

## 論説

### コモン・ロー考

望月 礼二郎

#### 一 はしがき

中世以来の、法システムとしてのコモン・ローの歴史は「連続と変化」(continuity and change)の歴史であった。<sup>(1)</sup> そのことは、そのシステムの根底にある法観念についても妥当する。その法観念の歴史においてとりわけ大きな出来事は十八・十九世紀における法実証主義の挑戦であった。そこにおいて、基本的に中世的な伝統的コモン・ローの法概念は、根本的な批判にさらされ、譲歩・妥協し、異質な要素をとりいれて変化しつつ自己を存続させた。その結果がいまに及んでいる。この事情を理解することは現行英米法システムの動態を理解するのに役立つであろう。本稿はこの問題を管見する。

#### 二 伝統的なコモン・ローの法観念

本来コモン・ローということばが意味したのは、普通・共通・一般的であり同時に不文でもある法であった。<sup>(2)</sup>

### (1) 普通法の観念

「コモン」(common)という形容詞は、一般的な(general)あるいは普通の(ordinary)とごつくと同義である。この意味では、「コモン・ロー」は特別な法(particular, special or extraordinary law)の対立概念である。

まず、地域的に一般的な普通の法とはイングランド全土ないし王国に共通の法(the law common to the realm)である。このような法をもたらしたのはノルマン王朝以来の国王裁判所——それは早くからコモン・ロー裁判所(common law courts)の名で知られた——の働きであった。概念としてこれに対立するのは特定地域の法・慣習(local law, local custom)であり、それを司ったのは局地的な裁判権(local jurisdiction)をもつ種々の地方的裁判所(local courts)——その主要なものは、自治体裁判所(communal courts)と総称されるカウンティ・コート(county courts)やハンドレッド・コート(hundred courts)と、封建領主的裁判所(seigniorial courts)の性格をもつマナー・コート(manor courts)など——であった。

つぎに、「コモン」ということばは、適用対象たる事物の普通性・一般性をも意味し、この意味において「コモン・ロー」は、普通の人ないし事物に適用される法を指した。とりわけ、キリスト教会裁判所(Courts Christian)の司る法——その中には婚姻や遺言など世俗的事項に関する法も含まれた——に対して世俗的裁判所(temporal courts)の司る法を指すことばとして使われた。また、商人裁判所の司る商人慣習法(law merchant)のことも同様の意味において「コモン」ならざる特別の法であったといえる。

なお、コモン・ローの適用対象・事物管轄の一般性については上記の地方的な法・慣習の事物管轄との関係において注意すべき点がある。すなわち、コモン・ローを生みだした国王裁判権は、本来、もろもろの地方的裁判所がさまざまな特殊事情により適切に機能しない場合に当事者の申立・請願(petition)にもとづいて発動される建前であった

から、その限りにおいては一般的原則的な裁判権ではなくて特殊の例外的な裁判権であったというべきである。(だからこそ、コモン・ロー裁判所への提訴のためには、当該事件に対する国王裁判権の発動を特許する趣旨の訴訟開始令状(original writ)の発給が必要であった。)しかし、時代の進行とともに、国王裁判の名声があり、それを望む人の数が年々増加しやがてそれがルーティン化し、ついには事物管轄についてもコモン・ロー裁判所のそれが通常的一般の管轄権といえるほどになったのである。<sup>(3)</sup>

## (2) 不文法の観念

コモン・ローということばは、不文法(unwritten law)、つまり制定されたのではない(unenacted)法をも意味する。およそ制定法なるものが、事柄の性質上、特定の目的をもって特別の規範をつくりだすものであり、いわば特別の法であるのに対して、不文法は、いかなる法制定行為にも先んじてあまねく存在する法であるという点において一般的な法なのである。この意味のコモン・ローは、制定された法——古くからある勅令(proclamation)や議会制定法(stature)など——と対立する概念であり、法システム全体の土台としての、その意味で第一次的な、法源(primary source of law)である。

不文法の観念は条理(reason)および慣習ないし慣習法(custom or customary law)の観念と分かちがたく結びついている。コモン・ローは、クック(Edward Coke)、ヘイル(Mathew Hale)、ブラックストーン(William Blackstone)とつづくオーソドックスなコモン・ローの理論家によって「一般的かつ超記憶的な慣習」(general and immemorial custom)と定義されてきた。この命題の意味するところはこうである。<sup>(4)</sup>不文法の世界において具体的な問題について「これが法だ」という判断の究極的な根拠は条理ないし合条理性の意識(a sense of its reasonableness)である。そして、

この条理性の意識は、各個人がそれぞれに抱懐するそれではなくて、同一社会の他の人々と共有される意識(a shared sense)でなければならない。そのような条理意識の間主観性(intersubjectivity)を担保するものが慣習である。各人は慣習において、一定の規範的命題が社会的に合理的なものと認められ慣用・受容されている(used and accepted)ことを確認し自分もそれに準拠する(act upon)のである。かくして、不文法的な規範の権威ないし法的妥当性(authority or validity)は内容の合条理性(reasonableness)と歴史的通用(historical appropriateness)とに支えられ、これらと分かちがたく連結している。不文法的規範は、すべての慣習法的規範がそうであるように、当該社会の成員により受容・準拠・慣用されることによって、つまり歴史的に通用・妥当することによってのみ法として存在する——法としての権威ないし拘束力をもつ——のであり、そして、受容・準拠・慣用されるためには内容的に合条理的なものと認められなければならない——当代の人々は特定の慣習的慣行が条理に合わなくなったと感ずるときそれに従うことをやめる——のである。<sup>(5)</sup> 慣習(法)が時代の試練を経た条理の発現であるといわれる所以はそこにある。

さらに、不文法の観念は、判例法(case law)の観念とも連結する。不文法の規範は具体的事件の判決においてその事案に即して明らかにされるものであり、したがってそのような判例(判決例)が体现する法は不文法そのものであるということができる。しかし、不文法の観念と判例法のそれとは同延(coextensive)ではない。第一に、判例の数がこの性質上有限である以上、判例の総体が不文法の全面をカバーすることはありえない。判例にあらわれる不文法は氷山の一角に過ぎない。水面下に隠れていた部分が新しい種類の事件の発生に応じて姿をあらわす可能性はつねに存在する。第二に、判例法は、不文法の発現としてだけでなく、「成文法」(制定された法)の解釈・適用例としても形成されうる。後述のように十九世紀に確立した判例の拘束性(stare decisis)の原則は、建前としてはどちらの判例についても妥当するが、成文法の場合は法の権威の源が定立された文言以上にさかのぼることはないという点において

不文法の判例とは性質を異にし、このことが実務上もやや違った扱いをもたらすことになる(後述三)。

なお、エキイティは、不文法たる点においてコモン・ローと同質であり、ひとまとめにして司法法(judiciary law)または広義のコモン・ローとよばれて、制定された法と対置されうる。

### 三 コモン・ロー的法観念の変容

#### (1) 法実証主義の登場

前述のような古典的なコモン・ロー的法観念は近代初頭以降の法実証主義(positivism)の登場により根底から揺さぶられた。その嚆矢は、十七世紀後期のホブズ(Thomas Hobbes)によるコモン・ロー批判——具体的にはクックの法律観に対する批判——であったが、法観念の根本的な建直しを迫ったのは、十八世紀末以降のベンサム(Jeremy Bentham)を先達とする法実証主義者たちであった。法実証主義はほとんど十九世紀ヨーロッパの時代精神といえるほどであった。

法実証主義にはさまざまなヴァージョンがあるが、「もつとも純粹な形において」(in its purest form)においてそれはふたつの基本的命題から発する。一つは、すべての法は定立された法、実定法(positive law)である、との命題であり、このことによって、すべての法はその權威をそれが定立された(laid down)という事実を負うということになる。もう一つの命題は、法はその全体が——コモン・ローも含めて——ワン・セットの準則(a set of rules)として存在し、準則以外の形では存在しない、という命題である。(ことばの使い方として準則を原則(principle)や公理(maxim)と区別することがあるがここではそれらすべてを準則の語に代表させる<sup>(6)</sup>)。

これらふたつの基本的假定命題のコロラリーとして、第一に、いかなる法についてもそれを定立する(posit, lay

down) という行為をした者、つまり作者 (author) がいるはずだ、と観念される。さらに、法定立の権限 (authority) ないし資格 (entitlement) を有する作者を同定するための基準 (test or criterion) が存在せねばならない、とされる。なぜなら、欲する者は誰でも法を定立しうるということは理に反するからである。そして、ある規範的命題 (proposition) が法であるか否かを識別する基準はなによりもまず、それが「しかるべき人または集団」 (right person or group) により定立されたか否かである。そして、法はそれを作成した者の意志のあらわれと観念される。

第二に、立法権限をもつ者が定立したものは、定立行為自体により法たる地位を獲得するのであるから、その内容の如何は法の権威・有効性 (validity) に関係しないことになる。「資格を有する作者」は法にどのような内容をもりこむこともできるのである。かくして、法と道德との乖離が生ずる。そして、ひとたび作成された法は「資格を有する人」の別の法定立行為により改定されないかぎり法でありつづける。

第三に、法は現実に定立された準則から成るのであるから、所与の時代の法はかかる準則の総体につきる。定立された準則の存在しないところには法は存在せず、かくして、法と法以外の領域は截然と区別され、法は、原理上、有限の (finite) システムと観念される。

このような実証主義の法観念は立法府の制定する法 (statute law) にもっともよく適合するが、それ以外の形式の法にも及ぼされる。たとえば、判例法は司法的立法 (judicial legislation) —— 裁判官の定立する法 —— と観念されるようになる。

このような法観念が前述の古典的なコモン・ロー的法観念と対照的であることは明らかである。すなわち、——  
第一に、コモン・ロー的「不文法的法観念においては、法は誰かが作成するというものではない。具体的事件の裁判において「これが法だ」と言明する裁判官といえどもこれを制定法の「作者」に擬するには無理がある。一裁判官



による法命題の言明が法準則の表現形式を固定することはありえず——別の裁判官が「同じ法」に別の表現を与える余地はつねに存在する<sup>(7)</sup>、また、その法命題がのちのどの事件の裁判において受け入れられるかを当の言明者が決めることもできない。コモン・ロー的法命題は、慣習法的命題一般がそうであるように(前述)、のちの裁判において受容(accept)され準拠(act upon)されることにおいて存在するのであり、そして、受容・準拠されるか否かは、究極的には、事件に直面するそのときどきの裁判官の法ないし条理の感覚により決められるのである。かかる様相は「資格ある人」が作定した法はその作定の事実だけにより法の権威を有するというのとは大いにことなる。

第二に、コモン・ローの規範の法的妥当性(validity)が慣習、そして究極的には条理に支えられるということは、コモン・ローにおいては法と道徳との連結がたもたれるということを意味する。裁判官は、しばしば、コモン・センストか、倫理、便宜(expediency)といったノン・リーガルな命題(proposition)によって自己の決定を正当化する。「コモン・ローのシステムにおいては、ある問題に対するある具体的な解答が法に叶っていると述べることに、それが合理的なまたは公正なあるいは正当な解答(rational, or fair, or just solution)であると述べることとのあいだには非常に明確な区別が存在するというわけではない。<sup>(8)</sup>」

第三に、法実証主義の法観念が有限の法システム、典型的には法典を指向するのに対して、コモン・ローの法は現存の判例などから抽出される法命題に限定されない。また、法が準則(の集合)に尽きると観念されうるわけでもない。法的な諸命題・諸原則の背景や周辺にある諸慣行・諸観念——たとえば正義の観念——も法の一部と考えられる。いたがって判断者の正義感覚などのほたらく余地がある<sup>(9)</sup>、そもそもすべての法律論が先例にもとづいてなされるわけでもない。

## (2) コモン・ロー的法観念の変容

上述の如く、水と油のように違うコモン・ローと法実証主義の法観念が十九世紀のあいだに合体した。時代精神としては後者の方が優勢であり、伝統的な法観念が譲歩した。その様子が十九世紀における判例観の変化のうちにみられる。

第一に、法実証主義の影響下に厳格な先例法理 (doctrine of precedent, stare decisis) が生み出された。

「古典的実証主義の理論において判例 (precedent) はふたつの点において派生的 (derivative) である。すなわち、(1) 判例の正当な役割は、宣言された立法府の意志が(法典または制定法のかたちで)明記されていない場合に法の中のギャップを埋めることに尽きるのであり、また、(2) 個々の判例の性質と効力は制定法をモデルにして理解される。この判例観が「裁判官による立法」(judicial legislation)の根拠と限界についての問題意識を生み、それに呼応して、どちらかという強い先例遵由の法理 (a rather strong doctrine of stare decisis) への要求を生んだ、ということは驚くにあたらない。これに対して、古典的なコモン・ロー理論はこれらの問題に患わされることがはるかに少なかった。なぜなら、上記の問題意識は、判例と法一般について伝統的なコモン・ロー理論と相容れない観念を前提として生まれたものだったからである。この「伝統的コモン・ローの」観念においては、判例は「派生的ではなくて」要めの位置を占めるのである。<sup>(10)</sup>」

法実証主義の法観念によれば、正規的な法の存在形式は制定法であり、判例を通じて顕現する判例法ないし不文法は鬼子のような存在であり、それゆえにそれを正当化するため特別の周到な議論が必要であると考えられた。

実証主義的法観念においては、法を作成する「しかるべき人」(right person)を同定する確固とした準則が不可欠であり、そのことが、どの裁判所の判例がどの裁判所の判決を「拘束」するかということに関する一連の厳格な準則を



生んだ。判例は判例(判決例)なるが故に遵守されるべきであり、したがって判例は単一であつても拘束力をもつ(individually binding authority)という命題は、裁判ないし裁判官が法の「しかるべき作者」であり、判例が定立(lay down)した法命題は定立という事実により法としての權威をもつ、という法実証主義的発想に通じている。これに対して、伝統的なコモン・ローの理論については「個々の判例はそれ自体が法を成すのではなく、裁判官は法をつくりたり準則を定立するのではない。過去の判決の法的意義(legal significance)は、それら[判決]の、法的推論過程(process of legal reasoning)の正しい運用の実例(example)としての地位に依存する。<sup>(12)</sup>」

いいかえれば、伝統的なコモン・ローの理論においては、過去の判決はむしろひとつの実例(example)であり、それは、拘束力をもつというよりも、内容の正当さや慣用(use)によって後世に受容されるべきものであつた。かかる考え方は十九世紀の厳格な先例法理の形成において確かに後退した。しかし、その厳格な先例拘束性の法理によつても、ある事件にとつての先例事件をどのように決めるべきかを支配する準則を生み出すことはできなかった。「類似の事件は類似的に扱われるべし」という原則は類似的の事件を類似的たらしめるものはなにかについて何事も述べていない。ある「過去の」事件のいかなる特徴が「当面の事件の」当事者の処遇を決めるために意味あるもの(relevant)であるかを決めるために別の原則が必要なのである。<sup>(13)</sup>この問題の解を求めてつぎのレイシオ・デシデンダイをめぐる議論が展開する。

第二に、判例の中にあられた法をレイシオ・デシデンダイ(ratio decidendi, 判決の理由)と称し、これを「当該事件の準則」(rule of the case)とつけとるしかたが一般化した<sup>(14)</sup>が、これは、すべての法を準則ととらえる実証主義的觀念と通底する。そして、かかる準則は、通常、当該事件を担当した裁判官の言明において確認されるか(準則言明説 rule statement theory, 古典的理論 classical theory とよばれる)、当該事件の重要事実を抽象し一般化して構成するか(準則

構成説 rule construction theory と呼んでおこう)のいずれかであるとされるが、どちらの説においても判例事件の準則の「発見」作業をなんらかの準則によって拘束することはついにできなかった。すなわち、準則言明説の下において、一裁判官の言明した法命題はのちの事件を担当する別の裁判官により再構成(reformulate)される余地を残し、その際、前裁判官の述べた法命題はより広いまたはより狭い命題におきかえられうる。このことは裁判官を成文法の立法者に擬することの限界を示すものであり、また、コモン・ローの法命題を確定的文言で終局的に定式化することはできないという伝統的なコモン・ローの法觀念の底流としての存続を示すものでもある。また準則構成説の下において、判例事件の事実のうちどれを重要なものとして抽出するかまたそれをどの程度まで抽象化して一般化するかを決めるのはその判例を自己の担当事件との関連において考察するのちの裁判官である。つまり、どちらの説によっても、個々の判例の権威ないし拘束力は究極的にはのちの裁判官の受容・準拠の態様により決まるというコモン・ロー的(不文法的)觀念を拭いさることはできないのである。<sup>(15)</sup>

さらに、上記二説の推論形式はいずれも準則による推論(reasoning with rules)であるが、これとは異なる比論という推論形式(reasoning by analogy)を排除することもできなかった。それは、判例事件の重要事実(なまの事実)と当面判決すべき事件の事実とを比較して、両者が法的結論を異にすべきほどに相違しているか否かを問うというやり方である。これはおよそ準則なるものを媒介とせずに結論を導く方法であり、実証主義の影響にもかかわらず生き残った伝統的コモン・ローの方法といえる。グッドハートの理論として知られているものは、この性質のものと理解される。<sup>(16)</sup>

## 四 むすび

コモン・ローの性格づけにさまざまなものがある。不文法、慣習法、判例法 (case law)、司法法 (judiciary law) または裁判官作成法 (judge-made law) などである。このそれぞれが、一定の法觀念のしかたを反映している。

第一に、不文法ということばは、成文法・制定法に對置されるものたることを示していてもっとも自然であるように思われるが、それ自体として積極的内容を示していないようにうけとられるゆえか、いまではあまり使われていないようである。しかし、上述のように、この不文法の觀念が条理や慣習の觀念と密接または不可分に結びついていることを含めて理解すれば、不文法ということばが、コモン・ロー的法觀念の伝統的側面をもっともよくあらわしているように思われる。その伝統的側面はさまざまな制約をうけつつもなお生きている。<sup>(17)</sup>

第二に、判例法ということばもコモン・ローと等置してつかわれることが多いが、そしてそれは多くの場合コモン・ローの性格を示して適切であるが、判例法なるものは、本来のコモン・ローつまり不文法の領域において存在するのみならず、制定法規の解釈についても成立することに注意する必要がある。ちなみに、貴族院判例の自己拘束性というもつとも厳格な先例法理を宣言した貴族院の判例は、ある制定法規を解釈適用した判例の拘束力を確認したものであった。<sup>(18)</sup>そして、制定法に関する判例については、コモン・ローの判例とやや異なる扱いがなされるということが、イギリスでもアメリカでも指摘されている。概して制定法規の解釈については、一つの判例の示した見解がのちの判断をきびしく制約し、当該条文の再解釈 (reinterpretation) によって既定の方向や枠づけを修正する余地はほとんどない、と意識される。<sup>(19)</sup>制定法の解釈とは所詮固定された文言をよりどころにして立法府の意図を確認すること以上には出ないのであり、個々の裁判官による先例の再解釈を構造的に許容ないし要求するコモン・ロー判断の場面とは異なる

のである。

第三に、司法法や裁判官作成法、とりわけ後者には実証主義の影響が端的にあらわれている。この考え方は、十九世紀の半ば以後、コモン・ローの伝統的理論の反映である法宣言説 (declaratory theory) —— 裁判官は法を作成するのではなく、発見し宣言するに過ぎないとする説) を圧倒したかにみえた。「実証主義者たちによれば、コモン・ローなるものが存在するとすれば、それは、法作成権限をもつ裁判官たちにより定立 (laid down) されたがゆえに存在するのである。法は裁判官の意志 (judicial will) の所産であった。それは発見されたのではなく、つくりだされたのである。<sup>(20)</sup>」しかし、法宣言説は死ななかった。コモン・ローの法は依然として、個々の裁判官の定式化する法命題とは異なるものであるであり、固定した言語形式により表現しつくされるものではない。判例から抽出される法命題の定式化は誰が行なってもファイナルなものにならないのである。かくして、コモン・ローのシステムには不文法的法観念と法実証主義的観念という相矛盾する二つの要素が同居して今日にいたっているといわざるをえない。<sup>(21)</sup>

第四に、慣習法という表現は、不文法ということとは異なり、積極的な概念としてコモン・ローの特質をあらわしている。シンプソンはこのタームでコモン・ローを定義している。ただし、現在のコモン・ロー的規範の中には国民一般に慣習として受容されているというにはあまりにテクニカルなものが含まれている。そこで彼は、専門家たる法曹集団を介在させて、彼らの受容と準拠 (acting upon) によって存立する慣習法こそがコモン・ローであるとする。<sup>(22)</sup> このような定義は、法曹が、コモン・ローの伝統において、人民により共有される条理の調達者とされてきた、<sup>(23)</sup> ということを想起するとき一層説得的である。

注

- (1) ミルソム(Milsom)は、中世社会に起源するコモン・ローが、それとはまったく異質の現代社会の日常的な諸関係を規律しつづけるまでに「断絶なく発展してきた」ことの特異性に注目し、「コモン・ローをしてかくも「可変的かつ永続的」(versatile and durable)たらしめてきたものは何であるかを問う」ことをその著書 HISTORICAL FOUNDATIONS OF THE COMMON LAW (1969) の基本的立脚点とした(ibid. "Introduction," pp. ix-xiv)。また、カントーニジ(Calabresi)は「コモン・ローにおける法の「連続と変化」をもたらした要因は「類似の事件は類似的に扱われる」(Like cases should be treated alike.)という格律であった——そうでは過去と現在の事件の類似性がつねに現在の視点において決定され、したがって類似性判断に適用される価値基準が時代とともに変化する——とし、このコモン・ロー的方法を現代の制定法分野での法の発展のための方法として活用することを提唱する。do. A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTE (1982), esp. pp. 3-4, 13, 97, 165, 189 (note 31).
- (2) このような用語法は、たゞ Pollock & Maitland, HISTORY OF ENGLISH LAW, vol. 1. (1st ed 1895, reissued by Milsom 1968) pp. 176-8; Maitland, CONSTITUTIONAL HISTORY OF ENGLAND (1st ed 1908, reprinted 1977) pp. 22-3; Pollock, A FIRST BOOK OF JURISPRUDENCE (1923) pp. 252-255; A. W. B. Simpson, INVITATION TO LAW, (1988) p. 82 である。
- (3) これらの点については Baker, AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY (3rd ed, 1990) pp. 62-7, 蘭氏・英米法 (改訂第二版、一九九二) 七頁以下参照
- (4) 古典的コモン・ロー理論における「超記憶的慣習」の意味については Postema, BENTHAM AND THE COMMON LAW TRADITION, (1986), chap. 1; do. "Some Roots of our Notion of Precedent," in Goldstein ed. PRECEDENT IN LAW (1987) pp. 15 et seq を参照。
- (5) 「……慣習的な諸慣行 (customary practices) があるグループのなかに存在するといえるのは、それらが遵守され、適切な行動形式 (appropriate forms of behaviour) として受容され、そのグループの成員が変るときに範例と教訓 (example and precept) によって伝達される、という場合である。」A. W. B. Simpson, "The Common Law and Legal Theory," in Simpson, LEGAL THEORY AND LEGAL HISTORY (1987) p. 376. (この論文の初出は OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE, 2nd Series, (1973) pp. 77-99 であった。また、これに若干手を加えたものが同じタイトルのもので Twining ed, LEGAL THEORY AND COMMON LAW (1986) pp. 8-25 に収録されている)



- (6) A. W. B. Simpson, "The Common Law and Legal Theory," op. cit. pp. 362-364. 以下の叙述はこれによるところが大きい。
- (7) コモン・ローの判例から抽出される法は「固定した言語形式をもたない準則」(rules not in fixed verbal form)であるという現状について Twining and Miers, *HOW TO DO THINGS WITH RULES*, 3rd ed (1991) pp. 147, 158, 300を参照。
- (8) A. W. B. Simpson, op. cit. pp. 361, 369. また「かつてイギリスを代表する法理学者であったベンチン・ロー(A. L. Goodhart)はその著 *ENGLISH LAW AND THE MORAL LAW* (The Hamlyn Lectures) (1955) に於いて「コモン・ローの発展にならざる道徳律がとりわけ重要な役割を演じてきたこと」や「条理にもとづくタイプの道徳法」(the type of moral law based on reason)とイギリス法との密接な関連を論じ(p.37)「随所で、イギリスにおける「法と道徳と密接な結びつき」(a close bond between law and morals) (p.8)を強調しているが、このことは「コモン・ローの不文法的・合条理的・性格の意識と関連していると思われる」。
- (9) 「コモン・ローは「一組の第一原理から論理的に導かれる体系的システムへと編成されることにはげしく抵抗するような法的な思考と実践の形式である。それを諸準則の体系的構造物として表現することはそれを歪めることである。それは「本質的にダイナミックで絶えず変化しつつあるものを静態的なものとして表現する」とである。」Postema, *BENTHAM AND THE COMMON LAW TRADITION*, p.10.
- (10) Postema, "Some Roots of our Notion of Precedent," in Goldstein ed. *PRECEDENT IN LAW* (1987) p. 15. なお「十九世紀イギリスにおける先例法理の確立の過程について」J. Evans, "Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century," in Goldstein ed. op. cit. pp. 36 et seq.
- (11) たとえば John Austin, *LECTURES ON JURISPRUDENCE*, 5ed by Campbell vol. 2, pp. 620 et seq. における「司法法」"judiciary law"の根拠や性質についての詳細な論述をみよ。このことは「大陸法の学説が法典主義・立法実証主義のものと比べ慣習法の存在を正当化するために多大の精力をついやしたこと(たとえば Merryman, *CIVIL LAW TRADITION*, 2d ed, (1985), p. 23)を想起させる。
- (12) Postema, in Goldstein, op. cit. p. 23.
- (13) Benditt, "The Rule of Precedent," in Goldstein, op. cit. p. 90 及び Calabresi, op. cit. (注一) 参照。
- (14) 「レイシオ・デシデンダイ」ということは十九世紀になるまでは広く用いられたようにはみえない。そのことばは「判例について」の初期の著作たる「ジェイムズ・ラム(James Ram)」という法廷弁護士による「一八三四年の THE SCIENCE OF LEGAL ARGU-



MENTのなかでは全く言及されていない。判例事件の準則または原則(rule or principle of a case)ということばは使われているが、レイシオ・デシデンタイの語は使われていない。他方、そのことばは、先例を扱った最初の詳細なアカデミックな著作たるジョン・オースティンのLECTURES ON JURISPRUDENCEのなかでは使われている。オースティンはドイツの法学者チボー(Thibaut)の影響をつよくうけており、そのことば「レイシオ・デシデンタイ」はチボーによりラチオ・レーギス(ratio legis [立法理由])との対比において使われている。……それ「レイシオ・デシデンタイ」はおそらくオースティンにより便利なことばとして採用されたことによってイギリスの法律家のあいだで受け容れられたのであろう。」Farmer and Dugdale, INTRODUCTION TO LEGAL METHOD, 3d ed. (1990), p. 91

- (15) 「議会と裁判所のどちらも、レイシオ・デシデンタイという用語の権威的定義を定めようとしたことも、また、過去の事件のレイシオ・デシデンタイを決定するための明白な基準を定めようとしたこともなかった。」Twining and Miers, op. cit., p. 320.
- (16) 望月・前掲・一〇〇頁以下参照。なお、比論による推論についてTwining and Miers, op. cit. pp. 256, 260-3を参照。
- (17) コモン・ローと制定法とがいまなお別個の法システムとして存在することを主張し両者の現在の関係の一端を扱うイギリスの論文として、Atiyah, "Common Law and Statute Law," 48 Mod. L. R. 1 (1985)がある。この論文は、制定法の運用に際してもコモン・ロー的方法を活用せよというアメリカのカラブレジの提案(注1参照)をイギリスにおいて採用することに消極的である。
- (18) London Tramway Co. v. London County Council [1898] A. C. 375. なお、この判例の一方当事者がLondon Street Tramways Co.と表示される例がしばしば見受けられるが、これは最初のロー・レポートにおける誤記を——同じ巻の巻頭の正誤表において訂正されているにもかかわらず——踏襲するものである。そのことは望月「十九世紀イギリスにおける先例拘束性の確立」・岡田等編・社会科学と諸思想の展開・下・一九七七年、一九頁において指摘されている。
- (19) イギリスの事情についてTwining and Miers, op. cit. p. 319, アメリカの事情についてE. Levi, AN INTRODUCTION TO LEGAL REASONING (1948, paper ed. 1961) pp. 32, 54, 57, ただし「アメリカにおいて憲法解釈の判例が別扱いとされる」としてp. 58.
- (20) Wesley-Smith, "Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis," in Goldstein ed, op. cit. p. 74
- (21) 「すくなくとも裁判所の実務において、宣言説と実証主義理論とは、相矛盾するにもかかわらず、同じ空間に存在している(counter-minous)。両者は裁判所の武器庫にある交互に選択可能な武器である。ある点では両者は相互補完的である。……実証主義が「裁判

所による」新たな法作成の根拠を提供し、宣言説が新たな裁判官作成準則を過去の出来事に「さかのぼって」適用する根拠を提供する。」 Wesley-Smith, *op. cit.* p. 77

(22) Simpson, *op. cit.* pp. 376

(23) Postema, BENTHAM AND THE COMMON LAW TRADITION, pp. 30 et seq.