

英國衡平法ノ現代的意義ト
其濫用

NATURE AND LIMITS OF EQUITY
JURISDICTION

教 授

外 岡 茂 十 郎

PROFESSOR M. TONOOKA

1930

目 次

	頁
第一節 緒 論	1—11
I. 衡平法ノ概念	
序言——法律ト社會トノ調和ニ於ケル Legal Fictions, Equity, Legislation——「良心」又ハ「正義」ノ原理トシテノ Equity ト、固定シタ法律組織トシテノ Equity.	
第二節 衡平法ノ現代的意義	11—27
II. 衡平法ノ具體的妥當性	
Justice without Law ト Justice according to Law.——法律上ニ於ケル三權分立論ノ影響——Individual Application.	
III. 衡平法ノ社會的順應性	
實際生活ニ於ケル超法性——The Motor Cars Act, 1903——the supplementing of gaps in law.	
IV. 衡平法ノ裁判上立法	
coverture doctrine——the separate use of a married woman——The Divorce and Matrimonial Causes Act——The Married Women's Property Act——legislative lawmaking ト judicial lawmaking——結語。	
第三節 衡平法ノ限界	27—51
V. 衡平法ト自然的正義	
法律ノ道德化時代——Equity is a Court of Conscience acting	

in personam.—Common Law 及ビ Statute Law ニ依リテ擔保セラル、natural justice.—Equity ニ依リテ擔保セラル、natural justice.—certainty ト flexibility.—moral claim ト legal right, moral tie ト legal duty.—He who seeks equity must do equity—the growth of the modern doctrine of estoppel by conduct.—結語。

英國衡平法ノ現代的意義ト 其ノ濫用

外 岡 茂 十 郎

第一節 緒 論

I. 衡平法ノ概念

英國衡平法 (English Equity) ハ、種々ナ意味ニ於テ、吾々日本人ニトツテモ、研究ノ價值ガアルデアラウ。近時盛ンニ行ハレツツアル信託ノ、歴史法學的乃至比較法學的興味ハ之ヲ暫ラク措イテモ、English Equity ソノモノノ成立經過ハ、之ヲ單ニ他國ノ法制史實的考察ニ止ムベキデハナカラウ。蓋シ固定的ナ法律ニ依ル裁判 (Justice according to Law) 以外ニ、法律ノ拘束ヲ受ケザル裁判、即チ裁判官ノ自由意思ニ依ル裁判 (Justice without Law. Justice according to Nature) ノ問題ハ、我國ニ於ケル現時ノ問題タルヲ失ハナイカラデアアル。蓋シ Justice without Law ハ其ノ本質上、裁判其ノモノノ方法ニ於テ、又ハ法律ノ解釋及ビ法律ノ缺陷ニ於テ、從來論争ノ中心トナツテ居ツタ「制定法ト社會トノ矛盾及ビ其ノ調和」ノ問題ニ對シテモ、

重要ナル解決ヲ與ヘルモノデアルト謂ヒ得ルカラデアアル。

Maine ハ、其ノ名著 *Ancient Law* ニ於テ、法律ハ一度ビ制定セラルレバ固定 (stable) スルモ、社會生活ノ需要乃至正義ノ觀念ハ進歩的 (progressive) ノモノデアアルガ故ニ、法律ト社會トノ間ニハ絶エズ間隙ガ出來ル (We may come indefinitely near to the closing of the gap between them, but it has a perpetual tendency to reopen.)。而シテ人民ノ幸福ノ大小ハ、實ニ此ノ兩者間ニ於ケル間隙ガ、敏速ニ狭メラレタル程度ノ如何ニ由ルト云フテ居ル (The greater or less happiness of a people depends on the degree of promptitude with which the gulf is narrowed.)。茲ニ於テカ、Maine ガ此ノ間隙ヲ減殺シ、法律ト社會トノ調和ヲ圖ルモノ (the agencies by which Law is brought into harmony with society) トシテ、擬制、衡平及ビ立法 (Legal Fictions, Equity, and Legislation) ノ三ヲ舉ゲタコトハ、能ク人ノ知ル所デアアル (pp. 24, 25.)。斯クシテ、Maine ニ從ヘバ、Equity トハ特殊ノ原理ニ基ク法規ノ一體デアツテ、從來存スル所ノ法律ト相竝ビテ存スルガ、其ノ原理ノ優越性 (a superior sanctity inherent in those principles) ハ、遂ヒニ既存法ヲ逐斥スルニ至ルモノデアツテ、其ノ Fiction ト異ナル所ハ、既存法ニ對スル變更ヲ公認スル點ニアル。其ノ Legislation ト異ナル所ハ、既存法ヲ逐斥スル所以ガ、其ノ基ク原理ノ優越性 (the special nature of its principles, to which

it is alleged that all law ought to conform) = 在ル點デアル。從ツテ、此ノ意味=於ケル Equity ノ特質ハ、「從來存スル所ノ法律上ノ原理ヨリモ優越シテ居ツテ、且ツ (之ガ爲メニ) 何等ノ立法手續等=依ラズシテ (當然既存法=代ツテ) 其ノ適用ヲ主張シ得ル原理ノ一體」(a set of principles, invested with a higher sacredness than those of the original law and demanding application independently of the consent of any external body) デアルト云フ點デナケレバナラヌ (pp. 25—30)。

サレバ、本稿=於テ取扱フ Equity モ、Lord Chancellor Nottingham (1673—1682。數字ハ chancellor ノ在職期間ヲ示ス。以下同様。元來 baronial chancellor ノ終身官制ヲ廢シタノハ實ニ Henry 三世ノ 1238 年ニ始マルモノトス—Holdsworth, *History of English Law*, vol. I. p. 395.)、Hardwicke (1737—1757) ノ時代以來 Common Law =於ケル原理ト均シク、其ノ幾多ノ先例=於テ形成サレ、確立サレテ來タ判例法ノ一體トシテノ、近代=於ケル English Equity デハナイ (F. Pollock, “The Transformation of Equity,” in *Essays in The Law*, chapt. VII, pp. 180—183. Idem, *First Book of Jurisprudence*, pp. 257, et seq. Vinogradoff, *Common-Sense in Law*. pp. 208, 209.)。元來、English Equity ハ Common Law ノ運用ノ固定的、形式的ナルニ對シテ、之ガ峻嚴ノ緩和ト、其ノ缺陷ノ補正トノ爲メニ、Maine ノ所謂 a supplementary or residuary jurisdiction in the King (*Dissertations on Early Law and Custom*, ch. VI., “The King and Early Civil Justice,” p. 164) =基キ Chancellor =依ツテ、成立シ、發達シタモノデアツタガ故ニ (the King was the fountain head of all justice.) 衡平法ノ搖籃時代=於ケ

ル Chancellor ハ、必ズシモ、判例ニ拘束セラルルコトナク、必要ニ應ジテ先例ヲ類推擴張シ、又ハ之ヲ無視シテ、自ラ適當ト信ズル所ニ從ツテ裁判ヲ爲シ得タノデアツタ (They (Chancellors) were ever guided in their work by *Conscience*, not by what has since been aptly termed the *civil or judicial conscience of the court*, but by their own individual consciences, by their moral sense apprehending what is right and wrong, by their own conceptions of *bona fides*.—Pomeroy, *Equity Jurisprudence*, vol. I. p. 40)。サレバ、或ヒハ、衡平法裁判所ノ與フル判決ハ、Common Law ニ於テ認メラレザリシ新タナル權利 (primary rights) 又ハ救済方法 (remedies) ヲ認ムルコトニ依ツテ、又ハ Common Law ニ存在セザル新タナル法理ヲ作り出スコトニ依ツテ、Common Law ノ峻嚴ヲ緩和シ、其ノ缺陷ヲ補充シタ場合モアツタデアラウシ、或ヒハ又、更ニ進ンデ、衡平法裁判所ノ創造スル法理 equitable doctrine ガ、同一ノ場合ニ關シテ既ニ Common Law ニ於テ確立シテ居ル法理ヲ無視スルコトニ依ツテ、Common Law ヲ侵略シタ場合モアツタデアラウ (The very growth of equity, as long as it was in its formative period, was from its essential nature an antagonism to the common law.—Pomeroy, vol. I. pp. 39, 40.)。固ヨリ此ノ an antagonism to the common law ノ説明ニ對シテハ、「衡平法ハ普通法ニ從フ。Equity follows the law. *Æquitas sequitur legem.*」ト云フ

格言ノ解釋ニ、重要ナル修正 (modification) ガ附セラレネバナ
ラナカツタト同様ニ、而シテ其ノ反對ノ意味ニ於ケル修正ガ附
セラレネバナラヌコトニハナラウガ (Clark, Equity. p. 30.)。
從ツテ又、Equity ニ於ケル法理ノ特色ハ、Common Law ニ於
ケル法理ノ、不變的、保守的ナルニ對比シテ、時代ニ應ジテ精
練セラレ、改良セラルベキ、進歩的 (Progressive) ノモノデア
ツタ。或ヒハ、Holdsworth ノ言葉ヲ藉リテ云ヘバ、「連續ハ普
通法ノ歴史ノ特色デアツテ、非連續ハ初期ニ於ケル衡平法ノ歴
史ノ特色デアル」(Continuity is the characteristic feature of
the history of the common law. An absence of continuity is
the characteristic feature of the early history of equity.—History
of English Law, vol. V, p. 215.) トモ云ヒ得タデアラウ。

サレド、其後、衡平法裁判所ノ管轄權ガ次第ニ擴張セラレ、
其ノ判例ガ漸次ニ累積シテ、自ラ其處ニ裁判慣行ガ確立スルニ
至レバ、最早 Chancellor 其ノ人ノ良心ニ從ツテ自由ニ裁判ヲ
爲スト云フコトハ許サレズシテ、衡平法裁判所自ラノ先例ニ依
ツテ認メラレタル良心ニ從ツテ (by what has since been aptly
termed the *civil or judicial conscience of the court*)、裁判セザル
ヲ得ザルニ至ツタ。斯クシテ、Equity ニ於ケル法理モ、Com-
mon Law ニ於ケル法理ト均シク、連續性ヲ帶ビザルヲ得ザル
ニ至ツタ (all assumption that the chancellor was to be govern-
ed by his own standard and conception of natural justice

disappeared from the court of equity, and individual conscience was no longer the motive power in that tribunal.—Pomeroy, vol. I, p. 40. Holdsworth, vol. I, pp. 467, 468.)。殊ニ此ノ傾向 the universal conservative tendency of courts to be controlled by what has been already decided ハ、十六世紀ノ中葉カラ Chancellor ノ地位ガ、僧侶乃至政治家ノ手ヨリ法律家ノ手ニ移ツタコトニ依ツテ (從來、最後ノ ecclesiastical Chancellor トシテ Wolsey (1515—1529) ガ、又最初ノ lawyer Chancellor トシテ Sir Thomas More (1529—1532) ガ通常擧ゲラレテ居ル。固ヨリ僧侶出身ノ Chancellor トシテ Wolsey 以後 Goodrich (1552—1553) Gardiner (1553—1555) Heath (1556—1558) ガアリ、法律家出身ノ Chancellor トシテ Thomas More 以前既ニ Parning (1341—1348) Robert de Thorpe (1371—1372) John Knyvet (1372—1377) ガアツタガ、此等ノ事ハ孰レモ其ノ當時ノ Chancellor 任用ニ關スル例外ニ屬スル。詳細ハ Holdsworth, vol. I, pp. 410, 411. vol. II, pp. 557, 558. vol. V, pp. 218, 219.)、確立セラレ、遂ヒニ Equity ヲシテ、Common Law 自身ト同様ナ、専門的ナ法律組織ノ性質ヲ帶ビセシムルニ至ツタ (Geldart, Elements of English Law, p. 44.)。其處ニハ、幾多ノ専門的ナ Equity ノ法理ガ、Common Law ニ於ケル法理ト、何等異ル所ノナイ固定性ト連結性トヲ具有シテ非系統的ニ羅列サレテ居ルヲ見出スデアラウ。又其處ニハ、Equity ニ於ケル訴訟ノ停滯ガ、Common Law ニ於ケルヨリモ更ニ一層甚ダシキ停滯所謂 「keeping a case for ten years to think over, and not delivering judgment till perhaps most of the parties were dead and most of the property had gone in costs.」— (Geldart, p. 46) ヲ以テ説明サレテ居ル状態ヲ見出スデアラウ。殊ニ十八、九世紀ニ於ケル法的安定ヲ要求スル商工業時代ノ出

現ハ、Equity = 於ケル此ノ形式主義ヲ一層確立セシメ、完成セシムルニ重要ナル役割ヲ演ジタノデアツタ。十九世紀ノ初期ニ於ケル Lord Chancellor Eldon ノ聲明「“The doctrines of this court ought to be as well settled, and made as uniform, almost, as those of the common law, laying down fixed principles, but taking care that they are to be applied according to the circumstances of each case. I cannot agree that the doctrines of this court are to be changed by every succeeding judge. Nothing would inflict on me greater pain in quitting this place, than the recollection that I had done anything to justify the reproach that the equity of this court varies like the Chancellor's foot,” In *Gee v. Pritchard* (1818), 2 Sw. 402, 414.—cited Holdsworth, vol. I, pp. 468, 469. 猶ホ此ノ聲明ニ付テハ Pomeroy, vol. I, p. 49, n. 1. 參照」ハ此ノ時代ニ於ケル Equity ノ固定化ヲ如實ニ説明シテ居ルモノト謂ヘヤウ。サレバ、Maine ハ Eldon ニ對シテ「衡平法裁判所ノ裁判權 (jurisprudence) ヲ間接ノ立法ニ依ツテ擴張スル代リニ、其ノ裁判權ヲ説明シ、調和サセル事ニ其ノ一生ヲ捧ゲ盡シタ最初ノ衡平法判事」トノ説明ヲ與ヘテ居ル—Ancient Law, p. 69。斯クシテ、1888 年ノ Trustee Acts ニ於ケルガ如ク、若クハ 1890 年ノ Partnership Act ニ於ケルガ如ク、Equity = 於ケル幾多ノ法理ハ、Common Law = 於ケル幾多ノ法理ト共、ニ所謂編纂的制定

法 (Codifying Acts) ノ中ニ織リ込マルルニ至ツタ。サレバ、斯カル意義ニ於ケル、確立サレタ所ノ原理トシテノ English Equity ハ、普通法裁判所以外ノ別個ノ裁判所 Court of Chancery ニ依ツテ、發達セシメラレタル特殊ノ判例法規デアルト云フ以外ニハ、何等 Common Law ト異ナル所ノナイ、融通性ヲ缺ク、固定シタ規則 (hard and fast rules) カラ成ル詳細ナル法規ノ一體デナケレバナラス。斯クシテ、此ノ事ハ Blackstone ヲシテ、其ノ著 The Commentaries on the Laws of England ニ於テ、Equity ニ對シテ “It has been said that a court of equity is not bound by rules or precedents, but acts from the opinion of the judge, founded on the circumstances of every particular case. Whereas the system of our courts of equity is a laboured connected system, governed by established rules, and bound down by precedents, from which they do not depart, although the reason of some of them may perhaps be liable to objection.But the two systems of jurisprudence in our courts, both of law and equity, have long been equally artificial systems, founded in the same principles of justice and positive law, but varied by different usages in the forms and mode of their proceedings; the one being originally derived from the feudal customs, as they prevailed in different ages in the Saxon and Norman judicatures; the other from the imperial and pontifical

formularies introduced by their clerical chancellors.”ノ説明ヲ爲
サシムルニ至ツタノデアツタ(Kerr, Blackstone's Commentaries,
vol. III, pp. 224, 225)。サレバ、何人ト雖モ、今日ニ於テハ、
1873 年ノ高等裁判所構成法(The Supreme Court of Judicature
Act, 1873)ニ依ル高等法院(The High Court of Justice)ニ於
ケル衡平法裁判部(The Chancery Division。此ノChancery Division
ノ管轄ニ屬セシメラレ
タル事項ハ、主トシテ、The Supreme Court of Judicature Act. 1873 施行以前
Court of Chancery ノ管轄ニ屬シタル事項テハアツタガ。—36, 37 Victoria c.
66, The Judicature
Act, S. 34。)ヲ以テ「良心ノ法廷 a court of conscience」ナ
リトハ稱セザルニ至ツタ。

固ヨリ、Equityニ於ケル此ノ固定化スル傾向ハ、獨リ英法
制史上ノ出來事デハナイ。吾々ハ「ローマ」法制史上ニ於テモ、
之ト同様ナ衡平法固定ノ過程ヲ、「アレキサンダー・セヴェルス」
(Alexander Severus) 帝ノ時代ニ見出スコトガ出來ル (Maine,
Ancient Law, pp. 61—70)。サレバ、Maineハ此等ノ事實ヲ綜
合シテ、「總ベテ衡平法ハ、衡平法ガ始メテ Common Lawニ
干渉シタ時ニ行ハレテ居ツタ Common Lawト、全く同様ナ
(固定的——rigid, unexpansive) 状態ニ陥チテ行ク傾向ヲ有ス
ルモノデアル」(Each of them (English and Roman Equity)
tended, and all such systems tend, to exactly the same state
in which the old common law was when Equity first interfered
with it.) ト云フテ居ル (Ancient Law, p. 68)。吾々ハ、現在
ニ於ケル確立サレタ固定的ナ Equityノ法理モ、嘗テハ「良心」

ト「正義」トニ基ク彈力性アル法理 Equity トシテ、成立シ、考ヘラレタモノデアツタコトヲ見逃シテハナラナイ。更ニ進ンデ、Millar ハ此ノ點ニ關シテ、「現代ニ於ケル衡平法ニ依ツテ下サレタ所ノ（自由ナ）判決 the equitable decisions of this age モ、次ノ時代ニ於テハ、必ズヤ、嚴格法ノ下ニ列セラルルデアラウ」ト説イテ居ル (Historical View of the English Government, II, 358 (1812) cited Pound, p. 34, n. 57)。

茲ニ於テカ、吾々ハ斯クノ如キ意義ニ於ケル固定シタ近代的 English Equity ト、十四世紀カラ十七世紀後半期ニ至ル衡平法ノ搖籃時代ニ於テ、衡平法裁判所ガ、普通法ノ原理ニ對立シテ、發達セシメタ適應性ト彈力性トヲ具有スル「衡平」equity「良心」good conscience 又ハ「正義」justice ノ原理トシテノ、English Equity トハ、之ヲ明カニ區別セネバナラナイ (Pomeroy, vol. I, §§ 48—54, Theories of the early chancellors concerning Equity as both supplying and correcting the common law. §§ 59—61, Equity finally established upon a basis of settled Principles)。或ヒハ、前者ハ之ヲ成熟期 (a period of maturity) ニ於ケル Equity ト呼ビ、後者ハ之ヲ成育期 (a period of growth) ニ於ケル Equity ト呼ンデ、兩者ヲ區別シ得ルカモ知レナイ。固ヨリ、Equity ニ於ケル此ノ全ク相反スル二ツノ概念ハ、法律進化史上不可分ノモノデアリ、從ツテ又成熟期ニ於ケル Equity ト、成育期ニ於ケル Equity トヲ以テ、全然別個ノモノデアルト云フノデハナイガ、茲ニ、English Equity ヲ促ヘテ、以テ法律ト現實生活トノ關係ニ於テ、其ノ現代的意義ヲ見出サ

ントスル場合ニハ、自ラ Equity モ成育期ニ於ケル Equity ニ局限セラレネバナラナイ。

第二節 衡平法ノ現代的意義

II. 衡平法ノ具體的妥當性

元來、法律ハ裁判官ガ裁判ヲ爲スニ當ツテ缺クベカラザル要素デハナイ。裁判ハ法律ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルト同時ニ、又法律ニ依ラズシテ、裁判官ノ自由意思ニ依リテ之ヲ爲スコトモ出來ルノdeal。吾々ハ法制史上、往時東洋ノ裁判ニ於ケルガ如ク、廣汎ナル範圍ニ亙ツテ、裁判官ニ自由裁量ヲ許シタ制度ノ存シタコトヲ知ルト同時ニ、又十九世紀ノ西洋ノ裁判ニ於ケルガ如ク、綿密ナル規定ヲ設ケテ、裁判官ノ個人的判斷ヲ極力排斥シタ制度ノ存シタコトモ知ル。又之ト同時ニ、如何ニ廣汎ナル範圍ニ亙ツテ、Justice without Law ヲ認メタ東洋諸國ニ於テモ、何等準據スベキ裁判法則存セズシテ、全ク裁判官ノ個人的意思ノミニ依ル裁判ハ存シ得ナカツタト同様ニ、如何ニ詳細ナル規定ヲ設ケテ、裁判官ヲ束縛セントシタ十九世紀ノ Justice according to Law ノ諸國ニ於テモ、全然裁判官ノ意思ヲ交ヘザル、法律ノミニ依ル裁判ハ存シ得ナカツタデアラウ。

サレバ、法規 (rule) ト自由裁量 (discretion) トハ、如何ナル制度ノ下ニ於ケル裁判 (Administration of Justice) ニ於テモ

存スルト謂ハネバナラス。固ヨリ、法規ニ依ル範圍ト自由裁量ニ依ル範圍トノ比例ハ、時、所及ビ其ノ法律體系ヲ異ニスルニ從ヒ、此ノ兩者相互ノ範圍ニ消長ヲ來ステハアラウガ (Salmond, Jurisprudence, p. 19.)。從ツテ、文化向上シ精細ナル法典ヲ有スル國ニ於テハ、裁判官ニトツテ Justice without Law ノ部分存セズト爲スコトハ、重大ナル誤リデナケレバナラナイ。ソレハ、裁判官ガ裁判ヲ爲スニ當ツテハ、法條以外ニ何等考慮ヲ拂フ事ヲ要シナイ様ナ明確且ツ無缺ナ制定法規ノ一體 (a body of enacted law) ガ前以テ作ラレテ居ツテ、如何ナル特殊ナ紛争ニ對スル解決モ、結局、此ノ制定法規ノ一體ノ中へ、當該事實ヲ論理的ニ詰メ込ム事ニ依ツテ、機械的 (mechanically) ニ演繹サレ得ルモノデアルト云フコトヲ前提トスル議論デアル。斯クシテ、此ノ思想ハ裁判官乃至裁判所ヲ以テ、「上部カラ事實ヲ挿入シテ下部カラ判決ヲ引出ス所謂司法的狹溝器械」judicial slot machines タルニ過ギズト爲シ、十八世紀ニ於テハ、三權分立ノ原則ヲシテ、獨リ政治上ニ於テノミナラズ、法律上ニ於テモ、絶對的且ツ基本的ノモノタラシムルニ至ツタノデアツタ。

思フニ、此ノ思想ハ權力分立輪 (The Dogma of Separation of Powers) ニ依ツテ、多大ノ影響ヲ受ケテ發達シテ來タモノデアルガ (Attempts to individualize the application of legal rules lead to arbitrary magisterial action and thus to oppression,

See Amos, Science of Law, pp. 33, 34.)、孰レノ國、殊ニ法典國ニ付イテ之ヲ觀ルモ、此ノ企テハ明カニ失敗ニ歸シテ居ルト云ハネバナラナイ。蓋シ複雑ニシテ多種多様ナ各事件ノ、特殊のナ事情ニ適合スル様ナ判決ノ法則ヲ、機械的ニ、先見的ニ、法典ノ中ニ包含セシメ、從ツテ、裁判官ノ裁判上ノ自由裁量 (judicial exercise of discretion) ヲ全ク不必要ナリト爲スコトハ、人智ヲ以テシテハ、豫ジメ到底工夫シ得ベカラザル所デアツタカラデアアル。現ニ、我民法ニ於ケル「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗」、「相當ノ期間」、「遲滞ナク」、「善良ナル管理者ノ注意」、「正當ノ事由」、「止ムコトヲ得ザル事由」等ノ用語ハ、明カニ此ノ間ノ消息ヲ説明シテ居ル。

固ヨリ、裁判官ノ任務ハ法ノ解釋適用デアツテ、立法ノ事トハ嚴ニ區別セラルベキデハアルガ、一般的ナ (general) 法ヲ特殊のナ (particular) 各事實ニ適用スルニ當ツテハ、孰レノ國ニ於テモ、或ル程度ノ、裁判官ノ公平、正義ノ觀念ニ依ル裁判ノ範圍ヲ認メテ居ル。蓋シ極端ナ分析法學者 (The Analytical Jurist) ノ主張スルガ如ク、法ノ適用ハ抽象的ニ觀察シタ事實ニ、法ヲ機械的ニ適用スルコト (the application of legal precepts as a purely mechanical process) デハナイ必然ノ結果デアアル。此ノ場合ニ於テ、Chancellor ガ從來ノ Common Law judge ノ採ツタ絶望的形式主義 (hopeless formalism) 乃至盲目的保守主義 (blind conservatism) ニ拘束セラルルコトナク、當

時ノ社會狀態ニ適合スル公平、正義ノ觀念ニ基イテ、個々ノ争ニ付キ、具體的解決ヲ、ヨリ妥當ナラシメント努メタ其ノ心持チ、其ノ態度ハ、今日ニ於テモ尙ホ裁判官ガ法ノ解釋適用ニ於テ活用シ得ベキモノデハナカラウカ。私ハ此處ニ English Equity ノ現代の意義ヲ見出スコトガ出來ル。

ソレハ Justice without Law ガ、先見の一般的规定ニ必然的ニ隨伴スル固定性ヲ緩和シテ (to supplement the rigidity of prospective general rules)、各個ノ具體的法律關係ニ對スル法律ノ保護ヲ適應妥當ナラシムル點 (the help afforded by the powers of individualization, the adaptation of a general rule to particular circumstances) ニ於ケル function デアル。實ニ、Common Law ニ於ケル判決ヲ個性化スル力ノ缺乏 (the lack of power of individualization in judicial decision) コソ、English Equity ノ發生原因デアツタ。斯クシテ、吾々ハ Aristotle ガ、法律 (law) ハ衡平 (*epieikeia*) ヲ以テ補充セラレザルベカラズト爲シタ見解 (Vinogradoff, *Common-Sense in Law*, p. 209) ヲ味フコトガ出來ル。

III. 衡平法ノ社會的順應性

或ヒハ、原始社會ニ於テハ、制定法ト云フモノガ完備シテ居ラナカッタガ爲メニ、又他面ニ於テ、判例法 (Case-Law) ノ拘束力ノ基礎タルベキ先例ヲ記録スルコトノ不完全ナリシガ爲メニ、裁判官ノ自由裁量ニ依リテ裁判ヲ行フ領域 (the province

of discretionary justice) ハ、極メテ廣大ニ存シタノデハアラウガ、法律組織ノ進化發達ト、近代ニ於ケル經濟的、産業的發展トハ、取引及ビ取得財産ノ法的安全 (the security of legal transactions and acquisitions) ヲ期センガ爲メニ、遂ヒニ固定法 (fixed rules) ニ依ル裁判ヲ以テ、之ニ置キ換フルニ至リ、斯クテ、裁判官ノ自由裁量ニ依ル裁判ノ領域ハ、今日ニ於テハ、極メテ縮小セラレタ。從ツテ、Equity ノ活躍ハ過去ノ問題デアツテ、現在乃至將來ノ問題ニハナラナイト説クモノガアル。然シソレハ、吾々が將來起ルデアラウアリトアラユル出來事ニ對シテ、豫ジメ適當ノ fixed rule ヲ準備シ、制定シ得ルモノデアルト云フコトヲ、前提トシテノミ許サルベキ論法デアル。

私ハ斯ウシタ論者ニハ、fixed rule ト云フモノハ、一般ニ fixed rule ノ據ルベキ路ガ幾多ノ實際事件ニ依ツテ、明ラカニ開ケテカラ後、久シクシテ、始メテ吾々人類ガ漸ク持ツコトガ出來ルモノデアルト云フ法制史ノ教フル所ト、且ツ社會生活ノ推移變遷ハ、fixed rule ヲ超越シテ爲サルルモノデアルト云フコトトヲ告ゲネバナラナイ。別言スレバ、人類ノ生活様式ハ法規ノ存否若クハ其ノ内容ノ如何ニ拘ハラズ、獨自ノ推移變遷ノ過程ヲ辿リ、寧ロ、法律ハ之ニ追隨シテ生ミ出サレルモノデアルト云フニ過ギナイ。「信託取引」ニ關スル法規ノ欠缺ニ拘ラズ、「信託取引」ガ實生活ノ上ニ慣行セラルルニ至レバ、必然的ニ之ニ關スル法的規範ガ次第次第ニ生ミ出サレテ、遂ニハ進ンデ信託

法ノ制定トナルニ至ツタ事情ハ、我國自ラガ近キ過去ニ於テ經驗シタ所デアラウ。ソレハ、信託法ガ「信託取引」ヲ作り出シタノデハナクシテ、「信託取引」ガ信託法ヲ生ミ出シタモノデナケレバナラス。斯クシテ、法律ト社會生活トノ關係ニ於テ、「法律ガ生活ヲ作ルノデハナクシテ、生活ガ法律ヲ生ム」ト云フ古イ諺モ理解スルコトガ出來ヨウ。民法ガ夫婦財産契約（民七九三條以下）ニ關シテ、若クハ、相續財産ノ分離（民一〇四一條以下）ニ關シテ、如何ニ詳細ナル規定ヲ置イテ見テモ、之ガ爲メニ、社會ノ實際生活ノ上ニ此等ノ慣行ヲ生ミ出シ得ナカツタト云フ皮肉ノ經驗モ、結局、法律ハ生活ヲ支配シ得ヌト云フ點ニ於テ、此ノ古諺ヲ裏書スル役目ヲ勤メ得ルモノデアルガ故ニ、又貴イ體驗デナケレバナラス。又、民法ガ「婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト規定シ（民七七五條 I）、法律的形式婚主義ノ採用ヲ明瞭ニ宣言シタニモ拘ラズ、婚姻ニ關スル從來ノ慣行ハ改メラレズ、遂ニハ、裁判所ヲシテ此ノ慣行ニ從ツテ、「未ダ婚姻ノ届出ヲ爲サザルモ相當ノ儀式ヲ舉ゲテ夫婦ノ事實存スル場合」所謂内縁夫婦ト云フ事實關係ニ對シテ、或ル程度ノ法律上ノ效果ヲ認メザルヲ得ザルニ至ラシメ（大正元年十二月十六日東京控訴院判決、最近判例集十一卷二一五頁。同四年一月二十六日大審院民事聯合部判決、判決錄二十一輯一卷四九頁。同十一年六月三日大審院判決判例集一卷六號二八〇頁。）、更ニ進ンデハ、法制審議會ヲシテ「婚姻ハ慣習上認メラレタル儀式ヲ舉グルニ因リテ成立スルモノ」トノ改正提議ヲ爲サシムルニ至ツタ過程（親族編中改正要綱第

十二) モ亦此ノ點ニ關スル興味深イ實例デナケレバナラス。畢竟、ソレハ法律ニハ、實生活ガ法律ヲ超ヘテ常ニ變化スルコトヲ妨グルノ力ナク、而シテ變化セル實生活ハ、必然的ニ之ニ適應スル、新ラシキ法律ヲ生ミ出スモノデアルコトヲ教ヘテ居ルモノト謂ヘヨウ。

嘗テ、英國ニ於テ、自動車ガ出現シタ時、之ニ關スル直接ノ法規ガ其ノ當時存シテ居ラナカツタガ爲メニ、motor-car trafficニ關シテハ、裁判官ハ 1903 年ノ Motor Cars Act ガ制定セラルル迄ハ、街路汽鑪車 (traction-engines) ニ關スル法規ノ擴張解釋ト、自己ノ自由裁量トニ依リテ、裁判ヲ爲サネバナラナカツタコトハ著名ナ話デアル (Vinogradoff, op. cit. p. 227)。社會生活ノ需要ハ、自動車ニ關スル法規ガ存シナイカラト云フテ、自動車ノ出現ヲ拒否スルモノデハナイ。斯クノ如キ場合ニ於テ、Motor Cars Act 制定以前ニ生ズル自動車交通ニ關スル紛争解決ノ準則ハ、既存法ニ於ケル理論ヲ論理的ニ擴張シテ之ヲ補フト共ニ (by the help of a logical extension of existing doctrines)、裁判官自身ノ正義公平ノ觀念ニ之ヲ求メネバナラナイ。

斯クシテ、私ハ再ビ此處ニ、English Equity ノ現代の意義ヲ見出スノデアル。ソレハ Justice without Law ガ、fixed ruleニ於ケル缺陷ヲ補足スル點 (the supplementing of gaps in law)ニ於ケル function デアル。詳言スレバ、fixed rule ハ其ノ制定

當時ニ於テハ、其ノ社會ノ實狀ニ適合シテ居ツタトシテモ、社會ノ推移變遷ハ fixed rule ノ豫定セザリシ種々ノ新事實ヲ提供スルニ至ル。此ノ場合ニ於テ、舊ノ fixed rule ヲ其ノ儘ニ此ノ新事實ニ適用スルコトハ困難デアル。吾々ハ此ノ fixed rule ノ缺陷ヲ補足シテ、變化極リ無キ社會ノ實狀ニ法律ヲシテ順應セシムルガ爲メニハ、Justice without Law ノ助力ニ依ラネバナラナイノデアル。斯クシテ、Lord Bacon ノ言葉ヲ以テスレバ、孰レノ時代、孰レノ法律組織ニ於テモ、Equity ヲ以テ補足セラレザル法律ハナイノデアル (There is no law under heaven which is not supplied with Equity ; for ‘Summum jus summa injuria’; or as some have it, ‘Summa lex summa crux.’ And therefore all nations have equity.” 4 Bac. Works, p. 274)。

IV. 衡平法ノ裁判上立法

吾々ハ、最後ニ English Equity ノ現代的意義ノ第三トシテ、英國法制史上衡平法裁判所 (Court of Chancery) ノ與ヘタ救済ガ、屢々法規制定ニ對シテ、豫カジメ其ノ法規ノ據ルベキ道ヲ準備シタ點 (the working out of equitable remedies prepared the way for definite legislation) ヲ舉ゲルコトガ出來ル。別言スレバ、此ノ場合ニ於ケル Equity ハ、現存ノ惡法ニ對シテ、改正ノ動因トシテ (as a factor of correction) 働ク場合デアル。「ローマ」法史上「プレートル」(Praetor) ガ、既存ノ jus civile ヲ補正シテ、後代ノ「ローマ」法制定ニ對シテ、極メテ重要ナ

役目ヲ勤メタ歴史ハ、同様ニ英國ニ於テモ繰リ返サレタノデアツタ。英國法制史上 Chancellor ガ、從來ノ Common Law ノ原則ヲ補正シテ、後代幾多ノ制定法 (Statute) ヲ生ムニ至ツタ事例ハ、之ヲ枚擧スルニ暇ガナイ。

例ヲ妻ノ財産の地位ノ向上ニ對スル經路 (process) ニ付イテ採ルナラバ、吾々ハ先ヅ第一ニ Common Law ノ coverture doctrine ヲ見ル。其處ニハ Husband and wife are one person, and that one is the husband ノ原則ガ嚴格ニ行ハレテ居ツタ。從ツテ、法律上妻ノ人格ハ婚姻ト同時ニ夫ノ人格ニ吸收セラルルガ (the personality of the wife was merged in that of the husband) 故ニ、殆ンド、妻ノ財産ナルモノハ法律上存在スル餘地ガ無カツタ。或ル特定財産ヲ妻ノ所有ニ歸セシムル爲メニ妻ニ讓渡スルコトハ、法律上ニ於テハ、結局、夫自身ニ讓渡シタト同一ノ結果ヲ招致シタノデアツタ (she is not, in legal contemplation, a person)。從ツテ又、夫カラ妻ニ對シテ爲ス財産讓渡行爲ハ、夫ガ自ラ自己ニ財産ヲ讓渡スルモノト考ヘラルルガ故ニ、法律上何等ノ意義ヲモ有シ得ナカツタ。

此ノ Common Law ノ原則ハ、固ヨリ Court of Chancery ノ認ムル所デハナカツタ。蓋シ第十八世紀ニ入ツタ當時ノ社會的正義ノ觀念ハ、既ニ、妻ヲシテ斯クノ如キ苛酷ナ且ツ不公平ナ法律組織ノ中ニ (the harsh and unjust dogmas of the law) 置クコトヲ許サナカツタカラデアアル。即チ Court of Chancery ハ

信託ノ法理ニ依リ、the separate use of a married woman ヲ工夫シテ、以テ Common Law ノ coverture doctrine ノ適用ヲ免ヌカレ得ル機會ヲ作ツタノデアツタ。即チ妻ハ equitable separate property ニ關シテハ、衡平法上夫カラ獨立シテ之ヲ所有シ、夫ノ同意ナクシテ之ヲ隨意ニ處分スルコトヲ得ルニ至ツタ。斯クシテ、夫ハ自己ノ妻ニ財産ヲ與ヘント欲セバ、“to A and his heirs to the use of my wife and her heirs” ノ形式ヲ採ルコトニ依ツテ、其ノ目的ヲ達スルコトヲ得タ。同様ニ、第三者ガ夫及ビ夫ノ債權者カラ獨立シテ、妻ニ財産ヲ與フルコトモ可能トナツタ。而カモ、妻 (feme covert) ガ equitable separate property ニ關シテハ、宛カモ、夫ナキ女 (feme sole) ト同様ノ財産處分能力ヲ有スルニ至ツタコトハ、ヤガテ、夫ガ自己自身ノ利益ノ爲メニ、妻ヲ強制シテ其ノ財産ヲ處分セシムル機會ヲ與フルニ至ツタ。茲ニ於テカ、第十九世紀ノ初頭 Court of Chancery ハ Lord Thurlow ヲシテ、妻ノ equitable separate property 保護ノ爲メニ、再ビ Restraint upon Anticipation ヲ考案セシムルニ至ツタ。更ニ吾々ハ、妻ノ財産的地位ノ保護ニ對スル著名ナ equitable remedy トシテハ、Court of Chancery ガ後述スル “He who seeks equity must do equity.” (原告デアレ、被告デアレ、苟クモ衡平法裁判所ノ救濟ヲ求ムル者ハ良心ノ命ズル所ノモノヲ爲サザル可カラズ) ノ原則ニ從ツテ、Common Law 從來ノ coverture doctrine ニ反シテ、妻ノ爲メ

ニ doctrine of the wife's "equity to a settlement" ヲ確立シ
タ點ヲ擧ゲルコトガ出來ヨウ。

斯クシテ、Court of Chancery ガ從來ノ Common Law ニ於
ケル coverture doctrine ニ抗爭シテ、妻ノ財産的地位ヲ保護セ
ンガ爲メニ妻ニ與ヘタ數々ノ equitable remedy ハ、妻ノ法律
上並ビニ社會上ノ地位ヲ向上セシメ、進ンデハ之ヲ statutory
legislation ヲ以テ擔保スベキ機運ヲ促進セシメタ。其ノ statute
ヲ以テ之ヲ規定シタル先驅ヲ、吾々ハ 1857 年ノ The Divorce
and Matrimonial Causes Act (20 & 21 Vict. c. 85) ニ見出ス
コトガ出來ル。即チ夫ヨリ遺棄サレタ妻 (a wife deserted by
her husband) 若クハ別居訴訟 (A Suit for Judicial Separation)
ノ判決ニ依リ法定別居 (Judicial Separation) ヲ爲シタル妻ガ、
遺棄後若クハ別居中取得シタル財産ハ、之ヲ妻ノ單獨所有ニ歸
セシメテ居ル (ss. 21. 25. 26.)。其後、妻ノ單獨所有ニ屬スル
財産ハ、1858 年ノ The Divorce and Matrimonial Causes
Amendment Act (21 & 22 Vict. c. 108.) ニ依リ、妻ガ受託者、
遺言執行人又ハ遺産管財人 (trustee, executrix, or administra-
trix) トシテ有スル財産ヲ包含シ (ss. 7, 8.)、更ラニ 1870 年
ノ The Married Women's Property Act (33 & 34 Vict. c. 93.)
ハ、妻ノ勤勞所得、貯蓄銀行ニ於ケル預金、妻ガ無遺言相續ニ
因リ相續シタル土地ヨリ生ズル收益、妻ガ無遺言相續ニ因リ取
得シタル動産、妻ガ贈與又ハ遺贈ニ因リ取得シタル二百磅ヲ超

過セザル金員等ヲ妻ノ特有財産ヲナスモノトナシ (ss. 1—5, 7, 8.)、漸次其ノ特有財産ノ範圍ハ擴大セラレテ來タ。然シ妻ノ財産能力ヲ完全ニ獨立セシメ、以テ妻ノ財産的地位ニ劃時期的ナ改革ヲ見タノハ、1882年ノ The Married Women's Property Act (45 & 46 Vict. c. 75.) 及ビ 1893年ノ The Married Women's Property Act (56 & 57 Vict. c. 63.) ノ制定デアッタ。

斯クシテ、妻ハ equitable separate property ヲ單獨ニ所有シ得ルガ如クニ、legal separate property ヲモ獨立シテ完全ニ——敢テ信託ノ理論ニ依ラズトモ——所有シ得ルモノナリト云フ一大原則ガ、成文法上ニ於テ、確立スルニ至ツタノデアアル。此ノ場合ニ於テ、Chancellor ノ與ヘタ數々ノ equitable remedy ガ、The Married Women's Property Act ノ制定ニ對シ、重要ナル前驅ヲ爲シタモノデアアルコトヲ、何人ガ否定シ得ヨウゾ。勿論、今日カラ此等ノ equitable remedy ヲ觀レバ、ソレハ單ニ equity jurisprudence ニ對スル historical interest ヲ與フルニ過ギナイモノデアアルガ。而シテ吾々ハ、法典國ナル我國ニ於テモ、此ノ種ノ實例ヲ見出スコトガ又決シテ稀デハナイ。昭和二年五月十七日大審院ノ爲シタ男子貞操義務ニ關スル判決 (大正十五年(れ)第二三三號、刑一判決法律新聞第二五七九號二六九二號參照) ガ、ヤガテ、姦通ヲ離婚原因トシテ乃至刑事問題トシテ、男女間ニ平等ニ取扱ハントスル趣旨ノ法律改正 (民八一三條二號三號、刑一八三條參照) ヲ促ガサナイトハ、何

人が將來ニ向ツテ保證シ得ヨウゾ〔註一〕。

斯クシテ、私ハ三度ビ English Equity ノ現代の意義ヲ見出スノデアアル。ソレハ裁判ガ、法典ヲ超ヘテ、法律ノ改廢ニ對シテ與フル、重要ナル貢獻デナケレバナラス。或ヒハ、之ヲ以テ立法機關ニ依ル立法 (legislative lawmaking) ニ對シテ、裁判上立法 (judicial lawmaking) ト云ヒ得ルカモ知レナイ。然シ judicial lawmaking ハ、legislative lawmaking ト異ナリ、何處マデモ、judicial ノモノデアツテ、legislative ノモノデハナイ。將來ノ爲メニ、一般的ニ抽象的ニ、法律ヲ制定スルノデハナクシテ、過去ニ於テ持チ上ツタ當面ノ具體的紛争事件ニ對スル解決ノ基準ヲ發見スルニ過ギナイ。ソレハ當面ニ於ケル具體的正義ノ擔保實現ヲ期スル點ニ於テ、結局、judicial タル本質ヲ有スルカラデアアル。從ツテ又、過去ガ判斷セラルベキ法規ヲ發見セントスル judicial lawmaker ハ、將來ガ判斷セラルベキ法規ヲ制定セントスル legislative lawmaker ノ如クニ、自己ノ欲スル若クハ自己ガ便宜ナリト考フル所ニ從ツテ、自由ニ法規ヲ發見スルコトハ、到底許サルベキ限リデハナイ。蓋シ取引ノ安全、保障ト云フ社會上ノ利益ハ、judicial lawmaker ニ、自己ガ最善ナリト思フ所ニ從ツテ法規ヲ發見セントスル代リニ、法律體系ガ命ジ、若クハ少クトモ、是認スル所ニ從ツテ、法規ヲ發見スベキコトヲ要求スルデアラウカラ (Hence the social interest in the general security requires that he (judicial lawmaker)

should not have the same freedom as the legislative lawmaker. It requires that instead of finding his premises or his materials of decision where he will or where expediency appears to him to dictate, he find them in the legal system or by a process recognized by the legal system. It requires that instead of proceeding along the lines that seem best to him, he proceed along lines which the legal system prescribes or at least recognizes.—Pound, *Law and Morals*, pp. 51, 52.)。之ヲ逆ニ云ヘバ、legislative lawmaker ガ自己自身ノ理想ニ從ツテ制定シタ法規ハ、之ニ依ツテ、過去ノ紛争事件ヲ判断スベキデナイト云フ法律不遡及ノ原則トナラウ。蓋シ Baudry-Lacantinerie ノ説明ヲ以テスレバ、「各人ノ地位及ビ財産ハ、法律ノ改廢ニ依ツテ、危険ニ曝サレテハナラナイ。……若シ、法律ガ遡及效ヲ有スルトシタナラバ、取引ニ於ケル保障ハ全ク存シナイコトニナラウ。何トナレバ、吾々が今日現行法規ニ從ツテ取得シタル權利ハ、吾々が豫期シ得ナカッタ所ノ法律ニ依ツテ、明日ハ吾々カラ其ノ權利ヲ奪ハレルカモ知レナイカラ。」(cited Pound, *op. cit.* p. 51, note 14.)。斯クシテ、取引ノ安全、保障ト云フ社會上ノ利益ハ、個々ノ裁判官ノ感情ニ依ツテ裁判ノ標準ガ左右セラルルコトヲ極力排斥スルガ故ニ、judicial lawmaking ト legislative lawmaking トノ間ニ嚴格ナル限界ヲ設クルニ至ルデハアラウガ、ソレハ決シテ、裁判官カラ judicial lawmaking ヲ

剝奪セントスル主張デハナイ。此ノ意味ニ於テ、「裁判官ハ常ニ法ヲ發見スルモノデアツテ、法ヲ制定スルモノデハナイ」(judges always find the law and never make it.) ト云フ見解ハ充分理解スルコトガ出來ヨウ (此ノ點ニ關シテハ W. M. Geldart, *Elements of English Law*, pp. 19—27)。

之ヲ要スルニ、裁判官自身ノ正義公平ノ觀念ニ基ク裁判トシテノ衡平法 (Equity as a method of judicial discretion) ハ、法典國ナルト否トニ依ツテ、其ノ價值ニ差異アルモノデハナイ。又同様ニ、米國ニ於テハ、衡平法裁判所ト普通法裁判所トノ區別ヲ廢止セズシテ、依然別個ノ裁判所 (different tribunals) ニ於テ衡平法ト普通法トヲ各別ニ適用シテ居ル Alabama, Delaware, Mississippi, New Jersey, Tennessee, Uermont ノ諸州ト、1848 年ノ New York ノ立法例ニ倣フテ、兩者ノ區別ヲ廢止シタ Ohio, Kentucky, Indiana, Wisconsin, Iowa, Minnesota, Missouri, Kansas, Nebraska, Nevada, California, Oregon, North Carolina, South Carolina, Connecticut, Colorado, 等ノ諸州トニ依ツテ (Pomeroy, *Equity Jurisprudence*, 1886, vol. I, pp. 33, 34, note 1, 2, §§ 41, 42. Clark, *Equity*, § 6.)、Equity ノ價值ニ差異ヲ來ス限リデモナイ。又英國ニ於テハ、1873 年ノ高等裁判所構成法 (The Supreme Court of Judicature Act) ニ依ツテ、從來存在シテ居ッタ衡平法ノ特別裁判所タル The High Court of Chancery (衡平法第一審裁判所)、The Court of Appeal

in Chancery (衡平法控訴裁判所) 等ガ、同法ニ依ツテ新設サレタ高等裁判所 The Supreme Court of Judicature ノ中ニ統一セラレ (36, 37 Vict. ch. 66, ss. 3, 18)、Common Law モ Equity モ共ニ此ノ裁判所ニ於テ均シク適用セラルルコトニナツタ結果 (36, 37 Vict. ch. 66, ss. 24, 25)、衡平法ノ特別裁判所 (special tribunals of equity) ハ遂ヒニ英法制上其ノ姿ヲ没シ去ルニ至ツタトハ雖モ、之ガ爲メニ、Equity ソノモノマデガ Administration of Justice カラ消滅シ去ツタトハ謂ヒ得ナイノデアアル。ソレハ單ニ Equity ノミヲ適用シタ特別裁判所ノ消滅デアツテ、Equity ソノモノノ消滅デハナイ。寧ロ、司法組織ガ複雑ニナルニ從ヒ、之ヲ有效ナラシメントスレバ、Equity ノ活躍スル範圍ハ擴大セザルヲ得ナイノデアアル。斯クシテ、Equity ハ其ノ名稱ハ、或ヒハ「條理」ト云ヒ (明治八年太政官布告第一〇三、號裁判事務心得第三條參照)、或ヒハ「自然の正義ノ法則」ト云ヒ、或ヒハ「自然法ノ原理」ト云ヒ、或ヒハ「法ノ精神」ト云ヒ、或ヒハ「裁判官ガ立法者タリシナラバ法規トシテ制定シタルベキ規別」ト呼バレテ (瑞西民法第一條參照)、其ノ名稱ヲ異ニシテハ居ルガ、其ノ實質ハ、既ニスベテノ文明諸國ノ司法組織ニ、均シク織リ込マルルニ至ツタ (Equity must have a place in every rational system of jurisprudence, if not in name, at least in substance.) [註二]。斯クテ、Vinogradoff ノ言葉ヲ藉リテ云ヘバ、實ニ Equity ハ、法律學上最モ古イ問題デアツテ、又最モ新シイ問題デナケレバナラナイ (Thus equity

appears not only as the most ancient but also as the most modern form of legal action. Common Sense in Law, p. 221.)。

第三節 衡平法ノ限界

V. 衡平法ト自然的正義

元來、Chancellor——少クトモ English Equity ガ over-crystallization ノ過程ヲ迎ラナカッタ時代ノ Chancellor——ハ、Common Law ノ峻嚴ヲ緩和シ、其ノ缺陷ヲ補充スルニ當ツテハ、別ニ據ルベキ法則ガアツテ、之ニ基イテ裁判ヲ爲シタモノデハナイ。全く自由ナ立場ニ在ツテ、Chancellor ノ腦裏ニ存スル正義、條理、信義、良心ノ法則ヲ適用シテ、個々ノ事件ニ付キ、夫々適應シタ裁判ヲ爲シタノニ在ル。詳言スレバ、Common Law Judge ガ先例ヤ法規ニ拘束サレタガ爲メニ、其ノ法律的解決ヲシテ、其ノ當時ノ道德的解決ト不當ニ離隔スル結果ニ立チ至ラシメタガ故ニ、之ガ救済トシテ起ツタ Court of Chancery ノ裁判ガ、道德的要素 (the ethical element) ヲ以テ常ニ其ノ論争解決ノ基準トナスニ至ツタノハ、誠ニ自然ノ現象デアツテラウ。宛モ、Common Law Court ノ裁判ガ先例ヲ以テ其ノ解決ノ基準トナシタノト同様ニ。

而シテ、此ノ事ハ衡平法裁判所ニ於ケル判決 (decree in

equity) ヲシテ、普通法裁判所ニ於ケル判決 (judgement at law) ニ比シテ、著シク道德的色彩 (ethical character) ヲ濃厚ナラシムルニ至ツタ。從ツテ、Court of Chancery ノ發生及ビ Equity ノ發達ハ、法律進化ノ過程ニ於テ、之ヲ法律ノ道德化時代乃至道德注入時代 (The Stage of Infusion of Morals) ト觀ルコトガ出來ヨウ。然シ、之ヲ以テ、直チニ Chancellor ガ純然タル道德的論争ニ法律的解決ヲ與ヘ、若クハ與ヘントシタモノデアルト解シテハナラナイ。蓋シソレハ、單ニ Court of Chancery ガ Common Law ノ缺陷ヲ矯正センガ爲メニ、當時ノ社會状態ニ適合スル正義觀、公平觀乃至道德的標準ニ基イテ、被告ニ行爲又ハ不行爲ヲ命ジ、以テ原告ノ救濟ヲ被告ノ良心ニ訴ヘテ、被告自身ヲシテ判決ノ内容ヲ實現セシムルニ依リテ、之ヲ爲シタルコトヲ意味スルニ過ギナイカラデアアル (Equity is a Court of Conscience acting in personam) [註三]。斯クノ如クニシテ、吾々ハ始メテ 1615 年ノ Earl of Oxford's Case ニ於テ、Common Law Courts ノ判決 (Judgment) ニ基ク執行ヲ禁止スル Court of Chancery ノ判決 (Injunction) ニ關シテ (Jurisdiction of Equity as to Proceedings at Law)、Chief Justice Coke ノ抗議——Imprisonment for disobedience to injunctions issued by Chancery was unlawful.....“If the party against whom judgment was given, might after judgment given against him at the common law, draw the matter into the Chancery, it

would tend to the subversion of the common law, for that no man would sue at the common law, but originally begin in Chancery, seeing at the last he might be brought thither.” (Throckmorton v. Finch (1598) Third Instit. 124, 125. Cited) (Holdsworth, History of English Law, vol. 1. pp. 461, 462.)——ニ對シテ爲シタル Lord Chancellor Ellesmere ノ説明——When a judgment is obtained by oppression, wrong, and a hard conscience, the Chancellor will frustrate and, set it aside, not for any error or defect in the judgment, but for the hard conscience of the party;……モ理解スルコトガ出來ヨウ (此ノ事件ニ關スル詳細ナル説明ハ White and Tudor, Leading Cases in Equity, vol. I, pp. 615 et seq., 1928.)。

サレバ、從來、普通法裁判所ノ缺陷ハ、其ノ特別救濟 *mandamus* ノ場合ヲ除イテハ、被告ニ對シテ命令ヲ爲シ得ナカツタ點 (the inability of common law courts to issue commands to the defendant) ニアツタト云ハレテ居ルノニ對シテ、衡平法裁判所ノ缺陷ハ、特別ノ法規ナキ限リハ、常ニ被告ニ對スル作爲又ハ不作爲ノ命令ニ依ツテノミ判決ノ執行ヲ期セネバナラナカツタ點 (the decree merely orders the defendant to do or to refrain from doing some act; if he refuses in spite of being imprisoned and having his property sequestered, the court is unable to bring about a performance of the decree, apart from statute) デアツタトサヘ云ハレテ居ル (Equity acts in personam, not in rem. Clark, Equity, §§ 9. 10. 12. 274.)。

從來、我國ニ於テハ Equity ガ「衡平法」ト釋サレテ居リ、又 Court of Chancery ヲ以テ「良心裁判所」(Court of Conscience) トナス關係上、スベテノ自然的正義 (natural justice) ハ、Equity ニ依ツテノミ實現サレ、又ハ實現サレ得ベキモノデアルト考フルガ如キ、若クハ、Equity ヲ以テ「良心」ニ基ク法ノ唯一ノ、又ハ主要ナルモノデアルト考フルガ如キハ、孰レモ重大ナ誤リデアル。斯クノ如キハ、Equity 萬能ノ思想トシテ、吾人ノ採ラザル所デアル。サレバ Snell モ其ノ The Principles of Equity ノ最初ノ一頁ニ於テ “The term equity is used in various senses. In its popular sense it is practically equivalent to natural justice. But it would be a great mistake to suppose that equity, as administered in the Courts, embraces a jurisdiction as wide and extensive as that which would result from carrying into operation all the principles of natural justice.....A large proportion, therefore, of natural justice, in its widest sense, cannot be judicially enforced, but must be left to the conscience of each individual.” ト謂フテ、吾々ニ注意ヲ與ヘテ居ル。

吾々ハ事實上 Common Law ニ於テモ、又幾多ノ Statute Law ニ於テモ、重要ナル社會生活ノ規範ガ現ニ擔保サレテ居ルコトヲ看過スルコトヲ得ナイ。殊ニ、Common Law ニセヨ、Statute Law ニセヨ、其ノ社會ニ於ケル正義ノ基準 (social

standard of justice) ヲ豫ジメ表示シテ居ルガ故ニ、人々ハ之ニ因リテ豫ジメ日常生活ニ於ケル法的判斷ノ基準ヲ與ヘラルルデアラウシ、又裁判官ハ之ニ因リテ豫ジメ裁斷ノ基準ヲ與ヘラルルト云フ便宜ガアル。従ツテ、裁判ニ際シテ裁判官自身ノ個人的判斷ノ誤謬ヲ防ギ、裁判ノ結果ヲシテ能ク先例ト調和セシメ、以テ社會生活ノ法的安定ヲ期シ得ル點ニ於テハ、到底 Equity ノ追從シ得ベカラザル所デアル(Salmond, Jurisprudence, § 9.)。

元來、Equity ハ裁判官自身ノ良心ニ基ク discretionary justice デアル。Selden ノ言葉ヲ籍リテ云ヘバ、良心ト云フテモ、結局ハ裁判官各人ノ主觀的ノモノデアルカラシテ、Chancellor ノ顔貌ノ異ルガ如クニ、其ノ内容モ異ラザルヲ得ナイノデアル(Equity is a roguish thing. For law we have a measure, and know what we trust to, Equity is according to the conscience of Him that is Chancellor; and as that is larger or narrower, so is Equity. 'Tis all one as if they should make his foot the standard for the measure we call a Chancellor's foot. What an uncertain measure this would be. One Chancellor has a long foot, another a short foot, a third an indifferent foot. 'Tis the same thing in the Chancellor's conscience—Selden's Table Talk, Title, Equity.)。吾々ハ、Chancellor ニ其ノ人ヲ得レバ、或ル特定ノ事件ニ關シテハ、固定的ナ規則ニ依ツテ行ハ

ルル裁判ニ比シテ、ヨリヨク社會ノ正義觀念ニ適應スル裁判ヲ期待シ得ルノデハアルガ、豫ジメ、一定ノ依ルベキ法則ヲ持タナイ Administration of Justice ニ對シテハ、吾々ハ法律生活ノ安定ヲ期待シ得ベキ限リデハナイ。サモアレ、十九世紀ニ於ケル商工業ノ發達ハ、遂ヒニ Equity ヲシテ、Common Law ニ於ケルト同一ノ判例法主義 (System of Case-Law) ヲ確立セシメタノデアッタ (Roscoe Pound, "The Decadence of Equity," in *Columbia Law Review*, Vol. 5, pp. 20—35.)。斯クシテ、living equity ノ時代ハ去ツタノデアル (the tendency to a decadence of equity into a system of mechanical rules)。

而モ、吾々ハ之ヲ以テ、直チニ Equity ノ時代ガ永久ニ没シ去ツタモノト觀念シテハナラナイ。Holdsworth ハ其ノ著 *History of English Law* ニ於テ、英國ハ、十三世紀ニ於テハ、法律制度ノ確立シタルコトニ依リテ、利益ヲ收メルコトヲ得タガ、續ク十四世紀及ビ十五世紀ニ於テハ、法律制度ノ確立ニ依リテ生ズル不利益ヲ負擔セネバナラナカッタ (The thirteenth century had reaped the benefits of a fixed and orderly system of law. The fourteenth and fifteenth centuries paid the penalty. *Ibid.*, vol. II, p. 591) ト謂フテ居ル。吾々ハ此ノ説明ヲ以テ、獨リ英國法制史上ノ出來事トノミ觀察シテハナラナイ。蓋シ Justice according to Law ノ完備スルコトハ、必然的ニ其ノ據ルベキ法則ノ凝結ヲ來シ、斯クシテ凝結シタル法則ハ、實生活

ノ要求ニ適應シ得ザルニ至ルカラデアアル。茲ニ於テカ、必ズヤ、此ノ凝結シタル法則ヲ社會ノ狀況、實生活ノ要求ニ適應スル様ニ展開若クハ變改セシメントスル反動運動が起ラザルヲ得ナイ。サレバ、裁判上極端ナル成法主義ノ後ニハ、必ズヤ極端ナル自由主義ノ時代が出ヅル。現ニ、近時ニ於ケル概念法學ニ對スル反動トシテ、勃興シタル自由法論ハ、此ノ間ノ消息ヲ説明シテ居ル。茲ニ於テカ、吾々ハ、法律進化ノ過程ニ於テ、Justice without Law ガ Justice according to Law ノ弊害ヲ矯メル爲メニ現ハレ、Justice according to Law ガ Justice without Law ノ弊害ヲ防グ爲メニ現ハルルト云フ、此ノ兩者ノ間ニ於ケル絶ヘザル交互的作用ヲ、如實ニ見出スコトが出来ヨウ。ソレハ Amos ノ言葉ヲ藉リテ云ヘバ、「the alternative appearances of law and of equity as the mutual checks and corrections of one another are lasting and not transitory phenomena.」(The Science of Law, pp. 57, 58.) トナラウ。

之ヲ要スルニ、法律ニ依ル裁判ト、裁判官ノ自由裁量ニ依ル裁判トハ、各々其ノ長所アルト共ニ、各々其ノ短所ガアル。前者ニ於テハ、成文法規 (formulated rule) ニ拘泥スル結果、法的安定ノ爲メニ、具體的正義ヲ犠牲ニ供スルノ傾向ヲ伴フノニ反シ、後者ニ於テハ、各個ノ特定事件ニ對スル法的保護ノ妥當ヲ獲シガ爲メニ、一般ノ法的安全ヲ失フノ恐レガアル (Salmond, §§ 9, 10.)。吾々ハ個々ノ事件ニ對スル衡平、妥當ノ結果ヲ獲

ルコトノミニ着目シテ、一般的ノ法律安定乃至確實ト云フ方面ヲ忘却スル議論ニ與シ得ザルト同時ニ、又法ノ嚴正適用 (a rigid application of rules) ノ重ンズベキヲ知ツテ、法律本來ノ社會的意義ノ更ラニ重要ナルヲ忘レタ議論モ吾々ノ採ラザル所デアル。斯クシテ、Justice without Law ノ有スル彈力性 (flexibility) ト、Justice according to Law ノ有スル確實性 (certainty) トヲ巧ミニ組ミ合セ、以テ、一國ノ法律組織ニ於テ、此ノ二ツノ異ツタ傾向ニ對シ、適當ナル均衡 (due proportion) ヲ保タセル所ニ、法律學ニ從事スル者ノ興味ト困難トガナケレバナラス。詳言スレバ、Justice without Law モ Justice according to Law モ、共ニ正義ノ管理即チ裁判制度 (Administration of Justice) ニ必要ナル要素デアツテ、其ノ一ノミヲ採ツテ他ヲ全ク排スルコトハ許サルベキデナイ。寧ロ吾々ニ與ヘラレタル問題ハ、此ノ兩者ニ對シテ、夫々其ノ適當トスル領域ヲ與フルコトニ依ツテ、法律的機械 legal machinery ヲシテ、個々ノ場合ニ於ケル正義ノ要求ニ應ジ得ル様ニ、極メテ flexibly ニ、裝置シテ置クト同時ニ、而モ之ガ爲メニ、一般的安全ト云フ社會利益 (the social interest in the general security) ガ害セラレザル様ニ裝置スルコト——固ヨリ斯ル legal machinery ヲ案出スルコトハ容易ナ業デハナイガ——デナケレバナラス (But even the most flexible of mechanisms will operate more or less mechanically, and it is not easy to make legal machinery

flexible and at the same time adequate to the general security. —Law and Morals, pp. 83, 84.)。斯クノ如クニシテ、Equity ハ Administration of Justice ニ對シテ、ソレ自身決シテ self-sufficient system デハナイ。Maitland ハ此ノ點ヲ説明スルニ Equity without common law would have been a castle in the air ノ言葉ヲ以テシテ居ル (Equity, p. 19)。

然ラバ次ギニ、Common Law 乃至 Statute Law ニ於テ administer シナイ、若クハ administer スルコトヲ得ナカツタ natural justice ハ、スベテ Equity ニ於テ之ヲ administer セザルベカラザルカノ問題デアル。思フニ、吾々ハ個人人格ノ完成ノ爲メニ、若クハ社會生活ノ圓滿ノ爲メニ、必要缺クベカラザルスベテノ規範ガ、必ズヤ法律ノ形式ヲ以テ擔保セラルベキデアリ、若クハ法律ノ力ヲ借リテ實現セラレ得ルモノデアルト信ジ、又ハ實現セント欲シテハナラナイ。或ル種ノ規範ハ、ソレガ假命個人人格完成ノ爲メニ、若クハ社會生活圓滿ノ爲メニ、極メテ望マシイ且ツ有益ナ事柄デアツテモ、之ニ法律上ノ制裁ヲ科シ、若クハ法律上ノ強制力ヲ與フルコトガ、不適當ノ場合モアラウシ、又不可能ノ場合モアラウ。此ノ場合ニ於ケル此ノ種ノ規範ノ實現ハ、一ニ各個人ノ徳義心ヤ信仰心ニ一任サルベキデアル。此ノ點ニ關シテ、民法中修正案參考書ガ夫タリ妻タル身分ヨリ生ズル權利義務ハ、多クハ、各個人ノ徳義心ニ一任サルベキ道徳上ノモノニ屬シ、其ノ權利ノ行使、義務ノ履行ニ

付キ、國家機關ヲ通ジテ、救濟ヲ求メ得ル適格ヲ有セズト爲シ
 (夫婦間ノ契約取消權(民七九二條)立法趣旨參照)、以テ婚姻ノ
 效力ト題シテ、僅カニ五ヶ條ノ規定ヲ設クルニ止メテ説明
 (舊人事編草案ニハ「フランス」民法ニ倣ヒテ、夫ハ妻ヲ保護シ、妻ハ夫ニ聽順ス
 (ベシトノ規定(同法九九條一〇〇條參照)ガアツタ。然ルニ舊民法既ニ之ヲ削リ、
 民法モ亦之ニ從フニ至ツタガ故デアル。此ノ點ニ關スル批難ニ付イテハ、岡松參
 太郎博士「私法上ニ於ケル妻ノ地位ニ付テ」(法學新報第二六卷八號九號)參照。)
 ハ、誠ニ參照スルニ足ルモノガアル。曰ク「本節(第二節婚姻
 ノ效力)ニ規定スルモノハ妻ノ夫家ニ入ルコト夫婦ノ權義及ビ
 夫婦間ノ契約ニ關スル原則等ノ數項ニ過ギズ而シテ夫婦ノ權義
 ニ至リテモ尤モ必要ニシテ且強行シ得ベキ性質ノモノノミヲ掲
 グルニ止メ彼ノ相互ニ敬愛スル義務夫ノ妻ヲ保護スル義務妻ノ
 夫ニ貞操ナル義務等ノ如ク道德ノ範圍ニ涉ルモノハ全然之ヲ掲
 ゲザルコトトシタリ」ト(前掲昭和二年五月十七日夫ノ貞操義
 務ニ關スル大審院判決參照)。斯クシテ、moral claim 必ズシモ
 legal right ニ轉換シ得ベキモノデモナク、又 moral tie 必ズシ
 モ legal duty ニ轉換スルヲ要シナイ。

元來 Equity ト云フテモ、ソレ自體決シテ、法律以上ノ何物
 デモナイ筈デアル。Equity ガ公平ト良心トヲ基礎トシテ發生
 シ、發達シタ法デアルカラト云フテ、德義ノ法廷(the tribunal
 of conscience)ニ專屬スベキ道德上ノ問題ニマデ立チ入ツテ、
 之ガ解決ニ當ルコトハ許サルベキデナイ。蓋シ裁判官ガ、legal
 rule ニ依ツテ支配サルベキ事項ニ、如何ナル程度マデ、moral
 principle ガ關係スベキカヲ考慮シ、又ハ、既存法規ノ下ニ於ケ

ル權利及ビ義務 (legal machinery of rule and remedy) ガ、道德ノ承認シ且ツ確保セントスル主張ニ、如何ナル程度マデ、適合シテ居ルカヲ究メ、又ハ、如何ナル程度ニ於テ、moral principle = 法律上ノ承認 (legal recognition) 及ビ法律上ノ效力 (legal efficacy) ヲ附與スベキカヲ討究シ、以テ停滯シテ居ル既存法規 (形式) ト、變化シテ行ク社會ノ實狀 (實質) トヲ調和セシメントスル企テハ、ソレ自身決シテ道德ノ全領域ヲ法律ノ規定ヲ以テ蔽包シ (by covering the whole field of morals with legal precepts)、以テ法律ト道德トノ領域ヲ同一ナラシメントスル主張デハナカツタカラデアル。從ツテ法律ノ名ニ於テ道德ノ教ヘヲ強要シタリ、若クハ道德ノ教ヘヲ其儘移シテ以テ法條ト爲スガ如キコトハ、Equity ノ敢ヘテ關スル所デハナカツタ。之ヲ先例ニ求ムルナラバ、吾々ハ 1873 年ノ Rees v. City of Watertown 事件ニ於ケル判決——A court of equity “can not assume control over that large class of obligations called imperfect obligations, resting upon conscience and moral duty only, unconnected with legal obligation.”——ニ見出スコトガ出來ヤウ (19 Wall. 121. cited Pomeroy, Equity Jurisprudence, vol. I, p. 464, n. 1. 而シテ此ノ判決ニ對シテ Clark ハ Equity ノ gradual crystallization ノ結果デアルトシテ之ヲ批難シテ居ル。Principles of Equity, p. 23, n. 4.)。尙ホ之ト同様ノ先例ハ更ニ Finnegan v. Fernandina, 15 Fla. 379 及ビ Heine v. Levee Comm'rs, 19 Id. 658 ニ於テモ亦見出スコトガ出來ル。

斯クノ如クニシテ、吾々ハ Equity ノ特質ハ、法律的擔保ヲ

要スル社會的規範 (the judicially enforceable principles of natural justice) = 對シテハ、Common Law ガ先例ヤ法規ニ拘束サレテ之ヲ administer セザル場合ニ、公平ト正義トノ觀念ニ從ツテ之ヲ administer シタ點ニアツタト云フ事ガ出來ル。Equity = 於テ云ハズヤ、公平ト正義トノ觀念ニ從ツテ、法的保護ヲ必要トスル所ニハ〔註四〕、必ズヤ、法的救濟存スル (Where there is a right there is a remedy) ト。Court of Chancery ガ、他人ノ利益ノ爲メニ土地ノ讓渡ヲ受ケタル者即チ use 附ノ土地讓受人 (feoffee to uses) ノ、信認犯瀆 (abuse of confidence) ニ對シテ、受益者 (cestui que use) ノ利益ヲ法律的ニ確保シタルガ如キ、又ハ、賣渡抵當 mortgage ヲ其ノ實質ニ於テ、「條件附財產讓渡」(a conveyance subject to a condition) ナリト觀ズニ、「債權ノ擔保」(a security for the payment of money) ナリト解シテ mortgagor = 取戻權 equity of redemption ヲ與ヘ、以テ不履行債務者 (a mortgagor who has failed to pay his debt on the day) = 對スル Common Law ニ於ケル苛酷ナル法理ヲ緩和シタルガ如キ、又ハ、強制履行ニ適スル賣買契約ヲ爲シタル土地ノ買主 (a vendee of land under a specifically enforceable contract to convey) = 對シテハ、賣主ノ契約不履行ニ對スル救濟トシテ、契約ノ原狀強制履行 (Specific Performance of Contracts) ノ制度ヲ新タニ工夫シ、以テ、賣主ニ對シ土地ソノモノヲ買主ニ引渡スベキコトヲ命ジタルガ如キ、又ハ、信託法

理ノ analogy = 依ル法定信託 (constructive trust) = 依ツテ、幾多ノ場合ニ於ケル不正利得行爲者ヲシテ、正當ニ之ガ利益ヲ取得スベキ者ニ對シテ、利得償還ノ義務ヲ負擔セシメタルガ如キ (to impose a constructive trust upon the wrongdoer for the benefit of such intended beneficiaries)、孰レモ、此ノ法則活躍ノ著名ナル例示ニ外ナラナイ。

之ヲ要スルニ、法律ノ生命ハ一ニ之ガ適用解釋ノ當否ニ懸ツテ居ル。而シテ法律ヲ適用シ解釋スルニ當ツテハ、其ノ如何ナル過程ニ於テモ (at every turn)、裁判官ノ公平、正義ノ觀念ニ依ツテ繼續ニ補ハレネバナラナイ。云ハズヤ、法ノ解釋適用ハ人ニ任セテ法ニ任セズ、人ニ恃ミテ法ニ恃マズト。吾々ハ法ノ解釋適用ニ際シテ、先例ヤ法規以外ニ考慮ヲ拂ハヌコトヲ排斥スルモノデアルト同時ニ、道德的問題ニ法律ノ解決ヲ與ヘントスルコトモ、均シク排斥セントスルモノデアル。蓋シ法ノ力ヲ過信シ、法ノ領域ヲ不當ニ擴大スルコトハ、ヤガテ法ヲシテ無力タラシムルモノデアルカラデアル。斯クノ如クニシテ、吾々ハ法律ノミニ依ツテ、理想的社會秩序 (ideal social order) ヲ維持スルコトハ出來ヌモノデアルト云フコトヲ知ルト同時ニ、又法律ヲシテ法律タルノ效果ヲ遺憾ナク發揮セシムルガ爲メニハ、先ヅ法律ヲシテ其ノ適當トスル自己固有ノ領域ニ在ラシメネバナラヌト云フコトヲ知ル。從ツテ、嘗テ分析法學者 (the analytical jurists) ノ試ミタル法律道德分離論モ、又自然法學者

(the natural-law jurists) ノ試ミタル法律道德合一論モ、共ニ此ノ點ニ於テ、非難サルベキ一面ヲ持ツテ居ルト云ハネバナラス。

以上論述シタル Equity ノ限界ハ、Equity 卽チ Justice without Law ヲ以テ、Administration of Justice ニ對スル self-sufficient system デアルト思惟スルコトニ、若クハ、Equity ヲ以テ純然タル道德的規範ノ法律化ヲ主張セントスルコトニ反對シテ、由來シタ limitation デアツタ。茲ニ、Equity ノ第三ノ限界トシテ擧グル所ノモノハ、衡平法裁判所ガ、Equity ヲ求ムル人ニ對シテ加ヘタ制限デアル。ソレハ、從來 “He who seeks equity must do equity” ノ形式、又ハ更ニ進ンデ、“He who comes into equity must come with clean hands” 乃至ハ “He that hath committed iniquity, shall not have equity” ノ形式ヲ以テ説明サレテ居ル。

固ヨリ、此ノ種ノ格言ハ衡平法裁判所ガ其ノ特殊ノ法理 (any distinctive doctrine of the equity jurisprudence) ヤ、衡平法上ノ財産權 (any equitable estate or interest) ヲ創造スルコトニ關スルモノト云フヨリモ、寧ロ、衡平法裁判所ノ活動ヲ指揮シ、調節スルコトニ關スルモノデハアツタガ、而シテ又、此ノ種ノ格言ハ、「ローマ」法ニ於テモ、Common Law ニ於テモ、“ex turpi causa non oritur actio.” “no cause of action will arise out of an illegal transaction.” ノ形式ヲ以テ採用サレ、説

明サレテ居ル法則デアツテ（日民九〇條七〇八條七二二條 II）、
 決シテ Equity 特殊ノ法則デハナカッタガ、吾々ハ衡平法裁判
 所ガ、ヨリ高イ道德的標準ヲ以テ、此ノ法則ヲ活用シ、以テ此
 ノ法則ニ新シキ生命ヲ與ヘタ點ヲ看過シテハナラナイ。

斯クシテ、吾々ハ近代ニ於ケル「行爲ニ因ル主張禁止又ハ禁
 反言 the modern doctrine of estoppel by conduct」ノ法理ノ確
 立ニ對シテ、極メテ重大ナル影響ヲ及ボシタ The Doctrine of
 Equitable Estoppel ニ於ケル根本思想ヲ、此ノ法則ニ見出スコ

トガ出來ヨウ（Pomeroy ハ此ノ equitable estoppel ニ對シテ次ノ様ニ定義ヲ與
 ヘテ居ル——Equitable estoppel is the effect of the volun-tary
 conduct of a party whereby he is absolutely precluded, both at law and in equity,
 from asserting rights which might perhaps have otherwise existed, either of pro-
 perty, of contract, or of remedy, as against another person who has in good faith
 relied upon such conduct, and has been led thereby to change his position

for the worse, and who on his part acquires some corresponding right either
 of property, of contract, or of remedy. Equity Jurisprudence, vol. II, p. 263.)

即チ衡平法裁判所ハ、1649 年ノ Hunt v. Carew 事件ニ於テ
 （Nelson's Chancery Reports, 46. cited）（Holdsworth, vol. IX, p. 161.）。被告ノ父ガ借地權ヲ與フル權限
 ナキニ拘ハラズ、之アルカノ如ク詐レル斷言（fraudulent affir-
 mation）ヲ爲シ、之ガ周旋ヲ爲シタル被告ハ、被告ノ此ノ「詐
 レル斷言」ヲ信ジタル原告ニ對シテ、後日、右斷言ヲ爲シタル
 當時、被告ノ父ハ借地權ヲ與フルガ如キ權限ヲ有スル者ニ非ザ
 ル旨ヲ主張スルコトヲ禁止シタノデアツタ。固ヨリ、當時ニ於
 ケル estoppel ノ法理ハ、故意ニ因ル不實表示 a fraudulent
 affirmation ニノミ適用セラレ、善意ノ不實表示 a false state-
 ment as to title, made in bona fide ignorance of the title ニハ

適用セラルル限リデハナカッタガ (Dyer v. Dyer (1682) 2 Ch. Cas. 108,)、Lord North ハ 1682 年ノ Hobbs v. Norton 事件ニ於テ、過失ニ因リテ不實ノ表示 (a negligent mis-statement) ヲ爲シタル者ヲ拘束スベシト爲シ (1 Vern. Ch. Re. 136.)、爾後、此ノ先例ハ 1717 年ノ Mocatta v. Murgatroyd 事件ニ於テモ認メラレタ (1 P. Wms. p. 394.)。斯クシテ、「當事者ノ一方ガ、自己ノ表示 (明示の表示タルト默示の表示タルト將タ其ノ言動カラ生ズル正當ナル推測的表示タルトヲ問ハズ) ニ依リ、當事者ノ他方ヨリ不當ノ利得ヲ得テ居ル場合ニハ、利得當事者ハ訴訟上其ノ自己ノ表示ニ拘束セラルベシ——Clark. p. 34.」トノ法則ガ確立セラレタノデアツタ。更ニ、1762 年ノ Montefiori v. Montefiori 事件ニ於テハ、Lord Mansfield ニ依ツテ、此ノ equitable estoppel ノ思想ハ遂ヒニ普通法裁判所ニ於テモ採用セラルルコトニナリ (1 W. Black 363.)、更ニ、此ノ法理ハ、十八世紀後半ヨリ十九世紀ニカケテ、他ノ重要ナル衡平法上ノ法則ト同ジク、幾多ノ單行成文法規ノ中ニ織リ込まルルニ至ツタ。

之ヲ要スルニ、吾々ハ近代英法ニ於テ採用サレ、且ツ近代英法ヲ支配シテ居ル estoppel ノ法理ニ於ケル根本思想ハ、之ヲ從來普通法ニ存シタル、裁判所制度ノ確立ト共ニ發達シタル「記録ニ依ル主張禁止 estoppel by matter of record」乃至ハ、普通法ニ於ケル嚴正ナル形式主義ノ確立ニ隨ヒテ發達シタル

「證書ニ依ル主張禁止 estoppel by matter of writing」又ハ、「法廷外ノ行爲ニ依ル主張禁止 estoppel by matter in pais」ニハ見出シ得ズシテ、寧ロ、衡平法裁判所ガ「衡平法裁判所ノ救濟ヲ求メントスル者ハ、先ヅ各場合場合ニ應ジテ、自ラ良心ノ命ズル所ノモノヲ爲サザルベカラズ “He who seeks equity must do equity”」トノ思想ニ基イテ、認メタル Equitable Estoppel ニ見出スコトガ出來ルノデアル。斯クノ如クニシテ、衡平法裁判所ハ、法律ノ概活の技術的ナ規則ヲ楯トシテ、其ノ權利ヲ主張セントシ、又ハ其ノ義務ヲ免ヌカレントスル者ハ、先ヅ自ラ省ミテ、自己ガ其ノ場合ニ正義ノ命ズル所ニ從ツテ、行爲シタル者ナルカ否カヲ考ヘネバナラスコトヲ警シメテ居ル。此ノ意味ニ於テ、親權ヲ主張セントスル者ハ、先ヅ子ニ對シテ親權者タル義務ヲ完フシテ居ル者デナケレバナラスシ、又戸主權ヲ主張セントスル者ハ、先ヅ家族ニ對シテ戸主タル義務ヲ完ウシテ居ル者デナケレバナラス。或ヒハ、之ヲ以テ、親權ハ、親權者ガ其ノ子ニ對シテ、親權者タル義務ヲ完ウスル爲メニ法律上附與サレタ所ノ權利（即チ親ガ親タル義務ヲ盡シ得ル權利）デアルト説明シ、又ハ、戸主權ハ、戸主ガ家族ニ對シテ、戸主タル義務ヲ完ウスル爲メニ法律上附與サレタ所ノ權利（即チ戸主ガ戸主タル義務ヲ盡シ得ル權利）デアルト説明シテモヨイ。要ハ相手方ノ Equity ニ依ラントスル者ハ、自ラモ相手方ニ Equity ヲ與フルノ態度ガナケレバナラスト云フコトニナラウシ、斯ク

シテ吾々ハ、衡平法裁判所ガ「良心」又ハ「正義」ノ原理トシテノ Equity ノ濫用ヲ防止シタ點ヲ看過シテハナラナイ。サレバ、吾々ハ近代法ニ於ケル「權利濫用ノ思想」乃至ハ、「信義誠實ノ原則」又ハ「事情變更ノ原則」ト雖モ、共ニ此ノ制限ニハ、嚴格ニ服サセネバナラナイト云フコトヲ知ラネバナラヌ。從ツテ、estoppel ニ於ケル此ノ根本思想ハ、獨リ英法制上ニ於ケル特殊ノモノデハナクシテ、孰レノ國、孰レノ法制ニ於テモ、何等カノ形式ニ於テ、活躍シツツアル法理デナケレバナラナイ。固ヨリ、ソレハ、英法ニ於ケルガ如ク、一大原則トシテ整然ト確立セラレテハ居ラナイトシテモ (Schuster, *The Principles of German Civil Law*. pp. 361—363.)。

以上述べ來タツタ處ヲ顧リミルナラバ、Equity ハ、之ニ限界ヲ附スルコトニ依ツテノミ、其ノ現代の意義ヲ見出スコトガ出來ルノデアツタ。其ノ一ハ、Justice without Law ハ Justice according to Law ニ對立シテ、其ノ適當トスル領域ヲ守ルコトニ在ツタ。其ノ二ハ、法律ガ「公平」又ハ「正義」ノ觀念ニ依ツテ支持セラルベシト爲ス思想ハ、決シテ Equity ノ名ニ於テ、純然タル道德律ヲ強要スルモノデナイト云フコトニ在ツタ。其ノ三ハ、相手方ニ Equity ヲ求メントスル者ハ、自己モ相手方ニ Equity ヲ與ヘネバナラヌト云フコトニ依ツテ、「正義」又ハ「衡平」ノ原理トシテノ Equity ノ濫用ヲ防止セネバナラヌ

コトニ在ツタ。其ノ歸スル所ハ Equity 萬能思想ノ排斥ニ在ルトモ考ヘラレヨウ。斯クシテ、吾々ハ再ビ此處ニ、Maine ガ其ノ名著 *Ancient Law* ニ於テ「衡平法ハ其ノ處ヲ有シ、其ノ時ヲ有ス——Equity has its place and its time. p. 70」ト云フ言葉ヲ繰リ返シテ置カウ。

James Bryce ガ其ノ “The Extension of Roman and English Law throughout the World” ニ於テ説ク所ニ依レバ、「イギリス」法及ビ「ローマ」法ガ支配スル領域 (The Regions covered by Roman and English Law) ハ實ニ地球ノ十分ノ九以上ニ及ンデ居ル (Studies in History and Jurisprudence, vol. I, pp. 72, et seq.)〔註五〕。而カモ、「チユートン」部落ノ一集團ニ其ノ起原ヲ有シ、Kink Ine 及ビ Alfred カラ起算シテモ、僅カニ千百年ノ歴史ト三百年ノ法域擴張ノ歴史トヲ有スルニ過ギナイ「イギリス」法ガ、二千五百年ノ歴史ト其ノ殆ンド全部ヲ法域ノ擴張ニ盡シタ沿革トヲ有スル「ローマ」法ト相並ンデ、能ク其ノ法域ヲ世界的ノモノタラシメタ原因ヲ、其ノ近代ニ於ケル「殖民」ノ成功ニノミ求ムルコト (The Diffusion of English Law by Settlement) ハ、到底許サルベキ限リデハナイ。丁度ソレハ「ローマ」法ノ分布ガ、世界的ニナリ得タ原因ヲ「ローマ」法ガ合理化サレタ法律デアツタコトヲ看過シテ、「ローマ」帝國ノ「征服」ニノミ求ムルコト (The Diffusion of Roman Law

by Conquest) ト全ク同罪 デナケレバナラナイ。茲ニ於テカ、吾々ハ「イギリス」法ガ「ローマ」法ニ對立シテ、能ク世界的ノ法制トナリ得タ理由ヲ English Court of Chancery ガ發達サセタ Equity ニ見出スコトガ出來ル。詳言スレバ、吾々ハ「ローマ」法ノ發達ニ於ケル jus civile ニ對スル praetorian law ノ作用ト、同様ナ貢獻ヲ、「イギリス」法ニ於テハ Common Law ニ對スル Equity ノ作用ニ見出スコトガ出來ルノデアアル (Pomeroy, Equity Jurisprudence, vol. I. §§ 2—9)。若シ、「イギリス」法ノ發達ニシテ、Common Law デ停止シテ、Equity ノ補充作用ガ與ヘラレナカッタナラバ、吾々ハ今日ニ於ケルガ如キ合理化サレタ「イギリス」法ヲ持ツコトヲ得ナカッタデアラウ。從ツテ又、「イギリス」法ハ、假令其ノ優越セル殖民政策ノ後援ガアツタニシテモ、今日ニ於ケルガ如キ世界的ノ法制トハナリ得ナカッタデアラウ。斯クシテ、吾々ハ「イギリス」法ノ、世界的法制ヘノ發達ニ於ケル Equity ノ重要ナル貢獻ヲ見出スコトガ出來ヨウ。而モ、吾々ニトツテハ、English Equity ノ發達及ビ其ノ機能コソ、Pound ノ所謂「現在並ビニ將來ノ社會ニ於ケル正義ヲ司サドル生キテ居ル器械」 a living instrument of justice in the society of today and of tomorrow ニ對スル重要ナル暗示デナクテハナラナイ。サレバ、吾々ハ茲ニ Paul Vinogradoff (Common Sense in Law, ch. VIII.) ノ言葉 “equity as a method of judicial discretion is inseparable from a complex

and efficient system of law.”及ビ“equity appears not only as the most ancient but also as the most modern form of legal action.”ヲ引用シテ、以テ結語ニ代ヘヨウ。

〔註一〕 茲ニ昭和二年五月十七日ノ大審院判決ノ關係スル、夫ノ貞操義務ニ關スル部分ノミヲ抄録シテ置ク(此ノ判決ニ對スル詳細ナ批評ハ穗積博士論文、法志第二十九卷七號參照)。

大正十四年十二月二十二日大分地方裁判所判決——渡邊リヨウハ和田ツルノ夫熊夫ト情交關係アリタリトスルモ、我國現行法ノ下ニ於テハ男子ノ姦通罪ヲ認メズ、從テ男子ニ貞操義務ヲ認メザル法ノ精神、並ニ我國現時ノ社會狀態ヨリ論究スルトキハ、我民法ノ解釋上妻ハ夫ニ對シ貞操ヲ強要スル權利アリト認ムルヲ得ザルヲ以テ、渡邊リヨウハ和田ツルノ權利ヲ侵害シタリト謂フコトヲ得ズ、又重大ナル侮辱ヲ加ヘタリトシテ慰藉料其他損害賠償請求權アリト解スルヲ得ズ。然レバ即チ本件渡邊リヨウニ對シ施用シタル恐喝手段ヲ以テ權利ノ實行行爲ニ屬スルモノト爲スヲ得ザルガ故ニ、此點ニ於テスル辯護人ノ主張ハ理由ナシ……………。

此ノ判決ニ對シテハ、被告人カラ上告ガ爲サレテ、原判決ハ破毀セラルルニ至ツタ。即チ

大正十五年七月二十日大審院決定(法律新聞第二五七九號)——婚姻ハ夫婦ノ共同生活ヲ目的トスルモノナレバ、配偶者ハ互ニ協力シテ其ノ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ保持セザルベカラズ。然リ而シテ夫婦ガ相互ニ誠實ヲ守ルコトハ其ノ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ保ツノ必要條件ナルヲ以テ、配偶者ハ婚姻契約ニ因リ互ニ誠實ヲ守ル義務ヲ負フモノト云フ可ク、配偶者ノ一方ガ不誠實ナル行動ヲ爲シ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ害スルハ、即チ婚姻契約ニ因リテ負擔シタル義務ニ違背スルモノニシテ、他方ノ權利ヲ侵害スルモノト云ハザルベカラズ。換言スレバ婦ハ夫ニ對シ貞操ヲ守ル義務アルハ勿

論、夫モ亦婦ニ對シ其義務ヲ有セザルベカラズ。民法第八百十三條第三號ハ夫ノ姦通ヲ以テ婦ニ對スル離婚ノ原因ト爲サズ、刑法第八十三條モ亦男子ノ姦通ヲ處罪セズト雖、是主トシテ古來ノ因襲ニ胚胎スル特殊ノ立法政策ニ屬スル規定ニシテ、之レアルガ爲メニ婦ガ民法上夫ニ對シ貞操義務ヲ要求スルノ妨トナラザルナリ……………。

斯クシテ、大審院ハ此ノ決定ニ發表サレタ夫ノ貞操義務ニ關スル見解ニ從ツテ、自ラ事實ヲ審理シテ、次ノ様ナ判決ヲ爲スニ至ツタ（刑訴四四〇條）。即チ

昭和二年五月十七日大審院判決（法律新聞第二六九二號）——和田ツルノ夫和田熊夫ハ、十數年前墻養子トシテ同家ニ入り、夫婦間ニ長男十五歳ヲ頭ニ三人ノ子女ヲ擧ゲタルモノナル處、大正十三年二月中無斷家出ヲ爲シタル後渡邊リヨウ方ニ雇ハルルヤ、同年八月頃ヨリ情交ヲ結ビ爾來引續キ同棲シ、家族ノ扶養料ハ勿論音信ヲモ通セザルニ至レリ。和田ツルハ之ヲ諱コシ、夫熊夫ニ對シ數次家庭ニ復歸シ妻子ヲ養フベク懇請シタルモ、同人ハ既ニ渡邊リヨウトノ内縁關係ヲ生ジタルヲ以テ、其懇請ヲ顧ミズ依然渡邊リヨウト共ニ同棲スルニ因リ、和田ツルハ同熊夫ト離婚ヲ決意スルノ止ムナキニ至リタルコトヲ認ムベシ。夫レ此ノ如ク夫ガ自ラ家ヲ出テ他ノ女ト内縁關係ヲ結ビ妻ヲ顧ミザルハ、夫ガ妻ニ對シテ負擔スル貞操義務ニ違背スルモノト云ハザルベカラズ。……………又渡邊リヨウガ和田熊夫ニ妻子アルコトヲ知りテ熊夫ト情交ヲ通シ之ト同棲シタルハ、和田ツルノ權利ヲ侵害シタルモノニ外ナラズシテ、和田ツルハ其權利ヲ侵害セラレタルノ救済トシテ民法第七百九條第七百十條ニ依リ相當ノ慰藉料ヲ請求シ得ルノミナラズ、渡邊リヨウハ和田熊夫ト共同ノ不法行爲ニ因リ和田ツルヲシテ離婚ノ已ムナキニ至ラシメ之ヲシテ損害ヲ被ラシメタル本件ノ場合ニ於テハ、共同行爲者タル熊夫ト共ニ之ガ賠償ヲ爲スノ義務アルモノナレバ、被告人ガ熊夫ヲシテ子女ノ養育料ノ支拂ヲ約セシムルト同時ニ渡邊リヨウヲシテ保證人トシテ其責任ズベキコトヲ約セシムルモ、是レガ爲不法ニ財産上ノ利益ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ズ……………。

〔註二〕 一、民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ、習慣ナキモノハ

條理ヲ推考シテ裁判スベシ(明治八年太政官布告第一〇三號「裁判事務心得」第三條)。

法律ニ規定存セザル場合ニハ、裁判官ハ慣習法ニ依リテ裁判スベク、慣習法モ亦存セザル場合ニ於テハ、自己ガ立法者タリシナラバ法規トシテ制定シタルベキ規則ニ從ヒテ裁判スベシ(1907年「スウイス」民法第一條第二項)。

尙ホ之ト同趣旨ノ規定ヲ吾々ハ1804年ノ「フランス」民法第四條、1811年ノ「オーストリア」民法第七條、1865年ノ「イタリヤ」法例第三條第二項、1889年ノ「スペイン」民法第六條第二項其他1867年ノ「ホルトガル」民法等ニ見出スコトガ出來ル(Williams, *The Sources of Law in The Swiss Civil Code*, 22 et seq., 83, 84, 180 et seq.)。

〔註三〕 *Operation of Equity upon the Conscience of a Party*. equity acts upon the conscience of a party, imposing upon him a personal obligation of treating his property in a manner very different from that which accompanies and is permitted by his mere legal title. Whenever a legal estate is, by virtue of some positive rule of either the common or statute law, vested in A., but this legal estate in A., is of itself a violation of some settled equitable doctrines and rules, so that B. is equitably entitled to the property. or to some interest in or claim upon it, equity grants its relief and secures to B. his right, not by denying, or disregarding, or annulling, or setting aside A's legal estate, but by admitting its existence, by recognizing it as wholly vested in A., and then by working upon A's conscience and imposing upon him the duty of holding and using his legal title for B.'s benefit, so that, in the ordinary language of the courts, he is treated as a trustee for B. A testator has given certain lands to A. by a will properly executed; but A. procured the devise by wrongful representations made to the testator, and the lands should, by the doctrines of equity, belong to B. The statute of wills, however, is peremptory in its prescribed mode of executing a will; there can be no will without conforming to the statutory requirements. Equity does not attempt to overrule the statute;

it admits the validity of the will, and the legal title vested in A., but on account of A.'s wrongful conduct in procuring the devise to himself, it says that he can not conscientiously hold and enjoy that legal title for his own benefit, and imposes upon his conscience the obligation to hold the land for B.'s benefit as the equitable owner thereof; and then arises the further obligation upon his conscience to perfect and complete B.'s equitable ownership by a conveyance. (Pomeroy, Equity Jurisprudence, vol. I, pp. 470, 471) 斯クシテ“decree of equity court does not affect the legal right”ナル原則ヲ生ジ得ルデアラウ。

〔註四〕 サレバ、Snell 此ノ Equity Maxim ニ對スル重要ナル制限 (limitation) トシテ次ノ様ナ説明ヲ試ミテ居ル。“It must not be supposed that every moral wrong was redressed by the Court of Chancery. The maxim must be taken as referring to rights which are capable of being judicially enforced, but were not enforced at common law owing to some technical defect.” (Snell, p. 11.)。Pomeroy 亦同様ニ “Equity can not interfere to give any remedy unless the right in question,is one which comes within the scope of juridical action, of juridical events, rights, and duties.Equity does not attempt,to deal with obligations and corresponding rights which are purely moral, which properly and exclusively belong to the tribunal of conscience.” ト云フテ居ル (Pomeroy, p. 464)。

〔註五〕 「イギリス」法及ビ「ローマ」法ノ分布ニ關スル詳細ナル説明ハ前掲 Bryce 72 頁以下參照。尙ホ「イギリス」法ト「ローマ」法トノ關係、殊ニ大陸諸國ニ對スル「ローマ」法ノ影響ト「イギリス」法ニ對スル「ローマ」法ノ影響トノ比較的觀察ニ就イテハ、一般ニ「イギリス」法ガ全ク「ローマ」法ノ影響ヲ受ケルコトナクシテ、自由ニ發達シテ來タモノデアルト云フ見解ハ Professor Maitland 及ビ Sir Frederick Pollock ノ研究 (Maitland's Collected papers. Pollock and Maitland's History of English law.) 以來論駁サレテハ居ルガ、而モ「イギリス」ニ於ケル「ローマ」法ノ繼受ト、大陸諸國殊ニ「ドイツ」ニ於ケル「ローマ」法ノ繼受トハ、著シク其ノ事情ヲ異ニ

スルモノガアル。即チ「イギリス」ニ於ケル「ローマ」法ノ繼受ハ思想ノ繼受 (a reception of ideas) ニ過ギナカツタガ、「ドイツ」ニ於ケル「ローマ」法ノ繼受ハ法典ノ繼受 (a reception of a Code) テアツタ。斯クシテ、前者ニ於ケル繼受ハ、原理若クハ術語ノ繼受 (a reception only of doctrines or terminologies) テアツテ、後者ニ於ケルガ如ク「ローマ」法ノ原文全部ノ繼受 (a reception of the totality of the Roman law texts) テハナカツタ」ト謂ハレテ居ル (Sherman, Roman Law in the modern World, vol. I, p. 360. Leonhard, The vocation of America for the science of Roman law, 26 Harvard Law Rev., p. 395)。從ツテ或ヒハ、Hunter (Roman law, p. 112) ノ言葉ヲ藉リテ云ヘバ、「イギリス」法ニ於ケル「ローマ」法ノ繼受ハ an act of legislation ニ依ル繼受ニハ非ズシテ、a long process of custom ニ過ギナカツタトモ謂ヘヨウ。

——(終)——