

アメリカ法學の出發點

教授 水田 義雄

第一 殖民地時代

- 一 問題の所在
- 二 各殖民地の英普通法に對する態度
- 三 各殖民地の態度
 - 一 南部諸殖民地其の他
 - 二 ニューイングランド地方其の他
- 第二 當時の英法の狀態
 - 一 法律一般
 - 二 土地法
 - 三 契約法

第一 殖民地時代

一、問題の所在

アメリカ法學の出發點

四 不法行為其の他

五 刑事法

六 當時の法律概觀

二 當時の法律書

第三 普通法の繼受

一 普通法繼受の諸原因

一 制度的原因 其の一

二 制度的原因 其の二

三 經濟的原因

四 政治的原因

二 當時の法律家、法律學習並びにその變遷

英國のヴァージニア會社 (The Treasurer and Company of Adventurer and Planters of the City of London for the First Colony of Virginia) が國王の特許狀を得て北米東海岸「ヂホームスタウン」の地に定住者を置き殖民を始めたのは一六〇七年であつて、アメリカの歴史は此處に端を發した(註一)。

爾後、多くの殖民地は順次開設せられ、其英本國に對する獨立宣言(一七七六年)當時には其數十三を數ふるに至るのであるが、之等各殖民地は其成立時期、成立の事情を異にするのみならず、宗教、風習をも異にし、又其相互間にも、行政上も、通商上もさしたる關聯、交通を持たなかつた。

其統治機關又各個獨立であつて、獨自の發展、發達を遂げた。

殖民地初期に於ける之等の事情を明瞭に心に留むるに非ざれば、其後のアメリカ文化の發展を理解し難い點も尠くないのである。

例之、アメリカ合衆國全國に共通なる私法なるものは存在しない。又之等事項に關する英普通法の繼受は各州別々になされたのであつて(註二)、合衆國は之等に何等關與して居らない、之を法律的に云ふならば、民法、商法、刑法、民事、刑事訴訟法等に關する立法權は各州別々に存するのであつて、合衆國には屬して居らない事情の如きも此の一例である。

之を詳言すれば、合衆國は聯邦組織の國であつて、聯邦自身と、之を組織する各州との間に統治權が分配せられて居り、合衆國の權限に屬するものは合衆國憲法 Federal Constitution に列記せられた事項に限られ、其列記以外の事項は凡て各州に屬すとせられるのであるが、(合衆國憲法修正第十條參照) 其所謂、列記事項中には、前記諸事項に關する立法權は包含せられて居らない。此處に、合衆國と各州との間の權限分配の問題が見出されるのであるが、之を決定し、之を持続せしめて來たものは、やはり其初期に於ける各殖民地の事情であり、歴史であつた。

其統治機關は各個獨立であつて獨自の發展、發達を遂げた。其處に、合衆國に廣汎な權限を與へなかつた遠因が胚胎したのであつた。

アメリカに於ける英普通法コンモン・ローの繼受の問題に就いても同様、當時の事情を詳らかにする必要が存するであらう。蓋し、各殖民地の制度、文物は其獨自の事情に對應して、其特種性を發揮し、地方的特色を示したる例も尠くないのであるが、法律に關しても此の點又然りと爲し得るが故である。

勿論、殖民地建設者が英國人であり、移住者の大部分亦英國民であつて、之に伴ふ一切の特權を賦與された事の當然の結果として其處に發達した諸般の制度、特に其の政治組織、司法制度等が、本質的に英國的であると云ふ點で共通のであつたらう事は一應考へ得らるゝ處である。

然し乍ら、其の英本國の法律に對する關係に於ては然かく事情が簡單には行かなかつた。英普通法のアメリカに於ける繼受、其現在の狀態、理解に立ち到る迄には、尙ほ多くの迂餘曲折を経なければならなかつたと云ふ事實を明らかにする爲にも、我々は此處に各殖民地開設當初に遡つて、當時の事情を審かにする必要に迫られるからである。

之等の事柄、事情をアメリカ殖民地開設當初に遡つて理解する事は、單に歴史的、時代的意義に於て出發點であるのみならず、アメリカ法學の因つて發する根源を探究する意味に於ても甚だ基礎的であり、出發點を爲すものと考へられるが故である。

(註一) コロンブスのアメリカ發見(一四九二)を以て、又はアメリカの獨立宣言(一七七六)を以てアメリカの歴史の出發點となすは共に誤謬である。蓋し前者は、單なる西歐諸國民による探檢、征服、冒險の歴史をアメリカの歴史中に導入する危險があり、後者はアメリカ文化の基礎を築き、又之を理解するに不可欠である處の所謂殖民地時代をアメリカの歴史より逸してしまふ虞れがあるからである。我々は文化史としてのアメリカ歴史の出發點を、正しく英國による定住的殖民開始(一六〇七年)に置かねばならないのである。

(註二) ルイジアナ州のみは大陸法系に屬し、英米法系に屬しないとせらるゝは斯かる意味に於てである。尤も此の事は同州が直ちにコンメンローに根差す陪審制度其他の諸制度をも排斥した事を意味しなす。Simeon E. Baldwin, The American Judiciary. (The American State Series) p. 3 は此の意味に於てルイジアナをも英米法系に關係淺からずとする。

二、各殖民地の英普通法に對する態度

アメリカ獨立宣言當時迄の各殖民地の英普通法に對する態度、方針は、之を大別して二種となす事を得るであらう

一は、其の殖民地開設後、比較的初期より普通法に對し認容的態度を採つたものであり、二は、普通法に對し比較的後期迄反對、若くは嫌忌の態度を採つたもの之である。

所謂、南部諸殖民地 The Southern Colonies は多く前者に屬するのであるが、ヴァージニアをもつて其の典型とする事を得やう。

所謂、New England 諸殖民地 (マサチューセツツ、コネチカット、ニューハンプシャー、ロードアイランド) は其後者に屬するのであるが、最も遅く迄、此の態度を持續したものはコネチカットであつた。

所謂、中部諸殖民地 The Middle Colonies (ニューヨーク、ニュージヤシー、ペンシルヴァニア、マリーランド) は各事情に應じて、或ひは前者に、或ひは後者に傾いて居た。

然らば何故に斯くの如き普通法に對する態度の相違を來したのであるか。

今、斯く一方は認容的、他方は反對、若くは嫌忌の態度を取るに至つた原因を探ぬるに次の様な事情を舉示する事が出来るであらう。

諸殖民地の、獨立宣言當時、英本國に對する關係は三つの種類に分け得る。一は王領殖民地 Crown Colonies でヴァ

ジニア、ニューハンプシャー、ニューヨーク、ニュージャージー、ノウス・カロライナ、サウス・カロライナが之に屬した。

二は私領殖民地 Proprietary Colonies であつて、ペンシルヴァニア、デラウェア、マリーランドは之であつた。

三は自治殖民地 Charter Colonies やコネチカット、ロードアイランド之に屬し、マサチューセツツ又之に近い。

王領殖民地に於ては總督 Governor は英國王に任命せられたるに對し、自治殖民地にあつては、統治權は國王の特許狀に依り殖民地自由民全體に與へられて居た。

斯く制度的により、英國に近接的であつた王領殖民地に於ては、他の諸殖民地に於けるより普通法に接する機會も多く、又認容的態度も取らざるを得なかつたらう事は容易に想到し得る所であるが、事實、南部、中部の認容的態度の諸殖民地には此の王領に屬するものが多かつた。

又、ニューイングランド諸殖民地其他に於ける反對的氣運の濃厚であつたものは多く王領以外の殖民地であつたのである。

然しそれにも増して我々は、此の差異を南部諸殖民地とニューイングランド諸殖民地との間の地理的、經濟的相異に歸せしめ得るであらう。

南方暖地に莊園の主として奴隸を驅使し得た南方諸殖民地、殊にヴァージニアの社會は、大地主、プランター若くは地主貴族の社會なりとせられた。之に對して、或ひは嚴寒と戦ひ、不毛の瘠地に嚴肅、峻嚴の生活を營まねばならなかつたニューイングランド殖民地の生活は實に著しい對照を示した。其處に集り來つた移住者達の種類、社會生活に對する態度に於ても、此の兩者間に於ては著しく相異があつた。

ヴァージニアを典型とする南部諸殖民地においては長期に亘つて、種類や條件を問はざる移住者が歡迎された。移住者

の需要、殊に勞働者の需要が甚しかつたため、遂には強制的方法にも依頼した程であつた。

反之、ニューイングランド殖民地への移住は、より自主的であつた。又移住者達は政治的にも宗教的にも選ばれたる者が多かつた。従つて社會生活に對する態度、方針に於ても格段の相違が存した。

之等の相違がやがて法律、普通法に對する態度の差異を生んだのである。

我々は普通法に對して反對の氣運を示した者、特にニューイングランド地方に就いて次の如き其の理由を擧げる事が出来るであらう。

(一) 生活の單純性、健全性。

殖民地移住者達は其必要とせる若干の法律を制定した。然しそれは、彼等の生活の原始性、單純性に對應して、簡單な、犯罪、不法行爲、契約に關する規定を以て專足りたであらう。其等を支配する原則は、「誠實に生き、何人をも傷はず、又各人をしてその分を盡さしむる」(live honestly, hurt nobody, and render to every man his due)にあつた。

其處では人爲的、技術的な英普通法を拒ましめ、一般的民衆の法 a system of popular law 神の法 the law of God を發生せしめ、妥當せしむるの結果を招來した。

(二) 宗教的原因。

イギリスによるアメリカ東海岸への殖民の始められた十七世紀、英本國に於ては、宗教上、政治上の軋轢甚だしく、他の壓迫を快よからず思ひ、之を避けて新大陸に新らしき生を求むる者が多かつた。殊に「メイフラワー號」「ピルグリム・ファザース」等の名を以て知らるゝ、所謂、清教徒達は、確き信念と、新しき決意の下にニューイングランド開發の礎、ひいてはアメリカ建設の礎を築いたとも云ひ得べく、彼等が其の去り來つた本國の生活文化、特にその法律をそのまゝ信捧せんとしたとは考へ得られる處でない。清教徒は國家と教會に對し、その内部に止まつて廓清、改革を主張

したのであるが、別に分離主義者セパライズムなる一派があつて、清教徒とは事違ひ、自ら國家若くは教會を退き、舊制度を棄て、新たなる教會、國家を求めた。この分離主義者に至つては、も早、英普通法に顧慮を興へなかつたらう事は當然考へられる處である。

(三) 開拓者精神。

嚴寒或ひは不毛と戦はねばならなかつたニューイングランド移住者達は、又時にアメリカインディアンの襲撃にも備へ、或ひは又森林を切り開き、曠野を開墾するの質實、剛健の生活をも營まねばならなかつた。斯うした「開拓者」パイオニア「邊境者」としての生活の健全性の自覺が、獨立自尊の念を強め、之に適する法を考へしめた。その生活は充分に健全であつて、「醫者と法律家は不要」だとする所謂、健全意識が瀾漫した。其處では舊社會に發展を遂げた舊文化に重きを置く事は必ずしも必要とせられなかつた。

三、各殖民地の態度

一、南部諸殖民地其他

(一) ヴァージニア(建設一六〇七年)は普通法を其の比較的初期より認容した。

ヴァージニア殖民地時代の法律は、その諸制度及民事制度の一般的構造に於て、北部諸殖民地の法律が示した程の母國諸制度への異質性、不同性を示さなかつた。コンモンロウはその法律學の一般的基础として認められた、——凡ては特許狀中に明定せられて居たし又、その主たる特徴に於て殖民地移住者達に受け容れらるべくあつたのである。

既に一六六〇—一六一年制定に係るその改訂法令集 The revision of the statute law の前文 Preamble には次の様な文言が見出される。

「吾人は既に凡ゆる事柄に關し、之等優秀且つ時として洗練さえせられて居る英國の法律 (Those excellent and often refined laws of England) を (吾が國の事情及憲法の許す限りに於て) 適用、維持すべく努力し來れり。實に之等法律に對しては吾人は凡ゆる從順と敬意を表すものなり。」と。

然し乍ら、此處に注意しなければならぬのは、普通法に對し認容的態度をとつたと稱しても、それは、此の古く、稍々人爲的、技術的に過ぎたる嫌ひのある法律體系を全面的に直ちに取つて以て己がものとなしたと云ふ意味ではない事である。

殖民地は其の粗野な、單純な生活に對應して、之を簡易化し、之に變更を加へて適用したるに過ぎなかつた。蓋し技術的に發達した法律體系を受け容れる爲めには訓練を経た法律家が必要であるに拘らず、諸殖民地に於ては、法律専門家は其數も少かつたし、又一般的に不人氣でもあつた。

當時、司法裁判制度は立法議會 (General Assembly) 若くは行政吏 (Magistrate) の手に委ねられ、之に協力する者亦、英普通法の如き複雑なる法律技術に精通せりとは云ふを得なかつた。即ち、稍々高度の法律體系をそのまま受け容れるべき社會的、制度的前提條件が未だ熟し備はつて居らなかつたからである。

此の状態はアメリカ諸殖民地を通じて十七世紀中のみならず、十八世紀に至つても尙ほ續いた。之をヴァージニアについて見るならば、同殖民地に於て、洗練せられたる法律家によつて、獨立の司法裁判が運営するに至つたのは其の建設後約百年の年月を経て (即ち十八世紀初頭) からであつた。

此の状態に於ける變化に伴つて、英普通法に對する關係亦發展したのであつた。

法律家の數も増し、法律の研究も旺んとなるに従つて、普通法上の諸原則も順次受け容れらるゝ事となつたのであつて、決して、當初より之を全面的に採用、適用すると云ふ意味に於てはなかつたのである。

(二) サウス・カロライナ(建設一六六三年)は一七二二年、特別の立法によつて、普通法を裁判の規準として採用する旨宣言したる外、特に自殖民地の状態に適用し得べきものなりとして「*Common Law*」裁判所長選定に係る英國法令、百二十六の採用が宣せられた。

又ノウス・カロライナ(建設一六七〇年)には、一七一五年制定の特別法があつて、普通法は「吾人生活並びに取引の方法に背反せざる限り」効力あるべき旨を定めた外に、特定の英國法令の採用が宣せられて居る。

(三) ニューヨーク(一六六四年)も此の種に屬する殖民地であつた。

普通法をその比較的初期より認めたる旨の文書抄からざる中、一七六五年の *Forsy v. Cunningham* 事件に於ける *Horsmanden* 判事の意見が特に此の點を明瞭に宣して居るとされる。

「本院に於ける手續、裁判は主としてウエストミンスターに於ける裁判所の慣行に従ふ所なり。又本殖民地の法律は、英國の普通法、議會制度開設以前に之を確認し、變更したる諸法令、並びに議會開設以後通過し、吾人にも明瞭に効力ある諸法令等より成る。」

ニューヨークの示した此の普通法繼受に於ける先驅者的地位と、其の優秀な適用、同化能力とは、やがて後代、諸殖民地間に統一的感情が瀰漫し、普通法を中心に法律統一化の氣運が起ると共に、同殖民地若くは同州をしてアメリカ法發展、發達に於ける指導的地位に就かしめる事となつた。同州裁判所のアメリカ法學に於ける高き地位は、此處にその方向と基準とを與へられてゐるのである。

(四) メリーランド(建設一六三二年)は領主 *Lord Baltimore* が宣戰大權、裁判官任命權、特赦權等を有し又其制定法は本國政府の認可を要せざる等頗る廣大な權限を與へられたのであるが、其移住民達は特別の立法なき限り普通法によるべきを主張し、領主と意見を異にした。

一六四二年の制定法は民事事件審理には、特別立法、慣習、先例、之無き時は、公平及良心 *good conscience* に準據すべく、但し、「英本國に於て正義、公平を決定するに當り通常行はるゝ若くは之に據るを必要とせらる。準則は(裁判官の之を知り得べき限り、又本領土への適用にして不都合なき限り)之を無視するを得ざる」旨を規定して、英普通法への近接を既に暗示して居る。

(五) ニュージャシー(建設一六六四年)は *East Jersey* と *West Jersey* に分れ、前者はニューヨークに、後者はペンシルヴァニアに近似せる方向を辿つた。*East Jersey* 初期の立法は聖書、特に「出えぢぶ」と記「*Exodus*」の影響を受け、權利侵害 *trespass*、家畜による侵害 *injuries by cattle* 刑法等此の趣旨によるもの多しと傳へられる。

一六九八年に至つて普通法繼受に關する宣言が爲された。

二、ニューイングランド地方其の他。

(一) ニューイングランドに於ては一般に英普通法嫌忌の氣運強く、その効力を認むるに至る事また容易でなかつた。此の事情を述ぶるに當つては先づマサチュセツツから始めらるべきであらう。蓋し、(一)同殖民地はニューイングランド中歴史に於て最も古きのみならず、(二)ロードアイランド、コネチカット等之より分離、獨立せる諸殖民地にしてしかもマサチュセツツに制度上多大の影響を受けたるもの多き事、(三)更にマサチュセツツは之等事情を研究するに就て資料、文獻、刊行物等に他に増して豊富なる事が傳へられるからである。

既に、マサチュセツツ開拓の端緒となつた *Pilgrim Fathers* の *Mayflower* 號上に於ける所謂「殖民地契約」*Plantation Covenant* は次の様であつた。

「神の名に於て、アーメン、ゼームス王陛下の忠實なる臣下たる吾等下名は、神の榮譽の爲、基督の信仰を進むる爲、及我國王及祖國の名譽の爲に、ヴァージニアの北方に於て最初の殖民地を建つるが爲に航海を爲し、茲に神及吾等相互の

前に於て互に結合して政治團體を作り、以て吾等の共同の秩序を保ち、上掲の目的を維持遂行し、殖民地の一般の幸福の爲に最も適當なりと認むべき所に依り、隨時正義公平なる法律命令を發し、且つ公職を組織すべく、吾等は總て此團體に服従すべきことを嚴肅且つ相互に契約す。」美濃部達吉氏「米國憲法の由來及特質」九三所掲の譯に因つた。

宗教的情熱と法律的正義感を密接に結び付けて理解する此の考へ方は、此の先更に發展して其の具體的な標準を示すに至るのである。

即ち一六三六年同殖民地總會 General Court は「本殖民地の基礎たるべき聖書 The word of God の趣旨に則れる法律を起草せんとて茲に協議を遂げ」將來、裁判を行はんとする者は「此處に制定せらるべき法律、若し法律なき場合には、出來得る限り、神の法 The laws of God の趣旨に従ひて凡ての事柄を審理、決定すべき」旨の決議 Resolve of the General Court of Massachusetts Bay. 25 May, 1636. を行つた。

之は一六七一年の法律 The General Laws and Liberties of New Plymouth Colony が

「何人と雖も、法律に託言け、又は官憲の名の下に、生命、身體、名譽又は財産を害せらるゝ事なかるべし。但し本殖民地總會 The General Court of this Colony の明定せる法律、一般衆知の神の法又は我々に適したる我が國の正義公平の諸法ある場合は此の限りに非ず」。

とするのとその軌を一にするものであつて、聖書に與へられた高き地位を注目すべきである。

此の爲に裁判所の辯論、判決に、今日恰かも法律上の諸著書、判決例が引用せられて居る如く、聖書が引用せられた。即ち訴の理由及び答辯にはよく聖書からの引用が爲された。適切、該當せるその引用は争點決定によく決定的たり得た。大法官 Lord High Chancellor の意見よりも、モーゼの見解の方が手つ取り早く適切な場合があつたからである。又聖書 The Word of God は法律の進歩に關しても、又その實際の運用に關しても Bracton, Littleton, Coke より以上の

影響力を及ぼしたのであつた。

然し乍ら之に對する批判的傾向も存しないわけではなかつた。マサチュセツツに於ける初期の法律家 Thomas Lechford は、彼の普通法建設への努力は、當時の裁判所に容れられなかつた、蓋しそれはモーゼの法に傾倒し、陪審員に對する説示に於てすらモーゼの十誡を採用する程であつたからだとなした後に、若干の緊急事態に應ぜん爲め、聖書を以て十分なりとの口實の下に新しきものを打ち立てんとして教會及國家の從來の諸法、經驗及先例諸判決を輕視するに至る如きは何等誇るに足る事に非ざるのみならず寧ろ危險視すべき短見と云ふべき旨の警告を與へて居る。

一六四六年、殖民地總督 Governor 及其補助員等 Assistants が立法及び司法手續に關し若干の手引きともせんが爲る Sir Edward Coke on Littleton; The book of Entries; Sir Edward Coke on Magna Charta; The New Terms of Law; Dalton's Justice of the Peace; Sir Edward Coke's Reports を各二部宛英國に註文した旨が報せられて居るが之は積極的にコンモンロウ建設に向つての努力であつたと見るよりは寧ろ、此の年代に至る迄、爲政者に斯くの如き文獻が缺けて居た事、並びに之が殖民地に於ける英法書輸入の最初のものであつた事によつて、當時の普通法が重要視せられて居らなかつた事實を示すものとして考ふべきであらう。事實、裁判所に行われた法律は殖民地獨自の法律であつて、明文上普通法を採用する旨の法律が存しない以上は、普通法は行われなかつた。否、普通法は神の法の表現と見らるべき場合及び殖民地の特別立法によつて認めらるる場合にのみ効力ありとさへ理論付けられた。

一六四六年の殖民地總會は殖民地の法律が英本國の法律に全然相反對するものとは考へられない。蓋し普通法も法たる以上同様神の法に基いて居ると見るべきが故である。若し然らざるの法ありとせば、そは法に非ずして、寧ろ過誤なりといふべきである旨を述べてゐる。

マサチュセツツに於ても他のニューイングランド殖民地と同様、漸次英普通法が認容せられて來るのであるが、然し

之は根強い殖民地人の反抗に遇つた事であるし、又その認容も無條件に英普通法自體をそのまゝに受け容れるといふ結果にはならなかつたのである。

一六八七年、英國大憲章^{マグナカルタ}及制定法を援用して自己の財産上の權利を主張した被告に對し、一判事は之を排斥し地の極に至る迄、吾人の赴く處、必ず英國の法律之に伴ふものとは考ふべきでないと述べて居るのであるが之は一面に於て、當時既に英國殖民地人の行く處、英本國の法律之に伴ふとの理論が相當程度行はれて居たらう事を物語ると共に、他面、殖民地に於ける獨自の法律を打ち建てんとする努力を物語るものとも稱すべきである。

此の普通法に餘り關與しない殖民地獨特の法律を固持せんとするマサチュセツツの態度は、頑強に續いてゐて抜け難い。一七〇〇年 Boston を訪れた Atwood 裁判長は同地の教職者^{クリスチャン}が、我々はどうか考へても英國の法律に従ふ義務を感じ得ないと主張した事に對し驚異の眼を睜つてゐる。而して同殖民地裁判所は英國初め凡ての他諸國の法律を毛嫌ひして居ると云へ報告して居るのである。

Thomas Jefferson がマサチュセツツの Levy Lincoln を次期、聯邦最高法院長に推薦する、檢事總長 Attorney General 宛の書翰中に彼はさして適切なるコンモンロウ法律家と稱し得る程には無之けれども、由來、ニューイングランド諸州には法律家と稱すべきもの嘗つても又現在も存在せず、彼等の制度たるヤコンモンロウに關係する事寧ろ薄き、獨自のものなる旨を述べて居るのは實に一八一〇年の事に屬するのであるが、之は此の年代に至るも尙ほ此の地方に於ける法律の本質が従前と變つて居らない事を物語るものとして興味深きものが存するのである。

(一) コネチカット(建設一六三五年)は其の法律、司法制度を多くマサチュセツツのそれに負ふとせられるのであるがしかも尙ほ(一)反コンモンロウ的氣運甚だ濃厚なりし事、(二)その嚴格、峻嚴なる清教徒法 Dine Laws を勵行せる事(三)此の態度を比較的後期——アメリカ獨立革命直前に至る迄持續して居た事等に其特色を有する。

同殖民地は一六三九年ニューヘブソンに自由民大會を開催せる際聖書 *The Words of God* は遵守せらるべき唯一の法則たるべき旨の決議を行つてゐるのであるが更に一六五〇年に至つて七十七ヶ條より成る「法律體係」*A Body of Laws* を制定した。

之が同殖民地に於ける其の後の凡ての立法の基礎となつたのであるが、全體系は其の範をマサチュセツツ殖民地の「自由體係」*The Body of Liberty* に取つた。後者百ヶ條の中、十四ヶ條が前者に包攝せられて居る。此兩者共、當時の英法から甚だ異質的であつた事、明文の定むる處なき場合には聖書に據るとする事等に著るしい特質が存した。

當時に於ける同殖民地の此の状態は *Robert Quay* の英國貿易拓務委員會 *The Board of Trade* への報告に人々の性質は甚だ頑冥、又反抗的、黨派的ですらある。次の様な事實が此の性格を最も端的に物語るであらう。即ち、彼等は其の統治に關し「法律體係」なる刊行の法律を有するのであるが、その當初に、凡そ英國の法律は、特に同殖民地自身の法律により採用せられたるもの以外は、何等の効力なき旨を定めて居るのである旨を述べてゐる。

之は同殖民地に於ける普通法に對する不同化性の甚だ強烈なる事を示すものと云はねばならない。事實、同殖民地に於ては印紙條令 (*Stamp Act 1765*) 時代に至る迄頑迷と思はれる程迄に普通法に同化の意を表しなかつた。此の英本國との難問題に遭遇し、自殖民地移住者達の利益を擁護せんが爲に、英國憲法並びに普通法上の諸主義を採用せざるを得ない立場に立つて始めてその態度を表明したのである。而かもコネチカットは現在に至る迄、憲法にも制定法にも普通法繼受を謳つて居らない。その繼受は慣行、慣習により除々に爲されたものであつた。

(三) ペンシルヴァニア (建設一六八三年) 殖民地の法律思想を論ぜんせば、吾々は先づその領首 (*Proprietor*) *William Penn* のロンモンロウ觀より始むべきである。

ペンは名門の出たるに拘らず其の信奉せる宗教の故に屢々囹圄の浮目を見たのであるが一六七〇年 *Tumultuous asse-*

nibly の庶で起訴せられた際の刑事裁判に於て、判事 (Recorder) と次の様な普通法に關する議論を爲した。

即ち曰く。

「余を起訴したるは如何なる法律によるか、その法律上の根據を問ふ」

「コンモンロウなり」

「そのコンモンロウの何處なりや」

「汝の奇問に答へんとせば、數年の長きに亘り、多くの判決例を調ぶる事を要す」

「こは問に答ふるに問を以てす。貴下、若し起訴の根據を示し得ずんば、本訴追も貴下の專恣に出づるものなりと云ひべし」

「問題は汝が本訴追に於て有罪なりや否やにあり」

「然らず、問題は余が有罪なりや否やに非ずして本訴追が法律上の根據を有するや否やにあり。コンモンロウ上、何處に又如何にあるかゞ明瞭たらずんば、未だ問題の解決ありと云ふべからず。法律なき處、犯罪あるべからず、一般に了解し得ざる如きは法なきに等し」

「頑固者よ、汝、裁判所に向ひて法を説かんとするや、そは不文法 *Lex non scripta* なり。之を知らんとせば三十年、四十年の學習を要す。汝尙ほ余に即答を求めんとするや」

「然り、コンモンロウにして然かく難解たらんか、そは未だ一般的 (コンモン) とは稱し得ざるべし。Coke 卿の *Institution* によれば、コンモンロウとは一般、普通の權利なり、一般普通の權利とは *The Great Charter Privileges* なり。」

之は十七世紀、刑事事件に關する英國の法律の狀態、並びに之に對する人々の一般的嫌忌的感情を示すものとして有名である。同時にベンシルヴァニアに自由の境地を開拓せんとした *Quaker* 教徒等の反コンモンロウ的感情の根本を

よく表わすものとして興味が深い。

同殖民地には一六八二年制定に係る「法律組織」The Frame of Law 及び「法律體系」The Body of Law 一六八三年成立の「基礎法」The Act of Settlement 及一八九六年の「統治組織法」The Frame of Government 等があつて、爾後長く行はれるのであるが、之等はウィリアム・ペンを始め同殖民地建設者達の思想を反映して英普通法に對し甚だ認容的でない態度を持する。

普通法上の諸原則中如何なる部分を採用し、如何なる部分を排すべきやは自己自ら之を決定し得る處なりとするのであるが、その採用せられたるものは甚だ妙いのである。

司法制度亦獨自の發展を遂げ、法律専門家が之に携はるに至つたのは、従つて又之に伴つて技術的な普通法が次第に同殖民地の法律に取り入れられて來るに至つたのは、實に十八世紀も中葉に至つてからであつたとせられてゐる。

蓋し、殖民地建設者達の法律觀、法律家觀が然かせしめたのであつて、得て事を荒ら立て、訴訟教唆に陥り勝ちな、従つて又、平和にして新しき殖民地の建設に當つては寧ろ害ありとも益尠かるべき法律家、技術的法律を極度に嫌忌せるが故であつた。

(四) ニューハンプシャー(建設一六四一年)は他の諸殖民地に於けると同様、長い間法律家によらざる裁判が行はれるのであるが、特に其の常識讚美の理論に於て特色がある。

一七八二年から一七九〇年に亘つて同殖民地裁判所長を勤めた Samuel Livermore は法律的先決例に重きを置かない。微臭く、蠢喰へる書物、法律書は野蠻時代の古くさい、假髮冠れる法律家達程には吾々には了解し得る處でないとして餘り價値を置こうともしない。此の裁判長は陪審員に對する説示に於て、常に法律の精巧、巧緻に眩惑されて、正義を歪曲するの虞れを警戒したのであつたが、之は單に Livermore 個人の思想、言行とのみ見るべきではなく、當時の

同殖民地一般の法律觀を代表するものであると考ふべきであらう。蓋し、此の外にも次の様な説示、判決を見出し得るが故である。

一は陪席判事（一七八五年—一七九七年在職）John Dudley の陪審員に對する説示であつて、即ち我々の欲するものは正義であつて、法律ではない。法律家は英國普通法を以て我々を律しようとする。然し乍ら、常識こそが、我々をより安全に導いて呉れる事を記憶せねばならない。

當事者間に正義を具現する事が我々の任務なのであるが、之は Coke や Blackstone による法律の小手先細工によつてではなく、人と人との間の常識によつて始めて可能なのである旨を説いた。

其二は、ニューハンプシャー高等法院判決に表われた Boll 判事の初期殖民地人が普通法の諸技術に無智であつた事は法律の歴史に於て最も幸福な事柄の一つであると考へられる。蓋し、それ等に於て一方普通法の本質は見失ふ事なく保持され乍ら、尙ほ他方、幸ひにも、大量の時代遅れの又無用の瑣末、些細事を忘失し、それに代へて驚嘆に價する程の單純性の實行過程を贏ち得るに至つたからである旨の言葉である。

之等を通ずる共通の思想、觀念よりして、我々は初期ニューハンプシャーの法律觀を看取し得るのである。

第二 當時の英法の狀態

一、法律一般

一、概観

英法は封建制度、從つて土地を中心に發達した。土地が考慮せらるべき唯一の財産であり、土地に關する權利、その行使、移轉に關する法理が、社會の重大關心事であつた。之は被征服民族を隸屬せしめ、自らの間に土地を分割し合ふ征服、武士階級社會の慾求に應じたものであつて、從つてその發生した當初たるノルマン及び初期プランタジェネツト期の英國の状態には強ち不適合のものと稱すべきではなかつた。

然し乍ら封建制度の崩壞、被征服民族の興起、商工業の勃興と共に、法律も之に對應した變化を遂げるべきを之は種々の事情によつて然かく簡單には改變が行われて居らない。既に宗教革命を經、封建國家より近代資本主義國家への變轉の相を示しつゝあつたテュードル期（一四八五—一六〇三）に至つても、その法律は舊態依然たる中世紀的殘滓を以て蔽はれてゐる。ジョージ二世時代（一七二七—一七六〇）に至つて英國は既に世界に於ける最大の製造工業及商業の國となつたのであるが、法律學はなほも混沌、混沌の域を彷徨する。征服、隸屬せしめたる敵のさ中に武裝陣營を張る粗野な武人社會に適應せる法律が、勤勞、富有の商業的自由の民族社會に適合すべくもなかつたのである。

法律は、初めて學校へ上つた時、着物を作つて以來、それを着つ放しの成長した人間の服裝を思わせるものがある。紐は纏ぎ足され、ホコロビはひろがるまゝに放置され、穴はカガラレ、新奇な法律の補布は最寄の店から取り寄せ、刺し縫ひされた。されば英國の歴史のあらゆる時代が、其の法律に寄り集つてゐる。それ等は融合する事なく、たゞ積み重ねられた地層、斷層を思わせるものがある。諸要素の凡ゆる動搖、衝突は地層の裂目又は不規則性となつてその根柢をとどめる。社會の根柢をゆさぶる凡ゆる鬭争は一定面の法律に於ける分裂、分離した状態に於て現わされてゐる。否、そののみならず相争ふ一方が、他方を陥れんと設けた罌だの、陷阱だのすらが依然存してゐる。單に鬻狗のみならず、狐其他狡猾なる動物の遺跡すらが、この古風な洞窟に見出されるのであつた。

之は恐るべき混沌といわねばならない。アメリカ殖民地が知れる英法なるものが斯くの如きでありし以上、それは一應繼受を躊躇するの理由となつたであらう。

コーク時代の英法は依然ゲルマン法的生硬さを脱し切れず、リトルトンの著書は當時のその他の英法書共々、大陸に於けるローマ法律書と比肩すべくもなかつた。コークが既に法務にたづさわつてゐた一五七一年の頃に至つても、英國人民訴訟裁判所は、一片の土地に關する權原を定むるに當つて古い決闘裁判による事を許して居る。Dyerの判例集を見てわかる様に訴訟手續の情景は正に三世紀以上も古いサクセンシュビーゲルに於けるそれを思わせるものがある。斯くの如き法が斯くの如き状態に止まる限り、それは世界の法たる事は出來ないのである。

二 土地法

ノルマン征服王によつて齎された封建制度は、國王のみを英國に於ける完全な土地所有者とした。國王より直接、間接に封地せられた領臣達は其封地の條件として各其領主に對し種々の役務を負担した。——毎年一定數の騎士を提供する義務 knight service、國王の旗や槍を持って軍隊を指揮し或ひは又戴冠式に劍を捧じて行列に參するの義務 tenure by sergeny、喜捨を爲したる者、其子孫のため冥福を祈る役務 frankalmoin、等々その種類は仲々に多し。——此處に、土地保有條件 (tenure) の理論が發達した。

又領臣は完全な土地所有權を有し得る所でなく、單に或る種の期間之を保有し得るに過ぎない。——或ひは子孫の存續する限りとか、一生涯だけとか、或ひは又特定期間中だけとか——所謂存續期間の點で種々の制限を受けた。此處に期間不動產物權 (estate) の理論が發展を遂げた。

封建的土地法は Tenure の理論を經とし、Estate 理論を緯とし、其間、封建社會に於ける三立役者、國王、封建貴族、教會の之に關する各利害得失の争ひを以て織り成し、色染められた複雑、濃厚な文様を呈した。

此の外、封建制度に伴ふ領臣の義務も仲々に多い。——例之、領臣死亡し、其相續人未成年者たる場合には領主は Wardship の權利の行使として土地より生ずる利益を自己に收めてしまふ、又相續人にして領主の選んだ相當の結婚に承諾しない時は婚姻價格 (value of the marriage) を支拂はねばならぬ、其他領臣死亡の際に領主が其領臣の土地にある最高の家畜を取つてしまふ權利 (heriot) 等々之である。

然し乍ら、一見頑強に織り成された此の封建的土地制度も次第に、解き解ぐされ、ゆるめられて來るのは、やはり、時代の變遷、封建的諸勢力の消長に因つたに相違ない。

既に十四世紀頃から土地に關する use 方式の使用が行はれて來て居る。

此の use の使用は或ひは封建的土地法に於ける不動産遺贈の禁止、封建制度に伴ふ種々の過重な負擔、犯罪に依る財産沒收 forfeiture 及犯罪に依る土地復歸 escheat 等々領臣にとつて過酷に見える負擔を免かれる爲用ひられた。之がやがて衡平法裁判所の保護する處となつて、爲に封建制度崩壞過程に一つの役割を果す事となるのである。

然し、法律に於ける此の崩壞過程 (之は豈 use のみに限るに非ず) も部分的に行われたに過ぎない。一六六〇年に至り Statute for the Abolition of Military Tenure 出でて、當時既に募兵方法としては役立たなくなり、且金錢が總ての需要を充し得るに至つて居る事情に適應して military tenure 其他の封建的負擔を廢止するのであるが、普通法上の原則、衡平法上の法理、之に無數の成文法を以て雜然と展開される土地法の紛糾、錯雜、並びに其處に依然存する封建的殘滓は根強くして、容易に一掃さるべくもなかつた。

十七八世紀の土地法は斯かる状態にあつた。之を要約する時は次の如く云ひ得るであらう。

英法の基礎は封建制度であつた。否、現在ですらそうである。此の制度は他の慣行に於けると同様、それが發生した社會——即ち被征服民族を隸屬せしめ、自ら土地を分割し合ふ粗野な武士階級社會——の慾求に或る程度の適應性を有し

て居たのである。

然し乍ら文明の進歩は、征服、隸屬せしめたる敵のさ中に武装陣營を張る野蠻な武士に代へて、勤勞、商業、富有、自由なる民族を興起せしめた。前者社會に適應せる法律は、後者社會の環境に適合すべくもない。

それは自らに適應すべく自ら努むる處なくしては存在し得る處でない。その適應は思想や、意圖の結果ではない。それは新しい社會狀態及其緊急性の包括的な理解から起るのではない。凡ては古き、野蠻性と、新らしき文明との數世紀に亘る鬭争によつて齎らされるのである。自らの打ち樹てた祖野な制度を固執する征服者、封建貴族と、自らの解放を目ざす被征服者との間の争鬭によつてである。

後者は生成する勢力であるが未だその羈絆を斷ち切り得る程には強力でない。然し之はやがて、その脆弱な點から崩壊を遂げ始めるのであつた。

十九世紀中葉に至り、諸制定法によつて若干の土地法改革を見るのであるが、それ迄は依然此の状態を續けるであらう。十九世紀初頭に於てすらその状態は次の如くであつた。

土地の自由保有權 *freehold land in possession* の讓渡は單に捺印證書のみにては爲し得ない。土地の移轉證書作成のみを以ては事足りないのである。(not lie in grant) 賣手と買手は其の場所に望んで御丁寧にも、占有移轉 (*livery of seisin*) の公けの手續 (*feoffment*) を履む必要がある。さもなければ——この方がより一般に行はれたのであるが、賃借權 (*Lease*) の手段によつて、不必要な權利を作り、次いで (*Release*) を之に附加して補填すると云ふ——實に二重の手續と費用をかける——工夫、手段を用ひる。之は一八四五年に至つて漸く終結する。Fines and Recoveries は一八三三年に廢止せられるに至る。斯くて又土地權利證 *title deeds* も *Conveyancing Acts* によつて非常に單純、簡潔となつたのであつた。

三、契約法

契約に關する普通法は甚だ嚴格であり、生硬ですらあつた。

當時は捺印契約 (contract under seal) を頒る嚴重に取扱ふ、證書は契約の證據ではなく、契約自體だとされ、債權者の證書喪失、滅失は直ちに權利自體の消失なりとせられてしまふ。

其他、權利拋棄 (Surrender) 代物辨濟 (accord) 第三者による辨濟、契約證書の變更 (alteration) 混同 (merger) 等による債權消滅に關しても、普通法裁判所は甚だ嚴格な態度、方針を持って、之は容易に緩和せらるべくもない。之等不合理、弊害の矯正、救済は遂に普通法裁判所によつては行われず、別に衡平法裁判所による衡平法上の諸原則の發達となつて現はれた。十八世紀中に、その活動によつて緩和、矯正せられた弊害、不合理も若干存した。然し乍ら、當時の普通法に於ては依然(十九世紀初頭に至るも尙ほ)、流通證券以外には、讓渡可能の契約なるものは存しなかつた。契約の原當事者のみがそれに基いて訴へ得たに過ぎない。他方、賭事契約は、法律上強行可能であつた。その結果、凡ゆる種類の異常な訴訟が可能であつたのである。違法な競技、遊戯又は競争の爲め以外に賭事が爲された場合、それは法律上の債務となつて、之に對して訴の提起も可能であつた。そして此の種の訴訟も公の法廷で嚴肅に審理せられたのであつたのである。

既に一般契約法に關して斯くの如き状態であつた。然るに此の普通法裁判所の舊態持續に拘らず當時漸くに勃興して來た商工業、英國をして世界の英國たらしめた貿易、運輸、商業の隆盛は次第に之に事新しい問題を提供して解決を迫つたのであるが、之は依然として無爲、無策の領域を低迷するに止まつた。

普通法裁判官達は概して、迷妄、小膽なるの餘り、司法判決を通じて英國の法律を改善すると云ふ仕事にさして役立たなかつた。

されば、問題が或ひは貨物の賣買、備船契約、海上探險に關し、或ひは又爲替手形、約束手形に關し起つた時、何人も如何に解決せらるべきやを知らなかつた。之等の點に關し、論文の刊行せられたるものも、判例集に掲げられたる判例も存する處でなかつた。判例集には、領主、農奴に關する案件のみ徒らに多く、時には決圖裁判の請求を爲す權利ありやを審試したりす。

Handwritke 卿は衡平法の改良、體系化に努めた——然し乍らコンモンロー裁判所に於ける訴訟手續は舊態依然であつた。Sir Robert Tresilian 及び Sir William Gascoigne 當時の儘であつた。商事案件は Westminster Hall に於て、知識、經驗ある者なく、爲めに其等は商人同志間の私的な仲裁によつて解決せらるるを常とした程であつた。商事關係の訴訟が司法裁判所に提起せられると、判事は陪審員に之が判断を委ねる。陪審員は、何が公平なりやに關する自己の判断に従つて之を決定する。従つて、將來起るべき、同様の争ひ解決に資すべき一般的法則は與へ得られないのであつた。

此處に、十七世紀から十八世紀中葉にかけての英契約法に於ける未熟と混迷が存したのであつた。

時宛かも William Murray Lord Mansfield (1705-1793) 出で、商事案件の裁判に、商人を陪審官に召喚する事によつて商人間の慣習を攝取し、又斯く一旦定められたる裁判を先例として、他の司法的先決例に於けると同様、之を遵由せしむる等次第に、普通法に商法を攝取し、之を商法化するに努めたのであるが、之は寧ろ十八世紀も後半に至つてからの事に屬した。蓋し Lord Mansfield の裁判官としての活躍は一七五六年、卿の王座裁判所長に就任した以後に屬するが故である。

爾來、商業關係、對人的諸關係に關する近代的な法理が、從來既存の土地法及手續法に重點を置いた封建的法理とは別異に發展し始めた。即ち、契約法の廣い分野、流通證券、保險、海事法に關する法理が新たに發達する事となつたの

であるが、斯う云つた體系化、適應運動以前に屬する十七及び十八世紀前半の英法には自ら、其處に原始性、未熟性の色濃きものが存したのであつた。

四、不法行爲法其の他

不法行爲に關しても個々の場合に應じた個別的判決の累積があるのみであつて、未だ系統的な法理は發達して居なかつた。過失 *Negligence* に關する諸判例すら十九世紀に至つて始めて發達を始めたのである。

不法行爲法に於ける大きな變革の一として一八四六年に於ける *Lord Campbell's Fatal Accidents Act* が擧げられる處であるが、此の法律の發布に至る迄の状態は次の様な不合理なものであつた。

驛馬車の轉覆によつて骨を折つた乗客は、その所有者に對し受けた苦痛、被害、醫療其他に要した費用の賠償を請求し得るでもあらう、然し即死した場合には、其の家族も、遺産管理人も何等の——實に葬式費用さへも——請求を爲し得ない。彼の權利は實に對個人的であつてその死亡と共に消滅すると説明せられる。そこで驛馬車の所有者にとつては、乗客が負傷した場合より、頸つ骨でも折つて即死して呉れた方が、賠償せずに済むだけ好都合だといふ事になる。

これは一八四六年の *Lord Campbell's Fatal Accidents Act* によつて僅かに一部終止する處となつたのであつた。婦人の法律上の地位に關しても封建制度的殘滓が當時尙ほ多分に存した。

元來、妻の普通法上の地位は甚だ低く、夫に從屬的であつた。普通法上、夫婦は一體にしてその一體とは夫なり (*the husband and wife are a single legal person and that person is the husband*) との原則が行われ、妻には獨立の存在が認められて居らなかつた。婚姻によつて妻の有體動産 (*personal property*) は夫の所有に歸し、債權、賃借不動産物權 (*leasehold*) の如きも婚姻中は其の管理、處分權が夫に屬する事とせられ、物的財産權 (*real property*) に就いても其の管理權は夫に歸し、その妻による處分は夫の同意が必要なりとせられた。

妻の契約能力は、財産の處分權、管理權と同様、存在しない。妻は夫の庇護の下にあると云ふ意味に於て *coverture* なる言葉が用ひられた。軍事的制度としての封建制度が、軍事的役務を爲し得なかつた婦人の地位を斯く低からしめ、理論上、妻の法律上の權利を無視せしめたのである。

十七世紀末に至つて衡平法上妻の特有利益 (*separate use*) なる制度が發達して來た。信託の方法によつて、妻の特有利益 (*for her separate use*) の爲に財産を受託者に與へた場合には、妻が受益者となる事、その妻の受益權は夫の支配を受けぬ獨立のものたる事が衡平法裁判所によつて認めらるゝに至つたのである。斯くの如き夫の支配を受けぬ妻の財産を妻の特有財産 (*separate estate*) と云ひ妻は之を自由に管理處分するを得、且つその特有財産に關する契約を爲す事を得るに至つたのであるが、之が一般的解放、獨立を見るには尙ほ、一八八二年、有夫女財産法 (*Married Women's Property Act*) に俟たねばならぬ。

此の財産法發布以前従つて十七、八世紀にあつては依然、婦人の地位は甚だ低いのであつて、一般著書に於ては「有夫女は、精神病者の次に置かれるを通常としたのであつた。

五、刑事法

普通法は當時、其の民事法の分野に於ては漸次的にはあるが、好轉の機運を示して來て居たのにひき換へ、その刑事法の分野にあつては、依然發達、進化の曙光すら認め得なかつた。否それのみならず、十七世紀中を通じて恐怖、悲嘆の對象ですらあつた。それは數百年に亘り箇々別々に發布せられた莫大な數に上る單行法をも持つて居て、複雑、不明確な點が多かつたのみでなく、その刑罰も不當に重く、寧ろ殘虐とも稱すべきものが多かつた。

當時は裁判官の地位未だ保障せられず國王は任意にその職を解き得る處であつた。國王は王權神授説を捧じてその專恣を通すに忙がしい。斯かる状態に於て公平無視の裁判は望み得べくもない。

一六四一年、星座裁判所 *Star Chamber* 廢止せられ、又一六八八年に至り權利章典 *Bill of Rights* 出でて裁判官が國王の專恣から解放せられ、公平の裁判を保證せられ得るに至つたのであるが之は正に普通法に於ける新時代の到來、劃期的出來事を以て目ざるべきであらう。

ペンシルヴァニア殖民地の創始者 *William Penn* が一六七〇年、自己に關する刑事事件に關し裁判官との間に展開したコンモンロウ觀、而して之がやがて當時に於ける英國一般の風潮を代表したものであつたらう事に就いては既に之を説いた。

其處に普通法の錯雜性、不明確性を見たのであるが此の状態は十九世紀中葉の所謂、刑事法に於ける大改革に至る迄續くのである。

一八〇〇年當時と一九〇〇年當時に於ける英刑法を比較する事によつて斯る期間に行はれた大改革の結果を示さんと試みる事は同時に其改革以後の状態に對比して一層明確に示されるであらう十七・八世紀の法律狀態をも示すものとして興味深いものが存するであらう。

一八〇〇年以來英刑事法はその實體に關しても、手續に關しても著るしい改善を示して來た。一八〇〇年當時、死刑を以て罰せらるべき犯罪は二百以上もあつた！これ等の中三分の二以上が十八世紀中に死刑を以て處斷せられた。

Mr Samuel Romilly は、世界中、何處を探ねても死刑を以て論ぜられる行爲が之程多く且つ之程多種に亘る國は他に何處にも存在しないと主張する。

重罪 *felonies* の殆んど全ては死刑であつた。

給與金を詐取せんとしても、村街道の橋を毀損しても又時に若樹を伐採してさへ絞首刑であつた。五シリング以上の財産を盗んでも、亦他人から一シリング以上の何物かを奪つても全て絞首刑。其他、流刑者にして期間満期前歸還し、

兵士、水夫にして旅行免狀なく、彷徨したる類も全て皆絞首せられた。而して此の野蠻な法律は實に冷酷無情に實行せられたのである。

死刑を以て論ぜらるゝ犯罪の數が次第に減少したのは、一に Sir Samuel Romilly 次いで Sir James Mackintosh に負ふ處が多い。一九〇一年死刑犯罪は四種となるに至つたが、内二種は殆んど行はるゝ事がない。又一八〇〇年には英國の監獄は、不正義と病魔の巢窟であつた。獄吏はチブス coal fever に罹るのを虞れて、監房に入らうともしない。懲役刑の宣告は屢々死の宣告であつた。反之、一九〇〇年當時では監獄内での囚人の健康と道義には非常な注意が拂はれてゐる。刑事に關する審理の如きも一八〇〇年に於けるそれから全く異つて來た。囚人も今や公平と考慮を以て取り扱われるに至つたのであつた。

六、當時の法律概観

英法は十七・八世紀に於ける斯くの如き状態を脱却して、現在あるが如き世界の法へと發展するのであるが、それに就しては改良運動 Reform Movement の幾つかの流れが存したのである。

衡平法裁判所の活動による普通法缺陷の補充、矯正も之であつた。

主として Mansfield 卿の下に行われた普通法の商法化も之であつた。

又立法の手段による普通法の近代化も亦之なのであつた。

其の第二のものは Mansfield 卿が王座裁判所長に就任した一七五六年以降、其在職三十年の長きに亘る苦心、努力の結果と見るべきものが多い。

其の第三のものは Jeremy Bentham (1748-1832) の影響の下に行はれた多くの立法によつて爲されたのであるが、其の實を結んだのは寧ろ十九世紀に至つてからであつた。

本稿の對象とする時期——アメリカ殖民地開設よりアメリカ獨立宣言前後迄——の關する限り、此の第二、第三の改革運動は未だ殆んど、若くは全く開始せられて居らない。たゞ僅かに其の第一の者、衡平法による普通法の改革にあつては此の期間中既に其の發端が見られて居るのであり、若干の關係が存するのである。

次に其の然る所以を述ぶるであらう。

大法官は始め司法的呼出狀を發行する權限を有する事によつて普通法裁判所に重要な關係を有して居た。然し乍ら此の外に普通法裁判所で正義、救済を得られなかつた者からの嘆願を處理する事に端を發し、次第に普通法缺陷の補充、矯正への權限を有する事となつた。

嚴格な普通法を衡平法的理論によつて補ふといふ事は必ずしもイギリス法に限られた事ではない。

之はローマ法に於ても用ひられたのである。

然し普通法と衡平法とが別々の權威、機關によつて適用せられた事はイギリスに特有な方法であつた。

普通法が餘りに嚴格になり、正確さを要求し若くは既に確立せられた封建制度の殘壘を固守して譲らない時、其の缺陷を補ひ、峻嚴さを矯正し又は新しく起つた社會的必要に相應する作用を營んだものは此の衡平法裁判所なのであつた。

衡平法の最も初期の重要な適用の一例は土地に關して起つた。事實十四世紀中には大法官は未だ一般的、基礎的な土地法と別異な體系を適用する必要を認めて居らない。僅かに普通法裁判所によつては爲され得ない若干の有用な權利を認めるに過ぎない。Use なるもの之である。之が次第に近代信託として發達した事、並びにそのコロラリーとして、信託として婦人の財産を彼女の特有財産として彼女の爲めに設定する制度が發達した事については前、既に觸れた處である。

十六世紀に至つても、衡平法裁判所の管轄は：fraud, accident and breach of confidence”等若干の道德的、良心的色彩強き事項に要約され得るであらう。然し乍ら孰れとも普通法裁判所と衡平法裁判所との二重組織は早晩その解決、

體系付けを迫られて来る。

之が十七世紀初頭に解決點に到達した。そして其處に圓滑な融和的解決が與へられたのであつた。之は單に衡平法にとつてのみならず英法全體にとつても甚だ重要な出來事であると云はねばならない。

此の間の経緯は次の如くであつた。

James I 時代の大法官 Ellesmere 及 Chief Justice Coke の間に大論争が起つたのであるが之は衡平法裁判所がコンモンロウ裁判所の優位に立つべきを宣せられて終結した。大法官にして、信託若くは詐欺に關する自己の主義を飽く迄貫かんとするならば、之は勢ひ、コンモンロウ裁判所に救済を求むる事並びに該裁判所に得たる判決を強行する事を禁ずるの權限を主張するの結果に立ち至るべきであらう。詐欺若くは信託違反の事件に於てコンモンロウ裁判所で、乙に對し不利な判決を與へられるとする。乙は衡平法裁判所に之が不服を訴へる。大法官は、審理後、その判決を執行する事を禁じ、若し甲が飽く迄之を強行するならば獄舎に繋がるべきを宣言する。此處に注意しなければならぬ事は、衡平法裁判所は自己がコンモンロウ裁判所より上位に立つ旨を主張してゐるのでもなく、又王座裁判所がその下位裁判所に普通送る様な、一定の事を爲すべし又は爲すべからずとの宣告又はその手續を無効となすといつた類の——職務勸行令狀 Mandates を送らうと目圖して居るのではない事である。衡平法上の禁止命令は職務勸行令狀、管掌禁止命令 Prohibition 移送命令 Certiorari 等からは理論上、凡そ異なるものである。即ちそれは判事にはなく當事者に命令するものなのである。信託に違反して判決を得た者に對し大法官は、その判決を不當であるとも、取消し得るとも云はない。たゞその者に對し、その個人的な理由から、その判決を強行する事は衡平の原則に反する事、従つて之を強行すべきでない事を告げるのである。然し乍ら、コンモンロウ裁判所の判事達が、その判決を此の様に取り扱はれた事に對し不滿の意を表したのは頗る當然の成行であつた。Coke は斯くの如き禁止命令を得たるものは Praemunire に關する諸

條例により、即ち王の裁判所の判決を他の裁判所にて審議せしめたるの廉により罷せらるべきだと宣言した。

King James は、今や凡ゆる裁判官の上に、凡ゆるその裁判所の上に君臨するの機会に恵まれた。そして Bacon 其他の大法律家の助言に基いて、大法官に有利な判決を與へたのであるが、此の時以來大法官は、優位を持つ事となつたのである。然しそれはコンモンロウ裁判所より上位に位するといふ意味ではなくて、コンモンロウ裁判所に救済を求むる事を妨げ得るといふ意味に於てである。反之、コンモンロウ裁判所は衡平法裁判所に救済を求むる者を妨ぐる事は出来ないからである。

衡平法の活動は此處に勢を得、次いで近代衡平法の父 Father of Modern Equity, Lord Nottingham (1621-1682) の時代を経て、更に十八世紀へと展開する。

十八世紀は偉大な大法官輩出の時代であるとせられる。今其の高名と就任年代を次の如く擧示する事が出来るのである。

一七〇五年 Cowper 一七三三 Hardwick 一七五七年 Nottingham 一七六六年 Gauden 一七七八年 Thurlow 一七九三年 Loughborough 一八〇一年 Eldon.

其の孰れをとつても我々は其等の偉大な衡平法上の功績を同時に想起し得るのである。十八世紀を以て衡平法の隆盛を謳ふ又故なしとしないのである。

今振り返つて本稿の對象とする時期、十七、八世紀の衡平法を概観する時、その近代的活動は正しく巨歩を印し始め、進行を續けつゝあつたのであつて、普通法も之によつて漸次、改善、矯正せられつゝあつたのである。

従つて、當時の英法は之を概言するならば、此の限りに於て既に未分化、未發達の状態から、分化、發達を始めて居た、其の改革運動は一部既に進行を始めて居たと稱し得るのである。

「それは既に、ミルトン謂ふ所のライオンの如く、その後半身の自由を得んとして身もがきしつゝあつた、となす事を得るであらう。

二、當時の法律書

一、當時の英法の状態を述べた。アメリカ諸殖民地が或ひは辟易し或ひは其繼受を躊躇した理由は此處にも存したであらう。特にニューヨークの清教徒達が法律家の博識の井戸には清水は湧かないとし、自らの生命の泉を聖書に汲んだ理由の中にも同じく此の混沌と不明確性が數へられたに相違ないのであるが、其他英本國に於てすら法律書多からず又入手に困難であつた事が其理由に附加され得るであらう。英法律書の當時の状態を此處に解明する所以である。Sir Edward Coke (1552-1634) は當時現存の重要法律文献として、十五卷の法律書と、之と同數の判例集を擧げて居る。此の記述は當時に於ける英法律に關する權威ある、又綜合的な觀察を一應與へるものとして興味が深いのである。

Coke (Reports, 第三卷(一六〇三年)序文。は即ち三頁)。

「今に傳はるロンドンロウの古く書籍、例之、Granville (1), Bracton (2), Britton (2), Fleta (1), Ingham (5), 及び Nova Narrationes (9) の類、又比較的新く Old Tenures (5), Old Natura Brevium (2), Littleton (6), Doctor and Student (10), Perkins (11), Fitzherbert, Natura Brevium (12) 及び Stamford (13) の如きは凡て有益である。讀者若し相當、判例を研鑽したる上、二大法律要覽——Justice Fitzherbert (14), Sir Robert Brooke (15) ——を利用するならば、それは更に理解を助け又益する處大なるものがあらう。

又 Statham (16) 及び The Book of Assizes (17) も除外ならんきやなし。訴訟手續に關しては Book of Entries (18) を

同様有用且つ有益である。前記の判例集に *Master Plowden* (19) の精巧、丹念な註釋書、*Sir James Dyer* (20) の簡潔にして内容豊富な觀察及び拙著(21)を之に加へ得やう。——斯くて讀者は十五卷に及ぶ書籍、論文と、之と同数の判例集、他にコンモンローウに關する若干の法律要覽を有する事となる。私は此處に今、法令及び議會制定法に就いては語つて居ない。それ等に就いては別に若干の大冊が存するのである。」

二、英國に於ける法律書、最初の印刷、刊行は一四八一年 *Littleton*, *Tennes*, *Letton*、*Machina* 版であつた。

爾後、法律古典にして印刷、刊行せられたるもの次第に多きを加へるのであるが、前掲、ローウによる當時の法律書に就いての刊行年代は次の如くである(順序、配列は前掲、*Coke* 序文による)。

- (1) *Ranulf de Glanville*, *Treatatus de legibus et consuetudinibus regi Anglie* 1187-1189. *Glanville's Treatise on the Laws and Customs of England*. Lond. Richard Tottel ed. printed about 1554-1557.
- (2) *Henry Bracton*, *De legibus et consuetudinibus angliae* 1262.
Bracton's Laws and customs of England. Lond. Richard Tottel ed. 1569.
- (3) *John Britton*. No title. about 1290. *Britton's Abridgment*. Lond. Robert Redman. 1540.
- (4) *Fleta seu commentarius Juris Anglicaeni*. about 1290. *Fletas commentary*. Lond. printed 1647.
- (5) *Radulphi de Hengham*. 1300. *Hengham's Register of writs*. Lond. William Rastell. 1531.
- (6) *Novae narrationes*. 1448. Lond. Richard Pynson ed. printed about 1515.
- (7) *Old tenures written in reign of Edward III*. Lond. Richard Pynson ed. printed in 1525.
- (8) *Old natura Brevium*. 1328-1376. Lond. Richard Pynson. ed. printed 1524.

- (6) Thomas de Littleton Tenure. 1472. Lond. Letton & Machlinia ed. 1481.
- (7) Christopher Saint Germain Dialogus de fundamentis legum Anglie et de consuetudine. Germain's Doctor and Student. Lond. John Baskell ed. 1518-1522.
- (8) John Perkins. Incipit peccati tractat magistri Johannis Perkins. Perkins Profitable book of conveyancing. Lond. Robert Redman ed. 1532.
- (9) Anthony Fitzherbert. La novel natura breuium. Lond. T. Bertheled ed. 1534.
- (10) William Stamford. Les plees del coron. Stamford's plees of the crown. Lond. Richard Tottell ed. 1557.
- (11) Anthony Fitzherbert. Grande abridgment. Fitzherbert's Grand Abridgment of the Law. Lond. John Baskell ed. 1514-1516.
- (12) Robert Brooke. La grande abridgment. Brook's Grand Abridgment of the Law. Lond. Richard Tottell ed. 1568.
- (13) Nicholas Statham. Abridgment. about 1476. printed about 1495.
- (14) Abridgment of the book of assizes. Lond. Richard Pynson ed. about 1500. Year books of assizes abridged. 1555.
- (15) Intrationu excellentissimus liber. Lond. Richard Pynson ed. 1510.
- (16) Edmund Plowden. Les comentaries ou les reports. Lond. Richard Tottell ed. 1571.
- (17) James Dyer. Cy ensonnt ascuns novel cases. Lond. Richard Tottell ed. 1585.
- (18) Edward Coke. Le reports. Lond. T. Wright ed 1600-1602. part, 1. 1600, part, 2. 1602, part, 3. 1602.

之等刊行物が流布、頒布せられた程度に就いては、恐らく、多くを期待し得ざる實狀にあつたのであらうが、之を入手し得ざる者、又刊行物無き他の書籍については手寫本 *manuscript* による外なかつたのである。

三、當時之等の法律書籍、文献については如何なる方針の下に勉學、研究が積まれたのであらうか。如何なるものが基礎的であるとせられ、如何なる順序の下に讀まざるべきであるとせられたのであらうか。

之に關して一六六八年刊行の *Rolls Abridgment* 「法律要覽」中に左の如き文言を見出す事が出来るのであるが、之は前述の *Coke* 判例集第三卷、序文と共に、當時に於ける法律學習の實際を窺知せしめるであらう。

Rolls は曰ふ。

「一、三年は專念 *Littleton*, *Perkins*, *Doctor and Student*, *Fitzherbert* の *Natura Brevium* 及び特に我がコーク卿の英法釋義、更に餘力もあらばその判例集を研究すべきである。あの浩翰陳腐の書籍に移るはその後に可、イーヤブツクスは更にその後たるべし、稍々古きに屬するイーヤブツクの如きは餘り實用的とも思われざる法をも含む事あるべきを以て、最も有用と思わるゝもの、例之、*Edward III* 最終期、*The Books of Assizes*, *Henry II* 第二期、*Edward III*, *Henry VII* 時代の如きを選び常に研鑽を積むべし。その後で續く *Flowden*, *Dyer*, *Coke's Reports* 及び最近刊行の判例集の勉學之に續くべきものとす」と。

第三 普通法の繼受

一、普通法繼受の諸原因

十三諸殖民地凡ては其獨立革命直前迄に各英普通法繼受への傾向を明瞭に示すに至つた。

事、此處に至る迄には相争ふ認容、反對の諸要素——其後者に就いては前項既に縷々之を述べたのである——が數多く存在した。反對の諸要素を壓倒して、認容の諸要素が次第に優勢を占める、此の英普通法繼受への進展は同時に諸殖民地間に統一意識をも齎らし、遂に英本國に對する獨立革命へと發展するのであるが、其れに就いては次の様な幾つかの原因を擧示する事が出来るのである。

一、制度的原因 其の一。

アメリカ諸殖民地は或ひは王領として、或ひは私領、自治領として發足した。

王領殖民地に屬するものは直接、英國王の支配、従つて國王任命に係る總督 Governor の統治の下に立つた。其處では、法律が英本國のものに傾き易かつたであらう事、爲政者達もえて本國の法律に其の統治の基礎を求めたであらう事、之は他の自治領、私領殖民地に比して一段と強かつたと思われるのである。

然し乍ら、他の殖民地に於ても、其英本國に對する基本的關係、英本國の法律に對する基礎的關係は、尠くとも理論上は、之とさして相違は認められぬに違ひない。何者、其處には各々英國王より與へられた特許狀 charter なるもの

があつて、之等諸關係を一應確定して居るからである。

コネチカウト、ロードアイランド、又一六九一年以後のマサチューセッツは特許狀を與へられ、其の總督は選任若くは任命せらるゝ處であつた。又私領殖民地、ペンシルヴァニア、デラウェア、マリーランドは領主によつて總督が任命せられたのであるが、之等、特許狀は、殖民地の憲法、基礎法であつたのである。

一六〇六年ヴァージニア殖民地開設に當つて、當時の王ジェームス一世より與へられた特許狀には起り得べき凡ゆる事件の處置は、出來得る限り英本國のコンモンロウ並びに衡平法に準據すべき旨が記載された。

之は既にエリザベス女王の *Sir Walter Raleigh* に與へた特許狀にも現われてゐる考へ方であつて、當時の英本國の殖民地に對する法律思想とも云ひ得るであらう。

即ち、制定法、法律命令とも稱すべきものは常に英本國の法律、制定法、統治の形式、若くは政策に——便宜の許す限り之に近く——合致せしめらるべく要求せられた、其の謂ふ所は、殖民地生活の蕪雜さ、單純さに對應して、若干の變更のなさるべき事、普通法は此の制限、變更の下に適用せらるべきを認むるにあつた。

殖民地の爲し得る立法の性格、限界は其處に自づから存するものと見得らるゝ事となるであらう。即ち殖民地人が直ちに、全面的に普通法を取つて以て己が法律として使用しなかつたにせよ、何か事あるに際しては之に關する知識が一應參考に供せられ、又立法に當つて之に關聯した事情が一應取調べられたらう事、並びにその事の理論上の根據が此の特許狀にあつたらう事を考へる時、我々はやはり諸殖民地に於ける普通法への統一と云ふ現象に關する一つの原因として此の英本國への——總督若くは特許狀に基く——政治的關係を考慮する必要があるのである。

二、制度的原因 其の二。

殖民地統治の權は國王に發した。或ひは自ら總督を任命し、或ひは特許狀を與へるの權限を有したるのみならず、之

が監督、統治の權をも有した。King in Council 即ち之である。殖民地諸立法、若くは諸裁判所判決を廢棄するの權利も亦その留保せらるゝ處なりとせられたのであるが之は——特に殖民地裁判所判決の英國への上訴は——諸殖民地の反對する所となつた。之は一六六〇年以降特に屢々問題とせられたのであるが、マサチュセツツが同年船長 John Leveritt を英國に送つて、之に抗議せしめた理由は、上訴權は殖民地統治の權威を弱め、裁判所の威信亦失はるべき事にあつた。一六七七年英國樞密院はマサチュセツツの法律中、英國の法律に矛盾、抵觸するものあるを認めて之を指摘した。同殖民地は之に應じて一六八一年若干の修正を行つて居る。然し乍ら婚姻及日曜勵行法に關しては何等變更を加へなかつた。同時に殖民地は英國の法律に當然には羈束せらるべきでない旨の主張を爲して居る事は注目すべき處である。其の主張は、英國の法律はその効力を國內に限定せらるべく、アメリカには到達すべきでない。殖民地移住者達は本國議會にその代表者を送つて居らない。従つて之によつてその貿易、營業を妨げらるべきでないとするにあつた。

一六九六年、英本國に八名の委員 Lords of Trade より成る貿易、拓務委員會 Board of Commissioners for Trade and Plantations が組織せられ、爾後殖民地諸立法並びに司法裁判所判決は之によつて支配を受くる事となつたのであるが、此の殖民地の法律を廢棄し得る權限は拓務委員會 Committee for Plantation Affairs なる常任委員會の進言に基つて行はれた。然し乍ら之亦殖民地の常に抗議し、回避し、妨害せらるゝ處であつた。

英本國議會は殖民地に對し何等關與する權限を有しなかつたのであるが、特別に議會制定法を以て之を明定する時は殖民地關係事項を規定し得との理論、主張の下に、立法が爲さるゝに至つた。但し之は一七六〇年以降の事に屬した。即ち、此の英本國議會の權限は財政收入に關する法律に就て特に十八世紀中葉以降屢々用ひられたのである。之等が諸殖民地によつて公然と反對せられ、遂に獨立革命を惹起する一原因となつた事は、代表者を送らざる限り之に拘束せられずとする其の理由付けと共に一般周知の事に屬する。

斯くの如く、英本國、當時の殖民地統治は未だ組織的でも、効果的でもなかつた。若干の統治に關する權限が混雜、紛淆を示してゐた。

意見の分裂、消極的管轄争ひ、遲滯、重複の危險すら可能であつた。即ち、事アメリカに關する限り英本國の殖民地統治は甚だ組織的ではなかつたのである。而して事實、殖民地によるその權限の否定、回避、抗議、抗争が行われたのであつた。然し乍ら、此處に一つ重要な事柄、アメリカ法其後の發展に重大な影響力を及ぼした事柄の存する事に留意しなければならぬのである。

それは、既述の様な、アメリカ殖民地に對し既に用ひられ始めた英本國の殖民地統治方式の萌芽が、其等諸殖民地の法律の發展に對し甚だ統一性を與ふるに與つて力あつたといふ事實である。

本國への上訴、本國による法律の修正——それはアメリカに關する限り必ずしも成功したりとは稱し得ないにしても——の可能は、殖民地の法律に均衡を與へた。無意識的にでもあれ、共通の國民性意識を吹き込んだ。

之が英國の法律研究の刺激となり、諸殖民地に於ける法律家の發達、進歩の機運を促進したらう事、之は甚だ重大な事柄である相違ない。

殖民地裁判所にして其の判決の破棄せられざらんが爲めには英國の法律に無關心なるを得ない。法律、裁判の最後の審判者、ロンドンにありとせば、その法律書の勉學を忽せにするわけには行かなかつたに相違ない。

後述する Blackstone, Commentaries の賣行の素晴らしかつた原因は此處にも亦存するものとせられねばならないのである。

三、經濟的原因。

然し乍ら、何にも増して我々は經濟的原因を此處に擧げるべきであらう。蓋し次第に増し來つた實際上の必要が英普

通法の繼承を必然ならしめ、而かも其の必然性たるや甚だ強きものが存したと考へられるが故である。

殖民地初期の經濟は先づ困難な生活問題の克服から始まつた。生活苦は牛優しいものではなく困難を凌ぎ得なかつた實例又稀なりとしない。漸くにして現地生産の穀類の利用法を土人から學び得た者が生活手段を見出した。玉蜀黍と煙草とは特に其後の經濟的發展に重大な影響を與へたのであるが、土地の豊富に拘らず勞働力の缺乏した事、農具、農法の原始性に由來して殖民地初期に於ける農業も困難に滿ちて居た。環境に對する移住民の適應性が先づ著るしい問題であつたのである。

社會生活はそれに對應して簡潔、單純を極めた。イギリスに於ける富有、有閑、廣範圍に及ぶ商業にひきかへてアメリカには財産の均等的分配狀態、生活様式の單純さ、又農業的慣習、手段等の事情が存在した。之等の事柄がイギリスの法律からの分離を必然ならしめた。錯雜にして冗漫なイギリス裁判所の手續は拒絶せられ、より簡易、迅速な裁判により適合した一種の手續が採られるといふ結果を招來した。

アメリカの裁判所は一方イギリス、コンモンロウの高度に進歩せる體系たるは認め乍らも、アメリカの當時の狀態には必ずしも適したるものに非ざるを得し、一種の混惑の狀態に陥つて居たのである。

技術に長けた法律専門家の歡迎せられざりし經濟的理由亦爰に存したのである。

然し乍ら此の狀態は一所に固着しては居なかつた。即ち經濟的な發達が徐々に行はれたのである。

南部諸殖民地では煙草の栽培が容易な事、ヨーロッパ市場の存在が次第に明かになつた事に勢ひを得て、爾後之が農業の中心物産となつた。年期雇傭人、奴隸の勞働が之を助けて、煙草殖民地なる名稱を生ずる程になる。

中部諸殖民地は豊饒なる處女地を擁し且つ溫和な氣候に恵まれて之もやがて穀類殖民地なる名稱を與へられるに至る。

獨りニューヨーク州地方は、不毛と嚴寒に苛まれ其の農業も小規模且つ自給自足の耕作を續ける。たゞ其地理的關係、多量の挽材、優良な船舶材を有した事、之に當時の英本國の航海條令が幸ひしたりして、造船業が次第に盛んとなつた。漁業亦異常に成功を收めた。特にアフリカの奴隸、西印度諸島の糖蜜、其他毛皮、漁獲物等を以てする貿易が年と共に隆盛に赴いた。

十七世紀末から十八世紀初頭にかけて、諸殖民地の經濟狀態は既に驚異的な發展を遂げて居た。各諸殖民地間の特産物、諸産業を綜合するとは正しく大商業國の相を呈して來て居る。商業が之等を組織化し、體系化する。富有商人階級が次第に社會の指導的地位を占むるに至つて來た。

農業社會が商工業社會へと轉化し來るのである。

人口亦夥しく増加した。一六〇〇年には未だ一人の移住者も見なかつたが、一六二〇年の終には二、五〇〇人、更に二十年を経て二五、〇〇〇人、一七〇〇年の見積り人口は二五〇、〇〇〇人、十八世紀の中葉前には一躍一、〇〇〇、〇〇〇人強を算するに至る。

之に對應して法律部面にも當然變化が行はれた。誠實に生き、何人をも傷はず、又各人をして其分を盡さしむるを以て信條とした單純、原始の生活は、次第に複雑、多岐にして然も尙ほ其間に統一性ある法律體系を以て律せられねばならなくなる。

商工業の隆盛は、事業上の諸契約、諸證券に關する問題を生ぜしむる事夥しい。地價は大暴騰を來し、投資權が相次いで起つた。——一七六八年フィラデルフィアでは、當地で五十年以内に築かれた大資産はすべて土地に關係してえられたものであるといはれた。従つて土地に關する諸解決と、安全性が何より必要となつて來た。遺言に關する問題も次第に複雑性を加ふる處となつた。

商業關係、信用關係の複雑、集積の結果、次第に社會に於ける指導層の地位を占めるに至つた商人階級は、勢ひ英本國、其文物に好意の眼を向ける。之は從來の農業社會、並びに之を指導する教職者達の見解と自ら異なるものがあつた。其處に英普通法繼受の經濟的根據が存したのである。

四、政治的原因。

(一) 英本國の殖民地に對する政策は所謂、重商主義に貫かれて、種々の制限、負擔を殖民地に課した。一六五一年を端緒として相次いで發布せられた航海條令、高率の關稅によつて英本國への特定食料品輸入を禁止する關稅法等之であるが、之は殖民地の經濟的發達に伴つて次第に障礙、負擔として感ぜられて來る。特に十八世紀後半以降生じた種々の課稅問題——例之、一七六四年の砂糖條令、一七六五年の印紙條令、又一七六七年の *Townshend* 條令等——生ずるに至つて殖民地は英本國に對し眞正面から衝突せざるを得なかつた。之等の場合、或ひは英本國に對し、或ひは又殖民地總督に對し殖民地人達が主張し、反抗する理論は何處に求められたのであるか。

英國十七世紀、ステュアート王朝時代は、國王と國會との血闘の明け暮れであつた。同時に、其の結果として得られた人民權利擁護、保障に關し、又は其抗爭理論に關する獲得、收穫は實に大いなるものが存した。

十七、八世紀英普通法、特に其の私法領域に於ける未分化、未發達については前、既に之を説いたのであつたが、事、公法に關する限り、英法は十七世紀中に著るしい發展を遂げて來たのである。

單なる十七世紀所産重要制定法の列擧、例示だけでも次の様な多方面、多彩を示すのである。

The Statute of Monopolies : 21 Jac. I (1623) c. 3.

The Petition of Right. 3 Car. I. (1627) c. 1.

The Star Chamber and Habeas Corpus Acts. 16 car. 1 (1640) c. 10. and 31 Car. II (1679) c. 2.

The Act for abolishing Arrest on Mesne Process, 13 Car. II. st. II (1661) c. 2.

The Bill of Rights, I W. & M. st. II (1689) c. 2.

The Treason Act, 7 & 8 W. III (1695) c. 3.

The Act of Settlement, 12 & 13 W. III (1700) c. 2.

アメリカ殖民地移住者達が、自己の權利を主張するに當つて、之等抗争による人民權利擁護の先例に倣つたのは當然の成行であつた。

即ち、殖民地人の英本國若くは殖民地總督に對する主張、抗争の理論的根據は之を英普通法に求められた。普通法上の權利を生れ乍らの權利とし、以て自己の利益を主張し、抗争が續けられた。革命の理論的根據も實に普通法に求められたのであつた。之等を貫き流れるマヅナ・カルタは、特に其の援用せらるゝ處であつたのである。

(二) 殖民地移住者達が普通法に關心を示した場合、それは財産、契約に關しては、寧ろ人民の權利を擁護する Habeas Corpus の如きに關してはあつた。之に關する彼等の關心度は甚だ高く、自由の擁護、權利の主張の根據としてのマヅナ・カルタが直ちに普通法なりと考へられた程であつた。

其の私法的領域に關しては無關心、無智にすら近い。例之、殖民地立法と普通法の矛盾撞着を指摘せられ、之を比較考慮すべき場合には、マヅナ・カルタを以て普通法全般を推し、之との比較を以て事足りとする傾きがあつた。之は單に清教徒諸殖民地に於てのみならず、南部殖民地、例之、ヴァージニアに於てすら然かせられたのであつた。

Coke, *Institutes of the Laws of England* がアメリカに於て多く讀まれた所以の一は其第二部 *Second Institute* がマヅナ・カルタに關する Coke の古典的解釋を含むが故に違ひなし。

アメリカの獨立革命(一七七六年)十年前頃迄に、既に各殖民地間に統一的意識がその經濟上からも、政治上からも

勃然として起つて來て居つた。英普通法を繼受する事は此の統一の意識の發達にも推進されたであらう。又同時に、次第に共通の法を繼受する事となつたと云ふ事情が、各殖民地間に、逆に、統一意識を強める事に役立つたでもあらう。各殖民地に統一の規準、理想を與へたるものとして英普通法を考へる事が出来るのであるが、之は今述べた公法面よりする攝取に近寄り易き手懸りを得たが故である。

一七七四年、費府に「大陸會議」が開かれ各殖民地代表參集し、所謂、權利の宣言——Declaration of Rights of the Continental Congress (1774)——が行われたのであるが其の第五條、六條は次の如くであつた。

五、各殖民地人は英普通法に權利ある事、(entitled to the common law of England) 其の法律手續に従ひ近隣同僚により審理せらるべき重大且つ無上に貴き特權に就きては特に然るものとす。

六、各殖民地人は其殖民地開設當初に存せし英國制定法上の利益 (the benefit of such of the English statutes as existed at the time of their colonization) を各々其地方並びに環境に適應せしめて、享有するの權利あるものとす。

此處に至つて普通法に對する各殖民地の一致した態度は明瞭に宣言せられた。之は從來の諸殖民地の普通法に對する態度の一應の決算として重大であるのみならず、爾後のアメリカ諸州による普通法に對する態度、方針に關しても重大な意義あるものと云ふべきである。

二、當時の法律家、法律學習並びにその變遷

アメリカ諸殖民地に於ては初め、法律家は不要若くは不評であつた。法律學習の機會、入手し得べき法律書亦乏しが

つた。

之は、然し乍ら、時代の進むにつれて變化して來る。上來述べ來つた種々の普通法を認容すべき諸事情の累積、増加と共に、法律家の必要性も次第に増し、其社會的地位も向上して來る。法律學習亦次第に其の機會に恵まれて來るのであつて、之等は他の認容的諸要素に影響せられ若くは之に影響を與へつゝ、普通法繼受へと進展せる可動的要素なのであつた。而してその結實の時期も、十八世紀相當年代を経てからである點に於て其の一致を示すのである。

(一) 諸殖民地の司法裁判は始めは立法議會により行はれた。その獨立した裁判所を有するに至る迄には、殖民地開設後各々約半世紀の年月を閑して居るのであるが、裁判に携はる者又多く法律に通曉せざる素人之人に當り、僅かに時あつて、其裁判所長に法律家が任ぜらるゝ例が存した。此の場合、其法律家は英本國よりの訟廷辯護士が之に當つた。斯く、裁判所自身法律知識に暗い事が、やがて法律専門家の存在若くは活動を妨げる事情となつたらう事、之は此處に見逃がし得ない事實である。

(二) 殖民地移住者にして英本國へ法律學習の爲め海を越えた者も次第に多きを加へて來た。

Inns of court に法律習得を目ざした者の數は、一七六〇年以前に廿五乃至五十名を以て算せらるゝに反し、一七六〇年以降獨立革命、終結に至る迄の數は百十五名を數へらるゝのは斯く、十八世紀後半に至つて英普通法に對する一般的關心が昂められた事を示すものである。

十八世紀後半、百十五名の各殖民地別内譯は、South Carolina 四十七、Virginia 二十一、Maryland 十六、Pensylvania 十一、New York 五、其他の殖民地からは各一乃至二名となつて居るのであるが、之は南部諸殖民地に於ては、北部諸殖民地より一般的に英普通法に對する關心が高い事實を示すであらう。

此處に普通法を學び、マグナ・カルタの精神を習得したる者が、後に、或ひは總督に對し、或ひは又英本國に對する

主張、抗争の際に、殖民地を代表してその利益を主張し、又人民の権利を擁護したのである。Pennsylvaniaのみを例にとつても内四名が獨立後、州最高法院長 (Chief Justices of the State) となつた。憲法會議 (the Constitutional Convention) に列席したる者亦數名を算したのである。

以前には低い地位にあつた法律家が次第に重要視せられ、教職者若くは醫者と肩を並べ各地方地方に指導的地位を占め得るに至つたのはやはり、この十八世紀後半に至つてからなのである。

(三) 十八世紀後半に至つて法律家の地位を高めた一つの原因として、アメリカに於ける諸大學の勃興を挙げ得るのであらう。

當時に於ける大學と其の創立年代は、Harvard 1638. William and Merry 1692. Yale College. 1700. King's College 1754. College of New Jersey 1746. Brown at Providence 1764. 等ひあつた。(法律専門學校の創設は之より遙かに遅れて居る。アメリカに於ける最初の法律専門學校はコネチカットの Litchfield に創られた。之は一七八四年の事に屬する Harvard Law School の創設は一八一七年であつて、之等は本稿、殖民地初期に於ける普通法繼受の問題には關係がな
59)

之等卒業者にして法律實務に携る者又次第に多きを加へ、英本國 Inns of Court に學習せる者共々、法律家一般の地位を高め、又十八世紀後半に活躍を續け、指導的役割を演じたのである。

(四) 當時のアメリカ諸殖民地に於ける法律書に就いて述べる必要があらう。蓋し、其種類、卷數、普及の程度は法律學習得の一のバロメーターたり得るが故である。

(イ) 當時の英本國に於ける法律書中如何なる程度がアメリカ殖民地に渡り、又之が如何なる程度一般に流布、使用せられたのであらうか。

之は本稿の關する限り甚だ重要な問題なのであるが、不幸、我々は多くの參考文獻、資料に接し得ない。僅かに *Charles Warren* の之に關する記述を見出し得るのであるが、之によると、十八世紀初頭、英國に於ける法律書七十、判例集百卷中、前者に就いては十乃至十五卷が、又其後者、判例集に就いては三十卷を出でざる數がアメリカ殖民地に渡り、一般に行はれたりとせられてゐる。

又、獨立革命前後に於ける英國判例集の數は百五十卷を數へらるゝのであるが、此の中アメリカに渡來せるものは其約半數、その一般に流布、使用せらるゝに至つたものは僅かに五分の一、三十卷を出でざるべしとせられるのである。

之はさして、渡來、流布の盛んであつた事を示す數とは稱し難い。特に獨立革命前後に至つて尙ほ、其の數、五分の一、三十卷を出でざるべしとの推定は寧ろ、其の緩慢、沈滞の事實を示すとさへ云ひ得るであらう。

之等の事情は、一方、アメリカ諸殖民地に於いて普通法が不人氣であつた事を物語ると共に、他方、之等の事情が逆に、同殖民地に於ける繼受の障碍ともなつたらう事を物語るであらう。特に、普通法の如き専門的、技術度の高い法律體系の繼受には、法律家の發達、法律學の一般的普及が必要であるとせられるに於ては、一層然りと云はざるを得ないものである。

(H) *William Blackstone (1723—1780) Commentaries on the Laws of England* は斯う云つた時代に現われた。その刊行は第一卷、一七六五年に始まつて、第四卷、一七六九年に完了した。之は尠くとも其一千部がアメリカ諸殖民地に輸入せられた。

續いて一七七一一一七七二年に費府に於てアメリカ版が刊行せられたのであるが、一千四百部に及ぶ豫約、頒布があつた。

斯くその賣行きが素晴らしかつた理由として第一に、前既述の如き十八世紀後半に於ける普通法に對する一般的關心

の深化を挙げ得るのであるが、同時に、それが、十六、七世紀に於ける中世法から、近代法への變轉期を經、十八世紀に至つて漸くその成熟を示さんとするに至つた當時の英法を系統的に取扱つて居る點をも挙げるべきであらう。蓋しそれは従来の英法書に缺け勝ちであつた統一性、科學性を導入した點で劃期的著作であるが故である。

しかしながら、此處に一つの問題が残るであらう。それは、當時の英法は *Jeremy Bentham* (一七四八—一八三二) によれば

擬制、同義語反復、技術的専門語に災ひされた、底知れぬ又限りなき混沌、矛盾撞着、更にその行わるゝや極度に正義の具現を遅延せしめ、否定し去る底の巧緻に細工せられたる欺瞞の體系たる實狀にあつたに拘らず *Blackstone* の見る所、餘りに系統的規則と科學的配列に富むとせられてしまふ事即ち之である。即ち *Bentham* にとつて凡ゆる魔鳥、餓獸に滿ち充ちた荒蕪たる荒野であつた當時の英法が *Blackstone* にとつては物みな凡そ眼を喜ばせ、心を樂しましむる樂園に思はれた處に *Blackstone* の樂天主義 (*Blackstonian Optimism*) として批判せられる素地が伏在するのである。

然し乍ら、我々としては、當時の英法のその如き状態に拘らず、既に堆積、重疊を重ねて居た制定法、判決例を、從來既存の著作、典籍の不充分、不満足を乗り越えて、系統付け、體制を整へた處に、*Blackstone* の偉大な功績を認めざるを得ないのである。

特に、系統と體制の社會的必要性が次第に増して來て居つた當時にあつて、之を爲し遂げた處に *Blackstone* の大きな時代的意義を見得るのである。

時宛かも、政治的にも、經濟的にも諸殖民地間に統一的意識が昂揚せられて來て居つた。法律制度に於ても亦其の必要が感ぜられ始めて居つた時に於て成し遂げた *Blackstone* の之に對する寄與は、之は正しく普通法の統一化、標準化

への巨歩と稱せらるべきであらう。

諸殖民地は斯く普通法への方向を一途に辿つた。それは獨立革命前十年頃迄に一應、法律制度に關する統一意識によつて、促進、遂行せられた。普通法が之に理念を與へ、規準を提供したのであつた。

我々は今、アメリカの殖民地時代の法律を回顧して來たのであるが、之には自ら目的の存するものがあつた。

各殖民地の建設者がイギリス人であり、移住者亦多くイギリス人であつて見れば、之は其各々を結ぶアングロサクソン民族の眞紅の血族の繋がりにかまけて、其處に英普通法が共通に採用せられたらう事は一應考へられる處であるが、之は前數項に渡つて見て來た様に、然かく簡單には行かなかつた、事實、普通法をそつくりそのまゝ繼受したといふ様な殖民地は一つもない、英法に於ける著るしい不合理には直ちに改善のメスが加へられて居る。時効期間はすぐに著るしく短縮せられ、債務者拘禁制度 (imprisonment for debt) は詐欺行爲なき限り行はれない。土地制度は忽ちにして其の軍事的役務なる封建的殘滓を振ひ落してゐる。訴訟手續の簡易化、改善、之は最初から手懸けられた(註一)。即ち、諸殖民地に於けるそれぞれの性格がもう現われて居る。而してアメリカ法學の將來を既に暗示して居るのである。

更に、諸殖民地各自が民事法、刑事法、訴訟法等を決定するといふ行き方が將來に於けるアメリカ各州立法權の内容、範圍を方向付けた。各州の立法に關する權限を各自に留保し、合衆國に對立すると云ふ、所謂、地方分散主義の特種性、歴史性は實に殖民地時代に其根底を有するのであるが、之がアメリカ法を論ずるに當つて必ず問題とせられるであらう所の、同法に於ける複雑性、錯雜性、更に判例集の卷數累積 (voluminousness) の端緒を與へて居るのである。(註二)斯う云つたアメリカ法學の特種性、歴史性を理解する爲めにも我々は、殖民地時代のアメリカを回顧する必要が存したのであつた。

アメリカに於ける殖民地時代は單に歴史的、時代的意義に於ける出發點であるのみでなく、實にアメリカ法學の性格、

方向をも決定して居る點に於ても其の出發點をなして居る。

同法學に於ける幼芽は殖民地時代の法律に見出され得るといふ事を我々は今一度振り返つて考へて見る必要があるであらう。

アメリカ法の絢爛且つ個性強き複雑性、錯雜性は斯くて既にその出發を始めたのである。

(註一) 直ぐに本稿記述の時代に續いて立法的改革運動がイギリスに於けるとアメリカに於けるとの並行的二重の流れ (Parallel lines in England and America) に沿つて起るであらう。而してアメリカがイギリスに影響を與へた點も尠しとならざらう。Dillon (The Laws and Jurisprudence, p. 381) は此の事實について「アメリカはその債務を返却して餘りありとするのであるが、この兩者間相互の關係、經緯を通じてアメリカの本質を究明する所にもアメリカ法學の一つの使命は存するのである。

(註二) 判例集の巨大な數量 (colossal bulk of our law) 浩翰多量の判決例 (multitudinous decisions) 判例集の甚大、急速な増加累積 (the large accumulation and rapid multiplication of the law reports) 或ひは又判例集の驚べき推積 (multiplication of the reports are merrellous) 判例集の山なす大層 (mountainous mass of law reports) 等々の言葉がアメリカに於ける此の特異の現象を表わす爲め使用せられて居るのであるが、之を如何に簡潔化し、系統化するかの問題もアメリカ法學に於ける一つの大きな課題を爲して居るのである。

參 考 文 獻

英普通法のアメリカへの繼受に關しては次の如き論文、著書がある。

Roscoe Pound. "Common Law" in the *Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 4.

Reinisch, Paul Samuel. *English Common Law in the early American colonies*. (Bulletin of the university of

Wisconsin Historical series, II, No. 4)

Warren, Charles. *A History of the American Bar*. Cambridge, 1912.

アメリカ法學の出發點

Sionssat. Extension of English Statute to the Plantations.

次の諸著書を參照して頂たい。

Andrews. *Colonial Period*. 1912. pp. 182-5.

Pound, Roscoe. Readings on the History and System of Common Law. (2nd ed) 1913. pp. 262-304.

Yale Essays. Two Centuries Growth of American Law. 1701-1901. ed. 1901.

Stevens. Sources of the Constitution of the United States. 1894. chaps. i, ii, iii.

尙ほ特殊な論文、マズナカルタのアメリカへの影響に關したの論文がある。

Hazeltine, Harold Dexter. The Influence of Magna Carta on American Constitutional Development. (Magna

Carta Commemoration Essays, pp. 180-226)