

近代英米法法典化に関する諸問題概観

水 田 義 雄

一

英米法における近代的法典化運動は、イギリス、インド、アメリカに、略々同時代的、且つ略々並行的に行われた。(一)

それは、時期的には、一七七六年 (Bentham, Fragment on Government 刊行の年であり、またアメリカ独立宣言の年でもある) に始まり、一八七五年 (English Judicature Act 発効の年) に一応終つたと見る事の出来る、所謂、十九世紀、英米法についての「立法的改革運動」Legislative Reform Movement の一環として行われたのである。(二)

いま、イギリス、インド、アメリカでの具体的な法典化運動の進展を見て行く中に、そこに点綴する、近代英米法法典化に関する諸問題を概観して見たい。そこにおける諸問題、たとえば、英米法体系において法典編纂とは、どのような意味で云われるか、またどのような役割を果し得るかの問題等々、を、一わたり素描することによって、諸問

題の概観図を画いて見たいとの意図の下に、本稿を執筆したのであった。もとより、その概観であり、素描であつて、具体的内容のより詳細な論述が後に続かなければならないことは勿論である。

(二) 法制史学会昭和三十六年度研究大会(秋季開催)の共通課題は次の如くであつた。

一、共通課題「各国法典編纂史の基本問題——近代」

一、左の諸国につき、とくに下記の諸点を中心にして、報告討論をおこなう。

(1) ドイツ ① 近代的ないし西欧的法典編纂の歴史的諸前提と契機。

(2) フランス ② 法典編纂に推進的役割をはたした勢力(たとえば、ドイツにおける法曹階級の形成とその法典編

(3) 中 国 纂にたいする役割というとき)。

(4) 日 本 ③ 各法部門の法典化に前後があつたこと(たとえば、刑法典の編纂が先で民法典が後というよう

(5) その他 ④ に意味ありとすればその意味。

(6) イギリス……法典化が何故おこなわれなかつたか。

筆者はこのうち「イギリス」についての報告を分担したのであつたが、この場合、先ず、右設問「法典化が何故おこなわれなかつたか」の意味を確定することから始めねばならなかつた。なぜならば、イギリスにも「法典化」は、次項以下に述べる様に、存在したからである。ここに「法典化」として特に括弧を附した所以は、それが大陸法における法典化と著しく異なる意味合いを持つ事を強調するためである。(従つて以下には特に括弧を附しなくても、この意味の相異は常に留意されねばならない。)先ず、第一に、それがどの様に異なるかが大きな問題であると考えられる。更に、何故、その様に異なるのであるか、若くは異らねばならぬのであるかの理由を訊ねる必要があると考えられた。本稿は、この様な問題並びに前記法制史学会提起の諸課題等を含めて、英米法法典化について

の諸問題の所在と概観を示すこと、その歴史的研究の面から試みようとする点に外ならない。

- (11) Roscoe Pound and Plucknett, *Readings on the History and System of the Common Law*. 3rd ed., (1927) *The Reform Movement*, p. 195 参照。

Pound は、この他、法典編纂に関連する論稿が多い。これは、氏がその学的活動を続けたのは一体どういふ時代であつたか、またその時代的要請に対して、氏がどの様に応えてきたかを雄弁に物語るものに外ならない。本稿執筆にあたっては、特に、氏の次の様な論稿に負うところが多かったことを附記しなければならない。

“Codification,” in *Cyclopedia of American Government*, 1 : pp. 302-6 (1914).
Legislation (Essay Celebrating the Hundredth Anniversary of Edward Livingston's Death). (In his *The Formative Era of American Law*, Boston, Little, Brown, 1938, pp. 38-80.)
Codification in Anglo-American Law. In *The Code Napoleon and the Common Law World*, edited by Bernard Schwartz. *Quicentennial Lectures Delivered at the Law Centre of N. Y. University*, pp. 13-15, 1954, 1956.

二

(A) イギリス

近代的意味における法典化論は Bentham に端を発したといひ得る。ただしこれは、Bentham の主張がイギリスで受け入れられ、またその意味での法典化が実現せられたという事ではなかつた。

近代英米法法典化に関する諸問題概観

Bentham は合理主義的、徹底的法典化を唱えた。コモン・ロー、判例法(これをベンタムは判事作成法 Judge-made law と呼ぶのであった。)の不備、欠陥を強調する余り、凡ての法は法典、即ち制定法の形で制定せらるべきを主張したのであった。⁽¹⁾しかし、これは英国法律家一般の受け入れるところとはならなかったのである。

Bentham に「*Justice*」Austin, Amos, Holland, Pollock 等の法典化論が唱えられるのであったが、これは、イギリスにおいて、専ら英法をどの様に法典化するかの問題、つまり従来からのコモン・ロー、制定法の対立、並存を前提とし、いかにこれらを調和しつつ、終局において制定法化して行くかという實際的な問題に対する解決を計った上の法典化が論議されて来るのであった。いわば、英法の性格、構造を前提とし、その上に立って——合理主義的というよりは、歴史主義的立場に立って——考えられる法典化が問題となるのであった。これは同時に Bentham 理論の英法的土着化の歴史であったと見る事が出来るであろう。

法典化の実際の運動も亦これと同様、英法的土着化の道を進るのであった。その歴史的過程において次の様な事柄が次第に明らかにせられ、また実行されたのであった。

(1) 整理統合 (consolidation) と法典編纂 (codification) は区別すべき事。前者は複数化し、また複雑化した制定法を整理統合し、一つの法律に制定するのであるに反し、後者は判例法の成文化を含み、前者より遙かに技術的に困難な問題を含む。前者は特に十九世紀中葉頃から着実に実現化せられるに至っているのに対し、後者は遙かに遅れて、しかも極く部分的にのみ実現化せられたのであった。

(2) 「私的法典編纂 (private codification)」の出現。判例法を制文化するためには、先ず既存の判例法を知悉し、

整理し、排列する必要がある。このためには当該法分野に精通した法律家が、先ず判例法を分類彙纂 (digest) しなければならぬ。これは一定法部門法典化への一段階とも見る事が出来よう。この「私的法典編纂」が実現し、活潑化し始めたのは、十九世紀もやや後半にかかった七〇年代になってからであった。⁽ⁱⁱⁱ⁾

(3) 「漸次的」若しくは「部分的」法典編纂 (“gradual” or “partial” codification (コモン・ローの特殊部門の法典化——それは改革的立法とは異った意味のものであるが——が、十九世紀末葉から、現世紀にかけて漸く実現せられるに至った。漸次的とか部分的とかいうのは、単に時期的に実現が緩徐的であるとか、その範囲が局限的であるとかの態様の意味での形容詞として用いられているのではなく、法典化されるべき部分が法典化に適している、またその限りにおいて順次的若しくは局限的に法典化するに止まるという意味であって、まさに英法的用語なのである。一八七三〜五年に裁判所構成法 (Judicature Acts) が出来、その手続法的体系は大いに整うであろう。これに伴って商事法分野を、より確定的な形にととのえておく必要が痛感されて、次の三制定法が出来たのであった。英本国での法典化は漸くこの形——漸次的、部分的——での法典編纂へと落着いたのである。三制定法とは、The Bills of Exchange Act of 1882, The Partnership Act of 1890, The Sale of Goods Act of 1893 であつた。

尚、この種の法典編纂——特定法分野の立法的再表現——は、英国では、その後益々行われる事となつて現在にまで至っているのである。

この様な歴史の変遷の中にあつて、Westbury 卿の法典化運動は、イギリス法典編纂史における一つの顕著な転換点であつたと見る事が出来るであらう。蓋し、Westbury は、先ず一八六〇年、議会制定法の改訂、編纂を、また一

八六三年、貴族院に、最終的には法典化を完成するために、当時進行中であった制定法の改訂、編纂の外に、判例法についてのダイジェストを作成すべき旨の提案を行っている。また一八六六年には王立委員会が設立せられ、その委員として、右のダイジェストの実現に力をつくしているからである。時恰かも裁判所構成の問題、訴訟手続改正への運動（これは結局裁判所構成法八一八七三〇五年Vとなって最高潮に達するのであるが）が、法律改革運動に携わる者達の努力を、別の方向へと向ける事となるのであった。然し、今、その様な英法の進むべき道に関しての難問が錯綜していた時代に、法典化問題を、結局落着くべき方向へと向けしめたその功績がたたえられるのである。イギリスにおける法典化問題は卿の時代に最も盛んであった、と同時にそれを境に、以後土着化実現への道をいそいだと見る事が出来るのである。^(註)

また、この意味で、前記 The Bills of Exchange Act の実現化を見た一八八二年は、イギリス法典編纂史に大きな意義（法典編纂史方向転換の具体的実現）をもつ年であるとせられるべきであると考えられる。

(一) Bentham の法典化論は次の様な論稿からこれを読みとることが出来るであろう。

「完全な法典の概観」 View of a Complete Code of Law (一七八六年) Bowing, iii, pp. 155-210.

「ベンチン宛建白書」(一八一一年) Bowing, iv, 453 et seq.

「法典化私案」 Papers on Codification, Bowing, iv, 461 et seq.

全世界の自由な意見をよびと称する國民に対する法典化提案—Codification Proposal (一八二二年) Bowing, iv, 535-594.

其等 Fragments, Bowing, iii, 211-236. Justice and Codification Petitions, Bowing, v, 438 et seq. 等々。

本邦 Bentham のリポートを邦訳出版運動の経緯を伴ふての事

Codification of the common law, in Letter of Jeremy Bentham and Report of Judges Story, Metcalfe and others. New York, J. Polhemus, 1882, p. 63 等々。本邦「リポート」の註記を續々大業」Jeremy Bentham and the Law, A symposium, by George W. Keeton and Georg Schwarzenberger, London, 1948. 本邦「リポート」の註記を要するに於ては、

(11) ケンツェルの古典的リポートを邦訳出版運動の経緯を伴ふての事

John Austin, Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law, 3rd ed. 1863, rev. and ed. R. Campbell, 1869 2 vols. Lect. 39 and notes on codification, pp. 669-704, 1056-1074, 1129-1137, 5th ed. 1911, R. Campbell's edition. 2 vols. vol. II. Lecture XXXVII-XXXIV pp. 620-681.

Sheldon Amos, Codification in England and the State of New York, London W. Ridway 1867. p. 37; A Systematic View of the Science of Jurisprudence. London 1872 pp. 471-90. An English Code: its difficulties and the modes of overcoming them, a practical application of the science of jurisprudence, London 1873, p. 237 The Science of Law, N. Y. 1875 (Codification) pp. 360-93. Thomas Erskine Holland, Essays upon the Form of Law, London 1870. p. 187 ff.; The Element of Jurisprudence London 1st, ed. 1880 7th ed. 1895 10th ed. 1906, 13th ed. 1924; Encyclopaedia Britannica (9th ed.) vol. 6, p. 104.

Sir Frederick Pollock, Essay on Codification, (Introduction.) (In his Digest of Law of Partnership, pp. iii-xxv London 1884.); The Law of Torts, a treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the

common law to which is added the draft of a code of civil wrongs prepared for the government of India, London & Boston 1887.

この様な法典化論を取扱った精緻な理論変遷史、学説史はいずれ書かれねばならぬと考えられる。

(三) Westbury の大いに活躍した当時の委員会が作成した報告書の趣旨に倣って、その後イギリスでは、次の様な法典形式による判例法の再表現、「私的法典編纂」が数多くつくられた。これに続いて「漸次的」、「部分的」法典編纂への道が開けるようになったのである。

Goddard, Treaties on the Law of Easements (1871).

Stephen, Digest of the Law of Evidence (1876).

Stephen, Digest of the Criminal Law (1877).

Dacey, Rules for the Selection of the Parties to an Action (1870).

Dacey, Law of Domicile as a Branch of the Law of England stated in the form of rules (1879).

Dacey, Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws (1896).

Bower, Code of Actionable Defamation with a Continuous Commentary (1908).

Bower, The Law of Actionable Misrepresentation Stated in the Form of a Code, followed by a commentary (1911).

尚、アメリカでは、

Wigmore, Pocket Code of Evidence (3rd ed. 1942)

があつたし、更にまた同一系統に属する運動のアメリカ的發展とも見得る Restatement 運動への展開が続いて起る事に留意しなければならぬ。

(四) Richard Bethel Westbury, 1st Baron (1800-1873) の履歴大略左の如し。前記法典化運動はこの間に行われたのである。

一八一八年 オクスフォード卒。

一八二三年 Middle Temple 弁護士資格を得。

一八四〇年 Queen's Counsel の資格を得。

一八五一年 Vice-Chancellor of the County Poletine of Lancaster 任命。

House of Commons に議席を得——貴族になる迄いへ。

一八五二年 Solicitor-General となる。

一八五六年 Attorney-General となる。

一八六一年六月二六日 Lord Campbell 死後、Lord High Chancellor of Great Britain となる。

一八六五年七月五日 失脚して Chancellor 辭任。Lord Cranworth 의해を襲ぐ。

但し依然として Judicial Sitzings of the House of Lords たる事はその死去途続した。(一八六五—一八
七三)

(See, Life of Lord Westbury, by T. A. Nash.)

近き前掲 Holland, Essays upon the Forms of the Law には Westbury への次の様な献辞の辭がある。

“to the right honorable Richard Baron Westbury, the volume upon a subject with which his name will ever
be associated is by his permission most respectfully inscribed.”

この Holland は Westbury の運動に多大の功を授けたと見る事が出来るのである。

(B) 印 度

印度法典化運動は、英国人の手によって推進され、またかなりの成果を挙げ得た英法の法典化であった。

それは Bentham 死去の翌年たる一八三三年に始まり、一八八二年に終るのであった。この間、印度法典化機構に参与した人々に MacCaulay, Maine, Stokes, Stephen 等々が居て、Bentham の所論の実現化に努めたのであった。⁽¹¹⁾

従って、結果的には、死せる Bentham 印度に法典化をもたらす、と云い得るのであった。尚、具体的に諸法典が成立を見るに至ったのは、一八六〇年から、一八八二年までであった。元来、近世、印度では東印度会社から印度帝国に至るまでの、時代の推移に伴う政治的変遷を見るのであったが、それに対応して、次第に多くの実体法、手続法上の諸法典が成立するに至ったのであった。⁽¹¹⁾

所謂、「印度法典」と称せられる諸法典並びにその成立年代は次の如くであった。

The Penal Code (1860) ; The Succession Act (1865) ; The Contract Act (1872)——including quasi contract, sales, suretyship, bailments, agency, and partnership ; The Negotiable Instruments Act (1881) ; The Transfer of Property Act (1882) ; The Trusts Act (1882) ; The Easements Act (1882) ; The Specific Relief Act (1887) ; The Code of Criminal Procedure (1882) ; The Code of Civil Procedure (1882) ; The Evidence Act (1872) ; The Limitation Act (1877).

(i) 諸法典編纂の原因について。

印度に英法を継受し、これによって裁判を行ってゆくためには、いろいろの困難に遭遇しなければならなかった。

第一、裁判官たるものが英国人であるにしろ、土着の印度人であるにしろ、英本国での法律家一般程の英法的素養は到底望み得ないのであった。先ずこれ等の人々に、裁判の場合に、よるべき法律を容易に且つ手際よく知らしめる必要から事を始めなければならなかったのである。印度法典化に大きな貢献をなした Stephen が、印度での法典化の目的を「印度統治のために、英国人法律家であるにせよ、土着人法律家であるにせよ、兎に角法律家が英法律図書館に特にたよる必要なしにたやすく理解し得、また取扱える様な法の体系を供する」^(三)事にある、としたのは、同じくこの事を意味しているのである。また、この様な特殊の事情が、法典編纂の成否について、英本国での場合と異った結果を生ましめたのであった。その事に着手する必要を強く感ぜしめ、またある程度の成功を勝ち得さしめたのも、この事と関係が深いのであった。

(ii) 諸法典編纂の順序、経過について。

(a) それは先ず刑法典に始まった。

MacCaulay 卿を含む委員会によって起草され、印度総督府に提出されたのは一八三七年であった。其後若干の曲折を経て一八六〇年成立を見るに至ったのであった。

(b) 次いで、民事訴訟法、刑事訴訟法が手掛けられた。前者は一八五九年、後者は一八六一年成立したのであった。

(c) 民事実体法については比較的早くから手掛けられたが、然しその法典化実現は仲々容易ではなかった。

既に、一八四〇年に、民事実体法の法典化が着手せられ、軌道に乗り始めた。然し、Sir John Romilly, Lord Chief Justice Jervis 等から成る委員会が、印度に、この様な法典化が正に必要な旨を一八五五年に至ってもなお結論付け、報告しなければならなかった程、それは具体化がおそいし、また困難でもあったのであった。別の委員会 (Sir John Romilly, Sir William Erle, Sir John Shaw Willes 等により構成せられた) が、相続法を、また契約法を法典化すべき旨の報告書を提出し、これが実現せられ (その前者につき一八六三年、後者につき一八六六年)、かくて、民事実体法の法典化は漸く本格化し、多くの成果をおさめ得るに至るのであった。

(iii) 諸法典編纂の成果、評判について。

印度法典の特色として、法文表現の率直性、明白性が挙げられた。しかも、その形式に独得な型式を案出、実現せしめた。即ち、法文に「事例註解」Illustration を附するという新しい形式であった。

一体、当時 (一八二〇〜三〇年) の英国の制定法は「長たらしく、まわりくどく、冗慢であり、加うるに余計な言葉を詰め込み、また重複、反復のわずらわしさにみちみちている」。印度法典は、簡単、極く自然的な用語を用い、理解し易い事を旨とし、先ずこの弊を避けたのであった。先ず、主たる法文の用語に留意したことその他に、説明文 Explanation を加え、除外例 Exception を掲げ、且つ事例註解 Illustration を、各箇条書きにして加えるというたんなんな方式を採ったのであった。

この様な方式の法典は多くの、法律家にあらざるマヂストレートによつて裁判される印度にして、始めて可能であったし、また有用であったのであり、事実、それは素晴らしい成功をおさめた triumphantly successful とされたの

であった。(四)

特に刑法典については多くの讃辭が呈せられたのであった。但し、他の諸法典については別の意味での問題がないわけではなかった。時恰かもアメリカに進行中であつた法典編纂運動からの影響、Field(後出)によるニューヨーク法典化草案の無批判的受容等が批難の対象となるのであつた。(五)

(一) 印度法典化実現に努力した英国人達が Bentham の功利主義を奉じ、またそのエビゴーンンとしての功績を残した事に関し、Eric Stokes, *The English Utilitarians and India*, Oxford, 1959 参照。

其他、印度法典化については次の様な拙稿参照。

「十九世紀印度法典化の由来」比較法研究15号所収。

「十九世紀印度法典化の顛末」早稲田法学三三卷一・二冊合併号所収。

「ベンタムと印度法典化」綜合法学五卷五号所収。

(二) 印度法典化は、英米法典化実現についてその先陣の榮を担うだろうか。アメリカにも、十九世紀、略々印度法典化運動と並行的に法典化運動が行われる事、後述の如くであるが、その中、ニューヨーク州に Field の民事訴訟法典が一八四八年に表現している。これに対し、印度では、刑法草案が一八三八年(但し、刑法典として成立したのは、一八六〇年であつた)発表された。そこで、アメリカと印度と、いずれが先陣の榮を担うかが問題となるのであつたが、元來、印度法典化の功績は、その成立の年代、時期についてではなく、むしろ、その内容、實質について問われるべきであつて、ニューヨークの訴訟法典なるに對し、印度の場合には、実体法刑法典が成立しているのであつて、これは英米法典化に大きい意味を持つた事を指摘しなければならないであらう。

(三) Birkenhead, *Codification and Consolidation*, in *Point of View*, p. 156 所収による。

(四) Illustration 形式は、実は Bentham, Austin にまで遡り得る。更に、この Illustration 形式は、後にアメリカの Restatement に再び姿を見せてくるのであるから、その重要性は更に深く認識するべきであらう。それは正に、英米法法典化における一つの問題点たるを失わぬ。自分は、機会あらば、法典化理論変遷史の一環として、この問題をも取扱って見たいと考えている。

(五) Pollock, *The Law of Fraud in British India*, 20 (1894) 参照。

(C) アメリカ

(卷) アメリカは、イギリスから、その法律制度を継受した。特に、その公法部門——たとえば、マグナ・カルタ、ハベアス・コーパス等々——の法律制度は、植民当初から素直に受け入れられたのであった。しかし、その他の法部門では、自らの必要に応じた改変が加えられ、またその様な発達が見られるのであった。特に法の形式の面では、イギリス本国での技術度の高いコモン・ロー体系、それに加うるに衡平法、更にまた制定法による複雑、多岐な存在形式に対し、著るしい抵抗を感じざるを得なかつたのであった。植民者達の生活が、イギリス本国における場合より遙かに単純、素朴であり、法律もまたこれに対応してより、簡明なものが要求されたために、また、特にニューイングランドの場合、イギリス本国から、古きを棄て、ピュリタンとしての高き理想を掲げて植民した人達は、コモン・ローヤーの博識の井戸には清水は湧かないとして、より、単純且つ合理的なものを要求したため、更にはまた、当時イギリス本国でも漸く起つて来つつあった法律の形式改革への気運——フランス・ベーコンの法律改革論はその一つの

頂点を示すものと考えられるのであるが——にも刺戟され、若しくは一層促進されたため、この法の形式についての「イギリス法からの離脱」は、比較的初期から、また比較的容易に実現を見ることが出来たのであった。すなわち、より、合理的、より、民主的な、議会制定にかかる制定法に多く頼るといふ傾向が比較的強く現われたのであり、この事がアメリカに比較的早くから法典——たとえばマサチューセツツに *Body of Liberty* (一六四一年)、コネチカットに *A Body of Laws* (一六五〇年) 等々——を出現させたのであった。

つまり、アメリカはその植民の当初から、法典化に必ずしも不利ではない諸事情に恵まれたという事が出来るのであった。

更に、十九世紀前半に至って、アメリカ法に関し、その法典化を提唱する議論が強く起つた。これは、一には、アメリカ革命につづく、イギリス若しくはイギリス法に対しての強い敵対感情、反英的風潮にも由つた事であるし、また、二には、ジェファソンニアンデモクラシーと結び付いた親仏的風潮とも関係があつたろう。Bentham の著作は、こういつた中で、関心と呼び、強い影響が見られたのであった。フランス民法典が、多くの人々を魅了したのもまたこの時代であつた。⁽¹⁾

これに関連したアメリカでの最初の法典化は、先ずルイジアナという特殊な地域で開花顕現した。これには Edward Livingston が大きな功績を残したのであつた。⁽²⁾ 然し、ルイジアナでの法典化は大陸法系、ナポレオン法典の系列に属するのであるから、英米法における法典化問題を取扱う本稿としては、若干、傍系にあるといふべきであらう。コモロンの法典化としては、先ず、ニューヨーク州を主班としてアメリカに広く行き亘つた法典化運動の行方を追求

しなければならぬであろう。そして、この運動に指導的役割を果し、大きな功績を残したのは David Dudley Field であつたのである。

(貳) ニューヨーク州の法典化運動

(i) それは先ず民事訴訟法から手掛けられ、これは成功したのであった。

一八四六年、ニューヨーク州憲法 (Const. N. Y. 1846, Art. 6, § 24) は訴訟法改正並びに法典化委員会の設置を規定し、これに基き翌四七年、訴訟法改正委員会が設けられた。法典は漸次成立し、一八五〇年完成した。(An Act to Simplify and Abridge the Practice, Pleadings, and Proceedings of the Courts of the State, passed Apr. 12, 1848, Laws of N. Y., 1848, Ch. 379, pp. 497-595.) 同時にこの法典草案を基に約三十州が同様の法典を採択する事となるのであった。

尚、民事訴訟法制定と共に法典化運動は一段落し、暫くは下火となるのであった。

(ii) ニューヨーク州での法典化第二次の運動は、捲土重来して、今度はもっと広範囲に、また実体法についても行われた。然しこれはニューヨークでは成功するに至らなかつたのであった。

一八五七年州議会によって法典化委員会が設置された。(Laws of N. Y., 1857, Ch. 266, p. 552) その目的とするところは、「ニューヨークの法律を、全体的にしる、實際的且つ便宜的と思われる部分に限るにしる、とにかく成文化し且つ体系化して法典をつくる事」にあつた。委員会構成中主たる委員、その担当法部門、並びにその草案成立年代は次の如くであつた。

William Curtis Noyes 刑法部門担当。一八六四年刑法典草案 N. Y. Draft of Penal Code (1864), Penal Code, reported by commissioners of Code (1865) 成立。

David Dudley Field 行政法部門担当。一八六〇年草案 N. Y. Political Code, reported by Commissioners of Code (1860) 成立。また民法法部として、Thomas G. Shearman 及び Austin Abbot の助力の下に Field が担当し、一八六二年、民法法典草案 N. Y. Draft of Civil Code, prepared by Commissioners of Code (1862) が成立した。つまり一八五七—一八六五年の間に、各種草案が一応完成した。この中、ニューヨークでは刑事訴訟法典のみが成立し、他は成立を見るに至らない。特に、民法法典をめぐって激しい法典論争が行われたるも、(所謂 Carter-Field discussion) 結局、法典化に利あらずして止むのであった。(iii)

Field の一八四七年このかた十八年にも及ぶ法典化への努力(この中、最初の二年を除き他は尽く無報酬で活躍した)は、結局民訴、刑訴、刑法、民法、行政法の五法典草案を生んだ。ニューヨーク州はこの中、前にも触れた様民訴、刑訴法だけを採択した。但し、これら草案の他の諸州への影響は見逃すことは出来ないであろう。民訴法については三十州、刑訴法、刑事法は共に十六州が採択した。これら全部、五法典を採択したのはカリフォルニア(一八七二年)両ダコタ(一八七七年)モンタナ(一八九一年)であった。こういった西部の諸州を法典州 Code States と呼ぶことがあるのはこのためである。(四)

(四) マサチューセッツ州法典化運動

ニューヨーク州法典化運動に関連してマサチューセッツ州での運動に触れておく必要があるだろう。

マサチューセッツでは(ニューヨーク州の場合よりは早く)一八三五年、州議会によって法典化準備委員会が設置された。任命された委員は Joseph Story, Theron Metcalf, Simon Greenleaf, Charles E. Forces, Luther S. Cushing の諸氏であり、またその目的とするところは、「マサチューセッツのコモン・ローの全部又は一部を、成文且つ体系的な法典に編纂すべきことの実行可能性及び便宜性を考慮し、次期議会にそのことの実現についての最もよき方法に關してのプランを報告すべき」ことであつた (Resolves of the General Court of the Commonwealth of Massachusetts, 1835)。

翌一八三六年、委員会は、法典化推進に有利な報告を提出している。この報告書は、後刻、フィールドによってとりあげられ、ベントムの、アメリカ市民宛、法典化勸しよの書翰と共に公刊され (Field, (editor), Codification of the Common Law; Letter of Jemmy Bentham, and report of Judge Story, Metcalf, and others, 1882) ニューヨーク其他における法典化運動に影響を及ぼしているのである。

但し、マサチューセッツ州自身については、法典化は、それ以上の進展は見せなかつた。これは州の立法的改革運動がまさにたけなわであつた時期の一つの現象であつた。其後、アメリカに古典的な法律著作、たとえばストリー判事による著作の如きが現われて、裁判、法律学の進展に大きな統一性と基準を与えるに至ると、法典化運動そのものは、にわかに衰退への道を辿るのであつた。^(註)尚、マサチューセッツとニューヨークとでその運動の現われ方が異つて展開するのは、フィールドの様な熱心な法典化論者の出現したかどうかの問題の外に、法律一般についての事情の大きな相異があつた事も見逃すわけにはいかないであらう。

(ハ) ジョージア州民法典 The Civil Code of Georgia (1860)

一八五八年、州議会によって法典準備委員会が設置された。その任とするところは「ジョージアの法を、コモン・ロー、憲法、州制定法、最高裁判所の判決若くは本州に効力ありと認められるイギリス制定法等から選り出し、これを可能な限り簡潔な形に包括、規定する法典を準備すべき」ことであつた。

一八六〇年、委員会報告に基き成立した法典は、第一部行政法、第二部民法、第三部手続法、第四部刑法より成り、一八六二年より施行された。

然し、同法典は、殆んど州制定法の綜合編纂、若くは改訂たるに止まるものであつたし、特に民法典（一五八六条よりなる）は、当時一般に行われたコモン・ロー解説書、著名法律著作文献類からの条文形式による編纂にしか過ぎなかつた。そこで、ジョージアにおいてすら法典は、普通われわれが法典編纂から受ける觀念から余程異つた効果しか与えられないのであつた。裁判所は法典（特に民法）をコモン・ローの一つの宣言形式であるとして取扱う。一つの規準を与えるものではあつても、最終的、決定的意義は与えられないという特殊な形式（後出カリフォルニア法典の条参照）がここにも生じたのであつた。

ところで、ジョージアでの法典化については、それが、(一)僅々一年余にしか過ぎない準備期間に急拠作成せられた事、(二)準備委員会は僅か委員三人にしか過ぎないといった手薄な構成であつた事、結局、この様な編纂（コモン・ローの法典編纂）自体、非常な困難、殆んど不可能とも云うべき企てであつた事が指摘され、反省されるのであつた。^(六)

(參) アメリカでの法典化の成否に関しては、次の様な諸点を考えねばならないであろう。

(i) ニューヨークでは結局、フィールド草案は、多くの点で成功を見るに至らなかったのであるが、それは、第一に、法典化の方法、順序に問題があった。前述、草案作成の委員会構成の如きは、その目的からして明らかに小人数、小規模過ぎるものであった。草案の内容自体も、不備、欠陥が多かった事が指摘された。

ニューヨーク法典化はイギリス本国でも関心をもって見守られた。Sir Frederick Pollock は云うのであった。「ニューヨーク民法典草案については、それが決定的に好ましくないという事を申し上げたい。自分としては、法典にして、この程度にとどまる限り、寧ろ法を現状のままにとどめて置くをよしとするニューヨーク弁護士会の意見に組し度い。然し、この事は、法典化自体を好ましくないとか、それは実現不可能だとかいう事とは別だという事を附け加えなければならぬ。」と。(K. D. Chalmers, *An Experiment in Codification*, L. Q. R. vol. II, No. vi, (1886) 引用するところに依る)。

(ii) フィールド草案が西部諸州、所謂 Code States で採択せられた事については、そこにおける特殊な秩序維持の必要、法律、知識についての特殊事情等を考慮に入れなければならないであろう。ニューヨークで成立しなかった法典草案は、必ずしも常に、また何処でも成立しないであろうとは云い得ない。法典成否に關しての事情の相対性を見なければならぬのである。

たとえばモンタナについて次の様な事情が指摘された。

「モンタナは鉱脈の発見によって人口の増加を來した。然しそれらの人々の中には無知、蒙昧の徒も多く、秩序の維持、法律に關する事情に特殊なものが多かった。力による紛争の解決を常としたのである。然し人口増加と共に「裁判制度」なるものが

出来上つてくるが、それも必ずしも法による正義の具現といったものではなかつた。蓋し、体系的な法律知識を有する様な人は極く僅かであつたからである。法律専門家による裁判官が任命せられてからもその適用すべき法体系についての混乱状態が続くであつた。ここに法典採用の必要性が存したのであつて、時宛かもカリフォルニア州の法典採用のありたるに鑑み、これに倣つてその地方的要求に応じた若干の変更を加えて法典採用の運びとなるのであつた。」(Works of H. H. Bancroft, vol. The Hist. of Washington, Idaho and Montana, San Francisco 1890, pp. 637, 638, 參照)。

(iii) 法典を採択したといつても、その實際の効用は具体的に点検しなければならぬのであつた。たとえば、いま述べた法典諸州にしても、それが大陸法諸国における様な法典の効果を直ちに考へてはならないであらう。この事は、特に民法法について著るしい。法典に記載された条文は、それ自体、絶対的な存在であるとは考へられない。特にカルフォルニアで、裁判所が、民法典の条文を屢々輕視することが指摘せられる。これは、問題は、コモン・ロー上の問題なのであつて、条文上の問題ではないと考へるからなのであつて、敢くまで法典の条文に最終的効力を認めようとはしないのである。また条文を引用する場合でも、これは単にコモン・ローの宣言たるに過ぎないものとして取扱う傾向にある事は見逃し得ないところであつた。^(七)

(肆) 由来、コモン・ローヤーは大陸法的意味での法典編纂に必要、不可欠な法的技術には余り長けておらない。彼等は成文規定を、既に存在する法律規則の單なる宣言文であると見るか、また時にはこれを無視すらしやうとするのであつた。

コモン・ローについての特殊部門の法典化——それは改革的立法とはまた異つた意味のものであつたが——は十九

世紀末葉から現世紀にかけて漸くに生じた現象なのであって、この点はアメリカにおいても、イギリスにおける場合と同様なのであった。そしてまた、イギリスで為替手形法、パートナシップ法、物品売買法の三法が先ず法典化されたのに刺戟されて、アメリカでも、商事法部門での法典化がこれに続いて行われるのであった。但しアメリカでは、多くの州を擁し、またその州法が互いに異なるといふ特殊な事情にあるため、そこに特別な法典化実現への形式を生むのであった。アメリカ弁護士協会主催にかゝる統一州法委員全国会議(National Conference of the Commissioners on Uniform State Laws)なる組織が生れ、その結果、多くの統一法案が出来るに至つた事これである。つまり、一八八九年に各州知事任命にかゝる各州委員よりなる統一州法に関する弁護士協会の特別委員会に端を発し、一八九五年には、早くも流通証券法典草案起草委員会が前記委員全国会議によって任命され、斯くて起草された草案は会議の議決を得た後各州に勧告の形で廻附され、一八九六年には既に多くの州(五六)で採択されるに至る結果を見たのであった。これを皮切りに、続々として商事統一州法案が成立を見たのであった。(たとへば、Warehouse Receipts Act (1906), Stock transfer Act (1909), Bills of Lading Act (1909), Partnership Act (1914), Conditional Sales Act (1918) 等々)

この事は、十九世紀的法典化運動における失敗経験をのり越えた運動自体の飛躍的發展と見る事ができないであらうか。(ニューヨークでのフィールド法典を人呼んで、^(八)“all the law in one volume”とか、“law of two packages”とか呼んで軽蔑した。これはその法典化成就を余りにも安易に考え、極く少数の起草委員の手に成る草案をもとに法典化を計つた十九世紀的法典化の重大な欠缺を衝いたものであつたらう。これに対し、統一州法法典化についての成

立過程の組織化され、一般化されている点に既に充分の注意を払うべきである。朝野法曹一般の支持、支援なくしては法典化は甚だ困難なのである。この事は、また、既にイギリスに漸く現われ始めた「漸次的」、若くは「部分的」法典化のアメリカ的展開ではなかったか。更に時代が経つと、もっと朝野法曹の衆知を動員し、組織化して、リストメント運動が起るであろう。それは、秀れた起草者を中心に作成された草案をアメリカ法律協会 (American Law Institute) 評議会の審議にかけ、更に協会の總會、弁護士会、法曹に示し、充分の批判を受け、最後に總會で決定されるという、慎重な手続がとられる。それはアメリカ法の各分野を簡単な条文の形式で体系的に再表現しようとしたものであって、大きな實際的権威をもつと共に、アメリカ法の性格をも示す事業なのであったが、これは、十九世紀末葉、イギリスに現われた「私的法典編纂」のアメリカ的展開ではなかったか。つまり、十九世紀法典化運動の経過、経験のつみ重ねの上にアメリカ法の現代的発展が成り立っていると考えられるのであるが、同時に、十九世紀法典化運動自体は、フィールド法典化の失敗と共に一応それ自体の任務を終えた^(九)と考える事が出来るのであった。

(一) アメリカ十九世紀法典化運動に先立つ植民地時代並びにそのルイジアナ法典成立等に関し、左記拙稿参照。

アメリカ法学の出发点 (早稲田法学第二四卷第一冊所収)

アメリカ法形成時代 (早稲田法学第二六卷第一冊所収)

アメリカにおける大陸法的遺跡—ルイジアナ法理解のために— (比較法研究 9・10 合併号所収)

なおペンタムのアメリカへの影響につき

Dacey, Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England during the 19th century pp.

62-55 (1935); Letter of Jeremy Bentham in Field, (ed. loc. cit.), Codification of the Common Law; Letter of Jeremy Bentham and Report of Judge Story, Metcalf, and others (1882); Walker, Introduction to American Law, pp. 58-61, 648-49 (1837). 参照。

(11) Field, H. M., Life of D. D. Field (1898); Obituary in 17 Ann. Bar Assn. Rep. 517 (1894); Browne, D. D. Field 3 Green Bag 49 (1891); Hall, Reminiscences of D. D. Field 6 Green Bag 204 (1894); Fiero, D. D. Field and His Work 18 Rep. N. Y. State Bar Assn. 177 (1895); D. D. Field Centenary Essays (Reppy ed. 1949) 参照。

(12) Carter-Field 邦政論争の歴史を論ずるの序文に於て、その詳細を述べたが、その内容は、

(四) カンタキニトドの Faymond and Burch, Civil Code 1872 (2 vols. 1874); id., Code of Civil Procedure 1872 (2 vols. 1874); id., Penal Code 1872 (2 vols. 1874); マンタニトドの Laws of Montana, 1891, 278, Montana Codes and Statutes (1895). カンタニトドの Revised Codes (1877). 此の序文中に、リナーモータ案を採るべきの理由を述べた。

(五) この問題が Pound, Formative Era of American Law. 見註を参照するべきである。特に Pound, The Place of Judge Story in the Making of American Law, 48 Amer. L. Rev. 676 (1914) 参照。

(六) Pound, Codification in Anglo-American Law. p. 273 参照。

(七) Pomeroy, The True Method of Interpreting the Civil Code, 3 West Coast Reporter, pp. 585, 691, 777; 4 id., pp. 49, 109, 145 (1884). 参照。

(八) フォールズの安易な法典観を “ad hominem argument” とも呼ぶ。余りにも、起草者個人にその成立を頼り過ぎている点を述べたのである。

(九) Pound 前掲 “Codification” in *Cyclopedia of American Government* は、アメリカでの法典化運動は、一八九〇年をもって一応終了した。そこにはフィールド法典化草案の朝野法曹一般からの支持のなかった事が大いに作用した、となしているのは、本文述べるところと同趣旨であると考え得られよう。蓋し、この “Codification” の書かれたのは一九一二年であったから。

三

既に前項において「英米法について（イギリス、インド、アメリカに）どの様な法典化運動があり、またそれがどのように落着したかについての歴史的諸事実」を一応見て来たのであったが、その間にあって、われわれは次の様な多くの疑問に逢着している事に気付くであろう。第一に、十九世紀末葉になると、法典化運動は一段落を遂げ、現在では「リステイトメント及び統一州法」運動へと、その重点が移行して来ている。^(一)これを別の言葉でいえば法典化運動は次第に英米法的に土着し、いわば「落着くところへ落着く」結末を来したのであったが、この様な経過を辿らしめた原因は一体どこにあつたのであろうか。第二に、イギリス本国では遂に法典化は成功しなかつた（若くは初めの意図と著るしく異つた成果しか生み出し得なかつた）のに、インドでは、さしたる困難に遭遇することなく、比較的安易に法典化が実現せられたのは、一体何故であつたか。第三に、アメリカ東部諸州（マサチューセツツ、ニューヨーク）で成功を見るに至らなかつた民事実体法の法典化が、西部諸州（カルフォルニア、ダコタ、モンタナ）では何故たやすく実現化せられ得たのであるか。第四に、法典化に成功した（インド、アメリカ西部諸州等）場合にあって

も、その法典とは、大陸法諸国における法典と著るしく異つた性質を持つ、若くは異つた取扱いを受けるものである事が次第に明かになつて来たのであつたが、これは一体何故であつたらうか。^(三)

こういつたいろいろの問題について、いま、共通の解決点が一つある事に気付く。それは、イギリス本国、インド、アメリカ東部、西部でそれぞれ法律事情が異つていたという事である。特にコモン・ロー、判例法、先決例主義に對して、従来からの伝統の点も、朝野法曹の習熟の度合も、またこれを飽くまで遵守し、よき發展をと願う意欲の点でもそれぞれ相異があつたという事である。これが、法典化を或場合には容易に、また或場合には著るしく変貌させて——その場合、同じくこのコモン・ロー、判例法、先決例主義との折合いを計るという事が常に問題の中核となるのであつた——^(三) 落着させた理由、少くともその事についての極めて有力な一つの理由、であつたと見る事が出来るのであつた。

惟えば、資本主義の興隆に伴う商業、工業の繁栄は、事の当然として、法律における機會の均等性、行動についての結果の予測性、計算可能性に對する関心の昂揚をもたらすのであつた。そこでは法律に關して、行動の結果を予測し得る事が必要であつて、個々の事案は、合理的思考過程に従つて判断せらるべく（形式的合理性の問題）、倫理的命題、便宜性又は政治的課題に左右せられるべきではないのであつた。^(四) この形式的合理性は大陸法においては体系性、論理性をもつて貫かれる法典を要求したのであつたが、英米法に於ては、歴史的連続性にその法体系の統一性、体系性を保つ手段を見出すのであるからして、当然、そこでの形式的合理性の追求は大陸法の場合と異らねばならぬのであつた。これが英米法における法典化を、大陸諸国における法典化と根本的に異質的たらしめたと考えられ

るのであるし、同時に、その歴史的継続性についての中核的制度であるところの先決例主義、判例法についての諸事情が、その法典化の成立についての難易を決定したと考えられる。またこの中核的制度との折合いを計つた上での形式的合理性（法典化問題）が論議せられたと考えられるのであった。

いずれにせよ、大陸法と体系的構造を著るしく異にし、判例法、先決例主義を中心に発達してきた英米法における法典化論が、これとの折合、協調を考えねばならなかったのは当然であり、事実また、その様に法典化論は変遷を見て来たのであった。これが英米法における法典化運動の方向、成果を決定付ける一大重要ポイントとなつたのである。またこれに対する伝統的強執さ、若くはこれに対する考慮いかんによって、その成果に程度の相異が現われたと見る事が出来るのであった。

従つて、近代的法典編纂史を論じようとするれば、これらの点に深く解明の斧を入れねばならぬと考えられるのである。

(一) Schwarz, Bernard (ed.), *Napoleon Code and the Common-Law World*. Preface 参照。

(二) ハンコックは Codification を定義して、「一定の法分野を議會制定法という形式によつて簡潔化し、体系化する事 the reduction of a body of law to succinct and systematic legislative form」とした。(Cyclo, of Amer. Government, 1914 vol. 1, p. 302) これは、イギリス本國、アメリカ諸州、インダ等凡ての法典化に通用する Codification の定義として、考案されたところである。その最小限度的表現に留意すべきである。

(三) Alvarez, A., *The Influence of the Napoleonic Codification in Other Countries* (in "Progress of Continental Law

in the 19th Century"; Vol. II of "The Continental Legal History Series," pp. 251-262), p. 256.

(四) Introduction by O. Kahl-Freund to Karl Renner's Work on the Institutions of Private Law and Social Function
参照。