

比較法學の近代性について

水田 義雄

比較法の歴史は比較的新しい、それが法律學研究の一方法として一般的に承認せらるゝに至つたのは極く最近の事である、具體的に云つて、それが法律學進歩、發達に實際的効果を示し始めたのは精々十九世紀中葉以降であり、従つてそれは未だ百年を超えるか超えぬかの極く若い歴史を持つに過ぎない、となす事一般の通説であるとなし得るであらう。(註一)

然し乍ら、今、比較法をもつて他國若くは他法系の法律、制度を自國に比較、對照し、何等かの意味で之に倣い、若くは自國法を一層明瞭に理解、體系付けようとする努力であると解する限り、その様な歴史的事例は古くから存した、と爲す事が出来るのである。之を換言すれば、比較法的に——自國法制定若くは研究の參考資料として他國若くは他法系の法を取扱う——研究、事例は、決して近代に至つて突如として起つた事柄ではなかつた、と爲し得るのである。

古代にあつても法律家の立法若くは法律解釋、運用に當つての學究的探究精神は、深く先例を追い、廣く他國法的事例を探究したのであつて、その様な事例も現代に於ける古代の歴史的研究が次第に闡明し來る處である。たとへば紀元四世紀、ローマ法とユダヤ法を對象とした *Collatio Mosalarum et Romanorum Legum* の如きその古き事例として擧げられる處である。

今英國について之を見ても、比較的早くからその様な事例があつた。

既に十二世紀初頭、アングロ・サクソン時代の法律を編纂した *Leges Henrici Primi* は、アングロ・サクソン法を當時の大陸法と比較、對照して居る點で英國における最古の比較法書に非ざるやを問擬せられて居る。^(註二)

其他、十五世紀以降におけるその様な事例として擧げられる法律家、その主著を擧げても次の様な多彩、多様を示す。^(註三)

Porteseue (*De Laudibus Legum Angliae.*)

St. Germain (*Doctor and Student.*)

Fulbecke (*Parallel or Conference of the Civil Law, the Canon Law, and the Common Law of the Realm of England.*)

Cowell (*Institutiones Juris Anglicani.*)

Selden (*History of Titles and Titles of Honour and De Successionibus ad Leges Elymcorum in Bona Definitorum.*)

Smith (De Republica Anglorum.)

今、比較法における前記の様な、歴史の比較的新しい事、それが一般的に承認せらるゝに至つたのは極く最近の事であつた事、この様な性格を、その近代性 (Gutteridge, op. cit. は之を essentially modern in character と云つてゐる。)と呼ぶならば、同じく既に我々の見て來た様な中世、古代に迄及ぶ若干の比較法的事例は、一體之を如何に理解すべきであらうか。

Fortescue, St. Germain, Veldem, Smith と名を擧げて、我々は更めて英國を比較法に關し、既に早くよりその先驅者を有する事を指摘し得るのであるが、この様な比較法的事例も、近代性を唱えられる比較法學にあつて、如何なる關係に立ち、若くは如何なる意義を有すとせらるべきであらうか。之を「前史」的存在として理解する爲めには、一體前史とは何かの問題に逢着するのであるし、又之を先驅的存在として包攝、統一して理解する爲めには、一體關する問題がどの様に理解せらるべきかの解答に迫られる。いづれとも、其處に相互矛盾なく、又總てを通じて統一的、總體的了解到達し得べき説明が存しなければならぬ筈である。此處に比較法史、若くは比較法學における極めて重要な問題の^(註四)一が存すものと考えられる。

既に本稿では、事例を英國比較法に取つたのであるから、英國比較法學における特殊的性格をも探求しなければならぬであらう。蓋し、それが、事、英國比較法である限り、英法の本質、諸性格との關連において常に説かるべく、其處から多くの重要な諸問題も生ずるのであらうし、又諸問題解決の鍵も與えられ得る、と考えられるからであ

120。

本稿においては、この様な課題に對し若干の解答を與うるを以て目的とするのであるが、それより先、先ず前記比較法的事例が、果して如何なる存在であつたかについて一應の解説を試み、續いてそれ等の有する地位、意義の解説に移り度いと考へる。

(註1) Gutteridge, Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research. 1946. p. 13 以下 barely exceeds the limits of living memory と表現してゐる。

其他本稿を成すに當つたその比較法史に關し特に参照したのは左の諸著作であつた。

Sir Frederick Pollock, History of Comparative Jurisprudence.

Lévy-Ullmann, The English Legal Tradition, Its sources and history. (Tr. by M. Mitchell) London. 1935. Introduction. xxxii-xxxiv.

Hug, The History of Comparative Law. Harvard Law Review. 45 (1932) No. 6.

尙お比較法學の近代的性格については拙稿「英國比較法學について」(比較法研究第一號)、「比較法學の多義性について」(早稻田法學第二四卷第一號所收)に若干觸れて置いた。同所掲記の参考文献共々参照せられ度。

(註2)

Leges Henrici Primi (about 1118) はヘンリー一世の Coronation Charter を巻頭に先ず掲げるが故を以つてこの名を與えられた。アングロ・サクソン時代の法律の編纂書であつてその著者、編纂年代は恐らくは後に述べる同様性質の編纂、Quadripartitus と同じ著者 Gerard による一八一八年頃の編纂と推定せられるが、その詳細は必ずしも明瞭であるとはされて居らな。

一體 William the Conqueror は、ノルマンディより來つてアングロ・サクソン民族を征服したのであつたが、その統治の政策として、最後のアングロ・サクソン王 Edward the Confessor の繼承者たるを以て任じ、單なる外來の征服者に止まらず、とした。従つて法律は從來から行われた法律 *lex terrena* を當然尊重する方針をとつたのであり、その結果幾つかのアングロ・サクソン法編纂書が現われた。現在明かとなつてゐるもの四、(a) Quadripartitus (b) Leges Henrici Primi (c) Leges Willelmi (or Leis William) (d) Leges Edwardi Confessoris. 及びあつた。

本書 *Leges Henrici Primi* は、アンタロ・サットン時代の法律 (William 及び Henry による廢止、變更は之を加えて) と共に多くの當時の大陸法 (Frankish law, *Breviary of Alarie*, *Salic law*, *Ripuarian law*, etc.) を引用、對照して居る點で英法律著作中極めて古く又價值高きのみでなく、比較法的著作として先ず最初のものである、とせられるのである。Lévy-Ullmann, *op. cit.* p. 28 參照。

(註三) Gutheridge は「法律的孤立主義 legal isolationism を以て鳴る此處英國に既に早くより比較法的事例が存する事は寧ろ

我々に奇異の感を抱かしむる程である」として居る。(Comparative Law, pp. 13, 15 參照)

(註四) 尙お本問題に若干關連する研究論文として、川村泰啓氏「比較法史に關する若干問題」(比較法雜誌第一卷第三號一九五一年第四季號所收) がある。參照せられ度い。

二

十九世紀以前の英國比較的事例を (一) 中世末葉時代的事例 (Forscene) (二) 宗教改革的事例 (St. Germain, Fulbecke) (三) ルネサンス的事例 (Cowell, Smith) (四) 十七世紀事例 (Gelden) に分けて解説するを便としよう。

たゞ此處で (a) 本記述は比較法近代性に關する問題解決を主眼とする本稿に必要な限りに於てのみ過去における若干事例を掲示、解説するのであり、その網羅的記述は元よりその處でない。従つて英國比較的事例は單にこの程度に止まるといふのでは決して無い。たゞ將來書かるべき比較法史の資料並びにその主要問題解説の點に専ら重點を

置いた。(註一) (b) 記述を時代分けにしたのは主として説明の便宜のためであつた。同時に分類はその著作の年代からでないしに、該著作書が如何なる時代に意義を有し、又業績を寄與したかの點から試みた。(註二) 事を注意して置かねばならな

い。

(註一) 本稿引用、近代以前の諸著書は多く原典ラテン語たる事、若くは之を入手困難である事情もあつたりして、特に入手可能な英譯本ある場合以外は直接參酌の機を得ず、單なる刊行本指摘に終る場合も多かつた。但し近代比較法學者の研究は之を參照し、その引用箇所を明かにするに努めた。

(註二) 比較法的事例を時代に従つて區分する事は既に Kaden, "Rechtsvergleichung," in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, VI (1936); Hung, *History of Comparative Law*, op. cit. にも試みられて居る所であり、この事は箇々の比較法的事例が、如何なる時代的要求、意義を擔つて存在し、若くは主張して居つたものであるか、を理解するために極めて有用であると考えられる。本稿は既に本文でも述べたように、比較法近代性解明をその主たる目的とするのであるからして、之に必要な限りに於てのみこの點に觸れる事とした。

(一) 中世紀末葉時代的事例

(a) Sir John Fortescue (十四世紀末生れ—十五世紀末)

Fortescue は Littleton と略々同時代であり、同じく裁判官として活躍したのであつた。然し時代の困難な政治闘争に介入して居る點では一向似て居らない。薔薇戦役(1455—1485)勃發と共にランカスター側に Margaret of Anjou に従つて Wales、後に Scotland に難を避けた。Margaret 並びにその王子と共に更に佛蘭西に逃れ(一四六三年) St. Mighel in Barrois に住した。一四七一年、大勢挽回を策して歸英、捕虜の身となつた。その英、佛兩國制度に對する關心の高さは Fortescue のこの様な個人的經歷もさる事ながら、當時の英佛兩國の近密、特殊な關係——英國王は同時に佛蘭西に大きな領地を有した。この様な關係が解消して眞に英國が佛蘭西領土と政治的無關係に立つに至つたのは漸く一四五三年、所謂百年戰爭の終了によつてであつた——等々の諸事情を看過しては、眞に了解し難いであらう。その比較法的著作はこの様な事情の下に書かれたのであつた。

(i) De Laudibus Legum Angliae (about 1453, between 1463 and 1471, during the author's exile in France.)
(註1)

皇子 Prince Edward of Lancaster の爲めの法律講義たりしこの「イギリス法讚美論」は、イギリス人が自己の同意した租税のみを支拂ひ、裁判手續に従つてのみ裁判を受ける點を強調、それがたゞ一人の人間の作つたものでなく又百人の顧問の作つたものでもない、實に三百人以上の選ばれたる人間が關與したものであるからどうして良くない筈があるだろうか、また悪かつたとしても王國の諸階級の同意を以て改正する事が出来る、として既に當時の議會制度を、佛蘭西での状態と對比しつつ讚美する。其他、政治的、司法的制度、たとえば自由、拷問に關する慣行、制度の比較、嫡出、孤兒の保護、大學、法律教育に關する比較、商量等々に及ぶ。

今試みに陪審制度に關する項(第五九章)から一部分を抄譯すると次の如きが存する。

凡そ陪審員たる者は「事柄の起つた場所近くの善良且つ適法な隣人であつてその上百シリントク以上の價值ある土地其他の財産を持つ者である事」が必要であるが「イングランドは人口もさほど稠密でなくまた富有、豪族の徒に満ちて居り、爲めに容易に前述した様な資格を兼ね具えた陪審員を」得る事が出来る。之に反して「他の國では事情はこれ程好都合でない。それ程人民の事情がよくないのであります。そこで凡そ陪審員を求めんとすれば、破廉恥、非行の何たるかに就いてすら正しい觀念がなく、又失うべき財産も品性も具えて居らず、爲めに孰れの側に眞理が存するかを見分ける事が出来ない程に偏見に満ち又無教育な劣等階層の者から之を求めざる外ありません。世界いづれを訊ねてもイギリス程に、充分且つ資格ある陪審員を求め得る國としてはどこにも存しないのであります。」

(ii) The Governance of England, (the date is uncertain)
(註1)

佛蘭西の専制政治 (dominium regale) に對し英吉利の憲政政治 (dominium politium et regale) を比較し、或

は佛蘭西王室收入の基礎を検してその貧困を強調、或いは英吉利樞密院構成、官吏選任の方法に説き及ぶ等、純法學的といわんより寧ろ政治理論的に興味深き資料(全二十章)を提供した。

特にその樞密院改組論、王室收入確立論、貴族権限縮小論等今に卓越せる多くの改革意見を含んでいる。必ずしも常に英吉利をもつて勝利とし、佛蘭西の制度に代えしめんとする程の意圖は示さなかつたにしろ、尙お兩國制度間の興味深き比較と、英國法律制度の妥當さ、健全さを讃える讚辭たる性質を多分に有するのである。

(iii) 外にスコットランド滞在中(一四六一—一四六四)ラテン語で書かれた *De natura legis naturae* がある。スコットランドを通じて英吉利に、自然法論がいち早く紹介せられて居る點に留意すべきであらう。(註三)

(註一) 本書は十五世紀中葉當時の英國法律のみでなく、政治、社會等一般の事實、理論等の状態を知るよすがとして屢々經濟學者、經濟史家に引用せられる處である。たとえば大塚金之助、トマス・モア論は Fortescue と More を對比し、十五世紀と十六世紀の英國經濟、社會状態の變遷を説き(解放思想史の人々、岩波新書版一四頁以下)又大塚久雄氏は Fortescue と Benjamin Franklin を對比する事によつて民富形成に關する英國とアメリカの状態を示す手懸りとせられる。(近代化の歴史的起點二四頁以下)この事は本書が單なる法律實務家向け實用法律書でなく、一般的法律、經濟、社會史等々においても高い價値を有する事を示すものと云えよう。

因みに本書の英譯版として Francis Gregor (tr.) Sir John Fortescue. *Commentation of the Laws of England* (一六一九年以降、數次の刊行が、最近では一九一七年ロンドン版がある。外に Lord Cermont Edition (Sir John Fortescue, Knight, his Life, Works and Family History, 2 vols., London, 1869) Annots Edition (1825) Panegyric on the Laws of England 等がある。本文引用簡書は Pound, *Readings of Anglo-American Law* 掲記の書に依つた。

(註二) 本書の刊行本としては Plummer, *Governance of England*, Otherwise called the difference between an absolute

and a limited monarchy, by Sir John Fortescue, Oxford, 1886 年 著。

(註三) Fortescue はランカスター派に屬し、モータ派に對する政治的論争を常に念頭に置く必要がもつた。その自派王位擁護の爲めに或るは自然法論 (De natura legis naturae, 1481) に頼り、或るは又 Civil law に對し English law を讚美する傾向がもつた。又 Max Radin (Anglo-American Legal History, § 171 et seq.) の説明は、史實に照し、尙ほ充分に考慮、研究せらるべき處である。因みに Fortescue に関連して Dictionary of National Biography に G. MacDonnell が執筆したものの外、Winfield, P. H. Chief Sources of English Legal History, 314-318; Holdsworth, History of English Law, II, 566-571 を参照すべきである。

㉔ 宗教改革的事例

(b) Christopher St. German (or Germain) (born about 1460, died in 1540)

Doctor and Student; or Dialogues between a Doctor of Divinity and a Student in the Laws of England (1523-30) は、Doctor of Divinity と Student of the laws of England 問對話の形式を以て、普通法學習者に豊富な事

例と説明を與え且つ普通法は全體として首尾一貫、合理的體系たる事、教會法學者にとつて良心の法則に矛盾、撞着するかに見ゆる普通法も前後文脈を保つて綜體的に理解すれば然かく不條理に非ざる所以を説かんとする意圖の下に書かれた如くである。(註二)

本書は今に當時の普通法の精確な記述として我々に役立つのみでなく、普通法、教會法を比較、對照せしめて説明して居る點で特に注目すべき著書なりとされる。蓋し、當時宗教裁判所が鎖末な點迄、また煩雜な道義的性質の法を強制した事が一般の不人氣を呼び、之が英國宗教改革を促進した一因ともなつたのであつたが、普通法、教會法並存して居た當時の英國にあつて、政治的紛争に附隨して常に國家裁判所、宗教裁判所間管轄の争いの形でも争われたの

であつた。兩裁判所間の接觸、衝突も誠に多かつたのであつたが、この様な事情にあつたヘンリー八世治下(1509-1547)當時の法律の分野での改革氣運を反映したと見得べき本書はまことに英法史においても獨特の存在であると思はれるが故である。それはまた、Pollockの言葉を藉りるならば「いかにも歴史の探求、若くは理論的批判の書ではなからしても、尙も兩法系に精通せる著者により一定の目的を以て企てられたる兩者法理、法規 legal ideas, legal rules の比較が美事に爲されし」居る點で注目すべき著書なるが故に外ならぬ。

(註一) St. Germain の *the History of English Law*. vol. V. p. 266 et seq. Sources and Literature of English Law, Oxford, 1925. p. 85 et seq. Winfield, *The Chief Sources of English Legal History*. Cambridge, 1925. p. 321 et seq. 參照。

Doctor and Student *is the first Dialogue, entitled Dialogus de fundamentis legum et de conscientia* (1st ed. 1523, 2nd ed. 1528) the second Dialogue (1530) 第一節はラテン語、第二節は英語であつたが、第一節と第二節五三一年英語譯が出版された。

(註二) Pollock, *History of Comparative Jurisprudence* p. 17 et seq. 參照。

尙も Vinogradoff が一九〇八年キヤン歴史學會議 (the Congress of Historical Sciences, 爲した Reason and Conscience in Sixteenth Century Jurisprudence) なる講演は、本書が英國普通法を教會法と比較し、其後の衡平法上諸原則の發達に大きな貢獻を與えた點を指摘 (Law Quarterly Review xxiv, (1908) 373 et seq. 所收) して居る。

(c) William Fulbecke (or Fulbeck) (1560-Elizabeth's reign)

Parallele or Conference of the Civil Law, the Canon Law and the Common Law of the Realm of England. (1601)

對話形式(全十五篇、對話者 Anglomophylax, Codignostes)を以て英國普通法、羅馬法、教會法について、St. Germain より遙か廣範域の分野を包括、よりよき説明を試みんとした野心的著作であるとせられ乍ら、全體として冗漫、蕪雜且つ無批判的であると後世餘り高く評價せられて居らない。Pollock の如きは「英米法學習者にして Fulbecke を缺いたとしても、それは敢えて不勉強を責めるわけには行かない」といふ。^(註1)この事は、St. Germain が其後屢々刊行を重ね、また引用、参照せらるゝ事屢々あるに對し、Fulbecke にはこの様な事の餘り無きを見て知り得らるゝ處であろう。

(註1) Pollock, op. cit. p. 17

註4 Fulbecke と關つて Holdsworth, op. cit. vol. V, p. 22 Winfield, op. cit. p. 332 参照。

(三) ルネサンス的事例

(d) John Cowell

Institutiones Juris Anglicani ad Methodum et Seriem Institutionum Imperialium Compositae & Digestae. 1st ed. 1605. はローマ法的構造の下に英法を構成せんと試みた法律書であつて、同く Cowell の The Interpreter, or Booke containing the signification of words, Cambridge, 1605 と同一意圖の下に書かれた。後者はローマ法、英法兩法系を比較し安からしめん爲め Justinian's Institutes の用語並びに構成で英法を表現したものであり、之は後世、英法辭典發達史上、その初期に於ける重要地位を占める點で、前者、Institutiones より寧ろ一般には知られて居る處である。

尙お Cowell は、ケンブリッジ大學 Regius Professor としてルネサンス期英國に活躍した。(註一)

(註一) Cowell のことは Gardiner, History of England, 1603-1642, vol. II, pp. 66-68. E.C. Clark, Cambridge Legal Studies, pp. 74-75

其の著書の中には Winfield, The Chief Sources of English Legal History, p. 17. 他は Maitland, English Law and the Renaissance. Cambridge. 1901 p. 30, 92. Note 64 参照。

e) Thomas Smith

エリザベス女王治世 (1558-1603) 佛蘭西及び伊太利に外交官生活を送り、ラテン語を以て英國の法律、統治を佛、伊、西、獨、其他ローマ法影響する諸國の法律、制度と比較、對照した De Republica Anglorum を著わし、後自ら之を翻譯した。出版はその死後である一五八三年、Commonwealth of England 及びもつた。(註一)

Smith はケンブリッジ大學初代 Regius Professor として著名であるが、當時のローマ法學本山 Padua に學び學位を得、同時に當時の新興法律學漸くにして擴まり始めて居た佛蘭西諸大學を歴訪した。ケンブリッジ就任と共に Alciatus, Zasius, Ferrarius 等當時の大陸における錚々たる法律學者の著書を手、その講義に新銳の氣を導き入れるに努力したらしい。(註二)

(註一) Commonwealth of England の目的については次の如く書かれたる。(一六〇一年版一四七頁より引用)

I have declared summarily as it were in a chart or map, or as Aristotle termeth it *as e' rtra*, the forme and maner of government of England, and the policy therof, and set before your eyes the principall points wherein it doth differ from the policy or government at this time used in France, Italy, Spaine, Germanie, and all other countries, which doe follow the civill law of the Romanes, compiled by Justinian into his pan-

deeds and code.

De Republica Anglorum 及び De Republica Professor, Budden 及び 譯者 De Republica Anglorum, the Manner of Government or Policies of the Realm of Englande, 1625 及び 譯者 Maitland 及び 譯者 序文の 譯者 Alison 版 (Cambridge, 1906) 及び 譯者。

(註二) Maitland, English Law and the Renaissance, 及び Smith 及び Correll 及び 譯者 の興味ある記述 (たとえば同書 p. 9, 48; 49 註一五、一六、一七等) 及び 譯者 の 譯者 Hazeline, The Renaissance and the Laws of Europe. (Cambridge Legal Essays. Cambridge, 1926 p. 139 ff. 所收) 参照。

(四) 十七世紀事例

(f) John Selden (1584-1654)

單に英法法制史家としてのみならず、比較法的方法をいち早くその研究に取り入れた點でも夙に名のある Selden は、Charles I 治下、長期議會 Long Parliament 權利請願 Petition of Right 或いは又ストラッドフォード公權利剝奪事件 attaintor of Stradford 等々、當時の政治的混亂の中に下院議員を務めた。その時代並びに過去の經驗が歴史觀、學問觀を築いたのは元より當然であつたろう。憲法上の諸議論にしても、歴史的研究にしても單なる好古趣味に終止すべきでない事、つまり歴史は「現在に何らかに必要な指導を與え」得る限り有用である、とするその考察、立場は、Selden 自身の經驗と共に十七世紀という時代が之を教えたと見る事が出来る。(註一)

然し乍ら我々として特に興味を抱くのは、Selden の英法史發達に及ぼした大きな貢獻であつて、氏は (一) 深き英法に關する知識と科學的歴史研究方法、原典の尊重等と相俟つて先ず英法史に科學性をもち來した。同時に (二) 英普通法以外の外國法に關する深い理解に立つて、英法上の諸原理、諸原則を、略々當時發展段階を同じくする外國諸法

系と比較、考察したのであつた。比較的方法を含む極めて學問的立場に立つて英法史を再建した學者として我々はよく Maitland を想起する。氏が「何故英法史は書かれざるや」Why the History of English Law is not written? なる問題を掲げて、明確に「歴史は比較を含む」History involves comparison 旨を説いたのはずつと時代が下つて十九世紀末（一八八八年）なのであつた。つまり Selden は Maitland に先立つ約二世紀餘なのであつたが、既に同様の眞理を自覺、實證して居つた點で比較法制史における先驅的存在であつたと稱するを得るのである。(註二)

諸著作、論文には隨所に法制史的比較が散見するのであるが、その中特にこの方法を顯著に用いるものに關してのみ説明を加うる事とし、之を發表年代順に示すと次の如くなる。

大別して三。其一は東邦、ユダヤ關係諸法に關する類型であり、其二は憲政關係論文若くは憲政的關心を呼び起した様な種類、其三は英法史、比較法制史の見地に立つ英法史的著述であつた。(註三)

一、東邦、ユダヤ關係諸法に關しては先ず一六一七年發表された De dis Syris, Treatise on the Jews in England を以て、東洋學者としての名聲、全ヨーロッパに普ねく確立せられた程の學的業績を示した。時代に遙か魁けて既に十七世紀初頭、この様な比較法的著作を擧げた處にその大きな功蹟が存するのであつた。之に續いて次の様な著作が見られる。

1631 De successione in bona defuncti secundum leges Ebraeorum 及び De successione in pontificatum Ebraeorum.

1636 De successione in Pontificatum Ebraeorum.

1640 De jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum.

1642 Eutyehyii Aegyptii patriarchae orthodoxorum Alexandrini ecclesiae suae origines.

1644 Dissertatio de anno civili et calendario reipublicae Judaicae.

1646 Exor Ebraicae suae de Nuptiis et divitiis veterum Ebraeorum libri tres.

1647 Dissertatio ad Fletam.

1650-3 De Synae drits veterum Ebraeorum.

二、憲政關係論文若くは政治的關心を喚起せる種類に屬するものとしては次の如きを擧げ得よう。

廣き見地に立つて凡ゆる國の法制との比較を目圖した著作として、特に *Titles of Honour, History of Tithes* を擧ぐべきであるから、之については若干の説明を加え、他は年代順に之を示した。

1614 *Titles of Honour*

最高榮譽權の歴史を取扱うに當つて、皇帝、國王、其他凡ゆる支配者を、次に第二次段階にある者としての皇太子、公爵、伯爵の如きを、最後に一般的稱號を、つまりは引用事例を廣く諸國に、且つその歴史を遡る事甚だ深く、「遂にはノアの洪水以前にまで」(Hazeltine, Selden) 探究、商量した。引用事例の精確、該切なる、その有する若干の缺點、逸脱にも拘らず、現今に至る迄尙お信頼するに足る、とせられる程である。

1618 *History of Tithes*

猶太、希臘、羅馬の歴史に續いて基督敎諸國 *Tithes* の歴史を辿り、次に英國における起源、發達を訊ね、結論と

してその human positive law に由来する所以を説き、從來信ぜられて居た様な神聖權利論 *jure divino* を否定した此の論文は後に掲げる様を多くの論争を捲き起すと共に Selden 自身にも大きな影響を及ぼす出来事であつた。蓋し Privy Council よりの壓迫は Selden をして政治的運動へと方向轉換せしめ、其後多くのこの方面の研究論文(たとへば、Privileges of the Baronage of England, of the Judicature in Parliament 等々の如き)を生むに至らしめるからである。

結局は英普通法、教會法の關連において前者による後者の修正、變更が單に英國にのみ特有の現象ではなく、他の多くの國々にも見得らるゝ所である所以を説くのであり、法律發達、進化についての比較法制史的研究の重要性をいち早く我々に示したものととして興味深きものが存するのである。

本論文を起點に次の様な辯明、反駁が次々に書かれてゐる。

Review of the History of Tithes,

Admonition to the Reader of Sempli's Appendix.

Reply to Tillesley's Animadversions upon the History of Tithes.

Letter to the Marquess of Buckingham.

Of the Purpose and End in Writing the History of Tithes.

尙多次の論説は公權の命令に基く辯明的所論であつた。

Of the Passage in the Revelation of St. John

Touching the number 666.

Of Calbin's Judgment on the Revelation.

Of the Birthday of Our Saviour.

1625 Mave Clausum (wrote in 1618, published in 1635, London)
(1652年 M. Nedhan による英譯本を著す)

この著作は著者の論議を註す。Selden は一六五三年 Graswinckel による攻撃に對する返論 Vindiciae を書すこと
なり。

1642 Privileges of the Barouage of England when he sit in parliament 及び Discourse concerning the Rights
and Privileges of Subject.

1681 Of the Judicature in Parliament.

之は Selden の有名な著作 Table Talk (1689) と共に、死後出版せられた。

三『英法史』比較法制史的研究に關しては

1607 Analecton Anglo-Britanicon

但し之は一六一五年フランクフルトにて刊行せられた。

1610 Jani Anglorum Facies altera (tr. lates under the name of Reverse or Back-Face of the English Janus,
1682)

England's Epinomis, the Duells or Single Combat.

比較法學の近代性について

- 1616 Fortescue, *De Laudibus legum Angliae*. Ralph de Hengham, *Summae Magnae et parvae*. に関する註釋書。
1647 *Dissertatio ad Fletam*

古き英法書 *Fleta* に関する最初の印刷刊行書であり、且つその中で英國におけるローマ法の影響についての論及あるを以て知られる。つまり英普通法とローマ法、英國中世法律著述家及びローマ法の英法に及ぼした影響關係について比較法制史的研究を遂げたのであつた。

既にノルマン征服(一〇六六年)以前のブリテン居住民の歴史を取扱つた *Analecton Anglo-Britannicon*, プリントン、サクソン、ノルマンの法律、慣習を論じた *Jani Anglorum Facies altera*, 諸國決闘による審理形式を論じ、その英國への移入はノルマン征服以後なりとした *Duell or Single Combat* (既出) 等々と共に英普通法研究に深き歴史的見識と廣き比較法制史的達見を與えたのであつた。

(註一) Selden 著作集について

- Johannis Seldeni, *Opera Omnia*, ed. by David Wilkins. 3 vols. (London 1726)
Wood's *Athenae Oxonienses*. ed. Bliss. 4 vols. (London 1817)
傳記、參考書については
Aikin, *Lives of John Selden and Archbishop Usher* (London 1812)
Johnson, G. W., *Memoirs of John Selden* (London 1835)
Singer, *Table Talk of John Selden* (London 1847)
David Ogg, *Ioannis Seldeni ad Fletam dissertatio* (Cambridge, Eng. 1925)
David Ogg による "John Selden" *Encyclopaedia of Social Sciences*. (vol. 13 p. 648) を執筆している。

Gardiner, S. R., *History of England from the Accession of James I to the Outbreak of the Civil War, 1603-1642*, 10 vols. (new ed. London 1893-95), especially vols. iii, iv, vi, and vii.

Gooch, G. P., *English Democratic Ideas in the Seventeenth Century* (2nd ed. by H. J. Laski, Cambridge, Eng. 1927) p. 101-04

Gooch, G. P., *Political Thought in England from Bacon to Halifax* (London 1914) p. 68-76

Hazeltine, H. D., "Selden as Legal Historian" in *Harvard Law Review*, vol. xxiv (1910-11) 105-18, and 205-19.

Herzog, Isaac. "John Selden and Jewish Law" in *Journal of Comparative Legislation*, 3rd ser., vol. xiii (1931) 236-45.

The Great Jurists of the World (Continental Legal History Series) 1914 p. 185 et seq.
Dictionary of National Biography. "Selden" by E. Fry.

Table Talk, edited by the Selden Society with notes by Sir Frederick Pollock. London 1927.

本稿を成すに當つては主として Oge, Hazeltine, Fry に據つた。

(註二) Selden は一六二七年 *Petition of Right* 起草に當つて Coke を援助する。又一六二八年から一六三一年に亘つて筆禍事件で拘禁せられた。この様な経験が Selden を驅つて爾後學究的生活に精進させる。其處から生み出された處生觀として Table Talk 中の次の文句は甚だ興味が深し、として引用される處である。

「現在の様な困難な時代にあつて眞理を見る事は恰度擲きませた水に正しき姿を見る事と同様、困難な事である」(この様な時代にあつて最も賢明な策とせば、之はもう何も云わなす事に限る) (Table Talk, Reynolds ed. pp. 130 and 187)

因みに Selden の英國法制史研究に於ける高き地位、評價は、十九世紀末のその設立後着々として大きな法制史研究の貢献を成し遂げて來た學會、その名に Selden なる名を冠した學會 Selden Society が組織せられた事實をもつても知られよう。同 Society は一八八七年ロンドンに創立、主として Mainland の努力に成り、又其後もその活動に負う處が多

かした。

(註三) Selden が斯くも歴史的資料、または東邦、西歐諸國法關係資料に接し得たに因りては或は歴史家、考古學者として著名な Robert Cotton をその疵護者として持ち、或いは又その共同者として Patrick Young, Richard James, 秘書役として Richard Milward (Table Talk 編輯者) を持つ等の好條件に恵まれた事が指摘せられる。

因みに Selden が自らは英國内に留りつゝ尙お且つ前記の様な疵護者、知人の理解と援助の下に豊富な、當時としては仲々に入手困難であつたらう様な外國關係法制資料、知識を驅使し得た事を、その友人 Ben Jonson は、次の様な(今に有名な)句をあげて言ひつけて居る。(You that have been.....even at home, yet have all countries seen.....etc.)

三

(一) ポロック Sir Frederiek Pollock の「比較法學史」The History of Comparative Jurisprudence なる講演は「比較法學の歴史は比較的新しい。それが法律學の一部門として一般的承認を得るに至つたのは一八六九年であつたと爲し得るであらう。」とする事から始められた。^(註1)

一八六九年、英國では Sir Henry Maine がオクスフォードに、當時新設せられたコーパス講座 Corpus Chair of Jurisprudence at Oxford に就任し、佛蘭西では比較法制協會 Société de Législation Comparée が、創立發足した。以後相繼いで、同様、同系統の比較法的事象が陸續として行われ、以て比較法學の普遍化、一般化を示すに至る事となる。従つて同年を以て、比較法學史の重大な劃期、出發點と看做す事は極めて有意義であると信ぜられる。

一體、比較法が隆盛に赴いたという場合、種々な態様、事態が考えられるであらう。

第一に比較法、比較なる方法を用いて爲す法律の實際的運用面。之は或いは (一) 法律解釋と云ひ、或いは法律改

革、草案起草、立案等に當つて用いられる、外國法律、制度が參酌、取り入れられる。(二) 指導的學者の著書、論文に比較方法が用いられ、論議せられる。(三) 大學での法學教育にその講座が設けられ、若くはその講義がなされる等の形をとつて現われるであらう。

第二に比較法が學問的對象として取り上げられ、遂には法律理論、比較法理論にまで昇華し、結晶する。凡そ比較には歴史的段階的方法あり、歴史的文化交流的方法あり、或いは又現行法的同一段階的方法等があつて、必ずしもその主張、方法を一にせず、その意義甚だ多義的なのではあるが(この點拙稿「比較法學の多義性について」(前掲)參照) 就れにしても之を學問的對象として取扱ひ、若くは理論的體系付けが行われるに至るであらう。

勿論之等諸事情も一時に全部開花し、顯現するという様な性質のものではなく、除々に且つ部分的に現われ、その中の一部の如きは特定國、特定法域には遂に顯現する事なくして終る場合もあり得る。どの様な顯現の仕方をするかは具體的各場合の諸事情によつて決るのであり、之を一概には決し難いであらう。今之を英國比較法學について見ても、その獨自の問題、特異の事情に基く態様と特質を示す事となるのであつた。

然し乍ら兎に角、今この様な種々の現象を通じ、比較方法、比較法の必要性、重要性が法律に携わる者一般に承認せられ、その確定的な地歩を確保するに至る程迄に普遍化、一般化する事、その様な事態に立ち至つたのが極く最近の事に屬するといふ場合、之をその近代性と稱する事を得るのである。

(四) 今、Fortescue, St. Germain, Cowell, Smith, Selden等の時代にこの様な事情があつたらうか、を問うならば、之は否定的に答える外ないであらう。

それ等は往古にあつて、或特定法律家の理論、又は未だ一般的になつたとは云い得ない様な特殊の周圍、環境、事情によつて生じた理論、事例なのであつて、すべて稀有、特殊の場合に過ぎないであらう。いわば未だ散發的、偶發的であり、若干法律家の天才的活動に依存する處餘りに多く、爲めにその活躍の止むと共に、比較法的現象は再び萎微、沈滞に陥るの止むなき状態にあつたと見る事が出来る。之を十九世紀中葉以降の比較法的活動が一般的、本格的であり、法律家一般に普遍的に承認せられるに至つた事情、單にその様な例、傾向が例外的、異例的現象たるに止まる事なく、實に比較法的研究が法律發達の廣く一般に認められた手段たるの地位を占めるに至る。法律家一般 *legal community, as a whole* が、比較こそ法律發達、發展に本質的に必要なる旨を了解するに至つた點でまことに著しい相違、對照を示すと云わねばならぬ。(註二)

即ち、近代に於ては、比較という方法を用い事柄を解明し、若くは法律改善等に資せんとする事が、英國始め歐羅巴つまりは文明諸國一般に普遍、共通の現象となり、如何なる法律家と雖も胸中若干の比較法的思想を有せざるもの有る事なしという程に、時代全體の色調を爲すに至つた。之を換言するならば此の方法こそ「法律發達の確固たる手段たる事が認められるに至つた」(Gutteridge, *op. cit.*, p. 16)のであつた。

この普遍的、一般となつたという處に重大な差異が存する。

同時にそれが學問的對象として理論的、體系取的取扱いを受けるに至つたという點でも近代は全く獨特な時代であつたという事が出来るのである。

此處に近代比較法學のあらためて論ぜらるべき地位が獲得せられたと見る事が出来る。此の様な意味で比較法の近

代性を強調し、その歴史を近代に説き起す事は充分に意義ある事とせられねばならぬであらう。比較法學史の出發點を一八六九年に劃せんとする Pollock の立場も亦まことに故なしとしないのである。

(註一) Pollock の比較法學史には二種を數え得る。一は一九〇〇年國際比較法會議講演、他はオクスフォード大學訣別講演であつた。前者の二つは 1 Congrès international du droit Comparé. Procès verbaux. (1905) 248 及び 24 Revue Générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1900) 385, 398. 其の後者 2 つは 5 Journal of Society of Comparative Legislation Vol. V (N. S.) (1908) 74-89. 及び Pollock, Oxford Lectures pp. 1-25 に收録されたる。本稿は Oxford Lecture 版によつた。但し孰れの講演共、主力を十八世紀以前に注ぎその以後については多く抽象的論議に限り、歴史的例子を擧げて居らなす。

(註二) Gutteridge, op. cit. Ch. II. The Origin & Development of Comparative Law. 参照。

(三) 然らば Fortescue, St. Germain, Cowell, Smith, Selden の時代と近代との間に何故に比較法思想の普遍化、一般化に關するこの様な相違が存したのであるか、特にその近代における普遍化、一般化の原因は何處に存するのであらうか。

思うにこの問題は、Fortescue, St. Germain, Cowell, Smith, Selden の時代(十五世紀中葉——十七世紀中葉)とその近代とが英法發達史について各々如何なる時代であつたか、つまりは所謂、英法の孤立性に關して各時代間に著しい變化、相違が生ずるに至つたという觀點から之を解き得る鍵が與えられるであらう。(註一)

元來、英法はその著るしい孤立性 Isolationism 島國性 Insularity を以て知られるのであるがその所謂孤立性とは、英法を以て、「四面海に圍まれた一小島に踞せる國民が、外部、海外から隔絶されて、孤立的、排他的に創造、發展せしめられた自己獨自の法」である事を強調する言葉に外ならぬ。それは、所詮、英國がその中世紀を通じて歐羅

巴大陸から、政治的にも經濟的にも孤立し得た所の、いわば歐羅巴大陸から海峽を隔てた島國であつたという地理的環境の外、民族的にも固有の性格を保持し得た様な特異の諸條件に恵まれた處に求めらるべきであらう。制度的には既に早くから中央裁判所及び強力な法曹（Westminster Hall, Inns of Court を想起せよ）が發達し、其處で傳來し、習得、發達せしめられた英法の強い傳統性、強靱性が此處にかち得られたのであつた。

特にその法律が國民的性格の固有の體系として發展した事に留意する必要がある。それは先ず、外國よりの影響に負う處少く、又それをこそ英國人は自覺し、自負したのであつて、この事は法律運用の任にある者、朝野法曹の著しく高い地位を結果したのであり、英法独自の體系を形成、維持せしめたのであつた。(註二)(註三)

たゞ此處で注意しなければならぬ極めて重要な事柄がある。それは、英法はその孤立性を唱えられ乍ら（その眞實性は之を認め乍ら尙おその上で）實は英國をも含めた廣義での歐羅巴文化の一環である事、若くは之と極めて密接な關係に立ちつゝ進展して來たという事實である。之は必ずしも常に英法が大陸法からの直接若くは密接な關係に立つたという意味ではなく、歐羅巴と英國とは同じ文化的發展段階、同じ時代的問題に（時期的、態樣的に若干の相違はあつても）逢着し、之を法律的に解決すべき機運に際會した。いわば歐羅巴大陸を吹き抜けた文化的潮流は常に英國に若くは又その岸邊近く迄押し寄せ、同様の問題を提起し若くは又同様の解決を迫りつゝあつたのである。その場合、獨り英國の法のみが結果に於て孤立性を保ち得たにしても、尙お且つ同じ時代の問題、同じ時代のいぶきは之を感じざるを得なかつたに相違ない。當然其處に他國に於ける法律運動なり法律現象なりが英國に於ても亦關心を惹いた事は元より當然とせらるべきであらう。(註四)

過去に於ける英國比較法的事例は實はこの様な孤立性と世界性との間隙を縫つて存在したのであつた。實は孤立が孤立であつて孤絶でなかつた事は單に英法にとつてのみでなく廣く世界の法律學一般にとつて幸せであつた。同時に孤立でなくして孤絶に止まる限りそれは如何に獨創的であり得ても其處には比較法的事例はその存在の價値を失つたであろう。此の意味に於て孤立性、世界性の正しい認識は單に英法の性格、特質の認識についてのみならず、英國比較法理解についても亦極めて重要であると考えられねばならない。近代と近代以前とでは誠にこの點で大きな斷層が存在すると考えられるからである。

(註一) 既に早くから未延三次教授は、英國比較法を英法孤立性との關連に於いて説いて居られる。教授は、英法を従來「比較法的精神に缺くるところ多」くあつたが、「幸にも近來この島國的態度が少しづつ改善されて行く傾向が見える」として、最近の著作ギヤトリ「名譽毀損」の紹介をされた。(法學協會雜誌五七卷一號一〇〇頁、其他、ウイリントン「契約法」法學協會雜誌五八卷一號八〇頁參照)興味深く示唆に豐める説たるを失わな。

(註二) 本文中括弧内、孤立性の定義に關する部分は H. D. Hazeltine の POUND, Interpretation of Legal History. 序文「英國法律家の思想と、他國法律家の思想との間の密接な相關々條」Inter-relationships between the ideas of English and the ideas of foreign jurists. 中より引用、その他説明の部分は H. C. Gutteridge 著稿 Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Ausländer. I. Länderberichte. Berlin, 1929 (Herausgegeben von Dr. Franz Schlegelberger 所收) "Grossbritannien und das britische Reich" 446頁、及び Hazeltine, The Renaissance and the Laws of Europe (Cambridge Legal Essays 所收) を參照した。

尙も孤立性なる觀念は英法を英法内部に立籠つてその内部的關連のみを追求する限り理解され難いであらう。それが英法を外から若くは外部的關連に於て見ようとする外國法學者(たとへば Radbruch, Goldschmidt, Lévy-Ullmann の如し)、若くは英國比較法學者によつて多く指摘、使用されて居る事は極めて興味深き處である。

(註三) 英法の諸特質を擧げて、之をその獨創性 Originality と呼ぶ學者が多。 (たとへば Edward Jenks, A Digest of En-

English Civil Law, 1st ed., Editors' Preface, p. xx. Carter, History of English Legal Institution, 2nd ed. Preface 等) 此の同じ英法の特徴を、その形成、發展の面から捉えて眺める時、孤立性なる觀念が成立するであろう。因みに孤立性なる觀念は主として、外國法學者、若くは英國比較法學者が英國中世法發達を説明するに當つて用ゐるに對し、獨創性なる觀念は、近代に至つて英法系が大陸法に拮抗、對立し得る程の世界的法系に發展した以後、英法特質を示す語として用ゐられる如くである。Holdsworth (History of English Law, vol. 9, 1926 p. 411) は "English Law, so far from being merely an insular system, was destined to divide with Roman law the empire of the modern civilized world." (書體變更は筆者) とす。場合によっては世界法系としての英法に對する英國學者の氣慨が示されたものとして興味が深し。

尙お孤立性なる語には、古くより現在に迄強く一貫せる英國法律家の孤立孤高的態度、「我等英國の法を變更するを欲せず」Nolumus leges Angliæ mutari なる態度を意味する場合がある。之はつまりは前掲、英法孤立性から發した派生的性格であると考えられる。或は國際會議、或は又統一法運動に當つて英國法律家の必ずしも協調的に非ざる態度が非難せられしる (たとえば Gutteridge, Comparative Law, 1946, Ch. XII The Nature and Characteristics of Unified Law 特にその Great Britain and the Movement for Unification, p. 162 ff. 参照) のに對しても、我は先ず英法孤立性の理解に立つた批判、或いは論難でなければならぬであらう。

(註四)
「スペインにおける一法律家の思考がドイツにおける學者の勞を省き、フランス人が据えた基礎の上にオランダ人が建築を續け、イタリヤの裁判所の判例が他の國々の判決に決定的な影響を及ぼす」という様な共通性」(「イヤーリング」がヨーロッパ法律文化に存在する。比較法學についても亦然り。

Hazeltine Pound, Interpretation of Legal History 序文 (前掲) はこの點を「全世界に跨る商業、取引 a world-wide commerce が存在する如く、全世界に亘つて行われる法律思想 a world-wide commerce in juristic ideas も亦存する」事を指摘、「近代英國法律思想——たとえば分析學派、歴史學派の如きも大陸法學者の思潮と極めて密接に關連してゐる事を注意せねばならぬ。Austin も Maine も實は歐羅巴思潮の英國的表現たる性格を有する」としてゐる。單に特定法律思想が世界的であるばかりでなく、如何なる法律思想も世界的關連に於て考察せらるべきである」という意味

で此の世界性の問題は英國比較法學にとつても極めて有益且つ重要であると考える。

(四) 今、この觀點に立ちつゝ Fortescue, St. Germain, Smith, Selden 等の時代は如何なる時代であつたかを見る必要があろう。所謂英法孤立性、英法發達史の點から見て十五世紀中葉——十七世紀中葉ほどの様な時代であつたかの問題即ち之である。

元來、英法發達史を三分し、一を英法建設時代(十一世紀—十三世紀)、二をローマ法影響排除時代(十四世紀—十六世紀)、三を英法世界的發展時代(十七世紀—現代)として理解するならば、Fortescue, St. Germain, Fulbecke, Cowell, Smith は第二期, Selden は漸くにして第三期曙光時代に屬すと爲し得るであらう。この事はつまりは英國に獨自の法體系が形成せられ、爾後益々發展を遂げようとするに當り、折しも歐羅巴大陸を捲席しつゝあつたローマ法影響、繼受の問題が同じく英國にも押し寄せたのであつたが、之を斥けその獨自性を守り通す結果を生む時代なのであつた。此處に著るしい英法の孤立性が形成せられ、醗酵せられつゝあるのであつた。

この様に一應の形成を終え、續いて起つたローマ法影響を排除しつゝ益々その獨自性、孤立性を形成、發展せしめつゝあつた當時の英法發達の大道に棹さしつゝ、比較法的方法を用いた Fortescue, St. Germain, Cowell, Smith 等々が一體如何なる存在であり、又如何なる時代的意義を持つたであらうか。

「既にGlanville, Bracton の時代から、Hitleton, Coke, Bacon, Mansfield, Blackstone 等々、一貫して普通法法律家によつて英法發達の大道は擔當せられ、又其處で最大級の法律家を以て稱せらるゝ程の者はらづれを問わず普通法法律家であつた」(Hazeline, The Renaissance and the Laws of Europe, Cambridge Legal Essays 所收、より引用)

その獨自性、孤立性の形成、發展のさ中にあつては、比較法の持ち得る意義なり、地位なりは、やはり自ら其處に限界なり、制約なりが存したのであつた。第一に孤立性維持、發達の大道に合流、合體し、以て比較の對象たる他の一方を排斥、排除するか (Fortescue) 若くは他と比較する事によつて普通法の體系化、合理化に役立たしめる (St. Germain, Fullbeck) か、第二には、比較し以て他を吸收せんとする意圖の下に行われたるも遂に當時の孤立性維持、發達の大道には抗し難く、この場合主流、本道に對する潛流若くは底流たるの存在しか持ち得ない場合 (Cowell, Smitz) があり得るのであつた。然し就れとも他に一般的の支持ある事なく、前述の如くその個人的活動に依據する處餘りに多く、爲めにその活躍の止むと共に比較法的現象は再び萎微、沈滞に陥るが如き状態にあつた事は間違いないであつた。^(註一)

Selden については若干事情を異にするであらう。それが國內的比較法 *droit comparé interne* (同一國內、同一管轄内に相並んで行われる多數法系を比較する) から國外的比較法 *droit comparé externe* (自國と他國、若くは多數國、多數管轄に行われる複數法系を比較する) に發展したという意味においてもそれは比較法史上充分注目せらるべき存在であるとせらるべきであらう。

比較法研究における先驅的存在として既に屢々 Leibniz (1646-1716 *Methodi Novae discendae doctaeque Jurisprudentiae*, Franct. 1667), Vico (1688-1744 *Scienza Nuova*, 1st ed. 1725, 2nd ed. 1730), Montesquieu (1689-1755 *L'esprit des Loix*, 2 vol. at first anonymously ins 1748) が擧げられた。之等學者はらざれも十七、八世紀にいち早く比較法的研究の重要性に留意、之を實證した點でその先驅性を謳われるのであるが、Selden は同じく十七世紀(之等

獨、伊、佛の學者より時期的に若干早く）英國に比較的方法を施用して法制史研究にその先驅的地位を占めて居るのである。（註三）

この様に比較法學者が輩出するに至つた十七、八世紀という時代は、既に自然科學の分野では合理主義的、比較的精神を發達、體得して居つたのであり、更に十五、六世紀の歐羅巴人の探檢と地理上の發見、植民地の開發等によつて世界事情が大きく一轉回し始めて居た。つまりは十七世紀から十八世紀にかけて世界的文化圏が著るしく擴大せられ、文化的交通、流通關係益々瀦繁化、高度化を加うる趨勢にあつた當時の諸事情に對應する法律學に於ける學問的現象と見るべきであらう。所謂國外的比較法、近代的意義に於ける比較法の曙光は此處に差し初めたと云う事が出来るであらう。

然し乍らいづれとも十九世紀中葉以降となると事情が全く異なるに至る。その理論的、學問的取扱ひにおいても、將又一般的、普遍的支持の點でも全く異なる事を從來、屢々論じて來たのであつたが今その事の眞の理解には何よりも先づ産業革命（一七六〇—一八三〇）を逸すべきではあるまい。

比較法學に關する限りそれは少くとも次の二つの面で大きな變革、發展を持ち來らしめたと見得る。一は世界の縮少、世界各國の接近、それを可能ならしめる凡ゆる交通機關、通信機關の進歩、發達、それに基いて法律の比較が容易となり、急速となつた事。二は産業革命によつてもたらされた爾後に於ける文明諸國の社會的、經濟的狀態の均等化、類似化であつた。爲めに文明諸國の當面する問題が同一性、類似性（然も歴史的に前代未聞の）を帶び、比較が著しい必要性、重要性を認められて來た事之であつた。凡ゆる世界の國々において凡てこの様な諸事情に基き、又凡

て其處から立法なり法律活動なりについての現象、事態を發展せしめたとすれば、その限りに於て比較法の重要性は大きな發展を遂ぐべき事寧ろ當然とせらるべきであつた。

此處に比較法學的に見て近代と、それ以前の時代とを區別すべき理由、大きな斷層が存在するのであつた。同時に此處から近代比較法學の必要性、重要性がその基礎、基盤を與えられるに至るのである。

この點比較法學者は（英國著名法學者の言葉を藉りれば）先ず「もはや世界中何處にも他國から孤立以て孤高を持し得べき國とは一も存し得ない。凡ての國は相共に生きねばならぬ。其處に於て不信を除き、信任をかり得且つは凡ゆる障壁、障礙を打破し得べき最良の方法は、他國と知的利害關係 intellectual interests を頌ち合う方策を促進する事に外ならない。斯くてこそ多くの政治的、經濟的障礙は次第に友好、信任の雰圍氣の中に解消する氣運に向うであらう。凡そ知的利害を頌ち合う者同志は爭鬪以て自己を主張する事なかるべく、物的交易の道の益々開かるる基礎は此處に存するものと云わねばならぬ」^(註三)事の正しい認識から始めるべきであらう。同時に此の様な諸事情に基礎を置く近代比較法學の隆盛はまことに當然であるとせられねばならないのであつた。

(註一) 本稿此の部分を作成するに當つては、主として Wignora, Panorama of World Legal System. III. Anglo-American Legal System. ; Hazeltine, The Renaissance and the Laws of Europe. ; Lévy-Ullmann, op. cit. を参照した。

(註二) 既に Vico, Montesquien については我國でも早くから紹介せられた。たとえば牧野英一氏「國家的・法律的・人間的」所收、「モンテスキューの二百五十年」「比較法とヴィコ」又 Leiniz には穂積陳重氏の紹介「後世歴史法學の始祖と云へばザウイニー、比較法學の始祖と云へばモンテスキューと誰しも云ふが此二學派の開祖たる名譽は當のライプニッツに冠せしむべきではあるまいか」(法窓夜話二五一—二五二)等を此處に想起し得る。

英國のついで之等と相並んで Selden の名を擧げる事は決して誤りとしなからうであらう。

(註三) Lord Macmillan, *Journal of Comparative Legislation and International Law* (3rd Ser.) Vol. XVIII, p. 8.

② 問題を整理し乍ら結論を急がねばならぬ。

我々は比較法という概念は一體何時頃から一般的、普遍的となつたのであるか、それが學問的、理論的對象として取扱われるに至つたのは何時頃からであつたかの問題を提出し、これを相共に十九世紀中葉以降、發達し普遍化するに至つたとした。

顧みれば凡そ近代的意義における比較法學が成立し、隆盛に赴くに至つたについては積極、消極、いくつかの條件が必要であつた。それは先ず何よりも比較せらるべき自國法が形成せられ、確立せられねばならなかつたし、又比較せらるべき他國法の存在、之に關する知識獲得の可能性も必要であつた。其他略々文明程度を相同じうし、従つて社會的經濟的其他における問題、對象の一樣性、其處に法律を比較すべき必要性、重要性が存するに至つた事等々數え來ればまことに複雑多岐なのであつた。この様な諸條件が除々に或いは積極的に滿さるゝあり、或いは又消極的條件の取り除かるゝあつてその間前史的若くは先驅的意義を持つ比較法的事例も存したとせられ得るのであつた。

然し之等が一應出揃つて比較法學として開花、顯現を見たのは極く最近の事であつた事、その様な事を捉えて我々は比較法學の近代性と呼び、之を英國比較法事例について見て來たのであつた。古き事例、先驅的存在を訊ねて來た所以も其處に存したのであつた。(註)

近代比較法學の性格と機能を探究せんとする我々は先ず比較法學の史的展開、その近代性を論じた次第である。

註 但しこの場合異説があつて、比較法の歴史は「十九世紀中葉以降、従つて未だ始まつてから百年とは經たぬ *Baroly arcoe*.
As the limits of living memory」が故にその以前の事象を訊ねる事は「歴史的價値はあつても現代における比較法の

本質、性格の理解には何等寄與する處なし」とする。つまり Fortesque, St. Germain, Smith, Selden 等々の探究を以て「過去の霧深く踏み分けて比較法の起源を遠く訊ねようとする試み」であるとし、それ等は「法律史の研究としては如何にも貴重な價値を持つものではあつても現代に於ける比較法の性格及び諸機能の理解には殆んど何等の關係が無くする。(Cutleridge, op. cit. p. 11) これは比較法學の近代性を強調する限りでは元より正當とせらるべきであるが、本稿既述の如く凡そ比較法學が近代に於て特に隆盛に、その以前に於て何故それ程隆盛たり得なかつたかの問題を一貫して追求せんとする限り、古き諸事例を取扱う事も、近代比較法學の性格及び諸機能の(直接的、積極的にではないにせよ)理解に尙お甚だ必要且つ興味ある事柄であると考えられる。

追記

英國の比較法學なる用語は次の様な二つの前提、限定をもつた意味で之を用いた。

一は比較法學は何も英國にのみ限つて起つたのでなく、ヨーロッパ文明諸國に殆んど同時的、類似的に起つた、いわばヨーロッパ文化性とも稱し得べき一種の統一性を持つる。而してその近代性に關する限り諸家の指摘せらるゝものも多かつたのである。

二は、然し乍らこの事は何も文明諸國に同一、同型の比較法學が、必ずしも時期を同じうして發生、發展した事を意味するものではない、否寧ろ顯著な差異、多様性を示す(その根柢に前記ヨーロッパ文化的統一性が見出される)場合も存するのであつて、英國に特殊な諸事情故に比較法學の時期的、態様の顯現のし方も亦特異な様相を帯び來る事は之を否定し得ないのであつた。

第一の點、特にその近代性については一體何故に然るか、單なる偶然の一致に非ずして其間關連の求むべきものありとすれば、之は世界的關連、理解に立つ必要があると考えられる。第二の點については英國法の土着的、人種的、島國的固有の性格に觸發されて、其處での比較法學は自ら特異の様相を示すのであつた。既に先覺者は近代思想の世界性と其の各國に於ける特異性、個別性の關係を次の様に説明した。「恰度同じ染料を使つても木綿と羽二重とでは出來榮が異う様に、生地の異うだけ染め上つた色合は決して同一ではなからう。それは決して紅と紺と云う様な根本的な區別でなく單に光澤とか濃淡とかの相異である。國民固有の民族性が生ずる差別も單に此類のものに過ぎない」(堀川白荷、近代文學十講改訂版 二七頁より引用)。我々は英法の特異な性格、生地に比較法がどの様に染め上げられたか、そしてその理由は一體何處に存したかを、特にその孤立性に言及しつゝ、追求したのであつた。