

2 財産法の理解と誤解

「イギリスではどのようにして土地は承継されるか。あるいは、イギリスでは財産はどのようにして移転し、私たちイギリス人の間でどのように相続されるのか。こうした問題は、たとえこの世の中のもっとも優れた秀才が、思索を重ねたり、プラトンやアリストテレスを読んだり、ユダヤその他の法を検討したりして考察しても、イギリス法に精通するまでは、骨折り損で、頭を無駄に使うだけに終わろう。その理由は、イギリス法は、意思と他人の同意によって導かれた制度であり・・・数学の位置と結論の方が、はるかにはっきりとした根拠を持っていて、大ざっぱに言えば賛成と最初の制度創設者の同意と選任に左右される法律制度なんかよりも、ずっと自然に、人々の心を占めているといえるからだ・・・。」(Pocock, 1989, p.219 に引用されている Sir Matthew Hale の言葉)。

一般的な枠組みの不存在

法学生の多くは、財産法 とりわけ土地法 は難しいと思っている。財産法は、曖昧・複雑で、把握し難く、最も明敏な（あるいは最も忍耐強い）理解力を持つ者以外には理解を拒むかのようなのである。本書の主目的は、この風評の理由を明らかにし、これによって財産法をもっと理解しやすいものにしようということにある。

おそらく最初の問題は、財産法の境界線がどこに引かれるのかが明確でないことである。「契約」「不法行為」「犯罪」の境界は、法律の教師が学者ぶるために使うのであれ、実務家が自らの活動を記述し区別する手段として用いるのであれ、比較的明確である。第二に、財産法は(p.38)物の利用と管理を規制する方法に関係すると述べることに異論がないとしても、そうしたルールを発見する基準となる内在的な概念枠組みが存在しないのである。実際、「財産法」一般といったものは存在しない。というのも、何よりもまず、これからみるように、土地に関する「法」とその他の物に関する「法」は別々に発展してきており、その結果、それぞれに特有のルールができてきているからである。立法府も、司法府も、実務法曹も法学者もみな、財産法に携わりそれに関心を持つ限り、土地を他の物とは別扱いにしている。後にみるように、「土地法」については中心は 1925 年の主要な諸法律に置かれている。動産に関する法は主として 1893 年の動産売買法（現在では 1979 年動産売買法の形で再制定されている）に法典化されている。これらに加えて、法人・特許・著作権などの分野を扱う「特別」立法もある。

実務法曹も法学者も、たいがいは、細分化された文献を使って仕事をしている。土地法の本であったり、動産（あるいは動産売買）に関する本であったり、知的財産法、会社法などに関する「現代の」本であったりする。「財産法」に関する本を書こうなどという骨折りはほとんど行われぬ。また 法律の本はおおむね法律の学習コースの「境界」を定めるものであるがゆえに 法律学校のカリキュラムがある種の差別待遇（アパートメント）をとり、土地法を土地以外の物の所有権と処分に関する法から隔離しているのも驚くようなことではない。もちろん、土地以外の物に関する法は、たとえば商事法コースの中に、隙間を縫うように置かれがちであり、主として一連の問題は、契約法に委ねられている。その講義は、イギリスの法曹が財産法を考える方法につき基礎となるようなものとしては、つまり、イギリスの法曹にとって財産とは何かを理解するための不可欠のものとしては行われていないのである。動産に関する最初の教科書は 19 世紀半ばに出版されたが、それが、土地法に関するよく売れた同じ著者の本で不動産譲渡行為を勉強している若い法廷弁護士たちへの補足として書かれたことは、特徴的なことである。

こうした要素のおかげで、イギリスの法律家が「財産」を一般にどう考えているのかを一貫した形で示すことは難しくなっている。この点で、英米法は、ユスティニアヌス法典にならった成文法を有するヨーロッパ大陸の民法とは際違った違いを見せている。法典化という事業は、〔法素材を〕理論化し、完全化し、論理的に整序する方向に向かう。法典はまた、ときに論理的一貫性のゆえに、あるいはときにもっと実践的な理由によって、ルールを一般的な用語で記述することが多い。(p.39) (ナポレオン法典は、非常に迅速に作られたため、おおまかで簡潔であるのも多分にしかたがなかったのである。) イギリス法はこうした方法ではなく、むしろ、個別的に詳細でゆっくりとしたやり方で発展してきた。イギリス私法には、財産とその他の制度の間に、明確に定義された対外的境界はない。のみならず、その主題〔財産(法)〕について〔物権法・債権法とか所有権・制限物権とかの〕権威的に整序された内的な下位区分も存在しない。法律家や法を学ぶ者に出発点となり、中世の大学で使われたユスティニアヌス帝の法学提要のようにして使用できる教科書も、存在しないのである。

我々が本書で理解しようとしている「ルール」は、相互に関係する別々の3つの成りゆきの結果、長期間をかけて、登場してきたものである。その3つとは、まず第一は、依頼者の希望をかなえる〔法的な〕仕組みを日々工夫する法律家の活動である。第二は、訴訟の「予想外の」出来事である。第三は、時折なされる立法府の介入であり、通常、これは弁護士や裁判官が日々の仕事の中で遭遇する相当厳密に定義された諸問題〔の解決〕に向けられている。これらに加えて、最近では、法律委員会が、立法過程に学問的に寄与できる限られた経路として機能している。その結果、法律のプロたちが単に当然のこととする問題や、〔体系的な〕完全性や論理的整序のために解明に努力するなら努力を注ぐ必要があるけれども実務的に重要ではない問題については、イギリス法は沈黙を守ることが多い。

要するに、イギリスの法律家が使用する概念を注意深く検討するとすればその場合、「財産」は単一で単純な意味を持つものではない。このこと自体はなんら問題ではない。その一つの結果として、政治理論家や経済学者が財産について述べねばならないことは、法律家が財産を語るやり方とはしばしば異なるものとなるのであるが、我々の目的に合わせて、強調してあまりあるポイントは、後にもう一度触れるが、法律家が財産を概念化する〔しかたが多様である〕のは、人と物の関係への法律家の様々な関わり方の性質から生まれてくる、ということである。

法律家は以下のような場面で財産と直面することになる。第一に、法律家は、権原を問題にする書面の作成に携わる(基本的には、証拠と譲渡の仕組みの問題を処理するためである)。後にみるように、法律家の仕事の多くはこの種の性質を持つ取引の枠組みを提供することである。第二に、法律家は財産に関する紛争につきサービスを提供し、紛争を裁定する。法律家が関わる紛争として考えられるものには二つの主要な類型がある。一つは、財産権の確認を求める紛争、すなわち、(p.40)所有権の基本問題に関わる紛争である。このような場面では、法律家の「学識」は取引のおびただしい道具だとみることができる。論拠と判断を示す枠組みとなる概念や範疇ともみられる。ここでは、道具と、道具の利用とを混同しないことが必要である。すなわち、限られた範囲の道具は、まったく違った紛争場面に用いられることもありうるからである。二つ目の類型は、財産の利用に関する一連の紛争である。法律家は、一連の財産権、とりわけ土地に対する権利を精密化してきており、土地に対する権利が、土地の利用に関するそうした紛争を処理する枠組みを与えているのである。

こうした背景に反して、我々は、土地をめぐる議論に焦点を当て、その他の物の財産権ははるかに手短かに済ませるようにしてきたのだが、これにはいくつかの理由がある。第一に、すでに示唆したように、土地法は、伝統的に固有の問題として教授・学習されており、本書での我々のなすべきことは、どちらかというとな難儀なこの学習にとりかかろうとする

学生諸君を手助けすることにあるからである。第二に、既に述べたように、法律家自身が土地 および土地に関する取引 を他の物に関する取引とは別個に扱ってきたからである。土地以外の物に関する法律制度は、主として契約法にあり、それらの物に対する権利の保護や主張についての救済は、主に不法行為法の領域である。土地には独自の制度がある。家を買うのは車を買うよりはるかに複雑で 難儀で緊張を強いるものでもあることは、素人の目にも明らかである。

土地法とその特殊性

「財産」一般を扱おうなどとするのをやめて、土地法を理解する努力に主力をそそぐとしても、なお相当の難問が残る。土地法は何に関するものなのか。教師の多くは、疑いもなく、一連の準則の学問だと答えるであろう。その場合、こうした準則が本来の「場面」に置かれるかどうか、場面がどんな意味を持つのか、こうした準則の解説が単に実定的なもの（すなわち準則が客観的にどうなっていると述べるにとどまる）か、評価を加えられる（何らかの考え方から引き出される批判をそうした準則に加える）かは、どうでもよい。だが、〔準則のこうした位置づけに関する〕学者風の試みのうちの一つに従うとしても、こうした準則はいったい誰を目的にしていると考えられているのだろうか。我々の重大なこととして関心を持つのは、裁判官が法廷で行っていることなのか、弁護士が事務所で行っていることなのか、それとも人々が生活でやっていることなのだろうか。

（ローマ法と対極的に）英米法に関する限り、イギリスには、大学での法学教育に確たる伝統がなかったから、(p.41)法律家が本当に知りたいことを知るには、主に、法廷や法定内事務室や事務所に座って、意見を聞き、観察し、人の手助けをするなど、結局は試行錯誤で学ぶことになっていった。最近では、イギリスでも法律学校が急に増え、そこでは土地法はふつう必修科目となっている。しかし、今日でも、ヨーロッパ大陸と対照的に、学校教育制度は、どこか別のところにある法律実務に対しては、おおむね周道的であるかこれに寄生している。代表的な教科書は、最高裁判所の判決に焦点を合わせて、最高裁判決が一連の規範的準則を宣言しているかのようなものである。これすなわち、土地法の実践的な性質は無視されているか、当然のこととされ、読者にははっきりと示されないということである。この真髄 不動産譲渡行為を行うことや、譲渡の書類を作成すること、遺言の案を作ることなどなどは、おおむね原理の解説よりも瑣末なものとして扱われている。これは土地法が何か空白な状態にあるという意味である。なぜなら土地法の基礎は、事務所で行われる書類作成作業であり、しかも、書類作成作業などというものは、問題が生じると裁判官や立法者によって、何らかの方法で改められてしまうからである。

その結果、標準的な教科書では、ときに学生にとっては判断が難しい問題がある。何が難問で何がそうでないかとか、歴史の些細な気まぐれであって実務的な難問は生じないからほうってよいものもよいものは何かとか、複雑すぎて何が誰にも適切に答えを出せない重大な混沌状態なのかなどという問題がこうした例である。しかしながら、実務的な局面の情報が提供されて問題によってはそれほど不可解なものでもなくなるとしても、それだけでは十分ではない。問題をより詳しく検討すればするほど、土地法の高度な道具的性格が明らかになる。その場合には、そうした〔法的な〕道具が何を目的にして用いられているかを検討することが必要になる。このことから、財産法の文脈をはるかに広く理解することが求められる。おそらくとりわけ重要なのは、暗黙の前提、すなわち、当然のことだとされている考え方、つまり「口の端にのぼらないこと unsaid」を調べることが必要になる、ということである。こうした「口の端にのぼらないこと」があるからこそ、〔明示的に〕述べられていることも当時の行為者 財産の所有者やその弁護士や裁判官に理解できたのであり、何が起きているのかを観察者としての〔現在の〕我々がおよそ理解できるようになるには、この「口の端にのぼらないこと」を引き出す必要がある。こう

した「自明の背景」がなければ、法素材を非常に歪んだ読み方をしてしまう結果になりそうである。

この点はさらに以下に詳しく述べる。その前に、理解の妨げとなるもののうち、少なくとも比較的叙述しやすいものに注意しておかねばならない。第一のものは、主として歴史的な意義を持つものではあるが、現在でもこのテーマを理解するうえで依然として基本的である。(p.42)それは、法律家がいう「1925年立法」である。

現代イギリス土地法の研究は、大部分、その範囲と境界を、この立法が目的とした事柄に限定している。言い換えれば、現在の土地法研究は、たいてい、これらの制定法の条文やこれを解釈している判例の解説や註釈なのである。このため、本書でも一定の個所では、このように長く複雑で、長きにわたってイギリスの法律家が実務基準としてきた一連の制定法という素材を前にして、法的解釈がどのようになされるべきかを明確に論じる必要がある。

(大幅に文構造を変えて訳す) 1925年立法以前は土地に関する財産を支配した法制度は複雑であり、とりわけ、土地の「承継的処分 settlements」と呼ばれたものを創設し機能させる法的な仕組みは多様であった。土地法の研究に対してこの〔1925年〕立法が中心を占めていることからすると、学生諸君は、この立法の枠組みの大部分が、こうした側面を単純化する目的で構築されたことを理解することが何よりも大切である。これはすなわち、立法が力を注いだ様々な問題は、一戸建ての家やアパートを所有者が占有利用する現代社会では、直接的な関連性がほとんどない、ということである。一連の重要な難問は、歴史的変遷というこの事実から生じるのである。

首尾一貫した叙述をする際の第二の障壁は、やはり主に歴史的な意義を持つが、同じ程度に基本的なものである。「コモン・ロー」と「エクイティ」の区別がそれである。後ほどもっと詳しく述べるが、イギリス法の歴史の大部分で、二種類の裁判所がある程度相互に独立して事件を処理していた。これらはお互いに孤立して事件処理をしていたのではなく、何世紀にもわたってお互いの実務を知っていたのであるが、別々の指針・原理・準則・救済を行ってきた(「信託」(第5章を参照)は、こうした管轄の分離の好例で、おそらく最も重要な例である)。多大の法的精力が おおむね管轄問題をめぐる この二つの法体系の関係を解決するのに使われ、二つの法の潮流が、こう表現してよければ、現在ではどの裁判所でも〔統一的に〕行われているとしても、歴史はこの点で現代の法構造に深い痕跡を残してきた。このことは厳然たる事実である。その結果、イギリス財産法を全般的に概観しようとする、どうしてもコモン・ローとエクイティのあちこちを飛び回らざるをえない。これらが総合的な首尾一貫性を犠牲にしてそれぞれに独自の観念的な諸原理を立ててきたからである。

土地法の首尾一貫した説明に対するもっと技術的な最後の障壁は、1925年立法が土地の権原の譲渡を規制する二つの異なった制度を残したことである。その制度の一つ既登記〔土地の〕譲渡 (p.43)は、少なくとも公式に表明されていたように(Offer, 1977を参照) 他方 未登記〔土地の〕譲渡 に代わるものとして構想されていたが、その過程は今日もなお不完全である。その結果、土地法は、第10章で見ると重要な点で互いに異なる二つの異なった制度を含み、土地法を学ぶ者は、両方を身につけなければならないのである。

過去から引きずっているこうした問題があるとはいっても、財産法を法史の一分野として研究しなければならない、というわけではない。若干の問題は過去において財産の所有者やその弁護士から重要なしは難問だとされていたが、そうした問題がいかに単純化されようとも、それらをなにがしか理解することが、現在においても、財産法の枠組みをよ

り理解しやすくするためにはなお必要なのである、ということなのである。かような理解は、財産法を現在の裁判官が「創造的に」解釈しているという事実とその必要性を説明するうえでも役に立つのである。

過去のうちどの局面がより重要であるかは、一般的な意味で裁量的判断の問題である。以下の章では、とくに二つの分野を最も強調することにした。第一に、土地の承継的処分の発展を特徴づけた実践的な論理の特色を示すよう心がけたが、それは、こうした実務が生み出した諸問題こそが、1925年立法が重要な改革目的としたところだったからである。第二に、同様の理由から、19世紀の土地譲渡実務と弁護士による土地譲渡過程の管理の特徴および当時普及していた暗黙の了解について若干の考察を加えようとした。なぜならこのことは、こうした点を修正するため1925年に創設された制度設計の背後にあった目標を理解する手段となるからである。

こうした形で過去に注意を振り向けることは、観念の発展とその適用を刷新・革新する勇気を与えてくれる方法でもある。19世紀に由来するというだけの理由ですべてが時代遅れだなどというわけではなく、現代的であると思われることがすべて実際に新しいわけでもないのである。