

正義・衡平・善そして効用

——日本法学の欠けていたもの——

吉 永 榮 助

序 Ulpianus の正義の定義より始めて

一 Senn の正義論

二 Sokolowski の正義と衡平・善

三 Waldstein 「Ulpianus の正義定義論」

四 *sum cuique* は無内容の方式か

五 結語

六 私の結語

七 余積（私見）

緒 言

大東文化大学法学部創設十周年記念に配布した記念品のコーヒーカップのふち *fringe* の上、下段に私は次のようなラ

テン語を選んで簡単な解説を加えた。

IUSTITIA est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (上段)

IURI operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum, nam ut eleganter Celsus definit ius est ars boni et aequi. (下段)

(1) 解説

上段は Ulpianus のもので「正義とは彼のものの ius (正しいこと、権利、法) を各人に分与する恒常永遠の意思である」。このあと「法(理)学とは神事(祭祀)と人事の知識 (notitia) にして正 (iusti) と不正 (iniusti) とを弁識するものである」という文句が続く。下段はこの整序された解説 (Digestum) の一句で「ius についての仕事にこれから身を捧げる者は、何よりもまず ius の名称がどこから由来したかを知る必要がある。それはさらにまた正義と称するものからである。というのはいみじくも Celsus が定義したように ius とは善と衡平の術知である」という意である。

ius, iustus, iustitia の語幹はみな ius である。この ius 以下の諸語の意義とその機能を法学・法体系にしたローマ民族の業績は、現在でも偉大な文化的遺産である。しかしこの ius そのものに当る語は日本語にも漢字にも存しない。西欧民族はこのローマ法を長い歴史の間に継受して、各々その国の成文法体系の基礎としている。明治の成文法典は、大部分この西欧先進法律国の法体系を継受したものである。

この両文句は古来から現今に至るまで種々の立場と角度から様々な論議が積み重ねられてきている。その論点は、(1) Ulpianus の定義の由来、即ちギリシア哲学か、それ以前の他民族の文書の余韻に過ぎないか。(2) これに対し、ローマ人の独創を指摘する説は ius と voluntas のローマ人の固有の、个性的のものとする。(3) 何れの説も極端で現在は(2)を主

とした折衷説が多数説である。

(1) *summa cuique* (彼のものを各人に) という文言だけではギリシアのストア学派「*summa dignitatem* (*dignitas* は功績) を各人に」という文言を使っている。ローマ人はこの *dignitas* を *ius* に置き換えて *ius summa* としたことによる。さらに遡れば他の民族、特にハムラビ王の儀式文も同旨の句を使う。

(2) ローマ人の独創はまず *ius* にある。この *ius* から *iustus*, *iustitia* が作られる。*-titia* はドイツ語の *-lichkeit*, *lichkeit* に近い。それは *ius* の特性抽象語形で個々の *ius* からこの特性を抽出して、その具体的 *ius* にも共通するものを含ませるのが *iustitia* である。日本語には特性抽象語形がなく、「正義」と訳したのはローマ人の *iustitia* の真の意味は表現できない。英語に *Justice* (判事) という語があり、これはどの事件にも *ius* を宣告する徳性をもつ人である。次の独創は *voluntas* 「意思」を定義の中に入れた点である。この *voluntas* が入らなければ正義は静態的に止まるか、無内容の空虚な方式に随する。*voluntas* を入れることにより意思が働いて動的・機能的、となり始めて各人のものの *ius* を各人に分与する判断行動になる。

下段はこの意思行動を解説する。この各人の *ius* を各人に分与する意思は決して恣意であってはならない。またその意思行動の方式は複数で様々であるかも知れない。そこで、*Celsus* は *ius* とは「善と衡平の術知」としてこの意思活動の抛るべき規準を明らかにする。既に前期古典時代に法務官の告示は、この「善と衡平の術知」によってなされていた。この *ars* を術知と私がしたのは *notitia* (知識) と違って独創的知識という意である。

(3) ギリシア哲学の影響は正義をもって徳、勇氣 (*virtus*, *Tugend*) としたことである。正義を宣告することは勇氣を含む徳性である。ギリシア時代はゼウス *Zeus* の娘、正義 *dike* (表扉の解説参照) は侵されたときに最強大な父ゼウスに愁訴するだけであったが、ローマ時代は今や右手に剣をかざし左手に衡を持つ勇氣凛々たる女神となるのである。

(2) 学生のための逐語訳

Iustitia は、このあとに出てくる ius-titia との結合語、「正義」と訳される。文法的には、-itia は ius の特性を抽象した語形である。ius を「正しいこと」・「直きこと」、これを主張できる「権利」または「法」と訳せば、Iustitia はすべてこれらの含む意味を抜き出して表わす抽象名詞で、ただ ius が中性名詞であるのに対して Iustitia は女性名詞の違いがある。Iustitia が女神とされるのはこのためである。

est とは [英] の is、[仏] はそのまま est [独] の ist と同じでいわゆる英語の be 動詞に当る。constans [恒常] は、[英] の constant に、et は [英] の and、[仏] の et に各々同じであり、perpetua [永遠]・「永久」は、[英] の perpetual に、そして voluntas [意思] は、[英] の will、[仏] の volonte、[伊] の volontà と同じである。ius suum の suum 「彼の」は、[英] の his・her・one's、[仏] の son, sa, sien に当たる。この場合は最後の tribuendi の目的格で「彼のものの ius を」となる。

cuique 「各人に」は、[英] の each, ever one、[仏] の chaque に当たる。この場合は与格、[独] の三格で「各人に」となり、最後の tribuendi 「分与する」は、tribuo [辞典ではこの形で引く] の進行形で、[英] の assign, allot、[仏] attribute に当たる。元は再分配、[仏] の repartir・distribuer の意であった。iuri は ius の与格「ius によって」で、operam は opera 「仕事」の目的格、opera は [英] の labour、[仏] の œuvre・travail に当たる。

datum は do 「与える」の不定詞未来形であり、do は [英] の give, offer、[仏] の donner であるがこの場合は se donner, se devoue の意で「身を捧げる」こと、そして iuri operam do の熟語は「ius の仕事(または作業)に身を捧げる(または従事する)」というときに使われる。prius は「何よりも先に」で次の nosse は nosco 知る、[英] to get knowledge of、[仏] connaitre の novisse 不定詞完了形の縮まった形、続く oportet (このまま辞典で引ける)「必要」

と結んで「知る必要がある」という意、それは unde 以下を指す。unde は「どこから」〔英〕from where〔仏〕d'ou の意である。nomen は名称〔英〕name〔仏〕の nom である。iuris は ius の所有格で、descendat「由来する」は descendo の過去で〔英〕の descend〔仏〕の descendre と同じである。

Est は前述したが、この場合は主語が略されている。autem 「一方」は〔英〕of again, moreover〔仏〕の tandis que であり、a「〜から」は〔英〕の away from び、appellatum「称される」は appello の受身である。nam は「即ち・事実・本当に」の意で、ut は〔英〕の how, in what mode「〜のごとく・様に（工合に）」の意である。尚、Celsus は法学者（Traianus 帝時代）である。elegantier（副詞）「優雅に」は〔英〕の elegantly に当たり、definit「定義する」は definitio の第三人称単数で、〔英〕の define〔仏〕の definir に当たる。ars「術知」は notitia と少し異なる。最後に boni「善」は bonum、aequi は aequum のそれぞれの所有格である。

(3) 学 説

本稿はこの文言の中にある「正義」、「衡平」及び「善」について改めて学問的な解説を試みたものである。「効用」を附加したのは私が経済法学においてさらに理論を展開するためである。動機は簡単である。しかしこれらは基本問題に関するものだけに、どうしても次の諸点を考えざるを得なくなる。

(一) 文献は無数にある。しかし私は右の動機に沿って論ずる。

(1) 正義など（前掲表題の概念を含む。以下同じ）に関する手元にある主要な monograph の要旨を紹介しながら解説したい。この中には今では入手困難の文献もある。この内容の梗概を説明するだけでも日本の読者には便宜になると思う。外国語より日本語の方が楽でこの点だけでも役立つものである。従って一般の法哲学書、一般の教科書類に説かれているも

のは、また別の機会にそれぞれのテーマで、例えば「法と道徳」もしくは「ラーレンツの正義論」といったテーマで論述したいと思うので概ね省くことにした。

(2) 言語的意義 上記のラテン語から出発するとただでさえ西欧語と日本語の相違を人一倍感じている私にとって、日本文字とその慣用的意味の感覺的解釈に関してある程度の厳格な修正をせざるを得ない。それは訳語と訳文について通説と異なる訳語を使わざるを得ないからである。これは大きな問題である。この点に関して私の既発表の「西欧語と日本語」(専修法学論集第二三号一九七六、一〇)及びこの発表とほぼ同時期に公刊されるであろう「要件行態論序説」(法学部創設十周年記念論文集)でも論じた。それはまた訳語だけでなく法律文化、文化一般の差違と比較が含まれているからである。訳語も文化理解の手段である。現在、私の奉職している大東文化大学の建学の伝統的特色からすれば、それは西欧文化と東洋文化との融合関係の研究とされよう。私はこの一面に寄与したいと思っている。また大東文化大学の建学精神の文章化の中にもしばしば「正義」あるいは「正」と「義」の語が使われている。「衡平と善」も使われる機会がないとも限らない。恐らく東洋文化にもこれらの語に当る故事も沿源もそして由来もあると想う。それは必ずしも同じ言語にとられずに、その表わさんとする「内容」を求めたならば別の語で近い意味をもつものがあるかも知れない。西欧法学にあっては、これら正義・善・衡平の語こそ今日まで連続としてまたラテン語の原形を活かしてそれぞれの国の語になって伝わっている。この意味につき、学問的討論が絶えないとしてもその中心課題はほぼ同じように固まっております、論点もいくつかに絞られているといえる。私が以下に述べることもこの固まっている論題と論点が主である。

動機は動機として、私はローマ法と日本法学について次のように考えている。この考えを生むに到ったのは、私の継受比較的方法であって、従って決してこれは偶然とか思いつきではない。私の論文・著書ではこの私の方法を繰り返している。このこれは省くが、ここでは前述のように東洋文化と西洋文化の継受・摂取・融合などを眼中に入れて説きたい。

日本法学の立場から見ると、明治時代もその後の時代も外国立法を継受した日本は現在まで、日本語と日本文そして日本人的考え方 (mentality) による日本法学ともいえる独特の法学を生みつつある。その内容となる旧来の日本語とこれに加える新たな訳語という特有の文体をもって綴られる日本法典と日本判例、さらに教科書・論文は外国人、特に西欧人には到底歯が立たない領域である。また日本人の法学者などについていえば、すべての法曹家が独・仏・英・ラテン語などをもって法律文化を作っている外国の法典、学説、判例などを日本語と同じ位こなせるという訳にはいかない。明治時代の継受法典の作成のときもごく僅かの外国留学をした法学者の筆によるのが大部分であり、この当時は今日よりさらに外国語を読める人は少かった。このような背景の下で日本語法典が始まる。

日本法学は明治時代以来、今日に至るまでの法令と判例だけでも老大な分量となりつつあり、ここで私はもう一度明治の継受を振り返り、現在の日本法学の基本概念を探ることにする。この基本概念とは「正義」であり、「法」であり、「権利」である。そして私の継受的方法是、始源に遡ることを含むのであるからローマ法から始めねばならない。そこでこのローマ法において、「正義の定義」から「法学」なるものまでは一体どういう性格のものであるか。特に日本法学はこのローマ法の基本概念を正しく採り入れて現在まで具体的に展開してきているであろうか。これが前述の動機とは別に私の方法論からとらえた「正義」などの基本概念である。明治の継受などと相違するのは、明治時代のそれは政治的動機が強かったのに対して、私のは全くの学問的方法によることである。また私はこの中「法学」を重視する。そしてローマ法の *Jurisprudentia*, *Jurisprudenz*, *Rechtswissenschaft* および *Dogmatik* とを後日それぞれ比較対照したい。そしてもし日本法学が「法学」として特性をもつべきであるとすれば、これらの西欧の「法学」(広義)に互して、果してどういう特色のある資格 (qualification) をもち得るか。この部分については本稿では及び得ないので、従って続稿にゆずる。

(1) このあと私はローマの伝統学説として自然法など扱いたい。順序は不同になるかも知れない。

(2) 岩田新『日本民法史』昭和三年、同『民法起草と日本精神』日本法理学叢書など。

(3) かつて私がある論文(『経済事物自然性について』常盤博士喜寿記念「人間、空間、時間」昭和五十一年六四頁以下特に六六頁以下)において述べたように、日本の継受法はローマ法を抜きにして、既にローマ法を継受して自国法(ゲルマン法)を加味し体系づけたドイツ法などから継受している。従ってローマ法は間接的継受であり、そこまで遡って研究することは実践を主とする実定法学者には要求されていない。これに反して、ローマ法大陸法系の国々ではローマ法、その学説そしてローマ法の伝統(Tradition)を重視する。しかし自国の慣行も考慮しこれを取り入れ立法するが(フランス民法など)「法」の主題は何れの国も前者であることにはほぼ同じである。これに対して、日本法学にはまさにこの部分の継受が欠けている。その事情は急速な近代国家の法的装備と同時に、西欧の学問の総合的継受の二つは、当時の日本人の知的水準から見ても全く無理であった。

第二次大戦の敗戦後の日本は米軍を主力とする占領下にあつて、民主化のために多くのアメリカ成文法判例法の強引な継受が行われた。イギリスはローマ法と継受しなかったが、その歴史的伝統の彼此の相違にもかかわらず類似点も存する(後述 Buckland の説)。アメリカ法はイギリス法を継受している。ここで私の継受比較法的方法の対象は飛躍的に拡大する。本稿は取りあえず明治当初の継受を見直すべくローマ法の継受から始める。

序説——正義一般について

およそ正義 (JUSTITIA) の概念は法学の全部にわたり基本をなす。それは同時に「法」の理念とされる。⁽⁴⁾ 法学において、いつの時代も正義程種々と論議されてきたものはないといわれる。しかしこの正義は法学に関する限りは争の裁決規準として、ローマ人の創意による所が多くこれがローマ法の中の法律・告示・学説・判例で、その見解を抽象的に総括したものとして独特の概念となった。これが今日の「法」と「正義」の伝統として全般に西欧法学に受け継がれてきている。日本が「法」、「正義」を継受したのは西欧法典の翻訳からである。従って正義は *iustitia* の訳である。これは日本字で正と義とを合成してあてたもので、漢字の「正」と「義」には関係がない。恐らく訳者は、右の合成語をもって *iustitia* またはこれを訳した外国語に一番近い意味を表現し、またこれをもって正義の概念の内容を漸次学問上明らかにすること

ができるかと考えたかも知れない。何れにしても法学が継受法、継受文化の一つである限りは日本文字の「正義」の勝手な独り歩きにより、西欧法と異なる意味をもたせることは法学術語としては許されないと思う。

この反面として日本語の正義は、果して漢学・儒学にその源があるかどうか私には分らないが、普通の文にも「正義」の土、「正義」の戦い、「正義」の剣(つるぎ)などの用語例もある。この場合「正義」の観念が先行するのではなくて、主人公の行動、振舞いによって「正義」の表わすことをおぼろげに了解する結果になる。ここで説くように他民族においては記録によれば、正義に類する観念を示す語も字もそして文も古くからあるらしい。正義の訳語の日本語をとって見れば、その使用は日が浅いので定着したとはいえないが、私の目につく限りは、それはコミュニケーションの手段として読者、観客相手に感動を起させる美辞の例の一つとして文筆家によって使われている。これから私が取り上げていく西欧法学の「正義」はこれとは別である。尤もコミュニケーションで使われる「正義」も使用者が間接に法学上の「正義」に影響を受けたかどうかは明らかにできないが、今の所日本語で詳しく西欧法の「正義」を一般に分るように書いた通俗文献は見当たらない。しかし望ましいことは西欧の「正義」に当る語が、日常用語に早い時代から使われてきたことを探ることである(例、理非曲直)。また警察権力の行使の理念・目的として「破邪顕正」という文句もきく。しかし警察の目的は peace 治安ということもある。もしそうしないで試みに「正義」を『大漢和辞典』(諸橋)で見ると正しいすじみち、正しい議論、正しい義(註解の名)とある。「正」の字を使う熟語は固有名詞を含めると五〇九ある。「理非曲直」についても「顕正」についてもそれぞれの儒学で明らかにされていると思うが、これらは到底今の私の能力及ばぬ領域である。そこで私が説くのは冒頭の *Iustitia, Justice, Gerechtigkeit* に限るのである。

いま手元に K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Fünfte, neu bearbeitete Auflage, 1983* がある。改訂を加えられた最近のものである。この書によるとこの点で現在注目されている学者には Perelmann, Esser, Fiklen-

tscher, Pawloski, Kriele および Tammelo などである。これらの学者は正義論を新たに展開しつつあるが、この正義論争は裁判官が正しい判決 (“gerechte” Entscheidung) にいかにして到達するかがその中心問題となっている。⁽⁵⁾ 私がこの正義論争に取りかかったのはこれを知らずに要件行態論からであり、これによってもその拙論(法学部創設十周年記念論文集)の中でいかに正義論が重要な地位を占めるかを明らかにしている。

注目すべきはこれらの諸学説の後ろには同じ様ないわゆるバックグラウンド (Hintergrund) がある。このバックグラウンドを私達日本人が理解しなければ本当の西欧の「正義」は理解され得ないと思われる。殊に法典のみを継受する場合には、このバックグラウンドを研究することが後の学者の課題であろう。右にあげられた Perelmann にせよ、Esser にせよ、⁽⁶⁾ 著書を通覧するとまさに本稿において述べるであろうものが、それぞれのバックグラウンドの一部をなしている。尤も西欧においても正義の概念が明確かといえは必ずしもそうではない。Perelmann 自身も正義は混乱せる観念の最たる例 (the prime example of a confused notion) といっている。このように混乱があるが故に、方法論を整備した上での研究が必要なのである。

実質(体)的事物を研究する場合およびどのように方法論的に、より正義を把えるか、これをどういう概念をもって表現するかは、卒直に言って哲学的方法論とは別に日本人の悩む言語上の問題である。この問題は最早、日本語の訳語をもって到達 (approach) できるものではないと感ずる。原語によりその原文の意味する所からまず理解した上で実体に迫らなければならぬ。この場合に西欧人と異って、日本人の場合には原語を一ヶ国、例えばドイツ語・フランス語・英語の一つというのではなく、同一内容もしくは対象の数ヶ国の言語のものを一々照し合わせることによりその実体を把握する他はないと考える。この方法は既にこれまで日本でも原書の訳が数ヶ国語でなされている場合には、日本訳を定めるときにしばしば用いられてきている。

もう一つは同一対照もしくはテーマに関する諸学説を彼此対照して、実体の本質が何であるかを究める方法である。このような作業は、矢張り数ヶ国語にまたがって有力な説を引照するのが一番確実である。これもすぐに語学の障壁にぶつかる。しかし一ヶ国語でも堪能であればこれを通してある程度は日本訳文よりも実質的に理解を深めることができる。私が数ヶ国による研究、つまり比較的方法をここでも提唱するのは各国語による微妙な表現の差とその国の固有の学問的伝統からして実体が浮んでくるというのが私の経験でもあることによる。さらに事物は角度を変えて見ることにより、立体的に裏表、上下を見ることもできる。私はここでもフランス語とドイツ語による学説を紹介する。イタリア語、英語の学説は後日にゆずる。

Ⅰ F.Senn の正義と法 (Droit)

多くの正義の文献の中から私は Senn の説の解説から始めたい。^(?)それは第一に Senn はこのローマの正義である Ulpianus の定義とギリシア哲学との関係を説いており、彼の取り上げた部分は Waldstein によっても高く評価されているからである。第二は私の継受比較的方法から見れば、まさにギリシア思想のローマ法とこの学説への継受関係(先覚者の説との関連)がその論説の中心であるからである。またこの仲介者としての Cicero の役割を特に重視するし、適切な引用はこれもわれわれ日本人にとっては学ぶ所が多い。なお彼 Senn は宗教関係、即ちキリスト教、特に中世キリスト教との関係にも及ぶのであるが、これは本稿ではすべて省く。Senn の書はフランス語で書かれているのでラテン語のフランス語訳を知るのにも便利である。例えば右の Ulpianus の定義はフランスの著述家によって次のようなフランス語に訳されてよく引用されているという。

Justice est volonté ferme et pardurable qui rend a chacun sa droicture. (sa droicture の古典語と同じ)

正義・衡平・善として効用(吉永)

さて Ulpianus の定義の解説のため中世においても今においてもよく引用されるのは Cicero の定義である。

Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suum cuique tribuens dignitatem.

(正義とは各人に功績と彼のものに配分する、共同体の効用のために保持されている心情〔意向〕の習性である)。

この二つの定義の関係は何であるか。それは両者の関係が、矛盾 (contradictoire) か相互の補充 (complement-elle) となっているかということになる。Senn はこれらの点を次のように解明する。まず淵源について、これらの法源はギリシアのピタゴラス学派、ストアク学派からくるのか。またはこれ以上の古へまで遡りうるか? これにつき彼はローマの法律家、法学者、演説家 (Orateurs) として哲学者などに影響を与えたのは右のピタゴラス派とゼノン (Zenon) 派であり、エピキュール学派 (Epicurien) はこれらの人々には受入れられなかったとする。Senn はギリシアの正義を次のように纏める。①それは徳 (vertu) であり、その形相の一つが意思・意欲・意力 *volonté* である。②その目的 (対象、中味 *objet*) は、各人にその *ius* (*droit*) 正しさ (権利を主張する正しさ) を与えることであると。

そこで正義が意思、徳であることを Senn はどのように論証するか? を見る。彼の根拠は *constans et perpetua* という語である。Cicero は *Paradoxa* と *De Legibus* の中で次のような註を加える (*lex* は法令を指し、*ius* とは異なる。成文法およびその案なども指す)。

sic constans et perpetua ratio vitae, quae virtus est (恒常かつ永遠の生命〔人生〕の理性と同じ如く、それは徳である)

この意は、徳は常に行使されるものであるということ、従って *constans et perpetua* なる形容詞がつくのは「徳」であるという論理である。*constans et perpetua* はフランス語では前述のように *ferme et pardurable* と訳される。ただ私の如きものが疑問とするのは右の形容詞は徳の一属性であり、果してこのものが徳そのものを示すかという点である。徳の独訳は *Tugend* でそれは「役に立つ価値ある特性」を意味する⁽⁸⁾。*habitus animi* はのアリストテレスいう *εὐσυχία* *βελ-*

τιοτην ψυχης 「心情 *âme* の最もよい習性(慣)」からきている。これが、徳は心情の習性(慣)であるという根拠である。

そこで何故、Senn は正義と徳との関係をギリシア哲学とローマの知識人 Cicero を通して追及するのか。その目的はギリシア哲学の正義論に対して、私のいう継受関係を彼自身具体的に解明しようとしたのである。Senn はその脚註において、自説の根拠づけにギリシアの古典を引用しそのラテン語訳をかかげる (p. 305)。彼はギリシア、ローマの古典学に非常に精通している学者と見受けられる。次に精神のあるべき習性の徳とは、一体何であるか(前述)。それは慎重 *prudence* 寛大 *temperance* をして実力 *force* であり、同時にそれは科学であり術知 (*science et art*) でもある (Senn はこれらの徳を多くの箇所を繰返し列挙するので、私も少しくどく述べる)。少くとも正義には三つの要素がある。一つは *λογος*, *ratio* 理、一つは実力 *dynamis* *facultas* 一つは *προαιρεσις* 選ぶ *voluntas* 意思である。そしてすべての徳は「正しい理」に他ならぬ (*virtus non aliud est quam recta ratio*) とする。

以上、私が重複をいとわず紹介したのは、ギリシア文化が理 (*λογος*) を基軸としていることを特に指摘したためである。これは私の要件行態論の中で西欧語、西欧語の文法、その修辞 (*Rhetrik*) と日本語のこれらとを比較し、これら西欧文化の特性として対照すべき日本の伝来の言語文化は、一体何であるか、また何であったか、そして将来日本語、特に法律語について言語的訳語継受、立法解釈にこの「理」がどのように受けつがれ、融合して日本法学の基となるかに強い関心をもつからである。私自身は、法系別の継受関係とその日本法典への摂取を試みたい。

(1) *aequum et bonum*

「衡平と善」について、Senn は次のように解説する。慎重・通曉(この反対は *imprudence*) の徳は、善い事物 *choses bonnes* の知識を齎らす。それはまた探究すべき事物の知識 (科学 *science*) を齎らす。そして知識である限りは当然「衡

正義・衡平・善として効用 (吉永)

平と善」を前提 (suppose) とする⁽⁹⁾。正義の實踐は officia iustitiae (正義職務、法律職、法曹家、註(8)参照) であろう。この officia iustitia は現在の Justice (英語では裁判官と訳される。Judge に比しイギリスでは上級職である)⁽⁹⁾に通ずるであろう。この職が同時に徳の實踐 (pratique de la vertu opera virtutis) で、この職が好んで法学者の注意を惹く。Cicero はこの職に第一等の地位 (première place) を与える。いわく、prudentia sine iustitia nihil valeat ad faciendam fidem (正義なき英知・分別〔知識〕は、信を持するに値せず) と。

prudentia の一〇の語をとつても私はこれを日本語に表わすことに迷い苦勞するのは、iurisprudentia のそれであり、同時にそれが徳 (virtu) をも意味するからである。この prudentia に徳を含ませて表現することは、既存の日本語の連想的觀念の方向からは極めて難しいといわねばならない。フランス語では正(義)職にある人は、同時に慎重で賢いことが当然に含まれる(註(9)参照)。次にこの賢い徳はどのように実践において評価されるかといえ、その慣用 usage によつてである。これが正(義)の徳は Cicero の habitus animi でそれは学問であり同時に術知 (ars) でもあり、この行為の条理は意思 (voluntas) であると繰り返しながら Senn は纏めて説明する。私の如きギリシア語の素養がなくラテン語の教養も少なきものには、Senn のこの解釈は最早単なる字義をこえて Senn の個性的正義論、正義の在り方、理念的正義を主張しているようにも思える。Senn によれば、ius suum cuique tribuendi もギリシアのストア学派の立言からきているといわれる。この関係と Cicero が ἀποδεικνύει τῆς ἀσίας ἐκατόν を直訳して前述の suum cuique tribuens dignitatem とした。この文のストアの説明によれば、各人に彼の適當と値する (convenit) ものおよび彼に当然帰属する (revertit) ものを配分することである。これをローマ人は ius としたのであり、この ius に変えたことをローマ人の創意とすれば、どのような意味をもつか。それは自分達の存在 (êtres) と他人達の存在とを前に措いて考えており、自分達は他人の持たないものを持つという発想である。Cicero によれば ius は意見、考えの中だけでなく、自然の中にもそ

の原理を見出せるものである。つまり自然に内在するものとされる。

Cicero の自然というのは Seno の解する所によれば次のようである。それはまず宗教関係であり、神と人とである。そこには敬虔 pietas もありこれにより人々の相互が血によって統一された者と祖国に対する勤勉な配慮の奉仕ともなる。また vindicatio (取戻し、回復) はすべての暴力と不正 (injustice) とを排斥する。この真理は現在ある所のもの、過去にありしもの、これからあるべきものを示し、それは不変・不動の様式 (仕方) で示す。それはまた信義 (bonne foi) の根柢でもある。この第一の觀念 (notions premiers 信義を指す) は様々に相違するものの関係を前提とするから、それは完全に平等の足場に置かれるべきものではないのである。彼は親子、慈善者と被慈善者 (bienfaiteurs et ceux qui ont reçu un bienfait)、指図する者へ差配者▽と被指図者へ被差配者▽ (dirigeant et dirigé) などを眼中に置いて説くのである。以上の第一觀念と諸関係から自然と ius が生ずるといふのが Cicero の ius 論である。当時のローマの血縁関係の基本的に信義 (bona fide) を置き、これら自然の中から生ずる ius を取り出す。なお自然 natura は nascor 「生まれる」、「生ずる」という語からきていることにわれわれ日本人は注意しなければならぬ。ここで私が特に紹介したのは「真」△理▽「真」△実▽ (verité) と信義誠実 bonne foi との関係である。この両者は同系累であり、「真」は与えた言葉の尊敬とその順守を要求するし、この言葉の違反を禁抑する。また simulatio atque dissimulatio 仮装欺瞞と隠蔽 (いつわり) およびその dolere (悪意) をも排撃する。こうして「真」は正(義)の基礎と称するのである。このことは、私には実体法と事実関係を定める手続法との関係を示唆するように思われる。

(2) 目的

次にこの句 ius suum cuique tribuendi, cuique suum ius tribuere の目的が何であるか、ここに「善と衡平」が出てく

る。即ち各人に彼の *ius* を配分する目的 (*fin*) はといえば、*Senn* はそれが善であり、共同善 (*bien commun*) で *bonum* という。この共同善が異なる諸関係の間に比例的平等 (*egalité proportionnelle*) を確保する。これをローマ法典が *aequum* と称する。これはまた異なる諸関係の間に比例をはかる共通の尺度 (*commune mesure*) となる。この「善と衡平」は法律家により実行に移されるものであるから *ius est ars boni aequi* になるというのである。ここで私は、*Senn* は自然法の立場に立ち、*ius* が自然から由来する、いわば自然法 *ius natura* と考える。この自然法が、言い換えれば「永遠の衡平と善 (*l'éternel aequum et bonum*)」なのである。彼はこのことを法曹家に教育しなければならぬという。

最後に *Senn* は法の教訓 (*praeceptum, precept*) の *honeste vivere, alterum non luedere* 「正直に生き、他人を害しないこと」をもストア学派の教えからきているという。彼は他人との関係並びに共同体 (*commune*) との関係において、正義の徳を説いたのであり、共同体の効用 (役立つ) のために保持されたものとする。ここで *Senn* はローマの共同体につき、脚註において詳細にギリシア哲学を引照して説くのである。

(3) 評価と成果

以上 *Senn* の所説からわれわれ日本人は何を学びとることができるか。初めに断った通り、私はギリシア語が読めないものであり、ギリシア社会についての知識はギリシア語以外の文献から得た間接的かつ全く断片的のものに過ぎない。しかしこの論文を通してここでいえることは、

(1) ギリシア文化、哲学論からローマの法律 (*ius*) 文化の社会への移行のある過程を *Senn* により知ることができること。つまりギリシア哲学の中に種々の派があっても、ローマの法 (律) 文化社会の形成に影響を強く与えたのはストア学派であり、その仲立ちになったのは *Cicero* であること。これを *Senn* によってくどいまでも明らかにされたのである。

(2) 相互の文化の程度と性格こそ異なるが、日本社会が明治から現在まで西欧文化の一つである法律文化を継受して法治国と民主国家に生成していった過程は余りに政治的速成であった。これは実定法主義によって形式的には一応達成されたが、今日においては改めてローマ法文化の生成発展の歴史を顧みる必要がある。ここにあって私は「正・善・衡平」という第一基本概念のローマ文化社会における継受的生成と機能を熟視することを試みた。これから法典継受から文化継受へと視野を拡げるべきであろうと思っている。また特に私が提示したいのは、法(律)文化が哲学文化と密接な関係にあり、少なくとも法の生成・運用解釈(立法、裁判、学説)に当たる者にとってこの第一原理は、何らかの法哲学的の思想に支えられていなければならぬのではなからうか。⁽¹¹⁾信義誠実(bona fide)については終戦後の民法改正により明文化されたが、それ以外の正、直(Richtigkeit)、善、衡平、効用については日本では十分に論ぜられていないのである。そこにギリシアの徳との関連を説く Senn の説は高く評価できると思う。

終りに Senn の解説に対してはかなり厳しい批判もある。それは彼が Interpolatio の改竄、挿入部分の研究を顧慮せず、従って彼の引用する文章の真がその後の改竄かを検討せずに論説を進めた点にある(Kühler)。しかしこの真が改竄かはあとからでも加筆することもできるし、この点を除いても Senn の説を高く評価する立場もある(Waldstein 註⁽⁸⁾)。Schulz もまた同じく正義の由来をギリシア哲学に求めるが、Senn に対しては特に自己の立場を明らかにしていない。

Senn の立場は、私の見る所ではどちらかといえばギリシア哲学の影響を強く認めるのに傾く。ある意味ではローマ人の独創性を過少評価することにもなりかねない。この点が Waldstein の考えと異なるのではないかと思われる。⁽¹³⁾

(4) 私が本稿において最も苦勞したのは、矢張り外国語の訳語である。「正義」は決して iustitia の訳としては適切ではない。それは ius の抽象形を示していないからである。否、日本語ではこれを示すことが文法上できないのである。しかし本稿を読まれる方はこのように理解して欲しい。ius についてもそれを法、権利、正しき、正しきことの意がある。各国語の辞典を引いて

も例えば、イタリア語は *diritto* であるが、*iustitia* はそのまま *giustizia* となる。なお *ius* は *diritto* 一般を指すときと特別の *diritto* とがある。フランス語では *droit, justice* であり、前者は一般を指す場合と各個の法令などから生じたものを指す。ドイツ語では *das Recht* と *Rechtsanspruch* の二つを指す。 *diritto, droit, Recht* という語にしても、真直ぐ、正当が基である。「権利」という訳はこれから生ずる。各個のものの正しさの要求を指したであろう。「正しさ」、「正」という語が全く含まれていないばかりでなく、権を「はかる」という意と思われるが「権」力の「権」の語の感覚が同じであり、利は「利益」を意味するので日本人によって誤用される惧れが十分ある。ただ *giusto, diritto, droit, Recht* もしくは *recht, right, just* は日常の会話語として使用されているが、日本語では正、法、権利は外来語という感がして西欧並に日常会話には使われていない。本稿では *iustitia* を正義、*ius* を場合により「正」、「法」、「正しさ」もしくは「正しきこと」時には「権利」と訳すことがある。原文が法か権利かの何れか不明のときは「正しさ」、「正しきこと」と訳すこともある。 *Recht, recht, richtig* についてもほぼこれに準じて訳語を用いる。一般的に日本語で十分表わし得ないときは原語を入れる。また使われている文意からそれぞれの適訳を選びたい。さらに「権利」という語に代って個人のもつ「正しさの請求」(*Rechtsanspruch*) という語を「*Rechtshandel* も「権利の係争」よりも「正しさの係争」の方がより原語の意に近いのではないかと思う。もし本稿にこのような訳語が使われていたら、それはいわば「権利」という意であると理解して欲しい。私見を述べるならば、*iustitia* の訳語も「直」という語を使い、「性」が抽象を表わすことにすれば「直正性」という訳語も考えられる。要するに抽象形を表わす接尾語のない日本語に「性」を附して抽象性を表わす慣用がこれから認められ普及するであろう。

(5) 法学は *Juris prudentia* が本である。 *Corpus Iuris Civilis* の正義の *Iustitia* 定義に続いて、*iuris prudentia est divinarum atque humana rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* とある。この *iuris prudentia* は神事(祭祀)と人事の知識にしてその知識をもって正と不正とを弁識することとされる。*scientia* は、元は *scire, discern* 分別する、知る、分別して理解するの意味で英語の *science* はこれからきている。英語にも *iuris prudentia* そのまの *jurisprudence* の語があり、日本語は法理学という字をあてる。しかし *prudentia* とは知識の他に経験しているという意もあるので「学識経験」ということであろう。現代的意味では「慎重」を指すこともある。ここでは *iuris* と *prudentia* を二語に分ける原初では、未だ「学」という意識が発達していないと思われる。それは後述のように、*Rechtswissenschaft* とか *Dogma, Dogmatik* が用いられるようになったのは近世に入ってからである。法学における理論と理念を扱った文献の中、*monography* に *E. Robilant, Teoria e ideologia nelle Dottrine della Giustizia* (1964) がある。特に p. 53 s. は正義を扱う。本書は *Waldstein* の文献の中にも掲げている。しかし

本稿では説くことができないので別稿へ続稿へに譲りたい。また Riccobono の記念論文集も入手しているので折を見て紹介したい。

(9) S. 166 f. *トマス*。Chaim Perelman, Justice et Raison (1972), Justice, Law and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning (1980). Karl Esser, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie (1971). 正義の諸徳についての現在の私見は、次のように考える。それはとりも直さず正義を実現すべき裁判官 (Richter, Justice) の具備すべき人間的の徳である。従って裁判官の資格、養成、昇任などの要素と考える。officia iustitiae (法律職へ法曹家へ) については Senn, op. cit., p. 16.

(7) Preface to Justice, Law and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning (1980). この書は英国人の人々に読まれるべく、恐らく仏語から Perelman 自身が訳したのであろう。序文には Harvard 大学の Harold J. Berman が書いている。

(8) Senn, op. cit., p. 3 s. 以下一々頁数を掲げないが、大体頁数を追うて紹介する。本文にあげている著書のものには Kriele を除いて私の手元にあるので他日紹介したい。Waldstein はその論文 Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit (DI, I, 10 pr.) Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag, Bd. I (1978), S. 213 f. Waldstein は Senn が入念に sorgfältig にギリシア哲学における先覚者 (Vorläufer) の説を選集したという。Senn の批判については後述。

(9) ドイツ語で徳は Tugend であり、Paul の辞典によった。Hermann Paul, Deutsches Wörterbuch (1968). 他に道徳的に卓越せる特性 (sittliche hervorragende Eigenschaft) という意もある (狭義)。これは Wahrig, Deutsches Wörterbuch (1977) による。

(10) 註(4)に記したように prudentia, prudence を日本語でどのように訳すかも私が苦勞した一つである(前述)。現代では英語の jurisprudence は法理学と訳され、仏語の同語 jurisprudence は判例と訳されているが、この他に法源 (source de droit) の意もある。l'homme de prudence は賢人委員会などの賢人である。この prudence と science, scientia, ars とは意味が違うが、日本語でどう区別するかにつき私は自分の訳語に固執する考えは全くない。

(11) Anthony Simpson, Anatomy of Britain (1962) p. 155 s. 度々改訂が行われているが、たまたま手元にあるのは古く一九六二年版である。外国人たるわれわれが英国全体について知るのは便利である。

(12) 牧野英一先生は Jhering の著書を紹介してローマ法につきしばしば述べられている。私自身も牧野先生の諸著書、特に晩年の先生から直接頂いた『法律文化の五百年』(昭和四一年)七頁以下により啓発されている。また割合に早く Jhering の Geist

des Römischen Rechts も入手して拾い読みもし、Zweck im Recht も所々読んでゐる。しかし牧野先生の時代と現在とでは大部分違つてきている。これを私は Waldstein の論文で示そうと思う。

「直」については日本語でも「正直」という語が慣用語にあり、本文に述べた、「正直」に生きたらんと (honeste vivere) に使われる。しかし私は Richtigkeit の訳として考える。それは本文にも一寸ふれたが判決の Richtigkeit、つまり richtig Entscheidung から richtiges Recht に論点が移つてゐるからである。既に Stammer がつとこれを扱つたが、現在は K. Larenz, Richtiges Recht, Grundlage einer Rechtsethik (1979) が公刊された。これらは「正義論」の具体的展開なのである。

(13) 私が処女作「監護責任と無過失責任の関係」の執筆に着手したのは一九三六年頃で、当時は日本でも Interpolatio の研究も論文も殆どなかった。拙稿、『法学新報』四七卷一一号(一九三七年一月)六七頁参照。Senn の前掲書は一九二七年の刊行で、この頃フランスの学界で Interpolatio の研究が盛んであったかどうかは詳にし得ない。この Interpolatio の研究はドイツ (Mittelis など) とイタリア (Arrangio Ruiz など) で盛んであったように思われるが、フランス一般の研究風習としては自国以外の、特にドイツ、イタリアの文献は余り参照しなかつた。Senn の書物にもドイツ語の文献は僅かで (Stobée など) Jhering の書物さえフランス語訳で参照してゐる。Senn は Nancy 大学教授であり、この大学には有名な Génay がいた筈で Génay の著書はドイツ語の文献をよく引用しており、右のフランスの慣習とは相違する。

(14) また本文の二ヶ所に出ている utilitas (utilitate communi) についても、これをもって責任・帰責の程度段階を説く「効用原則」(Utilitätsprinzip) を右の処女論文で紹介してある (『法学新報』四八卷二号(一九三七年一月)三一頁以下、特に三二頁。効用原則はすぐれてローマ的のものであることもここで私は述べてゐる。本稿でははしなくも私の処女論文と関係する部分が多い。

II Sokolowski の正義論

Sokolowski の正義論は多くの独自のものをもつ。その一つは宗教との関連において正義をもって神の律以上か、神の律と同一とする。即ち、彼は冒頭において正義自体は神をこえる規範 (Norm, die selbst über der Gottheit steht) であり、神にとつても拘束力をもつと書き出す。⁽¹⁾ 私自身、キリスト教に疎いものであるのでこの部分は簡略にし、主として正義の

定義に関する部分を選んで説く。その二は国家との関係であり、その三は道德、自由との関係である。

Sokolowski はアリストテレスの有名な「配分する正義」と「均等化する正義」*verteilende G. und ausgleichend G.* (日本語では配分的正義と平均的正义という訳もある。ギリシア語は *δίκαιον διανεμητικόν, δίκαιον διορθωτικόν* である) から始める。そしておよそ国家なるものはその基本組織 (*Verfassung* 日本語では憲法とも訳される) や法 (正しき *Rechtsbegriff*) と直接関係なしに国家の一般的原理とされる。このように Sokolowski は国家を主体もしくは中心として「正義」を説く所に彼の説の特色がある。まず配分的正義は、国家が威厳 (*Würde*) と正しき (*Recht* 法、権利) を幾何学的比例 (*geometrisch Proportion*) に従って分配する規準 (*Maßstab*) である。これはむしろに基本道德 (*Kardinaltugend*) に基くある卓越さ・徳 (*Vorzug*) に依存して行われる。自然の前では人間は、平等 (*gleich*) であっても、徳によってこの算術的平等が幾何学的比例になり、さらに国家における特別の地位をつくるこの二つの正義は国家だけでなくキリスト教においても同じである。即ちキリスト教の思想も正義についての以上の思想をもって神の理念と一致するという。ここで Sokolowski はトーマス・アキナス (*Thomas von Aquino*) が *iustitia distributa* (配分正義) と *i. commutativa* (交代・交換可能な正義) の二つをあげ、これが等しく当時の共同体 (*Gemeinschaft*) における秩序を維持するものとなす。Sokolowski が何故、神との関係で正義を説くか。私の憶測ではあるが、正義思想はすべての民族に通ずる普遍的な規範を見たためではなからうか。

さてこのような正義思想がローマに入ると少し変るといふ。Sokolowski も *Senn* と同じく、前掲の *Cicero* の定義を引用する (既掲なので省く)。Sokolowski は *Cicero* にあっては前述の「均等する正義」がこの定義の中で少しも説かれていないと指摘する。その代りにローマ人特有の「衡平」*aequitas* がその十分な補いとなっている。即ち、ここではギリシアから借りた正義の考え方 (*Fassung*) はローマの法生活 (*Rechtsleben*) に与える影響が見出されないという。私がこの

Sokolowski の論文を一読した所、正義に関する彼の要旨はほぼこれに尽きると思われる。しかし前述のようにこの論文は閲覧困難な状況にあるので、もう少し本稿では、彼の論文を紹介する。

Sokolowski には一つの特有の基礎概念がある。これを基として「正義」と「衡平と善」とを説く。この基礎理論が果して妥当か。これが一般の学界に受入れられているか否かは、私には確かめる術を今はもたないが、その概要は次の通りである。⁽²⁾それは文明 (Zivilisation) と文化 (Kultur) の区別である。彼は人間の存在の内容とその意味が自然力との闘い (Kampf) にあり、つまりここで外界の經驗的自然と闘って (ringen um) その支配を取得する (勝ち得る) ことを文明 Zivilisation といひ、人間自体の中に自然本能を押えてそれに打ち克つこと (Bewingung) を文化 Kultur といふ。人間は自然の一部であるので動物本能と同じく自然法則に服する。しかし理性は自然からの解放のために闘う。人間が自然本能を克服し、支配することを達成すればそれだけ自由が拓がるのである。人間の自分自身に対する支配 (Herrschaft) が自由なのである。

そこで文明と文化との関係をどう説くか。彼によれば、概念的には文化においては理性の機能が最たるもの (第一のもの primar) であるが、經驗世界では文明の影響は全人間にとって共同の性的特性として早くより顕著となる。というのはその始まりは本能 (Instinkt) の中にあるからである。人間の文明が動物と同じく衝動 (Triebe) に依拠しているが、それは動物界とは反対に (対蹠的に) 理性によって導かれると。人間は自然力と自分らを嚇やかすその枷 (首かせ) に抗する闘いのために一致して全体となっている。そして、自然の未知の力 (Mächte) に対して年代を追って人間の支配を拡げんとするこの支配への熱望 (Herrschaftsdrang) が国家的結社 (staatliche Verband) への支配的社交 (社会) の強い意欲 (appetitus socialis) の中に見出されると。

文化はこの文明とは区別されて人間の人格性 (Persönlichkeit) をその対象とする。上述の「社交 (社会) への強い意欲」

は人格性から出立し、人格性へと向けられる。それは倫理道德律 (Sittengesetz, は法 Gesetz であり、法律でもある) により導かれ、その第一の命令は自己支配 (Selbstbeherrschung) と隣人に対する尊敬である道德的人格性は、文化的倫理性の物質 (Material) をなす全体の一部である。文明の目的は支配であり、不羈独立であり文化の目的は自由であると。そして両者の大機能の均衡と結合が人間の努力とされ、これを各共同体、就中、国家の努力とされる。彼にいわせれば、文化の協働なくして持続的の文明はなく、広く人間を動かす意味をもつ文化にして文明によって作られた権力と結びつくものはない。この両者の機能を調和的に綜合協同させた最高度の業績 (Leistung) をあげたのはローマ国家であると。

もう一つはこれによる彼の歴史観である。彼にいわせると人間の歴史において、文明は進歩の原理であるが、文化は固持 (Beharren) の原理である。ここで面白いことを彼がいつているのは、この両者の綜合 (Synthese) の成果は二つの方向で行われること、一つは求心化される (zentrierte) もので、それは經驗的自然と共にする (mit der empirischen Natur) 闘争が権力の座 (Machtstellung) からおのずと進められる場合であり、各個人は自分固有の目的を持たず、中心的権力のなすがせままに委る。これに対して分散的 (dezentralisierte) というのは、自然に対する (gegen) 闘争が各個人的な権力の座 (Machtstellung) から行われ、人間の人格性に対して自由活動を認める場合である。これによって文明は再び文化の中心点としての倫理的人格性概念に近づく。この分散的文明の地盤の上に立って国家と法秩序とを意識的に実行したのはローマの偉大な事業 (Werk) であると。なお、彼にいわせれば求心 (中心) 的文明の類い (Art) は東洋 (Orient) において圧倒的であったと。この反面から西洋にあっては分散的文明が主であるということになるか？ 私があえてこのことを記するのは、一つの東洋観と西洋観が示されていると見るからである。いふなればローマから創作された法律 (権利) 観 (Rechtsauffassung) は西洋文明を今日まで支配し、東方の本質的な美風 (Gesittung) 文明とは限界線をこの時までなす。私見を加えることが許されるならば、ローマ法の継受の有無は西洋的と東洋的の美風氣質と文明を種々と差異づける。し

かし日本はローマ法を間接的に継受していると見るのが私の立場である。これにどの程度、日本の古来の慣習が加えられたかは見る立場により相違しよう。何れにしても古代ローマ国家のことなど明治の継受のときは全く眼中もしくは考えの中に入れる余裕がなかったと思われる。

さてローマ国家にあっては、国家秩序と並んで社会の主権をなすのは *persona* (人格、権利能力の主体) の法・財産領域 (*Rechts-und Gütersphäre*)、即ち *die bona* (財産) である。日本語ではこの意が表わせないが、*Gut* は財産で古語では善をも意味する。ラテン語でも *bona* は財産であり、*bonum* は善である。この語の含む二重の意味が *Sokolowski* は後述の財貨の取引を主とする私法において、「善と衡平」とその機能を重視する⁽³⁾。即ち彼の説の注目すべき所は、公物 *res publica* と私物 *res privata* とを対立させこれが特別の地位をもつ。これより公法、私法を区別して論ずる。特に私法 (*ius privatum*) の課題は、分散された法 (正しさ)、財産領域の状況 (*Satus*) の中で均衡を確保することであり、その法 (正しさ) の準繩 (*Rechtsschnur*) が正義で、これが文明と文化の機能を綜合する。この正義は一義的 (*eindeutig*) には把握できないでそれに並んでローマ人は「衡平」と「善」を置いたと *Sokolowski* は解する。彼のいう分散された法・財貨領域とは平たくいえば、各個人に法 (正しさ) と財貨が帰属される社会を指している。この個人が人格であり、これは道徳的人格 *vir bonus* (善人) と見たのである。この善人は法を違反してはならない。ここで彼は国の文化的保護として、その規範の前に道徳法則の順守を要求する。簡単にいえば、道徳的な行為でも法違反のものは「正しくない」ということになる。これは実定法と道徳の関係である。ただ彼は、ローマ人がいう文明と結びつける法の機能 *utilitas* (効利・効用) の上に立つ正義が衡平であるとする。この内部の道徳的法則を彼は文化 (*Kultur*) と称し、文明の正義は実定法の道徳無関係 (*amoralische*) 的文化的秩序という。ここに道徳無関係 (*amoralische* 倫理的無色) とは、道徳に関係のない中性的という意で、この語も誤解され易い。⁽⁴⁾

このように私法における衡平の法（の正しさ）規準を認め、またこの衡平の前では各個人の間には完全な平等が成立する。それは個人の財貨権利（正しさ）領分（Güter- und Rechtsphäre）では、個人に属するものを略取されて他に移されるといふようなことが問題とされる。この場合こそ、*ad suam aequitatem rem revocare, sive redigere*（その衡平に応じて財を取り戻すまたは没収する）。彼のこのような立論の根拠はローマ法の農業耕作にあり、その秩序の確保と継続はその文明進歩の最重要な条件とするにある。この点は後日に私自身の考え方も述べたいと思う。即ち各人が自己のものをもって（所有）農業生活に励んだその成果を収める。この自己のものを怠慢にすることは財貨秩序の均衡 Gleichgewicht を乱し、衡平（*aegritas*）と文明的正義をも乱すという。この考えには効用・利用 *utilitas* が基になっている。それは自己の利用を怠ることは共同の利用（*communis utilitas*）を怠ることになるからである。

この場合人々はそのように振舞うか。ここで私が注目するのは、彼が *bonus pater familias*（善良なる家父）の規準を持ち出したことである。そしてこれが文明的衡平にとっては、恰あたかも文化的善（*bonum*）にとり善人 *vir bonus* と同様にこれと等しい意味をもつと説明する点である。彼はこのようにして、衡平を分散文明の内部においてのみ考え得られるのは、それが実定法に優先する自然法から由来するからであるとする。それは市民、万民を含めて法秩序の規準である。*ius enim semper est quaesitum aequabile : neque enim aliter esset ius*（*ius* は衡平な審査である。*ius* はそれ以外にない）*civilis ratio naturalis iura corrumpere no potest*（市民的理性は自然法を損することはできない）

以上により、Sokolowski は衡平を重視することが分るし、彼はこの文明の正義を国家間関係にも及ぼすがこれは本稿から外れるので省く。

ここでまた彼は、衡平が財貨的権利関係の均衡に限定され、道德的無関係 *a moralis*（倫理的無色）であるからそれは道德的人権には及ばないというが、Sokolowski の結論を繰返す。次に義務（*Verpflichtung*）を問題にすれば、その内容は人

格性とその道徳的・精神的価値とその価値に対する信用に依存するから、ここでは衡平が法(正しさ)の準繩(Rechtsschnur)ではなく「善」が法(正しさ)の準繩である。この種の強い人格的關係は古代ローマの *Fiducia* (信頼)であり、その基礎は善 (*bonum*) と正義である。ここで彼は *bona fides* に説き及ぶ。彼は *mancipatio* (銅衡平売買)⁽⁵⁾ の例をあげながら *fiducia cum amicus* (友人との信託) と *fiducia cum creditore* (債権者との信託) を取り上げて両者とも従来の財貨関係には何等の変化を来すものではなく、ただこの二人格者間の関係は倫理的絆(きずな)で結ばれ、その内容をなすのは信頼であるとする。⁽⁶⁾

ius honorarium (名譽官法) は倫理的色彩の強い法であり *bona fides* を基とする。彼によれば *ius honorarium* (名譽官法) は道徳的法であり、文化的正義、即ち善 (*bonum*) の表現であり、これが市民法を補充し助長するため (*ius civile supplendi et adiuvandi gratia*) に効用 *utilitas* として役立つ。尚、この法は *manifesta iniquitas corrigi potest per iudicium bonae fidei* (L. 79. D. pro socio 17. 2). または *ad boni viri arbitrium redigi debeat* (L. 76. D. eod. lit.). また *fides* は神聖な性格 (*Sakrale Charakter*) を有する。つまり明らかな不衡平は信義の裁判(判決)によって匡正することができるし、善人の仲裁に服しなければならない。

このような倫理的法と文化的正義の表現からして、それは全正義を包括する二重の機能を果す。つまり文明的衡平を基として全部の法 (*Recht*) を監視すること。他は *benignitas* (憐愛)、善 (*bonum*) を基にして文化的倫理的目的を成文法と判決 (*gesetz Recht in Entscheidung*) を顧慮せず追求することである。

以上、*Sokolowski* の正義衡平論の紹介を通して私が見たことは、第一は彼の時代の観方をもってローマの「正義・衡平」、そして「善」を説いていることである。恐らくローマ人自身は文明も文化も区別していたわけではないであろう。

第二はローマ時代の社会的経済的地盤を農業経済に求め、ここの農産物配分の秩序(売買、交換、徴収など)の中に衡平

を準繩としたことである。ただこれから市民生活の中世と現代に通ずる商の法的性格を導き出すことは困難であろう。商が独自の流通配給機能と資本を元手にするのは中世以後まで待たねばならない。ただ私見をあえて述べれば、取引関係に關しては「衡平と善」により、一般の市民法とは多少の外れた判決と法の適用がなされていたのではないかと想われる。特に *utilitas* の規準が補充的助長的に使われたのではないだろうか。Sokolowski は結語において、法 (*das Recht*) は倫理的無色 (*amoralische*) の効用を導入することにより、技術的秩序的の原理として文明に役立つだけではなく文化にも役立つたのであるという。この *utilitas* が正直 (*honestas*) との合一、また衡平と善との合一の努力が真のローマの精神に徹底的に行き渡って (*durchwehen*) いたのではないかというのも彼の結語の一つとして改めて味わうべきではなからうか。また彼が民商法未分離のローマ時代取引法に關して、一般の市民法から外れる法理を「衡平」に求めたことも達識といえる、しかし *fiducia* も併せて説くべきであった。

以上をもって私は冒頭に述べた(一)宗教(主としてキリスト教)との関係、(二)国家との関係、(三)倫理・道德そして自由との關係に焦点を置いて紹介し、私見も加えた。私が彼の説を評価したいのは(三)である。日本法学の中心課題である字義論からの脱却の一つは「法」との諸關係、私には「商法・経済法」と「倫理道德」の關係なのである。これを要件行態論において異った角度から論じたい。

(1) Paul von Sokolowski, *Der Gerechtigkeitsbegriff des Römischen Rechtes, Studi in Onore di Pietro Bonfante V. I. 1930* p. 185 s. この記念論文集は全四巻より成り、戦前の装幀で Bonfante の壮年と老年の肖像が二葉載せてある。本書は当時のローマ法の有力学者が挙って執筆している。また本書は一橋大学図書館の蔵書にもないので私個人が購入した。Sokolowski の正義概念を紹介するのは、本書自体が閲覽し難いこともその一因である。Sokolowski については Wattram, *Letland* と記するのみで大学名はない。この論文は Waldstein も文献の中でも引用する (S. 213 の註)。

正義・衡平・善そして効用 (吉永)

(2) 文明と文化の日本語も原語の意を盡していない。文明 *Zivilisation* は *civilis* 即ち「市民の」という意で *civis* 市民からきている。市民に対するものは、万民・蛮民 (*barbarus*) でもある。Zivilisation はフランス語の *civilisation* からきており、礼儀正しいこと、行儀よくまことを身につけることをいう。Sokolowski はローマ時代を含めて使っているので「市民的になる」という意に思われる。現在は技術・学問により形づくられ洗練された生活様式をいう。Kultur は culture 「耕やす」と同語からきているが、ドイツ特有の意味に発展する。動植物の培養から転じて、ある共同体、民族などの精神的芸術的表現 (*Aufberung*) の全体をいう。恐らく以上の含む意が「文明」「文化」からそのままでは出てこないであろう。特に日本語の文化の場合に「耕やすこと」とは何度も練り直し、考えを積み重ねるということまでは及ばない。

(3) 漢字の善も「羊」という当時の主要な財産を語幹とし、これに草を「口」に与える。こうして財産が増加する。

(4) 商法の領域であるが、法と道德の関係を説いた田中耕太郎は商法における技術的規範と倫理的規範の関係を説き、両者の区別を説く。曰く「技術的なる法……は一定の目的を達するに就ての合目的性社会的技術としての合理性に外ならぬ。この範囲内に於て倫理的考慮は全く埒外に追い遣られる(『技術的商としての商法』『商法研究』第一卷二〇二頁)。当時は更に各方面の技術進歩が急速に進み、この規律を目的とする技術的法が増加しつつある。尚、これら技術的法もその人間の利用関係においては、倫理的・道德的価値判断を受けることは田中耕太郎も明瞭に説く。

(5) 銅 (*aes*) と衡 (はかり) をもつてする形式の売買。参考のために英文の解説を載せる。This process requires the presence of the parties, of five witness, adult cives, and a balance holder (*libripens*) with the scales, the intending acquirer, holding a piece of metal (*ase*) in one hand the res in the other, says, according to gains "Hunc ego hominem" (or whatever the res was) "ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneque libra" Then he strike the scale with the *aes*, and give this to the transferor by way of price (W. W. Buckland, *A Manual of Roman Private Law*, Sec. Ed. 1981, p. 121). ラテン語の意味は、「(ここで余は奴隷をローマ市民法により余のものであることを宣告す。そしてこのものが銅 (*aes*) と天平衡りで余に買わされているなり(船田訳を参照)。このように私が説くのは、正義の女神のもつ衡りの意味を明らかにせんがためである。後には実際の価格と *aes* (銅) とは無関係になっても衡りの意味はそのまま残る。Sokolowski が法(権利・正しさ)・財産秩序において衡平を最高規準としたのは、*mancipatio* による財貨の移転をも考慮に入れたのではないだろうか。

(6) ここで私が *fiducia* と次の *ius honorarium* を紹介するのは、前者は英米の *trust* とまた現在、大陸法系でも *fiducia* の研

究が盛んになりつつあること、さらに企業法において *fiduciary relation* として会社機関の地位を規定するからである（拙稿「忠実義務の再考」打田先生古稀記念論文集所載昭和五七年二三一頁参照）。

III Waldstein 「Ulpianus」の正義定義論

Waldstein の論文の内容は、① Ulpianus の定義の由来 (Herkunft)、② Ulpianus の定義とローマの法曹家 (Juristen) の事実上行った (実質的な) 作業 (Arbeit) との関係、③ *summa cuique* は無内容の方式か、④ 表題はないが結語といえるものである。⁽¹⁾ 彼の正義論の要旨を紹介する手法は、前述の Senn と Sokolowski の場合と多少異なる点がある。それは私にとってこれにより、種々と現在の日本法学あるいはこれから試みられるであろう東西比較文化論の問題提起に刺激を与える叙述を多くしたことである。勿論、史実と学説についてはやや翻訳的に紹介することを基本としながらも全訳は不可能であるので、私はこの論文によって日本の学界に問題提起を考えながら解説をし、そして私見をもあえて加えることにした。独語が達者な人ならば、原文で読むのに惹くはない。しかし原文から各自が得られるものはそれぞれのもつ問題意識により異なる。⁽²⁾

(1) 正義の由来

「序」の正義の由来については、後述のように西欧的と東洋的の差違が私には関心の高いものとなる。それは Waldstein がその由来をギリシアのみに限定しないからである。この結果は矢張り、比較的方法となり、本源に遡りながら同時に周辺の類似法制度とを比較することになる。Waldstein が研究の主力を注いでいるのは、ギリシア哲学との関係ではなくてこの正義の定義の内容と範囲 (Inhalt und Tragweite) である。ギリシアとの関係については Senn の研究成果を多くとり

入れている。従ってまた彼の立場は何れかといえれば前述の *Senn* 寄りと言えようか。そして彼の論文は *Senn* の著書が公刊されてから約五〇年も経っており、この間のローマ法の新しい研究成果をとり入れて論ずることに特徴がある。それ故にこの *Waldstein* のものが恐らく最近の正義の学説的主潮を示すものといえる。

新しい研究というのは、私から言わせれば正義の継受系列と比較の対象を拡げて、ギリシア以外の民族がローマに先立ってこの正義の定義に類するものを持っているかどうかという点である。それにつきまずあげられるのは、エジプト民族であり、この民族の当時の文化的段階から推して正義、理念に対して少からず顧慮が払われているのではないかということである。その証としてあげられるのは、王が大臣 (*Wesir*) を任命するに当り宣告する儀式文、つまりこの儀式法 (*Zeremonialrecht*) の中に正しさ (義) が見出されるという。その儀式文は、全エジプトからくる請願者に対して「人々の各自にとってその正しさ (*Recht*) の成就を扶助すべく、すべてが法律 (*Gesetz*) に従って執行されているか。すべてが王の命令に従って実施されているか。見誤りなきよう深甚な考慮を払うべし」という趣旨である。

以上の文章の中で「正しさ (*Recht*)」がエジプト語で何を指すか不明であるが、これがローマ法の *ius* と同じ意で「各人に各自のものを分与する」*suum cuique tribuere* に当るとされるのである。⁽³⁾ 大臣にとっては、この語は前述の法の教訓 *praeceptum iuris* に他ならない。それはこのようにこの *praeceptum* も *Ulpianus* の定義と同じ趣旨の語句をもって結んでいるからである。だから *Zeidl* はこの *praeceptum* を通して、*Ulpianus* の定義の先例をここで見たのであろう。この点が私にとっては問題のように思われるが、恐らく西欧古代民族が「正と正義」を有するという西欧の史家の信念的前提があるように思われる。またこれが東方の古代民族と異なるという(前述)。考え方も対照的かも知れない。これも今後の東洋学の研究に待ちたい所である。

もう一つの先例 *Vorläufer* は有名な *Hamrabi* 法典である。その論証は *Hamrabi* 法典の前文 *Einleitung* で神

の委託を受けた人々の勸喜と満悦 (Wohlgefallen) のため、法 (正しき) と正義 (Recht und Gerechtigkeit) をこの土地 (この世) に導入したと宣告するとあることが拠り所である。ところで Hammurabi 法典の訳は種々あるらしく、その間に多少の訳語の差がある。ここでは興味をもつ人々のために Waldstein の引用するドイツ訳の全文及び私がたまたま手元にある英訳本の訳との二つを掲げて、ドイツ文の拙訳を試みる。

Rechtssprüche der Gerechtigkeit, die Hammurabi, der tüchtige König, festgesetzt und durch die er dem Lande rechte Leitung und gute Führung verschafft hat…… Vom Stärken den Schwachen nicht entrechteten zu lassen, der Witwe, den Waise Recht zu verschaffen, habe ich in Babylon, der Stadt, deren Haupt Anu und Enlil hoch aufgerichtet haben…… Recht des Landes zu richten, Entscheidung des Landes zu richten, Entscheidung des Landes zu entscheiden, Entrechteten Rechte zu verschaffen meine köstlichen Worte auf meinen Denkstein geschrieben und vor meinem Bildnis als König der Gerechtigkeit festgelegt …… Der entrechte Bürger, der in einem Rechtshandel gerät, trete vor mein Bildnis als König der Gerechtigkeit und dann lese er meinen Schriftstein, und er höre meine höchstlichen Worte, und mein Denkstein kläre ihm seinen Rechtshandel, seinen Rechtsspruch soll er ansehen, sein Inneres aufatmen lassen. (アンダーラインは筆者)

以上の文章が Hammurabi 法典の原文に対して、どの程度忠実にされたか否かは判らない。ただ私のアンダーラインを引いた部分は、Recht (ius) Gerechtigkeit (Iustitia) entrechteten などで、これから推すと 'ius' に当る語が多くは王の口から語られ、石碑に刻まれていたと想われる。つまり人々から ius が奪われたり (entrechteten)、この人々に対して正しさを与えられたり (Recht zu schaffen) することを示すもので、これは係争事件 (Rechtshandel) において正義の神たる王の宣告により裁断される。私の手元にある Hammurabi 法典の英訳の中では、以上にほぼ該当する部分は大体次のよう

(4)
である。

Then Anu and Bel delighted the flesh of mankind by calling me, the renowned prince, the god-fearing Hammurabi, to establish justice in the earth, to destroy the base and the wicked, and to hold back the strong from oppressing the feeble…… The promulgator of justice, the guider of the people, who has restored its tutelary deity to Assur.

When Merodach had instituted me governor of men, to conduct and to direct, Law and Justice I established in the land, for the good of the people. The judgements of justice which Hammurabi, the mighty King, has established, conferring upon the land a sure guidance and a gracious rule.

I am the monarch who towers above the King of the cities. My words are well weighed: my value has no equal. By command of Shamash, the great judge of heaven and earth, my justice shall glisten in the land. By direction of Merodach, my lord, my monument shall never see destruction. In E. Sagila that I love my name shall ever be spoken. The oppressed who has a lawsuit shall come before my image as King of justice. He shall read the writing on my pillar, he shall perceive my precious words. The words of my pillar shall explain to him his cause, and he shall find his right. His heart shall be glad.

〔拙訳(独訳のみ)〕有能の王、Hammurabiは正義の正しきの宣告(Rechtssprüche)を定立し、これにより王は国土にわたって正しき指導と善き指揮を齎らせり、強き者が弱き者から正しきを奪はせることを許さず、寡婦・孤児にも正しきを齎らし、主であるAnuとEnlilが齎らし創成せる都市Babylonにおいて、国土の正しきを裁き、国土の裁断を決し、正しさを奪われた者に正しさを齎らし、わが導き言葉をわが記念碑に書きしるし、正義の王と

してのわが像の前に定立せり、正しさを奪われた市民にして係争関係に入るに至らば正義の神としてのわが像の前に進み然る後、わが碑文を読むべし、しかるときその者はわが尊き言葉を聞きそしてわが記念碑はその係争を明瞭にし、その者は判決を見極めるべきであり、その者は内面の心を安堵せしめるであらう。

英訳は実は少々古い（一九三四年）のである。この書の序文に述べてあるように、当時も Sumerian 法の研究が発掘物によって進められつつあり、新たな解釈が発表されつつあった。現在はこの方面の研究が更に進展しつつある。このことは、Waldstein の註などによっても推知できる。従ってこの英訳には余り重きを置かない方がよいかと思われるので日本訳はつけなかった。⁽⁵⁾

Hammurabi 法典の上掲の個所については別訳もある。独訳文から要旨を掲げる。

Marduk としての余は、国民を指導する。正義の利を享けせしめる国土を創成せり

余は正しさと正しき指導 (Recht und rechte Leitung) を周囲^{まわり}に作りたり、国民をして肌に幸せを感じせしめよ。⁽⁶⁾

以上二つの訳を参考のため記した。恐らくこれからも新しい比較民族学の発掘資料が現われるにつれて内容も訳も変わるかも知れない。

これ以外に挙げられているのは Darius (紀元前五二一—四八五年) の墓碑銘である。煩をいとわず、同じく独訳文からその要旨を掲げる。⁽⁷⁾

何が正しくある (recht) か、それを余は愛し不正を憎む。低き者が高き者のために不正に苦しむことは余の意に叶わず。いやさらに高き者が低き者のために不正に苦しむことも余の意に叶わず、何が正しくあるか、それが余の意に叶う。努力する者には、余はそれに値するものを報いる、邪しき行為をする者には、その過まれる行為に応じて罰を加える、と。

以上の Hammurabi の宣告文は、そこに掲げてある具体的事例（寡婦、孤児、弱き者、正しき〔権利〕を奪われた者）の救済には王は、正しき（権利）を彼等に齎す（与える）ことによる。またこのことを記念碑に刻みます。これらの文章の意味する所は、各人に各々のもの（ius）をということに帰着する。そしてエジプト王にせよ、Hammurabi にせよこれらが相互に影響を与えたとは何人も主張することを欲しない。況やこれらがギリシアの哲学者に影響し、次いで Ulpianus の定義に影響を与えたとは思ひもよらない。これらは事実上そういう関係になった（tatsächlich so verhält）ので、恰かも三角形の和が一八〇度であるとの知識と同じと見ている。ここで重要なのは東洋の Tyrant は別であると除外している点である。⁽⁸⁾

ここで Waldstein または西欧法制史家もっている持論もしくは憶測される見方を紹介する。それは法（正しき Recht）の本質ともなるべき倫理的要請（ethisch Postulat）が、ある文化の民族にありや否や。これが法秩序（Rechtsordnung）として存するかはおよそ西欧の古代では、すべての民族にこれが存するという持論乃至信念である。この法（正しき）の本質と法秩序があれば、各人に彼のものを特に ius（正しき Recht）を分け与えることになる。このことはギリシア文化とローマ文化の関係だけでなく、エジプト民族、スメリア民族の文化にまで遡って正義の根源を探求すべく比較法の領域を拡げることになる。⁽⁹⁾これは現在の古代学の進歩からいえば当然かも知れない。継受法的方法是、ある法制度の肯定と否定することの結果も出てくる。また偶然の合致 coincidence もありうることは説いた。⁽¹⁰⁾この傾向の中で、ここでわれわれが殊に注目しなければならぬのは、このような正しき（法）・正義とその法秩序をもつのはおよそ西欧民族に限るか。即ち東洋（東方）民族には、このような法（正しき）（権利）（正義）の観念がないかという点である。私の見る限りは、東方の民族にはこの「正義」の観念も、従って法秩序もないし、さらにいえばこのような正義を育む文化をもたないというのである。例えば古代のあらゆる民族に見られる Tyrant（暴君・圧制者）につき、二つを区別する。一つはその王が臣下に対して

「正義」に基づいて治政を行ったかどうか。二は「Tyrant」にしてもその正義の規準がなければ、その治政は全くの氣儘またはその他の規範によるかもしくは武力と氣儘だけの政治となるかであろうか。「Tyrant」は恐らく西欧の古代にも東洋の古代にも等しくあったと思われる。このことを何等かの古文書などにより明らかにすることが古代学特に儒学などの学問的成果にまつ他はない。

そこで一応早急な結論として、東洋の覇権者——この意も私の素朴な理解である——が「武力をもって天下の頭領となる者（武力のみをもって治めたか否かは不明）」でこの中に入る為政者が「Tyrant」に当たるとすれば、この者が領土民に依らした道（もしくは規範および秩序）に西欧の「正」に当るものが含まれているかということに関心を抱く。即ちもし王が氣儘な無軌道の「Tyrant」でないとすれば、この者の治政策の中味は何であろうか。あるいは覇権者が武力のみをもって治めることをやめて他の方策をとったとすれば、この者の治める道の中に「正」衡平・善といえるものが含まれているかどうかである。というのは西欧のすべての民族には王が「Tyrant」でない限りは何等の正（義）の宣言文があるという憶測が行われているからである。それは三角形の内角の和が一八〇度に等しいと同じとされる（前述）のであれば、東洋の三角形の内角の和でも同じである。この方式は果して、東洋・中国の古代の中、エジプト Hammurabi に限らずギリシア時代あるいは時代にとられず仁徳のある諸王の治政方策にあてはまるか否か、新たな観方をもって儒学・東洋学が見直されないものか。私は門外漢として、大東文化大学の支那学・東洋学研究者にこれからの課題を提供する。

（2）ローマ人特に法律家に独創はあったのか

前掲緒言（1）の（2）（二九頁）を私が書きかえると以上となる。このテーマが私に意味をもたせるのは、ローマ人が法律の天才民族といわれる。それは一体どこにあるのか。また具体的には何であるかということを確認したいからである。ま

たこの部分が学説の評価の分れる所でもある。即ち古代民族には正(義)に関する宣言も秩序もあり、Ulpianus の定義の遡及源とされるものがいくつかあったとしても、Waldstein によればこれは決して Ulpianus の定義が借りものであるという証拠にはならぬという。Waldstein の説は、私が本稿の冒頭に掲げたローマ人によるローマ法学の独創を広く認めるものである。その根拠は何もギリシア哲学者やその他の古代の諸王などの言葉を借りなくとも、これらとは別に事実上、正(義)に従ってローマの人々が司法行動をしていた事情(関係)からして Ulpianus は正当な確信をもって右の定義を方式化したという。つまりこの定義方式は、ローマ人の全法律にわたる実作業の結実というべきものであり、その精華でもあるというのである。私は Waldstein の説をもって一応、慣行結実説とでも名づけることにしたい。これは哲学的思考の乏しいとされるローマ人が、思索よりも実践で仕上げた法の抽象形が正義が (iustitia) である。

Waldstein は自信慢々たる態度をもって Schulz の説に反対する。Schulz はローマ人のこの点に関する貢献をかなり限定する。

Schulz と Kaser によるとこの中、真正にローマ的と称する部分は “constans et perpetua voluntas” の句である。これが真正ローマ的というのは、この部分がストア派の定義に欠けていることとこの正しき (Recht) に向う(への)意思の特有の態様(度)、つまり恒常不変の態様の中にローマの本質的なる様式 (Wesensart) が浮出されていることを指示するというのが根拠である。⁽¹¹⁾しかし Waldstein はこれにも異議があるらしい。それはギリシアにおいても意思の要素がある。ただ、正しさの意思がなければ正しさも正義も成立せず、これが正義 (Gerechtigkeit) の要求するそれぞれの秩序と本質的に同伴 (mitgegeben) されているだけで格別ローマ的といえないという。むしろ Waldstein は Senn の εὐνομία (habitus animi 心情意向の習慣) と意思要素とを結びつける。Waldstein の Senn 説に対する解釈につき、私は批判する能力はないが、Waldstein はギリシアの徳も意思とするのかも知れない。あるいは徳の中に意思を認めるのかも知れない。

Senn が恒常不変の意思をギリシアの徳としたことは既述した。そこでギリシアの徳と意思との関係になる。⁽¹²⁾

Schulz に対する論駁はしばしば措き、Waldstein の強調するのはローマの法律家の現実の行動であり判断である。彼等法律家は、正しきものと正しからざるもの (Gerechte vom Ungerechte) の分別と許されるものと許されざるもの (Erlaubte vom Unerlaubte) の分別⁽¹³⁾をすることにより、司法 (Rechtspflege) に「善」と「正しき」ものを教えたからであり、これにより真の哲学を希求したのであって決して似面派 *simulata* もしくは歪められたものを希求したわけではない、と。恐らく Waldstein のいわんとする所は、何もギリシア哲学の影響を受けるまでもなく、ローマの法律家は現実に各個の事件 (事項) の判断において「正しきもの」と「正しからざるもの」とを分別している (共和制の終り頃) ことを強調したのである。このような事実上の実作業をしていることは、ローマ法学の自明の理 (解) (Selbstverständnis) と断定し、ここで彼は前述の Sokolowski の論文を始め Pringsheim, Riccobono, Lübtow, Biondi, Kaser, Mayer, Malay などのものを引用する。

このような Ulpianus の定義とか法の教訓を通してローマの法律家の実践的功績を高く評価しながらも定義と教訓の必要性を否定する反対説も無論ある (例、Levy)。それは Ulpianus の定義や法の教訓 (praecepta iuris) がかりに完全に欠けていたとしても、数千のローマの判決は矢張り同じであると。つまり定義と教訓の機能を否定する趣旨とも想える。⁽¹⁵⁾ あるいはこのような定義、教訓なるものは、何を加えても何をいってもいない (nichtsagende) 文言に過ぎぬというのである。そこで果してそうであるかが次の論争の種となる。この異説に対する Waldstein らの反論は、つまり数千の古典派 (法律家) の判決と討論はこれらの一般的諸規定 (定義と教訓) を現実化した (Realisierung 具体的に適用した) ことの結果 (沈澱物) であり、従って逆に言えばこれら一般規定は無数の判決から演繹的に抽出されたものとする。この両者の見解の相違を私はイギリスの法学者の論理とドイツ法もしくは大陸法系の学者の論理との対立と解する (後述)。

(1) 定義無用論の代表はイギリスの学者 Levy である。Levy の説の原文は次の如きものである。私はこの彼の論文を見るべきなので Waldstein のものから借用する。(16) その要旨は前述した。(17)

The extant thousands of rulings and discussions of the jurists would stand and form a coherent whole as they do, if those tenets were completely missing. (今なお残る、法曹家の数千の規定や討論は、たとえこれらの教養が完全に無くなっていても、今あるような筋の通った全体をそのまま持して体裁をなすであろう)

この tenets とは正義の定義と法の教訓を指す。この際 Levy は Bryce の説を引用する。Bryce は法の教訓 *praecepta iuris* の裝飾的性格を説明すべきであるという。

Waldstein の註の引用は以上であるが、私が手元に所持している Backland, W. W. の二著 *A Manual of Roman Private Law, 1953 repr. 1981* と Backland & Mc Nair, A. D., *Roman Law and Common Law, 1936* に「*Ulpianus* の「定義」と法の教訓の説明をさがすとこの重要な句が右の書の索引からでは全く見つからないのである。これに対して前述の大陸法系の学者は、この「定義」と「教訓」を何故重要視するか。私見はあとでまとめることにし、取りあえず引続いて大陸法系の学者の代表として Waldstein と彼の引用する学者の考え方を紹介する。

(2) 定義有用論 これにも諸説は多少の差がある。(18) Lübtow にいわせれば、無用論はその最も内奥の本質 (*innerstes Wesen*) を無視したもので、むしろ Kant 哲学の影響の下に「この不完全性は正義理念のそれぞれの他の人による形式化と一般に同じく共有して分有する。それは Kant の意味のへ規制的原则 *regulative Prinzipien* なのである」と。私はこの原則に着目する。Waldstein はこの定義の中の *constans et perpetua ratio vitae* (恒常不変の人生の理) についての前述の *Senn* の徳 (*virtus*) とする説にも慍らない。(19) それはもし、これが単なる徳 (*nur Tugend*) であるならば、それは理論的に構成される教義 (*Lehrsatz*) としてこれから規範が導き出され得るようなものではない。(19) Waldstein はこれより一步

進めて、これをもって最高の原理 (oberste Prinzip) としてこれを把握理解 (auffassen) して、これよりして各個別の規範を導き出すように欲すれば Ulpianus の定義の不完全性は存しないという。これが有用機能説の根拠の一つである。

要するに右の句は Seno の徳と同じでもなく、Lübnow の形式化による不完全でもない。最高の原理としてこの定義を把握し解釈すればよいのである。このあと Lübnow と Schulz の説に批判を加えるがこの部分は本稿では省きたい。この定義により法 (正しさ) の最高原理を追求することが大陸法系の特色であり、この最高原理はさらにこれから具体的意味 (つまり各個の *Ein* の具体化) に到達することが、この原理の特性である。私はこのドイツ的論理を要件行態論で展開するために少々くどく紹介した (本稿はこの一部である)。そして Waldstein にいわせれば、ギリシア哲学の概念がまさしく抽象的に思考されうるそのものを模倣して定義したという説は、この言明 (Aussage) の具体的意味への到達する道を閉ざしてしまふことになるという。恐らくここで止まってはいけないということであろうか。この批判は、私の要件行態論における三段論法には極めて重大な関係をもつ。ただこの恒常不変の意思は問題の連関の中に正しさを与える指示 (richtungsgebende Weisung) ということに帰着するという Henkel の説を引合に出している。このような現在の法哲学者の見解は別に説きたい。

これと関連するもう一つ Waldstein の引用した Henkel の説の注目すべきは、この意思が消極的には恣意 (Willkür) の禁止で、それは当時の王などの主権者・暴君 (Tyrant) は勿論、何等規準なき気まま思いつきの意思による判断を禁じたことである。私がこれを説くのは前述の東洋的 Tyrant が私の狭い知識によれば余りにも専横なものが多い。専横であるというのは規準が明確にされていないことでもあり、仮に「仁」「徳」などをもって治政をした王があったとしても、これらの概念は決して恣意的のものを多くの場合排除したとはいえないのではなからうか。恐らく王がひとりその概念と内容を行動によって示すだけで、在世中他人から仁と徳でないという批判は許されないのであろう。学者が批判すれば抗^{あな}

されよう。ギリシアの徳は、知識愛好者が抽象的概念で定めるのに対して東洋の徳は、命名(名づける、謂う)の域を出ないのではないか。この両者の関係をもっと究めたい。前述の法規範に通ずる一般的抽象的原理を求めて、これを個々の事件に適用するという考え方はドイツ的であり私の要件行態論においてもこの論理は終局的には漸次に最上(高)理念にまで及ぶことになる。これはすぐれて抽象性と観念性を好むドイツ語的であり、Waldstein等のグループの説は殆どがドイツ学者かドイツ系学者で占められている。反対説の Levy 他はイギリス人のグループである。この抽象原理にそれだけでは足りるものではない。これを適用する側の法務官・法学者にもすぐれた資格(例えば徳性)が必要である。ただ私自身に多少残る懸念は、ローマの実践的法律家に本当に抽象的なこれらの正義尺度をもつ判決を下したかどうかであり、むしろ実践的法律家は「衡平と善」を振りかざしたのではなからうか(Triumph de l'éternel aequum et bonum)⁽²⁰⁾。恐らくはこれらの数千の判決から抽象化したのは法学(者) iuris prudentia ではないかと思われるし、さらにこのような考え方を進めたのはドイツのパンデクテン学者ではないかとのイギリスの学者の指摘も首肯されうる。私自身はこの論争の何れにも自信をもって左袒(賛成)する能力はない。

ここで要約すれば、Ulpianus の定義がギリシアから引きつがれたとしても、この思想自体はローマ人の発見(Erfindung)とする。これらの多くの学説には、次の二つの共通の特色があるのでないかと思われる。一つは実践的機能的考察である。即ち正しきもの(Recht, ius であろう。権利と訳されるかも知れぬがこれは本義ではない)は、もし恒常的不變の正しきものを志向する意思なくしては ius はその機能を果し得ないということではなからうか。これに焦点をあてて見る。他の一つは、この正しきものを志向する意思は一つの動態的原理(Prinzip)であるのみならず、同時にそれは正しきものの直正規準(Rechtmaß des Rechts)であることではなからうか。従って正義(Gerechtigkeit)は正しきものを志向する意思としては徳(Tugend)であるとしたことである。要するに正義を機能的に動かす意思とこの意思をそのまま直正規準

(原理)としうる徳性をもった資格ある人によって具体的に実行される。平たくいえば正義そのものの固まりの徳をもつ人の意思によって機能される。この二つの実践的機能と原理というものから、具体的な司法が実行される。これは抽象的な正しさ (iustitia) の規準があり、これが正義の定義であり個々の正しさをはかる直正尺度 (Recht の Rechtmäß) の尺度に基いて彼のものが判定される。法の教訓はもう一つの規準である衡平と善とを教える。これについては後述する。

(1) 私の見る限りは、Waldstein の Ulpianus 正義定義論が最も新しい文献である。私はこの論文を手懸りとして、Senn と Sokolowski の論文をこれによって知り、原書を読むべく取寄せて紹介したのである。この三つを読み終えた結果の感想は既述のように大体同じ background (Hintergrund) があり、私としては日本法学もこの部分は是非とも学ばねばならぬと思うからである。Senn の前掲書は一橋大学図書館所蔵のものである。これは元国際私法と民法親族法の講義を担当された山口弘一先生の蔵書であったのが図書館に寄附された一つである。Sokolowski の論文については前述した。Waldstein の論文は本文において示したように I—IV まで順を追うて紹介的解説を試みる。引用頁は重要な個所の指摘を示すだけでその他の叙述の順序は本文の頁数の中の内容に相当する。

(2) 私は古代法制史の専攻者ではないが、興味をもつ一人である。それは私の説く継続比較的方法からこれに対して多大の関心を有するからである。ただここでやや詳しく述べるのは、実は大東文化大学が東洋文化と西欧文化との比較研究をもってその建学の特色とする方向を打出そうとしているので、このための参考となることを期する底意である。私が見る所では、Waldstein の正義の由来 (Herkunft) を説くのは暗黙の中に私と同じ継受比較的方法をとっていると思う。この方法は歴史的認識方法の一つではないかと新たに考える。

(3) Erwin Seidl, Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ernde des neuen Reiches, I. Juristischer Teil (Ägyptologische Forschung 10, 3 unv. Aufl. 1957) 41. このように特に文献を掲げるのは、大東文化大学教授その他これに関心を有する学者の便宜をはかるためである。Waldstein, a. a. O. S. 217 による。

(4) Chilperic Edwards, The World's Earliest Laws, 1934. これもたまたま私が学生時代に購入したもので、今日はもっとよい英訳でしかも完全なものがあるかも知れない。後日調査の上補充したい。この書に Hammurabi 法典の全英訳もある。

(5) 全体的に見てドイツ語の Recht に当る語が少ないように思える。しかし Justice などほぼ同じである。独文の方が Recht

とこれを語幹とする語、例えば *entreechten* など数多く使っていることである。この書からは原典がどういう語を使っているかは知る由もないが、*Recht* と訳すべき原語が一字なのか数字なのかも知ることはできないが几張面なドイツ学者の訳であるからわれわれはこれを信用する外はない。

(9) Waldstein, S. 218, Ann 34.

(7) Ann 40.

(8) Waldstein, a. a. O. S. 219.

(9) ここでは正義に関する比較文化史を進める場合に四書五経その他の古文書、発掘資料、石碑その他の新旧資料に国土の民衆の争を裁決する規準と何れかに正しさ(現在では「権利」といわれる)があるか。これを認めるのに証人証拠をもってする仕組が明らかにされているものもあるか。Hammurabi 法典には証人の規定もある。私の僅かの知識では今日の「法」は「憐愍」の古語の略字とされる。原語の「灋」によりて表現されているのはある種の靈獣による正邪の判別とされる。一説によれば鹿に似て頭部に一本の角あると(漢字起源の研究)。全くの想像だが、許可・請願に際して王またはその代(理)官の傍にこの靈獣を置き、この靈獣の挙動により正邪を判断したものと想われる。一説によれば君主の刑罰が宜しきを得れば朝廷に出現する(前掲による)。前説と因果は逆かと思う。人間よりもある種の感覚(例、嗅覚、色彩感、六感)の勝れる動物を崇める習慣によるか? また犬などは挙動の怪しいものに吠える習癖があり、悪いことをすればこの者の挙動にあやしさが、現われることによるか。もしそうだとすれば、西欧法の「正義」とは基本観において全く相容れないものといえる。西欧法はあくまでも神の委託を受けた王(人間)による判断か、神の啓示による判示であるからである。漢字の「法」は獣から由来すると、この四ツ足なる靈獣が何かの靈感によって分別する特殊な能力を人間以上に具えているとしても、それを読むのは矢張り人間の誰かである。この誰か(王であろう)が文章に残してあれば、これこそ私が東洋学(広義)に求めている「正」*zheng* の規準に当るものではなからうか。少なくともこの靈獣の特性、血縁、由緒などを神話的にでも解説したものがないだろうか? あるいは麒麟、龍に類したものであるか? 物神性の中で「正」の靈獣はその姿すら不明である(灋を分解すれば)「ツノ」*shu* 「マダラ」*ma* 「四ツ足」*si* 「水」*shui*。「古語」について見るに、水は水準を表わし、水の如く平らに判断する天性を有する靈獣とするのも一解釈である。これには論拠がある筈でこれを探求して、上述のローマ法の解説と比較し類似点と異同点からして両文化の比較論を試みることも可能であり、期待できればと望んでいる。また「正」だけでなく真、衡平(水の平)などさらには「善」「徳」「義」が訴による争の裁断する例、つまり靈獣の判示を観察する裁判官・審判官に要求されるという議論があるか否かも、比較法、比較文化的に見

て非常に興味がある。この方が東洋的かも知れない。何れにしてもこれらの規準が何人からも述べられていないとすれば、一
争や請願の裁決規準なるものは判断する者の主観的のものとなり、この判断者そのものの資格（王、専制者、僭主など）とその
権限の根拠を探ればよいのである。例えば覇権者が、争の裁判者であるとするのもその一つである。覇権者には明君も暗君もあ
り、明君なる覇権者がどのような金言を残したか。この金言の中に上述のローマ法に関する解説と比較もしくは匹敵できるもの
があるか否かである。

(10) 拙稿「経済法学の基礎理論」第一卷六九頁以下。これにはそれぞれの立証が必要である。Waldsteinがこのことを必要にして
十分か否かは私には判定できない。少々不足という感も残る。私の継受・比較的方法については本書を参照。

(11) Waldstein, a. a. O. S. 221.

(12) Waldstein, a. a. O. S. 222 f.

(13) 本文の *erlaubte u. unerlaubte* を「許される」と「許されざる」と訳したが、現行ドイツ民法では *unerlaubte Handlungen*
というので、日本の「不法行為」に当る（ド民法第八二三条以下参照）。従って日本民法的の訳語を使えば、「適法」と「不法」の
区別ということにもなる。

(14) Sokolowski, a. a. O. S. 189 f.

(15) Waldstein が自説に賛するものを引用する文献の中、Sokolowski について私が読んだ所では引用頁 (S. 189 以下) の扱って
いるものは、倫理 (*Sitte, bonum*) とローマの文化社会の関係である。この関係は Sokolowski によれば、国家体制とは無関係
であるのでギリシアその他の民族においても同じである。そうすると「衡平と善」とによる正しさの判断は、果してローマ人独
自の創意かは疑問となる。Waldstein のいわんとすることは、法の教訓 *iuris praecepta* がなくとも何等ローマ人の司法には関
係が変らないという Levy の主張に対する反論として、現実の実践にあつては「衡平と善」の法規準があつてこそ具体的の正し
い判決、告示、法律が実現されたということであろう。このことは次に述べる *suum cuique* は「無内容の方式か」に關係す
る。ここで私がくどいまでも意思 *voluntas* と心情 (意向 *animus*) につき述べるのは、私が若いときに民法における意思 (例、
意思表示) 占有における占有の意思 (*animus possidendi*) などの説明に接し、その新奇さに戸惑いを強く感じたからである。
当時は意思の「意」は心理学の知、情、意の一つとしてあげられたと記憶する (岩田新『民法総論』大正十四年一四一頁参照)。
私が助手のとき『最新民法総則概論』を校正したが、現在紛失して手元にない。同旨の説明であつたと記憶する。無論「正義
の定義の中に *voluntas* もそして *habitas animi* もあることは夢想だにしなかつた。しかしローマ法の理解には、私の乏しい経

験からもこの意思の理解が基本である。また心理学の「意」とも相違する。それは矢張り要件行態論における最重要な要素である。 Waldstein, S. 224 f.

(16) Waldstein, S. 223, Anm.

(17) Waldstein, a. a. O. S. 223.

(18) Waldstein, a. a. O. S. 225 f.

(19) 私の考では、Waldstein がこれら定義、教訓を最高原理としたのはよいが、その欠点はこれから個別的具体的ものを抽き出す論理がなごことである (S. 226 f.)。私は三段論法とこれを発展させる最近の法論理学と Rhetrik 従って Argumentation によるべきものと考える (続稿)。

(20) Senn, op. cit., 27 S.

四 *suum cuique* は無内容の方式か

前節の Levy, Bryce そして私に加える Buckland も Mac Nair などに対する Waldstein を代表とするドイツ学者の論争は、*suum cuique* を謳う正義定義が内容なき空虚の方式で、従って不用であるかが論点の中心となっている。そこで私は、Waldstein の立場を定義教訓有用論として Levy 等の立場を無用論とかりに称した。後者の立場は、定義教訓からは具体的事件における各人の正しさも権利も導き出されないというのである。

前節の無用論も有用論も私の見る所では、第一に法律家、特に法務官・裁判官などのもつべき徳に関係する。またはこれらの法律家、即ち正しき法の具体的判断までの論理である。無用論は具体的事件の正しさの判断が、法律家、法務官・裁判官の具備する資格（教育）と徳によるこの論理から当然出てくるので、あえて一般的抽象的正義などの定義も原理も不用という。これに対して有用論は、法を執行し具体化する（例、古代は王）、特に法律家、裁判官には、徳の意思とこのための最高の法原理から導き出す論理をも加える必要がある。このように両者の立場を解すると最も関心が高まるのは、

法の教訓の中にある「衡平と善」の評価である。

定義の有用論が最も力説するのは意思と徳であり、これが定義から引き出される抽象原理である。この考えは法（正しさ）の原理を適用する主体、特にその資格を考える。この最高の正義の抽象原理を適用する側の、つまり主体（裁判官など）の重要な資格は何か。Waldstein はこれを Senn によって徳に求める。これを少し紹介したい。

私も正義と関係のある諸徳は、現在でも司法官、行政官のあるべき主体的要素に教えられるべきではないかと考える。私の要件行態論はこれにも及ぶのである。⁽²¹⁾

(1) 主体的判断の余地を認めるか

まず正義の定義は完全に客観化され靈化（これは肉体を離れて存する意）されたものか。幾分でも主観的色彩をおびるものか。恐らく後者の意味は主観的（主体的）な徳を必要とするかということにつながるであろう。Waldstein によれば、前者を主張するのが Lübtow であり、⁽²²⁾ 後者は Senn ということになる。それは徳が常に具体的人間によって実現されるからである。そしてこの主観的色彩こそ典型的にローマ人の性格的特徴とされるのである。大陸法系の学者（主としてドイツ）が正（義）を原理（Prinzip）として理解すると、この原理は完全に客観化され、精神化（靈化）されるべきものか主観的の余地があるかということらしい。これは人間の人格の特性である徳に、そしてその人の意思にかからしめるまたは完全に客観化とはいえないという趣旨に私には原文から解しうるのである。そこで完全に客観されないで残るのは、主観的の色合（Färbung）であり、それは定型的ローマ人の性格特徴でこれが徳に対応する。正しさの恒常不変の意思がなければ、法（Recht 正しさ）は機能できない。これが正しい人間（gerechte Mann）の固有性（特性 Eigenschaft [Lübtow]）である。既に Senn が豊富な法源の基礎に右の正義（Gerechtigkeit）が徳を問題にしていると何等偏見にとらわれずに述

べたと Waldstein はその功績を買う。

既述のように、私も Sena にしたがって正義を実現する現在の裁判官(正しきの宣言者)も徳性をもつことによって初めて実現できると述べた。これが「正しき」の機能であり、裁判官の主観、特にその意思により実行される。この意思が欠ければ、古代でも裁判拒否(正しきの拒否 *Rechtsverweigerung*)、恣意的気まぐれの権力行使となり、古代の国の墮落の表徴ともなったのである。このことは現在においても勿論妥当する。

(2) 衡平と善

ここでは Waldstein が引合に出す現代の法哲学者 Henkel の説は前述したためこれ以上は省く。そこで現代に活躍する法哲学者の説は改めて纏めて説きたい。ここでは *ars boni et aequi* の説明の部分のみを紹介する。けだしこの句は正義の具体的適用において不可欠であるからである。

まず Theo Mayer-Maly は、その論稿 (*Vom Rechtsbegriff der Römer*) において次のように説く (Waldstein の引用による)。「正しきこと (*Recht* 法) が、もし秩序的にそれを生み出されるものであるならば自分の意のまま勝手の内容のものを各自がもつことができるなどの表現 (観念 *Vorstellung*) は、どこにも見当らない」。各学者の基本的研究の一致した結果は、ローマの法 (正しきこと) の概念の中には国家の規定如何に依存することなしに、これより先に各人に予め与えられている諸規範が含まれている。それが Celsus の「善と衡平」の定義であり、これこそローマ法学 (*Rechtswissenschaft*) から得られる唯一の法 (正しいこと) の概念の定義であると。ここで自然法が持ち出されてくるが、これについて私は別に論じたい。Mayer-Maly は、衡平が法 (正しきこと) 批判的機能を果すことを後期古典時代に認めるのである。そこには *ius* と衡平との対立を対置させる観念である。それにも拘らず、何等これに妨げられることなく Celsus は *ius* を「善

と衡平の術知」として定義し、ローマ法学者もこのような二つの対立的動搖(ゆさぶり)によりてこそ技術が創造的学識(Lehre)であることを表示する(Kaser)。

もう少しここで ius と「衡平と善」との関係を詳しく述べる。

ius, iustitia の定義がローマ人の法の実践から形づくられた要素が多いとされるに對して(前述の Waldstein 等)、『しかしながらギリシヤ哲学の影響をかなり認める説もある。そこで「衡平と善の術知(ars)」がローマの法学から得られる唯一の定義であるとする Mayer-Maly は次の法源から確証しようとする。

Paul, D I, I, 11 (14 Sab) : ius pluribus modis dicitur : uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur ut est ius naturale.

〔要旨〕 法(ius)は多くの態様で定められている。△その中▽一つの態様があり、それによって、自然法と同じように、常に衡平と善が法であると定められる。

この Mayer-Maly の説は、自然法に關係づけられているところに特徴があり、Waldstein はこれによつてこの Celsus の定義が全体としては法(正しさ)秩序(Rechtsordnung)ひとりだけに対するに止まるその妥当性(Gültigkeit)は失われるという(一部の妥当性しかないということの否定)。つまりこれ以上に自然法に及ばねばならぬという意であろう。果してそうであるかは彼の説明をきく。

Mayer-Maly によれば、衡平には法批判的(rechtskritische)機能があり、これは ius と衡平が対立する(Gegensatzes zwischen ius und aequitas)という觀念(Vorstellung)に依拠しなければならぬ。この考え方は後期古典時代から承認されているという。また Dieter Norr によれば、この機能は Labeo(有名な法律家)以降証明できると。そこでこの ius と衡平が対立していることもありうるという觀念はいつ頃からあったか、そこでは法務官の司法権(つまり判決告示など)に

において、「善と衡平」の全体の発展を見ると共和制の衰頹期頃からともかく存した。そこでこのような対立観が *ius* を衡平と善の術知との間に生じたとすることにいささか問題ではないかともいえる。そこに自然法思想による法の見方の変革が想像されうる。これは *ius* と *aequitas* とはまた同じ実体（本質）ではない（*non sono la medesima entita, Riccobons*）と指摘する。このことを解くのは、法概念の動態的契機（*dynamische Moment*）法を動かして進化させる動因）であつて、それは *Lutbow* によれば、同一の法（正しさ）の概念の内部において *ius* と *aequitas* の対立の突破口をつくること（*aufbrechen*）で、これは可能であるし、法学の作業はより高い綜合（*höheren Synthese*）に向つての努力にあると。こうした努力によつてこの両者の対立は克服しなければならぬ。この一面を *Kaser* は術知（*ars*）を創造的理論（*schöpferische Lehre*）と適確に表現する。

このような解説の趣旨からして、「衡平と善」は自然法にも等しいのであり、彼の *ius* という実定法の規範は衡平と善と自然法の要求の下に検察され、これによりて常に匡正されるものである。Senn も *ius suum* は「善と衡平」と *ius naturale* 及びさらにそれに実定規範（*positive Normen*）により定められるといふのもこの趣旨である。もし *ius* が「衡平と善」もしくは自然法と矛盾した場合にどうなるか。この何れの場合にも *ius* は不正（*ungerecht*）と認められることになる。ここで私などはこの時代の自然法に興味をもたされる。そして「衡平と善」は自然法なのか、自然法とは別のものかという疑問も生じる。ただいえることは、実定法の規範ではないことだけは確かである。そして「衡平と善」および自然法は実定法と対立し、その批判規準とすることはこれらが実定法と対立関係にあるということを前提とする。しかし常にそうなのか、あるいは実定法と合致し対立関係にない場合もあるのかは判然としない。自然法の項で検討する。

われわれ日本人が知ったことは、この時代のローマ法全体は決して今日の実定法主義もしくは条文の字義的秩序のみからなるものではないということである。つまり法秩序にさえ合っている（*ordnungsgemäß*）のであれば、好き勝手な内容

をもつてもよいというのではない。即ち、「衡平と善」の批判を受けねばならない。この議論は *sumum cuique* が内容のない方式であるか否かに関係する。つまり「衡平と善」の批判とこれによる動態的契機からくる進化的綜合により内容が充たされるのであれば、この「衡平と善」は法学 (*Rechtswissenschaft*) の側からして得られる唯一の法 (正しさ) ともいわれる。そこでローマの法学が何であるかも知らねばならない。ここで知ることができるのは、ローマ法学は決して実定法学のみではないし、また日本で支配的であったし現在もそのような傾向の強い実定法主義万能もしくは一本槍から既に変つてきているということである。つまり「衡平と善」とをもつて自然的規準とする限りはこれも含めた法学は、実定法に批判的見方をするのは当然である。ius そのもの (*ius an sich*) で足りるものではない。これでは正しい法 (*richtiges Recht*) についての先在 (先行) 的批判基準も存しない。

五 結 語

Waldstein の説の結論をあげる。彼自身は結語という文字を使っていない。簡単にその要旨をまとめる。

第一はローマの法学者はピタゴラスとストア学派だけでなく、すべての哲学者の立論 (議論の立て方) と表現を知っていたことは疑いが無い。しかしこの Ulpianus の定義はギリシア哲学よりもかなり古い (*viel älter*) という。それはどこかの哲学論議を問題にしているのではなくて、各人に彼の *Recht* (*ius* 正しさ) を与えるということが法 (正しさ) の秩序の絶対不可欠の前提 (*unabdingbare Voraussetzung*) とするからである。

第二はローマ法学のなす役割についてである。それは各個のケース (*Fall*) から、何が各人の正しさ (*Recht* 権利) であるかを引き出して発見することの努力からして、この法学の *Arbeit* (労作) を理解すべきであるという。これは法学者の現実に努力した法学からこの定義の意味を知るべしというのである。

第三に正義が徳としての見地からすれば、Ulpianus の定義は決して無内容の方式ではないことである。正義を徳とする不変恒常の顕著な意思からして、ius の具体的内容とは別個に独立して「正しさを与える指示」(richtunggebende Weisung, Henkel)をも推論する。そこで ius sum のこの ius の中には「衡平も善」も自然法も、そして実定法 (das Positive Recht) が含まれているというのが Waldstein の結論であると私には思われる。

以上が「各人に彼の ius を」というのが決して一部の学者(イギリス系)が説くような「空虚の内容とされる」ものでないという反駁である。

六 私の結語

(1) ius に当るものは東洋そして日本に存したか。本稿に引用する学者は否定的である。しかし ius が東洋に皆無ということにはならない。それは東洋にあって未発達・未発展の段階にあったというべきではないだろうか。またかりにないとしても、なぜそうなのかその消極的な原因とこの ius に代って機能したある規範(X)の究明こそ東洋学の一つの課題と思う。恐らく大部分の近代の東洋諸国で西欧化の過程にある国々は、この未発達・未発展の ius の萌芽が何等かの形において見出され、これが漸次展開しつつあるのではないだろうか。

(2) 日本はまさにこの ius を継受し、今はその条文に展開中であるといえる。この展開に当って、方向が二つある。一つはできる限りローマ法体系の諸国に倣い、またできる限り継受母法国に近い ius を展開する方向への努力である。他の一つは日本語という特殊の言語と日本人とその風土、伝統の支配・制約をそのまま既定の事実とし、この雰囲気の中で新しい日本的 ius を種々の形を日本的に表現して実現する方向への努力である。私は何れかといえば、前者の立場にあるが、決して後者を全面的に排するものではない。その最も難しさは、日本語をもって一体西欧語の本質を十分に表現しうる

か、訳するに当りあるいはあるときは遠回しに婉曲に、またあるときは間接的に数語の接続もしくは合成をもって、さらには新合成訳語の表現により迫る他はないのではないか。iusを「法・正しさ」「真直」と訳し、その抽象的 iustitiaを「およそ正(と)義なるものは」と訳すのも一例である。また衡平は「秤り」であるが水準器でもよい。これが基本とすれば「水平」でもよいし、これを含めて「公平」と訳すといった如きである。しかし日本の近代化は西欧化であるので文字 (ius) の示す「実体」については、継受母法国のそれに近づくのが必要ではないかと思う。そして論理的根拠の強弱は継受母法国の表現に頼らざるを得ない。例えば、Sollen, Müßen, Können, Dürfen これに当る外国語などが法術語と文章の語句の結節の意味と諸概念のメルクマールにつきその感がある。

(3) 最も欠けているのは、自然法の考え方であろう。それは従来余りにも実定法主義にとらわれ、これに研究主力を集注し過ぎた感があり、自然法まで手が廻らないというのが実情ではないだろうか。しかし法学 (iuris prudentia) の発達は遂に自然法との関係を「衡平と善」を通して取り上げざるを得ない。実定法主義が自然法を無視する限りは、それは法学としての資格を欠くのではないかともいえる。十九世紀末の実定法万能主義がやがて自然法の「再生」を迎えざるを得ない。⁽²³⁾ このことはローマ法学からも当然の帰結といえる。私も関心を強くもつ一人であるが、余りにテーマが大き過ぎるので、経済法(学)に関する範囲に限って取り纏めたいと考えている。それは資本制社会の未曾有の発展の要求でもある。

(4) 未熟の私見ではあるが、私が東洋学における ius, aequitas に相応し匹敵するものを探索するに当り、その手懸りもしくは共通の基礎となるのは「自然」ではないかと思う。というのは、西欧の法律家は孔孟の儒学よりも老子の道教 (Taoism) に注目するからである。最近これについての英文の論文もある。⁽²⁴⁾

(5) 「善」で示される通り、ius と mos (mores 英語の morals) の関係、即ち「法と道徳」とは不可分である。これを一応切り離したのは実定主義、特に要件行態論であらう。⁽²⁵⁾ これは大きな問題でもあるので別に論稿を執筆する。もっと困難

な問題は *ius* と *fas* (神形祭祀法) の関係である。しかしキリスト教以前の古代宗教と原始的「法」との関係は、幾分解る気もしないことはない。というのは日本の神道に類似する点もないことはないと思う。しかしキリスト教との関係になると全く私には立ち入り難い領域となる。⁽²⁶⁾

憶測であるが、古代の中国、日本その他日本文化との関係深い東洋諸国の宗教、神事、祭事などの比較的研究により、*ius, fas, mos (mores)* に類似並行する規範があるかも知れない。これにより(1)の研究に光明を与えることができるであろうか。

——本論の続きに Enrico di Bobilanti, *Teoriae Ideologia nelle Dottrine della Giustizia* (1964) の要旨を紹介し、最近の学者の正義論に到る予定である。従って、ここで述べるのは中間的しめくりである——

- (21) 大東文化大学法学部創設十周年記念論文集四二頁以下。
- (22) Lübtow, *De Iustitia et Iure*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZSS)* 66, 1948, S. 458—565, Waldstein の引用するものは S. 514 である。Lübtow の八十歳の記念論文集の表題も同じく *De Iustitia et Iure*, 1980 である。この論文集の冒頭にこれまでの研究歴を略記する (*Erkenntnis und Bekenntnis*)。Lübtow はローマ法だけでなく民法も民事訴訟法の領分にもその研究精力を注いできた。そしてローマ法は *Iustinianus* の時代だけでなく、現在に到るまでのものを包括するという信条である。これは日本の学者が狭い専門分野に閉じこもり、この範囲だけが「物識り」になり勝ちの傾向に対しての頂門の一針であるばかりでなく、ローマ法の効能範囲を現代法にも及ぶことは達見でもある。
- (23) Joseph Charmont, *La Renaissance du Droit Naturel* (1910)。大沢章訳、特に二二九頁以下。
- (24) Fikentscher, Franke, Köhler (Hera.) *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, 1980 S. 72, S. 443. *Chín, Law and Society in Traditional China*, 1980. (repr) p. 213 は自然との関係を扱ふ。O. Weggel, *Chinesische Rechtsgeschichte* 1980, S. 19f は老子の思想 *Taoismus* を紹介。
- (25) この研究の前に私は「要件行態論序説」を法学部十周年記念論文集に発表している。
- (26) M. Kaser, *Das Altrömisches Ius*. 序説 *Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, 1949, S. 22 f. S. 53 f. *lex* との関係 S. 63 f.

七 余積 Exkurse (私見)〔 〕の中は私の補説である。

以下は私の現在の研究テーマ、即ち要件行態論を頭の中に入れての余積である。またこれは一種の中間的結論ではあるが、むしろ感想に近い。見られる通り本文にラテン語、ギリシア語があり、果して綴りが誤りなく活字になったか、さらに正確に意味を解したかどうか全く自信がない。まずは *sit venia verbo* (言葉使いについては御寛容下さい)。

(1) Ulpianus の定義無用論、有用論

私は Waldstein の論文を基にしたために、定義有用論に多くの分量を削ぎ過ぎたかも知れない。もう一つの弁解を許されれば、私が本文でも一寸触れたようにこの論稿は特別研究費を交付された要件行態論の一部である。私はこの理論を大陸法系の一つの特徴としたいためにかなり詳しく紹介せざるを得なかった。しかし私の継受比較法的方法是、決して大陸法系だけに限定されるものではない。従ってこの余積の中にはイギリス法との関係にも及ばざるを得ない。即ち、比較法系論である。特に日本は大陸法とアメリカ法との混合継受の部分も多いので特に重要である。

この有用、無用論争はそれだけでもローマ法の根本に関する興味ある学術的テーマであるだけに、私はこれを別の立場から評価したい。それは今、執筆の腹案を立てている大陸法的思考方法と英法的のそれとの相違で、既にいわれている演繹的と帰納的の論理の対立である。この角度からこの論争のそれぞれの側のもつ意味を明らかにすることができると思う。というのは、Waldstein を始めとする大陸法系の学者と Levy として Breyce などの英法系学者との同一対象、即ち Ulpianus の定義と法(正しさ)の「教訓」に対する解釈の違いは両法系の伝統と学説および判例の論理的の思考態度の相違がほぼそのまま反映している。然らば、ローマ人自身はどのような思考態度かという点、これはどの法系学説によって

もいえることは「実践的」であるということではなからうか。そして実践的であるという点でイギリスと共通する所が多いのではなからうか。これは比較法的にも重要なことであるのでやや詳しく述べたい。

また私は本稿では大陸法系の学者の説に偏ったかも知れないのでイギリスのローマ法学者の考えを前掲の Buckland の著書により紹介して補充を試みる。

まずイギリス法 common law とローマ法の比較を試みた Buckland は、これに先立つその著「ローマ法における衡平」(Equity in Roman Law, 1911)においてローマの法律家がどのような institution を作業したか。この語を Buckland は無造作に英語の institution と書くが、実はローマ法の INSTITUTIONES を指すものと思われ、この部に Ulpianus の正義の定義が冒頭に載っているし、その Digest に Celsus の定義があることは前述した。この institution だけとその日本語訳は「制度」とされているが、ローマ法学の institution はむしろローマ法学撮要(提要)で、この要領⁽¹⁾という意と一般の訳語である制度との両者をも含むように私には思える。

Buckland が前掲の書で述べている要点は、この institution (Institutiones) をローマ法曹家 Lawyer が扱ったが、そこで作業した方法とそこで示そうとした試み (attempt) は様々の異なった形をつくっている。その作業した方法は、イギリス法の法曹家 (English Lawyer) のそれと非常に類似 (very similar) しており、特にイギリスの現代の equity の適用区域にあっては驚くべき程 (astoundingly) 同じような (like) のである。……これらは疑もなく法曹家の作業(仕事)であるが……しかし大方の基本的観念 (most basic notions) については、これらが法曹家の作業であるとするのは本当 (true 真実) とはいえない。というのはこれらのもの(基本観念)はその本質について、法の職業的研究 (study) なるものが存した遙か以前に既に形づくられていた(形としてあった)のである。その基本観念は法曹家が作業したものではなく、法曹家の作業する資料 (materials) として既に与えられていたに過ぎない。この資料は法曹家と政治家の手による数々の年代に

わたつての法源から知られる通りの形になったのであると。いわんとする所は、法学者 Ulpianus の定義によって基本觀念は形づくられたものではなく、その以前に法源の中に法曹家・政治家により形づくられていたという意であろう。その作業した資料 (materials) の形が職業的研究の作業以前に既に所与のものであったことだといふので、これは Waldstein がギリシア哲学の影響と関係なくローマ人が実践的に各人に各々の (suum cuique) ius といふことを長い間作業してきたといふのとはほぼ一致する。しかし学者 Ulpianus の役割の評価に両者の相違があると思われる。Buckland の初めの書は一九一一年、次の書で私とその「序文」によつてゐるのは一九三六年公刊のもの、Waldstein の論文は一九七八年の公刊である。Waldstein の論文は Buckland の書に全くふれていない。従つて両説は全く独立のもので、それにも拘らずローマ人の実践的 (非観念的) 性格について一致した見解でもある。さらにこれがまたイギリス人の、特に普通法の法曹家の伝統的性格とローマ法曹家とが近縁 (affinity) していることを Buckland はいふ点に注目される。彼によればイギリス人とローマ人は人生の同じ事実 (司法事件など) に対する方法と態度つまりこの両民族の法曹家の各々は独立の近接方法 (解決に迫る方法 approach) をとり乍ら、驚く程類似しているといえるのである。

Buckland が普通法の法曹家とローマの法曹家について類似 (like) と近縁 (affinity) を説くのは、この点までである。あとはその各々の法制についてのむしろ相違の列挙に力を注ぐ。私がここで注目したいのは、彼の比較法における態度である。それは普通法とローマ市民法を継受した (received) 国々との各対照 (contrast) である。この比較のため Buckland の取り上げたイギリスのルールと institution (制度) はイギリスの equity よりもイギリスの普通法から出た所のルールと制度の方が多いと自ら述べている。従つて既述の大陸法系の学者が国の体系を超越した衡平 equitas の比較まで及んでいないのが残念である (以上は preface の要旨)。

このローマ法と普通法の概念 (conception) との差違を強調する一人は R. Pound で、彼は普通法とローマ法継受国

(civilians)とを比較し、後者をその後発達したドイツの Romanist の体系と称して、この中心観念 (central notion) は意思 (will) であり、意思された事物処理 (willed transaction) の術語 term をもって考えるのに対して、普通法の法曹家は法律関係 (legal relations) の術語で考えると。恐らく Pound は「法律行為」(Rechtsgeschäft) を指していると思われる。

Buckland はこの説に対して異議を唱え、この意思説は (本来のローマ法のものではなく) 十九世紀のパンデクテン学者により発展されたものだという。しかしこの Buckland の異議の方が却って根拠が薄いことは、大陸法系のローマ法学者の説 (voluntas を重く見ること) により明らかである。Buckland はローマ時代の法曹家と現代のローマ法を継受した後継者との間にかなり相違があり、これに比すればローマ時代の法曹家と普通法の法曹家との相違は少ないという。然らば何をもってその根拠とするかを問いたくなる。ここに私が前述した generalisation の有無の方法 (method) を Buckland も取り上げる。

纏めて見れば、第一は一般化 (generalization) をあげること、従ってできる限り定義を掲げることと、第二は強度に決疑論的 (intensively casuistic) であることである。両者の進め方はケースからケースへと進むことであり、多少の論理的不調和の危険を冒してまでも善く作業する一連のルールを創設することで、これが遅かれ早かれある困難を生じようとも意に解しない。これが論理的体系 (logical system) を樹立することよりも、さきにこのよく作働するルールの方を熱望している。このやり方はパンデクテン学者の方法ではないのである。ここで Buckland はパンデクテン学者の方法が一団の基本原理 (primary principle) から一連のルールを演繹すること、これはイギリスの普通法の法曹家とローマ時代の法曹家の方法ではないと。このあとの説明はむしろイギリスとローマの法制度の差違を説く。私見を加えると、この所では Buckland は普通法の法曹家の方法が、演繹法に対する帰納法 (inductive method) とはいっていない。私のかねての研究課題は要件行態論であり、これが大陸法系の特有のもので、この大陸法系がローマ法の継受法国であるとすると、イギリ

ス系の普通法においてこの要件行態論に匹敵するものまたは代るものは何か。また要件行態論の論理が *Syllogism* であり、一般化された上位の大前提である抽象的原則から個々のケースへの具体的適用であるとすると、イギリスの普通法のケースからケースへと進んで帰納的にかつ決疑論的に解決する論理は一体何か。これが私の次の研究課題なのである。ここでさらにイギリスの学説のいう正義の定義の無用か、僅少効用説をもう少し補説する。これを代表する右の *Buckland* はその別の著書 *A Manual of Roman Private Law* (初版は一九二五年であるが、一九三八年に改訂版が出され、私の入手したのはこの版である。従って前掲のよりも二年程新しい) の同じく *Introduction* において定義一般につき次のように述べる。

学問的定義からは定義された事物の相互の差違 (*differentiation*) 以上のものは期待してはならない (*must not expect*)。例えば馬の定義だけでは「それがいかに詳細であろうと」、この動物の生き生きした画像 (*picture*) を与えない。また「大陸法系のある学説の説く」「社会目的も一般意思も純粋な法曹家の見地からすれば、法の定義の枠組をつくるのに何等手助けになるものではない」と。このことはおよそ次のことをよく意の中に入れねばならない。定義が広い範囲を包含しようとするれば、それだけ益々定義の中の要素 (*elements*) が少なくなる。というのは、すべてのその対象に共通となるべき要素が益々少なくなり、他のものに共通しないものが多くなるからである。「他のものと共通しないものを除くとその *elements* は益々少なくなる」。十二銅表から現在までの *Law* を包含するに足る程の広汎な定義はわれわれに多くの「足しに」なるものを語らない」と。

この定義の内容からしてイギリス人の考えは大陸法系の法の論理とは異なる。別稿要件行態論で述べたように、大陸法系の学者は *Syllogism* をとるために定義のメルクマールを嚴格にし、その内包外延をもって相互の概念の分別と分類を組織づける。*Buckland* は軽く定義の *elements* として片づける。このような論理をとるのは、現実の事物の生きた映像と

その分析に余り役立たぬからである。私は要件行態論の完了後、このイギリス法の実用的論理を別に扱いたい。

またこのような抽象的一般的の定義を軽んじて現実の事物に重きをおくことは、日本法と日本社会の現実の事件及び日本独自の法体系に拘束される裁判官と裁判に役立つような学問に集約的に専念すればよいという考え方になり易い。反面からいえば、Ulpianus の定義などローマ法の概念と法原則はイギリスでさえ拒否している位であるから、アメリカ法などを継受した日本法学ではなおさら顧慮しなくてもよいということになる。日本の法典・法学の各定義は、ローマ法とその継受法国の定義の中に包含される要はなく、独自に日本語でその内容 (elements) とメルクマークを定めればよい。目的は実務における事件の正しい解決である。だが要件行態論はこの立場に反対する。

(2) 総合的連関的理解

冒頭に既述の通り、「正義」の解説(消法的 Digest 的説明)から出発したものの、ここに至っては「正義」だけが孤立して認識されたものではなく、それが法(正しき)の原則として適用されると「衡平と善」とによって補充もしくは批判され、修正、匡正されねばならない。正義に算術的と幾何的とがあることは日本でも説かれている(ラートブルッフ説の影響)。しかし「衡平」がいかに重んぜられていたか、またこれが普遍的のものであるかはイギリスの equity 理論によって分る筈と思われるが、Buckland はこれを説かない。さらに東洋の灑の^レは水平、即ち水の平らな如くに当事者の争いを編せずさばく。衡と水準(器)の相違だけでその目的とする所はほぼ同じであり、東洋的「法」は、あるいはこれを手懸りとして探求することも可能かも知れない。また「善」に到ってはまさに法(正しき)と道德の関係であり、その時代時代の表われた両者の関係が様々であろうと道德を排しては正義・法(正しき)も具体的に妥当させることは不可能である。われわれはこの永遠な課題にいかなる時代でも取り組まねばならない。ただ道德、倫理は各国にそれぞれ固有の伝統

と考え方があり、衡平が普遍的であるのに対して、国家社会を成す民族特有の感情とその規範意識を考慮に入れざるを得ない。

私が特に注目するのは効用 (utilitas) である。かつての処女論文で私が民事責任における「効用原則」を紹介してから、私の念頭から離れなかった宿題でもあった。知られる通り、Bentham (ベンタム) は「政府の努める仕事 (business) は享楽を促進し苦痛に対して保安を与えることで、これが最大幸福を測ることであり、それはまた正と誤りの尺度である」と (It is the greatest happiness of the greatest number, what is the measure of right and wrong)。効用 (utility) とはこの幸福を増減するように思える傾向に従って各人の行動を是認しまたは否認することとされる⁽³⁾。この効用説 (utilitarianism) に対しては経済学者の Mill も同調する。Bentham の著書の表題は「道徳と立法の原理 (principles) への入門」⁽⁴⁾ であり、効用論はまた経済学の効用理論にもつながる。私がこの効用を出した動機は、私が腹案を練っている経済法理論の中で一つの学説として展開できるのではないかと思うからである。

私がここで総合的連関といったのは、正義、衡平、善そして効用を最高規準または格律 (原則) として具体的な事件もしくは事物に適用する場合に、まずこれらの諸理念をすべて考慮に入れた八方にらみの評価づけを試みる。その何れの価値規準に重きをおくべきか。正義か効用かまたは衡平か善かをその適用主体 (裁判官など) が、事物の自然的性質に応じて按配して比例的に各々を価値づけをすることをいう。つまり八方にらみをその事件の社会的諸条件に勘案しながら総合的に連関させて価値づけて判断することである (私見は後日纏めたい)。何れか一つのみを基準にして法的判断することは社会的事物の自然性と変遷する社会の要求する諸条件に合わないであろう。

(3) ローマ人とイギリス人の氣質の他の共通点

同じく西欧にあってもローマ法を継受した市民法体系の国に属せず、独自の法の継受を誇るイギリス人には却ってローマ人と基本において共通・類似した点が前掲の Buchland の指摘よりもさらに多いのではないか。つまり実践的で事物を觀念的につかむ前に、個々のものの処理を先例とされる個々の事件の解決した方法を種々と工夫してその実利的な結果を導き出すようにあてはめて使って試みる。いわゆる帰納法ではあるが、単純な帰納ではないように思われる。多くの類似の伝統的処理からの推論であるが、矢張りイギリス特有の論理もある。何も全体を觀念的に形づくる必要もなく、この実用性も見ないということが消極的な特色であろうか。

実はこの氣質は故三浦新七博士がかつてローマ人の個別的傾向と名づけられたものに非常に共通している。ただ三浦先生が、この「個別的傾向」と指摘されたのはギリシア人とローマ人との違いを対比させることによって示されたもので、⁽⁵⁾現在のイギリス人と比較していったわけではないが、余り変ってはいないであろう。

個別的傾向とは「その強い生活欲、活動欲がその支配せんとする物を具体的に捕捉することを要求する。新しい事件が起った時には既に出来上っている法規を色々に応用して何とか事件を片づける」などを指す。この個別的傾向はそのまま個物の重視となって表われる。つまり現在でも伝統として、「個々の事件の判決に当って新な立法、学説に走らず、既成の法令と類似の先例判決を種々と工夫・操作して応用することになり」、こうして私はイギリス特有の解釈論理「例、同一種類の原則」と、いわゆる先例拘束の原則が漸次生成、確立してくると思える。私は要件行態論の中にこれに取組みたい。さらに共通しているのは、個物性の重視が個性の尊重となりこれがそのまま各個人の意思を法と正義の基本的要素としたのではないだろうか。この点はパンデクテンの法律行為の意思の要素と同じであるが、社会関係の意思よりも「個人」の意思を優先させる点がローマ人とイギリス人は随分と似ている。一般にイギリス人は自己中心に置く。これを示す

のは一人称である。われわれ日本人が感ずるのは、何故自分を示すのに“*I*”と capital letter で示すのか。これは私の知る他の外国語にはない表現である。そうかといって彼等は *egoism* に徹しているわけではなく、全体をも同時に考えの中に入れる。この全体と個との関係の把握はイギリス人とイギリス社会を余程研究しないとできない。そこであげられているのは、大ざっぱにイギリス人を個人主義者と見る考え方であり、いわゆる木を見るが森を見ないという比喻で喧伝されている。私の処女作「監護責任と無過失責任との関係」において、私は三浦新七博士に従ってローマ人の個別的傾向と名づけたものをそのまま引用した。⁽⁶⁾

また実用的功利 (*utilitas*) を目指し、これを規準として条文と先例を操作して間に合わせることに共通点があるかも知れない。両民族に歴史的沿源と発達の経路に大きな差があっても、共に伝統主義・保守主義の気風を有するといえるかも知れない。そして実用、実利によって貫かれている所に大陸法学者の観念的イデオロギー的性向と歴史観とは區別せらるるであろう。私の憶測であるが、現在のアメリカの法を社会的道具・技術とする思想も効用主義の一発展形態ではないだろうか。

もう一つはギリシア人に対するローマ人の特色である、物の「本質」をつかむことをしないという点もイギリス人と同じではないか。前述の定義教訓有用論を主張する大陸法系の学者は、本質 (*Wesen*) もしくは *innerstes Wesen* (最も内奥にある本質) という語を使う。このような、物の最も深い内奥までイギリス人は立ち入って考えることはしない。何故かといえ、恐らくこれは実践的行動にとっては不必要であるか、殆ど役に立たぬと見ているのである。それよりも事物の実利と実用の要素 (*element*) と要因 (*factor*) を求めるのではないだろうか。またイギリス人にはカント的哲学思考もその趣向に合わないのもこのせいであろう。この点がイギリスの社会的経済思想とドイツの哲学思想との相違の基となっているのであるか。このような私見は、一人の日本人の独断かも知れない。ただ私は私なりに、若い頃からイギリスの古典

派経済学を読みまたは読まされ、また自分でドイツの経済学者 (O. Spann, K. Diell Schmoller など) を読んだ昔の経験からの帰結である。

(4) 日本人と日本語による正義、衡平、善、効用などの理解とそのアプローチ

古へのローマ人が長い間かかって発展させたこの正義を日本人が、現在日本語により把握し理解し、最高法原則としてこれから演繹して、個々の事件の解決に迫ることが可能か？ この解答は yes か no の割り切った出し方ではない。とすれば、大陸法系の学説・判例、そして法曹家を含めた一般の国民感情の基になっている「正義」に近づくことが可能か？ この近接 (approach) の途を阻んでいるものは何か。これから検討したい。

第一は語学の障壁である。繰り返してきているのでこれ以上は述べない (私の「西欧語と日本語」を参照)。ローマ法を法学を必修科目として学生に強制するまでに到底及ばないのは、この語学の難しいことにもよる所が多い。しかしこの以外の方法もありうるかも知れない。(西)ドイツなどの大学のカリキュラムを一覧して痛切に彼此の差を感じる。ローマ法は日本では少数の学者の知識に止まるのであろう。

第二はローマ法の正義の実践を日本人が学ぶことによって、どれ程の効果を日本法学への及ぼすことがあるか。これはローマ法の知識の有用性にも通ずる。この疑問を生ぜしめるのは、日本法学が明治時代には大陸法系の諸法を圧倒的に継受したが、現在および将来は必ずしも大陸法一点張りではないということによる。終戦後はアメリカ法系の法 (広義) を権力的に継受を強いられ、これを契機としてこの後続的拡充もしくは補充が自主的に現在も続いている。こういう法律環境の中で今更 Ulpianus と Celsus の定義教訓を学んでも役立つことが少ないのではないかという見解であろう。

第三は西欧と東洋の文化的人種的風土的差異からして、所詮西欧の諸概念を既存の日本語をもってしても理解する資格

は日本人には著しく欠けている。単なるヒントまたは参考程度に止まるべきである。この考えは、歴史的には根拠がある。それは古代より東洋の王 Tyrant は、初めから法、正義などによる裁判が行われる国を考えていなかったし、それで十分国の法制を保持し、発展させ、歴史的にはある独特の文化を創り伝えてきた。従って各東洋の国民感情と考え方を満足させることが第一で、たとえローマ法の法正義論をとり入れるとしても、この歴史的に既存の国民感情と伝統を無視することはできない。そこでローマ法の諸概念と日本の法の諸概念は別に考えるべきである。要は国民の現在の正義・衡平感を満足させることであるということになる。

以上の考え方の根拠は私のいう国内的専断的方法と一致する。これに対しての反論は次の通りである。

ローマ法の学問的研究の必要は、イギリスでさえも認められる。またイギリス人程比較法的方法に早くから着目し、これを実用的に使っているものはない。このことは決してイギリス法の伝統を壊すことでもなく、却ってイギリス法の特色の良き諸点を現し出すことにある。この立場からすれば、ローマ法の正義の定義を学ぶことにより既成の日本法と日本法学の特色もしくは欠陥を見出すことになる。もし「継受」という普遍的文化現象に着目すれば、この際もう一度「継受」という観点からローマ法の法・正義などの定義を学問的に見直すべきである。これにより先進国並に立法も解釈も進歩し得る。また私の見る所では、ローマ法制度とイギリス法制度は意外に共通の点が多く、Bucklandの指摘以外にも justice, equity, good sense などを見ても日本と比較にならぬ西欧的共通の国家的な文化発展の基礎があるし、日本にはこの共通の文化的基礎すら欠けている点がある。イギリスのローマ法観をそのまま妥当せしめることは無理である。イギリスで重要な法格言 (Maxim) がラテン語でもって表現されていることは周知の通りである。少なくとも彼等にとっては、ラテン語の習熟度は日本人に比して格段高いのである。さらに現在の英語も右の justice, equity を始め jurisprudence, person, fiduciary, property など無数のラテン語の法術語をそのまま英語化して使う。これは全く日本語では不可能の領域である。

る。従ってイギリス法がローマ法とは別個に発達したと同じ経路を予想して、日本法学のこれからの独自の専断の発展を予期することは無謀といわねばならない。

(5) 日本語だけの文献もしくは翻訳書などによる理解はどこまで可能か？

ここで新に付け加えたいことは、「正義」などに関する文献の翻訳によってどの程度近接 (approach) が可能かである。私が見た所の狭い範囲内で (偶然かも知れない) 少し文献を補充したい。

日本で「正義」の表題をつけた翻訳書は、最近二つ見た。一つはH・ケルゼン『正義とは何か』宮崎・上原・長尾・森田共訳 (一九七五) とロイド・ジェーンズ『ゼウスの正義』真方忠道・陽子訳 (一九八三) である。前著はKelsenの論文 *What is justice* 他四点の訳であり、この書物全体が正義を解説したものではない。そうかといって残りの論文が正義に無関係であるともいえない。これを説く前に「正義とは何か」という問の解説のためKelsenの引照した関連事項がいかに多岐にわたっているかに一驚するであろう。道徳、宗教 (キリスト教)、自然法から平等、唯心論、唯物論、手段と目的、原因と結果、その他の現在、法以外の領域でも取り上げられている多くの事項に及ぶ。哲学者カントもアリストテレスも引用する。

およそ「法」という名で称 (形容) される現象、法的判断、法的価値づけには正義がすべて関係するといっても、日本語のこの名を示す文献を手当り次第に読むことが決して賢明な理解方法とはいえない。またKelsenの如き大家も前掲の論文で、しめくりりにしていることは「正義とは何か」という問につき、「わたし自身、この問いに対して解答を与えたつもりはない」、しかし彼は「相対的正義で満足するほかはない」といい切る (前掲訳書四九頁)。正義一つについても理解のいかなない日本人がどうして、自然法まで理解が及びうるか。Kelsenの説く西欧社会の道徳秩序、価値づけ、価値

序列、唯心唯物論になるとただ日本人読者の理解度の未知数が増えるばかりであろう。Kelsenがこの講演と書物の象対として聴衆、読者はかなりの教養の高い者であり、恐らく日本の法学部の学生もあるいは大部分の教授も眼中になかったのではないかと思われる。既述のように多大の関心を Kelsen に寄せる私でさえも辛うじて分る程であり、むしろ分らない部分の方が多い。翻訳と訳語による西欧法のアプローチの難しさを知るのみである。

Kelsen の「正義」論は日本訳もあるので少し批判的なコメントを加えると、Kelsen の説はローマ法学者からはかなりきびしい批判を受けているらしい（甚だ曖昧な表現を使うのは私自身がこの批判の原書を読んでいないからである）。Waldstein (a. a. O. S. 214, Anm) が Kelsen が誤解しているというのは、「純粹法学」の中の「正義」である。日本語訳の「正義」がこれと変っているか否かは明らかではない。恐らく Kelsen の方法論から見て同じであろう。

後著の『ゼウスの正義』は法律論ではなくて、その副題の示すように古代ギリシア精神史である。正義 (dike) がギリシアの文学者、詩人、哲学者の叙述からどのような行態に対して正義の名に値するものか述べられている。神話宗教とか論争を通じて説くことは興味深いが、法律的正義までの形成過程を知るとは困難である。この点は E. Wolf, Griechisch Rechtsdenken 1, 1947 (IV/2, 1970全六冊まで) がある。私は僅かに第一巻を捨い読みの程度であるが、解説乃至翻訳 (抄訳) を望んでいる。また町田実秀の既掲の論文もある (表扉の解説)。

本文は私の翻訳を基にした解説であるが、少々くどく、もう少し日本人に分るように明快に説くことはできないか。無論私の悪文のせいもある。しかし私は要件行態論の中で説得的レトリック的修辭論を扱う予定で、このレトリックは西欧語の論理 (Logic) によるそれと日本語のそれとを対比したいと思っている。西欧語のレトリックの例として、やや詳細にできるだけ原文にそうてこれに近い解説を行った。時には日本語的表現にはなじまないものもあることを気づいているが、西欧語特にドイツ語による修辭の原形を残すためにあえて試みた点もしばしばである。さらに私は大東文化大学の将

来の研究課題として西欧文化・文明と東洋文化・文明の突つりある融合の一つとして、新たな日本のレトリック論を築き上げて欲しいと望んでいる。

(6) 東洋文化との比較

本文で繰り返しているが、東洋の古代に西欧の王の宣告、儀式文に現われたような正ただしさと正義が本当に存在しなかったであろうか。その萌芽さえ見出し得ないのか、あるいは萌芽はあってもこれを育てる環境に恵まれなかったのか。この答えは大東文化大学の研究者によって出されることを期待する。

もし浅学をも省みず、いふなれば衡平 *aequitas* が国家体制の如何に拘らず自然法として妥当しているのであれば、東洋にもある筈である。恐らく衡り、秤り、はかり、はどこの国にも用いられているであろう。正義の女神のもつ衡は天平衡りで片方に銅片を載せ、片方に量る物を載せる。銅片を一定とすれば、これで量る物はすべて等しい。もし銅片自体を物によって変えれば、物によって目方が変る。綿を鉄とを同じく一キロとすることも綿を五〇〇グラム、鉄を一キロで計ることも可能であり、銀と金についても同様である。銅片を固定するときはすべてのものは同じ目方になり、算術的平均となるのに対して、銅片自体をある尺度またはその計るものの価値によって変えれば、比例的等価となる。何れも衡り自体は平らとなる。この平らに匹敵するものを東洋に求める。東洋の法は、前述のように濶ひろである。この濶は水であり水のように平らにする。平らに正しく罪をしらべる。この他、常道(理)と、正は一に止まる。どこまでも一という平らである。あるいは「動かぬ」真直で(以上、諸橋大辞典の中より)、一説は足をふみつけて直立していること、何事にも動かぬという意もある。(語言研究会編『漢字起源の研究』昭和九年による)。この中、「度・量・衡・規・矩・準・繩等すべて物の依拠うきよとなる器」という意もある。最後に祈祷(つまり神法 *fas*)という意もある。

(7) 補 説

これらの意味を体系的に整理して原典に当ればローマ法の「正義」と比較対照することも学問的に可能ではないだろうか。

書き終えると本稿の冒頭に掲げた記念コーヒーカップの文言の解説文につき、少々改める必要を感じる。それは「正義をもって徳、勇氣 (virtus Tugerd) とした」という句である。これは間違いではないが、これでは少し簡略過ぎて論理が不足する。本文で述べたように正義の中の「恒常不変の意思」が徳であるから、「正義を実現しようとする意思は徳であり、勇氣である」と改めたい。⁽⁷⁾

最後に私の要件行態論との関係につき一言する。Ulpianus の「正義」の定義、Celsus の衡平と善、そして法の教訓がドイツ学者のいう「法」の最高原理であるならば、それは法論理における三段論法の諸々の大前提の上位を占める定理 (Satz) である。これが実定法の適用に当たってどのように機能するか。同時に自然法によりどのように匡正されるべきか、これが私の課題である。

- (1) 矢田一男訳、春木一郎訳。何れも本文の訳語である。
- (2) Pound の説はその著 *Spirit of Common Law* の中からの解説であるが、*Interpretation of Legal History* も引用している。
- (3) Bodenheimer, *Jurisprudence*, 1974, p. 84, 85 に引く。
- (4) Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1823.
- (5) 「法学新報」四八巻二号三五頁以下。三浦先生の論文「古代羅馬文化の実践的傾向」(東京商科大学六十周年記念論文集) 一〇頁以下。その後、この論文ほか大東文化大学の建学精神の一つである東西文化文明の比較論に関する数多くの論文は、三浦

「東西文明史論考」(昭和二五年)に収められている。

(6) 三浦先生の論証の根拠は、ギリシアとローマの造形美術の比較である。曰く「詞の善く分らない者が或る国民文化を研究するに、最も便宜な方法は其の造形美術に就いて考察することである」と(三浦前掲二三八〜二三九頁)。私はイタリア滞在中に大東を訪れる前に美術館を訪れた。私が本文に述べた大胆な推測もローマ美術観賞の影響からでもある。

(7) 裁判官がどのような徳(Tugend)を必要とするか。最近書 W. Scheurle, *Vierzehn Tugenden für vorsitzende Richter*, 1983. 正義につき S. 73 f. 私も要件行態論にはこの文献を十分利用したい。

〔本論文は大東文化大学の特別研究費による成果の一部である〕