二の、言わば外在的原因と呼びうるものについて触れることになる。

その理由は各司法裁判所の行政的政府に対する始原的關係の中に見出されるが、この問題のしかるべき考察は初期コモン・ローにおけるほとんどの様々な謎に解答を与えるものである。

英国の各種法廷は、「王^の Aula Regia（※国王の宮廷、国王の會議、国王の宮殿、国王の法廷、curia regis（同じ）」というものの派生物もしくは分枝であった。そして、その最大の利点の一つは、それらは急速に法廷となり行政的政府の一部門であるということを決めたことであった。しかしながら、このある視点ではそれら法廷の最強の一面であったものは、別の視点では最弱の一面であったのである。各法廷が司法的性格を得て、行政的性格を失うにつれ、それら一方では主権権力の一部であることをやめ、もう一方では統治の行政的機構に対して直接的支配を及ぼすことを止めた。この裁判所の政府・統治からの分離が予期されたものでなかったことは、先に触れられた新しい令状、つまり、新訴権を付与する制定法（※ウエストミンスター第二法）の中で、その権利がコモン・ローの裁判官たちにはなく大法官府の書記官らに与えられたが、同時に、エドワード一世の時代になるまでは各裁判所と大法官府の分離はすぐ後の時代にそうなったほどには決して明確でなかったことを他の諸状況が示唆しているという事実から推測される。他方、国王、枢密院及び大法官府は、区分されうる機関であるが、それぞれに、実質的に異なる主権的権限が残ったの

である。しかも、それぞれ二つは、執行的行政部、すなわち行政政府を代表しており、王 the King、枢密院 the council、大法官 the chancellor においては、他の如何なる官僚よりも国王及び枢密院が代表され、後の世紀には減じていったが、これらの権限は、元来は英国議会や各種裁判所などといった個別機関が有する特定の権威 definite authority よりはるかに超越した²⁶ 留保された²⁷ 国王の権限、または²⁸ 限定のない²⁹ 国王の権限と呼ばれ得るものであり続けた。換言するならば、大法官はその当初からそして現在においても、司法機構である⁽³⁰⁾と同時に、内閣・統治機構の一員であつたのであるが、その当初は大法官のありかたは現在の大法官のありかたとは違つていた。つまり、大法官は行政の中心人物の一人であり、彼の法的、司法的な性格はその事実と分離不可能であり、裁判官としての大法官の行為は創成期には行政・政府の一員であるというその地位の単なる帰結にすぎなかつたのである。国王、もしくは、特別に国王(※の権限)を代表する大法官は、時には非常に脆弱なものではあつても、中世の行政政府が有したあらゆる行政的権限をその手に有しており、それゆえに、通常裁判官が可能なよりも遥かに実効的な裁判をなすことがしばしば可能であつた。そして、大法官の(コモン・ロー司法への)介入は元来は、実際のところ、行政政府の介入であり、国王というものは、通常裁判官たちが法の技術性により正義を実現できない場合に正義を与えるべきものであるとか、もしくは、これはより説得力のある理由であるのだが、司法裁判所が無力で彼らの判決に実効性をもたせる事ができない場合に行政政府が法を強行すべきであるというような理由から正当化されたのであろうという事は、非常にあり得る推測であり、それが真実であることはほぼ疑いようのない事実である。

行政政府の一員としての大法官の特質は、現代研究者からはあまり理解されず関心も持たれていない。なぜなら、彼

らは、今日、大法官がコモン・ローの諸法廷を支配しているのと同様の固定化した技術的な司法システムを運用しており、また過去においても、長年そのようにして来ているのを見てきているからであり、また、「衡平 equity」だとか「法廷の良心 the conscience of the court」などといった様々な表現が真に意味するところを全く誤解して、衡平法の恣意的性質に対し多くの冷笑が浴びせかけられてきたことを、見てきているからである。しかしながら、現代の大法官府裁判所の手続に由来する様々な観念を、より古い時代の大法官たちへと持ち込むことは、実務法曹としてのみコモン・ローを学ぶものが特に陥りやすい時代錯誤を犯している。そのような学習者が犯しやすい過ちを訂正するには、スペンス氏が傾倒してきた「大法官府裁判所の廢れた管轄権」の諸章を精査することが有用であろう。そうすれば、彼らは大法官、もしくは現代的用語を使うなら、行政政府の司法官僚たちが、無法 outrage 及び略奪・破壊行為 spoliation や、司法手続妨害、司法官僚の腐敗、及び一般的にコモン・ロー裁判所が効果的な正義を達成する能力を持たない全ての事案において、継続的に介入してきたことが理解できるであろう。また、誰であれ、大法官府により運営された衡平法の根源的、そして本質・自然的特質と呼ばれ得るものが何であるかを疑う者には同著作者による、エリザベス女王及びその直接の相続者達の治世下で大法官たちがコモン・ローの訴権を補完することを引き受け、そうすることにより裁判所の権限により厳格な倫理的諸義務を強行するようになったという解説を読ませるがいい。ハットン Hatton^(viii) 大法官が原告に対して、彼のおじに対し恭順であるよう勧告するのを見ると、また、様々な案件で、一方の当事者が他方の当事者に向かって公開の法廷やその他の場所で許しを請うように命令するのを見ると、「女王の聖なる良心 (the) holy conscience of the Queen」を根拠としてある大法官が彼の判決を下すのを見ると、そして、先用語が国璽尚書 Lord Keeper がある事件の判決に対して、女王陛下から私的な指図を受けていること

を意味すると説明されるのを想起するとき、我々はいかに原初的な大法官府による衡平法上の管轄権と「国王・王権 the Crown」(※死ぬことのない法人としての抽象的国王の地位を意味する。)の主権的権限との関係が密接であるのかということのみならず、「衡平法・衡平 equity」と言われているものがいかに簡単に主権者の恣意的意思が裁判所の判決を覆すことの単なる仮面に過ぎないものになり得るのかを理解するのである。

ある制度が他の制度に反発するあの興味深いやり方で、大法官府による(※各種コモン・ロー裁判所への)介入というものは、コモン・ローの固定化と厳格化というものを推進した。(※古代ローマの)「法務官達」と比較した場合、コモン・ロー裁判官たちの保守主義を批判して、多くのことが正当に言われ得る。しかし、コモン・ローの各裁判所はある時期において、特異な危機に抵抗したのであることが思い起こされなければならない。既に見たように、コモン・ローの裁判官たちは行政権から隔絶していたので、王権 the Crown と密接に繋がったある官吏(※大法官)による介入を容認せざるを得なかったのである。大法官は、疑いなく、まさにこの(王権との)繋がりにより、多くの事件において、コモン・ローの法準則より、より柔軟で、より正義に適合的であり、より公正である法準則を導入したのである。しかしながら、(一方において)その本質は国王諮問会議と大法官府と星室裁判所の密接な関連性について考察した者になら誰にでも分かるように、大法官たちは法の統治 the government of law を主権者意思 the will of the sovereign に代置するという一つの傾向性を示していたのである。かかる傾向に、コモン・ローの裁判官たちが抵抗することは必至であったし、事実彼らは抵抗し、それに大きな成功を収めたのであるが、しかしながら、この恣意的権力との戦いを継続する中で、裁判官たちはコモン・ローの偏狭性と技術性を高める一方で、相当程度において

コモン・ローをより公正かつ衡平な形に成形する努力を放棄してしまったのである。後の時代になり、マンズフィールド卿のような偉大な法律家は、最良の古代ローマの政務官の真実の精神にのっとり、彼が主宰した法的システムの境界を伸展せしめようと試みたのだが、彼の様々な努力は一般的に考えられている以上の物事を達成したものの、非直接的立法が立法府による直接的立法の作用に取って代わられる時代がすぐそこに近づいていたという単純な理由から、一定の限度において、その目的の達成に失敗したのである。

それゆえ、英国においてなぜコモン・ローとエクイティという二つの体系が並立的に発展したのか？、という疑問に対するもつとも端的な解答は以下の通りである。ある時代においては、コモン・ローの裁判官たちは、非常に強い各種の動機からコモン・ローの諸準則を変革した。これらの動機が存在しなくなるに伴い、その司法改革も停止した。しかしながら、コモン・ローの裁判官たちはどの時代においても、ローマの各種政務官のような熱意を持って行動したことはなく、コモン・ロー the Law の改良におけるコモン・ロー裁判官が非活動的であった理由は、究極的には、(コモン・ローの) 各裁判所は特異なほど早期に統治から分離し、一部にはその権力の無さから、一部には他の様々な理由から「王権 the Crown」に非常に近い関係にあったある官吏(※大法官)に衡平(法)の導入を任せることを余儀なくされたからである。

了

(1) “The Academical Studies of the Civil Law. An Inaugural Lecture delivered at Oxford, Feb. 25, 1871. By James Bryce, D. C. L., Regius Professor of Civil Law in the University of Oxford.” Macmillan and Co.-“Institutionen” von C. F. Puchta. Leipzig: Breckkopf und Härtel. “Reeves’ History of English Law” Reeves and Turner. (※原注ママ、先にあるのはダイシーの旧来の友人でありオックスフォード大学のローマ法の欽定講座教授であったジェームズ・ブライスのオックスフォードにおける「就任記念特別講演 [Inaugural Lecture]」であるが、後に続く、プクタの Institutionen と ジョン・リーブズの History of English Law との正確な関連性は不明。最後の Reeves and Turner. は ジョン・リーブズではなくロンドンにあった出版社の名称のようである。「³」で括弧してあるが、後の一書は論文でなく書名である。本論文はブライスのローマ法学のダイシーに対する影響とも理解可能である。)

訳注

(I) サー・ロイド・ケニヨン Sir Lloyed Kenyon (1732-1802) 初代ケニヨン男爵

一八世紀から一九世紀初頭にかけて活躍した裁判官、政治家。

小ピット内閣の法務総裁として知られる。マンズフィールド卿の次の首席判事でもある。

ダイシーによる「マンズフィールド卿の天才への侮蔑を含むものであるが」との言は、ケニヨンが法改革者マンズフィールドの出来の悪い反動主義的後継者であることを暗示しているのであろう。大学教育を受けておらず、プライドが高かったが、間違ったラテン語の使用で大法官府の時代は補佐官を困らせたことが知られる。実務裁判官としては有能であったとも伝えられるが、大法官府に勤めながらローマ法に無知であったとか、王座部裁判所の首席判事に任命される際に今度はコモン・ローに無知であるので周りが務まるか案じて反対したとかのエピソードが伝えられ、しばしば、その無教養で話題になった人物でもある。

(II) 一二七五年のエドワード一世制定によるウェストミンスター(第二)法。

(英) In similar cases, the remedy should be similar.

(羅) In consimili casu, consimile debet esse remedium. [Stat. West. 21 C. 24, 13 Ed. 1.]

「同様の事例には、同様の救済があるべきである。」

大法官府の書記に今まで救済していた場合に似た場合を類推拡大解釈から救済するように新しい令状 *Writ* を創出する権限を与えたものである。エキテイの原則である「権利あるところに救済あり。」に精神は通底する。既に一三世紀にブラクトン『イギリスの法と慣習について』第二巻で「何の先例も慣習のない新しい案件が起こったが、同様の事態が起こっている場合に、同様のものにより判決されるべきである」と述べられている。適用範囲は非常に広く、コモン・ローにおいて判例法 *Case Law* を支える「先例拘束主義」の大原則でもある。ここで、ダイシーは、当制定法を王座部裁判所における「場合訴訟」による衡平的救済手段の付与と関連付けている。

(Ⅲ) 契約の不履行時に雪冤宣誓により債務から逃れることが出来たことへの言及であろう。ダイシーは一九世紀末の自由主義者らしくキリスト教思想に基づく雪冤宣誓を不合理な迷信と切って捨てているようである。このような、反キリスト教的態度は、良心の法廷としての大法官府裁判所に対する言及で、一切そのカノン法や道徳神学との繋がりに触れていないところにも表われている気がする。ロジックとしては、単に契約を破るだけなら、道徳神学的には約束違反として「信義違反 *breach of faith*」だけであるが、雪冤宣誓により嘘をついて債務から逃れる場合は、人間のみならず神に対する信義違反である汚聖 *blasphemy* の一種である *perjury*、偽誓の大罪に当たるが、そのことさえ平気な悪党であれば、いくらでも訴訟から逃げおおせることが出来たということである。

(Ⅳ) *his mill* 粉挽小屋、比喩的に、飯の種を作り出す場所。例、「*No Mill, No Meal*. まかぬ種は生えぬ。(働かねば飯はなし。)」など。

(Ⅴ) サー・ジョン・ホウルト *Sir John Holt* (1642-1710)

オックスフォード大学のオーリオール・カレッジで学び一六七〇年頃グレイズ・インに所属、一六七三年に法曹資格取得、一六八八年に名誉革命で即位したウィリアム二世治世下での王座部裁判所主席判事を務めた。

- (VI) 「二〇〇五年憲法改革法」(Constitutional Reform Act 2005) により、今日では大法官の司法的、立法的権能は消失した。
(VII) ジョージ・スペンス George Spence (1787-1850)

法学者、国会議員でもあり、衡平法裁判所改革の唱道者、衡平法裁判所の歴史家として主に知られるが、ナポレオン法典の最初の英訳者としても知られる。

ここで言及されているのは、George Spence, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery: Comprising its Rise, Progress, and Final Establishment*, 2 vols, (London, 1846-9) の大著である。

- (VIII) サー・クリストファー・ハットン Sir Christopher Hatton (1540-91)

一六世紀エリザベス女王治世下の代表的な大法官で寵臣。