

Title	大陸法とコモン・ロー：隣接の相の下における
Author(s)	大木, 雅夫
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No.25, 2003.1 : 137-161
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=4112
Rights	



聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository and academic archiVE

大陸法とコモン・ロー

——隣接の相の下における——

大木雅夫

I 比較法様式論の限界

学問に国境はないといえながら、近代的国民国家の下における法律学、特に法解釈学には、明らかにそれがある。この環境の中で、そしてこの不幸な星の下に、それに抗うがごとくに、現代的比較法学は誕生した。⁽¹⁾ しかもこの学問は、相次ぐ戦争と平和の時代相に揉まれて発展し、その都度この学問分科の目的自体が揺れた。ヨーロッパ共通法 (*droit commun*) とか世界法 (*droit mondial*) のような言葉の飛び交う時期があった。⁽²⁾ しかしこれらの自然法的目標は夢にすぎないとして、諸国法対立の現実を歴史的・比較的に観察しようとする時期があった。冷戦たけなわの頃ともなれば、ソ連の比較法学者は「ソヴィエト比較法学」を主張し、ソヴィエト法の独自性を示すことがその目的であるとまで、敢えて主張していた。

それと直接の関係があるとも思えないが、その頃開かれたある比較法学会のシンポジウムにおいて、川島武宜教授は「比較法学はもつと相違の面に注目すべきだ」と主張された。これに対して五十嵐清教授は、機能的類似性の発見こそ

比較法の任務であると応酬されて、機能的比較法 (funktionelle Rechtsvergleichung) の立場を主張された。

この論争は、当時私にとつてどうでもよかつた。比較法は、諸国法制度の異同の確認から始まるものであり、類似あればこそ相違があり、相違があるから類似が浮き彫りになる。その一方だけを強調すると、北極点に立てばすべてが南になるというような議論に連なると思われたからである。誇張は真実よりも虚偽に属する。類似性の強調は、共通法論を通じて近代的比較法学の基礎となり、個別的法制度の統一や調和への運動を鼓舞した。これに反して相違の強調は、現代的比較法学の根底をなす比較法様式論に親しむであろう。芸術の分野でロマネスク様式とかゴシック様式というような様式論を諸法体系の分類に应用する場合には、それぞれの様式的相違に注目せざるを得ないからであり、この比較法様式論の成果として、世界の諸法秩序は、ヨーロッパ大陸法、コモン・ロー、イスラーム法、ヒンドゥー法、社会主義法、極東諸法等の諸法圏に分類されるに至つたのである。

比較法が比較法様式論として確立されるのは、ルネ・ダヴィドの「比較民法原論」(Traité élémentaire de droit civil comparé, 1950) や「現代の大法体系」(Les grands systèmes de droit contemporains, 後掲「Jaufret-Spinozi 共著」) およびツヴァイゲルトとケッツ共著の「比較法概論」基礎理論」(Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd.I: Grundlagen, 1971) が刊行されたときからといえよう。いずれもフランスやドイツの固有の意味における比較法学者たちの開拓した新分野であるから、西洋中心であることを免れない。それ故我が国の外国法学者間には、非西洋法研究の必要を説くあまり、往々にして比較法文化論という壮大な構想も現れてきている。しかし私はこのような方向付けにいささかの疑問を禁じ得ない。ヨーロッパ諸国におけるアジア・アフリカ諸法の研究は、かつて宗主国だつた関係から見ても、容易にわれわれの追隨を許さないほど進んでいるにもかかわらず、比較法学の枠内でこれらの諸国法に割り当てられてきた紙幅は僅かなものであつた。我が国の場合、どれだけアジア・アフリカ諸国法研究の体制が整備され、その研究の実績があるであろうか。学問の世界に無手勝流は通用しない。³⁾

私が従事してきた比較法研究は、グヴィドやツヴァイゲルトらの線における比較法様式論である。それは、例えば大陸法とコモン・ロー、資本主義法と社会主義法、あるいは世俗法と宗教法等を比較し特徴づける際に有効であった。そもそも様式というものは持続性あるものだから、学問としての客観性を確保するには不可欠の範疇である。ただ、法様式論の出発点には相違の強調があるために、長期にわたる持続的相違の誇張に達する危険があることは看過できないであろう。地殻の形成が岩石水成説だけでなく、岩石火成説をもつても説明しなければならぬように、現在急激な、ある意味では革命的な変動の過程にあるEUヨーロッパ連合を取り上げるような場合には、長い歴史の過程において形成されたそれぞれに独特な様式、例えば法典法主義か判例法主義かとか、糾問主義か当事者対抗主義かというような対立図式では処理しきれないものがある。このような場合には直近の過去まで掘り下げ、相違のみならず類似ないし接近の状況をも探査しなければ過ちを犯しやすく、まして「歴史は未来を予言することにおいてのみ科学であり得る」というようなオルテガ・イ・ガセットのテーゼにまでは到底たどり着けないからである。このような意味においてここで私は、比較法様式論によつて、しかし比較法様式論を越えて、相違のみならず、類似ないし近接の相の下に大陸法とコモン・ローの関係を説明したいと思う。

II 楽観主義の土壌としての過去

「東は東、西は西、かくてこの二つのもの相交わることなかるべし」とは、ラジャード・キップリング (Rudyard Kipling) の人口に膾炙した詩の一節であるが、それをもじつてベルギーの卓越した法史学者ヴァン・カーネヘム (R. C. van Caenegem) は、「大陸法は大陸法、コモン・ローはコモン・ロー。かくてこの二つのもの相まみえることなかるべ

し」と述べた。しかし彼は他方において、「過去こそ楽天主義を鼓舞する」と語る⁵⁾。まったく不可能と思われたことが可能となり、起こりえないことが起こってきたことを念頭において、彼はそういうのである。ペテロの岩の上に建てられた千年の普遍的ローマ教会は、僅か一、二世代にして崩壊した。ヴェルサイユ宮殿の庭に自由に入りました民衆は、国王に会えばモン・パバと呼び掛けていたが、その国王はギロチン台の露と消えた。一九世紀初頭にドイツの政治的統一は夢にすぎなかったが、七〇年代にそれを達成し、その世紀末には法的統一から法典編纂にまで進んだ。冷戦当時、東西ドイツの再統一やソ連の崩壊を予言し得た人々がいたであろうか。ソルジェニーツインが国外追放になったことは騒ぎになった。しかし当時のソ連法体制を担った指導的法学者オリンピアート・エス・ヨッフエ (Олимпиада С. Иощфе) のアメリカ亡命事件は、恐るべき大事件の予兆だったにもかかわらず、我が国ではまったく看過されていた。しかし間もなくソ連は、目前で崩壊した。われわれは確かに歴史を悲観的末世思想の温床のように思うかもしれない。しかし不可能を可能とする事実を目撃するとき、過去の栄光が革命的変革を鼓舞するように、確かに歴史は楽観主義の種子であり、その温床ともなる。このような観点からみると、“corpus christianum” (キリスト教共同体) とか “ius commune” を未来への夢を育くむ過去の栄光と見なすことも許されるかもしれないのである。

まずコルプス・クリステイアーナムについていえば、まさにそれを、ECの founding father たちは想起していた。彼らの脳裡には、コオシヤカー (P. Koschaker) のいう文化的ローマ理念 (kulturelle Romidee) とカシャルマーニュの帝国とともに、中世キリスト教共同体の過去が甦っていた。とりわけそれは、EUに先駆ける実体を備えていた。カーネムによれば、「多くの人々がありうべき未来のヨーロッパ国家を語るとき、その線における最初の実験が中世の教会であって、それが国家にも似て (quasi-state)、現在のヨーロッパ連合の諸国を含むものであったことは注目に値する。キリスト教共同体、あるいはキリスト教世界は、確かにEUが生み出した世界に先駆ける実体を備えていた。」⁶⁾ それは、アイルランドからパレスチナに至る、また、スエーデンからポルトガルに至る広大な領域にわたって、種々の民

族や言語や文化を含む自己完結的な、しかも能率的な組織であった。国家と同様に、教会は自己の法規をもち、紛争処理機関を有し、安全保障の仕組みを保持していた。裁判所や牢獄があった。常備軍だけはもたなかったが、大きな予算をもち、ヒエラルヒッシュな対内的統治と安全保障の装置を備え、かなり高度に整備されたカノン法やローマ法の支配する世界国家としての先駆的形態をとっていたのである。⁽²⁾

この先駆的形態のキーワードを「Hierarchy」という言葉に求めて説明すれば、これはギリシャ語の *hierarchia*、すなわち「聖なる支配」(*heilige Herrschaft*) に由来する言葉である。中世のキリスト教会は、この概念を借用し、これを世俗のローマ法に伝えた。教会の組織と基本的体制をみると、その構成員各自がそれぞれ自分の聖別された場所に位置づけられており、世俗の帝国もこれに倣って組織されるべきだといっているのである。教会においては教皇が枢機卿や司教の上に立つように、帝国にあつては皇帝が選帝侯や諸侯の上に立つといっているのである。この原理のもとに国家の基本体制は、教会と同様の姿をとつたのである。

コルプス・クリスチアーヌムは、ヨーロッパの政治体制に大きな影響を与えただけではない。それはローマ法と関わり合つていわゆる「*ius commune*」の形成に多大な寄与をなしている。ボローニヤ大学はじめ諸大学の法学教育が普及すると共に、卒業生の最大の就職先は政治の中心にある教会だったから、教会は自ずから「法律家教会」(*Juristenkirche*) となる。教会は統治の必要上法令を出す。いわゆるカノン法がこれである (*Kanon* || *Messstab*)。カノン法のモデルはローマ法であるが、ローマ法は、キリスト紀元前一世紀から紀元二世紀頃までに基本的完成をみたものだから、中世には時代後れである。これに較べれば、カノン法は現実の社会に向けて制定されたのだから、当時の進歩的な現代法であり、ローマ法学はカノン法によって刺激される。こうしてローマ法とカノン法は、教え合い教えられ合つて発展し、遂にヨーロッパ諸国に共通な「*ius commune*」が形成されたのである。一八世紀頃までヨーロッパ各地の大学で教えられていたのは正にこの *ius commune* だけであつた。少なくともヨーロッパ大陸の諸国法が大同小異の状況にあるのは、

各国法が多かれ少なかれ *ius commune* と関わり合わざるを得なかったからである。

ところでコルプス・クリスチアーヌムは、確実にヨーロッパ大陸とイギリスをも覆った。しかしユース・コムネがドーブアー海峡を越えたか否かは問題である。もちろん海峡をはさんで東西交流はあった。実際、ようやくローマ法とコモン・ローが岐路にさしかかった一二世紀に、かつてボローニヤで学んだヴァカリウス (Vacarius, c.1120 - c.1200) は、一一五一年にオクスフォードで講義し、その後そこではローマ法学者たちが最も人気ある学者たちであった。コモン・ローそのものは、一二世紀ヘンリー二世 (Henry II, 在位一一四一—八九) 以来次第に形成されて行くが、既にその当時イギリスの諸図書館には、ボローニヤ渡来の書物が備え付けられ、ローマ法の知識は、とりわけ聖職者を通じて普及していた。殊にローマ法と車の両輪を成すカノン法に至つては、教会裁判所を通じてイギリスでも適用されていたのである。⁽⁸⁾

これだけを見てみても大陸法とコモン・ローが早くから異質的に形成されたとか、法思考の方法がまったく異なるなどということはできない。ヘンリー二世自身は、フランスとイギリスにまたがるアンジュー帝国を支配したが、大陸にある領土はフランス国王のそれよりも広大なものであったし、彼の法改革にしてもローマ法の侵入を阻止しながら特殊イギリス的な法を創出しようとしたわけではない。ウエストミンスターでもノルマンディーのルーアンでも、同一のアングロ・ノルマン法が適用されていた。しかもそれはイギリス的であるよりもノルマン的な法であった。裁判官の大部分は、フランス語を話す騎士階級の人々だったので、裁判所の公用語はフランス語で、いわゆるロー・フレンチ (Law French) であつた。この状態はピューリタン革命がコモン・ローをオーバーホールするまで続き、裁判所の公用語が英語になるのもこの頃である。⁽⁹⁾ これだけの歴史的事実を一切無視して現在の相違だけを誇張していけば、大きな誤解に落ち込むであろう。繰り返すというが、誇張は真実よりも虚偽に属すると私は考えている。

これだけの一般的な歴史の再検討を通じて、私は次第に楽観主義に傾いているが、しかしなお現実には相違があるとき

れる以上、個別的にその相違なるものを直近の過去に至るまで再検討することにしよう。

III 大陸法とコモン・ローの相違点と接近 (rapprochement)

コモン・ローと大陸法という大きな歴史的構築物の比較であるから、カーネヘムが相違点として検討してきた点を取り上げ、これを更に検討することによって私の通説批判のための足がかりとしたい。

(一) まず第一には、大陸法が成文化された法典主義をとり、コモン・ローは不文の判例法主義をとることである。book law と case law の対立ともいえる。book law の典型はフランス民法典とドイツ民法典であり、これは、未来の国家社会を展望する設計図的色彩が強い。これに対してイギリスにも code と称する立法形式はある。しかしこれは、過去に蓄積された判例法やある特定の事項についての個別的立法を過去回顧的に纏めあげて、大規模な制定法化したものである。それゆえこれは "codifying act" (法典化的法律) と呼ばれ、特に過去に制定された複数の関連法律だけを纏めたものは "consolidation act" (統合的法律) といわれて、未来の国家社会の設計図的性格はない。

イギリス法が判例法である限り判例が基礎で、判例は裁判官の判決から生まれたものである。それ故イギリス法は「裁判官製の法」(judge-made-law) と呼ばれ、裁判官こそイギリス法の世界における立役者とみられてきた¹⁰⁾。しかし厳密にいえば、そこには誇張がある。イギリスにももちろん国会制定法があり、これは判例法を改廃補充するものである。この国会制定法に対する裁判官の地位がまさに問題なのである。確かに、制定法は国会を通過したというだけでは法とは認められず、極めて特殊イギリス的であるが、「法廷で鞭打たれて」初めて法になる。すなわち裁判官が現実の事件にそれを適用して初めて法と認められる。しかしこれによって裁判官が制定法の死命を制するかのようになると

すれば、それは即断である。イギリスでは国会の絶対的権力が古来裁判官によつて認められており、国会制定法に対して、国会の権利乱用とかその他の理由でその法律の無効を申し立てることは許されていないのである。もちろん裁判官は、その法律を解釈することはできるが、その法律を無効とすることはできない。イギリスの裁判官には、日米欧諸国に見られる違憲立法審査権すらないのである。¹⁴ このような前提に立つてはじめてコモン・ローは、裁判官が創つた判例法であり、法典を含めて制定法は、一般的な判例法に対する例外であるに過ぎないといわれるのである。ともあれ判例集の中に蓄積されている膨大な数の判例が法であれば、その法発見に投じられる労力は大変なものである。まさにそれ故に他ならぬイギリス人ベントムが *codification* という言葉を作り出したのであり、一見明瞭な法典をとの切実な願いを籠めてのことだったのである。¹⁵

それにもかかわらず、大陸法が *book law*、*roman law*、ローが *case law* だというだけでは、正確さを欠く。大陸で将来の社会の設計図として法典が作られたのはようやく一八世紀末プロイセン一般ラント法編纂以来のこと、あるいはもつと正確には一八〇四年のナポレオン法典以来のことである。例えばユースティニアヌス法典は、ローマ法の大集成を便宜的に法典と呼んでいるに過ぎない。そして法典の中の法典、ナポレオン法典は、革命の沈静期に創られたせいでもあろうが、北フランスを支配したゲルマン慣習法と南フランスで広く行われたローマ成文法の和解という形で編纂されたものである。それゆえ逆説的に聞こえようとも、フランス民法典は素材的には過去回顧的性格を濃厚に有する極めてゲルマン慣習法的性格のものであり、ゲルマン民族ドイツの民法典の方がむしろラテン的ローマ法的である。¹⁶ またフランス民法典の中でも不法行為法などは原則的規定しか掲げなかつたので、現在の不法行為法は、ほとんど完全に判例法といわざるを得ず、ここでは不法行為責任に関する裁判官の支配が語られているのである。¹⁷

他方において、判例法の母国イギリスをみれば、激動する現代社会に即応するために制定法が激増し、既に一九六五年頃にはその数が四〇〇〇にまで達し、その当時それらは三五八巻の書に収められていた。¹⁸ 遺憾ながら私は現在のイギ

リスにおける制定法の数を知らない。しかしその数の急増は、年々歳々悠長に判例法の成立など待つておれないからであり、また制定法の法としての強力さから見ても、イギリス法の概説書などでは、制定法を法源の最初に挙げるまでになつてゐる。ちなみにこれをアメリカ法に見れば、基本的にはコモン・ローを受け継ぎながら、連邦と各州がそれぞれ膨大な量の制定法を生み出し、例えばカリフォルニア州などは、大陸諸国の顔色を失わせるほどの制定法になつてゐるのである。¹⁶⁾

(二) 第二の相違点は、公法と私法の区別である。コモン・ローにはこの区別がなかつたから、治者も被治者も、強者も弱者も同じ法に支配され、国の行為も私人の行為も等しく通常の裁判所で裁判される。大陸ではこの区別があり、国の行為は行政裁判所によつて裁判される。マックス・ウェーバー流にいえば、この相違は、法名望家が独立した法曹階級であるか高級行政官僚であるかという問題と関わるものであり、立ち入つた研究を要するであらう。¹⁷⁾

ともあれ国の行為を特別扱いすることの根は深く、市民法大全のデイゲスタにある“*Princeps legibus solutus est*” (Dig. 1. 3. 31, 皇帝は法によつて拘束されることなし) とする皇帝絶対、公権力絶対の思想が、皇帝のみならず、国王、諸侯によつて歓迎されたことの名残であらう。ポローニヤの教授たちもこれに呼応した。シュタウフェンの皇帝とポローニヤの法学者たちのイデオロギー的同盟を達成した一一五八年のロンカリアの会議において、彼らは市民法大全を手にして皇帝万歳を叫んだ。そしてこの大学を卒業した博士たちが国元に帰れば、国王万歳を叫ぶことになるのである。¹⁸⁾ このような事情があればこそ、ラテン世界の全体からみれば現在のギリシャ、トルコ、イスラエル等を版図とする小国、東ローマ帝国の皇帝ユースティニアヌスが作らせた法典が全ヨーロッパを支配し得たのであらう。¹⁹⁾ こうして大陸では、一方において公権力絶対の思想を確立した。しかし他方では私法学の全盛を招いていた。私法こそ強大な公権力からブルジョアジーの安全地帯を守る砦となつたからである。比喩的にいうことが許されるならば、ナポレオン法典もドイツ民法典も、ブルジョアジーの大阪城であつた。そして今でも民法学者が法学部の本丸に住み、公法学者は二の

丸三の丸あるいは出城に住んでいるのはその名残だといえる。⁽²⁰⁾

他方、公法と私法を区別しないイギリスが常に民主主義の祖国であるとみるのも問題である。確かにピューリタン革命の発端においてはクック (Edward Coke, 一五五二—一九三四) とジェイムス一世 (James I, 在位一六〇三—二五) の対決があり、国王も法すなわちコモン・ローの下におかれた。⁽²¹⁾ これに対してフランス革命の最中に、一七九〇年八月一六日—二四日法は、行政に対する裁判所の介入を禁止した。⁽²²⁾ イギリスにこのような原則的規定はなかったにしても、依然としてここでは久しきにわたって、*“The king can do no wrong.”* (国王は悪をなさず) が原則であった。ようやく公法と私法間の外堀内堀が埋められるには、一九世紀末から二〇世紀にかけてダイシー (Albert Venn Dicey, 一八三一—一九二二) の登場を待たなければならなかった。それを受けてようやく一九四七年の Crown Proceedings Act (国王訴訟手続法) がそれを確認し、国王も「完全な権利能力をもつ重要な私人」であるとして国王無答責の原則を廃棄したのである。⁽²³⁾ 要するにイギリスの民主主義の華、あるいは華の中の華は、少なくとも法の土壌においては僅か百年足らず咲いていただけのことともいえるのである。

それにもかかわらずドイツでならば行政裁判所があり、イギリスにはないという。この狭い局面だけをみればそのとおりである。ところがイギリスにも *“administrative tribunal”* はある。これはドイツの *“Verwaltungsgericht”* に相当するわけではないから、我が国では「行政審判所」などと苦し紛れの訳を付けている。社会的経済的紛争の激増に對処して、個別的に裁判所を作るかわりにイギリスでは *administrative tribunal* を作ったのではないか。私の考えでは、*“tribunal”* よりも *“administration”* の方を考えるべきだったと思う。権力分立をモンテスキューのいう三権分立とだけ考えるのは誤りであり、イギリスの啓蒙思想家にとっては、*legislation* と *administration* の二権分立であり、後者は狭い意味の行政の外に司法をも含まれているのである。同様の思想は外ならぬドイツにもあつて、ワイマール憲法で *Richter* の語が用いられるまでは、裁判官の正式名称は *“der richterliche Beamte”* (裁判に携わる官吏) と呼ばれて、裁判官は

行政機構の片隅におかれていたのである。

公法と私法を明確に区別する大陸でも、例えば労働法とか無体財産法など、公法なのか私法なのか分からない法部門は幾らでもある。つまり公法と私法の区別の有無は、一般に信じられていられるほど大陸法とコモン・ローを区別する決定的標識にはならないと私は思うのである。

(三) 第三の相違点は、実体法と手続法との関係である。大陸では、フランスでもドイツでも民法典と民事訴訟法典、刑法典と刑事訴訟法典とを区別し、実体法が訴訟手続よりも重視されている。ポローニヤ大学以来、法学は道徳神学と共に教えられ、法律家はローマ法を理性のモデルとして学んでいた。訴訟手続きの仕方などは、到底法学の主要科目とはなりえなかった。これに反してイギリス法には、実体法と手続法の区別がない。今でこそ法律家養成の場は大学に移りつつあるが、久しく *inns of court* (法曹学院) において練達の先輩法実務家が若者たちに裁判の手ほどきをしていたのであり、大学教授が関与することはなかった。一九世紀の有名裁判官の誰一人として学位保持者はいなかったといわれ、実務に即して養成された裁判官たちもつばら後進者養成に当たっていたのである。²⁵⁾

何かここに大陸法とコモン・ローの根本的な相違がありそうに見えるが、歴史はそれほど単純なものではない。コモン・ローの独特な法様式は、一つには令状制度から由来する。訴訟は令状を得ることから始まるが、特定類型の事件には特定の令状 (*writ*) が発給される。しかもそれは、個々別々の訴訟に個々別々の訴訟方式 (*form of action*) があるという意味である。そして各訴訟方式はそれぞれ固有の実体法上の要件を備えているので、ある訴訟方式に合致する実体法上の要件を備えている請求を、別の訴訟方式によって訴えを提起すれば必ず敗訴してしまうほど、手続きと実体は密着していたのである。

それにしてもここに決定的対立があるとはかりは言えない。そもそも中世におけるコモン・ローの発展は、古代ローマ法の発展と酷似していた。ローマにおいて原告は、*praetor* (法務官) から *formula* (方式書 || 令状) を取得して裁判

上の権利保護を受ける。イギリスでは、chancellor (大法官) から writ (令状) 方式書) を得て初めて訴訟にはいる。いずれの側でも、どの類型の訴権に該当するかが関心事である。そもそも権利があるから救済されるという観念はなく、救済手段があるところに権利がある ("remedies precede rights") という考え方である。²⁶⁾ 言い換えれば、権利の有無を定める実体法などは、「手続法の隙間に挟まっている」程度のこととしか考えられていなかったたのであり、この基本的観念に従って、イギリスは古代ローマ法発展の足跡を千年後にそのままどつたに過ぎないのである。しかもイギリスでは硬直した令状制度に発するコモン・ローを補充するために衡平法 (equity) の体系を生み出し、更に追い打ちを掛けるように一八七五年の裁判所規則によつてこの訴訟方式中心の考え方は廃止されてしまった。もちろん訴訟形式が実体法と結びついて発展してきた以上は、葬られたはずの訴訟形式が依然として「墓場からわれわれを支配している」とはいえる。しかし訴訟法と実体法を一本とする太い根は、既に一〇〇年以上も前に抜き取られていたということも事実なのである。

他方において一二世紀以来大陸法は精緻な訴訟法を築き上げ、確かに実体法の法典の傍らに訴訟法典を編纂してきた。しかし法典が別立てになつていくからといつて、講義でも両者が峻別されているわけではない。民事訴訟法は民法の一部、刑事訴訟法は刑法の一部、そして憲法訴訟法 (Verfassungsprozessrecht) と行政訴訟法 (Verwaltungsprozessrecht) は公法の一部とみなされ、要するにドイツでは訴訟法を、関連する実体法の一部とみなす見解が法学部規則にも掲げられているようである。²⁷⁾ そして我が国でも、まさに実体法と手続法の交錯は、早くから重要な研究テーマとなつてきたことを想起すべきである。このようにみるならば、大陸法とコモン・ローとを分かつ外堀は埋められたか、あるいは見かけほど深いものではないといえるであろう。

(四) 第四の相違点は、裁判官と当事者の役割が、イギリスと大陸で非常に異なることであり、これは特に刑事訴訟において顕著である。イギリスでは当事者同士あるいは検察官と弁護人が法廷の弁論を通じて争ひ、裁判官はアンパイ

ヤのような役割を果たす。その場合、検察官（訴追機関）が訴追・立証により審判手続きを開始・進行させ、裁判官（審判機関）が判決を下すといういわゆる弾劾主義訴訟（accusatorial procedure）あるいは当事者対抗主義の訴訟（adversarial procedure）であり、司法スポーツ理論（sporting theory of justice）ともいわれる。

これに対して大陸における裁判官は、一般の教養人でも勤まるようなアンパイヤなどではなく、専門的裁判官僚でなければならぬ。彼は、他の何人の訴追を待たず、裁判官の職権により訴追手続きを開始し、同じく職権により犯人と証拠・証人を捜査・糾問・裁判するやり方である。²⁸ 裁判官が法律専門家として積極的に事件の全貌を究明し、事実をくまなく照射して真実を発見しようとする。当然迅速な解決などは期待すべくもない。これは、当初教会裁判所で発展した糾問手続（inquisitorial procedure）に端を発するものであり、裁判官は聖職者だから、その信仰が篤ければ篤いほど異端者、そして一般に犯罪者に対して峻厳な態度で臨んだのである。²⁹ この糾問主義は、その後教会裁判所から世俗の裁判所に普及していった。

それにしては何故大陸とイギリスにおいてこのような対極的相違をもたらしたかは問題であろう。両者間には、法規範及びとりわけ刑法法規範をどのように見るかについて根本的な相違がある。大陸では予め確立された法規範が、可能な限り社会に浸透すべきことが期待されている。法は、裁判官だけのものではなく、民衆一般のものでもある。大陸の裁判官は政府の官吏であるから、行為規範としての法によって民衆を教育しなければならない。それ故裁判官は、自ら積極的に真実を探索しなければならない。例えばフランスにおける予審判事（juge d'instruction）などは、裁判の開始前に自ら積極的に証拠の収集にも当たっているほどである。³⁰

これに反しておよそイギリス人は、大原則とか抽象的・一般的法規範の樹立を好まないし、法規範は基本的に裁判規範として裁判官のものであり、必ずしもそれが社会に浸透する必要はないと考えている。かれらは法によって民衆を教育し徳化するまでもなく、ただ社会的秩序の攪乱に対する効果的防御に専念している。これを刑法についていえば、そ

の目的は、市民全体の安全を十分に守り、しかも無実の者が処罰されないようにすることであつて、真実の探求とか犯人の処罰にあるのではない。そして実際、一九八三年のある事件において常任上訴裁判官ウィルバーフォース卿 (Sir Wilberforce) も、裁判官の役割は、当事者の双方を裁判することであつて、客観的眞実の探求に携はることではないと明言し、証拠が不十分と認められるために判決が完全な眞実を反映していないということは、あまり重大ではないとすらいう。その判決が、提出された証拠と一致し、法と一致するのであれば、満足な仕方です。正義は行われた」のだというのである。³¹ 裁判官は裁判すればよいのであつて、自ら眞理探究者ではないのであるから、証拠の収集とか証人尋問や鑑定人の依頼などは、すべて当事者に任せておけばよい。まさに裁判官は、当事者対抗闘技の審判人のような立場に立てば十分だというのである。

こうして大陸における訴訟の形態は、基本的にコモン・ローのそれとは異なっている。しかしこのことを誇張すればするほど、それは、虚偽に近づくであろう。大陸の糾問主義といつても、古来批判的であり、特に啓蒙時代以後はヴォルテールを始めとして、刑事訴訟一般に対する非難は高まつていた。裁判官が一切を取り仕切る制度の下では、弁護人は訴訟書類を見る機会もなく、証人尋問もせず、取調に立ち会うこともできず、法廷では口も利けない有様では、被告人にとって処罰を免れる希望などもてないのである。³² しかしかつては治安維持に重点を置いてナポレオンが編纂させた「治罪法典」(Code d'instruction criminelle) も、第二次世界大戦後の人権擁護思想の高まりと共に全面改正が実現し、名称も「刑事訴訟法典」(Code de procédure pénale) と改められるに至つた。ようやく一九五七年一月三十一日の法律によつてであるにしても、純然たる糾問主義の原則は、既に過去のものとなつたといわなければなるまい。

これに対してイギリスでも、当事者対抗主義の故に適切でない裁判が続いたので、糾問主義を導入しようとする議論も現れている。糾問主義は、適切に組織され規制された事前手続きを設け、独立の裁判官が取調の手続き全体を監督できるからという理由によつてである。しかしフランスの予審判事制度を導入したところで、警察が凌辱にわたる場合は

別として、その横柄な捜査活動を抑制することなどできないし、予審判事の前には全事件の一〇パーセントしか持ち込まれないのに、予審判事は多忙を極めることになり、裁判遅延を招いているといわれ、またドイツやイタリアではその重荷を検察官の方に負わせることによつて訴追機関と裁判官の役割分担を考へてゐることなどを学び取つて、糾問主義の導入には懐疑的な立場をとつてゐる。それにしてもイギリスの裁判官もまた、当事者が異議を申し立てないならば証人を呼び出せるし、当事者の請求がなくとも訴訟手続きの遂行上イニシヤティヴをとることはできるのであるから、いささかなりとも両者間に接近の現象がないわけではない。⁽³⁴⁾

(五)ここに裁判官が登場した時点で、私は大陸法とコモン・ローの相異なる法様式の形成に主役を果たした職種を探究しておこう。大陸諸国を個別的に検討すれば、それぞれの国において独自の様式形成者として登場する者は必ずしも大学教授とは限らないが、大陸法を全体として観察すれば、大学教授はやはり大陸法形成における立役者であつた。

ポローニヤ大学は、既に一三世紀に学生数一万名という当時としては天文学的数字の学生をヨーロッパ各地から集めており、その後各地に設立された諸大学の最も高貴な学部 (die vornehmste Fakultät) といへば、それは法学部だつたといわれる。卒業生の就職先は国王の宮廷や都市の参事会等でもあるが、何よりも教会である。教会はまた、何よりも法律家教会 (Juristenkirche) であつた。これらの支配者層を養成する大学の教授たちが並はずれた社会的地位を享受したことは多言を要しない。大学はまた裁判官を養成したが、ヨーロッパ全域に学識ある裁判官を送り込むことは不可能である。その職には土地の名望家がつく場合が多く、ドイツの場合には、手に負えない難しい事件は近隣の大学法学部に訴訟記録を送付して鑑定を依頼するしかなかつた。これが訴訟書類送付 (Aktensendung) の制度であり、大学は判告学部 (Spruchkolleg) を構成して鑑定書を書き、裁判所は、しばしばラテン語で書かれたこの鑑定書をそのまま判決として言い渡すまでになつてゐた。そしてその鑑定料収入は、教授たちの懐を潤した。⁽³⁵⁾

それに加えて、"Ruf"といわれる教授招聘の制度があつた。大学は都市の財源であり、多数の学生を集めるために有名

教授招聘の競争が大学間で熾烈に展開された。これを通じて大学教授の収入はますますせり上げられるという結果となり、これらの背景があつて何世紀かの間に教授は知識人最高の地位を獲得していた。厳密にヨーロッパ諸国の大学教授の地位を比較すれば、上述のことは特殊¹¹ドイツ的現象であり、例えばフランスの大学教授にこれが完全に当てはまるわけではない。しかし巨視的に見た場合、そして特にイギリスの大学教授と比較した場合には、大陸の大学教授は確実にバロンの地位を占めてきたといえるであらう。³⁶⁾

これに対してイギリスでは、法律家の中の法律家といえは裁判官であり、その供給源としての“*barrister*”である。イギリスには別に *solicitor* がいる。前者は法廷弁護士、後者は事務弁護士と訳されているが、これは適訳ではない。前者は上位裁判所の弁論権を独占し、後者は、訴訟準備の事務を行い、下位裁判所においては弁論権をもつ。一般庶民が直接パリスタに事件を依頼することは畏れ多いことで、必ずソリシタを通して依頼しなければならなかつた。Inns of Court でほとんど紳士教育のような仕方で養成されるのはパリスタだけであり、裁判官になれるのはパリスタだけであつた。大陸の裁判官は余人をもつて代えられる裁判官僚にすぎなかつたが、これに対してイギリスの裁判官は文字通りVIPである。この頃は日本でも開廷前の法廷がテレビで放映されているが、イギリスの裁判官はそもそもメディアにも登場する立役者である。大陸では合議体の秘密が原則で、反対意見を公表することはできないが、イギリスの裁判官は、メディアに登場し、反対意見を公表し、これによつてオピニオン・リーダーの役割さえ果たしている。その後には、反対意見こそ何時の日にか多数意見になり得るといふ堅い確信があるのもあつた。³⁷⁾

戦後の比較法学特に法様式論は、つい先頃までに修正に修正を加えながら、ほぼここまでの経緯を語つていた。私自身もまた、「比較法講義」における法秩序の様式形成者に関してはこちらまでで止まつていた。しかしそこにあつた重大な欠落は、EU研究に関する限り、直近の過去まで掘り下げていかなかつたということである。それゆえ特に様式形成者

については、次に項をあらためて論ずることにしよう。

IV ヨーロッパ法律家を目指して

前節において私は、大陸法とコモン・ローの相違点と接近の傾向を若干の事例に則して概略検討してきた。しかし法秩序の主體的側面である法律家の問題は、前節の叙述においては、道半ばに止まっている。今われわれは法治国に生きているとはいえ、法が独り歩きするわけではなく、人が法を動かしている。法の主體的側面を照射することは、とりわけEUの未来を予言しようとする場合に不可欠である。特に何世紀にもわたって独特なコモン・ローを生み、それを担い続けてきた裁判官とその供給源バリスタの今を知らなければならぬ。

イギリス法の栄光を担ってきたバリスタは、今攻撃に曝されている。イギリスの弁護士数は、一九九五年にソリシタ六万三〇〇〇、バリスタ八五〇〇である。³⁸⁾人口一〇万あたり弁護士数は、アメリカが二三三、ドイツが九二、日本は桁外れに少なくして三〇、イギリスではイングランドとウェールズを合わせ、バリスタとソリシタを合わせて計算すると約一四〇人ほどになる。しかしバリスタだけについていえば、一〇分の一に当たる一四人となるであろう。日本の弁護士やイギリスのバリスタの社会的・経済的地位が桁外れに高いのは、希少価値の高さから来るものである。

敢えて再言するが、およそ法体系の発展や変化を握る鍵は、それぞれの法体系における法律家の活動ぶりや組織形態等にある。イギリスの場合法律家社会の立役者は裁判官でありバリスタであった。彼らは学説書を歯牙にもかけず、立法者意思を知ろうとしなかった。国会議事録(いわゆる Hansard)を読まなかった。しかし近來、バリスタの特権的地位は、攻撃的の的とされてきた。バリスタ志願者の熱意に水を差す議論が現れた。ケンブリッジ大学のイギリス法

の講座を担当したグランヴィル・ウィリアムズ (Granville Williams) によれば、法曹学院に入るには、何らかの学位を取り、入学試験を受け、入学すれば高い学費を支払い、贅沢な晩餐会に出席し、事務弁護士協会 (Common Council) の教育活動に参加しなければならない。ようやくバリスタ資格を取得しても、駆け出しのバリスタを迎え入れる事務所は年々得難くなっていくので、開業の機会の少ない「放浪者」(Folater) 同然の立場にあり、依頼人が現れても他のバリスタが使用していない机を使って相談に応ずるといふ有様である。³⁹ 修習を終えた駆け出しのバリスタは、少なくとも一年間は両親あるいは配偶者に依存して生活せざるを得なかつた。⁴⁰ ウィリアムズはこれを率直に「イギリス法入門」において、初学者たちに訴えたのである。そして遂に一九九〇年の「裁判所と法律扶助法」(Courts and Legal Services Act) は、バリスタに決定的な打撃を加えている。従来四つの法曹学院 (Inner Temple, Middle Temple, Lincoln's Inn, Gray's Inn) が新進のバリスタに上位裁判所における訴訟代理権を認める権能を一手に握っていたが、その独占権はこの法律によつて廃止された。またソリシタにも上位裁判所で演述する権利を認めようとか、裁判官になる可能性をも開こうとするのである。⁴¹

これはイギリスの法的伝統を破壊することを意味しない。バリスタとソリシタの別は、イギリスの法的伝統として一二世紀頃から何世紀にもわたつて維持されてきたなどというほうがまやかしであり、それを区別することによつて自己の超越的地位を守ろうとしたバリスタたちの宣伝であるに過ぎない。弁護士活動の場が截然と切り分けられたのは、ようやく一九世紀になつてのことである。今やバリスタとソリシタの職能区分の間で峻別はなく、法廷弁論とオフィス・ワークとの分担も薄れているが、それは革命というよりも過去への回帰に近い。⁴²

もちろんそれが結果的にソリシタに有利な変革であつても、バリスタとソリシタの区別が全廃されたわけではない。バリスタは法廷でガウンを着用し、カツラをかぶるが、ソリシタはガウンを着るだけでカツラをかぶることは許されないとするような、いわゆるカツラ戦争 (wig wars) のような対立抗争は続くであろう。⁴³ それにもかかわらず今や、バリ

スタも唯我独尊でおれるわけがなく、制定法が急増するにつれて、立法理由を知る必要の前には国会議事録 (Hansard) を読まざるを得なくなってきた。それはイギリスの裁判官が、もはや逐字解釈に終始することなく、制定法の目的に即した解釈、すなわち大陸における法律解釈に接近したという意味である。⁽⁴⁴⁾ しかも今やイギリス法の大陸への売り込み (marketing a product called English law) に適しているのは、誇り高いバリスタでなく地道なソリシタであるといえる。⁽⁴⁵⁾ EU諸国との協調の任は、正にソリシタによって担われたとみてよいのではなからうか。

こうしてイギリス法秩序の主體的側面は、大いに揺るがされている。法曹およびその権能と活動の態様が激変しようとしている。それは従来 “judge-made-law” といわれたイギリス法の形成者たる裁判官の質的変化をももたらすものといえるし、その限りで大陸型への接近とも見える。そしてもし裁判官が創る法という觀念が変質するとすれば、実は大陸法を “professor-made-law” と称することも、一応考え直しておく方が適當である。大陸法は、ポローニヤ大学以来、大学教授の主導権の下に形成されてきたといわれているが、実際そこには教授の役割に対する過大評価が潜んでいる。これは大学人の大学教授に対する過大評価の習性から来る錯覚ではないかと私は思う。民法典の中核にある契約法を取り上げれば、それはポローニヤ以来の大学教授が想像力をたくましくしてその法形態を創作したわけではない。大学がなくとも契約法は作られたであろう。そもそもそれは、古代地中海商業の発展過程において何世紀もかけて出来上がった商慣習が基礎であり、それなしには契約法の法理論体系などありえなかつたはずである。このことを語らずに、ただ大陸法を教授製の法と語り継いできただけのことである。そして典型的な教授製の法と見られるドイツ民法典にしても、現在では、そのすべての条文について判例が船底の貝殻のように付着しており、判例を度外視して法文を解釈することは到底不可能になっている。

このようにみえてくると、大陸法が教授製の法であるとか、コモン・ローが裁判官製の法といつても、程度問題であるに過ぎないとも思われるのである。決して両立不能とか統合不可能な対立ではないとの思いに駆られる。しかも今やヨ

ヨーロッパ連合の全体をみれば、各国とも新らしいヨーロッパ法律家 (European lawyer) 育成に取り組んでいる。

もちろん今「ヨーロッパ法律家」について語ることは、必ずしも目新しいことではない。法律家がそれぞれ国家の名を冠していたのは、僅々二、三世紀のことである。それまでは法律家たちがヨーロッパ内を自由移動するのは通例のことであった。大学ではローマ法とカノン法と、そして後には自然法のような、いずれも普遍的な法が教えられており、大学で用いられる言葉はラテン語であったから、教授も学生も自由に移動していた。ことに学生たちは、心も軽く財布も軽くヨーロッパの諸大学を遍歴していた。

ドイツを例にとれば、法学を外国で学ぶことはこの国の伝統となっていた。中世ドイツの大学では、カノン法教育が主流であり、ローマ法を学ぶにはイタリアやフランスに留学するのが早道であった。ドイツ西部からはフランスへ、東南部からはイタリアへというのは自然の勢いであったが、とりわけイタリアにはスペインの留学生が多かったので、イタリア語とスペイン語を同時に学ぶ機会に恵まれていた。ドイツ貴族などは、好んでその子弟をイタリアに送りこんでいたのである。一六世紀にポローニヤ大学の最大の勢力はドイツからの留学生であり、一二八九年から一五六二年までにドイツからの遍歴学生数は、四四〇〇人に及んだといわれている。⁴⁶⁾ここからも明らかのように、法学は最初から語学の学習や教養と結びついており、学位はともあれ、単に職業的な資格とだけ結びつけようと狂奔するようなことは、思わざるも甚だしいといわなければなるまい。

現在、われわれは「ヨーロッパ法律家」の言葉を頻繁に聞く。今やEC以来EUにおいて縦横に積み重ねられた統一的法規範は、いかなる大学でも、そしてイギリスの大学ですら至る所で、多数の学生たちが必修あるいは選択科目として履修している。

他方ヨーロッパ諸国間において、学生たちの交換留学は大いに推進されている。例えばオランダでは数百人の法学生を年々EU域内諸国の大学に送り込み、ほぼ同数の外国人法学生を国内諸大学に迎え入れ、しかもそこでは英語で講義

がなされるまでになつてゐる。⁽⁴⁷⁾かつてのヨーロッパの諸大学でラテン語が *lingua franca* だつたことを思い出すかのよう
に、いまは英語がそれになつたといえるかもしれない。

この交換留学の奨励は、一九八七年 EC 理事会が採用した ERASMUS (European Action Scheme for the Mobility of
University Students) によつて推進されている。三ヶ月から二ヶ月間、他の加盟国大学に留学する費用を支給しよう
というものであり、⁽⁴⁸⁾その目的は国民的意識ではなくてヨーロッパ人意識を高めようとするにある。一九九〇年には
TEMPUS が東欧出身学生のために、また、一九九五年には SOCRATES が ERASMUS を始めとする同種の組織を統轄し、
LINGUA 計画は、諸国の法律用語に重点を置く語学教育を推進している。

V 結び

私はこの研究によつて、久しく抱懐していた従来の見解を再考しなければならなかつた。大陸法とコモン・ローの関
係を相違の相の下にみれば、両者間の様式的相違は否定すべくもない。しかしこれを類似の相の下に、あるいは相互的
な接近と同化の観点から再考すれば、絶対化されていた相違は、大幅に相対化されざるを得ないであろう。もしかした
ら従来の比較法学は、真の様式論として成り立つためにここで脱皮することが不可避ではないかとすら思う。

過去は「それが本来どうであつたかを記述しなければならぬ」。しかし未来を予言しうるまでに客観的に記述しな
ければなるまい。そのような過去の究明こそ、未来への展望を開くであろう。これらの観点から大陸法とコモン・ロー
の対立点とされてきた法典法主義と判例法主義、公法と私法、実体法と手続法の区別、訴訟における当事者対抗主義と
糾問主義、裁判官製の法と教授製の法等の対立には、予想以上に両立の事実や接近の傾向があることを知るであらう。

恐らく諸国の国内的法律家からヨーロッパ法律家が今後続々と登場することであろう。先に私は、カーネヘムに就いて、過去が楽天主義を生むといった。それはまた、相異なる法の存在を認識することだけではなくて、未来への新しい意思、政治的政策的決断が大きくものをいい、不可能を可能とするのではないかと思われるのである。

注

- (1) ルードルフ・フォン・イェーリングはいう。「この学問は、法学においては、政治的国境と一致している。学問としては何と卑屈な、不面目な姿であることか！」(Rudolf von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts* 4. Aufl., Bd. 1, 1878, S. 15; 原田慶吉監修訳、ローマ法の精神、第一巻、(一)一九五一年、二二二頁)。
- (2) 一九〇〇年八月にパリで開かれた最初の比較法国際大会のうちに、レイモン・サレイユやエドゥアール・ランベールは、「共通法」のスローガンを掲げ、その後レヴィ・ユルマンは「二〇世紀世界法」を唱えた。我が国でも田中耕太郎の「世界法の理論」(一九三二年)が出されている。
- (3) 野田良之は、西洋の「著名で有力なる比較法学者の法圏論に追隨することは、比較法学者の真の使命を果たすゆえんではない。」と語られたが、私の考えでは、「先人の業績によつて、しかしそれを越えて」発展させるべきものと思う。更に、野田が「そろそろ日本人の立場からの法系論が出現することを期待したい」と主張されたことにも異議がある。この種の主張は、我が国の外国法学者がこれまでとつてきた方法とそれによつて自ら積み重ねてきた業績を否定する嫌いがあるように思われてならない。
- (4) Ortega y Gasset, *Gesammelte Werke*, Bd. 2, 1950, S. 87.
- (5) R. C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future — Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge

University Press, 2001, p. 36, p. 51 et ss.

- (6) van Caenegem, op. cit., p. 15.
- (7) cf. van Caenegem, op. cit., p. 16.
- (8) Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 1973, p. 100ff. 詳しくは、大木雅夫『比較法講義』、東京大学出版会一九九二年、一三八頁以下。
- (9) R. C. van Caenegem, op. cit., p. 97. Werner Teubner, *Kodifikation und Rechtsreform in England*, 1974, S. 54. 大木、前掲、二六三頁参照。
- (10) 私自身、法様式論の観点からは、若干の留保は付しながらも、裁判官の優越的地位を強調していた(大木、前掲、一三五頁以下)。
- (11) J. A. Jolowicz, *Droit anglais*, (Précis Dalloz) 1986, p. 52 et s.
- (12) van Caenegem, op. cit. (supra note 5), p. 30 et s.
- (13) K. Zweigert & H. Kötz, translated by Tony Weir, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd. ed. 1998, p. 88.
- (14) サヴニエーエは『gouvernement des juges en matière de responsabilité civile』を称して「Savater, Recueil en l'honneur de Edouard Lambert I, 1938 p. 455 et ss., cité par Constantinesco/Hübner, *Einführung in das französische Recht*, 1974, S. 144.
- (15) Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1974, S. 91.
- (16) 詳しくは、大木、前掲、一五〇頁、第六章第三節、英米の法典を参照。
- (17) Rheinstein, aaO, S. 35.
- (18) van Caenegem, op. cit. (supra note 5), p. 76.
- (19) van Caenegem, op. cit. (supra note 5), p. 73.
- (20) cf. van Caenegem, op. cit. (supra note 5), p. 43.
- (21) 大木英夫『ビューリタニズムの倫理思想』、一九六六年、三一五頁以下。
- (22) 滝沢正『フランス法——Le droit français』、一九九七年、六二頁。

- (31) J. A. Jolowicz, *op. cit.*, p. 79. Caenegem, *op. cit.* (supra note 5), p. 43.
- (32) René David/Camille Jaffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9^{ème} éd., 1988, p. 400.
- (33) Jolowicz, *op. cit.*, p. 400.
- (34) Jolowicz, *op. cit.* p. 4.
- (35) Ingo von Münch, *Legal Education and the Legal Profession in Germany*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 34.
- (36) 弾劾主義、当事者対抗主義、糾問主義については、田中英夫（編集代表）『英米法辞典』東京大学出版会、一九九一年、accusatorial system, adversarial procedure, inquisitorial system等の項目を参照せよ。
- (37) van Caenegem, *op. cit.* (supra note 5), p. 51 et ss.
- (38) Catherine Elliott and Frances Quinn, *English Legal System*, 4th ed., 2002, p. 246.
- (39) Air Canada v. Secretary of State for Trade, 1983, 2 A. C. 394, 438, *cité par* Jolowicz, *op. cit.*, p. 142, p. 165.
- (40) Benoit Garnot, *Justice et société en France aux XVII^e, XVII^e et XVIII^e siècles*, 2000, p. 111 et s.
- (41) Elliott & Quinn, *op. cit.*, p. 246.
- (42) van Caenegem, *op. cit.* (supra note 5), p. 53.
- (43) John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 1967, pp. 200-203.
- (44) 例えば一四九五年に創設された「Reichskammergericht」（帝室裁判所）は半数が学識者であるが、残り半数は騎士階級から選ばざるを得なかつたほどであるから、キョッロー、ロッパ、各地の裁判所が名望家によつて支えられていたのは当然である。大木、前掲、第七章、法律家論、特にそのIV、二、三二二頁以下参照。
- (45) van Caenegem, *op. cit.* (supra note 5), p. 44 et s.
- (46) David S. Clark, *Comparing the Work and Organization of Lawyers World-Wide: The Persistence of Legal Tradition*, in: John J. Barceló III, Roger C. Cramton, (ed.), *Lawyers Practice and Ideals: A Comparative View*, p. 89, note 38, pp. 88-95, 124-26. イギリスの弁護士数について現在では、ソリシタ約八万、バリスタ約九千といわれている。(Elliott & Quinn, *op. cit.* p. 122, p. 129.)
- (47) グランヴィル・ウィリアムズ・庭山英雄、戒能通厚、松浦好治共訳『イギリス法入門』、日本評論社、一九八四年、二四〇

- 頁ズレ。Ugo Mattei, op.cit., 170 et s.
- (40) ウェリマウス・庭山他訳、前掲、二五三頁。Mattei, op. cit., p.171.
- (41) Mattei, op. cit., p.173.
- (42) John Flood, Remapping Lawyers' Turf: A Comment on Professors Clark and Mattei, in: Barceló & Cramton, op. cit. supra note 38, p.213.
- (43) Flood, op. cit., p.216.
- (44) Zweigert & Kötz, op.cit., p.267.この転換を指示したものは、ブリフォス卿 (Lord Griffith) の意見である。Cf. Pepper v. Hart [1993] AC 593, 617.
- (45) Flood, op. cit. p.211.
- (46) Karl Heinz Burmeister, Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich, 1974, SS.58-65.
- (47) David S. Clark, Comparing the Work and Organization of Lawyers Worldwide: The Persistence of Legal Tradition, in: Barceló III & Cramton, op. cit. supra note 38, p.74 et s.
- (48) ユーレンの例として、Ingo von Münch, Legal Education and the Legal Profession in Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p.43.

補注 最近、戒能通厚編『現代イギリス法事典』、新世社、二〇〇三年に接した。本稿は既に校了の段階にあり、この優れた労作によって加筆する余裕はない。せめてその書名を掲げて研究者としての私の責を果たしたい。