

Title	判例法における「法」の発見：グッドハートの所説を中心として
Sub Title	Finding of "law" in case law
Author	平, 良(Taira, Ryō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1952
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.25, No.2 (1952. 2) ,p.20- 43
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19520215-0020">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19520215-0020</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 判例法における「法」の發見

——グッドハートの所説を中心として——

平 良

法の絶対價値を系統的に究明しようとする法哲學的な立場を離れて、ブラクライカ實際的に適用すべき法を決定する場合において、制定法乃至は法典を主とする時には適用される法の大部分は法文として抽象化されているので、たとえ多少の例外はあるにしても、法を發見することは比較的容易である。

これに對し、判例法主義をとる法制においては、裁判所において問題とされた具體的な事實と混合した個々の事件ケイブの中から適用すべき法規範を見出す必要がある。即ち、過去一千年以上にわたり蓄積された、極めて多數、多岐にわたる判例から後の事件を拘束する原則を見出さなければならぬ。かくして判例法主義においては、法の適用に先立つて、如何にして法を發見するかということが特に問題とされるのである。<sup>(1)</sup>

(1) 高柳賢三著、英米法講義一、英米法源理論一〇六—七頁參照、本論を書くに當り同書より得たところが多い。

一

ここに判例法における法の發見 *finding of the law* ということを問題とするに先立つて、特に考うべきことは、普通法

といわれている英米法において「法」「law」という語が明確に用いられていないことである。即ち、この語を法学の對象となる實定法に限るにしても、その意味としては、大陸の法系において *ius, droit, Recht* などと用いられている「國家によつて行われる裁判規範の總體をなしているもの」、及び、特にその創設の権能によつて制定されたもの「*ius, lex, loi, Gesetz*」の何れに對しても用いられることである。<sup>(2)</sup> 勿論、成文法主義においても、この點を正確に論じているとはいふ難いが、實際問題としては英米法に見られるほどの混亂を生ずるものではない。このように發見されるべき「法」が不明確に用いられることが、實際的にも「法」の發見に困難をもち込むことになる。<sup>(3)</sup>

(2) この點については、F. Pollock: *A First Book of Jurisprudence* 6th ed. p. 17; J. Salmond: *Jurisprudence*, 9th ed. pp. 46-47; E. Jenks: *New Jurisprudence* pp. 68-69 と取り上げられている。又、W. M. Geldart: *Elements of English Law*, rev. ed. pp. 7-10 にも同一應の區別として *law* を *ius* の意味として *laws* を *lex* の意味として用いている。

(3) *finding of law* は法資料を見出す意味にも用いられているようであるが、ここでは後述する如く判例法の本質について論ずるものである。又、*finding* を「發見」と譯すことについては、生硬の感があるが通常用いられているところに從つた。

英米法に對しては、それを普通法 *Common Law* と稱ぶと共に、判例法 *Case Law* であり、司法法 *Judiciary Law* であり、又、裁判官制定法 *Judge made law* と言われるが、これらの表現が示している如く、普通法の性格によつての見解も一定してはいない。これを大別すれば「裁判官は既に存在している法を宣言 *declare* するにすぎないものである」という立場と「法は裁判官によつて創設された *was made* のものである」という立場である。

前者によつては、その間に多少の異同はあるにしても、ヘール、及び、ブラックストーンによつて唱導され、後にカーターによつて論ぜられて<sup>(4)</sup>いる。この場合には、既存の法によつてその淵源を窮極的に求めれば、王國の慣習 *custom of realm* に到らざるをえない。判例は常に法を宣言するにすぎないということは、判例法上生ずる凡ての現象を説明しようものではなく後述する宣言的判例においてのみ當を得たものといえよう。<sup>(5)</sup>

後者については、オースチンによつて論ぜられ、後に、ホルランド、サーモンド、及びグレイによつて論ぜられている。ここにおいては、普通法はいわば「判例法」と理解されている。オースチンは法を主権者の命令とするのであるから、法の成立は命令者によつて承認されるものと考えられる。<sup>(8)</sup> サーモンドは多少前述のブラックストーン等の立場と妥協するのであるが、判例を宣言的判例と創設的判例に分ち、後者は法を適用することによつて、法を創設するものであるとしている。<sup>(9)</sup> だが、その場合に如何なる限度において裁判官制定法としての機能を實現しようとしているのか、ということについては明らかになされていない。更に、グレイは明らかに、創設的判例は法を創設するものであると認めている。この一連の立場においては、判例法上しばしば行われる類推適用というものを一種の立法的行爲と考えるように思われる。<sup>(10)</sup>

この外にゲルダートの説く折衷説ともいふべきものがある。それは、具體的な事實に既存の法を適用するもので、事實の解明には法はそのままでは適當でないので、既存の法規の演繹・類推をへて、解釋・適用するもので、そのかぎりにおいてこの類推・適用は新法規と稱することが出来るであろう、といつてゐる。<sup>(11)</sup> この場合にも、何等根據とすべき先例を見出せない場合、即ち、創設的判例の場合には如何にあるかを問題にしていけないので、先に問われているところに解答を與えるものはいえない。

このように普通法においては、實際的にも先例の拘束性ということと關連して用いられる「法」を理解することは困難である。しかし、創設されたにしても、宣言されたにしても、形式的な淵源は判例において求められるもので、實際に判例を取り上げる點においては、甚だしい差異を持つものでない。

(4) Jenks: *The Book of English Law* 2nd ed. p. 29

(5) Blackstone: *Commentaries* Vol. 1, pp. 68-71; Carter: *Law, its Origin, Growth, and Function* pp. 65-84

(6) Salmond: *op. cit.* p. 157; Austin: *Jurisprudence* 5th ed. p. 538

- (7) 法源については法の由來する淵源と、法を認識するための資料、という二つの意味に用いられ、後者については法の形式 forms of law と云うことが言われる、高柳、前掲書一—五頁
- (8) Austin: op. cit. p. 224, p. 584, p. 655
- (9) Salmond: op. cit. pp. 161-167, p. 175
- (10) Gray: Nature and Sources of Law pp. 95-98
- (11) Geldart: op. cit. pp. 20-29

先例拘束の原則 doctrine of stare decisis について考えると、これに關しても同じく一定して論ぜられているものではない。

判例は法であるから裁判官はこれに従わなければならない、というもの。及び、判例は法の宣言であるから判例の存するところには法がある、とするものがある。<sup>(12)</sup> 何れも一面を示すに止まつている。又、拘束力の根據を一事不再理の原則 doctrine of res judicata を擴大したものであるとするものがある。<sup>(13)</sup> この原則は裁判所の判決に誤りはなく、判決に關係ある當事者を拘束するものであると考えられている、従つて先例の拘束とは別に考えられなければならない。ただ普通法は判例の歴史的な蓄積と云うことから成つていることから考えると、一概に不當なりとすることは出来ない。又、實際上の理由から法の確實を保ち、權利保護の安全を期するためである<sup>(14)</sup>、とするものもあるが、この場合に權利、及び法について充分に説明されなければ充分な意味を持つものではない。

これらいずれにおいても、更に進んで、如何にして、即ち如何なる方法によつて先例に従うかということについては必ずしも答えられていなく、以下においてこの點に考えを進める。

- (12) Blackstone: op. cit. p. 60
- (13) Salmond: op. cit. p. 171
- (14) Black: Judicial Precedents pp. 192-193

## II

判決にいたるために缺くことの出来ない基礎をなし、判例拘束の原理を形成するために必要な「判決の理由」であるレイシオ・デシデンダイ *ratio decidendi*——これは the principle of a case; the rule of a case; the doctrine of a case などと言われることもある——を他の部分、即ち、説得的權威 *persuasive authority* をなすと考えられる傍論——オビタ・デイクタ *obiter dicta*——と區別しなければならぬ。<sup>(15)</sup>  
これについて示されているところを見るとサーモンドは

「先例 a precedent とはその中に一つの原則を含んでゐる判決 a judicial decision である。その權威的要素を形成する基本的な原則は、しばしばレイシオ・デシデンダイという語を以て表わされる。具體的な判決 concrete decision はそれに関係する當事者を拘束する、しかし一般に對して法的強制力を有するのはレイシオ・デシデンダイである。<sup>(16)</sup>」

グレイによると、

「普通法において裁判官の述べた意見 *opinion* のすべてが、司法先例 a judicial precedent を成すものでない、と云うことを明らかにしておかなければならない。意見が先例としての地位を持つには、同時に二つのことがなされなければならない。第一には、その意見は裁判官によつてなされたものであること。第二には、特定の事件の判決に必要な意見であること、他の語を用いれば、オビタ・デイクタでないことである。」<sup>(17)</sup>

又、アレンは、

「裁判所の如何なる判決も單にレイシオ・デシデンダイとよばれる部分にのみ拘束の權威を有する。それは訴訟當事者間に現實に提起された事件の判決に必要であると考えられたものである。先例と考えられる、といわれているものを、何が眞に

レイシオ・デシデンダイであるか決定するのは裁判所である。」<sup>(18)</sup>  
として云々。

ここにいわゆるオビタ・ディクタは、嚴格には判決中に述べられている法に關する説明で、當事者間の問題に適用された法の宣明ではなく、法の一般的な解説によつて作られたものにすぎない。そうして、このようなディクタは拘束力は有しないが、説得的な權威はあると考えられている。かくの如く、レイシオ・デシデンダイに關しては一般に判例の拘束性を持つ部分として、それを見出すことが必要であるといわれているのみで、如何にしてそれを見出すか、或は、その内容の立入つた説明を充分に論じているものはない。サーモンドは、具體的な判決とレイシオ・デシデンダイを區別すべきであるとしてオビタ・ディクタとの關係において循環論に陥り、グレイは意見が必須であるように言うだけで、その内容はあいまいである。この點については以下に述べるグッドハートのいささか内容に立入つた研究を見るのみである。<sup>(19)</sup>

(15) 高柳、前掲書一〇七一八頁 Geldart: op. cit. pp.9-10

(16) Salmond: op. cit. § 655

(17) Gray: op. cit. p. 201

(18) Allen: Law in the making, p. 155

(19) A. L. Goodhart: Essays in Jurisprudence and the Common Law, 1961, Chapter I Determining the Ratio Decidendi of Case 本論は主としてこれらをもつたものである。

判決にいたるための根據、先例の分析、史的背景の説明などが明らかに不正確なことがあつても、事件は先例として存在するのである。又、判決について與えられる判決理由<sup>(20)</sup> reasons が明らかに誤つてゐると分るような場合は、指導的判例 leading case<sup>(21)</sup>の場合におつてさえ生ずるのであり、この場合においてもこの事件は先例としての拘束力を有する諸原則を包含してゐるのである。

例えば、ブリーストレイ對フオウラー事件<sup>(22)</sup>は被用者或は勤勞者から「アビンジャー卿が植え、アルダーソンが水そぎ悪魔が育てた。」<sup>(23)</sup>といわれていることをまつまでもなく、その事件の解決としては不適當なものであるが、しかも共同従業の原則<sup>(24)</sup>に樹てられた有力な指導的判例として拘束力を有するとされて來た。然して、一八八〇年の雇傭者責任法によつて制限はされているが、現在においても「法」であると考えられる。

この事件は、原告は被告である使用者<sup>トスター</sup>の被用者<sup>サイバント</sup>であり、原告は或る荷物を車に積載し、他の被用者の指揮の下にこれを運搬した。これに當つて被告はその車は修理の必要があり、又積荷が過重にならず、安全に運搬させなければならなかつた。しかし被告がこれを怠つたので、車は途中で道ばたに落ち込んで原告は負傷したというのである。これについて裁判官たるアビンジャー卿は、使用者と被用者という關係においては、使用者は被用者を安全に目的地に移動させるとか、使用者に充分に明らかでなかつた積荷の仕方や、指揮の誤りによつて損害があつたからといつて、それに對して責任を負うという契約 contract——故に義務 duty を意味するものではない。もしこれを認めるなら、使用者の責任は廣い範圍に擴大され、本人が代理人の凡ゆる過失に對して責任があるということにさえなる、といつて<sup>(25)</sup>いる。

ここで問題になるのは、被用者は過失ある同僚によつて生ずる危険を負うべきであるということを默示的に承認している點にある。勿論この被用者はこのような危険を冒し、或は損害を被ることに同意しているわけではない、ということを考えてもこの事件に對する裁判官の意見は事實にもとづくというよりも、裁判官によつてなされた説明に過ぎないと解される。<sup>(26)</sup>同様な例はホツチスター對ドラツウル事件<sup>(27)</sup>においても見られる。これは契約法における指導的判例として著名なものである。

この事件は、被告は原告を六月一日から出掛る旅行に従僕として同伴するという契約を締結した、しかし五月一日に原告に對し書面でその勞務を提供する必要がないと斷つたので、原告は履行期をまたず五月二二日に損害賠償請求の訴を起し



原告にその権利があると判決されたものである。

この事件の首席判事であるキヤムベルは「被告によつて契約が被棄された後には、原告はその履行に關し責を免かれる、又、それに對し自由を訴を提起することが出来る。」といつてゐる。しかし後にこの事件に解説を加えたコルピンは「それ以來、原告は被告から履行するように定められた日以前に訴を提起しようということにはならなかつた。<sup>(28)</sup>」としてゐる。勿論、履行されることを拒絶した後に、他のもう一人の當事者がその履行について準備し履行する必要はないことは明らかである。しかし違反が現實のものとなつた時にはじめて問題となる損害賠償について、それ以前に直ちに訴を提起する権利があると考えられることについては疑問がある。

このようにキヤムベルの正しくない結論 *non sequitur* にもかかわらずこの事件は契約の履行拒絶に關する判例として認められてゐる。<sup>(29)</sup>

(20) *reasons* は判決理由と譯されるがこれは *ratio decidendi* の譯として用いられる判決の理由ということとは別である。これは拘束性の問題と直接に關係することを要しない、裁判官により判決の基礎を述べたものである。

(21) 或は主要判例

(22) *Priestley v Fowler* (1837) 3 M. and W.

(23) *C. S. Kenny* : *Cases on the Law of Torts* 5th ed. p. 90

(24) *Rule of Common Employment* 被用者が他の被用者と共同従業中同僚の過失によつて蒙つた傷害に對しては使用者は被用者の撰任又は安全を確保する上に過失のある場合以外は責任を負わなうという原則、後に *Employer's Liability Act, 1880* ; *Workmen's Compensation Act, 1925, 1934* によつて使用者に法定の補償義務を課した。

(25) *Goodhart* : *op. cit.* pp. 3-4

(26) *Goodhart* : *op. cit.* p. 4

(27) *Hochster v. De La Tour* (1853) 2 El. and B. l. 678

(28) *Anson* : *Law of Contract, 4th American Edition* p. 464

(62) Goodhart: op. cit. p. 3

このように、普通法においては判決理由が不正確でも、先例には拘束され、これに基いて正しい判決をしなければならぬ、とすることが生ずるのであり、逆説的には、良い裁判官が法に良い結果を及ぼすよりも、悪い裁判官がより多く法に影響を及ぼす、或は不適當な判決理由がより利益となるとさえ言われるのである。

判例中には法律的な論點が一般的に述べられているが、レイシオ・デシデンダイというのはこのように書き表されているものでない。又、先に述べた如く裁判所の意見として書かれている判決理由とも異なる。即ち、重要な原則を認めているにもかかわらず裁判官の意見がないことも多い。グッドハートは明らかに「判例よりレイシオ・デシデンダイを見出す第一の法則は、それは裁判官が判決の基礎をおいた判決理由において考えらるべきではないことである。」<sup>(80)</sup>とししている。しかしこれは次の古くから法諺のように良く知られている二つの見解と抵觸している。ホルト判事は

「解決するために、それに關係して明らかにされた理由 *reason of a resolution* はその事件が解決された結果以上に考慮される。」<sup>(81)</sup>と云ふ、

マンズフィールド卿は

「事件の判決理由及び眞意 *reason and spirit of cases* は法となるので、特定の先例について説明されている文書となるものでない。」<sup>(82)</sup>としている。しかしこれらはいずれも更に進んだ内容については充分に説明されていない。<sup>(83)</sup>

ここでは、判決理由及び裁判官の意見ということが問題になつて來ている。即ち或る結論にいたるために、裁判所は、法廷において當事者が述べた諸點から、法についての説明を包括的に要約するのである。こうした包括的な表現の中からレイシオ・デシデンダイが見出しうるのであろうか。裁判所の意見とするところから拘束性のよりどころとするものを見出しうるのであろうか、ということが更に問題とされる。

この點についてホルスベリイ卿は

「裁判所の判決のうちで、明らかに問題の解決に關連を持つてゐる判決理由、及び一般的な原則を言明してゐる部分のみが、同位或は下位の裁判所を拘束するということは、一般的な法則として定められてゐるところである。この先例の拘束性に關し權威のある要素を形成する特記すべき原則はしばしばレイシオ・デシデンダイといわれる。」<sup>(34)</sup>といふ

モーガンは

「意見の中で、それを適用することが争の解決に必要とされるか、又は裁判官によつて問題とされた法規範を述べてゐる部分は、同位の管轄内において以後の事件について第一位的な先例拘束性のあるものとして考えらるべきである。」<sup>(35)</sup>といふ見解である。

しかし意見は重要としても稀には意見の述べられてゐない場合があり、上記の説明は必ずしも充分に納得しうるものとは云へない。<sup>(36)</sup>

オリヴァ對サドラ會社事件<sup>(37)</sup>においては「同時に一般的な原則を述べるものではないといふことを注意」すべきである。としてゐる。又、集録者 reporter が「この事件の特別な事情においては」とか「この事實においては」とか限定して述べてゐることがあつても、それが重要な先例となることの妨げとはなつてはいない。又、國王對フエトン事件<sup>(38)</sup>のように、意見の書き方が不正確であつても明らかに原則があるとされてゐる。この事件は後に國王對フランクリン事件<sup>(39)</sup>によつて、たとへ意見として述べたことが不明確であつて、その解釋の結果事件の意圖してゐる原則より意味廣く取れるような場合でも、そこに示されてゐる原則は正當であるとされることもある。<sup>(40)</sup>

次に事件の中に含まれてゐる原則が、必要以上に意味廣く表されてゐるということがある。その例としてリツギス對パルマー事件<sup>(41)</sup>が考えられる。この事件において、「何人も自ら生じた不法な行爲によつて利益を得、不法な行爲にもとづいて權利

を請求し、犯罪行爲によつて財産を取得することは許されない。」としている。しかし事件は遺産相続を有利ならしめようと  
して、遺言者を謀殺した受遺者はたとえその受遺者に有利な遺言があつても、その相続分を取得しえない、としているにす  
ぎない。このような原則はその示す意味が原則の意圖するところより廣く考えられるが、後にこの場合の権利の取得には疑  
問があるという點についてはそれには拘束されることなく一般に示唆することが多い。又、リツクバロウ對メイソン事件<sup>(42)</sup>の  
原則について、アツシユハースト判事は「法の説明として「善意の二人の中の一人が第三者から損害を蒙らねばならな  
つた場合には、第三者に損害を惹き起させるようにした者が、それを蒙らなければならぬ。」としたが、リンドレイ卿は  
「この原則はあまりにも意味が廣すぎるから制限なしにそれに準據することは出来ぬ」と批判するにいたつてゐる。

逆に原則があまりにも狭く解されるということも生ずるわけである。例えばバーウィック對イギリス銀行事件<sup>(44)</sup>について、  
ウイルズ判事によつて述べられた原則は、原則の意味するところより意味が狭く考えられやすいという理由で、四十五年後  
に上院が、ロイド對グレース・スマイス會社事件<sup>(45)</sup>において前の原則は承認しながら、その誤りを指摘してゐるという場合に  
いたるまで正當なものと認められていたことがある。

控訴院においての判断が、原審の判決と同じ結果になることもあるが、又、控訴院の判決に對する法の説明が異つてい  
ることもしばしば見出されるという點を考えると、レイシオ・デシデンダイを裁判所によつて述べられてゐる原則の中に求め  
るということは出来ない。重要な事件においては、しばしば裁判官の意見は分れるものであり、<sup>(46)</sup>この場合も又、法に關して  
の説明からレイシオ・デシデンダイを見出しえないということを書ききするものである。しからは如何なる點からレイシ  
オ・デシデンダイを見出すのか、この點について注目すべき説明を加えたのは、オリファントの「裁判官の意見よりも彼が  
事件を解決した方法を知ることが、法を見出すことの主な部分である。」<sup>(47)</sup>ということである。

グッドハートはこれは簡單であるが重大な點であると注意している。即ち冗長にわたる裁判官の意見やその難解なことを

分析する必要はなく、問題は事實と結論である。換言すれば、裁判官の言つた *facts* ことに多くの時間を費すのではなく、そのなした *does* ことに注意すべきである、更に進んで言えば多くのページを占めている裁判官の言つたことでなく、數行の言葉に表されていない行態 *non vocal behaviour* に注意しなければならぬと強調するのである。<sup>(48)</sup>

オリフアントにおいては、事實は一定の要素であるようにいわれているが、グッドハートの見解は、事實が「一定の」だとか「條件付きの」だとからうのではなく「どんな事實で論議したか」ということを決定的な要素としている。裁判官は重要な事實を見極めることによつて結論に達するのであり、裁判官が法を作るとしたならそれは重要な事實を撰ぶということから生じて來るのではなくと考へられる。

以下において更に進んで重要な事實の決定の方法に關するグッドハートの見解を見ることとしたい。<sup>(49)</sup>

- (36) Goodhart: *op. cit.* p. 4.
- (37) *Cage v. Acton* 12 Mod. 288, 294
- (38) *Fisher v. Prince Burr* 1364
- (39) Goodhart: *op. cit.* p. 4
- (40) *Halsbury: The Laws of England* XVIII. p. 210
- (41) *Morgan: The Study of Law* 1926, p. 109
- (42) Goodhart: *op. cit.* p. 6 イマンニットの時代には意見の述べられていない判例も多いが先例として重要である。
- (43) 意見 *opinion* は或る事件の判決に當り裁判官、或は裁判所によつて與えられた判決理由 *reasons* である。
- (44) *Oliver v. Saddler and Co.* 1929 A.C. 584  
荷揚人夫が業務中落下して來た荷物のため死亡した事件、第一審のスコットランド四季裁判所では人夫は會社に對し義務を負わないとしたが、上院は、人夫は網が適當な状態にあるということを知る義務があるとした。
- (45) *R. v. Feton I Lewins Cr. Cas.* 179  
被告は鑛坑中に投石して殺人した、これによつて首席判事チンダルは「不法な行爲によつて他人が死亡したのならそれは過失致死で事故

死ではない、従つてそれを犯した者の責は免れることは出来なう」といつている。

(38) *Ir. v. Franklin* 15 Cox C.C. 163

被告は箱を海中に投げ込み他人を殺害した、フィールド判事は「我々は辯護士によつて引用された判例は顧慮しないというのは、この訴追はこの事件の事實に關して拘束するものであり、箱の所右者に對する私的な不法行為はこの場合過失致死の訴追に關しては重要なことではないからである。」といつている。

(40) *Goodhart*: op. cit., pp. 6-7

(41) *Riggs v. Palmer et al.* 15 N.Y. 606

(42) *Lickbarrow v. Mason* 2 T.R. 63

買主は善意の譲受人に對し船荷證券を譲渡することにより、買主が支拂不能の除に途中でその行使を止めるといふ賣主の權利を毀つことが出来ぬ。

(43) *Farguharson Bros. and Co. v. King and Co.* (1902) A.C. 325, 342

(44) *Barwick v. English Joint Stock Bank* (1866-7) L.R. 2 Ex. 259, 265

被告銀行の支配人が、原告が無價値な保證契約を受け入れるように許害的に誘致し、原告が損害を蒙つたのである、ウイルズ判事は「たとえ、使用者が明白に命令し、或は内々承知していたことが證明されなくても、使用者はその仕事の過程において、又使用者のためになされた、被用者或は代理人の不法行為に對して責任があるといふのは一般的な原則である。」といつている。

(45) *Lloyd v. Grace Smith and Co.* (1912) A.C. 716

被告であるソリシター會社の事務員が、財産の賣却に對して相談に行つた原告に對し、その財産を事務員に移讓するように誘致したため原告はそれに従つた、しかしその事務員は自己の名義で財産を賣却し、現金を持つて失踪した、これに對して、代理人がその権限内で行為している間は、代理人の詐欺行為に對し責任があるとされている。

(46) *Hambrook v. Stoke Bros.* (1925) L.K.B. 141 せしめ一人の判事は法原則が廣きものと「他は狭きものと」を比較し、又 *Mongul*

*Steamship Co. v. Gregor, Gow and Co.* (1892) A.C. 25; *Allen v. Flood* (1898) A.C. 1; *Quinn v. Leatham* (1901) A.C.

495 とつら三つの事件は何れも、共謀に關するものであるが、夫々相抵觸する法の説明を含む。 *Sorrel v. Smith* (1915) A.C. 700,

754 においてサムナー卿は「私はそれ (*Quinn v. Leatham*) や他の事件において與えられた意見から、引用したり比較したりしなく。

それらしばしば異つた言葉で表されつゝる。」といつている。

(47) Oliphant: A Return to Stare Decisis; American Bar Association Journal 1929, Vol. XIV. p. 71

(48) Goodhart: op. cit. pp. 7-10

(49) レイシオ・デシデンダイは判決の理由と譯されるが紛らわしいのでそのまま用いることとした。

### 三

判例中に意見が述べられていない場合、或は意見があるにしても問題とするような事實を述べていないこともあるが、この場合には明らかに重要な事實を除いて、判例集に集録されている全事實は重要であると推定される。一般に裁判権の下において法は萬人に、凡ゆる場所において平等であると考えられるので、人・場所・種類・金額などは特に重要であると  
言われている場合を除いては、重要でないと考えられる。

事實が述べられていない場合があるとしたら、集録者が集録に當つて問題點を誤解し、或は事件を摘要に追われて重要な諸點を忘れていないかを調べる必要がある。このためには他の集録者による判例集と比較することが適當である。<sup>(60)</sup> イギリスにおいては或る判例集のみを拘束性の權威があるとしているわけではない。しかし現在では意見の中に事實を述べていない、又、特に重要な事實に關して説明されている意見がないということを生ずるのは稀である。

事實について論じている意見が存する場合に、先ず注意すべきことは、その事實が裁判所記録 record<sup>(51)</sup>の中で述べられていることと異なるからといつて、その意見をくつがえすことは出来ないということである。裁判官が誤述したことが明らかであり、又、不正確に述べているからといつてもそれに従わなければならない。それは裁判においては集録されているものに基礎をおいているからである。例えば、ボレミス對フアーネス・ウイツテイ會社事件<sup>(52)</sup>においては調停員 arbitrator の不當な判断の結果を採用して判決している、しかし不正確であつても、後にそれにもとづいてレイシオ・デシデンダイを見出

そうとする時には無視出来ないものである。裁判官によつて述べられている事實に拘束されるのでなければ、その事實にもとづいている結論に拘束されるということは非論理的であるともいえる。<sup>(53)</sup>

しかしこのことは不合理なことであるともいえる、それは、裁判所によつて述べられている事實が正しいか、正しくないかを知るために裁判所記録を調べるといふことは必要であるからである。又、判例集の中には法について論ぜられている點が若干は存するということは多くの場合に認められる。従つて、現に法を問題としている者が各事件について、事實とされているものが何であるかをその時に、自ら決定するのだけければ、一般的に結論にいたることは無意味である。

判例集の記述と裁判所記録の内容が現實に矛盾するということは極めて稀である。ただここで注意すべきことは、第一は裁判所で問題にされてはいるが事實ではないと考えられているものは、そのような事實で記録の中にはある事實は、裁判所によつても、辯護人によつても注意されず、又、他の理由から見過されているにしても將來考慮されることはない、ということである。このように如何に重要であると言われても、事實が明確に裁判所によつて考慮されるのでなければ將來に影響を及ぼすものでない。重要な事實は裁判所や辯護人の注意を惹くものであり、ある事實が見過されてしまつていふことを立證するのは甚だ困難なことといわなければならぬ。<sup>(54)</sup>

このように裁判官によつて問題とされた事件の全事實から重要な事實を定めるのは容易でない。裁判官も事實の分析に失敗することもあるし、又、判決の基礎について自分の考えを明らかにしているとは限らないからである。稀にレイソ・デシデンダイを構成するか否かを定めるために重要でない事實についても併せて記述することもある。<sup>(55)</sup>

(53) Williams v. Carwardine (1833) 1 Cr. 4 Barwell and Adolphus 621 の判例集におつては、被告はある報告をした者は何人にも報酬を與えたと廣告したところ、原告は報酬を得ることを知らず、直接にそれを目的としたわけではないが報知をしたといわれてゐる。しかし別の判例集では Currington and Payne p. 574 には



デナムン主席判事「原告がその問題を解決した時に原告がビラのことを知っていたかどうかについて何か示唆を與えることがあるのか」

カーウッド(被告側辯護人)「原告はそれを知っていたにちがいありません、というのはそのビラは原告の住んでいたヒヤフォードの町中に貼り出されてあつたからです」

結局この事件では動機が間接でも報酬を受けることが出来るとされた。

(51) 高柳、前掲書七五—七六頁

(52) *Re Polemis and Furness, Witby, and Co.* (1871) 3, K.B. 560

(53) *ハリス点とハリスは他と Dickinson v. Dodds* (1876) L.R. 2 Ch. D. 463 及び *Smith v. London and South Western Railway Co.* (1870) L.R. 6 C.P. 469。

(54) *ハリス点とハリスは Dunlop Tyre Co. v. Selfridge and Co.* (1915) A.C. 847 及び *Fisher v. Oldham Corporation* (1930)

40 T.L.R. 390 及び 40。

(55) *Goodhart: op. cit.* pp. 12-14

#### 四

重要な事實がどのようにして決定されるかについて、更に考えると

一、人、時、場所、種類、金額等は裁判所によつて特に重要であると述べられている場合を除いて重要でないと考えられることについては先に述べた。

二、裁判所が重要ではないと述べている事實はすべて重要とされない。これを民衆對ヴァンデウオーター事件<sup>(56)</sup>について見ると、この事件は不正な酒場における公的安居妨害 *public nuisance* に關する事件であり、この事件においては、將來に對し拘束力があるのは取り上げられた全事實にあるのか、又裁判官によつて重要とされた事實のみにもとづくものであるかということを明らかにしている。グッドハートに従つてこの事件を要約すると、

1 被告は不正な酒場を經營していた。

2 酒場は喧騒で無秩序である。

結論 被告はこの事件について有罪とされる。

としている。この中で裁判所によつて重要であると認められたのは第一點についてである。従つて判決の大部分はデイクタである。レーマン判事によつて「酒場の性格を考えると、その中で一般社會の禮行が守られないということは當り前のことである。近隣に對する妨害はこの事件に關連して問題になるが、内部ではその性質上若干の混亂は伴われる。」としてゐることはこれを裏書きするものといえる。もし兩點に従つて判決されれば何れも重要な事實といえよう。

(99) *People v. Vandewater* 250 N.Y. 83

三、裁判所が暗黙の中に重要でないとしている全事實は重要なものではないと考えられる。しかしこの點については、裁判所が何を重要であると考えているのかを知ることが困難である。これについては、一般に事實が述べられた後に、裁判所がその結論をおいた若干の事實を特に述べているが、その特に述べられた若干の事實を重要なものであると考えることによつて、他の事實は重要でないと推定する。ライランド對フレツチャー事件は、

1 被告が、その土地に貯水池を築いた。

2 その建築に従つた請負人が工事に際して過失があつた。

3 水が流出して原告を害した。

結論 被告は原告に對して責任がある。

とされている。この事件においては、裁判所は最後に、第一と第三の事實に根據をおいて判決してゐるのであり、この事件から無過失責任の原則 *the doctrine of absolute liability* が確立したといわれている。

上記の點からレイシオ・デシデンダは包含する inclusive ということと共に排除する exclusive という操作を通しても發見されることが考えられる。従つて、裁判官の判決理由の中における法原則の論述ということも重要性を持つて來る。或場合に判決理由は不正確であり、裁判官の法及び重要な事實に對する觀察が明瞭を缺いても、裁判官が結論に達した事實と關連して考ふる時に、多くの示唆を與えるものである。

シエフィールド對ロンドン銀行事件<sup>(68)</sup>、及び、サイモンズ對ロンドン銀行事件<sup>(69)</sup>、について考えると、前者は、原告の代理人が前拂の擔保として金錢貸付業者に或る流通證券を寄託し、その金錢貸付業者は、その債權の大部分と共に被告銀行に質入した。後に金錢貸付業者が破産した時に、銀行は擔保物としてその證券を保有することを主張し、原所有者との間に争を生ずるにいたつたものである。ホルスベリイ卿はその判決において「もし銀行が、その擔保物は他人に屬するかもしれないということを知りうべき正當な根據があるなら、銀行は調査をする義務を負う。」という。プラムウエル卿は「銀行はその財産が金錢貸付業者モズレイのものでないことを知つていなければならぬのであり、上訴人シエフィールドによつて正當に質入れされていないかぎり、銀行はその財産を保有しえない。」としている。マックナーテン卿によると「銀行は所有者のように見せかけて取引きしていた者が實はその所有權の正しい行使によるものでないことを知つていた、又、銀行はその者が正當な權限のあることを認めていたが、その權限が何であるかを問題にしなかつた。」といつてゐる。

後者、即ち、サイモンズ對ロンドン銀行事件について見ると、或る仲買人が、原告の擔保物を詐害的に被告銀行に質入したということを除いて事實關係は概ねシエフィールドの事件に一致してゐる、従つて控訴院においてもこれはシエフィールド事件に拘束されると考えたことは當然である。しかし上院においては控訴院の判決は「シエフィールドの事件においては、金錢貸付業者によつて行われた事業であるということから生じて來てゐるが、それは該事件にのみ該當する特別な事實である。」、即ち、モズレイは金錢貸付業者であつた、ということとは重要な事實であるから、サイモンズの事件はこれに拘束

されないと破毀してゐる。この金銭貸付業者と云ふのは依頼人の擔保物を質入れることによつて金を調達するという性質のものであり、銀行はそれを承知すべきであると考えたからである。シエフィールドの事件は、事實が特に強調されるからと云つて重要な事實ではないと推定することは出来な<sup>(59)</sup>と云う一つの例證とも云べきであらう。

(57) Ryland v. Fletcher (1868) 3 H.L. 330

(58) Sheffield v. London Joint Stock Bank (1888) 13 App. Cas. 333

(59) Simons v. London Joint Stock Bank (1891) 1. Ch. 270

(60) Goodhart: op. cit. pp. 17-20

四、極めて當然のことであるが、特に重要であると述べられてゐる全事實は重要であると考えられる。これは將來この事實からは極めて幅の廣い原則を立てるに思われる事件に見られる。この場合にレイシオ・デシデンダイは述べられた重要な事實の制限を越えて擴張されることはな<sup>(61)</sup>。

(61) Goodhart: op. cit. p. 20

この例として Heaven v. Pender (1823) 11 Q.B.D. 503 がある、これは船にペンキを塗る職人が足場が不完全であつたために轉落し負傷したのである。フレット判事はその職人が熟練者であり、注意しなければ損害を蒙ると知つてゐるなら、危険を避けるための注意をなすべきであるといひ、コトン、及びボーエン判事は、重要な事實は(a)ドックの所有者がそれによつて利益を得るところで職人は仕事をしてゐる、(b)職人はドックとその全設備を利用出来るような條件で招かれてゐることである、と特に示してゐる。

五、意見において重要な事實と、重要でない事實とを區別してゐない時には、明らかに重要でないものを除いて、全事實は重要であるとされる。このことから、推定される重要な事實の数が減すれば減するほど、法原則の範圍は廣くなることは容易に考えられる。例えば、ハンブルック對ストークブラザーズ事件<sup>(62)</sup>は、子供をまき込みそつになつた交通事故を見ていた或る母親が衝撃死をした、という事件である。この時に、側らに居た人が、シヨックによつて損害を蒙つたという理由で判決されてゐるが、これは、側らに立つてゐた母親が、<sup>(62)</sup>ということを重要であるとするとよりも廣い原則を示してゐる。要するに明

白に或は暗黙の中に重要でない」と定められているのでなければ重要であると考えられる。<sup>(63)</sup>

(23) *Hambrook v. Stoke Bros.* (1925) 1 K.B. 141

(24) *Goodhart: op. cit.* p. 21

六、以上においては意見が一つの場合、或は、合議制の下でも同じ意見に一致している場合が取り上げられている。しかし結論としては同じであつても、基礎としている重要な事實が異つている場合には、レイシオ・デシデンダイは大多数の裁判官が重要であると考えている事實、或は、各裁判官が重要であると考えている事實を總計したものである。例えば、A、B、Cという事實のある事件で、過半数がAの事實を重要であると考えたなら、Aのみが重要な事實となる。しかし、第一の裁判官はA、第二の裁判官はB、第三の裁判官はC、を夫々重要であると考えると、重要な事實はA、B、Cということになる。

このように裁判所によつて、重要な事實と、重要でない事實が區別され、この重要な事實に従つてレイシオ・デシデンダイは實證的に知ることが出来る。いわば、重要な事實にもとづいて、裁判官によつて到達された結論において見出すのである。かくの如く、裁判所は裁判の基礎をおいた事實を區分することを通して、原則を創り出して行くのである。<sup>(64)</sup>

(64) *Goodhart op. cit.* pp. 20-21

裁判所によつて、その存在が明らかにされていない事實、例えば、裁判官がもしこういう事實であつたら、このような結論に達するだろう、といつていような假定の問題は、原則を作り出すものでなく、ディクタに過ぎない。しかし、裁判官が假定しているのか、現實に存在の基礎をおいているのかを明らかにすることは困難である。このために、裁判官が「かくかくの事實によつて、この結論に達した」という時には、その事實が當を得ない場合にも、單にディクタでなくなる。又、「この事實がこうであつたなら、こう結論するだろう。」といつている時には、その事實が現に存在するものであつてもディ

クタである、というように形式的に定めなければならぬ。

次に問題になるのは、一つの事件の中に、二連の事實が考えられる場合である。この時に裁判官が第一連のものに根據をおいて結論に達した場合には、残りの第二のものの中に含まれている事實はデイクタとなる。又、裁判官が兩者とも根據として結論に達したなら、双方ともにレイシオ・デシデンダイ決定の根據となる。<sup>(65)</sup>

(99) *National Sailors and Firemen's Union v. Reed* (1926) 1 CH. 536 又 *アストバリー* 判事は、第一は同盟罷業そのものの性格第二に同盟罷業は別としても組合の内部規則が違反されたという事實に従つて一九二六年の同盟罷業は違法であるとした、しかし一般には何れかにもとずいて結論すべきものとしている。

レイシオ・デシデンダイが確立してから、残された次の問題は、將來の事件を拘束するかどうかを決定することである。即ち、第一に先行する事件の重要な事實を決定し、次に、問題となつてゐる事件から重要な事實を見出す、この間にあつて兩者の重要な事實が同一であるなら、第一の事件は第二のものを拘束する先例であり、裁判所は同じ結論に達することが出来る。しかし第一の事件と第二の事件の間において、或る重要な事實を缺いたり、過剰であつたりする時があるが、この場合には直接に先例であるということとは出来ない。例えば、ニコルス對マースランド事件と、前記のライランド對フレツチャー事件は「暴風によつて水が流出した。」という事實を除いては殆ど同じである。この場合にはこの事實を重要でない、と考へる時にはライランド對フレツチャー事件は先例となるものである。

すべての事實を拘束の基準とすることは無意味であり、重要な事實に従ふということが必要となるのは、別の點から考えても確かであろう。即ち、各事件における事實は極めて異なるものである、しかし特定の法律關係に見出される重要な事實は限定されるからである。例えば、契約には約因が無ければならない、というのは一つの重要な事實であるが、他面、約因の種類、及び契約の形式には多くの形がある。勿論、裁判所は附加的な事實を重要である。とすることによつて先例に従わな

いであることも可能ではある。しかしこのことが明確な理由も無く行われるのでは徒らに混亂を生ずるだけである。従来このような形で法の裏をかくといつたことが行われたことはない、といわれている。

要するに、先例の拘束は「裁判官は誤ることがない。」ということ为前提とするものである。稀には裁判官によつて誤りを生ずることもある、しかしその結果個々の當事者が害を被るにしても、法の基礎をおいている先例に疑念を生じ動搖せしめるより、個々の當事者に多少の苦痛を負擔させることが考えられる。それは法秩序全體にとつては利益であるからである。<sup>(67)</sup>

(66) *Nichols v. Marsland* (1875) L.R. 10 Ex. 255 昔から被告の土地にあつた池の水が、大雨の時に溢れ小川に流れ出して下流の橋を流失させた。危険物が或る人の土地から漏出して損害をおよぼした時には、それが不可抗力 *act of God or vis major* によつて生じたなら、その人は責任を負わな<sup>(67)</sup>いとされた。

(67) *Goodhart: op. cit.* pp. 24-25

## 五

以上においては、主としてグッドハートに従つて、レイシオ・デンデンダイの決定を考えたが、これには若干の批判が加えられる。

グッドハートが極めて直截に説いているので、一般にはレイシオ・デンデンダイが容易に見出しうるように考えられるがこの點には多少問題があろう。グッドハートが「一つの事件は必然的に判決に導いた原則に關して先例である。しかし裁判官の心中に無かつた原理に對しては先例でない。」「裁判官は嘗てその與えた判決理由が不十分なものであつた。と自ら示唆することは不公正ではない。……しかし意識的にせよ、無意識的にせよ眞の目的をかくすために判決理由が將來に影響すると示すことは不公正である。」<sup>(68)</sup>としてゐる。「事實」を注意深く見るることによつて「原則」を見出すのであり、又裁判官の地位

を極めて重く考えるのである。

これに對して、主な批判はニオ・リアリズムの立場から出ているように思われる。先ず人が行動に與えた理由は、その人が何を爲そうとしているのか、という充分な根據であるとはいえない。ただ、病氣を見る醫者の場合と同じく参考となるものであり、考える必要がある。更に、裁判官も人間であるから、他人を説得しようとする時には、正しく *correct*、正確な *correct*、完全な *perfect* ものとして結論するのであり、裁判官の意見ということが決して判決の眞の理由を含んでいゝとはいえないといわれている。<sup>(69)</sup>

(69) Goodhart: *op. cit.* pp. 268-269

(69) W. W. Cook: *Harvard Law Review* Vol. 54, pp. 1125-1127

又、グッドハートが裁判官の行態 *behaviour*、特に語られてゐない行態 *non vocal behaviour* に著目して實證的に考えることを提唱しながら判決に關する原則 *principle of a case* ということによつても示される如く、それを自ら先驗的な問題である原則 *principle* の問題に還元し、原則から演繹的に三段論法をへて結論にいたるという方法を採用していることについて、批判が向けられる。更に、法の基礎を政策的なものであり、論理的に引出しえない、と考える者は「法の定義そのものが試みられていないということから考えても、判例から「原則」を發見することには、若干の疑問を有するもののように思われる。

しかし、グッドハートは、彼が重ねて言うごとく「裁判官は誤ることがない」という傳統的な立場に立つものであり、法的な安定を前提とするものであり、たとえ彼を批判するニオ・リアリズムの立場においても、便宜上であるとしてもこの原則によることを要請され、歴史——ここでは判例——は單に將來を作り出す素材にすぎないとするプラグマティズムの立場を取るにしても、現實に法の發見についてはグッドハートの方法と同じくするものがあることから考えても、彼の説の價値



を減ずるものではない。

更に問題となるのは、グッドハートからは、或る一つの事件から原則が容易に発見しうるように読み取れる點である。これは指導的判例において、それがくつがえされなにかぎり、若干の眞理を含み、又、先例拘束について嚴格なイギリス法においては妥當するが、判例法上の拘束性一般の問題としては充分述べられていない。特に、グッドハートによつてその研究中に引用されている事件が主として指導的判例であることも注意すべき點と思われる。

判例より法を發見し、法を適用するという二重の操作により、個々の判例に嚴格に拘束されることによれば判例法は固定であり、しかも二重の操作をへることによつて流動的であるといわれる相反する性格を調和するものであり、自ら創造し自ら適用する司法法としての特殊な機能を果しうるのである。

附記 本研究は昭和二十四年度慶應義塾學事振興資金の交付をうけて行つた。