

〔翻訳〕

新リーガルリアリズム対旧リーガルリアリズム(二・完)

——「昔は良かったね」——

スチュアート・マコーレー 著

山口 裕博 訳

一九八四年、私はニューヨーク州立大学バッファロー校においてミツチエル講義を行った。⁽⁸⁶⁾ 私が問題としたのは、二〇年に渡る法と社会学会の研究で何がもたらされたのかであった。私は七つの命題を提示したが、それを David Tribek 教授は私の「七つの致命的な罪」と呼んだ。⁽⁸⁷⁾ Jackie Macaulay 女史は、私の原稿を校正する時に私が取っておいた一つの文章を付け加えた。彼女は、「こうした社会科学と法の洪水はこれまでに輝く塊のいくつかを洗った」と記した。ここで、大きな領域を検討する簡便な方法として主要項目を示すことにしよう。もちろん、これらのものは私が提示した七つのもので、修正もしくは付加を施さずに誰もがそれらを承認するという幻想を抱いてはいない。以下の通りである。

「一、法は自由ではない。

二、法は、行為者が裁量権を有していて問題解決をする場合に、限られた資質 (resources) と自分自身の関心し

かない行為者によりもたらされる。

三、通常は合法的と考えられている機能の多くは、代替的制度により果たされており、しかも、公的領域と私的領域と呼ばれているものの中には大幅な相互浸透 (interpenetration) が見られる。

四、人々は、個人で、また集団で行動する場合でも、法に上手く対処しており、唯々諾々として従うことを期待できない。

五、弁護士は法廷における敵対者 (adversary) 以外にも多くの役割を演じている。

六、私たちの社会は、多くの方法で紛争を処理しているが、(紛争を) 避けること、およびそれから遠ざかることは重要である。

七、アメリカの社会で法は重要であるが、その影響は次第に、間接的で、微弱で、しかも曖昧なものとなる傾向にある⁽⁸⁹⁾。

私は、私のミッチェル講義後の二〇年間に、私たちの発見したことを、皆さんに修正し、変更し、もしくは付け加えていただきたい⁽⁹⁰⁾。

例えば、その講義から数年後に、私は、教育、エンターテイメント、および見るスポーツがもたらす、一般の人やエリート層が懐いている法観念の研究を提唱したことがある⁽⁹¹⁾。これは新たなアイデアではなかった。アメリカにおける社会学の揺籃期において、William Thomas 教授や Dorothy Thomas 教授は、人々がそうだと考えていることは、実際には自分たちにとってもそうであると述べた⁽⁹²⁾。法は人々を惑わす一つの企ての不可欠な要素でありうる。しかしながら、私が注意を喚起したように、アメリカ人は法のレトリックに騙されることは減多にないのである。この国の普通の人たちは、偉大なジャズ奏者であり、直ぐに法的旋律 (tune) の改善に着手する⁽⁹³⁾。さらに、私たちの法的観念の多

くは、釣り合いのとれた矛盾する組み合わせとして現れるのであり、ほぼすべての立場は、あらかじめ完全に予見可能な態様での挑戦を受ける可能性がある。⁽⁸⁴⁾ Marvin Harris 教授が主張したように、「当該行為がいかに一般常識から逸脱し、予期できなかったとしても、心理的に無垢な人間は、他の人が合法的であると承認すると思われる一団の法規範に、おそらくは誤って解釈されるか、もしくは誤って適用されたものであっても、絶えず訴える傾向がある」。⁽⁸⁵⁾ 私は、Harris 教授が、「何をして良い」と言っているとは読まない。議論の中には、ほぼすべての人が誤って解釈した、もしくは誤って適用した、すなわち突拍子もないと考えるものがある。それにもかかわらず、何をしても良くはないとすると、沢山のものがある。⁽⁸⁶⁾ さらに、現実に機能する法に関する冷笑的な認識も沢山ある。大多数ではないにしても、多くのアメリカ人は、権利を有することと、それを現実化することは往々にしてまったく別のものであることを知っている。私たちはこれからどこに行くのか。私が新リーガルリアリズムと考えているものは何であろうか。それは、現実に機能している法を含むものではあるが、私たちはそのフレーズを拡大した定義で使用すべきである。David Nelkin 教授は、Roscoe Pound 教授の「現実に機能している法」と Enlich の「生ける法」との間にあるいくつかの混乱を解き放している。⁽⁸⁷⁾ 「現実に機能している法」は、Pound 教授にとっては、書籍における法と紛争が発生した場合に法的公職者および大衆が実際に行うこととの間のギャップに焦点を当てるものである。⁽⁸⁸⁾ 「生ける法」は主として、「市民が団体 (association) のメンバーとしての立場で、義務的であると認められている規範」を意味している。⁽⁸⁹⁾ 現実に機能している法は、ロースクールにおいて私たちが教えていることと実際の社会において行われていることとの間のギャップを研究させることになる。生ける法が私たちが向かわせるものは、社会における様々なグループに現実存在している、規範、サンクションのシステム、ならびに制度である。

Nelkin 教授が指摘するところでは、Enlich は生ける法とその他のあらゆる社会規範、サンクション、および制度

とを区別する際に一つの問題に直面した。⁽⁸⁾ 例えば、私たちはクリスマスないしは誕生日のプレゼントに関する法というものを取り上げることができるのであり、それは何をどの親戚と友人に贈るのかについて、また贈らないか、お礼をしなかった場合のサンクションについて規定している。Ehrlich は自らの考えをこうした規範、サンクション、および制度に限定したのであり、「それらは、契約、財産権、および相続規範というローマならびに西洋の法制度に見られる規範と、形態と内容においてパラレルである」。⁽⁹⁾ Nelkin 教授の主張では、こうした二つの概念は法社会学の著作におけるねじれを生むことになりかねないとする。⁽¹⁰⁾ 同教授は次のように述べた。「一つの良い例は、Macaulay 教授の行った、ビジネスマンの間の非契約関係に関する古典的研究であり、正当にも国際的な反響を呼ぶ賛辞が与えられた仕事である。Macaulay 教授の研究は、その成果が出发点を凌駕したが、法的有効性 (legal effectiveness) の研究という Pound 教授からの伝統の中で着想されたものである。問題は、大学で教授された契約法が実際に使用されたか否かであり、またそれがビジネスマンにとってもっと有益なものにするためにはどのような変化されえたのかであった。Macaulay 教授が明らかにしたところでは、ビジネスマンは取引のプランを立てる場合において限定的に契約法を利用するだけで、契約上の救済方法に依拠するのは躊躇しているとす。取引関係は、契約法の法原則というよりは、市場において良好な関係を維持すること、および高品質の製品を支える必要性に支配されている。こうした結論は、ビジネスマン間において生ける法が存在することを Ehrlich が具体的に例を示した際に強調したものと近似していた。

.....

Macaulay 教授の調査が、実際に機能してビジネス規範を説明するに關するこの種の魅力から出発しているとする
と、『書籍における (契約) 法』⁽¹¹⁾ がいかに現実に起こっていることを誤って伝えているかという問題よりは、一層実
りあるものになるであろうとすることに議論の余地がある。ビジネスの世界が存在することがどれ程契約法に影響

を与えることを示すこと以外にも、Ehrlichの考えを用いる調査は、特定のビジネス社会の規範がどのような起源を有して維持されているかを説明しようとするものであるが、その中には、取引の組織に対する誇りとビジネスの自尊心との関係について、Ehrlichが無視した点が含まれている⁽¹⁸⁾。

Nelkin教授の主張するところでは、法的多元主義(legal pluralism)と「半自治的な(semi-autonomous)社会領域」について書く者はEhrlichの考えを重要な出発点であると考えているとする⁽¹⁹⁾。Ehrlichの著作は、公的な法制度による介入の限界について私たちに考えさせるものである。しかしながら、そうした考えは経験主義的なものでなければならず、特定の個人とは関係のない市場を賞賛するに過ぎないものであつてはならない⁽²⁰⁾。

私たちの多くは、一九五〇年代もしくは一九六〇年代初頭においてウイスコンシン・ロースクールで仕事を始めたが、「現実に機能している法」という言葉を、書籍における法と法制度において起こったものとのギャップを含むだけではなく、どのようにして問題が回避され、蓋をされ、しかも、公にされている公的な規範、サンクション、および制度とは別に処理されているかを含むものとして理解している。私たちは、「現実に機能している法」という言葉を私たちが行おうとするものを記述するのに用いたが、しかし同時に、私たちはEhrlichのことも考慮に入れた。上記のように、ウイスコンシンにおける契約法の教師として私の先任者の一人であるPage教授は、ドイツ語で書かれたEhrlichの文献を読み、その著作についてのコメントを発表している⁽²¹⁾。Jacob Beuscher教授は、Hurst教授と共に、同ロースクールの学問的な指導者であった⁽²²⁾。Beuscher教授は何時もEhrlichの「生ける法」のことを話していたし、さらに同教授は自ら行った農業と環境の社会制度についての調査から引き出した例を示したのであり、そうしたものは書籍における法と司法関係の公職にある者(legal official)の行為によってある程度は影響を受けるに過ぎなかった⁽²³⁾。Nelkin教授の述べるところでは、私の行った一九六三年の研究は、隙間を埋める研究としてその出発点を「超えて」

いるとしている⁽¹⁰⁾。ウイスコンシン・ロースカールの制度的な文化の中で、私自身 Ehrlich に関する評価に影響されたことは確かである。また私は、Bronislaw Malinowski 教授の『未開社会における犯罪と習慣 (Crime and Custom in Savage Society)』⁽¹¹⁾の中の一部を利用したのであり、そのことは私が長期的な継続関係の有する力を検討する原動力になった⁽¹²⁾。ビジネスの社会における規範とサンクションとを隔々まで研究することは有益であろうと私は確信している。私はまた、当時三〇才の法学教師であり、社会科学において正式の訓練を何ら受けていないのであって、それを実行するのに相応しくなかったと確信している。

私たちは、「現実には機能している法」には、それが法と社会の伝統において発展してきているように、Pound 教授と Ehrlich の両者の考えが含まれるということができる。言葉は起源以上の意味を有するものである。しかしながら、Nelkin 教授の指摘は重要である。新リーガルリズムは、単なる隙間の研究を超えなければならない。法的多元主義は、法を真剣に考える者にとって本質的な考えである。その動きは、警察官、行政機関、および裁判所とはまったく別に起こっているのかもしれない⁽¹³⁾。嘗ての同僚であった Frank Remington 教授は、刑事法理論の専門家であった。彼は結局、ウイスコンシン州刑法典の第一起草者であった。しかしながら、Remington 教授が常々主張したところでは、刑事法を理解したいと望むならば、暑い夏の夜にインナーシティのパトカーの前席に乗車しなければならぬ。Elizabeth Mertz 教授の示唆によると、次にそのパトカーが通り過ぎるのを見ている群集に加わることもまた良い考えであるとする。双方の観察は適切ではあるが、こうした提案だけでは十分ではないであろう。本当に刑事法を理解したいと思うならば、Herman Goldstein 教授の指摘、すなわち、刑事法は、警察が社会を外観的に安全に保つという基本的義務につき、当てにしている人々に十分な程に果たす際に、警察が時々用いる拠り所の一つに過ぎないということとを考える必要があるであろう⁽¹⁴⁾。警察の行動が彼らに利益をもたらし、いかなる行動が刑罰のリスクを伴うかを考察

したいと思うであろう。警察が同じ場所をパトロールし、他の場所はパトロールしない理由は何かを考えたいと思うであろう。一つの市に何人の警察官がいるのか、また彼らはどのような装備をするのかに関する判断に何が含まれているのかを考えたいであろう。

急いで都市の警察から目を転じて、競技会、ショッピングセンター、さらには巨大な工場施設における、または私的なゲートで囲まれている地域共同体やコンドミニアムにおける、私的な警察の制度に注目するであろう。ホワイトカラー層の犯罪は通常は「二次的刑事司法制度」と呼ばれるものによって処理されている。大企業は合理的な疑い(reasonable doubt)の立証もしくはミランダ事件の警告(Miranda warnings)について心配する必要はない。例えば、使用者から横領の嫌疑を掛けられている者は解雇されるか、もしくは昇進するチャンスもなく他の仕事に移動させられるかもしれない。一次的刑事司法制度における訴追の脅威は、何らかの返還(testimony)手段を得ることに用いられることもある。二次的な制度は、憲法上の権利の制約を伴わずに機能するのであり、地域的もしくは全国レベルの政治の支配というよりは、大企業の支配下にある。さらに、一企業でも、最新式のワイアタッピングの技術もしくは嘘発見装置を購入することができるのであり、恐らくはそうしたものは警察部局の予算では手が届かないであろう。しかし、別の種類の私的な警察も存在しており、俗悪なテレビ番組はそうしたものが人をばらすことを要求する。しかしながら、往々にして組織犯罪は、そのような過激な手段の要求をはねつけようとする複雑な紛争回避・紛争解決システムとして機能している。⁽¹⁵⁾ 実際には、Donald Black教授の言によれば、アメリカ合衆国における大部分とはいわないまでも、大多数の殺人事件は、人類学者ならば原始社会における「法」とすると思われる行為である。⁽¹⁶⁾ 掟(norm)を犯す人がいると、私たちは自救行為としての極刑(capital punishment)で臨む、等々である。ある意味で、問題となるのは、「下から上へ(bottom up)」ということは何を意味するのか。すなわち、下とは何かである。困難なのは、

どこで止めるのかを判断することである。警察は社会的コントロールの一部に過ぎず、社会的コントロールは、名声に関する関心から、誰かを狂気に貶めたくないとすること、終身刑までのあらゆるものに関するに過ぎない。

私たちがリアリズムの長い学問的沿革から何らかのものを学んだとすると、法に関する重要なものを理解したいと願うならば、私たちはまた、下から上へ法を研究しなければならぬ¹⁰⁾。

しかしながら、下から上へということは何を意味するのかを明確にしなければならぬ。書籍における法と現実には機能している法との間にあるギャップを見つけ、そして埋められるべきであるとするだけでは不十分である。恐らくはだれ一人として、常にすべての法を一〇〇%強行するコストを負担したいと思う者はいないであろう。一方において、私たちは立法府が予期していなかった実際の状況に法を合わせるために、警察官や検察官の裁量権に頼ることになる。時としては法の文言を強行することは意味をなさないこともある。他方では、完全に強行することで、多くの費目のコストを削減するであろう。アメリカ人は、ある程度のプライバシーや市民的自由について期待を有している。完全に強行することは、恐らくは私たちが少なくともこうしたアメリカ人が重要視していることの幾つかを放棄することを要求するであろう。まさに、警察、警備、および情報提供者に支払いをするために必要な一切の税金を負担することは、市民的自由に最低限の関心を寄せているに過ぎない者でさえも、幾分かの熱意をくじくことになる。時には完全に強行することは、警察もしくは行政機関が、法は間違っていると強く感じている強大な市民グループを押さえつけようとするのを要求することもあるだろう。特定の制定法もしくは判決に関する私たちの規範的判断(normative judgment)がどうであろうとも、立候補して仕事を確保する者は不人気な法を強行することに躊躇するかもしれないことを、私たちは認めないわけにはいかない。実際、企図された強行が、その法に反対する一般民衆の動きに油を注ぐに過ぎないかもしれない。要するに、一つのギャップを見つけることは一連の問題を開くに過ぎないの

である。

さらに、下から上へのアプローチに関する広い見解を強調する他の理由が存在する。法学界には、重要な争点についても法システムの最高峰に行く道を開く控訴審の判決において捕捉されるまでは無視する傾向がある。しかしながら、明らかにある種の重要な問題は裁判所または行政機関にまで到達することはない。ある問題の辿る経路は、社会における人びとから、弁護士、訴状の提出、申立、正式事実審理、さらにはさまざまな上訴ということになるが、それは事実と問題とを変容させることになる。⁽¹⁸⁾ Friedman 教授が強調するところでは、法史を紐解くと、法的问题が比較的短期間に裁判所から消えていることもまた示されている。しかしながら、法学界では古典的な判例が重要性の多くを失ってしまった後でも、長い間それらを教授し、書くことを継続する。もし私たちが何らかの法規範がもたらす類似の結果、または法によって創設される制度に関心があり、または生ける社会的問題に興味があるとすれば、私たちは完全な文脈における法に関する見解を付け加えなければならない。

新リーガルリアリズムのシンポジウムにおいて、Galanter 教授は次のように述べている。すなわち、従来のリーガルリアリズムは楽天的であり、法を捉えるのに「堅固で、包括的な、問題解決機構であり、——形式主義の足枷を打破することにより、問題を解決するために形式主義を自由にし、法の力を解放し、——「それは」エネルギーを出す独自の見解であった」とする。⁽¹⁹⁾

今日、こうした歌を歌う人はほとんどいない。Grant Gilmore 教授は次のように述べている。「天国では法というものは存在しないであろうし、ライオンは羊と一緒に横たわっているであろう。……社会が悪くなればなるほど、より多くの法が存在することになるであろう。地獄では法だけが存在するのであり、適正手続きは厳格に遵守されるであろう」。⁽²⁰⁾ 批判的法学研究(CLS)の支持者、法と経済学研究の支持者、および法と社会研究の支持者であるならばだれでも、

法的権利の創設により生活が良くなることに懐疑的である。しかも、法は完全な解決策にはならないかも知れないが、時として法は社会変革の何らかの手段をもたらす一つの道具である。新リーガリアリストは、法による変革をもたらす試みに関するコストと便益についてより多くのものを私たちに語るができる。⁽¹⁸⁾

旧リーガリアリズムは、進歩的な政治を反映した。新リーガリアリズムがどの程度同じことを行うかは、未解決の問題である。その仕事のある部分は比較的中立的である。それは恐らくは法システムを動かしているものの説明を埋めることに焦点を当ててであろう。しかしながら、時には新リーガリアリズムは、利害関係を持たず、中立的で、事実を無党派的に追うものに過ぎないことを主張できないこともある。現実的に機能する法を観察することは政治的なメッセージを伴うこともあるであろう。下から上へ法を見ることにより、物事が大多数の人がそうであるべきだと考えたのとは違うことが示されることも珍しくない。研究によつては、それが研究者の意図であるかどうかは別として、暴露的機能を果たすことがある。最高の研究であっても返り血を浴びるかもしれない。

人によつては、物事がどうであるかをイデオロギー的に描くことに興味を持っており、世の中が異なった方向に動くとする学者の発言を好ましく思わないであろう。例えば、一九八〇年代初頭より、保険会社、大企業、一部の医療専門家は、アメリカ人に対して次のことを確信させようと努めた。すなわち、私たちは訴訟爆発 (litigation explosion) の渦中にあり、私たちは「不法行為法改革」によりあらゆる利益を得るであろう。⁽¹⁹⁾ Calabrese 教授を含む何人かの学者は、証拠を見て、得られる利益がひどく不足しているとした。「不法行為法改革」を唱える者はこれまで好かれてはいない。⁽²⁰⁾

さらに、ある人の政治的立場と理論的前提は、問題とすること、およびその人が現実に機能している法を見たときに何を理解したかにも影響を及ぼす。例えば、上流階級と中流階級に真実であることは、社会制度の底辺にいる者には現実であることを隠すのである。Tomlins 氏の報告によれば、CLS の右派の観点からは、「組織的客観的経験主義

は不可能であり、単なる誤解を招く実証主義 (positivism) に過ぎない。経験的調査によって発見された事実は、観察者の主観的立場の創造物である。イデオロギーと方法論とは不可分に結びつけられている⁽¹⁸⁾。さらに、この右派の観点からは、改革者の学者たちは現状維持を裏付けると主張される⁽¹⁹⁾。このアプローチが前提とすることは、「経験的探求の方法により、私たちが仮説を立てている知識は、私たちが理解している外部の世界を適切に記述しているかどうかを、私たちは判断することができるといふことである。法における経験的研究に対するこのような挑戦には多くの真実が存在しているとはいえず、それは行き過ぎであると思う。新リーガルリアリストであれば、Bill Whiford教授が Tribe 教授と Esser 教授の共著の論文に施したコメントを承認するであろう⁽²⁰⁾。Whiford 教授の主張するところによれば、その目的は人間社会に関する一定の固定された真実を生み出すことではないとする。むしろ私たちは現状を理解し、私たちの知識が仮のものに過ぎない可能性があることを理解して、精度のレベルをより一層高めて、将来を予期しようとするのである。

第一に、経験主義的研究に CLS 右派が関心を抱いている理由の幾つかを見てみよう。例えば、社会科学アプローチのなかには、優美な行動モデルを求めて還元主義者 (reductionist) となる傾向を示すものもある。また、問題としているものと無視しているものとを組み立てるやり方で、ウサギをマジツシヤンの帽子に隠すアプローチもある。質問していない問題に確実に答えを出す方法は何ら存在しない⁽²¹⁾。

データに依拠する論者の中には、自分たちの研究が意味するところを議論する際に立証するところを超える者もある⁽²²⁾。

社会科学の手續を承認したとしても、法に関する何かを研究することはほとんど絶えず教科書方式との妥協が要求される⁽²³⁾。例えば、先例のあるものについて文字通り無作為のサンプルを得ることは困難である。大部分の一団のデー

タは妥当性を脅かすように集積されている。私たちの主題は何らかの形で法と呼ばれるものに没頭している人びとであるが、しかしこのことは彼らにはしばしば真実か嘘かを隠す理由があることを意味している。さらに、研究者は常に、イデオロギー、社会構造、および階層によって形成されている一個人である。研究者は、質問を作り、答えを記録し、そして調査結果を分析する。自分で聞いたことと見たことに影響を与えるのは、自分自身である。⁽¹⁸⁾ また、世の中は変化している。昨日は重要であった法実務の研究は、今日では大昔の歴史であるかもしれない。それは、法文化の変化を理由とするか、もしくは新しい社会制度が意味しているのは、問題自体が全く同一の態様では再び起こることがないということだからである。⁽¹⁹⁾

しかしながら、Whitford 教授が警告しているように、無用なものと一緒に大事なものも捨ててしまつてはならない。二〇年前にこうした問題を検討した際に、私が導き出した結論は、私たちが法と社会の経験主義的研究を見た時に Gertrude Stein 教授に共感し、そこに何かがあることを発見するであろう、ということであつた。⁽²⁰⁾ 法と社会の経験主義的研究は、被告人側に取引力が欠けている場合に司法取引のような実務慣行があるということについては少なくとも黙している。警察は裁量権を有しており、しかも彼らは様々な態様でそれを用いることで報償を受けるか、処罰されることになる。アメリカ人は、法の陰で取引を行うが、しかし陰は通常、太陽と地上との間の目的物のゆがみである。私が一九五五年にロースクールを卒業した時、こうした「事実」は法的な話の中に出てくることはなかった。さらに、経験主義的研究が現状を補強するか、有産階級の道具として役立たなければならぬという必然的な理由も存在していない。そのトリックは、研究者に妥当な質問をさせ、彼らのデータに関して伝統的なやり方ではない解釈を考察させることである。恐らく今日において難しいところは、そうした研究に資金を獲得するか、もしくは大学における終身的地位 (tenure) にカウントさせることであり、学校が資金を得るのに奮闘するにつれて、大学は権力者を喜ばせ

ることを一層強いられることになる。

すべての警告を承認した上で目標とすべきことは、現在研究されていることを考慮に入れて、進行していることに
関する最上の証拠を見つけないことではなければならない。私たちは、大文字の「T」を有する「真実 (Truth)」を要求
することはできない。時には、最新の統計によつて分析された信頼できるデータを伴った仮説をテストすることもで
きる。それが可能であれば、そうすべきである。しかしながら、物事の本質が法的なものであるとすると、知るべ
き人が語る話を聞く幸運に恵まれることがしばしばある。権力を持つている者は秘密をそのままにし、嘘をつき、ま
たは誤解を招くように真実を作り出すこともできる。私たちの研究成果がこれからも科学的であるのは、私たちがデー
タの限界を知つて明らかにし、それなりに主張する限りにおいてである。せいぜい私たちが提示できるのは、世の中
の暫定的かつ限定的な映像であり、それは、他の人が私たちの調査結果を見た時に発見するであろうことを端的に推
測するものとしてのものである。しかしこのことは、ある標準的な立場を、逸話、都市伝説、もしくは私たちが信じ
たいと思つているに過ぎないものに基礎をおいている陳述を支持することより一歩先を行くものである。なぜならば、
あまりにも数多くの法学教師は、あるものに関する一つ二つの例を発見し、さらに心配するのに足るだけの、典型的
もしくは重要な現象であると主張することの専門家だからである。社会科学が私たちに教えるところでは、私たちは
もつと上手くできるし、そうすべきであるとする。Peter Medwar 教授は私たちに、「想像力を無規律的に行使して仮
説を創り出したものが、元はインスピレーションによるといふことを理由として真実であるとされる」ことを防止す
るための抗弁が幾つか必要であることを思い起こさせる。

社会科学者であれば、私が提起した警告に驚くことはないであろう。彼らの大多数は、証拠の有効性を脅かすもの
と証拠自体の本質を熟知している。さらに、別々の場所で、異なった方法により類似の結論に到達する研究を開始し

た時に、現実機能している法を描くものに近づいているとの確信を一層深めることができる。こうした立場を取るに当たり、私が行っているのは約五〇年前に Walter Blum 教授と Harry Kalven 教授が書いたことに同意しているに過ぎない。⁽¹⁴⁾ Blum 教授と Kalven 教授は、Samuel Stouffer 教授が行った共産主義者に対するアメリカ人の態度に関する研究における概括的な調査の妥当性を脅かす数多くのものを鮮やかに分類した。⁽¹⁵⁾ しかしながら、結論として彼らが導いたものは、この研究は極めて有益なものであるということであった。彼らの論文にコメントする際に Paul Lazarsfeld 教授が述べているように、ユートピア的方法で「経験主義的社会科学の」こうした制約を克服しようとするよりも、あらゆる論理的含意を見て、新たな研究手段を開発する際や、研究成果を解釈する際に用いることの方がより優れている。⁽¹⁶⁾

新リーガル리즘は、私が予言するところでは、Maureen Cain 教授と Janet Fitch 教授の次のような観察を承認するであろう。すなわち。「『事実』それ自体が政治的な声でしゃべり、かつ政治的な靴で蹴る⁽¹⁷⁾」。Cain 教授と Fitch 教授が「事実」という言葉に引用符を付していることは、政治的声と政治的靴とが社会において重きをなしている人びとが正しいと考えることを反映していることを思い起こさせる。しばしば優れた経験主義的研究成果は、そうした人びとが真実であると承認するものに影響を与えることができるが、しかし私たちは、人びとが攻撃的もしくは不都合な知識から守る防御策を十分に身に付けていることを認識しなければならぬ。しかしながら、人びとが信じたくないことに関する十分な証拠を拒否できるということを承認したとしても、現実に起こっていることについて私たちに可能である最善の証拠を収集する努力の放棄を正当化するものではない。新リーガル리즘は、私の予言では、あらゆる偏見を反映しているおびただしい解釈の背後には、事実が存在していると主張するであろう。Cain 教授と Fitch 教授とが主張するように、事実は蹴ることができるのである。

本シンポジウムにおいて、Galanter教授は、旧リーガルリアリズムは様々な考えのグループであると指摘した。少なくとも、一九五〇年代までは、それに反対する者は伝統の上に立っていた。しかしながら、今日では、新リーガルリアリズムは社会科学、もしくは新リーガルリアリストの努力に挑戦するためのデータを集める研究にも基礎を置く批判を受けることが期待される場所である。双方が実直に科学ゲームをする限りにおいては、これはすべて良い方に荷担すべきである⁽⁹⁾。進歩主義者(Liberal)たちの定めたプログラムが一般の人びとを助けるといふ公表した目標を達成しないということを下から上への経験主義的アプローチにより発見されたとしても、私たちは驚くことはないであろう。確かに法と社会の研究成果の一つの浜は、個人の権利を創出してもその実施には現実的な手段をもたらしな⁽¹⁰⁾いで社会問題を攻撃することを問題視してきている。新リーガルリアリズムは保守主義者たちが一般に好む結論の幾つかもしくはその多くを支持するかもしれない。使い古された常套句、すなわち、それは経験主義的問題である、が適切である。

新リーガルリアリズムが少なくとも、私の七つの卓越した非常に役に立つもの(shining nugget)に内在する、法制度を機能させるイメージを、法学者や法学教育にもたらすとすれば、私の喜びであるとともに、驚きでもある⁽¹¹⁾。もちろん、法規範を何らかの規範的な制度と一貫させる見地から分析することも可能である。しばしばこのことは有益な仕事である。しかしながらその議論は、適切な結果に関して規範の評価に移ってしまうことが余りにも多過ぎる。ほとんどのすべての場合、これは精査を受けておらず、かつ困難な経験主義的問題である。例えば、契約法の一つの規範は効率性の目標を褒めそやすことである。それが本当に効率的な結果を生み出すか否かは、動態としての法と生ける法とを見るまでは常に未解決の問題である。法学者がほぼ純粋な理論的アプローチから法と社会研究が導き出したものの少なくとも幾つかを取り込んだものに移るとしよう。Wolf Heydebrand教授が著した最近の論文は、この

ことにより私たちがどこに行くのかに関する一つの示唆を提示している。Heydebrand 教授の論じているところでは、私たちは Weber の形式合理性と実質合理性との距離をますます広げ、Heydebrand 教授が「交渉されたプロセス合理性 (negotiated process rationality)」と呼ぶものに行き着いているとのことである。⁽¹⁵⁾これは「社会的、社会法律的ネットワーク」の、インフォーマルで、交渉されたプロセスの論理に裏打ちされた統治 (governance) の一つのモデルである。⁽¹⁶⁾こうしたネットワークは、選出されたか、もしくは指名された公務員には説明義務を負わない。プロセス合理性は、多様性と不確定性に寛容であり、しかも明快で、高度に予見可能な法をもたらしものではない。⁽¹⁷⁾私たちには、憲法上の保障 (constitutional safeguard) がなく、また実体的・手続法的権利もない。⁽¹⁸⁾さらに、個人と利益のなかには、インフォーマルで、交渉されたプロセスのゲームを他の者より上手に行うことができる者もいる。⁽¹⁹⁾権限に何らかの制約を課すというよりも、この種の統治は権限を有していることの利益をしばしば増幅する。それは、企業と国を超えた統治集団にとって極めて魅力的である。Jane Larson 教授が私たちに警鐘を鳴らしているように、「合法性と平等性の観点から見て、インフォーマリテイの対象は目に見えないが危険の多い所である。そうだからといって、弁護士や法学者は、インフォーマリテイに対する政策的応答を形成する際に指導的役割を果たさなければならぬ」。⁽²⁰⁾

新リーガル리즘は、法システムという概念が形式的かつ狭義に定義づけられている場合に、その研究自体の妥当性に挑戦することができた。現実には混乱している。フォーマルなものとインフォーマルなものとの間に、もしくは公的なものと私的なものとの間にはつきりとした線をひくことはできない。⁽²¹⁾例えば、今日において、あらゆる種類の商的紛争は、公の裁判所における民事裁判システムよりも、仲裁に付される。⁽²²⁾しかしながら、仲裁人と調停者の主たる供給源の一つは、かつては裁判所に勤務していた退職した裁判官である。Stacy Burns 教授は現職の裁判官と元裁判官による仲裁を研究している。⁽²³⁾彼らは、各当事者の法的主張ならびに訴訟において起こる蓋然性のあるものを評

価する傾向にある⁽¹⁶⁾。彼らの経験と彼らがもたらす法文化により、裁判官たちが法的もしくは事実的争点を超えて、ビジネス上の、関係上の、もしくは個人的な争点を取り込む範囲を制限するかもしれない⁽¹⁶⁾。こうした裁判官だった人たちと彼らによる仲裁の成果は、法システムを構成するものであろうか。現代の商事法を研究し、彼らを無視することはできるのであろうか。彼らは、弁護士抜きで当事者に向かい合い、そうしたことを行いかねない⁽¹⁶⁾。事実、こうしたことは大きな賭けを伴う大企業に関する訴訟において起こる可能性が一層高いのである。私たちは、法を研究し、和解勧告をする裁判官を無視することができるのであろうか。論評者のなかには次のように主張する者もいる。すなわち、下級審裁判官で上級審の裁判官になる野心がある人は、自ら下す判決を刈り込むので、彼らは裁判官任命の決定をする人びとに受けが良い⁽¹⁶⁾。私たちは、このことを無視して法を研究することができるのであろうか。要するに、私的と公的、フォーマルとインフォーマルなどの観念は、私たちが弁護士事務所もしくは行政機関の部屋から法を眺めた時には、瓦解することになる。あらゆる社会において立法と紛争解決の多くは、公的な政府の直接的・間接的影響を受けている、私的政府 (private government) により行われている。

さらに、国際的な文脈において法を研究する必要があることを理解すれば、あらゆることは乱雑を極めることになる⁽¹⁶⁾。私たちは行為者としての政府に限定することができず、法的な行為 (legal action) が何であるかの観念は拡大されなければならないことは明かである。私的政府に関する論文で私が指摘したように、

「一九六〇年代後半において、当時における表向きの合衆国の政策はキューバをボイコットするといふものであったが、フォード財団は何人もの第三世界学者と政府の役人をハバナに派遣した。同財団は、合衆国政府が公には行いたいと思わなかったことを『私的に』行うことができた。……

……会社、教会、そして労働団体のような私的政府は、公の政策と共同して、もしくはそれと対立して。独自の外交政策を追求することができる。……国家は巨大な多国籍企業と同盟を結ぶかもしれないし、またそうした企業は政府を転覆しようとするかもしれない。教会は、いわゆる世界規模の世論と呼ぶことができるものを求めて、人権に関して様々な国と闘うかもしれない。労働組合は一定の国の商品をボイコットするかもしれない⁽¹⁰⁾。

どんな人でも、いかなる組織でも、規範を定めてサンクションを科すことができる。時には、法的な行為をまねることもあれば、そうではないこともある。この種の法に隣接したところに様々な取引がある。弁護士は先例によって語ろうとするし、オズの魔法使いが持っていたのとはほぼ同じくらいのもので語ろうとすることもある。しかし、現代の国際的ガバナンスの教えは、私たちは同一のものを地域的レベルで見ることが学ぶべきであるということである。

新リーガリズムが目標とすることの一つは、こうした下から上への見方をロースクールに持ち込むことである。このプロジェクトを望みがないものとして諦めてしまう誘惑に駆られることもある。しかし、ロースクールは学生の訓練に影響を与えるばかりではなく、法改革ならびに私たちの持っている法システムの一般的観念にも影響を及ぼしている。法を教授してきている私たちの大多数は、選挙の結果としてかつての学生の一人に投票し、反対者を選ばないことに気づく。さらに、州都を歩いているともっと多くのかつての学生を見つけ、立法スタッフの仕事をしている者の多くに遭遇する。法学界を無視すると社会の進歩から取り残される危険がある。歴史がまた教えるところでは、昔気質の法学教授と法律専門家を侮辱すると、それらは仕返しができる強力な敵である。

私は中心的な領域ではないところでキャリアを積んだが、依然として何らかの望みを持っている⁽¹¹⁾。多くのロースクールの教授で、社会科学の学位を持ち、経験主義的研究に従事している人を挙げるができる。もっと多くの人は、社会科学の博士号と法学の学位の両方を携えて法学教育に従事している。そのような人びとは、表における

データを読むことができ、統計的データに驚くこともない。法と社会学会の会員である法学教授がいるが、彼らは全員が、ウイスコンシン、デンバー、バークレイの法学社会政策プログラム (Jurisprudence and Social Policy Program)、もしくはアメリカ法曹財団 (American Bar Foundation) に勤務している訳ではない。ハーバードやイェールには図抜けた経験主義的学者が何人かいる。私たちの契約法のケースブック、『契約—現実に機能している法 (Contracts: Law in Action)』⁽⁸⁶⁾は、私が新リーガルアリズムと考えているものがある程度反映している。実に驚くべきことではあるが、約二〇のロースクールが同書を使用している。時代は変化しており、上訴審の判例と洗練された理論だけに焦点を当てるのではなく、法がどの様に機能しているかにより多くの興味が寄せられている。事実、Johnny Hodges のアルトサクスのジャズ演奏「昔は良かったね」を聞くことができる。

【注】

(86) この講義に基づく論文について、see Macaulay, *supra* note 83, at 152-56.

(87) *Id.*

(88) *Id.* at 152.

(89) *Id.* at 152-55.

(90) Frank Munger 教授は、私の七つの命題を記し、さらに一層最新の法と社会文化を反映するものをいくつか加えた。

Frank Munger, *Mapping Law and Society, in CROSSING BOUNDARIES: TRADITIONS AND TRANSFORMATIONS IN LAW AND SOCIETY RESEARCH* 21, 42-55 (Austin Sarat et al. eds., 1998). 同教授は次の点を付け加えた。(1) 最近の法と社会研究は、行為者の認識と意識について一層注意を払うようになってきている。(2) 国家は、議論の対象となりかつ問題の多いカテゴリーである。(3) グローバリゼーションは一つの文脈であると同時に一つのプロセスである。すなわち、多くの場合にはその過程を推進する国民国家 (nation state) と世界規模の市場における変化は、権力闘争の一

つの分野 (terrain) である。さらに、(4) 法実務は抗争と文化的生産の一つの領域 (domain) である。See *id.* at 42-52. そして同教授は、法と社会のアプローチから合法性 (legality) に関する新たな展望を示している。(1) 法は日常生活を社会的に構成する一つの要素である。(2) 法は生活史を有する (biography) 行為者により内容と意味を与えられる。(3) 研究において益々重要性を帯びている争点は、中立的、自律的法の神話がどの様にして維持されて来たかである。そして、(4) 弁護士は政治的、経済的制度上の制限内における文化を生み出す者である。See *id.* at 52-55. Munger 教授は次のように結論づける。

『新しい』批判的経験主義と現代の法と社会に関する私たちの見解は、Macaulay 教授がずっと以前に要約した経験的結果と驚くほど符合していると主張するものであるが、自由主義的な諸々の法的目標 (aspirations) と実際に達成されたものとの『隔たり』において、私たちはその初期の結果をもはや理解しない。

.....

新しい展望を得たことにより、Macaulay 教授が提示した偶然性 (contingencies) のリストはそれ程驚くべきものではなくなった。今日の研究は、フォーマルな形態での法的な先例の批判というよりは、社会生活における権力の一切の形態とそれらの相互作用に関する調査であり、その範囲はフォーマルで散漫な先例から実際に役立つ知識に組み込まれたものまでに及んでいる。’*Id.* at 55.

(91) Macaulay, *supra* note 33, at 1556 (‘弁護士、事実審裁判官 (trial judge)、裁判所コミッショナー (court commissioner)、議員候補者、公務員、依頼者、さらには労働者向けの酒場にいる人びとでさえもジャズ演奏家である。彼らは法的なテーマの変奏 (variation) を演奏し、時としては和音 (chords) に新しいメロディを付け加えようする’)と次のものを比較しよう。Patricia Ewick & Austin Sarat, *Hidden in Plain View: Murray Edelman in the Law and Society Tradition*, 29 *LAW & SOC. INQUIRY* 439, 457-58 (2004) (‘大衆が所持しているのは、『特定の文化で成長した者なら誰でも早い段階で学んでいる、蓄積されたテキスト (stock text) の小さなもの、すなわち、貧乏人もしくは社会制度の短所としての貧困、自由の一形式もしくは殺人の一形式としての人工妊娠中絶、などである。』(引用省略)’)、および Austin Sarat &

Jonathan Simon, *Beyond Legal Realism: Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Situation of Legal Scholarship*, 13 YALE J.L. & HUMAN. 3, 32 (2001) (文化的分析が私たちに要求するのは「文化的なものに精を出すことであるが、それを元に戻すこともしくは回復の可能性のためではなく、政治的領域における文化に目を転じることがしばしば覆い隠すこととする権力の階層 (layers of power) を田中のものとすることを恐るべきである」と述べている)。

(92) WILLIAM I. THOMAS & DOROTHY SWAINE THOMAS, *THE CHILD IN AMERICA* 572 (1928) (状況が現実的と定義されること、それらは結果にぶら下がる現実的である)。

(93) Macaulay, *supra* note 33, at 1556; see also Mary Jo Hatch, *Exploring the Empty Spaces of Organizing: How Improvisational Jazz Helps Redescribe Organization Structure*, 20 ORGANIZATIONAL STUD. 75, 75 (1999) (「本稿は……ジャズ演奏のいくつかの基本的要素——ソロ (soloing) / コンプニング (comping) / ムービーイング・フォー (trading fours) / リスニング・トリ (listening and responding) / グループ (groove) とフィール (feel) ——の記述から始めて、組織的構造を、野心的、感情的、および一時的として記述を改めるために「こうしたものに依拠する」); Michael Humphreys et al., *Is Ethnography Jazz?*, 10 ORGANIZATION 5, 5 (2003) (「民族誌学者は「自己」の同一性と感情移入 (empathy) を求める二重の要請に没頭しており、後者はジャズ奏者間で行われる音楽上の会話に似たやり方で即興的に行われる」); Susan S. Silbey & Patricia Ewick, *The Double Life of Reason and Law*, 57 U. MIAAMI L. REV. 497, 511-12 (2003) (「ジャズ音楽家が大好きなリック (lick) のコレクションから引く張り出すのと一度同じように、人びとは「文化的なしるしや蓄積」というレパートリーもしくは一組の道具から導き出すことにより、合法性を考え出し、それを構成する」)。

(94) MARVIN HARRIS, *CULTURAL MATERIALISM: THE STRUGGLE FOR A SCIENCE OF CULTURE* 274, 274-75 (1980).

(95) *Id.*

(96) Jackie Macaulay 女史の示した事例のうちの一つは説明に役立つ。無料法律相談者である一人の女性は、ウイスコンシン州政府もしくは合衆国政府の合法性を認めないグループの一員であった。彼女は、自分たちのグループの「裁判所」に提起された土地所有権保全訴訟 (quiet title action) を精査し、「いずれの政府に対しても納税義務をもちや負わない」と

確信した。彼女は保安官代理 (deputy sheriff) との間で争った。彼女は保安官の家屋にリーエン (lien) を創設する書式に所用事項を記入し、地方裁判所の記録される大量の書類の中に加えた。恐らくは日照時間が長い、暑い日で、裁判所書記官は誰がその文書に署名したのかに気づかなかった。その説明が何であろうとも、彼らはそれを記録した。その保安官代理は、家を売ろうとした時に、当該リーエンを発見した。相談者の夫人は *legale* 女史を次のように説得しようとした。すなわち、憲法上、高貴な身分の称号 (title) は禁止されており、「裁判官」はそうした称号であり、したがって何人でも裁判官が主張する権限は何でも行使できる。その女性の主張では、グループの他のメンバーは、これは議論として成り立ちうるものであることを知っているとした。彼女は、*Jackie* 女史が——弁護士としての職務を行っていた——その主張をすることを拒否した時に、同女史を解雇した。その夫人はこの根拠では勝訴することはなかったであろうが、しかし彼女の議論には、私の妻をしばらくの間は考えさせる話となるものが十分存在していた。

- (97) David Nelken, *Law in Action or Living Law? Back to the Beginning Sociology of Law*, 4 LEGAL STUD. 157 (1984). Marc Herdagh 教授は、法意識に関するアメリカ人の考えとヨーロッパ人のそれとを区別した。Marc Herdagh, A "European" *Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich*, 31 J.L. & SOC'Y 457 (2004). アメリカの法と社会学者は、Pound 教授の現実に機能している法の概念により多くの焦点を当てている。See *id.* at 465. 問題は、人びとは、どのようにして公の法を経験するのかわである。Id. at 463. ヨーロッパ人は、Ehrlich の生ける法の見解に従うのであり、それは法命題に据えられていなくても、生活自体を支配する法である。See *id.* at 473. Herdagh 教授は、目標は二つの見解を統合することであるとされた。

(98) See Nelken, *supra* note 97, at 166-68.

(99) Id. at 165.

(100) Id. at 163.

(101) See *id.*

(102) Id. at 170-71.

- (103) *Id.*
- (104) *Id.* at 171.
- (105) *Compare id.*, with Jane E. Larson, *Free Markets Deep in the Heart of Texas*, 84 GEO. L.J. 179 (1995).
- (106) William Herbert Page, *Professor Ehrlich's Czernowitz Seminar of Living Law*, 4 N. KY. L. REV. 37 (1977).
- (107) *See generally* FRAN THOMAS, *LAW IN ACTION: LEGAL FRONTIERS FOR NATURAL RESOURCES PLANNING; THE WORK OF PROFESSOR JACOB H. BEUSCHER, INCLUDING A BIBLIOGRAPHY OF HIS PUBLISHED WORK* (1972).
- (108) Jacob Beuscher 教授は、酪農協同組合の振り出した先物の小切手 (future checks) に対する権利を譲渡した農夫に関する話をしばしば行った。ウイスコンシン州の裁判所は、この種の権利は不明確であり譲渡できないとの判決を下した。O'Neil v. Wm. B. H. Kerr Co., 124 Wis. 234, 238, 102 N.W. 573, 574 (1905)。それ位の量の牛乳が産出されるのか、もしくは将来においてそれが一体幾らになるのかを事前に誰も知ることはできない。しかしながら、Beuscher 教授は私たちに、非常に多くの酪農場が牛乳小切手に対する権利譲渡を担保にして何時も融資を受けている地域の銀行のことを好んで話してくれた。これは現実に機能している法であろうか、それとも生ける法であろうか。私の考えでは、いずれにも当てはまらぬと思う。
- (109) Nelkin, *supra* note 66, at 170.
- (110) BRONISLAW MALINOWSKI, *CRIME AND CUSTOM IN SAVAGE SOCIETY* (Greenwood Press 1984) (1926).
- (111) 例えば、Bronislaw Malinowski 教授は、次のように述べている。すなわち、サンクシヨンが提供されるのは、「拘束力を有する一定の社会機構であり、それは相互的依存関係に……基づいており、しかも相互的な役割を提供する等価の取り決めにおいて、さらには一連の複合的な関係を要求する組み合わせにおいて現実化されるのである」。*Id.* at 55. 経済的な義務を遵守しなかった者は直ちに、「社会的経済的秩序の外に」(*Id.* at 41.) 押しやられてしまうことを認識する。同教授はまた次のようにコメントしている。「地元出身の人は威信を失墜することなく、または将来における利得を損失せずに、自分に課せられた義務を回避することができる場合には常にそうするのであって、それは洗練されたビジネス

- メンがそうすると思われるのと「度同じである」(id. at 30.)。長期間の継続的關係においては、義務はきつかりと固定されているものではなく、社会制度に照らして再定義されることになる。See id. at 31.
- (11) See, e.g., Macaulay, *supra* note 77, at 445-518.
- (113) See, e.g., HERMAN GOLDSTEIN, PROBLEM-ORIENTED POLICING (1990).
- (114) Mark Burton, *Private Security and the Policing of Quasi-Public Space*, 31 INT'L J. SOC. LAW 227 (2003); Richard B. Cole, *The Second Criminal Justice System*, 43 S.A.M. ADVANCED MGMT. J. 17 (1978); Elizabeth E. Joh, *The Paradox of Private Policing*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 49 (2004); Ian Loader, *Consumer Culture and the Commodification of Policing and Security*, 33 SOCIOLOGY 373 (1999).
- (115) See Peter Reuter, *Social Control in Illegal Markets*, in 2 TOWARD A GENERAL THEORY OF SOCIAL CONTROL 29 (Donald Black ed., 1984). Peter Reuter 教授の著書における二つの章の見出しは、「紛争解決システムとしての「ブライア」」id. at 40, および「ブライア、仲裁、および恐喝」である。id. at 49.
- (116) Donald Black, *Crime as Social Control*, 48 AM. SOC. REV. 34 (1983); Donald Black, *Crime as Social Control*, in 2 TOWARD A GENERAL THEORY OF SOCIAL CONTROL 1, (Donald Black ed., 1984)
- (117) Schlegel 教授は、「上から下へと、下から上へのアプローチを語ることに反対した。彼が述べたところでは、「法を理解する問題は、手に負えない、多面的な基盤の解釈と理解であると考えられる方が適切であり、それは欠けている正方形と部分的な柱状のもので満ちている」。同教授は続けて次のようにもいう。すなわち、「下から上へ語ることは、上はから下へと同じように問題の一部である。ある所に位置していることは、どこでも見られる。……双方ともに、部分を全体として捉える誤りを犯しており、しかも、……[その]選ばれた部分についても誤っている」。古典的な法思想の利点についての私の認識と下から上へとに関する拡大した見解が、同教授の指摘するところを攻略していることを期待したい。
- (118) See William L.F. Felstiner et al., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1980-1981).

- (119) Friedman 教授と私とが書いているところであるが、
 「具体的な意味におけるいかなる契約問題であっても、一しばしば訴訟となり、特定類型の状況を取り扱うものは、二世代以上の続くことはない。……問題が公のもしくは一般的な取引の関心事になると、それらは他のメンバー、たとえば立法府により解決されるか、もしくはは処理される」。
- Lawrence M. Friedman & Stewart Macaulay, *Contract Law and Contract Teaching: Past, Present, and Future*, 1967 WIS. L. REV. 805, 812.
- (120) Friedman 教授は次のように述べている。
 「Llewellyn 教授の問題の肝心なところは――それを一つの問題と呼ぶことができるならば――彼はコモンローについて余りにも非現実的であったこと、それが移動し、動いた態様、およびこの強い愛情が彼の作品のすべてを彩っていることである。Llewellyn 教授はあらゆることを書き、情熱をもって書いた。彼のスタイルは奇妙であり、不可解で、様式化されており、しかも時には傍迷惑でもあった。しかし、熱意に溢れており、際限なく情熱的であった。彼は法を本當の意味で賞賛したし、しかも法をつくる人びとについてもであった」。Friedman, *supra* note 43, at 139.
- (121) GRANT GILMORE, *THE AGES OF AMERICAN LAW* 111 (1977).
- (122) See, e.g., Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563, 620-21 (1982) (「リベラルな立場は、……例外的な事例の改革と濫用に対する理性的な答えは、すべてが恵まれない人びとの正当な要求を満たし、それにより分配の全体的なシステムと全体的な生活の質を再合法化することを満たすことが必要とされるものである」)。*Id.*
- (123) See, e.g., Robert E. Scott, *The Death of Contract Law*, 54 U. TORONTO L.J. 369, 370-71 (2004) (強行可能な契約の数は急激に減少し、明確でフォーマルな債務不履行のルールが採用されていると主張する。)
- (124) See, e.g., STUART A. SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY, AND POLITICAL CHANGE* 13 (1974) (「権利の神話」に関する古典的陳述を提案する。)「しかし」Catherine R. Albiston, *Bargaining in the*

Shadow of Social Institutions: Competing Discourses and Social Change in Workplace Mobilization of Civil Rights, 39 *LAW & SOCIETY REV.* 11, 27 (2005) 参照。(Stuart Scheingold 教授の見解は、紛争を法的に関連する事実と個別化された救済方法に制限することにより、裁判所におけるフォーマルな権利主張がどのようにして不平を細分化するかということを強調し過ぎているかもしれないし、またそれは、権利を準備するインフォーマルなプロセスが、どのようにして不満分子の間における結びつきと共通の利益を構築することに寄与するかを見過しているとする。)

(125) この見解と以下の Friedman 教授のものとを比較せよ。「新しい法は雑種である。半分は承認され、半分は変化への真の誘因である。フォーマルな法変革は、すでに採用されている……幾つかの独立した段階を要求する社会的プロセスの中盤で生ずることがしばしばあるが、しかしそれは、まだ辿っていない段階に沿うことを社会に強いるか、もしくは社会を追い立てるのである」。Lawrence M. Friedman, *Law Reform in Historical Perspective*, 13 *ST. LOUIS U. L.J.* 351, 363 (1969). もちろん、試みられた法変革は、反対者がその改革と闘うように組織することを招来するかもしれない。Roe v. Wade 事件において、連邦最高裁判所は、妊娠初期における中絶についてのアクセス権を州が否定することはできない旨判示した。410 U.S. 113, 164 (1973). 同判決の結果の一つは、「生命権 (Right to Life)」運動の高まりと力とを惹起するものであったのは確かである。

(126) 私の好きな脚注の一つにおいて、Schlegel 教授は、Moore 教授は自らを社会主義者であると考えていたと報告している。Schlegel, *supra* note 12, at 243 n.285. しかしながら、Schlegel 教授はまた、「Moore 教授は、まずもって紳士であった。家族は少なくとも中流の上のクラスであり、従って彼の嗜好は、高価なパイ、柄が骨のナイフ、さらに灰色のパッカートのロードスターに向かった」。*Id.* at 242. 悲しいことに、新リーガリアリズムとされる者は、灰色のパッカートのロードスターを運転することはできない。私の奇癖は、一五年物の赤のサーブのコンバーティブルに反映されている。極右の人は恐らく私に社会主義者とのレッテルを貼るであろうが、社会主義者はそうしないであろう。

(127) See, e.g., Jon Robins, *Trial Lawyers Are Put on Trial*, *FIN. TIMES*, Feb. 3, 2005, at 12. (『弁護士をひける』と云うのが人びとの口癖になっているのであり、その脅しはほんのわずかしが脅しの可能性はないが、行動を変える……。)

- (128) See, e.g., Marc Galanter, *The Commiving Claimant: Changing Images of Misuse of Legal Remedies*, 50 DEPAUL L. REV. 647 (2000); Marc Galanter, *The Hundred-Year Decline of Trials and the Thirty Years War*, 57 STAN. L. REV. 1255 (2005); Marc Galanter, *An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends About the Civil Justice System*, 40 ARIZ. L. REV. 717 (1998); Marc Galanter, *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (And Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 UCLA L. REV. 4 (1983); Marc Galanter, *Real World Torts: An Antidote to Anecdote*, 55 MD. L. REV. 1093 (1996); see also Stephen Daniels, *The Question of Jury Competence and the Politics of Civil Justice Reform: Symbols, Rhetoric and Agenda-Building*, 52 LAW & CONTEMP. PROB. 269 (1989); Stephen Daniels & Joanne Martin, *It Was the Best of Times, It Was the Worst of Times: The Precarious Nature of Plaintiffs' Practice in Texas*, 80 TEX. L. REV. 1781 (2002); Stephen Daniels & Joanne Martin, *The Strange Success of Tort Reform*, 53 EMORY L.J. 1225 (2004); Valerie P. Hans & Stephanie Albertson, *Empirical Research and Civil Jury Reform*, 78 NOTRE DAME L. REV. 1497 (2003); Robert M. Hayden, *The Cultural Logic of a Political Crisis: Common Sense, Hegemony and the Great American Liability Insurance Famine of 1986*, 11 STUD. L. POL. & SOC'Y 95 (1991); Michael J. Saks, *Do We Really Know Anything About the Behavior of the Tort Litigation System--And Why Not?*, 140 U. PA. L. REV. 1147 (1992).
- (129) Marc Galanter, *Shadow Play: The Fabled Menace of Punitive Damages*, 1998 WIS. L. REV. 1, 13-14 (懲罰的損害賠償額を制限しようとする組織の反応を、政治的キャンペーンの含まれている様々な主張を支える証拠を考察する会議であるところから)。
- (130) Tomlins, *supra* note 42, at 961.
- (131) David M. Trubek & John Esser, "Critical Empiricism" in *American Legal Studies: Paradox, Program or Pandora's Box?*, 14 LAW & SOC. INQUIRY 3, 11 (1989).
- (132) See William C. Whitford, *Critical Empiricism*, 14 LAW & SOC. INQUIRY 61 (1989).
- (133) 例えは、John Brigham 教授と Christine B. Harrington 教授が主張するところでは、リアリズムで説明できるものは、

「法分析における社会的分野である。……最高裁判所 (high-court) に関する文献において、社会学・法学研究の最も特徴的なのは、社会学者が取り上げる政治は、共有されているもの (専門家、学説上の伝統) の政治的意味にほとんど注意を払わない (保守とリベラル) 間の相違に限定されることである」。

John Brigham & Christine B. Harrington, *Realism and Its Consequences: An Inquiry into Contemporary Sociological Research*, 17 INTL J. SOC. L. 41, 50 (1989).

- (134) ウイスコンシン大学貧困研究所 ("IRP") における一九七九年に書かれた未刊行の論文において、故 Jacqueline Macaulay 博士は、「社会科学の調査から「政策的」結論を導き出すことの幾つかの障壁」について扱っている。Jacqueline Macaulay, *Some Barriers to Drawing Conclusions from Social Science Research 1* (1979) (未発表論文), available at www.law.wisc.edu/facstaff/macaulay/papers/barriers.pdf. 彼女は、1974 年の IRP のノートとコメントにおける彼女の論文「貧困に関する文献への一懐疑論者の案内 (A Skeptic's Guide to the Literature on Poverty)」である。彼女は、「自分の一九七五年 IRP デイスクッションペーパー、「福祉は子供たちにとって悪か (Is Welfare Bad for Children)」における幾つかのアイデアを利用した。政策的結論を導き出すことの障壁に関する論文において、Macaulay 女史は次のことを列挙している。
- (1) スナップ写真的な展望の問題点、(2) 二次的報告におけるサンプルとなる偏見の存在と限定的タッグ (qualifying tag) がないこと、(3) サンプルが導き出される全住民の定義における偏見、(4) 調査がなされる状況についての不完全な定義、(5) データのないセル (例えば、貧困層を研究する場合に、貧困ではない者は貧困であるとの立証をせずに異なっていると推測する)、(6) 因果関係の有効ではない推測、(7) 外部の世界における偏見 (私たちが集める社会的統計に影響を与える)、(8) 類似性、差異、および「重要」であるもの、(9) 以下のような、不適切な理論、概念、および方法、すなわち、(a) 誤った二分法、(b) 偽のシンメトリー、(c) 疑わしい連続体 (continua)、(d) 代替手段の不存在、(e) 軽蔑的なラベル付けと欠陥のある仮説、(f) 理論的変数と機能しているそれとの間の不一致、および (g) 単純化され過ぎたモデルと無批判的な変数、さらには (10) 学問的規律の構造と学問的に成功するのに辿る道によって生み出される問題。Id. at 1-13. 簡単にいうと、社会科学に精通していない者にとって、この種の学問的調査

を行つても、法学者が取り上げて、自分自身の分析につなげるのを座して待ち続けるだけの、明確に定義された「事実」を生み出すことにはならない。私たちが大切にしている考えを支持するように思われる社会科学的研究でさえも、私たちが自分たちの立場を擁護するのに、単にレトリックや先例を求めるといふよりは、実際に進行していることに注意を払うとするならば、そうした考えは懐疑的かつ注意深く読まれなければならない。

(135) See Macaulay, *supra* note 83, at 156-63 (「法の社会学的研究に共通しているアプローチのすべては欠陥がある」)。

(136) 古典的な発言は Karl Marx が行っている。「人びとは自らの歴史を作るが、好きなように作るのではない。彼らは、自ら選択した状況の下において歴史を作るのではなく、すでに存在しているか、所与の、さらには過去から伝達された状況の下においてそのするのである」。KARL MARX, EIGHTEENTH BRUMAIRE OF LOUIS BONAPARTE 115 (1852). Dave Tribek 教授と John Esser 教授が述べるところでは、そのように切望するのは、

「法の批判的社会学を開発しようとすることで、代理人の考えを放棄せずに社会構造の考えに取り組もうとし、パターンや均齊さを確認することができると同時に、社会生活は決定的ではなく堅固なものではないとする基本的な考察を堅持しているものもあれば、マイクロレベルとマクロレベルでの分析が必ず相互に情報を与えているとするものもある」。

Tribek & Esser, *supra* note 131, at 35 n.69. 彼らはこうした解釈を、個人間のコミュニケーションにおける Boaventura Santos 教授の研究によつてする。

(137) Robert Kagan 教授の示唆するところでは、裁判所に持ち込まれる金銭債権の取り立て事件が減少していることは、同教授が「制度的固定化 (systemic stabilization)」と呼ぶものに原因の一端があると説明することができるとする。Robert Kagan, *The Routinization of Debt Collection: An Essay on Social Change and Conflict in Courts*, 18 LAW & SOC'Y REV. 323, 352-63 (1984). このことと必然的に伴うのは、「大規模な経済的、社会的制度の発展であり、そうした制度は個人間の紛争を呼び起こす諸条件を改善するか、もしくは集合的な行政上の救済(ケース・バイ・ケースの法的救済と対置されるものとしての)」である。Id. at 352.

(138) See Macaulay, *supra* note 83.

- (13) See Shirley A. Dobbin et al., *Surveying Difficult Populations: Lessons Learned from a National Survey of State Trial Court Judges*, 22 JUST. SYS. J. 287, 288 (2001) (「研究テーマに興味を抱いていることは、調査プロジェクトに参加するかどうかを判断する良い予言者である。時間に追われているビジネスのプロを調査する時は、特にそうである」)。Biron Sever et al., *Successfully Acquiring Data from the Criminal Courts: Is It What You Know, Who You Know, or What You Don't Tell Them?*, 22 JUST. SYS. J. 315, 315 (2001) (「戦略には、代理人の権限内もしくはそれに近づくことまでの契約を用いることが含まれるのであり、同時に調査者の研究の正に本質を明らかにしないでおくことも含まれる」)。see also Matt Bradshaw, *Contracts and Member Checks in Qualitative Research in Human Geography: Reason for Caution*, 33 AREA 202, 203 (2001) (「調査者と低所得の世帯主との間における力関係に差異が存在するのであり、それは調査者と古参の経営者との間のそれとは対照的である」)。David Shulman, *Dirty Data and Investigative Methods: Some Lessons from Private Detective Work*, 23 J. CONTEMP. ETHNOGRAPHY 214, 250 (1994) (「フィールドワーカーは自分たちがやろうでありたいと望むように情報提供者に代わって表示することを注意深く避けなければならないが、さらにテーマが望む通りにそれをただ描かないことも認識しなければならない」)。
- (14) P. B. MEDAWAR, *PLUTO'S REPUBLIC* 61 (1982).
- (15) See, e.g., Juliet Corbin & Anselm Strauss, *Grounded Theory Research: Procedures, Canons and Evaluative Criteria*, 19 ZEITSCHRIFT FÜR SOZIOLOGIE 418 (1990) (通常の科学的規範 (canon) が、どの様にして質的研究の目的から解釈し直される可能性があるか説明している)。
- (16) Walter J. Blum & Harry Kalven, Jr., *The Art of Opinion Research: A Lawyer's Appraisal of an Emerging Science -- Observations on "Communism, Conformity and Civil Liberties"*, 24 U. CHI. L. REV. 1 (1956).
- (17) SAMUEL ANDREW STOUFFER, *COMMUNISM, CONFORMITY AND CIVIL LIBERTIES: A CROSS-SECTION OF THE NATION SPEAKS ITS MIND* (1955).
- (18) Paul F. Lazarfeld, *Comment*, 24 U. CHI. L. REV. 65, 69 (1956).

- (14) Maureen Cain & Janet Fitch, *Towards a Rehabilitation of Data*, in PRACTICE AND PROGRESS: BRITISH SOCIOLOGY 1950-1980, at 105, 115 (Philip Abrams et al. eds., 1981). Maureen Cain 教授と Janet Fitch 教授はまた次のように述べる。
- 「様々な方法によりデータを構築する際には、何か存在していない本質を示す本当のもの、もしくは最上のものは何かということとは問題とされず、むしろこうしたデータは、証拠に転換されて、何を述べなければならないかが問題となっている。最初の理論においてはそれらのデータにはどのような地位を与えることができるのであろうか。その理論どの様にしてそれらのデータを説明するまで成長するのであろうか。こうした証拠はどこまでの洗練度を必要とし、引き起すのであろうか。こうした設問は、収集した証拠の項目間に質的な差異があることを誇つてゐる」。 *Id.* at 112.
- (146) *But see* Elizabeth Warren, *The Market for Data: The Changing Role of Social Sciences*, 2002 WIS. L. REV. 1 (社会科学として通ずるものは、権力者が求めるものを正当化するやり方として政治的闘争における一つの道具と述べてゐる。)
- (147) *See, e.g.*, GERALD ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE* (1991); STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS* (1974).
- (148) この見解と次のものを比較せよ。Malcolm M. Feeley, *Three Voices of Socio-Legal Studies*, 35 ISR. L. REV. 175, 203 (2001)。「法学者はロンドン諸国においては裁判官のために、またその他の国においてはローコミッションの委員のために書くのであり、また社会科学者は、もっと一般的には学者と同様に、それぞれのために書く傾向がある」。しかしながら、Gregory Scott Crespi 教授が示唆しているところでは、裁判所は契約法の研究成果を参考にすることはないのである。 *See, e.g.*, Gregory Scott Crespi, *The Influence of Two Decades of Contract Law Scholarship on Judicial Rulings: An Empirical Analysis*, 57 SMU L. REV. 105 (2004). 法学問的な契約の世界の中に含まれているゲームの一つとする他の学者のために書かれる傾向にある。 *Id.*
- (149) *See* Duncan Kennedy, *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality: Or, Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought*, in MAX WEBER'S ECONOMY AND SOCIETY 322 (Charles Camic et al. eds., 2005); Wolf Heydebrand, *Process Rationality as Legal Governance*, 18 INTL. SOC. 325 (2003).

- (150) Heydebrand, *supra* note 149, at 327.
- (151) *Id.* at 326.
- (152) *See id.* at 326.
- (153) *See id.* at 329.
- (154) *See id.* at 334, 336.
- (155) *See id.* at 326.
- (156) 上の見解と次のものを比較せよ。Stewart Macaulay, *Business Adaptation to Regulation: What Do We Know and What Do We Need to Know?*, 15 LAW & POL. 259, 268 (1993). 私たちは次のような社会については何をいうべきであろうか。すなわち、立法者、代理人、および空軍の最高司令官が政策判断を行う一方で、地方レベルでの役人が、価値観の競合する賢明であるか、偏見に満ちた見解を反映している和解を行う社会についてである。法を適用すべき範囲についてのこうした判断が、コントロールはできなくても、企業内弁護士の影響を強く受ける時には、何を言うべきであろうか。 *Id.*: *see also* Albert W. Alschuler, *Mediation with a Mudder: The Shortage of Adjudicative Services and the Need for a Two-Tier Trial System in Civil Cases*, 99 HARV. L. REV. 1808 (1986) (Wolf Heydebrand 教授が「プロセス合理性」と呼ぶ状況を極めて批判的に扱っている)。Owen Fiss 教授は同様な主張を行っており、「和解 (settlement) はマス社会の状況への降伏であって、奨励されるべきものでも、賞賛されるべきものでもない」としている。Owen Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1075 (1984).
- (157) Larson, *supra* note 105, at 181.
- (158) *See, e.g.*, John Griffiths, *The Social Working of Legal Rules*, 48 J. LEGAL PLURALISM 1, 4 (2003) (「ある法律の条文と現実の行動との関連性はよく見ても明かではない」) ; Stewart Macaulay, *Crime and Custom in Business Society*, 22 J.L. & SOC'Y 248, 253 (1995) (「警備保障会社 (corporate police) は、公的法的な警官ではないといふことは重要である。私的なものと公的なもの、形式的なものとして形式的ではないものとを区別しないと、このことを曖昧にする危険を冒すかもしれない

519)

- (15) See Bryant G. Garth, *Tiling the Justice System: From ADR as Idealistic Movement to a Segmented Market in Dispute Resolution*, 18 GA. ST. U. L. REV. 927, 932 (2002) (訴訟が増加する代わりに ADR が出現していることは「一般人に安価な正義を創り出しつゝ」と主張する。) ; Stewart Macaulay, *Freedom from Contract: Solutions in Search of a Problem?*, 2004 WIS. L. REV. 777, 778 (「契約紛争における、多数の、恐らくは大部分の当事者は、訴訟を提起しないし、もしくはそうすると迫ることもないであろう」)。ビジネスのエリートは仲裁人と調停者を使うことができるのであり、そうした人びとの背景と選任過程から、彼らが巨額のビジネス紛争を理解し、処理できるであろうことは確実であろう。Garth, *supra*, at 949. しかしながら、同時に、「裁判所に係属することが認められる事件の種類を示す序列 (pecking order) を含む」一種の正義に対して名称を付してきている。Id. at 952. (ノースウエスタン大学ロースクール学長) Bryant Garth 博士が述べるところでは、私たちは「一般人向けに安価な正義を創り出して来ており……(私たちは)一般の訴訟当事者を和解志向的な ADR のプロセスに押しやり、それは迅速かつ公平でない仲裁と和解が特徴的で、再審理のプロセスまたは上訴のいずれを通して説明責任を負わない私人が行うものである」。Id. at 932.
- (16) Stacy Bums, "Think Your Blackest Thoughts and Darken Them: "Judicial Mediation of Large Money Damage Disputes, 24 HUM. STUD. 227 (2001).
- (17) See *id.* at 241-42.
- (18) See *id.*
- (19) See Marc Galanter, "... A Settlement Judge, Not a Trial Judge: "Judicial Mediation in the United States, 12 J.L. & SOC'Y 1, 7 (1985) (「事実審裁判官は、次第に和解を奨励することを自分たちの任務の一部として受け入れており、当事者がどの様にして和解するかについての情報を交換するようになってきているとしている」)。
- (16) See Stewart Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, 66 MOD. L. REV. 44, 73-77 (2003).

- (165) See Barbara M. Yarnold, *Do Courts Respond to the Political Clout of Groups or to Their Superior Litigation Resources?* "Repeat Player" Status?, 18 JUST. SYS. J. 29 (1995) (「妊娠中絶事件において裁判所の下す結論は、政治的要因、市民的自由を主張するグループと密接な関係を有しており、米国家族計画連盟 (Planned Parenthood) は連邦裁判所から有利な判決 (preferential decision) を獲得することと関係している」)。次の二つのものを比較せよ。Melinda Gann Hall, *Electoral Politics and Strategic Voting in State Supreme Courts*, 54 J. POL. 427, 427 (1992) (「州裁判所における有権者の影響が高揚される原因は、競争関係にある選挙情勢と選挙政治に関する経験である」)。R. Sunstein et al., *Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation*, 90 VA. L. REV. 301, 305 (2004) (「大統領を指名する政党は「上訴裁判所の」裁判官個人がどの様な投票行動を行うかに関する公平で優れた指標である」)。
- (166) See, e.g., YVES DEZALAY & BRYANT G. GARTH, *THE INTERNATIONALIZATION OF PALACE WARS* 4 (2002) (「法と発展 (研究) の失敗は今日では一般に認識されてくる」); GLOBAL PRESCRIPTIONS: THE PRODUCTION, EXPORTATION, AND IMPORTATION OF A NEW LEGAL ORTHODOXY (Yves Dezalay & Bryant G. Garth eds., 2002) (「法制度を遙かに超え、法の状況とどの様に変化しているかの認識を改革する必要性を私たちは確信している。法改革と法改革者をより広い社会的文脈の中に位置づけるための研究ツールを構築する必要があることを私たちは確信している」); Alberto Martinelli, *Markets, Governments, Communities and Global Governance*, 18 INT'L SOC. 291, 291 (2003) (「単一のシステムでありかつ分裂した社会としての 21 世紀における社会的世界 (social world) の矛盾する性格」を吟味し、「カギとなる論争的な問題のグローバルな統合と統制を確認する」); Robert Hunter Wade, *US Hegemony and the World Bank: The Fight Over People and Ideas*, 9 REV. INT'L POL. ECON. 201, 201 (2002) (「クネモニーが現実などの様に機能しているか、世界銀行はどの範囲まで自立しているか、やむに開発予定表に関する広範な結論」を導き出している)。
- (167) Macaulay, *supra* note 77, at 452.
- (168) 新リーガルリズムと私が名付けられると思われるようなやり方でローレビューにおける学問のパラダイムを拡大している例を私たちは目にする。See, e.g., William A. Klein & Mitu Gulati, *Economic Organization in the Construction Industry*:

A Case Study of Collaborative Production Under High Uncertainty, 1 BERKELEY BUS. L.J. 137 (2004); Steven L. Schwarz, *Private Ordering*, 97 NW. U. L. REV. 319 (2002); David V. Snyder, *Private Lawmaking*, 64 OHIO ST. L.J. 371 (2003).

(69) CONTRACTS: LAW IN ACTION (Stewart Macaulay et al., 2d ed. 2003). 「その他 (et al)」とあるのは、編者は私と John Kidwell 教授ならぬ William Whitford 教授でもあると事実を隠蔽している。Id. Marc Galanter 教授は第一版の時に加わったが、しかし第二版では参加してゐない。CONTRACTS: LAW IN ACTION (Stewart Macaulay et al. eds., 1995). 同書を生み出したプロジェクトは共同作業であったが、私は常に悔やんでいるのは、引用形式が真の寄稿者を「その他」に省略してしまっていることである。同書のローレビューのタイトルで、編集者の面々が気に入っているのは、William J. Woodward, Jr., *Contracts for Grown-ups*, 47 J. LEGAL EDUC. 139 (1997) である。But see Edward Rubin, *Why Law Schools Do Not Teach Contracts and What Socioeconomics Can Do About It*, 41 SAN DIEGO L. REV. 55 (2004) (現代のロースクールが契約法科目を教えるやり方を批判している。)

(著者) STEWART MACAULAY 教授は、ウインストロミン大学 Malcolm Piman Sharp Hilldale 教授・Walter T. Brazeau Bascom 教授である。

(著者の謝辞) 本稿の作成に際してあらゆる形で援助をいただいた、Lawrence Friedman 教授、Marc Galanter 教授、Jane Larson 教授、Arthur McEvoy 教授、Elizabeth Mertz 教授、John Henry Schlegel 教授、および David Trubek 教授に感謝申し上げたい。文責は当然私にあります。有益な助言に必ずしも従わなかったことにより誤りがあるとすると、それは偏に私の責任です。

《著者より日本の読者へ》 本稿はアメリカの経験に依拠しているものであり、それがアメリカ以外の社会にはびったり

と適合しないであろうということは承知していることを日本の読者にお伝えしたい。しかしながら、あらゆる法システムを上から下ではなく、下から上に観察することは不可欠であると考えております。新リーガルリズムは、実体法と手続法の法規範の有する重要性を否定するものではありません。しかしそれは、法システムを機能させているもつと多くのものが存在することを主張しております。法のもたらす結果に関心を寄せる場合、私たちは現実に機能する法を考察しなければならないのです。

(やまぐち やすひろ・本学法学部教授)