

第三章 「古来の国制」論とコモン・ロー理論

前期ステュアート期に展開された「古来の国制」論は、第一章でわれわれが確認したブラクトンやフォーテスキュー、スミスといったイングランドの伝統的な国制観念の系譜において展開された政治言説であったが、しかし同時にそれは、第二章で論じたように、ローマ法を含むルネサンス人文主義の知的影響によって触媒されることによって、近代的な新たな国制モデルへと展開した観念にはかならなかった。「古来の国制」論とは、何よりもイングランドの古来の法たるコモン・ローによる「法の支配」を意味した。一七世紀前期には、このコモン・ローはそれまでの伝統的な解釈を超えて新たな基礎づけが与えられ、「古典的コモン・ロー理論」が形成されていった。そこには、「慣習」と「理性」が密接な連関をもって相互補完しあう観念が見られる。この古来の一般的慣習のなかに存するとされた理性は、究極的には自然法や神法との一致において捉えられていた。「イングランド法の事柄は一般的に、自然法と神法と王国の一般的慣習 (general Customes) から得られたものである」と、ジョン・ドッドリッジが結論づけているように、コモン・ローを構成する主要なエレメントは、「自然法」と「神法」、そしてイングランドの「一般的慣習」であった。

それゆえ以下のところでは、コモン・ローの持つ思考様式の特徴を、「慣習」としての位相と「理性」としての位相とに分け、それぞれ「古来の慣習」「自然法」「神法」といったエレメントを軸にして検討していきたい。そしてそのなかで、「時の検証」という観念こそが、一方における古来の「一般的慣習」と、他方における神法・自然法とを媒介するものとして働いていた点を明らかにしていく。この「時の検証」という観念は、フォーテスキューの古来の慣習という中世的な観念がルネサンス人文主義やローマ法の「理性」の観念によって触媒されながら、より洗練された一七世紀型の新たな思考様式へと展開されたものであった。この「時の観念」に基づいた「法の支配」の観念によって、「古来の国制」論という新たな立憲君主制のモデルが展開されることになる。この一七世紀に成立した「法の支配」における「法」が、はたしてどのような思想的基盤に立脚したものであったのか、この点を確認していくことが、本章の主たる課題である。

第一節 慣習とついでのコモン・ロー

「コモン・ロー」は、それがしばしば「慣習法」と呼ばれるように、まず何よりも「慣習」としての特性をその内に含んでいる。そして「慣習」は、それが「超記憶的時代 (time out of mind; time immemorial)」か

ら存在してきたとされる場合にはじめて、「コモン・ロー」と呼ぶに相応しいものになる、と通常いわれる。またその慣習は地域ごとの「個別」の慣習であってはならず、「ネーション」に共通する「一般的」な慣習であってこそ、はじめてコモン・ローとなる。

しかしながら、「慣習」でありながら、なおかつ同時に個別の地域を越えた国家の「一般法」として成立しているという、こうした特殊コモン・ロー的な説明は、第一章で確認したように、古くはすでにブラクトンの言説のなかにおいても確認されたが、しかしながらそれは、近代以降の国家が通常とる一般法の形態ではない。この点をより明瞭に浮かび上がらせるために、「法 (*lex*)」と「慣習 (*consuetudo*)」という概念が、それぞれ成立の経緯から言って、本来どのような特性を持つものなのか、をまず確認しておくことが有効な作業となる。まず第一に、「法」とは、ローマ法においてそうであったように、通常、それは制定手続きを経て権威ある者によって布告された「成文」のものを意味していた。これに対し「慣習」とは、その地域的な実体に即して慣例的に運用されてきたという意味で、本来的にそれは「不文」のものである。慣習法たるコモン・ローも当然、「不文法 (*lex non scripta*)」の形式をとる。また第二に、「法」とは本来は「地域的」なものではなく、「一般的」なものを意味する。これに対し「慣習」とは、その成立の経緯から言って、本来は「地域的」なものとして形成される。ところが、慣習法であるはずのコモン・ローは、「地域的」なものではなく、国家の「一般的」な

「法」であるとされている。

以上のような点から考えるに、コモン・ローとは、「成文」ではなく「不文」の形式であるがゆえに、完全な「法 (*lex*)」とは言えない。しかし逆にそれは、「地域的」なものではなく、「一般的」なものであるとされているがゆえに、完全な「慣習 (*consuetudo*)」ともいえない。

つまり、コモン・ローとは、ローマ法の *lex* としての特徴を一方において持ち、同時に「慣習」としての特徴を他方において持っているのだということになる。このように、コモン・ローが、「慣習」として不文法のままでありながら、なおかつ同時にイングランドという「ネーション」全体に効力を有する一般的な「法」として近代以降も継承されるためには、そこにはどのような思考様式が働いているのであろうか。いずれにせよ、成文法 (制定法) の形式ではなく「不文法」 (慣習法) の形式で、個別の地域を越えたネーション共通の「一般法」が成立するというのは、通常の近代国家に見られる形態ではない。しかし実は、こうした形式のなかにこそ、特殊コモン・ロー的な法的特徴とその思考様式が現れているのだといってよい。

以上のような問題関心を念頭に置きながら、以下のところでは、「慣習」としてのコモン・ロー「および「理性」としてのコモン・ロー」という二つの視点から、一七世紀前期ステュアート期のコモン・ローヤーの言説を通して、コモン・ローの思考様式の特徴を読み解いていくことによつ。

(一) 超記憶的慣習と一般的慣習

「コモン・ローとは、通常、「慣習法」「不文法」「一般法」「共通法」等と訳されるが、これらの訳語にはそれぞれ、コモン・ローの持つ特徴の一端が表れているといつてよい。まず、当時、コモン・ローの説明としてしばしば展開されている典型的な言説を、主なコモン・ローヤーの言説の中から、いくつか取り上げてみよう。たとえば、ヘンリー・フインチによれば、「イングランドのコモン・ローとは、超記憶的時代(time out of mind)から運用されてきた法であり、取得時効(prescription)によつて王国じゅうにわたつて用いられている法である」といふ²。他方、ジョン・デイヴィスも、「イングランドのコモン・ローとは、王国の共通慣習(Common Custom)にほかならない」と定義する。それは、「国王の勅許によつても、議会によつてもつくられたり、生み出されたりすることのできないものである。それは、慣用(use)や慣行(practice)のなかに存するものである」³。

ここにはコモン・ローの持つ基本的特徴の一端が鮮やかに表れている。すなわちそれは、まず何よりも慣習として形成されたものであり、そして、その慣習がコモン・ローと呼ばれるためには、次のふたつの要件を満たしていることが求められている。すなわち、第一に、「超記憶的」な慣習という条件、そして第二に、「王国共通」の慣習という条件である。

これらふたつの要件は、「慣習としてのコモン・ロー」の基本的特徴をなしている。

このように、コモン・ローの特徴としてまず第一に指摘されるべきは、コモン・ローの性質がまさに慣習という次元にあり、そしてその慣習が古来より継承された「超記憶的」なものであるという点である。この「超記憶的時代(time out of mind, time immemorial)」という観念は、もともと「法的記憶の及ばぬ時代」を意味し、具体的には一八八九年以前を指す。すなわち、一二七五年のウェストミンスター第一法律(Statute of Westminster I)によつて、リチャード一世の治世第一年の初日となる一八八九年九月三日以降が、「法的記憶」(legal memory)の及ばぬ時代と定められたことに由来する⁴。この法的記憶の及ばぬ慣習という要件こそが、コモン・ローの法的効力の根拠となっている。この点について、前期ステュアート朝期のコモン・ローヤーたちが展開していた思考プロセスをたどつてみよう。

たとえば、ウィリアム・ノイ(William Noy)は、「慣習」の成立の仕方と、それがまさに「法」としての効力を持つにいたる過程を次のように説明している。すなわち、「ある合理的な行為がひとたび行われ、それが人民にとって有益(profitable)で、同意可能なものであることがわかると、彼らはそれを頻繁に用い(use)、実践(practice)するようになる。そうして、同じ行為を反復することによつて、それが慣習となるのである」。さらにそうした慣習は、有益かつ同意可能なものとして

「超記憶的時代 (time out of minde) から間断なく行われてきて」いるという事実によつて、まさに「人民の是認」を得たことを意味し、そのついで「法としての効力を獲得した」ことになるのであると⁵⁵。つまり、超記憶的な過去より継承されているという、まさにその「歴史的通用性 (historical appropriateness)」⁵⁶のなかに「人民の是認が求められていく」という思考様式が採られているのである。

この点に關係して興味深いのが、このノイの説明とほぼ同じ内容の説明を、デイヴィスも行っている点である。この時期のコモン・ローの言説がある一定の集団によつて共有されたことを示す事例はかなり多く見受けられるが、その典型的事例の一つとしていくぶん重複するが引証しておこう。デイヴィスはいつ、「ある合理的な行為がかつて行われ、それが人民によつて善きかつ有益なもの (good and profitable) であり、そしてそれらの性質と性向が同意可能なものであることがわかると、彼らは何度もくり返しそれを慣例的に用い実践する (use & practice) ようになる。そしてその行為が頻繁に反復され、増幅されていくことによつて、それは慣習となり、そして古来より間断なく継承されていることによつて、それは法としての効力を獲得するのである」⁵⁷。明らかにここにはかなりの程度一致した言説の共有性が確認されよう。いずれにせよ、ここには「コモン・ロー」という法の正当性の根拠についての説明が、「超記憶的な古来よりの継承性」という歴史的通用性のなかに求められているという点は、後の考察との関連で注意しておきたい。と同時にそ

の継承性をもたらしたとされる「合理性」というのは、use とか practice といった次元において、「良きかつ有益 (good and profitable)」であるという「効用」の観点に照らして導き出されたものであることもうかがわれよう。この点については、すぐ後に論じる「時の検証」という概念とも密接に關連してくる問題であり、またさらには、本章の第五節で、いわゆる近代の啓蒙的理性とは異なった、英国のコモン・ローの特色として第二に挙げられるべきは、「王国共通」の改めて取り上げられるべき問題となろう。

「コモン・ローの特徴として第二に挙げられるべきは、「王国共通」の「一般的慣習」という点である。「王国の一般的慣習 (general custom of the realm)」という概念は、「コモン・ロー成立の一般的な説明様式のひとつであり、あるいはその術語は、ほぼ「コモン・ロー」と同義で用いられている。その「王国共通の一般的慣習」という言葉の由来は、一二世紀の国王裁判所で用いられた論拠による。ノルマン・コンクエスタによつてイングランドを統治するようになったノルマン朝の国王は、アングロ・サクソン期の慣習に従つて統治に当たる旨を宣言していたが、国王裁判所の裁判官の判断は「法発見」という建前を超えて、場合によつてかなり自由に「法創造」を行うようになった。その国王裁判所による自由な法創造を、ノルマン・コンクエスタ以前のアングロ・サクソン期の慣習に従つという建前とのあいだに整合性を保つために用いられた論拠が、国王の裁判は「地方的慣習」にすぎないものに拘束されている

のではなく、「王国の一般的慣習」にこそ依拠しているのであるといふものであった。歴史的に見れば、コモン・ローはこうした国王裁判の拠り所という形で成立していったのである。

前期ステュアート期のコモン・ローヤーたちの説明においても、「慣習」がコモン・ローとなるためには、「超記憶的慣習」であると同時に、それは王国全体にわたる「一般的慣習」でなければならぬとされていた。コモン・ローの至高性を説明する際に、当時のコモン・ローヤーたちが採っていた典型的な思考様式を確認しておこう。ノイはこの慣習の一般性ないし共通性について次のように説明する。まず、「慣習には二つの種類がある」。ひとつは、「全王国を通じて通用する一般的慣習 (General customs)」であり、もうひとつは、「ある特定の州、都市、町、領地で通用している個別的慣習 (Particular customs)」である。そして前者の王国共通の一般的慣習こそが、「時には格律と呼ばれる」ものなのである。すなわち、「全イングランドにわたって通用している一般的慣習が、コモン・ローなのである」。他方、「個別的慣習」、すなわち「マナごとく、地域ごとく異なる諸慣習は、この王国を統治してきたいくつかの民族 (nations) によって主にもたらされてきたもの」¹⁰だとされる。つまり、個別的慣習とは、イングランドの古来の法の再興たる一般的慣習としてのコモン・ローとは異なって、イングランドを支配した幾多の民族が、征服の際に持ち込んだその時々々の征服民族の慣習が地域ごとに残ったものだといっているのである。

さらにノイは、この「一般的慣習」という点を説明するにあたって、他のコモン・ローヤーたちの言葉をいくつか引証している。「クックは、コモン・ローを「一般的」(generally) 受容された共通意見 (common opinion) だと言ひ、バラマンチンは、それを「一般的慣用 (common use) であると言ひ。またフインチは、コモン・ローとは、王国じゅうにわたる取得時効 (prescription) によつて運用されている法のことだと言ひ、」。」¹¹に明らかになつた、コモン・ローという法体系のもつ意義を政治思想的に言えば、それは政治共同体の「共通感覚 (common sense)」¹²あるいは「共有意識 (a shared sense)」¹³とついでに「あるのだ」といふべきである。すなわち、イングランドの「王国 (realm)」とついでに政治共同体において歴史的に生成された「一般的 (general) で、共通の (common) 、慣用 (use) とか、慣例的な実践 (practice) とか、あるいは意見 (opinion) といった一連の要素の総体としての共通感覚的なものを、共同体の政治的・法的基礎づけとして重視する態度である。ノイは、上記の引証の後、さらに言葉を續けて、「法の最高の解釈者とは、慣習である」¹⁴と主張しているが、それはまさに「コモン・ローの解釈が、いま述べたような政治共同体の伝統のなかに集積された共通感覚的なものによつて支えられていることを示唆したものと解されよう。後に触れるように、コモン・ローを支えているところの「歴史的通用性 (historical appropriateness)」¹⁵という通時的な概念と、「合理性 (reasonableness)」¹⁶という共時的な概念の連結も、じつはこの政治共

同体の「共通感覚」という次元において現前しているものといつてもよいのである。ここには、コモン・ローの持つ政治思想的性格の一端が表れているといえよう。

以上のように、コモン・ローとは、「王国共通」の「超記憶的」な慣習として位置づけられるわけであるが、こうした特徴はさらにコモン・ローの卓越性の根拠ともなっている。すなわち、コモン・ローの卓越性は、法の作成者の「人的権威」ではなく、慣習が人民の必要性に事実の上で適っていたという「歴史的検証」の上に設定されるのである。デイヴィスは次のように言う。「慣習は、それが古来より検証され、その間じゅうずつと何の不便も生じずに、是認されて初めて法となる」。これに対して君主の命令は、「それが人民の本性と氣質に適っていて、同意可能であるかどうか、また何らかの不便が引き起こされはしないのかどうかについて、試験と検証を受ける前に臣民に対して課される」ものである¹³。デイヴィスが指摘するように、コモン・ローが他の実定法や主権者の命令と比べて有しているとされる「卓越性」というのは、時の検証を経てきたという事実のなかに求められていくのである。この「時の検証」という観念を、コモン・ローの卓越性を正当化するレトリックとして見事に定式化したのが、一六二〇年議会におけるトマス・ヘドリーの長大な議会演説であった。

(二) 「時の検証」と「時の作品」

コモン・ローとは、その歴史的成立の直接的な経緯から言えば、先ほど述べたように、各地方ごとの個別の領主裁判所や古来よりの共同体裁判所に対置され、各マナの慣習を越えた王国共通の裁判、すなわちコモン・ロー裁判所における裁判の判例の集積に由来するものであり、それはヘンリー二世のころから一三世紀初期にかけて進行し、その後エドワード一世期の一三世紀いっばいにかけて確立したものとされる。それは、コモン・ロー裁判所によるアングロ・サクソン時代の法の宣言を建前としていたが、しかしここでは国王裁判の権威に由来した積極的な法創造の側面も見られた。しかしながら、一六世紀後半から一七世紀初期の絶対君主制へと傾斜していく政治状況のなかにあって、王権と議会との対立、国王大権と臣民の自由との対立緊張といった課題に、議会側が有効に対処するには、元来は国王の「クエア・レーギス(*curia regis*)」の裁判権に由来したコモン・ロー裁判所の「裁判官の判決」にコモン・ローの正当性を単純に委ねるのではなく、国王や議会、裁判官等の個別の行為主体を超えたより普遍的な地平においてコモン・ローの規範的権威を基礎づけていく必要があったといつてよい。

こうした要請にこたえる形で導き出されてきたのが、コモン・ローの権威(*authority*)を「時(*time*)」あるいは「時の叡智」に由来させる観念であった。管見するかぎり、この解釈的立場を洗練された形でかつ体

系的に最初に表現したのは、おそらくトマス・ヘドレイであったと思われる。ヘドレイの「時の叡智による検証」と「理性の精髓」という觀念のなかには、われわれが第一章ですでに取り上げたフォーテスキュー的な「歴史」の觀念と、同じく第二章で確認したルネサンス人文主義の影響、とりわけローマ法の受容から生じた「理性」の觀念の両方の性格が融合しているのを確認することができる。一方で、ヘドレイの展開した「時の検証」という觀念は、一六世紀後期から一七世紀初期に見られたルネサンス人文主義の知的影響をつよく受けたコモン・ロー理解、すなわちコモン・ローの理性を積極的に追求し、コモン・ローの不変性の觀念を放棄してその歴史的改変までも積極的に認識しようとしていた態度が、ステュアート朝期の絶対主義の台頭を前にして、フォーテスキューのテーゼ、すなわちコモン・ローの古来性とそれゆえの卓越性を強調したコモン・ロー理解に再び立ち返るものであったといえる。しかし他方で、ルネサンス人文主義およびローマ法の知的洗礼を受けていたヘドレイの思考は、かつてのフォーテスキューのなかば神話的な理解に収まりきるものではなかった。ヘドレイは、フォーテスキューの伝統に立ち返りつつも、同時にそれを超えたより洗練された形式においてコモン・ローの古来性についての新たな定式化を試みたものと理解することができる。かれの思考に見られるのは、フォーテスキュー的な歴史の觀念と人文主義的な理性の觀念を整合的に説明しようとする態度である。そして、ヘドレイに見られるこうした思考様式の特徴は、本稿でもしばしば引証

する、ジョン・ドッドリッジやジェームズ・ホワイトロック、ウィリアム・ハイクウィル、ウィリアム・ノイ、ヘンリー・フィンチ、ヘネジ・フィンチ、ニコラス・フユラーといった、一六一〇年議会以降の前期ステュアート期の庶民院において中心的な役割を果たした一群のコモン・ローヤーたちによっても共有されていた¹⁴。

そこでまず、前期ステュアート期の「古来の国制」論の端緒となった一六一〇年議会でのヘドレイの言説について検討してみよう。この一六一〇年議会は、ステュアート朝に入って最初に本格的な国制論争が展開された場であった。庶民院の審議において最大の争点となったのは、議会の同意を得ない国王大権による新たな賦課金(imposition)の徴収という問題であり、それは国王大権の性格そのものをめぐる議論へと発展していった。コモン・ローの定義に関する議論が改めて展開されたのは、こうした文脈においてであった。ヘドレイは、議会の同意を得ずに国王大権により行使された新たな賦課金の是非を判断するには、最初に、「コモン・ローが何であるかを定義すること」が必要であるという。ここでコモン・ローの定義をめぐるヘドレイの議論の展開には、従来の種々のコモン・ローに関する見解を選び分けながら、それらを超えた新たなコモン・ローの定式化を試みようとする彼の思考プロセスがはっきりと現れているので、その議論の展開をいくぶん詳細に追ってみた。

ヘドレイによれば、コモン・ローの定義をめぐって、ある者は「コモン・ローとは裁判官の意思にほかならない」と言い、また他の者は「コ

モン・ローとは共通の理性 (common reason) であると言つ。しかしこれらの定義では、それなしには「コモン・ローの「正しい定義」が決してないような」コモン・ローの「種差 (difference)」ないし「本質的形式 (essential form)」を言い当たらなければならない。すなわち「あらゆる法が理性である」ということは真実だけれども、しかしそれは「あらゆる理性が法である」と言い換え可能な命題ではない。したがつて、ある者は、こつ定義するであらう。「コモン・ローとは、コモンウェルスにとつて善きかつ有益なもの (good and profitable) であると、裁判官によつて是認された理性である」と。しかしヘドレイは、これでもまだ「真の定義」にはなりえないといふ。この王国の制定法もまた、理性に適い (reasonable)、善きかつ有益なもの」だからである。しかも、この場合には、裁判官自身は (さらにには国王自身といえども)、議会なしには、それを制定することができないのである。したがつて、またある者はこつ定義するであらう。「国王と人民の相互の同意にほかならない議会こそが、コモン・ローに実体 (matter) と形式 (form) を賦与し、あらゆる補足を与えるものである」と。ヘドレイは、この議会における国王と人民の相互同意にコモン・ローの基礎を求める見解も否定する。この見解は、突き詰めるところ、コモン・ローを制定法と同一視し、併せて議会の権能の下に置く立場へとつながるものである。それは、ルネサンス人文主義の影響下でもつぱらコモン・ローの「理性」の契機を追求し、それゆえに考古的な歴史研究の成果に基づ

いて法の歴史的な改変を認めたエリザベス期のコモン・ローヤーの解釈態度のなかに見られた見解であつたといつてよい。ジョン・セルデンはこつした解釈立場の典型的な例であるといえよう¹⁵。しかし、ヘドレイによれば、「議会はその権力と權威を、コモン・ローから得ている」のであつて、その逆ではないとし、それゆえ「コモン・ローは議会よりも大きな効力と力をもっている」と。たとえば、国王大権は、議会の制定法を無効にすることはできるが、「王位 (crown) の権利と継承」を拘束し、導くところのコモン・ローを無効にしてしまうことはできない。このようにヘドレイによれば、コモン・ローとは、議会も王権も支配するところの、「コモンウェルスというボディ・ポリティークの生命であり、魂である」べき法であつた。

こつしてヘドレイは、裁判官の判決に單純にコモン・ローの由来を求める伝統的に見られた見解も、ローマ法の影響を受けたこの時期のコモン・ローヤーが好んで用いたコモン・ローを単なる「理性」と等価のものとみなす見解も、さらには人文主義の考古的な歴史研究に依拠してコモン・ローと議会制定法を等価のものともみなす見解も、いずれもコモン・ローの真の定義とはなりえないとして退ける。こつして、彼はコモン・ローについて、新たな定義を試みる。「このように人びとのコモン・ローに関する誤解を示してきたところで、いまや私は、コモン・ローを、理性に依拠した制定法その他すべての法令や、理性に基づく種々の専門学と區別する、コモン・ローの本質的形式、あるいは種差を定義しよう

と想ひし。ヘドリュイによれば「コモン・ローとは「検証された理性」(tried reason)」であり、その意味で「理性の精髓」(quintessence of reason)であるといふ。制定法は「議会の理性と叡智」に基づいているが、「コモン・ローは「単なる理性」(bare reason)」以上のものである¹⁶。議会こそは、「国王、貴族、聖職者、庶民」が結集した「王国全体の全叡智」(wisdom)に相当するが、この「議会よりも理性をより良く検証することができるもの」こそがコモン・ローの本質をなすものである。もとよりそれは、法の裁判官ではありえない。なぜなら、裁判官たちはみな、議会を構成する一部として参加している者にすぎないからである。ヘドリュイによれば、「時」(time)こそが、「真実の検証者」にほかならなかつた。彼はいつ。

国王、貴族、聖職者、庶民らがみな結合した議会の叡智も、「コモン・ローの本質的形式である」とわれわれが見なさなければならぬものほどには、真の理性の検証者たりえない。唯一、理性を検証することができるもの、それこそがコモン・ローの本質的形式をなすものである。要するに、それは「時」(time)である。時は、真実の検証者であり、あらゆる人間の叡智と教養と知識の本源(authority)をなすものである。そして、時から、あらゆる人定法はその最も重要な力、名誉、評価を受け取るのである。時は、裁判官よりも賢明であり、議会よりも賢明である。否、時は、人間の持ついかなる分別(wit)

よりも賢明なのである¹⁷。

このようにヘドリュイにとってコモン・ローの「本質的形式」をなすものは「時」であり、「コモン・ローは「時の作品」¹⁸だと見なされる。およそあらゆる人定法の理性と権威の形成は、ヘドリュイにとって、「時の検証」によるものであった。たとえば、議会の制定法の場合にも、議会は法案を長い時間をかけて討議し、ついにはそれを通してさせる。そうして作成された制定法は、一定の「時」をかけて継続されていく。そのなかで、われわれは、それが「コモンウェルスにとって善きかつ有益なものであるか否か」を、「時と経験の叡智」によって検証するのである。しかし議会制定法を検証する場合の「時」とは、「七年間、もしくは次の議会まで」の限定されたものにすぎない。これに対し、「コモン・ローでいうところの「時」とは、「慣習を生み出すような時」であり、「人間の記憶」の範疇を超えた「超記憶的時代」(time out of mind)から継続した「時」を意味しているのである。

こうしてヘドリュイは、「コモン・ローを次のように定義する。

「コモン・ローとは、王国全体に裁判権を持つ国王裁判所(king's bench)の正式裁判記録(record)の法的記憶が及ぶ時代(time out of mind)より、「コモンウェルスにとって善きかつ有益なものである」と見認されてきた、王国全体にわたる合理的な慣習(reasonable

usage) である¹⁹⁾。

このように、ヘドリーの言説は、国王裁判所の正式裁判記録が及び得ない「超記憶的時代」よりの「時の検証」というレトリックないしロジックを用いることで、慣習を法源とするイングランド法の「古來性」を主張したフォーテスキュー・テーゼへと回帰するとともに、しかし同時にそれを、エリザベス期のルネサンス人文主義に立ったコモン・ローにおける理性請求との整合性を図りながら修正的に継承しようとしたものであったと考えられる。そして、両者を媒介する概念装置の働きが、ヘドリーにあつては、「時の検証」というレトリックなのであつた。彼は「*コモン・ローの実体と形式 (matter and form)*」をなしているのは、「理性と時 (reason and time)」である²⁰⁾。それは、フォーテスキュー的な「歴史」の観念と、ルネサンス人文主義的な「理性」の観念との総合を企図した表現であつたと理解することができよう。われわれが第二章で考察したような、エリザベス期に見られた人文主義的なコモン・ロー解釈は、その卓越性の根拠を、もっぱら「理性」の契機に求め、それゆえ法の「合理的」再編を積極的に企図すると同時に、人文主義の考古的な歴史研究の成果に基づきながら、イングランド法の歴史的な「*改変*」を明確に認識しようとするものであつた。しかしながらこうした純粹法学的な解釈態度は、ステュアート期に入り「絶対君主制」の現実的懸念に直面した一六一〇年議會の段階では、絶対主義に對

抗する法観念としては、政治的に見て不十分であることが明らかであつた。ステュアート期にコモン・ローに求められたのは、正確な歴史研究や法学研究ではなく、むしろある種の神話をともなつた「*確実性*」であり、コモン・ローを、王権と臣民との間の究極の「*裁定者*」ないし「*判断者*」として規範的に止揚することであつた。こうした意識変化は、ヘドリーの次の言葉のなかにも端的に読み取ることができよう。コモン・ローが歴史的に変化を繰り返してきた「*移り気*」な法であるがゆえに、コモン・ローには「*不確実さ*」が伴っているとの、人文主義の考古的な歴史研究に基づく批判に対して、ヘドリーは、次のように反論している。すなわち、「*良き根拠に基づく意見の変化は、移り気なものではなく、むしろ善性と理性の恒常性である*」。「コモン・ローは、「*二次的な熟慮に従つて (ad secundas deliberationes)*」、時のなかで絶えず検証し改善されることによつて、むしろ「*最も是認された理性*」となりえるのである²⁰⁾。

ところで、「*このように「時の叡智 (wisdom of time)」²¹⁾にオンリーを求めるヘドリーの観念あるいはレトリックは、その発想の点で、何に由来しているのであるか。おそらく「*時*」による法的効力の発生という問題は、より一般的には、一定の期間継続した事実状態によつて権利の取得を認める「*時効取得 (prescription)*」の観念に由来しているように思われる。とりわけ、コモン・ローの古い原則には、超記憶的時*

代 (time immemorial)、すなわち法的記憶の及ばぬ一八九年前からの長期かつ中絶のない権利行使の継続という事実状態によって、権利の付与があつたものとみなす授權証書喪失 (lost grant) の法理 (すなわち過去に権利譲与 (grant) がありその証書が紛失したとする法的擬制) が存在した²²。ヘドリーの「時の検証」のレトリックは、一面においてこうしたコモン・ローに見られた時効取得の法理に由来しているものと思われる。この点を考えるうえで、ウィリアム・フルベックの次の説明が参考となるであろう。グレイズ・イン法曹学院に所属するコモン・ローヤーで、かつ大陸の大学でローマ法学の博士号を取得して、コモン・ローとローマ法の双方の学識に通じていたフルベックは、一六〇一年の著作のなかで、「時効取得 (prescription) 」による権原 (title) の取得について次のように説明している。すなわち、あらゆる法体系において、「時 (time) 」は、動産や不動産に対する正当な権原を生み出す効力として考えられている。「時」はそれ自身になかに、あたかも人間のさまざまな事象を生成、変化、消滅させる、固有の「自然的エクイティ (natural equity) 」を備えているかのようである、と²³。ここで示唆的なのは、フルベックが、「時効取得」の説明に寄せて、「時」の効力によって権原の正当性の根拠を論じている点であり、それとともに「時」の働きを、人間のあらゆる合理的事象の生成・変化をもたらず、「自然的エクイティ」なるものと関連づけて語っている点である。ここで自然的エクイティとは「理性の法」とほぼ等価の意味合いで用いられており、その意味

で「時」は人間世界の事象に「理性の法」に適つた自然的なるものを導くエクイティ (衡平) の作用として考えられているともいえよう。さらに興味深いのは、彼のこの説明が、「万民法 (the Law of Nations) 」の規定に基づきながら、ローマ法とコモン・ローの相似性を抽出し、両者に共通する一般原理の構築を論じている文脈で語られているという点である。第二章で論じたように、フルベックは、当時のルネサンス人文主義の系譜に登場した一六世紀末のフランスのネオ・バルトルス派のローマ法学の影響をよく受けている。他方、本稿でくり返し指摘するように、コモン・ローを「時の検証」に由来する「理性の精髓」というレトリックで語ったヘドリーも、フランス・ペーコンやジョン・ドッドリッジらとともに、ローマ法の影響をとりわけつよく受けていたコモン・ローヤーの一人と推測され²⁴、実際、本稿でも指摘するように、彼の言説のなかにはバルトルス派やネオ・バルトルス派の特徴が随所に確認される。一七世紀前期に「古来の国制」論が展開される際に重要なプロットとなつた「時」の観念は、「超記憶的時代」に由来する「時効取得」というイングランドのコモン・ローの伝統的観念の延長線上に立ちつつ、「時の叡智」を「自然的エクイティ」に引きつけて解釈することによって、コモン・ローを「理性の精髓」として見なそうとするものであつたと理解することができるであろう。

また興味深いことに、こうした「自然的エクイティ」の観念は、当時の他のコモン・ローヤーたちの言説のなかでもしばしば用いられている

のである。一般的にイングランドにおけるエクワイティ（衡平）の概念は周知のように、伝統的なコモン・ロー裁判所とは別個に設置され、ローマ法を継受した大法官裁判所の判決によって形成された「衡平法」の代名詞ともなっている。しかしながら、たとえば、古くはアクィナスの影響を受けていたフォーテスキューがすでに、第一章で確認したように、自然法を説明する際に「正義」に由来する「自然的エクワイティ（natural equity）」²⁵について語っているし²⁶、さらにフォーテスキューの思考枠組みを継承し、コモン・ローの古来性と不変性の神話的な命題を最もよく強調した一七世紀のエドワード・クックでさえも、コモン・ローの理性を説明する際に「自然的エクワイティ（natural equity）」²⁷に言及し、それを「コモン・ローと共通理性（common right and reason）」²⁸というコモン・ローの究極の判断基準と言い換え可能なものとして語っているのである。クックもまた、これらの概念を先のフルベックと同様に「理性の法」と等価のものとして理解している。たとえば、クックは「ボナム事件」²⁹において common right and reason の概念を次のように用いている。「コモン・ローは議会の制定法をコントロールし、時には議会制定法を全く無効なものとして宣言する。とじつは、議会の制定法が、コモン・ローと共通理性（common right and reason）³⁰に反ついたり、矛盾していた時、あるいはその執行が不可能となる時、コモン・ローは議会制定法をコントロールし、そのような制定法を無効であると宣言するからである」³¹。さらにクックは、「カルヴァン事件」³²においては

同様な概念を「自然的エクワイティ」（natural equity）という術語で語っている。「そして司法的法（judicial laws）ならく国内法（municipal laws）がつくられる以前は、国王が自然的エクワイティ（natural equity）に従って事件を決定し、いかなる法の準則ないし形式性にも縛られずに権利授与（*dare jura*）をしたことは確かである」³³。そしてこの点をフォーテスキューを引用しながら理性の法としての自然法に関連つける。「自然法は創造者の永久法が創造のときに被造物の心に汲み入れられたものにはかならないが、それはいかなる法律が書かれるよりも、そしていかなる司法的法ないし国内法が成り立つよりも二〇〇年も先立っていたのである」³⁴。つまり、*common right and reason* あるいは *natural equity* とは、神の永久法を理性的被造物としての人間が分有した「理性の法」とほぼ等価で語られているといつてよい。クックにおいて、コモン・ローはじつじた *common right and reason* あるいは *natural equity* に則つて形成されてきたものとして理解されている。『イングランド法提要』のなかで彼は、コモン・ローを「イングランドの法と慣習の準則（rule）」と「コモン・ロー」と同義で捉え、さらにそれを「コモン・ロー（common right）」に基づいた「正義と正しい」*justv* (*justice and right, justitiam vel rectum*)」³⁵に関わるものとして用いている³⁶。じつじた理解は、当時のコモン・ローヤーによってある程度共有された解釈上の特徴であったと思われる。このようにエクワイティ（衡平）の概念は、コモン・ローヤーによって

も法的思考の根拠としてしばしば言及されていたのである。古くはすでにトマス・アクィナスのスコラ哲学の影響の下で中世自然法思想を通じてアリストテレスの「エビエイケイア (*epikeia*)」の観念を、イングランドの法学者は手にしていた。さらに、前期ステュアート期のコモン・ローヤーたちは、こうしたスコラ的な自然法理解に加えて、ルネサンス人文主義の知的影響下で人文主義法学が展開した「衡平 (*aequitas*)」の観念にもおそらく通じていたと考えられる。ローマ法の「衡平」は、ルネサンス人文主義の古典研究のなかで改めてギリシア哲学との結びつきを取り戻すことになって、「正義」に関連する「政治的賢慮」として議論されるようになっていた。先述したように、古典期におけるローマ法の「衡平」の理念の形成はアリストテレスの「エビエイケイア (衡平・宜)」の観念の影響を受けていたと言われるが²⁹、しかし一三世紀以降の中世後期におけるローマ法の復活のなかで、ローマ法の「衡平」の概念とアリストテレスの「エビエイケイア」の観念との結びつきを改めて認識し指摘したのは、ルネサンス人文主義の知的流行のなかでギリシア古典への豊かな教養を背景にして登場した人文主義法学者たちであった。人文主義法学者は、ローマ法の「衡平」概念をアリストテレスの「衡平 (宜)」の観念と結びつけることによって、それをより広範囲な哲学的かつ法的・政治思想的な文脈で展開した³⁰。人文主義法学者たちは、ウルピアヌスのいう、法とは「善きかつ衡平の技術 (*ars boni et aequi*)」である、という有名な定義を、アリストテレス哲学の「エビエイケイア」

の観念と結びつけ、それを「政治的叡智 (*civil wisdom; civills sapientia*)」の発露として論じたのであった³¹。こうして、「エクイティ」という観念は、単に伝統的なローマ法の衡平の概念に限定されることなく、より広範囲に「正義」を実現する人間の「理性」あるいは「叡智」そのものの働きとして展開されていく。こうした観念は、単に法技術的な次元を超えて、より政治的な射程を含んでいるといつてよい。前期ステュアート期のコモン・ローヤーがしばしば法の究極の判断基準として言及した「コモン・ライトと共通理性 (*common right and reason*)」も、こうした理性や叡智の意味合いを含む「自然的エクイティ」の文脈で語られているといつてよい。それゆえ、そこには当時のコモン・ローヤーのルネサンス人文主義やローマ法学の知の様式に対する明確な認識が確認されるのである。したがって、ヘドリーが提示した「時の叡智」の観念も、当時のこうしたローマ法学の思考や、さらにはルネサンス人文主義が取り上げたアリストテレス哲学などの系譜において理解することが可能なのである。

このように「時の叡智」によって「検証」された「理性の精髓」というヘドリーの思考様式を、当時の知的コンテクストのなかに位置づけてつばさに分析するとき、そこには、当時のイングランドの「古来の国制」論あるいは古典的コモン・ロー理論の形成が、ローマ法や人文主義の知的影響を受けていたことが十分につかがわれるのである。

いずれにせよ、一六一〇年議会でのヘドリーの演説は、フォーテスキ

ローの主張とは別の様式で「コモン・ローの古來性を説き、そしてそれゆえの「コモン・ローの卓越した「確実性」を主張しよう」と試みた言説であったといつてよい。「コモン・ローを「単なる理性」に依拠させることで、

その歴史的改変の事実を認めてきたエリザベス期の解釈態度から、新たな定式化の下で「コモン・ローの超記憶的時代からの古來性の主張へと回帰することによって、「コモン・ローを政治社会の確実なる裁定者として捉え直して」というような意識変化は、ヘドレイだけでなく、第四章および第五章で確認するように、エリザベス期からステュアート期にかけて活躍した同時代の多くの「コモン・ローヤー」たちにも見られる特徴であったといつてよい。一六二〇年代の議会においても、ヘドレイが一六二〇年議会で定式化した「コモン・ローの理解が繰り返し表明されている。たとえば一六二五年議会で、当時の庶民院の議長を務めた「コモン・ローヤー」のトマス・カルー (Thomas Crew, 1565-1634)³² は国王に対して、「コモン・ローをこう定義している。「コモン・ローは長期にわたる時の連続性 (a long continuance of time) によって、「このネーションの性格に適合した」法であり、それは「単に人の創意工夫によるだけでなく」、「神に由来する理性に基礎づけられた古來の法の根拠 (the ancient grounds of the laws)」あるいは「古來の格律 (the ancient maxims)」であつて、「国王と臣民の双方にとって最も確実なる統治原理」なのである」と³³。こうして、前期ステュアート朝時代に、「慣習」と「理性」を構成要件とした近世の古典的「コモン・ロー理論の原型が形成され、

それは、後に第四章で考察する「コモン・ロー支配の立憲君主制」という新たな国制論の展開へと道を開くものであつた。

(三) 「コモン・ローの不変性と歴史的改変

古來性と連続性を本質としたこうした通時的な思考はおのずと、まさに昔日に照らすごとく過去の先例や慣行に一定のオーソリティーを置こうとする。そして、そうした先例や慣行は、古ければ古いほど、より古來よりの「継承性」を持つものとして、すなわち「時の検証」を経たものとして、権威あるものとみなされる。こうした意味から、ノイは「あらゆる慣習はそれ自体十分なオーソリティーである」と主張することもできたのである³⁴。またヘドレイも、「慣習とは第一の自然である (*consuetudo est altera natura*)」と言われるがそれはまさに「時」によってそうなるのだという。それゆえそのように把握された「時」というのは、「慣習を生み出すような時」であつて、「人間の記憶」に類するものではない。まさに「記憶を越えた時 (time out of mind)」でなければならぬのだとされる³⁵。こうして慣習は、その古來よりの「継承性」を重視することにより、「時の検証」という新たな基礎づけの形式をもつことになるのである。

他面、この「時」にオーソリティーをおく思考は、「法の支配」とい

う当時のイングランドの政治社会にあつてきわめて重要な機能についても新たな主張を生み出していく。デイヴィスの次の言葉がこの点を端的に物語つていよう。「国王が自分自身の大権を作り出したわけではなく、裁判官が法の準則や格律をつくつたのでもない。また一般臣民 (the common subject) が法によって行使しているところの自由 (Liberties) を、彼らが規定したり、制限したりするものではない」³⁶。すなわち、国王が行使するところの大権も、臣民が享受することのできる自由も、また裁判官が運用するところの法の格律・準則も、すべては「時の検証」のなかで、時の効力によって生み出されたものとされ、そこにこそ正当性の根拠があるとされるのである。「コモン・ローとは、こうした国制上の諸問題を規定した「時の作品」にほかならなかつた。ここからいかなる人の支配でもなく、「時の作品」としての「コモン・ローによる」法の支配」の原則が立ち現れてくることになるのである。

しかしここで言う「時」とは、そこにおいて出来事が生成する空虚な形式的存在として把握される時間概念でも、あるいは何らか不可視の超越的な推進力でも決してない。ここでいう「時」とは、「検証」「すなわち「歴史的通用性」を含意した概念である。したがって、その「時」という概念には、当然、すでに慣習についての説明のところでも触れたように、共同体の社会的実践に関わる行為や態度、言語、思考、感情といった多種多様な生の様式が絡み合った文化的諸要素の総体 (政治的・法的にいえば「共通感覚」の基盤となるもの) が伴っているのだといっ

てよい。こうした時の概念を前提とするところの「歴史」とは、決して「客観的なもの」として把握される歴史ではなく、じつに「伝統」という名で呼ばれるに相応しいものである。共同体の成員は、こうした行為や態度、言語、思考、感情といった文化的諸要素が絡み合った一つの束としての伝統を通じて、自己と他者の関係を確認する。言い換えれば、成員間相互の「協同 (partnership)」を生み出すものとして、「時」あるいは伝統としての歴史が捉えられているのだといえよう³⁷。

このことは、今述べたところからもうかがわれるように、「コモン・ロー」思想における「法」の成立の説明と密接にかかわっている。「コモン・ロー」の法理論においては、重要な位置を占めているのは、すでに第二章で確認したように、格律や準則の「合理性」であり、「歴史的通用性」である。すなわち、「コモン・ロー」として、法とは、その執行上の具体的様式からいえば、共同体の実践的な「慣行 (practice)」のなかに存することとなる。したがって、ある規定が法的効力を発揮するためには、それが共同体の「慣行 (practice)」や「慣用 (use)」のなかに浸透し、受容されてはじめて可能となる。この点は、先のデイヴィスやノイによる「コモン・ロー」の慣習法としての成立に関する説明のなかにも、*use & practice* への言及があつたことから明らかである。このことは、「コモン・ロー」の基礎づけにおける特徴の一方の側面である。しかし実はそれは、他方で、「合理性 (reasonableness)」と表裏一体の構成をなしている。すなわち、後ほどさらに詳細に検討するように、「時

の検証」すなわち歴史的通用性と密接に結びついた合理性の概念がそこには働いているのである。幾多の時代を超えて、共同体の成員間に「慣行・慣用」として定着し、受容され、行為規範として実践的に機能しているのは、それが「理に適ったもの」であるからにほかならない。たとえば、ウィリアム・ヘイクウィルは、「コモン・ローが、単なる「慣習（*Consuetudo*）」ではなく、「古来の慣習（*Antique Consuetudo*）」にほかならないのであって、それゆえそこには「古来性（*antiquity*）」と同様に「合理性（*reasonableness*）」が要求されているのだと説明する。かれの理解によれば、「この「古来性」と「合理性」とは、「コモン・ローにとって表裏一体の構成をなすふたつの要件であった³⁸。いずれにせよ差し当たってここでは、「コモン・ロー理論にあつては、伝統としての歴史のオーソリティーは、その基底において合理性に支えられていると見なされているという論点を指摘しておきたい。

しかし、「コモン・ローをこのように超記憶的時代より継続する古来性において捉える見方には、ある種の問題がつきまとう。すでに見てきたように、「コモン・ローの形成、あるいはそのなかにおける理性的なもの」の発現は、本来的に歴史的生成の枠組みにおいて把握されており、それゆえそこには変化ないし改変という問題に直面せざるを得ないからである。すなわち、法の不変性（同一性）とその歴史的改変性という一見、相反するコモン・ローの解釈上のジレンマが、そこには伏在しているのである。それは、第二章において、フォーテスキューの古来性のテーゼ

と、エリザベス治世期のコモン・ローヤーに見られたルネサンス人文主義の歴史相対的な態度との対比において確認してきた問題でもある。

そしてこの問題は、「時の検証」という観念を立てる前期ステュアート期のコモン・ローヤーたちの言説のなかにもやはり刻印されているように見える。実際、前期ステュアート期のコモン・ローヤーの見解のなかには、一方で、「コモン・ローは古来より不変のものとして継承されてきたものだ」という見解が存在し、他方で、「コモン・ローが時の経過のなかでさまざまな変化を被ってきたのだと捉える見解が存在しているからである。たとえば、エドワード・クックは、イングランドの慣習の起源をブリトン人の時代に求め、それ以来ほとんど変化を被らずに不変のものとして承らえてきたと捉える傾向があつた。こうしたイングランド法の歴史的認識に関してクックは、先にも触れたように、フォーテスキューの見解を踏襲していたといわれる。すでに第一章で確認したように、フォーテスキューは、ブリトン人、ローマ人、サクソン人、デーン人、ノルマン人という五つの民族が、同じ慣習の下でイングランドを支配してきたのだと捉え、それゆえイングランドの法はブリトン人の時代以来の古来性をもつ世界で最も古き法であると考えていた³⁹。とくにクックは他の同時代のコモン・ローヤーたちのなかでも、とくにこのフォーテスキューの命題を強く継承しようとする姿勢が見られたといえよう。クックは、彼の執筆した『判例集』（*Reports*）の「序文」のなかで、「コモン・ローの古来性と卓越性をことう強調する。すなわち、イングランド

の「古来の法」が、他のあらゆる人定法よりも優れたものでなかったとしたら、ローマ人、サクソン人、デーン人、ノルマン人といったイングランドを征服した幾多の支配者たちはイングランドの「古来の法を改変ないし変更」したであろう。とりわけ、ローマ法をもつローマ人たちはそうしたに違いない、と。しかしクックの見解によれば、かれら征服民族はイングランドの古来の法を改変しなかった。それは、古来の法がいかなる人定法よりも卓越していた証左であるという。それゆえ、「イングランドのコモン・ローは、大いなる古来性 (antiquity) をもつ」とクックは言明する。そしてその際、彼は、この見解が「自身の着想から生まれたものではなく」、「深遠な法の知識」をもち「卓越した古事学者」でもあった「最も崇敬すべき高名な裁判官」であるジョン・フォーテスキューの示した判断に基づいていると述べ、『イングランド法の礼賛について』のなかから、フォーテスキューの言説をそのまま引証している⁴⁰。

フォーテスキューの命題をこのように継承し、コモン・ローの古来性と不変性、そしてそれゆえの卓越性を強調するクックのコモン・ロー理解からすれば、コモン・ローの歴史的改変に対してはきわめて否定的な態度がとられることになるのは当然である。たとえばそれは、「コモン・ローは理性という岩盤の上に築かれているので、制定法のようにには変わらない」し、また変わるべきではないとの彼の言葉や⁴¹、さらにはコモン・ローを確証した「マグナ・カルタの変更を決して認めないである

う。…基本法が動揺させられた時には必ず困難な問題が生じた」からである⁴²、という彼の発言などにおいて端的に現れている。そこには、コモン・ローのなかに革新を持ち込む法の改変という問題に対してきわめて慎重な姿勢が示されているといえよう⁴³。

他方、コモン・ローが不文法であるがゆえに、それは歴史のなかで絶えず適合的に変化していくものであると捉え、まさにその柔軟な適応性の点にこそコモン・ローの卓越性があると考える論者も存在した。たとえば、ヘドレイの次の言葉が、このコモン・ローの持つ融通性を端的に表現しているように。

コモン・ローというのは時の作品なのである。身体にびったりと合った衣服や、手にびったりと合った手袋のように、あるいはむしろ手とともに成長し手にびったりと合っている皮膚のように、この法をこの王国に適合させ融通性を持たせてきたのは、まさに時なのである⁴⁴。

つまり、コモン・ローは、コモンウェルスや人民自体とともに変化してきた柔軟な法体系であり、それゆえコモン・ローは、絶えざる発展と修正の状態にあったと捉えられるのである。しかし実は、先述のクック自身も、コモン・ローの不変性を強調しつつも、他方で次のようにも述べている。

地上におけるわれわれの時代は、旧き古代の時代、過ぎ去った過去の時代に対して影のようなものにすぎない。そこにおいて法は、最も卓越した人びとの知恵によって洗練され、幾多の時代にわたって継承されるなかで、長期の継続した経験によって何度も洗練されてきたのである⁴⁵。

コモン・ローが古代より継承されていると捉えつつも、同時に、過去の幾多の経験と叡智によって繰り返し洗練されてきたのだというのである。この一見相反する二つの契機を読み解く鍵になると思われるのが、「慣習」と並んで「コモン・ローのもう一方の特性とされる先の「合理性」の問題であり、さらにわれわれが第二章ですでに確認した法の「格律」「準則」という形式である。

(四) 「時の検証」と合理性の獲得

「ここで再びわれわれは、先の「歴史的通用性」という通時的な概念と、「合理性」という共時的な概念との関係に立ち戻ることによろ。そしてそれは、法の不変性(同一性)と、その歴史的改変性という、先のコモン・ロー解釈にまつわるジレンマの問題に一定の交差点点を与える可

能性を持つのである。

クックによれば、「慣習」は、たとえそれが「いかに長く継続してきたものであったとしても、理性に反しているならば法としての効力を持たない」という。すなわち、法となるべき「慣習」はすべて、「理性を備えていなければならない」のであって、「理性に一致している」ことが法の条件なのである、と⁴⁶。さらに、次のトマス・エジャートン(エルズミア卿, Sir Thomas Egerton, Lord Ellesmere: 1540?-1617)の言葉はコモン・ローにおける慣習と理性の関係について非常に示唆的である。

「慣習と理性が、法の解釈と針路にとつての唯一の疑う余地なき基礎」である。そして、そもそもコモン・ローと呼ばれているような「慣習」は、それ自体、不合理なものを許容することはできない、と⁴⁷。

このように慣習のなかの「理性」をコモン・ローと同一視する見方は、先のヘドリーの「時の検証」によって獲得された「理性の精髓」というレトリックとも重なり合う。ヘドリー自身、「コモン・ローは国王の裁判所では認を受けてきた王国の慣習」に由来するが、しかし「先例や慣行、判決」といっても、「時と経験の叡智」によって、「不合理な(unreasonable)」ものであると、すなわち「コモンウェルスの一般的善(the general good)」に反つてゐる」と見なされるものは、「コモン・ロー」として「法の効力」を持ち得ない、と指摘している⁴⁸。このように、コモン・ローは、その歴史的生成からみれば「慣習」を素材としているが、しかしその法規範としての効力は、慣習のなかに発現した「理性」

によるものとされていたのである。先述の「時の検証」という観念も、慣習に「理性」の契機を与えるレトリックとして働いているのだともいえよう。後に本章第二節の「理性としてのコモン・ロー」における考察では、コモン・ローが、古来より継承された慣習であると同時に、さらに自然法や神法に適った合理的な法でもあるという主張を検討していくが、こうした高度の合理性を想定するゆえには、この「時の検証」という観念あるいはレトリックを媒介として成り立っているのである。

以上のような慣習と理性の関係に基づくコモン・ロー理解を前提に考えるならば、先に指摘した法の「不変性」と「歴史的改変」の矛盾という問題も、次のような形で整合的な解釈が成り立ち得るといえよう。すなわち、「コモン・ローは個々の「素材(material)」という次元では、時代的変遷のなかでその時々々の叡智と経験によって繰り返し修正され、改変されてはいても、少なくとも「理性」が結晶化した法の基本的・原則的な要点は継承されているのだと捉えることが可能であったのである。たとえば、この点は、議会制定法とコモン・ローとの関係に言及した次のジョン・デイヴィスの言説のなかにも看取されよう。「われわれの議会在がコモン・ローの何らか根本的要点(fundamental points)を変更する」ならば、そのことよって必ず「コモンウェルスにとって不便が生じ」、結局、コモン・ローは、「時の継続のなかで他の議会制定法によつて当該の根本的要点を再び回復してきた」のだということをし、われわれは「経験によつて」知っているのだ⁴。さらに同様な言説は、

フォーテスキュー・テーゼに従いコモン・ローの不変性を最も強調したクック自身にも見受けられる。「王国の古来のコモン・ローと慣習の根本的要点(fundamental point)」は、「施政における格律」であり、「経験によつて検証された」ものである。それらは、「過去の時代の連続のなかで、あらゆる最も賢明な人びとによつて、洗練され、完成されてきた」ものであり、「コモンウェルスによつて善きかつ有益な(good and profitable)ものである」ことが、継続的な経験によつて証明され⁵てきたのである。それゆえそれらを変更することは多大な危険を冒すことになるとのである⁶。つまり、ルネサンス人文主義の考古的歴史研究の成果を認識している前期ステュアート期の多くのコモン・ローヤーにとって、個々の「素材(material)」という点においてコモン・ローの不変性あるいは同一性を論じることがはもはや困難であったとしても、過去の幾多の時代の叡智によつて経験的に確認されるなかで結実した法の「根本的要点」という点において、法の継承性と同一性を語ることは可能であったのである。

このように、当時のコモン・ローヤーたちは、長期の継続的な時の流れのなかで「善きかつ有益な」ものとして「時と経験」によつて確認された「理性」を、「コモン・ローにおける「根本的要点(fundamental points)」として言及していたのだと理解することができよう。それゆえ、当時のコモン・ローヤーたちは、慣習を法源としたイングランドのコモン・ローを論じるにあたって、その理性的側面を大いに強調しているの

である。ドッドリッジは、「理性は法の直接の原因であり、法は理性から流れ出たところの結果である」とい⁵¹、またクックも、「理性は法の生命である、いなコモン・ロー自体が理性に他ならないのである」とい⁵²。そしてこの慣習のなかに発現した「理性」の結晶化が、法の「根本的要点」と呼ばれ、それこそが、われわれがすでに第二章で確認したところの「格律」「準則」「公理」といった法原則にほかならなかったのである。

実際、先述のヘドレイは、コモン・ローと単なる慣習とを区別する際に、「理性」の必然的帰結としての「格律」という観点から説明を試みている。すなわち、ヘドレイによれば、「コモン・ローは「理性」と「慣習」とで構成される「不文法」であるが、現実性の点で他の「成文法ないし人定法」に劣るものではない。それは、コモン・ローが「理性と慣習」に完全に依拠している「からである」⁵³。しかし同時に、「コモン・ローを慣習と混同すること」は誤解であり、慣習がそのままコモン・ローとなるのではない。ヘドレイは、「コモン・ローを単なる慣習と区別する、コモン・ローの「真の根拠と原因」について説明する。かれによれば、慣習とは「ある特定の場所に限定されたもの」であり、その「合理性もしくは非合理性」は、「公式書状(letters)や先例に厳格に従って」、「裁判官によって」判断されるものである。それゆえ、「技能(art)とか知能(wit)からなる言説」はそこではあまり許容されない。これに対し、「コモン・ローは、「同じ理性の下にある事例は、すべて同一の法と

見なされる」という「衡平(equity)」の觀念によつて、解釈を通じて「適用範囲を拡張されたもの」である。慣習は「直接の原因(cause)」に基づくが、「コモン・ローは「他の多くの二次的理性(secondary reason)」に由来するものである。すなわち、「コモン・ローとは「他の諸々の法の準則や原因に基づいて」導き出された「必然的帰結」であり、そうしたさまざまな個別的な法の準則や原因から「徐々に還元された」ところの「原初的な格律(primitive maxim)」のことにはかならない。この「二次的理性」ないし「必然的帰結」としての「原初的格律」は、「技能や学識、叡智や理性」が法の形をとつて現れるのと同様に、「取得時効(prescription)や慣習(custom)」のなかに現れているのである。このように、ヘドレイによれば、「コモン・ローとは、慣習を素材としつつも、「二次的理性」によつて、推論と論証の結果、導き出された「必然的帰結」であり、それが「原初的ないし根源的(primitive or radical)」な「格律」として定式化されたものこそ、「コモン・ローの実体であると説明する。したがって、ヘドレイによれば、「コモン・ローとは、すべつて「技能的ないし叡智的な言説(discourse of art or wit)」だとされる。しかもそうした技能と叡智の言説は、「裸の理性(bare reason)」に基づく共時的な作業によつて得られるものではなく、「時の叡智(wisdom of time)」によつて検証された「認められた」最善の理性ないし理性の精髓」として獲得されるべきものとされ、その意味で「時」こそが「コモン・ローの「真の根拠」、「本質的な原因」とされたのである

った⁵⁴。それゆえ、ヘドリュイにとっては、コモン・ローとは、「時によつて確認された (confirmed by time)」法であり、いわば「時の作品 (the work of time)」⁵⁵と一言ひき存在として理解されたのであった⁵⁵。

このヘドリュイのコモン・ローの定義をめぐる説明には、第一章で確認したローマ法の影響がはつきりと現れている。たとえば、理性ないし衝平による推論を通じた個別の諸規定からの適用範囲の解釈的拡張や、あるいはほぼこれと同義であるが、諸々の規定から「必然的帰結」として導かれた「原初的」な原理といった思考は、バルトールス派の法的思考の影響を多分につかがわせるものといえよう。バルトールス派がユステイニアヌス法典のローマ法文をもとに（しかし元の法文のものからは離れて）当時の帝国に受当する法の一般原理を構築しようとしたのまさに類似の地平で、ヘドリュイはイングランドのコモン・ローを思考しているように思われるからである。実際、ヘドリュイは、ジョン・ドッドリッジ、ウィリアム・ヘイクウィル、ジョン・デイヴィス、ジェームズ・ホワイトロックらこの時期のコモン・ローヤーと同様、エリザベス期にルネサンス人文主義的知的洗礼によって、ローマ法の影響を強く受けたコモン・ローヤーの一人であった。と同時に、ヘドリュイのコモン・ローの定義は、こうしたローマ法、この場合にはバルトールス派の影響を思わせる法の理性的説明に、「時の叡智」による「検証された理性」という観念を組み合わせることによって、コモン・ローの歴史性を強調した

かつてのフォーテスキュー・テーゼとの総合が企図されている。これが、コモン・ローを「時の作品」と捉えるヘドリュイの観念であった。

以上の考察のなかで、慣習法としてのコモン・ローにおける合理性という問題に即して、法の「根本的要点」としての「格律」が、慣習と理性の総合というコモン・ロー思考様式のなかで占めていた重要な働きを指摘してきた。それは、従来の研究においては、両立しえない二つの対立した（あるいは矛盾した）観念として捉えられてきた⁵⁶、コモン・ローの「不変性」と「歴史的改変」というジレンマに整合性ある回答を与えようとするためであった。一七世紀のコモン・ローヤーたちがその法体系の構築にあたって迫られていた課題の一つは、不変の理性と変化する歴史（慣習）との真つ向からの衝突を和解決するレトリックを構想することにあったといつてよい。本考察ではこれまで、こうした確かに一見、両立し難く思われる当時の二つの重要な観念のあいだの、思考様式としての和解決あるいは整合性を、慣習における理性の結実としての「格律」という観念のなかに見だし、説明を試みようとしてきた。コモン・ローの根拠は、単に旧き慣習それ自体のなかにあるのではなく、むしろ「時と経験の叡智」により検証され、繰り返し洗練されてきたことによる法の「合理性」に由来するのであって、その「理性」の具体的表現が法の「根本的要点」としての「格律」なのであった。その合理性のゆえにこそ、コモン・ローは、「慣習」に由来する不文法でありながら、同時に王国共通の、すなわちネーション共通の一般的な「法 (lex)」とし

て成立するための要件を満たすことができたのであったといえよう。ヘドレイは、先例や判決といった形式で、「いかに法の準則ないし格律と称したとしても」、「理性の試金石」、すなわち「時の審判(trial of time)」に耐えられるものでなければ、それは「偽りの素材」であって、「コモン・ローの一部」とはなり得ないと主張する⁵⁷。それゆえ、このような法における理性の「必然的帰結」としての「原始的ないし根源的(primitive or radical)」な「格律」のもつ「恒常性ないし不変性」とその原理を状況の変化にあわせて「効用」ある形で修正していくための「改変」という二つの観念は、当時のコモン・ローヤーたちの思考様式のなかにおいて必ずしも両立し難い二項対立として済まされていたわけではなく、むしろそこに一つの整合性ある回答を見いだそうとしていたのだと捉えることができるのではないかと思われる。

以上のように、「慣習としてのコモン・ロー」を論じることは、法の根本的要点ないし格律という形式で慣習のなかに発現した理性を媒介として、「理性としてのコモン・ロー」を論じることと表裏一体とならざるを得ないのである。前期ステュアート期のコモン・ローヤーの言説についてのこれまでの分析から明らかかなように、慣習法と呼ばれるコモン・ローのなかにも、じつは「理性」の契機がきわめて重要な位置を占めていた点が銘記されねばならないであろう。

そしてこのコモン・ローの「合理性」は、究極的には「自然法」および「神法」との一致にまでその基礎を求めようとするものでもあった。

この世俗の慣習法的なりアリズムの世界を、世俗を超えたより深遠な規範的・倫理的実体の発現として捉えようとする観念、言い換えれば、歴史と存在論とをひとつの世界観のもとに包摂しようとする思考様式は、基本的には先に確認したフォーテスキューの思考枠組みと軌を一にするものである(もつともその「古來性」についての解釈は変容しているが)。そこで、以下の考察では、さらに「理性としてのコモン・ロー」という問題構成で、慣習を法源としてながら、「自然法」「神法」との規範的な近似性を説いていくコモン・ローの言説を確認していくことにしたい。

第二節 理性としてのコモン・ロー

前節では、前期ステュアート期のイングランドのコモン・ロー理論について、とくに「慣習」という側面から光を当てて慣習のなかにおける「理性」の追求という問題構成で考察を進めてきた。そこで本節では、その思考様式の本質をさらに明らかにしていくために今度は、自然法・神法を基礎とした「理性」という側面から光を当て、さらに検討を加えていくことにする。そのなかで、イングランドのコンステイチューション

ナリズムの思考様式のなかにおける、「慣習」と「理性」との関係、すなわち「慣習」と「理性」が二分法的に対立項として把握されるのではなく、両者が相互補完的に機能し合う、その特殊な結合形態がさらに明らかになる。そしてそうした「慣習」という「歴史」の観念と結びついて把握された場合の「理性」概念は、大陸系のいわゆる「啓蒙的理性」と比べてどのような特徴を持っているのか、についてもわれわれは確認することになる。

またさらには、この慣習という「歴史」の領域と、神法・自然法という「存在論」の領域の特殊な結びつきを検討することによって、本章の冒頭で提起した問題、すなわち、なにゆえに「慣習」(本来、地域的なものである)が、ネーション共通の一般的な「法」(lex)として成立しえたのか、さらにはそれがなにゆえに「道徳的規範」の効力を持つものとして、ネーションを越えた、きわめて一般的・普遍的な性質を持つものと考えられていったのか、その根拠が一層、明らかになる。われわれはそこに、「時」の産物としての「慣習」を媒介としながら、いわゆる共同体の「掟」(lex)としての共通規則と、普遍的な規範としての「法」(suzi)との一致を志向する思考様式と法意識の様態を確認するのである。

そしてまた他方では、こうした理性と慣習の結びつきを検討することによって、政治社会の「権威」を究極的には神法・自然法の理性におきつつも、その具体的な「様式」と「執行」にあたっては、歴史的所産と

しての慣習を持ち出すことによって、政治的なものの合理性とその多様性を導きだし、もって政治的なものの自律性ないし固有の論理がそこに成立していた点を、われわれは確認するのである。

以下のところでは、「コモン・ローにおける」「理性」「さらには」「神法」・「自然法」との一致ないし近似についての当時のコモン・ローヤーたちの言説を検討していくことにしよう。

(一) 自然法・神法との一致

「コモン・ローヤーは、「コモン・ローを論じるにあたってしばしば」「理性」をその根拠として提示する。たとえば、ウィリアム・ノイは、前述した法の「格律」を考察するなかで次のように論じている。「コモン・ローは、理性の諸規則に基づいている。それゆえ、われわれは、通常、議論をする際に、理性がこれこれのことをなすとか、なさないとか言うのである」⁵⁵。さらに「自然法および理性の法」は、「自らの上に形成され、集められた諸規則」をもって、まさに「太陽や月や七星のごとく、世界のあらゆる実定法(positive law)に光を与えている」。それゆえあらゆる「実定法」は、「自然法と理性の法の光によって形成された法」のことなのである。そして、「コモン・ローの根拠と格律もすべて、自然法と理性の法の光に由来しているのである」。このように、あるゆる実

定法が「自然法あるいは理性の法」に根拠を持つのと同様に、コモン・ローも法の根拠を自然法ないし理性の法に置いているのだとされる。彼はこう論ずることによって、「黄金の神聖な理性の規則、これをわれわれはコモン・ローと呼ぶのである」と結論づける。ノイの言説のなかでは、コモン・ローは、ほとんど「理性の法」と同義の形で表現されているとさえいつてよい。すべての「理性の法」がコモン・ローではなくとも、少なくともコモン・ローそれ自体はまさに理性の法にほかならなかった。それゆえノイは、時には、イングランドの法が、「理性の法」、慣習、制定法の三つに分けられると言いつ、また時にはそれが、「コモン・ロー」、慣習、制定法の三つに分けられると述べて、両者（つまり「理性の法」と「コモン・ロー」）が、言い換え可能なものとして表現していたのである⁵⁹。

ここで言及されている「理性の法」とは、ほぼ「自然法」と同義で理解されているといつてよい。古代のローマ法的自然法概念においては、自然法の内容は、両性の性交や子の育成などのような、人間も禽獣も含めたすべての動物に共通する自然主義的な法と、あくまで理性をそなえた人類にのみ固有の「理性の法」とに分けて把握されていた。これに対して、中世スコラ哲学の時代には、自然法は人間にのみ適用される「理性の法」に限定されて理解されるようになっていた。そして人間に固有の「理性の法」としてのスコラ的な自然法概念はさらに、後述するように、法を導出する際の理性の働かせ方の違いによって、第一次的な理性

の法と、第二次的な理性の法とに分類されていく。そしてそれは、スコラ的方法に立った中世ローマ法学にも共有されている⁶⁰。ルネサンス人文主義の知的影響下で、中世ローマ法学、とりわけバルトルス派とネオ・バルトルス派の学識を受容していたこの時代のコモン・ローヤーの言説のなかでも、「自然法」は「理性の法」とほぼ同義で用いられ、両者がしばしば併記されているのを確認することができる。

ノイの言説と同様な表現は、クックのなかにも確認することができる。かれによれば、「イングランドの法は三つの部分から成り立っている」とされる。すなわち、「コモン・ロー、慣習、議会制定法」である⁶¹。他方、このうちのコモン・ローについて、彼は、「理性が法の生命である。否、コモン・ローそれ自体が、理性にほかならない」⁶²と説明している。このクックの説明も、先のノイの表現とまったく同様な理解に立っているといえよう。さらには、ヘンリー・フィンチも、「自然法」と「理性の法」こそが「コモン・ローの起源となる最初の始まりを開く」のだとし、「コモン・ローは「自然法」あるいは「理性の法」から派生したものであり、そこに法としての基礎を置いているのだと主張している」⁶³。ドッドリッジも同様に、「コモン・ローと理性の関係をめぐって次のように言及している。「格律(maxime)は、法の基礎であり、そして理性の結論である。といつのは、理性といつものは、法の動因(efficient cause)であり、法は、理性から流れ出たところの効果(effect)である」⁶⁴。このドッドリッジの説明に示唆されているように、当時のコモン・

ローヤーがコモン・ローを理性と等置させる際、それは「コモン・ローの「格律」を念頭に置いている。つまり、前述したように、コモン・ローとは、「慣習」を素材として具体的内実を伴って生み出されたところの合理的な「格律」のことであって、この格律を自然法あるいは理性の法に一致するものと理解しているのである。

またジョン・デイヴィスは、イングランドのコモン・ローを定義するにあたって、慣習法と自然法とを次のような形でパラレルに論じることによって説明しようとしている。

自然法は、*Jus commune*（共通法、一般法と呼ばれるが、またそれは *Jus non Scriptum*（不文法）でもある。それは人間の心（hart）のなかにのみ記されているのである。それゆえ人びとがその自然法の規則を遵守するならば、自然法は、世界のどの成文法よりも、人びとを廉直にし幸福にするものなのである。同様にイングランドの慣習法も *Jus commune*（共通法、一般法と呼ばれるものである。そのゆえは、イングランドの法は、あらゆる良き法の源であり基礎であるところの自然法に最も近づいているからであり、またそれも *Jus non Scriptum*（不文法）であって人間の記憶（memory）のなかにのみ記されているからである。確かにそれは生きている個人の人間の記憶を越えたものではあるが、しかし生きている人間の個人との記憶のなかに連続し維持されているのである。 。。。

デイヴィスは、ポコックの研究では、コモン・ローの慣習としての側面を強調していたクックと同じような事例として取り上げられているが⁶⁶、引証部分が示しているように、デイヴィスはもう一方でローマ法の影響をとりわけ強く受けたコモン・ローヤーの一人でもあった⁶⁷。それゆえ彼の場合にもやはり、イングランドの慣習法としてのコモン・ローを、「理性」あるいは「自然法」との関係において把握しようとする思考が、よく働いていたことは明らかである。慣習法としてのコモン・ローを自然法とパラレルに論じるデイヴィスの思考は、旧き慣習それ自体ではなく、むしろ旧き慣習に発現した理性の契機を強調することによって、コモン・ローと自然法との近似を説き、そこにコモン・ローの卓越性を見出すとするものであったといえよう。「イングランドの法は、法書よりも古来のものたる理性に根拠をもっている。その多くは、不文の慣習のなかに存している」との、一六二八年議会でのダドレイ・デイグズの発言もまた同様な意味において理解することができよう⁶⁸。すなわち、コモン・ローの根拠が、いかなる法書の理性よりも古い「古来の理性」にあるとし、それが古来の慣習という「不文」の形式において現れているとのデイグズの主張は、最も古来かつ本来的な不文の「自然法の理性」とのパラレルな関係を説明しようとするプロットにほかならないからである。

以上、引用してきた諸言説から明らかのように、前期ステュアート期

のコモン・ローヤーの思考様式を見る限り、コモン・ローにとつて重要だと見なされているのは、古来の慣習であるがゆえの肯定ではなく、むしろ比類なき理性であるがゆえの肯定であつた。こうした思考様式は、フォーテスキューに依拠して慣習の古來性と不変性を強調したエドワード・クックも含めて、当時のほとんどのコモン・ローヤーによつて共有されていたと見て間違いない。エリザベス治世期から前期ステュアート期のコモン・ローヤー一般に与えたルネサンス人文主義およびローマ法学の知的影響の大きさがここからも改めて理解することができるであろう。コモン・ローの比類なき理性を強調するこうした思考がコモン・ローの「自然法」あるいは「理性の法」との一致ないし近似を主張しているのは、ある意味で当然の流れであつたといえよう。このように慣習法としてのコモン・ローを自然法ないし理性の法と一致ないし近似しうるものと見なすために、両者を媒介しているのが、前述したような「時の検証」というレトリックであり、時の検証によつて獲得された「格律」なのであつた。こうしてかれらコモン・ローヤーの思考のなかにあつては、「コモン・ローを「慣習」と見なすことと、その「理性」を強調することとは、決して矛盾するものではなかつたのである。それゆえ、慣習法としてのコモン・ローを自然法ないし理性の法とパラレルに語ることを、当時のコモン・ローヤーたちはむしろ好んだのであつた。

また慣習としてのコモン・ローは、「自然法」ないし「理性の法」に一致すべきだという議論とともに、同じように神法に適用ものでなければ

ばならないという表現もしばしば確認される。たとえば、先述のウィリアム・ノイは、「一般的慣習が神の法に全く反している場合、また制定法が神の法にまったく反して定立された場合、…そのような慣習、そのような制定法は、無効である」と指摘する⁶⁶。慣習もたとえそれが「一般的慣習」であつたとしても、「神法」に反したものは無効であり、コモン・ローとはなりえないとされるのである。ここには、あらゆる人定法の基礎として、あるいはそれらを制限するものとして、神法の存在が前提とされている。イングランドの諸慣習のうち、王国共通の一般的慣習であるとされたとしても、それが「コモン・ローとみなされるためには、「神法」に適つたものでなければならぬとされていたのである。

また、ニコラス・フュラー(Nicholas Fuller, 1557?-1626)⁶⁷は、一六一〇年議会の演説のなかで、コモン・ローと神法との一致を次のように強調している。「コモン・ローは、その基礎を、検証された理性からと同様に、神法からも得ているのであり、それは、この島における最初の福音の説教にはじまるものである」。フュラーは、「コモン・ローが「神法(the law of God)」と「理性の法(the law of reason)」により基礎づけられていることを主張する。彼によれば、「神法」と「自然法(the law of nature)」に基づいた人定法こそが、「地上のすべての国家にとつての魂であり、體である」という。そして、「コモン・ローは、この点で地上のあらゆる人定法に優っているのだという。フュラーの言説のなかには、「コモン・ローの卓越性の基礎づけにおいて、理性的被造物とし

ての人間による永久法の分有としての「自然法」、すなわち「理性の法」とともに、「神法」が繰り返し言及されている。彼はこう説明する。「神の家族たるわれわれは、この王国の法で神法に反している法はすべて、たとえ議会の制定によるものではあっても、無効な法なのだと捉える。そしてわれわれの法は、あらゆる事柄において、神法の衡平(equity)と一致しているし、また一致すべきである」⁷¹。フユラーによれば、イングランドの人びとは、まさに「神の家族」なのであるという。そうした自覚の下に、この王国の法も、たとえ議会の制定法であったとしても、神法に反するものはすべて無効だとされるのである。「ここでいう「神法」とは、具体的には「聖書」の規定を指している。たとえば、フユラーはこう説明する。「神の法は、『汝、六日、労働すべし』と定めている」⁷²がゆえに、「いかなるキリスト教の君主の認可、布告、法も、臣民に労働を禁じるようなものは、神の法に直接的に反しているがゆえに、違法であり、不条理な命令である」。そしてこれに従えば、国王が与える「特許(patent)」は、人びとの自由な労働を禁ずるものであり、違法なものと判断される、と⁷³。

また他方、クックも、「議論の余地なく、法とは神の御心から生じている」ものであり、神こそが「あらゆる善き法と国制の源泉であり、創設者である」と訴えている⁷⁴。クックは一六二八年議会においても、「古来のコモン・ローの諸々の根拠は、神の法に基づいている」と宣言している⁷⁵。このように、あらゆる人定法は、自然法と神法を基礎と

し、それらに適用することを前提とされているのである。イングランドの慣習が、コモン・ローとして成立するためには、こうした前提を満たしていることが求められたのであった。

このようにコモン・ローとは、一面において、古来より継承されてきた王国共通の「一般的慣習」であると同時に、他方それは、自然法や神法にも適い、一致ないし近似したものでなければならなかった。そしてこの「慣習」と「自然法・神法」との結合を果たすためのレトリックとして用いられているのが、慣習のなかに理性を開示させる「時の検証」という観念であった。古来よりの継承性をもつ慣習は、「時と経験の叡智」による検証を受けて洗練されることによって、自然法ないし理性の法やさらには神法に一致ないし近似した「理性の精髓」を獲得するに至って、コモン・ローになり得ると考えられたのであった。そしてこの点において、コモン・ローの「卓越性」が主張されていくのである。フユラーはこう宣言する。「人定法に関して、非常に多くの経験を積んだ尊敬すべき賢者によりなされた、学識のある理にかなった記述は、世界のどの人定法よりもわれわれのイングランドの法に正鵠に適用される」。このゆえに、それは「神の法と自然法に基づいた人定法」にほかならないのだと⁷⁶。

コモン・ローが自然法、神法に一致ないし近似した合理的存在だという考えは、当時のコモン・ローヤーによって一般的に共有された観念であり、フォーテスキューの古来よりの不変の慣習というテーゼを強調し

てたエドワード・クックも含めて、おそらくは前期ステュアート期のあらゆるコモン・ローヤーがコモン・ローの要件として受け容れていた観念であつたと思われる。そしてこの点で重要なのが、自然法および神法との一致ないし近似も、具体的にはすでに指摘したように、慣習が「時の検証」を受けるなかで定立された「格律」という点において把握されているという点である。つまり、「慣習」と「自然法・神法」との連結点に、理性の結晶化としてのコモン・ローの「格律」が存在しているのである。コモン・ローにおける「格律」が持つ意義については、先に「時の検証」と合理性の獲得という文脈ですでに確認しておいたが、さらにそれは「自然法・神法」との一致という文脈でも繰り返し言及されている。たとえば、サー・ウィリアム・フリートウッドの次の言葉はその典型的な証左であろう。一六二一年議会で「緑布」の価格をめぐって、彼は次のように述べている。「この価格に対しては、国王大権は存在しない」。ではそれには何が示されるべきかといえば、それは法の「格律」である。「格律は、神法と自然法に一致している。そしてこの神法と自然法に反した法を作成することは無効な法を作成することである」⁷⁶。

このように、「慣習」が幾多の時代の叡智により解釈され、そこから法の「格律」が定立されていくなかで、その「格律」という点にこそ、自然法や神法と一致ないし近似した合理的なコモン・ローが形成されてきた、というのが、前期ステュアート期のコモン・ローヤーの好んで用いたレトリックであつた。つまり、当時のコモン・ローヤーが頻繁に言

及するところの、「理性の法」としてのコモン・ローとは、まさしく「格律」のことにほかならなかつた。いずれにせよ、慣習法としてのコモン・ローを、「理性の法」と呼ぶその思考様式において、両者を媒介する重要なレトリックとなっているのが、「時の検証」という観念と、「格律」という概念であつた。

以上のように、コモン・ローには「慣習」としての側面と「理性」としての側面が両立している。コモン・ローの本質とは、「時の検証」を経た慣習によって与えられる法の「形式(form)」と、神法や自然法(ないし理性の法)に合致した「理性」という法の「根拠(ground)」との密接な結びつきにこそあつた。ヘドレイが、「コモン・ローの根拠と形式、それはすなわち理性と時である」と端的に述べているとおりである⁷⁷。つまり、コモン・ローの正当性の「根拠」となるのはあくまで「理性」であり、そしてその法の具体的内容として諸々の「形式」を与えるのが「時」であり、時の検証を経た合理的な「慣習」なのである。このようなコモン・ローの思考様式をつぶさに検証していくとき、コモン・ローは、それが単に「旧きもの」であるがゆえに良き法とされたのではなく、それが「合理的なもの」であるがゆえに良き法として考えられていたことは間違いない。イングランドの法と国制における「古来性(Antiquity)」の主張とは、「合理性(reasonableness)」の主張にほかならなかつたのである。つまり、「古来の国制」論で言及される

Ancient とは、単に時間的な過去を意味することであり、否むことは、現在の法と国制の究極的な根拠としての Natural を意味する。あるいはそれを導き出すロジックであったとしてもよい。その意味で「コモン・ローヤーがいう「古来のもの」という観念は、まさに「本来のもの」、すなわち「根源的なもの」、「自然的なるもの」を意味し、そうした根源的な価値を歴史を通じて導き出すとするレトリックにほかならなかった。この点は、たとえば一六一一年議會でのジエームズ・ホワイトロック (Sir James White Locke) の言葉のなかにも明確に読み取ることができよう。すなわち、「王国の基本法 (the fundamental law)」となる古来の国制とは、かれにとってはまさに、「この王国の政体の「自然本来の」枠組みと基本構造 (the natural frame and constitution)」(強調は筆者) であるとの理解に立って説明されていた⁷⁸。このように、「古来の国制 (Ancient Constitution)」という議論の核心にあるのは、「過去」の国制の正当性を主張するものというよりは、むしろその連続性に立つところのあくまでも「現在」の本来あるべき国制を擁護しようとする言説であったと考えられる。いずれにせよ、「コモン・ロー」の政治的思考様式の核心は、まさにこうした「古来のもの」を通じて、「自然本来のもの」を導き出すとする「時」の観念あるいはレトリックの巧みな活用にこそあるのだといつてよいだろう。

(二) 技巧的理性と自然的理性

具体的内実を持つ「古来の慣習」と、理性の究極的な根拠としての「自然法・神法」との、こうした特殊な結びつきは、人間の能力としての「理性」においても、「コモン・ロー」特有の「理性」概念が展開されることにつながる。それは単なる論証・推論の能力としての「自然的理性 (natural reason)」ではなく、個別具体的な「状況」というコンテクストを前提として「理性」の内実を法的に判断する能力であった。その意味で、それは後に詳細に検討するうちに、単なる論証を本旨とする理性ではなく、熟慮と判断、技能と機知をも兼ね備えた理性にほかならなかった。そもそもわれわれがこれまで見てきた所からも明らかのように、「法規範」としての効力を発生させるためには、合理的な「根拠」とともに、具体的内実をともなった法の「形式」が求められるのは当然である。その法の内容として、なにが理に適っているかという問題は、ある程度まで当該の諸状況との関連で判断・確定されざるを得ない。この具体的状況のなかで、どのような法の形式が合理的なのかを判断し、確定する能力こそが「技巧的理性 (artificial reason)」と呼ばれるものであった。以下のところでは、この「技巧的理性」の概念を確認しながら、イングリッシュ・コンスティテューションリズムにおける「理性」あるいは「合理性」の概念の特徴について検討していくことにしよう。

「コモン・ロー」理論のなかで確認される「技巧的理性」の概念は、イン

グラントのコモン・ローヤーの思考様式の特徴を読み解く上で非常に示唆的な概念であるといつてよい。そこで以下のところでは、この技巧的理性の概念をめぐって、当時のコモン・ローヤーたちの言説を詳細にたどり、さらにはより広い思想的伝統のコンテクストにそれを位置づけ直すことにより、その特徴を明らかにしていきたい。過去の先例に基づいて判例法たるコモン・ローは、より高次の法の一般的原则、つまり「格律」を形成する上で、「理性」と結びついていたわけであるが、この理性とは、コモン・ローヤーたちにとって単なる理性を意味するものではなかった。判例法を包括的に理解し解釈することによって、法の一般原理としての格律を導き出し、それに基づいてコモン・ローの合理的な法体系を構築しようとする際に必要とされたのは、すべての人びとが持つ「自然的理性(natural reason)」、ではなく、「技巧的理性(artificial reason)」であった。

この「技巧的理性」について、当時のコモン・ローヤーたちが示した典型的な説明をまずいくつか追ってみることにしよう。たとえば、フィッチは、「コモン・ローとは、共通理性(common reason)のことにはかならない」と定義した上で、しかしそこで問題となるのは、そもそも「理性とは何であるか」という。かれによれば、コモン・ローの共通理性とは「あらゆる人が自らの上に形成している」理性、すなわち自然的理性のことではなく、「洗練された理性(refined reason)」のことにほかならないという。この点について、ヘドレイはこう説明する。

「コモン・ローは、裸の理性(bare reason)以上のものである。それは、…検証された理性(tried reason)であり、理性の精髓」なのである。すなわち、それは、「コモンウェルスにとって善きかつ有益な(good and profitable)ものとなるために、幾多の時代にわたる時の叡智によって検証され、是認されてきた理性」なのである。他方、ドッドリッジは、この「技巧的理性」を、法の「格律」という観点から次のように説明する。「準則、根拠、公理の動因となるものは、論証にもとづいて検証され、そして繰り返し洗練を受けたところの自然的理性の力である」。単なる自然的理性ではなく、こうした洗練された理性、すなわち技巧的理性こそが、ドッドリッジによれば、「法の準則や公理、根拠、命題を生み出す第一の原初的な動因」となりうるものであった。ここで、「格律」という法の一般原理を形成する能力として、技巧的理性が捉えられている。

さらに、このような「技巧的理性」は、これまでわれわれが確認してきた「慣習」と「理性」との結合というレトリックにおいて、どのような働きを担うものとされているのであるか。その問いは同時に、法的営為を担う能力が、なにもゆえ論証的能力としての「自然理性」では不十分とされるのかという問いでもある。この点を読み解く上で非常に示唆的であるのは、次のヘドレイの説明であろう。彼は、コモン・ローが合理的な体系をなすものと考え、人びとが持つ自然理性によっても、その法の論理は理解できるはずであると、一旦は述べる。さもなければ、人

びとが法を周知することが不可能であつて、法としての効力を持ち得なくなるからである。しかし彼は、コモン・ローを単なる「理性」として捉えるだけでは不十分であるという。ヘドレイによれば、確かに「理性」は、法の「屬性あるいは実体」であるけれども、「理性」は、法の「本質的な形式」を与えはしないのであつて、法に具体的な「形式」を与えるのはまさに「時」なのだとされる²²。これまでわれわれが確認してきたなかでも、しばしば指摘してきたが、「慣習」の果たす役割の一つは、法の「形式」に具体的内実を与えることであつた。この「慣習」をいわば素材として、なにか「合理的」な法の具体的「形式」となるのを決定するのが、「技巧的理性」であるといつてよい。すなわち、先ほど引用したヘドレイの言葉で言えば、「コモンウェルスにとって善きかつ有益な (good and profitable) もの」であるかどうか、「幾多の時代にわたる時の叡智によつて検証され、是認されてきた」技巧的理性こそが、こうした法における特定の具体的内実を合理性ある形で提供することができるとされたのであつた。

このように、慣習と理性からなるコモン・ローにおいて、「技巧的理性」は、「格律」や「時の検証」という觀念と同様に、古来の慣習と理性の法とを媒介する同じ機能的位置を占めているといえよう。

さて、前期ステュアート期のコモン・ローヤーが重視した「技巧的理性」という觀念の意味するところ、あるいはその由来するところをより

明瞭に把握するには、先行する伝統的な思想のコンテクストのなかに彼らの理性概念を位置づけ直して検討することが有益な作業となる。ジョン・フォートスキューの国制論を扱った第一章において、そこにはトマス・アクイナスの思想体系の受容があつたことはすでに指摘した。すなわち、前期ステュアート期のコモン・ローヤーたちが依拠していたフォートスキューの思考枠組みは、アクイナスの神法・自然法・人定法のスコラ哲学の体系を前提としつつ、そのなかでイングランドの慣習法の意義を論じることによつて成立したものであつた。他方、こうしたフォートスキューの思想を通じたスコラ学の受容という側面だけでなく、ルネサンス人文主義の知的教養を備えていた前期ステュアート期のコモン・ローヤーの多くは、より直接的にアリストテレスやトマス・アクイナスの思想に通じていた。さらに、彼らは、大陸のルネサンス人文主義がイングランドに普及する文脈のなかで、併せてバルトルス派のローマ法学の学識を受容していたが、この中世ローマ法学の思考法は、スコラ的方法に基づくものであり、論理形式主義と権威被拘束性を特徴としたスコラ学の特長「法学」的な表現であつたといつてよい。またアクイナス自身、『神学大全』における彼の弁証法的考察の随所に確認されるように、ローマ法とアリストテレス的方法の結合を体系的に試みている。アクイナスの哲学的原理は、彼にとつて、「真の哲学者」であつたアリストテレスに依拠しており、他方、具体的な人間行動の例や定義については、アクイナスはしばしばローマ法を、とりわけ彼が「真の法学者」と

呼んだウルピアヌスを参照していた。たとえば、「各人に各人のものを与えようとする不変不断の意思」というアクィナスの正義の定義は、ウルピアヌスのものである³³。以上のような知の脈絡を考慮するならば、一七世紀のコモン・ローヤーの言説を、アクィナスが集大成したスコラ学より体系的な言説を手掛かりとしながら考察することは、決定的外れな試みではないし、そこには一定のレリバンシーが存在するといえよう。

そこで以下のところでは、このアクィナスの言説にまで立ち戻りつつ、かれのより体系的なスコラ学における法と理性に関する理解を参照することによって、コモン・ローヤーたちが「技巧的理性」という形で練り上げた観念の意味するところを再考してみることしよう。そうすることで、われわれは、前期ステュアート時代のコモン・ローヤーの学識が、ボック等が指摘したようなイングランドの特殊「島国的」な慣習的理解を超えて、より広範囲な大陸の知的パースペクティヴに支えられたものであったことを改めて確認することができるであろう。

アクィナスは、アリストテレスに従って、あらゆる人定法は自然法に由来するものだとしうえで、しかし自然の理性は普遍的であるのに対し、他方、人定法の規定は地域によって多様であるというジレンマについて、二つの異なる理性の働き方によって回答を「えようとする。彼は、「人定法 (*lex humanitas posita*) はすべて自然法から導出されたものであるか」という問を立てた上で、これに対して、彼は「ある事柄が自然

法から導出されるには二つの仕方がありうる」と指摘する。その一つはまず、「原理 (*principium*) からいけば結論が導出されるような仕方」であり、それは、諸々の学問においてある「原理」から「論証的 (*demonstrativa*)」に結論が引き出される仕方と同じようなものである。そしてもう一つは、「ある共通の・一般的なことが、いわば個別的に確定 (*determinatio*) されるような仕方」である。その仕方は、「技術 (*ars*)」のようのものであって、「一般的な構想「形式」 (*formae communes*)」が、ある個別の形へと特殊化され確定されていく (*determinantur ad aliquid speciale*)」仕方である。たとえば「建築家が家の一般的な構想を、あれこれの特定の形を持つ家へと個別具体化し、確定してゆかなくてはならない」ようなものであると。こうしてアクィナスによれば、法の定立にあたって、自然法の一般的原理からの「論証的」な導出という形式と、個別具体的な事例に合わせた自然法からの「確定的」な導出という、ふたつの形式が提起される。アクィナスはこの点をさらに次のように説明する。

それゆえ、あることがらは、自然法の一般的原理から結論へという仕方でも導出されるのであって、たとえば「殺すなかれ」ということが、「何人にたいしても悪をなしてはならぬ」ということから結論ともいへきものとして導出されるのがそれにあたる。これにたいして、なんらかのことは、個別具体的な確定という仕方でも導

出されるのであり、たとえば、罪ある者は罰せられるべきである
 というのは自然法にもとづくのであるが、しかしかの刑罰をもって
 罰せられるべきであるとするのは、自然法の個別具体的な確定
 (*quaedam determinatio legis naturae*) による。

彼はこう論ずることによって、これら両方の形式が、人定法においてと
 もに見出されると結論する。

こうした自然法からの「論証的」な導出と「個別・確定的」な導出と
 いう、ふたつの形式の区別は、他方で、法がそれぞれの地域で多様であ
 るという事実に対応するものである。アキナスはいう。「自然法の一
 般的原理は、人間の事柄に見られる大いなる多様性のゆえに、万人に対
 して同一の仕方で適用されることはできない。したがって、さまざまに
 異なった人びとのもとにおいて、実定的な法の多様性が生ずるのである」。
 つまり「法の多様性 (*diversitas legis*) 」という現実に照らした時、自
 然法の一般的原理からの「論証的」導出だけでは明らかに不十分であっ
 た。アリストテレスが『ニコマコス倫理学』のなかで指摘するように、
 「自然の理性による正しさは、いすこにおいても同じ効力を持つ」がゆ
 えに、もし人定法がすべて自然法から論証的に導出可能であつたならば、
 人定法もまた万人にとって同一のものでなければならなかった。しかし
 人定法は現実にはそれぞれ個別の地域において多様である。それゆえ、
 アキナスによれば、自然法を多様な個別の状況に適した形で法として

定立していくためには、もうひとつの「個別的確定(規定) (*determinatio particularis*) 」による導出の形式が必要であつた。それは、「経験と賢
 慮をそなえた人びとが下す判断 (*udicium expertorum et prudentum*) 」
 の原理となるものであつた。すなわち、これらの人びとが、「個別具体
 的な確定」という原理に則つて、「個々の場合についてどのように規定
 するのが適切であるのか」を判断するのである。このアキナスの見解
 は、『ニコマコス倫理学』におけるアリストテレスの指摘に対応したも
 のである。アキナスは、アリストテレスの次の言葉を引証する。「こ
 れらのことがらに關しては、経験あり、年功を積み、思慮ある人びとの
 判断を、論証的なことがらにおとらず、論証しえない主張や見解におい
 ても、尊重しなければならぬ」⁸⁴。そしてここから、アキナスに
 おいては、自然法の諸原理からの結論としての「万民法 (*jus gentium*) 」
 と、それぞれの国がみずからに適當とするところを個別的確定によつて
 自然法から導き出した規則としての「国法 (*jus civile*) 」という、人定
 法のふたつのカテゴリーが説かれることになるのである⁸⁵。

他方、イングランドのコモン・ローヤーたちにとつても、「法が理性
 である」ということは、共通した前提であつたが、しかし問題なのは、
 具体的に何が法として理性的なものたりうるか、をどのようにして決定
 するかであつた。たとえば、一六世紀のコモン・ロー法学者でルネサン
 ス人文主義とローマ法の影響をつよく受けていたセイント・ジャーマン
⁸⁶も、「法」の内容が具体的に導出される仕方を二つに分けて考えてい

る。かれによれば、「理性の法」と呼ばれるものには、自然法からの論証による「第一次的な理性の法 (*lex rationis primariae*)」と「慣習のなから得られる」第二次的な理性の法 (*lex rationes secundariae*)」とがあるのだという⁷⁾。また同様に「この点に関して、一七世紀初期のコモン・ローヤーで、ローマ法と教会法の両法についての高い学識を備えていたことで知られるドッドリッジも次のように説明している。法の根柢あるいは命題の「真实性 (Verity)」、これは、「反駁することのできない必然的 (necessary) なじしは既知の真理 (truth)」を意味するものと、「偶因的な真实性 (Contingent Verity)」と「蓋然性 (Probability)」を意味するものがある。ドッドリッジは、これを先のセイント・ジャーマンの区別にならって、前者のものを「理性の一次的結論 (Primary Conclusions of Reason)」と呼び、後者のものを「理性の二次的原理 (Secondary Principles)」と呼ぶ。このうち必然性に立つ「理性の一次的結論」の方は、「まさに自然それ自体の光によって」、「あらゆる人間の精神に刻み込まれて」おり、その意味ですべての人びとが自然理性によって理解可能な「一般的 (general)」なものであるが、蓋然性に立つ「理性の二次的原理」は、自然理性によっては認識することのできない「大変な困難さ」を抱えており、それは、あくまでも「イングラントの法における論証の流儀と様式に依存している」ものなのであると、ドッドリッジはいう⁸⁾。

以上のようなイングランドのコモン・ローヤーに見られる法における

理性概念の区別は、自然法からの「論証的」な導出と、自然法からの「確定的」な導出という、トマス・アクィナスの立てた先の区別に対応するものであったといつてよい。このように、必然的で論証可能な「第一次的な理性の法」とは区別された、蓋然的で確定的導出を要する「第二次的な理性の法」は、それぞれの地域的情況との関数で決まるものである以上、そこには本来的に「偶因的」性格が存在し、自然法からの一義的導出の様式だけでは、法の理性をすべて説明することはできない。この点は、当時のイングランドのたいていのコモン・ローヤーによって明確に認識されていた。「理性」(あるいは自然)からの導出は、それが論証的なものによる場合は、時と場所を越えて普遍的なものでありえた(アクィナスにとって実定法のこの部分は「万民法」とされる)。しかし、確定的導出による場合(アクィナスにとって実定法のこの部分は「国法」とされる)、それぞれの「状況」との関連で、多様な結論が可能であった。具体的にとどのような形式の法が、個別の国において施行されることになるのかは、論証によって一義的に決定することのできるものではなかった。イングランドのコモン・ローは、この課題を、まさに「慣習の古来性 (Antiquity)」によって担わせたのである。コモン・ローのなかで、理性から論証的に厳密な形で導出しえない、個別・確定的導出にあたる部分が、古来より継承された「慣習」によって準備されるものと考えられたのである。すでに第一章で確認したように、アクィナスの法思想の枠組みのなかにイングランドの「古来の慣習」を機能的に組み入れ

たフォーテスキューの言説も、以上のような文脈で理解することができるものであった。

このように、論証的理性だけでは、実定法の自然法からの導出を十分に説明することはできないがゆえに、もし多様な現れをとる実定法を自然法と一致させようとするならば、論証的理性（すなわち自然的理性）を補足するなんらか別の手段を定式化する必要があるという点については、アクイナスもフォーテスキューも、また一六世紀のセイント・ジャーマンや一七世紀のドッドリッジもみな了解していたものと考えられる。それは、経験に基づく叡智や種々の学識を駆使しながら行われるより実践的な判断、賢慮、熟慮などを意味する理性概念であった。イングランドのコモン・ローヤーはこうした理性概念を、「技巧的理性」と呼んだのであった。それゆえ、この技巧的理性によって、イングランドの所与の文化的諸条件に適合するよう「確定的」導出によって具体的な諸形式を伴って定立されたコモン・ローが、まさに自然法から「論証的」に導出される万民法と同様に、自然法に適った合理的な法であると見なされるのが可能なのであった。このように、前期ステュアート期のコモン・ローヤーが「技巧的理性」という名称で呼んだ理性とは、単なる論証・推論では導き出すことのできない法の具体的内実を、慣習のなかから個別・確定的に導き出す能力のことであったと理解することができよう。こうした理解に立つがゆえに、ヘドレイは、コモン・ローを「理性と慣習」の二つに依拠させ、一方の「理性や悟性（reason and

understanding）」はより普遍的であるのに対して、「言語や言説（language and speech）」はより「多様で差異に富んでいる」として、そして両者の総合において「コモン・ローの「確実性」を説明するのである⁸⁰。かれによれば、「コモン・ローが「是認された格律や準則」に依拠した理性の「必然的帰結」であらねばならないとしても、それは「理性のみによって証明することはできない」のであって、「慣習と理性の結合」によって証明可能なものだという⁸¹。さらに、ヘドレイは次のようにも説明している。「法の理性」は、「肯定的な論拠（affirmative argument）」（肯定命題）に基づく側面と、「技巧的な論拠（artificial argument）」に基づく側面とがある。すなわち、法の理性は、「誰びとも否定ないし論争することのできない諸々の法の根拠および格律から」理性の必然的帰結として技巧的に導き出される側面と、「格律と同様に明確な法となりえる、明白かつ周知の事例（plain and familiar cases）」から直接に導かれる側面とがあると。たとえば、妻は亡夫の遺産の三分の一を相続する というケースは、「理性のみによって証明することはできない」。理性が証明できるのは、妻には夫の死後、生活を維持するために「相当の比率（reasonable portion）」で遺産相続が認められるべきである、という点だけである。「相当な比率」がどの程度のものであるかについて、理性によって一義的に確実な結論を導き出すことはできない。それゆえ、この「不確実性」を一定の「確実性」へと還元するすなわちこの場合には「三分の一」、唯一のものこそ、「王国の慣習」

なのであり、両者がそろってはじめてそのケースが法となるのだと。しかして、その法の「効力」それ自体は、慣習ではなく、理性から生まれしているのである」と⁹¹。

この意味で、「技巧的理性」とは、「コモン・ローの「慣習」と、自然法の「理性」との一致を可能にするレトリックとして働いているのだともいえよう。言い換えれば、それは、「不変の理性」と「変化する慣習法」との間を架橋するものでもあった。前述のところすでに、「技巧的理性」とは、法における合理性の結晶化としての「格律」を理解する能力であると指摘しておいたが、まさにこの「格律」自体が、本稿でわれわれが確認してきたように、「不変の理性」と「変化する慣習法」との間を架橋するものであった。この意味で、「技巧的理性」と「格律」は、慣習と理性とを媒介するための同じ機能的な構成要素であったと見なすことができるであろう。それゆえ、「技巧的理性」(あるいはまた「格律」)とは、「善きかつ有益なもの(good and profitable)」となりうるよう、幾世代にもわたって繰り返し洗練されてきた、「理性の技巧的な完成」なのであった。たとえば、クックはこういつ。

「このも、理性は法の生命である。否、「コモン・ロー」それ自体が、理性にほかならないのである。それは、長い研究と観察と経験によって達せられたところの、理性の技巧的な完成として理解することができる。それは、あらゆる人間が持つところの自然的理性ではな

い。なぜなら、「誰も技能を備えた者として生まれはしない(Nemo nascitur artifex)」からである。この法の理性は、理性の集積(summa ratio)である。そしてそれゆえ、もし多数の頭脳に分散する理性をすべてひとつに統合したとしても、それでもなおイングリッド法のような法を創ることはできない。なぜなら、何世代にもわたる時代の継続のなかで、威厳と教養のある無数の人びとによって、また古きそのような完成にいたるまでの長い経験によって繰り返し洗練されてきたものなのである。… < Neminem oportet esse sapientorem legibus > とあることく、何人も法よりも賢明であるべきではないのである。法とは、理性の完成なのである。⁹²。

こうした技巧的な完成としての理性であってはじめて、「コモン・ロー」の法的営為を担うことができるとされたのであった。それゆえ、先のドゥドリッジは、こうした確定的導出を必要とする「理性の二次的原理」としての法の諸原理について、こう言及したのであった。

それらは、自然の光によって十分に知ることのできるものではなく、他の手段によって知ることのできるものである。たしかにそれらは、強度な蓋然性を包摂しているがゆえに、確認するのにそれほど多大な論証を必要とするわけではないけれども、しかしながら、… 適正な熟慮(due consideration)なしに初見で理解されるものではない。

すなわち、その大部分は、法の研究と考察を職業とするような人びとにのみとくに知悉されるものである。^{93。}

その場合の理性とは、技巧的理性なのである。それは、知恵と教養と長い経験によって人間の営為に熟練したところの理性なのである

94。

このような理性は、先の「個別確定的導出」を可能とするために、法についての十分な知識を獲得し、それと同時に他の合理的な諸学問に関する教養にも深く通じていることを前提とするものである。すなわちそれは、慣習としての個別具体的な判例と、他の諸学問の合理的な諸根拠とを勘案しながら、法における理性の結晶化としての「格律」が具体的に何であるかを「判断」するところの、極めて高度な熟練を要する「技術(art)」とも呼びうる能力であった。

ここでわれわれが第二章においてすでに考察した個別具体的な事例と一般的な原理とを整合させようとするコモン・ローの思考様式をもう一度思い起こす必要がある。すなわち、法における「理性」の追求にあたって(すなわち法の「格律」の形成にあたって)、一方に、合理的な諸根拠、諸規則をおき、他方に、判例法としての個別具体的な判例をおいて、この両者を協働的に機能させようとする思考様式は、まさにこの「技巧的理性」によって担われるべきものとして、あるいは「技巧的理

性」の働き方それ自体として捉えられることになるわけである。

そして最後に改めて指摘しておくべきは、このように理性ないしは自然を、自然的理性に相当する一次的なものと、人民の集合的行為の集積から派生する二次的なものとに区別する見方そのものは、スコラ学に立脚した中世ローマ法学の伝統的な知の枠組みであり、それはバルトルス派において特に顕著であったし、さらには国際法を原理的に基礎づけた近世のグロチウスに至るまで広く共有されたヨーロッパ共通の政治言語であったという点である。^{95。}したがって、たとえばクックがジェームズ一世に対して、国王の自然理性によるコモン・ロー理解を否定する際に用いたように、特殊イングランド的なコモン・ローの知の様式を擁護する目的でしばしば用いられている「技巧的理性」の概念も、その思考枠組みそのものは、当時の大陸ヨーロッパの政治言語ないし法言語の伝統のなかで展開されていたという点は重要である。前期ステュアート期のコモン・ローヤーが「古来の国制」論を展開するなかでしばしば用いた技巧的理性という一見、特殊コモン・ロー的な概念も、彼らが展開したその思考を綿密に分析するとき、そこにはやはり、われわれが第二章で確認したように、スコラ学的理解とローマ法学の知的伝統の受容が確認されるのである。

(三) 共通善と必要性の概念

「つじした」技巧的理性」の観念は、より広い文脈に位置つけて言うならば、*「おきりかた」*「実践理性 (*ratio practica*)」の系譜に属するものといつたよ。そこでは、「合理性 (*reasonableness*)」の問題は、「共通善 (*common good*)」「おきり」必要性 (*necessity*)」の観念と密接に関わりを持つこととなる。

すでに示したように、コモン・ローにおいて何が合理的であるかは、ある程度まで、「状況」に依存するものであった。たとえばクックは、「合理的 (*Rational*)」であることの説明として、それは法が「一定のものではなく、状況 (*circumstance*)」に鑑みて理性によって適格化される」ことを意味するものであると指摘している。¹⁰⁰。つまり、コモン・ローのなかで追求される合理性は、変化する「状況」のなかで、「何が合理的であるのか」、その合理性の内実自体が変化するという特徴を本来的に帯びているのである。それは、第五章で考察するように、選挙権の自由をめぐる典型的に確認されることである。つじしたコモン・ローの合理性の観念は、一方でコモン・ローが、時の検証を経るなかで、不便 (*inconvenience*) を引き起す、善きかつ有益なもの (*good and profitable*) として繰り返し洗練されてきたものなのだという前述のコモン・ローヤーの主張とも関係してくる。たとえば、クックはこう、「法とは理性の完成である。それは、有益で必要なものを命じ、その逆のものを禁止するものである : *Lex est ratio summa, quae jubet quae sunt*

utilia et necessaria, et contra prohibet」¹⁰¹。かれによれば、法とはまさに「理性」を意味するものであったが、それは「有益で必要なもの (*utilia et necessaria*)」として観念を基準に判断されるものであった。このような合理性の観念は、当然、そこに一定の「共通善」の存在を前提としてはじめて成立するものであることは言いつまごもない。テイウイスの次の言葉はこの点を明確に言及している。「共通善 (*common good*)」にとって何が最善であるかについての長期にわたる経験と数多くの検証こそが、コモン・ローをつくったのである」¹⁰²。またヘドリュも、コモン・ローに理性を賦与する「時と経験の叡智」による「検証」とは、「コモンウェルスの一般的善 (*general good*)」の観点からなされるものだと指摘している。¹⁰³。ヘドリュ「コモン・ローの目的とは、コモンウェルスの善」¹⁰⁴であり、コモン・ローの「原因とは、必要 (*necessity*)」¹⁰⁵であること主張した。つまり、コモン・ローにおける理性ないし合理性とは、コモンウェルスあるいは人民の「共通善」から生じる「必要性」に適しているか否かであったとも言いつるのである。したがってそこでは、「合理的なもの」の決定は、「共通善」の存在を前提とし、共通善という目的との関連で「有益なもの」、「必要なもの」を判断するところに存するのであった¹⁰⁶。

このように、コモン・ローヤーにとって法とは、J・R・ストナーが指摘するように¹⁰⁷、紛れもなく、アリストテレス以来の伝統的な「実践的 (*practical science*)」の系譜に属して思考されていったことよ。

ここにも、明らかにこの時代のコモン・ローヤーが大陸ヨーロッパの知的パースペクティヴを獲得しながら、コモン・ローの法的思考を営んでいたことが読み取れるであろう。

伝統的な実践学の系譜に位置する「コモン・ローヤーたちの「合理性 (reasonableness)」と「必要性 (necessity)」の関係をめぐる思考様式をよりはつきりと浮かび上がらせるために、ここでわれわれは、再度便宜的に、トマス・アクィナスのスコラ学の体系を参照しておくことにしよう。そうすることで、改めてわれわれは、当時のコモン・ローヤーの言説が、中世ローマ法学を含むスコラ学の知の延長線にであったことを理解できるであろう。

さて、アクィナスの哲学のなかでも「法」は、きわめて本質的な役割を担うものとされているが、それは、法が「人間生活の究極の目的」である『至福』に関する事柄を考慮するもの「だからである。その意味で法はすべて「共通善」に秩序づけられたものとされていた。それゆえ法の事柄に関する理性は、「必然的なもの」を理解する自然理性ではなく、「必要なもの」を判断する実践理性であった。この点をアクィナスの言説のなかから確認しておこう。

「必要な (必然的)」「ということとはふたつの意味でいわれる。すなわち、そのひとつは、端的に必然的なもの、つまりそれ以外の仕方ではありえないところのものである。この意味で、必然的なもの

のは、人間的判断の下にあるものではなく、したがってこの種の必然性は人定法に属するものではない。もうひとつは、さらに、あることは目的の実現のために必要 (necessarium) なのであって、この種の必要性は有用さと同じことである¹⁰⁴。

アクィナスは、実定法 (lex positiva) の特質を検討し、定義するにあたって、イシドールスの『語源集』第五巻から次のように引用している。

法は貴く (honestus) / 正しく (iustus) / (服従) 可能であり、自然本性と国の慣習にかなない、時と場所に適合し (convenientis) / 必要で (necessaria) / 有用であり (utilis) / また曖昧さが欺瞞への道を開くことのないよう、明瞭なものであり、けっして私利私利のためにではなく、市民たちの共同的福祉 (utilitas communis) のために制定されたもの、であるべきだろう¹⁰⁵。

このように法が実践的理性の領域に属する事柄であり、その合理性も「時と場所とに適合し、必要で、有用で」あることに求められるとすれば、それは、なんらか共通の目的に秩序づけられていることを前提とする。

思弁的理性 (ratio speculativa) にしたがえば、第一の論証不可能なる根源への分析によるのほかは、何事も不動の仕方では確認される

ことはないが、それと同じく、実践的理性 (*ratio practica*) による場合には、究極的目的 これは共通善 (*bonum commune*) にほかならない への秩序づけによるのほかは、何事も不動なる仕方
で確立されることはない。しかるにかかる仕方では理性をもつて確証
される事柄は、法の理性 (*ratio*) を有するものである 100。

一七世紀のコモン・ローヤーたちの「合理性」の概念も、こうした伝統的な実践学の理解の上に立つものであったといつてよい。コモン・ローヤーたちにとって、法学とは、まさに実践学の最たるものであった。ここでは、先のデイヴィスやクックの言説に象徴的に表れていたように、「共通善」を前提とした効用あるいは功利の観念が本質的に働いている。もつとも、ここでいう効用とか功利は、近代的な「功利」の概念とは明らかに異なつたものであるという点にも注意せねばならない。それは後のベンサムに見られる近代の功利主義が理解していたような政治社会を構成する個々人の善の総和としての「量的」な価値ではなく、すでに示してきたように、究極的には人間生活の究極の目的たる「至福」に関わる事柄であり、その意味で「善き生」の実現に関わるきわめて「質的」な観念にほかならなかつた。こうした合理性をめぐる効用あるいは功利の特徴は、インクランドのコモン・ロー、あるいはコンスティテューションナリズムのなかに一貫して看取される構成的な特徴であるといつてよい。コモン・ローヤーたちにとって、こうした「効用」の観念に立つて、

その時々、それぞれの状況のなかで、何が有益で必要なものであるか
といつことを見極める能力こそが、先述の「技巧的理性」なのであつた。

他方、コモン・ローヤーによるこの観念の強調は、実はかれらにとつて重要な政治的意味を持つものであつた。すなわち、何が「合理的」であるのかを「共通善」およびその「必要性」の観念に照らして判断するという、こうした効用ないし功利の原則は、当時の政治社会にあつて極めて微妙な、しかし決定的な問題を孕んでいたのである。そこには、「共通善」「必要性」の観念をめぐる、絶対主義者とコモン・ローヤーとの間の解釈上の相違が存在しており、この相違は国制の基本構造にかかわる重大な帰結を孕んでいた。そもそも、コモンウェルスあるいは人民の「共通善」「必要性」という観念は、コモン・ローヤーにとっては両刃の剣であつたといつてよい。それは、続く第四章において後述するように、国王がみずからの国王大権、とりわけ戦時のような非常時における国王大権の絶対性を主張する際の根拠ともなつていたからである。絶対主義のイデオロギーから言えば、国王大権とは本来的に、コモン・ローおよび議会制定法による法的制約を離れて、「公共善」に照らして自ら「必要」と判断したところにしたがつて自由に統治にあたることのできる性質のものと考えられていた。少なくとも有事の際の国王の大権は、そうでなければならなかつた。それは、国王の「特権」と同時に、王国の安全と富裕を維持するために、国法よりも上位の自然法によつて国王に課せられた「義務」なのだと言張された。ジェームズ一世は、統

治者は国王大権を濫用するべきではなく、「必要性が要請するところ」¹⁰⁷において行使されるべきものと述べた。

しかしながらこうした主張は、第四章で詳述するように、庶民院のコモン・ローヤーにとって、公共善からの必要性を根拠として、国王大権が、「国土の法」であるコモン・ローの制限から離れて、みずからの意思に従って自由に統治することを可能にする絶対君主制の論理へと道を開くものだと考えられた。コモン・ローヤーにとって、「共通善」と「必要性」の観念は、いかなる形であれ、国王大権がコモン・ローを無効にする根拠となってはならないのであって、国王大権はあくまでもコモン・ローのなかに定礎される必要があった。それゆえ、こうした「共通善」と「必要性」の判断も、時の叡智による検証を経てコモン・ローのなかに具現化された法の原則に収斂させねばならなかったのである。たとえば、ヘドレイは、この「共通善」のもっとも端的な例となる「人民の安全 (*salus populi*)」¹⁰⁸という観念をめぐる次のようにいう。「あらゆる人びとが知っているような究極の明白さ」である「人民の安全こそ至高の法 (*salus populi suprema lex*)」¹⁰⁹という法格言がイングランドにおいて本来、意味するところは、コモン・ローが「コモンウェルスにとって善きものとなり、適したものとなるために」、まさに人民によつて「古来より是認されてきた合理的な慣習」¹¹⁰なのだという点にこそ求められなければならない、と¹⁰⁹。つまり、コモン・ローヤーの思考様式のなかにあつては、共通善や必要性という契機も、コモンウェル

スあるいは人民にとって善きもの、有益なものとして受容・準拠されてきたという、先の「時の検証」あるいは「歴史的通用性」の観念のなかに組み込まねばならなかったのである。それゆえ、ヘドレイは、国王の権力についても、「時」と「時」によつて確認された法¹¹⁰こそが「国王とその法的権力」を確立したのであると主張する¹¹⁰。

いずれにせよ、こうしたコモン・ローヤーが描く理性概念は、時間と場所を超越した抽象的・普遍的な近代の啓蒙的理性とは違った、実践(プラクシス)と本性上、密接に結びついたもう一つの理性、すなわち「実践理性 (*ratio practica*)」¹¹¹の系譜に属するものであることは指摘しておきたい。あるいはわれわれはそれを、所与の共同体において通用している歴史的・文化的な諸条件としてのエートス(すなわちわれわれが「共通感覚 (*sensus communis*)」¹¹²と通常呼ぶもの)に基礎を置いた、アリストテレスのいう「賢慮 (*phronesis*)」¹¹³の観念をもつて理解することもできるであろう。

(四) 自然と慣習と人為の観念

コモン・ローの思考様式においては、これまで確認してきたように、理性あるいは合理性の概念にしても、また共通善・必要性の観念にしても、およそ政治的に重要な問題はすべて、歴史的連続性のなかに還元さ

れてはじめてその正統性を獲得するものと考えられていた。ここに、イングランドのコンスティテューションリズムに固有の特徴を確認することができよう。こうした思考様式あるいは歴史感覚の背後には、おそらくより一般的に「自然的なるもの」についての特有の感覚が働いているように思われる。そしてこの「自然的なるもの」の意識は、同時に他方で、人間が行う「人為的なるもの」一般についての意識と密接に関連している。イングランドのコモン・ローの思考のなかには、この「自然的なるもの」と「人為的なるもの」をめぐる思考が重要な働きをなしているといつてよい。ここでは、こうしたコモン・ローの思考様式における「自然」と「人為」の観念を、近代自然法思想との対比において若干の検討を試みたい。「自然 人為」の評価において、近代自然法思想と、中世自然法の延長線上に慣習的な歴史の世界を結合させたコモン・ロー思想とはまったく対照的であり、そしてこの評価の差異は、とりもなおさず政治社会の成り立ちをめぐる思考においても決定的なコントラストを描くことになるからである。

たとえば、後の一六四〇年代の内乱期のレヴェラース（平等派）に見られるごとく、自然法とそれにもとづく自然権によって人民による「自然」への訴えがなされる場合、それは多かれ少なかれ所与の「伝統」の否定の上に立つユートピア的性格を帯びることとなる。つまり、ここで「自然」とは、伝統に由来する「現にあるもの」を非難し、否定するための基盤であり、論者の観念のなかで構想された「あるべきもの」の

次元において政治社会を構築する現実超越のための基盤であった¹¹¹。それゆえここでの「自然」は、必然的に、「現にあるもの」の否定の上に「あるべきもの」を創造する人間の主体性と作為性を前景へと押し出し、政治社会の新たな秩序の「設立」と結びつくことになる。ここには人為すなわち人間の作為は直ちに、「自然」に由来する創造的行為として肯定的に把握される。こうした思想の現実化した端的な例を、われわれは、革命期のレヴェラースによる『人民協定 (Agreement of the people)』という契約に基づいた新たなコモンウェルス設立の試みのなかに確認することができるであろう¹¹²。そこで「自然」とは、その自然に由来する自然権 (natural right) を有した個人 (the individuals) としての「人民 (the people)」、それはもはや全体としての「コモンウェルス」と等価のものではないが、まさに「本人 (author)」となり、「主権 (sovereignty)」を構成して、政治社会のあらゆる事柄のオーソリティーとなるための概念として機能した。

これに対し、コモン・ロー理論のなかで把握された「自然」の観念とは、すでに示したように、「時」の観念と密接に結びついていた。そもそもコモン・ローの思考様式のなかにあつては、「人為」あるいは人間の「作為」は、それが人民によるものであれ国王によるものであれ、それ自体が何らか他のもののオーソリティーを形成しうるような契機を含むものとはみなされず、むしろどちらかと言えば、その限界性の自覚に下にながティブなものとして捉えられる傾向にあつた。ここでは、そう

した「人為」が、いかにして「自然」へと基礎づけられるのが常に問われていたのであり、この「人為」と「自然」を結ぶ位置に、実は「慣習」あるいはより正確に言えば「時」が設定されていたのである。言ってみれば、「人為」「慣習（あるいは時）」「自然」という形式がそこにはある。それゆえ政治社会の基礎づけのあり方に即して言えば、「超記憶的」な「時」による検証を経たところの国制、言い換えれば過去の幾多の時代の叡智により繰り返し洗練され、事実の上でコモンウェルスおよび人民に適っているとされる国制、こうした古来の慣習に由来する国制こそが、じつに彼らにとっては「自然」と呼びうるものであった。「コモン・ローヤーにとっては、「時」の試練を経た合理的な「慣習」こそが、まさに「自然的なるもの」にほかならなかつたのである。この点を端的に表現しているのが、先のデイヴィスの言葉であろう。彼はいう。

ある合理的な行為がかつて行われ、それが人民にとって善きかつ有益な (good and profitable) ものであり、そしてそれらの性質と性向が同意可能なものであることがわかると、彼らは何度もくり返しそれをを用い実践する (use & practice) ようになる。そうしてその行為が頻繁に反復され、増幅されていくことによって、それは慣習となり、そして古来より間断なく連続していることによって、それは、法としての効力を獲得するのである ¹¹³。

つまり「人為」は、いかにそれが合理的なものと思われようと、それ自体が直ちに何らかのオーソリティーを形成することはできないのであり、人民とコモンウェルスにとって「善ききもの」であり「有益なもの」であることが幾世代にもわたって経験的に証明され、そこに人びとの慣用・慣行という形式での同意・受容がおのずと生み出されることによって、法の根拠としての合理性が承認されることになる。また、「あらゆる慣習は理性から生じている。それは継続的な慣用によって生み出されたものである」との、一六二八年議会でのリトルトンの言葉も、長期の継続性をもつ慣習が人為を自然の理性へと近づけるといふ同様な意味において理解することができる ¹¹⁴。このように、「人為」は「慣習」となることによって、「第二の自然」となるのである。「慣習」とは第二の自然である (*consuetudo est altera natura*) ¹¹⁵ との言葉がこのことを端的に物語っている。このように「人為」の持つ恣意性を克服し、それをより「自然的なるもの」へと基礎づけるところに、「時の検証」を受けた「慣習」の機能が存在しているのである。このように、「人為」「慣習」「自然」という構成は、歴史的な継続性を本質とした思考様式であるといつてよい。ここに、「時」こそがあらゆるもののオーソリティーであるとして、「コモン・ローを「時の作品」として捉える前期ステュアート期のコモン・ローヤーたちの理解が成立するのである。すなわち、ヘドリーの言葉で言えば、「時」こそが「あら

ゆる人間の知恵、教養、知識の本源 (author) 」となるのである¹¹⁶。

これに対して、君主の意思にもつじた命令は、人民の自由意思 (free will) の場合と同様、いかにそれが自然法に直接依拠するものであると主張されようと、コモン・ローヤーにとっては、突き詰めるところ個別の「人為」の産物にほかならず、「それが人民の本性と気質に適っていて、同意可能であるかどうか、また何らかの不便が引き起こされはしないのかどうか、試練と検証を受ける前に、臣民に対して課される」ものであるがゆえに、つまり「時の検証」を経ていないがゆえに、直ちに正当なものともみなされるわけではないのである¹¹⁷。

このようにして、イングランドの共同体を、個々の政治的行為主体を超えた歴史的連続性において捉えることにより、「人為」の限界性と、「人為」相互間の問題の克服（慣習とはまさに相互主観的な受容を意味する）をはかるうとするところにコモン・ロー思想の特徴があるといつてよい。このような共同体の歴史感覚と共通感覚に根ざした「自然」概念は本質的に、「現にあるもの」としての既存の秩序そのものを前提とするところにはじめて成立するものであることはいうまでもない¹¹⁸。

これに対して、近代の知とは、ホッブズ、レヴェエラースにせよ、あるいはフランス革命にせよ、この「人為」「慣習」「自然」という形式を、「自然」「人為」という形式に置き換え、「慣習的なるもの」を排除するところにあつたといつてもよい。それは、「慣習」という契機が、現に存在する伝統の連続性を前提とする限り、既存の「身分

制秩序」を擁護する形で作用するものにほかならなかつたからである。

「時」の観念を本質的な思考様式として措定し、そこから正当性の根拠を定立しようとする思考は、必然的に、「時」の産物としての慣習のなかに現に存在する身分制秩序の正当化と深く結びつかざるをえなかつたのである。

以上のように、「自然」は「慣習」との対比で、「慣習」は「自然」との対比で、微妙のニュアンスを含んでおり、それは人為もしくは人為的秩序に対する対照的な評価をもたらす。「自然」の現象と比べると、「慣習」は、人びとによつて築かれたものであるから、人為的な産物であり、いわば「つくられたもの」としての性格をもつ。その限りで見れば、「自然」と「慣習」は対照的で、二元的でさえある。しかしながら他方で、立法という行為と比べれば、「慣習」は、同じ人為性をもつとはいへ、その営々たる形成のゆえに、むしろ人間社会の「自然」なる営みに沿つて「できあがつた」あるいは「なりたつた」ものといえる。その限りでは、「慣習」には、むしろ人為性は希薄で、かえつて「自然」に近くなるといえよう。いわゆる「慣習とは第二の自然である」と言われるゆえんである。

「自然」と「慣習」をめぐるこうした両義的な関係は、政治社会の秩序の説明において、ふたつの型を準備することとなる。すなわち、先の後者の関係性において捉えるならば、すでに本稿の「コモン・ロー」の考察でわれわれが見てきたように、慣習の「できあがつた」あるいは「なり

たった」という「生成」の自然性を強調することにより、法の効力あるいは合理性を、自然との類似において把握する思考法が導き出されるであろう。それは、人為的な立法の制約につながるると同時に、「現にある」既成の伝統的秩序の正当化へもつながる保守主義的な思考ともいえる。他方、先の前者の関係性に立つならば、自然を、「現にある」秩序としてよりは、むしろ「あるべき」規範において捉えることにより、「現にある」「伝統・慣習を批判・否定し」「あるべき」自然に沿って、秩序を「つくる」という、近代自然法的な革新の発想が導き出されるであろう。このように、自然の觀念の違いによって、ときには生成された伝統的秩序を正当化し、その限りで人為を制約する、という保守主義的な思考様式で働くこともあれば、ときには反対に、伝統的秩序を批判し、あるべき規範に沿って秩序を作為する、という近代自然法主義的な思考様式で働くこともあるのである¹¹⁹。その意味で、保守主義的思考と近代自然法的思考とを分かつ転軸点の一つは、「自然」をどう捉え、概念化するかという「自然の觀念」の性格の違いにあるといつてよいだろう。

(五) 「コモン」の意味内容 言語分析の観点から

ここでは、これまでわかれわかれがコモン・ローの思考様式について確認してきたところを基にしつつ、「コモン」という言葉の意味内容について

での確認作業を試みておきたい。「コモン」という形容詞は、元々それが意味していた「王国共通」という意味を越えて、この当時、非常に多義的な用語であったといわねばならない。この「コモン」という表現は、当時のイングランドの政治社会において様々な用語のなかに織り込まれて用いられており、ある意味でこの「コモン」という表現の意味をどう解釈し設定するかは、その政治的言説の持つ意味を決定づけたといつても過言ではない。たとえば仮に、「理性」「法」「権利(正)」「政治社会の構成主体」という分類に即して見た場合にも、「共通理性(common reason)」「コモン・ロー(common law)」「コモン・ライツ(common right)」「平民(commonalty, commoner)」等といった用語を確認することができる。このように、当時のイングランドの政治社会にあって重要な政治的事柄は、この「コモン」という形容詞を伴つことによつて基礎づけられることが多かった。そして、この「コモン」の意味するところは、必ずしも一義的な明証性を持つものではなく、多分に曖昧さを伴いながら、かなりの柔軟性を持つて用いられていることも確かである。たとえば、「コモン・ライツ(common right)」と「権利(正)」も、政治社会の成員としての「平民(commonalty)」も、その内実についての解釈は必ずしも一義的なものではなく、その時々々の政治状況のなかで変化するという曖昧さを帯びていた¹²⁰。また本稿の考察のなかでも幾度か登場するやうに、この時期のコモン・ローヤーの言説のなかで、*natural equity* に相当するようである種の公理のような形でし

ばしば言及されている *Common right and reason* という重要な基準にしても必ずしも明確な概念とは言えない。いずれにせよ、政治社会の中核的な事柄を「コモン」という表現の下に収めて思考しようとする点には、イングランドの政治的な思考様式の大きな特徴であるといつてよい。それゆえ、いずれの語用の場合にも、こうした表現における「コモン」の含意を、その時々々の歴史的文脈のなかで読み解いていくことは、その政治言説あるいは政治言語としての意義を正確に確定するうえでおそらく不可欠の作業となる。そこでここでは、これまでわれわれが確認してきたコモン・ローの思考様式を前提に、「コモン」という用語をもつて当時のコモン・ローヤーたちが理解していた微妙な意味内容の確認を試みておきたい。そのなかで、この時期にコモン・ローヤーにおいて志向されていた「一般性」の意味するところが明らかになるであろう。

まず第一に、「コモン」という形容詞は、「慣習」との関連で見えてきたように、特定の地域に限定された「個別の慣習」に対して、「王国全体におよぶ一般的慣習」を指すものとして用いられる。この意味で、「コモン」とは *particular* に対置され、*general* と同義であった。それは「王国全体」という領域的な意味で「コモン」、つまり一般的・共通的であった。この点は、当時のコモン・ローヤーがコモン・ローを説明する際に通常その冒頭で言及している、「コモン・ローの歴史的成立における元々の意味であった。

また「コモン」という言葉は、「書かれた法 (*written laws*)」として

の「成文法 (*lex scripta*)」、あるいは「制定された法 (*enacted laws*)」としての「実定法 (*lex positiva*)」に対置される¹。いわゆる「不文法 (*Jus non Scriptum*)」²という観念とも密接に結びついていた。およそ制定法なるものが、その性質上、特定の目的の下に特定の規範としてつくりだされた、いわば「個別法 (*a particular law*)」³であるのに対し、また主として資格ある作成者 (*author*) による「制定」という事実上の効力の根拠を求めるのに対し、「コモン・ローは、不文法として」⁴布告される以前から存在している法⁵、すなわち、いかなる制定行為にも先んじてあまねく存在する法であるという点で「コモン」であったのである。この不文法ゆえの、先んじてあまねく存在するという普遍性の特質にこそ、じつは同時にもう一方で、自然法、神法に即した「理性」と繋がるゆえんがあったといつてよい。実際、たとえばデイヴィスは、「不文法」と「共通法」という要素を軸にして、「コモン・ローと自然法とをパラレルに論じていた。「法の効力を獲得した慣習」というのは、つねに不文法 (*Jus non Scriptum*)」である。「コモン・ローもまた、人間の「記憶 (*memory*)」のなかにもみ記された「不文法 (*Jus non Scriptum*)」であり、かつ「共通法 (*Jus commune*)」であるともされている。それゆえコモン・ローは、同様に人間の「心 (*hart*)」のなかにもみ記された「不文法 (*Jus non Scriptum*)」⁶、かつ「共通法 (*Jus commune*)」⁷として呼ばれている⁸。この「自然法」と比肩するほどの卓越性を持つているのである⁹。このデイヴィスの説明にお

いては、「コモン・ローと自然法にどちらも *Ans* という言葉があてがわれていることから明らかのように、「コモン・ローとは、自然法と同様、普遍的規範としての法であると意識されていたのである。」

こうして「コモン」という用語には、その解釈上の意味内容から言って、自然法や神法とも密接に結びついた普遍的規範としての合理性の觀念が伴っていたといえよう。コモン・ローの正当性の「根拠」は、このように究極的には、自然法や神法とも結びついた合理性の点にこそあるとされたのである。A・L・グッドハートは、コモン・ローの重要な特徴の一つとして、道徳律との密接な結びつきという点を指摘し、強調しているが¹²⁴、この「コモン・ローに特有の道徳性とは」「コモン・ローの基礎が、普遍的規範たる自然法や神法とも結びついた合理性の觀念に支えられていることと関係していると考えられる。このことは、「コモン・ローをまさに「神法の衡平 (equity) 」との一致において捉えようとする当時のコモン・ローヤーの姿勢のなかに端的にあらわれている。そこででは、「ニコラス・フュラーが指摘するように」「正義と善き衡平 (Justice and good equity) に反する」というのは、まさに「神法の規則 (the rule of the law of God) に反する」ということを意味していた¹²⁵。二つした自然法、神法との一致を背景にした普遍性を想定しようとするがゆえに、たとえばトマス・エジャートンは、「イングランドのコモン・ローは、神の法に基づいており、そしてそれは本源的な自然法や、あらゆるネーションの法一般に及んでいる」と主張することができ¹²⁶、ま

た他方、フュラーは、一六一〇年議会でコモン・ローを「世界のあらゆる国の魂であり髄である」と説明することができたのだといってよい¹²⁷。

このように、「コモン」という表現のなかには、自然法、そして神法にまでおよぶ普遍的な意味合いが込められていた側面があるといつてよい。当時、いわばコモン・ローの法的思考における究極の公理のごく言及されていた *Common right and reason* という觀念も、以上のような普遍的・抽象的な「コモン」の意味合いを含んでいた点に注目する必要がある。たとえば、クックが *Common right and reason* を *natural equity* と言い換え可能な形で用いていたことから明らかのように、そこにはおそらく「正義」とか「公正」といったすぐれて倫理的・道徳的な規範の意識が伴っていたものといつてよい。確かに本稿でも見てきたように、このような普遍性・一般性というのは、「コモン・ローにおける一方の特質であり、それを強調しすぎることはコモン・ローの本来的特質を見誤ることもなる。法の「確実性」に関してヘドレイが、「コモン・ローは、不文法ではあるけれども、それは、もっぱら理性と慣習に基づいている」ことを前提にして論じているように、「コモン・ローを支える基礎は、「慣習」と「理性」の双方にあったのである。いわば「理性」も「時の検証」を経たものでなければならず、単なる「自然理性」ではなかった。しかし、そのヘドレイ自身、この言葉の後を続けて、法の確実性を「理性や知性」という観点から言及しようと

しているように¹²⁸、この時代の特徴はむしろ、法の「一般性」「合理性」を追求していく傾向にこそあったのだという点は見落としてはならないであろう。慣習も「時の検証」を経た合理的な慣習でなければならなかったのである。この慣習をめぐる「合理性」「一般性」のゆえに、ドッドリッジは、「それらは人類の一般的な気質、性質、条件から収集されたものである」とその普遍性を訴えることもできたのである¹²⁹。

このように、単なる自然理性とは明確に一線を画しながらも、慣習を理性に適ったものとして一般化する傾向、すなわちイングランドの慣習のなかに、すべて規範的な「合理性」と「一般性」を追求しようとする傾向こそ、この時期のコモン・ロー解釈の特徴であったといってしまう。まさにこの点において、絶対主義へと傾斜するステュアート王権への対抗から、「臣民の自由」と「法の支配」を理念化しようとしたコモン・ローのラディカリズムとしての解釈が生まれ得る思想的射程が存在したのだともいえる。そして後にも示すように、この時期のコモン・ローが持つそうしたラディカリズムの作用のなかでこそ、広く臣民一般の「自由」の擁護が論じられることが可能となっていたのである。そして第五章で後述するように、そうしたもののなかでも「選挙権の自由」は、とりわけこのラディカリズムを最も鋭角的に表現しているものであったといつてよい。確かに、「こうした一連の「自由」の問題は、イングランド人の「古来の相続財産 (inheritance)」としての権利を確証する」という形式で主張されていたが、しかし同時に「コモン・ローにお

いてその「古来性」が意味するところをめぐってすでに指摘したのと同様、その自由の「古来性」も、多分に存在論的・規範的な意味での「本来性」の観念を伴っていたことに注意する必要がある。

¹ Sir John Doderidge, *The English Lawyer* (1631), reprint, Abingdon, 1980, pp.124-5.

² Sir Henry Finch, *Law, or, a Discourse Thereof, in Four Books* (1625), A Garland Series, Classics of English Legal History in Modern Era, New York and London, 1978, p.77.

³ Sir John Davies, *Le primer report des cases & matters resolves en les courts del roy en Irland*, Dublin, 1615, [STC, 6361], preface, sig.*2 a.

⁴ 「コモン・ローにおいては、慣習や取得時効 (prescription) 等にもよって権利主張は「の田付にもなる擬制において成り立っている」。田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九一年)一八五―一頁参照。なお、この「超記憶的時代 (time immemorial)」の時期については、一般的解釈とは異なる見解を探るべく、Glenn Burgess, *The Politics of the Ancient Constitution: An Introduction to English Political Thought 1603-1642*, London, 1992, p.256, n.60; Corinne C. Weston, 'England: Ancient Constitution and Common Law', in J.H.Burns and Mark Goldie (eds.), *The*

Cambridge History of Political Thought, 1450-1700, Cambridge, 1991, pp.374-411, at p.387. ハジンスらは、一七八九年という日付以前を指す *immemorial* の觀念は後世に作られたフィクションで、内乱期以前にそのした議論を展開した証拠は見られなことを指摘し、むしろそれは一六六〇年以降にこゝろをたと言説だと主張している。

⁵ William Noy, *The Principal Grounds and Maxims with an Analysis of the Laws of England* (1641), reprint, Littleton, 1980, p.52.

⁶ Gerald J.Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986, pp.4-7.

⁷ Davies, *Le primer report des cases*, preface, sig.*2 a.

⁸ 田中英夫編『英米法辞典』、三十七頁参照。

⁹ Noy, *The Principal Grounds and Maxims*, p.52.

¹⁰ *Ibid.*, p.53.

¹¹ *Ibid.*, pp.52-3.

¹² *Ibid.*, p.53.

¹³ Davies, *Le primer report des cases*, preface, sig.*2a.

¹⁴ この点で問題となるのは、従来、一七世紀における「古来の国制」論および古典的コモン・ロー理論の形成において決定的な役割を果たしたとされるエドワード・クックである。彼が明確に議会派の急先鋒として庶民院を舞台に反王権闘争を繰り広げることになったのは、一六一六年に王座裁判所の主

席裁判官の座を逐われることにより、裁判官としての高位役職に復帰する望みが絶たれ、再び庶民院に活躍の舞台を求めた一六二一年議会以降のことだからである。

¹⁵ セルムンは、イングランドの歴史を、イングランドの政治社会のさまざまな集団間、とりわけ国王と貴族との間でなされた一連の闘争の歴史として見なす。そして、その諸党派の間で同意が得られたセッルメントにより、イングランドの歴史はさまざまに変遷してきたのであり、これらのセッルメントこそが、それぞれの時代の法を構成してきたにすぎないのであると考えた。 Cf. Richard Tuck, 'The Ancient Law of Freedom', John Selden and Civil War', in John Morrill (ed.), *Reactions to the English Civil War 1642-1649*, London, 1982, pp.137-161.

¹⁶ クロフトは「コモン・ローを「単なる理性」ではなく、「検証された理性」、すなわち「理性の精髓」として捉え、コモン・ローと議会制定法とを区別する発想を、前回の会期、すなわち一六〇六―七年にかけて開催されたジェームズ一世第一議会の第三会期の審議のなかで、同じ庶民院の「尊敬すべきメンバー」から学んだと述懐する、非常に興味深い発言をしている。この「尊敬すべきメンバー」が誰であるのかを資料上特定する手がかりは見当たらないが、ヘドレイは、この「検証された理性」という觀念をもとに、さらにコモン・ローにおける「時」の言説を發展させていったものと推測される。 Elizabeth Read Foster (ed.), *Proceedings in Parliament 1610*,

2 vols. vol. 1 (House of Lords), vol. 2 (House of Commons), New Haven, 1966, II, p. 175.

¹⁷ *Proceedings in Parliament 1610*, II, pp. 173-5.

¹⁸ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p. 180.

¹⁹ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p. 175.

²⁰ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p. 178.

²¹ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p. 176.

²² 田中英夫『英米法辞典』、六五八 九 五三三頁参照。

²³ William Fulbecke, *A Parallele or Conference of the Civil Law, the Canon Law, and the Common Law of England*, *In Sundry Dialogues*, [with] a *Table of the Principal Points*, London, 1601 [STC, 11415], p. 20ff.

²⁴ たゞし、コモン・バジスは、トマス・アクィナスの大陸のローマ法学の強い影響を受けた「シヤロウトン・ローヤー」の一人として位置づけられる (Burgess, *The Politics of the Ancient Constitution*, pp. 46-8)。なお、バジスは、このシヤロウトン・ローヤーたちのローマ法的性格の「理性」の契機をカテコリーの抽出に強調するコトビ、コモン・ローの古来性と不変性を説いた15世紀のフォータスキューヤ、前期ステュアート期のウィックウ、コモン・ローの古来性と不変性のコトビの「歴史性」を強調した「コモン・ローヤー」と対置させている。しかしながら、このように単に共時的にカテコリー化した見方は、エリザベス期からステュアート期にかけての政治社会の変容

と、それに直面した当時のコモン・ローヤーたちの意識変化を十分に捉え切れていないように思われる。当時のコモン・ローヤーたちの典型的な意識は、ステュアート朝の「絶対君主制」に対する現実的懸念から、エリザベス期に共有されていたルネサンス人文主義的な知、とりわけローマ法観念に基づいた「理性」の契機を、ふたたびフォータスキューヤ的な歴史のテーゼといかに綜合するか、そして絶対主義的性格を帯びたステュアート王権を制限する「確實」なる法的規範を確立しようとするところから考えられるからである。

²⁵ Sir John Fortescue, *De Natura Legis Naturae*, selected by David S. Berkowitz and Samuel E. Thorne, New York and London, 1980, pp. 194, 233.

²⁶ Sir Edward Coke, *The Eighth Part of the Reports* (in John Henry Thomas and John Farquhar Fraser's Edition, 6 vols, Reprint, New Jersey, 2002), 'Bonham's Case', p. 118a. 以下、*8th Reports* 並に略記。

²⁷ Coke, *7th Reports*, 'Calvin's Case', p. 13a.

²⁸ Sir Edward Coke, *The Institutes of the Laws of England, or a Commentary upon Littleton*, Pt. 1.4 (in Francis Hargrave and Charles Butler's Edition, London, 1817), the Second Part, p. 56. 以下、*2nd Institute* 等と略記)。

²⁹ ローマの共和政末期において法務官の告示を通じた形成された「各民法

(法務官法 *lex praetoria*)」の形成や、その延長線上に位置する「万民法 (*lex gentium: Jus gentium*)」の形成におけるキースの自然法や衡平概念の取扱いについては、以下を参照された。柴田光輝「ロー民法」(『法海誌』一、伊藤正司、村上淳、編『法學史』東京大学出版会、一九七六年)、二四頁を参照。

⁸⁹ Guido Kisch, 'Humanistic Jurisprudence', *Studies in the Renaissance* 8 (1961), pp.79-81.

⁹⁰ Donald R. Kelley, 'Law', in J.H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge, 1991, p.77.

⁹¹ トマス・カールは、法曹学院、グレイズ・イン (Gray's Inn) に所属するコモン・ローヤーで、ジェームズ即位後最初に議会が召集された一六〇四年に初めて庶民院議員となった。その後、一六二四年議院、一六二二年議院、一六二四年議院、ケルトンチャールズ治世最初の二六二五年議院における庶民院議員として選出された。一六二四年議院と一六二五年議院における庶民院の議長を務めた。彼の経歴については、Stephen and S.Lee (ed.), *Dictionary of National Biography*, London, 1908, vol.V, pp.82-3. (『オックスフォード』)。

⁹² *DNB* (『登記』)。

⁹³ Majja Jansson, and William B. Bidwell (ed.), *Proceedings in Parliament 1625*, New Haven and London, 1987, p.197.

⁹⁴ Noy, *The Principal Grounds and Maxims*, p.52.

⁹⁵ *Proceedings in Parliament 1610*, II, pp. 180, 175.

⁹⁶ Davies, *Le primer report des cases*, preface, sig*3a.

⁹⁷ Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, pp.4-7.

⁹⁸ William Hakewill, *The Libertie of the Subject : Against the Pretended Power of Impositions* (1641), reprinted in *Classics of English Legal History in the Modern Era*, New York and London, 1979, pp.6-8.

⁹⁹ Sir John Fortescue, *De Laudibus Legum Angliae*, edited and translated with Introduction and Notes by S.B.Chrimes (Cambridge Studies in English Legal History), Cambridge, 1949, p.39.

¹⁰⁰ Coke, *6th Reports*, Preface (To the Reader), pp.iii-v. なお、コークの生涯

については、一六二〇年の議院活動に関する研究については、以下の書籍を参照。

¹⁰¹ Stephan D. White, *Sir Edward Coke and the Grievances of the Commonwealth, 1621-1628*, Chapel Hill, 1979.

¹⁰² Wallace Notestein, Frances H Relf and Hartley Simpson (ed.), *Commons Debates 1621*, New Haven, 1935, III, p.319.

¹⁰³ R.C.Jonson, M.F.Keeler et al, eds, *Proceedings in Parliament 1628, 6vols*, New Haven, 1977-83 (The first 4 volumes are entitled *Commons Debates 1628*), III, p.95. 『オックスフォード』 *Proceedings in Parliament 1628* (『登記』)

¹⁰⁴ 『オックスフォード』 *Proceedings in Parliament 1628* (『登記』)

を拒否する強い姿勢は、前期ステュアート朝時代の政治状況と関連した政治戦略的なレトリックとしての側面があることを考慮する必要がある。本稿第五章で触れるように、当時のコモン・ローの理解は、エリザベス期の人文主義とローマ法の影響を受けた学問的な法解釈から、ステュアート期におけるフォーテスキュー的な古来の不変性の命題へと回帰した側面を持っている。クックに見られるフォーテスキューの古来の不変性の命題の継承が、果たしてステュアート期に入ってからのものであるのかどうかについては、それを確認するエリザベス期の彼の言説が欠如していることから明らかではない。しかしながら、「何らかの古来の法 (ancient law)」、あるいは議会の慣行 (customs of parliament) が侵害され、国王がそれを先例として獲得した場合、臣民が再び以前の自由と安全を回復することが、いかに困難なことであるか」(Coke, *2nd Institute*, p.529) との彼の言葉に示されているように、クックのコモン・ローの不変性に対する強い主張には、ステュアート朝の絶対主義的諸政策による国制上の変更を防ぐこととする彼の政治戦略的な意図が働いているものと思われる。同時代にヘイクウィルが、フォーテスキューの命題を否定していた自身のかつての見解を「変化させて、コモン・ローの古来の不変性を主張し、もってコモン・ローを臣民の自由と国王の大権とのあいだの不变にして確実なる『裁定者』と評したその表現や、クックの「コモン・ローは臣民の権利と利益を守る『聖域』あるいは『最強の規範』であるとの表現には、当時の絶対主義的なステュアート王権に対処しようとする同様の

うな意図が読み取れる。したがってクックのコモン・ロー理解を判断する際に、彼のコモン・ローの不変性に関する言明のみをもって即断してしまうことには留保がともなう。実際、先にも本文で示したように、コモン・ローを理性の法として捉え、「自然的理性 (natural equity)」や「コモン・ライツ (common right)」の働きにおいて語るクックのコモン・ローの説明は、同時代のローマ法の影響を受けたフルベックその他の法学者と符合する側面を十分に持っているといえよう。ヘイクウィルの言葉はそれぞれ以下を参照。

William Hakewill, 'The Antiquity of the Lawes of this Island' in Thomas Hearne, *A Collection of Curious Discourse, Written by Eminent Antiquaries Upon Several Heads in Our English antiquities*, Oxford, 1720, pp.6-11; Hakewill, *The Libertie of the Subject : Against the Pretended Power of Impositions* (1641), pp.6-8, 11 (同書は 1610 年議会の演説を正しくたそのべき⁴⁶ *Ibid.*, to the Reader, A2) . また、クックの言葉については以下を参照⁴⁷ : Coke, *2nd Institutes*, p. 56.

⁴⁴ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.180.

⁴⁵ Coke, *7th Reports*, 'Calvin's Case', p. 3b.

⁴⁶ Coke, *1st Institute*, Sect. 80, p.62a.

⁴⁷ Sir Thomas Egerton, Lord Ellesmere, 'A Copy of a Wrytten Discourse by the Lord Chauncellor Ellesmore Concerning the Royall Prerogative' in L.A.Knafra, *Law and Politics in Jacobean England: The Tracts of Lord*

Chancellor Ellesmere, Cambridge, 1977, pp.197-201, at pp.200-1.

⁴⁸⁰ *Proceedings in Parliament 1610*, II, pp.182-3.

⁴⁸¹ Davies, *Le primer report des cases*, preface, sig.*2a.

⁴⁸² Coke, *4th Reports*, preface(To the Reader), pp.v-vi.

⁴⁸³ Dodderidge, *The English Lawyer*, p.154.

⁴⁸⁴ Coke, *1st Institute*, sect.138, p.97b.

⁴⁸⁵ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.180.

⁴⁸⁶ *Proceedings in Parliament 1610*, II, pp.175-6.

⁴⁸⁷ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.180.

⁴⁸⁸ 法米の法統に於て「自然法」による権限の「英皇に在りては」
 による権限の「インストルメント中の」ローの照準線は「自然法に
 對する影響下にありては」法統の「自然法」に於ては「自然法」に
 對する「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」
 に於ては「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」
Politics & Ideology in England, 1603-1640, London, 1986; J.G.A.Pocock,
*The Ancient Constitution and the Feudal Law : A Study of English
 Historical Thought in the Seventeenth Century, A Reissue with a
 Retrospect*, Cambridge, 1987; Burgess, *The Politics of the Ancient
 Constitution : An Introduction to English Political Thought, 1603-1642*.

⁴⁸⁹ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.178.

⁴⁸⁹ Noy, *The Principal Grounds and Maxims*, p.1.

⁴⁹⁰ *Ibid*, sig.A3, p.1.

⁴⁹¹ 上記の「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」
 Aquinas, Chicago, 1958; A.H.Chrost, 'The Philosophy of Law of
 St.Thomas Aquinas : His Fandamental Ideas and Some of His Historical
 Precursors,' *the American Journal of Jurisprudence* 19 (1974), p.1ff.;
 S.B.Cunningham, 'Albertus Magnus on Natural Law,' *the Journal of the
 History of Ideas*, XXVIII (1967), p.479ff. 同書に『英皇憲法』(英皇憲法
 全集)の「英皇憲法」一九二七号「英皇憲法」

⁴⁹² Coke, *4th Reports*, Preface(To the Reader), p.v.

⁴⁹³ Coke, *1st Institute*, Sect.138, p.97b.

⁴⁹⁴ Finch, *Law, or, a Discourse Thereof*, pp.74-5.

⁴⁹⁵ Dodderidge, *The English Lawyer*, p.154.

⁴⁹⁶ Sir John Davies, *Le primer report des cases*, preface, sig.*2a.

⁴⁹⁷ Cf. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, chap.II.

⁴⁹⁸ 本書「脚注」(90)に於ては「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」

⁴⁹⁹ *Proceedings in Parliament 1628*, II, p.333.

⁵⁰⁰ Noy, *The Principal Grounds and Maxims*, pp.1-2.

⁵⁰¹ 上記の「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」
 に於ては「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」に於ては「自然法」

- Constitution, and the Civil Law,' *Historical Journal* 23 (1980), p.691.
- ⁷² *Proceedings in Parliament 1610*, II, pp.152-153, 155.
- ⁷³ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.160.
- ⁷⁴ Quoted in Christopher Hill, *Intellectual Origins of the English Revolution*, reprinted with Corrections as Paperbacks, Oxford,1980, p.254.
- ⁷⁵ *Proceedings in Parliament 1628*, II,pp.205, 209.
- ⁷⁶ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.155.
- ⁷⁷ *Commons Debates 1621*, III, p.306.
- ⁷⁸ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.175.
- ⁷⁹ *A Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and Other Crimes and Misdemeanors*, compiled by T. B. Howell, Esq., 21vols, vol.2 (1 James I. To 3 Charles I. ...1603-1627), Reprinted, New York, 2000, pp.481-2. ズキ' State Trials ヲ讀ム
- ⁸⁰ Finch, *Law, or, a Discourse thereof*, p.75.
- ⁸¹ *Proceedings in Parliament 1610*, II, pp.175-6.
- ⁸² Dodderidge, *The English Lawyer*, pp.242-3.
- ⁸³ *Proceedings in Parliament 1610*, II, pp.173-5.
- ⁸⁴ Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge,1999, chap.2, 3. 『風説』一郎著『ロー民法のローマン』(三木ルツハ書房 二〇〇三年)'

ハセ' 二二四頁。ウルリアヌスの正義の定義にこしては、*Digesta*.1.1.10pr.

⁸⁵ 以下のトマス・アクィナスからの引用は次の文献に基づいている。

Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, Latin Text and English Translation, Introductions, Notes, Appendices and Glossaries, by Thomas Gilby and others, Vol.28, *Law and Political Theory*(1a2ae:90-97), Cambridge,1966, quaestio 95, articulus 2, pp.102/103-106/107. なほ註出はたこして、上記の英語対訳版をよみて、次の邦訳も参照した。トマス・アクィナス『神学大全』第一三冊 稲垣良典訳(創文社 一九七七年) 九三 六頁。

⁸⁶ *Ibid.*, quaestio 95, articulus 4, pp.110/111-116/117. 邦訳(第一三冊) 九九 一 三頁。

⁸⁷ マヤノド・シヤートンにこしては、たゞはたはたを参照。R.J.Schoeck, 'The Strategies of Rhetoric in St. German's Doctor and Student' in Richard Eales and David Sullivan (ed.), *The Political Context of Law*, London and Ronceverte,1987, pp.77-86.

⁸⁸ Christopher St German, *St German's Doctor and Student*, edited for the Selden Society by T.F.T.Plucknett and J.L.Barton, London,1974, pp.33-9. 44頁Jの註出にこしてはマヤノド・シヤートンの邦訳を参照した。 Burgess, *The Politics of the Ancient Constitution*, pp.20-37. ハンベトは、1111にたごつたトマスへの入法法の記述も取り上げながら、併せて参照した。

- ¹⁰⁸ Dodderidge, *The English Lawyer*, pp.191-4; Cf. *Ibid.*, pp.195-212.
- ¹⁰⁹ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.180.
- ¹¹⁰ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.182.
- ¹¹¹ *Proceedings in Parliament 1610*, II, pp.187-8.
- ¹¹² Coke, *1st Institute*, Sect.138, p.97b.
- ¹¹³ Dodderidge, *The English Lawyer*, p.194.
- ¹¹⁴ *Ibid.*, p.242.
- ¹¹⁵ Donald R. Kelley, 'Law', in J.H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge, 1991, p.89.
- ¹¹⁶ Coke, *13th Reports*, p.26.
- ¹¹⁷ Coke, *1st Institute*, Sect.578, p.319b.
- ¹¹⁸ Davies, *Le primer report des cases*, preface, sig.*3a.
- ¹¹⁹ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.183.
- ¹²⁰ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.176.
- ¹²¹ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.182.
- ¹²² *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.183.
- ¹²³ James R. Stoner, *Common Law & Liberal Theory: Coke, Hobbes, & the Origins of American Constitutionalism*, Kansas, 1992, p.19.
- ¹²⁴ Aquinas, *Summa Theologiae*, quaestio 95, articulus 3, p.108/109. 邦訳『神学大全』第三冊 九十七頁。

¹²⁵ *Ibid.*, quaestio 95, articulus 3, pp.106/107-108/109. 邦訳 第三冊 九六 七頁。

¹²⁶ *Ibid.*, quaestio 90, articulus 2, p.12/13. 邦訳 第三冊 八頁。

¹²⁷ King James IV and I, 'A Meditation upon the 27. 28. 29. Verses of the XXVII. Chapter of Saint Matthew. or a Paternie for a King Inavgyration: Written by the Kings Maestie,' in his *Political Writings*, edited by Johann P. Sommerville, Cambridge, 1994, p.249.

¹²⁸ 「人民の安全に於ては (*salus populi suprema lex*)」と云、本来は「キヤロロチの」軍隊の司令官に於て戦時の際に適用すべき軍隊の原則として用いられるべきものである (Cicero, *De Legibus*, lib. III, cap. 3, sec.8)。¹²⁹ しかしながら「法の格言はその後、元々の限定的な用法を超えて、非戦時には「人民の安全こそが至高の法」となり、「法は沈黙する」という意味で拡大解釈され、国王が法の制約を離れて統治する「ことを正当化する論拠として用いられるものである。その際「法の格言は、元々の表現と比べ、*salus populi suprema lex esto* (人民の安全こそ至高の法である)と化した。’ *salus populi suprema lex est* (人民の安全こそ至高の法である)とこの形に置き換えられた。すなわち、キヤロの原文では *esto* となっていたのを *est* とした。この「戦時中の軍隊の司令官に宛じた訓戒を、統治全般にわたる一般的格律として転用したのである。実際には本文中の引用箇所のように、*salus populi suprema lex* の形に動詞を欠落させて用いられる

「下」に於いては、その本来の含意を離れて一般化されることとなった。前期
 スチュアート期の代表的コモン・ローヤーの有名な法理学家にもあった
 ショーン・セリテンは、「人民の安全こそ至高の法」としてこの格言が持つ
 した弊害を次のように批判している。「この世の中で *Salus populi suprema*
lex esto という文章ほど馬鹿げたものはない。この世は、われわれは
 あたかもある法が人民の利益に最も適していることを周知の法を放棄す
 るべきであるかのようである。この格言を用いているからである。この格言は、
 じつは「べき意味」にはならないのである。第一「これは *Salus populi suprema*
lex est ではない。Estoは「である」、John Selden, *Table talk of John*
Selden, newly edited for the Selden Society by Sir Frederick Pollock,
 London, 1927, fo.56b, p.93)。

¹⁰⁶ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.175.

¹⁰⁷ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.180.

¹⁰⁸ エドモンド・バーク『フランス革命の省察』半澤孝麿訳、みすず書房、
 一九八九年、四二二—四二三頁、訳者解説参照。

¹⁰⁹ ピエリタン革命期に登場したレウヘラーズの「契約によるコモンウェ
 ルス設立」をめぐる主張については、主なものとしてあげた以下の文
 献を参照。第一『人民協定』に関する『*An Agreement of the People*, 1647,
 in D.M.Wolfe(ed), *Leveller Manifestoes of the Puritan Revolution*, New
 York, 1944, pp.223-234. またレウヘラーズとクロムウェルら独立派軍幹部

との間でなされた「パトリー会議」の内容に関する A.S.P.Woodhouse(ed),
Puritanism and Liberty, Being the Army Debates(1647-9) from the Clarke
Manuscripts with Supplementary Documents, Chicago, 1951, pp.1-124.

¹¹⁰ Davies, *Le primer report des cases*, preface, sig.*2a.

¹¹¹ *Proceedings in Parliament 1628*, II, p.382.

¹¹² *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.180.

¹¹³ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.175.

¹¹⁴ Davies, *Le primer report des cases*, preface, sig.*2a.

¹¹⁵ ただし注意すべきは、たしかに所与の伝統に含まれた意味を重視する
 といった態度は本質的に保守主義的思考に連なるものであるが、しかしそれは
 直ちに既存の秩序をまつたき肯定する思考ではない。コモン・ローに見られ
 た一見、保守主義的な思考が、じつは保守主義とみられた価値とは本源的
 (radical) な価値であった。絶えずその保守主義とみられた価値の現実
 化を図るという。その意味でコモン・ローに見られる保守主義的思考は、
 他方で時としてイングランドの根源的な価値の実現を追求するラディカリス
 ムとして機能する側面を備えている。

¹¹⁶ 以上のような自然と慣習をめぐる関係は、ヨーロッパの法思想の伝統の
 なかで、さまざまにニュアンスを持ちながら、繰り返し現れてきたといつて
 よい。ヨーロッパの法思想史における自然と慣習との関係をたどったもの
 としては、あげた以下の有益である。矢崎光圀『法思想史』(日本評論

社 一九八一年）、第三章。

¹²⁰ *commonalty* という用語の曖昧な点、それが実際に指す階層の多様性については、拙稿「イングランド短期・長期議会までの選挙をめぐる趨勢

「コンテスト・党派・選挙権：その全般的分析」、『早稲田政治公法研究』

第四四号、一九九三年、第六号を参照。

¹²¹ *Proceedings in Parliament 1610*, II, p.187.

¹²² Dodderidge, *The English Lawyer*, p.242.

¹²³ Davies, *Le primer report des cases*, preface, sig.*2a.

¹²⁴ A. L. Goodhart, *English Law and the Moral Law*, London, 1953, pp.28-37.

¹²⁵ Nicholas Fuller, *The Argument of Master Nicholas Fuller, in the Case of Thomas Lad, and Richard Maunsell* (1607), *The English Experience*, No.738, Amsterdam, 1975, p.11.

¹²⁶ Sir Thomas Egerton, Lord Chancellor Ellesmere, *The Speech of the Lord Chancellor of England, in the Eschequer Chamber, Touching the Post-nati* (1609), in *A Garland Series, Classics of English Legal History in Modern Era*, New York and London, 1978, p.32.

¹²⁷ *Proceedings In Parliament 1610*, II, p.155.

¹²⁸ *Proceedings In Parliament 1610*, II, p.180.

¹²⁹ Dodderidge, *The English Lawyer*, p.161.