

リーガル・リアリズムの (再) 検討に向けて (1)

——序説的整理と指針の提示——

菊 地 諒*1)
見 崎 史 拓*2)
菊 池 亨 輔*3)

目 次

序 論

1. なぜリーガル・リアリズムを (再) 検討せねばならないか？
 - 1.1. アメリカ法学理解のために——学際性
 - 1.1.1. 形式主義とリアリズム
 - 1.1.2. リアリズムにおける学際性
 - 1.2. 一国史的なりーガル・リアリズム理解の弊害——国際性
 - 1.2.1. 自由法論との類似
 - 1.2.2. リアリストとドイツの法学者
 - 1.3. 法理論としての魅力——現代性
 - 1.3.1. 世界的拡がり——横の次元
 - 1.3.2. 理論の今日的深化——縦の次元
2. (再) 検討の方法論——先行研究の概観
 - 2.1. <リーガル・リアリズムの本質> 追求と論争——体系的理論・実践はあるか？
 - 2.2. 終わらない論争を前にして
 - 2.2.1. 撤 退

*1) きくち・りょう 立命館大学法学部准教授

*2) みさき・ふみひろ 名城大学法学部准教授

*3) きくち・きょうすけ 京都大学大学院人間・環境学研究科准教授

** 文中の〔 〕は筆者による補いを、「……」は筆者による省略を意味する。

- 2.2.2. 再 構 成 (以上、本号)
 - 2.2.3. 類 型 化
 - 2.3. 方法論の組み合わせ可能性
 - 3. 本研究の方法論の意義
 - 3.1. 上記方法論の問題点
 - 3.1.1. 個別の問題点
 - 3.1.2. 全体に共通する問題点
 - 3.2. 本研究の位置づけと特長
 - 3.2.1. 複眼性——バイアスの緩和
 - 3.2.2. 共同的探究の姿勢——活発な討論とそれを可能とする関係性
- むすびにかえて

序 論

我々3名は、2021年4月、リーガル・リアリズムについての研究会を発足し、現在(2023年5月)まで継続して共同研究を行っている。他の法学研究者がこの話を聞いたとき、少なからず不思議そうな顔をする。——なぜ今になって20世紀前半のアメリカの法思想・運動など検討する必要があるのか。もうすでに十分な量と質の研究が存在するし、我が国においても紹介・検討・消化されてきたといえるのではないか。そしてまた、それぞれが個別に研究するのではなく、なぜわざわざ3人が集まって共同で研究するのか——。

本稿は、そうした一見尤もに思われる問いに対する、我々3人の共同の答えを提示することを目的とする。

本論(1.以下)に先立ち、ここでその答えを要約的に述べておけば、次のようになる。——リーガル・リアリズムは、単なるアメリカという一部の地における、乗り越えられた歴史の1頁ではない。リーガル・リアリズムは、現在のアメリカ法学を理解するうえでも、欠かせないものとなり、また、国際的にも、そして現代においても有用な、普遍性を持った法

理論として理解することが可能である。こうした魅力ゆえに、リーガル・リアリズム研究は日進月歩で進んでおり、そうした動向を踏まえうえて、先行研究を再度整理し、検討し直す必要がある。また、以上のような膨大な拡がりのために、リーガル・リアリズム研究を個人で行うことは困難を極める。無理に個人で取り組んだとすれば大きな歪みが発生してしまう可能性が高く、リーガル・リアリズムを共同で研究する意義は大きい――。

以下、本論の構成は次のとおりである。まず、1. にて、なぜリーガル・リアリズムを改めて検討する必要があるのか、3つのキーワード、すなわち学際性（1.1.）、国際性（1.2.）、現代性（1.3.）に沿いつつ説明する。

続いて2. では、リーガル・リアリズムが近年どのように論じられているのか、先行研究の概観を提示する。具体的には、まず、リーガル・リアリズムの本質を追求し、1つの体系や理論として定位しようとするものと（2.1.）、そうした本質追求から距離を取るものにと区分する（2.2.）。そして後者を、理論・体系としてリーガル・リアリズムを論じることから完全に撤退するもの（2.2.1.）、理論・体系としてリーガル・リアリズムを論じることこだわつつも、それが解釈者の再構成物である（＝リーガル・リアリズムの本質と異なる可能性がある）ことを認めるもの（2.2.2.）、リーガル・リアリズムは1つの体系や理論ではなく、複数の体系・理論から成ると主張するもの（2.2.3.）に分ける。

3. では、以上に整理された先行研究について、どのような問題点があるかを明らかにしたうえで（3.1.）、本共同研究がどこに位置づけられるか、そしてどのような意味で既存の先行研究に優位性を持つのかを示す（3.2.）。その優位性は、リーガル・リアリズム研究に発生しやすいバイアスの緩和を可能とする点（3.2.1.）、そしてそれを可能にする共同研究者間の関係性に求められる（3.2.2.）。

さて、本論に入る前に付言しておきたいが、本稿はこのように、我々の共同研究に対して投げかけられる疑問に対して回答し、先行研究を踏まえつつ、その研究の意義を概略的に示すという内容になっている。それゆえ

に、本稿は、いわば我々の共同研究の出発点を示すものであり、より具体的に詳細な研究は今後のものとなる。本稿のタイトルが「リーガル・リアリズムの(再)検討に向けて——序説的整理と指針の提示——」となっているのはそのためである。

1. なぜリーガル・リアリズムを(再)検討せねばならないか？

1.1. アメリカ法学理解のために——学際性

アメリカ法学は、ヨーロッパに比して短いその歴史にもかかわらず、多彩な潮流のぶつかり合いによって豊かな学知を育んできた。アメリカ法学の歴史を描くにあたって、19世紀から20世紀にかけての世紀転換が1つの山場であることは、衆目の一致するところであろう。19世紀の形式主義から20世紀へのリアリズムへの転換は、これまでもアメリカ法学のメイン・ストーリーとして採用されてきた。

1920年代に登場したリーガル・リアリズムは、この物語の中心に据えられる。誰がいい出したか、アメリカの法学者の間では、「今や我々は皆リーガル・リアリストである(We are all legal realists now.)」というフレーズさえ用いられることもある。カルマン(Laura Kalman)によれば、「この言い回しはあまりに頻繁になされるため、それを当たり前ものとして用いること自体が当たり前になっているほどである¹⁾」とのことである。

1) Kalman, Laura. *Legal Realism at Yale, 1927-1960* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1986), 229. カルマンはこの著作で、ハーヴァード大学ロー・スクールとの関係を意識しつつ、イェール大学ロー・スクールにおけるリーガル・リアリズムを素材として、そのアメリカ法学に対する影響を検討している。シンガー(Joseph Singer)は、この著作についての書評の冒頭で、次のように述べる。「ローラ・カルマン氏は、イェールにおけるリーガル・リアリズムについての素晴らしい歴史叙述を、リーガル・リアリズムは失敗したと示唆することで締めくくっている。私は異なる見解を探っている。リーガル・リアリズムは、法的推論や法と社会の関係についての私たちの考え方を根本的に変えた。リーガル・リアリストは、法的な言説の条件を変え、また自己調整的な市場システムという考え方を根底から覆すという点で、驚くほどの成功を収めた。現在の主要な学派」

したがって、リーガル・リアリズムを理解することは、アメリカ法学という営みを適切に把握するための第一歩である。本稿でなされるリーガル・リアリズムの（再）検討も、まさにこの歩みを踏み出すためのものである。

1.1.1. 形式主義とリアリズム

検討の手始めに、これまで巷間に流布されてきた、リーガル・リアリズムにまつわる物語を復習しておきたい。この物語は、ハーヴァード大学ロー・スクールに本拠地を構える形式主義の陣営に対抗して、イエール大学ロー・スクールやコロンビア大学ロー・スクールを拠点に、リアリズムが版図を拡大するという抗争史として展開される。その過程で、リーガル・リアリズムは1920年代から1930年代にかけて、形式主義に対する痛烈な批判者として抗争をリードする役割を果たしたとされている。以下、教科書的な整理に従って、アメリカ法学の歴史を振り返ってみよう。

19世紀のアメリカ法学の出発点ともいべき判例が、1803年のマーベリー対マディソン事件²⁾であった。当時、合衆国最高裁判所の長官であったマーシャル（John Marshall, 1755-1835）は、同事件の判決において、合衆国憲法に反する立法の無効を宣言し、違憲立法審査権を確立した。アメリカの法秩序は、合衆国全体としてはイギリスのコモン・ローを継受しつつも、それぞれの州において、立法および裁判官による法創造によって補充される形で形成されてきた。この判決は、立法に対する合衆国憲法の優越を打ち出すとともに、裁判官による法創造に重きを置いたコモン・ローの発展という、その後の方向性を決定づけるものとなった。

こうして、19世紀を通じてコモン・ローが成熟する中で、アメリカ法学

↘はすべて、重要な意味でリーガル・リアリズムの産物である。ある程度まで、我々は皆リアリストである。」 Singer, Joseph W. “Legal Realism Now.” *California Law Review* 76, no. 2 (1988): 467. シンガーは、リーガル・リアリズムが形式主義を批判した点だけでなく、公/私の区分を批判した点に注目して、カルマンとは異なる物語を描いている。 *Ibid.*, 475ff.

2) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137(1803).

は法的安定性の要請を充足する必要に駆られた。その要因の1つは、特に南北戦争(1861-1865)以後、アメリカ大陸全土にわたる鉄道網の整備と、ヨーロッパからの移民の流入によって、社会経済状況が変化を迎えたことであった。この時期より、アメリカは本格的な産業革命に突入し、「世界の工場」イギリスに追いつけ追い越せと、都市部を中心に産業化・近代化が進行した。人々の経済活動が拡大し、活発化するに伴い、その活動を規律し、紛争を裁定するための安定的なルールを提示することが、アメリカ法学の喫緊の課題として現前した。

この課題に取り組み、19世紀における形式主義を確立したとされる人物が、ラングデル(Christopher Langdell, 1826-1906)である³⁾。ラングデルは、アメリカ各州で蓄積されてきた膨大な判例を整理し、コモン・ローの法秩序を合理化・体系化することで、法的安定性を実現しようとした。そのため的手段は、判例の中から一般的・抽象的な法命題を発見できるような教材を、ケース・ブック⁴⁾として編纂するというものであった。ラングデルは、自らが長(dean)を務めるハーヴァード大学ロー・スクールにおいて、ケース・ブックに基づく教育を実践した。

ラングデルの提唱するケース・メソッドは、判例の中から法命題を発見・整理することを要求した。その背景には、ラングデル自身の形式主義的な法理論——裁判官は、あらかじめ存在する少数の法命題を、それぞれの事例において演繹的に適用することで判決を下している——があった。

3) ラングデルに対するこのような理解が一面的であることは、すでに指摘されているところである。たとえば、Kimball, Bruce A. "The Langdell Problem: Historicizing the Century of Historiography." *Law and History Review* 22, no. 2 (2004): 277-338.; Kimball, Bruce A. "Langdell on Contracts and Legal Reasoning: Correcting the Holmesian Caricature." *Law and History Review* 25, no. 2 (2007): 345-400. しかし、本稿ではこの点に立ち入らない。

4) Langdell, Christopher C. *A Selection of Cases on the Law of Contracts: with References and Citations* (Boston: Little, Brown, 1871); Langdell, Christopher C. *A Selection of Cases on the Law of Contracts: with a Summary of the Topics Covered by the Cases* (Boston: Little, Brown, 1879).

形式主義は、法命題を発見し、体系的に整理することで、裁判における予測可能性を担保し、人々の自由な経済活動を保障するものであるとして、アメリカ法学において好意的に受容された。こうして、19世紀において、形式主義の「正統⁵⁾」は堅固なものとなった。

20世紀に入ると、形式主義の牙城に対する攻勢が強まっていった。世紀転換期のアメリカでは、労働問題をはじめとする社会問題が深刻化した。しかし、形式主義によるかぎり、体系化された法命題から一貫した判決が下され続けるため、社会問題に柔軟に対応することが困難であった⁶⁾。

また、当時のアメリカにおける知的状況として、行動科学・社会科学的観点からの研究が盛り上がりを見せていたことも、形式主義に対する反撃を勢いづけた。19世紀の後半、ジェイムズ(William James, 1842-1910)に代表される心理学の潮流が登場し、20世紀には行動主義的なアプローチが試みられるようになった⁷⁾。行動主義は、人間の複雑な行動を心理的な刺激との関係で分析することで、人間理解の新たな見方を提示した。これにより、判決が法命題から演繹的に導出されるという形式主義のモデルは、裁判官という人間の行動の理解として不適切であることが示唆された。パウンド(Roscoe Pound, 1870-1964)による「機械的法学」批判も、これらと軌を一にするものであった⁸⁾。

5) Grey, Thomas. "Langdell's Orthodoxy." *University of Pittsburgh Law Review* 45, no. 1 (1983): 1-53.

6) ホームズ(Oliver Holmes, Jr., 1841-1935)は、社会の変化に対応した法創造を主張したことで、19世紀の形式主義から20世紀のリアリズムへの転換に先鞭をつけたとされている。「法の生命は論理ではなく、経験であった」という言葉は、あまりにも有名である。Holmes, Jr., Oliver W. *The Common Law* (Boston: Little, Brown, 1881), 1.

7) 心理学者のワトソン(John Watson, 1878-1958)は、心理学の観察対象から人間の意識の状態を排除し、もっぱら人間の行動を観察することを主張し、アメリカにおける行動主義の伝統を切り開いた。Watson, John B. "Psychology as the Behaviorist Views It." *Psychological Review* 20, no. 1 (1913): 172.

8) パウンドは、「演繹の体系としての科学という考え方は時代遅れとなった。この点について他の諸科学で起こった革命は、法学でも生じるべきであり、現に生じている」と述べている。Pound, Roscoe. "Mechanical Jurisprudence." *Columbia Law Review* 8, no. 8

さて、いよいよリーガル・リアリズムにお出まじただくとしよう。20世紀に入り、形式主義に対する批判が重ねられる中で、1920年代から1930年代にかけて、この批判をさらに押し進め、裁判の現実を捉え直そうとする動向が生まれた。形式主義によれば、裁判とはルールを事実適用して判決を下すプロセスであった。これに対し、リアリズムを徹底するならば、ルールや事実は必ずしも決定的な要素ではなく、裁判官がどのような行動をとっているかを重視すべきである。このような関心から、裁判のプロセスの分析を共通の関心に持つ多様な法学者・法実務家が、リーガル・リアリズムを形作っていった。この動向の代表者は、ルウェリン (Karl Llewellyn, 1893-1962) とフランク (Jerome Frank, 1889-1957) であるとされている。

ルウェリンの立場は、ルール懐疑主義 (rule-skepticism) として知られる。ルウェリンによれば、裁判のプロセスにおいて、ルールのみが判決を左右するわけではない。ルウェリンは、「伝統的な指示的ルールの定式化が、裁判所の判決を生み出すうえで大きく作用する要因であるという理論に対する不信⁹⁾」を、リーガル・リアリズムにおける特徴的な指標の1つであると考えていた¹⁰⁾。

フランクの立場は、ルール懐疑主義に加えて事実懐疑主義 (fact-skepticism) であると言われる。フランクは、裁判官にとってルールは判断材料の1つにすぎず、事実もまた解釈を経由するものであって、確定的な要素とはなりえないと主張する。フランクは、「一組の所与の事実に関して、……それらの事実が何であるかを確認するようになるまさにその過程において、裁判官の無数の独特な特性・性癖、そして習慣が、しばしば、彼の判断形成に働きかける¹¹⁾」と述べる。

↘(1908): 608.

9) Llewellyn, Karl N. "Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound." *Harvard Law Review* 44, no. 8 (1931): 1237.

10) *Ibid.*, 1238.

11) Frank, Jerome N. *Law and the Modern Mind* (London and New York: Routledge, ↗

形式主義とリアリズムはアメリカ法学における2つの潮流となり、その潮目においては、様々な論点について抗争が繰り広げられた。特に、裁判のプロセスを眺めるにあたって、法は確定的かそれとも不確定的かという問題は、形式主義とリアリズムの対立軸が鮮明となる論点であった。形式主義によれば、法は確定的で、自己完結的な体系を構成しており、裁判官がルールを事実に適用するにあたって、そこに裁量の余地はない。これに対し、リアリズムによれば、法は不確定的で、外的要因にさらされており、裁判官はルールを事実に適用するにあたって、自由に裁量を働かせることができる。

この論点について両者の立場を折衷し、対立の調停を試みたのは、20世紀を代表する法哲学者ハート(Herbert Hart, 1907-1992)であった。1961年に出版された『法の概念』の初版では、裁判官の裁量に関して、形式主義とリアリズムのそれぞれの主張を取り入れる形で議論が展開されている。ハートによれば、ルールには争う余地のない意味を持った中心部(central core)があるため、一見すれば、その意味に関する争いなど生じないように思われる。しかし、すべてのルールには不確定性の半影部(penumbra of uncertainty)があり、そこでは裁判官の裁量が求められる¹²⁾。すべてのルールについて、そのルールの適用が明確な事例と、そうでない事例とが存在する以上、ルールを適用するにあたって、「確実な核心」と「疑わしい半影」という二重性を排除することはできない¹³⁾。このように、ハートの司法裁量論は、形式主義とリアリズムが互いに見落としている部分を指摘することで、長らく続いてきた対立を建設的に乗り越えることに成功し

↘2017), 119. ジェローム・フランク『法と現代精神』(棚瀬孝雄・棚瀬一代(訳)、弘文堂、1974年) 171頁。

12) Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 12. H. L. A. ハート『法の概念』(矢崎光圀(監訳)、みすず書房、1976年) 14頁。なお、『法の概念』の第3版の翻訳として、H. L. A. ハート『法の概念〔第3版〕』(長谷部恭男(訳)、筑摩書房、2014年)がある。

13) *Ibid.*, 119. 訳133頁。

た¹⁴⁾。

1.1.2. リアリズムにおける学際性

リーガル・リアリズムにまつわる物語を概観したところで、改めて本節で掲げた目標を確認したい。それは、リーガル・リアリズムの理解を通じて、アメリカ法学という営みを適切に把握することであった。なぜなら、「今や我々は皆リーガル・リアリストである」といわれるほどに、現代のアメリカ法学はリーガル・リアリズムの影響を受けているからである。しかし、ここでいくつかの疑問が生じてくる。

第1に、そもそも本当に我々は皆リーガル・リアリストといえるのか、という根本的な疑問がある¹⁵⁾。裁判のプロセスにおいて、はたして裁判官は「直観¹⁶⁾」や「勘¹⁷⁾」で判断することが許されるだろうか？ 裁判における正当化は、ルールを事実に適用して判決を導出するという形でモデル化されている。判決を下すに際して心理学的・社会学的な外的要因が働い

14) ハートによる折衷とは別に、アメリカ法学の系譜を見るならば、形式主義とリアリズムの対立は、プロセス学派において発展的に解消された。プロセス学派によれば、法は紛争を解決するという目的をもっており、その指示を合理的に把握することができる。したがって、法を裁判官の主観に還元するリアリズムは間違っている。一方で、法は制度的なシステムであり、多様な方法で紛争を解決する。したがって、ルールからの演繹のみに依拠する形式主義も間違っている。プロセス学派は、形式主義とリアリズムを共に批判し、法の制度と手続に注目する法理論を提示して、1940年代から1960年代にかけての通説的な地位を維持した。

15) コーエン (Harlan Cohen) は、国際法の観点からこの疑問に取り組み、実際にリーガル・リアリズムの観点がアメリカの国際法学に取り入れられていることを明らかにしている。Cohen, Harlan G. "Are We (Americans) All International Legal Realists Now?" In Giorgetti, Chiara, and Guglielmo Verdirame. *Whither the West? International Law in Europe and the United States* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 33-52.

16) Oliphant, Herman. "Stare Decisis: Continued." *American Bar Association Journal* 14, no. 3 (1928): 159.

17) Hutcheson, Jr., Joseph C. "Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision." *Cornell Law Review* 14, no. 3 (1929): 278. ジョセフ・ハチソン「直観による裁判——判決における『勘』のはたらき」(河田勉・出水忠勝・森池豊武(訳) 法と政治26巻1・2号(1975年) 172頁。

ているとしても、少なくとも、裁判官がそれらを直接に判決の中で持ち出すことは推奨されていない。現代においても、ランゲデルによって提唱された形式主義が色濃く残っているにもかかわらず、皆をリーガル・リアリストとして認定するのは、牽強付会も甚だしいというわけである。

第2に、現代におけるリーガル・リアリズムの影響を認めるとして、それは具体的に誰を指しているのか、という疑問がある。すでに見たように、リーガル・リアリズムの2大巨頭はルウェリンとフランクであり、両名の主張がそのままリーガル・リアリズムとして語られることがある。確かに、ランゲデルによる整理の誤りを指摘したルウェリンのケース・ブック¹⁸⁾や、裁判のプロセスを刺激と人格の関数として捉える「 $S \times P = D$ 」定式¹⁹⁾は、形式主義の批判にあたって重要な役割を果たした。しかし、リーガル・リアリズムをルウェリンとフランクに代表させ、これをルール懐疑主義と事実懐疑主義として整理することで、そこから取りこぼされる部分の影響の大きさを測定できなくなるおそれがある。

第3に、形式主義とリアリズムがハートによって折衷されたという理解をとるならば、なぜ「今や我々は皆ハート主義者（Hartian）である」と言わないのか、という疑問がある。ハートの法理論は、ルール懐疑主義からの異議を認め²⁰⁾、法は不可避免的に「開かれた構造²¹⁾」を持つというものである。もし、形式主義批判が現代アメリカ法学において重要であるという

18) Llewellyn, Karl N. *Cases and Materials on the Law of Sales* (Chicago: Callaghan, 1930).

19) フランクは、伝統的な形式主義を、 R （法的なルール） $\times F$ （事例における事実） $= D$ （その事例の判決）として定式化したうえで、実際の裁判のプロセスは、 S （裁判官に対して事例から与えられる刺激） $\times P$ （裁判官の人格） $= D$ （その事例の判決）であると主張した。Frank, Jerome N. "What Courts Do in Fact. Part One." *Illinois Law Review* 26, no. 6 (1931): 648-649, 655.; Frank, Jerome N. "What Courts Do in Fact. Part Two." *Illinois Law Review* 26, no. 7 (1931): 775-776.

20) ハートによれば、ルール懐疑主義は重要な主張を含んでいるが、それはルールが判決においてどのように機能するのかという点についての理論としてだけである。Hart, *The Concept of Law*, 135. 訳150頁。

21) *Ibid.*, 124. 訳139頁。（強調は原著）

理由でリーガル・リアリストを自称するならば、同じ理由でハート主義者を自称してもよいはずである。

以上の3つの疑問に関して、本稿では1つの仮説を提示したい。それは、いずれの疑問についても、学際性という観点からの回答が可能である、というものである。この仮説によれば、それぞれの疑問に対して、次のような答えが可能になる。

第1の疑問については、リーガル・リアリズムの本質は学際性にあり、形式主義に対する批判は、そこから導き出される可能性のある帰結にすぎない、という回答が可能である。19世紀の形式主義は、法を自己完結的な体系とみなし、裁判のプロセスをもっぱら法内在的なものとして把握したため、その理論的範囲は法学の枠内にとどまっていた。しかし、学際性という観点を重視するならば、法について考えるにあたって、法学に隣接する諸学問と連携することが推奨される。リーガル・リアリズムは、行動主義の隆盛に影響を受け、裁判のプロセスを分析するにあたって、心理学・経済学・政治学をはじめとする諸社会科学の知見を積極的に取り入れようとした。そのため、当時の形式主義に対しては批判的にならざるを得なかった、というわけである。

第2の疑問については、現代におけるリーガル・リアリズムの影響は、学際的な研究に取り組んだ法学者・法実務家の仕事によるものである、という回答が可能である。ルウェリンのルール懷疑主義や、フランクの事実懷疑主義というレッテルは、ある意味でリーガル・リアリズムの姿を戯画化しており、そこに含まれていたはずの学際性を覆い隠してしまった。そのため、たとえばムーア (Underhill Moore, 1879-1949) やオリファント (Herman Oliphant, 1884-1939) のように、法学に学際的な成果を取り入れようとした法学者は、半ば忘れられてしまっている。しかし、現代では、学際的な知見に基づく法学研究はむしろ常識的であることを踏まえれば、リーガル・リアリズムの真の遺産は、むしろ学際性を押し出した点に見出すことができよう。

第3の疑問については、ハートの法理論は学際性を核とするものでない以上、リーガル・リアリストを名乗ることに依然として意味がある、という回答が可能である。ハートの分析は、法を社会的ルールとして捉えるものであり、そこではルールを反復行動として観察する外的視点ではなく、ルールを規準として受容する内的視点が重視される²²⁾。これに対し、リーガル・リアリズムは、学際的な知見を活用しつつ、外的視点から法に取り組みことを重視する。したがって、学際性の影響を強調したい場面では、「今や我々は皆リーガル・リアリストである」というフレーズを用いることが適切である。

以上、本節では、現代のアメリカ法学を理解するために、リーガル・リアリズムを検討するにあたって、学際性が1つのキーワードになるのではないか、という仮説を提示した。学際性の具体的な意味や、学際性の観点から見えてくるリーガル・リアリズム像について、本研究がどのような展望を持っているかについては、本稿3. 以下で論じることとしたい。

1.2. 一国史的なリーガル・リアリズム理解の弊害——国際性

前節では、アメリカ法学という舞台の上で、リーガル・リアリズムに登場してもらった。我々の探究するリーガル・リアリズムは、何よりもアメリカの法学および知的環境の中で生まれたのだから当然である。しかし、リーガル・リアリズムを論ずるにあたって、アメリカだけに視野を限定すべきだとはいえない。というのは、特殊アメリカ的な現象として片づけるだけでは、リーガル・リアリズムが生まれた思想的土壌を捉えきれないおそれがあるからである。また、類似する思想の比較を通じて、初めて各々の問題関心や思考枠組みなどの特色が明らかになることも大いに考えられる。

22) *Ibid.*, 86-88, 訳98-100頁。

リーガル・リアリズムの成り立ちや拡がりについては、図式的に考えて、3つの関係性がありえる。①他国の法思想がリーガル・リアリズムに対して影響を及ぼしたという関係、②リーガル・リアリズムが他国の法思想に影響を及ぼしたという関係、③それぞれが別個独立に形成されたという関係である。名称や内容においてリーガル・リアリズムに類似する理論が他国で見られるという事実だけから、それらの間に影響関係が存すると即断することはできない。もっとも、両者が別個独立に成立したとしても、それらは共通する時代的課題に対応する理論として、同型のものとなった、という可能性も存する。その場合には、影響関係とは別の共通基盤を指摘することはできるだろう。

ここでまさきに念頭に浮かぶのは、自由法論(Freirechtslehre)をはじめとするドイツ法学との関係である。以下ですぐ述べるように(本稿1.2.1.)自由法論とリーガル・リアリズムの間には少なからぬ類似性があり、自由法論からリーガル・リアリズムへの影響関係(上記①)なのか、別個独立に成立した類似性(上記③)なのかが問われうる。もちろん、両面が併存することも十分に考えられる。なお、時代の前後からして、リーガル・リアリズムから自由法論への影響(上記②)は考えにくい。自由法論の隆盛は、20世紀冒頭から第一次大戦の開戦(1914年)まで、あるいはワイマール期(1919~1933年)までであるのに対して、リーガル・リアリズムの開花は1920年代末から30年代にかけてとなっており、時代的に若干のズレが存するからである。一方で、同時代性ということであれば、いわゆるナチス法学とリアリズムという関係性を問うことは可能である²³⁾。

また、リアリズムの名を同じく冠する思想として、北欧リアリズムも有

23) ジェイムズ・Q・ウィットマン『ヒトラーのモデルはアメリカだった』(西川美樹(訳)、みすず書房、2018年)168頁。

代表的リアリストであったルウェリンは、ナチスから好意的に見られていたが、彼自身は当時からナチスをよく思っていなかったようである。Hull, Natalie E. H. *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence* (Chicago and London: The University of Chicago Press, 1997), 237.

名である。別個の出自と展開を有する思想ではあるが、2つのリアリズムの間の関係という点から国際性を語ることもできるだろう。たとえば、アメリカから北欧という方向での関係性を取り上げるならば、北欧リアリズムの一系列に属する代表的論者ロス（Alf Ross, 1899-1979）は、アメリカのリアリズムに接近して判決の予測を主題としつつ、アメリカのリアリズムを乗り越えようと試みたことが知られている²⁴⁾。もっとも、アメリカのリーガル・リアリズムと同様、北欧リアリズムも一枚岩ではなく、むしろ内部で学派が分かれているので²⁵⁾、全般的な関連性を安易に想定することは慎む必要がある。

リアリズムをめぐる知的ネットワークは、20世紀前半という時代そしてアメリカという国を超えて、現代においても拡がりを見せている（本稿1.3.1.）ところではあるが²⁶⁾、そのような現代的展開とはまた別に、アメリカにおけるリーガル・リアリズムの生成・展開期における国際性は、それ自体として興味深い現象である。いかなる知的ネットワークの中で、洗練と選択を経てリアリズムの諸思想が形成されたかを見極めることで、一方ではアメリカにおけるリーガル・リアリズムの独自性、他方では近現代文明諸国の法に共通する課題とそれへの対応の在り方が浮かびあがってくるだろう。

リアリズムの国際的な関係性すべてを視野に収めることは、直ちにはできない。そこで、以下では——まさに本稿のサブタイトルでもある——「序説的整理」として、リーガル・リアリズムとドイツ法学（とりわけ自由法論）の類似性・関係性という領域に一步踏み出してみたい。

24) 佐藤節子『権利義務・法の拘束力』（成文堂、1997年）3、6頁。

25) 出水忠勝『現代北欧の法理論』（成文堂、2010年）1頁。

26) また、本稿で論じることはできないが、我が国の法学がリーガル・リアリズムから何を学び、どのように発展させたかを検討することも、リーガル・リアリズムの理解を深めてくれるであろう。

1.2.1. 自由法論との類似

自由法論とリーガル・リアリズムには共通点が多い。網羅的ではないが、いくつか拾い出してみよう。

第1に、両者が克服・打破しようとした思想が類似している。既存の概念や法文が織りなす体系を完全無欠のものと見て、そこからの演繹による形式的処理でもって法的判断がなされるとする「概念法学(Begriffsjurisprudenz)」的な見方に対するアンチテーゼとして結実したのが、自由法論である。自由法論は、文字や概念に拘泥するスコラ学的な法律学を強く非難する²⁷⁾。これらの点で、形式主義や機械的法学への批判として現れたリーガル・リアリズムと同様の物語の上に成り立っている。その背景には、急速な社会変化に伴う諸問題への対応に法が苦慮していたという共通の事情が存するといえよう。欠陥がある場合には、擬制や概念操作などの「技術的法発見」で済ますことなく、裁判官の「自由な法発見(freie Rechtsfindung)」による法創造がされるべきとされる²⁸⁾。

第2に、裁判においては裁判官の人格や価値判断が作用すると主張した点である。自由法論は、裁判官の人格や価値判断が裁判を決定づけること²⁹⁾、裁判官は事案の結論をまずもって決めてから法源を探し始めること³⁰⁾などを主張した。ゆえに、このような裁判の現実に鑑みると、そもそも形式主義的な主流派法学の方法は法的安定性(Rechtssicherheit, legal certainty)をもたらさない。同様の主張がリーガル・リアリズムでも見ら

27) Kantorowicz, Hermann. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (Heidelberg: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906), 6, 26, 30. ヘルマン・カントロヴィチ「法学のための戦い」田村五郎(訳)『キルヒマン・ラードブルッフ・カントロヴィチ——概念法学への挑戦』(有信堂、1958年)所収、81、105、109頁; Fuchs, Ernst. *Juristischer Kulturkampf* (Karlsruhe: G. Braunsche Hofbuchdruckerei und Verlag, 1912), 1-2.

28) Ehrlich, Eugen. *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft* (Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1903), 6, 19, 21. オイゲン・エールリッヒ「自由な法発見と自由法学」(石川真人(訳))北大法学論集39巻1号(1988年)161、172-173頁。

29) *Ibid.*, 21. 訳174頁。Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 16-17. 訳93頁。

30) Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 20-21. 訳98頁。

れることは前節にて確認した。

第3に、法学および裁判の改革をめざして、心理学、社会学、経済学、統計学などの社会科学との連携強化を試みた点（学際性）を挙げられる。裁判官は、生活の事実と隣接諸科学の成果をよく知っている必要がある³¹⁾。現実の社会に目を向ける自由法論は、これまで法学が用意していた概念や原則からの形式的な演繹に信頼を置かず、心理学の知見を活かした事実認定や、社会学を駆使した社会実情や取引慣行の把握を試みた³²⁾。社会科学の力を借りることによって、法学のよって立つ基礎がより科学的なものとなり、これにより法的安定性あるいは予測可能性が向上すると考えられた³³⁾。

第4に、法学教育の改革である。上記の理想を実現するには、心理学や社会学などを身につけること³⁴⁾、社会の必要や「生ける法 (lebendes Recht)」を知ることが求められる³⁵⁾ため、法の文言を中心とする従来の解釈論教育は不十分とされる。さらに、文字世界よりも法実務の現実こそが重要だという信念から、学生が実際の法律事件の相談を通じて実践のスキルを身につけるリーガル・クリニック的な授業を実施すべきことも提言される³⁶⁾。これらを特に強く主張した自由法論者はフックス (Ernst Fuchs, 1859-1929) であるが、リーガル・リアリズムの代表格とされるフランクにおいても同様の教育改革提言が見られる³⁷⁾。

31) *Ibid.*, 45. 訳128頁。

32) Fuchs, Ernst. *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (Karlsruhe: G. Braunschen Hofbuchdruckerei, 1909), 212.

33) Fuchs, *Juristischer Kulturkampf*, 115.

34) *Ibid.*, 75, 78.; Fuchs, *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 3, 25-26.

35) Ehrlich, Eugen. „Die Erforschung des lebendes Rechts.“ In Rehinder, Manfred (Hrsg.) *Recht und Leben* (Berlin: Duncker & Humblot, 1967), 22, 25-26.

36) Fuchs, *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 32; Fuchs, *Juristischer Kulturkampf*, 74-75.; Fuchs, Ernst. „Die Erneuerung der Juristenfakultäten.“ *Die Tat* 6 (1915): 390.

37) Frank, Jerome N. “Why Not a Clinical Lawyer-School?” *Pennsylvania Law Review* 81, no. 8 (1933), 907-923.; Frank, Jerome N. *Courts on Trial* (Princeton: Princeton University ↗

第5に、主流派の否定による緩やかな結束という構造的類似点も指摘できる。自由法論は、パンデクテン法学 (Pandektenwissenschaft)、構成法学 (Konstruktionsjurisprudenz)、概念法学などと呼ばれる立場における概念偏重や法の無欠缺性などを批判する点では一致していたが、それらに代わってどのような方法で法学や裁判を行うべきかという点については必ずしも一致した積極的具体案を示すことができなかつたとされる。一枚岩になれず、自己の立場の標準化や再生産に至らなかつたという点で、自由法論は、あくまで「運動」すなわち「自由法運動 (Freirechtsbewegung)」であって、厳密には「学派 (Schule)」ではないとされる³⁸⁾。興味深いことに、学派性が否定される点、つまり運動として特徴づけられる点は、リーガル・リアリズムについても当てはまる³⁹⁾。これと関連して、誰が自由法論者なのか、誰がリアリストなのかという人的範囲の特定が明確になされないことも両者の共通点である。

以上はごく大雑把な抽出である。類似点をさらに指摘することも、両者の背景の違いを指摘することも容易にできるだろう⁴⁰⁾。しかしながら、基本的テーゼ等において少なからぬ一致があることは確認できたと思われる。

リーガル・リアリズムと自由法論の関係については、自由法論の代表者

↘ Press, 1950), 234-235. ジェローム・フランク『裁かれる裁判所 上・下』(古賀正義(訳)、弘文堂、1970年) 379-380頁。

フックスとフランクは、いずれも医学教育を模範として引き合いに出しつつ、法実務を体験するかたちでの法学教育を唱道している。急進的な点も含めて両者の構想はかなり類似している。ただし、フランクがフックスを参照したと主張するものではない。

38) 平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開——H. カントロヴィッツを中心として——(四)」法学論叢107巻5号(1980年)70頁; Lombardi, Luigi. *Geschichte des Freirechts* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1971), 37.

39) Llewellyn, Some Realism about Realism, 1233-1234; Bix, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*. 8th ed. (Durham: Carolina Academic Press, 2019), 197.

40) たとえば、制定法主義か判例法主義かをはじめとする法制度の違い、法律家の養成課程の違い、自由法論は法源論への関心が強いのに対して、リーガル・リアリズムは必ずしもそうではないといった違いなどがある。

であるカントロヴィッツ（Hermann Kantorowicz, 1877-1940）自身による検討がある。彼は、リアリストが多様であることを踏まえながらも、共通する理論の特徴を2つ挙げる。1つは、法はルールの体系ではなく事実の体系であるという理論（実体的理論）であり、もう1つは、法科学（legal science）は合理的（rational）でなく経験的（empirical）科学であるという理論（形式的理論）である⁴¹⁾。カントロヴィッツは、これら実体的および形式的理論の部分的な正しさを認めながらも、それはリーガル・リアリズムのオリジナルではないとする。実体的理論はドイツおよびフランスの自由法運動によって、形式的理論はドイツおよびアメリカの社会学的法学派によって唱えられていた、とされる⁴²⁾。

このような評価は、あくまで自由法論者が自ら行ったリーガル・リアリズム評価なので、前者に甘く後者に厳しい可能性もあり、割り引いて考える必要があるかもしれない。しかし、自由法論などのドイツ法学とリーガル・リアリズムの間の類似が、当事者において認識されていたという事実は見逃すことができないであろう。リアリズムに対して辛口の批判（あるいは言い掛かり）を差し向けつつも、最終的にカントロヴィッツはリアリストに深い共感を示している。すなわち、「……アメリカのリアリストは、ヨーロッパの自由法論者と法社会学者が行うと約束したことを行い始めた。我々ヨーロッパ人、我々の大多数は、単に楽器をチューニングしただけであり、アメリカのリアリストがそれを演奏したのである」という⁴³⁾。

ところで、前節において「今や我々は皆リーガル・リアリストである」との言い回しがアメリカ法学において常套句と化していることが確認された。ドイツではどうだろうか。「今や我々は皆、自由法論者である」というのだろうか。

41) Kantorowicz, Hermann. "Some Rationalism about Realism." *Yale Law Journal* 43, no. 8 (1934): 1240.

42) *Ibid.*, 1241.

43) *Ibid.*, 1252.

法哲学者ラートブルフ (Gustav Radbruch, 1878-1949) は、早くも1913年の段階において自由法論を次のように評する⁴⁴⁾。すなわち、「制定法は不可避的に欠缺を有しており、その欠缺内部において裁判官は立法者のごとき自由な法発見をせざるを得ないとの認識は、『自由法運動』の功績であり」、自由法運動のもたらした認識は今日ではすでに旧知で陳腐なものとされるようになったとされる。自由法論の主張はもはや常識だというわけである⁴⁵⁾。

他にも似たような言明は見られる。たとえば、法史学者ヴィーアッカー (Franz Wieacker, 1908-1994) は、自由法論を扱った著作に対する書評において、「今日では根本において、あらゆる法曹が潜在的に自由法論者であると実際にいうことができる」とする⁴⁶⁾。また法哲学者カウフマン (Arthur Kaufmann, 1923-2001) は、次のような評価を残している⁴⁷⁾。「自由法運動は生きているのか、それとも死んでしまったか。自由法運動自身は死んだ。もはや、それは存在しない。……しかしながら、自由法学派が教えたもののうち本質的なものは、自由法学派を越えて作用し、今日もなお直接に生きている」と。これは実質的には「今や我々は皆、自由法論者である」と

44) Radbruch, Gustav. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Aufl. 2. (Leipzig: Quelle & Meyer, 1913), 83-84. なお、和訳の存する同書第9版においても同旨の記述は残されている。Radbruch, Gustav. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Aufl. 9. (Stuttgart: K. F. Koehler, 1952), 162. グスターフ・ラートブルフ『ラートブルフ著作集第3巻 法学入門』(碧海純一(訳)、東京大学出版会、1961年)184頁。

45) もっともこの評価は、自由法運動に近しかったラートブルフによるリップサービス混じりであるかもしれない。彼は、自由法運動の中核にいたカントロヴィッツと深い親交を持っており(平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開——H. カントロヴィッツを中心として——(一)」法学論叢106巻4号(1980年)63-64頁)、また少なくともいっとき自由法論に好意的な時期があった(舟越歌一「ラートブルフと自由法論」同志社法学26巻1号(1974年)41頁)。

46) Wieacker, Franz. „Luigi Lombardi, Saggio sul diritto giurisprudenziale.“ *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 85, no. 1 (1968): 494.

47) Kaufmann, Arthur. „Einleitung.“ In Foulkes, Albert S. und Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Gerechtigkeitswissenschaft: Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre von Dr. H. C. Ernst Fuchs* (Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1965), 9. アルトゥール・カウフマン「現代の方法論からみた自由法運動」(宮沢浩一(訳))法学研究44巻3号(1971年)384-385頁。

読むこともできよう。しかしながら、これらはいわば散発的な評価にとどまる。自由法論の成果（の一部）は常識化したといえるものの、「今や我々は皆、自由法論者である」的な言い回しは、アメリカにおけるような常套句にはなっていない。

そもそも、自由法論はいわゆる「概念法学」批判としてドイツの法学界に旋風を巻き起こしたものの、法学者の世界で最有力の方法論になったとは言いがたい。「概念法学」が通説的な方法という地位から引きずり降ろされた後には、主張の穏当さ（法学者にとっての受け入れやすさ）および主張者の学会における立場も相まって、むしろ利益法学（Interessenjurisprudenz）が主流となっていった。というのも、自由法運動を担った有力な論者であるカントロヴィッツ、フックス、エールリッヒ（Eugen Ehrlich, 1862-1922）は、それぞれ、大学における正教授ポストを持たない若手研究者、法実務家、ドイツの中心部から離れた辺境の地の学者であったからである。この点で、エリート校の有力学者が推進したリーガル・リアリズムとは、その人的基盤の強さがそもそも異なることには注意を払っておきたい。

リーガル・リアリズムと自由法論は、主張の内容における類似点を持つ一方、その後の各国における法学者からの評価という点では異なった道を辿ったといえる。リーガル・リアリズムについては、＜法と経済学（law and economics）＞や批判法学（critical legal studies, CLS）をはじめとして、その復権・後継を語ろうとする立場が現われる（本稿1.3.2.）のに対して、自由法論の後継者を名乗ろうとする有力な思潮は登場しなかった。そのような差異が生まれた理由の探究も、リーガル・リアリズムの特徴を明らかにするうえで有益な視角となろう。

1.2.2. リアリストとドイツの法学者

前項（本稿1.2.1.）で述べた主張の類似性は、自由法論者からリアリスト、より一般的にはドイツ語圏の法学者から当時のアメリカの法学者への影響として整理できる一面がある（全面的にはではない）。

リーガル・リアリズムに対する自由法論の影響については、かねてより指摘されている⁴⁸⁾。とりわけハーゲット (James Herget) らは、リーガル・リアリズムの発想の源泉は自由法運動にあり、そのような思想の輸入に際して特に大きな役割を果たしたのはパウンドの著作であると述べる⁴⁹⁾。リアリストというよりは社会学的法学者として名高いパウンドは、ほぼすべての自由法論の著作を読破しており、特に1904年から10年間ほど、自由法論を含むドイツ法学の諸議論を熱心に紹介するとともに、そのアイデアを採用・加工することで自らの社会学的法学を構築していった⁵⁰⁾。

つまりハーゲットらによれば、パウンドを通じて間接的に自由法論の考え方がアメリカに広がったということになる。第一次大戦後の反ドイツ的感情、言語的な障壁、自らのオリジナリティの主張などといった理由から、リアリストはドイツ語文献を引用しないことがあるが⁵¹⁾、それでもパウンドを介して自由法論がリーガル・リアリズムの1つの起源になったというわけである。パウンドが20世紀前半においてアメリカ法学界のトップに君臨し続けたことに鑑みると、彼を通じた影響は少なくないと推測できよう。また、他にはカードーズ (Benjamin Cardozo, 1878-1938)、コクーレク (Albert Kocourek, 1875-1952)、グレイ (John Gray, 1834-1915) も、ドイツ法学をアメリカに取り入れていく役割を担っていたとされる⁵²⁾。

48) Fikentscher, Wolfgang. *Methoden des Rechts: Anglo-Amerikanischer Rechtskreis* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1975), 282; Rea-Frauchiger, Maria Anna. *Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl N. Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006), 180.

49) Herget, James E. and Stephen Wallace. "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism." *Virginia Law Review* 73, no. 2 (1987): 422-425.

50) パウンドは「自由法」という論争的なことばを冠するのは控え、「社会学的法学」を名乗ったのだが、「社会学的法学」という名称はそもそも自由法論の数ある別称のうちの1つでもあった。

51) Herget and Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 432.

52) *Ibid.*, 426-427.

また、上記のような間接的な影響ではなく、リアリストと自由法論者の直接的な関係を指摘することも可能である。リアリストの代表であるルウェリンとフランクに注目してみよう。

まずルウェリンについて見ると、確かに彼の英語著作を眺める限り、自由法論をはじめとするドイツ語文献の参照は多くない。だが、このことは引用・参照元を示しながらないというルウェリンの執筆流儀⁵³⁾による面も大きいのであって、必ずしも彼がアメリカの議論だけで自足していたことを意味しない。むしろルウェリンはドイツおよびドイツ法学との深い関わりを持っていたことが指摘されている⁵⁴⁾。彼はイエール大学入学前のドイツ留学をはじめとして、何度も渡独しており、1928/29年と1931/32年の学期においてはライプツィヒ大学にてドイツ語で講義をしている。この間、彼は複数の講演を行うなどして、ドイツの法学・法学者との接触を重ねた。

ドイツにおける講義の時期はまさにルウェリンがリーガル・リアリズムの旗上げをする時期と重なっている。ホーウィッツ (Morton Horwitz) によれば、「ルウェリンの『リアリストティックな法理学』とは、一言でいえば、彼が新たに得たばかりのドイツの『自由法』の法理学に関連させて、既存のアメリカ法の傾向を示そうとする、学問的な『切り貼り』作業だった」とされる⁵⁵⁾。ルウェリンは自由法運動の代表者カントロヴィッツとも交流を持っており、1928年にはカントロヴィッツのノートを見せてもらったとも述懐している⁵⁶⁾。

53) Llewellyn, Karl N. *The Bramble Bush: On our Law and its Study* (New Orleans: Quid Pro Books, 2012), 8.

54) Twining, William. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. 2nd ed. (New York: Cambridge University Press, 2012), 89-91, 106-109.

55) Horwitz, Morton J. *The Transformation of American Law, 1870-1960* (New York: Oxford University Press, 1992), 172. モートン・J・ホーウィッツ『現代アメリカ法の歴史』(樋口範雄(訳)、弘文堂、1996年) 219頁。

56) Llewellyn, *The Bramble Bush*, 161.

ルウェリンの上記講義は後にドイツ語著作として出版される⁵⁷⁾のだが、そのうち1つ⁵⁸⁾においては、エールリッヒとウェーバー (Max Weber, 1864-1920) を参考にして法と社会の関係が考察されている。ルウェリンがリーガル・リアリズムの主唱者となっていたことを併せ考えると、この点はリーガル・リアリズムの国際性 (そして学際性) を示唆する。

次にフランクを見てみよう。フランクの場合、ドイツ法学との接近・交流はルウェリンと比べると明らかに希薄である。それでもなお、ドイツ法学からの知的刺激は確認できる。フランクの著には、自由法論の一派とされるヴルツェル (Karl Wurzel, 1875-1931) への高評価が見られる。

よく知られているように、フランクは、法的安定性を達成不可能な幻想あるいは神話だと言い切る。彼によれば、法的安定性という幻想が蔓延しているのは、幼児が父親に見出す安全性・確実性・無謬性を人々は法の中に求めるからである⁵⁹⁾。法的安定性という神話の破壊は、まさにフランクの中心的主張である。その際に彼が、法的安定性の幻想に気づき、そのような幻想が生じる理由 (心理) について探究を始めた先駆者として挙げるのが、他ならぬヴルツェルである⁶⁰⁾。

ヴルツェルはオーストリアの実務家であったということもあり、自由法論においてもどちらかといえば周縁的な位置を占める論者である。だが、その著『法的思考 (*Das Juristische Denken*)』は、エールリッヒによって「現代の大陸における法律学方法論」に関する最高の著作と評された⁶¹⁾。

57) ルウェリンのドイツ語著作の内容全般を紹介・検討した労作として、Ansaldi, Michael. "The German Llewellyn." *Brooklyn Law Review* 58, no. 3 (1992): 705-777.

58) Llewellyn, Karl N. *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft* (Berlin: Duncker & Humblot, 1977).

59) Frank, *Law and the Modern Mind*, 22. 訳58-59頁。

60) *Ibid.*, 11-12, 245-247. 訳46-47, 322-324頁; Wurzel, Karl G. *Das Juristische Denken* (Wien: Moritz Perles, 1904), 93-95. ただし、フロイト心理学的な説明に依拠するフランクは、ヴルツェルの結論には賛成しない。

61) Ehrlich, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München; Leipzig: Duncker & Humblot, 1913), 324. オイゲン・エールリッヒ『法社会学の基礎理論』(河上倫逸・M. ♪

そのような評価が理由となったのかは定かでないが、同書は英語に全訳された。現代法哲学（Modern Legal Philosophy）シリーズの一冊として1917年に出版された『法的方法の科学（*Science of Legal Method*）』に所収され、それを通じてフランクをはじめとするアメリカの法学者に読まれることとなった⁶²⁾。

パウンド、ルウェリン、フランクに関して上述したところは、ドイツからアメリカへの間接・直接の影響について、その一端を示したにとどまる。その程度や意義については、より詳細な検討が必要であろう。

以上、本節ではドイツ語圏の自由法論などとの類似性やそこからの影響関係を切り口とすることで、リーガル・リアリズムの独自性、成立基盤および射程を見極めるにあたってはその国際性に目を向けることが鍵となりうるとの仮説を提示した。リーガル・リアリズムについて、この仮説に立つことで描ける展望については本稿3. 以下でも示すこととしたい。

1.3. 法理論としての魅力——現代性

リーガル・リアリズムと聞いて、現在の日本の法律家・法学者は何を思うであろうか。ほとんどの人は、リーガル・リアリズムは、単なる歴史の1頁として法思想史や法哲学の教科書の片隅に載っている事項にすぎないものであって、現代的意義を持つものだとは考えないのではないだろうか。本研究は、そうした理解は誤りであり、リーガル・リアリズムには<現代性>がある、という可能性を（も）探求するものである。

それでは、その現代性とは何か。本研究で強調したいのは、理論としての魅力である。すなわち、リーガル・リアリズムには、時代や場所を超

↘フープリヒト（訳）、みすず書房、1984年）393頁。

62) Wurzel, Karl G. "Methods of Juridical Thinking." Translated by Ernest Bruncken. In Bruncken, Ernest and Layton B. Register, trans. *Science of Legal Method: Select Essays by Various Authors* (Boston: The Boston Book Company, 1917): 286-428.

え、現代にも通じる普遍的な理論としての側面が存在すると考えられる、というのが本研究の仮説である。

こうしたリーガル・リアリズム理解を示すのは、本研究のみではない。近年、プリエル (Dan Priel) は、オックスフォード・ハンドブックに「リーガル・リアリズムの再来 (The Return of Legal Realism)」という章を執筆した。なぜ「再来」なのか。それは、リーガル・リアリズムが、現代となって、従来とは異なる語り口で論じられるようになってきたからである。曰く、従来は、ギルモア (Grant Gilmore, 1910-1982) の研究⁶³⁾に典型なように、「リーガル・リアリズムは、危機の徴候にして危機への応答であり、「ある特定の歴史的瞬間に果たすべき役割を持つものだ」とされてきた⁶⁴⁾。それに対し、「新しい語りの中では、リーガル・リアリズムは、法学における根本的なもの、つまり、ほとんど法に関する普遍的真理に相当するものとして認識されるようになった」のだという⁶⁵⁾。

では、リーガル・リアリズムの示す普遍的な理論とはどのようなもので、なぜそれが魅力的であるのか。本稿の主題 (タイトル) で示しているように、本稿はあくまで序説にとどまり、それを十全に提示することは論文の射程外であるし、正直に申し上げれば、その用意もまだない。以下の本節における論述は、本研究が以上のような仮説を考えるに至った、いわばある種の傍証である。

1.3.1. 世界的拡がり——横の次元⁶⁶⁾

さてまずは、現在のリーガル・リアリズム研究における主要論者の1人

63) Gilmore, Grant. "Legal Realism: Its Causes and Cure." *Yale Law Journal* 70, no. 7 (1971): 1037-1048. グラント・ギルモア「リアリズム法学——その原因と治癒」(喜多川篤(訳)) 東京都立大学法学会雑誌 6巻1号 (1965年) 87-110頁。

64) Priel, Dan. "The Return of Legal Realism." In Dubber, Markus D. and Christopher Tomlins (Eds.), *The Oxford Handbook of Legal History* (Oxford: Oxford University Press, 2018): 458.

65) *Ibid.*, 459. (強調は引用者による)

66) 1.2. の「国際性」と一部内容が重なるが、1.2. の国際性の主眼が「リーガル・リア

と目される、ライター（Brian Leiter）の何気ない論述から入ろう。近時の論考の冒頭で、ライターは次のように述べている。

この論考は、法のリアリスト理論のための要綱的な内容を提起するものである。私は、初期アメリカ、北欧、イタリア、その他のリーガル・リアリストの仕事から影響を受けてきたが、（またそれらについて書いてきたが、）この論考は、他の人が何を考えたかについてのものではない⁶⁷⁾。

注目したいのは、この引用の中で挙げられている国名である。日本においても、リーガル・リアリズムがアメリカのものに限られないことは、佐藤節子や出水忠勝らの北欧リアリズム法学研究のおかげで知られている⁶⁸⁾。しかし、「イタリア」や「その他」のリーガル・リアリズムとは一体何であろうか。管見の限りであるが、日本ではほとんど知られていないように思われる。

関連して、ライターのこの論考の掲載先にも注目したい。Revista Estudos Institucionais という聞きなれない雑誌であるが、これは、リオデジャネイロ連邦大学の紀要、つまりブラジルのものである⁶⁹⁾。

以上から推察されるのは——あくまで推察であるが——リーガル・リアリズムは、特定の時代と場所（アメリカと北欧）に限られたものではなく、世界的に受容されうる要素を持つ、ということである。

実際、google scholar などのツールを用いて legal realism を検索してみると、近年、アメリカや北欧に限られない様々な国において、リーガル・リアリズムが検討の対象とされていることが分かる。試みに「legal

ゝリズムが生まれた思想的土壌」の理解や、類似する他の法思想理解に資することにあるのに対し、ここでの主眼は、あくまでリーガル・リアリズムの現代的な法理論としての魅力を傍証することにある。

67) Leiter, Brian. "What is a Realist Theory of Law?" *Revista Estudos Institucionais* 6, no. 1 (2020): 334.

68) 佐藤『権利義務・法の拘束力』；出水『現代北欧の法理論』

69) <https://www.estudosinstitucionais.com/REI>（最終アクセス：2023/5/31）

realism” Italian」などと検索をかければ、「ジェノバ・リーガル・リアリズム (Genoese legal realism)」や「ジェノバ学派 (Genoese school)」と呼ばれる存在に気づくだろう⁷⁰⁾。類似したやり方で、ブラジルにおけるリーガル・リアリズムの発展について論じた英語文献も容易に見出可能である⁷¹⁾。他国についても同様に、“legal realism”と併せて国名を検索すれば、少なくない文献がヒットする。

アジアに目を向けてみよう。たとえばお隣の中国では、リーガル・リアリズムの思想を取り入れることで、経済の活性化に資するような財産法制を整備することができるとする文献や⁷²⁾、孔子 (c. 551-479 BCE) などの古典的な儒教思想とリーガル・リアリズムに連続性を見出し、現在の判決を理解するうえで役立つと主張する文献が見つかる⁷³⁾。インドネシアでは、すでに市民権を得た法実証主義的パラダイムに加えて、リーガル・リアリズムを大々的に導入することが正義の実現に資すると論じる文献があり⁷⁴⁾、マレーシアとシンガポールにおけるコンピューター犯罪の法実務の理解に、リーガル・リアリズムが役立つという文献がある⁷⁵⁾。このように、筆者の言語能力上、英語 (と日本語) で書かれた文献のみしか分からないが、

70) https://scholar.google.com/scholar?hl=ja&as_sdt=0%2C5&q=%22legal+realism%22+Italian&btnG= (最終アクセス: 2023/5/31)

71) e. g. Bittar, Eduardo C. B. “Consonances and Dissonances between Legal Realisms: a Comparative Study of the Theory of Law.” *Law and the Janus-faced Morality of Political Correctness* 1 (2021), 161-189.

72) Lan, Gil. “American Legal Realism Goes to China: The China Puzzle and Law Reform.” *American Business Law Journal* 51, no. 2 (2014): 365-427.

73) Ho, Norman P. “Legal Realism and Chinese Law: Are Confucian Legal Realists, Too?” *Tsinghua China Law Review* 13 (2020): 127-147.

74) Nurdin, Boy and Khayitjon Turdiev. “Paradigm of Justice in Law Enforcement in the Philosophical Dimensions of Legal Positivism and Legal Realism.” *Lex Publica* 8, no. 2 (2021): 65-74.

75) Mohamad, Ani M., Nurhazman A. Aziz, Zaiton Hamin and Mohd Z. M. Nor. “Application of Legal Realism in The Criminalisation of Computer Crimes in Malaysia and Singapore.” *BiLD Law Journal* 7, no. 4s (2022): 198-207.

その範囲でも、現在、リーガル・リアリズムが世界中で論じられていることが分かる。

なお、補足的に述べておくと、もちろん、リーガル・リアリズムの論じ方にばらつきはある。その中には、「インドにおける、憲法道徳を介したリーガル・リアリズム——批判的分析 (Legal Realism via Constitutional Morality in India: A Critical Analysis)」というように、リーガル・リアリズムに対して明確に批判的スタンスを取るものもあるし⁷⁶⁾、また、受け入れられる地の伝統や文化に影響を受け、独自の発展を遂げているものもあるだろう⁷⁷⁾。しかし、批判的分析がなされるということ自体、批判されねばならないほどに批判対象——リーガル・リアリズム——が力を持ちつつあるということを傍証しているとも解しうる。また、キリスト教などの普遍宗教が、世界へと広がっていく中で、それぞれの地で変容を被ってもその普遍性が否定されないのと同じく、リーガル・リアリズムのローカルな変容も、その理論としての普遍性を必ずしも否定しない⁷⁸⁾。より積極的には、リーガル・リアリズムの理論としての柔軟性を示すものとして、高く評価することも可能だろう。

76) Hajela, Ashutosh. "Legal Realism via Constitutional Morality in India: A Critical Analysis." *Nirma University Law Journal* 9, no. 1 (2019): 39-62.

77) 興味深い例を1つだけ挙げておこう。「神への信仰、法の独立、裁判官の独立 (Faith in God, Independence of Law and Independence of Judges)」と題された、インドネシアの論者による共著論文では、法の独立性や形式性を強く主張する法実証主義に対置するものとして、リーガル・リアリズムを位置づける。そのうえで、裁判官らは、神（アッラー）の御心をリーガル・リアリズムに基づき積極的に実現していくべきだ、と主張する。Utami, N. Sri, Suteki, Rebto Saraswati and Arief Budiono. "Faith in God, Independence of Law and Independence of Judges." *Justicia Islamica* 15 (2018): 195-208.

78) 「必ずしも」と留保を付けているのは、名称以外に共通性を持たないほどに変容をしてしまっている場合もありうるからである。また、ここで加えて指摘しておけば、realismを冠していても、歴史的にほとんど無関係の場合も考えうる。たとえば、ロシアのリーガル・リアリズムは、学際性を強調し、法社会学の発展に寄与したという点で他のリーガル・リアリズムと共通するが、その歴史と発展はその出自からしてかなり独自のようである。Brożek, Bartosz, Julia Stanek and Jerzy Stelmach. *Russian Legal Realism* (Cham: Springer, 2018).

1.3.2. 理論の今日的深化——縦の次元

近年の文献の状況を概観して気づくのは、以上のような世界的な拮がりだけではない。こちらがより重要であろうが、今日、自身がリーガル・リアリストであること、あるいは少なくともリーガル・リアリズムに依拠することを明示し、理論の深化を図ろうとしている論者が少なくないのである。世界的な拮がり(1.3.1.)が、リーガル・リアリズムが論じられている地域といういわば横の次元だとすれば、リーガル・リアリズムの改良を続け現代に適用していこうとするこの理論の深化は、縦の次元として整理できるだろう。

まずは批判法学を例にとってみよう。標準的な教科書の理解によれば、リーガル・リアリズムは、批判法学の「前史」だということになろう⁷⁹⁾。しかしながら、リーガル・リアリズムが単なる1つの歴史にすぎないのであれば、説明に窮することがある。すなわち、少なからぬ批判法学者が、リーガル・リアリズムの本質とその批判法学との連続性に強いこだわりを持っているという点である⁸⁰⁾。批判法学に属する歴史学者、ホーウィッツが述べるように、批判法学は、「リーガル・リアリズムの真の後継者」の地位を、〈法と経済学〉と争ってきたのであった⁸¹⁾。しかし、そもそもなぜそのような地位を争う必要があるのだろうか。リーガル・リアリズムの後継であろうがなかろうが、批判法学の理論的な有効性には、何ら影響がないように思われる。批判法学は、批判法学自身の意義だけを考えればよいのではなかろうか。

その答えは、リーガル・リアリズムを単なる前史ではなく、自身が現に担うものとして理解しているからだと考えられる。批判法学者である吾妻聡が、そのリーガル・リアリズムのサーベイ論文の中で、自身が強くコ

79) たとえば、大屋雄裕「批判理論」(瀧川裕英・宇佐美誠・大屋雄裕(編)『法哲学』(有斐閣、2014年)所収、299-323頁)300頁。

80) あくまで「少なからぬ」批判法学者であり、その理解や距離の取り方は多様である。見崎史拓「批判法学の不確定テーゼとその可能性(1)——法解釈とラディカルな社会変革はいかに結合するか」名古屋大学法政論集276号(2018年)203-205、211-212頁。

81) Horwitz, *The Transformation of American Law*, 270. 訳355頁。

ミットするアンガー（Roberto Unger）の議論にリーガル・リアリズムを結びつけつつ、「私たちはまだリアリストではない」と断言するとき⁸²⁾、そこに現れているのは、自身が真のリーガル・リアリストたろうとする気概である⁸³⁾。

ここで注意が必要なのは、単に過去のリーガル・リアリズムを再演することが、彼らの目的ではないということである。すなわち、先の吾妻がアンガーの理論を接合しようとしていることから理解されるように、彼らは、リーガル・リアリズムの理論を今日的な形で深めていこうとしているのである。批判法学に関係する別の例を1つ挙げておこう。＜法と政治経済＞学派（The Law and Political Economy Project, LPE Project）という、批判法学を1つの脈として形成された、近時勢いを増している学派・運動がある⁸⁴⁾。その主要論者の1人であるラフマン（Sabeel Rahman）は、同学派の公式HP（ブログ）の中で、次のように主張する。すなわち、リーガル・リアリズムに根を持つこれまでの諸理論は、批判法学的なものをはじめ、4つの潮流に整理可能である。我々は、それら全てを上手く活用・総合しつつ、今日的な課題である民主的な政治経済の実現を図っていくべきなのだ、と⁸⁵⁾。また、カンボラキス（Ioannis Kampourakis）は、リーガル・リアリストのヘイル（Robert Hale）や批判法学者のケネディ（Duncan Kennedy）を参照しつつ、「＜法と政治経済＞学派は、富や私的権力の生

82) 吾妻聡「リーガル・リアリズムの精髓についての諸論攷の考察」法と社会研究4号（2019年）213頁。

83) 吾妻の最新の論考も、こうした方向性に基づきリーガル・リアリズムの「真髓」について語っている。吾妻聡「批判的法社会理論の系譜」（日本法社会学会（編）『法社会学の最前線』（有斐閣、2023年）所収、46-67頁）。

84) 導入的論文として、Harris, Angela and James J. Varellos, "Introduction: Law and Political Economy in a Time of Accelerating Crises." *Journal of Law and Political Economy* 1, no. 1 (2020): 1-27.

85) Rahman, K. Sabeel. "Law, Political Economy, and the Legal Realist Tradition Revisited." (2017) from LPE Project: <https://lpeproject.org/blog/legal-realist-tradition-revisited/>（最終アクセス：2023/5/31）

産・分配における法の役割を明らかとするリーガル・リアリストのプロジェクトに基礎を置きつつ、法的秩序の産物としての経済という理解を前提としている」学派だと整理し、現代ヨーロッパ分析における同学派の有用性を主張する⁸⁶⁾。なお、〈法と政治経済〉学派の公式 HP には、同学派に強く関連するリーガル・リアリズムの主張・文献をまとめたサーベイも掲載されている⁸⁷⁾。

リーガル・リアリズムを現代的問題として理解しているのは、批判法学者とその後続はもちろんであるが、彼らに限られるわけではない。先の吾妻のサーベイ論文から引用しよう。

……リアリズムの精髓を再生しようという試みは様々になされている。法の社会科学的研究に直接かかわるのは今世紀初頭からの New Legal Realism [NLR] の動きであり、2016年にはこれまでの研究蓄積を俯瞰したマニフェストの書籍が発刊されている (Mertz et al. 2016)。Yale Law School では同じく2016年に、リアリストの1人に数えられる Wesley Newcomb Hohfeld の没後100年を記念するシンポジウムが開かれ……そしてわが国でも同様に2016年に、上の Hohfeld らの業績の重要性を強調する、批判法学派の論客・船越資晶教授による「リアリズム法学の再検討のために」が公表されている (船越 2016)⁸⁸⁾。

このサーベイ論文からまだ数年しか経過していないが、すでにこれらに

86) Kampourakis, Ioannis. "Bound by the Economic Constitution: Notes for 'Law and Political Economy' in Europe." *Journal of Law and Political Economy* 1, no. 2 (2021): 301.

87) Aber, Samuel. "Legal Realism: An LPE Reading List and Introduction." (2020) from LPE Project: <https://lpeproject.org/wp-content/uploads/2020/07/Legal-Realism-Primer.pdf> (最終アクセス: 2023/5/31)

88) 吾妻「リーガル・リアリズムの精髓についての諸論攷の考察」198頁。注については省略している。なお (Mertz et al. 2016) および (船越 2016) の記載は原文にもある。Mertz, Elizabeth, Stewart Macauley and Thomas W. Mitchell. *The New Legal Realism: Volume 1: Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (New York: Cambridge University Press, 2016); 船越資晶「リアリズム法学の再検討のために——公私二元論批判」法学論叢180巻3号(2016年)1-22頁。

加えて大きな業績がいくつか現れている。たとえば、2021年に『立憲民主主義における裁判官と司法判断——リーガル・リアリズムからの視座 (*Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*)』と題された編著が出版された⁸⁹⁾。本書は、タイトルのとおり、リーガル・リアリズムの観点から、立憲民主主義における司法の動向を観察・評価するものである。なお、執筆者には、すでに名前を挙げたライターやプリエルが含まれているが、編者は、イタリアのジェノバ大学とセルビアのペオグラード大学の法学者であり、世界的な拡がりという観点からも注目に値する。

同年に、500頁を超えるハンドブック（『現代的リーガル・リアリズムについてのハンドブック (*Research Handbook on Modern Legal Realism*)』）も公刊された⁹⁰⁾。歴史的叙述もあるが、現代の問題にかなり大きく焦点を当てており、移民政策や法教育、司法アクセスなどの問題が、リアリズムの観点から何人もの論者によって論じられている。こうした構成からも分かるように、リーガル・リアリズムは現代の問題に直接的に役立ちうるものだと本書では理解されている。なお、こちらの編者・執筆者の多くはアメリカの大学の所属であるが、イギリスやオーストラリア、デンマークからの寄稿もあることも付記しておこう。

最後に、「理論」という観点からは若干ずれるが、技術的發展に伴うリーガル・リアリズムの深化についても触れておきたい。裁判官の判断は朝食に何を食べたかによって左右される、という、リーガル・リアリズムを戯画化した表現があるが、ビッグデータ分析をはじめとする情報技術や実証研究手法の進展に伴い、いまやそうした法外的要因が真面目に、かつ

89) Chiassoni, Pierluigi and Bojan Spaic. *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism* (Cham: Springer, 2021).

90) Talesh, Shauhin, Elizabeth Mertz and Heinz Klug. *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Cheltenham, Edward Elgar, 2021). なお、このハンドブックについては、本稿の筆者の1人である菊地が書評を公刊する予定である。菊地諒「ニュー・リーガル・リアリズムの現在地」アメリカ法2023-1号（掲載予定）。

精緻に分析されるようになってきている⁹¹⁾。こうした分析は、学術の世界だけでなく、商業の世界においても発展し、裁判官や弁護士の属性などのデータを集積し、好まれやすい弁論形式や勝訴率について予測するデータベースまで形成されている⁹²⁾。ある論者に言わせれば、いまやリーガル・リアリズムならぬ「ハイパーリアリズム (hyperrealism)⁹³⁾」の時代が到来しつつあるのである。

以上、簡潔ながら、リーガル・リアリズムを歴史的・局地的な事象ではなく、普遍的な理論として再論する可能性があるという仮説を提示し、なぜそのような仮説を持ちうるかを傍証してきた。このように、リーガル・リアリズムは、世界的に論じられ、現代に通じる理論として理解されているのである。本研究も、そうした流れに棹差すものであるが、それではその研究としての独自性はどこにあるのかが、続いて問題となるだろう。この点については本稿3. 以下で論じるので、そちらを参照願いたい。

2. (再) 検討の方法論——先行研究の概観

2.1. <リーガル・リアリズムの本質>追求と論争——体系的理論・実践はあるか？

本稿は、学際性・国際性・現代性というそれぞれの観点から、リーガル・リアリズムを(再)検討するための準備を試みるものである。しか

91) Tampubolon, Manotar, Tomson Situmeang and Paltiada Saragih. "Judicial Breakfast as an External Factor in Judicial Decision Making in Courts." *FI000Res* 12 (2023); <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9999048/> (最終アクセス: 2023/5/31)

92) たとえば、<https://www.lexisnexis.ca/pdf/2021/Context-Getting-Started-EN.pdf>; <https://premonition.ai/about-us/> (最終アクセス: 2023/5/31)

93) Ferreira, Daniel and Elizaveta Gromova. "Hyperrealistic Jurisprudence: The Digital Age and the (Un)Certainty of Judge Analytics." *International Journal for the Semiotics of Law* (2023); <https://doi.org/10.1007/s11196-023-10015-0> (最終アクセス: 2023/5/31)

し、どのような観点から研究を進めるにせよ、最も本質的な問題を回避することはできない。それは、そもそも「リーガル・リアリズムとは何か」という問題である。

ライターが「受容された見解 (Received View)」と名づけるものによれば、リーガル・リアリズムとは、① 裁判での判決の本質に関する記述的理論であり、② ①に従って裁判官は自由な裁量を行使し、③ ②を通じて個人の趣味・価値観に基づいた結果を導き出し、④ ③を法的なルールと理由づけによって正当化するものである。そのうえで、ライターは、この「受容された見解」が、フランクによる解釈を通じて「フランク化 (Frankification)」されたものであり、リーガル・リアリズムの本質について誤解を招くものであると批判する⁹⁴⁾。

ライターによれば、リーガル・リアリズムの「核心的な主張 (Core Claim)」とは、「裁判官は、適用可能な法のルールに基づいてというよりも、むしろケースの事実について公正であると考えることに基づいて決定を下す」というものである⁹⁵⁾。ライターは、この「核心的な主張」を「受容された見解」から区別するために、「決定論」と「一般性」という2つのテーゼを提案する。決定論とは、裁判官による決定の選択が、実際に予測可能であるように十分に拘束されていなければならないというものである。一般性とは、そのような拘束が、アクセス可能であり、予測を可能にするような、法による一般化を認めるというものである⁹⁶⁾。

ライターによる「フランク化」批判は、判決の根拠を裁判官の「勘」に帰着させるかのような従来のリーガル・リアリズム像を更新した。その

94) Leiter, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 16-17.

95) *Ibid.*, 21-22.

96) 「受容された見解」を代表するフランクは、むしろ個々の裁判官の特異性 (idiosyncrasy) を重視する。フランクによれば、裁判官による決定の選択は個々の特異性によって基礎づけられるため、その予測は不可能となる。この点で、ライターは、「受容された見解」がリアリストの見解に対する説明として不適切であると指摘する。*Ibid.*, 25-26.

「核心的な主張」に注目することにより、リーガル・リアリズムは、司法上の判断を予測可能な形でパターン化するという、きわめて実践的な営みとしてその姿を現した。

しかし、ライターの批判によって、リーガル・リアリズムの本質という問題に決着がついたわけではない。むしろ、「核心的な主張」とは相反する部分に、リーガル・リアリズムの本質を発見する人々がいることで、議論は混迷した状況にある。1.3.2.でも言及した法社会学者の船越資晶は、批判法学によるリーガル・リアリズムに対する理解を検討し、リーガル・リアリズムの本質を「法の内在的批判」に見出している⁹⁷⁾。このような立場をとれば、リーガル・リアリズムを、司法上の判断が予測不可能なものであることを前提に、裁判をはじめとする法的実践を法外の要素へと還元する営みとして捉えることも可能になるであろう。

このように、様々な立場が主張される中で、「リーガル・リアリズムとは何か」という問題は、終わらない論争へと誘われつつある。この論争に対して、どのような態度をとるべきかが問われている。

2.2. 終わらない論争を前にして

以上のように、リーガル・リアリズムとは何であるのかについては、激しい論争が続いている。このような論争を前に、本質を追求する以外のやり方で、リーガル・リアリズムを検討しようとする論者も現れるようになった。すなわち、リーガル・リアリズムの論じ方それ自体にも、多様性が見られるようになってきたのである。以下、「撤退」「再構成」「類型化」の3つのタイプに分け、そうした論じ方がどのようなものであるか、具体的な論者を挙げつつ見ていくことにしたい。

97) 船越「リアリズム法学の再検討のために」2頁。

2.2.1. 撤退

第1のものとして、「撤退」を検討する。この論じ方では、リーガル・リアリズムを確固たる本質を持った何か、すなわち体系的な理論や実践を持つものとして示すことから距離を取る、という方向性が基本となる。より具体的に言えば、「リーガル・リアリズム」という用語それ自体を避けてしまう、あるいは、リーガル・リアリズムを体系的理論・実践ではない別の何か——時代の雰囲気など——として理解する、といったものがこれにあたる。

2.2.1.1. 「リーガル・リアリズム」という語の回避

まずは、「リーガル・リアリズム」という用語それ自体を避ける、というものを取り上げよう。サマーズ (Robert Summers) は、その著『道具主義とアメリカの法理論 (*Instrumentalism and American Legal Theory*)』の中で、自然法論などと並ぶ、「プラグマティックな道具主義 (pragmatic instrumentalism)」と呼ばれる法理論の伝統があることを示そうとする⁹⁸⁾。そこで彼は、その代表的論者として、以下の人々を列挙している。

ジョン・グレイ (John Gray)

オリバー・ウェンデル・ホームズJr (Oliver Wendell Holmes, Jr.)

ロスコー・パウンド (Roscoe Pound)

ウォルター・クック (Walter Cook)

ジョセフ・ビングラム (Joseph Bingham)

アンダーヒル・ムーア (Underhill Moore)

ハーマン・オリファント (Herman Oliphant)

ジェローム・フランク (Jerome Frank)

カール・ルウェリン (Karl Llewellyn)

フェリックス・コーエン (Felix Cohen)⁹⁹⁾

98) Summers, Robert. *Instrumentalism and American Legal Theory* (Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1982).

99) *Ibid.*, 23. ただし、ミドルネームの省略など、一部の論者の氏名表記を改めている。↗

これらの論者は、一般的に、リーガル・リアリズムの代表的論者、あるいは先駆者として位置づけられている¹⁰⁰⁾。それゆえに、多くの人は、挙げられた論者を見て、サマーズは「プラグマティックな道具主義」としてリーガル・リアリズムを語ろうとしているのだ、と考えるだろう。しかしながら、こうした通常の見解に反し、サマーズは、「リーガル・リアリズム」という語は「名前として不適当である」として、リーガル・リアリズムを語ることを避けようとする¹⁰¹⁾。

それでは、その理由は何なのか。サマーズは6つの理由を挙げているが、ここで注目したいのは第1の理由として挙げられているものである。

……広義（あらゆるプラグマティックな道具主義的の考え方）と狭義（主としてルウェリンやフランク、クックなどの特定の〔論者の〕考え）の意味を共に持つ語〔＝リーガル・リアリズム〕を用いることは、混乱を招くだけである。というのも、とりわけ法思想の全体像を、一般的にその全体の一部のみを指す用語で名指すことになってしまうからである¹⁰²⁾。

また、生没年の記載についても省略した。

100) たとえば、以下で取り上げるタマナハの文献でも、ここで挙げられている論者全てが、一般的にリーガル・リアリズムに関係する者にあたるとされたと紹介されている。Tamanaha, Brian. "Legal Realism in Context." In Mertz et al., *The New Legal Realism*: 147. ただし、リアリスト自身として扱うか先駆者として扱うか、先駆者とするとしてその貢献度はどの程度のものか、といった点に争いがある論者が含まれている。たとえば、グレイについて、トワイニングは、「第1のリアリスト」として扱われることまでであるが、影響力を高く見積りすぎであると主張する。Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 20-22. それに対し、マコーミック (Neil MacCormick, 1941-2009) は、真正のリアリストとまではいえないという点はトワイニングが正しいが、しかしグレイを過剰に軽視しすぎであると述べている。MacCormick, Neil. "Political Frontier of Jurisprudence: John Chipman Gray on the State." *Cornell Law Review* 66, no. 5 (1981): 973. なお、トワイニングとマコーミックの文献の年号が前後しているが、本稿で参照するトワイニングの著作が第2版であるためである（初版は1973年）。

101) Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, 36.

102) *Ibid.*, 36.

つまり、リーガル・リアリズムは、特定の個人名には結びつけられずに一般的な法理論として語られる場合と、特定の個人の考えを指す場合がある。この2つの場合が混同され、たとえばフランク独自の考えが、リーガル・リアリズム全体のものとして誤解されてしまうことが多々ある、というわけである。サマーズは、こうした混乱状況を解きほぐすことにさほど意義を見出さず、それならば別の用語を使用して整理すればよい、と考える。そうして彼が着目した別の用語こそ、「プラグマティックな道具主義」なのであり、リーガル・リアリズムとは何かという問いと、その問いをめぐる激しい論争は回避されることになる。

以上、サマーズの文献を挙げたが、サマーズのようにリーガル・リアリズムを論じない理由をわざわざ挙げることなく、リーガル・リアリズム解釈にかかる論争から距離を取る人々は、潜在的にかなり多く存在すると予想される。恐らく、「撤退」という論じ方の中で、最も一般的なものといつてよいであろう。

2.2.1.2. 「雰囲気」としてのリーガル・リアリズム

リーガル・リアリズムという語の使用自体をやめてしまうというところまでいかずとも、体系的を持った理論や運動としてリーガル・リアリズムを論じることをやめるべきだ、と主張する論者も存在する。

恐らく、そうした選択肢を取る中で最も著名な論者の1人として、ダックスバリー（Neil Duxbury）を挙げることができるだろう。ダックスバリーによれば、リーガル・リアリズムは体系的な理論や実践ではなく、ある種の「雰囲気（mood）」にすぎない。なぜダックスバリーはそのように考えるのか。彼は次のように述べている。

〔リーガル・〕リアリズムは、運動というよりも雰囲気のようなものであった。その雰囲気とは、法形式主義（legal formalism）に対する1つの不満、すなわち、19世紀的な法の世界観に支配されてしまっている20世紀

の法的思考に対する不満であった。[しかしながら、「法形式主義」そのものは、それぞれの〔リーガル・〕リアリストごとに異なるものを意味していた。そして、それぞれの〔リーガル・〕リアリストが、それぞれ自身に独自の形式主義概念に対し、著しく異なるやり方で対処しようとしていたのである¹⁰³⁾。

つまり、ダックスバリーによれば、(リーガル・)リアリストと呼ばれる人々は、言葉の表面上では同じ敵——法形式主義——と戦っているのであるが、実際にはそれぞれが想定する敵の中身は異なっていた。その上、その敵にどう対抗するかについても、それぞれで異なっていた、というのである。そうである以上、リーガル・リアリズムを1つの体系的な理論や実践にまとめることはできず、もしそれを試みるとしても、かなり無理のある解釈や切り捨てを行わざるをえなくなる、ということになる。

さて、この「雰囲気」という言葉を押し進めて考えると、リーガル・リアリズムの境界線はさらに曖昧となる。すなわち、19世紀的な法形式主義の限界とそれに対する不満が、雰囲気として全体に共有されていたとするならば、「リーガル・リアリズム」という語でまとめられるような特殊な一団や理論を考える必要はなくなる。当時のアメリカ法学の共通意識として考えればよい、ということにすらなりえよう。

リーガル・リアリズムという語は用い続けているものの、こうしたざりざりの方向性で議論を展開しているのが、タマナハ (Brian Tamanaha) である。タマナハは、自身のリーガル・リアリズムに対する見解を次の2点にまとめている。

私の主張は2つある。第1に、リーガル・リアリストとされる諸個人を1つのグループ——その見解が〔リーガル・〕リアリズムを定義するようなグループ——として見るべきではない。第2に、〔リーガル・〕リアリズムは、20世紀の初頭から現在まで続いて定着している、法に対する態度の

103) Duxbury, Neil. *Patterns of American Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 69.

複合体（complex）である。法に対するリアリズムは、ある人々の集団に特有のものではなく、むしろ、1世紀以上前に結びついて（coalesced）以来、一般的に共有されてきた視点なのである¹⁰⁴⁾。

第1の主張は、サマーズの見解とほぼ同じ内容である。ここで注目したいのは、第2の主張であり、その射程である。驚くべきことに、通常はリーガル・リアリズムの敵として解されている人々——法形式主義者——ですら、リーガル・リアリズム的な見解に賛同していたのだ、とタマナハは主張するのである。たとえば、ピール（Joseph Beale, 1861-1943）は、フランクに目の敵にされていたことで知られるが¹⁰⁵⁾、彼ですら、「法システム研究の必要性（The Necessity for a Study of Legal System）」と題された講演の中で、道具主義的な法理解を示し、法改革の必要性と、社会学的研究の重要性を高らかに宣言している¹⁰⁶⁾、とタマナハは指摘する。「社会科学を法に適用すべきであるという考えは、著名な法学者によって支持されていた」のであり、「反逆者（rebels）」と評されるリーガル・リアリズムの登場を待つ必要などなかったのである¹⁰⁷⁾。

タマナハによれば、こうした例は枚挙に暇がない。究極的には、19世紀的な法形式主義に対する不満は、リーガル・リアリストと呼ばれる人々のみならず、19世紀的な法形式主義とされている人々にも共有されていたことになる。そうであるならば、リーガル・リアリズムと法形式主義との対立は、単なる神話にすぎず、これに基づいた議論は混乱を招くものでしかない。タマナハは、2010年に『形式主義者—リアリストの分断を超えて（*Beyond the Formalist-Realist Divide*）』という単著を公刊しているが、「分断を超え」ねばならない理由はまさにそこにある。曰く、「法形

104) Tamanaha, *Legal Realism in Context*, 164.

105) Frank, *Law and the Modern Mind*, ch. 6. 訳第6章。

106) Beale, Joseph H. "The Necessity for a Study of Legal System." *AALS Proceedings* 14 (1914): 31-45.

107) Tamanaha, *Legal Realism in Context*, 153.

式主義者についての話は、ほとんどが創作にすぎず、そしてリーガル・リアリズムは、実質的に誤解されている」のであり、「通常、裁判についての論争は、法律家が実際には抱いていない、対照的とされる形式主義・リアリズムの極端な型に基づいて、組み立てられてしまっているのである¹⁰⁸⁾」。

2.2.1.3. 「生き方」としてのリーガル・リアリズム

かなり独自性の強い戦略を取るのが、シュレーゲル (John Schlegel) である。シュレーゲルは、『アメリカのリーガル・リアリズムと経験的社会科学 (*American Legal Realism and Empirical Social Science*)』という、リーガル・リアリズム研究における古典的な地位を持つ書物を執筆している¹⁰⁹⁾。そのタイトルからも看取できるように、シュレーゲルは、経験的社会科学との繋がりをリーガル・リアリズム理解の鍵として挙げる。ここで読者の多くは、シュレーゲルがそこからリーガル・リアリズムの特徴をA、B、C、D……という形で整理し、体系化された理論を提示してくれることを期待するだろう。しかしながら、シュレーゲルは、そのように体系立った形で説明することをあえて避けている。

それでは、シュレーゲルはどのようにしてリーガル・リアリズムを語るのか。シュレーゲルは、「[リーガル・] リアリズムとは、様々なリアリストが実際に行ってきたことである」と主張する¹¹⁰⁾。すなわち、シュレーゲルは、テキストやそこに示された思想に重点を置く従来型のアプローチに代わり、矛盾を含んだ人間そのものに焦点を当てた研究をすべきだとい

108) Tamanaha, Brian. *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging* (Princeton: Princeton University Press, 2010), 3. この著作の日本における紹介として、椎名智彦「A Final Realism about Formalism?——形式主義の幻影と穏健なリアリズム」青森中央学院大学地域マネジメント研究所研究年報6号(2010年)157-161頁。

109) Schlegel, John H. *American Legal Realism and Empirical Social Science* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1995).

110) *Ibid.*, 8.

うのである。体系的な本質なるものを無理に提示することは、そうした実際の人間の在り方を捨象することに他ならない。シュレーゲルは、結論部分で次のように述べている。

問題系や首尾一貫した学派のある、共和主義理論、厚生経済学、社会思想などのトピックや、経済学、社会学、法学といった学問分野に、知識人たちの活動を変えてしまうことは、……還元主義的である¹¹¹⁾。

過去の思想家たちを人間の理想像としてより正確な形で表現する、という名目のみしかないならば、我々が精神史 (intellectual history) に記すのは理性の舞踏 (dance) である、と偽るのはやめよう。……理性の舞踏を採すのはやめ、人生全体の舞踏を書き記そうではないか¹¹²⁾。

我々は、経済学史などの言い方が典型であるように、歴史を人ではなく学問の観点から見て、学問それ自身が発展していく——「理性の舞踏」——というように理解しがちである。しかし、学問は実際には人が為す人の歴史なのであり、一貫した理論が自動形成されると見ることは、実際に格闘してきた人々の「人生」を切り捨てるということなのである。

そこでシュレーゲルが採用するのが「物語 (story / narrative)」によるリーガル・リアリズムの提示である。すなわち、リーガル・リアリストとされる人々がどのような時代・環境の下で、どのように学問をしたのか、その生き様を語るなのである。もちろん、こうした方法によっても、特定のリーガル・リアリズム理解を読者に与えることはでき、「より明白な論証的形式のものよりも、物語を通じてより多くの〔読者に対する〕支配力を行行使することは可能である」とシュレーゲルも認めている¹¹³⁾。しかし、その理解は、一貫した体系のようなものとなるより、我々がある人(々)とその生き方を理解するときと同様に、矛盾をはらんだ印象論的なものと

111) *Ibid.*, 260.

112) *Ibid.*, 261.

113) *Ibid.*, 13.

なるだろう。このように、体系的・一貫性を持った理論・実践としてリーガル・リアリズムを論じないという意味で、シュレーゲルの研究は、本稿でいう「撤退」に該当するものと考えられる。

2.2.2. 再構成

第2のものとして、「再構成」を検討する。この論じ方は、リーガル・リアリズムに関する複数の論者の主張を整理しつつ、合理的な形で解釈することで、その理論（または実践）を体系的に理解しようという戦略である。思いやりの原理に基づき、リアリストの主張を一旦は受け止めたうえで、その主張を（しばしば現代でも通用する形で）理論的に組み立て直すような場合がこれにあたる。

再構成という論じ方は、ライターの本質と基本的な方向性を同じくするものである。なぜなら、すでに見たようにライターも、個々のリアリストの諸文献における主張をそのまま教義として採用するのではなく、それらの共通項を「核心的な主張」として取り出すことで、リーガル・リアリズムを再評価することを試みていたからである。ただし、ライターの力点がリーガル・リアリズムの本質を探求することに置かれていたのに対し、再構成という語り方を選ぶ場合、リアリストの主張を超えた解釈を首肯する点で、むしろ「リーガル・リアリズムとは何か」という本質的な問いから離れてしまう可能性もある。

2.2.2.1. 制度論的再構成

まずは、テルアビブ大学のダガン（Hanoch Dagan）による研究から取り上げよう。ダガンの『アメリカのリーガル・リアリズムの再構成と私法理論再考（*Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*）』は、そのタイトルにも示されているように、「アメリカのリーガル・リアリズムの遺産を、思いやりをもって読み、現代的な形で表現する」ことで、「リアリストの諸文献から、現在でも適切な——すなわち価

値のある、法についてのビジョンを取り出し、リーガル・リアリズムの有用な解釈を提示する」ことをねらいとするものである¹¹⁴⁾。さらに、ダガンは、「すべての法理論と同様に、リアリストによる法の問題も、より具体的な諸問題の領域においてどの程度有効であるかを示すことによって、部分的には評価されるべきである¹¹⁵⁾」という信念から、自らの再構成したリーガル・リアリズムに基づき、法哲学上の問題や、私法に関する理論的問題についても検討している。

ダガンの理解によれば、形式主義に対するリーガル・リアリズムの批判の要点は、法の捉え方にある。ライターにならって、ダガンもリーガル・リアリズムの「フランク化」を批判し、実際には多くのリアリストが、法を裁判官の「勘」に還元するフランクの見方を否定していることを指摘する¹¹⁶⁾。ダガンによれば、形式主義者は法を「概念とルールの自己調整的なシステム」として捉え、法の教義 (doctrine) と裁判の結果にギャップはないと考えるのに対し、リアリストは、法の教義と裁判の結果が不可避免的にギャップを持つと主張した。この主張は、第1に、何が過去の裁判官の行動を説明し、将来の裁判官の行動を予測できるようにするのか、第2に、何が裁判官の行動を拘束し、その権威を正当化するのか、という2つの懸念を呼ぶ¹¹⁷⁾。

ダガンによれば、リアリストはこの2つの問題に対し、法を3つのセットから構成される緊張関係を具体化する「進行中の制度 (going institution)」として捉えることで回答している。3つのセットとは、第1に「権力と理性 (power and reason)」、第2に「科学と技巧 (science and craft)」、第3に

114) Dagan, Hanoch. *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory* (New York: Oxford University Press, 2013), 2-3. この著作の日本における紹介として、戒能通弘「リーガル・リアリズム再生の試み」アメリカ法2016-1号（2016年）76-80頁。

115) *Ibid.*, 9.

116) *Ibid.*, 25-26.

117) *Ibid.*, 26-27.

「伝統と革新 (tradition and progress)」である¹¹⁸⁾。以下、ダガンが設定した3つの緊張関係を順番に見ていくこととしたい。

第1の「権力と理性」とは、法という制度が国家の独占的な権力による強制を伴う場であると同時に、理性によって権力の行使に制約を課す場でもある、という関係である¹¹⁹⁾。ダガンによれば、リーガル・リアリズムは法を権力と理性の緊張関係において(その調和が困難であることを知りつつ)捉え、両者の間に働く複雑な相互作用を継続的・批判的に観察することで、自己中心的な権力の追求に伴う墮落の可能性を最小化しようと試みている¹²⁰⁾。

第2の「科学と技巧」とは、法的推論の過程において、経験的・規範的な科学的洞察が用いられると同時に、特に文脈の重視や対話的性格といった従来からの裁定の特徴も発揮されている、という関係である¹²¹⁾。ダガンによれば、リーガル・リアリズムは、既存の法の道徳的な適否を慎重に受け止めると同時に、情報に基づく道徳的な批判を引き起こし、法律家の思考において強い責任感を感じさせるほどに健全な量の疑念を育むという試みである¹²²⁾。

118) *Ibid.*, 28.

119) *Ibid.*, 28-29. ダガンは、ホームズの議論を手がかりとしながら、リアリストが法における権力・強制の役割を重視していることを明証する。リアリストが法の強制性 (coerciveness) を強調するとき、「どのように権力と理性 (または強制力と規範性) の折り合いをつけることができるか」という問題が生じる。これに対するリアリストの回答は、「[法を権力に還元する] 還元主義の誘惑に抵抗し、権力と理性の居心地の悪い同居が、法を適切に理解するための鍵であると主張する」ことである。リアリストは、法において中心的な役割を果たすのは正当化であり、法は派閥の間の単なる利害関係やパワー・ポリティクスのためのものではないと主張する。これにより、既存の法を道徳的に批判し、社会をより善いものへ変えていくために法を取り入れることが可能になる。したがって、「法的な言説——国家の命じる強制についての公的な会話——は、正当性を主張する言説でなければならず、すなわち理性を与える運動でなければならない」。 *Ibid.*, 29-37.

120) *Ibid.*, 42.

121) *Ibid.*, 44.

122) *Ibid.*, 50.

第3の「伝統と革新」とは、法的な問題の分析にあたって、既存の法の教義が出発点であると同時に、法の教義を本質化して既存のルールに規範的な権威を付与してはならないという点で、決して終着点ではない、という関係である。ダガンは、第1の「権力と理性」、第2の「科学と技巧」という緊張関係も踏まえつつ、リーガル・リアリズムを、教義の内容の特定ではなく、法的進化のダイナミズムに焦点を置く試みとして理解している¹²³⁾。

このように、ダガンはリーガル・リアリズムの主張を3つの緊張関係の中に位置づけ、制度論的に再構成することで、独特の法概念を構築することを試みている。ダガン自身が、その主張は「リーガル・リアリズムの真の本質を発見すること」ではないと明言しているとおりに¹²⁴⁾、ダガンの論じ方はリーガル・リアリズムにおける法の特徴に対する理解に基づき、これを現代的に再構成するものである¹²⁵⁾。ダガンは、「法（または特定の法の教義もしくは制度）は、その最も重要な特徴である、権力と理性、科学と技巧、伝統と革新の、困難ではあるが必然的な調和というリアリスト的評価を取り戻した場合にのみ、正しく理解されうるのである。本書は、まさにこの点を復活させようと試みている¹²⁶⁾」と述べている。

2.2.2.2. 哲学的再構成

リーガル・リアリズムを、法理論として哲学的に再構成する試みとし

123) *Ibid.*, 59-60.

124) *Ibid.*, 4.

125) ダガンは、別の共著論文において、「もし『今や我々は皆リーガル・リアリストである』という決まり文句に真実があるとすれば、それは、現在の法理論のほとんどが、法を目的のための手段として認識することを主張しているということである」と述べている。Dagan, Hanoch, Roy Kreitner and Tamar Kricheli-Katz. "Legal Theory for Legal Empiricists." *Law & Social Inquiry* 43, no. 2 (2018): 317. ダガンによる法の理解は、リーガル・リアリズムの学際性に注目し、法理論と実証研究とを結びつける方向へと進むことを可能にする。

126) Dagan, *Reconstructing American Legal Realism*, 68.

て、グリーン (Michael Green) による研究がある¹²⁷⁾。グリーンは、ダガンと同様に、部分的にはライターの主張に同意しつつ¹²⁸⁾、法理論としてのリーガル・リアリズムの擁護可能性を追求する。

グリーンによれば、法理論としてのリーガル・リアリズムを語ることに危険が伴う。第1に、多岐にわたるリアリストを(仮に著名な人物に限定したとしても)1つのグループとして扱わねばならないし、第2に、ほとんどのリアリストは哲学的な訓練を受けておらず、したがって哲学的な理論を提示していないからである。しかし、それでもリアリストの著作に統一的なテーマが見出されることは事実であり、また、最も重要なテーマのいくつかは、リアリストの哲学的な訓練の有無とは無関係に、哲学的なものである¹²⁹⁾。そこで、グリーンはリアリストの不完全な主張を、法理論の形で哲学的に再構成することを試みる。

グリーンは、リアリストの主張した法理論を3つに分けて整理している。第1に法的ルールの否定、第2に法の決定理論、第3に法の予測理論である。以下、順番に確認する。

まず、法的ルールの否定とは、法は「行為のための理由 (reason-for-action)」を提供するものではない、という主張である¹³⁰⁾。リアリストは、法的ルールの否定を通じて、「何かが有効な法であるという事実は、その法が適用される者に、服従のための客観的な理由を与えない」と主張した¹³¹⁾。

127) Green, Michaels S. "Legal Realism as Theory of Law." *William and Mary Law Review* 46, no. 6 (2005): 1915-2000.

128) グリーンによれば、近年のリーガル・リアリズムに対する関心の高まりの最も顕著な例は、ハートによるルール懐疑主義への批判に対し、ライターがそれを裁定の理論として擁護したことである。グリーンは、ライターの擁護に批判すべき点をほとんど見いだせないとしつつも、「ルール懐疑主義を真の法理論として提示しようというリアリストの欲求については、ハートが明らかに正しい」と主張する。*Ibid.*, 1918. なお、ライターとグリーンには、ニーチェ (Friedrich Nietzsche, 1844-1900) の研究者という共通点もある。

129) *Ibid.*, 1919.

130) *Ibid.*, 1922.

131) *Ibid.*, 1925.

次に、法の決定理論とは、裁判所による決定のみが法である、という主張である。グリーンは、「裁判官の判断を制限する法が存在しないため、この理論は、裁判所が法に制約された方法で事件を決定するという考え方を脅かす」として、法の決定理論を批判する。法と、裁判所による決定は別物であり、裁判所による決定が法的でない——法に反する——こともある。また、憲法や制定法をはじめとして、裁判所による決定でないものも、実際には法である。したがって、一部の決定でないものを暗黙のうちに法として仮定しなければ、法の決定理論を維持することができない¹³²⁾。

最後に、法の予測理論とは、法についての記述は、法に携わる裁判官その他の公職者がどのように決定するかを予測することに等しい、という主張である。予測理論によれば、一部の決定が法でなくなるだけでなく、一部の決定でないものも法となりうる。しかし、法の決定理論を前提とすれば、我々が通常の意味で「法」と呼ぶもののほとんどは、予測のうで役に立たないということになるため、それらは結局、法に含まれないことになる¹³³⁾。

グリーンは、これらのリアリストの主張を受け止めたうえで、第1の、法的ルールの否定こそ、最も信用できそうな (plausible) 理論であると考え¹³⁴⁾。そのうえで、グリーンは、リアリストが法の決定理論および予測理論に傾倒したのは、それらが法的ルールの否定という、はるかに擁護しやすい立場から導かれると誤解したからであると主張する¹³⁵⁾。そこで、法的ルールの否定を擁護しつつ、法の決定理論および予測理論を再検討し、それらを理解可能なものにするを試みている¹³⁶⁾。

132) *Ibid.*, 1929.

133) *Ibid.*, 1934-1935.

134) *Ibid.*, 1936.

135) *Ibid.*, 1939.

136) リアリストは、法を「公職者の実践に関する非規範的な社会的事実の集合」として捉える。法的ルールの否定によれば、そのような事実は、裁判官に対して、法的ルールに従った決定をする法的な義務を生じさせない。*Ibid.*, 1985-1986. ↗

このように、グリーンはリーガル・リアリズムの主張を分解し、哲学的に洗練させることを図っている。グリーンによれば、リアリストの主張の最も重要な価値は、人々に客観的な行為のための理由を与えるという意味での、法的ルールや法的義務についての捉え方を放棄すべきことを示唆した点である。それゆえに、グリーンは、リアリストの第1の主張である、法的ルールの否定を軸に据える形で、リーガル・リアリズムを再構成することを試みた。そのように再構成されたリーガル・リアリズムは、「法学という市場において、尊敬すべき競争相手¹³⁷⁾」なのである。

* 本稿は、JSPS 科研費（課題番号 23K01067）の助成による研究成果の一部である。

ㄨ グリーンによれば、リアリストが法の決定理論を提唱した背景の1つには、法的ルールの否定から生じる包括的な法的義務の不存在と、法が不確定である場合に生じる局所的な法的義務の不存在との混同があるという。リアリストは、法が確定している場合であっても裁判官は特定の決定を下す法的義務を負わないことを認識し、裁判官のすべての決定は法を創造する行為であると結論づけた。しかし、裁判官が法的ルールに従って決定する義務を負わないということは、裁判官が常に裁量を持っているということの意味するわけではない。法的ルールの否定から導かれるのは、法に従った決定を下す理由がないということだけである。すなわち、リアリストは、「何が『法』と呼ばれるべきかを特定する認知的な課題と、それに従うべきかどうかを判断する道徳的な課題」を混同していたのである。*Ibid.*, 1986-1987.

また、グリーンは、法の予測理論を「法の基礎となる公職者たちの実践を、(大雑把ではあるが)記述しようとする」試みとして理解する。グリーンによれば、その主張はハートのものとはほとんど異ならない。しかし、その重要な違いは、リアリストが法の予測理論において、たとえすべての公職者がそれを「法」と呼ぶことが予測可能であったとしても、それが公職者による強制的な行為を予測するのに有用でなければ、制定法を法とみなすことを拒否した点である。このような理解に至ったのは、制裁を回避するという——「悪人」の——視点においてのみ、法の概念が意味を持つと考えたからである。*Ibid.*, 1993-1996.

137) *Ibid.*, 2000.