慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	リステイトメントを中心としたアメリカ判例法の課題
Sub Title	Restatement and case law in America
Author	平, 良(Taira, Ryō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1953
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.26, No.2 (1953. 2) ,p.19- 40
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19530215-0019

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.

リステイトメントを中心としたアメリカ判例法の課題

平　良

一

イギリス法及びアメリカ法は、いずれも判例法主義にもとづいている普通法である、ということから、しばしば、その間に見られる著しい差異を、充分に明らかにすることなく、いずれも實質的にも、形式的にも、ほとんど同じものである、と考えられがちである。しかし、アメリカ法は、グッドハートの指摘[1]するところをまつまでもなく、大陸法にも、狹義の普通法であるイギリス法にも屬さない、その兩者の混血である、第三の法となりつつあるのである、という充分な理由があるのではなかろうか。

さらに、パウンドによつて、普通法の精神を形成するに役立つた、若干の要素が指摘されているが、その中において、特に、ピューリタニズム、開拓者の精神、大陸における自然法說の影響は[2]、イギリスにおけるよりも、この國に著しく影響したのであり、國王と裁判所によつて爭われた結果確立された、輝かしい法の支配の理念も、又、この新しい國において、見事な實を結び、十九世紀における、ヨーロッパを通しての法學の成果、特に、大陸における諸學的成果は、イギリスに影響

するよりも、より多く、この國に受け繼がれているのである。

こうした、イギリス外の要素に強く影響されて來た、植民以來三五〇年の歴史と、連邦制度を採用している、というその異色ある性格は、判例法主義を維持して行くことを次第に困難にしてしまつた。すなわち、ホールヅワースが、判例法主義を維持して行くに、ふさわしい條件として擧げているところは、この國には、一つとして當てはまらない。その條件というのは、

一、司法的中央集權の存在

二、共通な職業的傳統を有する、裁判官と辯護士の存在

三、裁判官は、辯護士より有能であり、良い收入と、それを通して地位の保證があること

の三點である。(3)

アメリカは連邦組織にもとづく、ということからも、合衆國としては中央集權に遠く、又、諸州においても、地方自治の範圍を廣汎に考えていたことから、中央集權ということから遠ざかつている。又、凡ゆる人々が、出來るだけ公平に職業を選ぶ、ということから、法曹についても、それを「聖職」と考えるよりも、より自由に選擇すべきものと解する傾向にあつた。十九世紀において、廣く取り上げられた、裁判官の公選は、しばしば、優れていない法律家を裁判官に選ぶ結果となり辯護士を裁判官より有能なもの、としてしまつている。これらの點から見ると、アメリカはイギリスの形をもつてする判例法を育てるのに、決して良い土壤ではなかつたように思われる。

このようなことは、普通法の中心をなしている、先例拘束の原則ということに對しても、著しい動搖を與えている。イギリスにおいて、嚴格に先例拘束を主張するのは、最高裁判所である上院のみであるとはいえ、一般に拘束力は嚴格に解せられる。アメリカにおいては、どの裁判所においてもその先例に絶對的に拘束力があると主張するものはない。(4) すなわち、イ

ギリスに比し、先例拘束に對してより自由に解しているのである。この點については、一九世紀にあつては、アメリカでもむしろ例外とされて來たところであるが、二〇世紀においては自由に解する、という傾向が著しくなつている。すなわち、判例上に說示されているところを拾つてみると、「ステア・デサイシスの原理は彈力性のあるものである。」[5]「合理性、或は、正當性 reason and righteousness に從うべきである。」[6]「先例から離れることはさしつかえない。」[7]「現在の進步と矛盾し、權利を侵すおそれある場合には改正する……。」[8]という表現を用いて、先例の拘束力について、より弱く考えているようである。[9]

學說においても、先例拘束が不動である、というのは「法における神話であり……事情の變化によつて、明らかに害惡である、と考えられるにいたれば、」[10]修正されるのであり、「先例に對して主人として仕えているのでなく、召使として使用する、」[11]ことによつて、「迷信化しているステア・デサイシス」[12]を離れて、「法の發展のために」[13]「與えられた權利を侵害することが無いように」[14]注意することによつて、先例拘束の原理の嚴格性を緩和して行くべきである、と考えている。

こうした現象を生ずるにいたつた原因として、グッドハートは五點を指摘している、すなわち

一、判例の洪水、これは連邦と諸州という多くの裁判所から原因し、このために、數多い判例に追い廻わされ、それに目を通すだけで、精緻な研究を缺いてしまう。

二、憲法上の事件を特別に扱う、すなわち成文憲法によつて、國家の基本的な方向が定められていることは、成文憲法を持たないイギリスと、おのずから異つた態度を以てこれにのぞみ、特に、憲法上の問題は、國策に關するものであり、判例法に不適當な分野である。

三、先例拘束の彈力性、判例法が果して彈力性を有するか、ということは問題があるにしても、[15]すくなくとも、アメリカにおいては、先に述べた如く、その拘束力について緩かに考えられる。

四、法學教育の影響、合衆國における、國家的な規模を以てする法學校においては、特定の法を教える、というよりも、法一般の取扱になれ、自ら法を創造する、という方向において訓練する。このことから、結果として、既存の法を輕視するということになつてしまつた。

五、リステイトメント、アメリカ法律協會 American Law Institute（以下協會と略稱）の事業として行われた。この事實上の「法典化」は、具體的事件と關連した存在である先例 precedent によるよりも、抽象化された原則 principle に接觸する機會を、多く與え、それがたとえ、現在においては不充分な業跡を殘しているだけであるにしても、將來の發展の方向について多くの問題を提出する。[16]

というのである。

このような、現世紀におけるアメリカ法の動搖は、法理論においても、又、法創造の過程においても、その影響は著しい。ここにはその一つの表れとして、その問題の提出と解決が、しばしば普通法の中心的な分野に及んでいるために、多くの議論をまきおこした、リステイトメントを取り上げ、問題を進める。

（1）A. L. Goodhart: Case Law in England and America, P. 50, in Essays in Jurisprudence and Common Law.
（2）R. Pound: Spirit of the Common Law, PP. 14—15; & Development of American Law and Its Deviation from English Law, 67 Law Quarterly Review, PP. 49—50.
（3）W. S. Holdsworth: Some Lessons from Our Legal History, PP. 202—223.
（4）J. C. Gray: Nature and Sources of Law, PP. 216—218 & 241—246.
（5）Hertz v. Woodman (1910) 218 U. S. 205, 212; 30 S. C. 621, 622.
（6）Adams Exp. Co. v. Beckwith (1919) 100 Ohio St. 348, 351, 352.
（7）Thurston v. Fritz (1914) 91 Kan. 468, 475.
（8）Oppenheim v. Kridel (1923) 236 N. Y. 165.

(9) これらについて述べている判例は極めて多く、その表現は異るとはいえ意圖するところは同じである。たとえば、Rosen v. U. S. (1918) U. S. S. C.; Burnet v. Coronado Oil & Gas Co. (1932) U. S. S. C.; People ex. rel. Rice v. Graves et al. (1934) N. Y. A. D.; Montana Horse Product Co. v. Great Northern Ry. Co. (1932) Mon. S. C.; Great Northern Ry. v. Suburst Oil & Refining Co. (1932) U. S. S. C. 等である。

(10) C. W. Pound: Some Recent Phase of Evolution of Case Law, 31 Yale Law Journal, PP. 361—363.

(11) McMurray: Changing Conceptions of Law, 3 California Law Review, PP. 441—446.

(12) J. Wigmore: Problems of Law, P. 77.

(13) N. Cardozo: The Nature of Judicial Process, PP. 149—151.

(14) Goodhart: op. cit. P. 59.

(15) W. Geldart: Elements of Law, PP. 16—19.

(16) Goodhart: op. cit. PP. 65—71.

二

リステイトメントの内容、及び、その分析に立ち入るに先立つて、それがどのようにして「制定」されているか、又、その形式如何という點を概觀することが必要であろう。(17)

判例法の負うている弱點、特に、その法文書が量的に膨大であるということは、イギリスにおいても程度の差はあれ、合衆國と同じくその再整理を要求されるにいたつている。すなわち二十世紀において急激に增加した社會政策的諸立法は、普通法にとつては、いわば、新規の分野に屬するものとして除外するにしても、現代においては、成文化の要請は、普通法の傳統的、中心的な分野の成文法化を餘儀なくしてしまつた。すなわち、一八九〇年の組合法、一九二五年の財産法は、こうした法典化の一つの表れである。(18)

アメリカにおいても、この事實は同じく當てはまる。しかも、各州がその主權を主張し、個有の立法機關と司法機關を保有していることにおいて、又、特に、これらの州において、多少の差異はあるにせよ、イギリスの普通法を承繼し[19]、イギリス判例の體系、或は、判例法主義を採用し、特に、裁判所の法創造的機能を認めることから、各州において普通法に從つた個有の法體系を持ち、連邦全體として見ると、法はその量においても、又、膨大なものとなつている。諸州において個有の法を有するために、しばしば、財産を僞裝するための讓渡、不特定の當事者による共同訴訟、虚僞の住所を設定すること、などの方法において、法の適用を困難ならしめ[20]、グレイのいう、

「野蠻時代、すなわち、ブルガンディアンや西ゴートやローマが境を接して住んでいながら、別々な法を持つていた時代に逆行するのである[21]。」

ということになつてしまつた。

この間にあつて、スイフト對タイソン事件（一八四二年）[22]から、エリー鐵道會社對タムキンズ事件（一九三八年）[23]にいたる、連邦裁判所の判例法形成の過程を通して試みられている、法の一般化の傾向、統一州法のための運動[24]、州際通商委員會の權限の增加[25]、連邦憲法を、その適用に當つて擴張解釋して、その範圍を擴大しようとしたこと[26]、などに法を統一しようとした運動は見られるが、それらが、既存の法を中心にしているために、その制限を離れて考えられるものではなく、新しい試みとして、事實上の「法典化」であるリステイトメントが登場するのである。

リステイトメントを「制定」した協會は、一九二三年のアメリカ法學校協會 Association of American Law School の決定にもとづいて設けられているものである。すなわち、法學校協會は「法學的中心を設立するための委員會」において、研究した結果、一九二二年に、ルートを委員長とし、パウンド、カードーゾ、デーヴィス等三九人の、法學者、辯護士、及び、裁判官からなる機關を設け、一九二三年二月に「法の簡明化、及び、社會への適應を進め、司法の向上を維持し、法學

研究を實行し、」リステイトメント編纂を中心的な事業とする協會の設立にいたつたのである。この協會は、その指導を法學者によつて進められたものであるとはいえ、いわば、全法曹を網羅し、特に有能な法律家はすべてこれに加るにいたつた。このことから、後に、リステイトメントは、法としての事實上の拘束力を問われるようになつたのである。

ここに問題として取り上げた、協會の中心事業であるリステイトメントは、多くは學者である特定の起草者によつて起草され、その内容を、多くは實務家から成る評議員會において評議し、全員總會の決をへて、再び評議される、という手續をへて「制定」されたものである。

その採用した形式は、後には多少變化はあるが、初期のものにおいては、原則 Principle と註釋 Comment と例解 Illustration から成り立つている。この原則は、いわば、法律における條文に當るものであり、それが詳細を極めていることは、具體的であると知られている普通法系諸國における制定法以上のものがある。註釋は、原則の適用を便ならしめるために、その作用する條件を明らかにしたものである。ただ、注意すべきことは、判例の引用や、反對論に言及していないのである。例解は、必要な點について加えられ、既存の判例、或は、假設された判例を要約し、つけ加えているのであり、これを通して、判例法主義と法典法主義の長所を採用し、結合させようとするのである。[27]

リステイトメントの形式について、更に問題とされるところは、州註釋 Provinicial Annotation[28] である。これは、州辯護士會において、協會、及び、州法學校の援助にもとづき、自州の法を資料としてリステイトメントに註釋を加えているのである。この作成は、いうまでもなく各州の任意において行われるものであり、その作成にあまりにも多く勞を要するので契約法や國際私法の如く、特に必要とし、又、興味をひく分野を除いて、これを作成するにいたつていない。[29]

(17) リステイトメントについては、田中保太郎「米國普通法の Restatement の意義」法學論叢三一卷八七―九九、七二一―七三四頁がある。

(18) Partnership Act 1890, Property Act 1925.

(19) 合衆國及び諸州における普通法承繼については、H. Pope: The English Common Law in the United States, 24 Harvard Law Review, PP. 6—30 に見られる。普通法を承繼するということは或る時代以前のイギリス法を法源としてうけ入れる、ということと、狹く先例拘束の原則のみを採用することとに分つて考えられ、問題を後者にのみ限定する場合も存するが、アメリカにおいては、成文法上の明示の有無にかゝわらず、兩者について考えることが許されよう。

(20) M. Wendell: Relations between Federal and State Courts, P. 66.

(21) Gray: op. cit. P. 227.

(22) Swift v. Tyson (1842) 16 Pet. 1.

(23) Erie Railroad Co. v. Tompkins (1938) 304 U. S. 64.

(24) 統一法典運動については、一八八九年にアメリカ辯護士會 American Bar Association に委員會を設けられた。各州において同じ法を持つことを勸告し、その案を作成するのである。現在は法律協會のもう一つの重要な事業として行われている。これには、流通證券法 Negotiable Instrument Act の如く、その必要から、全州、及び、準州に受け入れられたものもあるが、一般に、全州に入れられることは困難であり、又、各州が判例法主義による以上、後に裁判所を通して判例法としては個別化してしまうことが多い。

(25) 州際通商委員會 Interstate Commerce Commission は一八八七年の法律にもとづいて設立され、準司法的な機關として、次第にその管轄を擴大している。

(26) 連邦憲法において、連邦の權限は制限されているにもかかわらず Gibbons v. Ogden (1824) 22 U. S. 1; Pennsylvania v. Wheeling etc. Bridge Co. (1851) 54 U. S. 518; Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia (1851) 53 U. S. 299; Wabash, St Louis and Pacific Co. v. Illinois (1886) 118 U. S. 557 などに見えるように、州際通商委員會の諸機能について、いわゆる州際通商條項 Interstate Commerce Clause（連邦憲法一條八項三）を擴張解釋しようとする試みが生ずる。

(27) 例解はイギリスにおいても、一八九三年、證據規則 Evidence Ordiance などに見られる。又、同じく普通法の影響の下にある、アングロ・インド法の成文法上も見られる。何れも原則の解釋の規準として用いられるのである。なお Craies on Statute Law 4th ed., PP. 203—204 參照。

(28) 或は Local Annotation, State Annotation と使われている。

(29) 一九三九年の「裁判所におけるリステイトメント」Restatement in the Court（法律協會發行）によると、州註釋は、最も多い

契約法においても二六州、少い、不法行爲及び財産法については、夫々、四州において作成されているにすぎない。

三

リステイトメントを考えるに際して、第一に注意すべきことは、それが、主として學究によつてその發案及び「制定」の指導權をにぎられていたところにあろう。元來、普通法においては、法は實務にある法曹を中心に育てられて來ている。試みにイギリスにおける法學院 Inns of Court は、いわば辯護士會であると共に、普通法のための最高教育機關であつた。ブラックストーンが大學において普通法を講じてから、今にいたるまで、二〇〇年に足りない、これは一〇〇〇年に及ぶ普通法の歴史に比しても、八〇〇年に及ぶイギリスの大學の歴史に比してもその短かいことに注意する必要がある。大陸においては、法を育てるに當つて、學校の占める地位は始めから確乎たるものがあり、學究の意見は、しばしば、具體的な爭訟の解決のために使用されるにいたつていた。(30)

このように實務を中心に維持されて來た普通法は、理論的・體系的な研究よりも、個々の事件の解決に追われ、その組織的な發展に缺けるところが少くなかつたのである。しかるに、合衆國においては、法學校教育の占める地位は、イギリスに比してより重く考えられて來ている。(31) これは、現在においては、判例の量的な膨大さ、不確實ということが、法律家となるには實務家の徒弟として研習すれば足りた時代と異つて來ている。更に、アメリカに植民を開始した時は、たまたま、封建法から近代法へというイギリス法上の大變革の時代であり、古い時代の法については、コークや、ブラックストーンの著作の如き、より體系化された學的成果に從つて學ぶことが出來たのであるということからも、始めから學的成果により多く依存したという初期の事情をうかがうに足りる。(32) このような組織的な法學校教育においても、後に、國家的な規模を以てする法學校(33)の發達にともない、そこにおいて、連邦法と諸州法が數多く存する時、如何なる法を教えるか、ということについて

困惑せざるをえない。かくして、グッドハートが指摘するように、そこにおいては學生は自ら、最良と考える法一般を創造すること、法に馴れるということに向けられ[34]、何を學ぶか、ということからは遠ざかつてしまつている。リステイトメントは、判例法の膨大なことを原因としている、といわれている。そうして、それに實務家が困惑している時に、學究が新しい方向を考え出すチャンスを見出した[35]、といわれているが、ここにおいては、法學校、及び、研究と教育に從うものが、何を學び、何を教えるのか、既に困惑の中にあつた、といえよう。

ただ、學究においてこのリステイトメントが課題となつた、ということから、リステイトメントそのものは、その形式においても、豫め意圖されたところを充分に表明していなかつたにせよ、すくなくともそこにおいて、問題とされた學說や、特殊な大前提をめぐつて、後に議論をまきおこすにいたつた。そのために、リステイトメントが裁判所においてその價値を重く見られなかつたとしても、研究の對象として注目され、批判されるということを通して、廣く興味をひき起しえたのである。アインチーマが、コークを引用して、

「普通法をより良い方向に向わせるため……多くの學說にもとづいたアブリッヂメントは、著者そのものを益することはたしかであるが、それが使用されるようになると、多くの偏見をひき起す[36]」

といつていることが、ここにおいても、同じく當てはまつたのである。

このように、リステイトメントの「制定」を通して、私的な法研究に關して與えられた助力、共同の作業の成果、新しい法律問題に刺戟を與えた、といつた點では、その價値は決して少くないのである。

(30) J. Bryce: Development of the Legal History at Rome and in England, PP. 375—376, in Studies in History and Jurisprudence.

(31) Franklin: Historic Function of American Law Institute: Restatement as Transition to Codification, 47 Harvard Law Review, P. 1371.

(32) アメリカにおいて法曹は一元化されているが、弁護士協會から法學校協會が分離し、それ以來この分離の傾向が著しくなつて來ている。

(33) 例えば、ハーバードやエールという州に關係のない法學校において、どの法を教えるかが問題となる。

(34) Goodhart: op. cit. PP. 68—69.

(35) Cardozo: op. cit. Growth P. 1.

(36) Coke in Preface (p. x.) to Fourth Part in Reports, from Yntema: American Law Institute, P. 675, in Legal Essays in Tribute to McMurray.

四

次に問題となる點は、それが何故に形式において法典に類似したものになつたのか、そのために、これに關連して如何なる問題が生ずるのであろうか、というところにある。

判例法は、その實證的な傾向、或は、具體的な判例から、法を發見し、それを適用するという二重の操作を通して、その中に、彈力性と固定性という互に矛盾し合つた性格を調和しているが、法典法の側から見ると、判例法の中には少なからざる缺點を見出しうるのである。すなわち、爭が生じた場合に、當事者である個人が、法律家を雇傭して問題となつている事件の解決に當るのであり、このことから、ややもすると、黨派的な感情に支配されやすく、又、その私的な爭を解決することに汲々とするということになりやすい。[37] 合衆國においては、しばしば、憲法上の事件についても少なからざる「黨派的」な判決を見ることも不可能でない。[38] この點については、敢て、普通法系の諸國に特色づけられるものでないとしても、重要なことはこれらの國においては、こうした判決の過程を通して法を創造して行くのであり、後に、不適當と思われる判決からもレイシオ・デシデンダイを見出して行かなければならないことになり、不適切な判例を法として認めることは、社會的

な妥當性を缺くことも少なからず生ずるのである。又、このような私的な爭に介入する、という形によるので、法律家は、この新しい事件について、新しい規範を敢て發見し、又は、創造しようとする危險をおかすことを避け、ステア・デサイシスという口實に逃げ込むのである。更に又、問題となつた先例を、レイシオ・デシデンダイとオビタ・ディクタという、拘束力の段階を異にする二つの部分に分ち、しかも、その區分については必ずしも明確でないので、しばしば不確實な基準に從つて、法を發見し、將來に對して拘束力を有するにいたるのである。(39)

判例法主義ということから生ずる、もう一つの問題は、用語における統一性を缺いていることに見られる。古くから司法的に中央集權化されたイギリスにおいても、このことに成功していない、特に、普通法が歴史的に集積されている以上、このことは避け難いことでもある。この用語の不統一、そこから生ずる概念の不明確は、現に爭を解決するに當つて不必要な負擔を多くする。いうまでもなく、用語を統一することは、逆に、動的な機能を失いやすい、という問題を持つにしても、法的な確實性、安定性にとつて、用語の確立はそれを保證するのに役立つのである。

これに加えて、リステイトメントを、法典への一段階である、と考えているフランクリンは、大陸における法典法は、現在においても容易に改變される可能性もなく、又、こうした社會の急激な變革にもかかわらず、なお重要な地位を占めていることを指摘し、法典の優れるゆえんを強調している。(40) 合衆國においても、その法の形成期において、イギリスに對する反感から、フランス法への接近が見られた。特に、ナポレオン法典において大成された法典に容易に近づきうるにいたり、又十九世紀の自然法思想によつて裏打ちされている法典化は、アメリカにおいても少なからざる刺戟となつている。パウンドによつて、イギリス人としての普通法上の權利が、人としての自然權によつて強化されるものと指摘するところからも、(41) アメリカにおいては、イギリスにおけるよりも、自然法との密接な關連ということは注目すべき問題を含んでいるのであり、不成功に終つたとはいえ、ニュー・ヨーク民法典、更につづく、二、三の州における民法典の制定は、特にこの間の事情を

示すもの、というべきであろう。そうして、このことが、後に事實上の法典化であるリステイトメントに示唆を與えたものでもある。

次に、このような判例法の持つている弱點、及び、その解決の課題としての事實上の法典化であるリステイトメントが、どのような範圍において「法典化」を實現し、その中にいかなる問題を有するのであろうか。

第一に注意すべきことは、リステイトメントは、既存の法のリステイト、すなわち、再述であるということに見られる。それは極めて制限された意味において法式化しているのである。このことから、法を明確にし、合目的的にそれを改善しようとする方向は妨げられているのであり、單に用語を統一することだけに止まつてしまつたように見られるのである。[42] このために、リステイトメントが法典、或は準法典でないと考える立場において、すなわち、著作の一種と考え、その著作であるという限られた範圍において裁判における基準として考えるに當つても、リステイトメントの持つ價値を低くしてしまつた。それは、一般に、著作や權威的典籍においては、問題の解決に當り疑義を生じた際に、そこから指導的な內容を汲みとることにおいて意義があるのであり、[43] リステイトメントが、單にリステイトであれば、その素材をなしていた先例を、直接に探索することを有利としてしまうのである。しかも、先例の探索については、リステイトメントは直接にはそれに觸れなかつたのである。

第二に問題とされることは、更に進んで、リステイトメントが、文書的な固定化 textual solidarity であるにしても、それを法典とし、或は準法典と見なし、更に、そのような方向を進めるものである、といいうるのかどうか、という點にあろう。リステイトメントは、國家の立法機關によつて制定されたものではない、又、判例法主義を採用している場合に、裁判官が公的な立場において創造した法である、ということも出來ない。いうまでもなく、法ではないことは、おのずから明らかである。しかるに、その拘束力が問題にされるのは、その構成員が、重要な法律家を以て占められている事實から問わ

れるのである。この事業に加つて、これを支持している以上は、リステイトメントに表れて來る内容に從い、自らその屬するところにおいて、法の運營を行う、ということは見られるにしても、それはどこまでも、事實上（ド・ファクト）の問題であり、法的な拘束力の問題ではない。

ここで考えられることは、フランクリンのいうように、リステイトメントは法典化への必然的な傾向であるか、ということである。フランクリンは、判例法の缺陷を一方的に抽出することに熱心であり、大陸法と普通法の根本的な相違[44]、特に、法創造の機能における相違點については、充分に解明されていない。もし、法典法を大陸法における意味において進めようとするならば、普通法は全體系を放棄して、新しい方向にいたらなければならないことになり、彼自身も、問題を歴史が解決するものといつて解答を殘し、早急に豫測することは、當て推量 guess になると認めている[45]。

この點については、先例に從つて裁判を行つている裁判所において、リステイトメントの拘束力を認めていないことは明らかである[46]。協會においても、又、一九三九年の「裁判所におけるリステイトメント」において、明らかに法典化ではない、又、法典化への意圖もないことを認め、しかも、先例に從うと同じように、この原則にもとづいているリステイトメントに從うことを希望している[47]、という、二重の意味を含ませている。

(37) Franklin: op. cit. PP. 1380—1382.

(38) 例えば、合衆國における最も重要な原則の一つである違憲法令審査を確立した Marbury v. Madison (1803) Cranch. 137 は、連邦主義者と反連邦主義者との爭に關連し、連邦主義者であるマーシャル首席判事の、いわば「政治的」な判決であり、又、前記の連邦と州との關係を明らかにした、といわれる Swift v. Tyson は、ストーリイ判事が連邦權主義者であつた、ということを離れては考えられない。

(39) Goodhart: Determining the Ratio Decidendi of the Case, in Essays in Jurisprudence and Common Law, PP. 1—26.

(40) Franklin op. cit. PP. 1373—1374.

(41) Pound: Spirit of the Common Law, PP. 94—98.
(42) Clark: Restatement of Law of Contract, 42 Yale Law Journal, PP. 643—667.
(43) 合衆國において著作は時に國（州）際私法の領域において、しばしば引用されている、これはその點に適當な制定法が見られないからであろう。
(44) 法は裁判を通して確定されるのであり、その法創造機能が問題にされる。しかし、大陸における完成された成文法の體系の下に直ちに裁判官の法創造ということを取り上げ難いが、判例法主義においては、裁判官による法創造を考えることはオースチン及びその亜流について見られるところである。
(45) Franklin: op. cit. P. 1394.
(46) Langdel v. Betz. 250. N. Y. 159, 164.
(47) Restatement in the Courts, 1938, P. 9.

五

リステイトメントは法典でないことは明らかであつても、形式において法律の條文、及び、その註釋書に類似しているので、この點について、もうすこし考えを進めなければならない。

一、リステイトメントにおいて、簡易化した、といいながらも、フランス民法において一〇〇萬字しか使用していないのに對して、契約法のリステイトメントのみでも、三〇〇萬字を使用している、という比較において、それがなお不徹底であることの示唆を與えられるが、[48] リステイトメントは、條文に當る原則のみによつて成つているのでなく、殆ど多くを註解と例解で占められているのである。この場合に、原則においても、なお膨大であるにしても、普通法系において、法典は文理解釋を第一とするので、しばしば、用語を重複し、冗長にわたるのであり、[49] 兩法系の成文法に對する性格を無視して、文字の數を以て法式化が不徹底である、とすることは當つていない。

二、このことより、更に問題とされることは、註釋の性格についてである。リステイトメントは、廣く宣傳されることを望み、又、學究の仕事として行われていたにもかかわらず、最初に計畫された詳細な論說 Treatise が節減され、理論的な解明を與えることに缺けてしまつた。このため、單に法を拘束力あるものとして簡易化する、という點にだけ追われてしまつた。ところが、この簡易化された原則については、充分な說明が必要とされる。特に、リステイトメントが採り上げた註釋においては、現に存する反對說の說明がなく、それを簡易化するための基礎となつた判例の引照がない。單に、原則を條文と考え、それに註釋（コメント）するということに止まつている。元來は、一般にリステイトメントの主要な部分は、黑字（ブラックレター）の原則（プリンシプル）と見られていた、ところが、それのみではリステイトメントの意とするところを徹底しえず、後に多少、論說に近づいた、理由書 Explanatory Note を以て、註解に代えることになつた。この點は、ルイスによつていわれている、

「契約法のリステイトメント（筆者註、最初に出來たものである）を吟味した結果、將來に對して、問題を提出するような、法的註釋 juristic comment ともいうべき部分、すなわち、各條項に示されている法の基礎となつている、より廣い原則を述べている註釋が增加さるべきである。」(50)

といつていることに、一般的に當てはまるところであつた。たとえば、契約法のリステイトメントは、ウイリストンの契約法の著作に多く準據していたし、又將來においても、リステイトメントの使用に當り、併せて利用されていたという事實が、多く存するのはこの間の事情を示すものであろう。

このような、リステイトメントの、明白な弱點は、それが法典でなく、單なる著作と見られる場合にも、しばしば、その根據とした資料が註解において示されないために、明確性を缺くことから、原則の有する拘束力の起源について、疑問を持たれるにいたつてしまうところにある。

三、形式の面において、更に問題とされたことは、州註釋である。この點については、これを持たなかつた場合には、論

説が無かつた場合と同様に、充分な説明を缺くにいたる、ということも考えられるが。[51] 更に、リステイトメントは、本來は連邦における法の統一という一つの役割を負つていたにもかかわらず、州註釋を進めたために、かえつて州法の個有性を強調してしまう、という結果になるのである。すなわち、州法がリステイトメントの内容と同じものなら、リステイトメントを國家的な成文法と假定してみると、別に州註釋を設ける必要はない、又、州法がリステイトメントと相抵觸すると、そうした州法にもとづいて作られた州註釋はリステイトメントを廢するか、みずから、その席をゆずるか、その選擇を強いられるのである。更に又、先に述べたように、州註釋の作成に當つて、州辯護士會、州法學校の負擔があまりにも大きかつたので、出來るだけそれを避けようとしたのである。

ここで特に注意すべきことは、同じくアメリカ法であり、普通法に屬するといつても、この國は、その起源をたどると、州から發展し、現に、州主權と連邦の制限された權限が明らかである以上、特に、判例法主義にもとづく普通法を承繼している、という場合においても、普通法の承繼、それにつづく法の發展は、州において見られたのであり、[52] 現に、州法間の相違は、しばしば、その本質的な部分に及んでいる。このことは、州註釋を通じて州法の個有性を強調したことが、はからずも、リステイトメントは將來において、その重い負擔を增すこととなつて來てしまうのである。

(48) Franklin: op. cit. PP. 1334—1335.

(49) 高柳賢三・英米法源理論、二二〇—二二六頁

(50) Lewis: Statement Concerning Work of American Law Institute, 19 American Bar Association Journal, PP. 322—324.

引用した點につづいて、ルイスは「契約法のリステイトメントについては、無意識に、ウイリストンの著書によりすぎているように思われる。これは、しばしば、草案においてこの著書を參照しているからである。こうした參照については公式のリステイトメントからは省かれている。しかし、私の意見では、このような註釋は有用であり、すくなくとも、理由が不明瞭な各條については、これを必要とするという結論に達した。現在の我々の草案においては法理的註釋は增加しているが、實際上の困難がある、……しかしこのよう

な註釋を增加するために時間を費すべきである。」としている。

（51）Yntema: op. cit. P. 674.

（52）前掲 Pope の論文はこの間の事情を明らかにしたものである。

六

一　リステイトメントが將來において、それが期待された程の成果をなしとげ得なかつた一つの理由として、リステイトする仕事に從つた人々が、アメリカ法を中心に、その新しい方向を求めることにのみ追われ、時間においても、費用においても充分でなかつた、ということもあつたが、更に外國法との比較研究が缺け、又、外國法の成果を參照とするところに缺けていたからである、といわれている。(53)

このことは、一見、奇異に感ぜられる、すなわち、アメリカにおける法を再整理する運動は、一九世紀を通してイギリスにおいて著しく表れている、法を體系化しようとする運動と無關係には考えられないからである。イギリスにおいては一八三三年の成文法化委員會以來、四三年に刑法について試案を提出したのみで解散してはいるが、後に、ダイジェスト化の運動と關連して一八八二年に手續法が提出されている。(54) このダイジェスト化委員會は一八六一年に設けられた王命委員會である。この會は一八六七年・七〇年に報告書を出しているが、その成果については必ずしも充分なものであるとはいえない。(55) しかし、そこにおいて判例を再檢討することから、後に、ジェンクスや、ステーブンの著作、(56) を刺戟するようになり、又、アメリカにおける判例の再檢討についても間接に刺戟している。ただ、法典化という點においては、十九世紀初期においてはイギリスでは、刑事法の領域における二、三の單行法を見られるのみであつたが、二〇世紀においては次第に廣い領域において成功を收めている。一九二五年の財產法はその一例である。さらに又、同じく普通法に屬するイギリス領インドにお

いて、この時代に普通法の原則にもとづく法典化が行われているが、[57] 協會のリステイトメントに當つては、直接に、これについて關心をもつているものはないように思われる。

これに對して、合衆國、及び、その諸州において、こうしたイギリスと同じ傾向は見られるが、ニュー・ヨーク、或はキャリフオーニアなどに見られる法典化は、普通法の原則を法典化しようとする試みである、というよりも、ナポレオン法典を模した、といわれるように、大陸法的な法典化であり、[58] その意味において、既に、普通法の承繼を明確にしていた、アメリカにおいて、こうした形の法典は充分に受け入れられるにいたらなかつたのである。

リステイトメントは、その「制定」に當つて、こうした普通法系の諸國の形式及び手續について、比較的な檢討を缺いていた、とはいえ、協會によつて明らかにされているように、リステイトメントは法の創設でなく、協會にその權限もなく、既存の法のリステイトであるからには、內容において諸國の法を採用することは不可能であつたし、その「制定」の手續においても、しばしばより嚴格な、專門家による檢討を經ていたのである。

二　ここで、リステイトメントから除かれている分野、特に刑事法について問題となる、協會においても、この部門の缺陷は意識されている、[59] これは、リステイトメントより、モデルコードに任せられている。すなわち、先ず刑事訴訟法のモデルコードが取り上げられていたが、現在は刑事法に及んでいる。[60] この領域は、特に、民衆の權利・義務と直接に關連し、制定法として設けられているものが多く嚴格に適用されていたことからも、リステイトメントが、既存の法——多くは判例法——をリステイトすることに追われていたことから除外されてしまつている。

又、刑事法は各裁判域において個有性の著しいものであり統一化に當つて困難を伴うものであることが、注目されつつも殘されている一つの原因として考えられる。

(53) Yntema: op. cit. PP. 673—674.

（54）末延三次コモンローの成文化・法律新報七三一號一八―二二頁
（55）Wickersham: American Law Institute and Projected Restatement of the Common Law in American, 43 Law Quarterly Review, PP. 451―454.
（56）Jenks: Digest of the English Civil Law, Stephen: Digest of Criminal Law. 等。
（57）例えば Indian Contract Act, 1872.
（58）大陸の判定法は多少の例外を除いて、一般に舊法を廢し、新しい社會的な目的を以てそれに代る法を制定する。いわば社會一般に行われることをその前提としている、しかし、普通法においては、判例法の缺陷を補うものとして、或は、それが過多になつた場合に整理するものとして行われ、豫め體系的に適用されることを必ずしも前提としていない。
（59）Restatement in the Courts 1937, PP. 12―13.中 Work on Model Code, Work in Criminal Law and Procedure.
（60）H. Wicksler: The Challenge of a Model Penal Code, 65 Harvard Law Review, PP. 1097―1133.
刑法は一度法として成ると、その性格上、特に改變しがたくなる。アメリカにおいても各州間の刑法は容易に統一しがたい、協會としてはリステイトメントより強力な拘束力を持つものと示唆を與えるために、モデルコードにまかせている、しかし、Summoning Witness in One State to Testify in Another State (1931), Right to Comment on Fact Defendant did not Testify (1931), Killing and Wounding to effect Arrest (1931), An Act relating to Double Jeopardy (1932), Youth Correction Authority Act (1940) など單行法に止まつている。

七

リステイトメントは法典であるということについて問題があるにしても、一九五一年の協會の報告書によると、現在までに裁判所において一九一六四件の引用がある、[61] といわれている。その多くは、裁判官の意見として、又、いわれるように、裁判官の學識を示すために引かれているにもかかわらず、カードーゾのいう

「終局において、我々は、協會の名と強制力の下に、これを行つて行くものである、それは、學說よりは重く、法典より

は輕いものと考え、獨特の拘束力を持つものとして、命令するのではなく、浸透する、という形を以て行つてゆくのである。[62]」

ということは、現實には、たとえ用語の統一、或は、參考のためという程度であるけれども、相當になしとげられて來た、ということは明らかである。ただ、將來への課題として、果して、それが法典化への轉移を進めて行くのであるか、或は、法の一般的な事情の解明ということに關連した、共同研究の著作という方向にあるのか、すなわち、豐富に判例を引用し、反對說を明らかにし、論說を備える、といつたことに向けられているのか、ということに問題があるのである。

フランクリンの如く、大陸における法典の方向へ直ちに結びつけることは、判例法主義の土臺をゆりうごかすということになる、彼は

「リステイトメントは、イギリス、アメリカ法的な觀點においてうけ入れるならば、一〇年と存續しないだろう。[63]」

といい、新しい觀點を求めたが、しかも現にリステイトメントは一〇年以上を過ぎ、當初考えられたところと相異るところがあるとはいえ、少なからざる影響を持つていることは否定しえない。

法典を中心にした、ローマ法系の立場においては、判例を法源と考えることを禁じていないが、法文を解釋するに當り、普通法に見られるような、解釋におけるステマ・デサイシスといつたようなことが生ずるのでなく、[64]又、公判される判例集も、法を發見するための資料としてでなく、學理的な論議をひき出すために用いられることを主としている。法典主義において、事實上、いかに判例の比重が增加しても、それを以て判例法への變移であるとはいえない。これと同じく、判例法主義に從う諸國において、法令の增加を以て、直ちに法典法國への轉移であるとはいいがたい、そこにおいては、ベンタムの嘲笑にかかわらず、法の中心は「裁判官制定法」judge made law であり、ブラックストーンの如く裁判官によつて發見されたもの、というにしても、オースチンによつて、裁判官によつて作られた、というにしても、その結果は後の事件を拘

束するのであり、制定法についても、こうした裁判所の解釋したところのステア・デサイシスから自由でありえない。

リステイトメントが、既存の法のリステイトであるということは、法典化的法律[65]と類似している、そこにおいては、その素材をなした具體的な先例のステア・デサイシスによつて裏付けられているのであり、しかもそのことは必ずしも原則化されていることをさまたげていない。從つて、リステイトメントは單に、原則であるから、先例と異つて拘束力がない、ということに非難を向けるなら、法典化的法律の拘束力を以て答えることが出來るのであり、問題は、協會にはこうした、法典化し、立法をする權限がなく、又、委任もされていなかつたところに立ちかえらざるをえない。

ただ、法典でないということから、リステイトメントは、法的には、エンサイクロペデイマの一種、コルブス・イウリスやアメリカン・ジュリスプルーデンスなどの競爭相手と考えざるをえない。[66] しかも、そうした著作の一種と見る場合には、充分な解題がなく、具體的な先例の引用がない、といつた缺陷が利用價値を殺ぎ、法を改善しようとする意圖を減じてしまつたことは否定しえない。

その先例拘束性のはげしい動搖にもかかわらず、その普通法の中心部分の事實上の法典化にもかかわらず、アメリカ普通法は、なお判例法にもとづくのであり、それから背離することは、全體系の根本的な改革なしに行いえないのではなかろうか。

(61) American Law Institute holds Twenty Eight Annual Meeting; 37 American Bar Association Journal, P. 516.
(62) Cardozo: Growth of the Law, P. 9.
(63) Franklin: op. cit. P. 1379.
(64) Phillips: A First Book of the English Law, PP. 85—86.
(65) 法典化的法律 Codifying Act は既存の制定法・判例法を整理し、一つの制定法にしたものである。そうして、既存の法の法典化のみに止まる傾向にあり、疑義ある場合には、既存の法令或は判例に遡ることが許されている。高柳・前掲書二〇一—二〇二頁參照。
(66) B. B. Blakeney: Materials for the Study of American Law, PP. 202—205 においては、リステイトメントは副次的な拘束力あるものとして、辭書やダイジェストと同列に論ぜられている。