

# 「愛の日」の行方

——『権利のための闘争』を如何に読むか——

深尾裕造

「最初に述べたように、フィリア（愛）は、関連する対象や人間関係において、ディカイオン（法）の領域と同じであるように思われる。」 Aristotle, Nichomacean Ethics, VIII, ix 1.

## はじめに

「日本人は訴訟嫌い」論は、川島武宜の『日本人の法意識』に関連して、法社会学会の重要なトピックとして論じ尽くされた観があるが、イェーリングの『権利のための闘争』との関連で論じられることも多い。<sup>(1)</sup>

『権利のための闘争』の邦訳者村上淳一氏による解説書『「権利のための闘争」を読む』（1983）でも、「われわれにとっての『権利のための闘争』』と題する補講の形式で「日本人の法意識」をめぐる最近の論争が整理されている。<sup>(2)</sup>

実際、岩谷氏の研究で紹介されたように『権利のための闘争』が出版されて間もない明治初期に、既にウイグモアが「『権利のための闘争』の中で繰り返し教えられたあの精神の全く逆を想像できるとすれば、我々は、日本人の精神を理解することができるであろう」（1892年）と『権利のための闘争』との対比で「日本人の法意識」が論じられていたのである。<sup>(3)</sup>

この『権利のための闘争』で権利侵害に対し訴訟も辞さない実行力ある国民の代表とされたのがイギリス人であったことは良く知られている。し

かし、その対極の訴訟嫌いの代表とされたのは、・・・勿論、日本人ではなく・・・、オーストリア人であったということは、それほど意識して議論されることはなかったように思われる。<sup>(4)</sup> イェーリングによって標的にされたのは、宿屋や馭者に高値を吹っ掛けられても、「面倒な紛争が始まること、世間の目を惹くこと、誤解される恐れがあることを厭がる」大部分のオーストリア人、この訴訟することもなく、言い値通り支払うオーストリア人の権利感覚であったのである。<sup>(5)</sup>

イェーリング自身は、同書の反響の大きさの故に、後の版で、オーストリア人を訴訟嫌いと断じたのは、偶々、オーストリアの首都ウィーンで講演をおこなったからにすぎないと弁明せざるを得なかったのであるが、この弁明を額面通りに受け取ることは困難である。

最近平田氏によって紹介された、当日の講演（1872年3月11日）では、オーストリア人の訴訟嫌いの話はなく、その部分は、後述するように、ポケットマネーを原告に与えて訴訟に決着をつける郡長官の話となっている。従って、このイギリス人とオーストリア人との対比は、「オーストリアが目下戦い抜かねばならない権利のための闘争が、彼らの中に多くの勇敢な闘士を見出すであろうという希望」（イェーリング初版序文）を実現するために、出版の際（7月9日）に意図的に加えられたと理解するほうが素直であろう。<sup>(6)</sup>

実際、講演の翌年にウィーンを訪問した岩倉使節も、オーストリアの遅れた現状を「オーストリアと西欧・北欧諸国とは、このように四〇年の差があることはたしかなので、オーストリアがヨーロッパの他の部分と状態が異なり、覇気に乏しいことも、やむを得ないことだ」と評し、「ドイツ以東の国々は封建の気風が残っており、オーストリアはとりわけ貴族専制の雰囲気があり、身分によって待遇の異なることは、わが国の明治以前の光景のままである」とまで断じていたからである。<sup>(7)</sup>

逆に、仮に、イェーリングの弁明通りであったとすれば、イギリス人以外の多くのヨーロッパ人が訴訟嫌いであったということになる。何れにせよ、日本人の訴訟嫌いはせいぜい相対的なものに過ぎず、ヨーロッパ法文化一般と対比して論ずることの当否さえ疑われることとならざるをえない。むしろ、特異なのは、権利感覚に優れ、少額の請求に対してさえ訴訟を起こすイギリス人の法意識であり、日本人は訴訟嫌いだったのかではなく、逆に、何故に、イギリス人はかくも権利感覚に目覚めた、訴訟好きな国民となったのかが問われねばならないということになろう。

したがって、法史的な視点からすれば、「日本人は訴訟嫌い」論としてではなく、「イングランド人は如何にして訴訟好きとなったのか」という視点から問題を立て直し議論する必要があるだろう。イェーリング流に言うなれば、イギリス人が支払を拒否し、オーストリア人が支払う端金に刻み込まれた「何世紀にも及ぶそれぞれの政治的發展と社会生活」の差はどこにあったのかということである。

### 『ヘンリー一世の諸法』(c.1110's)の世界

イギリス人も昔から訴訟好きであったわけではないだろう。愛の法に対する優位、和解の訴訟に対する優位を表す有名な言葉として、最近、西洋法制史関連の論文の題名にまで利用されるようになった「合意は法に優り、愛＝和解は判決に優る (Pactum legem vincit et amor iudicium)」という格言が、一二世紀初頭のイングランドの法書『ヘンリー一世の諸法』の一節 (ch. 49, 5a) から採られたものであることに注目する必要がある<sup>(8)</sup>だろう。

同法書には、この他にも、「州裁判所で不一致を見いだした者は、愛によって協同するか、判決を求め対決するかの何れかである。(Et quoscumque scyregemot discordante inuerniet uel amore congreget uel sequestret iudicio.)」(ch. 7, 3a)、さらには、「訴訟か平和的解決か (de placitio uel

de pace)」(ch. 46, 4) といった表現が見られ、和解による解決と訴訟による解決との対比を前提に、和解による解決の優位を説く考え方が、当時のイギリス人の法意識の根柢に流れていたことをうかがわせる。このような紛争解決の代替的手段としての訴訟と和解という二項対立的理解、及び、和解による平和的解決の優位という法思想は、ヘンリー一世の法が基礎においている、アングロ＝サクソン時代の部族法典エセルレッド第三法典の規定「セインに愛 (lufe) か法 (lage) か二つの選択肢がある場合、前者を選んでも、判決 (dom) と同等の拘束力を持つ。」(Aethelred (978-1016), III ch.13, 3) にまでにまで遡るものとも考えられている<sup>(9)</sup>。

少なくとも、この時代のイギリス人は、必ずしも訴訟好きではなかったということになろう。むしろ、特徴的なのは愛と法との対比であるが、これ自体はイングランド人の特性とも考えられない。この法的解決と愛的解決との対比は、「律法」の支配する旧約聖書的世界と「慈愛」を説く新約聖書的世界との対比としても理解できよう。

しかし、愛的世界の優位という考え方はキリスト教世界に限られるものでもない。この問題を検討したクランチャーも、チョーサのカンタベリー物語の修道尼のプローチに彫り込まれた「愛は全てに勝つ (Amor vincit omnia)」という標語に注目しながらも、この標語を紀元前のウェルギリウスの詩句「愛は全てに勝利し、我々は愛に降伏するに違いない (Omnia vincit amor et nos cedamus amori. Virgil, *Eclogues*, x, line69) にまで遡らせている<sup>(10)</sup>。また、後述するように、ブラックストーンによって引用されることになるローマの十二表法の法文も、合意による紛争解決が訴訟に優先されていたことを示すものと理解されよう<sup>(11)</sup>。

さらに、冒頭に引いたアリストテレスの言葉にあるように、ギリシア時代にも、人間関係の在り方として法的関係と愛的関係の二重の関係が成立すると考えられていたのである。即ち、「愛 (フィリア) は正 (ディカイ

224(224) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)

オン)のかかわる同じ事柄にかかわり、「正」の見いだされると同じ人々の間において見いだされる」のであり、「いかなる共同体においても一定の「正」が存在するが、そこにはまた一定の「愛」が存在すると考えられる」<sup>(12)</sup>からである。

尤も、平和的な紛争解決のために、慈愛の優位というキリスト教の果たした影響も見逃せないのかも知れない。イングランドの事例とは異なるが、トゥールのグレゴリウス『歴史十卷』の中の事件として有名なシカル事件のように紛争の平和的解決のために教会が介入し、贖罪金の一部を提供する話は、時代も紛争の激しさも異なるが『権利のための闘争』のオーストリアの郡長官の事例にも繋がるように思われる。<sup>(13)</sup> チョーサ『カンタベリー物語』序文で、本稿の題名に挙げた「愛の日」(loveday)、即ち、法廷外和解のために忙しく駆け回る代表的人物として描き出されたのも贖罪聴聞僧としての資格を持つ托鉢僧であった。<sup>(14)</sup>

このように、愛による解決は、キリスト教の影響によって促進され、愛的解決と法的解決の峻別が聖俗二分統治システムの形成によって強化され、聖職者に委ねられることによって、西欧世界に深く根付くようになったと考えても良いのかも知れない。

何れにせよ、実力による武力的解決に対して平和的解決が、平和的解決の内では、愛的解決が法的解決より望ましいという考え方は前近代社会にも共通に見出されるものといえよう。また、近代になって愛的世界が失われたわけでもないであろう。問題は、國法レヴェルで、即ち、コモン・ロー訴訟の平面で愛的解決と法的解決との関係がどの様に変化していったのかである。この点を次に検討してみよう。

コモン・ロー法学と和解優位の原則：『グランヴィル』(12c末)

コモン・ロー法学の生誕を標す『グランヴィル』(c.1188)の第八章は

「国王裁判所で作成された和解文書 (Concordia facta in curia domini regis)」を扱っており、そこでは、世俗の裁判所たる国王裁判所で開始された訴訟も「友愛的示談と最終的合意によって (per amicabilem compositionem et finalem concordia)」終結することが多いと論じられている。しかし、和解には、国王もしくは国王裁判官の「承諾と許可による (ex consensu et licentia)」ことが必要とされた。このようにして作成された和解文書は「最終的合意」と理解され、遵守を求め国王裁判所に訴える訴権が付与されたのである<sup>(15)</sup>。

『グランヴィル』には、いわゆる契約訴訟を開始するためのカヴェナント (Covenant) 令状が含まれておらず、国王裁判所外での和解は国王裁判所では保護されていなかったと見る方が妥当なのかもしれない。しかし、このことは『グランヴィル』に和解優位の法思想がなかったということの意味しない。例えば、『グランヴィル』では、売買契約について (X-14 De Emptione et Uenditione)、通常は契約成立後には一方的に解除することは出来ないとしながら、一定期日までなら、いずれの側からも免責の上解除しようとする合意があれば、一方の側からの解除も可能と論じた後に、「なぜなら、合意が法律に勝るということが一般的真理であるからである。(generaliter enim verum est quod conventio legem vincit.)」と理由付けているからである<sup>(16)</sup>。

訴権法上、国王裁判所で保護されなかったということと、実体法上の問題とは区別して理解して良いであろう。実体法上は私的合意が法律に優位する。従って、訴権法上も、少し後の時代には、国王裁判所外で作成された捺印契約もカヴェナント令状によって保護されるようになるのである。

この一節から、ウェーバーが『法社会学』第八節 近代法の形式的諸性質で「西洋のみが、法の属人性と「自発的合意がラント法を破る “Willkür bricht Landrecht”」という命題の完全な除去を知っている」と論じたこと

を想起する読者もいるかもしれない。<sup>(17)</sup>

川島が『日本人の法意識』で、「わが国の社会生活において人々が契約という行為ないし制度をどのようなものとして意識しているか、ということは、右のような国家法の次元とは別の・国民諸個人の心理の次元の問題である」ことに気づき、「その結果、契約は国家法の規制とは異質なものとなり、国家法の機能を大はばに無に帰せしめているのみならず、時には国家法がそのような契約の意識に対応して妥協し、前述したような近代法的要請から後退することを、余儀なくされている」状況を日本人の法意識の前近代性を示すものと嘆じたのは、或る意味では当を得たものであったといえよう。とするならば、イギリスにおいて、この転換が、何時、如何にして生じたかは、法史上も重要なテーマとなるろう。

その点で興味深いのが、本稿のタイトルに挙げた「愛の日」の行方、即ち、和解＝合意による紛争解決と法＝訴訟による解決との関係の歴史である。

コモン・ロー法学における「愛の日 (les jours des amour)」の行方

前述の議論からも明らかなように愛的解決は國法の世界とは無関係に、日常生活世界で成立する。一九世紀末にメイトランドによって編纂された『莊園訴訟記録撰』、さらに一三世紀に遡る法書『領主裁判所要領』の校訂によって「愛の日 (diem amoris, le jour des amour)」への言及が注目を浴びようになり、中世の「愛の日 (Loveday)」の代表的研究者であるベネットが、文学作品や莊園裁判所等の地方の裁判所記録を素材に議論を組み立てていったのもその故であろう。しかし、國法、即ち、コモン・ローのレヴェルで、法廷外和解としての「愛の日」が議論されなかったわけ<sup>(18)</sup>ではない。

ローマ＝カノン法的学識を基礎にイングランド法に学問的基礎を与えた

『ブラクトン』でも、「出廷懈怠」や「不出頭申立」との関連で、法廷外和解調停としての「愛の日 (dies amoris)」と国王裁判所の訴訟との関係が議論されている。問題は、出廷懈怠した相手方との和解のために「愛の日 (dies amoris)」を申請した場合、出廷懈怠に伴う訴訟法上の利益を放棄したことになるのかという点にあった。イングランドの国法と慣習に従えば、国王乃至国王裁判官の要請による和解の場合を除き、出廷懈怠に伴う利益を放棄したことになるのが通例であり、訴訟法上の利益を保全するためには、留保条件付 (protestation) で、「愛の日」を申請しなければならない<sup>(19)</sup>というのである。

こうした記述から、『ブラクトン』の時代においても、実際の紛争解決が、国王裁判所の法廷内—法廷外を往き来しながら行なわれていたことが理解できる。国王裁判所の法廷内和解としての最終和解譲渡証書はもとより、こうした国王裁判所の法廷内—外を往き来する和解に仲裁人として携わったのは、聖職者というより、益々専門化していくコモン・ロー法曹であったと理解してよいであろう。実際、最近の研究で明らかのように仲裁人としての活躍は中世末コモン・ロー法曹の活動の重要な一分野を形成していた<sup>(20)</sup>のである。

この「愛の日」に関する言及は、国王裁判所の法律問題に関する議論を二世紀半に亘り蓄積した法廷年報の時代にも続くことになる。こうした長期に亘る連続したデータが「愛の日」の歴史を知る手懸かりとして有益であろう。

試みに、近年ザイプ (Seipp) が作成した法廷年報データベースで、ロー・フレンチ (jour d'amour, etc)、英語 (day of love) 等の検索語で、関連事例を取り出してみると以下の結果が得られた<sup>(21)</sup>。

全22,166事例中 “jour damour”, “jour damor”, “iour damour” で検索できたのは4件 (1312-1373)、“day of love” で検索できたのは54件であった。



また、“day of love” 54件中、1277-1376年の事例が46件あったのに対し、次の100年間（1377-1476）には僅か8件しか見いだせなかった。実際には、1469年の事例が、法廷年報データベースで検索できた最後の事例であった。

もちろん、ザイプの法廷年報データベースは、全文データベースではなく、完全なものでもないので、こうした統計的処理を行なうには慎重でなければならないし、実際の事例にあたって詳細に検討する必要があるが、一つの目安を得ることは出来るであろう。

荘園裁判所や文学作品を中心とするベネットの研究も「愛の日」という表現が、中世末に廃れていったことを明らかにしている。1891年に『領主裁判所要領』の刊行に際し、メイトランドは‘les jours de amour’の語義を読者に理解させるために「その間に折り合いがつけられるようにするために当事者達に与えられた期日である」とする註を付したのであるが、既に1602年には、チョーサによって使用された‘Louedaies’という英語の表現自体が、日常生活で使用される言葉からは消えてしまっており、難語として“arbitrements”という註釈を必要とするようになっていたと言われている。<sup>(22)</sup>

確かに、中世末に向けて「愛の日」と称される法廷外調停に対する批判が増えてくる。前述のチョーサの托鉢僧に関する叙述も決して好意的ではないが、同時代のラングランドの『農夫ピアーズの夢』になると一層辛辣である。「[彼女＝報酬は] 思いのままに法を操り、法廷外調停 (loueday) を行なって、法が与えるはずの正義を、愛の名目で奪い取るのです。貧しいものがどんなに訴え続けても、ただ困惑があるばかり、法は厳然としてありながら、判決は下そうとしないのです」。もちろん、法廷にも腐敗はあったであろうが、法廷外調停は、正規の法廷以上に、有力者の影響力を受けやすく、買収、脅迫の温床となる危険があったのであろう。宗教改革

の先駆者ウィクリフが、有力者の法廷外調停への介入と共に、領主と結託し法廷外調停で不正を援助する牧師補を激しく批難したのは当然であった。「愛の日」の名で呼ばれる法廷外調停は時代の正義意識に合わなくなってきたのだろう。正義の女神が目隠しをしはじめる時ではないが、顔見知りの、事情に通じた人々が仲裁に立つことよりも、見知らぬ第三者が審判することが公正で正義に適うと理解される時代になりつつあったといえよう。当該州出身の上層法曹（サージャント）を巡回陪審裁判官として派遣しないようにという議会請願が出されるようになるのもこの時代であった。<sup>(23)</sup>

しかし、果たして、「愛の日」の慣行は一五世紀、中世末に向けて衰退の一途をたどっていったのであろうか。ベネットが「愛の日」という言葉に拘らずに“Concordia”という言葉でカノン法上の対応物を探したように、この魅力的な言葉にこだわらず、法廷外和解交渉の慣行という面から検討してみると別の結果が出てくる。

『英米法辞典』で「廷外交渉許可」「答弁期間付与」と訳される，“Imparlance”乃至“imparl”の語で検索すると、法廷年報の全時期を通じて、617件の事例を見いだすことが出来る。最後の事例が1522年の事例で、ほぼ法廷年報の終焉する時代に一致することから、「愛の日」という表現は廃れたものの、法廷年報の時代を通して、法廷外の和解交渉は行なわれ続けたと考えてよいのではないだろうか。

### 「愛の日」の後裔としての「廷外交渉許可 (Imparlance)」

Imparl という語は、フランス語の parler の派生語として、em+parler 本来「話合う」という意味で、十三世紀末には特別な専門的法律用語ではなかったようで、ブリトンでは、陪審審理手続との関連で、陪審員全員による「審議」を表す言葉として使用されている。<sup>(24)</sup>

後に一般化する答弁期間付与という意味は、訴答手続の発展過程で生じ

230(230) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)

たといわれている。即ち、口頭の訴答手続が原則であった時代には、相手側の訴答に対して応訴不能に陥れば、敗訴ということになる。しかし、相手側訴答で新たな事実が提示された場合には、法廷弁護士は訴訟当事者と相談する必要が生じてくる。このことから裁判官への法廷外交渉許可申請手続が発展したと考えられているのである。従って、訴答を中断し法廷外で話合うことの許可一般が *imparlance* の本来の意味であったと思われるが、後に、法廷外交渉の中心を占めるようになった相手側との和解交渉許可を指すようになっていったのであろう。<sup>(25)</sup>

勿論、全てが法廷外和解交渉というわけではなかったであろう。十六世紀半ばのラステル『法律用語辞典』(1527年)の解説では、「*Imparlance* とは、金銭債務訴訟やトレスパス訴訟等の訴訟が、ある人に対して提起され、原告が訴陳乃至告訴を行った後に、被告が同開廷期乃至次開廷期の別の日に答弁するために、時間的余裕を裁判所に請願した場合のことである。この答弁の停止が *imparlance* と称される」と原義に忠実に定義されており、この間に和解交渉が行なわれたことを示唆するものではない。<sup>(26)</sup>しかし、十八世紀半ばのブラックストンの以下の説明は、この答弁期間付与の請願が、「愛の日」の後裔として、法廷外和解交渉の役割を担うようになっていったことを如実に示している。即ち、「抗弁を行った後は、被告は自らの訴答に身を委ねねばならない。しかし、訴答する以前には、彼は一度、法廷外交渉許可 (*imparlance*) 乃至 示談許可 (*licentia loquendi*) を要求する権原を賦与される。また、原告の承諾によってそれ以上の機会が与えられたことがある。即ち、さらに訴訟を進めることによってではなく、原告との話し合いによって友好的 (*amicably*) に問題を終結させることが出来るか否かを知るためである。恐らくは、福音書の教えに従う宗教的原理から生じたと思われる慣行である。「あなたを訴える人と一緒に道を行く場合には、道中で早く和解しなさい」(マタイ 5-25)。この福音書の教

えとローマの十二表法との明白な関連性が看取されうる。十二表法は、明文で、道中で、もしくは、法務官の下へ行く途中で、原告と被告に事態を丸く収めることを命じているからである。——*in via, rem uti pacunt oratio.* (道中で、事件につき妥協したときは公言せよ)<sup>(27)</sup>

ベネットは「愛の日」の衰退の原因として宗教改革の影響を挙げる。確かに、宗教改革期に「愛の日」という用語は廃れていったものの、和解慣行それ自体は、聖俗二分統治が解体することによって、むしろ、逆に、世俗の裁判に深く食い込んでいくことになったのではないだろうか。修道院は解散され、世俗国家が教区救貧をはじめとする「愛的関係」に立法的に介入し始める。そこで活躍するのは、聖職者というより、シェークスピア劇に現れるシャーロウのような、法曹予備院で初歩的な法知識を獲得し、地方治安判事として活躍する俗人ジェントリー層であった。中央の法廷では、良心の裁判所として聖職者が中心に活躍していた大法官裁判所も、宗教改革後、俗人コモン・ロー法曹が大法官の席を常時占めるようになるものの、引続きエクイティ裁判管轄権を行使し続けるのである。

宗教改革によって、世俗国家が愛的関係に介入し始め、所謂、ポリツアイ国家化していくことによって、中世における聖俗の対抗関係は、世俗国家内部における政治社会対市民社会の対立となって現れる。本来世俗国家外の問題であった信仰問題、愛的関係を世俗国家が抱え込み、介入することによって絶対王制国家の矛盾が深まることとなったのである。イギリス市民革命がピューリタン革命として戦われたのも、こうした愛的関係の自律性をめぐる問題として理解することも出来よう。

この愛的関係の優位、乃至「和解が裁判に優位する」という考え方の根強さは、イギリス以外の近代ヨーロッパ社会においても確認できよう。世界初の絵入教科書として、邦訳も出ているコメニウス『世界図絵』(1658)の裁判所の説明でも、「最良の法は、仲裁人によって、もしくは訴訟当事

232(232) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)

者間で作成された穏やかな合意 (conventio) である。これがうまく進まない場合に、彼らは法廷に来ることになるのである」と教えられている。グランヴィルの「合意が法に勝る (conventio legem vincit)」とは少し異なり、「穏やかな合意こそが最良の法である (Optimum Jus, est placida conventio)」という柔らかな表現にはなっているが、和解による解決が訴訟による解決より望ましいものと考えられたという点では代わりはないのである。

勿論、チェコ人コメニウスの著作はハンガリーでの教育の経験を基に作成されたもので、『権利のための闘争』でイェーリングがウィーンのオーストリア貴族を批判したことを考えれば、古き時代の権利感覚だと言われるかも知れない。しかし、コメニウスの『世界図絵』はラテン語の初級教材として、英語への翻訳はもとより、各国語の対訳版として世紀を超えて翻訳、出版され続けたことを考えれば、ヨーロッパの一般人の司法観念に大きな影響を与え続けたことは否定できないであろう。イギリスでは1658年の初版以来、1727年までに対訳版で11版が公刊され、一八世紀前半までイギリス人の日常の法意識に影響を与え続けたといえよう。その後、学校用教科書としての使用は一時廃れたようだが、50年後の1777年再びその価値が見直され第12版が増補版として出版されている。勿論、この版でも、「穏やかな合意こそが最良の法である (Optimum Jus, est placida conventio)」という教えは変わっていない。<sup>(28)</sup>

### 訴訟の和解 (= 合意) に対する優位の形成

実際、和解優位の思想が転換し、国家法の優位が確立するのは、西洋においても比較的遅く近代になってからであったように思われる。一九世紀法改革以前のイングランド法の状態を論じたアーサーズは自らの著書に『法律無しに (Without the law)』という刺激的タイトルを付したが、この

タイトルの由来は、一八世紀末の『少額債権裁判所論』（1787年）の著者ハットンの以下の主張にある。

「私は、訴人達を我が子のように思った、この大きな家族の誰かが平和と正義を求め私を見上げるとき、私は喜んで双方を配分した」。「審判官達（Commissioners）は、たとえ、法律に反して判決を下せないとしても、法律無しに判決を下すことは出来る。彼らは宣誓によって、良心に従って訴訟を行うように拘束されているのだ。<sup>(29)</sup>」

こうした叙述からも『少額債権裁判所』という世俗的裁判の中に、愛的解決の要素が深く食い込んでいっていることを観察することができよう。とくに前半の議論は、野田氏が『権利のための闘争』の原型に求めたアゴン（競技）的訴訟というより、滋賀氏が父母官型訴訟と名付けたものに近い訴訟がヨーロッパにも存在したことを示す例証となるかもしれない。しかし、翻ってみると、「宣誓によって良心に従って訴訟を行なうように拘束されているのだ」という理由付けは、少し古典に触れたことのある人なら、アリストテレスが『弁論術』で「書かれた法を攻撃する場合」の論法として紹介した常套句であることに気付くであろう。むしろ、ジェントルマン統治者の古典的教養の浸透度を示すものとして理解すべきものなのかも知れない。<sup>(30)</sup>

何れにせよ、次のように言うことが出来るであろう。イェーリングが権利＝法の理念的価値を強く掲げる近代人の典型に仕立て上げたイングランド国民は、少なくとも十八世紀後半の典型的英国ジェントルマンを指すものではなかったのではないだろうか。とするならば、イェーリングが1872年にウィーンでこの講演を行なうまでの一世紀の間にどの様な変化がイングランドで生じたのが問われねばならない。<sup>(31)</sup>

言い換えるなら、ウェーバーが西洋においてのみ生じたという国家法優位への転換点をどこに見たらよいかということであるが、実は、ハットン

が「法律無しに」判決を下すとした少額債権裁判所の一八世紀後半以降の私法律による簇生と1846年地方民事裁判所法による近代的裁判所機構への転換の中にその秘密が隠されているように思われる。

少額債権裁判所の発展の予兆は既にブラックストンの時代に存在した。『英法積義』（1768）第3巻私的不正における裁判所論第6章「特別裁判管轄を有する裁判所」で、ジョージ二世二年四七号法（1748/9）によってサザーク地区に設けられて以降の少額債権裁判所の発展とその評価が論じられている。

ブラックストンの評価は、ハットンの評価とは全く異なる。素人の衡平と良心による運用によって支えられる少額債権裁判所での訴訟の方法は「完全にコモン・ローを逸脱し（in derogation of the common law）」しており、「それらの広汎な裁量権は常任の審判官団の内に小暴君（a petty tyranny）を生み出す」危険を包含していると厳しく批判した<sup>(32)</sup>。

「法無しに」という事実認識は同じなのであるが、評価は全く正反対なのである。和解による解決を重視するブラックストンにとってさえ、少額債権裁判所は危険なのである。なぜなら、少額債権裁判所とは債権回収機構であって、借金の徴収に利用される機関であるからである。市場経済の発展、契約社会の実現は、債権とりわけ金銭債権が確実に回収される機構の存在無しには成り立ち得ない。しかし、また、その安定的運用のためには、債権の回収が倫理的、社会的に是認されるような体制が必要となるのである。

近代初期には債権回収は、ホガース銅版画『放蕩息子一代記』の「逮捕の場」に見られるように、勾引令状手続による債務者の未決勾留を含む債務者投獄制度と違約罰金付金銭債務証書の広汎な利用によって担保されていた。しかし、貨幣経済が浸透するに従い、擬制的なミドルセックス訴状と逃亡者逮捕令状による刑事的手法による債権回収では追いつかなくなっ

(33)  
ていた。

一八世紀後半以降の少額債権裁判所の簇生は、先ず、この第一の要請に  
応えるものであった。それ故に、ブラックストンの懸念に係わらず、1830  
年までに約250の少額債権裁判所が設立され、その一つロンドンのタワー・  
ハムレット少額債権裁判所では年間約3万件近くの訴えが扱われたといわ  
れている。ウェストミンスターの王座、民訴、財務、大法官裁判所という四  
中央裁判所で扱われる全体の訴訟数の1/3の訴訟量が一少額債権裁判所  
で扱われていたということになる。10年後には、これら少額債権裁判所  
で扱われる訴訟件数は40万件を超えるようになっていたとまでいわれて  
おり、イングランドにおける訴訟の約80%が少額債権裁判所で処理され  
ていたということになる。

Twelve Scarlets と称される一二名の正規のコモン・ロー裁判所の裁判  
官では、貨幣経済の浸透にともない増大する訴訟圧力に対応しようもなかつ  
たのである。

この時代には、二つの法思想が交錯しているように思われる。近代市場  
社会において大量に発生する少額債権の回収を、エクイティによって行な  
うのか、厳格な法手続によって行なうのかという問題であった。労働者階  
層への貨幣経済の浸透に対応して議会私法律によって一八世紀後半に簇生  
する少額債権裁判所は市長や市参事会員といった非専門法曹によって運用  
されることが多かった。労働者からの迅速な借金回収の役割を担った少額  
債権裁判所がハットンの言うように裁量的なエクイティに頼らざるを得な  
かったと同時に、これらの少額債権裁判所が設立された都市化された地方  
においては、少額債権裁判所による債権回収の確実性への信頼が、俗に言  
えば、貧困層への掛け売りを可能にしたともいわれている。一方で、酒代  
のような少額債務であれ確実且つ迅速に回収可能な手近な裁判所機構が整  
備されることが必要となるが、他方で、裁判所＝法による債権回収の正当  
236(236) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)



性を確保するためには、従来、法廷外で働いていた愛的解決を法廷内部に取り込まざるをえない。こうした状況が、一八世紀の「法無しに」という状況の特徴付けることになる。しかし、こうした方法は、正規のコモン・ローの法手続によるものでないだけに、その正統性において弱点を抱え込むことになったといえよう。<sup>(34)</sup>

1840年代に鉄道時代が幕開けし、市場の全国化が本格的にはじまると、訴訟可能な訴額に限界があるだけでなく、管轄権が地域的に限定され、市長、参事会員といった素人審判官によって運用される少額債権裁判所では、新たな訴訟圧力に対応できなくなる。もう一つの問題、何よりも債権回収の倫理的、社会的是認を獲得する上で、正規の裁判所の手続と異なるというブラックストンの批判が重くのしかかっていったであろう。

債権回収を正義に適った行為として受容させるためには、少額債権裁判所をコモン・ロー上の裁判所として正規化することが不可欠であった。この課題を果たしたのが、旧来の地方名望家による少額債権裁判所を全廃し、専門法曹による全国的債権回収網を機構的に整備した1846年の地方民事裁判所法であった。同法では、地方法実務を実質的に担っていたアトニーニ層の利益を排除して、中央裁判所の法廷で実務経験を積んだバリスタを新裁判所の裁判官に任用することにより地方民事裁判所をコモン・ロー裁判所として正規化し、全国一律の法運用を可能にしていたのである。この1846年法の成功が、國法的解決の優位を決定づけるターニング・ポイントを形成したと考えてもよいであろう。1850年法ではこの方向がさらに強化され、地方民事裁判所で訴訟可能な訴額は£20から£50に上げられ、両当事者の合意があれば訴額に関係なく訴訟可能となった。<sup>(35)</sup>

ブラックストンは古来の州共同体裁判所の復興を理想として、ジョージ二世23年第33号法によるミドルセックス州裁判所の再建を、そのモデルコースとして描き出したのだが、実現されたのは少額債権裁判所の正規コ

モン・ロー訴訟体系への編入であった。よく言われることであるが、この新地方民事裁判所を設立するための法案名が「少額金銭債務と支払請求をより容易に回収するための法律」(An Act for the more easy Recovery of small Debts and Demands)であったことがこのことを如実に表している。<sup>(36)</sup>

アダム・スミスが「文明社会では、人はつねに多数の人々の協力と援助を必要としているのに、一生かけても何人かの人々の友情をえるのにならぬ」と論じ、「われわれが食事を期待するのは、肉屋や酒屋やパン屋の慈悲心からではなく、彼ら自身の利害に対する配慮からである。われわれが呼びかけるのは彼らの人類愛に対してではなく、自愛心に対してであり、われわれが彼らに語るのは、けっしてわれわれ自身の必要についてではなく、彼らの利益についてである」と、分業の発展によって成立する近代文明社会が、愛的関係を捨象した非人格的市場関係を基礎としていることを明らかにしたのは1776年であった。それから70年後に、非人格的貨幣市場経済に対応する正規の法システムが整備されたことになる。

上記法案の審議過程を支配したのは、「如何に少額であれ、正当な借金を支払うべき法的義務から、如何なる金銭債務者も免れるべきでないというのは、正当な法原理であるだけでなく、健全な道德の問題でもある」とする主張であった。<sup>(37)</sup>

イーリングが「権利のための闘争」第10版序文で「権利の目的物が端金であれ大金であれ、同様に考うべし」というユダヤ律法家の箴言を採り上げ、「訴訟は、些少な価値しかもたない係争物のためではなく理念的な目的のために、つまり人格自体とその権利感覚を示すために遂行される」と論じ、訴訟を「利害の問題」から「品格の問題」へと転じさせていったのと同様の議論が展開されているのを見ることが出来るであろう。ここにイーリングによって「権利感覚の第二の要素たる実行力が品格の問題である」ことを証明する好個の材料とされたイギリス国民の思想の転換点を  
238(238) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)

見出すことができるのではないだろうか。イエーリングは「彼が頑強に争う端金」の中に刻み込まれている「それぞれの政治的發展と社会生活」の差を数世紀に及ぶものと理解したのだが、決定的な差異は一世紀少し前に生じていたように思われる。<sup>(38)</sup>

その意味では、「日本人の法意識」や「権利のための闘争」をめぐる議論も、権利＝法意識一般論ではなく、債権、とりわけ金銭債権の回収をめぐる問題と把握した方が理解しやすいのかもしれない。強制執行による債権回収が、倫理的に、即ち社会的に是認されるシステムを構築することが契約社会とされる近代社会の成立に不可欠であったのである。とするならば、「日本人の法意識」乃至「権利感覚」が論じられ続けられるのは、こうした債権回収を社会的に、倫理的に是認しうるような法システムが構築されてこなかったことに求められるのではないだろうか。

『「権利のための闘争」を読む』の補説の日本人の法意識論で、村上氏が、新聞記者の法律常識に対し「サラ金業者が裁判所を利用するのは結構なことではありませんか」と論じ、イエーリング流にいうなら「返済能力を考えずに借金する方が悪いので、「客の返済能力を無視して貸し込んだ」サラ金業者が批難されるいわれはない」。日本の新聞記者は「私法については、どうも弱い」。弱者の立場でものを考えるだけでは「一貫性を欠いた人情論になってしまう」と、サラ金問題を例に批判されたのも決して偶然ではない。<sup>(39)</sup>

因みに、サヴィニーの言葉も伝えておこう。「親族関係が法律によって不完全にしか支配されず、それゆえにその大部分は道徳的影響に任されたままである」のに、「これに反し、財産関係においては、法律の支配は、完全に貫かれ、しかも権利の行使が道徳的であるか不道徳であるかを問わない。それゆえに、富裕な者が貧困な者を援助の拒絶または債権の苛酷な行使によって破滅させることはありうるし、これに対してなされる救済は、

民法に基づいてではなくて、公法に基づいて行なわれる<sup>(40)</sup>」。

イギリスでは、1854年の訴訟手続の改正に伴って Imparance 手続そのものが廃止されることになる。近代法の形成を表す「身分から契約へ」という標語で有名なメイン『古代法』が出版されたのが1861年であった。この変化によって、近代市場社会を法的表現としての契約社会が債権回収機構としての国家的裁判機構によって支えられていることをイギリス人の精神に深く植え付けることとなったのではないであろうか。言い換えるなら、イギリス人の訴訟好きとは、債権回収方法としての国家的裁判機構の選好を意味するのであり、こうした裁判所による債権回収に対する信頼が、法の支配観念の根幹の一つにあると考えると良いであろう。権利観念と法の支配観念とが一体とならないところでは、暴力的な取立の危険性が生じることとなるのである。

1865年には半公的判例集が編纂され、近代判例拘束性原理の基礎が築かれるようになるが、ブラックストンのヴァイナ講座を復興したダイシーは、このイギリス判例法を生み出した「第一の思想」を以下のように説明する。

「裁判官または裁判所がなんらかの事件を判決するにあたっては、仲裁者としてではなく、厳格に裁判官として行為せねばならないという思想」、  
「所与の事件でAとXの間で何が衡平であるかを決定するのが裁判官の仕事ではなく、むしろ法律の一定原則により、何がAとXとの各自の権利であるかを決定するのが裁判官の仕事なのだという思想」、これこそが近代イギリス判例法を支える「第一の思想」なのである。また「裁判所の義務は、特定の不都合を救済することではなく、かえって申立てられた不都合が、はたして、法律の救済を与える不都合であるか否かを決定すること」にあると論じる。即ち、裁判所の義務は、紛争の愛的解決ではなく、法の支配、即ち、國法の優位を守ることな<sup>(41)</sup>のである。

このことは、逆に、法的解決に適合しない問題が、法廷外の解決に委ねられざるを得なくなることをも意味した。労使紛争、行政審判、さらには商事仲裁といった多くの紛争が、ヴォランティアズムという名で呼ばれたり、行政法の不存在という理念の下で法的解決枠組みから排除されたりすることとなっていったのである。しかし、イギリス社会に愛的生活が失われたわけではないことにも注意する必要がある。「一八世紀半ば以降一九世紀を通じて、英国では空前の規模で慈善・博愛活動がなされた」といわれている。イギリスでは愛的生活はアソシエーションと称される、非国家的自生的結社によって担われることとなったのである。<sup>(42)</sup>「法の支配」のもう一つの側面、行政権力による私生活への介入の拒否も、イギリス社会の自生的結社の発展をその条件としていたのであろう。<sup>(43)</sup>

#### まとめにかえて—「愛の日」は消滅したのか

現代において人々の関係が都会化し、いいかえれば、見知らぬ人々の関係が一般化しており、非人格的關係が典型的關係となってきた。市場社会は、人々の関係を、このように見知らぬ人々の関係として、即ち、まさに非人格的關係として扱うことによって、人間関係を斉一化することによりグローバルな拡大を可能としてきたのであろう。言い換えるなら、1840年代に鉄道時代の幕開けによってイングランド市場が本格的にナショナルライズされた時点における法的対応が、今日の法生活の原点にあるのであって、さらに、蒸気汽船、海底ケーブル、インターネットによって、その現象が現在では全世界規模で生じていると理解してもよいであろう。

それでは、資本主義的市場関係の本格的展開に伴い「愛の日」は実質的にも消滅してしまったのであろうか。そうではないであろう。イーリングも和解による紛争解決一般を否定したわけではないことを確認しておくことが重要である。個人の義務としての「権利のための闘争」という主張

も「権利侵害によって人格が踏みにじられる場合」について述べたものであり、純然たる利害問題であるならば、彼にとっても和解は「紛争解決のための許されている方法、それどころか全く正しい方法」（村上訳、52-3, 55-6頁）であった。しかし、それは「権利のための闘争」の場たる訴訟とは切り離された世界であった。

言い換えるなら、イエーリングにとっては、愛的関係を否定することではなく、愛的関係と法的関係を分離することが重要であったのである。ウィーンでの当初の講演にもどってみよう。そこでは、「面倒くさい裁判を嫌ったある不精な郡代官が、取るに足らない係争額の場合、つねに原告にその要求額の提供を申出て支弁することですぐに訴訟に結着をつけたという家父長制事時代の裁判の事例」が問題とされていたのであり、イギリス人ではなく「私〔イエーリング〕ならこの金額の受取りを拒否した」と論じていたのである。イエーリングが非難しているのは法的関係と愛的関係を縋い交ぜにして扱う郡代官の法意識であった。公正な裁判によって権利＝正義を実現すべき裁判官たる郡代官が、その本来の任務を果たしていないことが批判されるべきなのである。

「身分から契約へ」の標語で有名となり、テニスン『ゲマインシャフトとゲゼルシャフト』（1887年）のモデルとなったメイン『古代法』が出版されたのが1861年であった。

この議論がイギリス人旅行者とオーストリア人宿屋乃至馭者の話へと転換されたのは、1870年段階資本主義的市場体制を整えた豊かな資本主義国イギリスの国民と対比することによって、二月革命弾圧後の反動的政府の専制主義が1866年普墺戦争敗北によって弱まりはじめた「オーストリアが目下戦い抜かねばならない権利のための闘争が、彼らの中に多くの勇敢な闘士を見出すであろうという希望」を込めるためであったであろう。

明治維新の日本においても、明治31年民法施行の数年後にも愛媛県の  
242(242) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)

「海南新聞」のコラム「権利思想と日本人」（明治33年）で、『権利のための闘争』の英国人の話を「此精神こそ実に堂々たる大英国をして、屹然世界に雄視せしむる所以である」と論じ紹介していた。そのためには、「権利思想の養成が、我国目下の急務」であり、それ無しには、「文明社会への仲間入り」は覚束ないというのである。<sup>(44)</sup>

文明社会＝契約社会への移行という視点からすれば、ADLの名の下に現代流行の裁判外紛争解決手続も、最終的に訴訟による解決が保証されている限りにおいて、そして、和解が強制されることがない限りで、契約社会の存立と矛盾するものではなく、権利観念の覚醒という点から批判されるべきものでもないであろう。

アリストテレスが『ニコマコス倫理学』で、将来の交換としての契約の問題を同時的交換の問題と区分して、第五巻「ディカイオン」＝法的问题のとしてではなく、第八巻「フィリア」＝愛的問題として議論したように、信頼関係に基づく契約関係の保護は、元来、愛的問題と法的问题が交錯する世界であったのである。<sup>(45)</sup>

同じ問題は、川島『日本人の法意識』で紹介された第二次大戦後のA教授夫人と農家の関係の解説にもあらわれている。契約を拘束力あるものにするのは「証文」、「手附」もしくは「親密な関係」というのが、農民の側の法意識だというわけである。これは、アリストテレスの議論にあるように、決して日本人特有の法意識というわけではない。むしろ、見知らぬ人との口約束に法的拘束力を与える近代こそが極めて特殊な社会なのである。しかし、そうでなければ、近代契約社会は成立しない。

実は、イェーリングの『権利のための闘争』の意義は、訴訟、即ち、國法による債権回収を倫理的に基礎付けたことにあるのであって、それ無しには近代市場社会とその法的表現としての契約社会は安定的には実現しなかったであろう。『ヴェニス商人』のシャイロック論も契約遵守論で



はなく、國法の優位にこそその眼目があったのであり、ダイシーが論じたように、裁判官が愛にはなく國法に拘束されていることが重要なのであった。<sup>(46)</sup>

イギリスを例に取ってみよう、前述の如く、イギリスの近代地方裁判所の正規化乃至コモン・ロー法体系への編入は、ブラックストンの唱道したような、州裁判所の再建コースと異なり、共同体的裁判所としては整備されなかった。アーサーズ流に言えば、1846年法の成立とその成功によって、イングランドでは商業モデルの地方裁判所整備が共同体モデルに勝利することとなる。しかし、貨幣市場関係は近代社会を特徴付ける基幹的なシステムではあるが、全体システムではなく、社会のサブシステムに過ぎない。したがって、法システムも貨幣市場システムに対応する債権回収機構網の整備によって完成するわけではない。<sup>(47)</sup>

当初から、家事事件は地方素人治安判事に、離婚訴訟は高等裁判所のバリスタに委ねられていた。また、労使紛争、行政事件の解決、商事仲裁問題のように、正規化された法的解決の枠組みに馴染まないものは、コモン・ロー的の法システムの枠外で処理されることになる。<sup>(48)</sup> 社会において愛的関係が無くなった訳ではないということにも注意を喚起する必要がある。愛的関係が正規訴訟から排除されたに過ぎない。また、すべてが訴訟から排除されたわけでもなかった。

ドイツでは、法学レヴェルでは、サヴィニーが、ドイツ近代私法学の体系化にとっては、道徳（＝愛的関係）を財産法的関係、とりわけ、市場取引を律する私法としての債権債務関係からは完全に排除することが重要であることを説いていた。しかし、近代になって社会から愛的関係が無くなったわけではない。債権の過酷な行使によって富者が貧者を破滅させることは道徳とは無縁だとするサヴィニーも公法的関係として弱者保護が必要なことは認めているのである。ここでも法一般からの排除ではない。<sup>(49)</sup>



「債務者に同情するのは衰弱せる時代のしるし」(村上訳 121頁)だと論じたイエーリングも、あらゆる債権回収の倫理性を認められたわけではないであろう。イエーリングが債権回収の倫理性の基礎に据えたものは、近代初期のロック的な所有観念、人格の延長としての労働による所有という観念であったことを忘れてはならない。「流れがこの源泉(=労働原理)から遠ざかり、安易な、時には何の労力も要しない営利の野にまで下ってゆくにつれて、それはしだいに濁ってゆき、ついには取引所の投機や詐欺的な株式発行の汚泥の中で本来の姿の痕跡だにとどめないものになってしまう。所有権の倫理的理念の一片さえ残っていないこのような場所では、むろん所有権を守るべき倫理的義務についての感覚などありえようもない」として「投機による巨富」が批判されるのである。(村上訳 67頁)

ここに新たに立法の課題が出てくるのであるが、イエーリングの友人ウィントシャイトの有名な言葉に従えば「立法はもっと高い見地に立っている。それは、たいていの場合倫理的、政治的、国民経済的の考慮や、これらの取り合わせに基づくのであって、このような考慮は、法律家自身の仕事ではない」のである。この言葉も愛的関係の私法学からの排除を意味するものではあっても、法的関係一般からの排除を意味しているわけではないであろう。むしろ、財産関係を律する私法学から排除され愛的関係も国家的立法を通して再び法的関係に入り込むことになる。<sup>(50)</sup>

その意味で、イエーリングの『権利のための闘争』が、英文では『法のための闘争(The Struggle for Law)』と訳されたのは興味深い。翻訳者の序文で明らかのように、わが国とは異なり、サヴィニー=プフタの歴史法学派批判として、取引慣行や学説による法発展の限界性を明らかにし、既得権益に対する闘争を通しての立法による改革の必要性を説いた最初の部分が注目されていたのである。ここでは選挙で選ばれた議会を通しての立法的改革に大きな重点がある。

したがって、「愛の日」は形を変えながらも現代世界において生き続けているのであり決して消え去ったわけではないし、前近代的なものとして否定されるべきものでもないであろう。むしろ、「日本人は訴訟嫌い」論との関連でいえば、従来、この問題が、権利論一般、法と道徳の分離一般、日本人一般の訴訟嫌いとして論じられてきたことが問題の性格を曖昧にし、混乱させてきたように思われる。問題の焦点は、借金即ち金銭債権の訴訟による回収の問題、道徳一般からではなく愛的関係からの債権回収の倫理的正当性＝正義の分離が不十分であることにその原因があるのかもしれない。言い換えれば、私的利益主張であれ、権利主張であれ、訴訟という公開の場で闘わされて、公的な世界において実現し、強制執行されるべきものなのである。和解も重要な紛争解決手段ではあるが、あくまでも私的世界＝愛的世界における解決なのである。この愛的世界と法的世界との分離、私的世界と公的世界との分離が近代社会の基本にあるのだが、我が国において、この分離が徹底していないことに『権利のための闘争』が今尚議論され、学ばれる所以があるのではないだろうか。

その意味では、戒能通孝氏がイエーリングの法律学を「明瞭な資本主義的法律学」と捉え「個々の資本家というよりも、総資本家の代表者としての抽象化された資本家が、自己の目的を妥協なく追求し、やるだけやっていたなら、世界は自ら調和するという楽観主義をその基底に置いていた」と理解し、「歴史法学はイエーリングの出現によって、初めて漠然ともっていた近代資本主義の法的要求を具体化し、フランス革命やベンサムを要請を、ドイツ風に固定化することが出来たのである」との評価される一方、「明治時代の日本の先生方で・・・彼のもとに行った人々も少なくなかったはずである。だが、それにもかかわらず、これらの先生方は、イエーリングの闘争精神を祖国に持ち帰らなかった」と批判し「イエーリングによって理想化されたドイツの総資本代表者としての資本家は、封建制・官僚制

246(246) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)

から保護されつつも、同時にこれから独立する気概があったのであるが、日本の場合にはそれがなかったからではあるまいか。彼の遺産はむしろ今後において収穫されるべき遺産である」と論じられた評価は今尚新鮮であり、「日本人の訴訟嫌い」論を論じる時に欠かしてはならない視点であろう。<sup>(51)</sup>

自生的結社の未発達な日本では、市場社会化の進展によって契約関係の法的関係化によって排除された愛的関係はイエ制度に委ねざるをえなかったのではないだろうか。明治期に『権利のための闘争』を紹介した民法起草者の穂積陳重は『隠居論』で老人権は社会権だとしながらも「東隠は家に隠れ、西隠は國に隠る」と論じたように、急速に世界市場に編入された明治日本では市場＝契約関係で対処しえない愛的問題は「社会権」と規定したところで、逆に、人類権→親族権として、<sup>(52)</sup>強化されたイエ制度に頼らざるをえなかった。

日本の会社が終身雇用制で福利厚生施設を充実させ擬似的イエ制度を生み出していったのも日本型契約社会を補完する役割を担っていたのかも知れない。<sup>(53)</sup>その意味で、現代の問題は核家族化と市場のグローバル化によって日本の旧社会システムが十全には機能しなくなってきていることにあるのであろう。また、こうした綻びに行政主導で官僚的に対応する能力も限界に来つつある。司法改革は訴訟による事後解決をめざし弁護士増を図ったのであろうが、必ずしも上手くいってはいない。確かに、国家行政と個人乃至核家族との中間にある自生的乃至自治的組織の再生、公正な司法への信頼が重要なのであろうが、その場合、都市密着型の弁護士より、地方における司法書士や簡易裁判所の方が法生活の改善に資する役割が大きいかもしれない。我が国にも震災を契機にヴォランティアが形成されつつあるといわれるが、イギリスの伝統には及ばない。いずれにせよ、この問題を如何に乗り越えるかは本稿の範囲を超える課題であり、次の世代に

委ねざるをえない。

註

- (1) 川島自身も、同書でイエーリングの著作を取り上げ、「権利のための闘争」が「法のための闘争」でもあることを論じていた。川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店、1967）30-31頁、その後の議論については、日本法学会編『法意識の研究』（有斐閣、1983）参照。なお、本稿は、2007年度日本法学会学術大会（新潟大学）ミニシンポジウム④日本人は訴訟嫌いだったのか？：史料からみる日本人の法意識において、イギリス法史の立場から求められたコメントを基礎に関西学院大学法学部2008年度前期法学教養演習（イエーリング『権利のための闘争』を読む）を踏まえ修補したものである。元原稿は2008年9月22日に出稿したものであるが、全体の出版が中止となり筐底に沈んでいたものである。その後、川口由彦編『日本近代法史の探究1 調停の近代』（勁草書房、2011）、三阪佳弘編『「前段の司法」とその担い手をめぐる比較法研究』等、実証的にも幅広い研究が積み重ねられてきており、必要に応じて補正を加えたが、本稿の基本的枠組は2008年当時のラインを維持している。和解（Arbitration/Mediation）による紛争解決の研究は、本稿で扱う英国でも、2008年以降、D. Roebuck が *Early English Arbitration [to 1154]* (2008), *Mediation and Arbitration in the Middle Ages: 1154 to 1558* (2013), *The Golden Age of Arbitration: Dispute Resolution under Elizabeth* (2015), *Arbitration and Mediation in 17th Century England* (2017) と相次いで研究を発表し、理解が深められているようであるが、筆者の能力不足の故に、本稿ではこれらの研究成果を取り込めていない。ペイカー『イギリス法史入門』第5版（現在翻訳中）は、これらの新たな研究動向を踏まえ、「仲裁 Arbitration」という新項目を設け、コモン・ロー法史と異なる「もう一つの法史 a different kind of legal history」と位置付けて解説を加えている。Sir John Baker, *An Introduction to English Legal History*, 5th ed. (Oxford U.P., 2019) pp. 32-33, 42.
- (2) 村上淳一『「権利のための闘争」を読む』岩波セミナーブックス4（岩波書店、1983）267頁以下。村上氏の川島説、野田説、大木説、ヘイリー説への評価を参照。その後の議論については、五十嵐清『比較法ハンドブック [第3版]』（勁草書房、2019）第5章第6節（西欧法学者が見た日本法—「日本人は訴訟嫌い」は神話か？）参照。

- (3) 岩谷十郎「福沢諭吉とジョン・ヘンリー・ウィグモア」安西敏三/岩谷十郎/森征一編『福沢諭吉の法思想』（慶應義塾出版，2002）所収 251頁
- (4) 大木雅夫『日本人の法意識』（東大出版会，1983）107頁以下によって、イギリスとフランス、ドイツとの対比という形で、法の支配と法治主義との相異と絡めて論じられており、村上前掲書273頁は「両者〔ヨーロッパと日本〕の差を過大評価してはならないと説いている」と評したのだが、ヨーロッパ内部の差への関心は広がらず、五十嵐、前掲書199-200頁によってその意義が指摘されるようにはなったものの、その問題が深められるかたちで議論された形跡はなかった。後述注（38）参照。
- (5) イェーリング『権利のための闘争』村上淳一訳（岩波文庫，1982）76-79頁。以下、本文中に（村上訳）として引用。
- (6) ルードルフ・フォン・イェーリング「権利のための闘争」（一八七二年三月一日の講演）平田公夫訳『岡山大学法学会雑誌』第56巻2号（2007）179頁以下、初版序文とその意義については、平田氏の解説（172頁）と同訳書（189頁）参照。『権利のための闘争』の英語版の著者は、オーストリアの政治的、社会的遅れについて、より率直に訳している。「イギリス人が拒否し、オーストリア人が支払った数シリングの内に、人が想像する以上のオーストリアとイングランドとの差が隠されているのである。そこに隠されているのは、数世紀を隔てる政治的発展と社会生活の差である。」Dr. Rudolf von Jhering, *The Struggle for Law*, translated from the 5th German Edition [1877], 2nd ed. (Chicago, 1915) [Lawbook Exchange, 1997] p. 67.
- (7) 『現代語訳 特命全権大使米欧回覧実記』普及版 第四卷（慶應義塾大学出版会，2008）443-4頁，446頁。
- (8) 山内進「同意は法律に、和解は判決に勝る—中世ヨーロッパにおける紛争と訴訟」歴史学研究会編『紛争と訴訟の文化史』（青木書店，2000），1980年に発表されたものであるが、本稿を論ずる上で多くの示唆を受けたクランチャーの論文「中世における法と愛」もこの法格言の引用から始めている。Michael Clanchy, 'Law and Love in the Middle Ages' in John Bossy ed., *Dispute and Settlements: Law and Human Relations in the West* (Cambridge U. P., 1983) p. 47.
- (9) 著名な格言は，L. J. Dower ed., *Leges Henrici Primi* (Oxford U. P., 1972) ch. 49, 5a p. 164-5, その他の引用については p. 100-1, p. 156-7 参照。エセルレッド王法典の法文については，A. J. Robertson ed., *The Laws of the*

- Kings of England from Edmund to Henry I* (Cambridge U.P., 1925) p.70-71
- (10) Clanchy, *op. cit.*, p.48-9, p.51.
- (11) 後述。佐藤篤士『改訂 LEX XII TABULARUM - 12 表法原文・邦訳および解説』早稲田大学比較法研究所叢書21号 pp.30-33. 参照「I-6 事件につき合意したときは、公言せよ。(REM UBI PACUNT, ORATO), I-7 合意しなかった場合には、午前中にコミティウムかフォルムで事件を陳述せよ。(NI PACUIT, IN COMITIO AUTO FORO ANTE MERI CAUSSAM COINCIUNTO.)」
- (12) アリストテレス『ニコマコス倫理学』第九章冒頭、高田三郎訳、岩波文庫(下)90頁
- (13) 西欧における紛争解決史における同事件の意義については、Edward James, 'Beati pacifi': Bishop and the Law in Sixth-Century Gaul in J. Bossy ed., *op. cit.*, pp.25-46, at p.25f. わが国においては、三浦澄雄「シカル事件—フランクの法典と現実—」『法と政治』第43巻、1992年 985-1009頁参照。ジェイムズの指摘するように、この事件以外にも、教会側の雪冤宣誓への不信や聖域への依存など六世紀における紛争解決とキリスト教化との関係を知る上での重要な示唆に富んでいる。グレゴリウス『歴史十巻』も邦訳され近付きやすくなっている。近年『歴史十書』と題し、ラテン語人名でシカリウス事件として紹介する書物も出ている。Roll と Book の相違に拘ったのかも知れないが、卷子本に対するのは冊子本であり、拘るなら、十冊であろう。しかし、拘らねばならない歴史家にとっては常識に属することであろうし、一般の人々には巻として誤解が生じるわけでもない。『歴史十書』と訳すのは、引用の際の混乱を招くだけではないだろうか。
- (14) F.N. Robinson ed. *The Complete Works of Geoffrey Chaucer*, 2nd ed. (Oxford U. P., 1966) p.19 チョーサー『カンタベリ物語』西脇順三郎訳、ちくま文庫(上)(1987)14-16頁。
- (15) G. D. G. Hall ed. *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glavilla vocatur* (Nelson, 1965) Ch.8 p.94. グランヴィル『中世イングラント王国の法と慣習』松村勝二郎訳(明石書店、1993)155頁参照。
- (16) *Ibid.*, ch.10, p.129. p.189. 前掲訳書207-8頁
- (17) マックス・ウェーバー『法社会学』世良晃志郎訳(創文社、1974)510頁
- (18) *Select Pleas in the Manorial Court vol.1*, edited by F. W. Maitland (London, 1889) SS. vol.2, *The Court Baron*, edited by F. W. Maitland & W. P.
- 250(250) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)

- Baildon (London, 1891) SS vol.4. 当時は訳語も確定していなかったようで、最初の巻では ‘diem amoris’ が、「恩寵の日 (a day of grace)」と訳されていた。勿論、農村のみではない、都市慣習法における、「愛の日」の存在については、*Borough Customs*, edited by Mary Bateson (London, 1904) SS. vol.18 参照。J. H. Bennett ‘The Medieval Loveday’ *Speculum*, xxxiii (1958) pp.351-370.
- (19) Samuel. E. Thorne transl., *Bracton On the Laws and Customs of England* (*Bracton De Legibus et Consuetudinibus Angliæ*), vol.4, p.129, p.159-60). なお、同書はハーバード・ロースクール図書館がデジタル化されており、以下のサイトでラテン語、英語双方で検索可能である。  
<http://hls15.law.harvard.edu/bracton/Common/SearchPage.htm>
- (20) Nigel Livingston Ramsay, *The English Legal Profession c.1350-c1450* (Ph. D. Thesis) pp.55-61. 仲裁 (Arbitration) と調停 (Mediation) との相違は重要なのであるが、中世末法曹の法廷外での活動の研究では、厳密に区別されずに Arbitrator として描かれることが多いので、ここでは原語が分かるように仲裁としておく。
- (21) <http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/yearbooks/>
- (22) Bennett, op. cit., p.351.
- (23) *ibid.*, pp.363-5. W. ラングランド『農夫ピアーズの夢』柴田忠作訳注 (東海大学出版, 1981) 70-71頁。他方、俗人法曹の貪欲も非難されるが、その労に対し王や貴族から報酬が与えられるべきだと唱われる。同書194-197頁。拙稿「旅する裁判所—巡回陪審裁判制度成立史素描」田中きくよ・阿河雄二郎編『<道>と境界域—森と海の社会史』(昭和堂, 2007) 所収 247頁
- (24) *OED* によれば *BRITTON* II. ch. xxi. §6 のロー・フレンチの表現が、最も古い例として挙げられている。F. M. Nichols ed. & transl. *BRITTON*, vol.1 (WM. W. Gaunt & Sons, 1983) p.350.
- (25) Sir W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol.3, p.636, vol.9, p.260.
- (26) John Rastell, [*Expositiones terminorum legum Anglorum. English & Anglo-Norman*] (1527). Lawbook Exchange で復刻されたトッテル版 (London, 1579) でも同様の説明が付されている。
- (27) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* vol.3 (1768 [facsimile ed., Univ. of Chicago Press, 1979]), p.298. ブラック法律辞典第七版では、このブラックストンの説明が引用されている。十二表法については、前述注 (10) 参照。



- (28) J. A. コメニウス、『世界図絵』井ノ口淳三訳（ミネルヴァ書房，1988）「124 裁判所」136頁，同じく，「116 正義」128頁も参照。対訳版による全ヨーロッパの普及については訳者解説179-183頁。英語対訳版については，Joh. Amos Comenii, *Orbis Sensualium Pictus*, translated into English by Charles Hoole [1658], for the Use of Young Latin Scholar. 12th ed. (London, 1777) ‘CXXVI Judicium’ p. 160f. ‘CXVIII Justitia’ p. 148f.
- (29) H. W. Arthurs, ‘Without the Law’: *Administrative and Legal Pruralism in Nineteenth-Century England* (Univ. of Toronto Press, 1985) [p. v], p. 29.
- (30) 野田良之「私法観念の起源に関する一管見」星野英一編『私法学の新たな展開』（有斐閣，1975）所収44頁。滋賀秀三「中国法文化の考察－訴訟のあり方を通じて」法哲学年報1986『東西法文化』（有斐閣，1987）pp. 37-54。アリストテレス『弁論術』第1巻第15章，戸塚七郎訳（岩波文庫）143頁。
- (31) 注（6）参照。「法のための闘争」と訳されたのは，訳者（J. J. Lalor）序文に示されるように，冒頭の法の起源論におけるサヴィニー＝プフタ説批判に関心が向けられていたからであろう。わが国における関心のあり方とは異なるのは，ある意味では当然なのかも知れないが興味深い。『権利のための闘争』の英訳版は，毎年版を数える程人気を博した同書が第五版（1877）を数えるようになってからであり，しかも，アメリカのシカゴで出版された。尤も，イギリス初の翻訳となる1884年のロンドン版は‘Battle for Right’であったようで，日本語訳に近い。
- (32) Blackstone, *op. cit.*, vol. 3, pp. 81-83
- (33) 森洋子編著『ホガースの銅版画』（岩崎美術社，1981）32図，J. H. ベイカー『イギリス法史入門 第4版 第I部〔総論〕』深尾裕造訳（関西学院大学出版会，2014）60-65頁。債務投獄の悲惨な実情についてはジョン・ハワード『十八世紀ヨーロッパ監獄事情』川北稔，森本真美訳（岩波書店，1994）参照。未決囚勾留に利用された Spinging house の牢獄については，ロンドン市博物館で展示されている。
- (34) Arthurs, *op. cit.*, pp. 25-28. A. H. Manchester, *A Modern Legal History of England and Wales 1750-1950* (Butterworth, 1980) p. 113ff.
- (35) *Ibid.* pp. 118-120. 最近の本格的な実証研究としては，小室輝久氏の一連の研究がある。小室輝久「イングランドの「調停」一八世紀における少額債権紛争処理の一局面」川口編前掲書所収，他。
- (36) Arthurs, *op. cit.*, pp. 38-40.
- (37) アダム・スミス『国富論』水田洋，杉山忠平監訳（岩波文庫）（一）



38-39頁。Ibid. p. 39f.

(38) 大木氏がこの言葉に注目され、イギリス革命期までの「法の支配」の展開に焦点を当て、「権利のための闘争」との関連で論じられたのは慧眼であった。確かに、「イギリス的「法の支配」の源基がフランスやドイツで培養されたとき法治主義の変種が生み出された」（大木、前掲書113頁）と指摘されたように、この発展の背後には、市場社会化の速度の差とともに、近代に至るまでの法文化の差異があったのであろう。しかし、イギリスにおいても、「法の支配」の制度的保障となる裁判官身分の独立が「罪過なき限り」として制定法で宣言されるのは王位継承法（1700）以降であり、実質的に更新拒否がなくなるのは1760年以降、充分定着するのは19世紀前半といわれている。「法の支配」が憲法原理として定式化されるのもダイシーの時代になってからであることに注意が必要である。我が国で今尚、権利社会の確立が課題であるとすれば、それは、日本社会における「法の支配」の未確立の故ということとなろう。王位継承法の「罪過なき限り」の裁判官身分保障規定は、合衆国憲法第3条第1節に引継がれるが、合衆国において違憲立法審査権が判例を通して形成される基礎には、この裁判官の独立があったと考えられる。ドイツにおいて裁判所による違憲立法審査が認められるようになるのは第二次世界大戦後にすぎない。J.H. ベイカー『イギリス法史入門 第4版 第1部〔総論〕』（関西学院大学出版会、2014）233頁。戒能通厚『イギリス憲法〔第2版〕』（信山社、2018）320-326頁、内田力蔵『司法制度（著作集 第4巻）』（信山社、2007）299-304、327頁以下。イェーリングの言う「この端金に・・・何世紀にも及ぶそれぞれの政治的發展と社会生活が刻み込まれている」という言葉はこのような長期的過程として理解する方が良いのではないだろうか。注（1）も参照。

(39) 村上淳一『「権利のための闘争」を読む』（岩波書店、1983）287-8頁

(40) サヴィニー『現代ローマ法体系』第一巻～第八巻、小橋一郎訳（成文堂、1995～2006）第二編、第一章、§56財産法。サヴィニーが人・物・訴訟という人の中に家族法を含む『法学提要』編別ではなく、財産法として純化された『パンデクテン』編別を推奨した理由がここにあるのである。同書は後にオックスフォード大学法学優等学位試験の参考文献として推奨されることとなるのである。

(41) A・V・ダイシー『法律と世論』清水金二郎訳、菊池勇夫監修（法律文化社、1972）442、341頁

(42) 金澤周作『チャリティとイギリス近代』（京都大学出版会、2008）3

- 頁，長谷川貴彦『イギリス福祉国家の歴史的源流 近世・近代転換期の間団体』（東京大学出版会，2014）41頁以下。
- (43) 20世紀における普通選挙権の実現が議会主権のもとで国家を自生的組織化していくことによってイギリス福祉国家を実現していったといえなくもないのだが、逆に、福祉国家の衰退過程において、18世紀後半以降イギリスの生活文化の中に根付いたチャリティ文化乃至ヴォランティアリズムの伝統が見直されつつあるように思われる。金澤に言わせれば、「チャリティは、福祉国家の「諸起源」の一つであるのみか、その構成要素として生き続けている」（金澤，前掲書，323頁）のである。長谷川，前掲書，241頁以下も参照。
- (44) 矢野達夫『伊予松山 裁判所物語【明治編】』（創風社出版，2019）238-243頁
- (45) アリストテレス『ニコマコス倫理学（下）』高田三郎訳（岩波書店，1973）参照。債権（creditum）は信用を与えることである。信用を裏切られたことへの怒りは当然のことで、金銭問題のみではない。しかし、その基礎に法的保護を与えるに十分な信頼関係が存在したか否かが問題となるのだが、近代においては、信頼関係を損なうことにより不正な侵害がなされたか否かも、最終的には訴訟の場で決定されることとなる。
- (46) 村上訳，前掲書，16頁以下，93頁以下。
- (47) Arthurs, *op. cit.*, pp.38-40
- (48) *Ibid.* pp.48f.
- (49) サヴィニー『現代ローマ法体系』小橋一郎訳（成文堂，1993）第一巻326-7頁参照。
- (50) 久保正幡先生還暦記念『西洋法制史史料選 Ⅲ 近世・近代』p.256
- (51) 木村亀二編『近代法思想史の人々』（日本評論社，1968）59頁，戒能通孝『法律講話』（日本評論社，1952）346-7頁
- (52) 矢野，前掲書，240頁。穂積陳重『隠居論』（有斐閣書房，大正四年）689頁
- (53) こうした社会では、個人間の公平，連帯という観念が育ちにくい点については、利谷信義『日本の法を考える』（東京大学出版会，1985）が日本人の法意識論で紹介した日独捕虜比較論が極めて示唆的である。

Where have the *dies amoris* gone?  
How to catch *Der Kampf um's Recht*

Yuzo FUKAO

Contents

Introduction

The World of the *Leges Henrici Primi* (c. 1110)

Amicable settlements in Common Law Jurisprudence: *Glanvill* (c. 1188)

Declining of the *dies amoris* in late Medieval England

Impar lance as the successor of the *dies amoris*

Lawsuits predominate at dispute settlement in modern England

Epilogue: Have the *dies amoris* disappeared?

Summary

In Japan, *Der Kampf um's Recht* has often been referred in the context of Japanese characteristic to avoid lawsuit as the way to settle their disputes. But the people whom Jhering criticized was not the Japanese, but the Austrian who did not like to settle their disputes of money payment by the lawsuit. He, in contrast, praised the English who sue the tiny amount of money, as the people who have a strong sense of justice that will be realized by lawsuit. He saw, in this tiny money, the difference in the progress of two nations toward modernization. How the English people attained the position.

Also in England, there was a long history of the dispute settling by arbitration or mediation. But by and by, dispute settlement by or through lawsuit prevailed and lastly predominated.

It seems to me that the turning point was the establishment of County courts by an Act for the more easy Recovery of small Debt and Demands in 1846. Sir Henry Maine defined the progress to modern society as “From Status to Contract” in 1861. Debt collecting system by lawsuit was indispensable for the transition to the Contract society. It is Justice to collect debt

by lawsuit. To relieve the poor is another thing. The point was the sharp separation between the dispute settlements by law and those by love. Lawsuit predominate the dispute settlement as the last resort, but lawsuit is not omnipotent. Market economy predominates in the modern world, but it was a part of the human society. Therefore the amicable settlement will not disappear even in modern world. As Aristotle put it, the objects and the personal relationships which friendship concerned appear to be the same as those which are the sphere of justice.