

十九世紀印度法典化の顛末

水田 義雄

一 法典化の端緒

英領印度における法典化運動は一八三三年に實際的發足を見たとする事が出来よう。その後、十九世紀末葉迄に「不法行爲法を除いては他の重要な法律は殆んど法典化せられた。」と稱し得られる程の成果を擧げた。この様な成果を生むに至つた諸事實、諸運動を十九世紀印度法典化と名付け、この運動が何故然く進行を始め、又その後何故然く成功をおさめたのであるかについての理由を別稿「十九世紀印度法典化運動の由來」(比較法研究第十五號所收)に解明した。同時に、そこで印度法典化のために如何なる具體的方策がとられたかの問題に關し、(a)従來の複雑、多岐に亘る立法機關に大改革を加え、總督評議會に之を一元化した。(b)總督評議會に法律評議員 Law Member を加えることによつてその構成、機能を強化した。(c)別に法律委員會(所謂 Indian Law Commission)を設置し、之に法律改革に關する調査、報告をなす任を課し、此處に法典化運動推進機關が整い、同運動が大きな前進を示すこととなつた事を説いたのであつた。(註一)(註二)

本稿では、今之に續いて十九世紀印度法典化運動がどの様な進展を見せるか、その經過並びに成果に如何なるもの

があつたかを具體的に説き進めるであろう。いわば印度法典化のため設けられた具體的方策たる總督評議會、法律評議員及び法律委員會等が現實に如何なる行動をとり、如何なる経緯の下にその成果を擧げて行つたのであるかを見る事となるのであるが、同時にそれは印度における英法繼受の歴史でもあるわけである。

順序としては歴史的年代の順を追ひ、刑法典、民刑兩訴訟法、民事諸法典の成立を跡付けた。

(註一) 本稿を成すに當つては次の諸著書を参照した。

Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, 1901.

Stokes, *The Anglo-Indian Codes*, 2 vols., Oxf., 1887.

Ibert, *Legislative Methods and Forms*, Oxf., 1901; *Indian Codification*, in *Law Quarterly Review*, No. XX, Oct. 1889;

The Government of India, Oxf. 3rd ed, 1915.

Pollock, Stephen, Sir James Fitzjames, *Encyclopaedia Britannica*, Vol. XXV.

その他の參考書については各關係箇所に掲載した。

(註二) 本稿でも以下繰返し述べる様に、法典化運動を擔當、推進した者は統治者たる英國人側にあつて、印度人側にはなかつた。Bryce は之を「ダウニング街及びカルカッタにおける一握の有司が、また委員會開催せられた時にあつても、僅か十指を屈するに過ぎながら様を極く少數の人々が、殆んど外部から何等の干渉をも受くることなくして事態を指導した」(Bryce, op. cit. p.133.) と述べてゐる。このことは「印度の財政方針は過去三、四十年間、カルカッタよりは多くマンチェスターで立案された」とするカーゾン卿の有名な言葉(朝鮮總督府調査資料「印度統治に関する批判」(Rail, The Political Future of Indiaの翻訳)三頁、奥平武彦)を想起せしめる。印度法典化運動は、實はこの様な主義の下に行われたのであつた。

印度に國民運動が起り、ガンジーの名が喧傳せられるに至るのは、本稿所説の時代から更に後、二十世紀も暫くたつてから

の事なのであつた。同時に、この法典化が「英國よりの最上の贈與」として後世、印度法律家の感謝するところとなつたかど
うかは、之を別問題であることに注意すべきであらう。

二 法典化の経緯

(一) 印度刑法典 (the Indian Penal Code) の成立

一八三四年、第二次法律委員會が設置された。その任務とする處は「現在の司法裁判所、警察の管轄、權限、法律規則並びに英領印度に行われる凡ての法律の性質、作用を調査し、之等に關する報告を爲すこと、又その改革を提議すること……」であつたが、之等の任務の中先づ刑法法典化が着手され、その草案が發表される事となつた。委員會構成は Macaulay, T.M. Macleod, G.W. Anderson, F. Miller であつたが、この草案は主として Macaulay の手に成つた。即ち一八三七年、刑法草案 (所謂 Macaulay's Draft of the Indian Penal Code) なるもの之であつた。

Macaulay, First Baron, Thomas Babington (1800) の父 Zachary Macaulay (1768) は奴隸廢止運動に活躍貢獻し、奴隸廢止論關係誌 The Christian Observer 編輯にも従事した。Macaulay の自由主義的活動はこの様な家庭環境に育まれた。一八二六年、辯護士となり、一八三三年、英國議會に當時上程せられた印度憲章改正に印度法改革の議を説き、一八三四年、初代評議會法律評議員 Law Member として印度に赴任、他に法律委員會委員となつた。一八三八年退任、歸英したが印度にあつては「從來、得て用心深く、閉鎖的且つ抑壓的であつた政府に、健全なる自由主義的諸原理を導入」すること、つまり「出版の自由を擁護し、ヨーロッパ人、土着人の別なく法の

前の平等の維持に努め、また一般教育委員會を主宰して國民教育體系の樹立に盡力した」のであつた。（括弧内は“Macaulay, Thomas Babington” by Mark Pattison, Encyclopaedia Britannica, 11th, ed. よりの引用文）。

氏の法典編纂、刑法法典化の努力も、この様な印度に關する近代國家的要素移入、西歐文化主義の一環であつた事を知るべきである。同時に氏の時代が、恰かも東印度會社の、貿易事務を閉し、印度統治に更に一步深く、即ち、マラータ鎮壓によつて更に絶對權確立への道を踏み出した時代であつた事をも見逃すべきではあるまい（この點に關し拙稿「十九世紀印度法典化運動の由來」（比較法研究 第十五號） 参照）。

まことに氏も亦時代の兒、その刑法法典化の擔つた時代的意義にはまことに興味深きものが存するのである。この草案はその後一度改訂を加えられ（一八五六年、その任に當つたのは主として Sir Barnes Peacock であつた）、一八六〇年に至つて漸く刑法典として成立した。

斯く、第一草案發表から其成立に至る迄に十數年の長年月を闊した所以は、一は Macaulay が草案發表後間もなく印度を去り（一八三八年）たるため法律委員會活動衰微を來し（第一次法律委員會は、この草案作成の他、若干の浩翰な報告）たる事その他、案外印度での法律實務家による反對意見が強かつた事にも因つたのであつた。（註一）

尙、この刑法法典化に關しては、次の諸點を注意すべきである。

(i) 刑法法典化はそれ自體、獨立の事業には違ひないが、之は、やがて他の法律分野も亦法典化せられるに至る事を豫定しつつ行われたと云ひ得る。その様な了解の下に先づ刑法法典化に着手せられるに至つた事情については、Macaulay の當時の印度總督 Lord Auckland に宛つた書翰（Letter of 14th Oct. 1837, prefix to Draft Penal Code.）に次の様に説かれてゐる事

を以つても知られ得よう。

「……由來、刑法典は、實體的私法及び手續法が不明確、混亂に止め置かるる限り、眞の明確、整然に到達し得ない。蓋し、個人の權利、公共機關の權限が不確實なる以上、果して其處に權利の侵害、權限踰越ありたりや否やが確定され得なくなるからである。……」

そして、爾後、この刑法典化を皮切りに續々として他の法律分野についても法典化が行われるに至る事、後に述べる如くなのである。

(ii) 同法典は英法を基に作られたが、その場合、極度の技術性を矯め、また簡潔化を旨とした、然し明瞭性と的確性は之を保持するに努めた。ブライスの如きは、常識を離れず、簡潔よろしきを得た刑法體系たる點「マコーレーの天才の記念物」たりとの讃辭を呈してゐる。^(註二) まさに結果は「素晴らしき成功」(の言なうと) Stokcs, Anglo-Indian Codes, p.71. 2.) をおさめた、と云い得るのであつた。

特にそれが地方下級裁判所の裁判官に與えた便宜には大きいものがあつたとされる。蓋し、當時、大都市裁判所(カルカッタ、マドラス、ボンベイ、アラハバット、ラホール)には學識經驗に富んだ裁判官が多かつたけれども、其他には、それ程の裁判官を豫定し得ないのを通常の事態としたし、特にまた當時の刑法がマホメット系刑法の上に積み重ねられた英法系制定法の累積、混亂状態であつたから、一層體系的刑法典制定の功績は大きかつたとなす事が出来るのであつた。

またそれは印度における特別事情をも考慮に入れて立法された點でも特色があつた。即ち印度での諸條件、諸制

度、國民性、宗教、慣習にも考慮を拂つて作られたのである。この意味で、特異の規定を設け、若しくは英法を修正的に取扱つたのは、正當防衛、贈收賄、禮拜所その他神聖なる物の破壊又は冒瀆、拷問、誘拐、強姦、脅迫に關する嚴罰等であつた。^(註三)

刑法典の効果として一般的犯罪のみでなく、從來からあつた印度に特有な犯罪（たとえば、暗殺團匪 thuggee 職業的鶏姦 professional sodomy, 寺院醜婦奉獻 dedicating girls to a life of temple-harlotry, 生贖 humane sacrifices, 幼兒遺棄 exposing infants, 寡婦焚殺 burning widows, 癩患者焚殺 burning lepers alive, 集團強盜 gang-robbery 等々）まで減少したと云ふ。^(註四)

(iii) 英米法の行われる地域の中で、最初に法典化の實を擧げたのは印度であつた、即ち、印度刑法が、草案は一八三七年、法典は一八六〇年に、成立せしめられているのであるから、英本國よりも、アメリカよりも先陣の功を誇り得る、と説く學者がある^(Sherman, Roman Law in the Modern World, p.389.)。

然しアメリカでは、それより先に Edward Livingston によるルイジアナ民法典（一八二五年）、David Dudley Field によるニューヨーク民事訴訟法典（一八四八年）が成立しているのであるから然かく簡單には論じ去り難いであらう。即ち、その先陣の功はルイジアナ若しくはニューヨークが誇り得る、とする議論も可能となり得ようからである。尤もルイジアナ民法典は大陸法系、フランス民法典に系統をひくし、ニューヨーク民事訴訟法は訴訟法、手續法であるから、英米法の、しかも實體法體系、つまり立法技術的に遙かに難かしい問題を多く含む刑事法の法典化を仕遂げたという意味で、印度刑法の重要性を説く事は、また自ら別の議論とすべきであらう。草案（一八三七年）もそ

の後、法典化として美事結實（一八六〇年）しているのであるから、草案成立の年代に遡つて、之に十九世紀英米法分野での法典化運動における魁たるの榮譽を歸せしめんとする説明（*Shernan, op. cit. p. 389.*）も敢えて不當なりとは爲し難いかも知れぬ。

然し、我々がここで特に興味を感ずるのはこの様な先陣争いについてではなく、印度法典化運動の其後の發展の着實さにある。印度刑法典が出来て、英法を「明確且つ體系的に表現する事の可能性が現實に示された」こと（*括弧内 Stokes, op. cit. p. 71 によつた。*）更に刑法典を皮切りに、其後相次いで種々の法分野に亘つて、印度が英米に比して遙かに多くの成果を擧げている（それ等について爾後説明を加えて行くのであるが）事實、その法典化運動における着實さこそ、特に取り立てて強調すべきであると考ええる。この意味では、印度は英本國よりもアメリカよりも遙かに多くの成果を生んだ事に間違ひはないのである。

(iv) 更に印度刑法典の成立にも、當時略々之と並行的に行われていた英本國及びアメリカでの法典化運動からの影響刺戟があつた事にも留意しなければならぬ。

(a) 英本國にも既に一八三三年から、刑法法典化の運動が開始せられ、進行を始めていた。「犯罪、その審理並びに處罰に關する凡ての制定法を一制定法の中に分類彙纂する事、また、同一事項に關するコンモン・ロウ即ち不文法を同一の前記制定法中に、若しくは之と別異（單一もしくはは複數の）制定法中に分類彙纂する事、且つまた之等兩種制定法を單一刑法體系に結合する事の便宜性を検討し、且つ報告する事」（*Commission, Vol. XXVI, 1834, Criminal Law Report.*）を任務とする委員會の設置が一八三三年に先づあつた。其後、刑法草案が議會に提出せらるるに至る迄、約二十年に亘る Lord Brougham

を中心とする刑法法典化運動が續いていたのであつた。尤もこの運動はその大きな努力にも拘らず、結局、ものにならずして止むのであつたが、しかし、この運動並びにその間幾度か發表せられた報告書類が、略々之と並行的に行われていた印度刑法法典化に刺戟、影響を及ぼした事も見逃すべきではない。即ち、この間英本國に刑法草案の議會に提出される事二回(一八四八年、一八五三年)、また、多くの浩翰な報告書類が提出せられ、英刑法法典化に關する問題が検討されてゐるのであつて、之が印度の同じく刑法法典化の運動に刺戟を與え、參酌せられた事を云うのである。(註五)

(b) アメリカ、ルイジアナ州における法典化運動の一端として Edward Livingston に刑法草案起草が命ぜられたのは一八二一年であつた。草案は翌年完成したに拘らず、ルイジアナ州においては遂に法律となるには至らなかつた。然し、この草案は、英米刑法其後の發達に大きな地位を占め、又法典化運動に大きな影響を及ぼすに至るのである。今之を印度刑法法典編纂についで見るならば、その編纂着手の年たる一八三三年に Livingston, A System of Penal Law for the State of Louisiana (Philadelphia, 1833) が刊行されてゐるのである。即ち、印度刑法編纂には、フランス刑法典(一〇八年)及び、リヴィングストン刑法草案が特に參酌されたとせられる。そのリヴィングストンとはこの刊行本を通じて一般に知られたものに他ならぬのである。(註六)

(註一) Ibert, Indian Codification, op. cit. p.348; Stokes, op. cit. pxxi.

(註二) Bryce, op. cit. p.127, 尙印度刑法典に關し Stephen, Indian Criminal Law (in History of Criminal Law of England, p.283. et seq.) 又「それら二つの特異な論文」を著し H. Speyer, Le Droit Penal Anglo-Indian, Revue de l'Université de Bruxelles, April 1900. を舉ぐるべきことかじらる。

(註三) Stokes, op. cit. p.xxvi; Bryce, op. cit. p.126. 參照。

(註四) Stokes op. cit. p.71. 尙「ブライヌ (op. cit. p. 126) はこれらの相違、考慮は同法典が實質的に英法的だとするべきことを少しも妨げるものではない」と強調してゐる。

(註五) 拙稿「十九世紀英米法典運動關係年表」(早稲田法學 第三二卷所收) 並びに“Criminal Law” in Encyclopaedia Britannica, 11th ed. By William Feilden Crozier. 參照。

(註六) Livingston's Penal Code の刑法史的な重要性については Wilkinson, Edward Livingston and Penal Code, 1 Texas Law Review 25; Jerome Hall, Edward Livingston and His Louisiana Penal Code, 22 Am. Bar Assn. Journ., 191. 尙「その印度刑法編纂への影響については Stokes, op. cit. p.71.; Ilbert, Legislative Methods and Forms, p.156. 參照。

(二) 民事、刑事訴訟法 (Codes of Civil, Criminal Procedure) の成立

第二次法律委員會は一八五三年 Charter Act (16 & 17, Vict. c. 95) の規定に基づいて設置された。同法に規定せられた同委員會の任務は「従前委員による司法制度、司法手續並びにインド法律に就いての勸告、提案を、其他之等事項に關して關係當局より提議されるべき改革に關する事項を審かに検討、精査し且つ適當の考慮を加うべき」事とせられた。同年(十一月) Sir John (afterward Lord) Romilly 外八名が委員として任命された。(註一)

當時における差迫つた問題は、裁判所構成改革並びに之に伴う訴訟手續法制定の問題であつた。そこで當時の英本國における印度監督官廳 The Board of Control は之等を特に審議すべき旨を指示した (Letter of Nov. 30, 1853, from the Board of Control to the Indian Law Commission, cited in Ilbert, Government of India, p. 92)。同委員會は一八五六年中頃迄に、報告書を提出する事四回、この中に裁判所構成改革並びに訴訟法草案を提示したのであつた。

之等の提案に基づいて一八六一年、印度高等裁判所 The High Courts of Judicature in India が成立し (Act of Parliament, 24 & 25 Vict. c. 104) 又た民事訴訟法 (VIII of 1859) 並びに刑事訴訟法 (XXV of 1861) が成立した。

之等については次の諸點に注意すべきであらう。

(1) 裁判所構成改革については、時恰も印度における統治權を東印度會社から國王に移管した印度統治法 (一八五八年 21 & 22 Vict. c. 106) に對應する意義を考えねばならぬ。従來、東印度會社時代に作られた諸裁判所間に統一性を與え、又領土の擴張、統一に對應する秩序性を考えねばならなかつたのであるが從來のカルカッタ、マドラス、ボンベイ等の所謂州首都 Presidency Towns に存した互いに系統を異にした裁判所 (Queen's and Company's Courts known as the Supreme and Sudder Courts) を統合し High Courts of Judicature in India とす 其他 North West Province に別 High Court を樹立した如きであつた。

(2) 裁判所構成法並びに民事、刑事訴訟法は、その法律の性質上當然英領印度におけるあらゆる人々に適用せられた。また各關係分野における固有法に置き換えられて適用せられたのであつた (この點、實體的私法法典化におけると著しい相違を示す。即ち、私法法典化にあつては如何に固有法の若干部分と調和させるべきか、若しくは之を特別、例外的に取扱うべきかを考慮する必要が生じて來るし、又その様に取扱う場合を生ずべき事、後章詳述する如くであるからである)。

民事訴訟法はその後一八八二年、一九〇八年に、又刑事訴訟法は、一八八二年、一八九八年に改訂制定されている。

尙、之等訴訟法は其後制定せられる證據法 The Evidence Act (1 of 1872)、訴訟期限法 The Limitation Act (IX of 1908)、特別救済法 The Specific Relief Act (1 of 1877) 等と相俟つて訴訟手續の完璧を期する事となつたのである。(註四)

(3) 裁判制度、訴訟手續の整備、完成が正義の實現、實體法上權利の確保に必要、不可缺なる事は印度法典化當局者に早くから承認せられていたとい得よう。この點最も分明に承認され、且つ早くからその實現に手掛けられたのは刑事訴訟法であつた。蓋し刑法典が先づ第一に着手せられた事と、刑法という治安上の性質、重要性に基づいたのである。既に、これより先に、刑法典を補うに訴訟法の完成を以つてせざれば、犯罪を豫防し、正義を實現するに事缺けるの理を説いた者にアメリカのリヴィングストンがあつた(リヴィングストンがルイジアナで刑法草案を)。氏は、折角、刑法典を作つても、之を行うに「高額の出費、手續の遅延、法適用の不確定」等の事情があれば、結局、刑法典を無用若しくは適用困難なものたらしめてしまふ事を説いたのであつた(Livingston's Introductory Report to the Code of Procedure prepared for the State of Louisiana, Works, 1,331)。印度當局も早くこの點に留意して、「理解し易く、費用のかからぬ、また手取り早く、しかも公正な」刑事訴訟法をと心掛けたのであつた。即ち、既に一八四七年、印度總督評議會より、印度法律委員會宛、刑法典(當時未だ草案)に相應しき手續法を準備すべき指令から始まつて、一八四八年、草案が出来(起草者 Cameron 及び Elliott 兩氏)、之が更に一八五四年、委員會によつて検討され、一八五七年 Peacock 氏により立法評議會に提出、一八六一年法案として成立したのである。(註五)

第二次法律委員會はこれら訴訟法の他、實體的私法法典化についてもその必要性を認め、これに關する根本的方策

を説いている。即ち、「印度における實體的私法の現状における缺陷並びに英法に基づいて印度法體系を構成し、制定する」ことは既に第一次法律委員會時代からの懸案であり、方針であつたが、第二次委員會はこの從來の方針を確認、踏襲して、次の如く説いているのである。「吾人は印度における法律狀態についての缺陷矯正の方法について考慮したる結果、印度の欲するものは實體的私法體系であり、その制定に當つては英法が基礎とせらるべき事、然し又一旦制定せられるに至るや、それは（英國の法ではなく）印度の法である事についても意見の一致を見た。今、この様な法律體系の制定は困難な仕事には相違ないのはあるが、然し、英國法のダイジェストをつくる程には困難ではないと考えられる。蓋し先決例を、本格的に、全判例集の堆積の中から檢索しつくす程の必要はないからである。更に又、この様な法律體系は常に印度における諸事情、諸制度、國民性、宗教、慣習等に絶えざる考慮を拂わねばならないのではあるが、然し若しそれが完成した暁には、印度にとつてまことに大きな利益をもたらすものと信ぜられるのである」(Second Report of Indian Law Commissioners of 1853, dated 13th Dec. 1855, cited in Stokes, op. cit. p. xii.)

第二次委員會は、私法については實際的成果を擧ぐるに至らずして止んだ。然し、この様にして確認せられ、宣言せられた私法法典化の方針は、やがて次の委員會に、打ち消し難き傳統として受け繼がれる事となるであろう。事實、本報告に基づいて「英法を基礎とし、印度の法律たるべき實體系」を立案すべきとする第三次法律委員會が、其後、一八六一年に開設せられているのである。^(註六)

(註一) 第二次委員會メンバーは Sir John Romilly M.R., Sir John Jervis, Sir Edward Kyan, and Messrs. R. Lowe, C.H. Cameron, John Macleod and T.F. Ellis であつた。第一次委員會の場合と異つて、第二次委員會は英本國內に設置された。

この事はやがて Salisbury 卿と印度總督との間で問題となされてあろう。印度の事は印度で、とする考え方が芽を吹いて來てあろうから（この點後述）。

(註二) 印度法に英本國議會制定法、總督評議會制定法等があるとする説明(拙稿「十九世紀印度法典化運動の由來」(「比較法研究」)を此處に想起すべきである。但し後者については一八五三年、一八六一年に大きな制度的改革が行われた。

一八五三年の改革では所謂法律議員 'fourth' or legislative members of the governor-general's council の權限が擴げられ、通常議員 older or 'ordinary' members 同様の出席、投票權が與えられた外、法律議員の數を増加して評議會の立法機關としての機能を増強した。増加せられた法律議員中には The Chief Justice of Bengal と Supreme Court Judge 一名が含まれた。又立法機關としての評議會構成員は十二名となつた(従前四名)。Ilbert, Government of India pp.91, 100 參照。)

印度法典化史は、年月の經過とともに、統治機關の内容的變化を伴う事が多うから、常にその點の留意を怠つてはなるまい。たとえば總督の *Chief Viceroy and Governor-General* (from 1858—), *Governor-General of India* (1834—1858) の差異、英本國監督官廳の *Secretary of State for India* (from 1858—), *The Board of Control* (1784—1858) の相違がある如きことである。總督立法評議會 *The Legislative Council* の如きもの存在は一八五三年以降のことと屬するものと *Ilbert, op. cit. p.100* 參照。

(註三) *Ilbert, op. cit. p.349.*

(註四) *Ilbert, op. cit. p.362.*

(註五) *Stokes, op. cit. II. Introduction, p.1.*

(註六) *Stokes, op. cit. I. p. xiii.*

(三) 民事諸法典の成立

印度に民事諸法典が出来るについては紆餘曲折があつた。幾つかの難問に逢着して懷疑、逡巡するるのである。

つまり刑法、民事刑事兩訴訟法の場合の様に比較的容易に法典化實現が見られなかつたのであつて、其間餘程の事情の相違が見られるのであつた。今、その法典化に關する經過を次の四つの時期に區分して説明するを便宜であると考ふる。

- (a) 實質的準備時代（第三次法律委員會の活躍）一八六一年—一八七〇年
 - (b) 民事法典化活潑時代（Stephen の活躍）一八七〇年—一八七二年
 - (c) 懷疑反省時代（Hobhouse, Salisbury の活躍）一八七二年—一八七九年
 - (d) 事態收拾時代（第四法律委員會の活躍）一八七九年—一八八六年
- 次に順を追つて解説して行き度。

(a) 實質的準備時代（一八六一年—一八七〇年）

一八六一年（十二月）第三次法律委員會が構成された。その任務とする所は、前委員會の勸告、意見を踏襲し、印度に、英法を基礎にせる實體法體系をもたらし、其の他英本國監督官廳より附議せらるべき印度法改革に關する事項を考慮し、報告するにあつた。（註一）

この委員會は一八七〇年に至る迄の十年間に實質的に大きな仕事を仕遂げている。即ち委員會活動としての多くの報告書を提出しているのであるが、その中に多くの重要な法典草案が發表されているのである。

その發表した報告書、その内容たる草案、發表の年月は次の如くであつた。

第一報告書（一八六三年六月廿三日）

相續法草案 A draft law of succession and inheritance applicable to various persons not professing the Hindu or the Mohammedan religion.

第二報告書（一八六六年七月八日）

契約法草案 On the subject of contracts in general, of the sale of movable property, of indemnity and guarantee, of bailments, of agency, and of partnership.

第三報告書（一八六七年七月廿四日）

手形、小切手法草案 On the subjects of promissory notes, bills of exchange, and cheque.

第五報告書（一八六六年八月三日）^(註二)

證據法草案 On the subject of evidence.

第六報告書（一八七〇年五月廿八日）

財産移轉法草案 On the subject of the transmission of property between living persons into harmony with the rules affecting its devolution on death.

第七報告書（一八七〇年六月十一日）

刑事訴訟法改正草案 On the revision of the code of criminal procedure.

等の中、第一報告書の相續法草案のみが結實して、一八六五年、相續法 The Indian Succession Act として成立

した。蓋しそれは印度教徒、回教徒等を適用範圍から除外したため、問題の錯雜さを避け得たからであつた。即ち同法は英法を基礎とし、遺言ならびに無遺言相續に關し英領印度に適用ある法であつたが、その適用範圍には廣範圍に及ぶ例外があつて印度土着人には殆んど適用が無い様な結果となつたのである（同法第二條）。印度教徒、回教徒、佛教徒の財産に關しては適用がなかつたし（同法第三一一條）更に又印度政府が、その適用を不適當と考える場合には、その全部又は一部の規定を、一定の人種、宗派若しくは部族に、行政命令を以て、適用を免除する事を得（同法第三三三條）となしたからであつた。

この相續法成立については Sir Henry Maine の盡力があつた。Maine は當時印度總督評議會法律評議員 Law Member of the Governor-General's Council として一八六二—一八六九年の期間就任した。その間、前記相續法の外、婚姻法 Marriage Act (1865)、離婚法 Divorce Act (1869) 等の制定にも指導、監督の任に當つたのであつた (Stokes, op. cit. p. xiv 參照)。

同時に Maine (1822—1888) はこの期間に大きな比較法學的收獲を得て歸英した事に注意すべきであらう。Maine は初め健康上の理由で評議會法律評議員たるを辭退した。然し其後就任するやその任期（二期五年）を二期勤める程の熱心さを示した。その間近代西歐とひどくかけ離れた東洋思想、生活様式を見事に理解、評價し、之がやがて歸英後の著書の中に結實するのであつた。勿論、印度プロバパーに關する論文としては T. H. Ward 編輯ヴィクトリア女王治世論 The Reign of Queen Victoria. 1887 (Pollock はこの論文を高く評價してゐる) しか無いけれども、然し其處で得られた知識がやがて多くの氏の著書の中に取り入れられ、成果を見せつけるのである。即ちカルカッタ大學 Vice Chancellor として、東西兩思想の接觸によりもたらされた結果を論じ、之が Village Communities に收録された如きその顯著な事例であつた。

一八六九年氏、の歸英の年、時恰もオクスフォード大學、Corpus Christi College に創設せられた歴史、比較法學講座に就任、益々その比較法的業績 (Village Communities in the East and the West (1871) ; Early History of Institutions (1875) ; Early

Law and Custom (1883) 等々) を積むの必要は (Maine, Sir Henry Sumner" by F. Pollock in Encyclopaedia Britannica, 11th ed. vol. 17 p. 432, なほこの點に關し Jurisprudence: Comparative, by Vinogradoff, Enc. Brit, 11th ed. vol. VI p. 582 參照)

相續法以外の法典化に關しては事情は然かく簡單には行かなかつた。法典の適用範圍を如何に定むべきか、つまりは印度固有法を如何に取扱ふべきかの難問が存したし、それに、法典化すべき時期、その必要性についての論議が結びついて益々複雑となつて來るからであつた。相續法に次いで取り上げられた契約法(一八六七年印度立)とすると、利害對立の範圍も廣く、早速にこの暗礁に乗り上げたのであつた。

即ち、第三次法律委員會は結局、一八七〇年に辭任して止む事となるのであるが、之は契約法中の一特定問題がつまづきとなつたのであつた。具體的には、動産占有者より、善意且つ不適當ならざる環境の下に、之を取得したる者は、その權原を取得する事を得るかの問題に關した。立法評議會特別委員會が、之を消極に解し、若し之を積極に解せんか、英領印度は近隣諸國からの家畜盜人の避難所たるに至るであらうとなしたのに對し、英本國監督官廳たる印度國務卿は、立法委員會側に立つて草案原案を支持した。印度國務卿の意見が印度立法機關の獨立性を毀損するものであるとして、今度はまた印度總督が之に反對の意見を表する等、問題は契約法上の一法律技術的意見の相違の問題を超えて、印度法典化、委員會構成の問題へと飛火したのであつた。(註三)この問題には然し、一つの重大な問題が伏在していた。既に第二次法律委員會時代から、委員會は英本國內で開かれていたのであつて、印度總督、印度立法評議會(特別委員會)が現地にあつて、印度に對する認識の徹底せるには到底及ばないのではなにかとの懸念が存したのである。然しその様な問題となると早急には解決し難く(この問題はやがて Salisbury 卿が國務大臣となるとこの論争當時は Arbyle 卿がやつた)再び取り上げられるに至る事、後に述べる

如くである。)

委員會が一八七〇年、辭任、解散するに至つた理由は、既に述べた様な多くの法典草案が提出されているに拘らず、その割に法典化が實現されて居らない、其處に「故意且つ固執的 systematic and persistent」と考へざるを得ない様な不活潑さ「inaction」がある以上、且つまた、之に對し満足な回答を與えられない以上、辭表提出も止むを得ないといふにあつた。

結局、この第三次委員會は印度における民事法典編纂に伏在する困難性の故に退陣を餘儀なくせられたと見る事が出來よう。斯くて實質的には多くの仕事を準備しながら、形式的に法典化の結果、成果を見る事もなくして、次の時代にとバトンを渡す事となつたのであつた。

(註一) 第三次委員會メンバーは Sir John Romilly M.R., Sir W. Erle C.J., Sir E. Ryan, Mr. R. Lowe, Mr. Justice Willes, Mr. J.M. Macleod (其の後若干の變更があつた)。その作成せる報告書は監督官廳たる印度大臣に提示された (Stokes, op. cit. p. xiii)。

(註二) 第四報告書は印度總督に對する返書形式たるに過ぎなく。

(註三) Stokes; op. cit. p. xiv and p. 534 ; Ilbert, Indian Codification; op. cit. p. 351 ~ 2.

(b) 民事法典化活潑時代 (一八六九年 ~ 七二年)

(註一)

一八六九年 Sir James Stephen が Sir Henry Maine の後を襲ひて評議會法律評議員 Law Member of Council in India に就任した。氏の在任は一八七二年春迄、僅々三年間ではあつたが、印度法典化には大きな努力を捧げた。

一體、立法的活動には法典編纂と既存制定法の整理統合の二つの方向を考えられるのであるが、この Stephen 法律評議員就任時代はその前者、法典化の面で大いに活潑であつたのであり、この意味でもこの時代を十九世紀印度立法活動の高潮期 The period of great legislative activity と呼ぶことが出来るのである。蓋し Stephen は過去における法典化活動の所産を顧み、法典化し得べきものにはその形式を整えて制定せしめ、またその將來に思いを致しては、なおこの先、法典化の實現せらるべき項目、分野を検討、列擧し、以てこれから先の事業見取圖を設定する等の重任を仕遂げてゐるからである。

(一) Stephen の努力によつて法典化せられたものに次の如きが存する。

訴訟期限法 An Act of Prescribing Rules for the Limitation of Suits, 1871.

證據法 Evidence Act, 1872.

契約法 Contract Act, 1872. 本契約法は所謂契約に關する事項を網羅し盡してはいない。實體的契約關係事項はその後制定せられ、會社法 Indian Companies Act, 1882. 特別救濟法 Specific Relief Act, 1877. 流通證券法 Negotiable Instruments Act, 1882. 等にも分散、規定せられることとなるであらう。然し乍ら本法の適用が一般的であり、且つ從來の印度固有法を廢止した意味では契約に關する基礎法たる性質を帶有する。但し本法と特に抵觸せざる慣習、本法により特に廢止せられざる従前の制定法 (statute, act or regulation) は依然その効力を妨げらるゝ事なし、とせられた (同法 第二條)。

本法典に對しては毀譽褒貶互ひに相半ばした。

その用語が正確性、精細性、若しくは明瞭性を缺くとする、形式に關する批難（この點 Stephen は法典化に對する熱意の割には、その効果を擧げ得なかつたとせられている）の外、實質的な契約法典化そのものに對する批判、若しくは批難もあつた。即ち、大都會にとつては、法律専門家も多い事だし、法典が不必要なばかりか寧ろその規定故に法の適當な運用が害われる事も多い。又地方にあつては、元來衡平、自由裁量こそ大いに有用であるのに、法典が存在する爲、反つて裁判官が之に徒らに拘束せられ、正義、衡平が不當に害せられる、とされた。本契約法の五分の四が既に冗漫、無用だとすら爲す者もあつた。

結局、Stephen が僅々三年ばかりの短期間に精力的、効果的に仕遂げた法典化の大業は、一應賞讃せられながら、尙「英本國における觀念からすれば、若干正確なりとのそしりを免かれざる」こと、將來、更に完全な契約法典を編纂せんが爲にはよき基礎たり得べし、若しくはたらしむべしとするを以て適評とすべき様な状態にあつたのであつて、この事は、つまりは契約法という實體的私法の法典化が如何に難しいかを物語るものであり、英普通法における弾力性、融通性への郷愁の一つの現われでもあつたと見る事が出来るのである。

(二) Stephen による法典化、將來の見透しは次の様であつた。

印度法典化事業も、既に一八三三年に其の端緒が開かれてから早や四十年、それが實際的な成果を生み始めて（一八六一年以來）からでも既に二十年の年月を経過しているのにも拘らず、(Stephen の言葉を借りれば)當時、「英領印度法の法典化にして完全なりと稱し得られん爲」には尙「契約法におけると同様、不法行爲關係、地役權關係、様利救濟關係の法分野が法典化せられる」必要があるのであつた。^(註三) 地役關係法は、元來土地法に屬し、土地法自體甚だ

複雑でもあり、重要でもあるのだが、今、法典化するとなれば、この分野が最も之に適するし、又法典化して有用な分野でもある(事實、地役權法は此の後一八八二年)。更に又權利救済關係法は、實體法と手續法との中間法分野に屬し、いわば救済關係法として是非法典化せらるべきである(一八七七年特別救済法)とされた。たゞ不法行為法法典化は印度立法における甚だ重要な事柄に屬する、とせられ乍らその後遂に法典化は實現せらるゝに至らずして止む事、後に述べる如くである。

然し、何れにせよ、Stephen がこの様に一應總體的に法典化事業の現状と將來を見透して、その設計圖を作つた事は、今後の運動、方針にも大きな影響を残したのであつた。氏の貢獻がこの點でも高く評價せらるゝ所以である。

(註一) Stephen, Sir James Fitzjames⁽¹⁸²⁹⁻⁹⁴⁾ Trinity College, Cambridge 在學時代、六年先輩の Maine と相知るに至り、その交際は一八八八年 Maine の死去に至るまで續いた。兩者が共に印度に赴任、相次ぎて Legal Member of Council in India となつたのも意味なしとしなく。但し性格は Maine の精細、機敏、遠大であつたのに對しは、重厚、不屈不撓、むしろ不必要なまでに開放的であつたところ(Pollock, Stephen, Sir.)。

尙、Stephen のインドにおける活躍以外の評價、英法に對する寄與、貢獻を比處に述べる必要があるだろう。それは Stephen が英本國歸朝後なした學的活動を指すのであつて、いわば印度での法典化事業による經驗を生かしたものであつた。

Stephen は一八七二年春、歸國した。その後印度での經驗を活用して、法典形式で證據法を、また刑法を著作、刊行した。その刑法草案の如きは一八七八年、政府案として提出された。結局は法典成立に至らなかつたものではあつたが、しかし、その努力は大きな意義をもつたと稱すべきである。

Stephen の英國法典化運動に及ぼした貢獻にもう一つある。それは前記の様な氏の著作が刺戟となり、先例となつて、Pollock, Chalmers 等による law of partnership, law of negotiable instrument 等に關する著作となり、これらが英本國での

the Partnership Act, 1890, the Bills of Exchange Act, 1882. となすに至つた事である。さすれば Stephen の大きな間接的
成功だと云えるのである (Pollock,)¹⁾

尚、氏の著作として次の如きを挙げることが出来る。General View of the Criminal Law of England, 1st. ed. 1863, 2nd
ed. 1890 (但、第三版は、實際上新著作と見て、²⁾ Indian Evidence Act, Calcutta; 1872. Digest of the Criminal Law of England,
London, 1883.

(註一) Ilbert, Government of India, p. 364.

尚、印度契約法に關するは Pollock & Mulla, The Indian Contract Act, 1st ed. 1906; 6th ed. 1931, なども、またその
書評をいふ 24 Harvard L.R. 249, (2nd ed. に關す。), 27 Harvard L.R. 295, (3rd ed. に關す。) 参照。

(註三) Ilbert, Indian Codification, p. 354.

(註四) Ilbert, Indian Codification, p. 353~4.

(c) 懷疑、反省時代（一八七二～一八七九年）

一八七二年春 Lord Hobhouse (當時 Mr. Arthur Hobhouse) ^(註一) が Stephen を襲つて總督評議會法律議員として赴
任した。此處から、印度法典化運動についての懷疑、反省の時代が始まる。つまり、從來、曲りなりにも進展を續け
て來た法典化事業に對し懷疑の眼が向けられ或いは又之に對する逆流的、若しくは潜流的な現象へと力をそゞぐ勢が
増して來たのであつた。

具體的には次の二つの現象が相次いで現われた。

I 法典化に對する懷疑の念は、法典化事業から既存制定法の整理、統合事業へと注意を方向轉換させた。

II 法典化に對する反省は、從來の事業に對する認識を深めて、また、將來に對する方法、方針を檢討、決定せしむるに至つた。

次に順を追つて説く事としよう。

I 一八七五年、印度總督は、英本國國務卿宛に次の様な當時の法典化の模様を語る報告書を送つてゐる。曰く、「一八七二年以來殆んど法典化は行われなかつたと云つていゝだろう。……之に對し、既存制定法の整理、統合と、不用に歸した制定法の廢止には、われわれは、既に多大の注意を拂つてきた。……同時にまた、われわれは注意を、司法判決より成る法の大きな分野にも向けたのであつた。(A despatch addressed on the 5th of July, 1875, by the Government of India to the Secretary of State, cited in Ilbert, op. cit.)」と、即ち、印度政府當局は次の様な三つの事柄を三つづつ述べた。

(イ) この期間には法典編纂の成果は餘り擧げられていない。然しこの事は編纂事業の中止若しくは終了を意味するものでは決して無かつた。その繼續は、後に詳細に見るであらう様に當局によつて明瞭に言明せられる所であるし、又現にすぐ一八七七年に、特別救濟法 Specific Relief Act が制定せられてゐるのである。それはたゞ一時、著しく不活潑な状態に置かれたに過ぎなかつた。然し、一體、何故にこの不活潑な状態が生じたのであつたらうか。それは、法典化事業に對する懷疑の念に根差したという事が出来るのである。法典化が餘り急激且つ過剰に過ぎ、一般が之を到底消化し切れない事、其處に法典化を手控えすべしとの意見、若しくは果して從來の經過、方法が適當であつたかの疑念も出て來るのであつて、既に Hobhouse が印度に向け出發するに當つてその緩和、手控への忠告を受けた。事實、氏の印度到着後、この忠告が適當である事を認めざるを得ない様な事情にあつた、といふ。氏は此處に、法典

編纂よりは若干地味ではあるが然し實際的効用の點では決して之に劣るものとはなし難い現行法の整理、統合へと、その主力を注いだものと見る事が出来るのである。

(四) 現行法の整理統合とは、既に不用に歸した制定法の廢止處分、なお効力ある制定法の修正、單一制定法への再編成等のさくつかの事柄を含むであらう。Hobhouse はこの地道な事業に着手しやがて、English Statutes relating to India, 3 vols., General Indian Acts, 3 vols., Provincial Codes (Lower Provinces Codes, Bombay Code, Madras Code, Punjab Code, Oudh Code, Central Provinces Code, North-Western Provinces Code, Ajmere Code; Coorg Code, British Burma Code) 10 vols. 等が完成せられる事となるのであつた。

尤もこの既存制定法の整理統合に關しては、まことによき先覺者、先驅者が居つた。即ち Mr. Whitley Stokes であつた。^(註三)氏は既に Maine 及び Stephen が評議會法律議員として活躍していた時代から、印度總督府法制局長官 Secretary to the Legislative Department of the Government of India として立法事業に努力を捧げた。その印度在勤 (Secretary, Law Member, Commissioner 等を歴任した)二十年 (一八六二年——一八八二年)にも及び、その間不屈、不撓の精神をもつて、印度法發展の基礎を礎いたのであつたが、特に、從來の諸制定法の整理統合という地道な仕事に盡した功績は大きかつた。印度現行法の具有する現在の簡潔性、實用性は實に氏に負う處多大である、とせられる所以も此處に存するのである。^(註四)

Hobhouse はこの先驅者に從つて、又その時代精神をよく汲んで、前記の様な印度現行法についての整理統合に關する仕事を仕遂げたのであつた。

(c) この時代の今一つの特徴は、單に制定法のみでなく、判例法という別の大きな分野にも改革の手が差しのべられる事となつた事であつた。

當時の印度總督の言葉を藉りれば「我々は司法判決より成る法部門にも注意を向ける事となつた。これは勿論立法の直接の對象ではないけれども、立法を論ずる場合、共に取扱うを適當とする程密接な關係にあるのである。即ち我々は我が法體系に取り入れられた司法法のダイジェスト作製に努力を拂つていたのであつて、この事は——我々の見解では——單にそれ自體、有用であるばかりでなく、將來の法典化事業にとつてもよき基礎となり得るのである。我々はまた、判例集刊行を監修し、若し又可能であれば、之を改良するに努め度い。」(前掲 Despatch) とせられたのであつた。(註五)

事實また、やがて印度では、英本國での判例集改革、Law Reports にならうとして、權威ある判例集 Indian Law Reports を持つ事が出来るに至るのであつた。(註六)

(註一) Hobhouse, Arthur (1819-) は一八四五年辨護士、一八六二年 Queen's Counsel となつた。一八七二年印度總督評議會法律評議員として赴任、歸朝後、一八八一年に樞密院司法委員會委員に任命せられ二十年勤続した。

(註二) Ibbert, Indian Codification, p. 354.

(註三) Whitley Stokes (1830-) はダブリン所在の Trinity College 卒業後、一八五五年、辨護士となつた。印度に赴任したのは一八六二年。一八七七年、法律評議員。其後一八七九年、第四次法律委員會委員に任命せられ、法典化事業に功績を残した。英本國に歸朝したのは一八八二年であつた。其の著 The Anglo-Indian Codes, 2 vols, Oxford, 1887 (本稿におしても屢々引用した)。序文には次の様な注目すべき文章がある。

「……本書が……印度に賢明、明瞭且つ探知可能な法の祝福を與えんとする英國政治家の努力に關心を抱く人を、又特に——現在なおロンドン及びニューヨークに切實な——法典化の問題に關心を持つ人々を益する所あらば、望外のよろこびである。

……」(傍點筆者) (同書 *General Introduction*, p. ix)。

(註四) *Iibert, Indian Codification*, p. 355.

(註五) 此處に述べられてゐる印度總督の法典觀、ダイジュエツト論が、之より少し前に英本國で行われた *Westbury* 卿の次の様な所論と甚だ近似していることに氣付く。卿は一八六三年、法典化に關する提案を上院で行つた際、分類彙纂の必要な事を強調し次の様に説いたのである。曰く、「議會制定法及び判例法を分類彙纂しようとする場合、私はそれを最終的な目的であるとは考えていない。それらは、ただ法典作成にとつてのよき資料たるに過ぎない。」と。(Nash, "Life of Lord Westbury", vol. ii, pp. 61, 92, London, 1888.)

(註六) 印度における判例集改革に關しても、英本國でこれより先に同様改革が行われた事に想到すべきである。既に英本國では一八六三年、英國法律改革促進會 *English Society for the Promotion of Law Amendment* の判例集改革せらるべき旨の決議があつた(この點に關して、*Mr. W. T. S. Daniel, The History and Origin of the Law Reports*)。續して同年末、判例集改革のため委員會が設けられ、その結果、判例集委員會 *Incorporated Council of Law Reporting* の下に一八六五年末から判例集 *The Law Reports* の公刊が行われる事となつたのであつた。

これが *Stokes* 並びに *Hobhouse* 印度活躍當時の英本國における時代的背景であつた。*Stokes* 若しくは *Hobhouse* が、この英本國での風潮、精神を身に體して赴任した、もしくは赴任してからもその影響を受けたであろう事は頗る自然であつたとせられ得よう。

II 一八七四年 *Lord Salisbury* が國務大臣 *Secretary of State* となるに及んで、法典化に對する方針、態度に大きな變更が現われた。それは *Hobhouse* 法律評議員就任の初期時代にみられた様な法典化に對する消極的態度が積

極的態度に變えられたことを意味した。積極的態度といつても、積極的に法典編纂事業が成果を生んだというのではなしに、從來、否定的、消極的に、法典化に懷疑、反省を爲していたのが、積極的、肯定的に法典化に關する諸問題を取り扱うに至つた事を指すのである。

ところで具體的には次の様に問題が進展したのであつた。即ち、印度統治に關する從來の英國議會制定法を整理、統合しようとするに當つて、一八五三年印度憲章中の法律委員會任命に關する規定を如何に取扱うかの問題が生じて來た。そして印度法典化に關する諸問題が一わたりまた取り上げられる機縁に際會する事となつたのであつた。國務大臣と印度當局との間に種々意見が交換せられる中、(註一)
(一)印度法典化運動の目的、將來、(二)同法律委員會の在り方に關する見解が表明せられ、結局、當局者間に意見の一致を見るに至つた事は印度法典化運動の進展にとつて、まことに幸せであつたとすべきであらう。蓋し、この時期が過ぎると(一八七九年)、此處に定められた方法、方針に従つて法典化が更に推進せられるに至る事、次項に述べる如くであるが故である。同時にそれは、印度法典化運動の性質についても論及する所であつて、今その經過を見て來ていられるわれわれには甚だ興味深いものが存する故に、次にその論點と當局者の意見を——本稿の目的に必要と考えられる限度で——訊ねて見よう。

(イ) 法典化事業のなお繼續せらるべき事、並びにその範圍、順序について。

法典化事業は未だ完結したわけでは決して無い。第三次法律委員會は、既に前述(三(α)の末尾)の様な事情で辭任しているが之は印度當局によつて遂行されて來た「長期に亘る、繼續的な事業行程」の遺憾とすべき中斷だとせられねばならない。現に重要法部門にして取り敢えず法典化せらるべきものを擧げて、信託 Trusts、地役權 Easements、附合

添附關係 Alluvion and Diluvion, 雇傭關係 Master and Servant, 流通證券 Negotiable Instruments, 不動産移轉 Transfer of Immovable Property に關する諸法等が未法典化のまま取り残されたのであつた。^(註一)

仰々法典化が試みられた理由を考えて見るに、裁判官が衡平の原理に従つて裁判すべき旨を指示されている場合、多くの上級裁判の裁判官は自らが知悉している英法上の概念、原理に従つて之を解釋、適用する傾きがある。つまり、印度法所謂「正義、衡平、良識」^(註二) justice, equity and good conscience に従うとは、英法に従うという意味にとられる結果となつてしまふ。^(註三)之では訴訟當事者だの、下級審裁判官には意味の通じない場合が多いに相違ないのである。また、單行法制定に當つても、多く東洋的慣習だの諸制度に適合しない。専ら英法的な原則、規定が個々に取り入れられ、それがまた司法判決によつて展開されて來る場合、同じ様な不都合、不適合が起つて來るのであつて、この様な事情を矯正、一掃する意味でも、土着の慣習、諸制度への適合を充分考慮した上での體系的且つ一般人にも知悉可能な法典を作成する必要があつたのに、その様な必要性が、今述べた様な法典化諸分野について既に満たされた、若しくは又既にその必要性が消失するに至つたと解し得べき事情は少しも存在しない。否、その必要性は現に益々感じられてゐると云わねばならぬ。此處に法典化事業のなお繼續せらるべき理由がある、とされた。^(註四)既に「法典化未完の分野につき、之を完結させる事は、既定の方針 an accepted policy なり」といふべく、「今の期に至つて之を中絶する如きは、國民にとつては大きな損害、又印度當局にとつては重大なる信用の失墜ともなる」と強く主張されたのであつた。^(註五)

(四) 印度における法典化の効用について。

國務大臣、印度總督間の往復文書中にも屢々法典化の効用、その讚美の文章が現われた。之はいつも法典化を更に持續しなければならぬとする議論に關連して述べられたのであつた。或いは未法典化分野に起る訴訟や問題は、「不必要な迄に不確定な状態に置かれてゐるし、費用もかゝる」、或いは又「法典化は複雑性、混亂性を矯めた事、著しいものがあつた」(一八七五・三・四附、サリスベリー通牒)とせられてゐる如きその一例なのである。然し一番明瞭に體系的にこの點を説明してゐるのは次の印度總督文書であつた。曰く、「未だ法典化するに至らない實體法諸分野を明瞭、簡潔且つ科學的な形式にととのえる事は單に裁判官、法律専門家にとつてのみでなく、國民一般、政府當局にとつても亦極めて有用な仕事だと云わねばならぬ。即ち、仕事の上での勞力を省き、急速な處理を容易にし、又その費用を輕減する。未熟な裁判官をも誤謬に陥る事から禦ぐ。印度上級裁判所間に爭ある問題をすらすら解決し得る。印度には不適當な、餘りにも技術度高き、又餘りにも複雑な原理の導入を禦ぐ。又おそらくは、極く緊急な社會的改革をすらすら、徒らなる反對を刺戟する事なしに、もたらす事も出來よう。又それは印度國民の間に、その權利、義務に關する知識を、現在のまゝの法律状態——つまり、一部分のみ法典化され、他の大部分は、英法體系のみ頼つて著作されてゐる英法書、並びに英國及び印度判例集中に見出さるべき屢々不明確、時には相矛盾すらしてゐる判例の大群中から導き出されねばならぬという様な状態——に放置せられてゐるより遙かに正確に獲得させるといふ効果があるのである。」(一八七五・五・翰書) (一〇附印度政府)

(ハ) 法典化の推進者について。

Lord Salisbury は從來の印度法律委員會の構成、方式に疑問の眼を向け、爾後、之を極く少數の法典化委員に委

ぬ可き旨を提言した。即ち、特に印度立法評議會の爲め草案を準備すべき起草者を選ぶ事、起草者は小数の著名人とすべき事としたのであつた（一八七五・三・四附）（サリスベリー通牒）。

之に對する總督側の回答は先づ草案準備が英本國でより、寧ろ印度でなされるべき事、英國に常設委員會を設置する如きは反對である旨を述べた。之は元來、總督府こそ法典化に關する事情、法典化の必要性、その具體化の時機等を最もよく知り得るのであるから、その責任の下に準備が進めらるべきであるとし、また法典化の餘りにも急激且つ不自然なるは危険でもあり、害悪をも伴う虞れありとの考えから出たのであつた（一八七五・七・五）（附印度總督書翰）。

其後、印度總督側から具體的に、適當な人を選んで印度に派遣すべき旨の申出があつたに拘らず、適當な人が得られず、この案は遂に實現を見ざる中に、更に總督側から「印度に在つて、印度總督 The Governor General in Council 指揮下に屬し、又之に對し報告を爲すべき」を任務とする委員會を設け、之になお法典化實現を見るに至らざる分野の法典化を完成せしむべきを提言するに至り、この提言を國務大臣が承認する事によつて、此處に漸く問題は解決を見るに至つたのであつた。（註七）

従つて爾後における印度法典化事業は、此處に定められた様な方針、組織の下に行われる事となるのである。

（註一） 兩者間の意見交換は次の様に行われた。(1) 4th Mar. 1875 Salisbury. (2) 5th July 1875 Governor-General in Council. (3) 20th Jan. 1876 Salisbury. (4) 10th May 1877 Governor-General in Council. (5) 9th Aug. 1877 Salisbury.

尚お(3)と(4)の間に約一年半の隔りがある。斯く印度政府側の返書が遅れたのは、その間 Hobhouse が任期終了し Stokes 之を襲ぐを待つて意見決定を見たる爲であつた。

（註11） A Despatch of the Government of India on the 10th May 1877, cited in Stokes, p. xviii.

(註三) 2 Bom. H.C. 36, 52. 參照。

(註四) A Despatch of Lord Salisbury on the 20th Jan. 1876, cited in Stokes p. xviii 參照。

(註五) Stokes, op. cit. p. xvi.

因みに法典化せらるべき順序に就ては特に問題はならざせられた。Iibert, Indian Codification, p.337 參照。

(註六) Stokes, op. cit. pp. xv, xvii. 參照。

(註七) Iibert, Indian Codification, op. cit. pp. 356~358, Stokes, op. cit. pp. xv, xviii.

(d) 事態收拾時代 (一八七九~一八八六年)

一八七九年(十一月)第四次法律委員會が設けられた。構成員には Sir Charles Turner (アラハバット) Mr. Raym. and West (ボンベイ高等裁判所判事) 及び既に一八六二年より印度にあつて久しく立法事業に盡力して來た Mr. Whitley Stokes (前出) が任命せられた。委員會の任務、目的としては、既に準備に着手せられた六法典草案 (流通證券、財産移轉、添

付、雇傭關係、地役權、信託關係諸法) を検討、審議し、其他英領印度の實體法典化に關する何等か適當なる提案を爲す事とせられた。

委員會は一八七九年(十一月十八日)その報告書の中に、具體的な方針を表明した。報告書中には次の様な、その點に關し興味深い内容が盛られていた。即ち、實體法典化は繼續推進せらるべく、その場合、英法がその基礎とせらるべきなのであるが、基礎とするとは何等修正もせず採用する意では無く、之を作り直す、改鑄する (recast) 意である事、又その様な場合、土着の慣習、思考形式には適當な考慮が拂われねばならぬ旨が強調された。又法典化に當つては常に形式の點で、既定方針に合致せしめらるべく、一様性が保たれねばならぬ。又法典化せらるべき法分野として前述

六草案は勿論の事、其他不法行爲法、それに續いて保險、運送、留置權等が法典化せらるべく、更に又法律解釋に關する體系的な規定が置かるべきであるとした。^(註一)

其後、懸案の六草案中、四者が法典化實現を見た。The Negotiable Instruments Act (XXVI of 1881), The Indian Trusts Act (II of 1882), The Transfer of Property Act (IV of 1882), The Indian Easements Act (V of 1882) が之であつた。他の二者、Alluvion 及び Master and Servant 關係法は法典化されるに至らなかつた。雇傭關係に關しては、ヨーロッパ人たる雇傭主が、土着人たる被傭者の契約違反に關する罰則規定をも設くる事を要求したるに對し、之を時流に反すとして反對する者多く、印度政府亦この種の規定を設くる事に同意せざりし事がその原因であつた。^(註二)

其他、重要法案として不法行爲法があつたが、之も遂に法典化せらるゝに至らなかつた。今、その理由に、若干注目すべきものが存する故、それを此處に説き加えて置く事としよう。

一體、一定法部門を法典化すべきや否や、又有効に法典化し得べきや否やを定むる若干の基準が考えられていた。それは(i)如何なる種類の事案が訴訟事件として裁判所に多く取扱われるか、(ii)その種の事案の訴訟は、州、首都裁判所に多く係屬するか、それとも地方裁判所に多く係屬するか(前者では裁判官は辯護士の辯論からも、又圖書館からも多くの助けを得る事が出来るのに、後者ではこの様な便宜は無いのである。)、(iii)訴訟事件の中、どの程度が法律の不確定性故に起り、又どの程度が事案に内在する困難性故に起るのであるか、(iv)どの程度、さしたる困難や問題を惹起する事無しに、法を確定する事が出来るのであろうか。これに照して法典化の必要度若しくは有効度が定め得ると

(註三)
するのであつた。

今、不法行爲法について之を見るに、急速に判例が増加して居る現状一つを見ても、この法分野こそ正に法典化せらるべきである。

之に關して、法典化の必要性を説ける者、豈に一人前述の委員會のみならず、この事を諮問せられたる Maine, Stephen 皆然りなのであつた。^(註四)

現に不法行爲法草案起草の大臣が印度政府より、國務大臣を通じ Sir Frederick Pollock に課せられ、Pollock は當時、評議會法律評議員として印度に在つた Ilbert と數度に及ぶ打合せ^(註五)を行つた。これは、一はこの法分野法典化の困難性に職を終えて歸英するに至る迄遂に完結を見るに至らなかつたのであつた。^(註六) 因ること多きためであつたろう。Ilbert 歸英と共に一應凡ては一段落を告げたのであつた。

(註一) Ilbert, Indian Codification, p. 359, Stokes, op. cit. vol. I, p. xix.

(註二) Ilbert, op. cit. p. 361.

(註三) Ilbert, op. cit. p. 363.

(註四) Ilbert, op. cit. p. 362.

(註五) Ilbert, op. cit. p. 364.

尙 Pollock はこの點に關連する次の著書がある。Pollock, Sir Frederick, The Law of Torts, A treatise on the principles of obligation 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, 5th ed., London, 1897.

(註六) *Ilbert* が評議會法律評議員として印度に赴任したのは一八八二年であつた。その頃、氏は恰も *Hobhouse* が印度に赴任した當時に、立法過剰、立法手控えの忠告を受けたと同じ様な地位、問題に遭遇したと述べている (*Ilbert, op. cit. p. 360*)。尙、氏は一八八六年迄在任した。氏の印度法典論(本稿でも屢々引用した)は多くその在任中の経験に基く所産であつた。

三 法典化の終末

印度法典化運動は十九世紀末に一應終末を告げた。その終末に至らしめた理由の中、特に次の二點を擧げて説明を加ふる事が必要でもあるし、またこの際興味もあると考えられる。即ち、(一)既に諸法域全般に亘り一應の法典化が行き渡つたとなし得るに至つた事、(二)法典化に對し反對の聲が此處に漸く強く、鋭くなつて來た事の二點、之であつた。次に之等を分説することにする。

(一) 元來、十九世紀印度法典化運動の歴史を通じて見る時、完全な實體法體系、手續法體系が印度に與えらるべし、その場合、英法を基礎となすべしとする事は、關係當事者間に一貫して受け繼がれてきた傳統、政策であつた事、既に屢々述べてきた如くである。「如何なる法律の部分も、もし他の法分野が粗野、未完に止めおかれる限り、完全たる事は出來ない」のであるから、法典化は、最後迄、仕遂げらるべく、一部を未完のまゝに放置、もしくはこれを中止するが如きは、特別の事情なき限り、爲さるべきではないのであつた。しかし、今、ひるがえつてその法典化の成果を見るに、既に一應、諸法域全般に亘り法典化が行き渡つた事を知る。勿論、それは完璧ではないに違いない。現に、不法行爲法典化という大きな問題すら残されてはいた。しかし、その他に、たとえば契約法の未完部分

を法典化せねばならぬという様な問題についても、それが主として大都市に起る問題であり、そこでは地方におけると異つて既に一應の法律知識を具有せる法律家が多數居る事、又判例法にしろ英本國の法律現狀にしろ之を知るべき手段、法律圖書館の完備の如きがあつて、今、差迫つて急に法典化しなければならぬ程の必要性は認められなす。即ち「不法行爲法分野を除けば實體法のすべての重要部門は既に法典化せられた(Stokes, Anglo-Indian)と稱し得る状態に達していたのであつて、之が法典化運動の一應の終末を來した一原因であつたとす事が出来るのである。

(二) 法典化に對する反對には、(a)立法夥多、法典化手控えの叫びが再び起つた事、(b)印度法典化自體に對する反省、の二點を擧ぐべきであらう。

(a) 法典化運動に對し之を阻止すべき原因としての立法夥多 over legislation の叫びは、十九世紀末葉に至つて突如として起つたという種類のものではなかつた。それは法典化の進行につれ、或いは高く、或いは低く叫ばれて來たのであり、いわば、法典化の主流に對し潛流若しくは逆流たる意義を持つていたのであつた。既に Hobhouse 印度赴任に當つてもその様な逆流の存した事、前述の如くであつたが、今また一八八二年頃になつて遽かにその勢いを増すのであつた。既に一八八一年、八二年にかけて Negotiable Instruments Act 他三件の法典が成立した。しかし、その他にも單行法制定 consolidation act の通過せるもの數多く存したのであつて、一八八二年最初の三ヶ月間に通過した制定法の量は、英本國議會制定法の一年平均量の二倍にも相當する大量であつたという。此處に當然、立法過剰の叫びが再び聞かれる事となるのであつた。あらゆる形式の制定法が急速に増加、累積し、裁判官にも、其他の法律家にも重い負擔を課する事となる。新法典の批判はおろか、之を習得するに既に手一杯であつて、之を消化し盡す

如きは容易の技ではない。法典化運動に對する警戒、反省が起らざるを得なかつた所以であつた。

(b) 印度法典化に對する不滿にもう一つの注目すべきものがあつた。それは「一體、印度は英本法典化の實驗、——その功用についての疑問を、金に絲目をつけないで行う立法的實驗臺(legislation experiments of questionable utility and of unquestionable cost)なのであろうか」という疑問なのであつた。^(註一)

印度の財政は必ずしも豊かでない。法典化という様な、英國人自らは出費を出し澁る様な事柄の爲に、印度人納税者をして之を賄わしめる権利が一體何處にあるのだらうか、とするこの不平は、恰も、印度におけると略々平行的に英本國でも法典化運動が進行中であつた事^(本稿でも、折にふれ、その一端に觸れてきた。)、印度法典化に要した費用は莫大な額に上つたろう事、印度での法典化經驗は實質的には英本國をも或いは直接的、或いは間接的に益する事多大であつたろう事等に想到すれば、その議論に若干の皮肉の響はあるにしても、兎に角、考慮しなければならぬ多くの問題を含んでいた事を看取し得るのである。

此處にも亦法典化運動反省の機運が起るのであつた。「そこで、今や、腰を落着け、新法典の制定を急ぐよりは、既に通過した法典の運用を見定める方がより必要だとされねばなるまい。蓋し、法典化を眞に意義あらしめるのはむしろその活用にこそあり、というべきだからである。元來、法典をつくる事はむしろ容易だとすら云い得るだろう。蓋し、困難は之を如何に運用するかに存するからである。法典を編纂しても、其の後一定の時期までは内容不確定に止まると云う様な状態がえて起り勝ちなのである」^(註二)として、法典化運動に批判的、若しくは消極的態度を示したのであつた。

この様な主張が前述の立法過剰の事實と重なり合つて、また遽かにその勢を増して來たところに十九世紀印度法典化運動終末に關する特殊事情が存したのであつた。^(註二)

(註一) Ilbert, Legislative Methods, p.146.

(註二) Ilbert が評議會法律議員として印度に赴任したのは一八八二年であつた。その頃、氏は恰も Hobhouse が印度に赴任した當時に、立法過剰、立法手控えの忠告を受けたと同じ様な地位、問題に遭遇したと述べてゐる。(Ilbert, Indian Codification, p. 360) 尙、氏は一八八六年迄在任した。氏の印度法典論^(本稿でも屢々引用した)は多くその在任中の經驗に基く所産であつた。^(註三) 印度における英法の法典化の他、印度固有法を法典化すべきやの問題も存したのであつたが、概ね否定的に理解せられた。それに既に出來上つた法典、整理統合法等々を修正、増補する如き相當の勞力と費用を要する條件が山積してゐた爲、この點の法典化もすべて一頓座を來す事となつたのであつた (Ilbert, Indian Codification, p. 364 參照)。