

翻 訳

メイトランド「シーズンの神秘性」

訳者 小林成光・阿賀正昭

訳者序文

ここに訳出した F.W.Maitland, "The Mystery of Seisin" は, H.L.Fisher が編集したメイトランドの論文集 *Collected Papers* (1911) の I 巻, 358-84 頁に収められたものである。

この論文は、イギリス法研究者の間では古くから注目されてきた古典的な論文であり、今日でもなお重要な研究資料であるので、ここにその翻訳を発表することにした。その内容については、論文そのものを読んでいただきたいが、論文の標題であるシーズン (seisin) の「神秘性」ということについてのみ、若干の解説を加えておきたい。

この論文の主題となっている「シーズン」は、現代イギリス法において、過去にあった重要性を殆ど失っていると言ってよいであろう。しかし、現代の不動産権の法理はシーズンとともに発達してきたものであり、シーズンを解明することなしにはその法理を理解しがたい。このシーズンという概念は中世イギリス法において重要な役割を演じてきたが、その意義は時代とともに変遷を遂げてきたと思われる。

まず、単純封土権の通常の譲渡方法である封土公示譲渡において、シーズンの引渡が必要であった。単純封土権の侵害はシーズンの侵奪として認識された。この場合、シーズン被侵奪者の救済方法として権利令状があった。この令状において、シーズン被侵奪者は問題となっている土地のシーズンを自分自身で有していたか、またはシーズンを有していた祖先の相続人であることを主張しなければならない。ここでは、シーズン被侵奪者がシーズン侵奪者よりも良い権利者としてシーズンを有してきたかどうかということが訴訟の中心となっていた。

次に12世紀になると、占有回復訴訟がシーズンそのものを保護する手段として出現してきたが、その主たるものは、近時に自由保有地のシーズンを侵奪された者がその回復を訴えるものであった。この訴訟では、シーズンを有する者すべてが保護され、いかなる権限をもたずにシーズンを有するに至った者であっても保護された。シーズン被侵奪者は侵害を受けた時から立入権を有するが、これはごく短期間だけ存続する権利であり、その消滅後は訴訟によってシーズンを回復しなければならない。訴訟によらず実力で取り戻すと、シーズン被侵奪者が不法占有者のシーズンを侵害したこととなり、占有回復訴訟によって訴えられるものとなった。この訴訟は当初、現在の占有状態を保護し、そして自力救済を制限するというものであったが、次第にこのような占有状態そのものに権原としての保護を与えるようになった。このような過程において、シーズンは現実の支配から権原的な占有すべき権利となってきた。シーズンの変遷が法を複雑なものにし、そしてメイトランドが言うように、歴史的な解明なしに理解しがたい「神秘性」を生み出す原因となっていると言えよう。

最後になるが、この論文はかなり難解な英文で書かれており、ときには誤訳をしているかもしれないので、学界の諸先生方のご批判を仰ぎたい。

シーズンの神秘性⁽¹⁾ [a]

現代の法的な観念について多少の蓄積をもっているが、イギリス不動産法の知識をもたないで、コークのリトルトン [b] を研究するようになった者は、その研究のどこかの時点で次のような言葉を一人でつぶやくものと推測されうる。『明らかにこの入り組んだ迷路を解く主要な鍵は、シーズンという概念である。しかし、正確にこのシーズンが何であるか、わたしには説明できない。わたしは所有権 (ownership) を知っている、また占有 (possession) も知っているが、この第三のもの (tertium quid)、すなわちこのシーズンは、わたしには分からない。一方で、その言葉が何を意味するかを説明しなければならなかったときに、コークは次のようにしか言えなかった⁽²⁾。すなわち、それは占有を意味するが、しかしそれは動産 (movables) には使われなかったし、土地に対する不動産的動産 (chattel) の権利しか請求しない者は、たとえそれを占有できたとしても、シーズンを有することができないという条件が付されている、と。し

かし、他方、定義から準則へと目を転ずるならば、確かにシーズンは所有権と極めて類似して、土地所有権はシーズンが備わっていなければ本当の所有権ではないと思われるほどである』。

われわれがイギリス法史を遡れば遡るほど、シーズンと占有という二つの言葉はより一層完全に同一のものとなり、イギリスの法律家が不動産の動産のシーズン⁽³⁾(それによって占有が意味される)について主張し、訴答するのをやめるのは15世紀以前のことである、と自から確信し、そのことを他人にも確信させようとする場合、わたしがそうであったように、もし先の想像上の研究者がそれを確かめようとするれば、困惑の度合は減るどころか増すものと思われる。確実に、われわれが最近の書物から古い書物に進むにつれて、所有権と占有の間に何等かの原初的な混同が存在する時代に向かっているようには思えない。われわれは、記録をたどりうる限度で、かつて一つに混合されていた漠然とした曖昧なシーズンから、これらの現代的な二つの観念が徐々に現われてきた、という仮説を立てることは不可能である。ブラクトン (Bracton) の書物では、その二つの観念は可能な限り別々のものとされている。ブラクトンはそれらを執拗に対比した。そして、(その出版物が述べているように) 絶えず繰返し、シージナ (seisina) とポセシオ (possessio) とは全く同じ観念であって、ドミニウム (dominium) とプロプリエタス (proprietas) とは全く異なる観念である、とブラクトンは主張している。ブラクトンがウルピアヌス (Ulpian) を引用して言えたことは、いかなる者も所有権とともに占有をもてない (Nihil commune habet possessio cum proprietate)⁽⁴⁾、ということである。

先の研究者の疑問に対する安易でかつ簡潔な答えであって、当該の研究者には満足できないものであるが、自分自身で満足できる答えをもっていると思われるものが何人かいる。彼等は次のように述べるだろう。すなわち、あなたが所有権について考え、イギリスの土地にその観念をあてはめようとするならば、実際いたずらに気をもむだけのことにすぎない。そういう観念を捨てなさい。その観念はイギリス法の知らないものであり、また決して知ることのなかったものである。この国では土地は所有されるものではなく、保有されるものであって、国王が直接または間接に保有するものであった、と。先の研究者は沈黙するだろう。彼が納得するか否かは疑わしい。第一に、シーズンの有無がイギリス古法に及ぼした効果の中で最も奇妙なものを、不動産保有条件 [c] の理論は他の領域におけるほど明瞭には明らかにしていない、ということ为先の研究者は主

張しうるし、そうすることはわたしにも正しいと思える。第二に、先の研究者は権威的著書を引用して次のように論評しうる。一方で、コークはおそらく不動産保有条件についてわずかばかりの知識しかもっていなかったのに、概略的にかつ説明なしに土地の所有権、さらに土地の『絶対的所有権 (absolute ownership)』⁽⁵⁾についてまでも述べており、また他方で、封建制がなおも広く現実にあった時代に生きていたブラクトンは、土地及び不動産の動産について同一の言葉すなわちドミニウム (dominium) とプロプリエタス (proprietas) とをあてていた、と。

しかし、シーजनを有していない土地所有者の権利がわれわれの現代的な所有権概念から遥かに掛け離れているという理由で、イギリス法には真の土地所有権がないと言われるのはもっともであり、このことがわれわれにもっと有益な法理をもたらすのである。単純封土権者 (tenant in fee simple) からシーजनを奪い取る⁽⁶⁾と立入権 [d] が残される。現在でもこのことは法解釈上その者の権利について最も正しく説明するものであると思われる。最近までその者の権利はより一層実体を失っていると思われる。立入権であった状態から単なる訴権に格下げさせられているのではなからうか。

さてここでわたしが注意を喚起するのは、われわれがこれらの権利を所有権と呼ぶか否かは別にして、その性質についてというよりはむしろその性質の一面についてである。できるだけ事柄を単純化するために、当面、単純封土権より下位にある不動産権及び権益をすべて無視してよからう。そこで問題はこうになる。他のある者が事実上シーजनを有する場合、単純封土権の土地にシーजनを有する権原を適法に賦与された者に対しイギリス古法が与えた権利の性質は何か、または (適正な専門用語ではないが誤解のないような言葉を使えば) ある第三者が現有 (in possession) している場合に絶対的所有者の権利の性質は何か、である。

わたしの想像上の研究者は、占有それ自体、善意 (good faith) もしくは表見的な権原 (colour of title) などの一定の要素を備えた占有、または一定期間継続した占有は、一定の法的効果を有すると思われるということを知ることになる。その効果とは、単なる占有侵奪者から占有者を保護すること、第三者によって立ち退かされた場合に占有を回復する権原を占有者に賦与すること、裁判所への提訴以外の方法で占有を取得する権利をすべて真の所有者から奪うこと、最後にいかなる権利であれすべての権利を所有者から奪い、そして占有者に良権原を対世的に認めることだと思われる。明確に定義

された、占有的でもあり本権的でもある訴訟方式 [e] (これらは異なる時代の産物である) が数多く存在するような制度においては、これらの効果は非常に複雑化するであろうと、先の研究者は考えるかもしれない。そして確かに研究者はここで失望することはなかろうと思われる、例えば、不法に侵奪された所有者がその救済方法、すなわちまず自救行為 [f] による救済、次に占有回復訴訟 [g]、次に立入令状、最後にまさに権利令状そのものを徐々に一つずつ失っていくのを発見するだろう。ここで研究者は大いに迷うだろう。というのは、立入権を訴権に変更する準則は、われわれには奇妙かつ恣意的なものに思えるからである。占有及び占有侵奪つまりシーズンの有無に関する上述の雑多で複雑な効力はすべて、既知のもので理解しうる種類のものであり、一つには訴訟手続の厳格性及び制定法上の不整合に基づくが、主に占有者の占有を保護し、本権的権利の暴力的な主張に対して公共の平和 (public peace) を維持する傾向をもつ。これと類似のものは昔も今も他の法制度に見い出される。

しかし、決して以上ですべてというわけではない。シーズンは全く異なる種類の効力を有している。シーズンを有しない所有者は救済方法の一つずつ失うだけでなく、所有権をもつと認められることはまずないと思われる。そしてこのことは、すべての土地が国王に保有されているという理由によるものではなくて、その権利の譲渡、移転、委譲のような事柄に関して、所有者は占有をもっていないがなお所有権をもっているとわれわれが当然考えるような者とは全く異なる立場にあると思われるという理由によるのである。ごく最近まで法であったいくつかの準則をふりかえてみよう。それらの準則はよく知られているが、それらをまとめてみることは価値のあることだろう。というのは、それらは総体的にも示唆に富んだものとなっているからである。

(1) 1845年10月1日までは、立入権は生存者間では譲渡できなかった⁽⁶⁾。換言すれば、シーズンを有しない所有者は売却または贈与するものを何ももたなかった。

この準則は、コモン・ローが訴訟幫助 [h] を嫌悪していたことを意味していた。ジェームス・マンスフィールド卿 (Sir James Mansfield) の言葉で次のように説明できる。『われわれの祖先はこれらの問題について非常に風変わりな概念をもちこみ、そして、特別の訴訟によって違法な行為から不動産権を生じさせ始めた。その理由は、コモン・ローが常に、より貧しい者がより強い者に譲渡された権利に威嚇されないように、権利が転輾譲渡するのを認めることについて、極めて強い警戒心を抱いていたからであ

る⁽⁷⁾』。このわずかばかりの合理主義はかなり古いものである。それはコークの時代ぐらい古いのは確実である⁽⁸⁾。そして一見したところ最も道理にならなっているように見えるが⁽⁹⁾、かつてはイギリス法が訴訟補助及び勝訴謝礼付訴訟補助 (champerty)、陪審抱込 [i], 及び虚偽の権原買入に対して、強い警戒心を抱いていたのは事実である。しかし、この説明ではまだ不十分だと思える。その不十分さは、われわれが他のいくつかの準則に議論を移してみると一番よくわかるだろう。だがしかし、議論を移すにあたり、この準則がイギリス古法にいかほど深く根ざしていたものかということに注意を払うことにしよう。われわれが所有権の譲渡の方法に関して最も素朴な疑問を提起すれば、直ちにその準則に直面する。コモン・ロー上知られている所有権譲渡の方法である『不動産譲渡 (assurance)』というものは何か。現実または擬制の訴訟手続を度外視すれば、もちろんその譲渡は封土公示譲渡 [j] であり、そしてシーズンの引渡すなわち占有の引渡がなければならない。第三者が占有している場合には、何人も他の者に占有を引き渡すことができない。それで立入権は譲渡できないものとならざるをえない。あるいは、このように言うことができる。イギリス古法には、全く本権的なものであって、ただ権利だけを問題とする訴訟方式、すなわちその請求権が現在の占有に基づき得ない者の唯一の希望である権利令状が存在する、と。権利令状の場合でさえ、なお原告は自己またはある祖先のシーズンを援用しなければならない。そしてこのことから、不動産相続によって権原が推定されねばならない。つまり贈与者または売主のシーズンを援用できない。『というのは、原告自身が土地を買った場合、その売主のシーズンを援用できないからである⁽¹⁰⁾』。これはコークからブラクトンに遡っていくことのできる準則であり⁽¹¹⁾、当然訴訟手続上の準則であることを一応認められるけれども、しかしシーズンを有していない者は他の者に贈与できるものを何ももっていないということを明瞭に示している準則である。さて、生存者間の (inter vivos) 譲渡というこの問題に戻ることにしよう。

(2) 1838年1月1日以前には⁽¹²⁾、立入権は遺言によって遺贈できなかった。もちろん遺贈について、われわれは古いコモン・ローに多くを期待できない。その問題は1540年⁽¹³⁾及び1542年⁽¹⁴⁾の制定法の意味に依拠している。しかし、これらの制定法が解釈された方法は注目値する。一貫して、遺言状を作成する権能を与られた者について使用された動詞は有する (to have) という動詞である。荘園、土地、家屋または相続不動産を有する (has) 者はすべて遺言によってそれらを処分しうる。しかし、現代の何人

かの裁判官はあまりその解釈を好まなかったが、古い解釈によればなおもシーズンを侵奪された所有者は、土地、家屋または相続不動産を有しないのであり、それ故、遺言によって残すことのできるものを何も有しなかった⁽¹⁵⁾。先の制定法の以前に同様の準則が通用していたということを1460年以降の或訴訟事件がはっきりと示している。すなわち、地方慣習法に基づき遺贈に効力を賦与するために、遺言者は遺言状を作成するときにシーズンを必要とするか否かは疑問は残るが、シーズンを有して死亡したことが要件であった⁽¹⁶⁾。

(3) 1834年1月1日までは⁽¹⁷⁾、シーズンは不動産の相続人を決定する基準 (*seisina fecit stipitem*) であった。ここでよく考えてみれば、これは非常に注目すべき準則だと思われる。というのは、一度も占有しなかった土地所有者はその法定相続人に譲渡しうる権利を有しない、換言すれば、所有権は相続できないということになるからである。このような者は(古めかしい直喩を用いれば)権利が通過するにあたっての消極的な『導管 (*conduit-pipe*)』とはなりうるが、しかし何人もこの者の法定相続人であるという理由でその土地を取得することはありえない。つまり権利主張者が裁判で勝訴するためには、シーズンを有する者の相続人であることを証明しなければならない。しかし、われわれはこれについてどのような説明ができるのか。シーズンが単なる占有を意味するだけでなく、封土の領主が与えた占有または少なくとも認めた占有であることを意味した時代についてわれわれが考えるのでなければ、訴訟幫助の憂慮ということがわれわれには全く分からなくなるのは明らかであり、封建制もまたわれわれには理解できなくなるにちがいないとわたしには思われる。しかし、このような時代を想像するのに十分な論拠をわれわれはもっていない。領主がシーズン侵奪 (*disseisin*) の当事者でなくても正当な保有者はそのシーズンを侵奪されうること、及びその領主が好むと好まざるとにかかわらず、シーズン侵奪者 (*disseisor*) はシーズンを有するということは当初から法であると思われる。

そして新しい不動産相続の始祖を作るためには、まさに現実の占有が必要であった。要件としてのシーズンは父から息子へと相続しうる権利ではなかった。つまりシーズンは純粹に事実問題であった。不法占有者が存在しなかった場合でさえ、そして占有が空となった場合でさえ、法定相続人はその被相続人の死亡によってシーズンを得ることはなく、立入すなわち現実の物理的な立入が要件であった。われわれはみな、窓から半身

を乗り出し、かかとをつかまれてはうり出された男の古い話をよく知っている。その男が心素 (animo) だけでなく体素 (corpore) も有しているか否かということは確かに難しい問題である。しかし、とにかくその者がシーズンを有してきたか、そしてその者から侵奪した者に対して近シーズン侵奪回復訴訟 (novel disseisin) を訴訟幫助しうるかという問題はこのことに依拠している⁽¹⁸⁾。

(4) 1833年の寡婦産法 (The Dower Act)⁽¹⁹⁾ は寡婦に立入権という寡婦産 [k] を初めて賦与したが、しかしその法律によって、シーズンを有していなかった者の寡婦は寡婦産を賦与されないことになった。この場合、『法上のシーズン (seisin in law) または教会法上のシーズン (civil seisin)』は『事実上のシーズン (seisin in deed)⁽²⁰⁾』の目的にかなうであろうということは間違いない。しかしこの『法上のシーズン』は占有が事実上空となった場合にのみ存在したのである。誰か他の者がシーズンを取得しかつ保有している場合、いかなる者も事実上のシーズンを有しないし、また法上のシーズンさえも有しない。このような者が婚姻状態 (coverture) にある間にシーズンを取得しない場合には、その者の妻は寡婦産を全く取得しないと思われる。

ここで、シーズンは或程度多義的なあるいは意味に幾分微妙な差異のある言葉になったとすることができるだろう。一つの目的のために十分適切なシーズンは他の目的のためには不十分である。寡婦産を与え、鰥夫産 [l] を与え、不動産相続の始祖を作り上げ、権利令状を訴訟幫助するために一これらの問題には各々それ自身の解答があるが、『十分なシーズンであると言われるものは何か』⁽²¹⁾。しかし、そのように多種多様であるのは、(1)土地の有体的な占有を有している者が存在しない事例の処理方法と、(2)土地以外の目的物、すなわち無体相続財産 [m] に対する占有の観念の適用にあると信じている。しかし、この適用は当然困難であるにちがいないし不規則になりやすい。わたしが知っている限りでは⁽²²⁾、擬制的な法上のシーズンは、たとえその権原が良権原であっても明らかに占有侵奪を受けた者に対してでさえ帰属しなかったし、当該権原が第三者によって留保されている土地所有者に対してでさえ帰属しなかった。そして、『法上のシーズン』という用語がわれわれを考え込ませるのはもっともである。われわれが法上 A が B であると聞いたとき、過去の歴史について次のように一般に推論しうる。事実上も実際上も B であったことにのみ適用された準則を A にも拡大するのが都合がよいと考えられてきた、と。要するに、A は法上でさえ B でなかった時代があった。しかし、決

してすべてではないが2, 3の目的について、古いフランスの法律家達が言っているように、『死者は生者にシーズンを与える (le mort saisit le vif)』と言えるだろう。法上のシーズンは例えば寡婦産を賦与すると思われるが、しかし不動産相続の始祖を作らないと思われる。

(5) 夫に寡婦産を賦与するためには夫が婚姻状態ある間にシーズンをもつことが要件であった。エクイティ及び制定法によって幾分隠されてきたが、この準則はいまだかつて廃棄されていない。

ここまで、いまなお一般に知られている準則に関するものであった。そしてそれらの準則の一つである寡婦産についての準則は好古研究家の扱う事柄にはまだなっていない。現在、より曖昧ないくつかの項目を一瞥することが望ましくなっている。われわれはシーズンの有無の奇妙な効果はいろんな意味で封建制によることを時々主張したので、『本当の保有者』すなわち真の所有者がシーズンを有しておらず他の者がシーズンを有しているという事実によって、領主の権利はどのような影響を受けるかということをお問ねばならない。

単純封土権者がシーズンを侵奪され、そして法定相続人なく死亡すると仮定すれば、(ここ最近に理解されているものとしての) 封建的原則上、土地は領主に不動産復帰する (escheat), すなわち領主はシーズン侵奪者からまたはその者を通じてもしくはその下で土地を取得したすべての者から当該土地を取り戻しうる、ということよりも更に明らかであるものがありえようか。しかし、このようなことは前世紀においてでさえ法ではなかったし、今世紀においてでさえ法ではなかった。わたしがむしろ何も言わなかった点であるが、そして現在それが法であるとすれば、こうであることは封土公示譲渡及び相続から古い効果を奪った制定法の結果であるか、さもなければ都合よく忘れたことの結果であるに相違ない。ヨークの時代には、領主が最初のシーズン侵奪者を保有者と認めない限り、領主が立入によるかまたは訴訟 (復帰令状) によるかのいずれかによってその者から当該土地を取得しうるということが確立されていたと思われる。だがしかし、シーズン被侵奪者 (disseisee) が死亡する前にシーズン侵奪者が単純封土権の封土公示譲渡をなしあるいは法定相続人にシーズンを残して死亡した場合、復帰ということは全くありえない。『というのは、領主は権原によって保有者を有しているからである』。すなわち、領主は何ら不法行為についての個人責任を負えない保有者を有している

のである。立入権と区別される訴権の場合には、復帰は存在しない。『当事者が当該土地を回復するために訴訟による救済だけしかないような権利は契約関係（privity）にのみ存在し、そして復帰もありえないしコモン・ローによる没収もありえない⁽²³⁾』。また更に私権剥奪（attainder）の法律において最も包括的な一般的な文言はこのような権利を国王に移転しないものとする判決されてきた。それらの権利は本質的に非譲渡的・非移転の権利であった。

しかし、われわれがコークの背景を探っていくと、法が領主の不利益になるように徐々に変えられてきたというには程遠く、そもそも法が変えられたとすれば領主の利益となるように変えられてきたことがわかる。領主が当該のシーズン侵奪者から土地を取得しうるか否かということが最も不確実であると思われる時代に到達している。復帰令状すなわち領主の唯一の令状は領主の保有者がシーズンを有して死亡したことを明確に述べている。極めて不明瞭な歴史を独断的に主張したくないが、しかしヘンリー7世の治世下でブライアン首席裁判官（Brian C.J.）は、領主が立入をするかまたはシーズン侵奪者に対して訴訟を提起することができる、ということ否定したといえは十分であろう⁽²⁴⁾。

他の封建制下の不慮の出来事（casualties）もそうであった。コークは、シーズン被侵奪者がなおも立入権を有しながら死亡し未成年の法定相続人を残した場合、領主は後見権〔o〕を有するものとする、と述べている⁽²⁵⁾。コークの時代に法がそのようなものであったことは疑いないが、しかしコークの引用している最も初期の先例はエドワード3世の時代からであり、次のようなものであった。『後見令状において、未成年者の被相続人はその死亡時に当該土地に何も有していなかったということは十分な抗弁である。というのは、その者がシーズンを侵奪された場合、その不動産権が更新されるまでは領主は後見令状によってもあるいは彼〔法定相続人〕を支配下におくことによっても後見を有しないからである⁽²⁶⁾』。しかし、すべての訴権の事件には後見は存在しない。他方、シーズン侵奪者が法定相続人なしに死亡した場合には領主は復帰権を取得し、シーズン侵奪者が未成年の法定相続人を残して死亡した場合には領主は後見権を取得するが、どちらの場合も領主の権利はシーズン被侵奪者によって否定せられうる。要するに、領主は運にまかせるしかない。その保有者がシーズンを侵奪されている場合は領主に不都合ではない。領主は後者または前者がシーズンを取得するのを妨げることはできない。

だがそれ故に、領主は巨大な損失をするか莫大な利益を得るかのいずれかである。シーズンについての法は領主の権益について注意を払っていない。

われわれがここで述べてきたことには別の側面が存在する。シーズンを有する者はそのシーズンについて権原を有していなくても当該土地を譲渡できる。その者は封土公示譲渡をすることができるし、遺言をすることもできる（というのは、土地を有する（has）者が制定法により土地を遺贈できる権能が与えられているからである）。そして、その法定相続人は相続する、つまりその者から相続するものとする。というのはその者は不動産相続の始祖だからである。そして寡婦産が存在するものとしかつ嫁夫産が存在するものとし、そして領主は復婦権を有するものとし、国王は没収権を有するものとする。というのは、このような者は『贈与するためにそして没収するために』土地を有しているからである。こうしてみると、シーズンは所有権と極めてよく似たものになる。またこのようなことは実際に、イギリス古法によれば、シーズンはより古い権原を理由としてより良き権原を有する者以外のすべての者に対し所有権に対抗力を与えるものと思われる（そしてそれは変更されたことがあるだろうか⁽²⁷⁾）。それでもわれわれはシーズンを所有権としてまた所有権の変形物として考え始めるとすれば誤りである。結局のところ、シーズンは単なる占有である。定期不動産権者はシーズンを有していないが、しかし確かにその者は単純封土権の封土公示譲渡をなしうるし、その封土譲受人はシーズンを有すると思われる。このことはマンスフィールド卿を困惑させたと思われる⁽²⁸⁾。そしてわれわれがシーズンそのものを本権的権利と見なすとすれば大いに困惑することになる。というのは、定期不動産権者（termor）はかつて全く有していなかった権利を他人に譲渡すると思われるからである。しかし、実質上シーズンが占有であり、それ以上でもなく以下でもないことを思い起こせば、それだけで古法は説明できるものになる。わたしの執事はわたしの皿を占有していないが、しかしその管理または保管をしている。執事が不正に皿を銀細工師に売り払うと、銀細工師は現在占有を有する。上と同じく定期不動産権者はシーズンを有していないが違法な行為によって他人にシーズンを取得させうる。

しかし、定期不動産権者の封土譲受人は（この点が難しいのであるが）、単純封土権つまり同程度の不動産権または権益を取得すると主張されるであろう。確かにそうであるが、だが詐欺を行った執事から買った銀細工師はどうか。銀細工師は占有しており、

そして一定の意味において所有者として占有している。当該物品に受託者の権益のような無制限の権益を主張するのである。それらの権益がどのように述べられるのが最も良いと思われるか、ということは今われわれが記述する必要はない。しかし、少なくとも買主が善意である場合、より古い権原を理由としてより良い権原を有する者以外の者すべてに対抗しうる所有権を有する、と述べるものの方がもっともらしいと思われる⁽²⁹⁾。この見地からすれば、定期不動産権者の不法な封土公示譲渡は異例なものではない。現代イギリス法において、弱い権原が転讓譲渡されるにつれて強くなり、それで不法侵奪された所有者が訴権を失う前に立入権を失うという過程に極めて類似するものは決して存在しえない、ということは真実である。それでも公共の平和のために、例えば法はこそ泥自身から強制的にわたしの物品を取り戻すことをわたしに認めているが、こそ泥から物品を贈与されまたは買取った者、あるいはこそ泥の遺言執行者からは取り戻しえないものとしているのがわかる。すなわち、わたしの立入は禁じられると思われ、わたしは訴訟を提起すべきである⁽³⁰⁾。

だが、ついでながらこの点に関して、非占有所有者の立場を考えると占有非所有者の立場よりも興味のあるものであり説明しがたいものである。さて、前者の所有権つまりこの単なる所有権は譲渡できないし移転もできない。すなわち、それは当事者の行為によってもまたは法の効果によっても転讓譲渡されないであろう。前述の準則の真の意義は、公序 (public policy) や社会的要求によってではなく、単に権利が転讓譲渡できるまたは転讓移転できるという考え方、つまりわたしの試論である精神的無能力 (mental incapacity) に見い出される、と信じる。物は移転しうる、それは明白である。移転は目に見ることができが、しかし権利はどうか。君はその権利を手にもったりポケットに入れることはできないしあるいは他人の手に移したり他人をそこに連れてきてそして権利の境界及び限界内で歩き回ることを命ずることはできない。かの学識の深い裁判官は以下のように述べている。すなわち、『しかし、これは明らかに無意味である。贈与が有体物つまり1スワード (sword) または1ハイド (hide) の土地についてなされたとき権利が移転される。同時に占有の変更があるとすればそれは別の事柄なのである。贈与がこのような占有の変更なしになされうるか否かは土地法が決定するであろう。しかし、贈与はすべて所有権の移転である。そして所有権は一つの権利または一つの塊の権利である。贈与が可能な場合に権利の移転は可能である』と。このように分析された時

代には疑いなくそうであるとわたしは答えるべきである。しかし、わたしには各地に読者がいるが、その読者はわたしが民族の歴史について理解したことを自分自身で経験して記憶しておくことができるし、贈与の本質が権利の移転であるということを明白ではあるが新しい一つの真実として読者にどのように心をかすめたかを記憶しておくことができる。あなたは自分が取得していないものを贈与することはできない。このことは明らかだと思われる。しかし、贈与する (give) 及び取得した (got) という言葉に正しいアクセントを置きなさい。そうすれば、われわれは古い考え方に戻ることになる。君がその物を取得していない場合は、その物を贈与することができない。そして誰か他の者がそれを取得した場合には君はそれを取得していない。不動産法史の殆ど大部分は、われわれには全く当然である先の物質主義から免れているとイギリス人が考えた過程の歴史であるとわたしには思える。

しかし、このもっともらしい説明は真実ではないしあるいはせいぜいわれわれを単なる仮説上の暗黒の時代へ引き戻すにちがいないとわたしには思える。なぜなら、起記憶 (immemorial) 時代から、何等物の物理的な譲渡なしに転輾譲渡されうる権利つまり『証書移転される (lie in grant) が引渡のされない無体相続財産』が存在したからである。だがしかし、実際これらの権利がイギリスの最古の書物において受けている取り扱い方は、わたしが提起している法理の大きな拠所となっている。これらは、権利ではなく物と見なされるというだけの理由で譲渡が可能である。というのは、何人もただ単に権原を取得しうるだけでなく、シーズンも占有も有するつまり有体的にシーズンも占有も有することになるからである。シーズンは引渡できない (かもしれない)。わたしは君に聖職推挙権 [o] を手渡すことはできないし、聖職推挙権というものは耕作することも収穫することもできない。それにもかかわらず、聖職推挙権の贈与は君が教会に認められた牧師を推挙するまでは決して完全なものではないだろう、君の聖職推挙権令状において、君自身または君の被相続人の推挙に基づいて牧師が承認されること、いやむしろ、君の牧師が教会を利用することつまり非常の多額の価値のある十分の一税、寄付という教会からの土地産出物を取得したことを考慮してもらいたい⁽³¹⁾。しかし、われわれはこの2、3の無体物をもう少し詳しく考察することができる。

さて最初のものは領主権、復帰権、残余権である。これらのものはいわば証書移転できる。だがそれにもかかわらず、土地の保有者は被譲与者に土地譲渡承諾 [p] をしな

なければならない。つまり土地譲渡承諾は当該権利の譲渡が完全なものであるために必要である。このようなことは1705年⁽³²⁾の法であった。どうしてこれは土地譲渡承諾を必要としたのか。

次のように答えることができる。ここにまずなによりも封建的準則がある、と。(はっきりとした歴史が始まる前は)まさに保有者は領主の同意なしにその土地を譲渡できなかったように、アン女王の治世下では領主は保有者の土地譲渡承諾なしに領主権を譲渡することはできなかった。領主と領臣の間には人的な絆が存在していた。土地譲渡承諾の必要性は保有者の同意の必要性から始まるが、確かに保有者はそのうちにその同意を与えることを余儀なくされることになった。

さて、この領域において封建制の影響があったことは否定できないだろう。これを否定するためにはブラクトンに反論しなければならない。しかし、一般準則として保有者が譲渡に合意することを拒否できると述べるイギリス法の教科書ができるまでは、その説明は十分であると認められるべきではない。ブラクトンは、例外的な事例を除いて保有者が同意しないかぎり忠誠宣誓(homage)の譲渡は存在しえないと述べているが、他方他の奉仕はすべて譲渡することができ、保有者が実際は譲渡を望んでいない(velit nolit)のに土地譲渡承諾をさせられるものである⁽³³⁾、とも述べている。もちろんこの状態を過渡的と見なすことは可能であるし、ブラクトンの時代に保有者はかつて有していた譲渡に対する拒否権をすでに失っていると主張することも可能である。しかし、われわれがこの理論を採用する前に、説明を要する準則に比べてその理論の及ぶ範囲がいかに狭いかを調べることにしよう。

(a) 土地譲渡承諾の法理は領主権及び復帰権だけではなく残余権にも妥当するが⁽³⁴⁾、残余権者と特定の不動産権の保有者との間に不動産保有条件は存在しないし、封建的な絆も存在しない。

(b) 譲渡されるべきものが土地自体(直接の自由保有(freehold))であるが、しかしその土地が定期不動産賃貸借されている(in lease for years)場合にもほぼ同じ法理が妥当する。このとき譲渡は二つの方法のうちの一つで行うことができる。譲与がありうるが更に土地譲渡承諾が必要となろう⁽³⁵⁾。あるいは封土公示譲渡がありうる。しかし、封土公示譲渡がなされる場合は、定期不動産権者が同意者でなければならないかあるいは占有をやめなければならない⁽³⁶⁾。定期不動産権者がその土地に居座ること

にし、そして『わたしは出て行かないし土地譲渡の承諾もしない』と言う場合、有効な譲与は存在しえないし、有効な封土公示譲渡も存在しえない。従って、コモン・ロー裁判所に提訴がなされねばならない。しかし、われわれが述べたように、定期不動産権者がほぼその領主の臣下であると見なされ、完全に封建制であった時代において、その領主が土地を売却することを妨げるコモン・ロー上の権利を有していた、ということは確かに言えないであろうか。

(c) 土地譲渡承諾の法理は不動産保有条件に附随していない地代に妥当する⁽³⁷⁾。土地保有者は地代の被譲与者を保有しないであろうが、それにもかかわらず譲与が完全に有効であるためには土地譲渡を承諾しなければならない。実際コークの時代においても⁽³⁸⁾そして現在においてでさえも、地代についての研究は古い考え方を極めて示唆するとわたしには思える。地代は物と見なされ、(わたしがそう言っているのなら)一定の物質的存在と見なされる。君はそのシーズンを有することができるつまり物理的に占有できるけれども、君が貨幣、有形の貨幣を手にするまでは現実のシーズンを有していない。このような現実のシーズンを得ることに多くのことは依拠していたし、現在では議会の選挙権もそうである⁽³⁹⁾。土地譲渡承諾は『法上のシーズン』という一つの擬制を与えると思われる。つまり触れることのできる現金以外は君に事実上のシーズンを全く与えないと思われる。地代のような無体相続財産は、まさに金または銀の偶有性に基づいて時々有体物になるという理由により贈与できる。これは古い理論であると思える。

さて、土地譲渡承諾に関して、有意義な類似した物が極めて手近なところにある。コークのリトルトンを閉じてベンジャミンの売買 (Benjamin on Sales) を開くことにしよう。詐欺防止法 (the Statute of Frauds) に言う意味での売却物品の『現実の受領』であると思われるものを述べるために、ベンジャミン氏はこのように書いている。『物品が売却のときに第三者の占有下にある場合、現実の受領が生じるのは売主、買主及び第三者がともに、第三者が売主のために物品を保有することをやめかつ、買主のためにそれを保有することを合意したときである。…当事者全員がその合意に加わらねばならない。というのは、売主の代理人は買主自身がそれを知りかつ同意しなければ買主の代理人になることはできないからである⁽⁴⁰⁾』。これはよく知られた法であり、そして確かに十分に説明している。パーク裁判官 (Baron Parke) は、『受託者がいわば買

主に土地譲渡承諾をするまでは』、買主による『現実の受領』がないと述べたときに非常に適切な語句を使った。その適切な語句は明瞭さによって曖昧さを、新しさによって古さを説明した⁽⁴¹⁾。

物の譲渡なき権利の譲渡は存在しない。

これを考え方の出発的として、復帰権者は生涯権者がシーズン有している場合にその権利をどのようにして譲渡することができるのか、そして単純封土権はその土地に定期不動産権者がいる場合どのようにしてその権利を譲渡できるのか、を問うことにしよう。答えは一つしかない。物を自らの権能でもつ者は、買主のためにまたは買主の下で保有するという事を知っていなければならない。この事を知っていれば、買主が問題となっている物を『現実に受領した』と（詐欺防止法を解釈するときと同じように）言うことができるだろう。古いイギリス土地法の複雑な問題すべてについてこの理論または他の理論を貫くのは困難であるということはわたしも認める。時がたつて、コモン・ロー上二つの占有つまり、第一は定期不動産権者が有することのできない古い形式の占有またはシーズン（*possessio ad assisas*）、次に定期不動産権者が有することのできる新しい形式の占有（*possessio ad breve de transgressione*）が認められるようになったという事実は最初に単純な一つの観念とされてきたものを複雑化している。しかし、ブリトン（Britton）のいくつかの言葉の中に手がかりが得られる⁽⁴²⁾。つまり単純封土権者はその土地を譲渡しようとするが、しかし現有の耕作者が存在する場合、耕作者が土地譲渡承諾するまでは譲渡はありえない（*car la seisin del alienour sei continue touz juis par le fermer, qui use sa seisin en le noun le lessour*）⁽⁴³⁾。シーズンは耕作者が譲受者のために保有することに同意するまでは、譲渡者のために保有される。さて支配している者が単純封土権者である場合、その者は自分自身のためにシーズンを有している、つまり単純封土権現有している（*seised in demesne*）、ということは明らかだが、しかし領主もまたシーズンを有しており、領地のシーズンを有している。すなわちその古い著書が述べているように、領主は奉仕により土地を保有している（*non in dominico sed in servicio*）。つまり領主は保有者の身体によって土地を保有している。領主が領地のシーズンを譲渡できる場合にその権利を譲渡できるにすぎない。領主がシーズンを譲渡できるのは、保有者が新しい領主の下で保有することを認める場合である⁽⁴⁴⁾。『土地から発生する』地代についてもそうで

あり、土地を取得できなければその土地から地代を生じさせることはできないしあるいは既に発生している地代の流れを変えることはできない。誰か他の者が土地を占有している場合、その者こそが地代を発生させまたは変える権能を有する。『土地から発生する地代』という語句はそうしばしば使われたわけではないが、非常にすばらしく有益なものと思われる。その語句は何と奇妙な物質主義を含んでいるのであろうか！

無体物（*res incorporales*）についてのブラクトンの取り扱い方は全体に、同様の物質主義を示している。それは古代ローマ語で表されており、その著者はかなり分析的かつ合理的であろうとしているので、物質主義がさらに著しいものとなっている。権利（*Jura*）は無体物であって見ることも触れることもできない。それ故、権利の引渡（*traditio*）をすることはできない。それらの贈与がなされるときはすべて引渡なき贈与であるにちがいない。しかし、これは法の擬制によって可能である。法は、受贈者が贈与を受けるとまだ譲渡された権利を行使していなくても直ちに占有するという虚構を作り出すであろう。だがしかし、受贈者が現実に関該権利を行使した場合にのみ、受贈者の占有（*possessio*）は擬制（*fictiva*）でなくなり現実（*vera*）のものとなる。そしてそのあとで、そしてそのあとでのみ、譲渡された権利は再び譲渡できることになる⁽⁴⁵⁾。

ブラクトンの時代及びその後長い期間にわたって、これらの無体物すべてのうちで比類なき最も重要なものは一身専属の聖職推挙権（*advowson in gross*）であった。そして幸運にも、ブラクトンは多くの事件を引用してその譲渡性に関する研究を再度われわれに与えてくれる⁽⁴⁶⁾。要約すればこのようになる。聖職推挙権のシーズンを有するAがそれをBに譲与し、そしてそれから教会に空席ができた場合、Bは推挙する権利を有する。すなわち、聖職推挙権はこの限度で土地から切り離されることになる。しかし、空席ができる前にBがCに譲与し、そしてその牧師が死亡した場合、誰が推挙すべきか。CでもなくBでもなく、Aである。Cでない理由は、Bは準占有（*quasi-possession*）を有しているが当該譲与をしたとき、譲渡されまたは部分的に譲渡された権利を決して行使しなかったため、現実の占有を有していないからである。Bは贈与するものを何も有していなかった、つまり何も有していなかった。Bでない理由はBが有していた不完全な権利をすべて贈与してしまったからである。前述のようにA以外に推挙する者はいない。というのは、唯一の現実のシーズンがAに存するからである。或者が牧師に推挙してそしてその権利を行使するまでは聖職推挙権を現実取得しない。

われわれは数世紀後の聖職推挙権の研究を取り上げることができる。有名でよく知られている一判決、すなわちアシュヴィ対ホワイト事件⁽⁴⁷⁾ [q] のホルト (Holt) 判決から次のことがわかる。ホルト裁判官は、救済方法のないことと権利のないことが全く同一のものであるという法理を例証している。『聖職推挙単純封土権の買主が、何らかの推挙をする前に、侵奪を受けそして買主の聖職推挙権妨害排除令状 (quare impedit) を提起することなしに6ヶ月を経過した場合、買主は唯一の救済方法である聖職推挙権妨害排除令状を失うので聖職推挙権に関する権利を失う。というのは、買主が聖職推挙権の令状について訴訟幫助できないからである。そして買主が後に侵奪されそして死亡し、聖職推挙権がその法定相続人に相続されても、なおも法定相続人は原権回復できず、聖職推挙権は回復することなく永久に失われるのである』。アン女王治世第7年の法律18号以前の法はそうであったとわたしは理解している。これは次のようになっている。すなわち、一度も聖職に推挙されなかった被譲与者が侵奪を受け、そして制定法上の特別な救済方法を直ちに行使しなかった場合⁽⁴⁸⁾、被譲与者の権利、その弱い権利は永久に消滅してしまった、と。被譲与者は権利令状をもつことはできない。というのは、被譲与者は現実のシーズンに依拠できないからである。実際、或物の物理的有体的占有と見なされるものをまだ取得していなかった被譲与者の権利はコモン・ロー上非常に不安定である。実際、これらの権利が証書移転できると述べられるときには法解釈上或語句が正しく使われるが、しかしおそらく現代の読者を非常に間違った方向に導くと思われる。

紙面がないのだが、わたしは特権 (franchises) について述べることにしよう。というのはブラクトンが通行税を免れる権利のような消極的な特権についてさえシーズンまたは占有の観念を適用しているからである。そして更に無体相続財産の歴史が研究されればされるほど、古い概念によれば無体相続財産が書面上の文言によって有効に転讓譲渡できないものであることがより明白になる。すなわち無体相続財産のシーズン及び占有が存在するので、占有の移転なしにはその財産の譲渡は完了しないのである。占有の移転が現実のものでなかったときは占有の移転が擬制されねばならない。しかし今われわれが、ここで援用されてきた古い準則全部を集めてみると (そしてわたしが読者にこの論証の要約の多くの食い違いをその研究でうめることを望むが)、ジェームス・マンスフィールド卿が『特別の訴訟』に帰した我先駆者達の『非常に変わった観念』は、

主として一般の訴訟に帰せられるとは考えられないだろうか。それらの観念は物が譲渡できそして権利が譲渡できなかった時代を指摘している。明らかに物は譲渡できるが、しかし権利は果して譲渡できるのか。

そしてここで無体動産 (*choses in action*) がつい先日から譲渡できるものになったという注目すべき事実を覚えておこう。契約の利益の非譲渡性は、シーズンを侵奪された所有者の権利の非譲渡性と同様に、あの有用でよく用いられる『特別の訴訟』つまり訴訟幫助への強い警戒に帰せられた。その説明は一つの事件において検証にたえなかったのであれば⁽⁴⁹⁾、他の事件において検証にたえるか否かは疑わしい。古い分類によれば、契約の利益と訴訟によって土地を回復する権利とは互いに非常に近い立場にある。『権利となった』(重要な用語である) 不動産権をもつ土地所有者は、訴訟上の物すなわち物的訴訟上の物を有している。対物権 (*jus in rem*) と対人権 (*jus in personam*) すなわち権利と物の間にある対比よりもっと古い対比が存在する。訴訟幫助という言葉はブラクトンの著書にはないとわたしは信じるが、ブラクトンにとって引渡 (*traditio*) なき贈与 (*donatio*) が存在しえないということは、記録上の事件によって十分に例証されうるが、説明の必要のないほど非常に明白でとても当然な準則である。13世紀にローマ法について学んだことは当該準則を固定したかもしれないし厳しいものにしたかもしれないが、しかしイギリス法の最も深い機構に深く入り込んだと思われる。

われわれイギリスの法律書が論じている数世紀の間において、何等かの物の譲渡なしにあるいは譲渡された無体物の使用として表象されうる何等かの物理的な事実なしに権利が譲渡されるものとする、と厳格に考えられてなかったと言うつもりはない。アングロ・サクソン特許状または『勅許状 (*book*)』が何等かの占有の移転なしに所有権を移転させたということが万一立証されたとすれば、このことは確かに注目すべき事実になるだろうが、特に当該立証が勅許譲与からなる場合には、決して決定的な事実にはならない。国王評議会 (*king in council*) はコモン・ロー裁判官のなしえなかった驚くべき偉業を多くなしてえた。そして1875年以前には国王は無体動産を譲渡できたことが知られている。しかし、自制に欠ける古い考え方は、考えられる唯一の準則でなくなった後も長く続いた準則を生ぜしめたのである。そしてそれ故、新しい正当化の理由は、古代の知恵、封建制、訴訟幫助への憂慮、そしてまた、不正聖職推挙への嫌悪などあちこちに見い出されねばならなかった。それらの準則が廃止されない限り、この合理化の

過程は続いていくに相違ない。裁判官達や学者達は自分でこれらの古語を實際上わかりやすい法制度にするという作業を余儀なくされるのは明らかである。それらの準則が廃止され、それらすべてをまとめることができ、そして少し離れてそれらを調べることができる場合のみ、それらの準則は本当の歴史を語り始める。その歴史の主題と思われるものをここに書くことにする。この目的のために多種多様な項目、すなわちわれわれが有している詳細で難解な情報の膨大な蓄積のほとんど全部を非常に簡潔にそして表面的に述べる必要がある。ここであえて論考したような理論すべてが承認を求められる前に、全部の点について厳しく検証されねばならないし、イギリス以外の他の法制度が検討されるべきである。しかし、われわれが普通結びつけて考えない多くの古い法準則に注目することや、それらが各々互いに解明するのを助け、そして主として一つの一般の訴訟の結果であると示唆することは価値があると思われる⁽⁵⁰⁾。

註

- (1) *Law Quarterly Review*, October, 1886.
- (2) *Co. Lit.* 17a, 153a, 200b.
- (3) *Law Quarterly Review*, July, 1885. "The Seisin of Chattels." 私は、動産に関するシーजनという言葉の使い方のいくつかの新しい例について、M. M. Bigelow 氏、H. W. Elphinstone 氏及び *Solicitors' Journal* の博学な批評者達に負うところが多い。See *Litt. sec.* 177, also *Paule v. Moodie*, 2 *Roll. Rep.* 131. しかし、13世紀の語法に関して、私は今1000件以上の事件を写した後で、以下のことを何等疑っていない。つまり、*posideo*, *possessio* という言葉は極めて稀れであるが、しかし何人も妻のものであれ夫のものであれすべてのものについてシーजनをもつことができる、と。一婦人が婚姻を証明することにより夫の死後に夫の遺体のシーजनをもち続けているということを主張しているのを知った。
- (4) *Bracton*, f. 113, from *Dig.* 41. 2 (*de acquir. vel amit. poss.*) 12, § 1.
- (5) *Co. Lit.* 369a, 17a, b.
- (6) 8 & 9 *Vict. c.* 106, *sec.* 6.
- (7) *Goodright v. Forrester*, 1 *Taunt*, 613.
- (8) *Co. Lit.* 213b; *Lampet's Case*, 10 *Rep.* 48a.
- (9) *Stubbs, Const. Hist.*, § 295.
- (10) *Co. Lit.* 293a.
- (11) *Bracton*, f. 376.
- (12) 1 *Vic. cap.* 26, *sec.* 3.

- (13) 32 Hen. VIII, cap. 1.
- (14) 34 Hen. VIII, cap. 5.
- (15) これらの事件は、Jarman on Wills, 4th ed., vol. 1., pp. 49, 50に収められている。おそらくこれらの事件は、今では決して解決されないであろういくつかの問題点を残したままである。しかし、主要な法理は解決されていると思われる。
See Co. 3 Rep. 35a.
- (16) Y. B. 39 Hen. VI, f. 18 (Mich. pl. 23).
- (17) 3 & 4 Will. IV, c. 106; Co. Lit. 11b.
- (18) 8 Ass. f. 17, pl. 27.
- (19) 3 & 4 Will. IV, cap. 105.
- (20) Co. Lit. 31a.
- (21) Co. Lit. 15b, 29a, 31a, 181a.
- (22) チャリス (Challis) 氏 (Real Property, p. 182) がもっと適切に同趣旨のことを書いている。See Leach v. Jay, 9 C. D. 42.
- (23) Winchester's Case, 3 Rep. 2b.
- (24) ここで私が立入権と訴権の復帰及び没収に関する主な先例を年代順に収めるのが都合良いであろう。Reg. Brev. f. 164 (F. N. B. f. 144); 27 Ass. pl. 32, f. 136, 137; Fitz. Abr. Entre Congeable, pl. 38 (Hil. 2 Ric. II); 2 Hen. IV. f. 8 (Mich. pl. 37); 7 Hen. IV. f. 17 (Trin. pl. 10); 32 Hen. VI. f. 27 (Hil. pl. 16), comp. Litt. sec. 390; 37 Hen. VI. f. 1 (Mich. pl. 1); 15 Edw. IV. f. 14 (Mich. pl. 17), per Brian; 6 Hen. VII. f. 9 (Mich. pl. 4); 10 Hen. VII. f. 27 (Trin. pl. 13); 13 Hen. VII. f. 7 (Mich. pl. 3); Bro. Abr. Eschete, pl. 18; Co. Lit. 240a, 268a, b; 3 Inst. 19; 3 Rep. 2, 3, 35a; 8 Rep. 42b; Hale, P. C. Part I, ch. 23; Hawk, P. C. Bk. 2, ch. 49, sec. 5; Burgess v. Wheate, Eden, 177, 243. これらの先例は、おそらく公式令状集 (Register) にある令状を除いて、14世紀中頃より古いものはないということがわかるだろう。
- (25) 3 Rep. 35a; Co. Lit. 76b.
- (26) Fitz. Abr. Garde, pl. 10.
- (27) See Asher v. Whitlock, L. R., 1 Q. B. 1. Holmes, Common Law, p. 244.
- (28) もちろん、わたしは Taylor v. Horde, 1 Burr. 60 を援用している。その事件は、前世紀の偉大な不動産譲渡取扱人に大いに不満を抱かせ、そして後にチャリス氏を全く意味のわからないものにした (Real Property, p. 329)。この事件に関するバトラー (Bulter) の註釈 (Co. Lit. 330b) は、シーズンに関して

いままでにある註釈のなかで最も現代的なものであると私には思える。

- (29) Holmes, *Common Law*, p. 241.
- (30) コークは次のように述べている (Co. Lit. 245b)。すなわち、『古法によって』シーズン被侵奪者の立入は不法占有不動産相続 (descent cast) によるのみならず、1年以上請求を受けなかったシーズン侵奪者の封土公示譲渡によっても禁じられた。フランスにもドイツにも非常に似ている法があったが、Laband, *Die Vermögensrechtlichen Klagen* と Heusler, *Die Gewere* に詳しく見ることができらる。コークの記述について明確な先例を決して見つけることができなかったが、しかしそれはわたしには極めて蓋然性があると思える。それは不法占有不動産相続から独自の特殊性を奪ってしまい、和解譲渡 (fines) の研究に適している。
- (31) *Capiend inde expleta* (土地から採ったもの)；この語句は明確でかつ成功したという実感を伝えている。占有者がその土地から作物を取得したとき、占有者はそのシーズンを実現し、利用する。つまりそのシーズンは今やはっきりしたものである。Skeat の著書の *explicit, exploit* の項目と Ducange の著書の *expletum* の項目にも非常に多くの資料がある。コーク (6 Rep. 58) は、その語源は間違っているが、ほぼ正確な意味を与えている。つまり、コークは (*explico* の代わりに) *expleo* (満たす) からその言葉の起源を説いており、そして地代の被譲与者は土地産出物すなわち (*scilicet*) その利益と有価物を獲得するまでは完全に満たされた (*explete*) または完璧な不動産権をもたないとも述べている。
- (32) 4 & 5 Ann. c. 16, sec. 9.
- (33) *Bract. f. 81b, 82*. 土地譲渡承諾を強制する令状は *Quid juris clam* と *Per quae servitia* である。
- (34) Co. Lit. 309a; Lit. sec. 569.
- (35) Lit. sec. 567.
- (36) Co. Lit. 48b; *Bettisworth's Case*, 2 Rep. 31, 32.
- (37) Co. Lit. 311b.
- (38) *Brediman's Case*, 6 Rep. 56b.
- (39) *Orme's Case*, L. R., 8 C. P. 281; *Hadfield's Case*, *ibid.* 306.
最新の選挙改革法 (48 Vict. c. 3, sec. 4) は遺憾にも、将来において古い時代の業績に類似した研究を将来見ることがありえないものにした。
- (40) Benjamin, *Sales*, 2nd ed., p. 132.
- (41) *Farina v. Home*, 16 M. & W. 119. 物品の売買に関する事件の議論に「土地譲渡承諾」という術語を最初に持ち込んだのはパーク裁判官であるとわたしは信じている。しかし、この点についてはわたしは間違っているかもしれない。
- (42) わたしは、サヴィニー (Savigny) の *possessio ad interdicta* に倣ってわた

しのラテン語の語句を造った。シーズンは、「裁判上の占有 (assize-possession)」である、と言ってよいだろう。

(43) Britton, vol. II., p. 303.

(44) 上級領主は土地のシーズンを有すると述べるのは法解釈上常に正しかったということに、わたしは確信をもてない。しかし、13世紀の判例において、彼は確かに土地を有しかつ保有しているが、直属地ではなく奉仕で有しかつ保有している。See Br. f. 432, 433. わたしはこのような趣旨の事件を多く読み、シーズンを直属地として移転することもないし奉仕して移転することもない (nunquam aliquam seisinam habuit nec in dominico nec in servicio) と述べているのを見た。

(45) Bracton, f. 52b.

(46) Bracton, f. 54, 55, 246. See Nichols, Britton, vol. II., p. 185, note f.

(47) *Ld. Raym.* 938, 953.

(48) *Stat. Westm. the Second* (13 Edw. I), c. 5. その法は、Blackstone, vol. III., p. 243によって明確に述べられている。

(49) Pollock, *Principles of Contract*, 4th ed., Appendix, Note G.

(50) 非常に古いものだが、いままで述べてきたことに全く反するものと思われる、現代イギリスのコモン・ローの準則が存在する。すなわち、この準則は動産の所有権は単なる同意つまり引渡なき売買契約及び代金支払により譲渡されうる、というものであった。わたしはこのことを忘れていないが、しかし年書の2人の編者を分裂させた問題はすでに余りに種々雑多になっていて、一論文において論じることは不可能であると思える。マニング上級弁護士 (Serjeant Manning) は、この準則は全く現代的なものであると主張した。他方、ブラックバーン卿 (Lord Blackburn) はエドワードIV世時代の書物にそれがあるのを見つけた。だが、彼はそれ以上それを辿っていかうとしなかった。そして古い時代の法はいずれかの側に占有の移転があることつまり物品の全部または一部引渡、代金の全部または一部支払を要求した、とわたしには思える。おそらくもうしばらくすれば、わたしはこのことについての新たな発見を述べるのが許されるであろう。この論文が印刷された後に、G. H. Blakesley 氏が不動産の動産のシーズンについて言及している訴訟の事例 (A. D. 1305) を指摘してくれた。See *Registrum Palatinum Dunelmense* (ed. Hardy), vol. IV., pp. 45, 49, 63, 73.

訳註

- [a] **seisin**. イギリス封建法における占有であるが、日本民法にいう占有とは異なるのでシーズンと表記することにした。**possession** も占有を意味する用語であるが、これが多義的であるのに対し、シーズンは自由保有権に関して限定的にかつより厳密に用いられる。
- [b] **Coke upon Littleton (1628)**. コークの「イギリス法提要」(Institute of the Laws of England)の第一部。コークは本書においてリトルトン「土地法論」(Tenures, c. 1481)を詳しく註釈した。
- [c] **tenure**. 不動産保有条件はイギリス封建法の一大特質である。封建法は国王のもつ直接または間接の土地所有権と、臣下の持つ土地の使用収益権を分離した。後者にはさまざまな条件が付され、それを満たすことによりその権原を保有するものとされた。
- [d] **right of entry**. 平穩なる方法によって土地に立ち入ることにより土地の占有を得る権利。
- [e] **forms of action**. 中世では、あらかじめ定められた訴訟方式に厳密に合致していることが、訴訟を提起する前提条件となるものとされていた。これについて詳しくは、Maitland, *Forms of Action at Common Law* (1909)を見よ。
- [f] **self-help**. 本人または代理人が実力により自己の権利を実現すること。
- [g] **possessory assize**. 目的物の現実の占有を取得または取り戻すことを直接の目的とする訴訟。
- [h] **maintenance**. 全く自分には関係のない訴訟において、訴訟の攻撃または防御のため、金銭または他の物による報酬をえて、いずれかの当事者を支持するという干渉。特に、被幫助者が勝訴したときに報酬を得ることは勝訴謝礼付訴訟幫助(champery)となる。ともに不法行為となる。
- [i] **bracery**. 訴訟当事者のいずれか一方を有利にするために、陪審を約束・説得・嘆願・供応・賄賂などによって買収すること。
- [j] **feoffment**. 封土すなわち領地の譲与。これにより、被譲与者が譲与者に対して一定の奉仕を負うことになる。現有する土地の自由保有権を譲渡する唯一の方法であった。
- [k] **dower**. 夫が婚姻中に継続して占有していた土地の3分の一に対し、夫の死亡時に妻が取得する生涯権。
- [l] **curtesy**. 妻が婚姻中に占有していた土地または相続財産に対し、妻の死亡時に夫が取得するコモンロー上の不動産権。
- [m] **incorporeal hereditament**. 相続可能な無形の財産。
- [n] **wardship**. 未成年者の養育及びその財産の管理について有する権利義務。

- [o] advowson. 空席になっている聖職に推挙する権利。
- [p] attornment. 定期不動産権者が、その土地に対して権原を有することとなった者の保有者になることの同意。
- [q] Ashby v. White. 有名な Holt 裁判官（1642—1710）の判決であるが、この裁判官は、刑事訴訟の近代化などイギリス法の合理化に大いに貢献した。