

# 英米法

法学部第七学期専門科目

講義ノート

※これは、法学部第七学期専門科目「英米法」の講義ノートです。教官は柿嶋さんです。  
※法学部シケなんかとは関係ない個人製作です。  
※個人作成なので、内容の正確性は担保できません。  
※急いで作ったので挿絵がほぼないです。

## 目次

### 03 000 インTRODクシヨン

- 03 010 はじめに
- 05 020 ちょっとだけ英米法
- 05 030 本編？
- 08 040 父性について
- 09 050 テキストについて

## 序 英米法の特徴

### 10 100 概観

- 10 110 英米法系
- 11 120 英米法の特徴

## 1 判例法主義

### 12 200 判例とは何か

- 12 210 英米法における判例
- 15 220 判例を見ていく前に

### 15 300 判例による法発展

- 15 310 厳格責任
- 16 320 判例その1：Thomas v. Winchester
- 18 330 判例その2：MacPherson v. Buick Motor Co.
- 19 340 判例その3：Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc
- 22 350 判例その4：Goldberg v. Kollsman Instrument. Cor
- 23 360 NHKの番組から
- 25 370 厳格責任の行方

### 25 400 判例による法形成と法学史

- 25 410 common lawの歴史
- 28 420 equityの裁判所の話
- 30 430 小括
- 31 440 ジャクソニアン・デモクラシー
- 31 450 Republican Party of Minn. v. White
- 34 460 リアリズム（この部分につき、法社会学のノートも一部参考にしています）

## 2 アメリカにおける政治と法

### 39 500 合衆国憲法と司法審査制度の成立

- 39 510 合衆国憲法の誕生
- 40 520 合衆国憲法の統治機構
- 42 530 違憲立法審査
- 44 540 アメリカの司法制度

### 45 600 基本的人権と法の平等な保護

- 45 610 アメリカの人権保障
- 46 620 ブラウン判決 Brown v. Board of Education

### 47 700 KAKISHIMA ROCK FES.2013 GRAND FINALE

- 47 710 積み残したものよりも、大事なもの

## 000 イン트로ダクション

### 010 はじめに

#### 011 与太話

なんで私がこの窓を好きなのかわかります？分からない？東大生ってこんなものなの？と言って授業を始めた柿嶋教官のインパクトはかなり大きいものであった。そして、今日は良い空気を吸おう！そうすると自分にもいいからね！とわけのわからない供述をしており動機は不明である。さっそくいろいろ怖い。

ちなみに教官は25番教室の上の窓が好きらしく、西欧建築の感じがいいみたい。東大は西欧化の象徴として作られた西欧建築バリバリの建物だしね。

#### 012 自己紹介

この講義を担当するのは柿嶋教官である。苗字がある時期を境に変わっているのは察せとのことです。初孫が出来て非常に感動しているらしい。

実は女性で東大法学部教授会に入った最初の人。

フライデーの前の写真週刊誌『フォーカス』というオシャレな雑誌があったんだが、それに載ったらしい。雑誌と言うのは盗撮するとか汚い事ばっかやるんだけど、そこはなんかオシャレに写真を撮っていたらしい。

それに取材応じたらなんか不本意と言うか若干ずれた感じで掲載されて、以後マスコミとの距離をおくことにしたとのこと。

ハーバードのロースクールを出て、コロンビアのロースクールで客員、都市計画の助手論文書いたあとに物権関係の論文を一通り書いた。英米法と言ってもイギリスにはあまり行ったことないしアメリカ中心の生活だったので、授業もアメリカ中心でいきます。

ちなみに授業も等価関係なので、何かを得たかったら対価を払わないといけないらしい。

当時アメリカに行こうとしたとき、教官は当初「大したことない」とたかをくくっていた。まあ確かに当時もっとも「よく知られた」国がアメリカだったわけだしね。でも実際は違った。驚くことの連続で、日本では得られないようなフレンドシップも手に入った。その驚きが、今の先生の研究を引っ張っているところがあるらしい。だから先生は、生徒の皆さんにも驚きを得るようにしてほしいと思っているとのこと。

例えばそんな驚きのもとになるギャップの一つが、日本人大学生は発言とかあんまりしないけど、アメリカの人たちははいはいとどんどん主張してるとこかな。なんでなんだろうか。

#### 013 チャレンジしたいこと

今年の授業は新しいことにチャレンジしたいらしい。それはすなわち、「**Teaching→ Learning**」である。

知り合いの先生が亡くなった時にたくさんの生徒が献花にやってきた際、「後光が差していた」とおっしゃっていた。さらにはそのなかの一人が、月餅を送ってきた。実は中国には teachers day という孔子に由来する先生に感謝する日があって、其の贈り物らしい。

先生はそれを見て、本当にいいなあと思った。感謝されて、それで初めて教師はやりがいを感じるのだし、そう思われるようでありたい。

そのために大事なものは、生徒の心だと教授は思った。だから、生徒の心を「理解」するため双方向の授業をするし、していくんだね。Teaching から、その先のお互いの理解、Learning へと転換したいってことですね。

その実践のために、日本人に不得意で、teaching から learning の妨げになっているところ、会話力をつけてもらいたいとのこと。

さらにはテーマとして、アメリカと日本とで違う所を見つけてもらいたい。というわけで、プレゼン大会もやるよ！勝ち抜きバトルで君たちの中からエバリュエーターを選び、上訴審は教官がやる！とのこと。

#### 014 判例について

あと、普通に英語の判例を読んできてもらおうと思う。

これまでも、英語の判例を読ませてきて、予習を頼んで**ケースメソッド**、**ソクラティックメソッド**を行うことはしてきた。

英米法の根幹は判例法。だからケーススタディを行わないとそもそもこれ、理解できないんだよね。

さらには、そもそもの法的思考、法学部で養成すべき能力は、決して本を読むだけでは得られない。実際に話し、相手の考えに法的な考察を入れるからこそ、身に付くものだろう。

そういう観点からも双方向性、議論の授業を捨てたりはしたくないってことだろうね。

今ならったことは、もしかすると五年後には変わっているかもしれない。法律科目ってのはだいたいそんなもん。でもこの英米法では、単なる英米法でない、もっと長い間君たちの中に残る能力を育てたいということ。教科書古いとか文句言われるかもしれない。でも、万物流転ということだけが不変なこの激動の世界の中で、大切なものは learning だぜ！自分を信じられる自分を作り、勉強に感動する想いを持てるようにしよう。感動できない勉強なんかなくていいよ！マジで。

#### 016 問題意識

テストは持ち込み可です。(紙媒体に限る)

記憶力は問わない。そうでなく、**知識をどう活用していくのか**という視点から評価するとのこと。各人が持っている固有な心、経験、それを活かして自分から主体的に学習した成果を見たいんだって。そうすればいろいろなことに気付くだろう。

なかでもとくに、自分がいかに「知らない」のか、そういった発見が、自分の理解を長い目で見て深いものにしてくれるはず。自分の知識を疑う、確かめる、それが主体的な学びには大事なのです。

そしてその際には「**驚き**」を大事にしてほしい。

確かに現代の情報過多のなかで、驚くなんてする前に何もかもを知りすぎた感はある。でも、だからこそ！失われつつある「驚き」、もはや「あきれ」でも構わない、感情の発言をだいじにするといいよ！とのこと。テキストもそのために選んだから、ぶっちゃけ向こうの10歳くらいの人向けの本の翻訳なんだけど(『私たちと法』)、文句言わずに頑張ろう！

英語の判例も読むけれど、自分の心の中に生まれてくることを日本語とは別の言語で(頭の中で)言葉に表してみるというのは非常にいい経験になる。10分以上「いかに英語をまなぶと良いか」を語りつくしていたので相当に学生に英語を習得してほしいみたいだね。まあ、英語圏の人たちの認識法は英語でないと分からないからね。英米法の後ろにある思想、認識を理解していくには英語が当然必要になってくるとは思うけど。

現実問題、世界のいろいろな国々の人たちと喋れるわけだし、世界は広がるはず。認識枠組みの違うたくさんの人とかかわれる、知れるというのはノートに書いたなんかとは比べ物にならないくらい素晴らしいこと。そして、それで初めて、比較の中で、こういったやりかたもあるのか、そしてそれに対して自分はこういったやりかたを当たり前だと思っていたのか、と「自分のこと」に気付くことができるのではないかな。

そうするなかで、人間は等身大の自分を見ることができるはず。そうして初めて、この現代社会で主体的に生きていくことができるのではないだろうか。

日本はタテ社会の極みだから、国として意思決定している人たちの年齢は非常に高い。諸外国に比べて、具体的にはオバマさんに比べて明らかに日本の経団連だとか国会議員だとかの偉いやつらの年齢は高い。

日本の将来に「大きく利害を持つ」ステークホルダーは、どうしたって若いやつなのに、現実の意思決定のプロセスはそうはなっていない。

かつての日本社会は「村社会」の集積であった。村のルールは閉鎖的で、外に持ち出すことはほとんどなかった。マスコミがどれだけ給料もらっているのか、なんてのは今もなかなか報道されないし。生きて生きて長老的存在になって、はじめて世の中の仕組みがわかるやりかただった。

かつては「成長」はしていたので、それでも豊かになるからよかったのだけれど、今の成長も終わった世の中ではそうはいかない。閉鎖的空間は、変えなくてはならない。問題点は明らかである。少なくとも、分かっている人、分かっている権力もある人はたくさんいる。でもできないのである。自分がかわいいからである。社会全体がおかしくなったら、皆不幸になるというのにである。

結局のところ、既得権益をごまかしながらも経済成長に支えられ回っていた歯車は、現在は回っていきそうにないのである。

こんな世の中で生きていくには、主体的に考えないとダメ！だからそのために練習していこうぜ！という授業。先生はそのために「人見て法説く」すなわち君たちのことを知った上で、寄り添って理解して、授業する。だって、「認識」に限りはないし、その差異が自己認識と改善を生むのでしょうか？という訳で覚悟していこう。

#### 016 教材

一応ですが、ホームページがあります。

[www.yoshikodory.j.u-tokyo.ac.jp](http://www.yoshikodory.j.u-tokyo.ac.jp)

らしいです。判例が載っているらしい…。IDはlikoku、パスはteraoだそうです。

## 020 ちょっとだけ英米法

### 021 英米法の特徴

英米法の特徴は、以下のようなものである…まあいずれ説明するから気にせず。これは「この授業が英米法」であるというパフォーマンスみたいなもん。

#### ①歴史的連続性

#### ②歴史的淵源の多様性

#### ③判例法主義

#### ④各論的考察の重視(総論軽視)

#### ⑤救済の強調…執行的な側面を重視する。多様な執行方法がある

#### ⑥私人による法の実現…法の実現、「エンフォースメント」の主体を行政に限らないとする。

#### ⑦法曹一元

#### ⑧陪審制

こうした様々な特徴は、お互いに関連していることをまず大事にしよう。教科書には書いてないかもしれない。でも主体的に探せ！とのことであった。

## 030 本編？

### 031 問題

今日は、問題をくれました。

問題：以下の文章は、地下鉄サリン事件被害者等の証言をあつめた作家村上春樹氏の『アンダーグラウンド』の「はじめに」からの抜粋である。これを読んで、以下の問いに答えよ。(ノート編集につき一部改めた)

ここでお話をうかがうことができた方々は、本書のためにリサーチャーとして働いてくれた押川節生と高橋秀実の両名が探し出してくれた。そのための具体的な手段としては、

(1)新聞あるいは各種マスコミ報道で、これまで「地下鉄サリン事件被害者」として発表された名前からピックアップする。

(2)まわりの人に「誰か地下鉄サリンの被害に遭った人を知りませんか？」と尋ねてまわる。あるいは別の種類の(事情があって具体的な方法を明かすことがむずかしい)口こみ的な方法で探す。

という二種類の方法がとられた。

正直なところ、これは予想した以上に困難を伴う作業であった。この東京近辺にあれだけの数の事件被害者が存在しているのだから、事件についての証言を集めるのはとくに難しいことではあるまいと、最初の段階ではかなり簡単に考えていたのだが、話はそんなに生やさしくはなかった。

というのは裁判所か検察庁といった司法機関にしか、「地下鉄サリン事件被害者」の正式なリストは存在しないからだ。当然のことながら人々のプライバシーは尊重されており、部外者がリストを目にすることはできない。各病院の入院者のリストについてもこれは同様である。かろうじて我々に分かるのは病院に入院された方々のお名前で、これは事件当日に新聞等に発表されているものだ。しかしこれもあくまで姓名だけで、住所や電話番号まではわからない。

とりえず名前だけが判明している700人のリストを作成し、そこから作業を始めたのだが。「身元」が判明したのはそのうちの20%程度だった。たとえば「ナカムラ・イチロウ」というようなよくある名前の場合、その名前だけから相手を特定するのはとてもむずかしい。しかしそのような手順を経て、140人余りの方になんとか連絡を取ることができたものの、多くの場合「もう事件のことは思い出したくない」「オウムとかかわり合いになりたくない」「マスコミが信用できない」といった様々な理由で取材を拒否された。とりわけマスコミの取材に対する反感や不信感は予想を超えて強いもので、出版社の名前を告げただけで電話をがしんと切られるというようなことは、日常茶飯事だった。取材の要請を引き受けてくださったのは、結局140人余りのうちの4割強というところである。

オウムに対する恐怖というのは多くの場合、事件後時間が経過し、主要メンバーのほとんどが逮捕されていくにつれて徐々に薄れてはきたが、「自分は症状の程度が軽いので、わざわざ話をするほどではない」という理由で断られることは多かった(それはあるいは取材を断るためのエクスキューズなのかもしれないが、確かめようはない)。またご本人は進んで事件の話をしたいのだが、まわりの家族の方の「これ以上巻き込まないでほし



い」という強い願望によって証言がとれなかった例もいくつかあった。職業別で言うと、各種公務員と金融関係の仕事についている人たちの証言はなかなかとることができなかった。

女性の被害者のインタビューが少ない主な原因は、名前から身元をたどっていくことが現実的にむずかしかったからだ。またこれはあくまで個人的な推測に過ぎないが、結婚前の若い女性の中には、このようなインタビューに応じることに抵抗を感じた人もいたのではないかと。「実は家族には反対されたのだけれど」と言いながら、インタビューに応じてくださった方が何人かおられた。

だから 60 人近くの「証言をしてくれる事件被害者」を見つけだすのは、公式な発表によれば 3800 人もの被害者が存在しているにもかかわらず、実に時間と手間のかかる作業だった。

①本書のために進んで証言して下さる被害者の方を、マスコミ媒体を通じて一般に募るという方法もあった。「私はこのような本を書いております。つきましてはお話を聞かせてください」と。そうすれば結果的に、もっと数多くの証言を拾うことはできただろうと思う。実際に、取材がどこかで行き詰まるたびに、それをやってみようという誘惑にかられたのだが、リサーチャー及び編集者と何度か協議して、最終的にその方法は(中略)避けることにした。

(中 略)

原稿化されたインタビューはまずインタビューイのもとに送られ、チェックを受けた。そのときに「私たちとしてはなるべく実名で証言を発表したいのですが、よろしいでしょうか。もし実名が好ましくない場合には仮名を用意します。どちらかをお選び下さい」という手紙を同封した。おおよそ 4 割のインタビューイが仮名を使用することを希望された。文中では、無用のスペキュレーション(憶測)を避けるために誰が仮名であり誰が実名であるかということはいちいち断わっていない。「仮名」とそこにあった場合、逆にある種の好奇心を刺激することになるかもしれないからだ。

また原稿化されたインタビューの事実チェックの際に「これは活字にしてもらいたくない」という部分があれば、それをどのように変更あるいは削除してほしいかをなるべく具体的に知らせていただきたい、ということを書いた。ほぼ全員が多少の差こそあれ、変更あるいは削除を希望した。

筆者はインタビューイの指示通りに、指定された箇所を変更あるいは削除した。その削除・変更部分には往々にして、インタビューイの人柄や生活ぶりをリアルに感じさせる内容が含まれていたから、作家である私としては個人的にかなり残念に思ったのだが、それを削除あるいは変更してしまうと話の流れが変わってしまうというような場合をべつにして、そのまま指示に従った。従いづらい場合にはこちらで代案を出し、許可を得た。

(中 略)

取材において筆者がまず最初に質問したのは、各インタビューイの個人的な背景だった。どこで生まれ、どのように育ち、何が趣味で、どのような仕事につき、どのような家族とともに暮らしているのか——そういったことだ。とくにお仕事についてはずいぶん詳しいお話をうかがった。

そのようなインタビューイの個人的な背景の取材に多くの時間と部分を割いたのは、「被害者」一人ひとりの顔だちの細部を少しでも明確にありありと浮かびあがらせたかったからだ。そこにいる生身の人間を「顔のない多くの被害者の一人(ワン・オブ・ゼム)」で終わらせたくなかったからだ。

(中 略)

そのような姿勢で取材したのは、「加害者＝オウム関係者」の一人ひとりのプロフィールがマスコミの取材などによって細部まで明確にされ、一種魅惑的な情報や物語として世間にあまねく伝播されたのに対して、もう一方の「被害者＝一般市民」のプロフィールの扱いが、まるでとってつけたみたいであったからである。そこにあるのはほとんどの場合ただの与えられた役割(「通行人 A」)であり、人が耳を傾けたいような物語が提供されることはきわめて稀であった。そしてそれらの数少ない物語も、パターン化された文脈上でしか語られなかった。

おそらくそれは一般マスコミの文脈が、被害者たちを「傷つけられたイノセントな一般市民」というイメージできっちりと固定してしまっていたからだろう。もっとつっこんで言うなら、被害者たちにリアルな顔がない方が、文脈の展開は楽になるわけだ。そして「(顔のない)健全な市民」対「顔のある悪党たち」という古典的な対比によって、絵はずいぶん作りやすくなる。

②私はできることなら、その固定された図式を外したいと思った。

- 問1 村上氏は、下線部①にもあるように、証言者を一般公募の形で募らなかった。なぜだろうか。考えたところを300字以内で述べなさい。句読点も1字として数える。
- 問2 『アンダーグラウンド』において、証言者の実名が用いられることにどのような意義があるか、あなたの考えを300字以内で述べなさい。句読点も1字として数える。
- 問3 下線部②に関して「固定化された図式を外」すとはどういうことか、またそれにはどういう意味があるのか、600字以内であなたの考えを述べなさい。句読点も1字として数える。

入試です。これ。これについて話すのはある種の禁じ手。だけど話す。この問題は、「新聞はいかに間違つか」を語るものであるらしい。「新聞報道におかしい点がある」から考えてきてねとのことであった。

### 032 答え

授業では**なんと答えは発表されなかった**のだった。しかし募集してたので答えを作って送ったら「まあそんなもんじゃね」と言ってくれたので、その作った答えをのつけておく。以下答えたやつ。

#### 1. 村上春樹氏と新聞報道のずれについて

##### ①村上春樹氏の議論

まず、村上春樹氏の問題意識は次のようであると考えます。

前提として、現在の日本の報道では、被害者はどんな人物であれ「犯罪被害者」としてひとくくりにされてしまい、その瞬間に顔も名前も特別視されることのない匿名の存在になっています。そのような状態が続かなか村上春樹氏は、まとめて一般化され匿名化されてしまった人たちを、被害者という枠を超えて理解したかったのだと思います。

名前も知らない状態では、彼らを「被害者」とまとめて呼ぶしかない時点で以上のような理解はできませんから(クラスメートの名前を知らないまま仲良くはなれないように、「犯罪被害者」以外の個別の呼び名を使わない限り、まとめられた彼らはまとめてしか表せないと思います)、村上氏にとって被害に遭われた方の実名を明かすことは、彼の目的に対しての前提条件でした。ここで求められているのは、被害者になされている抽象化、一般化を可能な限りやめて、代わりのいない個人として被害に遭った人々を見る視点です。

##### ②新聞報道の議論

対して新聞が論点として掲げた、昨今の問題としての「犯罪被害者の実名意義」は、制度設計の話であり、あるいはプライバシーの権利と知る権利、報道の自由等の比較考量的話であり、「一般論」の話です。ここでは特にルールとして「どうすべきか」の基準につき議論がされているのであって、個々の被害者はあくまでひとくくりにまとめられて表されています。もっと言えば、次の犯罪被害者、もしくはこれまでの被害者がそれぞれどんな人物であったとしても、この議論では特には気にされません。

ですから、次に犯罪の被害に遭う可哀そうな人物がA君でもB君でも、新聞報道の言う「実名報道」の議論には何の影響もありません(たとえば「重大」犯罪かどうか、は議論に影響があるかもしれませんが、その犯罪の「被害者」のほうは、たとえ手違いで別の人間と入れ替わったとしてもとくに影響はないでしょう)、村上春樹氏の「実名を明かす」ことについては大きな違いを生むはずです。

#### 2. 対立の原因

この対立の原点にあるのは、考えるプロセスの差異だと思いました。村上氏はまず「現実の、個別的具体的な」ものに着目し、そこから「どうあるべきか」などもっと次元の上の部分に進む思考プロセスを取ります。問題文では、村上氏は被害にあったそれぞれの個人)にまず注目し、その後たとえば「してもらった話をカットするべきかどうか」などを検討するようにしていました。そうであるからこそ、ある人について報道ができるかどうかを気にする前にまず取材をやりきっているのだと思います。

対して新聞報道などは、まず「どうあるべきか」が先行し、その後にその「べき」の範囲でしか次元を落として具体的なところに立ち入らない思考プロセスをとっているように感じます。問題中でも、まず匿名であるべきか実名であるべきかを決め、犯罪者は顔が分かる「べき」だから詳細に物語を作り、被害者は顔が分からない「べき」だから匿名で処理しているというのは、上記の考えに合致します。

よって新聞報道が、この村上春樹氏の文章についての出題と報道記事を「実名か匿名か」というルール論にまとめて結びつけてしまっているのは、今区別した二つの思考の方法をごっちゃにしてしまう、やってはいけないことのように思います。新聞報道の、まず実名か匿名かという「制度」だとか「ルール」にこだわり、現実暮らし

している個々を置き去りにする議論は、まさにそのまま村上氏が『アンダーグラウンド』においてそこから脱却しようとしていた考え方のプロセスではないでしょうか。

入試問題はこの点を意識的に区別したうえで設問を配置しているように感じました。特に問3で「固定化された図式を外す」という点に着目しているあたり、気遣いが伺えます。

新聞報道の最後のパラグラフでの、「実名か匿名か」よりも『その日、そこで何が起こったか』をありありと描き上げること」に主眼を置くとした村上氏の感想は、配置からして一見「東大入試の着眼点がずれていた」かのような印象を与えますが、ここまでを踏まえてよく見ると、むしろ新聞報道への言葉のように思えます。

問については、以上になります。質問させていただいたことから察していただけるとと思いますが、今の考えには確信は持てていないです。あくまで仮説として、このような考えを抱きました。

### 3. その他

あとは、もう一つ質問として、何故このような問題が「英米法」の課題として出たのかを聞きたかったのですが、出来ませんでした。

ただ、先々学期のフット教官の「法社会学」の授業では「名もない顔もない司法」として日本の司法をアメリカ司法と対比して説明していたことを思い出し、実はこの問題が日本と英米の法的思考方法にも同様にあてはまるの难道うかと思いました。

「こうあるべきだ」という規範が先にくる日本では、規範の揺らぎは司法の信頼に関わるので、法的安定性のために徹底して、誰が裁判官でも画一的な判断ができることを目指します。対して司法が現実には紛争を解決することに役割を見出すアメリカでは、各裁判官が経歴、所属などを明らかにしてむしろそれぞれの個性を前面に出す風潮があり、それぞれが「味」を持って柔軟な法創造をする、とフット教授に伺いました。

結局のところここにも、一見自明に見えた日本のやりかたや思考方法が実はまったく唯一のものではないことが示されているように感じます。そしてそれに気付けるのは、別の国の、日本と別の思考方法で日本の在り方に切り込んでいくからです。

「英米法」の授業でこの課題が出た意味は、まさにここ、異なる思考様式を持ち出して、対比することで自明として考えてもこなかったことを直視できる点にあるのではないかと予想しました。

#### 040 父性について

##### 041 はじめに

先生曰く、法の中核にあるのは歴史的にもずっと男性的権利だった。アメリカとかはこういう父性が強いとのこと。日本はそれが弱く、司馬遼太郎も「たをやめぶり」の国だとか揶揄していた。

そんな話を前にしたから、今回はその父性の現れる絵を持ってきたので、見ていけ!!! とのこと。持ってきたのは、**ノーマン・ロックウェル**の画集。教官が見てもらいたいの

は、「Freedom From Fear(恐怖からの自由)」である。右図参照。この父親の目に現れるものこそ、アメリカになれる父性の感覚であるとのこと。

※ノーマン・ロックウェル(Norman Rockwell、1894年2月3日 - 1978年11月8日)は、20世紀のアメリカ合衆国の画家、イラストレーター。軽いタッチでアメリカの市民生活を描き、アメリカでは幅広い大衆的人気をもつ。ニューヨークで生まれ、美術学校を出てから、アメリカ・ボーイスカウト協会の雑誌などに絵を書き始める。(ボーイスカウト運動に対して多大な貢献を果たしたことに対して、後に、世界で十数人しか与えられていない功労賞(シルバー・バッファロー章)が贈られている。)彼の絵は1916年から1963年にかけて『サタデー・イーブニング・ポスト』紙の表紙を飾ったが、とり





わけ 1940 年代から 1950 年代のものが人気がある。彼の絵は商業主義的で一部の近代美術批評家からはまじめな画家とは扱われず、イラストレーターと呼ばれることもあるが、アメリカの市民生活の哀歓を巧みに描き、アメリカ人の心を捉えているため、最もアメリカ的な画家のひとりともいえる。(Wikipedia)

#### 042 感想

ノーマン・ロックウェルはアメリカの大衆の「心を表す」という評価をされるがその通りで、非常に表情の豊かな(ある種誇張した感じすらある)絵を描くことで有名な人である。

その彼が、1941 年の演説でフランクリン D ルーズベルト大統領の述べた「4 つの自由」を元に描かれたシリーズ「欠乏からの自由」、「恐怖からの自由」「言論と表現自由」、「個人がそれぞれの方法で神を礼拝する自由」のうちの一つがこれである。

着目してほしいのは、父親の表情だとは言ったが、そこにあるのはただただあふれる父性。強さとも言えるかもしれない。子供を守るためならば平気で命を賭すであろう覚悟が、絵の中から浮かび上がってくる。普段、はっちゃけた破顔を書くことが多いノーマン・ロックウェルが、ここでは徹底的に父性を、限りなく忠実に伝えてくれるというのが心を打つ。

#### 043 ビデオ鑑賞

ここで「ガイアシンフォニー」というドキュメンタリーを鑑賞した。いくつかパートに分かれているみたいで、今日見せてくれたのは一つは無人島で研究する学者親子、一つはハワイのナビ(航海士)の話であった。

どちらも共通するのは、柿島さんの感性と言うか信条だと思うんだけど、あくまで現実に根ざすところを出発点としているところかな。学者もナビも、自分が社会あるいは世界、自然のなかでどのような位置にいるのか、どんな存在なのか、とても気にする。限りなく具体的な地点から自分を見つめ直して、その上で考えて行動する立場は、英米法好きな柿島さんと被るところがあるのではないかと思う。

まあ単純に好きだから見せたってのが 90%くらいだとおもうけどね。

と思ってたら次の授業で教えてくれました。

英米法には「**自然法 natural law**」の側面が多分にあるんだけど、それを感じてほしかったんだって。たぶんこれはフットさんの言っていた「生きた法」とかにもつながるんだけど、アメリカ人の「法」には unwritten law 目に見えない法も含まれている。それは自然だったり、経験だったり、あるいは哲学だったりすると思うけど、それはいつも私たちが使う「例外」付きのルールとは違って、いつでもすべてを包み込む存在であろう。そういった世界を、少しでもガイアシンフォニーのなかで人々を包み込んでいた超然的な雰囲気から感じてくれたらいいんだけどなーということでした。

#### 050 テキストについて

##### 051 私たちと法

『私たちと法』は米国の小学生向けのテキストなんだけど、なぜ使うんだよという問いについて、答えておく。少なくとも、言葉のレベルで文句を言うのはおかしい。平易な言葉で物事を伝えると言うことが、本当の理解を確かめる基準になる。そして「正義」だとか、あらゆる諸概念の根底にある概念の理解は、そのレベルで行いたい。

**正義**って言葉をみてるなら、たとえばアメリカの法務省的な場所が「judge 正義」であることは無意味ではない。人間以外の動物が正義と言う観念を持っているだろうか？少なくとも、人間の社会の複雑さのなかには正義観念とは関わっているみたいだとの事。

正義も権利も目に見えない。あるのは皆の心の中だけである。それは重大な意味を持つ。だってその社会で暮らす人たちが正義と言う考えを持っている、生れて暮らす社会の中で「正義」があると信じる人がそれだけいるのか、で社会の在り方は変わってくるのだから。見えない以上、見ない奴には見えない。それが意味するのは、人々の心から消えた瞬間に霧散するということだろう。

では、なぜそんなアメリカの思想を学ぼうとするのか？アメリカ合衆国憲法は、例外を除けば最も古い成文憲法であり、長い歴史を持って世の中を支えているからである。アメリカはある意味で、一つのシステムと見ることができる。他の国が元気になってきたからあれだけど、それでもアメリカは力を持った国である。アメリカは豊かな資源と人口で世界を牛耳っているのなら、もっと南アメリカのほうの国だってかかわってくるだろう。

じゃあそこに何があるのか？歴史と文化のなかにある「個人」の意識に他ならない。そしてそれを、是非理解してほしい。だからあのワークをやらせるのだけ！

## 100 概観

## 110 英米法系

## 111 英米法の意味

英米法は、「日本法」とか「フランス法」とかと同次元ではない。英米法とくくるとき、実はそこにはアメリカ、イギリス**以外**の国がそこに含まれる。

英米法はふつつ英語で **common law** というわけだが、これはイギリス由来の法体系を持つ「系」とつけるべき概念ですらある。これは大陸法 **civil law** とかと比べるべき次元の話なのだ。

英米法系、大陸法系といったときに、一連の同じ系譜に属する法同士を **regal family** という言い方をすることもあるみたいだね。

※じゃあ「系」とかいうくらいならどこで似ているのか？という疑問が出るかもしれない。それは、私法の世界である。とくに common はふつつってこと。誰でもそれに従えよってルール。公法じゃねーだろそれ。私人と私人の、生きる人々の間でのルールでしょうが…！

もちろんその他の法体系に属することはありうる。しかしながら世界のマジョリティはこれらの法体系に属することになる。

## 112 大陸法と英米法の違い

では両者の違いは何か？一つは、近代化の際に「**ローマ法**」を継受したのが大陸法だということだ。対外的に進出していく中で、社会経済的な変化に対応すべく法を近代化させるとき、**法典化作業**が行われることになった。そして近代とは、nation state が誕生し始めたまさにそのタイミングであった。国民を均質化し、工業化に備える動きがどこでも出たのだった。

そのときの法律編纂のコアに使われるのがローマ法であり、逆にそれをしなかったのは英米法である。これはのちに「英米法の歴史」のところでちゃんと話すが、じゃあイギリスはどうやってなぜローマ法をシカトした？と言う話になるよね。というわけで、見てみよう。

※多少は影響受けている。さすがに。

理由①イギリスでは国王の裁判所で判決文がどんどん出る中で、**common law** が法典の代わりをしてくれた。イギリスは非常に王権の強い形での集権化が行われ、イングランドにあまねく適応されるべく法、として common law が存在したのであった。ここで common は互いに共通すると言う意味であり、まさに全域にわたって適用される法である。それが唯一の法として存在した以上は改めて法典編纂をする必要もない。

理由②法の近代化の要請にこたえられた

なんとイギリス法は、common law とは別の法体系「**equity エクイティ**」を発展させることで、近代化の要請に適応していった。

理由③「**法律家集団**」が強かった

早くからできていた法律家集団が自ら法の近代化をしたりしたし、ローマ法の伝播を防いだわけだ。

## 113 イギリス法の伝播

イギリス全部がそうだったわけではもちろんないのだけれど、そもそも植民地時代には common law の適用ルールとして、①「**征服**」「**割譲**」により適用された土地については、国王が修正変更をするまで在来の法が存続する、②イギリス臣民によって**発見**又は**植民**された場合は、植民地において適用できる範囲で全てのイギリス法が即時適用できる、というものが主張され、その範囲でイギリス法は世界に広まった。

※①のルールにより、ルイジアナとかケベックとかはイギリスが進出したが大陸法系だった。既にいた奴らの歩による。

※②臣民は生まれながらにして法と言う権利をもっており、そのためにどこでも法を携行している、という論理である。イギリス内でもスコットランドはウェールズとかと違い早くから支配されなかった。②のルールのおかげでここではスコットランドで非常に異なった立法が現在も維持される。

## 1 2 0 英米法の特徴

### 1 2 1 歴史的継続性

英米法の特徴としてまずあげられるのは、継受がなかった（法律家強かった！とかやったよね）からずっと伝統としての法が今まで伝わってきている。

アメリカもイギリス法をそのまま発展させてきた。法の中ではそれぞれの言葉が幾何学模様の様に整備されることも目指されるのだが、英米法の世界ではその通りではなかった。

例えば契約法では、一定の種類の契約につき書面にしなければ裁判所の保護を受けられない。これは 1677 年の Statute of Uses からきている規定であり、理解にはなんと 17 世紀法の理解が必要になってきたりするのである。

### 1 2 2 歴史的淵源の多様性

裁判所が適用する法の源（**淵源**）が多様である。言い換えれば、中世の時代にはいろんな種類の裁判所があり（教会裁判所や商人たちの慣習裁判所とか）、裁判所の歴史と共に法が発展してきた。それが整除されることなく、多様性を保ったまま合理化されていき（だから今の物とかつてのものと同じではない）、非常に**多様な淵源**を持つ。主要なモノをちょっと紹介する。

#### ① equity（衡平法）

量りのバランスとしての「衡平」法である。この訳語は今はあまり使われないんだけど、非常に特徴をよくとらえている表現である。

common law の裁判所には実は三つ種類がある。中世の裁判所が初期に発展させた common law とは別に、実は equity の裁判所が発展させてきた法がある。ということで沿革をみていこう。

国王の裁判は、国王の代わりに国王の家来が裁判するという形で発展してきた。中世の時代には、国王とその周りの主要な家臣が重要な政策を決めており、国王一人じゃ決められないから周りのお世話を頼んでいた。ここには**主権**が掌握されていたといえるかみしれない。

イギリスの様々な統治機構では、今言ったまとまりを **Kings court（王会）** と言ったのだった。そもそもノルマン朝の王がイギリスで支配権を持つからフランスの言葉づかいが混じるんだけど、さらに Curie Reg とか言われたりした。こうしたところから派生的に様々な行政機関が発展していき、common law の裁判所はここからはじまったのだった。

**大法官 road chancellor** と言う存在はそのなかで、王に法的なことについてアドバイスする係りで、聖職者がこの任務につくことが多かった。

中世の時代においては立法も行政も司法もそもそも分立してないのでまぜこぜで「神からの統治権」として理解されていたところがあったのだった。だから国王の裁判所が発達したあとも、「国王」への直訴の道が残されていた。それを使い、common law がこれこれこのままだからなんとかしてくれ！という流れで訴えがなされた。

例

封建時代にはイギリスの法制史を勉強すれば分かるけど、「どうにかして税金を免れよう」ということを考える政治的戦いが行われる。すると common law 上は A から B に土地を移転するけど、実はそれは C のために使ってほしいからだった…みたいなことが起きるようになった。たとえば C が大きくなるまで管理してもらおうなんて場合。A は形のうえだけで B に売ってるんだけど、C のために使わなかった…！なんてとき、common law の世界では意味がない。B が権利者なんだし。

するとそんなとき、いつのまにか王ではなく**大法官に直訴**するシステムがだんだんと出来上がった。国王のハンコを持ってるのが大法官。東欧のハンコは朱肉だけど、西欧は蠟をつかってつくる。羊皮紙を丸めてシールとして使うモノだった。大法官はこういう意味で秘書みたいなやつだったんだよね。

こいつが、「本当はこうだったんです…」みたいな説明を聞いて、納得すればこれを救済してくれる。この世界の法が「**衡平法**」として育ってきたのだ。

※サービスってのは、本当は労務の提供を指す。封建時代の「奉仕」というとなんかタダ働きのイメージあるけど、全然違うから。労務は負担であった。

※信託 trust はまさに信頼と言う意味である。A がさっきの B に trust の地位を与えていることになる。

ie がつく「受け身」、er が付くと「働きかけ」になる。

このように二つの法概念が根源に存在している。



つまり、沿革からして equity は common law を**補充**する。common law の救済は金銭賠償に限られるが、equity は救済しきれないときを補うためにあるので、その救済も「**不作為命令**/差し止め命令 in junction」「**作為命令**」など多岐に渡る。この命令を実現させるため、制裁を行う機関が存在している。制裁には身柄の拘束と制裁金とがあり、裁判所の命に従わないひとに「払うまで何円/日」とか「払うまで拘束」とかできる。

### 1 2 3 common law と equity

最も大きな意味では common law は「**英米法**」である。しかしながら、この概念は statute (**制定法**) と対を為す概念として、「判例法」という概念にもなることがある。ただし、そのなかには先に触れた **equity** も含まれることになる。するともっとも狭義の意味として一般ルールとしての common law が存在している。

役割多過ぎるな感じだけど、これは逆にこれだけ common law が重要と言うことだろう。

※二つの法源 差異

equity には**陪審**がない。何故なら聖職者たる大法官が、実体に即した処理をしてくれるからである。

「判決」も common law では judgment、equity では decree である。まあ昔の区分っちゃあそうだけど。今ではこの二つの裁判を統合するところが多いが、それでも陪審がでるかどうかは違ってくる。これは歴史的知識の留まらない現代的意義を持っているのである。

※equity の形容は equitable。これは equity 上の権利 (interest) を持っている、という意味であるが、これに対しての common law 上の権利は regal interest である。ここにも概念としての違いが表れている。これにより、同じ財物に対して equitable interest と regal interest の所属が異なることがありうることになる。

# 1

# 判例法主義

## 2 0 0 判例とは何か

### 2 1 0 英米法における判例

#### 2 1 1 大事な判例

英米法の特徴として一つだけにしぼってあげるとすれば、やはり**判例法主義**ということになる。

英米では制定法の数に日本に劣らず多くなっているのに制定法の役割も増しているのだが、法の基本的な部分に置いて、つねに判例に重きが置かれるし、あらたな法問題への立論の基礎は常に従来の判例を参考にして、それを拡大解釈だとか何とかして解決しようという方向にまずおかれているのである。今は**裁判所規則**という形で文書とすることもあるけど、それでも判例からの発見と言うスタイルは、英米の法学の基礎にある。

というか冷静に、英米法のなかにもいろんな分野がある。日本法と言っても意味がわからないのと同じで、もっと詳しい具体的な実定法が存在する。日本だってそういう法を学ぶときに、判例は重要でないなんてことはない。

#### 2 1 2 判例から入る

日本も制定法主義をいながら判例を見るし、英米だって制定法が重要でないことなんてないのである。

ただ、そうするとなぜここで英米法をわざわざ「**判例法主義**」というのだろうか。

アメリカではロースクールの一年生を 1L とか言ったりして、その時に一番勉強するんだけど、緊張感を持ったケースメソッド (参照: 映画「ペーパーメソッド」) が学習の主である。

一番初めに習うのは contract 契約法、torts 不法行為法、property 財産法、civil procedure 民事手続法、criminal procedure 刑事手続法、最近では国際法とかも。

※日本は製造物責任法一つとっても「欧米がやってるし」という理由で官僚によるコピー立法が結構行われることが多くて、まず議論につき欧米各国の立場の一覧表を作ったりするくらい。対してアメリカでは「自前で解決する」のが基本スタンスだから、どこかの国を参考にしよう、ということは例外的。だから国際法を取り入れる動きは非常に新しい。

ポイントは**手続法**にすぐ入ってこと。彼らは最初から手続重視で法を学び、1000 頁越えの判例ブックを参照して勉強を行うのである。日本は基本書とかに書かれた理論から、とくに民法から勉強に入るのに対して、彼らは判例から法に入るのである。



そもそもここでは、日本とアメリカの判例法に対する理解が異なっている点に気を付けよう。

日本の民法の大前提は、国家から分離された市民社会を規律する法であること。それも平等な市民社会におけるものでなくてはならないし、国家から分離されたと言えるため、**全てのケースを、一般的に解決するようなものでなくてはならない**。それゆえに、全てをカバーする存在として日本では民法が結構「万能」な感じで捉えられる。それに対して特別法がある…みたいな感じ。

でもアメリカではそうではなくって、そもそもその「民法」のような役割を判例が果たしているのである。だから民法だとか実定法も、ここでは特別法の一つに過ぎなくなってしまう。

### 2 1 3 u.c.c (ユニフォーム・コマーシャル・コード) 統一商事法典

このようにスタート地点が判例であり、個別的なものであるということは例えば統一法典を作ろうとする動きなどを見るとより分かりやすくなる。

日本でいうと、契約法も不法行為法も財産法も民法で規律されるが、アメリカでは**州法**で規律される。

そのために州によって法の中身が異なることがあるわけだが、ここで州を超えた取引に際しては問題が生じる可能性がある。ということで、アメリカでは早くから国際私法と同様の問題意識が存在しており、アメリカの商法を統一しようという試みが出ていた。そのなかで最も成功したものがこの **u.c.c** である。これは「こういう法を採用しませんか」と声を各州にかけて、採用してもらおうという試みである。

**統一州法委員** (公的な存在ではないのだが) が組織されるようになり、いろんな法分野に対し提案が持ちかけられる。もちろん全ての州で成立…みたいなことになったのはこの商事法典だけ (売買や有価証券、動産担保や銀行取引など) なのだが、大陸法系に属する**ルイジアナ**を除きすべての州で商法ルールは一括化された。そのルイジアナも一部につき統一商事法典を採用している。

ここにあるのは、**まず個々のルールがあり、その後にそれをまとめようとする動き**である。日本法の在り様とは根本的に違う部分がそこにはある。

### 2 1 4 裁判所への委任

もう一つ強調しておきたいことは、訴訟法に関しては裁判所規則で制度化されていることが多いことである。手続法がしっかり成文化されていないと困るのは確かで、事実そうされているのだが、これが法律ではなく「**裁判所**」規則と言う形になっているのは一つのポイントである。この裁判所への委任はほぼ白紙委任で、他の法律でこんなことやっていたら違憲だとか訴えられそうなレベルである。

しかしアメリカで**司法権は社会的に非常に大きな存在であり、裁判所に対しての信頼が大きい**。裁判官が「どういう裁判をすればいいかはわかっているでしょ」という社会的信頼が、このような白紙委任を可能にしているのである。

### 2 1 5 帰納と演繹

判例法主義というのは英米法律家の物の考え方を非常に近い部分があり、英米では**事実関係**から詳細に分析をおこなう所から思考をはじめめる。そして従来のケースとどこが違ってどこが同じなのか、水平な形での論理の展開がなされる。これは演繹的な大陸法系の法律家のアプローチの仕方と対照的である。

**と、教科書には書かれるのだが、これは教官としてはあまり答案とかに書かれてもうれしくないらしい**。ようするに、「それってどういうことかわかってんのかよ」という意味で不安だとのこと。

このことは、実際の英米人の物の考え方とも関連するところがあるらしい。経験主義だとか言われることもあるのだが (これは経験主義について書かれた本をいくら読んだところで分からない思考である。だって経験主義だし)、結局は法律家も法律家である前に 1 人の国民であることには疑いが無いのである。田中先生の教科書でルイジアナ州だけ大陸法系と書いてあるけど、事実思考体系そのものに、他の州のアメリカ人との違いを感じることができるとのこと。

### 2 1 5 各論的考察の重視

これは言ってみれば、総論的な考察を軽視するということである。そもそも総論というモノをあまり考えず、明確な論理で一貫した説明を与えようとすることに評価が与えられることも少ないし、やろうとする人も少ない。例としては 1948 年のフェデラル・クリミナル・コード (**連邦刑法典**) が挙げられる。

アメリカは連邦と州の二重の主権が与えられているが、ここでは連邦の刑法典につき、「**アルファベット順**」という検索しやすそうな構成が取られているのである。

日本の「第一款」とかいうやり方に比べて、どれほど総論を重視しないのかをわかってもらえたらだろうか。

※彼らの「法」は具体的な「準則」の集積となるという表現が田中教科書では使われている。準則と言う言葉はあまり聞かないけど、田中先生はここで「rule」につき「準則」と読ませている点に注意しよう。ここで rule はそれを見るにつきすぐ実行できるレベルでの具体化がなされたものとしてとらえられる。だから、多少の特別扱いと言うか、問題解決のための柔軟な制度が用意されている。

※救済重視…**懲罰的損害賠償** punitive damages といって、実損とは無関係に、違法な行為をした人を罰する目的で損害賠償を認める制度がある。アメリカでは基本的には**不法行為法につき（行為者の悪意性が強い場合に）認められる損害賠償制度で、一般の民事訴訟に刑事制裁的な側面を持たせている**。これを当否、額…と判断するのは、陪審である。相手をこらしめることが目的なので、相手の資産額だとかも考えていい。マクドナルドでコーヒーを買ったおばあちゃんがコーヒーこぼしてやけどを負った事件で巨額の賠償額が認められたのも、同様のクレームを黙殺していたマクドナルドへの懲罰的な額を「マクドナルドの一日のコーヒーの売り上げ」を基準にして定めたからである。

この制度はなかなか日本人には理解できない。しかしここでは民事訴訟のなかに刑事制裁、懲罰的な側面を含んでいるのには注意しよう。これをとんでもない、と思うかもしれないけど、例えばこんな例があります。

自分の家の一部を間貸し（もしくは賃貸アパート経営）していた人の話。

借りている人が家賃が払えねえと訴えてきた。貸している側は、払えねえ人の金歯を引っこ抜き、「これで払えばいいやで（ニッリ）」と言い放ち、これに対して訴訟が提起された。重要なのは、懲罰まで含めて一発で訴訟に付されることである。日本だったら警察に行かない限りはこれに対して制裁は下せないが、英米法では違う。**一回的解決**で当事者の懲罰的な意味も含んだ救済を与えると言うのはいいことなのである。

そしてここには権利観として、**「裁判所にいけばこういうことをしてもらえる」ところに権利を見ている**市民像が浮かび上がる。彼らは権利と銘打って事実の救済を与えないものにつき、法とは認めない。「悪いやつは罰せられる」という社会的規範がいかに「実現」されるかというところ、**現実的作用**に重きをおくからこそ、ここでは以上のような懲罰的な訴訟形態が当たり前とされるのである。

## 2 1 6 法曹一元

日本は司法研修のタイミングで、将来何になるのかを考えたりするけど、とにかくその後すぐに判事補なら判事補になり、検察なら検察になり、弁護士なら弁護士になる。辞めたりする例はあるけど少ないし、弁護士から裁判官なんて例はとても少ない。

**法曹一元**はこのように言ってみれば「**純粹培養**」、**それぞれの相互交流のない垣根の高い法曹システムの対極を為す**ものである。すなわち、英米法では検察官ならば彼らを政府の弁護士と捉え、（英国なら）国王（女王）が刑事被告人をうったえる構図を取り、その訴訟代理人とみる。ここでは役割としての役割が内部で分化していないのである。ゆえに、その地位はそこまで社会のなかで高くはなかったりする。ロースクールを出てもすぐに裁判官になるわけでもない。いわゆる弁護士 lawyer 資格は弁護士になるための資格というだけでなく、その資格をもって様々な地位につくきっかけとなる。その上で経験を積んで裁判官になることがほとんどである。

そういう意味で法曹が一元的で、内部で分離してくっつかないということがない。そういった社会の様々な面への関連性からくる信頼は厚く重いものがあるとのことである。

## 2 1 7 裁判官の独立

上訴の権利を実際に認められうるか判断するのは基本的には裁判所。アメリカ合衆国最高裁に寄せられる 7000 あまりの上訴のうち、取り上げられるのは 100 くらい。

こういった恣意を支持するのか、そこはひとえに「**司法への信頼**」にかかっているだろう。そしてその司法への信頼は、裁判官の独立が保たれているのか、にかかっている。

イギリス裁判官の伝統は、裁判が終わったら即座に裁判官が判決を述べると言うことである。**貴族院** house of road は複数の裁判官で構成されるが、この場合順番に自分の意見を述べていく。それぞれ下級審であっても、多数意見であっても、誰がどんな裁判をしたのかが全て明らかにされる。日本では公開されない下級審の反対意見も、ここでは公開されるのである。

裁判官ではそもそもそういう存在だ、という理想像もここには込められているように思えるが、裁判官が自分の法廷をどう構成することができるのか、決められる範囲は存在する。

そこを**裁判官が良心にしたがって考えて出した結論を支持する信頼、これこそが英米で言う「裁判官の独立」なのである**。裁判官の意見を攻撃されないように隠す、という日本のやり口とは全く違うので注意するのだ！

## 220 判例を見ていく前に

### 221 判例とは

一言でいえば、**法的に争う被告原告に対して裁判所が判断を下したものの集積**が判例である。この裁判所の営みは英米法系でも大陸法系でも変わらないが、判断の際の「根拠」すなわち法源が、判例法主義の国では第一義的に判例にある。これを端的に**判例法主義**と呼ぶ。

判例法主義を支えているものについて、Doctrine of Stare decisis/Doctrine of precedent すなわち **[先例は拘束する]**という概念がある。拘束する、とはもちろんそれに縛られることだが、今、ほとんどの場合でアメリカは三審制をとっているので、「どの裁判所の判断」に拘束されるのが問題になる。ここでは、三審制につき「**自ら**」および「**自らより上の審級の**」裁判所の過去の判断に拘束されるのである。日本で言えば東京高裁は自らと最高裁の判決に拘束されるが、大阪地裁や福岡高裁の判決は参考にしても拘束はされなくてよいと言う感じである。

このため、同じ審級だとしても結果が異なる、ということがよくある。最高裁の判断が下されるのは、重要な法的争点だと（判決に食い違いがでて）判断され、統一の必要性があるな、と思った時である。

ここでは最高裁はさぼっているのではなく、むしろ機が熟すのを待っているのであって、これは当事者の争いをまず前面におく英米法体系に照らして面白いところである。

ちなみに上級審が示した結果に下級審の判断が拘束されることを law of the case とか言ったりする。

※既判力は同じ裁判に対しての話で、判例法とは別。

この原則は言い換えれば **Like cases should be treated alike** ということである。判例法主義のもとでは、法は法典のなかでなく判例集のなかにあるので、それを発見してそれを事件にあてはめて結論を出すことになる。

### 222 やるべきこと

そうすると、原告の弁護士がすることは**依頼人の利益追求**なのは当然だが、車と自転車の接触事故一つとっても弁護士は被害者が勝っている事件を沢山探してきて、「過去に同じ（条件の）事件でこっちが勝ってます」「過去のこっちが負ける事件とはここが違います」と主張しあうことになる。何が法の目から見て「同じなのか」、（だって、あくまでまったく同じ事件なんてないわけだし）ここでは **like の範囲が問題になる**。

※Ratio decidendi **判決理由**…判決を見ると、裁判所は事件について判断を下す際に結論を述べる時、事件についての事実につき、これまでの下級審の判断、そして法的な争点は何か、当該事実に適用されるべき法について分析を行っている。**最も大事なものは当該裁判所がその結論を出した理由なわけだが、この先例拘束性があるのは、つまり法的な拘束力を持つのは、この部分だけ**である。

Lawyer にはこの部分を見抜く力が求められている。これは紛争解決に「**必要かつ十分な**」**範囲での法的判断**である。**それ以外は「傍論」として、判決理由とは別個に解される**のである。

そしてそのなかで、何がどう判断されるのか、判例における「法」が出てくることになる。

## 300 判例による法発展

### 310 厳格責任

#### 311 同上

じゃあそれを実践しよう。いつやるか？いまでしょ！！というわけだが、ここで実践のために扱ってみる名誉ある分野について補足しておく。すなわちそれは、「**厳格責任**」である。

アメリカには、基本原則として「**事故から生じた損害は、それが降りかかったところにとどまるべきだ**」というものがある。アメリカの過失責任の原則では、合理的な注意を払ったかどうか重視されるので、たとえば車の運転手が突然の発作で気を失い、被害者にぶつかって損害を与えた事例で被害者の救済が否定されるなどということもあった。しかしながら、アメリカ法の下でも、加害者が損害を負担するとされるべき場合が二つある。

#### ①過失責任

一つ目は、もはやそれが事故とは呼べないようなケースである。過失があって、合理的な義務すら果たさなかった場合の事故には、責任が伴う。

#### ②厳格責任

そしてもう一つ、ある人がある行為を行ったと言うだけで、その責任を問われる場合がありうる。それが「**厳格責任**」であり、例外的に製造物責任の場合に認められるものである。



ここでは、過失責任が判例のなかでどう扱われ、どう射程を延ばし、どう厳格責任につながるのかを見ていながら、アメリカにおける判例の取り扱いについて確認していくことにする。

※傍論だが、この厳格責任の概念自体は、かつてのコモン・ローの時代からあったものである。それどころか、初期におけるコモン・ローの訴訟追及はほぼすべてこの厳格責任によっていた。

そして損害を生じさせる蓋然性がきわめて高い行為は、異常に危険な行為として、現在においても厳格責任が問われることになる。

日本では製造物責任法がある日審議されて、通ると新たなルールがその日に生まれることになる。

六法の世界だけ見ているとそれで当然だし簡単な事のように思えるが、（そのカラクリはこの後ビデオで見せるが）これは当たり前の事ではない。

これから見ていく中で、その「変化」をもたらした道のりはかなり大変で長いものであることがわかるだろう。「私の製造物に欠陥があったら、喜んでお金を払おう」というような人たちがばかりだったら問題なかったんだけど、現実問題世の中そんなに甘くない。この苦難と言うかそういうものをみていく。

### 3 1 2 請求原因・法源

アメリカにおける製造物責任をめぐる訴訟では、大きく分けて4つの請求原因が考えられる。すなわち、

- ①**不法行為法上の過失責任** (negligence)
- ②**不法行為法上の不実表示** (misrepresentation)
- ③**契約法上の補償責任** (warranty)
- ④**不法行為法上の厳格責任** (strict liability in tort)

である。これらの請求は同時に提起されることが多い。法源は、まず①州法（判例法/リスティットメント）、②各州議会の制定法、③連邦議会の制定法の順に重要である。もちろん州が異なっても、それによってまったく無関係な法として取り扱われるかと言うとそんなことは無く、各州法の発展は相互関連し、刺激し合う形で行われている。この意味で、他州の判例も第二次的な**説得的法源** (persuasive authority) であると呼ばれている。

※**権原** (title) …アメリカでは、物権を持つとかそういう言い方をせずに、権原を持つという言い方がなされる。物権法 (estate) の話だったりするとまためんどくさくなってくるらしいがここではあまり立ち入らない。ボクシングでもなんでも、日本一の「タイトル」というのは、チャンピオンとしての権原。「勝って」はじめてタイトルは得られるわけで、ここではその人の行為をしっかりと見て、これならいいなという保障、それをするところまで含めた概念である。

さて、以下に流れを見ていくが、**かつては被害者にとって製造者を訴えて勝訴することが難しかったのに対して、判例法上次第に条件が緩和され、賠償が認められやすくなっている**点に注意しておこう。そして厳密には、無過失責任に過失責任がとって変わられたというよりは、「別の道」として救済ルートが確保されたと言う形である。だから過失責任もいまだなお重要な位置を占めていることは一つ注意しておこう。

### 3 2 0 判例その1 : Thomas v. Winchester (N.Y.1952)

#### 3 2 1 あらすじ (参考『アメリカ不法行為法』樋口範雄)

1852年のニューヨーク州最高裁の判決である。原告は夫婦であるが、妻が病気になり、医師のもとタンポポエキスのつもりで処方してもらった薬をトーマス(嫁)に飲ませた。ところが病状が急変し、妻は死にける羽目になった。実はラベルにはタンポポエキスと書いてあったが、メラドンナという毒物がこの薬の中に混入していたのだった。

ただ、トーマスさんのところに薬がくるまでの経緯が少し特殊だった。当時は時代が時代なので化学薬品とかはあまりなく、ハーブ系の植物の薬を皆飲んでいたので、毒薬も使いようによっては薬なので出回っていた。この猛毒メラドンナはタンポポエキスに結構香りとかも似ていて、**間違えてラベリングされていた**のだ。

訴えられたウィンチェスターさんは、直接の契約関係のない (privity of contract がないと主張) 人間なのだが、間違えてラベリングした奴について**使用者責任**を追及されている。

ウィンチェスターさんの弁護士は「契約関係がないじゃないか」「俺の過失じゃねーよ」「過失のあったやつに責任を追及したら？」と言い放つのだった。

※英米は陪審付きの裁判というのが(エクイティ上の権利を争う場合は別だが)原則で、陪審による裁判を受けるのは権利であり、それを放棄すれば別だが基本的には陪審(12人が基本スペック)が付くものとして訴訟手続きが構成され進んで行く。



裁判は陪審の前に立って証言する形で行われ、陪審の役割は事実を認定することである。そのための手続きの場面を trial と言う。これは日本語にするとなんか「試す」感じがするけど、陪審と言う一般市民の、普通の生活のある代表の前で負担をかけず集中審理するためにこの trial はとても重要で、それ以前の準備期間とそれ以後で時期を区分するのが一般的である。

※たとえば trial 前なら、原告がある事実を主張していて、もしその通りだったとしても原告の求める請求が全く通らない場合にはそもそも trial する利益がない。だから「無駄なんだ、無駄無駄…」と言う請求をすることができる。もし通れば trial も開かれぬ。多分その時にこの抗弁をしたのではないか。

さて、じゃあここから、判例法主義を実践していくことにする。

まずウィンチェスターさんの弁護士（以後、弁チェスター）は「契約関係がないから責任はないよね」というために、馬車の車輪に欠陥があった事件、**Winterbottom v. Wright 事件**を持ち出している。

### 3 2 2 Winterbottom v. Write (1842)

1840 年に郵便馬車が運行中に突然壊れ、御者（原告 X）が投げ出され重傷を負った。被告の Y は、この馬車の製造・修理を引き受けていた御者であった。被告 Y は郵政長官 P との間に契約を交わしていたのであって、その P が X の使用者 A に委託契約を結んでいたことから、直接の契約がなかった。

ここでこの判例では、「被告は最初に売った人との間でのみ、馬車を（瑕疵なく）引き渡す義務を負うのだ」として、「直接の契約 privity of contract」がない原告の訴えが認められなかった。つまり、被告は A との間で契約していたのであって、そこまでは責任が及ばぬ—よと言っているのである。

※Y を訴えたのにも理由がある。P は**郵政長官**だったから広く免責されるはずだし、A は当時は労災補償とかもないから、X に安全な馬車を提供する義務があるとは認められていなかったのである。

逆にここで Y に責任が及ぶとすれば、おそらく Y は P との契約に**損害賠償の折衷を盛り込むようになる**だろうから、P への国家免責が空文化すると言う意味でも、請求を認めなかったものと思われる。

ただし、この「直接の契約関係」が持ち出されたのは、原告がそもそも「契約関係」を持ち出したからで、それはすなわち、契約関係でも持ち出さないとやってられないような、原告が救済されないシステムがあったからである。こういう意味で、この訴えは、当時の世の中の「違和感」を述べていたともいえる。しかしながらこのいわば**「契約関係の法理」は、19 世紀に不法行為法が発展する際に、逆に、契約関係が無ければ過失責任も成立しないという形で、不法行為責任拡大の障害として利用されてしまう**。この背景には、企業活動を制約しないようにする配慮などもあったのかもしれない。

※逆に、「過失」責任と言う縛りがこの当時確立していなかったために、この法理を採用せざるをえなかったということもできる。つまりは、こうしないと際限なく製造物責任が認められてしまうということである。

### 3 2 3 援用できるかな

これは**イギリス**の法理であったが、アメリカ判例でも契約関係の法理は広く受け入れられ、今回の事件でも引用され主張されることになる。

馬車事件 被告→A→B→原告 原告「てめえがちゃんと蹄をうたね—からだろうが！！」

本事件 被告→A→B→原告 原告「てめえがちゃんと以下略」

確かに状況として契約関係は似通っている。弁チェスターは、「同じだろ？これが先例だ…！」と言い放つ。しかし裁判所は「甘いな」とこれを認めないのだった。

思い出そう。**具体的な事件の解決に必要なかつ十分な範囲（ratio decidendi）でのみ、判例は尊重される**。ここでは事件の解決に必要な部分において、差異があったということなのだ。

確かに事実関係は似ているけれど、良く考えると違うところがある。本判決では

①原告がもし死んでたら、被告は**業務上過失致死**で刑罰の対象になっていた。

過失の違法性が、ここでは犯罪性につながっているのは大きな相違点である。

②some person（誰か）が心身に**重大な被害**をこうむることが、ほぼ確実で自然である。

なじみのある言葉を使うと、**予見可能性**である。まあ正確にはもっと狭い概念。個人的には直結性みたいな感じだと思う。ようするに、直接の契約関係がなくなっただけで、知らない人をいきなり死なせたら責任を負うのと一緒に、その過失が誰かの重大な危害に「直結」するのなら、責任を負わせていいのでは？ということ。この「確実」がどの程度かは議論があるが、少なくともとここでは「ほとんど 100%に近い」レベルで被害実現が予想できた。

③本件では、仮に被告が薬局に本剤を勝手に置いてきた場合でも責任が問われるから、**契約とは無関係**である。例えば馬が暴れるとか言うのは結構よくある事態だったりするんだけどまあ馬は結構危ないので、手綱も付けず放っておくとかはやってはいけないことである。そんな判例もあったし、装填された銃を子供に手渡して怪我をした時責任を負った事件もあった。それと同じだろう。

こういった点から、責任を認めた。**契約関係の法理に、例外が認められた**のである。

### 3 2 4 この判例の射程

判例は業務上過失致死の責任が成立しうる旨示唆するが、ここまでを ratio decidendi と見れば判例の射程はそのぶん狭くなる（刑事上同様の責任を追及しうる限度で、製造物責任が認められることになる）

しかし、ここで単なる不法行為責任の問題として見る事ができれば、話はまた異なることになる。

契約法は X と Y との間に成立する関係の確定が目的になる。対して**不法行為法は、事前に出会うことがない当事者間の関係を定めるものだから、ここで適用ルールは非常に広く第三者に対してのものになる**。ここで Y に義務を負わせるのは、一般人にひろくその義務を認めていいからである。射程は、この判例だけでは決まらない。実は判例は**引用**されてはじめて、その価値としての射程をはっきりさせるのである。

### 3 3 0 判例その 2 : MacPherson v. Buick Motor Co. (1916)

#### 3 3 1 あらすじ

※Corp.ならコーポレーションの略。対して Co.はカンパニーの略。

この判決を書いた裁判官は最高裁判事になり、この判決はリーディングケースとして有名になった。リーディングケースと言うのはその判決が出た瞬間にそうなるのではなく、歴史による淘汰を経てそう評価されるものであることに注意しよう。ここには淘汰があり、コモン・ローの特徴として「法が進化していく」ことが言われることもある。なぜこの判決はそう評価されたのだろうかも含めてみていこう。

被告は自動車の製造者であるが、車をディーラーに売却し、それを購入した原告が運転中に車が突然壊れ、原告は車外に投げ出されて傷害を負った。

事故はタイヤの欠陥によるものであった。被告はタイヤを自ら製造したわけではなく、別の業者から購入したものであるが、タイヤの欠陥は合理的な検査で発見できたものであり、かつ被告はそれを怠っていた。問題は、被告の**過失責任**は、直接の契約の相手方でない原告に対しても負うこととなるのかどうかであった。

#### 3 3 2 判例をあげてみる裁判官

裁判官は、まず先の Thomas v. Winchester 判決を出発点とする。まずは、これを限定解釈した例として、

◎**Loop v. Litchfield** (1870) …丸鋸の平行輪に欠陥があった。回転のこぎりの事件。契約の自由で決められる範囲のなかで、安く物が手に入る方がいいという考え方がある以上は消費者はどこまで守られるか一義的には決まらない。そして買って 5 年後という被害のタイミングも考慮して、製造物責任を認めなかった。売る側も商品をテストしており、製造する側のテストは最終チェックではないことを理解していたよね？という論旨。

◎**Losee v. Clute**… (1873) 蒸気ボイラーの爆発事故による財産損害の賠償が問題となった。やはり製造物責任が否定されるが、直接の買い主は検査をしていたし、製造者もこのことを知っていた。

などといった製造物責任を認めない例を挙げる。これらは、郵便馬車事件 (Winterbottom v. Wright) の系譜を引いた、契約責任法理にたった判決である。しかし、その後、

◎**Devlin v. Smith** (1882) …ペンキ塗装業者のために製造した椅子につき、欠陥があったために塗装業者の従業員が落下して怪我をしてしまった事件。製造者の責任を認める。

◎**Statler v. George A. Ray Mfg** (1909) …レストランにあったコーヒー沸かし機が、熱くなったときに爆発した。これでも製造者の責任が認められている。

このように、裁判所がもっと緩やかな解釈を始めたことを述べるのだった。こっちは一方で毒薬事件 (Thomas v. Winchester) の系譜である。

#### 3 3 3 矛盾しているのか？

このように矛盾した「勝ち負け」の差異ができていくことになる。この判決では、これらの判例をうまく説明したのであった。

さて、毒薬タイプでは、明々白々の危険があるとして、誰が見てもここでは悲劇が発生するということを責任を認める理由とした。ようするに、明々白々の危険があるかどうかで、毒薬事件の準用可能性も決まると言えば、一応説明できるわけである。

しかしながらこの区分には微妙なところがなくもない。このクルマの事件で、なぜ馬車ルールは使われないのか。馬車も車も、それだけでは明々白々の危険が発生するものではないんじゃないの？と考えると、ここで両者の適用が異なっているのは何ともいえない感じがするのである。他の判例の事案をみても、確かに「うん…明々白々の危険があるな」と線引きを出来る明々白々さはないようなラインナップであろう。

とはいえ、確かに毒は本質的な危険を持つが馬車や車はもっていないといえたにしても、**明々白々の危険**があるかどうかは、果たしてそれだけで決まるものであろうか。もしそのものの性格が、「**不注意に作られた場合に人の生命身体を危険にさらすことが合理的に考えて確か**」な場合は、ここに明々白々な危険を認めてもいいはずである。ビルの屋上からモノを落としたら、何だろうが危ないのと一緒に、「危険である」判断はそのものの性質に捕われるとは限らない。ここに車の場合に責任を認めることは、明々白々の危険の考え方から導けないことはない。

つまり、過失責任の枠組みとして、契約関係の有無によって被告の責任を画するのではなく、**蓋然性ある危険の認識や、直接の契約の相手方以外のものに危険が及ぶと言う認識、原告被告間の関係の近遠、因果関係に介在する別の要因の有無などによって法的責任を考える**という枠組みを提示したのである。そしてその限りにおいて、矛盾していた判例群は、ある程度整合性を持って捉えることが可能となる。

### 3 3 4 補足：判例変更なのか

#### ①事実関係と要件

もちろん、取引の性質から要件を推測できる場合も少なくない。ディーラーに売るなんていうのは、本人が使う可能性が最も低いタイプの契約になるし、他人が使うこともわかってたどろという批判もあるかもしれない。だが、その扱っているものが人の身体生命に危険を与えると言う認識と、自分が直接取引する人間以外が使うという認識だけでは、この明々白々の危険の法理を適用をしない理由にはならないとしている。

とはいえ、「**主原因**」という言葉が使われるが、ある証明したい法的因果関係が存在するときに限定する形で、ルールには射程を定めた形での運用がなされる工夫が行われている。

#### ②因果関係について

部品メーカーが作ることに関し落ち度を持ったことにつき責任を問い、その背後のメーカーY2に関しての判断を避けた。でもここ次第では因果関係が遮断される可能性もあるわけで、判例はこの点にも言及している。車の部品は他の人が作っているのだが、ここでは専門家による「ビュイックが検査していれば…」という証明があったんだよね。

#### ③判例変更なのか

そしてこのような準則のもとに、本件事実を認定していったこの裁判官は「だから危険が明々白々でないといけないという理論はとくに変わっていないよ～」と言う。しかしながら、**危険の法的判断に、より実質的な考量を取り込もうとしている**のが見て取れる。その意味では、思考の枠組み自体は変化していると思えるを得ないだろう。少なくともこの判決が与える影響として、莫大な**製造物責任**が認められうるのだから、これを無視して「変化なし」ということはできない。もちろん、ここで限定を課さないわけにはいかないから、「自分の売る相手以外が使うことを知っていること」と言った付随的な要件を課す布石を打っている（この判決がどう評価されるかに、余地を残しているということ。ゲロ賢いな…）

さらには、「可能性」についても **possible** ではなく **probable** という言葉を使い、蓋然性が無くてはならないことを注意深く指示している。ある場合には事実の問題で、ある場合には法律の問題だと（参考、p 466）  
いっているのも後のため。

### 3 4 0 判例その3：Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc

#### 3 4 1 前提

さて、以上から**過失責任**について、ある程度の救済が図られるようになったことが分かる。しかしながら、これによっては全ての被害者が救済されたとはとても言えないだろう。

そもそも、ここでは「過失」責任が必要なわけだが、消費者は工場で何がどう作られているのかとかはあまり知らないし、利用者目線ではそもそも過失を立証することが難しいことが多い。例えばモノが大破なんてしてしまったらどうしようもないし、一般的に**情報の非対称性**は存在するので、ここで第三者の過失責任（これをこうしていればきただろ！というもの）を追及していくのはそもそも無理ゲーなのである。

こんな場合に、**被告による約束や表示に依拠して、その違反を根拠に責任を追及するケースが出てきた**のだった。



この責任を**担保責任 (warranty)**といい、これには明示のもの (**express**) と、黙示のもの (**implied**) がある。これはのちにリステートメント (後述) にも明らかにされた無過失責任であるが、担保責任は、あくまで約束や表示と言った契約関係から生まれるものなので (森田さんはアメリカ式だね!), 契約関係がないならば、追及はできない。このために、

①厳格責任ではあるものの、**契約関係の存在**と言う要件があること

②契約中に**免責条項**を入れられる恐れがあること

といった実効性に関しての大きな問題があった。この問題について解決を示したのが、今回の事件である。

### 3 4 2 あらすじ

原告ヘミングセンは、ディーラーから車を買ひ、妻にプレゼントした。ところが 10 日後、わずか 468 マイル走った段階で、妻が運転中の車が急に制御不能になり、壁に激突。ヘミングセン (妻) が負傷した事件。そこでヘミングセンは、販売会社、製造会社に対して、**過失不法行為責任**と明示及び黙示の**担保責任**に権原に基づいて損害賠償を請求したのだった。

※アメリカではこの二つの責任は峻別されているのに注意。

日本では契約責任が不法行為責任とリンクしているのだが、アメリカでは違う。アメリカではこの不法行為法と契約法とがある程度峻別されていて、懲罰的損害賠償においても契約違反の場合は原則として認めない。**違法な行為の「悪性」が高くないと、それを不法として罰しない**というのが規範的。不法の判断には帰責性が考慮されない点でも日本とは違う。とはいえ、日本でも瑕疵担保ならば立証責任が転換されているから、あまり訴訟の実体的には意味がない。

ところが、被告は契約条項に依拠した抗弁をしてきた。すなわち、契約書の裏には超☆細かな活字で「販売後 90 日以内に故障した部品は無料で修理取り換えを行うが、それ以外の保障責任は明示と黙示とを問わず全て免除する」と言う鬼畜な保障条項が書かれていたのである。

そもそも過失があったのかどうかはクルマが大破していてわからないから、第一審は黙示の担保責任だけを陪審に判断させた。結果、原告勝訴となったが、被告から上訴がなされた。

問題は、妻と被告会社との間に直接の契約関係がないのに担保責任と言う「契約上の」責任を負うのか、そして免責事項は無視されるのか、であった。

### 3 4 3 判定はいかに

**過失不法責任**はそんな直接の契約関係がないパターンでも使えたのはこれまでの判例で確認したところではあるのだが、ここでは車は大破しているのでその過失の立証がそもそもできない。ということで、**契約責任**に基づく担保責任が認められれば、証明することなく賠償を問えると思ったのである。

ただ、購入者の夫は、「責任はこれだけに限定されます (大破しても知らん)」という契約書にサインしているし、そもそも夫ではなく、妻と製造会社の間には契約関係はない。道のりは遠い。

ところが、意外にも判決は、ここで瑕疵担保責任を認めたのだった。

●契約関係の法理について

①そもそも、**買っている側からすれば、購入する相手はディーラーではなく、製造元 (トヨタとか) である。**

②製造元も、**契約責任をカットする目的で代理店をはさんでいる実態**があった。

③**自分のためだけに製品を購入することはほぼない。**

このことから、**消費者**概念は「買い主」よりも広いのだとした。そしてその保護のためには、通常の使用によって損害を受けることが予想される全ての人に担保責任は及ぶとした。さらには、普通は**宣伝**している事実そのものが、消費者に品質についての黙示の保障を与えるとまでいう。

●免責事項について

①世の自動車売買の契約書は、ほとんど同じような体裁であり、**大量取引がなされる時代に、契約書を全部読めと言う理屈はそぐわない。**

②車は**生活必需品**だから特別な考慮がいる。

③詐欺でなくとも**非良心的な免責事項は否定される**判例はある。

④消費者には、市場シェアをビッグ 3 が 93% も握るなかで**選択可能性**がない。

⑤賠償請求権をほぼ放棄するような条項だが、これは通常の一般人には分かりにくい形で、**巧妙に担保責任をなくそう**としているものだ。



として、信義誠実原則違反というような「一般条項」的な考え方を使って、約款を無効と解した。

厳格責任法理の性質を貫くためには、ここで**瑕疵担保**の法理を通る必要があった。それはひとえに、「過失」が必要と言う不法行為責任法理が判例で確立していたからであり、それゆえに契約責任へと救済の道は向かって行ったのである。このことを確認したら、もうゴールドバーグへいこう。これは踏み台。

#### 3 4 4 補足：リステートメントについて

途中に出てきた「**リステートメント**」とか言う奴について補足しておきます。

以下にあげるもののうち、402A とか書いてあるところが、リステートメント部分になる。

リステートメントは、**アメリカの判例法を条文の形に表したものである**。

アメリカは判例法主義で法の多くが判例の中にあると言う話はしていたはず。これを作っているのは、**アメリカ法律協会**というところ。アメリカ法を統一して一つの法にしようといういつかの団体（統一商事法典を作ろうとしていた人たち）とはまた別で、選ばれた実務家・学者によって運営されるエリート組織である。

Re **再び** statement **言う**

とあるように、条文のように見やすい形で文章化することによって、判例法の中身を分かりやすくしようとする。この資料では of torts なので不法行為法である。以下のものには「Ⅱ」Second とあるが、今は Third まである。判例法がある程度動くと、リステートメントは作り直すので、ここでは初期のものを作り直してこのセカンドになり、現在ではもう一度作り直されてサードになった、ということ。

判例の動きをまとめたものとはいえ、これ自体が判例が動いていくのを助けることにもなる。というのもリステートメントの理念は、基本的には現在の判例の動きを記録するものになるが、**時々にして判例の向かう先を「先取り」することもある**からである。この 402 条は後者で、アメリカ法はこういう方向に進むべきだ！という例外と原則の逆転を示したものとして、変化することを強く後押しする影響力を持った。

一応、このリステートメントは、当初人の身体に直接触れるようなもの（food）に限った厳格責任を認めるようになったなかで、2年後、これを any product に広げるものとして登場した。

リステートメント（Ⅱ）402A（原文）

s 402A. SPECIAL LIABILITY OF SELLER OF PRODUCT FOR PHYSICAL HARM TO USER OR CONSUMER

(1) One who sells **any product** in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if

(a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and

(b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

(2) The rule stated in Subsection (1) applies although

(a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and

(b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.

（１）何かものを売る人は、何か欠けるところのある状態で提供された商品による、消費する人もしくはその最終的なコンシューマーに生じた物理的な損害に対して、責任を負う。ただし、

※リーズナブルと言う言葉は非常に良く使われる。

A ビジネスにしている人に限る

B 売られた時の状態とほとんど変わらないままに使用者もしくは消費者のもとへ届くと予想され、実際にそうされるときに限る

（２）上のルールは以下の状況に関わらず適用される

※確認規程

A 売った人が考えられる注意を果たした時（無過失責任）

B 直接の契約がない

1960 年代になって、厳格責任を認める著名な大きい判決がでたこと、リステートメントでもこのような立場がとられたこと、がその後の判例にも大きく影響しているのである。ちなみに論文には**プロッサー**という人が出てくるが、彼は不法行為法の分野の大家である。アメリカの授業ではケースブックが使われるが、法について体系

的な（日本の教科書のような）形の本もまあないわけではない。そういうのを horn book と言う（昔は重要な本に、動物のツノを薄くしたものを貼っていたところからだとのこと。ただある会社の同題の本から始まったと言う意味で固有名詞とも）のだが、まともなものがないなかで、彼の本だけ本当に見事で説得力があるとのことである。

※皆さんが留学したいと思うような大学の先生は意外にこのような本をかかず、体系書を書くのはあまり知られていない大学の先生だったりする。

プロッサーはそういう意味で見事な大家であり、彼はずっと「直接の契約」の問題についてこれを要求するのはおかしい、としていた。グリーンバーグ事件においても彼の「要塞を攻撃せよ」（つまり、直接の契約なんかいらんだろということ）という過激な題の論文が取り上げられている。

### 350 判例その4：Goldberg v. Kollsman Instrument Cor

#### 351 あらすじ

ある日飛行機事故が起きて、うきうきのフライトをぶち壊された乗客は当然事故に対しての責任を追及することになった。被害者をのっけてふわふわしていたアメリカン航空、その飛行機をゴリ押ししていたロッキード、そして製造元の会社という、責任追及できそうな連中がうようよいという状態だった。その中で、**判決はロッキードに対して責任を認め、そして製造元に対しては責任を認めなかった。**

ここでは、飛行機をゴリ押ししたことに対しての黙示の担保責任が適用されているというのは間違いない。本来は、これは当たり前だが本来は「**契約上の責任**」であった。契約の場合は、お互いの関係の決め方を自由にデザインできるわけだが、ここでは契約を媒介に様々な権利義務を創設しているゆえに義務も生じる。ここで免責条項を認めない、責任を負えというようなルールは、はっきり言って契約法関係に由来する責任とするには適さない。だが新しい責任原理を認めるのはめんどくさいし、大変だから、warranty と言いながらも「不法行為法」上の厳格責任を認めようとしてきたのが、これまでの動きである。

アメリカの場合、よその州の判例でも影響力のあるものは、引用される。厳密には其の裁判所を拘束するのは、当裁判所か上級裁判所とはいったのだが、実は結論補強のために相互に影響しあっている点に注意しよう。ということで同じように責任を負わせたわけだが、さきの場合は契約の相手方たる消費者を広く解することでごまかしたが、ここではそれも難しそうな感じ。どうしたのか、色々を見ていきたいところである。

#### 352 反対意見たち

この判決では反対意見が結構ながーくついている。これを確認してほしい。反対意見を見ていくと、この判決の論理は良くわかるとのことであった。（敵を知れば己を知れる！）

反対理由①検査していた！

##### ●Greenberg v. Lorenz

食べ物の事件。缶だかビンだかのなかに入っていた異物のせいで、直接の契約のない子供が傷害をおった。

##### ●Landy Knit-wear, Inc v. American Cynamid Co.

とある化学繊維が「ちぢまない繊維」だと宣伝されていた。直接買ったのではないが、その繊維でスポーツウェアを作ったところ縮んでしまったという、お笑いの観点からするとかなりハイレベルな事案。

どちらも直接の責任はない。ただ問題は、宣伝していたことなどを理由に、**直接の契約を擬制**したこと。これはゴールドバーグ事件の下級審の判断のあとに出された判決で、これをひきながらゴールドバーグ事件最高裁では認定をしているのである。グリーンバーグでは、誰も検査できなかった点が責任を負わせる結果に結びついたが、この事件では国が検査をしている。もともと誰も気付かぬまま、結果に直結する点から当初の不法行為責任が認定され始めたことも踏まえれば、ここでロッキードを免責しないのは…、という批判である。

反対理由②アメリカン航空には責任ないの

判例には「**企業の責任** enterprise liability」という言葉が現れる。（バーク裁判官の反対意見）

多数意見は、この企業（Y2）の責任を認めたことになるとする。

それが認められるとするならば、なぜY2にだけ責任が認められるのか？Y1にもY3にも認めない理由が説明されていない。という議論である。

#### 353 考え方

このように批判もあるのだが、この意見の中で大事なものは、過失責任主義の考え方と厳格責任の考え方の違いが述べられたことである。

**過失責任法理**の目的は人々に果たすべき注意義務を果たさせ、不幸な出来事を抑止する（行為の選択、どういう行為をするかしないか、注意深く運転するかしないか、ということに影響を与える）ことにあるのだとした。

つまりここでは過失責任法理が、人々の行動の制御を目的とした責任原理だとする。

対して**厳格責任**は、事故が起こったときの損失（それはここでは人体被害などでも、経済的な価額に直されるが）、社会的なコストをたまたま欠陥ある商品を買った消費者に負わせるべきか、それとも企業に負わせるべきかという分配の観点からの責任原理なのである。

しかし、よく考えるとここで**責任を企業に認めれば、当然にそのリスク分を商品の値段に上乗せするか、保険に入るにしてもその分生産コストが増す**。結局ここでは、コストはうまくいって拡散されて消費者に転嫁されているのである。（一人に集中砲火にはならない）

もしこの場合に商品を買って何か怪我したとしても、その場合は企業が責任を負うようにしてしまい、このような「保険」をシステムとして作ればいいだろう、ということが厳格責任法理の背後にある。

消費者に責任があるとするなら、たまたま悪い製品を買った消費者は悪い宝くじをひくようなもの。それよりも今述べたような考えの方が社会全体にとっていいのではないかと、というのが彼の意見であった。

このようなところに、判例の変遷だけでなく、その背後にある思想的なものも読み取れる。反対意見をどう潰していったかは授業では扱われなかったが寝ていて聞いていなかったかのどちらかだが、なんにせよこうした背景を共有して、議論が行われていたことだけは知っていてほしい。

もう少しゴールドバーグについてはやりたいことがあるのだが、時間がないので終了。

### 360 NHKの番組から

#### 361 はじめに

なんかNHKの番組らしいけど、いきなりかなりの尺をとって扱っているので仕方なくノートに取ることにした。商品責任の話。

ベッドとマットの間に挟まれて赤ん坊が死んでしまった事件に対し、両親が二年越しに企業に対して訴訟を起こした…という事件の紹介から番組は始まる。赤ん坊の両親が登場し、事件の様子を淡々と語る。

という導入を経てスタジオに戻り、製造物責任と言う当時の日本の現れた問題について紹介し始める。

欠陥商品について、調査したところ二日間で715件の苦情があったらしい。一位は自動車に関して、二位は家電についてであった。調査に関わった弁護士は、「訴訟ではあまり製造物はでてこなかったが、このようにデータにするととても多い」という。まあこんな感じで導入があり、ベビーベッドの事件を見ながら日本で起きた動きを見ていくという番組が始まるのでした。

#### 362 SJマーク

さっきのベビーベッドには、SJマークというものが付いていた。

通産省のなかの製品安全協会によって、SJマークを付けた商品の事故については、60万の一時金の他、事故の重大性に応じて2500万円までの賠償がなされることにはなっていた。事故の後、協会は1000万の賠償で示談…ということをもちかけたのだが、両親は協会のデータなどの内容を示さない「調査はした」という説明に憤りを感じ、訴訟に踏み切ったのだった。協会の対応が「誠意がない」という。

裁判は結局2560万円の賠償金という裁判上の和解がなされたわけだが、死亡原因など、協会が「検査」したはずのデータはまるで公開されなかったのだった。**両親が、知りたかったことを立証しないといけない**というのである。メーカー側は判決後商品を回収したが、結局メーカーも協会も、「製造物に欠陥があった」とは認めなかった。調査の結果、ベッド自体に欠陥があったかどうか担当者にインタビューしたところ、はぐらかされる。「問題があったかどうかについて裁判所の決定はなされていない」と担当者はただ言うのみ。

しかしその事故から一年後、もう一件ネット式のベビーベッドで事件が起きる。これを受けてようやく安全基準が改良されたのだった。もちろんここでも「より安全を確保する」と言うのみで、「欠陥」は知らないとし、ここでの担当者（さっきと別）は、原因は解明できないので、とりあえず改良したんだ、とどのような言い方をした。結局事故から6年経っても、資料は経産省に保管されたまま、真相は両親に明かされないままである。

#### 363 立証責任の不合理

とにかく当時の法律では、立証責任が「被害者」側にあると言う構造が大きな問題、不合理を生んでいた。そんなのは無理に決まっているし、メーカーも和解を結んでしまうので、それ以上「蒸し返す」のも難しい構図ができていた。泣き寝入りされるケースも多く、この両親のように裁判に出てくる人もそもそも多くはなかった。



これに対して、番組はここで海外の法制度を概観し、製造物責任に関する消費者保護について、アメリカの例を取り上げる。

消費者の「安全を求める権利」「知らされる権利」「選ぶ権利」「意見を聞いてもらう権利」を謳った**ケネディ教書**以降、製造物責任に関して消費者有利な判決が出るようになり、日本と違ってかなり訴訟がしやすくなったことが紹介される。（その内容は、判例法として確認した通りである）

対して日本では、因果関係、メカニズムから全て被害者が立証するやりかたをとっていたわけである。当時までで少ないが 100 件くらいの判決があったが、個人での訴訟で勝訴したと言うケースはもうないといってよかった。かろうじて勝訴できているのは、大規模な被害が出て国が自ら調査をしているような場合である。

アメリカでは情報提供を求めることができるし、陪審員に「信じさせれば」勝てるという点でも裁判官に「確信」させればよく、そして無過失責任であることが何より有利である。

ここで保険会社が作ったアメリカの模擬裁判のビデオが流される。

工場で働く被害者が、ローラーの不具合でけがをしたと言う事案。被害者は「安全装置がない」「手が巻き込まれたが、機械は止まらなかった」「非常停止ボタンがなかった」「ローラーが開かなかった」としてメーカーの落ち度が指摘され、勝訴すると言う筋書きになっている。

このようなアメリカの状況に対し日本の企業も **PL 保険**に入ることで、もしアメリカで賠償をしないといけない場合に備えるようになったとのことである。

### 364 欠陥

ここで問題なのは「欠陥」の定め方だが、日本の場合は、同じタイプの標準品との「ズレ」があることを欠陥というのに対し、アメリカでは「**普通に製品を使っている場合にけがをした**」とき、**そこには欠陥がある**とする。これがアメリカにおける製造物責任の基本的な考え方であり、これにより日本では欠陥とされないような場合でも賠償金をはらわされることが多くなるのである、と解説が入る。

自動車事故についても、たとえば安全基準をクリアしているから大丈夫！とは認められるとは限らないことになる。海外での企業活動が増える中、アメリカ弁護士事務所の日本支所に寄せられる相談も多くなっている。

この考え方の違い、（そもそも訴訟件数が 17000 件近くなっていて日本とは比にならない）これは賠償額にも表れている。日本は平均 30 万円台に留まる賠償は、アメリカでは平均 200 万円を超える。

会社側も、アメリカに輸出する商品に、同じものの日本向けのものよりも圧倒的に注意を払っている。

### 365 日本

日本でもこのような状況の中で、少しずつ表示が改善されつつあるようである。

アメリカとの違いはやはり自動車に現れていた。エアバッグもアメリカ向けのものにはすごいのがついていたりするなど、差は明らかだった。しかし日本でも、ついに基準が厳しくされようとしていることも紹介される。

日本は自転車との事故が主だったのだが、自動車対自動車の事故も増えつつある中で、新たな基準が模索されているとのことである。そうした状況を受けて、助手席にもエアバッグをつけるなど安全性に配慮したことを売りにする自動車が販売されるなどはじめる。安全性を重視した結果、従来の物よりも高くなっている。しかし、かつてエアバッグを付けたがあまり評価されていなかった時代とは変わって、評価される見込みはあるのだと、自動車会社の担当者は言う。

アメリカ以外でも EU が閣僚理事会の指示で消費者に有利な製造物責任法を作ろうという動きがあるし、中国でも無過失責任を前提に準備がなされているなど、日本が遅れた状態であることが指摘される。こうした危機感の中で、立法に向けての私案を弁護士連合会などが発表する動きがではじめた。

「**過失**」「**因果関係**」「**開発危険の抗弁**（開発したばかりだから責任とか言われても無理、という抗弁）」「**懲罰的賠償**（実際の損害以上の賠償）」というのが立法上の問題になる。少なくとも無過失責任であるということには相違がないのだが、残りの検討が必要になっていると現状が述べられる。

もちろん立法上のバランス取りの問題は、微妙な考慮を必要とする。新製品の開発も止まりかねないし、保険会社からすれば保険料値上げなども必要になるなど、波及する問題が多い。

だが弁護士さんは、このような問題点を強調しすぎず、やはり国民全体でリスクを分担するという意味でも、早く消費者に有利な形で製造物責任を制定するべきだ、と言う。もちろんこれにつき、アメリカのやり方を持ち込むことに抵抗を持つ出演者もいたりして、番組の中ですら意見の一致を見ないめんどくさい問題だということが良くわかるのであった。という、製造物責任法の出来る前の水面下での状況の紹介でした。

ただし、注意しておくべき点として述べておくと、ここでは「アメリカが」という議論が多かったが、**人がしているから自分もする、というのはいいことなのだろうか**。それは非常に大きな問題である。これまではそれでよかったけど、これからそれでいいの？ということとは良く考えてほしいとのことである。あとは、立法府がこの問題に、立法だけで対応することがそもそものいいのか？それも考えてみてほしいのとのこと。

ちなみにこの後、製造物訴訟に関する映画をなんと見せてくれることになった。

が、親子愛を見せられて終わった。

### 370 厳格責任の行方

#### 371 欠陥

さて、1960年に厳格責任が確立したところまでは確認した。

前回リステートメントを確認したのだが、402A条でつかわれていた言葉、「product in a defective condition unreasonably dangerous」というのに着目してほしい。これが決定的な法源になるというわけではないというのは言ったと思うが、これはとても影響力があるので、これを使って説明したい。

さて、過失がなくとも証明が果たせるとしたことで、責任の根拠はこれに代わったのである。すなわち、**欠陥**があるということを説明しなくてはならないのである。

次なる発展は何をめぐるか？**商品の欠陥をどう立証するか、どこまで立証するかである**。それをめぐりいろいろな判例が出てきて、ぶっちゃんけそれだけで授業ができるくらいである。

そんななかで色々な事件を争ううち、欠陥には三つの種類があることが固まってきた。一つ目は **manufacture defect** であり、ものを作る際の設計図（ここにはこのねじを使い、この板を使い…と言う規格）にかなわない傷物と言う意味での欠陥のことである。本来作りたかったように作れなかった、ということ。これは比較的簡単に発見することが可能である。比べればいいんだから。

次は **design defect** であり、作ろうとした仕様、デザインそのものにある欠陥である。前回見た映画で問題になったのもこれである。

三つ目は **warning defect** であり、警告上の欠陥である。

#### 372 欠陥の基準

それと同時に、欠陥の基準をどのようなところに求めるかも二つの基準ができた。

一つ目は「**消費者の合理的な期待**」を基準とするやり方。普通その商品に期待する安全の基準を基準にするやり方である。

もう一つは、消費者でなく製造者側から見た基準である。

商品をデザインする時点と使用する時点との間には、技術の進歩や副作用の知識が増すだろう。消費者の期待をどの時点で基準にするかの問題だが、作った後のこの進歩は、はっきりいって製作者には分からない。ここで過失の責任判断とかなりにている基準が作られるようになった。

すなわち、**Risk-utility**（危険と利便性）との考量と言う方法である。四輪駆動の車が重心が高いことにより転倒した事件で、乗り手の利益と重心のリスクが考慮する旨が判断されたことがある。

しかしながら、結局これでは、過失責任と同じ判断ではないか、という批判を受けたのだった。（佐藤千晶「アメリカ製造物責任」参照）ある意味で、厳格責任法理ができたときには、一つ目の defect しか正直考慮されていなかったために、このような問題が出てきてしまっているともいえる。

### 400 判例による法形成と法学史

#### 410 common law の歴史

##### 411 目的

歴史的継続性、法的淵源の多様性に触れて少しだけ話したが、ここでは英米法の発展を見てきて、この世界における裁判とは何か、法に関する考え方がどう変化してきたか、つまり「**この人たちの考え方はどこからやってきたのか**」を考えたい。

そのためには common law の話をしなくてはならない。歴史の話から始めるとつまらなくなっちゃうので、まあこのような授業のやり方を取らせていただきましたとのこと。だが、話さざるを得ないのでここではなすことにしようと思ったらしい。大丈夫、あなたはしゃべっているだけで十分にエンターテインメントだよ、そういえる生徒は、25番教室にはまだいなかったのであった。

#### 4 1 2 common law のはじまり

いきなり**中世**に話はとぶのだが、それにあたり中世と言う時代が「**公法と私法**」との違いのない時代だったことを述べておきたい。世界史やってないのでまったくわからないですが、現代国家の立憲民主主義の成立がどんなものか教えておきたいらしい。

中世っていうのは、「**封建制度**」の時代であったと言われる。現在は封建的なものは日本では少なくともほとんど見られなくなったのだが、そこでは公法と私法との区別がなかった。

※日本の近代化がはやかったと言うのも、封建制度があったからだという説明をする人もいるくらいである。封建時代は、最大の富は**土地**であった。より正確には、土地の支配であった。第一次産業の時代においては大事なものは土地になる。戦国時代も江戸時代も、土地を基盤に支配が行われる。人的な関係も、その時の一番の富である土地を媒介につくられていたのである。つまり、王様から家臣へ、家臣から家臣の家臣への関係を媒介するのは土地である。土地を与える（封与）代わりに領主（road）に対し義務を負わせるのである。日本では御恩と奉公ともいったよね。ここでは儀式的な行為（**homage 臣従の誓い**）で土地の占有を移転し、主従の関係が結ばれることで、封建制度上の義務が生じる。もちろん軍事奉仕に駆り出されることが多かった。

たとえば土地ごとに定められた人数の「騎士」を領主に何日か差し出すという義務が一般に定められていた。あとは **wardship** の義務として、テナントが死亡した時、長男が未成年なら road が後見人になるという制度もあった。

※まあ財産管理などを任せるのだが、これが濫用されることもしばしばあった。

あと、**marriage** の義務として、家臣は結婚する相手につき、領主に口出しされ、それをスルーするにはお金を払わないといけないというものもあった。家がどうなるかは領主の関心ごとであるからである。

そして **ades** の義務として、領主が相手方の捕虜になった場合には家臣たちは身代金を払う義務があるし、他にも領主の長男・長女の結婚にお金を支出しなくてはならない義務、などなど様々な義務をテナントは負った。

**ここで払われているのは、はっきり言って税金なのか何なのかわからないお金である。**ここでは、私法と公法が事実上混同されていた。

#### 4 1 3 common law

さて、**ノルマンディー公**は、自分が正当なイングランド国王と主張して戦った。前の王が子供無くして死に、この義弟ハロルドが即位したのに対し自分こそ（いとこで）正統な跡継ぎだとして戦い、勝ったところから**ノルマン王朝**が始まるというのは、世界史をやっていれば知っていることだろう。

実は英米法がローマ法の影響を受けなかった理由の一つが、ローマ法を継受し法の支配を統一する必要がなかったからであるのだが、その原因がノルマン王朝のシステムにあった。

具体的にはノルマン王朝は上記の私法やらなにやらが混同している背景事情を色濃く受け継いだ、**集権的性格**の強い（ヨーロッパ封建制度よりもと言う意味。ヨーロッパと違い、イギリスではあらゆる領主が騎士提供義務を王に有するとした）法体制を整えたのである。

もちろん絶対的権力と言うことではなく、教皇勢力とともに、直接土地を封与されている有力者たちの力を押さえ、力を拡大するパワーポリティクスが展開されていく。ということで、権力の拡大は抽象的な次元では成らない。一步一步既成事実として権力を具体的に獲得していく必要があったのである。

ようするに、**抽象的な論理体系とかそういうものとは剥離した、単なる具体的事実、実体的権力、そこに法はあり、それは司法も公法も関係ない次元で存在していた。**ここに common law の世界の原型があったということは、まず押さえておくべきなのである。

#### 4 1 4 common law の裁判所

ということで必要になるのが common law の裁判所であった。

さて、当時の**王会**（**curia regis**）には、**magna curia**（大きなもの）と **lessa curia**（簡易なモノ）とがあり、前者が議会に、後者が様々な行政機関につながって行く。家臣たちは宮廷に出ていき、権利だけではなく義務も負っていた。

当時は三権分立もなく、王会は司法行政立法いずれもを行使していたために、中世の時代においては司法と立法が混同されていた。そればかりか、国王の存在、権力の背景には**神**もいた。そういう世界においては**立法とは神の法を「発見」すること**に他ならない。裁判は具体的な紛争でどちらを勝つかだが、ここから裁判が「法の発見」の場になるのである。そして、王会がその発見の場になったのである。



**the exchequer**（財務府）が *lessa curia* から分離してもなく、**court of exchequer** という独立の**財務裁判所**ができる。その後 *common*、一般人のための**民訴裁判所**が形成される。これは主として土地を対象とした裁判所である。そして最後に **coart of kings bench** として不法行為事件や刑事事件、上訴を扱う裁判所が分離する。

この三つをあわせて、**common law の裁判所**と言う。

#### 4 1 5 common law の実際

それぞれ別の事件を扱う裁判所として出発するのだが、割とまもなく区別がつかなくなってくる。当時は裁判官の収入は当事者たちの**手数料**だったから、事件を多く扱うためにリーガルフィクションによりお互いに裁判権をひろげようとしていたからである。それぞれの裁判所によって取り扱う事件がだんだんと重なり合うようになっていたのである。

当時は奴隷に近い身分の人たちもいたが、自由人はどの裁判所を選ぶこともできた。とくに領主は自分の下にいる人たちの紛争のつき管轄権があったが、そんななかで *common law* の 裁判所が人気を博していく。

これが人気を出した背景には、「こいつらが一番まともに判断してくれる」という期待もあった。

当時のおよそ「裁判」と呼ばれるもののなかには、やはり前近代的な側面も多分にあった。神の信仰由来だったりするし。

たとえば **Ordeal**（**審判**）は今でも使われる言葉であるが、被告に熱せた鉄を持たせて歩かせ、やけどさせてから治るかどうかで侵犯する **hot iron ordeal** や、水にどれだけ沈むかで判断する **coil water ordeal** というものもあり、日本で言えば盟神探湯のようなやりかたがとられていた。これは神様が正しいという信仰からきていたのは言うまでもない。あとは宣誓を言い間違えたら負けみたいなルールもあったらしい。

まあ神様が信じられている限りにおいては、これだって信頼の厚い制度になる。決闘審判とかいうのもあったし。だがそういうなかで、国王の裁判所は**陪審**による審理を使う用になってきて、他のやりかたよりもまともだと人々が認識しはじめたというのが、*common law* の裁判所が流行る理由にもなった。さらにはこれは上院の人を任命した形の裁判官の登場を生み、高度なものになったんだと言う点もあっただろう。

#### 4 1 6 common law の発展

そうして *common law* が発展してくるのだが、ではどのような *common law* が発展してきたのだろうかについて見ていきたい。

*Common law* の裁判所が初期に発展させたものの中で基本的なものは、**writ** によって発展してきた。これは**令状**と訳されるが、国王の命令状である。ちなみにこれの開封印、ブレイクシールは大法官が持っている。

これには国王の命令状として様々な種類があったのだが、*common law* を発展させたのは、**original writ 訴訟開始令状**である。他には**大権礼状**とかかな。

中世の時代においては**国王の権力行使**が裁判であった。むやみやたらに裁判権を使うことは、それゆえ簡単にできることではなかったから、徐々に徐々にやっていくことしかできなかった。そのために、訴訟開始のために *writ* を使ったのである。

この *writ* がどういうものか説明すると、国王が**シェリフ**（国王に任命された奉行のような存在。アメリカでは執行官の意味にもなる）にあてた書簡と言う形をとる。その内容が、●月○日に被告が国王の裁判所に出頭すること、と命じるものなのである。まあ正確に訳すところでは出頭せよ、ではなく、原告の X が○○と言っている、これについて問いたすから来いよ、というような感じ。さっき言った通り大法官のシールがはってあり、原告はこれを買うことで裁判に参加する。

これは最初は事件ごとに頼めば発行するようなものだったが、次第に一定の事実関係につき、ある礼状が出るというルール化が行われる。特定の事実がある場合にとったが、特定の事実毎に *writ* の名前は微妙に違った。

※*writ* のうち、現在も出てくるものとして三種類ある。①**職務執行令状**…公権力の行使が行われていないときにそれを促す令状。義務付け訴訟的な。②**記録移送令状**…裁判所が上訴を受けるかどうかを決める裁量を持つのがアメリカの特色だが、最高裁が下級審に事件の記録を送れ！と命令するときの礼状のことである。上訴がしたい側は、最高裁に対してこの礼状を出してくれとお願いすることになる。③**人身保護令状**…裁判所に身柄を拘束されているときに、それを解き放つ際に使われたり、子供の親権を持っていないものから子供を引き渡してもらうなんていうときに使う礼状。裁判所はどのような理由で身柄を拘束しているのか述べさせ、それに対して判断することで人身の自由を保護する。

※イギリスでは中世以来の物がずっと残っていることも多い。

エクイティの裁判所の主体は大法官であった。大法官は *lessa curia* の必要不可欠な人物であって、聖職者であることが常であった。中世においては知識と言うのと宗教は非常に深い関係があったからである。

教会法や教養を身に着ける中で、かなり司法に明るい人になっていたのである。大法官は宗教者でもある、国王の政治の助言者として、国璽のためのハンコをもっていた。2005 年までは庶民院と貴族院に分かれていた議会のうち、貴族院の議長が大法官であり、同時に法務大臣のようなポストについていた。しかし前述した気がするが、貴族院の議長、裁判所のポストからはなれ、大法官を行政に専念させた。

ここではイギリスの中世以来の伝統の長さを確認してほしかったので例に挙げた。もちろんこの改革には **EU** という存在が関わっている。

#### 4 1 7 writ

writ の種類は食事のメニューが増えていくかのように増えていき、common law の裁判所の射程が広がって行ったのだった。

writ は writ of~ という形で名前がついており、または **action of covenant** (訴訟捺印契約) と言われることもあった。ここからは訴訟用語がアメリカではかなり日常に近い語として認識されることも分かる。正式な書類、定式化された書類 (seal つき) のことを **read** といい、このようなものものしい様式でなされた契約を **covenant** といった。このような契約は common law の裁判所で救済してもらえる対象となり、このような〇〇訴訟シリーズには、訴訟形式 forms of action という言われ方がされる。

**大法官のところに個別に「writ」くれというなかで、段々と一定の事実形式ができ、それに対して基本的に救済されることとなった。**ここでは救済が実体法のあとにできているというのは面白い。

Writ で使われる定型的な文言は決まっていて、文書の形式もきまっていたよね。(国王からシェリフへ) ここに使われる文言がのちの**構成要件**ようになっていき、ある意味で刑法各論に規定されるようなメニューとなっていたのである。そういう世界なので、action (訴訟) ごとに writ が異なり、ゆえに形式が異なっていた。訴訟の提起の仕方や強制方法、刑事的裁判の可否、用語まで違っていた。形式性はかなり厳格で、用語をミスったらそれでもう負け、といったこともあった。

つまり **common law とは、「救済」が先行する中で店屋にメニューが出てくるように段々と足されながら発展してきた集合体**のようなものなのである。ある意味で概念法学などと究極的に真逆。

#### 4 1 8 法典化

アメリカでも 1840 年くらいまでに法典化が行われるが、このときに**訴訟形式**は廃されることになる。ただこのとき葬るには葬ったが、「墓場のなかから我々を縛る」と言われるくらいに、これが手続きではない実体的な部分で根強く残っているのは確かである。例えば、日本の民事法に一樣でない。対応するものとして契約法や不法行為法があるが、その対応の仕方は。英米法にはなんと契約各論はないし、不法行為法には様々な類型がある。不法行為については common law の「メニュー」が増えていく形で歴史的に形式が増えてきたからである。contract は単数になることも多いのに、不法行為は torts という複数で扱うのはこうした文脈である。

例えばアメリカ不法行為法の初めに出てくるのが、「故意による不法行為」であるのだが、assault and battery とかの区別も、「名誉棄損」における口頭のものと言書面の物が名前を異にするのも、すべて writ が異なったからである。ここには名誉棄損概念の前に、すでに writ があったのだからしょうがない。

契約においては common law の裁判所はあまり興味を持たなかった。そもそも国王の裁判所の管轄事項ではなく、むしろ商人たちの世界の話であったため、各論的理解が少なくなっているのである。assumption の概念が出てくるのはもっとあと。約束の中でも、writ という荘重な形式をとったものだけを保護していたということである。

#### 4 2 0 equity の裁判所の話

##### 4 2 1 equity の裁判所

Equity の裁判所の話は二番煎じになる気がするからあれだけど、まあしょうがない。もう一度おさらいしておこうじゃないか。

Common law の裁判所がどう始まったのかと言う話はもうしたが、国王の裁判所が裁判を行うようになって、最終的な権限は**国王**にあった。だから、common law の裁判所に受け入れられなくても、国王に直訴するメカニズムがあったのだった。

直訴に対して対応するのは聖職者でもある**大法官**であり、彼らは話を聞いておかしいなこれとおもったらそれを救済するんだよね。そういう意味で衡平の裁判所と言われていたのだった。

※つまりは法の与えてくれる以上の正義を持つものとして、国王の良心の補佐する者として適任だった。彼らの単独裁判権が後々確立してくることになる。ここでは職権主義的な手続きがとられ、equity の裁判所をより魅力的にした一因でもある。

#### 4 2 2 equity の世界

そうした equity の裁判所も法を形成していく中で、一つの判例法の世界を形成していくことになる。

底に流れる根本的な思想、衡平観念の一つには、**弱者保護**（詐欺・強迫・威圧）の領域を生み、さらには**抵当権・担保権**に関わる法分野を発展させた。日本でも財産が多くなると死んだあとの運用とかが気にされ始めるが、土地に限らず信託の制度をつかってなくなったあとの財産管理をし、節税していくビジネスの世界を **estate planning** といったりする。そのとき **equity** の裁判所は、単なる譲渡担保のような common law では取り扱われないような枠組みに新たな衡平的解決策を与えることになる。

※estate（大陸法の物権）と根本的に異なるのは、そもそも**一物一権主義**ではない所である。中世の不動産法（p 86 以下）を読むといいよ。とにかくなかなか理解できない世界が広がっていたのだった。

equity の裁判所はさらには救済についても新たな法理を発展させた。

衡平の概念からは、従来の損害賠償による解決とは違う様々な新概念が出てきて、特定履行とか引き渡し、差し止め命令とかがおこなわれるようになる。もちろんこの救済は、広範な裁判官の裁量に関わるものになる。なぜならここでは衡平が何よりも重視されているからである。差し止め命令はいずれ、作為命令にまで広がることになる。判例には、「**equity は common law を補充する**」などなど様々な格言がのこされている。

#### 4 2 3 equity といま

今でも equity の話は大きな意味をもち、救済がてら現代的な話をするとも 1960 年代、70 年代の大改革が展開していくなかで、女性差別と闘うような動きが出てきた。それは同時代的にベトナム戦争への反発とも重なり、様々な形で社会変革運動がでてきた。ここで出てきたのが、訴訟を使って社会制度を改革しようとする流れである。**制度改革訴訟**とか言われたりする。これは決して過去のものになったわけではなく、今なお使われている。

このような訴訟の中で、アメリカの equity の裁判所ははっきり言って、「ここまでやるのかよ…！」という姿を見せることがある。具体的には精神病院の改革の訴訟において、同意なくして精神病院に送られた人は憲法上の権利を侵害されていると言う構成を取ったのだが、その救済において、「侵害されていない状態」を実現するために、「自分の衣服を着る権利」「表で運動が出来る権利」などなど、法律論よりも長くひたすらと実現内容を列挙した。

そのなかでは患者一人あたりのフロアのスペースや仕切りの設置、トイレや洗面所の設置、シャワーの数や食事の状態、寝具について、患者とスタッフの比率、個人別の治療計画などなどもう細かいジャッジメントがでた。アメリカの裁判所はやろうと思うとそこまでやるのである。「**equity は半端ではない解決を好む**」のである。このようなすさまじい判決が出せるのは、ひとえに「そういう伝統だから」である。

※伝統が無ければやらない、というのはおかしいし若干補足してやりたいところがあるのだけれど、ここでは時間がないのでやめる。

#### 4 2 4 equity の特徴

##### ●相対的

「equity は人に対して働く」と言う言葉があるが、**善意有償の第三者には対抗できない**のが equity である。古くは大法官が「あなたの良心に恥じないように行動せよ」と言っていたところからくるが、衡平の世界で発展してきたがゆえに当事者同士に対人的に働く。

##### ●正義

また、「equity の裁判所に来る者の手が汚れてはいけない」とも言われる。**具体的正義**の実現が目的であるのだから、当然ではある。

※ここでどうでもいい補足だが、映画「class action」に出てきた discovery にも equity は関わっている。これは相手に質問状を作って、回答を求めることができる仕組みである。そのなかの deposition は証言者から証言を引き出すことで情報を引き出すこと。弁護士事務所などで行われ、裁判所は全体としてそれを監督する。ここでどういう証拠があるのかを探るし、例外的にそれ自体が証拠になることもある。



## ●class action

**class action** はなかなか理解してもらえない手続きの一つだったりする。特に日本の民事訴訟の手続きからするとね。これは、class が何か、にも関わる。集合代表訴訟と田中先生は訳しているが、これを集合と訳したのは数学の集合概念を呼び手に想起してほしいからである。

どうということかという、わかりやすいのが証券取引法や独禁法違反の事件である。class action は複数の人が原告になる場合も被告になる場合も想定するが、これを**集団訴訟**と言わないのは **class の中身にあたる人たちの名前や住所などは特定せずに訴訟ができる**からである。集団訴訟だとまるでみんなでわらわら押しかけるようなイメージだが、そうではないのだ。もちろん多数者を代表するから範囲は確定する必要があるが、特定するために行動さえとれば、特定した class を代表できる。裁判所はこの人が集団全体を代表して訴えることを認めるかどうか、をチェックをする。

これだけだとわかりにくそうだが証券取引法違反なら、違反行為につき「●月○日から◎月×日までに株を買った人」を代表して、訴訟を起こすことができるのである。裁判所は意思や実行能力を判断しオクケーを出す。既判力は、団体に及ぶ。もちろん勝手に知らない所で権利が確定されては困るから、class からその枠外へ出る権利は認めている。Class action では大きな額が動くので、結構弁護士はそれを狙って「代表さん」を探す。このようなものの淵源も実際の解決を目指す equity にあるのである。

Equity の裁判所はこのように個別にやるという大法官のさじかげん方式だったが、17 世紀終わりくらいには判例法の先例拘束性に支えられる体裁を整えることになる。crystallization of equity といったりする。大法官のさじかげん一つだと言うことに、反発があったということでもある。

ただこのようなさじ加減を可能にするのは、ひとえに裁判官への信頼がその担保となっていることは指摘しておこうと思う。州の裁判所が判例法の世界では大事なのだが、そのなかのではマジョリティにより裁判官を選挙している。つまりは選挙された人々によって判例法は作られているのである。

## 430 小括

### 431 スタンダードとしての英米法

日本は、common law というより大陸法の系列にいるわけだが、渉外の大手事務所の長島先生は以下のような話をしていた。すなわち、自分のクライアントが「ドイツ法につきこの点はどうなっているのか」などといった質問がたくさん来るのだが、その点本国の提携先と情報を交換する際に「アメリカ法とどうちがうか」という形で比較するそうだ。**アメリカ法がいわばドイツと日本の法曹の媒介役になっている**のである。

そしてこのアメリカ法のスタンダード性は、アメリカ法を学び競争する大量の法律家によって支えられる。アメリカ法と言った時には、それを担って飯を食っている人間がたくさんいるところまで踏まえておこう。そしてそれは、アメリカの国力との間の関係にも影響する。

日本は法の扱い方、機能の仕方がアメリカとは違い、裁判が増えること、弁護士が増えることが嫌いな節がある。国民の中に成りたい人がたくさんいても、その数を制限してきた。

アメリカと日本では、人数当たりの弁護士の数が **20 : 1** くらいである。だから増やそうとしたのに、また止めようみたいな感じだよね。こうした弁護士の少ない社会と、多い社会との違いは、法律学を学ぶ上でも是非考えてみてほしい。この司法の政治性と言う奴が、日本ではあまり議論されないのだけれど。

※日本の憲法判例は、アメリカのそれにくらべ 20 : 1 どころでなく少ない。何年か前テレビ番組で「こんなものはいらないよね」みたいな番組がやっていて、ある時最高裁が「いらないもの」として取り上げられたことがあった。「違憲判断」をしないからいらないらしい。

日本の裁判所はアメリカのそれに比べ政治的な度合いが少ないのか、それとも政治的な帰結なのか？定義にもよるだろうけど、政治的なものが、ないわけない。そういった「自分の国を顧みる」きっかけとしてのスタート地点、一種の**基準**に英米法、（もっといえばアメリカと言うものそのものが）はなるのである。

※しばらく日本の法制度を愚痴る時間になってしまった。Too bad…！

具体的にはロースクールの制度などを批判していた。アメリカのロースクールは、法学が学部では専攻できないからあるのであり、学部時代に幅広い教養を身に付けているのだとか。日本の社会がまともなら、10 年以内に法学部かロースクールかのどちらかが生きのこることになるだろうとのことである。こうした制度自体が、政治のなかにある。この意味ではいま自分たちが置かれている状況がまさに政治の中にあり、それを現実に変えていくには政治的に力が必要であるということを、常に理解しておかなくてはならない。

※「政治的」であることは、以上のように非常に個人的な世界の話にもなる。The personal is political（個人的なものは、政治的である）というフェミニズムの格言がまさにこれを示しているだろう。政治とは現実を変えること、そして「私」の世界は、往々にして社会が政治的に決めているものである。当たり前の現実である日常に、「違和感」を感じ変えていこうとするのは非常に難しいことでもある。だからこそそこには勇気ときっかけが必要だし、そういう意味で「自分を顧みることができる」ようなものの見方をする 것도 大事になってくる、と考えれば先ほどの議論にもつながる。生き方の話としては非常に興味深い、早く英米法の話に戻ってほしいととても思う。ここまでのレベルで「政治」を見直せば、明らかに先ほどの日本の裁判所の「違憲判決」をださない判断が政治的なものであることは疑いが無い。

#### 4 4 0 ジャクソニアン・デモクラシー

##### 4 4 1 あらすじ

アメリカでは裁判官が選挙で選ばれるといったが、アメリカの制度を理解しようとするためには、**ジャクソニアン・デモクラシー**というのを理解すると良い。

上記に概観してきたアメリカの法制度に、大きな転換が訪れたのがこのタイミングだからである。よって少し癢をとって、説明しようかなと思う。

さて、1829年にエリート中のエリートの John Quincy Adams から、ザ☆庶民の Andrew Jackson へと政権交代がなされた。これはエリートによる統治の時代から人民「による」統治の時代への転換の象徴とされ、この意味での「人民による統治」としての民主主義は、新しい時代の思想としてジャクソニアン・デモクラシーと呼ばれるようになったのであった。

ここには、西部というものがアメリカに与えた影響も大きい。結局は開拓により広がったアメリカには、新たにこの未開の土地に身を投じた知力も資力もない、究極的に平等な人たちが増え、彼らは平等であるがゆえに、其の開拓地の独立的な気風もあって個人主義的な方向へ向かう。こんななかで統治は、似たり寄ったりの奴らのなかから交代で行うほかないことになる。

##### 4 4 2 ジャクソニアン・デモクラシーのゆくえ

当時（領域的にも）増えつつあった国と言うパイをどのように振り分けるのか考えていく際に、社会的な資源を多く持っている人は自分たちの利益を守るために割くことの出来る資源ももちろん大きいから、ここにつねに**資源を持たざる人と持つ人との間に緊張関係が生れる**ことになる。

ここでフェアな部分を超えて利益を守ろうとするとき（いわばピンハネする時）、**対抗勢力**がでてくる。もちろん資力がないが保守と言う人もいるけどね。キリスト系の人とかとくに。

東部の都市化が進んだ地域においてはそれ**労働者階級**の主張として現れ、これがジャクソニアン・デモクラシーと重なり合って発展していくのだが、司法の世界では人々の「声」の反映と言う形でそれは現れることになる。裁判官公選含めこのジャクソニアン・デモクラシーの時期に**公選制**がとても発展した。裁判の過程においても陪審制の尊重ルールが拡張されることもあった。

裁判モノの映画などを見れば分かるが、法律家の集団に対しての民主的な抗議・主張・反発の流れができていたのである。このころは法学教育は非常に低迷するが、これも資格要件を下げようとするためであった。

ただ一方で、法律家だけに法が分かるような状況を打開するために、**法典編纂運動**が始まる。これは限定的にししか成功はしないが、法律家に危機感を抱かせるには十分であった。そういう中で、法律家のなかで悪い法律家を監視する制度や法曹倫理の確立などがはじまるのである。

#### 4 5 0 Republican Party of Minn. v. White

##### 4 5 1 あらすじ

さて、ここで一つ判例を見ておきたい。これは公選制に関わるものであるのだが、この判決に、上の「人民による」というところの意味が一体どんなものなのかが、とても良く表れるからである。

まず、事案を紹介することにする。

1858年にミネソタが州に昇格して以来、州憲法は全ての州裁判官を一般投票で選挙する規定を置いている。1912年以来、これらの選挙は党派性のないものであった。ここで1974年以降、**「裁判官候補者は、現職裁判官も含め、論争の対象になっている法的ないし政治的な争点について、自己の見解を表明しては」ならない**という法的規制が行われていた。この規制は、1972年のアメリカ法律家協会（ABA）の裁判官行為モデル規程に基づき、ミネソタ州最高裁によって制定されたものであり、**「表明条項(announce clause)」**として知られている。こ

れに違反した現職裁判官は懲戒にかけられ、裁判官候補の法律家もまた、表明条項を遵守しなければならなかった。

1996年に、上訴人の一人、Gregory Wersal は、ミネソタ最高裁の裁判官に立候補したのだが、選挙運動の過程で彼は、犯罪、福祉、堕胎といった争点についてミネソタ最高裁の判決を批判する文書を配布した。すると、この文書の適切さを問題にする彼に対しての不服申立が法曹専門家責任局(Office of Lawyers Professional Responsibility) に対してなされたのである。委員会は不服申立を却下したが、Wersal はここで、これ以上の倫理違反の申立がなされると法実務を行う能力が危うくなることを恐れ、立候補を取り下げたのだった。

1998年、Wersal は再び同じ裁判官職に立候補した。選挙運動初期に、彼は委員会から表明条項を執行する予定であるかどうかについて、勧告意見を求めた。委員会はこれにあいまいに対応し、彼の質問に答えることはできないと述べた。

そのすぐ後、Wersal は、連邦地方裁判所に被上訴人を相手取り、特に、表明条項が画集国憲法第一修正の定める言論の自由に違反しているという宣言判決及びその執行に対する差止命令を求め、訴えを提起したのであった。Wersal は、1998年の選挙運動中、論争になっている争点について自己の見解を表明することを妨げられており、表明条項違反を恐れるあまり、報道機関や公衆によってつきつけられている質問に答えることを断るまでに至っていると主張。ミネソタ州共和党を含む、本訴の他の原告は、**この条項によって Wersal は自己の見解を表明できないため、自分たちが彼の見解を知ることができず、候補を支持することも反対することもできない**と主張した。連邦地裁は、被上訴人勝訴の判決を下し、表明条項は、第一修正に違反していないと判示した。

ここで上訴された最高裁は、意見表明条項を**違憲**と判示したのであった。

#### 4 5 2 違憲か

理由はこれにつくる。「**曖昧**すぎるだろ」、これ。

ようするに一見明かとはいえない制限を表明条項の適用範囲に対して課していると最高裁はまず指摘する。

地裁は、憲法上の関心に照らし候補者が裁判官として選出されたとしたら候補者の下にもたらされるであろう論争点だけに適用されるよう、この条項を**限定解釈**したので、これがそのまま進んで表明条項の執行を命じることとなった。しかし最高裁にはこれにつき、**表明条項の文言それ自体同様、これらの文言に対する限定すら曖昧だ**とする。

たとえば連邦政府がキューバに対する禁輸をやめるべきかどうかというような問題は別として、「**州であれ連邦であれ、一般的な管轄権のあるアメリカの裁判所の裁判官の下で起こらないような法的ないし政治的争点はほとんどありえない**」からである。

#### 4 5 3 司法の中立性

そもそも、この条項はなんのためにあるのだろうか。ミネソタ州やら何やは、盛んに「**司法の中立性**」という言葉を使ってお茶を濁すが、それってなんなのか。

最高裁曰く、裁判における中立性とは、裁判官がいずれの当事者に対しても、いい意味でも悪い意味でも先入観をもっていないこととする。この意味での中立性は、裁判官が誰に対しても同じ法を適用し、法の平等な適用を保障するところに主眼がある。

この観点からすれば、確かに「論点」を主張することを制限する意見表明条項は無意味とすることになる。だって、極端な話「悪人には死を」と言う夜神月的な人がいたとして、この人の前では悪人は「誰であろうと」デスノートに名前を書かれて死ぬ。ということで、**どんな考えを持っているかと言うのは平等な運用自体を否定しない**のである。

もちろん、中立性を「法的論点につき予断をもっていない」と言う観点からとらえる考え方もあり、その点からは見解表明条項は有用なところもあるかもしれない。

が、これが厳格な審査基準を満たしうるような公的な利益ではないことは指摘しておく。だって、ずっと法律と向き合ってきた裁判官が抽象的文言の中になにか**定見**を持たないことは、不可能。と言うか定見がないって**無能**ってことでしょ。ということでこれは論外である。

さらに、ミネソタ州は「いやでもさ、言ったことと矛盾しないように判例出さないといけないうちやっって変な圧力になるじゃん」とかいふ。

まあこのように、対立する法的議論に積極的に耳を傾けられるような法的下地を作ると言う意味で中立性が捉えられる可能性があるという人もいる。だがこれについても、結局他の所で意見表明する機会がたくさんある現状、



これで効果があるとは思えないし。そもそも納得したら「ごめん間違ってたわ」と言えばいいだけである。**目的に比して規制手法が狭きに失している**ということになる。

ということで判例は、合衆国憲法第一修正の保証する言論の自由について、これを侵害すると認めたのである。※反対意見は合憲とする。

裁判官が選挙をやっているときに見解を述べる場合、その争点が実際の事件になったときにそのいった事実が裁判官を拘束することとなる。見解条項で禁止していることを表明することを許せば、当該事件に関しての個人的な利益が生じかねないとして、合衆国憲法のなかで最も有名な条項である due process of law にやはり違反するだろうとする。

#### 4 5 4 補足：第一「修正」

ここで問題にされている人権規定が、「修正」条項ででてくることについてちょっとだけ補足。

合衆国憲法は、いわゆる人権保障規定を本文にはほとんどおかず、**修正条項**と言う形で憲法修正に含んでいることを注意しておく。合衆国は憲法修正に際して、条文を書き換えず追加条文を作ると言う形式をとる。そのために、合衆国憲法の本文があって、そのあとに「第一修正」「第二修正」とアmendメントを追加していくのである。

このように憲法が最小限のものであったことは、憲法自体がイギリスの植民地であったところが独立を主張した結果できた 13 州の**国家形成の合意**であるから、当然のことではある。**皆それぞれ独立したあとに州憲法をつくるため、歴史的にも州の憲法が統治機構を作る**のである。州を state と呼ぶ時点でお察し。合衆国政府は州から権力を移行することで形成され、その「契約書」が憲法なのである。よってそんなに規定盛りだくさんじゃない。ただ、イギリス政府への反乱がこの革命なのだが、**人権保障**の意識は高かった。そのために州の憲法には人権規定が存在しているし、イギリスの植民地人は、イギリス臣民の権利を主張すると言う形で「代表なければ課税なし」のような主張をしていた。だから人権保障への要望自体は高かったのである。

会議で草案を作って各州がそれを承認する形で合衆国憲法が効力を持つのだが（13 のうち 9 の州が承認すればその州で発行する）、そのときに賛成反対について大きな議論がなされた。その時に問題になったのは、やはり**人権保護規定**がなかったことである。

少なくともはじめのうちは合衆国政府に与える権利は小さかったから、「政府との権限」としての**権力の裏返しである権利を憲法で規定するのはよくない**よね、というのがここで草案には人権規定が記載されていなかった理由とされるが、やはり議論は紛糾した。なかには「権利保障条文」と引き換えに承認すると言う州も出てきて、実は第 10 修正条項までは憲法成立とほぼ同時に成立したのだった。このひとまとまりを、**bill of rights** という。第一修正には信教の自由や結社の自由などが示されている。ここで権利侵害の主体は「連邦」である。しかし、第 13 修正から 15 修正が**南北戦争**を機に加わると、「州内の」奴隷を禁止し、選挙権が保障された。重要なのは「**州**」内の事項に対して**合衆国憲法がこれを禁止している**ことである。それは南北戦争と言う大きな戦争を経たからであるが、ここに civil war amendment が置かれると、とくに第 14 修正で州のレベルでも **due process of law** が保障されることになった。

これに判例法理が加わることで、第十修正までの連邦政府を名宛人とした人権保障規定が、州のレベルにおちてくることになったのである。ここには、かつては手続き的な規定だった due process of law をより実質的な一般規定の意味で理解していこうと言う流れが出てきている、ともいえる。もちろん全部が州政府との関係で読み込まれていくわけでは必ずしもないのだが、このような**取り込み incorporation** が行われている。

反対意見は見解表明条項を合憲とするが、さきほどいったように、選挙期間中の見解表明に個人的な利害を持つようになり、当事者たちは司法の中立を保障されなくなるとして、そのときに due process 違反になるとしたのである。合衆国では州が大きな力をもっており、合衆国憲法上の条文を争うのにさいしてもこのような変換作業を経て訴訟が起こされるのである。

#### 4 5 5 監視

反対意見までみたが、このようにアメリカでは公選制の意義は「どんな奴か知って」選ぶことで、「**人民による**」という意味での民主主義を実現しようとするところにあるわけである。完全に**ジャクソニアン・デモクラシー**以降の流れの一部として理解できるだろう。

対して**裁判所の中身を一度選んでしまったらブラックボックスに入れるような（日本の）やり方は、ある種の思考停止なのではないか**と思うのが柿嶋さんである。権力はチェックしなければ腐敗するもので、それをチェック

していかななくてはならないのだが、これをチェックするのが日本では民衆の目に見えないのである。最近は一アカウントビリティ、透明性と非常によく言われるのも、まさにここに根差す。

アメリカでは、裁判官公選制に対しての調査の際に、ほとんどの人が裁判官はポリティカルであると考えていたらしい。しかし、裁判所は政治や世論の影響から自由であるべきである場所と言う意味での「ユニーク」であるか？と言われると、それには「イエス」と答えるのである。

民主主義は権力のコントロールであり、そのためにはこのような考え方があるということも知ってほしいとのことである。

## 460 リアリズム

### 461 法典編纂運動

ジャクソニアン・デモクラシーの流れの中で、法の世界も、人民にとって分かりやすくあるべきだと言う見方がでてきた。(予見可能性とかがないことになるし) 法を専門家しか知らないような時代は、前近代的だということで**法典編纂運動**がでてきたわけである。

※法律家に対する資格要件が緩くなり、人民による統治が強調された時代であることは述べた。

**フィールド**と言う人がその運動を率いて、この動きはイギリスの**ベンサム**が旧来の権威主義的な救済的な論理を批判し、国会による立法の強さを主張していたことと関係していく。

※アメリカとイギリスは他の国よりも影響しあうところがあり、共鳴が起きた。

アメリカで法典化の動きはすすみ、様々な法典が出来始めた。多くの州でそれに共鳴して**民事訴訟法典**ができ、common law の在り方が合理化された。common law と equity の裁判所も手続きなどが統合され始め、形式主義的な裁判の在り方も変わり始める。

### 462 法典編纂に反対する人たち

ただ、フィールドはいろいろな分野で法典編纂を進めようとしたが、部分的な成功に留まった。実体法については制定法として採用されなかったのである。

判例法主義をとるアメリカの歴史的な動きの結末がこれです。どうして成功しなかったかということこれを阻んだ、たくさんの**法律家**たちがいたからである。たとえばカーターは歴史主義を唱え、一言で言えば、「法は作るものではなく、成るものである」ということを述べた。

ようするに、法とは具体的な紛争への解決の積み重ねで自然に積み重ねられるものだということである。この考え方は強く存在している。あとで確認するようにこのような経験主義的なあり方には懐疑もあるが、やはりこれは実際の判例をみたなかを通じて感じてほしかった一般的な考え方だと思います。

レヴィは、ルールはその適用の過程で変化するとし、事実の変化で新たなルールが形成されているなかで**準則**となって行くという。ここにあるのは机上の空論として法を運用するのではなく、具体的な事案に即してルールを考えていくのだとして、**経験主義的**なもののかんがえかたを基調にして、カーターの歴史主義を補強し、修正がかかるのだった。

ただ、一般的にデモクラティックな圧力が法に対してかかったのは間違いない。このときに、専門家としての職人根性と言うかそういうものに刺激を与えてしまったから、ロープロフェッションのありかたが強く主張されていくことになるのである。

### 463 経験主義的法学

一連の流れは言ってみれば、法学を一種の「科学」のようにとらえる動きとなる。

教育面でも、ケースメソッドを用いた教育がとたんにとって代わることになる。

**ラムデル**と言う人が特にこの主導者。彼は法の世界も自然科学と同じように科学であると考えた。様々な自然現象の中から、普遍に妥当することを発見するという**ダーウィニズム**はここにも影響を与えるものなのである。彼が大量のケースからコントラクトの関係を見つけようとしたのは、まさにダーウィニズムと同じことであろう。実務家はそれまで、ロースクールでパートタイムで教えるような教育のやり方をとっていたのだが、ここでやっと代わり、ちゃんとフルタイムで教える教育者を養成し、法分野を体系化していく人たちを作り上げたのだった。こうして、法律分野における**体系書**が出てくることになるのだった。体系化と同時に、法律は洗練される。アメリカは工業化はしたが、それまでは後進国であった。だが、この時期にイギリスを抜き世界第一位の工業生産高になった。これは契約法の改善による、アメリカのマーケットの合理化によるところが多かった。新しいケースメソッドではまず契約法が取り上げられ、テキストが作られることとなる。

#### 4 6 4 ニューディール政策

法と政治の関係と、法とはなにかについて彼らがどう考えているかというのがこの講義の主眼であるとは何度も述べた。そしてアメリカにおいて、法の世界と政治の議論が衝突したのが、**ニューディール政策**の時であるが、ここでついに、**リアリズム法学**がでてくることになる。アメリカは経済的自由を非常に大切にしている国である。だからそのためのインフラにも非常に注意を払うことになるわけだが、健全な経済的自由は現在に通じるものである。

このとき、全力の公共投資であるニューディール政策をめぐる論争があった。

以下に顛末を示すが、先に述べておくところのとき、法を「科学」としてとらえることに懐疑が生じたのである。法を「科学」と見るとき、**法はそれ自体の中で完結する**ようになり、社会経済から乖離する（たとえば、物理学の法則は、リーマンショックがあったからといっては変わらない）。しかしそれは、**たとえ経済が悪化しても、政府が何か施策を行いたくとも、法はそれを認めないことにつながる**。

あらすじとして、なんか法社会学でもらった資料をそのままのつけます。

「二〇世紀に入って、アメリカの経済的発展は目ざましかった。特に二〇年代に入って、大量生産に基づく大量消費が出現し、いわゆるアメリカ的生活様式なるものが形成されたのもこの時期であった。この傾向は、人口の都市集中化を招来し、アメリカの大衆文化を生み出した。しかし、この「黄金の二〇年代」の終わりに起こった大恐慌は、アメリカにレッセ・フェールによる経済政策の転換を迫るに到った。自由と独立の精神を基調として成立したアメリカでは、レッセ・フェールの思想が強い支配力を有しており、その傾向は一九三〇年代に到るまで続いていた。連邦政府に強大な権限を賦与することを嫌い、連邦政府によってなされた社会統制立法の多くのものに対し連邦最高裁判所は違憲立法審査権を行使し、無効を宣言する姿勢となって、その一端が現われた。社会統制立法は個人の自由を不当に拘束し、かつ社会の健全な発展を妨げるものだとしてレッセ・フェールの支持者は考えたが、当時のアメリカにおいては、その弊害が生じており、アメリカは経済政策についての行き詰まりの打開を迫られていた。大恐慌に続く不況が生み出した経済的混乱と失業問題は、政府の関与を必要としていた。アメリカは、その思想的伝統を捨てねばならなかった。フランクリン・ルーズヴェルトの打ち出したニューディール政策は、多くの社会的、経済的統制を行なうことによって、アメリカのこの行き詰まり打開を狙ったものであった。それは、連邦政府の権限を強化し、同時に社会的、経済的統制のための権限を連邦政府に集中させる中央集権化政策であり、一種の国家社会主義政策であった。リーガルリアリストの多くは、当時のアメリカ社会の変革を求め、ルーズヴェルトの政策を積極的に支持していた。」

#### 4 6 5 Lockner v. New York

さて、そんななかで裁判所が新しい社会施策立法につき、「違憲」判決を乱発することになる。その例の一つが、この **Lockner v. New York** 事件である。

この事件で問題となったのは、ベーカリーの就労可能時間など労働条件を規制するニューヨーク州法である。これに違反して起訴されたロックナーは、ここで違憲訴訟を起こしたのだった。

彼は、**州は人々から 14 条の条件なしに、契約の自由も奪うことはできないのだ**と構成したのだった。つまり、週にどれだけ働くかは、契約の自由の範疇だとした。

そして、最高裁はこれにつき違憲としたのだった。

以降も違憲判決が下る中で、ついに憲法修正案まで出たのだった。

ここには裁判所の裁判官と言う人物が、やはり自身の周りにいる富裕層の意見を聞き取りやすかったこともきつと影響している。

そもそも**契約の自由**は契約と言う行為のコアだと考えられていて、この時代の裁判官はそういう教育を受けていた。さらに、法は「科学だ」とラムデルは信じており、法は法自体として自己充足的な存在で、法と言う分野で出す答えには法以外が影響を与えないとしていた。これは法実証主義に近い考えに近くなっていくが、ロックナー判決はこのような点も背景に持っていた。

#### 4 6 6 リアリズムの萌芽

まとめると、世界恐慌を受けレッセ・フェールに限界が見え始めると、このとき、アメリカの憲法史から見て二つの次元での変化が起こった。

##### ① **自由放任主義**という方針の転換

商品取引規制など、もはや自由市場は自由しておくだけではいけないという意識が国に共有される。



## ②社会政策

規制立法が合憲とされ、かつては違法で取締りの対象となっていた労働組合が認められ、労働権が強化されることとなる。

このような行政コントロール体制は、行政委員会という準司法・準立法的な側面を持った団体が担当した。ケインズ的な**修正資本主義**の体制をとることが、この時点で決定的になっていたのである。

そして大事なポイントは、州ではなく「連邦」政府がここで表に立ったことである。この連邦が出張ってくる際にももちろん憲法上大きな議論を呼ぶことになるが、ある意味でここで国の体制が変わったともいえる。

そしてこのとき、「違憲判決」は端的に立法部と司法部の対立の象徴でもあった。裁判官はお年寄りが当時は多かったから、**nine of men**（9人の老人たち）が、どうして時の信頼を得て法律を制定する議会に対して「違憲」を言えるのが、社会的政治的に大きく問われた時期でもあったのだ。

そのようななかでルーズベルトは、自分の政策の柱を否定する司法に危機感を得る。彼が選挙に圧勝したあと、どうにかこの裁判所を変えようとする。このときかんがえたのが、違法判決を覆せるようにする案、そして意見判決を厳格にする案、そして70歳以上の裁判官の身分保障を弱体化させる案であった。このようにルーズベルトが政治的な意図をもって裁判所を変えようとするのを、**court packing**（抱き込み）という。

しかしそれは司法の独立、法の支配と言う伝統からおかしいのではないかという反対意見も出るのが当然である。こうして対立が先鋭化するなか、裁判所は自ら判例を変更するのだった。具体的には一人の裁判官が態度を変更するのである。

おそらくだが、**ニューディールが社会に受け入れられた後は、古い考え方に縛られず社会が認めたものを認めていこうという考えを彼は思っただろうか。**内心はうかがい知れないけどな。

このよううだうだとした流れは時代の変化に抵抗した勢力、として裁判所の**恥の時代**と扱われることもあるが、社会を変えようとする大きな流れは、アメリカではまず州レベル、具体的には州の立法部で起きる。そしてそこから連邦議会へとやっていくわけだが、司法部はこの流れの中で、最終チェック機能を果たすともいえるから、歴史的には妥当なラスボスではあった。

**リアリズム法学**は、そのような政治と法との対立、**科学としての法では説明できない事態を迎えた中で説明されることとなる。**すなわち、**法が完全な答えを提供するのではなく、そもそも裁判はそのときの社会情勢、裁判官の政治観、社会観と無縁とは言えないのではないかと、**この対立が人々にまざまざと見せつけるのである。

リアリズムとはつまり、上記の法のいわば「ブレ」を正面から認めて「科学」とかいうのやめようぜという議論。

### 467 リアリズムからの指摘

裁判官のホームズはさまざまな警句を出し、例えばルウェリンは様々な批判をしたのは法社会学でやったよね。事実認定に懐疑を示したフランクの著書『裁かれる裁判所』は有名である。ということで法社会学の方が詳しく話してくれたのでそっちの説明も載せつつ彼らリアリストの考え方をみていくことにしようと思う。彼らは徹底的に法が科学などではなく、「恣意」に満ちたものであることを言う。

#### ①ルールに関する懐疑(rule-skepticism)

こいつらが言うには、あるルールが明確かつ客観的である、ということは神話に過ぎないらしい。様々な理由によって、ルールとは不確定なものだ！と彼らは言う。

理由1. **適用できる判例、条文は複数あるから、選ぶときに主観的要素が入る**じゃん。

例えば日本の例なら、労働基準法第20条では、「使用者は、労働者を解雇しようとする場合においては、少なくとも30日前にその予告をしなければならない。30日前に予告しない使用者は、30日分以上の平均賃金を支払わなくてはならない」

民法第1条(2)「権利の行使および義務の履行は信義に従い誠実に之を為すことを要す」

民法第2条(3)「権利の濫用は之を許さず」

とかあるけど、このうちのどれを使うかによって結果って全然違ってくるんじゃない？

理由2. **判例、法令の適用の仕方も多数存在し、その選択によって結果が異なる。**

古くから存在する先例は特に尊重すべきなのか、それとも古いから見直すべきなのかって人によるよね。

理由3. **法律用語や判例の表現は曖昧だし、分かりにくい。**

明らかに言葉足らずな部分ってあるよね。まあ六法全書が10キ口とかになっちゃあ大変だしそれは仕方ない部分もあると思うけど、その曖昧さは法ってものから一義性、明確性を絶対に奪っているはず。

理由 4. **社会や経済の変化に応じて、法令や判例の解釈、適用が変わることもある。**

理由 5. **事実関係はいつもユニークである。**

規範が妥当しないケースがあるはずだし、その時に優先されるのは、規範よりも現実であるべきだ。

理由 6. **具体的な判例から抽象的なルールを導き出すことにはそもそも無理がある。**

理由 7. **裁判官、当事者、その他の関係者の心理状態に影響を受ける。**

②**判決に対する懐疑**(opinion-skepticism)

なんだかんだ判決に長い理由とか乗っけるけど、ぶっちゃけ判決で述べられている理由って本当の理由と異なることがきわめて多い。しかも無意識な場合だけでなく、意識的に、わざとやってる時もあるから性質が悪い。

③**事実に対する懐疑**(fact-skepticism)

で、そもそもの懐疑だけど、「本当の事実を完璧に知る」なんて無理なんじゃね？

#### 468 伝統的な考え方への批判

そのまま怒りは伝統的な考え方へ向かう。

【伝統的な考え方】

「人間の社会には客観的な法規範体系があるんだよ！法律家はそれらの法規範をうまく適用することによって正しい裁判が出来るんだよ！で、それらの法規範を分析することによってもっと整合的な法体系が作れるんだよ！ざまあみろ！」

まあ法を科学と見ていれば、発見すべき答えがどこかにあることにはなるだろう。だがこれに対して、**フランク** (Jerome Frank) っていう人が『裁かれる裁判所』(Courts on Trial) っていう本で批判を展開しまくった。

①**フロイトの心理学モデル**を応用してみた。

法的安定性とか、法体系に完全性を見出すような心理って、幼児心理学に言う所の「幼児が怖くて強い父親を求めて、恐れつつも拝む心理」を表している。だから、言ってみれば法って父親の代替物で、それに叱ってほしい、完全に管理されたいとかってただの甘えだよな。

②法律は**宗教**じゃあねえんだよ！

宗教ってのは普遍で永遠で神聖であると仮定されるから、わびしく、さびしく、不安で、自信のないほとんどの人々(安心立命を求める人々)が普遍と永遠と神聖を表す神の存在を信じたがる。

で、法的安定性や法体系の完全性だって、類似の宗教的な安心感をもたらしてくれるある意味教義みたいなものなんじゃないか？でも神と法律は違う。完璧は、ありえない。

③規範への物神崇拜ってただのフェチだろ。

抽象的で観念的な「法体系」と「法的安定性」が、あたかも実在するもののように信じて、帰依するのって、風水とか占星術とか信じているのと何にも変わらないぞ。

フランクによれば、**法源からの論理的な演繹によって法的安定性が保証されるなんていう思想は事実無根の神話に過ぎない**みたい。実際に裁判の結果を左右するのは、法律でも判例でもなく、裁判官のパーソナリティだという。彼によると、現実の判決作成過程を導くのは、論理的な演繹ではなくて裁判官の職業的な勘で、法準則や論理はその勘によって得られた帰結を事後的に正当化するものに過ぎないという。

さらにさらに彼は、伝統的な： $R \times F = D$  すなわち、**法規範(Rule) × 事実認定(Fact) = 判決(Decision)** という法適用に関しての公式も、「いやそれ法規範か事実のどちらか間違えてたら爆死じゃん」とバツサリ。

むしろ： $S \times P = D$  すなわち、**刺激(Stimulus) × 裁判官のパーソナリティ(Personality) = 結論(Decision)** という、最初から刺激が間違えば変な判決になるし、裁判官が変な人柄なら変な判決になるような結果を内包した式に再構築したのだった。彼にとってみれば、規範がこうだ、事実がこうだという形式論理は結論を先取りして正当化するためのものにすぎなかった。判決に何が書かれていようとも、裁判官はまず初めに結論ありきでそれを決め、その後にそれにふさわしい法規範や事実認定をでっち上げているのである。

だから事実も裁判官がでっちあげた事実には過ぎないし、法も判決前に存在するわけではなく、結論を合理化するために裁判官がでっちあげたものに過ぎないわけだ。

☆リアリストの名言

フランク「後半弁護士としての私自身の経験からして、私は、事実審裁判官が昼食を取りすぎたため、午後の法廷でひどい眠気を催して、証言中の重要事項を聞き落とし、そのため、其の事件について判決する場合に、当該証言部分を見捨てることもありうるむね、証言することが出来る」

ポープ「空腹の判事は判決書の署名を急ぎ、陪審員の食事の都合で、哀れ被告人は絞首刑に処せられる」  
パーカー「裁判官が家を出る時、痛風に悩んでいた、嫉妬心に苛まれていたり、あるいは盗みを働く付き人に  
対して怒りを抱いたりして激怒していたりすれば、これに応じて彼の裁判が偏ることは疑えない」  
彼らは結局、裁判所が何を言っているかよりも何をしているのかを追及することになる。リアリズム法学は、今  
までの**法学の一種の「神話」に挑戦するものであったが、逆に言えばそれだけしなくてはなかなか変えられない  
ようなことがあった**ということでもある。日本ではわりとすんなり批判なく受容自体はされた概念なのだが、こ  
れが現実に日本に運用されているかはまるで肯定できない。

フランクは証券取引委員会でも活躍しているが、体制を批判するだけでなく国策による側の人間だったことがな  
おその問題が重要であるかを物語る。

驚くべきは彼らが決して今までの法学を嫌いではなかったことである。ルウェリンは「**コモンローのうた**」をう  
たっていたという逸話が残っている。このような人々が、法を信じたいがゆえに行った批判であるからこそ。こ  
のように徹底的であり、なおかつ革新的なものとなったのは確かである。

リアリズム法学は具体的事案に着目するが故、そのような形で法学に残って行く。たとえば遡及効のない改正法  
の扱いができたり、責任追及が流動的にできるやりかたが出た。

#### 469 小括 by 田中先生の論文

法に携わる人たちは裁判所が法を創造していることを多少は認識しているのだろうと思われる。ようするに**裁  
判所が法を創造することは、裁判がこの世にある限り必然的なこと**である。法適用に争いがあるのだから当事者  
たちはやってくるのであって、その争いを解決するということは、同じような事件に同じ判断をするという前提  
においてだが、六法の余白に裁判所が書き込みをしていくことに他ならない。もちろん判例変更はあるがそれは  
権威を疑わしめるものであるから例外的であり、基本的な立場においてはそうだと言える。

ポイントになるのは、**判例による法形成**がどのように正統化されるのかである。これに対しては権力分流との関  
係で議論がなされる。

もちろん**違憲審査権**は用意されているのだからそれについては区別せねばならないが、通常の法の解釈にあたっ  
ては裁判所が法を形成することは憲法の建前に反しないのかと言う問題がどうしても生じる。たとえば日本では  
憲法 41 条の「唯一の立法機関」という説明に合致しない、というように。

しかしながら、**判例形成は司法に内在するものであり、さらにはこの形成法が、議会による制定法よりも下位に  
ある以上、三権分立に反するとは言えないだろう**。それぞれの憲法解釈で言い分を与える体制を採用している以  
上は、これに内在的に法形成が起きるのはさきに指摘した通りであって、それを取り除くことができないのであ  
る。違憲立法審査権については飛ばすが、ここで裁判官が自覚的に法形成を行うべきかどうかはまた別の問題で  
あることは指摘しておく。

※判例による法形成は日本でも認められるが、ここでも同様に、多くの国民が自覚的法形成を望んでいるかとい  
うとその証左にはならない。裁判官が自分のしていることの客観的な意味を認識できないままに判決を下す、  
というのは無理があるし、これはおかしいと思うが。

また、裁判官は具体的事件でどちらを勝たせるか「**全人格的判断**」として選んでおり、法は後付けに過ぎないとい  
う立場もある。ある意味でその側面は否めない。事実裁判官でその種の言明をする人はいる。

しかしながら、ここでいう「後付」というのは、あくまで個人的な事件についてのことでなく、「このような  
パターンのとき」にはこうすべきか、という集合体を観念した上での後付理論であって。完全な意味での「右  
か左か！」というような**勘**ではないことに注意しよう。

裁判官が法形成機能を営んでいることを示すような行動をすると、裁判官の信頼を貶める（基準がなく、自分が  
勝手に決めるんだということになるから）と言う意見もある。

しかしながら、法の支配の信頼に頼ろうと言うやり方は、結局一つの神話に頼る者であり、一種の愚民政策では  
ないか、とも思える。裁判に対する関心が高まったあと、新しいタイプの事件が大量に出てきたとき、裁判官の  
個性が結果に影響を与えることは隠しようがない。それを無理矢理に隠し続けるよりは、むしろさらけ出すべき  
では?と思うとのことである。

※余談…この授業ではあまり見れなかったのだが、アメリカで 2000 年に大統領選挙の結末を裁判所が決める  
ということがあったのは述べておきたい。議院内閣制にせよ大統領制にせよ、仕組みを作ったのが英米なのだか  
ら、この結末は参考にするところが多いのでは、と憲法学者がいったのが心に残っているらしい。



## 2 アメリカにおける政治と法

### 500 合衆国憲法と司法審査制度の成立

#### 510 合衆国憲法の誕生

##### 511 はじめに

田中先生の教科書を読んだなら知っているはずだが、彼の本は上下で一冊。

上巻の方には基本的に歴史の話が書いてあり、それぞれの時代についての重要なこと、法との関係などをずみることを行っている。だがこれでは全体の流れが分かりにくいので、この授業ではテーマ別にみているのである、いまさら言うのかそれを。

今日はそのなかで、合衆国憲法の話をする。そのためには歴史的に統治機構の姿がどのように存在していたのかなどを絡めて見ていく方がいいので、そういう話にもなります。

統治機構の話の中で取り上げる重要なものは「**連邦制**」である。単一国家に住んでいる人間からすれば、これを理解するのはとても難しい。アメリカの理解のうえで不可欠なのに、大きな壁である。でもまあなんとか切り込んでいくことにしよう。

##### 512 植民地時代

アメリカの統治機構というが、アメリカが国になった、**憲法**が成立したときから見ていくことにする。

世界史の知識のおさらいになるが、合衆国はもともと13の別々の植民地であったので、合衆国が出来る前の状態、植民地であった状態でも性格は様々であった。

**社会契約**に基づくもの、**領主**によるもの、本当にいろいろである。植民地を形成する、イギリスからあがってきた人たちの出土の様々な習慣がそのまま違いとして現れ、法的な基盤に差を生んだ。

イギリスにも国教があるように、法定宗派が植民地にもあり（もちろん宗教の自由を求めたから、信仰は強制ではなかったが）、**信仰レベルでの一体化のなかでアメリカがイギリス本国に対して戦いを通して独立を獲得するのは半端ではないことであった。**

※たとえば日本から外国へ移民していく人はたくさんいるが、ブラジルの日系社会ではいろいろと日本的なものがあり、日本との交流もまだある。ある意味ではブラジル社会にある日本的なものにはタイムカプセルに入ったように、今の日本にないようなものもあって面白いわけだが、ポイントは、彼らにとっての「日本」というものが確かにそこにあり、それを壊すのは容易ではないことであること。それと近い。

イギリスに反旗を、というのはそういうレベルの事なのである。

##### 513 独立戦争

独立戦争の当時は**植民地主義**の時代であり、西欧諸国は互いに植民地競争をしあっていた。

ここでレイジアナはフランスが植民していたのだが、ヨーロッパによる7年戦争の結果、アメリカ大陸を巻き込んでイギリス植民地と戦うと言う事態が起きた。その結果、パリ条約でフランスはアメリカ大陸における権益をイギリスに譲ることになった。

こうしてイギリスにアメリカ大陸の権益が集中するが、ここでイギリスは植民地経営が経済的にも難しくなってきたのだ。すると、イギリスはその経費を「課税」と言う形でアメリカ自身に負担させようとし始める。植民地人たちは、抗議をすることになるが、これが「**代表なければ課税なし**」の理論につながり、ひいては独立戦争につながるのである。

これが単純な歴史の流れであるが、しかしここでは、もっと遠景からこの動きを見ていきたい。

そもそも良く考えると、イギリス国王が君主であるから、植民地の国民は一応は「**臣民**」であったわけである。彼らはそう思っていたのに、弓矢をイギリスに向かって引いた。これは何故なのだろうか。

ここで大事なのは、**大西洋**という「空間」だという。

柿嶋さん曰く、**遠く離れた空間で、自分たちの信じるところの社会を作り生活を切り開く中で、気が付けば「別の社会」に生きる人間となっていたのが**、弓矢をイギリスに向かって引くことができた理由であるというのである。自分たちが本国の彼らとは違うんだと、果てしない距離感のなかで感じてしまったと言う。

実はここには、イギリスとアメリカの根本的なスタンスの違いも見て取れる。

たとえばイギリスには選挙区がありそこから代表が選ばれるが、代表観としてはどちらかというと「国民全体」の代表観念を持っていた。だから、**彼らにとって全国民は代表されている以上は、アメリカ大陸から議員が来なくても関係ない**のである。

対してアメリカは非常に**分権的**な構造を作る。アメリカはそもそもそれぞれに入植してコミュニティを作り、ガバメントの中心を自分たちで作って実際に統治を行うというプロセスを踏まざるをえなかった。

彼らのスタート地点はあくまでそこにあり、その上で段々と自分たちだけではどうしようもないものにつき「上」の機構を観念した。そういう意味で非常にスタートから分権的で、「全体の代表」なんて曖昧な理論では納得しないのである。つまりは彼らの代表観はそれぞれの地域、内部の**差異**を前提とした上でのものなのである。

#### 5 1 4 合衆国憲法がどうしてできたのか

イギリス軍と植民地軍との武力衝突から独立戦争は始まる。経緯は省くが、その後独立したそれぞれの**邦**に共通の事を話あう会議として**国家連合**（United States of America）が組織され、その根本となる規約として**連合規約**（Articles of Confederation）が作られた。

※州ではなく、憲法成立までは「邦」という言い方をすることに注意しよう。

合衆国憲法の前の文書として連合規約は存在し、その後合衆国憲法が新たに作られそれが有効となり、合衆国と言う機構ができたのだ。とすると、ここで一つ疑問が生じる。「**なんで憲法に作りなおしたの？連合規約じゃダメなの？**」という疑問。それにちょこっと答えておくことにしよう。

さて、経過に戻って、イギリスとアメリカの戦争はアメリカの勝利となる。その後、当然ながら戦争の反動で**不況**が起きるのだが、それぞれのステートはここで経済的な危機におかれる。

アメリカは戦争に買ってイギリスからの脱却をしたわけだが、それゆえに経済的な意味での「イギリスの下にいた」メリットまで失う。イギリスは嫌がらせに経済的な締め付けを繰り出してくるが、これに対して連合と言う主体には**関税**を課す権限が無かったので、経済的なイギリスの圧力に反撃をすることができなかったのである。そんな中で治安に面でも不安を感じざるを得ないような状況になる。**シェイズ（Shays）の反乱**というのがマサチューセッツで起きると、紙幣の発行（債務者はインフレにしてほしい）や減税、抵当権の実行停止、債務者拘禁やめるとか色んなことが訴えられる。ステート内で暴動が起き、これを鎮圧するのは非常にめんどくさかった。※独立戦争のときは戦わざるを得なかったが、彼らにも立場が様々ある。なので、のちに急進派かそうでないかでその後の政策が大きく変わるのだった。急進派が周りを囲むマサチューセッツ。貧しい人に有利な政策がどんどん展開されていくので、マサチューセッツでも反乱がおきたのである。

ようするにここで、**急進的な改革を求める奴ら VS 保守的な「待て待て」と止める奴らの構図が出来た**。

保守的な人からすれば、「え？まずくね？」と急進的な改革の動きをどうにかしようと思うことになる。こういう人たちが「ちょっと集まろう」として**憲法会議**@フィラデルフィアが開催されるのである。

ここで、対応のために連合規約の改訂をしようにも、それには各ステートの同意がいるから急進派たちの説得が無理だろうなと思った保守派は、いっそ憲法を作ってしまうと言い出すわけである。

このように合衆国憲法ができてくるのだが、これはまたあとで関係してくる。

#### 5 2 0 合衆国憲法の統治機構

##### 5 2 1 概観

この合衆国憲法はどのような統治機構をもっていたのだろうか、ちょっと構造を確認してみようと思う。

さて、合衆国憲法は article 1、2、3 とに分かれる。これは●●条というより大きく、田中先生は●●編と訳している。

Article 1 では**議会の権限や選出**、2 では**大統領の権限や選出**、3 では**司法権の扱い**が規定されるという形で合衆国憲法は規定される。もともとの存在としては 13 州あるわけだが、あくまで**それぞれのステートが主権として持っていたものの一部を、合衆国政府に移譲する形でこの合衆国政府は出来上がっている**。

##### 5 2 2 立法権

第 1 編の第 8 節が、立法権についておもに規定している。ここにはどんな規定があるかをまず確認する。

- 1 項 連邦議会は以下の権限を有す…として徴税権などを規定。できることシリーズは 2 項以下に続く。
- 2 項 合衆国の信用において金銭を借り入れることができるよ
- 3 項 通商やその規制ができるよ
- 4 項 破産法の制定、帰化についての定めができるよ

- 5項 貨幣の製造とかできるよ
- 6項 証券及び通貨の偽造に関して罰則作っていいよ
- 7項 郵便制度つくっていいよ
- 8項 著作権について保護していいよ
- …以下、18項まで続きます。

ここで大事なのは、こういうことができるよね…とあくまで「**限定列挙**」しているところである。各ステートの議会は、この権利を委譲する前は何でもできたのだから、今でも挙げたもの以外は出来る。連邦議会はもらったものがぎりで何とかするほかない。

こういう規律のされ方と対照的なのは、合唱国憲法の州の規定である。憲法の中で州の立法権に対して制限を定めたのが第一篇の10節であるが、州はここに「禁止」されていること以外は何でも出来る。

許可しなければ出来ない連邦と、禁止されなければ出来る州は、完全に対極にあるだろう。ちなみに、憲法には州の間の関係を規定したものもある。第四編二節一項には、812にあるように州同士の内国民待遇のようなものが認められている。

そして注意しておくべきは、この憲法によって連邦政府に与えられた権限を行使するために **necessary and proper** な法律を制定する権利も連邦議会にあることである。

これ次第では、連邦政府の権限は拡大するともいえる。ただ、これによって連邦政府が立法することが認められた権限は、必ず行使しないとイケないということではない。その意味で合衆国憲法が規定するのはマキシマムの方の権利である。

このような文脈からは、**必ずしも連邦が得た権利と、州が失った権利は対応しない**点に気を付けよう。連邦の破産法が制定される前には、州の破産法が機能していたが、制定後も州の破産法は下位ながら残る。

### 5 2 3 合衆国政府の権限拡大

とはいえ、やはり合衆国の権限はだんだんと拡大していくことになる。

たとえば、先に見た第1編の8節で合衆国に与えられた立法権限のなかでもっとも重要な、第3条の通商に関する規定についてちょっと見てみると分かる。通商にはコマスという言葉が使われるが、この条項を**コマースクローズ commerce clause**と言う。

【参照】アメリカ合衆国憲法第1編8節3項

(連邦議会は、次の権限を有する：) 外国との通商並びに各州間及びインディアン部族との間の通商を規制すること

まあこれをめぐる判例が山ほどあり、判例変更のなかで大分解釈が変わってきたのである。

※憲法の勉強をするときは、これだけで2単位くらいは授業できるらしい。

少し後ろに下がって合衆国憲法をみたときに、これが世界で一番古い成文憲法であることは(例外を除いてだが)述べた記憶がある。逆に言えばアメリカの憲法は200年以上存在しており、修正条項が追加されるだけであつた。現在では27修正までいったが、そのうち第10修正までがもっとも初期に導入された bill of rights であることを考えると、事実上17しか変わっていないことになる。そのなかで合衆国政府の権限は大きくなったというとき、これはあくまで**判例変更**と言う形でのことになるのである。

まあ合衆国憲法は硬性憲法であり、改正には合衆国上院下院の各三分の二、州の四分の三の承認が必要である。

これにならんで、各州が三分の二の賛成のもとで発議をするやりかたがあるが、そこでも州の四分の三の賛成がいる。このような手続きだから憲法自体を変えるのはなかなか難しいと言う点もある。

まず、3条の対象が通商の「**手段**」たる鉄道だとかにまで射程を広げる。つまり、公共領域の規制を行う権限のもとがこの3条にあることとなったのである。

そしてニューディール政策の時代、この条項はついに「**生産**」のプロセスに及ぶようになった。

ニューディールの少し前から独占や寡占は大きな問題となっており、セオドア・ルーズベルトらが対応に奔走しまあていたのだった。その後、違法なものの移動に関してそれを規制するにとどまらず、「子供の作ったものの移動」を制限するということで子供をはたらかせようとする事自体を禁止したりして、要するに「移動」にひっかけてなんでもできるとするニューディーラーのやり方が裁判所にとめられるというような構図になっていたのである。結局ここでは世論の支持を受けた大統領側が勝ち、裁判所が解釈を変更するという形でほとんどなんでも出来るようになってしまった。



※が、最近いくつか判例が出てきて、全くの無制限ではないような空気がでてきた。

※ニューディールでアメリカの国のかたちというか憲法解釈が大きく変わったと言う話もした。そのときの変革を **Constitutional Revolution Ltd** と呼ぶことがある。ようするに、明文ではないが判例法の世界でめっちゃ権限が変わった変化をこう「革命」とまで言っているのである。

#### 5 2 4 権限抵触

もう一つ大事なものは、さっき確認したが憲法上では連邦議会が仮にできることであっても、州としてはそれが「あなたにはできない」と禁止されていないことならできることである。つまり、**federal law と state law の抵触が起きる可能性がある**。このとき、**supremacy clause** という、州法よりも連邦法が優先するという規定が置かれている。州の方と連邦の方が抵触する時には、連邦法が優位する。州法的最終的な判断をする州法裁判官も、合衆国憲法に拘束されるというのである。

ただ、そもそも衝突が本当にあるのかないのか、この次元から話は始まることになる（つまり、「**連邦法優先やで〜**」と言われた州側は「**いやいやそもそも連邦法と衝突している立法してねーから**」と、**そもそも抵触してない**と抗弁するわけである）。

法律はある一定のベクトルを持つが、これが完全にぶつかるということはほぼなく、ねじれの位置とかのものもたくさんあるわけである。さっきの破産法とかならまだわかりやすいが、例えば以下の例はどうだろうか。

（例）

カリフォルニアにはアボカドを十分に熟したものでないと販売してはいけないとした州法があった。一方フロリダにも州民の健康のための健康規制として、同じような規制があった。だが、両州の「OK」の基準が微妙に違ったので、フロリダでは売れるのにカリフォルニアでは売れないアボカドが存在していたのであった。

ここで、interstate commerce から、連邦議会がフロリダの基準に合わせた統一ルールを作って、カリフォルニアのルールをこれに「抵触」しているとして規制していいだろうか。確かに、アメリカを一つのマーケットにする目的から「通商条項」としてこれを見れば、州法と連邦法が抵触すると言えるかもしれない。しかしながら州はそれ以外にも普通、合衆国の主権を絶つものとして **police power** (州民の健康・安全にかかわる権能：**福祉権能**)を持っている。その観点からすれば抵触しているから連邦法優先というのはちゃんちゃらおかしく、むしろ違憲ともなりうるのである。

ここでカリフォルニアのルールを規制したことは合憲と判断されたのだが、このように非常に難しい問題が絡んでくることになるのは注意すべきである。

#### 5 3 0 違憲立法審査

##### 5 3 1 総説

日本国憲法には明文の違憲審査規定があるが、その大元であるアメリカの憲法には実は判例を通じてしかこの仕組みはないのは面白い。

とはいえ、第二次大戦後は多くの国が違憲立法審査をとりいれたがそれ以前はアメリカがほとんど唯一の違憲立法審査を持つ国であった。

ここから違憲立法審査制度を見ていくが、比較の際には明文の規定があるかだけでは不十分である。アメリカは明文を持たないが日本よりも違憲立法審査を利用することが多いのは知っているはずである。何が残って何が残らないか、残ったものを人々はどうか解釈していくということも含めて**歴史的な分析**（そしてそれはおもしろい）が必要になってくる。

※ここで、宇宙の話が始まったが、あまり文脈が理解できない。たぶん、この広い世界には、およそ偶然としか思えないようなことが多々あるが、そのなかになにか感ぜられる「意思」のようなものが、アメリカの憲法史のなかにもあるのだといたいのか。だから因果関係とかだけみるだけじゃあだめということか。

##### 5 3 2 フェデラリストとリパブリカン

Marbury v. Madison 事件は、違憲立法審査の確立の先駆けとなった判決であるから、ここで少し尺をとってみることにしよう。なんと法律学を学ぶ教科書でなくても出てきたりする判決である。

さてここで、アメリカの発展の方向には、**フェデラリスト**と**リパブリカン**という人々との間に思考の対立があったことについて述べておかななくてはならない。

前者のフェデラリストとは農園主や商工業者など「**持てる者**」であった。彼らはアメリカの憲法の成立を望んで、強い中央政府を求めた人たちである。合衆国憲法には「州がしてはいけないこと」として、「契約上の債権債務

関係を害する法律を作らない」(教科書 p594) というものがある。そもそも禁止規定が珍しいものであるが、明らかに財産権を狙う規定である。

ただでさえレアな禁止規定がこれを禁ずると言うのは、これを禁じざるを得ない状況があったからである。つまり、こういう**禁止規定をおかせることで自分たちの貿易を守り、国内産業保護、そして全体としての政策を実行しようとする人たちが出てきていた**わけである。

彼らは**急進派**が政権をとり(さっきのシェイズの反乱を思い出そう)、徳政令的な政策がまかり通る状況をうけて、大きな危惧を受けたのだった。急進派が政権をとった地域で起きていることを**モボークラシー(暴民政治)**として、現在の富の分配を、すなわち**既得権**を守ろうとした。

後者のリパブリカン(トマスジェファソン)に代表されるが、彼らはデモクラシーを必要なものと考え、中間層が経済的に自律的な状況の中で政治に参加することが理想だと考えた。自営農民層がアメリカの主人公になると考えていたのである。彼らは強い中央政府を実現することに反対した。

政府は必要悪で、権限・権威は必要ではあるのだが、まあ近いところにあった方がウォッチしやすい。**なぜ戦って独立したのに、新たなイギリスみたいなもんを作るんだ**ということになる。流れとしては民主党につながるような人々。

実はこのような対立がアメリカの憲法制定時からあった。初代大統領ワシントンは中立的で、財務長官と国務長官をそれぞれフェデラリスト・リパブリカンで構成した。だが、政党が登場してくると話が変わってくる。1800年の大統領選挙で、当初の憲法では2名の列挙というやりかたをとるのだが、ここでまさかの同票獲得がでた。このときは各州ごとの決選投票になるのだが、負けた側が嫌がらせしたりして問題にもなったらしい。まあ経緯は省いて何が起こったかと言うと、この選挙でジェファソンが勝ち、**フェデラリストは政権を追われる**。

### 5 3 3 Marbury v. Madison

ここで、当時の憲法にはやはり不備があり、**Lame duck session** という問題があった。

12月の第一週月曜日から議会が始まるという規定があるのだが、これと大統領選のタイミングの不一致のせいで、簡単に言うと**選挙で落選した議員がしばらくの間議会の一員として機能しうる状況ができていた**のである。つまり、フェデラリストはここで、自分たちの存在証明を残しまくる。

憲法自体には連邦の司法制度に関する条文はあまりなく、下級裁判所については議会が制定法を作ると言うことが期待されていたのだが、彼らはここ、特に裁判官の任命に関する法律を作った。1801年の立法で、なるべく多くの裁判官のポストを作って、駆け込み的にフェデラリストを裁判官に任命するのである。

だが、上院が承認して印璽も整ったのに、国務大臣の**辞令の交付**の前に任期がマジでギリギリで終わってしまった。ネクスト国務大臣のマディソンに対し新大統領のジェファソンが働きかけ、このイミフな措置を消そうとする。第一歩として辞令の交付を取りやめるのだが、しかしここで取りやめられて裁判官になれなくなったやつが出訴したのである。これが、Marbury v. Madison 事件。

※国務長官に対してこの件で訴えを起こすと言うのは、まあやり方としてはオッケーとされていた。判例には職務執行令状について連邦裁判所の管轄を認める判決が出ていたので、裁判にできることは確かだった。

判事のマーシャルはここで、リパブリカンとフェデラリストに挟まれると言う非常に嫌な状態になったのだった。連邦の合衆国憲法は一種の文書であるわけだが、この解釈権は州にもあるぜとかいう州権主義者も共和派などに多かったし、下手な解釈をすれば弾劾にかけられるという脅かしもあった。そのなかでひねり出したのが、以下の判決である。

### 5 3 4 判決

#### ①「この憲法を守らないものは無効」と言う意味を憲法を持つ

成文憲法は特別なものであって、普段の議会の法律はこれに反すれば無効になると言わない限り、憲法は憲法たる意味を持ちえないとして、憲法が作られたと言う特別なモーメントの意味を重視する。

#### ②**そうした法律が憲法に照らして適合するかを判断する権限はどこにあるのか is 裁判所**

つまり、簡単に言えば「違憲審査権が裁判所にあるぜ」ということである。これはかなり斬新な考え方で、当時アメリカ以外に違憲立法を考えているところはなかった。成文憲法は他の国でもあったが、多くの場合三権がそれぞれの解釈権を持つと言う理解だったのである。これに対してアメリカでは「**裁判所**」に判断権を持たせる。マーシャル曰く、裁判所は**紛争解決**の場所であり、憲法とそれに抵触する可能性のある立法があるとき、それを抵触するかしないかを選択しなければ本来の義務を遂行できないだろうというのである。

合衆国の司法権は憲法のもとでのそれに及ぶと規定されるし、第六篇には憲法順守を裁判官が誓う規定もある。最高法規条項も違憲立法審査を前提にしている口ぶりであったというのである。

ということで結果的にはフェデラリストには救済は与えられなかったが、フェデラリストにも心強いシステムとして**違憲審査**が存在すると言い、うまいことお茶を濁してみたなあと言う判決であった。

※連邦派は「連邦」に力があることを望むわけで、「連邦」裁判所が強いと言う判決は受け入れやすいものである。対して共和派からすれば、ここで州同士の協約については各州の解釈に任せ余計なことを連邦にしてほしくはない。しかし、ここでは非常に説得的に連邦の裁判管轄権を説いたのである。

このあとマーシャルは非常に優れたリーダーシップを発揮して、連邦派から見て大いに指示できるような判例を多くだし、マーシャル・コートと言われる時代を築いたのである。

ここで違憲となったのは連邦の法律だが、その後、1810年にFletcher v. Peck事件で州法も違憲とされる。

こうして裁判所は、違憲立法審査の番人としての立場を確立したのである。

デモクラシーの国がその原理を駆使して作った制度を違憲と言えることになるわけだが、ここにはアメリカがどのように人民主権を獲得してきたのかのバランスを踏まえれば、民主主義原理は行き過ぎてはいけないというのは、非常にわかること。その限りで民主主義政治とこのシステムは親和的であると言えるだろう。

## 5 4 0 アメリカの司法制度

### 5 4 1 裁判所

合衆国憲法の枠内で司法制度は存在している。憲法解釈でこれらの制度をまとめるのも、連邦裁判所がしていることである。そんな制度論を少しするが、ここから話すのは、より現在の姿に重点を置いた話である。

アメリカには**州**と**連邦**とにそれぞれ裁判所がある。

#### ●連邦の裁判所

現在の連邦裁判所の第一審は **district court** と呼ばれる。第二審は **court of appeal**、第三審は **supreme court** である。こいつらが連邦におけるすべての民事刑事事件を担当する。ただ、こことは別に専属の管轄権をもつ裁判所も存在するので、例外もある。第一審は90個以上ある。

ここでの**ロークラーク**の扱いは裁判官次第であるが、ちなみにどう思う？とか聞かれたりするらしい。どういふ人がエリートかは、ローレビューの執筆経験や、ロークラークとしての経歴などから分かったりすること。日本では事件ごとに補佐官が割り当てられるのだが、ロークラークはここで各裁判官が面接をして選ぶので仕組みが違ったりする。

ちなみに我が国最高裁と違い、連邦裁判所に小法廷システムはない。半数以上が出席すればいいとされるが、多数意見が全体（9人）の過半数に達しないときには判決を差し控えることが望ましいとされる。

あとは、不法行為以外の裁判についての裁判所や、国際通商裁判所などの特殊な裁判所がある。

また、**行政委員会**として、ニューディールの時に結構有名になったが連邦取引委員会だとか連邦動力委員会、連邦通信委員会とか証券取引委員会、全国労働関係組合といったものがある。

このような委員会は、第一審の裁判所のやる**事実認定**の権限があり、裁判所は彼らの事実認定を尊重する。が、彼らはルールメイキングなどの準司法的機能も営んでいる。

もちろん委員会の判断につき裁判所へ上訴できるので、ここでは下級審の代わりの役割を果たしている

#### ●州の裁判所

州の裁判所は州憲法に基づいて成立する。今でも二審制の所もあるが、大体が三審制になった。第一審は、多くの場合は **circuit court** とか **district court** とか。控訴審は **appeal court**、最高裁も **supreme court** というのが一般的だが、ニューヨーク州などは異なる名称をとる。

### 5 4 2 相互の関係

こういうふうに州の裁判所と連邦の裁判所が並び立つが、相互の関係がどうなっているのか話しておく。

連邦裁判所の司法権の範囲については合衆国憲法の第3編2節1項が規定する。

【参照】合衆国憲法第3編2節1項

合衆国の司法権はつぎの諸事件に及ぶ。

- この憲法、合衆国の法律および合衆国の権限にもとづき締結された、または将来締結される条約のもとで発生するコモン・ロー上およびエクイティ上のすべての事件。
- 大使その他の外交使節および領事にかかわるすべての事件。



- 海事法および海事裁判権に関するすべての事件。
- 合衆国が当事者の一方である争訟。
- 2 以上の州の間の争訟。【州と他州の市民との間の争訟。】[修正第 11 条により改正]
- 異なる州の市民間の争訟。
- 同じ州の市民間の争訟であって、異なる州から付与された土地の権利を主張する争訟。
- 1 州またはその市民と外国またはその市民もしくは臣民との間の争訟。

※州が合衆国政府に与えた権限なので、これはマキシマムである。だからここに掲げられる裁判権を限定していくことは可能だし、実際そうになっている感じもする。

まず、連邦憲法、法律に関して発生する事件はまさに連邦法が大事なので、連邦裁判所が扱っていることはまあ納得できる。次に、異なる州市民の扱いについて連邦裁判所が出てきているところにも注意しよう。つまりは**連邦法でない法律（不法行為法）などにも連邦裁判所が関わることになる**のである。

ただ、合衆国の法律のもとで起こる訴訟なのか州法の問題を主とする訴訟なのか、分からないような場合もあるにはあるので、外延は必ずしもはっきりしていない。

## 6 0 0 基本的人権と法の平等な保護

### 6 1 0 アメリカの人権保障

#### 6 1 1 アメリカの人権保障のはじまり

ここからはアメリカ憲法の中の基本的人権の一つである、**法の平等な保護**（法の下での平等）を、**ブラウン判決**（1954）を題材にして取り上げる。

さて、そもそも**奴隷制度**があったときにアメリカ憲法ができたのであり、人権保障に関しては最初から合衆国憲法は妥協の産物であった。ということで、この人権保障の話をするために、まずはアメリカ合衆国の初めの方までさかのぼることになる。

まあ独立性の強い「州」の要素と、国としての統一の要請が妥協して、このようになった過程についてはさっき確認したよね。まあせっかくなのでここでも例を挙げれば、下院はナショナルな原理のために人民の代表が人口比例配分によって与えられているが、上院はフェデラルな原理として州から2名が選出されている。上院議員のほうが社会的なステータスも高いが、ここにあるのは微妙なバランス感覚に他ならない。

このとき、人口比例にあたって、奴隷をどう数えるか、扱いが問題になったが、妥協の末に「三分の二」カウントという扱いになった。合衆国憲法は、「これでいい」として踏み切ったのである。

#### 6 1 2 立ち上がる人々

始めのうちはこのようなものでもそこまで問題にならなかったが、結局は**南北戦争**と言う、最大の死者を出した戦いになった。本土を戦場にして、血肉を争ったわけである。

詳しい経緯は時間が無いので田中先生の教科書の説明に任せるが、ここにあったのは、結局人間を財産権の対象とするような国に対して、人間が立ち上げられるかどうか、覚悟の問題であった側面が多分にあることは注意しておきたい。

※自由州と奴隷州があり、奴隷州から逃げ出した自由州にいる人は逃亡奴隷となるが、これは他州における財産権の保護から引き渡す義務があったのだった。奴隷制とは、このように人間を財産権の対象そのものとして扱うことに他ならない。

**南北戦争における問題はまさに、このような事態に立ち上がるかどうか、立ち上げられるのかどうか**に他ならない。

そして、日本はこれにつき、胸をはって立ち上げられると言えるだろうか。南アフリカでは1990年代までアパルトヘイトが行われており、そのとき、アメリカだけではなく多くの国が経済制裁を行ったが日本はしなかった。天安門事件のときもアメリカやヨーロッパの国々ではけしからんと言う人が多かったが、日本の学生はほとんど何も言わなかった。ここで言っているのは、そういうレベルの覚悟の話。そのときに法は何を果たせるかということが、この歴史から問われている。

ともかく、こうして人々は立ち上がるようになった。南北戦争が終わり奴隷制は廃されたが、それでこの運動は終わるわけではない。まだまだ手を変え品を変え、根強い差別意識は残っていたのである。

これから見ていくブラウン判決についても、不合理に対し立ち上がる熱意、そして覚悟、こうした思いに支えられていることは常に意識しておいてほしいところである。

※映像としてここで、公民権運動関連のビデオを見ました。上記の覚悟が良く伝わる映像でした。

ドイツのイエーリング「権力のための闘争」の訳では「レヒト」を「権利＝法」と読み替える。レヒトは法だとか正しさだとか結構な訳され方の幅を持つ言葉だが、この訳しかたには、感ずるものがある。

興味深い事に、彼は不「法」の侵害をうけたときも、それには対抗しなくてはならず、「**闘争**」が必要だとする点に注目しよう。国家権力の行動にとどまらず、これは国民の側も常に、権利を守りそしてときに貫き（！）進んで行かなくてはならないのである。その意味で権利、そしてそのもとの法には客観的な部分と主観的な部分とが混在しており、これを「権利＝法」という書き方であらわしたのであろう。このビデオの内容も、まさにこの側面をとらえているように思える。

## 6 2 0 ブラウン判決 Brown v. Board of Education

### 6 2 1 あらすじ

**ブラウン判決**はもっとも高名な判決の一つである。が、実際の判決を見るとそこまで雄弁なものではなく、地味な印象を受けるものである。この判決を真に理解するには経験の部分が必要なのだが、あくまでまず、論理をつきつめようとのこと。しかしながら事案は確認しないとアレなので、まずそれを。

さて、ルイジアナ州では 1892 年に、「(列車の車両における) 隔離は憲法に違反せず、むしろ同居を強制することが違法」という判決 (**ブレッシー判決**) が出ていた。

※ブレッシーはわざと白人の車両に乗り逮捕され、これを訴えた。

時は流れて 1951 年、カンザス州でブラウンさんが訴訟を起こした。すなわち近くの公立白人学校に、娘を colored だからという理由で通わせられないのは違憲だと主張したのである。黒人学校に行かなくてはならない子供たちは、非常に長い距離を移動して学校に通わないといけなかったので、教育委員会にバスを出してと頼んだが、税金を払ってくれないので…と言われてしまっていた。訴訟を提起しようと準備を始めたら仕事を首にされてしまったといったこともあり様々な覚悟とともに、訴訟に臨むこととなる。

※クラスアクションなので、黒人の児童たちは入学を求めて訴訟を提起している。

ここでは、南北戦争後に法の下での人種差別が禁止されたのちに、「**分離すれども平等**」として、同じ施設を提供していれば分離する法律は合憲であり、守らねばならないということがとくに南部の州で主張された経緯が背景にある。**南北戦争から 100 年近くがたった 20 世紀に、「時代は変わったのか」が問われた**のである。

かつては車両隔離政策が問題だったが、ここで問題にされているのはおもに公立教育の問題である。

### 6 2 2 論理の壁を乗り越える

白人の児童と黒人の児童を別々に教育する制度の合憲性が問題になった。これを守りたい側は、「カリキュラムとか施設とか、同じじゃん」と平等な保護がされるし合憲でしょ？ブレッシー判決を持ち出してそういうのである。これは結構厚い壁で、たとえば女子高とか男子校とかは今もある。

これを乗り越えたのは、「**公共教育**」では**分離すること自体が平等たりえないとした理論**である。黒人の子どもに生まれて、色によって違う学校に行く自体に毎日遭遇すること自体が、彼らに「劣っているのだ」「遅れているのだ」という意識を植え付けるとした。そしてそれは、学習意欲を著しく削ぐことになる。

これまでの判例は、例えば

- 学校にとって大事なものは必ずしもそのカリキュラムや設備だけではなく、その人的つながりも含む。
- 初等学校における変革をもたらそうとすると、多くの人々の生活が変わるのに対して、ロースクールであれば話は別である。
- 黒人の席を指定すると言うのは、クラスメイトとの話す機会を損なう

といったように、あくまで「**equal**」ではない点に着目して、措置を平等ではないものとしていた。その布石の先にあった本判決は、**separate することじたいが、そもそも平等原則違反である**としたのである。

もちろん設備的にも equal ではない学校はたくさんあったが、彼らはそうやって equal にしてもらっても時間がたてばまた差が開くと思い、そもそもの「混合」での学校運営を求めたのである。

確かに 14 条修正の際にも別学は存在していたが、最高裁はそのことは決定的ではないとする。そもそも今日では教育の果たす役割が非常に大きくなったため、別学であることが人生に影響する割合が大きくなったと言うのである。

この判決を出すに当たり、全員一致を確保すべくウォーレン裁判官は奔走して各裁判官を説得していた、そこにあるのは日本では絶対なんか文句言われるような、**stateman** としての裁判官のありようである。

これ以降、大量の別学訴訟が起こされた。各裁判官たちは、それぞれ命の危機を感じながらも、この判決を踏襲したのであった。

### 6 2 3 積極的格差是正措置

このような議論の延長線上にあるものとして述べておきたいのは、**積極的格差是正措置 (affirmative action)** の問題である。先に述べたように、ただ単に設備を同一にしようというだけで差別問題は解消しないし、さらにいえば「共学制度」だけですべてが終わるわけでもない。このような背景の中でたとえば「黒人を入試で優遇する」だとか、そういった動きが出てきたのである。

※この affirmative action については司法のほうでの憲法法理やルールが変化するよりも前から行われ、大統領令で政府契約をつかって人種差別問題に取り組まれていた。一番物を買ひ、サービスも買うのが政府であるが、その政府がどこに契約するのは重要である。政府はここで差別を禁止して、立ち入り検査も辞さないという条項を出したのである。以降何度か大統領令は出され、そこに「性別」の差別も盛り込まれた。

さて、はじめてこの action が問題になったのは Bakke 判決である。

#### ●Bakky 判決

カリフォルニア州の州立大の医学部がデービスにあったのだが、ここでは 100 名のうち 16 名を経済的教育的に恵まれない学制だったり、マイノリティだったりの枠にしていた。Bakke は別枠の人よりは高い点だったのに、別枠でないために落ちてしまった。最高裁は 4 : 1 : 4 というなにか多数意見かにわかにわからない判決を出したのであった。

判旨は、16 人こうやって判断するよと言うのは違憲だが、このような要素も考慮して決めるのはオッケーだよとかなんかよくわからない結論を出す。まあとりあえず議論はめんどくさいのでおいといて、このようなやりかただと違憲だが、アファーマティブアクション自体は否定しない判決で、この Bakky くんは入学を許可された。

つい最近も、最高裁が affirmative action についての判決として**ミシガン判決**がでた。

#### ●ミシガン判決

ミシガン大学の法科大学院と学部とのそれぞれについて上記のと似たような訴訟が起こされたのだが、なんと裁判所は「学部は違憲だが、法科大学院はセーフ」という判断を下したのである。学部はなんか人種が決定的になるからアウトだが、法科大学院の制度では個人としてそれぞれを評価する中で考慮すると言うスタンスだったので（内実はどうあれ）許されたのだった。

以降も最高裁のリーズニングは曖昧な感じなのだが、段々と違憲判決を出しつつもやはり人種と言うモノを考慮すること、**かつての差別を「いま」考慮することは否定しきれない**ような態度をとっているように思える。

このような文脈、そもそもアメリカのような個人主義の国がこの制度を取り入れた意味は何か？というところまで考えていくと、やはりアファーマティブ action の問題は非常にめんどくさいことが分かる。

南部が全力で抵抗し、シビルライルムーブメントが高まることとなるのは確認した。違憲だという判断し、それに従わない南部と言う構図を作ったのは、当たり前だが他にもない裁判所である。其の裁判所が今再び、時代がどう変わったのかを判断しなくてはならない時期に来ているのであろう。

### 7 0 0 KAKISHIMA ROCK FES.2013 GRAND FINALE

#### 7 1 0 積み残したもののよりも、大事なもの

#### 7 1 1 宣伝

※大前提ですが、最終回と言うことで柿嶋さんはだいぶテンションがおかしくなっています。

さて、なぜいきなり「プロジェクト欒」という団体の宣伝が始まりました。

何か講演があるらしく、日時は 2013 年 9 月 27 日・28 日の 13 : 00 ~ 18 : 00 まで、トークタイムは 14 : 00 かららしいです。浅草アミューズミュージアム 6F だそうです。

この団体は、人々にハッピーな気持ちを与えるのが目的らしく、柿嶋さんもその一員としてトークをするとのことでした。果てしなく授業時間に言うことではないなーとか思いましたが、まあとりあえずノートにも書いておくことにします。

そして、柿嶋さんが事実上の補講とか言う良くわからない補講をすると言っていました。事実上ではない補講とはなんなのか。アメリカの事をやるのに陪審の知識は必要なのだが、これには一コマでは教えきれなかったとこ



ろ、12 angry men という映画と、柿嶋さんのサイトにあるシンポジウムに行く、そして田中先生の教科書を読むという三つを満たすと理解できるらしい。三つを満たして請願すると、補講でやってもらえるらしい。良かったな！

**ちなみにテストについては、田中先生の「私人による法の実現」が非常に楽しいと思えると、良い答案がかけられるらしい。**

#### 7 1 2 神の証明

親は完璧ではない。しかしながらそれでも子供たちは親についてきてくれる、それを神のなせる業と言えずして何と言おうか？ 今日本で子供に負担をかぶせるような人たちは、子供の中に神を見ていないのではないだろうか？ 悲しいよねとのこと。「そうですね」と思いました。

#### 7 1 3 楽しもう

さて、神がいなくてかなんだとか、厳しいよ厳しいよと日本の現状を憂いてしまったが、しかしそれだけでは最後にふさわしくない。やっぱり楽しくない。やはりここでは、皆さんに楽しんでもらいたい。



——そう言って、柿嶋教官が取り出したのは、竹刀であった。

25 番教室に広がるのは、困惑、焦燥、ありとあらゆる「理解不能」のサインである。しかし柿嶋教官はそのようなことを気にしない。いや、気にする人物ならば竹刀を取り出すことはないと言うべきか。

聴衆に広がる疑問符をかき消して、彼女は言った。

「私は今日、あなたたちと戦おうと思います」

疑問符はいったんはかき消されたが、より大きな疑問符で塗りつぶされることになった。

私達の想いは意にも解さず、彼女は淡々と剣道経験者を挙手させ、一人の勇敢な聴衆が壇上へとあがることになった。二本目の竹刀を取り出すとその勇者へとわたし、二人は蹲踞（そんきょ：剣道の最初の構え）の姿勢になる。

そして、二人は本当に戦い始めた。



戦いは熾烈を極めた。急な登場にも関わらず、壇上へと上がった彼は堂々たる戦いぶりを見せていた。それは偶然か、はたまた柿嶋教官の導きか。

お互いに何かを確かめるように見合い、そして剣を凶ったかのように二人同時に打ち込む。竹刀と竹刀とが触れ合う音がする。筋肉が躍動する。

いつしか観客は、この戦いに引き込まれていた。柿嶋さんの言動を「突然何を言い出すのだこの人は」、と一笑に付してこの事態を傍観していた多くの人々は、いつの間にか無駄話を止め、その目はうなる剣の軌跡だけを追っていた。

「——ここまでね」

柿嶋教官は竹刀を置く。何か二人にしかわからないタイミングというものがあったのだろうか、相手をしていた彼も、言われる前に竹刀を置こうとしていた。

柿嶋教官も年齢を考えるとかなり無理をしていたのかもしれない。少し息が上がっている。どちらが勝ったともはた目には判断がつかなかったが、とにかくそこで「戦いは終わった」。



二人を迎えたのは、暖かい拍手であった。そして、笑顔であった。そこには決して嘲笑ではない笑みがあり、25 番教室のこの空気は、柿嶋さんが目指そうとしていた「楽しもう」という目的が達成されたことを、言うまでもなく証明していた。はっきり言って途中からついていけなくなって全部適当に書いているだけであるが、柿嶋教官は私たちを楽しませようとしており、そしてそれは成功したのである。

#### 7 1 4 楽しもう その2

アメリカに言って柿嶋さんが一番楽しかったことは何かということ、さいごに少し話してくれた。

ロースクールに行くとたくさんの課題が出て大変であって、当たり前だが週末がその処理のタイムなのだが、アメリカの学生たちは週末の**レクリエーション**を非常に楽しみにしていたという。

柿嶋さんがアメリカについてまもなくのころ、寒いボストンでは紅葉がとてもきれいであった。カナダとの国境あたりはなおさらきれいなのだが、それを見に行く企画をしていたという。

これに柿嶋さんが「宿題がおわってないの」ということで行かないと言っていたところ、無理矢理友達に連れて行かれたのだそう。しかしいざ着いて見ると、大自然での気分転換は宿題してないことをふっとばすほどの爽快感とエネルギーを与えてくれたらしい。

ここで柿嶋さんを楽しむことから遠ざけていたのは、**倫理**と言う名の足枷である。しかし、どうせ楽しむなら枷がないほうがいい。彼らはそれをよくわかっているのであろうとのことであった。

柿嶋さんはとても素敵なホストファミリーに恵まれたそうである。ある日柿嶋さんがそのホストファミリーと出かけるということで、つい課題を終わらせず出てきてしまい、それはもう後ろめたい感じだったそう。

そのとき、柿嶋さんに声をかけた男の人がいた。

「**Can be worse** (あんたはまだマシさ)」

そう言った彼は、松葉づえをしていたのである。松葉づえの人に言われたらぐうの音も出ないわけで、なにか魔法の言葉をかけられたような気がしたとのことである。

このような気風、彼らの笑いはそのように社会の中にある。競争社会のおいてのリラックスというかなんというか、こういうレクリエーションは、日本人にはできないのだろうか？

たとえばアイポッド使うくらいなら貝の音でも聞いていたい。繰り返せば摩耗するような楽しさではなく、ここが安らぎ繰り返すことで愛着がわくまさにそこに、本物のレクリエーションはあるだろう。

そのようなものを日本人は驚くほど持っていないように、思えるのである。

だから、君たちには楽しんでほしい。とにかく、楽しむということを忘れないでほしい。そういつて柿嶋さんは、**レジュメの第三部（陪審とか）には全く触れずに、英米法の講義を終えた**のであった。

では、最後に歌を歌います。「Anything can happen」聞いてください！そして柿嶋さんは歌った。そこには、謎の感動があった。

Linda Eder    Anything Can Happen

Toss a penny in a well, make a wish, you'll never can tell  
Trust your heart and believe come-what-may  
'Cause anything can happen if you let it happen  
Anything can happen today

Some things you trust, but can't explain  
Like finding rainbows after the rain  
True romance comes right out of the blue  
And anything can happen, if you let it happen  
Anything can happen for you

Who knows maybe right around the corner  
Your future is waiting for you  
Don't be afraid to take a chance  
Don't look down each time that you dance  
Letting go is the only thing to do  
Then anything can happen, if you let it happen  
Even love can happen to you

**講義は以上**