

「英米法研究の方法論」(研究覚書)

木 下 毅

1. 問題の所在

現在、世界には複数の法系が存在しているが、そのうちで最も重要な法系は、ローマ法の影響を強く受けた大陸法系とゲルマン法的要素がその基調をなしている英米法系との二つである。⁽¹⁾この両法系は、いずれも独自の歴史と伝統とを有しているため、その間には深い溝がある、とされてきた。⁽²⁾

わが国では、周知のごとく、従来主として大陸法系からの法の継受が行なわれてきた。⁽³⁾したがって、わが国の法律家は、大陸法系に属するドイツ法およびフランス法には精通していたが、イギリス法およびアメリカ法に対しては比較的無関心であった。その結果、わが国の法律家は、ドイツ法およびフランス法を研究の対象とし、それらを日本の定定法解釈に無媒介的に援用し、あるいは、法的構成の上では大同小異のものを比較することにより、自国法の問題点を明らかにすることを目的として、法の一般原則 (general principles of law) を導き出す傾向があった。しかし、このような同じ法系間の法の比較研究から法の一般原則を導き出すことは片手落ちであり、危険でもある。というのは、日本法を含めたこの三つはいずれもローマ法に淵源を有しているため、そこから抽出される法の一般原則は、大陸法の一般原則にすぎなくなってしまうからである。それ故、法の一般原則を研究するためには、⁽⁴⁾これらの他少なくとも、ローマ法の全面的継受を経ずに発展してきた世界の他の主要な法系であり、かつ、世界の人口の相当部分がその下で生活している英米法の研究がなければならない。⁽⁵⁾

- (1) F. H. Lawson, *the Rational Strength of English Law* 4; M. Radin, *the Law and You*, ch. 6. なお、今日のソビエト法を大陸法のなかに入れる学説もあるが、c.f. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, 2nd ed., 256~261, 最近ではソビエト法の独自性と自主性を認め、これを独立の法系とする学説が多くなりつつあるようである。c.f. Arminjon-Nolde-Wolff, *Traité de droit comparé*, III, 227~9; R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé* 215 etc. したがって、次のような見解にも傾聴すべきものがある。すなわち「大陸法といい、また英米法といっても、ほぼ二つの世界の一方にぞくする国々におこなわれる法体制であって、それが奉仕する経済的・政治的な社会の構成原理は、けっきょく同じなのではないだろうか。だから、もし、そういう社会の構成原理との関連をふくめてこそ法体制の比較がおこなわれるべきだとすれば、英米法系が「対立」し、「深い溝」でへだてられているのは、むしろ、ソ連的な法体制なのではないか、と推測される。」内田力蔵・「イギリス法入門」法学セミナー2号48頁。
- (2) F. H. Lawson, *op. cit.* 5; 高柳賢三・末延三次「英米法辞典」はしがき1頁。田中和夫「英米法の基礎」1~2頁。大陸法系と英米法系との間に深い溝や対立があることを強調することは、両法系についての伝統的かつ正統的見解である。しかし、他方においては、両者の差異をそれ程深いものとはみないで、むしろ、基本的なものは両者に共通することを強調しようとする立場も十分になりつつ。というのは、大陸法系・英米法系といっても、その基盤をなす歴史的・政治的・経済的・社会的・文化的なバックグラウンドは、ほぼ同じだからである。内田・前掲前頁。また、法系を異にする日本法とアメリカ法を比較する場合も、同様の理由から、機械化その他の点でその程度に差はあるとしても、社会の発展方向が同質性をもっているところから「アメリカ法の直面する問題は、そのままわれわれの解決すべき問題であることが多い。伊藤正己「アメリカ法入門」13頁以下。
- (3) 戦後は、従来大陸法に代って、英米法、就中アメリカ法が大幅に摂取されたが、日本法全体としては、なお大陸法に基礎をおいている。野田良之「日本における外国法の摂取・序説」現代法14, 161頁以下。わが国における英米法の摂取に関しては、伊藤正己「日本における外国法の摂取・イギリス法」現代法14, 257頁以下、田中英夫「日本における外国法の摂取・アメリカ法」現代法14, 287頁以下。
- (4) 法の一般原則を明らかにすることは、後述のように、比較法研究の主要な目的の一つである。R. B. Schlesinger, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* 7; M. Rheinstein, *Teaching Comparative Law*, 5 *Univ. of Chicago L. Rev.* 615, 620; H. C. Gutteridge, *Comparative Law* chs. 11~13.

(5) 田中英夫「英米法の道しるべ」法学教室 No. 5, 183頁以下

ところで、従来のわが国における比較法研究は、制定法または判例によって言語的に表現された法規範の平面的比較に終止していきらいがあった。しかし、故高柳教授によれば、「比較法学において最も危険なことは、一知半解的に各国の法規を羅列して、それらを平面的に評価することである。特に大陸法系とイギリス法系の間に存する深い溝に着目せず、異った歴史的伝統と社会的背景を顧みずに、具体的規範や制度を解釈し軽々しく異った法体系間の規範の共通性や差異性を論ずることである。比較法学の流行する現代、とくに英米法を比較法的に引用することの流行する現代日本においては、この点特に警戒を要する。」⁽⁶⁾したがって、英米法を研究する場合には、法規範の平面的比較だけでは十分でなく、日本法の基礎をなす大陸法の法技術と法理想とに対比させつつ、英米法の法技術と法理想を取り扱った、より広汎な比較法的方法論が確立されなければならない。⁽⁷⁾

では、このような英米法の比較研究にあたって具体的にいかなる方法論を用いて研究を進めるべきであろうか。これが本稿における課題である。

(6) 高柳賢三「英米法の基礎」序1頁。

(7) 高柳賢三「英米法源理論」(昭和13年版)序1頁。

2. 英米法研究のあり方

英米法をいかなる方法論を用いて研究すべきかという問題は、英米法をどういう目的で研究するかという問題との関連において考察されなければならない。英米法を研究する目的には、大別して次の四つの型がある。第一の型は、英米法の実定法を明らかにすることを目的とする場合⁽⁸⁾、第二の型は、英米法を自国法の解釈に資する場合⁽⁹⁾、第三の型は、英米法を自国の立法の参考にする場合⁽¹⁰⁾、第四の型は、法学教育、法の統一等を目的とする場合である。⁽¹¹⁾右の四つの型のうち、第二と第三の型は、多かれ少なかれ法の一般原則を探求する場合である第四の型を前提とし、またすべきである、と考えられ、本稿においては、大陸法系と英米法系とに共通する法理を

探求することにより、第四の型である個々の実定法を超えた両法系の一般原則を実証するための英米法研究のあり方を問題とする。

- (8) 国際私法の準拠法として英米法が指定されたり、契約の解釈上英米法の内容が問題となる場合等、英米法を英米法として問題とする場合であり、いわゆる涉外事件で問題となる場合がその典型例である。この点からいえば、身分法・契約法・不法行為法・商取引法・海商法が特に問題となる。
- (9) 戦後のアメリカ法研究には、アメリカ法が母法として研究され、直接無批判的に解釈に役立てられ、いわゆる学説継受の現象が見られた。しかし、継受国においては、法の基盤の比較が同時に行なわれなければならない。五十嵐清「比較法入門」14頁。
- (10) Sir H. J. S. Maine, *Village-Communities in the East and West*, 5th ed., 4
- (11) R. B. Schlesinger, *ibid.*; M. Rheinstein, *ibid.* なお、国際司法裁判所規程38条C項は「文明諸国によって承認された法の一船原則」に法源性を認めている。

アメリカにおいて社会学的法学を完成し体系化したパウンドは、比較法学の対象は、法規範だけに限定されるべきでなく、法規範・法技術・法理想の三つに対して向けられるべきであることを提唱した⁽¹²⁾。特に法系を異にする大陸法系と英米法系との比較においては、法技術と法理想の比較研究が重要である。すなわち、一方では法規範の内容を単に抽象的に比較するというだけでなく、他方では現実にそれがどのような法的救済を与えてきたか、という法的事実を解明することにより法規範の機能的比較を行なうとともに、先例拘束性の原理などが法的救済の実現にどのような影響を与えてきたか、裁判所の判決・法の適用が法技術的にどのようなになされているか、という側面からする法技術の機能的比較、さらに、法の支配というような法思想が現実にどのような影響を与えているか、という側面からする法理想の社会学的比較が必要となる⁽¹³⁾。換言すれば、大陸法系と英米法系の比較研究を行なう場合には、ある法制度の法規範的要因を分析的に解明するだけでは無意味であって、そのプロセスなり思想的背景なりをあきらかにし、その法制度の内部的変遷とこれらプロセス・思想史的背景との関連を明らかにし、全法体系におけるその法制度の占める機能的地位と、現実に

おけるその動きが検討されなければならない。換言すれば、法制度そのものの法規範的要因を中心としつつ、その法技術的要因と法理想的要因とが、一つのいわば有機的⁽¹⁴⁾一体として把握されなければならないのである。

外国法の法規範的側面のみを強調し、わが国の法解釈にそれを無媒介的に援用しようかのような錯覚をおこすのは、比較法研究が当為 (what the law ought to be)ではなく存在⁽¹⁵⁾(what the law is)を扱うものであること⁽¹⁶⁾を無視した方法論に原因していると思われる。実定法上の議論は、一定の具体的な歴史的・社会的条件の下において現存するもろもろの条件附の議論であり、これと異なった条件下で展開された法解釈を無媒介的に比較することは、あまり意味がなく時としては危険でもある。存在を扱う比較法学がその本来の役割を全うするためには、法規範を支えている多くの客観的事実を解明するという作業が必要となってくる。そこでは、たとえ前提となっている法体系・法制度の差から、一見同じように見える法的構成が実際には異なった法的救済を与えているとすればそれは何故か、あるいはまた逆に、法的構成は非常に違っている、同じような歴史的・政治的・経済的・社会的・文化的バックグラウンドの下では同じような法的救済⁽¹⁷⁾が与えられているとすればそれは何故か、ということが問題となってくる。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

このような機能的・社会学的比較をするためには、単に英米の法規範を法的構成の面から平面的に分析するだけでなく、そこで用いられている法的構成が現実にどのような機能を果たし、それがどの範囲に及ぶかという意味での法的救済の観点からみた実質的な射程距離を、法規範・法技術・法理想の各観点から機能的・社会学的に測定することが必要となる。そのためには、立法・司法・行政、さらに私人間の取り決め、慣習などを総合的にとりあげ、法形成過程をそのリアリティに即して考察する研究が行なわれなければならない。⁽²⁰⁾右のような事実的アプローチは、特殊歴史的なものを一般普遍的なものとしてしまう危険から逃れるために、是非とも自覚的に行なわれなければならない大陸法系と英米法系との比較法研究における方法論である、と考える。

- (12) パウンドが、国際比較法学会への一船報告の中で指摘した点として、高柳教授によって紹介されている。「英米法の基礎」序2頁。
- (13) アメリカにおける社会学的法学派の實踐綱領の中に、法規範の分析的比較研究を補うものとして、社会学的研究の必要性が説かれている。R. Pound, *Juristc Problems of National Progress*, 22 *American Journal of Sociology* 721
- (14) 高柳賢三「司法権の優位」211頁。
- (15) R. B. Schlesinger, *op. cit.* 3
- (16) 下山瑛二「外国法研究の課題と方法」法律時報448号7頁。
- (17) 外国における法解釈は、特にその前提となっている法制度および歴史的・政治的・経済的・社会的・文化的背景が類似している場合には、それ自体わが国の法解釈の参考になることは事実である。したがって、大陸法系の各法域相互の法の比較、英米法系の各法域相互の法の比較においては、歴史的・政治的・経済的社会的・文化的条件が類似している限り、法技術および法理想の比較にまで行かなくても、法規範の比較だけでも実際には差し支えないともいえよう。というのは、これらの場合には、法技術および法理想の類似性が予定できるからである。
- (18) この場合には、解釈者の主観的な世界観が直接反映する自国法の法解釈学とは異なって、世界観の選択が当面の問題として要請されない。高柳前掲同頁。
- (19) 田中英夫「外国判例の読み方」ジュリスト312号101頁。
- (20) 田中英夫「判例の不遡及的変更」法学協会雑誌83巻7・8号1064頁。H. M. Hart, Jr. & A. M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. その紹介である田中英夫・谷川久「Legal Process～アメリカにおける立法学の一つのかたち」ジュリスト225号6頁以下、227号15頁以下。

従来の比較法学は、特定の国の法律家の頭脳のフィルターをとおして体系づけられた判例・学説等の文献そのもの、および、類似の法的構成があれば法的救済も同じはずであるという推論過程を重視する点で特徴的であった。これに対して最近の比較法学は、従来の方法論に対比すると、仮説検証的・分析的性格を加えつつある。特に、特定の国の法を判例の具体的事実に即して理解し、その結果に基づいて自分の立場からの再構成を試みようとするアプローチをする研究方法には、この種のものが多いように見受けられる。この仮説検証的比較法は、経験科学的方法論を導入した点で大きな成果があったといえるが、他面、外国の学者の学説あるいは自分の

思いついた仮説を念頭において、それだけで問題を処理しようとする傾向も見られる。その結果、すでに存在している仮説を検証するのに役立つような外国法のデータ、あるいは、まとまりやすそうなデータだけをいわば摘み食いすることにもなりかねない。それは、日本法だけを研究していても頭に浮びうる仮説を外国法のデータから拝借してくるという作用である。その反面、現に眼の前に歴然とある事実は見えない、あるいは、見ようとしないのである。はじめから仮説ができていて、すなわち、はじめから探し物がわかっていて、それを実証する外国法のデータをとるだけなら、その仮説以外の新しい発想はでてこない。この点で、仮説検証的・分析的比較法は、方法論的限界があったといえよう。

私は、比較法学が存在を問題とするかぎり、ある具体的な権利または法律関係についてそれぞれの法体系・法制度が与えるところの法的救済の実質的内容を明らかにするという意味での機能的見地からする研究が不可欠である、⁽²¹⁾と考える。しかしながら、このような研究は、特定の国の法規範のみを機能的に分析するだけでは不十分であり、さらに、一面ではある特定の国の法制度をその国の歴史的・政治的・経済的・社会的・文化的諸条件のなかに位置づけるとともに、他面それを一つの総合体として把握することを要求されるきわめて困難な仕事である。このような比較法が扱う対象は、ありのままの外国法であり、それは無数の複雑な諸要素が絡み合っていてできている。それは、仮説検証的・分析的方法で処理するには、あまりにも複合的な性格をもった存在である。この総合的方法においては、仮説に関係のある外国法のデータを集めるだけでは不十分であり、さらに仮説に関係のありそうなデータをも集めることが要求される。すなわち、仮説をめぐって可能な限り360度の角度から外国法を成立させている諸要素を集めることが要求される。これに対し、仮説検証的方法は、仮説のさし示す限られた視角から、いくつかの着眼した要素だけを集めるのであるから、この方法とは対照的である。この総合的方法は、医学における臨床的方法と類似した方法であり、対象物を総合的に認識する点で特徴的であ

る。この方法は、自己の意図を外に働きかけて仮説をつくるだけではその目的を達しえないのであり、逆に外のものを虚心に受け入れて考えようとするフィールド・サイエンス的思維様式、客観的データそれ自身に語らせて仮説までもってくるという徹底した受け身の精神が必要である。

このような比較法研究は、ある点から先は推測の問題であり、したがってまた蓋然性の問題でもある。しかし、英米法系の法が何であるかを知ることが目的とする限り、この蓋然性の推測は、法規範・法技術・法理想に関連する種々のデータに基づいてなされなければならない。そして、より完全な比較法研究の全過程としては、右に述べた文献学的方法、仮説検証的・分析的方法、総合的方法の三方法が関連的に首尾一貫して必要である、^{(22) (23)}と考える。

(21) 川島武宣「時効の比較法的研究・総論」比較法研究22号1頁。

(22) このような存在を対象とする英米法研究があってはじめて、当為を問題とする自国の法解釈および立法に外国法が結びつけられることになる。前述の第二・第三の型は、第四の型の研究を前提としてはじめて関係づけられることになる。この点に関し、下山前掲参照。

(23) 川喜田二郎「発想法」6～14頁、32～33頁、190～193頁に示唆を与えられた点が多かった。

3. 英米比較法学の対象

大陸法系と英米法系とを比較する場合、次の三つの側面を区別する必要がある。その第一は、法規範の側面であり、法的構成の問題がそれであって、いわば法体系・法制度の骨格と筋肉に当たるものである。その第二は、法技術的側面であり、法規範以外の法的プロセスがそれであって、いわば法規範に活力を与える血液に当たるものである。その第三は、法理想的側面であり、それぞれの法体系・法制度の根底をなしている法的思維方法がそれであって、いわば法規範の動きに方向を与える頭脳に当たるものである。英米法体系にあっては、これら三つの側面が渾然と一体をなし、この渾然一体のものが英米法研究の対象となるのである。以下場合を

分かって具体的に述べることとする。

1. 法規範

従来行なわれてきた比較法研究は、法的構成の比較に終止していた。すなわち、一国の法制度における法的構成と他国の法制度における法的構成とを比較し、その間の概念や論理の構成の異同を発見することが比較法学の主たる方法であった。ところが、大陸法系と英米法系とは、かなり異なった概念および論理の伝統の上に立脚しており、したがって、もしわれわれが、そのことば的構成そのものの平面だけで比較を行なおうとするならば、その間の相異点のみが前面にあらわれてくることになりかねない。比較法研究にとって重要なことは、ある法体系・法制度において与えられている法的救済がある法的構成から論理的に演繹されうるかどうかということではなく、一つの歴史的・社会的事実として、特定の法制度の下で与えられている法的救済を認識し、それを他の法制度における法的救済とそれを規制している諸要因との関連において比較することである。⁽²⁴⁾したがって、法的構成の比較による大陸法系と英米法系間の相異点または一致点の発見は、いわば比較法研究の出発点にすぎない。

このように異なる法体系を比較の対象とする場合には、法的構成とともに法的救済すなわちある具体的な権利または法律関係について各法体系の与える法的評価の実質的内容もまた対象にされなければならない。そのためは、まず法的構成を分解し、法的救済の観点からする判例の機能的分析という形をとった両者の比較が行なわれなければならない。⁽²⁵⁾と考える。

そのために用いられる方法は、次のとおりである。まず最初に頭の中で問題を提起し、次いでその問題に関連がありそうな判例その他のデータを収集し、こうして収集された判例その他のデータを、問題提起とにらみあわせながら、次のような形でまとめる。すなわち、裁判対象である個別的具体的事実から抽象という操作によって重要な事実とされた定型的事実（法律要件）を構成し、またその差異に対応したそれぞれの判断である当該裁判の個別的具体的結論から抽象という操作によって定型的決定内容

(法律効果)を構成し、その上で定型的決定内容という結論にとって意味のある前提としての定型的事実を帰納的に選び出して、判例仮説として構成する。⁽²⁶⁾ ⁽²⁷⁾ 次いで、もし当該仮説が正しければ事態はこうなるはずであると推論が展開される。さらに、推論どおりに現実になっているかどうかを次に述べる法技術および法理想の観点から再検討を加え、このデータに基づいて右に述べた判例仮説が正しいかどうかを検証し、結論に到達するのである。

前述の大陸法系と英米法系との間に存する深い溝または対立の強調は、両者の間に全く異なる法的構成が存在し両者間の法の統一は不可能であることを前提としていた。このような障壁を破ったのが、上に述べたようないわゆる機能的比較法の提唱であった。特にアメリカでは、シュレジンガーを中心として、契約法に関してこのような立場から、事実的アプローチを強調することにより、各国の法制度間に共通的核心が存在することを検証する研究を組織的に展開しつつある。⁽²⁸⁾ その結果、各国における法的構成は種々であるが、歴史的・政治的・経済的・社会的・文化的諸条件が類似している場合には、ある一定の事実関係があれば、機能的にみてそれに対する法的評価の実質的内容である法的救済も類似していることが明らかにされてきた。このような結果は、単に法的構成の比較にとどまらず、それぞれの法体系・法制度が与えるところの法的評価の実質的内容を比較することによって可能となったのである。⁽²⁹⁾

(24) 川島・前掲2頁。

(25) 五十嵐清「比較法学と日本の法学」現代法14, 336頁。なお、機能的比較法という意味につき、望月礼二郎「外国法研究における機能的な方法」法律時報38巻15頁による前掲五十嵐論文に対する批判、および、それに対する解答である五十嵐清「比較法入門」36頁注13参照。

(26) 川島武宜「科学としての法律学」216頁。「重要な事実」に関しては註33参照。

(27) 高柳賢三「英米判例研究の意義」英米判例百選10頁。特に次の叙述に注目されたい。すなわち、「事実関係を中心として法規範を考える英米判例法の背後には、法規範は不動の原理を体現するものでなく、一つの仮説的な原理であり、こ

の仮説は大実験ともいふべき裁判所においてたえずその再検討が行なわれる。新しい事件は実験材料であり、実験の結果として先例に示された仮説が正しくないことが発見されるときは、仮説そのものを変更していくのであるともいえる。このように見てくると、英米判例法の方法は、自然科学者の自然法則発見の方法に酷似するものといえるだろう。」

(28) 拙稿・Schlesinger, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* アメリカ法1970のI参照(頁未定)。

(29) 機能的方法(functional approach)を法観察の新しいアプローチとして提唱したものとして F. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 *Colum. L. Rev.* 809, 829; O. Kahn-Freund, *Comparative Law as an Academic Subject*, 82 *L. Q. Rev.* 40 等が注目される。

(2) 法 技 術

法は、常にある目的の実現を目指している。その目的達成の方法は、第一次的には法規範によるが、法形成過程をそのリアリティに即して考察すれば、法規範以外の法技術・法理想等にまかされていることも少なくない。そして、これらは相互に協働し機能を分担しあっている。したがって、これらの間の機能的関連をも考察の対象としない限り、各法律制度間の認識評価が正しくできない、といつてよい。一般に法技術という場合、裁判所組織、法曹一元制度、陪審制度、訴訟手続、判例法主義、コモン・ローとエクィティの区別等が念頭におかれている⁽³⁰⁾が、本稿では、これらのうちでも最も基本的な法技術とされている判例法主義、就中、先例拘束性の原理およびエクィティの問題に焦点を絞って注意を喚起することとし、他の点は従来⁽³¹⁾の文献を参照されたい。

(30) O. H. Phillips, *A First Book of English Law*; Levy-Ullmann, *the English Legal Tradition; Its Sources and History*; F. H. Lawson, *op. cit.*; G. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*; H. W. Goldschmidt, *English Law from the Foreign Standpoint*, etc.

(31) 日本の文献としては、伊藤正己・前掲、高柳賢三「英米法の基礎」等がある。ちなみに、後者は八講からなっているが、そのうち、歴史的継続性と法の支配は英米法の法理想に関するものであり、他は法技術に関するものと考えてよい。内田・前掲6号46頁。

(a) 判例法主義

大陸法系と英米法系との比較法研究において判例法主義が問題となるのは、後者にあつては判例が第一次的法源であるということである。そして判例法主義は必然的に先例拘束性の原理 (the doctrine of stare decisis) を伴う。しかし同じ先例拘束性の原理が用いられている場合でも、イギリス流の厳格な先例拘束性の原理を前提としている場合と、アメリカのように先例に対しイギリスほど厳格な拘束性を認めていない場合とでは、必ずしも同様でない点に注意を向ける必要がある。

まずイギリス法を対象とする場合には、グッドハート的方法論が用いられることになる。グッドハートによれば、その原理によって拘束力があるとされるのは、当該事件の具体的事実の下において当該判決に到達するのに必要不可欠であった部分だけである。すなわち、判決の中で先例としての拘束力を有するのは、裁判所が述べた法理 (principle) ではなく、裁判所が当該事件に対する結論を出すための基盤として用いた重要な事実と当該事件に対し裁判所が与えた結論との二つによって決定されるべき判決理由 (ratio decidendi, holding) であり、それ以外のものはすべて傍論 (obiter dicta) にすぎず、先例としての拘束力を有しない。⁽³³⁾

これに対し、アメリカにおいても、イギリス的な先例拘束性の原理を継受したことは事実であるが、特に今世紀以降はこの原理の退潮が著しく、グッドハートは、この点に関し「わたくしは、現在のアメリカの傾向が、厳格なイギリスの先例拘束性の原理からかなり逸脱した方向にあると述べてもさしつかえない、と考える。しかし、この傾向は、たんに法的更新にしばしば続いて生ずる反動による一時的な段階にすぎないものか、または、将来においても強調されていく可能性があるものであろうか。わたくしは、後者が事実であり、また、あまり遠くない時期にアメリカの先例拘束性の原理は、大陸法のそれに接近していくと信ずる」と述べ、その理由として、⁽³⁴⁾

(1)アメリカの判決が、統制不可能な洪水のように多いこと、(2)アメリカ法において憲法問題が優位を占めていること、(3)法の発展の柔軟性に対する

アメリカ的要求があること、(4)アメリカのロー・スクールにおける教育方法、および、(5)アメリカ法律協会によるリステイトメントの作成を挙げている。その結果、今日のアメリカにおいては、前述の判決理由よりもそこまで到達する理由づけ (reasoning) をより重視する傾向の方が強くなりつつある。⁽³⁵⁾

それ故、グッドハートの学説は、イギリス流の厳格な先例拘束性の原理を前提とする場合には優れた解釈技術を提供することになるが、そのような前提が存在しないか、存在していてもあまり厳格でない場合には、その価値は低下せざるをえない。事実、先例に対しイギリス的な厳格な拘束力を認めないアメリカにおいては、先例拘束性の原理に対するグッドハートの考え方に対する批判も強く、学界においてはこの原理の廃棄を主張する説すらみられた程である。そして、実際にも判例変更がしばしば行なわれた程であった。⁽³⁷⁾

このように、一口に英米の判例研究といっても、イギリスのようにかなり厳格な先例拘束性の原理を前提としている場合と、アメリカのようにそうでない場合とでは、法源としての判例の扱い方、したがってまた前述の判例仮説の導き方が異なることを強く銘記する必要がある、と考える。

(32) イギリスでは、裁判官は自己と同位または上位の裁判所の先例に拘束される。貴族院は、貴族院自身をも拘束する。貴族院の判例を変更することができるのは、立法府だけである。従来のが、先例拘束性の原理である。この点に関し、1966年7月26日 “Practice Statement (Judicial Precedent)” という形で、大法官ガーデ卿は、貴族院の従前の判決は、通例はこれを拘束力をもつものとして取り扱うが、これまでの判決から離れることが正しいと思われるときには、先例から離れても差し控えない、とした。この点に関し、田中英夫「イギリスにおける先例拘束性の原理の変更について」法協84巻7号922頁参照。

(33) A. L. Goodhart, Determining the ratio decidendi of a case, 40 Yale L. J. 161, in Essays in Jurisprudence and the Common Law, ch. 1, 16~25

(34) A. L. Goodhart, Case Law in England and America, 15 Cornell L. Q. 173, in Essays in Jurisprudence and the Common Law, ch. 3, 65

- (35) たとえば、カドーズは、the ratio decidendi を the underlying principle の意味に用いている。B. Cardozo, the Nature of the Judicial Process 28
- (36) 田中英夫「外国判例の読み方」ジュリスト312号101頁以下。
- (37) The Supreme Court, 1956 Term, 71 Harv. L. Rev. 85, 172. 伊藤・前掲57頁以下。

(b) エクィティ

コモン・ローとエクィティの二元性は、過去において英米法系の発展に役立ったというだけでなく、現行法上も生きた制度として、英米法系の特色をなすものである。われわれは、ある特定の事件における判決は、法に合致してはいるが、不公正な (unfair, unjust, inequitable) ものと感ずることが少なくない。この場合には、法に対して自然的正義または道徳に基づく価値判断を下しているのである。⁽³⁸⁾しかし、法に対する自然的正義や道徳の影響という点だけをとりえれば、別に英米法系だけに見られる特有の現象ではない。イギリス法上のエクィティは、コモン・ローとはほぼ同質の一つの技術的法体系として発展してきた点に特色がある。その意味で、⁽³⁹⁾エクィティは、英米法系に独自のものである、とよい。

これに対し、大陸の法律家は、大陸法は非常に合理的でありかつきわめてエクィティの精神が行きとどいているため、エクィティという別個の法体系として考える必要はないとする。しかし、エクィティという独自の考え方は、無意識のうちに取り入れられるものであり、その最も顕著な事例は、ドイツ民法典における信義誠実の原則であらう。⁽⁴⁰⁾この良心にその基礎をおくエクィティの考え方は、それがイギリス法に採用された後、六・七百年経過してはじめてドイツ法に採用された、といわれている。⁽⁴¹⁾

ところで、イギリス法上のエクィティは、独自の技術的法体系として発展してきたこと前述のとおりであるが、そのことからコモン・ローとエクィティとが敵対関係にあると考えるはならない。エクィティは、コモン・ローの存在を前提とし、それ自体は自己充足的な体系ではなかった。それ⁽⁴²⁾は、相互間に密接な論理的関連のない附録のコレクションである。そのこ

とは、エクィティの発生原因が、コモン・ローの内容および運用の面における欠陥がある場合であったことから領けよう。

思想史的にみると、英米法系のエクィティは、ギリシャ的なエピエケイアの思想からローマ的なイクイタスの思想へと変容してきたが、ローマのイクイタスがストア哲学、特にコスモポリスの理念に基づく衡平と善の理想の影響を強く受けているのに対し、英米法系のエクィティは、キリスト教神学、特にキリスト者の良心という思想の影響が顕著である、といわれている⁽⁴³⁾。この被告の良心に訴えるという根本思想からエクィティは対人的⁽⁴⁴⁾に働くという基本的原理の一つが生まれることになった。

このエクィティは、英米法系に特有の法理を多く創りだした。契約法分野だけに限ってみても、コモン・ローが契約について形式だけに着眼し実質または当事者の意思には着眼しない傾向があったのに対し、エクィティは形式よりも実質に着眼して、証書の抹消(cancellation)、証書の訂正(rectification)、契約の取消(rescission)等の救済を与えるようになったのである。その他、錯誤と詐欺との中間にある善意不実表示(innocent misrepresentation)、強迫の一種である不当威圧(undue influence)等の法理は、その典型的事例である。

以上のようなエクィティを独自の技術的法体系として発展させたことが、法技術上ある具体的な権利または法律関係についてそれぞれの法体系・法制度が与える法的救済にいかなる差異をもたらすかにつき、機能的・社会的観点から比較する必要があると考える。

なお、アメリカにおいては、植民地時代から19世紀にわたって、ピューリタニズムの個人主義が開拓者の個人主義とも結合して、エクィティに対する強い反感が存在していた。パウンドは、この点に関し次のように述べている。すなわち、「エクィティは、ピューリタン思想とすれどく対立する。エクィティは自己に不利な取引を行なった愚かな者に対して救済を与える。しかるにピューリタンの信ずるところでは、愚かな者は自由に行動させ、その愚行のゆえに生じた結果に対しては責任を負わせるべきである。また、

エクィティは人に対して直接働きかける。それは個人の自由意思を強制する。エクィティは、自由に行動させておいてその結果に対しあらかじめ合意した制裁を科さずに阻止的に働く。さらにまた、エクィティは、現実の事件への適用にあたって自由裁量がつきまとう。ピューリタンの見解によれば、これは確固不動の客観的な準則によらずに、主観的な規準で他人を裁くことを許すことを意味し、治安判事の優位を認めることになる。⁽⁴⁵⁾ このようなエクィティに対する強い反感は、ストーリーによって緩和化されるに至ったが、このようなアメリカの特殊性が、法技術上どのような差異をもたらしたかについても検討を加える必要がある、と考える。

(38) W. Geldart, *Elements of English Law*, 6th ed., 21

(39) F. H. Lawson, *op. cit.* 30

(40) B. G. B. § 242

(41) F. H. Lawson, *op. cit.* 33

(42) F. W. Maitland, *Equity* 19.

(43) 高柳賢三「英米法の基礎」292～3頁。

(44) *Toler v. Carteret*, 2 Vern. 493 (1705) ; Spence, *History of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery* 426.

(45) R. Pound, *the Spirit of the Common Law* 53.

(3) 法理想

英米法をそのリアリティに即して考察するためには、上に述べた法規範および法技術の側面と共に、さらに法理想の側面からの検証を必要とする。法理想という場合、一般には次のようなものが念頭に置かれている。歴史的継続性、法の支配や関係の概念を生みだした中世的法思想、社会学的法学や現実主義法学を生みだしたプラグマティズム法思想等に代表される法文化論的なものがそれである。⁽⁴⁶⁾ 本稿では、右のうち歴史的継続性と関係概念に焦点を絞って、例示的に問題点を指摘したい。

(a) 歴史的継続性

それぞれの国の法制度は、それぞれの国の歴史的背景のなかに深く根を下している。しかも大陸法系にあっては、いずれの国においても全面的な

法典化により近代においてそれ以前の法との間に切断があるのに対し、英米法系には過去と現在との間に法的切断がなく歴史的継続性がある。したがって、特に英米法系を比較の対象とする場合、特定の国の法制度の歴史的背景との関係において法規範、法技術として定着されたものこそが比較に値する。過去の法制史的事実は、過去・現在・未来を貫く動向として把握してこそ、現在の問題に結びつくし、将来の動向を予言するための資料ともなりうるのである。⁽⁴⁷⁾

特に英米法系においては、「法の生命は論理ではなく、経験であった。その時代の差し迫った必要、広く受容されてきた道徳的・政治的物の考え方、公の秩序に関する感触（意識的なものであれ無意識的なものであれ）、裁判官が一市民として有している偏見さえもが、三段論法以上に、人々を規制すべき法準則の決定に際しては関与する余地が多かったのである。法は、幾世紀にもわたる一国の発展の歴史を具現してきたものであり、それは数学の本の公理と結果のみを包含するように扱うことはできない。法が何であるかを知るためには、法がどういうものであったか、そして将来どのようなようになるであろうかを知らなければならない。われわれは、法制度の歴史と現行理論とを交互に考慮しなければならない。しかし、最も困難な作業は、これら二つの結合が歴史の各段階において新たな産物となっていくことを理解することであろう。ある特定の時代における法の実体は、それが発展する限り、その当時便宜であると解されていたものにほぼ一致するが、その形式と機構および法が所期の結果を達成できるその程度は、過去に依存することがきわめて大きい。」⁽⁴⁸⁾ このように法の合理的研究の相当部分は、なお歴史であらねばならない、としたホームズの法思想は、判例法主義のうちに育まれた法律家にとっては真理を含んでいる。今日の比較法学も、外国の現行法制度を理解するために、その歴史的背景の研究は欠くべからざるものであることを承認しており、法史学はとくに英米法系との比較にとり重要な補助的役割を果たしている。⁽⁴⁹⁾

(46) 注30参照。

(47) 渡辺洋三「入門法社会学」法学セミナー54号53頁。

(48) O. W. Holmes, the Common Law 5, なお 244 をも参照。ホームズのこの考え方は、「歴史的かつ比較的方法」の提唱者であるメインの Ancient Law の影響を強く受けたことにつき、同書の M. D. Howe の解説14頁参照。

(49) 五十嵐清「比較法入門」5頁。

(b) 中世的法思想

英米法は、中世的雰囲気の中で生まれ、その後も成長・発展を続けて今日に至っている。それは、歴史的成長・発展の過程において変化を受けてはきたが、中世的な雰囲気の中で育成された中世的な基本的性格を現在に至るまで保持してきた。公法の分野における法の支配の法思想と、私法の分野における意思理論に対する関係概念の法思想とが、その典型的なものといえよう。⁽⁵⁰⁾

特に私法の分野においては、当事者の意思を中心とするローマ法的法思想に対し、当事者の関係によって法的効果を発生させるという中世的法思想が、英米法の基本的性格を形成した点が特徴的である。封建法の下では、土地の保有関係を基礎とする主従 (lord and tenant) の関係の思想が、土地法の範囲を超えて法律関係を規律していこうとするのであるが、法律関係をローマ法的に意思中心にではなく、関係ということを中心とする独自の思惟方法が、コモン・ローのもつ厳格法的・個人主義的色彩を緩和してきたことは、注目に値する。⁽⁵¹⁾

英米においても19世紀には、分析法学派の学者をじてドイツのパンデクテン法学の影響を受けたために、一時は当事者の意思を中心に考えるようになった。⁽⁵²⁾しかし、現在では再び関係を中心とする従来の法思想に戻りつつある。その結果、大陸法では擬制的な附合契約を英米法では関係概念を中心として説明している。したがって、現在ではメインの「身分から契約へ」(from status to contract) という標語とは逆に、身分から法的関係が決定されるとする法的思惟方法が、一般的になりつつある。⁽⁵³⁾比較法研が、法形成過程のリアリティに即して行なわれるためには、以上のような

法思想的差異が、法的救済の次元において機能的・社会学的にいかなる異同をもたらせたかを検証する必要がある、と考える。

(50) 公法の分野における法の支配という中世的法思想の特色は、法は国家に優位すると考えられた点にある。ブラクトンの有名な「国王は何人の下にもあるべきではない。しかし、神と法の下にあるべきである。けだし法が国王をして國王たらしめるのであるから」という言葉の中に、その典型的表現が見られる。この中世的法思想が、イギリスにおいて近代的な主権在君の法思想の発生を妨げる主要な要因であったという事実は、注目に値する。詳細は、伊藤正己「法の支配」参照。

(51) R. Pound, *the Spirit of the Common Law* 13~14

(52) G. C. Cheshire and C. H. S. Fitoot, *the Law of Contract*, 5th ed., 20~22

(53) R. Pound, *op. cit.* 31.

4. 結 語

以上を要するに、比較法学が当為ではなく存在を扱う以上、可能な限り多くの客観的データに基づいた研究が行なわれなければならない。そのためには、特定の国の法規範を法的構成の面から平面的に分析するだけでなく、そこで用いられている法的構成が現実にもどのような機能を果たし、それがどの範囲に及ぶかという意味での・法的救済の観点からみた実質的な射程距離を、法規範・法技術・法理想の各観点から事実的アプローチに基づいて機能的に測定することが必要となる。そのためには、立法・司法・行政、さらに私人間の取り決め、慣習などを総合的にとりあげ、法形成過程をそのリアリティに即して考慮する社会学的研究、さらには法文化論的観点からする比較研究⁽⁵⁴⁾が行なわれなければならない。そしてさらに、ある特定の法制度が判例によってどう動いているか、また学説はそれをどう批判しているか、という点をも考慮して、比較の対象となっている法制度を一つの動向として把握する必要がある。換言すれば、ある特定の国の法制度を構成している法規範・法技術・法理想を、その国の歴史的・社会的・文化的諸条件の中に位置づけるとともに、これらを一つの総合体としてそ

の法形成過程のリアリティに即して機能的・社会的に把握し、そのようにして把握された一つの総合体としての法制度をさらにその動態において把握する必要がある、と私は考える。このような英米法研究の方法は、特殊歴史的なものを一般普遍的なものとしてしまう危険やから逃れるために、是非とも自覚的に行なわれる必要があろう。

(54) 東京大学で比較法原論を担当されている野田良之教授は、法文化論的観点からする比較法の必要性を強調され、その先駆的業績として、ライブニッツ、モンテスキュー等の用いた方法、特に後者の「法の精神」における法文化論的比較法を高く評価されている。

(あとがき)

この研究覚書は、国際基督教大学の4年生から、法律の卒業論文を比較法的見地から、就中英米法と日本法との比較法的見地から扱う場合に、どのような方法論によるべきかという質問を多々受けたので、それに対する一応の解答というつもりで簡単にまとめたものである。したがって、本稿は、筆者の確定した英米法研究の方法論について発表するものではなく、あくまで tentative なものであり、後日改めて法文化論的観点から根本的に書き改めたい、と考えている。