



英米法と法の近代

法律諸体系の歴史と原理の法学的／哲学的諸解釈

ロスコー・パウンド

高柳賢三訳

水心肆書

INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY

BY

ROSCOE POUND, PH.D., LL.D.

CARTER PROFESSOR OF JURISPRUDENCE IN
HARVARD UNIVERSITY

New York
THE MACMILLAN COMPANY
1923

目

次

訳者はしがき（一～三）

イギリスその他における法律の発達についての法律学者の解説 H・D・ヘーゼルタイン（一～六）

原著者序文（二～六）

第一講 法律と歴史

法律における安定性と変化性との調節（30）調節の基礎づけとしての権威、哲学及び歴史（32）権威（32）哲学（34）歴史（37）歴史記述の態度（38）歴史派の没落（42）歴史派の現代的評価の必要／歴史派の反動性（46）歴史派のもつ諸特色の意義（1）法は見出さるべき作らるべきにあらず（52）歴史派のもつ諸特色の意義（2）理想主義的法律史觀の支持（54）歴史派のもつ諸特色の意義（3）社会的圧迫の力説（55）歴史派のもつ諸特色の意義（4）国民主義は必ずしも歴史派の特色ではない（56）歴史派の評価と法律秩序の正しい見方（57）

第二講 倫理的及び宗教的法律史觀

倫理的史觀と歴史派（62）倫理的史觀と政治的史觀／倫理的史觀の一形態としての宗教的史觀（64）倫理的史觀発生の理由／歴史派の提倡者における自然法思想（66）ローマ法体系の建設（68）普遍法律史（70）カントの影響（72）法律における形而上学的重要性（78）形而上学的法律学の理論が裁判及び法学的著作に及ぼした実際的影響（8

第三講 政治的法律史観

政治学と法律学 (98) 政治的史観発生の理由 / ヘーゲルの影響 (99) 十八世紀的な理性に対する信仰の廢除 (100) 十九世紀における歴史記述の諸傾向との関連 / 普遍史的傾向との関連 (103) 言語学的傾向との関連 (105) 中世期の尊重 (105) 制度史的傾向との関連 (109) メーンの「身分より契約」の理論 (111) 契約自由の原則 (113) 政治的史観の短所 (126) 政治的史観の功績 (131)

第四講 人種学的及び生物学的法律史観

哲学の停滞期 (134) 十九世紀の形而上学より現代の社会哲學的法学への橋渡しとしての人種学及び生物学 / 人種を中心とする見方及び有機的な見方の発生の理由 (136) 実証主義及び機械的社会学 (コント) の影響 (137) 生物学 (ダーウィン及びスペンサー) の影響 (139) 心理学の影響 (ギルケ、タルド、ウォード) (140) 人種学的史観の諸型 (142) 理想主義型 (ヘーゲル、イエリンギ) (143) ダーン (146) 心理学型 (カール、フィエ、マクドゥガル) (147) 実証主義型 (ポスト) (153) 生物学的史観の諸型 / 理想主義型 (リシャール) (157) デュギーの実証主義的法律理論 (158) 人種学型 / 経済型 (ヴァッカロ、グンプロウイツ) (161) 両史観の一般的批判 (164)

第五講

経済的法律史観

経済的法律史観発生の理由／経済的史観の経過（168）経済的史観における二つの要因（170）経済的史観の諸型（171）理想主義型（172）機械的社會学型（173）機械的分析型（175）倫理的要因の排斥は分析法学、歴史法学の傾向の一歩を進めたもの（177）証拠の問題（180）原始令状の歴史（181）大法官裁判所発生史（184）ライランズ対フレッチャー事件の経済的説明（188）フェロー・サーザント・ルール（194）経済的史観の批判／支配階級の利己心（196）倫理的要因の極端な排斥（198）経済的史観における真理（199）経済的史観の功績（201）

第六講

大法律家の法律史観

以上史観はみな一面の真理を表す（204）以上史観は人の要因を無視した（206）ダイシ－の輿論による十九世紀法の説明（207）人の無視は概念法学に導いた（208）大法律家の史観の可能性／キャンベル卿の試み（216）法律発達階段と人の尊重又は無視との関連（217）人を中心く法律史の見方（220）法律教科書と植物標本集（222）法律創造の諸形態／訴訟法的擬制（224）解釈（226）衡平（228）自然法（229）司法的経験主義（230）法律学（233）立法（236）大法律家の法律の上に刻んだ足跡／ヘンリー二世とコーク（233）現代は人の高調を必要とする（238）

第七講　社会工学的法律史観

我々の要求する史観の諸要因／コーラーの文化的法律史観（242）その批判／史観はみな類推を使用す（215）エンジニアリングの類推の妥当なる所以（257）裁判（259）法律秩序（262）権利（265）公共政策（267）利益較量（270）社会的利益の拡大史としての法律史（272）史観の機能（274）

索引（282）

凡例

- 一、本書はロスコー・パウンド著『法律史観』高柳賢三訳（一九三一年、岩波書店刊行）の改題改版復刻新版である。本書の書名は現代日本における本書の意義を考えて本書刊行所がつけかえたものである。
- 一、小見出しは訳者によるものであるが、元の本では目次中にその小見出しとページ数が記されているだけで、本文に見出しは挿入されていない。この新版ではその小見出しを本文中に挿入した。小見出し同士が近すぎる場合には「」で区切って統合した。
- 一、仮名遣いは現代仮名遣いで表記し、漢字は新字体の標準字体で表記した。元の本も新字体漢字が使われているが、稀に旧字体が混在している場合は新字体におきかえた（「欠缺」は例外）。「わたる」の意味の「亘」と「亘」は「亘」に統一し、「聯」と「劃」はそれぞれ「連」と「画」におきかえた。
- 一、現在一般に漢字表記が避けられる語は仮名表記におきかえた。
- 一、送り仮名は現在の感覚で一般に違和感が強いと考えられる場合、現代的に加減した。
- 一、読点を附加したところ（「にさん」と読む「二三」など）がわざわざにある。（一文が終わっていると見るべきところに読点が打たれている場合が少なくないが、これは句点におきかえることなくそのままにした。本書全体を通じて読点の使用がだいぶ多めであるが、これも整理することなくそのままにした。）
- 一、読み仮名ルビを附加したところがわざわざある。
- 一、片仮名語は、著名な人名など、現在一般的な表記におきかえたものがある。（「ベンタム」はそのままにした。）
- 一、本書を通じて、「そしてより包容的な表現」のような場合の「より」に傍点（圈点）が付されているが、現在ではあまり一般的でない用法なのでその傍点は削除した。誤説の恐れがありうるところは、「より」の前に読点を入れた。
- 一、鉤括弧は現在の一般的な用法によつて整理した。
- 一、踊り字（繰り返し記号）は「々」のみを使用し、二の字点は「々」におきかえ、「々」の用法は現在一般的な慣例の範囲に限つた。
- 一、ケアレスミスの脱落や誤記と見るべきところは原書を確認し、特にそれと記すことなく訂正した。
- 一、「*」は本書刊行所による注である。元の本で使われている「」は原書における「」であるので、これは「」に戻したが、そのうち二か所は誤注なので、それは「」のままにした。
- 一、索引は本書刊行所が作成したものである。

英米法と法の近代

法律諸体系の歴史と原理の法学的／哲学的諸解釈

To
JOHN HENRY WIGMORE

訳者はしがき

私がパウンド先生の著作を初めて読んでから既に二十年になる。そして私が先生の講義に親しく列した時（一九一五—一七）から約十五年になる。そしてその十五年間、私はパウンド氏の筆になる数多くの著作を、細心の注意を以て、研究することを怠らなかつたのであつた。そして、あるものは十回、あるものは十五回は通読したように記憶する。確かに氏の著作は、私の愛読書のうちに数えらるべきものである。氏の筆による『法と道徳』の翻訳は岩田新君との共訳として、既に岩波書店の好意に依つて公刊された。そして今ここに、氏の他の著作『法律史観』の翻訳を公刊して、我国におけるパウンド研究者に一つの資料を提供せんとすることが出来たのは、私にとって一つの喜びである。

この著作の取扱う問題に就ては、私は既に一九一五年、ハーヴィード大学における氏の「ジュリスブルーデンス」の講義のうちの、極く一小部分として、これを聴くことが出来たのである。早口な氏は一時間の講義で、ここに展開された理論を略説されたことが、私の取つた不完全なノートからも推断せらるるのである。そしてそれが、数年前一冊の書物として現われたことは、私にとって非常な悦びであつたのであ

る。又ケンブリッジ大学においてこの講義がなされた頃、イタリアのフィレンツェから私に送られた氏の私信のうちに、「欧洲で最も面白い男」であるとしてパウンドが特徴づけたイタリアの哲人クローチェとの会見を記述されたのを見た時、私はクローチェとパウンドとの物の見方に相通ずるものがあることに興味を感じたのであつた。そして欧洲再遊の際、私をしてクローチェの著作を集めてこれを研究せしめた一誘因をなしたのである。従つて本書は私にとつて、殊に個人的に想い出多き著作なのである。

我国においては、史観の問題は唯物史観が社会科学の領域に投げた大きな爆弾に依つて、特に若き学徒の興味を唆るようになつた。しかし、法律学の領域においては、他の社会科学の領域におけるように、未だ史観の問題についての充分な研究がなされておらないよう見える。けだしそれは法律史観の科学的研究には、各国の法律史の資料に対する相当充実した具体的知識と、相当鋭い哲学的透見力とを前提とするものであるがために、通常の法律学徒にとって、それがほとんど不可能であることにも依るのであろう。しかし、法律史観の問題は法律についての思索を忠実に進むる学徒の、必ずある時期において、解決の要求に迫られる重要な問題であることは疑いない。そして法律史観は法律史の具体的事実に依つてテストせられて、初めて、仮説としてのいわゆる「史観」——唯物的にせよ、唯心的にせよ、一元的にせよ、多元的にせよ——の科学性が確保せらるべきこととなるのである。かかる将来において進められねばならない私共の研究の前提として、従来における各法律史観についての概観を提供する意味で、本書は、他に類例を見ない独特の価値を持つものであると云えるであろう。実際的法律家にふさわしい氏の社会工学的法律史観に同意すると否とを問わず、少なくとも、氏の他の史観に加えた批判は、単に抽象的な一般理論に依つてではなく、又無産運動の戦術的立場のみからでなく、氏の提供した一々の史実、その他の史実を通して、更に純学術的に研究批判せられねばならないものであろう。従つて、本書は、いやしくも法律史観について

て研究する学徒にとつて充分な研究に値するものであると私は信ずる。この意味で、この翻訳が原著を研究する初学者に対し、多少の援助となれば訳者の努力は報いられたこととなるのである。

この翻訳は、初め私の指導の下に英米法を熱心に研究しておらるる東京帝国大学法学部大学院学生守屋善輝君が、その攻学上の一手段として、少しづつ翻訳を進めて、それに私が細心の注意を払つて幾度か訂正を加えて、遂に完成するに至つたのである。その意味で本書は同氏との協力によつて出来上つたのである。パウンド氏の著作が引例の豊富なるの故に、一面その学術的価値が高められるのであると同時に、他面その著作をして難解ならしむることは、既に定評あるところである。従つて一語も洩らすまいとした全訳である本書中にも、私の学力の欠缺の故に、或いは又、注意の欠缺の故に、誤解なきを保し難い。この点は大方の忌憚なき叱正をお願いする次第である。

東京帝国大学法学部研究室にて

訳者

追記——目次は私自身これを作り、索引は守屋君の努力に俟つた〔本書の索引は書肆心水による〕。又本書公刊に当つて校正その他についての守屋君の多大の労を感謝する。

イギリスその他における法律の発達についての法律学者の解説

ジェームズ・ラッセル・ロウエルは、詩人ステッドマンに宛てた書簡の中に、「心から好きになれるような詩に出会うほど、愉快なことはない、それは宛も、新しい花を見出したようなものである」と云つている。そして彼は更に、「もしも同時に、作者にその旨を知らせて、作者を喜ばすことが出来れば、ますます宜い」と言葉を足している。この言葉は一篇の詩についてと均しく、一個の法律学上の著作にも適用することが出来る。詩と法律学上の著作とは、色々な点で、甚だしく異なつてはいるが、これら二つの文学的形態は、少なくとも一つの顕著な共通点をもつてゐる。詩の場合と均しく、法律思想に関する著作についてもまた、その独特な文体と、その内容のもつ性質によつて、読者に、或いは快感を、或いは不快を与える力を包蔵している。それは読者をして、その著作を好ましめ、或いは嫌わしむる能力を具えている。ケンブリッジ英國法律史研究叢書 *Cambridge Studies in English Legal History* 中の一巻をなす本書は、イギリス及びその他の国々における法律思想の、或る形相に対する歴史と批判とを内容とする、新しい法律学的著作を読者に提供しているのである。読者が法律家であると、歴史家であると、哲学者であるとを問わず、

均しく、この書は最大の悦びを彼に与えるであろう。それは、彼に心からの爱好の念を喚び起すであろう。それは、読者にとって、啓発と学的刺戟との淵源をなすであろう。ロウエルの巧みな语法を借りるならば、『法律史観』を読むことは「新しい花を見出すような」ものである。法律史及び法律学の文献を研究する者にとって、かくの如き快感を覚えしむるとは極めて稀である。しかも「もしも同時に作者にその旨を知らせて、作者を喜ばす」とが出来るならば、ますます宜しい」のである。

法律発達の各時代、各過程及び各目的の法学的並びに哲学的解説について、最近ケンブリッジ大学でなされた講義を、我々の乞いに応じて、一書冊にまとめられた著者について、今更読者に対して紹介の必要はないであろう。ハーヴィード大学法学部長、兼カーター講座法理学教授である氏が、現代における最も優れた法律思想家の一人であることは、既に久しう間承認せられたところである。パウンド博士は、法理学の歴史及び原理を取扱つたその講義によつて、我々コモン・ロー国の多くの少壮法律家に、学識と感激とを与えたのであつた。そしてまた法理学上の問題を取扱つたその著作によつて、広く世界的にその学説を伝播したのであつた。広汎な範囲に亘る色々な問題を取扱つた氏の多くの論文は、欧米における法律、哲学、歴史等の諸専門雑誌に発表されたのであつた。今しばらく植物学、法学教育並びにコモン・ロー及びエクイティの歴史及び理論等に関する著作はこれを別とし、特に法律思想を取扱つた論文の中のあるものを挙げて見れば、「法律の理論」 Theories of Law、「権利論」 Legal Rights、「社会利益の理論」 A Theory of social Interests、「行政的裁判」 Executive Justice、「法律学と法律」 Juristic Science and Law、「書物にあらわされる法律と、実際に行われる法律」 Law in Books and Law in Action、「効果的な法律活動の限界」 The Limits of Effective Legal Action、「似而非解釈」 Spurious Interpretation、「機械的法律学」 Mechanical Jurisprudence、「法律規則及び理論中に展開する法律の目的」 The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines がある。

そしてかかる論文のリストは、幾らでも、大きくし得るのである」とは、読者の熟知ある」といふ。

また氏の専門の領域における三個の長論文——「米国都市における刑事裁判」に関する単行論文 *Criminal Justice in American Municipalities*、「ロモン・ローの精神」*The Spirit of the Common Law*、「法律哲学入門」*An Introduction to the Philosophy of Law*——が最近数ヶ月内に発表された」とを、諸君は忘れないであらう。

本書において、パウンド博士は、氏の他の著作を読んだ人及び氏の講義、講演に列した人が熟知する例の明快な、しかも力強い調子で、広汎なしかも複雑な問題をば取扱つてゐる。氏の主題は法律諸体系の歴史及び原理の、法学的並びに哲学的解釈である。そしてこの題目は法律、歴史、科学、哲学及び文学についての、その精確且つ広汎な学殖の魅力を以て、取扱われてゐる。その資料取扱の巧妙さにより、またその鋭い、激渾とした氏の頭脳によつて、過去のうちに、社会的要請及び人間的正義の精神を吹き込み、過去は生きた現在として我々読者の前に提示される。何物も死物とは思えない。何物も過去とは思はない。日の神が既成の法典をハムラビに授ける現場に我々は列席していくかの感を懷かしめられる。本書のみならず、パウンド博士の他の著作についてもそうであるが、何故に過ぎ去つた時代の法律が、かくも鮮かに我々の眼前に展開さるのであらうか。正義に対する氏の熱情は、その一つの理由として、特に掲げらるべきであろう。そこに基底があるのであるのだ。熱情を以て、最も偉大な力の一つであると常に考えたマダム・ド・スターは、その『コリーヌ』の中に、人間には、二種類のみが認めらるべきで、それは熱情をもち得る人と、熱情を侮蔑する人であると云つてゐる。過去に生命と活力とを与えて、過去を変じて現代となし得るのは、實に、パウンドが熱情をもち得る、その資性に基くのである。

本書の構想は、古代から近代に至る、思想の大観を可能ならしむるよう、仕組まれてゐる。モーリ卿の言葉を借りて云えば、「この種の概観は、我々に、思索家の歩んで来た色々な道程と、問題の現在到達し

た地位とを、明瞭、精確に示すものである。我々は、色々な方法を対照し、その成果を比較することが出来る。同一問題についての、他人が採った思弁的立場を、明瞭に知れば知る程、ますます善く、自己の思弁的立場は理解されるのである。」パウンド博士の方法は、即ちそれである。氏は古代から現代に至るまでの法律学派の業績を摘要する。氏はこれらの学派の一々について、その獲ち得た成果を評価する。そして、歴史及び理論の全領域を、隅なく照らすその眼光で、それらの成果に批判を加えるのである。氏は、法律思想運動の、恒久的な、收穫を点出する。そして氏は、これらの法律学的貢献を、如何にせば、現代の立法府及び裁判所が、社会的要求を充たすために、用い得べきかを暗示している。しかも、そればかりではない。本書は単に法律発達の過程、目的に関する思想の歴史及び批判たるに止まるのではなく、それとともに、法律及び法律史についての、氏自らの独創的見解の或る方面を示している。数個の点から見て、本書の最も貴重な方面は、法律進化の様式についての著者自身の理論と、法律創造について、法律学者が演すべき高い役割に対して、氏が加えた高い評価とである。本書はただに、叙述的、批判的たるに止まらず、同時にそれは建設的である。賢明な学徒は、パウンド師の教うるところに、熟慮を加えるであろう。氏の理論によって説得せらるると否とにかくわらず、彼の思想はもはや、旧い溝を辿ることを得なくなるであろう。

本書は、それが試みた法律史、並びに法律史についての法学的及び哲学的思想の広汎な概観の故に、ケンブリッジ英國法律史研究叢書 Cambridge Studies in English Legal History 中にあって、独自の地位を占むるものである。イギリス法律史を、イギリスの法律史及びイギリスから法律制度を継承し、または採用した、イギリス以外の多くの地域の法律として觀察し、そしてかかる意味のイギリス法律史を以て、西洋文明を構成する欠くべからざる要因をなすと云うのが、本書の着眼点なのである。世界的体系としての、この

イギリス法の発展のすべての段階を通じて、イギリス法と他の法律体系との関係は近密であった。そしてブランクトンの時代から現代に至るまで、法律の性質並びに法律発達の過程、目的についてのイギリス法律学者の思想は、西洋思想の、より広い諸形相と密接な関連を保つて来たのであった。パウンド博士のこの著書が、珍重さるる理由の一つは、本書がイギリス法律学者の思想と、外国法律学者の思想とのかかる交錯関係を明瞭に示す点である。イギリス法律学者の思索の歴史は、イギリス法史の欠くべからざる部分である。しかしイギリス法律思想史を、正しく理解するためには、それは歐州における哲学的並びに法学的思想の、より広い環境を背景として、これを記述せねばならないのである。英米ヨーローの伝統を繼承する法律学者として、パウンド博士が英米法系の歴史及び原則に対し、特別な注意を払っているのは当然である。しかしながら、法律学者は、その研究を、単に一個の法律体系のみに局限し得るものではない。法律学者は、多くの法律体系、並びに、その法律史の各段階に、通曉せねばならない。法律学者は、比較の基礎、法律、並びに法律の発達、伝播、衰頽の背後に潜む各動因、各原則等の一般的形相についての、自己の結論に対する基礎をもたねばならない。パウンド博士のゲルマン法及びローマ法に関する学殖、主としてこの二個の法律的要因からなる、近代的法律体系についての学識、並びに氏の東洋の法律及び原始的習慣に通曉せることは、西洋における発展と云う、より広い環境において、英米法を観察する難事業に対して、特に適任者たらしめた所以である。氏は英米における法律と法律思想とを論じ、その歴史を論じている。しかも氏は、イギリス及びアメリカ以外における法律並びに理論との関連を、観察し説明しているのである。世界的見地からのイギリス法史研究への貢献として、本書を殊に貴重ならしむるものは、その眼界の広さである。

常に島国的な考えに慣らされた人——イギリスの法規及び法律理論の発展を、四面環海の一小島に住む

国民のみによつて創造されたもの、即ち、イギリス以外の法律界とは没交渉な創造であると考うる人にとっては、パウンド博士の概観は驚くべき発見であろう。もしもイギリス法の研究者が、歴史的並びに理論的に、より広い方面からの、その問題の観察を真に希望するならば、彼は、本書から、多くのものを学ぶであろう。即ち、その範囲の広さ、その歴史的、哲学的叙述、異なつた時代の法律生活、法律思想の各領域に対するその洞察、その別個な、しかも関連をもつ法律発達及び法律理論の方向の調整などによつて、教えらるるところが多いであろう。工業生産品に世界的交易が行わるるよう、法律思想にも世界的交易が行われる。そして、この法律思想の交易、法律史及び法律目的についての思索の方法及びその成果の伝播には、何ら水陸の国境がない。かかる交易は、色々な形態の輸送機関によつて、一の時代から他の時代へ、一の地域から他の地域へとなざるるのである。人間や書籍の世界的移動は、思想的移動を意味する。

数世紀に亘るかくの如き過程を経て、イギリスその他の文明諸国における、現在の多くの法律思想は、その淵源を、中世のローマ法学者、寺院法学者並びに古代ギリシャ及びローマの哲人、法学者に発するものである。歴史的な知的交易は、古代及び中世の法律思想を近代にまでもたらしたのである。法及び正義についてのカント、ヘーゲルなどの思索は、書物から書物へ、教師から教師へと伝達されて、これら哲学者の名前すら知らない辺疆の地における制定法、判決及び法律理論の性質をば左右し、決定しさえもあるのである。イギリスは、その全歴史を通じて、世界の法律的各地域間における、法律思想の相互的輸送の、貿易路の中に含まれていた。イギリス法及びイギリス人の法律觀には、幾つかの独自の個性があるのは事実である。しかも、それらの特徴すら、色々な淵源から派生した、多岐多様な要因と混合したものである。それらの特徴は、純土着的な、純民族的な、純島国的なものではない。イギリスの法律思想には純孤島的なものもある。しかし、同時に、他の特徴は、イギリスと、西洋におけるすべての他の地域とに、共通な

伝統とすべきものもある。法律学における近代的イギリス学派、例えば分析派及び歴史派ですら、大陸学者の思想と密接な関連をもつてゐる。オースティンもメーンも、ヨーロッパ思想の或る方面的代表者たるに他ならない。法律思想の交易には、境界はないのである。

以上はパウンド博士の感銘深いこの著書を読んで、私に起つた一般的な思想である。しかし、本書はその他の、また幾つかの、確定的な、学説をも包含している。例えは、我々はイギリス法律史の多くの方面が、法律学的解釈の光によつて、照明されていることに気付くのである。我々は、アングロ・サクソンの昔から、グランヴィール、プラクトン、コーク、マンスフィールド及びエルドンの時代を経て、現代に至るまでの、法律発達過程の新しい見方を発見する。また、アメリカに伝播されたコモン・ローに触れている点は、殊に教うるところが多い。そしてこの点において、そこには古い郷土におけるコモン・ローと、新しい郷土におけるコモン・ローとの、比較法学的研究について、有望な領域がある。歴史の各時期におけるイギリス法の発達に対する、哲学的思索の影響もまた、極めて明瞭に示されている。それによつて、我々は、アリストテレス、カント、ヘーゲルが、法律自身に対し影響を与えたばかりでなく、法律に対する法律学者の態度に対しても、影響を及ぼしたことを知ることが出来る。本書のもつ他の一つの特色はイギリス分析派及び歴史派に対する著者自身の批判である。これらの学派の見解は、イギリス人の心に深く食い入つてゐるがために、パウンド博士の鋭い、理路整然たる批判——破壊的且つ建設的な批判——は、異常な興味を以て、読まることがある。本書は初めから終りに至るまで、心を、踏みならされた道から離れさせて、より新しい道を歩むに至らしめる。その最後の章、即ち「社会工学的史観」では、著者の法律史観が、より詳細に、より明確に、述べられている。従つて、この法律進化の過程及び法律目的についての、パウンド博士の学説を承認する者は、分析派及び歴史派の方法及び理論のあるものを、新しい見地

から見るに至るであろう。法律学者の職能についてのパウンド博士の慧智に充ちた概念も、また貴重な法律学的貢献の一つである。法律学者は、法律進化における一の創造的な形成的力である——少なくもあるべきだ——と、氏は見ているのである。

パウンド博士のこの一巻全部は、不斷に変化する社会的正義の要請に適合するように、古い法律を改新し、新しい法律を創造する仕事について、法律学者が、当然占むべき指導的地位に就くよう、呼びかけているものと見られ得る。法律は見出さるべきもので、作らるべきものでないと云う歴史派のもたらした有害な結果によつて、法律学者はあまりに久しく隠遁的な僧院に止まつていた。もしも彼等が、法律は人によつて作られ、改造さるものであるとするパウンド博士の教訓に耳を傾け、しかも法律学者の職能の性質についての、氏の見解に同意するならば、彼は法律生活において、その役割を演ずるであろう。また彼等は意識的且つ継続的に、その学識と、その法律学的ステッマンシップとを、法律改正に応用し、立法、裁判その他の法律創造の過程を左右するに至るであろう。法律史家は、サヴィニーの天才によつて作られた枷から脱して、より大きな心の自由を以て、また自己の研究の価値をより高く評価しつつ、その資料に対するであろう。彼は、過去と均しく、現在をも注目するであろう。彼は、彼の法律発達史を、現在の社会的需要を充たすための法律形成における、現実的要因たらしめ得るであろう。法律史研究は、決して一つの目的のみに役立つのみではない。歴史は、知的訓練と、史実の知識とを与えることに役立つとともに、裁判所及び立法府の活動を指導するに役立つものである。法律史はそれによつて充たさるべき社会的職能をもつのである。法律史家は眞の政治家である。否、むしろ、彼が欲するならば、彼は政治家たり得るものである。

「十九世紀のヴィーコ」と呼ばれたアベ・グラトリーは、記憶に価すべき人物である。彼の『道徳及び

歴史則』*La morale et la loi de l'histoire* は、歴史哲学への貴重な寄与である。グラトリーは云う、「従来受動的であった人類は、今や、充分な知識と、完全な自由とを以て、世界の事務の処理に着手し始めた。人類は壯年期に入つた」と。かかる時代にあつては、サヴィニー及びその一派である歴史派法律学者の理論の適応によつて、不當に育まれ、強めらるるに至つた。法律的伝統は、現代の新しい社会事実及び社会力に照らして、再吟味あることが必要である。法律思想は事實上、既に久しい間かかる方向を、辿つて来たのである。メートラント自身も、歴史的精神は改造に反対するものではなく、歴史は進歩を実施せんがため、過去が現在を癪痺しないように、研究さるるのであると云う理論を説いたのであつた。それと同じ思想は、他の法律史家によつても、説かれてゐるのである。ウイグモア博士は、その『法律の諸問題』Problems of Law 中において次の如く述べてゐる。「絶対的な理論としての先例拘束性の理論は、非現実的な迷信であるよう私には思われた。……我々は先例主義は、それによつて除かれたと想像した不確定性的短所を、すべて具えていて、同時に、疑いもなく先例主義に伴う法律の古材木、即ちハーバート・スペンサーのいわゆる、死者による生者の支配の、短所をもすべて具えて、いるのである。」新しい法律学派——法律史にも通曉する法律学者からなる新しい学派は、「地球は生存者の使用収益すべきものである、……死者はそれに対して何らの権利も、何らの権能をも持たない。」と云う、トマス・ジエファーソンの言葉を、襲用し、採用している。かかる思想は、既に立法にも影響を及ぼしつつある。或る点から見れば、一九二二年のイギリス不動産法は、これらの思想の精神から生れたものであり、「法律的古材木」の一部から脱却しようとする努力なのである。

何らの序文を必要としないのに、この序文を書いたのは、パウンド博士のこの著作の私に与えた刺戟が、その原因でもあり、またそれを正当づくるものもあるのである。

一九二二年九月五日

ハーリー・デクスター・ヘゼルタイン〔*Harold Dexter Hazeltine〕

イギリスの他におかねが傳の差異についての傳記

ハーリー・デクスター・ヘゼルタイン

原著者序文

この講義は、一九二三年レント・タームに、ケンブリッジ大学のトリニティ・カレッジにおいて、私のなした講義に、一には例証の目的で、一には一層深く問題を研究せんとする人達の一助とする目的で若干の註を施して、出版したものである。

前世紀の法律学史を完全に描写しようとするならば、欧大陸思想の或る形相と、アメリカ憲法との中に残存する十八世紀法律哲学の遺物並びにそれに基礎を置く新ルソー派理論の勃興、十九世紀形而上学派の色々な運動、哲学的方面における社会哲学派の興起並びに二十世紀における新スコラ主義及び復活せる自然法の、哲学的及び法学的系図を取扱うべきであろう。それはまた最近の法律哲学における心理学的及び論理学的運動の十九世紀思想における濫觴を辿るべきであろう。それは十九世紀に残存する十八世紀式自然法及び十九世紀形而上学的歴史的法律学の両者と、法学的経済的実在主義、及びいわゆる正統派社会主義法律学との関係を探求すべきであろう。また他の方面からそれは分析派を樹立せしむるに至った各要因を確かめ、一方、同学派がイギリス法学に、他方、初期社会学的法律学に及ぼした影響を示し、且つ同学

派と現今の社会功利主義との関係を示すべきであろう。また更に別の方から、それは十九世紀の機械的・社会学的法律学の哲学的及び法律学的系図を溯求し、社会諸科学の進歩に伴つて、如何にして現代の社會学的法律学が、かの狭隘な、しかも一見あまり有望でなかつた濫觴から、發展して來たかを示すべきであろう。しかしかかる記述の根幹をなすものは、歴史派の勃興、その全盛及びその没落である。かかる歴史は、如何にして、十七世紀及び十八世紀の自然法思想が、十八世紀の後半において既に二つの方向に分裂し、更に十九世紀に至つて、三派、遂には四派、或いは五派に分裂したかを、示すべきであろう。それにはまた、かかる法律思想の小分派が、如何にして、十九世紀末において、湊合し始め、二十世紀に至つて次第に二大分派に集中しつつあるかを示すべきであろう。しかし、それはまた、歴史家がその全過程を回顧する時に、大体において、前世紀においては、歴史派が主潮をなして來たのであることを示すであろう。勿論サヴィニーによつて創設せられた、歴史派の勃興及び没落の歴史を以て、十九世紀法律思想史の全部となすべきではない。しかしそれはその歴史の核心をなし、その最も大なる部分たるべきである。現代の諸学派が、サヴィニーの学派の分裂によつて發生したことは、恰も前世紀の諸学派が、自然法派の分裂によって發生したと均しく明らかである。それが現代の法律及び法律的思惟に及ぼした影響は、自然法派が十九世紀前半の法律及び法律的思惟に及ぼした影響と均しく明白なものである。

この講義において述べるところは、より局限せられた範囲の研究の、しかも一小部分に過ぎぬのである。この講義は、十九世紀歴史法学の歴史をも取扱わんと試むるものではない。この講義はただ、歴史法学の一面、即ち歴史派が法律史を如何に理解していたか、その法律史觀とその時代における諸目的との関連のみを取り扱つているに過ぎないのである。しかのみならず、この講義の意図は法律学史を法律学史として記述するのではなく、現代法律学の一要因としての歴史派、及びそれから派生した諸学派の考え方を考察し、

現代の目的に照らしてその価値を評価し、且つ十九世紀歴史派が、或いは廢棄し、或いは等閑に附した他の法律史観の可能性を検討しようとするのである。しかし、これをなすがためには、十九世紀の法律史観をば、同世紀の法律思想の一部として取扱い、且つあらゆる潮流——各法律史観も、それぞれ、かかる各潮流の一部である——との関連において、取扱わねばならぬこととなるのである。

この講義は、上院議員ベネデット・クローチェに負うところが多い。氏の著述中、特に私に役立ったものは、註の中に引照して置いた。しかのみならず、この講義を記述している間に、私は、氏とこの問題について、語り合う機会を得たのであった。私はまた、ケンブリッジの法学部教授、並びにトリニティ・カレッジのマスターとフェローズとの款待に対して、深き感謝の意を表さねばならぬ。その款待の故に、これらの方々と共に過ごした、私の短き滞在は、常に忘れ得ぬ想い出となつたのである。

一九二二年五月四日

ケンブリッジ　スクウェア法律図書館にて

ロスコー・パウンド

第一講

法律と歴史

法律は安定を必要とする。しかし法律は静止を許さない。それ故に、法律についての従来の思索は、すべてみな、安定性 *stability* の要請と、変化性 *change* の要請との衝突を、調和せんことに努力したのであつた。一般的安定維持の社会利益は、確定不動な社会秩序が確保せらるるような、人間の行動の絶対的規律に対する、確定的な根拠の探究に導いたのであつた。しかしながら、社会生活環境の不斷の変化は、安定を脅かす新しい方法に対しては勿論、一般的安定以外の他の社会利益の圧迫に対してもまた、絶えず新しい調節を必要ならしむるのである。即ち、法律秩序は安定性をもつべきであるのは勿論、それはまた伸縮性をも具えねばならないのである。法律秩序はその規律すべき現実生活の変化に応じて、絶えず点検せられ、絶えず修繕せられねばならないのである。原理の探求にあっても、我々は安定性の原理は勿論、変化性の原理をも探究せねばならないのである。従つて、従来法律思想家が取扱つて來た主要な問題は、個人放恣の余地のないような確定的な法律体系の思想と、変化、発展及び新法創定の思想とを、如何に調和すべきか、法律理論と、立法理論とを、如何に統一すべきか、法律的正義の体系と、裁判官による実際上の裁判とを、如何に統一すべきか等の問題であったのである。

より具体的に云うならば、例えば安定性の必要と変化性の必要との妥協の問題の一つの形相は、規則 rule と自由裁量 discretion との調節の問題となつて現われる。即ち確定している規則に従つて、或いは少なくとも明確に定められた一定の前提からの、厳正な演繹によつてなさるる裁判と、老練な裁判官の多かれ少なかれ鍛錬された直観による裁判との調節の問題となつて現われるのである。法律学上の難問題のほと

んど全部は、結局において、この安定性と変化性との妥協の問題の種々相なのである。前世紀において、分析派法律学者と歴史派法律学者との間に、諸種の問題について大論戦が展開されたのであった。即ち、法律の性質に関しては、法律の典型的なるものは、法律体系における伝統的要因であるか、命令的要因であるかについて、また立法の性質についての右と密接な関係をもつ問題に関しては、法律は裁判官及び法律学者によって見出さるべきものであるか、或いはまた立法者によって云わば註文に応じて意識的に作らるるものであるかについて、また法律の権威の基礎に関しては、権威は理性及び学問に存するものであるか、命令或いは主権者の意志に存するものであるかについて、大論戦が展開されたのであった。しかしこれらの諸問題のもつ全意義は、規則と自由裁量との調節、或いは融合の問題であり、終局的には、安定性と変化性との問題——一般的安定と、個人の人間としての生活保護との問題——なのである。法律学における哲学的な諸問題についても、また最もしばしば論議さる実際的な法律問題についても同様である。法律と道徳との関係、コモン・ローとエクイティとの区分、裁判所と陪審との権限の分界、訴訟手続における確定的な規則と広汎な司法的自由裁量権との功過、或いは犯人の取扱いについて、司法的科刑と行政的個別化との優劣についての、しばしば論議せらるる問題を、我々が議論するに当っては、我々は畢竟同じ根本問題の諸形態を取扱うていることになるのである。^{*}

*¹ 私は、“Theories of Law” 22 *Yale Law Journal*, 114 と題する論文中にこの点を詳論した。

安定性と変化性とを統一、調和せんとする企図、法律秩序をして、一定不動にして疑問の余地なきものなるかの如き外観を呈せしめ、しかも同時に無限にして変転極まり無き人間の欲求に適応するの余地を与えるとする色々な試みは、三個の方向を取つて進行した。権威 authority、哲学 philosophy 及び歴史 history がこれである。ギリシャ及びローマにあっては、初め権威に依拠し、後に哲学に依拠した。近代にあっては、代る代る、権威、哲学、歴史に依拠したのであつた、概言すれば、十二世紀から十六世紀までは権威に、十七・十八両世紀間は哲学に、十九世紀は歴史に依拠したのであつた。しかしこれら三個の思想は、何れも、次の思想が旺盛を極むるに至つても姿を消すことは無かつたのである。哲学の旺盛時代には、固有の意味における権威と相並んで、しかもそれよりも優勢な哲学的権威が存在しておつたのであり、歴史の全盛時代においても、固有の意味における権威、及び哲学的権威と相並んで、两者よりも優勢な歴史的権威、及び歴史的な哲学の存在が見られたのである。

権 威

権威の思想は、その最も古い形態としては、神によつて制定され、或いは神によつて命令された一体の規則に対する信仰として現われる。例えば、日の神によつて直接に授けられたハムラビ法典や、モーゼの掟や、マヌの面前において、その命令によつて、マヌの子によつて、聖者達に口授せられたマヌの法典等

はこれである。また権威の思想は、その最も新しい形態としては、政治的な社会における主権者の命令の一体であるとする理論となつて現われているのである。そしてその究極の基礎が何であるかは、かかる主権者の資格の基礎が如何に考えらるるかに依つて定まるのである。厳正法についての共和制時代のローマ法学者の理論は、即ちこの種のものであつた。そして皇帝がローマ国民の持つておつた法律上の全権力を、承継によつて行使するに至つたローマ帝政時代には、皇帝の意志は法律たるの力をもつのであると云うことが法律的命題として掲げられ得るに至つたのである。かかる考え方は、十六・七世紀のフランスにおいて、王権に味方した法律家の気持に合致したのであって、それは彼等を通して、近代公法の理論となつたのであつた。またこの考え方は、一六八八年以後のイギリスで、コーケの国会万能の理論——現在においては政治的に実現さるるに至つた——と容易に調和し得るものであつた。従つてそれはイギリスにおける正統派の理論となるに至つたのである。同様に、アメリカ独立に際して、また後にはフランス革命に当つて、「人民」はイギリス国会或いはフランス国王の主権を承継したものと考えらるるようになり、それは容易に人民主権の思想と調和せられ得たのである。この考え方の現われている右の諸形態の何れにあつてもみな、法律秩序の背後に、そしてあらゆる規則の淵源としての唯一の、終局的な、そしてその権能について疑いをさしはさみ得ざる創定者を置き、かかる創定者の意志は、単にそれがその者の宣言した意志であると云う理由だけで、拘束力をもつのであるとするのである。それは裁判に際して現実に適用さるすべての規則を以て、直接間接にこの淵源から発するのであると主張するのである。またそれは法律の解釈を以て、単にその規則を創定した者が、現実にもつておつた意志を確かむるための過程に過ぎぬのであるとし、また法律の適用を以て、誤ること無き法律的論理の純機械的な過程であるとし、解釈、適用をなす人が何人であるか、或いは解釈、適用をなす目的が何であるかは、結果に対しては全然何等の影響を及ぼす

第二講

倫理的及び宗教的法律史觀

倫理的・理想主義的法律史觀にあつては、法律史中に実現展開する理念は、倫理的理念 ethical idea、即ち法の理念 idea of right である。^{*1} 法律学者は、一面において、この理念を見出し、その内容を歴史を通じて把握し、他面において、一旦この理念が見出された場合には、これに論理的展開を与えるようとするのである。従つて法律学には、歴史的と論理的との二つの方面が存在することとなる。この両面の結合によつて、初めて、完全な法律学の研究方法となるのである。^{*2} 後に至つて、歴史派と形而上学派との間に了解が成立し、形而上学派は、歴史によつて見出された理念を論証するのであると思惟さるるに至つた。これがために両派の差異は、単に歴史的、形而上学的な両方面を具えた、完全な法律学の何れの方面に主として注意が向けらるるかの差異に過ぎぬものとなつたのである。^{*3} しかしながら、英米人にとっては、形而上学の援助は必要であるとは考えられなかつたので、彼等はこれを軽視したのであつた。^{*4} さは言え、形而上学的要因は、歴史派の理論にとっては、決定的なものであつた。けだし歴史派が見出した理念は、とりも直さず、形而上学派の法律学者によつて懷かれ、形成されたその同じ法の理念であつたからである。法律学上における歴史的方法は、法の理念を、歴史的に確かむることに他ならなかつたのである。

*1 「法は空間的に、また時間的に展開する。そして、それは、人によつて現実に、実現さるるのであるが故に、歴史をもつのである。『そこには、法の本質の展開がある、かかる展開があつて、法は、変化しつゝ、なおその同一性を保持するのである。』」 Hastic, *Outlines of Jurisprudence*, p. 152 (1887). 以上はフリードレンダー（一八四七）の翻訳である。

「最広義における成定法は、一人或ひは一人以上の人の間の関係に伴う、法の理念の表現である。」
定義し得る。」 Miller, *Lectures on the Philosophy of Law*, P. 9 (1884).

*₂ 例えど、Hastie, *Outlines of Jurisprudence*, p. 153 参照。また左の引照と对照。

「法律学の対象は、外的立法によつて宣布し得る、全法規の原理である。」 Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Introduction, § A (1797).

「法律哲学、即ち自然法は、人間及び人間社会の性質及び運命から、法の最高原理、即ち理念を演绎して、これを公法私法の全領域に亘る、法の体系に展開する學問である。」 Ahrens, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts*, I, § 1, (1870).

「我々が法律哲学と呼び得る特殊科学は、……各人に内在する絶対的正義の理念の展開、及び、各人を取り巻く色々な關係への、それが適用を取扱うものである。」 Boistel, *Cours de philosophie du droit*, I, 3 (1899).

*₃ 「それは同時に哲学であり、科学であり、技術である。それは、哲学として、正義を理解するいへんを求める、科学として、正義の発展を説明するいへんを目的とし、技術として、正義実現に欠くべからざる、行動の規範を、形成するいへんを、目的とするのである。」 Adams, *Economics and Jurisprudence*, p. 8 (1897). Geyer, *Geschichte und System der Rechtsphilosophie*, § 2 (1863); Prins, *La philosophie du droit et l'école historique* (1822).

*₄ Pollock, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, p. 28 (1882); Bryce, *Studies in History and Jurisprudence* (American ed.), p. 611 (1901); Gray, *Nature and Sources of the Law*, §§ 7-9 (1909).

第三講

政治的法律史觀

近代の法律学は、十三世紀に、神学の一つの部門、或いはその一つの適用として、始まつたのであつた。それは、大学で教えられたローマ法の権威を、哲学的な神学によつて、支持せんとする一つの企てであつた。十六世紀に至つて、それはプロテスタンントの法学者たる神学者、殊にヘミングゼンによつて、神学から解放されたのであつて、グロチウスも、この点については、彼に倣つたのである。十七世紀及び十八世紀においては、法律学は、政治学及び国際法と結びついた。そして、先ず、これらを通ずる、共通な哲学的基礎を説き、次いで政治学原理、法律学原理、及び国際法体系を、論究することを通常とした。十九世紀に及んで、国際法は一つの独立な学問となり、法律学と政治学とも相互に分離するに至つた。そして、独立の学問としての法律学は、三つの異なる方法を発達させたのであつた。かかる方法の分化が、極端に走つたために、これらの各々の方法は自足的なものと考えられ、各方法は法律学の全部だとはされなかつたとしても、一つの完全な法律学であると考えらるるようになつた。勿論前に述べたように、倫理的法律史観は、十八世紀の純哲学的な法律学の伝統を受けて、法律学と倫理学との間に或る種の関係を保たせてゐたのであつた。しかるに歴史派の発達に伴つて、かかる傾向はなくなり、法律と道徳とを対立せしむる、ヘーゲル式な考え方によつて、法律と道徳とを一致せしむる傾向は、決定的に根絶せしめられたのであつた。他方、政治的法律史観の勃興によつて、法律と政治とが新たに結びつけられ、この結合は今日に至るまで継続しているのである。けだし現在の傾向は、むしろ、前世紀の流行であつた、極端な専門化、狭い範囲の学問の縛張りを、窮屈に分けることに反対であるからである。現在では、各社会科学は自足的

なものでないと云う立場から、我々は各社会科学の統一を企図し、法律学を社会科学群中の一つに過ぎぬものとして、取扱おうとしているのである。全然独立した法律学の概念の廃棄、即ち、法律のみの中から材料を求め、他の学問上の知識は、法律学上の問題には無関係なもの、法律学上無価値なものとして、無視する法律学の概念を廃棄したことは、法律を機能的に觀る態度に次いで、近代的法律思想の最も顯著な特徴をなすのである。法律以外からの知識に無関心であり、且つこれを取り入ることを快しとしなかつた、十九世紀式な、極めて狭い、法律学は、オースティン直後の英米分析法学に至つて、その最高潮に達したのであった。そしてそれに対して、順次起つた反動は、二十世紀の法律学に新生面を開いたのであるが、その中で政治的史観は、その最初の反動であったのである。

政治的史観発生の理由／ヘーゲルの影響

倫理的史観は、哲学的には、歴史法学に及ぼしたカントの影響を、表現するものである。従つて、それは、カントの法の理論を基調として形成された、法律史観並びに法律觀であった。これに対して、政治的史観は、ヘーゲルの影響を表現するものである。従つて、それは、法を「理念としての自由」*freedom as an idea* としたヘーゲルの命題を基調として、形成された史観なのである。或る時は law と訳され、或る時は right と訳される言葉、私が上述の公式で、right と訳したその言葉は、law 或い right の何れかにしつくり当ぬのでもなく、またその両者を結合したものとして理解することも出来ないのである。ヘーゲルは、我々が法律目的 end of law と云う言葉で表現して來た概念を、形成しようとしたのである。彼の考えておつたのは、法律秩序の存在によつて、あるものが実現せらるると考えらるる場合の、その「あるもの」であ

第四講

人種学的及び生物学的法律史觀

哲学の停滞状態が十九世紀の後半期を特徴づけたのであつた。フランス革命頃及びその直後における思想の鋭い対立は哲学者を刺戟した。そして哲学者は、急進主義と伝統、合理主義と信仰、叡智と意思との調節を企て、社会現象及び歴史現象を、その何れかの立場から、体制せんと努めたのであつた。しかし憲法による政治的均衡及び経済的安定が一般に樹立されたために、かかる理想の対立が一時注意を惹起しなくなるに及んでは、興味は、一方において、産業及び経済的繁栄に直接関係をもつ物理学及び生物学に移り、他方において、経験的な政治学、社会学に移るようになつた。かくして哲学は五十年の間雲の背後に隠れるようになつた。かかる推移の影響が法律学に及ぶのは、常に法律学と関連のある他の社会科学よりも幾分遅れるのである。けだし法律家は一般的安定維持の社会利益に対する懸念、並びに法律秩序の安定性を害する危惧からして、新しい傾向に合流するに際して周到な注意を払うからである。しかしながら、十九世紀の最後の三分の一の時代においては哲学の抛棄は極端に走り、哲学派法律学者は、或いは當時優勢な地位に立つた歴史派に併呑されるか、或いは消失して了つたのであつた。十九世紀哲学派は、イタリアを除いては大体において終りを告げたものと見られる。そしてこの見地に立つ、注意に値すべき最後の書物は、一八八二年に出版されたのである。^{*1} そしてまた同年ブリュッセルにおけるアーレンスの後継者は、自然法なる自己の所領を捧げて、歴史法学に対し、拱手の礼を行つたのであつた。^{*2} 一八八七年、一八八年、及び一八八九年に、三人のフランス法律学者が相前後して、遠慮勝ちな哲学的法学通説を書いた時にも、彼等は弁解的な序文を書かねばならぬことを感したのであつた。^{*3} 一八九八年、ロリマーの門人であ

り且つその後継者は、エジンバラで分析派の法律学を講ずるようになつた。^{*4} 哲学は低く評価せらるることが通例であった。コーラーの「云々ように、「哲学を口にする」とは古くさい時代後れであると一般から考えられたのである」。法律史の記述は次第に意味のある事実と無意味な事実とを分くることなく、あらゆる事実の単純な蒐集となりつてゐた。法律学においても、政治学においても、記述的、分析的方法が流行を極むるようになつた。法律制度並びに政治制度は、それら制度の分析によって微に入り細をうがつて記述された。しかもその記述たるや、一定の日における制度の詳細を、極めて忠実に記述したのであるがために、書物出版前既に記述が眞実でなくなる位であった。歴史派による法律学者の職能無視及び批判無用の理論が、その成果を結んだのである。再びコーラーの言葉を借りて云えば、「アレトールの発した命令中の一章句の解説の方が、法律発展の法則の研究よりも重要であると考えられた。……法規は執念深い暴君と化した。そして哲学派法律学者は猿轡をはまされたのである」。^{*5}

*¹ Lasson, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*; Boistel, *Cours de philosophie du droit* (1899) は、一八七〇年に出版されたもの的新版である。

*² Prins, *La philosophie du droit et l'école historique*.

*³ 「かかる理論の研究は、百年前のフランスでは非常に興味を持たれたものであるが、現在では全く抛棄され、或いは少なくてこそ遺憾に陥るに至つてゐる。しかしそれは数個の観点からの注目に留まるのである」。Courcelles-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, preface (1887). またBeaussire, *Les principes du droit*, preface (1888); Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, preface (1889) べき比較参照。

*⁴ Miller, *Jurisprudence, Its Place in the New Curriculum*, 10 (1893).

第五講

經濟的法律史觀

すべての法律現象に対する、唯一最高な原因の探究は、その最後の形相において、人種学、生物学から転じて経済学に向けられた。そして、数個の哲学的考え方が、遂にこの方向に集中するようになった。これららの哲学的考え方の一は、理想主義 idealism であって、それはいわゆる史的唯物論 historical materialism に到達した。他の一は、実証主義 positivism であって、それは社会的及び法律的現象の観察によって、経済的法則を見出そうと努力した。更にまた他の一は実在論 realism であって、それはいわゆる経済的実在論 economic realism に到達した。十九世紀における自然科学の優位と、それに伴う自然科学的世界觀とによつて、人の外部的環境、物質的欲求、及びその欲求を充たそうとする外部的活動に対して、益々注意が向けらるるようになつた。それと均しく、この時代の問題の形態は、十九世紀前半におけるような、政治的なものではなくなつて、むしろ、経済的なものとなつたのであつた。一世紀の間、烈しく論争された、政治的自由と権威との調節問題ば、いわゆる社会問題 social question によって、置き換えられつゝあつた。そして、それは、農業的・商業的経済から、産業的経済への推移、及び伝統的な法律秩序によって、ほとんど、取扱われなかつたような事態の下にあって、その要求を絶叫する、政治的重要性をもつ、階級意識の強い集団としての、産業労働者の発生に伴つて、生じたのであつた。かくの如くにして、政治的観点から経済的観点への推移は、社会諸科学が取り扱わねばならぬ新事態と、社会諸科学が説明せねばならぬ新現象とから発生したのであつた。

経済的法律史観は、十九世紀の五十年代において、マルクスがヘーゲルの弁証法を、イギリスの経済、

フランス歴史家のフランス革命理論、及び彼自身の無産者運動の経験に適用したことから始まるものである」とは、周知の事実である。そしてかかる資料は、云わば物質的的理念 material idea によって、組立てられたのであって、この取扱いによつて、新しい歴史の見方が暗示されたのであつた。最初それは、単に暗示されたのに過ぎなかつたのであるが、一八五九年に、それはしばしば引照される文句に定式化されるようになつた。^{*2} しかしながら、それは、三十年の間は、余り注目されなかつたのであつたが、一八八五年に高唱さるるようになり、一八九〇年の頃には、全盛を極むるに至つたのである。十九世紀の九十年代に、それはドイツ及びイタリアにおいて大流行となり、あらゆる種類の歴史に適用された。それはアメリカにおいても、一九〇〇年から一九一〇年までの十年間、即ちルーズベルトのプログレッシヴィズム時代 era of Rooseveltian progressivism には、ドイツ、イタリアに劣らぬ流行を示したのであつた。そしてこの期間において、それは英米の法律思想中に入つて來た。そして、それは、今日においても、法律学殊にアメリカの法律学を、考察する上においては、一つの勢力であることを失わぬのである。

*¹ 経済的史観一般について、Seligman, *The Economic Interpretation of History*, 2nd ed.; Croce, *Materialismo storico ed economia marxista*, 4th ed., translated as *Historical Materialism and the Economics of Karl Marx*. 参照。経済的法律史観について、Leist, *Privatecht und Kapitalismus im neunzehnten Jahrhundert* (1911) 参照。

*² Zur Kritik der politischen Oekonomie, IV, V (1850).

第六講

大法律家的法律史觀

以上史観はみな一面の真理を表す

以上考察した法律史観は、何れもみな、或る单一の要因に着目するのである。そしてそれらの要因は、何れも、過去の文化から伝来した法律資料をば、現代文化の諸要請に適合せしめんとする過程、即ち、伝統的な資料が手に負えなかつたり、不充分であつたり、或いはその将来における展開可能性が不明であるか、またはそれについて誤解のある場合、新しい資料を発見、創造して、それと古い資料とを合して、調和的な体系を作り出さんとする過程において、程度の差こそあれ、それぞれみな、重要性をもつのである。倫理的法律史観は、裁判と裁判の基準となるべき法律とを、法の理念に合致せしめんと努力したのであり、且つかかる努力が、大体において、成功したのであることを示すものとして真理を含むのである。即ちかかる努力が絶えずなされ、従つて、それが成功したがために、法律秩序は、それ自身を保存することが出来たのである。法律がより古い社会統制手段を克服し、法律が主要な社会統制手段となり、他の統制手段をば、自己に従属せしむることが出来たのは、それがためであった。

政治的法律史観にも、次の如き真理が含まれている。十六世紀以来、そして十九世紀には一般に、法律の目的は最大限の個人的自己主張にあると考へるようになつたのであつた。そして法律のこの目的は、強制的な社会統制が最小限度に縮少さるるような政治・法律的社会規律によつて、達成せらるべきものとされたのであつた。自己主張は、根本的な本能の一つである。否、それを以て、人間の根本的な要請の一つであるとしても、差支ないのである。自由な自己主張に対する人間の渴望が、他の社会利益の保全のために必要とせらるる、相当な妥協の限度を越えて、抑圧せらるるならば、その結果が如何に重大であるべき

かは、我々の経験が豊富に示すところなのである。法律をば、必要な悪であるとする法律思想、各法規をば、それが個人的自己主張の最大限を増進すべきことを証明することによってのみ、正当づけられねばならないとする理論、法律をば、理念としての自由の実現に対し、明らかに必要な最小限度に制限せねばならないとする法律最小限の理論等は、十八世紀式な考え方の帰結たるべき、合理的計画の合理的実行のためにする法律的抑圧に対する反抗の表示である。個人生活を保護せんとする社会利益の承認は、近代の立法、近代の判決、なかんずく、近代の法律思想において、極めて顕著なのであるが、それは前世紀に、歴史派が自由の理念を以て云わんとしたものを、現代の目的に適合するような、新しいそしてより包容的な表現方法で云い表わしたものなのである。

実証主義的法律史観にも、その史観を相当な理由あるものたらしめ、その存立を可能ならしむる、或る真理が含まれている。外部的環境は、法律史家が等閑視してはならぬところなのである。公私流水に関するローマ法の規定、及びローマ法規則の内容を補充して近代的な語法で云い表わした法規^{*}、英米における海事管轄権の範囲を定むる基準^{*}、英米におけるそれぞれの航水の定義^{*}、流水使用に関するイギリス式理論、いわゆるカリフォルニア式理論、いわゆるコロラド式理論^{*}、或いは氾濫水についてのイギリス式及び濠洲式見方^{*}、等はこの間の消息を物語るものである。特定の国民に如何なる法規を課せば有効であるかを考うるに当つて、人種心理を深く考察すべきことを否定することは早計である。本能の闘争を主張する生物学的法律史観にも真理が含まれている。即ち法律秩序の問題は、根本的には、矛盾し重複する諸利益——即ち人間のもつ矛盾し重複する諸要請——の調節、調和、妥協の問題であるからである。そしてこの闘争に圧迫されて、法律秩序の細かい内容は、絶えず変化るのである。そして経済的史観にも真理が含まれている。けだし矛盾し重複する人間の諸要請、請求または希望は、主として財貨の人間欲望の満足への充當

第七講

社會工作學的法律史觀

これまで進めて来た私の議論が、正しいのであるならば、我々の要求する法律史観は、法律資料を発見しこれを適用することに働く人、かかる人の活動に当つて使用する資料、かかる人の活動がなさるる環境、並びに、かかる人の活動が目指す目的を考慮の中に入れたものでなければならない。コーラーの文化的史観は、かかる要求の大部を充たすものである。そしてそれは、新ヘーゲル派に属する社会・哲学派の法律学者によつて唱導され、現世紀の最初の十年間に、多くの追従者を出したものである。それ故に一つの新しい法律史観を提示するに先立つて、先ずその史観を検討し、評価しなければならない。

コーラーは、その法律資料に関する万遍なき知識と、法律秩序に関する諸問題に精通せることの故に、法律哲学者としては、他の追従を許さぬ最適任者であった。彼は最初、アムツリヒター Amtsrächter 即ち区裁判所判事であつた。次いで五年間クライスリヒター Kreisrichter 即ち上級判事の職を奉じた。彼は一八七八年にはウエルツブルグ大学の教授、一八八八年にはベルリン大学の教授となつた。そして一九一九年、彼の死に至るまで、彼はベルリン大学におけるその教職に留まつていたのであつた。彼は最初ローマ法を研究し、次いで原始法を研究して、その権威者の一人となつた。^{*1} その後法律の特殊部門、例えは刑法史、^{*2} 特許法^{*3}——彼は特許法について有名な著作を書いた——及び破産法^{*4}——破産法についても彼は立派な教科書を著した——等を研究した。またその後一九〇〇年のドイツ民法典を講義し、その註釈書を著した。^{*5} 最後に彼は法律哲学の著述に着手したのである。^{*6} 彼はほとんどすべての法律を研究の対象とした点において、近代法律学者の何人もその追従を許さなかつたのである。

- *¹ *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* (1883, 2nd ed. 1919); *Rechtsvergleichende Studien über islamisches Recht, das Recht der Berber, das chinesische Recht und das Recht auf Ceylon* (1889); *Zur Urgeschichte der Ehe* (1897); Kohler und Peiser, *Aus dem Babylonischen Rechtsleben* (1890-1898); Kohler und Ungnad, *Assyrische Rechtsurkunden* (1913).
- *² *Studien aus dem Strafrecht* (1890-1897).
- *³ *Forschungen aus dem Patentrecht* (1888); *Handbuch des deutschen Patentrechts* (1900).
- *⁴ *Lehrbuch des Konkurrenzrechts* (1891); *Leitfaden des deutschen Konkurrenzrechts*. (1893, 2nd ed. 1903).
- *⁵ *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (1906).
- *⁶ "Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte," in Holtzendorff, *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, 6th ed. 1907, 7th ed. 1913; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1908, 2nd ed. 1912, transl. by Albrecht as *Philosophy of Law*, 1914.

歴史派の中に育まれたコーラーは、十九世紀の後半において同学派に、より広い基礎づけゝ、より自由な方法とを与えたとした指導的学者の一人であった。同学派が崩壊し始まるや、或る者は実証主義に、或る者は新カント派の社会的法律哲学に、また或る者は復活せる自然法に走ったのであった。その時彼は新ヘルゲル派の社会・哲学的法律学によつて、同学派の最も良い伝統を存続せしめんとしたのである。彼は形而上学的・歴史的自然法を攻撃すると同時に、一時代前の分析派の比較法をも攻撃した。彼は云う。十九世紀の法律学は、歴史的な資料と、現存の法律体系に対する分析的研究から得た資料とを取り入れ、それらから一つの新しい自然法、即ち、普遍妥当性をもつ法律原理と普遍的な法律的制度との体系であると彼等の称する一つの体系を作り出した。人間性から演繹された十七・十八世紀自然法は、かくの如く法律

ロウエル	16, 17	ローマ法史	69, 71, 103, 105, 113, 114, 155, 219
労働者の補償	237	ローマ法制	145, 209
労働者補償法	82, 123, 236	ロマン主義的歴史記述	92
ローマ法	20, 39, 40, 50, 51, 53, 65, 68-71, 74, 81, 87-90, 98, 103-105, 108-110, 112, 113, 118-120, 131, 144, 150, 151, 155, 162, 163, 183, 186, 187, 195, 205, 218, 224, 226, 228, 230, 237, 242	ロムルス	144, 218
ローマ法学	35, 74, 109, 118, 119	ロリア	171
ローマ法学者	21, 33, 51, 114, 209, 230, 234	ロリマー	134, 246
		わ 行	
		ワイマン	180

マルクス 168, 171
マルクス・アウレリウス・アントニヌス 108
マンスフィールド 22, 101, 128, 130, 185, 230, 231, 238, 240, 269
身分から契約への進化 111, 119, 123, 124
ミュアヘッド 144
ミラー 120
民族心理学 140, 146, 153
無過失責任 81, 188, 193–195, 237, 253
無過失責任理論 81
無能力 125, 214 →衡平上の無能力
メートランド 24, 228
メーン 22, 53, 111, 114, 120, 121, 126, 179, 228
モーゼ 32, 218
モーリ 18
默示的質契約 232, 233
模倣 59, 60, 107, 141, 149, 164
モンテスキュー 53

や 行

約因 128, 129
遺言をなるべく有効ならしむる主義 104
有機体 59, 88, 89, 153, 165, 170, 256
有機体のアナロジー 136
有機的進化 139
ユスティニアヌス 39, 40, 51, 53, 74, 87, 104, 105, 109, 150, 151, 155, 187, 236
ユスティニアヌス法典 51, 87, 109
ユリアヌス 237
輿論 207, 208

ら 行

ライランズ対フレッチャー 83,

84, 180, 181, 188, 190, 191, 193, 194, 237, 253
ラッフィン 238
ラプラス 137, 139
ラベオ 219, 237
ラングデル 228
ランデスゲマインデ 92
リコボノ 65
離婚 52, 53, 91
リシャール 157
理性 31, 36, 37, 42, 45, 46, 48, 49, 52, 53, 57, 68, 87, 100–102, 108, 114, 162, 187, 189, 200, 206, 218–221, 230, 234
理想主義 45, 54, 58, 62, 64, 73, 103, 142, 143, 146, 147, 157, 158, 168, 170–173, 254, 255
利息制限法 125, 126
立法者 31, 35, 37, 40, 42, 45, 52, 102, 150, 175, 176, 198, 206, 215–219, 251, 252, 257, 265, 269
立法の性質 31
理念の展開 54, 57, 63, 88, 142, 147, 171, 231, 234
リプシウス 51
リュクルゴス 218
倫理的法律史観 64, 65, 79, 93, 98, 176, 204
ルイ十四世 51
ルーズヴェルト 110, 169
ルーマニア 150
歴史的懷疑主義 45
歴史的宿命論 128
歴史的な権威 42
歴史哲学 24, 45, 54, 171, 198, 219
歴史派 22–24, 27, 28, 31, 39, 42, 43, 45–47, 50, 52, 54–59, 62, 64, 66–69, 71, 76, 79, 80, 83–85, 88, 89, 91, 92, 98, 101, 105, 108, 109, 112, 114, 123, 127, 129, 131, 132, 134–138, 141, 146, 150, 155, 175, 177–179, 205, 207–209, 233, 236, 243, 245 →十九世紀歴史派

フリードリヒ大王	49	法律神	36, 58
フリードリヒ大王法典	49	法律秩序	30, 32, 33, 35, 36, 40, 57, 59, 73-75, 77, 91, 99, 102, 114, 127, 131, 132, 134, 157, 158, 168, 177, 180, 183, 201, 204, 205, 235, 242, 247, 251, 257, 259, 262-265, 273, 274
ブルース	223	法律哲学	17, 18, 26, 38, 63, 73, 103, 141, 143, 146, 153, 165, 242-244
ブルラマーキ	53	法律道徳合致論	67, 177-179
プレトール	135, 206, 232, 255, 273	法律と道徳	31, 49, 67, 94, 98, 115, 178, 179
プレトールの布告	206, 232	法律の性質	20, 31, 75
プロイセン法典	52	法律の目的	17, 75, 101, 204, 209, 246
フロイト	220	ボーダン	103
プロテスタント	56, 98, 149	ホームズ	43, 90, 237
文化の法的前提	251-253	ボールドウィン	82
分析派	22, 26, 31, 55, 78-80, 135, 155, 172, 175, 179, 198, 224, 243, 245	ボーレン	180, 188, 189, 191
分析法学	68, 94, 99, 129, 155, 171, 176, 177, 261	保険	122, 215
ペイン	103	ポスト	147, 154-156
ヘーゲル	21, 22, 43, 54, 80, 98-101, 103, 104, 111, 138, 142, 143, 161, 168, 172, 174, 198, 217, 220, 242, 243, 255 →左翼ヘーゲル派 新ヘーゲル派	ポチエール	238
ペーコン	221	ホップス	239
ベーティ	237	ホランド	68
ヘル	41	ポルトガル	150
ベゼル	223	ポロック	213
ベッカー	67	ポンポニウス	39, 219
ヘミングゼン	98		
ベルクソン	44, 259, 260		
変化性	30-32, 34, 37, 38, 41, 42, 45, 46, 74, 136, 254		
ベンジャミン	119		
ベンタム	177, 178, 198		
ヘンリー二世	182, 237, 238, 239		
法学階梯	150, 163, 228		
法学の消極論	128		
法人	85, 187, 196, 197, 214, 224, 225		
法定信託	232, 233		
法的基準	260, 261		
法典編纂	48, 50, 51, 54, 150, 151, 188, 222		
索引	法律行為の概念	マークビー	179
	法律行為論	マーシャル	238
	80	マキアヴェリ	86
		マクドゥガル	147
		マグナ・カルタ	41, 93, 115, 182 →大憲章
		マケルディ	178
		マダム・ド・スター	ル →スター
		マヌ	32
		マヌの法典	32
		マルヴィュ	51
		マルク	92

ディケンズ	117, 190	ハドリアヌス	87
テオドシウス法典	51, 87	パビニアヌス	237
適法手続	82, 123, 124, 214, 261	ハムラビ	18
哲学	14, 17-22, 24, 26, 27, 31, 32, 34-46, 48, 49, 54, 55, 58, 63-65, 72-75, 78, 90, 91, 98, 99, 103, 106, 114, 118, 130, 134-136, 138, 139, 141, 143, 146, 147, 153, 159, 162, 163, 165, 168, 171, 174, 177, 178, 198, 199, 219, 242-244, 248, 263, 266	ハムラビ法典	32
哲学派	26, 55, 64, 134-136, 142, 153, 242	バルトールス	109
デュギー	158-160	パンデクティスト	68
デュムーラン	238	比較研究	105
デュルケム	156	比較衡量	160, 200, 210, 268
テンターデン	106	比較法律史	131, 146, 153
ドイツ	53, 68, 110, 150, 169	ピゲロー	53
ドイツ法典	150	被征服国民の叙事詩	149
ドイツ民法典	242	ピックウィク	162
動産売買法	118	比喩	88, 173, 255, 256
動的 ideal 主義	45	ピューリタニズム	65, 93, 149
道徳哲学	178, 263	ファルシディア法	104
動物	82, 195, 237, 253	フィエ	147
東洋式裁判	159, 261	フーゴー	178
ドー	192, 238	プーフェンドルフ	53
特権・免除条項	85	フォーテスキュー	40, 41
トリボニアヌス	238	物理学	134, 137, 165, 171, 173, 264
な 行			
内容の継続性	85, 87, 89	不動産売買法	119
日本	68	プロタ	53, 55, 101, 103
スマ	144, 218	プロリキアーナ訴訟	224, 225
ノルシントン	250	普遍史	70, 103
は 行			
パーク	47, 56	普遍法律史	55, 65, 70, 103, 104, 131
バーデン	150	プライヴァシーの権利	235
ハードウィック	270	プライス	78, 80
売買契約	116, 119	プラウン	129
罰則附令状	184	プラクトン	20, 22, 106, 163
		プラグマティズム	44
		プラジル	68, 150
		プラックストン	41, 53, 88, 90, 177, 182, 183
		プラトン	248
		フランス革命	33, 46, 47, 54, 56, 87, 134, 169
		フランス法	50, 51, 110, 147, 162, 195, 230, 238
		フランス法典	51, 150
		フランス民法(典)	49, 50, 112, 131, 147, 150
		ブランドイス	235

- | | |
|---|--|
| 十九世紀歴史派
宗教的法律史観
州権の理論
自由裁量
集産主義
集団心理学
十二表法
シャタール
シエタムラー
出版の自由
準死
準セルヴィアーナ訴訟
商慣習法
ショー ²³⁸
抒情詩的な英米公法
処分権
ジョン王
人格消滅制
新ギベリン派の歴史家
人権宣言
人種学
人種的心理
信託
新ヘーゲル派
心理学
人類学
新ルソー派
神話的中世
スイス
スイス法典
スター・シェンパー ²²⁷
スタール
ストア哲学
ストーリー ^{53, 234, 238}
スペンサー ^{24, 103, 137, 139, 250}
スマス ^{235, 236}
引 政治学 ^{47, 56, 86, 98, 100, 131,} | 134, 135, 140
政治的法律史観 ^{58, 98, 157, 204}
精神的傷害 ²¹⁰
制度史 ^{109-111, 176, 179}
生物学 ^{58, 134, 136, 139, 140, 142, 153, 154, 156-158, 161, 164, 168, 170, 172, 173, 205, 223, 264}
生物学的法律史観 ^{153, 161, 205}
成文法 ⁴¹
セーヤー ⁵³
責任理論 ^{81, 187}
セルヴィアーナ訴訟 ²³²
セント・レオナーズ ²⁷²
占有 ^{69, 106, 155, 162-164, 189}
1688年革命 ⁴¹
創造的な活動 ^{224, 251}
創造的な法律学 ^{233, 240}
創造的な立法 ²²⁴
相対主義 ⁴⁵
贈与 ^{106, 162} |
|---|--|
- た 行
- ダーウィン^{139, 142, 224}
 - ダーリング²⁰⁰
 - ダーン^{146, 147}
 - 大憲章^{41, 226 →マグナ・カルタ}
 - ダイシー^{193, 207}
 - 第二ウエストミンスター法¹⁸⁰⁻¹⁸³
 - 大法官裁判所^{181, 184, 185}
 - 代理^{109, 116, 118, 194, 237, 239}
 - 大陸の近代的債権法⁶⁵
 - 大陸法^{87, 130}
 - タウン・ミーティング⁹³
 - タルド¹⁴⁰
 - 中央集権^{49, 152, 238, 239}
 - 中間法学⁸⁷
 - 中世^{21, 71, 74, 75, 105-108, 117, 118, 148, 149, 162, 182, 183, 209, 239, 247, 249, 252}
 - ディオクレティアヌス¹⁸⁷
 - ディゲスター →学説彙纂

衡平法 116, 124, 125, 130, 162,
185, 187, 228, 271, 272
衡平法裁判所 119, 180, 185, 231,
261
衡平法上の無能力 125 →無能力
合名会社 92, 197
功利 27, 177, 179
功利主義 27, 177
合理性 254, 260
功利派 179
コード 22, 33, 41, 90, 108, 152,
179, 182, 190, 221, 227, 237–240,
269
コーラー 43, 104, 135, 242–249,
251, 254, 255
国王顧問府 227
国民主義 56, 57
古代ゲルマン法 56, 69 →ゲルマ
ン法
コッテナム 231
コモン・カウント 130, 231
コモン・ロー 17, 18, 20, 22, 31,
37, 40, 41, 81, 82, 88–90, 92, 93,
106–108, 112, 114, 115, 117–119,
122, 125, 127, 130, 164, 172, 180,
181, 184, 186–188, 191, 194, 195,
215, 228–230, 234, 268, 269,
272–274
コモン・ロー裁判所 41, 92, 184,
215
コモン・ローの根本思想 115
ゴルティン 273
コルプス・ユーリス 50, 118
コント 136, 137
コンリング 40

さ 行

サヴィニー 23, 24, 27, 47, 48,
50–54, 56, 67, 72, 77, 80, 83, 89,
91, 107, 112, 177, 217
サグデン 223
左翼ヘーゲル派 172 →ヘーゲル

サルヴィオリ 201
サレイユ 129
産業労働者 168, 196, 201
三権分立 94
ジェームズ 247
ジェッセル 121
ジェファーソン 24, 46, 185, 234
シカルドゥス 51
自然権 76, 90, 152, 265, 266
自然状態 76, 103, 107, 165, 265
自然法 26, 27, 35–38, 41–43, 45,
46, 48, 49, 52, 53, 56, 63, 66, 72,
77, 78, 90, 101, 103, 106, 117, 118,
131, 134, 150, 178, 187, 218, 224,
226, 228–230, 232, 234, 243–245,
253, 254, 266
自然法派 27, 48, 52, 54, 67, 118,
131, 219
質権 232
実在論 168, 246
実証主義 43, 58, 73, 83, 101,
136–138, 142, 143, 147, 153, 155,
157, 158, 161, 168, 171, 177, 179,
198, 205, 223, 243
実証主義的法律史観 58, 73, 205
史的唯物論 43, 168
司法的経験主義 230, 232
社会科学の統一 99
社会学 26, 27, 58–60, 134,
136–142, 146, 153, 154, 156, 172,
173, 201, 244, 245, 258
社会工学 14, 22, 256, 263, 274
社会功利主義 27
社会主义 26, 137, 172
社会心理学 147, 165, 264
社会静学 250
社会秩序 30, 35, 36, 45, 73, 75, 76,
90, 113, 172, 189
社会利益 17, 30, 74, 114, 134, 160,
204, 205, 220, 246, 249, 250, 259,
268, 270–273
社会立法 120, 123, 130, 136
シャドウエル 223

カール	147	グラトリー	23, 24
ガイウス	39, 41	グランヴィール	22, 182
階級闘争	161, 162, 184, 188, 193	グレー	261
解釈	17, 18, 22, 33–35, 38, 39, 43, 49, 52, 58, 85, 93, 109, 112, 118–124, 127, 130, 176, 180, 182, 183, 196, 200, 201, 224, 226, 227, 238, 239, 251, 252	クローチェ	14, 28, 45, 58, 86, 93, 109, 110, 127, 161, 172
概念法学	208, 209, 212, 214–216	グロチウス	53, 98
外部の環境	142, 157, 168, 205	クロムウェル	185
学説彙纂	39, 219	ダンプロヴィッツ	161
過失	81, 82, 84, 112, 120, 123, 180, 186, 187, 193–195, 212–214, 235, 237, 253, 261	経済的実在論	168, 246
過失帰責主義	213	経済的定命論	176
過失主義	81, 155, 180, 187	形而上学	26, 42, 54, 55, 62, 72, 78, 80–82, 89, 103, 113, 114, 136–139, 146, 148, 154, 156, 170, 174, 219, 243
過失責任	119, 187, 192, 194, 212, 226	形而上学派	26, 62, 64, 76–80, 82, 136, 142, 247, 253, 265
関係の思想	115, 117	契約の自由	125, 162
ガンス	104	ゲモト	92
カント	21, 22, 72–74, 77, 80, 99, 112, 154, 178, 243	ゲルマニスト	56, 108
キケロ	108	ゲルマンの休戦または平和	273
危険同意	180, 194	ゲルマン法	20, 51, 56, 69, 74, 105, 106, 108, 131 →古代ゲルマン法
記述社会学	153	権威	31–37, 39–42, 50, 58–60, 75, 78, 86, 98, 118, 144, 168, 187, 189, 218, 219, 221, 230, 239, 240, 242, 247, 249, 261, 274
擬制	34, 86, 140, 191, 194, 224, 226–228, 230, 232–234, 236, 237	原始法	34, 51, 65, 105, 131, 218, 242
ギブソン	238	厳正法	33, 118, 155, 182–184, 187, 218, 219, 226, 240
義務の概念	113, 114	ケント	53, 238
キャンベル	216, 217	権利	17, 24, 41, 46–48, 75–77, 79, 90, 93, 103, 106, 111, 113, 115, 116, 118, 120, 125, 126, 144, 152, 154, 224, 228, 235, 257, 264–270, 272
行政	17, 31, 53, 73, 148, 152, 185, 186, 238, 239, 260–262	権利章典	93, 106, 120
行政的裁判	17, 152, 186, 260	言論の自由	160, 162
共同使用人の過失	82, 180, 194	公益	121, 267–269
恐怖	210, 212	公役企業法	117, 122, 180
ギリシャ哲学	72, 162	控訴院	82, 106
ギリシャの政治哲学	74	高等委員会	227
キリスト教	64, 65, 145	衡平	186, 224–226, 228, 231, 261
ギルケ	140		
近代慣行	109		
クオコ	47, 56, 207		
クジャ	39		
引	クラウゼ		

索引

あ 行

- アール 94
アーレンス 78, 134, 246
アウグストゥス 40, 229
アクイリア法 226
アダムス 176-184
アナロジー 116-118, 136, 137,
139, 235, 237
アメリカ（の）憲法 26, 37, 64,
90, 93, 111, 152, 214, 261
アメリカ（の）独立 33, 234
アメリカのコモン・ロー形成時代
107
アメリカ法／法律史 65
アリストテレス 22, 74, 163
アングロ・サクソンの法律 145
安定性 30-32, 34, 37, 38, 41, 42,
45, 46, 114, 134, 136, 254
アントニヌス・ピウス 108
イエリング 69, 143, 144, 208, 209,
233
医学 211
イギリス憲法 216
イギリス法 20-22, 38, 41, 51, 106,
108, 124, 131, 148, 155, 183, 190,
216, 221, 238, 270
イギリス法学 26
イギリス法（律）史 19, 20, 22, 105
イギリス法制 209
違憲立法審査権 110
意思説 89, 119
イタリア 86, 93, 134, 162, 169,
201, 202

- 一般的安定 30, 31, 34-36, 59, 73,
74, 81, 134, 185, 192-195, 199,
218, 220, 259, 268, 273
イヤー・ブックス 43, 71, 106,
108, 109, 209
イヤー・ブックス崇拝の学派 106
ヴァッカロ 161, 162
ヴァッテル 53
ヴィーコ 23, 153
ヴィグモア 24, 201, 215
ウィルソン 180
ウォード 140, 141, 247
ウォルフ 53
英印法典 131, 151
エイミス 53, 92
エクイティ 17, 31, 35, 38, 65, 92,
94, 185, 214, 218, 223, 228-230,
234, 260, 261
エディクトゥム・ペルペトゥム
87
エドワード一世 226
エリアン原始法 105
エリアンの古法 69
エルドン 22
遠近法の錯覚 57
エングレス 171
オースティン 22, 68, 99, 177-179,
226, 261
オーストリア法典 49
オランダ 150

か 行

- カーター 80