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

Title	アングロアメリカ法における合意と約束とその効力(一) : 歴史的視点を加えて
Sub Title	Agreement promise, Its Binding force under the Anglo-American law (1) : f rom the historical view
Author	西川, 理恵子(Nishikawa, Rieko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.8 (2000. 8) ,p.1- 45
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20000828-0001

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.

アングロアメリカ法における合意と約束とその効力（一）

――歴史的視点を加えて――

西川理恵子

まえがき
1　序　章
2　若干の歴史的考察
（1）イギリスにおける法の発展
（2）イングランドの始まりと法制度
（3）アメリカ合衆国とコモンロー
（4）アメリカ植民地におけるコモンローの継受
3　判例法としてのコモンロー
（1）判例法の構造
（2）判決文の構造
（3）立法作用としての判決
4　コモンローの本質
（1）コモンローの法源
（2）予測可能性と法
（3）慣習と社会合意とその反映としての判決理由
（4）コモンローと制定法
（5）コモンローの特質
……（以上本号）
5　契約法に関する簡単な考察
（1）序　章
（2）契約法と近代
（3）わが国民法における契約法概観――コモンローの視点から
（i）日本民法について
（ii）民法の契約法の構成
6　コモンローにおける契約
（1）契約の意味
（2）申込みと承諾
（3）契約の効力発生要件
7　約因論小考
（1）イギリスにおける契約法の発達に関する簡単な考察
（i）Slade's Case まで

（ii）Slade's Case 以後
（iii）一九世紀以降
（2）契約の自由と約因
（3）約因の定義
（4）約因の機能
（5）Bargained - for Doctrine ……（七三巻一〇号）
8　約束的禁反言
（1）背　景
（2）約束的禁反言の成立要件と最初のリステイトメント
（3）約束的禁反言の法理の適用拡大と第二リステイトメント
（4）Detrimental Reliance
（5）信頼と損害賠償の範囲の関係
9　契約と公正
（1）契約は死んだか
（2）約因論と禁反言の法理の関係
（3）契約の復活
10　コモンローの振り子……（七三巻一一号）

まえがき

基礎法学の一部として比較法を考える場合と、各法分野から、ある法についての国際比較をする場合とでは、方法論もその目的も、異なる。なぜなら、前者は、異なる法制度がなぜ存在し、各国において法がどのような機能を持つかを考えるものであり、後者は、特定の場面に適用されるべき法制度がどのように構成されているかを考えることが目的だからである。もちろん、前者のスタンスをとる場合であっても、特定の法分野をその材料として使うことができるし、その方が、研究対象たる外国法にアプローチしやすいとはいえるだろう。この論文も、契約法を中心に据えてある。

さて、筆者は、本論文を前者に分類されるべきものとして、書き進めていきたいと考えている。その場合に、契約法を一つの切り口として考えたのは、次のような理由からである。まず、契約においては、その関係は、私人間の自発的な意志によって形成されるものであることと、次に、アングロ・アメリカ法、即ちコモンローが慣

習法の体系であることである。即ち、慣習法がいかに形成されるかということを考えたとき、なぜ、慣習が拘束力を持つにいたるか、それも法としての拘束力を持つのかを考えるとき、社会の構成員がそれをどのように受け入れてきたかを考えないわけにはいかない。殊に、成文法の体系がまがりなりにも近代以降は、国会などの国民の代表機関による議決という間接的にもせよ、形式の整った国民の合意の上に立っていることを考えるとき、そのような正式な手続を取らずに成り立つルールが法として認められるための根拠が必要になる。言い換えれば、法を一つの社会的コンセンサスであり、合意として考えるなら、議会の手続によらないで、出来上る法の、そのような合意の出発点は個人と個人の約束にあると考えてもよいだろう。それゆえ、個人の約束が法的な効力を持つようになる経緯とそれに効力を与えた社会の側の理由はどこにあったのかを考えることは、法の基礎原理を考える一つのきっかけとなろう。

そこで、本稿は、まず、コモンローが歴史的にどのように形成されてきたか、そして、それがどのような特徴を持つに至ったかを考察することから始める。

1　序　章

現代は、成文法の時代だといわれる。確かに、成文法の占める割合が、アメリカ合衆国においてもイギリスにおいても増えている。その一つの理由として、権力機構の時代的な変化があげられるだろう。さまざまな側面で人間関係が複雑になった結果、行政権、例えば、アメリカ合衆国でいえば、大統領の権限が拡大することになった。ニューディール時代のローズベルト大統領と最高裁判所の争いは、連邦の行政権の拡大、即ち、大統領が政策執行権を拡大しようとしたことから起こっている。そうなると、民主主義を妥当な形で働かせるにはその拡大

した権限が、恣意によって行使されないようにするための法の制定が求められることになる。例えば、合衆国連邦通商法第三〇一条[1]および、いわゆるスーパー三〇一条[2]の制定過程について考えてみよう。

一九八〇年代のアメリカの不況期における、貿易の不均衡がこの法律の制定の引き金になったわけであるが、一九七九年の連邦通商法は、その発動につき、大幅な大統領の裁量権を認めたものであった[3]。そもそも、貿易摩擦などの国家間の問題は、法によって解決するよりは、むしろ、まず、行政府の外交交渉によるのがどんな場合でも、普通である。しかし、アメリカでは、この時期、行政府の政策が、即効性を持たないことに議会が業を煮やし、大統領に行動を促したと見ることができる[4]。即ち、行政府の権限行使を法的に促せるようにしたという点で、行政権の裁量権をやや減殺したと言うことができよう。さらに、一九八八年制定のいわゆるスーパー三〇一条では、さらに行政府の裁量権の幅を狭めた。即ち、大統領の調査義務につき、期限を附し、一定の条件が満たされたときには、相手国に対し、報復措置を科すことを義務づけたのである[5]。

ここで論ずべきことは、合衆国連邦通商法が発動された場合にどのような効果が発生するかではない。議会が立法行為によって何を達成しようとしたかである。即ち、行政府に対し、一定の条件下での行動を義務づけたことが問題なのである。この形の、行政法は、大概その法を適用する相手に何らかの義務を負わせることになる。見方によれば、これは伝統的なスタチュート Statute の系譜に属する成文法と言えよう。

イギリスにおいては、ノルマンコンクエスト Norman Conquest 以前から、為政者による成文法が出されていた[6]。それらはおおくの場合、領主と王の関係を規定するものであり、行政権、支配権に関するものであったと言われている。もちろん、中世においてはそれらは封建領主の命令であることが多かったであろう。

これに対し、人と人との関係を規律するルールがコモンロー Common Law であり、それは、慣習法として、即ち不文法として発達してきた。もちろんこの分野においても現在は、成文法もイギリス、アメリカ、その他の

コモンロー国家において存在している。殊に、消費者保護法などの分野には数多くの成文法が制定されてきている。[7] しかし、それはコモンローという海の中の小島だと考えられている。[8] そして、さまざまな要因から、その小島の占有する領域は増えていると言ってよいであろう。即ち、法が社会的合意と考えられ、民主主義が浸透することによって法の制定における手続的正当性の保証が強く求められるようになるにつれ、[9] 一般に、不文法の認められる余地は狭められるからである。殊に、変化の激しい現代社会においては、慣習の成熟を待つ時間的余裕は少ない。例えば、消費者問題、環境問題などは即時解答が求められがちであるからである。しかし、立法を待つまもなく、対応を迫られる問題が多いのも事実である。コモンローの利点は、過去の経験に基づいて、一応、妥当な解決策を、一時的にせよ、提示する事ができる点にもある。

しかし、伝統的なコモンローの支配する分野、即ち、契約法 Contract Law や、不法行為法 Torts などは、おそらく、現在のままの形で発展を続けると思われる。そもそも、コモンローで教育された法律家たちは、自らを、Common Law Lawyer と考え、Civil Law Lawyer とは異なるものだと考えている。[10] また、個々、具体的な事件との関係では、コモンローの柔軟性は捨て難い。[11] また、コモンローイコール判例法と考える場合には、裁判所の判決による立法機能は、非常に大きな意味を持つと考えられている。[12]

では、成文法主義の国から見れば、非常に理解しにくいこの制度の本質は、何なのだろうか。また、法をどのように考えているのであろうか。そして、それはどのように形成されたからであろうか。

2　若干の歴史的考察

コモンローの特質を論ずる前に、いかにしてコモンローが形成されたかということを少し考えてみよう。これ

については、二つの時点と二つの地点について考察する。第一は、イングランドEngland[13]における一〇六六年以降のコモンロー形成期、第二は、植民地アメリカにおける法の生成期から、独立前後までである。後者については、コモンローがいかにアメリカに継受され、それがいかにして、どのように変容したかが論点となろう。

それゆえ、まず、英国における、コモンローの生成について考えてみよう。

(1) イギリスにおける法の発展

所謂、イギリス法を私たちが考える場合、以下の歴史的事状を常に念頭においておかなければならない。即ち、本稿で考えているイギリス法とは、イングランドの法である。日本がイギリスまたは、英国と言う場合にはこれは、国家としての連合王国 United Kingdom 全体を意味する場合がほとんどである。しかし、これは、連合と言う言葉によって示されるように、実際には四つの王国が歴史上、ある時点で、一人の王のもとに統合されたために、一つの国家としてみなされるようになっただけのことであり、現在でも、さまざまな場面で、各王国の独自性は保たれていると言ってよい。この四つの王国とは、イングランド England、スコットランド Scotland、ウェールズ Wales と北アイルランド Northern Ireland である。そして、イングランドの王のもとにこれらが統合されたために、大英帝国または連合王国の一般名称として、イギリスと言う言葉が使われる。しかし、法的にはこれらの各地域はそれぞれの独自性を維持している。例えば、スコットランド法はイングランド法と異なり、Civil Law 制度を使っている。通貨も、スコットランドポンドが使われている。イギリスの国会制定法は、常に、それが地理的にどこで適用されるかを規定している。だから、通常、現在われわれがコモンローと言っているのは元々はイングランドにおける慣習法と言い換えることができよう。即ち、連合王国は、アメリカ合衆国と同様、多数法の国であると言いうる。これ以降、英国という場合は、連合王国をさすことにしたい。また、ブリテン

Britain という言葉は、原則的には日本人が通常イギリスとして考える範囲、即ち、イングランド、ウェールズ、スコットランドを示す言葉である。

さて、ここでコモンローという言葉そのものについても考察を加えておこう。コモンロー Common Law という言葉は日本語に訳した場合、普通法となる。後で述べるように、「普通法」は誰にとって普通かという疑問を残すが、通常、“Common”という言葉は、普遍性を表す。即ち、コモンローとはイングランドに流布している法として始まり、法としてのイギリスにおける普遍性をその発展過程の中で、獲得し、そのような作用を持つ原理としての特性を持つにいたったといえよう。それが、英国が植民地として支配権を及ぼした国々に伝播し、それらの国々は、現在、英法系の国、または、コモンロー系の国と分類されている。即ち、コモンローとは、原則的には、イングランド人にとっての普通法であり、それを普通法として受け入れた人々にとっての普通法である。だから、連合王国の一部であり、ブリテン島にありながら、スコットランドは、シビル・ロー制度を維持していられるのである。英国の場合、支配権を獲得することと、法制度を統合することは同一視されなかったともいえよう。

では、イングランドにおいてコモンローはいかにして、なぜ、今のようなものに成熟したのだろうか。

(2) イングランドの始まりと法制度

英国の特異な点は、それが、ヨーロッパ大陸の他の諸国と異なり、ノルマンディーの属国として、一種の植民地として発展したことであろう。

一〇六六年、ノルマンディー候ウィリアムがヘイスティングスの戦いに勝利を得たことにより、イングランドはノルマンディーの支配下に入った。征服に当たってウィリアムはアングロ・サクソン人に対し、土着の法を維

持することを約束した。[14] そしてその時点で、ウィリアムとその支配下のノルマン人は、かなり統一された国家が手に入ったことに気づいた。また、ノルマン人も、イングランドにすでに存在しているものよりましな制度を持っていたわけでもなかった。ヨーロッパ大陸においてユスティニアヌス法典が再発見され、一つの洗練された法大系として研究され、利用される様になるのは一二世紀になってからである。[15] だから、ノルマンディーによるイングランド征服は、その時点では、社会的影響は別として、制度的には大きな変化を占領側は、持ち込まなかったと考えられている。[16] むしろ、ウィリアムが望んだのは、合法的にサクソン王国の王として受け入れられることであった。[17] それが、一〇八六年のソールズベリ会議につながり、ここでウィリアムは臣下となるべき諸侯とだけではなく、臣下の臣下とも、直接、封建契約を結ぶ。[18] 中央集権的封建国家、イングランドの出現である。即ち、王は、これにより、末端の封建領主たちにまで、直接、臣従と忠誠を要求しうることになった。これは次のような事態を招いた。

まず、最終的に、王が国家全体の土地の支配権を握ったこと。なぜなら、封建契約の基本は土地の所有権の安堵であるからである。その結果、王の治安維持責任と権限が、直接、イングランド各地に及ぶことになった。それは、最終的には司法権を通しての国家掌握を可能にすることに通じた。即ち、既存の領主裁判権を、実質はともかく、形式的には侵害することなく、イングランド全体に対して、王の裁判権を確立することができ、その裁判権を通じて王権の社会の底辺への浸透を可能にしたのである。

しかし、獲得した王権を占領国において維持するためには侵略者の側の既存勢力に対する妥協も必要であった。何しろ、人数的には、絶対的に、征服者は、劣勢であった。[19] だから、支配権を維持するためには、即ち被占領者の意志を知る必要があった。そのための機構が国王評議会 Kings Council の招集であり、それはのちに、議会の上院 House of Lords に変容し、[20] その過程で、王権抑制の機能を持つようになった。この会議は元々、王に対

する封建的義務として各領主に対し出席を求めるものであった。しかし、それが招集されることが慣習になると、その会議が開かれることが招集される側から権利として認識されるようになったのだと言えるだろう。そうなると、王がこの開催を取りやめることはできなくなる。

さて、司法権はなぜ、王権確立のための有効な手段となりうるのか。それは司法権が、正義実現の機構であり、それの公正性が高ければ、その権限を掌握したものに対する信頼を高めると同時に、その手続を通して、彼の法を執行、浸透させることができるからである。この時代、それではノルマン王朝は司法権をどのように整備し、かつ既存の領主裁判所 Manor Court よりも魅力的で権威あるものにしたのだろうか。

イングランドにおける司法制度が完成されたのは、時期的にはヘンリー二世の時代である。[21] この時代に確立されていた司法制度は次のようなものであった。即ち、まず、巡回裁判所 Assize を設けることにより、王の膝元にあった宮廷裁判所 Curia Regis と同様の権限を持つ司法官を各地方に定期的に送ることになった。この結果、人々は地方に居ながらにして王の裁判所に訴を起こせることとなったのである。即ち、巡回裁判所は少なくとも定期的に各地を回ることになったからである。それまでは。Curia Regis に訴を起こすためには、まず、王の所在地を探さねばならなかったのである。[22] この当時、王は年貢を取り立て、それを消費するために、領地から領地へと移動するのが常であり、それとともに、宮廷も移動していた。Curia Regis の Common Bench がウェストミンスター Westminster に固定するのはマグナカルタ Magna Calta の成立を待たなければならない。だから、巡回裁判所の設立は、それが年一回しか来ないとしても、人々にとっては便利になったことになろう。

また、王の裁判 Royal Justice の効力は当然のことながら、イングランドにおいては領主のそれを上回ることになった。[23] そしてもう一つの魅力はまだ、現在のような整備された判例記録ができたわけではないが、裁判記録が中央に登録されたことである。その記録により、権利が確定され、後の紛争が激減した（この時代、人々の関

心の中核は土地の占有権である。イングランドの私法はここから始まる）。そもそも、王が国土全体を一義的にまず、王領としたことに基づいて、検地を行い、その記録[24]を作ったことが、後の土地に関する権利関係確定の基準点となったことは注目すべき事柄であろう。

さて、それでは王の法廷で使用されたルールは何であったか。前述したように、ヨーロッパ大陸には、このころ未だ、イングランドに移植すべき、洗練された法体系は成立していなかった。また、イングランドの騎士階級、即ち、土地所有者の支持を得なければ、有効に占領地を支配することはノルマン側には困難である。この当時、イングランドに入ったノルマン人の数は五〇〇〇人ぐらいしかいなかったと言われている[25]。そのような観点から、秩序維持のための占領軍側からのイングランド社会の紛争処理を考えた場合、イングランド人が使っている規範を裁判手続も含めて利用することが、双方にとり、望ましかったと言える。そのための手段として、国王はその地の住民に係争事件の事実関係とそれに関する慣習を証明することを要求した。それが、後の陪審制度の萌芽であった[26]。

ところで、そもそも、ゲルマン系の社会は、訴訟も含めて、会議（民会）による処理が多かったことに注目すべきであろう[27]。陪審員団も、そのような、自由民の集会でのあり方を利用したものとして始まったと言えよう[28]。

では、これらの巡回判事たちはどのような権限を持っていたのであろうか。その場で全ての事件に判断を下したのだろうか。否である。すでに経験がある事件はともかく、彼らは、新しい事例や、困難な事件については、同僚の判事と話し合う機会を待ってから次の巡回時に決定を下したのである[29]。殊に、ウェストミンスターにCommon Plea、現在で言えば、民事裁判所が定着してからは、判事たちは、巡回から帰ると、そこで仲間の助言を受け、議論をし、結論を出した。そしてその中で、王国内に共通の価値基準が醸成され、コモンローと呼ばれる、王国一般に共通の正義の規範が時間をかけて造り出された。国王の裁判所が、領主裁判所を凌駕する支配

力を得るためには、その判決は、領主裁判のそれより、公平であり、信頼できるものでなければならなかった。[30]そのためには、判断の基準もまた、信頼度の高いもの、即ち、社会に広く受け入れられるもの、即ち、ある程度の普遍性を持たなければならない。そのためには、判事は同僚との話し合いの機会を求め、そこから、イングランドにおける基本的な規範を見出そうとしたとも言えるであろう。即ち、この規範は決して権力によって恣意的に強制されたものではない。イングランド社会の中から、そこに住む者によって認められたがゆえに法としてたち現われてきたものだといえよう。

このことは、コモンローの次のような性質の基盤となったと考えられよう。即ち、少なくとも、財産関係の確定と社会秩序――ここで言う社会秩序とは地域社会の秩序である――の維持の基準たる規範＝法は王権であってもそれに従う。[31]即ち『法の支配』の原理の確立である。慣習に法としての効力を認めることは、即ち、認めた者も自ら、それに拘束されることを受け入れたことになる。そのように考えると、マグナカルタも慣習によって成立した王権＝行政権行使の態様に関する、貴族と王の関係の承認とその遵守の約束、と見ることができると思う。それゆえ、マグナカルタは時代を超え、当初意図されていたよりも大きな意味を持って、コモンローを支えたのだろうと思われる。

では、このようにして成立したコモンローは米国ではどのように受け入れられたのか。そしてそれは何故だったのだろうか。

(3) アメリカ合衆国とコモンロー

北米大陸というのは、近代以降の人類にとって、ユニークな、政治および経済理論の実験場だったといえよう。なぜなら、アメリカ合衆国を築いた人々は、自分たちが新しい国家をみずからの哲学と理念の上に築くことを知

っていたからである。そして、その理論に基づいて国家を形成するための白紙の地域を持ち得たことである。もちろん、現代国家はさまざまなイデオロギーや理論、政策に基づいて経営されてきている。しかし、殆どの国々は常に、既存の歴史的状況や理念、価値と新しく取り入れるそれとの間の調整を図らなければならなかった。例えば、明治維新後の日本がそうであり、ソ連崩壊後の東ヨーロッパ各国の混乱も、共産主義、または、社会主義が既存の問題状況に対し十分な解決を提示してこなかったことにその原因を求めることができるかもしれない。

これに対し、アメリカ合衆国の場合、入植者たち全員が、コミュニティーの形成につき、ある程度のコンセンサスを持っていたといえよう。そして、そこには考慮に入れるべき既存の文化と社会は存在していなかった。[32] だから、建国に当たった人々は純粋に自分たちの理念に基づいた国家組織を作れたはずであった。

では、法制度について彼らはどのような選択をしたのだろうか。入植者が背景として持っていた文化はどうあれ、選択肢としては、ローマ法もある程度完成した体系として既に存在している。また、ローマ法の影響をアメリカ法が受けなかったわけでもない。[33]

さて、選択の余地があったにもかかわらず、結局アメリカは基本的にはコモンロー国家となることを選択した。なぜだったのだろうか。また、建国の時代から、アメリカのコモンローとイングランドのそれとは細かいところで違っている。なぜ、違っているかを含め、いかにアメリカでコモンローが継受されてきたかを考えてみよう。

（4） アメリカ植民地におけるコモンローの継受

まず、なぜ、コモンローがアメリカで継受されたかを考えてみよう。第一に考えられることは、技術的な問題である。即ち、一七世紀から一八世紀のコモンウェルス、即ち、独立時の十三州の地域には、ローマ法を運用できる教育を受けた者があまりいなかったことである。フランスの植民地域であったルイジアナ州とカナダのケベ

ック州を除いては、殆どの地域が英領であった。オランダ人やドイツ人がその中に入っていたとしても、北においても南においてもイギリス人が植民地人の中核をなしていた。彼らの持ち込んだルールとそれに基づく紛争解決手段は、本国で慣れ親しんだもののヴァリエーションであらねばならなかっただろう。[34] 大陸的な法制度をここに持ち込むに十分な下地が後の連邦となる地域にあったとは言い難い。

さて、ここで少しアメリカの植民地がどのように形成され、運営されていたか、考えてみよう。まず、第一に、北アメリカの植民地は南米のスペインのそれとはかなり違っていた。北アメリカ大陸の入植者は、いわゆる、南部地域においても、そこに定住することが目的であった。だから、最初のころから、家族ぐるみで入植した。[35]

また、北部に入植したピューリタンは、自らの信仰を守るために祖国を出たのであるから、当然、定住が目的であった。また、彼らは己の信仰をまっとうすることを強く望み、そのライフスタイルもそれにしたがったものであった。例えば、クエーカー教徒などはそのよい例である。実際、マサチューセッツ Massachusetts だけでなく、コネティカット Connecticut もペンシルヴァニア Pennsylvania、それぞれ、指導者であったトマス・フッカー牧師やウィリアム・ペンの思想、信仰、理念に共感した人々の創った州である。モルモン教徒によるユタ州の創設もそのような開拓行動の一つである。彼らの求めた信仰の自由の保障は、アメリカにおける自由権の基礎となっているといってもよいであろう。アーミッシュの文化維持と義務教育の要請を折り合わせた 'Wisconsin v. Yoder' 判決[36]はその流れが現在も強く残っていることの証明でもある。彼らがこのように強く信仰の自由を求めた陰には、それだけ、本国における弾圧が強かったことが一つの要因としてあったことは否定できないだろう。そして、独立戦争が勃発するころには自由権は重大なる権利として確立していた。[37]

さて、初期の植民地の統治機構について少し考えてみよう。

アメリカ合衆国となった地域の植民地の特徴は、王領植民地にもかなり、早くから代議制が取られていたこと

である。例えばメリーランド州の特許状の中には、「〈領主〉は当該地に住む自由人の勧告と是認」とを法律制定に当たって要求することを明記している。[38] また、会社組織で植民する場合も同様の要件が定款の中に含まれている。[39] さらに、マサチューセッツ州のように植民地が先にできて、それから特許状を得た場合も、自由民による選挙に基づく議会の設定を許可されている。この場合、議会または何らかの会議体が特許状の出る前に存在していたと考えてよいだろう。[40]

イングランドの本国政府は、植民地経営に当たり、総督を送り、場合によっては、勅任参議会を任命した。裁判官も勅任であった。しかし、実際にその地位に就いていたのは、地元民である事が多かった。[41] 本国が、積極的に造った裁判所、例えば、海事裁判所 Admiralty Court は状況からは必要とされていたが、それが、本国の貿易政策の代弁者であるゆえに、あまり利用されなかったと言う。[42] ただし、本国から任命されてきた人達は、実際の植民地の運営権を持ってはいなかった。ヴァージニアロンドン会社特許状に見られるように、勅任参議会は、「政府および当該植民地に関する重要事項についてのみ、措置、指令の権限を有する」のである。[43] マサチューセッツにいたっては、参議会も総督も選挙によって選出された。[44]

以上のことは、自由と自治を愛するイギリス人の子孫は、植民地においても、早くから自治を確立したと言えるだろう。その中で、司法組織も独自の発達を遂げた。

開拓地が出来上りつつあるころには、さまざまな制度は、未分化であった。例えば、ニューイングランドにおいて、教会の建物は、教会であると同時に、集会所でもあった。そして、民衆の集会は、行政的な議決機関であり、且つ又、司法判断機関でもあった。この時期の社会状況は、例えば、ホーソンの一連の小説に書かれているように、宗教規範とその他の社会規範が渾然としていたと思われる。

また、会社組織として出発した植民地は、株主総会に当たるものが議会に、現在の取締役会に当たるものが、

行政府および、司法部の役割をになっていた。さらに、王領植民地においては、自由民の集会（Court とよばれる）[45]は、植民地運営のための議決機関であり、参議会（総督とその補佐、その他数名の土地の有力者からなる）はその執行機関であった。しかし、未だ、彼らの議会はわれわれの考えるような立法機関にまで成熟していない。そして、裁判所はこのような機関の中から、会議体の一部として分派した。初期の裁判所は、その地域の自由民の中から選出された者を裁判長とし、自由民集会を陪審員団としたものだったらしい[46]。実際、法律家が、必ず、判事を務めるようになるのは一九世紀になってからで、それまでは、法律家としての訓練を受けていない判事が、あらゆるレベルにいた[47]。彼らの殆どは、その地域における指導的立場にいる人々であったが、それは同時に、中央政府の勅撰による判事の任命よりはむしろ、殊に地方においては、民選判事の発生を促した[48]。そして、一九世紀には、判事が選挙で選ばれるのはごく普通のことになっていた。ただ、このような判事に今の判事達が持つような立法能力を期待することはできない。彼らに期待されていたのは、基本的には紛争の解決であっただろう。では、そのような時代に、真の意味での立法者は誰だったのであろうか。

それは、自由民たる植民者であった。彼らは、イギリス本国において成立していた複雑な裁判所システムをそのまま持ち込むことはできなかったが、陪審制度は、会議体の形を取りながら、取り込んだ。初期のアメリカにおいては、陪審員団が、日々の生活の法を創り出したのである[49]。即ち、当時の陪審の持つ権限は、現在のそれより、大きかったと言ってよいだろう。陪審が、事実認定の機関になるのは、もう少し、後のことである。アメリカは、イギリスのコモンローを、それが利用できる範囲で受け継ぎ、それが、彼らにとってはふさわしくないと考えた場合には、自らの手で、ルールを創り出したと言えよう[50]。この時代、開拓地の社会においては、その開拓地の運営、即ち、行政問題に関する決定も、その社会の中で起きた私人間の問題の処理も、そして治安の維持まで、その地域住人の合意の上に成り立っていたのである。そして、その合意形成の場が、Town Meeting で

あり[51]、教会が、会議場の役割を、果たしていたのである。

さらに、裁判官が、法律家でない場合、彼らは、前述のとおり、「法を語る口」たり得ないから、その役割は、勢い、判断を下すものというよりは、闘技場の審判に近くなる。もちろん、人格が、高潔であることは求められたが。言い換えれば、このような場所と状況においては、住民の合意こそが、法の、基礎となったと言えよう。メイフラワー号の宣言などは、その典型と言えよう[52]。

英、米、いずれにおいても、コモンローは、人々の生活を規律するためのルールと言うよりは、社会生活を潤滑に運営するための道具として、その生活の中から、自然発生したと言えるだろう。

では、コモンローは、いかに社会生活の中で、法として表現されるか。次は、コモンローの表現形態としての、判例および、判例法について考えてみよう。

3　判例法としてのコモンロー

(1)　判例法の構造

成文法の分量が、増えたとはいえ、また、コモンローの危機を感じながら[53]、それでも、所謂、アングロ・アメリカンローは判例法主義である。例えば、アメリカにおける、統一商法典の教科書は、判例の説明が中心となっている[54]。なぜ、そうなのか、また、判例が法であるとはどういうことなのであろうか。まず、現在でも、判例が中心となっていて、成文法があまり無い領域にはどのようなものがあるかを考えてみよう。それらは、契約法、不法行為法、財産法、刑法[55]、さらに、衡平法Equity[56]から発展した信託法なども、含むと考える。そして、これらの領域においては、ルールは具体例の中で言葉によって語られ、それが判例である。そして、その核となるべ

き判断とその理由が、先例として後の判決を拘束することになる。この部分をRatio Decidendiと呼ぶ。[57]

さて、それでは、少し判例の構造を考えてみよう。それには、まず、裁判過程について考えてみる必要があろう。なぜなら、コモンローは判決の中から生まれてくるのであり、手続も又しかりであったからである。

英国においても、合衆国においても、実質的意味での法律審は事実審が終了したところから始まる。事実審（陪審が使われる場合には、ここで彼らによる審理が行われる。）の役割は、一定の法の枠組みに照らして法的に意味のある事実が存在するかどうかを確定することである。その法的な枠組みを陪審員に示すのは判事の職務であり、このレベルの判事が、判事が選挙によって選任される地域では、選挙によって選任される。そして、第一審からの敗訴当事者に認められる上訴理由は、裁判官の法に関する説示か、審理手続に瑕疵がある、と言うものだけになる。事実認定の誤りについては、控訴審以上では争うことができなくなる。言い換えれば、法律上の争いがあるときにのみ、[58]上訴は認められ、事実関係は、第一審で確定する。事実について争うためには、裁判所側の、手続上の違法を、まず、控訴審で争わねばならない。そして、上級審の判決は下級審を拘束するから、上級裁判所の判決ほど、その効力範囲は広くなる。即ち、上級審での先例が存在する場合には、それが、以後の事件を下級審及び、同等の裁判所において拘束するからである。ゆえに、裁判所のヒエラルキーの下のほうへ行けば行くほど、参照しうる判例が増えるが、しかしそれがまた、上級審におけるある法律上の争点についての判断を促すことになり、またそこから、その問題に関する社会的動向を探ることにもなる。上級裁判所ほど、その判例のおよぼす影響力が大きくなるから、その役割は、単にその事件に対する妥当な解決をはかるだけでなく、将来の同様な事例における影響についても考慮を巡らせなければならない。[59]では、判例は、どのように、構成されているのであろうか。即ち、ルールとして認識されるべき部分はどこに、どのように表現されているのだろうか。

(2) 判決文の構造

判決が、主文にあたる部分と判決理由の部分を持つのは、コモンロー制度の下でもまた、日本法の場合でも同じである。この判決のなかで、法としての機能を持つ部分、われわれが注目すべき部分はその判決理由 Opinion である。それは、大きく、二つの部分に分けられる。一つは、結論を支える主意見（多数）であり、この部分が、後の判例に拘束力を持つ。他方は、少数意見であり、主文と反対の見解を示す場合 Dissenting Opinion と、同意意見 Concurrent Opinion である場合とがある。後者には、結論には同意するが、別の経路を取ってそこに到達するものと、主意見、即ち多数意見を補足するものとがある。反対意見は、文字どおり、多数意見とは反対の結論を出すものである。

本来、争いが存在するのは、ある事実関係について、複数の結論がありうるからであろう。すると、その結論に達する論理も一つではないかもしれない。その事実関係のどこに着目するか、また、判断を下す側がどのようなイデオロギーにたち、何を将来に見ているかによって、結論は変化しうる。また、常に、法廷を構成する判事が全員一致に達しうるわけでもない。例えば、ブランダイス判事は、〝偉大なる反対者 Great Dissenter〟として有名であるが、[60] 彼の多くの反対意見は、後世には社会をリードする意見になったのは周知の事実である。[61] 例えば、Olmstead v. United States 事件は、[62] 連邦の電話盗聴による捜査が憲法の第四修正に反するかどうかが問題になっていた。多数意見は、それを合憲としたが、彼は、プライヴァシーの観点から、非常に強い反対意見を書いている。[63] 後に、プライヴァシー権は、Griswold v. Connecticut で、[64] 憲法上の権利として、承認されたし、盗聴捜査は、厳しい制限が課せられるようになった。彼が考えていたのは、当時の考え方からは、非常に進歩的なものだったと言いうるだろう。[65]

反対意見と補足意見の役割は、拘束力が無いとは言いながら、主意見の射程距離を予測させ、また、残る問題

点を認識させることにあると言えるのではないだろうか。

例えば、イギリスの不法行為のケースであるBolton v. Stoneはそのような事例の一つである。[66] この事件は、クリケットのボールが試合中にグランドからフェンスを超えて打ち出された結果、通行人であった原告に当たり、負傷させたという事例である。この事件の争点は、被告、即ちクリケット場を持つクリケットクラブが今回のような飛球を予測し得たかどうかであった。この事件以前の四十年間には、全部で六回ほどボールがフェンスから出たことが、事実として確認されている。第一審は原告勝訴、しかし元老院はそれを覆し、被告勝訴の判決を下した。ただし、これには、強力な反対意見がついている。即ち、過去にクリケットのボールが同条件で問題のグランドから飛び出したケースが数回でもあるならば、通行人に当たることは予測しうる。だから、その予防をしなかった被告は責任があるというのが、その内容である。

なぜ、この事件で、被告が勝訴したのかと言うことについては、その飛び出したボールがクリケットのものだったからではないかという意見がある。[67] 即ち、当時のイギリスにおいて人気のあるスポーツのクリケットが、街のグランドで、アマチュアがプレーできなくなるのを裁判所も町の人々も恐れたのではないかと言うのである。グランドから出たのがクリケットのボールでなかったら、結論は異なっていたかもしれない。現に、この判決の後、被告は、敗訴原告から一審後に支払った賠償金を請求しないと言うような、社会的非難を避ける努力を惜しんではいない。[68]

即ち、この判例によっては、事故を避けるためにどの程度の注意義務を負うかと言うことについては、争う余地を残したと言えよう。

このような事件において合理的な基準を語る反対意見は、それが特殊なケースであることを示す意味でも大きな意味を持つと言えるだろう。また、同意意見も同じく、多数意見の欠陥を補完し、そのルールの発展の可能性

を示す役割をになっていると言える。また、将来の発展方向を示す道標となる場合もありうる。

しかし、あくまでも法としての拘束力を持つのは多数意見であり、律法としての判例を考える場合に、その中心をなすのは、多数意見である。では、ここで、立法作用としての判決について考えてみよう。

（3） 立法作用としての判決

先例拘束力 Res Judicata をもつのは、多数意見であるのは言うまでもない。即ち、多数意見は、確定された事実関係を述べ、その争点を提示し、各争点につき、判断を下し、その理由と根拠を説明する。例えば、Coronation Case[69]は英国の判例で、事状変更の法理を認めた判例として有名である。このケースの事実関係は、新国王エドワード四世の戴冠式のパレードを見ることを目的に、その道筋にあたるポールモールのバルコニーのついた部屋を借りる契約をした当事者（被告）が、そのパレードの中止を知って、契約を取り消そうとした、と言うものである。論点は、戴冠式のパレードの中止が契約の取り消しの正当事由になるかどうかである。契約法の枠組みのなかでは、この問題は Frustration の問題として扱われる。結論的には、貸主が、借主がその部屋を借りる目的を知っていたから、その目的が、意味を失ったときに、その契約は拘束力を失うとした。この判例から引き出されるルール、法則は、契約当事者の一方が、相手方が契約を締結する理由を知っており、かつ、その目的が挫折 Frustrate したとき、その契約は、効力を失うと言うことになる。多数意見は、この原則の妥当であること、それが妥当である条件について論じている。言ってみれば、黙示ではあったが戴冠式のパレードがある事を条件に部屋を特定の日時に借りる事にしたのであり、契約の主たる目的は、戴冠式のパレードを見る事であり、それができないのであれば、そのような契約をするわけもないし、そのように高い金額を払うはずもない、というのがその理由である。

また、Eckert v. Long Island R. R. 事件[70]は、原告の被相続人が線路の上にいる幼児を近づいてくる列車の前から助け出したが、自分は、死亡してしまったという事例である。この場合、鉄道会社はその死に対して賠償責任を負うべきか。コモンローの不法行為原則の中には、みずからが引き起こした行為の結果は、みずからが引き受けるべしという原則がある。また、原告である当事者に過失があれば、原告は被告に対し責任を問えないという、寄与過失 Contributory Negligence の原理も、この事件当時は存在していた[71]。確かに、本件における原告の被相続人の行為は、自発的なものである。また、危険をかえりみないで、飛び込んだ点で、過失があると見ることもできる。しかし、裁判所は、原告勝訴、原告の被相続人には過失はないとした。なぜなら、人の命が危険にさらされていて、少しでもそれを助けるチャンスがあるのなら、人はその努力を当然すべきであると言うのである[72]。もちろん、自分の命を捨てる必要はないが、しかし、ぎりぎりの救出の可能性が存在するときに、その成功にかけるという判断は人間の高度な道徳律にかんがみて尊重されるべきであり、過失とはいえない、と論じ、原告勝訴の結論に達する。ただし、これには、一般的な故意行為原則を根拠にした強力な反対意見がついていることも附記しておかねばならない。

このように、各判例は、特定の事状に妥当な解決を与えるのと同時に、法の一般原則を述べるがゆえに、その当事者に対する直接的な効力と、先例としての拘束力を後の判例に対しても、持つのだと言えるだろう。見方を変えれば、少しずつ、様相の異なる事態に対し、ある原則がどう作用して、妥当かつ公正な結論を導き出すのかを示すのが先例であり、また、その先例を知ることにより、現在の似たような事実関係を持つ事件にどのような解答が与えられるかを予測することが可能になる。ゆえに、先例拘束の原則により、コモンローの世界では、法の安定性が保たれることになる[73]。先例拘束原則が、Rule of Rules と呼ばれる所以である。

だが、一方、法が事実に即して語られ、説明されるがゆえに存在する限界もある。

例えば、Pruitt v. Allied Chemical Corp. 事件は[74]被告によるチェサピーク湾の汚染が問題となった事件である。一つの争点は原告適格であった。この訴訟の原告はチェサピーク湾で創業する漁民と、その周辺業者、そして、観光資源など、何らかの形でチェサピーク湾を利用して生計を維持している人々であった。これに対し、被告は、Union Oil Co. v. Oppen に基づき、漁業従事者の請求は認めたが、その他の原告に対しては、原告適格を否定しようとした。即ち、本件と同様に、海洋汚染が問題になった Union Oil Co. v. Oppen[75]において、原告は漁民、海上で生計を立てているものたち、である。だから、海洋汚染のケースで漁民は原告適格を持つが、しかし、本件原告の一部は海上の活動で生計を立てているのではないから、Union Oil ケースにおける漁民のカテゴリーには入らず、原告適格が無いと被告側は、主張したのである。ただし、この事件では、被告の請求は退けられた。

しかし、このような主張が出てくるのは、判例で認められたルールが無限大の広がりを持つのでなく、一義的には事実関係という枠の中で働くことを原則とするからである。二つの事件の事実関係に類似点があるとしても、同じ原則が働きうるとは限らない。なぜなら、鍵となる事実が異なれば、当事者にとって妥当な解決は異なってくるからである。

例えば、契約法のリーディングケースである Hadley v. Baxendale[76]から引き出せる原則は、簡単に言ってしまえば、契約違反によって生ずる損害は、通常損害（General Damage）と特別損害（Special Damage or Consequential Damage）に分類され、後者が損害として請求を認められるのは、それが、契約締結時に予測可能でなければならないということである。ここで少し、この事件を簡単に説明しておこう。この事件の原告は、製粉工場であり、被告は、運送会社である。原告は、工場内の破損したシャフトを修繕会社までもっとも早い方法で運送することを被告運送会社に依頼したところ、被告は手違いからこの荷物を鉄道の代わりに、船にのせたため、到達が遅れた。原告は、その間操業を停止していたが、遅れた分、余分に五日間、休まなければならなくなった。

原告はこの余分な操業停止によって発生した損害を得べかりし利益として被告に賠償を求めた。裁判所はこれに対し、運送会社は、荷の到着が遅れることにより、原告側に彼らが主張する損害が発生することを知らなかったし、また、知り得なかったとして、被告勝訴の判決を下した。即ち、この判決の論点は、被告側が、Consequential Damage の発生を予測しうる立場にいたかどうかであった。だから、例えば、被告が修理会社であったならば、状況が異なり、結論も違ってくることになる。即ち、ふつうの“Reasonable”技師が被告であれば、原告のシャフトが壊れて、操業停止になった場合の損害を予測しうるであろう。その場合、被告は損害賠償義務を負うことになろう。

このように、判決の中の事実関係は、そこで使用された原則の適用条件を示すことになると言ってよいだろう。

一方これは、判決における多数意見の理由 Reasoning の重要性もまた、示唆する。即ち、先例と異なった判断をしたり、その適用範囲を拡大するためには、正義、公正、妥当性の観点から、十分説得力のある議論を展開しなければならないのである。(77) 即ち、判決理由の中には、法の基本原則、正義の基準、さらには法の目的が示され、そのすべてが、判決を支えるのである。コモンローの本質が、社会に存在する基本的な法原則および、法原理の総体とするなら、ある特定の事実関係において、それがいかに実現されるべきか、そしてなぜそうなのかを説明するのが、判例の一つの役割だと言えるだろう。

さて、前述のチェサピーク湾のケース(78)での論点の一つは、損害の性質であった。湾の水質が汚染された結果、経済的な損失を受けているものたちが原告団を構成していた。そして、彼らは、いくつかのグループに分類される。被告は、そのすべてに対する責任から逃れようとしたわけではなかった。チェサピーク湾で魚を捕る漁師達のように、汚染の結果から、直接損害を受けたものたちに対する責任は認めている。問題は、汚染の結果、間接的に損害を受けた、チェサピーク湾沿いのレストラン、釣り具屋などである。被告側は、彼らの損害は、湾が汚

染されたことによって、観光客やつり客が減ったために、間接的に発生したものである。間接損害は、通常、不法行為法の賠償の対象とはならないと主張したのである。即ち、漁師達のように、湾の上で生活を維持している、即ち、汚染から直接損害を受けている被害者とは区別されると主張したのである。

これに対し、連邦高等裁判所は次のような理由付けで、原告の主張を認めた。まず、被告が水質を汚染したことにより、チェサピーク湾をさまざまな形で利用していた人々に損害を及ぼしたことには、間違いが無い。それゆえ、被告が自らの及ぼした損害に対して、十分な責任を負わなければならないのは、当然である、とする。一方、通常、不法行為事件においては、本件で問題となっているような原告の主張する間接損害 Consequential Damage は認められない。なぜなら、通常の、間接損害は、損害が原因で発生する副次的損害であるから、それを認めると、被告に二重の損害賠償を強制することになりかねないからである。一九世紀以降の損害賠償の基準は、原状復帰であることは、大陸法、コモンローとも違いはない。

では、チェサピーク湾の汚染で、直接損害を受けたのは誰であったか。これに対して裁判所は、以下のように言う。即ち、本来、湾で釣りをするもの、湾を利用するもの全て、――それを業としようが、余暇としようが――、が損害を受けた。ただし、後者、即ち観光客は、自らの損失を訴えるようなことはしないだろう、と考えられる。ということは、加害者は、その分の責任を逃れてしまうことになろう。それは社会的に妥当であろうか。一方、観光客の受けた損害は、何処に転嫁されたか？　それは、客が減少して利益の減った原告たち、即ち、沿岸で観光客を相手に商売しているものたちである。それゆえ、観光客の被った損害を沿岸住民＝即ち、チェサピーク湾の魚を売りものにするレストラン、釣り具屋などに対して賠償させることが公正な解決である。ゆえに、原告に原告適格を認め、損害賠償請求を汚染者である被告に対して認めた。

このように、判決理由は、存在する法原則と事実関係を結びつけ、その判決がなぜ、その事実関係にとって妥

当な解決であるかを説明し、必要があれば、新しいルールを宣言することが、その役割だと言うことができよう。[79]

では、その理由付けを行うには、いかなる材料が、使えるか。そして、それは、コモンローの本質をどのようなものと捉えているからなのだろうか。

4　コモンローの本質

(1)　コモンローの法源

この節のタイトルに、筆者は、法源という言葉を使った。そして、概論的な教科書に、法源 'Source of Law' というセクションがあり、法源としてみとめられる物が列挙されている。[80] そしてそれは、通常、制定法と先例がその中心となっている。しかし、ここ筆者が考えたいのは、コモンローの裁判所において、判決理由がどのような材料を使っていかに論じられるかである。この論文のはじめに、筆者は法が一種の社会的合意であると言った。そして、ルソーは「社会契約論」の中で、法は、「社会的結合の諸条件以外の何者でもない」[81] と言い、「約束と法」が権利と義務を結び付けると論じた。[82] そして、法はまた、社会の構成員の合意によって作られるべきだ、とも。近代国家思想において、そして、現代社会において、これが、一応の前提として受け入れられていることは認めてもよいだろう。共和国体制において、それは、さらに真実であろう。では、コモンロー体制（ある意味で、これがもっとも民主的な制度であると考えられる）の中で、なぜ、法は裁判所によって、創造、あるいは、発見されうるのか。〝発見〟という概念が、コモンロー特有のフィクション[83]であるとしても、それが受け入れられる基盤があるはずである。言い方を換えれば、唯一、必ずしも選挙によらずに任命された機関が、市民の合意としての法を形成し、維持しうるためには、それがなした判断、即ち、判決が一般に共感を持って受け入れられな

ければならない。では、どのようにしてそれが提示された場合に、判決として語られた法原則は一般に受け入れられうるか。言い換えれば、どのような判決であれば、それが、正義、公正、などの法の基盤たる概念を正しく反映したものとして認められるのだろうか。

(2) 予測可能性と法

社会的秩序を維持するためには、法とその適用の結果についての予測可能性が確保されなければならない。それが法的安定性に対する要請である。この法的安定性の確保が、慣習法の場合には、その全体像が見えにくいがために難かしい。明治期に、法典の整備が強く求められたのも、そこに一つの原因があったというのは、そう的外れなコメントにはならないだろう。では、コモンローにおいてそれを担保するものは何かということになる。そこに機能するのが、先例拘束力である。即ち、似たような事実関係においては、判例変更が無い限り、その判決以後、常に同様な判決が下されねばならぬと言うのが、その意義である。しかし、起こる事件には、同じことの完全なる繰り返しなどはあるはずがない。とすれば、同様の事実関係においては同様の判断を下さなければならないとはどういうことであるか。

前述の Hadley v. Baxendale 事件[84]を、もう一度例にとってみよう。この事件はどのようなルールを確立したか。そして、この事件以後、それはどのように法として昇華されたか。

この事件によって確立されたルールは、まず、運送人は、荷送人たる原告に対し、運送契約違反によって生じた Economic Loss または、Consequential Damage に対する責任は、負わなくてよい、と言うものである。[85]そして、その理由は、運送人は、通常、その荷が、遅れたことによる直接損害以外の損害の範囲を予測することができないからだと言うことになろう。もうすこし、抽象的な言い方をすれば、契約違反に対する違反者の損害賠

償義務は、違反者が契約締結時に合理的 Reasonable に予測し得た範囲に限定される、と言うことになろう。[86] ではこの判例は、どのように使いうるか。

まず、この原則は、以後の判例で、運送人に限られないことになった。例えば、Victoria Laundry Ltd. v. Newman Industry Ltd.[87] では、第一審の判決は、ボイラー製作会社をこの判例のもとで、勝訴させている。もっとも、控訴審においては、被告 Newman Industry は、そのボイラーを契約どおりに引渡さないと原告は、洗濯屋の営業をし得ないことを十分に予測し得たとして、この判決を覆している。ただし、この控訴審判決は、Hadley ルールを否定したのでなく、それを満たさないというのが、判決を覆した理由になる。これ以後、現在まで Hadley 判決は変更されていないから、契約を締結しようとするものはたとえ、契約に違反しなければならなくなった場合でも、締結時に直面する賠償額の限度を予測しうることになる。ゆえに、契約を締結しようとするものは、常に、自己の責任の範囲をあらかじめ、予測しうるし、また、相手側の行為も予測することができる。このような考え方は、立法にも反映されている。例えば、Uniform Commercial Code にも、商人のための同様な規定が、動産売買に関して存在している。[88] このように先例は、コモンローを機能させるために重要な要素であることは言うまでもない。

しかし、新たなる事態や、時代の変化に対応するためには、硬直的に先例のみに頼るわけにはいかない。裁判所の一つの機能は、当事者に対し、公正妥当な解決を与えることだからである。実際、一四世紀のイギリスで、コモンローが危機を迎え、エクイティーが生まれたのは、それが理由だったのである。即ち、コモンローが硬直化し、その枠内では妥当な解決、即ち、当事者にとって望ましい解決が与えられなくなったために、人々は、王の正義と衡平に直接頼ろうとして、大法官に請願を行ったのである。[89] それがエクイティー裁判所の始まりであった。

公正としての正義に対する希求は変化しない。人の自由、平等などの基本概念や、意識は普遍である。しかし、それが実現さるべき、個々具体的な状況は千差万別であり、それら全てのありうる事例について、過去に、必ず似たような事件があるとは限らない。いや、あったとしても、その先例がすみからすみまで、今解決すべき事件に合致するはずが無い。必ず、目の前にある解決すべき事件と、使いたい先例の間には齟齬がある。そのギャップを埋めるために、その先例が今の事件にとって先例である事を説明することが必要となり、法理論が発展するのである。先例の提示だけでは、十分な説明になり得ないのである。

そこで出てくるのが、第二次資料とも言うべき、テキストや、リステイトメントである。

今まで考察してきた事からわかるように、コモンローは体系に基づいて作られたものではない。現在、何々法、例えば契約法、と名づけられる法分野は、似たようなテーマを扱った先例の集合を、振返る事により見えてくる法の一叢である。[90] ドイツ法や、我が日本法などのローマ法系の法制度は、立法時に存在する出来上った体系の枠組みの中で法が機能する。コモンローはそうではないのである。もしも、コモンローに体系があるとするならば、そして現にそれは存在するが、それは、先例を問題ごとに整理した結果、または整理する過程で自然に形成される。古くは、ブラックストーンの判例集がその意味では最初のコモンローテキストと言えるだろう。[91] これは、オックスフォード大学における最初の、コモンローの講義のために彼によって編集された。当時、ほかに、同種のものが無かった事と、コモンローをある程度コンパクトに説明するものが無かったため、彼のテキストはその後のコモンローの発達に大きなインパクトを与えた。アメリカがコモンローを継受するにあたって、頼りにしたのもこの本だったようである。[92] 考えてみれば、アメリカに植民地ができたころには、既に膨大な量になっていて、かつ判例集としての体裁の整っていない判例を写して、植民地に持ち込むのはほとんど不可能な作業だったと言うべきであろう。

これ以後、判例集と教科書は、法律家になることを望む者が、法を学ぶための道具であると同時に、判例理論の基礎を成す事になる。判例が増えれば増えるほど、たとえ、個々のケースがルールを、語るとしても、その判例の集積全体を、法の総体として理解するには、その中から、抽象的なルールを、原則を、引き出さなければならなくなる。それを行ったのが、Treatiseと呼ばれる教科書なのである。そして、ケースごとにバラバラに語られるルールを有機的に連携させ、ギャップを埋め、一般原則を導き出し、そのうえ、さらに基盤たるべき概念を一般論として論じうるのもまた、教科書なのである。

だから、有名な、スタンダードな解説書、例えばコービンや、ウィリストンの契約法の教科書、Prosserの不法行為の解説書（Horn Book）などは、あたかも法源であるかのように使われるのである。[93] これは、イギリスにおいても同様である。そして、さらに、過去の判例や学説から抽出した原則と考えられるものを法典のスタイルにアメリカにおいて書き現したのが、リステイトメントRestatementである。

リステイトメントは、American Law Institututeの編集によって、一応、コモンローのルールと考えられるものをまとめたものである。[94] 即ち、法律家のグループが判例法のエッセンスを条文の形でまとめ、わかりやすく、使いやすく、整理したものである。それゆえ、これは、法そのものであるとは言えない。あるルールが法として存在する事を証明、および、説明するための一つの材料にすぎない。しかし、それが、法の大きな動向を指し示すと言う意味において、（もちろんそれだけではないが）大きな存在価値を有する。

これらのもののほかにも、一般の法意識や、社会常識を反映するものとして、聖書や文学作品、統計なども、法の正当性を補強する材料として使われうる。例えば、Muller v. Oregon[95]事件においては、当時、弁護士であった後の最高裁判事、ルイス・ブランダイスは、女性の労働時間を制限する法の合憲性を、社会学や、統計学を使って主張した。ブランダイスメモと呼ばれる。この事件は、ロックナー判決[96]における、契約自由原則の維持の

確認に対し、オレゴン州の女性の労働時間を一〇時間に制限する新法を有効にするにはどうしたらよいかが問題になっていた。この保護の必要性を証明するのに、彼は、社会統計や、医学情報などの、膨大な資料を使って、いかに、長時間労働が、女性にとって苛酷であるかを証明することによって、新法の必要性を擁護した。また、シェイクスピアの作品なども、暗喩的に使われる事がある。さらに、聖書は、殊に、開拓初期の時代には、ブラックストーンのテキストと並んで、重大な法の基礎であったと言われている。(97)

イギリスにおいても、法におけるキリスト教の影響は否めない。例えば、エクイティー裁判所は、大法官、これはトマス・モアに代表される、ウェストミンスターの聖職者が任命されていた。(98) 現代においても、例えば、婚姻契約の内容を問われたときに想起するのは、教会における、婚姻の誓約であろう。そもそも、人権思想は、ヨーロッパにおいては、まず、キリスト教の教義の中に見出されたものだとも言えよう。明らかに、信教の自由の最大目的は、プロテスタントの保護であり、キリスト教以外の宗教を意識していたとは、考えられない。

では、なぜ、これらのものが判決を支える法源として使われうるのだろうか。ここで少し、慣習と合意について考えてみたい。

(3) 慣習と社会合意とその反映としての判決理由

コモンローが慣習法の体系たることは、前述のとおりである。また、慣習そのものも、自然発生的に生まれてきた社会合意である事も疑い得ない。たとえ、意識して慣習に従う事に合意していないとしても、それがある事を前提にしないかぎり、人間社会は成立し得ない。(99) 民主制というのは、その合意の過程を見える形に制度化したと言ってもよいのではなかろうか。即ち、議会や、選挙制度、などによって、合意形成の過程に参加するための事実行為を用意したとも、言えるのではないだろうか。

一方、慣習は、そのように見えるコンセンサスに対して、見えないコンセンサスである。初期のイギリスの訴訟手続は、陪審制度を発明する事によって、見えない合意、即ち、慣習の存在を証明する方法を産み出したと考える事もできる。例えば、一四世紀の陪審は次のようなものであった。即ち、当事者＝原告は、一二人または、二四人の、自分の側の主張を支持してくれる人を集めて、証人として、法廷につれてくるのである。言い換えれば、この手続は、その地方における、ある争点に対する一般的認識を事実とともに証明する事に他ならない。

そして、もう一つ、法が法として成立するために必要なのが、正義の観念である。ここでは、正義そのものについて議論する事は控えたい。しかし、次のいくつかの事については、法を考える場合に、前提として、認識しておかなければならないと思う。まず、法の目的の一つが正義の実現である事、正義は一種の価値観である事、ただし、それが時代や場所文化を超える普遍性を持つ事。

正義の概念の中には、平等、公正、公平など、さまざまな要素が含まれている。そして、それらがどのようなものであるかは、歴史の中で培われてきた。

コモンローの特徴は、その中で、殊に公正 Fairness を大切にしてきた事であるように思われる。そして、ロールズの言葉を借りれば、Fair であるということは、「当事者達、あるいは、ほかの誰かが、正当であると彼らのみなさない要求によってうまく利用されたり、あるいはそのような要求に屈服する事を強いられているとは誰も感じないことである。[100]」、と言う。即ち、等価の人間が、ある共同社会に参加し、そこで、誰にも利用されず、みずからが同意したルール以外には拘束されない状態が公正なのである。

それでは、それらの概念はどのようなものとして表現され、どのように、歴史の中で、かたり継がれていくのだろうか。一つの形態が、シェイクスピアなどの文学作品である。例えば、ディッケンズの作品に生き生きと描写されているように、裁判は少なくとも、一八世紀までは、大衆娯楽の一つであったようだ。傍聴人の存在は、

おそらく、陪審員と同様に、裁判官の意思決定にも影響を与えたはずである。[101] そのような、一般人の価値観をあらわすのが、例えば、その時代に人気のあった演劇や小説である。ハムレットや、ベニスの商人が時代を超えて共感を呼ぶのは、それが万古不易の人の葛藤とそれに対するあるべき人の姿を表現しているからである。ゆえに、現代の国際取引の判例において、デンマークの王子に対する言及がなされたりするのである。判決理由は、それゆえ、判決が単に、慣習にのっとっているだけでなく、正当性、妥当性、衡平、公正などさまざまな正義の要素を満たしている事を説明し、証明するものでなければならないのである。

さて、法は社会の合意の一つであると言った。コモンローはその形成過程が、黙示的であるものだと言ってもよいだろう。即ち、その方としての現われ方は、時代や、状況に応じてもっとも妥当な解決方法の形で提示される。それゆえ、新しい事態に対しては、その状況に応じた新しい解決方法が提示され、その限りにおいて、法が新しく見出される。即ち、裁判所が新しい法を創設する事になる。それが、コモンローが裁判官による立法 Judge made law と呼ばれる所以である。

一方で、立法権は議会に属するものとされている。[102] 英国議会を説明するのに、議会は、男を女に、女を男にする以外は何でもできる、という言葉は、立法権の重要性を端的に示すものだと言えるであろう。

立法権が、議会に属する理由は、立法府が選挙によって、即ち、市民の意志によって選ばれた機関であり、その意思決定は市民の意思決定だとみなされるからである。[103] では、なぜ、コモンローは議会制民主主義の発祥の地でもある、英国および、アメリカ合衆国において命脈を保っているのか。なぜ、コモンローの発展は選挙によらないで任命される裁判官[104]に委ねられるのか。そして、なぜ判決は、法としてみとめられるのだろうか。少し、私法を例にとって考えてみよう。

（4） コモンローと制定法

ここで、もう一度、現在模範例法が中心に発展している法分野を確認しておこう。ホームズが、彼の“The Common Law”で、扱っているのは、犯罪法（Criminal Law）および、日本で言えば、家族法を除く、民法が支配する分野である。それらは即ち、物権法、債権法、さらに、相続法をも含む。コモンローがこれですべてというわけではないが、これらが中心的領域と考えてよいだろう。これらの領域は、基本的には、人と人との関係を支配する。犯罪法は、伝統的には、コモンローとして発達してきたが、アメリカにおいては、かなりの州で、成文法化されている。[105]

さて、コモンローはその名のとおり、英米においては、普通法と考えられるが、同時に、成文法に対立する概念でもある。即ち、コモンロー主義の国家では、成文法だけで社会を運営する事はできないが、成文法を取り去った、残りだけでも、即ちコモンローのみによっても、社会は、一応、機能すると考えられている。[106] 制定法の数も、法の総量に比すれば、はるかに少ないと言う。では、これらの国において、制定法はどのような機能と意味を持つのであろうか。

イングランドにおける初期の制定法 Statute は、基本的には、王の命令であった。[107] そして、王と、法の関係は、次のようなものであった。即ち、王は法と神に従わねばならぬ、とされてきた。[108] それが、コモンローで言う場合の、法の支配の基盤である。王たりといえども、法の下に立つのである。法は、権力行使の道具ではないのである。即ち、王権、支配権に対し、コモンローが優越するのである。さらに、ボナム医師事件により、コモンローの成文法に対する優位が宣言された。[109] この事件は、原告のボナム医師が、王立医師会（被告）の許可なく、医療行為を行っていたのに対し、被告がそれを差し止めるために、原告を投獄した事例である。被告は、国会制定法により、ロンドン市内での医師の営業許可権、監督権限などを認められていた。これに対し、裁判所は、国会制

定法といえども、コモンローがそれを制御すると言った。即ち、議会法が正義や条理に反したり、矛盾したりする場合には、コモンロー裁判所がこれを無効と裁定できる、と、判示した。この判例は、司法審査の起源となる判例でもある。

英国においては、この後、議会主権の原則が確立したがゆえに、アメリカ的な意味での違憲立法審査権は存在しない。が、これを、歴史的な流れから解釈すると、イギリスの法制史は、時代がどうあれ、自由民（市民）が自らの独立と権利を侵害する王権＝支配機構の権限行使を防ぐために闘争を繰り返し、そのような、権力機構の有効範囲を狭めてきたように見える。それゆえ、Prohibition del Roy 事件では、司法の独立めいた事が述べられ、既に一三世紀にマグナカルタでは「同輩による判決」の保障が、認められている。そして、この中央政権と支配権に対する不信と、疑惑は、アメリカにも受け継がれた。実際、独立前夜のアメリカに対する英国政府の植民地政策は、専横を極めたと言ってよいだろう。[110] だから、独立したアメリカにとって、中央政府、即ち連邦政府は必要悪であり、小さい方がよいと考えられたのは当然であろう。[111] だから、アメリカ合衆国議会の立法権は、憲法の第一条一項と七項に規定され、その他の事柄に関する立法権は州法に委ねられている。法の抵触が起こるような、州際通商の事例であっても、準拠法はいずれかの州法による事になっている。そして、その場合の州法とは、各州のコモンローであるのが普通である。

即ち、言い方を換えれば、アメリカにおいて、連邦議会に委ねられたのは、連邦を一つの国家として運営していくための立法権であり、人が、本来的に有する権利、人が他者と自らとの間に築く関係に関するルールの制定権は、委ねなかったのである。むしろ、そこに関係するルールは、コモンローという人の社会から自然発生的に生成する、人間の知恵を信頼したという事になろうか。だから、連邦憲法には、はじめ、権利の章典が含まれなかった。それらは、州法によって、まず、保障されるべきだと考えられたからである。だから、州憲法であるヴ

ァージニア憲法が、最初の人権規定を含む憲法として、憲法史上に名を残す事になったのである。では、なぜ、そのような分野においてコモンローが好まれるのか？　コモンローの利点は何なのであろうか。

（5）コモンローの特質

もともと、イギリスにおけるコモンローの発展史を考えてみると、それは、いかに、王の大権から自分達の権利を守るかという闘争であったように思える。例えば、マグナカルタの当時の自由民は確かに、サクソン系の、封建領主であったけれど、その意味するところが、時代とともに変質し、現在では、市民と解されるのは周知の事実である。最終的に、名誉革命において、「君臨すれども統治せず」という原則ができるのは、まさに、そのような市民的自由の拡大の結果だと言えよう。では、その根底にあるものは何だろうか。

それは、自己決定権の主張、即ち、強い自立精神と自治意識だと言えよう。だから、その後、二〇世紀における資本主義確立の一つの要因とも言うべき、一九世紀の、アダム・スミスの夜警国家理論はそのような社会から生まれたとも言えるし、逆に、それが社会に容易に受け入れられたのは、イギリスがそのような社会だったからだと言う事にもなろう。

即ち、近代に限って言えば、市民階級の発達は、市民の間の意志自治を確立し、それは、また、国家による市民生活への干渉を、最小限にとどめようとする結果をもたらした。そして、それが、民主主義の発展を促し、自己の意思の反映されない権力の行使の排除を求める制度を求めるようになる。アメリカの独立時のスローガンが、「代表権無きところに課税無し」と言うのは、この精神の現われである。この主張の基礎は、一六〇六年のベイト事件によって、既にイングランドにおいて確立していた。この事件は国王大権に基づいて課された間接関税が、国会の制定法によらないものだから、輸入業者が、支払を拒絶しようとしたと言う事件である。判決は、「国王

はその臣民に対して、国会の同意なく課税する事はできない」ことはマグナカルタ一二条によって憲法習律になっている事を確認した。ただし、事件の結果は、この関税が、まだ、国内の輸入業者に所有権が移転する前に、輸入物品にかけられる性質のものであることと、外国との取引における関税の課税権は国王の大権事項である事を理由として、原告が敗訴している。(112)

さて、一方で、そうなると、市民間の関係を規律する場合にも同じ精神が働いてくるのは当然であろう。例えば、近代私法の基本原理が、財産権の絶対と契約の自由であることは、大陸法においても、コモンローにおいても同じである。殊に、契約自由の原理は、市民の意志自治の現われである。その中で、紛争が生じた場合にもっとも望ましいのは、事実に即した、当事者双方にとって、公正であり、妥当な結果が出る事であろう。そして、裁判制度が発達した理由は、私闘によらず、秩序を維持する事が、望ましい事が社会的に認識され(113)、また、法の執行は権威を認められた機関によらなければ、なしえないことが認識されたからである。(114) また、権力の側から見れば、裁判所の運営は、収入源の一つであったから、それが臣民によって利用される事は望ましい事であった。そうなると、裁判所に求められるのは、その裁判権が行使されるにあたっては、それが正義の理念に従うものでなければならないことが、もっとも重要な要請の一つになってくる。それが無ければ、信頼しうる裁判所にならないからである。そして、その正義の概念を決定するのは、そのコミュニティーの構成員である。例えば、ある土地の占有状態を決定するのにもっとも有力な証拠は、近所の人々がどのように思っていたか、である。(115) 実際、陪審員の起源は、そのような地方慣習および、訴訟の対象となっている事柄に関する知識を持つ証人であった。(116)

一方、何が正義であるか、即ち、正義の概念は普遍である。その普遍的価値を維持し、実現していくのに、政治的機関は必ずしも望ましくなかろう。即ち、行政府の価値基準は、その時々の政策によって、変化する。政治的恣意による変化とは、独立した機関が、正義の守護者としては、望ましい。そして、それが司法に託された役

割であり、それゆえに、司法権の独立は重要である。コモンローの世界においては、さらに、法典が存在しないがゆえに、いかに、それを後の世代に伝えていくかは大きな課題であったはずである。その中から、先例拘束などの原理が生まれてきたとも言えよう。Prohibition del Roy 事件の中で Coke 裁判官が言うように、法は、長期の研究と経験をそれに通暁するようになるまでに、要求するものなのである。

さらに、前述のごとく、私的自治が重要視されるようになると、当事者間の合意の意義も大きくなる。近代においては、身分から契約へと言われるように、社会構造の基盤が、合意と約束中心になった。そして、その社会は、その構成員が、平等である事を前提とする。

私的自治が成立するためには、当事者間に、少なくとも、一方が他方を絶対的に支配する状態に無い事が要件となる。支配従属関係を、雇用契約のように、ある種の契約によって形成する場合は、格別（その場合であっても、現代法の下では、従属する立場に置かれる側の権利が保護される制度がある。）、その他の場合は、当事者が対等の立場にあるからこそ、私的自治が成り立ち、そこから、契約の自由の原理が生まれてきたのである。法そのものが、そして、法に従うべしという了解が、社会に帰属するための合意の一部でしての約束であるなら、個々の、人間関係もまた、約束の上に成り立つ。市民社会の発生とともに契約法が発展したのは当然であろう。

ところで、このような判例法の体系の特徴として一つ、忘れてはならない事がある。それは、法の体系の出来方が、大陸法とは違うという事である。例えば、日本法のように、パンデクテン大系をとる場合は、基本的には、法典以外には、法はないと考える。そして、その法典は、明確な理念の上に、精緻な構造物として作り上げられている。各条文はそれぞれ、互いに、有機的に緊密に関連し、想起しうるあらゆる事態に対処できるように、解釈されうる。

これに対し、今まで見てきたとおり、コモンローにおいては、判例が法源となる。と言う事は、その体系は人

為的に創り出され、理論に基づいて構成されたものではなく、今までの判例の集大成という経験の中から、見出されるものなのである。[17] そうなると、その構造は、構築物というよりは、樹木にでも喩えられようか。各法分野の根幹となるべき原理原則は各事例の個性を捨象して、鳥瞰すれば、明確で普遍的なものとして見えてくるが、現実の事実関係に対する解答は、ある傾向は見られるとしても、千差万別である。また、似たような事例であっても、時代や状況によっては、働いている原理は同じながら、現実に望ましい結論は、異なるかもしれない。コモンローが、柔軟であると言われる所以である。言い換えれば、コモンローは、常に発展途上、ある意味では完結する事の無い、オープンエンドの大系だと言えようか。人によっては、コモンローの先端は常にゆれていると、表現する。だからこそ、法の缺欠はあり得ない、と考えられるのである。

では、このようなコモンロー体系の中で、私人間の約束について少し考えてみよう。

（1） 19 U.S.C.A. § 2411

（2） Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, 19 U.S.C. § 2901

（3） Julia Christine Bliss, *The Amendments to Section 301: An Overview and Suggested Strategy for Foreign Response*, 20 Law & Policy In International Bus. 501 (1989)

（4） この時期、合衆国議会の支配権が大統領の共和党ではなく、民主党にあったことも考慮に入れておくべきであろう。

（5） 53 Fed. Reg. 44, 970-71

（6） J. H. Baker, **An Introduction to English Legal History** (1979) Butterworths,（以後 Baker）, Chapter 1

（7） Jack Beatson, **Has The Common Law A Future**, (1996) Cambridge University Press p. 18

（8） Guido Calabresi, **A Common Law for the Age of Statutes** (1982) 現代におけるコモンローと制定法の関係を論じている。

(9) Baker, p. 5
(10) 上記註7、p. 13
(11) もちろん、コモンローの未来に危機感を持つ法律家もいる。Jack Beatson, **Has the Common Law A Future?** (1996) Cambridge University Press
(12) Richard B. Cappalli, **The American Common Law Method**, Paul Brand, **The Making of The Common Law** 前者は、アメリカにおけるコモンローの作用を論じ、なぜ、コモンロー制度が望ましいかを論じている。後者は、以下にしてコモンローが成立したか、そして、その中で裁判所がどのような機能をにない、なぜそうなったかを歴史的に、語る。
(13) イギリスの正式名称は、連合王国 United Kingdom である。以下、イギリスと言う場合には、イングランドをさす。
(14) Baker, p. 11
(15) Baker, p. 27
(16) しかし、社会的影響は大きかった。反ノルマン感情は無視し得ないものであったし、また、王の特権の強さ、フランス人代官の不法など、ロビン・フッドの伝説を産む土壌となった。また。言語的にも、フランス語が英語の中に入り込むことになる。
(17) アンドレ・モロワ『英国史』水野成夫、小林正訳（昭和三三年）九一ページ
(18) アンドレ・モロワ『英国史』九九ページ（以後、英国史）、Theodore F. T. Plucknett; **A Concise History of Common Law, 5th ed.** 1956, 伊藤正巳監修 イギリス法研究会訳 東京大学出版会、一九五八年一六ページ
(19) 後述、註24参照。
(20) Baker, p. 16、このような会議体は、アングロサクソンにとっては、賢人会議であり、ノルマン人にとっては、Curia Regis であった。
(21) Paul Brand, **The Making of Common Law** (1992) pp. 77-102
(22) Baker, p. 17

(23) ソールズベリ会議における封建契約の結果、王は国家全体に対する裁判権を獲得した。王の裁判所の権威が高まるにつれ、その他の封建裁判所の機能は低下する事になる。王がこのように裁判権の獲得に熱心であったのは、それが、多額の収入を約束したからである。

(24) Doomsday Book がその例である。

(25) 『英国史』九七ページ

(26) 最初、当事者双方は自己の主張の正当性を証明する承認を集めることになっていた。陪審制度の起源そのものについて詳述するのは、別の機会に譲る。

(27) タキトゥス、『ゲルマーニア』Publius Corenelius Tacitus; Germania 田中秀央・泉井久之助訳（岩波文庫）1966, 51, 53, 77

(28) Baker, p. 62

(29) Baker, p. 19

(30) Baker, p. 199-200, Paul Brand, The Making of The Common Law, (1992), p. 99

ヘンリー二世の時代になっても未だ、領主裁判所が消滅したわけではない。封建領土内の事件に関する裁判権は、領主と王、双方が持っていた。それを、王の裁判所を有利にするためには、王の裁判所の整備が必要となる。イギリスの場合、王の裁判所が Ordeal よりはむしろ、事実関係に基礎を置く判断をした事と、比較的早い時機に、専門の裁判官集団を形成した事が、コモンロー裁判所を優位に立たせた原因とも考えられるのではなかろうか。ヘンリー二世は既に、このような法律専門職集団の形成を考えていたようだ。

(31) L. A. Knafla, Law And Politics In Jacobian England, (1977) p. 307-308, Observations on Coke's Reports.

(32) アメリカの存在を筆者は否定しているわけではない。ただ、彼らを入植者がどのように扱ったかは周知の事実である。彼らは入植者の社会に取り込まれなかったし、多少の文化的交流はあったとしても、政治的影響力はほとんど無いといってよいだろう。当時の入植者にとって、インディアンは自然の脅威と同じだった様に見える。

(33) M. H. Hoeflich, Roman and Civil Law and the Development of Anglo American Jurisprudence in the Nineteenth Century, この本の主題が、アメリカ法に対するローマ法の影響である。

(34) ここで、紛争解決手段という言葉を使った理由は、当時の植民地社会、殊に、開拓地の最先端において法がいかほどの価値を持っていたかが疑問だからである。紛争は生じていただろうし、それを何らかの形で解決する必要はあっただろう。ただ、それが無ければ、社会は成立しない。しかし、それが、法と呼べるまでに成熟していたであろうか。

(35) 例えば、ロアノーク島に入植して全滅した入植民団の中には妊婦もいた。

(36) Wisconsin v Yoder, 406 U.S. 205, 92 S.Ct. 1526, 32 L. Ed. 2d 15 (1972)

(37) マサチューセッツ湾自由憲章 Body of Liberties of Massachusetts Bay (1641)

(38) メリーランド州勅許状 Charter of Maryland

(39) harter of the Province of Massachusetts (1628/9)

(40) William E. Nelson, **Americanization of Common Law**（以後、Americanization）p. 4

(41) Americanization, Chapter 2

(42) Lawrence M. Freedman, **A History of American Law (2d. Edition)** (1985) p. 53 (以後、American History)

(43) The First Charter of Virginia (1606) 第7項

(44) Charter of the Province of Massachusetts (1628/9)

(45) Americanization p. 81

(46) American History pp. 37-39

(47) Americanization, p. 125

(48) American History, 125

(49) Americanization, 165-171

(50) マサチューセッツの裁判所は、植民地時代においても、本国の法律や先例に盲従していたわけではない。本国の判例を無視し、あるいは、新しいルールを創り出す場合もあった。Conner v. Shepherd, 15 Mass. 164 (1818)

(51) Americanization p. 14

(52) Mayflower Compact (1620)

(53) Jack Beatson, **Has the Common Law a Future?**

(54) 例えば、動産売買は U. C. C. Article 2 によって、規律されるが、その教科書は、ケースブックである。例えば、Richard Speidel, Robert Summers, James Colete, **Sales** (1990)

(55) アメリカ合衆国においては、州によっては、刑法典を持つ。しかし、基本的には、刑法は、コモンローである。

(56) 衡平法が、コモンローを補完するがしかし、それとは区別さるべき法体系として発展したのは、歴史的事実である。しかし、英国においては、一九世紀裁判所改革によって、またアメリカにおいては、事実上、その継受の過程で、両者は統合された。本来、衡平法は、コモンローによる救済が不十分、不適当であるときに、王の正義に基づく、善と衡平の原理による臨機応変の手当てをするために発展した裁判所であった。その原因は、コモンローが余りにも硬直的になったことにある。しかし、衡平法が法として受け入れられるためには、法的安定性の確保が求められた。それは、結局は、衡平法をもまた、先例拘束の原理によって縛られることを意味した。即ち、衡平法もまた、善と衡平の理念による大法官 Chancellor の裁量に基づく判断とは言われながら、その裁量の基準は正義と構成の実現のためには、先例を参照せざるを得なかったのである。その意味では、衡平法もまた、判例法の体系にならざるを得なかったと言えるだろう。両者の融合は、しかし、法の要請たる実質的公平を実現するために、コモンローに対しても、ある種の柔軟性をもたらしたと言えるだろう。これについては、別の機会に論議を譲る。

(57) Black's Law Dictionary

(58) Civil Procedure, Nutshell, p. 39

(59) Brandeis 判事が、偉大なる反対者でありえたのは、彼が、ここぞと言うところで、反対意見を書いているからである。Phillipa Strum, **Louis D. Brandeis: Justice for the People** (1984) p. 354

(60) Phillipa Strum, **Louis D. Brandeis: Justice for the People** (1984) p. 365

(61) Lawrence M. Friedman, **A History of American Law**, p. 689

(62) 277 U.S. 438 (1928)

(63) 277 U.S. 438, 473-477

(64) 381 U.S. 479 (1965)

(65) 実際、彼の功績は、法律論を進歩させただけではなく、論議の仕方にも新たなる方法論を付け加えたことにもある。彼が、弁護士の時代に書いたMuller v. Oregon事件のブリーフには、労働条件に対する医学的、社会学的な分析がなされている。この事件は、労働契約の自由が問題になっていたものであるが、そこに近代的な、労働者保護の視点を加えたわけである。Phillipa Strum, Louis D. Brandeis: Justice for the People (1984) p. 309 以下。

(66) Bolton v. Stone 1K.B. 201 (1950)

(67) Richard A. Epstein, **Torts (6th Ed.) p. 153**

(68) Epstein, **Torts (6th Edition) p. 153**

(69) Krell v. Henry, Court of Appeal, 1903, [1903] 2 K.B. 740

(70) 43 N.Y. 502, (1871)

(71) Prosser & Keeton, **Torts (5th Ed.)** (1984) 451

(72) 註69参照。

(73) Harold Berman, William G. Greiner, **Samir N. Saliba, The Nature and Functions of Law**, 483

(74) 523 F. Supp. 975 (ED Va. 1981)

(75) 501 F2d 558 (9th Cir. 1974)

(76) 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep.145

(77) *Note: The Limit of Judicial Creation, 29 Hastings Law* Rev. 1025

(78) Pruitt v. Allied Chemical Corp, 523 F. Supp. 975 (ED Va. 1981)

(79) Richard B.Cappalli, **The American Common Law Method** (1997) p. 91

(80) 例えば、Corley & Shedd, Business Law ただし、多くのLaw Schoolの教科書は、それが理解されていることが前提であるから、あまり法源論はしない。

(81) ジャンジャックルソー『社会契約論』桑原武夫、前川貞次郎訳六〇ページ

(82) 『社会契約論』三三ページ

(83) Jack Beatson, **Has the Common Law a Future?** (1996) 9

(84) 156 Eng. Rep. 145 (1854)
(85) Kastery, Post, Hon, **Contracting Law** (1996) 1010 Comments
(86) Restatement 2d § 351.
(87) Court of Appeal, [1949] 2 K.B. 528
(88) U.C.C. 2-715 Comment 4
(89) Baker, pp. 84 以下
(90) Calamari, Perillo. **The Law of Contracts 4th Ed.** (1998)（以後 Calamari & Perillo）p. 17. 法典がない、判例に頼るということは、パンデクテン体系でいうような、緊密な構造は持たないということである。
(91) **Commentaries on Law of England** (1765) Baker 166
(92) **American Legal History** p. 37
(93) Calamari & Perillo, p. 13
(94) Black's Law Dictionary, Restatement および、American Law Institute の、項参照。
(95) 208 U.S. 412, 28 S. Ct. 324, 52 L. Ed. 551 (1908)
(96) この判決は、ニューヨーク州における女性の労働時間が問題になっていた。即ち、女性の長時間労働を法によって規制しようとしたニューヨーク州法が、憲法で保障された契約自由の原則に抵触するかどうかが争点であった。問題となっていた契約は、パン工場での労働契約であった。ニューヨーク州法は、女性の労働時間を一日一〇時間に制限しようとした。これに対し、最高裁は、契約自由の原則の軍配を上げた。その一つの背景は、ルーズベルトの掲げた、社会主義的なニューディール政策に対する保守派の反対という要素がある。
(97) ニューイングランドの諸植民地は、さまざまな理想を持つ人々が、その理想にしたがった社会を創り出そうとして入植した。例えば、ユタ州はモルモン教徒が、彼らの教義に従って創った州である。
(98) Baker p. 84
(99) ルソー、『社会契約論』二八ページ
(100) ジョン・ロールズ『公正としての正義』田中成明編訳、木鐸社（一九八六年）、四八ページ

(101) チャールズ・ディッケンズ『二都物語』
(102) 日本国憲法第四一条、アメリカ合衆国憲法第一条第一項。
(103) ここでは、議会政治の本質に関する議論は省く。
(104) アメリカにおいては、州によっては、第一審裁判所の判事はいまだに選挙で選ばれる場所もある。ただし、判決としての体裁および効力を持つレベルの裁判官は、公共団体によって任命される事が多い。
(105) **Fundamentals of American Law**, (1996) Editor: Alan B. Morrison, p. 295
(106) 制定法がコモンローを変えうるか、という議論が成立するのは、また、制定法の効力と司法審査の関係を考えるならば、コモンローシステムにおいては、制定法は、コモンローを補完するものと考えられる。イギリスにおいては、現在でも、コモンローと制定法の関係は水と油と表現される。さらに、アメリカにおいては、法が法として効力を持つためには、最終的には、裁判所によって、判決として成立するときだと言う。即ち、制定法の具体的内容も、判例によって確立されると考えるのである。註79参照。
(107) Baker, p. 9
(108) Prohibition del Roy (1607) 12 Co.Rep.63, 77 Eng. Rep.1342 (K. B.)
(109) Dr. Bonham's case, (1610) 8 Co.Rep.113b, 77 Eng. Rep. 646(K. B.)
(110) 例えば、印紙条例であり、砂糖条例である。
(111) Samuel Morrison,『アメリカの歴史』西川正身訳、第二巻、第二十参照
(112) Bate's Case (An Information Against Bate), (1606) Lane 22, 2 St. Tr. 371, 145 Eng. Rep. 267 (Ex)
(113) Baker, 64
(114) Baker, 35
(115) Lawson, **Introduction to the Law of Property, 33** (1958)
(116) Baker, p. 21, 64
(117) Richard B Cappalli, **The American Common Law Method** (1997) p. 17