

國學院大學學術情報リポジトリ

イングランドにおける刑事審理陪審の成立

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 捧, 剛 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/00001081

イングランドにおける刑事審理陪審の成立

捧 剛

- 一 はじめに
- 二 神判の禁止
 - (1) ラテラノ公会議
 - (2) 神判禁止の背景
- 三 神判禁止の影響と刑事審理陪審の成立
 - (1) 一二一五年以前…起訴陪審の機能
 - (2) 一二一五年…神判禁止の影響
 - (3) 一二一五—一二一九年…刑事審理陪審の萌芽
 - (4) 一二一九—一二二〇年…刑事審理陪審の成立
 - (5) 一二二一年以降…刑事審理陪審の定着
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

陪審制は、英米法を特徴づける重要な制度の一つである。コモン・ローも英米法の大きな特徴であるが、陪審制は、そのコモン・ローが成立するにあたって大きな役割を果たしたといわれ、その意味では、長い歴史の産物であるコモン・ローよりさらに長い歴史を有する制度といえる。ところで、その陪審制のイングランドにおける起源に

関しては、揺るがし難いと思われていたブルンナー及びメイトランドのフランク・ノルマン起源説⁽¹⁾、アングロロサクソン起源説のハーナード⁽²⁾及び二重起源説のヴァン・カネヘム⁽³⁾から疑問が提され、定説のないのが現状である。しかしいずれの説に依るにせよ、初期の陪審が近代的な陪審とは異質な、「宣誓の上で事実、権利または自己の近隣の者等に関する質問に、一定の形式で答える者の集団」であつた点に相違はない⁽⁴⁾。したがって、初期の刑事陪審は、犯罪事実または犯罪を犯した疑いのある者を、宣誓の上で国王の裁判官等に対して報告する義務を負つた者の集団、すなわち現代の起訴陪審に近いものであつて、現代の審理陪審が行うような有罪または無罪の判断は、決闘及び水の神判といった超自然的な力に頼る方式によつて行われていたのである。

それでは、現在のように法廷に提出された証拠に基づいて事実を判断し、被告人の有罪または無罪を最終的に決する、いわゆる審理陪審が成立したのはいつのことなのか。初期の刑事陪審とは別に、またはそれから派生して刑事審理陪審が誕生し、現代の刑事審理陪審に至る過程を検証する場合には、少なくとも次の二つの時期を明確にする必要がある。すなわち、第一に、有罪または無罪を最終的に決する陪審の成立であり、第二に、自己の知識ではなく、法廷に提出された証拠に基づいて判断を下す陪審の成立である⁽⁵⁾。むしろ、イングランド法発展の一般的形態を考えた場合、これらは一気に成立したのではなく、長い期間の中で徐々に定着して行ったものであることは想像に難くない。しかし、どこかにその端緒を見いだすことは可能ならずである。

一般的に、前述のような刑事陪審の変遷過程を知る上で手がかりとなるものは、一一六六年にヘンリー二世 (Henry II) が制定したクラレンドン条令 (Assize of Clarendon) 及び一二一五年にローマ教皇イノケンティウス三世 (Pope Innocent III) が召集した第四回ラテラン公会議 (the Fourth Lateran Council) における、神判禁止の議決であるとされる。「陪審を現在でいう、審理方式として利用したのはヘンリー二世であり、それがイングラン

ド固有の制度として発展することを、間接的に支えたのは、ローマ教皇イノケンティウス三世である⁽⁶⁾といわれる所以である。

そこで本稿では、主として当時の刑事陪審に関わる裁判記録 (rolls) を検討し、近年のロジャー・D・グルート (Roger D. Groot) 教授の優れた研究等の助けを借りることにより、イングランドにおける神判の禁止影響と刑事審理陪審の成立との関連について、極めて不十分ではあるが検証することとしたい。

二 神判の禁止

(1) ラテラノ公会議

一二一五年十一月一日に、ローマ教皇イノケンティウス三世がローマに召集し、約一カ月続いた教会会議が第四回ラテラノ公会議である。同月の十一日、二十日及び三十日の三回にわたり総括会議を持つなど、中世におけるローマ教会の隆盛を示す、他に例を見ない大規模な教会会議であった。その参加者も、神聖ローマ帝国のフリードリッヒ二世 (Friedrich II) を始め、フランス、イングランド及びハンガリーの全権使節、並びに四〇〇名以上の全ヨーロッパの司教及び八〇〇名以上の修道院長など、総勢一五〇〇人に及んだ。この会議の主要な課題は、それまでの教会改革の総括及び十字軍遂行への確固たる基盤の付与であったが、前者との関連において、異端対策、並びに聖職者の規律及び組織を明確にすることによる教会内部の刷新がはかられた⁽⁸⁾。これらの課題に対する全七〇条にも及ぶ公会議議決の中において、法及び裁判に関わる議決は、むしろ枝葉に属するとさえ考えられるが⁽⁹⁾、この公会議

議決の第十八条 (Canon 18) における神判の禁止は、結果としてヨーロッパ (少なくともイングランド、ノルマンデー及びデンマーク) の世俗の裁判に大きな影響を及ぼす契機となったのである。

そもそも第十八条の趣旨は、血を流す結果となるような司法的判断に聖職者が関与することを禁止することにあるが、これは当時、教会と世俗とを問わず行われていた裁判慣行、すなわち神判を念頭に置いたものである。神判は、片務的な神判と双務的な神判に大別され、前者は、冷水神判、熱湯神判及び熱鉄神判に、後者は決闘にそれぞれ代表される(今後は、特に断らない限り、ただ「神判」と記述した場合には、片務的な神判を意味するものとし、双務的な神判については、「決闘」と記述することとする)⁽¹⁰⁾。第十八条は、世俗の裁判における神判を直接禁止したのではなく、聖職者が水及び鉄に対して祈りを与え、清めることを禁止したに過ぎないが、それらはいずれの形態の神判にも欠かせない行為であり、したがって事実上、教会と世俗とを問わず双方の形態の神判そのものが禁止されたに等しいのである。

(2) 神判禁止の背景

こうしたローマ教会の反神判及び反決闘の立場は、この第四回ラテラノ公会議において初めて示されたものではない。特に、決闘の禁止については、第二回及び第三回のラテラノ公会議においても同様の議決がなされており、第十八条もその更新に過ぎない。このような決闘に対するローマ教会の否定的立場は、すでに九世紀中には現れている。

それに対し、神判に関するローマ教会の態度は、一般的に、実務上の要請におされて一定種類の事件について神

判を認める傾向にあるが、やや安定しないところもある。例えば、八六七年に決闘を禁止した教皇ニコラス一世(Nicholas I)が、水の神判には好意的であったのに対し、教皇ステファン五世(Stephen V)は、八八六年から八八九年にかけて、幼児殺害事件における熱鉄神判及び冷水神判を禁止した。しかし、十一世紀及び十二世紀においては、教皇グレゴリー七世(Gregory VII)、エウゲニウス三世(Eugenius III)及びアレグザンダー三世(Alexander III)も、特定の事件における神判を認めていた。⁽¹²⁾イノケンティウス三世自身の神判に対する態度も、一二一五年以前は曖昧であったといわれるが、第四回ラテラノ公会議以降は、いずれの教皇も反神判の立場を貫いた。例えば、一二二二年に教皇ホノリウス三世(Honorius III)は、世俗の裁判についても神判を明確に禁止したのである。⁽¹³⁾

ローマ教会による神判及び決闘の禁止は、ヨーロッパ全体における商取引の法の登場、及びより合理的な裁判手続を指向する一般的な動きの中で判断されるべきであり、その場合のより合理的な裁判手続とは、イングランドにおいては陪審であり、フランスにおいては糾問的裁判手続であったとされる。⁽¹⁴⁾とりわけ、十二世紀以降における神判及び決闘禁止一般化の理論的及び学識的な基礎を築いたのは、パリ及びボローニャに代表される大学の動きであった。「十二世紀初期にボローニャ大学においてローマ法の復興が研究されて以降、中世のローマ法学者は、一般的に、神判の問題を完全に無視した⁽¹⁵⁾」といわれるが、それは、いずれの形態にせよ神判による証明方法が「ローマ法を起源とするものではなく、したがってローマ法を学ぶ学生の興味をあまりひかなかった⁽¹⁶⁾」ためである。ただ一人アゾ(Azo)だけが、一二〇五年頃決闘裁判について著しているが、彼は、証明方法としての決闘を明確に否定している。当時のローマ法学者にとっては、「充分かつ明白な法的証拠は、主として書証及び証人からなる⁽¹⁷⁾」のであった。しかし、同時に彼らは、複数の書証及び証人が常に得られるものとは考えていなかった。アゾによれば、刑事事件にあつては、原告が完全な証拠を確保することができない場合には、被告人は速やかに無罪とされる。⁽¹⁸⁾民事事件の

場合には、推定、悪評または一名の証人といった、準証拠とでも称されるべきカテゴリーが考えられており、この準証拠のみが存する事件の場合には、「裁判官は、当事者の一方に宣誓することを課すことができ、事件は当該宣誓に基づいて判断された⁽¹⁹⁾」のである。一二〇〇年頃には、この宣誓は、「無罪宣誓 (purgatio)」と呼ばれるようになったのである。

以上のようなローマ法学者の考え方は、教会の法制度にも影響を与え、一二一五年までには、「裁判手続に關し、教会法学者は、証明の主たる方法としての複数の書証及び証人に対するローマ法学者の重要性の主張を、一般的に受け容れ⁽²⁰⁾」、当該証拠が得られない場合には、同様に無罪宣誓に依ることになっていた。教会法における宣誓証言の方が、ローマ法学者のいうそれよりも、歴史的にはむしろ旧いが、いずれにせよ、「教会法における宣誓証言の利用は、ローマ法における同様の実務を促進したことは、疑いがない⁽²¹⁾」。そして、十二世紀中葉には、教会法の無罪宣誓と区別する目的をもって、一般無罪宣誓 (common purgation) という用語が使われるようになった。

しかしその一方で、教会法学者は、過去において一定のローマ教皇が制裁を課するために利用した神判を継承したことも事実である。この点で、教会法学者は、ローマ法学者のように神判を無視することができず、何らかの態度を示す必要があった。一般的に、十二世紀の教会法学者は、九世紀におけるローマ教皇の反神判的な姿勢を知っており、したがって、神判に対しては否定的な立場をとっていたが、教会法集には、一定の事実において神判を認める多くの教令がふくまれており、それらを容易に無視することもできなかった。前述のように、確かに九世紀以降、神判は、迷信でありそれ故に神を唆すものであるとして、否定される傾向にあったが、十一世紀から十三世紀初期までのローマ教皇の中には、神判に好意的な者もあった。さらに、神判は完全な証拠が得られない場合に利用され得る無罪宣誓と同列のカテゴリーに属するものとされていたが、法的慣行として神判を求める圧力も強かった。

結局、これらの矛盾を調停する任務は、教会法学者にまかされることとなり、そのことが教会法学者をして反神判的態度をとらしめた原因であるといわれている。⁽²²⁾ いずれにせよ、教会法学者であり、若い時期にローマ、パリ及びボローニヤで学んだイノケンティウス三世が、大学における神判否定の傾向の影響を受けたとしても不思議はない。⁽²³⁾

以上のように、少なくとも大陸にあつては、神判はあくまでも二次的な証明方法であり、教会及び法学識者の全面的承認の下において利用されていた制度ではなかった。第四回ラテラノ公会議における神判禁止の議決は、この文脈において理解されるべきである。それでは、ローマ法の影響を余り受けていないイングランドにおいては、神判はどのように利用されたのか、また神判禁止の影響はどのようなものであつたのか。この点の検証が、刑事審理陪審の成立を検討する際には欠かせないであろう。したがって、次に、一二一五年神判禁止前後のイングランドにおける神判及び陪審の機能を検討することにした。

三 神判禁止の影響と刑事審理陪審の成立

それでは、神判の禁止が、イングランドの裁判にどのような影響を与えたか、そしてそれが果たして刑事審理陪審の成立と何らかの関連を有しているかを検証することにした。そのために、一二一五年の前後で、刑事事件における陪審の機能に変化が存したか否か、また、存するとすればどのような変化であつたかを見ることにする。ただし国王の司法活動は、一二一四年以降、ヘンリー三世の王位継承後、一二一七年まで、諸処の混乱の中で事実上中断していたので、⁽²⁴⁾ 確認し得るのは、主として一二一八年以降の裁判記録となる。

ところで、第四回ラテラノ公会議が開かれたのと同じ一二一五年に、イングランドにおいて、マグナ・カルタ

(Magna Carta) が成立している。確かに、ブラックストーンは、陪審審理を「すべてのイギリス人の同輩による審理であり、自由のための偉大なる防壁として、マグナ・カルタによつて、保障されたもの⁽²⁵⁾」とし、その起源をマグナ・カルタに求めているが、時間的に見る限り、当時の国王ジョン (John) がウインザ城 (Windsor Castle) から草地ラニミード (Runnymede) に出て、バロンの要求をのんだのが同年六月十五日であり、第四回ラテラノ公会議がローマに召集されたのが前述の通り同年十一月一日であるから、両者の間に直接的つながりはないと考えるのが妥当である。そもそもマグナ・カルタが封建文書であり、決して近代的な意味における自由を保障したものではないことを別としても、そこには、刑事審理陪審の成立に直接つながるものは見られないと考える⁽²⁶⁾。

(1) 一二一五年以前…起訴陪審と神判

前述の通り、刑事陪審の恒常的な制度としての利用を確立せしめたのは、クラレンドン条令であったといわれている⁽²⁷⁾。それでは、そこで確立された刑事陪審とはどのようなものであったか、まずその点を確認したい。

クラレンドン条令の第一条は次のように規定している。

「第一に、前記国王ヘンリーは、すべてのバロンの助言に基づき、平和を保持し、正義を維持するために、各県 (counties) の各地において、及び各百戸邑 (hundreds) の各地において、真実を述べることを宣誓した百戸邑の十二名の法を守った (lawful) 者、及び各村 (vills) の四名の法を守った者によつて、現国王が王位について以来、自己の百戸邑または村に、強盗、殺人もしくは窃盜、または以上の犯罪の隠匿を犯したことによつて訴追されなければならぬ者、その疑いのある者が存するか否の審問 (inquest) が行われるべきことを、ここに命ずるものである。

そして、裁判官をしてそのこれらの者の中においてこれを調査せしめ、シェリフ (sheriff)⁽²⁸⁾ をして調査せしめよ⁽²⁹⁾。さらに、十年後の一一七六年に制定された、ノーザムプトン条令 (Assize of Northampton) では、その第一条において、審問の対象となる犯罪に、貨幣の贋造及び放火が付け加えられている。さらに、やはり第一条において、宣誓の上で、以上の犯罪に関する情報を述べるために選出されるのは、各百戸邑の十二名の法を守った騎士、または、騎士が不在の場合には、十二名の法を守った自由人、及び百戸邑の構成単位である各村の四名の法を守った者であることが規定されている。⁽³⁰⁾

これら二つの条令における審問が、刑事陪審の起源とされるのであるが、ここで確立した制度はいわば起訴陪審礎であつて、審理陪審でないことは明確である。さらに、次の二点にも留意する必要がある。

第一に、起訴陪審の起源をノルマン征服(一〇六六年)以前に求める前述ハーナードの説は別としても、審問の起訴陪審類似の用法はクラレンドン条令以前にも認められることである。⁽³¹⁾

第二に、クラレンドン条令による起訴陪審の確立は、私訴制度にとつて代わるものではないということである。このことは、刑事訴追に関し、被害者自身またはその親族等による私的訴追 (appeal) と陪審による告発 (presentment) の二種が存在することを意味するが、訴追後の犯罪事実の証明方法について双方に違いが存するか否かが、刑事審理陪審成立を検証する上で一つの重要な鍵となる。そこで、次にこの点を検討する必要がある。

陪審が告発を行うための制度であるならば、それは有罪または無罪を決する手だてではない。それでは、訴追を受けた者は、その有罪または無罪をいかなる方法によつて審理されたのか。

クラレンドン条令第二条は、第一条に規定されている方法で訴追された者が、水の神判を受けることを規定している。⁽³²⁾ すなわち、訴追を受けた者は、手足をしばられた上で聖水に投げ入れられ、浮かんだ場合には、聖水がその

者を拒否したのであるから有罪と認定され、沈んだ場合には、無罪とされたのである。ただし、神判によって無罪を勝ち取った者であっても、法を守った者によって悪しき評判を報告された場合には、イングランドから追放されることになっていた。⁽³³⁾ 以上のことは、ノーザムプトン条令においても変化がない。⁽³⁴⁾

当時の神判の利用頻度については、宮廷財政記録 (Pipe rolls) 及び訴答記録 (Pleas rolls) 等の公的記録文書によって、ある程度知ることができる。例えば、一一六五―一六六六年の宮廷財政記録における各州 (shire) の勘定には、逃亡農奴 (Tungings) 及び水の神判において有罪となった者の没収財産の記帳が含まれている。⁽³⁵⁾ 正確な数値は不明であるが、一一六六年においては、約六〇〇名の者が神判に付せられ、かつ有罪宣告を受け、または失踪もしくは逃走中であるとの判断に基づき、財産を没収されたと推測される。⁽³⁶⁾ また、一一七五―一七六六年の宮廷財政記録においても、同様の活動が集中的に行なわれたことを示す記述があるが、⁽³⁷⁾ これは、ノーザムプトン条令の影響である。

神判の集中的な利用の例は、二つの条令制定直後に見られるものであるが、そのことは、それ以外の時期においては、神判が証明方法として利用されていなかったということの意味するものではない。確かに、規模は小さいが、その他の年の宮廷財政記録においても、神判が日常的に利用されていたことが記されている。例えば、一一六六―六七年の宮廷財政記録には、ロンドン及びミドルセックス (Middlesex) において行なわれた神判の費用、及び国王の官吏が不在のまま神判を行なった者に対して科せられた十マークの罰金に関する記載等が見られる。⁽³⁸⁾

このようにクラレンドン条令及びノーザムプトン条令の規定、並びに神判利用の実態を見る限り、刑事審理陪審成立の余地がないことは明かなように思われる。しかし、当時の刑事陪審は重罪を犯した疑いのある者を国王の裁判官に対して報告し、その者はすべからず神判に付されたと単純に考えてよいのだろうか。それを確認するために、また起訴陪審と審理陪審との違いをより明確にするためにも、当時の起訴陪審の機能をより詳細にみることにする。

当時、訴追は一般的に、国王の命を受けた裁判官が定期的に各地を視察する、いわゆる巡察 (eyre) において行われていた。陪審による訴追は、この裁判官に対する報告の形で行われたが、それには二つの形態が存した。第一に、陪審自身が被告人の名を挙げて犯罪の報告をなす、いわゆる告発であり、第二に、私的訴追がなされたことの報告をなすものである。

訴追が行われた事件のうち、被訴追者が地方官吏の面前で自白した場合、及び明白に有罪である場合には、そのまま有罪宣告がなされたが、それ以外の場合には、被疑者は犯罪事実を否認し、神判に付されることになっていた。ただし、訴追を受けたものすべてが神判に付された訳ではないことに留意する必要がある。前述ルートによれば、百戸邑の陪審がある者を告発しながら、後に嫌疑なしと述べた例が多々あるが、それは、陪審がまず犯罪を犯したと目されているすべての者を報告し、次に陪審自身がいずれの者に嫌疑を抱いているかを指摘するよう要求されていたことを意味する。⁽³⁹⁾そして、結局神判に付されるのは、次の二つの場合である。すなわち、第一に、百戸邑の陪審が単独で告発し、同時に当該告発についての補強証拠を提示した場合であり、第二に、百戸邑の陪審が告発し、さらにその被訴追者の嫌疑につき、四名の村民が百戸邑の陪審に同意した場合である。⁽⁴⁰⁾

しかし、クラレンドン条令が、神判によって無罪を勝ち取った者であっても、法を守った者によって悪しき評判を報告された場合には、イングランドから追放される旨を規定していたことは、起訴陪審の報告にかなりの重きも置いていた証左であり、裏を返せば、自己に有利な証言が得られれば、被訴追者は追放を免れることを暗示するものである。さらに、陪審が「嫌疑なし」と述べることは、被訴追者にとっては、追放及び神判の双方を免れることを意味するのである。

以上のことから、当時の起訴陪審は、単なる起訴陪審ではなく、一定の事件においては、被訴追者の評判に対す

る自己の評価を下していたことが分かるのである。⁽⁴¹⁾

一方、私的訴追を受けた者は、訴追後、どのように取り扱われたのか、またはどのような証明方法が認められていたのか。

私的訴追における一般的な証明方法は、訴追者と被訴追者との間で行われる決闘であった。しかし、決闘による証明は、その能力を有する男性の間でのみ認められるものであり、例えば、一方当事者が女性の場合には、決闘ではなく神判が適切なものと考えられていた。

以上のことからすると、私的訴追に関しては、陪審の関与する余地はないように思われる。しかし実際には、被訴追者は、神判及び決闘といった自己の身体をもってする証明方法をどうにかして避けようとし、その結果、被訴追者は早い時期から、自己に対する私的訴追が嫌悪及び悪意から行われたものであると申し立てること、及びその点につき陪審に判断させる令状 (*de odio et atia*) を購入することを認められていたのである。⁽⁴²⁾ この「嫌悪及び悪意」の審問は、決闘及び神判に先立って行われたもので、被訴追者は、自己に有利な陪審の評決を得られれば、神判及び決闘そのものを回避することができ、また、自己に不利な評決が下されても、有罪が確定するわけではなく、神判または決闘に付されることを意味するだけであった。確かに「嫌悪及び悪意」の審問は、私的訴追が嫌悪及び悪意によって動機づけられたものであるか否かを判断するものであるが、実際には、それを被訴追者の有罪または無罪の判断と明確に区別することは困難である。つまり、当該私的訴追が正当な理由に基づくものであるか、または嫌悪及び悪意に基づくものであるかの判断には、当該被訴追者が当該犯罪を犯したか否かの判断が介在してくる。例えば、一二〇八年のウェストミンスター (*Westminster*) における裁判記録には、サセックス (*Sussex*) のシェリフが、犯罪が行われた時間に被訴追者が犯罪現場に存したか否か、私的訴追はある土地をめぐる被訴追者への憎悪

の念からなされたものか、及び被訴追者は有罪であるか否かの陪審審問を行うよう命じられた旨の記載が存する。⁽⁴³⁾

この他、「嫌悪及び悪意」の審問の種類として、共犯者による私的訴追に固有の、「誠実性 (de fidelitate)」の審問がある。これは、共犯者として私的訴追を受けた者の評判を陪審に問うものであるが、この判断にも結局、当該被訴追者の有罪または無罪の判断が入り込む。そして、有利な評決を得た被訴追者は放免され、不利な評決が下された被訴追者は、訴追者との決闘に付されることになる点も、「嫌悪及び悪意」の審問と同様である。⁽⁴⁴⁾

さて、以上見た限りにおいては、当時の陪審は、起訴陪審と「嫌悪及び悪意」または「誠実性」を判断する陪審とを問わず、実質的には被訴追者の有罪または無罪を判断していたということが出来る。⁽⁴⁵⁾ しかし同時に、我々は、当時の陪審と後に登場する審理陪審とを区別するメルクマールを、そこから得ることが出来る。すなわち、当時の陪審は、その評決のみをもって被訴追者を無罪とすることは可能であっても、有罪とすることはできなかったというのである。したがって、被訴追者の有罪を確定するということについて、あくまでも中間的な意味しか有しない陪審から、その評決が被訴追者の有罪を最終的に確定する陪審の登場をもって、審理陪審の成立と考えることができる。そこで、次に、一二一五年の神判禁止以降のイングランドにおける刑事裁判の状況を見ることによって、刑事審理陪審成立の時期を検証することにした。

(2) 一二一五年・神判禁止の影響

当時、国王ヘンリー三世が未だ幼少であったイングランドでも、国王の評議会が「直ちにこの廃止を既成事実として受け容れ、新事態に対策をたてていることが認められる」⁽⁴⁶⁾が、前述の通り戦乱で、国王の司法活動が

再開されたのは一二一七年以降であつた。その間、神判に代わる審理方式が模索され続けていたが、結局一二一九年に至つてなお、解答は得られていなかった。一二一九年の一月に、国王は、神判が廃止されたこと、及びそれに代わる審理方式は未だ確定されていないことを伝えると同時に、次のような指示を与える開封特許状(Gaudent rolls)を各巡察裁判官に送付している。すなわち、第一に、重大な犯罪によつて訴追され、かつ当該犯罪につき嫌疑の存する者は、治安維持のため投獄されなければならないこと、第二に、神判が存続していたならば、神判に付するものが最も適当と考えられる、それほど重大でない犯罪について訴追された者は、イングランドを追放されること、第三に、軽罪について訴追されかつその嫌疑の存しない者は、治安を妨害するおそれがないと認定された場合に限り、善行をなす旨宣誓させた上で、釈放されなければならないことである。⁽⁴⁷⁾

それでは次に、この国王の指示が、各裁判官によつて、どのように具体的運用されたのかを中心に、一二一五年の神判禁止から、当該開封特許状の出された一二一九年代までの刑事裁判の状況を見ることとする。

(3) 一二一五—一二一九年・刑事審理陪審の萌芽

この期間の全国的な巡察は、ヨークシア(Yorkshire)から始められている。当該巡察は一二一八年に開始されているので、初期の事件には、前述の開封特許状による指示の影響は及んでいないと考えられるが、この時の訴訟記録の前半部分にはほとんど証明方法に関わる刑事事件の記載はなく、係る問題が生じた際には、審理を延期させるために一二一九年二月三日まで、被訴追者を十二名の騎士の監督の元に預ける記載すら見られる。⁽⁴⁸⁾

それ以降の刑事事件としては、妻の死体を発見しながら叫喚追跡(true and cry)の声をあげず、むしろ教会の方

向に逃走した旨を証言され、十二名の陪審及び四名の近隣の村民が有罪と判断した第八四二番目の事件⁽⁴⁹⁾、及び夫に殴打された妻が、夫が僧侶を殺害したと述べている旨が報告されたものの、陪審が嫌疑を持たなかったために、当該夫はいずれの者かの保証の下におかれるよう判断された第八五五番目の事件⁽⁵⁰⁾がある。前者において、被訴追者は絞首刑となったが、明白な証拠の存する事件のカテゴリーに分類されるものであろう。後者は、告発されたが、陪審によつて嫌疑なしとされた事例である。双方とも、一二一五年以前から神判に付する性質の事件ではなく、また陪審の利用形態も特に新しいものではない。

私的訴追の事例については、被訴追者が出廷し、かつ「嫌悪及び悪意」の審問等を求めていないにも関わらず、当該訴追の正当性について陪審に付する事例が多数見られる⁽⁵¹⁾。被訴追者が求めないにも関わらず陪審に付される事例は、一二一五年以前においては、訴追者が出廷しない場合など限られた事例においてのみ見られたことであるが、このヨークシアの裁判記録にあつては、ほぼすべての私的訴追について行われている⁽⁵²⁾。むしろ、被訴追者が陪審に付されること、すなわち「嫌悪及び悪意」の審問を要求した事件も、従来通り存する⁽⁵³⁾。

しかし、被訴追者が求めたと求めないに関わらず、陪審に付された後に、被訴追者に不利な評決が下された場合における当該被訴追者の処置がどのようなものであるかが重要である。なぜならば、被訴追者に有利な評決が得られた場合に当該被訴追者が無罪とされることは、一二一五年以前より変わらないので問題はないが、不利な評決が下された被訴追者は、一二一五年以前には決闘または神判に付されることとなつていたのであるから、何らかの変化がみられるはずだからである。事実、ヨークシアの裁判記録によれば、不利な評決を下された被訴追者の多くは、罰金を支払うまで投獄されたのである⁽⁵⁴⁾。

刑罰の程度を考えると、グルートが指摘するように、当該被訴追者は重罪につき完全に有罪として扱われたもの

ではないと思われるが、一二一九年の開封特許状の指示には、このような処遇は記されていないことを考え併せる⁽⁵⁵⁾と、やはりグルートが指摘するように、陪審の評決を刑罰的制裁の基礎としている重要性は確認できるであろう。

(4) 一二一九—一二二〇年・刑事審理陪審の成立

この期間の裁判記録は、巡察における裁判の記録ではなく、ウェストミンスターで行われた裁判のそれである。当該記録において目立つのは、共犯者による私的訴追である。その中で、一二一五年以前から存する「誠実性」の審問として陪審が利用された例も存するが⁽⁵⁶⁾、重要なのはむしろ、複数の共犯者に対して私的訴追が行われたが、最初の決闘で訴追者が敗れてしまい、残る被訴追者について決闘による証明が不能となってしまう事例である。そのような場合、一二一九年の時点では嫌疑の軽重に従って、国外追放または宣誓の上での釈放の措置がとられていた⁽⁵⁷⁾。しかし、一二一九年のミクルマス開廷期 (Michaelmas term)⁽⁵⁸⁾ のキューリア・リージス記録 (Curia Regis Rolls) における次の事例から、刑事審理陪審の成立は明確に否定される。

すなわち、デボン (Devon) における裁判で窃盗犯の隠匿につき有罪とされ、絞首刑となった二名の男性の相続人が、当該二名は窃盗犯の隠匿を認めたが、それは親戚としておこなっただけのことであり、さらに、窃盗品の受取については承認及び否認のいずれもなしていないのであるから、有罪宣告は不当であり、したがって没収された財産の相続を認めるよう主張した事件である。当該事件においては、百戸邑の陪審が、当該二名の被訴追者が悪しき評判を有しており、窃盗品を納屋の中において分配したとの評判であると述べたことに基づいて、有罪宣告がなされた。この点に尽き、国王評議会の裁判官は、当該二名の被訴追者は、窃盗品の分配につき自白しておらず、また

陪審の言質に基づいて有罪宣告することはできないとして、当該有罪宣告の無効を認めている。⁽⁵⁹⁾

したがってこの時点で、神判もしくは決闘に付することなしに有罪宣告し得たのは、被訴追者の自白が存する場合、または明白な証拠が存する場合のみであったといえる。

ところが、一二二〇年のヒラリー開廷期(Hilary term)⁽⁶⁰⁾に入ると状況は一変する。ここでも問題となるのは、共犯者による私的訴追の事件で、なんらかの事情によって決闘による証明が不可能となった事例である。前開廷期と同様に、国外追放または宣誓の上での釈放を行った例が多く存在する中で、被訴追者が自己の「善悪(de bono et malo)」の審問を陪審に付し、村民が当該被訴追者は窃盗犯であると述べたことに基づいて有罪とされた、次のような事例が存するのである。

すなわち、バネット(Barnet)における殺人を自白し、有罪宣告を受けたアリス(Alice)が、複数の者を共犯者として私的訴追を行った。アリス自身は焚刑に処せられたが、訴追者が女性であることから、もとより被訴追者の有罪または無罪を、決闘によって決することは不可能であった。このような状況において、自己の「善悪」に関して陪審審問に付すことを要求していた二名の被訴追者が、審問のために召喚された村民の陪審により有罪の評決を受け、絞首刑に処せられている。⁽⁶²⁾これは、一二一八―一九年の巡察裁判記録に見られる、「嫌悪及び悪意」の審問等において、自己に不利な評決を下された被訴追者が、罰金を支払うまで投獄された事例に相似しているが、絞首刑に処せられていることを見ても分かるように、完全に重罪を犯したものとして扱われていることに大きな違いが存する。

以上の点を考えると、その評決をもって有罪宣告の基礎とし得る刑事審理陪審は、この時期に成立したものである。ただしこの段階では、この刑事審理陪審は、例外的な存在であって、「嫌悪及び悪意」の審問の後に決闘で

有罪または無罪を最終的に決する、一般的な私的訴追の手續を排除するものではないことに留意する必要がある。⁽⁶³⁾

さらに、この陪審は、被訴追者が要求した場合にのみ利用されたものであり、この点については「嫌悪及び悪意」の審問及び「誠実性」の審問の流れを引いたものと思われる。したがって、被訴追者が拒否した場合には、陪審審理は当然行われ⁽⁶⁴⁾ない。被訴追者による陪審審理の拒否は、次の一二二一年から一二二二年にかけての巡察裁判記録においてよく見られるところである。⁽⁶⁵⁾したがって、次に、この時期に成立した刑事審理陪審が、一二二一年以降どのように定着し、展開したかを検証することとする。

(5) 一二二一年以降…刑事審理陪審の定着

この時期の巡察裁判においても、第一に、訴追されたが嫌疑なしとされた事例は未だ存しており、⁽⁶⁶⁾ 一二一九年の開封特許状による指示は、有効であった。特に、後者の場合、被訴追者が陪審審理を拒否し、むしろ一二一九年の指示にある処置を受けている事例が多く存する⁽⁶⁷⁾ことに留意すべきである。

しかし、その成立時には、共犯者による私的訴追の中の例外的な場合にのみ利用されていた審理陪審が、この時期の巡察裁判では、起訴陪審によつて告発された者の審理にも利用されるようになった。

例えば、ウスタ (Worcester) での巡察裁判記録における第一〇九九番目の事件がそれにあたる。この事件では、殺人の嫌疑で収監され、告発された者が出頭し、全犯罪事実を否認した。彼は、自己の「善悪」について陪審に付することを要求したが、陪審は、彼が被害者を殺したのであり、したがって有罪である旨を述べた。結局、彼は絞首刑となつて⁽⁶⁸⁾いる。

私的訴追における審理陪審については、ウスタの裁判記録に関する限り、起訴陪審による告発が一五一件であるのに対し私的訴追は一五件と、そもその件数が少ない上に、被訴追者が陪審に付され、かつ有罪とされた例がないので、審理陪審の有無について知ることは困難である。⁽⁶⁹⁾

ウスタの次に巡察裁判が行われた、グロスタ(Gloucester)の裁判記録における告発事件についても同様のことがいえる。起訴陪審により告発された事件のうち、一〇件の被訴追者が審理陪審を要求している。そのうち、陪審によって有罪とされたのはわずか一件である。⁽⁷⁰⁾

私的訴追事件に関しては、まず第一に、「嫌悪及び悪意」の審問が要求された事件が存する。一件は被訴追者が無罪とされたが、残る一件は決闘によって決せられている。⁽⁷¹⁾ 第二に、共犯者による私的訴追事件において、決闘不能となったことにより、被訴追者二名が陪審に付された事件が存する。⁽⁷²⁾ 第三に、共犯者による私的訴追事件以外においても、被訴追者が陪審審理を要求した事件が存する。ただし、訴追者の死亡、訴追者の不出廷、訴追の取下げ及び訴追者と被訴追者との間の和解といった、やや特殊な例に限られる。⁽⁷³⁾ この四例のうち、最初の三名は無罪とされ、残る一名は有罪とされ、絞首刑に処せられている。

先にあげた最後の有罪事件は、そもそも殺人事件の被害者の妻が提起した私的訴追事件であるが、訴追後、被訴追者との間で和解が成立したため、訴追者は出廷せず、また百戸邑の陪審(訴追者及びその息子も陪審員であった)も当該事件を報告しなかった。しかし、犯罪事実が巡察裁判官の知るところとなり、当該百戸邑の陪審員には犯罪秘匿の罪で罰金が科せられ、また、被訴追者は十二名の陪審及び四名の村民による「善悪」の審問に付され、有罪とされたものである。共犯者による私的訴追事件以外において、被訴追者が陪審評決のみに基づいて、有罪とされた初めての事件である。⁽⁷⁴⁾

ウスタ及びグロスタ双方における審理陪審の特徴は、審理陪審に付すか否かを、基本的に被訴追者の意思に委ねていることである。したがって、審理陪審に付された場合、有罪とされる可能性が極めて高いと想定した被訴追者は、陪審審理を拒否することができる。実際に、被訴追者が陪審審理を拒否した事件が、ウスタで一件及びグロスタで八件、存する⁽⁷⁵⁾。陪審審理を拒否した被訴追者の多くは、宣誓の上で釈放され、または国外追放とされた⁽⁷⁶⁾。これは、犯罪者の処罰といった国王の利益の観点よりすれば、問題である。したがって、刑事審理陪審が真に神判にוות代わるためには、この陪審審理拒否の問題を解決しなければならなかった。

グロスタの次に、巡察裁判は、ヘレフォードシア (Herefordshire)、レスタシア (Leicestershire)、及びウォリックシア (Warwickshire) において順次開かれたが、裁判記録が現存しているのは、ウォリックシアだけである。コヴェントリイ (Coventry) から始まるウォリックシアでの巡察裁判、並びにその次に行われたスタッフォードシア (Staffordshire) 及びシュロップシア (Shropshire) での巡察裁判においては、審理陪審はほぼ定着していると思われる。それらの裁判記録においては、私的訴追であると起訴陪審による告発であるとを問わず、自己の「善悪」に関して、陪審に付する要求がかなり見られるが、多くの場合で、被訴追者は無罪となっている⁽⁷⁷⁾。さらに、審理陪審に付することを認める被訴追者が多くなった⁽⁷⁸⁾のに対し、陪審審理拒否の例は、わずかに二例しか見られない⁽⁷⁹⁾。そればかりか、陪審審理を拒否した被訴追者を、強制的に陪審審理に付している例すら確認できる。

例えば、第七二八番目の事件は次の通りである。すなわち、アグネス (Agnes) は、前夫の死についてヒューバート (Hubert) の息子であるトマス (Thomas) に対し、私的訴追を行った。しかし、アグネスは女性であり、またアグネスの現在の夫がトマスを告発することもしなかったために、真実の判断を陪審に付することとなった。トマスは、出廷し、訴追されている犯罪事実を否認したが、同時に、陪審に付されることも拒否した。しかし、十二名

の陪審員は、トマスがその死について有罪であると述べ、審理の目的のために、前述十二名の陪審員以外に選ばされた二十四名の騎士も同じ旨を述べた。この陪審員らの判断によりトマスは絞首刑となった。⁽⁸⁰⁾

さらに、第七六七番目の事件では、窃盗、犯罪者の隠匿及びその他の悪しき行為につき告発された被訴追者が出頭し、やはり陪審審理を拒否している。しかし、この事件においても被訴追者は、強制的に十二名の陪審及び審理の目的のために召喚された騎士の審理に付され、有罪の評決を下されて⁽⁸¹⁾いる。

ここまでの刑事審理陪審の事例を検討すると、その構成について、次のことがいえるであろう。第一に、被訴追者を嫌疑なし、または無罪とする際の陪審は、十二名で足りる。第二に、被訴追者が自己の「善悪」に関して陪審審理を要求した場合には、十二名の陪審及び四名の村民による審理が行われる。⁽⁸²⁾第三に、被訴追者が陪審審理を拒否した場合には、前述の二つの事例のように、十二名の陪審及び二十四名の騎士による審理が行われる。いずれにせよこの時点で、刑事審理陪審はほぼ確立したといつてよいであろう。

四 むすびにかえて

以上ローマ教会による神判禁止のイングランドにおける影響と刑事審理陪審の成立とを極めて粗く見てきたが、いずれにせよ、本稿で扱った初期の陪審の機能の変化は、長い陪審の歴史の中のほんの一部でしかない。しかし、そのほんの一部のうちに、起訴陪審と審理陪審の構成員の問題、及び審理陪審の性質の問題、すなわち、審理陪審が起訴陪審から完全に独立した制度として確立したのはいつか、及び審理陪審が自己の知識ではなく、法廷に提出された証拠に基づいて判断を下すようになったのはいつかといった問題が残されている。前者については、一三〇

二年に、訴追された騎士が、自己を起訴したものが審理陪審を構成していることを理由に、当該陪審審理に異議を申し立てたこと⁽⁸³⁾、及び一三五―一五二年のエドワード三世(Edward III)の制定法⁽⁸⁴⁾が、審理陪審の構成員が起訴陪審の構成員でもあったことを理由とする忌避を認めたことなどから、ある程度推測できる。後者も、特定は困難だが、かなり早い段階でその端緒を認めることができる⁽⁸⁵⁾。結局、それらも、神判禁止を契機とする陪審の機能変化という一連の流れの中に位置づけられるものである。

一二三一年に、ベリーセントエドマンズ(Bury St. Edmunds)の修道院裁判官は、「修道院の裁判所において、陪審が召喚されるのは、一二一五―一七年の内乱以降、慣例となったものである。なぜならば、内乱前は、そこにおいては、火及び水の神判が利用されていたからである」と説明しているが、確かに、刑事審理陪審成立及びその後の機能の変化は、神判の禁止をその重要な契機としていることは否定し得ないであろうし、また、一二一九年の開封特許状における指示を見る限りでは、神判禁止が現在では想像もつかないほどの混乱をもたらしたとも考えられるであろう。しかし、これまで見てきたように、理論的にも、そして実際的にも、神判の禁止が即、刑事審理陪審の成立につながるものではない。むしろ刑事審理陪審成立への道は、一二一五年以前から開かれており、たとえ神判の禁止といった劇的な事件が存しなくとも、遅かれ早かれ刑事審理陪審は登場していたようにも思われる。

神判の禁止が合理的な裁判方法を探る動きの中で登場したものであるならば、そしてそれを契機として刑事審理陪審が成立し、今日の英米の陪審制へと展開していったことを考えるならば、結局現在の陪審は、長きにわたりより合理的な裁判方法を求めてきた人間活動の一つの重要な成果であるということができるのである。

(一) See, HEINRICH BRUNNER, *DIE ENTSTEHUNG DER SCHWÜRGERICHTE* (1872), SIR FREDERICK POLLOCK & FREDERICK WILLIAM

MATTLAND, *THE HISTORY OF ENGLISH LAW* (1898 2nd ed.), ブルンナーの説は、メイトランドを経て、イギリスの多くの法制史学者により継承されている。例えば、1 SIR WILLIAM HOLDSWORTH, *A HISTORY OF ENGLISH LAW* (1903) 312-313, A.K.R. KIRALFY, *POTTERS' HISTORICAL INTRODUCTION TO ENGLISH LAW* (1958 4th ed.) 240-241, A.H. MANCHESTER, *MODERN LEGAL HISTORY* (1980) 86-87 など。日本においては、ブルンナーの説を紹介したものは、平場安治、陪審裁判の歴史的意義 ―その起源について― (一九五三年)がある。また、ドイツでは、ミッターイスが、「王法的裁判については、特に弾劾手続(Ring)と職権的訊問手続(Inquisition)が重視されるべきである」とし、「イギリスでは、右の弾劾手続から起訴陪審(Anklagejury)の制度が発展し」、職権的訊問手続に関して、「ノルマン・ジャンヌおよびのちにはイギリスにおいては、この手続から証拠陪審(Beweisjury)の制度が、これには判決陪審(Urteiljury)の制度が発展した」と述べており、文献にブルンナーの著書を挙げてゐる(ミッターイスリリーベリッ著、世良晃訳、ドイツ法制史概説(一九七一年、改訂版)一七五―一七六頁)。なお、メイトランドの説を継承してゐるのは、学者に限ったことではなく、政府の委員会の報告書にも、メイトランドの説をあげて、現代の陪審の起源とするものがある。REPORT OF THE DEPARTMENTAL COMMITTEE ON JURY SERVICE (1965) cmd 2627, (5) 46 (Morris Committee) 6.

(2) See, NAOMI D. HURNARD, *THE JURY OF PRESENTMENT AND THE ASSIZE OF CLARENDON*, 56 *THE ENGLISH HISTORICAL REVIEW* (1941) 376. 他、この語を採るものとして、THOMAS ANDREW GREEN, *VERDICT ACCORDING TO CONSCIENCE* (1985), H.G. RICHARDSON & G.O. SAYLES, *LAW AND LEGISLATION FROM ETHELBERHT TO MAGNA CARTA* (1966)等がある。日本においては、ノーナードの説を紹介したものは、松垣裕、陪審制の成立(『イギリス封建国家の成立』(一九七二年)一四五―一四六頁を参照)。

(3) See, R.C. VAN CAENEGEM, *ROYAL WRITS IN ENGLAND FROM THE CONQUEST TO GLANVILL*, 77 *SELDEN SOCIETY* (1959), and See, R. VAN CAENEGEM, *THE BIRTH OF THE ENGLISH COMMON LAW* (1973), ヴァン・カネムの説については、小山貞夫及び松垣裕両教授によつて、詳細な検討がなれており、私が新たに新たな説明を加える余地はないと思われる。小山貞夫、成立期コモン・ロー研究に関する新動向(『インツラント法の形成と近代的爱答』(一九八二年)五一―〇二頁及び松垣、前掲書(注二)一五六―一〇七頁参照)。ところで、ヴァン・カネムのみわゆる二重起源説の当否については、よつてよつてあるが、小山・松垣両教授とも肯定的に紹介されており、また、イングランドにおいてもかなり広く受け入れられてゐるとしてよいであろう(例えば、O.F. ROBINSON, T.D. FERGUS & W.M. GORDON, *AN INTRODUCTION TO EUROPEAN LEGAL HISTORY* (1985) 220; DORIS M. STENTON, *ENGLISH JUSTICE BETWEEN THE NORMAN CONQUEST AND THE GREAT CHARTER 1066-1215* (1965) 13-17など)。しかし、慎重な態度を示す者がいならなければならぬ。例えば、ローソンは、次のように述べてゐる。すなわち、「ヴァン・カネムの」主張は、主として、一〇

五三年から一〇五五年の間に起こったただ一つの事件に依拠しているが、ノルマン・コンクエストのやや後の土地境界紛争及び様々な鑑定における近隣の者からなる陪審の利用からの援用もいくつも見られる。この証拠に基づいて、著者が、この主の集団の評決は、過去に深い根源を有しているということは、誇張であるように思われる[JOHN P. DAWSON, A HISTORY OF LAW JUDGES (1960) 120. 結局のところ、ヴァン・カネムムの説とメイトランドの説の違いは、その「陪審」の定義の違いに起因するものと考えられるが、同時にそれは、中世における裁判の形態に関わるものであることを意味し、単純に断定し得ない要素を含んでいる。ただし、後の陪審へのつながりといった観点からすれば、それまで例外的であった、宣誓した者によるインクエストの司法的利用が、クラレンドン条令によって、組織化及び常用化されたと主張する (POLLOCK & MATLAND, op. cit. supra note 1, at 144.) 点に違いはないであろう。

- (4) See, POLLOCK & MATLAND, op. cit. supra note 1, at 138, and See, VAN CAENEGEN, op. cit. supra note 3, at 51. 本文で述べたように、当時の陪審、すなわち *jurys* は、近代的な意味における陪審とは全く異なるので、「陪審」という言葉を使用するより、むしろ原語のまま「ジュリー」という言葉を当てておく方が妥当かも知れない。しかし、この小論において、「ジュリー」と「陪審」という言葉を使い分けることは、むしろ無用な混乱を招くと思われるので、従来の用法に従って、*jurys* は、「陪審」と訳すことにする。現在の形態の陪審と初期の形態の陪審とを区別する必要が存する場合には、「現在の」または「初期の」という語を付すことにする。

- (5) これら陪審の二回の変質は、別々に始まったのではなく、結局のところ双方とも、神判禁止による混乱にその契機を求めることができると考えているが、この点についての検証については、本稿において行う余裕がないので、別の機会に譲ることとした。

- (6) LORD DEVLIN, TRIAL BY JURY (Rev. ed. 1966) 7.

- (7) ROGER D. GROOT, THE EARLY THIRTEENTH-CENTURY CRIMINAL JURY, J.S. COCKBURN & THOMAS A. GREEN ed., TWELVE GOOD MEN AND TRUE (1988) 3-35.

- (8) 半田元夫・今野國雄、世界宗教史叢書1キリスト教史1(一九七七年)四二五―四二八頁参照。

- (9) 神判の禁止に関する議決の他、教会と世俗の裁判権を明確に区分することを定めた第四二条がある。半田・今野、前掲書(注八)四二七頁参照。

- (10) See, JOHN W. BALDWIN, THE INTELLECTUAL PREPARATION FOR THE CANON OF 1215 AGAINST ORDEAL, 36 SPECULUM (1961) 613.

- (11) 第二回ラテラノ公会議における第十四条及び第三回ラテラノ公会議における第二〇条。See, *ibid.*

- (12) *See id.* at 614-615.
- (13) いずれの形態の神判も完全に消滅した訳ではない。例えば決闘は、第四回ラテラノ公会議議決後かなりの長きにわたって利用されており、また、水の神判は十七世紀に爆発的な流行を見せ、多くの犠牲者を出した魔女裁判において利用された。
- (14) *See* BALDWIN. *op. cit.* *supra* note 10, at 614.
- (15) *Id.*, at 615.
- (16) *Ibid.* また、同書によれば、ローマ法学者の著作の中には、決闘裁判の手續について扱ったものもあるが、いずれも決闘をロンバルディア (Lombard) の法としており、それとローマ法における手續とを関連づける試みはなされていない。
- (17) *Id.*, at 616.
- (18) *See ibid.* なお、この場合に、被告が無罪とされる理由は、不当に無辜を罰するよりも、罪ある者が罰を免れることを認める方が望ましいとされるのである。
- (19) *Ibid.*
- (20) *Id.*, at 617.
- (21) *Ibid.*
- (22) *See ibid.*
- (23) *See id.*, at 634-636. ホールトウインは、確実ではないとしながらも、イノケンティウス三世は、Peter of Blois、Huguccio、Peter the Chanter の影響を受けたのではないかと推測し、中でも Huguccio の影響については、確度が高いとしている。
- (24) *See* GROOT. *op. cit.* *supra* note 7, at 10.
- (25) 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1769) 342-343.
- (26) *See* GROOT. *op. cit.* *supra* note 7, at 10⁷ 及び小山貞夫、マクナ・カルタ (二二一五年) の歴史的意義 (イギリス法形成と近代の変容) 一二三頁参照。たしかに、マクナ・カルタの条項には、審理陪審を思わせるものがないわけではない。例えば、マクナ・カルタ第三九条は、「自由人は、その同輩の合法的裁判によるか、または国法によるのでなければ、逮捕、監禁、差押、法外放置、もしくは追放をうけまたはその他の方法によって、侵害されることはない。朕も彼の上に赴かず、また彼の上に派遣しない」と規定しており、条文中の「その同輩の合法的裁判」が陪審との関連を想像させるが、これは、自己の不動産保有条件に影響を与える訴訟は、自己と同一の領土の保有者によって決せられなければならないことを意味するのであって、このような考え方は、マ

グナ・カルタ以前の時期にもよく知られているものであった。例えば、征服王、ウィリアム一世の制定法(Leg. Gul. Cong. 23)の中には、「領主とその家臣の間において、土地保有についての協定に関する紛争が存する場合には、当該家臣は、自己の同輩の宣誓証言によって、事件を証明しなければならない」旨の規定が見られる。したがって、「その同輩の合法的裁判」とは、手続に関する規定であって、審理の方式に関するものではない。この点については、See, JOHN PROFFERT, *TRIAL BY JURY* (1877) 36. また、同書によれば、マグナ・カルタの規定に似た表現は、ヘンリー一世の制定法(Leg. Henrici Primi, 21-27)の中にも見られるという。またグルートは、マグナ・カルタの第三六条、すなわち「今後、生命及び四肢に関する令状の発給のためには、なにもも授受されるべきでも、授受すべきでもない。当該令状の発給は、無料であるとし、かつ拒否されるべきではない」が、陪審の発展に影響を及ぼした条項であるとしている。この条項のいう令状が、拘禁理由審査令状(憎悪及び悪意に関する令状)であるとすれば、後に本文で述べるように、直接的ではないにせよ、審理陪審とのつながりが認められよう。しかし、グルート自身も認めているように、当該令状の発給は、マグナ・カルタ以降も有料のものであった。See, GROOT, op. cit. supra note 7, at 10.

なお、マグナ・カルタの英訳については、3 HARRY ROTHWELL ed., *ENGLISH HISTORICAL DOCUMENTS* 1189-1327 at 316-324.
 (27) See, POLLOCK & MATLAND, op. cit. supra note 1, at 152.

(28) 州の長であると同時に国王の代官の機能を果たす最高の地方役人。

(29) THE ASSIZE OF CLARENDON 1166 §1, 2 DAVID C. DOUGLAS & GEORGE W. GREENAWAY ed., *ENGLISH HISTORICAL DOCUMENTS* 1042-1189 (1981) 408.

(30) THE ASSIZE OF NORTHAMPTON 1176 §1, *id.*, at 411.

(31) この点については、詳細に述べる余裕はないが、以下のことを指摘しておきたい。そもそもブルンナー・メイトランド説によつて陪審の起源とされる審問、すなわちインクエストは、行政目的の情報収集のために利用される、国王大権に基づく手段であった。したがって、その主たる目的は、イングランドにおける封建制の確立と密接に関わる「サムズデー土地調査書(Domesday Book)」に代表されるように、土地及び権利の確認並びに保護であった。この情報収集のために各地に巡察官が派遣されたのだが、それについて、メイトランドは次のように述べている。「巡察官は、審問事項表を与えられ、かれらはその表を、巡回する種々の百戸邑を代表する陪審に提示することになっている。この審問事項表は大巡察審問条項(*capitula itineris*)として知られており、もっぱら財政に関する審問である。国王収入が念頭にある主たる目的なのである。陪審はいかなる利益が国王の下に入ってきているかにつき宣誓して述べねばならない。すなわち、不動産復帰、没収、婚姻権、後見権、寡婦、ユダヤ教徒、埋蔵物、その他の収入源につ

いて述べねばならぬのである。同時にシェリフとそのヘイリフの悪事についても、さらには、謀殺、強盗等についても述べねばならない。と云うのも、犯罪も又国王の財務府に金銭をもたらすからである」(Pollock & Maitland, op. cit. supra note 1, at 152)。したがって、犯罪の発見は付随的である。しかし、いずれにせよ当時の陪審が、国王によって自由に課せられた質問に対する回答の形式で事実を提示する者の集団であることを考えれば、「現在の」起訴陪審の機能は、それが「初期の」陪審の正統な末裔であることを示すものである」(Holdsworth, op. cit. supra note 1, at 321) と云うことが出来るであろう。

- (32) THE ASSIZE OF CLARENDON 1166 §2. DOUGLAS & GREENAWAY, op. cit. supra note 29, at 408.
- (33) *Id.*, §14, *id.* at 409-410.
- (34) THE ASSIZE OF NORTHAMPTON 1176 §1, *id.*, at 411.
- (35) *See*, PIPE ROLL FOR 12 HENRY II (1165-6), cited by ROBERT BARTLETT, TRIAL BY FIRE AND WATER (1986) 65.
- (36) *See*, BARTLETT, op. cit. supra note 35, at 65-68.
- (37) *See*, PIPE ROLL FOR 22 HENRY II (1175-6), cited by *id.*, at 65. なお、これには、約五〇〇名の神判に付せられた者の氏名が挙げられてゐる。
- (38) *See*, PIPE ROLL FOR 13 HENRY II (1166-7), cited by *ibid.* バートレットによれば、この他にも神判のための穴を掘るのに要した支出及び神判を努めた僧侶に対する支出等が、宮廷財政記録の各所に記載されている。
- (39) *See*, GROOT, op. cit. supra note 7, at 5-6. 同書は、陪審によって嫌疑なしとされた被訴追者の事例として、一二〇〇年代初期のリンカンシャー(Lincolnshire)の巡察裁判記録上の事件を挙げている。この他に、一一九四年の裁判記録には、次のような事件が記録されている。すなわち、イーライ(Eli)及びジェフリー・フィッツ・ピーター(Geoffry Fitz-Peter)の林野管理人は、ハバート(Herbert)の家で、犯罪者である(と彼らの主張する)マッシュュ(Matthew)を捕らえ、ジェフリー・フィッツ・ピーターに引き渡した。したがって、ハバートは、宣誓を求められた。陪審員は、マッシュュを応接したこと以外には、ハバートについてのいかなる悪評も有していないことを述べた。ハバートは出廷し、マッシュュが逮捕されたときに、同人に宿所を提供していたことは認めだが、同人が犯罪者であることは知らなかったことを述べた。結局、ハバートは無罪とされた。
- (40) *See, id.*, at 6. 例えば、一一九四年の裁判記録には、ある女性の殺人人について訴追されたトマス(Thomas)及びリチャード(Richard)に関して、陪審は、嫌疑なしとしたが、県の騎士が嫌疑ありと述べ、当該二名は水の神判に付されることとなった事例が見られるが、当該騎士は、補強証拠として当該二名が、事後被害者女性の動産を売るためにグロスタに赴いていることを証言し

つるがゆゑ。See, CARL STEPHENSON & FREDERICK GEORGE MARCHAM ed., SOURCES OF ENGLISH CONSTITUTIONAL HISTORY, A SELECTION OF DOCUMENTS FROM A.D. 600 TO THE PRESENT (1937) 109.他に於て See, Groort. op. cit. supra note 7, at 6-7.

また、グルートによれば、リンカンシアの巡察裁判記録には、窃盗について訴追された二名の男性が、陪審及び近隣の四名の村民によつて嫌疑をかけられたことにより、水の神判に付された事件がある。See, Groort. op. cit. supra note 7, at 7.

(41) See, Groort. op. cit. supra note 7, at 7-8, and See, GREEN, op. cit. supra note 2, at 8-9.

(42) See, Groort. op. cit. supra note 7, at 8. 「憎悪及び悪意」の審問の形態については、詳細に述べる余裕はないが、その形態としては、次回の巡察において行われる場合、及びシェリフに陪審をウェストミンスターに召喚するよう命じ、またはシェリフが審問を行つて、回答を得るよう命じる場合が存した。

(43) See, *id.*, at 8-9.この他にも、一二〇二年のリンカンシアにおいて、被訴追者が「嫌悪及び悪意」の審問を要求し、陪審が、当該私的訴追は嫌悪及び悪意によつてなされたものであり、不当であると回答した例がある。See, *id.*, at 9.

(44) See, *id.*, at 16.

(45) 刑事事件におけるその他の陪審利用の例として、グルートは次のように述べている。「私的訴追の中には和解に及ぶものまたは、取下げられるものが存した。最も頻繁に生じたのは、単に訴追者が告発のために巡回裁判所に出頭しないことであった。訴追者の不出頭の場合には、無期限に事件が継続したのに対して、和解及び取下げの場合には、通常被訴追者は無罪とされた。無効とされた私的訴追も同様であった。まれに事件からは判断できない理由によつて、現に遂行されていない私的訴追または無効とされた私的訴追が、陪審に付されることがあった」。*Id.*, at 9.

(46) F.W.メイトランド著、小山貞夫訳、イングラント憲法史(一九八一年)一七四頁。

(47) PATENT ROLLS (as in n. 1), 56 SELDEN SOCIETY: DORIS MARY STENTON ed., ROLLS OF THE JUSTICES IN EYRE BEING THE ROLLS OF PLEAS AND ASSIZE FOR YORKSHIRE IN 3 HENRY III (1218-19) (1937) xi.なお、See, BARTLETT, op. cit. supra note 35, at 138.当該開封特許状の内容は次の通りである。「周知の通り、ローマ[教会]によつて火及び水による神判が禁止され、いかなる判断方法によつて窃盗、殺人、放火及びそのような行為につき告発されている者を扱うべきかについては疑問が存し、貴殿の巡察前には解決されなかつたので、現在我が国王評議会は、今回の貴殿の巡察においては、この英知の下で当該犯罪に関して次のように扱われるべきことを規定するものである。すなわち、前述の重大な犯罪に関して訴追され、かつ訴追される犯罪につき嫌疑を受け、及び王国を追放された場合であっても、その後悪しき行為をなす嫌疑が未だ存する者は、その者が、我が監獄の理由により生命または四肢

- の危険を招くことのなきよう、我が監獄に投じられ、安全に保護されるものとする。仮に、火及び水の神判が禁止されなければ、それが証明方法として適切であろう中度の犯罪について訴追され、かつ王国を追放されれば、事後悪しき行為をなす嫌疑の存しない者は、王国を追放されるものとする。軽罪について訴追され、かつ嫌疑の存しない者は、安全と認められ、及び我々への忠誠及び平和を維持することを誓い、しかる後に我国に釈放されるものとする。我が国王評議会においては、現在この問題に関して何も、明確に合意されていないので、我々は、貴殿がいかに自己の巡察に際して、当教示に従うかを貴殿の裁量に委ねるものである。可能な限り犯罪に係る個人の評判、犯罪の性質及び事件の真実を確認し、貴殿の裁量及び良心に従って、訴訟を進行せよ」。
- (48) 例えば、第五〇五番目の事件など。See, STENTON, op. cit. supra note 47, at 205. ちなみに、第五〇五番目等の事件の番号は、セルデン協会刊行の裁判記録集において、編者であるステントンが付したものであるが、本稿でも参照の便宜を考え、これを使用する。なお、See, GROOR, op. cit. supra note 7, at 11.
- (49) See, STENTON, op. cit. supra note 47, at 306-307. この事件の場合には、起訴陪審が被訴追者に嫌疑を抱き、かつそれを補強する証拠として、被害者の兄弟の証言が得られたことに基づいて、当該被訴追者は有罪とされたのであって、陪審の被訴追者に対する嫌疑にのみ基づいて有罪宣告がなされたわけでも、陪審が証人の証言に基づいて有罪評決を下したわけのものでもない。
- (50) See, *id.*, at 312.
- (51) 例えば、第一〇二九番目の事件など。See, *id.*, at 374.
- (52) See, GROOR, op. cit. supra note 7, at 12.
- (53) 評決が記録されている「嫌悪及び悪意」の審問は六件あるが、そのうち五件は、被訴追者に有利な評決であった。被訴追者に不利な評決が下された残りの一件は、最終的に当事者の間の決闘で決せられた。See, STENTON, op. cit. supra note 47, at 227 and See, GROOR, op. cit. supra note 7, at 15.
- (54) 例えば、訴追者が訴追を撤回した第四七三番目の事件、訴追者が死亡した第五二二番目の事件、訴追者が出頭しなかった第五八三番目の事件及び訴追が無効とされた第五八五番目の事件など。See, STENTON, op. cit. supra note 47, at 196, 211, 229-230. むろん、注五二に挙げた第五七九番目の事件のように、当事者間の決闘に付された事件も存する。See, STENTON, op. cit. supra note 47, at 228.
- (55) See, GROOR, op. cit. supra note 7, at 13. ただし、被訴追者が求めないにも関わらず陪審に付され、その陪審の評決がなんらかの刑罰的制裁の根拠にされた事件の多くは、訴追者が死亡した場合など、一二一五年以前にあっても神判及び決闘の双方に適さな

い事件であったことも事実である。

(56) 例えば、ウィリアム・スモールウッド (William Smallwood) によって、共犯者として私的訴追を受けたヒュー・デ・ソウラーズ (Hugh de Solers) は、自己の誠実性について自己の近隣の者に付することを要求している。その審問のために召喚された百戸邑の陪審は、ヒューに対して不利な評決を下し、ヒューはウィリアムとの決闘に付されることとなった。ウィリアムは、この他にも多数の者を共犯として私的訴追しているが、決闘の結果については、次の開廷期の記録に記載されている。See *id.*, at 151. なお、この時期のキューリア・リージス記録の一部が今回入手できなかったため、その部分に関してはグルートの論文に引用されている記録に依っている。

(57) 例えば、五名の者を共犯者として私的訴追したが、最初の決闘で訴追者が敗れた事件では、被訴追者のうちの二名は国外追放、及び残る三名は宣誓の上での釈放となっている。See *id.*, at 15-16.

(58) 一八七三年以前における四つの開廷期の一つで、十一月二日から二十五日まで開かれる、最も遅い開廷期。

(59) See *id.*, at 16.

(60) 一月十一日から三十一日まで開かれる、最も早い開廷期。

(61) 例えば、前記注五六のウィリアム・スモールウッドによる私的訴追の最終的な結果がこれにあたる。第一に、被訴追者の中の一人で、故買について私的訴追を受けたヘンリー・ウェア (Henry Ware) の息子のウィリアムは、老齢であり、また彼に対する犯罪事実は明らかに捏造されたものであった。陪審員は、彼について何も悪い事実は知らないと述べた。そして彼は、老齢であるために無罪放免された。第二に、殺人等について告発されたジョン (John) 及びアダムズ (Adams) の場合には、ウィリアム・スモールウッドが、決闘により証明するとし、最初の相手としてアダムズを要求したが、ジョン及びアダムズは、出廷し、全犯罪事実を否認した。結局彼らは、陪審に付された。シェリフは、彼らが陪審による審問を受け、当該事実調査に従えば、悪い評判を有していると述べ、法を守った県の騎士も、同じ宣誓証言をなした。このためまず最初に、アダムズとウィリアム・スモールウッドとの間で決闘が行われたが、ウィリアム・スモールウッドは決闘に破れ、絞首刑となった。アダムズ及びジョンは、誓約の上で放免された。See STEPHENSON & MARCHAM, *op. cit.* supra note 40, at 178-179.

(62) See, GROOT, *op. cit.* supra note 7, at 17-18 and See, STEPHENSON & MARCHAM, *op. cit.* supra note 40, at 179.

(63) 例えば、前記注六一のウィリアム・スモールウッドがアダムズ及びジョンを私的訴追した事例がこれにあたる。その他、自己の甥の殺害及びそれによる国王の平和の侵害について、司教地方代理 (Dean) のトマスを告発したヒューが、捜査が国法に従って行

われたこと、及び十二名の陪審員がその死について巡察裁判官に告発を行ったことを述べた上で、殺害の現場に居合わせ、それを目撃した者として、決闘による証明を求めた事例等がある。ただしこの事件の場合、実際には、トマスが侍祭 (acolyte) に昇進したことから、教会裁判所に移管され、決闘は行われなかった。See, STEPHENSON & MARCHAM, op. cit. supra note 40, at 177. このような事件以外にも、自己に有利な証拠または証言が得られず、陪審に付することを拒否したために、有罪とされた事例が存する。see, *id.*, at 179. これは、明白に有罪である場合にあたると思われる。

(64) 例えば、セント・オールバンス (St. Albans) で複数の強盗と共に捕らえられたトマスは、セント・オールバンスの大修道院長 (abbot) の執事及び「その他の」善良な者によつて、大修道院長の裁判所において強盗につき自白した旨証言された。「トマスは自己に有利な証拠及び証言を有せず、かつ自己を陪審に付することを拒否したので、絞首刑に処すべきであると判断された。」see, *id.*, at 179. この判決は、明白に有罪である場合のそれにあたると思われる。

(65) 犯罪が行われた地点から距離をおいているウェストミンスターでは、陪審が容易に召喚できないのに対し、犯罪が行われた地点において裁判が行われる巡回裁判の場合には、陪審の召喚が容易である。したがって、被訴追者が、陪審審理を要求することによる審理の延期を期待し得なかつたこと、及び審理陪審の構成員を予測し得たことによるものであろう。See, GROOT, op. cit. supra note 7, at 21.

(66) 例えば、シュロースベリ (Shrewsbury) における巡察裁判記録の第二二六三番目の事件。この事件では、ウィリアム及びヘンリーの二名が雌牛の窃盗につき、十二名の起訴陪審により告発された。ウィリアムについては、彼の屋外便所に盗まれた牛の血がついているのが発見されたが、陪審は、ウィリアムが明らかに無罪であること及び当該血の証拠は捏造されたものであることを述べた。その結果、彼は無罪とされた。ヘンリーについては、ただ「ヘンリーは嫌疑を持たれず、したがって無罪とされる」とのみ記されている。See, 59 SELDEN SOCIETY: DORIS MARY STENTON ed., ROLLS OF THE JUSTICES IN EYRE BEING THE ROLLS OF PLEAS AND ASSIZE FOR GLOUCESTERSHIRE, WARWICKSHIRE AND STAFFORDSHIRE, 1221, 1222 (1940) 545. 同他た、ウスターにおける裁判記録の第二二六六番目の事件などもこれに似た。See, 53 SELDEN SOCIETY: DORIS MARY STENTON ed., ROLLS OF THE JUSTICES IN EYRE BEING THE ROLLS OF PLEAS AND ASSIZE FOR LINCOLNSHIRE 1218-9 AND WORCESTERSHIRE, 1221 (1934) 608.

(67) 例えば、シュロースベリにおける第二二三九番目の事件。この事件では、悪しき評判のために捕らえられたウィリアムは、出頭し、陪審に付されることを拒否している。さらに、ウィリアムは二〇シリングを支払い、宣誓の上で釈放された。See, STENTON, op. cit. supra note 66 (GLOUCESTERSHIRE), at 539-540. この他、グロスタミアにおける第二二二三番目の事件では、殺人につき訴追された

家族が陪審審理を拒否している。しかし、強制的に陪審に付され、陪審は、母親及びその息子が殺人を犯し、父親が殺人に同意を与えた旨を報告した。ただし、母親及び息子は投獄され、並びに父親は、保証人を得るまで投獄されるのみに止まっている。See, GROOM, op. cit. supra note 7, at 21.

(68) See, STENTON, op. cit. supra note 66 (LINCOLNSHIRE) at 544. ムスタでの裁判記録には、この他に、強盗が自己の家で捕らえられ、当該強盗の共犯者として告発された者が、進んで自己の「善悪」について十二名の陪審に付したが、結局有罪と評決を下され、絞首刑に処せられた、第一二一八番目の事件など、全部で七件の審理陪審の事例が存する。See, STENTON, op. cit. supra note 66 (LINCOLNSHIRE), at 593 and See, GROOM, op. cit. supra note 7, at 24, 25. また、悪しき評判のために訴追された者が、この十人組にも属して「いなごのべ」、自己を陪審に付することを望まず、また、喜んで保証人となってくれる主もいないと主張し、国外追放とされた事件も存する。See, STENTON, op. cit. supra note 66 (LINCOLNSHIRE), at 589, 590.

(69) 例えば、女性が訴追者であり、被訴追者が陪審審理を要求して、無罪とされた事件として第一〇九八番目の事件が、また、訴追者が決闘を申し出ながら、被訴追者が陪審審理を要求して無罪とされた事件として第一一四二番目の事件がある。See, *id.*, at 543-544, 561.

(70) See GROOM, op. cit. supra note 7, at 26.

(71) See *id.*, at 27.

(72) See *id.*, at 27. ただし、評決は記載されていない。

(73) See *id.*, at 27-28.

(74) See *id.*, at 28-29. また、グルートによれば、百戸邑の陪審が犯罪秘匿の罪に問われたのは、私的訴追に関して行われた和解は、訴追者を満足させるかも知れないが、被訴追者は国王に対して事件について答える義務を有しているのであって、国王はいかなる和解にも応じないとの考えに基づく。

(75) See *id.*, at 26 n.

(76) See *id.*, at 30.

(77) 例えば、私的訴追の事件については、コヴェントリイにおける第八九九番目の事件及び第九二五番目の事件等がこれにあたる。ただし、第九二五番目の事件は一部有罪である。起訴陪審による告発事件については、コヴェントリイにおける第八三九番目、第九〇一番目の事件及びウォリックにおける第一四七四番目の事件がこれにあたる。ただし、第九〇一番目の事件の結果はやや不明確

である。第八三九番目の事件にあつては、十二名の陪審により、強盗に関し告発された被訴追者は、村民によつて嫌疑なしとされたが、宣誓をさせられている。また、第一四七四番目の事件は、強盗事件であり、二名の被訴追者が存する。うち一名は、無罪とされたが、残る一名は有罪とされた。しかし、当該陪審は確信を持つて、有罪と述べることができなかったために、当該被訴追者は、国外追放とされている。See, STENTON, *op. cit.* supra note 66 (GLOUCESTERSHIRE), at 387, 388, 398-399, 624.

(78) やや変わった形態の評決も見られる。例えば、第九〇六番目の事件では、放火等の罪につき、ロジャー、ウィリアム及びアダムの三名がラルフによる私的訴追を受けた。被訴追者のうち、ロジャーは陪審審理を求めたが、陪審は、ロジャーが有罪であると信じていると述べた。そこでロジャーは、複数の保証人の援助を得るために三〇マークを支払い、陪審は、ロジャーが無罪であるとの評決を下した。See, *id.*, at 390.

(79) コヴェントリイにおける第八七七番目の事件及びシユローズベリーにおける第一二三九番目の事件がこれにあたる。被訴追者は、前者においては国外追放とされ、後者においては二〇シリングを支払い、宣誓の上で釈放された。See, *id.*, at 539-540.

(80) See, *id.*, at 332-333 and See, STEPHENSON & MARCHAM, *op. cit.* supra note 40, at 179.

(81) See, STENTON, *op. cit.* supra note 66 (GLOUCESTERSHIRE), at 346

(82) これまづに見た事件の他にも、次のような事件が存する。すなわち、ヘンリーの死について告発されたりチャードは、出廷し、告発されている全犯罪事実について否認し、その判断を陪審に付することを認めた。そして、ノース・カリ(North Curry)のブリッジウォーター(Bridgewater)のクリーチ(Creech)及びニュートン(Newton)の住人、並びに十二名の陪審員は宣誓の上で、ヘンリーの死についてリチャード以外の誰にも嫌疑をかけていないことを述べ、リチャードがヘンリーを殺害したことを断言した。この陪審員らの判断によりリチャードは絞首刑となった。See, STEPHENSON & MARCHAM, *op. cit.* supra note 40, at 180.

(83) See, HOLDSWORTH, *op. cit.* supra note 1, at 324.

(84) 25 Edw. 3 stat. 5 c.3. *54* See, PROFFATT, *op. cit.* supra note 26, at 50.

(85) 刑事事件ではなく、不動産占有侵奪事件であるが、エドワード二世の治世で、一三二二—一三二三年のイヤー・ブック記載のAttie Gracechurch v. Selmerie等がその例を見ることが出来る。この事件については、See, 34 SELDEN SOCIETY: SIR PAUL VINGRADOFF & LUDWIG ENGLISH ed., YEAR BOOKS 6 EDWARD II 1312-1313 (8 YEAR BOOKS SERIES) (1916) 198.

(86) BARTLETT, *op. cit.* supra note 35, at 138.

(87) See, S.F.C. MILSON, HISTORICAL FOUNDATIONS OF THE COMMON LAW (1981 2nd ed.) 410.