

Title	アメリカ法を中心としたjudicial law-makingに関する序論的研究
Sub Title	Introductory note on judicial law-making : especially in America
Author	平, 良(Taira, Ryō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.7 (1954. 7) ,p.1- 25
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=AN00224504-19540715-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19540715-0001</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.

# アメリカ法を中心とした

## Judicial law-making に関する序論的研究

平

良

### 目次

- 序論
- 一、Judicial law-making に関する語説
- 二、Judicial law-making の背景
- 三、Judicial law-making に対する批判
- 結論

### 序論

裁判官は與えられた法資料にもとずき、事案の解決にそれを適用して行くのであり、法を創造して行くものではないといわれている。しかしながら、それが意識され、準備された立法といえないにしても、結果として「法を創る」making law ものであるということも考えられる。そうして、この問題はイギリス・アメリカ法において、ブラックストン対オースチアンとして、又、宣明説對創造説といった形でくりかえされて來た。

裁判官が判例の中に「法」を發見し、それが後の事件の解決を拘束するなら、裁判官は前からある判例法を適用すること

になる。それでは前の判決をした裁判官は何にもとずいてその結論にいたつたのか。裁判官は判例法を創つて行くための「立法権」を興えられているのだろうか。論理を追つて行く時に、これ等のことは極めて困難な問題となつて来る。ここにおいて、どこかで有權的に法としての効力を興えることを論證する必要が生じて来るが、判例法主義においても、司法に直ちに法創造を負わしてしまうことは問題になつて来るのである。このことを明らかにしようとする努力が judicial law-making<sup>(1)</sup> をめぐる論議として現われ、固有な意味での立法と並んで「司法立法」を認めるものから、法規といつた外觀を持つたものが法であるのではなく、法は司法を通してのみ創造され、司法立法のみが正しい法創造であるという極にまでいたつた。judicial law-making は、先ず宣明説に對する創造説において現われて来る。イギリス・アメリカ法に大きな影響を及ぼしたブラックストーンは、裁判官は既存の法を宣言するにすぎないものとして、司法的な法創造を否定している。彼は知られているように、一面においてイギリスの慣習に對する信者であり、他面、法を「正しきを命じ、不正を禁止する」ものとするによつて、いちじるしく自然法的色彩を帯びている。彼は、

「裁判官はこの國の法に従つて裁判することを義務づけられて居り」

まれに法規の變更をしているように見えるがそれは決して立法的な權限によるものではない。すなわち、

「そのような場合に、後の裁判官は新法を制定するのだと僭稱すべきでなく、明らかに不都合な、誤ちをやめて、(もつと古い)法を明らかにするのである。すなわち、悪い法だつたから訂正するのでなくて、(今までのものは)法でなかつたのだから、(改めて正しいものを)宣明するのである。」<sup>(2)</sup> (括弧内引用者)

といつている。しかしこの點には明らかに問題がある。裁判官は常に正しい法を見つけるとはかぎらない。しかも、見つけ誤つた時に、後にそれが「法ではない」とされてしまうなら、「法でなかつた」ものによつて裁判された者は、何によつて事案を解決されたのであろうか。このような疑問から出て、更に問題を解明しようと試みるのである。

アメリカにおいても、ブラックストーンの影響はいちじるしい。しかし、この國においては慣習よりも、もつと自然法的な側面を強調する。ここにおいて裁判官は「より高次な法」を發見するものと考えられた。加うるに、アメリカの初期の學者達は權力分立に對する熱心な主張者であり、司法は立法部を通して與えられた法を適用するに過ぎないものとしてしまふことになつた。<sup>(3)</sup> 彼等は法規の間に矛盾があつたとしても高次の法にてらして見ると、選擇は直ちに明らかとなるものと考えたのである。

しかしながら、高次の法にてらして選擇し、どちらかに従つて判決する場合において、結果として、適用されずに置かれている法を残すのであり、又、高次な法——憲法——に反する法があつた場合に、それは効力を失うとした事實は、結果として選擇によつて、有効無効の決定されるという *judicial law-making* を消極的に容認することになるともいえる。<sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>

(1) *judicial law-making* はカーヒールによつて *judicial legislation* と用いられてゐるが、*legislation* は固有な意味での立法、*legislative law-making* と考えられることから「司法立法」とするより「司法的な法創造」とすることが適當である。又、*judicial* は *judiciary* と區別する。すなわち、後者において多くは「司法部」の意味で使われる。ところが、「司法的な法創造」は、司法部或は裁判所の法創造とするよりは、國家の司法作用——いわゆる準司法機關といわれる部や委員會等の司法作用を含めて——によるものと考えられるからである。歴史的に考へても大法官廳や星室裁判所は、元來は行政機關と考えられたものであるが、現在では司法裁判所として容認されてしまつてゐるのである。

(2) *Blackstone; Commentaries*, p. 69. 又、彼によつて創造的な要素は可變的な慣習にあるといはれてゐる。 *ibid.*, p. 67.

(3) *Federalist*; No. 47 (by J. Madison).

(4) *Marbury v. Madison* (1803).

この事件におつて、マーシャル判事は

「司法部の範圍と義務は、法とは何かを説明することである。法規を個々の事件に適用する者は、法規を解釋し、説明する。もし二つのものが互に抵觸し合えば、裁判所は、どちらかに従つて判決しなければならぬ。」<sup>(5)</sup>

(5) 初期のアメリカにおける主要な學者は概ねこの立場に屬している。すなわち、ストーリー、ケント、及びタレーイ等である。

### 一、Judicial law-making に關する諸説

宣明説に對する創造説として現われた、司法的な法創造の理論は極めて多様である。

一 オースチンは司法部による法創造を否定しない。彼は

「裁判官が立法出來ないとしたら社會はうまく動いて行けるだろうか、又、現に裁判官に、彼が明らかな立法者の過誤や無能を訂正するために行使する権限を興えるのは危険であるというのか……(そうだとするとそれは)理解しえないことである。」<sup>(1)</sup>(括弧内引用者)

という。オースチンの立場は、法の定義に當り、主權者の定めた set, established としていることから、それが制定法にのみ結びつけられるおそれがあるということから、それを繼いだホルランドによつて、

「政治的權威によつて強制される (enforce)」<sup>(2)</sup>  
といひなおされ、判例法の創造についても明瞭にしようとなされた。

グイン<sup>(3)</sup>、ポロック<sup>(4)</sup>、及びサーモンド<sup>(5)</sup>においても同様の見解が見られるが、judicial law-making といつた點からこれより一層觀取しうるのはサーモンドである。彼は、判例を宣言的先例と創設的先例に分ち、すくなくとも後者においては明らかに、判例法の創造を承認しているのである。<sup>(6)</sup>

判例法主義において、その實證的な研究を進める時に、これらは當然達してしまふ傾向であり、このことが法創造を裁判官に認める理論になつたともいえよう。

二 合衆國において、最近極端な形にまで押し進められた judicial law-making は、ホームズによつて點火された。

法の生命を論理よりも経験に求めたホームズは、後にアメリカの法律家の信条にまでなつた、

「私が法というのは、裁判所が實際になすであろう豫言をいうので、それ以上のものではない。」<sup>(7)</sup>

と説く。この言葉自身からは直接に法創造を示しているものではないが、法は「裁判官がなすであろうところ」ということは、その創造的作用を強く裏付けているものと考えられた。これは多數の者が多かれ少なかれ達する見解でもあつた。ホームズによつては、コモン・ローの傳統に歸るといふ、むしろ保守的といわれる立場から出ながら、かえつて後の *judicial law-making* の極端な主張に道を開いたのである。

ホームズにおいて、公理や演繹よりも、先ず判決し、それに理由づけを行うのが裁判官の仕事であるとされる。法・法規が判決からは離れて原則化されて存在するよりも、法は判決そのものと結びつけられたのである。明らかに裁判官は法を創る。そうして、それが決して新奇なものでなく、昔からそうであり、法は現在のために創られるものであるということにおいては一貫してゐる。

三 *judicial law-making* に對して、大膽に述べてゐるのはグレイである。彼によると、

「或る社會において、何が法であり、何が法でないかを最終的に論及するのは司法機關である。」

「或る社會の法乃至法律は、その社會の裁判所が事件を決定する準據となる。従つて、その社會の構成員がこれによつて自らを律する規則であり、これらの規則を他の行爲の準則から區別し、それを法とする事實は裁判所がこれによつて行動するといふ事實である。」<sup>(8)</sup>

のである。現に拘束してゐる法と、その材料としての法源を區別し、法規や判例に示されてゐる原則は法の淵源であつても、法そのものではない。裁判所やその他の司法官憲によつて、最終的に意味が賦與されるときに、はじめて法となるものと考へたといふやう。

四 パウンドによつても、司法活動は全く法の創造的な要素であると考えられる。彼において、法は司法において認められ、強制される規範なのであり、司法において良い裁判官はプラグマティックな<sup>(9)</sup> ソシアル・エンジニア 社會工學者なのである。法は裁判所によつて決定されるが、その場合に原則や原理は、それが適用される社會的な環境や條件に關係を持つ。すなわち、ここで法の規範的要素は否定されないが、法を單に法規の合計と見るのではなく、より廣汎な、多くの要素にもとずき、技術と類推を通して法は創造されるのである。

彼によるとフロンティアのような法のない社會では、法を創るために、或る人が個人に課せられる負擔を耐えて、法を創るのであり。法の解釋について示したパウンドの擬制と意味賦與の考え方は、既存の法の周圍に法が擴大され、新しい法となつて行くことを否定しているものでなく、その役割は司法に負わされていたのである。<sup>(10)</sup>

#### 五 カードージにおいても、

「我々の研究の目的からは、法の原則又は規則というものは、その權威が無視された場合に、裁判所が強制するであろうということをも、相當な確實さをもつて豫言しうるような、定められた行爲の原則又は規則をいう。」<sup>(11)</sup>

としている。すなわち、存在しているものが常に法であるというのではなく、確實さを豫言するもの、或は當て推量しうるものであり、法として明らかになるのは行われてからということになる。ただ、引用した彼の文章からは「行爲の原則又は規則」に重きをおくか、「豫言」に重きをおくかによつてその理解を異にし、ホームズが「裁判所がなすであろうところ」<sup>(12)</sup> What court will do. ヒューズが「裁判所の決するところ」<sup>(12)</sup> What court decide. という點に比して緩和されている。

しかしながら、カードージによつても、立法部のみが法を創るものと僭稱することを許さない。變化する諸條件に従つて裁判官が仕事をして行くことは、社會福祉や社會正義を裁判所に任せることになり、特に判例が權威を缺いている時、このことは問題として取り上げられて來るものとなつたのである。<sup>(13)</sup>

六 Judicial law-making を極端に進めたのがいわゆるニオ・リアリズムの立場である。ここにおいて、ルウリンとフランクを中心に、その一般的な傾向を眺めてみる。

ルウリンは、傳統的な法は規範をその核心とし、又、それが救済の方法よりも救済の基準を示すことに傾き、権利や法を概念化することになつてしまつた。そのことが或る意味で現實生活と關係のない觀念に結びついたのである。彼にとつて重要なのは實體的な規則よりも手續とそれに現われる裁判官や官憲の行動と一般人の行動との接觸が中心になる。規則は紙に書かれただけであり、本の中にある法だけでは法でない。それが司法手續をへて、裁判官の行態に現われてはじめて法となるのである。このように、法は常に *is* であつて *ought* ではなく、裏付のない權利といつたものには確かさは求められないと考へたのである。<sup>(14)</sup>

Judicial law-making の熱心な支持者の一人にフランクがいる。フランクは、判決の背後にある法が確立され、それによつて法的安定性と恒久性が保證されると考へる傳統的な理論を批判し、法的權威によつて束縛するのは幼稚な考へであり、裁判官は權威から解放され自由でなければならぬとした。古來、法を正確に述べようとする者、又、豫言しようとする者にとつては、法が確實であることを望むあまり、judicial law-making に對して決して好意的になりうるものでなく、形式主義に陥つて行くのである。しかし、法は機械でなく、裁判官は單なる機械取扱人でもない。充分に考へて創られたと思われている制定法でさえ、決して確實なものでなく、最後に司法にまかせられるのである。それどころでなく、フランクによると、たとへ法がなくても、法は産み出せるものとなるのである。<sup>(15)</sup>

ルウリンと同じく、フランクにおいても、判決があるまでは法は無い、現實に法といわれるものも、豫定か、過去にあつた個々の事件についての解決で、將來の推量の基準以上のものではなかつた。

自然科学者から、法學の研究に轉じたクックによつても、法の實務家は、將來の出來事を豫報しようという仕事に従事し

ている。むしろ、望ましい結果に達するように裁判所をひきずつて行くのである。裁判官の仕事は、文字から純粹に論理に従つて意味を見出して行くことでなく意味を與えているのである。裁判官は欲すると否とにかかわらず立法しなければならぬ、ものと考えられている。<sup>(16)</sup>

オリファントは法という文字に表されている有聲行態よりも、裁判官の口に表れない行動といつた無聲行態に、意見よりも、何を行つたかに注目すべきであり、規則が制定法上に明示されているとはかぎらず、判例の解釋は無限に擴張され、論理だけが解決にならないとして行われているのであり、同じくレイデンも、裁判官の負擔を除くどころか、裁判官の責任を増し、法の眞の變化は司法部によつて行われるのであり、裁判官の自由裁量に多くを委ねる。<sup>(18)</sup>

こうしたニオ・リアリストの主張はそれが誇張されているにしても、法を生かし、本當に法を創造するのは司法にのみあると云ふことにおいてはほとんど一致している。<sup>(19)</sup>

- (1) Austin; Jurisprudence, p. 224.
- (2) Holland; Jurisprudence, p. 37.
- (3) Dicey; Private International Law as a Branch of the Law of England, 6. L.Q.R. 3.  
「法は國家の權威によつて支持されるものとしての國家の強制するすべての原則・規則或は格言をいう。」
- (4) Pollock & Maitland; History of English Law, p. 25.  
「法とは國家におよびその權力によつて行われる裁判法則の總計である。」
- (5) Salmond; Jurisprudence, p. 49.  
「法は裁判所の承認し準據する規則である。」
- (6) *Ibid.*, p. 230.
- (7) Holmes; The Path of Law, in Collected Papers, p. 173. 他は Common Law 及び Natural Law, in Collected Papers 参照。
- (8) Gray; Nature and Sources of Law, pp. 171—172.

グレイはここでホールマイの有名な言葉を引用する。

「何人が成文法、或は法を解釋する絶対的な權威を持つてゐるのか、それは最初に表明した者でなくて、その意味を目的について眞に解釋する者が法附與者である。」(Sermon preached before the King, 1717, p. 2. in Gray, op. cit., pp. 125 & 172)

(6) Pound; Interpretations of Legal History, Lecture I.

(10) Pound; The Spirit of the Common Law, p. 120 & pp. 169—192. 又、ハウンズは「法を發見する」と使つてゐることもある。  
\* (Enforcement of Law, 20 Green Bag 401) これは「制定法及び判例から法を發見する」との意味であると解せられよう。

(11) Cardozo; Growth of Law, p. 52.

(12) Hughes; Address and Papers of C. E. Hughes, pp. 185—186.

「我々は憲法の下にある。しかして、憲法とは裁判官が言明するところのものである。」

「自由の保證、及び連邦の權限の賦與をとまなつてゐる憲法は最終的には、最高裁判所がその意味を決したところのものである。」

(13) これにブランドイスを付け加えることが許されよう。彼は自ら考案したブランドイス要約書 Brandies Brief によつて、立法例や先例よりも、具體的な事案の検討を中心として法的結論にいたる努力をしてゐる。このことから結果としては、新しい法創造への役割を負つこととなるのである。(ブランドイス要約書については、鶴岡信成「アメリカ法學の諸傾向」八二—八四頁參照)

(14) Llewellyn; Some Realism about Realism (44 Harvard L. R. 1222). ハッリンは他に The Bramble Bush なる著述がある。

(15) Frank; Law and Modern Mind 參照。

(16) Cook; Scientific Method and Law (13 A.B.A.J. 305).

(17) Oliphant; A Return to Stare Decisis (14 A.B.A.J. 71, 159). オリファントの興味ある判例法規範確定の困難その例證がある。  
すなわち、

父親が娘の婚約を破棄をせることが出来るという場合に

① 父親は娘の婚約を破棄をせるよう特權づけられてゐる。

② 父親はその特權がある。

③ 兩親は娘にも子息に對しても特權がある。

④ 凡ゆる兩親は婚約をすることについて特權を持つ。

⑤ 凡ゆる兩親は子女のなす、凡ゆる約束について特權を持つ。

アメリカ法を中心とした Judicial law-making に関する序論的研究

⑥ 凡ゆる人は、他の者のなす、凡ゆる契約に對して特權を持つ。

と無限にひろがり、それを選ぶかは通常は裁判所の意見にもとづいて決定されることになるのである。

(8) Radin: Law as Logic and Experience 參照。

(9) 本文中に指摘しえなかつたりアリスト達の見解も、ビンガムのように、法を具體的にとらえるために judicial law-making は有効であるとし、プラグマティズム哲學者であるデューイやジエームズも、古い材料を使つて新しい法を組立てるのが、法律家の仕事であるとし。ロビンソンとアーノルドも法概念の有用性を排斥してしまふのではないが、事實を中心として司法部の負擔において解決されるべきこと。ムーアも法が明瞭であるように思われても、裁判はそれによつて示された道から外れること。ローデルは、成文法が確實な解答でなく、判決の形成によつてその意義が明確になることを指摘し、judicial law-making については肯定的である。(Cahill: Judicial Legislation, Chs. 5 & 6 參照)

## 一 Judicial law-making の背景

このような judicial law-making の背後には如何なる要素が働いているのか、特にアメリカにおいて極端な形にまで進められたこの傾向は如何なる力によつて支えられたのかを吟味しなければならない。

一 先例拘束の原理。 裁判官が人定の何ものにも拘束されずに法を創つて行くにせよ、その背後にある慣習や自然法を宣明するにすぎないというにせよ、コモン・ローにおいては、大陸法の場合に、一般に、立法者が自然法を實定成文化化し、裁判官は立法者によつて設定された法規に従つて裁判して行くありかとは異つて來る。この場合に、イギリス・アメリカ法においても宣明説が自然法の宣明にとどまつている限りにおいては、それを實定判例法化するための中心的な役割は裁判官に残されているのである。

ステア・デサイシスの原理に従つて、後に發生した事件は既存の判例のレイシオ・デシデンダイに拘束されるということ<sup>(1)</sup>は、いわば判例法の拘束力ある原理を發見し、それを解釋・適用して行くことであり、成文法による統治に代えて、判例法

による統治が行われて行くことにおいては異らないといえる。

しかし、制定法は多くの場合に、その相対的な不變性を前提とするのに對して、判例法はより可變的である。先例の拘束力は絶對的でない。かつてくつがえされたことの無いイギリス上院のステア・デザイシスも僅かに一九世紀末に達せられ、それはパウンドのいう「法成熟の時代」に大陸法における市民社會の法が安定した時期でもあつた。しかも、それが確立したと思われたとたんに、二〇世紀の激しい經濟的な變動の中において、その絶對性を疑われ、或は外見上の絶對性を維持したにしても、準司法機關の増加による「新しいエクイテイ」の出現により、實質的には蠶食されて行くことになる。

このように、裁判官が絶對に先例に拘束されないこと、特にアメリカにおいていちじるしい先例拘束への輕視が、時に應じて法を創造することとなる。この場合に裁判官は恣意的な判断をするのでなく、「長い勉強を必要とする法知識にもとずく、技術的理性」によつてゐる。しかし裁判官が機械でない以上、都合よいように合せたり、叩いたりすることは避けられない。

二 法の支配。この問題は法の支配と、それと關連してゐる司法審査 *judicial review* から考えられる。<sup>(4)</sup> コークの法の支配は王權に對するコモン・ローの優位、そうしてエクイテイに對するコモン・ローの優位の主張であつた。前者については一六一二年の王との論争を通して勝を占め、後者について彼の時代には勝を占めなかつたが、エクイテイが結晶化されて行くことによつて、結局は廣い意味でのコモン・ローに吸収されるのである。

しかし、それにもまして、一六一〇年にボナム醫師事件を通して説示した、「コモン・ローが議會制定法を抑制し、ときにはそれが全く無効となると判決することが出来る。というのは、議會制定法が一般の正義と理性に相反し、又、矛盾して執行しえない場合にコモン・ローがこれを抑制し、その法律を無効とするものであるから。」<sup>(5)</sup>

というのである。

イギリスにおいては、議會主權が現われて以來、法の支配はその性格を變えた。<sup>(6)</sup> 又、アメリカにおいても、初期において、立法部は人民の代表者であり主權者であることを併稱したが、一八〇三年のマーブリ對マジンソン事件は、明らかに立法部の法律も、より高い法の下にあることを確認した。ここにおいて、司法においてすくなくとも、或る意味で法律の條文を無効とする法の創造が行われることになつたのである。アメリカにおけるフランス法の影響を通して、分立された立法部を通してのみ法が創られるということに對して、しかも法の眞の發見者、意味賦與者は最後には司法をあずかる者にあることを明白にしてしまつた。

外見上は、アメリカにおいて憲法をはじめとして成文法の占める領域は大きい。しかしそれが、眞の發見者である裁判官の行、<sup>(7)</sup>「適法條項」や「州際通商條項」<sup>(8)</sup>の擴張解釋を通して、新しい判例の形成となり、豫想された憲法の條項とは離れた法の誕生となつたことにその例を見るのである。いわれているように、アメリカは既に成文憲法の國というよりは不文憲法の國となつているのである。

こうした、法の優位、司法部の優位は、當然の歸結として裁判官の優位となり、法創造を司法と結びつけることに疑問を残さないこととなつて行つた。

三 プラグマティズム。 普遍と絶對の否定から出發し、眞理に對して實踐的効果を持たせ、實在は形成されて行くものとしたプラグマティズムは、<sup>(9)</sup>理論や原理を絶對的なものとしなかつた。

法の領域においても、この立場は法原理や法概念へ對する不信として現われ、法的確實性を幻想として排斥しようとする。特に歴史的な産物が必然的に現在を拘束するものとした過去の歴史主義に對して、歴史は單に將來を創造して行く材料に過ぎないものとしたことは、法において過去の歴史的産物である判例は直ちに現在を拘束するのではなく、それは將來の法を形

成する材料にすぎないものということになり、將來創り出される法にのみ價値があり、過去の法と思われていたものは幻想でなければ豫言であり、その豫言を成就する裁判所によつて、承認され、強制されたものになるのである。しかもこの立場を進めると、強制されたとたんに、それは過去の法に屬してしまふものでもあり、ここには常に假定としての法のみが残されることになつた。

四 自然科学の發達と心理學的研究。法の領域は自然科学の研究と無關係ではない。近代における進化論と自然淘汰が、經濟の領域において自由放任主義となり、法においては國家權力による社會生活の拘束を最少化するという、安定した法典の要求となつた。コモン・ローが法典化という過程をたどらなかつたにしても、ステア・デザイシスを嚴格化することによつて同じ効果を果したのである。しかるにダーウインやニュートン時代から新しい自然科学への發展につれて、又、自由放任なる經濟思想に耐えられなくなつて、計畫化された經濟に進む時に、法は社會化されることになる。<sup>(10)</sup> コモン・ローにおいては新しい要求に應じて、從來ステア・デザイシスの嚴格性の中に眠り、安定していた法を再検討することになり、その傳統の中に死藏されていた、judicial law-making を通して、法創造を裁判所に任せることになつた。とはいへ、それを取り出された初期においては、新しい要求に應えるよりは、從來の安定した法のために奉仕したのであるが、立法部及び行政部に對して示されたその力は、司法立法の重要性を印象づけることになつた。

アメリカを支配した心理學的研究、特に精神分析の方法を法の領域に採用したのはフランクである。彼の分析からは、法の確實性や安定性に對する批判と既成の法に對する不信だけが残された。

フランクによると、法は父親に代るもの、father substitute にすぎない。すなわち人は絶對的な權威を求め、傾向があり、子供は父親に對してそれを求め、それが破れると、長老や指導者に、そうして神とか法といつた權威を絶對的なものとして求めることになる。このような子供っぽい考え方が、法を非人格的な、無體の、正と邪を判定することを確實に示して

くれるものとして求めることになる。<sup>(11)</sup>

しかるに、現實には「大人になつた」者は、自ら好むままに法を創り出して行くことが許されなければならない。外見上「法による裁判」と思われていても、事實は數多くの社會的な・心理的な諸要素によつて解決されるものであり、裁判官の心理を分析——それが、しばしば朝食の献立まで及ぶことになつてしまふが——する時、裁判はいわゆる法のみによつてなされているものではないことを卒直に認めざるをえないことになる。

判例法において、法の發見と選擇は裁判官に多くの決斷の機會を要求し、そのことを通して生きた法としての意味を持つのであり、「大人になつた」司法にこの意味での法創造をまかせることになる。

五 法的訓練の變化。アメリカにおける法學教育の大きな問題として、法學校、特に國家的規模を持つ法學校において、教授すべき定まつた法が無いということである。

すなわち、合衆國が連邦と四八州から成つてることからする、制定法・判例法の洪水はその一つ一つについて精密な研究と教授することを困難にしている。法典法の場合には一應定められた法規を對象とし、ホールズワースの指摘する判例法主義を採用するに適したイギリスにおいては教授すべき法は明らかである。しかるに合衆國では「統一するであろうと思われる一般原則を教える」ことになり、それよりも、統一するであろうと思われる一般原則を見出すように訓練するのである。<sup>(12)</sup>

一九世紀末にラングデルによつて提唱されたケース・メソッドは法を教えることよりも、法的思考を訓練し、自ら法を産み出すことを訓練する結果となつた。學生時代に法を創ることを訓練され、ステア・デサイシスを輕視する傾向にあつた者が、自ら法曹としてその職を行うにいたつた時に、裁判官の法創造に疑を持たなくなるであろうということは容易に想像出来る。

しかしながら、いうまでもなく、現實の解決に當つては空中から解答を求めないのでなくて、多くの場合には、既存の法にもとづくものである。それにしても、しばしばそれが自分の確信を強めることに用いられたのである。

六 アメリカ法の特殊性。この問題がアメリカにおいて特にいちじるしく現れたのは、アメリカ法における特殊な性格を更に考えることによつて一層明らかにされるであらう。

(1) パウンドを通して指摘されているように、アメリカが一八・九世紀を通して、フロンティア社會を背景として發展して來たことは、法の不完全な社會において、法律家も無い場合に、民衆の素朴な正義感と實力によつて争を解決し、その結果を前例として次の事件を解決するという、法創造の役割を「司法」に負わせることが見られる。

(2) 合衆國憲法において、立法權は各州の立法部と、制限された連邦議會の立法權に分れている。すなわち、ここには最高で統一的な立法意思を表現する方法がない。これに對し、司法は憲法上、その管轄權は制限をされているにしても、重要な問題については統一された合衆國最高裁判所があり、分裂させられている立法部に對して、統一的に司法意思を表明することが出来る。<sup>(14)</sup>

(3) この最高裁判所が、憲法についての解釋權を與えられていたことから、その理論の許す範圍で擴張し、新しい政治的・社會的な要求に應じようとした。連邦の州に對する權力の増大といつた極めて重要な問題にいたるまで、憲法の規定に新しい意味を賦與するのである。<sup>(16)</sup>

(4) アメリカにおいて自然法の思想は、イギリスに比していちじるしい。ここにおいては、裁判官は自然法をあざかり、それを明らかにするものであるといわれ、いわば、宣明説に屬するものとなるのであるが、このことが逆に裁判官の位置を強め、法創造のために道を備えることともなる。

七 現實的背景。一九三三年のルーズベルト就任以來の改革に對してとられた違憲法令審査は、「司法拒否權」<sup>(16)</sup>の行使

という形で、司法による「制定法を無効とする法」の「制定」が可能であるとの印象を與えるのである。

「司法拒否權」の行使は、多くは古い自由主義の信者である「九人の老人」によつて、立法部或は行政部の試みる新しい法改革への要求を否定する側にまわつてゐる。しかし、それを通して司法部は寡頭獨裁<sup>(17)</sup>であるといわれ、司法においてもほとんど立法と同じ法創造をなしうるものとして考えられ、本來は司法の本質的な機能として争われている事件の解決に對して現われているのであり、法律の廢止を意味しているにもかかわらず、あたかも立法と同じものであるかのように印象づけ、裁判所をレヴアイアサンと考えさせた。

ルーズベルトにとつて幸なことに、最高裁判所の獨裁が、その構成員の變化によつて止むことになつて來るが、このこと<sup>(18)</sup>がかえつて、裁判官は法の下にある人格でなく、感情を持ち、思想を持つた生きた人間であることを理由づける結果になつた。

- (1) Goodhart; Determining the "Ratio Decidendi" of a Case, in Essays in Jurisprudence and the Common Law.
- (2) グレイは、すべくなべと一七六〇年には、上院が前判決に拘束せられてゐたことゝ。London Street Tramways Co. v. County Council (1888) A. C. 375. 彼の點が示されてゐるが、又 St. John Peerage Claim (1915) 282, 308. 上院は前判決に拘束せられなかつたことゝ。(Gray; op. cit., p. 217 參照)
- (3) Coke; VIII. Rep. 114a, 107a.
- (4) Cahill; op. cit., p. 4. 例えば三十歳未満のものが大統領になつたことに對してなされた judicial review は judicial legislation とは見えなかつた。しかし一般に司法審査は司法立法と關連してゐる。
- (5) Coke; XII Rep. 63.
- (6) Pound; Spirit of the Common Law, pp. 74—76. 法の支配と司法權の優位に關しては、伊藤正巳「英米法における『法の支配』」  
「司法權の優越」を參照。
- (7) Due Process Clause. 合衆國憲法修正第五條「第一四條 Slaughter House Case (1873) に關して同條項の違憲法令審査が取り上げられた。

- (8) Interstate Commerce Clause. 合衆國憲法第一條第八節第三項 Hammer v. Dagenhart (1918) において、州際通商の規制を装しながら、年少労働の禁止を眞實の目的とする法律に對してその効力を否認した。これに對してホームズが少數意見の側に屬してゐる。
  - (9) シェームズ「プラグマティズム」柳田啓三郎譯（創元文庫）一九六頁。
  - (10) Cahill; op. cit., pp. 149—150.
  - (11) Frank; Law and Modern Mind, pp. 69—75.
  - (12) Holdsworth; Some Lessons from our Legal History, pp. 202—223.
  - (13) Goodhart; Case Law in England and America, in Essays in Jurisprudence and Common Law, pp. 65—91.
  - (14) Goodhart; Some American Interpretations of Law, in Modern Theory of Law, p. 2.
  - (15) Swift v. Tyson (1842), Erie Railroad Co. v. Tompkins (1938) を通じて連邦の州々の關與が増加して行く。この問題については Wendell; Relation between the Federal and State Courts. (法學研究第二五卷、第二號に紹介)
  - (16) 産業復興法 N. R. A 第九條のうちは Panama Refining Co. v. Ryan (1935) にカードーンの反對意見を除き全員で、又、その法律に對して Chester Poultry Corp. v. U. S. (1935) によつて、全員により違憲、農業規制法 A. A. A は U. S. v. Butler (1936) の無効とされ、H. V. A のみが合憲とされてゐる。
  - (17) フランクフーターは寡頭獨裁はアメリカにとつて變則的であるといひながら、彼の屬する最高裁判所が、その非難をうけることとなる。
  - (18) 一九三七年にルーズベルト大統領は司法部の改革によつて、その望むところを進めようとした。しかしこれは上院の司法委員會で否決された。
- その後保守的な傾向にある裁判官がその職を去るに従つて、新しい裁判官が任命され、すくなくとも、一九三九年までには進歩的な傾向を有する裁判官と保守的な傾向を有する裁判官との比は六對三となつたのである。この點については Pritchett, The Roosevelt Court. 參照。

### 三 Judicial law-making に對する批判

Judicial law-making に對しては又批判も少くなく。

アメリカ法を中心とした Judicial law-making に關する序論的研究

一 創造説に對して、ブラックストーンの流れをうけて、コモン・ローの創造的な要素は司法部にあるのではなく、民衆の可變的な慣習の中にあると考へたカーターは

「裁判官は法を創るのでなく、法を宣明するのである。法は擬制や偽裝でなく、深い眞理に根ざすものである。裁判官が立法することが出来るというなら、裁判官は立法者と同じ自由を持つてゐるはずである。……裁判官は定められた規範に従わなければならないことはいわなくても分つてゐることだ。立法者の持つてゐると同じ專斷的な力を持つてゐると僭稱する裁判官は、正しく彈劾にあたひするものである。」<sup>(1)</sup>

としてゐる。彼によると裁判官は慣習のエキスパートであつたが、「公の承認をうけるような權威あるスタンプを押す」のが裁判官であるということによつて、法として權威づけることの出来る司法過程の創造的な機能を暗黙の中に認めてしまつた。彼はくりかえし、

「眞の法的性格というものはすでに定つてゐるのであり、……裁判官の仕事はその本質を見出すことにある。」  
としてゐる。しかしながら

「裁判官は決定的な形を正しく確めないで新しい事件であるからといつて、誤認してしまふ。……それが法を創るのだというなら、裁判官は誤つた宣言をすることによつて法を創るのであり、裁判官は誤つた法を創ることが出来るのである。」<sup>(2)</sup>  
としてゐる。このような彼の主張は、ブラックストーンによると、「誤つた法」としてでなく、「法でなかつたもの」としてゐることに比すると、宣明説として不徹底である。「悪い宣言は法とならない」のでなく「誤つた法を創るなら」その場合にはすくなくとも創造を認めることになるからである。

二 Judicial law-making を全く否定しないにしても、それだけを唯一の法創造とすることに對しては批判の餘地がある。パットンのいうように、裁判所で取り上げないにしても法は存在するといえる。コモン・ローにおいて法を裁判所におい

て發達させて行くことに慣れてしまつていたので、他の機關による立法を輕視することになる。最近の *judicial law-making* も結局はオースチンの翻案にすぎないのである。<sup>(5)</sup> そうしてオースチンにおいては、法は何故有効であるか、それは強制されるから、何故強制されるか、それは有効であるからという循環論におちいつてしまつていたのである。すなわち、個々の法規そのものについて裁判所で取り上げられずについても、効力を失うのではなく、法秩序全體から見た時にそれは無意味なものとしてしまうことは出来ないといふのである。

いずれにせよ、司法立法を極端に進めて、司法の本質的な作用を無視し、立法部と同じ意味で法を創造することと考えてしまい、その誇張から獨斷におち入り、法の行爲規範としての性格、裁判官にとつての判決の基準さえ無視し、それに代えるものとして極端な心理的・社會的分析をひき入れてしまつた。これは形をかえた *might is right* 或は少くとも *might makes legal right* であり、法の理念的な面を忘れてしまつたのである。<sup>(4)</sup>

この點について、フリーデマンは、このような極端な現實的な主張と、理想性を強調する學派とのギャップはうずまひつゝあるのであり、法を合理化するためのいささか行きすぎた努力であるとして、むしろ好意的に解している。<sup>(6)</sup>

三 リアリストに對して、嚴しい反撃に出たのはイギリスの法學者であるが、特にグッドハートに代表されている。もつとも、彼の批判は法の本質の解明に向けられた極端に現實的な主張に對するもので、直接に法創造の問題に向けられているものではない。

グッドハートによると、グレイのように裁判官のみが絶對の權威を持つことになれば、制定法をすべて無効となしうることになる。例えば、制定法上書面による遺言のみが有効であるとしてゐる時に、裁判所は口頭の遺言も有効となしうのではない。<sup>(6)</sup> もし法規が單に言葉にすぎないなら、そうして文字に示されている法規が淵源であるならエロヒキや偏見も淵源であることになつてしまふ。コモン・ローにおいて法創造を司法に結びつけることは極めてあり勝ちなことであるが、それ

だけに止つてゐることは出来ないのである。

いわばリアリスト達はホームズの言葉をとらえて、それを信條としてしまつてゐるが、その言葉を文章全體との關係から考へてゐない。ホームズは「法とは裁判官のやるもの」としてゐるが、それは講演で倫理との區別から使われた表現である。話のはずみに「醫者がくれたから藥にちがいない」といつても、それは事物に對する正しい解明とはならない。<sup>(7)</sup>

要するに、グッドハートによると、これらのことは法確實性へ不信・不安を持つ法律家が發展する自然科學によつてひきおこされた劣等感である。法的な眞理を無理に科學的眞理と同じくしようとすると、かえつて不安定となり、司法的に正しい論證をすることさえ排斥し、證券の書き方さえエモーションによつて左右されるといわざるをえないことになるのである。<sup>(8)</sup>

この批判は、法學者がいたずらに法懷疑主義におちいつてゐることに對する批判であつたが、それであるから直ちに司法の法創造の作用を否定してしまふのではない。カードゾの批判に示された、司法に選擇の餘地のあること、彼がレイソ・デンデンダイの發見を通して示唆した、發見の過程において、裁判官は主要な役割を演じてゐることに見られる。

四 法典編纂は、司法を法を適用する機關に限定するものであり、judicial law-making に對して挑戦するものである。しかし、コモン・ローは現在においても法典との戦に敗れてゐない。しかしながら、現在見られる、無言の強力な批判は次第に擴大しつつあるリステイメントである。リステイメントの効力について法的な保證はない。又、それが單に大規模な共同研究にもとづく學的成果にすぎないといえるにしても、事實はリステイメントは「法典」であり、すくなくとも、複雑な事實から成つてゐる判例から、一般化した原則を抽出し、裁判に當り準據とさせようとしてゐることは疑う餘地がない。<sup>(9)</sup>

はなはだ奇妙なことに、judicial law-making の主唱者とリステイメントの主唱者とが一致してゐることが少くない。<sup>(10)</sup>

これはむしろ複雑なアメリカ法の解決のための一見矛盾する、しかし、同じ動機から出た運動であつた。このリステイトメントによつて、イギリス・アメリカ法が法典法へ移行するような印象を興えたが、それが「獨特の拘束力を持ち」「命令するのではなく浸透するのであり」<sup>(11)</sup>判例法との妥協はリステイトメントそのものよりも、それを利用した判決に拘束力を持たせ、リステイトメントの効力の保證を裁判所に任せ、それどころか外見上の類似から、法律そのものについてもリステイトメントとは相對的な差を持つにすぎないとの印象を興え、<sup>(12)</sup>かえつて制定法の拘束力自體を弱めてしまふのである。

五 裁判官を制扼し、従つて司法による法創造についても關與しようとする問題としてリコールが考えられる。合衆國におけるリコールはなお若干の州において裁判官に對するリコールに及び、<sup>(13)</sup>又、判決に對するリコールの提案にまで及ぶのである。アメリカにおいて政治的色彩の多い裁判官は私的な争の解決だけでなく、政策を決定するのであり、それに司法拒否權の行使がされるのである。<sup>(14)</sup>それに對して、すくなくとも裁判官の不誠實・不徳義のある場合にはリコールによつて制扼しようとする。

しかしながら、リコールは司法の獨立について重大な侵害になり、裁判官はリコールをおそれかえつて公正な判斷を缺くものであるという有力な反對がある。裁判官の仕事は法がいかにあるべきかを問題にするのでなく、法が何であるかを決定するだけであり、たとえ、そこにおいて法が創られるにしても、リコールを通しての素人の人民の氣まぐれに任せる危険に比して、その危険の度は少いのである。<sup>(15)</sup>

逆にいえば、後に最高裁判所長官となつた大統領タフトによつて、リコールに對して批判されたように、  
「司法部の獨立を破壊し、民衆の多數派の暴政にさらす」<sup>(16)</sup>

といわれる程、なお、司法寡頭獨裁の防止の意義を失わない。

(1) Carter; The Province of the Written and Unwritten Law, 24 A.L.R. 1.

- (2) Garter; Law: Its Origin, Growth and Function, pp. 192—193.
- (3) Paton; Jurisprudence, pp. 68—69.
- (4) *Ibid.*, pp. 59—63.
- (5) Friedman; Legal Theory, pp. 189—201.
- (6) Goodhart; Some American Interpretation of Law, in *Modern Theory of Law*, pp. 5—7.
- (7) *Ibid.*, pp. 9—10. 著者はこの點に於てのグッドハートの主張は當つてゐるとはいへない。ホームズはそれを話のはずみとして一回だけ使つてゐるといふのでなく、同趣旨のことを何回もくりかえしてゐることが明らかであるから。
- (8) *Ibid.*, p. 16.
- (9) リステイトメントについては拙稿「リステイトメントを中心としたアメリカ判例法の課題」(法學研究第二六卷第二號)で比較的详细にこの問題を取り扱つた。又、ここではリステイトメントのみを通り上げたが、アメリカにおけるモデル・コード、イギリスにおける法典化、ダイジェスト化についても同様に考えらるべきであらう。
- (10) リステイトメント準備のための委員會の中へ、パウンドやカードーンが加えられている。しかし、パウンドもカードーンも極端な創造説というより、法の規範的要素を決して否定してゐるものではないことは注意される。
- (11) Cardozo; *Growth of Law*, p. 9.
- (12) 例えはイギリスにおける私法律 *private act* は議會において制定されたものであるにもかゝらず、裁判所において當事者により立證を必要とされるのであり、法の淵源と事實との間に必しも明確な線を描きえない。又、*コモン・ロー*上一般の制定法についても「明らか」に法の證據として重要な價值を持つ」*Mallow v. Court of Wards (1872)* L. R. 4. P. O. 419, 437. とつた表現がされてゐる。
- (13) アリゾナ、キャリフォルニア、オレゴン等に見られる。
- (14) 連邦制定法で、一八六〇年以前に違憲とされた数の五倍が、一八六〇—一九三八年の間に違憲とされてゐる。Cahill, *op. cit.*, p. 50. これは一つには合衆國憲法が次第に彈力性を失つて行くことを示して興味がある。
- (15) 「官吏解職制度の研究」司法研究報告書第三五輯七、一二五—一二九頁。
- (16) 一九一一年の特別教書、これは、裁判官のリコールを認めるアリゾナを連邦に参加させることに對して出されたものである。なお、Cahill, *op. cit.*, p. 14. 参照。

## 結 論

以上の考察を通して考えられることは、この *judicial law-making* の問題が、特に複雑な法の實體をどのようにとらえるかといった問題と関連し、法の本質の解明に關する論争と結びつき、法についてその理解に共通の場所を持たないことから、法創造の點についても紛糾させてしまつてゐることである。

宣明説において、そこで宣明される法が、自然法、或は、自然のままの慣習といったものに結びつけられ、宣明される以前の「法」と、宣明されいわずに實定法化された法との間にある本質的な差異を看過してしまつてゐるのである。判例法主義において、司法を通して實定判例法が形成される以上、そこには純粹に價值的に探求された法との差異が見られることを認めざるをえない。これを否定する時、ブラックストーンに對して批判された「空中から法をとる」ことにおち入り、又、カーターのようなあいまいさに導いてしまふのである。

これに對して創造説が現實の場所において法をとらえようとしたことは認められる。しかし、それがその極に走り、法の行為規範としての性格を無視し、判決の基準としての法の存在を無視してしまい、法懷疑主義におち入るのであり、現實の「法」と司法に對する素直な批判にもかかわらず、個々の判決が法というのでなければ法は存在しないことになる。そうして法が無ければ法を創造すること自体が無意味なものになつてしまふのである。この場合に當爲としての法と、現に解釋を通して定立された法、いわば具體法とでもいわるべきものとの差異を明らかにせず、論理よりも經驗をとしながら、この點に關しては獨斷におち入つて行くという非難をまのかれえないこととなつてしまふのであろう。

このような宣明説と極端な創造説は、結果としては、前者が「何か分らないもの」を宣明するのに對して、後者が「何もないところから」法を創造するのであるという、言葉の問題を除けば類似した結果にいたつてしまつたということも出来る

であろう。しかし、問題をこのような自然法の宣明とか、無から有を生ずるような創造説を離れて考へる時に、先例の事實から、レイソオ・デンデングイを發見し、新しい事案の解決に用いられて行くことは、それを原則化して考へるにせよ、單に事實の組合せと選擇としてとらえるにせよ、經驗的に、そこに將來に對する判例法の發展ということに否定しえない。ただ、サーモンドのように、或る種の先例を創設的、他のものを宣言的とする<sup>(1)</sup>ことは、それが先例と類似した事件でありながら異つた結果であつたり、又は、先例と一致した解決がされたという意味で理解するのでなければ現實をとらえているものとはいえないであろう。

このような司法による法創造は、イギリス・アメリカ法における制定法の從位的な性格と關連し、それが當事者の争の解決を行うという、司法の限界内<sup>(2)</sup>で論ぜられているにもかかわらず、あたかも、意識的に準備された立法とほとんど同じものと考へられるにいたり、又、司法を通して法を定立することが、法規としての法と、具體的な法との混同をひきおこすのである。このことは、紙に書かれた權利・義務よりも、現實に保證されたものを重視しようとする、コモン・ローの根本的觀念が、最後には、法——特に實體法——の無價値論にまで及び、裁判官は現實には、必ず正義を實現しうる機械ではないことを明らかにしながら、傳統的な裁判官の權威というものにたちかえり、ほこりにまみれた古い原理を、新しいラベルの下にくりかえしていることに氣がつくのである。

(1) サームンドによると、宣言的先例は、既に存在する法規を宣言するもの、創設的先例は新法を創造し、適用するものである。Salmond, *op. cit.*, p. 230.

(2) 司法の限界については *judiability* の問題として困難な問題である、マーシャル判事は合衆國憲法第三條における「事件」及び「争訟」について

「事件」というのは、司法的裁判のできるような形をとつた當事者間の争である。……右の解説に該當するがためには、ある問題が裁判所の争、及び司法的裁判の對象となりうるような、法的形態をとらなければならない。そしてその當事者に對して、裁判所が令狀を發し

え、當事者は裁判所の力によつて拘束を受けるのでなければならぬ。そして當事者の権利は、裁判所によつて終局的に拘束的な裁決を受けるものでなければならぬ。」5. Wheaton (18. U. S.), Appendix (6—7) フイールド判事も

「事件及び争訟は……確定した正規の手續によつて裁判所の判断を求めると、これに提起される訴訟當事者の請求を意味する。」In re Pacific Railway Commission, 32 Fed. 241, 255 (N. D. Cal., 1887)

以上、高柳賢三「司法権の優位」八八—八九頁より引用。