

研究ノート

現代アメリカ法学における判決形成過程をめぐる理論の展開

中村 秀次

一

一般的に言って、生きられる世界の単位としての「出来事」に立ち会う個別者の認識様式が、その時点における「社会」に支配的な観念形態を生成するものであり、法学における理論の発展も、この「社会」の一定の観念形態と相関的である。この一般的な言明が少しく有効性を得られるためには、先ず幾分の制約が必要であり、以下の論述は、言うまでもなく、すべてこの不完全な、制約を受けた世界の描写である。

さて、法学運動を社会変化に対するイデオロギー的応答の一樣式と見る視座は、変化しつつある社会的要求に適う法観念と哲学の存在を示唆するし、それらの観念の健否を評価するよりも、その発展様式並びに現代的機能を検討する方がもっと実り多いと告げるであらう。<sup>(1)</sup>

この新たに反省されている観点から、過去一世紀におよぶアメリカの法学批評の発展をG・E・ホワイトの諸論稿に依拠しつつ跡づけ、若干敷延するものである。<sup>(2)</sup> 次のようなその主張の要点は大方是認されてよいと思う。要するに、批判的法学派は、国家の将来にとって中心的と思われる社会的要求に應えて生れ、その活力をその要求に依拠しているということである。<sup>(3)</sup> 所謂社会学的法学からリアリズム法学への展開は、革新主義運動からニューディールへの社会変化との対応で捉え返されるし、前後をはさむ機械的法学と所謂コンセンサス法学も日々相応する社会哲学を擁している。そして、七十年代の「少数派」の要請も、六十年代以降の社会変化の意識とパラレルである。

このようなアメリカ法学の視点は、同時代のアメリカ史学界に端的に見られるような思考態度の枠組の変化とも並列的である。要説すれば、三十年頃を境として、従来の客観史学、実証主義史学に代って、革新主義史学がアメリカ史学界を風靡することになった。<sup>(4)</sup> 戦後新たに、保守主義史学ないしコンセンサス学派の抬頭を見るに至り、ニューディールの位置づけをめぐって、革新主義史学と対立した。<sup>(5)</sup> 革新主義史学は、一般にニューディールを保守派との抗争におけるリベラルの勝利と捉える党派的な立場に立ち、進歩派の改革の実験の中に反共改良主義のビジョンを求め、ここにニューディールの現代的意義を見出そうとする。他方、保守主義史学の多くは、イデオロギーの終焉と呼ばれる状況の中で、逆に党派性の否定ないし革命の不要性を打ち出し、この観点からニューディールを反共の論理の中に組み込んで来た。ところが、六十年代のアメリカ急進主義から影響を受けた世代は、これまでの何れの立場にも反対して、アメリカ史の再検討に着手し、ニューディールの本質をめぐっても新たに議論を始めた。<sup>(7)</sup>

彼らは、ニューディールと過去との継続性を認める故に、その本質の保守性を鋭く批判する。古いリベリズムは、ニューディールの中に実際的方法で社会問題を解決すべきアメリカの能力の弁明を見出して来たわけであるが、その

改革の欠陥とその成果の不毛さが摘発されることになる。ニューディールは、政府が社会に向ける外見ないしアプローチに重要な変化をもたらしたとしても、アメリカの社会構造そのものに対しては衝撃を与えるものではなかった。ニューディールは、時には左翼理論を模倣しながらも、大胆な経済改革にはふみきることができず、企業権力に対する実質的な攻撃を回避し、結局以前にも増して強力な資本主義体制を戦後アメリカに譲渡することになった<sup>(3)</sup>と理解されたからである。

以下は、二十世紀の残された年々におけるアメリカ法学の指導的理念を求めて、G・E・ホワイトの与えてくれる枠組みを是認しつつ、幾分のコメントを付して、西欧の理念のみならずアメリカ的社会様式を色濃く染み込ませた我が国の社会の情況を把握し得べき法学の普遍的な方法への情念を想い起そうとするものである。

注

- (1) この視点は、ヘーゲルの歴史哲学に近代的縁由をもつ。ダントレーヴ・久保(訳)「自然法」一〇八頁以下参照。
- (2) G. E. White, "From Sociological Jurisprudence to Realism", 58 Va. L. Rev. 999(1972): "The Evolution of Reasoned Elaboration," 59 Va. L. Rev. 279(1973); The American Judicial Tradition. Oxford University Press 1976. ホワイトの問題意識は、新しい問題次元への関心領域について、左翼の理論がアメリカの大学の内部から展開されるようになった時期において比較的妥当な認識を示してくれる。然し、法理論化、制度化への歩みには困難な局面が少くない。
- (3) 三十年代の反映論の図式はハリスに見られる。R. C. Harris, "Idealism Emergent in Jurisprudence", 10 Tulane L. Rev. 169, 177(1936).
- (4) 斎藤真「共和党政権下のアメリカ合衆国」岩波講座世界歴史二六卷二四九頁等参照。

- (5) 斎藤・新川「ニューディール政策の展開」岩波講座世界歴史二七巻三七頁以下、新川 ニューディール 近藤出版 昭四八年参照。
- (6) 経済的側面を主とした新左翼的史観の全体像については、高橋章「アメリカ帝国主義の特質に関する一考察」大阪市大人文研究一九卷八分冊七五頁等参照。
- (7) 安藤次男「ニューディール期の政治」立命館法学一〇二号五八頁、小林清一「ニューディールと資本主義の組織化」思想一九八三年一月号六九頁、Gabriel Kolko, 'The Triumph of Conservatism' (Free Press 1963); W. Williams, 'The Contours of American History' (New Viewpoints 1973); W. Williams, 'Americans in a Changing World' (Harper & Row 1978).
- (8) 社会権力と福利とは、初めにさうであったように終りにあっても基本的に同じ手の中にあった。B. Bernstein, 'Towards a New Past' 149(1968); O. Graham, 'An Encore for Reform' 171(1967) in D. Ayer, 'In Quest of Efficiency', 23 Stanford L. Rev. 1049—50(1971).

## 二

一、一九世紀末の裁判官の多くは、厳格な解釈論者であり、財産権の頑強な擁護者であった。<sup>(1)</sup>南北戦争以降、産業および科学技術の発展にともなう州際貿易が活発化した。それを背景にして、国家的規制に対しては重大な抑制が加えられることになり、自由放任が時代の合言葉となった。その根底には、経済は規則的に昇降する運命にあり、市場の法則は健全であり、人間は分別と予測可能な本性をもつという確信が横たわっていた。普遍的絶対的原理——自由競争原理、自己規制原理等——を発見すれば、政治、社会、経済の理論は自ら明らかとなるというのが時代思想であった。<sup>(2)</sup>

法学も同様に普遍的原理にひきつけられた。ただ、数世紀にわたって、財産権は国家から引き出されるという理論が行われていた所では、政府の干渉から自由な絶対的私有財産権という観念は、保守的というより革命的といえないこともなかった。裁判所が政府の規制から製糖会社を保護した時<sup>(3)</sup>、個人と国家の関係の変化が認知されていたわけである。然し、別の意味において、個人財産権に対する裁判所の保護は保守的反応に外ならず、経済的に不利な地位にある階級に対する政府の援助を拒けるものであった。そのような視点からみれば、所謂ロックナー判決<sup>(4)</sup>は、一九世紀末の思考様式が二十世紀へ受け継がれたことを示したものであり、無拘束の産業資本主義の邪悪さを象徴するものに外ならなかった。レッセフェールは貧困を深刻化し、特殊利益を生み出し、独占とトラストを助長し、農民と労働者を差別するものと映った。経済規制の欠如は経済権力の無拘束の暴威に導き、代表機関の墮落を生み出すものであった。統治諸部門は、これらの状態に無関心であるか盲目であるようにみえた。<sup>(5)</sup>

これらの批判を一つに結びつけ、それらに理論的基礎を提供したのが革新主義運動といわれるものである。<sup>(6)</sup>この運動は、社会の持続的発展への信念とそれを福利的目的へ進歩的に方向づけ得べき人間能力への信頼とに基づいていた。進歩を達成するには、政府がバターナリズムによって共通善をおし進める必要があった。こうして、革新主義者は、特殊利益集団の党派的代表者の代りに、中立の専門家を重要視したし、議会と裁判所を犠牲にして、主に行政規制の形で執行部の権限の拡大を擁護した。福祉立法を主張し、それに対する司法部の寛容さを希求した。又、裁判所に對して、社会経済的狀態に即応できないことで批判し、放任された産業構造によって生み出される不規則性に十分注意を向けるよう求めた。

二十世紀初めに、パウンドは、実務家に対して形式論理的前提から判決を演繹するという方法を捨てよう勧請し

た。<sup>(7)</sup> 既存の法体系に対する不満の増長に依えて、健全な社会的、政治的知識に基づく法の哲学を要求した。<sup>(8)</sup> 形式論理的に理由づけられた原理・原則は、環境に適応することがないために、その実際の運用に当って法の目的をくじくことにならうと主張した。<sup>(9)</sup> 更に、当時の法学界を支配していた所謂機械的法學をあばき出し、<sup>(10)</sup> 明晰判明な法の哲学としての社会学的法學を告知した。<sup>(11)</sup> この方向は、ビンガムによって支持された。彼は二個の要点を指し示した。第一に、法・原理・原則は単なる精神過程に過ぎないということ、従って、裁判所による法の宣言を權威的な事柄とみなす主張は、認識内容を認識形式ないし表現様式と混同するものであるということ。<sup>(12)</sup> 第二に、法は具体的現象の外部的表現であるから科学的に調査研究されるということ。<sup>(13)</sup> 彼は、裁判運用上の變化を予知し、法學者が事件の原因および効果を究明する仕事に専心するならば、その運動は真に永遠の進歩へ向けて制御され得るものと考えた。<sup>(14)</sup>

このとき、ホームズ、パウンド、ビンガムは、裁判所の効果的な機能は、普遍的原理への服従によって達せられるのではなく、裁判のもつ社会的意味連関の理解からもたらされると示唆する点では一致していた。然し、それを超える段になると立場の相違が現われた。ホームズは、知的進歩とか社会變化の名の下に肯定的提案を行うことには消極的反応傾向を示した。<sup>(15)</sup> パウンドとビンガムは、法學上の改善提案には共に積極的な関心を示したが、社会に共通の道德原理の役割に関して意見を異にした。革新主義の要点は、一致する道德的価値を基軸として、變化發展する社会の持続性と安定性が保たれるという信念であった。社会は不斷に變化の過程にあるとしても、誠実、勤勉、節制のような一定の行動原理は変わらないと考えられていたし、効果的な社会計画とは、そのような原理から出發して理想的な社会目的を達する企行であると信じられていた。<sup>(16)</sup> この二人の思想の隔たりは、二十年代と三十年代におけるアメリカ法學の亀裂を象徵する。<sup>(17)</sup>

ビンガムは、ある方法が特定の結果を生ずるに効果的であるとすれば、その方法は、有効性という意味において正しいかも知れないが、道徳的内容の正否を測定する客観的手段はないと論じた。日常的行爲の道義性に関して、潜在的に優勢な世論が存在することは認容されたが、それは不確定であり、多様且つ不明確であって、その時代の指導的な意見との間には甚しい隔絶があるということも認識された。従って、道徳問題をめぐって世論に一致がみられるとしても、それは法律問題に関して何ら決定的発言権も認められない。<sup>(18)</sup>このビンガムの立場は、裁判官は伝統的法原理ないし支配的公共道徳の標準によつて拘束される必要はないという帰結に導かれる芽をはらんでいた。

パウンドは、この点にリアリスト的形態の危険性を看取した。<sup>(19)</sup>反省の第一点は、機械的法学非難の緩和である。一九世紀末の判決形成理論は、事実とは一致するところがないとしても、裁判所を指導すべき理想を表明していたことが認識された。機械的法学の誤りは、法秩序の理想を機械論的に公式化した点にあつたのではなく、この理想を全ての領域へ拡張しようとした点にあるとされることになつた。<sup>(20)</sup>第二点は、個人生活への社会的拘束という観念である。社会問題に対して個人的アプローチが過ぎるとして、裁判所は批判されていたが、今や裁判官が共通の道徳を反映することが認められるに至つた。

パウンドの社会学的法学は、第一に、変化の中に持続性を認めたいという願望、第二に、社会の結合の基礎として道徳的価値を温存したいという要求の二点で、革新主義運動の社会理論上の仮説と一致する。文明のある時点の社会的関心と判決形成技術との双方に、何らかのコンセンサスがあるべきであり、裁判官はそのコンセンサスに従うべきである、というのがパウンドの結論であつた。<sup>(21)</sup>

注

- (1) 一七世紀以来のアメリカ法哲学の発展について次のものを参照。Morris Cohen, "A Critical Sketch of Legal Philosophy in America," in *Illam: A Century of Progress* 266(1937).
- (2) G. E. White, "From Sociological Jurisprudence to Realism", 58 Va. L. Rev. 999(1972).
- (3) U. S. v. E. C. Knight Co. 156 U. S. 1, 39 L. Ed. 325(1895).
- (4) Lochner v. N. Y. 198 U. S. 45, 49 L. Ed. 937(1905). ベン製造業者に対する労働時間規制法の無効性に関するホームズの反対意見は、新しい法学の展開を示した。
- (5) 機械的法学は、ラングデルとその学派(Ames, Williston, Beale, Thayer, Brunner)に代表され、それに批判的なのがホーマス・グレイ、パウンドの思考態度である。Morris Cohen, *supra* note 1, at 287 et seq. 松浦好治「Law as Science」論と一九世紀アメリカ法思想(一)ラングデル法学の意義」中京法学一六卷二号参照。
- (6) アメリカ帝国主義形成期における革新主義の政治について、清水「アメリカ帝国主義の形成」岩波講座世界歴史二二卷二四七頁参照。尚、高木八尺「米國政治史の研究」、原典によるアメリカ発展史、福本「アメリカ史における革新主義の問題」史淵五九輯六七頁、太田「アメリカ政治史における革新主義の発生」法学研究三四卷八八一頁、山田「進歩主義運動と政党政治」歴史学研究二二九号一三頁参照。
- (7) ドイツにおける社会学的法学ないし事実探究の理論の発展と関連させた文献として次のものを参照。Arthur Nussbaum, "Fact-Research in Law", 40 Colum. L. Rev. 189 (1940).
- (8) Pound, "Do We need a Philosophy of Law?" 5 Colum. L. Rev. 339, 344, 351(1905).
- (9) Pound, "The Need of a Sociological Jurisprudence", in Roscoe Pound and Criminal Justice ed. by S. Glueck 87 (1965)(ori. 1907).
- (10) Pound, "Mechanical Jurisprudence", 8 Colum. L. Rev. 605(1908).



- (1) Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence," 24 *Harv. L. Rev.* 591(1911) & 25 *Id.* 489(1912). 理論の現実的社会的効果の研究並びに法の衡平的適用への信念の下に、裁判官は法原理の幻想的現実性を避けて個別原因の合理的公正な解決を行うよう主張している。変化する社会現象の理解、専門科学者による社会計量化の信念、衡平と正義への執心は、革新主義に固有の特徴であった。尚、次のものを参照。パウンド、星野・北川（訳）法律哲学概論、堀「アメリカにおける社会法学の発達」法学研究五巻七三頁、峯岸「パウンドのアメリカ法概論」法学研究五巻。
- (2) Joseph Bingham, "What is the Law?" 11 *Mich. L. Rev.* 1, 109(1912).
- (3) Bingham, "The Nature of Legal Rights and Duties," 12 *Mich. L. Rev.* 1 (1913).
- (4) Bingham, *supra* note 12, at 119-121.
- (5) Cf. G. E. White, "The Rise and Fall of Justice Holmes," 39 *U. of Chicago L. Rev.* 51(1971). ホーレスは本論文において、各世代によってホーレスがどのように理解され、神話化され、神格化され、客観的理解に与っているかを跡づけている。トウスターはホーレスの内奥を観照している。Touster, "In Search of Holmes from Within," 18 *Yancl. L. Rev.* 473 (1965) in G. E. White, *ホーレスは大智者として眺めよう*。Rogan, "The Judge as Spectator," 31 *U. of Chicago L. Rev.* 213 (1964). ヴェンントタインはホーレスを深甚な保守主義者と断った。A. Bernstein, "The Conservative Justice Holmes," 23 *New England Q.* 435 (1950) in G. E. White, *ホーレスの懐疑主義との違和感を表明した*。Howe, "The Positivism of Mr. Justice Holmes," 64 *Harv. L. Rev.* 529 (1951); Hart, "Holmes Positivism," 64 *Harv. L. Rev.* 929 (1951). ホーレスに関する文献は日本法学四一巻一号に題載されている。
- (6) 「革新主義者は言わば絶対主義者であると同時に相対主義者でもあった。」G. E. White, *supra* note 2, at 1007.
- (7) *Id.* at 1008.
- (8) Bingham, *supra* note 13, at 1-3.
- (9) Pound, "The Theory of Judicial Decision," 36 *Harv. L. Rev.* 641, 802, 940 (1923). 同様の考えはカーン・ロビンソン

でも表明された。守屋(訳)司法過程の性質。ホールによれば、「パウンドは一九五四年にはその価値の理論のプラグマチックな事実に基礎を捨てたし、彼の後期の仕事は広い意味で自然法と呼ばれてよいようなものへの感受性を表明している。」J. Hall, "The Present Position of Jurisprudence in the United States," 44 Va. L. Rev. 321, 322-3 (1958) ; Pound, "The Role of the Will in Law," 68 Harv. L. Rev. 19 (1954). 確かにパウンドは自由な自己決定を称揚しているが、経験的基礎を放棄しはしなかった。五九年には、経験と共に法の発展における理想の役割を強調した。海原(訳)経験と理性による法の発見。

② Pound, "The Theory of Judicial Decision," 36 Harv. L. Rev. 825 (1923).

③ この図柄の下での裁判は、体系的、非人格的、公式的に拘束されたものであり、裁判官は主に社会的、専門的存在である。

G. E. White, *supra* note 2, at 1012. 尚、社会学的法学ならびに法リアリズムに関する学者の生年および所属等について次のものを参照。Gerhard Casper, *Juristischer Realismus und Politische Theorie in Amerikanischen Rechtsdenken*, 1967, S. 203 ff.

二、二十年代初めには、裁判官も一個の人間であるから、裁判過程は心情的、非公式的で直観的なものであると主張する所謂リアリズム法学者が出現していた。それから十年余、判決形成過程をめぐって、パウンドの基本仮定を批判する理論が展開された。<sup>(1)</sup> リアリズム法学派は、基本的価値観において、革新主義のそれと離隔するものではあったが、自分らの教師の一人としてパウンドを称揚し、ビンガムを自分らのメンバーの一人だと主張し得た。<sup>(2)</sup>

リアリズムに刺激を与えたのは、二十年代における革新主義の局面の変化であった。その運動は、その十年間に消失してはなかった。<sup>(3)</sup> 革新主義によって設置された連邦行政装置は残存していた。諸州もまた引き続き福祉立法を制定していた。然し、人間の運命についてアメリカに渗透していた楽天主義は、第一次大戦を機に衰退へ向った。革新

主義は、人間の生得の完成可能性と社会の無限の動態性との合成物たる進歩の觀念に依存するものであるが、第一次大戦は、進歩の觀念を内容空虚な信念に変えてしまった。道義性も、その古く様式化された形においては、戦争と共に衰弱し、革新主義者達はその道德原理の不可侵性を疑い始めた。大量殺戮と無意味な死の心像および社会不安の氣分を伴った戦争は、この過程を促進し、戦前の真面目さはシニズム<sup>(4)</sup>にとって代われ、社会的責任は疎隔さに膝を屈し、貞淑さは偽善と思われた<sup>(5)</sup>。この現実的態度変化と調和して、性關係の強調と人間性並びに道德に対する相對主義的見地とを伴う行動主義諸科学への関心が高まることになった<sup>(6)</sup>。

行動諸科学の主要な衝撃は、人格とか文化という觀念でさえも經驗論的に研究されるという主張であった。人間の心が經驗科学的に解明されると、社会諸制度も理解されるものと考えられたため、社会現象を研究するに當って、彼らは人格分析のために開発された心理学的技術を社会の場に適用した。更に、二十年代において政治学者をひきつけた制度分析の理論は、社会制度が機能する様式に注意を集めた。これらの研究によって明らかになったのは、人間の行動は心情的であり、度々非合理的であるということ、従って、個人的行動に基づいて外部に表われた現象形態は、現実には各個人特有の精神的所産であるということであった。この洞察は、制度宗教とか社会道德に基づく信念のような集合的行動基準系に対して破壊的な作用をおよぼすものであった。蓋し、人間の超自我から引き離され得ないこれらの信念の永遠性は疑われざるを得なかったからである。この論理の筋道をたどると、そのような信念に付した革新主義者の道德的価値は空虚なものであり、非存在ですらあるという帰結に導かれる<sup>(7)</sup>。

二十年代初めに、法学者達は、行動科学の洞察を独自の領域に適用し始めた<sup>(8)</sup>。彼らの眼には、心理学は判決形成過程へ新しい次元の洞察を開くものと映ったからである<sup>(9)</sup>。二十年代が進むにつれて、裁判過程の心理的側面への関心は

更に強まり、その理論は、実務家の間にも公然の支持者を獲得していった。<sup>(10)</sup>

ハチソン判事の勘の理論が現われたのと同じ年に、株式市場は崩壊し、大恐慌が始まった。アメリカの繁栄は所詮永続的ではなく、資本主義体制も全能ではなかった。<sup>(12)</sup> 人間は必然的に自らの経済環境の主人たる能力を有するというのは、事実ではなかった。専門家は経済政策のあやまちに必ずしも気付き得るというものでもなかった。未来が過去より一層よくなるという保証もついえ去った。戦争と経済破綻という衝撃の波を受けて、二十世紀初頭のアメリカの真実は神話としての姿をあばき出され、幻想と現実との間の溝はこれまでになく広がっているように見えた。<sup>(13)</sup>

三十年は、アメリカ法学理論の嵐の前夜であった。ルウェリンの有名な論文 *A Realistic Jurisprudence: The Next Step* <sup>(15)</sup> は、最初の意識的なリアリズム宣言であった。ルウェリンは、公職とその選出母体との相互作用に関心を抱いて、制度分析を高調した。フランクのリアリズムは、司法精神分析を強調するものであり、*Law and The Modern Mind* の衝撃は、更に著しいものがあつた。<sup>(16)</sup> 法、原理、原則の非永遠性、柔軟性、技術的性格および不確実性が暴露されることになった。裁判官の人格は、法の解釈運用における一要素であり、その結果、法は偶々事件を担当する裁判官の人格に応じて様々となるであろうという基本図式が示された。<sup>(16)</sup> ただ、フランクの真意は、一度これらの真実が明らかにされるや、もっと科学的な法的見地が考想され得るであろうというものであつた。<sup>(17)</sup> これらの宣言と共に、社会学的法学とリアリズム法学との関係は明瞭さを増した。

パウンド、ルウェリンおよびフランクは、次の諸点において一致していた。第一に、判決形成過程は、人為的な形式論理的概念を廃棄して、社会現象の科学的研究によって集められた経験的資料をもっと多く使用することによって改善され得る、という信念を有していること。第二に、専門家の存在性格と科学ならびに進歩の観念を広範に結合す

る傾向を有していること。第三に、現代法学は、社会的目的とその効果を定義して望ましい文明の方向を認知すべきだ、と論じたこと。<sup>(18)</sup> 然しながら、バウンドと主要なリアリストとは、次の二点でその立場を異にした。第一は、法規範に対する評価をめぐってであり、第二は、法における道徳的価値に関してである。

ルウェリンは、共一の社会の存在ならびに社会的目的の発見可能性という進歩主義的仮定を嘲笑した際、暗黙裡にバウンドを批判したが、フランクの攻撃は、もっと個人的で烈しいものがあつた。要するに、バウンドは、機械的法学理論の有害な結果をあげたにもかかわらず、広範な法領域の中でなおそれを正当化しようと試み、法的神話を完全に捨てきれなかったのだと言うのである。

バウンドとリアリストとの対立は、アドラーがバウンドを擁護したことによって、一段と鮮明になると共に複雑さを増した。彼は、リアリストが厳密な科学的経験論を盲信していること、形式論理学の本性を理解していないことを批判し、判決予測の中にはないとしても法の中には確実性と蓋然性があると論じた。<sup>(19)</sup> 同様に、バウンドも所謂心理学的に偏向したリアリストとの主要な相違点を三点に要約してみせた。第一に、司法精神分析に場が認められるのは評価の道具としてであること、第二に、裁判に当って法原理の機能を認めること、第三に、法過程の中に理想と価値観念の演ずる場を含ませること。<sup>(20)</sup> バウンドは、裁判官の為すことと為すべきことを分離するのは不可能だという認識を抱いていた。又、特殊事件における裁判官の行動に関する心理学的理論が現実的であると同じく、法的秩序、社会的理想の实在性に関する伝統的理論も現実的であるとの感懐を表明した。結論として、法秩序の目的の理論ならびに価値の理論をリアリズム法学の綱領に編入すべきことが求められた。<sup>(21)</sup>

ルウェリンとフランクは、直ちに反批判の稿を起した。<sup>(22)</sup> ルウェリンは、リアリストが共有する諸要素を示したが、

社会学的法学とリアリズム法学との関係を理解するのに有益なのは次の諸点である。第一に、裁判官の法創造作用を認知すること。第二に、法は流動するものであり、社会はより速やかに流動する故に、法の如何なる部分も当該社会にどれほど適合するか常に再検討を要すること、即ち、流動する社会の目的に対する手段として法を考えること。第三に、観察者の熱望とか欲求、倫理観等によって社会現象の観察が汚染されないように、研究目的の為に存在と當為を一時的に分離すること。第四に、判決形成要因としての法規範および法的一般概念に対する不信<sup>(23)</sup>。一般的に、社会学的法学者と法リアリストとの論議は、法において道徳や倫理がどのような場を占めるか、判決形成に当っての最も決定的な要因は何であるか、という点に集中した。革新主義から発展したリアリズムがその母体を脅やかすに至ったのは何故か、又、何故にリアリズムは挫折したのか。

社会学的法学の哲学的前提は、進歩主義のそれであった。変化に即応すべき統治機構の性能への信頼、変化に直面して一定の伝統的価値を維持したいという熱望、共通の社会的目的ならびに道徳価値の認識可能性への信念などがそれである。リアリズムは、これらの前提のうち、伝統的価値に対する生得の評価ならびに道徳的絶対主義へ向う傾向を捨てた。アメリカ社会は、共通の根本的な価値、伝統の上に設立されているという進歩主義者の仮定を反駁するに当って、リアリストは、統治者と被統治者との関係について異なる見解を立てた。進歩主義者によれば、エリートの公的生活への参加が正当化されるのは、彼らが支配的な道徳的関心を公衆と共有しているか、あるいは世論の注視の下で共有するよう強制され得るからであった。エリートの権威は、公衆との相互関係に依存するものであって、その専門家であるという性格とか権力的地位から引き出されるのではないと信じられた。これに対して、リアリストは、権威と民衆との関係を規定し直した。権威に対する民衆の拘束という観念は、まがい物として斥けられた。権限をも

つ人々が如何に巧妙な操作と合理化とを通してその職務機能を遂行するか、ということに関心が向けられた。それは、エリートによる統治を別のものと取り替えることを欲しなかった。権限をもつ人々がその決定を正当化するために用いる慣用法は、意思決定過程を覆い隠す婉曲法に外ならないと見たからである。<sup>(24)</sup> 社会の諸機関からこれらの人工的被覆を剥ぎ取ることによって、内部が透視され、より順調に作動するようになるであろうと推論したわけである。

リアリストの仮定は、ニューディーラー<sup>(25)</sup>によっても共有された。<sup>(26)</sup> 彼等も神話破壊者であった。私有財産の神聖祝および自助の観念を根絶する仕事を開始された。政府による経済的恩恵の分配を社会主義と等価であるとみる伝統的信念は、欺瞞として斥けられた。ただ、彼等は、理論化することよりも実験に急であり、経験主義を捧じて現実問題を解決しようという試みが勝って、およそ問題解決の哲学を入念に仕上げることを重視しなかった。低所得者層の経済的地位の改善を意図したにもかかわらず、革新主義者ほどには代表統治に関心を示さなかった。エリートによって考案され、執行される統治の実験が好まれた。そのため、行政府が重要視され、その活動は民衆の拘束を超えたものと考えられることになった。<sup>(27)</sup>

さて、ニューディールは、多様な方面からの反対に遭遇して来た。それをファシズムと同一視して批判するのも通俗的形態であった。<sup>(28)</sup> 然し、リアリストたるニューディーラーを煩らわせたのは、かつての革新主義者の離反現象であった。

リアリストとニューディーラーの世界は、統治権力の現実的集中が推奨され、伝統的な価値観が少くとも一時的に廃棄されるようなものであった。社会制度に関しても、基本的にその心理学的真実を認知することに注意が向けら

れていた。ところが、革新主義者にとって、基本的道德原理に対するその無関心な態度は、法外なものと映った。革新主義者は、この時、次の四点でニューディールを攻撃した。第一に、赤字支出を強調するその不健全な財政政策、第二に、行政部に対して無拘束の権限を過度に委託すること、第三に、競合する利益集団を調和させるといふ調停者の役割が先行して、道德的原理に基礎づけられた国民的コンセンサスが無視されること、そして、第四に、労働組合その他の組織集団が重視されることによって、伝統的な個人主義の觀念が覆えされること、である。これらの非難は、旧来の社会的、政治的行動様式こそ安定性の源泉であり、信頼の宝庫であるという信念に基づくものである。アメリカ社会には、人々の一致を見る一定の事柄があり、個人の主導性、儉約、道義性、権限の分散などがそれに数えられたのである。究極的に、革新主義者とニューディールとの間の対立は、社会学的法学者とリアリズム法学者との間のそれと同じように、道德に対する絶対主義的見地と相対主義的見地のものにとどり着いた。リアリストが、裁判官の個人的決定要素を超える法の存在を否定したように、ニューディールは、統治職員に対する道德的役割即ち制度的強制の存在を否定した。

## 注

- (1) 平良「アメリカ法を中心とした Judicial law-making に関する序論的研究」法学研究二七卷四三九頁以下参照。
- (2) リアリズム法学一般について次のものを参照。フランク 法と現代精神（棚瀬訳）。パーセル「両大戦間に於るアメリカ法理学」（碧海訳）アメリカ法一九七二—、七三—。ルウニリン「現実主義の法理学」（恒藤訳）現代の法理論所収。ギルモア「リアリズム法学——その原因と治療」（喜多川・石川訳）都立大学法学会雑誌六卷八七頁。早川「プラグマチズム・ネオリアリズム」法学講座五下二頁。丸田「リアリズム法学の生成と機能に関する一考察」法と政治二九卷一号—二七頁。高柳賢



- 三 米英の法律思潮 海日書店。鶴飼信成 現代アメリカ法学 日本評論新社。同 アメリカ法学の新傾向 新文芸社。矢崎光昭編 現代法思想の潮流 法律文化社。藤倉リブリズムの法理論八木編 現代の法哲学理論一二五頁。McDougal, "The Law School of the Future: From Legal Realism to Policy Science in the world Community," 56 Yale L. J. 1345 (1947) ; K. Oliverona, "Realism and Idealism", 26 N. Y. U. L. Rev. 120(1951) ; B. Horvath, "Between Legal Realism and Idealism", 48 Northwestern U. L. Rev. 693(1954) ; M. Sharp, "Realism and Natural Law", 24 U. of Chi. L. Rev. 648(1957) ; E. Bodenheimer, "Analytical Positivism, Legal Realism and the Future of Legal Method", 44 Va. L. Rev. 365(1958) ; Northrop, "The Mediantional Approval Theory of Law in American Legal Realism", 44 Va. L. Rev. 347(1958) ; J. Paul, The Legal Realism of J. Frank(1959) ; H. Jones, "Law and Morality in the Perspective of Legal Realism", 61 Colum. L. Rev. 799(1961) ; E. Blaustein, "Logic and Legal Realism: The Realist as frustrated Idealist", 50 Cornell L. Q. 24(1964) ; W. Rumble, American Legal Realism(1968) ; H. Linde, "Judges, Critics, and the Realist Tradition", 82 Yale L. J. 227(1972) ; E. Taylor, "H. L. A. Hart's Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism", 35 Mod. L. Rev. 606(1972) ; A. Leff, "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism", 60 Va. L. Rev. 451(1974) ; Reich, Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas, 1967 ; Löffelholz, Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus, 1961 ; Cosper, Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken, 1967 ; F. Marx, „ juristischer Realismus in den Vereinigten Staaten von Amerika“, 10 Revue L. de la Théorie du droit 28(1936) ; E. Stumpf, "L'Élément Nouveau dans la philosophie Américaine du droit", Archives de philosophie du droit, N° 5 P. 177(1962).
- (3) Link, "What Happened to the Progressive Movement in the Twenties?" 64 Am. His. Rev. 833(1959). 著者「共和政権下のアメリカ合衆国」岩波講座世界歴史二六卷二四九頁 岩波原典アメリカ史五巻参照。
- (4) フリッシ・マルクスはこのシニシズムを法リブリズムの中に見出した。F. Marx, a a o., S. 36.

- (5) 一般的には次のものがあげられる。H. May, *The End of American Innocence*, 1959; W. Leuchtenberg, *The Perils of Property* 1914-32, 1958, in G. E. White, "From Sociological Jurisprudence to Realism," 58 *Va. L. Rev.* 999, 1013-1014 (1972).
- (6) 一九世紀において学問的関心は、自然科学および物理学に集中したが、二十世紀初めに焦点は社会科学、即ち、統計学、人類学、経済学、社会学へと移行し、第一次大戦後、行動科学の名の下に推進された。モートン・ホワイトは、今世紀アメリカ思想における公式主義離反を、歴史家ヒアード、ロビンソン、政治学者ヴェブレン、哲学者デューイ、法学者ホームズについで跡をつぐ。M. G. White, "The Revolt against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century", 8 *J. of History of Ideas* 131(1947).

(7) G. E. White, *supra* note 5, at 1015.

(8) ムーアは、法制度は多くの集団の習慣の複合的集合体であり、集団の習慣は構成員の個人的習慣の集合体であり、それは本能的要求および衝動に依存すると述べた。Moore, "Rational Basis of Legal Institutions", 23 *Colum. L. Rev.* 609, 613(1923). 尚、リブリストの一連の業績に関しては、G. E. White, Rumble, ベーサル等前掲論文に詳し。

(9) ハynesは、精神的特性、社会的背景、家族的結合等の多様な個人的、政治経済的要因の判決への影響を提示した。Haines, "General Observations on the Effects of Personal, Political, and Economic Influences in the Decisions of Judges", 17 *Ill. L. Rev.* 96, 116(1922).

(10) オリファントは、事件を解決するに当って裁判官は結果と様式に直観的選択を行うと主張していた。アインテマは、裁判過程とは原理と論理とが第二次的役割を演ずるに過ぎない感情的経験であり、暗黙裡に目的と偏見が包み込まれていると主張した。Yntema, "The Hornbook Method and the Conflict of Laws", 37 *Yale L. J.* 468(1928).

(11) かくて地方判事ハチソンは自分の諸判決が主観的印象的であると告白した。J. Hutchison, "The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision", 14 *Cornell L. Q.* 274 (1929). ハチソン「直観による裁判」(河田他

訳）法と政治二六巻一六七頁。

(12) コルコは、革新主義によって主導された産業規制は結局規制者たちによって後援された産業界の利益を増したと論じた。彼は革新主義の中に深甚な保守性を見た。G. Kolko, *The Triumph of Conservatism*, 1963.

(13) G. E. White, *supra* note 5, at 1017. フォースタインは「リアリストを挫かれたアイデアリストと呼んだ。『論理的に必然的な先例を発見しようとの企てに挫かれて、法リアリストは・・・先例体系それ自体を事実上捨て去るという過大な反動に出た。』E. Bloustein, "Logic and Legal Realism: The Realist as a Frustrated Idealist", 50 *Cornell L. Q.* 24, 32(1964). ハートやワーズワーストローム等の分析学派の見方も大体同様であった。H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961; Wasserman, *The Judicial Decision*, 1961. 彼等は法規範の非決定性を無視したり誇張したりしがちな法理論を諷めている。

(14) K. Llewellyn, 30 *Colum. L. Rev.* 431 (1930).

(15) この衝撃を回顧して「アーノルドは、当時の過渡期には必要なショック療法であったが、持続的な原理を提供することは出来ないと述べた。T. Arnold, "Judge Jerome Frank," 24 *U. of Chi. L. Rev.* 633(1957).

(16) フランクにとって多くの事柄はこの命題から流れ出るものであった。第一に「判決過程は結論を以て始まるのであり、形式的論理的に前提から始まるものではないこと、第二に「裁判官の精神的偏見が判決形成の決定的要素であること、第三に、裁判官の人格の相違によってもたらされる法の変異は合理化によって隠されること、第四に「この合理化の頻繁な使用によってルールの統一性と確実性が説得されること。Frank, *Law and The Modern Mind*, 100-1, 106, 111, 154(1930). ヌスバームに依れば、公式主義に対する反駁はドイツが先鞭をつけていた(イェーリング、ヘック、エールリッヒ)が「アメリカ・リアリズム法学はそれよりもっと急進的なグループを生んだ。フランクの法精神分析理論がそれであり、アーノルドのシンボル理論はそれを推し進めたもので、後述するように、それは法科学を心理学に編入しようとして、すべての法律問題は究極的に心理学的であると述べたロビンソンの影響が大きい。ヌスバームは「アメリカ法リアリズムの過程は説明困難であるが、多分法精神分析家達を分析することによってのみ解決され得よう」と示唆した。Arthur Nussbaum, "Fact Research in Law," 40

Column. L. Rev. 189, 195-6(1940).

(17) Frank, Law and The Modern Mind, at 147. フランクは裁判官のために三つの教練を提案した。事実発見過程に専門家を用いること、心理学の方法で自らを訓練すること、正気の進歩的な法懷疑主義を求めること。彼は一年後にこれらの観念を繰り返した。"Are Judges Human?", 80 U. of Pa. L. Rev. 17 (1931).

(18) 彼等は社会工学を信じたし、法概念が社会的脈絡の中でどのように修正されるかを、法制度の現実作用の調査から発見する事を要求した。G. E. White, supra note 5, at 1020.

(19) Mortimer Adler, "Legal Certainty", 31 Column. L. Rev. 91 (Jan., 1931).

(20) Pound, "The Call for a Realist Jurisprudence," 44 Harv. L. Rev. 697 (Mar., 1931). 一、二点について、裁判運用がどの程度までルールと形式を通して確実性を達するかということに盲目なのは独断的、非現実的であると非難し、三点について、一般に受容された理想は法秩序の現実的、日常的現象であるとした。

(21) Id. at 700, 710-11.

(22) ルウエリンの論文は六月に現われた。Llewellyn, "Some Realism about Realism: responding to Dean Pound", 44 Harv. L. Rev. 1222(1931), in Jurisprudence 42(1962).

(23) Id. at 55-57.

(24) G. E. White, supra note 5, at 1025-26.

(25) ニューディールについて次のものを参照。斎藤・新川「ニューディール政策の展開」岩波講座世界歴史二七卷三七一頁。新川「ニューディール。太田「アメリカ社会の変容」法学研究三一巻四三〇頁、五二六頁。藤原「ローズヴェルト革命」法学研究二八巻八号三四九頁。小林「ニューディールと資本主義の組織化」思想一九八三年一月号六九頁。

(26) 新左翼的観点をふまえて革新主義からニューディールへの展開を記述したものとして、新川「国家資本主義の形成」現代アメリカ論所収二一九頁以下参照。

- 27 G. F. White, *supra* note 5, at 1025.  
 28 新川「ニューディールに関する一考察」世界史における一九三〇年代一二頁。パーセル（碧海訳）前掲九頁以下参照。  
 29 G. F. White, *supra* note 5, at 1025-26.

三、リアリズム法学の特徴は三つにまとめられる。第一に、倫理に対して相対主義的見地に立ったことである。第二に、意思決定過程一般に対して制度分析的立場をとったことである。第三に、判決理由中の形式論理や演繹論理は、裁判官の主観的選好を覆い隠すために用いられる技巧に外ならないとして反駁した<sup>(1)</sup>ことである。それらの位相の中に、リアリズム法学が三十年代初期のアメリカ社会に対してどのような相関的な姿をとどめたかを理解することは、困難なことではなかった。

大恐慌の時代において、特にアメリカ知識階層の人々は、規制の緩やかな資本主義体制の優越性ならびにそれに随伴する私有財産の不可侵、自助の徳のような神話が力を失ったのを目にした。新たな社会の指導層として自負する彼らには、革命の形態をとらずにより穏健な形で国家経済体制を再建すべき方法を発見する、という課題が負わされることになった。この任務を遂行するに当って、彼らの環境は経済不況であり、彼らの思考様式はシンシズムであり、彼らの空想は英雄統治であり、彼らの学問的道具は行動科学であり、彼らの統治の哲学は実験主義であった。<sup>(2)</sup>そして、神話破壊傾向、抽象物よりは経験的個物の選好、道徳的絶対物に対する疑問といったリアリストの特徴は、ニューディールの精神とも調和するものであった。<sup>(3)</sup>

然し、三十七年には、リアリズムの没落と所謂 Reasoned Elaboration<sup>(4)</sup>の興隆とを刺戟する二つの契機が現われた。

一つは、全体主義体制の出現であり、他は、最高裁判所の司法適性に関するものである。これらは、三十年代から四十年代へ内容を変えつつ持続した重要な問題であった。

第一の論点に関して、三十年代後半に、リアリストは全面的に批判にさらされることになった。四十年代半ばまでには、リアリズム法学はその批判的契機を失い、防禦側に転じていた。影響力が急激に衰えていった主な原因は、リアリストの道徳的相対主義と全体主義者の反道徳的実践との類似性が知覚されたこと<sup>(5)</sup>にあった。独伊の民族主義の現象におびえた知識人達は、自分らの文化をそれらの体制の文化から区別する標識を希求することになった。そこで見出されたのは、自由と民主主義という普遍化された政治理念であった。ところが、リアリストは、道徳の相対的性格を主張していたし、プラグマチズムを擁護していた。この線の推論をおしすすめて、リアリズムを全体主義の知的先駆者としてみることは困難ではなかった。法とは単に役人が行っているところのものに外ならないとすれば、法は単なる力と同視されるであろう。力が正義を作るとは、実際、全体主義体制の信条であった。法と道徳原理との関係を否定することによって、リアリズムは全体主義へ向う知的地盤を準備した、とパウンド、フラー等は論じた<sup>(7)</sup>。哲学的立場は様々であれ、無視できない本質的批判も現われていた<sup>(8)</sup>。

この攻勢に直面して、ルウエリン、フランクを含む若干のリアリストは、法における道徳的価値の場に関する初期の見解を修正するよう迫られた<sup>(9)</sup>。一方、必ずしも並列的ではないが、典型的なニューディーラーは、プラグマチストから道徳的愛国者への道筋をたどることになった。それは、殊に執行権力の集中が戦時中には有用であったし、戦争努力が国民経済を刺激するものであったため、殆ど苦痛を伴うことなく行われた<sup>(10)</sup>。ここには、ニューディーラー全体の問題点が横たわっているし、一般的には社会を総体として把握し損なった思想の問題がある。六十年代以降の歴史

家のニューディール再検討は、その点の反省をも含んでいると思われる。

第二の論点は、裁判官に積極的な指導標識を与えるということであり、それと関連して裁判官の専門適性ということであった。これらの点に関しては、リアリストの寄与は原理上無に等しかった。これらの面での関与は旧態破壊に尽きていた。

第二次大戦後も、この二組の問題は、形式と内容を変えつつそのまま残った。先ず、全体主義への関心の焦点は消失したが、反民主主義体制に対する道徳的反撥の精神を植えつけられた人々は、別の無神論の全体主義体制に気付かされた。<sup>(11)</sup>次に、司法適性をめぐる関心は、戦後アメリカ社会の多元性、相互依存性の増大によって一層錯綜したものになった。

戦後の法学者は、これら二組の問題に適応できるようにリアリズムを修正しようと企てた。<sup>(12)</sup>リアリストは、裁判官が法を単に発見するというよりはむしろ法を創造すると述べたけれども、その観察の含意を十分に探ることが出来なかった。裁判官が判決に当って法原理よりむしろ独自の価値観念によって動機づけられる人間であることを示すに急なるあまり、判決形成過程における制度的強制の場が不当に極少化された。裁判所の判決の中にある合理化過程の機能を単純化してしまい、裁判官が合理化を行うこと自体他の人々の期待によって強制されているという事実を適正に顧慮することができなかった。<sup>(13)</sup>この認識に基づいて、先の二組の問題は次のように意義づけられることになった。第一に、判決理由の構成過程は裁判官の専門適性がそれを通じて表現される媒質であり、自己の意思決定に理由を付し得ない裁判官は、その公務遂行様式を公衆の評価に委ねるべき義務を果たさなかったことになることである。第二に、判決における推論過程の構成は、合理性と公正さの観念に従うアメリカ社会と、法が役人の命令と同視される

全体主義社会との相違を際立たせるということである。<sup>(14)</sup>

五十年代の法学者は、裁判上の合理化過程の重要性に気付くにつれて、その時代の裁判を批判し、判決形成のための新しい理想と規準の公式化を試みるようになった。それを要約する概念として Reasoned Elaboration という用語が用いられることになった。それは幾つかの要求を包み込む形で表現される。第一に、裁判官がその判決に理由を付すること、第二に、判決理由を詳細に且つ固有の方式で述べること、第三に、所謂集合的思考の成熟を例証すること、第四に、当該判決が現代社会の究極的な社会的価値を媒介するものであることを論証すること、である。<sup>(15)</sup>

これらの要求を包括する Reasoned Elaboration の観念は、裁判適性について、戦後アメリカの法学者の切実な要求を満たすことができた。それというのも、彼らは、複雑な現代社会の管理にまぎこまれた司法部が判決の合理化過程を鮮明にし、その適性を満たすべきことを求めていたし、人々を結びつける一般的道徳原理を維持し、磨きあげることに専心していたからである。<sup>(16)</sup>

注

(1) G. F. White, "The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change," 59 Va. L. Rev. 279, 280-1 (1973). 常本「司法審査とリール・プロセス」北法三二卷二号三三三頁以下参照。

(2) Id. at 281-82; Purcell, "American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the Crisis of Democratic Theory," 75 Am. L. Rev. 421 (1969).

(3) ダグラス、ブランド、F・コーペン、アーノルド、オリファント等は、自分らの運動目標と恐慌に苦しめられた社会の要求との間の密接な関連を明確に意識していた。



(4) 後注15参照。

(5) ランブルは、判決形成の手段としてのルールの限界の認知、判決予測に超法的要因を考慮すべき要求、法原理と判決評価に対するプラグマチックな見地、法学教育研究における科学的方法への刺激というリアリストの有意義な觀念にもかかわらず、それが衰退した原因として四つをあげている。主要人物の死、二五年間の意見の風土の変化、アメリカ法体系の変遷、リアリストが自らの最も輝かしい洞察によって意味づけられていたステップを踏み出し得なかったこと、である。ランブルは、

この最後のステップを引き継いだ司法行政主義、政策科学の方向を指示した。W. Rumble, *American Legal Realism* 237-39 (1968). See M. S. McDougal, "The Law School of the Future: From Legal Realism to Policy Science in the World Community," 56 *Yale L. J.* 1345 (1947); "Fuller v. the American Legal Realists: An Intervention," 50 *Yale L. J.* 827 (1941); H. Lasswell & M. S. McDougal, "Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest," 52 *Yale L. J.* 203 (1943). 尚、ホルバースは、法学自体の更なる科学的展開を求めて、法学上の非ネットワーク的、四次元的思考様式を示唆した。彼は「ロビンソン・アインテマ・アノルドからノースロップそしてスカンジナビア法リシステム」、更にフランスの Cossio への系譜をたどっている。B. Horvath, "Between Legal Realism and Idealism," 48 *Northwestern U. L. Rev.* 693 (1954).

(9) K. Llewellyn, *The Bramble Bush* 12 (1930).

(7) E. Bodenheimer, *Jurisprudence* 316 (1940); Harris, "Idealism Emergent in Jurisprudence," 10 *Tul. L. Rev.* 169 (1936); P. Mechem, "The Jurisprudence of Despair," 21 *Iowa L. Rev.* 669. 尚、相前後したリアリズム批判と反批判については、パーセル前掲論文参照。

(8) 例えば、モリス・コーヘン、カーンズ、ブレヒト等は何れも近代哲学の世界像の崩壊に気付いている。但、コーヘンは一種のストイシズムに行き着いていた。M. Cohen, "Positivism and the Limits of Idealism in the Law," 27 *Colum. L. Rev.* 237 (1927). 「普遍性と個性性は、他の根本的な反対命題的範疇と同様に、人間思想の極である。それらは分離されることも同

一化されることも出来ない。実証主義者は総ての理想から実定法を分離しようとして失敗し、ヘーゲリアンは理想を現実的なものと同一視しようとして挫ける。より深く古い英知は、神的全性は法の問題においても實際問題におけると同じく、人間存在に対して閉ざされていることを認知している。人間が自らのちっぽけな骨折りによって、地上の天国を作ることが出来ると期待することはロマンチックな愚かさである。然し、不完全にしか達せられないとしても、価値ある理想を求めて我々の生活を費すことは人間的尊厳のニッセンスである。こうして、法の限界に関する反省は、必然的に不完全な世界の中でどのように生きるかという理論としての宗教に我々を導く。E. 250 更に、論理の偏向を退廃した知性主義と非難しつつ、その反動としての反知性主義は、およそ普遍者の存在を普遍的に否定することは不可能であるから、虚無的絶対主義に導くと批判して曰く、「結局の所、有意的に我々の眼を閉すことによっては、健全な方法と十分な観念は達せられない。又、その法に関する見解から論理学、形而上学および倫理学を放逐することによって、これに成功したと考えた人々は、単に無批判な隠然とした形でそれを持ち込んだに過ぎない。」(On Absolutisms in Legal Thought," 8 ILJ. Pa. L. Rev. 681, 715(1936).

カーンズは、従来の価値と事実の二元論(カント、オースチン、ホームズ)は不十分であり、無秩序と危険の源であるとの認識の下に、三つの仮定を提案する。(1)法の仮説的科学は可能である。(2)倫理の仮説的科学は可能である。(3)法と倫理の仮説的科学の結びつきは可能である、と。そして結論する。「法学は知識の探求として、それ自体正当化されるし、その認識は、完全に妥当に社会福祉の問題に拡張されてよいし、究極的にそれは完全な認識をねらいとする以上、規範的なものを含む為に拡張されねばならない。」(Huntington Cairns, "The Valuation of Legal Science," 40 Colum. L. Rev. 1, 11, 13(1910).

アーノルド・ブレヒトは、存在と当為の間の架橋出来ない永遠の溝とは神話に他ならないことを、新カント派、現象学派の分析を通して立証しようとする。「当為の領域における論理的演繹は、その領域における主要な前提を仮定する。……形式演繹の価値は主要にはその前提の真実に頼っている。前提が真実であるとして、それは論理的理由のためにそうなのではなくて、それらが事実と一致しているからである。……こうして、我々が何らかの特別の必須性(requirement)を当為として感じるの、我々人間的素養の一部であると言う時、この言明は論理的推断より寧ろ事実的言明である。この切望、この要

- 求、この当為は、その価値および妥当性が仮令とであれ、存在の世界に見出される事実 (factum) であり、与件 (datum) である。仮令人種の一部だけがこの当為を当為そのものとして感じるとしても、それはそうである。ここに存在と当為の間の架橋が、或は「この架橋がある」 Arnold Brecht, "The Myth of Is and Ought," 54 Harv. L. Rev. 811, 829-30 (1941). Also see "Relative and Absolute Justice," 6 Social Research 58(1933); "The Rise of Relativism in Political and Legal Philosophy," id. 392; "The Search for Absolutes in Political and Legal Philosophy," 7 id. 201(1940); "The Impossible in Political and Legal Philosophy," 29 Calif. L. Rev. 312(1941).
- (9) 四十年代にはルウエリンは公然と懺悔する用意が整ったし、フランクは究極的に近代文明の基礎として自然法の根本的諸原理を肯定するようになった。Jewelllyn, "On Reading and Using the Newer Jurisprudence," 40 Colum. L. Rev. 581(1940). フランク前掲書。シェーンスは、分析法学派よりもっと緊密な姻戚関係をリアリズムと自然法理論との間に見出した。
- H. W. Jones, "Law and Morality in the Perspective of Legal Realism," 61 Colum. L. Rev. 799(1961).
- (10) G. E. White, "From Sociological Jurisprudence to Realism," 58 Va. L. Rev. 999, at 1026(1972).
- (11) 五十年代の反応は保守的色調が強い。Henry Hart, "Holmes, Positivism—An Addendum," 64 Harv. L. Rev. 929 (1951); M. Dewolfé Howe, "The Positivism of Mr. Justice Holmes," 64 Harv. L. Rev. 520(1951).
- (12) G. E. White, supra note 1.
- (13) G. E. White, supra note 1, at 285. 尚、アメリカ連邦最高裁判所とその選出母体および政党的色合いとの関係を政治的次元で捉えたものについては、Richard Funston, "The Supreme Court and Critical Elections," 61 Am. Pol. Sci. Rev. 795(1975).
- (14) 重要なのは裁判官の言うことではなく、彼らの為すことであるとの若干のリアリストの主張は、理性的議論や正義の探究は無駄であるとの奇怪な結論に達するべくヘンリー・ハートは書いた。Henry Hart, supra note 11, at 933.
- (15) Henry Hart & A. Sacks, "The Legal Process 170(1958) in White, supra note 1 at 286. Henry Hart, "The Supreme

Court, 1958 Term—Foreword: The Time Chart of the Justices,” 73 Harv. L. Rev. 84, 100 (1959). 五一年初めにハーバード・ロー・レビューは毎年前年度の最高裁判所の判例の分析に付する前書きを法学者に依頼するという企画を始めた。初期の前書きは、全く理由を示さずに事件を処理しようとする Vinson Court の傾向を非難した(第一基準)。Louis Jaffe, “Foreword to the Supreme Court, 1950 Term,” 65 Harv. L. Rev. 107 (1951)。ウィッケンとウェリントンが、最高裁判所が単に理由を付すばかりでなく、その推論過程をも十分に述べらる(第二基準)を懇請した。Bickel & Wellington, “Legislative Purpose and the Judicial Process: The Lincoln Mills Case,” 71 Harv. L. Rev. 1 (1957)。第三基準はヘンリー・ハートによって、第四基準はウェックスラーによって主に展開された。尚、この問題を巡る論点について、藤倉「アメリカ・リアリズム法学の側面」現代法哲学の諸傾向一七七頁参照。主に六十年代のH・L・A・ハートを巡る分析法学派の論争については、田中「判決の正当化に於る裁量と法的規準」法学論叢九六卷四・五・六合併号一五九頁参照。又、テイラーは、リアリズムの寄与は方法論にあり、自然法論ともハートの分析理論とも調和され得ると言う。E. H. Taylor, “H. L. A. Hart’s Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism”, 35 Mod. L. Rev. 606, 618 (1972)。尚、ドイツにおいては、自由法運動から事物の本性論への移行が、聊かリアリズムから Reasoned Elaboration への移行行きに似ていなくもない。カウフマン「現代の方法論から見た自由法運動」(宮沢訳)法学研究四四卷三三六頁参照。Also see K. Riebschlager, Die Freirechtbewegung 1968。

ヘンリー・ハートは、裁判官の思考が超個人的な理性と同義語のものに成熟出来るとの仮説を提出して、リアリズムからの特筆すべき分離を為すことになった。この見地は、不可避な人間的偏見というリアリストの獄舎から司法部を解放した。それは、あらゆる法律問題に対して究極的に合理的な解決策があると仮定したし、それは即ち、人間的弱点にも拘らず、裁判官達が自分等の見解を公然と議論し、同僚の見解と比較検討し、究極的に一致する一般的領域を入念に仕上げる努力をすることである。Henry Hart, “The Supreme Court, 1958 Term,” 73 Harv. L. Rev. 84 (1959)。これにはノーホルドの批判とグリスマウホルドの反批判がある。Arnold, “Professor Hart’s Theology,” 73 Harv. L. Rev. 1298 (1960) ; Griswold, “Professor

Hart and Judge Arnold," 74 Harv. L. Rev. 81(1960). 藤倉前掲論文一七九頁以下に詳しい。

第四基準は、ウニックスラーが、憲法的論点は中立原理に従って決定されると提案した時にもたらされた。それは原理化される判決の理論によって支えられ、要するに中立性とは、裁判官達が自分らの個人的予断を事件に表わした競合的諸価値に従属させることを意味した。Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law," 73 Harv. L. Rev. 1 (1959) at 15, 34.

(4) Reasoned Elaboration は、その成熟に当って、恰も六十年代のウォレン・コートとの遭遇を予示したかのような一定の政策目標を把握した。制度的保守主義、技術的専門家性、統治問題への不介入等がそれであり、それらは無拘束の司法部の行き過ぎからアメリカ社会を守る為に考察されたものであって、その運動は司法部に学問的チェックを課せようと企てることになった。その前提にあったのは、司法部は代表ないし民主的制度ではないから大衆的代表部門の権限を侵すべきでないという考えであった。G. E. White, *supra* note 1, at 289-91.

四、Reasoned Elaboration によって前提された司法部の制度的役割は、ウォレン・コートの活動主義とは両立し難いものであった。<sup>(1)</sup>ウォレン・コートは差別的な諸制度実務の大規模な再検討に乗り出した。<sup>(2)</sup>然し、無制限の平等主義の観念を公然と支持したため、Reasoned Elaboration の主張者には不安を与えることになった。六十年代は、この間の緊張を緩和しようとする一連の試みが目立った。主要には、ウォレン・コートの活動を法学の Reasoned Elaboration の理論と調和させようとする骨折りがみられた。然し、後には断絶感が強まった。<sup>(3)</sup>

七十年代初めには、Reasoned Elaboration の根本的公理を公然と拒絶する実務家が現われた。<sup>(4)</sup>そこでは、Reasoned Elaboration は衰退に向うことが信じられたが、その信念を根拠づける議論は十分には展開されないままに留まった。六十年代のラディカル運動<sup>(5)</sup>は、その仕事を受け継ぎ、発展させることを求めた。これは、政

治、社会、法をめぐる構想の一環にはかならなかった。

彼らは、七十年代アメリカ社会の中に、最高裁判所の機能論に直接関連する三つの特徴を眺めることになった。<sup>(6)</sup> 第一は、権力と地位を欠き、様々な理由に基づいて設定された差別を知覚し、それに対する不満の意思を表示し、その解決を申し立てている新しい少数者の現象である。この集団は、それまでの少数派と異なって、主要には民族的、人種的なものではない。人種的集団は依然としてその利害関係を理論化し続けているが、彼らが先鞭をつけた方法の多くは、今日では経済的考慮（消費者、環境権論者）、性的態度（女性、同性愛者）、特殊の権力的関係（囚人、精神病患者）に基づいて不利な立場に置かれていることを知覚している集団によって採用されることになった。それまで、この新しい少数派は、不満—解決という伝統的な政治的機構を享受する機会を有していなかったが、メディアおよび不利な地位に置かれた人々の権利保護を目指す組織の援助を得て、既成の政治的通路を通らずに広く自分達の問題を表明するに至ったことである。

第二は、市民と統治機関との関係である。まず、公務の担い手の目標と選出母体の意識との間には溝があること、同一人物が一方で選挙人の要求に対して単に口先だけの便益を提供するだけで、その実、独自の目標を進めていることが認識された。そして、新しい利益集団の擁護者は、「公共の利益」「公衆衛生」のような用語がその意味を失っており、その用語は実行の標準としては無用なほどに広い解釈を帯び得ることを知覚した。<sup>(7)</sup> このとき、ウォレン・コートは率先して社会的論争の領域へ立ち入って、社会的に不利な地位にある集団の期待を公的にとりあげる条件を整えた。バーガー・コートもこの期待を満たさねばならなかった。<sup>(8)</sup>

第三に、共通の価値ないし目標の分裂<sup>(9)</sup>という現象である。共通の価値の代りに、両極性を帯びた代替的概念が並び

立つ状況が認識された。

これら新しい少数者の一貫した構想、公務担当者の権威を基礎づける公共奉仕の観念への信頼の喪失、そして、ウォレン・コートによって生み出された期待の残滓といった諸要素が相互に作用しあっているというのが現代アメリカ社会の特徴をなしている。この状況に身をさらした法学者は、そこから、統治機関の信用とその発展の保障人として最高裁判所が積極的な行動を維持するという構想を展開することになった。<sup>(10)</sup> その論理はここで憲法裁判所についての言わば弁証法的構造をもったものとなる。まず、潜在的な多数者専制に心をくだいてアメリカ憲法の創設者達が定規した、少数者の特権を擁護する諸原理（平等な保護、適正手続等）から説きおこされる。次に、如何なる少数者の権利がその原理にあてはまり、その保護を受けるに値するかが今日の問題であると推論される。そして、結論的に、最高裁判所は、判決に当って必然的に憲法上の文言を越えて文化的諸価値に目を向けなくてはならない、とされる。<sup>(11)</sup>

こうして、Reasoned Elaborationistsによって公式化された、司法部のための指導理念は、歴史的に不健全であり、現在の次の二点において不適切であるとみなされる。第一に、Reasoned Elaborationistsの原理化される判決という信条は、問題となった事態に関して社会的コンセンサスが得られる時まで論争の解決を延期するように要求するのであり、最高裁判所と公衆との相互作用が台無しにされるような考え方に基礎をおいている、ということである。<sup>(12)</sup>

第二に、Reasoned Elaborationistsによって仮定された統治機関の相関関係の理論も疑問視されることになった。ここでは、最高裁判所の役割は制限的に解釈されていたが、それは、司法部は、代表統治と信じられている民主社会の中で、非代表的選良制度であると考えられたからである。同様に、選挙された統治部門は、選良ではなく、代表されたものだと考えられたわけである。然し、この見解の必然的関連性への信仰が失われるとすれば、選挙された部門が

平等原理、代表原理を体现するとは必ずしも言えなくなる。他方、司法部が、最高裁判所の人格において、平等原理を推進する立場をとるとすれば、先的前提は崩れ、それと共に、司法部の行動に対する厳しい制限は緩和されることになる。

そこで問われるべき問題は、最高裁判所は、Reasoned Elaboration の理想に代って如何なる標準に従うべきかである。少数者の不満を解決すべきだという圧力が存在するという事実、その解決方法に關して一般的に想定されたコンセンサスが欠如しているという事実は、最高裁判所が多くの直観的判断を行わねばならないであろうということを示唆する。<sup>(13)</sup>ところで、裁判過程において直観が大きな役割を演じているという事実の発見は、リアリストを大層に興奮させたものであった。然し、この要素は常に判決という意思形成行為の一部であったし、一般的にそれは、完全というにはほど遠いであろうような情報に基づいて、公平且つ公正な決定を下すという責任を委ねられている職業に必要な技術に外ならない。これについて諸種の危険が伴うことも周知の所である。ここで新しい世代の法学者達は、裁判所の独断から公衆を保護する伝統的手段として Reasoned Elaboration の理由づけの要求を援用した。そして、正当な理由と不当な理由との区別の標識および理由づけの要件そのものは、憲法裁判の所謂弁証法的理論の中に組み込まれることになった。<sup>(14)</sup>

要するに、そこで示されている指標は、リアリズムと Reasoned Elaboration から一部づつ借用したものを独自の構想に枠付けしたものである。一方で、裁判の直観的局面に關するリアリストの感覚が受け継がれており、最高裁判所は、制度的強制に服しているが、未だ国民的合意を得られるほどに熟していない社会的論争の領域に介入すべき相当の自由を有するというリアリストの暗黙の仮定も維持されている。他方、判決の中に推論過程を厳密に明確化すべ



きであるという Reasoned Elaboration の要求は、その制度的保守主義を捨てた形で維持される。本質的に重要なのは、リアリズムも Reasoned Elaboration も十分に把握していなかった憲法裁判の所謂弁証法的過程の観念が意識的に追加されている、ということであろう。この標識こそ、六十年代以降のアメリカ法学の新たな世代の根源的極印となるはずのものであろう。<sup>(15)</sup> 然し、このプロセスが十分理論化されているかどうか、又、共通の思考範疇として体系化されているかどうか、検討してみなければならない。實在の認識の広範多様な情況の泥沼からはい出し得ることは、アメリカにおいても我國においても、容易なことではない。それでも、ここには現代法学の一つの希望が預託されるし、古典的な人間の思想、観念の歴史を真摯に活性化しようとする息吹きには共鳴するものを感じないではいられない。

注

- (1) ウォレン・コートの中のリアリズムの伝統と限界について、一般に最高裁判所批評のあり方について、次のものを参照。二 A. Linde, "Judges, Critics, and the Realist Tradition," 82 Yale L. J. 227(1972). アメリカにおける消極主義と積極主義との対立を検討し、デモクラシーと司法審査のあり方を展開したものであるとして、中谷「米国における司法消極主義と積極主義——政治学的法学の主張に重点をおいて——」阪大法学八七号一六頁参照。
- (2) その過程で、法の適正手続および平等な法的保護のような用語の意味づけが変化する。G. E. White, "The Evolution of Reasoned Elaboration," 59 Va. L. Rev. 279, at 291 (1973).
- (3) 彼らは、最高裁判所は確定的意見を表明することなく、広範な社会的コンセンサスが形成されるまで論点の仮の解決を行うことができるとして、この緊張を緩和しようとした。Bickel, "The Supreme Court, 1960 Term—Forward: The Reap-

- portionment Case," 76 Harv. L. Rev. 54 (1962). 6. キーン・ニードはどのような緩和策を用いることがなかったため、彼らは最高裁判所非難の声を高めることになった。Kurland, "The Supreme Court, 1963 Term—Foreword," 78 Harv. L. Rev. 143 (1964) ; "Toward a Political Supreme Court," 37 U. Chicago L. Rev. 19 (1969) ; Clark, "A Plea for the Principled Opinion," 49 Va. L. Rev. 660 (1963) ; Gunther, "The Subtle Vices of the 'Passive Virtues,'" 64 Colum. L. Rev. 1 (1964).
- (4) ライト判事は次のように論じた。六十年代の学生は新しい伝統の中で教育されて、今や新しい世代の法律家となったし、対照的に Reasoned Elaboration を採用した世代は冷戦とスターリン時代、即ちシニズムと警戒心として壊れ易い制度に対する保守性を育った時代の子どもである。Skelly Wright, "Professor Bickel, the Scholarly Tradition, and the Supreme Court," 84 Harv. L. Rev. 769, 784, 804 (1971).
- (5) その一面を展開するものとして、奈良「新しいラディカリズム」、あるいはイデオロギーの復活か？」法学研究四一巻七九五頁参照。
- (6) G. E. White, *supra* note 2, at 294 et seq.
- (7) ライトは「民衆と統治機関との疎遠化の状況の中で新左翼の主要関心を共有しつつ、計画化社会の中で法の果たす役割を問うている。判決形成過程における民主的参加、計画化の進行の中でアメリカ社会の価値を擁護すること、計画化された領域から個人の選択の自由を守る」と等が論じられる。Charles A. Reich, "The Law of the Planned Society," 75 Yale L. J. 1227, 1230 (1966), also see "The New Property," 73 Yale L. J. 733 (1964).
- (8) E. E. Furman v. Georgia, 408 U. S. 238, 33L. Ed. 2d 346 (1972) ; N. Y. Times Co. v. U. S., 403 U. S. 713, 29L. Ed. 2d 822 (1971).
- (9) ニスベット「権威のたぐがれ」日米フォーラム一五巻一〇号一頁。
- (10) G. E. White, *supra* note 2, at 296.

(11) その裁判の弁証法とは次のようである。最高裁判所の決定に対して、多数者は幾つかの選択的応答の自由をもたされる。(1) その判決に従うこと、(2) その判決に抗議すること、この場合、更に(a)その判決を無効に帰せしめるための積極的法律活動を行なわないこともでき、(b)立法機関等を通して積極的に活動して最高裁判所に対してその合憲性を吟味し直すよう求めることもでき、(c)憲法改正に訴えることもできる。この作用と反作用の弁証法的過程において、最高裁判所は、先ず少数者の要求を憲法上保護された権利の水華にまで高める。公衆はその決定に対して上述のように応答する。最高裁判所は公衆の応答に耳を傾け、ある時点で先の第一次判決は正当化され、あるいは取り消される。この公式にあっては、正当性の源は単にある時点でのアメリカ社会のコンセンシユアルな価値ではないし、単に多数者の感情でもない。その源は弁証法的過程それ自体にあると言われる。そして、その正しさは、弁証法的過程それ自体と同様に、究極的に歴史の機能と密接に関わるということになる。  
G. E. White, *supra* note 2, at 296-98.

(12) コンセンサスは、現代アメリカ社会において、新しい意味づけを得ており、そもそも孤立化された少数者によって裁判所に論点が提出されるということは、それらの論点に関するコンセンサスの欠如を意味するものと見られる。

(13) G. E. White, *supra* note 2, at 299.

(14) ここでバーガー・コートの体質が危惧された。

(15) この展望は、法の科学の一つの流れである。しかも、その申し立ても通念に掬捕られる時、熱望は渾み、踏拉かれた人々の真情は葬られる。尚、佐々木毅「現代アメリカの新保守主義」思想一九八三年二月号七八頁参照。

### 三

最後に一言つけ加えると、本論の流れは、あくまでも、法学が主な関心をよせたと見られる課題を追った短期的な区切りである。他にも幾つかの系譜をたどることはやさしいことである。各時期の間にも、常に自然法的思想家は存

在していたし、実証的研究業績もたゆみなく積み重ねられていたし、仮令アカデミーの内側からではないとしても、伝統的なマルクス主義者の努力も、うねりはあれ絶えることなく続いていたことも認められよう。更に、これらの一九世紀末から今日に至るまでの法学派の主な区分の全体を通して横たわっていると見られる近代的なものの考え方、プロテスタント思考風土として栄えたアメリカの現実主義的性格というものにも、直接に触れられてはいない。同時代の大陸の法学派の発展との興味深い対応関係にも言及されていない。日本におけるアメリカ法学の受容と解釈について、ある特定の専門分野に限って詳細に追跡したり、積極的に問題提起するための実証的基盤にまで手をのばしたりするものでもない。ただ、アメリカの法学派とその社会変化との対応関係に関する今日の法理論史を一般的にたどってみることで、殊に六十年代以降のアメリカ法学の緊要な論点にぶつかって困難な作業に着手してきたと思われる人々の熱意を伝えることを意図したものである。

忘れることができないのは、現代もまた過渡期であるということ、仮令、多くくじけたり、無駄に帰したり、失敗したりするかも知れないとしても、実験的方法是は法学者の研究室の中でも切望されているということであろう。パウンドなども言うように、法学という建物には多くの部屋があるものであるが、観念の有効性を歴史の合理性の方向へ向け続けようと願うならば、その視野を限定し、緊要な社会的要求を受け取ることがを要請されるものである。

(本稿は、幾年前のノートを少し整理したものであり、拙論「法象徴作用、意味と有効性」を補足する資料であった。そのとき、アメリカ法学において、近代の観念を視野におさめる者の、新たな生活の意味と目的を同時に考慮しようとする者の、注意を傾けるに値するものは、リアリズム法学の中に現われた亀裂の意味であろうと思われた。リ

アリズム自体が何か新しいものを創造したというより、むしろそこには一つの絶望がある。それでも、十分ではなかったとしても何らかの解答が与えられたし、そのことはかげりなき輝きよりも意義深いものである。又、たとえどれほどの間立ち往生したように見えるとしても、それ自体意味深い反省を投げかけるものとして理解されたものである。）