

Title	英米法における制定法解釈と先例
Sub Title	Statutory construction and precedents in Anglo-American law
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.11 (1953. 11) ,p.1- 30
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19531115-0001

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.

英米法における制定法解釋と先例

平 良

序論

- 一、英米法における制定法の性質と解釋
 - 二、コモン・ローと制定法
 - 三、大陸法との比較
- 結 言

序 論

一九四五年に始る我國の法改革は、從來の大陸法に屬する諸原理、諸原則に對する英米法、特にアメリカ法の諸原則の承繼に特色づけられている。そのあるものについては既に我國の法の中に根ざしているといえるにしても、コモン・ローと言われる英米法の基礎的な部分については充分に吟味され、消化されたとはいえなかつた、従つてこの時期の法承繼は、ややもすると末梢の部分の承繼にとどまつてしまつていゝように思われる。

英米法の承繼に當つて、我國において採つた態度は、判例法主義である英米法を制定法の形を通して承繼していることがある。このためにコモン・ローの持つ本質的な性格、特に法創造の權能についてローマ法系のそれとの相違ということが充

分に検討されなかつた。更に特に、制定法についてこのことは見られるであろう。すなわち、判例法主義をとる法系における制定法の位置は、法典法主義といわれる法系における制定法とは自ら相違するものにもかかわらず、これを同一視してまつているのではなからうか、又、その解釋に當つての原則の相違、感覺のズレということが検討されないままに置かれてゐるのではなからうか。

ここにおいては英米法における制定法の特質と解釋の問題を判例法との關連から紹介することによつて、我國の法を考へる上での一つの示唆を求めたいと思ふ。

一、英米法における制定法の性質と解釋

一

イギリスにおいて議會制定法⁽¹⁾は、公法律 public act と私法律 private act⁽²⁾に分けられる。前者は裁判所が職權上これを知るもの judicially noticed とされ、一般法律 general act と考えられる。後者は特別法律 special act と考えられ、多くは身分的法律 personal act 及び、地方的法律 local act⁽³⁾の性格を持つてゐる。これは歎願書の形において提出され、一定の手數料 parliamentary fees を以て議會の私法律案委員會 private bill committee に附託され成立するものである。これは公法律と異りその存在については裁判所において當事者が立證することを必要とされている。この點から考へると、私法律は私的自治に任せられその範圍において成立した諸規約といつたものと著しい差は見出し得ないものとなり、いわゆる、法の淵源と事實上の淵源 sources of fact とでもいわれるものの區分を困難にならしめてゐる。もつとも後に述べるようにコモン・ロー上は通常の制定法に對しても、裁判所においてそれを證據として考へるといふ理論もある⁽⁴⁾のであり、それは裁判中心というコモン・ローの特質と關連して考へることによつて理解しうるものであろう。

注意すべき第二の區分としては修正的法律 remedial statutes と宣明的法律 declaratory statutes がある、前者は現行法であるコモン・ロー^(五)、及び制定法を變更するものであり、後者はこれ等を宣明するものである、もつとも、宣明的法律も現實には創造的機能を持つと考えられるものである。この實益は遡及効の有無に關しては、すなわち、後者は既存の法と根據を同じくするのであるから遡及効について、明示的に表示された by express enactment 場合には勿論、立法部の意圖を通して當然推論される by necessary implication 場合においても遡及効ありと考えられるのである。^(六)

宣明的法律の中に更に、一定の法の領域において多くの國會制定法が存在し、混亂を生じた場合に整理した、整理的法律 consolidating act と、制定法のみならず、判例法を合せて一つの制定法とする法典化的法律 codifying act がある。法典化的法律は内容的には現行判例法に準據して制定するに止め、疑點ある場合に判例に遡りうるのである。これは裁判に當つて實際上は法典化的法律の根據とした判例法に直接に準據せしめる結果になつてしまふのであり、又、大陸における法典とは權威とする拘束力の所在を大いに異にするのである。^(七)

(一) 制定法を問題とするに當り議會制定法以外に命令・規則・條例といつたものも考えられるが、ここにはその中心である議會制定法に限定した。

制定法 enacted law は現在の用例に從つた成文法 written law を意味する。又、制定法は statute, statutory law と用ゝられる。しかし、statute は議會制定法の意味でも用ゝらる。Statute of Fraud, 1677. 又、議會制定法 Act of Parliament, Parliamentary Act は現在では Act を用ゝるが、Property Act, 1925. 前記の Statute 或は通稱として Law を用ゝる場合 *cf.* Poyning's Law, 1494.

(二) 私法律は特定の自然人・法人及び地域に關するもので、多くは水道・電氣事業等の設立、及び、離婚に關するものである、しかし公益事業の増加によつて議會で一つ一つ私法律の内容を定めることは複雑であるので、一般的法律、例えば Company Clause Consolidation Act, 1845 の如く一定の内容を明確にしておくものが増加してゐる。

(三) 地方的法律の中には、その性質上必しも私法律でないものも少くない。

- (四) 本稿四頁及び一四頁。
- (五) コモン・ロー Common Law は、(1) 廣く英米法 Anglo-American Law の意味、(2) 制定法に對立した判例法 Case law の意味、(3) エクワイティ Equity に對する普通法裁判所に屬する法として用いられる、本稿では特に注意する以外は第二の意味で用いる。
- (六) 遡及法 retroactive law, retrospective law についで刑事法における事後法 ex post facto law の禁止は特記されるが、判例法を中心としている以上、又多くの宣明的法律においてそれが推論されるものであると考えられる。
- (七) この部分については、高柳賢三「英米法源理論」一八九—二一二頁に負うところが多い。

二

ジェンクスによると、立法 legislation ということは中世においてローマ法の影響を通してイギリスにおいても考えられるようになった模倣であるといわれている。すなわち、ローマ法における立法以外は眞の意味での立法でないとするのである。^(一)これによると、ローマ法の影響が殆ど考えられない初期のゲルマン法或はアングロ・サクソン法においては立法が存在しないことになり、その時代の法律は既存の慣習を宣明しているに過ぎないと考えることになる。このことは勿論、良い法律 bonae leges より良い慣習 boni mores に従うというゲルマン法固有のあり方にもとづくものであり、現在の英米法の精神においても少なからず妥當するものであるが、立法をこうした固有の radical ものだけに限定すると、新しく規範を目的に従つて設定した場合にのみ眞の制定法であるということになる。^(二)又、現在の修正法的法律は正しい意味での制定法ではないということになつてしまふのである。問題は拘束力の權威が窮極的にどこに在るか、ということよりも、ここにおいては、一定の手續をへて制定されたものについて形式的に考えらるべきものである。^(三)

イギリスにおける制定法を考えるのに當り注目すべき點は、歴史的には、裁判所において制定法を取り上げるのに當つては制定法のコピーを直接に見るといふよりも、訴を通してこれを見ていたのである、すなわち、古くは他の文書と同じく證據としての意味を持つていたのである。^(四)これは王或はその背後に神の權威を置いた意識的な立法という形式を以てする法創

造という形が持たれていなかったことに起因している、又、古くから當事者を中心とした訴訟の形態は法の適用に關しても當事者に任せることとなつてしまつていたのである。

ここにおいて、解釋については出来るだけ立法者による有權的な解釋を明確にし、他の解釋を禁止或は制限することになつた。^(五)これは一つには中世におけるイギリス法の嚴格法としての性格によるものである。制定法の解釋についての最良の解釋者は立法者であるとされていたのである。このことは立法手段が少數のグループに任せられている場合には可能であらうが、立法府が大規模のものとなり、又、しばしば不規則な會期を以て開かれるようになると、立法者による有權的な解釋の限界が明確にされ、固有な意味での解釋は次第に裁判所に任せられることとなつた。もつともこのことは司法の本質的な機能に由來するというよりも、裁判官が立法者のグループと密接な關係にあつたという事實上の關係にもとづいてゐる。^(六)ヘンダムの、

「制定法を註解するのは我々が君達よりそれを良く知つてゐるからやるのだ、我々が制定法を作つたからだ。」^(七)
ということはこのことを示している。

しかし、こうしたことを通して、裁判官は解釋をすることを自らの權限として主張して行くようになってゐる。そうして、解釋が嚴格化する、自由裁量權を行使する大法官廳の出現、更に又、「法の衡平」^(八) equity of the statutes による解釋によつて補われることになつたのである。現在においては制定法の解釋を嚴格に文理的なものに限定することは考えられず、特に多くの社會政策的諸立法の出現は、解釋に對する新しい態度を要求することになつて來るのである。

(一) E. Jenks, Law and Politics in the Middle Ages, p. 17.

(二) T. Plucknett, A Concise History of the Common Law, 3rd, ed. pp. 299—300 に於て「*ウィットナムの主張*」がかわらぬ。「その時に前に存在してゐなかつた」法規を制定してゐるといふことを指摘してゐる。

- (三) 制定法を狭く議會制定法に限ることは正當といえなから、中世において議會の權能が他から充分に獨立していない場合には制定法と言ふ意味の中に律令・命令 Ordinance も含めて考えられる。
- (四) Pucknett, op. cit., p. 322.
- (五) ショー三世は大憲章の解釋についてしばしば有權的解釋の手段をとつてゐる。
- (六) Pucknett, op. cit., pp. 313—14.
- (七) Y. B. 38 & 35 Edw. I (Rolls Series) 82; Pucknett, op. cit., p. 314 より引用。
- (八) 或は「制定法の目的」といわれる。制定法に文理上は明確に規定がない場合でも、立法趣旨やその目的から考えられるところにもとづく解釋であり、衡平法における衡平とは別問題であり、ローマ法における考えが導入されたものと考えられている。一五・六世紀においてこれが問題とされる。現在ではあまり用いられなから。

三

解釋の原則を取り上げるに先立つて、ここに「解釋」の語について吟味してみる。解釋、特に法の解釋と關連して用いられる用語には、Hermeneutics, Construction 及び Interpretation があから。Hermeneutics は多くは神學において用いられ、聖書の解釋として用いられていたこと⁽¹⁾から、稀に法の解釋として用いられている。これは法解釋と聖書解釋の類似性を示すものとして興味があるが、現在の用法としては適當ではない。“Legal and Political Hermeneutics”とその著の標題としてゐるリーニルも内容の記述に當つては、Construction 或は Interpretation を用ひてゐるのであり、ここにおいては Hermeneutics につては一應除外する。

Construction と Interpretation は法の解釋において「全然同意義で用いられる」といわれているが、クロフォードは「Construction はテキストに直接に表明されてゐるところを超えて、テキストに認められ與えられている要素から、問題についての結論を引き出すこと。」

「Interpretation は用ひられてゐる文言の眞の意味を發見すること。」^(三)

としてゐる、結局 Interpretation が明確でない場合に Construction が用いられる。前記のレベルによつては Interpretation が

「用語の形式の眞の意味を發見することである、すなわち、その著者がそれに包含せようと思つていた意味であり、他の者にその著者が包含せようと思つていたと同じ考えをそこから引き出させることを得させるものである。」^(四)

としてゐる。そうして、この Interpretation のみで明確とならば Construction にうつたえる必要はないと考へられてゐる。結局 Interpretation を用語の問題に限定し、Construction は事實的な諸條件との關連において考へるのである。^(五)とはいへ、制定法の解釋の實際に當つては、必しもこのことは區分して用いられてゐるものでなく、實際上は「同意義に用いられる」と言つても可い。

(一) R. Lieber, Legal and Political Hermeneutics, 3rd ed. by W. G. Hammond, p. 52.

(二) 高柳、前出書、二二〇頁。

(三) E. T. Crawford, The Construction of Statutes, pp. 240—41.

(四) Lieber, op. cit., p. 11.

(五) J. de Witt Andrews, Statutory Construction, American Law and Procedure, Vol. XIV, p. 34.

四

英米法において制定法は第二義的なもの、或は判例法に對する例外的なものと考えられるために、出来るだけ具體的・詳細に規定され、^(一)解釋法規を制定し、^(二)或は解釋の指針として例證 Illustration を置く^(三)ということがあるが、一般の解釋に當つても出来るだけ嚴格に解釋することになるのである。

このことから解釋に當つては文理解釋が第一義的なものとして重視されるのであり、^(四)そのみでは不充分と考へられる場

合に、眞意 *sententia*、法の基礎 *ratio legis*、或は法の精神 *anima legis* にもとづく解釋、いわば論理解釋が取り上げられるのである。しかもこれは文理解釋のみでは不明瞭で *ambiguity* 矛盾し *inconsistency* 不合理な *absurdity* なることが必要とされ、その占める役割は狭く考えられる。

解釋の指針とされる諸原則は、古くはクックによつてヘイドン事件^(五)の法則として示されている。これによると、

- (一) その法律制定前に存在していたコモン・ロー。
- (二) コモン・ローの缺陷。
- (三) 議會のコモン・ローの缺陷に對する匡正。
- (四) 匡正の眞の理由。

に着目して解釋をすべきものとしている、これ等は簡單に言えば制定法の目的に従っているものである。

更に、既に古典的な記述に屬するものであるが、ブラックストーンによつて示された制定法解釋についての原則は、^(六)

(一) 修正的法律においては、舊法、その誤り、及び、それに對する救済が問題となる。すなわち、コモン・ローが法制定に負うている役割、誤謬、及び、コモン・ローの規定していなかつたところである。^(七)

(二) 下位の事物や關係の規律を目的とした制定法は、一般的な用語が用いられているからといつて上位の事物、關係に擴張しえない。例えば「副監督・受祿僧……及びその他の僧職階級」としている場合に、大司教にまで擴張することは許されない。

(三) 刑事上の制定法は嚴格に解釋される。

(四) 詐欺に關する制定法は自由に解釋される。これは前の原則と矛盾するようであるが、詐欺行爲を破棄することによつて、制定法が犯罪者に行われる場合に、自由に解釋されるのである。

(五) 制定法の或る一部についての解釋は、他の部分においても同じく解釋され、又すべての言葉は無効としない *ut res magis valeat, quam pereat*。

(六) 制定法の體系に矛盾する條項は無効である。

(七) コモン・ローと制定法の相違する場合にはコモン・ローは制定法にその位置をゆずり、舊制定法は新制定法にその位置をゆずる。

(八) 他の制定法を廢止した制定法が後に廢止されると、以前の制定法は形式的な手續なしに復活される。^(八)

(九) 次の議會で、全部、又は、一部を無効とされた制定法は、その點に關して拘束力が無い。

(十) 履行され難い議會制定法は効力が無い、一般の理性に全く矛盾する制定法は無効とされる。^(九)

という一〇點を擧げている、これらについては現在においてもイギリス制定法解釋の基礎をなすものと考えられている。

これ以外に解釋の基礎原則と考へるべきものに *construction ex visceribus actus* すなわち制定法の全體との調和からの解釋がある。これは解釋は明白な法文の變更をなすために利用されてはならないのである。いわば一種の補正解釋に對する制限と見るべきであらう。

又、エクイティによる解釋は現在殆ど用いられていない。全體との關連に從つた解釋 *interpretation by implication* においても、法文に無い語を導入することは許さず、遺漏事項 *casus omissi* ⁽¹⁰⁾ も裁判官がこれを補充しえないと考へていることは、いづれも文理解釋の第一義性に起因しているといえよう。⁽¹¹⁾

(11) 例へばウィングラフ P. Vinogradoff は *Common Sense in Law*, pp. 119—120 に於て一八四五年の賭事法 *Gaming Act* を取り上げ、「カード・ゲーム・ゲーム・ゲーム、その他の遊戯を行ひ或は遊戯時、賭事・賭博・投機に加る時……」と同一の義語の豊富な一例に言及している。

- (二) Lord Brougham's Act, 1850; Interpretation Act, 1889 がイギリスにおける代表的な解釋法規とされている。
- (三) Evidence Ordinance, 1898 ならびにその例がある。
- (四) 文理解釋に當つては一般人の解する意味に従うものである。術語については専門的用例に従う。又、法律制定時代の用例が考慮されることから同時代的解釋 *contemporanea expositio* が尊重される。法文の用語は全體の關係にてらして *contexte, collation* となることが言われる、このことは特に「その他これに類する」といつた法文がある際に前後の關係に照らして同種のものに限るという原則 *rule of ejusdem generis* 或は同類によつて知られる範圍で考へるといふ原則 *rule of noscitur a sociis* が取り上げられるのである。
- (五) *Rule in Heydon's Case* (1584), Co. Rep. 8.
- (六) W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, pp. 85—91.
- (七) この原則はクックがハイマン事件法則として示したものと同じである。
- (八) ブラックストーンの引用している例は、ヘンリー八世の時に國王をイギリス國教會の首長とする制定法が定められ、メリー女王の際にそれを廢止したが、エリザベスの時代の第一年にメリー女王の制定法を廢止したので「ヘンリー八世の制定法は、實質上復活した」と述べている。
- (九) 合理的でない例として、ある人がその莊園において凡ゆる訴訟を審理する權限を與えられた時に、もしその者自身が當事者であるような事件が生じたならば、その人に權限を與えた制定法は擴張して解釋されるべきでない、それというのは自ら自分の關係している争の解決をするのは合理的でないからだ、と述べている。
- (一〇) *casus omissi* は特に制定法で規定しなかつたものであり、このためにロモン・ローの規律をうけるような事項である。W. F. Craies, *A Treatise on Statute Law*, 4th ed. by W. S. Scott, pp. 71—74. 參照。
- (一一) 解釋の工夫は、高柳前出書、二二〇—二二三頁參照。

二、ロモン・ローと制定法

一

ロモン・ローにおいて主要な原則をなしている先例拘束の理論 *doctrine of stare decisis* は制定法、及び、その文言の

解釋についても當てはきまる、すなわち、一つの制定法或はその文言について解釋されると、その解釋は次の事件に拘束力があるとうことである。例えば、一九二五年の財産法 Law of Property Act 第二〇五條一號にある「賣買に關する信託」“trust for sale”について、レイ固定財産權事件 Re Leigh's Settled Estate (1926), Ch. 52 において、又同事件について一九二七年に、更に、パーカー固定財産權事件 Re Parker's Settled Estate (1928), Ch. 247 及びノートン事件 Re Norton (1929), Ch. 84. に一連の解釋を見るのである。

解釋法規でさえ、それに解釋が加えられることになる、一八八九年の解釋法、第三八條二項は廢止された法にも適用されたと規定している、しかしこれは時の経過によつて失効した制定法^(一)については述べられていないので、一九四七年にウィック對公訴局長事件 Wicks v. Director of Prosecution, 1 All E. R. 250 において明らかにすることを餘儀なくされているのである。

更に一つの制定法について裁判所によつて與えられた解釋は反對の意思が明らかでなければ、その制定法が同様な事項 in pari materia と考えられる、他の制定法の同じ語に當てはめられるベラス對アバーティン漁業會社事件 Barras v. Aberdeen Steam Trawling and Fishing Co. (1938), A.C. 402 にきつて、一九二五年の商船法 Merchant Shipping Act, 1925 の「遭難」“wreck”なる語を一八九四年の制定法に用いられている「遭難」なる語について一九一三年にオリンピック事件 The Olympic, P. 92 で取られた解釋に従つて解釋してゐる。

しかし、こうしたことは不適當な判決における解釋を訂正し難いものとし、惡法を永續化させるといふ危険を伴つていた。^(二)

かくのごとく個々の語句の解釋については解釋の先例 precedents of interpretation に従うことが明らかにされるにせよ、ここでは、更に、解釋を通して先例の中に創造されて行くものについて検討を加えることが必要とされる。

(一) 制定法の廢止は、制定法によつて行われるものであるが暫定的法律 *temporary act* の如く期間の満了によつて當然失効してしまふこともあるのである。

(11) O. H. Phillips, *A First Book of English Law*, pp. 85-86.

二

オースチンによると、判例法と制定法の區分は、淵源 *sources* に關した問題であるといふよりも、形態 *mode* に關することと言われている。すなわち、それは法規範がどのような形式で與えられるか、といつたことに關連している。制定法は立法部によつて明示的に、法或は規範を設定したものであり、判例法或は司法法 *judiciary law* は規範の設定を意圖しているものではなく、いわば、正しく立法すること *properly legislating* でなした、正しく判決すること *properly judging* にあると考えられるのである。ここにおいて、判例法は既成の判例の單なる集積をされたものであり、それ自身においては一般的な、抽象化された原則を形成しているものではない。ただ、それを通して法の發見が行われることによつて、判決の基礎或は原則 *ground or principle of decision* が一般的に適用されるようになるのであり、そこには抽出するといふ過程が要請されているのである。(11) このことから、結果としては一般的な原則を支えて行くことが生み出されるが、それは間接的な結果であると言ふべきものである。

判例法においては、制定法において考えられる廢止とか改正とかいふ形を以て發展、形成されて行くのではなくて、自己批判や自己改正を以て自らの力において構成して行くものである。かつて眞に拘束力があると考えられた法といつても、その自己改正を通して覆えされることもあり、問題となつてゐる事件に適用することを避け、法について誤解があることを理由として廢棄することもある。嚴格に言つて判例は法でないし、又法でなかつたのである。(12)

とはいへ、判例を通して原則が形成されて行くといふことは、少くとも判例における法的な部分が問題とされるであら

う、このことは、判例法における「法」であるレイシオ・デシメンダ、ratio decidendi の問題として考察されるものであり、^(四)判例法主義である英米法においてこれを全く法でないとして否定し得ることは得ないのである。

(一) J. Austin, Lectures on Jurisprudence or Philosophy of Positive Law, Abridged edition by R. Gnamppell, p. 314. オースティンは judiciary law なる語は裁判所或は不適正な立法に於いて創設された法 *law made by judicial, or improper legislation* として用ゐられ、*judicial law* と同じものべあり、オースティンによつては本来の意味で裁判官とはうえなから裁判官に於いて創設された制定法も含むからとて避けられ、*judge made law* 司法法の全部を意味して用ゐるわけにならうからとすゝ理由で用ゐらるゝ *common law* の通常の用法と同一の内容を指して用ゐる。

(11) Austin, *op. cit.*, pp. 314—15.

(12) G. K. Allen, *Law in the making*, 4th ed. p. 350.

(四) 個々の判例の重要な事實から抽出される判例法の法拘束力ある部分をレイシオ・デシメンダという、いわばこれが判例法における「法」ということが出来る。ただこのレイシオ・デシメンダ (reasons of decision) は制定法におけるレイシオ・レギス *ratio legis* (reasons of law) とは相異なる、すなわち、後者は立法理由、動機とした目的を意味するものであつて法の解釋に當つても、必ずしも重要な解釋の指針となるものではない。Austin, *op. cit.*, pp. 317—18; Growford, *op. cit.*, pp. 292—98. なほレイシオ・デシメンダの問題は拙稿「判例法における『法』の發見」法學研究二五卷二號に於て A. L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of Case* (Essays in Jurisprudence and the Common Law, Ch. 1) の紹介を通じて取扱ひた。

三

コモン・ローのチャンピオンであるクックが、ボナム醫師事件 *Dr. Bonham's Case* (1610)⁽¹⁾ を通じて、コモン・ローの優位を主張し、ヘイドン事件の法則において解釋の指針を定めることによつて、コモン・ローと制定法の關係を明らかにしているのであるが、現在の制定法増加の傾向の下において、コモン・ローが制定法に壓迫され勝ちに見える時、この問題はどのように考えられるであらうか。

現在においてもコモン・ローの制定法に對する「統制」は無意味なものになつてはゐるわけではない、すなわち、裁判官は

解釋を通して「統制」しているといえるのであり、コモン・ローは基本的なより廣汎のものと考えられ、多くの場合に制定法はコモン・ローに一致するように解釋され、クックによつていわれた、

「制定法の最も確實な解釋は、コモン・ローの原則と精神によつてなされるのである。」^(三)

ということとは、裁判所によつて濫用され勝ちであるという批判にもかかわらず、本來的な指針としての重要性を失わない。というのは、このことが無いと法發達における繼續性という重要な傳統が殆ど成立しないことになつてしまうからである。

従つて近代においても「コモン・ローを變更しようとする」制定法は嚴格に解釋するということを通して、法の基礎を失わないように監視している。裁判官は法について、立法部より良く承知していると主張することによつて、制定法の一般的な用語は従前の政策を變更しえないと論ずるにいたるのである。

ここにおいては、「一般に我々は議會制定法を解釋するに當つて、立法部は既存の法の状態を認識しているものと推論さるべきである。」^(三)といわれている。このことは逆に、立法部が既存の法の状態を知らないということや、不確實に述べているということもありうることを意味しているのである。しかも、制定法に表明されている法事實上に關する誤りは、全く存在しないというものではない。^(四)そうした場合には、裁判官がくつがえしてしまふということもあり得るのである。

「制定法は、明らかに法の證據として重要な價值を持つているが、必しも決定的なものではない。それが既存の法と立法部がかくあるべしと意圖しているところと異つてることが明らかにされると、制定法から生み出される説明は、法を否定してしまふようには行われぬのである。」^(五)

といわれる、もし裁判所が制定法に對して援助しないなら、既存のコモン・ローをくつがえそうとする制定法を許容しないことになるのである。^(六)

コモン・ローを變更しようとする意圖が明白である場合には、制定法において一見誤つた表現を用いることがある。しか

し、裁判所は合理的な口實を用いて正當化しうる時に、その制定法を行うことが法を誤解させると考えるならば、立法部の意思を行つて行くことを望んでいるものでもなく、そのように見せかけることも無いのである。^(七)

このように、制定法によるコモン・ローの修正ということが問題となりながら、それを最終的に判断するのは裁判所の「日常の仕事」である。リンドレイ判事は、

「コモン・ローが出来ないにしても、裁判所は統制出来るのである、もし廢止・變更をしないにしても手を觸れないで置くことが出来る、コモン・ローを廢止しようと意圖している制定法があると、コモン・ローは道をゆずることになるが、制定法がコモン・ローをくつがえすと僭稱することは許されない。」^(八)

といい、コールリッヂ判事は、

「コモン・ローと制定法が相抵觸するように思われる時に、……コモン・ローを犠牲にしていると推論すべきではなく、両者が完全に効力を持ち、又、調和しえないかを吟味すべきである。」^(九)

といい、ピールズ判事は、

「制定法が明らかに^(一〇)（傍點筆者）コモン・ローの變更を意圖している場合を除いて、制定法をコモン・ローにとつて不利になるように解すべきではない。」

といつている、これ等は何れも、コモン・ローを支持しようと試みている興味あるデイクタと言うべきものである。このように制定法はそれ自身によつて支えているというより、コモン・ロー或は裁判所、及びその解釋によつて支えられ、そのことを通してコモン・ローに浸透して行くものと考えられるであらう。

(一) 8 Co. Rep. 114, ヘンリー八世の特許狀、及び、同王治世並にメリー女王の治世の下の制定法によつて權限を與えられた王立醫師會が、ボナムなる醫師の資格について争ひ、クックによつて「何人も自己の事件について自ら裁判官となれない」というコモン・ロー

上の原則を通して制定法の効力を奪つたものである。このことは後にアメリカにおける違憲法令審査権を生み出す素地を與えたといわれよう。

- (二) Coke upon Littleton, 272 b.
- (三) Lord Blackburn, Young v. Leamington Spa (1883), App. Cas. 517, 526.
- (四) その一例として一八七三年の修正外國犯罪引渡法 Extradition Amendment Act, 1873 によつて「事實の前後におつて共犯」又ある違法な犯罪の遂行を考え代行・命令・援助或は教唆することは、イギリス法においては、主犯者と同じく審理され處罰される責任を負う、』といわれているが、事實があつた後の共犯といふことによつては修正が必要とされたのである。
- (五) Mollwo v. Court of Wards (1872), L. R. 4 P. O. 419, 437.
- (六) Allen, op. cit., p. 380.
- (七) 例えば圍込法 Inclosure Acts によつて取扱われた領主の狩獵權によつて、領主はその領主權にもとづいて莊園の荒廢地で狩獵出来るという考えがあつた。これによつて、被割當者に割當地の自己保有が與えられてゐる時に狩獵權を含む莊地權を領主に認めるという留保條項を提案するというのが一般的な慣行であつた。問題は圍込後に領主が他人の手にある割當地において狩獵する権利があるか、とさうことである。この問題によつて裁判所の意見は分れてゐるのであるが、立法者の意思が他人の權利を維持するものかどうかを問ふことは困難である。しかしこの意圖は誤解にもとづいてゐる——この事件においては「失態」といわれている——さうして裁判官がそれを行つて行くのは自由であり問題となつてゐる事件におつて、その權利は地域的なものであり、領主權的なものである。すなわちそれは荒廢地によつての土地所有權によつて領主に與えられてゐるものであり、領主權によつて消滅してしまつたものではない。Sowbey v. Smith (1874), L. R. 9. C. P. 524; Duke of Devonshire v. O'Conor (1890), 24 Q. B. D. 68; Feroyd v. Coulthard (1898), 2 Ch. 358 (Allen, op. cit., p. 381 を参照)
- (八) Lindley, G. J. in Handley v. Handley (1891) P. 124, 127. 一八五九年の婚姻訴訟事件法 Matrimonial Causes Act 第三五條によつて「それは看護・養育……等に、その兩親の婚姻關係が訴の對象となつてゐるものに適合してゐると考えられる限りにおいて、かかる規定を設けらるのである、その文言は明白である……明らかに離婚裁判所の裁判官に子孫の扶養についての廣泛な自由裁量權を與えてゐる……考えるにこの自由裁量權は制定法成立の時に有効であつたコモン・ローとエクイテイの原則をくつがえすものである、裁判官は自由裁量權を行使するに當りそれを考えの中に入れなければならぬにせよ、これらの法則に従ふことはならぬ」として提出された個々の事件の事實によつて指導されるのである。』といわれる。

- (F) Coleridge, J., in R. v. Scott (1856), 25 L. J. M. G. 133.
(10) Byles, J., in R. v. Morris, L. R. (1867), 1 G. G. R. 90.

四

このように、制定法の解釋を、英米法の他の部門と同じく考えることは正しくない。コモン・ローは、先例や裁判所の判決から成り立つのであり、ここで取扱われる手段は主として歸納的なものであり、制定法の基本的な處理の方法は演繹的なものなのである。

しかし、先例を通して示されている解釋の基準や法則は利益のないものではない。グレイは、

「制定法はその効果を得るためには裁判官の意思に依存しているものであり、しばしば用いられた表現によると技術であつて科學ではない、制定法の眞意は裁判官の考えに従つた用語から引き出されるのである。かくて、解釋に關する法則は裁判所の意見や判斷に多くを任せていることを示している。ザヴィニーの解釋についての三つの助言、第一は法を全體として考へること、第二に制定法の眞意を考へること、第三に個々の解釋の結果から生じた事項の長所を考へるといふことにおいて……第二の原則は多くの反對が生ずるだろう、又、第三の問題は狭い範圍に限定さるべきものである。」⁽¹⁾

としてゐる、問題はこの第三點が、しかも裁判官に任せられていることから、その限界と先例を考察することが必要とされるのである。ここでは解釋の効果をステア・デサイシスと關連させることによつて考へを進めてみたい。

クローフォードは一つの興味ある説明をしている、すなわち、

「裁判所によつて制定法に對してなされた解釋は制定法の一部となる(傍點筆者)……もし立法部が修正を制定することによつて解釋の變更をするのに充分な機會があつたのにそうしなかつたなら、立法部は裁判所によつてなされた解釋に承認を與へていることになる。」⁽²⁾

というのである。裁判所がある事件において、従来行われていた解釋を考察するかどうかということは、又、解釋にもとづいて先例の價値を問うているのである。もつとも、重大な侵害なしに解釋がくつがえされた時にのみ、裁判所は従來準據されて來た解釋をくつがえし、その時に新解釋の遡及効は否定されるにしても、舊解釋は誤りであると考えられるのである。^(三)

この解釋をくつがえすということに對する主な反對は、人々は既定の法解釋にもとづいて行動しているのであるという推論を基礎としている。しかし、多くの場合に、人々は正しく法を知ることにはなしに行動し、いわんや、解釋は知らずに行爲しているのであり、法の修正や廢止を豫想している以上、この點から解釋の先例に嚴格に拘泥することは、必しも當を得ているとはいえない。英米法の下に生活している以上は、裁判所はこうした解釋の變更を行うものであることは豫測し難いものではない。

ここで裁判所に對し、法を適用するだけという一本道を進むことだけを認めないなら、解釋におけるステア・デサイシスの問題の多くは消滅してしまふ。パウンドは、

「我々の理論によると、裁判所は制定法や判例について法を發見するのである。……その事件次第で陪審員、及び、裁判所が一般的指針として法規範を取り上げ、その事件の衡平の要求するところを決定し、それに従つて評決し、判決するのである……今日の裁判所は衡平の要求しているところを確めることを疑い、結果を正當化する判例をくまなく探すことになるのである。」^(四)

と言ひ、事案に則した解釋を説くのである。結局、制定法は一般的な法則や指針を定めるだけであり、個々の事件はその場合の衡平によつて決定される、その適用しうる制定法の意圖が明らかである以上はそのようにされ、これが不公平な結果を生ずるといふことになる、立法部の制定法という土臺に従つて裁判を進めるのである。

かくて法の確實性に對する豫見は、必しも先例に求めなくても、廣く倫理性や衡平と言つたことから考えることによつて豫測されないものではない。先例に盲目的に依存するだけでは誤を續けて行くこととなり、制定法の存在する意味がない。^(五)このようにして制定法の解釋においてはステア・デサインスに對してより大膽に、具體的な衡平に即した解釋が望まれるのである。

(一) J. G. Gray, *The Nature and Sources of Law*, 2nd ed., p. 178.

(二) *Crawford*, op. cit., pp. 308-9.

(三) 更に遡及効のある法に對する解釋の遡及効については、制定法における遡及効は夫々或る意圖を以て設けられているのであるから、解釋においてそれが遡及効なしとするは考えられず、その目的の範圍内において解釋の遡及効は考えらるべきであらう。又解釋の矯正が必要である場合に權利と正義を保持するために適切なものであれば誤を矯正することになる。

(四) *R. Pound, Enforcement of Law*, 20 *Green Bag*, 401; *Crawford*, op. cit., p. 313 より引用。

(五) *Crawford*, op. cit., p. 314.

五

制定法の解釋に當つては、從來の解釋がその基準となるということのみでは、英米法以外にも見られるところであり、ここでは更にコモン・ローと關連して考へるべきである。

制定法があいまいであり、不確實である場合には制定法の制定の時に効力を有したコモン・ローの解釋が問題となる。このことは宣言的法律のみならず、修正的法律についてもあてはまる。すくなくとも、これについては立法者は明示された範圍を超えてコモン・ローを變更しえないと推論される。コモン・ローが全法體系において占める役割は重要であり、制定法はコモン・ローを無効にしてしまうように解釋され、裁判を通してそのように行われてしまうことは許容しないと考へられる。

そこで、この問題は、當然、コモン・ローに訴えることが、何故に必要とされ許容されるかということに立ちかえらざるをえない。ドワリースは、

「……制定法は法の體系の一部分のみを形成しているものであり、如何なる法體系も完全なものであり得ない以上は立法のみに制限してしまうことは出来ない、……將來を豫見し、法規範を定立することは人間の考えや、権力では及ばないものがある。ただ示されている法則を無視し、不法に行爲することが生ずると……當事者の關係を回復するために正確に記述されたところを發見し、適用すべき規範を取り上げるのである。

「従つて、社會における法は二つの要素から成り立つている。第一には行爲の規範である、すなわち、法創造の權能にもとづいて、明確な實定的な形式を以て示されているものであり、關連する個々の事件を統制している制定法といわれるものである。第二には自然權^(一)の命題に屬していると考えられるものである、……それは他の場合においても完全な効力を有するものであり、立法によつてとつて代られるまで裁判の手段として用いられる。そうして強制されている間は、法の基礎や、人間の知識・經驗の深遠さによつて統制され、市民の最高性を保障するものとして作用する^(二)。」

と、コモン・ローという語を用いることを避けているとはいへ、制定法より深い所にある法の權威を問わんとするのである。裁判所においては、このことから、コモン・ローを問題とすることなしに制定法の眞意を確めることは不可能であり、立法の缺陷が存する場合にはそれにもとづいて行爲を規制するのであり、しかも、制定法はそこに根ざしているということが出来る。

制定法が如何に人智をつくして考えられたにしても、嚴格にいえば、それは正當に當てはまるような一組の事實について豫見し、定立されているということになるのであり、又、將來の事實を豫想しているのであるといわれながら、多くは過去の經驗にもとづいて定立される。結局、これは無數の判例或はこれにもとづくコモン・ローに導かれるのであり、このこと

は多少の差はあれ英米法においても當てはまるところであろう。こうした「立法からもれている」ように思われる事件、又、そうでなくしても、立法に當り一般化され規範化されているということは、當然、具體的な事件と關連した解釋と適用の問題となるのであり、そこにおいては、

「立法によつては代りえない自然権の命題を採用することを含み、又、凡ゆる事情や事件について、完全な強制力を與えようとしている自然権の問題を包含するのである。」^(三)

ここに言われている自然権の命題ということは立法の指針となつてゐることは言うまでもない、しかも、それが立法の基礎を與えているということから裁判に當り、法の解釋に當つても準據することを許さるべきものであり、このことがかえつて立法の不完全を充足することとなる。勿論、この自然権の命題ということは、それ自體では不明確なものと言ふべきものであろうが、事件を解決することを職業としてゐる者において採用され、指針として用いられることから、次第に慣行となり慣習法化し、裁判の運営に當つて、從來決定された方式は、後の類似の事案に對して、先例 precedents or authorities となるのである。

結局、市民の善惡識別についての基準、行爲に對する考えは、凡ゆる制定法の適用の範圍や本質を決定してゐるのであり、^(四) こうした基準や考えが廣い意味での「コモン・ロー」を生み出し、この觀點に立つた制定法の解釋がされるのでなければ、人間關係における衡平は維持し難いものとなつて行くであらう。^(五)

こうした英米法における制定法輕視の傾向は、英米法が特に歴史的な基礎にもとづき、コモン・ローの著者は古い判例を勤勉に引用し、しかも、コモン・ローに引用されている外は成文法を参照としないことが多いのである。その場合に立法が不確定であるという理由が附せられるが、結局はコモン・ローの裁判官が制定法に多くの關心を割かないということに由來してゐる。英米法の裁判官はその據り所としてゐるところを侵されることに特に心を勞してゐるのである。^(六)

(一) ここで用いられてゐる自然權といふことは特定の自然權、自然法の理念を意味してゐるものではなく、實定法の背後にあつてその終局的な効力を保障してゐる法といつた意味において理解するべきである、英米法においては實定法化された「コモン・ロー」及び制定法の背後にある英米法の特神と言つた意味でのコモン・ローと解せられるであらう。

(二) Dwaris, on Statutes, p. 38.

(三) *ibid.*, pp. 297—8.

(四) 法の制定に當つても、個々の生活關係を一つ一つ定めてゐるものでなく、與えられた諸事情を集合したことから普遍的な性格を持つた規則を設ける、裁判官はこのような原則を作ることに關連してゐないけれども、意味を與えて行くのであり、この司法作用、そうしてその解釋に關する限り、裁判所の權限は宣言的なものである、そうしてこれが司法の本質にもとづくかぎり三權分立に矛盾しない。

(五) Crawford, *op. cit.*, pp. 427—28.

(六) R. Pound, *Spirit of the Common Law*, pp. 157—8.

三、大陸法との比較

一

こうした英米法における制定法解釋と先例の問題は、大陸法との比較によつて更に明確にされよう。

裁判官を法を適用する機械としてしまつたのは、神授法時代に法を取扱つていた者の頃から、慣習が確定された後も、法の統一を確保するために、法の論理的な發展を制限しようと考えたことによつて、裁判官を法の小出し機關としてしまつたこと、更に權力分立に従つて立法と司法を形式的な嚴格さを以て區分しようとしたことにも深く關連してゐる。又、大陸における法典編纂といふことは、その當然の結果として司法を「自働販賣器」^(一)化してしまうのである。現在においても出来るだけ裁判官の越權を防止し、狭い範圍に解釋と適用を押し込めようとしてしまつたのである。パウンドによると、こうした自働販賣器視する考へは、

「普通法の原理ではない。その原因は法を絶対不變のものと考えた時代に生れた擬制である。……新しい事態は解釋という假面の下に演繹法や類推擴張が行われることになる……このことは主權は法を創造し解釋するというローマ思想の採用と權力分立の採用によつて固定されたものだ。」^(三)

と言われるのである。逆に言えば、その當然の歸結として解釋は何等かの意味における、裁判所の立法 judicial legislation であることは避けられないところでもあるのである。

しからば、制定法を取扱うに當つて、どの限度において先例、或は解釋の前例が取り上げられるのであろうか。

法が立法行爲や、立法者の有權的解釋によつてのみ創造されるということは、ローマ法に固有な觀念であるとはいえない。不完全な形であるにしても、ローマ法において判決の前例が法の一つと考えられていることもあつた。もつとも、この場合においても、解釋の前例は本來は、個々の事件に關して與えられたものであるから、それ以上の効力があると考えられず、英米法に見られる判例法を形成して行つたものでもなく、後に存続することもなかつた。

後に統一されたローマ帝國において、デオクレチアンやジュスチニアンの業績を通しローマが近代に傳えている原則——裁判官は個々の事件を、その事件のために判斷するだけであり、主權者のみが立法行爲によつて、判決の基礎として用いられた以外の事件も規律することの出来るような拘束力のある法を設ける權力がある、という原則——を生じたのであり、これがなければ判決に従ふことはかえつて法の形式となつて行つたかもしれない。^(三)

ローマ法の繼受以來、更に權力分立、自然法的な法典化はこれを裏づけることになるのである。フレドリック大王の法典においてもこの立場が取られている。

「すべて生じうる事項は一切將來疑義を生じないように慎重に、精密に規定されなければならない、裁判官は解釋に當つては自由裁量の餘地がない、疑點ある場合には樞密院に諮りその回答を遵守すべきである。」^(四)

としている。しかし裁判所における事件の解決は法の解釋なしに行いえないものであり、適用と解釋を分とうとするフレドリックの考えは成功すべくもない。

しかし、一九世紀にいたつて、このことが再び問題となる、ナポレオンが自らの法典に對してなした嘆息は別としても、大陸において現れた法典の多くは、判例の先例としての拘束力を認めず、立法者以外に有權的な解釋はなし得ないと考えているのであり、問題がある場合には裁判官は法を創造した者の解釋を求めるのであり、一見、先例拘束と見える場合も、裁判官は拘束されているというより、獨立して重ねて同じ判決をしている。フランス民法においても、第五條に、

「裁判官はその擔當した事件に判決をなすに當つて行爲の一般的な基準を示し、又は、前判決に拘束されるようにその事案を決定すべきではない。」

とするのである、これが裁判所を拘束する判例法の創設を防止するものと考えられていたにもかかわらず、後には立法者自身が下級裁判所は上級裁判所の適法な判決を認めようとするにいたつて^(五)いるのである。

このことは大陸法の影響を受けた我國においても同じく言える、すなわち、我國において先例の拘束力を許容し、或は、禁止している明白な規定は存しない。又、一般に判例法を「法の淵源」として承認することを避けている。しかも、事實は、その拘束力を認め、嚴格な拘束力を否定しながら、その承認を餘儀なくされている^(六)というものが出来るのではなからうか。

(一) 或る者が事案をその機械に入れると、下から判決が出て來るのであり、その事案が機械に合わない^(六)と事案を合うようにしたり、機械を叩いたりして、判決を得ようとすることになる。

(二) Pound, op. cit., p. 171.

(三) 判例法主義を採つてい^(六)ると考えられている、アメリカ法においてもその初期において法解釋を立法部から奪うことを考えていた、これは、フランス法の影響下にあつたといふことの外に、立法部が主權者の意思を直接に良く表すものと考えたからである。裁判官を立法部によつて召喚したといふ事例さえある。現在においては、問題はむしろ^(六)判例法機關である行政委員會との關係にあるが結局最終的

なロモン・ローの權威を脅すにいたらなう。

(四) Pound, *op. cit.*, p. 178 参照。

(五) Pound, *ibid.*, pp. 180—181.

(六) 例えば、最高裁判所事務處理規則第十二條、及び、第十四條の規定するところは、こうした一つの例と見ることも許されよう。

二

その理論的な基礎は別にして、裁判の運営に當り、實際的な面においては、大陸法系の諸國と英米法諸國とにおける先例特に解釋先例の問題は著るしい區別がなくなつて來ているように見える。特にアメリカにおいてこのことは著しく、市民法と英米法が相接近して行くと説く者もある^(一)。しかし、これを以て兩者を同一視することは早計に過ぎる。

大陸法系の諸國において、先例は決定のために用いられるのではなく、理由づけのために用いられるのである。従つて判例の記録、及び、判例集における表現においてこの差異を著しく表している。すなわち英米法において、判例の法的拘束力ある部分であるレイシオ・デジデンダイは争われた事件の事實を通して發見さるべきものであると考へているために、判例の記録において事實の記録が重要な位置を占めているのである。裁判官にとつては前後の事實關係が不明では、確信を以て判例法の解釋・適用は行い得ないのである。これに對して法典法の國においては意見の記述に中心を置き、更に註釋を通して判例に接觸することになる。

いわけこの區分は、

(i) ローマ法系においては、決定と意見 *dicta* の明確な區分をなし、先例をデイクタとして用いる。

(ii) ローマ法系の學者は、一つの先例にのみ従うことは、たとえそれが賞を得ているものであつても、確信を以てそれ(三)に立脚しない、すなわち、多くの先例を並べて考へる。多ければデイクタとしての基礎が確實なものと考へられるからであ

る。

(iii) 一般に、ローマ法系の學者は先例には拘束されないと考えている、このことは限界すれの問題が生じた時に、その自由が行使され、たとえ最高裁判所の判例といえども、それより卓越した法學者によつて批判にさらされるといつた場合に、しばしば生ずることになる。^(四)

しかし、この裁判所の先例拘束からの自由ということに對して、立法者が「白紙の規定」をすることにより、殆ど意識せずに、裁判所の法創造を承認してしまふこともある。例えば「善良の風俗」といつたことは、その解釋を判例を通して明示し、後の事件においては、その解釋をすくなくとも「一つの據りどころ」としてということから、或る種類の「判例法」を承認することになつてしまつていたのである。^(五)

逆に英米法においても決して先例の拘束を嚴格に守つているのでない、絶對的に拘束すると考えられているイギリス上院においてさえ、實際的に前の判例の効力を奪つてしまふというものはありうるのであり、アメリカにおいては先例の拘束力に關し一層弱く考えられるにいたつていゝる。新しい社會的要求に應ずる時、從來判例法上の長所とされて來たところは、常に負擔であり、改革に對して臆病である。^(六)

又、制定法の取扱に當つて、英米法系の法律家は、制定法を解釋するのに最も適した者は、制定にたゞさわらなかつた者である、と主張し、制定法の解釋に當り、先入觀に支配されない、中立な裁判所の位置を説く。しかし、判例集を通して、判例を文字通り法として考えるよりも、抽出し、分析して法を發見し、解釋し、適用するという訓練をされた裁判官は、文字通り受け入れなければならない制定法については、まさしく、「それを取扱うに當つて最も下手くそ」なのである。^(八)

しかも、英米の裁判官は、自らを「自働販賣器」化することをいさぎよしとしない、ということに基いて、自ら法を發見し、法を創造することを主張する。このことは、輝しい法の支配を負い、司法權の優位を負つているコモン・ローの法曹の

位置に照らして考えることから明らかになれらるべきであらう。

(一) ヒートン 教授は *The Place of "Case" in the Common Law and Civil Law*, 8 *Tulane Law Review* 387 以下
スリホギン・ローと市民法の類似性を強調し、トーマソンと Ireland 教授は *Precedents Place in Latin Law*, 40 *W. Va. Law Quarterly* 116 以下より相違点を強調する。

(二) Goodhart, *op. cit.*, pp. 6—10. 以下よりトーマソン・スリホギンは判例理由 reasons 裁判官の意見 opinions から発見されるべきであらう、その事件の重要な事實 material facts 以下より発見されるべきであらう。

(三) 一般に「學生は判例を量り、裁判官は数える」といわれる。

(四) R. B. Schlesinger, *Comparative Law, Cases and Materials*, pp. 278—9.

(五) *ibid.*, p. 279.

(六) W. Geldart, *Elements of English Law*, 4th ed. pp. 16—17. 以下より、判例法の長所として、(1) 確實性、(2) 發展可能性、

(3) 詳細、(4) 實際的、短所として、(1) 彈力性を缺く、(2) 非論理的、(3) 膨大複雑を擧げてゐる。

(七) H. C. Guttridge, *Comparative Law*, pp. 101—2.

(八) G. W. Paton, *A Text Book of Jurisprudence*, p. 187.

結 言

英米法における制定法の取扱に關するその特殊性は、その體系における裁判所の機能と關連することによつて、明らかにされるものである。

グレイの言葉をかりると、

「或る社會において何が法であり、或は法でないかを最終的に論及するのは司法機關である。」^(一)
といわれる。

立法部によつて制定された法が、自ら解釋するというなら法の規範として、淵源としての意義は明白であるが、現實には

決してそうではない。それが社會に對して法としての負擔を課するのは裁判所によつて宣明された意味において課せられるのである。しかし、裁判所が法の淵源の中で制定法を強い効力のあるものと考へてゐることは事實であらう、裁判の本質と、制定法の性格から考へると、このことは大陸法についても或る程度當てはまるものである。^(二)

裁判官の心中を通して制定法が適用されるに當つては、制定法の文言から出發し、あたかも立法の眞意であるかのように適用することを通して、異つた法を再創造することになりうるのである。ホールデイによると、

「何人が成文或は表明された法を解釋する、絶對的な權威を持つてゐるのか、それは最初に表した人でなく、その意味や目的について眞に解釋する者が法附與者である。」^(三)

と言つてゐる。

こうした制定法そのものを法と考へることなしに、裁判所を通しての法創造を問題にするのは、司法部の權威を維持しようとしてゐる英米法において特色づけられよう、アメリカにおいては法の定義を求めるとに當り、それを裁判所の手續過程と結びつけるのは一般的な傾向である。ホームズ判事の

「法の意味は何か、ということ實際には、それは裁判所のなすべき豫言 prophecies でありそれ以上のものでない。」^(四)
 ということ、又、フランクによつても、

「裁判所がこのような事實について決定するまでは、存在してゐる問題について如何なる法も存在しないのであり、」
 それ以前における法は

「裁判所がそれによつて判決するだろうという當て推量 guess なのである。」
 という歸結に達してしまつてゐることを見るのである。^(五)

カードーンは當て推量ということをも、豫言 predictions におきかえる。すなわち

「もしその權威がおびやかされたなら、裁判所によつて強制さるべき、合理的な確實性を持った豫言を正當化するため
の確立された行爲規範の原則が法である。」^(六)

というのである。

これ等については、英米法における裁判所立法にあまりにも執着するあまり、かえつて裁判所立法以外の法創造の過程を
無視してしまつている、という半面を考慮せざるを得ない。^(七) しかも、

パウンドが與えた制定法の取扱についての假定において、現在では、從來考えられていた、

制定法を直接にのみ適用し、嚴格に狭い解釋を與える。

ということから、

制定法の取扱わんとした領域の中で自由な解釋を加える。^(八)

といつたことへの變化は、或は英米法の根本に動搖を與えるものではないか、又、増加する制定法は判例法主義を脅すもの
ではないかと問われつつも、フランクヤカードーズに見られるごとく、新しい理論として再創造され、裁判所による法創造
という傳統を深く侵しているにいたつていないといふべきであろう。ベンタムの嘲笑にもかかわらず、それは現在でも、裁
判官の創つた法 *judge made law* であり、又、終局的には裁判官によつて再創造されているものであるといふことが出來
るのである。^(九)

(1) Gray, *op. cit.*, pp. 171—2.

(二) ヒェロウによつて「司法的な決定は、制定法と同じく法創造の機能である、立法部の法の決定と同じく、司法部の決定は、權力と國
家の強制力によつて充足されている。裁判所の判決は法としての効力を持ち、完全な法的強制力を行う。その屬する範圍において、司
法部は、ある法の決定は、單に抽象的な法の宣明である制定法よりも安定し、法的拘束力を持ち、完全、強力で直接的な拘束力を持
つ。法の力は立法の力より強い、もしそれが制定法と矛盾するなら、適法な判決はそれ自體正しいものであるとして支持されるのであ
る。」

る。それは立法的でなく司法的な決定によつて、國家の法創造の力は決定的な表現をする」としてゐる。Bülow, Gesetz und Richteramt, pp. 6—7; Gray, *op. cit.*, p. 172 elli 引用。

(三) B. Hoaldy, Sermon preached before King, p. 12.

(四) O. W. Holmes, Collected Papers, p. 173.

(五) J. Frank, Law and Modern Mind, p. 46.

(六) B. N. Cardozo, Growth of Law, p. 52.

(七) もつとも、これ等の説は果して法の定義といえるかどうかは問題である、法は裁判を通して行われるからといつて、そのことだけに法の發生を見るべきでない、又、こうした考えは主權の一部の機能を行う裁判所の法創造といふことから、オースチンの主權説に近いものと爲る。Paton, *op. cit.*, pp. 68—9.

(八) ハウンズの假定は、上記の他に

裁判所は推論の基礎となるべき原則として制定法を取扱うこと、及び、
判例上の規則と平等な併立的なものとして取扱うこと、を擧げてゐるが、これ等は英米法における制定法を充分に説明するものでなく、ここには除外する。Pound, Common Law and Legislation, 21 Harvard Law Review, p. 383. 以下。

(九) コモン・ローと制定法を一般法と特別法になぞらえる考へがある。ここにおいて特別法は一般法に優先して適用されるといふ意味では、制定法が優先するといえるが、特別法の増加は一般法の廢棄を意味しないし、特別法においての疑義は一般法に従つて解せられることから、このコモン・ローと制定法の關係において、法の基礎であるコモン・ローを著しく脅すものでない。

本研究に當つては昭和二十七年年度慶應義塾學事振興資金の交付を受けた。