

# リーガル・リアリズムの (再) 検討に向けて (2・完)

—序説的整理と指針の提示—

菊 地 諒\*<sup>1)</sup>

見 崎 史 拓\*<sup>2)</sup>

菊 池 亨 輔\*<sup>3)</sup>

## 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
    - 2.2.2. 再 構 成 (以上、408号)

---

\*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。

- 2.2.3. 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 (以上、本号)

## 2. (再) 検討の方法論——先行研究の概観

### 2.2. 終わらない論争を前にして

#### 2.2.3. 類型化

第3のものとして、「類型化」を検討する。そもそも、多くの人にとって最も馴染み深いと思われるリーガル・リアリズム像が、類型化によるものであろう。すなわち、本稿1.1.1.でも触れたように、リーガル・リアリズムをルウェリンに代表される「ルール懐疑主義」とフランクに代表される「事実懐疑主義」とに分ける、という整理である。

このような類型化は、他ならぬフランクによってなされた。それによれば、ルール懐疑主義者は、制定法や判例として存する「紙上のルール (paper rule)」どおりに判決がされるとは限らないことを認めたくえて、判決を予測するべく法的確実性を求めて、紙上のルールの背後にある「現実のルール (real rule)」を探究する。その際、ルール懐疑主義者は、いわゆる法律問題の判断へと予測の焦点を絞っており、専ら上訴審の判決を関心の対象にする<sup>138)</sup>。これに対して事実懐疑主義者は、紙上のルールを疑うにとどまらず、事実審裁判所に注目して事実認定の確実性にも大いに疑

---

138) Frank, *Law and the Modern Mind*, xxii-xxiii. 訳5-6頁。

いを挟む。将来の判決の予測という意味での法的確実性をめざすことに強い不信の目を向けるのが、事実懐疑主義者である<sup>139)</sup>。

「ルール懐疑主義」と「事実懐疑主義」という分類は、まさしく類型化の古典的理論ということができる<sup>140)</sup>。だが、それとは異なる視点からの類型化によって多面的なリーガル・リアリズムを一定の仕方でも描き出そうとする試みも少なからず存在する。

#### 2.2.3.1. 大文字と小文字

リーガル・リアリズムの解釈・理論化・発展に取り組む様々な研究が蓄積するなかで、多くの研究の出発点となる汎用性を備えているのが、トワイニング (William Twining) による「大文字のリアリズム (Realism)」と「小文字のリアリズム (realism)」の区別である。

彼は大文字と小文字のリアリズムに関するテーゼを10個挙げる際に、4番目と5番目で次のように述べる。

4. 動いている法 (law in action) について「リアリスティック (realistic)」であることへの関心は、アメリカだけに限られたことでは断じてなかった。重要なのは、歴史的現象としてのアメリカン・リーガル・リアリズム (American Legal Realism, ALR) と、法について「リアリスティック」であることへのより広い関心とを、明確に区別することである。

5. 現代的な諸論点に関わる小文字のリーガル・リアリズム (legal realism) の議論は、アメリカン・リーガル・リアリズム (ALR) の解釈および意義についての歴史的論争から抜け出す必要がある<sup>141)</sup>。

---

139) *Ibid.*, xxiii-xxv, 訳6-8頁。

140) この分類に依拠したリーガル・リアリズム研究として、Rumble, Wilfrid E. *American Legal Realism: Skepticism, Reform and the Judicial Process* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1968).

141) Twining, William. "Legal R/realism and Jurisprudence: Ten Theses." In Mertz, et al., *The New Legal Realism*, 128.

大文字のリアリズムとは、歴史現象としてのリーガル・リアリズム（アメリカン・リーガル・リアリズム）である。それは、「2つの世界大戦の間に盛衰した、アメリカ特有の知的運動」<sup>142)</sup>、あるいは、特定の時代にアメリカの学者や法律家の間で起こった特定の運動の名前である<sup>143)</sup>。他方で、小文字のリアリズムは、特定の時代や場所に拘束されない。法に対するリアリスティックな見方やアプローチ一般を指すのが、小文字のリアリズムである<sup>144)</sup>。小文字のリアリズムは、法を理解するにあたっては法や正義の経験的次元が重要だと考える立場、すなわち法の現実を理解するためには、概念的・教義的・規範的な視点に加えて経験諸科学の知見も不可欠とする立場である<sup>145)</sup>。最近のニュー・リーガル・リアリズムは、（もちろん大文字のリアリズムと無関係ではないが）小文字のリアリズムに属することになる<sup>146)</sup>。

リーガル・リアリズムについて、歴史研究を行っているのか、それともアイデアや態度を発展させているのかを区別するトワイニングの分類は、極めて多様な言説が飛び交うリーガル・リアリズム研究の交通整理となるものである。

#### 2.2.3.2. 飼いならされたか否か

次に、憲法・法哲学者として著名なシャウアー（Frederick Schauer）による類型化を取り上げよう。彼は、法の世界には簡単な事案（easy case）と難しい事案（hard case）があるという点と関連させつつ、2つのリーガル・リアリズム理解を提示する。「飼いならされたリアリズム（Tamed Realism）」と「飼いならされないリアリズム（Untamed Realism）」という分類がそれである<sup>147)</sup>。

---

142) Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 390.

143) Twining, *Legal R/realism and Jurisprudence*, 128.

144) *Ibid.*

145) *Ibid.*, 124, 130.

146) *Ibid.*, 128-129, 133.

147) Schauer, Frederick. "Legal Realism Untamed." *Texas Law Review* 91, no. 4 (2013): ↗

飼いならされたリアリズムは、リーガル・リアリズムが唱える法の不確定性（indeterminacy）の射程を限定する見方である。これによれば、不確定性が存するのは訴訟あるいは上訴された事案に限られ、日常世界では確定性がそのまま残っているとされる。いわゆる選択効果でもって難しい事案だけが選り抜かれているため、訴訟の場とりわけ上訴審では（そこにおいてのみ）不確定性が出現してしまうというわけである<sup>148)</sup>。飼いならされたリアリズムは、①法の中には訴訟にならない簡単な事案が存在すること、②簡単な事案が簡単なのは、事実が法的ルールのことばの明白な意味の範囲にそのままあてはまるためであること、を前提とする<sup>149)</sup>。

要するに、リーガル・リアリズムの破壊的主張を訴訟の場にとどめ、訴訟外の日常世界においては、それ以前からの伝統的な法の見方をそのまま温存する点で、リーガル・リアリズムの飼いならしなのである<sup>150)</sup>。

もっとも、シャウアーによれば、このように飼いならされたリアリズムであっても、法学に対する大きな攻撃であったことには変わらない。それ以前には、訴訟においても実定法により裁判の内容が確定するという見方が、広く受け入れられていたからである。また、現代においても実定法と法的推論の諸技術でもって——機械的ではないにせよ——裁判における法的な答えがわかるという立場は未だに根強いので、飼いならされたリアリズムは今日においてもある程度は挑戦的な主張であり続けている<sup>151)</sup>。なお、飼いならされたリアリズムに関していえば、フランスのジェニー（François Géný, 1861-1959）、ドイツ自由法学のカントロヴィッツやエール

---

↘760, 768.

148) *Ibid.*, 756-757. つまり、飼いならされたリアリズムの見方は、「確実な核心」と「疑わしい半影」を分けるハートの法的見方とほとんど変わらない。そのため、シャウアーによれば、ハートは（ルウェリンの）リーガル・リアリズムを誤読しているとされる。*Ibid.*, 758-759.

149) *Ibid.*, 764.

150) *Ibid.*, 760.

151) *Ibid.*, 760-762.

リッヒ、アメリカのホームズが、その先駆者として位置づけられる<sup>152)</sup>。

他方で、飼いならされないリアリズムは、ルウェリンのいう「紙上のルール」と「現実のルール」(あるいは「ワーキング・ルール (working rule)»)との対比を軸にする<sup>153)</sup>。すなわち、シャウアーによれば、ルウェリンは記述的ルールと指示的ルールを区別したうえで(ハートは、ルウェリンがこうした区別をしたことを見落としている)、命題形式で書かれた「紙上のルール」とは別に、裁判官をはじめとする人々が内面化して自らの判断に際して用いる(指示的な)「現実のルール」が存することを認めていた<sup>154)</sup>。「紙上のルール」と「現実のルール」の間にはズレがありうるというのが、飼いならされないリアリズムのポイントである。

紙上のルールと現実のルールのズレは、速度制限ルールを考えるとわかりやすい。法律上は制限速度が時速65マイルとなっても、時速74マイルを超えなければ警察官の取締りを受けず裁判でも無罪とされる場合、紙上のルールでは時速65マイル、現実のルールでは時速74マイルが制限速度ということになる。このとき、時速74マイルまでという現実のルールは、警察官や裁判官にとって、その判断を導く指示的ルールとしての側面を備えている。たとえば、現実のルールに照らしたとき、時速67マイルでの走行は簡単な事案であるが、時速73.9マイルや74.1マイルの走行などは難しい事案にあたる<sup>155)</sup>。速度制限ルールは一例であって、現実のルールと紙上のルールのズレは、法のいたるところで起こりうる。

簡単な事案と難しい事案が存在し、難しい事案は裁判所に持ち込まれる

---

152) *Ibid.*, 763.

153) *Ibid.*, 750. シャウアーは「現実のルール」と「ワーキング・ルール」を同一視したうえで、「現実のルール」という用語を用いて論述を進めている。だが、これに対しては、ルウェリンにおいて両者は区別されており、シャウアーのここでの議論に沿うのはむしろ「ワーキング・ルール」である、などの批判がある。Frydrych, David. "Legal Realism and 'Working' Rules." *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 35 no. 2 (2022): 341-343. なお、ここではシャウアーの類型化を紹介する趣旨から、彼自身の用語法にそのまま従った。

154) Schauer, *Legal Realism Untamed*, 766.

155) *Ibid.*, 767-768.

という認識は、飼いならされたリアリズムと飼いならされないリアリズムに共通する。しかし、飼いならされないリアリズムにおいては、事案が簡単か難しいかの判断が、紙上のルールではなく現実のルールによってなされる、という点が決定的に重要である<sup>156)</sup>。

また、注意すべきは、現実のルールと紙上のルールのズレがあるときでも、法的確定性は存在するということである。このとき法的確定性は、紙上のルールの法的意味ではなく、現実のルールによってもたらされる。これをシャウアーは「変位した確定性 (dislocated determinacy)」と呼ぶ<sup>157)</sup>。

こうしたズレに鑑みると、紙上のルールは、訴訟内のみならず訴訟外においても法的な結果を示さないものとなる。飼いならされたリアリズムが、訴訟においてのみ紙上のルールが頼りにならないと主張するのに対して、飼いならされないリアリズムは、訴訟外も含めた法の全領域において紙上のルールの無力さを主張するという破壊力を秘めたものである<sup>158)</sup>。

もっとも、飼いならされないリアリズムのこのような主張は、経験的事実に関する主張である。ズレの例を挙げることはできるが、果たして法の世界にどの程度ズレがあるのかは今なお論証されたわけではない、とシャウアーは指摘する<sup>159)</sup>。

以上が、シャウアーによる「飼いならされたリアリズム」と「飼いならされないリアリズム」という類型化の概要である<sup>160)</sup>。それは、個々のリ

156) *Ibid.*, 768-769.

157) *Ibid.*, 769.

158) *Ibid.*, 769, 773.

159) *Ibid.*, 776-778.

160) より細かくいうと、シャウアーは、①最も飼いならされたリアリズム、②飼いならされたリアリズム、③飼いならされないリアリズム、という整理をする。飼いならされたリアリズムが①と②へと細分化されることになる。訴訟に値する事案か否か（簡単な事案か難しい事案か）は、①においては、法的ルールのことばの明白な意味によって決まるのに対して、②においては、法的ルールの明白な意味に加えて、伝統的な法解釈技術によって決まる（つまり、紙上のルールが拡充され、法のみならず法解釈方法を含むものとなる）。また③においては、それは法的考慮のみならずより広い非法的考慮によっても決まる。なお、①～③のいずれが妥当しているかは、経験的探究でもって裏付けられるべき

アリストやその見解を特徴に応じて分類するものではない。法の確定性(determinacy)を疑うというリーガル・リアリズムの特定の主張を取り上げて、その意義や射程を検討・分類したものである。その意味で、さまざまな論者によって主張された多様なリーガル・リアリズムの「類型化」ではなく、理論的「再構成」ともいえるかもしれない。煎じ詰めてしまうと、(リアリストの1人である)ルウェリンの主張(の1つ)に対する複数の解釈の提示をシャウアーは行っているともいえる。

ところで、シャウアーは、以上とは別の観点に立って真正面からリアリストを分類することもある。「個別主義者(particularist)」と「非個別主義者(non-particularist)」という区分である。両者を特徴づけるのは、「フォーマルな法が司法における結論を生み出さないのであれば、何がそれを生み出すのか」という問いに対する応答の違いである<sup>161)</sup>。

個別主義者によれば、法的決定は本質的に個別主義的に決まる。すなわち、個別の紛争における特定の状況、そしてそれに依拠して働く勘や本能などによって判決等が決まるとされる。フランクやハッチソン(Joseph Hutcheson, 1879-1973)といった論者が個別主義者である。個別主義者からすれば、「裁判官は自らの前にあるまさにその状況に対して主として反応するのであって、当該状況から、行動や出来事のより大きなクラスへと抽象化を行うのではない」とされる<sup>162)</sup>。

他方で、非個別主義者は、確かに個別主義者と同様に事実の重要性は認めるものの、「司法的決定作成の主たる特徴は、これらの事実をより大きなカテゴリーの中に位置づける行為である」とする。「状況タイプ(situation types)」を重視したルウェリンが典型であるが、他にはグリーン(Leon Green, 1888-1979)といった論者も非個別主義者に数えられる。カテゴリー

---

↘ことをシャウアーは強調する。*Ibid.*, 773-774.

161) Schauer, Frederick. "American Legal Realism." In Sellers, Mortimer and Stephan Kirste (Eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (Springer, 2018): 3. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0\\_67-2](https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_67-2)

162) *Ibid.*



の中に事実を位置づけようとする点では、非個別主義者はリーガル・リアリズム以前の見解と近い。だが、非個別主義者のいうカテゴリーは、法以前あるいは法外の商業的・社会的な実践によって作られるカテゴリーであって、法によって定義されたそれとは異なる（ことが多い）。この点が非個別主義者の見解の特徴であり、それによって非個別主義者の主張はリーガル・リアリズム以前の立場から区別される<sup>163)</sup>。

### 2.2.3.3. 伝統的と科学的

近年、精力的にリーガル・リアリズム研究を進めているプリエル（Dan Priel）は、多彩な論者を擁するリーガル・リアリズムの陣営が2つに分かれており、両者を混同しないことが重要だと指摘する。「伝統的リーガル・リアリスト（traditional legal realists）」と「科学的リーガル・リアリスト（scientific legal realists）」というのが、彼の分類である<sup>164)</sup>。

プリエルによれば、リーガル・リアリズム全般の共通項は、形式主義や法の自律性に反対する点にある。すなわち、法的結論が依拠するところの推論プロセスおよび実体的な諸前提が法的資料それ自体から得られるという立場に、リーガル・リアリズムは反対する<sup>165)</sup>。だが、法的な論証で使われる前提が法の内部で引き出せないとしたとき、それをどこから得るかという点で、リーガル・リアリズムは大きく2つに分かれる。

科学的リーガル・リアリストは、法的分析のための信頼できる諸前提を経験科学から得るべきであるとする。従来 of 法学に見られる遅れた非科学的方法を排して、自然科学的なデータと方法に依拠すべきというわけであ

---

163) *Ibid.*

164) Priel, *The Return of Legal Realism*, 466.

近年におけるわが国の法思想史の教科書でも、「科学的リアリズム」と「伝統的リアリズム」という対比的整理が採用されることがあり、これはプリエルの類型化に依拠したものと思われる。戒能通弘「アメリカの法思想」（戒能通弘・神原和宏・鈴木康文（編）『法思想史を読み解く——古典／現代からの接近』（法律文化社、2020年）所収、192-212頁）208頁。

165) Priel, *The Return of Legal Realism*, 465.

る<sup>166)</sup>。今日において、リアリストはしばしば学際的研究や経験的法学研究の先駆者と捉えられるが、このようなイメージは科学的リーガル・リアリストに由来する<sup>167)</sup>。

これに対して、伝統的リーガル・リアリストは、法律家の見方や方法に共感的であり、コモン・ローに対しても好意的である。また、法はかなりの程度において確定性を持っていることも彼らは認める。彼らは、法は究極的には人々の抱く諸価値の反映であるという出発点をとっており、「共同体の規範や価値を踏まえたかたちで、結果志向的で問題解決的な実践へと法の理解を再形成する」ことをめざした<sup>168)</sup>。

もちろん、伝統的リーガル・リアリストは、当時の法や法学の在り方に満足していたわけではない。たとえば、彼らは法学教育の改革を試みた。当時の法学教育は法実務家のニーズからあまりにかけ離れている点で問題であり、より実務的・臨床的なロースクール教育の導入を志したのが伝統的リーガル・リアリストである。ただし、そこでも法的教義や伝統的な技法が放棄されるわけでは断じてない。伝統的リーガル・リアリストは、法をそもそも科学に置き換えようとする科学的リーガル・リアリストの立場に対しては批判的である<sup>169)</sup>。伝統的リーガル・リアリストが、法的資料の外部に目を向けるとき、彼らは自然科学というよりも、歴史、哲学、宗教、文化人類学などに依拠する傾向があった<sup>170)</sup>。

では、具体的に誰がそれぞれの陣営に属するのか。伝統的リーガル・リ

---

166) *Ibid.*

167) *Ibid.*, 467.

168) *Ibid.*, 466

169) *Ibid.*, 466, 468.

170) *Ibid.*, 468. いずれも改革を志した2つのリアリスト陣営の違いについて、プリエルは次のようにまとめる。すなわち、「第1の陣営に属するリアリスト〔伝統的リーガル・リアリスト〕にとっては、法改革の背後における駆動力となるべきは、現実世界の人々の諸々の必要、願望および価値であった。他方で、第2のタイプのリアリスト〔科学的リーガル・リアリスト〕にとっては、これらの必要は、今では科学によって提供される情報のレンズを通して導かれなければならなかった」と。*Ibid.*, 475.

アリストの代表は、やはりルウェリンである。他方で、科学的リーガル・リアリストには、コーエン（Felix Cohen, 1907-1953）、ムーア、クック（Walter Wheeler Cook, 1873-1943）などが挙げられる<sup>171)</sup>。興味深いのは、カードーズ、そして何よりフランクが伝統的リーガル・リアリストの側に数えられている点である<sup>172)</sup>。従来のルール懐疑主義者と事実懐疑主義者という類型化においても、シャウアーによる個別主義者と非個別主義者という類型化においても対立的に把握されるルウェリンとフランクが、プリエルの区分では同一陣営に属することになる<sup>173)</sup>。

このように、プリエルによる類型化は、大文字のリアリズムの主張者を、その主張内容によって分類するという試みに正面から取り組んだものである。

### 2.3. 方法論の組み合わせ可能性

ここまで、リーガル・リアリズム研究の方法論について、「撤退」、「再構成」、「類型化」という3つのタイプに分け、具体的な論者の見解を紹介してきた<sup>174)</sup>。これらの方法論は、「リーガル・リアリズムとは何か」をめ

---

171) *Ibid.*, 465-467; Priel, Dan. "Legal Realism and Legal Doctrine." In Chiassoni and Spaic, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies*, 144-145.

172) Priel, *The Return of Legal Realism*, 468; Priel, *Legal Realism and Legal Doctrine*, 152. 別の論文では、より多くの論者名を挙げた分類がなされている。科学的リーガル・リアリストとして、コーエンやクックのほかに、オリファント、ロビンソン（Edward Robinson, 1893-1937）、アインテマ（Hessel Yntema, 1891-1966）が名指しされ、他方で「伝統主義者（traditionalists）」として、ルウェリンやフランクに加えて、レイディン（Max Radin, 1880-1950）、ハミルトン（Walton Hamilton, 1881-1951）、グリーン、ハッチソンの名前が挙げられる。Priel, Dan. "The Myth of Legal Realist Skepticism." (2022) : 67-68 : [https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all\\_papers](https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers)（最終アクセス：2024/1/16）

173) フランクは事実認定の不確定性を強調している一方で、当事者間で事実について的一致さえあれば、裁判所がどのような反応をするかはほぼ完全に予測可能であると考えていた、とプリエルは指摘する。Priel, *The Return of Legal Realism*, 467; Frank, *What Courts Do in Fact. Part Two*, 762.

174) もちろん、このようなタイプ分けは、リーガル・リアリズム研究に携わるすべての論者を網羅的にカバーすることを意図したものではない。いずれのタイプにも分けられない研

ぐる終わらない論争を前にして、混迷した状況を打破するために編み出された。すなわち、これらはいずれも、リーガル・リアリズムの「本質追求」とは異なる方針を提示するものである。

しかし、これらの「本質追求」、「撤退」、「再構成」、「類型化」という方法論は、必ずしも相互に排他的なわけではない。したがって、「リーガル・リアリズムとは何か」という本質的な問題に取り組みつつ、他の方法論を組み合わせることも可能であろう。

特に、2.2.2.で述べたように、「再構成」という論じ方は「本質追求」と基本的な方向性を同じくするものであり、その親和性は高い。実際、すでに言及したライターは、リーガル・リアリズムにおける「核心的な主張」を同定しつつ、自然主義的な理解に基づき<sup>175)</sup>、新たなリーガル・リ

175) 究も、数多く存在する。たとえば、ドゥ・ビーン (Wouter de Been) は、しばしば連続的に理解されるリーガル・リアリズムと批判法学を比較し、両運動の相違点を洗い出したうえで、リーガル・リアリズムを擁護することを試みている。de Been, Wouter. *Legal Realism Regained: Saving Realism from Critical Acclaim*. (Stanford, Calif: Stanford Law Books, 2008). また、ザレンビー (Justin Zaremby) は、アメリカの法と政治との関係に焦点を置きつつ、リーガル・リアリズムによって投げかけられた問いを検討することで、その政治史的・政治思想的な重要性を実証することを試みている。Zaremby, Justin. *Legal Realism and American Law*. (New York: Bloomsbury, 2014).

より独創的なアプローチを採るものとして、トゥオリ (Kaius Tuori) の研究がある。トゥオリは、20世紀初頭のアメリカにおける法人類学的な学際的研究の発展に対して、リーガル・リアリズムが与えた影響を解明することを試みている。Tuori, Kaius. *Lawyers and Savages: Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology*. (Abingdon, Oxon: Routledge, 2015); Tuori, Kaius. "American Legal Realism and Anthropology." *Law & Social Inquiry* 42, no. 3 (2017): 804-829. 前者の著作の日本における紹介として、石田慎一郎「書評 TUORI, KAIUS *Lawyers and Savages: Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology*」*社会人類学年報*46号(2021年)153-161頁。この点については注210も参照。

175) 自然主義は多義的な用語であるが、ライターによれば、近年の哲学における自然主義的転回において、伝統的な哲学的問題はア・プリオリな安楽椅子の方法では解決不可能であり、適切な経験的理論に埋め込む(または置き換える)必要があると考えられているという。Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, 31. ライターの自然主義については、Leiter, Brian. *Nietzsche on Morality*. 2nd ed. (Abingdon, Oxon: Routledge, 2015), 2-5. プライアン・ライター『ニーチェの道徳哲学と自然主義』(大戸雄真(訳)、春秋社、2022年) 88

アリズムの解釈を示すことをめざしている。すなわち、ライターは、「本質追求」と「再構成」を組み合わせているのである。ライターの目的は、経験的なアプローチに注目してリーガル・リアリズムを哲学的に再構成し、自らの構想する「自然化された法学（*naturalized jurisprudence*）」の展望を示すことである<sup>176)</sup>。

ライターによれば、リーガル・リアリズムとは、どのようなインプット（事実と理由の結合）が、どのようなアウトプット（判決）を生み出すのかという記述的な説明を与えることで、裁定の理論を自然化する試みである。このような説明を与えることは、まさにリーガル・リアリズムの「核心的な主張」を証明することでもある<sup>177)</sup>。ライターは次のように述べる。

哲学的な自然主義のレンズを通して眺めれば、リアリストは、裁定に関する伝統的な理論の多くに反対し、経験的研究を支持する論拠を与えてくれる。リアリストは、良質な経験的研究のパラダイムを与えてくれないかもしれないが、それをリアリストに求めるべきではないだろう。リアリストは、たとえそのプロジェクト自体を成功させたわけではないとしても、我々がどのように研究を進めるべきかについて、哲学的な動機と手がかりを与えてくれる<sup>178)</sup>。

このように、ライターはリーガル・リアリズムに対する哲学的な関心に基づき、これを自然化された法学へと接合することを試みている<sup>179)</sup>。

---

5-9頁：大戸雄真「訳者解説」（ライター『ニーチェの道徳哲学と自然主義』所収、549-567頁）553-556頁も参照。

176) Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, 21.（強調は原著）

177) *Ibid.*, 40.

178) *Ibid.*, 55.（強調は原著）

179) ライターは、アメリカのリーガル・リアリストが先見の明を持った自然主義者であったと主張する。これに対し、スパーク（Torben Spaak）は、ライターの主張に部分的に同意しつつ、20世紀の法学において自然主義者を探すならば、北欧のリーガル・リアリストの方が興味深い対象であると指摘している。Spaak, Torben. "Book Review: Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*." *Theoria* 74, no. 4 (2008): 356-357. スパークによる、北欧とアメリカのリーガル・リアリズムにおける自然主義の比較については、Spaak, Torben. ↗

また、ライターは、リーガル・リアリズムの「社会学派 (Sociological Wing)」と「特異性派 (Idiosyncrasy Wing)」という区分を示している<sup>180)</sup>。社会学派とは、専門職としての裁判官に関する社会学的な分析を通じて、判決の予測可能な統一性を説明することを試みるグループである<sup>181)</sup>。これに対し、特異性派とは、裁判官は個人的・特異的な嗜好や価値観に基づいて判決を下すと主張するグループである<sup>182)</sup>。このようなグルーピングは、「類型化」の方法論を取り入れたものと捉えることができる<sup>183)</sup>。分析哲学的なバックグラウンドを持つライターにとって、概念の「類型化」はある意味でお馴染みの手法ともいえるだろう。

---

↘ “Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences.” In Dahlberg, Mattias. (Ed.) *Uppsala-Minnesota Colloquium: Law, Culture and Values* (Uppsala: Iustus Förlag, 2009), 33-83. を参照。

- 180) Leiter, Brian. “American Legal Realism.” In Golding, Martin P., and William A. Edmundson. (Eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 2003): 55-56; Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, 28. この区別を踏まえつつ、公職者の決定に影響を与える「法外の要因 (extra-legal factors)」を社会的なものとの個人的なものに分類する議論として、Frydrych, *Legal Realism and ‘Working’ Rules*, 327-332.
- 181) 社会学派には、ルウェリン、ムーア、オリファント、コーエン、レイディンなどが属する。社会学派によれば、裁判官の判断は、商業文化における一般的な規範を執行するものであり、その判断にはある程度の予測可能な統一性がある。Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, 28-29.
- 182) フランクに代表される特異性派は、裁判官の人格のような特異的な要素に注目する。*Ibid.*, 25. 特異性派には、フランク、ハッチソン、ロビンソンなどが属する。*Ibid.*, 29.
- 183) 他にも、ライターは、リーガル・リアリズムをルール懐疑主義として批判するハートの議論に注目し、ルール懐疑主義を「概念的ルール懐疑主義」と「経験的ルール懐疑主義」に「類型化」している。概念的ルール懐疑主義とは、立法や判決などの先行する公的な行為が法を構成するという「単純な見解」を否定し、法を裁判所の行動に関する予測として捉える立場である。経験的ルール懐疑主義とは、ルールは不確定的であり、裁判官の判決を拘束するものではないと考える立場である。ライターは、ハート自身の議論においてこの2つの立場が特定されているにもかかわらず、ハートが概念的ルール懐疑主義の批判のみを行い、経験的ルール懐疑主義の批判を提示していないことを指摘する。ライターによれば、ほとんどのリーガル・リアリストは概念的ルール懐疑主義者ではなく、経験的ルール懐疑主義者であり、したがってハートによるリーガル・リアリズム批判は的を射ていないという。*Ibid.*, 68-79.

さらに、リーガル・リアリズムを自然化された法学と接合しようとするライターの議論は、実際に「再構成」の方法論をとる別の論者にも影響を与えている。ダガンは、ライターの議論を批判的に検討し、リーガル・リアリズムの「真の遺産」を同定しようとする。ダガンによれば、ライターのようにリーガル・リアリズムを裁定の理論として位置づけることで、法の理論としての重要な貢献が損なわれてしまうという。そこで、ダガンは、制度論的再構成に基づき、リーガル・リアリズムの遺産を、「法は権力と理性、科学と技巧、伝統と革新という3つの構成的な緊張関係を具体化したダイナミックな制度——より正確には、一連の諸制度——である」という理解に求めている<sup>184)</sup>。ダガンから見れば、ライターはリーガル・リアリズムの1つの側面を強調するあまり、その核心を見落としている。すなわちダガンは、ライターの議論を土台としつつ、ライターとは異なる本質を提示しようとしているのである。これもまた、「本質追求」と「再構成」の組み合わせの例であろう。

### 3. 本研究の方法論の意義

#### 3.1. 上記方法論の問題点

以上、リーガル・リアリズムの本質追求にかかる論争が生み出す混迷を避け、異なる形でリーガル・リアリズムを論じようとする人々とその論じ方を見てきた。さて、それでは、以上のようなリーガル・リアリズム論は成功し、実りある議論を展開できているのだろうか。残念ながら、本稿の考えるところ、上記の論じ方も、それぞれ解決しがたい問題点を抱えている。以下、その問題点とはどのようなものか、見ていくことにしたい。

---

184) Dagan, Hanoch. "The Real Legacy of American Legal Realism." *Oxford Journal of Legal Studies* 38, no. 1 (2018): 144.

### 3.1.1. 個別の問題点

まずは、2.2.において「撤退」、「再構成」、「類型化」という3つのタイプの下で紹介した、リーガル・リアリズムの多様な論じ方における個別の問題点を順に確認する。

#### 3.1.1.1. 「撤退」の問題点

では最初に、「撤退」の中の1つとして位置づけた、「回避」——「リーガル・リアリズム」という語の使用を避けるというやり方——の問題点について見ていこう。

1つには、ただ単純に用語を回避することは、解決にならないどころか害をなしうる、という点が挙げられる。その意味を理解するために、ここで、リーガル・リアリズムと同じく論争的な用語である「民主主義 (democracy)」に目を移してみよう。民主主義とは何か。この問いに対する答えは様々であり、権威的な独裁体制すら民主主義を名乗ることが稀ではない。それでは、民主主義という語の使用にかかる論争から撤退すれば、問題は解決するであろうか。残念ながら、解決しないだろう。論争的であるから単に撤退する、というだけでは、かなり怪しげな解釈が力を持つだけであり、民主主義が持つ価値が不当にも忘却され、現在の民主主義の理解や実践を歪めてしまう。だからこそ、少なからぬ人々が、民主主義という概念が論争的であることを理解しつつも、民主主義とは何かを積極的に語り続けているのである<sup>185)</sup>。これはリーガル・リアリズムについても同じであろう。リーガル・リアリズムという語を単に避けることは、リーガル・リアリズムが提示しうる価値を捨てるにとどまらず、現状理解とそこから生み出される実践に大きな歪みをもたらしうる。とりわけ、

---

185) 以上のような民主主義の現状の理解およびそれに対する姿勢を示す典型的な著作として、Crick, Bernard. *Democracy: A Very Short Introduction* (New York: Oxford University Press, 2002). バーナード・クリック『デモクラシー』(添谷育志・金田耕一(訳)、岩波書店、2004年)。



「今や我々は皆リーガル・リアリストである」などというクリシェまで存在するアメリカにおいて、その影響の大きさは想像に難くない。

もちろん、本稿で取り上げたサマーズは、ただ単純にリーガル・リアリズムという語を避けて終わりというわけではない。サマーズは、リーガル・リアリズムに代わる別の用語——「プラグマティックな道具主義」——を提示しており、いわば積極的な代案を出していると評価しうる。しかし、ここにもまた難しい問題がある。リーガル・リアリズム研究の蓄積がすでにある中で、「プラグマティックな道具主義」のような新たな語とそれに基づく新たな整理に、人々がどれほど賛同を示し、合流するであろうか。この問いに対し、肯定的な答えを返すのは難しいだろう。実際、椎名智彦が整理するところによれば、サマーズの主張は、「当時のアメリカの法学界において、ある程度の反応を受けはした」が、「実質的な議論を喚起するには至らず、以降、道具主義をめぐる研究は、率直に言って停滞した時期が続く」という<sup>186)</sup>。リーガル・リアリズム研究から「プラグマティックな道具主義」研究への流れの転換は、果たされなかったのである<sup>187)</sup>。

関連して、サマーズのようにリーガル・リアリズムという語を避けて研究を展開しようとしても、結局、他の論者によってリーガル・リアリズム

---

186) 椎名智彦「アメリカの法運用にみる道具主義の陥穽」青森法政論叢11号（2010年）41-42頁。

187) なお、椎名の整理によれば、タマナハの2006年の著作（Tamanaha, Brian. *Law as a Means to an Ends: Threat to the Rule of Law* (New York: Cambridge University Press, 2006)）がそうした停滞状況を打破するものとされるが（椎名「アメリカの法運用にみる道具主義の陥穽」42頁）、しかし現在、道具主義への注目が実際にどれほど高いのかについては争いがある。なお我が国では、和田仁孝が、道具主義を低い次元のものとして見る従来の学説に真っ向から反対して曰く、道具主義は、「法の権威を尊重し法に従う過渡的な法意識から、法の主人としての、まさに成熟した法意識の変容」として高く評価されるべきであり、「歴史的にも、『法・権利の尊重・順守』から『道具としての法の相対化』へという意識の変容こそが、本来の流れであった」と論じている（和田仁孝『法社会学』（新世社、2022年）145頁）。しかし、いずれにせよ、先に本稿2.2.1.2.で見たように、タマナハの議論は、リーガル・リアリズムという語を回避するものではないし、和田もリーガル・リアリズムという語を捨てていない（同上8頁）。

の文脈に位置づけられ語られてしまう、という問題点も指摘できるだろう。現に、リーガル・リアリズムを説明し、あるいは論じる中で、サマーズがリーガル・リアリズムという語をあえて避けていることを考慮せず、サマーズの著作を引用している文献は珍しくない。最も分かりやすい例を挙げれば、シュラーグ (Pierre Schlag) が、「私がここで言うリアリズムは、ロバート・サマーズの『プラグマティックな道具主義』の説明とおおよそ同じものである」と述べており<sup>188)</sup>、「プラグマティックな道具主義」は、リーガル・リアリズムとほぼ同一化されてしまっている。

では、体系性を持った理論・運動としてではなく、ある種の「雰囲気」としてリーガル・リアリズムを理解するというやり方はどうであろうか。このやり方にも、以下のような問題点がある。

第1に、論者間のズレの存在が、必ずしも体系化の作業を不可能にしない、という点が挙げられよう。形式主義という悪しき思想を打破せよ、という何となくの「雰囲気」は共有されているが、実際にはその「形式主義」の中身も、そしてその打破の方法も論者によって異なる、というダックスバリーの主張が確かだとしよう。しかし、すべての論者に共通項を見出せないほどに、ばらばらであるのかは定かではない。いくつかのグループに分ければ、その中に体系性のある理論や実践を見出すことができるかもしれない。また、一見ばらばらであっても、合理的な再解釈などによって、一本の筋を見出すことも可能かもしれない。本稿でいう「類型化」や「再構成」の方向性は、まさに以上のような想定に立っているものであるが、そうした方向性を否定しうる十分な理由の提示は困難な作業であり、現実でも示されていないように思われる (だからこそ「類型化」や「再構成」の論者が多くいるのだろう)。

関連するが、第2に、「雰囲気」の存在をどう証明するか、という問題点を指摘できる。タマナハのリーガル・リアリズム理解——リーガル・リ

---

188) Schlag, Pierre. "Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse)." *Iowa Law Review* 95, no. 1 (2009): 200.

アリズムに特有とされている主張は、形式主義者（とされる論者たち）も含むほとんどの人々に共有されたものであり、いわば時代の空気であったという理解——を取り上げて、ライターは次のように批判している。

タマナハは、〔自身のリーガル・リアリズム論の〕根拠づけにかかる、2つの鍵となる問いに注意を払っていない。第1に、彼が提示する反形式主義的な引用は、いわゆる「形式主義」時代においての、代表的な見解なのだろうか。第2に、仮にその引用が代表的なものであるとして、それらの引用は、〔リーガル・リアリズムの最盛期であるとされる〕1920年代から1930年代において一般的となっている感情に共通するものなのか<sup>189)</sup>。

確かにタマナハは、形式主義者と称される人々が、実際に形式主義への批判を述べているということを示した。しかし、それはあくまで一部分であって、全体にその見解が共有されたものであるとは証明されていない。発言が存在していることを示すだけでは不十分であり、その発言がどのように社会——少なくとも法律家コミュニティ——に受け取られたのかを見る必要がある。表層的な発言のみならず、社会学的な知見なども踏まえつつ、形式主義として解されている時代・社会と、リーガル・リアリズムとして解されている時代・社会を比較検討せねばならない。それによつてはじめて、タマナハのテーゼは十分に証明されるといえるだろう。しかしながら、タマナハは、そうした作業を怠っているのであり、説得力を欠く、とライターは批判するのである<sup>190)</sup>。

ライターの要求する作業が困難を極めることは、想像に難くない。「雰囲気」を特定し、その内実を明らかにすることは、それが漠然としたものであるがゆえに、理論の抽出に劣らない難しさを持つ。リーガル・リアリズムの本質の追求が非常に論争的であるのと同様に、「雰囲気」として

---

189) Leiter, Brian. "Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?" *Legal Theory* 16, no. 2 (2010): 116.

190) *Ibid.*, 116-117.

リーガル・リアリズムを論じることもまた、論争性から逃れられないのである。

「生き方」としてリーガル・リアリズムを解するシュレーゲルの方法もまた、十全なものではなく、問題点を抱えている。1つは、その過剰包摂性、つまり、明らかにリーガル・リアリズムと無関係のものをリーガル・リアリズムの中に入れてしまう、という点が挙げられる。シュレーゲルのリーガル・リアリズムの定義を確認しておけば、「[リーガル・] リアリズムとは、様々な [リーガル・] リアリストが実際に行ってきたことである」というものであった<sup>191)</sup>。さて、リーガル・リアリストたちは、その人生において様々な行為をする。朝食にパンを食べるかもしれないし、休日には野球を楽しみ、また偶然本屋で手に取った仏教の本を読んで念仏を唱えているかもしれない。シュレーゲルの定義では、少なくとも字義的に理解する限り、こうしたものまでリーガル・リアリズムの一部となってしまう。これはシュレーゲルも本意ではないだろうし、このようなリーガル・リアリズム論に説得力を感じる人も少数であろう。しかし、ここでもし、野球や念仏などの行為を除外するのだとすれば、それは事前に除外のための基準、端的にはリーガル・リアリズム理解（内容に踏み込んだ定義）を、論点先取的に密輸入せねばならなくなってしまう。

また、以上とは逆に、過少包摂性、すなわち、リーガル・リアリズムの中に含むべきと考えられるものが排除されてしまう、という問題も挙げられる。この点を理解するにあたり、唐突ではあるが、シュレーゲルのやり方に準じて「野球」を定義してみよう——「野球とは、野球選手が実際に行ってきたことである」。しかし、野球には、今までの選手の行為には還元できない要素が少なからずあるだろう。たとえば、これまで実際に試されてこなかった戦略や打ち方、投げ方も、野球の中に含んでよいように思われる。リーガル・リアリズムも同様に、リアリストたちの実際の行為に

---

191) Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, 8.

は現れてこなかった可能的なものも含めて定義すべきだ、と考えるのが自然であろう。

最後に、シュレーゲルの用いる「物語」という方法が、リーガル・リアリズムの本質の追求にかかる論争を回避せず、むしろその一部と化してしまいうる、という点を指摘しておきたい。「物語」は、体系的な理論の提示などによって読者を束縛せず、読者の自由な解釈を可能とする。このことは、シュレーゲルの「物語」を、体系的なリーガル・リアリズム論を補強するものとしても利用しうる、ということの意味する。実際、リーガル・リアリズムの本質にかかる論争の中心的論客の1人であるライターは、その論考の中で、「私自身の研究についてだが、ニューヨーク州立大学バッファロー校の法制史家、ジョン・ヘンリー・シュレーゲルが、その有益な著書『アメリカのリーガル・リアリズムと経験的社会科学』において、アンダーヒル・ムーアの仕事を体系的に紹介してくれたことに負うところが大きい」と述べている<sup>192)</sup>。これに対し、シュレーゲルは、ライターのリーガル・リアリズム論を評価しつつも、「彼の主張が真であると、歴史的記録が示すかどうかは疑わしい」と距離を取ろうとする<sup>193)</sup>。しかしながら、「物語」という方法を選ぶ以上、ライターのような読解を阻む十分な理由はないであろう。実際、その後の論考を見ても、シュレーゲルは、ライターの理論に言及するが、正面切って批判することを避けており<sup>194)</sup>、上手く距離を取ることができていないように思われる。

192) Leiter, Brian. "Legal Realisms, Old and New." *Valparaiso University Law Review* 47, no. 4 (2013): 960.

193) Schlegel, John H. "Schlegel Responds to Leiter on Legal Realisms, Old and New." (2012) from *New Legal Realism*: <https://newlegalrealism.org/2012/07/16/schlegel-responds-to-leiter-on-legal-realisms-old-and-new/> (最終アクセス: 2023/12/10)。なお、ライターの論考とシュレーゲルの応答の出版年が前後しているが、前者は元々2012年の国際会議での報告に基づくもので、シュレーゲルの応答はその報告に対してのものである。

194) e. g. Schlegel, John H. "Philosophical Inquiry and Social Practice." *Virginia Law Review* 101, no. 4 (2015): 1197-1202.

### 3.1.1.2. 「再構成」の問題点

では、リーガル・リアリズムを制度論的に再構成するという、ダガンの語り方に問題はないだろうか。ダガンは、リーガル・リアリズムの文献の中から「3つの緊張関係を具体化する制度としての法」というビジョンを取り出すことで、その法理論を現代的に再構成することを試みている。まず、「それは結局どのような制度なのか」という素朴な疑問が持ち上がるのは当然であろう。しかし、この疑問に答えようとすると、悩ましいことに、3つの緊張関係自体についても「それは結局どのような緊張関係なのか」という疑問が持ち上がる。

たとえば、ダガンは「権力と理性」について述べる時、いずれも法の顕著な、しかし容易には共存しえない特徴であるとして、一方に法の強制的な権力、他方にその権力を制約する理性を置く。しかし、ダガン自身も明言するように、そもそも「リーガル・リアリストは、理性の謎を解いたわけでも、法の強制的な環境の中で理性がどのように生き残るかを結論として提示したわけでもない<sup>195)</sup>」。そしてこのことは、そのままダガンの議論にも当てはまる。権力と理性の緊張関係がどのように調和されるのか、そしてどのように調和されるべきかは、ダガン自身においても截然としない。このような事情は、経験的な科学的洞察と裁定における慣習的な特徴との緊張関係、静態的・過去志向的な法の伝統と動態的・未来志向的な法の革新との緊張関係についても同様である。

ダガンがこのような再構成を図るのは、近年の法学研究において専門化と細分化が進み、法の一面的な説明に取り組む傾向があることに対して、警鐘を鳴らすためである。ダガンは、近年の法学研究におけるタコツボ化を否定しないとしつつ、リーガル・リアリズムからの重要な示唆として、いかなる一面的な法の説明も絶望的に不完全であることを挙げて<sup>196)</sup>。ダガンは、リーガル・リアリズムに通底する多元的な法の理解に同意しつ

---

195) Dagan, *Reconstructing American Legal Realism*, 29.

196) *Ibid.*, 68.

つ、あえて法の一面的な説明を放棄し、包括的な法理論を定立することを試みているのであろう。

ダガンによる再構成は、法を特定の性質に還元することを回避する点で、徹底して非還元主義的である。しかし、これを穏健と言えれば聞こえはいいが、では結局「法とは何か」と問われれば、その答えは多元的な緊張関係を意識した八方美人なものにならざるを得ない。ダガンは、確かにリーガル・リアリズムを法理論として再構成したが、それにどの程度の有用性があるかは未知数である。なぜなら結局のところ、その含意は、法には様々な側面があるという程度にすぎないからである<sup>197)</sup>。これでは、リアリストの主張が本来持っていたはずのエッジが鈍ってしまう。

ダガンに比べれば、グリーン（Michael Green）はリーガル・リアリズムから、法的ルールの否定という部分を抽出する形で再構成している点で、まだエッジが効いている。改めて確認すると、リアリストによる法的ルールの否定とは、命題的な意味での法的ルールの否定するものではなく、行為のための理由という意味での法的ルールの否定するものである<sup>198)</sup>。いわば、法的ルールの規範性を否定するということである。しかし、果たしてリアリストは、そのようなことを主張しているだろうか。

代表的なリアリストの主張を確認すると、この疑惑は確信に変わる。たとえば、ルウェリンは次のように述べている。

ルールは、指示的な（*prescriptive*）領域に限定される。「紙上のルール」は、実践において対応するものがないルールの適正な名称である。「ワーキング・ルール」は、実践において対応するものがあるルール、または意識的に規範化された実践を示す<sup>199)</sup>。

---

197) 同旨の指摘はハルピン（Andrew Halpin）によって、より緻密になされている。Halpin, Andrew. "Book Review of Hanoch Dagan's *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*." *No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice* 11 (2014): 120.

198) Green, *Legal Realism as Theory of Law*, 1922.

199) Llewellyn, Karl N. "A Realistic Jurisprudence—The Next Step." *Columbia Law* ↗

ルウェリンにおいて、ルールは明らかに規範的な性質を帯びている。また、3.1.2.2.で後述するように、確かにルウェリンは、リーガル・リアリズムの出発点としてルールへの「不信」を挙げているが、その際、わざわざ次のような注意書きを付している。

この点、および1つ前の点における「不信」は、「いかなる事例においても否定する」こととは全く同義でないことに留意されたい<sup>200)</sup>。

このように、ルウェリンの主張だけを見ても、グリーンによる再構成がやや誇張されたものであるとの評価は免れない。

要するに、グリーンは、ルール懐疑主義を先鋭化させる形でリーガル・リアリズムを再構成しているのである。もちろん、リアリストの多様な主張から法理論を定立するにあたって、その最大公約数となりうる部分にフォーカスすることは理解できる。しかし、その結果として、どの実際のリアリストも述べていないような理論を立てるならば、もはやリーガル・リアリズムの再構成という体裁をとる必要はないのではないか。

総じて、リーガル・リアリズムを理論的に再構成するという論じ方は、実際のリアリストが統一的な理論体系の完成をめざして活動していたわけではなかったという事実と、どのように向き合うかを問われる。バラエティに富むリアリストの主張を眺めるとき、総花的にあれもこれも取り入れるにせよ、ピンポイントに選び出すにせよ、どこかで辻褃の合わないところが出てくるように思われる。

### 3.1.1.3. 「類型化」の問題点

リーガル・リアリズムを類型化するアプローチにも一定の問題が伴う。

---

↘Review 30, no. 4 (1930): 439 n. 9. (強調は原著) K. N. ルウェリン「現実主義の法理学——次の一步」(恒藤武二(編訳)『現代の法思想——米英独仏論集』(ミネルヴァ書房、1966年)所収、1-72頁) 21頁。

200) Llewellyn, Some Realism about Realism, 1237.



そもその話として、類型化においては、① わかりやすい見取り図を描こうとすれば不正確・ミスリーディングになる一方で、② 細分化すればするほど個別列挙以上の意味がなくなる、という隘路がある。リーガル・リアリズムの類型化も、このような問題（特に①）を免れてはおらず、その一部は、他ならぬ（本稿でいう）類型化論者自身によっても指摘されている。

第1に、ルール懐疑主義と事実懐疑主義という対比がそもそもミスリーディングである。ルウェリンが法的ルールの価値を認めないルール懐疑主義者だという見方は、主として『茨の茂み (*The Bramble Bush*)』に由来するものである<sup>201)</sup>。しかし、ルウェリンの他の著作を参照した場合にはもちろんのこと、同書全体を通読するだけでも、そうした見方は維持できないものと判明する、とシャウアーは指摘する<sup>202)</sup>。シャウアーによれば「ルール懐疑主義者であること、あるいは少なくともある種のルール懐疑主義者であることは、諸ルールが裁判官の判決を導き制約することを必ずしも否定していない」のであって、ルウェリンは、「……裁判官を導き制約するルールは、制定法の文言、判例集の判例および法学の論文におけることばの中に置かれたルールとは別のルールである」旨を主張していたと理解される<sup>203)</sup>。従来想定されていたルールとは違うルールに裁判官らは従っている、というのがルウェリンの立場なので、ルールそのものの否定ではない。

他方で、事実懐疑主義の代表者フランクについても、ひたすらに法的

---

201) ルール懐疑主義の象徴として有名なのは、「公職者 (officials) が紛争に関して行うことが法それ自体である」という一節、そして裁判官の下す判決の予測や誘導に使えなければ、ルールは「ちょっとしたおもちゃ (pretty playthings)」にすぎないと主張である。Llewellyn, *The Bramble Bush*, 12-13, 15. なお、引用中の強調は省略した。

202) Schauer, Frederick. "Editor's Introduction." In Llewellyn, Karl N. *The Theory of Rules* (Chicago: The University of Chicago Press, 2011): 1-2, 11.

203) *Ibid.*, 18. ルウェリンは、「紙上のルール」の価値を減殺する一方で、「現実のルール」の価値を疑っていなかったという点については、本稿 2.2.3.2. も参照。

不確定性を主張したわけではなく、本稿2.2.3.3.で触れたように、事実に関する判断の一致に到達しさえすれば法的確定性を得られるという主張がみられる。この点も、事実懐疑主義に関する従来の理解では隠れてしまっている。

第2に、大文字と小文字のリアリズムを分けてその混同を有害だと戒めたトワイニングの議論については、それでは大文字のリアリズム内部にどのようなタイプがあるか、という問いが思い浮かぶであろう。トワイニングにおいて、それに対する回答は提示されない。彼は大文字のリアリズムの特徴を一般的に語ることに對して慎重である。その点で消化不良な感を否めない。

しかしながら、これには理由もある。トワイニングによれば、「アメリカン・リーガル・リアリズムについての一般化は、ほとんどの場合に瑣末になるか虚偽になるか、あるいはその両方であり、しかも個々のリアリストが書いた特定のテキストに含まれる最も興味深い諸貢献を不明瞭にしがちである」とされる<sup>204)</sup>。そもそもの話として、一般化を伴わない類型化は考えられない。一般化を警戒するトワイニングが、ある意味での類型化を行いつつも、同時に類型化を差し控えているのは、類型化という営みの問題・限界を意識していたからといえよう。

第3に、シャウアーの類型化についていえば、そこで扱われているのは基本的にルウェリンの見解である。シャウアーは、それを基にしてリーガル・リアリズムを分類している。一部を全体として語っている感は否めない。ルウェリンがリアリストの中で極めて重要であることは確かであるが、彼の立場を直ちにリーガル・リアリズム全体へと一般化できるかは別問題である。

もちろん、そもそもシャウアーは網羅性を意図した分類をめざしたわけではなく、理論的に興味深い点を掘り下げただけだと思われるので、分類

---

204) Twining, *Legal R/realism and Jurisprudence*, 129.

それ自体として失敗しているわけではないだろう。しかし、少なくとも、リーガル・リアリズムについて別の仕方です得的に整理する可能性は広く開かれたままといえる。

第4に、プリエルの類型化についていえば、直感的にわかりやすく共感できる部分も大いにあるものの、単純化されすぎているのではないかとの疑問もある。ルウェリンとフランクをともに伝統的リーガル・リアリストと位置づけ、科学的リーガル・リアリストに対置するのがプリエルの類型化だが、社会学、心理学、経済学、人類学の活用をルウェリンやフランクが主張していた点は、科学的方法の摂取と評することもできそうである。この点をどのように捉えるのかは定かでない。もしそれらの分野は「科学」から排除されると答えるのであれば、それなりの理由が提示されない限り、分類の都合で「科学」が伸縮自在に用いられているとの疑念が残るだろう。

あるいは、社会学、心理学、経済学、人類学が「科学」に入り自然科学的方法を含むものだとしても、そのような部分はルウェリンやフランクの見解において重要ではないとする応答もありうる。しかし、その場合には、同一論者の中にみられる重層的・複合的な思想を切り落として一面化してしまうという問題が生じる。この問題は、類型化一般に伴うものともいえるが、リーガル・リアリズムの類型化の場合には特に深刻であると思われる。なぜなら、首尾一貫した理論というより、多くのアイデアや現象説明の集積を提示したのが、ルウェリンやフランクをはじめとするリアリストの1つの特徴であり、しかもそれら主張のうちどの部分が重要かという点自体が論争的だからである。体系的な理論家や哲学者の場合と比べて、リーガル・リアリズムあるいはリアリストについては明確な区分と類型化はより困難である。プリエルの類型化もこの難点に直面している。

以上のように、リーガル・リアリズムを類型化する様々な試みは、そもそも類型化という作業に伴う諸々の陥穽を免れておらず、加えてリーガル・リアリズムという思想そのものが持つ重層的・複合的・非体系的な性

質も類型化にとっての大きな関門となっている。

### 3.1.2. 全体に共通する問題点

上記は個別の問題点であったが、本質追求論も含むすべてに共通しているものもある。以下、そうした問題点として、① 国際的な視点の乏しさ、② バイアスの発生のしやすさ、の2点を検討することにしたい。

#### 3.1.2.1. 国際的な視点の乏しさ

これまで行われてきた著名なリーガル・リアリズム研究の在り方を、本稿2.で確認してきた。それぞれ独自性と一定の意義を有するそれらの研究においては、国際的な視点は基本的に乏しいことが指摘できる。かつてアメリカの地で展開したリーガル・リアリズム——いわば大文字のリアリズム——の生成および思想を把握・整理・分析する場面においては、国際的な視角や比較は背景に退いているといつてよいだろう<sup>205)</sup>。

そのような中で、国際的な視点を取り入れたリーガル・リアリズム研究として、今なお最も著名と思われるのは、自由法運動とリーガル・リアリズムの関係に切り込んだハーゲットらの論文である<sup>206)</sup>。彼らの研究は自由法運動からリーガル・リアリズムへの影響関係を描き出すという点で貴重な業績である。しかし、ドイツ語原典を十分に参照せずに自由法運動を論じているのではないかとの疑念も示されており<sup>207)</sup>、ドイツ法学や自由法運動の理解が不十分なところに、その限界がある。ハーゲットらの他に

---

205) もちろん、本稿1.3.で触れたとおり、近時盛んに唱えられるニュー・リーガル・リアリズムをはじめとして、リーガル・リアリズムの衣鉢を継いで独自に展開させていく研究は、多くの国に開かれ世界中に波及しているので、この点での国際性やグローバル化は顕著である。

206) Herget and Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 399-455. 同書については本稿1.2.2.も参照。

207) 平野敏彦「書評：James E. Herget & Stephen Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*」アメリカ法1988-2号（1989年）276頁。

もドイツ法学からの影響を論じた研究はあるが<sup>208)</sup>、ドイツ法学の理解や影響関係の検討が適切なのかといった点でやはり疑問が残る<sup>209)</sup>。自由法論をはじめとするドイツ法学を可能な限り正確に押さえたうえでの比較研究の必要性は依然として高い。

また、国際的な視点というとき、自由法論者だけに目を向けるのでは不十分である。リーガル・リアリズムに対しては、自由法論に限らないドイツ法学からの影響が考えられるからである<sup>210)</sup>。ルウェリンなど多くのリアリストに好意的に受容されたカードーズは、有名な講演『司法過程の性質 (*The Nature of Judicial Process*)』において、自由法論とその周辺に属す

---

208) Whitman, James. "Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code." *Yale Law Journal* 97, no. 1 (1987): 156-175.

209) 菊池亨輔「ルウェリンとドイツ——リーガル・リアリズム形成の一断面」長谷川見・酒匂一郎・河見誠・中山竜一（編）『法の理論42』（成文堂、2024年）所収、40-41頁（なお掲載頁は本稿校正の最終段階にて確定した）。

210) たとえば、イエーリング (Rudolf von Jhering, 1818-1892) からルウェリンへの影響を論じるものとして、Grise, Julie E., Martin Gelter and Robert Whitman. "The Influence of Rudolf von Jhering on Karl Llewellyn." *Tulsa Law Review* 48, no. 1 (2012): 93-116. また、「法事実研究 (Rechtstatsachenforschung)」の提唱者であるヌスバウム (Arthur Nußbaum, 1877-1964) もルウェリンと親交を結びコロンビア大学に渡ったことが知られており（屋敷二郎「アルトゥール・ヌスバウムの法事実研究」鈴木秀光他編『法の流通』（慈学社、2009年）885-886頁）、法事実研究とリーガル・リアリズムの関係も興味を引く。

ルウェリンに関してさらに踏み込むと、法学・法社会学のみならず人類学との関連においてもドイツ的な匂いを嗅ぎ取ることができる。

アメリカ人類学の父と呼ばれ、文化相対主義の祖としても知られる人類学者ボアズ (Franz Boas, 1858-1942) は、ユダヤ系の出自を持ってドイツで生まれ育っており、アメリカに移住後もドイツの科学的文化の中にいた。ボアズがアメリカにおける人類学研究の拠点を築き上げたコロンビア大学にて、彼とその周りの学生はドイツ語を用いていたという。その当時コロンビア大学に勤務し、人類学に関心を抱いていたのが他ならぬルウェリンである。ボアズの仲介と協力を受け、ルウェリンはボアズの指導学生であったホーベル (E. Adamson Hoebel, 1906-1993) とともに共同研究を進めることとなる。Tuori, *Lawyers and Savages*, 11, 107-108, 117-118. 彼らの研究は『シャイアのやり方 (*The Cheyenne Way*)』へと結実した。Llewellyn, Karl N. and E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (Norman: University of Oklahoma Press, 1941).

このように、リーガル・リアリズムの国際性と学際性は重なり合って現れることがある。

るヨーロッパの学者たちの司法過程論に触れている。フランスのジェニーやオーストリアのエールリッヒなどの名高い学者のみならず、今となっては欧州においても注目されることが少ないドイツのブリュット (Lorenz Brütt) やグメリン (Johann Georg Gmelin, 1861-1911) の名も見受けられる<sup>211)</sup>。ここからわかるように、より厳密に考えるのであれば、比較対象国をドイツ (およびオーストリア) に限定すること自体も恣意性を伴う。少なくとも、フランスのジェニーが、著名な自由法論者であるカントロヴィッツやエールリッヒに劣らず重要であることは間違いない。とはいえ、検討対象とする論者をいたずらに拡大し続けて影響関係を探っても実りは少ない、というのも事実であろう。

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リーガル・リアリズムを理解するという我々のプロジェクトにとって、極めて重要なのは、国を超えてみられる構造的な類似性・同型性に着目することであろう<sup>212)</sup>。

たとえば、本稿 2.2.1.2. では、タマナハによる形式主義の捉え直しについて触れた。それによれば、形式主義と目される論者の中にもリーガル・リアリズム的な主張を見出すことが可能であり、形式主義がそもそも一種の虚像として構築されている以上、形式主義対リアリズムという構図は神話にすぎない、とされた。

これと同型の議論はドイツでも見出すことができる。すなわち、ドイツでは19世紀ドイツ法学 (パンデクテン法学) の再検討が夙に行われている。

---

211) Cardozo, Benjamin N. *The Nature of Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1921), 15-17, 70-75, 90, 110, 119-121. B.N. カドーズ『司法過程の性質』(守屋善輝(訳)、中央大学出版部、1966年) 9-10, 68-73, 88, 112, 121-122頁。

212) そのような方向性の研究として、Schmidt, Katharina I. "Der "Formalismus-Mythos" im deutschen und amerikanischen Rechtsdenken des frühen 20. Jahrhunderts." *Der Staat* 53, no. 3 (2014): 445-473; Schmidt, Katharina I. "Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to "Life"." *German Studies Review* 39, no.1 (2016): 121-140.

ヴァイントシャイト（Bernhard Windscheid, 1817-1892）など概念法学の権化とされる論者も、実は法外の考慮を一切除外した概念偏重の法律論を立てていたわけではない、といったかたちでの見直しが進められて久しい。いわゆる概念法学は、自由法論者などの批判者が作り上げた虚像だというわけである<sup>213)</sup>。

このように、20世紀前半という往時の議論構造のみならず後世における研究動向においても興味深い同型性が見受けられる。たとえば米独におけるこのような二重の類似構造を踏まえることで、法におけるリアリズムをより根源的な地点から理解してその特質を明確化することができよう。その先において、（普遍的とまでは言えずとも）法の理解に関して国を超えた一般性を備える理論を構築する道が拓けると思われる。ここに、国際性を持ち出してリーガル・リアリズムを改めて研究する意義（の1つ）がある。

### 3.1.2.2. バイアス発生のしやすさ

続いて、リーガル・リアリズムを論じる上で参照可能な資料や論者が膨大かつ曖昧であるがゆえに、自身の見たいリーガル・リアリズムが見えてしまう、という問題点を取り上げよう。

確かに、リーガル・リアリズムとして論じうる範囲を画するにあたり、非常に多く参照されている、いわば核となるような著作もある。その代表格として、ルウェリンの論文「リアリズムに関する幾何かのリアリズム（Some Realism about Realism）」（1931）が挙げられよう<sup>214)</sup>。そこでは、以下のように、リーガル・リアリストと目される論者20名のリストと、リーガル・リアリズムの共通の出発点たる9つの要素が列挙されている<sup>215)</sup>。

---

213) そのようなドイツの研究動向は、すでに日本でも紹介・検討されて久しい。たとえば、赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』（成文堂、1995年）第5章。

214) 参考までに述べておくと、2023年12月現在の Google Scholar 上の被引用数は2000超である。[https://scholar.google.co.jp/scholar?hl=ja&as\\_sdt=0%2C5&q=Some+Realism+about+Realism&btnG](https://scholar.google.co.jp/scholar?hl=ja&as_sdt=0%2C5&q=Some+Realism+about+Realism&btnG)（最終アクセス：2023/12/10）

215) Llewellyn, Some Realism about Realism, 1226-1227, 1236-1238.

**【論者】**

ジョセフ・ビンガム (Joseph Bingham)  
アーネスト・ローレンゼン (Ernest Lorenzen)  
チャールズ・クラーク (Charles Clark)  
ウォルター・クック (Walter Cook)  
アーサー・コービン (Arthur Corbin)  
アンダーヒル・ムーア (Underhill Moore)  
トーマス・パウエル (Thomas Powell)  
ハーマン・オリファント (Herman Oliphant)  
ジェローム・フランク (Jerome Frank)  
レオン・グリーン (Leon Green)  
マックス・レイディン (Max Radin)  
ジョセフ・ハッチソン (Joseph Hutcheson)  
サミュエル・クラウス (Samuel Klaus)  
ウェスリー・スタージェス (Wesley Sturges)  
ウィリアム・ダグラス (William Douglas)  
ジョセフ・フランシス (Joseph Francis)  
エドウィン・パターソン (Edwin Patterson)  
レオン・トゥリン (Leon Tulin)  
ヘッセル・アインテマ (Hessel Yntema)  
カール・ルウェリン (Karl Llewellyn)<sup>216)</sup>

**【共通の出発点】**

- (1) 流動的な法、移り変わる法、司法による法の創造という考え
- (2) 法は社会的目的のための手段であり、それ自体は目的ではないという  
考え
- (3) 社会は流動的であり、その流動は法よりも急速だ、という考え

---

216) *Ibid.*, 1226-1227 において挙げられている論者を書き出した。レイアウト上、インデントを下げているが、原文の引用ではない。また、名前の表記方法（ミドルネームの有無など）も原文と異なる。



- (4) 「である」と「べき」の一時的な分離
- (5) 裁判所や人々が行っていることを説明しようとする限りで、伝統的な法的ルールや概念に対する不信
- (6) 伝統的な指示的ルール定式化こそが裁判所の判決を生み出す上で大きく作用する要因であるという理論に対する不信
- (7) 諸判決や法的諸状況を過去の実践よりも狭いカテゴリーに分類することが望ましいという信念
- (8) 法のいかなる部分についても、その効果という観点から評価することにこだわり、その効果を発見しようとする価値にこだわること
- (9) これらのいずれかの線に沿って、法の諸問題に対する持続的・計画的な攻撃をしかけること

※(1)(2)(3)(5)は、リーガル・リアリズムの従事者に共通しているが、特有のものではない。

※※(4)(6)(7)(8)(9)が、リーガル・リアリズムに特有のものである<sup>217)</sup>。

しかしながら、以上のリストや特徴づけは、確かに多くの論者によって参照されているものの、必ずしも皆に受け入れられているものではない<sup>218)</sup>。たとえばトワイニングは、上記の人名リストが、「『リアリスト』を特定するのに最もよく使われている」という研究状況を強く批判する。というのも、このリストの中には、パウエルやパターンソンなど、自身を

---

217) *Ibid.*, 1236-1238. レイアウト上、インデントを下げたが、原文そのものではなく、同頁に書かれている内容を要約したものである。ただし、強調は原文を参考にした。

218) 以下本文で言及するトワイニングはこのルウェリンの論述に対しかなり批判的であるが、論者によって峻拒の度合いに温度差がある。限定的に肯定する例を挙げておこう。阿部昌樹は、リーガル・リアリズムの「正確な要約とはいいいがたいとしてもなお、」リーガル・リアリズムに「含まれていた重要な要素を剔出していることはたしかである」と述べている（阿部昌樹「第4章 法と社会の現実を見る——経験的法社会学の系譜」（和田仁孝・太田勝造・阿部昌樹（編）『法と社会へのアプローチ』（日本評論社、2004年）所収、58-78頁）62頁）。また、森村進は、「権利そのものよりもその救済方法（remedy）を重視するという点」を10点目として追加することで修正を加えている（森村進「リアリズム法学は社会学的法学とどこが違うのか」（森村進（編）『法思想の水脈』（法律文化社、2016年）所収、166-169頁）167頁）。

リーガル・リアリストとして認めないであろう人が含まれており、また、ハミルトンといった含まれるべき人が含まれていないなど、明確な欠陥が見られるからである。「ルウェリンによるリアリストのサンプルは、今日、アメリカのリーガル・リアリズムを歴史的・分析的に扱うに際し、満足のいく基盤を提供することはできないと結論せざるを得ない」とトワイニングは述べている<sup>219)</sup>。トワイニングは、9つの共通の出発点に対しても同様に批判的であり、「その最大の欠点は、ルウェリンが、やや異例なことに、関連する歴史的背景や制度的文脈、リアリストたちを刺激した具体的問題に言及することなく、かなり多様な形で選んだ人々の考えを分析しようとしたことである」と手厳しい<sup>220)</sup>。

また、もしルウェリンのリストや特徴づけを受け入れるとしても、その解釈の余地の大きさが、続いて問題となろう。たとえば、フランクをリーガル・リアリストの1人と同定するとして、ではフランクの主張すべてをリーガル・リアリズムと理解すべきだろうか。すべてではないとすれば、どの部分がリーガル・リアリズムとなるのか。この点、鶴飼信成は、フランクのフロイト的精神分析学の導入をリーガル・リアリズムの型の1つとして捉えている<sup>221)</sup>。それに対し、ライターは、フランクのフロイト的精神分析学の導入とそこから導き出す帰結は非常に例外的なものであり、リーガル・リアリズムとして解すること自体に抵抗感を示す<sup>222)</sup>。どちらが正しいのだろうか。また、リーガル・リアリズムの出発点とされる9つの共通点は、論理的につながっているものではなく、個別に論じうる。さて、それでは、9つの内いくつを達成すればリーガル・リアリズムたりえるのだろうか。——疑問は尽きない。

このように、リーガル・リアリズムを論じるにあたり、何を出発点と

219) Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 75-77.

220) *Ibid.*, 80.

221) 鶴飼信成「リアリズム法学」法学セミナー24号(1958年)16頁。

222) Leiter, Brian. "Legal Realism and Legal Doctrine." *University of Pennsylvania Law Review* 163, no. 7 (2015): 1978-1979.

し、そしてどう解釈するか、選択肢は非常に多くある。それゆえに、自身のバイアスに沿ったリーガル・リアリズム像を提示することは、相当に無理のあるものでない限り、難しくないのである。

上記は、本質追求にのみ関係する難点であるように思われるかもしれないが、そうではない。「撤退」「再構成」「類型化」のそれぞれにおいても、選択肢は多く存在し、バイアスが容易に入り込む。

まず「撤退」であるが、完全にリーガル・リアリズムという語の使用をやめてしまう場合は例外としても、たとえば「雰囲気」へとリーガル・リアリズムを還元しようとする場合、内容が薄くなるよう、それだけリーガル・リアリズムの範囲を広く取るという選択をしているのである。なお逆に、極端な形でいえば、リーガル・リアリズムの中心はルウェリンにあり、ルウェリンだけを読めばよい、とすれば、「雰囲気」への還元は困難となろう（が、もちろんこれもまた選択である）。

では「再構成」はどうか。再構成をするためには、その再構成の素材がある程度確定している必要がある。しかし、ここまで見てきたように、誰をリアリストとし、どのような議論を考慮するか、つまり何を素材と考えるか自体が、すでに論争的なのである。選択肢があまりに広いとき、再構成を為すとして、果たしてそれによって示されるものがリーガル・リアリズムの再構成といえるのか、いくらでもバイアスの存在を疑うことが可能だろう。

「類型化」にもバイアスは発生する。本節ですでに、フランクのフロイトの精神分析学の扱いにつき、鶴飼とライターのそれが対照的であることを示した。リーガル・リアリズムの型の1つとして数えるか、あるいはリーガル・リアリズムの外部とするか——。類型化する対象の範囲を確定するとき、そこにすでに選択が存在し、バイアスが介在しうるのである。

### 3.2. 本研究の位置づけと特長

以上、リーガル・リアリズムについての主要な先行研究を概観し、整理

してきた。それでは、今後展開を予定する我々3人による研究は、以上の整理のどこに位置づけられ、またどのような意義・特長を持つといえるのであろうか。

すでに述べたとおり、「本質追求」、「撤退」、「再構成」、「類型化」の4つはある種の理念的なものであり、必ずしも排他的な関係にはない。また本研究は、あくまで遂行計画の段階にあり、進めていく中で研究方法も変容しうる。こうした点に留意しつつ、本研究を分類するならば、(主として)「再構成」に該当する研究として整理されるだろう。我々3人は、次のような仮説に基づき、リーガル・リアリズムの「再構成」を進めていく予定である。

【仮説】リーガル・リアリズムは、隣接する社会科学における経験的研究の成果を吸収しながら、同時に、ドイツの法理論とも共鳴する形で、その理論的基盤を形成してきた。その系譜は、現代の法理論に連なっている。そこで、リーガル・リアリズムの理論的展開において共有されてきた諸要素を探究することで、リーガル・リアリズムを現代に通用する法理論として再構成することができる。また、これにより、現代の法的な問題に対して、新たな角度からの示唆を得ることができる。

本研究も「再構成」に該当する以上、上記の問題点を完全に克服することはできず、また準じて、「本質追求」などに基づく他のリーガル・リアリズム研究よりも明確に優れていると断言できるものではない。しかしながら、本研究は、従来の「再構成」が持つ難点を緩和し、準じて「再構成」に基づく研究の魅力を相対的に引き上げるものである。以下、こうした主張を可能とする、本研究の特長について述べることにしたい。

### 3.2.1. 複眼性——バイアスの緩和

我々3人は、リーガル・リアリズムを単に歴史の1頁と解するのではなく、現代的な法理論として理解することができるのではないかと考える

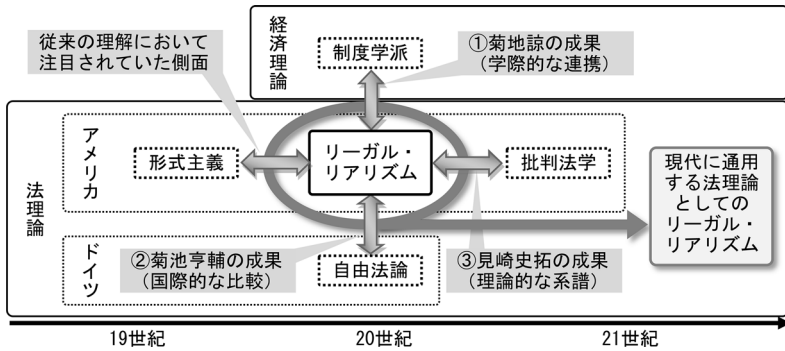
点で一致する。しかしながら、我々がそのように考えるようになった背景、すなわちリーガル・リアリズムに着目するようになった研究遍歴・関心はそれぞれ異なっている（表1）。

表1 筆者の研究遍歴および関心

	これまでの研究	今後の研究関心
菊地諒	法理論と経済理論の交錯をテーマとして、リーガル・リアリズムに影響を与えたとされる制度学派を分析し、これを「法と経済学」の初期形態として位置づけた	経済学との関連に限らず、より広い学際的な連携の観点からリーガル・リアリズムと社会科学との結びつきを探ることで、既存の学際法学（law ands）に示唆を与える
菊池亨輔	法実務を志向した法的思考の特質および法的思考における法外的要素の扱い方に対する関心から、自由法論等を中心に、20世紀初頭のドイツにおける法理論を研究してきた	法的思考の境界線を揺るがした自由法論等とリーガル・リアリズムについて、国を跨いで比較検討することで、両者の特質をより明確化するとともに、現代の法理論への波及を探る
見崎史拓	リーガル・リアリズムから批判法学へ継受された「法の不確定性」論の研究に従事し、制度構想に向けた実験主義を可能とする条件として「法の不確定性」を位置づけた	「法の不確定性」の観点から、リーガル・リアリズムと批判法学との結びつきをより強い形で再構成し、実験主義の内実や制度構想への具体的な道筋を明確化する

本研究は、以上のような研究遍歴と関心の下で、それぞれが獲得してきた知見と知識を踏まえつつ、いわば複数の視点に基づく共同研究によって、リーガル・リアリズムという法理論の姿を現代に通ずるものとして描き出そうとするものである（図1）。

図 1 本研究の目的



さて、それでは、「複眼性」とでも呼びうるこうした本研究の性質が、特長として解しうるのはなぜか。その答えは、端的に言えば、リーガル・リアリズム研究が孕みやすい、強いバイアスを緩和しうるからである。

すでに述べてきたように、リーガル・リアリズムを研究するにあたり、誰をリアリストとして数えるか、そしてどのテキストの、どの部分をリアリズム的と考えるか、そして解釈をどうするか、といった選択肢は非常に広い。それゆえに、自身の見たいリーガル・リアリズム像をかなり容易に描き出せてしまう、という問題点がリーガル・リアリズムには付きまとう。我々3人も、それぞれの関心を持っており、共同ではなく一人一人が別個に研究したとすれば、そこで描き出されるリーガル・リアリズム像は、個々の関心に引きずられ歪められたものとなるであろう。

また、「再構成」の場合は、より事態は悪化しうる。すなわち、「再構成」の場合、誰をリアリストとするか、といった選択肢に加えて、明示的に論者やテキストを離れることも可能となる。バイアスの介在のみならず、そもそもリーガル・リアリズムの研究なのかすらも疑いうるほどに、議論が拡散してしまいうるのである。

それに対し、本研究は、リーガル・リアリズムという法理論の提示にあたり、共同で研究しようとするものである。具体的には、すでに実施して

いるものをいえば、リーガル・リアリズムを中心とする学術文献を読解する研究会を2週間に1度程度開催し、それぞれの解釈や位置づけなどについて討論を行っている（なお本研究会は本稿執筆時点、すなわち2023年12月時点で2年以上にわたり継続して開催している）。

この方法のポイントは2つある。1つは、テキストの選定である。リーガル・リアリズムに関連する文献は膨大であり、タイトルに「legal realism」が付くものだけでも1000件を超えている<sup>223)</sup>。それゆえ、無意識的に自身の関心や描きたいリーガル・リアリズム像に沿う文献を偏って選定・研究してしまいやすい。それに対し、本研究では、それぞれが文献を持ち寄って共同で読むことで、個人では読まなかったであろう文献を強制的に読むことになる。これにより、偏りを完全に除去することはできないとしても、緩和することが可能となるだろう。

もう1つのポイントは、テキストの読解・解釈である。テキストをいかに読み解き、解釈するかもまた、それぞれの関心が強く反映されやすく、自身の主張と相反する部分を無意識的に読み飛ばしてしまうこともあるだろう。そこで、我々の研究会では、比較的詳細な要約を作り、各自関心を持った点を明示して討論することで、偏りを可能な限り除去し、またどのような偏りが自身にありうるかを自覚するよう心掛けている。このような形で討論することで、「再構成」であることを免罪符としてリーガル・リアリズムのテキストを極端な形で解釈し、ときに大きく乖離してしまうという事態を防止しうると考えられる。というのも、そうした極端な解釈は、我々3人の討論の基本となる足場・土台を切り崩すものであり、他の論者から制止がかかると考えられるからである。

---

223) [https://scholar.google.co.jp/scholar?as\\_q=&as\\_epq=Legal+Realism&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_occt=title&as\\_sauthors=&as\\_publication=&as\\_ylo=&as\\_yhi=&hl=ja&as\\_sdt=0%2C5](https://scholar.google.co.jp/scholar?as_q=&as_epq=Legal+Realism&as_oq=&as_eq=&as_occt=title&as_sauthors=&as_publication=&as_ylo=&as_yhi=&hl=ja&as_sdt=0%2C5)（最終アクセス：2023/12/10）

### 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

以上、リーガル・リアリズム研究において複眼的な共同研究が有用である理由について述べてきた。続いて指摘したいのは、単に複数の視点を持つ論者が集まれば十分というわけではない、ということである。すなわち、自身の持つ意見に固執し、他の共同研究者との対話の中で自らの考えに変更を加える用意がないのであれば、それは個人で研究するのとほとんど変わらない。求められるのは、敵対的な批判による潰し合いではなく、修正の可能性を受容しつつ、それぞれ互いに異なるリーガル・リアリズムについての見解を洗練していくことをめざす、そうした共同的探究の形である。もちろん、直ちに誤解のないように述べておきたいが、これは相手のリーガル・リアリズム理解をそのまま受容すべきだという意味ではない。ボヘンスキー (Józef Maria Bocheński, 1902-1995) が語る、次のような哲学者の対話の姿勢が、ここで参考となるだろう。

いつもそうしているように、ある哲学者が議論に参加しようとしているとする。これは、論敵 (adversary) を説得するためではないであろう。彼が唯一望んでいるのは、彼自身が納得を得られることだけなのである。彼は、自身の見解が誤っていることを論敵から学び、準じて、現実についての新たな、そしてより良い理解を得られることを望んでいる。あるいはまた、論敵との論争が、自身の見解をより良く定式化し、改善し、強固なものとする助けとなることを望んでいるのだ<sup>224)</sup>。

我々は、すでに自身の研究の中で、おぼろげながらではあるものの、それぞれのリーガル・リアリズム像を形成している。準じて、見解を異にし、互いに「論敵」になることはある。しかしながら、ここでいう「論敵」は、相容れず殲滅すべき対象という意味での「敵」ではない。リーガル・リアリズムを現代に通用する法理論としてより良い形で理解するという目

---

224) Bocheński, Józef M. "On Philosophical Dialogue." *Studies in Soviet Thought* 6, no. 4 (1966): 243. (強調は原文)



標の下、互いに学び合う仲間として、互いを認識する必要があるのである。

もちろん、以上はあくまで理想論であり、こうした共同体の形成には困難が付きまとう。たとえば、河野哲也は、「公平な立場で自由に議論する必要性が生じて、さまざまな人間関係の力学や権力関係、社会的地位や立場、知識の有無などが作用して、到底、理想的とは言えない状況」が生まれてしまう可能性を挙げている<sup>225)</sup>。

本研究の強みは、先の複眼性に加えて、理想に近い共同体をすでに形成できているという点に求められる。すなわち、我々の間には年齢にほとんど差がなく、また互いに地位を脅かしようの関係にもないため、互いに忌憚のない意見を述べることが可能である。知識の有無に関しても、リーガル・リアリズムへの関心は共有しつつも、その背景となった知識がそれぞれ異なるため（学際研究、自由法論、批判法学）、誰かが絶対的に知的に優位となることもなく、教え合い、学び合う関係が形成できている。実際、先にも述べたように、研究会の結成（2021年4月）から2年以上が経過し、開催回数はすでに60回を超えているが、毎回数時間にわたる白熱した議論が行われており、また今後も続けていく予定である<sup>226)</sup>。

付言しておけば、以上のような相互協力的な研究共同体の活動は、研究成果にも着実に結びついている。たとえば、現在にかけて個々が公刊したリーガル・リアリズムに関係する業績についてであるが、公表前に当研究会メンバー間で意見交換・討論を実施し、内容の改善につながっている<sup>227)</sup>。

---

225) 河野哲也『人は語り続けるとき、考えていない——対話と思考の哲学』（岩波書店、2022年）209頁。

226) なお、本稿の校正中に、椎名智彦氏（朝日大学法学部准教授）、高橋秀明氏（広島工業大学情報学部助教）、佐々木誠矢氏（木更津工業高等専門学校非常勤講師）が本研究会のメンバーに加わった。今後の更なる発展が見込まれる。

227) 菊地諒「実践としてのリーガル・リアリズム——ハーマン・オリファントの議論を手がかりに」立命館法学398号（2021年）1-52頁；菊地諒「ジョセフ・W・ビンガムの法思想的的位置」立命館法学403号（2022年）1-29頁；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（2023年）26-31頁 DOI: [https://doi.org/10.60286/amerikaho.2023.1.0\\_26](https://doi.org/10.60286/amerikaho.2023.1.0_26)；見崎史拓「政策論・立法過程における行政法学の特質——外部から」

また、本研究会で実施したルウェリンの精読を基に、2022年11月の日本法哲学会でワークショップも実施した<sup>228)</sup>。このワークショップの成果は、『法の理論』42号において掲載が予定されている<sup>229)</sup>。そして、いままさに執筆している本稿自体も、個々人では辿り着けなかった成果であり、そうした理想的な関係を示すものだといえるだろう。

### むすびにかえて

以上の議論をごく簡単に整理・要約しよう。まず、なぜ現在リーガル・リアリズムを改めて検討する必要があるのか、我々3人それぞれの問題意識——学際性、国際性、現代性——を示した(1.)。続いて、先行研究の概観として、現代までのリーガル・リアリズムの諸研究を、リーガル・リアリズムの本質を追及し論争しようとするものと、そうした論争から一歩身を引いて議論しようとするもの——「撤退」・「再構成」・「類型化」——に整理した(2.)。最後に、2.で見た先行研究が持つ方法論上の問題点を示すと共に、それらの先行研究に対する我々3人の共同研究の強み——バイアスの緩和と積極的な対話姿勢——を明らかにした(3.)。

さて、それでは最後に、繰り返しとなる面もあるが、本稿および本研究の限界、またその射程について述べておくことにしたい。本稿で説明してきた我々3人による共同研究もまた完璧なものではなく、未完成であり、

---

↘見た、民法学との対比」法律時報94巻8号(2022年)49-55頁。

228) 質疑応答も含めた簡潔な概要については、菊地諒「リーガル・リアリズム再考——K・ルウェリンの多角的検討を通じて」(日本法哲学会(編)『現代法実証主義——法哲学年報2022』(有斐閣、2023年)所収、149-150頁)を参照。

229) 長谷川晃・酒匂一郎・河見誠・中山竜一(編)『法の理論42』(成文堂、2024年)では、「リーガル・リアリズム再考」という特集が生まれ、次の論文が掲載される(なお本稿校正の最終段階で、同特集の掲載頁が確定した)。菊地諒「ルウェリンの学際的アプローチ——社会学・人類学・経済学」(3-24頁)；菊池亨輔「ルウェリンとドイツ——リーガル・リアリズム形成の一断面」(25-50頁)；見崎史拓「ルウェリンの法学教育論——その内実と限界」(51-75頁)；佐藤達「ルウェリンのホーフエルト図式解釈について」(77-99頁)。

欠点を抱えているのである。

わけても強調すべきは、本研究は、リーガル・リアリズム研究においてとりわけ強く発生するバイアスを緩和するものではあるが、しかしバイアスを完全になくすものではないし、また加えて、本研究特有のバイアスも存在する、という点であろう。本研究の持つ大きなバイアスとして2つ挙げておこう。

第1に、我々3人の研究能力（言語能力）上の問題として、日本語・英語・ドイツ語圏の議論しか十全に追うことができない、ということが挙げられる。本稿1.3.1.で、イタリアやブラジル、中国などにおけるリーガル・リアリズム論に触れたが、英語で執筆されたもののみしか参照できておらず、準じて我々の理解にも歪みが発生しているであろう。

第2に、実定法、とりわけアメリカ法のそれに対する具体的かつ詳細な知識の不足である。本論で述べてきたように、現在のリーガル・リアリズムは、アメリカという文脈を超えた影響力を持ち、普遍的な理論として定立する可能性を持つ。しかし一方で、リーガル・リアリズムの発展、とりわけ黎明期のそれを理解する上で、アメリカ法の知識が要求される場面が、確かに存在する。実際、我々の研究会において、ルウェリンの著作などにあたっていく過程で、当時の文脈が分からず理解に苦しむということが少なからずあった。我々3人の専門が法哲学であり、具体的な法制度や実践に対する理解不足が歪みを生じさせている可能性は、否定できないであろう<sup>230)</sup>。

このように、本研究もまた不完全なものである以上、本研究は、他の方法によるリーガル・リアリズム研究を排除するものではない。本研究は、本稿の整理で言うところの「再構成」の改良を試みたものとして位置づけうるが、他の方法を改良することも考えるし、またこの整理には回収されない画期的な研究方法が見つかる可能性ももちろんあるだろう。ただ

---

230) ただし、本稿校正中に本研究会に加入した椎名智彦氏はアメリカ法を専門（の1つ）としており、こうした欠点を補ってくれるかもしれない。

し、このように研究方法上の多元主義を肯定するとしても、相互不干渉により野放図な研究を許すのではなく、積極的に討議し、そして自身らの限界というものを常に理解・意識し、改善を図っていく必要がある、ということとは強調しておきたい。本稿もまた、そうした取り組みの一例として位置づけられる。

いずれにせよ、本研究は、いまだスタートを切ったばかりである。本稿は、表題にあるとおり、あくまで「序説的整理と指針」を提示するものであって、本研究により、どのようなリーガル・リアリズムの全体像が示されることになるかはまだわからない。本研究の強みや意義が真に試されるのは、その成果によってであろう。安易な理解に安住することなく、今後も協力して研究に邁進することにした。

\* 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。