

# 十九世紀インドにおける法典化の一断面

楠 本 英 隆

はしがき

- 一 法典化とは何か
- 二 法典化と判例法・制定法との差異
- 三 法典化の実用性
- 四 法典化に対する異議
- 五 インドにおいてはなぜ法典化を必要としたのか  
むすびにかえて

は し が き

十八・九世紀におけるインドの法体系は、まことに混沌たる状態にあった。それは、一六〇〇年以降、イギリス人の手により、除々にではあるがイギリス法の導入が行われ、法体系はもろること、裁判所の組織等についても、

十九世紀インドにおける法典化の一断面

当時のインド人にとっては、必ずしも親しみやすいものではなかったようである。また一方においては、インド固有の法、すなわち、マホメット法、ヒンズー法等が存在しており、その信奉する宗教により適用すべき法を異にしていた。

このようなことは、インドの支配権をもつイギリスにとっても、またインド自身にとっても欣ばしいことではなかった。そこで、統治の必要上、イギリス人の手により、インドの法の整理・統一が企てられることになった。この必要上採られた手段が、法典化であった。そして、それは主として十九世紀を舞台として、イギリスの法律家の手により、イギリス法を、インドの社会と環境に適するように仕組まれた法典の形をとってあらわれたのである。

私は、今ここで、この法典化の問題を全面的に採りあげようとは思わない。それは、すでにわが国においても、すぐれた幾つかの論文が公にされているからである。本稿においては、従来、わが国ではあまり論ぜられなかった二・三の点について記述することにしたい。

## 一 法典化とは何か

法典化(codification)という語は、Bentham によって造られたものである<sup>(一)</sup>。では、法典化という言葉は、何を意味するのであるか。

法典化という言葉が、ルースに用いられる場合には、制定法の整理統合(consolidation of statutes)を含むこともある。しかしながら、厳格な意味で用いるときは、ある特定事項に関する指導的法準則(the leading rules of law)

の整理され、且つ権威ある陳述である。そして、それらの準則は、制定法もしくはコモン・ローの中に見出さるべきものである。<sup>(一)</sup> また、法典化する言葉は、Austin によれば、既存の法 (existing law) の再表現であり、且つ既存の法の実質 (matter) に対する何らの改新をも必然的に随伴するものではない。しかるに、法典化に反対する人達は、法典化を以て、その国において行われている法のすべてを完全に改変することを意味するものと考えている。<sup>(二)</sup> 既存の法を改変することと、何が法なるかを言いあらわすにすぎない方法とは、きわめて異った二つの機能である。そして、この二つのもの間に生ずる混乱が、明快であり、且つ理解しやすいつ法典を獲得するための努力を台なしにしてきた。法を法典化的法律 (codifying act) に改変することは、例外だとして珍らしいことに属するのである。<sup>(四)</sup> しかしながら、純粹にして、單純な法典化——法の実体 (substance) を変えることなく、形式を改善するにすぎない法案 (a Bill) による——は不可能なことである。起草者は、自ら一もしくは他の方法を決定しなければならぬ法律上の疑問点に遭遇する。また一方、判例法が、その数、その量において夥しく龐大なものであるとしても、法典化的法案 (a codifying bill) が、その完全なることを志向するならば、切抜けなければならない間隙が随時生じてくる。<sup>(五)</sup> James Fitzjames Stephen によれば、法典化とは、明確なる成文の法形式に整理することであり、それは、それ以前には不文であるか、あるいはテキストブックや報告された事件のごとき権威性なき形式においてのみ成文の形式をとっているにすぎないのである。整理統合 (consolidation) とは、特定事項についてのすべての成文の法を一つの法律 (a single act) に整理することである。その二つのもの作られる過程は、互に交錯しており、実際にはそれほど違ったものではない。<sup>(六)</sup> さらに、Esher 卿によれば、法典化とは、イギリス臣民のために法を明白ならしめようとするものである。

(七) あると。またそのほか、Hibertによれば、法典化とは、ひときを柔軟性あり、且つ比較的權威性の乏しい性格をもつ慣例 (traditions) と記録から集積される法の表現——權威ある成文の形式で——である。この法典化という言葉は、英領インドの法律学において用いられる場合は、それぞれ異った法部門について、明快且つ簡潔にして学問的な形式に整理することを意味するのである。そして、法典化された法の準則は、既存の法体系中(あるいはインドの慣習中)に見出されるべきであるか、他の国の法体系中から採用されなければならないかである。

(一) Hibert, *Legislative Methods and Forms*, 1901. p. 122. 末延三次、英米法の研究、下、四二八頁参照。

(二) Hibert, *op. cit.* p. 128.

(三) Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, xxxix. 内田力蔵、イギリス法の「法典化」とシモン・オースマン、末延三次先生還暦記念・英米私法論集、四六三頁、四九二頁参照。

(四) Halsbury, *The Laws of England*, vol. I. Introduction ccix; Pollock, *A Digest of the Law of Partnership*, 7th ed. p. iv.

(五) Chalmers, *Bills of Exchange*, 3rd ed. XLV.

(六) Hunter's *Life of Earl of Mayo*, vol. II, p. 177. 水田義雄、法の變動と理論——英米法における法典化——四頁(昭和四四年)参照。

(七) Lee v. Danger (1892), 2 Q. B. 344.

## 二 法典化と判例法・制定法との差異

判例法は、個々の事例と具体的な類推とを示している。そして、その事例と類推から一般的準則がある程度の確実さを以て抽きだされ、また新しき事例に対する適用もある程度の確実さを以て断定される。しかしながら、厳密にいうならば、それぞれの事案の正確なる事実によって、たまたま決定される限界を超えて一般的準則を設定もするのではない。すべての決定された事案は、その制約内において、類似事実については類似の決定がなされるという一般的準則を確定するのである。しかしながら、別個の事案の事実についての類似性、または不同性を検討することは、きわめて困難なことであり、また微妙な問題であることが多い。そして、このような問題についての判断力は、法的な訓練と経験によつてのみ身につけることができるのである。判例法は、数多くの事実について述べたことと、それらの事実から推論された法的帰結とから構成されている。すなわち、法を一貫した形式で陳述することを可能ならしめる一般性、普遍性は、ある程度までは、事件を取扱うにあたり裁判官自身により、また幾分かはテキストライターによりなされた討論、推論および解説の過程から与えられることになる。判例法の長所は、それが豊富であり、委曲を尽したものであるということであり、また人相互の間の出来事についての実際上の必要のために用いられた救済手段についての記憶を蓄積しているということである。そして、それはまた経験にも富み、示唆という点からも捻多いものである。しかしながら、その短所の大なるものとしては、完全性に対する保障がないということであり、且つ一貫性に対する不完全な保障があるにすぎないということである。完全性に対する保障なきことは、種類を異にした事実

に基づく新しい事件が、日に日に発生するためであり、一貫性に対する不完全なる保障は、同等な判決と矛盾する判決とを、一定期間、並存することを許すからである。また、今一つの短所は、法律家にとってのみ理解され、手に入りやすいものであり、且つその人達にとつても、しばしば目的と一致しない思考と労力の消費を以てのみそれをなすにすぎないということである。<sup>(1)</sup> また一方において、制定法は、明確なる用語で法の一般準則を示しているけれども、必要が生ずるまでは、個々の実例をあげていない——将来の司法判決に委ねている——という欠点がある。

しかしながら、そのようなことは、言語のもつ不完全さに由来するのであつて、多義性から解放されている成文法は、殆んど存在しない。そして、稀れには、多くの意味がその成文法の解釈の中で結びついていることさえある。Sir Edward Coke (1552—1634) が、ある政治家から法律問題につき質問をうけた時、次のように答えたことと伝えられている。

『もしそれがコモン・ローであるならば、私が貴方に即答できない時は、私は恥ぢ入らなければならないでしょう。しかし、それが制定法だとしても、即座に答えられないならば、同じように恥ぢ入るべきでしょう』と。<sup>(2)</sup>

しかしながら、一般的提言 (general proposition) の形式で法を定立する方法についての “Macaulay の発明 (invention)” にしたがつて、英領インドで採用された法典化の体系は、独特の事例註解 (illustration) をつけている。そして、それにより、制定法の長所と判例法の長所とを結びつけることによって、両者のもつ弊害を免れようとするのである。この法典化の体系によつて、判例法の機能は明らかに認されている。変転する秩序の中で法典を存続させるためには、数年毎に行われる継続的な改正が必要である。<sup>(四)</sup>

たしかに、法典のないことによる困難、損失および不確定性という弊害がある。そして、法典化することにより、その弊害を少なくすることができ、また実際に減らしてきた。しかしながら、法律上の事件 (legal affairs) の本質に内在するまた別の欠点と困難とがある。そして、法典化は、ある程度までは、その弊害を緩和できるとしても、それを取去ることはできない。形式と手続についてのすべての問題とは別に、人間関係の複雑さと目新しい出来事とが、法典中に規定されていない多くの事件を生ぜしめるのが常である。法典化が、その目的とするものは、すべて、過去の経験に関して、法を完全にし、且つ簡潔にすることであり、また近づきやすさと確定性を失うことなく、新しい時代の要請に応ずるための条項を新たに設けることである。<sup>(五)</sup>

- (一) Geldart, Elements of English Law, 1953, p. 16 *infra*. 同書、末延三次訳、W・ゲルダート、イギリス法原理 (一九五八年) 二〇頁以下、内田前掲、四六〇頁以下および水田前掲、一四二頁以下参照。
- (二) 水田、英法学序説 (昭和四四年) 一六八頁以下参照。
- (三) Lord Teignmouth's Memoirs of Sir William Jones, p. 261.
- (四) この点については後述する (八九・九〇頁参照)。
- (五) Encyclopaedia Britannica, 8th ed. "Codification."

### 三 法典化の実用性

法典化の実用性 (practicability) と希求性 (desirability) の問題については、多くの法律上の問題におけると同様、哲学的法学派 (Philosophical Schools of Jurisprudence) と歴史法学派 (Historical Schools of Jurisprudence) の学徒の間における意見の相違には大きなものがある。

哲学的法学派の学者達、例えば Thibaut, Bentham, Austin 等は、法典化の忠実なる支持者であった。歴史法学派の支持者は、自然法の教義に反駁し、法典化の基礎を打破ったと考えていたが、その教義は法典化の唯一の基礎ではない。歴史法学派の偉大な主唱者たる Savigny<sup>(1)</sup> は、かりにその開祖でなく、また法典化の有力な反対者でないとしても、既存の法典に存する理論的欠陥を誇張し、またその実際的な効用についても高く評価していなかった。彼はまた、Bentham は法典を作るということでは殆んど成功を収めえなかったが、それでもなお大きな恩恵を与えたという一面だけの真理さえも無視していた。さらに、彼は、法典化を以て法の自然的成長を抑制し、且つその発展を妨げるものであるとの議論を押し進めた。そして、彼は、立法部の援助または強制なくして、法改革を成し遂げ、且つその時代の要求に法を適應せしめるために、法律家の能力と自発性を過大に評価していた。また、彼は、ドイツにおける法典編纂に寄与しつつあった勢力を低く評価していた。ドイツ国民は、挙国一致に向つて懸命の努力を重ねていた。挙国一致は、法の統一を意味し、法の統一は、法典化なくしては成就しない<sup>(2)</sup>。完全にして、自足完了的であり、説明を要しない法典を作るということは、人間の創造力を超えているけれども、法をすべての人に親しませ、問題を解決しうる引証 (reference) によつて一般原則を包含する法典をもつことは、実行可能なことである。

法典化の問題は、抽象的な問題、すなわち適切にして、且つ完全な——少くともできるかぎり完全な——法典は、

判例法および慣習法から成る法の一体よりも優れているか、あるいは具体的な問題、すなわち特定社会の状況を考慮し、法を整理して法典を作ることが便宜であるか、そのいずれかの問題として考察することができるであらう。このにおいては、抽象的意味での法典化にしがたがって、法典化に対する異議 (objections) を考察しよう。

- (1) Savigny 及び Thibaut の Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814. に対する Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814. を公刊したことは周知の通りである。そして Savigny は、法典化の問題については本書中において論ずるのである。この点については、Ilbert は前掲一二五頁以下において取扱つてゐる。なお、このことについては、Behrend's Essay in Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft. 参照。

(11) Ilbert, Legislative Methods and Forms, 1901. p. 126 infra.

#### 四 法典化に対する異議

(一) 法典に内在する不完全さに由来するもの

現実に発生する事件は、事実上、無限であり、それ故にそれらの事件に対し、前もって論ずることも、また準備することもできない<sup>(1)</sup>。法典は、本来、このような性質をもつものであるから、時に法典を有することは益なきことといわれる。いいかえれば、法典化に対する最初の異議 (objection) は、この法典固有の不完全さに由来するのである。まさに、理想的な法典をつくることは、ほとんど不可能にちかいかことであり、いかなる法典といえども完全無欠であることを期しえない。しかしながら、法典は、判例法または慣習法よりも不完全ではない。法典は、簡約であり、簡

潔であり、体系的であるから、その点だけからすれば理解しやすいであろう。そして、インド法委員会 (The India Law Commission) によって採用されたような多くの工夫が、法典に固有の欠陥を取りはらうために、たまたま思いつくことがあるかも知れない。その工夫の一つとして、法典中の条項に権威ある事例註解 (illustration) をつけるという “Macaulay の発明 (invention)” があつた。<sup>(1)</sup> この確に法を示す方法は、Symonds が立法工学 (the mechanics of law-making) とよぶ技術の中にあつて最も特異の地位を占めるものである。<sup>(2)</sup> そして、それはまた制定法と判例法とが、それぞれもっている短所を避けると同時に、立法者をして、その両者の長所を結合せしめる新しい建設的努力の結晶である。<sup>(3)</sup> 事例註解を案出した起草者達の老練なる想像力は、将来の多くの事件を予め議しうるとしても、間然するところなしというまでには到らないのである。しかしながら、出来のよい法典 (good Code) は、よくこれに耐えうるであらうし、それはまた人をして特定事件が真に困難なりや、否やを、容易に悟らしめるであらう。

(1) Encyclopaedia of the Law of England, vol. II, 2nd ed., p. 127.

(2) この事例註解をつけることとは、イギリス・インド法典の顯著な特徴である (Whitely Stokes, The Anglo-Indian Codes, vol. I, p. xxiii, 12, 297 (1887))。そここの考え方は Bentham の著述を避はるべきである (Bentham's Works, I, 164.) Austin は、文書註解法 (Law of the Book) の草案 (マタタ島 (Mata) のために自ら用意した) の中でこの事例註解の方法を用いたことを認むる (Stokes, op. cit., p. xxiii; Pollock, A Digest of the Partnership, 3rd ed., Tokyo, 1886, iv. また水田、前掲、一四八頁、特に註参照)。しかしながら、実際の立法にあたって、最初にこれを用いたのは Macaulay であつた (Stokes, op. cit., p. xxiv; Pollock, op. cit., Preface)。そして、このことについては、インド刑法草案の序文

れた彼の Lord Auchland へあつた書簡に注目しなければならぬ。その詳細は Stokes, op. cit., p. xxiv. に収載されてゐる。また George Claus Rankin, Background to Indian Law, 1946, p. 203. 及び水田「前掲」11・1311・1420・1711・1821・189・327に引用されてゐる。

(III) Encyclopaedia Britannica, 8th ed., "Codification." 又 Pollock は「事例註解の挿入形式を "the Mechanics of law-making" と譯し、これを諸法典中に採り入れたインクの法律を "a desirable model for the exposition of English Law" と稱する (A Digest of the Law of Partnership, 3rd ed., Tokyo iii, iv.)」。

(IV) Pollock, op. cit., p. iv.

(二) 多くの註釈と判決で制圧される危険

事例註解は、解釈についての多くの問題を未然に防ぎ、法の意味を確定するのに役立つ。しかしながら、何が法なるかにつき裁判官の間で意見の相違がある多くの事件が発生することは疑いなきところである。法準則の意味、そしてまた事例註解の正しい適用に疑う余地が残されており、また制定法が沈黙を守っている事件が発生する。このようなすべての事件において、裁判官は、それなりのやり方で法を解釈しなければならぬ。<sup>(1)</sup> しかしながら、何が法なるかを疑うべき真の理由がある事件において、法を解釈する権限は、帰するところ法制定の権限となる。<sup>(2)</sup> その結果、それを阻止するためにいかなる手段も講ぜられないならば、やがて制定法は、註釈と判決の測り知れない重さによつて圧倒されることになるであろう。<sup>(3)</sup> それ故に、そのような法典をもつことは何の役にもたないという法典化に対する第一の異議が生ずるのである。これは、まさに法形成の方式がいかなるものであつても、完全には排除しえない弊害で

ある。しかしながら、その弊害を避けるためには、制定法は、僅か数年間隔で、定義、準則、または事例註解の形式をとり、できるかぎり完全な手段を講じて修正され (revised)、また改正する (amended) べきである。このような場合に、法を改正するため、殊に社会の進展に伴う新しき利害関係および環境が必要とする新しき法準則を定めるために機会を利用しなければならぬ。<sup>(四)</sup> このことについて、James Fitzjames Stephen は、次のように述べている。すなわち、『このよ様な再制定 (re-enactments)——種々なる法典化的法律 (codifying Acts) の再制定〔筆者註〕——は、私の見るところでは、鉄道に就いて修理が必要であると同様に必要欠くことをえないものである。私は、いかに重要な制定法 (Acts) であっても、十年もしくは十二年以上存続すべきではないと思う。その期間の終りに、制定法は、慎重に隅から隅まで検討を加えられなければならない。そして、その一般的構成と配列 (general framework and arrangement) とは、できるだけ多く (廢止することなく) 存続せしめると同時に、経験上改善と修正を必要とするすべての点につき、改善し、修正すべきである』と。<sup>(五)</sup>

- (一) Lord Romilly's Report dated 23rd June 1863, in the Gazette of India, Extraordinary, July 1, 1864, p. 56.
- (二) Lord Macaulay's Letter to Lord Auckland, dated 14th October 1837.
- (三) Lord Romilly's Report dated the 23rd June 1863, Gazette of India, Extraordinary, July 1, 1864, p. 54.
- (四) Lord Romilly's Report dated the 23rd June 1863, Gazette of India, Extraordinary, July 1, 1864, p. 56.
- (五) Gazette of India, Supplement, May 4 1872, p. 534.

(三) 法典化は法の自然的成長を抑制する

前述のような修正と再制定とが、法典化に対する今一つの異議を概ね排除することになる。すなわち、その異議とは、法典化は法の自然的成長を抑制し、またその自由なる発展を妨げることである。<sup>(一)</sup> いかえれば、法典化は、法を形式化し、また裁判官作成法 (Judge-made law) 独自の特徴たる弾力性を奪い去ることになる。<sup>(二)</sup> Lord Cockburn は、およそ次のごとくいう。<sup>(三)</sup> どのような不利な点が不文法体系に附着しており、またわれわれがそれに十分に気づいているとしても、不文法には少くとも以下のような利点もある。すなわち不文法の弾力性 (elasticity) は、その法が直接適用される時代の必要と慣例 (usages) と利益とに調和しない場合に生ずる矛盾と不正とを避けるために、その法を司る者をして、種々なる社会事情およびわれわれが現に生活している時代の要請と習慣 (habits) にその法を適應せしめうるのである。

この異議に対して、J. F. Stephen は、こう。

『法典化は、コモン・ローからその弾力性を奪うと考えている者は、それが新しき事件の解決にあたって自由裁量 (discretion) を行うに際し裁判官の足枷となると思考しているように思われる』<sup>(四)</sup> と。またいう。『この異議には、外見上、いくらかの説得力がある。しかしながら、その重要性は全体的に見て誤解されてきた。この異議を正しく評価するためには、裁判官に与えられた自由裁量の性質を考察することが必要である』<sup>(五)</sup> と。

『裁判官が、新しき一連の情況に巧みに対処することを求められている場合、彼は、正義と便宜性についての自らの見解にしたがって、自由に決定すべきであるということが仮定されているように思われる。ところがこれに反し

て、裁判官は、すでに確立されている原理 (principles) にしたがって解決しなければならない。そして、裁判官は、その原理を無視することも、また改めることもできない。<sup>(六)</sup>この結果、まず第一に、コモン・ローのもつ弾力性は、想像以上に小さいものであり、次に、法典が、判決された事件および確立された原理の結果を示している限りでは、それは裁判官が現に有するものを何一つ奪うものではない。事実、弾力性ということは、不確定性の別名たるにすぎない。そして、弾力性という言葉は、それがイギリス法にあてはめられた場合、全体として見れば誤って用いられているといつても差支あるまい。<sup>(七)</sup>

さらに、この異議に対しては、制定法は今日よりもむしろ昨日の意見を再生しがちであるとすれば、裁判官作成法は一昨日の意見を言いあらわしていることがある、と答える者もある。<sup>(八)</sup>また、司法的立法は、確立している法体系の維持を目的とし、且つその傾向をもつ立法の一形式である。<sup>(九)</sup>かくして、司法的立法は、確立した法体系維持の傾向を有し、法典化は、不確定性の存在するところに確定性を生みだすものであることを知るのである。この異議は、(出来の)悪い法典化にはあてはまるかも知れないが、(出来の)よい法典化にはあてはまらないのである。ドイツ以上に捻り多き成果をあげて、法を歴史的、体系的に研究した国はないであろう。これ以上法典編纂が成功を収めた国もないであろう。既存の準則 (existing rules) を科学的に公式化することは、そのもつ欠陥を浮彫りに示すことになる。かくして、司法的発展を刺戟し、且つ立法的修正を示唆し、促進することになる。<sup>(一〇)</sup>

(1) Ibbert, *Legislative Methods and Forms*, 1901, p. 159; Pound, *Codification in Anglo-American Law*, p. 285, in Bernard

Schwartz, *The Code Napoleon and the Common-Law World*, 1956.

- (一) *リウ・ワソン・ウォルター* Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, vol. III, p. 350-353.
- (二) *ワソン・ウォルター*, (1868), L. R. 4 Q. B. 73, 93.
- (三) Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, vol. III, p. 352; Chalmers, *An Experiment in Codification*, *Law Quarterly Review*, vol. III, p. 129, 130.
- (四) Stephen, *op. cit.*, vol. III, p. 352.
- (五) *Dicey's Law and Opinion in England*, p. 364.
- (六) Stephen, *op. cit.*, vol. III, p. 352, 353.
- (七) *Dicey's op. cit.*, p. 367.
- (八) *Dicey's op. cit.*, p. 365.
- (九) *Ilbert, Legislative Methods and Forms*, p. 159.
- (一〇) *Ilbert, Legislative Methods and Forms*, p. 159.

(四) 法典化は難問題にはふれな

法典化が、平易な問題をより一層容易にするにすぎないとするならば、法を法典化する価値はないと言われる。易しい問題は、難しい問題に比し、その数においてはるかに多いというのが、右に述べたことに対する回答とされている。難しい問題は、法が法典化されるとしても、あるがままに放置されるだろうということは正しいことではない。ただし、重要な法の部門について巧みに立案された法典化は、多くの困難な場合を排除ことになるであろうから。法典を組立てるにあたって、見逃すことのできない幾つかの問題は、その論点が明瞭に現われないか、あるいは現わ

れ且つ避けられたのか、そのいずれかの故に解決されないままになる。このようにして、不確実な、そして多かれ少かれ矛盾する断定 (*dicta*) によって取りまかれてしまう。このような問題が処理され、且つ一もしくは他の方法を確実なものにしなければならぬ。そして可能性ある論争の中相当多くのものが切り棄てられることになる。

(五) 欠如せるものは解説者によって供給される

法典化に対する第五の異議は、出来のよい法典 (*a good Code*) を作りうる時代においては、その欠けているものは、私的な解説者によって供給されるから法典を必要とはしない、とする。この異議に対しては、勝れた解説は、法典を多少なりとも必要なきものとするかも知れないが、それらの解説は法典の地位を占めることはできないというの(1)が、その回答とされる。法典は、主権者の意思の表現であり、裁判官は、それに遵うことを義務づけられている。しかしながら、解説は、それがいかに巧みになされていても、権威性なきものであるから、裁判官を拘束することはない。このような解説も、またダイジェストも、やがては制定法となるかも知れない法案の基礎となれうるにすぎない。例(2) Chalmers, *A Digest of the Law of Bills of Exchange*, 1878; Pollock, *A Digest of the Law of Partnership*, 1887; J. F. Stephen, *A Digest of the Law of Evidence*, 1873. など(3)がそれである。十中八九、このようなダイジェストや解説は、英領インドにおけるそれ以後の法典化に大いに役だったと言っても過言ではない。

(一) アメリカの連邦最高裁判所の裁判官の場合は別である。

(1) Chalmers の “Digest” と対しては *Bills of Exchange Act*, 1882. (英) があつて Pollock の “Digest” と対しては *Partnership Act*, 1890. (英) —— インドでは一九三三年成立 —— があつて (Ibert, *Legislative Methods and Forms*, 190

1, p. 128, 129; Alan Gledhill, *The Republic of India, 1951*, p. 244.)。なぞ、Stephen のものは、インドにおける経験——殊に一八七二年のインド証拠法の制定——を活用した帰英後の著作である。さらに、このような Stephen の著述が刺戟となつて、その後前記 Pollock, Chalmers の著冊があらわれたことに注意すべきである(この点については、多くの英文の著書の中で指摘されている。その他水田、前掲、二〇八頁参照)。

(六) 法典化はならず者に勇氣を与える

法典化に対する第六の異議は、法典は法のもつ欠陥をあまりにも明白にするが故に、ならず者に勇氣を与えることになるということである。法の不備を知っているならず者は、法が法典化された状態よりも、されない状態において他人を欺く機会をより多くもっているということが、この異議に対する回答である。

インド地役権法 (*Indian Easements Act, 1882*) の制定に対する異議の一つは、インド国民に地役権を知らせることによつて、訴訟を惹きおこし、且つ地方的慣例 (*local usage*) によつてのみ認められていた地役権を廃止し、あるいは逆に抵触することになるだろうということであった。この異議に対しては、次のような反駁がなされる。すなわち、インド国民は、確実な権利よりも不確実な権利を主張するということが経験上知られており、また国民、弁護士および下級裁判所 (*subordinate court*) の裁判官が疑わしいと考えた問題につき法を明白に宣言することにより、その法が訴訟を増加するよりも、むしろ抑制することになるであろう、ということが強く主張されてきた<sup>(一)</sup>。地役権法の成立以後およそ三十年間、法が円滑に、そして満足すべき状態で行われてきたことにより、この異議は全く根拠なきものであることが明らかになった。

(1) The Gazette of India, 1880, Pt. v. p. 480.

(七) 既存の法典の失敗

これは、フランス、プロイセンおよびその他の諸国における法典の失敗に由来するものである。その個々の法典の失敗が、かりに可能な限り十分に肯定されるとしても、一般論として法典化に異論をさしはさむ何物も証明されているわけではない。すなわち、個々の法典は不首尾に終ったかも知れない。それは、法典なるが故のそれでもなく、また法典としての特性によるものでもなく、そのそれぞれの法典のもつ不完全な構造 (construction) に由来するものというのが、その解答となるのである。してみれば、右に述べた失敗というものは、それほど完全に肯定されるものではない。

ヨーロッパ大陸の諸国民は、自己の法を法典化してきた。そして、そのいずれの国民も、そのことを後悔しているような言葉さえ残してはいない。それどころか、彼等は、たいてい既存の法典を作りなおしつつある。

インドにおいては、多くの法典化が成し遂げられてきた。そして、公的な意見も、また専門家の意見も、法典化を支持することについてほとんど一致しているように思われる。<sup>(一)</sup> インドの裁判官および王法律顧問 (advocate general) の予言にも拘りず、<sup>(二)</sup> インドの法典化は、J. F. Stephen のいうように『素晴しき成功 (triumphantly successful)』をおさめたものであった。

(一) Chalmers, Bills of Exchange, 7th ed., p. lii.

(二) Stokes, The Anglo-Indian Codes, vol. I, p. 71. この序の語『不思議なほどの成功 (remarkably successful)』を\*

(八) むすび

事實、世の中が時の流れにしたがつて、より賢明に成長するとき、各法律学派は、その主張をある程度和らげ、そして他のものからその勝れたものを取り入れている。しかもなお、われわれが耳にするのは、海の彼方の異った学派の騎士達の相打つ刃の騒音の響である、と *Hibert* は<sup>(1)</sup>いう。

以上述べてきたように、法典化に対する異議があるにも拘らず、ほとんどすべての法律家は、(出来の)よい、完全な法典は、司法法 (judiciary law) や慣習法 (customary law) のみから成り立つ法体系に勝るものだとしている。しかしながら、彼等は、具体的な考え方としては、法典化に関する問題につき、その見解を異にしている。すなわち、特定社会の状況を考慮して、個々の法律を法典の形に整理する企てが便宜であるか、どうかという問題につき意見が違うのである。この関係からして、最も重要な問題は、何が法典化の基礎とされるべきか、ということである。いいかえれば、法典は、その国でひろく行われている法にのみその根拠をおくべきか、どうか、あるいは他の国の法が導入され、土着の法と融合し、そして混成されたものが法典化の基礎とされるべきであるのか、どうか、そしてもしそうだとするならば、外国法の諸原理がいかなる程度にまで導入されるべきものなのであるか、という問題について、その見解は必ずしも一致しているのではない。

このような論争については、ドイツにおけるゲルマニステンとロマニステンの間の論争、また例えば、前世紀末の日本におけるボアソナード一派と穂積一派の論争は、右に述べた点をめぐって集中しており、またその点についての

十分なる解答のでていないことが、英領インドにおける法律家にとって、あまり役に立たとも思われない。

インドにおいて、外国法の諸準則が、ヒンヅー法、マホメット法および慣習法上の諸準則とともに、イギリス・インド法典の中に、どの程度まで組入れらるべきかは、きわめて困難な問題であったのであり、将来にまでそのまま残されてゆくことであらう。

(1) Encyclopaedia of the Law of England, 2nd ed., vol. iii, 125. の“Codification”に關する論文(イベルト著) Ibert, Legislative Methods and Forms, Chapter on Codification; Roland Wilson, A Digest of Anglo-Muhamadan Law, 3rd ed., p. 52.

## 五 インドにおいては何故法典化を必要としたのか

Ibert は、その著インド統治論<sup>(1)</sup>において、『インドにおいて、法典化は實際上の必要に迫られて成し遂げられた』と述べてゐる。

すば、この『實際上の必要』とは如何なることをいふのであらうか。

この点につき考へられることは、次の事柄である。(1)法を認識しやすへするため (Cognoscibility of law) (2)法の不確定性を除去するため (To remove uncertainty of law) (3)イギリス法の技術的準則の導入を抑制するため (To check the introduction of technical rules of English Law) (4)司法的立法の弊害を避けるため (To avoid the evil of judicial legislation) (5)インド國民に適合する慣習を維持するため (To preserve the customs suited to the people of the country) である。

(1) The Government of India, 3rd ed., p. 369 (1915). なおこの点につき『インド統治上の必要』というのは Pollock (A First Book of Jurisprudence, 5th ed., p. 366, 1923.) である。

(一) 法を認識しやすくするため

この点については、一七九三年の規則 (Regulation) の前文に目をとめなければならぬ。そこにおいては、政府 (government) により制定された法律 (Acts) は、正規の法典 (a regular code) にまとめ上げられなければならない理由が示されている。すなわち(a)このような法典は、イギリス政府によって与えられた多くの貴重な特権と免除 (privileges and immunities) の保障が依拠する法律と、すべての権利侵害に対してスピーディーな救済が行われる方法とをインド人に親しませることが出来る。(b)法典は、インド人の真の意思にしたがって、裁判所に法律を適用させることになるのである。いいかえれば、インドの法律を裁判官 (Administrators of Justice) とインド国民の両者にとって認識しやすくようにすることである。

(二) 法の不確定性を除去するため

イギリス人が最初にインドにやってきた時のインドの法は、次のようなものから成りたっていた。

まず歴代にして詳細な相続法 (Inheritance law) と家族法 (family law) の体系、すなわちマホメット法がインド全体を通じて行われていた。ただし、インドの若干の地方ではヒンヅーの慣習によって修正がなされていた。しかしながら、ヒンヅー法は、それほど統一的ではなかった。これらは、いずれも宗教および社会慣習と深く結びついており、イギリス法とは、その質においてかなりの差異があった。マホメット法はコーラン (Koran) 以後の文献に載

せられており、またその文献およびそれをめぐって生成してきた慣例についての註釈から成りたっている。<sup>(三)</sup> ヒンヅー法の多くは、非常に古い文献に載せられ、天与の起源の故に信ぜられていた。しかしながら、その一部は、後のヒンヅー人の註釈者のなした註釈書に載っている。<sup>(三)</sup> このようなことが、法の不確定性の一つの原因となるのである。

次に、土地の占有、使用および種々なる権利に関する多くの慣習は、耕作地 (tillage) 牧場 (pasturage) と結びついており、それはまた水利権 (water-rights) 耕土権 (rights of soil) 森林権 (forest rights) および河岸の増土権 (rights of accretion on the banks of rivers) を含んでいる。また、農業と租税の組織は、土地の慣習にその基礎をおいており、地域により区々であり、しかも不文であった。

さらに、イギリス法から見れば、精練されておらず、また発達もしていない、しかし当時のインドの法律生活からすれば重要な慣習が存在していた。そして、その慣習は、財産の移転・質入ならびに契約、殊に商事契約に関するものであった。

最後に、マホメット法に由来する刑罰法規があり、マホメット王侯により施行されていた。

以上が当時のインドにおいて行われていた法の大部分であるが、それ以外の法分野にして、実際には存在しない(普通には存在する筈の)ものが相当にあったのである。例えば、民事、刑事の訴訟法は、裁判の方法が原始的なものであったためほとんど存在していなかった。また、不法行為に関する法は、ほとんど存在せず、且つ財産法、契約法および刑法の領域においても、ある部門は欠けていたか、もしくは未発達の状態にあった。さらに、公法上および憲法上の権利に関する法も存在していなかった。というのは、その頃のインドにおいては、そのような権利自体が存

在していなかっただからである。<sup>(四)</sup> インドの法律が、このような情況におかれていたことが、法律の混乱状態が惹きおこされる要因となっていたのである。

このような法律状態を背景にして、一七七二年、Warren Hastings がベンガル州の知事となった。彼はまず、管内の司法行政に関する方針を明らかにした。<sup>(五)</sup> その中で重要な条項は、『相続、婚姻、カーストおよびその他の宗教的慣習・制度に関するすべての訴訟にあっては、マホメット教徒に対しては「コーランの諸法 (the laws of Koran)」<sup>(六)</sup> を、ヒンズー教徒に対しては「シャスターの諸法 (the laws of Shaster)」<sup>(七)</sup> を必ず適用すべきである』と定めていた。

しかしながら、矛盾しあう条項を内蔵していたヒンズー法とマホメット法という異なる学派が存在していたから、右の指令 (direction) がだされたにも拘らず、それほど簡単に既述の問題から生ずる法の不確定性を取りのぞくことはできなかった。初期の頃のイギリスの行政官は、アラビヤ語とサンスクリットについての知識を欠いていたため、<sup>(八)</sup> 一つの特種な解釈方法にしたがっていた。Kazis と Pandits の助言を受けなければならなかった。<sup>(九)</sup> このヒンズー法とマホメット法の両学派が併存することが、また法の不確定性の原因ともなっていたのである。<sup>(一〇)</sup>

すでに述べてきたように、当時のインドにおいては、法律は混乱をきわめており、それと同時にまたいわゆる法の空白分野、十分なる法律、慣習の存在しない法分野があった。このような事情から、裁判にあたっては、『正義、衡平および良心 (Justice, equity and good conscience)』にしたがうべきものとされた。<sup>(一一)</sup>

この場合、イギリス法についての知識を多少なりとも有する者は、その知識をもってその内容としたであらう。もともと、インドにおいて裁判官となっている者に、イギリス法についての造詣の深さを期待することは無理である

う。ましてイギリス本国の練達せる裁判官に比肩しうるほどの学識を求めるのは至難なことといわなければならぬ。したがって、『正義、衡平および良心』についても、自然的正義あるいは常識に頼ることとなり、それが、イギリスでの法律文献、殊に権威的典籍 (Books of authority) についての知識にわずらわされるよりは、裁判官自身にとっても、また訴訟当事者からも歓迎されたであろうことは想像にかたくない。イギリス人たる裁判官にしてすでにこのような状態であるから、インド人法律家にとっては、敢えて贅言を費すまでもないであろう。このようにして、イギリスの複雑な、そして厳格な法律についての古典的知識を援用するよりも、むしろ安易な常識に頼るといふ結果が招来されることになる。<sup>(一三)</sup> ここにおいて、法律を解りやすくするために法典化することが、一般人にとっても、また裁判官にとっても必要なこととなった。

- (一) Pollock, The Expansion of the Common Law, 1904, p. 17, 18.
- (二) George Claus Rankin, Background to Indian Law, 1946, p. 136.
- (三) West and Bühler, Hindu Law, 3rd ed. Introduction p. 20.
- (四) Bryce, Studies in History and Jurisprudence, vol. I, p. 120.
- (五) Ilbert, The Government of India, 1915, p. 278. 以下引用するところより述べる。
- (六) マホメット教の神聖なる典籍をいう。
- (七) Shashtra といふ。神聖なるフンツ一教の典籍をいふ (Allan Gledhill, The Republic of India, 1951, p. 45)。
- (八) Kazis といふ。マホメット教徒の裁判官のことである。

(九) Pandits とは、インドのサンスクリット、哲学、宗教、法学に精通したヒンヅー人の学者のことである。

(一〇) 鈴木敏和、インドにおける英法の継受と「正義、衡平および良心」、立正法学第一巻第二号一七頁、およびそこにおいて引用する Jain, *Outline of Indian Legal History*, p. 422. 参照。

(一一) 『要するにインドでは法が宗教と密接な関係にあり、人種による差別より宗教による差別の方が遙かに社会的に大きな意義を有するところからして、その各自信奉する宗教により適用せらるべき法律が定められる。つまり、回教徒には回教法を、インド教徒にはインド法を適用するという原則を宣明すると共に、その解釈、適用を円滑ならしむるための司法行政政策などを定めたのであった。……これは、いわば従前法主義のインドにおける適用に関する技術的宣明であったとみる事が出来よう。元来インドでは、従前法といっても、回教法、インド法等々多岐に亘るのであり、単一、簡単な存在ではなかった。これを各々その信奉する宗教と結び付けて解決したところにイギリスのインド統治の苦心が存したのであったが、同時にそれが最小の抵抗の原則 (the line of least resistance) であつて当時のインドにおける統治、法律政策としては、最も賢明な策であつたとなし得るのである』と、水田教授は述べておられる (前掲、法の変動と理論、一七三頁)。他に、鈴木敏和、十七・八世紀インドにおける英法の継受過程、立正大学経済学季報、第一五巻第三・四号一四二頁 (昭和四一年) 参照。

(一二) Gledhill, *The Republic of India*, 1951, p. 207.

(一三) Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, 1901, p. 120; Ilbert, *The Government of India*, 1915, p. 153.

(三) イギリス法の技術的準則の導入を抑制するため

イギリス領インドの法律史の初期の頃から、裁判官は、ある種の事件については、『正義、衡平および良心』を用いることを指示されていた。この場合、裁判官は、一般的にはイギリス法上の諸準則にしたがってその判断を下して

いた。その結果、イギリス法の技術的側面がインドに導入されることになった。これらのイギリス法上の技術的準則の導入を抑制する唯一の方法は、法典化された法の体系を以ておきかえることである。そして、それは最良の土着の慣習およびインドの利益に適するものでなければならぬ。<sup>(一)</sup>

右の点に關し注意すべきことは、まず第一に、いかにして、また何時、正義、衡平および良心という原理をインドに導入したか、また裁判官は、正義、衡平および良心を行使できるか、どうかであり、第二に、この原理の適用が法の発達に対してどのような影響をもつのか、ということであり、第三には、この格言の適用が、どのようにしてイギリス法の技術的準則をインドに導入したか、またどのような手段が導入の危険を排するためにとられたか、ということである。以上の三点につき簡単に述べれば次のごとくである。

(1) 徴税および裁判を行うにあたって、イギリス・インド行政官の指導的原理としたものは、インドの法が不正もしくは不当でない限りその法に干渉すべきではないとされていた。(2) この格言を適用することにより、イギリス法の技術的な諸準則の導入が行われたことも否定できない事実であった。そして、この諸準則は、インド国民の生活状態に必ずしも適するものではなかったが、全体としては、この格言を深い思慮のもとに適用することにより、インドのさまざまな法部門の発達に寄与したのであった。(3) この点につき、J. F. Stephen はおよそ次のようにいう。正義、衡平および良心が、インド人裁判官に対してそれを適用することを義務づけられている法であるとしても、彼等は、事實上、そのための手引としてイギリス法律書に助を求めるのである。また、彼等に対し、右のことは異なるやり方を要求するとしても、それはほとんど不可能なことである。しかしながら、契約法のごとく別個の準則がある場合は

この限りではない、<sup>(二)</sup>と。また、従来、正義、衡平および良心は、通常インドの社会と環境に適する限り、イギリス法上の準則の意味に解釈されてきた。この格言によって事件を解決せんとする英領インドの裁判官達は、イギリス法上の準則にしたがって裁決した。かくして、インドの習慣および諸制度に適せざる多くの準則が、間接的にはあるが、司法判決によって徐々に影響をうけた略式の立法 (informal legislation) によりインドに入ってしまった。このようにしてやがて、イギリス法上の技術的諸準則の導入を抑制する必要が生じてきた。そのためには、前述のことが今一度想起されなければならない。すなわち、『承認されたイギリス判例からイギリス法の準則を借用する過程を抑制する唯一の方法は、最良の土着の慣習に適合する法典化された法の体系 (a system of codified law) を以てそれらの準則におきかえることである。』<sup>(三)</sup>

イギリス法上の技術的諸準則のインドへの導入は、英領インドの裁判官達が、正義、衡平および良心なる格言を適用することにより行われたのであった。いいかえれば、それは、司法部による立法の避けがたき悪弊である。

- (一) Despatch from Lord Salisbury (the then Secretary of State for India) to the Government of India. Dated the 20th January 1876, cited in Stokes, *The Anglo-Indian Codes*, vol I, p. xvii (1887); Ilbert, *Legislative Methods and Forms*, 1901, p. 141. なお Salisbury 博士は、水田、前掲、二二二頁参照。
- (二) Supplement to the *Gazette of India*, May 4, 1872, p. 535.
- (三) Despatch from Lord Salisbury (the then Secretary of State for India) to the Government of India, Dated the 20th January, 1876.

(四) 司法部による立法の弊害を避けるため

インドにおいて法典化が必要とされる第四の理由は、司法部による立法の弊害を避けるためである。

絶対的な政府と弛緩せる道徳の存在したインドの裁判官作成法は、呪うべきものであり、恥辱であつて、耐え忍ぶべきではない、とされている。<sup>(二)</sup>このように見れば、裁判官作成法の利害得失を論ずる余地はない。この点につき、ここでは次の二点だけを指摘しておこう。すなわち、(1)裁判官作成法の弾力性 (elasticity) ということである。不文の法体系に付着した不利な点かどのようなものであるかと、またそれをわれわれがよく知っているとしても、それには、少くとも次のような利点がある。そののもつ弾力性は、不文の法を適用する者をして、法は、それが直接に適用される時代の要求、慣習および利益にもはや調和しなくなる時に生ずる矛盾と不正を避けるために、変転する社会状態にそれを適應せしめうること、およびわれわれが生活している時代の要請と習慣に適應せしめうるそれがそれである。この主張を正しく評価するためには、裁判官に与えられている自由裁量 (discretion) の性質を考察しなければならない。裁判官が、新しき一連の状況を処理しなければならぬ時、彼は正義と便宜性 (expediency) についての自己の見解にしたがい自由に判決しなければならぬ。ところがこれに反して、彼は、すでに確立された原理——無視することも、変更することもできない——と一致するように裁決を下すことを義務づけられている。この結果、まずコモン・ローの弾力性は想像されているよりも遙かに小さいものであり、次に法典が判決された事件と確立された原理の効果を表わしている限り、法典は裁判官から彼等の有する何物をも奪うものではない。事実、弾力性は、価値あるものとされてきたが、それは不確定性の別名にしかすぎない。弾力性なる言葉は、それがイギリス法上用いられる場合には、誤り用いられている。イギリス法のもつ大きな特徴は、きわめて詳細であり、明示的であるということ

であり、また裁判官に対し自由裁量の余地をほとんど残しては<sup>(三)</sup>ない。<sup>(二)</sup>先例に対し敬意を払うということが、裁判官作成法の基礎として欠くことのできないものである。このことについても、法典化は法を形式化し、法の自然的成長を抑制し、且つその自由なる発展を妨げるといふ法典化反対論が、ある場合には裁判官作成法に対してもあてはまるのである。巧みに立案された立法は、詭弁と奸策に対する唯一の可能な救済手段である。法律実務家のおそれている弊害のすべては、この方法によって避けることができ、他の方法ではそれをなしえない。法を不確定のままにし、そして裁判官に広汎な自由裁量を委ねることによって弊害を避けようと試みることは、油を注いで火を消そうとするに等しい。法律家の口を閉させ、そうすれば、専横な政府の弊害に<sup>(四)</sup>陥ると。

(一) Hansard's Debates, Third Series, vol. xix, 531-533.

(二) J. F. Stephen, A History of the Criminal Law of England, 1883, vol. III, p. 352, 353.

(三) Dicey's Law and Opinion in England. Lec. xi, p. 365.

(四) Gazette of India, Supplement. May 4, 1872, p. 529.

(五) インド国民に適する慣習を維持するため

ヒンズー法律学においても、他の古代法体系と同様に、家族（それは個人ではない）が、社会の構成単位である。しかし、当時の社会的動向は身分から契約へということであつた。もし、さまざまな古代インドの社会が、そのままインド人自身にまかされ、普通の内的発展と進歩の過程に委ねられていたとすれば、考え方の移り変りは当然に共産主義から個人主義へとなつたであろう。それはまた必然的にすべての村落体系を破壊する方向に進むに違いない。他

方において、既存の慣習を法典化することは、その体系を永続させることであり、あるいは少くとも解体をおくらせることになるであろう、と慣習法法典化論者はいう。またそれ故に、われわれは、健全な発展を妨げるべきでなく、崩壊への悲惨な傾向を避けるべきである。われわれは、進歩を窒息させるべきでなく、農民の土地保有と地域社会の構造を彼等のために維持することにより農業階級の繁栄を確保しなければならない。このようなことから、新奇なそして惨めな立法を何一つとして導入すべきではなく、インド人に適した制度の中にある健全にして、適切なすべてのものを維持するために最善をつくすべきであるといわれている。かくして、不確定性の代りに確定性を、訴訟当事者を困惑させ、裁判所を混乱させる司法的先例の荒野の代りに成文の、そして安定した法を持つべきであると主張されることになる。<sup>(1)</sup>

(1) Rattigan, Codification of the Punjab Customary Law, in 14 Law Quarterly Review 378 (1898). なお、この点については、インド慣習法の法典化という困難な問題に遭遇するのである。いずれ機をえて取扱ってみたいと思う。

### むすびにかえて

本稿において、私は十九世紀インドにおける法典化の問題の一端を述べてきたのであるが、もともとこの問題は、インドという社会の性質からその範囲においてきわめて広く、またその原因についても複雑なものがあつり、さらにその技術の問題、イギリス法との関連等々に想いをいたすならば、軽々に筆を執ることの愚を身に泌みて感ずるのであ  
らう。

次に、インド法典化全般に亘るに先立って、結論を述べるのは危険であるが、今感じているところを一つの試論として記してみたい。

ドイツ、日本、トルコ等における法典化の歴史は、英領インドの法律家の行手にある危険と困難を指示しているばかりでなく、その危険や困難を避け、それに打ち勝つ方法を教えている。英領インドに法典を与えるための計画を導く原因と、法典化の仕事が過去においてどの程度好ましく、また実際的であったかを指摘すること、また法典化が英領インドにおいて基礎をおいた原因を検討すること、法典化に対する異議がインド法典の作成者によっていかに迎えられたか、また法典がどのような形式をとったかを知ること、法典化の企図を中止に導いた原因の跡をたずねること、それらの原因がどのようにして、またどの程度に除去されるかを発見すること、ヒンズーとマホメットの属人法を法典化することの可能性、さらにインドにおいてより以上の法典化が計画される前に満されなければならぬ先行条件とは何か。

以上のようなことを考えることにより、十九世紀以後のインドの法典化の動向と独立以後の動向をいくらかでも知ることができるのではあるまいか。また、このことは、わが国の将来の法の制定にあたって、他山の石とすることができらるであろう。殊に、外国法を導入しようとするとき、それは役だつものと思う。