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

Title	法源としての「教科書」：アメリカ法の歴史から
Sub Title	Textbooks as sources of law : from the legal history of the U.S.
Author	平, 良(Taira, Ryo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1981
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.54, No.7 (1981. 7) ,p.1- 16
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19810715-0001

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.

法源としての「教科書」

——アメリカ法の歴史から——

平　良

まえがき
イギリス法の継受
アメリカ法の形成
アメリカ法の成熟
まとめ

まえがき

アメリカの判例を学んでいると、判決にいたる理由づけの根拠として、代表的な教科書や、ロー・レビューの論文等が参照されていることに気がつくのである。(1) これは絶えずみられるために、その持つている意味を考えないですませていることが多い。理論上はある州において判決への基準となるべきものは、その州の法律と先例であり、また連邦憲法の定めている

範囲においては連邦法が適用されるものと考えられる。それにもかゝわらず教科書からの引用や、他州の先例の引用は常に見られるのであり、はなはだしい場合には教科書と他州の判例のみが引用されて判決の理由づけがされている。もとより教科書や他州の先例には法としての拘束力は認められないものといえるにしても、現実に現れてくるところでは教科書や他州の判例に事実上法源としての意味をもたせているように思われる。

イギリス法においては権威的典籍 books of authority といわれている著作を除いて、裁判官であつたり、後に裁判官になつた学者の学説を除いて学説は参照とされるものでなく、その学者が生存中は学説を参照すべきではないといつた(2)、著作に対して消極的な態度をとつているのにくらべて、アメリカ法に見られる教科書からの引用の多さはアメリカ法独自の法発展をたどることによつて一つの答がえられるのではないかと思われる。

本稿において学説の法源性という表現によらず教科書の法源性といつた表現を用いているのは、アメリカの判例において参照とされている著作は、学説を表明したものも含まれているが、多くはアメリカ法を代表する各部門にわたる教科書に近いと考えるからである。

(1) この点について事例は多いので、参考のために一、二の判例のその部分を例示する。実線は教科書等、点線は他州（国）判例を明らかにするために筆者が加えたものである。

〔例1〕

PIERSON v. POST.

Supreme Court of New York, 1805. 3 Caines 175, 2 Am. Dec. 264.

……

The cause was argued with much ability by the counsel on both sides, and presents for our decision a novel and nice question. It is admitted that a fox is an animal feræ naturæ, and that property in such animals is acquired by occupancy only. These admissions narrow the discussion to the simple question of what acts amount to occupancy, applied to acquiring right to wild animals.

If we have recourse to the ancient writers upon general principles of law, the judgment below is obviously erroneous. Justinian's Institutes, lib. 2, tit. 1, s. 13, and Fleta, lib. 3, c. 2, p. 175, adopt the principle, that pursuit alone vests no property or right in the

huntsman; and that even pursuit accompanied with wounding, is equally ineffectual for that purpose, unless the animal be actually taken. The same principle is recognized by Bracton, lib. 2, c. 1, p. 8.

Puffendorf, lib. 4, c. 6, §§ 2 and 10, defines occupancy of beasts feræ naturæ, to be the actual corporal possession of them, and Bynkershock is cited as coinciding in this definition. It is indeed with hesitation that Puffendorf affirms that a wild beast mortally wounded, or greatly maimed, cannot be fairly intercepted by another, whilst the pursuit of the person inflicting the wound continues. The foregoing authorities are decisive to show that mere pursuit gave Post no legal right to the fox, but that he became the property of Pierson, who intercepted and killed him.……

〔例 2〕

LEVINE V. BLUMENTHAL

Supreme Court of New Jersey

117 N.J.L. 23, 186 A. 457 (1936)

……

It is not suggested that the primary contract under consideration was of a class which may not lawfully be modified by parol, except to the extent that the substituted performance has been actually and fully executed and accepted; and we are not therefore called upon to consider that question……The point made by respondent is that the subsequent oral agreement to reduce the rent is nudum pactum and therefore created no binding obligation.

It is elementary that the subsequent agreement, to impose the obligation of a contract, must rest upon a new and independent consideration. The rule was laid down in very early times that even though a part of a matured liquidated debt or demand has been given and received in full satisfaction thereof, the creditor may yet recover the remainder. The payment of a part was not regarded in law as a satisfaction of the whole, unless it was in virtue of an agreement supported by a consideration……It has been criticized, at least in some of its special applications, as "mediaeval" and wholly artificial—one that operates to defeat the "reasonable bargains of business men." See Professor Ames' Treatise entitled "Two Theories of Consideration," in 12 Harvard Law Review, 515, 521……But these strictures are not well grounded. They reject the basic principle that a consideration, to support a contract, consists either of a benefit to the promisor or a detriment to the promisee—a doctrine that has always been fundamental in our conception of consideration. It is a principle, almost universally accepted, that an act or forebearance required by a legal duty owing to the promisor that is neither doubtful nor the subject of honest and reasonable dispute is not a sufficient consideration. Williston on Contracts (Rev. Ed.) Sections 103b, 120, 130; American Law Institute, Contracts § 76; Anson on Contracts (Turck Ed.) pp. 229, 234 et seq.

Yet any consideration for the new undertaking, however insignificant, satisfies this rule. Coast National Bank v. Bloom, 113 N.J. Law-597, 174 A. 576, 578, 95 A.L.R. 528. For instance, an undertaking to pay part of the debt before maturity, or at a place other than where the obligor was legally bound to pay, or to pay in property, regardless of its value, or to effect a composition with creditors by the payment of less than the sum due, has been held to constitute a consideration sufficient in law. The test is whether there is an ad ditional consideration adequate to support an ordinary contract, and consists of something which the debtor was not legally bound to do or give......

And there is authority for the view that, where there is no illegal preference, a payment of part of a debt, "accompanied by an agreement of the debtor to refrain from voluntary bankruptcy," is a sufficient consideration for the creditor's promise to remit the balance of the debt. But the mere fact that the creditor "fears that the debtor will go into bankruptcy, and that the debtor contemplates bankruptcy proceedings" is not enough; that alone does not prove that the creditor requested the debtor to refrain from such proceedings. Melroy v. Kemmerer, 218 Pa. 381, 67 A. 699, 11 L.R.A. (N.S.) 1018, 120 Am. St. Rep. 888. See Williston on Contracts (Rev. Ed.) § 120, and cases cited in footnote.

The cases to the contrary either create arbitrary exceptions to the rule, or profess to find a consideration in the form of a new undertaking which in essence was not a tangible new obligation or a duty not imposed by the lease, or, in any event, was not the price "bargained for as the exchange for the promise" (see Coast National Bank v. Bloom, supra), and therefore do violence to the fundamental principle. They exhibit the modern tendency, especially in the matter of rent reducations, to depart from the strictness of the basic common-law rule and give effect to what has been termed a "reasonable" modification of the primary contract......

So tested, the secondary agreement at issue is not supported by a valid consideration; and it therefore created no legal obligation General economic adversity, however disastrous it may be in its individual consequences, is never a warrant for judicial abrogation of this primary principle of the law of contracts.

It remains to consider the second contention that, in so far as the agreement has been executed by the payment and acceptance of rent at the reduced rate, the substituted performance stands, regardless of the want of consideration. This is likewise untenable. Ordinarily, the actual performance of that which one is legally bound to do stands on the same footing as his promise to do that which he is legally compellable to do. Anson on Contracts (Turck Ed.) p. 234; Williston on Contracts (Rev. Ed.) sections 130, 130a. This is a corollary of the basic principle. Of course, a different rule prevails where bona fide disputes have arisen respecting the relative rights and duties of the parties to a contract, or the debt or demand is unliquidated, or the contract is wholly executory on both sides. Anson on

Contracts (Turck Ed.) pp. 240, 241.

It is settled in this jurisdiction that, as in the case of other contracts, a consideration is essential to the validity of an accord and satisfaction. Haynes Auto Repair Co. v. Wheels, Inc., supra; Decker v. Smith & Co., supra; Union Cleaners & Dyers, Inc., v. Zeidman, 113 N.J. Law, 86, 172 A. 546. On reason and principle, it could not be otherwise. This is the general rule. 1 Am. Jur. 235. The cases cited by appellant, Long v. Hartwell, supra; Halpern v. Shurkin, supra, and Frank Wirth, Inc., v. Essex Amusement Corporation, supra, are not in point. It results that the issue was correctly determined.

Judgment affirmed, with costs.

(2) 高柳賢三、英米法源理論、一三五—一六頁。

イギリス法の継受

ヴァージニア特許状に見られるように、植民地に移住した人々はイギリス人としての自由や権利を与えられた。このことは、植民地に移住した人々はイギリス法の適用の下にあることになる。当時のイギリス法の中心は判例法であつたのだから、植民地において生じた紛争の処理は判例法であるイギリス法にもとづいて、新しい植民地に適当である範囲で行われることになる。判例法を適用するための前提となつているのは判例集があるかどうかということである。イギリスの判例集がいつ植民地にはこばれていつたかは明らかでない。ただ当時の印刷・複写の技術から考えるなら、理論的には一三世紀にまで遡らなければならないイギリスの判例集が、植民に当つて複写されそのすべてが植民開拓に当つて新大陸に運搬され、充分に能力のある裁判官によつて用いられていたと推論することは困難である。

判例集に代つて、当時イギリスにおいて発行されていた何冊かの法学教科書が新大陸に運ばれていつたと考えることは出来る。この中心をなしたものは Coke, Institutes of the Laws of England (1628—59) であり、この他に Hale, Hawkins, Bacon, Viner などの著作や Abridgement などがあつたと考えられているが、植民時代の末期においては Blackstone, Com-

mentaries on the Laws of England (1765—69) であつた。[1] この中で Coke の Institutes は Coke upon Littleton といわれる Littleton の Tenure (1470) といわれる土地法論の註解、マグナカルタ註解を含む制定法の註釈、刑法、裁判所の管轄といつた四部の構成からなり、いわば、私法、公法、刑法、手続法からなる法学全書的な形をとつていたといえる。もつとも、その内容はかなり難解であつて植民地においてどれだけ理解されて用いられていたかについては疑問がある。

これに対して Blackstone は比較的後に出されたものであるだけに、その著作自体について権威的典籍としての法的拘束力は疑問とされているが、その内容はイギリス法を系統的に述べているものであり、数千部がアメリカの植民地に移されたと共に、アメリカ版が加えられている。形式としてはかなりローマ法式に、第一部は Right of Persons　第二部は Rights of Things　第三部は Private Wrongs　第四部は Public Wrongs となつているが、内容はイギリス法を述べているのである。植民地末期から建国の初期にかけてアメリカにおける法学の勉強はブラックストーンの教科書を学ぶことにあつたといえる。もつとも、この時期になるとイギリスにおいて法曹としての訓練を受けた人々の渡来も加えて法は整備されていつたと考えられる。ブラックストーンはそこに著されているイギリス人の諸権利や適法手続の観念が自然権思想によつて裏づけられる形をとりながら、独立時の連邦や州憲法の中にその影響を与えていたものと考えられる。

独立によつてアメリカはイギリス法の行われる法域とは別のものとなつたが、結果的には新しく建国した土地は従来の影響下にイギリス法を継受することとなつていつた。とはいえ植民地の時代と同じくイギリスの判例法の体系が全体として受け容れられていつたとは考えられない。初期の判例を見ると、そこで参照し、論拠とされているのは、ブラックストーンの著作であつたり、この時期にアメリカに紹介されていた大陸法系の学者—たとえばプーフェンドルフ—のものであつたり、時にはローマの法学提要 Institutes であつたりしている。また独立した諸州において独自の先例は形成されていないのであるから、そこで用いられているのはイギリスの判例である。もつとも、ここで引用されているイギリスの先例も Salkeld's

English King's Bench Reports, Modern Reports[2] といつたアメリカ独立の時期からあまり遡つていない同時代のイギリス判例集への参照である。このことは植民地時代の初期と異つて、印刷と出版の拡大によつてイギリスの判例集そのものが新大陸に移されていつたものと推測することが出来る。

(1) 田中英夫・アメリカ法の歴史上、三九頁。
(2) Salkeld's English King's Bench Reports 1689—1712, Modern Reports 1669—1732.

アメリカ法の形成

アメリカの独立と共に、アメリカの州においてはすでに一七八九年にコネティカット州判例集が出され、その後各州の判例集も発行され一九世紀に入つてしばらくすると、連邦および州の判例集がととのい、アメリカ独自の判例法形成へのいとぐちを作つた。とはいえなお判例の蓄積に欠けるものであり、判決の論拠としてはイギリスの判例や著作に依存することが少くない。当時アメリカ自身において発行された法律書は手引書のようなものであり判決のための論拠とするには足りなかつた。この中にあつて一八二六～三〇年の Kent, Commentaries on American Law 4 vols はイギリスのブラックストーンに代りアメリカ法を示す標準的な教科書として登場して来る。ケントは、ブラックストーンを学ぶことから法学を始め、弁護士、州議会議員そして後に法学教授として経験を重ねた中にあつて、アメリカにおいてイギリス法から独立したアメリカ法を体系的に講述した著作を問うにいたつたのである。ケントの教科書はブラックストーンの模倣でなく、それと異つた構成をもつている。そしてこの著作は彼の生前においてすでに版を重ねていたことからも、これがブラックストーンに代るもの、あるいはブラックストーンに並ぶものとしてアメリカ法形成の初期に果した役割をうかがうことが出来る。[1]

このケントにつづいて弁護士であり、議員であり、また最高裁判所判事を経て、法学教授となつたストーリーがそのあと

をうけついでいる。ケントと異つてストーリーにおいては、Commentaries on the Law of Bailment (1832), Commentaries on the Constitution of the Unietd States 3 vols(1833), Commentaries on the Conflict of Laws (1834), Commentaries on Equity Jurisprudence 2 vols(1836), Commentaries on Equity Pleading (1838), Commentaries on the Law of Agency (1839), Commentaries on the Law of Partnership (1841), Commentaries on Bills of Exchange (1843), Commentaries on Promissory Notes (1845) といつた、それぞれ大作といえる著作をほとんど毎年発行している。この著作はそれぞれが彼のハーバード大学における講義を土台として作成されているものとはいえ、その内容の厚さはおそらく講義において講述されたものをはるかに越える精密なものであり、その天分と努力には驚くべきものがある。(2)

このケントとストーリーの著作は、従来イギリス法から直接吸収していたことに代つて判決に当つてアメリカの著作を論拠とすることになつた。とりわけ独立十三州に加えて南北戦争までに連邦に加盟するにいたつた二十一州（その中に明らかに大陸法の影響を受けたルイジアナ州、スペイン・メキシコ法の影響を受けざるをえなかつた、テキサス、カリフォーニアのような州もあるが）の大部分がイギリスを土台としたコモン・ローの継受の原則の下にそれぞれの州法を形成するに当つてイギリスの文献そのものよりも、ケントやストーリーによつて著されたアメリカ法の文献を論拠とすることになつたと考えられる。さらにアメリカにおける法学教育がケース・メソドの形をとるにいたるまではその主要な教授法は講義の形をとつていたと考えられているのであるから、講義の内容を印刷物化した教科書によつて影響されることは少くなかつたと考えられる。もとより当時の法曹養成が学校における法学教育を前提としたものでなく、実務の見習いから入る場合においても単なる訴訟技術の習得にとゞまらず、このような教科書を自習することによつて法律知識をえたと考えられ、実務につくに当つて教科書を通して学んだ内容から影響をうけたものと考えられるのである。

(1) コーク（クック）、ブラックストーンはわが国においていくつかの紹介があるがケントについてはほとんど紹介されていない。前出、田中英夫、ア

メリカ法の歴史上、二九三―四頁に略歴、業績が述べられている。

(2) ストーリーについては、桜田勝義、ジョセフ・ストーリィ――アメリカ法近代化の父（アメリカ名法曹物語、法学セミナー一三六号）。

アメリカ法の成熟

南北戦争後のアメリカにおいてはイギリス法に対するアメリカ法の独自性が一層育てられていくところとなつた。これはアメリカの経済・社会の変化、すなわち農業社会的な面から急速な工業化に伴う資本主義の成熟といつたことからうかがえるものであるが、アメリカ独自の思考方式としてのプラグマティズムの影響、州際交流の増加に伴う法の全国化の必要性、ケース・メソドの形をとつた法学教育の出現と法曹教育における大学の権威の増加といつたことが、法的思考について少なからざる影響を及したものと考えられる。

イギリスにおいてオースチンによる分析法学が強い影響を持ち、先例拘束の原理が確立したといわれる一八九八年前後[1]の時代においてアメリカはプラグマティズムの上昇期であり、先例拘束の原理の厳格さをくずしていつている時代でもある。オースチンに代表される分析法学の立場からは、学説や教科書に表明される意見は、そもそもそれを著作する者には権限がないのであるから法ではありえない、それは法のごとき効力を持つているが、立法者や裁判官の権威を通してはじめて法となるものである。これは理論的に正しいとしても、アメリカの裁判所における判決過程に当つての現実を説明できるとはいえない。

プラグマティズム法学の祖であるホームズが「裁判官のいうところが法である」[2]といつた。このことは裁判官は主権的権威を行使するから法を作るものであるといつたオースチンの立場に類似しているといえるかもしれない。しかしプラグマティズムの立場からはそのように法を作る、あるいは判決にいたるに当つて何を論拠としたかということを見なければならな

い。もつとも代表的にはブランダイス・ブリーフ Brandeis brief といわれているものがある。ブランダイスのアプローチによれば、彼は判決をなすに当つて先例には全く準拠しないで、その時代において望ましい結論にいたる論拠としては法としての拘束力は明白でない多くの資料を論拠としているのである。判決にいたるために拘束力をもつた法に準拠しなければならないとするなら、ブランダイスのアプローチは法によるものでないとすれば、従来は法源と考えられていない資料を法源に加えていることになる。このような法源をあいまいにすることによつて、判決の根拠を法令や先例以外に求めることに異和感をもたなくなるであろう。(3)

ある一つの州にとつて法としての拘束力をもつものはその州の先例である。もつともアメリカにおいては建国の初期においてイギリスの判例に準拠している。これは建国初期においては先例は蓄積されていなかつたと共に、イギリス法を承継したのであるからイギリスの先例に拘束されることは根拠のないことではない。(4) 南北戦争以後においては各州の判例を網羅する全国的規模の判例集が現れるにいたつた。一八七九年には National Reporter System の North Wester Repoter が始まり、一八八七年の South Eastern Reporter, Southern Reporter をもつて各州の上級裁判所の判例が一つの判例集の体系にまとめられている。一八七八年に事業として始められた American Decisions は一七六〇年に遡り、一八六九年までの各州の代表的判例をまとめて提供した。これによつてアメリカの法律家は自州の判例だけでなく、全国的な規模において判例の洪水の中にあることを認識すると共に、自州以外の判例に接触することを容易にした、また一八九七年にはじまる American Digest System は自州以外の判例に接触することを技術的にさらに容易にした。(5) このことは州間の判例法形成に当つて相互に知識を交換することがあると共に、本来は定められた法域内において自州判例を先例とすべきものと考えられるにもかかわらず、他州の判例を判決にいたる理論形成の根拠とし、拘束力をもつた法源と、説得のために依拠したものとの境界線をあいまいにしていつたと考えられる。

この頃にはまた法学教育の充実がみられる。すなわちそれまで各州においてその州の法律専門家の育成へ向けられた法学教育から、いくつかの法学校は全国的な規模をもち、そこには全国からの学生を集めることになつた。とりわけハーバード大学においてはラングデル[6]によつて新しい法学教育の方法であるケース・メソドによる訓練が行われることになつた。全国から学生が集まり、そこで教育された学生はふたたび全国に散つていくのであるからハーバード大学においてその所在地であるマサチューセッツ州法を教えるだけでは足りない、従つて教育はケース・メソドにより法的思考を養成することに向けられた。この場合に教材として与えられる判例はマサチューセッツ州の判例でなくて、教育的な効果を考えて選択されるのであり、学生は、イギリスや他州の判例にも接触する。ラングデルの判例集である一八七一年の Cases on Contracts においてそこにのせられている多くはイギリス判例であるが、マサチューセッツやニュー・ヨーク判例に及ぶものであり、同じ時期の Cases on Sales においてもイギリス判例、ニュー・イングランド諸州の判例を収め、ラングデルと同じ時期のエイムスの不法行為のケースブックにおいても同様の傾向が見られる。このことから、法曹はその仕事を行うに当つて、拘束力を持つていると考えられる自州の判例にとどまらず、他州、イギリス判例を参照し理論構成をすることを当然のことと考え、判決形成に当つて法源と考えられるもののわくを不鮮明にしていつたといえよう。

南北戦争後の時代はまた州間の交流が一層活発になつた時期である。一八八七年の州際通商法はこの問題に対する連邦の対応の一つである。しかしながら連邦の権限によつて州法間の統一を果すことが出来ないのであるから、州間における法の相違の不自由さを解決する方策としては、一八九六年にはじまる統一法の動きがある。この統一法は立法による州法の整合への一つの方向であり、取引法の分野においてはある程度の法の統一の効果は果しえたがなお法の多くの分野での州法の相違は残されていたのである。

この時期に法のいくつかの分野において極めて精密な著作が登場する。すなわち、Wigmore, on Evidence (1904—5),

Williston, on Contract (1920), Corbion, on Contract (1910), Scott, on Trust (1939) 等といつた大作である。そのいずれもウィグモアの七千ページに及ぶ大作からうかがえるように法のある分野についての精密な分析と解明をしているものである。これらの優れた著作が判決の理論形成に当つてしばしば参照されることとなる。この場合にケントやストーリーとくらべて特色のあるところはケントやストーリーさらにイギリスのブラックストーンにまで遡つてみた場合に、そのいずれも大学における法律家であると共に、何等かの形で司法にたずさわつていた法律家であるのに対して、ここで登場する法学者は必ずしも司法における実務を経ているとはかぎらない。(7) いわばイギリスにおいていわれている裁判官としての経歴をもつものの学説というものには当らないのである。いわば大学における法律家の業績そのものが参照されているのである。

イギリスの場合と異つてアメリカでは法曹養成の主要な部分が大学に移されていつていることを考えると、大学に属する法律家が将来法曹に参加する人々に対して影響を与えることとなるし、そこで教育上使われる教科書や資料が法律家に一つの影響を与えることとなる。また州間の法の相違から、アメリカ全体を通して共通の法原則を模索している時に、教科書の形で表明されている一般原則はその目的のために役立つことにもなるのである。

ストーリーやウィグモアといつた、いわば法律学の領域における天才といつた学者は常にえられるものではない。そこから考えると学者によつて発表される高水準のテキストが絶えずすべての分野にわたつて公刊されるとはかぎらない。しかしながら法律家が共同して研究を進めるなら全体としては高水準の信頼するに足りる著作が作成されることになる。このことから、この時期にエンサイクロペディアといつた形をとつたアメリカ法の体系化された著作が出ている。それは一八八七年に American and English Cyclopedia of Law がはじまり、Encyclopedia of Peading and Practice (1895), Cyclopedia of Law and Procedure (1901), Ruling Case Law (1914) から一九一四年の Corpus Juris 一九三六年の American Jurisprudence にいたつている。これはエンサイクロペディアといつた大項目の辞典式の形式のものであるが。項目別のアルファ

ベットに従つている内容としてはアメリカ法学全集といつた形式のものになつている。すなわちエンサイクロペディアはアメリカ法のすべての分野にわたつて基本的な原則を解説する結果になつているのであるからそれ等の原則を知り参照するには便利なものと考えられる。もとより、正しくは与えられた直接の資料である判例を自ら分析し、一般原則に当るものを自ら考え出すことが望まれる形であるにしても、判例の洪水といつた現実に直面している場合には、それよりも信頼できる二次的資料であるエンサイクロペディアを参照していくことは考えられるところである。

一九三二年にはじまつたリステイトメントについても類似の解釈が成り立つであろう。[8]教科書が学者の私的な業績であり、エンサイクロペディアも私的な事業であるのに対して、リステイトメントはそれを作成したアメリカ法律協会には、裁判所、法学校協会、弁護士会の代表者から成つているという意味において、全国的な法律家の組織であつてもそれ自体は公的機関とはいえないものであるが、また全く私的な事業であつたともいえないことから、その成果の影響は少くない。理論的にはリステイトメントは法文の形式をとつているが、立法過程をへているのではないから法とはいえない。一面においてリステイトメントはアメリカ法律協会による共同研究の報告書ととるなら一つの教科書としての性格をもつものといえる。すなわちリステイトメントは形式的な意味で法ではないが、法を運営する法律家にとつては自らの責任において作成した基準としての性格を持つていること、またすでに私的に作成された教科書についてもすでに判決に当つて理由づけの根拠として参照することが行われていたことから、リステイトメントを判決の根拠として参照していくことにとりわけ問題を感ずるにはいたらなかつたということが出来るだろう。[9]

(1) よく知られているように一九六六年に厳格な先例拘束の理論は緩和されている。

(2) この有名なホームズの言葉は、プラグマティズム、リアリズム法学者によつてしばしば用いられて来たものであるが、同時にグッドハートなどによつて批判されている。ホームズのこの言葉は法を現実的に説明するものとしては理解出来るが、同時に法についての概念決定を混乱させることになり、また法源についてもその決定を混乱させることになる。

(3) ブランダイスについては、桜田勝義、ルイス・デムビッツ・ブランダイス―自由のための戦士（アメリカ法曹物語）―法学セミナー二二八号、鵜飼信成、ある自由人の生涯――ブランダイスの人と思想、世界六一号などいくつかの紹介がある。またプラグマティズム・リアリズム法学に属する学者としてパウンドやカードーゾ等が加えられる。この点については、高柳賢三、鵜飼信成、早川武夫氏などによる多くの優れた紹介をみることが出来る。

(4) 平良、アメリカにおけるコモン・ローの継受、法学研究二八巻三号。

(5) National Reporter System によるとそこに収録されているのは主として上級裁判所の判例であるが、Digest はアメリカにおける全判例の要旨である。これによつて多くの判例を検索するための資料となると共に、多くの要旨によつてある問題についての大勢を知りやすくなる。ただ Digest は裁判官によつて作成されているものではないから二次的な資料であり、本稿との関係からいえば広い意味で教科書であるということが出来る。

(6) ラングデルについては、井上正治、ラングデルーケイスメソッドの創始者として、判例時報八六号。ケースメソドについては、同、ケース・メソッド、判例時報九〇号、早川武夫、法学教授法の科学的研究のために、神戸法学雑誌、九巻、一・二号など。

(7) たとえば、証拠法において現在でもしばしば判例において参照されているウィグモアは裁判官としての経歴をへているものではない。

(8) リステイトメントの性質については、田中保太郎、米国普通法の Restatement の意義（1・2）法学論叢三一巻、一・四号、平良、リステイトメントを中心としたアメリカ判例法の課題、法学研究二六巻二号。

(9) 教科書という意味においては、Hornbook series に代表される教科書、しばしば参照されているロー・レビュー上の諸論文も加えることが出来る。これは法曹の養成が大学において行われているという実態から、実務に入つた者に対して影響を与えるということからも考えられる。

まとめ

法源の問題は、裁判官はどのような淵源から法をえることになるかということであり、その点からは淵源は必ずしも明白でない。制定法が法源であることは明らかであるにしても、判例法にいたるとすでに法源としての性格を確定するには問題は残つている。一九世紀末のイギリスのごとく先例の拘束力が確立された場合には判例の法源としての性格はかなり明らかであり、問題は判例における法的拘束力をもつレイシオ・デシデンダイをどのように定めていくかということが残されることになるであろう。しかしながらイギリスと同じ先例拘束の原則が確立されたとはいえないアメリカにおいて先例を尊重するといつた態度はみられるにしても、それが先例に対して法源としての拘束力を与えているということには必しも結びつい

ているとはいえないであろう。

アメリカにおいて、ある州にとつて法源となるものは厳格にいえば、その州の制定法であり、[1] 合衆国憲法に定められている範囲で合衆国の制定法である。そして、イギリスと同じ意味で先例拘束の原則が採られているならばその州の先例であろう。しかしながら現実に判決へ理由づけをする過程に当つてそれにとどまらず、他州判例や教科書・学説に及んでいるのであつて、それを用いるに当つて必しも自州の先例との間に明白な区分をしているとはいえない。もとより自州において適切な先例がえられるならそれが主として参照されているが、その場合にも他州判例、教科書を説得の論拠として用いている。自州に適切な先例がえられないならば他州判例や教科書を結論にいたる主たる論拠におくことになる。この場合に「法源」は厳格に自州の制定法や先例にとどまつているといえるだろうか。

もとより、他州の判例や教科書は法源としての性格をもつ条理を裏付ける資料として用いられているということはできる。その場合には条理を法源として認めることの根拠をどこに求めていくかといつた問題がある。むしろアメリカにおける実際の取扱いにおいては法源といつたもののわくを拡大し、他州判例や教科書に対して、自州の制定法や判例法と拘束力において異るにしても、法源に類するものとして扱つて来ていると考えることが現実に合っているように思われる。

アメリカにおいて教科書を「法源」といつたにしてもローマ法における学説法と同じ意味をもつものでない。むしろイギリスにおける権威的典籍 books of authority の法源としての性格に近いものということができよう。植民地時代において法源となりうる資料としては、いくつかの植民地立法の他に教科書を用いることになつたと考えられるし、アメリカ法の形成期において使用された教科書はいずれも裁判官としての経験を有する学者による著作であつた。その後アメリカ法が成熟するにつれて裁判官としての経験を持たない法学者の著作の引用に及ぶことになつているが、これはすでに裁判所によつて教科書を引用することが行われていたこと、プラグマティズム法学の発展によつて法や法源に対して厳密な概念分析を行う

よりは有用性といつた視点から判決への論拠を求めていつたと考えられること、州間の交流の増加と全国的な法の整合への必要性の中にあつてすでにアメリカ法の形成期に教科書がその機能を果していたという経験があつたことや、全国的規模における法学教育の成長といつたことが関係していると考えられる。

教科書そのものは法的拘束力を伴うものではないから形式的に考えるかぎりは教科書を法源することにはならない。しかしながらアメリカ法の歴史の中において教科書は実質的には「法源」としての役割をになつて来ていたといえるのであつて、このことは法源といつた言葉のきめかたによつても左右しうるものといえよう。

(1) J.C. Gray, The Nature and Sources of Law, 1909, pp. 123–124. 法源という言葉そのものがあいまいなものであつて、法が命令としての性格をもつものと考えるなら、はつきりと法源であるといえるのは法律（成文法）であるということになる。このことからアメリカにおいて判例は判例法として法源に属するものとはいいきれなくなり、法源という言葉をさらにあいまいにしてしまう。