

新リーガルリズム対旧リーガルリズム(一)

——「昔は良かったね」——

スチュアート・マコーレー 著

山口 裕博 訳

ここで「新リーガルリズム」について語ろうとすれば、それは誰でもが知っている最初のものとはどこが異なっているのかということが直ちに問題となろう¹⁾。Karl Llewellyn 教授の頃にはウェブサイト (website) がなかったが、今はあるということの他に何か指摘できるであろうか。今日では、一九二〇年代末もしくは一九三〇年代初頭のように、法的、政治的、もしくは社会的に進歩的な改革者集団、法的形式主義 (legal formalism) を攻撃する法学者たち、あるいは法についての経験主義的研究を試みようとする何人かの研究者というものに対峙しているのではない。法と社会学会 (Law and Society Association) における四〇年の経験を踏まえ、Duke Ellington の「昔は良かったね」(Things Ain't What They Used To Be)²⁾ を口ずさむものである。私たちは一九二〇年代、一九三〇年代の学者たちがせいぜい逸話として知っていたことの多くを、実際に知っている。それにもかかわらず、リーガルリズムの歴史を振り返って見れば、曾祖父や祖父たちは、私たちが称賛する以上のことを知っていたことに気づくのである³⁾。最初に、私が祖父

や曾祖父たちのことを述べたことで、その混合したものにジェンダー (gender) と人種を加えなければならぬということ喚起させることになる。権力の地位にあった最初のリアリストたちは白人男性であり、このことが彼らの探し求めたものや見たものに影響を与えてはいなかっただろうか。

まず、リーガルリアリズムの歴史の鳥瞰図を提示する。次に、二〇年に渡る法と社会研究により何が明らかにされたかに関して、ニューヨーク大学バツファロー校において私が行った一九八四年ミツチェル講義 (Mitchell Lecture) の要旨を繰り返す。さらに、それから約二〇年に照らして何を付け加えられるかを問題とする。そして最後に、この関係から生じる新リーガルリアリズムがどうなるのかを問題とする。

私が経験した進歩的な時期とウイスコンシン州のアイデア、すなわち、同州は大学教職員の技術と知識を用いることにより発展し、社会的問題の解決を図る必要があったことから始める。⁽⁵⁾ 例えば、経済学者の Richard T. Ely 教授や John R. Commons 教授といったウイスコンシン大学の教授たちは、新しい社会プログラムを提唱した。彼らは、雇用条件を規制する法律だけでなく失業・労働者保障の法律を主導した。⁽⁶⁾ 偉大な勝利には、幼年労働 (child labor) との対決がある。⁽⁷⁾ 一九〇九年、ウイスコンシン大学ロー・スクール Richards 院長 (Dean) と Walter Wheeler Cook 教授、Underhill Moore 教授は、下院が同州の仲裁法改革法案を作成する手伝いをした。⁽⁸⁾ Charles McCarthy 教授は、ウイスコンシン州立法レファレンス図書室を創設した。⁽⁹⁾ 同教授は、法律案起草する能力を有する人材を提供し、そのことで議会は、法案のテキストについてロピストたちに依存することを免れた。McCarthy 教授は、種々の社会問題に関して、報告書や新聞の切り抜きに基礎を置いたライブラリーを創ったのである。法が社会工学における道具であるとすると、諸事実や専門家の判断は理論や伝統に取って代わらなければならない。同大学ロースクールは、ウイスコンシン州のアイデアから影響を受け始めた。Carrington 教授と King 弁護士は、次のように報告している。

「ウイスコンシン州のアイデアの有する効用の一つは、同大学の若くて経験の浅い法学教師を公共の問題に触れさせるだけでなく、有益な経験を有する他の学問領域における研究者と交流させることにあった。同大学ロースクールは、一九〇七年から一九〇八年において、政治学科との連携を確立したが、それは、『現代の社会・経済状況に対する』法的示唆『に関する』目的を有するものであった。同様に、一九〇四年から一九一〇年の間において、ロースクールの教員、取りわけ「院長の」Gilmore氏は、アメリカにおける労働史を記す大規模な試みにおいて、John Commons教授やRichard Ely教授といった、経済学の教員と共同研究を行った。…一九一五年までに、ロースクールの掲示では、ロースクールの授業と歴史学、経済学、政治学、および哲学の混成授業を積極的に推奨していた⁽¹⁰⁾。

ウイスコンシン大学の法学教授の中には、コモンロー法理を称賛するのではなく、現実に機能している法を研究する者もいた。Oliver Rundell教授は、すでに一九一二年には、刑事裁判制度の遅延について研究を行っている⁽¹¹⁾。ウイスコンシン・ロースクールにおいて契約法を担当した私の先任者の一人であるWilliam Herbert Page教授は、一九一七年にオハイオ州立大学から着任した。一九一四年、同教授は、アメリカ・ロースクール連盟の会合で、Eugen Ehrlichの提唱する「生ける法 (the living law)」の考えに関する論文を発表した⁽¹²⁾。

Ehrlichの生ける法は、

「裁判所において、または役人に関してのみ効力を有するそれとは対照的であった。生ける法は、法規範に閉じこめられていない、生活自体を支配する法である。その知識の源は、とりわけ現代の文書であり、または、生活自体、取引、習慣や慣習、さらにあらゆる種類の組織に関する研究で、それらのものには生ける法により承認されるものが含まれており、しかも実際には生ける法によって発見されたものも含まれている」⁽¹³⁾。

Page教授は、私が語ることができる限りにおいては、こうした洞察をほとんど利用していない。この後間もなく、

同教授は契約法理に関する大部の著作の執筆に着手した。⁽¹⁴⁾

ウイスコンシンにおける進歩主義の最初の波は一九一四年に収束したが、当時伝統的な共和主義者たちにより進歩主義者たちは打破されることになった。⁽¹⁵⁾そこにおける進歩的な原因とウイスコンシン大学の担った役割は、アメリカがドイツとの第一次世界大戦に突入した時に大打撃を受けることになった。⁽¹⁶⁾アメリカ上院議員 Robert LaFollette 氏は、アメリカがその戦争に巻き込まれないように奮闘したし、⁽¹⁷⁾同大学および進歩的運動の関係者の中にはドイツの学界 (academic culture) と強い絆を持つ者も多数いた。同大学は、同大戦におけるアメリカ側の理由に忠誠を示す強い圧力を受けることになった。⁽¹⁸⁾

伝統的にリーガルリアリズムについて語られてきていることの大部分は、一九二〇年代後半と一九三〇年代のコロンビア・ロースクールとイエール・ロースクールに焦点を当てるものである。⁽¹⁹⁾リアリストとして知られるようになった人々が、何に賛成したかを述べるよりも、何に反対したかを述べる方が易しい。敵は、理論の論理に焦点を当てていた伝統的な法学者であった。敵の本拠地はハーバード・ロースクールであり、ここでは偉大な権威者たちが伝統的な法領域に関して膨大な論文を書いていた。『ウイリントン契約法 (Williston on Contracts)』⁽²⁰⁾、『ビール国際私法 (Beale on Conflicts of Law)』⁽²¹⁾、そして『スコット信託法 (Scott on Trusts)』⁽²²⁾は、リアリストである学者たちの多くが攻撃した主な例である。Lon Fuller 教授は、Samuel Williston 教授を攻撃する論文において次のようにコメントしている。

「Williston 教授の法的 (分析) 方法に目を向け、いかなる点において、同教授が社会的利害を直接参照することに より法を形成しようとすることを諦めたということを問題とすれば、その答えは出発点になければならないだろうと考える。契約責任の基礎と呼ぶことができるもの、コンシダレイションの様な概念、申込みと承諾の必要性、およびそれに類するものは、それらが満たしている社会的利益に照らして批判的に検討されている同教授の著作の中におい

て至る所で見ることがができる。これらのものは証拠による裏付けなしで承認されている。このように基底的な社会的に不可欠なものの言及を軽視することは、『論理的』と呼ぶのには相応しくない。それは、一般に受け入れられている法的伝統と考えられているものを承認しているに過ぎない。⁽²³⁾

恐らくリーガルリアリストで最も著名なのは、Karl Lewellyn 教授であろう。⁽²⁴⁾ 同教授の著書『コモンローの伝統 (The Common Law Tradition)』は、彼が「グラランド・スタイル」と名付けたやり方で判決を下した上訴審裁判官たちを賞賛している。⁽²⁵⁾ 同教授の功績の一つは統一商事法典 (Uniform Commercial Code: U.C.C.) であった。それは、リーガルリアリズム的アプローチを大幅に反映するものである。例えば、U.C.C. 102 条の公式コメント一は、裁判官が政策判断を行うとし、法規範というよりは一つの分析方法を提示している。⁽²⁶⁾ それは、次のように述べている。

「本法は、基底的な目的と方針に従って解釈されなければならない。各項の条文は、当該法規範もしくは原理の目的と方針に照らして、また本法全体として読まれなければならない。文言の適用は、含まれている目的と方針に従い、事情に応じて狭義もしくは広義に解釈されるべきである」。⁽²⁷⁾

このコメントは、おそらくは Lewellyn 教授の手によるものであろうが、上訴審における裁判に対する現実主義的アプローチの多くのものを言い当てている。結局のところ、裁判官は裁判官であるために判断をしなければならぬのである。旧リーガルリアリズムが最も上手いだったのは、形式的アプローチに疑問を挟んだことと上訴審裁判官の主観的な方針を実行する行為を正当化したことである。しばしばリーガルリアリストたちが言っていることは、裁判官は関係する利益のバランスを調整しなければならないということに過ぎない。⁽²⁸⁾ しかしながら、リーガルリアリストの中には法規範が裁判官の判決に影響を及ぼすことに著しく懐疑的な人もいる。⁽²⁹⁾ 多くのリーガルリアリストが言うところでは、法理論はせいぜいのところ、偏見、もしくは Lewellyn 教授の用語では、裁判官の「状況感覚 (situation

「sense」に基づく判決を正当化するのである。⁽³⁰⁾ リーガルリアリストの中には、私たちは事実審裁判所を注視すべきだとする人もいれば、⁽³¹⁾ 裁判所間における判例の流れについて、諸々の法律の影響について、そしてさらにはシャイアン族 (the Cheyenne) の法的職業 (Law Jobs) について経験的な調査を行う人もいる。⁽³²⁾ しかしながら、初期のリーガルリアリストのほとんどの人が集中的に焦点を当てたのは、上訴審裁判官であった。⁽³³⁾ 多くのロースクールとローレビュールにおいて、リーガルリアリズムは伝統的な智慧となったのである。⁽³⁴⁾

Llewellyn の研究者人生の大部分はコロンビア・ロースクールで送られることになった。⁽³⁵⁾ 一九二〇年代末、コロンビア・ロースクールの教員たちはカリキュラムを改訂し、伝統的な法カテゴリーというより法の果たす機能に焦点を当てた新しい講義資料を作成しようとした。⁽³⁶⁾ そうした試みの大部分は、関連する社会科学における情報を収集し、上訴審の裁判に焦点が当てられていた講義資料に繋げることであった。⁽³⁷⁾ コロンビア・ロースクールの教授たちが何らかの経験的研究を行った限りにおいては、知るべき者は誰かを問うことに限定される傾向にあった。⁽³⁸⁾ 彼らは何冊かの素晴らしいケースブックを作り出したが、⁽³⁹⁾ これらの著作物はほとんどの法学教師に、契約や不法行為という伝統的なカテゴリーを放棄し、法的資料の機能的な配列に向かう気を起こさせることにはならなかった。⁽⁴⁰⁾ 同書はさらに第二版、第三版を重ね、著者たちは社会科学上ならびに一定の文脈に関連した資料をより一層廃棄する傾向にあった。⁽⁴¹⁾ Christopher Tomlins 教授は次の様に報告している。

「教育内容の転換と機能的カリキュラムが黙示した、「コロンビア」ロースクールが他に歩むべき道に関する議論すなわち研究機関もしくは訓練学校であるかは、一九二八年に Young B. Smith 氏が院長に任命されたことにより頂点に達することになり、リアリストの核となるグループ (William O. Douglas 教授、Hessel Yntema 教授、Leon Marshall 教授、Herman Oliphant 教授、および Underhill Moore 教授) は辞任した。機能的カリキュラムはそのまま残ったが、

しかし Smith 院長はリアリストが社会調査に関する法的訓練を吹き込もうとした試みに終止符を打った⁽⁴²⁾。

伝統的なリアリストたちは経験的な調査を行うことを話題にしていたが、実際にはほとんど実施されなかった。⁽⁴³⁾ John Henry Schlegel 教授は、Charles Clark 教授および William O. Douglas 教授の著作、並びに Underhill Moore 教授の著作に注目した。⁽⁴⁴⁾ 同教授は結論として次のように述べる。「一貫した知的力として、アメリカの法思想 (legal thought) において、リーガルリアリズムは砂山に突っ込んだに過ぎない」⁽⁴⁵⁾。Schlegel 教授は次のように説明している。

「リアリストの社会科学的研究は消滅した。なぜならば、^(一)それが企てられた制度化された状況は一時的である、^(二)それを企てた指導者たちの個性が特異であること、および ^(三)そのような調査を行うことと現代の社会科学とを調和させることは困難である、からである」⁽⁴⁶⁾。

Schlegel 教授がわれわれに示したのは、イェール・ロースクールにおけるこれらの先駆者たちは法に関する経験主義的研究は時間だけでなく、費用も掛かることに気づいたことである。経験主義的リアリストたちは、資金が枯渇した大恐慌の最中に研究を行おうとしたのである。さらに、イェール大学は、富裕層の寄付者に依存する私立大学であった。彼らの多くは、研究者の駆け引きや自分たちの研究が提起したアメリカの法制度に関する質問を受けることを喜ばなかった。⁽⁴⁸⁾ それにもかかわらず、Carr 教授とその同僚は、州裁判所の民事訴訟が主に行政訴訟の性格を有していること、および刑事訴訟における司法取引が果たしている役割を実際には発見しているのである。⁽⁴⁹⁾ もちろん、経験主義的リアリストのある者は、学者として傍観者のままでいるよりも、ニューデールのために働くのにワシントンに行く機会を得た方がより魅力的であると感じた。例えば、アメリカ連邦最高裁判所 William O. Douglas 判事は、大規模な破産に関する経験主義的研究を経て、最高裁判所判事になる前は、証券取引委員会 (Securities and Exchange Commission) の委員長を務めていた。

Schlegel 教授の報告によれば、ロースクールの教授の多くはイエール・ロースクールにおける経験主義的研究は無関係であるか、もしくはは些末なことであるとしていたとのことである。同教授は、裁判所の混雑 (court congestion) の問題が存在することを「知っていた」、Felix Frankfurter 教授 (後に最高裁判所判事) のような、進歩的改革者たちの反応を記述している。⁵¹⁾ Clark 教授が、彼らの予想を支持しなかった州裁判所の仕事に関する経験主義的研究を行った時に、これらの改革者たちは同教授の研究を無視するか、攻撃した。⁵²⁾ Schlegel 教授によれば、これらの改革者たちにとって、「当面の改革目的を推進しなかった事実収集は刊行するに値しない学問であるが、それは世界がどの様に構成されているかに関する彼らのモデルに適合しない事実収集が無関係な人の集まりであったのと符合する」のである。⁵³⁾ 経験主義的研究の成果をはぐらかし、否定することは、今なおロースクールの教授や最高裁判所判事においてあまりにもごく普通に見られることである。

第二次大戦後、シカゴ大学ロースクールはフォード財団から多額の補助金を獲得した。⁵⁴⁾ 補助金の大半は Henry Kalven 教授と Hans Zeisel 教授が立ち上げた陪審プロジェクトの資金を賄うことになったが、われわれは Soia Menschikoff 教授の仲裁プロジェクトのことを忘れてはならない。⁵⁵⁾ 双方のプロジェクトは、法的テーマの研究に新たな方法を開発し、それぞれ興味深い研究成果を公表している。しかしながら、いずれも伝統的な領域における上訴審判例に特に焦点を当てるものではなかった。⁵⁶⁾ 結果として、伝統的なアメリカの法学に何らかの影響を及ぼしたとしても、せいぜいのところわずかであり、間接的であった。⁵⁸⁾

陪審プロジェクトを行ったことで、実際に機能している法制度を調査することは議論的になる可能性があり、調査員とその所属機関が攻撃にさらされることになることを認識することになった。関係する裁判官や弁護士から許可を得てから、同プロジェクトは、ある実際の事件について陪審員が現実に思慮を巡らしていることを記録した。⁵⁹⁾ 同プ

ロジエクトの狙いは、陪審の果たしたことに關して、実験に参加している陪審員や裁判官の意見に基づく研究成果のいくつかを確認しようとするのであった。⁽⁶⁸⁾ そうした「陪審を盗聴すること (bugging)」は大騒ぎとなり、⁽⁶⁹⁾ そのような調査の大部分を禁止する連邦制定法の引き金となった。この社会において権力を持っている者には、自分たちの觀念的な地位の背後にある現実を調査することを歓迎していない者もいる。陪審裁判は、法制度を大衆が民主的に支配する強力なシンボルである。弁護士会の指導者の中には、この種の調査は陪審員たちに否定的に写るかもしれないことに危惧の念を抱く者もいた。さらに、同プロジェクトは陪審員個人のプライバシーを侵害しており、他の陪審員にも自分の見解を表明することに危惧の念を抱かせたかもしれない。なぜならば、彼らは、自分の言葉が把握されているか、また逆に自分に跳ね返ってくるかもしれないということは知らなかったであろう、と思われるからである。最後に、同プロジェクトは、政治家たちがシカゴ大学ロースクールに共産主義のレッテルを貼る隙を与えることになった。同プロジェクトの主導者の一人であった Kalven 教授は、有名な市民的自由の擁護者 (civil libertarian) であったが、一九五〇年代に吹き荒れた反共産主義の嵐により自由言論が侵害されたことに立ち向かった。明確な形では責任は示されなかったが、同プロジェクトを攻撃していた者は、シカゴ大学の教授たちが、伝統的で、これまで育まれてきたアメリカの制度を貶めていると主張した。近年においては、シカゴ大学ロースクールが共産主義へ傾いているとして攻撃する人は皆無であると述べても大丈夫だと思う。⁽⁷⁰⁾

また、一九五〇年代には、ウイスコンシン大学ロースクールの Willard Hurst 教授の著作が刊行され始めた。⁽⁷¹⁾ Hurst 教授の著作を一、二のパラグラフで要約することは不可能である。しかし、Hurst 教授は法制史を真の意味での経験的企てに作りかえた。同教授は、ウイスコンシン州の経済的・政治的發展における法の役割に注視した。Hurst 教授は、州最高裁判所の下した重要な上訴審判例に焦点を当てる代わりに、法を下から上へ見た。⁽⁷²⁾ 同教授は、次のことを問題

とした。すなわち、誰が法のことを考えたのか、また法は彼らに何をもたらしたのかである。ウイスコンシン州の経済発展において法が果たした機能について、いつもの事件のパターンが明らかにするものは何かである。Hust 教授に取つての法は、上訴審判例もしくは法理に関する論文以上のものであった。Hust 教授は、われわれは立法や行政機関の機能に着目すべきであると主張している。同教授は、法律家が何を行い、法律家の活動が経済的社会的発展にどのような影響を及ぼしたのかに関する、最初の、そして今なお最高の研究を執筆した⁽⁶⁵⁾。同教授は、立憲政治 (limited government) という黄金時代に関する考えは誤解を招くものであることを示した。アメリカ人は、常に多様な方法により法を用いようとしたのであり、同教授の言葉を借りれば、「エネルギーを放出させる」ことによつてであった⁽⁶⁶⁾。すなわち、法は人々が金儲けをすることを可能にする仕組みと制度を創り出したのである。しながら、Hust 教授は歴史的記録を空想的に描くことはしなかった。法律家は問題を解決しようとするよりも、あちこちいじくり回したり、回避したりするだけのことが余りにも多かった。法律家たちは無視できない問題に取り組むことを強いられた場合には、社会問題に対する真の解決策というより、短期的で安価な答えを見つけようと、「偽プラグマティズム (bastard pragmatism)」と呼ばれるものに没頭した。前述の通り、こうしたことは Hust 教授を描くためには不適切ではあるが、新リーガルリアリズムにも妥当することを少なくともいくつかは指摘している。Hust 教授はまた、法律学への新たなアプローチを進展させるべく奮闘した。同教授は、法律学と社会科学に双方において数多くの人を探して教育したのであり、それらの人は、後に法律学と社会学において真の意味での貢献をすることになった⁽⁶⁷⁾。Frank Remington 教授は教え子であると同時に大親友であったのであり、現実に機能している刑事法における主要な企画を実施した⁽⁶⁸⁾。Harry V. Ball 教授は当時、駆け出しの社会学者であったが、レミントン・プロジェクトに従事するためウイスコンシン大学に着任した⁽⁶⁹⁾。数多くの人が法と社会学会を創設するために役割を果たした⁽⁷⁰⁾。Ball 教授がいなければ、法と社会

学会のようなものは、可能であったとしても、もつと遅くなるか、または恐らく別の形を取っていたであろう。²⁵

Tomlins氏は次のよう私たちに語った。

「法と社会(研究)はウイスコンシン大学において最大の成果を見た。しかしながら、そこでは、その研究領域には法に『戻らなかった』。なぜなら、法は最初からその中心点であったからである。概念的には、法が中心になっていることは、同分野の目的に関するウイスコンシン大学の卒直な定義において明白である。すなわち、法を、社会的・経済的現象の文脈において従属変数(dependent variable)として文脈的に位置づけることにより一つの主題として調査し、『説明している』。制度的には、法が中心になっていることは、ロースクールにおける説明的なプロジェクトの位置づけにおいて表明されており、法律家のコントロールの下にあって安全になっているのである。二つの特徴は、法と社会(研究)にとってウイスコンシン・ロースクールにおける他では構築することができない『必要な量(critical mass)』を確保した。

・・・法が中心になっていることは、必要な制度的安全性を保證するのであり、安全性があることはその研究領域が発展し、地方の人材を引きつけ、批判的な集団となり、法律学を変容させる影響を与えることを認めることになる。しかしながら、必然的にそれはそうした変化の程度を制限するのであり、しかもその制限はまた、法と社会(研究)が成功することの条件であった²⁶」。

明らかに、ウイスコンシン・ロースクールにおける大半の努力は、法を従属変数として扱っていた。しかしながら、そこにおけるほとんどの人は、法を唯一の研究対象として見ておらず、多くの人はEhrlichの生ける法に近いものを注視していたのであり、それは裁判官、警察官、行政官、および立法者という人々から注意を移したのである。Marc

Galanter 教授は、公的な法制度の外における紛争処理の問題に長い間取り組んでいた。⁽⁷⁵⁾ 一九八六年、私は「私的政府 (private government)」に関する論文を発表したが、それは Sally Falk Moore 教授が半自治的社会領域 (semiautonomous social fields) と名付けたものと、規範を創設しかつ制裁を供給するその他の公式・非公式の諸制度に着目している。⁽⁷⁷⁾ Hurst 教授は、この論文についての長文で詳細なコメントを書いている。⁽⁷⁸⁾ Hurst 教授は同論文に強い関心を示され、熱心に取り組まれた。⁽⁷⁹⁾ 同教授のコメントはすべてが好意的であったわけではない。⁽⁸⁰⁾ Hurst 教授は極めて親切であり、何時も丁寧であったが、しかし私たちが書いたものに賛同しない場合には、手心を加えることはなかった。⁽⁸¹⁾ しかしながら、ある程度は Tomlins 氏を擁護するために、次のことを書きとどめておくことにする。すなわち、Hurst 教授は、人々が私的政府に依存するよりも州の提供する公的な法制度に向かう時について、私の論文が十分な注意を欠いていると⁽⁸²⁾ していた。Hurst 教授は私に対して、人々が法を作り、法制度を創設する必要性を理解するのは何時かに焦点を当てることを求めた。これは従属変数としての法のことである。しかしながら、同教授が唯一示唆したのは、形式的な公法 (public law) に代わるものに焦点を当てた長い論文に一つの争点を付け加えることに過ぎなかった。

私たちは、従属変数としての法に焦点を当てたいと思うこともあれば、時には法が社会に及ぼす影響に焦点を当てたいと思うこともあるが、そうした影響は往々にして間接的で微弱である。私がかつてミツチェル (講義) で述べたように、「明らかかなことは、お金、地位、および影響に関する理論を観察することを命じる理論は、いずれもすべて間違っていることはあり得ないのであり、こうした要因は法にあるすべてであるとする理論は、いずれもすべて正しいことはあり得ない、ということである」⁽⁸³⁾。Lawrence Friedman 教授と私は、法と行動科学に関する講義資料を収集したものを、一九六九年⁽⁸⁴⁾と、一九七七年に出版した。われわれは、初版を出版した時に、法の淵源、効果的な法的行為の限界、および法制度における行為者 (actors) の役割に関して、私たちが主張しようとした内容の優れた論文と

書籍の章を見つけることを迫られた。ある程度は、同書は法に焦点を当てた備忘録であるが、しかしその編集に際して、Friedman 教授と私はまた、補完的で競合的の制度や法文化の広い観念という様なものに関心を向けていた。初版と第二版との間に、その領域においては著しい発展があった。

【注】

- (1) See New Legal Realism Project, at <http://www.newlegalrealism.org/> (last visited May 16, 2005).
- (2) 同作品は、Duke Ellington の息子の Mercer Ellington 氏が一九四一年に作曲したものである。しかしながら、Mercer 氏の言によれば、父親は「私に課題を与え、不適切であると考える箇所を消し、しかも私が書くようにしたのは違ったメモ デイを提示し(ようにしたのであり)、父親監視の下に私が書いた・・・『昔は良かったね』」に近い編曲をバンドが演奏したとき、それは満足のいくものであったと同時に、示唆的でもあった」。MERCER ELLINGTON WITH STANLEY DANCE, DUKE ELLINGTON IN PERSON: AN INTIMATE MEMOIR 93 (1978).
- (3) 一九二一年、Roscoe Pound 教授は、法学者が経済学や社会学の成果に注視することを要求していた。「われわれがこの点についてしっかりした理論を獲得するにはそれを構築する基礎とである事実が必要である。しっかりした理論を獲得したとしても、それを適用することを可能とする事実を必要とするであらう」。ROSCOE POUND, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW 213-14 (1921).
- (4) John Henry Schlegel 教授は、一九三〇年代初期にイエル・ロースタールにおいて行われた経験主義的調査を用いた実験において、Dorothy Swaine Thomas 教授と (Schlegel 教授の二番目の夫人) Emma Corstvet 女史が果たした役割について報告している。John Henry Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience*, 28 BUFF. L. REV. 459, 521 (1979). 両名は社会科学者であり、Charles Clark 教授のプロジェクトにおける共同研究者であった。Id. Schlegel 教授の記したところでは、「Clark 教授は任命に関して学部から承認を得るのに少々困ったことがあった。なぜならば、Thomas 女史は女性であったからである」。Id. at 521 n.306.

- (5) See Paul D. Carrington & Erika King, *Law and the Wisconsin Idea*, 47 J. LEGAL EDUC. 297, 299 (1997). Morton Horwitz 教授は次のように主張する。「リーガルリアリズムはせいぜいのところ二〇世紀初頭の進歩主義 (Progressivism) に属する改革者の信念 (agenda) の延長線上にあるものに過ぎない」とか見るべきではないか。MORTON HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870-1960*, at 169 (1992). しかして、以下のものも参照。John Henry Schlegel, A Tasty Tidbit, 41 BUFF. L. REV. 1045 (1993) (リアリスト・プロジェクトにおける社会科学の知識がいかなる地位を占めるかに関する Horwitz 教授の見解を批判)。一般的には以下のものも参照。Gregory S. Alexander, *Comparing the Two Legal Realisms — American and Scandinavian*, 50 AM. J. COMP. L. 131, 133-43 (2002) (アメリカのリーガルリアリズムとスキャンジナビアにおいてそれに対応するもの勃興を略述)。
- (6) See 4 JOHN D. BUENKER, *THE HISTORY OF WISCONSIN: THE PROGRESSIVE ERA, 1893-1914*, at 543-48 (1998).
- (7) Gregory Alexander 氏は次のように述べている。
 「一八九〇年から一九一三年の期間は、アメリカにおける経済的、政治的、かつ社会的に途方もない大変動と衝突の時期である。……富と権力集中の進行は、持てる者と持たざる者との格差を拡大し、敵対的な社会・経済集団の間の怨恨感情を深化させた。
 ……
 ……進歩主義者は改革者であつて、革命家ではなかつた。
 ……
 ……進歩的な統治は、自由放任 (laissez-faire) と反パターナリス (anti-paternalism) とが結びついたイデオロギーとは共存するそぶりを見せるものではない。そのイデオロギーは、明らかにパターナリスム的で、干渉主義的であり、特に社会問題においてさうである」。Alexander, *supra* note 5, at 135-37.
- (8) Carrington & King, *supra* note 5, at 326.
- (9) See JOHN R. COMMONS, *MYSELF: THE AUTOBIOGRAPHY OF JOHN R. COMMONS* 107-111 (1963).

- (10) Carrington & King, *supra*, note 5, at 324.
- (11) *Id.* at 329.
- (12) See EUGEN EHRLICH, *FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE SOCIOLOGY OF LAW* (1936). William Herbert Page 教授が Eugen Ehrlich の研究成果を評価していることは、一九一四年のアメリカ・ロースクール連盟の会で示された。それを再録したものが、William H. Page, *Professor Ehrlich's Czernowitz Seminar of Living Law*, in READINGS IN JURISPRUDENCE 825 (Jerome Hall ed., 1938) である。Schlegel 教授は次のように報告している。
- 「一九一四年の春『当時は、ウイスコンシン大学ロースクールの Underhill 教授は』『ウイスコンシン大学の』法学・哲学のカリキュラムの編成を手伝い、それに加わったのが、John Commons 教授、Richard T. Ely 教授、および著名な道徳哲學家 F.C. Sharp 氏であった』。John Henry Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science: The Singular Case of Underhill Moore*, 29 BUFF. L. REV. 195, 229 (1980). 「Commons 教授は『価値と価値評価の法的経済的理論 (Legal and Economic Theory of Value and Valuation)』にひいて述べていた。Ely 教授は『私有財産の社会理論 (The Social Theory of Private Property)』にひいて Sharp 氏は『司法的立法の諸原理 (Principles of Judicial Legislations)』にひいて述べた』。*Id.* at 229 n.200. Schlegel 教授はまた、Underhill Moore 教授が一九一四年にシカゴ大学ロースクールの教授に就任したことも報告している。*Id.* at 229. シカゴ・ロースクールでの彼の給料は、五千五百ドルであった。*Id.* at 229 n.205. 彼がそのままウイスコンシン・ロースクールに止まっていたとすると、四千ドルを得ていたであろうとする。*Id.* あるものが世界においてそのままとあることを知るのは励みになる。
- (13) Page, *supra* note 12, at 825 (生ける法にひいての Ehrlich の記述を引用)。
- (14) See WILLIAM HERBERT PAGE, *THE LAW OF CONTRACTS* (2d ed. 1920).
- (15) See 4 BUENKER, *supra* note 6, at 657 (「一九一四年、一四年間に及ぶ勝利の年月の後に、進歩的な共和主義者たちは最終的には敗北を味わうことになった」)。
- (16) See 5 PAUL W. GLAD, *THE HISTORY OF WISCONSIN: WAR, a NEW ERA, and DEPRESSION, 1914-1940*, at 41-42 (1990).

(17) *Id.* at 12 (最も著名なウイスコンシン大学の政治的リーダーであった、上院議員 Robert M. LaFollette 氏は、自らの名声と影響力を掛けて、まず第一に、第一次世界大戦に参加するの阻止する、結果として失敗に終わった企てを支持し、次に和平会議 (Peace Conference) において和解草案の批准を阻止する、成功裏に終わった試みを支持した)。

(18) See Cora Lee Nollendorfs, *The First World War and the Survival of German Studies: With a Tribute to Alexander R. Hohfeld, in TEACHING GERMAN IN AMERICA: PROLEGOMENA TO A HISTORY* 176, 181-83 (David P. Benseler et al. eds., 1988). Cora Lee Nollendorfs 教授は次のように述べている。ウイスコンシン大学は、「多くの者が・・・と主張しているようなドイツ化されたものではないことを立証する大変な圧力を掛けられていた」(*Id.* at 181.)。さらに、「一つのグループとしてのアメリカ学士院会員とアメリカの高等教育機関全体は、一定の範囲内ではドイツ支持であると考えられていた」(*Id.* at 183.)。この時代には当然のこととして、多数の大学教授、取りわけ自然科学においては、ドイツの大学から学士より上の学位を獲得していた (*Id.*)。大学の在学生もまた、そうした攻撃を免れるものではなかった。例えば、国家安全連盟 (National Security League) 代表のプリンストン大学学生の Robert McNutt McElroy 氏は、彼が一九一八年四月に呼びかけたキャンパスの忠誠集会についての気まぐれな説明を公にした時にウイスコンシン大学の注目を集めることとなった。学生たちは、降りしきる雨の中を貯蔵用パビリオンまで行進したこと、聴衆は寒くて気詰まりだったこと、しかも彼の演説は長すぎたことは、McElroy 氏には不安感を説明する理由としては十分なものではないように思えた。彼は、学生たちを「地獄に墮ちた裏切り者集団」と呼び、そのことでウイスコンシン州出身者の愛国主義について驕然たる公開討論を引き起こしたのである。5 GLAD, *supra* note 16, at 41.

(19) See MORTON HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870-1960*, at 169-92 (1992).

(20) SAMUEL WILLISTON, *THE LAW OF CONTRACTS* (1920).

(21) JOSEPH HENRY BEALE, *A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS* (1935).

(22) AUSTIN WAKEMAN SCOTT, *THE LAW OF TRUSTS* (3d ed. 1967).

(23) Lon L. Fuller, *Williston on Contracts*, 18 N.C. L. REV. 1, 9 (1939). Samuel Williston 教授の研究成果に関する、もう一人別

の著名なりアリストによる批判的な取扱いについては、Walter Wheeler Cook, *Williston on Contracts*, 33 ILL. L. REV. 497 (1939) 参照。私は、N.E.H.HULL教授が次のように述べているのを発見して驚いた。すなわち、Williston教授は「ロースクールにおいて社会科学を教授する動きの指導者として」(Roscoe) Pound教授を賞賛した。Williston教授は「社会科学者の出した結論 (findings) に基礎をおいた労災 (workman's compensation) のような法律を立法化するのに際して、Pound教授が先頭に立った」と満足していた」。N.E.H. HULL, ROSCOE POUND & KARL LEWELLYN: SEARCHING FOR AN AMERICAN JURISPRUDENCE 167 (1997).

(24) 歴史を隅々まで紐解けば、Walter Wheeler Cook教授の国際私法における著作にも焦点を当てることになる。私自身が本格的なりアリズムに初めて接したのは、一九五〇年代初頭、スタンフォード・ロースクールにおける Moffat Hancock教授の国際私法のクラスにおいてであった。Cook教授は Hancock教授のヒーローであった。そして、私がスタンフォード・ロー・レビューの一員であった時に、私たちは、John Henry Merryman, *The Authority of Authority: What the California Supreme Court Cited in 1950*, 6 STAN. L. REV. 613 (1954) を公にし、さらにリステイトメントを嘲笑する私の大好きな教授のうちの一人がいたので、かなり伝統的な法学教育により法学修得に奮闘した。私は一年間、William Denna 首席裁判官のロークレークを勤めた後、一九五六年にシカゴ大学ロースクールの Bigelow ティーチングフェロー兼インストラクターとなった。そこで、私は開志満々の Karl Lewellyn 教授を目の当たりにした。しかしながら、シカゴでの私の指導教授は Malcolm Sharp 教授であった。私は同教授と Fritz Kessler 教授との共著である高度にリアリスト的なケースブックから契約法について多くのものを学んだのであり、私が契約法を教え始めた時に同書を使用した。See FRIEDRICH KESSLER & MALCOLM PTSMAN SHARP, *CONTRACTS: CASES AND MATERIALS* (1953). ロースクールの教授として私が最初に発表した論文の一つは、カリフォルニア州最高裁判所の Roger Traynor 判事が下した契約判例を扱ったものであった。Stewart Macaulay, *Justice Traynor and the Law of Contracts*, 13 STAN. L. REV. 812 (1961). Traynor 判事は確かに、この国の法廷に着席した上訴審裁判官で名実ともにリアリストの一人であった。See generally *id.* ほとんどの場合、私の世代の法学教授の中では、リーガルリアリズムは歩むべき道に過ぎないと考えられている。

(25) KARL N. LLEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS 5 (1960); *see also* WILLIAM TWINING, KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT, at viii (1973).

(26) U.C.C. § 1-102 (2001).

(27) *Id.* § 1-102 cmt. 1.

(28) William W. Fisher 教授、Morton J. Horwitz 教授、および Thomas A. Reed 教授は、次のように主張した。

「リーガルリアリズムは、ほとんどのアメリカ人が大切にしている関連する三つの理想を問題にした。すなわち、アメリカ合衆国においては、国民（選出されていない裁判官ではなく）が、自分たちが統治される法規範を選定するという観念、司法審査の制度は、代表民主制を損なうというよりは、それをより強固なものとするとの信念、および、私たちが持っているのは、人の支配ではなく、法の支配、すなわち法の前には万人が平等との信念である。第二次大戦以降に急増しているアメリカの法理論の大部分が抱いている願望は、「こうした要求に応じることであった」。AMERICAN LEGAL REALISM, at xiv-xv (William W. Fisher III et al. eds., 1993).

(29) *See* JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE, at viii (1949); ROBERT JEROME GLENNON, THE ICONOCLAST AS REFORMER: JEROME FRANK'S IMPACT ON AMERICAN LAW 60-65 (1985); Jerome Frank, *What Courts Do In Fact*, 26 ILL. L. REV. 645, 647-48 (1932). つかこながら Lawrence Friedman 教授は、次のようにリアリストのルール懷疑主義に対する重要な社会学的制約を提示している。

「法システムの中には、一定レベルにおける非裁量的規範の形成に向けた強い傾向が見られるのであり、それが最も顕著なのは、取引の大量で、日常的な取扱いをすること、それは法システムの何らかの代理人を介して伝えられるが、そうしたことが社会的に重要である場合、もしくは法的期待の相対的確定性が重要な意味をもつ場合である。・・・法システムには、現実に語られているものよりも、形式的に語られている裁量的規範の方がずっと多い」。Lawrence M. Friedman, *Legal Rules and the Process of Social Change*, 19 STAN. L. REV. 786, 794 (1967); *see also* ARTHUR L. STINCHCOMBE, WHEN FORMALITY WORKS: AUTHORITY AND ABSTRACTION IN LAW AND ORGANIZATIONS

(2001).

(30) See TWINING, *supra* note 25, at 225 (1973). William Twining 教授は次のように記している。

「弁護士の見点から、全体的なコミュニティの『モーレス (mores)』の見点から他に、ビジネスマンと同じように事実を見ることができ、商事事件における「一人の」裁判官は、『状況感覚』を把握しており、もしそれが示す状況と問題とについて平均以上の優れた理解力を有しているとすると、その裁判官は『智慧』がある」。Id.

(31) See *supra* note 29.

(32) See generally KARL N. LEWELLYN & E. ADAMSON HOEBEL, *THE CHEYENNE WAY: CONFLICT AND CASE LAW IN PRIMITIVE JURISPRUDENCE* (1941) (シャイアン族の法慣習を分析)、それらの「法的美 (jurisic beauty)」を明らかにしている。

(33) Schegel 教授は、「イェール・ロースクールにおけるリアリストの一人である Walton Hamilton 教授が、「法における経験主義的研究に積極的に反対した」と述べている。Schlegel, *supra* note 4, at 491 n.153. Jerome Frank 教授以外のほとんどのリアリストは、上訴審における裁判過程 (judging) に焦点を当ててきた。そのものように、Llewellyn 教授はより一層複雑な話しを提示した。同教授はその内のいくつかを自分自身で行おうと試みた。

同教授がフィールド研究で主として力を入れたのは、最初の結婚が破綻した後に行った離婚研究であった。それは社会学と Llewellyn 教授自身の直観とが奇妙に混じり合ったものであった。See generally K.N. Llewellyn, *Behind the Law of Divorce* (pts. I & II), 32 COLUM. L. REV. 1281 (1932), 33 COLUM. L. REV. 249 (1933). Twining 教授は次のように述べている。「その離婚研究は、ロロンビアでの実験の年月において、『(社会) 科学者』の企てを真似ようとした Llewellyn 教授の唯一のものであった。その期間の残された間、ほとんどすべての人を安心させ、かつその利益のために、彼は屋内で何不足なく過した」。TWINING, *supra* note 25, at 195. Llewellyn 教授は人類学者の E. Adamson Hoebel 教授と協力して、一九四一年に出版された『シャイアン族のしきたり (The Cheyenne Way)』として結実した研究を行った。しかしながら、Llewellyn 教授がフィールド調査に従事したのはわずかな時間であり、Hoebel 教授が情報提供者に対応した。John M.

Conley & William M. O'Barr, *A Classic in Spite of Itself: The Cheyenne Way and the Case Method in Legal Anthropology*, 29 LAW & SOC. INQUIRY 179, 179 (2004). John Conley 教授と William O'Barr 教授は次のように述べている。

「その夏の終わりに、Llewellyn 教授と経済学者である、彼の……妻は、モンタナで十日間、Hoebel 教授に加わった。——シャイアン族の中で彼が過ごしたのはただそれだけの日々であった。その時に撮られた一枚の写真は、Llewellyn 教授とその妻がオーブンカーのコンパチブルの後ろ座席に座り、彼のインタビュウを受ける順番を待っている年配のインディアンも一緒であった」。*Id.* at 186.

Llewellyn 教授は、Moore 教授が法に反応した行動を研究して、本当の意味で社会学者になろうとしたことを批判した。Schlegel 教授は次のように述べている。

「Corbin 教授や Llewellyn 教授のような人にとっては、ロースクルの世界から、理論とその実用化に関する実質的な洞察を公表するために、彼らの傑出した能力を発揮する十分な場所を提供されていて満足しているのであり、Moore 教授の研究成果は不十分なものであるに過ぎなかった。シンシナチイに行き、「身近なところで銀行の窓口係の仕事ぶりを観察しよう」とすることは、親しい銀行員を訪問すれば、ちよつとした想像を連想と相まって、同一の情報が提供されると思われる場合には、的はずれである。

JOHN HENRY SCHLEGEL, *AMERICAN LEGAL REALISM AND EMPIRICAL SOCIAL SCIENCE* 237 (1995) (footnote omitted). Llewellyn 教授が強大なデータセットに示した反応は、「アメリカ連邦最高裁判所の Oliver Wendall Holmes 判事が Louis Brandeis 判事に対して示した次のような反応を想起させるものである。

「Brandeis 判事は次のように Holmes 判事に語ったことを思い出した。すなわち、「もし彼が本当に『知性を磨きたい』と思つたら(何時もそのことを口にしていたように)、そうするやり方はもっと多くの哲学書を読むことではなく、……事実の世界についての何らかの感覚を得ることである。また彼から読書プランを作成するように頼まれ——彼は大変興味を示した——、私は彼に伝えたのは、書籍に駆られて極端に走る可能性があるような本を何冊か手に入れ……まじょうということと、さらには人生の展示物(exhibit)を幾つか入手すべきであるということであった。私は織物産業を提

案し、休暇の時には彼に、ローレン (Lawrence) とローエル (Lowell) が近いので、そこに行つて見るようにすすめた。PHILIPA STRUM, LOUIS D. BRANDEIS: JUSTICE FOR THE PEOPLE 309-10 (1984). Holmes 判事の答えは、「私の不滅の精神がそうしたものの『事実』に深く関わることは良いことであろうということにほとんど疑問はないが、．．．しかし私は退屈なものはいやだ」。Id. at 310. 同様に、Grant Gilmore 教授は次のように観察している。彼は私の経験主義的研究成果に「まったく興味を示さなかった」が、その理由は、「皆さんが何かを記述し終わった時に、手にしているもののすべては一つのリストであるからである。それ自体としてリストは意味がなく——誰かが沢山の木を集めて森にするのを待っているようなものである」。Stewart Macaulay, *Popular Legal Culture: An Introduction*, 98 YALE L.J. 1545, 1546 n.8 (1989) (Gilmore 教授を引用)。私はこれに答えて、「法の問題についての経験主義的研究はしばしば、学者たちの集めた森においては、木は輝きを有しているか、または空想の創造物である」とした。Id.

リアリストの中には、法は単なる合理化もしくは誤った意識であると見る者もいた。Llewellyn 教授はそうではなかった。Hull 教授は次のように述べている。「Llewellyn 教授は、リアリスト集団のなかのデータの集積者と行動観察者が行わなわなかったやり方で、法を評価し、愛しつづけた」。HULL, *supra* note 23, at 242. 彼女はまた、Pound 教授の中国の刑事司法制度研究のアプローチと Llewellyn 教授のシャイアン族についてのアプローチを比較している。「Pound 教授は西欧流の社会科学的研究の調査を辺境 (provincial) の役人について企図して押しつけようとした。Llewellyn 教授は地方の「法執行官」に耳を傾け、彼らの目を通じて世の中を見ようとした。Pound 教授は広範な比較と類型化を通じて一般化しようとした。Llewellyn 教授は個々の事例の話しを通じて詳述しようとした」。Id. at 313. Llewellyn 教授というと、彼が「感知力 (feel)」と呼ぶものを通じて人は世の中を知った。Id. at 296 & n.47. 感知力は、「世の中を知る一つの方法であったのである。Llewellyn 教授は、シャイアン族の法のリズムを感じ、シャイアン族が困難な事例を通じて自分たちの道への様にして感じたかを理解した」。Id. at 296 n.47. Hull 教授の記したところでは、Llewellyn 教授は単なる行動には興味を示さない——「還元主義者 (reductionist) であろうし、Llewellyn 教授は単純化を好んではいなかった。彼は複雑性を愛し、それをこのほか楽しんだ」。Id. at 285. Hull 教授は次のように Llewellyn 教授のアプローチを批判している。

「Llewellyn 教授は現実を直接扱ったことはなかった。…彼が十日間シャイアン族の特別保留地で過ごした時でさえも、彼は誰か別の人の現実における旅行者であった。シャイアン族は図抜けた才能を有する、直観的な立法者ではなかった。彼らは、交渉による和解、ジュエスチャー、脚本化されたミニドラマ、ならびに巧みに韻文化された口頭の伝承について長い歴史を有する人びとであった。Llewellyn 教授のロンマンチックな嗜好と彼の息もつけないほどの姿勢は彼らを別のものとした」。Id. at 332.

かくして、私に一つの問題が残されている。Llewellyn 教授が、たとえば五五才で、二〇〇四年六月にシカゴで開催された法と社会学会の第四〇周年記念総会で気づいたとしよう。彼は楽しんだであろうか。彼はその年の一月に開催されたアメリカロススクール協会の会合でもっと楽しい時を過ごしたのであるうか。さらに言えば、彼は現行の法と経済のパラダイムの変化にどのような答えを示すのであろうか。Alan Schwartz 教授の観察によれば、Llewellyn 教授は最も現代的な技術である、法と経済の技術を利用しなかったとのことである。Alan Schwartz, *Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory in THE JURISPRUDENTIAL FOUNDATIONS OF CORPORATE AND COMMERCIAL LAW* 12, 18 (Jody S. Kraus & Steven D. Walt eds., 2000). 彼はそうしたもの喜んで採用しようとしたであろうか、またはそうしたものを、科学的リアリストたちが集めた統計の集まりのように、単に反対すべき還元主義の一形態であると見なすのであろうか。Hull 教授が指摘するところでは、Llewellyn 教授は、一九二五年に出版されたアメリカン・エコノミック・レビュー (AER) において、ある程度は法規範のコストへの関心をほのめかしていたとされる。HULL, *supra* note 23, at 139-40 & 139 n.41; see also Karl N. Llewellyn, *The Effect of Legal Institutions upon Economics*, 15 AM. ECON. REV. 665 (1925).

Carl Friedrich 教授が示唆したところでは、Llewellyn 教授が主に興味を抱いていたのは裁判官と法的な役割に就いている者 (legal official) の行動を予言するところであった。Carl J. Friedrich, *Remarks on Llewellyn's View of Law, Official Behavior, and Political Science*, 50 POL. SCI. Q. 419, 421 (1935). Friedrich 教授の考えによれば、Llewellyn 教授は行った行動を社会科学者ならべつするかということには興味がなかった。Id. at 423. Friedrich 教授の主張では、Llewellyn 教授は、アメリカ合衆国とドイツの裁判官がしばしば先例に従わず、判決に誤解を与える正当化事由を提供していることを立証したが、

彼らはなぜそうしたのかについては私たちに語ることはなかった。 *Id.* at 428-29. Friedrich 教授は次のように述べている。「アメリカの裁判官は第一に遠い昔の職業別ギルド (*craft guild*) の一員である。そのような自由な団体では、見せかけは、社会一体性を維持するために正に本質的なものである。官僚的ハイアラキーは役人個人が上司の不興を買わないようにしたいと望むことを宛にするとはできるが、自由な団体のなかでは、説得力のある理屈付けは重要であり、先例原則はそうした理屈付けを説得的なものにする一つの重要な要因である」。 *Id.* at 429. 同教授は、これは Llewellyn 教授が興味を示さない種類の説明である、と述べている。 *See id.* Llewellyn 教授にとって、先例の操作は、悪しき行動に過ぎなかった。 *See id.*

(34) Friedman 教授は、次のように述べている。

「ある重要な意味において、リーガルリアリズムはその敵をほぼ完全にうち砕いて終わりを迎えた。今日、ロースクルの教授集団（もしくははその問題に関して弁護士（集団））に対して、政治が法システムに重要な影響を及ぼしていると考えていること、法規範は外見よりも柔軟性があり、かつ決定的ではないこと、および、法は完全に中立的でもないし、中立的では決してあり得ないと信じていること、これらに沿ったその他の意見を述べたとしても、彼らはただただ欠伸をして合意するであろう。……この陳腐さを彼らがどうするのかは別の問題である」。 LAWRENCE M. FRIEDMAN, *AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY* 493 (2002).

(35) Schlegel 教授は、 Moore 教授がロンビアに赴任した一九一六年のことを思い起こさせた。

「 Moore 教授が遭遇したのは社会科学の創造性が最も高まった時期における知的コミュニティであった。歴史学 (James Harvey Robinson 教授と Charles Beard 氏)、経済学 (Thorstein Veblen 博士と William D. Mitchell 氏)、人類学 (Franz Boas 教授)、教育心理学 (E.L. Thorndike 教授)、社会学 (William F. Ogburn 教授)、そして当然のこととして、 John Dewey 教授である」。 Schlegel, *supra* note 12, at 236. Llewellyn 教授もまた、こうした環境で重きをなしていた。 R. Kamp, *Downtown Code: A History of the Uniform Commercial Code 1949-1954*, 49 *BUFF. L. REV.* 359, 362 (2001). Allen Kamp 教授は次のように述べている。

「Llewellyn 教授の見解と同法についての彼の最初のプログラムは、一九三〇年代の集団主義者の考え方を基盤として発展した。・・・Llewellyn 教授は、かつては学問上のパオニニア (Avant Garde) であり、Franklin D. Roosevelt (FDR) 大統領の (連邦最高裁判所判事を増員する) コートパッキング計画を支持しており、フォークダグンスサーであり、Boas 教授の人類学の学生で、一九三〇年代の急進的、集合主義者の環境を構成する者であった」。Id.

(6) See Brainerd Currie, *The Materials of Law Study*, 3 J. LEGAL EDUC. 331 (1951) ; Brainerd Currie, *The Materials of Law Study*, 8 J. LEGAL EDUC. 1 (1955) [hereinafter Currie, *The Materials of Law Study*, 1955].

(37) Currie, *The Materials of Law Study*, *supra* note 36, at 68-69, 74-75. (「他の学問領域の誤った問題を問い、かつ余りにも多くの答えを期待する傾向はしこく残っている」)

(38) Id. at 72 (「ロロンビア・ロースクールの教員たちが求めた資料は、比較的入手困難なもので、異なった専門用語で書かれており、しかも場合によっては存在していなかった」)

(39) See Robert Stevens, *Two Cheers for 1890: The American Law School, in V. PERSPECTIVES IN AMERICAN HISTORY* 405, 483, 511 (1971).

(40) Edwin Patterson 教授のコロンビア・ロースクールの契約法ケースブックに関する、次のハーバード・ロースクールの傑出した一人の契約法教授のコメントを比較しなさい。

「同書〔契約判例と資料Ⅱ(一九三五年)〕は、始めに特定の証拠から引き出される穏健さについての推論に関する複数の長い意見を載せ、最後に精神科医による複数の引用文を載せている。こうしたものはもちろん示唆的な読み物ではあるが、精神科医ではない教師とそれになる手立ても意志もない学生がそれらを(ロースクールの)教室で議論しても、どの程度学ぶことができるかは疑問視されている。・・・議論の中心は現実には理論的判断に向けられ、その他のものは読むだけにすぎ」。George K. Gardner, *Cases and Materials on Contracts II*, 45 YALE L.J. 1153, 1154 (1936) (reviewing EDWIN W. PATTERSON, *CASES AND MATERIALS ON CONTRACTS II* (1935)).

(41) See ALBERT C. JACOBS & JULIUS GOBEL, *CASES AND OTHER MATERIALS ON DOMESTIC RELATIONS* (3d ed.

- 1952); Currie, *The Materials of Law Study*, 1955, *supra* note 36, at 28-38 (addressing the changes in ALBERT C. JACOBS, *CASES AND MATERIALS ON DOMESTIC RELATIONS* (2d ed. 1939)); *see also* LAURA KALMAN, *LEGAL REALISM AT YALE: 1927-1960*, at 87-97 (1986). Albert Jacobs 教授のケースブックに関する Laura Kalman 教授の議論については KALMAN, *supra*, at 88-90 参照。(「Jacobs 教授のケースブックが辿った運命が示しているのは、自分の学問において法と社会科学との統合を支持するロースタールの教授が、教室においてはなにゆえにかくも頻繁にそうすることに尻込みするのだから。ロースタールの教授に無視され、同書は社会学者達から素人臭いと批難された」。)
- (42) Christopher Tomlins, *Framing the Field of Law's Disciplinary Encounters: A Historical Narrative*, 34 *LAW & SOC'Y REV.* 911, 934 (2000).
- (43) Lawrence Friedman 教授は次のように述べている。すなわち、リアリストたちの「批判は、裁判官たちがどの様に判決を下したかに関する伝統的な説明を攻撃した。しかし、彼らは概念論者たちが占めていた世界、すなわち上訴審判決を打破することはほとんどなかった。いくつかの例外を別とすれば、彼らは実際には生ける法、現実に機能している法を調査したことがなかった。彼らは、下級審裁判所の仕事さえ見なかったし、裁判官が行いかつ判示したものが外の世界でどの様に繰り返されたかについて述べることはなく、あったとしてもわずかであった。おおむね、彼らは法の社会科学的研究を信じており、口先では賞賛していたが、しかし実際にはそれについては何もしないか、行ったとしてもわずかであった」。Lawrence M. Friedman, *Karl Llewellyn and the Riddle of Judicial Decision-Making*, in *RECHTSREALISMUS, MULTIKULTURELLE GESELLSCHAFT UND HANDELSRECHT: KARL N. LLEWELLYN UND SEINE BEDEUTUNG HEUTE* 135, 138 (Ulrich Drobnig & Manfred Rehbinder eds., 1994) (footnote omitted).
- (44) Schlegel, *supra* note 12, at 200.
- (45) Schlegel, *supra* note 4, at 459 (footnote omitted). Schlegel 教授は「リアリズムの衰退という適切なイメージ」をふたらしたとした (*Id.*, at 459 n.1; *see also* KALMAN, *supra* note 41, at 42-44; SCHLEGEL, *AMERICAN LEGAL REALISM*, *supra* note 33, at 1-2; Schlegel, *supra* note 12, at 195-323. 同様に、Kalman 教授は「イェール・ロースタールが

- 一九七〇年代におおつてリアリズムから退却したって、おまひ法と社会の学問について詳説してらる。LAURA KALLMAN, *The Dark Ages, in HISTORY OF THE YALE LAW SCHOOL: THE TRICENTENNIAL LECTURES* 154 (Anthony Kronman ed., 2004); see also ROBERT STEVENS, *LAW SCHOOL: LEGAL EDUCATION IN AMERICA FROM THE 1850S TO THE 1980S* (1983).
- (46) Schlegel, *supra* note 4, at 460.
- (47) Schlegel, *supra* note 12, at 315.
- (48) See KALLMAN, *supra* note 41, at 122, 132-34, 136 (シカゴ・トリブーン紙はかつて、イートン・ローズタールの上ペン・ノートと鎌の旗がはためくつることを示す風刺漫画を掲載したことがあつたを報告してらる。)
- (49) See John H. Schlegel & David M. Trubek, Charles E. Clark and the Reform of Legal Education, in JUDGE CHARLES EDWARD CLARK 81, 108 (Peninah Petruck ed., 1991) (「行った研究成果のすべてについて注目すべき点とは、それが法の限界を指摘し、研究者が由ら関与してらる現象を隔々まで理解してらる場合には、法を超えて見なければならぬことを示唆してらたことである」。
- (9) BRUCE ALLEN MURPHY, WILD BILL: THE LEGEND AND LIFE OF WILLIAM O. DOUGLAS 88-91, 115-16, 124-35, 171-96 (2003).
- (15) Schlegel, *supra* note 4, at 513-19.
- (52) *Id.* at 513-14.
- (53) *Id.* at 519.
- (54) See SCHLEGEL, AMERICAN LEGAL REALISM, *supra* note 33, at 238-44.
- (55) See HARRY KALVEN JR. & HANS ZEISEL, THE AMERICAN JURY (1966); Dale W. Broeder, *The Functions of the Jury: Facts or Fictions?*, 21 U. CHI. L. REV. 386 (1954); Dale W. Broeder, *The University of Chicago Project*, 38 NEB. L. REV. 744 (1959); see also Valerie P. Hans & Neil Vidmar, *The American Jury at Twenty-Five Years*, 16 LAW & SOC. INQUIRY 323 (1991).

- (56) See Soia Mentschikoff, *Commercial Arbitration*, 61 COLUM. L. REV. 846 (1961) [hereinafter Mentschikoff, *Commercial Arbitration*]; Soia Mentschikoff, *The Significance of Arbitration — A Preliminary Inquiry*, 17 LAW & CONTEMP. PROBS. 698 (1952) [hereinafter Mentschikoff, *The Significance of Arbitration*].
- (57) See Mentschikoff, *Commercial Arbitration*, *supra* note 56, at 848 (「商事問題の紛争解決における商事仲裁に典型化される当
事者主義制度の役割」を著者(1959); Mentschikoff, *The Significance of Arbitration*, *supra* note 56, at 698 (「本論文の論旨
は・・・われわれは仲裁過程の有する重要性和生成力 (generative power) が分からなうことである。」)
- (58) このことは、当該研究が上訴審判決の直接的に関連するものであったとすると、アメリカのロースクールの教授はそ
れに注意を払ったであろう、と(1959)を言おうとするものではない。天井のタイトルを見上げることにより、または常
識のある俳優ならどうするかと問う、かいつの問題に沈思熟考して答え出すことの方がはるかに容易であろう。
- (59) See *Recording of Jury Deliberations: Hearing S. Res. 58 Before the Subcomm. to Investigate on the Administration of the Internal
Security Act and Other Internal Security Laws of the S. Comm. of the Judiciary*, 84th Cong. 3 (1955) [hereinafter Hearing on S.
Res. 58] (testimony of Edward H. Levi, Dean, University of Chicago Law School); see also STAFF OF SENATE COMM. ON
THE JUDICIARY, 84TH CONG., REPORT ON RECORDING OF JURY DELIBERATIONS 1-5 (Comm. Print 1956).
- (60) STAFF OF SENATE COMM. ON THE JUDICIARY, *supra* note 59, at 1.
- (61) See Hearing on S. Res. 58, *supra* note 59, at 3; see also STAFF OF SENATE COMM. ON THE JUDICIARY, *supra* note 59, at 1-5.
- (62) 18 U.S.C. § 1508 (2000) (判決の強姦審問や強姦手帳の禁止等)。
- (63) Compare Abner J. Mikva, *The Law School's Fair Image*, 70 U. CHI. L. REV. 259 (2003), with Malcolm P. Sharp, *The
Conservative Fellow Traveler*, 30 U. CHI. L. REV. 704 (1963).
- (64) See, e.g., JAMES WILLARD HURST, *THE GROWTH OF AMERICAN LAW: THE LAW MAKERS* (1950).
- (65) See JAMES WILLARD HURST, *LAW AND ECONOMIC GROWTH: THE LEGAL HISTORY OF THE LUMBER INDUSTRY
IN WISCONSIN 1836-1915*, at xi (1964) (「『重要判例 (Great cases)』と憲法上の論議は、法史を語る際に適切に位置で

けられるに値する。しかし、大部分の生活はメロドラマではなく……」。

Willard Hurst 教授に関するコメントについては、例えば以下のものを参照。Daniel R. Ernst, *Willard Hurst and the Administrative State: From Williams to Wisconsin*, 18 LAW & HIST. REV. 1, 16-19 (2000) ; Harry N. Scheiber, *At the Borderland of Law and Economic History: The Contributions of Willard Hurst*, 75 AM. HIST. REV. 744, 756 (1970) ; Harry N. Scheiber, *Private Rights and Public Power: American Law, Capitalism, and the Republican Polity in Nineteenth-Century America*, 107 YALE L.J. 823 (1997).

(66) Hurst 教授は次のように述べている。

「私たちの多年に渡る国民生活 (national life) において、法律家は、動いて止まない膨大なビジネスマン層の記録のみと調和する社会的創造物の記録を示すことができる。

.....

法律家の創造した物のうち、大部分ではなくても、その多くのものは、古い制度を新しい需要に役立つようにすることからなっている。明らかに、そうしたものは彼らの生み出した物が有する実際上の重要性を損なうことはなく、逆に、それは通常の社会変化のパターンに重要性を置くことになった」。HURST, *supra* note 64, at 336-37.

(67) See generally JAMES WILLARD HURST, *LAW AND THE CONDITIONS OF FREEDOM IN THE NINETEENTH-CENTURY UNITED STATES* (1956).

(68) See Bryant G. Garth, *James Willard Hurst as Entrepreneur for the Field of Law and Social Science*, 18 LAW & HIST. REV. 37, 58 (2000). Bryant Garth 教授は、一九五〇年代初期に、ロックフェラー財団の委員会においてハーバード・ロースクール of Lon Fuller 教授と Hurst 教授との間で繰り広げられた論争を報告している。Id. at 54-55. Fuller 教授は、哲学と法に関する考えを支持したかった。Id. Hurst 教授は、そうしたアプローチに異論を唱え、次のように述べている。「私は法というさらに不快な (grubby) 領域を扱う人びともっと会ってみたい。私がこの領域に入ろうとする人びとに会いたいと思うのは、その領域自体のためではなく、彼らが、例えば契約において有している道具に激怒しているからである」。

Id. at 55. Hurst 教授は議論に勝ち、その補助金を獲得した。明白なことを述べると、私は大いに Hurst 教授の指導のお恩恵をこうもっている。当時、この論争の後程なくで、私は駆け出しの法学教師であった。私は、Hurst 教授がロックフェラー財団から助成を受けた金額の一部を使わせて貰った。事実、私は「契約法という「ラグビー」のフィールド」で「私がついていた」・・・道具に腹が立って」いた。*Id.* 私にはまた妻、故 Jacqueline Macaulay 女史がおり、彼女は社会心理学の大学院生と上手くとけ込み、しかも私の論文を編集した。彼女は、一九六五年に博士号を取り、一九八三年に JD の学位を得た。二〇〇〇年に死亡するまで、法実務に従事していた。彼女は、私が社会科学の慣行に立ち向かう時には、私を掴むことができるたくましい編集者であって、私の散文の意味が伝わる英語とし、また示唆や見識を披瀝してくれた。彼女の死後に私が彼女に捧げた献辞で述べたように、「Jackie は、私の業績のあらゆるものにとって主要な貢献をしたとの名誉を受ける資格がある」。

(69) *Id.* at 39-44.

(70) *See id.* at 40.

(71) *See id.*

(72) *See id.*

(73) 法と社会学会の創設に係る詳細な歴史とその揺籃期については、以下のものを参照。Lawrence M. Friedman, *The Law and Society Movement*, 38 STAN. L. REV. 763 (1986); Bryant Garth & Joyce Sterling, *From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State*, 32 LAW & SOC'Y REV. 409 (1998); Felice V. Levine, *Goose Bumps and "The Search for Signs of Intelligent Life" in Sociolegal Studies: After Twenty-Five Years*, 24 LAW & SOC'Y REV. 7 (1990); David M. Trubek & John Esser, "Critical Empiricism" in *American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box?*, 14 LAW & SOC. INQUIRY 3 (1989).

(74) Tomlins, *supra* note 42, at 958-59 (footnotes omitted).

(75) *See, e.g.,* Marc Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, 19 J. LEGAL PLURALISM 1

- (1981).
- (76) SALLY FALK MOORE, LAW AS PROCESS: AN ANTHROPOLOGICAL APPROACH (1978).
- (77) Stewart Macaulay, *Private Government*, in *LAW AND THE SOCIAL SCIENCES* 445 (Leon Lipson & Stanton Wheeler eds., 1986).
- (78) See Stewart Macaulay, *Willard's Law School?*, 1997 WIS. L. REV. 1163, 1171-72 (Stewart Macaulay 宛の Willard Hurst 教授の手紙 1, 4 (1003 年五月一七日付) を引用。[hereinafter 'Letter from Willard Hurst']).
- (79) See *id.* at 1171 (Letter from Willard Hurst を引用。supra note 78, at 1, 4).
- (80) See *id.* (Letter from Willard Hurst を引用。supra note 78, at 1, 4).
- (81) See *id.* (Letter from Willard Hurst を引用。supra note 78, at 1, 4).
- (82) 例えば、私の私的政府に関する論文について彼が一八三三年に書いた四頁に渡る行間を詰めてタイプされたコメントの中から、三つのパラグラフ示してみよう。
- 「私的政府に関するこの研究報告書を入手したことは喜びにたえない。それは刺激的なもので、私を余り馴染みのない「法律学」に導いてくれる。それはまた二三の疑問をかき立てるのであり、それは、皆さんが同報告書にさらにいじくることを考えたいと思う場合に私が提示するものである。私は整然とした形で書き留めようとするものではなく、私にそれを答えるに不可欠とする場合に、おそらくはそれに行き詰まらない、ということを考えていた。
- 私はその論文について、幅と詳細さにも関わらず、何か不完全な感じを覚えながら筆を置いた。皆さんは私的政府の現実について、その範囲とそれが強制もしくは規律の形式を生み出していることの両方をまとめて、支持しているのであり、また「公的」と「私的」との間の線を曖昧にすることも支持している。しかし、こうしたものが必然的に提示する次の問題に皆さんが真正面から直面することになっても、私は衝撃を覚えることはない。すなわち、私たちは、経験、論理、もしくはそうしたものから、人びとが法に目を向け、さらに他方において様々な私的統治にも目を向ける理由と場合に關して、何らかの説得力ある説明もしくは境界設定 (demarcation) を導き出すことができるのであろうか。八三

頁には、かなり横道にそれた問題、すなわち非法的要因が人間関係の場面を支配する理由は何で、それは何時か、というものがある。しかし、私はその問題はもっと拡大した取り扱いを要求すると考えたい。たとえ結論がほとんど無知をさらけ出すことになるに違いないとしてものである。すべての分業、競争、および他の種類の社会の秩序付けがもたらす区分の不鮮明化を前提にすると、法制度はこれからも私たちの社会経験の大きな、処理しにくい事実であることに変わりはない。私的政府についての満足のいく説明もしくは分析は、その概略を不可避的に、法が用いられる場所はどこで、どこまでかについて理解するところからその大部分を導き出さないのであろうか。

...

最後に、スタイルに関する些少な点、もしくは苛つかせるもの、すなわち、『問題적である (problematic)』のは、現在の学識ある雑誌において、少なくとも耳障りな程度には流行っている言葉である。それはこの論稿においても適切と思われる以上に頻繁に現れている。ウエブスター辞典は、幾つかの完全に代用されるものとして、問題となる (questionable)、「解決されついな」 (unsettled)、「疑わしい」 (doubtful)、「立証されていなく」 (unproved)、「不確かな (equivocal) という単語を提示している」。

See *id.* at 1171-72 (Letter from Willard Hurst を引用。 *supra* note 78, at 1, 4).

(83) Stewart Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences: Is There Any There There?*, 6 LAW & POL'Y 149, 182 (1984).

(84) LAWRENCE M. FRIEDMAN & STEWART MACAULAY, LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES (1969).

(85) LAWRENCE M. FRIEDMAN & STEWART MACAULAY, LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES (2d ed. 1977).

しかしながら、最新版の教授資料においては、膨大な数の優れた論文や書籍の章から選択する大問題に直面した。See STEWART MACAULAY ET AL., LAW & SOCIETY: READINGS ON THE SOCIAL STUDY OF LAW (1995). 政治学者であり、かつ弁護士でもある John Siskokey 氏が、私たちの資料集の最新版の編集に加わった。彼のアイデアと活力がなければ、同最新版は完成しなかつたであらう。Jonathan Simon, *Law After Society*, 24 LAW & SOC. INQUIRY 143 (1999) における私たちの法社会学資料集のすべての版に関する書評を参照。

(訳者後書*)

本稿は、ウイスコンシン大学ロースタールの Stewart Macaulay 教授の、*THE NEW VERSUS THE OLD LEGAL REALISM: "THINGS AIN'T WHAT THEY USED TO BE"*, (2005 Wis. L. Rev. pp.365-403) の前半を訳出したものである。

同教授はアメリカにおける契約法を中心とした研究者として夙に令名が高く、編者代表の *Contracts: Law in Action* vol. I&II 2nd ed. (Lexis/Nexis, 2003) の他、*Law & society: readings on the social study of law* (W.W. Norton & Co., 1995) など、*Law and the behavioral sciences* 2d ed. (Bobbs-Merrill, 1977) の編者である。同教授は、*Changing a Continuing Relationship Between a Large Corporation and Those Who Deal With It: Automobile Manufacturers, Their Dealers, and the Legal System, Law and Society, 1965 Wisconsin L. Rev. 3-212; Private Legislation and the Duty to Read — Business by IBM Machine, the Law of Contracts and Credit Cards, 19 Vanderbilt L. Rev. 1051-1121 (1966); Law and the balance of power: the automobile manufacturers and their dealers* (Russell Sage Foundation, 1966) などに見られるような実証的な研究成果をこれまで多数公表されている。

本稿は、二〇〇五年二月一八日に同ロースタールで開催された新リーガルリアリズム・シンポジウムに関するウイスコンシン・ロー・レビューの特集号における巻頭論文であり、新リーガルリアリズムを総括的に明らかにするとともに、同教授の懐の深い学識に裏打ちされた、長年に渡る研究活動の足跡を端的に示しており、新たな法学研究の道筋を示すものでもある。本稿を訳出するについては、二〇〇五年一月末に、訳者がウイスコンシン大学ロースタールにマコーレー教授を訪問した際、同教授より最新の研究成果として抜き刷りを手渡されるとともに、翻訳の許可を頂いている。

なお、掲載誌の都合上便宜的にマコーレー教授の草稿を二分し、本号にはその前半を掲載し、後半部分は次号に掲載する予定である。

(やまぐち やすひろ・本学法学部教授)