

# 近代英米法思想の展開（四・完）

— ホームズ、パウンド、ルウエリン —

戒 能 通 弘

- 一、はじめに、
- 二、ホームズの法思想
  - (一) オースティン、メインとホームズ
  - (二) 共同体の価値の探求
  - (三) 法予言説と政策考量
- 三、パウンドの法思想
  - (一) 社会学的法学
  - (二) 道具主義 対 有機体論 (organicism)
- 四、ルウエリンの法思想
  - (一) リアリズム法学

（二）フォーマル・スタイルとグラント・スタイル

五、おわりに、

### 一、はじめに、

本研究ではこれまで、十七世紀以降のイングランドの法思想に焦点を当ててきたが、最後に、十九世紀後半から二十世紀前半にアメリカ合衆国で活躍したホームズ、パウンド、ルウエリンの法思想を検討したい。本研究でも指摘してきたように、ヘイル、ブラックストーン、オースティン、ホランド、サーモンドの法思想は、その変化も捕捉しようような枠組みを提供することで、イングランド法、コモン・ローの地図を提供することを主題としていたが、対照的に、アメリカ合衆国においては、裁判官の法的推論、法解釈のあり方に特化した法思想が展開されることになる。以下においてはまず、ホームズ、パウンド、ルウエリンの法思想の背景にあった、アメリカ法の歴史的、制度的条件を、M・ホイットツの研究に依拠しながら素描するとともに、W・トワイニングの分析を利用することで補足的に説明してみたい。

すでに拙稿で指摘したように、十七、十八世紀のイングランド法学を支配したのは、コモン・ローを技術的理性、裁判官の推論において基礎づけたクックの法思想ではなく、先例、ルールの体系として記述したヘイルやブラックストーンの法思想であった。一方、ホイットツによれば、一七七六年のイギリスからの独立後も含めて、現象面では、同様の傾向はアメリカにおいても見られるものであった。十八世紀のアメリカの法律家のほとんどは、彼らが持ち込んだイギリスのコモン・ローをすべての問題を解決するものとして捉え、コモン・ローの諸原理は、裁判官によって発見される既存の規準であるというコモン・ロー観から、厳格な先例拘束性の原則が実行されたのである。<sup>1</sup> ホイットツは、「あ

る法的ルールの裁判所による初めての宣告も、一定の周知で既存の自然法の規準の宣言に過ぎなかつた」と、自然法思想と裁判官の推論との関連も指摘しているが、しかしながら、十九世紀になって、法の革新を進めたマンスフィールドの諸判決などが知られるようになってからは、裁判官の役割を既存の法の宣言としてのみ捉えることの限界が認識されるようになる。<sup>(3)</sup> その際、自然法ではなく、人民の「同意」によってコモン・ローは正当化されるようになったが、ホーウィッツによれば、裁判官が法を發展させる権限もまた、人民の同意を得ていると構成されたのであり、それにより、十九世紀以降のアメリカにおけるコモン・ローの道具主義的な性格がより強まっていたのであつた。<sup>(4)</sup>

ホーウィッツの分析の中で、特に、十九世紀アメリカ法における「先例」と「類推」についての分析は、十九世紀のイギリス法における両概念のあり方と対照させると興味深い。基本的に、ヘイルの法發展の枠組みを継承したオースティンの法理学は、一旦先例が確定したならば、裁判官はそれを墨守し、先例がない際は、既存のルールからの類推によつて判決を下すという十七世紀以降のイギリスの法実践に即したものであつた。ホーウィッツによれば、これに対してアメリカにおいては、先例よりも、社会政策の道具としての原理 (principle) や理由 (reason) が優先されたのであり、先例拘束性の原則も、それによつて人々が合理的に行動するための一要因に過ぎないと捉えられていた。<sup>(5)</sup> また、類推に關しても、十九世紀以降のアメリカにおいては、法を自律したものとして捉え、そこからの發展によつて解決するといふ形式的な法の捉え方よりも、実質が重視される傾向があつたとホーウィッツは論じている。<sup>(6)</sup>

もちろん、本稿で検討の対象とする十九世紀後半のアメリカにおいても、ラングデルに代表されるような形式主義的な法学に対する需要はあつたのだが、トワイニングによると、その現象は、アメリカの法体系が置かれていた制度的条件によつて説明できる。すなわち、アメリカの私法は、建国以来、それぞれの州の裁判所が發展させてきたが、特に十九世紀半ば以降において各々の州の私法の差異が顕著になり、アメリカ法全体の統一性を保持する必要性が認識される

ようになってくる。しかしながら、連邦議会、連邦裁判所、あるいは連邦の行政機関のいずれも、アメリカ法全体を俯瞰するには適切ではなく、法学者にその任務が委ねられたのであった。<sup>7)</sup>

一方で、本稿で検討するホームズ、パウンド、ルウエリンらの法思想はすべて、周知の通り、そのような形式主義的、静態的な(static)法学に対峙し、裁判官による法発展に焦点を当て、いわば動態的に(dynamic)法を捉えていたが、そのような法思想の素地を形成したものとして、まず、トワイニングは、「アメリカ合衆国によるコモン・ローの受容は、小さくて、同一的であり、比較的安定した貴族社会で発展させられた原則と技術を、巨大で雑多であり、分裂し拡大していく民主社会に導入することを必然的に含むものであった」<sup>8)</sup>と、ホーウィッツと同様、法を社会に適用させることが、アメリカの法実践には歴史的に要請されてきたことを挙げている。また、関連する制度的条件として、憲法によって連邦と州の管轄が峻別され、各々におけるチェック・アンド・バランスが徹底されているアメリカにおいては、特に二十世紀以前に顕著な傾向であったと思われるが、立法府は法を発展させる機関としては比較的無効率的であり、私法の分野を中心に、法を社会に適用させることは、裁判官によって実現されるようになる。その際、他の国と同様、アメリカにおいても、裁判所の本来の役割は事件を解決することと見なされていたために、理念と現実とのギャップから、アメリカ法学は裁判過程により焦点を当てるようになり、さらに、判例集の出版など、他の政策決定の過程と比較してより精査の対象になりやすかったことが、アメリカ法学のそのような傾向を促進したとトワイニングは論じている。<sup>9)</sup>

トワイニングは、以上のような制度的条件が、法学教育におけるケース・メゾットの重視、法史学における裁判官による法発展の分析の重視、司法過程の性質への関心といった裁判過程に焦点を合わせたアメリカ法学の特徴を生み出したと指摘しているが、<sup>10)</sup>さらに、イギリスとアメリカの法思想の対象的な性格は、トワイニング自身も触れている先例の扱いの違いによっても生み出されたものである。厳格な先例拘束性の原則の下、十九世紀のオースティンは、レイシオ・

デシデンダイを立法として捉え、そこからの類推によつて發展させられる新たなルールも含めて、主権者の命令、ルールによつて統合される一つの法体系としてコモン・ローを捉えることが可能であつた。一方、アメリカにおいては、ある州の裁判所は、自身の管轄における判決と同様、他の管轄の先例にも等しく敬意を払つており、その結果、十九世紀半ば以降から今日に至るまで、アメリカの裁判官にはあまりにも膨大で多様な判例を扱う必要が生じたため、ここでは、イギリスのような厳格な先例拘束性が成立する余地は小さなものであつた。<sup>11)</sup> 結果として、法の發展の契機も含めたコモン・ローの見取り図を描くという伝統的なイギリス流の法学はここでは根づかず、法は常に變化する流動的なものとして捉えられ、その變化をどのように説明するかが、アメリカの法思想の主要な課題となつたのである。

本稿では、以上のような制度的条件を念頭に置きながら、まず、ホームズの法思想を検討する。ホームズ、あるいはリアリズム法学を整理する際、同時代の有力な社会思想であつたプラグマティズムの中に位置づけるといふ方法があり、比較的最近のわが国の研究でもそのようなアプローチが取られているが、本稿は、一九世紀イギリスの法思想とホームズの法思想との關係に焦点を当てることから始めたい。ホームズが、オースティンやメインにどのように対峙し、独自の法思想を發展させていったのかを検討し、また、ホームズ、パウンド、ルウエリンの各々の法思想の相互關係を跡付けることで、現代のアメリカ法思想、法哲学に至るようなアメリカ法学の基礎の形成過程を描くことを試みたい。その際、法と共同体の關係、法と論理の問題、あるいは、法をルールとして捉えるのか救済として捉えるのかなど、本研究においてイギリス法思想を分析した視座をアメリカ法思想にも適用することで、両者の連続性、非連続性を明らかにすることもできるはずである。

## 二、ホームズの法思想

## (一) オースティン、メインとホームズ

後にアメリカ合衆国の最高裁判所の判事にまで登りつめたオリヴァー・ウエンデル・ホームズ (Oliver Wendell Holmes Jr., 1841-1935) は、つねに法実務に対するものと同様の熱意を研究に対しても持ち続けていた。まず、弁護士業をスタートさせた一八六七年には、その年に公刊された *American Law Review* にいくつかの書評や論文を書き始めており、同時期には、ジェームズ・ケントの『アメリカ法注釈 (Commentaries on American Law)』の第十二版の編集にも携わっていた。その名著『コモン・ロー (The Common Law)』はボストン大学での一連のレクチャーをまとめ、一八八一年に出版されたものであったが、その翌年にはハーバード・ロー・スクールからの招聘に応え、ホームズは研究者としてのキャリアを本格的に開始している。しかしながら、『コモン・ロー』の成功によって研究熱が一时的に冷めてしまったこともあり、ハーバードにはわずか三ヶ月間在籍したのみで、マサチューセッツ州の最高裁の判事になり、一九〇三年から、引退する一九三五年までアメリカ合衆国最高裁の判事を勤めあげることになる。ただ、判事の仕事を続けながらも、特に一八九〇年代には、本稿でも検討する「特権、悪意、意図 (Privilege, Malice, Intent)」(一八九四年)、「法の小路 (The Path of the Law)」(一八九七年)、「科学おける法と法における科学 (Law in Science and Science in Law)」(一八九九年) など、その立場の変遷とどうも含めて、興味深い論稿をつくつも世に問うている<sup>(87)</sup>。

本章ではまず、一八七〇年から一八八〇年の十年間に渡って、上述の *American Law Review* 誌に掲載されたホームズの初期の諸論考を検討していくが、それによって『コモン・ロー』に結実するホームズの法思想の形成過程を明らかにするだけではなく、その形成過程が、十九世紀後半のイギリスの法思想、とくにオースティンの法思想とどのように

向きあい、克服するかというホームズの問題意識によって支配されていたことを明らかにすることができると思われる。ホームズの法思想は、わが国の比較的最近の研究で示されているような<sup>14</sup>、ホームズが、パース流のプラグマティズムを法思想にどのように適用したのかといった視座のみで捉えられるものではないはずである。すでに拙稿で明らかにしたように、十九世紀後半のイギリスにおいては、複雑なコモン・ローの総体を理解する枠組みを提供するというオーステイン流の法理学に代わるものは、結局は登場することはなかったが、ホームズは、メインによるオーステイン批判の視座を徹底することによって、オーステインの枠組みに代わりうるものを提示することを試みたとも言える。より広い英米法思想、コモン・ロー思想のスペインからは、本稿の冒頭で確認したようなアメリカ法学の置かれた制度的条件下、今日においても、例えば、裁判官の視点を重視するドウオーキンによる解釈的な法理論によって、静態的なハートの法理学が批判されているが、ホームズがオーステインを批判、克服していった過程は、そのようなイギリス、アメリカの法思想の間の視点の違いの原点としても捉えることができるだろう。以下、*American Law Review* 誌において公開され、F・ケロッグによって編集された『ホームズ判事の形成期のエッセイ——アメリカ法哲学の創生——』(*The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy*)<sup>16</sup> に収められたホームズの初期の論稿を検討していきたい。

ホームズがオーステインの著作に最初に出会ったのは、彼がまだ二十歳そこそこで、ハーバート・カレッジの最終学年であった一八六一年のことであった。ケロッグによれば、ホームズは、一八六三年から一八七一年にかけて、少なくとも二度、オーステインの『法理学講義、あるいは実定法の哲学』(*Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Law*)<sup>17</sup> (一八六一年)を読んでいる。ケントの『アメリカ法注釈』の新版の編集に関わっていたホームズが、オーステインによって試みられた法の配列、分類に関心を持つことは自然なことであったと思われるが、一八七〇年の「法典と

法の配列 (Codes, and the Arrangement of Law) において、ホームズは、まず、法の配列について、「もしそれが得られるならば、その重要性は、過大評価され得ないものである<sup>(18)</sup>」とした上で、その効用として、「与えられた事例と他のすべてのものとのすべての結び付き<sup>(19)</sup>」を初学者に提供することを挙げている。オースティンが「法典化と法改革 (Codification and Law Reform)」で掲げた法理学の目的、すなわち法のルールを体系の中に位置づける「法の地図」の提供という目的が、ここではホームズによってそのまま承認されているとも言えるだろうが、配列の方法に関しては、ホームズはオースティンの方法に疑義を呈している。拙稿でも検討したように、オースティンは、物の法を中心として法全体が捉えられ、それは、違法行為から生じる二次的権利とそれ以外の一次的権利に分類され、さらに、後者が対物権 (rights in rem) と対人権に分類されるなど、権利概念を中心とした法の配列、分類を試みていた。<sup>(20)</sup> 一方で、周知の通り、ホームズは、「義務は論理的にも年代的にも権利に先行する<sup>(21)</sup>」と述べ、義務概念を中心とした法の配列を提唱している。ホームズによれば、権利を直接創造する法でさえ、世界の他の部分に対しては暗黙に義務を課していることや、対応する権利が存在しない義務はいくつかあるが、その逆の場合はないことに留意する必要があるのであった。<sup>(22)</sup> さらに、ホームズの批判は、オースティンが、権利をそれ自体で権利とされる第一次的権利と、それらが侵害された場合に裁判所において救済を受ける権利に分類し、後者、すなわち、「救済を提供し、刑罰を決定する法が絶対的に必要な唯一のものである<sup>(23)</sup>」と論じていたことに対しても及んでおり、救済を受ける権利を持つものに対応する当事者が「義務」を賦課されているとは言い難いため、「義務の分類において、それ(救済的権利に対応する義務)が独立した位置を見出すことは疑わざるをえない<sup>(24)</sup>」( ) 内は引用者)と論じている。

*America Law Review* 誌に次に掲載されたホームズの論稿は、一八七二年の「新刊案内 (Book Notice)」の欄に掲載されたものであったが、ハーバード・ロー・スクールにおけるホームズによる法理学の講演の要約がそこには載せられ



ている。この論稿から、オースティンの法理論に対する批判がより明白になってくるのであるが、これまでの本研究との関連で興味深いのは、それがポロックの「法と命令 (Law and Command)」（一八七二年）の書評として、それに触発される形で書かれたことである。ポロックは右の論稿でオースティンを批判して、主権者の命令から独立した慣習が法的効力を持つことを強調していたが、ホームズは、アメリカの法実践により則した議論を展開しており、まず、主権者の命令よりも裁判官の判決によって法の内容が確定されることを強調している。すなわち、ホームズによれば、「イギリスにおける制定法、この国の憲法についての司法の解釈のいくつもの例からも明らかのように、文明国においては、法律家の法 (Lawyer's Law) を創るのは、その源泉ではあるが主権者の意思ではなく、法を強制するその従者の集団 (body of subject) である裁判官が、彼の意思と言うところのものによってであることが思い起こされなくてはならない」<sup>(26)</sup>のであった。オースティン自身も、主権者は、あくまでも司法法の源泉 (source) として捉えられ、司法法それ自体は裁判官によって発展させられると考えていたため、右のホームズの言明は、オースティンも是認し得るものであったかもしれない。しかしながら、ホームズは「法律家にとつての唯一の問題は、裁判官がどのように行為するかである」<sup>(27)</sup>とも論じており、「法の小路」における「法予言説」を予感させる記述もこの論稿で見出すこともできる。その一方で、法の配列に関する興味も継続しており、ホームズは、「民事訴訟の責任は、それ自体で義務を形成する刑罰や制裁ではない」<sup>(28)</sup>とも述べて、法的権利とそれに相関的な義務、そしてその両者を結び付ける主権者の命令、制裁といったオースティンの法理学の枠組みに対する疑問を提示している。ホームズによれば、禁止される行為をなす契約が無効になる場合など、違反することで法の保護を失う場合を除いて、例えば、一定の利益を享受するために公正な対価を支払う責任などに刑罰が付加されているとは考えにくいのであった。さらに、オースティンの枠組みからは、例えば嚴格責任、無過失責任に基づく民事責任に対しても、刑罰、制裁が科せられると捉えられることになるが、オースティンに

において含意されている有責性(culpability)ではなく、公共政策(public policy)によって民事責任の範囲を決定すべきであるともホームズは指摘し、義務、主権者の命令の下に民事責任も捉えたオースティンへの批判が展開されている。<sup>29)</sup>

ホームズは、次の二つの論稿の「法の配列、当事者関係(Arrangement of the Law, Privy)」(一八七二年)、「不法行為の理論(The Theory of Torts)」(一八七三年)では、「法典と法の配列」で自ら提案した義務の概念を中心とした法の配列に伴った、具体的な法分野において生じる諸問題について検討している。そのうち、特に、後者の「不法行為の理論」においては、過失責任を法の発展的理論によって説明する傾向が明確なものになっており、オースティンの法理学に代わりうるものの端緒を見出すこともできる重要な論考である。

「法の配列、当事者関係」においては、ホームズは、右の「新刊案内」の問題意識を發展させ、オースティンの法理学の枠組みにおいて前提とされている法的権利と義務の相關関係について、雇主と使用人の関係における代理責任(vicarious liability)の例を挙げながら検討している。そこでホームズは、使用人の不法行為に対して雇主が責任を持つことを理解するためには、歴史的な考察が必要であると論じている。ホームズによれば、「ローマ法の初期においては、市民の妻、子供そして使用人は、彼(その市民)の奴隷であった。彼ら(妻、子供、使用人)は、彼らが、家長のペルソナを保持しているものとして以外には、法の前に地位を持つことができなかつたため、市民に対して法的関係を持つことができなかつた」<sup>30)</sup>「( )内は引用者」が、その際、その雇主と使用人の擬制に基づく同定を代理責任の原理の起源として考えることができるのであった。すなわち、ホームズは、「彼の使用人によって獲得された利益に対する雇主の権利が一般的であるのと同様に」<sup>31)</sup>「責任が課された時はいつでも、雇主が使用人の不法行為に対して責任を持つ」ということも一般的なものとして考えられたという歴史的経緯によって代理責任は説明できるのであり、権利と義務の相關性から、代理責任においても、雇主には遠因的な不注意(remote inadvertence)があるとしたオースティンの理解

を批判している。

一方、「不法行為の理論」は、ケロッグが指摘しているように、行為の規準が徐々に規定されることによって、不法行為の領域が恒常的に変化、成長していることが論じられているホームズの法理学の一つの画期となった論考である。<sup>33)</sup>すでに触れたように、オースティンの法理学においては、法的権利と相關的な義務を結び付けるものとして主権者の制裁が位置づけられていたが、民事的責任についても、主権者による制裁という枠組みを維持するために、当事者には、過失、不注意 (heedlessness)、軽率<sup>34)</sup> (rashness) といった有責任が帰されていた。<sup>35)</sup>一方で、ホームズは、右の「新判案内」では無過失責任、厳格責任が、そして、「法の配列、当事者関係」においては、代理責任が、当事者に有責任を課すことによっては説明できないことを指摘していたが、「不法行為の理論」においては、一般的な過失責任に関しても、「責任は有責任を含蓄するという彼の一般的な概念に従ったオースティンは、過失を当事者の心理状態として分析しているが、これは十分でないように私たちに思われる」<sup>36)</sup>とオースティンの枠組みが妥当しないことを論じている。さらに、ホームズは、過失責任に関する先例を分析した上で、それが、そもそもオースティンによって試みられているように、一定の枠組みによっては捕捉しうるような性質のものではないとも論じている。すなわち、過失責任に関する訴訟が陪審によって決定される際、「彼ら(陪審)は被告の意識の状態について聞かれているわけではなく」<sup>37)</sup>、過失の基準を各々の判例において打ち立てているのであったが、その際、「その決定は明瞭な理性というよりもむしろ、一方、あるいは他方の側へのわずかな感情の優勢によってなされるのであり、正反対の判決の接触により、(過失責任に関する) 厳密な一線が生じるが、それは大変恣意的なものであるので、一方、あるいは他方の側にもう少しだけ進んで描かれることも同じようであったらう」<sup>38)</sup> (内は引用者) ことをホームズは強調しているのである。結局、ホームズによれば、不法行為の責任には、有責任が要素であるものとそうでないものに分類されるが、後者もさらに、「責任を

固定する事実が確定されている場合と、その境界線が確認の過程にあるか、政策の動機から、それが意図的に不確定にされている場合<sup>(38)</sup>に再分類されるのであった。このように、ホームズは、義務の概念による法の分類を試みた結果、過失責任の一部については特に、オースティンの「有責性」の枠組みが妥当しないことを論証し、さらに、過失責任の基準自体が恒常的な変化の過程にあるため、一定の枠組みによってコモン・ローを把握するというオースティンの法理学の企図自体がそもそも限界を伴うものであるとの認識にまで至っている。ケロッグは、ホームズにおける、「義務の概念に基づく分類から生じた問題が、元来の企図に取って代り、それ自身の哲学的生命を得ることになる新しい原理を生み出した<sup>(39)</sup>」と、「不法行為の理論」に至るまでのホームズの思考の過程を要約しているが、この時点でホームズは、「乾いた光を通して見ることで、（オースティンは）訓練された目によって発見できる恒久的な法的枠組みがあると思っていたかのように叙述する<sup>(40)</sup>」（一）内は引用者」というメインによるオースティン評を共有していたとも言えるだろうし、実際、ホームズの次の論稿も、法についての歴史的考察に焦点を当てたものであった。

そのホームズの次の論稿とは、一八七六年、一八七七年の二回に分けて公開された「近代法における原始的な概念（Primitive Notions in Modern Law）」である。ホームズ自身は、二次文献に依拠したメインの方法論の厳密性の欠如を批判し、むしろ、F・メイトランドを範としたのであるが、以下のホームズの議論の展開は、法の歴史的考察を通じて、オースティンの法理学を再検討するというメインの問題関心を発展させたものと言えるだろうし、メインによって主導された、法の分析的研究から歴史的研究への転換という一九世紀後半のイギリスにおける一つの潮流に影響を受けたものであった<sup>(41)</sup>。メインの論点は、「もし我々が何らかの方法で、法律の概念の初期の形体を確定できるのならば、それらは我々にとって評価できないほど貴重なものになるだろう。これらの原始的な観念は、初期の地殻が地質学者に対して持つ同じような意味を法律家に対して持っている。それらは、潜在的には、法が後に示したすべての形体を含んでいる。

最も表面的な検討以外には、それらを一般的に拒絶した性急さや偏見は、我々が法理学という科学を見出す不十分な状況の責めを負わなければならない」という『古代法 (Ancient Law)』(一八六一年)冒頭の言明にも示されているが、ケロッグも指摘しているように、ホームズも、このメインの見解には賛同したはずである<sup>(43)</sup>。

さて、「近代法における原始的な概念」であるが、そこでホームズは、責任概念についての歴史的考察を進めている。その際、オースティンが、成熟期のローマ法から、有責任性に基づく概念としての責任概念を抽出し、それが、ローマ法以前の原始的な概念であったと論じていたことを念頭に置きながら、ホームズは、「この論文では、その原始的な概念をより詳細に説明し、近代法の一体への影響を示し、そして、それらの実際の形体においては、相互に、あるいは何らかの共通の源泉といったものから最も遠く見えるけれども、そこから(原始的な責任の概念)の数多くの原理の発展を辿ることを試みよう」<sup>(44)</sup>。「( )内は引用者」と自らの主題を設定している。ホームズによれば、「もし我々が成功するならば、それらの原理を確立したと頻繁に考えられている様々な考慮は、実際は、すでにそこにあつたものを説明するために、後の時代において発明されたものであつたことが発見されるだろう」<sup>(45)</sup>。「近代法における原始的な概念」においては、特に、厳格責任、代理責任の歴史的起源について焦点が当てられている。もちろん、代理責任の起源については、すでに見たように、「法の配列、当事者関係」においても考察されていたが、ここでは、復讐の原始的な願望が厳格責任、代理責任といった法原則の形成に与えた影響が考察され、法と論理の乖離がより強調されているとは言えるだろう。ホームズは、ギリシア、ローマ、ゲルマン、アングロ・サクソンなどの多様な資料から責任概念の源泉を探っているのだが、そこにおいて共通に散見される要素は、復讐だったのであり、原始的な種族においては、侵害された当事者は、例えば、彼を侵害した奴隷、あるいは、動物や物などの引き渡しを要求したのであつた<sup>(46)</sup>。そして、ホームズによれば、所有者の厳格責任、代理責任も、引き渡しに代わるものとしての支払い、すなわち復讐に効果を与えるために生じたので

あった。なお、「近代法における原始的な概念」は二部に分かれていたが、その第二部においては、地役権に関する法について考察されている。ホームズが問題としたのが、不動産占有侵奪者（*disseisor*）が通行権を侵害された場合、たとえ正当な所有者でなくとも通行権を侵害した相手に対して訴権を持つとされたことであったが、その要因は、地役権が土地に属するものとして捉えられていたことであった。ホームズは、この法原則に関して、「事実、あるいは、権限のいずれにおいても所有権を有していないものが、なぜここまで優遇されているのか」との問いを立てた後に、「その答えは、理性の中にあるのではなく、理性の失敗においてある」と述べている。<sup>(48)</sup>

二部から成る「近代法における原始的な概念」の特徴は、それ以前に試みられていた、義務の観念を中心とした法の配列についての新たな考察が試みられなかったということである。ケロッグは、そのような変化から、この時点のホームズにおいて、近代の責任の基準についての原始的な観点から得られる教訓が、それが純粋な分類に基づく分析に投げかける疑問を上回ると考えられるようになったと指摘しているが、本稿の本題関心からは、これ以降は、ホームズは、メインの歴史法学を超える視点を提供するようになっていったとも論じることもできよう。メインは、『初期の法と慣習（*Early Law and Custom*）』（一八八三年）において、ベンサム、あるいはオースティンの法的概念が、「死滅しやすいついという事実は、法理学それ自体でさえ、偉大な発展の法則から逃れ得ないということ強く示唆している」と論じていたにもかかわらず、その歴史法学は、オースティンの法理学の射程を歴史的、地理的に限定することを超えることはなかった。<sup>(51)</sup> 一方で、ホームズは、メインが「偉大な発展の法則（*great law of evolution*）」と呼んだものの探求を試みているが、「不法行為の理論」における過失責任の分析にも垣間見られたように、それは、責任概念の客観化、すなわち共同体の価値の追求へと進んでいくものであった。

## (二) 共同体の価値の探求

前節では、*American Law Review* 誌に掲載されたホームズの一八七〇年代の論稿を検討してきたが、ホームズは、まず、義務の観念を中心としていたという違いはあったものの、オースティンと同様に、法を包括的に説明することのできる法の配列の考察を試みていた。しかしながら、厳格責任、代理責任が、オースティンの枠組みを支える有責性によつては、他の不法行為と同様には説明できないことなどを明らかにする過程で、そのような試みは有益ではないと考へるようになり、法の歴史的考察に重点を移すようになる。「近代法における原始的な概念」などにおける考察を通じて、ホームズにとつての法の論理は、歴史的变化の残余によつて説明されるものとして捉えられるようになったのである。<sup>②</sup>

『コモン・ロー』においても述べられているように、「非常に一般的な現象、そして歴史を学ぶことによつて非常によく知られたことはこれである。原始的時代の慣習、信念あるいは必要がルール、あるいは公式を打ち立てる。何世紀もの間に、その慣習、信念、あるいは必要は消え去るが、ルールは残る。そのルールを生み出した理由は忘れ去られ、発明の才のある知性が、それがどのように説明されるべきか探求し始めた。それを説明し、現在の物事の状況と一致するような一定の政策の根拠が考えられ、その後、ルールそれ自体が、そのために見つけられた新しいルールにそれ自体を適用させ、新しいキャリアに入ることになる。古い形式が新しい内容を受容し、次第に、形式それ自体も、それが受容した意味に適合するように、それ自体を変化させる」<sup>③</sup>のであった。具体的な例としては、「近代法における原始的な観念」、あるいは『コモン・ロー』において取り上げられている厳格責任、代理責任の歴史的变化を挙げることができるだろう。古代における、侵害行為を犯した奴隷に対する復讐の代替物として、所有者の金銭賠償を定めたルール自体は、文明社会においては消え去ってしまったが、船主や宿屋の主人などに関する特殊な信用から、その使用人がなした権利侵害に対しては無条件に責任を負わされるべきという政策を説明するルールとして用いられ、さらに、より一般的に、



責めを負うべきではない他人による行為に対する責任を規定する代理責任のルールが生じたのであった。<sup>54</sup> また、無生物のものである船が、古代法における奴隷と同じように、あたかも人格を与えられているかのように裁判官によって扱われていることも、右の法の形式と内容のパラドックスの一例として挙げる事ができるだろう。<sup>55</sup> いずれにせよ、法の科学者が、法体系を精査することによって見出すことができるのは、オースティンが示したような法の枠組み、論理ではなくて、法体系全体は、漸進的ではあるが、恒常的な変化の中にあるというのが、ホームズの法思想の基本的なアプローチであったと言える。<sup>56</sup>

前節で検討した一八七〇年代のホームズの論稿のいくつかは、『コモン・ロー』にも収められているが、『コモン・ロー』の序章「責任の初期の形態（Early Forms of Liability）」においては、オースティンの法理学と向き合ったホームズの一八七〇年代の思索の成果が簡潔にまとめられている。すなわち、まず、「法体系全体をアプリオリな前提から演繹しようとする試みであれ、優雅な法理学（elegantia juris）、あるいは部分間の論理的な一貫性に法の科学は存在すると想定するより謙虚なものであれ」、<sup>57</sup>「その形式的な側面からのみ法を考察するすべての理論」<sup>58</sup>は失敗するとホームズは論じている。「真実は、法は一貫性に常に近づいているし、決して到達しないということである。それは、一方においては、生活から新しい原理を永久に採用し続けているが、他方では、まだ吸収されることも捨て去られることもない古いものを歴史から保持し続けている。それは、それが成長するのを止める時のみ、完全に一貫したものになる」<sup>59</sup>のであった。「我々がどれだけ法を、一見明白な命題の連続に法典化するとしても、それらの命題は、継続的な成長の一つの局面に過ぎない」<sup>60</sup>のである。

さらに、ホームズは、その「責任の初期の形態」において、責任に関する法の発展法則と言えるものについても明確に規定している。ホームズによれば、「現代の法までに知られている様々な形態の責任は、復讐という共通の根柢から



生じてい<sup>(61)</sup>て、「道徳的な基礎、すなわち、誰かが咎められなければならないという考えから開始された<sup>(62)</sup>」。しかしながら、「道徳の用語はまだ残っていて、法は、一定の意味において、未だにそして常に道徳的基準によって法的責任を評価する一方で、それにもかかわらず、その性質のまさに必然性により、それは、それらの道徳的基準を外的あるいは客観的なものに常に変えていて、そこから、当事者の実際の罪は完全に排除されている<sup>(63)</sup>」のであった。

ところで、前節で触れたように、一八七二年の「新刊案内」において、すでにホームズは、無過失責任、嚴格責任の領域においては、公共政策によって決定すべきことを論じており、その翌年の「不法行為の理論」においては、不法行為の責任を、有責任が要素であるものとそうでないものに分類していたが、『コモン・ロー』が執筆されるまでには、「被告人の実際の心理状態<sup>(64)</sup>」ではなく、「平均的な知性を持つ分別のある人として行為することに失敗したか<sup>(65)</sup>」否かが不法行為全体の基準となってくる。「不法行為の理論」においては、詐欺や故意の契約違反は、当事者の意識が要素であると捉えられていたが、それらも、外的、客観的基準によつて判断されるようになったのであった。また、『コモン・ロー』において、例えば、ある人が「もし重い梁を通りに投げ入れるならば、彼は通常の分別ある人が、死あるいは重度の身体的危害を引き起こすだろうと予見する行為をなし、実際に彼がそうするか否かにかかわらず、彼はあたかもそれを見したかのように扱われる<sup>(66)</sup>」と述べられているように、刑法における責任も同様に扱われることになり、契約法の分析においても、法は当事者の実際の意図とは関係なく、彼らの行為の外的な証拠によつて人々を判断すると述べていた<sup>(67)</sup>。

ここで留意すべきことは、右の刑法に関する例にも示されているように、道徳的責任から、外的、客観的基準へというホームズの責任原理に関する発展法則が、そのまま法解釈論に転化化されていることである。その際、ホームズは、『コモン・ロー』において、外的、客観的基準を「共同体の感情を代表している（中略）と仮定されている<sup>(68)</sup>」（「内は引用者」）多くの場合において、平均的に分別ある人の理想像と見なされている<sup>(69)</sup>」陪審に求めている。すなわち、ホー

ムズによれば、「その事柄に適用できる公共政策についてのいかなる明白な見解も抱くことがない裁判所は、不法行為法の大部分がそのように導出されたと認められてきたように、日常の経験から適用されるべきルールを導出する。しかし、裁判所はさらに言えば、それ自身がルールを聡明に規定するための十分な実践的な経験を持っていないと感じる。それは、共同体の実践的な部分から選ばれた十二人がその判決を助けることができると考える。したがって、それは、陪審の意見を採用することによって、その分別を促進する<sup>⑩</sup>」のであった。さらに、『コモン・ロー』ではより一般的な裁判官の役割についてのホームズの見解の一端も示されている。「実務において、事實は正確には繰り返すことはないが、相互に比較的小さな変化しか伴わない事例は繰り返す」。その際、「長い間、民事の第一審裁判所（*nisi prius*）で審理している裁判官は、徐々に、通常の場合における共同体の共通感覚を代表することを彼に可能にさせる経験の蓄積を、陪審よりもより良く獲得するはずだ。彼は、総体として、彼らの意見を採用するのが望ましいと考える場合でも、彼らを導き、詳細まで教示することができるとは必ずである。さらに、彼が、彼らの意見を全く採用することなしに、判決をすることができるとは継続的に成長するはずである<sup>⑪</sup>」とホームズは論じている。

最近の英米、あるいはわが国の研究においては、以上のような外的、客観的な基準、あるいは陪審の評決に現われるとされる共同体の価値に基づくホームズの判例解釈の理論に対するデューイ、あるいはパースのプラグマティズムの影響が指摘されている。例えば、T・グレイによると、デューイのプラグマティズムにおいては、第一に、思考は、コンテキストに基づいた、位置づけられたものとして、知覚、あるいは思考の慣習、類型といったものの実践に組み込まれたものとして捉えられた一方で、第二に、ダーウィニズムの影響から、思考は、生存に向けられた問題解決の能力として、道具主義的に捉えられていた<sup>⑫</sup>。ホームズの法思想は、このようなプラグマティズムを法実践に適用したものであるとグレイは論じているのであるが、その結果、ホームズにおいては、第一に、法は、コンテキストに基づき、位置づけ

られていて、慣習と共有された期待に根拠を持つ実践から構成されるとされ、第二に、法は、社会的に望ましい結果を達成する手段として、道具主義的に捉えられたのであった。<sup>(23)</sup>より簡潔には、プラグマティズムの影響から、ホームズにおける法は、過去から引き継がれた暗黙の思考類型、偏見 (prejudice) に依拠すると同時に、公共政策、社会の必要に対応するものであったのであり、裁判官が、そのような社会の偏見や必要を測る手段として陪審を用いることが提唱されたことになる。一方、わが国の金井光生の最近の研究においては、パースの影響が指摘されており、ホームズにおける法律が、「単に〈自己選好〉や〈便宜性〉だけで定立されるのではなくて、あくまでも〈過去〉との対話を重視して」いて、その法思想において、「過去の信念が現在の必要性によって懷疑され、批判吟味を重ねることで、〈自己修正的に〉新たな信念 (法律) が探求される」<sup>(24)</sup>点が、『パースの言う〈習慣の形成〉と〈習慣の自己修正〉」<sup>(25)</sup>に結び付けて捉えられている。ホームズが、共同体の過去の信念、あるいは現在の必要を代表するものとして陪審を位置づけていたことなどからも、ホームズの法思想とリアリズム法学を区別し、さらに、パースのプラグマティズムとの親和性が指摘されているのである。<sup>(26)</sup>

もちろん、『コモン・ロー』に結実する一八七〇年代のホームズの思考の特徴の一つが、ケントの『アメリカ法注釈』を編集することによって得られたコモン・ローの詳細な知識と、パースによって主宰されていた形而上学クラブ (Metaphysical Club) のプラグマティズム哲学を結び付けるものであったことは否定できないが、オースティンの法理学の否定、メインとの問題意識の共有といった前節で検討したような一九世紀後半のイングランドの法思想のコンテクストにおいてこそ、ホームズの目的は十全に理解することができるというのが本稿のスタンスであった。ホームズの『コモン・ロー』は、ただ単にデューイやパースのプラグマティズムをコモン・ローの実践に適用したというものではなく、ケロッグが指摘しているように、法的概念はその発生と成長において捉えられなくてはならないというメインと同様の

問題意識から、そのような法の発展という観点を補足しえないオースティン流の法理学を克服しようとするホームズを試みであった。<sup>80)</sup>

ところで、ケロッグによる、ホームズは、「アメリカのプラグマティズムの探求と同様な共同体の探求の概念でもって、コモン・ローの理論を最新のものにした」<sup>81)</sup>との指摘も、本研究のテーマとの関連で興味深い。ケロッグは、その近著である『オリヴァー・ウェンデル・ホームズ：法理論と抑制的な司法』(Oliver Wendell Holmes, Jr.: Legal Theory and Judicial Restraint) (二〇〇七年)において、ホームズの法思想と、伝統的なコモン・ロー思想との関連を強調している。すなわち、ケロッグは、イングランドの法思想においては、社会的実践というより広いコンテキストの中で法を捉え、紛争を解決する過程で法は生じてくるとした、クック、ヘイル、ブラックストーンらの古典的コモン・ロー思想と、法を自律的で、確定的で一貫したものであり、テキストに基づくものとしたホップズ、オースティンなどの法実証的な法思想が対立してきたと整理した上で、ホームズの法思想を前者を再定式化したものとして捉えているのである。<sup>82)</sup> 例えば、クックが、『イングランド法提要 (Institutes of the laws of England)』において、裁判官たちの判決意見の間に一致が見られない時の、法の最良の解釈者は慣習であると論じ、ヘイルが、「ホップズ氏の『法の対話』に関する主席裁判官ヘイル卿による考察 (Reflections by the Lrd.Chief Justice Hale on Mr. Hobbes His Dialogue of the Lawe)』においてホップズを批判した際に、哲学者の思索による法よりも、コモン・ローの方が長い経験に基づいているため優れていると論じていたことから、ケロッグは、古典的コモン・ロー思想を、ホップズやオースティンにおけるような中央集権的でトップダウンの法思想ではなく、ボトムアップの法思想として特徴づけている。<sup>83)</sup> そして、ケロッグは、「事例に特化した探求としてのコモン・ローの方法、法的思考と、コモン・ローのルール形成の暫定的で実験的な性質、抽象化に対する懐疑、そして裁判所の法形成過程における共同体の実践と参加の重要性と尊重」<sup>84)</sup>といったホームズの法思

想の特徴も、古典的コモン・ロー思想、英米の伝統的な法思想を継承したものであると捉えているのであった。ホームズ法の思想の詳細については、彼の「公共政策（public policy）」の観念、有名な「法予言説」などと関連させて次節において明らかにすることとし、以下においては、法発展の原理に焦点を当てながら、ケロッグの整理を批判的に検討することで、本研究が考察の対象としている近代以降の英米法思想というより大きなスパンにおいて、ホームズの法思想が持つ意義について考えてみたい。

まず、ヘイルに関して確認すると、法実証主義的な主権者命令説の観点から、コモン・ローの準則の多くは、立法に起源を持つと論じられていた。もちろん、例えばそれ以外の慣習に起源を持つコモン・ローは、人々の受容、同意によって法としての地位を得るとされており、また、「人々の状況、緊急の必要や便宜に順応させられるもの」としてヘイルはコモン・ローの発展を捉えている<sup>(87)</sup>。しかしながら、一方で、ケロッグの指摘とは異なるが、オースティンの法思想も、同様に法をボトムアップに構築していくことに基礎づけられていたと考えることも可能である。「主権的立法者は、たんに権威を与え、チェックするだけで、それ自身に立法することを割り当てることはない」と論じていたオースティンにおいても、法は、社会の変化に即して裁判所によって与えられる救済を通じて得られるものであったのであり、主権者命令説は、そのように変化するコモン・ローを捉える枠組みであったと理解すべきである<sup>(88)</sup>。古典的コモン・ロー思想をボトムアップに基づくものとして、トップダウンの性格を持つ法実証主義的な法思想と対比させるケロッグの整理は過度の単純化に基づいたものであり、むしろ、ヘイル、ブラックストーン、オースティンといったイギリスの法思想とホームズの法思想を対比的に捉える方が、ホームズの法思想の特徴はより明確になると思われる。すなわち、コモン・ローの地図を提供することを第一義的な目的とし、裁判官の法解釈のあり方については深い考察がなされていない前者と、裁判官の、いわば「内的な視点」からの法思想が考察されている後者の対比である。

ヘイルやブラックストーンにおいては、権威的なルールからの類推によってコモン・ローは発展すると考えられていたが、すでに拙稿で検討したように、判例法解釈の問題について主題的に論じられることはなく、法発展の過程が十分に説明されているとは言えない。典型的には、ブラックストーンの「法はそれ自身の意味を宣言するのみにめつたに躊躇しない。しかし、裁判官は、他のもの(事実問題)の意味を見つけ出すために類繁に困惑させられる」〔( )内は引用者〕という言明にそのような特徴は現れており、その『イングランド法積義(Commentaries on the Laws of England)』(一七六五―六九年)の第四巻に収められた「イングランド法の発生、発達と漸進的な改善(Of the Rise, Progress, and Gradual Improvement of the Laws of England)」という一節においても、おもに制定法によつてもたらされたイングランド法の変化が考察されている。それと同様に、司法法として捉えたレイシオ・デシデンダイの曖昧さや流動性、あるいは「正反対の類推の競合(conception of opposite analogies)」など、コモン・ローの発展の複雑さを認識していたにもかかわらず、オースティンにおいても、法曹全体の見解、「専門職の一般的な意見の影響」にコモン・ローの発展は委ねられていた。<sup>92</sup>一方で、本稿の冒頭で触れたようなアメリカ法学の置かれた制度的条件を一因として、ホームズの法思想は、ヘイルやブラックストーンが考察の対象とはせず、オースティンが法専門職に委ねたコモン・ローの発展の原理に焦点を当てたものであった。前節での引用を繰り返すが、ホームズは、過失の基準について、「その決定は明瞭な理性というよりもむしろ、一方、あるいは他方の側へのわずかな感情の優勢によつてなされるのであり、正反対の判決の接触により、(過失責任に関する)厳密な一線が生じるが、それは大変恣意的なものである」( )内は引用者〕と述べて、一方、あるいは他方の側にもう少しだけ進んで描かれることも同じようであったらう。<sup>93</sup>〔( )内は引用者〕と述べ、次節でも見るように、その際の裁判官の役割について詳細に検討しているが、ホームズのこの言明は、まさにオースティンが「正反対の類推の競合」と名付け、法理学の考察対象の外に置いた現象についてのものであった。そして、コモン・

ローの地図を描こうとしたオースティン、あるいはヘイルやブラックストーンの視点とホームズの視点の対比が、ハーローの『法の概念 (The Concept of Law)』(一九六一年)とドゥオーキンの『法の帝国 (Law's Empire)』(一九八六年)の間の視点の違いに受け継がれていると考えることができるならば、ホームズの法思想は、ヘイルやブラックストーンの延長線上にあるものではなく、裁判官の視点に焦点を当てるアメリカ法学の独自の発展の端緒として捉えるべきであろう。終章でさらなる検討を加えるが、近代英米法思想の展開という観点から、ホームズの法思想を古典的コモン・ロー思想も含めたイギリスの法思想と対比させるという本稿の整理は、以上の観点からのものである。

ところで、コモン・ローの発展に焦点を当てて、裁判官の法的推論を導く指針としての法思想を構築しようとした英米圏のもう一人の法律家として、十八世紀スコットランドのケイムズを挙げる事ができるが、すでに拙稿でも検討したように、ケイムズの法思想は、法の発展を道徳感覚の理論によって一貫的に説明できていないという内在的な限界を伴っていたものであり、また、実際の法実務に対する影響も限定的なものであった<sup>94</sup>。それと同様に、ホームズも、後に、法の発展の基準を共同体の価値に求める自らの議論の限界を認識するようになる。次節においては、ホームズ研究における論争軸である「法予言説」、「政策考量」といった概念に焦点を当てながら、ホームズの法解釈理論の変遷を分析したい。

### (三) 法予言説と政策考量

ホームズは、本章第一節でも検討した「法典と法の配列」で、コモン・ローにおけるルール形成を以下のように描写している。すなわち、ホームズによれば、コモン・ローでは、「同じ主題についての一連の決定の後にのみ、『諸事例を調停する』と呼ばれていること、真実の帰納法によって、それまで何となく感じられていた原理を規定することが必要



になる。そして、この規定は、抽象的な一般的ルールがその最終的な形を取る前に、一度ならず、新しい判決によって度々修正される<sup>(95)</sup>。また、ハードケースについても、「ハードケースのような偉大な事例（ケース）は悪法を作る。なぜなら、偉大な事例が偉大であるのは、将来のルールを形作る際のそれらの真実の重要性という理由によってではなく、感情に訴え、判決を歪める目下の圧倒的な関心という何らかの偶然による。これらの目下の関心は、一種の水圧のような働きをし、以前は明白であったものを疑わしく見えるようにし、その前では、十分に確立された法の原理も屈服する<sup>(96)</sup>」と述べられているように、ホームズの裁判官は、同一の争点に関して判決が一定程度集積した後初めて、一般的なルールを形成するのであるが、そのようなルールは常に、修正あるいは精緻化の対象になると捉えられていた。

ホームズの法解釈の議論は、「法の生命は論理ではなかった。それは経験であった<sup>(97)</sup>」というその法思想から導かれたものであり、前節で検討したように、オースティンの法思想についての批判的な検討から生じたものであった。さらに言うと、法の論理の捉え方の違いによって、ホームズの法解釈の議論は、クックやヘイルなどの古典的コモン・ロー思想におけるものとも性質を異にしたものになっている。クックにおいては、コモン・ローの一体性、整合性にそれが理性的なものである根拠が求められ、法の解釈は、既存のコモン・ローの発展として捉えられており、ヘイルにおいても、「一つの時代と一つの裁判所が一つのことを話し、同じ法の糸を紡いでいく<sup>(98)</sup>」ことの重要性から、類推に基づく解釈によって法が発展させられると考えられていた。一方で、ホームズにおいては、法と社会的実践との関係の捉え方が、クックやヘイルとは対照的であったと言えるだろう。すなわち、ホームズにおいては、法の発展は、社会的価値の変遷によって支配されているのであって、法における内在的な一貫性は認められず、法に一定の体系性を見出すことができるとしても、それは、あくまでも結果としての体系性なのであった<sup>(99)</sup>。ホームズの法思想は、前節で見たような裁判過程に焦点を合わせたという点で、それまでのイギリスの法思想と区別されるだけでなく、社会と法過程、法解釈の関係に



ついても極めて独特な理解が示されていたのである。<sup>(10)</sup>

右の法の發展を左右する社会的価値が陪審によって判断されると考えられていたことはすでに確認した通りだが、不法行為、あるいは刑法における責任の基準となるものとして、ホームズは「公共政策 (public policy)」にも度々言及している。繰り返しになるが、「新判案内」においては、厳格責任、無過失責任の基準について、「公共政策が、どこに線が引かれるべきか決定しなければならない」と論じられていたし、同じく *American Law Review* 誌に一八七九年に掲載された「運輸業者とコモン・ロー (Common Carriers and the Common Law)」におつて、「訴訟において發展させられたすべての重要な原理は、實際は、公共政策についての、多かれ少なかれはつきりとした理解の結果である」とされている。さらに『コモン・ロー』の冒頭においても「時代によって感じられる必要性、普及している道徳と政治理論、公然あるいは無意識の公共政策、そして裁判官たちが仲間たちと共有する偏見さえもが、人々が統治されるべきルールを決定する際に、三段論法よりもはるかに関係ある」とホームズは述べている。<sup>(11)</sup> その際、ホームズの法思想の解釈において重要だと思われることは、ケロッグが指摘しているように、ホームズの公共政策とは、現代において捉えられるであろう政策形成ということではなく、まさに陪審にその認定が委ねられていたような社会におけるコンセンサスを意味していたのであつて、紛争や論争が繰り返されてきた結果生じてくるものを意味していたと捉えることも可能なことである。例えば、「運輸業者とコモン・ロー」における「我々の実践と伝統において、特定の選好や規定されていない確信は、それにもかかわらず、最終的な分析においては公共政策に起因することが分かる」というホームズの言明における公共政策の概念は、現代の、例えば「法と経済学」において含意されている公共政策とは、全く異なつた意味で用いられている。

以上を敷衍すると、ホームズにおけるルール形成は、「十分な闘争の後、ある実践が結果として生じ、そして、それ

に対応する期待が形成される。その後、これが裁判官によって留意され、法のルールとして規定される<sup>(15)</sup>という漸進的なものであり、そのようなルール形成を主導する公共政策は、「共同体の平均的な成員の実践」<sup>(16)</sup>、すなわち陪審によって判断されるのであった。確かに、ケロッグも指摘しているように、ホームズは、徐々に、陪審の役割を経験のある裁判官に委ねるようになり<sup>(17)</sup>、また、その研究の初期において従来の「法官言説」を批判したオースティンやメイン、ベンサムの著作に習熟していたことも一因であろうが、ハードケースにおいても、裁判官が既存の法を適用するといったコンモン・ロー理解に対して、「コモン・ローは、空中における気がめいるような偏在(a brooding omnipresence in the sky)ではなく、同定することが可能な何らかの主権者あるいは準主権者の明瞭な声である<sup>(18)</sup>」と述べ、いわゆる「法創造説」に組みしているかのようなのである。しかしながら、ホームズの法思想を、強い意味において裁判官の立法を許容する現代の法実証主義者と区別し<sup>(19)</sup>、また、ホームズを、「論理的に『立法府至上主義者』であり『司法消極主義者』なのである<sup>(20)</sup>」と記述することも十分に妥当である。少なくとも、本節の残りで検討する一八九〇年代の諸論考までは、ケロッグが指摘しているように、ホームズにおける「司法によるルール形成は、現代的な意味での政策形成としてではなく、継続的な近接を通じての特定化としてのものであり、そしてその観念をホームズが発展させ正当化するのを許容させたのは、共同体の実践に埋め込まれた陪審の規範感覚という概念であった。(中略)各々の事例において、新規の政策の評価が裁判官に許容されていた訳ではなく、それは、その共同体的な、そしてコンセンサスに基づくという性質を着実にする訴訟の過程によって仲介される、漸進的な発見において生じなければならなかった<sup>(21)</sup>」( )内は引用者<sup>(22)</sup>と言えるだろう。

ところで、以上のような『コモン・ロー』に主に依拠したホームズの法思想の解釈は、「法の小路」の周知の「法官言説」に依拠していると思われる行動主義に基づいたホームズ解釈とは相容れないものである。一八九七年に公表され

た「法の小路」の冒頭において、ホームズは、「それ（法律の研究）が職業であり、人々が彼らのために弁論し、彼らに助言するように法律家に金銭を支払う理由は、私たちのような社会においては、一定の場合において、公権力の命令は裁判官に委ねられており、彼らの判決や命令を執行するためにもし必要ならば、すべての国家権力が發揮されるからである。人々は、彼ら自身よりもはるかに強力なものに直面するリスクをどのような状況で、どこまで背負うのかを知りたがるため、この危険がいつ見つけ出されるべきかを見つけることが仕事になる。ならば、私たちの研究の目的は、予言、すなわち裁判所という道具を通じた公権力の発生 of 予言である」〔（一）内は引用者〕と述べている。このホームズの法予言説に対して、H・ハートは、「法の小路」は、「多くの人々が、行動主義という命にかかわる泥沼までまっすぐに辿った道標である」と述べ、ホームズを、法はルールではなく、法過程に関わっている人々の行為にまで還元されなくてはならないと論じていたと解釈されるリアリズムと結び付けているが、最近のわが国のホームズ研究において、例えば金井光生は、『コモン・ロー』やこの論文（法の小路）が長々と法の歴史を精査しているように、ここ（法予言説）には歴史の連続性という伝統による制約が前提とされていることが看過されてはならない」〔（一）内は引用者〕と論じている。すなわち、金井によれば、ホームズの法思想は、「法を一般的安全という目的のための社会統制の手段として、〈社会学〉的法学を謳うロスコー・パウンドほどテクノロジカルなものでもなければ、（中略）裁判官個人の主観やその日の気分にも全面的に服してしまう態度を天真爛漫に物語るような唯名論的現実主義法学などとは原理的に結びつくはずもない」〔（一）内は引用者〕のであった。そして、金井はさらに踏み込んで、その主要著作を考察した結果、ホームズの法思想の一貫した体系の一つとして、「〔法的責任基準の外化・客観化〕や〔法予言説〕は、法概念の意味明晰化と意味確定のための理論であり、個人の私的関心や心理的狀態に尽きるものではない一般的普遍的慣習という実際的結果によって判断するものであること」〔（一）内は引用者〕を挙げている。

ホームズの法予言説は、本章第一節でも触れたように、一八七二年の「新刊案内」といったその初期の法思想にも見られるものであった。そして、その責任概念が、オースティンのもののように有責任に尽きるのではなく、無過失責任、代理責任など、共同体によって規定される流動的なものであったということから、そのような具体的な領域性を欠くコモン・ローを捉える枠組みとしてもホームズの法予言説を捉えることは可能であろう。しかしながら、以下において見るように、一八九〇年代の「特権、悪意、意図」や「科学における法と法における科学」では、一般的普遍的慣習に依拠することの限界の認識も垣間見ることができ、また、右の金井の指摘とは矛盾するが、ホームズが、法道具主義的な概念に傾倒しているように解釈できる部分もある。すでに触れたケイムズの法思想、あるいは現代のドウオーキンの法思想など、裁判の場で依拠すべき、「法律家が発見でき、利用できる共同体の客観的価値」の探究は、本研究で度々指摘してきたように、英米のコモン・ロー思想史の展開における主要なテーマの一つであるが、ホームズの法思想は、そのような試みの限界を如実に示すものとしても捉えることができると思われる。

ホームズの法思想の転機は、憲法やコモン・ローによって与えられる権利とは区別され、政府によって与えられるに過ぎなかった営業免許などの特権 (privilege) を論じた一八九〇年代に訪れた。ホームズは、一八九四年に、ハーバード・ロー・レビュー誌に掲載された「特権、悪意、意図」において、例えば、ある店主が、競争相手を妨害するために新たな店を競争相手の店のそばに出店して損害を生み出しても、危害ではなく、特権として評価されていたことに焦点を当てている。ホームズは、「特権が許容されるべきか否か、そしてどこまで許容されるべきかは、政策の問題である」と述べていたが、その際、ホームズは、すでに触れた『コモン・ロー』などにおける意味とは違い、現代において言われているような意味において政策という言葉を用いているのである。

ホームズは、権威ある医者が、ある医者を雇うべきではないとアドバイスした際、どのように法的構成をなすべきか

という別の一般例をより深く検討しているが、『コモン・ロー』で示された基準、すなわち、「被告が彼の行為のありうべき結果に気づいていたか否かを見るために、適用される外的な基準は、特権の問題とは、ほとんど、あるいは全く関係ない」と論じている。ホームズによれば、このような事例においては、被告は、害悪を予見するだけではなく、むしろ意図しているのであった。そして、「おそらくこのような場合において、もしアドバイスが良いものであると信じられており、聴衆の利益のために述べられたならば、被告には責任はなかつただろう。しかし、もしそれらが彼らの利益のためであったとは信じられず、その医師を傷つけるために与えられたのなら、医師が勝つただろう」として、自らが否定した主観的要素、有責任が問題になつてくることも認めているが、それよりもむしろ、現代一般的に用いられている意味での公共政策による解決を提案している。すなわち、ホームズによれば、「もし特権が制限されるならば、被告の自由一般に有利な政策は、善のために彼に許されていることを、害をなすために用いるのを禁止するという範囲に於いてのみ、限定されることが見出される」のであった。<sup>(12)</sup>

ホームズは、特権に関するイギリスの判例についても言及している。ホームズが挙げている判例は、*Mogul Steamship Company Ltd v. McGregor* (1892) と *Temperton v. Russell* (1893) であったが、前者は、競争相手を排除するために、彼と取引するのをやめた顧客にリベートを渡した商人たちの行為を合法としたもので、後者は、非組合員を使った雇用者の商品を扱わないように組合員に指示した労働組合の行為を不法としたものであった。ホームズによれば、これらの事例における判決の根拠も、「結局は、被告たちによって意図された彼ら自身の特定の利益のメリットに関する、かなり繊細な政策の命題と同じことになり、異なった経済的な共感を持った裁判官たちが、この問題に直面する際に、このような事例を異なった方法で決定するかもしれないという疑いを示している」のであった。<sup>(13)</sup> ここで、『コモン・ロー』、あるいはそれ以前の、陪審によって責任の客観的な基準が確定されるという方法論との相違は明白であ

るが、ホームズはさらに踏み込んで、「法が共通の意思の無意識な具体化であった時代はすでに過ぎていく。それは、自覚的に自らの運命を決定しようとする組織された社会に対する意図的な応答になった<sup>(12)</sup>」とも論じている。

以上の、共同体の客観的価値に代わるもの、あるいはホームズが「公共政策」に与えた新たな意味は、一八九九年に同じくハーバード・ロー・レビュー誌に掲載された「科学における法と法における科学」において示されているが、それは、量化（quantification）に基づくものであった。例えば、雇用契約において、労働者がどの程度の危険を彼の雇用に伴うと考えていたかという問題についてホームズは、「このような形式に整理された問題は、直ちにそして明白に科学的な決定のための問題である。すなわち、われわれが用いるどのような方法であれ、それによる量的な比較である<sup>(13)</sup>」と論じている。ただ、ここでは、本研究の論点とも絡めるために、ホームズが同時に、「法において、私たちが絶対的に最終的で量的な決定に到達することができるのは、ほんの時折のみである。なぜなら、原告、あるいは被告それぞれに対する判決を要求する社会的目的は、数に縮約され、正確に固定されることは不可能だからである<sup>(14)</sup>」と述べていることに注目したい。

ホームズの法思想が、一八九〇年代に変化したというここでのホームズ解釈は、ホームズが、アメリカ法学に初めて利益考量論を導入したというホイットツの解釈によっても裏書きされるものであるが、例えば、本稿でも度々言及しているケロッグは、「特権、悪意、意図」においてホームズが、「政策の問題に直面する時、それは一般性によつては答えることはできず、その事例の特殊な性格によつて決定されなければならない<sup>(15)</sup>」と述べていることなどから、ホームズの法的推論は、あくまでも個々の事例に基づく漸進的なものであって、共同体のコンセンサスが形成されるまではルールの一般化はなされえないという意味で、『コモン・ロー』以前の法思想との連続性を指摘している<sup>(16)</sup>。あるいは、同じくホームズの法思想の一貫性を指摘している金井は、「科学における法と法における科学」におけるホームズの量化は、

社会的欲求が、「質的ではなく、量的に、——主観的ではなく客観的に——判断され比較考量される」<sup>10)</sup>ための道具立てであったと捉えているようである。しかしながら、裁判官の恣意ではなく、客観的な判決が導かれうるとホームズが考えていたとしても、法の合理的な研究にとつての「将来の人は、統計の人であり、経済学の達人である」と述べられている「法の小路」では、その客観性の基準は、陪審、あるいは裁判官によつて発見される共同体の価値ではなく、法学者以外の社会学者に求められているという変化を指摘することができる。もちろん、「法の小路」における「法予言説」の提唱自体からは、法が法律家による予言の対象となっており、裁判官を導く理論の可能性が含意されているとも解釈することは可能である。しかしながら、「科学における法と法における科学」において、ホームズが、相反する社会的利益があり、先例からは論理的に解決することができないハードケースの場合、すなわち、「単純な論理の道具が十分ではないという疑いがある場合は、それが隠されていて、意識的ではなくても、裁判官たちは、選択という主権者の特権 (sovereign prerogative of choice) を行使するよう要求される」と述べているところなどからは、ホームズが客観的な理論の探求の限界を認識し、裁判官による政策の選択としてコモン・ローの発展を捉えるようになったとの解釈の方がより自然なものではないかと思われる。

以上、本章ではホームズの法思想を検討してきたが、「法予言説」、あるいは、共同体の客観的価値、裁判官を導く客観的な法理論の探求 (の挫折) など、それは、現代のアメリカ法学にも様々な含意を持つものである。そのようなホームズの法思想の現代に対する含意については、本稿では、終章で若干の整理をするにとどめて詳しくは稿を改めて検討することとし、<sup>11)</sup> 次章においてはパウンドの法思想を検討したい。ホームズの枠組みの多くを継承したパウンドであったが、その法思想においては、ホームズが副次的、結果的なものに過ぎないと見なした法の論理への回帰を見てとることができよう。



## 三、パウンドの法思想

## (一) 社会学的法学

ロスコー・パウンド (Roscoe Pound, 1870-1964) は、ネブラスカに生まれ、ネブラスカ大学、そして一八八九年にはハーバードのロースクールで法律を学んだ後に、ネブラスカで法律実務に携わっている。その後、ネブラスカ大学、ノースウエスタン大学、シカゴ大学、ハーバード大学のロースクールの教授を歴任し、一九一六年から三六年まではハーバードのロースクールの学部長を務めるなど、一九世紀前半のアメリカ法学をリードし、一九二〇年には、カードーズによって、「今日のかかなり明白な思想は、大部分はあなた(パウンド)の努力の結果により、アメリカの法律家や裁判官にとっての観念の共通のストックの一部になっている」<sup>(15)</sup>「( )内は引用者」とも評されている。そして、周知の通り、パウンドは非常に多作であり、主要な著書だけでも、『コモン・ローの精神 (Spirit of the Common Law)』(一九二一年)、『法哲学への入門 (Introduction to the Philosophy of Law)』(一九二二年)、『法による社会的コントロール (Social Control Through Law)』(一九四二年)、『法理学 (Jurisprudence)』(全五巻、一九五九年)などを挙げる<sup>(16)</sup>ことができる。

以下においては、本研究の問題関心に沿って、法と共同体の関係、コモン・ローの発展といった二つの観点からパウンドの法思想を整理していくが、パウンドは、様々なロー・レビュー誌上にも精力的に論文を発表しており、第一節では、そのうちの一九〇八年の「機械的法学 (Mechanical Jurisprudence)」、一九四三年の「社会的利益についてのサーヴェイ (A Survey of Social Interest)」を検討することで、その法思想の性質や目的、また、そこにおいて中心的な役割を果たしていた、法が反映すべき「社会的利益」の内実について素描することを試みたい。続く第二節では、『法の



歴史についての解釈 (*Interpretations of Legal History*)』(一九二三年)などから、法の発展に関するパウンドの見解を明らかにしていくが、そこで示されているのは、道具主義的な性質を持つ「社会的利益」とは相反する、法についての有機的な (organic) 理解であった。D・ウィグドアは、パウンドの法思想における「道具主義的なものと有機的なものという二つの別々の要素は、彼の法理学において、解決されることのない二重性を生み出し、そのことは、彼が非常に根気強く追求した一般理論を發展させるのを不可能にした」と断じているが、法についての有機的な見方は、クックやヘイルなどの古典的コモン・ロー思想のみでなく、現代のドウオーキンなどによっても採用されていると考えることもでき、パウンドの法思想に限界があるとすれば、それは、ドウオーキンの法思想を検討する際の一つの視座を与えるものであるとも考えられるだろう。

さて、パウンドの法思想の目的、性質であるが、それは、法形式主義に対するホームズの批判と、機械的法学に対するパウンドの批判を比較することで明らかにすることができると思われる。

まず、ホームズの法形式主義に対する批判であるが、アメリカ法学のコンテキストに即すならば、前節で検討したようなオースティンの法理学に対する批判ではなく、周知のように、ラングデルの法形式主義を標的としたものであった。もちろん、オースティンに対するものと同様、ラングデルに対する批判においても、法における「形式と内容のパラドックス」、すなわち、各々の判決は、既存の先例から論理的に導かれるのではなく、何が共同体にとって有益なのかという観点から導かれる点が強調されている。そして、例えば、ラングデルのケース・ブックに対する書評でも、『コモン・ロー』と同様に、「法の生命は論理ではなく、経験であった。その領域におけるすべての成長の種子は、感じられた必要性であった。継続性という形式は、すべての事柄を論理的な連続に還元することを目的とする推論によって維持されるが、その形式とは、新参者が、慣例的な要求に従って自らを見苦しくなく見せるために着るイブニングドレスに過ぎ

ない。重要な現象は、コートではなく、それに隠れている人である。すなわち、以前に持たれていた見解との一貫性ではなく、判決の正義と合理性である<sup>(38)</sup>とホームズは論じている。具体的には、契約の成立に関する郵便の到達主義と發送主義に関して、コモン・ローの原理から解答が論理的に導かれるとしたラングデルに対して、ホームズは、どちらの説であつても、それがより便宜的であると感じられるならば、それだけでそれが採用される十分な理由となると論じていた<sup>(39)</sup>。約因 (consideration) の原則、あるいは契約はそれが伝えられるまで完成されることはないというコモン・ローの確立された原理から、到達主義が論理的に導かれるとしたラングデルに対して、ホームズは、法の詳細は、一般的な原理からの演繹によつて解決されるのではなく、政策的な理由に依拠すると論じていたのであつた<sup>(40)</sup>。その際、前節の議論を敷衍することになるが、ホームズの法形式主義批判は、それに代わる枠組みの提示に主眼が置かれており、右の便宜性の判断を陪審によつて判断される共同体の価値に委ねていたように、実質的な考慮に関しては禁欲的であつたと特徴づけることができるだろう。

これに対して、パウンドの法形式主義、機械的法学批判は、「機械的法学」において、法は、「その内的な構造の精密さによつてではなく、それが達成する結果によつて判断されなければならない。それは、その論理的なプロセスの美しさや、それがその基礎と見なすドグマからそのルールが生じる厳密さによつてではなく、それがその目的を達成する程度によつて評価されなければならない<sup>(41)</sup>」と述べられているように、より規範的な観点からのものであり、その法の目的を社会的利益として提示するなど、法の内容についての考察もかなり踏み込んだものであつた。

その「機械的法学」においては、法形式主義、機械的法学の歴史性、相対性が強調されていることが注目される。パウンドによれば、法律家の間には、法における技術性を目的と見なして法の目的それ自体を忘却し、それらが導いた結果ではなく、法の科学と見なされているものとの一致によつてルールや原理を判断する傾向があるのだが、「成長と披

大の期間においては、この傾向は抑えられている。成長の安定の期間で、創造的な仕事の機会が大きく除去されている時は、それは非常に目立ってくる<sup>14)</sup>のであった。そして、パウンドの当時のアメリカ法学への診断も、「法システムには、科学が墮落し、システムが技術性へと腐敗し、科学的な法学が機械的な法学になる期間がある」というものであった。

また、「機械的法学」には、機械的な法学、すなわち、「既決の諸概念 (predetermined conceptions) からの演繹という方法<sup>14)</sup>」に基づいていた法学に関する具体的な記述もなされている。パウンドが挙げている例は、十九世紀の最後の四半世紀まで優勢であったとされる歴史法学と哲学的法学であるが、それらは、「根本的な諸概念 (fundamental conceptions)<sup>15)</sup>」に到達する方法においてのみ相違があるものであった。すなわち、「前者 (歴史法学) は、法学者の思索の歴史とローマの法源の歴史的発展からそれら (根本的な諸原理) を導いている。後者 (哲学的法学) は、形而上学的な探求を通じて、人間性についての一定の前提に到達し、それらからシステムを演繹している」<sup>16)</sup>〔 ( ) 内は引用者〕のであって、そのうちの後者は、十八世紀ドイツの法典化を基礎づけたと分析されている。一方、アメリカにおける法形式主義、機械的法学の弊害の原因は自然法思想、分析的法理学、歴史法学に求められている。ウィグドアの整理に依拠するならば、自然法思想に関しては、静態的な社会にとつてのみ適するような静態的な法思想として捉えられており、一時アメリカにおいても支持を受けていた分析的法理学についても、最も優勢であった自然法思想を、閉じられた法という観念を推し進めることで補完したとパウンドは考えていたとされている。さらに、裁判官は法を創ることができず、できるのはルールを発見することのみであるとしたアメリカの歴史法学の大家であった J・カーターについても、その哲学的な立場は自然法思想と同じであるとパウンドは論じていた。<sup>14)</sup>

パウンドによれば、さらに、法形式主義、機械的法学において主張されていた科学性も歴史的、相対的なものであった。すなわち、機械的法学は、その唱道者たちによって科学的であると称されているが、「真実を言う」と、それは全く

科学的ではない。私たちはもはや、たんにそれがアブリアリな諸概念からの厳密な演繹の体系を示しているからといって、何かを科学的と考えるわけではない。(中略) 演繹の体系としての科学という観念は時代遅れであり、この点に関して他の科学で生じた革命は、法学においても生じなければならず、実際に生じている」〔<sup>18</sup>〕(内は引用者)。例えば植物学において、第一命題から分類を試みるリンネの方法が有機体論(organism)に取って代わられ、政治学において、人間性に関する第一原理からの演繹ではなく、人間の必要性、効用の観点から政治制度を分析することが主流になっていくのと同様に、「私たちは、この種のリーガリティを排除して、プラグマティックで社会学的な法の科学を獲得しなければならぬ」<sup>19</sup>とパウンドは論じている。要するに、「法学における社会学的な運動とは、法の哲学としてのプラグマティズムを求めての運動である。前提された第一原理に対してというよりも、それらが統治することになる人間の状況(human condition)に原理や原則を適用させること、人間の要素(human factor)を中心に置き、論理を手段という真の地位に降格することを求めている」<sup>20</sup>のであった。そして、その際、法が反映しなければならない人間の状況、人間の要素とは、パウンドによって社会的利益として定式化されたものである。

社会的利益についてのパウンドの考察は、『コモン・ローの精神』、『法による社会的コントロール』などにおいても披歴されているが、以下においては、一九四三年のハーバード・ロー・レビュー誌上で公開された「社会的利益についてのサーヴェイ」を検討していく。その「社会的利益についてのサーヴェイ」におけるパウンドの議論の要点の一つは、法が反映すべき「請求や要求を、他の請求や要求との関係で重みをつけ、価値づける時は、我々はそれを同じ次元で比較するよう注意しなければならない」<sup>21</sup>というものであった。「機械的法学」におけるパウンドの法形式主義、機械的法学に対する批判は、右で見たように、人間の状況、人間の要素を反映していないことに向けられていたが、「社会的利益についてのサーヴェイ」においては、それらが第一原理として据えた「既決の諸概念」、「根本的な諸概念」が自然権

的自由であったことを示すこと、さらにその自然権的自由を社会的利益の一つに相対化することが、まず試みられている。

パウンドによれば、「十七世紀から十九世紀の終わりまで、法理論は、すべての社会的利益を個人の自然権の観点から捉えようとしてきた」<sup>(15)</sup>のであり、一定の固定化された法的概念からの機械的論理的な演繹という方法で、それらの自然権の特権化してきたのであった。そして、自然権以外の社会的利益、あるいは公共政策は後景に追いやられ、コモンのローの裁判においても、「非常に手に負えない馬であり、一度それにまたがると、どこに連れて行かれるか分からないようなもの」として否定的に捉えられるようになる。しかしながら、パウンドの観点からは、そのような自然権の特権化は、「個人的自由という観点から一般的な安全における社会的利益が最高であることを記述する一つの方法」<sup>(16)</sup>に過ぎなかった。アメリカ開拓期においては、「何か他の利益を保証することで得られる、対応するいかなる利点もなしに制限を科すことは、勤労と契約についての個人の自由に干渉することであつただろう」<sup>(17)</sup>。しかしながら、「十九世紀の終わりのアメリカ産業社会においては、一定の企業における雇用者と労働者の間の契約の自由という社会制度は価値の保存ではなく破壊に導いた」<sup>(18)</sup>のであり、「個々の労働者の生活という社会的利益の犠牲に導いた」<sup>(19)</sup>という時代的背景からは、一般的な安全における社会的利益を特別なもの、法律関係における必然的なものとして捉えることはできないのであつた。

「社会的利益についてのサーヴェイ」において、次にパウンドは、「立法者や裁判官、そして法律家が承認するよう圧力をかけている社会的利益の一覧」を提示している。その際、パウンドは、社会的利益を一般的安全における社会的利益 (social interest in general security)、『社会的制度の安全における社会的利益 (social interest in the security of social institutions)』、一般的道徳における社会的利益 (social interest in general morals)、『社会的資源の保存における社会的利

益 (social interest in conservation of social resources)」、一般的発展における社会的利益 (social interest in general progress)」、個人の生活における社会的利益 (social interest in the individual rights) の六つに分類している。

そのうち、まず一般的安全における社会的利益とは、パウンドによれば、文明社会における社会的生活の権限から主張されるものことであり、一般的な安全における利益の他に、経済的に発展した社会においては、獲得の安全における社会的利益 (social interest in the security of acquisition) と取引の安全における社会的利益 (social interest in the security of transaction) の二つの形を取ると述べられている。この後者二つは、十八世紀には個人主義的なものとして捉えられており、例えばマンスフィールドは、自然法思想の影響の下に出訴期限法に様々な制限を付与して、債務の返還という個人的利益を優先させていたが、近代の裁判所は、出訴期限法の基礎には、権原の不明確さを排除する獲得の安全や、過去の取引を完結させないこと<sup>(88)</sup>によって害を受ける取引の安全といった社会的利益があることを考慮した判決を下しているとパウンドは指摘している。次の社会的制度の安全、一般的道徳における社会的利益については、パウンドは、前者の例として家族制度という社会制度における利益が、パウンドの時代においても離婚請求という個人の請求よりも重視されていること、後者に伴う問題の例として、社会一般において支持されている道徳と、社会経済状況の変化に起因する一般的な発展における社会的利益の間でバランスが取られるべきことを取り上げている<sup>(89)</sup>。さらに、社会的資源の保存における社会的利益の最も単純な例として、自然資源の使用と保存における利益をパウンドは挙げるとともに、すでに触れた一般的な発展における社会的利益として、経済的発展、政治的発展、文化的発展の利益が挙げられている<sup>(90)</sup>。

ただ、パウンドによれば、「私たちが今考えるようになってきているように、何らかの意味ですべての中で最も重要なものとして、個人の生活における社会的利益がある<sup>(91)</sup>」。それは言い換えると「個々人が社会の基準にしたがって人間の生

活を生きることができるといふ文明社会における社会生活が関係する請求、欲求あるいは要求<sup>(8)</sup>であり、個人の自己主張 (individual self-assertion)、個人の機会 (individual opportunity)、個人の生活の条件 (individual condition in life) の三つに分類されている。そのうちの個人の自己主張における社会的利益としてパウンドは、個人の意思の自由における社会的利益、すなわち、個人の意思が他者の意思に恣意的には服さないことに見出される利益を挙げ、哲学的な財産権論が社会学的な観点からの財産の理論に取って代わられつつあること、すなわち「法が所有者と認める人を除いて、人間の存在の自然的な媒体であり人間の活動の手段であるものから完全に排除することは、双方の側の利益の合理的な衡量、それらを調和させるような、あるいは所有者の側と同様に排除される側の犠牲も最小限にするような合理的な試みによって評価されなければならない」といふ感情が増している数多くの兆候がある<sup>(9)</sup>ことを指摘している。そして、個人の機会における社会的利益として義務教育の制度や、他の社会的利益と衡量される個人の機会における社会的利益の例を挙げた後、個人の生活の条件における社会的利益について、パウンドは、「獲得と取引の安全における社会的利益の観点から個人の利益に重みをつける際には、個々の個人の生活における社会的利益も考慮しなければならず、法的強制の要求を、それを受ける人の側の人間的存在と一貫するように抑制しなければならない<sup>(10)</sup>」と論じている。そして、コモン・ローの伝統において、家賃の差し押さえの際には家畜や土地の半分は除外されていたように、当初のアメリカのホームステッド法においても一定の免除がなされていたが、十九世紀においては、社会的利益の観点からは、取引の安全における利益のみが考慮され、そのような事例が、単に債権債務関係にある当事者間の個人的利益の問題として捉えられていたことをパウンドは問題視している<sup>(11)</sup>。

以上がパウンドの社会的利益の概要であるが、最後の個人の生活における社会的利益について、人々が、個人の社会的利益について考慮するようになり、十九世紀に排他的に主張されていた一般的な安全における社会的利益と衡量する



ようになったと指摘しているように、一定の政策を法によって実現する道具主義 (Instrumentalism) の要素をそこに見出すことも可能である。しかしながら、パウンドには、「アメリカ合衆国における司法職 (Judicial Office)」という論稿における、「社会科学において発展させられた観念を法に吹き込むことは、裁判所や法から離れる傾向、そして法なき正義への逆戻りに導いた」という主張もあり、コモン・ローの発展に関する考察においても非道具主義的な傾向を見てとれることもできる。次節においては、パウンドの法の発展についての理論を検討していくが、その前に、まずパウンドにおける「社会的利益」の性質をより明確にすることから始めたい。

## (二) 道具主義 対有機体論 (organicism)

前節で検討した「社会的利益についてのサーヴェイ」の最後で、パウンドは、社会的利益について、「機能という点から見ると、法は、それらを直接そして直ちに保障すること、また、一定の個人的利益を保障、あるいは、個人的利益の制限、妥協によってこれらの重複し、度々対立する請求や要求を満足させ、和解させ、調和させそして調整する試みである」と述べているが、さらにその目的を「最大の利益の総計、あるいは私たちの文明において最も重みを持つ利益に、全体の利益の概要に関しては最小の犠牲になるように、効果を与えることである」と論じている。ここでは、法によって優勢な社会的利益を実現するという道具主義的な法観念ではなく、むしろ共同体のコンセンサスについて述べられていると理解することも可能であると思われるが、例えば、パウンドは、「法的基準の行政府による適用 (The Administrative Application of Legal Standards)」あるいは追って検討する『コモン・ローの精神 (The Spirit of the Common Law)』(一九二一年) などにおいては、法が実現すべき理念、目的が時代によって変わること、十九世紀においては個人の自己実現 (individual self-assertion) が法が目指すべき理念、目的であったが、パウンドの時代におい



てはそれが社会的利益であることを論じている。<sup>(10)</sup> このようなパウンドの議論に基づき、R・コテレルは、古典的コモン・ロー思想において法が反映すると考えられていた一般の慣習と同様なものとしてパウンドの社会的利益を捉えている。<sup>(11)</sup> 一方で、本稿の観点からは、コモン・ローの発展のための基準として共同体の価値という形式的な基準を提示したホームズに対して、パウンドは、時代的な制約という留保をつけながらであるが、社会的利益というより実質的な基準を提示したと整理することも可能であろう。パウンドの社会学的法学においては、法は特定の諸目的や、それらを獲得するための手段を規定するものではなく、むしろ一定の社会的目的にしたがって形作られるものとして捉えられていたのであった。<sup>(12)</sup>

この社会的目的、すなわち社会的利益に法を一致させる手段、機関については、コテレルは、パウンドの九十年の生涯において大きな変化があると指摘している。すなわち、初期のパウンドにおいては、前節でも検討した機械的法学による停滞を打破するための補助的な役割が立法や行政に期待されていたのであるが、その後期においては、行政によるルール形成を、政治的絶対主義というより一般的な脅威の一部として捉えるようになったという指摘である。<sup>(13)</sup> 一方、コテレルとの違いは着眼点の相違のみであるが、ウイグドアは、パウンドにおける法改革の主役は常に、裁判所であり、コモン・ローであり続けてきたことを強調している。パウンドは、裁判官と法律家のみが「法改革のための原料の不可欠な源泉である具体的事例の法的な扱いについての、継続的で永続的な経験の一体を自由に扱うことができる」と述べていたが、ウイグドアによれば、他の専門職集団が各々の専門職の分野に縛られていたのに対して、アメリカ社会の発展が法に委ねられていたこともあり、パウンドにおける法律家集団は共同体の中で特権的な地位を占めており、法律家の領域は大きなものになっていると考えられていたのであった。<sup>(14)</sup>

さて、パウンドの法の発展についての議論であるが、一つは、伝統的なコモン・ローの救済に基づくものであった。

パウンドは、ケース・バイ・ケースによる法発展により、内的な一貫性を保ちながら、生活の事実に法原則を適用させていくことができると考えていたのであった。<sup>(16)</sup>ただ、パウンドは、その成否は別として、コモン・ローの発展についてのより包括的な理論を提示しており、本章でもそちらに注目したい。

すでに述べたように、パウンドにおける社会的利益は、法の形成を促す目的として捉えられていたのであるが、『コモン・ローの精神』においても、「伝統の素材に対して、法科学の初期の輔付きナイフやつるはしで取り組むにせよ、現代の法的な武器であるより複雑な道具で取り組むにせよ、司法の活動は、意識的にせよ無意識的にせよ、何らかの目的によつて導かれなくてはならない」との前提の上、法の初期においては、その目的とは平和的秩序であり、ローマ時代と中世の法の目的は、社会的なステータス・クオーであったとされている。そして、十七世紀から十九世紀までは、個人の自己実現の最大化が、二十世紀以降は、法の社会的利益が法の目的であると、『コモン・ローの精神』でも論じられているのであるが、パウンドは同じ個所で、「裁判官は、新奇の問題(question of first impression)を扱うよう要求された時に、彼の類推についての選択においてそれ(法の目的)を使い、そして、それ(法の目的)により、様々な状態の事実に決定を下す際の既存の原理やルールを評価して、これらの原理やルールを異なった方向に拡張し、限定する」<sup>(17)</sup>〔( )内は引用者〕と、法の目的の役割について具体的に述べている。さらに、パウンドが、「司法による法形成の過程は、コモン・ローの伝統の材料と提供された新しい前提を發展させることにあり、それは、法律家と立法者によるその伝統に基づいており、クックが彼の憤慨した主権者(ジェームズ一世)に語った『法についての技術的な理性と判断(artificial reason and judgment of law)』という良く知られた技術によるものである<sup>(18)</sup>』と、社会的利益など、法の目的にコモン・ローを合致させる手段として、クックの技術的理性に触れていることは、英米のコモン・ロー思想の展開を辿っている本研究の観点からも興味深い。

その技術的理性、すなわちコモン・ローを法の目的に合致させるコモン・ローの発展理論については、一九三三年の「法の理念についての比較 (A Comparison of Ideals of Law)」においても考察されているが、そこでは、コモン・ローの発展についての有機的な (organistic) 見方が示されている。法の目的が法の理念と言い換えられているものの、この論文においても、その法の理念によって法的推論の出発点が選ばれ、何が理性的 (reasonable) であるかが決定され、ある規範の適用範囲を狭めると同時に、他の規範を類推によって発展させる判断がなされることが確認されているが、パウンドは同時に、「その理念的な要素を、法の上にある独立した妥当性を持つものとして捉えること、すなわち、司法行政の行為の指針のための、他の権威的な材料の上にあるものとして捉えること」<sup>(89)</sup>は、誤りであるとも論じている。パウンドは、そのような推論の典型例として自然法の体系を挙げているが、パウンドの社会学的な法学が道具主義的なものではなかったことのさらなる証左としても、このパウンドの言明を捉えることは可能であろう。一方、パウンドは、前前期 (十九世紀) の法学者たちがしたように、それを無視することも誤りであると指摘しているが、その上で、「そのような理念は、大部分、法それ自体の中に含まれているということを考えてきたし、何度も繰り返し返してきた」<sup>(90)</sup>とも述べて、コモン・ローが、それ自体の中に発展の契機を有しているという見解を明確に打ち出している。

ところで、コモン・ローについての有機的な見方は、本研究が対象としたイギリスの古典的コモン・ロー思想などにおいても、裁判官による法の発展を説明、あるいは正当化する有力な道具立てであった。まず、クックの技術的理性は、コモン・ローの一体性、それを実現するための推論、その結果の正しさの三つの意味を含蓄しており、<sup>(91)</sup> 裁判官は、既存のコモン・ローとの一体性、整合性に配慮しながら法を発展させることで、新奇の事例に対する判決も理性的なものになると考えられていた。また、ベンサムは、コモン・ローは誰が創るのだろうかという問いを自ら立て、「もし裁判官によってでなければ、誰によってそれは創られるのか。法は、自分自身を創ることはない (Law do not make

themselves<sup>(33)</sup>」と論じていたが、コモン・ローは、「自らを純化する (works itself pure)」と述べたマンスフィールドは、まさに、「法が、自分自身を創る」というコモン・ロー観を持っていたと考えられる。より一般的に、コテレルは、「裁判官が法を發展させる基礎を説明する試みは、二つの方向のうちの一つ——司法の役割について、道具主義的な側面か有機的な側面のいずれかを強調すること——に進むだろう<sup>(34)</sup>」と論じているが、その上で、有機的な見解の特徴として以下のような四つの点を挙げている。

コテレルによれば、ここでは第一に、發展する法に内容と形を与えることができる価値と原理の形式において、法はそれ自身のうちに發展のための原理的な源泉を有しているとされる。また、法は靜態的なものではなく、本来的に動態的なもので、変化のための自然な契機を持ち、發展のための傾向が備わっていると考えられている。さらに、法の發展は、法に記録される人間の要求の変化する類型に、法体系の内部で秩序をもつて適應することとして捉えられていることも、法に関する有機的な見解の特徴の一つであり、そして第四に、法律家の役割は、そのような秩序だった法の發展が行われることを維持し続けることと捉えられることになる<sup>(35)</sup>。以上のコテレルの枠組みは、パウンド、そしてドウオーキンの法理論を念頭に置いたものであるため、クックやマンスフィールドの法思想にも当てはまるかは検討の余地があるが、少なくともパウンドの法思想の分析としては、以下において見るように、特に一番目と四番目のものに関しては妥当なものであると思われる。

まず、第四の点に関しては、前節で検討したパウンドの機械的法学に対する批判が、当時のアメリカにおけるコモン・ローの実践に対する批判であったことを確認すれば十分であろう。パウンドのコモン・ローの実践に対する批判は、一九〇六年のアメリカ法律家協会 (American Bar Associations) における「裁判の運営についての一般的な不満の諸原因 (The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice)」で展開されている。そして、ここでは、司

法に対する不満の原因の一つとして、「法と世論の間の發展の程度における不可避の違い」が挙げられており、例として「コモン・ローの個人主義的な精神が、集産主義的な時代には適合しないこと」が検討され、「裁判所がそれ自体では救済を与えることができないように見える時に、人々が立法によって救済を得ようとすることを妨害すること」が批判されている。一方、「機械的法学」においては、二十世紀初頭のコモン・ローの推論に関して社会学的法学が抗議すべきこととして、「概念が固定され、前提がもはや検討されることはなく、すべてがそれらからの演繹に還元され、原理が重要性を失い、法がルールの体系となる」ことが挙げられ、それとは対照的な、独立当初のコモン・ローの推論、すなわち、「適用される限りにおいてコモン・ローは受容されるという原則が、イギリスの判例をアメリカの状況に適用させる際に、その論理的な帰結だけでなく、適用の状況を考慮させた」ことが評価されていた。

本稿のテーマとより関連するのは、法についての有機的見解に関してコテレルが挙げた右の第一の点であるが、それは、パウンドにおける法源の捉え方にも基づいている。前章の第一節で検討した「新刊案内」において、ホームズは、法が、「裁判所の手続によつて強制されるということ以外の何らかの共通の属性を有しているか」否かは疑問であり、「憲法、制定法、慣習あるいは判例といった裁判官の行為のいかなる動機であれ、大抵の場合普及するだろうとして依拠されるものは、法理学の論文において法源の一つとして考慮される価値がある」と論じたのは、ホームズの法概念の中心には責任概念があつて、それが共同体によつて規定される流動的なものとされていたからである。一方、パウンドにおいては、法は、「政治的に組織化された社会において認められ、確立された司法的、行政的行為を根拠づけ、導くための権威的な材料の体系である」と定義されているが、より詳細に検討すると、それは、法はどのように發展すべきなのかという規範的な観点からの法理解に基づいていたことが理解できる。すなわち、パウンドは、法の規範 (precepts of law) に、特定の事実特定の結果を付与するルールだけでなく、法的推論の権威的な出发点である原理 (principles) へ

信託、売買といった法的概念、注意義務など特定の事例に適用される行為基準（standards）なども含めており、さらに、そのような規範を發展させ適用する技術と、法の規範が何であるべきか、どのように適用されるべきかに関係する、法秩序の目的として受容された理念の一体も幅広い意味での法に含まれていると考えていたのであった<sup>⑤</sup>。そして、その際、コテレルの指摘の通り、規範を發展させ適用させる技術が法それ自身の中に求められていたのであるが、パウンドの説明は不十分であったとともに、自己充足的（bootstrap）であることから来る欠陥を伴うものであった。

パウンドの法の發展理論を検討する際の鍵は、右で触れた、あるべき法規範を同定し、それがどのように適用されるのかについて指針を与える法秩序の目的、理念にあったと思われる。パウンドは、それを法の根本原理（*juridical postulate*）とも呼んでいたが、特定の時代における特定の法体系に内在する価値で、個々の判決において反映されるものとして捉えていた。そして、例えば二十世紀初頭のアメリカ法の根本原理としては、意図的な侵害の不法性、幅広いコンテクストにおける信義誠実の重要性、私有財産の神聖性、他者の権利を侵害しないための注意義務の重要性、危険物を管理する義務などを挙げていたのであるが、ただ、法の發展については、「このような法の根本原理が与えられれば、（中略）裁判官は、それらに照らして法典や歴史的な法源を解釈、すなわち類推によって發展させ、適用できる」<sup>⑥</sup>（内は引用者）ということ以上の説明はなされていなかった。コテレルは、この点に関して、「法の觀念それ自体の性質の観点から（すなわち、道具主義者が論じるように、外的な力によってではなく、法に内在する何かによって）法の發展の過程を説明する試みは、それ自体誤ったものである」と指摘しているが、本節の記述からも明らかのように、現代のドゥオーキンの法理論のプロトタイプとしてもパウンドの法思想を捉えることも可能である。その点についても別稿で考察することとし、最後に、パウンドにおいては明確ではなかった「法を發展させ適用する技術」に、全く異なった観点から取り組んだルウェリンの法思想について検討したい。

#### 四、ルウエリンの法思想

##### (一) リアリズム法学

カール・ルウエリン (Karl Llewellyn, 1893-1962) は、一九一八年にイエール大学のロースクールを卒業した後、ニューヨークで法実務に関わっている。その後、イエール大学のロースクールを皮切りに、コロンビア大学ロースクール、シカゴ大学のロースクールで教鞭を取っているが、その間も法実務との関わりは保ち続けており、周知の通り、一九五一年に成立した統一商事法典 (Uniform Commercial Act) の編纂作業においても主導的な役割を果たしていた。主著としては、ホーベル (Adanson Hebel) との共著で法社会学の著書である『シャイアン・ウェイ (The Cheyenne Way)』(一九四一年)の他に、ロースクールにおける導入教育の側面が強い『ブランブルブッシュ (The Brumblé Bush)』(一九三〇年)、『コモン・ローの伝統: 上訴の決定 (The Common Law Tradition: Deciding Appeals)』(一九六〇年) などがあるが、自らの法思想を体系的に提示するための準備作業として、これまでのリアリズム法学に関する自らの論稿をまとめた『法理学: 理論と実践におけるリアリズム (Jurisprudence: Realism in Theory and Practice)』(一九六二年)の序文も書きつつも、その出版を見ることなく一九六二年に亡くなっている<sup>19)</sup>。ルウエリンは、そのうちの『ブランブルブッシュ』において、「紛争について何かをすること、そしてそれを合理的にすることが法の仕事である。そうすることの責任を持つ人々が、裁判官であれ、警察官、秘書官、官吏、あるいは法律家であれ、法の公職者たちである。これらの公職者たちがなすことが、私にとつては法である」<sup>20)</sup>、「ルールは、裁判官が何をするかあなたが理解するか予言するかを助ける限りにおいて、あるいはあなたが裁判官に何かをさせるのを助ける限りにおいて重要である。これがそれらの重要性で、上品な玩具ということを除いては (except as pretty playthings)」、すべての重要



性である」<sup>(20)</sup>と述べているが、ここから、ルウエリンについてはルール懐疑主義者(rule skeptics)と捉えるのが一般的であろう。しかしながら、以下、本章では、『法理学：理論と実践におけるリアリズム』に収められた諸論考、『コモン・ローの伝統…上訴の決定』などを検討することで、ルウエリンの法思想におけるより積極的な面を提示したい。コテレルは、ルウエリンの法思想を、原理についての建設的なリアリズム(constructive doctrinal realism)と称しているが<sup>(21)</sup>、ルウエリンのそのような積極的、建設的な特徴を示すために、本章ではまず、リアリズム法学に属するとされる他の法思想とルウエリンのそれとを対比することから始めたい。

リアリズム法学の一つの特徴として、法を道具主義的に捉え、コモン・ローにおける推論を裁判官による立法として捉えることを挙げることができるだろう。第一章で見たように、ホームズは、当初は、裁判官の推論は共同体の価値に支配されるとして司法の抑制(restraint)を説いていたが、一八九〇年代以降は、コモン・ローを裁判官による政策の選択の結果として捉えるようになる。一方で、例えば、J・グレイが、「法は裁判官が規定した決定のためのルールから成る。このようなすべてのルールが法であり、裁判所が適用しないルールは法ではない。裁判所がそれらのルールを適用することがそれらを法にするのであり、神秘的な実体、これらのルール以外の法は存在しない。裁判官は、法の発見者というよりもむしろ、法の創造者である」<sup>(22)</sup>と述べているように、現実主義Ⅱリアリズムの観点からは、裁判所が創造的な解釈によつて法を發展させる権限が正面から認められることになる。同様に、現実主義Ⅲリアリズムは、法を社会的、経済的、あるいは政治的なコンテクストにおいて捉えることも要請し、例えば、F・コーエンは、労働組合は、その成員の行為による不法行為に対して責任を持つかという問いに対しては、特定の法的規制によつてどのような社会的、経済的な目標が達せられるのかを検討すべきであつて、組合が法人格を持つか否かといった伝統的な法学における探求は、針の先にどれだけ多くの天使が立つことができるのかについての神学論争に近いものと断じていた。<sup>(23)</sup>こ

の他にも、C・クラークが民事、刑事手続について、W・ダグラスが破産法について、そしてU・ムーアが銀行法とそ  
の実務について分析していたように、特定の法の社会的、経済的効果を検討することもリアリズム法学の課題の一つで  
あった。<sup>(26)</sup>

リアリズム法学のもう一つの潮流として、法を「裁判所という道具を通じた公権力の発生の予言」<sup>(26)</sup>としたホームズの  
法の把握を、行動主義の方向により徹底して把握し直す懷疑主義的なものもあった。ホームズの法予言説は、オーステ  
インの法の定義では把握しきれない、共同体の価値、道徳によって変化する法的責任を捉えるための道具立てであった  
が、右のグレイの法の定義は、法の性質を責任の範囲ではなくて、裁判官の行動に結び付けたものでもあった。<sup>(27)</sup> その際、  
そのような裁判官の行動をより精密に分析することで現実主義リアリズムの追求が可能になると考えたのが、J・フ  
ランクである。周知の通り、フランクは、『法と現代精神 (Law and the Modern Mind)』(一九三〇年)において、  
ルールという概念自体が、法の定義には含まれないと論じている。<sup>(28)</sup> すなわち、フランクによれば、判決への外部的要因  
の影響や、裁判官が依拠できるルールが数多く存在することから、裁判官によって適用されるルールという概念自体が  
理念の産物であると考えらるべきなのであった。フランクは、とりわけフロイトの影響から裁判官に対する心理的な要因  
の影響を強調し、実際の判決は、勘によって決定された結論がルールによって論理的に決定されたと後に装飾されたも  
のであるとまで論じていた。<sup>(29)</sup>

以上のようなリアリズム法学の潮流は、トワイニングが指摘しているように、パウンドの社会学的法学を、様々な領  
域における実践で適用することで、より具体化しようとする試みであったとも考えられる。<sup>(30)</sup> 実際、ルウエリンも、書か  
れた法 (law in books) と訴訟における法 (law in actions) の区別など、リアリズム法学は、数多くの発想をパウンド  
に負っているけれども、パウンドの『利益考量』は、利益を見た時、どのようにその利益を見分けるのかについて何

の指示もしていないし、それらがどのように考量され、またそうされるべきかについての研究もない。『社会学的法学』は、社会学において重要なほとんどを欠いている。『訴訟における法』は着想として示されているだけで、『法』についての議論は、『規範』に集中している<sup>(21)</sup>と論じていた。その際、法の社会的、経済的效果を探索するコーエンやムーアのリアリズムは、パウンドの利益考量を、フランクのリアリズムは、書かれた法と訴訟における法の区別を具体化したものとも捉えることも可能であるが、ルウエリンのリアリズムは、これらとは明白に区別すべきである。

ルウエリンは、パウンドの「リアリズム法学への要求 (The Call for a Realistic Jurisprudence)」(一九三一年)に応答した「リアリズム法学についてのいくつかの現実 (Some Realism about Realism)」(一九三一年)において、リアリズム法学の共通の出発点として以下のものを挙げている。すなわち、(一)流動的で変化する法という法概念と裁判官による法創造に基づく法概念、(二)社会の目的の手段としての法という概念、(三)社会の変化に法を対応させるため、法の常なる再検討の必要性についての認識、(四)研究のための、あるとあるべきの一次的な分離、(五)裁判所、あるいは人々が実際に何をしているかを説明することを試みる限りにおける伝統的な法的ルールや概念への不信。よって、「裁判官が何をするだろうかについての一般化された予言」としてのルールの側面の重視、(六)(五)と関連して、規範的なルールが判決に対する重要な要因になるという伝統的なルール概念への不信、(七)従前よりもより狭いカテゴリーでのグループ化、(八)その効果の観点から法を評価するという主張、(九)以上の諸点に基づく継続的かつ計画的な攻撃の九つの点である。しかしながら、ルウエリン自身のリアリズム法学は、トワイニングも指摘しているように、その晩年(一九六〇年)の著書である『コモン・ローの伝統』上訴の決定<sup>(22)</sup>からも探ることができると思われる。

ルウエリンは、その『コモン・ローの伝統』上訴の決定<sup>(23)</sup>のリアリズムの方法論を論じた補遺において、「リアリズムは決して哲学ではなく、何らかのリアリズムのグループのようなものが、完成された見解あるいは完全なアプローチ

を提示したことはない」とした上で、「リアリズムとは方法論 (method) であ」り、「生のままに見る、それが働くように見る」ことであつて、「あらゆる目的に対する、確固たる基礎となるべきものであつた」と論じている。さらに同じ個所で、ルウエリンは続けて、「リアリズムは哲学ではなく、技術 (technology) である」とも述べているが、その際、トワイニングは、ルウエリンのリアリズムは、「生のままに見る」「それが働くように見る」こと、すなわち法過程の記述に基づいており、その中でも「技術」、すなわち、法律家の技巧の記述に重点を置くものであつたと分析している。いずれにせよ、「もし法理学が、必然的に法の理念の研究を含むならば、リアリズムは法理学ではない。もし、私が考えるように、法理学に、いくつもの下位の部門があるならば、リアリズムは、二つの部門、すなわち、法律家の技巧 (craft techniques) と記述的社会学 (descriptive sociology) を扱う」というトワイニングによって引用されているルウエリンの未刊行論稿によって、ルウエリンのリアリズム法学の性質は示されているだろう。

そのうちの法律家の技巧の記述について、ルウエリンは、「新しい法理学の読解と使用 (On Reading and Using the *Newer Jurisprudence*)」においては、「最良の法律家が知っていることの様々な断片、最良の法律家でさえ普通はまとめたりも比較したりもしない様々な断片をまとめ、その結果、他の法律家たち、特に若い法律家たちに、法律家の様々な技巧が、どのように最も良く実行されるのか、より明確でより安定した全体像を与える」とも述べているが、次節で詳しく検討するように、フォーマル・スタイル、グラランド・スタイルといったルウエリンの法律家の技巧についての考察は、目的を達成するための最良の手段は何かについて考察でもあつた。その意味で、ルウエリンのリアリズムも道具主義に基づくものであつたが、ただ、すでに引用した部分からも明らかであるが、ルウエリンは、記述的な社会学と法律家の技巧についての考察の「各々、そして双方は、法の適切かつ直接の目的についての、あるいは社会における人間の目的についてのいかなる目的とも両立しうる」と考えていた。法の社会的、経済的效果を探求するコーエンやムーア

のリアリズムとは違い、ルウエリンのリアリズム法学は、法の目的を実現する「橋渡しの技術 (art of bridge-building)<sup>(22)</sup>」に焦点を当てたものだったのである。さらに、ムーアなどの法の経験科学のアプローチにおいては、量化の方法も取られていたが、ルウエリンのリアリズム法学はそれらとは区別されるべきで、以下でも検討するように、むしろより伝統的な法学の枠内にあるものだったと言えよう。

一方で、行動主義の観点を徹底したフランクのリアリズム法学とルウエリンのリアリズム法学を比較する際には、ルウエリンの『法と現代精神』の書評を検討することが有用であろう。フランクの『法と現代精神』公刊の一年後の一九三一年の書評論文「フランクの法と現代精神 (Franks Law and the Modern Mind)」において、ルウエリンが特に問題視していたのは、フランクが、ルール、法的安定性についての幻想を心理学的要因に求めたことである。フランクは、ルール、あるいは法的安定性への幻想は、一貫した秩序ある世界への依存という人間の心理状態から導かれていると論じていたのであるが、そのようなフランクの議論は、「おそらく、あるいは多分頻繁に真実であろうことを、つねに、あるいはほとんどつねに真実であるとする想定<sup>(23)</sup>」に基づいているのであり、「すべての人々には典型的でない、何人かの人々の経験の凝縮という危うい土台<sup>(24)</sup>」に支えられたものであるとルウエリンは論じている。そして、その小論においてルウエリンは、「決定という意味での法は、彼(フランク)の扱いが示すものよりも、実際はずっと予測可能であつて、よつてより安定的である。幻想を打ち砕くための彼の非常に適切な熱意において、彼はその幻想を、実際のものよりも幾分か、より幻想的に描いている」<sup>(25)</sup>「( )内は引用者」とも指摘している。ルウエリンによれば、「私たちは、先例の原理、ルールの効果を、非常に曖昧なものとして知っている。しかし、曖昧な部分は周辺のものであり、大部分においてはかなり確定的である。ルールは、判決をコントロールはしないけれども、それを導いてはいる<sup>(26)</sup>」のであつた。トワイニングも指摘しているように、ルウエリンのリアリズム法学は、より日常の感覚、あるいは法律家の感覚に近いも

のでもあったとも言えるだろう。<sup>(27)</sup>

以上、他のリアリズム法学の潮流と比較することで、ルウエリンのリアリズム法学の二つの特徴を示すことを試みてきたが、そのうちの法道具主義の特徴については、主に次節で検討することとし、本節の残りでは、ルウエリンの記述的社会学のうち、ルール、法律家の技巧についての記述を掘り下げていきたい。その際は、すでに触れた「新しい法理学の読解と使用」を詳細に渡って検討することが有用であろう。ルウエリンのルールについての考察は、イギリスのものも含めたコモン・ロー思想史において重要な論点の一つであったルールと救済の関係について貴重な視座を与えているものと思われるし、「ルール懐疑主義」として一般的に理解されているところとも、少しずれがあるように思われる。

その「新しい法理学の読解と使用」において、ルウエリンは、新しい法理学、すなわちリアリズム法学が、「法の効果の重要性、裁判所の中、あるいは外で実際に起きていることを見る重要性、裁判官、あるいは他の公職者の、法の下、法の外、あるいは法に反した行動の重要性」を強調しており、「法の全体像、そして法の仕事、ルール、あるいは理念 (ideal) だけよりも広い」<sup>(28)</sup>ことを示していると整理している。もちろん、この新しい法理学には、ルウエリンのものと同様、フランクのリアリズム法学も含まれていたが、すでに触れたように、フランクに対して批判的であったルウエリンは、フランクがなしたことは、「半分だけ真実である特定の公式化 (法形式主義) が、完全な真実としては普及すべきではないということを示したのみ」<sup>(29)</sup>「( ) 内は引用者」であったと論じている。ルウエリンによれば、フランクのリアリズム法学には、ルールが、予測できる確実性を持って事例を決する百パーセントの仕事をするということ、法学者が論じることを不可能にした功績はあるけれども、「それが示すのは、百パーセントの安定性の欠如であって、それがすべて」<sup>(30)</sup>なのであった。

一方で、周知の通り、ルウエリンは法形式主義に対しても、それは現実を記述しきれないと指摘していた。すな

わち、第二章三節でも引用したホームズの『悪法はハードケースを作る (Bad law makes hard cases)』は、ルールが安定性以外の機能を持っていることを意味しており、(中略)『法は形式ではなく、実質を見る (The law looks not to the form, but to the substance)』は、法のルールに依拠したであろうすべての構築物と依存にもかかわらず、裁判所が、目前の事例において効果的な正義と考えるものに対して鋭い目を持っており、持たなくてはならないということの意味している」( ) 内は引用者」のであるが、これらの表現は、「私たちが有しているようなシステムにおいては、裁判官であれ、他の公職者であれ、法の明白なルールにおいて明らかに規定されていない方法で、一定の(特定できないが)程度、動いているのであり、(同様に特定はできないが)、動くべきであることを意味している」のであった。

ただ、ここで留意すべきなのは、すでに述べたように、ルウエリンのリアリズムは建設的なものであり、その主眼も、「ルール懐疑主義」というラベリングが含意するようなルールの非決定性の強調ではなく、ルールの上に依拠することに起因する不完全さを補うものの記述、探求にあつたことである。

その点について、ルウエリンは、まず、リアリズム法学が反映するよう試みているのは、「私たちの法のルールだけではなく、私たちの法、裁判所、法律家とその仕事という全体の企図であり、法のルールそれ自体だけではなく、私たちの仕事の方法、私たちの法のルールが向かう目標も含んでいる」とした上で、そのようなリアリズム法学の記述の中心にあるのが、「裁判官と、偶然、裁判官にはならなかった行政官は、彼らを選ぶことをしたり、彼らを選ぶように決定する自由はないという事実であり、残りの人々に関係する事柄においては、彼らの行動は、制限、限定されており、裁判官や公職者の個人的な嗜好や気まぐれから独立した何かによって導かれるという事実」であり、そのような事実は、「観察できる事実 (observable fact) で、重要な事実 (vital fact) である」と論じている。ルウエリンによれば、旧来の法理学は、「独力で耐えていて、耐えることができる以上の重みを法原則に課していた」のであり、法原則だけでは



法として機能を果たせていない際に、何が法原則、ルールを助けていたかを明らかにするのが新しい法理学、ルウエリンのリアリズム法学の中心的な課題であったのだが、ルウエリンが、ルールを補助して「裁判官の仕事を安定化させ、それに指針を与えている」<sup>(23)</sup>ものと捉えていたのが、「裁判官職の技術と技巧 (art and craft of the judge's office)」<sup>(24)</sup>に他ならなかった。

「新しい法理学の読解と使用」において、ルウエリンは、裁判官の行動をコントロールし導く、ルール以外の要素の役割として、以下の三つを挙げていた。すなわち、「一、それら(の要素)は、法のルールが、それ自体ではコントロールしたり、指針を与えたりできない方法や場所で、裁判官や他の公職者をコントロールしたり、導くことを助ける。二、それらは法システムにおいてすでに与えられていて、現在するものであるため、それらは知られうるし、感じられうるし、法律家によつては知覚されさえもするので、それらは、裁判所への議論を予言し、明らかにすること双方において、法律家を導くことができる要素である。三、しかしながら、それらは、特定の事例における結果と、ある事例において規定されたルールを、変化する時代や必要、そして事例の状況に適應させるといふ、非常に実質的な程度の一定の柔軟性を提供する要素である」<sup>(25)</sup>。「( )内は引用者」という三つである。その上で、これらの要素を構成するものとして、ルウエリンは、ルールより広く、そこに包摂されるルールを作り直すことが可能である原理 (principle) や、ある事例が、例えば「契約」の一つか否か規定するルールがなくても、状況を分類し、参照のための枠組みを提供すること<sup>(26)</sup>のような事例を決定することを助ける「契約」、「不法行為」、「財産」などの法的な概念 (concept) <sup>(27)</sup>などを挙げていた。その際、そのような「私たちの法のルールや原理、そして概念に関する、日々の詳細な業務における正しく合理的でより曖昧さのない使用や発展のための原則や規則」<sup>(28)</sup>が法律家の技巧なのであり、法律家の技巧を「最善の法実践から発展させて、伝達可能で、役に立つような形にするという努力」<sup>(29)</sup>がルウエリンのリアリズム法学の主題なのであった。

ルウエリンの意図は、パウンドの法理学を補足する必要を論じている、「新しい法理学の読解と使用」の次の部分からも明らかにできると思われる。まず、パウンドは、「法のルールが事例を決定する」という原則は、記述として良いものではないと論じていたが、ルウエリンによれば、「法のルールが事例を決定する」といった原則は良くない記述というよりも、補足（supplement）が必要なものであった。すなわち、そのような原則が、「特定事例において明確な指針を与えることにはしばしば失敗しており、もし補足がなければ、いつ先例が区別され、いつそれがきっちりと従われ、さらにその原理が拡大されるのか」という事柄の決定を勘の過程（hunching process）に委ねてしまふ<sup>(24)</sup>」ことこそ問題にされるべきなのであった。一方、パウンドは、前節で見たように、幅広い法概念の中に規範を發展させ適用する技術を含め、伝統の教授（taught tradition）を重視していたが、その点についても、パウンドの議論は、「この制定法、あるいはこの事例における先例について使う際に、どの技術が正しい技術なのかという、法律家の重要な疑問に答えていない<sup>(25)</sup>」とルウエリンは指摘している。パウンドは、確かに研究の方向性を示してはいるけれども、必要なのは、レヴィによってなされているような、ルールの適用、拡大の際に基準を与える類似性（similarity）がどのように導かれているのかといったより法実務に即した探求なのであった。さらに関連して、そのような伝統の教授、特に裁判の伝統が、均等には獲得されておらず、どの程度吸収されているか、あるいはそもそもそれが何なのかといったことに関する精査がなされていないとした上で、ルウエリンは、法律家の技巧の「内容と使用をより合理的な記述、コントロールできるものに還元することの本質は、判決することにおける安定性と知恵を増加することである<sup>(26)</sup>」とも論じている。その際、ルウエリンは、法律家の技巧についての研究が進んでいない現状では、今後十年間は、特定の裁判所における特定の判決を繰り返し検討することで、その記述がどれだけ良いもので正確なものかを検討し、また、その他に記述が必要なものはないかを明らかにすることが必要であると指摘している。「そうした上で初めて、裁判官がどのように裁判

官の仕事をなすべきなのかに関する、より明確で曖昧でない基礎が築かれる」<sup>(47)</sup>のであった。

以上のような法律家の技巧がルウエリンの法概念の中で占める位置を検討することは、ルウエリンのリアリズム法学の性格を理解する上でも重要である。まず、ルウエリンは、裁判官の技巧を明らかにすることで、何が起こるかをより正確に予言することが可能になり、裁判官も、何をすべきか、そして何故そうすべきなのかを理解できるようになるのであって、法律家の技巧は、「その状況における『真のルール (the true rule)』である」と論じている。また、ルウエリンは少し角度を変えて、数多くの事例においては、「十分な自在幅 (leeway) があり、それは、私たちの法の枠組みにおいて、その枠組みから離れることがないならば、正義として感じられたものがその事例において獲得されることを許容する」<sup>(48)</sup>とした上で、ルールの変更、個々の事例に関する正義の追求が望まれている際にも、実際には、「法」に促った判決がなされていると論じており、そこからも、その枠組み＝法律家の技巧が、ルウエリンが考える「法」の中で非常に重要な位置を占めているのは明白であろう。しかしながら、そこから、例えば、「ルールについて語ることは法が単に裁判所の判決とそれの予言から成っているという真実をおおい隠す神話に過ぎないという主張」<sup>(49)</sup>という「ルール懐疑主義」についてのH・L・A・ハートの定式化をルウエリンにも当てはめるのは早計であると思われる。ルウエリンによれば、従来の「法の哲学としての法理学は、その完全な発展に達するためにはあまりにも狭く考えられていた。現代の論者たちは、法(ルールと原理から成る)についての哲学としてだけなく、法の働き、法的作用として法の制度、すなわち、法と法の仕事についての哲学として考えている」<sup>(50)</sup>〔( )内は引用者〕。そして、ルウエリンにおいては、法律家の技巧にまで法理学の対象は広がっているのであるが、「そのような範囲の拡大が関係しているのは、法のルールと原理の除去 (elimination) ではなく、解明でありそれを照らすこと (illumination) にある」<sup>(51)</sup>のであった。「リアリズム法学」次の段階 (A Realistic Jurisprudence: Next Step) (一九三〇年) で、「私は、行動にスポットライトを当て

る時に、ルール、概念、イデオロギーや、イデオロギーのステレオタイプや類型に対する強調を船外に投げ出してしまふことは賢明ではないと考える。(中略)もしそれらが真実と感覚についての良質の核を持っていなかったならば、実践的に使うことが可能な法理学は打ち立てられ得なかつただろう」(「内引用者」と述べていたルウエリンのリアリズム法学は、ルールそれ自体に対する懐疑ではなく、あくまでも、ルールだけでは説明できない部分、ルールにおける自在幅 (leeway) の現実を明らかにすることに主眼を置いたものであったと考えられる。

結局、ルウエリンのリアリズムは現実主義によるコモン・ローの記述の要点は、「実際に何が生じているか新鮮な (fresh) 観点で見えて見るならば、私たちの法の原則とともに、これらの原則にその意味の多くを与える法の技巧と、これらの技巧の理念と伝統がある」というものであった。そして、「技巧の理念と伝統を研究されなままとし、ほぼ暗黙のものにしておくことは、私たちの法的企図において実際に起きていることにおいて存する、指針、コントロールと合理性の半分を語られず、議論されていないままにしておくことである」と述べた際に、ルウエリンは、法に内在する理念に導かれてコモン・ローは有機的に発展するとして、コモン・ローそれ自体の中にその発展の説明を求めたパウンドの議論が不十分であったことを批判し、それに代わる、より正確なコモン・ローの発展についての記述を提示しようとしたとも言えるだろう。一方で、「起きていることについての現実主義的で新鮮な観察、そしてそのすべてを説明する持続的な努力という基本的なアプローチを追求することで、より新しい法理学が、これらの技巧を伝達可能な研究にできるならば、それは真の助けを提供するだろう」とも述べているように、ルウエリンの記述的社会学 (what) に關する考察は、目的を達成するための手段、プリーデンス (how) の考察とも関連したものであった。次節においては、ルウエリンのリアリズム法学のもう一つの柱である法道具主義的な考察について考察したい。

## (二) フォーマル・スタイルとグラント・スタイル

前節で詳しく検討した「新しい法理学の読解と使用」において、法律家の技巧の一例として、ルウエリンは、先例のルールの使用に関するものを挙げている。先例拘束性の原則など、先例に関する一般的なルールより深いものを明らかにしなくてはならないと論じていたルウエリンは、フランクと法形式主義者の論争の結果、先例の性質は以下の三つに分類されていると指摘している。すなわち、一、非常に堅固で予測可能な法（ルールや法実践）がある場面、二、（例えば、どこまでその先例が拡大するかについて）競合する理論があり、何が法であるかが、より不安定な場合で、法のルール、原理、概念と同様に、どのような事例が実際に生じてくるか、弁護士力量、裁判官の性格によっても左右される場面、三、法が完全に不安定な場面であるが、例えば、顧客に利息契約（usury cases）を助言する弁護士にとって、二番目の場面（ここでは、どこまでの利息が制限されることなく許容されるのか）ではなく、第一の場面（ここでは、どこまでが適切な取引であり、ほぼ確実に利息制限を免れうるのか）では、「利息契約の事例からどれだけ明白で確かなルールが築けるかを発見することは驚きである」と述べている。ルウエリンによれば、最良の法律家は、このような先例の分類に基づいて、憶測ではなく、確実な助言をなすことができるのであるが、前節でも論じたように、「新しい法理学は、この種の職務上の知恵をより明白にすることで、より伝達可能なもの、教授可能なものにし、より一般的なものにすることを一つの主要な役割とする」<sup>201</sup>のであった。

ところでルウエリンは、「新しい法理学の読解と使用」において、「このすべて（ルウエリンのリアリズム）は、他の法律家たち、特に若い法律家たちに、助言、弁論、いづれかの局面における判決そして行政について、どのようにして、法律家の技巧が最良の形で実行されるのか、より明白で利用可能な全体像を与える」<sup>202</sup>（「内は引用者」と指摘した上で、「法がそれ自体のためでも、空白において（in vacuo）存在するのでもなく、人々の役に立つために存在する限り、

そして、弁護士 (advocates and counselor) によって法の結果が伝えられ、彼ら弁護士を通じて、人々のために法を再規定する裁判所の使用のために事実が変形され、修正される限り、より無駄なく間違いも少ないよう、媒介の仕事をいかに効果的に実現するかを学ぶために、現在においてどのようにその偉大な仕事を実現されているかを詳細に渡って正確に検討することは、私にとっては、法理学の一つの相当な部分であり続けるだろう<sup>(26)</sup>と論じている。弁護士や裁判官の技巧を正確に記述することは、法がその機能を果たす上でも重要であると考えられていたのであるが、そのような観点は、ルウエリンの、周知の「法機能論 (law job theory)」から導かれたものであった。

前節で触れたように、ルウエリンは、目的のための手段として法を捉える道具主義的な法観念を、リアリズム法学の共通の出発点の一つとして考えていたが、ルウエリンにおいて、そのような法観念が具体的に示されているのが、法機能論であった。人間が集団として生存するために、また、人間の集団が、それが存在する目的を実現するためには、一定の必要を満たさなければならぬとした上で、ルウエリンは、「規範的なるもの、法的なるもの、そして法の機能 (The Normative, the Legal and the Law-Jobs)」(一九四〇年)などにおいて、その際、必要とされる主要なものとして、一、トラブルの解決、二、行動と期待の抑止的な操作、三、変化に合致させるための行動と期待の再操作、四、権威的な決定のための、権威と手続きの割当て、五、集団の中における指図と動機の提供などを挙げている<sup>(27)</sup>。ルウエリンにおいては、ここでの必要とは、法の機能 (law job) のことなのであり、そのような機能を効果的に果たすために、法律家の技巧の正確な記述が、リアリズム法学の主要な課題になったのであった。ルウエリンによれば、「私たちの法システムには、安定、計算可能性、そしてコントロールのための極めて重要 (vital) 生命を保つために必要な) で必要とされている手段がある。私たちの法システムには、また、柔軟性と調整、変化と発展のための極めて重要とされている手段がある」<sup>(28)</sup>が、「それについては、現状のままであるような法のルールの研究のみでは、何ら指図を与えない<sup>(29)</sup>」ので

あった。

一方、ルウエリンには、同様の観点から、法の形式についての考察、法的推論のスタイルについての考察もある。本章では、ルウエリンのリアリズム法学を記述的社会学と法道具主義に基づく議論に分けて検討しているが、以下においては、ルウエリンの後者の側面に焦点を当てて行きたい。それらは、ルールや法律家の技巧の記述 (what, science) とは違い、いかにして法の機能を果たすのか (how, prudence) に明確に基づいたものであった。<sup>(26)</sup>

ここではまず、法の形式についてのルウエリンの考察を、「法における善、真実、美 (On the Good, The True, The Beautiful in Law)」(一九四二年) から検討するが、ラングデルとホームズが比較されている部分が特に興味深い。まず、ルウエリンは、ドイツの民法典 (BGB) を、構造的な美を美的な目標とするものの典型として捉えているが、それは、清潔で厳密な知的構造物で、事前に決定されたプランによつてすべての場面で実行されるものであった。ルウエリンによれば、このような法の形式、あるいは美は、当時のアメリカにおいてはほとんど追求されていないものであったが、その典型としてラングデル学派の約因理論を挙げることができるのであった。周知の通り、ラングデルの契約理論においては、「約束を支えるために必要とされる約因が取引されなければならず、(中略) 取引される何かは正確でなければならず、承諾と約因は等しい三角形のように一致する」<sup>(27)</sup> (「内は引用者」と考えられていた。ルウエリンは、ラングデルのこのような議論を、「これ以上簡単に規定され、より厳密に思考され、よりしつかりと統合され、教えるのにより魅力的に不条理で、より簡単に適用できるものはない」<sup>(28)</sup>とも評しながらも、「論理と外形についていかに心地よくとも、本質は構造ではない。ラングデルの構造は、概念における壮言さと作品における欠点のなさという道徳を指し示しているが、それは機能しないだろう。人々は、そして裁判所は、そのパターンに従つては動かず、そのことは、法において美を妨げる」<sup>(29)</sup>と断じている。ルウエリンによれば、「法の美の主要なテストは機能であり続ける。構造的な調和



や荘厳さを持つことは良いことであり、それらは付加し、豊かにするが、補助的なものに過ぎない<sup>(20)</sup>のであった。そしてその上で、「ホームズの判決意見は、単なる宝石箱や整えられた散文ではない。それらは(特に最高裁におけるものは)、論点に導き、政策に導く。それらは、技術的な正確さ、目前の事例における正義、将来のための正しい指針に導く<sup>(21)</sup>」としてホームズをラングデルと対比的に評価している。

一方、法的推論のスタイルについての考察は、おもに、『コモン・ローの伝統・上訴の決定』でなされているが、「法における善、真実、美」においても、以下のように、その要点は披歴されている。そこでまず、法的推論のスタイルの歴史の変遷が、前章で検討したパウンドの法の理念の歴史的記述と対比的に描かれており、興味深い。パウンドは、アメリカ法の画期を一八世紀の前半の形成期(formative era)、一八八〇年から一九〇〇年を法の成熟期(period of maturity of law)、そしてその後の社会的な期間(sociological period)に見出していたが、「機械的法学から社会学的法学へ」というパウンドの主要な議論からも明らかなように、法理学の学派の変遷をそれらの画期のメルクマールとしていた。一方、ルウエリンは、パウンドの時代区分については承認しながらも、時代のスタイル(period style)の変遷による区分を試みていた<sup>(22)</sup>。

ここでのスタイルとは、ルウエリンの言葉では、「法の技巧における思考と働きの方法(ways of thinking and working in legal crafts)<sup>(23)</sup>」と定義されているが、より一般的に、法的推論のあり方として捉えることも可能であると思われる。いずれにせよ、ルウエリンは、「材料(法)と同様に、あるいはそれ以上に、彼らの材料(法)を用いる技術者(法律家)の方法は、その結果に対して意味を持っている<sup>(24)</sup>」( )内は引用者」という前提の下、それぞれの時代において優勢なスタイルを以下のように整理している。

第一の画期としては、一八三〇年から四〇年代に焦点が当てられているが、そこで優勢であったスタイルを、初期の

スタイル (early style) とルウエリンは呼んでいた。そして、そのスタイルの特徴を、「理性が、経験が法的結果に収斂される際の主要な指針であり、手段であった」と規定している。もちろん、法の論理も大きな役割を果たしていたが、「論理における前提を決定することも、つねに理性に依拠することによってなされており、それによってそのスタイルに流動性、力、率直さ、そして方向性が与えられた」のであった。そして、ルウエリンは、そのようなスタイルが優勢であった背景として、社会についての公正な理解がアクセス可能なものであったこと、「確実に感じられた国家の明白な必要性」<sup>(27)</sup>によって、シンプルなスタイルが可能であったことを挙げている。なお、以上の一九世紀のアメリカ法学に関するルウエリンの素描は、本稿冒頭で触れたホーウィッツのものに近いものであったが、当時のイギリスのスタイルとの比較がなされている部分が興味深い。ルウエリンによれば、イギリスのコモン・ローをアメリカが受容した際に、そのルール、実質については受容したが、「その当時のイングランド法のスタイルは、全く借りられることがなかった」<sup>(28)</sup>であり、『受容』という話によって、事実を曖昧にすることは許されるべきではない」<sup>(29)</sup>のであった。拙稿でも検討したように、イギリスにおいては、ヘイル、ブラックストーンの法思想を経て、十八世紀にはすでに法実証主義的な色彩が強まっており、十九世紀のオースティンは、ルールの体系としてコモン・ローを記述することが可能だったのであるが、ルウエリンは、その当時の「アメリカの著作は、デイケンズによって風刺されているような(形式主義的な)ものではなかった」<sup>(30)</sup>ことを強調している。

次に、ルウエリンは、パウンドによって、「法の成熟期」<sup>(31)</sup>、「受容された材料の統合と発展の時期」<sup>(32)</sup>と述べられている一九世紀の最後の十年間に盛期を迎えたフォーマル・スタイル (formal style) について論じている。すでに触れたラングデルの方法論も含まれるが、ルウエリンは、「権威が権威であり、論理が論理であり、安定性が安定性であった。心 (heart) は、法の著作において占める位置はなく、美意識は、冷酷な明晰さに向かった」<sup>(33)</sup>とその特徴を捉えている。

そして、その一つの背景として、「宗教的な基礎が、一方では、ダーウインの論争から、他方では、後にスペンサーによつて、周知の並みはずれた攻撃にさらされ、法廷の古来の法律家たちは、ほぼ最高に堅固な基礎に慰めを見出した。すなわち、彼らは拡大よりも權威を好み、成長する枝を刈り取るという対価を払つてではあるが、明晰さと均一のシステムをもたらず法についての方法をより好んだ」という点を挙げてゐる。しかしながら、すでに触れたラングデルに対する批判とも重なるが、ルウエリンは、「非常に明白であるが、私たちの十九世紀後半の非常に重要な潮流において、フォーマル・スタイルは、美的な逸脱であつた」と述べてゐる。ルウエリンによれば、「生活と調和しない法、法の社会との歯車をすり減らす法についての方法は、正しい美を持つことができない。ルールではなく、生命のある制度、単なる法律家にとつての安定性ではなく、安定性と民衆の法が奉仕すべき正義が必要性を定義する」のであつた。

この最後の点は、フォーマル・スタイルに代わるものの登場を促す要因として、以下のように具体的に検討されている。二十世紀前半には新しいスタイルが登場しているのであるが、その要因としてルウエリンは、「現代の生活の手に負えない複雑さ」<sup>(88)</sup>、「三十年、あるいはそれ以上に渡つて続いている変化、あるいは改革にとつて、フォーマル・ピリオドに組み入れられている法の技巧が不十分であるという部分的な認識」<sup>(89)</sup>、「飛躍が必要な大きなギャップ、発展が必要で大きな規模の仕事がなされなければならない非常に遅れた領域の存在」<sup>(90)</sup>を挙げている。このような要因に答えるために、ルウエリンが提示しているのが、グラント・スタイル (ground style) であつた。

ルウエリンは、『コモン・ローの伝統』上訴の決定』において、その典型的な例として、英米のマンズフィールドやマーシャルなどの著名な裁判官を挙げて、グラント・スタイルの方法論を説明している。ルウエリンは、まず、そこでは、先例における説得的な權威は認められていたが、それは、承認される前に以下の三つの理由によつてテストされていたと指摘している。一、「その判決意見を書いた裁判官の評判は、重く考慮される」<sup>(91)</sup>、二、「先例をチェックするため

に『原理』が考慮されるが、このピリオドと方法においては、ルールの中に大きな規模の秩序をもたらすための単なる言葉の道具ではなく、それが『原理』になるためには、秩序だけでなく、明白な意味を与えるべき広い一般化を意味していた<sup>(29)</sup>。三、「考慮中のルールのありうる結果という観点からの『政策』」の三つである。そして、ルウエリンによれば、以下のように、このようなグラランド・スタイルによってこそ、より予測しうる裁判が可能になり、法の機能もより十全に果たされるのである。

「法における善、真実、美」で、フォーマル・スタイルは、「状況が十分に安定している場合」<sup>(30)</sup>のみに機能し、「早かれ遅かれ、悪いスタイルになることが運命づけられている。そして、法律家たちは、フィクション、偽の解釈 (spurious interpretation)、混乱と裁量という彼らの所産に苦しまなければならないだろう<sup>(31)</sup>」と指摘しているように、先例の巧妙な操作、細かな区別、確立されたルールの隠れた再解釈によって時代の変化に対応しようとするフォーマル・スタイルは、判決の背後にある動機を曖昧のままにし、法の発展の道筋を予測するのを困難にするとルウエリンは考えていた。その一方で、グラランド・スタイルにおいては、原理と政策に依拠していることが裁判官によってオープンにされるため、新たなルールが何のためのものであるかがより明確になり、法の予測も容易になると考えられている<sup>(32)</sup>。すなわち、ルウエリンによれば、「グラランド・スタイルに本来備わっている、指針のために将来に向けてより良い規定を常に求めることは、そのままの状態では理解でき、平凡な人間によっても理解され、かなり良く適用されうるルールの常なる製造と改善を意味しており、このようなルールは、非常に異なった裁判官から、同じような決定を得るかなりのチャンスを持ち<sup>(33)</sup>」、「予見されてはいないけれども予感<sup>(34)</sup>はされている」ため、グラランド・スタイルによって、「『人によってではなく、法によつて (laws and not men)』<sup>(35)</sup>という古来の目標」により近づくことができるのであった。

## 五、おわりに、

以上、本稿では、近代アメリカの法思想を代表するものとして、ホームズ、パウンド、ルウエリンの法思想を検討してきた。まず、ホームズの法思想については、主権者の命令、従位的立法という枠組みでコモン・ロー地図を提供しようとしたオースティンの法理論のアプリオリな側面を批判し、社会の変化に伴う法的諸概念の変化、発展に焦点を当てたメインの法思想の影響を指摘することができる。そして、メインの法思想が、オースティンの法理学の歴史的、地理的な適用範囲を限定することを目的として、それに代わるものを提示できていなかったのに対して、ホームズは、それまでのイギリスの法思想には見られなかった、裁判官によるコモン・ローの発展の手法に焦点を当てた理論を提示している。その際、責任概念の客観化に向けて発展してきたコモン・ローの発展法則に沿って、例えば、無過失責任に関する裁判なども、陪審を通じた共同体の基準に基づくものとして捉えられている。イギリスのヘイルやオースティンが、コモン・ローに内在する論理からの類推を重視していたのに対して、ホームズは、共同体の価値、論理にコモン・ローを適合させることが試みられていたのであるが、第二章三節で確認したように、一八九〇年以降は、そのような共同体の価値、論理の限界から、コモン・ローは、裁判官による政策選択の結果として捉えられるようになる。

パウンドは、ホームズもそうであったように、ラングデルの法形式主義に対して批判的であり、周知の、書かれた法（law in books）と訴訟における法（law in action）の峻別には、ホームズの法思想の影響を見ることができるといえる。しかしながら、ホームズが当初、訴訟における法、あるいはコモン・ローの発展原理を共同体の価値に依拠させていたのに対して、パウンドは、より実質的な法の理念によってコモン・ローの発展は規制されるべきであると論じていた。そして、第三章一節で検討したパウンドの社会学的法学は、利益考量を要請するものではなくて、二十世紀初頭の共同体

の価値として捉えられていた。さらに、コモン・ローに、そのような価値、根本原理が内在しており、新奇の事例、競合する解釈が存在するなどにおいては、その根本原理に照らして既存の法源を發展させると論じていたパウンドの法思想は、ホームズとは違って、コモン・ローの論理に依拠するものであり、法はそれ自身のうちに發展の契機を有しているという法についての有機的な見方に基づいていたと言えるだろう。なお、パウンドについては、その法思想に批判的なわが国の最近の先行研究において、「パウンドが、時代の要求に応答する融通無碍な法を主張する一方で、コモン・ローの優位を説くという態度が、原理的にいかに論理整合的に結びついているか、主要な著作を読んでみても判然としない」と指摘されているが、第三章二節でも検討したように、パウンドの社会学的法学が、コモン・ローに内在する共同体の価値を探求する試みとして解釈できるならば、パウンドの法思想の論理的整合性を示すことも可能である。

コテレルは、裁判官が法を發展させる際の根拠を説明する試みは、司法の役割を道具主義的に捉えるか、法の有機的な性格の強調のいずれかに進むことになる整理していたが、そのようなコテレルの整理に従うならば、パウンドは、後者の典型であり、ドゥオーキンの法理論の原型としても捉えることができるであろう。また、ホームズの法思想については、一八九〇年代以降、道具主義的な性格が顕著となり、「法の小路」で判決が反映する客観的価値を経済学に求めた場面では、現代の法と経済学との近さを指摘する<sup>(30)</sup>ことができない。特権をめぐる裁判官による政策選択の不可避性を論じた場面では、現代のプラグマティズム法学との近さを指摘することができる。その一方で、ルウエリンのリアリズム法学は、ホームズのランゲデル批判の視座、書かれた法と訴訟における法の峻別といったパウンドの枠組みなどは継承しつつも、その出発点は、裁判官による法發展の原理の探求というよりも、そのような法過程の分析、記述にあった。その際、「法に携わるあらゆる人は、ルールが存在することのみならず、非常に有益で、実に重要であることを見なければならぬ」とまで述べていたルウエリンのリアリズム法学を、裁判官の「勘」といった行動主義的な側面を強調するルール

懐疑主義の一類型として捉えることは、必ずしも正確な理解ではないだろう。第四章一節で検討したように、ルウエリンの主眼は、判決はルールによつてのみ決定されるのではなく、法律家の技巧も重要な役割を果たしているというコモン・ローの現実性<sup>34)</sup>リアリズムを記述することで、法の予測をより円滑にすることに置かれていたのであった。

ところで、ルウエリンは、コモン・ローのルールの「現実と本質は、どこか、そこにある(out there somewhere)ものであり、把握されるよりも感じられるもので、そもそも何らかの言葉の形式により範囲が限定され、捉えられるというよりも、指し示されるものである」と述べた上で、コモン・ローのルールは、「オートマティックと言え時のものでさえ、非常に創造的に適用される」と指摘している。ルウエリンのこの指摘は、本研究でコモン・ロー思想史を分析する一つの視座として設定したルールと救済の関係についてのものでもあるが、それはイギリスにおいても共有されていた論点であり、例えば、オースティンも、レイシオ・デシデンダイの現実を「確固として従われる指針であるというよりも、そこから原理が推測されるかすかな足跡<sup>35)</sup>」として捉えている。しかしながら、ルウエリンのリアリズム法学が、そのようなコモン・ローの救済を規制し、導く法律家の技巧の記述に向かったのとは対照的に、オースティンにおいては、成否は別として、そのような流動的なレイシオ・デシデンダイを、主権者の命令によつて統合されたルールの体系に還元することに焦点が当てられていた。その際、そのような視点の違いは、本稿の冒頭で触れたような、法をとりまく社会的状況の違い<sup>36)</sup>という他に、本研究のもう一つの分析視座であった法と共同体の関係について、オースティン、ルウエリン以外のものも含めて、イギリス、アメリカのコモン・ロー思想のアプローチが全く異なるものであったという点に起因するものであったと思われる。

裁判官が古来の慣習を宣言するという「法宣言説」は、法と共同体の慣習の結び付きを連想させるものであるが、第二章二節でも触れたように、イギリスの古典的コモン・ロー思想においては、法の発展と共同体の関係についての考察



はほとんどなされていなかった。そして、この点は、イギリスのコモン・ロー思想においては、共同体の慣習がコモン・ローに権威を与える形式的な根拠の一つに過ぎなかったことと関連していると思われる。まず、ヘイルにおいては、コモン・ローの基本的なルールの大部分は立法に起源を持つものであり、コモン・ローの発展も、その基本的なルールの類推によって説明されていた。<sup>38)</sup> ポステマは、ヘイルのコモン・ローを、共同体の慣習によって基礎づけられていて、具体的、日常的な事例を解決することで蓄積された理由によって統合されたものとして捉えているが、コモン・ローは、「多くの世代の賢明で注意深い人々の知恵、熟慮、経験の産物」<sup>39)</sup> であると論じていたヘイルにおいては、むしろ、裁判官の慣習、コンセンサスによってコモン・ローの発展は説明されていたと言えるだろう。また、ブラックストーンも、古来の慣習によって権威を持つとされる基本的なルールからの類推によって法の発展を説明していたのであって、コモン・ローが、同時代の共同体の慣習と一致すべきことを説いていたわけではなかった。<sup>40)</sup> そして、ベンサムが、一般的慣習と裁判官の慣習の間のミッシング・リンクを指摘した後のオースティンも、法曹の利益と社会の利益の調和を無批判に前提とした上で、より論理的に一貫したコモン・ロー理論を提示することに専心している。オースティンは、ヘイルによって類推で説明されていたコモン・ローの発展を司法的立法に置き換えることで、主権者の命令によって統合されたコモン・ローを示すことに成功するとともに、<sup>41)</sup> 従位的立法者として裁判官を捉えることで、コモン・ローを共同体に基礎づけることなしに、裁判官による法発展をめぐる権威についての疑義を解消することを試みていたとも理解しうる。さらに付け加えると、すでに十九世紀後半のイギリスにおいては、ホームズとほぼ同時代のサーモンドが、ハートの承認のルールを想起させるような、法体系内の法に妥当性を付与する「究極の法的諸原則 (Ultimate Legal Principles)」から、<sup>42)</sup> 裁判官の法創造の権能を導いていた。

一方で、アメリカのコモン・ロー思想における法と共同体の関係を考える際には、本稿で検討したホームズ、パウン

ド、ルウエリンの共通の攻撃対象であったラングデルの議論の内在的な限界に着目することが有用であろう。ラングデルは、コモン・ローの合理的で一貫した原理を提示しようとしたが、それらの原理は、彼自身のような法学者によって、事例からの帰納によって導かれるとされ、裁判官たちは、その原理から導出されるルールに基づいて判決をすることを考えていた。ただ、ラングデルの枠組みでは、既存の判決を説明するとともに社会の変化も反映していたコモン・ローの原理は、法学者によって発見されると考えられており、結果的に、法学者に立法者と同じような役割が委ねられ、その権威については重大な疑義が投げかけられることになる<sup>(95)</sup>。十九世紀後半のアメリカ法学においては、裁判官がどのような権限に基づいてコモン・ローを発展させるのかを説明することは早急に解決されるべき課題であったのであり、責任の範囲、そしてその変化を共同体の価値、基準に委ねたホームズのプラグマティズム法学や、コモン・ローが反映すべき二〇世紀初頭のアメリカ社会の価値、理念として社会的利益の調和を掲げたパウンドの社会的法学は、法を共同体に基礎づけることによって、コモン・ロー発展の正統性を示そうとした回答として捉えるべきであるし、現代のドゥオーキンの法理論も、そのような試みの延長線上に置くこともできるだろう<sup>(96)</sup>。また、自らの法理学の領域には価値の問題は含まれないとしたルウエリンにおいても、第四章二節で見たように、コモン・ローは、その歯車を法の社会、すなわち、裁判官などの法律家集団とかみ合わせるべきではなく、「民衆の法が奉仕すべき正義」を実現すべきであると論じられていた。ルウエリンのグラント・スタイルも、原理、政策に明確に依拠することで、コモン・ローと社会の必要を一致させることを試みたものであったのである。そして、オースティンの法理論においては論点とはならなかったコモン・ローの救済的な側面の検討、法律家の技巧の記述も、ルウエリンにおいては、そのグラント・スタイルが裁判官の恣意に流されないよう規制するために、必要不可欠なものとして捉えられていたのであった。

以上、十七世紀後半のクックから二〇世紀前半のルウエリンに至るまでの、近代英米のコモン・ロー思想の展開を

追ってきたが、そこから得られた知見に基づいて、稿を改めて現代の英米の法理論についても検討したい。ここでは、ハートやラズ、そしてドウオーキンなどの法理論を、英米それぞれのコモン・ロー思想史のコンテキストにおいて捉えなおすとともに、特にハートとドウオーキンの法理論をある程度相対化することも試みたい。<sup>11)</sup>

- (1) Cf. M.Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (Harvard University Press, 1977) p.8.
- (2) *Ibid.*, p.14.
- (3) *Cf. ibid.*, p.18.
- (4) *Cf. ibid.*, pp.22-23.
- (5) *Cf. ibid.*, pp.25-26.
- (6) *Cf. ibid.*, pp.29-30.
- (7) Cf. W.Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (London: Winfield and Nicolson, 1973) p.6.
- (8) *Ibid.*, p.4.
- (9) *Cf. ibid.*, pp.4-5.
- (10) *Cf. ibid.*, p.5.
- (11) *Cf. ibid.*, p.7.
- (12) 参照、金井光生『裁判官ホームズとブラグマティズム——思想の自由市場——論における調和の靈感——』(風行社、二〇〇六年)。
- (13) Cf. M.Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900* (Dordrecht: Springer, 2007) p.208.
- (14) 参照、金井光生『裁判官ホームズとブラグマティズム——思想の自由市場——論における調和の靈感——』(前掲注(12))。
- (15) 参照、拙稿、「近代英米法思想の展開(三)——オースティン、メイ、ホランド、サーモンド——」(同志社法学第六二巻三号、二〇一〇年) 一五六—五九頁。
- (16) Cf. F.Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (Westport: Greenwood Press, 1984).

- (17) *Cf. ibid.*, p.6.
- (18) O.Holmes, Codes, and the Arrangement of the Law, in Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (*supra* note 16) p.79.
- (19) *Ibid.*
- (20) 参照：拙稿「近代英米法思想の展開（二）——オースティン・メイン・ホランド・サーモンズ——」前掲注（15）一三二—一三三頁。
- (21) Holmes, Codes, and the Arrangement of the Law (*supra* note 18) p.79.
- (22) *Cf. ibid.*, pp.79-80.
- (23) J.Austin, R.Campbell (ed.), *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 4th ed. (London: John Murray, 1879) p.794.
- (24) Holmes, Codes, and the Arrangement of the Law (*supra* note 18) p.89.
- (25) 参照：拙稿「近代英米法思想の展開（二）——オースティン・メイン・ホランド・サーモンズ——」前掲注（15）一五四頁。
- (26) O.Holmes, Book Notice, in Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (*supra* note 16) p.92.
- (27) *Ibid.*
- (28) *Ibid.*, p.93.
- (29) *Cf. ibid.*
- (30) O.Holmes, Arrangement of the Law, Privily, in Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (*supra* note 16) p.110.
- (31) *Ibid.*, p.111.
- (32) *Ibid.*
- (33) *Cf. Kellogg, The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (*supra* note 16) pp.31-32.
- (34) J.Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 4th ed. (*supra* note 23) p.147.
- (35) O.Holmes, The Theory of Torts, in Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (*supra* note 16) p.118.

- (36) *Ibid.*, p.120.
- (37) *Ibid.*, p.119.
- (38) *Ibid.*, p.124.
- (39) Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) p.35.
- (40) H.Maine, *Early Law and Custom* (London: John Murray, 1900) p.360.
- (41) Cf. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) pp.11-12.
- (42) Henry Maine, *Ancient Law* (1861), Reprint (Nivision Publications, 2008) p.2.
- (43) Cf. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) p.12.
- (44) O.Holmes, *Primitive Notions in Modern Law*, in Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) p.130.
- (45) *Ibid.*
- (46) Cf.*ibid.*, p.136.
- (47) O.Holmes, *Primitive Notions in Modern Law II*, in Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) p.160.
- (48) *Ibid.*
- (49) Cf. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) p.38.
- (50) Maine, *Early Law and Custom* (supra note 40) p.361.
- (51) 参照「近代英米法思想の展開(二)——オースティン、メイン、ホランド、サーキント——」〔前掲注(15)〕一四五一-五三頁。
- (52) Cf. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) p.7.
- (53) O.Holmes, *The Path of the Law and the Common Law* (New York: Kalpan Publishing, 2009) p.35.
- (54) 参照「金井光生『裁判官ホームズとブラグマティズム——思想の自由市場——論における調和の靈感——」〔前掲注(12)〕一五三頁。
- (55) Cf. Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900* (supra note 13) p.216.
- (56) Cf. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) p.10.

- (57) Holmes, *The Path of the Law and the Common Law* (*supra* note 53) p.60.
- (58) *Ibid.*
- (59) *Ibid.*
- (60) *Ibid.*
- (61) *Ibid.*, p.61.
- (62) *Ibid.*
- (63) *Ibid.*
- (64) O.Holmes, 'Trespass and Negligence', in Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (*supra* note 16) p.250.
- (65) *Ibid.*
- (66) Holmes, *The Path of the Law and the Common Law* (*supra* note 53) p.77.
- (67) Cf. Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900* (*supra* note 13) p.214.
- (68) Holmes, *The Path of the Law and the Common Law* (*supra* note 53) p.125.
- (69) *Ibid.*
- (70) *Ibid.*, p.136.
- (71) *Ibid.*
- (72) Cf. T.Grey, 'Holmes and Legal Pragmatism', 41 *Stanford Law Review* 787 (1989) p.798.
- (73) *Cf. ibid.*, p.805.
- (74) *Cf. ibid.*, p.806.
- (75) 金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——〈思想の自由市場〉論における調和の靈感——』(前掲注(12))一六〇頁。前掲書。
- (76) 前掲書。
- (77) 前掲書。
- (78) 参照、前掲書、一七七—七八頁。

- (7) Cf. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (*supra* note 16) p.3.
- (8) Cf. F.Kellogg, Oliver Wendell Holmes, Jr., *Legal Theory and Judicial Restraint* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) p.58.
- (18) *Ibid.*, p.xi.
- (32) *Cf. ibid.*, p.16, 18.
- (33) *Cf. ibid.*, pp.50-54.
- (34) *Cf. ibid.*, p.19.
- (35) *Ibid.*
- (86) M.Hale, C.Gray (ed.), *The History of the Common Law of England* (Chicago: The University of Chicago Press, 1971) p.39.
- (87) 参照：拙稿「近代英米法思想の展開 (一) — タウン、ホムズ、ハール —」〔同志社法学第六十一巻一号、二〇一〇年〕一〇三—一〇七頁。
- (88) Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 4th ed. (*supra* note 23) p.634.
- (89) 参照：拙稿「近代英米法思想の展開 (二) — オースティン、メイン、ホランド、サーキンズ —」〔前掲注 (15)〕一三四—一四七頁。
- (90) W.Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4vols. (Chicago: The University of Chicago Press, 1979) vol.3, p.329.
- (91) *Cf.* Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4vols. (*supra* note 90) vol.4, ch.33.
- (92) 参照：拙稿「近代英米法思想の展開 (三) — オースティン、メイン、ホランド、サーキンズ —」〔前掲注 (15)〕一四—一四五頁。
- (93) Holmes, *The Theory of Torts* (*supra* note 35) p.119.
- (94) 参照：拙稿「近代英米法思想の展開 (二) — ブラックストーン、マンスフィールド、ベンサム —」〔同志社法学第六十一巻七号、二〇〇九年〕六七—七二頁。
- (95) Holmes, Codes, and the Arrangement of the Law (*supra* note 18) p.77.
- (96) O.Holmes, dissenting, in Northern Securities Co. v. United States, R.Posner (ed.), *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* (Chicago: The University of Chicago Press, 1992) p.130.
- (97) Holmes, *The Path of the Law and the Common Law* (*supra* note 53) p.31.
- (98) M.Hale, Reflection by the Lrd. Chief Justice Hale on Mr. Hobbes His Dialogue of the Lawe, in W.Holdsworth, *A History of English Law*, Vol.5 (London: Sweet & Maxwell, 1966) p.506.



- (99) Cf. Kelloff, *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory and Judicial Restraint* (supra note 80) p.21.
- (100) *Cf. ibid.*, p.102.
- (101) Holmes, Book Notice (supra note 26) p.93.
- (102) O.Holmes, Common Carriers and the Common Law, in Kelloff, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) p.223.
- (103) Holmes, *The Path of the Law and the Common Law* (supra note 53) p.31.
- (104) Holmes, Common Carriers and the Common Law (supra note 102) p.223.
- (105) Holmes, The Theory of Torts (supra note 35) p.122.
- (106) *Ibid.*, p.123.
- (107) Cf. Kelloff, *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory and Judicial Restraint* (supra note 80) p.125.
- (108) *Cf. ibid.*, p.14. さらに述べたように、オースティンは「一八七一年までにオースティンの『法理学講義』あるいは実定法の哲学』を二度読んでいるが、メインの『古代法』も「一八六八年までに二度読んでいる。さらにケロックによれば、ホームズの読書ノートには「ヘンサム」の「高利の擁護 (Defence of Usury)」、『立法の理論 (Theory of Legislation)』、『完璧の法典の概観 (General View of a Complete Code of Laws)』、『統治論断片 (Fragments on Government)』が登場している。
- (109) O.Holmes, dissenting, in Southern Pacific Co. v. Jensen, Posner (ed.), *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* (supra note 96) p.230.
- (110) Cf. Kelloff, *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory and Judicial Restraint* (supra note 80) p.135.
- (111) 金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——思想の自由市場——論における調和の靈感——』(前掲注(12)) 一五八頁。
- (112) Kelloff, *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory and Judicial Restraint* (supra note 80) p.125.
- (113) Holmes, *The Path of the Law and the Common Law* (supra note 53) p.1.
- (114) H.Hart, Holmes' Positivism — An Addendum, 64 *Harvard Law Review* 929 (1951) p.932.
- (115) 金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——思想の自由市場——論における調和の靈感——』(前掲注(12)) 一八七頁。
- (116) 前掲書、一八七—一八八頁。

- (117) 前掲書、一三九頁。
- (118) Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900* (*supra* note 13) p.231.
- (119) O.Holmes, Privilege, Malice, Intent, S.Novick (ed.), *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, The Holmes Devise Memorial Edition*, Vol.3 (Chicago: The University of Chicago Press, 1995) p.373.
- (120) *Ibid.*, p.375.
- (121) *Ibid.*
- (122) *Ibid.*
- (123) *Ibid.*, p.376.
- (124) *Ibid.*
- (125) O.Holmes, Law in Science and Science in Law, Novick (ed.), *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, The Holmes Devise Memorial Edition*, Vol.3 (*supra* note 119) p.415.
- (126) *Ibid.*
- (127) M.Horwitz, *The Transformation of American Law 1870–1960* (Oxford: Oxford University Press, 1992) pp.56–57.
- (128) Holmes, Privilege, Malice, Intent (*supra* note 119) p.373.
- (129) Cf. Kellogg, *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory and Judicial Restraint* (*supra* note 80) p.125.
- (130) 参照：金井先生『裁判官ホームズマン・マン・マン——思想の自由市場』論における調和の意識——「前掲注(21)」二〇六頁。
- (131) Holmes, *The Path of the Law and the Common Law* (*supra* note 53) p.17.
- (132) Cf. Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900* (*supra* note 13) p.222.
- (133) Holmes, Law in Science and Science in Law (*supra* note 125) pp.418–19.
- (134) 別稿におさじ、英米における現代の法理論をロゼン・ロー思想史の観点から検討する予定である。
- (135) Benjamin Cardozo to Roscoe Pound, 31 July 1920, cited at D.Wigdor, *Roscoe Pound: Philosopher of Law* (Westport: Greenwood Press, 1974) p.233.

- (136) パウンドのごつごつの比較的最近の研究」では、R.Cotterell, *The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (London: Lexis Nexis, 2003), ch.6 'The Problems of Creative Judge: Pound and Dworkin' を挙げているが、本章の問題設定が「ネ」から大きな示唆を受けている。ちなみに、パウンドに関する伝記的な考察は、Cf. D.Wigdor, *Roscoe Pound: Philosopher of Law* (supra note 135); N.Hull, *Roscoe Pound: Karl Lewellyn: Searching for an American Jurisprudence* (Chicago: The University of Chicago Press, 1997)。なお、後者は、その表題から不明らかなように、ルウェリンについても扱っており、書簡などを整理・分析してパウンドとルウェリンの関係なども考察している。なお、邦訳として、参照、R・パウンド、恒藤武二訳『法哲学入門』（ミネルヴァ書房、一九五七年）；細野武男訳『社会学的法学』（法律文化社、一九五七年）。
- (137) Wigdor, *Roscoe Pound: Philosopher of Law* (supra note 135) p.x.
- (138) O.Holmes, Book Review, Novick (ed.), *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, The Holmes Devise Memorial Edition, Vol.3* (supra note 119) p.103.
- (139) Cf. Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900* (supra note 13) p.217.
- (140) Cf. Grey, Holmes and Legal Pragmatism (supra note 72) pp.819-20.
- (141) R.Pound, Mechanical Jurisprudence, 8 *Columbia Law Review* 605 (1908) p.605.
- (142) *Ibid.*, p.608.
- (143) *Ibid.*, p.607.
- (144) *Ibid.*, p.610.
- (145) *Ibid.*
- (146) *Ibid.*
- (147) Cf. Wigdor, *Roscoe Pound: Philosopher of Law* (supra note 135) pp.166-71.
- (148) Pound, Mechanical Jurisprudence (supra note 141) p.608.
- (149) *Ibid.*, p.609.
- (150) *Ibid.*, pp.609-10.
- (151) R.Pound, A Survey of Social Interests, 57 *Harvard Law Review* 1 (1943) p.2.

- (152) *Ibid.*, p.5.
- (153) *Ibid.*
- (154) *Ibid.*, p.9.
- (155) *Ibid.*
- (156) *Ibid.*
- (157) *Ibid.*
- (158) *Cf. ibid.*, pp.17-20.
- (159) *Cf. ibid.*, p.20-26.
- (160) *Cf. ibid.*, p.26-30.
- (161) *Ibid.*, p.33.
- (162) *Ibid.*
- (163) *Ibid.*, p.35.
- (164) *Ibid.*, p.37.
- (165) *Cf. ibid.*, pp.37-38.
- (166) R. Pound, The Judicial Office in the United States, *Proceedings of the Iowa State Bar Association* 20 (1914) p.104.
- (167) Pound, A Survey of Social Interests (*supra* note 151) p.39.
- (168) *Ibid.*
- (169) *Cf. Wiglor, Roscoe Pound: Philosopher of Law* (*supra* note 135) p.230.
- (170) *Cf. Cotterrell, The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (*supra* note 136) pp.154-55. コテレルによれば、「バウンドにとっては、その道具（社会的利益）は、後に、プラグマティズムによって影響された法律家たちが明白に論じたように、政府と法を通じた計画と社会改革のためのものではなく、変化する共同体の生活のパターンの継続的な表現としてのロモン・ローの運命を実現するためのものであった」。 *Ibid.*, p.159.
- (171) *Cf. Wiglor, Roscoe Pound: Philosopher of Law* (*supra* note 135) p.230.
- (172) *Cf. Cotterrell, The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (*supra* note 136) p.160.

- (173) R.Pound, The Future of the Criminal Law, *Columbia Law Review* 21 (1921) p.7.
- (174) Cf. Wigdor, *Roscoe Pound: Philosopher of Law* (supra note 135) pp.225-27.
- (175) Cf. *ibid.*, pp.231-32.
- (176) R.Pound, *The Spirit of the Common Law* (New Brunswick: Transaction Publishers, 1999) p.194.
- (177) *Ibid.*, p.194.
- (178) *Ibid.*
- (179) R.Pound, A Comparison of Ideals of Law, 47 *Harvard Law Review* 1 (1933) p.4.
- (180) *Ibid.*, p.3.
- (181) Cf. A.Cromartie, *Sir Matthew Hale 1609-1676: Law, Religion and Philosophy* (Cambridge: University Press, 1995) p.98.
- (182) J.Bentham, Codification and Public Instruction, J.Bentham, P.Schofield and J.Harris (ed.), *Legislator of the World: Writings on Codification, Law and Education* (Oxford: Clarendon Press, 1998) p.126.
- (183) Cf. Cotterell, *The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (supra note 136) p.150.
- (184) Cf. *ibid.*, p.151.
- (185) R.Pound, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, 1 *Annual Report of American Bar Association* 395 (1906) p.397.
- (186) *Ibid.*, p.403.
- (187) *Ibid.*, p.404. この講演で「ハンズは、アメリカの司法手続に関する批判を展開して来た。ハンズはこの講演で「ハンズ」 Cf. Hull, *Roscoe Pound Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence* (supra note 136) pp.63-66.
- (188) Pound, Mechanical Jurisprudence (supra note 141) p.612.
- (189) *Ibid.*, p.611-12.
- (190) Holmes, Book Notice (supra note 26) p.91.
- (191) *Ibid.*, p.92.
- (192) Cf. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (supra note 16) pp.69-71.

- (193) R.Pound, *Jurisprudence*, Vol.2 (St Paul, Minn: West Publishing Co, 1959) p.106.
- (194) Cf. Cotterell, *The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (*supra* note 136) pp.155-56. なお、コテレルは、パウンドには、コモン・ローにおいて実際どのような規範的な指針が採用されているか説明している側面もあり、その法思想の性質にはあいまいな部分があるとも指摘している。Cf. *ibid.*, p.156.
- (195) *Cf. ibid.*, p.149.
- (196) *Cf. ibid.*, pp.157-58.
- (197) R.Pound, *Interpretations of Legal History* (Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967) p.148.
- (198) Cotterell, *The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (*supra* note 136) p.158.
- (199) ルウェリンについての包括的な研究としては、おもにその著者によって検討されている。トワイニンクスの以下の著書がある。Cf. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (*supra* note 7). 彼の著書におけるトワイニンクスは、ルウェリンの未発表の論稿 (Karl Llewellyn Papers) についても検討しており、その一部も収録されている。さらに、かつてトワイニンクスはルウェリンの学生でもあったため、ルウェリンの講義の様子などの描写もあり興味深い。おもにパウンドとの関係に焦点を当てた伝記的記述としては、すでに挙げたハルの以下の著書がある。Cf. Hull, Roscoe Pound Karl Llewellyn: *Searching for an American Jurisprudence* (*supra* note 136), 邦語文献としては、参照、守屋明、「カール・ルウェリンの法理論——機能主義的な理解を中心として——」(一)〜(三・七)、「法学論争第一〇五巻三号」(一〇六巻二号、一〇七巻三号所収、一九七九、一九八〇年)。
- (200) K.Llewellyn, *Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School* (Oxford: Oxford University Press, 2008) p.5.
- (201) *Ibid.*, p.7.
- (202) Cf. Cotterell, *The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (*supra* note 136) p.186.
- (203) J.Gray, *The Nature and the Sources of the Law* (Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1972) p.121.
- (204) Cf. Cotterell, *The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (*supra* note 136) p.179.
- (205) *Cf. ibid.*, p.182.
- (206) Holmes, *The Path of the Law and the Common Law* (*supra* note 53) p.1.
- (207) Cf. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (*supra* note 16) p.70.

- (208) Cf. J.Frank, *Law and the Modern Mind* (New York: Anchor Books, 1963) pp.137-38. 邦訳と「J・フランクス、棚瀬孝雄、棚瀬一代訳『法と現代精神』(弘文堂、一九七四年)。
- (209) Cf. *ibid.*, pp.111-12.
- (210) Cf. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (*supra* note 7) p.24.
- (211) K.Llewellyn, A Realistic Jurisprudence: The Next Step, K.Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2008) p.7n.
- (212) Cf. K.Llewellyn, Some Realism about Realism, K.Llewellyn, *ibid.*, pp.55-57.
- (213) K.Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston: Little, Brown and Company, 1960) p.509
- (214) *Ibid.*, p.510.
- (215) *Ibid.*
- (216) *Ibid.*
- (217) *Ibid.*
- (218) Cf. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (*supra* note 7) pp.520-21.
- (219) Karl Llewellyn Papers, cited by Twining at *ibid.*, p.188.
- (220) K.Llewellyn, On Reading and Using the Newer Jurisprudence, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (*supra* note 211) pp.149-50.
- (221) Karl Llewellyn Papers, cited at Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (*supra* note 7) p.188.
- (222) *Ibid.*
- (223) K.Llewellyn, Frank's Law and the Modern Mind, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (*supra* note 211) p.105.
- (224) *Ibid.*, p.106.
- (225) *Ibid.*, p.107.
- (226) *Ibid.*, p.110.
- (227) Cf. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (*supra* note 7) p.188.



- (228) Llewellyn, On Reading and Using the Newer Jurisprudence (*supra* note 220) p.150.
- (229) *Ibid.*
- (230) *Ibid.*, p.148.
- (231) *Ibid.*
- (232) *Ibid.*, p.132.
- (233) *Ibid.*
- (234) *Ibid.*, p.130.
- (235) *Ibid.*
- (236) *Ibid.*
- (237) *Ibid.*, pp.135-36.
- (238) *Ibid.*, p.135.
- (239) *Ibid.*, p.136.
- (240) *Ibid.*, p.133.
- (241) *Cf. ibid.*, pp.133-34.
- (242) *Ibid.*, p.164.
- (243) *Ibid.*
- (244) *Ibid.*, p.151.
- (245) *Ibid.*
- (246) *Ibid.*, p.152.
- (247) *Ibid.*, p.144.
- (248) *Ibid.*, p.158.
- (249) *Ibid.*, p.136.
- (250) H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford: University Press, 1994) p.136. 邦訳: H・L・A・ハート著、矢崎光圀監訳『法の概念』(み

すず書房、一九七六年)一四八頁。

- (251) 例えば、わが国における最近の教科書的な説明においても、「ルウエリンによれば、判決作成過程において決定的な役割を果たしているのは、法的基準ではない。むしろ裁判官は勘によって判決を見出し、事後的に法的規準でそれを合理化しているだけなのである。そこで判決を予測するためには、法的規準は手がかりとして役に立たず、むしろ裁判官についての心理学的・社会学的研究が必要になる」と整理されている。毛利康俊『法的思考 legal thinking——法律家らしく考えるとはどのようなことか——』、竹下賢・角田猛之・市原靖久・桜井徹編『はじめて学ぶ法哲学・法思想 古典で読み解く二二のトピックス』(ワネルヴァ書房、二〇一〇年)一〇八頁。
- (252) Llewellyn, On Reading and Using the Newer Jurisprudence (*supra* note 220) p.150.
- (253) *Ibid.*, p.151.
- (254) K.Llewellyn, A Realistic Jurisprudence: The Next Step, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (*supra* note 211) p.37.
- (255) Llewellyn, On Reading and Using the Newer Jurisprudence (*supra* note 220) p.136.
- (256) *Ibid.*, pp.136-37.
- (257) *Ibid.*, p.137.
- (258) *Cf. ibid.*, p.149.
- (259) *Ibid.*
- (260) *Ibid.*
- (261) *Ibid.*, p.150.
- (262) *Ibid.*, p.141.
- (263) Cf.K.Llewellyn, The Normative, the Legal and the Law-Jobs, 49 *Yale Law Journal* 1355 (1940). ルウエリンの法機能論の理論的性格については *Cf.* Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (*supra* note 7) pp.175-84.
- (264) Llewellyn, On Reading and Using the Newer Jurisprudence (*supra* note 220) p.139.
- (265) *Ibid.*
- (266) ルウエリンの法理学におけるアプローチの以上の4つな分類については *Cf.* Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (*supra* note 7) pp.172-74.

- (267) K.Llewellyn, On the Good, the True, the Beautiful, in *Law, Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (*supra* note 211) p.172.
- (268) *Ibid.*
- (269) *Ibid.*, p.173.
- (270) *Ibid.*
- (271) *Ibid.*
- (272) *Cf. ibid.*, pp.178-79.
- (273) *Ibid.*, p.176.
- (274) *Ibid.*, pp.176-77.
- (275) *Ibid.*, p.180.
- (276) *Ibid.*
- (277) *Ibid.*, p.181.
- (278) もちろん、批判法学の立場に立つホーウィッツは、ここでルウェリンが理性と呼んでいるものが資本家階級の利益によって導かれていると、「インテロギー性を強調している」と違ふはある。Cf. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (*supra* note 1).
- (279) Llewellyn, On the Good, the True, the Beautiful, in *Law* (*supra* note 267) p.182.
- (280) 参照、拙稿、「近代英米法思想の展開(二)——ブラックストーン、マンズフィールド、ベンサム——」〔前掲注(94)〕。：「近代英米法思想の展開(三)——オースティン、メイソ、ホルンズ、サーモンズ——」〔前掲注(15)〕。
- (281) Llewellyn, On the Good, the True, the Beautiful, in *Law* (*supra* note 267) p.182.
- (282) *Ibid.*, p.183.
- (283) *Ibid.*
- (284) *Ibid.*
- (285) *Ibid.*, p.184.
- (286) *Ibid.*, p.193.
- (287) *Ibid.*, p.194.

- (288) *Ibid.*, p.188.
- (289) *Ibid.*
- (290) *Ibid.*
- (291) Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (supra note 213) p.36.
- (292) *Ibid.*
- (293) *Ibid.*
- (294) Llewellyn, On the Good, the True, the Beautiful, in Law (supra note 267) p.193.
- (295) *Ibid.*
- (296) Cf. Cotterell, *The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (supra note 136) p.193. ルウエリンは、このようなグラント・スタイルを可能にするため、アメリカ統一商事法典を起草した際には、その法典は、商実務に基づき柔軟な判決を可能にする、原理に基づいた規定によって構成されるべきであると論じていた。Cf. *Ibid.*, p.194. グランド・スタイルを可能とするルールを増やすことも、ルウエリンの研究の主要な課題の一つであった。Cf. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (supra note 7) p.495. ルウエリンのアメリカ商事法典起草の試みについては、参照：吉田直「リアリズム法学とルウエリン——アメリカ統一商事法典研究のための基礎的考察として」(国際商科大学論叢第二五巻、一九八二年)。
- (297) Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (supra note 213) p.38.
- (298) *Ibid.*
- (299) *Ibid.*
- (300) Cf. Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900* (supra note 13) p.223.
- (301) 金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——思想の自由市場——論における調和の靈感——』(前掲注〔17〕)二五〇頁。
- (302) 参照、宇佐美誠「法と経済——提題と展望」(日本法哲学会編『法と経済——制度と思考法をめぐる対話——』(法哲学年報二〇〇八)) (有斐閣、二〇〇九年) 八頁。
- (303) K.Llewellyn, *The Theory of Rules* (unpublished book), cited at Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (supra note 7) p.491.
- (304) Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (supra note 213) p.181.

- (305) *Ibid.*
- (306) Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 4<sup>th</sup> ed. (*supra* note 23) p.651.
- (307) 同じように、英米の法制度の違いから、ハート、ドゥオーキンなど英米の法理論の性格の差異を説明する試みとして、*Cf.* P.Adyah, S. Summers, *Forms and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Oxford: Clarendon Press, 1987).
- (308) 参照、拙稿、「近代英米法思想の展開 (一) — クック、ホップズ、ハイル —」〔前掲注 (28)〕一〇二—一〇五頁。
- (309) *Cf.* G. Postema, *Philosophy of the Common Law*, in J.Coleman, S.Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002).
- (310) M.Hale, Sir Matthew Hale's Preface to Rolle's Abridgement, F.Hargrave (ed.), *Collectanea Juridica. Consisting of Tracts Relative to the Law and Constitution of England*, vol.1. (Dublin: Lynch, 1787) [Eighteen Century Collection Online], p.266.
- (311) 参照、拙稿、「近代英米法思想の展開 (二) — ブラックストーン、マンスフィールド、ベンサム —」〔前掲注 (94)〕五七頁。
- (312) 参照、拙稿、「近代英米法思想の展開 (三) — オースティン、メイン、ホランド、サーモンド —」〔前掲注 (15)〕一二五頁。
- (313) 参照、前掲論文、一三四—一三八頁。
- (314) 参照、前掲論文、一七三—一七六頁。
- (315) *Cf.* Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900* (*supra* note 13) pp.207-208.
- (316) ハウンズ、ドゥオーキンの法理論の類似性を指摘してゐるものとして、*Cf.* Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> ed. (*supra* note 136) pp.145-74.
- (317) 本研究ではこの他に、英米の法の支配概念の差異を明確にするために、クックからマーシャル・タイシーに至るまでの近代の法の支配をめぐる思想史を検討することも、別の論稿で試みるつもりである。

