

《論 説》

時間と法に関する研究序説(四・小括)

— 邦語以外の文献整理と課題 —

齋 藤 洋

四. これまで「時間と法」に関する邦語文献の整理と課題を、法社会学からの千葉正士と哲学からの小林直樹の研究を主軸にして三回に分けて概観してきた。<sup>(1)</sup> その中には、内外の多くの先行研究が網羅されており、この二人の先達の研究を見れば、それまでの研究を知ることができた。そこで本稿では、先行文献の最後として、一九九四年出版の Mario Bretoné, *Diritto e tempo nella tradizione europea* (『ヨーロッパの伝統における法と時間』)<sup>(2)</sup> の特に本稿と関係のある部分を取り出し、その内容を説明しながら検討する。千葉及び小林の研究の多くが、英語あるいはドイツ語の文献を中心に行っているため、このイタリア語文献は含まれていなかった。さらに後述するように本文献の執筆者であるブレトーネ (Bretoné) の研究視点が、千葉や小林よりも若干であるが拙者に近いものと判断されたため、文献整理の最後の小括として取り上げるものである。あるいはより広く見れば千葉に近いとも評価し得る。

五. 前出の文献 *Diritto e tempo* における本稿に直接関係する部分は、第二章「時間と規範」(Il tempo e la norma) で

ある。その冒頭でブレト―ネは次の様に云う。「ここでは、存在論や現象学、空想的あるいは自然科学的な方法で、あるいは観念の表現として、時間を検討するのではない。（中略）私は実例をもつてより厳密でありたい。（中略）年月日、それらは天文学や宇宙論の視点から配列されているのではなく、現在の我々が行っているような、あるいは古代の人々が行っていたような日々の経験の中に含まれる。すなわち、年月日は経験に基づいた、あるいは歴史的な時間の最小限の構成単位なのである」<sup>(3)</sup>。

この表現から、ブレト―ネは自然科学者が人間と切り離して検討する時間とは異なる、人間の生活あるいは経験と時間を一体のもの又は人間にとつての時間という視点に立っていることを明言しているといえよう。この点において、法社会学からの千葉に近いと考えられる。

もちろん当該文献の表題からも解る様に、時間とは何か、という問いかけはしていない。あくまでも法規範との関係のみに絞って検討しているため、そこに現れる例は法規範に関連したもののみである。それでも「ヨーロッパの伝統における」と記述しているように、プラトンやアリストテレスなどにも言及する。この言及はヨーロッパにおける学問にとつては基本的なことであるという。そのうえで、ブレト―ネは古代西洋哲学史家の Richard Sorabji (リチャード・ソラジ) の次の言明に満足するという。

「我々は時間が存在するということについて何も知らない。その存在を否定することで自動的に反証となることもある。（中略）時間の否定は、あらゆる考えも存在も否定することと同様に自動的に反証される。最終的に、その否定に対する自動的な反証はデカルトによってなされたが、別の視点に立てば、目的のために実行するものは誰でも、現在と未来の間に横たわる初歩的な相違の考えを持たなければならない。つまり、そのような者はだれでもなにがしかの時間を自覚しているはずであり、また時間の存在を知覚することができる者はだれでも、目的のため

に実行する者になり得るのだ」<sup>(4)</sup>。

この言明の前半部分は、時間の否定自体が時間の存在を証明するという解り易いことを述べているが、後半部分は、自覚する (*avere consapevolezza di*) と知覚する (*avvertire* / 予告する) と表現することで現在と未来の相違を認識し、結果を達成するという物事の推移を自身の行動の規準になし得ることを示していると解釈でき、ブレトーネも同様に考えているのである。

この点をブレトーネはさらに次の様に言い換えている。すなわち、「実際の・経験的な時間は時計やカレンダーの時間として見出すことができる。もし時間というものが、太陽や水、十四世紀以降の市民の塔や教会の鐘として現れた精巧な機械であるとすれば、それはさして重要ではない。時間は有機体のように提示できるし、その効力で単独のものを形成し得る。つまり『一方的に、誕生や成長、発展、衰退そして死滅のサイクルを貫いて』動くのである」<sup>(5)</sup>。この言説は、先の見解を逆説的に説明している。つまり時間というものは、人間とは無関係に目に見える形で存在し、その機能を一方的に發揮することで、人間は時間に従うのである。しかし先に述べたようにブレトーネは時間をそのようなものと考えていないことは「重要ではない」と示していることから明白である。

ここでブレトーネは法と時間に言及する。時間が人間内部に入り込んで作用するのと同様に、法と時間の関係についても、時間も法及びその原理構造の内部に作用するといい、例として「新法は旧法に優先する」という原則を示し<sup>(6)</sup>、この規範間の衝突を解決する基準あるいは原則が時間というものを内包することによって成立しているという。この他にも、期間、時効取得等々、様々な時間の痕跡を法あるいは法原則の中に見出すことができる。そしてブレトーネは自身の関心を次の様に表現する。「法における時間について、そのすべてに非常に興味を抱いている。言い換えれば、時間は、単に経過するということだけで、場所に関する法規範の効力を、それらの遵守性や適

用性を、それらの権能を、なんらかの方法で限定あるいは限定するに至るのかどうかである。一言でいえば「時間に従属するのか否か、そして「時間は」どのような方法で法の能力（*dynamis*）あるいは力（*ischns*）であるのか」である。<sup>(7)</sup>

六・ブレートネは次に理論の視点を提示する。法規範は空間と関係しているのと同様に時間とも関係している。これらに関する法規範の範囲を限定することは難しいが、規範が「確実な範囲と確実な時間内に含まれた行動」を規律する場合には、当該範囲を有し得るといえよう。そのほかにはケルゼン（Hans Kelsen）が示したように、規範に関する空間と時間とが同一の規範によつて或いは異なる規範や上位規範によつて限定される場合にも、範囲を有しているといえよう。しかし、法と時間とは、立法行為や司法段階におけるよりも、事実の段階で様々な価値を有している。つまり時間は、「慣習を作り上げる行為の主観的判断」が「存在しなければならない」という姿に変化するのである。「単にこれらの行為が『明確な時間内に』生じた後に、社会の構成員が慣習として行動していた通りに行動しなければならないという見解、及び同じ方法で当該構成員は行動するという意思が発生する」のである。しかし同時に、慣習的な行動に関する本質的な主観は、客観的な義務（*Sollen*）の様には解釈され得ない。なぜならば、それ（主観）は変化するものであるが、規範の価値は客観的に有効あるいは正当なものであり、上位規範は量産される判例と同じように慣習を明確化するからである、ともいう。<sup>(8)</sup>

このようなことを述べることによつてブレートネは徐々に議論の中心を、いわゆる慣習法を素材とした時間との関係に導き始める。ここでケルゼンとは別にニクラス・ルーマン（N. Luhmann）の指摘を補強的に用いる。すなわち、規範の強制力について検討する際に、規範の継続時間という点が看過されていることが多い。例えば旧法と新

法は同じ段階にあり、質的な相違はない。<sup>(9)</sup> この例では、質的な相違の無い同じレベルの法規範の相違自体が、経過時間に依拠しているというのである。このことをルーマンの次の言葉で表している。

「今日においては、法とは、昨日においては無価値であり、必要・可能あるいは安全であれば翌日には無効になるという意味にも解することができる。要するに、時間的な分割は、矛盾する法の効力を矛盾なく可能にする。またこの有効性は、期間や継続的見直しに従属させられ得る。(中略) 小さな修正は、あらかじめ実行される。なぜならば、大きな修正は早急で一律な決定を為され難いからである。『良法』は過去・現在ではなく、開かれた未来に存在する」<sup>(10)</sup>。

ここでブレートネは、ゲルハルト・フッサール (G. Husserl) の見解に言及する。フッサールによれば、現象学的に、法は「時間構造」(Zeistruktur) である。「時間は止まることなく、法規範は時間と同伴する」。法規範は「歴史の中で特定の場を有さない」——それが生じるのは常に一回のみに限定されるという意味での場である——、人間の存在が誕生の瞬間から留まることのないのと同様である。そうであれば法規範は「原理」のように時間の流れから免れているように思える。しかし、時間は、解釈と適用を解して溢れかえる。規範の解釈は「現在における観念的」なものに転化する<sup>(11)</sup>のである。

さらにブレートネは、法と時間の関係について、ホップズからベンサム並びにベーコンやサヴィニーを、中世を起源とする延長線上に位置づける。その上で、単に古いからと言って無視するのではなく、古の伝統との比較は、法と時間という問題に対して光を当てることに役立つ。古典的な伝統と近現代の思考との間にある、混乱しながらも我々が認めている相反性あるいは対極性は、表面上のことよりもっと先に進むことを強く求めている、という<sup>(12)</sup>。つまり単なる比較ではなく、そこから何某かの見解を見つけるように努力するというのである。このような考

え方の中には、ルーマンが述べた「新旧には質の相違はない」という発想と同じものが潜在しているように思料し得る。

七. ここでブレートネは「並行の道」として、ホッブズ (Hobbes) に多く言及し始める。なぜならば、ここから「国家」を前提とした論述に移るからである。

古代の思考においては、国家（あるいはここでは政治的存在、何らかの専門用語として無理に解釈すれば、この国家という名称を与えることになるのだが）は、国家を構成する個人や市民社会と切り離すことはできず、それらと共にひとつの「実体」を形作る。しかしホッブズにとっては、一七世紀中ごろ国家は個人に対して觀念上および實際上の自主独立性を尊重しながら、彼らの上方に屹立している「至高の権力」であり、ある種の「目に見える神」であった。<sup>13</sup>そしてブレートネは国家を検討するにあたって「時計」を例示し、現在でいう分析主義では個々の機能を解明できず、機能主義によることを提示している。

さらにホッブズは「人間は歴史の推移や実際の生活の中で決して孤立して現れたことはないことを充分に解っていた」として、次の様に言及する。自然状態における闘争の条件に関して、どこが暴力と恐怖を支配するかを示さなければならぬ。政治的共同体が形成されたことから、個々人は、人々のため或いは集団のために、他の者に対する自分自身のルールを断念しつつ、危険に満ちた孤立化を捨て去ることを必要とした。そのことはつまり「至高」に成長することであり、社会契約は服従契約 (pactum subjectionis) となる。共同体における生活、正義にかなった生活は、支配権との関係を創設することなしには存在し得なかったであろうし、それは前提であり必要なことでもある。ホッブズが定義したような国家は、「人工的人間」である。もしこれが正しいとするならば、衡平と法律

は「理性と人為的意思」となる。国家と国家による命令無しに法律は存在しない。つまり、衡平と正義は国家による命令無しには存在しないのである。衡平と正義の双方とも同じ位置づけになり、人間の生活を安全なものにできる。なぜならば、それらは人間の自然の感情と対照をなすものであり、感情はそれらに勝てないからである。もし死んだような条文を保ち続けたいのであれば、「遵守を押し付ける権力の恐怖」を必要とする。国家の意思によって「書かれた或いは書かれていない法令は、権限と効力を与えられる」。そのとき個人は取り除かれ、慣行あるいは行動規範の様なものは効力を失う。<sup>(14)</sup> 法律・平等・正義の源である憲法を知らなければ、人間は自分自身の勝手なルールのように、慣行や前例を受け入れやすくなる。つまり、慣行が罰を課し続けているゆえに不当というものを感ぜ、刑罰の免除や承認を申し立てることを正当と信じ、法律家は単に正義の誤った基準と手続きを用いると考えるのだ。換言すれば、両親や先生による修正を受けなければ、多くの人は幼児と同様に善悪のルールを持たないのである。大人たちが知らない間に子供たちが勝手にルールを作り、それに不都合な法律や慣習が現れたときは、自分たちにとって都合の良い法律や慣習を盾に取るのである。このことが、法や法理論に関する論争の原因であり、人間の関心であり、野心・利益・熱望が交わり合うところなのである。<sup>(15)</sup> ある慣習は、疑いなく、法規範としての權威を有する。その根拠は時間の経過の中にあるのではなく、「暗黙裡に示された君主の意思」にあるのだ。慣行は、君主の暗黙裡の意思として継続する。ここまで述べた後、ブレートーネはホッブズと対立するエドワード・コークによる慣習の定義、すなわち「長期の研究と、長期の観察ならびに経験によって巧妙に完成された道理」<sup>(16)</sup>並びに他の人物たちを持ち出すのである。

しかしブレートーネは、ホッブズも時間というカテゴリーを無視はしていないという。それは彼の著書 *The Elements of Law, Natural and Politic* (1640) の中にも見出され得る<sup>(17)</sup>という。つまり、複数の人間がいる中で、ある者



が他者に服従を命令するということは、「理性に反するのみならず経験にも反する」のである。法に関する限りホッブズは、時間は規範の外部にとどまり、その構造の中に入り込まないという。また十七世紀終わり近くのジェレミー・ベンサムとホッブズとはそれほど相違はないという。ベンサムによる法と時間の分析が、ケルゼン学派の発想を準備するという。法律要件のすべて、特に一般性という要件を有する法律は継続性を有するが、立法者の明白な意志という限界も有する。つまり法律とは「制度上の理由で」限定的なものである。しかし法律は「限時性」のようにも出現する。このことは、法律が、一定期間を包含するという事実に関係している場合に生じる。

「英国における狼の虐殺に関連する法律」は、ベンサムが言うには、「数世紀前の最後の狼と共に消滅し」た。<sup>18)</sup>

ベンサムにとっても、外見上、時間は規範の上で機能する。しかし彼は、世界の異なる諸国家の法制度において、一定の範囲が慣習法の分野であることに気づいていない。彼にとって慣習法は、ごくしゃくし、複雑で迷路のような法であり、実定法の単なる「不安定期待外れの代用品」として現れている。それゆえに法は、法典という方法によって論理的な実定法という形態をとらねばならず、そこでは規則的で幾何学的な基準に基づいて各部分が他の部分と統合されるのである。慣行の意思はそこでは消滅する。まるでおとぎ話の古い王様のように、「躍動的に見事に自身の衰えたゆがみ」を交換するようにである。この意味において、法制度も「メカニズム」の性質を有する。彼はこのメカニズムという性質と時計 (orologio) とを重ね合わせる。つまり法が立法権を有する組織において企図されたもので、ひとつのメカニズムあるいは一つの「時計」であるならば、部分の交換も修繕も可能であり、解体や再生も可能となる。換言すれば、メカニズムのあらゆる部品と同じように法も、その大部分は、手直しや修正がなされ、バラバラにされ、集められ得る容易さを有している。<sup>19)</sup> さらに、彼は法を時計になぞらえて、法の性質を理解するためには、時計をすべて解体するように法令をすべて解体しなければならないという。<sup>20)</sup>



ブレートネは、ペンサムのような言説に対して、法と時間の関係がどのように繋がっているのかという点には言及していない。そして次にサヴィニーに移るのである。

サヴィニーによる理解では、法制度において時間は構造上の役割を展開する。

「時間は、一般的な見方からすれば、法の根源的基礎であり、あるいはその根源に位置付けられるものであろうか。それは次の様に仮定することができよう。法は、物事や人間の気まぐれな意志の、熟考の、そして賢明さの影響に比べて、完全に異質の根源を有している。しかしこの仮説では、明白な事実が対立している。その事実とは、制度に関係する事項が至る所に直感的に現れ、そして問題を有しており、長い時を経てそのためのルールが存在するということなのだ。つまり最初の段階で時を創る必要もなければ可能でもないということなのだ」<sup>(21)</sup>。またサヴィニーはキケロの言説を次の様に敷衍している。

「諸君たちには人生のルールが存在する…(中略)…それは、個人の見解に由来するものでなく、我々の自然の倫理に生まれつき備わっている必要性に由来するのだ。このルールは、共に生きることが模索する人間社会に於いては、ある部分を見れば、当初は方向性の定まらない中でより限定された形式が、より広範に、安定した慣行として固定化するのである」<sup>(22)</sup>。

筆者によればサヴィニーはこの様な言明を引用することで、時間の経過と慣行をつなぎ合わせ、それが規範(ルール)になるという見解を抽出している。ブレートネはさらにサヴィニーの見解を用いる。すなわち、時間の「回復力」は確実である。「どれほどの長さをかけてか、人々の中に法的信念が入り込み、諸君の心底深く根を下ろす」。時間は法的信念に定着し、その持続―発展や転換を否定せず、言語のように徐々にそして内面的に浸透する―は最終的には現実に残留する。このモデルはローマ法に見出すことができる。この新規性を古典、古代、固定化

された法制度や新しい創造の形と結びつけることにおいて、その成熟性に疑いを抱く者は誰もいない。サヴィニーが見るに、法典は、常に「有効な伝統的法源に対する最大の心遣い」を前提とする。すなわち「適用できるゆえにそれらすべて」の方向に再び向かわなければならず、「それらは全体として、保持され、決定され続けなければならない」ということである。この見解はフランチェスコ・ベーコンによって導き出された。フランスにおいては、啓蒙主義（特にボルテールやルソーであるが）が大いに振る舞い、英国の哲学者も一七〇〇年から一八〇〇年の間は、ドイツ文化、つまりレッシングと同様にサヴィニーあるいはハーバーやゲーテの外縁にいたることはなかった。<sup>(23)</sup>ベーコンについて言えば、「一般的な法の或いは法源に関する合意の例」を提示し始めた。彼は、新しい法律においては「旧法や古代法の産物の全文及び文言を正確に保存することが必要である」と提唱した。なぜならば、「法においては、様式や概略をそれほど十分に注意してはいけませんが、古さは権威の最大の擁護者である」からである。サヴィニーにとつては、法令はいつも役に立たず、時々有害でもあり、形式あるいは方法の単なる一問題に過ぎないのである。<sup>(24)</sup>

このようにブレトーネは、ヨーロッパにおける様々な先達の研究から時間と関連すると思われる必要な部分を取り出し、実定法としての法律よりも不文法たる慣習法に引き付けることで、時間との関係性を見出そうとしている。そして、彼の記述は次の「規範」と「時間」に入るのである。

#### 八．「規範」と「時間」

今までのブレトーネなりの引用と検討を経て、彼は規範と時間に関して以下のように論じる。

近現代の法思想は、その源においても或いはその発展過程においても、典型的な伝統における比較ならびに公然

あるいは非公然の要素を有している。この伝統は、統一的な塊として、あるいは現れ、あるいは纏れた糸を解きほぐす組み合わせのように、瞬く間に結束あるいは争い合いながら進行するという形で現れる。我々は外面に現れるものだけを明瞭に見るが、典型的な伝統の中で法と時間との関係はいかに形成されるのであろうか。<sup>(25)</sup>

我々は最初にアリストテレス学説の原文に注目する。『政治学』の第二版において、アリストテレスは、「制度」の検討後すぐに、いかなる基準で現存の法律を修正あるいは変更するか、可能で適切であるか否かを問う。この問題は単純ではなく、大変に議論の余地のあるものである。我々はそのことを、ピタゴラス学派の伝統あるいはソフィスト派の中に再発見する。ソフィスト派の見解においては、法律(nóμος)<sup>(26)</sup>は偶然の事象であり、それ自身で正当化するものである。ソフィスト派のひとりであるプロタゴラスによれば、正義と不正義は「生来の固有の本質として存在しているのでなく、一般に有されている見解であり、それは受け入れられ、そして継続するその時に正しい見解となる」のである。正義と不正義はまた「実際に各都市にとって存在が信じられるものであり、法律でそれらを承認するのと同様である」。自然法への言及によつて一般に知られているように、根拠になるものがあれば、ある種の「社会契約」の様なものであるといえよう。一方でヒッピアスの立場は、この点においては、まったくもつて明瞭でない。彼にとつて不文法とはどのような意味を有するのか、そして規範とあるがままの姿がいかに相互関連性を有するのか、明言することは困難である。<sup>(27)</sup>

アリストテレスもプラトンと決着をつけなければならなかった。プラトン学派の視点からは、実定法においては世界の合理的な秩序が反映されなければならない。当該秩序―力でもなく約束でもない―は、最も根源的なものを形成する。世界の合理的な秩序においては、人間と都市(国家)が組み込まれる。法律は、日々の義務の中に姿を移すが、賢人政治家は法律に関して如何なる関係を有するのであろうか。プラトンは『国家』の中で、「誕生と死

が連続するものでもさ迷わず、継続する何某かの現実を明らかにする科学」を愛する者に委ねられなければならない、というが、この科学を熟知し「王の所業」（立法に参加することでもある）にその科学を移管する者は、当該統治に従事するために法律という手段に訴える必要があるのであらうか、と問う。これは政治に関する重大な問いかけである。法律の確固たる性質は、そして「人間に関することの無限性、不安、変わりやすさ」は、賢人政治家をどちらかというところの最後の部分に順応するように導いているといえよう。立法は抽象的であるが、法律に訴える場合は法律上の要件によつて具体的に決定される。すなわち「諸国家において、国王は生まれず、その反対に、ミツバチの巣の中で自然に発生するように、肉体や魂を超えて直ぐに現れるものである故に、より正しい基本法を書き留めようと努めながら、制定法を記述することに共に集中することが必要なのである」<sup>(28)</sup>。

このようにブレトーネは、偉大な先達の研究の一部を切り取りながら自己の見解に合うように述べているが、我々が理解するには非常に困難性が伴う。そこで、彼は、段落を変えて次の様により分かりやすい表現で述べている。

「法律は、人間が創造したが、変わりやすいものである。つまり賢人政治家が唯一の解釈者である全世界の合理性について、合目的性に継続的に従うつもりであるならば、（中略）適切と判断した場合には治療措置を修正することを躊躇わない医者のように行動するということが理解できよう。法律が変化しやすいものであるとしたならば、その変化から新しい問題を発見することができる」<sup>(29)</sup>。

ブレトーネ曰く、これはプラトンが彼の対話の最後で直面した問題である。立法に関していうならば、継続あるいは変更には、「遠い過去から我々に伝えられた来た祖先の慣習」という価値がどのように存在しているのであろうか。それは、既に記述された法令と未来における法令との間の中間の位置に見いだされる。つまり多様な形態に

において、慣習は二面性という特質を示す。一つは、基盤となる役割を展開することであり、他方は最高の評価基準からの逃避や判断を回避することはできないということである。したがってプラトン学派の視点においては、法制度は修正可能であるが、明白な変更可能性は伝統の根深い意義を排除はしないのである。この点はアリストテレスの『政治学』においても現れている。彼は「選択に値する」と記述した。統治者たちは法律を従属させる必要があり、その管理人にならなければならない。法律は「命令」であり、「順序」あるいは「感情を除いた知性」である。法律においてのみ、「衡平な基準」が存在する。法律は「現象の全てを明確にすることはできない。まして人間はそれを知り得ない」。そのため法律は判事に「彼らの限界以上の、より正義の判断に基づいた評価及び統治という」役割をゆだねるのだ。しかし、それを修正したり変更したりすることはできるのであるか。この問題は単純ではないが、変更あるいは修正することは可能であろう。アリストテレスによれば、医学から運動科学に至る知識と経験のあらゆる分野において、新規性を求めることは疑いなく有益なのである。<sup>(30)</sup>人間というものは、何かの中にある伝統ではなく「善」を探求する。したがって、既に存在する文書や慣行、法律を無理やりに変更しないでおくことは、まったくあり得ないことである。だが、当該変化は非常に慎重でありながらも、自由についても慎重な検討を求める。つまり「メカニズム」を簡単に分解して作り直すようなことは行わない。「得られる利益が最小であるとき」、法令の廃止は避けられなければならない。アリストテレスは次の言葉を残している。

「法律は、もし慣習に従わないのであれば、いかなる他の力も有していない。つまり、慣習は、長期にわたって形成されるゆえに、無頓着に現実の法律から新しい法律に向かうことは、法律の効力のある種の弱体化を意味するのである」。<sup>(31)</sup>

しかしアリストテレス学派の見解は、実際には異なる。つまり、どのような法律であろうとも、新規の法律で

も、慣習に移行する固有の力を有しているはずである。精神（*ethos*）は法律の強さであり、長期間を経ても単独で存在し得る。そのため、安易な変化・修正は如何なる利益も生じさせないのだ。そのような変化や修正は法律から信用を失わせ、法律から誠実性を奪うのである。別の視点においても、プラトンの「祖先からの慣習」におけるように、時間は内面の規範に働き、規範の創設に寄与するのである<sup>(32)</sup>。

この様にブレトーネは、規範と時間の関係を、法律の継続・改廃及び慣習（法）との関係の中に見出そうとしている。特に実証的な調査結果からではなく、アリストテレスやプラトンといったヨーロッパ文化の源流となる思想から導き出そうとしている。ブレトーネの著書名にある「ヨーロッパの伝統における（nella tradizione europea）」の伝統が、先達の研究を意味するものである点では、タイトルと内容に齟齬を見出すことは出来ないが、それでは哲学的思惟から法と時間の関係を検討するという方法論の範囲内を出ないものとなる。それでもブレトーネは、次項でもう少し古代、すなわちローマ時代に言及する。

## 九．古典古代の偏見

プラトン学派とアリストテレス学派の教えは、その過程を含めて、かつてのローマ文化においては聴くことはあっても残ってはいない。法制度に関する概括的な表現は、憲法上の機関と慣習法とを通して市民社会の規範、すなわち法（*leges*）と法則（*iura*）を区別し且つ結びつける。法は政治「体」としての都市の精神（*mens*）と心（*animus*）である。都市は、ドイツの法史学者であるフランツ・ヴィーアッカーが言うように、自身の出自を見出す。一方で法律は、それ自身の性質によって、法制度を固定・修正することができる行為あるいは仕掛けである。このような法律の革新的な能力は、いかなる方法をもってしても、認められるものなのであり、古代における最初の国（公国）

であつても同様である。<sup>(33)</sup>

近現代の社会学の用語をもつてして、次の様に表現することが出来よう。法の文書主義という考えは法律の固有・生来のものである。しかし、ローマ時代では、現代ヨーロッパにおけるほど単純ではなかった。当初、少なくとも二つの経験が共同体の中で一定の部分を占めていた。キケロあるいはティトゥス・リウィウスさらにはタキトゥスの時代の市民（人民）は誰でも、市民によつて可決された法律が「絶対無欠の多数」であることを疑つたりはしなかった。法律は「老巧化し得た」、そして「終末を迎え得た」のであり、新しい法律に取つて代われ得た。

一方、慣習法の変化は立法に影響する。政治的支配の拡大、環境や文化との関係、私的あるいは公的な財産の増大、これらは新しい規範を（人々に）課することになる。<sup>(34)</sup> また豪華な現象は、（人々の）反感を伴う。そうすると、まず最初に食卓に関して贅沢さを制限しようと努める。この場合、過去に対する単純な敬意は存在せず、新しさを拒絶する頑迷さ、つまり実際には世襲財産との均衡を保ちつつ、社会的地位や責任者グループの政治的役割を変化させないという意思が存在したのだ。それでも、短期間或いは紀元前一世紀の間に繰り返し出現した規制法はやがて死文化した。ローマ時代の歴史家ソウィウスの叙述が、劇的なことを記している。それはオツピア法（*Oppia*）の推移である。当該法律は、半オンス以上の財産を所有する女性に対して、鮮やかな服を見せびらかすこと、及び馬車でローマの道や一マイル以内を動き回ることを禁止したのだ。<sup>(35)</sup> この法律は紀元前二一五年に承認され、二十年後に部族の満場一致で廃止された。節約に関する立法―「明白な消費」に対する立法―の弱点は、共通の場所に似ており、古い時代においては合意の対象ではなかった。一六〇〇年代のイタリアにおける貴族の家族と新興の金持ちは一〇〇年先のミラノ、ローマ、フィレンツェそしてヴェネツィアにおいても―贅沢に関して最低限の聴く耳さえも持たず、虚飾と豪華に満ちた生活を続けた。この事態に対する立法はローマ的社会に於いては（そしてその時



間内に）、単に法の変性を示したのみならず、実際に、いわゆる「法制度の形」が「一千回も変更された」のである。ローマの十二表法も、時間による消耗から逃れられなかった。十二表法が公布されたのち一〇〇〇年の半ば以降、その規範の少なからずが「不活性と遺棄のために」消滅したが、その傾向はより早期に始まっていた。結局は、「すべての事象は」「それぞれの経過（時間）を有している」。この見解はその後、幾たびも繰り返された<sup>(36)</sup>。

この様なことから、それぞれの法律は、具体的適用の試練を受け入れなければならない、「適用に関する批判」の前に自身をさらけ出さなければならない。この過程によって、法律は自身が有用であることを示すことができる一方で、廃案の決断をも発生させるのである。その廃案の案をいかにして阻止するのか。ルソーが述べているはずであるが、そこに「偏見」が作用するのである<sup>(37)</sup>。

法律の改廃案に対しては、可能な限り早期に当該案が無意味であることを示す必要がある。如何なる法律であっても、特別の事情がない限りは、古いものになると推測し得る。同時に法律の継続は、権威を増大させ、より多くの崇敬を発生させる。十二表法においても、唯一の例ではないとしても、当該状況についての典型例を見出すことができる。このことから、法律における時間の効力は、忘却と終末を確定し得ること、及び当該効力を増強することとできるという二面性を有するのである。

この第二の側面について取り上げるならば、法律は時間を貫く慣習のうちに変化する。これはアリストテレスが幾度となく主張したことであるが、法務官布告などを見れば間接的に理解できるであろう。モンテスキューが述べていることだが、当該布告は、法律のように「人を拘束する」ものではない。それゆえに、法律がそうではないものであるため、法学の考え方に合っているのである。法規範は、法律の規範性と異ならないとしても、「古式或いは祖先由来の」に変化する傾向を有する。つまり形式的な一時性あるいは断絶性は、漸進的、効果的な安定と調和

することである。<sup>(38)</sup> 誇張なく言えば、当該布告の規範的継続性は、時間とともに、明白な慣習についての効力を獲得するのである。<sup>(39)</sup>

法律に関して、時間の積極的な影響は、ほかの形でも表れてくる。文化においては「共和政」にもとづいた古の仕来り (*mores antiqui*) を提示し、プラトン学派のように「世紀あるいは世代に沿って」再編された有機体のように、その最終点を想像する。法律は、常に自身を考慮し、慣習法を包含する。キケロ学派においては自問形式に則って、法の様々な部分を列挙する。法律はそれらの間に位置付けられる。その根源が有用性 (*utilitas*) であることは疑いない。しかし法律は、慣習法の一つの道具というだけであり、すでに受け入れた規範をさらに強化するための媒介物としてのみ存在し得るのである。<sup>(40)</sup>

時間における法の継続は、つまり慣習の側面であるが、成文テキストに翻訳する必要性を放逐する。キケロの三〇〇年後にバオロは非常に明白にその（成文化の）必要性を肯定した。彼の主張を認めないものは誰もいないであろう。そうは言っても、「公正」のように時間をかけて現れる「法」を軽々に修正することはよろしくないと自覚する。すなわち有用性 (*utilitas*) は「明確でなければならない」のであり、いかなる場合であろうとも、慣習は常に「法律の最高の解釈者」であり続けるのである。<sup>(41)</sup>

ブレトーネは様々な表現を借りながら慣習を時間と重複させて検討していることが理解できる。それを収斂させたものとして次項で全歴史に言及する。

#### 十. 記録としての「全歴史」

ブレトーネは、最初にユスティニアヌスの法典化を、古代の法による経験についての壮大な転換であると云い、

「古代に対する敬意」は人定法の持つ不安定性をある程度緩和し得るが、人定法には多くの「暗雲」や「暗黒」が群がるものであり、学説彙纂などはその典型であると評価する。<sup>(42)</sup>そして次の様に続ける。ゆつくりとなされた古代の法典化は、それ故に時間を排除しない。膨大な寄せ集めの個々の断片は、その起源の示すかのように。規範の継続は信望を集め、規範を共に支える記録への信望にもつながる。法典化された合成物は、いつでもその価値を受け入れることができるのである。ローマ帝国のイデオロギーはユスティニアヌスの時代以後にその傾向を変化させた。それは、過去において最も頻繁に設けられた法の復位の様である。<sup>(43)</sup>最後に次の言葉で閉めている。「古い法は常に最善である」<sup>(44)</sup>。

十一、以上がブレトローネにおける「時間と規範」の項目の概要である。ここから窺い知れるのは、ブレトローネが時間と法あるいは規範を検討する場合、両者を切り離すような純粹な哲学的思考でもなければ、市民生活の実態を調査して「生ける法」あるいは「生ける時間」との関係を考察するような法社会学的方法に依拠しているわけではなく、法（規範）の生成と耐用性及びその結果としての有効性あるいは人民による受容可能性を成り立たしめるのが時間であるという点を、第一に先人の言説から、第二に歴史から論証しようとしているといえよう。

この様な論述方法は、法学者が無意識のうちに或いは経験に基づいて用いるものであるが、他の分野の方法と照らし合わせるならば、例えば社会学における質的調査法におけるアンケートあるいはインタビューが先人の言説に当たるということに該当するであろうし、<sup>(45)</sup>歴史のある事象に対して因果関係のみならず当該事象の有する意味を現代或いは研究者の特定の視点から評価することは歴史解釈という方法に該当すると考えられる。

前者の方法は、法学分野においても、敢えて社会学を意識せずに、判決文や学説の検討においてはほぼ同様の作業

が行われているとも考えられるが、後者の歴史解釈については、一種の社会実態に対する評価の側面も有するゆえに、歴史学の因果関係を含めた法社会学の手法を意識して導入することがより一層の論証の精緻化につながると考えられる。

しかし、ブレートネ及びこれまでの千葉と小林の先行研究を通観して判明することは、自然科学上の時間と社会科学上の時間は異なるという点であろう。自然科学上の時間は、人間の存在とは無関係に存在していると考えられているが、社会科学上の時間は、実はそれぞれの社会によって異なるということが千葉などの法社会学の先行研究からも明らかになっている。換言すれば時間は唯一でなくとも人間の生活には支障は生じない、唯一でなくともよいという事実である。この点が、おそらく自然科学上の時間との明確な相違であろう。時間の統一化は、時間自体の性質或いは存在から発生することではなく、強い社会による弱小社会への影響あるいは吸収合併といった時間以外の人間活動の結果として、勝利した社会が有する時間が他の社会に植え付けられる或いは受容されるということであり、碧海純一の云う「法とは、言説によつて表されたフォーマルな社会統治の技術である」<sup>(46)</sup>という意味において、法に付随して拡大するということになる。そして法とは、何処の社会に於いても同様の機能を有しているといえるが、その内容自体は固有性を持っていることから、ある種の社会の特殊性あるいは独自性をその根源に包含していると考えられる。この点はヘーゲルやサヴィニーの主張と同一線上あるとも考えられる。<sup>(47)</sup>そのうえで時間は当該法(規範)と一体不可分であるゆえに、時間自体もそれぞれの社会が作り出した独自性を有していると推測し得る。この点で、時間の機能自体には共通性があるといえども、唯一の時間というものには存在しないことになる。そうであれば、時間は人間或いは人間集団が創造した産物であり、換言すれば一種の思想であるとも言い得る。<sup>(48)</sup>時間が思想であるならば、同じような人間の想像の産物である法との融和性は高く、それを扱う人間の考え方次第で

内容に変化を生じることとも理解できる。例えば法解釈や死の時期の問題などはその典型であろう。ここに至って、時間とは思想であるという新たな仮説を提示することができるのである。<sup>(49)</sup>

以上

注

- (1) 拙稿「時間と法に関する研究序説（一）——邦語文献の整理と課題（その一）——」東洋大学法学会『東洋法学』第五十七巻第二号（二〇一四年一月）一〇十八頁。同「時間と法（二）——邦語文献の整理と課題（二）——」同『東洋法学』第五十八巻第二号（二〇一四年二月）一〇二十頁。同「時間と法に関する研究序説（三）——邦語文献の整理と課題（三）——」同『東洋法学』第五十九巻第二号（二〇一六年一月）一〇十四頁。
- (2) Mario Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Editori Laterza, 1994, 105p.
- (3) *Ibid.*, p.33.
- (4) *Ibid.*, p.34.
- (5) *Ibid.*
- (6) *Ibid.*
- (7) *Ibid.*, p.35.
- (8) *Ibid.*, pp.35-36. ケルゼン『純粋法学』横田喜三郎訳（岩波書店、一九八八年）十四頁、二十一〜二十四頁参考。Cf. Hans Kelsen, *Rein Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke Wien, 1960, S. 12, S. 213.
- (9) Bretone, *op. cit.*, p.36.
- (10) *Ibid.*, p.37. ニクラス・ルーマン『改訂版』法と社会システム——社会学的啓蒙』上田昭訳（新泉社、一九九三年）一〇一〜一〇四頁参考。同『社会システムと時間論——社会学的啓蒙』上田昭訳（新泉社、一九九三年）一〇四〜一五一頁参考。
- (11) Bretone, *op. cit.*, p.37.

- (12) *Ibid.*, p.38.
- (13) *Ibid.*, p.39.
- (14) *Ibid.*, p.40.
- (15) *Ibid.*, p.41.
- (16) *Ibid.*
- (17) *Ibid.*, p.42. Cf., Thomas Hobbes, *The Elements of Law; Natural and Politic*, 1640, p.118. <<http://www.constitution.org/th/elements.htm>>
- (18) Bretone, *op. cit.*, p.43. Cf., H.L.A.Hart, ed, *Of Laws in General: The Collected Works of Jeremy Bentham*, University of London, The Athlone Press, 1970, pp.74-75.
- (19) Bretone, *op. cit.*, p.44. Cf., Hart, *op. cit.*, p.235-236.
- (20) Cf., *ibid.*, p.236. Bretone, *op. cit.*, p.45.
- (21) *Ibid.*, p.46.
- (22) *Ibid.*, 耳野健「『サヴィニーの法思考―ドイツ近代法における体系の概念―』(未来社、一九九八年)一七〇―二三七頁(第五章)参考。
- (23) Bretone, *op. cit.*, p.46. 耳野、前掲書、八〇七頁、二〇九―二一五頁参考。
- (24) Bretone, *op. cit.*, p.47.
- (25) *Ibid.*
- (26) 松坂佐一『プラトンと法律』(名古屋大学出版会、一九八七年)「はしがき」iの訳語を使用。
- (27) Bretone, *op. cit.*, p.48.
- (28) *Ibid.*, p.49. 松坂、前掲書、九十一―一〇九頁参考。
- (29) Bretone, *op. cit.*, p.50.
- (30) *Ibid.*

- (31) *Ibid.*, p.51.
- (32) *Ibid.*, p.52.
- (33) *Ibid.*
- (34) *Ibid.*, p.53.
- (35) *Ibid.*, p.54.
- (36) *Ibid.*, p.55.
- (37) *Ibid.*
- (38) *Ibid.*, p.56.
- (39) *Ibid.*, p.57.
- (40) *Ibid.*, p.58.
- (41) *Ibid.*, p.59.
- (42) *Ibid.*, p.60. *Cf.*, Hart, *op. cit.*, p.187.
- (43) Bretone, *op. cit.*, p.60.
- (44) *Ibid.*, p.61.
- (45) 岸正彦・石岡丈昇・丸山里美『質的社会調査の方法―他者理解の合理性の理解社会学―』（有斐閣、二〇一八年）参考。
- (46) 碧海純一『法哲学概論』〔全訂第二版補正版〕（弘文堂、二〇〇〇年）九〇三～九〇四頁。
- (47) *Cf.*, Philippe Nonet, "Time and Law", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 8-1, Tel Aviv University, 2007, pp.311-332.
- (48) 福田恆存『人間の生き方、ものの考え方―学生たちへの特別講義―』（文藝春秋、二〇一五年）参考。また次の言及が非常に参考となる。金原典子【報告】UTCP 日本思想セミナー「東アジアにおける時間と歴史の境界画定」（二〇一〇年七月六日）*The University of Tokyo Center for Philosophy*, <[http://utcp.c.u-tokyo.ac.jp/blog/2010/07/report-utcp-lecture-time-and-t/#anchor\\_more](http://utcp.c.u-tokyo.ac.jp/blog/2010/07/report-utcp-lecture-time-and-t/#anchor_more)> accessed 12 January 2019.



(49) 社会科学においては「時間は思想である」という視点はあまり見いだせないが、いわゆる人文科学においてはむしろ当該観念が中心であるといえよう。例えば吉原裕一「倫理思想としての『時間』をめぐる考察」『国士館哲学』第十二号(二〇〇九年三月)五〇六―六〇八頁、実松克義『マヤ文明―文化の根源としての時間思想と民族の歴史―』(現代書館、二〇一六年)、藤本忠『時間の思想史―相対性としてのフィジカ・メタフィジカ―』(晃洋書房、二〇一七年三月)、瀬戸一夫『時間の思想史―アンセルムスの進学と政治―』(勁草書房、二〇〇八年一月)、村田敦郎「バリの人々の魂の行方―自己・身体・時間―」『死生学研究』第十号(二〇〇八年九月)、和田康「ジオルジュ・バタイユにおける時間思想の研究―歴史と瞬間―」(博士学位論文の要約) *TOUR (Tohoku University Repository)* <<http://hdl.handle.net/10097/36857>> accessed 14 January 2019. など、文化人類学や哲学基礎科学などの関連で論及されることが多い。本稿に関連して考察するならば、当該研究成果を社会科学の一つである法学と如何に連結させるかという点にあり、今後の研究課題である。

—さいとう ひろし・東洋大学法学部教授—