

翻訳

「ローマ法と法学教育」

ヘンリー・ジェームズ・サムナー・メイン

菊池肇哉 訳

訳者解題

当論考“Roman Law and Legal Education”「ローマ法と法学教育」は一八五六年にケンブリッジ大学関係者の多彩な分野の論文を集め公刊された *Cambridge Essays* 『ケンブリッジ論集』（London, 1856）の劈頭（pp. 1-29）を飾ったものであり、サー・ヘンリー・メイン Henry James Sumner Maine (15 August 1822 - 3 February 1888) の著作としての処女作『古代法』（一八六二）に五年遡るものである。初出は上記論集であるが、Henry Maine, *Village-communities in the East and West. Six lectures delivered at Oxford* 『東西村落共同体論』（John Murray: London, 1st ed, 1871）が、

「ローマ法と法学教育」（菊池）

一七五（一〇一三）

百頁以上、大幅増補された第三版(一八七六)以降、本文末尾と補遺(Appendixも第三版より増え複数 Appendicesになる)の間の「論文・公演集」にあたる最後尾に、メイン生存当時の英国の標準版である John Murray 版では配置されることとなる。通常はより入手しやすいこの『東西村落共同体論』よりの引用が多い。

訳出に当たり、一八五六年当時のオリジナルと、再録初版である『東西村落共同体論』第三版(3rd ed, pp. 330-383)を参照した。活字割りが変えられ『東西村落共同体論』第三版では頁数が多くなっている他、基本同一である。

先に「論文・公演集」(便宜による「仮称」で索引 Index では、列挙されるのみで、「項目」として明示されていない)と述べたが、メインのインド渡航直前の第一作『古代法』(一八六二)は代表作として好評を博し当時着々と版を重ねており、インド帰国後ケンブリッジよりオックスフォードに移籍し、同大での講義録の体裁でインドでの経験を踏まえて出版した第二作が『東西村落共同体論』(一八七二)である。処女作は余録抜きで売れるので、インド論を軸とした東洋・西洋の比較原始共同体論という専門的すぎる第二作のテコ入れとして、初版より五年後の第三版(第二版は翌年)より、過去に公開された自己の論文や講演集を「雑録集」のような形で本文と付録との間に挿入したと思われる。

この「論文・公演集」の序列は、おそらくメイン本人の意向によるもので、その内容の分析により「末尾」に置かれた当論考の特殊な位置付けが見えてくる。(1)最初に置かれるのは一八七一年のリード講義 Rede Lecture である“The Effects of Observation in India to Modern European Thought”「インド儀戒・慣習律の現代ヨーロッパ思想への

影響」である。これは、一九六九年に帰国したメインのケンブリッジ大学でのお披露目公演であり、同年に出版された『東西村落共同体論』と一体性が高く、両者とも帰国二年間を経、満を持してのメインの学者としての再デビューである。(2)次に続くのが、インド滞在中、メインが副学長を勤めたカルカッタ大学で評議会「The Sanate」に対して行われた記念公演であり“Adress to University of Calcutta I-III”「カルカッタ大学記念公演I-III」として、各、一八六四年、一八六五年、一八六六年の三月に対応する。(3)三つ目は、体裁上、“The Theory of Evidence”「証拠法の理論」と改題されているが、原題は、“Mr.Fitzjames Stephen’s Instoduction to the Indian Evidence Act”「フィッツジェームズ・ステイーブン氏のインド証拠法序説」でメインの友人で六歳年下のケンブリッジ大学トリニティ・ホールの後輩でもあり、「ケンブリッジ使徒会」の後輩でもあり、インド統治の後継者であったジェームズ・フィッツジェームズ・ステイーブン James Fitzjames Stephen (3 March 1829 - 11 March 1894) の「インド証拠法一八七二」に「序説 Introduction」として付された一三〇頁ほどの「証拠法論」への翌一八七三年 The Fortnightly Review 一九巻に掲載された書評である。批評論文ながら、一足先に本国に帰任した先輩からのエールでもある。(4)そして、四つ目、最後尾に置かれているが、当メインの最初期のローマ法論文、「ローマ法と法学教育」である。単純な時系列によらず『東西村落共同体』本文との関係性の強さで順序付けられている事が分かる。

その中で、当論文は唯一、飛び地のごとく(1)インドに関係がなく、(2)処女作『古代法』以前に書かれている。逆説すると、ほとんどお蔵入りにしたケンブリッジ大学欽定ローマ法教授時代の講義ノート等、最初期のローマ法関係の叙述の中で、メインは、当論文だけは再出版に堪えうるものとして一八七六年、五四歳の成熟期でさえ、愛着を

保ち続けたとも言えよう。

当論考の主な重要性は二点ある。(1) 手稿以外に入手できるメインの学術的「印刷作品」としては、最初のものである事。(2) メインの作品の中で唯一ローマ法を正面から扱っている物である事、である。

これは、メインは『古代法』以降、ローマ法を比較歴史法の「傍証」とするが正面から扱うことはなくなったためである。当論文を書いた一八五六年には、メインはケンブリッジ大学「ローマ法欽定教授 Regius Professor of Civil Law」(一八四七―五四)を勤める傍ら、五二年より法曹学院 Inns of Court の講師 reader をロンドンで勤めており、六一年に『古代法』を発表した後、六二年にインドに渡航する前の期間であった。彼は当論文を「Late Queen's Professor of Civil Law 前ケンブリッジ大学ローマ法欽定教授」の肩書で、つまり、ローマ法学者として書いている。一般にメイン『古代法』(一八六二)はこの間(一八五一―六二)の法曹学院での彼の講義に主に基づくものであるとされる。ゆえに、メインの最初の二五歳から三二歳までの、ケンブリッジ大学ローマ法欽定教授(一八四七―五二年)の講義ノート手稿が出てこない限り最古のものとなる。しかるに、レイモンド・コックス Raymond Cocks, Sir Henry Maine: A Study in Victorian Jurisprudence, (CUP, 1988) のケンブリッジ大学でのローマ法教授活動の叙述を見る限り、史料として大学のメインの講義の講義要項 prospectus を参照しており、かかる手稿の存在は現在まで確認されていない。

現代研究者に比し、メインは自己の学術的印刷作品発表に、極めて、慎重な立場をとっていた。この事は、先述したインド帰国後、二年を経てその業績をようやく印刷に付した事よりも見て取れる。この一区切りの仕事が終わってから二年間の推敲・熟慮を経て上梓というのは、メインの若い時期（晩年の『国際法論』は一年だけフィウエル国際法教授位を勤め翌年に出版）の自己ルールであるのでは無いかというのが筆者の観察である。つまり、最初のケンブリッジ大学「ローマ法欽定教授 Regius Professor of Civil Law」（一八四七―五四）の雇用期間を終え、二年後一八五六年に処女論文“Roman Law and Legal Education”「ローマ法と法学教育」を、ようやく三四歳の折に出版したのは、恐らく、熟慮の上、極限まで引き絞り弓手を離れた一矢の如き企図である。メインの生涯・作品を見渡した上で、そう考慮してみると、当論文が扱う題材が極めて広範で、メインのローマ法に対するオリジナルな各問題意識を絞り出し、全て煮詰めた如き「雑多な」様相を呈しているのも不思議ではない。

上記に加え、副次的重要性として、(3) 本邦においては、恐らくは、ローマ法の論文というので技術性が高くメイン研究者や英米法研究者からはあまり研究されてこなかった事。例外として内田力蔵氏が「メインとイギリス法の法典化」というテーマに合わせ当論文を詳細に扱われている。（※『内田力蔵著作集2…法改革論』（信山社、二〇〇五）、pp. 167-90に再録）(4) 欧文文献に於いても、様々な重要な点で論及されるが、あまり、そのみに集中して本格的に論じられてこなかった事などが挙げられる。

筆者の問題関心として、メインと彼の業績はローマ法学者としてどのように理解され、位置づけられ得るか？とい

う事がある。このことは、しばしば語られるドイツ歴史法学派とメイン歴史法学の関係性や、Peter Stein, *Legal Evolution*, (CUP, 1980) のアプローチをどう評価し「進化論をいかに法学と関係させ理解することが出来るか？」などを含め、簡単なことではない。

以上を解題に代え、詳細と内容については、独立した各論考をもつて論じたい。

ヘンリー・ジェームズ・サムナー・メイン

「ローマ法と法学教育」

近年、ローマ市民法への関心が再燃してきているその理由を突き詰めて問うことが無駄でなければ、ローマ法がますます人気をあつめているのは、結局の所、知識の道具としてローマ法の重要性が広範に認識されている事よりも、むしろ、英国の実務家がその法実務においてローマ法の価値をたまさか垣間見る事に、帰することになるだろう。扱わねばならぬ法学問題がより高度になるにつれ、英国法律家のローマ法からの借用はより顕著となるのが常なのは必定である。しかし、一方で、問題に対し適用される思索が高度となるほど、その複雑性を解決したローマ法体系に対する、かかる人物による賞賛が空疎となってしまうことも、また、不可避であろう。とはいえ、ローマ法学研究が擁護されるべき理由は、きわめて明敏な知性の持ち主のみに理解可能なものでもなければ、深遠な法学上の論点が生じてはじめて明らかになるものでは決してない。そのような理由の多くの健全性は、述べられさえすれば、途端に氷解するもの

であることはお分かり頂けようし、当論文では、そのような点につき読者の御注意を喚起させていただきたいと思う。

ローマ法学とわれわれ自身の法学との歴史的関連は、ローマ市民法に対する増大する関心に、きわめて強力な理由を提供しているものと今や見なされているように思われる。むしろ、「ローマ法と英国法の歴史的関連という」その事実自体は、今日では、疑問視されるべきものではない。英国コモン・ローはその全部分、土着のものであるという俗信は、『ブラクトン』や『フリータ』と、『ローマ法大全』とをざつと比べるだけで、どんな場合でも、らくらくと論破しうるだろうし、土着説支持の歴史家の誠実さなど、彼らの先入観が過ぎどうしようもないと言ひ張るぐらいの事ではか擁護しえぬだろう。つまり、ユ帝前の抄典の断片の大編纂物⁽ⁱ⁾やガイウス『法学提要』手稿の発見⁽ⁱⁱ⁾により、今では、英国へのローマ法が浸透時にありえた、唯一の形態に対するわれわれの理解は深まっており、早期におけるローマ法の部分的浸透の容疑はほぼ確実となっている。必然的に、かかるローマ法の早期の浸透は法的古事学者にとってはきわめて高い関心事であり、さらに、英国の法律家がそれ以前に有していた、より荒削りな諸概念に対する影響といった観点からも価値あることである。しかし、一方で、あまりにも過度の重要性をその事実に与えるべきではない。英国においては、あらゆる知的輸入観念は、我らが受容するやいなや、我ら独自の国民的慣習及び精神性の特殊性に彩られるのが永らくのおきまりであるからである。古来のコモン・ロー法律家により解釈された外国法学は、ほどなく外国のものではなくなり、ローマ法は、他のいかなる制度よりもすみやかに、特有のその性質をうしなってしまう。ローマ法のような、なかならず他制度に傑出し、均整のとれた根本的原理と緊密に対応する法体系は、その各部分を少し改変したり、一、二の支配原理を放逐するだけで、効果的に、全く別のものへと変容されてしまうであ

ろう事、たやすく理解出来よう。ゆえに、ローマ法の各テキストが、我らがコモン・ロー法学の基盤のありとあらゆる点において作用しているのは、事実、それも確実な事実であるのであるが、だからといって、その事から、即、英国法に関する我らの知識が『ローマ法大全』を学ぶことによつて実質的に向上することにはならない。くわえて、ローマ法とコモン・ローの両制度間の歴史的相関性を過度に強調することは、ともすれば、法の哲学の探求者が陥る中で最も深刻なあやまちを犯してしまうことになる。両者を兼学せねばならぬは、われわれ自身のコモン・ロー法学とローマ法学が「過去のある時点で」類似「していた」からではなく、両者は「未来において」類似「していくことになる」からである。つまり、いかに、その揺籃期において、似ても似つかぬものであろうとも、あらゆる法は、その成熟期において、互いに類似してくる傾向がある。ゆえに、英国において、われわれは、ゆつくりと、それも恐らくは、無意識かつ否応なく、だが、しつかり確実に、ローマの法学者たちが何世紀もの経験とうむことなき研鑽を通じて到達したのとまさに同じ法的思考様式および法原理の思想に、自らをなじませてきている。

もつとも、われわれの法がまさに目の前で体験している浮沈や変化が、『ローマ法大全』に含まれているものほど成熟し高度に洗練された一団の準則の体系を学習する最も強力な理由を与えるのはなぜかという理由を詳述しようとするれば、それは、ローマ法と法科学 science of jurisprudence との関係の解決とほぼ同じであり、そのような研究の長大さ、困難さを鑑みれば、今回のような一論文の紙幅でなさんとすることは明らかに馬鹿げていよう。しかし、また違った一連の考察で、独自のやりかたで、法的もしくはは一般的教育を修めた人物全てにこれ以上ないほど強く印象付けることに、同様に力あるものがある。そのような考察が証明しようとするのは、ローマ法の無知ゆえわれわれの

断罪される無知の法外な広域性である。英国の最高の教育を受けた人物でさえ、人類の学識の一般的な総体の中で、ローマ法という要素がいかに大きな重要性を占めているのか、また、英国に限られず人類の思想のあらゆる生産物中にローマ法がいかにひろく侵入、浸透、変質させてきたのかを完全に実感することができるとは、疑わしいと言えよう。このことがどの程度真実であるかに対しなんらかの外的な考えを与えようと努力するその前に、われわれは、まず、われわれ自身のコモン・ロー法学とはちがい、ローマ法は、決して、判例の体系 a system of cases ではないことに、読者の注意を喚起せねばならない。ローマ法の体系としての特質は、——もつともこれは実用的便宜のため不適切ではあるのだが——一連の原理及び明文化された準則によりなりたつ体系であると述べることで表現され得よう。英国においては、法廷弁護士の仕事は一团の先例から、「それら」を包摂すると同時にこれから司法判断を受けるべき事実状態をも包摂する、一定式 formula を抽出することであり、敵対側法廷弁護士の職務は、同じ一团の判例、もしくは他の一团の判例から、同様に明白な適用性をもつそれとは異なった定式を抽出することである。それに対し、ローマ法では、先例はそのようなやり方では、絶対に使用されない。『ローマ法大全』が、我々が英国の法律家が「判例」と呼ぶものを大量に含んでいることは、一見、明らかである。しかし、それらは、いかなる点においても、法準則の淵源ではなく、逆に、法準則が適用される事例なのである。言うなれば、それらは法準則に光を当てるために権威者により解決してみせられた事例であり、かかる法準則がいかに操作、適用されるべきかを示すものである。我ら自身のコモン・ローと比較して、かくも早い時期に、そしてより完璧に、ローマ法がこのような方式を獲得するようになったのは一体いかなるわけか？というのは、興味の尽きぬ問題であり、学生が真つ先に自問してしかるべき問いの一つであろう。しかるに、英国人的偏見により、学生は、このような形で構成されている法学は、控え目に言っ

て、変則的 *anomalous* と考えることはあり得よう。にもかかわらず、ローマ法の仕組みは、わがコモン・ローと同じく、極めて分かりやすく、自然なものである。この事の証左として、英国のコモン・ローは、その初期の理論家は、明確に、これと似かよった特質を有していると解されていたことを特筆しえよう。つまり、コモン・ローは、確定的原理に調整され、明示された準則の均整のとれた体系としての形で、「この世のどこかに somewhere」在るものと見なされていた。しかしながら、かかる体系的知識は、充分な量の原寸大の形では裁判官らの胸中にもみ留めおかれ、法的素人たる大衆と法専門職の大部分は、そのような準則を、司法判断を受けた各判例の事実と複雑に入り混じった形でしか識ることを許されないと考えられていた。このような古来よりの伝統的理論の様々な痕跡は、我が国判決や法廷の議論の言葉遣いの随所に残っており、そのような例の中で、われわれは、比較及び帰納により諸先例より抽出された法的命題 *legal propositions* という意味での「原理 *principles*」という用語の、一風変わった用例をおそらく挙げる事が出来よう。

ゆえに、ローマの法学者の本来の仕事は、明示的な成文準則の解釈と適用に限られていた。むしろ、かかる過程は、一定限度は、あらゆる法体系の専門家 *professors* により用いられざる得ぬものであり、我々自身の法体系においては、殊にわれわれが議会制定法を扱おうとする場合にそうである。しかし、ローマにおいてこれらの占めた広大な領域は、英国の実務とは、全く比較にならぬが、「ローマで」歴史上事実そうだったように「英国でも」、全体として並外れた精緻さと忍耐力、個別の事例においては並外れた天才性に特徴付けられた一階級の人々の、主要な修練の場として成立してきている。このように、これらは、英国実務家が何世紀もかけ追求してきた諸成果を達成する手段である。わ

れわれ英国人は、恥ずかしげなく、時には矜持のごときものすらもって、自身の制定法解釈における失敗 *III success* について語るのであるが、その際、われわれが自由に使いこなせるものといえ、ローマ法学の提供する道具立てとは似ても似つかぬものであり、ローマ法学は、一部は、明確な規則と、一部は、適切な範例により、成文法の理解と運営を追求していく。もし、われわれが、ローマ法学者に考案された解釈方法が彼らの主題に対してもたらした効果を、幾何学者らが空間の関係性を論ずるのに使用する数学的分析より導かれる有用性に匹敵・対応するとするならば、これ以上、正当なことはないだろう。これら双方の助けを得てはじめて、ほぼ克服不能に思われた各難題は大したことでなくなり、ほぼ到達不能にみえた進歩過程 *progress* は許容限度まで縮減される。このような比較対応 *parallel* はさらにすすめることが出来、両種の各知的訓練のもたらす特殊な精神習慣 *special habit of mind* についてもそうである主張することができよう。ローマ法の修練により習得することの出来る思考傾向 *the bias of thought*、理由付けのそれぞれの仕方 *the modes of reasoning*、例証の習慣 *the habits of illustration* といったものほど、特有、特別で、かつ他に際立ったものは確かにないであろう。学生にとり、このような精神的視界の特殊性を解するには、英国法学習熟に必要な努力とはくらぶべくもないほどの精神緊張と学習期間しか必要とせぬが、しかしながら、それでも、それらは何らかの努力抜きには獲得できぬものである。重要なのは、それらが要求する努力にみあうだけの十分な見返りがあるかである。それらは、あらゆる分野の思考および研究に浸透しており、ローマ法の知識の一定限度の探求はあらゆる法律家やあらゆるしかるべき教養人に不可欠である事を指摘する努力をすることによってのみ、われわれはその問いに答えうる。

第一に、この二世紀近く、ヨーロッパ大陸における「道德哲学 Moral Philosophy」に関するあらゆる議論は、ローマ市民法に固有の用語及び理由付け方法にしたがってなされてきている事が注目されなければならない。宗教改革より程なくして、二つの偉大な思想学派がこの種の各題材を分つことをわれわれはみいだす。当初、二者の内、最も影響力があつたのがわれわれに「カズイスト Casuists」として知られるセクトもしくは学派で、その全てはローマ・カトリック教会に宗教上帰依しており、彼らのほぼ全員は各自の修道院に属していた。他方は、『戦争と平和の法』と称される論稿の偉大なる著者フーゴ・グロティウスを共通の知的祖とし、お互いつながりをもつ一群の著作家である。後者のほぼ全員は、宗教改革の熱心な支持者らであり、彼らは、正式かつ公然とは、カズイストらと論争状態であるとはいえぬが、それにもかかわらず、彼らの体系の起源及び目的はカズイストらとは本質的に異なっていた。両者のかかわるこの思想部門へのローマ法の影響という点に関し、このような二学派の相違について読者の注意を喚起せねばならない。グロティウスの著作は、全ページ純粹な倫理問題に触れており、かつ、同書は、直接、間接を問わず、数えきれぬほど多くの正式倫理学書の生みの親であるものの、周知のごとく、道德哲学を銘打った正式の論稿ではなく、自然の法もしくは自然法を特定せんとする試みである。自然法概念がローマ法学者のみの創出に関わるかという問題はさておき、グロティウス自身認めるように、いずれにせよ、実定法のどの部分を自然法の一部であると解すべきにかんするローマ法学者の見解は、それが誤謬でないかぎり、最も深い敬意をもって受け入れられるべきとされている。このことより、グロティウスの体系は、正にその根底においてローマ法と関わりがある。この関係性―作者のうけた法学的訓練はそれ「ローマ法学識」無しでも以下のような結果をおそらくもたらしたことではあろう―は、時にその意図を隠蔽せざるを得ぬ、全パラグラフでの技術的用語法、理由付け、定義、例証の方法論といったものの

放埒きわまりない利用や、ほとんどの場合、読者にとってどこから引用されたのかすらも見当もつかぬ、多様な引用元文献に依拠する議論による強制力や説得力といったものを不可避に引き起こしている。対し、カズイストリー「※カトリック側の道徳神学」には、ほぼローマ法からの借用はない。カズイストリーの用語法には、カノン法経由で、二、三の専門用語が浸透してはいるものの、カズイストリーの著作者の議論形式は各自の学派のどれかの属する一連の神学上の討論よりだいたい採られており、そこで主張される倫理の見解はグロティウスの請け負う所とは一切、共通するところはない。それが、高名であれ悪名高きものであれ、カズイストリーの名の下に書かれたあらゆる正・不正 *right and wrong* に関する哲学は、大罪 *mortal sin* と小罪 *venial sin* の概念間の区別がその起源である⁽¹⁾。ある特定の行為を大罪であると決定することによる酷い結果を回避しようとするごく当たり前の懸念や、同様に理解可能な、プロテスタント主義と争うローマ・カトリック教会を都合の悪い理論を放棄することで援助しようといったことから、カズイスト哲学の著者たちは、大罪のな行為をできうるかぎり大罪違反の範疇からとりのぞき、小罪、つまり、決定的な懺悔の苦行を行うことで赦免しうる罪であると、性格付けようとする入念な基準体系の構築へと至った。この試みの運命は、一般に、歴史として知られているところである。われわれは、聖職者があらゆる種類の人間行為を霊的に監督することをできるようにしたこのカズイストリーによる「倫理問題における各種」区分により、まさに実際に、それが君主、政治家、将官らに、カトリック道徳神学者らが、宗教改革前には前代未聞であったレベルの、影響をあたえることを可能にしたし、実際に、プロテスタントの最初の成功を検閲し困難にしたかの大弾圧 *that great reaction* に概して真に加担したのを知っている。もつとも、かかる「反宗教改革側のカズイストリーの」企ての出発点は、確実な証明でなく逃避、つまり、原理を発見しようとするのではなく公準 *postulate* を回避しようとする逃

げ、つまり、正・不正 right or wrong の本質を確定することではなく「大罪違反とせぬため」何が特定の性質の悪(※倫理上の罪) wrong で無いのかを特定することであったので、カズイストリーは、人間行為の倫理的特質を酷く曖昧にしてしまうまでその詭弁的洗練を突き詰めざるを得ず、我々自身の人間存在の倫理的本能を裏切ったゆえ、ついには、人類の良心の突如の反逆を招き、自身の体系のみならずその博士らもまとめて破滅においやった⁽ⁱⁱⁱ⁾。最終的に、カズイストリーは、パスカル『プロヴァンシアルの手紙』の中で回復不能な致命傷をこうむることとなったが、この記念碑的論稿の出現以来、わずかでも影響や名声のある倫理学者なら、おおっぴらにカズイストリーに倣って、その考察をなすことなぞついぞしなくなった。こうして、倫理的科学のあらゆる分野はグロティウスの後継者たちのみの指導にまかされたのであるが、それは、いまだ、並外れた程度でのローマ法との混淆の痕跡を提示しており、時に、そのことは、グロティウスの理論の欠陥であると断罪されることもあれば、一方で、最高の推奨を勝ち得ることもある。グロティウスの時代以降の多くの研究者たちはグロティウスの各原理に変更をくわえたり、むしろ、カント批判哲学の登場以降、多くの論者はグロティウス原理の多くを放棄した。しかしながら、グロティウスによる根源的各仮説^(iv)よりはるかに逸脱した著作家たちでさえも、グロティウスの叙述・定義 statement、一連の思考様式 train of thought、その例証法 modes of illustration の方法論の多くを承継しており、それらはローマ法意識に無知な人間にとっては、ほぼ意味をもたぬうえに、論点の解せぬ no point ものである。それに、自然科学・物理学もしくは生理学の一部をのぞき、倫理的思索は学問のほぼ全域に関連、影響しており、ヨーロッパ大陸における倫理体系中のローマ法的要素は、ちよつと見、まったくその存在を認識できぬような各分野においてすら、その存在がみいだされる。ヨーロッパ大陸の倫理、政治哲学においてほぼ普遍的である、かかる驚くべきローマ法の影響を、英国のわれわれがあまりにも軽ん

じすぎていたと信ずるのはゆえなきことではない。しばしば、憤慨や驚嘆をこめて言われるのは、海外と英国のより精密な科学の碩学らはお互いに完璧に共感しあっている、たとえば、ロンドンの医者や数学者らはベルリンやパリの医者や数学者らの著作に完全に精通しているのに対し、大陸の法学者、道徳哲学者、政治家、一定限度は歴史家、はては形而上学者らを英国の同様の学識の研究者を公称する職業知識人らとを隔てる、目に見ることも触ることもかなわぬが、確かに感じうる障壁が存する。わが英国が島国であると言った曖昧な指摘は、この異常な事態理解のなんのてがかりにもならない。もつとも、我らの各国家制度の例外性は一部その説明とはなるう。つまり、その根底には英国人と外国人らとの間に横たわる教育 intellectual training の何らかの差異が存するにちがいない。英国人と人間の一般的教養総量の差分とは、端的に、ローマ法成分の完全な欠落である。

ここまでの各見解が正しいとするならば、倫理哲学と法学の密接な関連性などいちいちあげつらう必要などおそろく無かろうから、英国における法学教育の一部としてローマ法の素養を導入すべきという論は何らかの形で前進することとなるう。もつとも、おそらくは、このような形での理由づけに、倫理的主題に関する（現在の）英国の思想のあり方は、なんらかの冷や水を浴びせかけることとなるう。うたががなく、ロックの著作やベンサムによるロック理論のはかりしれぬ発展は、英国の知的状況に深甚な影響を与える倫理体系を付与しており、同時にそれらはローマ法よりほとんどか、まったく何も借用していない。しかしながら、いくつかのやり方で反論を述べることができよう。何らかの一団の原理に基づき英国で倫理哲学を教えることが、はたして望ましいものであるのか、もしくは、可能であるかどうかといったことは疑われるものの、確かに、倫理哲学がその歴史と切り離されて教えられることは好ましくもなければ出来るものでもない。くわえて、ローマ法とベンサム哲学の隔絶は、実質というより形式に存する。べ

ンサムの最新かつ最も明敏な解説者「オースティンら」は、自らのローマ法学の用語法と方法論への嗜好を公的に宣言した。⁽²⁾そして、実際、ベンサムが法的概念に適用した入念な分析のほとんどがローマ法学者らにおける根本的諸前提のうちのみいだされる各命題の確立へと向けられていたといつても、大した推測にもならぬだろう。きわめて日常になじんでいると同時にきわめて技術的でもある英国法の専門用語を通すと、ぼやけたり見失ったりするものもろの真実は、ローマ法学者の用語法をとおせば見あやまりようもなく光り輝く。そして常識が支配的特質である体系を知ることにより、英国における常識が幻想より保護されさえすれば、それらの真実を一体見失うことがはたして可能であるなどと信ずることすらむずかしい。おなじく、英国法がおおっぴら、かつ公然と倫理哲学にふれるときは常に、ローマ法ともっとも深く関わる点で触れていることは瞠目に値する。最初に衡平法裁判所の法学に形 form と体系をあたえた裁判官達の精神へと、特定の学派の法学者、つまり自然法に関する一連の著作者が、与えた影響に衝撃をうけずに、早い時期の衡平法判例集をひもとくことはむずかしい。さて、これら自然法学派の各巻には、倫理哲学がローマ法固有の用語法と理由付けの仕方を保っているのみならず、二つの思想領域が分離でき、お互いに分けて考察可能であることがいまだ認識されていない。今日においてさえ、主張や判決において倫理哲学の一命題が顔をだす場合には、概して、グロティウスの最初の後継者らがまとわせた装いで登場する。かかる特異性は、おそらく、部分的にはあるが、大体において今述べたばかりの自然法論者らの梗概書であるストーリー『国際私法』への信頼がわれわれ「英国人の」の間で国際私法の權威にまで高まっていることより、説明できるであろう。

さて、ここで、われわれは違った性質の各考察へと足をふみいれることとなる。あらゆる言語には法的諸概念を表

し、永続的に法の特質や効力・制裁 sanction にむけられる一連の単語や語句がかならず存する。そのような表現なしに、哲学、国家経済学、神学、はてには厳密科学における膨大な種類の各命題は、けっして言語化不可能であろう。しかるに、英語がかかる表現を英国法から借用している場合がいかにも少ないかは注目し値する。実際、我らの法学が我らの言葉に及ぼした影響のなさ以上に、英国法が常に英国の他の思想領域と有している奇妙な関係性に関して、興味深く、例証的なものはない。訴訟法およびその従属分野は、その寄与は大きいとは言えぬが、口語的方言をゆたかなものとするのに貢献してきたし、英米ではかなりの数の法律用語がスラングとして通用している。しかし、根本的法概念を示す古典的英語はほぼ例外なくローマ法より由来している。これらローマ法用語は様々な淵源より英語に浸潤し、「意味変化を」規制する体系や理論をまったくもたずに、もれなくその原意を喪失し、二義的、転義的、一貫しないといった日常語のあらゆる欠陥を示している。素人目から見ても、これは大きな欠陥である。他民族とは異なり、われわれ英国人は、われわれの哲学用語の最も重要な各専門用語を法律家の明敏な知性により、吟味し、ふるいにかけ、精査される利点を喪失してしまっているし、直接的に行爲に帰結すべきものごとにかかわる討議において慣習的に使用される場合、法律用語のもたらすあの目を張るべきほぼ神秘的なまでの精確性をわれわれは、自身よりうばいさつてしまっている。哲学思索における英国の劣等性がどの程度この言語的弛緩性によつてもたらされているのかをのべることはむずかしい。また、計算の上で生み出された悪戯といったものはそれじたい些細なことであつたとしても、自由な議論「議会」の支配する社会においては恐るべきものとなりはて得る。われわれが厳密な精神に対するこれらの影響を辿ることはたやすい。ベンサムはそれらの言葉のいいかげんさから、みずから固有の用語法を發明しなければならなかつたが、それは今でも彼の思想の影響に対する障害となつている。オーステイン氏はそれらの

回避のために積極的に怖気(おどけ)立つほど彼の文体より暗喩を放逐し「無味乾燥なものとし」た。ヒューウェル博士は、ローマの法学者達の厳格な用語法に繰り返し戻ることによって、このことを意識している。しかるに、「かかる言語的」欠陥は、単に法哲学に対する著作者たちへのみ感ぜられているものではない。それは、職業的法律家にもまで及ぶ。全ての話し思考する人々とおなじく、法律家たちはローマ法よりわれわれに相続されたと、今説明されたばかりの各表現を使用している。しかしながら、彼らはそれらを「世俗」表現としてのみ、つまり、技術的専門用語の不備を補う表現としてのみ使用する。あらゆる法学中、最も権威ある重要な用語である「債権債務 obligation」すら、英国法では定義されず、われらが法律家たちより躊躇なしに一貫せずつかわれている。このことは非職業的な世界とは、またちがった帰結をもたらしている。英国の高位裁判官 Bench と弁護士 Bar をその思考の不精確さゆえに糾弾するのは馬鹿げていよう。しかし、生来精確な精神が、単なる民衆的語彙をあつかうことは、冗長性につながる。単語や語句は間断なく精査、限定されねばならぬし、あらゆる重要命題は誤解を避けるため様々な形でパラフレーズされなければならない。こういったわけで、われわれの法廷での議論や判決と言ったものはべらぼうに長くなっている。まただからこそ、ものすごい量の判例法が集積し、他のいかなる民衆の怨嗟よりも、はるかに深刻に、英国の法学に対し革命の脅威をもたらしている。現状このようであり、かつ、他にやりようもないなら、他のいかなるよりすぐれた法的知性をもさしおき、不撓不屈の記憶力といったものに、不名誉な優先位を譲らねばならぬだろう。

民衆言語の助け抜きで、ある技術的専門用語だけで法律家のあらゆる用に足りることは、おそらくは、ありえたとはいえない。しかし、論ぜねばならぬ問題と法的専門用語がほぼ同義の場合には、言及したような不都合は最小限まで

抑えられる。さて、英国法はかかる場合に当てはまるだろうか？われらの法的言語全体が置かれている特異な状況に留意してはじめて、この問題に答えることが出来る。法的言語の技術的部分は、それが付加物としてあった当時の法体系をどのように考えるにはかわりなく、たしかに昔は、起こつてきた問題のあらゆる論点を処理するのに堪能であつたし、それら問題の解決に際してその注目すべき精確性を一切、喪失することも弛緩せざることもなかつた。しかし、そういった専門用語の実用性は、以来、失われてひさしい。これまでに、英国法の技術性はその厳格性や精確性をまったく喪失してしまい、同時に、日々に裁判官や法曹の注目する様々な問題の主張と同義であることができなくなつてしまつた。われわれは躊躇なく自身の専門用語を濫用している。例えば、「Personality 人的財産・動産」という用語は、好き勝手に各表現に当てはめられているが、元来、物的財産権・不動産権 real property 法に起源を有すこの語は、遂には、封建的な諸概念を言及可能とまで成り果てたものである。その一方で、他の法制度では考えられぬ程度、われわれ法律家は一般的世俗用語法より借用もしている。これ以上、一国の法的用語法に対し辛辣な言などあり得えまい。しかし、かかる侮蔑の言は、一字一句、英国法の現状に関してそのままの真実である。それにはいふような原因が挙げられよう。常軌を逸したわれわれの法改革はうたがいなくその一因ではある。また、法律家は、通常会話より借用された用語より専門用語が尊いものだと感じて、専門用語を様々な新しい用法へとこじつけがちであることも忘れてはならない。しかし、大本の大原因は、英国においては、組織だつた法律教育制度がなかつたため、司法的、立法的表現に対して、ほとんど配慮なされてきていかなかったことである。われわれの英語が様々な言語的起源より派生したことより、いかなる民族にもまして、法科学のこの分野を涵養する必要に迫られていたのだが、ここまで著しくそれをないがしろにしてきた民族は世界中でも他にない。これらの有害な帰結は事ここに至つては明白か

つ目に余るものとなってしまった。あらゆる面でそれらは顔を出している。無駄に冗長なわれわれの判例集をみれば瞭然であるし。われわれの各議会制定法の失敗にもそれはあらわれている。コモン・ローのさらに高度な問題に取り組むに際してのわれわれの不器用さといったら赤面するばかりである。この問題に対するなんらかの完璧な救済案が存在する振りするのは凶々しいだろう。しかしながら、二、三のその場しのぎの緩和策ならわれわれの手に届かぬわけでもない。我々が法的専門用語の技術的要素の崩壊に関してはおそらくはもうお仕上げだろうが、一般言語よりの借用的要素に関してははるかに高い確定性、明瞭性、一貫性を付与しうる事は確実であろう。法的使用語法は法学教育の独立の一部門として確立されうるし、その改良はローマ法の助けを借りてほぼ際限なく実行され得よう。立法的、司法的表現の学習者に対するローマ法学の有用性を示すのはたやすい。第一に、ローマ法学は、その全部分に行き渡るその厳格な論理的一貫性のみならず、その法学提要式論考の歴史を通じ、いかにして間断なく新しい技術用語の芽生えが育成され、新しい様々な法概念として機能するようになり、廃れてしまった旧来の法技術にとってかわっていくのかを示すことにより、学習者には法の範型として機能する。次に、ローマ法はわれわれの法律言語の内、ここで民衆的部分と呼んできた分の実際の淵源でもある。一連の語と句、「債権債務 obligation」、「合意 convention」、「契約 Contract」、「承諾 Consent」、「占有 Possession」、「時効 Prescription」といったものはその一部の例に過ぎぬ、が、英国法における「限嗣不動産権 Estate Tail」とか「残余権 Remainder」と同等の精確性をもってローマ法では現在でも使用されているし、いた。また、この偉大な体系を学ぶことにより素人も法律家に負けず劣らず利益を得ると主張しても厚かましすぎることもない。英国の全ての哲学的用語が改善されるであろうし、また法学を他の思索的探求の諸分野とつなぎつける思想分野がその進展のための新しい便宜を得ることは極めて確実である。おそらく、ローマ

法学の素養より得られる最良のものは、法的哲学の諸問題への適用に厳密すぎぬと同時に、それらの明晰かつ精確な議論に放縦かつ柔軟すぎぬ用語体系の獲得であろう。

英国人が大陸哲学の大部分を今ひとつはつきり理解できぬのは、ひとえに、多くの民衆的法律用語がローマ法の技術的固有用語と一致するがゆえである。また、英国人にそもそもそういう障害の存在を確信させるのが困難なのは主要なわけがある。多くの場合慣れ親しんでいる言葉(v)を扱っているがため、知的な一般人は用語の専門的用法が日常語と大して違わぬ分野の法的論考を熟読してもせいぜいの所、半可通の知識しか得られることを、法律家なら皆知っているのだが、一般英国人は、説明されても滅多に合点がいかなぬのである。しかし、おそらく英国人ならだれしも著名な海外の学者を考察するに際し、その権威的典拠にどうにも不確かな隔絶感を覚えざるを得ぬ、英国と大陸とで共通とされる一分野がある。英国の最も精確な精神の多くがひそかに確信しているのは、国際公法であれ国際私法であれ、国際法は、耳障りの良いお題目の学問 a science of declamation であることである。作者により厳密に解さるべきと意図して書かれた専門用語が、読者によりゆるく解されても、その印象はまったく不自然でない。国際法とくにその最も重要な分野に対する手かがりとしてのローマ法学の価値はいくら強調しても強調しすぎることはない。ローマ法の体系と歴史、双方への知識は、国際公法理解にともに欠かさざるものである。ローマ法が国際体系に対して持つ関係性の不適切な理解はなにも英国人に限ったことではない。英語以外の言語で書く国際法学者（・宣伝広報家）(vi) publicists の多くは、国際公法の創始者らがそうとした見解に対し自己の学説を位置づけることをさぼってきており、不幸にも現在の国際公法文献に蔓延する大部分の恣意的主張や虚偽の理由付けは、この欠落のせいであるとせざるを得ない。

るをえない。国際法が史的に探求されぬ限り、つまり、第一に、フーゴ・グロティウスの思想に与えたローマ法学者の各理論の影響、第二に、グロティウスのあの偉大な著作の国際法学の影響を理解しない限り、たちまち、われわれは、それにより唯一「ヨーロッパ共同体[European Commonwealth]」を永久の無秩序・無政府状態より救うことのでき、その墨守する諸原理を遵守するよう自らを義務付ける、かの規範の総体を解する機会を失う。われわれは、国際法の長所短所ともに理解できなくなるのみならず、安全に改変可能な各機構 arrangements と体系全体を散り散りに崩壊させざる得ない改変との区別もつかなくなってしまう。昨今の国際法の論考の著作者らは、卓越して見えるちよつとした見解を国際法の真の諸原理としてまつり上げてしまい、論拠薄弱な憶説をかかす諸原理に代用したがために、ある学派の政治学者が、国際法を、虚偽の諸前提に依拠し大げさな美辞麗句により強弁された、恣意的準則の場当たりの寄せ集めであると論難したところでおどろくに値しない。一方で、英国人には、さてこれまでほめかさされた批判者のほとんどは英国人なのであるが、世界の他民族に比べ万民法の明確な理解に際し著しい欠陥がある。英国人は国際法のありとあらゆる論点で、自らの教育より奇妙と感ずる思想と例証の特質に出くわす。多くの専門用語は通俗表現と重複することで英国人をつかりさせる一方で、残りの専門用語の意味に関しては、われわれには、ラテン語源論とローマ非法学文献の対応語の用語法という極めて不十分な指針しかない。英国庶民院が、現代法学がローマ法より受け継いだもつともありふれた用語の一つに数時間の議論を費やしたのがつい一年あまり前のことである。また、国際紛争における両当事者がお互い完璧に理解しあう限り国際法の相対的無知は大して問題にならないとか、ありそうな論として、ローマ法は万民法を極めて緻密に研究するには重要であるが外交では不要であるなどと強弁してみせてもこれらの指摘に対する処方箋とはならない。「外交」交渉における英国の成功が明らかにわれわれの

ローマ法軽視に影響されている場合もあるが、われわれや公衆、もしくは他国からの交渉者らが、この理由ゆえに、たえまなく誤解しあっていることにつき疑いの余地はない。事実、これらの不十分な相互理解が、その観点より計画起草された法的視点のみに負うものである場合、しかるべき論点を喪失し屁理屈と欺瞞に満ちたものとして外交交信にわれわれが尊敬と感興を拒絶する事、稀ではない。一方で、英国起源の国家記録文書 State Papers は、その強い意義と直接性より、英国人（の精神）にとりそのすべてをその眼前へとさらされるべきものであるのだが、公法上の問題を扱うに際し無意識に追従する思考の流れに一致せぬため、ぱっとせぬ印象しか、しばしば与えぬものである。実のところ、実際にローマ法の技術性は目に見える形ではないものの、特別訴答手続の技術性が英国コモン・ローの各論点ともつ関係性とは同程度に、外交的諸問題と不可分に入り混じっている。これらの問題の解決されぬ限り、英国の国際影響力は不十分な思考伝達の明確な不利により損なわれる。英公民のかなりの部分が外交交渉文書を完全に解読出来るようになるのが望まれるが、かかる無能のわれらが政治家、外交官への感染防止こそ遥かに喫緊である。ローマ法の英国法律家への有益性いかに関わらず、国際問題の檯舞台で、他国代理人たちに比べ、舞台の他の登場人物らが知的交流の手段としている種類の知識を備えていないと英国が思われるなど明らかな愚挙である。

ここまで言及されてこなかったが、ローマ法研究推奨にほぼ興味をもたぬであろう英国の法実務家でさえ、ローマ法が他のすべてもしくはほぼすべての外国法に対して持つ関係性をかんがみれば、ローマ法学の実益を感じぬわけにはいかぬだろう。英国の法律家はその技術的用語法に習熟し『ローマ法大全』の主要な法概念を認識する程度に長期間、ローマ法学習に親しんだならば、彼はわれわれの法廷が繰り返し取り組んできたこれらの外国法の諸問題を、わ

れわれ固有の法実務のみで培われたのでは決して得ることのできない職業的洞察力という利点を持つて扱うことが出来る自信を持つて主張できる。ローマ法より全用語法を借用しているか、その各原理を採用しているか、その法原則の大部分を内部化する様々な新しい法体系が間断なく累積していくのはわれわれの時代に最も特異な現象の一つであり、社会進歩のいかなる華やかな現出よりも注目に値する。このヨーロッパ大陸諸国の漸進的市民法の統一への近接化は疑いなく第一フランス革命にまで遡る。周知のようにヨーロッパは各封建的慣習により修正された成文ローマ法により統治される一連の国々や地域をかつて包摂していたが、これら各地域政体の制度がその領域を超えて流行したり、支持された証拠はまったくない。事実、前世紀前半においては大陸法の教養人の間で英国法びいきのなんらかの雰囲気があった痕跡をたどることができるとはあるが、残念ながら、これは我らの法学の諸原則のなにかの極めて正確な理解からではさらさらなく、当時流行の英国の政治制度への一般的情熱によるものであった。たしかに、特にフランスについては、慣習法が遵守される地域に対抗して、「成文法地域」の制度を好むような目に見えるいかなる兆候も存在しなかったのであるが、フランス革命の到来で、フランスのための唯一不可分の一般法典が必要となった。仏民法典の真の起草者らがうけた特別な訓練につき分かることはほとんどないが、最終的に『ナポレオン法典』としてできた形をみるかぎり、たいした不精確性もおかさず、当時のフランス実務よりあらゆる封建的不純物を排除したローマ法諸原則の要約^④であると叙述しうる。しかし、それらの各ローマ法準則は全案件においてそれらに与えられた拡張解釈とそれらに対し一、二のフランスの著名法学者、なかんずくポティエにより、与えられた釈義とともに採用されたのである。フランスの各種征服事業により、この法典体系は仏帝国全領域および直接支配を受けた諸王国に移植されたが、それが前例のない速さと粘り強さで根付いたことは否定できない。フランスの各法典に対する最大

の賛辞は、それらの導入諸国の人民と一般公衆における大いなる永続的人气である。この兆候にどの程度の意義を見出すべきかは、われわれ自身の将来の経験から学ぶよりなかるうが、さて、この経験より確かなのは、大衆の大部分が自己の統治される市民生活の特定の各準則に、概して、いかに徹頭徹尾無関心であるか、最も情熱的な法改正運動でさえいかに極めて皮相的であるかという事である。一八一五年のナポレオン帝国の瓦解により、復権を果たした各政府のほとんどは、祖国の古来の慣習に取って代わったこの侵略法学を駆逐しようと極めて強く望んだ。しかし、その人民がフランス法を最も貴重な財産として称賛していることに彼らは気づかされ、仏法を転覆しようとする企みはごく少数の場合をのぞいて放棄され、ほとんどの国家において一時休止ののち、仏諸法典は復興された。そして仏諸法典は一度でもそれを享受したほぼすべての国で再承認されるのみならず、他の無数の政治的共同体でも、時折もつとも恐るべき抵抗を受けたにもかかわらず、成功をおさめた。そのままであれ、少々修正された形であれ、このローマ化された法学の拡散は極めて着実かつ無抵抗であったので、全ヨーロッパ大陸の市民法はそれに併呑、吸収された。なお、加えねばならぬのは、フランス諸法典の民事的部分が、フランスと似た特殊な国制を持つ社会にのみ適合するとみとめられたと考えるのはあまりにもありふれた誤謬であるという事である。一方で主に遺言上の権限の拡大、もう一方で限嗣権と長子相続権の保全に向けられた修正、加筆を経て、フランス民事諸法はフランスとは似ても似つかぬような社会条件の国々に受容された。仏法とその主旨の六分の五を同じくする成文法学が、現時点で、君主国で根深い封建的地域もあるオーストリア⁵⁾、フランスのような文明の中心地に極めて近い商業国家オランダ、原始的なほ文明化されておらぬシチリアや南イタリアを、規制している。

さて、半世紀に満たぬ間にほぼ全ヨーロッパにローマ市民法に基づく一法学が拡散したこの事実は否定しえぬ極めて非凡なものであるが、徐々に進展してきた事情にかんがみれば、この事はその重大性の大部分を失ってしまう、つまり、フランス諸法典は英国法と直接的に競合する必要は必ずしももってこなかったと考える人々が疑いなくいる。ヨーロッパにおけるローマ法化された法学のこれらの各征服は、アメリカにおける我ら自身の法体系の諸原理の同じく極めて広範な分野での領有により、相殺されうるといふ主張をわれわれは容易に予想出来る。その場合、英国の非法典化法学は、そのコモン・ローと衡平法の相克や他の特徴的変則性も含め、すでに何百万人とおり、社会活動においてヨーロッパ大陸の最も進歩的な高尚性をもった各共同体に引けを取らぬことでもはや隠れなき人口集団(※アメリカの人々)を着実にその影響圏へと集積中であると主張され得よう。当論考の目的は英国法を貶めることでもなければ、ましてや、各アングロ・サクソン社会における英国法の適合性を論難するものでもないが、ここで示唆されたような対比は、今の所、期待されたような成果にはつながらぬのが正直なところである。合衆国の母国からの分離より長年にわたり、連邦政府の未占有領域にたてつづけに形成されてきた新州はみな、英国のコモン・ローと早期ニュー・イングランドの諸立法によりロンドン慣習法に幾分似通ったものへと修正されたコモン・ローを、立法不在の場合における、各裁判所の判決の基準とみなして来た。しかしながら、かかる単一モデルへの忠実な支持は一八二五年頃に終わった。ルイジアナ州は、アメリカ合衆国の支配に任されてよりかなりの期間、英国判例法とフランスの法典法とスペインの実務慣習の奇妙な複合体である一団の民事準則を遵守していた。この非調和的な法学の総体の固定化が決議され、一回以上の不成功に終わった実験の後、この事業はリビングストーン氏という当代一の法的天才に託された。ほぼ独力で、彼は『ルイジアナ民法典』^⑥を編纂したが、これはあらゆるローマ法の復刻物中、われわ

れにとりもつとも明晰、包括的、哲学的で、かつ、もつとも現代社会の急務に適合的なものであった。いまや、コモン・ローではなくこの『ルイジアナ民法典』を最新のアメリカ各州は自らの立法の基盤とみなしている。事実、この『ルイジアナ民法典』の影響の拡大はアメリカ連邦政府の国家領域の拡大と厳密に軌を一にしている。その上、同法典はより古くよりのアメリカ各州に目に見える影響をあたえてきている。同法典の成功と人気抜きには、おそらく、われわれは、英国法学に課された史上最大の実験、目下進行中のニューヨーク州全法の法典化、確認立法化 consolidation を目の当たりとする栄誉に浴する事は出来なかつたであろう。

ゆえに、ローマ法は急速に普遍法学の「共通言語（リング・フランカ）」化してきているのであるが、現時点でさえ、英国人の感情の現状がその中途半端な実現しか許さぬであろうものの、ローマ法学習は英国の法律家をして、ほぼヨーロッパ全域の各法制度とアメリカの大部分に浸潤するローマ法の技術性と、ローマ法がそれらの基盤として据える法的な諸概念に慣れ親しませることを正当に期待しうる。もしこれらの提案が事実であるとするなら、ここで主張される法学教育の改良をこれ以上唱道する要はほとんどない。極めて機敏な法実務家が外国法の最も単純な問題に対し費やす無駄な労力は、ローマ法教育が教育機関でなされる場合の知識の有益性の尺度である。

多くの英国人にとり、曖昧であるが決定的なものとして、ローマ法学習と激烈な論争のある法典化問題との関係性がある。このようにこれら二つの主題が関係性を持っている事実より、それらがお互いにとりいかなる真の意味合いを有するのか、われわれ自身の見解より、明示する努力をなす必要がある。しかし、まずその企ての前に、この

「法典化 Codification」の語は現代起源であるが、それにもかかわらず、既に意味変容による質的低下 degradation of meaning をこうむってきており、かかる意味変容は、法的及び通俗的用語法の境界領域に位置するあらゆる英語語彙に潜在すると思われ、ある重要な二義性を生み出してきたと指摘するのは価値あることである。英国法の法典化事業を肯定する側も否定する側も、明らかに法典化を二つの異なる意味で述べている。第一に、彼らは、法典化という語を、不文法の成文法への転換の同意語として使用している。この意味とこれより触れる他の意味との間の差異は、ローマ法学の幕を開けた十二表法とローマ法学を終幕したユ帝『ローマ法大全』の二法典の指摘より最も良く例証されうるであろう。法史の黎明期においては、各共同体の慣習もしくは儀式の知識は、普遍的に、貴族階級、一カースト、もしくは神官団といった、特権階級の下に留めおかれてきた。法が彼らの胸中に留めおかれる限り、それは真の不文法である。法寡占階級が独占的情報をてばなすよう強いられ、共同体生活の各準則が成文化され、公衆の眼前に公表され、全社会がアクセス可能になった時、それは成文法となる。それゆえ、十二表法、ドラコンの立法、一定限度はソロンの立法、最初期のヒンドゥ立法などは、この言葉の第一の意味における「法典化」の産物であった。英国の判事たちやフランス慣習法地域の各高等法院が、自身が一般大衆には未だ全貌をあらわにしていなない一団の法の貯蔵庫であると、長い間主張してきたし、自身をそうみなしてきていたことは疑いない。しかし、その根拠の實際の有無にかかわらず、このような理論はすこしずつ崩壊していき、ついには、立法府のみが、それまで以前の実定立法や権威的転籍や権威的記録で法であると明記されてこなかった事柄を、法であると言明する特権を有すると、明確に、もつとも必ずしも常にすんでではなかったが、認知されるようになったことをわれわれはみるのである。爾来、裁判官職務の古来よりの理論は、あらゆる法は宣明されたものであるが、一方で、その法のいかなる部分に特定の準則

が見出されるべきかを絶対的確定性をもって指し示す権限を有するのは裁判官のみであるという仮定にとつてかわられた。少なくとも革命の二世紀前には、フランス「Droit Coutumier 慣習法」は、伝統上未だ「書かれた法 Droit Ecrit」こと、ローマ法に對置されていたものの、成文化化しており、王令、「封建法書 Livres de Coutumes」、慣習法学者の書籍の外より慣習法をみいだそうとする素振りをする者は誰もいなかった。さらに、英国法においてしうるあらゆる主張は、『一般制定法集 Statutes at Large』⁽ⁱⁱ⁾のいずれかの章、もしくは、八百巻に及ぶわれわれの判例集のいずれかの頁に見出しうる事を、英国の誰も、とりわけ確実にいかなる裁判官も、否定することはない。ゆえに、英国法は成文法であるし、不文法の成文化を「法典化 Codification」とよぶなら、法典化された法である。しかしながら、「法典化 Codification」という用語は、ユスティニアヌス帝の一大実験との語の関係性よりくる、完全に別な意味でも使われる。ユスティニアヌスが帝位についた時点で、ローマ法は何百年にもわたり書きとめられてきた。ユ帝とその諮問官団の事業は、この書きとめられた法に秩序ある配列を与える事、つまり、ローマ法を曖昧さ、不確実性、矛盾性より救出し、無関係な叙述や不要な重複を削除する事、分量を減らす事、その学習を奨励する事、適用の便宜化であった。この試みは、成功したか否はまた別として、「法典化 Codification」に別の意味を付与した。この「法典化」は、書きとめられた法の「上手に」書かれた法への転換を意味し、この意味では、英国法学は「法典化」されていない。なぜなら、その内在的利点がどこにあるのか知らぬが、英国法は緩慢、冗長に叙述されているのみならず、その『ローマ法大全』に当たるものは法学図書館だからである。しかるに、この第二の意味における「法典化」こそ、確かに、最も高等かつ価値ある人間営為を示すものである。英国がこの事業の資格を得るのに具体的に必要なとされるかを知ることにはつねに困難であるが、少なくとも許せる程度に明らかなのは、いやしくも法が起草されるならば、

明瞭、簡潔、精確に書かれるのが望ましいという事である。真の問題は、「法典化」自体が良いかどうかではなく、立法事業の完遂を妨げる各困難を克服する力が英国にあるかである。既存法の精確な知識を持ち、立法に必要な語彙を完全に使いこなし、法分類の諸原理に造詣が深い集団を集めることができるか？これが無理ならば、英国法法典化の主張は大いに弱体化される。完全に理解され巧みに運用されるが酷く表現された法のほうが、どこに目あての知識があるか分からぬ酷く表現された法よりましなことを否定するものはほばない。そして、実の所、英国人は優れた制定法を作れるが、法典を求めるにはいまだ未熟であると容認することは、われわれにはまだできておらぬようである。

ローマ法を知つてさえいれば、英国人が法典化に伴う諸問題に対処できるようになるとうそぶくことはできない。それでも、法的及び立法語彙の修養をたすけるローマ法学習が法律家とその事業のための新能力を武装として与えることは確実であるし、英国法律用語に対するベンサムの実験のささやかな成功をかんがみるに、ある種の法学の「速記術」[The Short-hand] とも言えるローマ法学の素晴らしい専門用語体系の助けにより、はじめて英国法の法典化は実行可能となると主張してもだいたいよからう。法典化反対論者の強弁でよくあるのが法典化された法は注釈を生み出す内在的性向があるとか、時に言うように、法典は常に注解と評釈判例に「覆われる」運命にあるとかいったことである。かかる法典化反対論の学者たちは、よく理解もできておらぬ外国法学の統計より論じるより、自身の経験に目すれば、自分たちの意見がつまらないか矛盾していることがわかるだろう。かりに、法典化された法という言葉で単に書かれた法を彼らが意図するなら、自身の論点を証明するのに彼らは出発点より離れる必要はなからう、なぜなら、ルイジアナ民法典に負けず劣らず書かれた法である英国法は、毎年、一万五千ほどの権威ある判決と、五十冊ほ

どの非権威的注解をたちどころに生み出すからである。もう一方で、これらの批判者たちにより法典化された法という言葉で、人間技術の極限まで明瞭かつ調和的に表現された法が意味されているなら、かれらの主張は、よくできた制定法ができたの悪い制定法より多くの注釈を生み出す、つまり、土地移転許可料及び限嗣設定排除馴合訴訟廃止法 the Act for the Abolition of Fines and Recoveries⁽ⁱⁱⁱ⁾がテルソン法 the Thellusson Act^(iv)より多くの判例を生み出したはずだということでもない結論を生み出すからである。おそらく、このような言いがかりの根底にある事実は、いかに高度な技術が法典に適用されようが司法解釈による法の拡張を完全防止することは不可能であることである。ベンサムはそうは考えなかったし、いくつかの法典でも単なる司法判例に基づく訴えが明示的に禁止されていることはよく知られている。しかしながら、法準則の現実の事件への適用がその帰属する法体系を拡大、変質していく過程は、極めて精妙で気づくことのできないものであり、法解釈者の意思に反してまで進行するものである。また、あらゆる法典において、法典の供給する諸原理はすべてのあり得る問題の解決と同値であるという、直接間接の暗黙の前提は、ベンサムが裁判官生成法 Judge-made Law とよんだであろうものを作り出す権限を必然的に伴うと思われる。しかしながらそれでも、司法による法鼎立 judicial Legislation を最小にする手段はある。法典は、制定法同様、起草者の起草技術に比例し司法判断による解釈者の役割を制限する。極めて控えめな利用⁽⁷⁾ではあるもののフランス法の解釈で判例が利用されているが、それに対し、ナポレオン法典の起草者たちより多くの有利な立場を有する起草者らにより作成された『ルイジアナ民法典』は、期待通り、アメリカの同州の法律家たちは判例に対してなんの敵意をもっておらぬのにもかかわらず、判例法によりほとんど変更を受けていないと言われる。しかし、司法判断先例過依存への最も確かな処方箋と英国法の一法典の不完全性への最良の軽減策は、ローマ法学の中で極度に発展された特有の機微である。

明示的成文準則の解釈と操作において与えられるローマ法よりの教訓につき、われわれはすでにみてきた。ローマ法学の学習それ自体がこれらの特定の訓練教育であるとすら首肯できる。

しかしながら、訴訟で争われた問題とは別に、われわれの法で常時進行している「暗黙の法典化 the tacit Codification」(常に第二の意味に解さる)につき注意が払われうる。毎度、一連の判例の帰結が一つの方式 a formula に表明されるたび、それが個人の学識による権威であれ長期の慣用による権威であれ、その方式は権威をまとうこととなり、各裁判所は元来それが依拠した各判例に訴えるぐらいでは、その文言を変更することに消極的になつてくるに至る、そんな時、そのような条件下で、「その限りにおいて pro tanto」、ある種の「法典化」が存する。幾百もの、いや、事実幾千もの裁判官見解：内、少なからぬ命題は定評ある法学作品、たとえば、『売主及び買主について』だとか『権限について』だとかの著名書籍の作者らに誘発されたものであるが：は、法典テキストと名称上でのみしか区別がつかない。また、法曹界に流通する言葉遣いが隠蔽しているものの、鋭い観察者なら、今現在、各特定の法的原理がいわば、型に嵌め定型化される stereotyped 過程が並外れた速さで進展中なのを見抜くだろう。実は、これは、膨大に膨れ上がるわれわれの判例法に完全に圧倒されてしまわぬよう、われわれを救済してくれる主要作用の一つである。このように到達されたテキスト操作において、ローマ法の与えるものとして従来、叙述されてきている各補助手段の働く余地がある。しかしながら、決して絶えることのない、ある準則が先例群を見直すに際し変形、変更される機会^(x)は、命題は固定されたものとして解さなければならぬという解釈原理の濫用を疑いなく防止するものである。しかるに、議会制定法にはそのような変更の危険性は切迫してない^(xi)のではあるが、われわれの法学の当部門の現

況、その広域性と今までになく増大する重要性より、われわれの法学教育改革はもつとも差し迫った課題となっているのは確かである。われわれの間で今やほぼ諺のごとく膾炙するのは、英国法律家は、自己の精通する判例法分野では無双であるが、明示成文立法を扱うには無能である、の言である。しかしながら、この落ち度は立法府にあるとみなし、実務法曹は、この欠陥を軽々と恥かしげなく口にする。われわれの立法が明晰性、簡潔性、秩序だった配列において時に最高の水準にみたぬことは問うまでもなき事実であり、かかる自白の主旨は徹頭徹尾真実であるのだが、それでも、この言い訳は、単に叱責の矛先を一段ずらすのみに過ぎぬと思われる。というのも、われわれの制定法は法律家により起草されていること疑うものはおらず、とどのつまり、秩序だって配列する能力や包括的表現の力量がいかなるものであれ、それは法曹職 *the Bar* の中に見出されるからである。それゆえ、制定法集 *Statute Book* は立法府の誉れとはとてもならぬものの、同時に、「各法専門家の恥 *opprobrium jurisperitorum*」ではある。もつとも、それらの立法状況を考慮すれば、これはしばしば目を見張る素晴らしい仕事をしてみせる各起草者のせいではない。英国法律職一般に特殊な精神習慣に起因するとするのがずっと正当である。そして事実、これは、法体系の一貫性と一体性保持には、裁判官同士における共通理解と各裁判所間の自由な先例交換同様、統一的法学教育制度が不可欠であるという重大な真実を失念することによりひきおこされる多くの帰結のひとつである。

しかし、今ここで思い切って提案してみせた命題を立証する前に、制定法のこれらあらゆる欠陥を議会における手続きに帰する見解にも注意をはらってみなければならぬ。いわく、各起草者の選任に十分な注意がはらわれておらず、最も高度な技術と努力の成果ができの悪い者の手によるものと区別なく併記されるため信用を落としていると。

しかしながらこの災厄の最大の淵源は、両院通過の際に修正を入れる慣行にある。そのため、元の草案には行き渡っていた用語と概念の統一性は完膚なきまでに破壊され、法案は第一起草者が視野においていた特定の各技術的目的を解せぬ者の筆による条項により改竄される。この明らかな欠陥は正のため様々な方策が提案された。ある著名学者は、全提起法案草稿を議会提出前に審査し、後の手続きの一時点で、全法案がその修正も含め、当該院により認容された各修正が当該立法の全般的文脈に調和するよう、照会されるべき公的な法案起草者会議の創設を提案した。いかなる技術的観点からも、かかる機関の有用性は問われるまでもないが、現在の英国国民の感情に決定的に違背するため、この案が採用される見込みはまずない。一見ただけでこれは英国議会の自由に違反するし、実際、このような機関は提案者が想像するより遙かに恐ろしいものである。そのような各目的の完全な実現のためには、この委員会に、フランス一八四八年憲法下コンセイユ・デタ^(xii)に信任された以上のあらゆる権限により武装させなければならぬだろうが、コンセイユ・デタが、事実上、常にフランス立法府の活動により制限をかけられていた一方で、一律に憲法上の自由の犠牲の下その権威と権限を増大してきたことは、正直に白状されなければならない。われわれは注意深く入念に作られた機構によりこれらのあらゆる危険性が回避され得る可能性を排除しようとは露思わぬが、このような強い懸念から、もしより簡単な改革法が見つかるならと、この最良と思われる改革案が延期されることになるのも、しよ
うないかと思われる。

事実として、制定法案起草の困難性と法案修正により引き起こされる混乱は、必要以上に際限なく大きくなっていくし、もし英国の法実務家が立法と法の専門用語にしかるべき注意を払う法教育制度下におかれていたなら、そう

なっていたであろう以上に、際限なくひどくなっている。物事性格上厳密な比較はできぬものの、この学習分野は法的目的のための全言語を代数学における記号と同じ状態にし、それにより、用語使用法の統一と用語解釈における言及の同一性をもたらすことをその目的とすると叙述できる。むろん、実際の所、このような各成果は近似値としてしか達成できぬものではあるが、比較的非効率なものであれ一般的教育機関は社会で共有されている立法語彙の範囲と重要性を決定的に増大させるだろう。現状、各制定法の草案起草者はその同僚より完全に隔離されている。各起草者はめいめいばらばらに作業する。ある場合には極度に完成された技術と知識を持って、ある場合にはそのどちらかを持って、ある場合にはそのどちらもなしに。起草者らは各自個別に自身の立法用語を制作し、国民と各法廷がその解釈をすべき辞典を制作したりすらする。素人目にも明らかな立法に際する考えうる限りありとあらゆるスタイルがあるのは、制定法集の最近の各巻と、ごく最近通過した最重法のいくつかの草案中にまさにあらわれている。そこでは、極度に技術的な用語の使用と、過度に通俗的な用語の使用という、二つの異なるモデルが採用されているのが明らかである。このような状況下で起草される法案に対する修正の影響は極めて悲惨である。仮に修正により引き起こされる混乱が非法律家の眼にはただちにわからぬとしても、司法判断による精査にふされれば、まさにその価値の十分な理解より、議会による立法の個別の語や句にはたちまち混乱が伴う。修正による改竄は、単なる名人の傑作へのヘボ絵師の筆入れによる描き足しでもなければ、審美眼に障る汚点で識者ならそれを見抜くはずだとかいったたぐいのものでもない。改竄は、それ自体より解読者に提示される情報のみから暗号解読すべき文書や碑文中に突如としてあらわれる、新言語、もしくは新記号、見知らぬ思考習慣といったものに遙かに近い。

法案起草者の孤立化が、英国の各裁判所に課す風変わりな解釈原理により、法案の修正よりもたらされる被害はより拡大される。英国法は、全体として制定法解釈の道具立てが少ないことで、他の法体系、特にローマ法とは区別されてきた。しかしながら、議会制定法のスタイルや配列の多様性が増していくに従い、既存準則の使い勝手はどんどん悪くなっていき、知らぬうちに各制定法を使用するのが億劫になっていき、ついには、高位裁判官、法曹職、制定法注釈者の間で、特定の制定法のみ考慮し、ときにそう表現するように、「当該制定法の四隅より飛び出る travel out of four corners of the Act」事の拒絶を、ほぼ黙認するに至った。英国法を美醜に彩るあらゆる変則性の内、この変則性は外国法学者を驚かせるようなものではまったくない。しかし、英国の法律家はそれが不自然だという感覚さえまったく喪失してしまっているし、制定法集の各章の様々な制定法がその主題以外、支離滅裂に配列されている限りは、そのことは真実、不可避と思われる。不幸なことに、この事は起草者に影響を与え、その苦難と責務を増している。これゆえに、法起草者は彼の導入しようとする法的改革のあらゆる意味合いを明確に説明するのを強制されるのみならず、それらを宣示しようとする立法用語法のまさに各構成要素の開陳まで余儀なくされている。この事は、ただららとした長口上を彼に強いると同時に、誤解の危険性に対する彼の責任を酷く増し、迷宮の如き細部の複雑さへと彼を陥らせ、そのせいで、彼の草案は修正や変更により受ける傷をことさら招きやすくなる。英国制定法の欠陥としてその内容の膨大さが繰り返り返し指摘されてきている。このことは、一部には、各準則そのものではなく、準則の各適用事例を扱おうとするわれわれの立法の顕著な傾向によるものであることは疑いない。英国の制定法起草者は、それらを制限するか拡大する意図を持って、ある根本準則のあらゆる可能な帰結を予期しようとは務めるが、根本準則そのものを新規に改変したり創出したりするリスクを追うことはほとんどない。しかし、このことの大きな要因は、

既に示されてきたように、技術的な立法用表現の共通蓄積の欠乏と、英国法のこの「不備 lacuna」がわれわれに課す司法判断による法解釈 judicial construction^(三)の方法に存する。実際、英国の全制定法は、法学の永久の宝庫^(四)に期待されるようなもつと良い体系なら削減できるはずの膨大な量の事項をその背中に負わされているし、こうせざるを得ぬこと自体、立法メカニズムの欠陥に負けず劣らず、われわれの制定法の頻繁な失敗の原因である。

法的、立法的表現の新しい蓄積よりわれわれの語彙を豊かにするとか、全法学の様々な根本的概念をつつむ曖昧さを明晰化するとか、ローマ法の与える例証的比較により英国法固有の多くの原理に光を投げかけるとか、最後には、ローマ法の進化の歴史を観察することによりすべての法準則の体系がたどる運命となる経路について学ぶことが出来るのを請け負うと言った(実用的な)見込みのためにローマ法に十分に引き付けられる多くの人々がいる。本論考の多くの所見は、これらの研究に対する通俗的情熱に影響されたであろう人々にくらべ、まったく実用的価値がないということ、そういう人々をひきつけてこなかった。願わくは、将来の世代は、「実用的」といった言葉で現在を判断しないようにしてほしいものである。この一語は、いみじくも指摘されたとおり、大多数の人にとり、注意深く堅実なあらゆる思想に取って代わり放逐する代用語と化しており、あげくのはてに、無用の反対語として有用を指し示すより、注意して努力して初めて実用性が分かるので最初は主に権威を通じて信じていくしかないものの反対語として実用性が下品かつ即時に目に見えるものを終始指示するようになった。さて、ローマ法の各構成要素の習得より、公私国際法およびヨーロッパのほぼ全ての国、アメリカの大部分の市民法への鍵を得ることが出来るのは確かだし、さらには、他の修練では得ることのできぬ各成文準則の解釈の手管を得ることが出来ると正当にいわれ得、もつ

とも隷従的法実務家にすらローマ法学習の有用性は完全に無縁ではなりえないものの、この通俗的な実用的有益性の概念のせいで、ローマ法学習の供する援助は大部分は直ちに役立つものではないと警告せざるを得ない。ローマ法の評判がかなり上がってきているため、使用する然るべき準備無しに、人々が、ローマ法資料を利用するよう絶えず誘惑されるのは無理からぬことである。英国の法律家が法外な才覚を有している場合以外、『ローマ法大全』を紐解き、英国で一般的に通用するラテン語学識のたすけをかり、まったく独力で自己の眼前の論点にふさわしい最良の事例や準則を選出するのは極めて危険である。ローマ法は厳密に各原理に合わせられた各準則とこれらの準則を例証する各事例の体系であり、原理を手がかりとせぬ限り、その実務家は、ほぼ間違いない、存在もせぬ両者の類似性を夢想したり、逆に、それらがそこにあるのに確実に見逃してしまうだろう。結局、何人も『法学提要』に習熟せぬかぎり、『学説彙纂』を読むべきでない。しかし、一旦、ローマ法の根本原理を完全に解すれば、残りはおどろくほど容易に習得できる。それこそ、その容易さは、英国法の計り知れぬ難しさに慣れ親しんだ者にとってみれば、ローマ法学習は児童にも等しくなる。

この問題の通俗的印象がなんであれ、英国にはローマ法修養における特異な種々の容易性が存する。われわれは、世界のいかなる他の国々にも劣らず熱意をもって、ローマ法への糸口と、ローマ法がその手ほどきとなるべき各研究分野を既に探求してきている。古典文学と英国法の間にはローマ法学の位置がしつらえられている。スコラ学と大学で入念に創り上げられた思考慣行と、実務法曹職の準備のため必要上創り上げられた思考慣行との間の奇妙な知的な溝を、ローマ法は効果的に橋渡しする。もつとも、どういいつくろおうと、この亀裂は、法曹界にとり、最も優秀な

様々な才覚をもつ者はそれを確かに克服できるがその大部分が犠牲となるし、おそらくそれほど劣った知性ではない者は絶対解せないにもかかわらずその全能力が犠牲となるものである。おなじく、英国のわれわれは、現代的思想の各段階との接触により外来的思索を除去した純粹古典ローマ法を学ぶことが出来る極めて大きな利点がある。われわれは他の多くの国の法律家とはちがひ、まず、近代最初のスコラ学の博士たち、次に、解釈者たちの哲学理論、そして、ローマ法の直近の注釈者たちの術学趣味により、真のローマ法学に接ぎ木された各問題にかかずらうよう、「自国の伝統的な」慣習や学説に強いられ嫌なおもいをするのではないだろう。これらの付加的恩恵は別としても、難しい学習ではないし、我らの道の余計なものかたづけられ整備されている。さて、残るはローマ法の価値の証明のみと思われるが、さて、これが難題である。しばしばローマ法の比類なき卓越性が独断的に主張されるが、おそらくの所、まさにその事より逆に、ローマ法はしばしば軽蔑され信用喪失したりもしている。しかし、解明といわぬまでもここまで（細分まで）明らかにできるような現象はローマ法において殆ど無いのも事実である。結局、所与の共同体の法学における熟練は、他のあらゆる研究分野同様、その各社会条件に依拠しており、その条件の主要なものとして、国民知性はその分野に献身される比率と、その献身がなされてきた期間の長さがある。さて、直接・間接にこれらの全要因があわさり、十二表法からユスティニアヌス帝の改革に至る間のローマ法学に影響を与えつづけてきたのであるが、そのことは不規則的に中断を入れつつではなく、着実に強くなっていく効果と継続的数量的増加を伴いおこなわれた。われわれは、未だ若き民族が、その各法の学習に捧げる、最初期の知的訓練につき思いを馳せなければならぬ。最初の思考過程は一般化であり、そこで初めて、日常生活の様々な懸念は一般原理と固定化した定式の中に内包化されるよう圧がかけられる。若き共和国が全精力を傾けるその法学の人気は、当初は、際限なきものであったが、

ほどなく止むこととなった。法による精神の独占はかくして崩壊した。偉大なるローマ法学が早朝より惹きつけた群衆は数を減らしていき、英国法曹学院の生徒数は数千から数百へと数を減らした。芸術、文学、科学、政治が国民の知力の中の自己の分前を主張することとなり、法学の実践は、実際けつして制限されもしなかつたしきさいなものにも落ちぶれなかつたが、その科学の内在的魅力に負けず劣らず金銭的報酬に惹きつけられた、法曹社会内に限られることとなった。共和制末期までは、ローマ法は將軍職の特別な才を除きあらゆる才能の活躍の唯一の場であつた。しかし、われわれ英国のエリザベス朝時代同様、アウグストゥス時代より知的發展の新しい段階が始まつた。詩と散文におけるそのような当時のローマの精華をわれわれはみな知っているが、そのような裝飾文學の開花に加え、アウグストゥス時代には自然科学克服への新しい態度を拒否しだす直前であつた様々な兆候が存することを注意すべきである。しかしこの時代以降、ローマの精神史は、後の時代の學問の進展がたどることになった軌跡からずれていった。かくして、嚴密な意味での短いローマ文學の歴史は様々な要因よりその幕を突如下るすこととなり、そのような原因のいくつかはたどることが出来るが、ここでの分析は不適切であろう。かくして古代ローマの知性は無理やり古い道ゆきへと引き戻されることとなり、哲学や詩作を幼稚な民族の玩具と侮蔑した時代に劣らず、ローマ法は才能ある者の唯一の適切な活躍の場へと戻つた。帝政期にローマ法が生来の才能を引き寄せた外部的誘引の特質は、才能ある者の前に實際に開かれた職業の選択肢を考へてみればもつともよく理解できるだろう。才人は、弁論術の教師になるか、前線指揮官になるか、頌徳文作成のプロとなるかであり、それ以外で、彼に開かれていた活動的人生の道は法実務のみであつた。とはいへ、「その選択」を通じ至ることが出来たのは、富、名声、皇帝諮問團、はては、皇帝位そのものであつたのだが。

かかるローマの文学作品生産の幕切れは、時に、ローマ人の知性低下、それゆえ、文明圏の知的活力の衰退に結びつけて語られることもあるが、そのような仮説にはなんの根拠もないように思われる。問題となる現象の原因はたくさん考えられるが、そのどれ一つとして、介入する障害を別とし、芸術、科学、文学に吸収されるはずであった各種の才能の劣化をほのめかすものはない。現代のあらゆる学問と発明は解体されたギリシャ哲学の断片に基づくものであるが、対し、ローマ哲学に従事したローマ人たちはそのギリシャ哲学の殿堂をまるごと意のままとすることができた。現代の知性の勝利は国民ごとを分け隔てる障壁にもかかわらず達成できたが、対し、ローマ帝国は程なく等質化し、属州の精華たる才能ある若者らのみな集い合った中心地、ローマは、世界中の入手可能な全才能の宝庫となった。これらのことを考え合わせると、少なくとも現代のわれわれ自身のものに伍するなんらかの発展は「当初より *à priori*」予期されるものでありえたのかもしれない。しかるに「その歴史的帰結 *results*」につきわれわれがどうか
んがえるかには実際関係なく、アントニウス帝時代の「さまざまな人間能力の器量 *capacities*」がジェームズ一世時代のものより小さかったなどと首肯するのは、思い込みが激しすぎ道理にあわぬ事に思える。この事が事実なら、われわれは、これら人間能力の器量が全て使い果たされたその事業が何であったのか分かる。英国法は分配され得る
正当な配分以上の英国の才能を享受してきたが、仮にもし、そのそうそうたる綺羅星の中に、クック、サマーズ、
ハードウィック、^(vi) マンスフィールドらのみならず、ロック、ニュートン、ベイコンの全才能、^(vii) いや、ミルトンやドラ
イデンまでをかぞうることができたなら、一体どのような有様だったろうか。むろん、これらの偉人の正確な対応者
をローマ法学の達人らの中からいちいちみつけだそうとするのは無益だろう。しかし、ウルピアヌス、パピニアヌス、
パウルスの最も深い知性にまで触れた者は、ローマ法学者の著作中に、英国の偉人たちのリストに伍するあらゆる偉

大な才覚を、自身が発見するとたやすく主張することであろう。かれらは、同一の表現の説得力と優雅さ、同一の倫理的見解の正当さ、同一の偏見の無さ、同一の健全な男性的感性、同一の論理に対する鋭敏性、同一の鋭い観察力、同一の一般的事物に対する優秀な分析、同一の特定の事柄に対する浩瀚な一括的把握をみいだす。かかる見解が妄想に過ぎぬと批判するなら、それは、これらの(ローマと英国の)著作者たちが横切つてみせた各論拠に、一つ一つ、みなあたつてみることでしか立証し得ぬだろう。しかし、ここまでに触れた推測による事実はみな、いかに大胆不敵と思えようとも、彼らの見解を支持している。五、六世紀ものあいだ全世界の全知性が未曾有の麻痺状態に襲われていたと(いう馬鹿げた事を)われわれ自ら進んで信ずるのでもない限り、ローマ法学は(払うべき注意すらも払えぬ)もつとも軽率なローマ法賛美家が、敢えて、史上、宣言し得たであろうあらゆる賛に匹敵しうるような(帝国の全才能を引きつけた絶後の繁栄)状態であり、旧来の(陳腐な)賛辞の言では、(ローマ法学がかくあるという)、ここで(新しく)見出された真実を伝えるには足りぬということ認めざるを得ないのである。

了

- (1) ジョーウィット氏 Mr. Jowett の『聖パウロ書簡集』第二巻、三五一一二頁に完全かつ明晰に議論されている。
(※) 以下で引用されるのは Benjamin Jowett, *The Epistles of St. Paul to the Thessalonians, Galatians, Romans: With Critical Notes and Dissertations*, vol. 2, (London: Jhon Murrey, 1855) で、当論文の一年前に初版が二巻組で出版されている。
- (2) Austin, *Province of Jurisprudence Determined*, App. pp. 46 et seq.
- (3) *Solidairement*. 一八八五年七月二七日庶民院議事録。(訳者補注※仏法では *solidairement* は「連帯責任」として各自個別

に「責任を負う場合につかう副詞であるが、原義より明らかかな「全体として in solido」と「各自個別に」は矛盾した真逆の意味になり得るから議会での討論が紛糾したのであろう。当時の法学辞典、仏英辞書等の英訳では、「全体として」と意味をとった「個別に」の両方ある。ローマ法に由来する大陸法学の外部的な包括一体責任と内部的な責任の按分比例の連帯責任法理を解しないと混乱する用語ではある。」

(4) このことは、『民法典 Code Civil』起草者が単に「成文法地域」のローマ法を採用し、「慣習法地域」の慣習を拒絶したことを意味しない。『ローマ法大全』より一言一句引き写されたかのように一見思える『フランス民法典』の条文の多くは「地域慣習法 droit coutumier」に由来し、フランス慣習法には除々にローマ法の大部分の要素が浸潤していた。『フランス民法典』で、ローマ法とは異なる慣習法に準拠したのは主に人的関係（※身分法）に関する部分であるのだが、御想像通り、身分法においては「成文法地域」においてさえローマ法学からのかかなりの逸脱があった。

(5) 『オーストリア民法典』の編纂はヨーゼフ二世治下ではじめられたが、一八一〇年になるまで完成しなかった。フランス各法典より後に編纂された『オーストリア民法典』の部分はある種のささいな表現の特殊性を除きほぼすべての点でそれらに準拠している。

(6) 周知のようにリビンゲストン氏は刑法典の単独起草者である。民法典編纂に当たり、氏は M.M. Darbigny と Moroliset と親交したが、契約法を含む最も重要な各章は彼のみの筆によるものである。

(7) 『フランス民法典』における「判例利用の正確な程度は、トロロン氏の注解を紐解けば簡単にわかる。」

(i) 原語は the great accumulation of ante-Justinian compendia。时期的、内容的にグスタフ・ヘーネル Gustav Haenel により編纂された Gustav Haenel ed, *Lex Romana Visigothorum*, (Leipzig, 1848) がこれにあたるのではないかと推測される。(このご教示は、古典ローマ法学者の吉原達也教授より賜った。ここに謝辞を記すものである。) 同著の内容を加味し、「大編纂物」と訳した。ヘーネル自身の副題によれば、「七六の手稿に依拠し、七つの古代のローマ法の抄典 epitome を収録したが、内二つはこれまで未編集であり、各章に解説、注釈、付録、前文を付した。」とされているから、他の研究の集積の上にレーネルの作品は成立しており、「accumulation 集積」の言に適合する。

- (ii) ヴェローナにおけるニーブルによるガイウス『法学提要』テキストの発見は一八一六年、当論文の四〇年前の事件に当たる。
- (iii) プロテスタント側のホイッグ史観によるカトリックの *probabilism*, *laxism* 批判。
- (iv) 原語は *the Critical Philosophy*。イマニュエル・カント『純粹理性批判 *Kritik der reinen Vernunft*』(一七八一)により提示された『純粹理性批判』で示された批判主義の立場をさす。
- (v) *perusal* は接頭辞 *per* を「徹底的に」と解し「熟読」も、「ざつと・一通り」と理解し「斜め読み・ざつと見」も含意し得、今回は熟読で訳したが、両方で意味が通る。「素人がしつかりよんでも半可通にしかなれず、日常語と専門用語の重複のために、その状態も自分で認識できない」と解した。「素人が斜め読みしても半可通にしかなれず、日常語と専門用語の重複のために、その状態も自分で認識できない」とも解せる。
- (vi) 両義に取れる *sarcasm*。
- (vii) 一七六二年より発行された、当初はマグナ・カルタより前年の一七六一年までの制定法を集めた制定法集。編者ダンビー・ピカリング *Danby Pickering* の死後も彼名義で一八〇七年まで出され続けた。
- (iii) *Fines and Recoveries Act 1833 (3 & 4 Will. IV c.74)* の事。「土地移転方式 *property conveyance*」としての上位封建所有者側の *fine of lands* 土地移転許可料 (*final concord*) (※上位封建領主が土地移転を許可する代わりに罰金を徴収する) を廃止する一方で、下位封建所有者側の *common recoveries* 限嗣設定排除馴合訴訟 (わざと敗訴して限嗣設定排除を排除し、単純封土権 *fee simple* にする訴訟) を廃止した。
- (ix) 資産家ピーター・テルソン *Peter Tellusson* の遺言信託に基づいた事件 *Tellusson v Woodford (1799) 4 Ves 227* に発する永久拘束禁止則に関する論争に基づく立法のためこの通称がある。正式名称は、一八〇〇年永久蓄積禁止法 *The Accumulation Act 1800*。最終的に一九二五年不動産法 *Law of Property Act 1925* の一六四条一項により廃止された。同法をめぐって混乱については *P. Polden, 'Panic or Prudence - The Tellusson Act 1800 and Trusts for Accumulation', Northern Ireland Law Quarterly, 45 (1998), 13 ff.*; 木村仁「イギリスにおける「二〇〇九年永久拘束及び永久蓄積に関する法律」の意

義と課題』、『法と政治』 62 (1) (2011), 99-156, at 125-7にテルソン対ウッドフォード事件とテルソン立法法までの沿革の概要記述。

(x) 英米法固有の遡及効に言及するもの。

(xi) 英国では議会主権の帰結として、司法審査 *judicial review* (違憲立法審査制) を採用しておらず、司法判断による制定法廃止の可能性がないのと、議会制定法はコモン・ローの例外として制限的文理解釈のみがゆるぎされているため、司法判決による議会制定法改変の可能性は少ないことに言及している。コモン・ロー圏でも英国特有のロジックである。

(xii) 原語は *the Council of the State* の *Conseil d'Etat* コンセイユ・デタの訳語である。フランスにおける最高位の行政裁判、諮問機関。国務院、国家諮問会、参事院とも訳される。一七九九年、ナポレオンにより法律案、行政規則の起草、行政紛争等の解決を目的として創設された。山本浩三訳「第二共和国憲法」、『同志社法學』、11 (1) (1959), 46-57と同問題を参照。

(xiii) 「司法判断による法解釈」と訳したが、この場合の「構築 *construction*」は「解釈 *interpretation*」と同義で、裁判所の制定法解釈による法創造機能を表す。英米法独自の含蓄のある訳しづらい用語の一つである。上述のメインの「暗黙の法典化」は裁判官が判決で一団の判例群より抽出される準則を方式化、定義化し、それが事実上固定化傾向を持つことで、どちらも *Judge-made law* 裁判官生成法の一つだが制定法解釈に関する点が異なる。日本での判例の解釈による制定法の実質的改変もこれにあたり、法哲学的にも比較法学的にも興味深い。

(xiv) ローマ法を意味。

(xv) 法律家であり政治家であったサマーズ男爵ジョン・サマーズ *John Somers* (1651-1716) のことと思われる。オックスフォード大学のトリニティ・ホールを出たのち、ミドル・テンブルでコモン・ローを学び、一六七六年に法廷弁護士登録。一六九二年法務総裁、一六九三年国璽尚書、一六九七年大法官就任、サマーズ男爵位を賜る。一六八八年の名誉革命後から、自己の死の直前までの四半世紀を、紆余曲折を経つつもホイッグの領袖として支配した。クックと似た経歴であるが、コモン・ロー法律家というより、ホイッグ史観による革命史描写で、政治家として叙述される色合いが強い。ここで、入っているのはクックよりの連想であろう。

(xvi) ハードウィック卿 Lord Hardwicke の名前で親しまれた初代ハードウィック伯爵フィリップ・ヨーク Philip Yorke, 1st Earl of Hardwicke (1690-1764) のことである。一八世紀前半を代表する法律家。一七五三年婚姻法 Marriage Act 1753 の立法や、信託法の改革で著名。

(xvii) バイコンは法律家でもあり、大法官であったが、周知の通り、むしろその才能は専門法学以外の分野に遺憾なく発揮された。その才能が全てコモン・ローに注ぎ込まれたならという意味。