

憲法と「法と道徳」論——ドゥオーキンの研究 (下)

——法解釈の方法と憲法の構造 (三)——

渡 辺 修

はじめに——現代憲法学の諸相

(一) 問題の所在

(二) 「文理」基準論批判

(三) 「制憲者意思 (Framers' Intention)」の concept と conception

(1) 「意思」基準論批判

(2) 「意思」の諸要素

(3) 抽象的意思と具体的意思

(4) 「支配的意思」論

四 「意思」基準論と「解釈方法」について

(1) 「委任の意思」

(2) 「解釈方法」についての意思 (Interpretive intention)

五 プロセスと民主主義

憲法と「法と道徳」論——ドゥオーキンの研究 (下) 渡辺

- (1) イリイ理論検討の課題
- (2) イリイと言論の自由(一)——「人民全体の政治権力」論
- (3) イリイと言論の自由(二)——人民内部の権力の平等化論
- (4) プロセスと平等
- (六) 「フォーラム」としての司法審査
- (七) 「連鎖としての法」——裁判官の役割と法解釈
- (八) 自然法主義と懐疑主義
- (九) 自然法主義と民主主義
- (1) 道徳の個人相対主義
- (2) conventionalism と民主主義
- (3) 裁判官への不信
- (三) 「政治秩序」論、関数としての「平等」原理
- (1) instrumentalism
- (2) 「政治秩序」論
- (3) 関数としての「平等」原理(一)——実証主義、プロセス法学との対比
- (4) 関数としての「平等」原理(二)
- (5) まとめ (以上、一七卷一号)
- (二) 憲法と「法と道徳」論——研究の視座を求めて
- (1) 自然法と実定法——ダントレーブに寄せて
- ① 問題の所在
- ② 技術論的自然法論

- ③存在論的自然法論
 - ④義務論的自然法論——法と事實・価値論
- (2)憲法と「法と道徳」論
- ①トマス・アクィナスと「法と道徳」
 - ①「神の法」と「人の法」との関係について
 - ②「自然法」について
 - ③「自然法」と「人の法」との関係について
 - ④まとめ——主観と客観の狭間
 - ②ハートと「法と道徳」分離論
 - ③ハートと「法と道徳」一致論
 - ④法現実主義と「法と道徳」論
 - ⑤ホームズと「法と道徳」論
 - ⑥憲法と「法と道徳」論
- (3)アメリカ自然法理論と「法形式主義」——パウンドに寄せて
- ①問題の所在——「契約の自由」
 - ②一七世紀の自然法
 - ③一八世紀の自然法
 - ④一九世紀の自然法
 - ⑤まとめ——新たな「機械的法学」
- (4)法規範の構造と道徳——パウンド理論の概観
- ①「社会学的法学」の意義——法現実主義との関係
- 憲法と「法と道徳」論——ドゥオーキンの研究(下) 渡辺

②法の「理想」と「法的公理」

③「社会工学」と裁判官信頼論

④法規範の構造と道徳

①「法と道徳」一致論と「社会的利益」論

②法規範と道徳の接点——不作為の法的責任

③法規範の構造

(5)総括——現代的「法的公理」と「道義性」を求めて

おわりに——研究の出發（以上、本号）

(二) 憲法と「法と道徳」論——研究の視座を求めて

(1) 自然法と実定法——ダントレーブに寄せて

① 問題の所在

一 我々は、ドゥオーキン理論の検討により、憲法解釈において、道徳的原理を基準としうる余地のあることを学んだ。そこで、「道徳」をどのような次元で理解するのか、及び、所謂「法と道徳」の関わりをどうみるのかをもう少し探求しておきたいと考える。それはまた、ドゥオーキン理論の意義について今一歩広いパースペクティブに立って、反省することでもある。かかる問題への入門は、ダントレーブが行ってくれている¹⁾。ダントレーブの問題意識は、自然法による実定法の正当化を試みることに、法が「強制・慣習」ではなく、「義務」により正当化される

ことを示すことにある。その際、自然法理論に対するヒュームの批判、つまり、is と is not の議論が ought と ought not の議論と、いつのまにか混同されているとの指摘に答えることにある。⁽⁴⁾ 別言すると、自然法と実定法の法的関係を解明すること、乃至、「事実→規範」転換の構造を示すことともいえる。ダントレーブでは、これを“the bridge between fact and value, between what is and what ought to be”の構築と表わしている。⁽⁵⁾ そして、まず、自然法の認識方法に三つあるとして、technology としての自然法、ontology としての自然法、そして deontology としての自然法とに区分している。⁽⁶⁾ 以下、この分類をガイダンスにしながら、少しく考えてみよう。

(1) d'Entreves, *The Case for Natural Law Re-Examined*, I NATURAL LAW FORUM 5, 29 ff. (1956). 以下、d'Entreves と略す。

(2) ホーアの批判については、ジョージ・D. HUME, *A TREATISE OF HUMAN NATURE*, bk. III, pt I, §1, at 455-470 (ed. by L.A. SELBY-BIGGE/P. H. NIDDICH, 2d. ed., Oxford) を参照した。

(3) 同種の自然法への批判は、例えば、ホームズも行っている。則ち、彼は、「自然法の ought に関する問題」が残されつつあるとする。つまり、「経験」上生きていくためには、食、飲み、社会生活をする「必要性」が「絶対的」であることはわかる。また、共同生活を送るためには一定の条件を守ることが必要ではある。しかし、「他人と共存すること」一定の方法で共存することの先験的義務はなご、とする。「我々が欲するものを欲するべきである」といつの哲学の基礎はなごの必要、なごの必要。See, O. W. HOLMES, *Natural Law*, in *COLLECTED LEGAL PAPERS*, at 312-313, 314 (1920). Cf., J. L. MACKIE, *ETHICS*, at 64-77 (1977).

(4) d'Entreves, at 29-30.

(5) d'Entreves, at 29-30.

(9) Ibid.

② 技術論的自然法論

一 ダントレーブは、ローマ法では、法を the art of the good and the equitable と定義し、自然法は bonum aequum を発見するための「道具」であり、「解釈の手段」であると理解されていたとする。これを、technology としての自然法論とし (natural law as a "technology")、近年では、フラーもこれに入るとする。⁽¹⁾ この点を理解するため、フラーの論文をみてみよう。

フラーは、船が難破して全く他の世界から隔離されて生活する集団に紛争が生じ一人が調停のため裁判官の役割を負った場合、何が法となるのかという形で問題を設定している。⁽²⁾ フラーは、「本件の場合、我々の裁判官は、集団生活の成功に必要な条件の中に見い出される外在的基準があると信じ、また信じるのが正当化される、というのが簡単な事実である。この外在的基準が、判断の正しさを測定する一定の基準を提供するのである」とする。⁽³⁾

これと対比させつつ、実際の裁判官の役割についても、「司法プロセスの基本問題は、集団活動により人が獲得を求めている目的を最も促進する原理の発見と適用である」とし、その際、裁判所は、主として二つの法源をもつとしている。先例と "received conceptions of morality" である。⁽⁴⁾

「裁判所が、認知されている様々な『法源』——先例、商慣習、学説、received conceptions of molarity——から選択をしていると思われるとき、現に選択を決定するものは単純である。どのルールがベストかである。どの

ルールが人間の社会的存在の事実をもっとも深く尊重し、また、共通の効果的な満足のえられる生活をもっとも促進するのである」⁽⁵⁾。

この選択は、結局、「理性と法 (fact) との矛盾」⁽⁶⁾乃至緊張を伴う。そして、自然法理論は、全ての法を理性の表明とし、法実証主義は法を理性から切り離そうとする。これに対し、フラーは、「我々は、law が理性と fact 発見された秩序と課された秩序とで構成されており、law のこれらの側面のいずれを消去する試みも、law の本質を破壊し虚構化するものであると考えざるをえない」とする⁽⁷⁾。

つまり、人間の集団生活の「目的」を前提とし、それを最大限に実現する手段として自然法（「理性」乃至「見された秩序」）と実定法とを平等に位置づけている。また、ここでいう集団生活の「目的」は、右にみたように、自然法のみから抽出されるのではなく、自然法・実定法の両者の「複合」⁽⁸⁾がもたらすものであると理解している。従って、「集団生活の成功の条件により、我々が集団に適用すべきルールが決定されるとするならば、既に適用されているルール自体によっても、部分的には、何がこうした成功の条件なのかが決められているといえる。人間の本質は、部分的に、人間が自己を既に形成してきたものによっても構成されている。従って、自然法は、一定の範囲内で、我々が既存の実定法を尊敬しなければならぬと求めているのである」⁽⁹⁾。

(1) d'Entrève, at 30-31.

(2) Fuller, Reason and Fiat in Case Law, 59 HARV. L. REV. 376, 377 (1946).

(3) Id., at 379.

- (4) Id., at 380.
- (5) Id., at 381.
- (6) Id., at 376-377.
- (7) Id., at 382.
- (8) Id., at 380.
- (9) Ibid.

二 フラーの自然法・実定法は、あくまで、「目的」に対する「手段」であって、そこに価値的優劣はないのである。ダントレーブは、かかるフラーの自然法論とは、「所与の社会における特定の目的に照らしてもっともよく機能する法律として『社会秩序の自然法』を発見すること」とまとめている。⁽¹⁾

しかし、ダントレーブは、かかる技術論的自然法論のいう「もっともよく機能する」法は、「最善」の法ではないと批判する。カントのいう“technical” imperative と “categorical” imperative。つまり、他の目的を実現するのに必要なのでなされる命令と、それ自体の実現が必要であるからなされる命令との区別を応用し、技術論的自然法論は、「目的に対する手段」として自然法・実定法を理解するものであるの⁽²⁾、“technical” imperative として法を把握しているとする。しかし、「目的のための手段を決定すること、目的自体の『客観的必要性』を確定することとは全く別個のことである。換言すると、a technical (hypothetical) imperative を categorical imperative に転換できるといふ保障はない」とする。⁽³⁾つまり、法を「義務」と構成する上で、助けにはならない

のである。確かに、技術論的自然法論は、法は現在の『社会的必要』に一致しなければならぬという現代的定言を生む背景となり、今でも有用な側面はある。しかし、実は、こうした説明だけでは、「事実の宣言」が、oughtの装いを施されて法であると説明されているのとどまる、とする。とすると、「唯一の正しい目的」を前提にしなれば、法の「義務」性を説明しえないのであり、結局、「事実」の背後に「価値」をいつのまにか導入する方に立っているというのが、ダントレーブの評価なのである。⁽³⁾

(1) d'Entrèves, at 32.

(2) Ibid.

(3) d'Entrèves, at 32-33.

③存在論的自然法論

一 ダントレーブは、次に、事実と価値の区別をむしろ否定することによって、ヒュームの疑問に答える可能性を探るため、所謂存在論的自然法論 (ontological conception of natural law) に立つトマス・アクィナスの理論に注意を向ける。そこで、我々も、ダントレーブ並びにクラウストのガイダンスに従いつつ、アクィナスの理論をみてみよう。

アクィナスの法の構造論は、次のようなものである。第一に、「宇宙全体の特徴たる普遍的、合理的秩序」⁽²⁾を支配する「神の法 (Divine law)」乃至「永遠の法 (lex aeterna)」が存在している。「宇宙の全コミュニティは神の理性 (Divine Reason) により支配されている。それゆえ、宇宙の支配者としての神による事物の統治の観念

主体が法の性質を有する。神の理性による事物の観念は、時に支配されない永久のものである。……それ故、この種の法は永遠の法と呼ばなければならない⁽³⁾」。

第二に、「自然法」(lex naturalis moralis 乃至 natural law)が存在する。「神の法」||「永遠の法」から生じるものであるが、両者の関係はひとまず次のようになっている。

「divine province に服するものは全て永遠の法により支配され評価される。永遠の法が、全ての事物に銘記されている限りで、全ての事物は何かの方法で永遠の法に加担すること、つまり、全ての事物が適切な行為と目的に対する夫々の志向を永遠の法から抽出することは明らかである。とりわけ、理性を有する生物は、自己又は他人両者に対して provident であることにより、providence の享受に参加しえる。そして、その限度でより洗練された方法で divine providence に服する。それ故、これは永遠の理性の共有である。この永遠の理性により、適切な行為と目的への然るべき志向がもたらされる。理性を有する生物に対する永遠の法の参加を自然法という。……自然の理性の光により、我々は、何が good で何が evil か見分けることができるのである。このことこそ、自然法の機能である。この光とは、divine light が我々に照射したものである。つまり、自然法とは理性ある生物の永遠の法への参加以外のものではない⁽⁴⁾」。

つまり、クラウストによると、「永遠の法」が客観であるのに対し、「自然法」とは、「理性的人間による永遠の法への意識的参加を本質とする」のであり、前者の主観的反映、人格化された宣言とされている⁽⁵⁾。

第三が、「人の法」乃至実定法である (human positive laws)。アクィナスは、「自然法的前提から……人間

の理性は、一定の事項に関するより特定した決定へと進む必要がある。こうした特定化された決定は、人間の理性により形成されたのであるから人の法と呼べる」と定義している。⁽⁶⁾ 神の法、自然法以外に「人の法」が必要なのは、「人は、徳目への自然的愛好心を有するが、徳の完成には一定の訓練による獲得が行なわれなければならない」し、また、人間は理性を用いて欲望や邪悪な感情を実現する手段を手にしえる。そこに動物との差がある。つまり、「人は、徳において完全であるならば、もっとも崇高な動物であるが、法と正義から分離されると、もっとも下等となる」。⁽⁷⁾ そこで、刑罰の恐怖による強制が必要になってくるのである。⁽⁸⁾

最後に、三者の関係については、「人の法」は、「自然法」と「永遠の法」から「権威性」をえていないときは、Unjust となるのである。⁽⁹⁾ この点には、後述する⁽¹⁰⁾ ①参照。

- (1) Chroust, *The Philosophy of Law of St. Thomas Aquinas: His Fundamental Ideas and Some of His Historical Precursors*, 19 AMER. J. OF JURIS. 1 (1974). 以下、Chroust と略す。
- (2) Chroust, at 3.
- (3) 以下、THOMAS AQUINAS: *TREATISE ON LAW* (*Summa Theologica*, Questions 90-97) (ed., by S. PARRY, GATEWAY), Q 91, First Art. at 12-13 を参照。本書は、題名の如く、*Summa Theologica* の法に関する問答の部分のみ小冊子の全文をまとめたものであり、アウグスティヌスの自然法理論の一応の理解をえるのに便利である。以下、AQUINAS と略す。
- (4) AQUINAR, Q 91, Second Art., at 15-16.
- (5) Chroust, at 3-4.

- (6) AQUINAS, Q 91, Third Art., at 18.
- (7) AQUINAS, Q 95, First Art., at 74-76.
- (8) AQUINAS, Q 95, First Art., at 74.
- (9) Chroust, at 4.

二 クラウストも、右のアクィナスの自然法を「存在論的基礎付け」のあるものと扱っている。つまり、神の「秩序」に存在の根拠を置いていると理解しているのである。「聖トーマスの永遠の法の概念は、ルール、規矩と呼ぶことが適切な全てであり、客観的、絶対的先験的なものである。神の神聖なる知性と意思とが全ての事物、全ての人についての究極的なルールと究極的な尺度なのである。全ての事物と人は、神の神聖なる知性と意思に従う範囲で真理と善とを所有する」と指摘している。⁽¹⁾

ダントレーブは、かかる存在論的自然法論に対して、次のような批判をしている。第一に、「我々の分裂した世界」では、トーマスの「世界の神聖なる秩序の前提」をとることはできないとする。つまり、永遠の法、自然法、人の法は全て究極的には神の存在に基礎づけられているが、近代社会は、キリスト教的な「神」を必ずしも必要としないのである。近代の世界は、「非キリスト教化」された時代であり、「神」という「形而上的前提」をうけ入れなければ自然法を認めえないという考え方は限界に至る。⁽²⁾ 第二に、トーマスの「神」の支配する宇宙論は、「有機的コミュニティー」の理念を導く縮口となるが、かかるコミュニティー観は、「個人の自由の抑圧の口実」に使われ易い。⁽³⁾ 第三に、後述の如く(2)①②、トーマスは、自然法は、「自明」のものであるとしつつ、これを

「賢者」にのみ「自明」と理解しているが、⁽⁴⁾このように、「善の本質についての明瞭な洞察力」をもつ「一群の人」の存在を理論の前提にすることにも、不信の念を向けなければならぬとする。⁽⁵⁾第四として、トーマスによる存在論的自然法論は『秩序』と法との客観的観念を強調することにより、*claim* 又は *right* という主観的観念の重要性を無視又は矮小化する傾向にある」点を指摘している。⁽⁶⁾

(1) Chroust, at 25.

(2) d'Entrèves, at 36-37.

(3) d'Entrèves, at 39.

(4) Aquinas, Q 94, Second Art., at 59.

(5) d'Entrèves, at 39.

(6) Ibid.

④義務論的自然法論——法⇕事実・価値論

一 そこで、ダントレーブは自らの拠って立つ義務論 (deontology) としての自然法論を説こうとする。その場合、彼は、「我々は、少くとも、一定のものごとについて同意し、拘束力を認めることはできないのであろうか。全ての問題がここにある。この極めて明白で単純な問題である」という課題を念頭に置いて、議論をはじめるのである。⁽¹⁾

ダントレーブは、イタリア人学者 Giambattista Vico の *Scienza Nuova* における理論を要約して、「全ての法の中に我々は、彼が *certum* (権威の要素) と呼ぶものと *verum* (『理性』により発見される『真理』の要素)

と呼ぶものとを発見できる。certum と verum、つまり、権威と理性とは、法の二つの側面であり、同一物の二つの次元、全ての法を考察しうる二つの異なるアングルである」とする。⁽²⁾ 「理性の光に照らし照射すると、verumの要素、法に含まれている『真理』がうかがいあがってこない法はない」のである。⁽³⁾ ダントレーブは、こうした認識が is と ought との架橋の新しいアプローチを示唆するとする。

「全ての法が、certum と verum との複合である限りで、全ての法は、それ自体が chasm にかかる橋——少くとも架橋の試みである。全ての法が、特定の権威的宣言である限りでは、事実的命題であることは明らかである。しかし、法は、同時に、——特定の目的を目標にしている限りで、そして、全く意味もなく課されるものではない限りで——『価値』についての宣言である」。⁽⁴⁾

この点の例を、二つ摘示している。ひとつは、コモン・ローでは人は自己の遺産を全く自由に処分できるが、ナポレオン法典系では子のために一定の法定相続が認められていることである。「このような例は、法が一定の『価値』を体現していることを示すと示唆するのは行きすぎであろうか」。⁽⁵⁾ 次の例として、交通取締規則に言及している。ここでも、「交通取締規則が保護する『価値』が存在しえることは明白である。それは、我々自身の個人的安全の価値である」としている。⁽⁶⁾

要するに、「全ての個々の法は、特定の価値の『規範的な変形』以外のものではないのであり、「法の合法性の究極的根拠 certum と区別された verum、ケルゼンの Grundnorm とは……『事実』ではなく、『価値』である」。⁽⁷⁾

- (1) d'Entrèves, at 40.
- (2) d'Entrèves, at 41.
- (3) Ibid.
- (4) d'Entrèves, at 42.
- (5) Ibid.
- (6) Ibid.
- (7) d'Entrèves, at 43.

二 我々は、右のようなダントレーブの考え方を、さしあたり、法||事実・価値論と名付けておこう。ところで、この理論に立って、ダントレーブは、直ちに、「法の義務性」の根拠は、法の外にあるのではなく、「法自身の内側」にあるとする。つまり、「verum と certum との相互関連という全ての法に作用している理想的原理の中に見い出されなければならない」とし⁽¹⁾、全ての法的命題の根拠に存在する「価値」が、「義務の根拠」であるとする。ここに、「『義務論』としての自然法の観念」の「正当性」があるとしている。⁽²⁾

しかし、我々は、「価値」とは法に内在するものとしてしか存在していないとは考えていない。むしろ、実定法の義務性乃至規範的拘束力の正当性とは、法の体現している「価値」が just か unjust かなのである。つまり、法外の価値を判断基準にして、法の道徳的批判の可能性の有無を検討するのが、自然法論の課題ではないのか。法||事実・価値論の意味するのは、要するに、実定法に一定の「価値」ある限り、これを道徳的に just とするとい

うのにとどまるものではないだろうか。

(1) d'Entrèves, at 43.

(2) d'Entrèves, at 44.

三 ところで、ダントレーブ自身、法の義務性の根拠たる自然法の性質について、矛盾する二つの説明をしていることにも注意しておきたい。即ち、一方では、

「私としては、自然法の問題とは、本質的に、法的命題とその底流にある価値の間の交差の問題である。つまり、義務の要素の確認である。これにより我々は、法の『確実性』の故だけではなく……法が含む『真理』、確信を伴う真理の故に、法に従っていると感ずるのである。もちろん、困難なのは、かかる『価値』が法それ自体の中にある『客観的性質』であって、普遍性のない、過去への主観的、情緒的反応ではないと、我々自身を説得できるのかである」⁽¹⁾。

右のように述べて、実定法自体に内在する（又はすべき？）「客観的性質」に注目するのである。しかし、他方では、次のようにいう。

「全ての人間社会には、又は、『人間の性質』自体の中に、承認・不承認、同意・不同意を決定する一定の究極的な基準乃至価値が存在している。法が、“just”か、“unjust”か、換言すると……我々が良心に照らして法に従うべきか否かについての我々の判断を決定するもの、この価値である」⁽²⁾。

つまり、実在としての人間社会と人間の性状とに内在する価値を自然法と理解している。

(1) d' Entreves, at 44.

(2) d' Entreves, at 45.

四 次に、ダントレーブは、義務論的自然法論に対して考えうる批判への反論を用意している。

第一に、存在論的自然法論を否定した以上、義務論にいう「価値」も証明できないのではないかと疑問に対して、「問題となるのは、同意である」とする。価値についての同意は、社会学、人類学、比較法によりかなり広い範囲にわたり存在することが解明されているとす⁽¹⁾。

しかし、我々は、この議論は、同意の事実が存在するから、その事実は「義務」であるという論理でしかないと考える。また、ダントレーブは、「もし『究極的価値』が信じられているならば、これらが合理的に論証されていることを否定する必要はなくなる」とも指摘している⁽²⁾。しかし、究極的価値の存在に関する主観的確信が、何故、価値の拘束性を根拠づけられるのであろうか。

第二に、「歴史的相対主義」からの批判を予想している。価値判断は歴史的に条件付けられているから絶対性はないという考え方である。が、ダントレーブは、「一定の場所、一定の時代に否定されたことのないような正義の原理は現在存在していないことを証明しても、その原理がかつて否定されていたことが正当化されること、又は、合理的であったことを証明したことにはならない」と反論している⁽³⁾。

しかし、我々は、歴史研究による事実の確認を前提とする歴史的相対主義の方法を否定するならば、第一で述べた価値の「同意」を事実として確認する方法の正当性も疑わなければならなくなるのではないかと考える。社会

学、人類学、比較法学で確認した「同意」ある「価値」が真に普遍的絶対的なものとして確定しえるのか否か、疑問があるからである。

第三に、右の点と関連して、価値の絶対性を認めるのは、fanaticism や pharisaism に陥るとの批判、また、自然法原理の装いのもとに、特定の政治哲学を主張することになるとの批判があるとする。これに対しては、ダン・トレーブは、「現代世界の我々、自由と民主主義の社会の構成員」たること、つまり、「我々の側における謙虚さと sincerity の宣言」、「他の人々の有する信念の尊敬」により克服できると答えている。⁽⁴⁾「なつかしき母たる良心は、まだ良き仕事をしている。人は、追いつめられ、基本的決定をしなければならぬとき、right と wrong との明確な知識を欠いてはいないのである」。⁽⁵⁾つまり、普遍的なる価値を発見しかつこれを行動基準とするのは、「良心」であるとする。人間への信頼論である。

だが、我々は、この考え方は、第一に、トマス・アクィナスと同じく、「良心」のある者のみ(乃至「賢者」のみ)、「価値」を発見できるという理論であると考える。第二に、結局、普遍的、客観的実在(それが、法に内在する価値であれ、人間社会と人間に内在する価値であれ)としての「価値」は、「良心」という主観的世界に入らなければ、確認しえないことになる。そして、「良心」の客観性、普遍性の保障は、どこにもない。むしろ、これは、「価値」の個人相対主義に至り易いともみれる。

結局、ダン・トレーブの義務論的自然法論も、右のような弱点を含んでいるというのが、我々の評価である。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

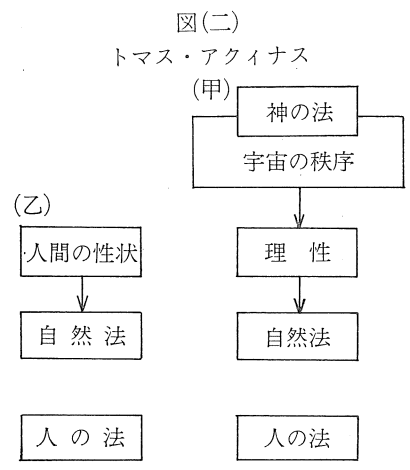
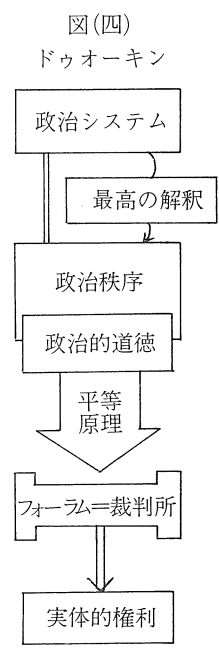
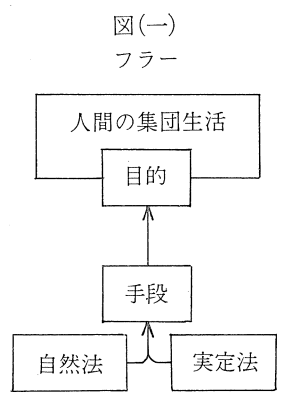
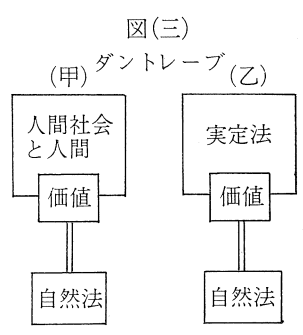
(一) d'Entrevès, at 47.

- (2) Ibid.
- (3) Ibid.
- (4) d'Entrèves, at 47-48.
- (5) d'Entrèves, at 51.
- (6) なお、トマス・アクィナスの存在論的自然法論は、「自然権」を重視しないとダンントーンは、批判していた。See, d'Entrèves, at 39. しかし、トーマスの自然法は、「幸福乃至至福」又は「共通善」を目的とするものであり、かつ、人間の「理性」の認識した「永遠の法」であること、つまり、「主観」的存在である面に着目するのならば、人間主体の自然権理念を容易に抽出しえるものであることを忘れてはならぬ。Cf., Midgley, *Natural Law and Fundamental Rights*, 21 AMER. J. OF JURIS. 144 (1976).

現に、ルーシーは、法現実主義が法に普遍的原理のあることを認めない、“Is” Jurisprudence であり、結局、“might makes right”を肯定するものであって、反民主主義的で、ヒトラー・ドイツ等の全体主義の法学に至ると批判する一方、神の存在を前提とするスコラ派自然法論こそ、神の権威による権利・義務の不可侵性を根拠づけられるものであることを主張していたことを、我々は想起しなければならぬ。See, Lucey, *Natural Law and American Legal Realism: Their Respective Contributions to a Theory of Law in a Democratic Society*, 30 GEORGETOWN L. J. 493, 505-526 (1942).

(7) トマス派自然法論及び「目的論的自然法論」については、see, THE CONCEPT OF LAW, at 152, 180-189.

五 参考までに、自然法論の各態様とドゥオーキンの理論とを比較対照し、図解しておこう。フラーの技術論的自然法論は、人間の集団生活に存する目的に対する手段として、自然法と実定法を位置づけるもので、構造は比較的



簡単である。いずれも、形而下的實在の客観面で理解されている(図(一))。トマス・アクィナスの自然法論は、図(二)の(甲)のように、形而上的な神の法と宇宙の存在から理解される側面と、同(乙)のように形而下的實在としての人間の性状によって理解される側面とがあった。両者をどう調和的に理解できるのかについては、我々は現時点では保留しておきたい。また、右の差は、自然法が主観的か客観的かという差にも反映している。次に、ダントレーブの自然法論にもいくつかの契機があった。法に内在する価値か(図(三)(乙))、人間に内在する価値か(図(三)(甲))、更に、事実として発見される客観的なものなのか、良心の世界における主観的なものか、である。

最後に、ドゥオーキンの自然法主義を以上と対比すると、「政治秩序」が現実世界としての「政治システム」自体をいうのか、「最善の解釈」後に確認される裁判官の主観的価値秩序をいうのか定かではない。また、「政治的道徳」は、この結果、客観的實在としての価値なのか、主観的な「政治秩序」内の客観的価値なのか、定かではなくなる。この点どう理解すべきか、なお検討の余地がある(図(四)参照)。

(2) 憲法と「法と道徳」論

ダントレーブは、自己の義務論的自然法論を解釈方法として具体化したものとして、教皇ピオ一二世の教書から裁判官の責任に関する次の言葉を引用している。

「(1) いかなる裁判についてであれ、裁判官は、法律又は立法者に裁判の責めを帰せて、自己の判断の責任を免がれることはできないというのが、原理たらねばならない。もちろん、法律と立法者は、法律の効果について主たる

責任を負う。しかし、裁判官は、個々の事件に法を適用することにより、競合的な原因を与えている。それ故、裁判の効果について責任を共有するのである。

(2)裁判官は、自己の裁判により、何人に対しても、本質的に反道徳的な行為を義務づけることはできない——これは、神と教会の法に反する。

(3)裁判官は、いかなる方法であれ、*unjust law* を明示的に認知・承認することはできないし、かかる承認を含む刑罰を宣言することもできない。

(4)にも拘わらず、*unjust law* の適用がいずれも全てかかる認知・承認を意味するものではない。裁判官が、*unjust law* をそのままあてはめることができる時がある——場合により、そうしなければならぬ。それがより大きな不正を回避するのに唯一の方法であるときである⁽¹⁾。

ダントレーブは、神と教会の法を前提とする点を除き、これらを原則的に承認している⁽²⁾。

ただ、我々は、二点ほど疑問を抱いている。第一に、実定法に内在する「価値」を自然法と理解しつつ、その実定法に対してさらに *just* か *unjust* かという評価を加えることはできない。右の解釈原理が有効たりえるには、自然法的価値は実定法と分離されなければならないのではあるまいか。第二に、ドゥオーキンは、自然法主義モデルは法解釈における「ハード・ケース」に限定するかの如き説明をしていたが(②一六五頁)、ダントレーブは、明らかに、実定法に対する自然法優位を肯定している。つまり、実定法の言語の意味が確定していても、それ自体が *unjust* であれば、裁判官はこれに拘束されなくなるのである。

では、従来、「法と道徳」の距離間（一致か分離か、分離後の関係は何か、一致としてもどの程度の一致か）は、どのように考えられていたのであるか。また、それを反映して、憲法学では「法と道徳」論は、⁽³⁾ どううけとめられていたのであらうか。これらを吟味するのが、我々の次の課題である。

(1) d'Entrèves, at 51-52.

(2) d'Entrèves, at 52.

(3) 「法と道徳」の一致又は分離論の分析視角は、R. S. SUMMERS, INSTRUMENTALISM AND AMERICAN LEGAL THEORY, at 176-181 (1982)から得た。

①トマス・アクィナスと「法と道徳」

一 ハートは、トマス・アクィナスの自然法論とは、「法と道徳との必然的関連」(the 'necessary' connexion between law and morality)を肯定するものである点に特徴を見出し出している。⁽¹⁾ もっとも、その意味は、必ずしも定かではないので、我々も、もう一度、トマス・アクィナスの理論を、かかる角度から探ってみたい。

(1) THE CONCEPT OF LAW, at 152. ハートは、この点を法実証主義との差とみているようであるが、後述のように、⁽²⁾ 「⁽¹⁾ ト自身、「法と道徳」の一致をかなり広範囲に認めていることを忘れてはならない(③参照)」。See, THE CONCEPT OF LAW, at 253.

④「神の法」と「人の法」の関係について

一 アクィナスは「神の法」と「人の法」との関係については、「人は、永遠の幸福の目的に向かうべく運命づけ

られている。しかし、これは人の自然的能力をこえる。それ故、自然法、人の法に加えて、人は神の与える法により、この目的へと方向づけられなければならない」としている。つまり、「人間の判断の不確実性」のため、「異なる人が人間行為に異なる判断をする。それ故、異なる相反する法が結果する。そこで、人が疑いをもつことなく、何を行うべきで何を回避すべきか知るには、神により与えられる法によって適切な行為へと方向付けられることが必要であったのである。神の与える法は、誤りを犯さないことは確かである」⁽¹⁾。従って、「人の法」が「神の法」に反するときには、そうした法は unjust となる。即ち、

「人の法は、right reason を享有する限度で、法の性質を有する。この点では、人の法が永遠の法から抽出されるものであることは明らかである。しかし、人の法が理性から逸脱する限りで、unjust law と呼ばれる。このとき、人の法は、法としてではなく暴力の性質をおびる」⁽²⁾。

従って、「人の法は、人の良心を拘束するか」という問いに対しては、「人の創造する法は just か unjust かである。もし、just であるなら、かかる法の由来する永遠の法から良心を拘束する権能をえる」⁽³⁾が、unjust である場合、「我々は人ではなく神に従うべきである」としている⁽⁴⁾。

- (1) AQUINAS, Q. 91, Fourth Art. at 20-22.
- (2) AQUINAS, Q. 93, Third Art. at 44.
- (3) AQUINAS, Q. 96, Fourth Art. at 96.
- (4) AQUINAS, Q. 96, Fourth Art. at 97.

④「自然法」について

— 先述のように、アキィナスは、自然法とは、理性的生物の「永遠の法」への参加と定義していた——the natural law is nothing else than the rational creature's participation of the eternal law——。では、かかる「自然法」の実質は何なのか、もう少しみてみよう。

アキィナスは、「自然法」とは「自明の原理」であると理解している。「自然法の規範と practical reason の関係は、the first principles of demonstration と speculative reason との関係に等しい。両者ともに自明の原理だからである」⁽¹⁾。そして、「自明」の意味を次のように説明している。即ち、

「命題の Predicate が主体の觀念に含まれているときには、命題はそれ自体において自明といえる。が、主体の定義を知らない者に対しては、かかる命題は自明ではない。例えば、『人は理性的存在である』という命題は、その性質上自明である。人と述べている者が、理性的存在について述べているからである。しかし、人とは何か知らない者にとっては、この命題は、自明ではない。……一定の公理や命題は普遍的に全員にとって自明である。また、自明な命題の用語は、全員が知っている。例えば、『全て全体はその各部分より大きい』、『他の物と等しく同一である物のあるとき、両者は互いに等しい』。しかし、ある命題は、賢者、つまり、命題の用語の意味を理解する者のみ自明である」⁽²⁾。

このように、アキィナスは（必ずしも明示的ではないが）、自然法を「賢者」にのみ「自明の原理」と理解しているように伺われる。では、次に、かかる自然法の実体は何であろうか。

(1) Aquinas, Q. 94, Second Art. at 58.

(2) Aquinas, Q. 94, Second Art. at 58-59.

二 アクィナスは、人間が知覚する最初のものは“being (存在)”であり、practical reason の知覚に属する最初のものは“good (善)”であるとする。「practical reason における第一の原理は、善の本質に基づいたものである。つまり、『善は行なわれるべきであり、促進されるべきである。不正は回避されるべきである』。自然法の他の規範は全てこれに基礎づけられている。従って、practical reason が自然的に人の善(又は、不正)として知覚するものは、全て自然法の規範に属し、実行されるべきもの又は回避されるべきものとされる⁽¹⁾」。

この基本原理から、次の三つの派生原理がでてくる。即ち、

「善は、目的たる性質を有し、不正はその逆の性質を有する。それ故、人が自然的性向を向ける事物全てが、理性により、善であるとして当然に知覚され、その結果、追求の対象となり、これと逆のものは不正と扱われ、回避の対象となる。それ故、自然法の規範の秩序は、自然的性向の秩序によっている。まず、第一に、人間の中に自然に従いつつ、善を求める性向がある。この性向は、他の実存物が自己の性質に応じて自己自身の存在の維持を求めらる限りで、共有されている。そして、この性向があるが故に、人間生命を維持する手段、障害を除去する手段が何であれ、全て自然法に属する。第二に、人間の中に、人間が他の動物とも共有する性質に従いつつ、より特殊的に人間に関わるものに対する性向がある。この性向の故に、こうしたものは、自然が全ての動物に教えた自然法に属するといわれている。性交、育児・教育などである。第三に、人間には、理性の本質に従って善に向かう性向があ

る。かかる性質こそ人間にとって本来的なものである。それ故、人間は、神の真理について知り、社会を形成して住む自然的傾向を有する。そして、この点では、かかる傾向に関連するものは全て自然法に属する。例えば、無知を忌むこと、人が共存しなければならぬ相手方を傷つけるのを回避すること、及び、上記の傾向に関するその他の事物である」⁽²⁾。

(1) Aquinas, Q. 94, Second Art. at 59-60.

(2) Aquinas, Q. 94, Second Art. at 60-61.

三 最後に、アキナスは、「自然法は全ての人間に同一であるか否か」という問題について、次のように答えている。まず、「理性のプロセスは、共通のものから固有のものへと移る」とし、その役割を担う *speculative reason* と *practical reason* との区別を行っている。前者は「普遍的原理」を認識の対象とし、後者は、「人間的活動の領域」を対象としている。原理の個別的適用ともいえないよう。

「一般原理の存在は必要であっても、より個別的なものへと下がっていくにつれて、我々が瑕疵に会う回数が多くなる。speculative reason の対象とする事項については、真理はその原理と結論の両者につき、全ての人に対して同一である。但し、真理のもたらす結論については、全ての人が認識しているわけではない。common notions と呼ばれる原理についてのみ、全ての人が認識している。他方、人間活動の領域では、真理乃至実践的正確さは、その個別性について、全ての者に同一とはいえない。一般原理についてのみ同一といえる。また、個別的なものに関して同一の正確さがある場合も、全ての者が等しく認識しているわけではない。…… speculative reason」

practical reason はずれの一一般原理についても、真理と正確性は全員にとって同一であるし、全員が等しく認識していることは明らかである。しかし、speculative reason 固有の結論については、真理は全員に同一であるとしても、全員が等しくこれを認識しているものではない。……他方、practical reason 固有の結論については、真理と正確性は全員にとって同一でないし、同一であっても全員が等しく認識しているものでもない⁽¹⁾。

(1) Aquinas, Q 94, Fourth Art., at 65-66.

④ 「自然法」と「人の法」との関係について

一 では、「自然法」と「人の法」との効力の関係は、どうなるのか。「just たらざるものは、凡そ法たりえない。それゆえ、法の効力は、法の有する正義の範囲に依拠している。さて、人間諸関係においては、事物は、理性のルールに従って right であるときに just であるといわれる。理性の第一のルールは、自然の法である。……故に、全ての人の法は、それが自然の法から抽出されている程度に応じて、法としての性質を有する。いずれの点であれ、自然の法から逸脱すると、もはや法ではなくなり、perversion of law となる」⁽¹⁾。

では、自然法に反する unjust law とは、具体的に何をいうのか。まず、法は、「共通善」の実現を「目的」とすること、「制定者」に関して、立法権限を逸脱していないこと、そして、最後に、「形態」の点で、「負担が、平等の比例により、かつ、共通善を目的としつつ、配分されていること」が必要であるとする⁽²⁾。逆にいえば、

「法は……第一に、人の善に反することによって unjust となる。……つまり、目的の点で、例えば、権力者が共通善のためではなく、自己自身の欲や虚構の勝利のために臣民に負担となる法を課す場合。あるいは、制定者の

点で、例えば、自己に与えられた権限をこえる法を制定する場合。又は、形態の点で、例えば、共通善のためではあっても、コミュニティに不平等に負担を及ぼすことによって。かかるものは、法による行為ではなく、暴力による行為となる⁽³⁾。

(1) AQUINAS, Q. 95, Second Art. at 78.

(2) AQUINAS, Q. 96, Fourth Art. at 96.

(3) AQUINAS, Q. 96, Fourth Art. at 96-97.

③まとめ——主観と客観の狭間

一 我々は、以上のアキナスの理論から何をえられるのであろうか。若干、考察をしておきたい。

第一に、アキナスは、「人間理性は、神の理性の命令に完全に参加することはできない」ことを指摘している⁽¹⁾。ここに、「永遠の法」と、「自然法」及び「人の法」とのずれを生じる余地がでてくる。

第二に、アキナスは、人間の理性を *speculative reason* と *practical reason* とに分け、前者は、「自然的に認識される証明不能の原理」を知る役割を負い、後者は、「実践的事項」を担当する。いずれの領域でも、一般原理については、全ての人にとって同一であり、等しく認識されているが、前者の領域では、原理に基づく「結論」は全ての人に認識されえず、後者では、原理に基づく「結論」の真理と正確性については、全員に同一といえず、全員に認識されているものでもない⁽²⁾とされていた。ところで、アキナスによると、「法は *practical reason* の命令である⁽³⁾」。とすると、ここに、「永遠の法」が「理性」に反映した「自然法」の相対性と、更に、「人の

法」と「自然法」の^れ及^び「人の法」の相対性が生じることになる。

第三に、以上は、人間の「理性」を媒介とする法の認識を分析したものであり、その意味で「主観的」といえる。しかし、他面で、アキィナスは、自然法の事実被拘束性を肯定していた。即ち、自然法とは、①事物の「存在」を前提とすること、②実存物としての性向に従う人間生命の維持、③動物としての性向に従う、性行為・育児等、④理性に従う性向による神の真理の探求、社会としての生活、共同生活構成員を傷つけないこと、無知の回避等を内容とする^としていたのである。それ故、「人の法」に対しては、共通善への実現と負担の平等、立法権の逸脱禁止という判断基準を用意しえたのである。ここでは、自然法は、客観の世界に属する。

とすると、我々の課題である「法と道徳」の距離間については、主観面を強調すると、law as it ought to be と law as it is との区別はできなくなる⁽⁴⁾。「永遠の法」は形而上的秩序内での実在であり客観であるが、人間がこれを認識するのは、全て「理性」を通してである。自然法とは、「主観的、先験的道徳」となる⁽⁵⁾。逆に、客観面に着目すると、実在としての自然法と「人の法」とは、分離される。そしてまた、分離されるが故に、「人の法」に対する外在的、客観的な道徳的批判が理論的に可能になるともいえる⁽⁶⁾。トマス・アキィナスの自然法論には、この二つの契機が内包されているのである⁽⁷⁾。

我々は、「法と道徳」論を、右の二つの契機を視座としつつ、分析していくことにしたい。

(1) AQUINAS, Q. 91, Third Art. at 17.

(2) AQUINAS, Q. 94, Fourth Art. at 65-66.

- (3) Aquinas, Q. 91, Third Art. at 17.
- (4) Cowan, Legal Pragmatism and Beyond, in: P. SAYRE, ed. INTERPRETATIONS OF MODERN LEGAL PHILOSOPHIES, 130, 131 (1947).
- (5) Christ, at 27.
- (6) 自然法理論は「自然法と実定法を別個の独立の存在として理解しようとするの試み」を「see, Hall, Integrative Jurisprudence, in: P. SAYRE, ed., INTERPRETATIONS OF MODERN LEGAL PHILOSOPHIES, at 315 (1947).
- (7) ノムリカバチノミシヤノ自然法理論研究「見」 see, Davitt, Sr. Thomas Aquinas and the Natural Law, in: A. HARDING ed., ORIGINS OF THE NATURAL LAW TRADITION, 26 (1954); Fay, Toward a Thomistic-Anthropological View of the Evolution of Obligation, 7 NATURAL L. FORUM. 38 (1972); Grisez, The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2, 10 NATURAL L. FORUM 168 (1965); May, The Meaning and Nature of the Natural Law in Thomas Aquinas, 22 AMER. J. OF JURIS. 168 (1977); Gewirth, the Ontological Basis of Natural Law: A Critique and An Alternative, 28 AMER. J. OF JURIS. 95 (1984).
- ②「ハート」と「法と道徳」分離論
- 一 ハートは、法実証主義とは、「法と道徳との必然的関連はなし」という命題を肯定するものであると規定している。では、かかる「法と道徳」の分離は、いかなる次元で求められているのであろうか。別言しよう。トマス・アクィナスとハートの差は、次の二つの命題の差である。
- 甲 “An unjust law is no law.” (アクィナス)

② “An unjust law is a law.” (ハート)

では、ハートの肯定する命題乙は、いかなる意味をもつのであろうか。ハートは、「特定の法が道徳的にみると邪悪であるが、適切な形式で制定され、意味は明瞭であり、システムの validity の基準として知られているもの全てを充足しているとき……こうした法も、法である。しかし、あまりに邪悪であって、適用又は遵守されるべきではない」という理解の仕方をして⁽¹⁾いる。つまり、「道徳的にみて邪悪なルールは、法たりえないという見解」はとらないのである⁽²⁾。むしろ、命題乙を肯定することによってこそ、かかる不正な法のもたらす理論的、道徳的問題に正しく焦点をあてることができると考えているのである。この法の定義の問題は、「言語用法の適切さに関する問題」として理解する必要がある、としている。つまり、「ルールの広義又は狭義の概念」の問題と位置づけるのである。そして、概念を広狭いずれにするか選択する場合の理由は、一定の概念が、「理論的探求を助け、又は我々の道徳的考慮を促し若しくは明確化するか、あるいは、以上の両者である」ことにあるとする⁽³⁾。

法の広義概念を用いると、二次規範の形式的テストによって適法と認められるルールは全て法に入る(ハートの法大系については、③参照)。道徳に反するものも入るのである。この結果、法の研究は、unjust law について「理論的探求」も含むものとなりえる。逆に、道徳に反するものを法から除外し、「そうしたルールの研究を他の専攻分野に任せるとの提案からは、混乱以外の何物もでてこまい⁽⁴⁾」とする。

「法的 validity の狭義の概念は、valid であるが道徳的には邪悪な法を入れる余地を認めていないから、これを用いて人を訓練し、教育する努力は、組織された力の脅威に直面したとき不正に対して抵抗することを窒息せしめ、

また、かかる法への遵守を要求されたときに、何が道徳的に問題なのか明確に認識する道を閉ざすことになる可能性が高い」⁽⁵⁾。

更に、ハートは、次の指摘もしている。

「遵守に関する道徳的問題（私はこの不正を行うべきか）の他に、ソクラテスの直面した服従の問題もでてくる。『私は不服従について処罰に服すべきか、脱出すべきか』。更に、戦後のドイツ裁判所が直面した問題もある。『我々は、当時効力のあった不正なルールにより不正を行うことが許されていたとき、これを実行した者を処罰すべきか』。これらの問題は、道徳と正義に関する、全く異なる問題を提起する。我々は、夫々を別個独立して考察する必要がある。不正な法は、いかなる目的のためであれ、validと認めることを一切拒否することによっては、これらは解決しえない」⁽⁶⁾。

つまり、「法の invalidity を法の immorality から区別することを認める法の概念により、我々は、上記の別々の論点の複雑性・多様性を理解することが可能になる。然るに、邪悪なルールに法的 validity を拒絶する法の狭い概念は、こうした点について我々を盲目にしてしまう」⁽⁷⁾。

従って、こうした事態をさけるために、「社会統制の利用の研究は、その濫用の研究を伴うのである」とする⁽⁸⁾。要するに、ハートは、法の成立・不成立 (validity の存否) については、「道徳」を考慮せずに判断するが、その有効・無効 (法的拘束力と法的義務の存否) については、むしろ、道徳的批判を行うことを積極的に考えている。それを可能にする「法学」の研究対象の設定をするために、命題乙を肯定するのである。

- (1) THE CONCEPT OF LAW, at 203.
- (2) THE CONCEPT OF LAW, at 204.
- (3) THE CONCEPT OF LAW, at 204-205.
- (4) THE CONCEPT OF LAW, at 205.
- (5) Ibid.
- (6) THE CONCEPT OF LAW, at 206-207.
- (7) THE CONCEPT OF LAW, at 207.
- (8) THE CONCEPT OF LAW, at 205.

③ ハートと「法と道德」一致論

一 ハートは、法の成立・不成立の次元では「法と道德」分離論に立つが、他方で、①法大系の基礎付け、②法の最小限度の道德的実質、③法固有の道德的性格について、「法と道德」一致論に立っている。この点を分析してお⁽¹⁾こう。

第一に、法大系の基礎についてみてみよう。ハートの法大系は、オースティンの法Ⅱ主権者命令説をすてることから始まる。「法大系は、法的に無制約の主権への服従の習慣で構成されるという考え方をすて、⁽²⁾ validity に関する基準をもつルールの大系を提供する究極的な rule of recognition をこれにかえる」ことにはじまる。そして、義務の一次規範 (primary rules of obligation) と二次規範 (secondary rules of recognition, change and adjudication) の統合として法大系を把えるのである。⁽³⁾

ハートの法大系の基礎は、「原始コミュニティ」モデルに置かれている。即ち、「社会統制の唯一の手段が、義務のルール」という視座からみた標準的行動態様に対する集団の一般的態度である」社会をいう。ハートは、かかるルールを「義務の一次規範」として⁽⁴⁾いる。

かかる「原始コミュニティ」モデルの成立には、最低限次の三つの条件が必要とされている。「こうした条件の第一は、ルールが暴力の自由な行使、盗み、欺罔に対して何等かの形で制約を含んでいなければならない。人間は、暴力、盗み、欺罔に傾きがちである。しかし、人間が相互に緊密に共存していくためには、これを一般に抑制しなければなら⁽⁵⁾ない」。つまり、このレベルで、人間の共同生活に不可欠の道徳的規範をルールが含んでいることが必要⁽⁶⁾条件とされているのである。

第二に、社会内でルールを reject する者と accept する者との間に緊張関係が存在するとしても、前者が少数者にとどまることであり、第三は、「多数者は、内的視座からみたルール (the rules seen from the internal point of view) に従⁽⁷⁾っている」ことである。

では、「義務の第一次規範」が成立する前提たる accept 論、「内的視座」論とは、何を意味するのか、もう少し探ってみよう。

(1) 以下の分析にあたり、次のものも参照した。See, N. MACCORMICK, LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY, at 274-292 (1978); J. RAZ, THE AUTHORITY OF LAW, at 146-159, 233-261 (1979); D. LYONS, ETHICS AND THE RULE OF LAW, 68-74 (1984).

- (2) THE CONCEPT OF LAW, at 107.
- (3) THE CONCEPT OF LAW, at 95.
- (4) THE CONCEPT OF LAW, at 89.
- (5) Ibid.
- (6) Ibid.
- (7) Ibid.

二 ハートは、法大系の存在を正当化する前提として、社会的ルールのもとでの「義務」の存在の意味をまず分析している。それはまた、「義務」を不服従に対する処罰又は不正を受ける見込み・可能性乃至予測として理解するオースティン理論への批判でもある⁽¹⁾。さて、ハートは、「義務」の存在要件として、四つ指摘している。①「ルールの背後にある社会的圧力の重要性乃至重大性⁽²⁾が強調されていることは、そのルールが義務を生じるものと考えられているか否か決定する主要な要素である⁽³⁾」。②「この重大な圧力に支えられているルールは、社会生活の維持又は社会生活中特に高く称揚されている一定の特徴の維持に必要とされているが故に、重要性があると考えられている⁽³⁾」ことが、第二の条件である。③「こうしたルールが要求する行動は、他人に利益を与える一方で、義務を負担する者自身が行いたいと思う行動とは、矛盾するものであることが、一般に認識されている⁽⁴⁾」。④最後に、「義務のルールが重大な社会的圧力に一般に支えられているという事実は、このルールのもとで義務を有するとは強制又は圧力を感じるといふ経験であることを含むものではない⁽⁵⁾」。

では、処罰・制裁の予測でもなく、社会的圧力を主観的に感取してもいないのに、自己の欲する行動と相反することを命令するルールに従う「義務」は、何故、成立しえるのか、疑問がでてくる。ハートは、この点を「ルールの『内的』側面と『外的』側面 (the 'internal' and 'external' aspect of rules)」の区別論により、説明している。⁽⁶⁾

即ち、ルールの「外的側面」とは、「自らはルールを accept していない観察者」が、観察可能な行為の規則性として認識しているルールをいう。⁽⁷⁾ 「内的側面」とは、「ルールを accept し、行動の指針としてこれらを用いている集団の構成員」のルールの認識をいう。⁽⁸⁾ ハートは、「外的側面」としてのルール認識は、行為の規則性、予測可能性、あるいは行動のサインとしてルールをみるものであり、オースティンの義務Ⅱ予測説と等しいものである⁽⁹⁾が、これでは、「通常、社会の多数者たる者の生活においてルールが、ルールとして機能している方法」を正しく⁽⁹⁾ 把えていないと批判する。⁽¹⁰⁾ 社会の多数者は、「ルールを accept し、その維持に任意に協力しているのであり、自己又は他人の行動をルール自体の視点でみている」とする。つまり、ルール違反とは、「単に敵対的反作用が伴うという予測の根拠ではなく、反作用の敵対性の理由」なのである。⁽¹¹⁾

要するに、コミュニティーの構成員の任意の accept が社会的ルールのもとでの「義務」の成立要件である。では、その主観的精神的営為としての accept とは何であろうか。ハートは、ルールの accept の意味が、「自己は道徳的に拘束されていると考える」場合であるときに、かかるルールのもとで社会システムはもっとも安定するとする。しかし、accept が常にかかる確信によるものであるとするのは真実ではないとし、他にも、①「長期的な

利益の計算」、㊸「他人に対する私利を忘れた関心」、㊹「省察なくうけつがれてきた伝統的態度」、㊺「他人と同じことをしたいという単純な意思」によっても accept がありえるとしている。⁽¹²⁾

しかし、我々は、㊸や㊹は正に広義での「道德」の構成要素であり、㊺もまたかかる道德の成立に必要な構成員の態度であると考ええる。つまり、㊸を除くと、accept とは、人民による広義の道德的、確信を主として意味しているものと我々は理解する。ハートも、別の箇所では、「義務の一次規範」とは、「特定の社会集団が “accept” した道德、乃至 conventional morality であること」を認めているのである。⁽¹³⁾

つまり、「義務の一次規範」は、人民の広義の、主観的、道德的、確信に支えられているのである。そして、かかる意味で、法と道德は、一致しているのである。⁽¹⁴⁾

(1) THE CONCEPT OF LAW, at 81.

(2) Id., at 85.

(3) Ibid.

(4) Ibid.

(5) Id., at 85-86.

(6) Id., at 86.

(7) Id., at 86, 87

(8) Id., at 86.

(9) Id., at 87, 88.

(10) Id., at 88.

(11) Ibid.

(12) Id., at 198.

(13) Id., at 165.

(14) 小稿であるが、Lyons, Book Review, 68 CORNELL L. REV. 257 (1983) が大変参考になった。

三 ハートの法大系は、以上の「原始コミュニティ」モデルを前提とした上で、そこに生じる問題点——ルールの範囲の不確実性、ルール変革の契機のないこと、ルールの維持や制裁についての非効率性——を克服するために、rules of recognition, change, and adjudication という「二次規範」を補充することによって、完成するのである。⁽¹⁾このうち、もっとも重要なのは、何が法的ルールか確定するための rules of recognition である。だが、かかるルールは何故正当に存在しえるのか、が問題となる。つまり、ルールの正当化のためには、例えば、「女王が議会で定めたものが法である」とのルールを充足するので、一定の立法は valid である」という命題が成り立たなければならぬ。だが、rule of recognition については、「女王が議会で定めたものが法である」とのルールは、究極的な rule of recognition である」という命題としてしか叙述できない。だが、後者は、「外的側面」として、つまり、「観察者」の行うルールの叙述にすぎないことになる。⁽²⁾そこで、ハートも、「rule of recognition は、裁判所、官憲、私人が法を確認するにあたり、一定の基準を参照して行う複雑だが、通常首尾一貫した実践としてのみ存在しえる。rule of recognition の存在は、事実問題である」とするのである。⁽³⁾そこで、次に、事実が、法

規、範となる契機は何なのか、が問われなければならない。ハートは「rule of recognition は valid 又は invalid とはなりえない。かかる方法として利用するのに適切なものとして accept されるだけである」とする⁽⁴⁾。つまり、「事実としてのルール、rule of recognition」という図式により、「事実→規範の転換を肯定するのである。ただ、ハートは、現代国家では、人民一般も rule of recognition を accept していることが望ましいが、法大系存在の不可欠の条件は、法の適用・執行を担当する官憲がこれを accept することである」として⁽⁵⁾。

則ち、ここでも我々の理解する広義の道徳的確信が、法大系を基礎付けているのである。

- (1) THE CONCEPT OF LAW, at 91, 95, 97.
- (2) Id., at 104.
- (3) Id., at 107.
- (4) Id., at 105-106.
- (5) Id., at 111-114, 119.

四 「法と道徳」一致論の第二の側面にうつろう。ハートは、道徳的規範に、必ず含まれるべきものとして、「物又は人に対する暴力の行使の禁止、真実さの要求、公正な人間関係、約束の尊重」があるとして⁽¹⁾。これは、上記の「原始コミュニティ」の存立条件たる「義務の一次規範」を構成している(上記一参照)。かかる基本原理の由来を、ハートは、人間の「生存の意思」に求めている⁽²⁾。「本来行うことが正しいと考えられる行動は、生存に

必要な行動である」⁽³⁾。ハートは、これを、「自然法の最、小限の、実質」として⁽⁴⁾いる。もちろん、「目的としての生存」は、「自然の事実」である⁽⁵⁾。これが、道徳、自然法、更に、実定法の根源に存していなければならぬのである。つまり、「生存」が人の目的であるとするならば、「いかなる社会組織も生命を保つためには、一定の行動のルールを含んでいなければならないのである。かかるルールは、法と *conventional morality* が夫々異なる社会統制の形態として区別されるまで発展してきている社会であっても、この両者に共通の要素を構成しているのである」⁽⁶⁾。従って、「生存」の目的に由来する最小限の実質を法的、道徳的ルールが欠くとき、もはやかかるルールに従うべき理由はなくなるのである⁽⁷⁾。

ハートは、かかる最低限の実質として、就中、「法と道徳の共通の要件中、社会生治にとって、もっとも重要なものは、人を殺したまたは身体に危害を加える暴力の行使を制限することである」とする。人間は、一方で身体への攻撃をしようとする傾向があるが、同時に、かかる攻撃に対しては、極めて「脆弱」だからである⁽⁸⁾。

かくして、「生存」に由来する最小限の道徳的原理＝自然法を充足することが、実定法の有効性の要件とされているのである。ここでは、「生存」の必要から導かれる道徳原理・自然法原理が存在し、実定法はこれと一致することが求められているという意味で、つまり、「法と道徳」の分離を前提とした上で、両者の一致論が説かれているのである。

(1) THE CONCEPT OF LAW, at 176.

(2) *Id.*, at 187

- (3) Id., at 187.
- (4) Id., at 189.
- (5) Ibid.
- (6) Id., at 188.
- (7) Id., at 189.
- (8) Id., at 190

五 第三に、ハートは、法固有の性質に内在する道徳性の存在も肯定している。ひとつは、「法適用における正義 (justice in the application of the law)」である。⁽¹⁾これは、裁判官の法解釈に「特徴的な、司法的徳性」ともいえる。つまり、「選択肢の調査における公正さ、中立さ、影響をうける者全員の利益の考慮、決定の reasoned basis として一定の認容されている一般的原理を展開することへの関心」である。法解釈が、かかる形でなされている限度で、ハートは、「法と道徳の必然的関連」の存在を否定しないのである。⁽²⁾

今ひとつは、「法に内在する道徳 (the inner morality of law)」の肯定である。⁽³⁾つまり、「人間の行動が、公けに宣言され司法的に執行されている一般的ルールによって、コントロールされているときには、常に最小限の正義は実現されている」とする。その内容の第一は、「多数の異なる人間に適用されるべきなのは、偏見、私利、恣意によって偏向されていない、同一の一般的ルールであるとの観念」、「公正さ」である。英米において “Natural Justice” としつ知られている「手続的基準」である。⁽⁴⁾

内容の第二は、次の点である。「社会統制の方法一般は……人間諸階層に伝達された行動の一般的基準で構成されている。そして、彼等には、このルールを理解し、それ以上公的な命令をうけなくとも、これに従うことが期待されている。この種の社会統制が機能するためには、ルールは一定の条件を充足しなければならない。ルールは、intelligible でなければならぬ。また、多勢の人が遵守する能力のある範囲のものでなければならぬ。一般に、遡及効は認められない。但し、例外はありえる。つまり、以上のことは、ルールの違反でたまたま処罰されることになる者は、ルールを遵守する能力と機会が与えられていることを意味している」⁽⁵⁾。

ハートは、かかる「法と道德の必然的関連」も肯定しているのである。これは、実定法に正に内、在するものとして、理解されている。つまり、実定法と道德の融合という意味で、両者は一致しているのである。

(1) THE CONCEPT OF LAW, at 202.

(2) Id., at 200-201.

(3) Id., at 202.

(4) Ibid.

(5) Ibid.

④法現実主義と「法と道德」論

一 次に、我々は、従来の「法と道德」論のひとつとして、法現実主義者がこの問題について、どのような示唆を与えてきたか、概観したい(法現実主義そのものについては、後述④①参照)。グレイは、法とは、「当該社会の

裁判所が事件を決定するときに従うルール」をいうとする⁽¹⁾。その場合、制定法、先例とともに、「道徳」も法源になるとする。則ち、「裁判所の判断を現に決定しており、また、決定すべきなのは、諸状況が現実にならなっているのか否かという事実ではなく、行為の道徳性、反道徳性である⁽²⁾」。その際、「道徳」には、「public policy」つまり、コミュニティの善のためになされるべきこと⁽³⁾も含めて考えている⁽³⁾。

但し、グレイは、法律、先例によっても解釈基準がないときに、補充的に道徳の法源性を肯定しているのにとどまる。もっとも、「慣習」との比較では、「裁判官が、もし慣習がなかったならば、反道徳的であるとして法により制限されるべきであると考えているような行為について、コミュニティにこれを行う慣習が広くあるということは、正当化事由となるだろうか」と反語的問題提起をし、道徳が慣習よりも優先するものであることを認めている⁽⁴⁾。

ただ、「慣習」との対比で「道徳」が優先するならば、法律、先例との関係では、何故、優先性が認められないのか、我々は疑問をもっている。つまり、「法と道徳」論の一側面として、実定法に対する道徳の関係は、実定法の価値補充として理解するのか、道徳優先の価値判断をするのか、という問題が存しているのである。

(1) Gray, *Some Definitions and Questions in Jurisprudence*, 6 HARV. L. REV. 21, 24 (1892).

(2) *Id.*, at 31, 33.

(3) *Id.*, at 30.

(4) *Ibid.*

二 ユーベンも、裁判官は、“the considered and expressed desires of the great common majority”に従うべきことを認め⁽¹⁾、ラーディンも、法現実主義は、「理想」を求めていること、good / bad は、「道徳的理想」で決定されること、従って、裁判官の判断作業は、「理想」を実現するための「倫理的」なものであることを肯定している。⁽²⁾ 法現実主義が、「改革」のための「理想」を忘れていたのではないことは、フランクも指摘するところである。⁽³⁾

コーヘンは、やや折衷的である。一方では、後述のホームズと同じく、弁護士等の実務家の立場からは、法とは予測であるとし、道徳的判断とは切り離している。則ち、

「予測の仕事自体には、倫理的価値判断は一切入っていない。無論、もつともシニカルな実務家も現に存在している裁判官の倫理的信念が、いずれの事件でも重要な事実であることは認めよう。それが、裁判官がいずれの事実を重要とみるかを決定し、また、彼が過去のいずれのルールを合理的とみるか不合理とみるか、従って、ルールを拡大するのに値するとみるか、制限に値するとみるかを決めるからである。しかし、人生の価値や社会の理想についての司法部の信念は事実にとどまる。アンダマン諸島の原住民の宗教的信念が事実であるのと同じである。そうした道徳的信念が真理か虚偽かは、科学者の観察と同じく、法律実務家にとつても全く関わりのないことである」⁽⁴⁾。

しかし、裁判官の立場からの法的判断は、道徳的判断であるとする。則ち、

「裁判官が、自分の意見を書面にするために問題にとりかかかった場合、彼は、自己自身の行為の予測を試みていたのではない。彼は、事実上、特定の行為に責任を認め、べきか否かという問題を曖昧な形で提起しているのであ

る。これは、倫理的問題であることを回避しえない。裁判官が、特定の事件で行うべきことは、日曜学校の道徳の授業における伝統的問題と同じく道徳的事項なのである⁽⁵⁾。

ルウエリンも、「法的確実性」を司法作用の予測可能性と捉える「弁護士⁽⁵⁾の確実性」と、「法的ルールと生活様式との整合性」乃至法的ルールと「社会規範」との一致と捉える「一般人の確実性」とを区別した上で、法は、後者の確実性を確保するために、社会規範の変化に応じて修正されるべきことを肯定していた⁽⁶⁾。その後、法現実主義に対する批判を経て、裁判官の判断とは“just” resolution を発見する作業であり、それに必要な「裁判官の理想と義務」の研究を法学の課題とするに至っている⁽⁷⁾。

もっとも、以上の法現実主義者の議論では、何が「理想」としての道徳原理の実体であり、どのようなメカニズムで道徳的価値が法規範の中にとり入れられるのかといった緻密な論理は欠いている。漠然とした「法と道徳」一致論にとどまらなければならない。

- (1) Corbin, The Law and The Judges, 3 YALE REVIEW 234, 249 (1914).
- (2) Radin, Legal Realism, 31 COL. L. REV 824, 825 (1931).
- (3) Frank, Mr Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking, 17 CORNELL L. Q. 568, 587 (1931).
- (4) Cohen, The Problems of a Functional Jurisprudence, I MODERN L. REV. 5, 16 (1937).
- (5) Id., at 17.
- (6) 以上のルウエリン論は Fuller, American Legal Realism, 82 U. PA. L. REV. 429, 431-433 (1934). に於ける。
- (7) Llewellyn, On Reading and Using the Newer Jurisprudence, 40 COL. L. REV. 581, 593-594 (1940).

⑤ ホームズと「法と道徳」論

一 次に、我々は、法的価値判断に「道徳」的価値を入れることを完全に否定する理論家として、ホームズをとりあげたい。ホームズは、法学の目的は、「裁判所機構を通して公的権力がどう作用するのかの予測」であるとする⁽¹⁾。法を研究し、理解する目的に立つとき、法と道徳は分離されなければならない。

「法そのものを知らうと欲するならば、これを善人としてではなく悪人として観察しなければならない。悪人とは、法の知識に助けられて予測のできる実利的結果のみ関心を持つ者をいい、善人とは法の内側にいるのである⁽²⁾。法の外にいたのであれ、良心の制裁というやや漠然とした観念に支えられて行為を導く一定の根拠を有する者⁽³⁾をい

かかる悪人基準の予測論に拠るとき、「法」とは、次のように理解されるのである。

「ここで、我々の友人たる悪人の視角によってみるのならば、彼は公理や演繹には何等拘泥することなく、あくまで、マサチューセツ州裁判所、イギリスの裁判所が現に何を行なう可能性が高いのかを知りたがるであろう。

……現実⁽³⁾に裁判所が何を実行しようとしているのか、何の飾りもつけないこのことそのものの予測を私は法とするのである」。

(1) Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

(2) *Id.*, at 459.

(3) *Id.*, at 460-461.

二 もっとも、コーヘンの考えるように、法Ⅱ裁判所の行動予測と理解するとき、裁判所自身の判断を決定する基準はどうなるのか、問題がでてくる。ホームズは、この点、裁判官自身の任務は、「社会的利益・事由の比較衡量の義務」と理解している。⁽¹⁾

「我々は、我々の社会的福祉の追求を、動機がいかなるものかにより正当化しなければならぬとは考えない。もし我々が、我々の追求が社会にとって善である、少くとも悪ではないと得心したならば、科学は……その追求のもたらす快楽と果実それ自体を目的として探求することができる」と考える。⁽²⁾

つまり、法とは、裁判所の行動予測であると同時に、裁判官による利益衡量でもある。もっとも、いずれに立っても、法の「正当化」に道徳はいらぬのである。法の「正当化」とは、「法がコミュニティーの支配的諸力が欲している」と決定した社会的目的に到達するためにもたらしえるものは何か」に見い出されねばならないのである。⁽³⁾

「疑問のあるケース」では、「二つの社会的欲求の衝突が、現に問題になっている」ことに注目しなければならぬのである。そして、「社会的な問題は、いずれの欲求が紛争の時点ではより強いのかである」。⁽⁴⁾ この点については、ホームズは、統計学その他の諸科学が、「異なる社会的目的の相対的な価値」を決定すると考え、判断の根拠についても、「科学への最終的依存」に基づかせているのである。⁽⁵⁾

(1) Holmes, *Id.*, at 467.

(2) Holmes, *Law in Science and Science in Law* (1899): in, *COLLECTED LEGAL PAPERS*, at 210 (1920).

(3) *Id.*, at 225.

(4) Id., at 239.

三 だが、我々は、第一に、科学が社会に存在する諸利益の対立、強弱を事実として解明しえたとしても、何故、「強い」利益が選択されるべきかという規範的判断についての正当化根拠がない点に疑問をもつ。第二に、裁判所の衡量すべき「利益」には、「道徳」もまた入らざるをえないことにならないか、疑問を有している(後述④①②)のパウンドの利益論参照)。従って、ホームズ理論が、道徳的価値の完全な排除を可能にするか否か、留保を要すると考えている。⁽¹⁾

(1) Cf., Kantowicz, *Some Rationalism About Realism*, 43 *YALE L. J.* 1240, 1248-1251 (1934).

⑥ 憲法と「法と道徳」論

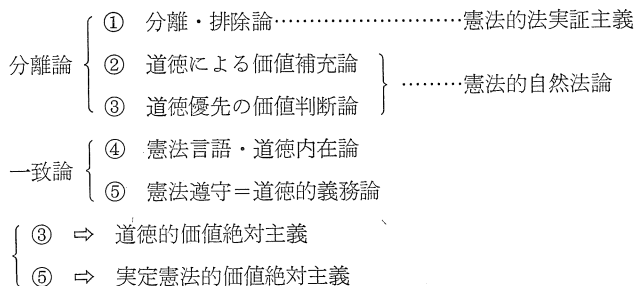
一 我々は、以上のような「法と道徳」一般論における、一致又は分離の様々な理論を念頭に置きながら、次に、現代憲法学では、「憲法と道徳」の関係がどう理解されているのか、概観しておきたい。もっとも、憲法では、国民の選出した議会の立法に対する最高裁判所の違憲立法審査権の限界という課題との関連で、「憲法と道徳」論が位置づけられている為、特殊憲法的特徴が存在し、上記の「法と道徳」一般論が、直接、役に立つとはいいいにくい。しかし、分析と分類のベースになることは確かである。

さて、我々は、現在のところ、「憲法と道徳」論については、参考図のように分類できるのではないかと考えている。以下、簡単に内容をおこよう。

憲法と「法と道徳」論——ドゥオーキンの研究(下) 渡辺

(三五三) 一九七

〈参考図〉 「憲法と道徳論」



第一に、憲法解釈から道徳的価値を分離し、排除する立場がある。ポークは、裁判所は、「憲法の文言とそこに記述されている統治の構造とに従う義務」があるとし、「価値選択は憲法制定者に帰するのであり、連邦最高裁ではない」とする⁽¹⁾。「constitutional materials」が選択されるべき価値を明確に特定していない場合には、要求されている人間的価値を他の価値に比して選択するべき principled way はない。裁判官は、文言と歴史、その公正な意味とに厳格に従わなければならず、新しい権利を創設してはならない」とする⁽²⁾。何故なら、「最高裁が価値を充足するのではなく、むしろ、これを創造するとしたとき、民主主義社会の前提と一致しえなくなるからである」⁽³⁾。

また、ドゥオーキンが批判の対象としたイリーも、これに属する。彼も、道徳的実体的価値を憲法解釈の基準とすることに反対し、また、所謂 *representation-reinforcing approach to judicial review* が実現しようとする特有の「代表」概念については、憲法制定者の解釈方法に関する意思、若しくは、これを体現したものとしての条文自体を根拠として導出している⁽⁴⁾。

我々は、こうした立場を、「はしがき」で述べたモナハンとともに、「憲法的法実証主義」と規定している。

第二に、ウェリントン⁽⁵⁾は、最高裁の任務を conventional morality における原理の重味を確認し、これを法的原理に転換することにあるとし、ループ⁽⁶⁾は、「社会に根をおろした価値」を実体的適正手續概念にとりこんで保障することを認め、「歴史的認識」・「現代的価値」の二段階テストにより、何が、憲法的保護に値する道徳的価値か決定できるとしている。⁽⁶⁾以上が、伝統的な道徳的価値であってまだ法規範化されていないときに、これを法解釈にとりこむことを認める保守的な道徳的価値論であるのに対して、ペリーは、八〇年代に入り、「アメリカ国民の自己理解の基本的で他に還元のない基本的特徴」先験的判断をうけ、予言に導かれた、「道徳的指導性」を、法解釈の指針とすることを認めている。⁽⁷⁾これは、ある意味で、進歩的な、時代の先取りを許す道徳的価値の導入方法ともいえる。

第三に、グレイは、「不文の高次の法が、憲法的地位を有している」ことを端的に認め、⁽⁸⁾憲法大系の上位にある根本的な「高次の法」大系の存在を理論的に予定している。第二と第三の立場との理論的な差異のひとつは、憲法条文の文言に明確に反する解釈を、道徳的価値を根拠に行うことができるか否かである。後者は、これを肯定する余地を残している。以上の第二、三の立場を、我々は、「憲法的自然法論」と名付けることにする。

第四に、シャウアーは、憲法の「言語」自体に特殊の価値——道徳的価値が含まれているという立場に立つ。⁽⁹⁾我々も言語が、民族の歴史と文化上の価値を統合する存在であり、独自の生命をもつものと考えるが、かかる意味で、シャウアーの言語・道徳内在説は、説得性があると考えている。

第五に、憲法の実定法的価値を遵守することを、道徳的義務であり価値とするレンクイストの立場がある。正確

には、形式的に民主主義手続を経て成立した法律を尊重することこそ、道徳的義務であるとするものである。この理論を理解するには、二つの要素が必要である。ひとつは、プロセス法学の側からのホームズの「法と道徳」分離論の評価である。彼等は、ホームズの理論は、「法と道徳のある側面と、もうひとつ別の側面の道徳との区別」をしているのとどまるとする。つまり、ホームズ理論は、結局、「確定している法は、適切に修正されるまでは、尊敬されるべきである」という命題⁽¹⁰⁾に至るとする。こうした評価の当否は、さておき、これに続いてさらに、「これは一定の決定は単に適切に形成されたというだけの理由で、『正しい』とする命題でもある——それ自体が倫理的概念である。つまり、制度的解決に反発することは、市民的顺序の基礎そのものにふれることになり、そして、市民的顺序なしには道徳も正義も実現不能になるのは、何人の目にも明らかである」という認識に依拠しているのである⁽¹¹⁾」としている。つまり、実定法の遵守も「倫理」である、とみるのが可能なのである。そして、今ひとつの要素は、先に紹介したハートのいう「法に内在する道徳」論である⁽¹¹⁾。

この二つの要素を念頭に置くと、レンクィストの次の指摘の意味が理解できるのである。則ち、

「民主的社会が憲法を採択し、その憲法中に個人の自由のための安全装置を導入した場合、こうした安全装置は、一般化された道徳的な *rightness* 又は *goodness* の装いをとる。しかし、これらが一般的な社会的認知をえられるのは、固有の価値があるからではないし、誰かが抱いている自然的正義の理念の他にみられない新奇さの故でもない。理由は、人民によって憲法の中に *incorporate* されたからである。州政府、国民政府の執行部門における人民の代表は、この憲法の枠内で法律を制定する。法律は、多様な個人的価値判断が議論される政治的闘争の通常

の形を経て作成されるものであるから、こうして実定法にと形成されることにより、道徳的 goodness の形態とりえるのである。法律が社会としての我々に対して有する道徳的要素を与えるものは、法律が制定されたという事実であり、特定個人の価値尺度に照らして法律が有している独自の徳性ではない⁽¹²⁾。

右の第五の立場は、憲法的方法証主義を裏返しにしたものともいえるが、イリイ、ボークは実定法的価値秩序に「道徳的絶対性」を与えることにより保護することまでは予定していない。この点では、実定憲法の背後にある「高次の法」に絶対的価値を見出す第三の立場(道徳的価値絶対主義とでもいえようか)とむしろ近似した理論構造を持つ(実定憲法的価値絶対主義と称せようか)。

- (1) Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47 IND. L. J. 1, 3-4 (1971).
- (2) Id., at 8.
- (3) Id., at 6.
- (4) J. H. Ely, DEMOCRACY AND DISTRUST, 16-18, 25, 29-30, 87-88, 94-101 (1981).
- (5) Wellington, Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication, 83 YALE L. J. 221, 284-285 (1973).
- (6) Lupu, Untangling The Strands of the Fourteenth Amendment, 77 MICH. L. REV. 981, 1043-1050 (1979).
- (7) Perry, Noninterpretive Review in Human Rights Cases: A Functional Justification, 56 N. Y. U. L. REV. 278, 288, 291-292 (1981). 因みに「ペリーが以前からアメリカ合衆国の保守的な conventional morality 基準論を述べた」。 Cf., Perry, Abortion, The Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of

Substantive Due Process, 23 U. C. L. A. L. REV. 689, 723-732 (1976).

(8) Grey, Do We Have an Unwritten Constitution? 27 STAN. L. REV. 703, 717 (1975).

(9) Schauer, An Essay on Constitutional Language, 29 U. C. L. A. L. REV. 797 (1982).

(10) HART/SACKS, at 119-120.

(11) THE CONCEPT OF LAW, at 202.

(12) Rehnquist, The Notion of a Living Constitution, 54 TEX. L. REV. 693, 704 (1976).

二 既にみてきたように、我々は、ドゥオーキンの理論は、「憲法と道徳」論一般の中では、参考図の②又は③の立場に立つものであると理解している。

さて、自然法理論は、ドゥオーキン固有の自然法主義を俟つまでもなく、アメリカ法思想上も古くから存する議論である。では、アメリカ法史上、かかる自然法論はいかなる役割を果たしたのか、そして、そこに一定の限界があったとすれば、これを克服する方向は何か。道徳原理を法規範に如何にして有機的、機能的に反映させることができるのであろうか。我々は、ドゥオーキン理論を理解するベースタイプを拡大すると同時に、新しい方法論の展望を見出すため、上記の課題について、以下で検討を試みたい。

(3) アメリカ自然法理論と「法形式主義」——パウンドに寄せて

①問題の所在——「契約の自由」

一 ドゥオーキンの自然法主義は、裁判官の理性に信頼して、「政治的道徳」と「平等」という先験的概念を解釈基準とし、かつ、道徳の個人相対主義に立脚するものである。かかる自然法理論は、アメリカでも、一七世紀以降

の思想史に既にその原型を見出すことができる。この点で、ハウンドは、一七世紀以降の各種の自然法理論（乃至、より広く「哲学的法学（Philosophical School）」⁽¹⁾）が、一九世紀末葉から二〇世紀に爛熟期に達した特殊、アメリカ的概念、法学である「法形式主義」⁽²⁾のもたらした「ロッキン・ローの危機」の重要な原因となった点を批判している。⁽³⁾そこで、ドゥオーキンの自然法主義の思想史的意義を理解するため、ハウンドの議論を見ておきたいと考える。

(1) Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 24 HARV. L. REV. 591, 591-592, 605, 617-618 (1911).

(2) 我々は、「法形式主義」が、第一に、思想上、大陸及びイギリスの歴史法学、分析主義、自然法理論の総合として成立した点、第二に、「契約の自由」概念を基軸として、アメリカ独占資本の利益を擁護し、労働者・婦人等社会的弱者救済立法を排斥することを役立った点に、特殊性を見出すべき。第一点については、R. Round, *The Need of a Sociological Jurisprudence*, 19 GREEN BAG 607, 609-612 (1907); idem, *Law in Books and Law in Action*, 44 AMER. L. REV. 12, 27-30 (1910); idem, *THE SPIRIT OF COMMON LAW*, at 152, 160, 162 (1921); idem, *AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW*, 49 (1922); idem, *Fifty Years of Jurisprudence*, 51 HARV. L. REV. 444, 444-445 (1938). なお、ロッキン・ローは「機械的法学」を懐いてゐる。See, Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COL. L. REV. 605, 607-608 (1908).

第二点については、Pound, *Do We Need a Philosophy of Law?* 5 COL. L. REV. 339, 344-346 (1905); idem, *The Causes of Popular Dissatisfaction With the Administration of Justice*, 40 AM. L. REV. 729, 737 (1906).

(3) 「法形式主義」の史的位階については、See, R. HOFSTADTER, *THE AGE OF REFORM*, at 174-214 (1955); White, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century*

America, 58 Va. L. R. 999(1972); Horwitz, The Rise of Legal Formalism, 19 AMER. J. OF L. HIS. 251 (1975).
「法形式主義」の論理構造について、see, R. S. SUMMERS, INSTRUMENTALISM AND AMERICAN LEGAL THEORY, at 136 ff. (1982).

二 法形式主義は、とりわけ、「契約の自由」概念を絶対的価値とした。この概念を固定化し、論理の大前提については吟味することなく、演繹方法により、法を解釈する手法をとったのである。そして、かかる形で、社会政策諸法の違憲判断の理論を提供した点に特徴がある。連邦最高裁だけでも、一八九〇年から一九三四年にかけ、二〇〇件余りの諸立法、行政規則を修正一四条のデュープロセス条項違反として⁽¹⁾いる。これに州レベルの違憲判決を加えるとかなりの数に及ぶであろう。⁽²⁾

こうした諸判決上、「契約の自由」概念は、次のような位置を与えられていた。例えば、ニューヨーク州のマーカス事件判決は、使用主が労働者の組合加入を禁止したり脱退を促すことを違法とする立法につき、「自由かつ妨げをうけることなく契約をする権利は、連邦と州の憲法が市民全員に保障する自由の一部である。人格の自由は、その行使が一般国民の安全、健康、道徳、福祉一般に影響を与える場合には、常に制約をうける。しかし、そうした制約の下にある限り、使用主と従業員は、労働に関する契約につき彼等の合意に従い、これを締結し、実行しうるのである」としている。連邦最高裁も、アディアア事件において、同種立法について、違憲判断の理由を次のように述べている。⁽⁴⁾

「人が、自分の適当と判断する条件によって自己の労働を売る権利は、本質的には、労働力の買い手が、労働力

の販売を申込みからこれを受領する条件を定める権利と同一である。従って、被傭者がどんな理由によるのであれ、使用主に対する役務提供をやめる権利は、使用主がいかなる理由であれ、被傭者の役務を解約する権利と同一のものである。……いずれの点においても、使用主と使用人とは、平等の権利を有している。この平等を侵害する立法は、いずれも契約の自由に対する恣意的干渉である。かかる侵害は、自由の国においては、いかなる政府も適法に行うことはできないのである」。

パウンドは、かかる諸判例に対して、「契約の自由」の「平等」の保障は、現実の労働条件のもとでは、虚構にすぎないとする。しかし、何故、裁判所は、「不平等の現実的条件の存在」を前にしてしながら、「学問上の平等性理論」を立法に強しようとするのか、何故、先験的概念からの論理的演繹によって、厳格な命題を抽出し、これを具体的・現実的結果の当否を顧慮することなく、直ちに適用するのであるか、と問う。何故、鉄道会社の雇主と従業員を、あたかも馬一頭の売買を話し合う農夫のように、「個人」として扱うのか、そして、この結果、「使用主と使用人の関係に関する法的観念は、何故にかくも一般人の認識と懸絶しているのか」を問題とし、その淵源の探求を行なうのである。⁽⁶⁾

(1) See, P. BREST / S. LEVINSON, PROCESS OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING: CASES AND MATERIALS, at 234 (1983).

(2) See, Pound, Liberty of Contract, 18 YALE L. J. 454, 470-479 (1909).

(3) People v. Marcus, 185 N. Y. 257, 259 (1906).

(4) *Adair v. United States*, 208 U. S. 161, 175(1908).

(5) *Pound, op. cit.*, 18 *YALE L. J.* at 454.

(6) 先にふれた「法形式主義」による独占資本の擁護の役割については、パウンドの分析の他に、ナチス・ドイツから亡命してきた学者であるケスラーの契約法の経済史的な分析から多くのものを学んだ。ケスラーは、既に、一九四三年の論文で次のように説いている。See, *Kessler, Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 *COL. L. REV.* 629 (1943). 則ち、「自由企業システムの発展」を基礎とする「資本主義社会」では、「市場における財とサービスの交換の保護のため、高度に柔軟性のある法的制度」が必要となり、「契約」がその役割を果たしたと位置づけられているのである。従って、「契約に関する我々の法的知識は、個人中心主義とレッセ・フェールの誇り高き精神を反映しているのである」とする (*Id.*, at 630)。しかし、一九世紀末にかけて、「大規模企業の発展、大量生産、大量販布の発展の結果、新しい型の契約が必然的となってきた——standardized mass contract である」 (*Id.*, at 631)。この契約類型は、次のような否定的影響を与えたのである。

「standard contracts は、強力な取引・交渉力をもつ企業が用いるのが普通である。弱い立場にある当事者は、多くの場合、財又はサービスの必要とする一方で、よりよい契約条件を求めて市場を捜し回る地位にはないのである。standard contract の作り手が独占しているか (自然的に、又は、人為的に)、競争者全てが同一条項を用いているためである」。ケスラーは、かかる点に着目して、新しい契約を、contract of adhesion として見る。つまり、相手方は、契約を結ぶか結ばないかの点でしか選択の余地はないのである (*Id.*, at 632)。かくして、「standardized contracts は、産業帝国を構築し強化する多くの武器のひとつとなった」とする (*Ibid.*)。

我々にとって興味深いのは、かかる「契約の自由」概念の経済史的な理解を前提としながら、ケスラーは、一方で、法形式主義を批判するとともに、他方で、S. Williston の指導する Restatement of Contracts の一元論的契約法、A. L. Corbin

に代表される法現実主義的契約法いずれにも反対して、新たな理論構築を展望しようとした点にある。則ち、ケスラーは、次のように論文を結んだのである。

「自由な企業活動中心の資本主義 (free enterprise capitalism) の幸福な時代には、契約こそ法創造であるとの確信は大変大きな情緒の重要性を有していた。契約による法創造は、民主主義システムの調和には何等の脅威とはならなかった。むしろ、契約は、民主主義システムを再強化していたのである。それ故、裁判所は、コミュニティー全体を代表するものとして、契約の自由の名のもとに中立的でありえたのである。しかし、我々の時代は、社会秩序が、強力な圧力集団を伴う多元的社会へと退化してしまっている。従って、自然法哲学による契約理論の英知を、我々にとって意味のあるものへと再生する必要があった。ところで、現在、支配的ドグマは、契約とは operative facts の集合にすぎないと主張している。そのことにより、『法』によって大衆を契約の自由の濫用から守れるかのような幻想を維持するのに役立っている。しかし、我々が、契約の自由とは、契約の異なる類型ごとに異なるものを意味しなければならないという点を理解しない限りは、これは妥当な主張とはいえない。契約の自由の意味は、契約類型の社会的重要性と、standardized contract の作り手の享受している独占の程度とに依りて、変化しなければならないのである」(Id., at 641-642)。

その後、ケスラーの契約理論構築は、F. KESSLER/M. P. SHARP, CONTRACTS: CASES AND MATERIALS (1953)としてまとめられた。本書でも、伝統的な「意思自由」論に立つ契約法理論が、一九世紀末にかけて、独占資本による労働条件、社会生活条件の劣悪化を放置する役割を果たしたこと、社会的ダーウィニズムがその理論的な支えとなっていたことを指摘し、やがて、一九三〇年代後半から、司法・立法による契約に対する社会統制の強化がすすめられていったことによれば、契約とは、「個人的、私的事項」ではなく、「二人の契約当事者の利益以上のものに影響を与える社会的制度」へと変化してきていることを分析している (Id., at 19)。しかし、同時に、「進歩的社会では、全ての法は究極的に契約に基づいている」のであり、「契約は、社会における平和維持の道具である」との認識に立ち (Id., at 3)、これを独占資本主

義段階で生かすためには、「多元主義的アプローチ (pluralistic approach)」、「契約法を統轄する理想の多数存在論 (Polytheism of ideals governing the law of contracts)」を核とする契約法の必要を主張したのである (Id., at 1)。

従って、ケスラーにとって、契約法を含めて、「法は、それ自体全く逆の方向へと変身していく過程に常にあるが、にも拘わらず、それ自体として、structure of rational discourse たるのである」と認識してゐるのである。See, F. KESSLER / G. GILMORE, Introduction to TEACHER'S MANUAL, CASES AND MATERIALS ON CONTRACTS (2d. ed., 1970).
ケスラー契約法の意義については、see, Gilmore, Friedrich Kessler, 84 YALE L. J. 672 (1974).

② 一七世紀の自然法

一 パウンドは、第一に、一七世紀自然法理論の代表であるグロティウスをとりあげる。パウンドは、グロティウスの理論は、「人間の諸活動に対して、人間の本質に照らして理性が課す制約」と、「人間存在に固有の道徳的資質、乃至人間の本質から理性が演繹し証明する自然権」という二つの側面で構成されているとする。つまり、「グロティウスは、全ての義務の尺度と制約の根拠とを理性に求めたのである」。ここに、一六世紀以前の自然法理論との差のひとつがある。かかる考え方は、プロテスタントの理念とルネッサンスの精神を背景として登場したものである⁽¹⁾。

次に、グロティウスによると、「法が存在する目的は理性ある生物の本質との一致をもたらすことにある」。但し、パウンドは、グロティウスがローマ法を理性の体現とみ、ローマ法の原理——「他人を害してはならない」、「各人には各人にふさわしいものを与えよ」——をそのまま継受していると指摘している⁽²⁾。そして、何が他人を「害する」ことになるのか、人の所有すべきものは何かを説明するため、「自然権」概念が導入されてきた、とする⁽³⁾。

グロテュースの「権利」の定義とは、「事物を所有し、一定の行為をなすことが彼本人にとって、*just* 又は *right* となる人格に内在する資質」をいう。ここに、パウンドは、中世法からの転換を読みとっている。則ち、「中世の理念によると、法は、社会システムが各人に与え帰属せしめた、事物の支配権と行動の権利を維持するために存在しているとしていた。しかし、グロテュースの理念によると、法は、理性が各人のために発見した、各人に固有の一定の道徳的資質を維持し、効果を与えるために存在するのである。かかる固有の道徳的資質の故に、各人は、事物に対する一定のコントロールの権限と、行動の一定の権限とを有するのである」⁽⁴⁾。従って、パウンドは、この自然法理論によると、「*what ought to be law* が、正にそのようなものであるとの自己充足的理由により、法となるのである。本来あるべきものとしての法以外は、いかなるルールも法たりえないのである。逆にまた、法たるべきものを示すことは、現に法であるものを示すことである。それ故、*what ought to be a right* は、*what is a right* と同一のものとなったのである」とまとめている⁽⁵⁾。

かかるグロテュースの自然法理論は、一八世紀に入り、ブラックストーンがイギリスに継受し、やがて、アメリカにも伝授されるに至る⁽⁶⁾。しかし、パウンドは、右理論は、所与の法秩序の固定化をもたらしたとする。つまり、「法律が認識すべきであると考えられている利益と、利益が認識された場合に、法律がその保障のための手段とする権利との混同を導いている。この点が、以後の法学に内在する害毒となった。この結果、所与の法的理念を自然の法的秩序とし、その理想的発展を求めるといふ絶対的観念を導き、これが、法的思想と一般的な政治思想とを和解不能の対立へと至らしめたのである」と批判する⁽⁷⁾。つまり、パウンドは、イェーリングのいうように、グロテュー

ウスの「自然権」とは、法と国家以前の「利益」であるとする。そして、「法的意義においては、権利とは、こうした利益を確保するための法律上の手段に属するものである。法的権利は、法律の創造によるが、他方、法的権利により保障されている、乃至、保障されるべき利益は、法律・国家とは独立のものである。それ故、一七世紀において、正義とは、自然権の保障であるとみられるに至ったとしても、直ちに、より以上のものをえたわけではない。自然権とは何かは、既存の社会秩序から抽出される理念により主として決定されたのである。このため、現在に至るまで、人の自然権は、国家や支配者の神聖な権利という考え方と同様に、専制的なものとなっているのである」⁽⁸⁾としてゐる。ここでいう「専制」が、前記の如く、一九世紀末における「契約の自由」概念の「専制」をもたらしたとみるのである。

(1) Pound, *The End of Law as Developed in Juristic Thought*, 27 HARV. L. REV. 605, 616-617 (1914).

(2) *Id.*, at 617.

(3) *Ibid.*

(4) *Id.*, at 618.

(5) *Ibid.*

(6) ハウランドは、二〇世紀初頭までの法学教育が、ブラックストーンの学習を基本としていたと指摘している。See, Pound, *Liberty of Contract*, 18 YALE L. J. 454, 465 (1909). ハウランドは、ブラックストーンの影響力を示すヒピソードとして、ある法学教師が語った、「事実は年代記に見い出されるが、法は、ブラックストーンに見い出される。誤謬なき原典としてのブラックストーンに見出されねばならない。法学試験官は、ブラックストーンの述べたことを争うことはできない

5」の言葉を引用して云ふ。See, Pound, *The Need of a Sociological Jurisprudence*, 19 *THE GREEN BAG* 607, 611 (1907).

(7) Pound, *op cit.*, 27 *HARV. L. REV.* at 618-619.

(8) *Id.*, at 619.

二 さて、自然権理論による既存の社会秩序の固定化の機能は、一七世紀自然法の今ひとつの構成要素である「社会契約」論によっても、補強されるのである。則ち、人間固有の道德的資質を核とする自然権は、「人格の利益 (interests of personality)」の保障には役に立つが、所謂“interests of substance” 則ち、「個人の経済的存在のために、各個人の主張する請求・要求」であつて、財産、契約等「他人と経済的に有利な関係を形成することに関わる利益群」⁽¹⁾については、必ずしも、有用ではなかつた。しかし、「当時の法学者は、既存の社会秩序を疑問とせず、むしろ、財産権を自明のものと前提していた。人が既存の社会秩序により既に取得していたものを含めて、物の所有・占有の保障が主たる目的であると考えていたのである。同時に、彼等は、かかる意味での自然権と、自由な行動・移動、表現の自由等の身体の無瑕性に対する自然権とに差異を認めざるをえなかつた。そこで、法学者は、契約の理念に、前者に関する説明を求めようとしたのである」⁽²⁾。これが、社会契約説の意義である。その効果を、パウンドは、次のように指摘している。

「かくして、the natural rights of substance の維持が法の存在の目的とされ、その基礎は、legal trans-action と理解されたのである。つまり、人全員が人全員と取り交す契約であり、この契約により、諸権利とこれ

に対応する義務が創造されるのである。従って、正義とは、この契約の条件を尊重し遵守することにあるとされ、法学者・立法者の任務は、契約条件の発見と解釈となったのである。要するに、法の目的とは、ひとつは、個々の人間に固有の道徳的資質に効果を与えることと理解された。この効果により、事物は人のものとなるのである。今ひとつは、社会契約の条件により、各人が権利を有している事物を各個人に保障することであると理解されたのである⁽³⁾。

パウンドは、以上の一七世紀的自然法が、アメリカ法に与えた主要な影響を、個人中心主義(individualism)にあるとしている。則ち、「自然権の理論は、それ自体、完全に個人中心主義的であった。つまり、自然権とは、法全ての尺度であり、また、契約に参加した各個人の権利である。この契約がなければ、従って、契約に参加した個人の同意がなければ、法も、法の保障すべきものも何も存在しないのである⁽⁴⁾」。この個人中心主義は、宗教改革にはじまり、中産階級の誕生が支え、一七世紀を通じてヨーロッパに広まり、更に、イギリスのピューリタニズム、イギリス・アメリカの権利章典、そして、一九世紀の法哲学全般を通じて維持されていき、「法とは、個人の利益を維持・擁護するために存在する」とする“*ultra-individualism*”を生んだ、と位置づけている⁽⁵⁾。

社会契約論については、一方では、社会の現状を肯定する役割を果たしたが、ただ、社会の現状が真に社会契約の条件にあっているのかを問う契機ともなったことは認めている⁽⁶⁾。

(1) See, R. POUND, *CONTEMPORARY JURISTIC THEORY*, at 64 (1940); *idem*, *SOCIAL CONTROL THROUGH LAW*, at 69, 73 ff. (1942).

(2) Pound, op. cit., 27 HARV. L. REV., at 619-620.

(3) Id., at 620-621.

(4) Id., at 621.

(5) Id., at 621-622.

(6) Id., at 621.

③ 一八世紀の自然法

一 次に、パウンドは、モンテスキュー、ブラマルキ、ヴォルフ、ヴァッテル、ルソー、ブラックストーン等の代表する、一八世紀的自然法について、検討している。パウンドは、一七世紀的自然権論は、一八世紀に入り、二つの方向に分かれていったとしている。一方は、「権利」は社会契約の産物であり、社会組織、則ち、国家なしには、正義も法もないとする考え方である。これは、ホッブス、スピノザからベンタムへ至り、一九世紀分析主義法学へ連なっていくものである。⁽¹⁾

今ひとつは、「権利」とは、人格に内在する道徳的資質とするグロティウスの考え方を引き継ぎ、権利は国家を超越した存在であり、「正義」も、国家を越えた絶対的実在とみる方向である。「国家が存在するから、正義と権利が存在するのではない。保護し、擁護すべき権利と正義が存在するから、国家が存在する」という考え方である。社会契約は、かかる権利を生むものではなく、既存の自然権を守るために締結されるものである。⁽²⁾ パウンドは、この後者の自然法論が、一八世紀の主流となったと評価し、この潮流は、カントに至るまで続くものと位置づけて

いる。⁽³⁾ その特徴点は、次の四つである。則ち、

「(1)理性の示す自然権が存在する。この権利は、永遠・絶対である。そして、全ての場所、時において全ての人に妥当する。(2)自然法は、理性によって確認できるルールの集合体であり、自然権の全てを完全に保障するものである。(3)国家は、人間にかかる自然権を保障するためにのみ存在する。(4)実定法は、国家が、この機能を実現する手段であり、自然法に一致する限度でのみ義務の根拠となる。このとき、個人の理性が基準となる。各個人が、実定法が自然法に一致するか否かを判断する裁判官である」。⁽⁴⁾

しかし、右のように、自然権のみが、法的権利であり、個人各人が自然法と実定法との一致の有無に関する判断権をもつとすると、アナーキー状態にならないであろうか。パウンドによれば、この点について、右思想は、「標準人の良心、良心的人間の良心」を基準とする、と指摘している。かかる基準は、「哲学的法学者が、道徳的存在の本質から抽出したルール」として示されるものである。この結果、「一般的安全に対する社会の利益が、個人中心主義的自然法の支配のもとでも、効果的に確保しうることになるのである」。⁽⁵⁾

このようにして、右の一八世紀的自然権の主流的思潮は、権利の本質を各人固有の道徳的資質に見い出すのであり、「抽象的、孤立的な人間存在の本質」から演繹することで権利を規定し、また、社会契約のもたらす「社会的、政治的秩序」は、かかる自然権を守るために存すると考えていたのである。その意味で、パウンドは、権利の本質論、社会契約による権利の基礎付けいずれも、個人中心的存在であると評価している。また、右にみたように、「哲学的法学者が、自己の倫理的判断を以て、法的ルールの validity の基準にしうる」という論理構造をもつものであ

つた。⁽⁶⁾ こうした思潮が、アメリカ法に与えた影響について、パウンドは、次のように指摘している。

「これは、アメリカの法理上、阻害要因となった。法律家のコモン・ローの究局性への忠誠に科学的根拠を与え
るかの如く写ったからである。コモン・ローは、恣意的意思ではなく、理性こそが行為と判断の尺度たるべきであ
るとの考え方に基づいていた。そして、一八世紀とは、理性を開く鍵を有していると確信していた時代であり、ま
た、あらゆる時代において人間の指針となるべき哲学的、政治的、法的な進路図を設計することを好んだ時代であ
った。法律家は、この理性に至る鍵は英米法の伝統的原理にあると考えたのである。そして、この原理に従って、
進路図を描いたのである」⁽⁷⁾。

つまり、アメリカ法上、自然法・自然権⇨コモン・ロー一、致論が生じたのである。

(1) Pound, op. cit., 27 HARV. L. REV., at 622.

(2) Id., at 622-623.

(3) Id., at 623.

(4) Ibid.

(5) Id., at 624.

(6) Ibid.

(7) Ibid.

二 自然法・自然権⇨コモン・ロー一致論の背景をみておこう。

第一に、コモン・ロー自身も、自然法理論をまつまでもなく、個人中心的なものであったことである。パウンド

によると、ブラックストーンの『公共善とは、本来、個人各員の私的権利の保護以外のことには関心を寄せないものである』という叙述に端的にみられる通り (1 Br. COMM 139) コモン・ローは、個人の自発性に主に依拠してきたとする。コモン・ローにおける平和と安全は、犯人の私人訴追に頼っていたし、また官吏の効率性・忠実性は、納税者が税金の浪費を回避するために行う義務付訴訟又は差止訴訟によって保障されてきた。公共役務の提供に関わる会社が、全市民を平等に扱い、また、合理的価格を維持するように担保する手段として用いられたのは、損害賠償訴訟であった。さらに、基本的に、個人は、自己を守ることができると想定されており、行政的な保護は、不要と考えられていた。その例として、contributory negligence により損害を負った場合、救済は認められていない。労働契約を結んだとき、これに伴う危険は、本人が負担するとされていたのである。⁽¹⁾

第二に、一七世紀前後イギリスにおいて、コモン・ロー裁判所が、社会的利益を守るために、国王特権を制限し、スター・チェンバーと対抗し、勝利した歴史がある。⁽²⁾ コークの『国王は何人にも服従しないが、神と法には服従しなければならない』という言葉の示すように、コモン・ローの優位、乃至、「法の優位 (supremacy of law)」⁽³⁾ が確立したのである。この結果、パウンドは、「コモン・ローとコモン・ロー裁判所の機能は、個人と国家の抑圧的活動との間に介入すること、裁判所が設立され、法が存在するのは、国家と社会の侵害行為より個人の利益を守るためであることが、法理となったのである」としている。⁽⁴⁾ そして、かかる理念が、そのまま、アメリカ法の継受するところとなったのである。⁽⁵⁾

第三に、コモン・ローにおける「契約」概念の重視の傾向も、関連があるろう。一八世紀は、貿易と商取引の拡大

の時代であり、「意思」が法律効果を生む源と考えられるに至った時代であったこと、また、近代へと継受されたローマ法では、*legal transaction* が中心概念のひとつであったこと等をパウンドは指摘している。⁽⁶⁾

かかる事情の下で、コーク、ブラックストーンのいうコモン・ロー上の権利と所謂自然権とは、同一のものと考えられたのである。パウンドは、「一七七四年の大陸会議の権利宣言は、イギリス人の法的権利を宣言し、二年後の独立宣言は、人の自然権を主張しているが、夫々同一のものを求めていたのである」とする。コモン・ローは、個人の自然権を保障する大系であり、権利章典は、自然権の宣言であると同時に、コモン・ローの宣言でもあったのである。そして、かかる考え方は、一九世紀に入っても続き、修正一四条もまた、自然的自由、つまり、コモン・ロー上の自由を宣言したものと理解され、その延長として、冒頭の「契約の自由」概念が登場してくるのである。⁽⁸⁾

- (1) Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 40 *Am. L. Rev.* 729, 737 (1906).
- (2) R. POUND, *THE SPIRIT OF THE COMMON LAW*, at 72-73 (1921).
- (3) *Id.*, at 65.
- (4) *Id.*, at 74.
- (5) *Id.*, at 75. See, also, *Id.*, at 89-90.
- (6) *Id.*, at 93-94.
- (7) Pound, *op. cit.*, 27 *HARV. L. REV.*, at 625.
- (8) *Id.*, at 625-626.

三 パウンドは、一八世紀におけるこうしたアメリカ的自然法理論とは、自然法の理論構造をグロティウス、プーフェンドルフ、ヴァッテル、ブラマルキ等の大陸法理論を借り、その具体的な内容については、コークとブラックストーンのイギリス・コモン・ローを借用したものと表現している。⁽¹⁾ だが、パウンドは、ここに、自然法理論の“stabilizing factor”のひとつが潜んでいたと指摘している。つまり、大陸の一八世紀は、法典化の時代であったのである。既にみた通り、自然法とは、普遍的に適用可能な永遠の原理の集合であり、「理性」によって発見可能とされていた。そこで、既存のルールをこの永遠の原理により批判すること、また、永遠の原理を法典化することが法学徒の任務とされた。現に、一八世紀末葉にかけて、フレデリック大王の法典化（一七四九年、一七八六—一七九四年）、オーストリア民法典（一七六七年—一八一一年）、フランス民法典（一八〇四年）等がみられたのである。しかし、パウンドは、ここに、問題点を見出している。⁽²⁾ 則ち、

「この法典化運動は、ルイ一四世のフランス専制政治をモデルとする絶対主義王制の時代と併行していた。そのため、多かれ少なかれ、法の概念とは、国家が権威的に宣言するものとされるに至ったのである。そして、これこそ一九世紀の分析主義のドグマとなるのである。さて、この結果、自然法は固定化されることになった。創造的な法形成の理想的パターンではなくなったのである。むしろ、安定的なものとして存在する法の、大系的かつ権威的宣言の理想的パターンとなったのである」⁽³⁾。

パウンドは、アメリカ自然法の借用した大陸法とは、かかる段階のものであった、と指摘している。⁽⁴⁾ こうした背景は、次のような特徴を育むことになるのである。

第一に、自然権思想は、「閉鎖的、厳格・強固な大系」となり、また、「絶対的」とみられるに至るのである。⁽⁵⁾従って、また、自然法の原理とコモン・ローの原理の同一視のために、コモン・ローの究極性・絶対性が承認されるようになるのである。⁽⁶⁾

第二に、右の結果として、議会の法律に対するコモン・ローの優位、立法者の意思ではなく、裁判所の有するコモン・ローの伝統的理想に従って、法律の合憲性を考える傾向を生むに至る。一九世紀末葉の「契約の自由」優位の思想は、ここにも起源を見出すのである。⁽⁷⁾

(1) Pound, Theory of Judicial Decision, 36 HARV. L. REV. 802, 804-805 (1923).

(2) Id., at 804.

(3) Ibid.

(4) Ibid.

(5) R. POUND, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW, at 94-95 (1921).

(6) Id., at 95-97.

(7) Id., at 106-107. See, Pound, Theories of Law, 22 YALE L. J. 114, 131, 139 (1912).

④一九世紀の自然法

一 ハウランドは、「法形式主義」を導くに至る一九世紀法学の主な潮流を、「哲学的法学」、「歴史法学」、「分析主義法学」に分類している(アメリカ法学に限定していない)。上述してきた自然法論は、広く「哲学的法学」としてまとめられている。⁽¹⁾「哲学的法学」とは、「超法的な哲学的原理から演繹する方法」をい、⁽²⁾法、法大系、特定の

法理、諸制度の哲学的、倫理的基礎の研究とその批判を行う学派を総称している。⁽³⁾この学派は、一八世紀的自然法理論の克服として位置づけられている。まず、この点をみておきたい。パウンドは、一八世紀的自然法論の限界を次のようにまとめている。

「個人の良心が唯一の基準であるとすれば、この理論は、道德の絶対的理論が支配的である時代においてのみ実践に耐ええるものとなる。全ての人、又は、ほとんどの人が、道德的基準に合意をするか、若しくは、道德的原理の内容とその適用を最終的に宣言する何等かの終局的權威を求めることに同意しなければならぬのである。さもなくば、法理論は、全く不確定的となってしまうであろう。そして、正に、現実の事態は、法律実務家が、従来から受け入れられてきている法的伝統の諸原理を權威的指針としてうけとめている一方で、法学者と哲学者とは、夫々各人の個人的見解を基本原理の最終宣言として課せうと試みていたのである。ペンタムは、有名な一節を以てこのことを指摘している。彼は、法学者・道德学者の提案する多様な基準は、『外在的基準へアピールする義務と、論者の感覚乃至意見それ自体を根拠として読者に受け入れてもらえるような影響力を形成する義務とを回避するための工夫に満ちている』と述べている。絶対的な理論がくずれはじめ、究極的な權威がもはや認められない時代、更には、相衝突する利益を有する階級が基本的問題について異なる見解を抱きはじめる時代に至ると、一八世紀の自然法は、不可能になったのである。⁽⁴⁾」

一八世紀末とは、イギリス産業革命、フランス革命、アメリカの独立等がシンボリックに示すように、新興市民階級と産業資本家階級が政治的経済的指導権を把握するに至る時期であり、これに伴う新しい政治的経済的法的諸

価値が生まれてきた時代であった。つまり、価値観の多様化と対立の時期であったといえる。パウンドは、かかる世紀末を乗りこえて、一九世紀法学への道を開いたものとして、カントの形而上的法学位置づけている。そこでパウンドのカントの理解を次に簡単にふれておこう。

- (1) Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 1, 24 *HARV. L. REV.* 591-592, 605 (1911).
- (2) Pound, *Juristic Science and Law*, 31 *HARV. L. REV.* 1047, 1057 (1918).
- (3) Pound, *op. cit.*, 24 *HARV. L. REV.* at 605.
- (4) Pound, *op. cit.*, 27 *HARV. L. REV.* at 627.

二 カントは、社会契約が現代の人間をも拘束するものとする理論の虚構性を批判し、これに代えて、「意思の自由 (freedom of will)」という「形而上的原理」に権利と正義の根拠を見出したのである。⁽¹⁾パウンドは、カントの理論では、法の目的を自我の認識ある存在が相互に衝突するのを防ぎ、各人が他人の自由と一致する方法で自己の自由を行使するように保障することにあるとまとめている。⁽²⁾つまり「相対立する自由意思の調整」⁽³⁾である。「調整を行う原理は、意思の自由の平等性である。則ち、各々の行為に普遍的ルールを適用し、行為者の自由意思が、他の全ての人の自由意思と共存しえるようにすることである」としている。⁽⁴⁾

カントは、人と社会的諸組織とも分離している。この点は、一八世紀法学にも一般的な特徴である。「一九世紀形而上的法学は、完全に個人中心主義的であった。自由とは、普遍的意思の実現であるという命題ではなくて、人

間の目的は自由にあるという命題を主張したのである⁽⁵⁾。パウンドは、他方で、かかる「権利の形而上的公式」⁽⁶⁾は、次の点で、一八世紀法学と異なるとしている。則ち、

「一八世紀では、法の目的としての正義とは、抽象的な個人をみることにより決定される、絶対・永遠・普遍的個人の自然権を意味した。他方、カントは、正義とは、各人に対し、他の全ての人の意思の自由と一致する限度で、意思の自由を保障することを意味すると考えていた。かくして、社会の現状を維持するものとしての正義の理念から、個人の自己主張の最大化の保障 (the securing of a maximum of individual self-assertion) としての正義の理念への移行が完成したのである」⁽⁷⁾。

「法秩序が存在する目的としての個人の自己主張の最大化という理想」⁽⁸⁾は、何をもちらしたのであるうか。パウンドは、この考えが、「市民的自由、個人の活動の一般的自由の理念」を發展させたこと、「法の正当化とは、弱者の行動の自由に干渉する強者を抑制し、組織された多数者が少数者の自由な個人の自己主張に干渉するのを抑制する法が存在している場合を除いては、真の自由はないということであるとした」⁽⁹⁾点を指摘している。善と正義の基準は、法の保障する自由の量により定まるとされたのである⁽⁹⁾。そして、かかる形而上的、抽象的な個人の自由概念は、一八世紀末のアメリカ個人主義にうまく適合し、一定の影響を及ぼしたのである⁽¹⁰⁾。

(1) Pound, op. cit., 27 HARV. L. REV. at 628.

(2) Pound, The End of Law as Developed in Jurisprudence, II, 30 HARV. L. REV. 201, 204 (1917).

(3) Pound, op. cit., 27 HARV. L. REV. at 628.

- (4) Ibid.
- (5) Pound, op. cit., 30 HARV. L. REV. at 204.
- (6) See, R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY, at 28-30 (1923).
- (7) Pound, op. cit., 27 HARV. L. REV. at 629.
- (8) R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY, at 29 (1923).
- (9) Pound, 30 HARV. L. REV. at 204-205.
- (10) Ibid.

三 一九世紀の「哲學的法學」とは、カントの形而上的法学の他に、フランスのルソー学派、スコットランド(Herkless)・イタリヤ(Del Vecchio 等)・フランス(Bolstel 等)の形而上学派、及び、英米のブラックストーンの自然法論を身につけた法律実務家が担っていた。⁽¹⁾ パウンドは、かかる「哲學的法學」の全体的特徴を次のようにまとめている。

- (1) 法の過去、現在ではなく、将来の理想を考察するのにより適している。
- (2) 法は創造されるのではなく、発見される点で歴史学派と一致するのであるが、一般に、法の原理が発見された場合には、明確にかつ一定の形式によって叙述されるとし、また、便宜のためにもそう叙述されるべきである⁽²⁾と信じている。
- (3) ルールによる制裁よりも、ルールの倫理的、道德的基礎をみている。
- (4) 特定の法源形式を好む必然性はない。

(5) 多様な哲学的見解があるため、ある意味では、一つの哲学的学派があるというより、そのグループが存在するといったほうがよい⁽²⁾。

パウンドは、「哲学的法学」の果たした積極面を近代国家における自由主義の実現にみている。則ち、

「文化国家では、司法の運用は、一定の公式によって行なわざるをえない。これらの公式は、善と正義の理念を表現し、また、善と正義を促進する手段たることを企図したものである。だが、我々は、こうした理念を忘れ、理念の目的を見失い、公式をしてそれ自身のためにあるかの如く取扱う危険が常にある。それ故、ストア派の時代以来、人は、倫理、政治、法学の思潮がかかる危険に陥ることを防ぐため、所謂『自然』なるものに頼ってきている。ここにいう『自然』とは、理性と善の一般原理をいう。理性、並びに、各時代における何が正義で何が善かについての人間的感覚に頼る手法は、正に、哲学的法学の常に行なおうとしたところである。また、彼等は、直観的合理性に基礎付けられている法たるべきものは、法としての拘束性があるとも説いたのである。そして、この考え方は、法史上、自由主義化を求める最強力の動因となったのである」⁽³⁾。

しかし、他面で、パウンドは、三つの限界点のあったことを指摘している。第一に、法理一般の通有性として、「機戒的法学」に陥る可能性を排し切れず、現に、「純粹に現象的な善及び正義」、「抽象化の過剰」という形態でこの傾向が表われてきたことである。このため、従来のドグマと諸制度に対する実りある批判に至らず、「空虚な一般化」にとどまり、法理論は理論それ自体の上のみ構築されることになったのである⁽⁴⁾。第二に、自然的な善や自然的正義については、「曖昧さ」がつきまとい、これは、一方で、「近代法の自由主義化に相当多くの貢献をし

たのと同程度に、往々にして明確な法思想を破壊するについても力を貸したのである⁽⁵⁾。第三に、法理の倫理的基礎を本格的に分析することなく、これを正当化するみせかけの論拠を与えた場合が少なからずあったことである。パウンドは、「人間の性質上、なじみのある諸組織のほとんどを特に疑問とすることもなく受け入れるものである。それ故、自然法に基づくとされるいかなる法大系上も、この自然について解釈をする各々の法学者がなじんでおり、そのもとで成長してきた法的諸組織が正に自然によって必要とされていると主張されるようになることを予想するのには合理性がある」とする⁽⁶⁾。現に、一七、八世紀の大陸の哲学的法学では、「自然法とは、法学者の知り、研究したローマ法の諸原理の理想的発展形態を意味していた」。英米法圏では、既述のように、コモン・ロー上の諸原理の発展が自然法とされていたのである⁽⁷⁾。

- (1) パウンドは、「哲学的法学」には、所謂「社会哲学派」である新ヘーゲル派、新カント派も含めることができるとするが、本文の考察では、これらは除外してある。See, Pound, *op. cit.*, 24 HARV. L. REV. at 591-592, 604-611, 617-619.
- (2) *Id.*, at 606.
- (3) *Id.*, at 608.
- (4) *Id.*, at 608-610.
- (5) *Id.*, at 610.
- (6) *Id.*, at 611.
- (7) *Ibid.*

四 では、次に、アメリカの一九世紀法学における「哲学的法学」たる自然法理論についてみてみよう。パウンド

は、一九世紀前半まで、アメリカで自然法理論が有力であった理由として、次の点があるとす。アメリカ独立後の法の形成期において、もっとも重要な法的問題は、拡大しつつあるアメリカ生活の諸要求に見合うルールを策定し、また法規範の構造を提供することにあつた。従つて、裁判所の精力も判例も通じて法大系を展開することに注がれていたのである。「法の確定とその宣言が、司法活動のもっとも重要な部分となつた」。つまり、西部の開拓、新しい州の誕生にあわせて、自然法理論が新しい法に生命と形態を与えていったのである。⁽¹⁾

しかし、パウンドは、「アメリカにおいて、コモン・ローは既に成長の時期を通過した。一部では、この成長期は南北戦争の頃に終了しており、他ではなお続いたものの、一般には一八七五年頃には終了したといえよう」とす⁽²⁾。つまり、「イギリス法継受の過程が完了し、また、ヨーロッパ商法を借用する必要や、イギリス的なルールと諸制度を偏見から守るために比較法に正当化根拠を求める必要がなくなると、自然法は、その役割を終えたのである。その後、しばらくは、受け入れられた法規範をそのまま正当化するのに貢献したが、同時に変化をはばみ、古典的コモン・ローの理想を自然の法的秩序であるとするのに貢献したのである」⁽³⁾。かくして、パウンドは、一九世紀末葉、アメリカ自然法理論は、「成長の妨げ」、「法の意識的な改良の抑制」になつたとしている。⁽⁴⁾

(1) Pound, The Theory of Judicial Decision, II, 36 HARV. L. REV. 802, 803 (1923).

(2) Pound, Law in Books and Law in Action, 44 AMER. L. REV. 12, 22 (1920).

(3) Pound, op. cit., 36 HARV. L. REV. at 808.

五 一九世紀における自然法理論の限界をもう少しみておこう。

第一に、立法に対する態度である。アメリカでも、一九世紀中頃までに法典化運動が進められたが、この段階では、新しいルール、命題、法大系の形成が行なわれたのではなく、裁判所が行なった、イギリス・コモン・ローの継受とアメリカ的条件への調整の結果をまとめたのにとどまっていた。⁽¹⁾ この一八六〇年頃までに終了した法典化運動と別に、一八八〇年代から、新しい社会政策・経済政策諸立法が登場してくる。⁽²⁾ 裁判所は、後者の立法による社会改革に対しては、はっきりと不信感を示した、とパウンドは述べている。⁽³⁾ その表われとして、パウンドは、「法の厳格解釈」の機能に注目している。元来、この法理は、ヨークの時代に、コモン・ロー上の権利に反する議会の法律を無効とし、市民の権利を守るための役割を果たしたが、⁽⁴⁾ その後、コモン・ロー優位の思想とともに、ブラックストーンを経て、アメリカにも継受された。そして、アメリカでは、司法権優位の思想⁽⁵⁾ 従って、制定法は、コモン・ローに適合・調和するように解釈されなければならないとする思想⁽⁶⁾ として定着することになるのである。則ち、パウンドは、一九世紀法学の文脈では、厳格解釈論とは、「立法による変革に対する、司法の敵意の理論」であったとしている。⁽⁷⁾

第二に、コモン・ローの成長の停止、既存の法秩序と法的価値の絶対化のため、「一九世紀前半における、同質的な、開拓者中心の、主として農耕を行うコミュニティ」から「現代の異質的な、都市化産業化コミュニティ」への移行、簡単にいえば、「農耕社会」から「都市化社会」への変化に対応しきれなくなった点である。この社会

モデルの変化について、パウンドは、人間主体についての觀念の変化として、次のように説明している。「農耕社会」では、「同質的人間が前提にされている。自己の權利に敏感であり、秩序の維持に熱心で、自分達が理解し信奉できる政府の諸制度については同情をもっている——要するに、法規範が確認されて、一般に認識されれば、いつでもどのような事項についても、これを遵守する意思のある人民である。法規範は、不正がなされたときに法的機構を作動させるため、人々がその自発性によって援用し、また、陪審席において法を理性的にかつ確固として執行するためにも、援用するのである」⁽⁸⁾。これに対して、「都市化社会」では、「異質的な多様な人口の集中した都市の民衆」が前提になる。ここには、「当局により抑制されることになれた部分が含まれており、また、我が国の諸制度に無知であるか、その形態しからず、あるいは、政府について知つても然るべき理由から疑惑をもち、それ故に、全ての政府に対する不信任をふきこまれており、法的機構の援用を嫌っている人々である。彼等は、政府や法的機構とは、世界の別の部分に属する社会条件としか考えていない。また、陪審裁判とは、一種の人間狩りと考えており、陪審の面前で進められる手続の性質を知らず、また、コモン・ロー上、被疑者・被告人が完全な防禦のために保障されている様々の便宜のあることを理解できずにいるのである」⁽⁹⁾。

右の分析は、クリーブランド市の刑事司法改革論の総括としてまとめられたものであるが、基本的には、一九世紀の司法一般にも妥当⁽¹⁰⁾しよう。別の角度から述べると、以上のような「都市化社会」は、また、一九世紀末の第二次産業革命による著しい近代的工業化社会への発展の時期でもあった。この結果、一八世紀末から一九世紀前半までに確立した司法組織とコモン・ローとは、その立脚する社会条件の変化のために、充分な機能を果たせなくなる

のである。⁽¹¹⁾ これらの条件のもとでは、先に述べたコモン・ローの個人中心主義的諸制度は、「破滅に向かつていく」のである（上記③二参照）。

「私人訴追は、衰退してしまっている。義務付訴訟、差止訴訟いずれも、政治的党派とそのボスが公的基金を略奪するのを防ぎえないことは明らかであった。危険引受の法理は、現代の雇用関係のもとでは、残酷なものとなっている。損害賠償請求は、病気の牛の肉や毒入りのかん詰食品を買わされる時代には、何の安息をも約束しない。これら全ての点は、もつとも重大な公共の利益に日常的に関わっている問題である。が、いずれについても、コモン・ローの救済方法は失敗しているのである」⁽¹²⁾。

則ち、ここに、パウンドは、「コモン・ローの危機」をみてとるのである。「我々の伝統的法大系は、個人にあまりに多くの尊敬を払ってきている。これは、我々の法と政治の歴史が個人に与えた塹壕で守られた地位である。これに対して、社会的必要性は、個人と利益衝突を生じるときには、ほとんど尊重されていないのである」⁽¹³⁾。パウンドは、その具体例として、冒頭掲記のアデイアー事件に至る社会政策諸立法違憲判例をあげている。就中、八時間労働等、労働時間制限立法、一定の職種につき給与受領期間を定める法律、綿糸工場での罰金制利用禁止法律、鉱山夫の給与確保のための石炭検量方法の規制立法、退職金の基金を給与より差し引く方法を禁止する法律、商品券による給与支払の禁止立法、鉄道会社が解雇に際し理由を書面で手交することを求める法律等の違憲判例を問題としている。⁽¹⁴⁾

パウンドは、かかる「契約の自由」絶対の法理と、以上で解説してきた自然法、コモン・ローの理論との関係を

次のようにまとめている。則ち、

「以上の判例は、我々の法大系上、個人が自由に契約を結ぶ権利が、労働者大衆とこれに対する抑圧との間に介在しようとする社会の権利の犠牲において維持されていることを示している。この個人の権利と、その権利に対する尊敬の過重は、*コモン・ロー*法理によるものである。つまり、これは、社会の発展と*コモン・ロー*との間の相克を意味している。司法権の行使による上記のような立法の違憲判断は、*コモン・ロー*理念と正に一致したものである。これは、法の優位の法理のもたらしたものであり、この法理は、*マグナ・カルタ*に遡る先例と軌を一にしたものである⁽⁵⁾」。

- (1) Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COL. L. REV. 605, 612 (1908).
- (2) Pound, *Fifty Years of Jurisprudence*, I, 50 HARV. L. REV. 557, 559-560 (1937).
- (3) Pound, *Common Law and Legislation*, 21 HARV. L. REV. 383, 402 (1908).
- (4) *Id.*, at 387-388, 390-392.
- (5) *Id.*, at 392-393, 401-403.
- (6) *Id.*, at 400.
- (7) *Ibid.*
- (8) Pound, *Criminal Justice in the American City—A Survey*, in: THE CLEVELAND FOUNDATION, CRIMINAL JUSTICE IN CLEVELAND, at 591 (1922).

(9) *Ibid.*

(10) 一九世紀後半における「開拓者・田園・農業中心のアメリカ」から、「都市化、工業化されたアメリカ」への移行と、法

⑩ 「理想」の變遷の「サブ」 see, Pound, *The Theory of Judicial Decision*, 36 HARV. L. REV. 641, 653-654 (1923).

(11) *Id.*, at 590.

(12) Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction With the Administration of Justice*, 40 AMER. L. REV. 729, 737 (1906).

(13) Pound, *Do We Need a Philosophy of Law?*, 5 COL. L. REV. 339, 344 (1905).

(14) *Id.*, at 344-345.

(15) *Id.*, at 345-346.

⑤ まとめ——新たな「機械的法学」

一 バウンドは、一九世紀の哲学的法学は、全体として、カントの「意思の自由」の保障を目的としていたのであるが、結局、分析主義・歴史法学とともに、一九世紀末葉の「法形式主義」を導くに至ったと総括している。⁽¹⁾

さて、我々の課題は、以上のアメリカ自然法理論史を踏まえて、二〇世紀末自然法理論たるドゥオーキンの自然法主義を位置づけることにある。この点で、まず、我々は、ドゥオーキン理論が、社会契約説を前提にしていないことに気付く。つまり、自然法＝道徳的価値の存在の基盤は、社会契約ではなく、「政治システム」という現実、に由来する「政治秩序」とされていた。所与の構造を道徳的価値の基盤とする理論の枠組みは、前述のように⁽²⁾ (1) ③④参照)、トマス・アクィナスの自然法論に近い。しかし、アクィナスの自然法論が、神の存在を前提とする宇宙構造を前提としていたために、抽出される道徳的価値の存在被拘束性が極めて堅固であったのに比べると、ドゥオーキンの「政治秩序」は、無定形である、と我々は考えている。「政治秩序」がいかなるメカニズムにより、

一定の道徳的価値を形成しうるのか、定かにされていないといつてもよい。「神」に拘束される価値という考え方は、道徳的価値の存在の正当化理論なのである。同じ意味で、社会契約論もまた、価値の存在の正当性を明らかにする役割を果たしているといえる。ところが、ドゥオーキンの自然法主義は、この次元の理論は、用意していないのである。

二 ドゥオーキンの理論もまた、一八世紀自然法と同様に、裁判官の「良心」を信頼し、その「理性」に道徳的判断を委ねるとともに、「各個人が、実定法が自然法に一致するか否か判断する裁判官である」という、道徳の個人相対主義に立脚している（上記③一参照）

ただ、我々は、パウンドの「農耕社会」・「都市化社会」のモデル論を、ここで思い出さなければならない（④五参照）。つまり、一八世紀自然法が、裁判官又は法学者の良心と理性に信頼できたのは、コミュニティーの安定性・同質性、価値観の統一性の認められる「農耕社会」を前提としていたからである。従って、理論構造はともかく、一八世紀自然法の理性の信頼論は、価値の事象的存在的拘束性の裏付けに、現実的に、依存していたのである。

三 一八世紀、一九世紀アメリカ自然法論は、自然法・自然権Ⅱコモン・ロー一、致論に至った。そのこと思想史的意義は、既にみた如く、「コモン・ロー原理の絶対化——法形式主義」として表わすことができよう。ただ、我々は、他面で、この自然法理論が、客観的にルール又は原理として存在している所与のコモン・ローの諸価値を、道徳的価値の源泉にするとともに、これに限定するという枠組を有していたことは、理論構造の客観性と安定性を担保するものであった、と評価している。

要するに、トマス・アクィナスの自然法論も、三世紀にわたるアメリカ自然法論も、自然法又は自然権としての道徳的価値の存在を拘束するもの、存在に正当性を付与するものを理論構造化しているのに対比し、ドゥオーキンの自然法主義における「政治的道徳」は、謂はば空中に浮遊しているのとどまる。

四 従来の自然法の主たる原理は、「自由」の原理であるとまとめることができるように思う。これと対比すると、ドゥオーキンは、「平等」原理を主軸にしている点に、差異を見出すことができそうである。但し、我々は、ドゥオーキンの「平等」処遇原理が、二〇世紀中葉以降のアメリカ法の法的実践レベルで有力なプロセス法学の主張する「平等」原理とどれほど違いえるのかについて疑問を抱いている。今のところ、我々は、プロセス法学同様に、「機会の平等」を重んずる自由主義的理論になる余地が大きいのではないかと考えている。もしそうであるとすれば、我々は、ドゥオーキンの自然法主義に格別の独自性を見出し難くなると考えている。則ち、ドゥオーキンの自然法主義の具体的な解釈モデルには、①単なる fit 論（過去形道徳基準論）、② fit・substance 調和論（過去形道徳・現在形道徳調整論）、③過去形道徳・関数としての「平等」処遇原理結合論の三つがあり、その選択もまた、裁判官に委ねられていた(③)(4)参照)。とすると、「平等」原理自体が、自由主義的なそれではなく、より実質的、実体的平等の保障を意味するものと理解されえたとしても、更に、かかる「平等」原理を回避する方法が、既に理論に内在化されているのである。この場合、残る選択肢のうち、①は、既存の価値秩序の維持を意味するものであることは容易に判明する。また、②の選択肢は、一応、過去の改良の意味を含む。しかし、ドゥオーキンは、③のモデルが、instrumentalism の追求する未来形道徳の実現には至らないように、厳しく戒めていたことに注意

しなければならぬ(同(1)参照)。この結果、パウンドは、一九世紀の「哲学的法学」の特徴として、「将来の理想を考察するのにより適している」ことを指摘したが(上記④三参照)、二〇世紀末自然法主義は、当初から、将来の展望の探求を放棄しているのである。

五 要するに、ドゥオーキンの自然法主義は、世紀末の価値多様化の社会において、道徳の個人相対主義に基づきつつ、「政治的道徳」と「平等」という先験的概念を、裁判官が自己の「良心」に従い、解釈・適用する理論なのである。この概念の対象化する価値の存在の正当性は、示されていない。将来の社会の「理想」は、かかる価値論からは、除外されている。とすると、我々は、一九世紀末「法形式主義」が、形而上的な「意思の自由」を絶対的価値としつつ、「契約の自由」概念中心の「機械的法学」に至ったように、「平等」概念を軸とした、新たな「機械的法学」に陥らないかを危惧するものである。そして、それが、一七世紀的自然法論と同様に、既存の社会秩序と価値を固定するものとならないか、虞れるのである。

六 では、「機械的法学」に陥るのを防ぎつつ、「法と道徳」を、現代的文脈で統合する方法は、ないのであるか。これが、我々の最後の課題である。我々は、この問題への解決の鍵をロスコー・パウンドの法学に見い出すことができると考えている。

パウンドは、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて支配的であった「法形式主義」を克服し、新しい時代の価値観を法に注入することのできるダイナミズムを内にもつ「社会学的法学(sociological jurisprudence)」を樹立し、以降、二〇世紀のアメリカ法学の「建設」一面の礎石を提供したのである。⁽¹⁾その意味で、我々は、「法と道徳」

の正しい関係を探り、二〇世紀末憲法学の混沌から二一世紀への新しい法学方法論を見つけ出すために、二〇世紀初頭に正にこの課題を担ったハウンド理論をふり返ってみたいと考える。

(1) グリズウォールドは、一九六四年の段階でも、ハウンドが、アメリカ法学において、「法学における最後の偉大なる総合家」であると評していた。See, Griswold, *Roseoe Pound—1870—1964*, 78 HARV. L. REV. 4 (1964). この評価をかえることのできる新しい総合法学は、一九八六年に至るまで登場してゐない。

(2) サマーズ教授は、アメリカ功利主義法学 (pragmatic instrumentalism) を「分析主義的実証主義」「自然法哲学」「歴史学派」と並ぶ第四の法思想潮流と位置付けて、その総括的批判を試みている。その成果は、新しい時代の来たるべき法学の方向を探るのに役立つ。See, R. S. SUMMERS, *INSTRUMENTALISM AND AMERICAN LEGAL THEORY*, 19 (1982). しかし、法史をかかると四派に区分する手法は、既に、ハウンドが、一九世紀までの哲学的法学、歴史法学、分析法学の批判的克服として、自らの社会学的法学を位置つけた方法に見い出されるものである。See, Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, I, 24 HARV. L. REV. 591, 591-593 (1911); III, 25 HARV. L. REV. 489, 512-516 (1912). また、サマーズ教授による功利主義法学の「法と道徳」分離論の批判は、ハウンドの「法と道徳」論を基礎として行われ、容易に判明する。See, R. S. SUMMERS, *op. cit.*, at 176-190; cf., R. POUND, *LAW AND MORALS* (1926).

(4) 法規範の構造と道徳——ハウンド理論の概観

① 「社会学的法学」の意義——法現実主義との関係

一 我々は、最初に、ハウンドの「社会学的法学 (sociological jurisprudence)」の意義と、アメリカ法思想史上の位置をみておきたいと考える。もっとも、ハウンド法学が、アメリカ法学にいかなる影響力を与えたのか確認す

るのは、実は、困難な作業である。パタソン⁽¹⁾、マーフイー⁽²⁾、ハンシュテッド・フリーマン等⁽³⁾の法思想史研究も、法現実主義、実証主義、プロセス法学と並べて、パウンド理論を解説するのにとどまり、そこから影響力の社会的、歴史的な大きさを読みとることはできない。ただ、この理論が、アメリカ法学をはじめ「科学的」たらしめたことは、一般に承認されている⁽⁴⁾。そこで、このあたりから、パウンド理論の意義をふりかえってみることにしよう。パウンドは、法の科学化について、次のように語っている。則ち、

「今日、我々は、社会科学を全て統合しようと求めている。また、法理学を、社会科学全体のひとつとして位置付けようとしている⁽⁵⁾」。

「現代の法学教師は、社会学、経済学、政治学の学究でもなければならぬ。彼は、裁判所が、どう判断するか、そのときの原理は何であるのかについてのみならず、こうした原理の適用される社会的、経済的な環境や条件をも知らなければならぬ。また、それら原理が実践で機能するときこれを取り囲んでいる民衆の思潮・感情がどうであるのかも知らねばならぬ⁽⁶⁾」。

こうした法の科学化は、法形式主義を克服するという実践的、現状改革的課題を実現するためのものでもあった。パウンドが、「人間の努力の有効性・効率性に対する確信 (faith in the efficacy of human effort)⁽⁷⁾⁽⁸⁾」と「法学における機能的態度 (functional attitude in jurisprudence)」を強調するのは、このためである⁽⁹⁾。“law must be stable and yet it cannot stand still⁽¹⁰⁾”という有名な法格言も、パウンドの改革志向を示すものとして読むことができるのである。則ち、「法的秩序は、安定しているとともに柔軟でなければならない。法的秩序は、不断に

精査をうけなければならぬのである。そして、法的秩序が規制しなければならぬ現実生活の側の変化に適合する
ような修正を施されなければならぬ」のである。⁽¹¹⁾

- (1) E. W. PATTERSON, JURISPRUDENCE: MEN AND IDEAS OF THE LAW, 509-527 (1953).
- (2) C. F. MURPHY, MODERN LEGAL PHILOSOPHY, 57-81 (1978).
- (3) L. L. HAMFSTEAD/M. D. A. FREEMAN, INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE, 344-450 (4th. ed., 1979).
- (4) Farum, Dean Roscoe Pound—His Significance in American Legal Thought, 14 BOSTON U. L. R. 715, 723 (1934).
- (5) R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY, at 45 (1923).
- (6) Pound, The Need of a Sociological Jurisprudence, 19 THE GREEN BAG 607, 611-612 (1907).
- (7) R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY, at 11, 152 (1923).
- (8) この用語自体が、心理学者のローズ (Lester F. Ward) から借用したものである。See, H. G. REUSCHLEIN, JURISPRUDENCE: ITS AMERICAN PROPHETS, at 109, n. 34 (1951). この「内容面では、歴史法学を反抗して、法形成における意識の努力の効率性を強調したヘーリントンとロズが中心である。See, Grossman, The Legal Philosophy of Roscoe Pound, 44 YALE L. J. 605, 606 (1935). 「タンニンは、ヘーリントンとロズの論議の総括として、See, Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, II, 25 HARV. L. REV. 140, 140-147 (1911).
- (9) R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY, at 12 (1923).
- (10) Id., at 1.
- (11) Ibid.

二 バウンドは、こうした改革のための「社会学的法学」の内容となるべき設計図について、次のようにまとめている。

「(1) 第一に、法的諸組織と法的理論の現実的な社会的影響の研究である。……………」

(2) 第二は、立法の準備のため、法的研究と結合しつつ、社会学的研究をすることである。従来うけ入れられている科学的方法として、他の立法例の分析研究がある。比較立法学は、賢明な法創造を行う最良の基礎と考えられている。ただ、法律だけを比較するのでは、不充分である。法律の社会的作用、施行された場合に生みだされる効果の研究がより重要である。

(3) 第三は、法的ルールを効果的にする手段の研究である。この点は、過去においてほぼ完全に無視されている。我々は、法創造については丹念に研究しているが、その場合、法は創造されれば自ずと執行されると仮定していたように思われる。これは、立法のみならず、判例集に基づく法のもっとも重要な部分についても同様と思える。つまり、我が国の司法システムのほとんどの精力は、矛盾のない、論理的な、細部に至るまで正確な先例の集合を形成することに注がれていたのである。我が国システム上、重要な部分は、訴訟関係人に対して正義を実現するトライアル・ジャッジではなく、訴訟を法を発展させる手段として利用する上級裁判所の裁判官なのである。我々は、司法システムを判断するとき、具体的事件の各当事者に対する現実の結果ではなく、文書にされた意見そのものによって行う。しかし、法の生命は、その執行にある。我々の年々なされる膨大な立法と司法的解釈の結果とを効果的なものとする方法を真剣に科学的に考究することが喫緊である。

(4) 最終的な目的に対する手段として、社会学的法史研究がある。つまり、法理がいかに生成・発展したかを單に法学上の材料としてのみ研究するのではなく、法理が過去においていかなる社会的効果をもたらしたか、いかにそれを生み出したかの研究である。それ故、カントローヴィッツは、法律の変化の原因は、常に過去の法的現象にのみ見い出されるかの如く考えてルールと法理を時代の経済と社会的歴史から切りはなしてしまうことに反対し、法史研究がそうならないように求めたのである。法史研究上、過去の法律が、間隙・矛盾のないシステムであり、従って、システムの演繹により、全ての問題への解答を与えうることを証明しようとしてはならない。むしろ、過去の法律が、どのようにして社会的、経済的、心理的条件の中から成長してきたのか、また、いかにしてそうした条件と一致し調和していったのか、さらに、好ましい結果を導くことを期待するとき、過去の法にどこまで頼ることができるか、あるいは、どの程度これを無視できるのかを示すことにある。

(5) 今ひとつのポイントは、個々の事件における合理的で正義に一致する解決を導くことの重要性である。この点は、比較的最近でも、確実性を不可能なまで追求する試みのために往々犠牲にされている。が、近年、この点に関する文献がかなりできてきている。一般に、社会学的法学者は、法の衡平な適用と呼ばれているものに賛成している。つまり、社会学的法学者は、法的ルールを裁判官として *living* な結果に導く指針とみるのである。同時に、当事者の正義の要求を満たしつつ、通常人の一般の理性との一致をもはかるため、広い範囲で裁判官が自由に個別的事件を処理することを強調するのである。

(6) 最後に、法の目的を実現する努力をより効果的にすることがねらいであり、以上の諸点は、そのための手段

のいくつかにすぎないことを記しておく。⁽¹⁾

かかる設計図によって構築される社会学的法学の特徴は、次の点にある(例えば、哲学的法学のそれと対比すると、興味深い。(3)(4)(三参照)。

「(1) 社会学的法学者は、法の抽象的実体よりも、法的作用に注目する。

(2) 法を理性的な人間の努力により改善しうる社会的制度とみる。そして、かかる努力を促進し、方向付ける最善の手段を発見することを義務と考えている。

(3) 制裁よりも、法の目指す社会的目的を強調する。

(4) 法的命題は、固定した型ではなくて、社会的に異なる結果を導く指針としてみられるべきであると主張する。

(5) 哲学的見解は、多様である。当初は、実証主義者でもあったが、近年は、社会哲学派の一派に従う者もいる。

實際上、社会哲学派と社会学的法学派とを本質的な点の多くについて区別することは、容易ではない。ムーア教授は、『功利主義運動の発展上、一般的原理の論議ではなく、功利主義の概念と方法を特定の問題にシステマ的にかつ詳細に適用する 때가きている』と述べてはいるものの、残念ながら、一般的原理の議論は、まだ継続されなければならぬ。従って、功利主義的法哲学は、なお将来に俟たねばならない。しかし、これが明らかにされたときには、社会学的法学者から多くの信奉者を期待しえよう。⁽²⁾

こうして、パウンドは、功利主義を前提とした社会学的法学の建設へと着手するのである。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

(1) Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, III, 25 HARV. L. REV. 489, 513-515 (1912).

(2) *Id.*, at 516.

(3) 後述の「利益」論は、シホームス等の影響をうけたものではない。See, Stone, *A Critique of Pound's Theory of Justice*, 20 *IOWA L. REV.* 531, 546-549 (1935); Patterson, *Pound's Theory of Social Interests*, in: P. SARRÉ, ed., *INTERPRETATIONS OF MODERN LEGAL PHILOSOPHIES*, at 558 ff. (1947).

(4) 社会学的法学形成期のハンナド理論の全体については、see, R. POUND, *INTRODUCTION TO THE STUDY OF LAW* (1912). ハンナド法学の骨格は、これを形成する際の材料となった比較法学その他の文献を知るのには、see, R. POUND, *OUTLINES OF LECTURES ON JURISPRUDENCE* (4th ed., 1928; 5th ed., 1943).

(5) 本文の設計図の提示から二六年を経て、ハンナドは、社会学的法学の到達点を次のように再論している。

「(1) 機能的態度を發展させ、 what law is のみならず、 what it does (その意味は) how it hoes, how it may be made to do it better をも問題にする。」

(2) 排他的な視座に立つことをやめ、他の社会科学とのチームプレイともいうべきものを求めている。

(3) あらゆる意義における法を、社会統制の全過程に関連させて研究している。

(4) 行政過程のみならず司法過程における individualization の役割を認識しており、従って、個人的経験に基づく個人の判断・直観を無視するのではなく、これを考慮する必要を認識している。

(5) 社会学的法学は、科学それ自体の一部分としても、あるいは、これに緊密に関わる部門としても、実質的目的より方法論的目的上独自性を保ちつつ、価値の問題を異なる視点からとりあげている。つまり、利益、権利主義、欲望を測定・衡量する基準の問題である。これは、諸利益の認識、制限、確保、法規範の創造、発見、洗練、また、法規範が創造され発見された場合、その解釈・適用を行う全過程の背後にある問題である。See, Pound, *Fifty Years of Jurisprudence*, 51 *HARV. L. REV.* 777, 812 (1938).

三 右のようなパウンドの社会学的法学の思想的、実践的影響力の判断を困難にしているのは、これと同時に併行して（乃至、社会学的法学に対抗して）、登場した法現実主義による「法形式主義」の解体作業が、ある意味で、非常に徹底していたからである。法現実主義の共有する立脚点については、ルウエリンが、次のようにまとめている。

「(1) 流動するものとしての法、変化する法、法の司法的創造の概念。

(2) 社会的目的の手段として法を觀察し、それ自体の目的とみないこと。従って、法のいずれの部分も、その目的と効果に照らして常に検証をうけなければならず、また、その相互の関係について判断されなければならない。

(3) 流動するものとしての社会、特に、法よりも早く流動するものとしての社会の概念。かくして、法のいずれの部分も、法が貢献すべき社会とどこまで一致しているのか判断する再検証を必要とする蓋然性が常にある。

(4) 研究の目的上、IsとOughtとの一時的な分離。これは、次のことを意味する。調査の対象を設定するのに、価値判断を行なわなければならないが、記述されている事物相互の關係の觀察、叙述、確定は、觀察者の欲求、彼が（倫理的に）かくあるべしと考えていることにより、可能な限り汚染されないようにしなければならない。もう少し個別的にいうと、裁判所が何を行っているのかの研究にあたり、裁判所はいかに行動するべきかの問題を無視する努力を必要とする。但し、IsとOughtとの分離は、永久のものとして考えてはならないのは当然である。変革が必要ではないかとの懷疑から出発する者にとって、両者を永久に分離しておくことは不可能である。ここで議論は、次のことを意味するのとどまる。法のいずれの部分についてであれ、将来何が行なわれるべきである

のかについての判断は、法その部分が、現在何を行っているのかについて可能な限り客観的に認識する作業を伴わなくとも、学究的に行うことができる。現実主義者は、事実の調査の間に、Ought の視角が介在してくると、何が現に行なわれているのかの観察を困難にすると信じている。Ought の側からみると、このことは、armchair speculations にかえて、informed evaluations を行うことを意味する。Is の調査の側から、右の分離がもたらす意義を完全に理解するのは、法現実主義者の行った商法と商取引の実務における客観的記述への貢献をフォローしたときのみ可能となる。彼等は、既存の経済秩序上、一般にうけ入れられている基盤の多くを拒否する社会哲学に拠っている。……

(5) 伝統的な法的ルールと概念とが、裁判所又は民衆が現に行っていることを記述しているとみなされている限度で、これらに対する不信を有すること。むしろ、ルールとは『裁判所が将来何をするのかについての一般的予測』であると強調する。……

(6) 伝統的ルール（その記述的側面）と併行して、伝統的な規範的ルールの定式が、裁判所の判断を形成する上で、主に機能する要素であるとの理論に対する不信。このことは、司法判断研究について、理屈付け理論をさしあたり採用することを伴う。……

(7) ケースと法的諸情況を過去の実務にみられた以上に細かな範疇に分類することに意義があると確信していること。これはまた、言語的に簡単なルールに対する不信とも結びついている。この種のルールは、類似性のない、また、単純ではない事実状況を網羅することが多い。……

- (8) 法をその効果との関連で評価することの強調。また、かかる法の効果を認識することの価値の強調。
- (9) 以上の視点に沿って、法の諸問題に対して、継続的、首尾一貫した攻撃をすることの強調⁽¹⁾。

(一) Llewellyn Some Realism About Realism—Responding to Dean Pound, 44 HARV. L. REV. 1222, 1236-1238 (1931).

四 このような設計図に従って、法現実主義者は、伝統的な「法形式主義」法学の解体を試みたのである。この作業は、次のように多方面にわたっている。

第一に、司法判断が客観的に確定しているルールに従う、論理一貫性のあるものであるという一般的な理解を批判した⁽¹⁾。特に、スタージスとクラークは、伝統的な抵当権理論で用いられている概念が、事物の「記述」ではなく、裁判官の「情緒的」表現であり、判断の合理化のために利用されているのにすぎないことを明らかにした⁽²⁾。

第二に、行動主義、フロイド心理学を利用して、法現象の科学的な実態分析が試みられた。裁判官の判断過程の非合理性を暴露する作業が行なわれる一方、社会実態調査にもこうした手法が応用された。ムーアによる交通標識に対する反応の研究、オリファントによる契約の客観説乃至期待説の論拠を説明するため、判決とは、裁判官による事実への反応として分析する研究等がなされた⁽⁴⁾。更に、一九二九年、三〇年にかけて、イエール大学に設置された Institute of Human Relations、商務省、ニュージャージー州地区連邦地方裁判官のクラーク等による破産原因の研究⁽⁵⁾、ムーアによる数次にわたる銀行の小切手・手形実務と判例理論の乖離の研究⁽⁶⁾などが有名である⁽⁷⁾。

第三に、教育改革が目指された⁽⁸⁾。これには二つの方向がある。ひとつは、従来のケースメソッド方法⁽⁹⁾を前提にし

つつ、その目的を、判例から抽出されるルールには、確定的な論理一貫性のないことを示すことに向けたのである。イエール大学のコーピンは、後に、自己の法学教育における「法」の認識について、次のように語っている。

『法』の進化・発展は、新しい環境と条件に対する不断の調整プロセスである。長くおわりなき人間の歴史における数百万の事件について数千人の裁判官の行う調整である。この調整のプロセスは、変化のない、『絶対的な』統一性に至ることはない。変動と多様化は、プロセスの必然的表現形態である。このプロセスにおいては、全裁判官が、そのささやかな創造的役割を演じている。夫々の判決上、裁判官は、多様なルール、ルールと考えられるものの多様な言語の配列、同一の言語の多様な意味の中から『選択』をしなければならない⁽¹⁰⁾。』

また、一九四〇年代にイエールで学んだギルモアは、特に、スタージスから学んだものについて、こう述べている。「スタージスは、ごまかしの一般化、一般にうけ入れられている原理、権威ある命題に対して常に警戒することを我々に教えたのである。彼は、自己自身以外の判断を除いては、他人の判断を信用しないこと、しかも、自己の判断についても極端に確信してはならないことを教えたのである。彼は、我々に、いかにして自分自身の英知で生きるかを教えたのである」⁽¹¹⁾。

ただ、全体としては、法形式主義的伝統法学の批判に力点がおかれ、これにかわる新しい分析を提示することに、ほとんど関心がもたれなかったのである⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

教育改革のふたつ目の方向は、先述の社会調査による研究方法の発展に伴い、学際的教育が進められたことであり、専門的法律家以外のメンバーをファカルティーに迎えたことである。こうした動きは、一九二〇年代、三〇年

代に特にさかんであった。コロンビアでは、歴史学のグーベル (J. Goebel)、経済学者のハイル (R. L. Hale)、イェールでは、経済学者のハミルトン (W. Hamilton)、金融担当の弁護士のリャンクス (C. Shanks) が加わり、政治学のラスキヤ (H. Laski) が非常勤として参加してゐた。また、学部長のハンチンス (R. M. Hutchins) がシカゴ大学総長として去る前に設立した先述の Institute of Human Relations には、刑事学のヒュッシュマン (G. Dession) が加わった。⁽¹⁴⁾

第四に、右の点と関連して、新しい型のケース・ブック、つまり、判例のみに限定したものであるから、これ以外の諸資料を豊富に入れたものが、出版されたことである。所謂 “pure” casebook 型から “Cases and Materials” 型へと移行しはじめたのである。⁽¹⁵⁾ 但し、ルウェリンが売買法のケースブックの序文で述べた、「私は、真実の光を輝やかせることは、教師の義務ではないと考えている」という言葉が端的に物語るやうに、裁判官の行動予測のための資料の提供が目的とされ、一定のルールなり原理の抽出は顧みられなかつたのである。⁽¹⁶⁾

- (一) 好個の例として、Frank, Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thought, 17 CORNELL L. Q. 568 (1931).
- (二) Sturges / Clark, Legal Theory and Real Property Mortgages, 37 YALE L. J. 691, 714-15 (1928).
- (三) J. FRANK, LAW AND THE MODERN MIND (1930).
- (四) See, E. W. PATTERSON, JURISPRUDENCE: MEN AND IDEAS OF THE LAW, at 549-550 (1953).
- (五) Clark / Douglas / Thomas, The Business Failures Project—A Problem in Methodology, 39 YALE L. J. 1013 (1930).

(6) Shlegal, *The Singular Case of Underhill Moore*, 29 *Buff. L. Rev.* 195, 244 ff. (1980).

(7) 但し、オリヴァントの研究には、錯誤の効果については、当事者の内心的動機の探求が必要になり、客観的行動の観察による法効果の予測という手法では限界がでてきた。See, E. W. PATTERSON, *op. cit.*, at 549. また、ダグラス等の破産原因の調査は、立法改革の資料収集を目的として行なわれたが、方法論の公表があつたものの、実態調査の成果は未公表にとどまつた。モーアの調査も、結局、社会学者から方法上疑問があるとの指摘をうけるなど、実態分析に基づく具体的提言を行つてはほとんど随つちのどであつた。See, Shlegal, *op. cit.*, 29 *Buff. L. Rev.*, at 249, 257.

法現実主義の実態分析の方法については、既に一方では、統計学的手法に頼りなむるものへの批判があつた。See, Nussbaum, *Fact Research in Law*, 40 *Col. L. Rev.* 185, 204-205, 215 (1940). また、他方は、行動主義による司法プロセスに関する「事実」の把握は、事実認識のひびくの方法を選択したのでなく、身体的動静としての裁判官の行動に着目したたよきならぬと批判されてゐる。「道徳的態度」「法の支配の事実的側面」を見過つてしまふのである。See, Hall, *Integrative Jurisprudence*, in, P. SAYRE, ed., *INTERPRETATIONS OF MODERN LEGAL PHILOSOPHY*, 313, 317 (1947).

(8) 時期により若干の異動があるが、主な担手は、ロンドン大学ロースターニヒ、H. Oliphant, K. L. Llewellyn, T. R. Powell, H. Yntema, U. Moore, W. Cook, W. O. Douglas, F. W. Patterson 等である。イートン大学ロースターニヒは、W. Sturgis, H. Shulman, U. Moore, A. L. Corbin, E. Borchard, C. Clark, E. G. Lorenzen, W. R. Vance, T. Arnold, W. O. Douglas 等である。See, Llewellyn, *Some Realism About Realism—Responding to Dean Pound*, 44 *HARV. L. REV.* 1222, 1257-1259, Appendix I (1931); W. O. DOUGLAS, *GO EAST, YOUNG MAN*, at 159-175 (1974).

(9) アメリカのロースクール中心の法学教育が確立して行くには、二つの契機がある。ひとつは、一九世紀末にかけて、フロンテッシュョナルとしてのロー・プロフェッサーをフアカルティとして確立して行く過程である。ラングギルの後に、

憲法と「法と道徳」論——ゲッナーキンの研究(一) 渡辺

(四〇三) 一四四

ハーバード大学ロースクールの学部長になったエイメス (James Barr Ames) が実務経験のないスタッフの最初である。See, D. WIGDOR, ROSCOE POUND: PHILOSOPHER OF LAW, at 37 (1974). トマカルティー確立の意義については、see, J. B. AMES, The Vocation of the Law Professor, in: LECTURES ON LEGAL HISTORY, 354 ff., (delivered 1901, Pub. 1913).

第二の契機は、ケースメソッド方式による教育方法の改革である。これは、従来の技術的法学教育にかわり、理論と大系の研究に基づいた教育を意味する。もちろん、これが可能になったのは、右に述べたように、裁判官、弁護士がパート・タイムで教育を行うのではなく、フル・タイムの専門職としてのロー・プロフェッサーが確立したからである。一八七〇年にハーバード大学ロースクールの学部長になったラングデルが、従来の抽象的、一般的な法的ルールや原理を一方的に伝授する lecture 方式にかえて、判決文自身を学生に読ませて、問答式により講義を行う Socratic 方式を採用したことは有名である。この点については、一八八九年に入学したロスコー・ハウンドの経験が興味深い。See, D. WIGDOR, op. cit., at 31-47. なお、一八九七年にイェール大学ロースクールに入学したコーピンは、まだブラックストーンをテキストとする講義を開講している。See, Corbin, Sixty—Eight Years at Law, 13 KANSAS L. REV. 183, 184-185 (1964). ケースメソッド導入初期については、see, O. W. HOLMES, The Use of Law School (delivered 1886), in: COLLECTED LEGAL PAPERS, at 42-48 (1920). ケースメソッドの意義については、ラングデル法学の継承者の側面ももつトレイの次の小稿がおもしろい。See, Gray, Methods of Legal Education, 1 YALE L. J. 159 (1892).

但し、ラングデル自身の教授法については、いくつか限界があった。第二に、一定の原理又はルールの淵源を求めて、古くイギリス・ロビン・ロー上の判例を教材として、一種の歴史主義をとった点。See, S. WILLISTON, A LIFE IN LAW, at 198-201 (1941). 第二に、判例から抽出した原理、ルールは絶対視され、固定化され、次に、この原理とルールを基準に判例を評価する概念法学をもたらした点。ラングデルの概念法学については、see, Langdell, The Northern Securities Case and the Sherman Anti-Trust Act, 16 HARV. L. REV. 539 (1903). 以上ラングデル方式の批判として、

see, Hutchins, *Legal Education*, 4 CHI. L. REV. 357-359, 361 (1937). 第三に、後には(眼の病気のせいもあり)、授業は主として lecture 方式になつた。See, S. WILLISTON, op. cit., at 205.

むしろ、ケースメソッドの確立は、ラングデルの後に学部長となつたエイメスが担つたといえる。彼の徹底した Socratic 方式が、ケースメソッドを確固たるものとし、やがて、一八九〇年から一九二〇年にかけて、全米ロースクールにこの方法が普及して行くのである。ハウンドも、エイメスによるケースメソッドの授業をうけている。See, D. WIGDOR, op. cit., at 36-39. ケースメソッドの普及については、Gilmore, *For Wesley Sturges: On the Teaching and Study of law*, 72 YALE L. J. 646, 638-649 (1963). 一例として、コロンビア大学ロースクールに一九二一年にスタッフとして加わつた。R. R. B. Powell が、Socratic 方式で成功した点については、see, J. GOEBEL, ed., *A HISTORY OF THE COLUMBIA UNIVERSITY SCHOOL OF LAW*, at 267-269 (1955).

しかし、エイメスの法学教育の方針は、ケースメソッドによる“Pure” law のみの教育に限定する点に、限界があつた。法学教育は、判例法に限り、従つて、スタッフも lawyer たるスタッフに限つていた。この点で、一九〇二年にシカゴ大学総長のハーバー(W. R. Harper)が、ロースクール設置のため、学部長担当者をハーバード大学ロースクールから派遣するよう依頼したところ、エイメスが、ケースメソッド方式をとるスタッフの確立、政治学、社会学のスタッフは、ロースクールに採用しないことを条件として、ビール(Beale)を送つたエピソードがあげらる。See, Comment, 29 U. CHI. L. REV. 755, 763-770 (1962).

ともあれ、この時期までのケースメソッド方式は、同時に、「法形式主義」的教育方法でもあつたのであり、それ故、法現実主義者の批判の対象ともなつたのである。

(9) Corbin, op. cit., 13 KANSAS L. REV., at 190.

(11) Gilmore, *For Wesley Sturges: On the Teaching and Study of Law*, 72 YALE L. J. 641, 654 (1963).

(12) Gilmore, op. cit., at 649-650.

(13) 但し、ウィリヤムソンは、法現実主義に関するルウェリンのテーゼを基本的に承認し、自らも法現実主義に立つと表明する一方で、法学教育については、ラングデル・エイメスのケースメントが妥当であるとしている。理由は、「若いとき」に、法原理から論理的に論証する能力を身につけなかった弁護士が、後にこれをえることはほとんどありえない」のに対し、法現実主義のいう裁判官の行動予測は、実務的体験の中で自ら身につくとしている。S. WILLISTON, A LIFE IN LAW, 212, 214 (1941).

(14) 以下に引くが、see, E. W. PATTERSON, JURISPRUDENCE: MEN AND IDEAS OF THE LAW, 554-555 (1953); W. O. DOUGLAS, GO EAST, YOUNG MAN, 159-163, 166-170 (1974); S. WALKER, POPULAR JUSTICE: A HISTORY OF AMERICAN CRIMINAL JUSTICE, at 127 ff. (1980).

(15) Ehrenzweig, The American Case Book: "Cases and Materials", 32 GEORGETOWN L. J. 224, 230, 233 (1944).

(16) K. N. LLEWELLYN, CASES AND MATERIALS ON SALES, Introduction, XVII (1930).

五 しかし、司法判断におけるルール、原理、論理、並びに「道徳」的価値の拘束性に懐疑的であり、法を裁判官の行動予測としかみない立場は、“might makes right”⁽¹⁾ 法学、あるいは、司法専制主義との批判をうけ、さらにドイツにおける全体主義の台頭の前に、反民主主義的とのレッテルをはられて、一九四〇年頃までには、ほぼ沈黙してしまっているのである。このため、法現実主義独自の法規範論、法解釈論そして経験科学による実態調査をふまえた後の「法と道徳」の再度の結合等、解体を踏まえた再建のための展望を用意できないまま、運動としては終息してしまつたのである。一般には、以降のアメリカ法学は、ポスト・リアリズムとして、つまり、法現実主義による解

体作業の後の再建として進展していくとけとめられている。⁽³⁾

だが、我々は、ポスト・リアリズム法学が一定の成果を収めたのは、既に、パウンドの社会学的法学が、再建のための見取図を用意していたからではないかと考えている。パウンドの課題は、「法の科学は、現実記述の在庫目録以上のものでなければならぬ。……法的秩序の現実が観察・記録された後に、それをどうするかが問題として残っている」という点にあったのである。⁽⁴⁾ 社会学的法学の設計図と法現実主義の設計図とは、概念法学批判、社会現象の科学的研究に基づく経験的資料の利用、社会工学としての法の位置付け等の点は共通している。⁽⁵⁾ (パウンドの理論は、ルウェリンの設計図のうち、(1)(2)(3)(8)の項目は否定しないと考えられる)。両者が、対立するのは、主として、法的ルールの価値、法と道徳的価値の位置についてである。しかし、ルウェリンがパウンドに対し、「すぎゆく時代の伝統的な規範中心思考にとらわれている」、「『一個の社会』、『社会的』目的の発見をかなり安易に前提にしている」と批判するのは、⁽⁷⁾ 主として解体を目的とするのか、主として解体後の建設を目的とするのか、という課題設定の差異を反映したものといえる。ストーンも、法現実主義、社会学的法学の「唯一の差異は、アプローチの差である」と指摘している。⁽⁸⁾ ギルモアの表現を借りると、法現実主義とは、「破壊者 (destroyer)」であったのであり、これと対比すれば、我々は、社会学的法学は「建設者 (builder)」であると考えている。⁽⁹⁾ 従って、ポスト・リアリズムとは、パーセルの指摘するように、法理論と経験科学的分析との結合という社会学的法学の求めた方向の実現としても理解されなければならないのである。⁽¹⁰⁾ ルウェリン自身も、後に、パウンド理論が、「我が国における法思想を、結果志向、因果志向、プロセス志向へと変えた」意義を認めているのである。⁽¹¹⁾ 現

代アメリカ法學の「社会的法學」のロジック……及びその法學の「社会的」な側面
の考察⁽²⁾

- (一) Lucey, Natural Law and American Legal Realism: Their Respective Contributions to A Theory of Law in A Democratic Society, 30 GEORGETOWN L. J. 493, 512 (1942).
- (二) Purcell, American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the Crisis of Democratic Theory, in: L. M. FRIEDMAN/H. N. SCHEIBER, ed, AMERICAN LAW AND THE CONSTITUTIONAL ORDER: HISTORICAL PERSPECTIVES, 359 (1978).
- (三) Glimore, Legal Realism: Its Cause and Cure, 70 YALE L. J. 1037(1961); Woodard, The Limits of Legal Realism: An Historical Perspective, 54 VA. L. REV. 680 (1978).
タリト・カニ・ローカニ・クタル・ヤクシの「歴史的考察」の「歴史的」な側面と「社会的」な側面
の考察、1980 WISCONSIN L. REV. 1383. 本稿「歴史的」な側面と「社会的」な側面の考察、タリト・カニ・ローカニ・クタル・ヤクシの「歴史的」な側面と「社会的」な側面の考察、Henry James, Lee Marvin and the Law, New York, Book Review, Feb. 16, 1986, p1434以下。
- (四) Pound, The Call for a Realist Jurisprudence, 44 HARV. L. REV. 697 (1931).
- (五) Llewellyn, A Realistic Jurisprudence —The Next Step, 30 COL. L. REV. 431, 464 (1930).
- (六) White, From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America, 58 VA. L. REV. 999, 1020—1021 (1972).
- (七) Llewellyn, op. cit., 30 COL. L. REV., at 434, 461.
- (八) Stone, A Critique of Pound's Theory of Justice, 20 IOWA L. REV. 531,532 (1935).

(9) Gilmore, op. cit., 72 YALE L. J., at 651.

(10) Purcell, op. cit., at 373-374.

(11) Llewellyn, Book Review: R. POUND, JURISPRUDENCE, 28 U. CHI. L. REV. 174, 179 (1960).

(12) Stone, Book Review: R. POUND, JURISPRUDENCE, 75 HARV. L. REV. 1240 (1962). See also, Stone, The Golden Age of Pound, 4 SYDNEY L. REV. 1 (1962). *「Law in books and law in action, the limits of effective legal action, spurious interpretation, mechanical jurisprudence など」は「一九二〇年代」「三〇年代の将来展望的な思想の基礎となり、我々がその後形成した仕事にとって常識となっている道具の半分を提供している」としている。*
Llewellyn, op. cit., 28 U. CHI. L. REV., at 175.

六　そこで、バウンド個人又は社会学的法学のもたらした諸改革のいくつかについて、ふれてみたいと考える。ただ、個別問題の前提として、バウンド理論の意義については、その保守性と革新性の評価が相対立していることに注意しておきたい。バウンド理論は、一九〇〇年代の革新主義と一九三〇年代以降のニューディールの時代というアメリカの政治的、社会的変革の二つの運動と同時期に展開されたものである。これらの改革運動とバウンド理論の関わりについては、まず、第一に社会学的法学が革新主義を、法現実主義がニューディールを支持する理論的基礎となったと対比させる立場⁽¹⁾、乃至、ニューディールとの関わりはふれることなく、革新主義を支持する理論であった点に着目する立場⁽²⁾がある。そこで、まず、革新主義との関わりについてみておこう。

ホワイトは、革新主義について、次のように総括している。

「革新主義の諸要素のひとつとして、社会的変革は、道徳的諸価値につき同意を得て、再確認していくことによ

り、自ら継続性と安定性を助長することができるという確信がある。この意味で、革新主義は、絶対主義と相對主義の両者を併わせもつのである。社会は不断の變革の過程にあるが、正直、勤勉、節制など一定の行動類型は普遍的なものである。別言すると、革新主義によれば、効率的社會計畫は、諸原理を条件の變化に適合させる必要を認めているが、にも拘わらず、原理の形成から更に歩を進めて理想的社會目的の実現をも試みることを考えているのである⁽³⁾。

こうした革新主義の特徴は、冒頭一、二で示した社會學的法学と近いものであることは、容易に読みとれる。社會的變化の必然性の認識、専門家による經驗的現象の分析をふまえた社會計畫の樹立、統治機構が變化に対応していく能力への信頼（後述の裁判官信頼論もそのあらわれである）、社會的變化を敏感に法的に反映させるための「利益」論の展開、變化にも拘わらず、「法的公理」論による「理想」と傳統的価値の維持（利益論、法的公理論については、後述）という社會學的法学のプログラムは、正に、「革新主義の法理学」であったのである⁽⁴⁾。

パウンド自身も、一九一〇、一四、二〇年と各地の弁護士会での講演で、「司法悲觀主義」を排し、「人間の努力の有効性・効率性に対する確信と、司法の運用は、意識的で知的な働きかけにより改良することができるという確信⁽⁵⁾」を主張し続けたのである。なによりも、一九〇六年八月二十九日、アメリカ弁護士会（A. B. A.）で行った有名な講演『The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice』は、弁護士会のみならず、司法關係に広く大きな衝撃を与え、ウィグモアの言葉を借りると、この講演内容が、「革新主義を志す全ての弁護士、裁判官の教義問答集」となったのである⁽⁶⁾。

しかし、一九二〇年代に入ると、社会世相が変化してくる。第一次世界大戦は、革新主義の前提にあった、人間の運命に対する楽観主義と快活さを奪い、古典的な道徳も消滅させていったのである。則ち、離婚率の増大、男女の社会的役割の分担についての伝統の崩壊、戦争による社会的不安定性、シニズム、徳に対する偽善が社会に満ち、やがて、一九二九年に大恐慌が発生するや、「アメリカ文化」の前提たる「繁栄」への確信と、「全能」の資本主義への確信がくずれるのである。⁽⁷⁾

以上のような背景の中で、法現実主義は、概念と論理にかわる経験と実験の重視、司法行動の実態の暴露による改革の着手、既存の伝統的価値と法的価値の分離による「現実」への対処を可能にした点で、一九三〇年代末に登場するニュー・ディール政策と思想的共通性があったのである。⁽⁸⁾⁽⁹⁾ 現に、「フランク、オリファント、クラーク、アーノルド、ダグラス、F・コーヘンは、みな熱心なニューディール主義者であった」のである。⁽¹⁰⁾

だが、法現実主義とニュー・ディールとは、革新主義の前提とした古典的アメリカ的価値——個人の自発性の尊重、個人の節制への報酬、道徳的価値への確信、政治的リーダーへの権力集中の拒否——を破壊したのである。⁽¹¹⁾ パウンドと社会学的法学が、ニュー・ディール政策に拒絶反応を示したと評価されるのはこのためである。パウンドは、一九三〇年代には、ニュー・ディールの実験主義への懐疑、方向性なき功利主義、急進的な経済政策への懐疑を強め、「行政絶対主義」とこれを支えるものとしての法現実主義の批判を展開していくのである。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

(1) White, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*, 58 *Va.L. Rev.* 999(1972).

idem, *Administrative Law and the Courts*, 24 BOSTON U. L. REV. 201, 201-204, 222 (1944).

(3) 全体を *see*, D. WIGDOR, ROSCOE POUND: PHILOSOPHER OF LAW, at 265-268, 271-273 (1974).

七 他方、パウンド理論及びパウンド個人に対して、最近、新しい見方が示されている。ヴィグドローは、パウンド理論の伝統主義に着目しつつ、革新主義、ニュー・ディールとの関係についても、否定的に評価している。則ち、「パウンドは、広範囲の改革のプログラムに賛成署名することは意図していなかった。他の者は、社会学的法学を社会再建の正当化理論として利用したが、パウンドの意思は、もっと限定されたものであった。例えば、パウンドの社会学の性質上、改革の道具としての法の範囲を制限していたのである。パウンドが、法は生活のリズムに対応するものでなければならないと求めるとき、彼は、調和のとれた、方向性のある生活を念頭においていたのであり、秩序なき利那的な生活ではない。社会学的法学は、議論のための新しいルールを設定したが、この新しいルールは、ラディカルな結論を保障するものではなかったのである」⁽¹⁾。

「パウンドは、『社会工学』ということを頻繁に語っている。この表現は、革新主義との均質性を示すものともいえる。しかし、社会工学は、誤解を招く表現であったといえる。パウンドにとって、社会工学とは、功利主義的改革の規範化ではなく、中立的な過程の記述にとどまるのである。法は、社会的目的に従って形成されるといっているにとどまる。特定の目的やこれを達成する特定の手段を規定するものではない。一九世紀では、『社会工学の理想は、個人の自己主張の最大化』であった。しかし、理想が変化しても、法はなお、社会的目的の視点により形成されている。パウンドが、法史における変わらぬテーマとして法律家の認識を求めたのは、この事実である。

革新主義的改革の示唆は、なんら意図されていなかった。パウンドは、改革主義政治論にはほとんど共鳴していなかった⁽²⁾⁽³⁾のである」。

我々も、パウンド理論が、後述の「法的公理」論として集約される法の「理想」追求の方向と、利益論に示されるよりプラクティカルなバランス論への方向とには、矛盾的契機が含まれていることを認識している。則ち、パウンドは、一方で、「ルールが法的秩序の骨格・筋肉であるとすれば、法技術はその血液であり、理想はその頭脳である」という認識を常に主張し続けているのである。「法を理想に合致させよう」とする「司法理想主義(Judicial idealism)」の復活は、一九二二年当時のパウンドにとっては、やはり評価すべきことだったのである。パウンドは、一方で、普遍絶対的な validity の追求には警戒しつつも、「司法理想主義者は、その時代の理想を追求し、それを指針として構築することに満足を感じる。コーラーのいう時代の文化の法的公理の追求に満足を感じているのである」とし、法学の任務を法の理想の追求にと焦点をあてようとしていたのである⁽⁴⁾。

だが、反面で、ラートブルフがパウンド法学には、ドイツ法哲学にいう認識論と最高善の定義が欠けていると批判されたことに対する答えとして、次のような消極的姿勢を見せていたのである。則ち、

「法とは、実践的な事柄であり、法律家は法的決定のための權威的な指針の集合に含まれている理想的要素をうまく描き出し、またその要素の哲学的批判をすることで充分満足するのである。法理学は、今までも解決不能であったことの最終的解決をまてない。法学者が無数の哲学的視点に立ち、また、最近のいずれの心理学の立場に立つても、なお合意できる作用可能な価値尺度を得ることが必要不可欠なのである。それ以上のものは、法学にとって

は奢侈であつて、英米法律家の注意の向かないところである」。

かかる矛盾は、別言すると、後述のように(②二参照)、パウンドの継受した新ヘーゲルの要素と、イェーリング・新カント的要素との矛盾ともいえるかもしれない。そこにはまた、上述の一九二〇年代以後のアメリカ社会の「幻滅」の時代を背景にしたパウンドの法学の限界の認識を読みとれるのかもしれない。パウンドは、一九四二年に、次のように、述べている。

「現代は、理性と理性により獲得できる知識の可能性とへの信頼がベーコンの時代から前世紀の終わりにかけて支配してきた後の時代なのである。我々は別の幻滅の時代に生きている。今日の社会哲学は、全てをあきらめていゝる。相対主義によれば、我々の知ることのできるものは、我々の個人的な観察と経験により創られた個人的精神的な産物にとどまるとする。what ought to be についての我々の観念は、各個人の思想大系においてのみ有効であり、他人に対しては証明することはできない。法と道徳、政治的に組織された社会の社会統制と正義との間には、調和不可能な矛盾が存在している。what ought to be とは、信仰心、迷信、非科学的、主観的な構想であり、現実とは関わりのないものとされている。good か bad かの判断、praise と blame の帰属は、非科学的とされている。我々は、究極的な政治権力を前提とし、全てがこれから由来すると考えている。憲法的制約とは、論理矛盾にすぎない。純粹科学は、権力均衡、自由と権利の保障についての主観的理念にわずらわされることをしない。権利とは、政治的に組織された社会の権力を国家の官吏が行使することから演繹されるものにすぎない。法とは、かかる官僚の實行することに他ならない」。

更にまた、ヴィグドローの指摘するように、ハウンドの政治的保守性は、結局、一九二〇年代、三〇年代にかけて、ハーバード大学ロースクールの学部長職にありながら、イェール、コロンビア、ジョンズ・ホプキンス等でみられたような学部改革・教育改革をほとんど行なわなかったことにも読みとれるのである。⁽⁸⁾この時代のハーバード・ロースクールは、法現実主義者からは、伝統的ケースメソッド法学の牙城と目されていたのである。⁽⁹⁾

こうして、ハウンド理論には、「理想」論なき裸の利益衡量論へ至る傾向、政治的保守性、幻滅の法学へ至る要因も含まれていることを、我々も否定しきれないのである。

(1) D. WIGDOR, ROSCOE ROUND: PHILOSOPHER OF LAW, at 208 (1974).

(2) D. WIGDOR, op. cit., at 230.

(3) ビューテルも、既に、一九三四年に、ハウンドが、法規範の構造に伝統的技術的要素を含める点で(規範の構造については、後述④参照)、過去の先例の拘束性を強く肯定することになり、改革への展望が乏しいこと、ハウンドの「理想」とは現実肯定に乏しいことを指摘している。See, Beutel, Some Implications of Experimental Jurisprudence, 48 HARV. L. REV. 169, 187, 189 (1934).

(4) Pound, Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law, 7 TULANE L. REV. 475, 486 (1933).
See, also, Pound, The Ideal Element in American Judicial Decision, 45 HARV. L. REV. 136 (1931).

(5) R. POUND, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW, 81-82, 84 (1921).

(6) Pound, Fifty Years of Jurisprudence, 51 HARV. L. REV. 444, 459-460 (1938).

(7) R. POUND, SOCIAL CONTROL THROUGH LAW, 38-39 (1942).

(8) D. WIGDOR, at 223-224, 251-252.

(9) See, Arnold, Wesley A. Sturges, 72 JALE L. J. 640 (1963); Gilmore, For Wesley Sturges: On the Teaching and Study of Law, 72 YALE L. J. 646, 650 (1963); W. O. DOUGLAS, GO EAST, YOUNG MAN, at 166 (1974).

しかし、他面で、ハウンドの個人的イニシアティブにより、又は、社会学的法学理論自体により、様々な建設の礎石が築かれたことも事実である。

第一に、民事訴訟の面では、先述の一九〇六年の講演を契機に、A・B・Aは、訴訟改革、訴訟遅延対策の法案策定のため、Committee to Suggest Remedies and Formulate Proposed Laws to Present Delay and Unnecessary Cost of Litigation を設置した。これには、ハウンドはもとより、ウィグモア、ビール、マイケル等著名教授が委員として参画し、一九一〇年には改革の大綱がつくられ、その後、一九二五年から二九年にかけて継続委員会である The Standing Committee on Jurisprudence and Law Reform が活動を続けた。ハウンドがこの間、各地の弁護士会で改革のための講演に回っていたことは、先にもふれた。一九三四年に連邦議会は、連邦最高裁に民事訴訟規則制定権を授与し、一九四一年までに一五州が同種権限を州最高裁に与えている。一九三八年制定の連邦民事訴訟規則は、forms of action の廃止、訴えの提起方法の簡素化、上訴の簡略化、事件併合規定の緩和、harmless error の規定化などを定め、ほぼ前記委員会の提案を吸収したのである。また、この前後から、ロースクールには、民事訴訟の講座が設けられるようになった。⁽¹⁾

第二に、刑事法の領域では、一九二〇年にクリーブランドの市民組織に協力して、刑事司法全体の実態調査、問題点の歴史的的位置付けを踏まえた、総合的な改革提案を行ったことは有名である。⁽²⁾ この研究は、刑事司法全過程の

分析を行うはじめての近代的方法であつて、その手法は、一九二九年に設置された所謂ウィッカーシャム委員会に継受されている(パウンドも委員として参加している)⁽³⁾。さらに、この手法は、戦後、ジョンソン大統領の活用するところとなつて、ケネディー大統領暗殺事件後に設置された National Commission on the Causes and Prevention of Violence⁽⁴⁾、President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice (一九六五年設置)⁽⁵⁾、Commission on Civil Disorders (一九六七年設置)⁽⁶⁾等がそれぞれ刑事司法改革のためのすぐれたレポートを提出している。その他、パウンドは、プロベーションの充実、公設弁護士制度の設置等にも活躍してゐる⁽⁷⁾。

第三に、ロースクールの教育改革全般はともかくとして、刑法教育の必要を説き⁽⁸⁾、ハーバード大学でも、グルーエック (S. Glueck) を刑事学担当としてスタッフに迎えた他、一九二六年に Harvard Crime Survey を組織し、一九二九年には Institute of Criminal Law を設置するなどの積極的施策を行った⁽⁹⁾。

第四に、社会学的法学の改革志向は、各方面に影響を与えている⁽¹⁰⁾。例えば、パウンドは、一九〇七年に、ウィグモアの招請をうけて、それまで務めていたネブラスカ大学のロー・スクールの学部長を辞して、ノースウェスタン大学ロー・スクールに加わるが、一九〇九年に、刑事法学研究のための全国組織として、National Conference on Criminal Law and Criminology を開催し、この組織が母体となつて The American Institute of Criminal Law and Criminology が組織され、同機関が一九一〇年から Journal of Criminal Law and Criminology を発刊しはじめ、現在に至るまで刑事法分野の有力なオピニオン誌となつている(現在は、Journal of Criminal

また、シカゴ大学総長ハチソンのロー・スクールのカリキュラムのあり方に関する考え方は、パウンド理論の影響が色濃い。則ち、彼は、「法とは……所与の時間と場所における社会的経済的人間関係に関する正義の原理の政治的決定の集合である」とし、その正義とは、社会の「共通善」であるとす。 「個々の人間は、孤立しておかれたとき、不完全で不安定な地位にあるのが自然である。それ故、社会が自然の事理として存在している。共通善とは社会生活から抽出される善である。社会組織の善である。平和、秩序、経済的財の配分でありたっているものである」。かかる法の目指すべき「正義」には、全ての人間と社会に普遍的な側面と、時代と場所により変化する側面とがあり、前者は人と社会の普遍的性質が規定し、後者は夫々の社会の arrangement が規定するとの認識に立ち、法学教育も、人間の性質に関する心理学、社会経済環境に関する経済学と社会学、個人の幸福と善に関する倫理学、政治的コミュニティーの幸福と善に関する政治学との結合が必要になると主張したのである。⁽¹²⁾ これは、社会的法学的の法学教育論とみて差し支えない内容のものといわなくてはならない。

第五に、パウンドは、刑法の機能について、「我々はなにをにおいて、現代都市の状況の下で、一般的安全性と社会的諸制度の安全を維持しつつ、同時に、個人全員の人間生活に対する社会的利益をも維持できるように、実体的利益との「賢明な妥協」を実現すること、⁽¹³⁾ 「最大の利益の保障のためにかかる利益主張の調整をすること」が、刑法の「機能的存在」としての役割であり、これが刑法の有する「文化の維持と発展の任務」であるとしていた。⁽¹⁴⁾

こうした認識を受け継いで、マイケル、ウェクスラーは、一九四〇年に新しいケースブックを出版している。彼等は、「国家の究極的目的は、構成員の福祉にあるべきで、従って法も刑罰も同一の目的に役立たなければならぬ。この目的に役に立つ限度において正しいといえる。処罰は、苦痛の賦課で構成されている以上、もたらされる結果を除外してしまふならば、正に不正なのである。故に、刑罰は、処罰される者自身又は他の人々の福祉を増進することにより、共通善に役に立つ場合にのみ、その限度で、善であり正義であるといえる」⁽¹⁵⁾ という認識に立っていたのである。要するに、パウンドと同じく、刑法もまた、「共通善を増進する目的に役に立つべきである」のであつて、それは、「社会的に好ましくない行動の抑止又は統制を行ふ権能」により実現されるとしていたのである。⁽¹⁶⁾

第六に、ポスト・リアリズム後の「政策志向型法理学」を展開したラスウェル・マクドゥーガルの当初の課題意識は、法現実主義のために未解決のままに残された「法」と「社会科学」との結合を行ふ意義を確認し、「社会学」としての法の意味を再生させることであつた。⁽¹⁸⁾ 彼等は、パウンドの「文化社会」概念に影響されつつ（後述⁽²⁾ 参照）、「我が国文化を代表する価値」を「人間相互が尊敬しあふ共同体における人間的尊厳の実現」としての「民主主義的価値」に見出し、⁽²⁰⁾ 法学と法学教育の目的を社会生活の領域における「民主主義的価値の達成」に求めたのである。⁽²¹⁾ そのために、法と社会科学の統合、「法を社会統制のより効率的な手段としていくこと」が必要であり、法学・法学教育における「機能的態度」が必要となるしたのである。⁽²²⁾

また、既に紹介したプロセス法学においても（⁽⁵⁾(3)参照）、法を「常に動き続け、機能している目的的過程」と認識している点のみならず、「法とは、人間自身の本質と環境の条件に対応しつつ、人間が創造したものである。

これを放置しておいては、より完全なものになる傾向はもっていない。……改善の程度は、人間の知性と人間の努力に依拠している」という認識⁽²³⁾を有している点は、パウンドの「人間の努力の有効性・効率性に対する確信」論(①一参照)を再生したものともいえる。更に、次の点にも着目したい。則ち、

「法の構造——つまり、法的秩序——は、組織された社会に生きる人間が行ったり又は行なわなかったりすることを包括し、また、その条件を設定するものである。法構造の主要部分は、社会的行動の研究全てにわたって考慮に入れられる必要がある。同様に、法は社会に関する科学の一面にすぎないものである以上、法律家は、常に、科学の他の分野の重要な知識を考慮に入れる必要がある」⁽²⁴⁾。

かかる認識は、後述するパウンドの「政治的に組織された社会」における「社会工学」の実現過程としての「法的秩序」論(③一参照)、並びに、既述の法の科学化論(①一参照)を反映したものと解せる。その他、法の任務を人間の要求の最大限実現にみる点や法規範の構造論にもパウンド理論の影響が色濃いのである(後述③④参照)。要するに、我々は、ポスト・リアリズムの時期の再建については、社会学的法学の設計図から見直すことのできるものが多いと評価しているのである。

(1) Scott, Pound's Influence on Civil Procedure, 78 HARV. L. REV. 1568, 1570-1572, 1574, 1574-1575 (1965).

(2) THE CLEVELAND FOUNDATION, CRIMINAL JUSTICE IN CLEVELAND (1922).

『パウンド自身の刑事司法分析』(『既述』Pound, Inherent and Acquired Difficulties in the Administration of Punitive Justice, (originally printed in 1907), in: S. Glueck, ROSCOE POUND AND CRIMINAL

- Justice, at 100ff. (1965) は、その「ロマン・ローの危機」が刑事司法に与える形で表われている。また、Pound, The Administration of Justice in the Modern City, 26 HARV. L. REV. 302 (1913) は、都市化社会での刑事司法の抱える困難を克服するため「法の社会化の要求」を実現しえるよう、裁判所を改革する必要性を主張している。Pound, The Limits of Effective Legal Action, 3 A. B. A. J. 55 (1917) は、「効率的法的作用の限界」論と刑罰権の限界を説いて、Pound, The Future of the Criminal Law, 21 COL. L. REV. 1 (1921) は、刑法の起源、刑法の「社会的利益」、刑法の機能論をトリブノン市の実態調査を基として分析したものである。以上の成果を集大成して、「上記ハネーター及び Criminal Justice in the American City—Summary」と題して有名な論文を載せたのである。R. POUND, CRIMINAL JUSTICE IN AMERICA (1930) は、以上の業績を基にしたものである。
- (3) NATIONAL COMMISSION ON LAW OBSERVANCE AND ENFORCEMENT が正式名称であり、一四卷のハネーターを提出してらるが、特に第一卷の Lawlessness in Law Enforcement は、取調における拷問等の実態を明らかにし、その後の警察改革と自白法則の展開に重大な影響を与えた。
- (4) 刑事司法改革との関連では、一九六八年の民主党国民大会での暴動に関する調査報告書 RIGHTS ON TRIAL (1968)等が有名である。
- (5) 六七年に出された主報告書 THE CHALLENGE OF CRIME IN FREE SOCIETY は、七〇年代以降の刑事司法改革の基本政策を提出したものである。
- (6) REPORT ON THE NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CIVIL DISORDERS (1968).
- (7) D. WIGDOR, op. cit., at 246.
- (8) Pound, What can Law School do for Criminal Justice ?, 12 IOWA L. REV. 105 (1927).
- (9) D. WIGDOR, op. cit., at 246.

- (9) D. WIGDOR, *op. cit.*, at 133-159.
- (11) D. WIGDOR, *op. cit.*, at 140-146. 本誌「革新主義の時代と犯罪学」の「ハンニマンの刑事司法改革」の「ハンニマン」の「*ユダ*」S. WALKER, *POPULAR JUSTICE*, at 129 ff. (1980) 本誌137。
- (12) Hutchins, *Legal Education*, 4 U. CHI. L. REV. 357, 366-367 (1937).
- (13) Pound, *Criminal Justice in the American City*—Summary, *op. cit.*, at 605.
- (14) Pound, *The Future of the Criminal Law*, 21 *ROL. L. REV.* 1, 11, 15 (1921).
- (15)(16) J. MICHAEL/H. WECHSLER, *CRIMINAL LAW AND ITS ADMINISTRATION*, at 9, 10 (1940). See, Riesman, *Law and Social Justice: A Report on Michael and Wechsler's Classbook on Criminal Law and Administration*, 50 *YALE L. J.* 636 (1941).
- (17) Moore, *Prolegomenon to the Jurisprudence of Myres McDougal and Harold Lasswell*, 54 *VA. L. REV.* 662 (1968).
- (18) Lasswell/McDougal, *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*, 52 *YALE L. J.* 203, 204-205 (1943).
- (19) *Id.*, at 244.
- (20) *Id.*, at 217.
- (21) *Id.*, at 207.
- (22) *Id.*, at 244-245.
- (23) HART/SACKS, at 198.
- (24) HART/SACKS, at 199.

九 最後に、我々は、パウンド理論評価の我々の視座を明らかにしておきたい。我々の当初の課題は、ドゥオーキンの自然法主義理論の解体にあった。だが、我々は、作業をこれにとどめるつもりはない。自然法主義をアメリカ自然法理論史とアメリカ法哲学史とのベーススペクティブの中に置きつつ評価しようとしているのは、自然法主義解体後の残った材料を再び組み立て直すための視座を得たいためである。解体から建設への設計図を作成するのが我々の目的である。とすれば、我々は、パウンド理論の否定的な面に注目しつつも、これに埋沈する必要を認めない。我々は、パウンド理論のもつ変革へのダイナミズムこそ吸収すべきであろうと考えているのである。我々は、ギルモアと共に、「れんがを用いて何物かを建設するよりも、これを投げつけるほうがはるかに容易である」と考えている。⁽¹⁾ 法学の課題は、しかし、常に建設と総合になければならないのである。我々は、かかる視点に立って、以下、パウンドの基礎理論を概観しようと考えている。⁽²⁾

(一) Gilmore, Book Review, 68 HARV. L. REV. 555, 559 (1955). 以下、R. BRAUCHER / A. E. SUTHERLAND, COMMERCIAL TRANSACTIONS (1955) の書評であるが、ホムナー・リッパズト期に出版された本書を「建設 (construction)」として評価している。

(二) パウンドの伝記及び理論の概説として、既に引用したものの他に、次のものを参照した。Reuschlein, Roscoe Pound—The Judge, 90 U. PA. L. REV. 292 (1942); Cassidy, Dean Pound: The Scope of His Life and Work, 7 N. Y. U. L. Q. R. 897 (1930). 以下は、パウンドが一九〇一年から一九〇三年まで務めていたネブラスカ州最高裁判事時代の判例を検討したものであり、伝記として、P. SAYRE, THE LIFE OF ROSCOE POUND (1948). 理論全般の解説としては、Sheldon, Poscoe Pound, in: MODERN THEORIES OF LAW, at 186 (1933); Farnum, Dean Roscoe

Pound—His Significance in American Legal Thought, 14 BOSTON U. L. R. 715 (1934); Sayre, Introduction to P. SAYRE, ed., INTERPRETATIONS OF MODERN LEGAL PHILOSOPHIES (1947); Simpson, Roscoe Pound and Interpretations of Modern Legal Philosophies, 28 N. Y. U. L. Q. R. 393 (1948).

②法の「理想」と「法的公理」

一 社会学的法学の設計図を作成する上で、法の「理想」は、重要な役割を果たしている。則ち、パウンドは、「一般に認められ、伝統的に確立している社会秩序の理想像と、その結果としてでてくる法的秩序の理想像」を「法」から除外することはできないと考えている。⁽¹⁾パウンドは、その理由を、次のように述べている。

「正義の絶対的理念は、自由な政府を建設した。これに対し、正義の懐疑的理念は、専制と歩をとりにしたのである。理想主義は、支配者又は支配集団の上に何物かをかぶせることができる。支配者は、理想によって評価をうけ、また、彼等はこれに従って支配しなければならなくなる。理想が絶対的となるならば、政治的に組織された社会 (politically organized society) の諸力は、絶対的たりえない。これに対して、懐疑主義的現実主義は、支配者又は支配集団に何物もかぶせることはできない。彼等を判断すべき尺度はない。少くとも、各個人の主観的意見以外には、何物も存しない。我々は、価値の尺度はどの二人の個人をとっても同一のものたりえないと教えられ、もし同一のものを有していても、何人も自己の尺度が他人のそれよりもよりよいものであることは証明できないとも教えられている。だが、この結果、聖ポールの言葉を借りると、人は法を有さず、各人が自らの法となっているのである。各人の実行することがそれ自体、正当化根拠となるのである。しかし、支配者の側のかかる態度こそ、

専制政治を招くのである」⁽²⁾。

それ故、パウンドは、「相対主義」を、「絶対的なものとして受けとめてはならない」と考えたのである⁽³⁾。

(1) Pound, *The Theory of Judicial Decision*, 1, 36 HARV. L. REV. 641, 657 (1923).

(2) R. POUND, *SOCIAL CONTROL THROUGH LAW*, 28-29 (1942).

(3) *Id.*, at 29.

二 パウンドは、一九世紀末の「法形式主義」を克服する新しい法学の任務を次のように規定している。「我々は、その時代と場所における文化の法的公理 (the jurial postulates of the civilization) を定式化することを求められている。これにより、法と法の適用を測定し、法が文化を促進するようにすること、過去の文化とともに受け継がれてきた法的素材を現在の文化を維持し、促進する道具 (instrument) にすることを求められている」⁽¹⁾。

この「文化」概念が、パウンドが法学において追求すべきものとする「理想」であり、「法的公理」とは、これを法的価値にとりこむ装置概念である。パウンドは、かかる理論を新ヘーゲル派のコーラーから学んだのである⁽²⁾。

パウンドは、コーラーは、ヘーゲルの「法は文化現象である」との命題から法大系を抽出しようとしているとままとめている。コーラーは、法は過去における人間の「文化」の産物であり、また、現在の「文化」に適合させようとする試みの産物であるとする。従って、「文化」と法を適合させようとする意識的努力を肯定するのである。「文化」と法の調整は、「発展的」である。法は、常に発展してやまない「文化」との調和を必要とする。則ち、「文化」に内在する「法的公理」を発見して、法はこれと一致せしめられなければならないのである⁽³⁾。つまり、普

遍的理念としての「人間の文化」の存在を認め、法は、「文化」と相対的であることを認めるのである。そして、ここにいう「文化」とは「人間の能力の最大限可能な解放に向けた、人間の能力の社会的展開」であるとされた。⁽⁴⁾

別言すると、「人間の能力を更なる完全性に向けて不断に発展させること、つまり、その時代において人間に可能な事柄の外的乃至物質的な性質と内的乃至人間の性質に対する人の支配を最大限にすること」である。⁽⁵⁾

パウンドは、こうしたコーラー理論に基づいて、法、「法的公理」、「文化」の関係を次のように総括している。「全ての時代と場所において存在する文化は、一定の法的公理を有している。これは、法のルールではなく、法的制度、法規範によって実効性あるものとされるべき善の理念である。法学者の任務は、全ての文化の法的公理ではなく、その時代と場所の文化の法的公理——その文化の前提とする善と正義の理念——を確認し、定式化し、そして、我々が受け継いできた法的素材に形を与えて、この法的公理を表現し、又は、実効性あるものとするようにつとめることである」。⁽⁶⁾

(一) R. POUND, AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW, at 56 (1922).

(一) 「パウンド学部長は、理論家、とくに法史家としては、明らかに新ヘーゲル学派である。とりわけ、観念論的要素を強調する点に、コーラーの影響が顕著である」とするコーヘンの言葉は興味深い。See, M. R. COHEN, LAW AND SOCIAL ORDER, at 329 (1933). シェル登が、コーラーの影響がもつたもの強うとする。See, Sheldon, Roscoe Pound, at 86, in: MODERN THEORIES OF LAW (1933). 一般には、コーラーの他に、イェーレンツ、シュイムズ、そして、新カント派のシュタットの影響をいふことが指摘される。See Stone, A Critique of Pound's Theory of Justice, 20 IOWA L. REV. 531 (1935); Grossman, The Legal Philosophy of Roscoe Pound, 44 YALE L. J. 605 (1935).

(これは、イェーリントン、シェイムス、ローラーの三人をあげている)。H. G. REUSCHLEIN, JURISPRUDENCE — ITS AMERICAN PROPHETS, III-126 (1951) は、モンテスキュー、ヘンリッポ、マドギュー、サンイナフ、ジューロー等々ハンナ理論の対比を述べている。いずれにせよ、ハンナが、「大陸の法律家の思想を解釈して、ロキン・ローの問題に適合せしめようとする建設的仕事」を担ったことは、確かである。See, Stone, Book Review, 47 HARV. L. REV. 722, 722 (1934). そして、我々のみる限り、大陸法とアメリカ法を架橋した上で、独自の総合法学を建設した唯一の法学者である。ハンナ自身による比較法研究の方法については、see, Pound, The Place of Comparative Law in the American Law School Curriculum, 8 TUL. L. REV. 161 (1934); idem, Comparative Law in Space and Time, 4 AMER. J. COMP. L. 70 (1955). なお、ハンナ比較法研究方法論の意義については、see, von Mehren, Roscoe Pound and Comparative Law, 78 HARV. L. REV. L. 1585 (1965).

- (e) Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, II, 25 HARV. L. REV. 140, 158 (1911).
- (4) R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY, at 143 (1923).
- (5) R. POUND, SOCIAL CONTRL THROUGH LAW, pt 16 (1942).
- (6) R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY, at 148 (1923).

三 「法的公理」とは、「文化的社会 (civilized society)」を支える法が、当然の前提としなければならない条件である。⁽¹⁾ハンナは、かかる「法的公理」として、さしあたり、所有・占有に関するもの、債権・債務、不法行為に関するものを、次のようにまとめている。⁽²⁾

「(1) 文化的社会において、人は、他人が自己に対して故意に侵害行為を行なわないと前提することができなければならない。」

(2) 文化的社会においては、人は、自ら発見し自己の用の為に利用しているもの、自己の労働により創造したもの、現存の社会的経済的秩序のもとで取得したものを、利益を得る目的で支配することができると前提できなければならぬ。

(3) 文化的社会において、人は、社会関係一般において、関わりあう他人は、善意で行動をするもの、従って、

(a) 約束や行為がうむ合理的期待を善意で有すること、

(b) コミュニティーの道徳的感情が認める期待に従って、各人の約束を履行すること、

(c) 錯誤により受領した場合、又は、予期せぬ事情乃至完全に意図しない事情のため、当該事情のもとでは受領することを合理的に予期しえないものを他人の犠牲で受領した場合、当該のもの又はこれと等しいものを返還すること、

を前提しえねばならない。

(4) 文化的社会では、他人が積極的に行為する場合、合理的に期待されうる結果に関して、適切な注意を払って行動するものであると前提しえなければならぬ。

(5) 文化的社会では、容易に支配を逃れ、脱出し、損害を惹起する物を所有する者は、これを拘束し、又は、適当な領域内にとどめておくものであると前提しえなければならぬ⁽³⁾。

また、パウンドは、第一の「法的公理」から派生する補足的公理として、次のものがあるとしている。

「外観上、損害を生じうる行為を故意に行う者は、(1) 自己の行為がなんらかの社会的又は公的利益により正当化

されること、若しくは、(2)自己自身の個人的利益との衝突が生じており、これについて、社会的、公的利益があることを理由とする特権を主張しえない限り、生じた損害を賠償しなければならない」⁽⁴⁾。

以上は、一九二二年段階のものであったが、一九四二年には、更に、④「職業に就いている者がもつその地位の確保に関する利益主張」⁽⁵⁾、⑤「今日の工業社会では、多数の人を雇用している大企業が、業務上の労働災害につき補償の責任を負うべきであること」⁽⁵⁾、⑥「個人に生じる災害を社会全体が負担するべきであること」を加えている⁽⁶⁾。こうした新しい「法的公理」は、現に、社会保険立法の背後にみられるとしている⁽⁶⁾。

(1) R. POUND, AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW, at 169, 284 (1922).

(2) 「法的公理」が、総合的な形を表現されるのは、R. POUND, OUTLINES OF LECTURES ON JURISPRUDENCEの第三版・一九二〇年からである。第二版・一九一四年には、まだ出てこなく。Cf. R. POUND, op. cit., at 107-121 (4th ed., 1928).

(3) 以上は、注(2)の文献第三版による(at 121-134, 3d. ed., 1920)。なお、所有・占有に関する「法的公理」である(1)と(2)の間の見解を、R. POUND, AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW, at 169, 192 (1922); 債務に関する(3)と(4)の間の見解を、op. cit., at 188, 237, 249; 不法行為に関する(1)と(2)の補足の「法的公理」と(4)と(5)の間は、see, op. cit., 170, 176. 更に、見解を、R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY, at 148-150 (1923).

(4) R. POUND, OUTLINES OF LECTURES ON JURISPRUDENCE, 132-133 (3d. ed., 1920).

(5) R. POUND, SOCIAL CONTROL THROUGH LAW, at 115-116 (1942).

(6) Id., at 116.

③「社会工学」と裁判官信頼論

一 パウンド法学における「社会統制」と「社会工学」は、以上の「法的公理」の実現を目的としている。「社会統制」とは、「文化」の *internal or human nature* を対象とし、人が反社会的行動をしないようにし、また、「文化的社会」内での人としての役割を充足するように規制することをいう。⁽¹⁾ 一般には、「社会統制の担当機関は、道徳、宗教、法である」⁽²⁾ が、「今日、社会統制は主として、国家の機能であり、また、法を通して実施される」⁽³⁾ である。則ち、

「近代社会では、法が最も中心的な社会統制の機関となった。今日の社会では、我々は、政治的に組織された社会 (*politically organized society*) の実力に信頼を置いている。我々は、この実力を秩序よく大系的に適用することにより、人間関係を調整し、行動を命令することを追求しているのである」⁽⁴⁾。

では、法による「社会工学 (*social engineering*)」⁽⁵⁾ の任務としての「正義」とは、何であろうか。パウンドは、「政治的に組織された社会」で「共存する人間」を前提とし、「その存在のための財、人間の物を所有する要求や物事を行なう要求を充足する手段が、最小のまさつと浪費しか生まずに可能な限り多くのものを充足できるように人間関係を調整し、また、行動の秩序を行うことを正義としているのである」⁽⁶⁾ とする。

かかる「社会工学」の実現、プロセスは、「法的秩序 (*legal order*)」として把握されている。則ち、

「法的秩序とは、一の過程である。一部は、司法の運用により、一部は行政機関により、一部は法規範の形態で人に指針を与えることによって、整序 (*ordering*) を行う過程である。その整序により、紛争が回避又は最小限の

ものとされ、各個人は、各人の進むべき方向の指示をうけるので、衝突をさけることができる。司法、行政、立法活動とは……社会統制過程の一側面である。社会工学の任務乃至一連の諸任務と考えてもよい。可能な限り、まづつを消滅させ、浪費を除去しつつ、存在のための物質財の相対的に限りある蓄積物から無限の人間の欲求を充足させていくのである。法とは、社会工学のこの部分が行われていく際に助けとなる知識と経験の集合をいう。⁽⁷⁾

(1) R. POUND, SOCIAL CONTROL THROUGH LAW, 17-18 (1942).

(2) Id., at 18.

(3) Id., at 25.

(4) Id., at 20.

(5) See, R. POUND, INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW, at 99 (1922).

(6) R. POUND, SOCIAL CONTROL THROUGH LAW, at 64-65 (1942). ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾ ⁽²²⁾ ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾ ⁽²⁵⁾ ⁽²⁶⁾ ⁽²⁷⁾ ⁽²⁸⁾ ⁽²⁹⁾ ⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾ ⁽³²⁾ ⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾ ⁽³⁷⁾ ⁽³⁸⁾ ⁽³⁹⁾ ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁾ ⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾ ⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾ ⁽⁵⁰⁾ ⁽⁵¹⁾ ⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾ ⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾ ⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾ ⁽⁶⁰⁾ ⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾ ⁽⁶³⁾ ⁽⁶⁴⁾ ⁽⁶⁵⁾ ⁽⁶⁶⁾ ⁽⁶⁷⁾ ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾ ⁽⁷⁰⁾ ⁽⁷¹⁾ ⁽⁷²⁾ ⁽⁷³⁾ ⁽⁷⁴⁾ ⁽⁷⁵⁾ ⁽⁷⁶⁾ ⁽⁷⁷⁾ ⁽⁷⁸⁾ ⁽⁷⁹⁾ ⁽⁸⁰⁾ ⁽⁸¹⁾ ⁽⁸²⁾ ⁽⁸³⁾ ⁽⁸⁴⁾ ⁽⁸⁵⁾ ⁽⁸⁶⁾ ⁽⁸⁷⁾ ⁽⁸⁸⁾ ⁽⁸⁹⁾ ⁽⁹⁰⁾ ⁽⁹¹⁾ ⁽⁹²⁾ ⁽⁹³⁾ ⁽⁹⁴⁾ ⁽⁹⁵⁾ ⁽⁹⁶⁾ ⁽⁹⁷⁾ ⁽⁹⁸⁾ ⁽⁹⁹⁾ ⁽¹⁰⁰⁾ ⁽¹⁰¹⁾ ⁽¹⁰²⁾ ⁽¹⁰³⁾ ⁽¹⁰⁴⁾ ⁽¹⁰⁵⁾ ⁽¹⁰⁶⁾ ⁽¹⁰⁷⁾ ⁽¹⁰⁸⁾ ⁽¹⁰⁹⁾ ⁽¹¹⁰⁾ ⁽¹¹¹⁾ ⁽¹¹²⁾ ⁽¹¹³⁾ ⁽¹¹⁴⁾ ⁽¹¹⁵⁾ ⁽¹¹⁶⁾ ⁽¹¹⁷⁾ ⁽¹¹⁸⁾ ⁽¹¹⁹⁾ ⁽¹²⁰⁾ ⁽¹²¹⁾ ⁽¹²²⁾ ⁽¹²³⁾ ⁽¹²⁴⁾ ⁽¹²⁵⁾ ⁽¹²⁶⁾ ⁽¹²⁷⁾ ⁽¹²⁸⁾ ⁽¹²⁹⁾ ⁽¹³⁰⁾ ⁽¹³¹⁾ ⁽¹³²⁾ ⁽¹³³⁾ ⁽¹³⁴⁾ ⁽¹³⁵⁾ ⁽¹³⁶⁾ ⁽¹³⁷⁾ ⁽¹³⁸⁾ ⁽¹³⁹⁾ ⁽¹⁴⁰⁾ ⁽¹⁴¹⁾ ⁽¹⁴²⁾ ⁽¹⁴³⁾ ⁽¹⁴⁴⁾ ⁽¹⁴⁵⁾ ⁽¹⁴⁶⁾ ⁽¹⁴⁷⁾ ⁽¹⁴⁸⁾ ⁽¹⁴⁹⁾ ⁽¹⁵⁰⁾ ⁽¹⁵¹⁾ ⁽¹⁵²⁾ ⁽¹⁵³⁾ ⁽¹⁵⁴⁾ ⁽¹⁵⁵⁾ ⁽¹⁵⁶⁾ ⁽¹⁵⁷⁾ ⁽¹⁵⁸⁾ ⁽¹⁵⁹⁾ ⁽¹⁶⁰⁾ ⁽¹⁶¹⁾ ⁽¹⁶²⁾ ⁽¹⁶³⁾ ⁽¹⁶⁴⁾ ⁽¹⁶⁵⁾ ⁽¹⁶⁶⁾ ⁽¹⁶⁷⁾ ⁽¹⁶⁸⁾ ⁽¹⁶⁹⁾ ⁽¹⁷⁰⁾ ⁽¹⁷¹⁾ ⁽¹⁷²⁾ ⁽¹⁷³⁾ ⁽¹⁷⁴⁾ ⁽¹⁷⁵⁾ ⁽¹⁷⁶⁾ ⁽¹⁷⁷⁾ ⁽¹⁷⁸⁾ ⁽¹⁷⁹⁾ ⁽¹⁸⁰⁾ ⁽¹⁸¹⁾ ⁽¹⁸²⁾ ⁽¹⁸³⁾ ⁽¹⁸⁴⁾ ⁽¹⁸⁵⁾ ⁽¹⁸⁶⁾ ⁽¹⁸⁷⁾ ⁽¹⁸⁸⁾ ⁽¹⁸⁹⁾ ⁽¹⁹⁰⁾ ⁽¹⁹¹⁾ ⁽¹⁹²⁾ ⁽¹⁹³⁾ ⁽¹⁹⁴⁾ ⁽¹⁹⁵⁾ ⁽¹⁹⁶⁾ ⁽¹⁹⁷⁾ ⁽¹⁹⁸⁾ ⁽¹⁹⁹⁾ ⁽²⁰⁰⁾ ⁽²⁰¹⁾ ⁽²⁰²⁾ ⁽²⁰³⁾ ⁽²⁰⁴⁾ ⁽²⁰⁵⁾ ⁽²⁰⁶⁾ ⁽²⁰⁷⁾ ⁽²⁰⁸⁾ ⁽²⁰⁹⁾ ⁽²¹⁰⁾ ⁽²¹¹⁾ ⁽²¹²⁾ ⁽²¹³⁾ ⁽²¹⁴⁾ ⁽²¹⁵⁾ ⁽²¹⁶⁾ ⁽²¹⁷⁾ ⁽²¹⁸⁾ ⁽²¹⁹⁾ ⁽²²⁰⁾ ⁽²²¹⁾ ⁽²²²⁾ ⁽²²³⁾ ⁽²²⁴⁾ ⁽²²⁵⁾ ⁽²²⁶⁾ ⁽²²⁷⁾ ⁽²²⁸⁾ ⁽²²⁹⁾ ⁽²³⁰⁾ ⁽²³¹⁾ ⁽²³²⁾ ⁽²³³⁾ ⁽²³⁴⁾ ⁽²³⁵⁾ ⁽²³⁶⁾ ⁽²³⁷⁾ ⁽²³⁸⁾ ⁽²³⁹⁾ ⁽²⁴⁰⁾ ⁽²⁴¹⁾ ⁽²⁴²⁾ ⁽²⁴³⁾ ⁽²⁴⁴⁾ ⁽²⁴⁵⁾ ⁽²⁴⁶⁾ ⁽²⁴⁷⁾ ⁽²⁴⁸⁾ ⁽²⁴⁹⁾ ⁽²⁵⁰⁾ ⁽²⁵¹⁾ ⁽²⁵²⁾ ⁽²⁵³⁾ ⁽²⁵⁴⁾ ⁽²⁵⁵⁾ ⁽²⁵⁶⁾ ⁽²⁵⁷⁾ ⁽²⁵⁸⁾ ⁽²⁵⁹⁾ ⁽²⁶⁰⁾ ⁽²⁶¹⁾ ⁽²⁶²⁾ ⁽²⁶³⁾ ⁽²⁶⁴⁾ ⁽²⁶⁵⁾ ⁽²⁶⁶⁾ ⁽²⁶⁷⁾ ⁽²⁶⁸⁾ ⁽²⁶⁹⁾ ⁽²⁷⁰⁾ ⁽²⁷¹⁾ ⁽²⁷²⁾ ⁽²⁷³⁾ ⁽²⁷⁴⁾ ⁽²⁷⁵⁾ ⁽²⁷⁶⁾ ⁽²⁷⁷⁾ ⁽²⁷⁸⁾ ⁽²⁷⁹⁾ ⁽²⁸⁰⁾ ⁽²⁸¹⁾ ⁽²⁸²⁾ ⁽²⁸³⁾ ⁽²⁸⁴⁾ ⁽²⁸⁵⁾ ⁽²⁸⁶⁾ ⁽²⁸⁷⁾ ⁽²⁸⁸⁾ ⁽²⁸⁹⁾ ⁽²⁹⁰⁾ ⁽²⁹¹⁾ ⁽²⁹²⁾ ⁽²⁹³⁾ ⁽²⁹⁴⁾ ⁽²⁹⁵⁾ ⁽²⁹⁶⁾ ⁽²⁹⁷⁾ ⁽²⁹⁸⁾ ⁽²⁹⁹⁾ ⁽³⁰⁰⁾ ⁽³⁰¹⁾ ⁽³⁰²⁾ ⁽³⁰³⁾ ⁽³⁰⁴⁾ ⁽³⁰⁵⁾ ⁽³⁰⁶⁾ ⁽³⁰⁷⁾ ⁽³⁰⁸⁾ ⁽³⁰⁹⁾ ⁽³¹⁰⁾ ⁽³¹¹⁾ ⁽³¹²⁾ ⁽³¹³⁾ ⁽³¹⁴⁾ ⁽³¹⁵⁾ ⁽³¹⁶⁾ ⁽³¹⁷⁾ ⁽³¹⁸⁾ ⁽³¹⁹⁾ ⁽³²⁰⁾ ⁽³²¹⁾ ⁽³²²⁾ ⁽³²³⁾ ⁽³²⁴⁾ ⁽³²⁵⁾ ⁽³²⁶⁾ ⁽³²⁷⁾ ⁽³²⁸⁾ ⁽³²⁹⁾ ⁽³³⁰⁾ ⁽³³¹⁾ ⁽³³²⁾ ⁽³³³⁾ ⁽³³⁴⁾ ⁽³³⁵⁾ ⁽³³⁶⁾ ⁽³³⁷⁾ ⁽³³⁸⁾ ⁽³³⁹⁾ ⁽³⁴⁰⁾ ⁽³⁴¹⁾ ⁽³⁴²⁾ ⁽³⁴³⁾ ⁽³⁴⁴⁾ ⁽³⁴⁵⁾ ⁽³⁴⁶⁾ ⁽³⁴⁷⁾ ⁽³⁴⁸⁾ ⁽³⁴⁹⁾ ⁽³⁵⁰⁾ ⁽³⁵¹⁾ ⁽³⁵²⁾ ⁽³⁵³⁾ ⁽³⁵⁴⁾ ⁽³⁵⁵⁾ ⁽³⁵⁶⁾ ⁽³⁵⁷⁾ ⁽³⁵⁸⁾ ⁽³⁵⁹⁾ ⁽³⁶⁰⁾ ⁽³⁶¹⁾ ⁽³⁶²⁾ ⁽³⁶³⁾ ⁽³⁶⁴⁾ ⁽³⁶⁵⁾ ⁽³⁶⁶⁾ ⁽³⁶⁷⁾ ⁽³⁶⁸⁾ ⁽³⁶⁹⁾ ⁽³⁷⁰⁾ ⁽³⁷¹⁾ ⁽³⁷²⁾ ⁽³⁷³⁾ ⁽³⁷⁴⁾ ⁽³⁷⁵⁾ ⁽³⁷⁶⁾ ⁽³⁷⁷⁾ ⁽³⁷⁸⁾ ⁽³⁷⁹⁾ ⁽³⁸⁰⁾ ⁽³⁸¹⁾ ⁽³⁸²⁾ ⁽³⁸³⁾ ⁽³⁸⁴⁾ ⁽³⁸⁵⁾ ⁽³⁸⁶⁾ ⁽³⁸⁷⁾ ⁽³⁸⁸⁾ ⁽³⁸⁹⁾ ⁽³⁹⁰⁾ ⁽³⁹¹⁾ ⁽³⁹²⁾ ⁽³⁹³⁾ ⁽³⁹⁴⁾ ⁽³⁹⁵⁾ ⁽³⁹⁶⁾ ⁽³⁹⁷⁾ ⁽³⁹⁸⁾ ⁽³⁹⁹⁾ ⁽⁴⁰⁰⁾ ⁽⁴⁰¹⁾ ⁽⁴⁰²⁾ ⁽⁴⁰³⁾ ⁽⁴⁰⁴⁾ ⁽⁴⁰⁵⁾ ⁽⁴⁰⁶⁾ ⁽⁴⁰⁷⁾ ⁽⁴⁰⁸⁾ ⁽⁴⁰⁹⁾ ⁽⁴¹⁰⁾ ⁽⁴¹¹⁾ ⁽⁴¹²⁾ ⁽⁴¹³⁾ ⁽⁴¹⁴⁾ ⁽⁴¹⁵⁾ ⁽⁴¹⁶⁾ ⁽⁴¹⁷⁾ ⁽⁴¹⁸⁾ ⁽⁴¹⁹⁾ ⁽⁴²⁰⁾ ⁽⁴²¹⁾ ⁽⁴²²⁾ ⁽⁴²³⁾ ⁽⁴²⁴⁾ ⁽⁴²⁵⁾ ⁽⁴²⁶⁾ ⁽⁴²⁷⁾ ⁽⁴²⁸⁾ ⁽⁴²⁹⁾ ⁽⁴³⁰⁾ ⁽⁴³¹⁾ ⁽⁴³²⁾ ⁽⁴³³⁾ ⁽⁴³⁴⁾ ⁽⁴³⁵⁾ ⁽⁴³⁶⁾ ⁽⁴³⁷⁾ ⁽⁴³⁸⁾ ⁽⁴³⁹⁾ ⁽⁴⁴⁰⁾ ⁽⁴⁴¹⁾ ⁽⁴⁴²⁾ ⁽⁴⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁴⁾ ⁽⁴⁴⁵⁾ ⁽⁴⁴⁶⁾ ⁽⁴⁴⁷⁾ ⁽⁴⁴⁸⁾ ⁽⁴⁴⁹⁾ ⁽⁴⁵⁰⁾ ⁽⁴⁵¹⁾ ⁽⁴⁵²⁾ ⁽⁴⁵³⁾ ⁽⁴⁵⁴⁾ ⁽⁴⁵⁵⁾ ⁽⁴⁵⁶⁾ ⁽⁴⁵⁷⁾ ⁽⁴⁵⁸⁾ ⁽⁴⁵⁹⁾ ⁽⁴⁶⁰⁾ ⁽⁴⁶¹⁾ ⁽⁴⁶²⁾ ⁽⁴⁶³⁾ ⁽⁴⁶⁴⁾ ⁽⁴⁶⁵⁾ ⁽⁴⁶⁶⁾ ⁽⁴⁶⁷⁾ ⁽⁴⁶⁸⁾ ⁽⁴⁶⁹⁾ ⁽⁴⁷⁰⁾ ⁽⁴⁷¹⁾ ⁽⁴⁷²⁾ ⁽⁴⁷³⁾ ⁽⁴⁷⁴⁾ ⁽⁴⁷⁵⁾ ⁽⁴⁷⁶⁾ ⁽⁴⁷⁷⁾ ⁽⁴⁷⁸⁾ ⁽⁴⁷⁹⁾ ⁽⁴⁸⁰⁾ ⁽⁴⁸¹⁾ ⁽⁴⁸²⁾ ⁽⁴⁸³⁾ ⁽⁴⁸⁴⁾ ⁽⁴⁸⁵⁾ ⁽⁴⁸⁶⁾ ⁽⁴⁸⁷⁾ ⁽⁴⁸⁸⁾ ⁽⁴⁸⁹⁾ ⁽⁴⁹⁰⁾ ⁽⁴⁹¹⁾ ⁽⁴⁹²⁾ ⁽⁴⁹³⁾ ⁽⁴⁹⁴⁾ ⁽⁴⁹⁵⁾ ⁽⁴⁹⁶⁾ ⁽⁴⁹⁷⁾ ⁽⁴⁹⁸⁾ ⁽⁴⁹⁹⁾ ⁽⁵⁰⁰⁾ ⁽⁵⁰¹⁾ ⁽⁵⁰²⁾ ⁽⁵⁰³⁾ ⁽⁵⁰⁴⁾ ⁽⁵⁰⁵⁾ ⁽⁵⁰⁶⁾ ⁽⁵⁰⁷⁾ ⁽⁵⁰⁸⁾ ⁽⁵⁰⁹⁾ ⁽⁵¹⁰⁾ ⁽⁵¹¹⁾ ⁽⁵¹²⁾ ⁽⁵¹³⁾ ⁽⁵¹⁴⁾ ⁽⁵¹⁵⁾ ⁽⁵¹⁶⁾ ⁽⁵¹⁷⁾ ⁽⁵¹⁸⁾ ⁽⁵¹⁹⁾ ⁽⁵²⁰⁾ ⁽⁵²¹⁾ ⁽⁵²²⁾ ⁽⁵²³⁾ ⁽⁵²⁴⁾ ⁽⁵²⁵⁾ ⁽⁵²⁶⁾ ⁽⁵²⁷⁾ ⁽⁵²⁸⁾ ⁽⁵²⁹⁾ ⁽⁵³⁰⁾ ⁽⁵³¹⁾ ⁽⁵³²⁾ ⁽⁵³³⁾ ⁽⁵³⁴⁾ ⁽⁵³⁵⁾ ⁽⁵³⁶⁾ ⁽⁵³⁷⁾ ⁽⁵³⁸⁾ ⁽⁵³⁹⁾ ⁽⁵⁴⁰⁾ ⁽⁵⁴¹⁾ ⁽⁵⁴²⁾ ⁽⁵⁴³⁾ ⁽⁵⁴⁴⁾ ⁽⁵⁴⁵⁾ ⁽⁵⁴⁶⁾ ⁽⁵⁴⁷⁾ ⁽⁵⁴⁸⁾ ⁽⁵⁴⁹⁾ ⁽⁵⁵⁰⁾ ⁽⁵⁵¹⁾ ⁽⁵⁵²⁾ ⁽⁵⁵³⁾ ⁽⁵⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁵⁾ ⁽⁵⁵⁶⁾ ⁽⁵⁵⁷⁾ ⁽⁵⁵⁸⁾ ⁽⁵⁵⁹⁾ ⁽⁵⁶⁰⁾ ⁽⁵⁶¹⁾ ⁽⁵⁶²⁾ ⁽⁵⁶³⁾ ⁽⁵⁶⁴⁾ ⁽⁵⁶⁵⁾ ⁽⁵⁶⁶⁾ ⁽⁵⁶⁷⁾ ⁽⁵⁶⁸⁾ ⁽⁵⁶⁹⁾ ⁽⁵⁷⁰⁾ ⁽⁵⁷¹⁾ ⁽⁵⁷²⁾ ⁽⁵⁷³⁾ ⁽⁵⁷⁴⁾ ⁽⁵⁷⁵⁾ ⁽⁵⁷⁶⁾ ⁽⁵⁷⁷⁾ ⁽⁵⁷⁸⁾ ⁽⁵⁷⁹⁾ ⁽⁵⁸⁰⁾ ⁽⁵⁸¹⁾ ⁽⁵⁸²⁾ ⁽⁵⁸³⁾ ⁽⁵⁸⁴⁾ ⁽⁵⁸⁵⁾ ⁽⁵⁸⁶⁾ ⁽⁵⁸⁷⁾ ⁽⁵⁸⁸⁾ ⁽⁵⁸⁹⁾ ⁽⁵⁹⁰⁾ ⁽⁵⁹¹⁾ ⁽⁵⁹²⁾ ⁽⁵⁹³⁾ ⁽⁵⁹⁴⁾ ⁽⁵⁹⁵⁾ ⁽⁵⁹⁶⁾ ⁽⁵⁹⁷⁾ ⁽⁵⁹⁸⁾ ⁽⁵⁹⁹⁾ ⁽⁶⁰⁰⁾ ⁽⁶⁰¹⁾ ⁽⁶⁰²⁾ ⁽⁶⁰³⁾ ⁽⁶⁰⁴⁾ ⁽⁶⁰⁵⁾ ⁽⁶⁰⁶⁾ ⁽⁶⁰⁷⁾ ⁽⁶⁰⁸⁾ ⁽⁶⁰⁹⁾ ⁽⁶¹⁰⁾ ⁽⁶¹¹⁾ ⁽⁶¹²⁾ ⁽⁶¹³⁾ ⁽⁶¹⁴⁾ ⁽⁶¹⁵⁾ ⁽⁶¹⁶⁾ ⁽⁶¹⁷⁾ ⁽⁶¹⁸⁾ ⁽⁶¹⁹⁾ ⁽⁶²⁰⁾ ⁽⁶²¹⁾ ⁽⁶²²⁾ ⁽⁶²³⁾ ⁽⁶²⁴⁾ ⁽⁶²⁵⁾ ⁽⁶²⁶⁾ ⁽⁶²⁷⁾ ⁽⁶²⁸⁾ ⁽⁶²⁹⁾ ⁽⁶³⁰⁾ ⁽⁶³¹⁾ ⁽⁶³²⁾ ⁽⁶³³⁾ ⁽⁶³⁴⁾ ⁽⁶³⁵⁾ ⁽⁶³⁶⁾ ⁽⁶³⁷⁾ ⁽⁶³⁸⁾ ⁽⁶³⁹⁾ ⁽⁶⁴⁰⁾ ⁽⁶⁴¹⁾ ⁽⁶⁴²⁾ ⁽⁶⁴³⁾ ⁽⁶⁴⁴⁾ ⁽⁶⁴⁵⁾ ⁽⁶⁴⁶⁾ ⁽⁶⁴⁷⁾ ⁽⁶⁴⁸⁾ ⁽⁶⁴⁹⁾ ⁽⁶⁵⁰⁾ ⁽⁶⁵¹⁾ ⁽⁶⁵²⁾ ⁽⁶⁵³⁾ ⁽⁶⁵⁴⁾ ⁽⁶⁵⁵⁾ ⁽⁶⁵⁶⁾ ⁽⁶⁵⁷⁾ ⁽⁶⁵⁸⁾ ⁽⁶⁵⁹⁾ ⁽⁶⁶⁰⁾ ⁽⁶⁶¹⁾ ⁽⁶⁶²⁾ ⁽⁶⁶³⁾ ⁽⁶⁶⁴⁾ ⁽⁶⁶⁵⁾ ⁽⁶⁶⁶⁾ ⁽⁶⁶⁷⁾ ⁽⁶⁶⁸⁾ ⁽⁶⁶⁹⁾ ⁽⁶⁷⁰⁾ ⁽⁶⁷¹⁾ ⁽⁶⁷²⁾ ⁽⁶⁷³⁾ ⁽⁶⁷⁴⁾ ⁽⁶⁷⁵⁾ ⁽⁶⁷⁶⁾ ⁽⁶⁷⁷⁾ ⁽⁶⁷⁸⁾ ⁽⁶⁷⁹⁾ ⁽⁶⁸⁰⁾ ⁽⁶⁸¹⁾ ⁽⁶⁸²⁾ ⁽⁶⁸³⁾ ⁽⁶⁸⁴⁾ ⁽⁶⁸⁵⁾ ⁽⁶⁸⁶⁾ ⁽⁶⁸⁷⁾ ⁽⁶⁸⁸⁾ ⁽⁶⁸⁹⁾ ⁽⁶⁹⁰⁾ ⁽⁶⁹¹⁾ ⁽⁶⁹²⁾ ⁽⁶⁹³⁾ ⁽⁶⁹⁴⁾ ⁽⁶⁹⁵⁾ ⁽⁶⁹⁶⁾ ⁽⁶⁹⁷⁾ ⁽⁶⁹⁸⁾ ⁽⁶⁹⁹⁾ ⁽⁷⁰⁰⁾ ⁽⁷⁰¹⁾ ⁽⁷⁰²⁾ ⁽⁷⁰³⁾ ⁽⁷⁰⁴⁾ ⁽⁷⁰⁵⁾ ⁽⁷⁰⁶⁾ ⁽⁷⁰⁷⁾ ⁽⁷⁰⁸⁾ ⁽⁷⁰⁹⁾ ⁽⁷¹⁰⁾ ⁽⁷¹¹⁾ ⁽⁷¹²⁾ ⁽⁷¹³⁾ ⁽⁷¹⁴⁾ ⁽⁷¹⁵⁾ ⁽⁷¹⁶⁾ ⁽⁷¹⁷⁾ ⁽⁷¹⁸⁾ ⁽⁷¹⁹⁾ ⁽⁷²⁰⁾ ⁽⁷²¹⁾ ⁽⁷²²⁾ ⁽⁷²³⁾ ⁽⁷²⁴⁾ ⁽⁷²⁵⁾ ⁽⁷²⁶⁾ ⁽⁷²⁷⁾ ⁽⁷²⁸⁾ ⁽⁷²⁹⁾ ⁽⁷³⁰⁾ ⁽⁷³¹⁾ ⁽⁷³²⁾ ⁽⁷³³⁾ ⁽⁷³⁴⁾ ⁽⁷³⁵⁾ ⁽⁷³⁶⁾ ⁽⁷³⁷⁾ ⁽⁷³⁸⁾ ⁽⁷³⁹⁾ ⁽⁷⁴⁰⁾ ⁽⁷⁴¹⁾ ⁽⁷⁴²⁾ ⁽⁷⁴³⁾ ⁽⁷⁴⁴⁾ ⁽⁷⁴⁵⁾ ⁽⁷⁴⁶⁾ ⁽⁷⁴⁷⁾ ⁽⁷⁴⁸⁾ ⁽⁷⁴⁹⁾ ⁽⁷⁵⁰⁾ ⁽⁷⁵¹⁾ ⁽⁷⁵²⁾ ⁽⁷⁵³⁾ ⁽⁷⁵⁴⁾ ⁽⁷⁵⁵⁾ ⁽⁷⁵⁶⁾ ⁽⁷⁵⁷⁾ ⁽⁷⁵⁸⁾ ⁽⁷⁵⁹⁾ ⁽⁷⁶⁰⁾ ⁽⁷⁶¹⁾ ⁽⁷⁶²⁾ ⁽⁷⁶³⁾ ⁽⁷⁶⁴⁾ ⁽⁷⁶⁵⁾ ⁽⁷⁶⁶⁾ ⁽⁷⁶⁷⁾ ⁽⁷⁶⁸⁾ ⁽⁷⁶⁹⁾ ⁽⁷⁷⁰⁾ ⁽⁷⁷¹⁾ ⁽⁷⁷²⁾ ⁽⁷⁷³⁾ ⁽⁷⁷⁴⁾ ⁽⁷⁷⁵⁾ ⁽⁷⁷⁶⁾ ⁽⁷⁷⁷⁾ ⁽⁷⁷⁸⁾ ⁽⁷⁷⁹⁾ ⁽⁷⁸⁰⁾ ⁽⁷⁸¹⁾ ⁽⁷⁸²⁾ ⁽⁷⁸³⁾ ⁽⁷⁸⁴⁾ ⁽⁷⁸⁵⁾ ⁽⁷⁸⁶⁾ ⁽⁷⁸⁷⁾ ⁽⁷⁸⁸⁾ ⁽⁷⁸⁹⁾ ⁽⁷⁹⁰⁾ ⁽⁷⁹¹⁾ ⁽⁷⁹²⁾ ⁽⁷⁹³⁾ ⁽⁷⁹⁴⁾ ⁽⁷⁹⁵⁾ ⁽⁷⁹⁶⁾ ⁽⁷⁹⁷⁾ ⁽⁷⁹⁸⁾ ⁽⁷⁹⁹⁾ ⁽⁸⁰⁰⁾ ⁽⁸⁰¹⁾ ⁽⁸⁰²⁾ ⁽⁸⁰³⁾ ⁽⁸⁰⁴⁾ ⁽⁸⁰⁵⁾ ⁽⁸⁰⁶⁾ ⁽⁸⁰⁷⁾ ⁽⁸⁰⁸⁾ ⁽⁸⁰⁹⁾ ⁽⁸¹⁰⁾ ⁽⁸¹¹⁾ ⁽⁸¹²⁾ ⁽⁸¹³⁾ ⁽⁸¹⁴⁾ ⁽⁸¹⁵⁾ ⁽⁸¹⁶⁾ ⁽⁸¹⁷⁾ ⁽⁸¹⁸⁾ ⁽⁸¹⁹⁾ ⁽⁸²⁰⁾ ⁽⁸²¹⁾ ⁽⁸²²⁾ ⁽⁸²³⁾ ⁽⁸²⁴⁾ ⁽⁸²⁵⁾ ⁽⁸²⁶⁾ ⁽⁸²⁷⁾ ⁽⁸²⁸⁾ ⁽⁸²⁹⁾ ⁽⁸³⁰⁾ ⁽⁸³¹⁾ ⁽⁸³²⁾ ⁽⁸³³⁾ ⁽⁸³⁴⁾ ⁽⁸³⁵⁾ ⁽⁸³⁶⁾ ⁽⁸³⁷⁾ ⁽⁸³⁸⁾ ⁽⁸³⁹⁾ ⁽⁸⁴⁰⁾ ⁽⁸⁴¹⁾ ⁽⁸⁴²⁾ ⁽⁸⁴³⁾ ⁽⁸⁴⁴⁾ ⁽⁸⁴⁵⁾ ⁽⁸⁴⁶⁾ ⁽⁸⁴⁷⁾ ⁽⁸⁴⁸⁾ ⁽⁸⁴⁹⁾ ⁽⁸⁵⁰⁾ ⁽⁸⁵¹⁾ ⁽⁸⁵²⁾ ⁽⁸⁵³⁾ ⁽⁸⁵⁴⁾ ⁽⁸⁵⁵⁾ ⁽⁸⁵⁶⁾ ⁽⁸⁵⁷⁾ ⁽⁸⁵⁸⁾ ⁽⁸⁵⁹⁾ ⁽⁸⁶⁰⁾ ⁽⁸⁶¹⁾ ⁽⁸⁶²⁾ ⁽⁸⁶³⁾ ⁽⁸⁶⁴⁾ ⁽⁸⁶⁵⁾ ⁽⁸⁶⁶⁾ ⁽⁸⁶⁷⁾ ⁽⁸⁶⁸⁾ ⁽⁸⁶⁹⁾ ⁽⁸⁷⁰⁾ ⁽⁸⁷¹⁾ ⁽⁸⁷²⁾ ⁽⁸⁷³⁾ ⁽⁸⁷⁴⁾ ⁽⁸⁷⁵⁾ ⁽⁸⁷⁶⁾ ⁽⁸⁷⁷⁾ ⁽⁸⁷⁸⁾ ⁽⁸⁷⁹⁾ ⁽⁸⁸⁰⁾ ⁽⁸⁸¹⁾ ⁽⁸⁸²⁾ ⁽⁸⁸³⁾ ⁽⁸⁸⁴⁾ ⁽⁸⁸⁵⁾ ⁽⁸⁸⁶⁾ ⁽⁸⁸⁷⁾ ⁽⁸⁸⁸⁾ ⁽⁸⁸⁹⁾ ⁽⁸⁹⁰⁾ ⁽⁸⁹¹⁾ ⁽⁸⁹²⁾ ⁽⁸⁹³⁾ ⁽⁸⁹⁴⁾ ⁽⁸⁹⁵⁾ ⁽⁸⁹⁶⁾ ⁽⁸⁹⁷⁾ ⁽⁸⁹⁸⁾ ⁽⁸⁹⁹⁾ ⁽⁹⁰⁰⁾ ⁽⁹⁰¹⁾ ⁽⁹⁰²⁾ ⁽⁹⁰³⁾ ⁽⁹⁰⁴⁾ ⁽⁹⁰⁵⁾ ⁽⁹⁰⁶⁾ ⁽⁹⁰⁷⁾ ⁽⁹⁰⁸⁾ ⁽⁹⁰⁹⁾ ⁽⁹¹⁰⁾ ⁽⁹¹¹⁾ ⁽⁹¹²⁾ ⁽⁹¹³⁾ ⁽⁹¹⁴⁾ ⁽⁹¹⁵⁾ ⁽⁹¹⁶⁾ ⁽⁹¹⁷⁾ ⁽⁹¹⁸⁾ ⁽⁹¹⁹⁾ ⁽⁹²⁰⁾ ⁽⁹²¹⁾ ⁽⁹²²⁾ ⁽⁹²³⁾ ⁽⁹²⁴⁾ ⁽⁹²⁵⁾ ⁽⁹²⁶⁾ ⁽⁹²⁷⁾ ⁽⁹²⁸⁾ ⁽⁹²⁹⁾ ⁽⁹³⁰⁾ ⁽⁹³¹⁾ ⁽⁹³²⁾ ⁽⁹³³⁾ ⁽⁹³⁴⁾ ⁽⁹³⁵⁾ ⁽⁹³⁶⁾ ⁽⁹³⁷⁾ ⁽⁹³⁸⁾ ⁽⁹³⁹⁾ ⁽⁹⁴⁰⁾ ⁽⁹⁴¹⁾ ⁽⁹⁴²⁾ ⁽⁹⁴³⁾ ⁽⁹⁴⁴⁾ ⁽⁹⁴⁵⁾ ⁽⁹⁴⁶⁾ ⁽⁹⁴⁷⁾ ⁽⁹⁴⁸⁾ ⁽⁹⁴⁹⁾ ⁽⁹⁵⁰⁾ ⁽⁹⁵¹⁾ ⁽⁹⁵²⁾ ⁽⁹⁵³⁾ ⁽⁹⁵⁴⁾ ⁽⁹⁵⁵⁾ ⁽⁹⁵⁶⁾ ⁽⁹⁵⁷⁾ ⁽⁹⁵⁸⁾ ⁽⁹⁵⁹⁾ ⁽⁹⁶⁰⁾ ⁽⁹⁶¹⁾ ⁽⁹⁶²⁾ ⁽⁹⁶³⁾ ⁽⁹⁶⁴⁾ ⁽⁹⁶⁵⁾ ⁽⁹⁶⁶⁾ ⁽⁹⁶⁷⁾ ⁽⁹⁶⁸⁾ ⁽⁹⁶⁹⁾ ⁽⁹⁷⁰⁾ ⁽⁹⁷¹⁾ ⁽⁹⁷²⁾ ⁽⁹⁷³⁾ ⁽⁹⁷⁴⁾ ⁽⁹⁷⁵⁾ ⁽⁹⁷⁶⁾ ⁽⁹⁷⁷⁾ ⁽⁹⁷⁸⁾ ⁽⁹⁷⁹⁾ ⁽⁹⁸⁰⁾ ⁽⁹⁸¹⁾ ⁽⁹⁸²⁾ ⁽⁹⁸³⁾ ⁽⁹⁸⁴⁾ ⁽⁹⁸⁵⁾ ⁽⁹⁸⁶⁾ ⁽⁹⁸⁷⁾ ⁽⁹⁸⁸⁾ ⁽⁹⁸⁹⁾ ⁽⁹⁹⁰⁾ ⁽⁹⁹¹⁾ ⁽⁹⁹²⁾ ⁽⁹⁹³⁾ ⁽⁹⁹⁴⁾ ⁽⁹⁹⁵⁾ ⁽⁹⁹⁶⁾ ⁽⁹⁹⁷⁾ ⁽⁹⁹⁸⁾ ⁽⁹⁹⁹⁾ ⁽¹⁰⁰⁰⁾

(7) R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY, 156 (1923). See, also, at 152-153.

二 ハウンドは、法による「社会工学」の実現については、「司法経験主義 (judicial empiricism)」への信頼つまり、裁判官への信頼に依拠している。⁽¹⁾ 則ち、ハウンドは、前述の如く、「法形式主義」乃至「機械的法学」のために、「コモン・ローの危機」が生じていることを認識しつつも、⁽²⁾ 「幸いにも、コモン・ローは、自らに適用される自らを救う法理を有している。コモン・ローは……固定化され、厳格なものではない。そのもっとも重要な原理は、法は理性であり、理性が法であるとするものである」ことを強調している。⁽³⁾ ここに、「個人中心主義と社会

中心主義とのより公平な「バランス」をはかる基盤を見出し出しているのである。⁽⁴⁾ かくして、パウンドは、次のように宣言するのである。

「コモン・ロー法理は、経験に対して適用された理性のひとつである。経験は、行動の基準と判断の原理のとも満足いく基礎を与えることを前提としている。コモン・ローの思想によると、法は、主権者意思の命令により恣意的に創造されてはならない。ルールと原理が、過去において正義を実現したか、あるいは、それに失敗したかという司法的並びに法学的経験によって創造されなければならないのである。かかる理論が是認されるならば、法的ルールの解釈と適用のみならず、法的ルールの確認も全体として、裁判官の訓練を経た理性に任さなければならない⁽⁵⁾」。

パウンドは、裁判官とは、「独立しており、原理に従う訓練をうけ、利害関係、外部的圧力よりも法的理性の支配をうけるべく訓練され、さらに、同様の伝統により訓練をうけた学者の厳しい監視をうけている者」と認識している。⁽⁶⁾ 従って、また、かかる裁判官への信頼は、その「理性」の行う「直観」的判断への信頼につながる。「現在の道徳的、政治的、社会的理念、殊に、法の目的、法的社会的秩序の理想に関する確固たる像」は、裁判官の「理性」と「直観」を通して実現されるともいえる。即ち、

「我々は、当該事件で何が justice を実現するのか、また、何がしないのかについての直観を評価しなければならぬ。これは、マジストレイトが有する弁護士並びに裁判官としての経験を表現したものである。伝統的な法的論証は、過去数世代の裁判官の経験を表現したものである。ある意味では、経験に裏付けられた、伝統的に伝授さ

れている司法的直観ともいえる」。

では、何故、裁判官の「理性」と「司法的直観」による法規範の適用が必要になるのであろうか。パウンドは、次のように説明している。

「judicial administration of justice のいずれかの段階で、ルールと論理以外のものに基ついて手続が進められると考えることは、一九世紀的観念には全く受け入れられないものであろう。だが、我々は少くとも三つの点で、裁判官の訓練を経た直観が司法的決定上、重要な役割を演じていることを隠すことはできない。ひとつは、決定の根拠の選択である。決定の法的根拠を提供し、また、具体的事件において正義を実現するという二つの目的のためになされる法的材料の発見である。結果に至る論証が sound であるか否かに拘わらず、結果自体は sound であるというのは、司法的決定を研究するものが、日常的に経験するところである。裁判官の訓練を経た直観は、批判されえないような法的論証をするには困惑を覚えつつも、正しい結果を導きだしているということ、常にみられるところである。裁判官の直観が役割を演ずるもうひとつの場面は、決定の根拠の展開乃至解釈である。特に、他に成立可能な解釈に内在する功罪を判断基準として適用する必要があるときに、この点は顕著となる。第三は、展開された決定の根拠を事実⁽⁸⁾に適用する場合である」。

では、「直観」による判断には、正当性はあるのであろうか。この点のパウンドの理解は、こうである。

「ベルグソンが述べているように、*理知 (intelligence)* は、ルールを形成し適用するものであるが、無機的なものによく適合し、他方、直観は生命によりよく適合している。同様に、機械的に適用される法のルールと法的

概念は、財産・商取引によく適合し、直観に基づいて行なわれる適用の基準は、人間の行動、企業の行動によく適合する。ベルグソンは、直観に対する理知を特徴付けるのは、『一定の状況における一般的要素を把握し、それと過去に生じた諸情況とを関連付ける能力』であるとする。だが、ベルグソンによると、この能力は、『直観の支配する特殊の状況を完全に支配すること』をすてて、獲得されるものなのである。裁判所、陪審、行政官が直観的に適用する基準は、諸事情を考慮しなければならぬ状況のためにつくられたものである。各事件が相当程度異なる場合ともいえる。かかる事件では、我々は、常識的事項については常識に信頼し、常識の枠をこえる事項については、専門家の訓練された常識に信頼しなければならぬ。この常識は、三段論法の形式にすることはできない。ベルグソンの理知と直観の議論を今一度用いるならば、理知の機構は反復により作動する。『理知の作用は、機械的になされる。作用は、反復されるため、その結果には個別性はない』。かかる理知の方法は、財産法、商法には、誠によくあてはまるものである。……しかし、*administration of justice* においては、一定の状況では、機械ではなく、手の製品が必要になる。法律の工場の製品に個性が必要なとき——つまり、人間行動と企業の行動に法を適用するとき、我々は、基準の直観的適用に頼る。このとき、確実性が犠牲になるとされるが、その問題は、現実的ではなく、理論的なものとどまる。何故なら、経験を経た熟練工の直観は、確実に作用する。無数の詳細な点、微妙な差異に対して直観的判断が働き、その長い経験と試行錯誤の結果、適切な包含・排除ができるようになるからであり、そして、作用の効果的な基準が習慣とまでなるからである⁽⁹⁾。

(一) R. POUND, *THE SPIRIT OF COMMON LAW*, at 173-174 (1921).

- (2) Pound, Do We Need A Philosophy of Law ?, 5 COL. L. REV. 339, 344-349 (1905).
- (3) Id., at 351.
- (4) Id., at 352.
- (5) R. POUND, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW, at 183 (1921).
- (6) Pound, Justice According to Law, III, 14 COL. L. REV. 103, 104 (1914).
- (7) Pound, The Theory of Judicial Decision, 36 HARV. L. REV. 940, 949-950 (1923).
- (8) Id., at 951.
- (9) Id., at 951-952.

三 こうして、パウンドは、「政治的に組織された社会」に内在する「法的秩序の理想」の存在を、「法的公理」として位置づけるとともに、その実現は、「司法経験主義」に客観的に裏付けられた「司法的直観」に信頼するという理論枠組みを設定したのである。では、かかる方法により、解釈・適用される法規範については、パウンドはどのように理解し、また、どのような構造によって、道徳的価値を法的価値に吸収しようとするのであろうか。次には、この点をみてみたい。

④ 法規範の構造と道徳

① 「法と道徳」一致論と「社会的利益」論

一 パウンドは、法と道徳の関係について、各時代と社会の「文化」・「理想」と法との関係の歴史的認識から分析をはじめている。そして、「法史を古代法 (archaic law)」、厳格法 (stric law)」、衡平法・自然法 (equity or

〈参考図〉

法と道徳の發展史

項目 段階	法の目的	正義の理念	救済手段
古代法	公共の平和	平和的秩序維持	和議
厳格法	公共の平和 公安	確実性と統一性 ルールと形式	法的救済手段
衡平法・自然法	紛争の倫理的解決	理性により獲得される 善意と道徳的行動	義務の履行
法の成熟	紛争の倫理的解決 機会有の平安 等全	個人の権利	権利の保障

natural law) 法の成熟 (the maturity of law) に分類し、各時期の法の目的、正義の理念を参考図が示すように、まとめて⁽¹⁾⁽²⁾いる。

ところで、英米近代法は、イギリス衡平法の發展がはじまる一六世紀以降、参考図の区別では衡平法・自然法の時代以降に属する。パウンドは、この時代は、衡平法の展開に示されるように、「法の成長」の時代としてはじまったとする。従って、「純粋に道徳的な理念が外部から法に大規模に注入された」時代であったとする⁽³⁾。だが、既述のように、一九世紀末にかけて、「法形式主義」の時代がはじまる。パウンドは、この時期を、「法の成熟」の時代と特徴づけている。この時代は、既に示したように、「財産権」と「契約」の二概念が基本的価値として絶対視されたのである（前述⁽³⁾①参照⁽⁵⁾）。このため、司法の運用は、具体的な結果を無視し、抽象的な統一性、形式的な予測可能性、確実性の外観をいかなる犠牲においても求めようとする時代になったのである⁽⁶⁾。このため、近代法初期にみられた「法と道徳を同化させる試み」と逆に、再び「法と道徳との一定の対立」がでてきたのである。「個人の道徳的価値と、道徳的、社会的に完全な生活を求める個人の要求とを無視するこ

と」が特徴となつたのである。⁽⁸⁾

これに対して、パウンドは、「法規範は、時には、道徳的要請と異なるものとなるし、時には異ならなければならないが、そうした状況は、法学徒の自慢すべきものではないのである。道徳との乖離は、法が本来有すべき属性ではないのである」との認識を対置するのである。⁽⁹⁾

「コモン・ローの危機」の克服について、「病理が、我々の法的大系の伝統的要素にあるとすれば、その治ゆは、我々の眼前で今進行中である。我々がなさなければならないのは、我々の法の伝統的要素に社会的理念を注入することである。そして、その注入は、今、進行しつつある」と述べているのは、右の認識を前提としつつ、立法改革を通じて、「個人的正義」から「社会的正義」へと理念が移りはじめている点を、肯定的にうけとめようとしたものなのである。⁽¹⁰⁾

パウンド自身の新たな「法と道徳」一致への働きかけは、第一に、先述の如く、時代の「文化」の求める「理想」を「法的公理」として確認すること、そして、第二に、これをより具体化した「利益」を発見すること、そして、「個人的利益」から「社会的利益」中心の利益論を確定することに求められたのである。⁽¹¹⁾

パウンドは、かかる新しい作業のはじまった時代を、「法の社会化」(socialization of law)の時代と規定したのである。⁽¹²⁾

(11) Pound, *The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines*, 27 HARV. L. REV. 195, 213, 220, 224 (1914). 表は、上記論文に則して、筆者が作成した。

- (2) Horwitz, *The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History*, 17 *AMER. J. L. HIS.* 275 (1973) は「ソウマンの法史研究が、右論文公表時点まづ最も最高の権威であることを承認して」(Id., at 276)「政治的に保守的な legalism のイデオロギー」に裏打ちされてくるを批判している (Id., at 276-281)。理由が、①連統性の存在を前提とする史観、②原理の起源の探求につき視角、③ Professionalization の重視の傾向とされたため「法と政治」分離、④「法的伝統」の存在を認めようとするが、「反ソマン主義的」であること、⑤法史区分上「資本主義、民主主義、社会主義の発展が語られていないこと、⑥史的段階が何故次の段階へ移行したかの説明がないこと等である。
- ⑦ Id. 引用しているソマンの論文は「The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 24 *HARV. L. REV.* L. 59 (1911); The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines, 27 *HARV. L. REV.* 195 (1914); The Economic Interpretation of the Law of Torts, 53 *HARV. L. REV.* 365 (1940) である。
- (3) R. POUND, *LAW AND MORALS*, at 30, 31 (1926).
- (4) Id., at 34
- (5) Pound, *op. cit.*, 27 *HARV. L. REV.*, at 221.
- (6) R. POUND, *LAW AND MORALS*, at 34.
- (7) Id., at 31.
- (8) Pound, 27 *HARV. L. REV.*, at 225.
- (9) R. POUND, *LAW AND MORALS*, at 38.
- (10) R. POUND, *THE SPIRIT OF THE COMMON LAW*, at 190, 185-189 (1921).
- (11) R. POUND, *CONTEMPORARY JURISTIC THEORY*, at 58-59 (1940).
- (12) Pound, 27 *HARV. L. REV.*, at 226.

(31) *Id.*, at 225.

二では、二〇世紀前半の文脈で、パウンドは、いかなる道徳的価値を「利益」として、とりわけ、「社会的利益」として認識していたのであろうか。

パウンドは、まず、イエーリングに学びつつ、利益を、個人的、公的、社会的の三つに区別する。

「個人的利益とは、個人生活に直ちに關わる、又は、個人生活の名のともになされる請求、要求、欲求である。公的利益とは、政治的に組織された社会での生活に關連して、又は、かかる社会組織の名のともになされる請求、要求、欲求である。以上は、法的実体あるものと考えられている、政治的に組織された社会の請求として扱われている。社会的利益は、文化的社会における社会生活に伴う、又は、かかる生活の名のともになされる請求、要求、欲求である。これを社会集団全体の請求とみても奇異ではない⁽¹⁾」。

もっとも重要な「社会的利益」には、六つのグループがある。即ち、

「第一に、一般的安全性をあげることができ、文化的社会の存在を脅かす行動等に対し安全たることを求める文化的社会の請求又は要求である。この最も重要な社会的利益は、次のものを含んでいる。(1)平和と秩序。法的認識をうけるべき第一の利益である。(2)一般的健康。保健関係立法によるこの利益の認識については、一世代前には実証主義者により反対されていた。(3)所有の安全。(4)取引の安全。……」

第二に、社会的諸制度の安全である。家庭、宗教、政治に關する文化的社会の基本的諸制度の機能を脅かし、妨げる諸活動に対し、安全を求める文化的社会の請求、要求である。

第三に、社会的資源の保守をあげよう。つまり、文化的社会は、文化的人間の存在のための自然的資源とかか
る社会での人間の要求を充足する手段が浪費されないこと、そしてまた、それらの享受の態様が人間の目的に対し
てもっとも広範囲に、もっとも多くの利益を生むように利用されることを請求・要求しているのである。……

第四に、一般的道徳がある。つまり、その時代に文化的社会に住む人間一般の道徳的感情を損うような諸活動か
ら安全であることを求める文化的社会の請求・要求である。原始社会では、この利益は、宗教の組織化により実現
されていたのであるが、やがて、法がこれにかわっている。今日、我々の法上、軽罪に関するコモン・ロー、多数
の法定犯罪の規定、反道徳的傾向のある事物に反対するパブリック・ポリシーの理論により実現されている。

第五に、一般的進歩に対する利益 (the interest in general progress) がある。文化的社会の経済的、政治的、
文化的進歩を妨げる諸活動等からの安全を求める請求・要求であり、また、可能な限り個人の行動をかかせる形態の
進歩に貢献するようにしていくことを求める請求である。法は、この利益を完全に認知するようになってきている。
第六として、最後に、個人の人間の生活に対する社会的利益をあげることができよう。各個人が、文化的社会内
で社会の基準に見合った人間の生活を送ることができ、また、各個人がかかる生活を送る可能性に干渉する諸活動
等に対して安全であることを求める、文化的社会の請求・要求である⁽²⁾。

「一般的道徳に対する社会的利益」については、パウンドは、別に、「我々の法上、dishonesty, corruption,
gambling, その他反道徳的傾向をもつ事物に反対するポリシー、一般的道徳に対する継続的な脅威を nuisances と
して取り扱うこと……により認められている。また、衡平法上、救済を求める者はクリーン・ハンドでなければ

ならないという法格言にこれを見い出すことができる」と付け加えている。⁽³⁾

パウンドは、右の社会的利益論が時代の変化にも拘わらず固定化することを警戒して、「堅固に維持されている道徳の理念は、やがて社会的経済的な条件の変化から生じる理念や新しい宗教的、哲学的見解と一致しなくなる。

その場合、我々は、一般的道徳に対する社会的利益と一般的進歩に対する社会的利益について、自由な討論を行うというポリシーをとりつつ「衡量しなければならぬ」としている⁽⁴⁾。因みに、「自由な批判」、「意見の自由」は、「一般的進歩」のうち「政治的進歩」に対する「利益」として認知されている⁽⁵⁾⁽⁶⁾。

(1) Pound, A Survey of Social Interests, 57 HARV. L. REV. 1, 1-2 (1943).

(2) R. Pound, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW, at 209-210 (1921).

(3) Pound, op. cit., 57 HARV. L. REV., at 25-26.

(4) Id., at 26.

(5) この点を含め、パウンドの利益の項目の一覧を下記 R. POUND, OUTLINES OF LECTURES ON JURISPRUDENCE, at 94-114 (5 th. ed., 1943).

(6) 立法論と社会的利益について see, Pound, Legislation as a Social Function; in, PUBLICATIONS OF THE AMERICAN SOCIOLOGICAL SOCIETY, VOL. III, at 148 ff. (1912). 個人的利益の分析について see, Pound, Interests of Personality, 28 HARV. L. REV. 343, 445 (1915).

三 パウンドの「社会工学」の任務は、「人間の欲求を、他の欲求の最小の犠牲で最大限に充足させる人間の営為の組織化」にあった⁽³⁾（参照）。これを、右の「社会的利益」論に則して述べると、次のようになる。

「具体的当事者の請求を人間一般の個人的請求として一般化し、これを一定の時間と場所における文化的社会の生活に伴う一般的請求と照らしあわせ、最小の犠牲によりこれらの社会的利益の最大限の実現をするように努力することである」⁽¹⁾。

つまり、個人的利益も、社会的利益に還元して衡量するところに、新しい正義観念を見出し出しているのである。⁽²⁾ 即ち、

「現代の司法の思想は、個人的利益は社会的利益でもある限度でのみ、また、そうであるが故に法により保障されるという命題から出発しなければならない。個人の利益を保障することが一般的安全、諸制度の安全、そして個人の道徳的、社会的生活一般に役立つ限度で、社会的利益もあるといえる。個人の利益と社会の利益は別個のものであるが、法は、社会的制度のひとつであって、個人的利益の保障が社会的利益となるが故に、かかる保障を行うのである。それ故、個人は、自己の個人的利益が社会的利益と衝突するとき、なんらかさらに重要な社会的利益があること、つまり、個人的利益と衝突する社会的利益を上回る社会的利益のあることを証明できなければ、この個人の利益を主張しえない」⁽³⁾。

パウンドは、これを、「社会的効利性の原理 (principles of social utility)」の実現としてゐる。⁽⁴⁾ また、パウンドは、かかる原理を適用する解釈方法を「社会学の解釈 (engineering interpretation)」と名付けてゐる。⁽⁵⁾

その具体例として、我々は、「契約の自由」の法的制限に関するパウンドの正当化理論をみておこう。パウンドは、鉱山会社が、会社経営店での商品券により給料を支払うことを禁止する立法を、契約の自由に反し違憲とした

判決について、次のように述べている。まず、鉱山経営者と炭鉱夫をそれぞれ「抽象的個人」としてみると、「立法による制約は、自由な個人の自己主張の最大化には役に立たない」が故に、自然権に対する正当性なき干渉といえる。しかし、

「個人の道徳的、社会的生活に対する社会の利益、社会に現存する具体的個人の人間生活に対する社会の利益に立って考えてみると、経営者に対し、給与を現金で支払うように命令することは、彼の全人間の生活に対する重大な干渉でもないし、人間的尊厳の侵害でもない。他方、そうした制限を課すことで、我々は、使用人の人間的尊厳を確保し、文化的社会における人間生活を送ることを可能ならしめるのである。……現に使用する基準は、ウイリアム・ジェームズの提案したものである。——『この貧しい世界では、全ての要求を同時に充足することはできないのである』から、我々の目的は、『他の要求の最小の犠牲において最大多数の要求を充足することにある』。他人の利益の最小の犠牲で、多数の利益、最大の利益の確保をするという社会功利主義的基準 (Social-utilitarian criterion) によって判断すれば、契約の自由に対する制約は正当化される⁽⁶⁾」。

以上のようにして、パウンドは、「文化」の理想としての「法的公理」と、そのより具体的で、かつ、ダイナミックに流動する「社会的利益」とりわけ、「一般的道徳」に対する「社会的利益」とを、「法と道徳」の一致を確保する動態的な概念装置として用意したのである。

(1) Pound, *The Theory of Judicial Decision*, III, 36 HARV. L. REV. 940, 955 (1923).

(2) Pound, *A Survey of Social Interests*, 57 HARV. L. REV. 1, 3 (1943).

(3) Pound, *Justice According to Law*, III, 14 COL. L. REV. 103, 119 (1914).

(4) Pound, *op. cit.*, 36 HARV. L. REV., at 955.

(5) R. POUND, *THE SPIRIT OF THE COMMON LAW*, at 195 (1921).

(6) *Id.*, at 199.

④法規範と道徳の接点——不作為の法的責任

一 パウンドの「法と道徳」一致論の今ひとつの側面は、法規範 (legal precepts) の中に道徳的価値を撰取して一定の統一性・確実性・安定性を与えることにある。謂はば、法規範を構成する諸概念を「法と道徳」一致のための静態的装置としていっているといってもよい。パウンドは、法規範と道徳とのかかる一致の接点を、まず、「法的基準 (legal standards)」に求めている。則ち、

「Administration of justice のかなりの部分が、法的基準を通して行なわれており、その部分は更に拡大しつつある。これらの基準は、自然法理論を通して、道徳が法に注入された段階で、法上登場してきたものである。これらの法的基準は、人間行動及び企業行動と関わるものであるので、かなり道徳的要素を含んでいる。過失法における due care の基準、公正な競争についての基準、受託者の公正な活動についての基準、特定の取引における善意を要求するローマ法的基準、慎重かつ勤勉な人で成年に達している者が上述の各状況のもとでいかに行動するかに関するローマ法の基準など全てが、公正さと合理性の理念を伴っている。更に、道徳的規範全てと同様に、これらの法的基準は、適用が個別化されている。抽象的に觀察された事実の類型に機械的に適用されることはない。

各事件の事情に応じて適用され、また、広い範囲にわたり、何が正義で公正かの直観を通して適用される。この直観的適用は、問題となっている行動の各要素についての道徳的判断を伴っている⁽¹⁾。

(1) R. POUND, LAW AND MORALS, at 56-57 (1926).

二　そこで、我々は、次に、道徳的規範が法的義務^{II}行動の「法的基準」に吸収されるべき例としてパウンドが摘示している不作為の法的責任についてみておこう。パウンドは、この問題について、次のように議論をしている。則ち、

「例えば、故意のかつ道徳的に免責できない他人の不作為に明らかに起因する損害を例にしよう。二人の間に人間であるという以外に関係の存在しない例を想定しよう。一方が溺れており、他方がすぐ近くでロープを手にしたまま何もしなかった場合、ほとんど危険なしに行動しえたのに土手にすわり煙草をすっていた場合、法は責任を課すことを拒否している。エイメスのいうように、『彼は危機に類している人から何かをとりあげたのではなく、単に第三者に利便を提供しなかっただけである。……法は、人間の間で積極的な慈善を行うことを強制しない。good Samaritan たるか否かは、各人の良心に任されている』。

この場合、法を躊躇させる困難さとは何か。証明の困難が、ある程度存在する。我々は、責任ありと考えている者が緊急の事態のため動転していたのではないことを確認しなければならない。また、行為をしなかった側の者は、救済をうけなかった側の者の主張に対して衡量するべき主張を行うかもしれない。かくして、good Samaritan の事件では、priest も Levite も、日没前に宿につかずに途中を歩いていれば強盗にあうおそれがあるという good

cause があつたかもしれないのである。また、場合により、誰に good Samaritan たる法的義務が課されるべきか判断するのが困難となる。John Doe が救い手がなく飢え死にしようとしているとき、ヘンリー・フォードを訴えるのか、シヨン・D・ロックフェラーを訴えるのか。だが、運動の得意な若者がロープと生命綱を手元を持っているのに、川の土手の公園のベンチにすわったまま、子供が溺れるのをみていた場合には、かかる困難は生じまない。しかし、なお法は、区別しようとするまい。だが、実際の困難は必ずしも当然に区別の妨げとはなるまい。先にあげた例では、道徳的原理を法上認識することを妨げ、あるいは、これを実効ならしめるための適切な法的ルールを形成することを妨げる固有の障害物はない。現に、最近のアメリカ判例上も、この方向への動きがみられる。法と道徳との対立が、本件事例の如き場合の道徳的側面を無視することを正当化するまで押し進められるとすれば、これを否定しなければならない⁽²⁾。

(2) R. POUND, LAW AND MORALS, at 67-69 (1926).

④ 法規範の構造

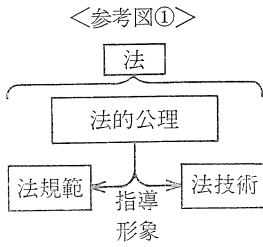
一 最後に、我々は、パウンドの法規範の構造をみておきたい。まず、パウンドの「法 (Law)」の定義をみておこう。パウンドは、「法」とは、次の三つの要素の統合概念であるとしている。

「(1) 多かれ少なかれ内容の確定されている無数の法規範。ベンタムが、法とは法律の集合であると云ったときに言及せんとしていた要素である。(2) 法規範がいかに解釈、適用されるべきか、また、各事件がいかに判断されるべきかに関する伝統的理念の集合体、及び、法規範の発展・適用に関する伝統的技術、つまり、法規範の不足を補い、

擴張し、制約し、かくして、administration of justice の必要と調和させる技術である。(3)法の目的、及び法の目的に照らして法規範はいかにあるべきなのかに関する哲学的、政治的、倫理的理念全体。これらは、意識的・無意識的に形成、信奉されているものであり、また、この理念全体との関わりで、法規範、また、法規範の適用・判断に関する伝統的理念、伝統的技術が不断に再形成され、新しい実質、新しい適用をもたらししているのである⁽¹⁾。

法規範については、次にふれるが、(2)にいう法技術について補っておこう。かかる技術として、パウンドは、例えば、一九世紀自然法思想が培った「厳格解釈」論、即ち、「コモン・ローを損うような制定法は厳格に解釈されなければならない」という伝統が入るとしている⁽²⁾(前述(3)④五参照)。また、英米法に特有の先例拘束性の理論も、後述の法規範の一部たる「ルール」や「原理」ではなく、法技術であると位置づけている。即ち、

「司法的判断の伝統的技術なのである。過去の司法的判断を参照しつつ、判断をするという伝統的技術にすぎない。ちようぶ、civil law の法曹が、条文を解釈する伝統的技術、また、条文から司法的判断の根拠を展開する伝



統的技術を有しているのと同じように、判例集にのった司法部の経験を根拠として特定の事件の判断の根拠を展開する伝統的技術である⁽³⁾。

さて、次に、(3)にいう「法の目的」と「哲学的、政治的、倫理的理念」とは、先述の「文化」の理想たる「法的公理」にあたるのである。こうして、我々は、パウンドの「法」構造を、参考図①のように理解することができるのである。つまり、「法的公理」が、指導形象となつて、法規範と法技術を規制しているのである。

(1) Pound, *The Theory of Judicial Decision*, 1, 36 HARV. L. REV. 641, 645 (1923).

(2) *Id.*, at 647.

(3) *Id.*, at 648-649.

二では、固有の法規範の構造にうつろう。パウンドは、法規範を次の五つの要素に分けている。

①「(狭義の)ルール (rules)」。これらは、特定詳細な事実状態に対して特定詳細な法的結果を付する規範をいう。特定詳細な事実状態に対して、特定詳細な公務員の行動がなされるといふ特定の脅威であるともいえる⁽¹⁾。例えば、法は、「約束」は一定の書式をとって封印されるか、又は「約因」と認むべき相対する約束又は行為義務と交換される場合に、特定の法的結果を与えているのである⁽²⁾。

②「原理 (principles)」。例えば、人は過失によって生ぜしめた他人への損害を賠償する責任がある、あるいは、人は他人の犠牲で不当に利得しえない等の一般的、抽象的命題として確定されている規範をいう⁽³⁾。

③「法的基準 (legal standard)」。『各々の事件の事情に照らして適用されるべき、許容される行為の一般的限界である。これらは、近代法上、法適用の個別化のために主に用いられており、さらに、今後も広い範囲にわたり、個人の行動、企業の行動に適用されていくようになっていくものである』。ただ、ルールと異なり、適用上、特定の事実・事情を勘案しなければならないのである。「基準には、常に一定の倫理的な特質があり、純粹に道徳的な規範と同じように、各事情にあわせて適用されるべきものである⁽⁴⁾」。

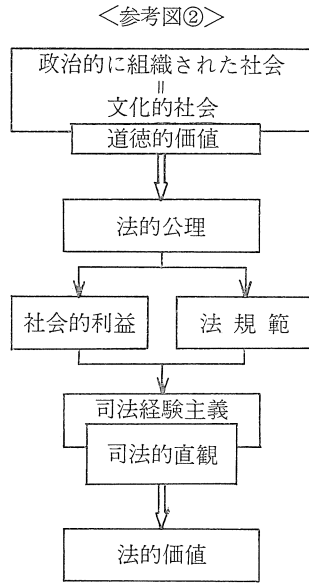
④「概念 (conceptions)」。『概念とは、取引、事例、事実状態の類型、種類を明らかにしている権威的範疇を

いう。概念に基づいて、ルール、原理、基準が適用可能となる。主に、法学教師・学者の仕事になるものである。立法上、定式化されることはあまりない⁽⁵⁾」。

④「法理論 (doctrines)」。 「法理論とは、特定の事実状態、事件類型、法的秩序の諸領域をあわせて大系的に組み合わせて、論理的に相互に連関する構造へと仕上げたものである。この構造とその論理的な意義に基づいて、論証がすめられるのである」。但し、主に学者が形成するものであり、「形式的権威」はない⁽⁶⁾。

- (1) Pound, Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law, 7 TULANE L. REV. 475, 482 (1933).
- (2) Pound, The Theory of Judicial Decision, I, 36 HARV. L. REV. 641, 645 (1923).
- (3) Pound, op. cit., 7 TULANE L. REV. at 483; op. cit., 36 HARV. L. REV., at 646.
- (4) Pound, op. cit., 7 TULANE L. REV., at 485.
- (5) Id., at 484.
- (6) Id., at 485.

三 こうして、パウンドは、まず、「法的公理」により「文化的社会」の基本的理想を確定し、一方で、動的、概念としての「社会的利益」によって社会の具体的・個別的道德的価値、そして、その変化を吸収する用意を整えている。他方で、「法的基準」が、道德的義務を確定的な法的義務として提示し、また、「原理」から「ルール」又は「基準」を抽出する際に、「社会的利益」を考慮するものとしている。このようにして、「法」の運用・解釈上、「法と道德」一致が担保されるように、構造化したのである。以上のパウンド理論を図式化すると、参考図②のようになる。



(5) 総括——現代的「法的公理」と「道義性」を求めて

一 我々は、最後に、ドゥオーキンの自然法主義の意義について、総括しておきたい。まず、アメリカ法思想史上の系譜、という広いベースタイプに立ったとき、我々は、次のように考えている。

まず、プロセス法学は、バウンド理論の継承者としての役割を果たしている。

第一に、「組織された社会」(organized society)⁽¹⁾が担うべき問題とは、「共同生活に必要な条件の設定、維持、完全化をはかり、人間の完全な発展を求めるときに、共同生活の果たすべき役割を完遂せしめること」とする認識は、バウンド理論の「文化」概念の継承といえる。

第二に、「法的公理」にまとめられた「自由」原理は、「機会の平等」の保障という修正を受けつつ、基本的に

維持されている(前述②③五参照)。

第三に、プロセス法学も「法と道徳」一致論に立脚している。つまり、社会的諸問題・諸紛争の処理について、プロセス法学は、*the principle of institutional settlement* に従う⁽³⁾。かかる問題処理 (*settlement*) を行う場合、「法と道徳」の峻別は、不必要なのである。則ち、前述引用のように、ホームズの「法と道徳」分離論を批判した後(一)(2)⑥一参照)、次のように述べている。

「既存の問題処理を修正し、又は、以前には未処理の事項について問題処理を行うことが問題となつているときには、法と道徳は、異なる関係に入る。この場合、決定形成者が諸目的とこれを促進する可能性のある諸手段とを評価するのを助ける上で、*an ethics of a different order* が必要不可欠の役割を果たすことは、明白ではないであろうか。かかる文脈では、法と道徳の間に厳格・堅固な境界線を引くことが不可能であることは、明白ではなからうか」⁽⁴⁾。

第四に、プロセス法学の法規範の構造は、パウンドから継承している。則ち、プロセス法学は、「ルール」、「基準」、「原理」の他に「政策 (*policy*)」を付け加えている。まず、「ルール」とは、「適用上、一定の物理的又は精神的象の発生又は不発生——つまり、事実の確定以上のものを必要としない法的命令」であり、例えば、州法による速度制限の命令である⁽⁵⁾。「基準」とは、「不合理な速度」で走ることの禁止、*reckless*、「一般的に公正で衡平」などを定める規定をいう。つまり、「ルールと異なり、基準の適用には、物理的又は精神的象の発生、不発生のみを決定すること以上のものが必要である。特定の事件で発生したことの質又は傾向を、同様のシチュエー

ジョンにおける事象の発生は、質又は傾向と考えられているものと比較することを必要とする。基準の広義における定義は以下の通りである。特定のシチュエーションが発生したこと、発生しつつあることの認定に加えて、そうした発生を、ありうべき結果、道徳的正当化その他の一般的人間的経験の視点から質的に評価することによってのみ、適用が可能となる法的命令である⁽⁶⁾。次に、「原理」とは、達成されるべき目的とその理由の叙述を含むものとされ、「政策」とは、達成されるべき目的のみとり出したものをいう。いずれも抽象化されており、物理的又は精神的事象の発生、不発生若しくはその質的評価は伴わないものとされている⁽⁷⁾。

則ち、プロセス法学は、パウンド理論と同様に、「基準」・「原理」・「政策」の確定・適用を通して、道徳的価値が法的価値に吸収される構造を有しているのである。

第五に、「組織された社会」の目的は、「正当な人間の欲求の全体的充足を最大限にすること、そのコロラリとして現在利用できる利益を現存集団に公正に分配すること」に置き、パウンドの「社会的効利性の原則」を継受している。

以上の点に加えて、パウンドの「人間の努力の有効性・効率性に対する確信」論、「法的秩序」論、法の科学化論をも受け継いでいるのである(前述④①八参照)。かかる意味で、プロセス法学は、パウンド理論の思想上の継承者であると我々は考えている。

(1) HART/SACKS, at 114.

(2) HART/SACKS, at 110.

- (3) HART/SACKS, at 4.
- (4) HART/SACKS, at 120.
- (5) HART/SACKS, at 155.
- (6) HART/SACKS, at 157.
- (7) HART/SACKS, at 159.

二 次に、既述の如く(⑥)(③七参照)、我々は、ドゥオーキンの「平等」処遇原理が、ハートの「平等」原理とともに、プロセス法学の「平等」原理の修正であると考えている。この意味で、二つの理論が、かなりの親近性をもつものであり、従ってまた、プロセス法学を通じて、ドゥオーキン理論はパウンド理論にも親しむものと考えられる。

のみならず、ドゥオーキン理論は、まず、裁判官への信頼、「政治的道德」実現の場としての裁判所¹¹「フォーラム」論を前提とし、「法」の底辺にある「政治秩序」における「平等」処遇原理を実現することを法の任務とみている。「裁判」における「内在的理想」は、この関数としての「平等」論の実現にあり、「政治秩序」の目的は、「完全に正義であり、効果的なシステム」となる「外在的理想」の実現にあるとしていた。つまり、ドゥオーキンの自然法主義の理論構造に限るならば、パウンド理論の構造との親近性が読みとれるのである。ドゥオーキンの「平等」処遇の原理は、現代的な「政治秩序」乃至「政治的に組織された社会」の「法的公理」のひとつと位置づけえよう。パウンドが、主として「自由」原理に重きを置いたのに対し、ドゥオーキンが政府による「平等」の確

保に重きを置いたのは、社会に内在する道徳的価値の時代的变化を反映したものとみることができる。

以上、我々は、理論の歴史的系譜という観点からは、パウンド理論→プロセス法学→自然法主義理論という連続性があると評価している。

三 転じて、ドゥオーキンの自然法主義の理論と構造には、固有の弱点乃至限界があったことを、今一度、ふりかえっておこう。則ち、①道徳的価値は、条文の open texture の補充に利用されるのにとどまるのか、明文規定を unjust とするものか不明であること（道徳的価値絶対主義をとるのか否か不明であること）、②抽象的意思基準論に立つ点で法実証主義的である側面と、法事実とする法現実主義的側面が混在していること、③「平等」処遇原理に三つの解釈モデルがあり、選択の基準のないこと、④一方では、主として、裁判官信頼論に立ちつつ、他方では、裁判官への不信を制度的にのみ処理しようとしていること、⑤道徳的価値乃至「政治的道徳」の存在被拘束性を欠き、従来の自然法理論上、もっとも脆弱な価値構造論となっていること、⑥道徳の個人相対主義に立っていること、等である。

四 では、こうした法思想史の系譜と理論上の弱点をみると、我々は、冒頭「はじめに」で述べた方法論の混在を克服していく方向を何処に求められるのであろうか。この点について、我々は、現代的な「政治的に組織された社会」に内在する現代的「法的公理」を再発見すること、現代「文化」の「理想」を探求し、これらを法的価値へと転換していくことが必要ではないかと考えている。則ち、社会的、法学的、現代的再生が、二一世紀を展望する新たな総合法学を留意するのではないか、というのが我々の判断である。

五 ところで、最後に、「法と道德」論における「道德」の意味についてふれておきたい。ハートは、全ての非法的なルールを以て「道德のルール」と定義する方法をとらず、⁽¹⁾ 共同生活体の存在に不可欠の「道德の義務」の裏付けのあるもののみ、「道德のルール」として理解している。⁽²⁾ 「義務の一次規範」は、「特定の社会で広く共有されている行動の基準」である“conventional” morality をいう。個人が他人との共有なしに自己の良心と生活を規律する道德、⁽³⁾ 道德の「私的側面」⁽⁴⁾ は除外されるのである。社会的に、「公正さ」が問題とされるのは、「個人の集団 (classes of individual) が処遇される方法」に関わる場合であり、「一人の個人の行動」ではないのである。⁽⁵⁾ 他面で、道德的義務は、「道德的理想」まで含むべきものでもないのである。つまり、bravery, charity, benevolence, patience, chastity, temperance, consciousness は、個人の徳目として評価されるが、「道德的義務」には属さないのである。⁽⁶⁾

同時に、「道德的義務」は、ルールとして維持するに足りる「重要性」がなければならぬ。何故なら、ハートによると、「道德的義務」として認められるには、これに抗する強い感情を押えて維持され、また、個人的利益をかなり犠牲にしても維持されるものであること、社会一般に教育・伝達されるほどに強い社会的圧力を背景にしているものであること、「道德的基準が一般に accept されなかつたならば、個人生活に深刻で重大な破壊的变化を生じる」ものであることが必要だからである。⁽⁷⁾

かくして、道德的価値の最低限の条件とは、「社会の有する社会的道德」中、「社会の存続に本質的な」義務をいうのである。則ち、「社会生活にとって必要であることが明白なルールとして、暴力の自由な行使を禁止又は少

くとも制限するルール、他人との関係において一定形態の正直さと真実さを求めるルール、物の破壊を禁止するルール、他人から物を盗むことを禁止するルールなどである⁽⁸⁾。従って、法が存在するとすれば、これらの道徳的ルールは、法的ルールとして必ず存在していなければならないのである⁽⁹⁾。

ところで、ジェローム・フランクもまた、法現実主義批判をうけた後に、一九四八年に至って、「私は、今日、現代文化の基礎として、トマス・アクィナスの述べた如き人間行動に関わる自然法の基本原理を採用することを然るべき人がいかにしたら拒否できるのか、理解できない。アクィナスは、次のような主要な原理があるとしている。共通善の追求、他人に対する加害の回避、各人に各人のものを与えることである。また、二次的原理として若干のものが存在している。殺人の禁止、盗みの禁止、信託されて預った物を返還することである⁽¹⁰⁾」。

こうして、フランクもハートも、広義の社会的道徳の中から、人間の存在と人間の共同生活に本質的に関わる重要性のあるものと法規範・法的義務との一致を論じていたのである。則ち、「道徳」のうち固有の重要性のある「道義」を問題にしていたのである。

最後に、我々の展望を反復しよう。現代的な「政治的に組織された社会」における「道義」としての現代的「法的公理」を確定し、現代的条件に適合するように「法」をこれと一致させていくことが、今、必要とされている、と我々は考えている。これが、我々の得た基本的視座である。

(1) THE CONCEPT OF LAW, at 166.

(2) Id., at 163, 165, 176.

- (3) Id., at 165.
- (4) Id., at 179-180.
- (5) Id., at 154.
- (6) Id., at 177-178.
- (7) Id., at 169.
- (8) Id., at 167.
- (9) Id., at 168.
- (10) J. FRANK, LAW AND THE MODERN MIND, (1930), Preface to Sixth Printing, XX (1948).

おわりに——研究の出發

一 以上、我々は、社会的、法学的の復活に新しい総合法学の展望を見出し出そうとしているが、かかる視座が真に妥当か否か検討する上で、残された課題は多い。

第一に、本稿の対象とした①②論文固有の論理構造が、TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1978) A MATTER OF PRINCIPLE (1985) 等、ドゥオーキンの他の論文の論理構造とどう整合するのか、検討しなければならぬ。

第二に、ドゥオーキンの自然法主義理論は、はじめ憲法的自然法理論には、一定の建設の芽がありつつも、なお理論的弱点が多い。しかし、既に、タシュネットの代表するニヒリズム的クリティカル・リーガル・スタディーズ理論⁽¹⁾が登場してきているため、これをどう克服するかもあわせて問題とされなければならない。

第三に、ドゥオーキン理論の底辺にあるプロセス法学も、二つの方向から重大な脅威にさらされている。ひとつ

は、世界経済の成長は限界に達しつつあり、一九七〇年代にピークに達して以降、徐々に生産は縮小していくと主張する「成長限界」論の登場である。⁽²⁾ プロセス法学は、社会的「バイ」拡大論を前提とするが故に、財の分配に樂觀的でありえ、「生活の非物質的充足のほとんどに関する供給の潜在力は、無制限である。従って、分配に関して、現実的問題は全く存在しない」とさえ断言しえたのである。⁽³⁾ その基礎が、今、崩されそうとしている。次に、形而下的ユートピア理論に立つクリティカル・リーガル・スタディーズ論者であるケネディは、プロセス法学の前提とする社会モデルを“individualistic, rule-oriented, market-oriented”⁽⁴⁾と規定し、これに対して、“altruistic, collectivistic, standard-oriented, sharing”⁽⁵⁾モデルを対置している。このモデルは、一定の outcome の「平等」分配をも予定している。新マルクス主義法学の側からの建設への提言ともいえるだけに、注目しなければならぬ。⁽⁶⁾

以上、クリティカル・リーガル・スタディーズの登場により、新たに形成されつつある対抗軸がどのように推移していくのか、今後、注意深く見守る必要がある。

第四に、以上のアメリカ法学固有の課題を離れて、次に、我々の得た基本的視座——現代的な「政治的に組織された社会」における「道義性」||「法的公理」と法との一致——が、世紀末日本法学に何等か意味を有しうるのか否か検討しなければならない。

そして、最後に、我々の最大の関心事である日本の刑事訴訟法解釈にかかる視座が意義あるのか否かの吟味が、課題として残されている。

本稿は、こうした数多くの課題へ進んでいく、さらやかな第一歩でしかない。帰国後、さらに時間をかけて、これらの課題について考察をすすめたらと考えている。

- (1) Tushnet, Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies, 57 TEX. L. REV. 1307 (1979).
- (2) L. R. BROWN/P. SHAW, SIX STEPS TO A SUSTAINABLE SOCIETY (1982).
- (3) HART/SACKS, at 112.
- (4) Schwartz, With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land, 36 STAN. L. REV. 413, 418-440 (1984).
- (5) Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 HARV. L. REV. 1667, 1713-1722 (1976).
- (6) アメリカにおけるマルクス主義法学史の概観について Tushnet, Marxism and Law, in: B. OLLMAN/E. VERNOFF, ed., THE LEFT ACADEMY, Vol. II. 155 (1984).

二 本稿は、コーネル大学ロー・スクールにおける講義等で学習しつつ、準備したものである。我々未熟なる若手にとつて、ドゥオーキン教授の如き先達の慈味豊かな論文を、自己のもてるあらゆる知識を用いて、できるだけ深く、そして、広く耕してみる試みほど勉強になることはない。しかも、その作業にあたり、よき師の指導を受けることができれば、かけがえのないことである。誠に幸いなことに、我々は、コーネル大学で、次の諸先生方よりお教を頂くことができた。

ドゥオーキン、ハート、トマス・アキィナス、ホームズの理論一般については、ライアンズ教授の講義で学ばせて頂いた (David B. Lyons; Law, Society, and Morality, 1986' Spring Term)。法現実主義については、

ハチンソン教授の講義^① (Dennis J. Hutchinson: American Legal History, 1986: Spring Term)、『プロセス法学の現代的意義について』^②、ヘンダソン教授の講義^③ (Jame A. Henderson, Legal Process, 1986: Spring Term)、『それぞれお教え頂いた。また、社会学的法学、プロセス法学、法現実主義、クリイティカル・リーガル・スタディーズ、そしてドゥオーキン理論の相互関係については、サマーズ教授 (Robert S. Summers)、『オズグッド教授 (Russell King Osgood) から、個人的に御示唆を頂いた。最後に、②論文については、ライオンズ教授のセミナーでの緻密な分析から多くのごとを身につけることができた他 (Contemporary Legal Theory 1986: Spring Term)、『同教授には、「法と道徳」論の万般にわたり質疑等を通して、お教え頂いた。以上、記して、感謝申し上げます。

(一九八六年五月一〇日、コーネル大学ロー・スクール図書館にて脱稿)