

Title	オーストラリアにおけるイギリス法の承継
Sub Title	Reception of common law in Australia
Author	平, 良(Taira, Ryō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.7 (1971. 7) ,p.1- 37
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=AN00224504-19710715-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710715-0001</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.

# オーストラリアにおけるイギリス法の承継

平

良

まえがき

一、イギリス法承継の背景

二、判例を通して見た影響と特色

あとがき

まえがき

かつて大英帝国として海外に数多くの植民地を持つていたイギリスは、その法を多くの植民地に移出し、いわゆる英米法系の国々を生み出すにいたつたのである。この中で、とりわけアメリカについては、そのコモン・ロー継受の特色や性格について、わが国においてもすでに紹介されている。<sup>(1)</sup>しかしながら他の英米法系の諸国についてはまだ紹介されていない。すでに知られているように、イギリス本国法は海外領において、その土地に発達した法がなければ、適用可能な範囲で移植さ

れるものであり、また、すでにその土地に法があるなら、それを廃止しないかぎりイギリス法は適用されないことになっている。アメリカやオーストラリアは前者の例であり、インドや南アフリカは後者に属するものといえる。従つて、コモン・ロー継受の特色を見るためには、アメリカとインドでも取り上げ対比することが必要と思われるが、わたくしにとつてはその対比をする十分な用意がない。

本稿においてオーストラリアにおけるコモン・ローの承継を取り上げたのは、オーストラリアもアメリカと同じく、発達した法のない土地にコモン・ローが継受された場合に属するが、アメリカとの比較においていくつかの特色が見られるのであり、そのことが、現在英連邦を構成している国々の中で、とりわけアングロ・サクソン系の諸国法の理解の素材ともなるものと考えられるからである。アメリカはイギリス本国から離脱し、独立した主権をもつた国家として自らの意思にもとづいてイギリス法を継受したのに対して、オーストラリアは現在においてもイギリス本国から完全に離脱しているかはなお不鮮明な点が少なくないし、また、オーストラリアにおけるコモン・ローの承継はアメリカの場合と異つて、自らの意思によつて選択したものでなく、当初はイギリス法域の一部であり、いつの間にか別個の法域として承認されるようになったものであり従来使用されている継受の用語にはなじまない、オーストラリアから見れば継受 *Reception* という言葉が使われているが、あるいは本国法の承継ということが適當ではないかと思われるので、本稿においてはオーストラリアについては承継という表現を用いる。

(1) 平良「アメリカにおけるコモン・ローの継受」法学研究二八卷三号(アメリカにおける連邦と州の法律問題、法学研究会叢書に再録)、高柳賢三、英米法源理論附録、田中和夫、英米法の基礎後編第四章、末延三次「アメリカ法研究の方法」社会科学研究三卷四号、伊藤正己「アメリカ法入門」法学七ミナ一五〇号(アメリカ法入門に再録)。

## 一、イギリス法承継の背景

本稿の最初の部分は、オーストラリア法の歴史を説明するものであり、論文としてふさわしい部分ではないが、わが国でオーストラリア法の紹介がほとんど全くなされていらない現状から、また後の説明の理解にとつても必要と思われるので加えるものである。

一 一七七〇年にキャプテン・クックによつてオーストラリア東海岸一帯がイギリス領として宣言され、一七八六年に、流刑地としてニュー・サウス・ウェールズが選ばれ、一七八八年にキャプテン・フィリップのひきいる艦隊の到着により現実に流刑地が拓かれたというのが、オーストラリアのごく初期の歴史である。理念的には一七七〇年の領有宣言において、オーストラリアにおけるイギリス法の支配が始まったといえるが、実際的には植民地を定めるといふ意思の表明が基礎になるし、より現実的には、現実の植民地の設定である一七八八年にイギリス法の導入があつたといえるであらう。この場合に、オーストラリアには既に原住民 *Aborigines* が居住していた。この原住民間にはその社会を充分に規制するに足りる法はなかつたのであり、イギリス法は法の存在しない土地において、適用可能なかぎり適用されることになつた。

この一七八八年の最初の植民地は流刑地として始められたものであるから、アメリカにおける植民の初期に見られるイギリス臣民としての権利を明示した特許状や、自らの意思にもとづく政治体であることを確認したメイフラワー誓約書のような文書があつたわけではない。流刑地は責任者である総督の下に一種の軍政下におかれていたのであり立法者は会議体をなすよりは総督であると考えられている。しかもこの時代は一八二七年より三十七年にいたる一連の刑法改正によつてイギリス刑法の人道主義化ないし近代化の企てられる以前であつた。この植民地には軍人を裁判官とする刑事裁判所と、軍法務官と二名の士官から成る民事裁判所が設けられている。この裁判所は自由人間の紛争の解決を行うものというよりは、流刑者の規律を維持するために設けられたものと考えられる。

流刑地は本国よりの必需品輸送に依存していたため植民当初の数年間食料不足になやまされた。このことから、服役を終えた囚人に対して男にあつては三〇エーカーの土地を与え、結婚し子供を儲けた場合にはさらに子供数に応じて耕作地を拡げることが認められた。それと共に本国より自由移民を受け入れ、囚人を自由移民の下におき労働者として使役することが考えられたのは一七九〇年を過ぎてから

である。従つてこの頃に流刑地と関係をもちながらもオーストラリアにおける自由人の処遇の規制が必要になる。とくに第二代総督フランシス・グロースは士官に土地を附与し、さらに士官に対して貿易に参加するようにすすめた。これによつて士官は植民地において囚人労働力を使用する特権的支配階級になると共に、自由移民の増加と相まつて植民地内における自由移民間の法律関係を生じたものと思われる。もつとも、一九世紀に入つた頃に人口の四分の三は囚人であつたと推定されているし、一八一九年のニュー・サウス・ウェールズの人口の三八・三パーセント、タスマニアの人口の四七・一パーセントは囚人であつた。ちなみに一八一九年のニュー・サウス・ウェールズの人口は二六、〇二六人といわれているから、それ以前のより少い人口の下で自由人の占める割合はより少いものであつたであろう。このような自由人間の紛争についての司法的解決については十分な記録はない。一七八八年の植民に際して設けられた民事裁判所が現実機能するようになったのは一八一四年であると考えられる。その年にニュー・サウス・ウェールズの民事裁判所が設立されたのである。もつともこの裁判所も本国における裁判所とは異つていた。それは一八一九年に植民地を流刑地から自由な植民地に変えるように本国に対してなされた植民地の自由人の会議よりの請願に、軍法裁判所は通常のイギリス法に反しており、陪審裁判を用いるべきことを求めているからである。同年にイギリス本国より派遣されたビッグは植民地の事情を調査して報告書を提出しているのであり、それによつて本国の植民地統治の方式が定められた。それによると、従来植民地が全体として流刑植民地として扱われていたのに対して、囚人と自由人を分離し、自由人に対してはイギリス臣民として通常考えられる統治方式を採るにいたつたのである。すなわち、一八二三年に、ニュー・サウス・ウェールズおよびヴァン・ディーメンズ・ランドの司法改善に関する法律が制定されたのである。

この法律によると、任命制ではあるが植民地立法会議が認められ、総督は立法発議権と会議の同意なくとも布告を出す権限を与えられた。また総督は法案を首席裁判官に提示し、首席裁判官は法案が本国法に反するか否かを審査しえた。そして本国議会は植民地立法を三年以内であるなら拒否することが許されている。そして、刑事事件は検事総長の起訴によりはじまり、七名の士官から成る陪審裁判が行われることになつた。すでに一八〇四年に居住のはじまつたヴァン・ディーメンズ・ランドはニュー・サウス・ウェールズから分離され、ニュー・サウス・ウェールズは流刑地と考えず、本国の植民地として扱われた。一八二四年にニュー・サウス・ウェールズは王領植民地となり、行政會議を持つにいたつた。このように一八二三年と二四年の法律はニュー・サウス・ウェールズの最初の憲法ということが出来る。

ニュー・サウス・ウェールズの「第一憲法」は本国法にくらべてなお多くの変則を含んでいる。首席裁判官は一種の「法の審査」が

出来たこと、植民法は最高法規たる本国法により制約されることの他に、形式上陪審が認められたにしても、それは土官から構成されるという異常な形をとつてゐること、起訴陪審による正式起訴をとらなかつたことが指摘されるのである。この頃にはなお流刑植民地としての残滓が認められるのである。

タスマニア（ヴァン・ディーメンズ・ランド）は一八二五年にニュー・サウス・ウェールズから分離した。大陸の西半分はニュー・サウス・ウェールズに含まれていないウェスタン・オーストラリアは一八二七年にイギリスの領有するところとなり、一八二九年に独立した植民地となつた。一八〇二年にポート・フィリップ（メルボルン）への植民が行われたが、ヴィクトリアとして分離したのは一八五一年である。一八二四年にプリズベーンが開かれたがクイーンズランドが分離したのは一八五九年である。サウス・オーストラリアは一八三四年に分離した。従つて一八二八年においてオーストラリアは、ニュー・サウス・ウェールズ、そこから分離したヴァン・ディーメンズ・ランド、およびウェスタン・オーストラリアの三つの地区に分れてゐたことになる。

二 一八二八年のニュー・サウス・ウェールズ「憲法」ないし裁判所法はオーストラリアにとつて、それまでの流刑植民地から自由植民地への移行を意味すると共に、オーストラリアにおけるコモン・ローの「継受」を一八二八年七月二十五日付で「本法制定時にイングランド王国内において効力を持つすべての法及び制定法 *all laws and Statutes* はニュー・サウス・ウェールズ 裁判所の司法の運営に当り前記植民地に適用可能なかぎり適用する。」と宣明して法的に明示した。植民地には、総督の推薦により、國務大臣によつて任命される、植民地の指導的地主・商人から選ばれ、さらに政府の公務員も加えた一〇人ないし五人からなる立法会議が設けられた。立法の発議は総督によつてされ、会議の多数決によつて制定されるが、総督の同意が必要とされ、本国の議会は制定後三年間拒否権を留保してゐた。この会議はなお代表制度をとつてゐない。司法においても、民事事件について当事者の同意があるなら陪審を用い、刑事事件においては政府側の判断で陪審が用いられるようになった。

さきにヴァン・ディーメンズ・ランドといわれ、一八二九年になつて別の植民地とされたタスマニアは、この頃にニュー・サウス・ウェールズから分離してゐるが、この憲法はタスマニアにおいても適用された。現在のクイーンズランド、ヴィクトリア、サウス・オーストラリア、およびノーザン・テリトリーは地理的に当時のニュー・サウス・ウェールズの一部であり、イギリス法の承継の時点と同じ時に求めることが出来る。ウェスタン・オーストラリアは一八二九年から三四年まで適用される暫定法により、そこを独立した植民地として扱うことになり、ウェスタン・オーストラリアは当初は三人以上の議員からなる立法会議が総督の提案による立法をしてい

たが、一八三〇年に総督と任命による四人からなる立法会議となり、一八三一年にはこの立法会議は同時に行政会議を兼ね、一八三二年には立法会議と行政会議が分離するというめまぐるしい変化を重ねている。そして一八二九年の「憲法」は三四年まで暫定的に付けられているが、実際に「憲法」が改正されたのは一八五〇年である。

この間に一八二九年に全オーストラリアが本国の属領とされたのであり、また一八二八年にニュー・サウス・ウェールズ憲法が適用されたと考えられるタスマニアについては、そこへの流刑が廃止されたのは一八五三年であり、これは一八五〇年法の下に一八五二年に自由な植民地としての扱いがはじまったものから生じている。従つてタスマニアにおけるイギリス法の承継は一般的な意味では一八五二年に求めることができる。

一八三四年に植民がはじまつたサウス・オーストラリアは地理的にはニュー・サウス・ウェールズの一部であるが、開設の当初からニュー・サウス・ウェールズから分離するより、無支配の土地に設けられた植民地として取扱われている。とすると、ニュー・サウス・ウェールズから分離したヴィクトリアや、クイーンズランドと異り、一八三四年にイギリス法の承継がはじまるともいえるのである。理論上は一八二八年にオーストラリアの東半分はイギリスと別個の法域となり、一八二九年に西半分も本国と別個の法域となつたといえる。しかしながら、アメリカの場合と異つてこれらの法域はイギリスから独立した法域となつたというより、イギリスの植民地の一つとして大英帝国といった意味でのイギリス法域の一つに属していたということになり、このことがオーストラリアにおけるコモン・ローの承継についてアメリカとは異つた性格を帯びさせるにいたるのである。従つてここに一九〇〇年のオーストラリア連邦形成にいたるまでの、現在各州を構成している地域についての憲法上の構造を、とくに本国との関係において一べつしておく。(領域の変化については別図を参照されたい。)

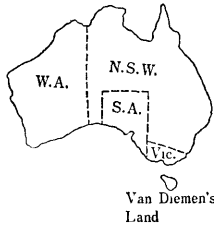
#### 1 ニュー・サウス・ウェールズ

すでに述べた一八二八年憲法は暫定的なものとされ、そこでは充分な代表制度すら採っていない。一八四二年に、ニュー・サウス・ウェールズおよびヴァン・ディーメンズ・ランドの政府に関する法律が制定された。これが一八四二年の憲法といえる。これによつてニュー・サウス・ウェールズには三六名からなる立法議会が設けられた。その三分の二は二〇〇ポンド以上の価額の自由土地保有者、あるいは年間収入二〇ポンド以上の住居居住者に選挙権を与えて選出し、他の三分の一は総督の任命によるものである。総督は立法会議の助言と承認をえて立法権を行使し、植民地立法は本国法に矛盾することは許されなかつた。国王により任命された総督は議員ではないが立法の発議・裁可・拒否の権能をもつた、そして総督の裁可した立法も二年以内であるなら国王によつて取消しうるものであつ

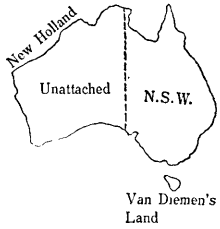
1863



1851



1786-1824



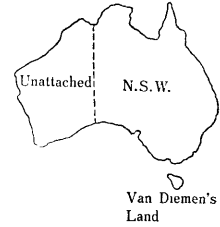
1911



1859



1825



1926



1861



1829



1931



1862



1836



N.S.W.	New South Wales	A.C.T.	Australian Capital Territory
W.A.	Western Australia	N.T.	Northern Territory
S.A.	South Australia	N. Aust.	Northern Australia
Vic.	Victoria	Central Aust.	Central Australia
Tas.	Tasmania	(from Encyclopaedia of Australia, by Learmonth.)	
Qld.	Queensland		



た。さらに総督は財政上の権能をもち、それによつて事実上立法府をコントロールした。

一八五〇年にポート・フィリップ(ヴィクトリア)地方を分離するに先立つて制定された「第二憲法」は総督と立法会議の関係を基本的に変えたものではないが、ニュー・サウス・ウェールズのみならず、ヴィクトリア、タスマニア、サウス・オーストラリア、ウェスタ・オーストラリアにおいて従来の一院制の議會を二院制とし、選挙資格を緩和したものである。その後一八五五年にニュー・サウス・ウェールズ憲法 Constitution Statute が制定されている。これは本国法である一八五〇年の「オーストラリア憲法」にもとづき、ニュー・サウス・ウェールズ自らが制定したものであり、本国議會法である憲法 Constitution Act を補正したものである。議會は行政會議の助言をえて総督によつて指名される三人からなる議院と、財産上の制限はあるが選挙による五四人の議員からなる議院の二院制をとり、議會は課税権限をもち、行政會議は立法會議の多数の信任を必要とする議院内閣の原則を採用した、この一八五五年憲法は一八五〇年の現行憲法に代えられているが、一九〇二年憲法も一八五五年憲法を基礎としている。一八二八年に加えて一八五〇年と一八五五年がニュー・サウス・ウェールズの独立の一つの起算点をなす時期となる。

## 2 タスマニア

一八五三年までヴァン・ディーマンズ・ランドといわれたこの地域は、一八〇三年に植民が開始され一八二三年にニュー・サウス・ウェールズから分離されたことになっているが、一八二五年においてニュー・サウス・ウェールズと類似した立法會議、行政會議をもつたといえる。しかし、一八二八年の「憲法」はニュー・サウス・ウェールズとタスマニアに及ぶものであるから、それぞれが別個の法域でありながら同じ憲法が適用されたことになる、それでいて一八四二年のニュー・サウス・ウェールズ憲法はタスマニアに行われていない。従つて初期におけるタスマニアの法域としての独立性ははなだ混乱したものであつたといえる。一八五〇年に植民地憲法の制定が認められるにいたり、タスマニアを除く植民地においては本国より授權されたわくを越えて憲法が制定されたのに対して、タスマニアにおいては本国より認められたわく内で憲法を制定した。これによつて教育と財産資格にもとづき選挙権を与え、一人からなる立法會議と、類似の条件により選出された議員から成る參議院が設けられた。このタスマニア憲法は不完全なものであり、通常一八五〇年の本国法たるオーストラリア憲法と組合せて解釈されている。それは一九三四年に廃止され、現行憲法になつている。

## 3 サウス・オーストラリア

自由人による植民地として拓かれたサウス・オーストラリアは一八三四年まではニュー・サウス・ウェールズの一部である。一八三四年に本国議會がサウス・オーストラリアの憲法を制定する形式をとらず、樞密院に新しい立法機関を設立する権限を与えた。樞密院

は三名以上の弁務官を任命し、人口が五万を越えたならば他の植民地と同じく立法会議を設けることにした。一八三六年に、総督、弁務官その他の官吏が任命された。立法権は首席判事、植民地長官、法務長官と統合して総督に与えられた。一八四二年になつて一八三四年に定められた制度の主要部分が廃止され、総督と他の七名から成る立法会議が設けられ、将来において一般会議なる選挙による議院と、立法会議なる任命による議院を予定した。一八五〇年のオーストラリア憲法にもとづき、一八五一年になり、三分の一は任命により、三分の二は選挙による二四名からなる立法会議が設けられ、代表政府の形態をとつた。一八五〇年法により、サウス・オーストラリアも憲法を制定しえたのであり、一八五六年に裁可をえてサウス・オーストラリア憲法が制定された。それによると財産資格制限をもつ者の選挙による立法会議と、成人男子選挙による参議院が定められ、金銭法案について参議院に先議権を認め、総督は両院に法案の補正を求めえた。五人の主要な閣僚は議院に議席を持たなければならなかつたのである。当時としては最も進んだ責任政府の形式をとつたのである。この憲法は修正の上一九三四年の現行憲法になつてゐる。

#### 4 ヴィクトリア

一八五〇年憲法によつて、ヴィクトリアはニュー・サウス・ウェールズから分離された。一八五一年に選挙による二〇名、総督の任命による一〇名からなる立法会議が設けられ、分離にいたるまでニュー・サウス・ウェールズ法が適用されることが確認された。そして一八五〇年法によつて自ら憲法制定に着手したが、その憲法は一八五〇年法によつて賦与されたわくを越えてゐるとして修正された末に最初のヴィクトリア憲法が制定された。これによつてヴィクトリアは二院制度を採用したが両院とも選挙を基礎とし、財政問題については下院に当る会議院に先議権を与えた。また責任政府の原則が示され、公務員は行政会議の助言により総督が任命した。そして次第に総督は議会の意思を無視して閣僚を任命しえなくなるが、その過程は立法によるより慣行によることが多い。一九五八年に憲法修正法によつて修正され現在にいたつてゐる。

#### 5 クイーンズランド

一八四二年の憲法によつて、すでにニュー・サウス・ウェールズ北部に独立した植民地を設けることが留保され、一八五〇年憲法においても同じく、ニュー・サウス・ウェールズに類似した植民地を設けることにされているが、クイーンズランドが分離したのは一八五九年の特許 *letter patent* による。クイーンズランド憲法はニュー・サウス・ウェールズ憲法と類似している。形式上は秘密院令であつた。上院に当る議院の議員は当初は別として将来は終身のものと考え、下院についてはすでに一八五九年にニュー・サウス・ウェールズにおいて男子普通選挙であつたのにもかかわらず財産資格を要求していた。一八六七年にクイーンズランド議会はクイーンズラ

ンド植民地憲法に関する法を統合し、その後修正が加えられているが、それが現行憲法と考えられる。

## 6 ウェスタン・オーストラリア

ウェスタン・オーストラリア憲法の起源は一八二九年の本国議会議法にある。それによると三名以上の者に立法権を与えることになり、一八三〇年には総督と四名の者から成る立法機関を設けた。さらに一八三一年に行政会議を設けることになり、一八三二年になって実現された。一八五〇年の憲法によつてウェスタン・オーストラリアにも立法会議を設けられることになったが、一八六五年になつて立法会議設立のための請願が行われ、会議は一八六八年から七〇年の間公務員と非公務員によつて構成されることになった。一八六九年から代表政府が企てられ一八八九年になつてやつとウェスタン・オーストラリア憲法が起草され一八九〇年に本国の同意をえるにいたつたのである。この憲法によつて二院制の議会の一つ立法会議は総督の指名による議員、もう一つの立法集会は財産資格ある者の中から選挙による議員により構成された。一八九三年に立法会議議員の指名制を廃止し、一八九九年に憲法を大改正し、その後若干の修正をへて現行憲法になつている。

このようにオーストラリア各植民地憲法は一八五〇年憲法を基礎にしているとはいへ多彩である。タスマニアやサウス・オーストラリアのように本国議會議定法が憲法と考えられるもの、クイーンズランドのごとく本国議會議定法というより枢密院令が憲法をなしているもの、ニュー・サウス・ウェールズ、ヴィクトリアのように本国議會議法の授權にもとづいて植民地議會において憲法制定がされたものに分けられるのである。本国と独立した法域がいつから生ずるにいたつたかについては、一八二八年の憲法、一八五〇年の憲法を考えると共に、ウェスタン・オーストラリアにおいてはそれが植民地として認められた一八二九年、また、自主的な憲法の制定が独立した法域を意味するならニュー・サウス・ウェールズにおいて一八五五年、ヴィクトリアにおいて一八五一年ということになるが、その場合にはそれ以外の植民地は一九世紀においては独立した法域でなかつたということになつてしまう。しかるに、その憲法上の形式は別として、一九世紀の終には各植民地ともそれぞれ独立した自治植民地であつたのである。

三 アメリカと比較した場合にオーストラリアにおけるイギリス法の「承継」には次の特質があることに注意しなければならない。アメリカのある州においてイギリス法を継受したという場合には、植民開始時とか、独立時とか、その州の創立された時にいたるまでのイギリス法を直接継受し、それ以後においてはイギリス法はアメリカ法ないしその州法に類似した外国法として参照したものであり、その影響を受けたのである。これに対して、オーストラリアの植民地又は州においては、イギリス法は外国法でありえなかつたの

であり、イギリス法承継の時期といわれる時点以後においてもイギリス法は、植民地又は州法の一部をなすものであり、一九〇〇年の連邦形成後においては連邦法の一部をなしたともいえる。

もとより、イギリス本国のオーストラリア植民地に対する関係は時代によつて異つてゐる。後に州となつたオーストラリア諸植民地の憲法そのものがイギリス本国議會制定法であり、このことは現在でも基本的な性質は変りがない。一九〇〇年の連邦憲法もイギリス議會制定法である。そして、制定法の面からいへば一八六五年の植民地法の効力に関する法律において植民地に関する本国法に反するオーストラリア植民地立法の効力を認めていない（第二条）しかし、この場合に植民地におよばない本国法と矛盾するのであるなら「イギリス法と矛盾するという理由で無効とされたり、作用しないと考へられない。」（第三条）ものというのである。すなわち立法において、オーストラリアにある諸植民地はその土地に應じた自主的な立法を行つていくことがかなり自由になつたということが出来るよう。

一八六三年に現在北部領となつてゐる地域がニュー・サウス・ウェールズとは別個の植民地となつてゐるが、同地域においてニュー・サウス・ウェールズ法が行われたものといえる。一八九〇年にウェスタン・オーストラリアは責任政府をもつにいたり、オーストラリアはほぼ現在の区分に従つた数個の植民地に分れたのである。地理的にアメリカと比較するなら、このオーストラリアは内陸州に当るものを持つてゐない。各植民地はそれぞれ優れた港湾都市を持つてゐる——クィーンズランドのブリスベン、ニュー・サウス・ウェールズのシドニー、ヴィクトリアのメルボルン、サウス・オーストラリアのアデレード、ウェスタン・オーストラリアのフリーマントル、タスマニアのホバート、北部領のダーウィン——その都市を海外への窓として内陸部に向つて交通網を拡げた。しかも、州際通商をうながすのに適当な内陸河川もなかつた。当時としては基礎的な鉱業資源も開発されておらず鉄道による州際通商を結ぶ環も出来てゐない。このことから各植民地はそれぞれ独立して本国との関係を持つた。鉄道は一八八三年にニュー・サウス・ウェールズとヴィクトリアが、一八八七年にヴィクトリアとサウス・オーストラリアが、一八八八年にニュー・サウス・ウェールズとクィーンズランドが結ばれたがそれぞれ軌道の幅員を異にして、円滑な州際通商の障碍となつた。一八七七年にはタスマニア、ウェスタン・オーストラリア、北部領を含めて主要都市間の通信網が完成し、一八六一年には半数にしか過ぎなかつたオーストラリア生れは、一八九一年に七五パーセント、一九〇一年には八二パーセントを占めるにいたつたのである。このことが、イギリス本国と異つたオーストラリアの自覚となるにいたるのである。さらに南太平洋におけるドイツの進出、ニュー・ギニア島におけるクィーンズランド州、イギリス本国間の領有権の主張、ゴールドラッシュと砂糖栽培による有色人移民の増加は、州が独立して互に障壁を設けてゐることより、連

合して国際社会に位置を占める利益を自覚するにいたつたといえよう。

すてに一八五〇年代に、ニュー・サウス・ウェールズ州のウィリアム・ウェントワースやイギリス本国の総理大臣グレイによつて連合の必要性が説かれているが、最初の連合会議は、ニュー・ジラランドとフィジイを含んで一八八三年に開れている。一八九〇年に、ニュー・サウス・ウェールズ州のサー・ヘンリー・パークスは六つの植民地とニュー・ジラランド議会により選ばられた代表者から成る会議を提案し、ウェスタン・オーストラリアが一名の代表者を送つた他は各二名ずつの代表者からなる最初の連合会議が一八九一年にメルボルンで開催された。そこで起草された連邦憲法は各州で採択されなかつた。しかし企業者間に連邦の必要の要請がたかまり、一八九四年にニュー・サウス・ウェールズ州の首相ジョージ・リードは他の五州の首相にあて会議を開くことを提案し、一八九五年にタスマニアのホバートで首相会議を開いた。この結果、各州より選挙により選ばれた十名の議員からなる連邦立憲会議を開くこととなつた。クイーンズランドは議員を送らず、ウェスタン・オーストラリアは議会の選出した十名を送つたが、一八九七年にアデレードで、一八九八年にメルボルンにおいて五十名の議員から成る立憲会議が開かれ、連邦の形成には一致したが、労資間の利害対立、州と連邦の課税権の配分、連邦に剰余金ある場合の州への配分、州権主義と連邦主義を主たる争点とした末に、アメリカ合衆国憲法をモデルとし、アメリカにおける経験から生ずる欠陥を補正した連邦憲法案の制定への一致を見たのである。

この草案は国民投票に附された。ニュー・サウス・ウェールズにおいては直ちに投票を終えていたのにもかかわらず、一八九九年に再び若干の修正が首相会議をへて行われ、再び一般投票に附された。この結果、ウェスタン・オーストラリアを除き、クイーンズランドを含め賛成をえた。もつとも賛成は四〇パーセント程度で選挙民過半数の賛成をえたものではない。ウェスタン・オーストラリアは、州関税権を主張する一派と、連邦関税権を主張する一派によつて一般投票は遅れていたが、連邦形成後五年間は州関税権の行使出来ること、ウェスタン・オーストラリアのカルグリーとサウス・オーストラリアのポート・オーガスタを結ぶ大陸横断鉄道を連邦資金によつて建設することを取り引き材料とし、一九〇〇年七月三一日六五パーセントの賛成をえた。この憲法はすでに五月二日に本国の庶民院に提出され七月には女王の裁可をえて一九〇一年一月より施行されたのである。

この憲法制定の過程を見ると、憲法制定のイニシアティブはオーストラリアの側においてとられているが、なお形式的にはイギリス議会制定法の形をとつており、このことは逆に、連邦憲法形成において、なお、本国のコントロールが及んでいたものといふことが出来るのである。

四 連邦形成後オーストラリアは国際的に独立した地位をうるための実績をつみ重ねている。第一次大戦においてオーストラリア人はニュー・ジールランド人と共にイギリス本国とは別個の軍隊ANZACを構成し、第一次大戦後旧ドイツ領ニュー・ギニアを委任統治し、従来認められていなかった海軍を本国と別個に持つことになり、オーストラリアの在外公館を設けるといつた独立性をもつていたつたのである。一九三一年のウェストミンスター法は本国と自治領の關係を明らかにしたものであるか、オーストラリアにおいてウェストミンスター法の適用を承認したのは一九四二年である。しかしウェストミンスター法そのものが従来の憲法上の慣例 *conventions* を成文化したにすぎないといわれている。そもそもオーストラリア連邦憲法制定にいたるまでオーストラリア諸植民地はそれぞれ対外的には本国によつて代表され、本国が植民地のための条約を締結していた。連邦憲法制定後も一九二六年の帝国会議におけるバルフォア宣言一九三一年のウェストミンスター法によつて法制化されるまでは従前の原則に疑問をいだきつつも利用されている。オーストラリアにとつては連邦形成以前に本国がオーストラリア諸植民地のために締結した条約は、連邦形成後執行の責任を負わされることになるかということであり、連邦や州においてそのような条約に反する立法がされた場合の効力について問題になるのである。連邦形成の初期には州に条約執行の責任があるものと考えられたが一九〇七年の帝国会議において連邦政府のみの責任とされ、さらに一九二三年にいたつて連邦が条約締結国となるものとされたのである。

ウェストミンスター法の支柱となつたバルフォア宣言は「英帝国内における自治的諸団体であり、地位において平等、内政外交のいかなる面においても相互に従属の關係に立つことはなく、ただ国王への共同の忠誠によつて結合し、自由意思にもとづいてイギリス連邦の構成員をなす。」ものとオーストラリアをあつかうことになつた。すなわち国王統治の理論、たとえば国王が宣戦布告すれば各植民地はそれに加わる、とか、本国法の優位を意味する植民地の効力に関する法律は廃止された。もつともすでに本国は植民地の内国立法に干渉しないといつた慣行は存在していたし、本国は自治領議会の同意なしに自治領を拘束しないという慣例も存在したのである。ただ、注意すべきことは一九三一年のウェストミンスター法がオーストラリアにおいて承認されたのは一九四一年である。本国からの離脱の道が開れていたにもかかわらず、それを選ぶのに十年の歳月を必要としている。

第二次大戦においてオーストラリアの本国からの離脱は一層顕著になる。一九三九年本国の参戦に伴つて参戦したオーストラリアは一九四一年の対日戦の開始に伴つて、ニュー・ジールランドとは異つて本国の意図に反してヨーロッパ、アフリカに派遣していた軍隊をオーストラリアに引き上げた。そして一九四二年にはウェストミンスター法が発効した。オーストラリアは本国の意思に左右されない

独立の選択をするにいたつたのである。国内的には第二次大戦は連邦政府の強化をもたらしたが、国際的にはオーストラリアは本國と無関係に条約を締結し、戦争に加わつてゐる。また本國との経済的関係の相対的な縮小と、アジア諸國とりわけ日本との関係の増加からますます連邦の独自性を開くにいたつてゐる。イギリス本國は共通の君主を象徴としていただく同盟國といつた存在になる。もつとも、形式上は、連邦総督も州総督もイギリス本國から派遣される形をとつてゐる。しかし実質上これらの総督は國政権能をもたない。一九六八年に連邦高等裁判所より本國の枢密院に上訴する道は断たれた(Privy Council (Limitation of Action) Act, 1968)これに先立つて本國もオーストラリアを別個の法域と考へてゐる。(Australian Consolidated Press v. Urey (1967) 3A11. Eng. R. 528)が現れるにいたつてゐる。とはいへ州最高裁判所より枢密院へ上告する道は今なお残られており、形式的に完全に独立した司法部をもつたといへなかつたのである。

## 註

- 本稿のこの部分について参照した主要な法律文献は下記の通りである。
- Benjafield, D. G. and Whitmore, H., *Principles of Australian Administrative Law*, 1966.
- Brett, P. and Hogg P. W., *Cases and Materials on Administrative Law*.
- Campbell, E. and MacDougall D., *Legal Research: Materials and Methods*, 1967.
- Cowen Z., *The British Commonwealth of Nations in a Changing World*, 1965.
- Crisp, I. F., *Australian National Government*, 3rd ed., 1962.
- Derham, D. Maher F. K. H. and Waller L., *An Introduction to Law*, 1966.
- Elise-Mitchell ed., *Essays on the Australian Constitution*, 2nd ed., 1961.
- Joskel E., *Australian Federal Government*, 1967.
- Lane, P. H. *Some Principles and Sources of Australian Constitutional Law*, 1964.
- Lane, P. H., *An Introduction to Australian Constitutional Law*, 1967.
- Lunn, R. D., *The Constitutions of Australian States*, 2nd ed., 1965.
- Maher, F. K. H., Waller L. and Derham D. P., *Cases and Materials on the Legal Process*, 1966.
- Menzies, R., *Central Power in the Australian Commonwealth*, 1967.
- Paton, G. W., *The Commonwealth of Australia. The Development to its Laws and Constitution. The British Commonwealth Vol. 2*, 1952.
- Quick J. and Garraun R. B., *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*.

Sawer, G., *Australian and the Law*, 1968.

Sawer G., *Australian Federalism in the Court*, 1967.

Sawer G., *Australian Government Today*, 1966.

Sawer G., *Cases on the Constitution of the Commonwealth of Australia*, 3rd ed., 1964.

Wynes, W.A., *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, 3rd ed., 1962.

## 二、判例を通して見た影響と特色

一 その後のいきさつがどのようなものであれ理論上は一八二八年にニュー・サウス・ウェールズ「憲法」においてイギリス法の承継が示されたことによつて、一八二八年までのイギリス法は「適用可能なかぎり」<sup>(1)</sup>適用され、一八二八年以後においてはイギリス法と別個のオーストラリア法が生じていることになる。一八六五年の植民地法の効力に関する法律<sup>(2)</sup>においては、制定法について本国法の適用を消極的に考えていたのである。たとえ、オーストラリアの諸植民地から本国の枢密院への上告が残されているにしても、枢密院司法委員会は本国のための裁判所ではなくて、諸植民地の最高裁判所であり、諸植民地は本国の最高裁判所である貴族院の判例に拘束されることはなかつたはずである。もとより、この場合に本国の裁判所の判例が参考として使用されるにすぎないなら、それは附随意見としての拘束力であり、オーストラリアにおけるアメリカの判例やカナダの判例の参照と異なるところはない。ここにおいて考えるべきことは本国のコモン・ローたる判例が法的拘束力を持つていたかということである。

そもそもコモン・ローの体系の発生は中世初期にまで遡るものであり、一八二八年の時点において、それは長所短所を含んだまま体系としては出来上つていたといえるのであり、一八三〇年以後においてはイギリス本国においてコモン・ローの欠陥を補充する立法活動が活潑に行われている。ここでは一八二八年以後に生れたイギリスのコモン・ローがオーストラリ



アにおいてどのように扱われたかを見なければならぬ。しかし、前述のごとく、コモン・ローはすでに体系として出来上つてしまつていたことから、一八二八年以後の新しいコモン・ローを例示し取り上げることが容易でない。試みに一八二八年以後のリーディングケースと思われる、ライランズ対フレッチャー事件(一八六八年)<sup>(3)</sup>のオーストラリアにおけるアプローチを例示してみたい。

ライランズ対フレッチャー事件は、土地等の不自然な使用 *unnatural use* によつて、危険 *dangerous* であり、物が流失 *escape* した際に土地所有者は厳格責任 *strict liability* を課せられたものである。<sup>(4)</sup> この判例の原則についてアメリカでは、マサチューセッツ州やミネソタ州のようにイギリスと同じ原則をとつたものもあるが、ニュー・ハンプシア、ニュー・ヨーク、ニュー・ジャージーのようにこの原則をとらなかつた州もある。現在においてもリストイットメントには採用されているが十の州においてはこの原則を採用していない。<sup>(5)</sup> アメリカにおいてはいうまでもなく、ライランズ対フレッチャーの法則に拘束力があるから従つてゐるのではなく、その示している内容が正しく説得力があると考えて、自らの判断に當つて採り上げたのであり、必ずしも充分な説得力をえないと考えるならそれに従わないということになつたのである。

これに対してオーストラリアにおいてはどのように考えられて来たかを見てみよう。ライランズ対フレッチャー事件にくらからでも関係があるといえれば一八九七年のスタップス対マックスイーニイ事件、<sup>(6)</sup> 一九〇三年のデニス対ヴィクトリア鉄道事件、<sup>(7)</sup> 一九一一年のラム対フィリップ事件<sup>(8)</sup> といつた三つの州判例があるが、ライランズ対フレッチャー事件のオーストラリアにおける適用を正面から採り上げているのは一九一三年のリチャード対ロジイアン事件である。<sup>(9)</sup>

この事件は次のようなものである。

原告は被告よりビルディングの一室を借り、そこに原告の商品を入れていた。その部屋の上に洗面所があり、建物の管理は被告の被用者スミスに任せられていた。一九〇九年八月一八日夜スミスが見まわりをした時に手洗い場には何もなかつ

た。しかし、翌朝になつて手洗場から流れ出した水が原告所有の商品をだめにしてしまつていたのである。調査したところによると、蛇口は完全に開かれていた。また、さらに調べた結果パイプがさまざまなものでつまつていたのである。パイプの中の品物は何者かによつて故意に押しこまれていたようであつた。通常の用法なら水は流れないこともないが、蛇口を全開したままにしておくなら流出することは明らかである。

原告は(1)被告が管理人を通して建物の管理に不注意があつた、(2)原告の平穩な享受を黙示的に約定しているがそれに反するところがあつた。そして、(3)被告は注意を欠いて大量の水の流出を認めたとして損害賠償を求めたのである。メルボルン郡裁判所の事実審理に當つてミススが前夜蛇口は閉じていたことを証言し、陪審はそれを認めたので、ミスとその使用者たる被告はその点では過失があるものとはならない。問題は家主なる被告がつまつたパイプに気づかずにいたことが過失となるかということに置かれている。第一審であるメルボルン郡裁判所は再三にわたつて、害意をもつて *maliciously* パイプにつめものをした第三者がいる場合に被告は責任を問われないと説示しているが、

「下の部屋の通常の使用を考慮して、事故又は過失により流出があつた場合に、被告あるいは被告の使用人、代理人は正当で充分な水の流出口を与えなかつたことについて過失の責任を問われるか。」<sup>(10)</sup>

といつた裁判官の説間に陪審が「然り」と答えていることから、原告勝訴の判決をしているのである。ヴィクトリア州最高裁判所は原判決を破棄して、被告勝訴の判決をしている。それは、害意が介入しているならば被告の責任は問われないうことになるのである。それといふのは第一審において過失における注意義務違反の点について「然り」であつたにしても、因果関係について必ずしも充分に説明されておらず、第三者の害意が介入した場合に因果関係が中断され被告の責任が問われなくなるものとも考えられるからである。この事件はさらに特別許可 *leave* をえてオーストラリア連邦高等裁判所に上告された。<sup>(11)</sup> 連邦高等裁判所は二対一の判決でヴィクトリア州最高裁判所判決を否定し、再び原告の勝訴を認めたのである。

多数意見はグリフィス首席判事とオコンナー判事によつて述べられている。事故が第三者の行為の介入がなくとも起りうるものであるなら、流出が第三者の行為によつて生じたか否かを問題にすることは重要でない、従つて、たとえ陪審が第三者の害意により流出が生じたと認定しても、被告は責任を免れないのである。これに対してアイザック判事は反対意見で第三者の介入が被告にとつて正当に予測しえないものであるなら、被告に過失があつたにしてもそれが損害発生の原因とはなつていないとして、因果関係の中断により被告に責任はないものとしている。これらの一連の判決は何れも被告の注意義務を認め、その違反を認め、結果との間に因果関係を認めるか否かということから判決の相違を生じていたといえるし、問題を不法行為における過失行為の中において取り上げているといえる。

そこで事件はさらに特別許可をえて一九一三年に枢密院<sup>(12)</sup>において争われることになつた。ここで問題点は、(1)被告は第三者による害意を予想しうべきであり、それに対する注意を払うべきであつた。(2)被告は過失行為は別にして、ライランズ対フレッチャー事件の法則から考へて責任がある。という二点に向けられたのである。第一の点について枢密院はリンチ対ナイデン事件<sup>(13)</sup>、クック対アイルランド・ミドランド・グレート・ウエスタン鉄道会社事件<sup>(14)</sup>という二つの何れもイギリス本国の判例を主たる論拠として原告の主張を斥けており、(2)についてはライランズ対フレッチャー事件の法則はこの事件とは識別されるものと考えられているのである。判決理由の多くはライランズ対フレッチャー事件の分析に当てられている。ライランズ対フレッチャー事件が適用され土地所有者に厳格責任が課せられる場合にも、不可抗力や外敵が原因になつてゐるなら被告保護が認められている。第三者の害意による行為が被告の過誤と関係なしに介入している場合にも被告に弁護の余地を与えているのである。この第三者の行為は被告のコントロールが及ばないものでなければならぬし、従つて予期しえないものである。枢密院はこの事件の事実からライランズ対フレッチャー事件の法則が適用されないものと考えられている。さらに、枢密院はライランズ対フレッチャー事件が適用される場合は所有者の側において他人に及ぼすであろう危険を増加

させるような使用があつた場合であり、通常の使用の場合に当てはめられていないのであり、この事件はむしろ女王座裁判所の判例ロス対フェデン事件<sup>(15)</sup>に当るものであると考へてゐるのである。

枢密院の判決は説得的に引用されたものを含めてライランズ対フレッチャー事件の他に七つの何れもイギリス裁判所の判例である。<sup>(16)</sup>連邦高等裁判所においては、上告人の上告理由として（ライランズ対フレッチャー事件にふれず）、七つのイギリス判例、三つのニュー・ジールランド判例、一つのアイルランド判例、被上告人は（同じくライランズ対フレッチャー事件にふれず）、八つのイギリス判例、一つのニュー・ジールランド判例、一つのアメリカ判例、そして一つのオーストラリア判例に及んでゐる。一つのオーストラリア判例、ニュー・ジールランド判例、アメリカ判例が参照されている他はすべてイギリス判例である。<sup>(17)</sup>オーストラリアにおいて、従前の先例とすべきものが無かつたとはいへ、当事者においても、裁判所においても非常に強くイギリス法に依拠してゐることは明らかである。

- (1) Australian Courts Act 9 Geo. 4 c. 83. Second Constitution of New South Wales.
- (2) Colonial Laws Validity Act 28&29 Vic. c. 41.
- (3) Fletcher v. Rylands, Ct of Ex. 159 Eng. Rep. 737 (1865); Fletcher v. Rylands, Exch. 1 Exch. 205 (1866); Rylands v. Fletcher, H of L. 3 Eng. & Ir. App. Cases 330 (1868).
- (4) ライランズ対フレッチャー事件の詳細な研究は、小堀憲助「イギリス不法行為法における無過失賠償責任に就いての一考察」Rylands v. Fletcher 事件の法則」法學新報五七巻四号、五号に詳し。
- (5) Prosser, Handbook of the Law of Torts, pp. 331~338.
- (6) Stubbs v. McSweeney (1897) 18 L.R. (N.S.W.) 50.
- (7) Dennis v. Victoria Rlys. Commr (1903) 28 V.L.R. 576.
- (8) Lamb v. Phillips (1911) 11 S.R. (N.S.W.) 109 オーストラリアにおけるライランズ対フレッチャー事件の法則にふれず Fleming, The Law of Torts, pp. 299~314.
- (9) Richard v. Lothian (1913) Privy Council, 16 C.L.R. 387, Lothian v. Richards (1910) V.L.R. 425, 32 A.L.J. 53; Lothian v. Richards (1911) 12 C.L.R. 165.

- (9) 12 C.L.R. 165, 167.
- (11) 12 C.L.R. 165.
- (12) 16 C.L.R. 387.
- (13) Lynch v. Nurdin 1 Q.B. 29.
- (14) Cooke v. Midland Great Western Rly of Ireland (1909) A.C. 229.
- (15) Ross, Fedden, L.R. 7 Q.B. 661.
- (16) 板橋通判等による先例は前記 Lynch, Cooke, Rylands, Ross の四事件の他は Easter and South African Telegraph Co. v. Cape Town Tramways Cos. (1902) A.C. 381, Blake v. Wolf (1898) 2 Q.B. 426, Nicholus v. Marsland 2 Ex. D. 1. v. 489.
- (17) 連邦高等裁判所による先例は前記 Lynch, Cooke, Rylands, Ross の四事件の他は Hill v. New River Co., 18 L.T.N.S. 355, 9 B. & S. 303; Burrows v. March Gas and Coke Co. L.R. 5 Ex. 67; L.R.7 Ex. 96, Clark v. Chambers 3 Q.B. D. 327, Hildge v. Goodwin 5 C.&P. 190, Engelhart v. Goodwin (1897) Q.B. 240, McDowall v. Great Western Railway Co. (1903) 2 K.B. 331, 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100 101 102 103 104 105 106 107 108 109 110 111 112 113 114 115 116 117 118 119 120 121 122 123 124 125 126 127 128 129 130 131 132 133 134 135 136 137 138 139 140 141 142 143 144 145 146 147 148 149 150 151 152 153 154 155 156 157 158 159 160 161 162 163 164 165 166 167 168 169 170 171 172 173 174 175 176 177 178 179 180 181 182 183 184 185 186 187 188 189 190 191 192 193 194 195 196 197 198 199 200 201 202 203 204 205 206 207 208 209 210 211 212 213 214 215 216 217 218 219 220 221 222 223 224 225 226 227 228 229 230 231 232 233 234 235 236 237 238 239 240 241 242 243 244 245 246 247 248 249 250 251 252 253 254 255 256 257 258 259 260 261 262 263 264 265 266 267 268 269 270 271 272 273 274 275 276 277 278 279 280 281 282 283 284 285 286 287 288 289 290 291 292 293 294 295 296 297 298 299 300 301 302 303 304 305 306 307 308 309 310 311 312 313 314 315 316 317 318 319 320 321 322 323 324 325 326 327 328 329 330 331 332 333 334 335 336 337 338 339 340 341 342 343 344 345 346 347 348 349 350 351 352 353 354 355 356 357 358 359 360 361 362 363 364 365 366 367 368 369 370 371 372 373 374 375 376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386 387 388 389 390 391 392 393 394 395 396 397 398 399 400 401 402 403 404 405 406 407 408 409 410 411 412 413 414 415 416 417 418 419 420 421 422 423 424 425 426 427 428 429 430 431 432 433 434 435 436 437 438 439 440 441 442 443 444 445 446 447 448 449 450 451 452 453 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000

二 次の例をイギリス法における第三者のためにする契約の理論を中心にとり上げてみる。一六七九年のハーン対メイン事件<sup>(1)</sup>、一六八七年のダットン対プール事件<sup>(2)</sup>における近親関係ある第三者のための契約の理論は一八三三年のプライス対イーストン事件<sup>(3)</sup>をへて一八六一年のトゥイドル対アトーンソン事件<sup>(4)</sup>において「第三者に利益を与える契約が締結されたとして

も、受益者たる第三者はコンシダレーションを提供しなかつたのであり、契約の当事者でなかつたのだから、他人間の契約の利益にあずかることはできない。」ものとして、第三者のためにする契約を消極的に解しているのである。一八三三年はオーストラリアにコモン・ローが承継されたといわれる一八二八年—二九年以降であり、一八六一年は一八六五年の植民地法の効力に関する法律に先立っている。アメリカにおいてはニュー・ヨーク州判例であるロウレンス対フォックス事件<sup>(5)</sup>において一八五九年に第三者のためにする契約を積極的に考えるにいたっているのである。また大陸法系の諸国においては、それをモデルとしたわが国の民法の場合と同じく第三者のための契約を認めているのである。<sup>(6)</sup> そもそもイギリス法において第三者のための契約を認めるのに消極的であつたのは、コンシダレーションを交換するという契約法の基本原理に拘束されていたからであり、アメリカにおいて早くから第三者のためにする契約を認めるにいたつてゐることは、英米契約法におけるコンシダレーション論についてのイギリス法とアメリカ法の相違を基本的な分野において生じて来ているものであると考える必要がある。

第三者のための契約に関するオーストラリアにおける代表的判例として、レッドマン対ニュー・サウス・ウェールズ・パーマナント受託会社事件<sup>(7)</sup>（一九一六年）およびマックブライド対サンドランド事件<sup>(8)</sup>（一九一八年）はいずれもイギリス判例たるブラリス対イーストン事件によつて、一九三六年のバーミンガム対レンフリユ事件<sup>(9)</sup>は同じくイギリス判例のトウイドル対アトキンソン事件によつて第三者のためにする契約は認め難いことを、主としてコンシダレーション交換の理論を論拠にして示しているのである。

レッドマン事件は第三者のためにする契約の事件というより債権譲渡に関する事件である。XがAに遺贈することになつたが、遺贈の行為が完成する以前にAはB及びCにその将来すべき期待財産を譲渡している。この場合にB及びCはXに対して自分達は善意でAから債権の譲渡を受けたものと主張しえないといつた趣旨の事件である。Bは二五ドルをコンシダレイ

ジョンとして提供したといつては、これは約束に対する交換として提供された金銭でないという理由で、Cは全くコンシダレイションを欠いているという理由で、有効な譲受けはなかつたと考えている。アイザック判事は特にブライス事件とダンロップ・タイヤ会社対セルフリッジ会社事件（一九一五年）<sup>(10)</sup>といつたはずれも本国判例を主要な論拠にしているのである。

弁論において五つのオーストラリア連邦高等裁判所<sup>(11)</sup>判例が指摘されている以外は、三十二のイギリス判例が用いられている。マックブライド事件は、原告Pはある土地を競売によつて購入しようとしていたが、その娘Dと娘の夫Hとの間に次のような約束をしている。それはHもその土地の一部を購入しようとしているのであるが、Pは土地は全部自分のものにするから競売に當つてHが反対しないように、その代りに、売買代金の五パーセントを支払うなら、被告側の望む特定の財産を被告に占有させること、さらに被告の主張するところによると被告は原告の死後正當な代価を支払つて土地を入手しうることになつていたというのである。Pは土地を購入し、約束に従つて五パーセント支払うことによつてDとHは土地を占有していた。一九〇九年にHが死亡した後、PとDの間に再び合意がされ、一九一三年にPとDの間に書面による借地契約がかわされている。Dによるとすでに一九一五年にPが土地を購入するに當つて行われたPとHの間の約束によつて、Dの側には単に借地の約束でなく、将来において土地を売買する約束があつたものと考えている、Pにおいては一九一三年の借地契約を根拠とする主張をしている。サウス・オーストラリア州最高裁判所は、一九一三年の約束は詐欺が介入しているという理由でその効力を否定し、一九一五年の契約がPとDとの間において有効であると考へている。これに対して連邦高等裁判所は一九一五年の約束は正當なコンシダレイションに支えられていないという理由で無効として、一九一三年の契約を認めるのである。<sup>(12)</sup>一九一五年にPはHに対して約束をし、HはPに対して競売において自制するといつたコンシダレイションが交換されているが、利益はHに行く部分があるにしてもDに行くことになり、DとPとの間にコンシダレイションの交換は認められない。ただ、かつて行われた近親関係の理論が適用されるならDとHは夫婦関係にあるといつた事実がある。しか

し、それにはふれず、アイザック判事並びにリッチ判事においてはダンロップ・タイヤ会社事件、ヒギンズ判事においてはブライス事件にいうコンシダレイション交換の法則に依拠している。重ねて参照された判例を見ると、上告理由に三つのオーストラリア連邦判例、判決理由中の一つのオーストラリア判例を除き、他の六十余はイギリス判例である。<sup>(13)</sup>

一九三六年のバーミンガム対レンフリュウ事件は、解釈上の信託の理論を用いることによつて第三受益者の保護を認めた事件である。HとWは夫婦であり、HとWは契約して、WはHより先に死亡した際に財産をHに残す、Hはそのコンシダレイションとして、Hが死亡した際に財産をWの親族に遺贈する旨の遺書を作成し、後にその遺書を取り消さないことにした。Wが死亡し財産がHに帰属してからHは先の遺書を取り消して他に遺贈することにしたのである。検認裁判所においてはHが後に作成した遺書を有効なものとしている。ヴィクトリア州最高裁判所は被告Wの側における契約は文書法<sup>(14)</sup>（一九二八年）第二八条の下に作成しなければならぬという主張を斥けて、当事者間に有効な契約の成立を認めている。連邦高等裁判所はこの点について、第三受益者は訴権を発生するような契約の当事者ではありえないことを、トゥイドル事件、ダンロップ事件によつて確認しているが、合意が解釈上の信託を生ずる場合であると考えている。特にデイクソン判事の、問題はエクイティ裁判所において考えられるものであるといった見解をその代表的意見と見ることが出来るのである。<sup>(15)</sup>再び上告理由には二つの連邦判例、二十三のイギリス判例、答弁中に三つの連邦判例、三十の本国判例、判決理由として、一つの連邦判例、三十余のイギリス判例に論及され、連邦判例であるホートン対ジョーンズ事件<sup>(16)</sup>と区別し、イギリス判例であるダフォー対ペレリア事件<sup>(17)</sup>を適用している。

- (1) *Bourne v. Mason* (1679), 86 E.R. 5.
- (2) *Dutton v. Poole* (1678), 86 E.R. 205, 215 affirmed by the Ct. of Exchequer Chamber in *Dutton v. Poole*, 2 Lev. 210.
- (3) *Price v. Easton* (1833) 110 E.R. 518.
- (4) *Tweedle v. Atkinson* (1861) 121 E.R. 762.



- (5) *Lawrence v. Fox* (1859) 20 N.Y. 268.
- (6) 第三者のためたる契約の解除、小林規蔵「英法に於ける第三者のためたる契約の解除」法學新報社(1)巻11(号) 六三巻1(号) オーストラリア及びニュージーランドの契約法、21 Australian L.J. 382~386, 422~426, 455~459, 22 A.L.J. 67~71.
- (7) *Redman v. The Permanent Trustee Co. of N.S.W. Ltd. et al.* (1916) 22 C.L.R. 84.
- (8) *McBride v. Sandland*, (1918) 25 C.L.R. 69.
- (9) *Birmingham et al. v. Renfrew et al.* (1936) 57 C.L.R. 666.
- (10) *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co. Ltd.* (1915) A.C. 847.
- (11) オーストラリアの判例として参照せられたものとして *Redman v. Hage* 18 C.L.R. 640, *Gilbert v. Stanton* 2 C.L.R. 447, *Barns v. Queensland National Bank Ltd.* 3 C.L.R. 925, *Cook v. Smith* 9 C.L.R. 773, *Nissen v. Grunden*, 14 C.L.R. 297. 及び、日本の判決理由の中に於て述べられたもの。
- (12) 25 C.L.R. 69.
- (13) 上述理由に見られるオーストラリア判例 *Cadd v. Cadd* 9 C.L.R. 171, *Wells v. Matthews* 18 C.L.R. 440, *Thomas v. The Crown* 2 C.L.R. 127. 判決理由中 *Barterwharfs Ltd. v. W. Scott Fell & Co.* 5. C.L.R. 647.
- (14) *Renfrew v. Birmingham*. (1937) V.L.R. 180.
- (15) 57 C.L.R. 666, 680 以下。
- (16) オーストラリア判例 *Hudson v. Gray* (1927) 39 C.L.R. 473, *Horton v. Jones* (1935) 53 C.L.R. 475. 答弁に前記二事件に加え、*Russell v. Scott* (1936) 55 C.L.R. 140. 連邦裁判所之言及として、*Horton v. Jones*, op. cit. 及び。
- (17) 前出 *Horton v. Jones* (1935) 53 C.L.R. 475.
- (18) *Dufour v. Pereria* (1769) Dick 419, 21 E.R. 332.

三 一、二の例でオーストラリアにおけるイギリス・コモン・ローの位置について一般的な結論をえることは出来ない。とはいえ、前出の例から一つの傾向をうかがうことが出来る。すなわち、嚴格責任の先例の説明に際して例示したりチャード事件<sup>(1)</sup>について、ライランズ対フレッチャー事件<sup>(2)</sup>を正面から問題にしているのはイギリス本国に置かれている枢密院においてであつたこと。第三者のためにする契約の法理を論じたプライス事件<sup>(3)</sup>、トウイドル事件<sup>(4)</sup>を取り扱っている三判例はいずれ

も連邦高等裁判所判例であるが、上告人の側においてはそれぞれオーストラリア判例への言及があるにもかかわらず、被告人、裁判所の側では一九一六年のレッドマン事件<sup>(5)</sup>においてはイギリス判例のみを用い、一九一八年のマックブライド事件<sup>(6)</sup>においては一つのオーストラリア連邦判例、一九三六年のバーミンガム事件<sup>(7)</sup>においては連邦と州を含んで六つのオーストラリア判例に論及されていることに気がつくのである。すなわち、数量的な形式面から見てイギリス本国の判例に依存する度合が少くなつていたのである。このことはもとより事件の性質によつて左右されるものであり、早くからオーストラリアにおける独自の法発展をした領域、たとえば財産の譲渡についてトールレンス法が作用しているような領域ではオーストラリア化がより顕著であることはいうまでもない。

ところが判例の領域でオーストラリア判例とイギリス判例の衝突を生じた際の基準について一九四三年にピロ対W・フォスター会社事件<sup>(8)</sup>を見ることになる。これによると、上院の判例と、オーストラリア連邦高等裁判所の判例に明白な衝突を生じた場合に、一般原則について貴族院の判例に従わなければならない、といった趣意の判決が現れているのである。原告はある機械の取扱いに注意せよと再三警告されていたにもかかわらず、不注意によつて負傷している、被告たる使用者は法令に反してその機械に充分な囲いをするのを怠つていたのである。サウス・オーストラリア州最高裁判所は貴族院の判例であるキャスウェル事件<sup>(10)</sup>、ルイス事件<sup>(11)</sup>に準拠して、原告の側の寄与過失 *contributory negligence* によつて被告の側は責任を負わせられないとしているのである。原告はこうした二つの貴族院の判例によつて上告の理由づけは困難であるが、この二つの事件において寄与過失による被告の責任の免除が常に認められているとはかぎらないこと、オーストラリア連邦高等裁判所判例たるパーク対バタフィールド・スマイス会社事件<sup>(12)</sup>によれば制定法上の義務が課せられている場合には寄与過失を弁護となしえないという趣旨であり、それに従つて判決されるべきであると求めているのである。連邦高等裁判所では、原告の側に不注意があつたにしても、それが寄与過失を構成するのに充分な事実にもとづいていたわけではないという理由で原判決

を破棄して原告勝訴を認めている。これは、法令上の義務があれば寄与過失の抗弁は主張しえないといっているのではなく、寄与過失の抗弁は成立するが、この事件では寄与過失を構成するに足りる要素がないというのが、レーザム、スターク、マックティアナン三判事の多数意見であり、反対意見はリッチ、ウィリアムズ二判事により、寄与過失を構成するのに充分であつたということにある。そして、イギリス貴族院判決の優位についてはすべての判事について共通である。

レーザム首席判事「この裁判所は技術的には貴族院の判決に拘束されない、しかし、わたくしの意見では、この裁判所およびオーストラリアの他の裁判所は一般的法則として貴族院の判決に従うべきであるという結論に確信をもつた理由が存在する。貴族院はイギリス法を宣明する最終的権威である、そして明らかにオーストラリア法の部分であるイギリス法の原則を含む事件がある場合には、そして、地域的相違に関連がない場合は、貴族院はオーストラリア法を最終的に宣明していると考えられる。

「わたくしの意見では、貴族院と連邦高等裁判所の判決の衝突があるときに、この裁判所及びオーストラリアの他の裁判所は一般法則の問題について貴族院の判決に従うべきであることが一般手続法則として賢明であると正式に判断すべきである」<sup>(13)</sup>。

リッチ判事「技術的に、われわれは、枢密院の判決のみに拘束される、しかし、両国においてコモン・ローの問題について貴族院のあらゆる決定に従うべきことは疑う余地がない。……ニュー・サウス・ウェールズ最高裁判所がヒューストン対ストーン事件<sup>(14)</sup>で、枢密院への上告に服するが高等裁判所判決をオーストラリアの最終上告裁判所判決として拘束されるものと考えているのは正しい。しかし、将来において訴のくりかえしを避けるために、オーストラリアの裁判所は貴族院のすべての決定に従うべきであり、もとより、この裁判所の判決に先立つて枢密院の判決に従うべきであると勧告出来る」<sup>(15)</sup>。

スターク判事「技術的に貴族院の判決はこの裁判所を拘束しない、しかし、わたくしはこの裁判所はその判決をイギリス法を正しく表明したものととして受け入れ、パーク対バターフィールド・ルイス会社事件の判決をくつがえすか、考慮外におくべきである」<sup>(16)</sup>。

マックティアナン判事「オーストラリアの裁判所は枢密院の判決に拘束されると同じ厳格さをもつて貴族院の判決に拘束されるものではない。高等裁判所自身は技術的には貴族院の判決に拘束されない。……高等裁判所の下にあるオーストラリアの裁判所は、技術的には高等裁判所及び枢密院の判決のみに拘束される。イギリスの判決と一致させるように、この国でイギリス法の司法的表明をもたらすためにその判決をくつがえすのは、高等裁判所の裁量にもとづくのである。高等裁判所の判決が誤っているなら、貴族院の判決は

適用されないものとしないうて、高等裁判所の判決よりむしろ貴族院の判決によるのである。」<sup>(17)</sup>

ウィリアムズ判事「ロビンズ対ナショナル・トラスト会社事件<sup>(18)</sup>において枢密院は「植民地において、イギリスの控訴裁判所の法と異なる法によつて規制されている時に、植民地裁判所は誤りをおかしていると考えるのは正しくない。イギリスにおける先例が貴族院の先例であるときは話は別である。それはイギリス法を定める最高の法廷である。そしてそこで決定されたものは、イギリスで拘束するよ  
うに植民地も拘束する。」<sup>(19)</sup>

「この裁判所は今までに何回か控訴裁判所の見解と一致するように自分の見解を変えたことがある。統一の重要性はこの事件において認められるのであり、もしこの裁判所がバーク対バタフィールド・ルイス会社事件の判決に固執するとイギリスとオーストラリアにおいて同一法についての解釈の相違が将来は今よりもつと大きくなつてしまふ。」<sup>(19)</sup>

いずれの場合にも、貴族院判決の技術的拘束力は否定しながらも、オーストラリア法の独自性を主張するより、それをイギリス法の一部としてとらえようとしているのである。この判決の出された一九四三年には、政治の場面においてはオーストラリアはすでにウェストミンスター法を採択していたし、太平洋戦争において本国のもつ軍事指揮権にもかかわらず、オーストラリア軍隊を自己の意思によつて左右するといった独自の主張がされるにいたつていた時期である。

- (1) Richards v. Lothian (1913) P.C. 16 C.L.R. 387.
- (2) Rylands v. Fletcher (1868) H.L. 3 Eng. & Ir. App Cases 330.
- (3) Price v. Easton (1833) 110 E.R. 518.
- (4) Tweddle v. Atkinson (1861) 121 E.R. 762.
- (5) Redman v. The Permanent Trustee Co. of N.S.W. Ltd. et al. (1916) 22 C.L.R. 84.
- (6) McBride v. Sandland (1918) 25 C.L.R. 63.
- (7) Birmingham et al. v. Rentfrew (1936) 57 C.L.R. 666.
- (8) Piro v. W. Foster & Co. Ltd. (1943) 68 C.L.R. 313.
- (9) Piro v. W. Foster & Co. Ltd. (1943) S.A.S.R. 68.
- (10) Caswell v. Powell Duffryn Associated Colliers Ltd. (1940) A.C. 152.
- (11) Lewis v. Dennyne (1940) A.C. 921.

- (2) Bourke v. Butterfield & Lewis Ltd. (1926) 38 C.L.R.354.
- (3) 68 C.L.R. 313, 320.
- (4) *Houstone v. Stone* (1943) 43 S.R. (N.S.W.) 118.
- (5) 68 C.L.R. 313, 325~26.
- (6) *ibid.*, 326.
- (7) *ibid.*, 335.
- (8) *Robins v. National Trust Co. Ltd.* (1927) A.C. 515.
- (9) 68 C.L.R. 313, 340.

四 制定法については、オーストラリアでは本国法に反しないかぎり植民地立法を認めていた。本国立法と一致しない植民地法についてはその解釈を本国立法に求めるよりはコモン・ローに求めているのである。一つの例を一八五八年にサウス・オーストラリアにはじまった本国法と異つた土地譲渡と登記を定めたトーレンス法<sup>(1)</sup>に求めることが出来る。

イギリスの土地法は一八八二年の土地分与法<sup>(2)</sup>、一九二五年の財産法<sup>(3)</sup>にいたつて近代化されるまでは、長い間封建的保有態様を残していたのであり、一八二八年にオーストラリアがコモン・ローを継受した際に、イギリスの不動産譲渡法は若干の例外を除いて昔のままであつた。オーストラリアのように封建時代を経験しない植民地においては本国に類似した保有態様を必要としなかつた。もつとも、オーストラリアにおいては他の植民地と異つて、その当初に流刑地であつたことから、その土地を國王の土地としてとらえることが強く、植民地政府は自由人に対して土地を所有させるというより、賃借保有 *Lea-ehold* の形式によつて実質上所有せしめたといえる。時には原住民から土地を購入する形式をとつたり、荒地に無断居住 *squat* して現実に占拠する形式をとつたりしている。そのいずれも犯罪として禁止したがその立法は必ずしも成功せず後に追認せざるをえなかつたとさえいわれる。<sup>(4)</sup> とはいへ基本的にはオーストラリアはその多くが賃借保有の形式をとつた実質的

所有を認めている。一九四五年にクイーンズランドの九〇パーセント、ニュー・サウス・ウェールズの六六パーセントは賃借保有の形を採っているのである。<sup>(5)</sup>

トーレンス法はこうしたオーストラリアに特色づけられる保有態様を背景にしているともいえる。各植民地のトーレンス法は一樣でないが、基本的には土地に関する権原 *estate* の明確化と譲渡の簡易化に特色づけられる。コモン・ローにおいて土地の権原は権原証書の所持から推論するのと異つて、政府におこなつた登録によつて保証された。この法律の下ではたとえ権原の保証されていない所有者も登録すれば保証をえることになつた。従つてある日時（たとえばヴィクトリアにおいては一八六二年）以後すべての土地を国王から譲り受けうるものとしてこの制度に組入れた。従つて、その時以前に国王より譲り受けたと考えられる土地にはトーレンス法は適用されない。（たとえば、ヴィクトリアの十五分の一の地域でトーレンス法は行われぬ。）譲渡についても複雑な土地譲渡証書 *deed* に代えて、登記を基礎として作成された権原証書 *certificate of title* の書き換えで足りるものとした。<sup>(6)</sup> このような簡素化された方式は開拓に伴い土地の譲渡を必要とするオーストラリアにおいて良く作用したし、後に本国において財産法の近代化が進められた際もその影響を直接に受けることがなかつたのである。

本国法と植民法のからまつている一つの例としてクイーンズランドの判例であるアリソン対ペッティ事件（一八九九年）<sup>(7)</sup> をとりあげてみる。この事件には一八二五年の本国の（ニュー・サウス・ウェールズ）植民法への命令、一八二八年のコモン・ロー承継が確認された後に本国において制定された一八三三年の和解譲渡ならびに馴合不動産回復法<sup>(8)</sup>、一八四三年に一八二五年の命令を廃止し、その内容を（ニュー・サウス・ウェールズ）植民法立法とした捺印証書登録法<sup>(9)</sup>、一八五九年にニュー・サウス・ウェールズより分離したクイーンズランドにおいて制定された一八六一年のクイーンズランド物的財産法<sup>(10)</sup>、さらに一八八六年のクイーンズランド土地処分法<sup>(11)</sup>の適用関係が扱われているのである。

事實は、一八五七年にある父親が婚姻前の娘に対して A・B 二ヶ所の土地を譲渡しようとした。この土地は娘の使用 *use*

に供するために受託者に信託された。娘は生存中その土地を使用し、残余権 *remainder* は婚姻により出生した者が共同限嗣不動産権保有者 *tenants in common in tail* となつて、交互残余権 *cross remainder* をもち、さらに財産の最終残余権は娘の将来の夫が持つことになつていた。娘は婚姻し、夫は一八六六年に無遺言のまま死亡し、二人の間に一男二女が残された。この事件の提起された数年前に本件原告である娘と、残余権についての合有保有者 *joint tenants* である子供のための受託者は、Aの土地について一八六一年の物的財産法にもとづく申し立てをし、その結果マークウエルという者に單純不動産権 *estate in fee simple* の権原証書が出された。マークウエルは、その後受託者指名書を用いて、その土地を一八五七年に不動産処分にもとづき被告に受託させている。この間の移転には詐欺を構成するほどの侵害はなく、原告はエクイティ上の権利はなお保持していた。

一方、一八八六年の土地譲渡法にもとづいて被告はB地の受託者とされ、ひきつづいて生前保有権者とされた。被告はこの土地を三〇〇〇ポンドで売却したがその金員は手もとに保持している。一八八六年の法律によるとその金員は土地そのものと考えられるのである。さらに一八九八年十月八日に、原告と被告は捺印証書を作成した。それによると原告は被告に不動産処分を示されている土地を売却した。ただ原告には生前財産である信託は残るが、子供達の限嗣共同不動産権は解除したのである。この捺印証書は一八四三年の捺印証書登録法にもとづいて作成された。その後同一年十月二十七日に原告、被告間の鹵形捺印証書 *indenture* により、原告はA地について、原告には生前の、そして残余権は子供に留る財産についての受託者を指名する文書を一八六一年の物的財産法にもとづいて作成した。

問題の中心になつてゐるのは十月八日付の捺印証書である。物的財産法によるとB地を処分してえた三〇〇〇ポンドの金員は土地とは考えないのであるから、一八四三年の捺印証書登録法が適用されることになる。そしてこの法律は一八二八年の命令の内容をうけついでるのであり、さらにそれによつて、エドワード一世の治世第一三年(一二八五年)に第二ウェス

トミンスター条例 Statute of Westminster II の一部をなす条件附贈与法 Statute De Donis が、ニュー・サウス・ウェールズに承継され適用されたことになる。この条件附贈与法は、かつて、土地を与えられた者がそれを直ちに処分しえたことがかなり広く認められていたことに制限を加えていたのである。この法律から生れた限嗣不動産権はいわゆる財産永久拘束 *perpetuity* を生じ土地保有者たる貴族に有利に働いていた。<sup>(12)</sup> しかし、近代に入るにいたつてこのような拘束が経済生活の実際に合わなくなるにいたり、一八三三年の和解譲渡及び馴合不動産回復訴訟法により条件附贈与法の制限を避けることになつたのである。ところが、ニュー・サウス・ウェールズでは別個の方法によつて条件附贈与法の厳格さを緩和する必要性はあつた。すなわち、本国法では限嗣封土権を廃除するためには廢除証書 *disentailing deed* によるのであり、妻または夫の同意をえて裁判官の面前で承認された証書により土地の処分が認められた。一方、ニュー・サウス・ウェールズの一八二五年の命令による一八四三年法は、正当に作成され認証された証書により当事者の「不動産権」は移転するものであり、その不動産権については和解譲渡や不動産回復訴訟がされた場合と同じであるといつていた。<sup>(13)</sup> とすると限嗣不動産権は「不動産権」の中に入り移転しうるものであるか。限嗣不動産権は保有財産の部分をなすものであり、不動産権はその点では広く解釈出来るかもしれない。ただ不動産権の中に残余権まで含むかは一層明らかでない。とはいえ、この事件では一八九八年十月八日に、残余権所有者は証書によつて土地に関する最終利益を処分しているのである。

そこで十月八日付証書と一八六一年の物的財産法との關係に及ぶことになる。ここで争われている財産権はエクイティ上のものであるが、類似のコモン・ロー上の不動産権に関する原則に従うことになつて<sup>(14)</sup>いる。一八六一年の法律では限嗣不動産権保有者は子供に不利になるにしても限嗣不動産権の処分が認められ、さらにこの法律に矛盾する法律や手続を廃止していた。とすると、一八四三年の法律や条件附贈与法は一八六一年の法律に矛盾するので廃止されたのだろうか。この一八六一年の法律は限嗣不動産権を承認し、また、不動産権保有者に、限嗣不動産権、生涯不動産権等の單純不動産権以下の不動



産権等の将来の不動産権の登録が要求された。登録によつて発行された権原証書によつて単純不動産権以下の財産権についての優先順位が定められた。限嗣不動産権について優先順位をもつものと登録された者は残余権者に負担を課するような土地の取引は許されなくなつた。一八六一年の法律第四三条は登録されるまで移転を有効としない。第四八条は移転はこの法律に従うものであつて制限を認めていないから、文書の作成と交附によつて財産の移転が完成すると考えていた一八四三年法の原則を認めないことになる。条件附贈与法に定められた制限については一八六一年の物的財産法は譲渡権を制限するものでなく、登録された優先権者に移転を認めているのである。そして、その移転が限嗣不動産権の決定を期待している残余権者に不利に働いているとはいえないと考えている。従つてエクイティ上の限嗣不動産権保有者は正当に認証された文書によつて不動産権の処分をなしうるのである。すなわち、十月八日の証書は限嗣不動産権を解除する有効なエクイティ上の処分であつたということになる。

この事件では登録に基礎をおいたトーレンス方式による財産の移転を認めながら、なお一般法 *general law* が適用されるものであると考え、トーレンス法は単に登録の形式や手続のわくをきめたにしかすぎないものであり、法の基本的分野において一般法が用いられることを示しているといえよう。もつとも一般法のわく内で権利として認められているにしても、トーレンス法による登録や移転の保証がない限り、その権利は観念上のものにとどまることになるということが出来よう。

(1) トーレンス法 *Torrens Act* を考えたロバート・リチャード・トーレンスは、イギリスにおいて教育を受けた後にオーストラリアに移住したが、本国における土地譲渡方式は限られた階級の人や、種類の土地保有態様のみ有効なものであり、植民地のように広く、自由に土地の処分や移転を必要とする社会には適さないと考えた。一八五三年にサウス・オーストラリア土地登記長官となり、さらに立法会議の議員になりこの問題の解決に着手した。トーレンスの狙いは法律専門家でなくても容易に土地を譲渡しようようにすることであり、そのモデルを本国の商船法 *Merchant Shipping Act* における船舶の登録に求めたといわれる。一八五七年のサウス・オーストラリア憲法制定後一八五八年に通称トーレンス法として立法された。その後一八六一年にクイーンズランド、一八六二年にニュー・サウス・ウェールズ、ヴィクトリア、タスマニア、一八七四年にウェスタン・オーストラリアにおいて類似の立法がされ、トーレンス方式は全土にわたつて行われるにいたつた。David Jackson, *Principles of Property Law* p. 97.

- (c2) Settled Land Act 1882, 45&46 Vict. c.38.
- (c3) Law of Property Act 1925, 15 Geo. 5 c. 20.
- (4) Manning Clark, *A Short History of Australia* p. 100.
- (c5) G. W. Paton, *The British Commonwealth The Commonwealth of Australia* p. 120. 賃借保有が残存したのはオーストラリアにおいて比較的早くから見られる労働党政府の影響が強く示されてゐる。
- (c6) *ibid.*, p. 125.
- (7) *Alison v. Petty* (1899) 9 Q.L.J. 125. (F.C.)
- (c8) *Finns and Recoveries Act 3 & 4 Wm. 4 c. 74.*
- (c9) *Registration of Deed Act 1843. (N.S.W.)*
- (10) *Real Property Act 1861. (Qld.)*
- (11) *Settled Land Act 1886. (Qld.)*
- (12) 条件附贈与法以前において、土地がある人及びその子孫に対し封与されると直ちにその土地の処分は可能であつた。また、土地がある人及びその直系卑族たる相続人に封与されているなら、子供が生れると相続人、封与者、残与権者の利益に反することになつても処分をなした。しかし、条件附贈与法はこのような譲渡に制限を加へ、受贈者はその土地保有権を譲渡出来ず、その権利は受贈者の死後相続人へ、相続人がなければ贈与者に帰するものとなり、いわゆる限嗣不動産権を生み出すにいたつた。この法律は当時の一連の法律と関連して土地保有者たる封建貴族の支配を強めようとするものであつた。
- (13) 一八二五年の命令によると土地の不動産権 *estate, 権利 right, 権原 title, 利益 interest* を移転しようとする当事者によつて、正当な手續を経て形成され、認証された譲渡証書は、定められ、譲渡しようとしている土地についての、各当事者の不動産権、権利等の移転に關して有効である。また、証書によつて制限をされている不動産権について表示されている人は、和解譲渡もしくは布告による和解譲渡の場合と同様に、あるいは馴合不動産回復もしくは財産回復がその土地に及ぼされていると同じく *as if* 法的に有効なものとされた。*Alison v. Petty, op. cit.*
- (14) この原則は一八七七年のクイーンズランド物的財産法 *Real Property Act (1877). (Qld.)* エクイティ上の財産権の所有者は、類似のコモン・ロー上の財産権の所有者が処分権を持つものとなる。

## あとがき

オーストラリア法がアメリカ法における場合と異つてイギリス法としての特徴を維持して來ているのにはいくつかの理由

が考えられる。

一 歴史的にいって、アメリカは独立とともにイギリスとは別個の主権をもつ法域となつた。さらにアメリカの独立はイギリスからの独立であつて、独立の初期において当面の敵対国であつたイギリスの影響を排除することさえ意図されている。しかし、アメリカ人の多数がアングロ・サクソンであり、法律家の訓練もイギリス法に則つて行われていたのであり、イギリス法の継受に向うのである。とはいえアメリカにおけるイギリス法の継受は外国法であるイギリス法をアメリカの州の主権にもとづく意思として選択したのである。さらにイギリス法の直接継受を正面から行うよりは、しばしば、本来イギリス法上発達して来た諸権利を、あたかも天賦の自然権であるかのように装うことによつてイギリス法からの直接の影響ではないとしている場合も少くない。例えば、合衆国において基本的な権利とされた陪審による裁判を受ける権利は、自然権というよりイギリスのコモン・ローの歴史の中に発達して来たものであるし、アメリカにおける適法手続の觀念はイギリスにおける「国土の法」の理念を離れては考えられない。私法の分野においても「一般法」によるということを通してイギリスのコモン・ロー(普通法)に依つて<sup>(1)</sup>いるのである。

これに対してオーストラリアにおいては、一八二八年にイギリス法の「承継」が示された。しかしこれはアメリカの場合と異つてオーストラリア(ニュー・サウス・ウェールズ)の意思によつて選択したものではなく、本国が植民地に適用する法の原則を示したものである。従つて植民地においては適用しがたいものを除いて、コモン・ローの適用をせざるをえないのである。従つて「承継」の主体はアメリカの場合と異つて<sup>(2)</sup>いる。しかもそれ以後において、本国のオーストラリア植民地に対する影響は漸減していつているとはいへ、現在にいたつてもなおオーストラリアはイギリスから完全に独立した主権を持つた法域であるかは明らかでない。司法の領域においても本国の枢密院に上訴する過程は著しく狭められているが完全に消滅してはいない。<sup>(2)</sup>さらにアメリカと比較してもとりわけ人的にもアングロ・サクソンによつて構成されているオーストラリア

においてはイギリス文化の一つとしてのイギリス法はその影響を強く残している。一八五〇年にいたるまでオーストラリアの内部において法学教育を行う手段はなく、法律家の訓練は本国において行われていたものであるし、それ以後においてもおよそ一〇〇年にわたつてオーストラリアにおいてイギリス法の教育を行つて来ていると考えられる。

本国法との一致を求めたのは、第二次大戦にいたるまでは、オーストラリアは本国に対する原材料の提供地であり、そうでなくとも旧大英帝国たるイギリス連邦を構成する諸国に特別な交易関係がひらかれている。この場合に連邦にとつて共通である法を本国法に求めることになるのである。とはいえ、本国と条件の異なるオーストラリアにおいて本国法の適用に困難を生ずる場合も予想される。その場合にアメリカにおいてコモン・ローと異つた原則を選択しているのに対して、オーストラリアにおいてはトーレンス法の場合のように本国法と相違を生じながら出来るだけ本国法に一致させる解釈を加えているのである。あるいは、家畜侵害に関する厳格責任の原則についてアメリカにおいてはイギリスにおける風土的条件が相違することから、コモン・ロー上の原則を変更していつたのに対して、アメリカと類似した風土をもちながら、形式的にはなほ本国法たるコモン・ローの適用の形をとり、現実にはほとんど適用しないといつたオーストラリア式の選択がされているのを見るのである。<sup>(3)</sup>

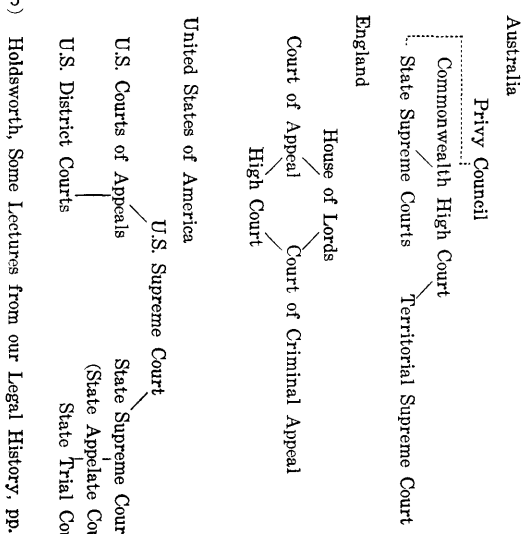
二 オーストラリア法がイギリス法に従っている理由をアメリカ法と異つた制度上の特殊性に求めることが出来る。アメリカの司法制度において一つの合衆国最高裁判所の下に（特別区を除き）十の合衆国控訴裁判所があり、（特別区を除き）各合衆国控訴裁判所にそれぞれ十の合衆国地区裁判所、すなわち一〇〇の地区裁判所がある。さらに合衆国最高裁判所に上訴の余地を残す五十の州最高裁判所と、各州最高裁判所の下に多数の州控訴裁判所や事実審裁判所がある。簡易裁判所に当る管轄権に制限された裁判所を除いても、一〇〇以上の一般管轄権をもつた合衆国裁判所と、数百におよぶ州裁判所がある。こ

のことは合衆国においては司法的に中央集権化されていないことを意味する。

これに対してオーストラリアにおいて、事実審としては管轄権に制限された裁判所を除き各州に一つずつおかれている州最高裁判所が一般管轄権をもつことになっている。州最高裁判所における事実審は通常、州最高裁判所の大法廷に控訴し、さらに連邦高等裁判所へ上訴される。かつて連邦高等裁判所より本国の枢密院に特別上告をなしたし、現在でも制度上は州最高裁判所より枢密院にいたる上告が残されている。また、合衆国に見られるような連邦下級裁判所はない。いつてみれば、オーストラリアにおいて州という法域を持ちながらその中で司法的に中央集権化されている。これは、一つの高等裁判所・民事・刑事の控訴裁判所・そして最高裁判所である上院といった形で中央集権化されているイギリス本国の司法制度に類似している。<sup>(4)</sup> 司法的に中央集権化されると判例の抵触といったことは統制されることになるし、本国への上告が開かれているにおいては、本国において開かれる公判に本国法の影響が現れる傾向は否定しえないのである。さらに、これらの裁判所において裁判官はアメリカにおける場合のように選挙によつて選らばれるのではなくて、任命されるものであり、経験ある法律家（バリスターとソリシタールの区別がある場合はバリスターの中）から選らばれることになる。主席判事を含め連邦高等裁判所判事は八名、六つの州最高裁判所判事の数は六十名をわずかに下まわる程度である。オーストラリアの人口がわが国の十分の一、アメリカの二十分の一に当るものと考えらるなら、アメリカ合衆国とほとんど同じ面積をもつ土地において人的にも司法的集権化が著るしいことを知ることが出来るのである。しかもこのような優れた法律家は本国における教育を受ける機会をえたものが少なからず含まれているのである。<sup>(5)</sup>

アメリカにおける司法的分権が先例拘束の理論を弱めるのに一つの役割りを演じて来たといわれているが、オーストラリアにおいては司法的に集権化されていることから先例拘束の理論をくずすことは少く、また、指導的役割を演ずる裁判官によつて本国の先例遵守の立場がとられるならその影響は下級裁判所に拘束力をもつものとして及んで行くものと考えられる。

- (1) アメリカにおけるロッキン・ローの継受については、高柳賢三「英米法源理論」二八九頁以下、伊藤正巳「アメリカ法入門」一七頁以下、平良「アメリカにおける連邦と州の法律問題」三頁以下などに紹介されている。
- (2) 平良、オーストラリアにおけるイギリス法の変形、法学研究四二巻三〇七—三〇八頁。Australian Consolidated Press Ltd. v. Uren. 41 A.L.J.R. 66 (P.C.) [1968] C.L.R. 3 (1967) 3 All Eng. R. 523.
- (3) 平良、オーストラリアにおけるイギリス法の変形、前出。
- (4) オーストラリア、イギリス、アメリカの裁判所組織の概要を图示すると次のようになる。



(5) Holdsworth, Some Lectures from our Legal History, pp. 20, 22, 23.