

法象徴作用、意味と有効性

——或るリアリストの軌跡及び刑事法学への序——

中 村 秀 次

目 次

はしがき

本論

一、前リアリズム

二、法リアリズム

一、機能的アプローチ

二、社会解剖学的アプローチ

三、アメリカ法律協会との論争

三、ニュー・ディール

一、実践活動への論理

二、ニュー・ディールの論理とリアリストの帰趨

あとがき及び全体への注

はし が き

今日、近代的な法概念を巡る論議が再び反省されている。私的所有権、契約の自由、個別行為責任、罪刑法定主義、法益保護の原則が、近代的なものの法概念として批判されたり、再確認されたりしている。ところで、嘗てこれらの論点が正面から論じられたのは、所謂大陸の自由法論、米国の社会学的法学に於てであった。

彼らは、私的自治の原則の修正を主張し、法の社会化を、国家規制の拡大を要求し、実証科学の専門的知識と人間の能力の合理的規律に信頼をおくと共に、進歩の觀念に依拠して社会のプラグマチックな改造にのり出そうとした。

然し、彼らの人間観は素朴に見られたし、国家観は楽天的すぎると考えられたし、科学的なものの発展と可能性に性急に寄りすぎるとしたためもあって、彼らの本意は法学界に十分理解されないまま、今世紀前半の社会ヒステリー状況に感応した人々から石で追われるはめにもなった。だが、彼らの理論が今日十分に汲みあげられ、反省され、克服されているか疑わしい。一般的に検討は為されているようであるが、その視点は次第に曖昧となっており、一面では自由法論者の主張が今日の法学と社会の主潮になつていくような状況である。このような両義性は、今日、所有権、契約の自由觀念、私的自治原則の徹底化即ち実質化の方向を追求してみるべきなのか、それとも、所謂社会本位の原理に、私的所有の排除、契約觀念の廃棄、責任觀念の霧消という方向へ道が開けているのか、不確かとなっており、両者が融合していること、又、社会的なものへの発展は、自然的・合理的な形が望ましいのか、それとも何らかの断絶的契機が何処かで要請されるのか、もしそうだとすれば、その主体、責任の所在が不分明になつていく点をどのように明確化し、理論化し、政策化するのか、泰然と割り切り難い所があるといった事に基因するよう思われる。

要するに、産業化社会の社会思想の一隅に於て、理念・理想に対する不信と猜疑が底流しており、変革の爲の指導原理・理論が時と共に内容変化し、当初志向されたものとは異つた何ものかに変貌していることが感知されており、

改革派の原理・原典そのものの反省が社会現実より強制されているのではないかという観念が所嫌わずふき出して来るのであろう。多分、このような時には、普遍的と思われているもの、暗黙の裡に前提されているものを見詰め直してみることも一方法であると思われるし、象徴的世界、一面のモザイクの世界の間隙が垣間見られる折には、その隙間に敢えて身をひたしてみることも一方法であると思われる。その間から、普遍的なものの存在意味が、法の存立理由が、又、新しい指導理念の生成する様子がうかがい知られないとも限らないからである。今世紀、そのような時期の一つとして適切なのは三十年代の社会変化であろう。アメリカ法学の場合、リアリズム法学の問題点、革新主義運動に根ざす社会学的法学から生れながら、その母体を損壊する視点をはらまざるを得なかったのは何故か、又、それは何故に挫折したと見なされねばならないのか、という点と関連させて、その理解に立って、個別法学者の法律観の生成のありさまを、普遍的なものの個体的発生の一様相として眺めるならば、現代の法現象の衝突と対立の、人間の局面の理解の為の一つの予備的考察となり得るかも知れない。本論で一般に余りなじみがないサーマン・アーノルドの法学をとりあげるのは、そのために外ならない。三十年代アメリカ法学の心理学的見地を彼以上にラディカルに反映する適者を他に見出し得なかったからである。¹⁾

彼は、時代思潮に倣って、近代法の体制転換のための思考態度の変化を推進するために基礎構造の作用と社会的人間の行動の象徴的意味へ視野を広げた。伝統的世界観にすがりついていた法学界に対しては、彼の有効性の要請がリアリズムへの傾斜を促した。同時に、ノミナリストの不満足、所謂科学的方法の希望と絶望の陰の世界を認識するところから掘りおこされる地平で、意味を担ってくり広げられるのが象徴作用であり、これは、彼の法リアリズムに独特の色調を添えることになると共に、歴史哲学、社会理論への接近から彼を引きとめる働きをした。この接点には、優れて歴史的な問題の背後に普遍論争が透けて見えるし、中世末の論争が逆に思想的、社会経済的過渡期への反映としてとらえ返されるし、近代的自我の問題、空虚さと意味充満の問題、一般的に人間の總体的論点即ち形而上的境位

が法的論点そのものとして思いついてゐる。近代なるものの概念の反省と存在の意識に、一人一人がむせ返る今日に於て、法の諸相に現代的概念の極性、両義性が絡み合うのは避け難い状況である。

- 注（一）アーノルドの法思想の一般的变化に関しては、ヘンリーの論文に負うところが多かつた。Douglas Ayer, "In Quest of Efficiency: The Ideological Journey of Thurman Arnold in the Interwar Period", 23 *Stan. L. Rev.* 1049 (1971). その他一巻二次の参考。Max Lerner, "The Shadow World of Thurman Arnold" 47 *Yale L. J.* 687 (1938) ; W. Hill, "The Psychological Realism of Thurman Arnold", 22 *U. of Chicago L. Rev.* 377 (1955) ; P. Mechem, "The Jurisprudence of Despair." 21 *Iowa L. Rev.* 669 (1936) ; A. Fortas, "Thurman Arnold and the Theatre of the Law." 79 *Yale L. J.* 788 (1970) ; E. H. Levi, "The Natural Law, Precedent, and Thurman Arnold." 24 *Va. L. Rev.* 587 (1938) ; E. H. Levi, "Thurman Arnold," 79 *Yale L. J.* 983 (1970) ; E. Rostow, "Thurman Arnold," 79 *Yale L. J.* 985 (1970) ; F. Cohen, "The Folklore of Capitalism, by T. Arnold." in *The Legal Conscience* 442 (BR 1960) ; S. Hook, "The Folklore of Capitalism, the politician's Handbook — A Review," 5 *U. of Chicago L. Rev.* 341 (1938) ; H. Laski, "The Symbols of Government, by T. Arnold," 45 *Yale L. J.* 951 (BR1936) ; E. Griswold, "Foreward: of Time and Attitudes — Professor Hart and Judge Arnold." 74 *Harv. L. Rev.* 81 (1960).

尚、紙面の都合上割愛した部分があり、本論の一部は数年前刑法学会九州部会で報告したことがある。

本 論 一

アーノルドは、やがて経験法学の拠点となるエール大学へむかえられるまで、モラリズムと進歩思想とが独特の結びつき方をした正統的なアメリカ知識人の境地にあつたし、特に所謂革新主義の諸価値のうち有効性を重視し、裁判過程の能率的運用を求めて、裁判手続改革及び法律職の資格強化に関心を抱いていたに過ぎなかつた。

二

アーノルドはエールに於て、アメリカ法学の潮流に急速に追いつき、一部それを超え出る観を呈した。ここでは、裁判過程、アクションに於る法の研究、量的統計的アプローチが約束する価値転換を疑問視することになったが、信託法や未遂犯の理論に取り組んだ時には、内奥の要調を直截に表わすことはなかったし、寧ろ思考様式の分裂、統一的世界像の曖昧化の徴しに面して、統合の為の新しい鍵を未だ発見し得ていなかった彼は、混沌を抑圧し、無秩序を縫合するための科学的方法への道を推進した。それこそ法インフレからジュリストを解放し、専ら有効性を追求出来るものと期待したが、裁判手統の改革目的は、法理論の概念的肥大化傾向によっても阻害されるから、全体としての社会の福利を法の場面で阻んでゐる悪魔は、啻に裁判手統の動脈硬化現象に乗じて中間利得する者ばかりでなく、裁判所が適用すべき当の法規範そのものの肥大化に利害をもつ抽象理論家たちでもあると類推したのである。最早や古い道徳価値には戻れないと知る彼は、残る有効性の価値を推し進める他には、法律生活の意味を見出すことが出来なかつた。エールでのアーノルドの作品は総て法リアリズムと呼ばれ得べきものであるが、初期と後期では相違が見られる。

一、先ず機能的アプローチの色彩の明白な二つの論文⁽²⁾の中で、アーノルドは、未遂犯と信託法の領域を支配している概念主義の紛糾を貶して、法政策によって意図された効果と一致する範疇⁽³⁾の為に弁じた。

当時の未遂犯の法議論は、一般的に問題の複雑さ、解決の困難さ、判例の混乱状況の嘆息で始められるのが常であつた⁽⁴⁾。その際、混乱が生ずる原因を、類似した事実關係に相互矛盾する決定が下される場合、全く異なる事実關係を共にカバーし得るルールを編み出そうと企てられる場合に見出した学者達は、それらが矛盾とも混乱とも見えないようにする論理を求めて、前の場合、裁判所の処置を正当化し、後の場合、ルールの再公式化に努めた。アーノルドに依れば、然しそれは、もっと曖昧な一般化が為され、新たな抽象物が、実体の数が不必要に増すことを意味した。アー

ノルドの解決策は、未遂一般を実体犯罪とするよりも、例えば謀殺未遂のような特殊個別犯罪の未遂を実体犯罪とすることであったが、結局、裁判所のコモン・ロー上の権限に訴えることに他ならず、裁判官の感情的反応に辿り着いた。彼の結論を理解する為には、英米法に於る未遂犯の歴史的視点を必要とする。

一八世紀前には、未遂そのものが可罰的であるという一般理論は存在しなかったが、重大犯罪の不成就の場合に対する処罰の要請は根強いものがあつた。そこで考え出されたルールは、禁じられた結果を達し得なかつた行為に対しても、当該犯罪を罰する法の政策を拡張すべき権限を裁判所に与えることであつたが、これは個人の自由の理想と矛盾することになった。

やがて一八世紀の法思想は、裁判所の裁量権の拒絶に方向づけられた。それでも未遂処罰の社会的要請にはあらず、総ての未遂をそれ自体一種の実体犯罪とする考え方が、リーガル・マインドとして持て囃された抽象的思考訓練の一様式として、生じた。一方、未遂を特定犯罪の付属物としての本来の位置に引き戻そうとする制定法は、犯罪と刑罰について広範且つ多様で、統一を欠く有様であつた。これに対しても法理論は、恣意の介在の排除、合理的な法の支配と予測可能性に方向づけられて、特定の制定法、特定の犯罪を考慮から外して assault 及び attempt 概念に強調点を移す道を選んだ。但この方法によると、現実には同一範疇から流出する甚しい刑罰の差異を説明するのに難点があつたし、アーノルドに依れば順次に新たな概念を抽象するよう強制されることになった。

さて、一八世紀末に公認された定義とは、凡そ犯罪の未遂はコモン・ロー上の軽罪に相当する実体犯罪である、というものである。但、多くの犯罪の未遂は不可罰であつたため、論者は可罰未遂と不可罰未遂を区別する必要に迫られたし、その途上、禁じられた悪とそれ自体としての悪の区別、未遂犯の未遂不存論、結果の無価値と状況の無価値の区別、直接未遂と相対未遂の区別、assault と attempt との間で根本的区別が可能だという観念、教唆との区別等の合理化に駆り立てられることになった。一般化的、抽象的概念論は具体的事件の解決に直接に利益をもたらす

ものではないと見るアーノルドは、裁判所がそれに深入りして現実的有効性から遠去かるのを嘆き、それらを繰て批判し去っている。⁽¹⁵⁾

未遂犯一般が実体犯罪とされる時、その構成要素の発見に関心が向くのは自然である。第一に、犯罪を犯すべき特定の意図が存しなくてはならず、これに関しては、その定義並びに錯誤の取扱が直ちに問題となる。前者に関しては、主観的意図、客観的意図、行為から推断された意図等の構成が試みられる。錯誤に関しては、実際の目的の犯罪性及び錯誤の標準、不能概念の構成が生ずる。⁽¹⁶⁾ 第二要件は行為の遂行（実行の着手）であり、ここでは手段の目的相当性並びに予備との区別が問題となる。前者については「合理的に十分な手段」、⁽¹⁶⁾ 後者については様々の判別基準が論じられた。裁判所は通例、各事件が夫々の特殊事実に基づいて決定されねばならないことを認識し乍らも、全く異なる犯罪事件の長々としたリストを引用して、徒らに判決意見を混乱させているというのがアーノルドの批判である。⁽¹⁷⁾ 第三要件たる「不成就」に關しても同様である。⁽¹⁸⁾

結局、総批判の行き着いたディレンマ、刑事制定法の中に漏れなく刑罰の網を張り巡らすことは出来ないという問題に孕まれたディレンマからの逃れ道として、彼はコモン・ロー犯罪の工夫に縋りつく。コモン・ロー犯罪に対して刑罰を加えることの出来る権原は裁判所に裁量の自由を広範に認めることにもなるが、その定義の曖昧さはアーノルドを悩ませるようには見えない。⁽¹⁹⁾ 彼にあっては、未遂犯の法を裁判所の権原として記述することは、あらゆる未遂事件に於て犯罪の意図を人工的に定義する必要性を排除し、抽象化された人を同じく抽象的な未遂概念に結びつける理論化、その援用と適用の労苦を取り去って、調和不可能な困難の數から人々を救い出す黄金の杖に他ならないが、実を質せば、その指導標識とは極めて感覺的なものであり、一にかかつて法によって禁止された行為に對する感情的反応に他ならない。⁽²⁰⁾

同様にアーノルドは、信託法の Restatement を検討するに當っては、信託という広過ぎる概念から流れ出る救

い難い概念主義を発見した。アメリカ法律協会による信託法のリストイットメントを、記述的アプローチではなく定義的アプローチが罷り通っていると批判して、凡そ信託事件の分類に當って鍵となるものは、信託という道具が使用される目的である、と主張した。²³

アーノルドの機能主義は、有効性への献身への献身を表明しており、裁判制度をもその一部として含んでいる社会全体に対する関心は未だ表現されておらず、判決形成の内実、司法過程そのものの内容についても殆ど気にかけていられず、三十年代に於るアメリカ司法部の感情的反応の保守性という事実は、それ自体としては彼を悩ませるものではなかった。²⁴

兎も角、世界的に世界的に、二十年代から三十年代に於る思想態度の流れは顕著なものが看取される。個人的、世代的なずれと多様さはあれ、夥しい原理的無関心と無知と錯誤を孕み乍らも、経済生活的危機感と或種の解放の予感とは文明社会全般に滲透した。普遍的意味の把握の有無はともあれ、法学がその時代的要請に真摯に対応して、社会学的法学を創出したことは有意義であったし、大恐慌、金融恐慌に先立ってリアリズムという一種の名目的事実還元主義へ突き抜けたことも理論運動として不可避であった。だが、リアリズムの天は所詮人々の日常的に馴染むことの出来るものではなかった。人間本性を考えた場合、事実主義、超経験主義は生の危機という不条理を孕んでいるからである。知識人の倫理相対主義は、社会民族的絶対主義を隠された神として招き寄せる。パウンドは哲学的ではなかったが、常識的であり、或る意味で古い型のモラリストであったため、リアリズムの中に不健全さを看取したが、それが社会経済文化の徴候であるという事実を忘れて、社会自体の自然治癒力を、アメリカ資本主義の原理の健全さを仮定することから脱し得なかった。アーノルドは、リアリストが突き出した法の、制度の、科学的、心理学的の研究を一步進めるには、同時に論理主義に陥ることがないためには、即ち、自然法の方法にも判例法主義にからめとられなくなることなく行うためには、アドラーやパウンドらの直接的なリアリスト批判のみでは済まないことを感じた。社会変

化に關して、確かにアメリカ社会の深甚な保守的性格は一面明らかであるとはいへ、人々はその社会倫理の絆を離れることを恐れていた。アーノルドも亦、終生その集合良心と縁切ることはなかったが、心の奥では、既にその社会倫理が死に瀕しているのを感じとっており、それ故に何らかの代替様式を探し求めなくてはならないだろうということに意識している。従って、科学は彼にあっては宗教的意味を有するし、ヒューマニズムはその倫理学の指導標識となり、それと共に、認識論上の名目論のために、自らはある種の抑圧感を抱き続けることになったように見える。

(2) Arnold, "Criminal Attempts: The Rise and Fall of an Abstraction," 40 *Yale L. J.* 53 (1930). 以後 Attempts ヲコトヲ用。Arnold, "The Restatement of the Law of Trusts," 31 *Colum. L. Rev.* 800 (1931). 以後 Trusts ヲコトヲ引用。

(3) 当時の未遂犯に関する文献のうち次のものを参照した。Beale, "Criminal Attempts," 16 *Harv. L. Rev.* 491 (1903) ; Sayre, "Criminal Attempts," 41 *Harv. L. Rev.* 821 (1928) ; Strahorn, "Effect of Impossibility in Criminal Attempts," 78 *U. of Pa. L. Rev.* 962 (1930) ; Tulin, "The Role of Penalties in Criminal Law," 37 *Yale L. J.* 1048 (1928) .

- (4) Attempts, at 53.
- (5) Id. at 58.
- (6) Id. at 58 et seq.
- (7) Id. at 61—62.
- (8) Id. at 62 et seq.
- (9) Beale, *supra* note 3, at 491 ; Sayre, *id.* at 837.
- (10) Sayre, *id.* at 838, n. 64.
- (11) Strahorn, *supra* note 3, at 963—4.

- (12) Beale, *id.* at 505—6 ; Sayre, *id.* at 857—8.
- (13) Attempts, at 63—68.
- (14) Sayre, at 841 ; Brill, *Cyclopedia of Criminal Law*, 292 (1922).
- (15) Attempts, 71.
- (16) Sayre, at 854—5.
- (17) *Cf.* 24 *Column. L. Rev.* 790 (1924) ; 12 *Minn. L. Rev.* 658 (1928).
- (18) Attempts, at 72.
- (19) Attempts, at 73—4 ; Sayre, at 838.
- (20) Attempts, at 75—6.
- (21) 例えは過失犯の未遂が罰せられず強姦未遂が罰せられるのみを以てする。Attempts, at 75.
- (22) Trusts, at 822.
- (23) *Id.* at 813.
- (24) D. Ayer, *supra* note 1, at 1068.
- (25) フーコンは、法に対する機能的アプローチを正統的な方法論の一として哲學的に基礎づけた。F. Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach," 35 *Column. L. Rev.* 809 (1935). 川島雄『釋義法學の研究』三〇五頁參照。
- (26) M. Adler, *Legal Certainty*, 31 *Column. L. Rev.* 91(1931) ; R. Pound, "The Call for a Realist Jurisprudence," 44 *Harv. L. Rev.* 697 (1931).

二、こうしてアーノルドは所謂社会解剖学の方法論に行き着いた。⁽²⁷⁾彼は一般には、資本主義に対する悪しき冗談或はニューディールに対する弁明として片付けられたが、彼の論稿はそれだけではなかったし、彼自身が信じ込ませよ

うとしてゐること、即ち資本主義諸制度に対する外部からの公平な解剖でさえない。それは何よりも、近代の思考様式に対する精悍な侵入に他ならない。⁽³⁵⁾ 機能的アプローチに従った先の二論文の後、一年もしない内に彼は新たな色彩の論稿を発表した。The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process. Law Enforcement : An Attempt at Social Dissection がそれである。⁽³⁶⁾

(一)、当時、法と裁判の実在性に対する以前の空と無批判な受容に代って、多様に相抵触する態度が識者の間に広範に滲透してゐた。⁽³⁷⁾ 第一論文の中でアーノルドは、この実体法に対する近代の懷疑主義の台頭の由来を問うことによつて、司法権の独立、法の至高性という理想の維持とその實際的立場との調和を目指した。

先ず彼は、裁判所に対して人々が抱く尊敬的態度の理由を、裁判所は法の至高性の保護者であるという信念の中に見出した。然し、この法の至高性は、或る原理の適用によつて紛争の結果を論理的に予測可能にするという機能によつて担保されるわけであり、この特徴は英米法では通例、コモン・ローとして言及されるところであるが、それに頼っている限り、大きな逸脱はないにしても、立法者の援助なしには裁判所からは新しいものは何も生ずべきでなく、法は徒らに硬直保守的となり、多くの場面で衡平を欠くことになり、ひいては法の至高性自体を、裁判所に対する信念自体を脅やかすことにもなる。裁判所と法の尊嚴を担保するコモン・ローの論理が懷疑主義へ導くという事実の逆説的意味はこれであつた。

さて、英米法の歴史上、このことは嘗て一度生じたし、その時は、エキイティがコモン・ローを補充して新しい問題の解決に當つた。⁽³⁸⁾ アーノルドによれば、そのような要求が再び起つてきて、コモン・ロー学の助けなしに解決され得べき新しい問題が出現している。しかも、エキイティは既に実体法の一部に組み込まれて、柔軟性を失つた以上、新しい裁判所が必要となる。ところが、この事態に直面した法学者の爲したのはリステイトメントであり、手続分野を規制し、それを実体法と呼びならわすことであつた。⁽³⁹⁾ ここに実体法の機能とは、アーノルドに依れば、裁判所が非

個人として行為していること、従って、裁判所の支配は法の支配であつて人の支配ではないということに正当化するものであつた。実体法は現実に社会を支配する制度ではないけれども、実体法が機能するために、一般の人々にそれが常に社会を支配しているように思われていることを必要とする。人々が諸理想の間で実体法概念を使用する機会が与えられるのは、独立の司法部というものが存在するからである。⁽³⁴⁾ このような実体法を扱う法学者の役目とは、人間制度に威信を与える抽象物が生き残るに必要な神学上の背景を整えることであり、これによって実体法概念を公衆の精神の中に結実させることとししか見られまい。⁽³⁵⁾

当時、「余りに多くの事件に実体法を詳細に亙つて適用しようとする企ての為に、その機能は混乱したものとなつた」というのがアーノルドの認識であり、これに対処する法学者達の行動も、彼には所詮旧来の態度前提に依拠したものとしか映らなかつた。というのも為されたことと言えば、混乱の発生源を「粗野な司法部」にありと見ることであつたし、若しも現実の諸事件が徹底して篩にかけられさえすれば、最終的には一定の根本的原理が現れ出るであらうと仮定されていたからである。このような考え方で進む限り、実体法の観念は、アメリカ裁判理論の体系を雪達磨のように膨脹させることになる。実体法の観念の欠陥を実体法の態度をもつて取り扱おうというのであるから、内に含まれた問題については語られないままとなるだろうからである。⁽³⁷⁾

それで、アーノルドの提案する解決策とは、「それらを理想及び一般的教示として扱うことであり、極めて錯綜し困難な形態に歪める諸事件からそれらを隔離することである。⁽³⁶⁾」具体的には彼は、実際の理論の本体を「手続」と呼ぶことによって、それが実体法と呼ばれる場合に人々の向けるのは全く異つた態度をとり得ることを発見する。このように両者の区別を彼は独立の司法部に向けられた人々の態度の違い——実体法は神聖であり、根本的であり、時代の経験を代表するものであり、その上に個人の自由が基礎づけられる当のものであり、その根本的真実は常に論理分析によつて発見される——から導き出すのだが、この区別の実益は何よりも、裁判制度の作用を理解し困難を除

く上で最も有用だということにある。⁽³⁸⁾従つて、その際の選択原理は客観的の功用にあり、殊に彼にとつて重要なのは、その理論の功用を決定するに當つて、法学者と裁判官とでは果すべき役割が、依拠すべき価値基準が全く異なることの認識にある。要するにこれは彼にとつて、「絶対的に真なるアプローチは存しない」⁽³⁹⁾ことの表明に他ならない。

さて、アメリカに於る緊要な問題は、既述の通り、年々ふくれあがる判例の混乱を防止することであつた。そのためにアーノルドは、裁判上の原理及び理想をもつと有効なものにするという極めて實際の問題を鋭く感じ取つたのであり、その唯一の解決方法は硬直で非人間的な実体法の取扱態度、雰囲気から解放されて、實際的で効果的な手続の取扱態度、雰囲気の中に荷を移されてよいような問題如何を決定することだと考えたのである。そのような課題を遂行するものとして、アーノルドは法学者に期待し、彼らが當時に於て為すべき現実的役割、機能を指示したのであつた。だが、法学者達は彼の提言を無視し続けた。⁽⁴¹⁾

(口、アーノルドは今や、根本主義者の方法もリアリストの方法も等しく裁判所の当面する問題の解決には十分でないことを認識しており、⁽⁴²⁾第二論文はそこから出発する。当面する問題に対する一般的意見に依れば、学者がその目的を達するのを妨げているのは、裁判官の人間本性の弱さ並びに法律家や政治家が用いる巧妙な手段手筈にあり、従つて、法学者達は理想となるものを説教し、公式化して見せることによって裁判所を批判し、そうすることによって裁判上の行為を裁判上の理想に従わせるという福音主義的仕事を続けることが出来る筈であつた。これに対して、法学者が裁判所を有効に統制出来ない理由として、アーノルドは学者の判断基準及び改革の標準の誤りを立証しようとする。⁽⁴³⁾自分らの理論を例証するような場合を除いて自分らの前にある制度の構造を無視する根本主義者、リアリスト共通の傾向を、アーノルドは人体の想像上の器官についての理想的構造が先置され、それに基いて現実器官を説明するというガレノスの解剖学と類比させ、それから逃れ得べき自らの社会解剖学を展開する。⁽⁴⁴⁾制度とそれを取り捲く大衆心理を、個人の人格と同様に、習慣によつて形造られ、感情的衝突によつて組織された生ける有機体として考察すべ

しというのが、その主張の骨子であり、所謂客観的解剖を行う者の態度なのである。これと共に彼は、法強制（Law Enforcement）という曖昧な抽象物の性質及び効果に関する研究へ入っていく。

先ず法強制の理想の裡にある観念——無秩序は法強制によって抑制されねばならず、法律が強制されないとすれば無秩序が結果する。それ故に、法強制の失敗はそれ自体無秩序である、という考え——は、基本的には宗教的図式であり、感情であることをアーノルドは認識している。又、それが人間本性に関わる宗教的図式である為に、人々は現実行為と宣言された行為との間に広範な衝突を看取しつつ、その相剋に馴致されてしまうこと、理想を非現実的であると見る人々でさえも、自分自身の行為に関する限り、公衆にとっての善であると考えてしまうことを認識している。

社会解剖学者にとって、このような状況は悲嘆や称賛とは無縁である。蓋し、それらは凡そ共通の伝統によって束縛され、大体同一の事を為す人間集団に影響を及ぼそうとする態度様式の一見本に他ならないからである。即ち、法の根本原理のような事物は習慣的に敬意を帯びた調子で言及されるが、この物言いには刑法に関する物物しい作用の全内容及びそれらが基礎づけられている未験の理想とその衝突の双方が曖昧に指し示されるものであるし、それというのも、その機能は、これら衝突し合う理想の集合物を説明することにあるのではなく、寧ろそれらの理想に威厳を与え、急激に変化する時代と制度の中において、刑法運用上重要な別の理想たる永遠性の雰囲気を与えるものと理解されるからである。⁽¹⁵⁾その際、重要なのは、法強制に示される一般の関心は合理的な期待ではなく一種の信条だ、ということである。ルールそれ自体の目的から、統治の威光を代表する一種の儀式的なものとしての法強制という観念に力点が移される時、即ち、公共の安全乃至便宜に供する為ではなく、法に向けられる人々の道徳的態度を正当化する為に強制が指令されるようになる時、常識的考えは法強制と呼ばれる神秘的理想となったことを意味する。こうして、法強制の理想に関して、アーノルドにとって最も中心的な事柄とは、法強制は常に公共の秩序と安全の問題に極

めて密接に関連づけられるように見えるが、現実にはそれと殆ど関係を有しないことである。

このような理解は、刑法の運用について、共同体の秩序維持並びに共同体の道徳観念の劇化という二個の機能の認知に導く。第一の機能は、主に警察と検察の問題であつて、統治の哲学とは殆ど何の関係もないが、仮令影響ありとしても付随的なものでしかない。第二の機能こそ、刑事裁判所の最も重要な機能であり、この公衆道徳の劇化という場面にあつては裁判所の努力は問題の實際的解決には向けられず、理想上の様式に於る公的儀礼に關わつて見做される。但、法強制の信条を攻撃して、一度に公衆の意識から除去することに彼の意図があるのではない。理想は非感情的な實際的言明によつては馬鹿氣たものと見られるという事実にも拘らず、制度は理想なしには活力を失うという統治の逆説を彼は感取しているからである。確かに、その二重の視点の真意、目的と方法に關する彼の見解は不明なままであるが、兎も角、それでも、その志向する筈の道が科学的人道主義とでも言ふべきものであつて、革命的方法をとるものでないことは明らかである。⁽⁴⁷⁾ 革命的様式を断念した改革者として、彼のとつた道は所謂公衆説得術に他ならなかつた。⁽⁴⁸⁾ 感情的受容 (emotional acceptance) が統治の成功の秘訣であると見なされる以上、分析家の技術も、この事實の批判に向けられるべきではなく、先入見を客観的に認識し検討することによつて、修辭家の仕事をもっと効果的なものにするこゝに向けられる。⁽⁴⁹⁾

要するに、法理想の解剖学は有用な實際家の産婆術とみなされる。

こうして、法学者は価値の図式を公式化しなくてはならないとしても、その最も重要な研究は、そのような価値が人間組織の中に移し入れられる様式に向けられねばならないことになるし、これを理解するためには、法学者は社会に於る観念や理想の流通機能並びに公的受容に於るそれらの持続機能を知る必要があるわけである。今や、アーノルドは、刑事裁判所の主要な機能は法強制ではなく、法強制のドラマ化にあると認めさえすれば、理解し、改革するための分り易い基礎をもち得ると認識するに至つたのである。⁽⁵⁰⁾

こうして、新しい人類学的スタンスは、彼に法体系の外の眺望を獲得し、それと社会との関係の検討を許すことになった。機能的アプローチに於ては、裁判所が機能的になるべきことを主張して、彼自ら裁判所と同一の枠内で作用していた。三二年の論文でアーノルドは、未遂犯のような大概概念を用いた類推的論法は情緒的反応にその究極的信頼をおく機能的アプローチと同じく混乱と錯誤そして恐らく法的確実性の侵害に導くとの初期の主張を撤回しなかったが、その論及の枠組は変化した。裁判所の行動を解剖学者の観点から眺めることによって、彼は、理論による類推的論法は無駄ではないことに気付いた。今や、アーノルドは、社会と法過程の関係を巡る仮定を問題にし始め、古来の抽象的な類推論法、人間制度に威信と神学的背景を与える理論・抽象無しに済ますことは、法の運用機構を危険に曝すと考えるようになった。初めの頃、裁判機能の効率的運用への反対を、非効率的な手続から私利を得る者の自我の勢力拡張として斥けていたのであるが、社会解剖学者としては、有効性に方向づけられた改革に対する「名誉ある反対」を認知した。即ち、伝統的手続には象徴的意味づけが付着していたこと、この象徴作用は法過程へ直接に実効性が導入されると減んでしまうことを認知した。一方、有効性への欲求も捨てることが出来なかった彼は、これら言わば非効率的象徴作用と非象徴的効率との間に何らかの調和をもたらしようと決心し、裁判所を事業制度と見る初期の主張を否認して、劇場——共同体の作法や習慣を強化する——として眺めることになった。同時に彼は、有効性の観念もまた舞台上に適切な繋りを持つことを評価し直し、有効性の場はその場面の背景に属していると結論した。彼の劇場アナロジーは舞台上の出来事と舞台裏のそれとの二分法を提供したし、彼の実体法と手続との二分法も亦、法過程の場面での類似の二分法と見られる。彼は今や、法過程から何れのアプローチも排除し得ないこと、実体法は実際性に注意を払った手続なしには劇的役割を果し得ず、実際性だけを顧慮すると法過程から劇的效果が失われ、社会的衝撃を鈍らせるであろうことを信ずるに至った。裁判劇の舞台上では概念主義は好都合であり、実際不可欠であった。然し、劇場の世界を構成するのは俳優だけではない。裁判劇の演出家であり、批評家であるリアリストは、裁判上の原

理及び理想をもっと効果的なものにするという極めて實際的な問題を解くために努力すべきであるということ、最終的には有効性の調子が呼び戻される。⁽⁵⁴⁾

(三)、アーノルドの社会解剖学の方法は三五年の論文⁽⁵⁵⁾では、法学と神学のアナロジーが駆使されて、法学と法学者の家徼的役割を再規定する方向で展開される。⁽⁵⁶⁾

既述のような法制度の基本的な劇的性格に相応して、法学の関心も法制度の背後にある単一化原理であり、法学の機能任務は、そのような原理の存在を立証すべく、その理想を広大な一般用語で定義することであり、その結果、人の支配ではなく法の支配が行われていると人々に信じさせることが出来た時、法学はその任務を首尾よく果したことになる。アーノルドに依れば、法学がそのような任務を果し得ている時代とは、人々が依然としてニュートンやブラックストーンと同じように、統治制度は合理的でなければならぬと考えている時代であり、この思考方法が依拠しているのは、理性と意志を夫々別個独立の能力と仮定する所謂心理学の「能力理論」⁽⁵⁷⁾である。ところが、行動心理学派によると、思想も亦行動の別形態に他ならず、統合された精神の作用が認識される。こうして、法的態度、思考様式と科学的態度、思考様式とが分裂することになり、法と科学の一致を夢み、期待する人々に大きな不安を引き起こすことになった。⁽⁵⁸⁾ここでも、リアリストの対応は不満足なものであり、彼らの議論は、法的議論の中で科学者の態度を神学者の態度と調和させる公式を有しないため、感情的に受容されることが出来ない。⁽⁵⁹⁾

リアリストの衝撃にも拘らず、ブラックストーンの合理的天蓋の持続性をアーノルドは率直に認識した。但、その天は今曰極めて錯綜していることも周知であった。それというのも、その天空に含まれねばならない觀念が増殖して来たからであり、科学、経済学、社会学、それに心理学が認知を求めていた。問題解決の困難さ乃至逆説とは、即ち、法はこれらの思考乃至技術を無視することは出来ないと共に、自らがそれら合理的な原理に変化するのだければ、それらと同化することも出来ないことにあつた。緊要な問題とは、複綜した原理の中で法と科学を調和させる方

法を見出すことだと感じた彼は、二つの矛盾する態度、即ち、「感情」と別個独立の「理性」と呼ばれる能力なしには法は存立し得ないとの本能的な人間感情と、他方、「理性」と呼ばれる独立の能力は存しないと主張している諸科学の発見に対して盲目であってはならないとの感情を認知していた。彼の考えに依れば、これら二つの矛盾する考え方を調和させる一方法は、夫々の有用性を認めると同時に、作用分野の異別性を受け容れることであつた、然し乍ら、この実際の思考方法の難点は、それが、ジュリストは「誠実」であるべしとの「偉大な」觀念を侵害することであつた。ジュリストは政治家であつてはならず、純粹に實際的目的の爲の理論の展開は許されないと考えが支配していたからである。こうして、正統的法学の強制された道は、より以上に理性を適用して、合理的過程の欠陥を補充するという別途のものとなつた。それは、現存する混乱の原因は法がなお不完全な科学であることにあり、法学の諸理想の間の不一致は一時的な事柄に過ぎないとの信念に基づくものであつた。然し、アーノルドはこの方法にも満足出来ない。彼の法学の科学は科学的態度と論理的態度との間の衝突を單に後者に賛成して調和させる以上のことを為さねばならないし、それというのも、法を適用する諸制度は——証拠は競つて反対のことを示しているにも拘らず——合理的且つ統一的方法で法を適用していると人々に信じさせるような神学をも提供しなくてはならないからである。

彼が本論文で法学と神学とのアナロジーを使用したその眼目は、合理的道德的秩序と人道的實際的態度との調和の要としての、今日の法学と昔日の教会の任務の認知である。即ち、法学もプロテスタント神学も共に道德的支配の合理的説明に対する要求から生じたものであるが、論理的な道德秩序への要請が何故に生じ、持続しているかと言え、それは「我々が、世界は極めて非合理的な場であつて、理性よりも感情的態度によって条件づけられている人々によって住まわれているという事実を受け容れるのを恐れているから」である。これは、合理的な道德秩序に対する要求は嚴肅な儀式的意義をもつ制度に対して人々がとる態度に他ならないということであり、例えば、危険で身寄りない犯罪精神異常者の公費処遇の問題は、實際的、人道的態度で取り扱われ得るが、正氣と狂氣の区別如何には道德

の問題が含まれているため、法と常識と精神医学及び刑事裁判手続を全体として調和裡に和解させようとする膨大な文献が生ずることになる。要するに、實際的、人道主義的態度はテクニクを發展させるのであって、論理的議論を展開するものではないし、合理的道德的態度は哲学者や神官を啓発するものであって、それ故に法や教会といった制度によって代表されるというのである。⁽⁶⁴⁾

それでは、法学と神学とは如何なる論理的筋道を経て合理的道德的支配の理想にまで到達したのであるか。アーノルドに依れば、法学と神学が最初に直面するディレンマとは、何故に人々に賞罰を加えることよりも人々の幸福に専念する統治が確立されないのか、何故に判決が惹起する結果の公正さに従って事件を判断しないのか、何故に、少くとも金持を破滅させない範囲まで、金持から取り上げて貧者に与えないのか、等々である。道德的統治の理想と人道的理想とが真向からぶつかり合うこの問題に対して、神学者の与えた解答とは、神を非論理的なものと考えることは非論理的であり、神を不道德と考えることは不道德であろうというものである。法学の説明も同様であり、若しも裁判官が恩恵の衝動によって法的推論を貫くのを許容するならば、悪しき法が行なわれることになり、結局これは、更に恩恵の少ない結果を生み出すであろうし、要するに、法を非論理的と考えるのは非論理的な人だけだ、と言うのである。

然し、人間は道德的統治だけでやっていくことは出来ない。形姿は変わろうと恩恵的統治を代表するものがある筈であり、神学上これは、純粹に個人的犠牲によって制度上の論理の感覚を満足せしめた贖い主キリストによって象徴され、法律上は衡平法裁判所によって代表されたとアーノルドは考へる。⁽⁶⁵⁾だが、その両者の認知は時代に応じて新たな混乱の始まりでもあった。両者の結合・再分離によって統一的説明を求める葛藤に逢ひ、議論を終らせる唯一の方法は、そのことについて考へたり話したりするのをやめることであり、このことは宗教の分野に於て現実に生じたようだし、既述のように、法とエキイティを巡る議論に關しても生じているという印しがある。⁽⁶⁶⁾両者は共に論理的で道德

的なルールの本体としての法の觀念に結合された。それ故に、實際的であろうと欲するならば、新たに恩惠的人道的理想を代表する別個の部局を創り出さねばならないことになるが、行政乃至準司法裁判所の出現によって、このことも亦實際に生じた。⁽⁹⁷⁾ 道德並びに理性から恩惠並びに感性を分離し、再統合するという弁証法的葛藤の反復過程を描いて見せたアーノルドの心にあつたものは、エキイティ乃至その等価物は法を助けなくてはならないとしても、それは「法」が不完全であるためではなく、罪に対する不幸な能力を持つ人間精神が眞の論理を歪めるからである、との認識であつた。

彼はこの地点から敢えて今一步踏み出す。凡そグッドなキリスト教徒乃至法学者は、これら二つの要素が現実には一つであり、より高次の平面に統一が存することを受け入れるに違いない、と言うのである。⁽⁹⁸⁾ 三位一体の理論が登場するのは、一致の契機を問う時である。教会は聖靈と呼ばれる構想を介してそれを行ったし、アーノルドは、法の分野に於ては、その象徴を「法学」の中に見出した。⁽⁹⁹⁾

最後に彼は、敢えて将来を展望するが、たちまち現在の象徴的意味の充満への欲求にかき消されがちである。人道的統治の現実性を希求する彼は、ここでは所謂過渡期を通じて機能するはずの法の科学の、兩義的で極めて包括的な任務を開陳するに過ぎない。「法の科学に於ては、公衆に対して意義をもつ理想の總てが場を与えられねばならない。それは、法の確実性と融通性を共に明らかにしなくてはならないし、法は公正で、恩惠的・経済的であると共に、道德的・論理的でもあることを示さなくてはならない。それは、法が普遍的・根本的であると共に、有効な指令であることも示さねばならない。法学は、我々の社会内の重要な競争集團の経済的並びに倫理的な觀念の總てに場を提供しなくてはならない——仮令これらの觀念の間にはどれほど大きな懸隔があろうとも——。方法に関して、法学は個々人の行為に何らかの関連性を主張する各個別学問分野のテクニクに表見上認知を与えなくてはならない——仮令これらのテクニクが如何ばかり疎遠なものであろうとも——。⁽¹⁰⁰⁾」アーノルドは、そのような任務はただ儀式によつて

達せられ得るに過ぎず、ここから法学の文献は科学的観察としてよりは、寧ろ儀式的観察と考えられるべきことの持説を再確認する。⁽²¹⁾ こうして彼は、敢えて法のシステムを擁護することになつた。⁽²²⁾

- (27) それは、或は *literary anthropology* 或は心理学的リアリズム、或は又端的に自然法・判例法に対する第三のアーノルドの方法と呼ばれた。Max Lerner, W. P. Hill, E. H. Levi, *supra* note 1. 社会解剖学とはアーノルドの命名である。
- (28) アーノルドは、反法律的正義の旗の下に法に立ち向ふ闘士である。この見方もある。N. Reich, *Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas*, S. 112 (1967).

(29) Max Lerner, *supra* at 687. ラーナーは、アーノルドの著作を社会緊張期の腐蝕性の超越の文献と呼び、彼を常識的实在論、心理学主義、制度主義、象徴主義及び中産階級急進主義の接点に位置づけた。Id. at 688, 692. この方向で彼を駆りたてる動機は、論理的思考の非論理性、抽象的原理の不確実性、知的体系構築の無益さの認識であり、あらゆる知的構成物並びに論理一貫性の企てに対する敵意であるように見える。コーヘンもアーノルドの反合理主義を看取した。「彼は東の方に膝まづいて七度び暗唱する。呪われてあれ法学よ、呪われてあれ経済学よ、政治学よ、呪われてあれ哲学よ、論理学よ、呪われてあれ理性よ、倫理的原理よ。」J. F. S. Cohen, "The Folklore of Capitalism", (BR) in *The Legal Conscience* 442, 444—45 (1968). シーナムは、専らその陰の部分を誇張した。P. Mechem, "The Jurisprudence of Despair", 21 *Iowa L. Rev.* 669 (1936). これは、幻想と現実、我々の心中の確信とその外界への表徴、知的構成物や社会組織の道徳的価値、社会的事物の階層構造の問題であり、要するに、普遍論争の本質に外ならなかった。中世後期スコラ哲学は、概念が単なる便宜的、擬制的ラベルに過ぎないのか、それとも個物とは別個の實在なのかという問題に次第にのめり込んでいった。中世名目論の立場は、国家と教会とをその時代の諸目的にとって有用ではあるが、その効用が終つてしまえば他の制度に道を譲ることになる施設であり、単なる人間の塊に帰せしめるものと見られたため、教会と国家から忠誠の対象と意味を奪う異端として迫害されたのであるが、今日のリアリストは中世の權威に相当する面によって異端として危険視されることにもなった。但、スコトウス、オッカムの立場は、一方で独立した実証科学を容認すると共に、他方ルターにおいて極にまで推し

進められたように、意志的倫理学において神に帰依することに自由を見出したものであり、アーノルドの立場にあってもオックスフォードの二分法が看取される。兎も角、これらは、社会の基本思考、習慣、態度、組織の総体的な翻訳の改訂、更新の試みと言われよう。

- (30) 前者(以後 Substantive Law と略す)、後者(以後 Law Enforcement と略す)の出典は次の通り。45 Harv. L. Rev. 617 : 42 Yale L. J. 1.
- (31) 「我々の世代は将来の研究者によって疲れた世代と名づけられるであろう。非幻想化は、戦争の大変な労苦の後の倦怠と同じく、流行の様式となっている。原因はどうかあれ、我々の政治は熱情を欠いており、社会改革はそのロマンを失った。」 Felix Frankfurter, "The Early Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.", 44 Harv. L. Rev. 717 (1931).
- (32) 法とモラルの関連について Pound, "The Decadence of Equity", 5 Colum. L. Rev. 20 (1905) : "Consideration in Equity", in Celebration Legal Essays in Honor of J. H. Wigmore 435 (1919) ; W. F. Walsh, "The Growing Function of Equity in the Development of the Law", in Law : A Century of Progress III, 139 (1937) . 伊東「エッセイ」の四段階「法学研究二二巻四三五頁参照。」
- (33) Substantive Law, at 633.
- (34) 「独立の司法部のない所では実体法概念も姿を隠し、その代りに、国王の神聖な権利とか、五ヶ年計画のようなものが支配するものになる。」 Substantive Law, at 634.
- (35) Id. at 635.
- (36) Id. at 636.
- (37) リステイトメントについて、カードーン「法律学上の矛盾対立」(守屋訳)、平「リステイトメントを中心としたアメリカ判例法の課題」法学研究二六巻九一頁参照。
- (38) Substantive Law, at 637. これは、中世末期の実在論、唯名論の論争の辿った道に似ていないこともない。スコットウ

ス、オッカムからルターに至る主意主義の解決は、神を現実の混迷から隔離することであったと見うるからである。オッカムの法理論、特に *jus gentium* の機能について次のものを参照。M. A. Shepard, "William of Occam and the Higher Law", 26 *Am. Pol. Sci. Rev.* 1005 : 27 *id.* 24 (1932 / 33)。尚、飛沢「オッカムの権利論」名城法学二七巻三、四号参照。

(39) Substantive Law, at 643. 「実体法とは聖典化された手続であり、手続とは法衣を脱いだ実体法である。」 *Id.* at 645.

(40) *Id.* at 647. Also see Pound, "The Call for a Realist Jurisprudence", 44 *Harv. L. Rev.* 697, 711 (1931)。かくて、法・制度等の媒介物は劇場界の出来事に外ならないと言われ、Substantive Law, at 646.

(41) 次の論文でアーノルドは「これは嘆き悲しんだり、称賛したりすべきことではない」との独白と共に、社会解剖学という甲冑を身に纏って登場することになる。三六年には、法律協会との戦闘に入る。ところで、理想を、実体法を現実の困難さから分離するという先の言明は、実は理想喪失の言表に外ならない。理想について、実体法について語る言葉を失ったため、理想を拝する手の腰えを抑えきれないため、それを目に触れない高殿に祭り上げたとも言えるからである。これはまた、現実を真正に表明し、解決し得ないことが既に認識された観念をそのまま言表することに自己欺瞞、良心の疼きを覚えるため、それを一種のドラマと解する「こと」によって自己意識、良心の分裂を回避しようとする方法である。併し、所詮存在論的構成なしには不満足な足場でしかない。

(42) 五、六十年代以降になると、公式主義も機能主義も共に不満足であることが一般的に実感されるようになった。ノミナリズムを分析して或者は、「公式主義を脱することによって我々は(当然にも)善悪の責任へおちこんだ」と述べた。A. Leff, "Economic Analysis of Law : Some Realism about Nominalism", 60 *Va. L. Rev.* 451, 453—54 (1974)。

(43) Law Enforcement, at 1.

(44) *Id.* at 2—3.

- (45) *Id.* at 8.
- (46) すべての詩人並びに修辭家を撲滅し、彼らの代りに説教が不必要な懷疑家をもってあつてゐることを革命的様式と言つてゐるようであり、端的に理想の方法の断絶、象徴作用の一挙の停止を社会民衆に強制しようとする様式のことを言つたものと考えられる。彼は、このような方法は法強制の理想を採用するものよりもっと実現困難な——有効性の希薄な——ものでさえある、と告白している。Law Enforcement, at 13.
- (47) 「革命的様式以外の方法で変革を為そうと願う者は、自己の改善の全図式を public acceptance に基づけるべきであり、それは一般の先入見を批判したり、変えたり企てることなく、それらを望ましい目的を達成するために使用することである。」*Id.* イデオロギーを一個の象徴体系として捉える観点からグノシス主義の経緯を辿り、マルクスをもその中に批判し、「イデオロギーからの解放」「開かれた思想」を云々するものとして、渡辺「イデオロギーの意味についての試論」立命館法学九一号二〇一頁参照。尚、グノシスの神話の主な関心は物質界に囚われの身となつてゐる靈魂の解放にあるとして、ヘーゲル、マルクスの弁証法の背後にある神話的起源を系譜づけるものとして、トービッチェ「マルクス主義とグノシス」碧海・小西訳（国家学会雑誌八五巻七一三頁参照。一見論理的に正当な批判が存在論的に不満足であり、従つて実在的には虚言と辯へ。）
- (48) Law Enforcement, at 14—20.
- (49) *Id.* at 24.
- (50) See D. Ayer, *supra* note 1, at 1069 et seq.
- (51) 彼は終生社会解剖学の方法に仕えた。Arnold, "The Criminal Trial as a Symbol of Public Morality", in *Criminal Justice in Our Time*, 139 (ed. by D. Howard 1965). やの理解はキートンQのそれと回断される。J. Morton, "The Function of Criminal Law in 1962, at 30 (1962), in Ball, "The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts under the Rubric of Theatre", 28 *Stan. L. Rev.* 81, 98 (1975). ホーナーは、道徳劇は抽象人

格を扱うが裁判所は個々人を扱う点及び教育効果の意図されたか結果的かの違いの二点で、道徳観を批判している。法制度とメンボルの意味に關するものとして次のものがある。Max Lerner, "Constitution and Court as Symbols", 46 Yale L. J. 1290 (1937) ; Corwin, "The Constitution as Instrument and as Symbol", 30 Am. Pol. Sci. Rev. 1071 (1936) . エリカス・コーレンは「フランクと違って」ロビンソンと同様の思考方向にある。マキナー等を説知している。Julius Cohen, "The Value of Value Symbols in Law", 52 Colum. L. Rev. 893, 897 (1952) ; Demogue, La Notion de Sujet de Droit, 1909 ; Wurzel, Das Juristische Denken, 1904 ; Die Sozialdynamik des Rechts, فرانク『法と現代精神』三三四頁以下にドゥモグの「三三二頁以下にサルツェル批判がある。Also see Helen Silving, "From the Sublime to the Ridiculous : A Study in Legal Symbolism," 30 Tulane L. Rev. 269 (1956).

(52) D. Ayer, *supra*. at 1071.

(53) Cf. W. P. Hill, *supra* note 1, at 380.

(54) アーノルドの世界は二つに引き裂かれたままである。中世的世界観と近代的世界観、有機的世界と機械的世界、恩恵的統治と道徳的統治のそれであり、近代の内と外、精神と身体の対立を推き込むものである。それに対して要点を衝き乍らも、彼の尺度・持ち駒では立ち往生する外はなかったようである。それは彼に限らず市民社会内の凡そ真面目な——形而上学に及ぶ——現代哲学の烙印とも見える。総体理論、統合理論もよいが、その有機体説の生半可な適用は中世世界観と中世階層構造の賛仰ともなりかねない。だが神なき世界の機械論は本質的に不安定であり、一貫すれば生の危機を、理性と学の危機をもたらす。この踏み車を止揚する道は随所に暗に示されていたが、それらを結束する要となるようなものを一貫して展開し得た者はいなかった。ましてアーノルドがこの問題を十分に分析し得なかつたとしても非難すべきことではない。彼は兎も角、社会の底無しの重層構造、補完論、科学技術の分業論を採用する形で、有効性という人間社会の新しい進歩的原理と象徴作用という古来よりの保存的意味機能の二つを共に認知することになった。実体法と手続の区分は、次で法の科学と法についての科学の二分法によって、法アイデアリズムと法リアリズムを二つ乍らに搦め捕ることになる。理論的に法リアリストの世

界は自足的であることがなく、矢張り別途に目的源が想定されざるを得ない。ここに行動主義者アーノルドイズムが現われる。それは、ニューディール期にはルースベルトと等価であり、後のウオレン・コートの司法積極主義とも等価であった。

- (55) Arnold, "Apologia for Jurisprudence", 44 *Yale L. J.* 729 (1935). 以後 *Apologia* とし引用。
- (56) 前掲法と宗教の相互作用の史的展開に於て次のものを参照。S. L. Guterman, "The Interaction of Religion, Law, and Politics in Western Society: Its Historical Character and Influence", 17 *U. Miami L. Rev.* 439 (1963).
- (57) *Apologia*, at 730.
- (58) 裁判官としてのアーノルドは、この理論を説くのが集合良心を象徴する自己の任務であると感じた。Holloway v. U. S., 148 F. 2d 665. Also see W. Hill, *supra*, at 384—85.
- (59) 法と精神医学との間の乖離は、ダラム判決によって表面的に満たされたことをアーノルドは認めた。Durham v. U. S., 214 F. 2d 862 (D. C. 1954). それを人道主義的な社会へ向けての公衆道徳の教化の一步と見たからである。Arnold, *supra* note 51, at 148—49.
- (60) 「人間は、この夢に應える唯一の動物であり、人間が今日要求する夢は、統治が合理的であるように見えること」だからである。Apologia, at 730.
- (61) *Id.*, at 730—31.
- (62) *Id.*, at 732. 法廷では「理性によって支配された世界と、つ輝かしくも満たされぬ夢」である。*Id.*, at 737.
- (63) See M. Lerner, *supra*, at 689—91; W. Hill, *supra*, at 379—81.
- (64) *Apologia*, at 739.
- (65) *Id.*, at 741.
- (66) *Id.*, at 742—43.
- (67) *Id.*, at 743.

(68) Id. at 744.

(69) Id. at 745-47.

(70) Id. at 752. Cf. Morris Cohen, "A Critical Sketch of Legal Philosophy in America", in *II Law: A Century of Progress*, 266 at 311 (1937).

(71) *Apologia*, at 753.

(72) 後にハンコックは、同種の心理学的視点を法制史の領域で方法論として展開した。M. Hancock, "Conflict, Drama and Magic in the Early English Law", 14 *Ohio St. L. J.* 119 (1958). 川島編『釋義法学の研究』三三四頁以下に中元氏の紹介がある。尚、現代アメリカ社会学の一分野、象徴的相互作用理論の方法と限界について、前田「シンボル行為の構造と機能」社会学評論二四卷四号七六頁、村井「ミードとシンボリック・インタラクショニズム」同四四頁参照。犯罪社会学の領域ではベッカーの劳作以降、ラベリング理論、現象学理論が絶体的な反省を促してきた。この点については別稿の予定。我國の刑事法学の分野では夙に沢登教授の諸研究がある。

三、アーノルドが所謂社会解剖学の視点に辿り着いたには、心理学者ロビンソンとの合同ゼミナールでの体験が与って力があったことは本当であろう。但、アーノルド自身も常々ロビンソンとの一致を告知してはいたが、結局は異なる道を辿ったことが認められる。彼は自分の分析に第二の次元を添えるために社会心理学を使用した。それというのも、心理学は最初一見不合理——有効性を欠く——と見えた法体系の諸局面をうまく説明することが出来るように思われたからである。これら二つのレベルの分析を並列することによって、アーノルドの著作はロビンソンの著作には欠けている新たな眺望を呈することになった。アーノルドは依然として有効性の価値に膠着していたし、そのため凡そ非効率と思われる諸制度に腐蝕性の機智を浴せかけた。彼は社会解剖学者として法制度を正確に記述しようと試みてはいたが、同時に改革をも希っていた。この有効性分析と心理学的分析との並列は滑稽な効果を生み出したし、

彼は、単なる有効性は心理的に満足を与えないと主張すると共に、法体系は少くとももっと有効なものになり得るとの信念を捨てなかつた。

三五年に出版されたロビンソンとアーノルドの姉妹本は、グッドリッチとミーチャムに代表される非難を浴びた。グッドリッチは学者風の礼儀を弁えて、アーノルドその他に世辞を述べたが、その意図は、彼らの態度をロビンソンの態度と対比させることであつた。因みにロビンソンは Law and Lawyers の中で法律協会に論及していたが、同協会に深くまき込まれていたグッドリッチは、ロビンソンの言葉を「戦闘的であり、明らかに公正な論評の限界を踏み外した」⁽⁷⁾ 不当な人格攻撃と受け取つた。やがてアーノルドは知己同僚との論争に入つていった。

三六年の論文に於て、アーノルドは独自の二次元的分析法を駆使して、この問題を法インフレに対する法学の課題という方向からアプローチする形で、非難に応酬した。

先ずアーノルドは、制度を熱心に支持する者にとつて、その制度を客観的に検査されることが苛立たしく思われるのは全く自然なことであり、人間の性格の全土台がこれらの客観的観察によつて攻撃されていると感じたのも自然であつた、とグッドリッチの反応の自然さを認めたすぐ後で、問題の核心を抉り出す。即ち、伝統的な法学者の困難さは、法に關係するあらゆるものが裁判所という舞台上に提示され得べきだと本能的に感じていることにある、と。この問題の解決策とは、アーノルドによれば、法の科学 (science of law) と法について科学 (science about law) —— 制度内で儀式用に用いられるものと制度外から客観的に観察されるもの——の双方に対する要請を理解することである。既に明らかになつたように、通常人は相互に矛盾し合う信念を抱きつつ、神秘的な霧の中でそれらを調和させているが、裁判制度は儀式乃至論理を用いてそのような衝突を和解させる制度であり、それ故に、それはハードな冷厳な真実が探究される場ではあり得ないとしても、そこでは真実が探究されていると誰もが考えるものでなくてはならないわけである。アメリカ法律協会のリステイトメントも亦、諸理想の調和という機能が果され得べき公式を求める企

てに他ならず、裁判制度の制度的慣習に關する「眞実」の探究ではないことになる。⁽³⁰⁾要するに、グッドリッチは法の科学の使徒であり、ロビンソンは法についての科学の立場で語っていたことになる。

三六年二月のグッドリッチの攻撃に対するアーノルドの反批判と相前後して、ミーチャムは法リアリズム、特にロビンソンとアーノルドの法学を「絶望の法学」と称して酷評した。⁽³⁰⁾

アーノルドの思想はすべて例外と原則を取り違えたものに他ならないとミーチャムは言う⁽³¹⁾。彼はシンボリズムに關するアーノルドの基本的立場を問うている。第一に、そのシンボル群が消散する希望があるというには、それらが余りに根深いことをアーノルド自らが明らかにしていること、第二に、彼は度々そのようなシンボル作用が寧ろ健全な人間と社会にとって必要な心理学的事象であると指示していること、第三に、結局彼はシンボル廃棄の為に積極的に弁ずることも出来ないこと、蓋し、それに代るものとして予想し得る唯一のものは、合理的な生活組織であるが、その超科学的合理的組織とは抑々彼の自由な精神にとっては呪いに他ならないからである。ここでアーノルドはディレンマに陥る。彼にとって、その象徴作用にも拘らず、今日の世界は假令致命的ではないまでも、重篤に病んでおり、負担荷重の下に喘いでいることも亦明らかであり、シンボルそのものも十分に働いていないことを認識しているからである。ミーチャムの言うように、アーノルドがここで妥協しているのか、何処かに逃げ道を求めているのか明らかでないが、シンボルの有効性を保証する組織者即ち實際的法学者を指し示してはいた。

学界の冒険者ロビンソンは、これら二人の烈しい批判に反駁の稿を起す暇もなく事故死した。アーノルドは既にグッドリッチ批判から穩当にロビンソンを擁護していたが、今やロビンソンの観点を新たに自己の思い入れを豊富に盛り込んで素描することになった。⁽³²⁾先ず彼は、ミーチャム等の法理想主義、論理主義者の反撥は、自分らの法学的世界・倫理的世界が客観的分析の衝撃の下で崩壊すると感じた者の自然の反応であったと繰り返し、彼らに次のように教える。人々はフロイト以前と同様に速かに愛におちているし、司法制度の現実を理解するにも拘らず、それを崇敬

出来るのであり、要するに、劇作家と診断家とは別個独立の役割を有するのだ、と。時に彼は、法学者、特に協会派学者達に根強い保守性と普遍化志向に反撥する余り、ここに至って協会攻撃は法学の排他的境界設定に対する呪いに近い言葉にまで高まることがあった。⁽⁶⁸⁾そして、この論文は、アーノルドの学者の塔への告別の辞であったとも見える。

アーノルドは今や、アメリカ法律協会を、裁判の作用により大きな有効性を求める専門家集団としてよりも寧ろ博識な解説者の一団と見做すことになった。ロビンソンを弁護してアーノルドは、グッドリッチのような再言者達は完全に法の科学の枠内で作用し、舞台の背後ではなく、舞台上にいたのだと主張した。⁽⁶⁹⁾急激に変化する法に対して論理的確実性の外観を与えるリステイトメントの目的を容認し乍ら、彼は、実務家の負担軽減の目的を達することが出来ない点でリステイトメントを批判し続けた。既に実体法と手続の視点は、凡そ法律問題に対する代替的アプローチとしてアーノルドの心を捉えていたし、裁判制度に於る実体法の哲学の必要性を否定しなかったが、法過程が過多な実体法の下でよろめいていると考えた。問題の解決策としては、革命的な構造上の改革の可能性・有効性を疑って、思考態度上の変化こそが肝要であるとされた。新しい劇が上演されるべき時にきていたが、機能主義者は所謂根本主義者と同様に、それを演出する能力に欠けているように見えた。アーノルドは、法についての科学がその点で重要な役割を担うことができるだろうし、ニューデールも同様に十分貢献し得ると考えた。

(73) See Arnold, "The Jurisprudence of Edward S. Robinson", 46 Yale L. J. 1282 (1937).

(74) H. F. Goodrich, "Institute Boards and Yale Reviewers", 84 U. Pa. L. Rev. 449, 451 (1936).

(75) 「事実の極威の抑圧」という語句を含むロビンソンの法律家批判は、法律家達は非社会的で、反動的で、偏屈であり、公共善より私的利益に関心を抱いているとの趣旨のものと受け取られた。Goodrich, *supra* at 451-2. ロビンソンはまた法律協会のニケアの宗教会議と対比させて批判した。E. S. Robinson, "Law — An Unscientific Science", 44 Yale L.

J. 235, 260—1 (1934).

(76) Goodrich, *supra* at 451—2.

(77) Arnold, "Institute Priests and Yale Observers: A Reply to Dean Goodrich", 84 U. Pa. L. Rev. 811 (1936). 又参 Institute の註⁶。

(78) Institute, at 812—3.

(79) 「衝突する諸理想を調和せしめる公式の探究とらうその任務の必然性こそは、そのような公式が何故に必要なのかという理由をなぐさむべき好むべき。」 Institute, at 813—4.

(80) P. Mechem, "The Jurisprudence of Despair", 21 Iowa L. Rev. 669 (1936). これは、法リアリズムを放棄の哲学者達したベトナムと類似の心算むべき。 Pound, "The Give-It-Up Philosophies", in *Contemporary Juristic Theory* 29 (1940).

(81) 「我々は、アーノルドの仮定を容認しなからむべき。」 Mechem, *supra* at 688—9.

(82) *Id.* at 690.

(83) Arnold, *supra* note 75.

(84) *Id.* at 1288.

(85) *Id.* アーノルドは後曰、フランクの法学を治療の法学と呼んで、間接的にシーチャム等に応酬した。 Arnold, "Judge Jerome Frank", 24 U. Chi. L. Rev. 633, 635 (1957). キリス・コーケンが書評でアーノルドとロビンソンを難じた。 Morris Cohen, "Book Review of Robinson's Law and Lawyers", 22 Cornell L. Q. 171 (1936). ロイニングはアーノルドとロビンソンの並行関係に言及した。 N. Reich, *Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas*, 111 (1967) による。前、ロビンソン、アーノルドとラスウェルを並べて、彼らに対する批判の多くは、心理学的技法それぞれ自体に向けられたのではなく、その誇張した卑屈な使用に向けられたと述べた或著者の意図は、彼ら極端主義

者とフランクとを分別することであった。Julius paul, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, 1959. パーセルは、ルウェリンをロビンソンとアーノルドから引き離した。Purcell, "Twinning, Karl Llewellyn and the Realist Movement", 19 Am. J. Legal History 240 (1975). 尚、ラヌウェル・マクマウーガル「法についての理論」(2) (松浦訳) 中京法學二巻四号、一三巻一号参照。

(86) 「学界は、独自の資本制的システムを有しており、何干という熱心な企業家とその威信と収入の為にそれに従属している。彼らは適正手続なしに自分らの固有の財産が剝奪されることを欲しない。彼らはその為に、著作や論述に過大な労力を傾けてきた。独立した知的主権の連合体である大学にあっては、法学者、経済学者、心理学者の間の権限の分配が最重要の観点である。」Arnold, *supra* note 75, at 1282. 「これら独立主権の内側ですら、コミュニケーションスタックであることからはほど遠い。……現実的出来事は俗世で生ずるものと想像され、学者は原理と公式の精神界に住っている。……リアルな学者が現実事象を訪れようと欲した時でも、統計的方法と呼ばれる鑑によって空無さから身を守った。この為そのヴィジョンは甚しく狭められ、決して汚染される程に充分に眺めることはできなかった。」*Id.*, at 1283.

(87) アインテマは、規範的問題の研究がそれ自体規範的である必要はないとしても、科学的観察者も亦神官である、というのがアーノルドの意見であったかも知れないことを認めた。H. E. Yntema, "Jurisprudence on Parade", 39 Mich. L. Rev. 1154, 1170 (1941). ドイツの或研究者は、機能的観察方法も本質上一個の道徳的観察方法であることに気付かなかつた点をアーノルドの自口矛盾と評した。Löffelholz, *Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus*, 108—9 (1961).

三

一、三八年にエール大学を去って反トラスト部でフルタイムにルーズベルト行政に参加する以前にも、アーノルドはパートタイムに各種委員会で様々の役割を演じていたし、既に三四年には関連の深い論文を発表していた。⁽⁸⁸⁾ その論文では「争闘による裁判」理論の長短が包括的に扱われた。それは英米の裁判理論が一貫して強調するものであつて、競い合う当事者によって裁判所の前に持ち出された特定の局限された論点のみが判例法の基礎になるという理論

を指す。それに依ると、その論点にとって必要でない裁判所の語りは傍論と呼ばれ、単なる傍論に基いた法原則は疑わしい効力しか有しないと見做される。⁽⁸⁸⁾

この論点への固執は実際に幾つかの不都合な結果を生じて来た。イ、取引実務のスピードに裁判所がついて行けなかった破産上の売買事件があった。⁽⁸⁹⁾ ロ、ある状況で裁判所がどのように判断するかを知るといふ目的で事件を組むことも認められない。⁽⁹¹⁾ ハ、争闘の危険を担うことなく船荷運賃の決定を求めることも認められない。⁽⁹²⁾ ニ、裁判所自体の運用規則改訂さえも当事者の危険に於て行われねばならなかった。⁽⁹³⁾ 要するに、争闘による裁判理論の基礎には、規制権原の拡張は悪しき官僚制への第一歩だとする見地が横たわっていた。それからの逃避として、確認判決、⁽⁹⁴⁾ 仲裁、⁽⁹⁵⁾ 差止命令、⁽⁹⁶⁾ 法人更生の技術等が存在していたが、多くの制約を免れなかった。斯様に根強い裁判理論の心理的分析にとりかかる彼の手法は、争闘による裁判の劇場アナロジーの公衆心理学である。

裁判所によって繰り返し劇化されて来たコモン・ローの理想とは、規制からの自由を表明しており、それが演じている役割は官僚制に対するアンティ・テーゼであると想像される。それは、企業家の企業のための競争を奨励し、法を得るための訴人の互争を勧奨する。それは、闘わざる人々に対しては法的権利賦与を差し控えるが、それというのも、若しも権利がそれを得る為に時と金を費さない人々に対しても与えられたとしたら、それは安く見積られることになるからである。このようなコモン・ローの理想に基く争闘の観念が受容環境を見出したのは、出来るだけ干渉を少くして、争闘すべき自由をあらゆる人間に与えようとする社会に於てであった。そのような社会では、裁判所の調査は容易に裁判所による捜索、押収、規制に至り着くものと考えられたし、官僚制とパターナリズムが、人々の闘争本能を片付けることによって、国民的性格を破壊させようとするのを常であった。アーノルドは、この自由と規制の関係を、ミルトンとブラックストーンとを対比させて説明する。この問題に直面したミルトンが失業園の中で求めた解決とは、神に、人間を救い出す為にならぬかの規制的一步を踏み出すよりは寧ろ人間に自由落

下を許す方がよいと決心させることであつた。ミルトンの神とは、自分の機能は人間達が不可避免的にトラブルに踏み込んだ後で、その者を判定する機能であることに気付いている神である。コモン・ローの機能も亦これと類比される。それというのも、凡そそれ以外の方法は天上的官僚制を生み出すと思われて来たからである。⁽⁹⁸⁾

さて、急激に変化する諸条件、衝突し合う理想を孕む社会にあつて、裁判所は必然的に旧秩序を代表し、コモン・ロー理論に忠誠を誓つて来たが、それというのも、コモン・ローの裁判組織は、社会統制の反対命題として生成してきたものだからである。このため、新たに要求された規制的功能は、委員会制度へと逃れることになつた⁽¹⁰⁰⁾、そこでは、協議と調査の技術が争闘のテクニクに取って代つた。

このようにして、法とエクイティという二つの物語り構造に第三の行政法の物語りが付け加えられることになり、全構造は再び秘密の階段を具備し、裁判所の前には、大胆な裁判上の立場をとるが、それとも尊厳ある逃避を行うかといつた選択可能性が常に開かれることになつて、最少限度の執行責任で大きな監督権原が維持されることになつた。⁽¹⁰¹⁾ 要するに、*stare decisis* という曖昧な理想を裁判所が正確な論点に限定したこと、戦略上の優位性は、裁判所が恰も規制されざる個人主義の最後の逃避場として現われるのを許すことになつたのだとアーノルドは結論する。⁽¹⁰²⁾

少くとも暫くの間、法と行政法の二組の裁判所は並存し、一方は統治上の理想と論理の象徴として、他方は有効性と統制の象徴として、過去に於て法とエクイティの裁判所が衝突し合つたように偶然的模式でぶつかり合うであろうことを認識しつつ、⁽¹⁰³⁾ 最終的にアーノルドは有効性への執心の下に次のようにアメリカ人民の英知に期待する。「若し、アメリカ人民が一たん規制を統治の正常な機能として受け容れるとすれば、我々は最早や争闘による裁判に対する感情的要求を感じなくてよくなるであろう。その時には、統一裁判制度の一部として、より大きな単純性と有効性をもって進むことを裁判所に期待してよいであろう。少くとも、争闘による裁判の観念が消失しつつあること、公衆心理学は二頭立てシステムの代りに単一システムを受け容れる用意があることの若干の証拠がある。若しそうである

とすれば、法とエキイティとの間の長く厄介な衝突は行政規制の興隆と共に繰り返されることはないかも知れない⁽¹⁰⁴⁾と。⁽¹⁰⁵⁾

二、三七年の The Folklore of Capitalism の中で、アーノルドは、独自の分析の枠組みを大々的にニューディールに適用した。彼は、ニューディールを手続改革と別段異つたものではなく、有効性に方向づけられた改革努力と考えたし、福祉がどのように分配されるべきかを巡つての社会的衝突が避けられる結果として、全体としての福祉の増進を求めるものに他ならないと見た。⁽¹⁰⁶⁾彼の法的分析は表向き常に裁判作用の有効性に焦点づけられていたが、その社会分析にあつては、中心的目標として財の有効分配をそれに置き換えた。シドニー・フックの攻撃に対しても、アーノルドは自己弁護として財の効果的分配の規準に訴えた。⁽¹⁰⁷⁾要するに、彼は財の効果的分配ということがニューディールの現実目的であると信じたが故に、それを支持したと言つてもよさそうである。彼は、法体系の阻害現象と類似の現象を経済的領域の中にも観察した。即ち、ニューディールを阻害する観念は「厳格な個人主義」「競争する個人経済」の理想に他ならず、そのため産業軍とも言うべき巨大法人が恰も単一の農夫や商人であるかのように衣裳を凝らされ擬人化されることになつたし、それらを規制しようとして企てることは自由と家庭に対する攻撃と受け取られたのだと見る。⁽¹⁰⁸⁾こうした法的・経済的諸制度の信条及びそれらを支持する理論は、アーノルドの所謂「民間伝承」を形成した。ところが、不幸にしてこの民間伝承は財の有効分配を保証するものではなかつた。⁽¹⁰⁹⁾従つて、理論的に言つても、新しい組織がその仕事を代行する為に生ずるのは自然なことであつた。⁽¹¹⁰⁾然し乍ら、実際の任務の履行の失敗は、必ずしも同時に劇的役割に於る失敗を意味するものではなかつた。⁽¹¹¹⁾こうして、新しい組織は古いものより効果的であるかも知れないが、古い組織は実在の民間伝承の中に既に自らのための場を克ち取つているために、新しい組織は少くとも観客——アーノルドの所謂尊敬すべき人々——の側に態度変化が生ずるまでは、社会的ドラマの中で有意義な役割を果す為に古い組織に挑戦するについて、弱い立場におかれることになる。⁽¹¹²⁾しかもその間、社会組織の劇的局面

と實際的局面との間の乖離が大きくなるにつれて、古い信条の信者達はますます烈しく既存の民間伝承の眞実なることを主張することになった。⁽¹¹³⁾ こうしてアーノルドは、ニューディールが遭遇しなくてはならなかった烈しい敵意を説明するものは旧式の非實際的態度への感情的膠着に他ならないとの結論を下した。

要するに Folklore の告げることは、ニューディールは資本主義を脅かすものではなく、単にその民間伝承を脅かすに過ぎないということであった。即ち、財産及び権力関係は基本的に攪乱されることはなかったし、新しい有効性を妨げる古い民間伝承のみが道を譲らねばならないということに他ならなかった。アーノルドは「当面のもうけ」を越える政治的領域に於る現実的利害に対しては、如何なる立場のものであれ、理解を示さなかった。彼の分析の結論は、自由放任の觀念が事業制度に与えたのと同じの自由度量を、ニューディールに与えるべし、ということであった。⁽¹¹⁴⁾

尚、アーノルドの指揮の下に司法省は、独占攻撃で書てなかつた精力的な活動を展開することになったが、⁽¹¹⁵⁾ 所詮彼の勝利はピラス王的勝利であつた、と評された。⁽¹¹⁶⁾

結局のところ、アーノルドが Folklore 中で行つたことは、彼自身の説法を説くことに他ならなかつたように見える。⁽¹¹⁷⁾ アーノルドは、支配的な諸態度を上品な機智を用いて嘲笑することによって、その読者に態度変化を要求したし、その説教の基底にあつた信念は彼自身の改心の体験に他ならなかつた。アーノルドは自分が戦中期間を通じてのそのイデオロギーの旅の道筋で経験した進歩主義から社会的有効性への改心を、他の人々も追体験することが出来る筈だし、経験すべきことを求めたのである。但、この改心には、進歩主義イデオロギーから二段階とび離れるという精神の柔軟さを必要とした。第一に、諸価値の複合体から有効性の觀念を解放しなくてはならなかつた。二十年代後半に、アーノルドはこの第一歩を踏み出す用意を整へたし、ウェスト・ヴァージニアで彼は、裁判運用に於る有効性を獲得する為の必要条件として、専門家による統治の觀念を受け容れた。ところが、有効性の觀念は、彼に第二歩

を踏み出すことを強いた。アーノルドは、古い觀念から解放された有効性の価値を詳細に社会に適用して見せし、これが自由な企業及び法の支配という伝統的觀念の転覆を意味した時でさえも、怯まずに財の効果的分配を支持した⁽¹¹⁸⁾し、良き政府の図式の中の指導性が重要な役割を果たすことを認識することになった。エールでは、法律専門家は、有効性の専門家としての役割よりも神官としての役割を好むことを観察した。従って、なおも有効性が法過程に於る支配的原理であるべきものとするならば、少くとも場面の背後に、有効性の観点の支持者を戦略的に配置しなければならなかった。ニューディールに遭遇した時には、彼はその強調点を専門家性から指導者性へと移すことが出来た。それにも拘らず、彼は専門家達がテクノクラシーと呼ばれる技術専門家集団の一員となるために、何時かその神官としての役割を捨ててであろうと希望し、信じ続けた⁽¹¹⁹⁾。

こうして、アーノルドは進歩主義モラリズムからニューディールのイデオロギーへの旅を完成した。他の諸価値から有効性を孤立化させることは、専門家による統治の主張へと導いたし、その有効性の価値を社会へ適用するに当たって、アーノルドの場合、過渡期を通じてより古い統治の象徴を巧みに操作するカリスマ的指導を要求した。然し、新しい社会が出現しつつあるように見えたし、ここでは興隆しつつあるテクノクラシーが財を効果的に分配するであろうことを、アーノルドは予見した。結局、それは初期の参加デモクラシーとは正反対のものとなったが、それでも彼は、その初期の市民参加の夢を捨てきれなかったように見える。Folklore に於て彼は、その劇場の観客たる尊敬すべき人々に訴えることになった。アーノルドは、彼らにコミュニズム、ファシズムについては忘れるよう、ルーズベルトとニューディラーを眺めるよう、そして「権力に達しつつある人々の性格」についてのみ関心をもつよう求めたし、更に、それらの人々が立派な組織家であり、同時に寛大で人間的であるかどうかを問うように求めた⁽¹²⁰⁾。この問いに対して、もしも古い民間伝承が尊敬すべき人々の視野を曇らせることがなかったならば、必ずや肯定的な答がもたらされようとアーノルドは信じた⁽¹²¹⁾。

- (88) Arnold "Trial by Combat and the New Deal", 47 Harv. L. Rev. 913 (1934). 又参見 Trial の註釋。
- (89) A. L. Goodhart, "The Ratio Decidendi of a Case", in Jurisprudence in Action 189 (1933) .
- (90) Coriell v. Morris White, 54 F. (2d) 255 (1931) .
- (91) U. S. v. Chambers, 54 Sup. Ct. 434 (1934), in Trial, at 915.
- (92) U. S. v. Anchoi Cool Co., 73 L. ed. 971 (1929) .
- (93) Johnson v. Manhattan Ry., 61 F. (2d) 934 (1932) ; 77 L. ed. 1331 (1933).
- (94) Trial, at 918—22.
- (95) See Borchard, "Judicial Relief for Peril and Insecurity", 45 Harv. L. Rev. 793 (1932) ; "Judicial Relief for Insecurity", 33 Colum. L. Rev. 648 (1933) ; "The Uniform Declaratory Judgments Act", 18 Minn. L. Rev. 239 (1934) .
- (96) See Phillips, "Rules of Law or Laissez-Faire in Commercial Arbitration", 47 Harv. L. Rev. 590 (1934) .
- (97) Trial, at 930.
- (98) Id. at 931. Also see Frank, "Some Realistic Reflections on Some Aspects of Corporate Reorganization", 19 Va. L. Rev. 541, 698 (1933) .
- (99) テーノルトは、シルトンとブラックストーンとを類比させ、当時の法学者は、シルトンの失樂園のそれと類似の機能を果たしたと断言。 Trial, at 933—4.
- (100) Id. at 934.
- (101) Id. at 935. 藤原「英米における行政法の発展とその問題点」法学研究四一巻六二七頁、岡田「自由放任主義と社会改革」東大社研二七巻四号一頁参照。
- (102) Trial, at 937.

- (103) *Id.* at 942.
- (104) *Id.* at 947. 尚、三十年代から次第に明確化してきた「技術論的能率概念から社会的能率概念へ」の行政学の傾向を、能率概念を中心に関連したものととして、関口「アメリカにおける能率概念を中心とする行政学の変遷」法学研究二八巻一一二—一三二頁参照。
- (105) Arnold, *The Folklore of Capitalism* 1937. (以下 *Folklore of Capitalism* と略す。) at 1—2, 177—78, 326—30. *Cf. D. Ayer, supra note 1.*
- (106) Sidney Hook, *supra note 1*; Arnold, “The Folklore of Mr. Hook”, 5 *U. Chi. L. Rev.* 349 (1938)
- (107) D. Ayer, *supra* at 1078.
- (108) *Folklore*, at 190.
- (109) *Id.* at 118, 126—27, 136.
- (110) *Id.* at 2—3, 366—75.
- (111) *Id.* at 135, 205, 347.
- (112) *Id.* at 268—69, 311—31, 384—85, 389—93.
- (113) *Id.* at 120—21, 364—65.
- (114) D. Ayer, *supra* at 1081—82.
- (115) フーノードの反トラスト計画を述べたものとして、参照し得なかつたが、次の文書があげられ、E. Hawley, *The New Deal and The Problem of Monopoly*, 420—55 (1966); Gressley, “Thurman Arnold, Antitrust, and the New Deal”, 38 *Bus. Hist. Rev.* 214 (1964). フーノード自身の反トラストを述べたものがある。“Fair and Effective Use of Present Antitrust Procedure”, 47 *Yale L. J.* 1294 (1938)

- (116) Max Lerner, *supra* note 1, at 700.
- (117) D. Ayer, *supra*, at 1084.
- (118) *Id.*
- (119) ニューディールを越える将来の組織について敢えて語った時、彼は、テクノクラート階級を指示した。Folklore, at 390—92.
- (120) D. Ayer, *supra*, at 1085.
- (121) Folklore, at 342.
- (122) エイヤーは、この尊敬すべき人々の階層を追求して、ニューディールから財産・権力・地位・名譽を失うことのない市民階級の中に見出した。「彼等とは結局、アーノルドのような人々であり、アーノルドは彼等にとってニューディールはよき配り札 (good deal) と見たのじやない。」Ayer, *supra*, at 1085—86.

あ と が き

結局、ロビンソン、アーノルド、ラスウェルと続く筈のリアリズム法学の動向の中から学ばれることは、ある時代を画する法の象徴観念は社会における思考態度と相関的に発展していかなくては、必然的に停滞退化の道を辿るであろう、ということであり、そのためには法の象徴的意味作用を社会存立の有効性と組織的に連続させ続けることができなくてはならない、ということである。

その際、直接的知識は誤り得ないけれども象徴作用は誤り得るということから一つの困難さが生ずるが、直接的知識の与える認識それだけを幾ら積み重ねても全体的位相の合理的意味を説明することは不可能だということの哲学的

反省から今一つの困難が生じてくる。

この困難さは法学上にも幾多の誤りを生来し、混乱を惹起してきたし、誤解と矛盾敵対、非難と偏見の主張の投げ合い、そして駆引と学問的妥協、思考態度の分裂を当然の如くに記録してきた。それが具体的に何を指し示しているか、現代人なら少し反省してみるだけで十分であろう。ただ、その事実を直接に主張するか、単に記述するか、価値を付して非難するか、秘匿して忘却するかどうかの違いはあるが。この一種の混乱、錯覚、誤謬が利益をもたらさずような局面が多々存在するし、恰も一見それが社会を幸福にしているような印象さえ与えないではない。それは理論と実務との食い違いとして表示されることの一つの意味であろうし、社会の健全な中庸を耐忍の裡に支える民衆の習慣に依存することが多いであろう。

その一種生物本能的な思考態度というものを我々は理論的に反省し、秩序づけ、社会組織の法原理のシンボルにまで創造することのできるような方法を採らねばならない。その目的こそ嘗て最高善と言われ、神の理念と言われたものの本来の機能であると思われる。学問も、本来、そのような目的の為に整序されてきた筈であり、法学者も亦、その目的と一体化できる時、兎に角研究生活の意味を辛うじて今は保持し得ると思える。

全体への注

一見断片的で極めて周辺の事項を引き受けるに至ったことについて、なお少しく記述しておかなければならないことがある。一般には隠れた神としてしまわれていることも、必ずしも常に誰に対しても沈黙と無力さとを享受しているとは限らないであろうか。

法学、殊に刑事法学を研究する上で、久しく様々の困難にとりつかれていた。果してそれは実際社会の向上に如何に役立っているのかどうか、我々個人の生活の仕方と矛盾なく適合していくことができるのかどうか、社会的存在として我々が被る数多くの制約と

我々自然としての人間存在及び法学（刑事法学）の目的・理念とは夫々本質的に矛盾して、その乖離の故に諸々の法制度（刑事法制度）が生来し続けているのではないかどうか、と。又、個別的な生命の断続性と類的生存の断続性に対する我々の現実的思い入れが法学（刑事法学）の研究作業遂行に働いて思考を歪めてしまはいないかどうか、個々人の地位、身分、出生、係累、縁故、傷病、相貌、趣好、凡そ考え得べきありとあらゆる個別具体的な差異偏差が法学（刑事法学）研究の過程で処理され、抑止され、昇華され、代替されて行くあり様に対する閉鎖的態度というものが法学（刑事法学）研究の上へ何か根本的な欠落を生ぜしめてはいないか、或は、そうではなくて、人間の憐れみの情、惻隱の情の印しとして堪えて行くべきものであるのかどうか、と。要するに、一般日常生活のありとあらゆるこまごまとした事柄が、統一を欠いたまま茫然として法学（刑事法学）研究の思考手指に絡んで、そのどれ一つも切り捨てて去るにしのびないような印象を夫々の体験として具有するように思われていた。

これらの疑問に直面しつつ、何らかの一般に受け容れ易い可能性を更に思いめぐらしてみた。これらの問題は、法学（刑事法学）研究者個人個人の頭の片隅に片時にしか起こらないものであって、言わば隠れた神に外ならず、現実社会には何の関連も実質的には有し得ない幻の様なものではなからうか、そのような問題を問題視すること自体が、異例なことであって、特殊個人主観の偏見に過ぎないと確認した方がよいのではないか、或は、そのような事柄を個別学問としての法学（刑事法学）に直接に結びつけるのは妥当でないものであって、それはそれとして、別個の文化領域上の位置を想定しておく方がよいのではないか、或は又、現存の学問体系においても、規範学と事実学とがあって、例えば刑法解釈学と犯罪社会学、犯罪心理学等があるのだから、その定義内でその枠内で学問した方がよいのではなからうか、と。併し乍ら、そのような言い訳は矢張り不満足であった。

一方、経験から、一般生活において通常見られるものの総てがそれ自体では空虚で無価値であることを教えられ、又、恐れの原因であり対象であったものの総てがそれ自体では善でも悪でもなく、ただ心がそれによって動かされた限りにおいてのみ善或は悪を含むことを知らされた (Spinoza)。

そして、私は法学（刑事法学）を研究すべき選択を行っていた。こうして、先人に倣って敢えて決心しようと思った。我々のあずかり得る真の善で、他の総てを捨ててただそれによってのみ心が動かされるような或るものに法学（刑事法学）研究の理念を結びつ

けることができなぬものかどうか、否寧ろ一度びそれを発見し獲得した上は不断最高の喜びの一端でも永遠に享受できるようにしようという結びつきを探究することに法学（刑事法学）研究の意味を据えてみよう、と。

ところで、先程の諸々の困難さと試みに心をかき乱されていたというのは、そして、ここに取って決心しようと思つたと言わざるを得なかつたのは、まだ不確定なものに確実なものを放棄しようとするのは、一見無患慮に思われたからである。この世で一般に見られるもので、人々の行動から判断して人々が最高の善と評価しているものとして、古来、快楽と富と名誉との三つがあげられてきた。ところが又、この三つのものによって我々の精神は他の何らかの善について思考することができないほどに乱される。先ず快楽について言えば、心はそのとりことなつて、恰もそれが十分満足すべき善であるかのような気持になり、それによつて他の善について思いめぐらすことを大層妨げられる。次に富について言えば、特にそれがそれ自体の為にのみ求められるような時には、それが最高の善と見做されるが故に、矢張り少なからず精神は乱される。更に名誉によつてなお一層精神は乱される。即ち、名誉は、常にそれ自体で善と思われ、一切の行いが向けられる究極目的と見做されがちだからである。その上、名誉にあつては快楽のように後悔が伴わず、寧ろそれを所有すればするほど我々の喜びは増してくる。その結果、我々は次第次第にそれを殖やすように駆り立てられる。併し、これらのものを得る為に我々の生活を必然的に人々の意見に適合させなければならぬために、即ち、通常人々が避けるものを避け、通常人々の求めるものを求めなければならなくなるために、先に述べたような法学（刑事法学）研究の目的理念にとつては大きな障害となると言わざるを得ないように思われた。

このとき、自分が非常な危機に臨んでいて、どんなに得難い薬種でも全力をあげて求めるよう余儀なくされているのを認識していた。恰も總ての希望が或る薬物の治癒力にかかっていると信じこんでいる積年の病者の如くに、假令手に入れ難いものであるとしても、全力をあげてそれを求めざるを得ないかのようになり、心急いでいた。ところが、法学（刑事法学）界の平均的地位にある人々の追求している総てのものは、単に我々の人間的生存の維持に対して適切な薬種をもらさなければかりか、返つてその障害になつてゐるのではないかという懸念はつるばかりであつた。即ち、それら法学（刑事法学）説の或るものは、それを唱道している人々にとつては度々自存の抑止の原因となり、逆にそれに縛られている人々にとつては殆ど常に自己毀滅の原因となつてゐる様に思われた。

但、そのことは又、生物的本能として、人間の感情として、殆ど不可避といってよい位の一般的確率を以って人々を捉えて離さない欲求に裏打ちされた自然的事象であつて、人間の事業の原動力として不可欠のものであるかのようにすら見えていた。併し乍ら、そのような欲求とその発現形式は、人々の日常生活を少なからず攪乱するものであつたし、人間関係を複雑厄介なものにし、数々の危険に身をさらし、悲惨な苦しみを被り、生命すら危うきものにすもの如くであつた。

ところで、こうした災いは、先人の言う通り、次の事実から、即ち、総ての幸福或は不幸はただ我々の愛着する対象の性質にのみ依存する、という事実から生ずるように思われた。全くのところ、愛さないもののためには決して争いも起こらないであらうし、それが滅びたからといって心の動揺は生じないであらう。滅ぶべき事物を愛する時にこそ精神も動揺を来すのであらう。そうすると結局、純な喜びをもって精神を育くむのは永遠無限なるものに対する愛のみであり、従つて、本来これこそ極めて望まじきものであり且つ総ての力をあげて求むべきものである、ということになる筈である。それでも、そう言い切つてしまふことには大きなためらいがあつた。即ち、或時は確かに、そのようなことを精神では明瞭に知覚することができたとしても、だからといって、官能欲、所有欲及び名譽欲から全く抜け切るといふわけにはいかなかつたからである。

ここで一個のディレンマにつき當つたように思われた。まだ不確かなものの為に確かなものを放棄してしまふことになるのではないか、この錯綜した非情な現代社会の只中で凡そ自己の生存をすら全うして行くことができなくなり、あらゆるささやかな慰めすら放棄するよう強いられるのではないか、と反問し続けなくてはならなかつた。他方、人間にとって最高善が必要であるという觀念も手放すことのできない希みとして存在していた。その間、一つの慰めとして認めてよいと思われていたことは、即ち、快楽や富や名譽は、それ自体の為に求められる限り有害であるけれども、他のものへの手段として求められる限り、自ら或る限度を越すことがなく、従つて、我々人間にとつて決して有害となる筈はないであらうし、寧ろそれらは返つてそれが求められる目的の為に寄与するところが多いであらう、ということであつた。そして、何よりも慰めとなつたことは、こうした思想に関与しているその間だけは、精神が真剣に最高善なるものへの法学（刑事法学）の連絡という目的について思考していたということであつた。

ここに「最高善」とは、古來或る倫理學說に語られてきた事柄と異なるものではなからう。我々にとつてその中心的認識は、即ち、

善いとか悪いとかはただ相対的ののみ語られることであり、従って、同一事物でも異った関係に依じては善いとも悪いとも呼ばれ得るということである。実際、我々が謙虚に実相を反省してみるならば、どのようなものもその本性において善いとも悪いとも完全だとも不完全だとも言われないであろう。併し、人間理性は、もともと本能と言われるものと異物のものではない故に、その思考によつてこのような認識に完全に到達することが実在的に妨げられている。一方、人間は自分の本性よりその事実を認識し、引き受け、のり越えるよう努めることが可能なような機制を内具するものとして実在している。そして、そういう意味での人間本性を考へ、同時に、そうした本性を獲得することを全く不可能だとは認めない訳だから、もしも先の志を抱く限りは殆ど必然的に、このような意味での本性へと自らを導いて行く手段を求めるように駆り立てられる善である。しかもそれに到達する手段となり得るものが總て真の善と連絡をもつと言われる訳だから、法学（刑事法学）という個別学問領域における、そういう志ある者の志向的営為も亦さう呼ばれる資格を具えている善である。究極的には、この世にある他の人々と共に出来る限りそのような人間本性を享受するようになることが最高善の意味する事柄に外ならないのである。ところで、そのように希求される人間本性とはまた人間精神と全自然との合一性の認識行為に外ならないであろうから、我々が法学（刑事法学）という個別学問領域において志す目的も亦、究極的に法学（刑事法学）の研究を通してそのような本性の獲得に預り得ることであり、並びに、多くの人々が共にこれを獲得することができるように努めることである善である。このためには、我々としては必然的にできるだけ多くの人々ができるだけ容易に且つ確実にこの目的へ到達するのに都合のよいような社会が形成されるよう、法（刑法）規範の操作分析を行わねばならないし、例えば可罰行為とされるような現実的な行為の規範的存在構造、現象形態を人間の形而上的意識から自然的本能機制の次元にまで亘つて広範囲に記述し、理解し得なくてはならない善である。

このように考へてみた後では、凡そ法学（刑事法学）の中に包摂される限りの全ての学を、そのような目的に、即ち、人間としての最高完全性へ、最高善へ到達することに向けなくては、一刻も安んじて研究に没入することができないうと切に感じたことであつた。従つて、法学（刑事法学）の中で我々をこの目的へ進めるようには思えないものは、總て無縁なものとして退けられる外はないと思われたことであつた。即ち、端的に言つて、我々の一切の行動並びに思想はこの目的に向けられるべきだと思われたこと

であった。

併し、我々は、その目的に至ることに努める間も、必然的に生活して行かなければならないのであるから、先ず何よりも先に若干の生活規則を善きものとしてどうしても前提しなければならぬ。即ち、先人の教える通り、快樂は健康を保つのに必要な程度において享受し、金錢その他の物は生命と健康を支え且つ我々の目的に反しない限りで諸々の風習・慣習に従うのに必要なだけ求め、最後に、我々の目標達成に妨げとならないことなら総て義務を避けないこと、を（Spinoza）。』

さて併し、こうして直ちに法学（刑事法学）の研究に向えばよかつたかというところ、必ずしもそうではなかつた。どうしても欠くことができないと思われる要素は、即ち、何らかの方法によって我々の思考態度の様式を矯正し、できるだけ初めにこれを浄化して、その結果、知性・思考態度が出来事を首尾よく、できるだけ正しく把握することができるようになっていくことであろう。というのも、凡そ真面目な学問研究にして先のような目的に志さないことがあつたとは正常な頭では考え難いからであり、それにも拘らず、そのような志は實際的結果を生じないもの如くに考えられているのではないかと疑わざるを得ない状況が続いてきたことも亦否定し得ないからである。ここに多くの真面目な学者がつまりたつまりき石があつたし、或は、出目的要領のよさで素通りしてきたところであつたし、或は、本当に善意から幸運にもその深淵に立つ必要なくやり過すことのできたところのものであつたように思われた。

本論においてサーマン・アーノルドの法学を特に取り上げた本当の理由もその点に関わる。

それでは、その方法的反省とは何かということが問題となるが、その点について、ここでは本論との関連で、象徴作用と認識知覚をめぐる現代実在論の水準を追究するにとどめる。尚、個別刑事法学領域でいかに展開を試みるかということについては、更に別様の困難さがあり、更なる反省を要するし、全体を通じて表現を強制してきた根底にある何ものかをうまく脈絡づけることもできなかった。

さて象徴作用は極めて誤りをおかし易いものである。ということとは、象徴作用が我々に想起せしめる事物は、実際にはこの世界に存在していないにも拘らず、単なる観念にすぎないその事物に関して、象徴が様々な行動や感情、情緒、信念を惹起し得る、という

ことである。しかるに我々が直接的知識に基いて機能するに当っては、象徴作用が不可欠の因子として介在せざるを得ない。そして、法体系も一個の象徴体系を担うものであり、人間の法的生活が可能となるためには、その象徴機能が重要な問題に関する限りは大抵は正当なものである、という条件が満たされなければならない。そこで、法的人間の本性の前提する法的象徴体系を理解し、純化することが、法学の重要な課題となる。併し、その前に、道具の吟味とその意味とにかかずらう理由を追認しておかなくてはならない。

我々は今日、経験主義学派（事実主義、社会学主義、経済主義、心理主義、歴史主義）にも先験的観念論の学派（論理主義、規範主義）によっても等しく共有されている近代哲学、近代諸科学の伝統には終に満足を得ることができないという認識に立たされている。

経験主義学派は、心を一つの消極的に物事を受容する実体と見做し、又、心の印象を様々な偶有性から成る個別的世界を形成するものと見做すところの暗黙の前提に依拠しており、このような前提に立てば、そのあとにはそれらの個別的属性とそれらの間の個別的關係を説明することしか残らないわけである。即ち、同一性とか時間や空間といったものが實在の世界と全く関連づけをもたないと断定せざるを得なくなり、現在の瞬間の独在論に帰着する外なくなる。経験主義学派は、知覚経験に関して直接性知覚と呼ばれるものに関わる経験のみが知覚的経験の唯一形態である、という仮定に立つからである。この学派は、結局、意味知覚と称される経験に関して懐疑的結論に到達せざるを得ず、その帰結は本質的に時間を純粋な継起と見做すという素朴な仮定に立つ思考様式に基いている。確かに、時間なるものは我々の経験する行為の継起として、様々な出来事の継起として認識されてはいるけれども、実はその継起というものは単なる継起にすぎないのではなく、順応なのである。具体的なるものとしての時間は、或る状態の他の状態に対する順応であり、より後のものより以前のものへの順応にあるのである。従って、純粋な継起などというものは、退き去った過去とそれに派生する現在との非可逆的な順応という個別的な關係的地盤を捨象して得られる抽象物に外ならない筈である。

本来、現実的存在の実体的性格というものは、様々な種類・内容の属性を付与することにあるのではなく、何よりも或る鞏固な具体的事実を、即ち、凡そ結実された現実的存在は相当程度において自己創造的な活動の中に順応されなければならないという事実を

表現することにある筈である。経験主義学派によれば、そのような鞏固な具体的事実が存在しているとは言えないわけであり、明白な「実証」という検証の前に不満足さを露呈せずには済まない。

先験主義学派は、意味知覚と称せられるものが現象世界の一因子であることを容認するのであるが、併し、その意味知覚は知覚に前提されているぎりぎりの所与に属してはならず、所与に関する我々の考え方に属している、と主張する。即ち、知覚された世界に関する我々の意識は我々に一つの客体的体系を生じさせるのであるが、この体系は「単なる所与」とその所与に関する我々の様々な「思维様式」との融合である、と主張する。この先験主義学派も結局は単なる所与というものを「單純な生起」と見做す経験主義学派の素朴な思考様式の前提を受容しているわけである。

我々が今日、如何しても本心からは馴染めないのは、この單純な生起という考え方である。ただ単に生起するだけというようなのは何もない筈なのに、そのようなことを信じさせようとするのが、時間を純粹な継起と見做す考え方なのである。従って、單純な生起、純粹な継起という教説の抽象性を看破する立場では、凡そ直接に把握された世界というものを形成する過程にあつて、先験主義学派のいうような構成的思维或は構成的直観の介入を支持するような根拠は何もない筈なのである。要するに、個別的な事実を分析することによって普遍的な真理が発見し得る筈である。何故なら、経験の中で与えられているという性格の所与の總ては、同じようにその経験行為と宇宙の安定した現実との時間的關係のもつ特殊な性格を表明している筈だからである。

経験主義学派も先験主義学派も、何らかの理由で意味性が直接に知覚されるという實在論の見地を捨てて、それは所与に関する或る種の思维或は判断を所与の中に持ち込んだのだと見做しており、経験主義学派はそれを思维の習慣であると称し、先験主義学派はそれを思维の範疇形式であると称するわけである。ただ単なる所与というのは純粹な感覺所与だけだとするとこれら兩学派の主張に従えば、意味知覚を重要視したり、それを前提にしていることを例示するような行動を重要視したりすることは、主として高次の有機体の最良の瞬間における特徴でなければならぬ筈であるが、これは実証されないように思われる。蓋し、意味知覚の機能があるということ、現在の事実が直接的過去に有無を言わず順応しているということは、低次の有機体の方が、その外見的行動においても、意識においても、より顕著であるからである（Whitehead）。

我々が、事実主義にも論理主義にも——所謂経験主義法学派にも規範主義法学派にも——眞の満足を見出し得ないことの理由を更に深くつきつめるためには、我々の知覚様式を反省してみる必要がある。その探索は、近代の法学研究とその業績のおびただしい集積を前にしての一種の戸惑いと、今日その末尾に連なって概して同じき様式と同じき態度方法で生を食んできた者の漠然とした喪失感、不安感、危惧感とが、少くとも単なる個人の私的感懐に過ぎないのではなく、相当の客観的理由のあることであつたということを実証するような一個の対象把握の方法が可能なることを示唆してくれるものと思う。

我々の経験の一部分は処理し易く、我々の意識の中で明確な形をとつており、思い通りに再現することも容易である。併し、他の種類の経験は、どのように執拗なものであつても、漠然とつきまといつて統御し難いものである。前者は、裝飾的な感覚経験を含んでゐるにも拘らず不毛なのであり、我々自身の肉体が演出した偶然的な見せ物の世界を展示するのである。これに対し、後者は、我々自身に直接的にのしかかってくるところの過ぎ去つたばかりの事物との接觸によって重々しい経験をなすものである。前者が直接性知覚の態様による経験であるのに対し、後者の経験は意味知覚の態様の経験であり、前者が極く僅かの高次の有機体を支配する経験であるのに対し、後者の種類のものは原始的な有機体を支配する経験であると考えられる。

直接性知覚の契機は、我々の内部から生じるのであつて、その契機は、我々がその挑戦を受けられるか退けるかによつて、強化や抑制或は多様化という作用を受けるものである。一方、意味知覚の契機は、我々の外部から生じてくるものであつて、我々を結果させる世界の性格、我々が自己形成する場合の条件というものをあらわにする。我々の本性は、意味知覚というものに順応しなければならぬ。従つて、過去からの意味知覚は、現在における我々の直接性知覚を与える一因子である。我々の現在の経験がどうしてなるのかということ、我々における過去がどのようなものであるかということに必ず順応しているからである。直接性知覚の態様における経験は、我々の直接的な諸感覚を対象に投影することによつて起るものであり、この種の知覚経験は、我々の周囲の直接的な世界に関する経験であり、その知覚経験にあらわになる世界は、我々自身の肉体の関連ある部分が直接的にどのような状態にあるかということに依存し、様々な感覚所与によつて飾られた世界である。人間にとつては、この種の経験は、現在の世界における空間的領域や關係を示す点で、特に生々しい明晰な経験に外ならない。この種の経験に現れた様々な同時的出来事は、相互に関連性を

持ちながら、なお一種の相互的独立を保持する。それに対して、意味知覚の態様における経験は、時間的順応を知覚することであり、そこに諸々の出来事の能動的な一面が現れる理由がある。この順応の原理を容認しない限り、如何なる有用な一面などあり得ないことになり、この能動的な一面の明白性こそ順応という事実を知覚することが持つ明白性と考えられる。因みに實際行動の上では、我々は現在が直接的過去に順応するという事実を決して疑いはしない。その事實は、直接性知覚の場合と同じ自明性をもって、経験の究極的な生地に属しているからであり、現在の出来事というものは、直接的過去の現実的性格によって課される諸制約に従いながら結果してくるものだからである。こうして、直接性知覚による経験が比較的空虚であるのに対して、意味知覚による経験は深い存在の意義をあらわにするものとしてあるということが、高次の有機体としての人間の存在を条件づけると考えられる。直接性知覚によってあらわにされる世界というものは、表面き千変万化の色彩をもっていて、あてやかであるように見えるけれども、もともと束の間の世界であって、本質的に無意味なものと言ふ外はないのに対し、意味知覚の中にあらわにされる世界にあっては、一見極めて漠然としていて不分明で把握し難いけれど、あらゆる出来事が自らの個性をもって影響を及ぼしていくものとしてある。

人間は概ね、これら二つの知覚態様を時間の経過の中にあって、一つの強烈な情緒によって或る種の幻想の中で融合させていることによつて、意義深い存在の次元を体感することができている筈である。併し、時として人間は、事物の本性における因果的要素に注意を向けることから過勞に陥ることがあり、そのような或る疲勞した瞬間において、突如として弛緩がやってくるものである。そのような場合には、意味知覚の経験が退き去つて、世界の単なる表象的・提示的側面がその本来的な空虚感・無意味感をもつて人間存在を圧倒することが知られる。こうした時、そのような空虚感・無意味感の共同社会的規模での肥大化を逸して、個人と社会の相互的連関を保障するものとして発達した一つの機構が法的象徴作用であると考えられる。甚盤なき価値、規範の充満は突然の斷層に足をすくわれるものであり、価値、倫理規範に無関心を装ったり、困い込んだりする思考模式にあっては不満足感が蓄積される。何れにしる現実社会の「階級」対立、存在次元の負因をくらし、閉ざされた階層構造社会を温存する結果となるため、人間存在の二分裂を生じて自然の二元化を追認し、その現実へのめり込んでしまうことで、結局、人間の存在意味の一元的脈絡を放棄してしまう安逸さにかまけることになる。法が社会的正義を食いちらすことになり、公平たるべき法が、人間の幸福を細分化し、人間の表現の

機会を不公平分配することに秩序維持の口実を与えることになる。庶民の人生にあってみれば、悪循環の踏み車を空転させるという苛立ちと徒勞感を背負い込みつつ、権力の秩序体制へ、様々の外的裝飾と喧伝とに半ば意識的に酔いしれて、くるまり込んでゆくこととでは半ばの苦渋を馴らすというようなあり方が半ば永続化し、恰も将来に亘って自然な確定した事柄のように思わしめることになる。あからさまな幻想、事実を隠した欺瞞、巧妙に擬装された権力強制、反射的な利益誘導、その他宗教的・民族的狂信といったものによる統治の事実上の違和感と原理的矛盾を感じずる中から、自ら広い意味の根底的な意味としての象徴作用が再確認される。それは、これまでも個人を社会と社会を個人と協調させ、人間を自然と自然を人間と感知させ、人間の現実存在性と倫理的・審美的存在性とを融和させ、要するに人間の形而上的意義を法的側面において投影することの一階梯に外ならなかった。これは殆ど誰もが願う陳腐な事柄にすぎない。問題は、寧ろ如何なる方法をとりとうとし、その志を如何に処理しているか、ということにある。ここに象徴作用は、そのような方法の大前提を表わし、そのような志を代弁するものとして理解される。

さて、二つの知覚的経験の中、一つは直接性知覚という装いの下に現実存在を客体化し、今一つは意味知覚という装いの下に現実存在を客体化するものであった。これら二つの知覚的経験を一つの知覚に融合する綜合的活動が「象徴的関連づけ」と呼ばれるものであり、二つの知覚的経験によって夫々明らかにされた様々な現実が象徴的関連づけによって同一視されるか、或は少くとも我々の環境の中で相互関係あるものとして一緒に結合される。このようにして象徴的関連づけが行われる結果、現実の世界は実際に我々にそう見えるものとなるわけであり、その世界のあり方は、感情や行動等を産み出す経験的所与としての世界であり、最終的には、我々の心性がその概念的分析をもって介入してくる場合に、意識的な認知の主題となるものとしての世界に外ならない。要するに、外部的世界に関する知覚経験の二つの態様の間の象徴的相互作用の中に、人間の象徴作用はその起源を持たされているわけである。同じようにして、社会象徴作用のもつ社会生理学的意義があらわになる。

象徴作用は様々な有用性をもつが、生活における象徴的な要素は放埒に走りがちであって、人類の生活はその象徴的な裝飾物によって圧倒されてしまい易いものである。従って、余計な象徴的余剰物を間断なく刈り取って行く過程や、常に新しい象徴表現を求めて未来に向って適応して行く過程は、あらゆる社会にとって必要不可欠な機能となる筈である。一般的には、社会構造の変化に古い

諸象徴をうまく適合させて行くことこそ法政策の面における英知の表徴と言わざるを得ないし、時として、象徴様式にも革命が必要なることを認めざるを得ないであらう。

ただ、往々にして象徴作用に対する聊か性急な反撥も起る。即ち、実際的な人々は、事実を欲するのであって、象徴といったものを欲しない傾きにあるし、犠牲や危険を賭してでも厳密な真理を手に入れようとする理論的知性人は、象徴を単なるまやかしたとして、真理の内奥の聖所をおおい歪めるものとして、象徴を排除してしまいがちである。こうして、象徴作用に反撥することは、文明社会における特徴的要素として目立つところであり、この批判が、組織された社会の実際の能率という側面と思想の指導という側面とにおいて、健全な文明の達成に必要な功績をあげてきたことには疑いが無い。

併し、象徴作用は、どのように追ひ払おうと努めても、必ずもとへ戻ってくるものの如くである。象徴作用は本来、ただ単なる無益な思いつきであるとか、社会の腐敗した退化現象とかいったものに過ぎないのではないからである。それは、高度の有機体である人間生活の生地に固有のものだからである。象徴作用を排する法・国家観・刑法学説が大筋において招き寄せたのは、むき出しの本能の力による社会秩序の維持という機構であつたし、独占的国家権力による管理体制の徹底のあまり多様性を窒息させる現象であつたように見える。ただ、それが必ずしも全く無意義であることはできないのは、現実の国民、現実の共同社会が全く論理的に権力に吸収されたり、無個性化されたりするわけではないからである。そのような最中にも、法的構成員、社会共同体は、特異なやり方で服従を示し、特異なやり方で非個性化を擬態し、あらゆる代替通路、多重構造を考えつくものである。これらの事柄も、更につきつめて原理的に説明を求めなければならぬものとしてある。

象徴作用の実例を検討するに際して、主要な困難は、正確なところ何が象徴されつつあるか、というところを確定することである。象徴は十分に明確であるが、象徴の背後に横たわるものを分析することは極めて困難なことが多い。例えば、戦時代にも亘る法形式にあっては、その象徴的解釈は、それが可能な限りにおいて実際の法規則そのものが変わるよりも速かに変化するのが常である。又、この変遷の最中において、同じ法的象徴が異なる人々にとっては異なる意味をもつに至るし、如何なる時代であれ、或る人々は過去の支配的心性を持ち、或る人々は現在支配的な心性を持ち、未来の支配的心性をもつものもあり、更には決して曙光を見ることのないで

あろうと思われる心性をもつ人々もある。これらの多種多様な集團に対して、或る古い法的象徴様式は様々に異なる色合の漠然とした意味を担って現れる。

こうして、高次の有機体である人間の如何なる社会生活においても、象徴作用には必然的に結合力と破壊力とが伴わずには済まない。抑々生命の出現ということも、有機体の側における自由の要求として、個体性の或る種の独立要求として把えた方がよりよく理解できる。ところが、この感受性ある個体性が出現したことの直接的な結果は、その社会というものの寿命を例えば岩石という低次の社会形態の何億年というものから、高次の有機体の社会の数百年乃至数十年にさえ減少してしまうことであつた。國家・社会生活というものは、この個人的特異性の主張によって導入されることになる破壊的な諸要素に常に直面させられざるを得ないわけである。このことの認識から明らかになることは、我々は、一方で社会的保存という要求と、他方で自由というものに派生する不均一性・多様性・特異性という逆の刺戟とを、二つながらに必要とするということである。即ち、社会は、それに属する諸個人の多岐性・多様性・特異性を包容しながら円滑に運営されなければならないということである。これに対しては、環境の社会的性格によって諸個人に負わされている端的な因果的負因というものからの反動があつて、これは最初盲目的な感情的衝動という形態をとるものである。併し、やがてそのような衝動は批判を受け、理性によって逸されるようになり、かくして本能的反応へとあからさまに衰退する代りに、社会生活の様々な目的を象徴的に表現する様々の形態が入念に導入されてきたと言える。環境の影響力に否応なく本能的に順応する態度は改められ、例えば法規範の象徴作用といった様式に置きかえられることになつたと考えられる。このような象徴作用は、思考の関連域を表現することによって関連ある思考を可能にすると同時に、自動的に行動を指図することもでき、然りとすれば、個性を抑圧する本能の力の代りに、社会は、公益を保存すると共に、個人的立場をも保存する象徴の能動性というものを獲得できる筈である。

要するに、本来社会組織は、本能的行動という盲目的な力と習慣や偏見をめぐって群る本能的感情という盲目的な力とによって結合を維持されている、というのが實在論の立場であると考へなければならぬ。従つて、文化的進歩が必然的にその社会の保存に益する傾向があるとは言えないのであり、既して言えば、まさにその逆こそが真であることの方が多いわけである。併し、我々は非合

理主義に陥るいわれはない。度々挫折するにも拘らず、理性というものは、重力と同じように、究極的には偉大な社会の創造者と言わねばならず、その際に象徴的表現というものは、本能に情緒を追加することによって社会を保存すると共に、本能的反応の代りに社会生活の目的を描写することによって理性に足場を提供する筈である。

象徴も、それ自体では直接的関連づけの力も自動的な願応をも惹起するには不十分な、単なる不毛な事実に過ぎないわけである。どれほどに反復を繰り返しても、ただそれだけでは自動的な服従を確保することには足りないのである。象徴は、實際的に我々の精神的本性にとって本質的なものであるとして漠然と把握されている諸觀念に対する忠誠を喚起することができるに過ぎないのである。それでも、効果的に働く、我々の本性は、それに反抗する総ての衝動を棚上げにするほどに奮起され、所要の行動反応が生起せしめられることになる。結論的に言って併し、我々が象徴作用に目を向けるのは、現実存在を把握したいが故に外ならない。この現実存在というものは、直接性知覚経験に投影された「感覺所与」というものに比して、確かに曖昧であり、明確性を欠いていて、処理し難い性格を帯びているにも拘らず、諸事象に亘って統制力を及ぼしており、諸有機体の諸出来事の力の源泉をなしており、それ自らの内的生命を保っており、夫々豊富な内容に満たされており、夫々その本性の中に世界の運命が秘められている当のものなのである。その為にこそ我々は、そのような現実存在を認識・把握することを切望するわけである。

かくて、我々は象徴そのものを享受しはするが、それをそれ自体として享受しているわけではないのであって、それらの意味するところまで浸透せんが為に享受するのである。というのも、象徴そのものがそれらの現存在事物の意味を創出するわけではないからである。もともと、我々に反作用を及ぼす現実の能動的なあり方という形態における意味は、我々にとっては、それ自体で存在するものである筈である。ただ象徴は、我々のためにそのような意味を発見するのを助けてくれるものとして有意義なのである。しかも、我々が象徴においてその意味を発見することができるのは、生物有機体がその環境に適応してきた長い過程において、自然が象徴の有用さを教示したからに外ならない。そのことが我々を発達させ、我々の投影された感覚が、一般に重要な有機体の位置すべき領域を指し示すようにしてくれたのである。

人類によって使用されている象徴作用は、如何に人為的・派生的なものであるとはいえ、単なる意味の指示にすぎないのではなく

て、總ての有効な象徴様式においては、或る種の審美的特徴が共有されている善である。意味というものは、象徴によって直接に醸成された情緒や感動を獲得するものであつて、広い意味の美的構成の基礎をなしているものことに外ならない。このように、象徴作用というものも結局、経験の統一性は多くの組成物の統合によって生じるものであり、しかも、この経験の統一性は何ら神秘的な事柄ではなくして、分析を可能にするような複合性なのであつて、それを構成する経験的組成物として決して単に無差別的に一緒にされたというような無構造の集合体などではない、という事実を例証する一例に外ならないであろう。経験を組成している夫々の事物は、自らの性格そのものによって他の組成物と或る種の潜在的な組成的關係に立っているわけであり、一つの経験行為であるところの現実的な具体的事実を構成するものは、この潜在能力が実在する統一体へと転化する力に外ならない。

このように、人類が遠隔の環境や問題のある未来に対して高い感受性を達成できるのは、その入念な象徴的移行体系の助けをかりてであることが理解される。併し、その象徴的移行が人類の知覚経験の中に、むやみと不適當な性格のものを持ち込む危険があるというのも本當である。社会的象徴行為の單なる自然の成り行きによって人間社会の存続が保たれたり、社会の有利な進歩が達せられたり、人間の幸福が満たされたりするわけではないのである。人類の経験が豊富に警告するように、その反対のことが本來的に本當だと言わざるを得ない。人類の如何なる共同社会・國家も、その象徴作用体系が一般的に重要な問題について成功をもたらすようなものでない限り、存続することはできず、特に法規規や行動規範というものは、概して有利な象徴的相互連関を助成するような組織的な行動を社会構成員に提供し、押し寄せようとする試みに外ならない。その際、重要なことは、その種の規範・規律・範型は總て理性の光に照し合わせた修正・改訂を必要とするということであり、その場合に達成すべき目標は、共同社会・國家をそれを構成する諸個人に従属させると共に、諸個人をその共同社会に従属させることに外ならない。

自由な社会を営む技術は、単に象徴体系を維持するだけでなく、何よりもその体系が理性を満足させる諸目的に必ず役立つものであるように、その象徴体系を恐れることなく修正し、変革して行くことである。時として、革命的態度も避け難いことがある。

このような思考は、何ら特異な主張ではなく、或る意味で最も正統的な現代実在論の立場を忠実に要約したに過ぎない。