

# 英米法におけるダイシー理論とその周辺

——「英国法は大学で教えることが可能か？」——

A・V・ダイシー 著  
加藤 紘 捷 訳  
菊池 肇 哉

## 訳者解題

今回翻訳の対象とした本論文は、一八八三年四月二日にダイシーがオックスフォード大学において始めてコモン・ローを専門に講ずる「ヴァイナー教授位」に「就任」した際の「特別記念講演論文」(An inaugural lecture)である。オックスブリッジにおけるこのような「就任記念論文」は、現代にいたるまで、三〇頁程度の独立した赤い小冊子

英米法におけるダイシー理論とその周辺 (加藤・菊池)

八五 (八五)

として出版されることが多い。今回の訳の底本も、講演の後、ロンドンの「マクミラン社」から独立冊子として出版されたものである。<sup>(2)</sup> 訳者らが今回翻訳の対象として使用した同マクミラン社の刊本は、オックスフォード大学の中央図書館として著名なボドリー図書に所蔵されているものから電子化されたものを使用した。<sup>(3)</sup>

ところで、本「就任記念論文」は、訳者らが最初に訳出した、一九〇九年に、ダイシーが「ヴァイナー教授位」を（一九〇九年に）「離任」する際に講演して残した「特別記念講演論文（「ブラックストンの『英法積義』」）<sup>(4)</sup>（以下単に「離任記念論文」と称する。なお、就任・離任論文とも原文では区別なく *inaugural lecture* と称される）と言わば「対となる」ものである。その意味で、両論文は、ダイシーの「大学におけるコモン・ロー教授活動」たる「ヴァイナー教授」としての活動をはさみ対峙する、謂わば、狛犬の「阿形忤形」であり、「最初であり、終わり」である。

訳者らにとっては「驚くべき」ことに、細部に留意しながら、両論文を比較考察していくと、両者には対応する部分が非常に多く、本論文で必ずしも筆を尽くせていないと思われる所説や、十分に紹介しきれないと思われる学者名・著作作品などは離任記念論文である「ブラックストンの『英法積義』」と比較・併読することで、より理解が深まるということが明らかとなった。（この点については可能な範囲内で訳注内でも言及するつもりでいるので参照頂きたい。）読者諸氏は、当ヴァイナー教授位「就任記念論文」と既に訳出したヴァイナー教授位「離任記念論文」との間には二六年もの長き歳月の隔たりがあることに気づかれよう。それにもかかわらず、理論の「精緻化」は見られるものの、基本的な一九世紀コモン・ロー法学の「現状認識」には、大学者ダイシーらしい骨太の「同一性」と「一貫性」が看取されるのである。

また、本就任記念論文の掉尾ではブラックストーンについて短く触れられるが、離任記念論文では前者と違ってその

構造が裏返り、ブラックストンの英法釈義がテーマとされる。周知の通り、このブラックストンこそは、コモン・ローを大学で教育し始めた英国における法学教育の伝統中の変換点・特異点とも言いうる人物であり、辞任講演での『ブラックストン論』は、ブラックストンの「評価の浮沈」に係づけた、「背景・ネガ」としての一八世紀から一九世紀の「コモン・ロー法学の進化の俯瞰図」でもあったとも言い得る。

一九世紀初頭の『フランス民法典』（一八〇四年）の成立と、それに続くフランス法学の隆盛、本論文でダイシーが「その方面に注意を向けたことのある者ならみな、サヴィニーの「占有理論」が英国法の様々な難問を解決したことを知っている。その理論は「時効による権原取得」(title by prescription)の諸準則を明確化し、「トレスパス」の本質や、「動産侵害訴訟」(action of trover)に関わる原則など明らかに技術的な諸問題に光を投げかけ、「本拠地法」(the law of domicile)を論理的に一貫した全体へと構成することを可能とし、奇妙なことに、『詐欺防止法』(Statutes of Frauds)第一七節という、よく学ばれてきた「ある制定法」における「難題」の、少なくとも一つを、「理解可能」にしたのである。」<sup>(1)</sup>と言及している同世紀初頭のサヴィニー『占有法』(一八〇三年)や、ダイシーに影響を与えたとして知られる「法理学の祖」オースティンのドイツ留学中に影響を与えたチボー『パンデクテン法体系』(一八〇三年)『ローマ法の論理的解釈』(一八〇四年)などの諸論考<sup>(2)</sup>。これらは、「法典ベース」の「現代の法律学」にまでつながる新しい「科学としての実定法学」であった。英国におけるベンサムによるブラックストンへの攻撃と、それにつづく功利主義者達の立法改革運動、それに符合するかのようその後「法の社会化」を促進した立法による法改革は、かかる国際潮流に対応したコモン・ローの近代化への試行として理解されるであろう。

しかしながら、一方で、英国でのコモン・ロー各分野での「理論化」「体系化」は、学者の論理的思考分析を経ず、

専門教育を「法曹学院」に任せていたため立ち遅れていたとも認識されていた。ダイシーは、「我々の法学作品改革の要請」というものは正当に最も注目すべき「知的運動」もしくは「改革」と呼び得る現象の一面に過ぎない。この三〇年間で三人の天才が法学研究に新たな衝撃を与えてきた。」と述べ、かかる「コモン・ロー法学の理論化の革新」の立役者として、ヘンリー・メイン (Henry James Sumner Maine, 1822-1888)、ジョン・オースティン (John Austin, 1790-1859)、トーマス・マコーレー (マコーリーとも) (Thomas Babington [or Babbington] Macaulay, 1st Baron Macaulay, 1800-1859) の三者を挙げている。奇しくも、その内、メイン『古代法』初版とオースティン『法理学の領域の確定』のサラ夫人の手による第二版は同じ一八六一年(ダイシーは当時二六歳である)に出版されたが、離任記念論文の方では、ダイシーはこの年を「法学革命」の出発点としている<sup>(註)</sup>。

ダイシーにとって英国コモン・ローの学問化はあくまでも一九世紀後半、自己の青年期になって初めて花開いたばかりの新しい改革運動であった。

本論文では、「科学としてのコモン・ロー」の英国における成立への情熱が一貫して語られるが、これは「大学における法学教育の使命」と表裏一体の関係にある。この議論には、ダイシーより九歳年上で、当時のハーバード・ロー・スクールで主に一八七〇年代からケース・メソッドによる教育を牽引していたラングデル (Christopher Columbus Langdell, 1826-1906) の「科学としての法学」(law as science) 論<sup>(註)</sup>の影響は明らかである。しかしながら、ダイシーの視座は、より浩瀚で、本論文では、法系を超えて、大陸法学のポティエやサヴィニーにまで触れられている。一貫してそこで語られているのは、「法全体の体系的把握」、「法原則 legal principle」の強調、「法律用語の定義の明確化」である。ダイシーによれば、それらは、大学による「講義」で磨きぬかれた「理論書」(treatise)の構築によつ

てのみなされ、「法典編纂」もその延長線上であると唱導される。

先にあげた「法原則」の強調・把握の必要性に関して、ダイシーは当時の「判例集」におけるある欠点に関してコモン・ロー法律家独自の視点で、今日では看取され得ないであろう、非常に示唆的かつ鋭い指摘をしているので、本邦訳の中から以下を引用させていただきたい。

「この悪徳というのは、『例外』や『非典型的事例』に際限無く注意を注ぎ、その結果、これらの「例外」が言及しているより重要な『規範』や『法準則』をないがしろにしてしまうものである。かかる欠陥の大本の理由は、英国法は『判例』を根拠として組み立てられており、それゆえに、すべからず『判例集に収録された判例』というものは、いずれにせよ何らかの意味で『ある一般原則の例外』であるというその事実に見出されるであろう。それゆえ、我々英国の法律家はみな、ある高名な法曹が名づけたように『当然のこととしてみなされた法』に多く依拠せざるを得ないのである。この『当然のこととしてみなされた法』<sup>(1)</sup>という言い回しこそ、記録された様々な例外事例からの推論により抽出された「法科学」の一般原則に他ならない。(旧来の英国法の)教科書は例外を繰り返し、様々な一般原則に注意を払うことを概して省略している。」<sup>(2)</sup>

最後に、ダイシーのかかる問題意識の背景として、一八三〇年代から一八九〇年代にまたがる一九世紀を通じたコモン・ローに対する議会による「立法改革」と平行して、「コモン・ロー教育改革」が、一九世紀中、常に議論の俎上に上がっていたことも忘れられてはならない。オックスフォード大学でのコモン・ロー教育は、まさにダイシーの

登場(一八八三年)まで、ブラックストン以降停滞状態にあったが、ロンドン大学最初のカレッジであるユニバーシティ・カレッジ・ロンドン (University College London: UCL) では、アンドリュー・エイモス (Andrew Amos) が一八二八年に最初の「英国法担当教授」に就任し、既にコモン・ローを講義していたことに留意すべきである。なぜなら、このことは大学教育とストランドの実務法曹を結びつけた点で画期的な出来事であったからである。後に、一八三九年にはユニバーシティ・カレッジにおいて英国で最初のコモン・ローの学位が授与された。著名な一八四六年の法学教育改革のレポートでは、大学は法律学の「主要諸原則」elementsを教えること(この点、ダイシーの当論文での「法原則」principlesと称するものに関する持論と一致する)に専念し、実務教育施設(法曹学院)では実務教育に専心(これに対し、ダイシー自身は分業制よりアメリカのように実務法学の入り口として大学の於けるコモン・ロー教育を位置づけようとした)するようにといい提言がなされ、それに呼応して実務法曹界は一八五二年に法曹学院のためのThe Council of Legal Educationを設立したが、法曹資格試験が義務化されたのはようやく一八七二年になってからのことであった。一八四九年から一八五〇年にかけてはオックスブリッジ両校で、B. A. course in Jurisprudenceが設立され、一八五八年にケンブリッジ大は初めて独立した「法学学位試験」(Law Tripos)を設置した。一八五〇年にはバーミンガムのクイーンズ・カレッジにおける法学部が設立された。しかしながら、これらの「教育改革」は、バリスターは本来法廷における「弁論者」[羅 narratores]であり、大学においては、「法学」よりリベラル・アーツを学ぶべきとする知的伝統に阻まれ、むしろ、事務弁護士志望者の方を法学部へと惹きつけるだけの結果となり、必ずしも成功を収めたとは言えなかった。そのような一九世紀を通しての教育改革の掉尾を飾る総仕上げともいえる段階がダイシー、ポロック、アンソンによるオックスフォード大学での法学教育改革であった。それが成功を収め、今日までその伝統

が続いている。一八八〇年代から一九三〇年代はアメリカ法学においても英国法学においても「知的巨人の時代」The Age of Giantsと称されることがある。高柳賢三氏や末延三次氏などによって基礎づけられた日本の戦後英米法学に独特の「講学上の伝統」もホームズ『コモン・ロー』など、この時代の作品に多くを負っているのではないかと訳者らは密やかに確信めいたものを感じつつもある。その中でも中核的であったのは、英国オックスフォードにおけるダイシーやポロックらとアメリカ・ハーヴァードにおけるラングデルやホームズらとの人間的連帯であった。ポロック、アンソンとも、ダイシーの今回のヴァイナー教授位獲得のよき競争者であり、互いの友情は生涯続いた。激烈な使命感と情熱的性格を有したダイシーがその中で最年長者であり、音頭役でもあった。

それゆえにこそ、本記念論文は、謂わば、一九三〇年代まで続く、オックスフォード大学における最初の「コモン・ロー教育改革のマニフェスト」と言つてよく、英国における「近代的コモン・ロー法学（教育）の産声」でもあるのである。

### 本ダイシー論文の特質

周知の通り、ブラックストンは一八世紀中葉に初代「ヴァイナー教授位」に就任した言わばダイシーの先人であったが、ブラックストン以降ヴァイナー教授位によるコモン・ロー教育は言わば有名無実化しており、他ならぬダイシーこそがこの「ヴァイナー教授位」の言わば「中興の祖」であった。

ここでダイシーがとったアプローチは旧来の（「法曹学院」内での）「実務弁護士事務所内でのリーディング」(reading in chambers)の短所・長所の分析と、それを補足し得るものとしての大学教授における「講義」の役割・長所との対

比である。日本の「英米法学者」たる我々にとって、特に興味深いのは、「法廷弁護士」(バリスター)として教育を受け実務経験を積んだ人物にしか実情のわからぬ当時の実務教育制度のダイシー自身による記述である。

ここで、我々は、ダイシーは、一八八三年時点では、四七歳の齢で、ヴァイナー教授位に任命されるこの時まで、大学教授ではなく、講師として散発的に法学教育に従事し、一八六三年以降、一九年間もの間、「実務法曹」として糊口を凌いでできたことを想起する必要がある。近年(二〇〇五年)、石井幸三氏が、ややユーモラスに「ダイシーは御大師様か?」と提言されたように、本邦のダイシー観は、明治期以降の伝統の中で、「知的超人」としてのダイシーの偉大性のみを強調し、弱さを含めた「人間ダイシーとの対峙」を、赤裸々なコスグローブの伝記的研究(一九八〇年)<sup>(23)</sup>以降ですら、「神棚に祭り上げつつも、敬して遠ざけ、丁重ながら、ないがしろにしてきた」感も否み切れぬとも思われる。とまれ、ヴァイナー教授位に任命されるこの時点までのダイシーは、生涯の友人たるブライスの援助を陰に陽に受けてきた、ある意味で、非常なる苦勞人でもあった。

最初のパラグラフで、「公正に留意されねばならぬのは、」と前置きし、もう一度、「我が能力が能う限り極限の公平性をもって、」という言葉があるように、「公平性」を、ことさらダイシーが強調したのは、「実務法曹」たる仲間や先人たちへの「新入法学者」として、就任時には未だに存在していた、ある種の「遠慮」からであろうとも思われる。その反面、実務活動に従事していた若かりし頃の、様々なダイシー論文では、「法学教育批評家」「政治的運動家」「学者」といった、アカデミックであり、ジャーナリスティックであるという側面の方が強調されており、「実務家」としての側面の強調を、敢えて避けてきたようにも見受けられるのである。ダイシーがキャリアとして第一に望んでいたのは、無論のこと、アカデミックであり、それに焦点を当てた論文を書くのは、当然の仕儀であった。そ

の面で、皮肉なことに、ダイシーの「実務法曹としての実体験」がこれほど、ことさらに色濃く抽出・反映された論文は珍しく、それが逆に、彼の「大学教授」としての出発点となった点、興味深い。

もつとも、新しい、オックスフォード大学における「コモン・ロー専門の法学教授」という、人生の未知の領域に踏み込んでいくにあたって、結局のところ頼りに出来たのは、今まで積み重ねてきた「実務法曹」としての「偽らざる経験の蓄積」であつたのであろうことは想像に難くない。

「ヴァイナー教授位」は英国の大学で初めて「英国法」を教授するためにオックスフォード大学に設立された教授位である。ダイシーは実務法曹による教育機関「法曹学院」での実務教育の自身の経験を題材としながら、旧来の職業的訓練方法の長所・短所を共に論じた上で、コモン・ローを大学で講義する「大学教授」（すなわちダイシー自身）にいかなる使命が課せられているのかを明らかにしようとしたその「就任記念講演」が当論文である。その意味で、ホームズをしてラスキへの書簡で「かのステイーブン家の血脈」(※ That Stephen blood is a powerful one. It ... accounts for Dicey. 「かのステイーブン家の血脈というものは強烈だ。ダイシーという人物は…それで説明がつく。）」とまで言わしめたダイシーの「型破り、かつ、芸術家肌」な一面は、本ダイシー論文ではすっかりなりを潜め、非常に生真面目かつ几帳面な彼の側面が目立ち、「自己の与えられた職責」についてのテーマで「訥々と」書いている人生の一大転機を前に緊張しきった大学者ダイシーの姿が眼裏に浮かぶかの如く、訳者らには感じられる。通常、オックスブリッジの就任記念論文というものは、もう少し自由にテーマの幅を持たせることが出来、気の利いた瀟洒なものも多く、ここまですべて無骨に自己の職責に関して正面から論じる論文は珍しい。もつとも、「コモン・ローの学術化」というこの問題こそがダイシーの主要な関心事の一つであつたことは疑いがないのではあるが。今日知られているダイシー最大の偉業た

る「英国憲法の実定法ルールとしての結晶化」はかかる文脈上に存在する。

非常に興味深いことに、一八八三年の当論文では、英国憲法については全く触れられておらず、直近の著作である『本拠地法』（一八七九年）のテーマである国際私法が未だより強く意識されている。ダイシー『憲法序説』は二年後の一八八五年に初版され、まさにここで就任したヴァイナー教授位の職責としてダイシーが果たした「講義」に基礎を置き、その精華である。つまり、本就任論文の後、非常に短い期間の間に、ダイシーは「憲法学」の構築に自己の学問的標準を合わせたこととなる。

もつとも、ダイシーにより本論文で語られている要素は極めて多彩・多様で、原作の価値や読み方はかかる分析のみに決して留まるものではない。最終的判断は、読者諸賢の本文を読まれての読後感にお委ねしたい。

(i) *Can English Law be Taught at The Universities? An Inaugural Lecture delivered at All Souls College, 21<sup>st</sup> April, 1883, by a. V. Dicey, B. C. L., Hon. LL.D., Barrister-at-Law, Vinerian Professor of English Law in the University of Oxford, and Fellow of All Souls College.* (London, Macmillan and Co.; 1883): Price One Shilling.

(ii) J. W. F. Allison ed, A. V. Dicey, *The Law of the Constitution: The Oxford Edition of Dicey vol. 1.* (Oxford, 2013, 12, 17), pp. 489-503.

なお、同就任記念論文は、昨年暮れ、二〇一三年一月にケンブリッジ大学の senior lecturer ション・アリソン (J. W. F. Allison) の編集により出版されたばかりの二巻組の Oxford Edition of Dicey, 2 vols のうち第一巻として、ダイシー『憲法序説』（ダイシー生前の全版の異同を含む決定版ともいうべきテキスト）の巻末にも、Appendix I として再録・出版されているので併せて高覧頂きたい。

(iii) 加藤紘捷、菊池肇哉訳「英米法におけるダイシー理論とその周辺：ダイシー「ブラックストンの英法積義」、『日本法学』

78 (4) (2013), pp. 65-118.

(1) 原典 1 op. cit, pp. 19-20.

(2) Michel Lobban, "Austin and the Germans" in Michael D. A. Freeman & Patricia Mindus eds, *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, (Springer, 2013), pp. 255-70.

(vi) 加藤紘捷、菊池肇哉訳「英米法におけるダイシー理論とその周辺：ダイシー「ブラックストンの英法積義」、『日本法学』78 (4) (2013), p. 103. (本論文の後半部本文に付けられた訳注<sup>(xvii)</sup>と訳文同箇所も併せて参照。) 本論文では「今となつては二五年前にまで遡る」「かの改革」(the reform)の起るまでは、「ともう少し時期に幅を持たせてある。そこに基本理解にブレはないものの、ダイシーの若干の「認識・理論の精緻化」を読み込むことも可能であろう。離任記念論文(一九〇九年)の理解では、本論文執筆時一八八三年からだと一八六一年は一九年前に当たる。本論文では、他にも「この二五年ほど」の表現が見られるので、「法学革命」が起こってから「四半世紀かそこいら」とダイシーはもう少しだけ幅を持って考えていたことは少なくとも確かであろう。

(vii) ラングデルの「科学としての法学」論については、松浦好治「Law as Science」論と一九世紀アメリカ法思想(一)：ランゲル法学の意義』『中京法學』16 (2) (1981), pp. 50-76; 「Law as Science」論と一九世紀アメリカ法思想(二)：ランゲル法学の意義』『中京法學』16 (4) (1982), pp. 24-53; 「Law as Science」論と一九世紀アメリカ法思想(三)：ランゲル法学の意義』『阪大法学』125 (1982), pp. 51-86.

(viii) 原典注(i) op. cit, p. 14.

(ix) 加藤紘捷、菊池肇哉訳「英米法におけるダイシー理論とその周辺：ダイシー「ブラックストンの英法積義」、『日本法学』78 (4) (2013), pp. 96-7.

(x) 本パラグラフの記述は、J. Baker, *An Introduction to English Legal History*, (4<sup>th</sup> ed, 2004), p. 171に依拠した。

(xi) 石井幸三「ダイシーの法思想：『憲法序説』を素材にして(一)」『龍谷法学』38 (3) (2005), pp. 514-68.

(xii) Richard A. Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist Studies in legal history*, (1980).

- (iii) Mark D. Walters, “Dicey on Writing the “Law of the Constitution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 32 (1) (2012), pp. 21-49, at. p. 26. 一九一八年二月二日付のホームズからラスキへの書簡中の文言。文学者であり『英国人名録』の総編集者でもあったレズリー・ステイブンや刑法学者のジェームズ・フィッツジェームズ・ステイブンはダイシーにとって母方の名門ステイブン家の年長の従兄弟達である。ステイブンは奴隷解放を強力に主張した英国のキリスト教の一セクトと強い関係にある英国の「知的貴族」とも言える家柄で、小説家のヴァージニア・ウルフはレズリー・ステイブンの娘である。ダイシーの社会活動家的で芸術家的な過激な側面は、確かにステイブン家の影響が多分にあるであろう。

## 「英国法は大学で教えることが可能か？」

A・V・ダイシー  
加藤紘捷  
菊池肇哉 訳

仮に、もし、頭記の「英国法は大学で教えることが可能か？」との案件形式の質問を、高名な法廷弁護士の一団（法曹学院）になしうるとしたら、いかなる答えになるかは明らかである。全会一致、かつ躊躇なしに、「英国法というものは「経験により」習得せねばならぬものであり、「講義では」教授され得るはずもなく、習得しうる場所は、唯一法廷か、実務法曹事務所しかない」と、彼らは返答することであろう。公正を期して書きとめねばならぬこととして、バリスター職に備わっている蘊奥なるものは、実務活動によってしか習得され得ない、と主張し、もしくは、そう考えるバリスターは、その確信を支持する強力な一つの論拠を有している。というのも、彼には何代にもわたる金床で鍛えられた普遍的経験則に依拠できるという自負があるからである。この最近二五年に至るまで、英国の法曹というものは、法に対する直接の訓育や授業といったものを、全くといって受けては来なかつたのであるし、今現在に至っても、テンプル<sup>(三)</sup>やリンカーンズ・インの法曹学院内の大講堂において為される高名な教授たちによる「講義」はコモン・ロー教育の「不可欠の部分」と言うよりは、むしろ、「儀礼的誇り」(ornament)とでもいうべきものである。何世紀にも渡って、かくあり続けてきたように、現在でも未だ、コモン・ロー学識は、現実の「法廷実務」か、もしくは、「弁護士事務所でのリーディング (reading in chambers)」と誤称される擬似的実務により獲得されている。

本就任演説における目的は、能力が能う限り極限の公平性をもって、現行の法学学習の顕著な利点のみならず、隠れた欠点の依って立つところを指摘し、法学教授による「学問的教育」に「現行の（実務法曹による法学）教育制度」が期待しうるいかなる領域が未だ開拓されぬままに残されているかを、示そうとするものである。

他の英国の機関におけると同じく「弁護士事務所でのリーディング」（reading in chambers）において、支配的な方は、ほぼ「我々が生活慣行の一部」であり、その「奇妙さ・特殊性」といったものに、我々英国人はほとんどといって衝撃をうけることは今更ないのではあるが、確かに、外国人ならば、意味不明とまでは言わぬまでも、奇妙なものとして驚きを受ける教育方式であろう。ある著名な実務法曹が、最終的に彼を「大法官位」（the woolsack<sup>(3)</sup>）にまで導いたその法学訓練法の記録に対して与えた（と言われる）ある解説は、その様々な「本質的要素」をまさに的確に突いている。

「「弁護士事務所」（chambers）におもむいたその初日に、私は一对の「訴答」の草案作成をしたが、我が「訴答人」（pleader）（※教育係）からの、草案の行間を以降、訂正スペースのため、もう少し開けるようという指示とともに、それらは原告と被告の名前以外のすべての文言に訂正を加えて私に戻されてきた。かかる「差止命令」（injunction<sup>(4)</sup>）が、今に至るまでに、コモン・ローで私が教育を受けたその全てであった。」

この言葉で、卿が意図したのは、弁護士事務所で彼が何も修得することが無かったということではむしろなく、彼の実務訓練が「自身の師事した訴答人」が実際にいかにして「訴訟（plead）をしたのか」もしくは「見解を付与した

のか」を「見ることに」のみによって成り立っていたという事実である。卿のかかる経験は、決して特異なものであつたわけではない。「実務法曹をめざし勉強する」(reading for the bar) 学生が、あるバリスタの「事務所」に赴く際に、その生徒と教官間の「約束事」というのは、いささか「奇妙」なものである。生徒の方では、「学ぶことを引き受ける」わけでもないし、バリスタの方も決して「教えることを引き受ける」わけでもない。我らが生徒の方は一〇〇ギニーを支払い、バリスタの方は自身の事務所内での全仕事を彼の生徒に、「見て」、かつ、「自らの手でそれを試みる」機会を持つことを請け負うというものである。このことが生徒にとって、真のそして最も価値ある利点なのである。彼の受けることの出来る教育(仮に、そのようなものがよしんばあるとするならば) というものは、まったくの偶然の産物である。多くの一流弁護士は教師としての才能を全く有してはいない。また、バリスタで称賛すべき教授になれそうな者は、仮にそのつもりはあつても、自身の仕事に忙殺され生徒を教育する暇がない。実務法曹教育を受ける我らが若人らは自身がその事務所内で師事する教官や語らいあう仲間生徒たちから、計り知れぬ間接的援助を受ける機会があるうし、実際のところ、かかる援助をしばしば受けているのであるが、しかしながら、彼が「権利」として有するのは、事務所日々舞い込んでくる書類を現実に見て、それをもとに仕事をするこのみである。コモン・ローを学ばんと欲するなら、自ら習い覚えねばならぬ。これは決して生半な務めではない。生徒用の部屋の机上の書類を読む事のできる特権を有する若人は、当初は難題の迷路を前に途方に暮れることとなる。彼は、何らかの「法学入門書」を、以前に読んだことがあるかもしれないし、ないかもしれない。そして、彼の読書はその面を去来する書類に對し当を得ているか、恐らくは、全くのところ当を得ておらぬ事であろう。彼は、きつこのと、自身の考慮せねばならぬ法的問題の、まさに当の用語に對して、無知であろう。たとえば、「用船契約」(charter

party) に関する書類を読むに際して、「用船契約とは何か」を知るためにマクラクラン MacLachlan<sup>(iv)</sup> を彼は渉猟することであろう。また、彼は「為替手形」に基づいてブラウンがジョーンズを訴えることが出来るか? という問題を解決しようとして、バイルス Byles<sup>(v)</sup> を参照して「手形引受人」(acceptor) と「手形裏書人」(endorser) の違いを理解しようとするであろう。また、彼は、「海上保険契約」(maritime insurance) の複雑性にどっぷりと浸かり込み、「荷主に対する船員の不法行為」(barratry) と「積荷担保冒険貸借」(bottomry) との間の曖昧な混同に当惑しつつも、アーノルド Arnould<sup>(vi)</sup> を読んで、「単独海損」('particular' average) と「共同海損」('general' average) の差異を習得しようとするであろう。いくつかの事情が、この初心者の難局をさらなるものとする。幸運にも彼が「良い事務所」("good chambers") に入れたとすれば、ある日に彼が学んだ書類は、次の日には消え失せてしまう。月曜に彼が読み始めた書類は「為替」(a bill of exchange) について言及していた。火曜日に彼の手元に舞い込んでくる運命になった書類は土地経営の「合意書」(covenant) に注意をうながすものであった。水曜日には彼は「保険契約」を理解しようとする。木曜日には彼は「物品運送」(the carriage of goods) における「鉄道会社の責任」を理解しようとする努力にかかりきりになると共に、「抗弁書」(a statement of defense) か「証拠に基づいた意見書」(an opinion upon evidence) の草案を作成することであろう。ある瞬間には、彼はほんの些細な法的知識があれば即時に解決できるような困難に気持ちをくじかれるであろうし、次の瞬間には、彼は後に貴族院をすら困惑させるような運命にある難題にどっぷりと浸かり込むことになる。彼は、指針を得るためにどの本を参照すべきなのか殆ど知っていることはないし、かりに正しい本を見つけることが出来たとしても、それを使用することの出来る能力は彼には殆ど無い。ある種の「法律辞典」である「フィッシャーズ・ダイジェスト」(Fisher's Digest)<sup>(vii)</sup> は (※裁判官による) その託宣を参照す

ることを学んだ者にとつては、計り知れぬ価値を持つ友人であるのだが、コモン・ロー初心者にとつては、ギリシャ語アルファベットさえ覚つかず、ギリシャ語文法を全く知らない大学の学部生にとつて「リデル・アンド・スコット」(Liddell and Scott)<sup>(viii)</sup>の古典ギリシャ語大辞典が有するのと、同程度の価値しか持たない。これら全ての事情に加え、「事務弁護士」(attorney)<sup>(ix)</sup>により送り込まれて来る案件というものは、「判例編纂者」(reporter)により無関係な物事が全て捨象され、教科書の題材としてコメントを加えるために処理された同一案件とは、一瞥の限りでは、全く異質なものに見えるのである。われらが生徒らにとつて、事務弁護士により上に上げられてくる事件といったものは、言わんとする要点が分からないし、しばしばその「専門用語」も半知半解であるといった、難渋かつ、多くの場合、「消化不良の陳述」(ill-digested narrative)である。「果たして、AがBを訴えることが出来るか?」というまったく単純な問題を決着するには、まず当該問題の「関連事実」を決めなければならぬのであるが、そうするに際して、対極にある失敗の、どちらか一方か、酷い場合には、両方を、まず、彼は犯してしまうであろう。というのも、紛争開始何年も前の取引であるとか、開始令状発給の何ヶ月も後の手紙であるとか、原告の忘恩であるとか、被告のとんでもない不誠実性であるとかいった事柄は当事者やその事務弁護士が興味津津な多くの細目的情報ではあるものの、つまるところ、ある特定の「手紙」が「詐欺防止法」でいうところの「合意の適切な覚書」(a proper memorandum of agreement)を構成するかという当の問題には何の関係もないことが彼には全く理解出来ず、全てひっくるめて関連事実としてしまうであろうし、またそうでなければ、今度は、この我らが初心者君は、自身が注意を払うべくおかれてある諸種の状況の九割は重要性を持たないことを理解はしているものの、それが故に、問題全てがそこに関わるその肝心の残り一割の状況を無視してしまうであろうからである。端的に言えば、彼は麦藁抜きで、というよりは、むしろ

ろ、煉瓦の作り方を教わることに無しに、煉瓦作りをするような状況に置かれているのである。奇妙なことに、やがて、彼は、主に「模倣」という過程を通じて、「全く許容可能な煉瓦」を制作出来るようになるのである。なぜなら、このような現実の法実務との直接の接触から習得するという準備万端とはいえぬ、荒っぽい方法論には、ある種の計り知れぬほど大きな利点が存在しているからである。法廷もしくは弁護士事務所でこそ習得することが出来、他の場所では習得不可能な、三つの極めて価値の高い物事が存在する。

第一に、「押印証書」(deeds)の起草や「権利請求」(claims)の起草、「裁判での主張」(arguing of cases)などの法実務の仕組みというものは、「弁護士事務所」か、「法廷」で習得されねばならぬものである。言い伝えによれば、法律家としてより、小説家として、よく知られていたある法廷弁護士(counsel<sup>(x)</sup>)は、彼の実務の不適切さをその豊富な想像力で補っていた(と言われていたのだが)、彼の門人たちは、「虚偽声明」(sham declarations)をし、「擬制的請願」(fictitious pleas)により答弁し、「推測的防訴抗弁」(speculative demurrers)を生み出したと言われている。しかしながら、かかる「想像力に富んだ法実務」の範例は、成功というよりは、むしろ悪名をもたらし、模倣者は続かなかつた。アメリカの「ロー・スクール(実務法学校)」や、「英国の」「法曹学院」の少なくとも一つにおいて最も成功した「模倣裁判法廷」(Moot Courts)においては、生徒もしくは若い法廷弁護士によって、経験ある法曹の面前で、厳格な法廷手続きにしたがって行われる議論の形式で、非常に多くのことが教えられ、かつ、学ばれる。しかしながら、容易にそれ自身明瞭な様々な理由から、この訓練方法をオックスフォードやケンブリッジで実践することは不可能である。

第二に、弁護士事務所もしくは現実の法実務によってのみ、多くの細々したことから事案に重要な事実を引き出し、「適切な法原則」を社会的事象に適用するという、計り知れぬほど貴重な習慣が身につくのである。既に指摘した通

り、このことを為すためには、弁護士事務所生徒によつてなされなければならない様々な難しい仕事のうちでも、最も難易度の高い仕事を実行する必要がある。「法原則」を習得する以前に初心者が事実関係を扱うことを奨励する現行制度の欠陥によつて、不必要に困難になつてはいるものの、それでも、若者らをして「日常生活の中の現実の取引に関連して法を考える必要性」を持たせること以上に、この「半可通状態での勉強」(reading-in half)が、有益である点は無いのである。

第三に、「健全な法的見解」(sound opinions)を形成する能力というものは実務経験によつてしか習得し得ないものである。十分な学識と勤勉さを有し訓練された実務法曹というものは、概して、所与の案件に関して有り得る様々な法的見解を、対立する「二つの説得力を持つ法見解の一方」にまで縮約還元することが出来る。複雑かつ疑義の多い問題を対立する二つの有りうる見解にまで、落としこみ狭めるといふ、そのこと自体だけでも、決して容易な業ではない。しかしながら、「真の困難」は、二つの競合する法的見解から(弁護士稼業のスラングで言うところの)「より良き見解」(“better opinion”)というものを決定することに存する。このことは、換言すれば、法的実験(legal experiment)における真の試練たる「裁判官たちによる判決」の下に付された時に、究極的に「正しいもの」(right)と成る見解を選択するということである。かかる離れ業の達成に、高度な法的能力の基準が見出されるのである。同様の知識、同様の勤勉さ、他の様々な点でも同等の能力をもった法曹の間ですら、この「健全な見解」(sound opinions)を形成する能力においてほど差異の生ずるものはない。深遠な学識、限りなき創造性、尽くされぬ精妙性といったもの全てを兼ね備えながらも、その「法的見解」といふものがたった一つの欠点、つまり、彼の見解は貴族院判決とは決して一致しないという欠点を有しているような法曹が存在することを、我々はみな、知っている。その一方で、彼の見解

が将来的に、実際の判決により、「正しい」見解であると判明するような資質を有しているという理由から、その飾らぬ見解が限らない重みを有しているような法曹も存在するのである。むしろ、かかる法的見解の「健全さ」につながる資質というものは、主に、「良識」(good sense)の果実である。しかしながら、良識というものは学習により涵養することが可能であるし、良識自体は、何が司法的に良識ある見解と判明するであろうかを斟酌する能力とは、厳密には異なるものである。「経験」及び「実務」というものは、「人間精神」を「司法見解」と調和させることに大いに裨益しうる。かかる「实际的決断における思慮分別」(judiciousness)というものは、大学における「講義」では育成不可能な果実である。

煎じ詰めるなら、現行制度の利点は現実性 (reality) の一言に尽きる。現行制度は、学生をして現実の実際に行われる「実務」と接触せしめ、それがいかに優れたものであろうとも「理論的講義」によつては決して育成することの出来ないような素養を学生の中に育くむ。当意即妙の対応、専門的技術、現実の人的状況に確立した法準則を適用する習慣、ある複雑な案件の途方に暮れるような様々な細かい情報から、法的主張形成に必要な特質のみを捨象し抜き出す能力といったものは、それらが生来の才能ではないという限りにおいて、実務によつて、そして、実務のみによつて、獲得さるべき資質である。そして、もし仮に、若人が、極めて学識高く極めて能弁な大学教授の「講義」を聴講するために、様々な奇妙な点はあるものの、何世代もの間、次々と偉大なる法律家たちを訓練・生育してきた「弁護士事務所におけるリーダーディング」の機会を犠牲にするとするならば、彼は全くのところ自己の利害というものを見誤っているのである。しかしながら、「弁護士事務所におけるリーダーディング」によつて他の訓練方法では代替することの出来ない何らかの物事、それも、非常に価値のある物事を学ぶことが出来るということを認めるとか、むしろ

ろ、積極的に主張するということと、このような、その日暮らし的な習得制度の下で、実務法曹へとむけ勉強する若人たちが突如、事実関係の細目の中に投げ込まれ、偶然の機会に任せて、「法的原則」を理解するよう「放置」されている現状が、「完全な制度」であるとか、重大な害悪を生み出すような明白な欠点を何一つ提示しないと認めることは全く別の事柄である。マンスフィールド、エルドン、キャンベル及びウェストバリーを輩出してきた制度が批判される余地がないということは、全くもつてしほば語られてきた所である。しかしながら、かかる「尊崇に訴求する詭弁」(appeal ad verecundiam) というものが排斥される事は「常識」であろう。英国における「法律教育」が「重大な欠陥」を有していること、そして、現代的状況が、その欠陥をほんの五〇年前と比べても遙かに重大なものとしたことは立証可能である。

私は、法廷弁護士事務所における勉強の有する様々な測り知れぬ利点を忌憚なくこれまで述べてきた。かかる勉強法が内在的に有する欠陥というものは法廷弁護士もしくは代弁人の弟子によって追求される勉強の過程を最低限度叙述するだけで、自ずから、明らかとなる。その欠陥は三種類ある。法廷弁護士事務所で得られる知識は、断片的、非体系的であり、時間と手間を無駄にする。

第一に、弁護士事務所で得られる知識は断片的である。なぜなら、現行制度では不可避免的に極めて不完全な法準則の把握へと導かれざるを得ないからである。

事務所での修習が終わった生徒は、「保険」、「特許」、「連結株式会社」(joint stock company) といった彼の教官たる法廷弁護士が優れている分野の何らかの法の「特化した部門」に関してかなりの知識を得ることになるかもしれない。もつとも、彼はそれ以外は何も知らないのである。「法分野全域に浸透する一般的原则」については、彼は何も

知らないといふどころの騒ぎではない、なぜなら、彼は、「この伝統的教育方式により」そのような「諸原則」が存在するかどうかさえ疑問視するようになってきているからである。しかるに、いかなる「懐疑主義」の形式もこれほどそれ自身、事実無根な馬鹿げたものは存在しないし、「法的名声」を勝ち取るのにこれ以上に致命的な特質も有り得ぬであろう。なぜなら、誰であれ知性を持って最近の『判例集』を研究する者は、「細目的事実の問題」というよりは「原則の問題」が法曹や裁判官たちにとっての難題 (perplexity) の真の主題であることに、即座に確信を抱くことになるであろうからである。スコットランドの住人が英国で契約した婚姻は、「英国婚」であるのか「スコット婚」であるのか？ 詐欺により外国で得られた判決を英国で強行することは可能であるのか？ その妻の爲した契約に対する夫の責任 (仮にもしあるとすれば) の正確な内容はなんであるのか？ 「合法的集会」 ("Lawful assembly") という言葉は、何を意味するのか？ 「討論の自由」 (liberty of discussion) が「キリスト教は「国法」の一部である」という教義に対して持つその「意味合い・影響」 (bearing) とはなにか？ これらの他、二〇ほどが最近、我々が裁判所を悩ませていた難題である。これら全ては、原則に関する問題を扱っており、その中の一部はコモン・ローのまさに基礎にまで触れている。日々の実務の各細部にまで「一般的格律」 (general maxims) を適用することに全く慣れていない者がかかる様々な問題の探求を扱い得ると想定することは知性の怠慢であろう。

第二に、法廷弁護士事務所で得られる知識は「非体系的」である。なぜなら、学生をして法全体を学ばしめるべく誘導するコモン・ロー学習の確立した「様式」というものは存在していないからである。

実務法曹で、コモン・ロー及び衡平法における「根本的原理」、もしくは法のたつた一分野の「根本的原理」にすら、通曉しようとみずから試みるものはほとんど居ない。英国法全体を浸潤・支配している「規律」を把握している

者は、また、さらに稀であろう。「弁護士事務所におけるリーディング」の本質について考察するに際して、偉大な能力を与えられ、かつ、長い間倦むこと無く精勤し法実務に従事していた人間でさえ、その法学識の範囲が狭隘なところがしばしば判明するのは、一体なぜかというその理由については、「自体、自明のものであり」我々の探求してみる必要は殆ど存し無い。

第三に、法廷弁護士事務所で得られる知識は「時間と手間を無駄にする」。現行法曹教育の最大の欠点は、これまでに語られることのなかった努力の浪費に際して、法実務の観察というかけがえない経験によって獲得されるものの半分を学生から奪い去ってしまう。

ここでも、事物の理非は、事実の描写により自ずと明らかとなる。もし、学生が自己の眼前の「法実務」に傾注するならば、彼には「書物」を読む時間など無い。その一方で、彼が各種「理論書」(treatises)や「判例集」(reports)の精読に耽溺するならば、彼には「準備書面」(briefs)や「訴答」(pleadings)を作成している時間など無いのである。加えて、「学習スキーム」をまったく与えられず、どのような書物が彼の注意に値するのかの指導すらまったく与えられない様な学生が読書をしたところで、大して効能はない。そのような訳で、彼の眼前を去来する「法実務」というものは、その「教育的有益性」の半分を喪失してしまうこととなる。そして、見当違いの指導による自己の骨折により、大いなる機会をずいぶん無駄にしたものであるという後味の悪さとともに学生は、研修を終えてのち法廷弁護士事務所を後にする羽目に陥ってしまうのである。

既存の法学教育に内在するこれらの「欠陥」を踏まえた上で、二つの特別に重要な「観察」が存在する。

これらの観察の第一ものは、現状では、熱心な学生がいかに根気強く「法学作品」を学んだところで、「弁護士事

務所におけるリーディング」の様々な欠陥を矯正することは不可能であるということである。というのも、今となつては二五年か三〇年前にまで遡る「かの改革」(the reform)<sup>(xvi)</sup>の起るまでは、「法学作品」というものは、「旧来の職業的」法学訓練の様々な欠陥のまさにその特質全てを再生産し、ステレオタイプ化してきたものであったからである。我々にとって最良の作品たるスミスの『主要判例集 (Leading Cases)』などは、結局のところ、有用であるというよりは興味深い知識の「バラバラの論点」に対する「覚書」(notes)の単なる「寄せ集め」にすぎない。これらの作品には、「一般的概念」、「原則の把握」、「方法論」という思考そのものがまったく欠如している。自らの「稼業」をこのような「大雑把な方法で」(by rule of thumb) 学んだ著作者たちというものは、未だかつて、「法的諸概念の正確な分析や定義」を有したことは無いし、否、試みたことすらもないのである。それゆえに、「法的テクニカル・ターム」というものは、他のいかなる専門分野にも引けを取らぬほど粗悪なものである。それらは技術的・専門的であるのに正確性には欠け、一見して明らかに「普及」している場合には、「隠された曖昧性」に満ち満ちている。「債権的権利」(“chose in action”)<sup>(xvii)</sup>、「人的財産権」(“personal property”)<sup>(xviii)</sup>、「無効契約」(“void” contract) などといった用語を確立した「権威的典籍」により「定義」することを試みてみるがいい。あなたがたは、私の批判に同意するのみならず、かかる絶望的な混乱状況をもたらしたその理由に、すぐさに思い当たることであろう。何世代にもわたって、英国の実務法曹は「定義」と言うものに興味を持つことは無かつたし、実のところその「本質」や「有用性」について理解してもいなかったのである。例えば、二〇年前にはその著作が学生の契約法に対する入門書であったある著作者に目を向けてみよう。J・W・スミス氏は彼の理論書の最初の章に「契約の本質及び分類」と名づけその書を開始している。契約の本質については彼は自己の読者に対し何も述べてはいない。彼が実際に述べているのは合意と言うものは「記

録契約」(contracts of record)<sup>(xvii)</sup>「押印契約」(contracts under seal)「単純契約」(simple contracts)の三種に分類されると言うことである。氏は最初に、「分類」をもって「定義」に代用するのであるが、その分類にいたっては、まったく学ぶべきところの無いもので、例えるなら、全動物を「ドード及びライオン」と、「ドード及びライオン以外の動物」に区分するような分類方法であった。というのも、スミス氏の分類の無意味さというものは、「単純契約」(simple contract<sup>23</sup>)という用語が「記録契約」でもなく「押印契約」でもない全ての契約を意味する単なる「消極的表現」であるということを知って、初めて十分に理解されるからである。実際、この「分類」について様々な視点から「長大な注解」を与えることも可能である。しかしながら、この分類の最も特徴的な特質として、誰の目にも気づかれずにおかれぬのは、「記録契約」という非一般的かつ稀な取り決め(arrangement)であり、生徒の注意を悩ませる(それがいやしくも契約であるのなら)契約の種類としては最もあり得ないものを高名な位置にまで押し上げたという、その「馬鹿馬鹿しさ」である。契約の真の要素たる「申込み」(offer)、「承諾」(acceptance)、「約束」(promise)についてはこの教師は何も述べていない。J・W・スミス氏の「無益な分類」と、わが友人で「法理学教授」(the Professor of Jurisprudence)であるサー・W・アンソン Sir W. Anson の著作の中に見出される「有益な分類」を比較する者なら誰でも単一のトピックにおいてすらその原則を習得すること無しに法学を学んだ作者によって導入される「混乱」がどれほど酷いものであるのかを即座に理解することであろう。加えて、J・W・スミスは、他の瞠目すべきチティ Chitty<sup>(xix)</sup> やアディソン Addison<sup>(xx)</sup> といった著作家たちと同様に、その全ページを我々の法学作品全体について最近まで敷衍しており、何らの是正手段が存在しないゆえに、英国の法曹の知的習慣に感染してきた、「ある欠陥」を持って描写していることを、「批評家」は観察することであろう。この「悪徳」というのは、「例外」(exceptions)や「非典型

的事例」(anomalies)に際限無く注意を注ぎ、その結果、これらの例外が言及しているより重要な「規範」(canons)や「法準則」(rules)そのものをないがしろにしてしまうものである。かかる欠陥の大元の理由は、英国法は「判例」を典拠として組み立てられており、それゆえに、すべからく「報告された判例」(reported case)というものは、いずれにせよ何らかの意味で「ある一般原則の例外」であるというその「事実」自体に見出されるであろう。それゆえ、我々「英国の法律家」はみな、ある高名な法曹が名づけたように「当然のこととしてみなされた法」(“law taken for granted”)に多く依拠せざるを得ないのである。この「当然のこととしてみなされた法」と言い回しこそ、記録された様々な例外事例からの推論により抽出された「法科学」の「一般原則」に他ならない。旧来の英国法の教科書は例外を繰り返し、様々な一般原則に注意を払うことを概して省略している。

第二の重要な観察は、もし生徒が、彼が弁護士事務所で得ることの出来なかった教訓を得るべき諸要素を読書中に発見できなかったのなら、既存の法学教育制度を歪ませているかか「欠陥」は、我々の祖先におけるよりも今日の我々に対して、より大きな悪影響を与えることとなるであろうという事である。

今世紀の初め、もしくははもつと最近にいたるまで、「法学作品」を計画的に全て読み尽くすことが可能であった。「コモン・ローの全領域」を探索する能力のある学生は、法の複雑精妙さを会得するのになんらの計画も必ずしも必要としなかったのである。クックの時代の頃には、英国法について書かれた典籍というものは、現在のロー・レポーで換算して三〇巻分か四〇巻分を超えることは恐らく無かつたであろう。前世紀の末に掛けて著作し、その目的として、法的諸原則の学習の困難さを控えめに言うよりは大げさに言おうとしたある著作家によれば、「立法院による制定法と各最高裁による判例を含めたこの国の法は、フォリオ版の書籍にして五〇冊を下ることは無い」とされる。

恐らく大きくはその知らされた情報に誤っているところはないであろうものの、「道徳神学者であった」ペイリー<sup>(xvi)</sup> Paley の上記の証言が、法的事柄についての「権威的典籍」たり得ないと主張するならば、我々は『判例報告者たち』(The Reporters) という著作の中で述べている「一九世紀アメリカの法律家で自身アメリカ最高裁判所判例の報告者でもあった」ウォレス Wallace 氏<sup>(xvii)</sup> の言なら絶対的な信頼をおくことが出来るよう。彼によれば、一七七六年までの英国のコモン・ロー及びエクイティ双方に関する著作は一五〇巻を多く超えることは無かったとされる。それゆえ、半世紀前ですら、キャンベル卿 (Lord Campbell) のような熱心かつ勤勉な人間は、コモン・ローのほぼ全領域に渡る著作を読破することが出来たのである。このことに加え、いずれにせよ、一世紀前には、「組合法」(the law of partnership)、『契約法』(the law of contracts)、『代理法』(the law of principal and agent)、『国際私法』(private international law) と一般に称せられる法準則、「合同株式会社法」(the law of joint stock companies) といった全ての法領域は、最近になるまで発達が不完全であったか、もしくは、存在すらしていなかったとさえ言っているような状態であった。また、学習者が「包括的な学習体系」を試みようとするに際して遭遇するかかる困難性が、「判例集」の分量が増えたことや、法の領域の範囲そのものが成長していることにより、どれほどまでに増大したのか我々には計り知ることは出来ないのである。ジョージ二世即位(一七一四年)以来一八三〇年頃にいたるまで、議会に関する限り英国法の諸原則というものは、変更されなかったし現実上変更不能であった。エルドン卿 Lord Eldon は、一八八二年「既婚女性財産法」(Married Woman's Property Act, 1882) で採用されたような方策によるような、「君主制廃止法案」をすぐに提議し得もしたことであろう。このような状況の全ては今では変化してしまった。今では「判例集」(Reports) は一三〇〇巻から一五〇〇巻の規模に達しているし、一八六八年までの『改正制定法集』(Revised Statutes) は巨大な

フオリオ版で優に一五巻を数える。毎年、「判例集」は一〇巻ずつ増加し、制定法集も議会ごとにその量をふやしており、それらの各巻には、時には我々の法律制度そのものを実際に震撼したりそうするであろうと思われる「重要な改革案」が目白押しである。目下のところ、実務法曹は英国の「判例集」のみならず海外の「判例集」をも参考にすることを余儀なくされている。一七七六年時点ではそしてその何年か後にいたるまで、「アメリカ法判例集」というものは一巻も存在してはいなかった。しかしながら、今や、合衆国は四〇〇〇巻もの判例集により「豊穰化」されると同時に、「圧迫」されてもいる。今、「ミドル・テンプル」の図書館にあるアメリカ法の「判例集」の分量は、アメリカ独立宣言当時に存在した「英国の全法的書籍の分量」をはるかに凌駕している。全法分野を包括的に読破する方法論というものは現在では、厳密な意味では、不可能になってしまった。それはもはや「過去の伝統」である。エリザベス一世治世もしくはジョージ三世治世の時代においてすら英国の商業にはそれまで十分であった、各種「帆船」による通商を続けていくことが現在では不可能であるのと同様に、クックCokeやハウルトHoltやブラックストーンBlackstoneの方法論、そして、「比較的最近の」キャンベルCampbellの方法論にしたがってさえ、法的読書を完遂することが、読者諸氏には、今の時代、最早、到底不可能となっているのである。

それゆえ、現代の学生たちは、その父祖たちの世代以上に、法学学習の上での「指針」を必要としているのだが、いかなる運命の悪戯か、彼の先人たちが依拠した人々の助けによる「指針」を失っているのである。「訴答人」(pleader)らは悪評を有しており、彼らが生業 (art) は我らが言語たる英語 (the language) の「法的風刺作品」の最良の「題材」にまでなってしまうている、しかしながら、その「訴答人たち」にこそコモン・ロー及びその法律家たちは最も重く感謝すべき「負い目」(debt)を負っているのである。「訴答の科学」(the science of pleading) というものは、

「事実からの法の厳密な区別」により成り立っていた。訴答人たちの事務所で訓練を受けた学生たちは、その日常の実務を追求するうちにコモン・ローの諸原則を法廷から離れたことが無く、それゆえに、法的諸原則についての何らかの理解なしには訴答において優れることは不可能であった、その師匠（たる訴答人）から法を学ぶ以外なかったのである。前世紀においてコモン・ローにおける高名な法律家で、「特別訴答人」(special pleaders)<sup>(xiii)</sup>によつて訓練されなかつたものは誰もいなかった。現在では、「訴答」は廃止され、真のコモン・ローの教授たる「訴答人」(pleaders)は、遠からず「忘れられた種族」と化すことであろう。

「弁護士事務所におけるリーディング」の短所及びそれに勝る長所を認識することは、どの程度まで大学においてコモン・ローというものは「教授可能」であるのかを確定することと同義である。オックスフォード大学における学的教育は、ロンドンにおける実務観察のための「適切な準備段階」を構成していなければならない。大学教授の活動にとつて適切な領域は、直接的、間接的を問わず、一面的な現行の法実務教育制度により生み出される様々な「欠陥」に対して、「手当て」を与えることである。「法全体」を論理的に首尾一貫するものとして解説すること、つまり「法的な諸概念を分析・定義」すること、法的諸原則の一団を秩序たつた一連の諸原則にまで還元すること、そして法的作品の改革もしくは革新を、援助し刺激し導くことが、法学教授の「責務」である。

なにがしかの注意をもつて学術的教育に対し与えられている各領域を「概観」するために、私に多少の時間をいただきたい。

1 「大学」においては、学生はコモン・ローを「全体」として考慮し、英国法の一部門を他の一部門と関連させて考察するように教育されることが可能である。「ローマ法研究の再興」、英国法の混乱した総体を何らかの形式へと

まとめるのに既に多くの寄与を果たしてきたが、この「淵源」にこそ、この二〇年間の法的作品の「明晰性」(clearness) 及び「均整」(symmetry) における進展の多くを負うことは疑いないことである。しかしながら、「事物の本性」として、英国法が「明晰で秩序立った法準則及び法概念の取り決め」その「範例」としてそれ自身で提示されてはならない理由は決して存在しない。それに、学生に「ローマ法」と唯一対抗できる顕著な「体系」として主張可能な「英国法の概要」(outlines of English law) が与えられる、もしくは、よりよい方法として、学生が自ら自身にそれを与えるように教育されてはならない理由など、決して存在しないのである。そのような「海図」を手にした学生は単に彼の知識を増やす以上のことを為し遂げることとなる。彼は学習の「枠組み」(scheme) を得たのみならず、その断片的知識を「相互につきなぎあわせる」、ある種の「計画表」(plan) を手にしたのであり、そのように知識相互間をつなぎ合わせることにより、「弁護士事務所におけるリーディング」や「実務」において得る知識を効率的に記憶することが可能となる。実務法曹をめざし勉強を開始する若人が、ドイツ、フランス、スコットランド、合衆国におけるように、彼の教科に対しての、かかる「一般的学識」を入手していることが可能となれば、その「弁護士事務所でのリーディング」(reading in chambers) や「法廷への随伴」(attendance in the court) を通して、長年、「法廷」に立ちつづけて来た法廷弁護士がしばしば得てきたものよりも、より多くの法学識を、彼は簡単に学び得るようになるかもしれないのである。

2 大学においては、事物の本性から、「弁護士事務所」では決して学び得ないものを「教授」することが可能である。つまり、それは「法的諸概念を分析し定義する習慣」である。かかる「分析」というのは、「法実務の日々の要求」にかかりきりになっている人物の仕事ではない。しかしながら、その重要性というものはいくら大げさに見積

もつても足り得ないほどのものである。「法学研究」及び「法実務」における困難の半分は「法律用語」の「不正確性」及び「曖昧性」に起因することは、どれほど有能な裁判官といえども異論を唱え得ない事実であろうと敢えて大胆にも、私は申し上げたい。「合意の注意深い分析」が、「契約法の明晰化」にいかほどのものをもたらしてきたのかを、我々はみな知っている。その方面に注意を向けたことのある者ならみな、サヴィニーの「占有理論」が英国法の様々な難問を解決したことを知っている。その理論は「時効取得」(title by prescription)の諸準則を明確化し、「トレスパス」の本質や、「動産侵害訴訟・拾得動産横領訴訟」(action of trover)に関わる原則など明らかに技術的な諸問題に光を投げかけ、「本拠地法」(the law of domicile)を論理的に一貫した全体へと構成することを可能とし、奇妙なことに、『詐欺防止法』(Statutes of Frauds)第一七節という、よく学ばれてきた「ある制定法」における「難題」(perplexity)の少なくとも一つを、「理解可能」にしたのである。実際、「法的専門用語」の「解説」・「単純化」・「分析」以上に大学教授が精を出すのに適切かつ有益な分野は存しない。「法的専門用語」が他の諸国において為されたように大学教授による教育により再審査され確定されぬ限りは、英国法のためとなるに値する「法典」(code)を英国が有することは不可能であろうとすることは、決して極端な予見ではないのである。

3 現状では、法を一連の「諸準則と例外」として理解し、確立した「諸原則」の「正確な限界」を注意深く確定することを教育することは、大学においてのみ可能な事柄であり、それ以外の場所ではほぼ不可能である。このことは「例外」は覚え、明白な「諸原則」については忘却するという、例のコモン・ロー法律家に伝統的な、「致命的傾向」への真の「処方箋」である。有能な「教師」の第一の義務は、法というものは、「一对の法準則とその例外」へと還元することが可能であると、自ら自身とその生徒たちに印象付け、一般的でありふれた普通の「諸原則」の方が

例外的でめずらしく普通でないものよりもはるかに重要なものであるとの感覚をその「聴講者」たちに持たせることにある。

「適切な学習」と「注意深い思考」により、コモン・ロー全体を「秩序」へと還元可能であり、一〇〇の判例を「まとめた二、三の原則」の形で提示可能であるのである。しかして、これらの諸原則が依拠している判例の名前を覚えることすら不可能である場合にも、そのようにすることにより、「理解・記憶」することが可能となるのである。私の意味するところの「一例」を挙げたい。誰にでもよいが、「英国臣民」であると主張し得る人々に関する様々な階級を（成文法典に見られるような形の）各種の「準則 (rule) と例外 (exception)」よりなる「確定的言述」(definite statement) の形で定義することを試みさせてみるがよい。この仕事自体はなんの克服不能な困難性を提示するものではない。三つか四つの短い「制定法」及びせいぜい一〇から一二ほどの「判例」で必要とされる素材は足りよう。しかしながら、私の提案に基づき行動するものは誰でも、この仕事に時間がかかり、かつ、困難なものであることを理解し、同時に、もしそれがしかるべく実行されたならば、彼の脳内には「英国籍の得失」に関わる「一連の諸命題」が存在することとなり、そのことは彼をして永久に「国籍」というある難題の達人にしていることが了解されるのである。また、彼は、いくつかの点において「国籍法」(the law of nationality) というのは厳密には「未解決」のままであるということも見出すことであろう。彼はどこに真の難問が存在するのか分かることであろうし、そして、実際に最近起こったように、判例でこれらの争点に決着がつけられた場合、彼はその判決の効力について簡単に「留意」し、かつ、「記憶にとどめておく」ことが出来るであろう。その上、彼はさらに、「既存の法の錯綜点」(the intricacy of the law) は、歴史的に、支持される「二大対立理論」間の「摩擦」と、両者の「究極的な妥協」より、生ずるのである

ということを学ぶことであろう。このように我々の「狭い主題の内部」で成し遂げられたことは、徐々に、「英国法全域」に対して達成可能なこととなることであろう。たった一人の「大学教授」や、たった「一学部の大学教授たち」では、限られた期間の中で、この英国法全体をこの「自然的な成文法典」(natural code)の形式へと変換するという事業は達成し得ぬ。しかしながら、人は自信を持って以下のように主張することが可能である。「学問的」にも「法実務」のためにも、コモン・ローを「一連の諸準則」として認識する「習慣」以上に学生に教授されるのに価値のある物事など存在しないし、さらに、「かかる心理的傾向」(this turn of mind)を有する「学派」は、コモン・ロー全体の「混乱した法原則の総体」を、徐々に、「明晰かつ、論理的、均整のとれた形式」へと変換することであろう。しかるに、ここにおいて我々は、大学教授が精魂を注ぐべき領域の、最後の、最も興味深く、そして恐らくは最も重要な、その境界線へと到達しているのである。

4 つまり、大学で、そして他ならぬ大学においてのみ、極めて必要とされている法学文献の「改革」、もしくは私が「創造」とすら呼ばんとするものの、「援助」・「刺激」・「指導」がなされることが可能である。

我々の英国ほど司法的判決の豊富な国はない。一五〇〇冊以上もの「判例集」はわれらが英国法及びわれらが裁判官の「健全な感覚」(sound sense)、司法、洞察力、知的能力、その文学的表現力といった実質的な諸利益へと供せられる、「もつとも高潔な記念碑」である。しかしながら、「法学作品」(legal literature)と呼ぶに真にふさわしい全ての作品を収めるのにはミドル・テンプルの図書館における本棚一つで十分におつりがくることであろう。我々はその名にふさわしい「英国法全体の歴史」を未だ有してはいないし、他国の偉大な法律家の諸作品に比肩する作品として我々が有するのは「理論書」(treatises)の数は二〇を超えていない。「判例集」におけるわれらが「豊潤」が、われ

らが裁判官たちの偉大性の「柱立する記念碑」であるとするならば、われらが「法学作品」の「貧困」は、最近にいたるまで(コモン・ローの)「法学教授位」が存在しなかったことの一つの「結果」に、確かに、他ならぬ。いずれにせよ、この「法学作品」の改革もしくは再生の「助成」という、非常に重要かつ有益な仕事は、「大学教師」の双肩に、当たり前のこととして、かかるのであるが、かかる「法学作品改革」こそが、この三〇年間で最も目を見張るべき現象の一つなのである。我々の学生の需要を考えるならば、彼らにコモン・ローというものは合理的な「学問」であり、他の「科学」と同じく「明晰かつ合理的かつ興味深い方法」で扱うことが可能であると認識させることを可能とするような作品を供給することが明らかに最も重要である。我が「オックスフォード大学の」同僚の一人以上の者が、かかる仕事を手がけ、既に抜群かつ定評のある成功を収めている。もし若き生徒らに謝意を表することが可能であるならば、アディソン Addison の「勿体ぶった重苦しい混乱」(ponderous confusion) や、J・W・スミスによる無意味な精妙さを理解しようとする試みにより両肩に課せられた「無意味な徒勞」といったものから解放してくれたことに、サー・ウィリアム・アンソン Sir William Anson やポロック Pollock 教授(xxviii)に対し、日々の感謝を捧げる学生の大規模な一団が存するであろうことは確実である。かかる状況に基づく「絶対的必要性」が全ての教師に彼の扱う分野にふさわしかるべき「理論書」(treatises)(xxix)の創造を示唆するのは必然であるが、もう一つの動機も精力的教師をして法学作品の著作業の道へと向かわしめる。つまり、「法学教授」というものは、「教授活動」とその「作品」によりコモン・ローの「形式」のみならずその「実体」に一般的に信じられて以上遥かに強い影響力を及ぼすことが可能なのである。非常に柔軟であると考えられる「コモン・ローの諸法準則」(the rules of law) というものは、大部分は、「裁判官の立法行為による法定立」(enactments of judicial legislation) であり、(※学者による)「権威的見解」

(authoritative opinion) の圧力により、この「裁判官による法定立」が簡単に左右されること以上に目を見張るほど自明な事柄は存在しない。生起してくる判例を扱う多忙な「行政官」「たる裁判官」は、その「原則」を「教科書作者」から採用するのである。最近ですら、特定の著作者たちにより、コモン・ローの全ての分野の「範型」が「形成された」、否、「無から創造された」とすら言い得る事は周知の事実である。「訴答」(pleading) というものは五〇年前に極めて優れた論理的能力を有したある法律家(xxv)により学問として「体系化」されたし、「損害賠償法」(law of damages) というものは、いまなお存命中のある著作家の影響下で成長したと言われている。「国際私法」(private international law) と俗称される広大な領域は英国においてはフーベル(xxvi)から導き出された三、四の原則と、ストーリー『国際私法』(Conflicts of Laws) により解説された諸理論により「今にいたるまでに大まかに体系化されて来た」(has been mapped out)。しかるに、他の場所と同じく英国において、「一作者」により行使される影響力というものは、「学派を形成する教師たち」によって生み出される影響力とは比ぶべくも無いのである。

読者は、一貫して本講演では、「教育者」としての大学教授の役割と、大学教授の「研究もしくは著作活動の義務」との間に、何らの対立的線引きをして来なかった事に気づかれていることであろう。区別をしてこなかった理由は、そもそも、両者間にかかる対立関係は存しないからである。必然的に無知な階級に何度も繰り返し基礎的理論を教える過程というものには、実際なんらかの手間の無駄が存在する。(真実とともに言えることは)「学生などを意識した」「説明的分析」(exposition) というのは「学識」(erudition) ではないということである。しかしながら、かかる「手間の無駄」というものは「講義をする者の立場でいること」の二つの利点により、十二分に報いられているか、報いられてしかるべきものなのである。彼は、すぐに、自分の理解しておらぬ物事は説明出来ないことを理解することである。

ろう。「平易かつ明瞭な講義」というものは、「熱心な読書」と、苦痛とは言わぬまでも「長き思索」の成果である。「術学趣味」、「偏執狂」、「浮世離れ」といったものは、確かに、所謂「机上の法律家」(“paper lawyers”)に属する悪徳であり、私の敢えて推測するところでは大学教授や法学者の研究にも感染しうる短所でもある。ここでも、自己の思想を自分自身のみならず他人に対しても明確に説明する必要性というものは、かかる悪徳矯正の最も賞賛すべき方法である。いずれにせよ、「学術的法学教育」を際立たせる様々な資質―我々の「コモン・ロー」という主題を全体として観ずる習慣」とか、(常に受け入れられた「権威的見解」及び「事実」に目配りをしつつ、同時に)「法的観念」や「理念」を「定義」し「単純化」しようとする願望であるとか、「法」を、理解しやすく、かつ、裁判所判例と実務法曹の見解にも一致した、「一連の諸命題」に転換する努力―といったものは、現実の法を明晰かつ効率的に解説するという要請により、全て、促成されるものであり、これらはみな「法学作品」の「記念碑的労作」を創出しようと望むような「著作者」の中に見出されるべき特質である。かりにもし英国においても、他国と同じように「常に自身の講義における生徒という聴衆を意識した法学者」によって「法学書」が編纂されていたとするならば、果たして、それ自身全く無意味な、「山積する注釈により」(pile after pile of notes)、言わば、判例が「層を為して」(in layer after layer)おり、山積するその「注解」の重みで自己崩壊してしまっているスミス『リーディング・ケース』のような「文学的奇形」(literary monstrosities)の成長を目撃することになったとは想像しがたいし、我々全員が経験したように、セント・レナード卿 Lord St. Leonards の「へそ曲がりの学識」<sup>(xxxii)</sup>に頭をかかえることになったとも想像し難い。また、各「法領域」が順に、その尊大性とあの手の手のやり方のみならず、その「洞察力の欠如」においても、負けず劣らず度を越した「著作家」たちの「厄災の如きその情熱」<sup>(xxxiii)</sup>の犠牲となるのを何世代にかけて、目のあたりにすることに

なつたとも想像はし難いのである。しかしながら、「著作家」と「教育者」——我らの当論文での目的のためにはこれらを区別する必要は無いのであるが——の「法」に対し有する計り知れぬ影響というものは「解説的分析」(exposition) というものの持つ、一般的に考慮されているよりも「はるかに強い影響力」というものによつても証明され得るかもしれない。この問題に関して、我々は、広範かつ多様な経験からの教訓を参照し得る。我々の「法学作品改革の要請」というものは正當に最も注目すべき「知的運動」もしくは「改革」と呼び得る現象の一面に過ぎない。この三〇年間で三人の天才が法学研究に新たな衝撃を与えてきた。マコーレー<sup>(xxv)</sup> Macaulay は新たな「法典化」(codification) の形式を創設したことで知られる。「歴史家」としてのマコーレーは確かに学派の「領袖」ではなかったが、「法改革者及び立法者」としては、恐らくはその名声が彼の歴史学の記憶より永続するであろう立法府による「諸種法典」の父祖としてのみならず、チャルマー氏 Mr. Chalmers の『為替法』(Laws of Bills of Exchange) やサー・ジェームズ・ステューブン Sir James Stephen 『刑事法提要』(Digest of Criminal Law) など「公式」のものではないものの、測り知れぬほど貴重な、全ての英国法の「ダイジェスト形式」の書物の父でもある。前出のチャルマー『為替法』は既に「立法府による「法」としての権威」(legislative authority) を獲得しており、後出のステューブン『刑事法提要』も、恐らくは、将来においてそれを獲得する運命にあるであろう。オースティン Austin は「法的な哲学的思索」(legal speculation) に新たな衝撃を与え、その見解を支持しない著作者たちや、公然と彼の「論理学的分析システム」(system of logical analysis) を採用しない著作者たちをも、彼らの自覚的意識を遥かに超えて影響を及ぼしている。サー・ヘンリー・メイン Sir Henry Maine は歴史学研究の新分野を切り開き、オースティンとともに「ローマ法」に対する公共的関心を再燃させた。これらの三者のうち二人は「大学教授」であるが、マコーレーは、彼の激しい「解説」

(explanation) への愛とその「例証」(illustration) への情熱を持って、「四季裁判所」(quarter sessions)、「巡回裁判」(circuit)、「ナイサイ・プライアス」<sup>(xxx)</sup>、「貴族院」(House of Lords) においてすら輝きを發揮する「法廷弁護士」の類型というよりは、「大学教授」の類型に遙かに近接したのである。しかしながら、仮にこれら三者の影響は「大学教授の教育」の影響を「間接的に」例示するものでしかないといわれるなら、我々はより広い見解を持つためにその視座を広げねばならぬであろう。ポティエ Pothier<sup>(xxxv)</sup>、サヴィニー Savigny<sup>(xxxvi)</sup>、ファンゲロウ Vangerow<sup>(xxxvii)</sup>、マンチーニ Mancini<sup>(xxxviii)</sup>、ブルンチュリ Bluntschli<sup>(xxxix)</sup>といった令名は、海外の法学者による偉大な作品を想起するに十分であるが、彼らの教説の結果もしくは体现であるところの各種「理論書」(treatises) 及び「法典」(codes) といったものは、多くの場合、多かれ少なかれ、彼らの「講義」から直接的に発展したものである。しかるに、我々が視点をより近く英国内に戻しその法的状況を検証すると、確かに、コモン・ローは本来受けてしかるべきその注意より遙かに少ない注意しか、英国内では、受けてはいないのである。

また、スコットランドは「判例集」に関する限り英国ほど潤沢ではない、しかしながら、ざっと観察しただけで、スコットランドは少なくとも「法学提要形式の理論書著作者」(institutional writers)<sup>(xxxix)</sup>を少なくとも二、四人は有していることが分かるし、同様の利点を持った英国の「著作家」で、彼らに比肩し得る者を見出すことは困難である。この研究に際して、私はスコットランド法史で現存する権威の中で最高の人物から、情報を得たのであるが、スコットランドにおける最高の「法学提要形式の理論書」というものは実のところ「講義」の産物であるとの事であった。ヒューム男爵 (Baron Hume)<sup>(xi)</sup> の『犯罪の定義及び処罰に関する注釈』(Commentaries on the Definition and Punishment of Crime)、ジョン・アースキン (John Erskine)<sup>(xii)</sup> の『スコットランド法の諸原理』(Principles of the Law of Scotland)

ジョージ・ジョーゼフ・ベル (George Joseph Bell) <sup>(Kit)</sup> の『スコットランド法の諸原理』(Principles of the Law of Scotland) は、みなすべてエジンバラ大学において為された「講義」の成果である。厳密な言葉の定義通りにはないにしても、実質、同様の事柄がスコットランド法の理論書の中でも最も著名なステア『スコットランド法提要』についても言及され得る。ステア卿はグラスゴー大学で学び、彼は「法学教授」であつたことは一度も無かつた。満足いくとはいへぬまでも、その事実に対する「十分な理由」は、前世紀初頭に至るまで、同大学には「法学教授職」そのものが存在しなかつたためであつた。しかしながら、あるステア卿の「伝記作家氏」から伝え聞いたところによれば、ステア『提要』の「哲学的部分」は、確実に、彼がグラスゴー大学の「理事」(Regent)であつたときにした「講義」に遡ることが出来るとの事である。

もしある者が、「ローマ法」に依拠した制度というものは、「英国法」に比べそれ自身で大学教授による解説により適しているであると示唆するとすれば、かかる示唆はすぐさま「事実に基づく抗告」(appeal to facts)に出くわし得ることとなる。この点に関して、そして実際のところ、合衆国における経験が、本講演の主題全般に関して、示唆に富んだものとなる。合衆国市民は、確かに、「衒学家」(pedants)ではないし、概して、「理論家」(theorist)でもないのだが、アメリカの各カレッジでは、現在、英国法が教えられており、それも、素晴らしい形で講義されているのである。もしあなたが「実務法曹」たるニューヨークにおける鋭敏な弁護士に対して、彼らの大部分がその生徒であるか、そうであつた「ドワイト Dwight <sup>(Kit)</sup> 教授の講義からは、知るに足る知識を全く学ぶことが出来ない」などと示唆しようものなら、アメリカの弁護士はあなた自身の面前でそれを「一笑」に付すことであろう。マサチューセッツ州の実務に従事している法廷弁護士は、「法廷実務に関する最良の準備」というものは、ラングデル Langdell 教授と

その同僚たちによるハーバード大学の「教室における勉強」であると、疑い無く、あなたに告げることであろう。留意されねばならぬのは、米国におけるこのような事態は一日、一世代のみの経験ではないということである。学識深く精確なケント『米法積義』はニューヨークのコロンビア・カレッジで「講義」として行われたものである。ストーリー『抵触法』(Conflict of Laws)『衡平法学』(Equity Jurisprudence)『代理法』(Law of Agency)といった一連の「作品」は、「英語」という言語で書かれた同種の著作中では最良のものであるのだが、実のところ、全て、ハーバード大学の「デーン講座教授」(Dane Professor<sup>(Litv)</sup>)として彼がなした「講義」の成果である。これに加えて、同じく米国においては、コモン・ローの「実務的知識」と「理論的解説」との間に「齟齬」が存在するというような考え方が鼓舞されたことは一度たりとも無かったということである。ケントは、「高位裁判官職」を引退して「大学教授」に就任した。ケント『米法積義』は、アメリカの法学著作者のうちでも最も高名な人物<sup>(Litv)</sup>により再編集され続け、ついには本家『積義』と同じく極めて有用性の高い「全く新しい作品」へと生まれ変わったのであるが、その作者は、当時ハーバードにおける「教授職」から栄誉あるマサチューセッツ州の「高等裁判官職」に転職したばかりの人物であった。ストーリーの「各講義」は、ストーリー自身が首都ワシントンにおいて飛びぬけて高名な「最高裁判所裁判官」であつた時に同時に行われていたのである。

これに対し、英国における経験はこれまでのところ「コモン・ローの大学教育」に好意的ではなかったと言ひ得よう。何世紀もの間、「コモン・ローの法学の」「教授職」という階級が存しなかった国においては、我々の「法学書」(law books)が他の国々とは違って「講義」の成果ではなかったという事実からは、なんらの確たる推論も引き出すことは出来ぬ。しかしながら、幸いにも、我々は、ここにおいて同様の法則を証するかかる「例外」を一つ有してい

る。当大学、当カレッジ(col)において、「英国文学」の中で高位かつ永久の地位を要求することの出来るある一つの「法学書」が生み出されたが、それは、元来はオックスフォード大学での「講義」であったということは、目下のところ、忘れ得ぬ真実である。かの「偉大な注釈者」(great commentator)<sup>(Krit)</sup>は、極めて稀な才能の配合を併せ持った人物であると、真実とともに力説し得る。彼は法廷の「耳目」をほしいがままとした高名な「法廷弁護士」の広範かつ実務的な「法経験」と、傑出した「文人」に期待さるべき「文学的手腕」及び「文体の洗練」を「統合」したのである。<sup>(Krit)</sup>彼の作品は、また一方で、今日の「法学教授」に要請されるまさにその通りのものでは必ずしも無かった。このことはまったくの「真実」である。ブラックストン『英法積義』が我々に与えてくれるのは、「そのまま模倣すべき雛型」(model for imitation)というよりはむしろ、「励みとなる実例」(an example for encouragement)である。それにもかかわらず、ブラックストンの『積義』を構成した「法学教授」の手になる「講義」の与えたまさに「顕著な影響力」というものは、目下の主題に関して我々がどのような経路から取り組もうともそこに行き着く、その「結論」の、ほぼ抗らい難きほど魅惑的な論拠ではある。現行法学教育制度の計りしれぬ「長所」及び明白な「短所」、コモン・ローを学ぶ若人らの「需要」、英国の「法学作品」(legal literature)を台無しにした様々な「欠陥」、それによりかかる「欠陥」が日々、矯正し除去されている「改革運動」(movements of reform)、ヨーロッパ大陸、スコットランド、アメリカ、それら全てにおける「経験」、そして、「英国自身」という参照し得る「特異な実例」(single instance)、これら全てを考え合わせれば、当初の「設問」に対しある「解答」が導き出せよう。「弁護士事務所でのリーディング」と「大学における教育」の間には何らの真の対立関係も存しない。教師が有能で、かつ、明晰に彼らの「教授活動」の「限界」及び「目的」を把握してさえいれば、「英国法」は、教授可能であるし、それも、他ならぬ、この英国の各大学

において教えることが可能である。

了

(i) Inner Templeを指すのか Middle Templeを指すのか、この表現だけではつきりしない。両者とも法曹学院の寄宿舎が、テンプル騎士団の敷地を間借りしていたことからその名がある。後に、ダイシーの所属していたミドル・テンプルへの具体的な言及があるので、恐らくは、ミドル・テンプルのことがダイシーの念頭にあったのであろうと推測される。

(ii) 原意はそのまま「羊毛袋、羊毛製の袋」であるが、英国貴族院の正面奥の国王席の前面にある中央の議長席(主要議壇)におかれている赤布で覆われた羊毛製のクッションもしくは座席をあらわす。一四世紀にエドワード三世が、フランスに対抗して、以降、彼の大法官が議会に臨席するときには英国の羊毛貿易の優秀性を象徴するため「羊毛袋」の上に座することを命じたことに由来する。そのことから転じて、「Lord Chancellor 大法官職」を象徴的に意味する。当初は文字通り袋状のクッションだったのであるが、現在では赤い小型ベッドほどの大きさの長方形のクッション状の座席で、その中央には、背もたれが配備されている。国王の臨席がない通常の貴族院議会(開会演説のときには女王自身が臨席しアドレスを読み上げるのでその限りではない)では、王権の象徴として、国王臨席の代わりに「ロイヤル・メイス」(Royal Mace: メイスは「戦闘用の棍棒」の事で権力の象徴)がこのウール・サック中央の背もたれの後ろにおかれる。つまり、大法官はウール・サックにおいて「王権」を文字通り「背負って」貴族院に臨席する。大法官席の正面にそれを上回るより巨大な赤いウール・サックが存在しており、国王臨席の State Opening of Parliament の時には、上院議員の中で裁判官の役割を持った Law Lords によって占められ、Judges' Woolsack と称される。このことから、貴族院の「貴族院裁判官」(Law Lords) のことを象徴的に「the wool sack」と称することもある。ゆえに、厳密にはこの場合、ダイシーが「大法官」を意味していたのか、「貴族院裁判官」を意味していたのか特定不能である。より可能性の高い「大法官」の方で訳出した。これに続く、引用部分を訳者らはどうしてもソースを

特定できなかった。それゆえ、大法官であるとしても具体的に誰なのかは現在のところ特定できないでいる。

(iii) 衡平法上の制度たる「差止命令」(injunction)に比喩した暗喩的言及であろう。全体のバランスを見ての実務上の端的な教員役弁護士からのアドバイスを大法官からの訴訟指揮に使われる「差止命令」に例えたわけである。自身が大法官たる高位実務法曹ならではの韜晦的暗喩であろう。

(iv) デービット・マクララン David MacLachlan 『商船契約論 A Treatise on the law of merchant shipping』に関する言及であろう。訳者らが参照できたのは第二版の David MacLachlan, *A Treatise on the law of merchant shipping*, (London, 2<sup>nd</sup> ed, 1876) である。初版は一八六〇年。ダイシーの時代は商船法についての非常に高名な実務書であったようである。ロンドンの Sweet and Maxwell 社で一九三二年の第七版まで版を重ねている。ダイシーの当記念講演が一八八三年に行われていることを勘案すると、時代的に合致する。次注以降で扱う今日でも著名なバイルスやアーノルドと違い、デービット・マクラランの名は今日の英米法学ではほとんど認知されていない。

(v) サー・ジョン・バーナード・バイルス Sir John Barnard Byles (11 January 1801 - 3 February 1884) に関する言及であろう。

John Barnard Byles, 『為替、約束手形、銀行券、小切手論』 *A Treatise on the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank-Notes, and Cheques*, (London, 1829). 契約法で有名なチティの弟子であり英国インナー・テンプル所属のバリスター、裁判官で有価証券論と自由経済論の大家として有名。

バイルスの有価証券論は、Chitty on Contract と同様に Byles on Bills の名称で当時から親しまれており、バイルスは自分の馬に Bills と命名して彼が来るよ 『Here comes Byles on Bills』バイルスがビルズの背にまたがりやってきたよ (※バイルス『有価証券論』のお出ました！と掛けた駄洒落) と冗談にしたことが知られている。Sweet & Maxwell 社から二〇〇一年には第二七版が出版されている。近代英米法の古典的名著の一つ。

(vi) サー・ジョゼフ・アーノルド Sir Joseph Arnould (12 November 1813 - 16 February 1886) は英国とインドの裁判官、作家、ジャーナリスト、詩人。オックスフォード大学で自由学芸で学士号をとった後、ミドル・テンプルに所属し法曹資格を取

得、デイリー・ニュース紙で数年記者として働いた後、一八五九年にボンベイ最高裁の判事に任命される。Joseph Arnould, *Law of Marine Insurance* として一八四八年に初版が出された本書もテイヤバイルス同様、一五〇年以上も版を重ねてきている英米法実務の伝統的古典である。Arnould's *Law of Marine Insurance and Average* アーノルドの『海上保険、(共同)海損法』として知られる。二〇一三年四月にも Sweet & Maxwell 社から第一八版が出された。

(vii) 一九世紀後半 Robert Alexander Fisher により、英国で継続出版されていた辞書型の実務判例要覧。特に一八七〇年から一八八〇年にかけてのものが著名である。Fisher は一八七九年に他界。

(viii) ヘンリー・ジョージ・リデル Henry George Liddell (6 February 1811 - 18 January 1898) / ロバート・スコット Robert Scott (26 January 1811 - 2 December 1887) / ヘンリー・スチュアート・ジョーンズ Henry Stuart Jones (15 May 1867 - 29 June 1939) によって編纂された『古典ギリシャ語辞典 A Greek-English Lexicon』。Liddell=Scott=Jones の頭文字を取り、L S J とも愛称される。Oxford University Press から出版。初版は一八四三年で、現行版は第九版の一九二五年版で以降、現在まで Supplement が増補され発売されている。現在でも古典ギリシャ語研究には不可欠の辞書である。初学者にとっても最初に目につくものだが「当初はどうにも扱いに困る」という点では共通している。

(ix) バリスターの事務所に「送り込まれて来る」の文言から、前段階としての所謂「事務弁護士」ソリシターのことであろう。古い時代に英国ではソリシターのことを attorney と称した時期があった。ここでは、「ソリシター」の訳である「事務弁護士」と訳したが、本来の「ソリシター」は「衡平法部門」のみを管轄し、一八七三年『最高法院法』Supreme Court of Judicature Act 1873で教会法、海法分野の proctor と attorney、旧ソリシターが統合され、現代でいうところの solicitor 「事務弁護士」(solicitor of the Supreme Court) となった。ダイシーが当論文を書いた一八八三年は、既に、この改革後であるが、恐らくは一九世紀で一八七三年司法改革以前の「衡平法専門の旧ソリシター」とは区別されたコモン・ロー専門の事務弁護士」たる、ダイシー自身が訓練を受けた時代の attorney をイメージしているものと思われる。R. Robinson, *The Attorney in 18<sup>th</sup> Century England*, (1959).

一九世紀には、事務弁護士の「attorney」に対して、バリスターはしばしば「counsel」と称されるが、これもQC「勅撰弁

護人資格 Queen's Counsel」などを有した「高位裁判官」(つまり国王の「諮問官」(Counsel))としての「裁判官職」などより古い意味に繋がる)などを意味する場合もあり、当論文でも厳密には特定不能な箇所がある。

アメリカでは「事務弁護士」と「法廷弁護士」の区分はなく、「弁護士」は全て attorney と呼ばれ、ダイシーの頃から現在に至るまでそうである。当論文の後半でアメリカの教育について言及する際に「attorney」として語られているのは「弁護士」と訳してある。

(x) 恐らくは、「チャールズ・ボーウェン卿」<sup>1)</sup> Lord Charles Bowen; Charles Synge Christopher Bowen, Baron Bowen QC, PC (1 January 1835 - 10 April 1894) への言及であろう。グロースターシャーの「ウラストン(ウルストンとも)」(Woolston) 出身で、オックスフォードの「ベイリオール・カレッジ」で「給費生」として学び、一八五八年には同カレッジの「フェロー」となる。以降、一八六一年にロンドンに移りリンカーンズ・インに所属しながら実務法曹として始めたが、最初はまったく振るわず、『サタデー・レビュー』や『スペクテーター』という雑誌に小説を投稿し始めむしろ「小説家」(novelist) として成功した。しかしながら徐々に法律業にも頭角を現し、一八七九年には女王座部の裁判官となり、一八八二年には「控訴院裁判長」(Lord Justice of Appeal) 一八九二年には辞職したハンネン卿 Lord Hannen の後を継いで、ボーウェン男爵 Baron Bowen として「貴族院裁判官」(Lord of Appeal in Ordinary) に任命されたが、この当時には既に健康を害しており、「貴族院裁判官」(Law Lords) として実際の判決に参加することはなかった。「合理的注意義務違反」の認定に際し、「一般的教育を受けた架空の常識人」として「The man on the Clapham omnibus クラハムのオムニバスに乗る人物」という表現を案出したことで有名。

この表現はウォルター・バジエット(バジエットは誤り)の『英国憲法論』における“Public opinion .. is the opinion of the bald-headed man at the back of the omnibus”「世論とは…乗合馬車の後ろにいるようなやかん頭の見解のことである」に影響を受けたとも言われている。この場合の「omnibus」とは「だれによっても omnibus」乗れる「乗合馬車」とか「公共バス」「トラム」などの時代があった表現である。つまり、「勤め人の多い南ロンドンのクラハムの乗合馬車に乗りあわせているような一般人」という意味である。二〇世紀前半まではコモン・ロー圏の裁判ではよく使われた表現である。地域的バリエー

ンもあり、オーストラリアでは「ボンディ・トラムの男 the man in Bondi Tram」とか「バーク・ストリート・トラムの男 the man on the Burke Street Tram」とか、かつての「英領香港」では「筲箕灣トラムの男 the man on the Shaukiwan Tram」などの表現が使われた。このように、洒落の効いた茶目っ気の多い人物であつて、様々な「創作的」工夫をコモン・ローにもたらしたようである。ここでのダイシーによれば「想像力に富んだ法実務」(imaginative practice)と称され、「悪評高く模倣者が続かなかつた」とされるが、実際は、このように影響を行使し続け、現代の英米法に国際的に足跡を残している。

ダイシーの一六年後の別論文『アメリカにおける英国法教育』では、名指しで肯定的な例として出されており、その間にダイシーが彼に対する認識を改めたものか、興味深い。一八三五年生まれのダイシーと同じ年の名物判事で、当論文が書かれた一八八二年には「控訴院裁判長」に指名されており未だに出世の途中である。(ポーウエンのかかる傾向は一つには世代的にメイン『古代法』(一八六一年)に影響を受けた世代であり「Legal Fiction (法的擬制)による法革新論」を自覚的に意識していた裁判官でもあつたことであろう。既に訳出したダイシー「コモン・ローの発展」を参照。)「Traditions were at one time current of a Counsel, better known as novelist than as a lawyer」とぼかして、恰も「伝説」のように語っているが、ダイシーの同時代人それも同い年の人物であり、「韜晦的暗喩」でありダイシー独特の「抑制されたユーモア」でもあるのか。当時の「聴衆」はみな誰のことか分かつたはずである。

(xi) 初代エルドン伯爵であつた法廷弁護士であり裁判官、庶民院議員でもあつたジョン・スコット John Scott, 1st Earl of Eldon (4 June 1751 - 13 January 1838) の事。一八〇一年から一八〇六年と一八〇七年から一八二七年の二回、大法官を務めた。保守党の政治家であり、当時のフランス革命とナポレオンの敗走によるウィーン体制への復帰の中で、自由主義的改革に反対した人物としても知られる。

(xii) ジョン・キャンベル John Campbell, 1st Baron Campbell (17 September 1779 - 24 June 1861) は一九世紀に活躍したスコットランド出身の裁判官であり自由党の政治家で、文人としても知られる。セント・アンドリューズ大学で学んだ後、リンカーンズ・インで法曹教育を受ける。一八二七年には上級法廷弁護士 (silk) となり、一八三〇年には庶民院議員となり不動産法、地方自治法の改革などに取り組んだ。彼の改革は基本的に煩雑になりすぎた法的技術性を単純化し現代化することに

あったと言われる。法務次長（一八三三―四年）、法務総裁（一八三四―四一年）、女王座部の首席裁判官（一八五〇―六一一年）を経て大法官（一八五九―六一一年）となり死去まで順調な出世を遂げる。ナイサイ・プライアスの主に陪審裁判に関わる四巻組の判例集でも有名。

エルドン卿の次の世代の有名な大法官である。『文書誹謗法』 Libel Acts 1843 & 1845 『死亡事故法』 Fatal Accidents Act 1846などは「キャンベル法」とも称される。

(xiii) 初代ウェストバリー（ウェストベリー）男爵ことリチャード・ベセル Richard Bethell, 1st Baron Westbury (30 June 1800 - 20 July 1873) の事。自由党の政治家であり、一八六一年から一八六五年まで、大法官を務めた。エルドン卿やキャンベル卿ほど有名ではないが、キャンベルに次ぐ偉大な大法官。当箇所での言及は一九世紀の主たる大法官の「時系列順」であることが分かる。

(xiv) 直訳する *ad verecundiam* 「尊崇 (verecundia) への」訴求 (appeal)。より一般的には「権威からの議論」 Argument from authority (Argumentum ab auctoritate) として知られる古来より伝統的『詭弁論理学』で提示された詭弁の形式。つまり、「事物の真実性」に基づく議論ではなく、あの権威ある人がそのように言っているのだから、それは真実であると主張する詭弁の形式である。ここではマンスフィールド卿など錚々たる法律家が教育を受けた制度であるから批判の対象外であるという権威主義的議論を指す。自由主義者であるダイシーは、そもそもそんな理屈は常識からあり得ないと、切って捨てている。

(xv) 現代の「株式会社」の元ともなった英米法上の制度であるが、定訳は存在せずカタカナで言及されるのが通例である。一応、「連結株式会社」という訳を当ててみた。元々は、「法人格」が認められていなかったところに特色がある。一九世紀初頭は法人格のない会社、もしくは組合で、譲渡可能な持ち株証券を有するものをこのように称したが、一七二〇年 Bubble Act で規制を受けた後 Joint Stock Companies Act 1844及び Limited Company Act 1855により、実質、法人格を有した有限株式会社として現在英国では扱われている。アメリカでは現在でも法人格を持たないが、持ち分証券を流通させている営利企業を言い、法人格を持たない partnership 「組合」と法人格を有する company 「会社」との中間的形態として存在している。

(xvi) ここでは、「二五から三〇年前」と幅をもたせているが、ダイシーは辞任のための特別記念講演「ブラックストンの『英

法積義』においては、この年号を一八六一年と確定し、メイン『古代法』が出版され、オースティン『法理学の範囲の確定』がサラ婦人の努力で再販された年だと説明している。その場合、当論文が一八八三年なので、明確に二二年前ということになる。ただし、今一人の「法学革命」の立役者マコーレーの業績については年代的に特定して扱いつらいので、辞任講演では同様に触れられているものの少し分けて論じられている。

(xvii) chose in action は、債権的訴権により担保される「物 chose」という意味で、それだと「債権的物権」という意味不明な訳語になるので、「債権(的財産)」「訴訟による実現可能財産」「無体動産」「債権的権利」などと訳される。対義語として chose in possession がある。コモン・ローの用語の混乱の例としてダイシーが指摘するのも首肯される。

(xviii) 権限を有する裁判所により「確定された金額を強制的に支払う債務」。「記録」(record) というのは裁判所により保管される「記録簿」で、判決に伴いそこへの記入により法律上当然に支払い義務を生じるものを言う。ローマ法の「出納簿」への記入による「文書契約」や大陸法の確定判決を同等の効力をもつ「公証人証書」を足して二で割って裁判所の判決作用を関与させたような制度である。当事者の自由意思による「合意」ではなく厳密には「債務」であるが「契約」ですらない。ゆえに、ダイシーの批判はもっともであろう。

(xix) 小チティ Joseph Chitty, the Younger (1796-1838), *A Practical Treatise on the Law of Contracts, Not Under Seal*, 2 vols, (London, 1<sup>st</sup> pb, 1826). への言及である。Chitty on Contract の愛称で知られ今日まで版を重ねる。

(xx) Charles Greenstreet Addison, *A Treatise on the Law of Contracts*, (London, 1845) への言及。

(xxi) 道徳神学者であり功利主義者でもあったウィリアム・ペイリー William Paley (July 1743 - 25 May 1805) への言及である。彼の主著の一つ『道徳及び政治哲学の諸原則 The Principles of Moral and Political Philosophy, (1785)』は、ダイシー『憲法序説』でも引用され一九世紀を通じて英国で最も読まれた「自然神学書」とも言われる。

(xxii) 一九世紀のアメリカの法律家ジョン・ウィリアム・ウォレス John William Wallace (February 17, 1815 - January 12, 1884) への言及。アメリカ合衆国最高裁判例の第七代目の判例報告者として一八六三年から一八七四年まで勤めた。自身も「英国の歴代判例報告者 (reporters)」について叙述した『判例報告者』(The Reporters) (Philadelphia, 1774) で有名。ハバ

でダイシーが言及しているのはこの作品である。

(xiii) 実務法曹の中で、現実に法廷に出て弁論による弁護活動をしたり、法的意見を出すこと無く、高度に技術化した「訴答」pleadingに特化した法曹を「特別訴答人」special pleaderと称した。「特別」というのは「訴答に特化した」という意味である。その多くは法廷弁護士（バリスター）の資格を持った「プロ中のプロ」であったが、法廷で実際の弁護に立たないためバリスターの資格を必ずしも有している必要はなかった。そのため一八世紀から一九世紀の近代では弁護士資格を持つ以前に「特別訴答人」special pleaderとしてその事務所働くことが一般化していたようである。「前世紀においてコモン・ローにおける高名な法律家で、「特別訴答人」(special pleaders)によって訓練されてこなかったものは誰もいなかった。」とダイシーが述べているのはこの「弁護士資格を持つ以前」に「弁護士資格の必要ない特別訴答人事務所」で「訴答」の修行を積むという法曹学院の「reading in chambers」以外での実務法曹教育の伝統に言及しているものと思われる。本パラグラフでのpleaderは明確に「特別訴答人」のことであるが、それ以外では、「バリスターの旧称」ぐらゐの意味で使用されており、「訴答人」と訳したが、この意味でのpleadは狭義の技術的「訴答」(pleading)より「訴訟行為・法的嘆願」を意味する広範な意味である。

(xxiv) 後者は、小山貞夫『英米法律語辞典』での新訳による。この項目の解説は従来の田中英夫『英米法辞典』より多く力が割かれている。

(xxv) 『詐欺防止法』一七条は当時のホットトピックであったようで、一八八五年に創刊されたLaw Quarterly Review 第一号の最初の論文がフィッツジェームズ・ステイブンとポロックによる『詐欺防止法』一七条の分析とその改正案の論文である。James Fitzjames Stephen & Frederick Pollock, "Section 17 of the Statute of Fraud, redrawn and illustrated", *Law Quarterly Review*, 1 (1885), pp. 1-24. 因みに、この刑法学者ステイブンとはダイシーの母方の六歳年上の従兄弟であり、その下のダイシーより三歳年上の従兄弟がDNBの主幹でレズリー・ステイブンである。『詐欺防止法』一七条本文は何度も改正を受けているため、原文を探するのが困難であり、訳者らも難航したが、上記のLQR論文内に含まれている。ここで、ダイシーが述べているのは、現実の占有の「引き渡し」(traditio)を必要としない「actual receipt」の理解に関するサヴィニー『占有論』の影響であろう。所有と占有の文理という権利論の難しい問題を扱うサヴィニー『占有論』は、現実による占有と「自主占

有」などに関わる引き渡し意思を分離し、この簡易の占有たる「事実上の引き渡し (actual receipt)」をローマ法本文のパウルス文 D. 41.2.1.21: ‘Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.

「仮に、その時に物が現在している場合に、売り手に対し私の代理人に物を引き渡すように私が命令した場合には、プリスクスは、私に対し引き渡しが行われたものとみなされるが、それは私が債務者に対し他の者に金銭を与えるように命令した場合も同様であると述べる。なぜなら柱など大きな重さのために移動できない物の場合に、現物を前に合意するだけで、引き渡されたものと理解される事に例証されるように、占有を得るためには、有体物による接触は必要なく、視認と意思にのみでも可能であるからであるからである。同様にして、ワイン蔵の鍵を買主に引き渡した場合も、ワイン自体が引き渡されたものと見なされる。」を利用して論じている。つまり、動産であるが簡単に動かすことが無理な「柱」などは、実際に「目で (oculis) 見て「体素」としての占有を満たし」、「心素」として自己の占有を相手方に移転する意思 (affectus)」を有するだけで十分であるとしたのである。この「*possessio naturalis*」(自然上の占有)と「*possessio civilis*」(ローマ市民法上の占有)を分離する理論が「売買文書を作成」していない場合の「対価的牽連性確保」の保護要件として『詐欺防止法』一七条で触れられている「正式の占有引き渡し」ではない「事実上の引き渡し (actual receipt)」とは一体何かの難題を判例法で確定したが、恐らくはこのことを意識しているであろう。サヴィニー『占有法』(一八〇四年)は一八四八年にアースキン・ペリー Erskine Perry によりサヴィニー生前の最終版第六版の英訳が出され、英国の判例でも引用されている。ダイシーが読んでいたのはこの一八四八年版ペリー訳であろう。ダイシーに影響を与えた、オースティンもサヴィニーの『占有法』については絶賛している。

サヴィニーの『占有法』に関しては、小菅芳太郎「サヴィニー「占有法」雑感」『北大法学論集』, 23 (2) (1972), pp. 218-

236：吉原達也「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」というローマ法準則・再考・サヴィニー『占有法』における占有概念をめぐって」『広島法学』，35 (2) (2011)，pp. 1-25.

(xxvi) ここで「法学作品」と翻訳した *Legal Literature* という用語はダイシーにとって独特の含意を有する用語であり、論理的に首尾一貫した「理論書」であると、同時に、「文学作品」としての資質も有していることが要求される。既に我々が訳出した、ダイシーのオックスフォード大学のヴァイナー教授位「離任時」の記念論文「ブラックストンの『英法積義』」でも、ダイシーは *legal literature* の先駆的作品としてブラックストン『英法積義』をあげ、その中で、ブラックストンの「文体」(style) について長々と論じているが、このあたりの感覚は、法学専門用語を「外国語の翻訳用語」で日常の日本語とは隔絶されたものとして、日本語の美的特質を「敢えて無視してきた」日本法学の伝統とは全く異なる。その時は、*legal literature* に「法的文学作品」という訳語を当てた。ダイシー自身の代表作である『憲法序説』にもそのような「文体上」の美意識が透徹しており、ダイシーが『憲法序説』の毎回の改定により手を入れつつけることを嫌い、最終的に *Introduction* により後の法改定を包括的に扱う手法に落ち着いたのもこのような「文体論的美意識」に基づく。「法学作品」の「作品」と訳した「作品性」の中に「文学的作品性」もダイシーの用語法では含意される。

(xxvii) この要請は、ホールズワースの大著『英国法の歴史』*A History of English Law* で満たされることとなる。ダイシーの辞任記念論文では *Reeves' History of the English Law* への言及が見られ、この部分も対応している。メイトランドの有名な記念論文 *Why the History of English Law is Not Written*, (London, 1888) を参照。

(xxviii) 同僚のアンソン及びポロックの契約法の新しいタイプの理論書について述べている。両者ともダイシーの若き同僚であると同時に、このヴァイナー教授位の座を争った競争相手であった。アンソンの『契約法』は明治時代に本邦でも安氏『契約法』として親しまれたほか、アンソンはダイシー『英法積義』と競合する形での『英国憲法』の理論書でも有名である。ポロックはポロック&メイトランドの腐朽の名著で法制史家として著名なほか、その「原則」に注目した『契約法原則』でも高い評価を受けた。この三者は言わばオックスフォード大学の法学部における三羽鳥のような形で一八八五年の *Law Quarterly Review* の創刊・運営にも関わり終始、緊密な学問的關係を保持しつづけた。

- (xxix) *Treatises* をいっくでは「理論書」と訳した。本来はラテン語の「tractare 論ずる・学問的に論ずる」という動詞から派生した「tractatus」という言葉から派生した。一四世紀のバルトルスの時代前後から tractatus という形式が現れ、それまでの「テキストの序列」に基づいた「注釈型」それに続く「注解型」の形式から、「特定の主題」についてまとめて論ずる「理論型叙述」への端緒が見られる。中世ローマ法の文脈では「単行論文」や単に「論」と tractatus は訳されることが多い。しかしながら、近代における英語の treatise の用法は一八世紀広範に出されたロベール・ポティエの各種主題についての理論書である *Traité de l'Anglais* としての影響が大きいであろう。特に一八〇四年初版の David Evans 翻訳 *of the Law of Obligations, or Contracts. Translated from Pothier, 2 vols* の影響は大きい。コモン・ローにおける近代的な「理論書法的学書」の登場は一九世紀に始まった。その意味で一貫して当論文では「理論書」と訳し、後ろに英語を付した。一九世紀英国・米国ではこのような影響も有り、新しい理論書形式の書物として、様々な *Treatise* の名を冠する書籍が出版されていた。
- (xxx) この部分も先に訳したダイシー「ブラックストンの『英法積義』」と対応しており、同論文ではヘンリー・ジョン・ステイブン・スミス Henry John Stephen Smith (2 November 1826 - 9 February 1883) の名が語られ詳しく解説が為されている。ここで暗示されているのは *A Treatise on the Principles of Pleading in Civil Actions*, (London, 1824) である。Henry John Stephen は優れた数学者であり論理学者、古典学者であつて、その論理的思考を「訴答」という最も複雑な実務領域に適用、理論化したことで知られる。現在でも彼の評価の根本部分はダイシーの論文に依っている。ステイブンはブラックストン『英法積義』を編集し注解を付けアップデートし実質上別作品へとした『新英法積義』の注釈者として有名である。ダイシー本論文で名前を伏せているがホームズの注解によりケント『米法積義』が実質上新しい作品へと生まれ変わったと評価している(訳注<sup>xviii</sup>)ホームズの解説と訳文本文の該当部分を参照)のは、おそらくこのステイブンの『英法積義』を意識していることであろう。
- (xxxi) ウールリッック・フーベル Ulrik (Ulric) Huber (March 13, 1636 - November 8, 1694)。一七世紀に活躍したオランダ・フラーネカー大学の法学教授であり、政治哲学者、歴史学者、弁論術学者。フラーネカー、ウトレヒト、ハイデルベルクなどに学び若い頃からフラーネカー大学の弁論術と歴史学教授として務めた後、一六六五年に同大学の法学教授に就任した。今日ではビー

ル Joseph H. Beale などの紹介によりバルトルス「衝突法」の理論のほうが著名であるが、「国際私法の祖」としても知られる。ここで言及されているのは、その面での名著 Ulrich Huber『様々な帝国における様々な諸法の抵触 *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*』(1684) フムムム。Ernest G. Lorenzen, “Huber’s *De Conflictu Legum*”, *Illinois Law Review*, 13 (1919), 375 中。焔場準一「ウールリクス・フーベルス『法抵触論』注解」『一橋研究年報』59 (5), (1972), pp. 63-381. 一七世紀のフーベル以降、国際私法の分野で有名だったのは一九世紀のサヴィニーであった。英米法圏の Joseph Story, *Commentaries on the Conflicts of Laws*, (1834) や、ダイシーの『本拠地法 (The Law of Domicile as a Branch of England, (1879))』とそれを発展させた『国際私法論 A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws (1898)]』もそのようなフーベルやサヴィニーによる国際的潮流の延長線上にある。本論文は一八八三年に書かれ、有名な『憲法序説』(1885) は既に出版されていた『本拠地法 (1879)]』の次に書かれた。その意味でダイシーの国際私法への関心が強く反映されていると言えよう。この国際私法に関する部分だけは、離任記念論文とは明確に異なる。

(<sup>xxxii</sup>) 初代セント・レナード男爵 (卿) であったエドワード・サグデン Edward Burtenshaw Sugden, 1st Baron St Leonards PC (12 February 1781 – 29 January 1875) への言及である。

(<sup>xxxiii</sup>) 若干、表現自体は修飾過多で分かりづらい嫌いがあるが、要するに、一八世紀から一九世紀を通じて行われた功利主義者たちによる法学の各分野への執拗な攻撃にうんざりしていたのをかかると表現でダイシーが当てこすったものであろう。

(<sup>xxxiv</sup>) トーマス・バビントン・マコーレー (マコーリーとも) Thomas Babington Macaulay, 1st Baron Macaulay (25 October 1800 – 28 December 1859) は一九世紀の英国を代表する歴史家であり、立法家、政治家。典型的なホイッグ史家として知られる他、法律家としての彼の提言がインド刑法典 (一八六〇年)、インド刑事訴訟法 (一八七二年) として結実したことも有名。

(<sup>xxxv</sup>) 「ナイサイ・プライアス」一九世紀、特に Judicature Act 1873 以後には「王座部 King’s Bench Division」で判決される審判すべてをさす用語となり、二〇世紀には地方の巡回裁判所で中央から派遣された裁判官の前で審理される判決を意味するようになったが、一九七一年に巡回裁判所が廃止されて以降は使われることがなくなった。时期的に前者の意味でダイシーは使

用している。本来は、一二八五年『ウェストミンスター第二法』(Statute of Westminster II 1285)により「民事事件の事実審」の第一審は地方の巡回裁判所で行われるように規定されており、その原告の居住地のある地方の巡回裁判所で「ある期日以前に nisi prius (聴聞が)行われなかったならば」ロンドンに陪審員たちが出頭するようにと命令するシェリフ名義の「礼状」(writ)の「最初の二文字」がこの名称の由来である。陪審の後、一度、原審の地方巡回裁判所に差し戻された後、もう一度財務府裁判所へ上告も可能であるという流れであった。一八七三年の司法改革以後は、すべての民事裁判はこの「ナイサイ・プライアス」で行われることが必須となり、かつ管轄が、「王座部」へと移行しその管轄権の俗称として用いられるようになった。

(xxxvi) 原典では Wangerow とあるが、Wangerow で誤植であり、音韻からくるダイシー本人のミスであろう。カール・フィリップ・アドルフ・フォン・ファンゲロウ Karl Philipp Adolph von Vangerow (June 5, 1808 - October 11, 1870) は、マールブルク及びハイデルブルク大学のローマ法教授。一八四〇年以降、死の一八七〇年に至るまで三〇年間ハイデルブルク大学のローマ法教授を務めた。一九世紀後半を代表するパンデクテン法学者の一人。彼の『パンデクテン教本』はアルンツやウィントシャイトの『パンデクテン教本』と同様に一九世紀末から二〇世紀初頭にかけての英国のローマ法学者には広く読まれた。

(xxxvii) イタリアの国際法学者であり政治家。バスクアーレ・スタニスラオ・マンチーニ Pasquale Stanislao Mancini (March 17, 1817 - December 26, 1888) への言及か。ナポリ大学の教授を務めた。一九〇四年にノーベル平和賞を機関として受賞したベルギーの「国際法機関」(Istituto di diritto internazionale) の初代所長も務めた。

(xxxviii) ヨーハン・カスパー・ブルンチュリ (本邦では上記の音で通用している。今回、調べた限り実際の発音はブルンシリヤブルンシュリに近いが、確信を持ってないので慣用に従う。) Johann Caspar (also Kaspar) Bluntschli (March 7, 1808 - October 21, 1881) はスイスの法学者であり政治家。チューリッヒに石鹸・蝋燭工場主の息子として生まれ、同地の「政治学院」(Politische Institut) を卒業後、ベルリン大学とボン大学で学び一八三〇年に法学博士号を取得。同年、『チューリッヒ市憲法論 Über die Verfassung der Stadt Zürich (1830)』と『民衆と主権者 Das Volk und der Souverän (1830)』を相次いで出版。一八三七年にはチューリッヒ大議会の議員となる。一八四八年にはミュンヘン大学の憲法学教授に就任し、『国家学概説

Algemeines Staatsrecht (1851-1852)』『近代国家論 *Lehre vom modernen Staat* (1875-1876)』を出版する傍ら法改革を手がけ『*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* チューリッヒ州私法法典』(1854-1856) も出版。一八六一年にはハイデルブルク大学の『国家法』教授に就任、『一般国法学及び政治史 Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik (1864)』を出版。一八六六年のオーストラリア・プロイセン戦争に際しては『近代戦争法 Das moderne Kriegsrecht (1866)』『近代万民法 *Das moderne Völkerrecht* (1868)』など国際公法にまで著作を出版した。上述のマンチーニと同じくルギーのгентトに一八七三年に設立された「国際法機関」の設立者の一人でもある。

(<sup>xxxix</sup>) J. W. Cairns, "Institutional Writings in Scotland Reconsidered", *Journal of Legal History*, 4 (1983), pp. 76-117. 角田猛之「近代スコットランド法思想研究: Lord Stair の法思想 (一)」『中京法學』19 (2) (1984), pp. 1-24, 「近代スコットランド法思想研究: Lord Stair の法思想 (二)」『中京法學』19 (3) (1985), pp. 22-50. 角田論文 (一) において、institutional writer の語は英語のまま、訳語は与えられていない。

(x) David Hume (1757-1838) スコットランド法をユ帝『法学提要』のスキームに準じて包括的に叙述した Institutional writer の一人。同時代の同姓同名の哲学者 David Hume (1711-1776) と区別するために、通常こちらは、「バロン・ヒューム」と称される。哲学者の David Hume の甥に当たる。一七八六年から一八二二年までエジンバラ大学のスコットランド法教授 (Professor of Scots Law) を務める。主著は『スコットランド判例集』*Reports of Decisions, 1781-1822* の他、こうで言及されている *Commentaries on the Laws of Scotland respecting Crimes* (1797-1800)。

(xii) ジョン・アースキン John Erskine of Carnock (1695-1768) スコットランドの名門アースキン家に生まれ、一七一九年に法曹資格取得。一七二七年から一七六五年までエジンバラ大学の Professor of Scots Law を務めた。主著は『*Principles of the Law of Scotland in the order of John Mackenzie's Institutions of that Law*, (1754)』。これは一九二〇年代までスコット法の標準的な教科書として版を重ね、利用された。晩年には四巻組のより大部の *The Institutes of the Law of Scotland* にも着手しており彼の死後、一七七二年に出版され、一八七〇年には第八版を数えた。

角田猛之「ジョン・アースキンの法概念論」(内容は英文原稿: JHON (※ママ) ERSKINE'S CONCEPT OF LAW;

BASED ON "AN INSTITUTE OF THE LAW OF SCOTLAND" (8th. ed. 1871) 『中京法學』 23 (1) (1989), pp. 1-31.

(xlii) ジョージ・ジョーゼフ・ベル George Joseph Bell (26 March 1770 - 23 September 1843) はスコットランドの実務法曹 (advocate) であり、法学者。一八二二年から一八四三年までエジンバラ大学のスコット法教授 (Professor of Scots Law) を務めた。一八〇四年に彼は *A Treatise on the Law of Bankruptcy in Scotland* を出版したがこれを増補・加筆したのが一八二六年の *Commentaries on the Law of Scotland and on the principles of Mercantile Jurisprudence* である。あまり知られていない事実であるが、海を越えて、同作品はアメリカ法の創成期の法学者、ケントやストーリーに絶賛を受けた。一八三一年にはスコットランド最高裁の裁判長に任命される。アースキンと同名の *Principles of the Law of Scotland* も出版しており、長い間、スコットランド法の標準的教科書として読まれた。ダイシーが強調している「原則」principles という言葉が題名に入っていることを注意されたい。

(xliii) テオドア (シオドア) ・ウィリアム・ドワイト Theodore William Dwight (July 18, 1822 - June 28, 1892). アメリカの法律家であり教育家。古典学の教師として働いた後イェール大学で法学を学び一八四五年に法曹資格。一八四二年から一八五八年までハミルトン大学で、法学、歴史学、政治学、社会経済学の教授として働いた後、一八五八年に新設されたニューヨークのコーンビア大学「法学部」に教授として招聘されるが、一八七三年にコーンビア大学ロー・スクールとして改変・拡大されるまで同校の唯一の教授であった。謂わば、コーンビア大学ロー・スクールの生みの親である。ドワイト・メソッドと言われる法学教育を実践し、理論書の学習、判例学習、模擬裁判の三者を組み合わせた一種のケース・メソッドを展開していたことで知られる。ハーバードの教育改革がランゲデルの「ケース・メソッド」により行われたとすれば、コーンビア大学ロー・スクールの教育改革はほぼ同年代のドワイトにより推進されたと言える。ランゲデルより四歳年長である。

(xliiv) ハーバード大学の卒業生ナーサン・デーン Nathan Dane の寄付によって一八二九年に設立された教授位で、最初の Dane Professorship にデーン自身がストーリーを名指して任命したことで有名。一八二七年時点では、ハーバード・ロー・スクールは教師一人、生徒一人にまで衰退していたと言われるが、この教授位の設立とストーリーの努力でハーバード・ロー・スクールの教育は蘇ったと言われる。この「寄附行為」に関しては、当時の *The American Jurist and Law Magazine*, 2

(1829), pp. 189-192に詳細が語られるほか、ストーリー自身の就任記念論文が小冊子で、Joseph Story, *A discourse pronounced upon the inauguration of the author, as Dane Professor of Law in Harvard University, on the Twenty-Fifth Day of August*, (Boston, 1829) として出版されており参照可能である。

(xlv) 経歴から推察するにオリバー・ウェンデル・ホームズ (※ホウムズとも) Oliver Wendell Homes Jr. のこと。一八八二年ハーバード大学教授に就任。同年から一八九九年までマサチューセッツ州最高裁判所裁判官に就任しているのでダイシーの記述が正確なら一八八二年のことであろう。つまり、当論文の「前年」のことである。一八七〇年のブライスとのアメリカ旅行に際して、ダイシーの従兄弟のレズリー・ステイブンの紹介でホームズはダイシーと会っており、友人関係にある。上のボズウェルの例にも見られるように、ダイシーの当論文では、「良く知っている人物の今現在の話」を「遠い過去の伝説のように話す韜晦」が散見されるようである。

(xlvi) この特別記念講義がなされたオックスフォード大学オール・ソールズ・カレッジ (All Souls College) の事。ダイシーの就任した「ヴァイナー教授位」はオール・ソールズ・カレッジ付属の教授位として創設された。現在でも学生は一人も所属しておらず、学者のみが所属しており、オックスブリッジの中でも、ある種特殊な閉鎖性の高い特権的「学寮」(college) である。

(xlvii) 「かの偉大なる注釈者」(the great commentator) は、ブラックストンの名著『英法積義』からの「二つ名」である。離任記念論文でも同一の表現が見られる。

(xlviii) この一文に、二六年後の離任記念論文「ブラックストンの『英法積義』」によるダイシーのブラックストン評価が端的に濃縮されており、ここでもダイシーの見解に強い整合性が見られる。

