

J・F・ステイーンによる刑事法の法典化について（三・完）

山 本 陽 一

- 一 はじめに
- 二 考察の目的と三つの視角
- 三 法典化の機縁
 - (1) 起草プロセスにおける特異性
 - (2) 自己評価——法文献の整備と法学教育の文脈（以上第一八卷一号）
- 四 法の支配と国会の主権
 - (1) 国会の環境と議論の焦点——一八八三年法案の場合
 - (2) 司法構造の強化と民主制の発展
- 五 法典の「完全性」をめぐる
 - (1) 国会審議に現れる法典観
 - (2) イングランド首席裁判官への反論（以上一八卷二号）
 - (3) スティーン法の法典概念における「完全性」
- 六 法典論の基礎にある「法の科学」
 - (1) 価値の体系化——バックル批判
 - (2) 歴史法学の役割
- 七 おわりに（以上本号）

五 法典の「完全性」をめぐる（承前）

（3）ステイヴンの法典概念における「完全性」

コウバーンの批判に対するステイヴンの回答から、ステイヴンなりに考えられた法典の「完全性」が明らかになっていくように思われる。それは、二重の意味を持っている。まず、コモンローの柔軟性が失われるという法典反対の一般論に関連して、法典はルールの体系であるという理解が示された。これは、裁判官の恣意の働く余地がないという意味で「完全性」を示していることができる。

ステイヴンにおける法典の「完全性」のもう一つの意味は、社会的価値の共有である。ステイヴンはコウバーンの個別的批判に答えることにより、二つの理解を示していた。まず、「犯罪」は共同体の存立にかかわるという点、もう一つは、法は社会一般の道徳的感情に支えられているという点である。この二点は、以下のようにまとめられることができる。われわれは社会の存立に不可欠な価値を共有することができ、法典はそうした価値を体现しているかぎり申し分ないと判定できる。

それでは、以上の二つの意味での「完全性」は、どのような仕方でも両立しているのだろうか。予め結論をいえば、それは、ステイヴンが一方で法命令説を受け入れつつ、他方で同感理論を肯定することによって可能になっている。法命令説では、法は最高権力者の命令である。そこでは、裁判官は裁量を奪われ、立法者の従属者になりうる。しか

し、裁判官による価値判断がないとしても、立法者の命令それ自体は、価値判断を含みうるものである。ここで、法はルールの体系であると同時に、共有された価値であるように見える。しかし、法命令説では、価値は制裁をもって強制されるのであり、必ずしも共有されるのではない点に注意が必要である。そこで、法典の「完全性」の意味として社会的価値の共有を考えるスティーヴンとしては、法命令説以外の原理を導入しなければならない。それが「同感」である。スティーヴンは、価値の共有は強制によるのではなく、同感によるのだと理解している。そして、同感による価値の共有とは、強制の場合とは異なり、価値への内面的な同調を意味する。

このようにスティーヴンにおける法典の「完全性」は、社会的価値の共有と、ルールの体系という二重の意味をもっている。しかし、ここから法と道德とのあいまいな関係が生じている。法は、共有された社会道德の裏付けがなければ、法ではないのか。それとも、道德的裏付けのない法も法であり強制可能だが、実効性が薄いということなのか。このようなあいまいさは、ベンサムにはみられない。ベンサムは、同感理論が法実証主義および功利主義とは折り合いの悪い思想であることをはっきりと認識していた。ベンサムは、同感理論を自らの功利性原理の最大の敵として批判し、実定法から道德的要素を完全に排除した⁽²⁰⁾。また、ベンサムにとって刑罰は苦痛であり、したがって悪であるが、その恐怖により犯罪を抑止するがゆえに正当化される。これに対し、同感理論を肯定するスティーヴンは、憤りの感情を刑罰の背後にみるので、刑罰を報復説によって支持することになるが、同時に、抑止説によっても支持しており、一種のあいまいさを残している⁽²¹⁾。このようなあいまいさを払拭する決め手として、スティーヴンには功利主義と結びついた歴史法学があるが、これについては後述する（第六章（2））。

スティーヴンにおける法典の「完全性」の特色は、同感理論を肯定することから生じる、法と道德とのあいまいな関係にある。本節では、この法と道德との関係を考察する。まず、(i) 社会的価値の共有を可能にする「同感」の性格

について考える。つぎに、同感原理の肯定によって法と道德の關係に生じたあいまいさへの批判を考察する。まず、(ii) 法実証主義をもつと徹底させるべきだと主張するホウムズを取り上げる。さらに、(iii) 功利主義と法令命令説を批判するジョン・グロートを取り上げる。前者は内在的批判、後者は外在的批判といえるであろう。

(i) 価値共有の論拠

社会的価値の共有というステイヴンにおける法典の「完全性」は、同感に基づく正義という考え方にその論拠を求めることができる。しかし後述のように、ステイヴンの理解する同感の概念は、明らかに歪曲されたものである。コウバーンへの反論を通じて明らかになったステイヴンの基本的主張は、「犯罪」が社会の存立に関わるものであるという点、そして、法は社会一般の道德的感情に支えられているという点であった。これは、アダム・スミスにみられるようなスコットランド啓蒙哲学の同感理論にその想源をもっている。一九世紀イングランドにおける道德哲学はその基盤を主としてスコットランド啓蒙哲学に置いており、⁽¹²⁾ステイヴンにもその影響を見ることができ。同感理論によれば、犯罪は人間社会の憤りの対象であり、その憤りの同感感情こそ正義の道德感情である。このような正義の捉え方がJ・S・ミルの『功利主義論』にもある。ステイヴンはその考えに賛成しつつ、しかしそれが『自由論』の個人主義と矛盾するのではないかと批判する。この批判で、ステイヴンは個人主義よりも社会的価値の共有という事態を重くみて、以下のミルの文章を肯定的に引用する。

正義の感情を構成する要素の一つは、処罰してやりたいという欲望である。この点で、正義の感情は報復・復讐という自然の感情である。この感情が振り向けられる対象は、加えられた侵害・傷害であるが、それは知性と同

感能力の働きにより、社会一般の目を通じて感じられる痛みとなり、また社会一般と共有される痛みに変えられている。この感情それ自体は、自らのうちに何ら道徳的なものを含んでいない。道徳とは、自然の感情を社会的な同感の指令に追従させてその同感の下位にひたすら置くことである。自然の感情に従えば、われわれは自分と違う他人の行為に対して見境なく怒る。しかし、その自然な感情は、社会的感情によって道徳化されるときにかぎり、一般的な善と適合するように作用するのである。^(四)

スティーヴンは、社会一般の憤りという正義の道徳感情が社会を支えていることを認め、この点でミルに賛成する。道徳的感情が社会の存在を、したがって法を支えているというこの主張は、精神障害を免責理由にすべしというスティーヴンの主張にも現れている。殺人に関する法の「法典化」についてまとめられた国会の報告書（一八七四年）でスティーヴンは、ブラムウェルへの回答のなかで、彼我の立場の根本的な違いを法と道徳の関係の捉え方に求めている。^(四) スティーヴンの考えでは、法律はそれを遵守する側の道徳的感情を土台にしている。つまり、極悪非道な行為はけしからんということが道徳レベルで理解されている限りにおいて、法律も遵守される。スティーヴンによれば、精神障害者には、そのような道徳的感情は共有されておらず、その行動は法律の基盤を欠いている。そのような障害者を免責することなく処罰の対象としたなら、法律は行為の道徳的な側面に触れないで行動の結果だけを判断の基準にすることになる。これは過酷であり、法律自体が遵守されなくなる恐れも生じる。このようなスティーヴンの見解に対してブラムウェルは、法律は恐怖によって一定の行動を無条件に禁止するものであるといい、徹底した法命令説の立場をとる。

このようにスティーヴンとミルは、社会の存立に不可欠な価値は共有されるべきだという点で一致していたように

みえる。しかし、両者は、そうした価値を共有する人間の能力についてまったく違う意見をもっていた。ステイヴンは、ミルのいうような人間の道徳的能力、つまり、なまの自然な感情を社会的なものにまで高める「知性と同感能力」を否定はしないが、それを一部の人間にしか認めない。社会の大多数の人間の道徳的能力は、そうした一部の人間によって「制度化」されたものであり、制度そのものに対して批判的に働く能力ではない。ステイヴンはいう。「わがままで、性欲に溺れ、不真面目、怠惰で果てしなく凡庸、そして取るに足らない機械的な作業のほんのわずかな仕事に夢中になっている男や女がどれほどいるのか推測するがいい」⁽¹²⁵⁾。こうしたステイヴンの人間観を考慮すると、上でみた精神障害を免責理由にすべしという議論も、「知性と同感能力」をもたないものを共同体から排除する議論になりかねず、ブラムウェルの法命令説に対する決定的な反論とはなりえないように思われる。ステイヴンは、障害者自身が道徳的価値を共有しているかどうかを問題にしたが、ブラムウェルへの反論としては、むしろ、障害者の境遇に身をおいて同感する第三者の道徳的判断を問題にすべきであった。しかし、そのような第三者の想定はステイヴンの人間観からは出てこない。

ステイヴンは、凡庸な人間が道徳的な判断力をもつためには、並外れた道徳的感性をもった者が彼らに自らの道徳を強制する必要があるという⁽¹²⁶⁾。しかし、この強制は、実は歪曲された同感といえるものである。なぜなら、凡庸な人間たちも、単なる動物として生きているのではない証として卓越した者の道徳を受け入れたいと願っているといわれるからである⁽¹²⁷⁾。こうして獲得された道徳的能力は「慣習」になるといわれ、人間の道徳的能力は批判的原理ではなく、制度化されたものとして描かれる⁽¹²⁸⁾。

以上のように、ステイヴンにおける社会的価値の共有の論拠は一応「同感」であるといえるが、その同感は、自律的・批判的な個人のそれではなく、没個性的な群衆のそれである。そして、そのような同感によって成立した道徳

は、慣習であるといわれ、現状批判の機能はそがれている。このように歪曲された同感論は、むしろ法命令説を必要とする。没個性的な群衆に命令を与える超越者としての立法者がより重要になってくる。こうしてスティーヴンは、立法者の道徳が被治者の道徳になるという論理を使ったのである。

(ii) ホウムズによる批判

立法者の道徳が被治者の道徳になるというスティーヴンの論理は、立法者が道徳の内容を決めるのであるから、それは道徳の実定法化の論理であると理解することができる。道徳の実定法化には少なくとも二つの含意があると思われる。一つは、道徳は実定法とは異なり、それ自体では独立の客観的な規範ではないという意味（定義における法と道徳の峻別）、もう一つは、道徳は実定法によって初めて客観的な規範にされるという意味（法による道徳の強制）である。このような含意を認めることは、ホップズの法実証主義の立場をとることである。⁽¹³⁾ スティーヴンも基本的にはこの立場に立つ。しかし、ジャーナリズムの発展した一九世紀の法実証主義は一七世紀のそれとは違い、道徳が世論という形で比較的独立した客観的規範となつて法と接合していた。それゆえ、一九世紀の法実証主義における法と道徳の峻別も標語にとどまったとされる。⁽¹⁴⁾ スティーヴンの場合も法と道徳の峻別という点で、法実証主義の立場を徹底しきれていない。この点をついたのがホウムズである。

ホウムズは、『コモンロー』（一八八一年）においてスティーヴンに言及し、そこでスティーヴンを間接的ながら批判している。ホウムズは二つの観点からスティーヴンを評価している。一つは、法による道徳の強制、もう一つは、定義における法と道徳の峻別である。前者の観点から、ホウムズはスティーヴンを肯定的に評価するが、後者の観点からは、間接的に批判する。まず、法による道徳の強制という観点からの評価についてみる。ホウムズは、人が法的

責任を負わなければならないのは、その人が法の一般的基準に違反したからであると考え。そして、この法的責任を負わせるルールは、個人の道徳のあり方とは無関係に強制される。ハウムズによれば、「共通の経験」ないし「通常の知性と賢慮をもった平均人」の行動を基礎にもつ法的基準があり、それに照らして「客観的」に行為者の意図が計測される。このとき行為者の意図は法によって確定されるもので、実際の心理状態とは関係がない。⁽¹³¹⁾ここに、法による道徳の強制の契機を見いだすことができる。それでは、ステイーヴンは意図をどのように理解しているのだろうか。「人命を奪うことが犯罪である理由は、人命を奪った当事者の意図に求められるのだが、その意図とは、人命を奪ったその行為の性情およびその事件を構成するその他の状況から総合されるものである」⁽¹³²⁾。ここでステイーヴンは、意図を確定するのは「状況」であるといっている。ハウムズは、ステイーヴンのいう「意図」には「結果の予見」も含まれると解釈し、さらに、この「予見」は、犯人の実際の予見ではなく、平均人の予見であるとしている。⁽¹³³⁾ハウムズは、ステイーヴンの考えの延長線上に自説を展開し、法による道徳の強制という観点からステイーヴンを肯定的に評価するのである。

つぎに、定義における法と道徳の峻別という観点から、ハウムズは間接的にステイーヴンを批判している。ステイーヴンは、重罪謀殺化原則の廃止を法典案に盛り込んだ。この原則は、重罪(felony)の結果として偶然に発生した殺人が故殺ではなく謀殺として処罰されるというものである。⁽¹³⁴⁾実際に殺意がない場合には謀殺にすべきではないというステイーヴンの主張は、「悪しき意思がなければ行為は罪とはならぬ」という法諺に沿うものでもあった。責任の基礎は、意図という主観的な要素であった。これに対してハウムズは、重罪謀殺化原則を立法者の言明としては正当なものでありうるという。法実証主義からいえば、個人の意図という主観的な要素よりも、立法者の言明という客観的な要素のほうが重要である。したがって、重罪謀殺化原則も、立法者が重罪に伴う偶発的な殺人を抑止しようという政策的

な目的で言明したものと理解され、次のようにいわれるのである。「法は行為者に責任を負わせるが、それは、行為者が予見する結果についてだけ可能なのではない。共通の経験によつて予見されないとしても、立法者が懸念する結果について、法は行為者の責任を問うことができるのである」⁽¹³⁵⁾。スティーヴンも法実証主義の支持者だが、ここでその立場は貫かれていない。注目されるのは、ハウムズがこのような法と道徳との不完全な分離をオースティンの分析法学の弱点として指摘しているという点である。⁽¹³⁶⁾

ところで、ハウムズは、法による道徳の強制という観点からスティーヴンに肯定的な評価を与えていたが、このことは両者の間に共通点があることを示唆している。たしかに、ハウムズは平均人の道徳を法定化し、スティーヴンは道徳的超越者の道徳を制度化するという違いがある。しかし、両者の道徳観には以下のような二つの共通点があるように思われる。第一に、ハウムズにおいて道徳は、平均人の常識レベルへと格下げされる。スティーヴンにおいて道徳は、没個性的な群衆の間に通用する慣習になってしまう。これは、道徳の通俗化である。第二に、ハウムズにおいて道徳は、その固有の基礎である理性あるいは道徳的感情といったものから切り離され、実定法に還元されてしまう。スティーヴンにおいて道徳は、群衆の道徳的感情を伴うが、道徳の淵源は超越的な存在者である。これは、道徳の外部的化である。以上二点が両者の道徳観にみられる共通点であるように思われる。

道徳の通俗化および外部化というこの考え方は、ベンサム功利主義における行為の評価基準の特色と類似している。法実証主義と功利主義は、比較的折り合いの良い思想であるように思われる。⁽¹³⁷⁾ ベンサムの功利主義は、人間の行動の基本的な原動力を快樂に求める。そして、快樂の総計の最大化を行動の指針とし、その達成度によつて行動を評価する。この功利主義は、快樂を人間の行動の評価基準とする点で、道徳のあり方を通俗化ないし常識化する。さらに、快樂の総計は、社会全体のそれであつて一個人の快樂ではないから、その行動の評価基準は一人の人間からみれ

ば「外部」の基準である。そのような外部の基準は、立法府や裁判所によって呈示される。ハートは、ハウムズの法思想から生じる一つの帰結を次のように述べている。ハウムズの「客観的責任」は「証拠上のテスト基準ではなく、実質的な行動基準」であり、それに到達できない理解力や意志力の持ち主は、「公益の犠牲にならねばならない」。これは、古典的な最大化功利主義が個人を無視するといわれる理由と同じである。⁽¹³⁸⁾

(iii) グロートによる批判

ハートが示唆するように、ハウムズの『コモンロー』において功利主義に適う価値の強制は正当でありうるが、それはハウムズに限ったことではなく、ステイヴンにも、また制限付きにはあるが、J・S・ミルにもいえることである。この共通の主張に対して批判を展開したのが、ジョン・グロートである。もつとも、グロートが行ったのはミル批判であつて、ステイヴンやハウムズに対する批判ではない。しかし、そこでは功利主義の一般的な性格や法命令説が問題にされており、ミル批判の論理は、ステイヴンやハウムズにも妥当すると思われる。ジョン・グロートは、ケンブリッジ市郊外の教会区の牧師であり、一八五五年から一八六六年までケンブリッジ大学の道徳哲学講座の担当者であつた。彼はその死後グロート・クラブと呼ばれるようになる知的サークルの中心人物でもあつた。⁽¹³⁹⁾

グロートの立場を一言でいえば、理念主義である。これは、快樂という人間の動物的本能のレベルではなく、高邁な「理念」のレベルで道徳を理解する立場である。理念は、快樂、感情、経験などから区別される行動の基準である。ここで理念というときグロートの念頭にあるのはカントの定言命法であり、これは経験によっては導き出すことのできないアプリアリなもの⁽¹⁴⁰⁾とされる。また、グロートは人間本性を改善することを「理念的要素」を強化することだとして、「より十全な意識、より豊かな想像力、より真摯な探求と努力」の修得を説いている。⁽¹⁴¹⁾

グロートの理念主義は、道徳に固有の基礎を与えるものだが、さらに法の概念に対しても、この基礎付けと両立可能な形を求める。グロートは、ミルの法概念を基本的にホッブズの法命令説として理解している。そして、法命令説は、既にみた道徳化された憤りに基礎をおくミル自身の正義の概念と矛盾すると批判される。⁽¹⁴²⁾グロートによれば、法の概念にはホッブズ的な法命令説とは別にもう一つの形態があり、これこそが適切な法の概念である。それは、個人の理性が与える同意である。グロートは、法は道徳的に受け入れられるがゆえに法であるという立場をとっており、その意味で自然法論者といふことができよう。⁽¹⁴³⁾

さて、ここで注意しておく必要があるのは、グロートの方法論とその社会的含意である。グロートによれば、道徳の理念は当為の世界に属し、それは決して事実の世界の観察によつて導き出されるのではない。ところが、功利主義は実証主義の立場にたつて道徳哲学を経験科学の一つとして確立しようとする。グロートの功利主義批判は、こうした方法論の観点からなされている。しかし、功利主義の社会的インパクトは、グロートの二元論よりも大きなものであったように思われる。功利主義は人間を快樂のレベルで一律に計算の対象とし、きわめて普遍的な形で行動の方針を示す。この点で功利主義は道徳の原理を越えて政策の原理になり得た。ミルの功利主義はこの快樂に質的な差異を認めだが、これはグロートからみれば功利主義の破綻であった。功利主義のアピールの強さは、社会一般において通用する方針を経験的事実に基づいて実証的に示すことができる点にあったが、快樂に個性を認めると一般的な原理を導き出すことが難しくなる。⁽¹⁴⁴⁾

このような功利主義の社会的インパクトに比べ、グロートの道徳哲学は常識的人間にとってはあまりに高遠な理念であり、それは大学のような一般社会から隔絶した知性の孤島においてのみ通用するものであったように思われる。功利主義の拠り所である実証主義は、宇宙に同一の普遍的な法則を貫徹させることによつて古い世界像を一掃し、認

識世界を均質化した。これに対して、グロートの理念主義は、むしろ古い観念を温存しつつそれを強化するもので、「科学」とは区別される「哲学」であるとされた⁽¹⁴⁵⁾。なるほどグロートの「哲学」も普遍的な原理を把握することはできる。しかし、それは俗世から離れた「哲学」の場である大学において可能であつただろう。じつさい、グロートの勤務したケンブリッジ大学のカリキュラムの中心は、ここでいう「科学」ではなく、人文古典を核とする「哲学」であつた。しかも、この「哲学」の場は、一八七〇年以前においては一般社会に開かれていなかったのである⁽¹⁴⁶⁾。このような「哲学」の内向性ないし閉鎖性は、グロートにおける普遍的原理の把握の仕方にも見いだすことができる。

理性は知的な面において人間を相互に結びつける。もし許されるなら、人間を脱個人化する (deindividualize) といつてよい。これにに応じて真理は共有され、その限りで相互の心は同化される。だが、誤りは個人のものである。知性について言えることは道徳についてもまったく同様に言える。徳性の成長は徐々に行動の目的について人間を脱個人化する。つまり、私的な目的を共通の目的と取り替え、個人の利益が本当に消滅してしまうまでに同感を伴うのである。理性は万人にとって同一であり、理性の原理を道徳に適用することにより、自我 (self) の概念は消滅する⁽¹⁴⁷⁾。

このような「滅私」の論理が、功利主義に対する批判であるのみでなく、ミルの『自由論』における個人主義に対する批判であることは明白である。しかし、問題は、グロートの二元論が、こうした自我の消滅する理想郷とは別に現実の世界を用意しているということであろう。人間はそれぞれ違った社会環境に生まれてくるので、その環境との関連で理念の現れ方も違ってくる。それゆえ、人間の義務もじつさいは、個別的であつて普遍的ではないとされる。

グロートは、理念の世界では普遍的な価値が実現すると言いつつ、現実の世界では当該社会の既存の人間関係の維持を説いているようにすらみえる。⁽¹⁴⁸⁾ここでは功利主義にみられる改革のエネルギーとは対照的に、理念という価値の宗教的な性格が浮き彫りになっている。⁽¹⁴⁹⁾

グロートの理念主義からスティーヴンの法思想をみると、そこに一見、共通点があるように思われるかもしれない。それはスティーヴンにおける価値の共有という考え方である。さらに、スティーヴンは、この価値は宗教によって裏打ちされたものであるという考えを積極的に肯定する。しかし、グロートとスティーヴンの間には大きな違いがある。グロートにおける理念は当為であり事実ではないが、スティーヴンの価値は社会的事実である。それは道徳的超人によって制度化された慣習ともいわれていた。スティーヴンにおいてグロートの示すような理念は道徳的超人によってしか捉えられないのであり、常識的一般人はそうした理念の俗流化した慣習の世界に生きているのである。スティーヴンが功利主義者であるゆえんは、こうした社会的事実として存在する価値に注目し、それを体現した法が社会秩序を維持する道具になると理解した点に求められる。社会秩序は公共善の一つであり、法律家はこの善を実現する道徳的超人の僕である。⁽¹⁵⁰⁾

六 法典論の基礎にある「法の科学」

前章で明らかにしたように、スティーヴンの法典は二つの意味で「完全性」ないし「完結性」を備えていた。その一つはルールの体系という意味であり、もう一つは、社会の存立に不可欠な価値の共有という意味である。本章では、これら二つの意味における「完全性」が、スティーヴンにおける「法の科学」によって支えられていることを明らかに

にする。

前章でみたのは、ステイーヴンがインドから帰国し、法典化作業にコミットする過程で表明された法典概念である。⁽¹⁵⁾ステイーヴンの考えは、法典化を実現していくなかで、彼をとりまく環境との接触を通じて徐々に形成されてきたようにもみえる。じっさい、第三章(2)でみたように、ステイーヴンは「法の科学」の延長線上に法典化を位置づけている。しかし、インド渡航以前に「法の科学」は、法典化という実践的な課題とは切り離された形で、既にステイーヴンの胸裏にあり、その後の法典化の試みの基盤となったのである。

インド渡航以前にステイーヴンは法の科学をどのように理解していたのだろうか。このことを知るためには、一八五八年に『エディンバラ・レビュー』に掲載されたバックル批判が参考になる。⁽¹⁶⁾これはステイーヴンの論説のうちでも最も早い時期に書かれたものの一つであり、単に法の科学といったトピックにとどまらず、人間と社会について広く論じている。既にそれは、インドからの帰路に起筆された『自由・平等・博愛』の論調を予示している。

(1) 価値の体系化——バックル批判

一九世紀のヨーロッパにおいて自然科学の発達はめざましく、その方法論はいわゆる人文科学や社会科学の分野にも波及してきた。ヘンリ・トマス・バックルの『イングランド文明史』(第一巻一八五七年、第二巻一八六一年)は、歴史の分野においてそのような自然科学化の試みを行うものであった。バックルは、文明の進度は気候や土壌といった自然環境、あるいは知的水準といった社会環境によって決定されるとし、それまで古事研究、年代記、物語として書かれてきた歴史を「科学化」した。バックルは『イングランド文明史』のねらいについて次のように述べている。

「あらゆる人民の進歩は、物理世界を支配する原理——一般の呼称に従うならば法則——と同じ規則正しさおよび確実さをもつ原理・法則に規制されている。これらの法則を発見することが私の書物のねらいである」⁽¹⁵⁾。バックルの歴史学では、人間の行動は自然法則によって決定される。文明はいわば船なのであり、乗客は甲板の上で自由に動き回っているように見えるが、船の進路を変更することはできないのである。この決定論は、人間の意志の自由を否定するものであるとして物議をかもした。⁽¹⁶⁾

スティーヴンは、このようなバックルの歴史学を批判した。しかしそれは、人文科学や社会科学の自然科学化に反対したからではない。むしろスティーヴンは、自然科学をモデルとした法の科学に賛成であった。この点で、スティーヴンの立場は、バックルよりもむしろグロートの立場に対立する。グロートの功利主義批判は、道徳哲学が自然科学化されることを阻止するものであったということができる。グロートは、カント的な自律を支持し、人間の意志の自由を自らの道徳哲学の前提としていた。精神科学の「自然科学化」が、グロートの二元論と対立することは容易に理解できる。これに対して、スティーヴンは、グロートの理念主義が批判した功利主義の側に立っている。スティーヴンの「法の科学」は、理念ではなく、実証可能な経験を基礎にしつつ、自然科学のように確実な知識の体系化を目指すものであった。

歴史の科学化というバックルの試みは、少なくとも二つの側面からスティーヴンにおける「法の科学」を刺激したように思われる。まず、バックルが歴史学というかたちで人間の行動を扱っていたために、同じく人間の行動を扱う法学の学問的性格が問われることになった。つぎに、バックルの主題は文明論であったから、スティーヴンの批判はその文明論にも向けられた。バックル文明論への批判を通じてスティーヴンは、「法の科学」の射程を明らかにする。以下ではバックル歴史学の、(i)学問的性格への批判、(ii)文明論への批判を順次検討する。

(i) 学問的性格への批判

バックル歴史学の学問的性格を批判するステイーヴンの主要な論点は二つあるように思われる。その一つは、「law」の用法が一貫していないということ、もう一つは、統計の利用が不適切であるということである。

バックルの「law」はいわゆる自然法則であり、一般にそれは人間の意志の自由を否定するものと受けとめられた。しかし、ステイーヴンは、バックルの「law」は見かけほど強力ではないと批判する。たしかに、バックルは「law」という語を強制的な支配力をもったものとして使っているようにみえる。しかし、バックルの「law」は、事実関係を説明する概念にすぎない。ステイーヴンによれば、バックルの「laws」は、心の中に抱かれ、その心のためにのみ存在する。それは、そうした心が将来の出来事についての意見を形成するために参照する定式にほかならない⁽¹⁵⁵⁾。つまり、それは、認識中心で観想的な「法」の概念だというのである。

ステイーヴンは、バックルのこのような観想的な「法」の概念に対して批判的であった。「法」はそれ自体で人間やものを支配する強制的な力を持たなければならないというのがステイーヴンの考えであった。そこで、ステイーヴンは、オースティンに倣って法命令説を採用する。

「法は」制裁によって強制される命令であり、義務を押しつける。命令は強者から弱者に対する次のような告知である。それは、弱者がある行為をしないときあるいは差し控えないとき強者は弱者に危害を加える、という告知である。このようにいうとしても、法への服従は、意志に基づく行為として記述されることがらに属する。意志に基づく行為とは、人格の性情から生じる行為であり、本人が生き・意欲する主体として参加する行為である⁽¹⁵⁶⁾。

(「」内は引用者による)

このようなスティーヴンの法の定義は、バックルの観想的な法の概念とは二つの点で対照的である。第一に、バックルにおける「定式」としての法は、事物の関係を認識させる枠組みにとどまるものであり、現実人間を行動に駆り立てる原因ではない。これに対してスティーヴンの「法」は、単なる認識手段ではなく、人々の行動を規制し社会の統合を実現する実践的なものである。第二に、バックルの自然法則は、ややもすれば自由意志を否定するかのよう理解されるが、スティーヴンにおける命令としての法は、それに服する人間の自由意志を否定するものではない。

以上の二点は、スティーヴンがバックルの統計利用を批判する際、補強されている。まず、統計は、物理世界の現象を理解するには適切であるが、人間の行動のように多様で複雑な現象を扱うのには不適切であるとされる。例えば、天文学において統計資料から法則を導き出すことは比較的容易にできるが、歴史学のような人間の行動を扱う学問においては、統計から法則を見つけることは非常に難しい。そこでスティーヴンは、人間の行動を扱う学問は、統計ではなく、人間の本性についての知識、すなわち、「形而上学的、心理学的、倫理的な」知識に基礎をおくべきだという。もちろん、そのような知識としてどのような内容のものを出発点にするかは問題である。スティーヴンは、「人間はその本性からして奴隷状態をこよなく愛する」という命題を出発点にしているように見える。⁽¹⁵⁷⁾

バックルは、このような人間の本性についての知識を「形而上学的」であるとして退け、その代わりに統計を用いた。バックルによれば、精神にかかわる探求のほとんどは、特定個人の心を観察することによって得られた神学的あるいは形而上学的な仮説を根本にすえている。バックルの方法は、人間の心の個別的な考察を拒否し、統計から歴史法則を導出するという純粋な帰納法である。⁽¹⁵⁸⁾ このような見方からすれば、スティーヴンの立てる人間の本性についての命題は、直観的なものにすぎず「科学的」ではない。他方、スティーヴンからみれば、仮に統計から法則が導出されたとしても、その法則は事実関係の記述でしかなく、人間の行動の動機づけになりえない。

つぎに、バックルは、統計は自由意志の否定であるという誤解を招いた、とステイヴンはいう。バックルによれば、犯罪は犯罪者個人の悪徳の結果であるというよりも社会環境の結果である。この社会環境の状態を示す統計から「法則」を導出することができ、その法則の必然的結果として犯罪が発生する。さらに、この「法則」によって人間の行動を「予言」することができる。これに対してステイヴンは、統計の性格は、確率なのであり、個々の行動を決定したり予言することとはまったく関係がないという。そして、賽子の例を引き合いに出す。「一万回投げて6の目が何回出るか1の目が何回出るかを正確に予言することはできるが、その都度その都度の賽の目が何かを予言することは決してできない。一般的な結果についての確実性は、個別の結果についてなら結論を導かないのである」⁽⁸⁾。つまり、6の目が続けて出ていたとしても、次の一投が6である確率は六分の一より低いということはないのである。

賽子の例によるステイヴンの批判は、「一般的な結果」について蓋然的な予言可能性を認めており、統計の意義を全面否定したのではない。この点には注意が必要である。同じ年に『クォーター・レビュー』に書かれたバックル批判には、ステイヴンのような視角が欠如している。そこでは、歴史は科学ではなく教訓として理解されており、統計が教訓を学ぶのに役に立たないと非難されている。さらに、そこでは統計の限界についての考察がなく、統計によって人間は「宇宙の無力な片鱗」あるいは「巨大な機械の単なる歯車」になると恐れられ、個人の責任を前提として成り立っている法システムの危機が訴えられる⁽⁹⁾。ここには、科学における一般的結果の予言可能性は個別具体的な自由意志を否定しないというステイヴンの認識が欠如している。

ところで、このような一般と個別の二分論が「法の科学」と結びつく可能性については、当然ながらバックル批判のなかで展開されていない。しかし、「一般的な結果」のレベルで蓋然的な予言可能性が否定されていないというところに、「法の科学」がもつかもされない予言能力を期待することはできるであろう。じつさい、このような考え方がフ

レデリック・ポロックに見られる。ポロックは、判例法における科学を判決の予言であるとする。ポロックは、判決の予言の前提として、自然科学における自然の均質性に於ける、法の均質性を挙げている。この法の均質性とは、「同じ条件」のもとでは「同じ結果」が生じることである。もつとも、個々の事件は一回限りのものであり、まったく同一の事件はない。ここで「同じ条件」といわれるのは、予見される結果との関連で重要な、抽象化された命題であつて、個々の具体的事実それ自体ではない。「同じ結果」といわれるものについても同様のことである。⁽¹⁶⁾このようにポロックは、個別の判決と一般化された法命題を区分し、後者において予言可能性を説く。ちなみに、このような法思想は、判例法を「法典化」したいというポロックの関心と結びついている。ポロックは『契約の諸原理』を書くとき「インド契約法」を手本にしたといっているが、この「インド契約法」は、スティーヴンがインド総督府立法委員のとき成立した制定法であつた。ポロックはこれをイングラントの判例法を法典化する際の道標と考えていたのである。⁽¹⁶⁾

(ii) 文明論への批判

以上、バックル歴史学の学問的性格に対する批判を検討し、そこからスティーヴンにおける「法の科学」の性格を明らかにした。スティーヴンは法命令説を採用し、これによって実証可能な「法の科学」を構想し、同時に、行動の理由の呈示によつて社会的統合が可能であると考えた。この統合は、自由意志と両立するようなものであつた。

では、このような性格を備えたスティーヴンの「法の科学」はどのような射程をもつものであろうか。この点に関連して重要なのは、法と宗教のかかわりである。「人間は、幾時代にもわたり古い宗教は真正であると思ひ、生活を営んできた。様々な法と制度の基底にも、古い宗教に対する同じ思ひがある」⁽¹⁶⁾。これは後年のミル批判の一節であるが、

法と宗教の関わりについては、バツクルの文明論批判に既にみることができるとして、この文明論批判の一つの帰結が、「法の科学」は宗教的・道徳的な価値の世界にまで及ぶということなのである。

バツクルの文明論を批判するステイーヴンの主張はどのようなものであろうか。それは、バツクルは文明の主要な推進力を知識であるとするがそれは誤りだというものである。バツクルは、自然環境が文明の進度を決定するという立場をとるが、この自然は単に人間の物質的生活を規定するだけではなく、精神的生活をも規定する。自然環境の厳しいところでは、人間は自然の脅威に圧倒され、自然現象を因果的に理解する知性が発達しないとされる。そのような自然環境のもとでは、想像力が知性に勝り、それは文明の発達を妨げるといわれる。また、自然環境よりもむしろ社会環境が文明の進度を決定するとされるヨーロッパの場合でも、バツクルは社会環境として道徳的水準よりも知的水準を重視する。バツクルにおける文明は、「主として知識の蓄積によって推進される、恒常的・均質的な進歩」⁽¹⁶⁴⁾なのである。

ステイーヴンは、文明の主たる推進力を知性ではなく「道徳」であるとした。そして、その道徳は多様であるから、文明の進歩は恒常的でも均質的でもないという。ここでステイーヴンが文明の推進力としている「道徳」は、実定法と対立して現状を批判する自然法のことではない。この「道徳」は、個人の良心とも無関係な、民族の個性ないしエートスのことであり、特に宗教によって規定される心性である。ステイーヴンは、ヨーロッパ北部、インド、中国を比較して、そこにおける文明のあり方が一様ではないと指摘し、その理由を「道徳」に求めている。⁽¹⁶⁵⁾ヨーロッパ北部の場合、活動的な生活を送ることが神に仕える道であり、死後の復活により新たな生命が始まると信じられた。死は活動の終結を意味しない。これに対してインドでは最高の幸福は永遠の死であるとされ、魂の消滅が切望された。中国では現世を越えた配慮はなされず、礼節に従って生活し、死は従容として迎えられる。ステイーヴンは上記三つの

地域の「道徳」をこのように理解した上で、この違いが知識・権力・富に対する欲望のあり方に違いをもたらしたという。スティーヴンによれば、ヨーロッパ北部の「道徳」だけが最大限に欲望をかき立て知識・権力・富の蓄積を促したのである。

このようにスティーヴンは文明における「道徳」を類型化してみせるのであるが、これに対して、バックルは道徳あるいは宗教、さらに政治を科学の射程外におく。既にみたように、バックルは統計を用い、ここから社会における「law」を自然界の法則と同じように導出した。例えば、統計によれば毎年自殺する人間の数は一定であるから、自殺に関する一般法則が特定でき、さらに、どのような集団が自殺するのも統計によつて特定できるという。しかし、このような法則は、なぜ人が自殺するのかということ、つまり、行動の理由を明らかにしない。人間の行動の意味や理由は、その人間が生きている世界観ないし死生観というコンテキストのなかで理解できるものである。だがバックルは、世界観・死生観（バックルの語でいえば“system”）を人間の行動を左右しない無力なものとして科学から排除する。「高次の一般法則の力は強力で抵抗できないのであり、生への愛着も来世への恐れも、その法則の作動を抑えることすらできない」⁽¹⁶⁾。

このようにバックルが人間の行動をその世界観・死生観から切り離すのとは対照的に、スティーヴンは、世界観、特に宗教の重要性を強調する。バックルは、政治は人民の判断に従って行い、宗教は個人の良心にゆだねるべきものと考えているが、これはスティーヴンからみれば、政治あるいは宗教といった価値の世界における科学の可能性を断念することであった。スティーヴンは、そうした価値の世界も科学の対象にする。

現実に作用している生活のルール、また、通常われわれの間で受け入れられている神学および道徳学上の原理、

これらは科学的考察によって確定していないし、また、科学的言語で語られていない。しかし、そこには語るに十分な真理が含まれている。おそらく人間の心が営みうる最も高度な機能をつかって、そのようなルールや原理を探索し再検討すれば、ルールを正確に呈示して公的および私的な生活を最大限に規制することができ、また、諸制度の基礎としての原理を呈示し人間に最も不可欠で有益なものを与えるのである。もとより、そのような制度の結果として一定の不寛容・偏狭さは避けられないのであるが、こうした悪は場合によっては遥かに微少である。すなわち、こうした「政治・宗教に関わる」事柄において各人が完全に孤立して対処し、同類との間に認められる関係といえは損得・個人的好悪によるものしかない場合、社会の大衆の間では神の不在と神の恩寵の不在とが広く信じられるようになると思われる。⁽¹⁹⁾（「内は引用者による」）

このようにステイヴンにあっては、道徳学あるいは神学における原則も「法の科学」の射程に入る。「法の科学」は、当該社会の基底にある宗教的あるいは道徳的価値を記述するものなのである。こうして世界観・死生観も「法の科学」の対象になるのであるが、同じ世界観・死生観を共有しない個人の信念、行動、意志を「法の科学」が抑圧するということは注意すべき点である。後年、ステイヴンはミル批判をするが、既にここに個人の自由に対する制限が示されている。その論拠の一部が「法の科学」であることは、知の専門化という時勢を考慮するとき興味深いことであるように思われる。

（2）歴史法学の役割

スティーヴンにおける「法の科学」は、主権者の命令として表現される価値判断がルールとして体系化されたものであり、その射程は、神学的、宗教的あるいは道徳的原理を含むものであった。ここには、ルールの体系および社会的価値の共有という、スティーヴンにおける法典の「完全性」の二つの意味をみとめることができる。既に見たように、この二つの意味は、法実証主義と同感理論という二つの法思想によって両立していた。しかし、この二つの法思想は、ベンサムとグロートがそれぞれ反対の立場から指摘したとおり、原理的には折り合いが悪いものである。じつさい、スティーヴンの場合、法実証主義の不徹底、同感概念の歪曲というひずみがみられた。ホウムズの指摘した法実証主義の不徹底は、法と道徳の不完全な分離という点であった。この原因の一端は、スティーヴンによる同感理論の肯定にあったが、スティーヴンの同感概念は自律的な原理ではなく、道徳的超越者による命令とそれに対する愚民の自発的服従に還元された。ここに、スティーヴンにおける同感理論がむしろ法命令説を必要とした理由を見いだすことができる。

以上の考察に照らしてみると、社会的価値の共有という「完全性」の意味を説明する法思想として、同感理論はスティーヴンにおいてはあまりに脆弱である。それを補い、かつ、法実証主義ないし分析法学ともっと折り合いのよい法思想が必要である。また、スティーヴンは法制度の基底に宗教ないし神学的な要素をみとめ、それを「法の科学」の射程に入れたが、そのような要素を「科学的に」探求する法思想が必要である。それが、歴史法学である。スティーヴンは、ケンブリッジ大学に在学中、イギリス歴史法学の先駆者メインの影響を強く受けたといわれる。⁽¹⁶⁸⁾

ステイーヴンは、オースティンの分析法学とメインの歴史法学の相補性をいち早く指摘した一人である。⁽¹⁶⁾ これら二つの法学は相互に対立する側面をもっている。オースティンの分析法学は、法を主権者の命令ととらえ、義務と制裁という観点から法の普遍的な説明を試みる。他方、メインの歴史法学は法を歴史的産物と理解し、慣習も考察の対象に入れ、ほかの地域との比較という視角を重視する。このように二つの方法は違うのであるが、ステイーヴンは両者を対立するものとは解していない。ステイーヴンは、「分析なき歴史はせいぜい単なる好奇心にすぎず、歴史なき分析は盲目である⁽¹⁷⁾」であるという。「分析なき歴史」とは、社会的実践とは無関係な骨董趣味への批判であり、「歴史なき分析」とは、「どのような道徳理論とも合致する⁽¹⁷⁾」価値中立的な体系をいうのであろう。このように一方に偏った法学がステイーヴンの「法の科学」ではないということは、前節で見たバックル批判からもある程度は理解できるであろう。

それではステイーヴンの「法の科学」において、歴史法学と分析法学はどのような仕方でお互いに補い、また、折り合っているのだろうか。この相補性と折り合いの解明を通じて、歴史法学がステイーヴンの「法の科学」において果たした役割を考える。さて、この問題は歴史法学をどのように理解するかによつて異なる解答をもつてあろう。そこで以下では、歴史法学を二つの面からとらえ、それぞれの側面における分析法学との相補性・折り合いを検討することにしたい。それは、(i) 比較法学としての歴史法学、(ii) 実証科学としての歴史法学である。

(i) 比較法学としての歴史法学

メインの歴史法学は比較法学としての側面をもっている。⁽¹⁷⁾ 同様にステイーヴンの目指している「法の科学」も、イングランド法の「分析」でありながら、それをほかの地域あるいは文明のそれと比較し相対化する視角を有している。

それは、スティーヴンが英仏の刑事法システムの比較を試みたことに現れているほか、「日本」と題された以下の小論にもはつきり読み取ることができる。⁽¹¹³⁾

この「日本」という論説は、生麦事件をきっかけとする薩英戦争（一八六三年）について書かれたものである。この論説でスティーヴンが問題にするのは、イギリスと日本間に締結されていた国際法（いわゆる不平等条約）が有効なものかどうかという点である。スティーヴンはこの条約を無効であると結論し、相手国の人間の安全を守らなかつたという国際法違反の認定とそれに基づく報復は不当であると主張する。

このような結論を導くにあたり、メインの歴史法学とオースティンの分析法学の視角がそれぞれ反映していることは興味深い。まず、江戸末期の日本人の風俗や道徳が注目されているのは、イングランドを含む西欧文明との「比較」という関心からは当然のことといえよう。そこでは、鷹揚な性道徳、酒好き、切腹などが言及され、また、江戸の間があまり私有財産をもとめず、武士の生活もその他の身分のそれとあまり差がないと指摘されている。⁽¹¹⁴⁾ こうした点は、キリスト教道徳、資本主義、ジェントルマン社会といったイギリスの状況と対照的であり、イギリスと日本は同一の共同体に属しておらず、そのような両国間に国際法は成立しないのである。⁽¹¹⁵⁾ こうしたステューヴンの理解の背後には、オースティンの国際法概念がある。オースティンによれば、国際法は実定道徳であり厳密には法ではないが、同一の共同体に属しているとき制裁により強制可能なルールである。⁽¹¹⁶⁾ また、条約締結の主体は主権者でなければならぬが、主権者が天皇か将軍かはつきりしないと指摘されている。⁽¹¹⁷⁾ 主権者の確定性は、オースティンにおいて法の成立要件の一つである。⁽¹¹⁸⁾ 以上のように、ステューヴンは日本とイギリスの間に国際法が成立する可能性を否定したが、そこにはメインとオースティンの方法論が応用されているのである。

(ii) 実証科学としての歴史法学

ステイーヴンは、メインの歴史法学が実証主義にたち、その意味で分析法学とともに「法の科学」を構成すると理解していた。このことは、ステイーヴンがメインの自然法論批判を積極的に評価している点に現れている。メインは『古代法』で、ロック、ホッブズ、ルソーの社会契約論を非歴史的であると批判し、あわせて、自然法論の展開過程を歴史的に記述したのである。⁽¹⁷⁹⁾ この箇所の記述を評してステイーヴンは、メインは自然法理論の系譜を実証的にたどることによって形而上学的な自然法の存在を否定したという。⁽¹⁸⁰⁾ メインもオースティンとは違った角度から法の科学化を目指していたのである。のちにメイン自身、ベンサムとオースティンの法理学を実定法の科学として評価し、その際、両者がアプリアリオリな想定を排除したことに注目している。⁽¹⁸¹⁾

ステイーヴンが歴史法学を実証科学として理解していたことは、上述のようにメインの仕事に対する評価からうかがうことができ、また、大著『イングランド刑法史』の記述からも知られる。だがさらに、ステイーヴンによる刑事法の法典案（七九年法案）も、このような歴史法学を裏付けにもっていたことは注目すべきことである。ステイーヴンの法典案は、自著『イングランド刑法摘要』から生まれたものであり、分析法学の成果であるといえようが、以下では、この法典案に含まれる規定が実証科学としての歴史法学を裏付けにもっていることを示したい。これによって、分析法学と歴史法学との相補的な関係を具体的に示すことができるように思われる。もとより、以下の検討はきわめて限定されている。ここで検討するのは、文書による瀆神罪（二四一条）、および、刑事被告人の証人としての資格に関する規定（五二三条）に限られることを予め断っておきたい。

さて、法典案には文書による瀆神罪の条項がある。ステイーヴンは文書による瀆神罪に関する法の歴史を振り返り、そこに瀆神言論規制の中世的な形態と近代的な形態を見いだす。そして、その二つの形態の間には形式の面では変

化があるが、その実質は変化していないと理解する。瀆神的言論規制の中世的形態とは異端摘発であり、その近代的形態とは「キリスト教はイングランド法の一部である」という法原則である⁽¹⁸²⁾。そして、前者において規制の主体となつたのは教会裁判所であり、後者においてはコモンロー裁判所の一つである王座裁判所である。スティーヴンの見解では、一七世紀末に瀆神的言論規制の管轄権が教会裁判所から王座裁判所へ継承された。そして、世俗裁判所は、教会裁判所に代わつて「道徳の管理者」となつたのである。このような歴史理解は基本的にホールズワースによつても支持されている⁽¹⁸³⁾。スティーヴンが文書による瀆神罪についての現行法を法典案に組み込むにあたり、教会裁判所から王座裁判所へ道徳的「犯罪」の管轄権が継承された、という歴史認識は重要な役割を果たしたように思われる。

この歴史認識は、刑事被告人を本人の裁判において証人として認めるという、現行法の改正をも可能にしているように思われる。スティーヴンは、なぜイングランドでは刑事被告人が証人の資格を認められないのかという問題について、二つの理由を挙げている⁽¹⁸⁴⁾。まず、ローマ法に対するイングランド人の嫌悪である⁽¹⁸⁵⁾。つぎに、ローマ法の手続きに従うイングランドの教会裁判所の「職権による宣誓」への嫌悪が挙げられる。この「宣誓」によつて裁判所は、被告人に対して自己に不利なことでも正直にいわせ、その道徳的領域に踏み込んだのである。「宣誓」によつて被告人に証言を強要することは、チャールズ一世のころから一般的ではなくなつていつたのであるが、スティーヴンの提案は、この教会裁判所の実務を復活させるといふニュアンスをもつており、それが臣民の自由の保護という見地から国会では反対されたのである。もちろん、被告人を証人として尋問することの必要性は、事件の真相究明という観点から説明することができる。しかし、スティーヴンのこの提案の背後には、王座裁判所が教会裁判所から「道徳の管理者」としての性格を引き継いでいるという歴史理解があつたと見ることもできるであろう⁽¹⁸⁶⁾。

さて、実証科学としての歴史法学からみたととき、文書による瀆神罪の規定は、形式の変化にもかかわらず実質的に

変わっていない法であると理解されたのであるが、この歴史認識は進化論的な法思考から挑戦を受けている。一八八三年、世俗化運動の推進者であった被告の編集する雑誌 *Free thinker* が瀆神的文書であるかが争われた事件で、ステイーヴンの同僚裁判官コルリッジ (J. D. Coleridge) は、社会的に容認できる仕方⁽¹⁸⁷⁾で論争されるなら、宗教の基本的な教義への攻撃ですら文書による瀆神罪とはならないと判示した。この判決では、宗教的教義への批判の中身ではなく、それを論じる態度・言葉遣いが瀆神的かどうかの決め手であるとされ、「キリスト教はイングランド法の一部である」という法原則は適用されなかった。その理由としてコルリッジは、環境の変化に伴う「法の成長」を挙げた。すなわち、上記法原則は、一七世紀後半のようにユダヤ教徒、カトリック教徒、非国教徒が宗教を理由として市民権を認められていなかった時代に適用されたものであり、一九世紀後半の宗教的寛容の時代にはそぐわなくなっている⁽¹⁸⁸⁾というのである。

コルリッジのいう「法の成長」とは、国会の権力作用の産物である制定法のあり方ではなく、いわば自然に生成するコモンローのあり方を形容したものである。ステイーヴンが反対したのは、コモンローをこのような自然的な生成という観点から説明することであった。ステイーヴンは「法の成長」という法思考に対して、「裁判官は思潮の変化に応じて法を変更する権限をもっているのか」と反論する。ステイーヴンは、「成長」という観念は生物学的なものであり、法学の中ではメタファーにすぎず、⁽¹⁸⁹⁾明確な法原則がある場合、法を変更することができるのは国会だけであり、裁判官は法を適用するのみであるという。ここでステイーヴンは、国会主権を論拠にして、生物学の影響を受けた進化論的法思考に反論している。しかし、この国会主権論に基づく反論は、もし裁判官ではなく国会が環境に適應して立法するなら、これを批判しえず、環境に適應して法は成長するのだという思考それ自体を否定する決定的な論理ではない。この「法の成長」という思考それ自体を否定するのは、法は不変であるという論理であり、それが自然法論

の形態をとらない以上、この論理は、上でみたような文書による瀆神罪の歴史的考察でなければならぬのである。

上のスティーヴンの主張を要約すると、文書による瀆神罪の継続性は歴史的に実証され、それは現在に至るまで国会によって否定されていないので現行法として有効であるというものである。ここに、実証科学としての歴史法学と法命令説的な分析法学の結合をみることができるとは、しかし、実証科学としての歴史法学は、分析法学以外の思想とも結合する。それは、功利主義との結合である。

スティーヴンにおける歴史法学と功利主義との関係を考察するとき参考になるのは、スティーヴンのバーク理解である。バークはホッブズと並んでスティーヴンに大きな影響を与えた作家であるといわれるが、スティーヴンはバーク解釈を通じて功利主義と「歴史法学」の関係に言及している。スティーヴンによれば、バークは一貫して、最も強い意味での功利主義者であった。そして、その功利主義の出発となる原理は、「現に存在する事実から出発し、その事実配慮してあらゆる方策を採る」というものである。⁽¹⁹⁾この原理の具体的現れとして、バークの先例に対する敬意や取得時効の神聖視、そして、イングランドの「古来の国制」の偶像化・理想化があげられている。⁽²⁰⁾このようにバークは歴史を功利主義の基底においた。その意味は、歴史的に存続してきたものは有益な価値を持ち、それは保存されねばならないということである。バークがメイン以前においてイギリスの「歴史法学」の先駆者といわれ、また、「歴史的功利主義」に立つとみられる理由も、こうした歴史重視の態度に求めることができる。⁽²¹⁾

上でスティーヴンが指摘しているバークの功利主義の出発点にある原理とその展開は、一七世紀以降イングランドのコモンローにみられる法思考である。⁽²²⁾この法思考は、コモンローは人間の記憶を越えた昔から存在するという信念に基づいている。この信念によれば、法の起源を知ることにはできないので、バークの「歴史法学」は、じつは実証科学としての歴史法学とは直接結びつかない。スティーヴンもバークの描くイングランドの国制は非現実的であるとい

っており、一九世紀の目から見ればバークにみられるコモンロー的思考は実証的でなかったのである。また、ステイヴンは、バークのコモンロー的思考の基底に自然法的な思考が存在することを指摘しているが、このこともバークの「歴史法学」の非実証性を示しているといえよう。ステイヴンは、バークには次のような正義の概念があるとしてバークを引用する。「人間の法はすべて、適正にいうなら、宣言的なものである。人間の法は、根源的な正義の型および適用を変更することができるが、その正義の実質に対しては何ら力をもっていないのである」⁽¹⁹⁴⁾。これは一見すると、コモンローの伝統的な法宣言説を説明しているようにみえるが、そうではない。ここで「根源的な正義」といわれているのは自然法のことなのである。このようなバーク理解は、『フランス革命の省察』の読者には意外に思われるかもしれないが、コモンロー法律家はコモンローを理性と同一視してきたというブラックストーンの記述をみると、バークにおける自然法的思考とコモンロー的思考の共存もむしろ伝統的なことであったようにも思われる⁽¹⁹⁵⁾。

さて、ステイヴンは、バークにおける功利主義のあり方を継承し、功利主義と「歴史」を不可分に結合した。たしかに、ステイヴンの「歴史」は、実証科学としての歴史法学であり、自然法的思考を排除したものであった。けれども、ステイヴンの歴史法学は功利主義の基底にあって、功利主義による急進的な変革に歯止めをかけている。それは功利主義の単なる手段ではない。この点でステイヴンはバークと同じである。じっさい、ステイヴンによる刑事法の法典化の試みは、基本的には現行法の成文化であった。また、法典案中、反対派によって「根源的な変更」と非難された、刑事被告人を証人として認めるといふ変更にしても、裁判所はその聖俗を問わず伝統的に「道徳の管理者」であったという理解に立てば、それは変更というより伝統への復帰であろう。もとより、バークの思想は進化的であるというハートの評価もある。ハートによれば、「幾時代もの智慧」といふバークの考え方は、社会が必要に応じてその環境に適應することを意味している⁽¹⁹⁶⁾。だが、進化論に対するステイヴンの態度はコルリッジ批判にみら

れたとおりである。スティーヴンはむしろ、「名称を変えることはあるいはできるかもしれませんが、実体は何らかの形で必ずや残ります。共同社会の中には常に一定量の権力が、誰かの手中に、何らかの名称の下に存在しなければならぬのです。」というバークの考えに共鳴したように思われる。⁽¹⁹⁷⁾

以上のように、スティーヴンにあつて歴史法学は、比較法学としても実証科学としても、分析法学と相補関係をなす。さらに、その歴史法学は、功利主義の基底にあつて、功利主義の急進化に歯止めをかけている。また、既に述べたとおり、法命令説をとる分析法学と功利主義とは、道徳の通俗化と外部化という点で、親近的な思想であつた。以上から、スティーヴンにおいては、功利主義と歴史法学と分析法学とが密接不可分に結合しているということができる。このトリアーデが、スティーヴンの「法の科学」の特色である。刑事法の法典化は、このような「法の科学」の立場から試みられたのであつた。

七 おわりに

本稿ではスティーヴンによる刑事法の法典化といういささか特殊なテーマを扱つた。それは特殊な個別事象であるが、いわば糸の結び目のようなものであり、その結び目を解きほぐしていくと、われわれにも関係のあることが見えってきたように思われる。もとより、本稿で解きほぐそうと試みた糸の数は限られている。当時の法改革という政策上の流れ、民主化による統治構造のきしみ、「法の科学」へと連なる思想史の流れが、不十分ながら本稿で扱いたおものでもある。しかし、少なくともこの三本の糸がスティーヴンの個人史のなかで、固有の絡み方をしてい

法典化という事象にかかわつて、状況をどのように受け取るか。この受け取り方にスティーヴンの個性が出ていた

ように思われる。たしかに法典化は挫折し、コモンロー体制はゆるがなかった。この結果だけを見れば、ステイヴンはイギリスの法典の歴史の変数とはならなかったといえるかもしれない。しかし、法典化に関与するプロセスを掘り下げてゆくとき、ステイヴンに対するわれわれの印象は違ったものになる。ステイヴンが、制定法委員会のやり方にとどのような態度をとったか、彼が政党政治をどのように評価していたか、オースティンやメインやバークの法論をどのように受け入れたか、これらの諸点においてわれわれはステイヴンの個性を認めることができる。

ステイヴンの個性を強調することは、法典化の問題をますます特殊で孤立した史実にしているようにみえるかもしれないが、それはむしろ逆であるように思われる。状況に対するステイヴンの個性に注目するときに、逆説的であるが、ステイヴンが取り組んだ問題の普遍性が明らかになるように思われる。人間による規範の受容、その受容における伝統あるいはカリスマの役割、政府と裁判所の機能などについてステイヴンは自分の見解を示した。これらの見解は、人間の行動の機制の原理は何か、というより大きな問題につながっており、ステイヴンは法典化を通じてこの問題を扱っているのである。本稿冒頭に示したペイリーのアナロジーでこの問題を表現すれば、中世的な「領主の古い館」(コモンロー)を取り壊して「現代の建物」(法典)を建てたとき、新たな居住者(国民)となりうるのはどのような人間であり、彼らの行動は「現代の建物」によってどのような影響を受けるのか、ということになる。この問題に対して、ステイヴンは以下のような展望を描いている。そこには社会と機械とのアナロジーがみられるが、それは工業社会における生産システムの集中化とその工程における個人の無力化を表現しているようにも思われる。

社会は一つの巨大な機械へと転換する。その機械がもつ複数の力はすべて公共権力と呼ばれる一つの団体に集中

される。それは立法院と行政府から成り、必要な場合には兵隊と警官によって保護される。この公共権力が作用する方向は、法律によって確定される。そしてこの法律はすべてのケースに適用され、その際の精確さと厳格さはますます妥協のないものになっていく。⁽¹⁹⁸⁾

右のスティーヴンの展望は、われわれが「近代化」あるいは「文明化」と呼んでいる現象の一例であり、明治以降の日本で実現したように思われる。他方、そのような「文明化」に対抗する原理がJ・S・ミルにあり、これもまた明治日本に上陸した。ミルは、文明が進むにつれて個人の力は減少し、代わって大衆が力をもつという⁽¹⁹⁹⁾。しかし、ミルは「個人から大衆へ」という文明の傾向をみつめて、それに批判的な態度をとる。この大衆化という文明の効果に対抗するために「文教化のシステム」が必要である⁽²⁰⁰⁾のである。ミルが提唱した「文教化のシステム」の一つは大学である。当時の大学教育のあり方を批判してミルは次のようにいう。

「現在行われている」教育の目的は、学生を訓練して何が真であるか何が正しいのかを判断できるようにしてやることではなく、学生に対してわれわれが真であると考え、われわれが正しいと考えることを正しいと考えるようにすることである。教えるということは、われわれ自身の意見を刷り込むことを意味し、われわれの仕事は思索者あるいは探求者を作ることではなく、弟子を作ることである。⁽²⁰¹⁾（「内は引用者による」）

ミルは法典化に賛成であった⁽²⁰²⁾。しかし、ミルは、人間の行動のメカニズムという問題に対して、スティーヴンとは違う態度をとった。その違いは、ミルが個人の自己決定能力を重要視したということである。すぐ上の引用に見られ

るとおり、大学教育の本当の目的は、自己決定能力の育成である⁽²⁰³⁾。人間の行動の機制という普遍的な問題が、イギリスにおける法典化という史実の中核にある。それは、現在のわれわれにとっても共通の課題であり、特にイギリスとは違って法典を外国から輸入し学習してきた日本において、この問題のもつ意味は重いではなからうか。

- (120) ベンサム「道德および立法の諸原理序説」(山下重一訳)『世界の名著38 ベンサム、J・S・ミル』(一九六七年)九四—一〇五ページ。
- (121) Smith, *supra* note 11, p. 57; Colaiaco, *supra* note 13, pp. 80-83.
- (122) Hoeflich, *supra* note 43, p. 84.
- (123) J. F. Stephen (1874) *Liberty, Equality, Fraternity*, 2nd edition, Smith, Elder, & Co., London, pp. 146-7. ステューヴンのミル批判については、Leslie Stephen, Colaiaco, Smith の前掲書においてそれぞれ言及されている。邦語文献としては以下のものがある。松井透「J・F・ステューヴンの政治思想—自由の批判・帝国の擁護—」『思想』(一九六五年) No. 498、五一—六三ページ、山下重一「J・F・ステューヴンのJ・S・ミル批判」『國學院法学』第七卷第一号(一九六九年)五三—九九ページ。
- (124) *Special Report from the Select Committee on Homicide Law Amendment Bill (Parliamentary Papers, 1874/IX)*, p. 50. ブラムウェルの「自由の歴史」Anita Ramasastry (1994) 'The Parameters, Progressions, and Paradoxes of Baron Bramwell', 38 *The American Journal of Legal History*, pp. 322-373.
- (125) Stephen, *supra* note 123, p. 34. 『自由・平等・博愛』の論調は、「人間は完全になりうるということを信じないホブズ主義」でも述べられている。Smith, *supra* note 11, p. 162.
- (126) *Ibid.*, p. 18.
- (127) *Ibid.*, p. 284.
- (128) このように道德を俗流化した慣習として捉える発想は、ミルの『自由論』にもある。ミルは「こうした慣習化ないし精神の形骸化が起るのには、自由な討議の機会が失われたときである」という。J. S. Mill, 'On Liberty', in *Essays on Politics and Society*, J. M. Robson (ed.), University of Toronto Press, 1977, pp. 247-250.

- (129) ホブズによる自然法の定義、および実定法は自然法を含むというテーゼの論証を参照。Thomas Hobbes (1651) *Leviathan*, edited with an introduction by C. B. Macpherson, Penguin Books, 1987, pp. 314-315.
- (130) Richard A. Cosgrove (1996) *Scholars of the Law*, New York U. P., p. 109. シャーナリズムの発展についてのステイヴンの見解は、拙稿「一九世紀イングランドにおけるホブズ再生の一背景——J・F・ステイヴンの周辺——」『香川法学』第一六巻二号（一九九六年）七四-七七ページ。
- (131) O. W. Holmes, Jr. (1881) *The Common Law*, Macmillan, pp. 50-54, 110; Smith, *supra* note 11, pp. 62-63.
- (132) Special Report, *supra* note 124, p. 6.
- (133) Holmes, *supra* note 131, pp. 53-54.
- (134) *Hansard*, vol. 239, p. 1946; vol. 245, p. 319; Smith, *supra* note 11, pp. 62. 重罪謀殺化原則については、『英米法辞典』（田中英夫編集代表、一九九一年）三四三ページ。
- (135) Holmes, *supra* note 131, p. 59.
- (136) *Ibid.*, pp. 81-82. 『コモンロー』の第一の目的は、法的義務が普遍的な道德原理とは何の関係もないことを論証することであった。松浦好治「法道具主義と人間の尊厳——ハウムズの法思想と現代——」『法思想史的地平』（今井弘道編、一九九〇年）一七三-一七五ページ。
- (137) ベンサムにおいては分析法（法実証主義）と功利主義は結びついているが、一九世紀に法典化論が変化する過程で両者は切り離されていった。深田三徳「J・ベンサムの法理論（二）——『法一般論』を中心にして——」『同志社法学』二八巻六号（一九七七年）七五ページ。
- (138) H・L・A・ハート『法学・哲学論集』（矢崎光圀・松浦好治他訳、一九九〇年）三二一-三二二、二二九ページ。ハウムズと功利主義の関係については、S. M. Novick (1995) 'Introduction', of *The Collected Works of Justice Holmes*, vol. 1, The University of Chicago Press, pp. 41-42.
- (139) A. Sidgwick & E. M. Sidgwick (1906) *Henry Sidgwick A Memoir*, Macmillan, pp. 134-137.
- (140) John Grote (1870) *An Examination of the Utilitarian Philosophy*, ed. by J. B. Mayor, Cambridge, p. 275.
- (141) *Ibid.*, p. 299.

- (142) *Ibid.*, pp. 156-158.
- (143) *Ibid.*, p. 152. ここで示されている法概念は、*Essays and Reviews* をめぐる教会裁判においてリアリティーをもった。グロートは、教会裁判所が国教会の宗教個条に非神学的な解釈を施し、それを法的に強制することに強く反対した。グロートは教会裁判所の権威を「名目上教会のものであるにすぎない」とする。John Grote (1862) *An Examination of Some Portions of Dr. Lushington's Judgment of the Admission of the Articles in the Cases of the Bishop of Salisbury v. Williams and Fendall v. Wilson, with remarks upon the bearing of them on the clergy*, Cambridge, p. 14. この事件については S. M. Waddams (1992) *Law, Politics and the Church of England: the Career of Stephen Lushington 1782-1873*, Cambridge U. P., pp. 310-347 を参照。ちなみに、Williams のケースでの被告の弁護士はステイーヴンであった。
- (144) Grote, *supra* note 140, p. 46.
- (145) *Ibid.*, pp. 296-297.
- (146) 大学を社会人にも開かれたものにしてしようという動きは一八六〇年代の末に女性における高等教育の問題を端緒として展開され、*no. 'University Extension in England'*, 172 *The Quarterly Review*, pp. 399-430, 1891.
- (147) Grote, *supra* note 140, p. 94.
- (148) *Ibid.*, pp. 95-96, 145.
- (149) *Ibid.*, pp. 214 ff.
- (150) ステイーヴンは、法律家や医者といったプロフェッション従事者には一般人よりも高いモラルを要求している。Searle, *supra* note 101, p. 113.
- (151) インド渡航以前において、ステイーヴンは、一八六一年の刑事法の統合立法を高く評価し、裁判官の法創造を積極的に認め、さらに犯罪の定義を広く理解していた。しかし、インドから帰国した後、ステイーヴンはこれらの諸点について意見を変えている。Colaiaco, *supra* note 13, pp. 76, 93-94.
- (152) J. F. Stephen (1858) 'Buckle's History of Civilization in England', 107 *The Edinburgh Review*, no. 218, pp. 465-512.
- (153) Alfred Henry Huth (1880) *The Life and Writings of Henry Thomas Buckle*, London, vol. 1, pp. 63-64. また、ミンネルは自分の方法について、政治経済学と統計学によって互いに孤立している自然の研究と心の研究を架橋するともいつている。*Ibid.*, p.

151.

- (154) Huth, *ibid.*, pp. 164-171; Colaiaco, *supra* note 13, p. 68. 日本においてバックルの文明史は『英国開化史総論』（一八七五年）、『英国文明史』（一八七九年）として翻訳されている。それは、国体史観が影響力を強めるまで、ギゾーの『欧羅巴文明史』とともに文明史観の到達点として広く読まれた。宮地正人「幕末・明治前期における歴史認識の構造」『歴史認識 日本近代思想大系13』（一九九一年）五二二-五三四ページ。なお、福沢諭吉がバックスルにおける決定論と自由意志論の議論を省略したというのは日本における「個人」の問題を考える上で興味深い。丸山真男『文明論之概略』を読む（一）『丸山真男集 第十三卷』（一九九七年）二五二ページ。
- (155) Stephen, *supra* note 152, p. 483.
- (156) *Ibid.*
- (157) *Ibid.*
- (158) Henry Thomas Buckle (1861) *History of Civilization in England*, vol. 1, 3rd ed., London, pp. 19-20; Huth, *supra* note 153, p. 177; Stephen, *supra* note 152, p. 478.
- (159) Stephen, *ibid.*, p. 473; Buckle, *ibid.*, p. 27; Huth, *ibid.*, pp. 167-168.
- (160) 'Buckle's History of Civilization in England', 104 *The Quarterly Review*, pp. 42-48, 1858.
- (161) Frederick Pollock (1882) 'The Science of Case-Law', in *Essays in Jurisprudence and Ethics*, Macmillan, pp. 237-260.
- (162) F. Pollock (1876) *Principles of Contract at Law and Equity*, London, pp. vii-viii.
- (163) Stephen, *supra* note 123, p. 22.
- (164) Stephen, *supra* note 152, p. 488; Buckle, *supra* note 158, pp. 108-110, 159-166. バックスルのこの主張に対しては多くの書評が批判的であった。Huth, *supra* note 153, p. 148, n. 25; J. S. Mill (1872) *The Logic of the Moral Sciences*, with an Introduction by A. J. Ayer, Duckworth, 1987, pp. 124-125. なお、バックスルが道徳よりも知識を文明発展の推進力としたかについては、Huth, *ibid.*, pp. 144-145, 183-187.
- (165) Stephen, *ibid.*, pp. 492-494.
- (166) Buckle, *supra* note 158, p. 26; Stephen, *ibid.*, pp. 507-508.

- (167) Stephen, *ibid.*, pp. 510-511.
- (168) メインのステイーンヴンに対する影響の大きさについて実弟レズリーは父親に次ぐものであると評している。Leslie Stephen, *supra* note 12, pp. 101-102.
- (169) Cosgrove, *supra* note 130, p. 145; 内田力蔵「メーン」『近代法思想の人々』(木村亀二編著、一九七一年)一三六ページ。
- (170) Stephen, *supra* note 9, p. 481.
- (171) Sir H. J. S. Maine (1914) *Lectures on the Early History of Institutions*, 7th ed., John Murray, London, p. 368. メインは歴史なき分析という批判をオースティンに向け、また、オースティンの法理学が問題にするのは個人による法の侵害であって、比較的小さな共同体の秩序全体の侵害ではないと批判する。しかし、メインはオースティンの想定する社会を歴史的発展の到達点と考えており、そのような社会の法分析としてはオースティンの法理学を評価する。R. C. J. Cocks (1988) *Sir Henry Maine, A Study in Victorian Jurisprudence*, Cambridge U. P., pp. 104, 121.
- (172) Cosgrove, *supra* note 130, pp. 129-130; Stephen, *supra* note 9, p. 484.
- (173) Stephen (1864) 'Japan', 69 *Fraser's Magazine*, pp. 101-117. 一八六三年の著作 *General View of the Criminal Law of England* でステイーンヴンは「フランス型の刑事訴追手続きとイングランド型のそれを比較して、後者を個人の権利保護により適切である」と評した。Colaiaco, *supra* note 13, pp. 86-88.
- (174) Stephen, *ibid.*, pp. 104-107.
- (175) *Ibid.*, pp. 114-115.
- (176) オースティンは国際法を本来的な意味での法とは理解しなかったが、国際法における義務および制裁を肯定しており、国際法を軽視したわけではなかった。八木鉄男『分析法学と現代』(一九八九年)一二三ページ。
- (177) Stephen, *supra* note 173, p. 113.
- (178) 八木・前掲注(176)一二〇-一二二ページ。
- (179) Stephen, *supra* note 9, pp. 476-8.
- (180) *Ibid.*, p. 482.
- (181) Maine, *supra* note 171, pp. 343-344.

- (181) J. F. Stephen (1884) 'Blasphemy and Blasphemous Libel', 41 *The Fortnightly Review*, pp. 291-292.
- (182) W. S. Holdsworth (1920) 'The State and Religious Nonconformity: An Historical Retrospect', 36 *The Law Quarterly Review*, pp. 352-353.
- (184) Stephen, *supra* note 82, p. 751. ここで参照している論文は一八七七年に書かれたものであり、翌年に最初のスティーヴンの法案が出る。ところで、この七八年法案と七九年法案では、被告人の尋問という点について違いがあるとされる。七八年法案では被告人は「宣誓」によって証言を強制されてはならないと考えられているというのである。Allen, *supra* note 83, p. 136. これはスティーヴンが現行法を重んじたこととあり、ここで参照している一八七七年の論文の趣旨からいえば、七九年法案のほうがスティーヴン個人の考えに近いのではなからうか。
- (185) メイトランドによれば、コモンローはローマ法およびカノン法と対抗関係にあり、実質的な影響はなかった。このような見方は現在でも概ね妥当であるとされる。R. H. Helmholz (1996) 'The Learned Laws in "Pollock and Maitland"', in *The History of English Law: Centenary Essays on Pollock and Maitland*, John Hudson (ed.), The British Academy, pp. 145-169.
- (186) ヘンサムは真実の合理的な究明という観点から被告人の尋問を正当化しているが、スティーヴンはこのような合理性だけではなく、歴史的伝統によっても正当化している。このような態度は、一八六〇年代以降のリベラリズムの特徴であるという見解もある。Julia Stapleton ed. (1997) *Liberalism, Democracy, and the State in Britain: Five Essays, 1862-1891*, Thoemmes, p. 36; Allen, *supra* note 83, pp. 128-129; Smith, *supra* note 11, pp. 84-89; Radzinowicz, *supra* note 75, p. 16.
- (187) この事件は *R. v. Ramsay and Foote* (15 Cox C. C. 231) である。この事件では、宗教あるいは教会への冒瀆それ自体ではなく、それが一ペニーという安い雑誌により素朴な言葉で行われたということが問題であり、事件の本質は階級的な抑圧であったという指摘がある。Joss Marsh (1998) *Word Crime, Blasphemy, Culture, and Literature in Nineteenth-Century England*, The University of Chicago Press, pp. 127-162.
- (188) Stephen, *supra* note 182, p. 305. このときのコルリッジの判決意見は先例として、*Bowman v. Secular Society, Ltd.* (1917) A. C. 406 に踏襲され、最終的に「キリスト教はイングランド法の一部である」という原則の法的効力は否定された。一九世紀における瀆神罪の実状については、J・ハンバーガー「宗教と『自由論』」（山下重一訳）『國學院法学』第三〇巻第三号（一九九二年）二七六七ページ。

- (81) Stephen, *ibid.*, pp. 310-311.
- (82) J. F. Stephen (1892) 'Burke on the English Constitution', in *Horae Sabbaticae*, vol. 3, pp. 114-116.
- (83) *Ibid.*, pp. 117-118.
- (84) J. M. Kelly (1997) *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, p. 274; J. Z. Muller ed. (1997) *Conservatism : An Anthology of Social and Political Thought from David Hume to the Present*, Princeton U.P., pp. 8-9.
- (85) J. G. A. Pocock (1989) 'Burke and the Ancient Constitution : a Problem in the History of Ideas', in *Politics, Language, and Time*, The University of Chicago Press, pp. 202-232.
- (86) J. F. Stephen (1892) 'Burke on the French Revolution', in *Horae Sabbaticae*, vol. 3, p. 142. この引用は一七六〇年代に書かれた *Tracts on Popery Law* の引用である。
- (87) William Blackstone (1765) *Commentaries on the Laws of England*, A Reprint of the First Edition with Supplement, Dawson of Pall Mall, London, vol. 1, p. 70.
- (88) H. L. A. Hart (1963) *Law, Liberty and Morality*, Stanford U.P., p. 74.
- (89) エドマンズ・ブーク『フランス革命の省察』(半澤孝麿訳、一九九七年)一七七一七八ページ。
- (90) Stephen, *supra* note 123, p. 249. ステーヴンはいささか中央集権化の傾向をバックル批判において既に「文明化」と規定してゐる。Stephen, *supra* note 152, p. 506. また、オースティンも同様な見方をもっていた。John Austin (1847) 'Centralization', 85 *The Edinburgh Review*, no. 171, p. 235.
- (91) J. S. Mill (1836) 'Civilization', in *Essays on Politics and Society*, J. M. Robson, University of Toronto Press, 1977, pp. 121.
- (92) *Ibid.*, p. 132. 「文教化のシステム」は「a system of cultivation」の訳語である。文明と対立する意味での文化の保持としようの「ミルとステイヴンに共通の課題であった。Coliaco, *supra* note 13, p. 8. また、M・アーンホルドは「文化を機械文明と階級社会を克服する契機と捉えていた。Muller, *supra* note 192, pp. 167-186.
- (93) Mill, *supra* note 199, p. 140. 当時の大学は伝統的価値をベースにした社会統合のための一手段であった。Stefan Collini (1991) *Public Moralists : Political Thought and Intellectual Life in Britain 1850-1930*, Clarendon, pp. 32-33; Report, *supra* note 1, pp. 55, 66, 91.

(202) J. S. Mill (1863) 'Austin on Jurisprudence', in *Essays on Equality, Law, and Education*, John M. Robson (ed.), University of Toronto Press, 1984, pp. 188-193.

(203) このようなミルの大学教育の見方は、ドイツ型の大学観の影響を受けているとされるが、このような考え方はオックスブリッジでは一九世紀の末まで浸透しなかった。Sheldon Rothblatt (1997) *The Modern University and Its Discontents*, Cambridge U.P., pp. 22-27; Mill, *supra* note 128, p. 261.