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

Title	アメリカにおけるコモン・ローの繼受
Sub Title	Adoption of the common law in America
Author	平, 良(Taira, Ryō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.3 (1955. 3) ,p.23- 44
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550315-0023

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.

アメリカにおけるコモン・ローの繼受

平　良

一、序　論
二、コモン・ロー繼受の背景
三、コモン・ローの意義
四、コモン・ロー繼受の時期
五、州のコモン・ロー
六、合衆國のコモン・ローの問題

一

アメリカ合衆國は英米法系或はコモン・ロー系の國であり、又、それを構成する州は歴史的には夫々主權を持つて發展して來たものであるといわれ、各州に固有の法を發達させて來ている。その州も若干の例外を除いて、明らかにコモン・ロー系に屬するものであり、その例外と考えられるかつてフランス領植民地であつたルイジァナにおいても、「刑法が全くイギリス法的であるばかりではなく、コモン・ローの原則である、法の優位や、判例法主義や、公開法廷における審理などといつた事柄が、フランス法式の法典の中へ浸透しているのであつて、今ではその名稱の點を別にすれば、

その大部分がアングロ・アメリカ法になつているのである。」[1]

といわれるにいたつている。

コモン・ローの原則によると、新領土が植民或は移住の形で取得され、新領土にそれ以前に發達して來ていた法が存在していない場合には、本國よりの移住民はイギリスのコモン・ローを新居住地の事情に應じて許される範圍で移し、適用するものであると考えられ、アメリカにおいてもこの原則が適用されたものであると考えられた。しかしながら、コモン・ローが移されたのは合衆國全體に對してではなく、現在州を構成している個々の植民地に對して行われているのである。その植民地が獨立を通して連邦を構成する州となり、現在にいたるまでの連邦の國家的な結合の强化によつて、いわば州が合衆國の地方自治體でもあるような印象を與えるにいたつているかもしれない。けれども、その中心をなすものは州にあるのであり、合衆國全體として國家的な意味でのコモン・ロー national common law に從うものでなく、州のコモン・ロー state common law が考えられなければならない。それでは、この州のコモン・ローはイギリス本國のコモン・ローとどのような交渉をへて繼受され、形成されて來たか、又、合衆國全體に共通するアメリカのコモン・ローといつたものがどのような意味で認められるものであろうか、といつた點を考えなければならない。

（1）R. Pound; The Spirit of the Common Law, pp. 1—2.

二

植民に際してイギリス法が繼受されたものであるといわれるが、各植民地が夫々その歷史を異にし、社會的な背景を異にしていたことから、コモン・ローの繼受と發展において同じものであるということは出來ない。概して王領植民地 royal province においては、總督並びに行政會議により變更されることがあるにしても、イギリス法が移されたことは明らかで

ある。これに對して、特許狀植民地 charter colony においてはイギリス法は直接的な効力を持たないものと考えられたのである。[1] その他のオランダ領から發達した植民地、フランス領、スペイン領から後に合衆國の州となつたものについての變則は一應除外して、イギリス法の系統に從う法域について見る時に、これらの植民地を設立するための特許狀、許可狀或はその他の文書においては、必しも明示的にコモン・ローの効力を示しているわけではない。試に、最初の植民地であるヴァージニアに對する一六〇六年のヴァージニア第一特許狀においては、

「イギリス臣民で當該植民地に居住する者、並びにその子孫は、イギリス王國及び領有地に居住し又はそこにおいて出生した者と同じく……凡ゆる自由・特權及び免責特權を享有する。[2]」

としているのである。しかし、後年の諸植民地が此の規定と類似した條項を含んでいることから、このことがアメリカにおけるコモン・ローの繼受を示すものであると考えられているのである。[3]

もちろん、このことを通して理論的にはイギリス法が波及したといえるにしても、現實には開拓者社會であり、完成した法が行われ難いこと。熟達した法律家を缺いていたこと。當時のイギリスのコモン・ローが、いわば中世の封建社會において形成されて來た判例法であつたために、新しい近代社會の要求に應じられないものになつて來ていたこと。植民地において、イギリス王國の法に牴觸しないかぎり、適當な立法が認められていたこと。最終的には本國の樞密院において、國王によつて覆えされることがありうるにしても、植民地の固有な司法組織を通して裁判が行われて行つたことは、アメリカにおけるコモン・ローの繼受と發展に獨特な性格を與えてしまつているのである。

獨立戰爭の口實となつている、植民地に居住する「アメリカ人」の要求は、一七七四年の大陸會議の權利宣言に見られる、それは、

「各植民地はイギリスのコモン・ローを享受する權利を有する……

「各植民地はイギリスの制定法にもとづく利益を享受する權利がある……。[4]

といつたものであり、コモン・ロー上の權利の要求であつた。しかし、この頃までにはメリーランドを除いてイギリス法は既に公的な効力を失いつつあつたともいわれるのであり。[5] このコモン・ロー上の權利という表現は、むしろ、自然法にもとづく權利を實定法的に表現しているものと考えることが出來よう。イギリスに對する反抗として行われた戰爭と獨立の結果、イギリス法とアメリカ法の間隙は意識的に擴大され、立法によつてイギリスの判例を引用することを禁止しようとする努力にまでいたり、フランス法への接近がつとめられた。しかしながら、獨立直後の混亂と、素人裁判の缺陷、判例の存在しないことは、アメリカが發展と形成の時期に入るに從つて、法の整備が要求され、再びイギリス法の繼受が問題とされて來るのである。

イギリス法がアメリカに繼受されるにいたつたのは、決してイギリスのコモン・ローが大陸の市民法より優れていたからではなく、單に外部的な原因にもとづくものといえる。すなわち、

イギリスの制定法・判例等が容易に利用しうる狀態にあつたこと。

法曹の受けた訓練がイギリス法にもとづくものであつたこと。

言語が共通であつたこと。しばしば、ナポレオン法典がもうすこし早く書かれ、英語で書かれるか、英譯されていたならアメリカは法典主義になつたかもしれないといわれている。

アメリカ人を構成している民族の大部分がアングロ・サクソンであり、その生活意識、法意識を無視出來ないこと。

當時の經濟事情、それは特に戰後の處理や發展にともない急速に法を整備することを要求していたこと。

イギリス法は判例法主義であり、多數の複雜な判例の集積から成つているが、この頃にブラックストーンの著作のように、イギリス法を整理した著作が入手しうるようになつていたこと。[6]

が考えられよう。いうまでもなく、この繼受に當つても、イギリス法はそのまま繼受されたのでなく、或點ではローマ法化され、或點ではアメリカの事情に應じて修正されたものである。

合衆國が夫々自己の法域を主張する四八の州に分れていることからも、コモン・ローの繼受も一樣でない。從つて、必しもイギリスのコモン・ローを明示的に繼受しているとはいえないが、多くは憲法或は制定法によつてそれを認めるか、判例法を通して示しているのである。又、イギリスのコモン・ローの繼受をした場合に、實定法としてのコモン・ローと考えるか、コモン・ローの原理と考えるかについても問題があり。實定法としてのコモン・ロー繼受に際してもアメリカに最初の植民地が出來た一六〇七年とするか、その植民地を設立するための特許狀の出された一六〇六年とするか、又、アメリカの最初の植民地でなく、現在州となつている當該植民地の設立を基準とするか、合衆國の獨立である一七七六年を基準とするか、獨立後連邦に加つた州においてはどのように考えるかといつた問題が提示される。

更に又、アメリカのコモン・ローは州のコモン・ローの總計か、それを超えて一般的なものがあるのか、連邦においてコモン・ローはどのように考えられなければならないか、といつた問題が殘されるであろう。

(1) A. Kocourek; Sources of Law in the United States of North America and Their Relation to Each Others, 18 A.B.A.J. p. 676 以下。

(2) W. MacDonald; Select Charters Illustrative of American History 1606—1775, p. 8. ヴァージニア第一特許狀 First Charter of Virginia 1606 第一五條。

(3) 高木八尺「米國政治史序說」二九頁及び一六六頁。

(4) W. MacDonald; op.cit., p. 359. 大陸會議宣言 Declaration and Resolves of the First Continental Congress 第五、第六項。

(5) Kocourek, op. cit., p. 678.

(6) この項目は Kocourek の上掲論文に示されているものを中心に加筆した。

三

アメリカに繼受されたコモン・ローは、イギリスの諸裁判所の判例と考えるか、或は、必しも實定判例法を意味せず、コモン・ローの一般原則といつたものに從うことを意味しているのではないか、といつたことが問題とされるのである。ここにおいて、コモン・ローなる言葉がどのように解せられているかを見なければならない。アメリカ法に大きな影響を及したブラックストーンによると、

「不文法或はコモン・ローは三つの種類に分類出來る。1、一般慣習、それは全王國の普遍的な法則であり、より嚴格な又通常用いられている意味でのコモン・ローを形成する。2、特別慣習、それは大部分は特定の地域内の住民にのみ適用される。3、若干の特別法、それは慣習にもとづいて採用され、ある裁判所すなわち、かなり一般的な、又廣汎な裁判管轄權において用いられるものである。[1]」

といわれ、この第三のものは市民法 civil law と教會法 canon law としている。[2] いうまでもなく、ブラックストーンはコモン・ローの本質を慣習に求めているのであるから、判例法並びにエクイテイといつたものが直接には現れていない。[3] このブラックストーンの用法に從えば廣義のコモン・ローにおいては、イギリス法と同じ意味で用いられているのでなく、制定法に對する概念として用いられているのであるし、狹義には、判例法といわれているものに表明されている慣習であり、その實體においては判例法ということと異るものではないと考えられよう。

ブラックストーンにならつて、アメリカにおいて註釋書を表したケントは、

「コモン・ローは人と財産の統制と保障に適用しうる、原則、慣行及び行爲の法則を包含するものであり、それは、その拘束力の點について見ると、立法部の意思によつて明らかに述べられているところを根據としているわけではない。[4]」

のであり、司法部を通して示されているものである。こうした説明からコモン・ローは何ものであるかが一應明らかにされたように思われるが、

「我々が承繼したのはコモン・ローであつてイギリスの判例ではない。從つて我々は法の基準、すなわち、公正に生活し、他人を傷付けず、各人にその分を與うること。という基準を裁判上の指針として取り上ぐべきである。」(5)

ということによつて、コモン・ローとイギリスの判例を區別しようとする主張があるのである。だが、イギリスの判例を拔きにしてイギリスのコモン・ローが考えられるのであろうか、ここにおいては裁判所の見解を通してこの問題を考えなければならない。合衆國の最高裁判所によると、

「コモン・ローは種々の裁判所において、裁判所が私的な爭に關して、個人の權利と正義が如何なるものであるかを確認しようと努めている說明が蓄積されたものである。」(6)

という。これはケントの考えに從つているものであり、これによるとイギリスのコモン・ローはイギリスにおいて蓄積された判例であるということになるのである。この場合に判例の蓄積ということは、その判例の取り扱い方、判例法主義の原理も含れているものと考えられるであろう、それは判例法主義によらず、判例の蓄積だけに法としての意味を與えることは考えられないからである。

コモン・ローの繼受を法律によつて明示している場合には、これに對してどのような解釋がされるのであろうか。ネブラスカにおいては、(7)

「我々の體系について理論的に見る時には次のようなこととなる、法は單にある定つた時に裁判所によつて强行される現實的な法則であるというよりは、その法則が現れ出て來ている原則にあるのである。古い原則が新しい事件に適用され、その適用の結果、法則は新しい事實と變化する條件によつて修正されるのである。……本制定法におけるイギリスのコモン・

ローという語はイギリスにおいて強制力を有する體系を示すものである。[8]」

としている、コロラド[9]においては、

「コモン・ローは繼續的に生成して來たものであり、時に應じて、生活や仕事の條件の變化に從つて來たものである。そうして、或る特定の時の法が如何なるものであるかということは、最近の裁判所の判決から決定しなければならないのである。そうして一般に認められている說によると、制定法に影響されている場合は別にしても、司法的な表明が、何が法であるか、或は、法であつたかという宣言なのである。我々がもし絕對的に拘束されるものであるというのでなければ、我々の一般的な性格の制度に適し、人民の才能に適するかぎりにおいて、同じく一六〇七年以前のイギリスの判決について考慮されるのである。我々は特定の分野に屬するイギリス裁判所の判決を引用することが出來るのである。[10]」

といわれている。この點については、ネブラスカにおいてはコモン・ローをむしろ原則化している面があるが、コロラドにおいては判例が法を宣明しているものである。しかし、これからイギリスの判例の集積が直ちにコモン・ローであるといつているとはかぎらないのである。

キャリフォーニアにおいては、イギリスのコモン・ローは「この州において判決の法則となる」のであり、

「イギリスのコモン・ローという表現は、イギリスのコモン・ローを承繼した州においては、イギリスの裁判所において解釋していると同樣に、その州の裁判所においても解釋されるものである。[11]」

としていることは、コモン・ローは判例法であるということに近づくものである。これらのことは、原則化するとか、判例そのものとすることも、いわば、イギリスの裁判所で行つているようにアメリカの裁判所でも出來るのであり、何がコモン・ローであるかを定めるのも、結局州の裁判所に屬する事柄とされてしまうことになる。しかし、これ等の判例を見る時に、原則化された意味でのコモン・ローや、コモン・ローに從つた法處理の方式のみを指しているとはいえない。

コモン・ローの繼受について制定法に明示していない州においては、多くは判例によつてコモン・ローが州法の一部であることを示している、そうして「その原則が、たまたま或る機會に氣づかれるまで、眠つた狀態にあるにしても、」[12]先祖達がコモン・ローを全體として in mass 持つて來たことは明らかであると考えられているのである。全體として持つて來たということは、原理のみでなく判例法の內容として考えることが當をえたものであろう。[13]

コモン・ローなる言葉の持つ意味が多義にわたることをここに注意しなければならない。それはイギリス・アメリカ法の意味で用いられ、制定法に對する判例法の意味に用いられ、エクイテイに對する王の裁判所の法の意味で用いられる。アメリカに繼受したコモン・ローはどのような範圍で用いられているものであろうか。

大陸會議の宣言においては、制定法に對してコモン・ローが使われているのであり、コモン・ローとエクイテイの對立としては用られていない、しかし合衆國憲法第三條は

「司法權は次の諸事件に及ぶ——本憲法、合衆國の法律及び合衆國の權能にもとづいて締結され、或は將來締結さるべき條約にもとづき發生する、コモン・ロー及びエクイテイ law and equity 上の凡ゆる事件」

となつていることから考えると、コモン・ローとエクイテイが區別されている。大陸會議においてはイギリスのコモン・ロー上の權利の要求は、凡ゆるイギリス人としての權利の要求と結びつくものであり。憲法上區別するのは裁判所權の行使について不明確な點が無いように注意しているものであろう。しかしここに更に裁判所の判決を見ると、

「連邦裁判所は考慮をうながされている各訴訟の裁決及び訴訟上の諸問題の解決に適した權限と管轄權が與えられている、そうして、その裁決と判決に當つて、コモン・ロー、海事法、エクイテイ法 equity law、市民法の法則が事件に適用しうること、しかして、それが適切な結果をもたらし、裁判所の目的を達するものであるということがいわれて來ている。成文もしくは不文の法が網羅していない事件が起きたら、裁判所は適切な權限があれば、個々の事件が必要とするところに、正

義や正當性といつた判決の法則を採用するのである。そのような場合に判決が法を作るのであり、法が判決を作るのではない、しかし、これがコモン・ローのやつて來たやり方であり、今なお行つているやり方なのである。[14]」

としている。この點からはコモン・ローに對するエクイテイが、エクイテイ法という表現を持つて實定法的に表現されているのであり、法として結晶化されたエクイテイが、實定法であるコモン・ローと相對して用いられている、それどころか、海事法、市民法に及び更にコモン・ロー式の法の取り扱い方といつた原理が問題となつて來ている。この場合にコモン・ローは明らかに狹義に解される。これに對して、

「コモン・ローの手續の方法、すなわち通常の訴の方式と共に、衡平にもとづく救濟によるものである。……我々は或る程度は大法官廳によつてとられた訴答と手續の方法を見なければならない。[15]」

としていることからは、コモン・ローの中にエクイテイが含まれていることになる。このようにコモン・ローの意義の確定も、明白にしがたいのである。

イギリス法にとつては外來のものであつた商人法や教會法については如何に考えられるであろうか、マンスフィールド卿以來商人法はイギリス法の一部として吸收されてしまつている、しかしそれが行われたのが十八世紀であり、アメリカ獨立以前であるにしても、アメリカの最初の植民地建設の時よりは後のことであり、この問題についても考えられなければならない。この點について、

「商人法は我々の地域的な狀態や環境に適應しうるかぎりにおいて、制定法によつてここに承繼されているものであり、イギリスのコモン・ローの一部である、從つて憲法や制定法と矛盾するものではない。[16]」

と考えられている。教會法については、それが嚴格に教會裁判所によつて行われた教會法の意味においてではないにしても、遺言檢認や離婚事件は通常のコモン・ロー裁判所でなくて、獨立した裁判所において行われて來たものである。これは、

「教會法や市民法がイギリスの教會裁判所において行われていたものであるからといつて、コモン・ローの一部ではないというのは全く誤りである。……それは先祖達によつてコモン・ローの一部として持つて來られたものであり、適用しうる事件については、この土地において凡ゆる事件に適用されて來たのであるし、その使用を求める裁判權を行使して來たのである。」[17]

ということになる。このような點から考えるとコモン・ローを繼受することは、コモン・ローの一般原理に從うことでなく、すくなくとも或る時代までのイギリスの判例法を、實定法としてのエクイテイを、商人法、教會法を廣く包含するのであり、又、後の時代において、コモン・ローの一般原理に從つて法を創造して行くものを意味しているといえよう。

(1) W. Blackstone; Commentaries on the Laws of England, p. 46.

(2) Ibid., p. 62.

(3) ブラックストーンは判例はコモン・ローを宣明しているものと考え、判例の背後にコモン・ローを求めたが、これは後の實證的な學者によつて批判された、オースチンによれば、いわば判例が法であるのであり、この時代にもしアメリカにオースチンの影響があつたなら、いくらか異つた理論となるかもしれない。

(4) J. Kent; Commentaries on American Law, vol. i, p. 471.

(5) Marks v. Morris, 4 Henning & Munford 463.

(6) Kansas v. Colorado, 206 U. S. 46.

(7) ネブラスカの制定法の内容は「イギリスのコモン・ローが適用しうるかぎりにおいて、又、合衆國憲法……に矛盾しないかぎりにおいて上記領域内に承繼され、法として宣明される。」としている。

(8) Williams v. Miles, 68 Neb. 463.

(9) コロラドの制定法は「ジェームズ一世の治世第四年以前のものであり、一般的なものであり王國の地方的なものでないイギリスのコモン・ロー、及びコモン・ローにもとづき又はコモン・ローの缺點を補充するイギリス議會制定法は、適用しうるかぎり、又一般的な性格を持つかぎりは、判決の法則とされ、立法權にもとづき廢止されるまで、完全な効力があると考えられる。」というのである。

(10) Chillot v. Hart, 23 Col. 40.

(11) Lux v. Haggins, 69 Cal. 255.
(12) Lyle v. Richards, 9 Serg. & Rawle 330.
(13) H. Pope, The English Common Law in the United States, 24, H. L. R. 29.
(14) Murray v. C. & N. W. Ry. Co., 29, Fed. 868.
(15) Tucker v. St. Louis Life Insurance Co., 63 Mo. 588.
(16) Nash v. Harrington, 2 Aik. 9, 11.
(17) Crump v. Morgan, 8 Ired. Eq. 91, 93. 40 Am. Dec. 451. 判例の引用については Pope 前掲論文を參照した。

四

以上のことから、アメリカにおけるコモン・ローの繼受は、單にアメリカの諸州がコモン・ローの系統に屬し、コモン・ローの原理に從つているだけでなく、いわば外國法であるイギリス法が或程度まで法としての拘束力を持つものであることが明らかとなつた。それではイギリス法がどのような意味でアメリカ法の一部になるのであろうか、ここにおいては或る時を限つてイギリス判例法の拘束力を認めることとなる。インデアナにおいては、

「本州において効力を有する法は以下に述べるものである。……

第四、ジェームズ一世の治世第四年以前のイギリスのコモン・ロー及びそれにもとづいて制定されたイギリス議會の制定法……但し、それは王國の地方的なものでなく、本條の第一、第二及び第三號と矛盾せず、一般的な性格を持つものであること。」(1)

とし、ジェームズ一世の治世第四年、すなわちヴァージニア植民地の設立された時と考えるのであり、他にもこの立場を取るものがある。このように一六〇七年と考えるものは少くないが、これに對して、

「一般的な性格を持つたイギリスのコモン・ロー及び制定法で一七七六年までのもの。」[2]

として獨立の時をくぎりとしているものがある。この兩者を比較して、問題となる點を指摘すれば、一六〇七年という年はヴァージニアにとつては意味のある年であるが、それ以後に設けられた植民地はヴァージニアと直接に關連することなく夫々獨立して特許狀、許可狀にもとづき本國と關連を持つていたのであり、いわば夫々分立した「邦」であつたのである。又、一六〇七年より一七七六年にいたる間は、アメリカの諸植民地は、イギリスの諸民地であり、その中において行われていたものは明らかにイギリス法であるということになる、マーシャルが言つているように、「ヴァージニア裁判所の判決についての上訴がイギリスの裁判所になされたのである」[3]し、その裁判所である樞密院司法委員會の判決が植民地において法として考えられるものであるからである。しかしながら、「適用しうる範圍」でコモン・ローを適用したために、一七七六年以前において植民地は既に固有な判例を持つにいたつていたのであり、もし一七七六年以前のイギリスのコモン・ローの繼受といえば、その植民地設立から革命にいたるまでの植民地の判例は拘束力が無いということになつてしまうからである。又、その植民地の設立がたとえヴァージニア植民地の設立と一致しなくても、新世界における社會的な背景は共通であり、「コモン・ロー」の修正という面においても問題を同じくしていたことから考えると、多くの州が一六〇七年を境としていることは理解出來る。

現實的に見るならば、一六〇七年以前のイギリスのコモン・ローは近代化の方向へ向いつつあつたといえるにしても、事實は中世のイギリス封建社會にもとづくものであり、新植民地の特殊な事情に應じられるものでないことであり、近代社會における法としても障碍の多いものとなつているものでもある。從つて一六〇七年以前とすることによつて現實にはイギリスの判例が介入する餘地が無くなつてしまうのであり、このことが又、コモン・ローは判例法か、法原理かといつた問題と結びつくものでもあろう。

これらの一六〇七年、或は一七七六年という年に對して一六〇六年三月以前のコモン・ローとしている場合がある。[4] ヴァージニア植民地がジェームズタウンに始つたのは一六〇七年五月一三日であるが、ヴァージニア特許狀が下付されたのは一六〇六年四月であり、現實に植民地が開始した時でなく、許可狀を受けた時を基準にすることが考えられるのである。[5] 法的にはこのことも一應首肯しうるが、廣く認められてはいない。

又このような時に求める以外に、その植民地が設立された時、或は、その州が獨立した時にコモン・ローの繼受を求めることも考えられるわけであるが、制定法・判例上このような時を限ることは見られない。例えばかつてフランス領であつたルイジァナ地方において一八〇三年以前のルイジァナ購入以前において、フランス法が行われていたものと考えられるが、

「イギリスのコモン・ロー……ルイジァナ購入以前に元テリトリーに行われていたローマ法或は市民法と區別する。一方この制定法は革命以前のイギリスのコモン・ロー裁判所の判決に從うものでない。[6]」

とネブラスカの裁判所においていわれていることからは、ルイジァナ購入或は一八六七年のネブラスカ州の獨立とは關係なく、コモン・ローの繼受の時を定めているといえるのである。[7]

しかしながら、コモン・ローの繼受は絶對的なものでないそれがコモン・ローを適用しうる範圍において承繼したのであるから、適應しえないものについてはコモン・ローの法則や原理が排除されることになる。例えば鑛業上の慣習がアメリカにおいてイギリスと異つたものであり、コモン・ロー上の慣習法の原則にかかわらず法とすることが出來るのである。[8] 又、コモン・ローの繼受がイギリスの判例の承繼であるか否かということから、コモン・ローを原則化して受け入れようとしたことが、かえつてコモン・ローに廣い餘地を與えてしまうことになる。すなわち、

「もし絶對的に拘束されるというのでなければ、一六〇七年以前になされたイギリスの判決を考慮すると同じく……最近のイギリスの裁判所の說明を利用しうる。[9]」

こととなり。特定のイギリスの判例をそれが植民以前から存しているものとして、コモン・ローの一部であるという理由で取り上げられることになる。例えば一八七六年のイギリスの上院の判決が、

「單にイギリスの先例のみによつてなされたものでなく、理性と原則にもとづいているものであり、それは場所の法 lex loci に關する若干の實定法規及び先例によつて除外されるのでなければ、同じ法の一般原則が支配しているすべての國に適用されるのである。」[10]

ということから、アメリカにおいてもこの判例を準據としているのである。もちろん、それが先例としてでなくデイクタの一つとして採用されるならば、その時代の如何にかかわらず、イギリス裁判所の判例を説示に當つて利用することは妨げられない。しかしこの場合には同時にフランス法或はドイツ法も參考とされることもあり、それが有力な論據であるとしても、決して法としての効力を有するものではない。逆に、一八七六年のイギリス判例の拘束力が、先例としてのものであるならば、一六〇七年や一七七六年で區別する意味が無くなつてしまう。ここにコモン・ロー決定の困難な問題がある。この點については、

「故に、先例はコモン・ローを形成するものではなく、單に原則を參照するために役立つものである。そうして、もし問題について他の判例がなければ、植民以來存して來た判決は決定的な證據となる。それは、その判決が行われるかぎり、現在イギリス法において共謀がどのように考えられているかというだけでなく、その法がもとづいているところの原則が如何なるものであつたか、ということについて決定的な證據である。」[11]

としている。このように考えて來ると、イギリス判例の拘束力というよりも、發展しつつあるコモン・ローの體系を全體として受け入れという立場に返つてしまう。結局何故植民以前のコモン・ローが受け入れられるかということは、「それが當代よりも二〇〇年も前のものであるという簡單な理由」[12]ということにされてしまうのである。[13]

（1）Indiana Statutes Annotated, 1933 (Burns ed.), §1—101, B. Blakeney; Materials for the Study of American Law, vol. II, part 1, p. 175 より引用。なおこの第一は合衆國憲法及ひ州憲法、第二は州制定法、第三は連邦制定法である。

（2）フロリダ、ニュー・ヨーク、ジョージア州がこの立場をとつている。

（3）Murdock & Co. v. Hunter's Rep., 1 Brock. 195, 140—141.

（4）Ray v. Sweeney, 14 Bush (Ky.) 1.

（5）ヴァージニア特許狀の下付されたのは、四月一〇—二〇日となつている。MacDonald, op. cit., p. 1.

（6）William v. Miles 前出三三頁註(8)。

（7）Pope, op. cit., pp. 20—21 によるとその州の裁判所に、問題に關連して何がコモン・ローであるかを定める權限があることになる、と説明している。

（8）King v. Edwards, 1 Mont. 234, 235.

（9）Chillot v. Hurt 前出三三頁註(10)。

（10）North Shore Ry. Co. v. Pion, 14 App. Cas. 620, Pope, op. cit., p. 76 参照。

（11）Ætna Insurance Co. v. Commonwealth, 106 Ky. 864, 880.

（12）Penney v. Little, 3 Scam. (Ill.) 301.

（13）しかしながら、歴史的に見る時には、イギリスの判決は決して好意的に考えられていたのでなく、獨立後の愛國主義の時代には、むしろイギリスの判例の引用を禁止しようとしていたものであることは注意されなければならない。Pound, op. cit., pp. 1, 116—117 参照。

五

いわば外國法であるイギリスのコモン・ローの繼受の問題から離れて、アメリカ法發展の形を考えるなら、それは明らかにコモン・ロー系の原理にもとづいている。合衆國憲法上その管轄權が制限されている連邦裁判所において、どのような意味でコモン・ローが發展されて行くかという點は後にゆずり、ここには先ず州のコモン・ローの展開の過程を考える。

合衆國對アレドンド事件[1]において、ボールドウイン判事は、イギリス法と並んで合衆國の法を述べるのでなく、連合のある州の法を論じている。この說示においては、コモン・ローなる語は用いられず、一般法 general law なる表現を用いている、又それを補足して、この一般法は一般慣習であり、國の法 law of the land としていることから考えると、ブラックストーンがコモン・ローを慣習と考えていたことの影響からも、實際にはコモン・ローと同じ意味で使われていたものということが出來よう。そうだとすれば、この判例からは、一般法或はコモン・ローは合衆國に繼受されたものというより、州において問題となつて來るのである。

この場合に、コモン・ロー系に從つて法を發展させるものであるという時に、如何なるものを指してコモン・ロー系の特色といえるであろうか、そこには陪審裁判、法の支配といつた原理も含まれているにしても、これらは既にローマ法系の諸國に浸透しているものでもあり、中心としては、

「判決が法を作るのであり、法が判決を作るのでない、これがコモン・ローが作られて來たやり方であり、又、今なお採用しているやり方である。[2]」

といつた判例に法として拘束力を認める判例法主義が問題となるであろう。

州裁判所において判決に當り、ステア・デザイシスの原理が支配しているのであり、このことから、イギリスの裁判所によつて作られたのがイギリスのコモン・ローであるということと同じ意味で、州裁判所による州コモン・ローの存在が認められる。しかし、このようにして形成されて來た州コモン・ローは、州に繼受され、州の裁判所を拘束しているイギリスのコモン・ローとは別なものであることに注意しなければならない。州法は夫々獨立したものであり、直接に他の州に對して法的拘束力を及ぼすものではない。けれども同じコモン・ロー系に屬するということから他州の判例が取り上げられることはある、そのことは又、イギリスの判例への親近さとも結びつくのである。かくして、このことがイギリスのコモン・ロー

の繼受や、コモン・ローという言葉の意味するところに混亂を生じてしまうものでもある。[3]

これと關連して或る州の最高裁判所の確立されている判例は、他の州においても決定的な證據として受け入れられるといわれている。[4]しかし、この問題を文字通り證據として、事實の問題として考えるなら他州の判例の拘束力は事實上の問題であり、法の上での問題でなくなる。それと共にイギリスの判例或はその集積であるコモン・ローの拘束力も事實上の問題であることになつてしまう。だがコモン・ロー系において制定法や判例を取り上げ、それらが法的な拘束力を示す場合にも、證據とか、法の表現、說明といつたことがいわれるのであり、證據という文字を言葉通りに考えうるものであろうかということが疑問とされるのである。特にアメリカ法に對するブラックストーンの影響を考えるならば、判例がコモン・ローであるのでなく、コモン・ローを求めるための材料であり、現に與えられた判例を資料とするとか證據とすることが考えられるのである。このことは判例法が事實を基とした複雜な發展をして來ていることからも、又そのことが法と事實を區分し難いことからも、直ちに證據の問題としてしまうことは出來ないように思われる。[5]

これらの點について、最近の合衆國における統一州法の運動、統一的なリステイトメントの運動が行われているにもかかわらず、それを採用するか否かが州によつて決定され、又、採用するにしても夫々異つた州法を維持していることから州において異る判例法を形成し、リステイトメントの州註釋が州法の固有な性格を意識させてしまつたことが問題とされていることから考えると、今なお州は夫々獨自なコモン・ローを維持しているものであるということが考えられるのである。[6]

（1）The United States v. Arredondo et al. 6 Pet. 691, 714—15.

（2）Murray v. C. & N. W. Ry. Co., 前出三三頁註(14)。

（3）Pope, op. cit., pp. 8—10, pp. 13—14.

（4）Ibid., p. 8.

（5）この問題は、判決が法であるか、判決は既存の法を明らかにするものであるにすぎないか、といつたイギリス・アメリカ法上の根本

問題に屬するものであり、もし、オースチン流の立場に立てば、正しい裁判權にもとづき判決がされれば法となるのであり、證據は事實上の拘束力として考えられることになるであろう。先に引用した Murray v. C. & N. W. Ry. Co. のように「判決が法を作る」ということもいわれるのであり、直ちにブラックストーンの影響で割り切ってしまうことは出來ない。

他州の判例を引用するという面から見れば、それはしばしば行われているところなのである。たたそれが法的拘束力を認めるものかという點になると必しも明らかではない。

（6）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、二四―二六及び三五―三六頁。

六

アメリカにおいて、州が一般的な管轄權を持つているのに對して、合衆國裁判所は、合衆國憲法第三條に規定されている制限的な管轄權を持つだけである。[1] その場合に、コモン・ローはどのような意味で、又、どのような形で發展せしめられるのであろうか。更に合衆國裁判所の權限が次第に擴張されているように見える時に、合衆國を通して一般的な、國家的な性格を持つたコモン・ローが存在するのか、又、それはどのような意味を持つかを考えなければならない。このことは成文憲法や法律上の問題としてより。判例憲法の形成を通して現れて來るのである。マーシャル判事による、

「イギリスのコモン・ローは此の國のコモン・ローであつたし、又、現在もそうであるのだから、ヴァージニアの裁判所からイギリスの裁判所へ上訴されたものであるから、その裁判所は革命以前の判例に拘束されているのであり、その判例は上訴審の裁判所において拘束力を主張しうるのである。[2]」

ということから、コモン・ローの繼受は明らかであるように見える。しかも、この見解は後の判例において再度にわたつて述べられているが、當時は必しも一般的に受け入れられたものではないと考えられている。[3] もし、このマーシャルの見解によるならば、合衆國の裁判所は州の裁判所に對する上級裁判所になるのであり、コモン・ローの繼受についても明らかに

なつてしまう。しかし、事實は制限された管轄權であり、この結論にいたるものであるかは疑問である。

もちろん合衆國の裁判所もコモン・ローの一般原理に從つているという點では、限定された範圍でコモン・ローを作り出しているともいえるのである。連邦としての特殊な性格から生みだされるものについては連邦のコモン・ローとか、カンサス對コロラド事件のように、境界線についての爭の解決を通して、「州際コモン・ロー」といつたものを生み出すことも考えられるのである。[4] しかし、これらは特殊なものであり、一般的な性格を持つ州コモン・ローと並んで考えられない。

もつとも、合衆國裁判所が、州相互間、異つた州法に服している二州の市民間の爭の解決をなすのであるから、或る州の市民が自己の屬する法以外の基準にもとづいて裁判されることが生ずるのであり、ここに、合衆國裁判所對州裁判所、そこから、合衆國の法對州法の問題が出される。

統一的なコモン・ローの問題については、スイフト對タイソン事件[5]において、ストーリイ判事は「ニュー・ヨークにおいて定つている原理を採用している。」しかし、その判例が直ちに合衆國を拘束しているものではないのである。合衆國においては地方的な法律や慣行が、制限されているものであつたにもかかわらず、スイフト對タイソンの法則は一般法や一般原理にまで擴大されたものである。そうして、これは合衆國裁判所において、州の判決は如何に取扱うべきかということであつたにもかかわらず、次第に合衆國の法と州の法の交渉に結びつけられて行くのである。

合衆國の裁判所もコモン・ローの原理に從つているなら、一度判例が確立されると、明らかにそれをくつがえす判例が無ければ、法となつて行くことをさまたげは出來ないこととなる。もつとも、スイフト對タイソン事件は、一般に認められたものというまでにいたらず、バルテイモア・オハイオ鐵道對バッシュ事件[6]におけるフイールド判事のように好意的に見ない場合がある。スイフト對タイソン事件はその時代においては變則的なものであり、熱心な連邦主義者であるストーリイによつて、いささか獨斷的に誇張されたものでもあつた。しかし急速に變化して來るアメリカの社會的・經濟的・又、政治的な

事情がスイフト對タイソンの法則を再吟味することとなつて來ている。この法則に對してより穩當な解明を試みたのが、エリー鐵道對タムキンズ事件[7]である。この事件において、ブランダイス判事は、

「この判決に對する諸問題は、しばしば問題とされているスイフト對タイソンの法則が今や不承認とされるかということである。」

としている。これによると、スイフト對タイソン事件そのものは憲法に矛盾するものといいながら、新しい州法と連邦法の關係を說明しようとしているといわれている。この判例の趣旨からは州法に對する連邦法の上位性が結論づけられたわけではなく、統一的な、國家的な意味でのコモン・ローが出現したとはいうことが出來ない。

とはいえ、連邦裁判所においてコモン・ロー一般原理に從うことから、

「連邦裁判所は……コモン・ロー、海事法、エクイティ法、市民法を適用する權限があるし……。[8]」

ということは、連邦裁判所によるコモン・ローの採用を妨げていないことは明らかである。この場合のコモン・ローは一般原理としてのコモン・ローというものよりは、實定判例法としてのコモン・ローであり、この判例においてはイギリスのコモン・ローを豫想しているにしても、又州のコモン・ローの採用される餘地を示している。現實に異つた州法を持つ州相互間、或は州市民間の爭を合衆國裁判所が審理することは、そこに或る州の法を判決の基準として採用するのであり、それを吸收して行くことによつて、事實上合衆國全體にわたり共通なコモン・ローを浸透させて行くとも考えられるのである。

(1) 合衆國憲法第三條による、合衆國裁判所に屬する管轄權は、1、合衆國憲法、法律及ひ條約にもとづく、コモン・ロー及びエクイティ上の事件、2、外交使節に關する事件、3、海事事件、4、合衆國が一方の當事者である事件、5、二州間の事件、6、一州と他州の市民間の事件、7、州を異にする市民間の事件、8、相異る州の付與した土地の權利に關する事件、9、一州或はその州の市民と外國人との訴訟。であり、他に申し立によつて合衆國裁判所の管轄に屬する、州との競合管轄權がある。

（2）Murdock & Co. v. Hunter's Rep. 前出三八頁、註（3）。
（3）Pope, op. cit., p. 25.
（4）Kansas v. Colorado 前出三三頁、註（6）。
（5）Swift v. Tyson, 16 Pet. 1.
（6）Baltimore & Ohio Rd. Co. v. Bash, 149 U.S. 368.
（7）Erie Rd. Co. v. Tompkins, 304 U. S. なお連邦の法と州法との關係については、この事件の検討を中心にして、別稿において研究してみたい。
（8）Murray v. C. & N. W. Ry. Co. 前出三四頁、註（14）。