

◇ 論 説 ◇

科学的リーガル・リアリズムの諸相（1）

——ウォルター・ウィーラー・クック、アンダーヒル・ムーア、
ヘッセル・アインテマを中心に——

菊 地 諒*

目 次

はじめに

I 科学的リーガル・リアリズムの概括

- 1 リアリストの難問^{パズル}
- 2 原点としてのホームズ
- 3 リーガル・フォーマリズムの2つの型
- 4 リーガル・リアリズムの2つの型
- 5 小 括

II クックのリーガル・リアリズム

- 1 法律関係論の活用
- 2 科学的方法の展開（以上、本号）
- 3 小 括

III ムーアのリーガル・リアリズム

- 1 行動としての法制度
- 2 制度的方法の拡張
- 3 小 括

IV アインテマのリーガル・リアリズム

- 1 経験の定式化
- 2 法理学の再定位
- 3 小 括

* きくち・りょう 立命館大学法学部准教授

** 英語文献の引用に際して、原文に付された脚注番号は省略し、〈 〉でイタリックによる強調を、〔 〕で筆者による補足を示した。また、既存の邦訳を参照した場合はその頁も付しているが、訳文はすべて筆者によるものである。

V 科学的リーガル・リアリズムの再考
おわりに
付 録

はじめに

法学において、学際的な研究が隆盛して久しい。20世紀後半から続くロー・アンド・エコノミクス法と経済学の展開は言わずもがな¹⁾、21世紀においてはAIの発展に伴い、「AIと法」をめぐる学際的な研究プロジェクトが各所で立ち上がっている²⁾。特に、21世紀のアメリカでは、ニュー・リーガル・リアリズムと呼ばれる、包括的な観点に基づく学際的な研究のムーブメントが生じている³⁾。その呼

-
- 1) ロー・アンド・エコノミクス法と経済学は、20世紀半ばにアメリカの法学者・経済学者によって主導され、統計学や行動経済学、さらには質的・人類学的アプローチも柔軟に取り入れつつ、専門化・多様化を続けてきた。Adam Chilton, Joshua C. Macey, and Mila Versteeg, "Contemporary Law and Economics," *University of Chicago Law Review* 93, no. 2 (2026): 308-310. 近年は、法に対する批判的な視点を特徴とするロー・アンド・ポリティカル・エコノミー法と政治経済学の登場により、社会科学へのコミットメントを特徴とするロー・アンド・エコノミクス法と経済学の方法論的な重要性が高まっている。Chilton, Macey, and Versteeg, "Contemporary Law and Economics," 318-319.
- 2) 2025年に限定しても、「AIと法」をめぐる、たとえば次のような著作が公刊されている。Nathalie A. Smuha, ed., *The Cambridge Handbook of the Law, Ethics and Policy of Artificial Intelligence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2025); Aurelia Tamolharriex, Clement Guilton, and Simon Mayer, *AI and Law: How Automation is Changing the Law* (London: Routledge, 2025); Mimi Zou, Cristina Poncibò, Martin Ebers, and Ryan Calo, eds., *The Cambridge Handbook of Generative AI and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2025); 松尾剛行『生成AIの法律実務』(弘文堂、2025年); 柿沼太一・杉浦健二『AIと法——実務大全——』(日本加除出版、2025年); 日本法哲学会[編]『AIと法——法哲学年報2024——』(有斐閣、2025年)。なお、僭越ながら筆者も「AIと法」研究の末席に連なり、浅学を省みず私見を披瀝している。菊地諒「消費者とAI——哲学からの示唆——」『現代消費者法』68号(2025年)4-11頁。
- 3) ニュー・リーガル・リアリズムに関するハンドブックとして、Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz, and Heinz Klug, eds., *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021). 筆者はこの著作を評したことがある。菊地諒「ニュー・リーガル・リアリズムの現在地——SHAUHN TALESH, ELIZABETH MERTZ & HEINZ KLUG (eds.), RESEARCH HANDBOOK ON MODERN LEGAL REALISM, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. xiv+519——」『アメリカ法』2023.1巻(2023年)26-31頁。

称に表れている通り、このムーブメントは20世紀のリーガル・リアリズム——カール・ルウェリン（Karl N. Llewellyn, 1893-1962）とジェローム・フランク（Jerome N. Frank, 1889-1957）を筆頭とする法学研究のムーブメント——を念頭に置いたものである。この事実が示唆するのは、20世紀のリーガル・リアリズムにも学際的な側面があったという理解である。

この点について、ダン・プリール（Dan Priel）による興味深い指摘がある。プリールは、ウォルター・ウィーラー・クック（Walter Wheeler Cook, 1873-1943）、アンダーヒル・ムーア（W. Underhill Moore, 1879-1949）、ヘッセル・アインテマ（Hessel E. Yntema, 1891-1966）という3名の法学者に言及しつつ、次のように述べる。

今日、リーガル・リアリストは、法の学際的な研究、特に^{エンピリカル・リーガル・リサーチ}経験的法学研究の先駆者と見なされることが多い。これは、アンダーヒル・ムーアを筆頭とする科学的リーガル・リアリストについては、非常に正確な描写である。他の科学的リアリスト（ウォルター・ウィーラー・クックやアインテマなど）も、そうした研究が必要であり、法学研究において科学的精神をより積極的に受容すべきであると主張した⁴⁾。

ここで、プリールは3名の法学者を「科学的」リアリストと呼ぶ。この呼称は、プリール自身によるリーガル・リアリズムの分類——「科学的リーガル・リアリズム（scientific legal realism）」と「伝統的リーガル・リアリズム

4) Dan Priel, "The Return of Legal Realism," in *The Oxford Handbook of Legal History*, ed. Markus D. Dubber and Christopher Tomlins (Oxford: Oxford University Press, 2018), 467.

なお、ニュー・リーガル・リアリズムに関するハンドブックでは、^{エンピリカル・リーガル・スタディーズ}経験的法学研究とニュー・リーガル・リアリズムはいずれも20世紀のリーガル・リアリズムから派生しつつ、前者がもっぱら経験的なアプローチを採用するのに対し、後者は包括的なアプローチを採用するという形で、両者の相違が強調されている点に留意されたい。Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz, and Heinz Klug, "Introduction to the Research Handbook on Modern Legal Realism," in *Research Handbook on Modern Legal Realism*, ed. Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz, and Heinz Klug (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021), 1-5. 菊地「ニュー・リーガル・リアリズムの現在地」27頁。

ム (traditional legal realism)』⁵⁾——を踏まえたものである。すなわち、プリールの指摘に従えば、法の学際的な研究は、クック、ムーア、アインテマを中心とする科学的リーガル・リアリズムにルーツを持つということになる。

そこで、本稿では法思想史的な観点から学際法学史を再構成することを目指して、科学的リーガル・リアリズムに焦点をあてる。Iでは、プリールの記述に従い、科学的リーガル・リアリズムの概要を把握する。II、III、IVでは、それぞれクック、ムーア、アインテマの主張を確認し、科学的リーガル・リアリズムの諸相を明らかにする。Vでは、その成果を踏まえ、改めて科学的リーガル・リアリズムの意義と限界について考察する。最後に、若干の補足とともに締めくくる。

本稿の目的は、第1に、法の学際的な研究の思想的な淵源を探究し、そのうえで現代の学際化を捉え直すための視角を提供することである。法学と他の学問との連携は広範に展開しているが、その適切な理解のためには、学際的な研究がどのような知的系譜の上に成立してきたかを歴史的に検証する必要がある⁶⁾。本稿では、科学的リーガル・リアリズムを手がかりとして、この系譜の一端を明らかにすることを目指す。

第2の目的は、(日本で)十分に紹介されているとは言い難いリーガル・リアリズムの一断面を取り上げ、その実態を解明することである。リーガル・リアリズムは、しばしば19世紀のリーガル・フォーマリズムとの対比において⁷⁾、その一般的な特徴に即して理解されてきた。本稿では、クック、

5) Priel, "The Return of Legal Realism," 475.

6) 筆者は学際法学史研究の一環として、法と経済学ローランド・エコノミクスの前史となる法学と経済学の関係史を19世紀までさかのぼり、再構成したことがある。菊地諒「法と経済学」の揺籃】(成文堂、2021年)。

7) リーガル・フォーマリズム (または端的にフォーマリズム) とは、法体系は包括的・自己完結的であり、法的判断は内在的に理解され、正当化されるという立場を指す。アーネスト・ワインリブ (Ernest J. Weinrib) は、リーガル・フォーマリズムを「内在的に理解可能な規範的实践でありたいという法の願望」の表れとして捉える。Ernest J. Weinrib, "Legal Formalism," in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Dennis Patterson, 2nd ed. (Chichester: Wiley-Blackwell, 2010), 336. また、ボヤン・スバイッチ

ムーア、アインテマの主張を紹介することで、リーガル・リアリズムに対する理解の精緻化を試みる。

第3の目的は、プリールによるリーガル・リアリズムの理解が適切かどうかを検証することである。プリールの提示する分類は明快であるが、現実のリアリストの議論をどこまで正確に捉えているのかという点で、なお吟味を要する。本稿では、具体的なリアリストの主張を検討する作業を通じて、プリールの提示する分類の意義と限界についても明らかにしたい。

なお、以下では記述の簡略化を図るべく、必要に応じてリーガル・フォーマリズムをLF、リーガル・リアリズムをLRと表記する。

I 科学的リーガル・リアリズムの概括

1 リアリストの^{パズル}難問

まずは、プリールがどのような姿勢でLRと向き合っているかを確認するところから始めたい。近年、LRの法思想史的な位置づけをめぐって、従来の理解の見直しが進んでいる。従来の理解によれば、20世紀に台頭したLRは、19世紀のLFを打倒した（革新的な）運動として、法思想史の過ぎ去った1コマと見なされてきた。しかし、このような単線的な理解はさまざまな角度から見直されつつある。プリールの一連の研究もまた、1つの視角からLRを再検討する営みとして捉えることができる⁸⁾。

(Bojan Spaić) は、(19世紀の) 古典的なリーガル・フォーマリズムの共通点として、「法を整合的なものとして、また、一般的な概念的カテゴリーに分類可能なものとして捉え、形式的で演繹的な論理に基づいて法的推論を展開する」ことを挙げている。Bojan Spaić, "Formalism," in *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, ed. Mortimer Sellers and Stephan Kirste (Dordrecht: Springer, 2023), 987.

8) LRに関する近年の研究動向について整理したものとして、菊地諒・見崎史拓・菊池亨輔「リーガル・リアリズムの(再)検討に向けて(1)(2・完)——序説的整理と指針の提示——」『立命館法学』408号(2023年)1-50頁; 410号(2024年)77-120頁。プリールの研究は、LRの「類型化」を試みる例として紹介されている。菊地ほか「リーガル・リアリズムの(再)検討に向けて(2・完)」85-87頁。

LR に対する従来の理解を見直す手がかりとなるのが、「私たちは今や誰もが (リーガル・) リアリストである」というスローガンである⁹⁾。プリールも述べる通り、従来の理解に鑑みれば「この〔スローガンの〕言葉は、リーガル・リアリストが提唱した思想が今や法的知識に組み込まれたため、リアリストに対する関心は薄れてよいという意味に読むことができた。しかし時を経て、この言葉は別の意味を獲得するようになった。すなわち簡単に言えば、その人の他の信念がどうであれ、〈今や〉誰もが受け入れる根本的な洞察が存在し、その洞察こそ『私たち』の誰もがリーガル・リアリズムに負うものである、という意味である」¹⁰⁾。すなわち、近年人気を博しているのは、今や法学に従事する誰もがLRの洞察を内面化しているという物語である。

この新しい物語の語り手は、LRを理論的に再構成しようとする。しかし、それぞれの語り手がLRに何を読み込み、どのような再構成を試みるかは一様ではない。最も有名な物語の1つは、ブライアン・ライター (Brian Leiter, 1963-) による「法理学の自然化」であろう¹¹⁾。ライターは、LRの中に自然主義的なアプローチを読み込み、これを裁定理論の自然化として再構成する¹²⁾。しかし、ライターの物語はあくまで一例にすぎず、語り手の

9) このスローガンの正確な出所は不明であるが、1961年に、ルウェリンの『コモン・ローの伝統』(1960年)の書評において、ベリル・ハロルド・レヴィ (Beryl Harold Levy, 1908-1995) がウォルター・ゲルホーン (Walter F. Gellhorn, 1906-1995) の主張として、「私たちは今や誰もがリアリストである (we are all Realists now)」という表現を用いている。Beryl Harold Levy, review of *The Common Law Tradition—Deciding Appeals*, by Karl N. Llewellyn, *University of Pennsylvania Law Review* 109, no. 7 (1961): 1047. この書評は、プリールが調査した限りでは、LRとの関係でこの表現が用いられた最も早い用例であるという。Priel, "Return of Legal Realism," 459n10.

10) Priel, "Return of Legal Realism," 459.

11) 筆者は、ライターの「法理学の自然化」という構想を紹介・検討したことがある。菊地諒「自然主義と法哲学——ブライアン・ライターを手がかりに——」『立命館法学』420・421号 (2025年) 257-280頁。

12) Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 39-46.

関心や立場によって、LRはさまざまな（相互に矛盾しうる）像を与えられている¹³⁾。

このねじれた状況から生じる問題を、プリールは「リアリストの難問^{パズル}」と呼んだ。すなわち、「他に合意する点がほとんどない論者が、なぜ誰も自らをリーガル・リアリストと見なせるのか？」¹⁴⁾という問いである。プリールは複数の説明を提示するが、最終的な回答は、LRが2つの対立する型を持っているというものである¹⁵⁾。プリールによれば、「それぞれが相

13) 別の例として、ハノック・ダガン (Hanoch Dagan) は、「権力と理性」、「科学と技巧」、「伝統と革新」という3つの緊張関係の中でLRを再構成し、法の概念を構築する。Hanoch Dagan, *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory* (New York: Oxford University Press, 2013), 28-67. また、マイケル・グリーン (Michael S. Green) は、法的ルールの否定に重点を置いてLRを再構成し、その哲学的な洗練を図る。Michael S. Green, "Legal Realism as Theory of Law," *William and Mary Law Review* 46, no. 6 (2005): 1921-1939. これらの研究は、LRの「再構成」を試みる例として紹介されている。菊地ほか「リーガル・リアリズムの（再）検討に向けて（1）」44-50頁。

14) Priel, "Return of Legal Realism," 460.

15) プリールは、「リアリストの難問^{パズル}」に対する回答として4つの説明を提示する。第1に、LRの主張は陳腐で自明なものであったという説明である。プリールは、この第1の説明によってLRの「創造神話」そのものを否定した論者として、ブライアン・タマナハ (Brian Z. Tamanaha, 1957-) を挙げている。Priel, "Return of Legal Realism," 460-461.

タマナハは、LRの主張する内容を、（従来の理解において）その論敵とされてきたLFの主張においてさえも見出すことができるとして、両者の対立構造そのものを否定した。Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging* (Princeton: Princeton University Press, 2010), 67-90. タマナハの研究は、LRからの「撤退」を試みる例として紹介されている。菊地ほか「リーガル・リアリズムの（再）検討に向けて（1）」40-42頁。

この第1の説明によれば、LRの独創性は（LFとの対比で）誇張されたものにすぎず、当然に誰もが（常に）リアリストである。プリールはこの説明に対して、LRが同時代の激しい反発を受けた事実と整合しない点や、大陸法系のヨーロッパの法理論との対峙という地理的・歴史的な文脈を軽視している点を指摘する。こうした点に鑑みれば、「LFとLR」という構図にも一定の意義がある。Priel, "Return of Legal Realism," 461-462.

そこで、第2の説明はこの構図に則り、LFの否定という命題に重点を置く。この説明によれば、フォーマリストではないという意味で、今や誰もがリアリストである。プリールによれば、このような否定命題は多様な見解と両立するため、LRをさまざまな理論の基盤として捉え直すことが可能になり、その結果として無数の物語が乱立する結果を生むことになる。Priel, "Return of Legal Realism," 462-463.

当程度に内的な整合性を持つ体系的な思想のパッケージを形成しているものの、この2つ〔のLR〕は互いに相容れない。2つの陣営のそれぞれの思想は、細部・戦術・強調点で異なることはないものの、一連の根本的な問題において深く対立する2つの見解の体系を反映したものである¹⁶⁾ という。この2つの型こそ、科学的LRと伝統的LRである。この対比の成り立ちを確認することにしよう。

2 原点としてのホームズ

プリールは、オリバー・ウェンデル・ホームズ (Oliver Wendell Holmes Jr., 1841-1935) の「法の道」(1897年)の再解釈を試みる中で、科学的／伝統的という対比を導入した。プリールによれば、「法の道」におけるホームズの議論は3段階から構成されているという。第1段階において、ホームズは法と道徳の混同を批判し、法が何を要求しているかを把握するための(限定的な)装置として悪人を考案する¹⁷⁾。第2段階において、ホームズはLFを批判し、法が(閉じられた論理の体系ではなく)共同体の価値観に対して開かれていることを指摘する¹⁸⁾。こうして、法を道徳と同化する道も、反対に峻別する道も退けるホームズは、第3段階において、統計学・経済学を

こうした状況を受けて、第3の説明は、さまざまな論者が自らの関心に応じてLRをそれぞれに解釈してきたとする。この説明によれば、論者はリアリストが残した豊富な資料に自説を投影し、LRとして再構成することができる。プリールに言わせれば、これによってLRは「空っぽの器」と化し、何でもありになってしまう。まさに、今や誰もがリアリストである。Priel, "Return of Legal Realism," 463-464.

こうして第4の説明として、LRに2つの型があるというプリールの回答が登場する。この説明により、LRは1つの積極的な原理に還元できる単線的な運動でも、何でもありの「空っぽの器」でもないことが明らかになる。もはや、LFを打ち破った英雄という偶像是維持できないが、それでもリアリストの中に特筆すべき思想を見出すことは可能である。そこで、LFの否定という共通の認識の背後に、2つのLRの相剋を見る——これが、プリールの提示する基本的な枠組みである。

16) Priel, "Return of Legal Realism," 464.

17) Dan Priel, "Holmes's 'Path of the Law' as Non-Analytic Jurisprudence," *University of Queensland Law Journal* 35, no. 1 (2016): 60-61.

18) Priel, "Holmes's 'Path of the Law,'" 65-66.

用いて法のあり方を検討する道を示す¹⁹⁾。プリールは、この3段階を単なる批判と提案のプロセスとして位置づけるのではなく、法の過去・現在・未来を描く進化論的な法理論として再解釈する²⁰⁾。科学的／伝統的という対比が登場するのは、このうちの第2段階、すなわちホームズによるLF批判を検討する箇所である。

プリールによれば、ホームズによる批判を理解するためには、LFに包含される2つの異なる型を区別する必要があるという。第1は概念主義（conceptualism）であり、これは（ドイツの概念法学（*Begriffsjurisprudenz*）と同様に）抽象的な概念から個別の結論を演繹できると考える立場である。第2は法理主義（doctrinalism）であり、これは判例をはじめとする法素材から一般的な法理を帰納できると考える立場である²¹⁾。両者は、法の自律性——法は閉じられている——を前提とする点で共通するが、演繹的な方法

19) Priel, "Holmes's 'Path of the Law'," 68.

20) プリールは、この3段階をホームズによる法の歴史叙述として捉える。第1段階では、法は直観的で、基礎となる理論を持たず、超自然的な要因によって正当化される。第2段階では、法は合理化されて専門的・技術的になり、（過去に同様の事例があったという理由で）歴史によって正当化される。第3段階では、歴史的探究から科学的探究への移行によって、法は（自然的なものから）完全に人工的なものとなる。さらにプリールは、こうしたホームズの歴史叙述が、オーギュスト・コント（I. Auguste M. F. X. Comte, 1798-1857）に影響を受けている可能性を指摘する。Priel, "Holmes's 'Path of the Law,'" 70-72.

コントは、人間精神の発展を神学的（すなわち虚構の）段階、形而上学的（すなわち抽象の）段階、科学的（すなわち実証の）段階という3つの段階で描く。オーギュスト・コント「社会再組織に必要な科学的作業のプラン」霧生和夫〔訳〕、清水幾太郎〔責任編集〕『世界の名著36』所収（中央公論社、1970年）80-81頁。さらに、（プリールは言及していないが）コントは人間精神の3段階が、神学的・軍事的時代、形而上学的・法制的時代、科学と産業の時代という、文明史の3つの段階に対応していることも示している。コント「社会再組織に必要な科学的作業のプラン」115-117頁。この描写もホームズの歴史叙述に影響を与えている可能性がある。

プリールによれば、このような法の歴史叙述は20世紀に、法学の側では概念分析の流行によって周縁化され、歴史学の側でもミクロな実証研究の流行に伴い、マクロな叙述として敬遠されるようになった。しかし、それぞれの流行に疑問が呈されている現在こそ、ホームズの歴史的・進化論的な法理論の意義に目を向けるべきであるという。Priel, "Holmes's 'Path of the Law,'" 72-73.

21) Priel, "Holmes's 'Path of the Law,'" 64.

を用いるか、帰納的な方法を用いるかという点で対比される。

ここでプリールは、LF の 2 つの型に対応させて、LR の 2 つの型を区別する。概念主義のカウンターパートが科学的 LR であり、法理主義のカウンターパートが伝統的 LR である。両者は、法の自律性という前提に抗し、外的な要素の流入を認める点で共通する。ただし、外的な要素として、科学的 LR が自然科学を取り入れるのに対し、伝統的 LR は共同体の価値観を取り入れる点で相違する²²⁾。

それぞれの型の詳しい説明は後回しにして、ホームズの再解釈を試みるプリールの議論に今しばらく付き合おう。ホームズの「法の道」といえば、「法の合理的な研究にとって〔中略〕将来の人は統計学の人であり、経済学を修めた人である」²³⁾ という一節が特に有名であろう。この一節を、法学に科学的方法を取り入れる趣旨の発言として理解すれば、ホームズは科学的 LR の源流に位置づけられそうに見える。しかし、プリールはそのような単純な理解を否定し、むしろホームズと伝統的 LR との親和性を強調する。

プリールによれば、ホームズによる LF 批判の内容とは、共同体に広く普及した価値観に対して「法は開かれている」という立場から、「法は閉じられている」ことを前提とする) 概念主義と法理主義を共に退けるものであった²⁴⁾。しかし、裁判官としてのホームズは、「そのような〔共同体の〕価値観について判断を下すことが自らの役割であるとは考えておらず〔中略〕過去のケースが共同体の価値観を反映している限り、たとえそれが自らの価値観と異なっていたとしても、法に組み込まれたそれらの価値判断を肯定することがホームズの仕事であった」²⁵⁾ という。したがって、ホームズ

22) Priel, "Holmes's 'Path of the Law,'" 65-66.

23) Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law," *Harvard Law Review* 10, no. 8 (1897): 469. [樋口範雄「オリバー・ウェンデル・ホームズと『法の道』(Ⅱ 『法の道』を訳す)』『法学協会雑誌』141巻5・6号(2024年)401頁]

24) Priel, "Holmes's 'Path of the Law,'" 65.

25) Priel, "Holmes's 'Path of the Law,'" 66.

の法的実践が、先例に従った（穏当な）判決を支持する傾向にあったとしても、それはLFの顕現どころか、むしろ伝統的LRを支持していたことの証拠となる。さらに、統計学・経済学の導入を（進化論的な法理論の中で）期待していたとしても、やはり裁判官として「ホームズは、自らと異なる価値選好を有する可能性のある公衆に対して、自らの価値選好を押し付けることは誤りであると考えていた。科学的なアプローチへの転換は、まさにそのような価値選好の1つであり、それゆえに、司法がそれを採用する前に、まず公衆によって受け入れられるべきである」²⁶⁾ という。このように、プリールはホームズを、理論家としては科学的LRに属するように見えても、実務家としてはむしろ伝統的LRに属する人物として再定位し、その多面性を描き出した。科学的／伝統的という対比は、その過程で導入された。

プリールによるホームズの再定位には、首肯できる部分もある。少なくとも、「法の道」以降のホームズが、「法は開かれている」という立場からLRの先鞭をつけたことは確かである。しかし、理論家としてのホームズが、法と科学の関係について（プリールが描写する以上に）積極的に言及している点には留意すべきであろう。ホームズは「法の道」において、（プリールの再解釈に従えば第3段階で）歴史すなわち判例の担ってきた役割が科学に取って代わられるという構想を持っていた。この構想は、ホームズの「科学における法と法における科学」（1899年）の中で、より積極的に展開される。ホームズの考える科学は「伝統ではなく、正確に測定された社会的な欲求に基づき、内側から〔法の〕公準を確立すること」²⁷⁾ を目指す。また、ホームズは「疑わしいケースが生じるたびに〔中略〕私たちの前に現実にあるのは、そのケースに対して支配を拡大しようとする2つの社会的な欲求の対立であり、その両方が思い通りになることはありえないと覚えてお

26) Priel, "Holmes's 'Path of the Law,'" 68.

27) Oliver Wendell Holmes, "Law in Science and Science in Law," *Harvard Law Review* 12, no. 7 (1899): 452.

くことが最も重要である」²⁸⁾ と考える。さらに、ホームズは「私たちのさまざまな社会的な目的の相対的な価値を、可能な限り決定するのは最終的に科学の役割である」²⁹⁾ という理由から、法学に対する科学の導入を積極的に推奨した³⁰⁾。

こうした主張は、ホームズが「法の道」において、「論理的な形式の背後には、競合する立法上の根拠の相対的な価値と重要性に関する判断が存在する」³¹⁾ とし、経済学によって「立法の目的、それを達成するための手段、およびその費用を検討し、衡量することが求められる」³²⁾ と述べていることの重みを増す。プリールは法の目的と手段を区別し、「法の道」において「ホームズは、経済学が手段の科学であると考えていた」³³⁾ と指摘するが、理論家としてのホームズは目的の科学まで視野に収めていた。この点も併せて考えれば、科学的 LR の首魁としてのホームズという像も、依然として捨てがたいものとなろう。

話が横道に逸れつつあるため、LR の原点としてのホームズをめぐる議論について、これ以上は立ち入らないでおこう。本稿の目的にとって重要なのは、科学的／伝統的という LR の 2 つの型である。ホームズを再解釈するための補助線として導入されたこの対比は、LR を描き出すための 2

28) Holmes, "Law in Science and Science in Law," 460.

29) Holmes, "Law in Science and Science in Law," 462.

30) ホームズは、決して法学を全面的に科学化しようとしたわけではない。ホームズ自身が述べるように、「統計学やあらゆる最新的手段がもたらす助けをすべて得たとしても、科学がすべてにおいて至高の地位を占めるような共同体は、おそらく決して現れないだろう。しかし、それは 1 つの理想であり、理想なき人生に何の意味があるだろうか？ 理想は私たちに見通しを与え、無限の世界を垣間見せてくれる。達成不可能であるからこそ、しばしば理想の美点となる。そうであるからこそ、私たちの前には常になすべきことがさらに置かれ続け、単調な完全性による倦怠から私たちを救ってくれる」。Holmes, "Law in Science and Science in Law," 462-463. ここでも、科学的なアプローチは共同体に受け入れられなければ法的実践に取り入れられないという現実を見ることができると述べている。

31) Holmes, "Path of the Law," 466. [邦訳 396頁]

32) Holmes, "Path of the Law," 474. [邦訳 408頁]

33) Priel, "Holmes's 'Path of the Law,'" 69.

つの型として磨き上げられていく。しかし、この2つの型について検討する前に、それぞれのカウンターパートにあたるLFの2つの型について瞥見しておきたい。

3 リーガル・フォーマリズムの2つの型

プリールは、概念主義／法理主義というLFの2つの型を区別し、その共通点として法の自律性という前提を置いた。法の自律性は、法学が学問として独自の領域を構成していることを意味する。プリールによれば、概念主義と法理主義は、「法学がある重要な意味において他の学問分野から自律的であり、すなわち法学は一定の問題に対して独自の解法を持っている」³⁴⁾と考える点で結びついている。LFからすれば、経済学・社会学・心理学・政治学などの知見は、法を外部から観察・説明することはできても、法的問題を直接的に解決することはできない。そこで、LFは法の内部の視点の重要性を強調し、法学という学問を自律的な領域として確立することを目指す。

ただし、法の自律性を維持する方法をめぐって、概念主義と法理主義は異なる理解を示す。概念主義は、概念から出発して個別の解答へと下降する、いわばトップダウンの方法を用いる。これに対し、法理主義は、個別の判例をはじめとする法素材から出発して一般的な法理へと上昇する、いわばボトムアップの方法を用いる³⁵⁾。プリールは、この対比について次のように述べている。

法理主義者はケースから出発し、そこから帰納によって何らかの一般的な

34) Dan Priel, "Two Forms of Formalism," in *Form and Substance in the Law of Obligations*, ed. Andrew Robertson and James Goudkamp (Oxford: Hart Publishing, 2019), 166–167.

35) プリールによれば、概念主義と法理主義の区別においてはケースの引用の頻度が目安になるといえる。すなわち、法理主義者は多くのケースを引用するのに対し、概念主義者はケースの引用が比較的少なく、せいぜい理念の例示にしか用いない。Priel, "Two Forms of Formalism," 167.

原理を求める。したがって法理主義者にとって、ケースは法を構成する要素である。概念主義者は、法を理性による抽象的な理念として捉え、特定の時間や場所におけるケースが、その理念を例証する場合もあれば、そうでない場合もあると考える。したがって、概念主義者の取り組みは、理念がしばしば欠陥を伴って世界に〔ケースとして〕顕現したものではなく、抽象的な理念の中で行われると考えられている³⁶⁾。

すなわち、概念主義は抽象的な理性に法の自律性の基礎を求めるのに対し、法理主義は具体的な実践に法の自律性の基礎を求める³⁷⁾。このように、法の自律性を維持するにあたって異なる戦略をとりつつも、両者は法の内部の視点にとどまろうとする点で共通している。

ブールは、概念主義と法理主義の対立が表面的なものではないことを、

36) Priel, "Two Forms of Formalism," 168.

なお、ここでの概念主義は、ワインリブのいう概念主義とは異なる。ワインリブの概念主義における概念は、その中核に矯正的正義と分配的正義という2つの正義の形式を持ち、それらは「それらが規律する〔当事者の〕外的な相互作用の特殊性や、それらを実現する実定法の特定の体制から切り離して理解することはできない」からである。Ernest J. Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law," *Yale Law Journal* 97, no. 6 (1988): 1002-1003. また、ワインリブは「概念」と「法理」を法の構成要素として並列的に用いている点にも、注意が必要である。Weinrib, "Legal Formalism: Immanent Rationality," 967; Weinrib, "Legal Formalism," 327.

37) こうした対比を踏まえ、ブールは概念主義を大陸合理論に、法理主義をイギリス経験論に擬しつつ、次のように述べる。「使い古された2つの哲学的ラベルを誤用する危険はあるものの、私は、法理主義者は法の経験論者であり、概念主義者は法の合理論者であると提案したい。そして、この区別をさらに危険なほど推し進め、経験論をイギリスの近世哲学と、合理論をヨーロッパ大陸由来の哲学と結びつけるならば、伝統的な法理主義者は通常、大陸法体系からの理念の導入にはあまり関心を示さず、英米法と大陸法の間には根本的な違いがあるとさえ主張するかもしれない。これに対し、哲学的な合理論者〔=概念主義者〕は法の基礎に関する見解において、より普遍主義的になりがちであり、したがって、大陸法の理念や方法を取り入れる可能性が高くなる」。さらに、法理主義者にとって、「法の権威の究極的な源は純粋理性ではなく、受容可能性である。したがって、法理主義者にとって法の理性とは人工的な（作られた、技術的な）ものである。すなわち、すべての理性的な存在が直ちには利用できず、長年の学習を要するような、一連の原理・理念・格率である」とも述べる。Priel, "Two Forms of Formalism," 168.

さまざまな角度から検証する³⁸⁾。その最も重要な対立点は——両者がまさに LF の 2 つの型であるにもかかわらず——法の形式の意味にある。概念主義における形式とは、個人間の関係に内在する普遍的なカテゴリーである。概念主義の世界観によれば、世界には人間と人間の関係についてのカテゴリーが存在し、そのような形式を理性によって発見することができる。これに対し、法理主義における形式とは、契約・不法行為・信託といった制度的なカテゴリーである。法理主義は、これらの法的カテゴリーを定式化・精緻化することで、法的問題への解答を与えようとする。プリールは、両者の対立点について、次のように述べている。

概念主義者にとって、ここで問題となる客観性とは、物理的実在の客観性について語る際に言及されるのと同じ客観性である。そして、法の領域が独立の実在であることが、法の自律性をも説明する。すなわち、法は独立した形而上学的な秩序に属している。法理主義者にとって、ここで問題となる客観性とは、特定の共同体の中における法の位置づけ、およびその中の弁護士や裁判官の役割と結びついている。法の客観性は人間の努力の賜物であり、法の自律性は絶えず守り抜かなければならない一種の政治的な成果である³⁹⁾。

38) プリールは、概念主義と法理主義の対立を明らかにするために、8つの論点を設定している。第1に、概念主義は法宣言説——法は作られるのではなく、発見される——を支持するのに対し、法理主義はこれを支持する理由を持たない。第2に、概念主義は理性によって自説を裏づけるのに対し、法理主義は法素材の積み重ねによって自説を裏づける。第3に、概念主義は裁量や政策を排除するのに対し、法理主義はそれらを法素材に埋め込まれたものとして理解する。第4に、概念主義は分類によって真の体系を発見するのに対し、法理主義は分類によって法を説得的な形で整理する。第5に、概念主義にとって整合性は法に内在するのに対し、法理主義は法律家が法に整合性を与える。第6に、概念主義は法の正しさを理性に求め、法理主義は法の正しさを（法律家の）共同体における受容可能性に求める。第7に、概念主義は歴史に規範的な意味を認めないのに対し、法理主義は歴史に規範的な意味を認める。第8に、概念主義は形式を普遍的に捉えるのに対し、法理主義は形式を制度的に捉える。Priel, "Two Forms of Formalism," 170-175.

39) Priel, "Two Forms of Formalism," 175.

プリールが対立点をやや誇張しているにしても、2つの型の相違は明白である。一方は法を理性によって発見される秩序として捉え、他方は法を共同体の努力によって維持される制度として捉えている。

プリール自身は、概念主義を批判しつつ、法理主義に対して好意的な評価を与えているが、この点の検証は別の機会に譲りたい⁴⁰⁾。本稿の目的に鑑み、LRの2つの型を検討する準備作業として、概念主義／法理主義という対比がどのような意味を持っているかを確認しよう。プリールがこの対比によって示唆しているのは、LRがLFを批判するにあたって、その主な矛先は概念主義ではなく、法理主義に向けられていたという点である。すなわち、プリールの理解に従えば、(19世紀の)アメリカにおいて中心的であったのは、法理主義ということになる。

プリールは、LFの中心的な人物であるクリストファー・コロンバス・ランゲデル(Christopher Columbus Langdell, 1826-1906)を、法理主義者として描いている。ランゲデルの「科学としての法学」という構想によれば、「法学は科学であるということと、この科学に関するあらゆる利用可能な素材は、印刷された書物に収められているということ——少なくともこの2点を確認することが不可欠であった。〔中略〕もし法学が科学であるならば、それが最も偉大で困難な科学の1つであり、最も啓蒙された学問の殿堂が注ぎ得るあらゆる知見を必要としていることは、ほとんど異論の余地がないであろう。さらに、法は大学において、印刷された書物を通じてのみ学び、教えることができる」⁴¹⁾という。プリールによれば、こうしたランゲデルの構想はドイツの概念法学(すなわち概念主義)に刺激を受けつつも、これをそのままアメリカに移植したわけではなかった。なぜなら、「公理から

40) プリールによる評価の概要は、次の通りである。概念主義は哲学的であるが、法の現実を表現できておらず、規範的な理論としての魅力にも乏しい。これに対し、法理主義は現実でも受け入れられており、特定の政治的な環境に適合するものである。ただし、法理主義の中にも複数のバージョンがあり、どれが望ましいかは法の価値をどう捉えるかによって決まる。Priell, "Two Forms of Formalism," 194-195.

41) C. C. Langdell, "Teaching Law as a Science," *American Law Review* 21 (1887): 123.

出発してそこから推論を進める、より『幾何学的な』法の科学 (*Rechtswissenschaft*) というドイツのモデルは、法的思考が個別のケースと密接に結びついているコモン・ローの世界に移植しがたいものであった⁴²⁾ からである。むしろ、「コモン・ローリーガル・サイエンス式の法の科学はより帰納的であり、分類されるべき植物標本のようにケースを扱った。法学図書館は法律家の実験室であるという彼 [=ラングデル] の有名な主張は、このように理解すべきである⁴³⁾ という。アメリカにおける LF の主流は、「法に対する道具的・学際的アプローチに対してのみならず、概念主義者の仕事に対してもしばしば疑いの目を向ける⁴⁴⁾ 法理主義者によって形成されていた。したがって、LR の2つの型を検討する際も、概念主義は脇に置いて、法理主義との関係を考えればよいということになる。

ようやく、LR の2つの型を検討する準備が整った。プリールは、LR の2つの型を（科学的／伝統的という対比に基づき）科学的 LR および伝統的 LR と呼ぶ。プリールの構図によれば、科学的 LR と伝統的 LR はそれぞれの武器を手に、法理主義に対して戦いを挑んだ。この三つ巴の状況を念頭に置いて、いよいよ LR の2つの型の検討に進みたい。

なお、プリールは LF の2つの型については、端的に概念主義および法理主義と呼んでいる。しかし、以下では LF と LR の平仄を合わせるべく、LF の2つの型を（概念的／法理的という対比に基づき）概念的 LF／法理的 LF

42) Dan Priel, "The Myth of Legal Realist Skepticism," (2022), 63-64, SSRN, <http://doi.org/10.2139/ssrn.4142277>

43) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 64. さらにプリールは、ラングデルが実践知を軽視していたわけではなく、大学では理論知を学び、実務の場で実践知を学ぶという分業を意識していたことを指摘する。ただし、プリールはラングデルを全面的に擁護するわけではなく、その「科学」が不完全であった点も指摘している。Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 65-66.

44) Dan Priel, "Legal Realism and Legal Doctrine," in *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, ed. Pierluigi Chiassoni and Bojan Spačič (Cham: Springer, 2021), 144.

と呼び⁴⁵⁾、さらに記述の簡略化のため、必要に応じて概念的 LF を CLF、法理的 LF を DLF と表記する。

4 リーガル・リアリズムの2つの型

プリールは、LR の2つの型の共通点を、法の自律性という前提の否定に求めていた。すなわち、「法は閉じられている」と考える LF の2つの型に、「法は開かれている」と考える LR の2つの型を対置していた。プリールによる簡潔な整理を引いておこう。

2つのフォーマリズムと2つのリアリズムを組み合わせると、4つの異なる見解が導き出される。少なくともある意味において、一方では法理主義と伝統的リーガル・リアリズムの間に、他方では概念主義と科学的リーガル・リアリズムの間に、明らかな対応関係が見られる。前者のペアの場合は、両方とも実際の法的実践に優位性を認めており、法を過度に知性化しようとする試みを拒絶する。後者のペアの場合は、法に対するより科学的なアプローチの余地があるという類似した感覚があり、[科学的なアプローチは]何らかの形で、実践をより強固な基礎の上に置くのに役立つだろうと考えられていた。同時に、これらのペアの両方において、リアリストの視点は「開かれた」ものであるのに対し、フォーマリストの視点は「閉じられた」ものである。伝統的リーガル・リアリズムの場合は社会とその影響に対して、科学的リーガル・リアリズムの場合は科学とそれが提供する有用で豊富なデータに対して、それぞれ開かれている⁴⁶⁾。

このように、LR は何に対して法学を開くかという点で、対立する2つの型に分かれており、それぞれが LF の2つの型と平行な関係に置かれている。

45) なお、スパイッチも「概念的フォーマリズム」と「法理的・裁定的フォーマリズム」という対比を用いているが、両者はいずれも演繹的な方法に依拠しており、プリールの対比とは(重なる部分もあるが)異なる。Spaić, "Formalism," 988-989.

46) Priel, "Legal Realism and Legal Doctrine," 145.

科学的 LR は、科学に対して法学を開く。プリールによれば、「この種のリアリストから見れば、法学は、疑われえない常識や、コモン・ローを支配する通説に依拠し続ける限り、後進的な科学であり続ける。法の改善と社会の進歩は、非科学的方法と信用に値しない理念を放棄し、それらを自然科学のデータと方法に置き換えることで達成される」⁴⁷⁾ という。この一節から明らかのように、科学的 LR はしばしば、コモン・ローに対して懐疑的である。なお、この型に属するリアリストとして、プリールはクック、ムーア、アインテマのほかに、ハーマン・オリファント (Herman E. Oliphant, 1884-1939)、エドワード・ロビンソン (Edward S. Robinson, 1893-1937)、フェリックス・コーエン (Felix S. Cohen, 1907-1953) を挙げている⁴⁸⁾。

これに対し、伝統的 LR は、共同体に対して法学を開く。そのため、科学的 LR に対しても懐疑的な態度を取り、「その代わりに、これらのリアリストは、法は究極的には人々の価値観の表れであり、法律家はこうした価値観を探ることで法的問題に対する正しい答えを見出すと考えた。この視点により、これらのリアリストは法律家とその方法に対してはるかに好意的な見解に到達し、さらに——リアリストに対する一般的なイメージとは対照的に——コモン・ローとその確定性に対しておおむね肯定的な見解に到達していた」⁴⁹⁾ という。この型には、ルウェリン、フランクのほか、ベンジャミン・カードozo (Benjamin N. Cardozo, 1870-1938)、アーサー・コー

47) Priel, "Return of Legal Realism," 465.

48) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 67. このうち、筆者はオリファントの主張を紹介・検討したことがある。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。

残るはロビンソンとコーエンであるが、本稿では詳しく扱うことができないため、その主張の検討については他日を期したい。特に、プリールはコーエンについて、その経済思想が他のリアリストとは一線を画しているという点で「哲学的な意味でも、政治的な意味でも、おそらくそれゆえに制度的な意味でも、例外であり、知的な外れ値である」と位置づけており、SLR との関わり点でも十分な検討が必要となろう。Dan Priel, "The Legal Realists on Political Economy," *Law & Social Inquiry* 49, no. 4 (2024): 2375.

49) Priel, "Return of Legal Realism," 466.

ビン (Arthur L. Corbin, 1874-1967)、ジョセフ・ハッチソン (Joseph C. Hutcheson Jr., 1879-1973)、マックス・レイディン (Max Radin, 1880-1950)、ウォルトン・ハミルトン (Walton H. Hamilton, 1881-1958)、レオン・グリーン (A. Leon Green, 1888-1979) が属する⁵⁰⁾。顔ぶれを見れば分かるように、LR の代表格がこの型に属しており、プリールは伝統的 LR を多数派に (すなわち科学的 LR を少数派に) 位置づけているように思われる⁵¹⁾。

この LR の 2 つの型は、DLF が固守する法の自律性を批判する中で、それぞれに法学のあり方に関する積極的な構想を示した。議論を分かりやすくするために、プリールの描く構図を簡略化して先取りしておこう。まず、DLF は「法素材」を対象とする「科学」としての法学を構想していた。そこで、科学的 LR は「科学」の部分を尊重しつつ、「法素材」の部分を批判した。これに対し、伝統的 LR は「法素材」の部分を尊重しつつ、「科学」の部分を批判した。

科学的 LR によれば、真の「科学としての法学」は自然科学と連続的であり、その対象は判例のような法素材にとどまらず、法の外に拡張される。プリールも述べるように、「法の閉じた科学は、要するに法を評価する唯一の基準が内的な整合性 (『論理』) であることを意味する。しかし、科学的リアリストが批判したように、そうして整合性から要求される内容が道徳的に不正であるならば、法を完全に論理的で、内的に整合的なものにしてもほとんど意味はない」⁵²⁾。そこで、科学的 LR は、法の外にある現実の世界を「科学としての法学」の対象とした。その際、「自然科学の成功に感銘を受け、人間を自然の一部と見なした人々 [=科学的 LR] は、科学の方法が人間の営みの説明や、人間の境遇の改善へと実り豊かに拡張できると信

50) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 68.

51) 実際に、プリールはクックやコーエンが LR の少数派に属すると考えている。Dan Priel, "Legal Realism, Legal Positivism, and Determinacy," *American Journal of Jurisprudence* 71, no. 1 (2026): 27-28.

52) Priel, "Return of Legal Realism," 473-474.

じていた」⁵³⁾。さらに、科学的 LR は、科学的な知識によって法の正統性を説明することを試みた。なぜなら、「大衆の意見を反映した法は、大衆の意見に基づく物理学と同じ程度の正統性しか持たない」⁵⁴⁾からである。プリールは、科学的 LR の試みについて、「法は人々の生活を改善するための道具であり、その正統性は、認識論的な権威、すなわちその任務を〈実際に〉達成する能力にかかっている。〔中略〕この意味での科学として理解される法学は、他の学問分野から孤立することなく、それらの知見を取り入れることによって、大学における位置を獲得した」⁵⁵⁾と述べている。そこでは、非科学的なコモン・ローを科学的方法によって刷新し、社会を改善することが期待されていた。

コモン・ロー批判とも関連するが、科学的 LR は規範的な側面において、しばしば功利主義と結びついていた。プリールによれば、多くの科学的リーガル・リアリストは、功利主義の草分けであるジェレミー・ベンサム (Jeremy Bentham, 1748-1832) に倣って、「法が科学的な原則に基づいて再構成されれば大きな変化を遂げるだろうと考えていたが、その誰もが自らの取り組みを建設的で、改革的であると捉えていた」⁵⁶⁾という。科学的 LR は、(ベンサムの時代よりも成熟した) 行動主義心理学を取り入れており、その「法の科学の〈対象〉、すなわち法の科学者が研究していたものは、もはや法原理ではなく、人間の行動であった」⁵⁷⁾。すなわち、科学的 LR はこの点で、「法は閉じられている」として対象を法素材に限定する DLF を、明確に退けることとなった。まさに、「真の法の科学は、法学図書館ではなく、現実の世界で遂行されるべきであった」⁵⁸⁾というわけである。

53) Dan Priel, "The Political Theories of the Legal Realists," *Osgoode Legal Studies Research Paper* No. 5455254 (2025), 19, SSRN, <http://doi.org/10.2139/ssrn.5455254>

54) Priel, "Legal Realism and Legal Doctrine," 145.

55) Priel, "Return of Legal Realism," 474.

56) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 68.

57) Priel, "Political Theories of the Legal Realists," 21.

58) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 67.

さらに、科学的 LR において、「私たちが『法』と呼ぶところの人間の行動の一部分を研究する〈方法〉は、自然科学者が宇宙の他の現象を研究するために用いる方法と同じである」⁵⁹⁾と考えられていた。法学は固有の方法を持たず、自然科学と連続的であると考える点で、科学的 LR はやはり DLF と立場を異にしていた⁶⁰⁾。プリールは、両者の相違について次のようにまとめている。

フォーマリストと科学的リーガル・リアリストの分岐点は、^{リーガル・サイエンス}法の科学を劇的に異なる形で捉えている点にあった。フォーマリストにとって、^{リーガル・サイエンス}法の科学の対象は法素材から再構成された法原理であった。必然的に、この法の科学の「閉じられた」捉え方においては、法の内的な整合性が最も優先された。科学的リーガル・リアリストにとって、このアプローチは正統な法の基礎となりえなかった。なぜなら、たとえ法の客観性を保証できたとしても、強制を正当化するに足る正しい内容を持つことを保証できなかっただろうからである。翻って科学的リーガル・リアリストは、^{リーガル・サイエンス}法の科学の「開かれた」捉え方を提唱した。それは、他の科学の〈方法〉に対して開かれているという意味でも、人間の福祉の増進を目指すあらゆる改革アジェンダにとって貴重な情報を提供する他の科学の〈成果〉を受け入れるという意味でも、開かれたものであった⁶¹⁾。

59) Priel, "Political Theories of the Legal Realists," 21.

60) 科学的 LR は、法的な概念さえも自然科学の方法によって探究する。すなわち、科学的 LR は「カテゴリーは人間が創り出したものであり、変化するニーズに左右される」という唯名論的な見解を持ち、「そのような唯名論的な見解、すなわち『法』というカテゴリーは便宜の問題にすぎず、または特定の目的のために相対化されるにすぎないとする見解は、当然、法の（または何が法と見なされるかの）境界について、単にその問題に対する人間の態度ではなく、物事の本質を反映した、真の普遍的な画定を与えようとする法実証主義者の企図とは、大きく異なっている」。Priel, "Legal Realism, Legal Positivism, and Determinacy," 27-28. この点は、いわば CLF と科学的 LR の対立と見ることができる。なぜなら、CLF はカテゴリーを本質的なものとして捉えるのに対し、科学的 LR はカテゴリーを道具として捉えているからである。

61) Priel, "Political Theories of the Legal Realists," 24-25.

端的に言えば、科学的 LR は「科学としての法学」を法の外に拡張した。現代的な観点から、科学的 LR を自然主義的なアプローチの一種として捉えることも可能であろう。ただし、「法理学の自然化」を構想するライターが「私たちは自然科学や社会科学との〈方法論的な〉連続性を求めている」⁶²⁾と宣言したとき、LR は裁定を記述する（経験的な）研究として捉え直されていたのに対し、プリールの科学的 LR は功利主義的と結びつき、福祉の増進のために法の評価を志向する（規範的な）ものである⁶³⁾。いずれにせよ、科学的 LR は「科学としての法学」という構想を支持しつつ、DLF がその対象を法素材に限定している点を批判した。

あくまで「科学としての法学」を維持する科学的 LR に対し、伝統的 LR は「科学としての法学」という構想そのものを批判した。DLF における「科学としての法学」は、判例のような法素材を（法学図書館で）観察し、内部的に整合性を持った体系を構築しようとした。しかし、伝統的 LR にとって、これらの法素材は「局所的で、状況に左右され、雑然としているため、整合的な構造にはならないかもしれないが、それでも機能する」⁶⁴⁾ものである。ここには、理論知としての法と、実践知としての法という対立が見られる。プリールの言葉を借りれば、「これらのリアリストとフォーマリストの相違を理解する第 1 の鍵は、それらの人々〔＝伝統的 LR〕が法的知識を実践的なものとして捉えたため、『科学としての法学』という着想を好まなかった点にある。法とはどこまで突き詰めても^{アート}技芸であり、^{クラフト}技巧であり、^{ハンディクラフト}実践であった」⁶⁵⁾という。まさに、ラングデルが「それは一種の手工芸であり、それを実践する者の下で見習いとして修業することで最も良く学

62) Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, 56.

63) プリールによれば、ムーアのように自然主義的な発想に基づき、規範的な研究を放棄する方向に進んだリアリストもいたという。それでもほとんどの場合、科学的 LR は功利主義に立脚し、科学的な研究こそが人間の福祉を増進させる手段であるとして、規範的な研究に取り組んでいた。Priel, "Political Theories of the Legal Realists," 21-22.

64) Priel, "Return of Legal Realism," 471.

65) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 68.

べるであろう」⁶⁶⁾と述べて、ロー・スクールから切り捨てた実践知の部分こそ、伝統的 LR にとって重要であった。

法を実践知として理解する際に、その確定性はどのように担保されるかという疑問が生じる。ここで、ルウェリンやフランクを擁する伝統的 LR ならばこそ、ルール懐疑主義や事実懐疑主義に基づき、むしろ法の確定性そのものを批判したに違いないと推測する向きもあるかもしれない。しかし、プリールはそのような、ある種の哲学的な懐疑主義として伝統的 LR を捉える立場を強く批判する。ルール懐疑主義と呼ばれるものは、実際には「ルールのみ懐疑主義」⁶⁷⁾であり、すなわちルールだけが法であるという考え方を疑うことを意味した。また、事実懐疑主義についても、プリールが述べる通り、「フランクの現実味のある懸念は、裁判における事実認定の方法の信頼性の低さに関する観察に基づいていた。この問題に警鐘を鳴らすにあたり、フランクの動機は、誤った事実認定に基づく司法判断の不当性を憂慮する改革者としてのそれであった」⁶⁸⁾。伝統的 LR は、法の不確定性を主張したわけではない。むしろ「対照的に、伝統的リアリストは、法が相当な程度まで確定的であるというフォーマリストの結論を受け入れたが、法は法学図書館にある素材のみから構成されているという前提を退けた」⁶⁹⁾だけであり、いわば法素材の不確定性を主張したに過ぎない。伝統的 LR に貼られるルール懐疑主義や事実懐疑主義というレッテルは、しばしば表層的な印象に基づくものである。

伝統的 LR にとって、法素材のみから確定性を担保できないにもかかわらず、法が相当な程度まで確定的であると言えるのは、まさに「開かれている」からである。すなわち、伝統的 LR は法素材を、法の外にある現実の^{リアル}世界と結びつけることで、法の確定性を説明した。具体的には、共同体の

66) Langdell, "Teaching Law as a Science," 123.

67) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 68.

68) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 58.

69) Priel, "Return of Legal Realism," 472.

道徳や慣習といった価値観が、法素材を媒介して法に確定性をもたらすとされた。プリールが「伝統的リアリストは、法理に対する現実離れした〈解釈〉と認めたものを攻撃したが、そのような批判によって法理そのものの価値を損なうことを意図していなかった」⁷⁰⁾と述べる通り、伝統的 LR においては、共同体の価値観に適合しないような法素材の扱いのみが批判された。このように伝統的 LR は、法の確定性を、法素材と共同体の価値観との合わせ技によって説明した。

さらに、法が共同体に対して「開かれている」ことは、その正統性をも説明する。伝統的 LR において「法は、絶えず変化する共同体の価値観との適合を通じて、その正統性を維持し、それによって自己統治という抽象的な理念を現実のものとした。〔中略〕法が時代や場所によって異なり、絶えず流動的で、論争的にさえなるとしても、それらが法の正統性を損なうことはない」⁷¹⁾という。伝統的 LR は、共同体の価値観が変化すれば法も変化するという観察に基づき、法は共同体の価値観を反映すべきであるという規範的な結論を提示した⁷²⁾。プリールが強調するように、「この見解は、共同体の価値観や共通感覚コモン・センスが法を導くべきである、という提案にとどまるものではない。これは、そのような〔＝法が共同体の価値観を反映している〕場合には、法は他の誰かによって課された命令ではなく、ある重要な意味において自ら課した義務であるため、その法は遵守と受容に値するという、政治的な理念である」⁷³⁾。このように、伝統的 LR は法を、共同体の価値観に根差した実践として理解し、そこから正統性を説明した。その際、

70) Priel, "Return of Legal Realism," 473.

71) Priel, "Return of Legal Realism," 473.

72) プリールは、伝統的 LR が遺した規範的な含意が無視されたために、単なる懐疑主義という誤った理解が広がったと指摘する。プリールによれば、リアリストは「法的ルールのみがケースを決定する」という理解を批判しただけでなく、「法的ルールは、共同体の価値観によって意味と制約を与えられたものと理解される場合に重要となる」というアジェンダも提示していたが、後者は無視されてきたという。Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 21.

73) Priel, "Political Theories of the Legal Realists," 26.

伝統的 LR は法素材を捨て去ることなく、「法素材は、国の法を把握するには不十分であるが、国の過去の法史を内包しており、それを未来への指針とせねばならない」⁷⁴⁾ という態度を維持した。これらの点から分かるように、伝統的 LR は規範的な側面において、しばしば伝統を堅持する保守的な態度を見せていた⁷⁵⁾。

法素材に着目する伝統的 LR は、コモン・ローに対して（科学的 LR よりもはるかに）好意的であり、この点では DLF と共通する。しかし、DLF が法素材のみに基づく理論知の体系化として法学を捉えたのに対し、伝統的 LR は法素材を事実という文脈の中で扱う実践知の集積として法学を捉えた。両者の相違について、プリールは次のように述べている。

伝統的リーガル・リアリストは、法的ルールをそれが置かれた事実という文脈から切り離して理解することはできず、事実の複雑さを鋭敏に感受することが法実務の多くを占めていると主張した。法的ルールを理解するには、その適用される文脈——すなわちケースの事実——に注意を払わなければならないが、一般的な原理を切り離して定式化しようとするラングデル的な試みには、この点が欠けている。〔中略〕フォーマリストの問題は、法的知識を法的ルールという形式で網羅的に定式化することが可能であり、それがまさに法の科学の本質に他ならないと考えていた点にある⁷⁶⁾。

このように、伝統的 LR は法素材から出発することを重視しつつ、DLF が「科学としての法学」という方法を用いている点を批判した。

以上のプリールの整理の目的は、LF と LR の関係をめぐる従来の理解を更新することであった。古典的な LF を近代的な LR が打倒したという従来の理解は、事態を全く反対に捉えている。伝統的 LR に顕著なように、「実

74) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 20.

75) プリールがこの型を伝統的 LF と名づけたのも、まさに「それが過去または現在の実践に規範的な力があると見なす政治思想と、紛れもなく関係しているから」であった。Priel, "Political Theories of the Legal Realists," 31.

76) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 68-69.

際にその〔＝LRの〕中で最も有名で、最も目立っていたのは、近代主義者の傾向に対して懐疑的であり、法についての古い捉え方を復活させようとした伝統主義者であった⁷⁷⁾と、プリールは結論づけている。すなわち、LRの多数派は、急進的でも破壊的でもないリアリストによって占められていた。裏側から見れば、従来の理解を更新するためには、伝統的LRを多数派に位置づけることが必要であった。

ここまで、科学的／伝統的というLRの2つの型を概観してきた。プリールは両者について、「伝統的リアリズムは、法がその存在する特定の社会から自然に生成したという見解を前提とするのに対し、科学的リアリストは法を考案品と見なしていた、と要約できる。ラベルが必要ならば、伝統的リーガル・リアリズムは『有機論的』であるのに対し、科学的リーガル・リアリズムは『機械論的』である⁷⁸⁾とまとめている。また、規範的な側面において「伝統的リーガル・リアリストは、広く共有された共同体の価値観を法の道徳的な基礎として、すなわち法に規範的な力を与えるものとして捉えた。これらの伝統主義者と異なり、科学的リーガル・リアリストは往々にして、きわめて明示的に功利主義的な立場をとった⁷⁹⁾」という点も重要である。ここでプリールが描き出したLRは、単にLFを批判しただけでなく、それぞれに異なる建設的なアジェンダを持っている。すなわち、「その建設的なアイデアは場当たりのものではなく、法に政治的正統性を与えるものをめぐる2つの哲学を反映していた⁸⁰⁾」という意味で、2つの型は根本的に対立している。

プリールの出発点が「リアリストの難問^{パズル}」であったことを思い出そう。プリールは、科学的／伝統的というLRの2つの型を示すことで、「なぜ誰もが自らをリアリストと見なすのか」という問いに回答しようとした。プリー

77) Priel, "Myth of Legal Realist Skepticism," 75-76.

78) Priel, "Return of Legal Realism," 474-475.

79) Priel, "Legal Realism and Legal Doctrine," 145.

80) Priel, "Political Theories of the Legal Realists," 38.

ルの最終的な回答は、LR の中には法の正統性をめぐって競合する 2 つの型が内包されており、その対立が現代の法学においても反復され続けているから、というものである。すなわち、「私たちは今や誰もがリアリストである」というスローガンは、今や誰もが 2 つの型から派生した系譜のいずれかに属するという意味である。このスローガンがもっともらしく聞こえるのは、「リーガル・リアリストの著作に見られる、この〔=法の正統性という〕問題に関する根本的な亀裂が、法をめぐる現代の論争の中心である」⁸¹⁾ という理由による。

無事に「リアリストの難問」に帰着したところで、プリールの一連の研究に対する暫定的な評価を与えておこう。なお、以下では記述の簡略化のため、科学的 LR を SLR、伝統的 LR を TLR と表記する。

5 小 括

プリールの一連の研究は快刀乱麻を断つごとく、LR をめぐる議論に明快な見通しを与えてくれる。特に、SLR と TLR という 2 つの型を導入することで、法の正統性をめぐる哲学的な対立を明らかにした点は、単に LR に対する従来の理解を修正した以上の価値を持っている。プリールは、科学の専門知か共同体の共通感覚コモン・センスかという、法をめぐる現代の論争においても重要な対立点を、2 つの型によって可視化している。

しかし、その見通しが明快すぎるがゆえに、さまざまな疑問の余地も生まれる。プリールによれば、SLR と TLR は「法とその権威に関する基礎的な問いに対する正反対の答えを、異なる規範的な提言とともに」⁸²⁾ 提供しており、両者の間には「根本的かつ哲学的な隔たり」⁸³⁾ があるという。すなわち、プリールは (意識的に) 二元的な整理を試み、2 つの型に「革新／保守」「理論／実践」「専門家／市民」といったさまざまな対立点を落とす

81) Priel, "Return of Legal Realism," 476.

82) Priel, "Legal Realism and Legal Doctrine," 144.

83) Priel, "Political Theories of the Legal Realists," 27.

込んだ。こうしたプリールの整理は、異なる対立点を同一の大きな構図で絡めとるもので、やや強引な図式化を伴うように見える。同時に、SLRとTLRに現実のリアリストが振り分けられていることから、これらは単なる理念型ではなく、実際のLRに関する分類として提案されているように思われる⁸⁴⁾。ただし、ホームズの存在が例証するように、リアリストは対立点によって型を変えたり、折衷したりする可能性もあり、二元的な構図に完全に収めることは難しいであろう。さらに、プリールは分類にあたってTLRを多数派に位置づけることで、科学的な近代主義者という、LRへの偏見を払拭しようとした。その際、TLRを「歴史学・文化人類学・反自然主義的哲学に焦点を当てつつ、人文学的に社会を研究するアプローチ」⁸⁵⁾として描いているが、こうした描写が別の偏見をもたらす可能性もある。総じて、プリールの構図がどれだけ実態を反映できているかについては、さらなる検討の余地があると言えよう。

また、そもそもプリールは「なぜ誰もが自らをリアリストと見なすのか」を説明できていないのではないか、という素朴な疑問もある。プリールは、SLRとTLRの対立が現代の法学の根底にあるから、「私たちは今や誰もがリアリストである」と言っても差し支えないという説明を与えた。これは、いわば「今や誰もが科学的または伝統的リアリストである」という説明であって、では「なぜ誰もが自らを科学的または伝統的リアリストと見なすのか」は示されていない。別の角度から見れば、プリールは「LRとは何か」という1つの問いを、「SLRとは何か」と「TLRとは何か」という2つの問いに分割したように映る。

このように疑問は多々あるものの、直ちにすべてを解消することはできない。ひとまず本稿の目的に立ち返って、プリールがSLRに分類した3名のリアリストの主張を検討する作業に進むとしよう。その作業を通じて、プ

84) なお、CLFとDLFは明確に理念型として導入されている。Priel, "Two Forms of Formalism," 169.

85) Priel, "Legal Realism and Legal Doctrine," 145.

ルールの構図がどれだけリアリストの^{リアリティ}現実を反映しているかという疑問に、部分的ながら具体的に向き合うことが可能なはずである。

II クックのリーガル・リアリズム

1 法律関係論の活用

クック⁸⁶⁾はSLRの代表格と見なされているリアリストであり、最晩年の『抵触法の論理的・法的基礎』(1942年)に象徴されるように、国際私法の研究において重要な貢献を行った法学者である⁸⁷⁾。リアリストとしてのクック

86) クックは1873年に生まれ、コロンビア大学や留学先のドイツで数学・物理学を学んだ。コロンビア大学では数学の助^{アシスタント}手も務めていた。1901年にコロンビア大学でLL.M.を取得し、法学者としてネブラスカ大学(1901年から1904年)、ミズーリ大学(1904年から1906年)、ウィスコンシン大学(1906年から1910年)、シカゴ大学(1910年から1916年)、イェール大学(1916年から1919年、1922年から1928年)、コロンビア大学(1919年から1922年)、ジョンズ・ホプキンス大学(1928年から1933年)、ノースウェスタン大学(1935年から1943年)を渡り歩き、1943年に没した。専門は抵触法・エクイティ・手続法・刑事法・法哲学と多岐に渡った。“Walter Wheeler Cook,” *Bulletin of the American Association of University Professors* 30, no. 1 (1944): 7; Charles E. Clark, “Walter Wheeler Cook,” *Illinois Law Review* 38, no. 4 (1944): 342; Homer F. Carey, “Walter Wheeler Cook,” *Illinois Law Review* 38, no. 4 (1944): 344-345. 数々の(著名な)大学で教鞭を執り、同僚と学生の称賛を受けたクックを、アインテマは敬意を込めて「この国の法学教師において最初の遍歴の教師」と表現した。Hessel E. Yntema, “Walter Wheeler Cook,” *Illinois Law Review* 38, no. 4 (1944): 348. 日本語でクックを紹介・検討するものとして、長谷川正安「ワルター・W・クック——私の法哲学・Ⅲ——」『法律時報』231号(1949年)47-50頁; 鶴飼信成『現代アメリカ法学』(日本評論新社、1954年)132-136頁; 三浦正人「W・W・クックの国際私法理論」『鳥根大学論集(社会科学)』2号(1956年)57-70頁; 三浦正人「Local Law Theoryにおける反致論」『鳥根大学論集(社会科学)』3号(1957年)52-64頁。

87) クックが没する前年に公開された『抵触法の論理的・法的基礎』は、1919年から1942年にかけて各大学のロー・レビュー上で発表された10本の論文(を部分的に修正したもの)と、新規の8本の論文から構成されている。クックはその序文において、「本書の目的は、抵触法に関する包括的な体系書を提示することではない。本書で企図されているのは『法的方法』の研究、すなわちこの分野において生じる、より一般的な問題のいくつかを、その解決に供されうる知的ツールに特に焦点を当てて分析することである。この目的を達成するために、著者の『法哲学』と——より適当な用語が見当たらないため——呼ばれうるものの輪郭を示す必要があった。この言葉が意味しているのは、法の本質、法的権利、司

クの主張も、その一部は国際私法の研究において発表されている。他方で、クック自身はリアリストという用語について、「私は自らの見解に対してこの用語が用いられることに、しばしば異議を唱えてきた」⁸⁸⁾とも述べている。クックをSLRの代表格として位置づけうるかどうかを、遺された膨大な文献の中から、その法哲学ともいうべき部分を掘り出すことで見極めたい。

クックの法哲学の出発点は、ウェズリー・ニューカム・ホーフエルド (Wesley Newcomb Hohfeld, 1879-1918) による法律関係論の検討にある。ホーフエルドは分析法理学の観点から、権利・義務・特権・無権利・権能・責任・免除・無能力という8つの根本的な法的概念を用いて、法律関係を分析することを試みた⁸⁹⁾。クックは、ホーフエルドの功績について次のよう

法過程に関する理論だけでなく、論理の性質や人間の推論における言語の使用といった事柄、端的に言えば私たちが『科学的方法』と呼びうるものでもある」と断っている。Walter Wheeler Cook, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (Cambridge: Harvard University Press, 1942), ix. この箇所からも分かるように、クックは抵触法を研究するにあたって、科学的方法を基礎に据えるべきであると考えていた。ケネス・ライブリッヒ (G. Kenneth Reiblich, 1905-1992) は、「本書の全体にわたり慎重に確立された科学的な探究の論理は、隠された公理に依拠する命題の欺瞞的な確実性、およびそこから導かれる論理的(演繹的)に避けられない結論から、読者を解放する傾向にある」と評している。G. Kenneth Reiblich, review of *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, by Walter Wheeler Cook, *Cornell Law Quarterly* 28, no. 3 (1943): 380. マックス・ラインシュタイン (Max Rheinstein, 1899-1977) の言葉を借りれば、クックは法の論理を否定するわけではなく、「欠陥があり規律を欠いた論理や、不十分に定式化されたルール・概念の使用」に反対するだけである。Max Rheinstein, "Methods of Legal Thought and the Conflict of Laws: A Book Review," review of *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, by Walter Wheeler Cook, *University of Chicago Law Review* 10, no. 4 (1943): 469.

88) Walter Wheeler Cook, "An Unpublished Chapter of the Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws," *Illinois Law Review* 37, no. 5 (1943): 423.

89) ホーフエルドによる分析の成果は、1910年代の2つの論文において、次のようなスキームによって表現されている。

法的対立項	権利	特権	権能	免除
	無権利	義務	無能力	責任
法的相関項	権利	特権	権能	免除
	義務	無権利	責任	無能力

Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning," *Yale Law Journal* 23, no. 1 (1913): 30. [W. N. ホーフエルド『法の基本的諸観

に述べている。

分析法理学は、それ自体を目的として追求するのも興味深い、その主たる価値は、その助けによって法的問題の正しい解決がより容易になるだけでなく、より確実になるという事実こそあるという点を理解していたことが、ホーフエルトの偉大な功績であった。この点において、それは他の純粋科学の部門と何ら変わらない。ただし、このように分析法理学の分野におけるホーフエルトの業績を強調することでその名声を不当に評価することにならないよう、急いで付け加えなければならない。分析法理学は法律家にとって不可欠な道具であるが、それだけで十分な道具ではないということ、ホーフエルトほど明確に認識していた者はいなかった⁹⁰⁾。

このように、クックはホーフエルトが分析法理学の実用化を志向していた点を強調する。クックによれば、「契約・不法行為・代理・財産などに関する法から多くの例を用いてその〔＝8つの根本的な法的概念の〕有用性を示し、裁判所がいかにこれらの8つの概念を区別する必要に絶えず迫られているばかりか、明確な概念や正確な用語法を欠くために、あまりにも頻

念] 森村進 [訳] (勁草書房、2026年) 18頁) ; Wesley Newcomb Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning," *Yale Law Journal* 26, no. 8 (1917): 710. [ホーフエルト『法の基本的諸観念』66頁]

クックは、ホーフエルトの没後に執筆した追悼論文において、これらのホーフエルトの論文が「実務に携わる弁護士や法律家、さらにこの国の法学教師の中でも、より知性豊かで教養のある人々にさえ、ほとんど知られていない」という所感を述べている。Walter Wheeler Cook, "Hohfeld's Contributions to the Science of Law," *Yale Law Journal* 28, no. 8 (1919): 723. さらにクックは、ホーフエルトの2つの論文を編纂し、自らの追悼論文を「紹介」として付して、1919年に公刊した。Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. Walter Wheeler Cook (New Haven: Yale University Press, 1919). [ホーフエルト『法の基本的諸観念』。底本は1964年版で、クックによる「紹介」は翻訳されていない] これらの実践が示すように、クックはホーフエルトの法律関係論を高く評価し、有用な道具として普及させようという意図を持っていた。

90) Cook, "Hohfeld's Contributions," 721-722.

繁に混乱に陥っているさまを明らかにした⁹¹⁾点で、ホーフエルドは重要であるという。

さらにクックは、コモン・ローとエクイティの関係をめぐるホーフエルドの分析にも言及する⁹²⁾。ホーフエルドは、コモン・ローとエクイティが

91) Cook, "Hohfeld's Contributions," 729.

92) ホーフエルドはクックに触発されて、コモン・ローとエクイティの関係についての分析を示した。クックは、1912年にアメリカ・ロー・スクール協会（AALS）の年次大会で「私たちの法体系におけるエクイティの位置づけ」と題する講演を行った。この講演において、クックはフレデリック・ウィリアム・メイトランド（Frederic William Maitland, 1850-1906）のエクイティ理論の中で、コモン・ローとエクイティを異なる体系として捉える見解が批判されている点を強調し、翻ってアメリカでは依然として両者が異なる体系として捉えられていると嘆いた。その際、クックは例証として、スタンフォード大学ロー・スクールのエクイティに関するカリキュラムを取り上げた。Walter W. Cook, "The Place of Equity in Our Legal System," *American Law School Review* 3, no. 4 (1912): 173-174. ホーフエルドは——このカリキュラムの執筆者であったが——クックの慨嘆に対し、「クック氏はメイトランドの見解に熱心に賛同するあまり、この亡きイギリスの学者がこれほど正当にも強調した根本的な思想を、あらゆるアメリカのロー・スクールはこれまで認識できていなかったと仮定し、それらのロー・スクールがこれまで『エクイティはコモン・ローと異なる体系として存在すると認めてきた』と断言する点において、やや行き過ぎているように思われる」と応答した。Wesley Newcomb Hohfeld, "The Relations between Equity and Law," *Michigan Law Review* 11, no. 8 (1913): 538. そのうえで、クックの講演によってコモン・ローとエクイティの関係への関心が高まったことを受けて、ホーフエルドは自身が授業で用いてきた資料を紹介することが有益であると考えた。Hohfeld, "Relations between Equity and Law," 539-540. その中には、まさに「法体系におけるエクイティの位置づけ」と題された図もあった。Hohfeld, "Relations between Equity and Law," 558.

なお、クックは1920年代に、エクイティに関する3巻のケースブックを公刊している。1923年に第1巻、1924年に第3巻、1925年に第2巻が公刊され、1926年には3巻から重要な部分を抜粋した（1200頁近い）合本版も公刊された。Walter Wheeler Cook, *Cases and Other Authorities on Equity: Selected from Decisions of English and American Courts*, 3 vols. (St. Paul: West Publishing Company, 1923-1925); Walter Wheeler Cook, *Cases and Other Authorities on Equity: Selected from Decisions of English and American Courts*, one-volume ed. (St. Paul: West Publishing Company, 1926). これらは、それぞれ1932年に第2版が公刊されている。Walter Wheeler Cook, *Cases and Other Authorities on Equity: Selected from Decisions of English and American Courts*, 2nd ed., 3 vols. (St. Paul: West Publishing Company, 1932); Walter Wheeler Cook, *Cases and Other Authorities on Equity: Selected from Decisions of English and American Courts*, 2nd ed., one-volume ed. (St. Paul: West Publishing Company, 1932).

併存する場合と、コモン・ローとエクイティが衝突する場合について、8つの根本的な法的概念を用いて分析し、エクイティがコモン・ローに優先することを例証した⁹³⁾。クックは、ホーフエルドが「コモン・ローの大部分をその限りに^{プロ・クシント}において事実上廃止する体系としてエクイティを捉える正統的で堅実な理論を取り上げ、より科学的な分析によって、その真実性を決定的に実証する」⁹⁴⁾点を重視している。さらに、クックはホーフエルドの分析によって、具体的な体系の再編までも視野に入れている。再びクックの言葉を借りれば、「根本的な法的分析の明快さは、純粹に実用的な観点から高い価値があるだけでなく、コモン・ローとエクイティを、単一で調和のとれた自己矛盾のない体系へと統合するならば、絶対に不可欠である」⁹⁵⁾という。

ホーフエルドに対する評価の中に、クックの法哲学の萌芽を看取することができる。ホーフエルドの分析を「科学的」と評する通り、すでにクックは法学の科学化という構想を描きつつあった。この科学の目的は論理的な整合性の追求ではなく、経験的な実用性の向上である。「実際に機能しない『理論』は堅実な理論ではないことを、ホーフエルドほど明確に認識していた者はいない。〔中略〕彼にとって、その生涯を捧げた『理論』とは、目的——法的問題を解決し、私たちの法を、その唯一の存在理由であるところの人間のニーズに応えられるように発展させること——を達成するための手段に過ぎなかった」⁹⁶⁾とクックが述べる時、そこには理論が道具であり、実際上の機能によって評価されるという構想がすでにあつた。

こうした構想に基づき、クックはたとえば「訴訟による実現可能〈財産〉の完全な所有権 (complete ownership of a chose in action) は、法的な権利・

93) Hohfeld, "The Relations between Equity and Law," 553-557. ホーフエルドはコモン・ローとエクイティの関係を分析する際も、法的対立項と法的相関項のスキームを用いている。Hohfeld, "The Relations between Equity and Law," 569n33.

94) Cook, "Hohfeld's Contributions," 734.

95) Walter Wheeler Cook, "Equitable Defenses," *Yale Law Journal* 32, no. 7 (1923): 657.

96) Cook, "Hohfeld's Contributions," 738.

特権・権能・免除の複合体である」⁹⁷⁾とか、「分析すると、受益者 (*cestui*) のいわゆる『エクイティ上の権原』が、法律関係——権利・特権・権能・免除——のきわめて複雑な複合体であることが明らかになる」⁹⁸⁾などと、実際にホーフエルドの道具を用いて法的問題を分析する作業にも取り組んでいる。これらの分析の中で、クックが繰り返し批判するのは、演繹的な推論によって解決を導こうとする姿勢である。クックは、ある判例における裁判所の論理を批判する中で、「司法意見に関する支配的な傾向に従い、その結論は主に、先行するケースによって確立されたように思われる、一見すると不変の前提からの演繹的な推論によって導かれている。したがって、最終的な分析において、その判断が実際には裁判官が——多かれ少なかれ意識的または無意識的に——抱く政策上の意向によって左右されているという事実は、背景へと押しやられている」⁹⁹⁾と述べている。クックはすでに、法の背後にある政策に注目していた。また、クックが法的推論における論理の使用そのものを否定するわけではない点にも注意しよう。すなわち、「『論理のみで』問題を解決しようとする点ではなく、誤った論理によって問題を解決しようとする点」¹⁰⁰⁾が批判されるべきであり、クックはそのために科学的方法を推奨している。ホーフエルドの法律関係論も、そうした批判のための道具として位置づけられ、実際に活用されていた。

2 科学的方法の展開

クックの構想は、抵触法をめぐる議論の中で、行動とその予測を重視する方向へと進んでいく。その思想的な躍進を示すのが、「抵触法の論理的・

97) Walter Wheeler Cook, "The Alienability of Choses in Action," *Harvard Law Review* 29, no. 8 (1916): 820.

98) Cook, "Hohfeld's Contributions," 732.

99) Walter Wheeler Cook, "Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life," *Yale Law Journal* 27, no. 6 (1918): 783.

100) Cook, "Privileges of Labor Unions," 785.

法的基礎」(1924年)である¹⁰¹⁾。クックはその冒頭において、普遍的な真理を前提とする演繹的な物理学が、「具体的な現象を観察し、その後で『試行錯誤』の過程を経て一般化を行う」¹⁰²⁾ 帰納的な物理学へと変化してきたことを指摘する。クックは、社会科学においても同様の変化が生じており、抵触法について「『理論的な方法』と『実証的な方法』」¹⁰³⁾ が対立しているとして、次のように宣言する。

本論文では、先験的な方法に従うのではなく、他の科学の分野において非常に実り豊かなことが証明されている手順を採用すること、すなわち、まず具体的な現象を観察し、その後で一般化を行うことを提案する。〔中略〕ただし、観察を行うにあたっては、裁判所がその行動の理由について示した説明よりも、裁判所が実際に〈行った〉こと自体に注目する必要がある。したがって、私たちがどのような一般化を達成したとしても、それは観察された具体的な司法現象を可能な限り簡潔に記述しようとする試みに過ぎず、その「妥当性」は目的を達成する際の実効性によって測られる。言い換えれば、私たちが扱わねばならない具体的な素材の処理を実効的なものにする限りで、一般化は真である¹⁰⁴⁾。

101) タイトルが示す通り、この論文は後に『抵触法の論理的・法的基礎』に(修正のうえで)収録されている。その際、章題は「抵触法の論理的基礎」となっている。See Cook, *Logical and Legal Bases* (1942), chap. 1.

102) Walter Wheeler Cook, "The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws," *Yale Law Journal* 33, no. 5 (1924): 457. クックによれば、これらの一般化は「可能な限り広い範囲で観察された物理的な現象を、頭の中で簡略に記述するための単なる有益なツールにすぎず、過去の観察の記述と将来の観察の予測を可能にする上で、全体として最も単純に機能するような記述の形式が選択される」という。Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 457-458. ここでもクックは、一般化の暫定的・道具的な性格を強調している。

103) Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 458. クックは、この2つの方法の区別について、アルバート・ヴェン・ダイシー (Albert Venn Dicey, 1835-1922) に依拠しつつ説明している。理論的な方法は根本的な原理に照らしてルールを検証する方法であり、実証的な方法は各国の実定法から出発してルールを把握する方法である。Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 458-459.

104) Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 460.

このように、クックは判例を科学的に観察し、「法廷地の裁判所は、外国的要素を含むケースに直面した場合、常に自国の法を当該ケースに適用するが、その際に、その外国的要素の全部または一部が結びついている、他の州または国で効力を有する法体系の中に見出される判断準則と範囲において同一の、または少なくとも同一でないにせよ非常に類似する判断準則を、自国の法として採用・執行する」¹⁰⁵⁾ という一般化を導いた¹⁰⁶⁾。

クックのこうした主張の背景には、ホームズが控えている。すなわち、ホームズが「法的義務とは、人が特定の行為を行うか、または行わない場合に、裁判所の判決によって何らかの不利益を被るという予測に他ならない」¹⁰⁷⁾ と述べ、さらに「法的な目的にとって、権利とは単なる予言の実体視——それに違反するとされることを行う人々に対して公的権力が行使されるだろうという事実を支える実体の想像——に過ぎない」¹⁰⁸⁾ と述べるときに見られる、いわゆる法の予測（予言）説である。クックもまた、「法律家として、私たちは社会の特定の——裁判官、立法者その他の——公職者が過去にどのように行動してきたかを知ることに関心を持つ。そうすることで私たちは、その公職者が将来においてとる蓋然性が高い行動を予測できる」¹⁰⁹⁾ と述べ、さらに「したがって『権利』や『義務』その他の法律関係を示す名称は、問題となっている公職者の行動から切り離されて独立に存在する対象や実体の名称ではなく、単に、ある一連の出来事——公職者の行動——が生じる蓋然性について、私たちがどのような予言を行って

105) Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 469.

106) クックは、アメリカの国際私法における抵触法革命の中で、最初期の理論家の1人に位置づけられている。Louise Weinberg, "Theory Wars in the Conflict of Laws," *Michigan Law Review* 103, no. 6 (2005): 1633-1634; Celia Wasserstein Fassberg, "Realism and Revolution in Conflict of Laws: In with a Bang and Out with a Whimper," *University of Pennsylvania Law Review* 163, no. 7 (2015): 1923-1925.

107) Holmes, "Path of the Law," 458. [邦訳 385頁]

108) Oliver Wendell Holmes, "Natural Law," *Harvard Law Review* 32, no. 1 (1918): 42.

109) Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 475.

るかを互いに記述し合うための用語に過ぎない」¹¹⁰⁾と述べている。このように、抵触法に関するクックの主張は、公職者(とりわけ裁判官)の行動を記述し、予測するための科学の一環として構成されたものである。ホーフエルの法律関係論とホームズの予測説が、ここで接続され始める。

もう 1 点、抵触法をめぐるクックの議論の中で特筆すべき点は、政策の役割を積極的に認めていることである。クックは、「自然科学と同様に法学においても、少なくともかなりの範囲において実践が理論に先立っており、結論は実際には演繹的に導き出されたものではない」¹¹¹⁾と率直に認めつつ、「疑義のある状況——法を扱う場合は新たなケース——を解決する実際のプロセスには、その新たな状況のデータを多数の先行状況の事実と比較することが含まれており、それらの先行状況は『ルール』や『原理』の下に包含され、新たな状況もその枠組みに当てはまるものと考えられる。この比較が聡明に行われれば、それは必然的に過去の判断に含まれる政策や、過去の判断がもたらした効果の検討を伴う」¹¹²⁾と述べている。クックは、ルールや原理を排除するのではなく、あくまで作業のための道具として位置づけつつ、「純粋に演繹的な推論によって古いルールや原理を『新しいケース』に『適用している』だけである、と自らを欺き続けることの危険性は、現実の思考プロセスがそのように覆い隠されることで、私たちの選択が実際には社会・経済政策や倫理に導かれていることに気づかず、その結果、賢明な判断に求められるような、生活に関連するすべての事実を考慮に入れられなくなるという事実にある」¹¹³⁾と考えている。このように、クックは法的三段論法による判断の裏側にある政策を意識し、裁判官の行動を予測しつつ、新たなケースを解決する実践的な法の科学リーガル・サイエンスを構想した。そのための道具を研ぎ澄ませることこそ、クックの任務であった。

110) Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 476.

111) Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 486.

112) Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 486.

113) Cook, "Logical and Legal Bases" (1924), 487.

抵触法を主な素材として練り上げられてきたクックの構想は、「科学的方法と法学」（1927年）において、ついに全面的な形で提示されることになる。冒頭より、クックは数学・物理学・生物学から科学的方法の豊富な例証を引いたうえで、「経験によって、私たちはある特定の目的のために、互いに他とある程度は異なる多少の状況を、それらの差は当面の目的との関係で重要ではないと見なし、1つのクラスに分類できると知る。〔中略〕したがって、この種のいかなる分類もせいぜい作業仮説にすぎず、その帰結によって検証され、さらなる経験に照らして修正される」¹¹⁴⁾と述べ、帰納に注目を促す。同時に、演繹によって「対立する〔作業〕仮説の帰結を導き出すことで、そうしなければ行われなかったであろう実験を開始したり、観察を行ったりするようになり、その結果、何世紀にわたって発見されなかったかもしれない現象を発見する」¹¹⁵⁾ことができる。すなわち、科学的方法においては、演繹と帰納を適切に組み合わせなければならない。

こうした洞察に基づき、クックは法学が依然として演繹的に解決を導けると信じる傾向が強い点を批判し、コモン・ローの方法は、「19世紀の幼稚で機械論的な考え方が物理学の分野において不適切であることを露呈したのと同じほどに、法的な目的にとって異様なまでに不適切である」¹¹⁶⁾と喝破する。これに対し、科学的方法は常に、ルールや原理をどのように使えば望ましい結論を導けるかを吟味する¹¹⁷⁾。クックは、法の科学の公準を

114) Walter Wheeler Cook, "Scientific Method and the Law," *American Bar Association Journal* 13, no. 6 (1927): 306.

115) Cook, "Scientific Method and the Law," 307.

116) Cook, "Scientific Method and the Law," 308.

117) クックは、弁護士と裁判官の2つの視点から、科学的方法の輪郭を描く。弁護士の視点からは、ルールや原理は裁判官の過去の行動を記述するものであり、新しいケースではそれらを用いて裁判所を誘導し、自身に有利な結論を導こうとする。これに対し、裁判官の視点から見ると、やはりルールや原理は過去の行動の記述であるから、新しいケースでは必然的に社会・経済政策上の考慮から判断せねばならない。そのために、裁判官はどのような社会的な結果を目指すべきか、および自分の判断がその結果の達成にどのような影響を与えるかを知らねばならない。しかし、裁判官は通常、そのような社会科学に関する知識を持っていない。クックは、ここにコモン・ローの方法の限界を見る。Cook, "Scientific

次の通り提示する。

法のいかなる科学的な研究の根底にも、1つの根本的な公準が存在すると
思料される。すなわち、人間の法は装置であり道具であって、社会が人間
の行動を規制し、望ましいと見なされる型の行動を促進するための方法の
1つとして用いるものである、という公準である。そうであるならば、あ
る法のルールは、それがどのように機能するか、すな
わち、それが望ましい目的の達成を促進するのか、それとも阻害するの
かを、可能な限り明らかにすることによってのみ決定されうることにな
る。これを行うためには、ある時点においてそれらの目的が何であるか、
および選択された手段、すなわち当該の法のルールが、それらの目的を
実現するのに実際に適しているかどうかをも知らなければならないことは一
目瞭然である¹¹⁸⁾。

この公準を踏まえて、クックは(実務家の養成機関とは別に)大学における法
学・法理学の研究教育機関の設立までも構想する。そこでは、第1に科学的
的方法の研究、第2に社会の実態の研究、第3に法的概念の研究、第4に
法の実際の作用の研究というように、社会科学と連携した学際的な研究が
行われることになる¹¹⁹⁾。クックは、法を科学的に研究する機関を設立し、法
学の科学化という自らの構想の拠点を築こうとした¹²⁰⁾。ただの理論家にと
どまらない、クックの一面を見ることができよう。

クックのこうした構想の背後にも、やはりホームズが控えている。クッ
クにとって、ホームズは「今日受け入れられている真理の多くは明日には
古くなり、より新しい別の真理に取って代わられて捨て去られるであら

Method and the Law,” 308.

118) Cook, “Scientific Method and the Law,” 308.

119) Cook, “Scientific Method and the Law,” 308-309.

120) クックはこの構想を、1928年にジョンズ・ホプキンス大学で「法学研究所」を設立する
という形で実現した。この研究所では、法の前提となる事実を調査することに重点が置か
れた。しかし、この事業は資金の不足と運営上の困難のため、5年後に中止された。Carey,
“Walter Wheeler Cook,” 347; Yntema, “Walter Wheeler Cook,” 352.

う」¹²¹⁾ という見解を持つ、真の科学者であった。ホームズが法と道徳の混同を批判した理由も、クックは直ちに理解した。すなわち、「もし科学者のように法を研究しようとするなら、特定の目的のために——この限定的な表現に注意せよ——法を切り離し、〈体系として〉研究しなければならない」¹²²⁾ からである。クックは、ホームズが裁判官として、法的問題についての自らの結論を導くにあたって、「データ、すなわち実際に生じた司法判断という現象を注意深く観察すること、および法の中に表現されていない、しかも法的権利・法的義務・一次的権利などといった慎重に定義された概念という適切な分析のツールを用いなければ人が法の中に読み込んでしまうおそれがある、倫理のような無関係な要素を排除すること」¹²³⁾ という科学的方法を用いていたことを重視する。ここでは、クックがホームズの方法を、自らの科学的方法とほとんど同一視していることが看取される。すなわち、裁判所の行動を観察することと、法的概念を用いてそれを分析すること——これらは、まさに法学の科学化というクックの構想と合致している。クックが、もはや注釈を加える必要すらないものとして引用しているホームズの言葉を、ここにも（部分的に）再掲しておこう。

自らの対象について広い視野を得る道は、何か別のものを読むことではなく、その対象そのものを根底まで掘り下げることである。そのための手段は、まず初めに法理学の助けを借りて、現存する教義の体系をその最高度の一般化に至るまでたどることである。次に、歴史を通じて、それがどのようにして現在の姿になったのかを明らかにすることである。そして最後に、可能な限り、それぞれのルールが達成しようとする目的は何か、それらの目的がなぜ望まれるのか、それらを得るために何が犠牲にされるのか、

121) Walter Wheeler Cook, "Oliver Wendell Holmes: Scientist," *American Bar Association Journal* 21, no. 4 (1935): 211.

122) Cook, "Oliver Wendell Holmes," 212.

123) Cook, "Oliver Wendell Holmes," 213.

そしてそれらがその代償に見合うのかを考察することである¹²⁴⁾。

クックの構想が、ホームズと共鳴していることは論を俟たないであろう。ホームズは法理学の役割を一般化の導出に求めたが、クックもまた観察に基づく一般化を科学的方法の出発点とした。ホームズは歴史の研究を重視したが、クックもまた(抵触法を中心に)判例の精緻な分析によって法の実態を解明しようとした。ホームズは法の目的に照らした衡量を試みたが、クックもまた法の価値を目的達成の上での実効性によって測った。このように、法学の科学化というクックの構想は、科学者としてのホームズから多大な影響を受けていた¹²⁵⁾。

最後に、やや異彩を放つクックの業績に言及しておこう。クックは「優生学か、優境学か (Eugenics or Euthenics)」(1943年)において、科学的方法

124) Holmes, "Path of the Law," 476. [邦訳 410頁]; Cook, "Oliver Wendell Holmes," 213.

125) クックとホームズの往復書簡においても、その影響を窺い知ることができる。ホームズは、かつて『コモン・ロー』(1881年)の中で、「履行の時期が経過するまで、法は彼 [= 契約者] に干渉せず、それゆえ、彼は望むなら契約を破る自由がある」という、有名な一節を記した。Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* (Boston: Little, Brown, and Company, 1881), 301. クックはこの一節について、ホームズに宛てた1919年2月22日の書簡で、「しかし私は、あなたの述べたこと——人は自らの契約を破る自由がある——が、法的状況を記述する望ましい仕方であるという考えには賛同できない」と疑義を呈した。Walter Wheeler Cook to Oliver Wendell Holmes Jr., 22 February 1919, in *The Oliver Wendell Holmes, Jr., Papers* (Frederick, MD: University Publications of America, 1985), microfilm, reel 30, frame 196. ここには、分析法理学に基づき、用語を慎重に用いるクックの姿勢を窺うことができる。

これに対し、ホームズはクックに宛てた1919年2月25日の手紙で、「法を理解するには、冷徹でなければならず、法的な表現を与えられていない倫理を無視しなければならない。[中略] 私がこの言い方を有益だと考えた理由、および、今なおそう考えている理由は(もつとも、おそらく法曹界の大多数は嫌悪をもってこれを見るであろうが)、どの契約もその履行が契約者の意思のみに全面的に依存しているわけではないし、賭博に対する特別の異議を別とすれば、人は自らの力の及ばない将来の出来事についてすら契約しようが、その出来事が生じないときには、それでもなお契約違反となるからである」と返答している。Oliver Wendell Holmes Jr. to Walter Wheeler Cook, 25 February 1919, in *The Oliver Wendell Holmes, Jr., Papers* (Frederick, MD: University Publications of America, 1985), microfilm, reel 30, frame 198-199.

を立法論に拡張し、アメリカの大半の州で施行されていた不妊手術法について、「生物科学の結論がこの種の法の適切な根拠を提供するかどうかという問題」¹²⁶⁾を論じる。まず、クックは優生学運動を振り返り、グレゴール・メンデル (Gregor J. Mendel, 1822-1884) の（初期の）遺伝理論による影響を指摘する¹²⁷⁾。チャールズ・ダヴェンポート (Charles B. Davenport, 1866-1944) をはじめとする優生学者は、「『精神的』形質である『精神薄弱 (feeble-mindedness)』が『単位形質』であり、それが単一の劣性の『単位粒子』によるものであり、『正常な知能』もまた単一の優性の『単位粒子』によるものである」¹²⁸⁾という仮定から、障害者の不妊手術を正当化した。これに対しクックは、この仮定によったとしても、「〈ある世代の『精神薄弱』者のうち、『精神薄弱』の親から生まれるのはごく一部に過ぎず、圧倒的に多くの者は『正常な知能』の保因者から生まれている〉」¹²⁹⁾と反論する。さらに、クックは最新の生物科学の知見に照らし、そもそも優生学者の仮定自体が誤っていると、「科学は、『優生学委員会』が面前の『精神薄弱』な人物について『〈精神薄弱の遺伝的な傾向〉を持つ子を〈生むであろう〉』と判定する手段を、何ら提供していない」¹³⁰⁾と結論づける。また、それどころか「同じ科学者の多くは今や、『精神薄弱』は単一で明確な遺伝的形質を示す生物学上の用語ではないことも認めている」¹³¹⁾として、不妊手術法が科学的な根拠に乏しいことを暴露した。

126) Walter Wheeler Cook, "Eugenics or Euthenics," *Illinois Law Review* 37, no. 4 (1943): 288.

127) Cook, "Eugenics or Euthenics," 291-292.

128) Cook, "Eugenics or Euthenics," 294. 原文の文脈に照らし、歴史的な用語として「精神薄弱」「優性」「劣性」と訳している。現在では、それぞれ「知的障害」「顕性」「潜性」という語に言い換えられる。

129) Cook, "Eugenics or Euthenics," 295. クックの説明は要するに、顕性の単位粒子を A、潜性の単位粒子を a としたとき、各個体は AA、Aa、aa のいずれかとなるが、このうち aa だけを取り除いても、Aa と Aa から aa が再生産されうるといえるものである。Cook, "Eugenics or Euthenics," 293-294.

130) Cook, "Eugenics or Euthenics," 302.

131) Cook, "Eugenics or Euthenics," 310.

ここで、クックは遺伝的な要因から環境的な要因へと視線を移し、「優生学者たちが総じて見落としてきたのは、人間が動物のうちで最も教育できる存在であるということ、したがって『精神的』性質の遺伝に関するいかなる科学も、その事実を十分に考慮しなければならないということである」¹³²⁾と主張する。不妊手術法は、科学的な正当化を欠くどころか、そのせいで社会の関心が「子どもが成育する物理的・教育的環境の改善という、より重要な問題から逸らされ、環境と個人の遺伝的構成との関係をめぐる一層の科学的な研究を支援することからも逸らされた」¹³³⁾ため、弊害すら生んでいる。クックは、次のように締めくくっている。

現代の生物学の知見を受け入れるならば、人間の改善への最大の希望は「優生学」ではなく、「優境学」にある。すなわち、より優れた人間を確保するために、生活条件の改善を対象とする科学を発展させ、応用することにある¹³⁴⁾。

ここでもクックは、優生学の標榜する真理を絶対視せずに自ら科学的に検証し、具体的な制度の変革を訴えた。クックによる不妊手術法の検討は、まさに科学的な分析の実例と言えよう。

ところで、なぜクックは不妊手術法の問題に取り組んだのだろうか。ここにも、やはりホームズの影を感じざるをえない。なぜならホームズは、保護施設の収容者への不妊手術を定める州法を合憲としたバック対ベル事件(1927年)の判決において、「退化した子孫をその犯罪のゆえに処刑するか、その愚鈍のゆえに餓死に至らしめるまで待つよりも、明らかに不適格な人々がその種を継続するのを社会が防ぐことができるならば、それは世界の全体にとってより好ましい」¹³⁵⁾と述べた張本人であり、「もちろん、その手術

132) Cook, "Eugenics or Euthenics," 317.

133) Cook, "Eugenics or Euthenics," 329.

134) Cook, "Eugenics or Euthenics," 332.

135) Buck v. Bell, 274 U.S. 200, 207 (1927).

によって、本来ならば収容されるべき人々を社会に戻すことができ、それによって保護施設を他の者に開放できる限りにおいて、目指される平等はよりいっそう達成されることになる」¹³⁶⁾とまで言い放っているからである¹³⁷⁾。しかし、クックは知っている。ホームズは「あまりにも科学的な態度をとっていたため、裁判官としての任務が、『デュー・プロセス・オブ・ロー』のような憲法上の多義的な文言を解釈することにより、州という『隔離された実験室』における〔立法という〕実験を阻止することにある、とは考えていなかった」¹³⁸⁾ということ。そのうえで、クックは科学者としてホームズに挑戦し、その誤りを証明したかったものと思われる。

* 本稿は、JSPS 科研費（課題番号23K01067, 25K16492）の助成による研究成果の一部である。

136) Buck v. Bell, 208.

137) クックは、ホームズの悪名高い判決について、「州の施設に収容されている精神薄弱者にのみ適用される不妊手術法は、階級的な立法である。なぜなら、比較的軽度の精神薄弱の場合に、富裕層においては家庭で世話されるのに対し、貧困層においては、より多くが施設での処遇に委ねられるからである」として、州法が差別であると正面から指摘している。Cook, "Eugenics or Euthenics," 328.

138) Cook, "Oliver Wendell Holmes," 211-212.