

葛西康德「*Aequitas, Epieikeia, Ubuntu*—平等と衡平」（柏木昇、池田真朗、北村一郎、道垣内正人、阿部博友、大嶽達哉（編）『日本とブラジルからみた比較法—二宮正人先生古稀記念』信山社 2019、353～386頁）

林 智良

はじめに

本論文は、弁護士・法学者として日本とブラジル連邦の両国において永らく活躍してきた二宮正人に対してその古稀を祝うべく、二宮と同じ東京大学で学んだ筆者が献ずる論説であり、ブラジルの大学にて行われた発表を論文化したものである。その標題を見て明らかかなように、ラテン語における“*Aequitas*”、古典ギリシャ語における“*Epieikeia*”、isiXhosa語〔コサ語〕における“*Ubuntu*”という3概念の比較を軸として展開される論稿である。

内容のあらまし

まず、同論文の内容を要約紹介する（なお、紙幅節約のため同論文が引く文献・資料は原則としてその引用略号を用いて出版データの再現は割愛し、それらについては同論文の参照を乞う。各種の表記は同論文のものをそのまま用いる。原文併記は一部省略した）。同論文は「I はじめに」、「II ローマ法における‘*aequitas*’（衡平）について」、「III ギリシアにおけるエピエイケイア(*epieikeia*)」、「IV 南アフリカにおけるウブントゥ (*Ubuntu*)」、「V 結びに代えて—『平等』のアイロニー」の全5章から構成される。

第1章では、二宮が出版した『国籍法における男女平等—比較法的一考察』（有斐閣 1983）への言及から説き起こし、同書を両性平等問題のパイオニア的研究と位置づける。そして、日本のみ

ならずドイツやフランスにおいても父母平等血統主義に移行するのが1970年代に入ってからであるとして、国籍法の規定を取り巻く男女平等一般の認識状況を概観し、我が国において男女平等の必要性に対する法律家の理解が深まったのがわずか40年ほど前であることの背景を考察する。そして国籍法の規定が変遷する様子を概観した後、二宮の上記著作における「重国籍防止のために父系優先血統主義を採用することの合理性と、そのもたらす父母=男女の不平等とを比較衡量し（後略）」という記述等に注目する（同論文356頁、二宮前掲書287頁）。ここから、筆者の議論は「衡量」という概念の検討に転じてゆく。D. 1,1,1にウールピアーヌス『法学提要』第一巻の標題で収められる法文のうち首項を引用し、そこからウールピアーヌスがケルススの言として引いている、「法は善と衡平の術である(Ius est ars boni et aequi.)」という法の定義をとりだして、*aequus*, *aequitas* の検討に進むとする。

第2章は全4節からなるが、まずその第1節では英国で活躍した法学者トニー・オノレ（以下、オノレと略記）の生涯と学問的業績とを紹介し、そのウールピアーヌス研究を紹介する旨を示す。ついで第2節は「ローマ法学とギリシア哲学」と題し、オノレに先行するオックスフォードの研究者たるフリッツ・シュルツを取り上げて、そのナチスよりの亡命生活から生み出され、英語圏におけるローマ法研究普及を推進した諸著作の一つとして『ローマ法学史』を挙げる。まず『ローマ法学史』の論述スタイルを紹介し、ギリシアのディアレクティケーの作用をローマ法学が〔共和政末期、すなわちシュルツの言う「ローマ法学のヘレニズム期」に〕受けたとシュルツが記しており、この点を肯定的に筆者は紹介する。他方で、この動

きがローマ法学の体系化(Systematic)には至らなかったものとし、弁論術(Rhetoric)のローマ法学に対する影響も否定的に捉えて、元首政期以降のローマ法学を個別問題解決を第一とする実務的思考たるカズイスティックに飲み込まれたものとするシュルツの判断を、筆者はその限界として位置づけつつ紹介する。他方で、1976年刊行のANRW〔ローマ世界の興亡〕作品集〔第2シリーズ第15巻〕において個別の法学者の軌跡に着目する記述方法としてのprosopographicalな研究が多数収録されていることを指摘し、実は、オノレがこのような研究手法をとる先駆者として当時先行しており、すでに多数の法学者に関する研究を明らかにしていたとする。第3節「ウールピアーヌス(Ulpianus)—ストア哲学とローマ法」にて、筆者はオノレによるウールピアーヌス研究を紹介するが、なかでもとりわけウールピアーヌスによるストア派哲学の受容とウールピアーヌスにおける*aequitas*(衡平)概念の検討を紹介している〔ここで特記しておくが、これらの研究は筆者がHonoré(2010b)として引く"Ulpian, Natural Law and Stoic Influence"という標題の論文及び筆者がHonoré(2002)として引く、"Ulpian - Pioneer of Human Rights, Second Edition"という標題の著書が主に扱っており筆者はこれらに依拠している〕。ウールピアーヌスの法学紹介一般としては、まず『学説彙纂』法文におけるウールピアーヌス著作のウェイトの重さ(全体の約40%)を指摘した上で、その特徴については、第一に彼の法文が口語のスタイルをとっていること、第二にストア派の影響を挙げる。後者を検討する過程で、ウールピアーヌスの弟子マルキアーヌスの著名な法定義(D. 1,3,2)、ウールピアーヌスにおける自然法(ius naturale)概念と奴隷制の関わりが紹介される。第4節「ウールピ

アーンヌスと *aequitas*」では、ウールピアーンヌスにおける衡平概念が検討される。オノレによると、ウールピアーンヌスが問題解決の際に考慮する要素として、(1)文言(*verba*)、(2)意図(*mens*)、(3)政策ないし効果(*utilitas*)、そして政策ないし効果に並ぶ重要性を持つものとしての衡平がある。ウールピアーンヌスは極端に走らず、また自己の判断が一般化されることを慎重に避けるよう言葉を用いながら、衡平を適用して「例外を許容」しているという。

第3章では、ラテン語における衡平概念との比較から、ギリシアにおけるエピエイケイア概念が4節に分けて検討される。第1節「ギリシア語における『蓋然性(エイコス *eikos*)』」では、ラテン語の *aequitas*(名詞形)に相当するギリシャ語として *epieikeia*(名詞形)を挙げ、この言葉の構造分析を行う(形容詞形は割愛)。接頭語 *epi* に形容詞 *eikos* が加わったものであり、エイコスは「事実／真実に似ている」、あるいは「事実／真実らしい」という二つの意味を帯びていると結論づける。さらにブライアンが行ったところの、一部ギリシア哲学著作におけるエイコスの用例分析を検討紹介することによって、これが比喩的・暗示的に用いられており、さらに真実の代わりになるものあるいは候補者の一つとしての意味を有するとして〔真実らしく見えても、実は真実ではないというネガティブな意味ではなく〕積極的な意味を持つとした。さらに、それら著作の一つであるパルメニデスでは、この語が裁判関連の語彙と用いられており、そのつながりでは蓋然性の意味を帯びていたとした。第2節「エイコス—理論と実務」では、まずアリストテレス『弁論術全三巻』のキーワードの一つとしてのエイコスの位置づけと、その用いられ方が紹介される。弁論術において用いられるエイコスの有す

る、必然ではなく「たいていの場合に成りたつ」蓋然的な性質が、多数の裁判人を相手方とする訴訟弁論において説得力を持たせるべくどのように用いられたかが追われる。それに次いで、エイコスが実際の法廷弁論ないし実務においてどのように用いられたかが検討される。筆者は、ギリシア法研究者ガガーリンの研究によりつつ、実務ではエイコスを用いた説得が必ずしも肯定的には用いられていないことを、アンティポンの弁論を例として示す。そこから議論をすすめて、エイコスそのものと事実との関係を検討する。後者につき敷衍するならば、アリストテレスが技術的証明の柱として重視したエイコスに対しては理論上対置されながらも法廷弁論の実務では証明手段として併用されることを基本とする事実(証言、遺言書など)との関係が検討される(なお後者は、アリストテレスの弁論理論において非技術的証明とされている)。さらに紀元前4世紀におけるエイコスからエイクトース(「恐らく」という意味の副詞)への移り変わりに触れ、証拠としての法律が占める确实且つ客観的なものとしての地位が示される。結果としてエイコスは、アリストテレスの理論において重視されたほどには実務において活用されなかったと結論づけられる。第3節「エピエイケイア(*epieikeia*)—理論」では、検討対象をエイコスの派生語としてのエピエイケイアに転じて、まずその理論的な扱いを検討する。具体的にはアリストテレス『弁論術』及び同『ニコマコス倫理学』での位置づけが対象となるが、『弁論術』では、エピエイケイアが不変な存在であり、変化しうる書かれた法に対置されており、同じく不変な「共通」の法と等価とされている点を指摘する。そこからは、限界ある存在としての書かれた法の限界が示唆されているが、そこから進んで『ニコマ

コス倫理学』(1137b11-1138a3)では、筆者による検討を通じて(単一の基準を前提とするが故に、個別のあてはめにあたっては限界が存在する)書かれた法の実定法的な正しさを埋め合わせるものとしてのエピエイケイアが示される。第4節「エピエイケイア—実務」では、前記ガガーリンの発表原稿に依拠しつつ、法廷弁論におけるエピエイケイアの全用例として9箇所を和訳して紹介している。そのうち2箇所は先行訳により、残余の7箇所は筆者の和訳にかかる。出典は、イソクラテス弁論(1箇所)、リュシアス弁論(1箇所)、デモステネス弁論(6箇所)、ヒュペレイデス弁論(1箇所)となる。ここに現れるエピエイケイアの意味は大きく二分され、第一は法律、宣誓など、「厳格な基準」との対比で用いられる〔判断根拠としての?〕例であり、筆者は4箇所をこちらに入れる。第二は公的に(ポリス市民として)、あるいは私的に、人間のポジティブな性向を表す例であり、5箇所をこちらに入れる。

第4章では南アフリカにおけるウブントゥ概念が検討される。同章はさらに4節からなるが、第1節「1993年暫定憲法におけるウブントゥ(Ubuntu)の(再)発見」では、1993年に南アフリカ共和国暫定憲法の結びの部分でこの概念が初めて法律(文献)に登場したことが記される。その後の共和国憲法の条文にはこれが採られなかったものの、1996年の死刑廃止に関する憲法裁判所の判決理由の中で引用されたことにより本来西洋の領分であった法システムの中に、ネイティブなアフリカ人にとって自らのものが位置を見いだしたという感覚を与えたという旨を伝える。次いで、本来口頭伝統の中で用いられたウブントゥが一語の英語には翻訳困難であるとするベネットのコメントを引きつつ、これが文字化された

り法的言説の中で用いられたりすることにより変容を被っている旨を記した上で、先の *aequitas* やエピエイケイアとの三者比較を行うためにこの概念を紹介する旨を伝える。第2節「伝統アフリカ諸言語におけるウブントゥとその批判」では、1846年に行われた聖書の isiXhosa 語〔コサ語〕への翻訳を初出とするこの概念が人間の性質からはじまって抽象的な徳や倫理的意味を得ていく過程を、ベネットの業績に依拠しつつ歴史的に追跡している。概念としての過度な一般性・曖昧性をはじめとする諸々のウブントゥ批判にも触れた上で、これは伝統アフリカ社会の芯となる倫理的・宗教的概念として一般的で不確定な意味を持たざるを得ないが、この概念が今や裁判所に採用されており、それ故にウブントゥの定義問題が裁判所と法律家の重要な任務となっているとする。第3節「ウブントゥ判例—名誉毀損と修復的正義（司法）」は、ウブントゥが1993年に登場して以来少なくとも39回南アフリカの判例集に登場している旨の記述から始まり、そのうち名誉毀損が問題とされている2判例が紹介される。最初のものは、権利と権力の行使の抑制（刑事事件、財産、表現の自由）が問題とされた案件であり、原告による、被告である新聞社が殺人者と報道したことへの名誉毀損訴訟である。もう一つは、修復的裁判(司法)に関するもので、原告が被告による表現を名誉毀損で訴えたのに対し、憲法裁判所は原審の認容した賠償金に代えて一種の「謝罪」を命じている。その根拠としては、社会関係の修復を主な目的とする土着慣習法と、ローマ＝オランダ法上の救済方法である *amende honorable* とに拠っている。第4節「比較の中のウブントゥ」では、もっぱらベネットの議論に依拠しつつ、一義的な定義が困難なウブントゥの概念につき、コモン・ローやロ

ーマン・ダッチ・ローにおける類似概念との比較検討を通じて接近を図っている。結論として、ウブントゥは、法的規範として人間の尊厳(dignity)に最も親近性があり、また〔新たに制定された、アフリカ固有の文化的伝統にとって外来の〕憲法に文化的尊厳を付与して、〔もともと外来の〕憲法を馴化する機能を有する。さらに、既存の法規を当てはめた結果生ずる不正義ないし困難を回避する機能も果たしており、これは、コモン・ローやローマン・ダッチ・ローにおけるエクィティに比肩されるという。

終章たる第5章では、二宮の男女平等論から出発した上記三概念の比較を総括する。男女や青年・未成年や奴隷・自由人など相互に異なるものを、対等ないし同様に扱うべきかについて一義的な答えは簡単に導き得ないこと、また、そのような扱いをするべきであると判断する根拠は上記の概念の発動であり、それは「例外の許容」に尽きることを述べる。そして、最後に、オノレがユニークな視点からセックスと法について1978年に記した論稿"Sex Law in England" (筆者はHonoré(1978)として引く。評者未見)を平等原則との関連から紹介して全文を終えている。以上が本論文のあらましである。

(評価と感想)

一読して、ローマ法学研究から出発し、古代アテーナイでの法廷弁論に進み、さらに現代南アフリカにおけるオランダ＝ローマ法の混合法体系もその研究対象に収めるという軌跡を歩んできた筆者ならではのスケールの大きな比較論考であると評する。ローマ法のごく一部に取り組んできたに過ぎない評者の視点と能力からは取りこぼしも多いことと案ずるが、筆者のご海容を願いつ



つ、まず若干の感想を述べる。例外の許容という点では、類似の機能を果たしている *aequitas* 概念とエペイケイア概念であるが、語の成り立ちは相当に違うようである。前者が衡平を意味しており、評者なりの読み込みとはなるが、法の直接的な当てはめでは均衡を失するような事例で、あえて結果での均衡を与えるように当事者に配慮する概念であるように見えるのに対して、後者では「事実／真実に似ている」、と「事実／真実らしい」の両義を持ち、法廷関連では蓋然性の意味を持つエイコスから派生している。このような成り立ちと発想法の違いがいかにして生じたかについてのさらなる比較検討をうかがえればありがたいと考えた（なお、*eikos* については、縮約版の *A Lexicon Abridged from Liddell and Scott's Greek-English Lexicon* (Oxford, 1989), p.196 において、完全版にはない *veri-simile* のラテン語対応が挙げられている）。従来、日本の学界でオノレの研究がその業績相応に取り上げられてこなかったという筆者の指摘には反省が必要であると痛感するが、翻訳書としてニコラ・レイシー著、中山竜一・森村進・森村たまき訳『法哲学者 H.L.A.ハートの生涯—悪夢、そして高貴な夢(上下)』（岩波書店 2021）が公刊され、ハートの伝記ではあるものの 20 世紀後半オックスフォード知識社会における重要な登場人物としてオノレが頻繁に登場していることを紹介しておきたい。評者にとって、D. 1,1,1,3 にみえるウルピアヌスの自然法規定は深い関心の対象であった。例えば評者に影響を与えた三島淑臣『法思想史〔新版〕』（青林書院 1993）125 頁はこの規定を「自然法概念の奇形化」と称している。しかるに、この規定を積極的に捉えているオノレ説の筆者による紹介は、評者にこのことを再度考

える貴重なよすがとなった。

評者の責めとして気づいた点を記しておきたい。(甲)本論文 353 頁註(1)では、日本における男女平等への無理解を指摘する際の例外として、1978 年のオノレの業績を挙げたように一見すると読めるので、イングランドでの業績である旨を念押しし、できれば男女平等議論の進み方について生じていた当時の英日格差につき教えていただきたいかった。(乙)本論文 361 頁において、オノレの研究を紹介する文脈で、ウールピアースが引用する法学者の内で多数を占める 5 人のうち、ウールピアースの同時代人は「ポンポーニウス」のみであるとされているが、これは「パーピニアース」であろう。なお Honoré(2002), p. 130 を参照。(丙)本論文 361 頁の註(22)にある“Honoré(2010)”は頁数で判断して Honoré(2010b)でなく Honoré(2010a)のことと思うが、それでもオノレの作品中にはそこに対応する記述が見いだせない。(丁)本論文 362 頁においてオノレの記述が紹介され、ここではウールピアースの弟子マルキアースのギリシャ語の記述 (D. 1,3,2) がひかれている。対応する註(26)ではオノレとクンケルの文献を典拠として挙げているが、いずれも記述が対応していないので、Honoré(2010b), pp.204-205 を引く意図ではないだろうか。(戊)同論文 362-363 頁ではカラカラ帝の市民権立法とウールピアースの哲学的立場が検討されるが、その典拠として、たとえば Honoré(2002), p.86 の註記が必要ではないか。(己)同論文 370 頁註(41)(42)に現れるプラトン『ポイティコス』という標題は、『ポリティコス [政治家]』ではないか。

最後に、筆者が用いている「ウールピアース」という表記について思うところを記したい。手元の英独日語辞書類(出版デー

タは割愛)を見ても Ulpianus の冒頭母音に長音を付すものには出会えなかった。他方で筆者が「ウルピアーヌス」とする理由として、評者が勝手に考えるに(それ故、根本的に間違っているかもしれないが)ギリシャ語での"Οὐλπιανός"という表記に従ったのだろうか。なお、このギリシャ語表記につき例えば Honoré(2002), p. 8 を参照。しかし、彼は東方でなくフェニキア出身なので、冒頭の長音は、ギリシャ語表記の特徴ないし限界を示すものではないか、そしてその結果「ウルピアーヌス」とするのが原語の発音に近いのではと考える。評者は、法律ラテン文でも母音の長短に可能な限り忠実であろうとする立場をとるものであるが、法制史の立場でラテン語の発音にこだわる意義を再度考える導きとなったことにつき筆者に感謝申しあげる。

2022 年 2 月 27 日