

機関番号：11301

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2007～2010

課題番号：19530001

研究課題名（和文）英米法における時間（歴史）の要素の存在構造と現行法への示唆

研究課題名（英文）The Nature of History built in Anglo-American Law

研究代表者

大内 孝（OUCHI TAKASHI）

東北大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：10241506

研究成果の概要（和文）：英米法における時間（歴史）の要素の存在構造を、特に権威的の法典籍における時間的要素に対する思考法および処理方法を追究することによって考察し、英米法には歴史が本来的に組み込まれていると言われることの根元的意味と、歴史的事実における具体の現れ方を検討した。アメリカ法形成期のイングランド法継受における権威的の法典籍の働き、時代と立場により変遷する反逆罪法理、および中世的訴訟手続の変化と近代的実体法の析出に焦点を合わせ、論文化した。

研究成果の概要（英文）：This study plan made a research for the nature of time and history “built” in Anglo-American law. The result is three articles. “Blackstone’s Commentaries and the Formative Era of American Law”, “Theory and Reality of the American Law of Treason in the Early Republic”, and “Transformation of civil procedure in the Early Republic and the emergence of substantive law.”

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	500,000	150,000	650,000
2008年度	500,000	150,000	650,000
2009年度	500,000	150,000	650,000
2010年度	500,000	150,000	650,000
年度			
総計	2,000,000	600,000	2,600,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・基礎法学

キーワード：法制史、ブラックストーン、『イングランド法積義』、法律辞典、反逆罪、訴訟方式、再審理、アメリカ法の形成

## 1. 研究開始当初の背景

(1) 判例法主義を採る英米法においては、いかに長大な時間が経過した先例であっても、基本的には何らの支障なくそこに直接に法源性を求めることができる。その理由は一般に、英米法の歴史的無断絶性・継続性のゆえだとか、あるいはそもそも英米法は歴史が本来的に組み込まれて存在しているからだとか説明される。しかし、その「組み込まれてい

る (built in)」ということの意味、換言すれば英米法における時間（歴史）の要素の存在構造が、根元的に問われ明らかにされたことは、わが国においては勿論（せいぜい「法源論」の形で一応の説明がなされてきたのみ）、おそらく英米においても殆どない。あまりに当然とされる事柄が、問われぬもせぬまま自明視されることの一つの現れと言え、これは恰も、例えば「法曹一元」を表す英語

が存在しないことと同様である。

(2) 英米法における時間（歴史）の要素の意味が未だ根元的に明らかにされていないという上述の問題は、わたくしが専門とするアメリカ法制史学において、次のごとき特徴的な形で現れる。というのも、アメリカにおけるアメリカ法制史学は、近年、研究の数量上は隆盛だが、その実、確立された方法論が未だなく、実態は群雄割拠状態に近いと言われる。その一つの所以が、アメリカではその法制史研究が、伝統的に歴史学者によってではなく、主としてロー・スクールの教授により「歴史が組み込まれた法規範」として、現行法解釈論の一環として行われることが多いことにある。そのため、法学と歴史学との関係を真摯に問い直すことが殆どなかっただけでなく、法制史学の方法論が、その時々により影響力を持つ法学上の思潮（リアリズム法学、リーガル・プロセス学派、批判的法学研究（CLS）など）の影響をもろに受けつつ流動化したまま確立されずに今日に至っている。この事情が、わが国において未だに「アメリカ法制史」という学問分野が実質的には確立されていないことと、深く関わっている。「アメリカ法制史」が、わが国においては、伝統的に英米法学の一分野としてのみ、いわば現行英米法制度研究者の「片手間」のごとくに行われてきたに過ぎないこと、また「アメリカ法制史」という学問分野が、研究領域・書誌等のカタログ上は存在するが、明示的にそれを自分の専門として掲げる研究者が、わたくしを除いては殆ど全く存在しないことが、この現状を如実に表している。

(3) わたくしは、アメリカ法制史研究につきまとう如上の問題を剔抉するすべく、数年にわたる研究の成果として、大部の論文を發表したが、その問題の根元が、英米法における時間（歴史）の要素の存在構造が未解明である点に求めうると考えるに至った。本研究は如上の経緯から着想されたものである。

## 2. 研究の目的

本研究は、英米法における時間（歴史）の要素の存在構造を、特に権威的法典籍 (books of authority) における時間的要素に対する思考法および処理方法を追究することによって考察し、英米法には歴史が本来的に組み込まれていると言われることの根元的意味を明らかにし、英米現行法学・法制史学のあり方に対する一定の示唆を行って、ひいてはわが国における英米法制度の摂取のあり方を見つめ直す比較的視座を提供することを目的とする。

## 3. 研究の方法

### (1) 研究第2年までの主たる方法

① 対象となりうる権威的法典籍のうち、特に18世紀後半以降に絶大な影響力を持った、ブラックストン著『イングランド法積義』（以下、単に『積義』と言う）を重視する。極めて多数存在する版の中で、特に重要な版のうちの若干を補充入手し、この書にまつわる混乱した頁付の同定作業を施し、研究代表者がこの数年間、幾つかの版にわたって作成しつつある『積義』頁対照表を補充する。これにより、恐らく世界でも類を見ない『積義』の「頁対照表」が一層充実し、研究者の便宜に供することができる。

② 次に、『積義』本文中に無数にちりばめられている法律用語及び法概念を、その本文の文脈に即して抽出することで、著者本人による解説付の「法律用語・法概念集」の機能を果たす基礎資料を補充作成する。

③ 『積義』に対する19、20世紀の脚註・註釈書・実務手引書から、『積義』の行論上重要な引用先例に対して上記手引書等が付加する、最近の「類似判例」を抽出し、言わば「引用判例の系譜」集を作成する。

④ 代表的な法律事典 (law dictionary) における②③からの参照・引用例を抽出し、一覧表化する。

⑤ 英米におけるいわゆる重要判例の若干における②～④からの参照・引用事例を抽出し、一覧表化する。

(2) 以上の作業のねらいは次のごとくである。

英米におけるいわゆる重要判例、とりわけ19世紀から20世紀前半のそれにおいて、それぞれの立論の要所所でいわゆる権威的法典籍 (books of authority) を参照・引用するものが意外なほど多いということは、かかる判例の原文の全体に当たれば容易に了解されよう。しかも、相互に反対の解釈論に導く各判例が、その行論上の要点で、同一同頁の権威的法典籍を引用する事例がしばしば見られる。例えば、いわゆる先例法理の厳格化を維持しようとする判例も、それを緩和しようとする判例も、ともにブラックストン『積義』の vol. 1, pp. 68-71 を引用するがごとし。

これは、各重要判例が、自らの立論を、『積義』を「権威的」な媒介として、依拠すべき先例の「系譜」の末端として位置づけようとする営みにほかならない。しかし、この「系譜」は、一義的に明確な理論の時間的継承であるとは限らない。それどころか、時間の経過が長期にわたればわたるほど、そこには膨大な「類似」判例等が、権威的法典籍によって、更に上記③④によっても付加され、その結果、当該理論の外延が拡大し、反対にその内包は希薄化・曖昧化してゆく。かくして、

少なくとも法的効果としては正反対の方向に向かう各判例が、その論拠を同一の「系譜」に求めるという余地が生ずる。

一般的・抽象的にはこのように説明しうる上述の実情を、上記①～⑤の作業に基づいて、限定された視角ではあるが、極めて具体的に綿密な実証として提示するというのが、本研究計画の最大の特徴である。その中で、本研究の主題である時間（歴史）の存在構造の、重要な一端が見えてこよう。すなわち、本来物理的には厳として存在する時間的距離が、大きくなればなるほど、最近年にまで至る膨大な数の「類似」判例ないし立法例が大規模に付加され、そこで数百年前の「先例」とごく最近の実例との間を隔てる「時間」が観念的に接合されることになる。物理的な時間的距離の大きさが、観念的には時間的距離感を解消するという、一種のパラドクスである。このパラドクスが、少なくとも一面では、上記①～⑤の作業によって明らかにされる「系譜」の統合を通してこそ可能であること、したがって少なくとも理論的には、一旦は統合された「系譜」を分解し、系譜の各構成要素を時間的（歴史的）文脈の中に置き戻すことによって、「系譜」統合の中で解消された時間的距離を復活させることが可能であること、これらのことを明らかにする。

### (3) 第3年以降の主たる方法

如上の成果を踏まえて、英米法における時間（歴史）の要素の存在構造に関する論文、並びに特にアメリカ法制史学について、純粋に歴史学としての再構築の可能性とその意義に関する論文の執筆に取り組む。更に、これと同時に並行に、『積義』が、従来の類書とは全く異なって、訴訟方式 (forms of action) の体系ではなく、「権利 rights」および「権利侵害 wrongs」の体系で書き上げたことにも着目する。ブラックストンがこの発想をどこから得たのか、先行研究の影響はいかほどか、ローマ法研究の影響が強かったと言われることはどの程度正しいか、などであり、最終的には、この「権利」の体系の出来上がり具合と特徴とを分析・提示する。というのも、権威的法典籍の中でもとりわけブラックストンの『積義』が実務上際立って重用されたことの本当の理由が、この「権利」の体系にあるように思われるからである。『積義』が、従来の類書とは全く異なって、訴訟方式

(forms of action) の体系ではなく、「権利 rights」および「権利侵害 wrongs」の体系で書き上げたことに、特に19世紀から20世紀前半にかけて、法実務家の「先例」探索作業を飛躍的に容易にした（例えば、アメリカのWest社の判例検索システムが、漸く20世紀から、早くとも19世紀末からのものだったことを想起すれば、それ以前における

『積義』の影響度合の大きさが容易に推測できよう)。かくして、『積義』が提示した「権利体系」の現代的意義に注目する。

## 4. 研究成果

(1) 第一に、①～④の基礎作業を行った。

① ブラックストン著『イングランド法積義』の本文中に無数にちりばめられている法律用語及び法概念を、その本文の文脈に即して抽出することで、著者本人による解説付の「法律用語・法概念集」の機能を果たす基礎資料を、順次補充しながら作成する。

② 『積義』に対する19、20世紀の脚註・註釈書・実務手引書から、『イングランド法積義』の行論上重要な引用先例に対して上記手引書等が付加する、最近の「類似判例」を抽出し、「引用判例の系譜」集を作成する。

③ 代表的な法律事典 (law dictionary) における参照・引用例を①②から抽出し、一覧表化する。

④ 英米におけるいわゆる重要判例の若干における、参照・引用事例を①～③から抽出し、一覧表化する。

これらの資料は、完全な手作業でしか作成することができず、一挙に「完成」できる性質のものでないが、それだけに、『積義』を学問的に活用するための基礎資料として、世界的にもまれな成果を積み上げつつあるものと考えられる。

(2) 第二に、上の作業の成果を利用し、『イングランド法積義』が果たした現実の法に対する影響例を抽出する視点から、「アメリカへのイギリス法の継受は、ブラックストン『積義』に負うところが大きい」という、従来の英米法学によって行われてきた言明を検証する論文の執筆に取り組み、発表した。

上の言明は、米日双方の学説上長く、公理のごとくに唱えられてきた。その論拠は、アメリカ独立運動における『積義』の役割、およびアメリカ諸憲法制定における『積義』の役割がともに大きかったこと、初期アメリカの諸判例に対する『積義』の影響力が数値上甚大であること、アメリカ法学教育における『積義』の意義が、私学校、大学、法学教科書、フロンティア地域のいずれにおいても極めて大きいこと、などである。

次いで、上記各論拠が事実として妥当するか否かを検証した。その結果、いずれの論拠も、学問的な論証がなされていないイメージに過ぎず、したがって上記言明も、十分な論証がなされたうえで主張され維持されているわけではなく、仮説に留まることを指摘した。

しかし、この言明を捨て去ることを主張するのではなく、本研究は上の検証を今一度やり直すことを提唱する。そのことで、イング

ランド法における時間の要素を圧縮した形で出された『釈義』が、本来イギリスとの歴史を政治的に断ち切って成立したはずのアメリカ合衆国において、法的には、圧縮された時間の要素をそのまま受け継ぎながら、新たな時代・社会に適合的な新たな機能を果たすための連結役として働いた。そのような局面を今一度学問的に検証することが、「アメリカへのイギリス法の継受は、ブラックストン『釈義』に負うところが大きい」という言明の妥当性のみならず、「アメリカ法の歴史的形成」という大きな事象をとらえるために不可欠の営みであることを指摘した点で、本研究は米日双方の学界にインパクトを与えたと考えられる。

(3) 第三に、第二と同様の方法及び視点から、『イングランド法釈義』が、アメリカ合衆国憲法中の「反逆罪条項」の成立および内容上の「法理」に大きくかかわっている事実と、他面、当時のアメリカの政治状況によってもたらされた「実理」から、その法理が実務上、特殊アメリカ的に変形された様相とを描き出し、論文として発表した。

合衆国憲法制定までの反逆罪のあり方には、以下の四段階があった。そのどの段階においても、『釈義』をはじめとする権威的法典籍を、自己の解釈に都合良く理解しようとする営みが背後で動いている。第一は、イングランド国王に敵対する行為を広く「反逆」としてとらえる法理をそのままアメリカ植民地に移植していた段階である。第二は、アメリカ独立運動時代において、その「独立」を、イングランド国王に対する「反逆」であるとして弾圧しようとする、イギリス側の理論的な武器として用いられた段階である。第三は、独立宣言後、今度はアメリカ側が、忠誠の対象を、「国王」から新しい「アメリカ」に切り替え、アメリカ独立を阻止しようとする動きを、アメリカに対する「反逆」であるとして抑圧しようとし、独立後の州憲法において広い反逆罪を規定して厳格に処罰しようとした段階である。

第四段階は、合衆国憲法において、今度は前段階より格段に「狭い定義」の反逆罪を規定した段階である。この狭い定義によって、同憲法規定は一種の人権保障の役割を今日に至るまで果たし続けてきたと一般に言われている。

しかし、現実には、合衆国成立初期において同規定は非常に拡大解釈され、合衆国の政策の一部に抵抗する人々を「反逆罪」として処罰した。この事例であるウィスキー反乱およびフリーズ事件判決の「法理」を詳しく検討した結果、その背後に、成立したばかりの合衆国支配を盤石にすることに腐心する政治家たちが、このような抵抗を遮二無二「反

逆」として断罪することを欲する「実理」が大きく働いていたことが明らかとなった。このようにアメリカ国内の各州政府対連邦政府の、権限分配の政争の理論的武器として使われたこの対立が一段落着いた後にはじめて、合衆国憲法の反逆罪規定は元の文言のとおり「狭い定義」へと回帰し、如上の実態を見逃した人の目にはあたかもはじめから「人権保障」を営んだかのように映ったわけである。

かくして本研究は、本来中世イングランド国王に対する「反逆」が、時間の要素を圧縮した形で取り込んだ『釈義』などの権威を媒介にし、その上で時間の要素を捨棄して、それぞれの立場ないしは「実理」に適合的な反逆罪「法理」を編み出していく実態を剔出した。

(4) 第四に、『釈義』などの権威的法典籍が圧縮した形で取り込んだ時間の要素が、訴訟手続という日常の法実務において、どのように展開されあるいは変化するかに着目した。具体的には、19世紀のアメリカにおける訴訟手続の簡略化と、その実体法への影響のあり方を、特に不法行為法あるいは契約法の近代的生成あるいは変容の中に見、その姿を理論的に定式化することを試みる論文の執筆に取り組んだ。

独立後のアメリカにおいて用いられたのは、基本的にイングランドの訴訟手続であったが、その強く中世的な性格が、社会的・法技術的実態にそぐわなくなるにつれて、アメリカ法曹は独自の訴訟手続へと実務上変化させていった。その典型が、一方では、コモン・ロー訴訟手続の基本であった訴訟方式と訴答の簡略化であり、他方それと平行して、当然には拡大するはずの陪審の法決定権を、再審理制度を拡大することによって、裁判所が制限することが可能な法実務を、特段の立法の根拠なしに確立させていった。これによって、外見上は中世的な訴訟手続を用いながら、折しも進行しつつある産業革命に伴う社会・経済の変化に対応しうる、実体法の近代化を、アメリカの法曹が実務上編み出していた。

英米法の存在根拠である時間（歴史）の要素を前提にしながら、巧みに近代に即応しうる存在構造を構築した歴史の実例であり、これがまた、「アメリカ法の形成」の重要な一局面を剔出した点で、学問的なインパクトを与え得ると考えられる。

(5) これと同時に並行に、アメリカ法の形成に歴史上極めて重要な役割を果たしたと言われる、ブラックストン著『イングランド法釈義』が、従来の類書とは全く異なって、訴訟方式の体系ではなく、「権利 rights」および

「権利侵害 wrongs」の体系で書き上げたことに着目し、具体的な法制度の展開とのかかわりに注目して、今後のさらなる研究のための観点を整理しつつある。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計2件)

1. 大内孝、初期アメリカ合衆国における反逆罪の法理と実理——合衆国憲法反逆罪条項の歴史的文脈——、『法学』、査読有、72巻6号、2009年、873-907頁

2. 大内孝、ブラックストーンと「アメリカ法形成期」考——序——、『法学』、査読有、72巻3号、2008年、390-430頁

[学会発表] (計0件)

[図書] (計0件)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

大内 孝 (OUCHI TAKASHI)  
東北大学・大学院法学研究科・教授  
研究者番号：10241506

(2) 研究分担者

( )

研究者番号：

(3) 連携研究者

( )

研究者番号：