

論 説

‘Law as Science’ 論と 19世紀アメリカ法思想 (二)

—— ラングデル法学の意義 ——

松 浦 好 治

〔目 次〕

- I. 序 論
- II. 法の「専門性」と ‘law as science’
- III. ベーコン流科学観と ‘law as science’
 - (1) 法学の構想に対するベーコン流科学観の影響
 - (2) ラングデルの ‘law as science’ 論の特質 (以上16巻2号)
- IV. 法律家による法の支配と ‘law as science’
 - (1) 法典化論争と ‘law as science’ 論
 - (2) 法律家支配の限界——奴隷制と法実証主義 (以上本号)
- V. 法学教育と ‘law as science’
 - (1) ロー・スクール (law school) と法学教育
 - (2) ケース・メソッドと ‘law as science’
- VI. 法学的知識の理論化と ‘law as science’ 論
 - (1) 法学教育と法学的知識の理論化
 - (2) 法の理論化と形式主義法学の関係
- VII. 結びにかえて

Ⅳ. 法律家による法の支配と 'law as science'

19世紀アメリカにおいて 'law as science' 論は、法律専門家が法運用の実権を握るための理論的根拠として用いられたが、それは、「法の支配」理念の下で法律専門家にどんな役割を与えるべきかという問題と結びついてきた。周知のように、「法の支配」はイギリス法が特に重視する理念であったし、現在でもその重要性は失なわれてはいない。人と人との関係あるいは社会の運営が恣意に委ねられるべきではなく、法によって規律されるべきだという理念は、「人による統治ではなく、法による統治 (government by law and not by men)」という標語の中に典型的に示されている。¹⁾ 19世紀アメリカ法においても、「法の支配」理念の重要性は変わらなかった。だからこそ、その当時「裁判官は自己の信条によって判決を下してならないし、また確立した法原則以外の原則に基づいて判決してもいけない。」²⁾と主張されたのである。

「法の支配」の下で裁判官が為すべきこととして考えられたのは、「特定のケースとは無関係に規定され、すべての人に対して一律に適用可能な一般的ルールを執行する」³⁾ことであった。したがって、「一般的ルールをある事件にどう適用するかにつき、裁判所が決断しなければならない場合であっても、決断は裁判所の意思によってではなく、承認されたルールの全体系の指し示すものに従って行なわれる」⁴⁾べきだとされた。こういった「法の支配」理念の下では、裁判官の役割は限定されたものにならざるをえない。事実、イギリス法思想の中では、この厳格な「法の支配」理念の下で、法にかんする知識の習得や裁判官の職務の遂行は、人間が生まれつき持っている理性 (Natural Reason) だけで充分行なえるし、行なうべきだという主張が一方において強く主張されてきたのである。⁵⁾

自然の理性による法運用、つまり素人でもできる運用の望ましが主張されてきたにもかかわらず、近世以降、現実には法の運用に法律専門家がどんどん関与するようになっていた。すでにのべたように、19世紀のアメ

リカでは、法の運用が法律専門家の手に握られつつあったのである。⁶⁾法の専門化が進むにつれ、「法の支配」が実は「法律家による法の支配」に容易に転化しうることに、人々は徐々に気づき始めていた。裁判官を頂点とする法律専門家が法運用の実権を握り、それを恣意的に行使するのではないかという危機意識も広まっていった。⁷⁾このため、19世紀アメリカにおける法改革運動であるコモン・ロー法典化論は、法律専門家による法の支配に対する挑戦という側面をもっていた。この法典化論に対して、法律専門家は法運用の実権をかけて戦ったのであり、法律専門家側は、‘law as science’ 論を使って自分達の地位を守ろうとしたのである。以下においては、法典化の是非に関する論争の中で ‘law as science’ 論がどのように機能したかを検討する。

(1) 法典化論争と ‘law as science’ 論

法典化論争の背景には一つの共通した事実認識があった。端的に言えば、それはアメリカ法が混沌の中にあるという認識であった。つまり、「…19世紀の初め、アメリカ法は未発達で、不確実なものであった。素人裁判官、行政官、立法府による法の運用 (administration of justice) は粗雑で不均等であり、腐敗してはいないにせよ党派的であった。第一に求められていたものは、画一性、平等、確実性を保証するためのルールと体系とであった」⁸⁾のである。

この認識は、当時の著作に共通して見られる。たとえば1827年にグリムク (Thomas S. Grimké, 1786-1834) は、アメリカ法の現状について次のようにのべている。

……現在のところ、わが国の法の現状からみて、何が法であるかを確定することはほとんど不可能になっている。つまり、どの制定法が効力をもっているか、後法によって先の制定法がどの程度廃止、修正、明確化されたか、また修正条項や追加条項の効果がどんなものか、をほとんど確定できないのである。(中略)

……

法が混乱し、不確実な状態にあること、何が法であるかを正確に確定すること

ができないこと、また、不必要な文言の反覆、グロテスクな婉曲表現、熟さない用語法、時代遅れの規定の存在について世評が定まったため、法の尊厳がいかに傷つけられてしまったかをわれわれは知っている。⁹⁾

また、アメリカにおける法典化論者の代表とされるフィールド (David D. Field, 1805-1894) も、1870年 (この年、ラングデルはハーヴァード・ロー・スクールに就任する) になってさえ、グリムクと同じく、アメリカ法の現状について次のように指摘した。「わが国の法は混沌の中にある。法を混沌の中から取り出しうるのは法典以外にない。……(中略)……法の混沌とした状況は、当然のことではあるが、整序されず、時には相互に調和しない大量の素材に起因している。この素材を取り上げ、不調和な部分を分離し、残った部分を分析し、整序、圧縮、再構成することが、混沌の中から秩序を引き出すことなのである。¹⁰⁾」このように、アメリカ法、とくにコモン・ローにさまざまな欠陥があり、コモン・ロー改革が必要なことは一般に承認されていたことであつた。¹¹⁾

アメリカのコモン・ローが混沌の中にあるという事実認識を背景に19世紀初頭以来、コモン・ロー改革を主張する法典化運動が発生してきた。この運動の原因として、しばしば五つの事柄 (イギリス的なものに対する反感、法律専門家による法独占への敵意、判例集の急速な膨張、ナポレオン法典の成功、ベンサムの影響) が指摘されるが、これらの中でも、ベンサム (Jeremy Bentham, 1748-1832) の影響は、「法律専門家による法運用の実権確保」という本章の観点からみたとき、とくに重大な意味をもっていた。なぜなら、混沌としたアメリカ法を利用して、法律専門家 (とくに裁判官) が恣意的な法運用をしているのではないかという漠然した疑いが、ベンサムの理論的なコモン・ロー批判によって、はじめて法律専門家集団の地位を脅かすものになったからである。ベンサムは、イギリスのコモン・ローについて次のように論じている。¹²⁾

御覧のとおり、いわゆる不文法 (Unwritten Law) が人々によって作られる

のではなく、裁判官によって作られるということ、また不文法の本体は専ら裁判官によって、そして不文法の表現は裁判官や裁判官になれることを願っている法律家によって作られることは、今や明白であろう。人民によって選ばれた者を少なくとも数百名含む人々によって作られる法と、国王がそれぞれ任命した裁判官と呼称される四人の合議体によって作られる法のどちらに大多数の人々が自発的な同意を与えるかは、尋ねるまでもないであろう。¹³⁾

コモン・ローをこのように非難するベンサムは、1817年にアメリカ合衆国の市民宛に一連の長文の手紙を送り、イギリスのコモン・ローを継受すべきでない¹⁴⁾と述べた。この手紙の一節で彼は、「…もし、諸兄〔アメリカ合衆国市民〕が互いに親愛の情をもち、各人の安全を切望するのであれば、疫病を防ぐために港を封鎖するのと同じく、わが〔イギリス〕のコモン・ローに対して港を封鎖すべきであります。」と忠告したのである。¹⁵⁾

ベンサムの思想は、リヴィングストン¹⁶⁾ (Edward Livingston, 1764-1836) をはじめとする人々によって19世紀初め、アメリカに広められ、その後、¹⁷⁾ アメリカ法の現状批判やコモン・ロー批判に、さまざまな形で影響を与えた。¹⁸⁾ このようにしてコモン・ローの問題点が明らかにされた結果、「もし、アメリカのコモン・ローに規則性を付与できなければ、デモクラシーは……専門的知識人に隷属してしまうであろう。」¹⁹⁾ という「デモクラシーの危機」意識が生じた。法典化論は、この危機意識を象徴的に示すものであった。

ベンサムはアメリカの法典化論に大きな影響を与えた。しかし、ベンサムの構想した「法典化」は、19世紀アメリカで主張された「法典化」と同じものではなかった。1811年にベンサムは、合衆国のために法典を無報酬で作成することをマディソン大統領 (James Madison, 在職 1809-1817) に申し出た。大統領宛書簡の冒頭で、ベンサムは、自分の作成しようとする法典が「制定法の形式をとり、立法されるべき法をすべて集めたもの (a complete body)」²⁰⁾、つまり「パノミオン (Pannomion)」であることを明言している。この法典構想は「各人が自分自身の法律家であれ (Ev-

ery man his own lawyer!)」²¹⁾ というベンサム²¹⁾の理想を表わすものであり、この構想は人々に大きな影響を与えたが、イギリスでも、アメリカでもそのまま受け入れられることはなかった。²²⁾

アメリカにおける法典化論の実際を次に見てみたい。アメリカにおける法典化論者の一人であるグリムクの考えは、'law asscience' 論を取り入れた特色あるものだといえる。彼によれば、「……科学は、自然のもつ無限の多様性と理解しがたい外観のすべてが、それぞれ単純で調和を保った諸原則群からなる諸体系に還元され²³⁾ることを発見した。」ところが、精神の世界 (moral world) は比較的無視されてきているのであって、仮に自然科学におけると同様の試みがなされていたとしたら、「公的および私的な義務に関するすべてのこと、つまり人間の国家的および社会的幸福に関するすべてのことが深く掘り下げられ、網羅的に吟味されていたであろう。そして、そのすべてが、単純で美的しかも調和をもった体系として現われていたこと²⁴⁾であろう。」このような観点からグリムクは出発して、法典の必要性を力説する。法典を実際に作成する場合、彼は手がかりをダイジェストやアブリッジメントと呼ばれる法学上の基本書に求める。そこには、例外はあるにせよ、全コモン・ローの原則やルールが見出される、と彼は考えるからである。グリムクは、ベンサムと異なり、コモン・ローを「恐るべき怪物」とは考えず、「愛国的騎士道の光輝ある業績」とみなしている。²⁵⁾したがって、グリムクの法典化論は、自然科学が呈示した自然の見事な体系性を模範として、コモン・ローを体系化すべきことを主張するものであって、法律家による法独占や裁判官による恣意的法創造の批判を主要な目的とするものではない点で、ベンサムと異なる。

ストーリー (Joseph Story, 1779-1845) の法典化に関する見解もバランスのとれた穏健なものである。彼は、基本的に「法というものは徐々に形成されてくるものであり、社会の状態の相違と時代の相違に応じて異なる²⁶⁾ざるをえない」ものだと考えている。彼は、法典が一定の範囲で有用なことを否定しないが、完璧な法典作成の前提条件であるすべての事件を事前

に予見し、これに対する規定を設けることは不可能であるとの理由で、ベンサム流の完璧な法典の構想を拒否する。²⁷⁾ ストーリは、コモン・ローの法典化について次のようにのべている。

……困難もなく文章化しうるコモン・ローの法分野がたくさんある。それらの分野の主要諸原則は、法学文献中に正確、かつ十分に表明されており、諸原則の概要をただちにまとめて、立法府の熟慮に付すことのできる学識ある人材にも事欠かないのである。わが国の商事法は一般的に言って、その状態にある。²⁸⁾

つまり、ストーリは法典化に賛成するが、彼の言う法典化とは、コモン・ローをそのまま文章化することを意味し、新しい事件を通じて新しい法理が裁判所で形成されていくことには制約を加えないでおこうとするものであった。²⁹⁾

1840年代後半からニューヨーク州の法典化作業の中心的役割を担い、アメリカにおける法典化論の代表者とされるフィールドの論調は、一部にベンサムへの親近性を示すものの、多くの点でグリムクやストーリの見解に類似する。彼は、法を「常に成長しつづける大樹」³⁰⁾にたとえて、法と法学 (the science of law) は協働すると論じた。彼は、「法学とは、正義の歪曲を防ぐ大きな保障である。万一、訴訟の対象となった問題に対する判決が裁判官の意思や彼の正義観念によって左右されるようなことがあれば、われわれの財産、生命は変転する判断と恣意に翻弄されてしまうであろう³¹⁾」と強調した。この認識を基本において、フィールドは法典化論を展開したのである。

フィールドが念頭に置いた法典とは、「現行のコモン・ローや制定法を解剖、分析し、重複を除き、矛盾をなくし、そして適切な修正を加えた上で明確な法条に仕上げ、科学的な順序で整序した現行法の完全なダイジェストであって、その形態において立法府が実施するもの」³²⁾ ³³⁾である。したがって、法典には多くのメリットがある、とフィールドは主張した。³⁴⁾ 第一に、法律家が大量の書物を所蔵しなくてもよくなる。第二に、いわゆるリ

ーガル・リサーチ、つまり、事件処理のために判例集等を調査する負担が軽減される。第三に、裁判所が今まで解決することができなかった多くの論争点につき、立法的解決を与える機会を提供する。第四に、同時的かつ網羅的立法によってのみ可能な改革を、立法府は法の各分野において実行することができる。第五に、法典の公表により、人々は自己の権利義務につき、より広汎で正確な知識をもつことができるようになる。

フィールドは、法典の長所をこのように強調するが、その法典を完全無欠だとは主張しない。彼は、法典の予期しないようなケースが発生しうることを率直に認めて、次のように述べている。その場合には、「類似性 (analogies) を見出し、裁判所はそれに依拠して判決を下すことができると期待される。仮に、そのような場合に類似性を見出すことができず、またルールの見落としがなかったこともはっきりすれば、裁判所は、当面、確定した法のルールを参照せずに判決を下すか、あるいは、事件に対する判決を差し控え……将来の事件について立法が行なわれることを信じるか、いずれかをしなければならないであろう。³⁵⁾」フィールドは、上の引用文からもわかるとおり、法典がうまく処理できないケースについて、コモン・ロー³⁶⁾的思考法がまず補完的に機能することを主張する。コモン・ロー的思考法は、類推 (analogy) の手法、つまり、「同じものは同じように、異なるものは異なるように扱う」思考法であるから、フィールド流の法典化が行われたとしても、かなり広範囲の事件処理が法律専門家 (裁判官) の手に委ねられることになる。したがって、彼の法典構想は、法律専門家にそれなりの役割を認めるものであって、ベンサムの極端な立場とは一線を画している点に注意すべきである。

しかし、フィールドが、「人民の意思が最高の法であり、その意思は、成文憲法と成文法の中において適切に表明される。³⁷⁾」あるいは、「立法府の作る法と司法府の作る法につき選択が許される限り、他国でどう判断されるかはともかく、この国の人民が、自ら選んだ立法者の作る法を…選ぶことに疑いの余地はない。³⁸⁾」と論じるとき、そこには暗黙のうちに、立法府

優位の法改革が示唆されていた。法典化とは現行法を整備することなのだ、という彼の穏健な主張にもかかわらず、法律専門家は、その主張の背後に隠されていた立法府主導の法改革がみずからの地位を危うくすることを敏感に感じとったのである。

このように、19世紀アメリカの法典化論は、外見上穏当であったにもかかわらず、法運用の実権を握りつつあった法律専門家にとっては、二つの点で重大な関心の的であったと思われる。第一は、コモン・ローを「法典化」しない限り、法の名の下に法律専門家（とくに裁判官）の恣意がまかり通る、という主張に関連していた。この主張に対して法律専門家が、法的判断の「恣意的でない」ことを論証しなければならないと考えたのは当然であろう。

第二の点は、法運用（法の定立、修正、発展を含んだ意味における）の中心を立法府に移すべし、という主張に関するものであった。ストーリーが鋭く指摘したように、立法府がコモン・ローとまったく同一のルールを定めたときには、「それによって、裁判所はルールがない場合に従来自己の保持する権限によってなしえた事柄、つまり、用いられるべきルールが何かを見つけ出すことを禁じられる³⁹⁾」という前提を法典化論は暗黙のうちに伴っていた。法典化論のこの主張が受け入れられれば、裁判所と立法府との力関係が逆転することは容易に想像されたであろう。法典化論のこの側面をとらえて、フィールドの論敵カータ（James C. Carter, 1827-1905）は次のように批判した⁴⁰⁾。成文法と不文法との間には截然とした区別がある。「……成文の、しかも制定されたルールの特性は、ルールの文言の範囲に入るケースを、それが新奇であるか否かにかかわらず、すべて規律するところにある。」⁴¹⁾つまり、法典化論の「真の狙いとするところは、事件の判断について理性によるプロセスを停止させ、『何が正しいか』の探究を『何が書かれているか』という単純な調査に置き替えようとするものである。」⁴²⁾カータは、法典化論のこの狙いが功を奏すれば、裁判官は成文法の文言に拘束され、裁判官は単純作業をするだけの地位に甘んじることに

なる結果、法運用の実権は裁判所から立法府に移ってしまうだろうと危惧したのである。それゆえ、法律専門家は、カータの危惧した意味における法典化の成否に、専門家集団として重大な利害関係をもっていたのである。

アメリカの法典反対論は、以上のような問題関心から生じたものであり、法典の必要性を全く否定するものでなかったことに充分注意しなければならない。したがって、法典反対論の論拠となった‘law as science’論も、法典の否定を目的とするものというよりは、法律専門家集団の地位確保を目的とすると考える方が適切である。

法典化に反対する法律専門家側は、法典が決して完璧ではありえないことを論証することから始めた。たとえば、リーバ (Francis Lieber, 1800-⁴³⁾1872) は、言葉や言語の特質から検討を開始する。彼によれば、「……言葉というものは、それがカヴァーする領域の中心については、はっきりしているけれども、その中心点から離れていくにしたがって、明確さを失なっていく⁴⁴⁾」ものであるから、「曖昧さをまったくなくせると信じたり、重大な内容を含む一定の文書が曖昧さを一切含まない、したがって解釈は必要でない⁴⁵⁾と信じること」は誤りである。言語が⁴⁶⁾つねに解釈を必要とする性質をもつとすれば、「数学理論のような、完全に明確な法から成る法典を作成できると信じて⁴⁷⁾も、無駄である」と、リーバは主張したのである。

法典化のメリットを一定限度で承認するストーリーもリーバに同調した。彼は次のような問を發した。「……すべてのケースを事前に予見し、規定を設けることは可能であろうか。社会は、その使命や関心事、目標とその追求、制度、快樂、発明、情報……にかんして、変化し続けている。これらの諸関連や多様性を予見したり、限定を加えることが、一体どのようにして可能な⁴⁸⁾のだろうか。」ストーリーの論調は、すべての事柄を規律する完璧な法典の可能性について、明らかに否定的であった。カータもまた、この点にかんして見解を同じくした。「将来行なわれるどんな取引に対しても適用可能な法を文章化することは不可能である。なぜなら、将来行なわ

れるどんな取引にも適用可能な法を知ることは不可能だからである。⁴⁹⁾と彼は、はっきり断定している。⁵⁰⁾

実のところ、完璧な法典の不可能なこと、および法の運用には解釈が不可避であることについて、法典化論者と反法典化論者との間に見解の相違はない。両者の見解が大きく異なったのは、解釈の不可避性が法律専門家、とくに裁判官の恣意を許すか否かに関してであり、この点をどう考えるかによって、立法府主導の法典化か、法律専門家による法運用の続行かのいずれかが主張されたのである。

法典化に反対する法律専門家は、コモン・ローについても、制定法についても、解釈を行なわざるをえないけれども、それは決して恣意的ではないと主張した。なぜなら、法は「科学」であり、解釈をはじめとして、法律家の行なう作業は「科学的」に行なわれるからである。リーバは、「科学的」という形容詞こそ使用しないけれども、彼が解釈に関連してのべていることは、当時の法律専門家が「法の科学的性質 (scientific nature)」として理解していたことをはっきりと示している。彼は、「法の定立と執行とが分離されるならば、法を解釈することが必要になる。この仕事を正しく、良心に従って行なうためには、法の運用を行なう者は、適切で安全、しかも健全なルールによって導かれねばならない。」⁵¹⁾と考へ、「本当の知恵の求めることは、理性の命令と経験の示唆とに従って、法をできる限り明確かつ完全なものにすることと、解釈と構成的解釈の諸ルール、つまり法解釈学 (legal hermeneutics) を注意深く確立することである。」⁵²⁾と述べている。リーバーは、解釈のルールの確立が恣意排除の決め手になると信じたのである。⁵³⁾

ストーリーは、コモン・ロー自体が恣意的なものでないと論じた。「繰り返すが、コモン・ローは、それが及ぶ範囲において、それ自体がルールの体系なのである。これらのルールは、ルールの下に入るすべてのケースについて確定しており、確実に変化しない。コモン・ローのルールは、法典とまったく同じように確固としたものである。」⁵⁴⁾既にみたように、ストー

りは、コモン・ローが科学的に配列された内容をもつと考えており、その場合の「科学的」とは、体系性、詳細な分類、論理一貫性を特色とする静的な科学観を意味していた。⁵⁵⁾ ストーリは、このような 'law as science' イメージを用いて、「恣意的コモン・ロー」批判に反論したのである。⁵⁶⁾

カータの主張も 'law as science' 論を基盤としていた。少々長くなるが、彼の見解を引用する。

かくして、われわれは、当事者がルールや原則についてつねに論及するにもかかわらず、彼らの弁論が実は、何が慣習 (custom) になっているかにかかわっていること、また、ルールや原則は慣習の別名に過ぎないことを知るのである。…… (中略) ……

そして、ここにおいて、法は、事実の観察と分類に従事する帰納科学 (Inductive Science) としての本性を明らかにする。博物学者は、地球上の植物と動物を観察し、それらが示すいくつかの共通の特徴に従って、クラスに分類する…… (中略) …… 裁判官と法律家は法の領域において、博物学者とまったく同じことを行なう。彼らは、人間の相互的交渉 (transactions) を観察し、法的視点からみた交渉の適切な特徴把握…に従い、それらを目、科、属、種に分類する。新奇な交渉があらわれた場合、裁判官の行なうことはその交渉の特徴をつぶさに検討し、どのクラスに…それを分類すれば適切かを決定することである。⁵⁷⁾

法律家の行なう作業を帰納科学と同一視することによって、カータは、⁵⁸⁾ 裁判官が法を作ること否定した。彼の死後公刊された著書の中で、カータは、法律家の行なう作業が科学的なものであり、裁判官は法を創造するのではなく、発見するのだという主張を、進化論を用いて基礎づけている。彼によれば、法典化について、ベンサム、ロミリー卿 (Samuel Romilly, 1757-1818)、オースティン、ミル父子 (James Mill, 1773-1836, John S. Mill, 1806-1873) などは誤りを犯した。「しかし、ベンサムの時代には、因果の偉大な法則が物質の世界におけるだけでなく、精神の世界 (the moral world) においても最高のものであるという真理が、一般的には認められていたにせよ、全面的に通用するに至っていなかったことを⁵⁹⁾ 思い出すべきである。」因果の偉大な法則とは、カータにとって当時の代

表的科学であった生物学における進化の法則に他ならなかった。この法則が十分に理解されていたなら、法典化などは主張されなかったであろうという趣旨を込めて、カータは次のように書いている。「人間社会の大きな特徴である人間行動は、必然的に慣習的なものである。なぜなら、人間行動は思考や感情によって決定され、思考や感情は生得の素質と外部環境とによって決定され、生得の素質と外部環境はともに慣習的 (customary) たらざるをえないからである。このことがもっと明確に理解されていたならば、人間行動の従うべき本当のルールは、慣習の中に見い出されるべきであって、立法行為によって一足飛びに作られたり、変更されたりできないものであることが了解されていたであろうに。⁶⁰⁾」

当時の代表的法律家たちの法典化に対する見解を以上のように眺めると、法典に対する評価は異なるものの、彼らの思考の基礎には ‘law as science’ 論があり、それが二つの機能を果たしたことがわかる。まず、「法は科学だ」と言うことによって、法が確定した原則から構成されている、という全般的なイメージが形成された。このとき、‘science’ が、確定した真理観と結合した静的な科学イメージを意味することは言うまでもない。次に、法を変化に対応させるため、解釈等の作業が行なわれる場合に、その作業が厳密な手順を踏む「科学的」なものだと言うことによって、「恣意的な法的判断」という批判に反論することができた。このとき、‘science’ が帰納法と結びつけられた動的イメージの下に用いられていることも、ほぼ間違いないであろう。つまり、このような ‘law as science’ 論によって、法律専門家の作業が恣意から免れた「科学的」なものであることが主張されえたのである。

‘law as science’ 論は、法運用の中心を立法府に移すべきでないという主張の論拠としても、重要な役割を演じた。法の運用にかんする立法府と司法府の役割分担を考えると、重要なポイントの一つは、当時の立法府現状のを法律専門家たちがどう捉えたかであろう。パウンドによれば、⁶¹⁾ 独立から南北戦争前までの時期において、アメリカ法を形成していく第一の

責務は立法府にあることは疑いない、とされていた。しかし、現実には、立法府は憲法、権利章典、刑事法の分野で見べき成果を挙げたものの、多くの場合、法改革を遂行する能力を欠いていた。パウンドは、「日常的な諸関係や利害対立にかんする限り、立法府は新しい要求を予見することも、訴訟ほど迅速にそれらの要求を感知し、行動することもできなかつた⁹²⁾」と述べている。さらに、19世紀において立法府が多々立法権の濫用を行なったこともあって、当時の法律専門家の立法府に対する印象は決して良いものではなかつた⁶³⁾。

このような立法府の状態を背景において、法律専門家は、「法が科学」であるという主張を存分に活用した。カータは、不文法であるコモン・ローは、ルールを条件付で定立するにすぎないと考えていた。したがって、従来と異なる側面をもつ事件が将来発生すれば、裁判所はそのルールの適用を停止し、当該行為 (transaction) を吟味し、分類するという科学的方法で進んでいく。だが、成文法は、ルールの適用につき、そのような科学的方法の機能を認めていないではないか、とカータは論じたのである⁶⁴⁾。カータを代表とする法律専門家側の 'law as science' 論を、Ⅱ章で検討した法学的知識の習得には高度の専門的訓練を必要とするという論とつなぎ合わせてみれば、「法運用という科学的作業を行なうだけの能力を立法府は持ち合わせていない」という結論を、法律専門家たちは無理なく導き出すことができたのである。

'law as science' 論が事実上、法律専門家による法運用を擁護する役割を果たしたことは、以上に検討したとおりである。換言すれば、この 'law as science' 論は「法と政治を分離し、客観性と主観性を峻別し、素人的な推論を専門的な推論から区別する⁶⁵⁾」役割を果たしたのである。'law as science' 論が有効に機能した結果、19世紀において、法典が少なからず成立したにもかかわらず、法律専門家は、「制定法はコモン・ローを変更することを意図するものではない。あるいは、少なくとも、コモン・ローの変更を最小にすることを意図しているのだ⁶⁶⁾。」という態度をとり続けるこ

とができた。ところが、その一方で、法律専門家は法運用の実権を実質的に確保したにもかかわらず、自覚的な政策形成を判決の中であからさまに表明することを控えざるをえなくなった。⁶⁷⁾なぜなら、明示的な政策形成は、法律専門家の主張した静的な「科学」イメージとうまく調和しないからであった。ラングデルの‘law as science’論は、このような‘law as science’論がさまざまに主張され、法律専門家の地位が確立しつつある時期の終わりに登場し、‘law as science’論に新たな展開を与えることとなった。しかし、その検討はV章以下に譲り、次に、奴隷制をめぐる法的論争が‘law as science’論に与えた影響をみていくことにしたい。

(2) 法律家支配の限界

法典化をめぐる論争を経て、法律専門家は法運用の実権をほぼ手中に収めるに至った。しかし、カータが、法を公法と私法に区分し、私法の法典化には反対したが、公法の法典化には反対しなかったことから推測されるように、法律専門家、とくに裁判官のなしうることには当然限界があるものとされていた。だが、限界はあるにせよ、裁判官のなしうることの限界は漠然としたものであった。裁判官自身も、自分が法を「科学的な作業」によって修正、発展させうることを意識してはいたが、自己のなしうることの限界を明確に把握していたとは言えなかった。つまり、裁判官の使命、役割の理論的位置づけは、必ずしもはっきりしていた訳ではない。しかし、南北戦争の直接原因となった奴隷制問題に関連して、裁判官は、自己の役割の限界を考えざるをえなくなったのである。

アメリカにおける奴隷制は、1619年にオランダ船が黒人奴隷をヴァージニアに運んだときに始まる。⁶⁸⁾17～18世紀にかけて、奴隷制はアメリカ南部の煙草、米などの単一栽培のために労働力を提供した。しかし、アメリカの独立革命期頃には、土地の疲弊などが原因となり、奴隷制に対する自信は揺いでいた。18世紀末には、いくつかの州で、奴隷制の漸進的廃止や私的な奴隷解放を容認する法が定められたり、私的な奴隷解放を禁じる州法

を回避する努力も払われていた。⁶⁹⁾ その意味で、18世紀末から19世紀初めの数年間にかけて、反奴隷制運動は一応の成功を収めた。⁷⁰⁾

1788年に発効した連邦憲法は、「奴隷」という用語をまったく使用していないが、奴隷に関連する規定を三つ含んでいた。⁷¹⁾ 三つの規定の中でも、後に最も激しい論争の焦点になるのは、第4条第2節第3項である。この規定は、「何人も一州においてその法律の下に服役或は労働に従う義務ある者は、他州に逃亡した場合でも、その州の法律或は規則によって、右の服役或は労働から解除されるものではなく、右の服役或は労働に対し権利を有する当事者の請求に従って引渡されなくてはならない。」⁷²⁾と定めていた。この条文中、「労働に従う義務ある者」とは、まさに黒人奴隷のことであった。これらの規定が連邦憲法中に設けられたのは、連邦を成立させるため、南部と北部とが妥協したことによる。したがって、連邦憲法の立法者意思は明らかに奴隷制の存続を認めていたのである。⁷³⁾ しかし、連邦憲法成立当時、奴隷制はやがて消滅する運命にあるという一致した認識があったという背景にはとくに注意する必要がある。⁷⁴⁾

ところが、1793年に棉繰り機が発明されると棉花地帯はノース・キャロライナ、テネシー、アラバマ、ミシシッピ各州へと拡大し、1850年にはテキサスに達した。それとともに、奴隷制は衰退傾向から一転して拡大していった。19世紀初めに一時下火となっていた奴隷制反対運動も、1831年のギャリソン (William L. Garrison, 1805-1879) による新聞 *The Liberator* の創刊などを契機として再び活発となった。

奴隷制を攻撃する理論は二つの論点をもっていた。第一は、奴隷制が神の法に反するという主張であり、第二は、人権原理の思想に奴隷制は反するという主張であった。⁷⁵⁾ 奴隷制が神の法に反するという主張は、たとえば、1833年の奴隷制度反対全アメリカ大会 (the American Anti-Slavery Convention) の宣言中に表明されている。

一、故に奴隷所有の権利を認める一切の現行法は神の前には、無効である。それらの法律は、神の大権に対する不敵の篡奪であり、自然の法に対する大胆な侵

害であり、社会契約の根底そのものを卑劣にも転覆するものであり、人類の相互の関係、相親しむ関係そしてともに責をわかつ関係の、一切を全く絶滅するものであり、聖なる戒訓のすべてに対するだいそれた侵犯である。従って、それらの法律は即時に廃止さるべきである。⁷⁶⁾

また、人権原理は、当時しばしば引用された1776年の独立宣言の次の一節に表明されている。「われわれは、自明の真理として、すべての人は平等に造られ、造物主によって、一定の奪いがたい天賦の権利を付与され、そのなかに、生命、自由および幸福の追求の含まれることを信ずる。⁷⁷⁾」

神の法と人権原理を論拠とする反奴隷制運動の主張は、当然のことながら、法廷の場にも提出された。タッカー (Henry St. George Tucker, 1780-1848) やストーリーをはじめとして、当時指導的立場にあった法律専門家や裁判官の中には、奴隷制に反対する個人的信条を持つ人が少なくなかった。⁷⁸⁾ 奴隷制は正義に反するという考えを持ち、しかも法律専門家は一定の「科学的な方法」によって法を社会の求めに応じて多様な変化に対応させるとの主張してきた法律専門家が、「奴隷制は神の法と人権原理に反する」という主張に対して、現実はどう反応したかは注目に値する。

奴隷制について19世紀アメリカの法律家が思索をめぐらすとき、イギリスの法と法思想は重要な手がかりであり、権威であった。独立後の反英感情や法典化論からのコモン・ロー批判にもかかわらず、ブラックストンの『イギリス法釈義』やイギリスの判例はアメリカの法律家に影響を与え続けていたのである。ところで、イギリスの法思想上、奴隷制が自然法に反することは、伝統的に主張されていた。この伝統をうけて、ブラックストンは『イギリス法釈義』(COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, 4VOLS., 1765-1769) の中で、奴隷制について次のようにのべたのである。

そして、この自由 (liberty) の精神はわが国の憲法の中に深く注ぎ込まれ、深くわが国の風土そのものの中に根を生やしているので、奴隷あるいは黒人奴隷はイギリスに足を踏み入れた瞬間に法の保護を受け、その限度において自由人と

なる。もっとも、彼の役務に対する主人の権利はおそらく依然として存続することになるのであろうが。⁷⁹⁾

……すでに考察したように、純粹かつ固有の奴隷制はイギリスに存在しないし、また、存在しえない。……そして、奴隷状態が存在することは、理性と自然法の諸原則に明らかに反している。⁸⁰⁾

イギリス、コモン・ローの判例も、17世紀後半以来、紆余曲折はあったものの、黒人奴隷にとって有利なものが少なくなかった。⁸¹⁾たとえば、1762年 **Shanley v. Harvey** 事件で、大法官ノーチントン卿 (Lord Northington, 在職1757-1766) は「人がイギリスに足を踏み入れると同時に、彼は自由である。」とのべている。⁸²⁾ イギリスの判例の中でもアメリカにとって、最も大きな意味をもったのは、1772年の **Somerset v. Stewart** 事件である。⁸³⁾ この事件の争点は二つであった。第一は、逃亡した奴隷を主人はイギリス国内で捕縛し、売却の目的で出国させることができるか、第二は、そのような主人の行為から奴隷を救済するため人身保護令状 (Writ of Habeas Corpus) が発給されうるかである。⁸⁴⁾ 王座裁判所首席判事マンズフィールド (Lord Mansfield, 在職 1756-1788) は、人身保護令状を発して、審理を行ない、次のように判決した。

奴隷の状態というものは、道徳的、政治的を問わず、いかなる理由によっても導入しえないものであるが、ただ実定法だけがこれをなしうる。(中略) 奴隷の状態は、あまりに唾棄すべきものであるため、実定法以外にそれをあえて支えようとするものはない。したがって、本判決によりいかなる不都合が生じようとも、本件がイギリスの法によって許容されるとか、承認されるとか言うことはできない。したがって、黒人は釈放されねばならない。⁸⁵⁾

法的観点からみれば、この判決は、単に「主人は奴隷を力づくでイギリスから連れ出すことはできない」ことを示したにすぎない。したがって、この判決が植民地における奴隷制について何らの影響を与える筈がなかった。ところが、ウィチェックの言うように、この事件の意義が「誤解」さ

れたため、奴隷制はコモン・ローに反するので、アメリカでは合法性をもたないという主張につながっていったのである。⁸⁶⁾このようにして、イギリスの法思想や判例中の自然法的な議論は、アメリカの奴隷制反対運動に力を与えたが、アメリカの裁判所が直接に自然法に基づく判決を下したことは例外的であった。なぜなら、独立戦争から1830年頃までの時期に、自然法は、裁判の法源の一部として考えられていたが、憲法、制定法、確立した先例に従属した地位においてのみ、適用可能なものとされていたにすぎなかったからである。⁸⁷⁾これに加えて、司法審査制度を確立したことで有名な1803年の *Marbury v. Madison* 事件は、憲法が法源として最高であり、裁判官は法に従う義務をもつ、という命題を基本においていたため、裁判所が、憲法や制定法の成文規定に先んじて自然法を援用することははいよいよ困難であった。⁸⁸⁾

この法実証主義的な雰囲気と圧力の下で、アメリカの裁判所は、実定法の根拠なしに、奴隷制を自然権の立場から否定したことはなかった。⁸⁹⁾1830年までの時期には、奴隷制の漸進的解消の希望が失なわれていなかったこともあって、法的判断を下す側の心理的重圧は、まだぎりぎりの所まで進んでいなかった。⁹⁰⁾ところが、連法憲法第4条第2節第3項にもとづく1793年逃亡奴隷法とそれを改正強化した1850年逃亡奴隷法をめぐる1840年代から1850年代にかけての動きは、反奴隷制側にますます不利となっていくた。⁹¹⁾この動きには、次の三つの特徴があった。①奴隷制に有利な判決が出され、確立したルールとなっていき、②判決が蓄積する中で、反奴隷制側の主張が認められなくなり、そして、③奴隷制を強化するような目的をもった判例や法律があらわれてきた。⁹²⁾

この親奴隷制的な法の動きの中で、奴隷制を悪だと考えていた裁判官は、自己の良心と裁判官の使命との矛盾を感じざるをえなかった。しかも、法典化をめぐる争いの中で、裁判官と法律専門家が法を「科学的に」修正、発展させうるものが広く知られるようになっていたため、裁判官は、事件処理にあたって、自分が法を機械的に適用する「法の口」だと論

じることによって、奴隷制に対する法的判断を正当化できなくなっていた。なぜなら、コモン・ローを状況の変化に応じて「科学的に」改変しうる法律専門家が、なぜ悪である奴隷制を根拠づけている憲法や制定法の法文を「科学的に」理性に合致する方向へと導きえないのか、という説得力をもった主張がなされることは当然予想されたところだからである。

ところが、法律専門家を代表する地位にあった裁判官たちは、この疑問に正面から答えなかった。奴隷制を事実上容認した一連の判決の中で、裁判官が実際に用いた論法は、三つの主張の組み合わせであった。第一は、奴隷制の容認が連邦成立の前提条件であった以上、裁判所が奴隷制を否定すれば、連邦自体が崩壊してしまうであろう、という政策論である。第二は、判決は憲法や制定法からの論理必然的な結論として出てこざるをえない、という主張であり、第三は、奴隷制という悪を除去するのは、立法府の責任であるという主張である。⁹³⁾とくに、第二の論法は、奴隷制問題の重圧から裁判官を心理的に解放しただけでなく、裁判官による明示的な政策形成（つまり、法の修正）を制約するものであった。なぜなら、「論理必然的な判決」の主張は、まさに裁判官による政策判断否定の上に成り立っていたからである。裁判官のこういった強弁にも似た行動は、知恵と理性的考慮の蓄積を権威の基礎にしていた法律専門家への失望を人々の間に生み出したのである。⁹⁴⁾

南北戦争（1861～1865）が、反奴隷制側の勝利に終わったことは、法律専門家にも大きな影響を与えた。主観的意図はどうあれ、南北戦争前の裁判官の論法は奴隷制を存続させるものであったため、裁判所の名声と権威は傷つけられた。そこで、法律専門家たちは、彼らの評価を落した「論理必然」の論法を根拠づけるため、*'law as science'* 論を活用したのである。⁹⁵⁾

すでに検討したように、*'law as science'* 論がモデルとしたベーコン流科学観は、不動のもの、普遍的なものに傾く内的メカニズムをもっていた。⁹⁶⁾法の世界においてもこの傾向は、1850年代からあらわれはじめており、しかも、この傾向は、真理とは確実で不動なものであって、*science*

の任務は、それを分類し体系的に示すことであるという伝統的な科学観とも整合性をもっていた。この静的な ‘law as science’ 論と形式論理を多用する法律専門家の論法は容易に結びつくことができた。そうすることによって、法律専門家は、形式論理の使用を「確実な真理からの演繹」というイメージによって正当化しようとしたのである。

さらに、ネルソンによれば、形式論理に重点をおく法律家のやり方は、奴隷制反対運動の理論的根拠であった思想と共通性をもっていた。その共通性とは、「…裁判官は、誰も疑いを入れることのできない道徳の第一原理、あるいは経験的データから、論理的、演繹的に推論することができるという観念⁹⁷⁾」に見い出される。したがって、形式論理を用いる裁判官の論法は、南北戦争後の主要な思潮とも、決定的に矛盾することはなかったと推測される。

南北戦争後の保守的ムードに形式論理的な論法が適合したことも見逃せない。法の適用について実質的な考慮を導入すれば、それは当然政策論争につながっていく。しかし、形式論理を多用すれば、少なくとも政策論争を正面から行なう必要はなくなる⁹⁸⁾。つまり、形式論理を用いた法律家の論法は、静的な ‘law as science’ 論と結合し、それによって、裁判官が政策や便宜の問題を論じる必要を減少させたのである⁹⁹⁾。

このようにして、南北戦争直前には「論理必然」の論法があれほど不評であったにもかかわらず南北戦争後も、形式論理を多用する法律家の論法は^{100) 101)}衰えず、かえって盛んになっていった（その具体的検討は第Ⅶ章で行なう）。

19世紀アメリカの法律専門家の思想を支えた ‘law as science’ 論は、このように、世紀の前半において ‘science’ の動的側面を強調するものであったが、世紀の後半に入るにつれ、奴隷制問題を契機に、少しずつその重点を ‘science’ の静的側面に移していった。この一連の動きをみれば、ラングデルの ‘law as science’ 論は、突然に現われたのではなく、19世紀全般にわたる ‘law as science’ 論の転回点に位置することがわかるの

である。

〔付 記〕

本稿をまとめるにあたって、伊藤紀彦氏（中京大学法学部助教授）の御厚意により、多くの関連文献を参照させていただくことができた。記して、謝意を表したい。

〔注〕

Ⅳ．法律家による法の支配と ‘law as science’

- 1) 「法の支配」の理念については、J. Raz, The Rule of Law and Its Virtue, 93 L. Q. REV. 195, 196-198 (1977) 参照。又、自由主義国家における「法の支配」が一定の妥協の産物であることについては、R. M. UNGER, LAW IN MODERN SOCIETY 166-192 (1976) 参照。
- 2) F. LIEBER, LEGAL AND POLITICAL HERMENEUTICS 212 (1839.)
- 3), 4) F. HAYEK, THE CONSTITUTION OF LIBERTY 156 (1960.)
- 5) 法の運用が自然的理性 (natural reason) だけで充分なのか、それ以上に後天的に形成される専門的理性 (しばしば, artificial reason と呼ばれる) が必要なのかについて、イギリス国王ジェームズ I 世 (James I, 在位 1603-1625) とクック (Sir Edward Coke, 1552-1634) との間に有名な論争がある。ジェームズ I 世が、法の定立、運用は自然的理性だけで充分だと主張したのに対し、クックは人為的理性の必要性を強調した。この論争については、石井幸三「コウクの法思想」『阪大法学』第92号35頁以下 (1974), 78-81頁参照。
ホッブス (Thomas Hobbes, 1588-1679) はクックの見解に批判的であり、対話形式で書かれた書物の中に登場する哲学者に次のように言わせている。「……仮に一、二ヶ月のうちに私が裁判官の職責を果せるようになりうると私が言っても、それを傲慢だと考えてはならない。」T. HOBBS, A DIALOGUE BETWEEN A PHILOSOPHER AND STUDENT OF THE COMMON LAW OF ENGLAND 56 (1681, 但し頁数の引用は、J. Cropsey の編になる1971年版より行なっている)。
- 6) 拙稿「‘Law as Science’ 論と19世紀アメリカ法思想 (一)」『中京法学』第16巻2号50頁以下 (1981), II章参照。
- 7) ホーウィッツは、裁判官が法を発見するだけでなく、法を創造することもあるという認識が18世紀末に広まったと指摘する。また、彼によれば、司法裁量の存在を理由としてコモン・ロー批判が始まるのは1790年以降である。M. J. HOR-

- WITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780-1860 12, 14-15 (1977) 参照。
- 8) R. POUND, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW 118 (1921).
- 9) T. Grimké, An Oration of the Practicability and Expedience of Reducing the Whole Body of the Law to the Simplicity of A Code (1827), THE LEGAL MIND IN AMERICA 147, at 155 (P. Miller ed., 1962).
- 10) D. Field, Codification of the Law (1870), SPEECHES, ARGUMENTS AND MISCELLANEOUS PAPERS OF DAVID DADLEY FIELD, VOL. I. 349, at 350-351 (Sprague, ed., 1884.)
 フィールドが法典化について与えた影響は、田中英夫『アメリカ法の歴史上』405—415頁(1968)に詳しい。
- 11) P. MILLER, THE LIFE OF THE MIND IN AMERICA 255 (1965).
- 12) C. WARREN, A HISTORY OF AMERICAN BAR 508 (1911).
- 13) J. BENTHAM, A COMMENT ON THE COMMENTARIES AND A FRAGMENT ON GOVERNMENT 223 (Burns & Hart eds., 1977). この書物が1770年代に執筆されながらも公刊されなかった事情と本書の内容については、石井幸三「初期ベンタムの法思想(一)」『龍谷法学』第14巻27頁以下(1981)参照。又、ベンタムのコモン・ロー批判の詳細については、石井幸三「初期ベンタムの法思想(二・完)」『龍谷法学』第14巻101頁以下(1981)参照。
- 14) J. Bentham, Jeremy Bentham, an Englishman, to the Citizens of the Several American United States (1817), THE WORKS OF JEREMY BENTHAM, VOL. 4, 478, at 504 (J. Bowling, ed., 1834-43). []内は、筆者の追加。
- 15) ベンサムはコモン・ローをこのように鋭く批判したけれども、コモン・ローの価値を全面的に否定したのではなかった。なぜならば、彼は、「……だが、さまざまな事件に対応するための武器庫という性格において、それ〔不文法＝コモン・ロー〕は、真の法を造り出すための評価できない位重要な素材を集積しているのである。」とのべているからである。J. Bentham, To the President of the United States of America (1811), THE WORKS OF JEREMY BENTHAM, VOL. 4, 453 at 461 (J. Bowling, ed., 1834-43).
- 16) リヴィングストンの経歴と業績については、E. Smith, Edward Livingston and The Louisiana Codes, 2 COLUM. L. REV. 24 (1902) と田中上掲注10, 400—401頁参照。
- 17) WARREN, 上掲注12, p. 517.
- 18) しかし、コモン・ロー批判一辺倒であった訳ではない。この点につきミラーの次の指摘に注目すべきである。「もっとも、1790年代以降の数十年間にわたっ

て、コモン・ローの複雑さに対する敵意と同時に、権利と自由の防波堤であるコモン・ローを放棄することへのためらいとが相対立しながらも存在したことを考えるなら、それは注目に値いする。」MILLER, 上掲注11, p. 241.

19) MILLER, 上掲注11, p. 243.

20) Bentham, 上掲注15, p. 453. ベンサムの法典についての考えは、水田義雄『法の変動と理論』58—66頁(1969)に詳しい。

21) Bentham, 上掲注14, p. 490.

22) 内田力蔵によれば、イギリスにおいて受け入れられた法典構想は、オースティン(John Austin, 1790-1859)流のものであった。ベンサムが「功利の原理のもとづくところの、……法の全分野を包括する総合的な法典」を構想し、法律専門家による法独占と正面から対決しようとしたのに対し、オースティンの構想は法律専門家と対決するようなものではなかった。オースティンは、「判例法またはコンモン・ローにたいして、制定法的な表現と形式を与える」ことを内容とする法典を構想したのである。彼の構想は、ベンサムの構想とは異なり、法典化について法律家を排除するものではなかったし、法典化によって法の実質を変革しようとするものでもなかった。彼の構想がイギリスにおいて受け入れられていったのは、このような理由によるものであった。以上の論点については、内田力蔵「コーディフィケーションについて」『比較法研究』第31号121頁以下(1970)、とくに125—127頁と131—132頁参照。又、オースティンの法典化にかんする見解は、次の論文に詳しく示されている。内田力蔵「イギリス法の『法典化』とジョン・オースティン」有泉亨他編『英米私法論集』459頁以下(末延三次先生還暦記念, 1963)。

23) Grimké, 上掲注9, p. 148.

24) T. Grimké, An Oration on the Practicability and Expediency of Reducing the Whole Body of the Law to the Simplicity and Order of a Code, in READINGS IN AMERICAN LEGAL HISTORY 444 at 445 (M. D. Howe ed., 1949).

25) Grimké, 上掲注24, pp. 447-448.

26) J. Story, Law, Legislation, Codes, Appendix to VII ENCYCLOPEDIA AMERICANA¹ (F. Lieber, ed., 1835), in READINGS IN AMERICAN LEGAL HISTORY 460 at 465 (M. D. Howe ed., 1949.)

27) Story, 上掲注26, pp. 462-463, pp. 468-469.

28) Story, 上掲注26, pp. 470-471.

29) WARREN, 上掲注12, p. 523参照。ROBERT M. COVER, JUSTICE ACCUSED 143-144 (1975) 参照。

30) Field, Magnitude and Importance of Legal Science (1859), in SPEE-

CHES, ARGUMENTS AND MISCELLANEOUS PAPERS OF DAVID DADLEY FIELD VOL. I 517 at 527 (Sprague ed., 1884).

31) Field, 上掲注30, p. 530.

32) Field, Introduction to the Completed Civil Code (1865), in SPEECHES, ARGUMENTS AND MISCELLANEOUS PAPERS OF DAVID DADLEY FIELD VOL. I 323, at 326 (Sprague ed., 1884).

33) フィールドは、法典編纂者の仕事として次の7つをあげている。

(1)制定法, 判例集, 法学文献, ダイジェスト中にあらわれる総てのルールを収集すること。(2)一般的ルールと特殊なルールを区別すること。(3)時代遅れのルールを除去すること。(4)矛盾するルール間の調整を行なうこと。(5)無駄な表現, 反覆を除き, ルールを煮つめること。(6)その成果を適切な秩序あるものにまとめること。(7)簡潔な言葉でその成果を表現すること。Field, The Codes of New York and Codification in General (1879), in SPEECHES, ARGUMENTS AND MISCELLANEOUS PAPERS OF DAVID DADLEY FIELD, VOL. I 237, at 376 (Sprague ed., 1884).

34) Field, 上掲注32, p. 337.

35) Field, 上掲注32, p. 328.

36) 拙稿, 上掲注6, p. 65参照。

37) Field, Final Report of the Code Commission (1865), in SPEECHES, ARGUMENTS AND MISCELLANEOUS PAPERS OF DAVID DADLEY FIELD VOL. I, 317 at 321-322 (Sprague ed., 1884).

38) Field, 上掲注32, pp. 337-338.

39) Story, 上掲注26, p. 467.

40) フィールドの見解, およびカーターの見解は, 矢崎光圀『法思想史』54—68頁(1981)で詳しく検討されている。

41) J. Carter, The Province of the Written and the Unwritten Law, 24 AM. L. REV. 1, 11 (1890.) カーターは, 成文法と不文法の性質を論じるとき, 公法と私法の区別を前提としている。しかし, 公法と私法の区別は, 本文の叙述にかんして直接関係しないと思われるので, ここでは触れていない。

42) Carter, 上掲注41, p. 12.

43) リーバの思想と彼の経歴については, 矢崎光圀「フランシス・リーバーと解釈学」『近代法思想の展開』257頁以下(矢崎光圀, 八木鉄男編, 恒藤武二先生還暦記念, 1981)参照。

44) F. LIEBER, LEGAL AND POLITICAL HERMENEUTICS 27 (1839.)

45) LIEBER, 上掲注44, p. 26. リーバは解釈を, 言葉の真の意味(つまり, 意図された意味)を明らかにすることを目的とする interpretation と, 言葉(ある

- いは、文章)が直接あてはまらない場合に用いられる **construction** とを区別している。本文で使用した「解釈」は、前者の意味である。矢崎は、**interpretation** を「解釈」と訳し、**construction** を「構成的解釈」と訳している。矢崎、上掲注43, 260—261頁参照。
- 46) リーバは、さらに、次のようにのべている。「そして、さらに、人間の言語が使用されるときには、つねに、なんらかの解釈が必要となる。なぜなら、言うべきことをすべて言い尽し、しかも不要なことを一切含まないような表現形式からいって絶対的な言語は、人間知識の一部門すなわち数学を除いては不可能だからである。」LIEBER, 上掲注44, p. 39.
- 47) LIEBER, 上掲注44, p. 163.
- 48) Story, 上掲注26, p. 462.
- 49) Carter, 上掲注41, pp. 9-10.
- 50) 完璧な法典は、すべてのケースを事前に予測できないため実現不可能だ、という主張に対するフィールドの反応は、ある意味で興味深い。彼は、予見できないケースに対する法典編纂者の立場を代弁して、「……法典編纂者たちは、間違いなく生じてくる予想外のケースについては、一般原則、解釈規則、類推があり、それらが裁判所の判断の指針となるであろうと秘かに信じているのである」とのべている。この点において、フィールドは、法律家的思考法への信頼を、ストーリー、カータらと共有しているのである。Field, 上掲注33, p. 321.
- 51) LIEBER, 上掲注44, p. 53.
- 52) LIEBER, 上掲注44, p. 163.
- 53) カヴァは、リーバの主張していることは、一つの政治哲学をのべているのにすぎず、司法立法を厳密なルールにより規律するという試みには全然成功していない、と評している。COVER, 上掲注29, pp. 137-140.
- 54) Story, 上掲注26, p. 466.
- 55) 拙稿, 上掲注6, 58頁, 65—66頁。
- 56) コモン・ロー以上に恣意的だという批判が強かったエクィティを守るためにも、19世紀アメリカの法律家は‘law as science’論を用いた。ミラーの紹介するところによれば、エクィティとは、裁判官の変転する感情ではなく、正邪にかんする永遠の諸原則であるとされた。つまり、エクィティは、恒常的な体系となり、非常に合理的なものとなったため、コモン・ローの実務家によってその優秀性が認められている「科学」とされたのである。MILLER, 上掲注16, 176頁参照。
- 57) Carter, The Ideal and the Actual in the Law, 24 AM. L. REV. 752, 764-765 (1890).
- 58) Carter, 上掲注57, pp. 758-759. カータのこの見解について、矢崎, 上掲注

- 40, 65—66頁参照。
- 59) J. CARTER, LAW: ITS ORIGIN, GROWTH AND FUNCTION 268 (1907).
- 60) CARTER, 上掲注59, pp. 268-269.
- 61) 19世紀アメリカの立法府の状況については、パウンドの次の著作に大幅に依拠している。ROSCOE POUND, THE FORMATIVE ERA OF AMERICAN LAW (1938). とくに第Ⅱ章。
- 62) POUND, 上掲注61, pp. 44-45.
- 63) 立法府による権力の濫用については、POUND, 上掲注61, pp. 52-55 を参照。又、なぜ、立法府が期待された役割を果たせなかったかについては、p. 45以下を参照。
- 64) カータの主張については、Carter, 上掲注41, pp.10-11参照。
- 65) M. Horwitz, The Rise of Legal Formalism, 19 AM. J. LEGAL HIST. 251, 255 (1975). 又、次の論文参照。矢崎光圀「現代アメリカ法理論の形成過程について」『法理学の諸問題』278頁以下（加藤新平教授退官記念、1976）。
- 66) POUND, 上掲注61, p. 47.
- 67) Horwitz, 上掲注65, p. 256参照。
- 68) 奴隷制のアメリカにおける発展についての以下の叙述は、次の論文に依拠している。(a)藤原守胤「アメリカ史における奴隷制問題 1830—1860」『法学研究』第29巻191頁以下（1956）, (b)藤原守胤「アメリカ史における奴隷制論争（一）・（二・完）」『法学研究』第29巻1223頁以下、第30巻19頁以下（1956）。田中, 上掲注10, 417—429頁, 446—470頁。田中英夫『英米法総論』上, 277—282頁（1980）。
- 69) ペンシルバニア州の1780年法は、漸進的奴隷解放の原型であるとされる。この法によれば、1780年7月4日以後に出生した者は、ただちに自由人となり、それ以前に奴隷であった者は終身奴隷のままであるとされた。奴隷の子は、28年間の労働義務（奴隷として）を負い、その後は自由を与えられるものとされた。
ヴァージニア州では、奴隷の私的な解放には、従来特別な立法を必要としたが、1782年法は私的な奴隷解放を認めたのである。こういった18世紀末から19世紀初めの奴隷解放の動きについては、COVER, 上掲注29, pp. 62-79参照。
- 70) William E. Nelson, The Impact of the Antislavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America, 87 HARV. L. REV. 513, 525 (1974).
- 71) 三つの規定とは、連邦下院議員数割当および直接税課税の基礎となる人数の算定にかんする第1条第2節第3項、連邦議会が1808年以降奴隷貿易の規制をなしうることを間接的に規定した第1条第9節第1項、それに本文中に引用した第4

条第2節第3項である。この三規定の内容を藤原, 上掲注68, (a), 195—196頁は詳しく説明している。

- 72) 『世界憲法集』40頁(宮沢俊義編, 岩波文庫, 1957)。
- 73) 過激な反奴隷制の立場に立つ人々も, 連邦憲法が奴隷制度についての妥協を含んでいることを認めていた。COVER, 上掲注29, pp. 151-152.
- 74) 藤原, 上掲注68(a)195頁。
- 75) Nelson, 上掲注70, pp. 534-538.
- 76) 『原典アメリカ史』第3巻487頁(アメリカ学会訳編, 1953), 松本重治訳, ただし, 旧漢字を新漢字に改めた。
- 77) 高木八尺, 末延三次, 宮沢俊義編『人権宣言集』114頁, (岩波文庫, 1957), 齊藤真訳。
- 78) たとえば, タッカーは, 奴隷制が自然法に矛盾すると考え, 一時は, 「天落ちるとも, 正義は行なわれるべし」と主張したのである。COVER, 上掲注29, pp. 37-41. 又, ストーリの奴隷制に対する個人的見解については, COVER, 上掲注29, p. 119参照。
- 79) W. BLACKSTONE, I COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 127 (9th ed., 1783.) 但し, 彼の見解が第一版とは少々異なるものであることについては, 石井幸三「マンズフィールドの法思想」『龍谷法学』第9巻325頁以下(1977), 364頁の注32を参照。
- 80) BLACKSTONE, 上掲注79, p. 423.
- 81) 奴隷にかんするイギリスの判例の動きについては, WILLAM M. WIECEK, THE SOURCES OF ANTISLAVERY CONSTITUTIONALISM IN AMERICA 1760-1848 22-24 (1977) 参照。
- 82) 28 Eng. Rep. 844 (Ch. 1762).
- 83) この事件の事実の概要は次のとおりである。アフリカ生まれの黒人ソマーセットは, 奴隷としてジャマイカに滞在中だったスチュワートに売却された。スチュワートは, 仕事で訪英する際ソマーセットを同伴したが, イギリスに滞在中, ソマーセットは逃亡した。しかし, 彼は捕えられ, 売却のためテムズ河に停船中の船に監禁されていた。王座裁判所首席判事マンズフィールド(Lord Mansfield, 在職1756—1788)は, 人身保護令状を発し, full bench による審理を行なったのである。Somerset v. Stewart, 98 Eng. Rep. 496 at 510 (K. B. 1772).
- 84) 以下の叙述は, WIECEK, 上掲注81, p. 20, pp. 28-39を, ほぼ要約している。
- 85) Somerset v. Stewart, 上掲注83, p. 510.
- 86) WIECEK, 上掲注81, pp. 38-39参照。
- 87) COVER, 上掲注29, p. 34参照。

- 88) COVER, 上掲注29, pp. 115-116. p. 135参照。
- 89) 1830年頃までの判例の論調については, COVER, 上掲注29, p. 163参照。
- 90) 連邦憲法第4条第2節第3項を執行するため, 1793年には, いわゆる1793年逃亡奴隸法 (An Act respecting fugitives from justice, and persons escaping from the service of their masters, 2 Stat. 302 (1793)), が定められていた。この法は, 逃亡奴隸の主人, その代理人, あるいは弁護士が奴隸の逮捕権をもつこと, 逃亡奴隸を捕えたときには, その地の連邦巡回区裁判所又は連邦地方裁判所の判事に対し, その者が逃亡奴隸であることを疎明した上, 移送許可証の発給を求めることができると定めていた。又, 同法は, 逃亡奴隸の逮捕を妨害したり, 奴隸を隠匿した者に対しては, debt の訴により500ドルを請求しうるものとしていた。この1793年逃亡奴隸法をめぐる法律問題の動きについては, COVER, 上掲注29, 第10章参照。
- 91) この間の動きについては, Nelson, 上掲注70, pp. 538-543と COVER, 上掲注29, 第11章を参照。とくに, 1793年逃亡奴隸法を強化した1850年逃亡奴隸法 (9 Stat. 462 (1850)) については, COVER, 上掲注29, p. 175参照。
- 92) COVER, 上掲注29, pp. 207-209参照。
- 93) COVER, 上掲注29, pp. 229-238. 判決の中にあられた三つの主張は, Appendix に収録されている。pp. 260-267.
- 94) もっとも, 裁判官のこのような論法が世の不評をかかったとしても, それが誤りであったということにはならない。問題の重大性からみて, これが, それなりの理由をもつ選択でありえたことはたしかであろう。
- 95) 以下の論述については多くを Nelson, 上掲注70, pp. 547-566に負っている。
- 96) 拙稿, 上掲注6, 66-67頁。
- 97) Nelson, 上掲注70, p. 548.
- 98) この当時, 多くの法律家は, 法のルールから出発する論理的, 演繹的推論が「確実」なものであると信じていたといえる。フランクは, 法論理は先に出された結論を正当化するにすぎないと論じたけれども, 当時の法律家は, 少なくとも, 自分達の行なっていることが, フランクの言う意味における「合理化」であるという論点を意識してはいないし, そう考えてもいない。JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND, CHAP. III (1933), 邦訳『法と現代精神』(棚瀬孝雄・棚瀬一代訳, 1974) 参照。
- 99) Nelson, 上掲注70, pp. 560-565参照。
- 100) ネルソンは, この論法を形式主義 (formalism) と呼んで, その特徴を次のようにのべている。「具体的事件に判決を下すにあたって, 裁判官は……自己の任務を……ルールの論理構造と法の基本的諸原則の保持だと考えた。」そして「…明らかなことは, 法律家 (legal profession) が, 具体的事件においてルール

を具体化する過程を、なんらかの政策目的に対する手段としては考えず、現行法理の総体を明確化するものであるとほぼ一致して考えていたことである。」Nelson, 上掲注70, pp. 515-516.

- 101) RICHARD HOFSTADTER, SOCIAL DARWINISM IN AMERICAN THOUGHT 5 (rev. ed., 1955). 又, Nelson, 上掲注70, p. 566. 但し, ネルソンやホーウィッツの用いる「形式主義」対「道具主義」という図式に対しては鋭い批判がある。Lynda Paine, Instrumentalism v. Formalism: Dissolving the Dichotomy, [1978] WIS. L. REV. 997 を参照。