

第一部

イングランド法制史：物権と信託

立教大学第一講演

単純封土権の成立

ニール・G・ジョーンズ（ケンブリッジ大学）

本講演の狙いは、イングランドにおける自由土地保有地の所有権の成立過程を検討し、コモン・ロー上の不動産権（estate）の法理をおおまかに検討することである。まず、単純封土権（fee simple）という不動産権の成立過程から始めなければならない。単純封土権は、無期限に存続しうる不動産権として、イングランドの土地法の頂点に位置づけられる。すなわち「土地に単純封土権を有する者は、その土地に永遠の期間を有する、あるいは永遠にその土地を有することになる¹⁾。」ここに最大限の権利の束があり、コモン・ローが土地に関して絶対的所有権（dominium）の概念に最も近づいているのである。しかし、ことの始まりにおいても、このようなことがいえたのだろうか？典型的な単純封土権の不動産権は、コモン・ローにおいて当初から知られていたのだろうか？あるいは、それは、一部の論者が言うように、債権債務的關係から所有権的権利へと時間をかけて発展してきたものなのだろうか？もしそうならば、それが法的範疇から別の法的範疇へと移行したのがいつか、はっきりとしたことが言えるのだろうか？

1066年のノルマン征服から1世紀ほどの間のイングランドにおける土地法について、さまざまな疑問に確たる答えを出すことは、証拠の制約からして、恐らく不可能だろう。見解の相違もあり得る（当時の人々の間でも見解の相違があり得る）。そして、見解の相違は、時には真実に近づく手がかりともなり得る。歴史家の認識は、「法律家タイプの法制史家」の認識と一致するとは限らない²⁾。ここに、所有権（property）を巡る論争で法律家と一般の人が面と向

1) *Walsingham's Case* (1573) 2 Plowd 547 at 555.

かって対峙し、双方が自分の領域であると正統性を主張し得る領域がある。「単純封土権の成立」と題した論文を著し、次のような教訓を導いて締めくくったのは、法律家であって、歴史家ではなかった。「制度の構造に固有の論理とされるものから、当該制度の実際の機能を演繹しようと試みるのは危険である。法的概念の論理構造は、実務においては歪められ修正されがちなのが関の山なのだ。」³⁾

諸制度の実際の機能を、制度の構造に固有の論理と想定されるものから演繹しようと試みるのが危険だという場合、この講演で扱う構造とは、1066年から数十年間のうちにイングランドで成立した、相互依存的な封建的不動産保有態様のピラミッドである。ノルマンディー公ウィリアムがヘースティングスの戦いで勝利した結果、征服した領土にノルマン軍事貴族を駐屯させる必要が生じた。そして、様々な形で征服に貢献した者に恩賞を与え、将来に備えて征服王の軍事力を維持する必要もあった。こうした必要性に対処するため、国王ウィリアムは、イングランドの土地を家臣に割当て、その家臣を国王から譲与された当該土地の封臣 (tenant) とした。すなわち、家臣たちは当該土地を封主 (feudal lord) たるウィリアムから得た土地として保有したのである。これは単なる贈与ではなかった。封臣は、一定数の騎士を一年のうちの一定の日数にわたり国王の軍隊に提供する奉仕のかたちで、見返りを与えることを期待されていた。

国王ウィリアムから直接土地を保有する従者を、直属受封者 (tenant in chief) という。彼らは、国王から譲与された土地の一部を、やはり自らの従者に譲与し、その見返りとして、騎士の提供その他の合意に基づいた奉仕を受け取った。こうした土地の分配は、臣従宣誓 (homage) の儀式によって調印されるのが一般的で、その儀式的なかで、封臣は自らが保有する土地の封主の家臣となることを誓った⁴⁾。この一連の土地の分配を再下封 (subinfeudation) と

2) S.F.C. Milsom, "Pollock and Maitland": a Lawyer's Retrospect', in J. Hudson (ed.), *The History of English Law* (Oxford 1996), 242, at 243.

3) J.L. Barton, 'The Rise of the Fee Simple' (1976) 92 *Law Quarterly Review*, 108, at 121.

4) 「私は、あなたから保有する保有財産につき、あなたの家臣となる。あなたへの忠誠は全身全霊と信仰をもってするものであり、あなたへの忠誠は、われらが国王に対する忠誠を除き、他のいかなる者への忠誠も排するものである。」 'I become your man of the tenement that I hold of you, and faith to you will bear of life and member and earthly worship, and faith to you shall bear against all folk, saving the faith that I owe to our lord the king.'

いい、こうしてできあがったのが土地保有のピラミッドである。国王が頂点に位置し、そのすぐ下に直属受封者がきた。国王が直属受封者の封主であり、直属受封者が国王の封臣だった。直属受封者の下には、彼ら自身の従者がおり、直属受封者はその従者の封主となり、とそれがさらに下に続いて、最底辺には土地を耕す農民がきた。国王と最底辺に位置する者を除くと、ピラミッドの中にいるすべての者が、下を見ると封臣、上を見ると封主という立場にあった。ちなみに、ノルマン征服によって、土地の現実の占拠はほとんど変わらなかったようである。ノルマン人の直属受封者が得たのは、土地の直接的な占拠ではなく、それについての権利だったのだ。

本講演では、封建ピラミッドの上層にある封臣に注目する。騎士奉仕で封主から土地を保有する者たちである。こうした土地保有者を、ここまで「封臣 tenant」と呼んできた。この11世紀における騎士奉仕保有者は、どのような意味で「tenant」だったのだろうか？今日、単純不動産権の保有者を「tenant [土地保有者]」ということがあるが、そのような所有者としての tenant だったのだろうか？これを一方の極とすれば、他方の極には、領主の意のままに土地を保有するに過ぎない「tenant [封臣]」としての捉え方もあり得るが、そのような tenant だったのだろうか？あるいは、実際の立場は、この二極の間のどこかにあったのだろうか？

ミルソム教授は次のように述べている。

この生まれつつある「所有権 ownership」には、二つの構成要素があった。一つは、保有者が生きている限り保有地を享有できる権利であり、これを中世の用語で「自由土地保有権 freehold」といった。もう一つが、保有者が死亡した時に生ずる権利で、その土地が当該保有者の法定相続人に与えられるものとする権利であり、これに対する中世の用語は「封土権 fee」であった⁵⁾。

この自由土地保有権（生存中の保有者と彼が土地を享受する権利の問題）と、封土権（死亡した保有者とその法定相続人に関する問題）の双方を検討する必要がある。

先に進む前に、法定相続人 (heir) の概念について述べておこう。誰が法定相続人となるかは、法によって確定されるのであって、死亡した被相続人によ

5) S.F.C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed. (1981), p. 103.

ってではなかった。例えば、保有者が嫡出の息子と嫡出の娘を1人ずつ残して死んだ場合、嫡出の息子が法定相続人となる（息子が娘よりも若くても同じである）。保有者が嫡出の息子を2人残して死んだ場合、年長者が法定相続人だった。保有者が嫡出の娘を2人以上残したが、1人も息子を残さずに死んだ場合、すべての娘が法定相続人となり、被相続人の土地を相続財産共有（coparcenary）と呼ばれる共有形式で取得した。被相続人が1人も嫡出子を残さずに死んだ場合には、誰かほかの親戚、例えば兄弟などが法定相続人となっただろう。保有者が自由土地保有地を保有した状態で死亡した場合、この土地は法的作用によって自動的に法定相続人に承継されたので、その意味で法定相続人が誰かの決定は重要なものだった。これと対照的に、人的財産（chattel〔訳注：自由土地保有権以外の財産〕）は、遺言がない場合には、遺産管理人（administrator）の手に移った。

初期の騎士奉仕保有者の不動産権の性質論に戻ろう。そして、自由土地保有権と封土権の問題を検討するにあたり、F・W・メイトランドの論稿を出発点とするのが便宜であろう。19世紀末にかけて著述したメイトランドは、騎士奉仕保有によって保有された土地は、ノルマン征服以来相続可能だったと論じた。換言すれば、騎士奉仕保有者が死亡すると、土地は自動的にその法定相続人に承継されただろうと述べたのである。

かくして、問題はおのずから、征服王からイングランドの土地という大いなる贈与を受領した征服王の従者は、その土地を相続可能なものとして保有したのか、ということになる。その答えは確実にイエスである⁶⁾。

この見解は、大筋で後世の法制史家にも支持されてきた。ただ、その後さらに証拠が現れて、騎士奉仕保有の土地が法定相続できることが確立したのは、征服直後ではなく、1100年頃であると言われるようになった。

土地は保有者の死とともにその法定相続人に承継される、というメイトランドの封土権、法定相続可能性、土地保有者についての見解から、騎士奉仕保有

6) Sir F. Pollock and F.W. Maitland, *History of English Law before the time of Edward I*, 2nd ed. (1898), vol. 1, p. 314. ただし、メイトランドでさえ、「この答えには留保が必要で、問いの難しさを念頭に置く必要がある」と認めている。「[[国王ウィリアム]の家臣が、世襲の不動産権を取得したと信じていたことには疑いない。ただし、彼らがそう信ずることを担保するような内容が、羊皮紙の文書に書かれていたかは明らかでない。』 Ibid., vol. 1, p. 315.

の土地保有者は、完全な意味で当該土地の所有者だったとする結論が導かれた。ある土地保有者が生涯にわたる利益しか有していないのであれば、彼から法定相続人が相続するということはほとんどありえなかっただろう。

こうして単純封土権の起源を 1100 年ないしそれ以前としたメイトランドの分析に対し、1959 年に疑義を呈したのが、ハーバード大学の S・E・ソーン教授である。彼は、「軍事的封土は、1200 年ごろまで法定相続可能とはならず、それまで土地保有者は生涯不動産権として保有していたに過ぎない」ことを示そうとした⁷⁾。封土権と法定相続可能性について、ソーンは、騎士奉仕による不動産権が、しばしば父から息子へ、被相続人から法定相続人へと承継され、1150 年ごろまでには、征服王の家臣がその父や祖父の保有していた土地を保有し続けていたのは、確かだとしている。しかし、これは必ずしも法定相続が可能だったことを意味するものではない、というのが彼の議論である。

もし私が、今使っている庭師の死後にその息子を雇い、私の息子がそのまた息子を雇ったら、庭師としての地位は同じ家系の中で 3 世代にわたって引き継がれたことになる。しかし、これは各人に対してその都度ごとに地位が与えられたのであって、当然ながら、庭師の息子や孫がその地位を法定相続したとは決して言いえない⁸⁾。

既にみたように、封建制の理論によれば、土地は奉仕の見返りとして封臣に譲与された。土地は、封臣の生活を支え、奉仕を行うための手段を提供することとなった。土地は、期限を定めて封臣のものとなったわけではないが、それも封臣と封主との間の土地保有関係が存続する限りのことに過ぎない。封臣の死とともに、土地は封主のもとに復帰したのである。

より正確に言えば、土地はずっと封主のもので、これに封臣の権利による制約がかかっていたにすぎず、その土地が、封臣の権利による制約から解放されて封主のものとなったのである。封主は、土地を自らのものにしたければ、法定相続人を排除してそうすることができた。しかし、封主が実際にそうするかどうかを問わず、彼がその土地に対して有する権利は、完全に復活したことにな

7) S.E. Thorne, 'English Feudalism and Estates in Land' [1959] CLJ 193.

8) Ibid., 196.

る。同様の理由で、封臣の相続人は、土地に対しては何らの権利も有しておらず、封主の封建的家臣として先代を継ぐ請求権を有していたにすぎない⁹⁾。

ソーンは議論の中で、征服後の初期の時代では、封臣と封主との関係は、まさに関係そのものである、と強調している。封臣が土地に対して有する「権利 interest」は、封主との関係の産物なのである。

この土地保有関係の重要性というテーマを取り上げたのがミルソム教授である。

所有権というものは、土地やその他の形態の富に対する権利が、国家以外のいかなる権威にも依存しないような、水平的な法的世界に属している。これらの権利は、一般的な規範の適用を受ける。この一般的規範が、法的に平等な人同士の取引を規律し、そうした人同士の紛争を解決する。他方で、封建的な土地保有というものは、より小さな世界に属しており、そこには所有権のような抽象的な観念が必要とされないし、また存在する余地もない。様々な権利は、完全に支配権を掌握しているとみなされる封主の意のままである。封臣は、封主に割当てられるがままに土地を保有する。それ以上のものを権原として有することは、封主の側がその封臣に保有させ続け、承継者による保有を認める特段の義務を負わない限り、不可能である。また封臣は、自ら取引を行って、自らの有する何らかの権原を誰かに譲ることはできない。できることは、封主に向けて土地を放棄することだけで、その後、封主が他人に付与することになる。そして封臣は、土地をめぐる紛争に自ら関与することはできない。誰が封臣たるべきかは、原則として封主が決めなければならない。そして、仮に封主が、同じ座席番号を2枚売ってしまった劇場主のように、現存の封臣と第三者者に対して義務を負ってしまった場合には、二つの有効な「権原」が存在することになり、「所有者」として期待できるのは、せいぜい補償を受けることぐらいなのだ¹⁰⁾。

「土地保有権／土地保有条件 tenure」という言葉が鍵である。……〔メイトランド〕にとっても、もちろん封主の権利や権力の蚕食というものがあった。それらは、最も初期の最も十全な段階でも制限されたものであって、封臣の所有

9) Ibid.

10) Milsom, *Historical Foundations*, p. 100.

権の上に常に存在する地役権のような性格だった、というだろう。[しかし] 今となつては、以下のことが、少なくとも私のような異端者には明らかなのだ。すなわち、そうしたことが、土地が封臣ではなく封主の所有物であるという命題に行き着く、あるいは、彼らの間の関係は、所有権という言葉や観念が不適切であるような取り決めだったという、より根本的な命題に行き着くのである¹¹⁾。

これがミルソムの「異端説」である¹²⁾。メイトランドは、初期の土地法について誤りを犯した。それは恐らく、メイトランドがイングランド法制史を扱った最初の主要業績の中で、『ブラクトン Bracton』と呼ばれる 13 世紀の法律書の中にあるローマ法の観念にきわめて類似したものを扱ったからで、メイトランドは同じことが 12 世紀のイングランド法にも当てはまると考えたからだろう、と。ミルソムは議論を続け、ノルマン征服後の 1 世紀余りの間は、社会の上層階層の土地保有は、人と人との関係、すなわち封主と封臣との関係によって決まっていたのであり、人と土地との関係で決まっていたのではなかった、という。封主によって受け入れられた——封主から土地を保有している (seised) ——封臣は、今日でいえば、終身の地位を得た教授、あるいは今日の裁判官と同じ立場にあった。いずれも、しかるべき権限を有する者から地位を与えられることにより、その地位を保有することになる。教授や裁判官は、自らの地位を私有するわけではなく、それを売ることも許されず、その権利を奪うべく他人から請求を受けることもない。権限を有する者によって受容されることが唯一の権原根拠であり、その権原の保有者はしかるべき理由と適正手続なしに排除されることはない。

ソーン教授は、初期の土地保有に関するメイトランドの見解を退けたうえ

11) S.F.C. Milsom, *Studies in the History of the Common Law* (1985), p. 274.

12) 「『それはメイトランドが言ったことと違いますね?』ソーン教授が、最近アメリカのハーバード大学のあるケンブリッジから本国のケンブリッジ大学のあるケンブリッジを訪問して講演した際に受けた質問です。『違います』とソーン。『そうですか。では私はそれを信じません』と質問者。……本日の講演に立っている私は、ベイトマン [H.M. Bateman: イギリスの漫画家で、変わり者をネタとした風刺を特徴とする] の漫画から出てきたような孤独な人間です。メイトランドが誤りを犯したとする男なのですから。人々がそのような人に親切なことがお分かりでしょう。どんな奇人に対しても人々は優しく接するものです。しかし、メイトランドというのは、今日そのような存在なのです。」英国学士院での講演 S.F.C. Milsom, 'F.W. Maitland', re-printed in S.F.C. Milsom, *Studies in the History of the Common Law* (1985), p. 261.

で、封主と封臣との関係としての土地保有から、封臣と「彼の」所領となった土地との関係としての土地保有への移行について、自らの考えを展開していった。ソーンによれば、12世紀の第2四半世紀(1125-1149)までに、

征服王から、臣従宣誓と奉仕と引き換えに家臣らに与えられた土地は、再び、征服王または彼の承継者によって、彼らの息子、そしてその孫へと与えられた。同様に、そのような封主から騎士奉仕と引き換えにその家臣に与えられた封土は、その子孫へと渡っていった。この土地の承継は、おそらく法の定めに従ったものでも、当事者間の合意により実現したものでもないだろう。それは、便宜によるものだった。軍事的封土については、奉仕義務を負う男たちが、常に絶えることなく連続して存在することが不可欠だった。彼らが死んだ場合に、代わりの男を広く一般から募ることもできようが、純粋に実利上の観点から、死んだ封臣の長男以上に、見つけやすい、封土の人々にとって受け入れやすい、あるいは(大半の場合に)求められる義務を果たす用意ができてい、といった条件を満たす者はなかなかないことが、まもなく明らかになったに違いない¹³⁾。

こうした実利上の意味で、12世紀の第2四半世紀ごろには、「軍事的奉仕による土地保有者たちは、保有する封土を法定相続可能なものとして保有するようになった。」¹⁴⁾そして、12世紀の半ばまでには、「再譲与が〔息子、孫等へ〕規則的に行われることにより、自分の父や祖父がかつては同じ封土を保有していた封臣たちは、保有地についてより所有権的な権利をもつようになった。封臣の保有する土地が完全に封臣のものではないとしても、もはや完全に封主の所有物でもなかった。所有権は、両者の間で分割されていたのである。」¹⁵⁾被相続人の死んだ場合に、法定相続人は封主に臣従宣誓を受け入れてもらえなければ、被相続人の保有した土地を適切な意味で自らの土地保有とすることができなかったが、もはや臣従宣誓だけが土地を支配できることを保障するものではなかった。封主の視点からすると、彼が封臣に再下封した土地は、再下封していない土地と同じ意味で自分のものということではできなかった。さりとて、

13) Thorne, 'English Feudalism and Estates in Land', 197-198.

14) Ibid., 198.

15) Ibid., 199.

土地は完全に彼の指の間から滑り落ちたわけでもなく、彼が封土に対して有する権利も、単なる無体物としての支配権にまで縮減したわけでもなかった。「その土地は、封主からの贈与によって、現在のところ一時的に封臣の手中にあり、封臣の死により封主に復帰したのちには、再び封臣の法定相続人に肅々と与えられることになってはいたが、依然として封主のものと認識できた。」¹⁶⁾

これで12世紀の中ごろまで到達した。ここからは、いわゆる「物的訴訟 real action」（「物的 real」という語が「人的 personal」に対する意味で使われているのは、〔不動産たる〕物的財産に関わるもので、人的財産に関わるものではないからである）の導入について検討しよう。これは、自由保有地の権原を主張する者が大法官府から取得することのできた令状だった。本講演との関係では、特に3つの物的訴訟に触れる必要がある。権利令状訴訟（writ of right）、新侵奪不動産占有回復訴訟（writ of novel disseisin）、相続不動産占有回復訴訟（writ of mort d'ancestor）である。

古典的な権利令状は、1150年代末、ヘンリー2世治世の初期に現れた。国王が封主に宛てた書簡の形をとり、当該封主に対し、原告が封主から保有していると主張している特定の土地について、原告に対して正義を施す（do right [= 裁判を開催する]）よう命じている。「国王からKへ挨拶申し上げる。朕は汝に対し、Trumpington 所在の〔甲土地〕につき、A に対して遅滞なく十全たる正義を施すよう命ずる。その土地について、A は汝から〔一定の奉仕と引き換えに〕保有しているが、X がそこから追い出したと主張する。汝がこれをなさなければ、朕がこれ以上正義の欠如について苦情を聞かなくて済むように、ケンブリッジの州長官をしてなさせしめよ。」

新侵奪不動産占有回復令状（新侵奪 novel disseisin とは最近に占有が侵奪されたことを意味する）が初めて規則的に執行されるようになったのは、1160年代中ごろのことだった。これは、所領を追い出されてからまだ日の浅い原告によって用いられた。国王が州長官（sheriff：それぞれの州には、州長官と呼ばれる国王の官吏がいて、国王の令状を執行するなどの任務を負っていた）に宛てた書面による命令の形式をとり、州長官に対し、最近、不当に当該地の所領を侵奪されたとする原告の主張につき、裁定を下すために陪審を招集するよう命ずるものだった。陪審が原告に有利な認定をすれば、原告が所領を回復するよう命ず

16) Ibid., 200.

る国王の命令が発せられることとなった。

相続不動産占有回復令状 (mort d'ancestor は被相続人の死を意味する) は、1170年代半ばに導入された。先の新侵奪不動産占有回復令状で扱われたのは、所領を不当に侵奪された土地保有者が生きている間の問題だった。これと対比すると、相続不動産占有回復令状は、被相続人が死亡して日の浅い相続人の問題が扱われ、被相続人が死亡した後に当該相続人が封主によって新たな封臣として受け入れられなかった場合に用いられた。相続不動産占有回復令状が、国王から州長官に宛てて、原告の権利主張に対して裁定を下すため陪審を招集するよう命ずる点は、新侵奪不動産占有回復令状と同じだった。ただ、相続不動産占有回復令状の場合における請求は、原告の被相続人が土地を保有したまま死亡し、原告がその被相続人の法定相続人である、というものだった。

これらの令状の発給が認められるようになったのがなぜかについては、かなりの論争がある。メイトランドは、ヘンリー2世が、諸侯の封主としての権力に対抗するために、意図的に行ったのだと考えた。もし、彼の考えたように、封臣がノルマン征服後ほどなくして所有者となったのであれば、土地保有をめぐる紛争は、常に所有権をめぐる問題だったことになる。これを前提にすれば、土地保有は封主との関係の問題ではなく、土地に関わる抽象的な権利の問題だったことになる。そうすると、これらの紛争が封主の裁判所で審理されようと国王の裁判所で審理されようと、紛争の性格にほとんど違いはなかったことになる。しかし、ヘンリー2世は諸侯の権力を制約しようとしたから、彼にとっては大きな違いだった。メイトランドの考え方によれば、国王の裁判所と封臣の裁判所は、いわば同じ製品 (土地の所有権に関する訴訟) を扱う競合店になぞらえて理解でき、国王としては、客が諸侯の裁判所ではなく、自分の裁判所に確実に訴えにくるような仕組みにしたかったのである。

ミルソムの見方は違った。土地保有は封主と封臣との関係として始まったのであるから、封主の裁判所における土地を巡る訴訟は、土地に対する権利の主張というより、封主に対する請求の問題ということになる。土地に対する権利を主張する原告は、抽象的な所有権を主張するのではなく、自分を封臣として認めるよう封主を拘束する債務があるとして、そこから生ずる利益を主張することになる。例えば、ある封臣が死亡したとしよう。封主は、自らの裁判所 (封主自身もしくはその執事、および自由身分の封臣たちで構成される) で、次のような状況に直面する。死亡した封臣ロジャーには2人の息子、ウィリアムとラルフがいた。兄のウィリアムは10年前に海外に出立して以来音信不通だった。

弟のラルフは係争地に居住していた。ロジャーの死後、土地をどうするかにつき判決が下されねばならなかった。ウィリアムはロジャーの長男として法定相続人であるが、10年間も音信不通であり、恐らく死亡しているだろう。そこで、封主の裁判所では、ラルフを新たな封臣として受け入れる判断を下す。ラルフは封主に対し臣従宣誓を行う。ところが、ほどなくしてウィリアムが戻ってくる。彼は法定相続人として自分が新たな封臣として受け入れられるべきで、弟を受け入れた封主の裁判所の判断は誤りだと主張する。初期の土地法についてのミルソムの見解によれば、ウィリアムの主張は、自分が土地所有者でラルフは土地所有者でないというものではなく、封主は自分を封臣として受け入れる慣習上の義務を負っているのだ、という主張となる。他方のラルフは、兄の主張に対し、自分は封主に対して臣従宣誓を済ませ、封主には土地保有について彼を保護する義務がある、すなわち「権原担保する warrant」義務がある、と主張することだろう。こうして競合する権利主張と相容れない義務の板挟みとなった封主は、できる限りのことをせざるを得なくなり、ウィリアムに対する補償として、同じ価値をもつ他の土地を提供するかもしれない。

封主の裁判所における土地保有をめぐる訴訟がこのように行われるならば、土地に関する請求が封主の裁判所で裁かれるのではなく、国王の裁判官の面前で物的訴訟として裁かれることになる。それは大きな違いになるだろう。ミルソムの考えでは、封主の裁判所と国王裁判所は、単なる競合店ではない。扱っている商品が異なる。封主の裁判所は、封主を拘束する債務から生じる利益に対する権利主張を扱うのに対し、国王裁判所は、必然的に封主抜きで手続が進められるから、封主の債権債務関係というよりは近代的な所有権的権利にずっと近い、抽象的な権利を扱うことになる。ミルソムにいわせれば、この変化は意図されたものではなかった。「大変な事態が生じた。しかし、権利令状訴訟、相続不動産占有回復訴訟、新侵奪不動産占有回復訴訟の背後にある意図は、封主-封臣関係を、その制度趣旨に沿って機能させることでしかなかった。」ミルソムの理解では、「ヘンリー2世とその助言者たちが、彼らの世界の枠組みからの離脱を意味するような、当時の風潮に反する動きをしたとは考えられない」¹⁷⁾のである。

ミルソムの議論によれば、ヘンリー2世が物的訴訟を導入した目的は、封主に対して封建制の構造において期待されることに従って行為させることに過ぎない。しかし、封主の裁判所の判断を凌駕する救済を提供することで、ヘンリー2世は封主の裁判管轄のもつ重要性を破壊してしまった。先の仮設例で相続

人から廃除されたウィリアムが、権利令状の発給を受けて、当該土地はかつて自分の父親が保有していたのであり、自分はその法定相続人だと主張して、ラルフを廃除する国王の命令を得ることができれば、封主の存在は最終的にはほぼ無意味になってしまう。ウィリアムは、土地に対し、封主が受け入れようと受け入れまいとにかかわらず存在する権原を有する。土地保有の世界は、債権債務関係的世界から、所有権的世界へと移行しつつあるのだ¹⁸⁾。

ここまで見てきたような変化を示す例として、「ミルソムによる分析における最重要事件」¹⁹⁾ともいうべき、1200年の伯爵夫人エイミス事件を取り上げよう。ウィリアムの息子某リチャードが、伯爵夫人エイミス、その執事、ほか家臣7人を相手取り、1200年に提起した新侵奪不動産占有回復訴訟が知られている。グロスター伯ウィリアムの3人娘の1人であったエイミスは、クレア伯のリチャードと結婚していたが、近親婚を理由に婚姻は解消されていた。エイミスは、婚姻にあたり土地を嫁資として持参した。そして、婚姻解消後、エイミスは、自らの封建裁判所にリチャードを召喚し、いかなる権原で彼女の嫁資である土地の一部を保有しているか答弁させた。

リチャードは、権原担保人としてクレア伯の訴訟参加を求めると答弁した。彼はクレア伯から当該土地を保有しており、クレア伯には彼の権原を担保する義務があるというのである。しかし、リチャードはエイミスの裁判所にクレア伯を出廷させることができず、エイミスは、自らの裁判所による判決によりリチャードを土地から追い出してしまった。ここでの封建制のロジックは明快である。エイミス自身は、リチャードを受け入れたことはなく、またリチャード

17) S.F.C. Milsom, *The Legal Framework of English Feudalism* (Cambridge 1976), p. 186. このような感覚は、ミルソムの著作における、法的な変化がどのように発生するかについての見方も反映している。「どんなに大きな変化であっても、それが意図的にもたらされたことはまだかつてない。立法により大きな帰結が生じた時でさえ、その帰結が意図されたものではないことは確かだといえる。立法者は、問題だとわかる程度に限定された問題に対処しようとするものである。往々にして起こりうるのは、物事の流れて、立法者の考えた対応策を飲み込み、さらに大きな排水口を形成することである。」*Historical Foundations of the Common Law*, p. 6.

18) 新侵奪不動産占有回復訴訟や、物的訴訟を導入したヘンリー2世（またはその助言者たち）の意図についてのミルソムの見解は、最終的な決着をつけたわけではない。新侵奪不動産占有回復訴訟を考案する際に、意図的にローマ法的考え方をとり、シーズン (seisin [本訳では便宜上これを占有と訳している]) を占有のように扱って、これを所有権 (*dominium*) にあたる「権利 the right」と対照させた、という考え方もありうる。

19) R.C. Palmer, 'The Feudal Framework of English Law', 79 *Michigan Law Review* (1981), 1130, at 1137 n. 12.

は自分の土地保有を権原担保する者として、自分を受け入れた封主を訴訟参加させることができなかった。したがって、エイミスはリチャードを封臣として受け入れる義務を負わない。以前であれば、これにて一件落着だったかもしれない。しかし今や、リチャードは新侵奪不動産占有回復令状を得て、自らを追放したことの有効性を争うことができた。伯爵夫人は自らの裁判所の判決を根拠としたが、リチャードは、彼が自分の裁判所で自発的に答弁したのだとするエイミスの主張を宣誓に基づいて否認することにより、エイミスを敗訴させ、当該土地の保有を回復することができた。この時期までに、いかなる者も自らの自由土地保有について、国王の令状なしに封主の裁判所で訴えに応じる義務を負わないとする規範ができていた。エイミスは、封建的社会的論理では有利な立場にあるにもかかわらず、国王の令状を用いていなかった²⁰⁾。

3つの点を指摘しよう。(1) エイミスを敗訴させたのは、新侵奪不動産占有回復訴訟だった。このアサイズ訴訟が認められる以前には、封主がエイミスと同じ振る舞いをして、リチャードのような封臣は封主-封臣関係の外部に安定的に頼れる救済を見出すことができなかった。(2) リチャードはエイミスによって受け入れられていなかったが、クレア伯によって受け入れられており、この時期までに、新侵奪不動産占有回復訴訟との関係では、それで十分だとされていた。「権原」が現在の封主による受け入れとは別個のものとされていた。(3) エイミスはリチャードを排除することができたかもしれないが、そのためには国王の令状を用いなければならなかった。彼女自身の裁判所ですべてを完結させることはできず、その意義は以後徐々に失われていくことになる。

ソーンの議論に戻ろう。12世紀半ばの封臣の立場について論じているところだった。ソーンの主張によれば、この時期に、所有権は封主と封臣との間で分割されていた。しかし、「将来は封臣の側にあった²¹⁾。」既にみたように、1160年代に、新侵奪不動産占有回復令状が封臣に発給されるようになり、封臣が侵奪された土地を回復できるようになった。現に生存する封臣は、封主による不当な追い立てに対し、新侵奪不動産占有回復訴訟による保護を受けた。しかし、封臣が死亡した場合、所領は封主の手に戻り、ソーンの見解によれ

20) この事件とその政治的背景についてさらに論じたものとして、see P.R. Hyams, 'Warranty and Good Lordship in Twelfth Century England', 5 *Law and History Review* (1987), 437, at 494 ff.

21) Thorne, 'English Feudalism and Estates in Land', 200.

ば、封臣の法定相続人が当該所領を獲得するには、新たに封主から土地の譲与を受け、新たに臣従宣誓をしなければならなかった。この状況では、法の作用による土地の自動的な法定相続は、まだ存在していない。単純封土権は依然として存在していない。

しかし、12世紀の半ばまでに、臣従宣誓は、一度なされると以前より長い効果をもつようになっていた。臣従宣誓は、元来きわめて個人的なものだった。関係当事者のいずれか、すなわち封主または封臣が死亡すると、新たな封主または封臣は生き残った者と新たな関係を結ばなければならなかった。しかし、この時期になると、一度なされた臣従宣誓は、当初の当事者の双方が死亡するまでは効力を失わなかった。封臣が死亡したが、封主がまだ生きている場合、封主は封臣から受けた臣従宣誓により、封臣の法定相続人を新たな封臣として認める義務を負った。こうして1170年代までに、ソーンが言うように、「被相続人が死亡した時点で、法定相続人が成人しており、求められる奉仕を行う用意があれば、土地が封主からの贈与なしに、また封主として受け入れる義務を負う臣従宣誓の前に、直ちに法定相続人のものにならないとは考えにくくなっていた。」²²⁾ こうした見方は、相続不動産占有回復訴訟により効果を与えられた。既にみたように、これは1170年代に導入されたものである。これは、

法定相続の様相を大きく変えるものだった。法定相続人が、自らの権利で土地に立入りを行うのであれば、彼は、封主による譲与により土地に立入りを行ったものとは考えないだろう。封主が義務として行う譲与によるとさえも考えないだろう。依然として臣従宣誓は行われるが、別個の存在意義を有する事情に付随するものとして行われる。封主がこの一連の過程から離脱し、法定相続人に所領を授けることに儀礼上も関与しなくなることによって、封主は観念上も脱落してしまう。相続は、抽象的な権利の自動的な承継となる。この神秘的な出来事は、1897年まで、人が関与することなく自動的に行われてゆく。1897年は、〔土地移転法が成立し〕土地がその他の財産とともに、遺言執行者ないし遺産管理人を通じて承継されることになった年である²³⁾。

22) Ibid., 201.

23) S.F.C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, pp. 135-136.

この時期から、臣従宣誓は、一度受け入れられれば永遠に、少なくとも封臣の血筋が途絶えるまで、効力をもつものと受け止められるようになった。

しかし、ソーンも論ずるように、

封臣は、封土権を保有する「所有者」にはなっていなかった。封臣は、依然として生涯権者にとどまり、法定相続人もやはり被相続人から生涯不動産権を承継する。ただしそれが、もはや土地の譲与と臣従宣誓が代々更新されるのではなく、封臣とその法定相続人に対してなされた最初の土地の譲与と、最初の臣従宣誓の効果として、実現する。ほどなくして、唯一の実効性ある上級権原からの主張を不可能とするような永久拘束的の廃除があれば、土地が封臣の所有物といえるようになる。また、後に再譲与することなしに無限に存続しうる不動産権を実効性あるものとして譲与できる〔封主〕は、自身も〔自らの封主との関係で〕生涯保有権者以上のものとなってゆく。そして封主が、自らの法定相続人が自分の権原を主張するのを不可能にし、彼らを永久拘束的に封臣とその法定相続人の権限担保人とした場合には、そうした法定相続人は、当初の譲与のおかげで土地を取得し、これにより各人が生涯権を取得するのではなく、先代が残したものを無遺言相続によりそのまま取得する、といえることになる。しかし、1189年までにはここまで到達していなかったのは、〔1180年代後半に著された『グランヴィル Glanvill』という書物を見れば〕明らかである²⁴⁾。

ここには法定相続可能性の問題にとどまらず、譲渡可能性の問題も存在する。他人の同意なしに自分の土地を譲渡できない封臣を、その土地の所有者とすることができるだろうか？『グランヴィル』という書物によれば、封臣の生存中に土地を再下封する場合に、封臣の法定相続人が同意を与えていなければ、封臣の死後、法定相続人がその土地を取り戻すことができるのであり、その意味で、一定の場合には土地の譲渡に封臣の法定相続人の合意が依然として必要とされた。同意しなかった相続人には先代からの譲受人を彼の封臣として受け入れる義務がなかったからである。

13世紀初頭までには、『グランヴィル』に記されたこのルールは消滅していた。ソーンの言葉を借りれば、「封土権として土地を保有する者は、自らの封土の所有権者となった。彼は自分の法定相続人の意向をきかずにそれを処分で

24) Thorne, 'English Feudalism and Estates in Land', 202-203.

きる。法定相続人が受け取るのは、被相続人が残したものであり、それ以上でもそれ以下でもない。』²⁵⁾

被相続人が生涯保有権者に留まる限りは土地の無遺言法定相続が認められるとは言い難いが、以上に照らすと、この相続可能性が初めて認められるのは……1100年というよりは1200年にずっと近づいた頃である。ところが、コモン・ローは、それ以前に形作られており、……『グランヴィル』の著述も、無遺言法定相続可能な単純封土権が出現する前に、すでに書かれていたのである²⁶⁾。

『ブラクトン』と呼ばれる書物が13世紀前半に著されたころまでには、単純封土権という不動産権は既に出現していた。ある人およびその法定相続人へ、という土地の譲与が、単純不動産権の譲与である。これは土地について永遠の期間を設定するもので、生涯間の土地の譲与とは対照的である。

このように、古典的な単純封土権の特徴の一つ、無遺言相続可能性は、1250年以前に確立していた。もう一つの特徴である譲渡可能性は、1290年に不動産権譲渡法(Quia Emptores)が成立するまでは、完全には実現していなかった。1290年以前の自由保有地の譲与は、既にもたように再下封によって行われ、譲与者が被譲与者の封主になるのが一般的だった。1290年以降、単純封土権のさらなる再下封は禁じられた。単純封土権の譲与は、今後は代置(substitution)によるものとされた。代置とは、譲与者が土地をめぐる関係から離脱し、この譲与者の立場にそのまま被譲与者を置き換えることをいう。そして、直属受封者の場合を除き、今後は代置にあたり封主の同意は必要ないとされた。古典的な単純封土権が所定の位置を占めるようになったのである。

生涯不動産権と単純不動産権に加えて、第三の不動産権が、娘や長男以外の息子とその子孫の生計を維持する目的で行われた、条件付土地譲与の慣行の中から生まれた。いわゆる限嗣封土権(fee tail)で、ある男と彼から生まれた相続人(a man and the heirs of his body)への土地の贈与、あるいは、ある夫婦と彼ら2人から生まれた相続人(a man and a woman and the heirs of their two bodies)への土地の贈与によって設定された。このような贈与がみられるよう

25) Ibid., 208.

26) Ibid., 209.

になるのは12世紀の末で、この慣行に、1285年の条件付贈与法（De Donis Conditionalibus）についての長年にわたる解釈の積み重ねもあいまって、15世紀半ばまでに典型的な限嗣封土権という不動産権が成立した。生涯不動産権よりは長いが、単純不動産権よりは短い不動産権である。

ソーンとミルソムにいわせると、単純封土権ないし自由保有地の所有権の成立は、ノルマン征服後、債権債務関係から所有権の権利へと緩やかに発展していった過程の結果だった。すなわち、封臣の利益が徐々に拡張し、反対に封主の権利と支配権が徐々に縮減していった。そしてついに1290年を迎えた。ここに、「所領や領主権は金銭と引き換えに売買されることになる。不動産権譲渡法は、ほんの数行で1世紀以上にわたる変化の縮図を示している。封主－封臣間の垂直的方向での債権債務関係に依存していた社会構造は、水平化され、所有権に関する法技術的な法準則となっていくたのである。」²⁷⁾

ミルソムは、最終的な解答を与えたと主張したわけではない。実際にいくつかの疑問が湧いてくる。第一に、定義の問題がある。イングランド法において、単純封土権の保有者を所有権者として論ずることに、どれほどの意味があるのだろうか？

イングランド法において、絶対的な権原というのはどちらかというとき希である。したがって、所有権 *ownership* という用語が権原との関係で用いられるとき、それが占有権 *possession* と対照されているにすぎず、権原 *title* 以上の意味を持たないか、せいぜいそれに優越する権原が存在しないような権原を意味するにすぎないとしても、特に驚くには値しない。所有権者とは、単なる占有権を超える何かを有している人である。しかし、この用語に専門用語としての意義はない。というのも、占有を回復するための訴訟で主張しなければならないことは、当該物の直接的占有に対して権利を有することであり、これはほとんどの場合において相対的なものなのである²⁸⁾。

境界線を越えた瞬間がいつか判断できるかという問題もある。「土地に対する封主の権利がどこまで弱くなれば、封臣の法定相続人が無遺言相続するといえるだろうか？」²⁹⁾ソーンの描く単純封土権成立の歴史において、どの時点で

27) Milsom, *Historical Foundations*, p. 116.

28) F.H. Lawson and B. Rudden, *The Law of Property*, 2nd ed. (Oxford 1982), p. 115.

単純封土権が出現するのか？あるいは、少なくとも、どの時点で封臣が所有権者になるのだろうか？

法律家タイプの法制史家が描写してきた、法規範の「現実社会」における作用についても、疑問がわいてくる。「たとえ、法制史家によって……必要とされるような真の所有権の保護が……いまだ確立していなくとも、一般の歴史家は、ヘンリー2世の改革より前から、『所有権 property』が事実上存在していたという常識的な結論に導かれていった。」³⁰⁾「土地を保有する封臣には、単に、自分の封主によって〔その土地を〕保有させられている (be seized of [the land] by his lord) という以上の意味があった。人々は、保有していない土地についても、その土地を権利として自分のものだ (his), という言い方をした。」³¹⁾すなわち、1130年代後半、イングランド国王スティーブンは、「医師グリンバルドの娘、エンマが、私の面前で私の同意のもとに……自分の父に属するすべての土地、それも権利として彼女のものだけでなく、自分が保有しているもの、それに自ら保有していないものも含めて、すべてを私の手元に戻した。」と記録している³²⁾。ミルソムの典拠とした『グランヴィル』の記述や初期の訴訟記録集から示唆される分析が何であれ、1130年代後半において、ある土地を保有していなくとも、当該土地について封臣に「属している belonging to」と語り、「権利によって」その土地を請求することは、全く問題なく可能だったのだ。

「属している belonged」, 「所有権 property」, 「彼の his [上の例では彼女の hers]」といった言葉の使用によって、何が意味されるのだろうか？そして、当初の土地の分配が、封主が土地によって家臣を買い集めているようなものと分析するのが最も適切だとして、なぜ、家臣がその対価たる土地の所有者とならなかったのだろうか？そもそも、封主がその対価たる土地を所有していたのだ

29) A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, 2nd ed. (Oxford, 1986), p. 50 n. 6.

30) R.V. Turner, *Judges, Administrators and the Common Law in Angevin England* (London, 1994), p. 8.

31) J. Hudson, *The Formation of the English Common Law* (London, 1996), p. 88.

32) R.C. Van Caenegem, *English Law Suits from William I to Richard I* (London 1990), vol. 1, p. 247. これは、国王裁判所でなされた合意からの抜粋である。この合意の中で、Emmaは、自分の父親の土地に有する自らの権利をWalter Martelに譲与し、自分の占有する土地についてMartelの占有を保証すると約束し、権利としては自分のものだが自身は占有していないような土地については、Martelがその土地の占有を主張するのを手助けする、と約束している。

ろうか？……いうまでもなく、こうした疑問は、彼らが自らを所有権者とみなしていたか、という疑問（ここでは、所有権者という語になにか意味があるとして、それが何を意味するかはさておく）とは異なる。ここでは、……「私の my」「彼の his」といった言葉が、妻、手足、犬だけではなく、城や剣について用いられた場合のような、文学上の用語法に……目を向けた方がよいかもしくない³³⁾。

これを根拠に、次のような議論もあり得る。

1135年までに、コモン・ロー上の土地保有に関する用語の多くが登場しており……「封土権を保有する in fee」封臣は、所領支配について、封主との関係で強い立場を享受していた。土地保有に関して、依然として様々な考え方があり、時には相対立していたとしても、最終的に優位を占めることになる考え方が、既に顕著なものになっていた。その中で、土地保有者は、多くの意味で、13世紀のコモン・ローにおける所有権保有者に似ていたのである³⁴⁾。

法的記録から、社会をどの程度まで理解できるだろうか？ソーンとミルソムは、コモン・ローに関する最初の教科書というべき『グランヴィル』や、ごく初期の正式の裁判所記録など、法的記録から議論を展開している。このような疑問を提出したからといって、土地保有の性質についての彼らの結論の説得力が弱まるだろうか？土地保有に関する「日常生活における」認識や理解にとって、法的記録はどの程度まで信頼に足る案内役となるだろうか？そもそも、我々は「日常生活における」認識や理解にどこまで関心があり、法的資料を作り出す責任を負った人々の理解のしかたにどこまで関心があるのだろうか？

ミルソムのモデルは、コモン・ロー裁判所のごく初期の訴訟記録の要求する論理から抽象されたもので、実際には12世紀末に観念的に構成されたものに過ぎないということもできよう。それは、実際に封主権がどのように行使されているか記録したものというよりは、いかに行使されるべきだったかについてのアンジュー朝の法曹の古き日の理想を示すものなのである³⁵⁾。

33) J. Hackney, (1984) 5 *Journal of Legal History* 79, at 83.

34) Hudson, *Formation of the English Common Law*, p. 116.

もし法的資料や法的思考に関心を向けるとすれば、ミルソムは、ヘンリー2世の時代のイングランドにおけるローマ法の思考様式の影響を、さらにはローマ法が物的訴訟（とりわけ新侵奪不動産占有回復訴訟）に与えた影響を過小評価したのだろうか？

全体としてみると、初期コモン・ローの財産権法は、所有権と占有権の観念を取り込んでいるように見受けられる。新侵奪不動産占有回復訴訟や聖職推薦権回復訴訟（*assize of darrein presentment*）はローマの占有付与特示命令（*interdict*）とよく似ており、このことは無視しがたい。それでも、コモン・ローは、その姉妹たる大陸諸国の法制度と同じ意味で、ローマ法の観念を「継受」したわけではない。イングランドにおける本権（*right*）と領有（*seisin*）は、ローマ法の所有権（*ownership*）と占有権（*possession*）と相互に入れ替えることはできなかった。究極的には、ローマ法と教会法が初期コモン・ローの財産法に影響を与えたかという問いに対する答えは、影響というものをどのように定義するかで変わってくる。影響というときに、ほかの法制度の具体的なツールを借用して、それを別の文脈に移植することを意味するならば、そうした類の影響がここで生じたとは考えにくい。他方で、影響というときに、ある制度に由来する概念を利用して、もともとの制度とは実質的な意味で離れた新たな制度枠組みを構築することを意味し得るならば、この時期の社会状況でもなにかそうした影響があったということは、大いにあり得る。国王顧問官たちは、イングランドで生じた諸問題のためにローマ法の答えを借用しなかったかもしれないが、彼らが空っぽの頭でそうした問題に答えたとは考えにくい³⁵⁾。

そして、唯一の「正しい」答えが見つかるまでどこまで想定できるだろうか？ 法的資料に責任を負う人々の間でさえ、理解のしかたや見方において共通の普遍的枠組みなどなかったのかもしれない。

歴史のどの時点をとっても、異なる法律家のあいだに互いに競合する枠組みが見られた可能性があるし、実際それがほぼ確実だといえよう。個々人の考え方

35) P.R. Hyams, 93 *English Historical Review* (1978), 856, at 858.

36) J.C. Tate, 'Ownership and Possession in the Early Common Law', 48 *American Journal of Legal History* (2006), 280, at 313.

が常に首尾一貫しているとも想定できない以上、同じことが一人の法律家についてさえいえるかもしれない。このことは、12世紀におこった土地に対する所有権的権利の出現という問題について、相争う見解が示されたことによく表れている。メイトランドにとっては、……12世紀後半に認められるようになった救済手段の構造は、所有権と占有権との二重性によって説明することができた。ミルソムは、……同じ救済手段に対し、封主に対して適正手続に則った扱いを求める封臣側の権利主張を通して分析を加えた。この対照的な見方は、一見すると厳しく対立しているようにみえるが、実は互いに競合するパラダイムがあったのかもしれないと考えると、すっきりと解消され得る。……一方のパラダイムが他方のパラダイムに取って代わったと考える必要さえない。……〔ある〕人たちが……たまたまある抽象的な枠組みで思考したのに対し、また〔別の〕人が……また別の枠組みで思考したというだけのことなのかもしれない³⁷⁾。

証拠となる資料の性質を考えるなら、これらは、結論めいた答えを出すことが不可能な問題である。しかしこれらの問題は、イングランドにおける土地所有権概念の出現に、そして実のところ、コモン・ローそれ自体の起源にも、密接に関わっている。

〔溜箭将之・訳〕

37) D.J. Ibbetson, 'Historical Research in Law', in P. Cane and M. Tushnet, eds., *Oxford Handbook of Legal Studies*, 2003, 874.