

◇ 論 説 ◇

# 実践としてのリーガル・リアリズム

——ハーマン・オリファントの議論を手がかりに——

菊 地 諒\*

## 目 次

はじめに

### I 実践に目を向ける

- 1 課題設定：リーガル・リアリズムはどのような実践であったか
- 2 予備作業：アメリカ法律協会の設立まで

### II 法学と社会科学

- 1 問題意識：どうすれば法学の方法論を発達させることができるか
- 2 提 案：法のリステイトメントのために
- 3 考 察

### III 先例拘束性をめぐって

- 1 意 義：先例拘束性とは何か
- 2 転 換：*Stare Decisis* から *Stare Dictis* へ
- 3 回 帰：奪われたものを取り戻す
- 4 考 察

おわりに

## はじめに

本稿は、しばしば過激な反動として理解されるリーガル・リアリズムの実践的な側面に注目し、この運動の中心人物の1人であるオリファント

---

\* きくち・りょう 立命館大学法学部准教授

\*\* 外国語の文献を引用するにあたって、原文でイタリックにより強調されている箇所には傍点を付した。また、引用文中の〔 〕は筆者による補いを意味する。

(Herman Oliphant, 1884-1939) の議論を取り上げつつ、その実像を解明することを目的とする。第 1 節では、実践としてのリーガル・リアリズムを描き出す上で鍵となる学際性の概念について論じたいうえで、オリファントの議論を検討する準備として、当時の知的状況を概観する。第 2 節では、オリファントがどのような問題意識を持っていたかを明らかにしたいうえで、どのような実践上の提案を行ったかを検討する。第 3 節では、オリファントの中心的な主張である先例拘束性への回帰を検討し、リーガル・リアリズムの実践者としてのオリファントをアメリカ法思想史上に定位する。最後に、実践としてのリーガル・リアリズムに関する若干の考察を経て、その姿を描く。

## I 実践に目を向ける

### 1 課題設定：リーガル・リアリズムはどのような実践であったか

アメリカ法思想史におけるリーガル・リアリズムの位置づけは、ある意味で明瞭である。すなわち、19世紀を通じて判例法主義が成熟する中で、ラングデル (Christopher C. Langdell, 1826-1906) によって整備された科学的方法論に対して、20世紀に登場したリーガル・リアリズムは、先駆となるホームズ (Oliver W. Holmes Jr., 1841-1935) やパウンド (Roscoe Pound, 1870-1964) の議論を参照しつつ、科学的方法論に基づく形式主義を批判した運動として位置づけられている<sup>1)</sup>。

リーガル・リアリズムが「運動」として位置づけられるとき、その含意するところは、この運動に従事した「リアリスト」の間に立場の相違があり、1つの学派を形成するに至ったとまではいえないという消極的な評価である。「運動」という表現さえ強すぎるとして、形式主義に対する不満という「ムード」として表現される場合もある (Duxbury 1995 : 68)。

---

1) わが国の法思想史の概説書でも、こうした整理が一般的である (田中ほか 1997 : 178-180 ; 中山ほか 2019 : 190-193 ; 戒能ほか 2020 : 207-211)。

これに対し、ライター（Brian Leiter）は、リーガル・リアリズムに共通の教義がないという見方を否定する。リーガル・リアリズムには、その核心をなす主張（Core Claim）がある。それは、「裁判官は、主として事実の刺激に反応する」という、司法上の意思決定に関する記述的テーゼからなる（Leiter 2007 : 21）。

ライターによれば、これと対比される形式主義は、「裁判官は、主として（実際は、おそらく専ら）適用可能な法の諸ルールと法的推論の諸形態の合理的な要求に反応する」という記述的な主張にコミットする。形式主義者の主張は「裁判官は（主として）ルール反応的である」というものであり、リアリストの主張は「裁判官は（主として）事実反応的である」というものである。形式主義者によれば、裁判官は「法的な理由づけ」、すなわち法律や判例と、そこからの演繹的推論によって判決を下す。これに対し、リアリストによれば、裁判官は「法的でない理由づけ」、すなわちケースの基礎となる事実によって判決を下す（Leiter 2007 : 23-24）。

こうした理解は、リーガル・リアリズムの理論的な側面に注目し、その考え方を一般化しようと試みるものである。しかし、本稿の関心は、リーガル・リアリズムの実践的な側面にある。トワイニング（William L. Twining）にならって、「大文字のRのリアリズム（Realism）を、歴史的な現象——2つの世界大戦の間に興隆・衰退した、アメリカに特有の知的な運動——として扱い、小文字の『r』の『リアリズム（realism）』を、法の理解に関する問題の中心となる概念として扱う」（Twining 2012 : 390）ならば、本稿は、大文字のリアリズムがどのような実践であったかを問うものである<sup>2)</sup>。リーガル・リアリズムは、コロンビア大学ロースクールや

---

2) トワイニングの理解によれば、「リアリストの運動は、第一に、法学の一学派ではなく、歴史的な現象として理解されるべきである」（Twining 2012 : 375）という。リアリストたちは法哲学よりも、法学教育・法研究・法学文献といった問題に主たる関心を向けてきた。しかし、リーガル・リアリズムに関する二次文献の多くは、「より根本的でない一連の問題に関する議論に価値のある貢献をした研究者・教育者というよりは、むしろ法の本質に関する哲学的な問題に対して不完全な回答を与えた法哲学者として、『リアリスト』」

イエール大学ロースクールを中心地として、法学のあり方を変革しようという意欲に燃えた、法学者たちの実践から生じた。その実践の成果は、たとえばロースクールのカリキュラムの改訂や、ケース・ブックの編纂など、法学教育の面において顕著に表れた<sup>3)</sup>。本稿では、リーガル・リアリズムがどのような実践であったかを明らかにすることで、この「運動」に対する積極的な評価を与えることを試みる。

リーガル・リアリズムの実践的な側面に注目するとき、鍵となるのは学際性の概念である。リーガル・リアリズムの提唱者（およびその先行者<sup>4)</sup>）たちは、新しい法学の方法論を考えるにあたって、経済学・心理学・政治学など、隣接する社会科学（social science）との学際的な連携を主張した。リーガル・リアリズムの代表格と目されるルウェリン（Karl N. Llewellyn, 1893-1962）は、法学が伝統的に法の諸ルールを解釈することに重きを置き、社会科学との接触を避けてきたことに加え、社会科学の側においても（ベントリー（Arthur F. Bentley, 1870-1957）やヴェーバー（Max Weber, 1864-

---

を描いている」という（Twining 2012：376）。ダガン（Hanoch Dagan）も指摘するように、形式主義を批判したという点をもってリーガル・リアリズムの唯一の貢献と考えるならば、形式主義が役に立たないことが常識化している現代においては、リーガル・リアリズムについて探求すべきことは何もなくなくなってしまう（Dagan 2013：1-2）。

3) コロンビア大学ロースクールにおいては1920年代に、イエール大学ロースクールでは1930年代に、学際的な研究の成果を法学教育に導入するため、カリキュラムの見直しを試みられた（菊地 2021a：215-219）。

4) 経験科学を重視したホームズは、歴史法学のもたらした成果を認めつつも、歴史的な観点ではなく、達成しようとする目的と、それを欲する理由の観点から法的なドグマを説明する研究が進展すべきであると考え、「そのような理想への第一歩として、すべての法律家は経済学の理解を求めるべきであるように、私には思われる。現在、経済学という学問と法学という学問とが分離していることは、いかに多くの哲学的な研究の発展する余地が、未だそこに残されているかの証拠であるように、私には思われる」（Holmes 1897：474）と述べている。

また、社会学的法学を唱え、リーガル・リアリズムにも影響を与えたパウンドは、紙の上の法（law in books）から動いている法（law in action）へと視野を拡大し、「立法を恐れず、立法によって導入された、時代の精神を表現する新しい原則を歓迎しよう。人間の行動に関する事実を直視しよう。経済学・社会学・哲学にも目を向けよう。法学が自己充足的であると思ひ込むのはやめよう」（Pound 1910：35-36）と呼びかけている。

1920)の業績を除いて)法を軽視する傾向があったことを指摘する(Llewellyn 1949:1286-1288)。さらに、ルウェリンは、法に対する社会科学的なアプローチによって、法学と社会科学の間での双方向の接触が容易かつ直接的なものとなり、双方にとって非常に実りの多いものとなると主張する<sup>5)</sup>(Llewellyn 1949:1286-1288)。

リーガル・リアリズムの提唱者たちは、学際的な連携を法学教育においても実践しようとした。アメリカの伝統的な法学教育は、ロースクールとともに発展してきた。1829年、ストーリー(Joseph Story, 1779-1845)がハーヴァード大学ロースクールの教授に就任し、その改革を進めたことで、これに呼応するように、アメリカにおけるロースクールの数は徐々に増加し、1850年までは15校であったのが、1860年までに21校、1870年までに31校へと増えた(Harno 2004:51)。1870年、ハーヴァード大学ロースクールの長(dean)に就任したランゲデルは、学生が教員の講義を通じて法のルールを学習するレクチャー・メソッドに代えて、教員と学生の問答を通じて、ケースの中からルールを発見し、その体系を定式化することを学生に要求するケース・メソッドを導入した。ケース・メソッドは、その強調点を体系の定式化からリーガル・マインドの養成へと徐々に移しつつ(松浦 1982:71-78)、全国のロースクールにおいても導入されるようになった。

---

5) こうしたルウェリンの姿勢の表れともいえる著作が、人類学者ホーベル(E. Adamson Hoebel, 1906-1993)との共著『シャイアン・ウェイ』(Llewellyn & Hoebel 1941)である。1935年、ルウェリンは、自分の学生でもあったホーベルとともに、モンタナ州レイムディアのタン・リバー居留地を訪れ、北シャイアン族の法文化に関する共同の実地調査に取り組んだ。ルウェリンとホーベルによれば、調査の手法は、トラブルケースを発見し、それらがどのように処理されたかを追跡するというケース・メソッドの手順によるものであり、「一方は法学の専門家、他方は人類学の専門家という、2人の著者の共同の努力の結果である」という(Llewellyn & Hoebel 1941: viii)。法学と人類学の連携を示した例として、『シャイアン・ウェイ』は貴重な知的遺産である。ただし、北シャイアン族の「法の道」に対するノスタルジックな見方は、原始社会と近代社会の間の新進化論的な二項対立を明白かつ自然なものとして再構成しているに過ぎない、という指摘もある(Mehrotra 2001: 771)。

ケース・メソッドに対するリーガル・リアリズムからの批判は痛烈であった。ルウェリンは、アメリカのロースクールにおける伝統的な教育<sup>6)</sup>を「行き当たりばったりで、間が抜けていて、工場じみた体制に支配されていて、無駄が多く、欠陥だらけで、空っぽである」(Llewellyn 1935 : 652-653)と罵倒し、直ちにカリキュラムを再編成して、社会的事実や政策の背景を法学教育に導入すべきことを主張した<sup>7)</sup>(Llewellyn 1935 : 668-672)。リーガル・リアリズムは、学際性を志向した法学の方法論を再検討し、実際に改革を進めることで、アメリカの法学教育にも大きな影響を与えた。

このように、リーガル・リアリズムの学際性は、その実践的な側面と切り離すことができない。そこで、以下では学際性という観点を意識しつつ、実践としてのリーガル・リアリズムがどのようなものであったかを描き出すこととしたい。その際の手がかりは、リーガル・リアリズムの中心人物の1人であった、法学者のオリファント<sup>8)</sup>である。オリファントは、

---

6) ルウェリンによれば、そもそもロースクールごとにレベルの差が激しいため、「ロースクールにおけるアメリカの法学教育」なるものを一般的に語ることは無理であるという。そこで、ルウェリン自身は、「一流のロースクールにおける教育として考えられている」ものとして、コロンビア、ハーヴァード、イェールにおけるそれを主題とし、「それらはほろほろではかかげているが、それらよりもほろほろでない、またはかかげていない学校を、私は知らない」と述べる(Llewellyn 1935 : 652)。

7) ルウェリンの考える法学教育は、その学生に対して広範な能力を要求するものである。まず、ルウェリンは、ロースクールの入学者を念頭に置き、「法を学ぶすべての学生に対して、読み書きができることを求める」と述べている。ルウェリンによれば、自身が担当する1年生の半分、および2年生の3分の1は、読むことも書くこともできないという。加えて「私は、いかなる入学者に対しても、論理学、アメリカの歴史的事実、記述的な経済学、制度の社会学、人間の行動に関する心理学について、少しずつ知識を持ってほしい。有機的な進化という考え方と、「事実」に関する言明を、その言明を發した「権威」に従って重みづけるという考え方も、持ってほしい。最後に、純粋に定性的な思考とは対照的な、定量的な思考を持ってほしい」と述べ、さらに、これらの知識・技能以上に、感情的・知的な意味での興味や熱意が重要であると述べている(Llewellyn 1935 : 660)。

8) オリファントについては Kalman 1986 : 68-78 ; Schlegel 1995 : 147-210 ; Duxbury 1995 : 82-86 ; Twining 2012 : 41-54 などを参照。 ↗

1921年にコロンビア大学ロースクールへ着任すると、法学と社会科学の相互関係に基づく学際的な教育をカリキュラムに取り入れることを提案するなど、実践的な改革に取り組んだ人物である<sup>9)</sup>。そこで、オリファントを

---

ㄨ オリファントが法学の世界に入ったのは、やや遅い時期であった。1884年に生まれたオリファントは、言語学を本来の専門とし、インディアナのマリオン・カレッジで英語の教鞭をとっていた。1911年、27歳の時にシカゴ大学ロースクールへ入学し、卒業後は直ちに同校の講師に採用された。オリファントは言語学という、科学的というよりは文学的なバックグラウンドの持ち主であったが、1920年代を通じて「社会科学としての法学にとつて、最も明晰かつ猛烈なスポークスマンの1人」であった（Twining 2012：44）。

ルウェリンは、パウンドとの論争の中で20人のリアリストの主張を調査しており、その中でも「中心的な刺激を与え続ける人物」として、クラーク（Charles E. Clark, 1889-1963）、クック（Walter W. Cook, 1903-1984）、コービン（Arthur L. Corbin, 1874-1967）、ムーア（Underhill Moore, 1879-1949）、パウエル（Thomas R. Powell, 1880-1955）とともに、オリファントの名を挙げている（Llewellyn 1931：1226 n. 18）。ただし、ルウェリンは後に、オリファントがジョンズ・ホプキンス大学で行った研究の手法について、その無駄の多さを批判している。ルウェリンによれば、オリファントが行った膨大な裁判記録の調査結果は、「数人の知的な新聞記者が、10パーセントか5パーセント、またはそれ以下の時間と費用をかけるだけで、ほぼ同等の意義と適切さをもって達成できた」（Llewellyn 1956：403）という。

9) トワイニングの評価では、リーガル・リアリズムの歴史におけるオリファントの重要性は、クックの協力者、侍祭（acolyte）としてのそれであった。1922年に、クックがコロンビアからイエールへ移ると、オリファントはその後を継いで、クックとほとんど同じ考えをより如才なく、しかし精力を損なうことなく促進した（Twining 2012：44-45）。

オリファントは1923年に、ロースクールのカリキュラムの再編成に関する提案を、当時のコロンビア大学の学長バター（Nicholas M. Butler, 1862-1947）に対して公式に提案した。ダクスベリー（Neil Duxbury）の整理に従えば、この提案の後、「オリファントとともに、コロンビアの教職員はその精力を専ら、社会構造の一側面としての法の研究のための中心地へとロースクールを改革するという仕事へ注ぐべきであると信じる人々と、研究だけを強調する代わりに、同等の精力を、法におけるパブリック・サービスに従事する人々を訓練するための主導的な機関へとロースクールを改革するという仕事へ注ぐべきであると信じる人々との間での権力闘争」（Duxbury 1995：83）が開始した。

オリファント派と反オリファント派の闘争は、1928年、学長のバターが発した鶴の一声によって、反オリファント派の代表者であるスミス（Young B. Smith, 1889-1960）がコロンビア大学ロースクールの長に選ばれたことで、反オリファント派に軍配が上がった。オリファントは抗議の意を込めて、アインテマ（Hessel E. Yntema, 1891-1966）らとともにジョンズ・ホプキンス大学へ移り、イエール大学から同じくジョンズ・ホプキンス大学へ移った元同僚のクックと再会し、裁判記録の調査などに取り組んだ（Kalman 〆

導き手として、学際的な実践としてのリーガル・リアリズムを描き出すことで、単なる形式主義への反動ではなく、研究者・教育者としての情熱にあふれた運動として、その実像が更新されることになるであろう。

## 2 予備作業：アメリカ法律協会の設立まで

オリファントが実践したリーガル・リアリズムは、その当時の法学の状況と密接に結びついている。そこで、オリファントの議論を検討する準備として、1910年代から1920年代にかけての法学の状況を素描する。

実践としてのリーガル・リアリズムを描き出すにあたって、その始まりをどの時点に設定するかは難しい問題である。そもそも、リーガル・リアリズム自体が、回顧的に再構成された運動である。しかし、学際性という観点を意識するならば、法学に対する外部として社会科学を設定し、法学を外部から批判することに言及したという点で、ホーフエルド (Wesley N. Hohfeld, 1879-1918) による1914年の講演が、実践としてのリーガル・リアリズムの始点に位置づけられてよいであろう。ちなみに、本稿で取り扱うオリファントも、この講演の一部を好意的に引用している (Oliphant

---

↘ 1986 : 74 ; Schlegel 1995 : 147-148 ; Duxbury 1995 : 83 ; Twining 2012 : 52)。ヴァーダ  
ン-ジョーンズ (Simon N. Verdun-Jones) は、法学以外の分野でキャリアをスタートさせ  
たという点で、数学・物理学出身のクック、政治科学出身のアインテマと並べて言語学出  
身のオリファントを挙げる。この3人は、リーガル・リアリズムに属する多様な法学者の  
中でも同質的なトリオを形成しており、このトリオは、「法と法制度の研究に対する科学  
的なアプローチを進展させるという目標への揺るぎないコミットメント」によって、強固  
に結びつけられていたという (Verdun-Jones 1979 : 3-4)。

1933年、オリファントは研究者から官僚に転身し、モーゲンソー (Henry Morgenthau  
Jr., 1891-1967) が長官を務める農業信用庁の法務担当 (general counsel) となった。  
1934年、大統領のルーズヴェルト (Franklin D. Roosevelt, 1882-1945) がモーゲンソーを  
財務長官に指名すると、オリファントはモーゲンソーとともに財務省へ移り、官僚として  
の影響力を発揮するとともに、ニュー・ディール政策を指揮するルーズヴェルトとも交流  
を深めた。1938年、オリファントはルーズヴェルトによって臨時全国経済委員会のメン  
バーに任命されるが、翌1939年に、54歳の若さで冠動脈血栓症のために没した (Newman  
2009 : 408 ; Kreitner 2010 : 777)。



1921：241-242）。

ホーフエルトは、アメリカ・ロースクール協会<sup>10)</sup>（Association of American Law Schools, AALS）で行われたこの講演において、いわゆる一般的な法学（general jurisprudence）、すなわち「通常の実務に携わる法律家とは区別される法学者に、専属的ではなくとも、より特有のものとして属する、より広範で基礎的な研究と活動のクラス」（Hohfeld 1919：5）を、さらに6つの部門に分けている。第一に「歴史的・発生的法学<sup>11)</sup>」（Hohfeld 1919：8）、第二に「比較的・折衷的法学<sup>12)</sup>」（Hohfeld 1919：11）、第三に「形式的・分析的法学<sup>13)</sup>」（Hohfeld 1919：21）、第四に「批判的・目的論的法学<sup>14)</sup>」（Hohfeld 1919：24）、第五に「立法的・建設的法学<sup>15)</sup>」（Hohfeld 1919：28）、

---

10) アメリカ・ロースクール協会は、1900年に設立された。その目的は「アメリカにおける法学教育の向上、特にロースクールにおける〔法学教育の向上〕」であった。協会の定款は、限られた期間内にロースクールが加盟の条件として満たすべき基準を定めるもので、「第一に、各ロースクールは、予備的な教育において学生に『中等教育課程またはそれに相当する課程を修了していること』を求める。第二に、学位取得のための課程は、少なくとも30週を2年間とし、1905年以降は3年間とする。第三に、学位授与は『試験によって確認される一定の学業成績の達成を条件とする』。第四に、非常に特別な図書館施設」と規定された（Gregory 1909：17-18）。

11) 歴史的・発生的法学は「法的な起源、法的な原因、長い期間を通じた法的な発展または進化——法的なシステム・制度・教義の発生・成熟・（時には）衰微について、主たる関心がある」とされ、東洋法制史・大陸法制史・英米法制史の3つに分類される（Hohfeld 1919：8）。今日でいうところの法制史に相当するものと思われる。

12) 比較的・折衷的法学は、異なる法的なシステムや具体的な法を体系的に研究・比較し、その実際の機能や効果を、それぞれの国や地域の人々の経験から考える（Hohfeld 1919：11）。今日でいうところの法社会学・比較法学に相当するものと思われる。

13) 形式的・分析的法学の目的の1つは、すべての法的な推論において機能している根本的な概念を正確に、または不正確に理解することである。権利・義務といった法律関係上の諸概念は、「もし我々が厳密かつ正確に思考し、理にかなった最大の正確さと鮮明さをもって自分たちを表現したいならば、批判的に検討・区別・分類されなければならない」（Hohfeld 1919：21）という。

14) 批判的・目的論的法学の目的の1つは、既存の法的な原則やルールを精査し、批判する態度を発達させることである（Hohfeld 1919：24）。

15) 立法的・建設的法学は、批判的・目的論的法学の「最先端」（Hohfeld 1919：28）である。この部門は、ロースクールにおいてはほとんど無視されてきた。しかし、立法の重

第六に「機能的・動態的法学<sup>16)</sup>」(Hohfeld 1919: 32)である。

学際的な実践としてのリーガル・リアリズムとの関係では、この中でも第三の形式的・分析的法学と、第四の批判的・目的論的法学との対比が重要である。ホーフエルトも強調するように、形式的法学は「その主要な目的の1つとして、論理的な一貫性とシステムの本質的・内在的な考慮に従って、法の諸原則と諸ルールを検査・批判すること」を含んでいるのに対し、批判的法学は「非本質的・外在的な考慮に従って、すなわち、多様な教義の心理的・倫理的・政治的・社会的・経済的な基礎と、それによって達成されることが求められるそれぞれの意図または目的に従って、法の諸原則と諸ルールを体系的に検査・批判すること」を目指している(Hohfeld 1919: 24-25)。ホーフエルトによれば、後者のような目的論的研究は、通常の専門的な課程の非常に重要な部分を形成し続けなければなら

ゝ要性が増大していること、および形式的・実質的に欠陥のある立法は社会的にも経済的にも膨大な無駄を伴うことを踏まえると、立法の方法を改善することを支持する国民感情は強まっている(Hohfeld 1919: 29)。立法的・建設的法学は、(1)連邦法・州法間および各州法間の競合に起因する社会的・経済的な無駄という「アメリカにおいて特に重要な立法に関する基本的問題」、(2)直接の立法者としての投票権を持つ市民や、議会に代表される立法機関などの「立法を支える力と機関」、(3)法案が提出されて制定されるまでの「立法的な組織と手続」、(4)(厳密には批判的・目的論的法学の一分野であるが)法と世論の関係や制裁のあり方などの「立法の本質」、(5)法の条文の書き方や整合性の保ち方などの「立法の形式と仕組み」という、5つの分野をカバーしている(Hohfeld 1919: 29-31)。今日でいうところの立法学に相当するものと思われる。

- 16) 機能的・動態的法学は、様々な法のルールの現実の機能に関する体系的・経験的研究であり、その対象は「動いている法 (law in motion)」とも呼びうるものである(Hohfeld 1919: 32)。今日では政治学や行政学において取り組まれるものと思われるが、ホーフエルト自身は、それらの学問が統治の大規模な局面のみを扱っており、「裁判所の組織や、司法の効率と独立の必要性や、裁判官の任命と在職や、法に基づく司法の基礎のような具体的な問題を扱わない傾向がある」(Hohfeld 1919: 32-33)ことから、法学者が取り組むべきであると主張した。ホーフエルトは、「大学の政治学や行政学の教員の多くは、訓練・経験・観察・共感などの点で法律家ではないので、法制度の保護と改善をこれらの人々だけに任せるべきではない。このような教員は、技術的な法学の訓練を受けていないため、法と司法の運用における具体的な問題やニーズを理解できないことが多く、したがって、その意見は極端で誤解を招く傾向が少なくない」(Hohfeld 1919: 33)とも述べている。

ない。なぜなら、そうすることによってのみ、法の実践と司法は、単なる機械的なやり取り以上のものとなり、そうすることによってのみ、裁判官や弁護士は「ルールの理由」を知ることができ、したがって、新しい一連の事実に対する、その適切な限界を知ることができるからである（Hohfeld 1919 : 27）。

ホーフエルトの講演は、アメリカ法律協会（American Law Institute, ALI）の設立へとつながった。アメリカ・ロースクール協会は、ホーフエルトの影響の下、1915年に「比較法・法律学研究センターの設立可能性に関する委員会」を設置した。この委員会は、「法学センターに関する委員会（Committee on the Juristic Center）」へ名前を変えた。1922年、同委員会は、法に関するあらゆる職業の代表者を召集し、その中から新たに「法整備のための常設機関の設立に関する委員会」が設立された。1923年、両委員会は合併し、再び法に関するあらゆる職業から構成される会合が召集され、ここにアメリカ法律協会が設立された（Harno 2004 : 118-119）。

同年、コロンビア大学ロースクールの長であったストーン（Harlan F. Stone, 1872-1946）は、こうした動きを評して、「まさにこの年に始まった、それ [= コモン・ロー] の包括的なりステイメント（restatement）によって我々の法の平易化と明確化を達成するための運動」は、8世紀以上にわたり英語圏で発展してきたコモン・ローの全歴史の中でも、最も注目すべきものの1つであるとしている（Stone 1923 : 3）。ストーンによれば、コモン・ロー<sup>17)</sup>はその長所として、判例による漸進的な法の構築に由来す

---

17) ストーンは、「素人は制定法の観点から法を考えることが多いが、実際には法の大部分は、裁判官によって宣言され、そのように宣言されているからこそ法としての力を持つ諸ルールによって構成されている。こうして裁判官によって作られる法の大部分は、イングランドのコモン・ローの先例システムによって発展してきた。完全に正確ではないかもしれないが、大まかに言えば、このシステムにおいては、ある特定のケースで採用された判決の教訓またはルールが、判決の下されたケースとほぼ同様の事実を含み、同様のルールまたは教訓の適用を合理的に求める一連の事件を含む後続のすべての事件で支配的であるとみなされる」（Stone 1923 : 3）と述べる。ここでは、コモン・ローというシステムの主たる構成要素として、先例拘束性が意識されている。

る強靱さと持久力を持っている一方、その短所として、その強靱さと持久力のゆえに、「いったんコモン・ローの体内に留まった異常な先例や時代錯誤の法が、不調和な法学上の教義の新しい源となる」点を挙げる。判例法は、こうした誤りを論理的な体系との調和の下で完全にコントロールすることができず、社会的な利便性やニーズと完全に調和させることもできない。裁判官によって作られる法 (judge-made law) の遡及的効果は、判例に依拠して行動する人々の利益に影響を与えうるため、裁判官は自由に判例を覆すことができず、せいぜい恣意的でしばしば微妙な事実の区別によって、判例の適用の射程を制限することができるにすぎない (Stone 1923 : 3-4)。

コモン・ローは、その発展とともに複雑性と不確実性を増大させてきた。さらに、アメリカにおいては、連邦裁判所および48の異なる州に独立した裁判所の制度が設立されたため、この複雑性と不確実性が加速する傾向にあった。そこで、裁判官・弁護士・法学者など、法学に従事する人々の緊密な協力の下で、コモン・ローのリステイメントが試みられるようになった (Stone 1923 : 5)。ストーンは、その努力の結晶がアメリカ法律協会であるという。

1923年2月23日にワシントンで開催された注目すべき集会では、この国において法に携わって生きるにあたってのすべての要素が結集し、アメリカ法律協会を組織した。この協会は法人化され、カーネギー財団から100万ドル以上の助成金を受けて活動を開始し、これまでの同種の事業をはるかに超える規模と難易度をもって、法のリステイメントの問題に取り組む第一歩を踏み出している<sup>18)</sup> (Stone 1923 : 5-6)。

法のリステイメントについては、アメリカ法律協会の前身となった

---

18) 正確には、カーネギー財団からの助成金の額は107万5000ドルである。アメリカ法律協会の法人設立証明書によれば、その目的は「法の明確化・平易化、社会的ニーズへの適応を促進し、より良い司法を確保し、学術的・科学的な法的業務を奨励・遂行すること」である (Lewis 1923 : 7)。

「法整備のための常設機関の設立に関する委員会」が提出したレポートでも言及されている。このレポートの序文では、およそ36人の一流の弁護士・裁判官・法学者がこの委員会を結成するに至った動機について、「我々は、自分たちの法システムを全体として誇りに思っている。しかし、法律家として、我々の法の一部が不確実で、不必要に複雑であること、実際にうまく機能していない法のルールがあること、法的な手続や裁判所の組織の多くが改訂を必要としていることを知っている」と述べられている。委員会は、法の不確実性と不必要な複雑性の原因を9ヶ月以上にわたって調査した結果、これらの弊害を是正するために取ることのできる最も重要なステップは、法の専門家によるリステイトメントの作成であると確信した（Lewis 1923：7）。

実践としてのリーガル・リアリズムは、こうした法律家による組織的な活動と軌を一にして、徐々に勢力を拡大した。その中心となったのは決して法学者だけではなかった。裁判官や弁護士といった、法実務に携わる人々も運動の推進力となっていた<sup>19)</sup>。

## II 法学と社会科学

### 1 問題意識：どうすれば法学の方法論を発達させることができるか

オリファントは、法のリステイトメントに向けた組織的な運動とその方向性を共有しつつ、さらに進んだ問題意識の下で、アメリカ法律協会がどのような仕事に取り組むべきかを論じている。まずは、オリファントがどのような問題意識を持っていたかを検討する。

オリファントは、既述の「法整備のための常設機関の設立に関する委員

---

19) アメリカ法律協会の設立には、当時のアメリカの法曹界のリーダーが集結した。連邦最高裁判所長官をはじめ、21の州から同数の最高裁判所長官が出席したという事実が、この会合の本質と重要性を示している。それは、法曹界が司法を改善するという公的な義務を果たすための組織を形成する時が来たことを認識した人々の会合であった（Lewis 1923：7-8）。

会」が提出したレポートについて、「進歩に対する真の熱意と、可能なことについての健全な判断のバランスが上手にとれている」(Oliphant 1923a : 17) と評価しつつ、一部の法分野がその研究対象から外れていることを指摘する。たとえば、労使闘争における当事者の権利や、社会立法の限界を定める際のデュー・プロセス条項の範囲などである。これらの領域が研究対象から除外された理由について、オリファントは「便宜という概念のレベルよりも深く、大衆の心に食い込んでいるから」であるという。これらの、社会と密接に関わる問題(オリファントいわく「政治的問題」)に対する人々の政策的な判断は、しばしば感情的な内容を伴い、しかも一致することがない(Oliphant 1923a : 17-18)。オリファントは、アメリカ法律協会が直面する困難について、次のように述べる。

協会〔=アメリカ法律協会〕は、その活動において、法がどうなっているか、またはどうあるべきかについて、常に反対の意見に出会うことになる。両方の意見を述べることはできるとはいえ、どちらか一方をよりよいものとしなければならない。そうした選択の中で、新たな法について述べることになるだろう。それは、単なる法のリステイトメントではない。矛盾する答えがそれぞれに一連の判決によって支えられている、という問題が存在しないような法の領域が、どこにあるだろうか?協会は、これらの2組の諸ケースの間で選択しなければならない。その選択の中で、却下された諸ケースの管轄下では、新たな法について述べることになるだろう(Oliphant 1923a : 18)。

法のリステイトメントに伴う困難の本質は、まさに「よりよい」法を選ぶという点にある。オリファントによれば、伝統的な法学におけるアプローチには次のような欠点がある。

第一の伝統的なアプローチは、固有かつ不変の妥当性をもつ一般原則を措定し、目の前のケースに適用すべきルールを一般原則から導出することで、そのケースについて判断するという方法である。オリファントは、

「いわゆる一般原則はすべて、過去の経験を実験的に合理化したものにすぎず、したがって、合理化された経験の一部を必ずしも構成しない、新しい問題に対する必然的な解決策を包摂することはできない」（Oliphant 1923a : 19）として、このようなアプローチは根本的に無効であると批判する<sup>20)</sup>。

第二の伝統的なアプローチは、当事者間の便宜やパブリック・ポリシーの観点から、そのケースについて判断するという方法である<sup>21)</sup>。オリファントは、このようなプラグマティックな思考は不確実でコストがかかるために、法学における通常の思考方法とは異なるものであるとする。法的思考の主流は、あくまで第一のアプローチに見られる演繹的な方法であり、その結果として、第二のアプローチに必要とされる科学的方法はほとんど発達しなかった（Oliphant 1923a : 20-21）。

オリファントは、第一のアプローチと、第二のアプローチを対比させながら、後者の置かれている現状を描写する。科学的方法が発達していないがゆえに、「法の諸ルールの効果について考えるとき、我々は経験から無意識に抽出された判断に頼りながら、直観的な経験主義に基づく」（Oliphant 1923a : 21）という方法がとられる。オリファントは、この方法を「コモン・センスの方法（common sense method）」（Oliphant 1923a : 21）と名づける。

コモン・センスの方法とは、裁判官が目の前のケースについて判断をするにあたって、自身の経験に裏打ちされた直観に依拠するというものであ

---

20) オリファントは、こうした法の一般原則を「生活上のできごとに関する多くの似たような個別の問題に対して過去に返された、かなりの程度統一された回答の便利な要約にすぎない」（Oliphant 1923b : 497）と考えている。

21) オリファントによれば、第二のアプローチは、一般原則がないような場合や、一見して適用可能な一般原則が驚くほど不公平な結果をもたらすと思われる場合など、第一のアプローチの「不完全に発達した演繹の技術」（Oliphant 1923a : 20）のために採用される。第二のアプローチが最も頻繁に採用されるのは、2つの一般原則のうち、どちらを適用すべきかが分からない場合である（Oliphant 1923a : 20-21 n. 1）。

る。ここでオリファントは、この方法においては、「我々は、所定の商業的・社会的状況に対して、どのようなルールを選択すべきかを知っている」(Oliphant 1923a : 21)ということが暗黙の前提となっているとして、そもそもこの前提が成立しているかどうかを疑問視する。

我々は、社会的なリアリティの中に住んでいるというだけで、社会的なリアリティを知ることはない。いかなる人間の経験も、それがどんなに広くても、一度きりに限られている。それは通常、1人の人間、1つの階級、さらには1つの職業に限られている。単純な経済においては、隣人間の問題は隣人間で解決され、その決定の妥当性もある程度保証されるかもしれない。我々は、初期のイングランドのような状況では、コモン・センスの方法に完全に依拠することが正当化されると認めるべきである。しかし、今日、我々の産業的・商業的な生活全体に、専門家だけが理解することを望みうる技術が組み込まれている中では、コモン・センスの方法が正当化されることはない (Oliphant 1923a : 21-22)。

さらに、オリファントは、仮に人間の経験が、ルールを選択に必要な知識をカバーする程度に広いものであったとしても、依然として問題が残っているという。

我々は、その個人的な気質や利己心のために、自分の経験の中から、自分の気質を満足させ、利益を強化するものを主観的に選び出してしまう。今日、法が扱っている多くの複雑な人間関係における社会的なリアリティの全体から、このようにして取り出されたわずかな断片から引き出されるコモン・センスによる判断は、その妥当性を保証するために、偶然以上のものを持っていない (Oliphant 1923a : 22)。

すなわち、コモン・センスの方法は、その源泉である初期のイングランドにおいて、その社会が単純であったがゆえに機能していた。しかし、20世紀初頭の、産業化が進行したアメリカにおいては、社会が複雑化し、そ



ここに暮らす人々にとっても理解しがたいものへと変容した。裁判官もまた、産業的・商業的な社会に暮らす1人の人間である。その経験は限られており、かつ主観的に偏向したものとなっている。したがって、その社会に暮らしているというだけで、高度に複雑化した商業取引や企業経営から生じる法的問題について、自らの経験のみに依拠してプラグマティックに処理するという方法（第二の伝統的なアプローチ）は、もはや有効ではない。もちろん、一般原則からルールを導出するという方法（第一の伝統的なアプローチ）も有効ではない。

このように、オリファントの問題意識は、裁判官が法的な判断を下すにあたっての方法論をどのように発達させればよいかという点にあった。そのために、アメリカ法律協会は、「誤りにつながる演繹的思考の全システムの残骸を一掃しなければならない」（Oliphant 1923a : 22）だけでなく、「多くの部門において、社会的な機構の実際的な構造と機能に関する多くの事実の科学的な観察と分類を始めなければならない」（Oliphant 1923a : 22）。オリファントは、裁判実務において、特に医学的な問題については専門家証人のような制度が利用されていることを認めつつ、ビジネスや犯罪、家事関係といった問題については、依然として専門的な知識による裏づけのないまま、コモン・センスの方法が用いられていることを否定しない（Oliphant 1923a : 22）。これらの領域では、社会の複雑化に伴って新たな事実が生まれ続けており、それらを科学的に観察し、分類することは、コモン・センスの方法を有用なものとするにつながる。オリファントによれば、「アメリカ法律協会を設立に導いた精神は、これらの領域で増え続ける専門的知識を、法学がますます認識し、利用することを保証するものである」（Oliphant 1923a : 22-23）という。

## 2 提 案：法のリステイトメントのために

オリファントの問題意識に基づくならば、アメリカ法律協会が従事する法のリステイトメントという作業は、「よりよいルール」の制定という困

難を必然的に帯同する。アメリカ法律協会は、矛盾するような一連の判例があるとき、いずれが「よりよいルール」なのかを述べなければならない。その際の指針として、オリファントは2つの伝統的なアプローチを挙げ、後者の実践上の便宜という根拠に基づく、コモン・センスの方法に注目する。

オリファントによれば、矛盾するルールの間でいずれかを選択するための指針は1つしかない。すなわち、「あるルールや原則が現在のケースに適用されるべきかどうかについて、全く新規に、その提案されているルールや原則がうまく機能するかどうかを検討せずして、正しく判断することはできない。そうした検討は、外に出て、そのルールが適用された場合に影響を与える人間の活動に関する事実を調査しに行くことを意味する」(Oliphant 1923b : 497) という。こうしてオリファントは、法のリステイトメントという作業に、法的なルールの実践的な働きに関する調査が伴うことを指摘した。

続けてオリファントは、ルールがどのように働いているかを決定する方法を論じる。すでにみたように、伝統的な法学においては、コモン・センスの方法というアプローチが採用されていた。この方法が用いられた結果、問題となっているルールの実践的な側面に関して、最も一般的な種類の多種多様な見解が、裁判所によって述べられることとなった。オリファントは、ルールの理由を述べるという伝統的なやり方に代えて、ルールがどのような実践的な意味を持っているかを発見するための調査を提案する<sup>22)</sup> (Oliphant 1923b : 498)。

---

22) オリファントは、具体例として契約法を挙げている。契約法の領域においては、ある約束を契約として成立させるために、それがどの程度決定的でなければならないかについて、大きな不確実性がある。たとえば、自動車の製造者がタイヤの販売者に対して、必要とするタイヤのすべてを、翌年中、指定の価格で購入することを約束し、販売者は同じ条件で販売することを約束したとする。このとき、数量は不確定なままである。ここで、ゴムの価格が上昇し、販売者が約束したタイヤの引き渡しを拒否したとする。販売者は、購入者がタイヤを全く必要としなかったかもしれず、したがって、何の義務も負わなかつ

こうした調査は、それが有益な領域がいかに広いかを示すだけでなく、次のような3つの成果をもたらす。第一に、もし調査の結果、コモン・センスの方法と同じ結論をもたらすだけであつたとしても、その結論が社会的な事実によって裏付けられることは、裁判官や弁護士の見解に、より重みを与えることになる。第二に、実践的考慮事項が対立していることが明らかになつたとしても、法のルールを決定しようとしている人に、その決

---

ゝたので、販売の約束の約因を提供しなかつたという理由で、自分を拘束する契約はないと主張する（Oliphant 1923b : 497）。

オリファントによれば、販売者にタイヤの引き渡しの義務があるかどうかを解決するにあたって2つの競合する一般的なルールがあり、上から下までのグラデーションを構成しているという。一方には、契約があると判断された場合の結果をまとめたルールがある。他方には、契約が成立していないと判断された場合の結果をまとめたルールがある。このグラデーションの範囲の中に、新しい、未解決のケースがある。この2つの一般的なルールのいずれも、その適用を強制するものはない。どちらも、新しいケースに無理なく適用できる。その決め手となる要因が、確実性の程度であり、これは便宜のカテゴリーにある。そこでは、いずれのルールがよりよく機能するかという観点から、適用すべきルールが決定される（Oliphant 1923b : 497）。

そこで、適用すべきルールを決定するために、ルールの働きに関する調査が行われる。すなわち、今日の製造業・販売業の実態が調査される。たとえば、今日の製造業では、各生産シーズンの初めに、そのシーズン中に生産する商品の数量を決定しなければならないということが一般的であることが分かるかもしれない。生産量は販売量によって決まり、販売量は、通常の販売条件の下で商品が売れる価格に大きく依存する。販売価格を事前に知るためには、原材料や消耗品のコストを事前に知る必要がある。このような事実が判明した場合、商品の製造者が数量を確定する前に材料費を決定できるような取り決めは、製造者の立場からは非常に有用な装置となる。一方、販売者が原材料市場に関する優れた知識を持っていたり、優れた資源を持っていたりすると、このような価格リスクを引き受けるのに適しているかもしれない。このように、特殊なリスクテイクにリスクを移すことは、リスクがより少ない社会的コストで運ばれる結果となり、望ましい分業である。こうした調査を通じて、上記の問題は「価格以外のものがほとんど固定されていない取り決めは、実際にビジネスで使用されているような、世の中の仕事を終わらせるのに役立つ装置なのだろうか？この装置は、それゆえに、法的強制力という認可を与えることによって、その実用性を高めるべきものなのだろうか？」という観点から検討される（Oliphant 1923b : 498）。

このように、オリファントは産業的・商業的な関係のリアリティを調査し、その結果を法的な判断に反映させることで、複雑化した社会において、コモン・センスの方法を補完することができると思つた。

定の結果を完全に認識することから生じる注意を与えることによって、調査自体が正当化されることになる。第三に、中立的な結果しか得られなかったとしても、重要な実践的考慮事項が見落とされている可能性を排除する点で、十分に価値がある (Oliphant 1923b : 498)。

このように、オリファントは法のルールの実践的な働きを調査することで、伝統的なコモン・センスの方法を補完できると考えている。すでに見たように、直観的な経験主義に基づくコモン・センスの方法が機能するためには、ある社会的状況においてどのようなルールが望ましいかを知っている必要がある。しかし、人間の経験の射程は限定的であり、気質や利己心による選別が加わっている。そこで、法のルールの働きに関する客観的な調査を通じて、コモン・センスに基づく主観的な判断を補強することができる。

ここで重要な点は、オリファントが社会のリアリティに関する事実の調査を重視していたことである。オリファントの理想とする法学と社会科学の連携において、社会科学が提供すべき知見は、第一に社会のリアリティを理解するために必要なものとして想定されていた。すなわち、具体的には19世紀から20世紀にかけて大きく変容した、アメリカの産業社会についての調査が必要であった。オリファントは、法の大部分がビジネスの問題に関係しているとして、「したがって、事実の側面に関して提案されている調査の大部分は、現代の産業的・商業的な関係に関する研究である」 (Oliphant 1923b : 498) と述べている。

すなわち、オリファントの構想は、社会科学上の何らかの理論を、法学において応用しようとしたものではなかった。社会のリアリティを理解するための、産業や商業に関する研究とは、「一般に理解されているような経済理論を、法的な問題に適用して解決することを試みることを意味しない。経済理論は、法をリステイトするにあたってわずかな助けにしかならないが、経済生活に関する事実、その理論とは対照的に、大きな助けとなる」 (Oliphant 1923b : 498) という。

このようにオリファントは、アメリカ法律協会が従事する法のリステイトメントにあたって、社会科学的な知見を用いて法的ルールの働きを客観的に調査することを提案した。この提案は、多大な時間と労力を要求するものであり、困難な課題に取り組むことを意味している。そこで、オリファントはこの提案を具体化するために必要となる、予備調査の方針をいくつか示している。

第一に、調査が必要とされるルールは何かを決定しなければならない（Oliphant 1923b : 499）。

第二に、実際に調査を行うにあたっては、既存の研究機関を利用することと<sup>23)</sup>、新しい研究機関を設立することの、両方の側面から取り組むべきである（Oliphant 1923b : 499）。

第三に、集積された事実を、法のリステイトメントに従事する人々が利用可能な形にする必要がある。この作業は、大量の事実をふるいにかけて、解釈することを伴うため、法学の訓練を受けた人々によって担われるべきである（Oliphant 1923b : 499）。

第四に、予備調査は一定の手順に従って実施されるべきである。オリファントは、その手順の概観を示している。

---

23) オリファントは、利用可能な研究機関として、大学の社会科学研究科、大学のビジネス研究科、多くの企業や専門家団体の調査部門、大規模な企業組織の研究施設などを挙げていいる。さらに、より専門性の高い機関として、ミッチェル（Wesley C. Mitchell, 1874-1948）の全米経済研究所（ニューヨーク市）、モルトン（Harold G. Moulton, 1883-1965）の経済学研究所（ワシントン D.C.）、イーリー（Richard T. Ely, 1854-1943）の土地経済学研究所（ウィスコンシン州マディソン）、グレン（John M. Glenn, 1858-1950）のラッセル・セージ財団（ニューヨーク市）、コーブランド（Melville T. Copeland）のハーヴァード・ビジネス・リサーチ局（マサチューセッツ州ケンブリッジ）、ハニー（Lewis Honey）のニューヨーク大学ビジネス・リサーチ局（ニューヨーク市）、セクリスト（Horace Secrist, 1881-1943）のノースウェスタン大学ビジネス・リサーチ局（シカゴ）、商務省・農務省市場局、労働省労働統計局、ニューヨーク・エンジニアリング財団、政府活動研究所（ワシントン D.C.）、全米産業審議委員会（ニューヨーク市）、ニューヨーク市政調査会、エンジニアリング・エコノミクス財団（マサチューセッツ州ボストン）などを挙げる（Oliphant 1923b : 499）。

まず、契約・不法行為・代理といった一般的なテーマは、法学全体の基礎となる問題であるのに対し、保険・保証・破産などのテーマは、一般的なテーマの応用によって検討される。したがって、一般的なルールの働きを優先的にリステイトしなければ、より限定されたテーマをリステイトする際に、困難や批判を招く結果となる (Oliphant 1923b : 500)。

さらに、リステイトメントの作業は、進行とともに熟練したものになるべきである。現在、限定された分野で行われている研究は、一般的なテーマにおいてすぐに使用することができ、後に限定されたテーマのリステイトメントが始まったときにも使用することができる (Oliphant 1923b : 500)。

### 3 考 察

ここまで、リーガル・リアリズムの実践者としてのオリファントが、どのような問題意識を持ち、それに基づいてどのような提案を行ったかを検討してきた。以下では、オリファントの主張を3つの点から考察したい。

第一に、オリファントが法学と他の社会科学の連携を主張した背景には、リーガル・リアリズムの理論的な特徴であるところの、形式主義への反発の精神が伏在している。

オリファントの主張によれば、あるルールを目の前のケースに適用すべきかどうかを判断するにあたっては、そのルールがどのような働きを持っているかを検討する必要がある、それは人間の活動に関する事実、すなわち社会的なリアリティの科学的な検証を要する。ここで、オリファントが想定する「科学的」方法は、ラングデル的な体系的方法ではなく、ホームズの経験的方法であった。オリファントは、なぜ法学に科学的方法を適用することに絶望する人が多いのかという問い (Oliphant 1932 : 127) に対して、科学的方法に対する無理解のためであると答える<sup>24)</sup> (Oliphant

---

24) オリファントは、この問答を学問の部門間の階層と結びつけて論じている。すなわち、学術界の序列によれば、「純粋な数学者は、物理学者をメカニックのようなものとして見下している。物理学者は、化学者を不正確なものを作る職人のように見下している。化

1932 : 129)。物理学に用いられる科学的方法と、法学に用いられるべき科学的方法は異なる。物理学は実験を行うことができるが、法学において実験のために法的な紛争を起したり、訴訟に参加したりといったことはできない。法学が導入すべきは、天文学や地質学に見られるような、観察から構成された科学的方法である。また、観察の正確性についても、物理学におけるような精度は要求されていない<sup>25)</sup> (Oliphant 1932 : 129-130)。

このように、オリファントの科学的方法は、社会的な事実を観察することを意味する。ランゲデルにおいては、固有かつ不変の妥当性をもつ抽象的な一般原則から、目の前のケースを解決することが求められていた。これに対し、オリファントは社会のリアリティを観察し、当事者間の利害関係にも注目しながら、目の前のケースに取り組むことを求めている。

第二に、社会的なリアリティを観察する作業の担い手に法学の訓練を求めている点は、オリファントが法学と他の社会科学の間に隔たりがあることを認識したうえで、法実務に携わる者に大きな期待を寄せていたことを

---

ㄨ 学者は生物学者を、推測や不確実性を扱う者として見下す。同じことが繰り返され、地質学者や地理学者などのカテゴリーを経て、気象学者のような、方法論的な低さの極限にいる者に到達する。社会科学者は、悪党と化した伝道者のように見なされている。技術者や法律家のような学術的異端児は、もちろん眼中にない」(Oliphant 1932 : 128) という。

この序列は、観察・測定・記録の技術である経験的方法の階層である。経験的方法を用いない純粋な数学を無視すれば、列挙された諸学問は、経験的方法の成熟度の違いと、その結果として達成された技術の精度の違いを除き、すべてが非常によく似ている。社会学者の中には、「自身の分野での科学的手続の発展に絶望し、物理科学で採用される方法へ畏敬の念を抱いている」者や、「物理科学におけるすべての科学方法の尺度である数理物理学の手法を典型的なものとして挙げ、敬意と絶望を等しく持って眺めている」者がいるという (Oliphant 1932 : 128-129)。

- 25) オリファントによれば、ニューヨークの労働差止命令のケースを調査したところ、約60パーセントのケースで、中間的差止命令が実際に求められている唯一の救済であること、すなわち半数以上のケースで、中間的差止命令が恒久的かつ最終的な救済を構成していることが分かったという。このとき、ニューヨーク州議会が、証人の反対尋問や対面なしに、宣誓供述書に基づいてこのような中間的差止命令を認め続けるべきかどうかという問題を検討することになったとして、このようなケースの正確な比率が60パーセントであろうと、60パーセントに小数を加えたものであろうと、実際には何の違いもない。これに対し、物理学の多くの問題では、小数は非常に重要である (Oliphant 1932 : 130)。

示している。

アメリカ法律協会に対する提案の中で、オリファントは調査の作業をする者に対して、可能ながぎり法学の訓練を受けさせるべきであると考えている。その背景には、「法学の研究と他の社会科学の研究との間に、まだ手つかずの広い領域が横たわっているという事実」(Oliphant 1923b : 499)がある。法学以外の社会科学の学生は、法学の領域に関してほとんど仕事をしていない。なぜなら、法学の学習は、法学の学生だけが知的に対処できるような技術へと組み込まれているからである。オリファントによれば、「それ以外の人にとって、〔法学は〕閉ざされた本である」(Oliphant 1923b : 499) という。

法学の秘儀的な性質が、法学と社会科学を隔てる壁となっている。オリファントは、この壁を打破する役割を、法律家に求めている。すなわち、「他の社会学者ではなく、法律家こそが、必要な調査機関を整備する仕事に着手しなければならない。／法律家の精神だけが、この調査の創造的な部分を行うことができる。その創造的な部分は、次の2点について行われなければならない。すなわち、その運用に関する調査を必要とし、それを認めるような法のルールを検出することと、事実に関する調査結果を編集して解釈することである」(Oliphant 1923b : 500) として、法実務に携わる法律家が、法学と社会科学の連携のキープレイヤーであることを示している。実践としてのリーガル・リアリズムにおいて、オリファントは法律家を主役に抜擢した。このことは、アメリカ法律協会による法のリストメントが、法学者だけでなく法律家をも巻き込んだものであったことと対応している。

第三に、経済理論の応用ではなく、経済生活に関する事実の調査に重きを置いていた点から判明するように、オリファントの志向する学際性は、経済学を(部分的に)法学へ導入し、法制度を分析・評価する道具として用いるという——現代の「法と経済学 (law and economics)」において顕著に見られる——ものではない。



オリファントが理想とする法的思考は、あくまで伝統的なコモン・センスの方法の延長にある。この方法を補完し、実践において機能するものとするために、社会的リアリティに関する綿密な調査が必要とされた。したがって、経済理論をもってケースを処理することは、オリファントの本意ではない。

この点は、すでに述べた形式主義への反発という点からも至当である。コモン・ローを継受したアメリカでは、各州で法秩序の形成が進み、裁判官による判決が蓄積した。ラングデルによって象徴される形式主義は、それらの膨大な判例を合理的・体系的に説明できるような少数の法命題に整理し、裁判官に対して、法命題からの論理的な演繹によって判決を下すというスタイルを示した。これに対し、法命題の体系よりも社会のリアリティを重視するオリファントにしてみれば、経済学命題からの演繹によって法的問題に対する解答を出すこともまた、形式主義への逆行にほかならなかった。

こうした意味での学際性は、当時の経済学の状況とも呼応している。19世紀後半におけるアメリカの産業社会化は、経済学の動向にも大きな影響を与えた。一部の経済学者は、ドイツの歴史学派に学びながら、経済理論上の諸原則と、現実の経済生活に関する事実を調和させることを試みた。こうした動きは1920年代から1930年代にかけて——リーガル・リアリズムと緩やかに連帯しつつ——制度学派の経済学者によって進められた<sup>26)</sup>。

オリファントは、「経済学者が『価値理論』や『分配理論』のような抽象的な話しかしなかった頃、法学の学生は、その仕事を参考にしなかった。しかし、現在では、商品を買収するための機構がどのように構築され、どのように機能するのかについての事実を集めようとしたり、我々の信用機構の構造と機能に関する事実を示したりするとき、経済学者の仕事は、うまく機能する構造に影響を与える法のルールを、どのように選択す

---

26) この時期に試みられた法学と経済学の統合を「法と経済学」の挿籃として位置づけ、その思想史的検討を試みるものとして菊地 2021b。

るかを決定するにあたって、有益な情報に満ちている」(Oliphant 1923b : 499) と述べている。産業・商業と法は不可分に結びついている以上、法のリステイメントを進めるためには、経済生活に関する事実の調査が不可欠となる。オリファントの提案は、社会の実情に見合った法のリステイメントを試みるものであり、その背景にある発想は、社会のリアリティを経済理論へと反映させることを試みた制度学派の経済学とも通底している。

### Ⅲ 先例拘束性をめぐって

#### 1 意義：先例拘束性とは何か

オリファントは、リーガル・リアリズムの実践者として、隣接する社会科学との緊密な連携の下、法実務を基軸として法学を発展させることを試みた。その際、英米の判例法主義的な法実務において重要な位置を占める先例拘束性の原理<sup>27)</sup> (Doctrine of Stare Decisis) に注目し、この原理の精緻な解明を通じて、法学には学際性が求められることを証明した。

先例拘束性の原理とは、あるケースを判断するにあたって、先例となる判決がある場合は、これに拘束力を認め、原則としてこれに準拠する義務を課すものである。これは制定法によって根拠づけられたものではなく、裁判実務における慣行として発展したものである。その歴史的起源をさかのぼることは困難であるが、イギリスにおいては、13世紀末ごろから先例を引用する慣行が増加し、16世紀にはこの慣行が確立され、同じようなケースにおいては先例に従うべきであるという意識が相当強くなっていた。17世紀末には、*ratio decidendi* (判決の理由) と *obiter dictum* (付随的

---

27) ラテン語の *stare decisis et non quia movere* (=決められたところに従い、定まったところを動かさない) に由来する (Black 1912 : 209 ; Kocourek & Koven 1935 : 973)。なお *stare decisis* というラテン語は、イギリスよりもアメリカにおいてしばしば用いられる (高柳 1938 : 47)。

意見)の区別が宣明された。イギリスでは19世紀後半に至って、厳密な先例拘束性が確立し、すべての裁判所は、より上位のすべての裁判所の先例に、絶対的に拘束されることになった。一方、アメリカにおいては伝統的にそうした慣行は少なく、特に20世紀以降、厳密な先例拘束性を脱却し、先例をくつがえすことによる利点が法的安定性の考慮に優先する場合、先例に従わない自由も認められた (Black 1912 : 209-210 ; Kocourek & Koven 1935 : 973-979 ; 高柳 1938 : 45-48 ; 田中 1980b : 477-481 ; 宮原 2014 : 87-89)。

オリファントは、1927年にアメリカ・ロースクール協会の会長として、「先例拘束性への回帰」(Oliphant 1928a, 1928b)と題した講演を行った。この講演での主張は、「リアリストによる研究の中で最も引用されているものの1つ」(Kreitner 2010 : 777)とも評される通り、近年の研究においてもしばしば参照されており (Leiter 2007 : 61-62 ; Dagan 2013 : 57 ; Varsava 2018 : 82-83 ; Schauer 2018 : 442), オリファントの重要な業績の1つと考えられている<sup>28)</sup>。しかし、リーガル・リアリズムの実践者として形式主義を批判していたオリファントが、先例拘束性という原理への回帰を主張した点は、一見すると奇妙に思われる。以下では、この講演を全面的に検討し、なぜオリファントが先例拘束性への回帰を訴えたのかを明らかにす

28) ハーゲット (James E. Herget) & ウォレス (Stephen Wallace) は、このオリファントの講演を、アメリカにおけるリーガル・リアリズムの始まりに位置づけている。ハーゲット & ウォレスによれば、オリファントの講演の後、リーガル・リアリズムに属する数多くの著作が発表されるようになった。オリファントは、講演という性質上、出典となった文献の引用を行っていなかったが、その後のリーガル・リアリズムに属する著作においても、出典としてお互いに引用するか、バウンドの著作の一部を引用する程度に限られていた。このことが、リーガル・リアリズムは独創的であるという誤った印象の原因になっているという。このように、ハーゲット & ウォレスはリーガル・リアリズムの独創性に疑義を呈し、その起源をドイツの自由法運動に求めている (Herget & Wallace 1987 : 431-432 ; 平野 1989 : 275)。

トワイニングは、「オリファントは生き生きとした教員で、有能な人物であり、その著作の中には、『先例拘束性への回帰』に関する論文など、現在でも引用されるものがある」(Twining 2012 : 44) と述べる一方で、オリファントの最も重要な業績は、ジョンズ・ホプキンス大学で行った調査かもしれないとしている (Twining 2012 : 456-457 n. 13)。

る。

オリファントによれば、先例拘束性は2つの内容を主張しているという。すなわち、第一に「先例に従うべきであり、それを無視すべきではない」ということ、第二に「先例に従うべきであり、それ以外のものに従うべきではない」ということである (Oliphant 1928a : 72)。

オリファントは、先例拘束性に関する従来の議論が、これらのうち第一の内容を強調してきたと指摘する。すなわち、一方で先例拘束性の利点として、将来に適用される法を確実なものとし、裁判官の判決を予測可能なものとする、および人間の気まぐれではなく、法に従った司法が実現されることが挙げられてきた。他方で、先例拘束性の欠点として、法が柔軟性を失ってしまうことが挙げられてきた (Oliphant 1928a : 72)。これらは、先例に従うべきである理由、または先例に従うべきでない理由に関する議論であり、先例拘束性というときの「拘束」の理由に焦点を当てている。

これに対し、オリファントが注目するのは先例拘束性の第二の内容、すなわち先例拘束性というときの「先例」とは何か、という点である。裁判所が述べることのすべてが、従うべき先例となるわけではない。オリファントによれば、先例拘束性の意味における先例とは、「最低でも、当該ケースと少なくとも1つの他のケースの事実関係を含む、一群の事実関係をカバーするような法命題」(Oliphant 1928a : 72) であるという。

全く同一の事実関係を伴うケースは、2つと存在しない。したがって、2つ以上のケースの事実関係を1つの法命題の下で取り扱うためには、それらの事実関係を1つのグループへ分類する形で、抽象化する必要がある。オリファントも、一定の抽象化が必要であることを認めつつ、「そのようなグループ化は、それらすべてに共通する単一の属性を見つけられることができる限り、多数の事実関係を包含するかもしれない」点を指摘する。すなわち、2つのケースの事実関係だけをカバーするようなグループから、多数のケースの事実関係をカバーするようなグループまで、分類の

仕方に段階がある。これに対応して、一連の法命題が与えられる。多数のケースの事実関係を含むようになればなるほど、法命題は一般化される<sup>29)</sup> (Oliphant 1928a : 72)。

以上は、命題の一般化されるレベルの高低に関する問題である。しかし、ある命題を一般化するにあたって、どのようにそれを進めるかに関しては、選択の余地がある。すなわち、一般化の仕方は一通りではない。

オリファントも、あるケースから押し進められる一般化の可能性は1つではなく、無数にあるということを、次のような比喩で表現している。

裁判官が検討するそれぞれの先例や、学生によって学習されるそれぞれのケースは、誰もいない広大なスタジアムの中心に置かれている。そのケースを見る角度と距離は、座席の選択を伴う。どれを選択すべきか？裁判官

---

29) オリファントは、次のような例を挙げている。

たとえば、女性Aの父親が彼女に対して、彼女がすることを約束したBとの結婚をしないよう仕向けたとする。そのようなことをしても、父親はBに対して責任を負わないということを前提として、段階的に拡張された命題を定立することができる。その、ほんの一例を挙げると、以下の通りである。

- ① 父親は、娘に対して、結婚の約束を破るよう仕向ける特権を有する。
- ② 両親は、そのような〔=娘に対して、結婚の約束を破るよう仕向ける〕特権を有する。
- ③ 両親は、娘および息子の両方に対して、そのような〔=結婚の約束を破るよう仕向ける〕特権を有する。
- ④ すべての人は、結婚の約束に関して、そのような〔=破るよう仕向ける〕特権を有する。
- ⑤ 両親は、子どもたちによってなされたすべての約束に関して、そのような〔=破るよう仕向ける〕特権を有する。
- ⑥ すべての人は、誰かによってなされたすべての約束に関して、そのような〔=破るよう仕向ける〕特権を有する (Oliphant 1928a : 72-73)。

この例は、「父親」が「両親」や「すべての人」に拡張されたり、「娘」が「子どもたち」や「誰か」に拡張されたりすることで、より多数の事実関係が包含され、命題が一般化される過程を表している。ここでオリファントは、「我々は、このような命題の中のどの段階に立って、『この命題は、先例拘束性の原理の意味において、このケースの先例である』と言うべきであろうか」(Oliphant 1928a : 73) という点を問題にしている。

も学生も、選ばなければならないという事実から逃れることができない(Oliphant 1928a: 73)。

オリファントによれば、「この選択の可能性がどれほど広く、この選択の結果がどれほど重要かを理解することが、先例拘束性を理解するための第一歩である」(Oliphant 1928a: 73)という。

オリファントは先例拘束性の問題として、命題の一般化をどのレベルまで進めればよいのか、またどのような一般化を選択すればよいのか、という点を挙げる。これらの問題のために「先例」の意味するところが不明瞭になるならば、先例拘束性は、裁判官が判決を下すにあたっての指針を提供しない。

ここでオリファントは、時代とともに先例拘束性の意義が変化してきたことを主張する。かつてのイギリスでは、法的な訴訟を開始するにあたって、多数の令状(writ)が発行されていた<sup>30)</sup>。それぞれの令状が具体的な方式を持ち、比較的少数の人間の状況のみをカバーしていた。「昔の訴訟は、法的な処理のために、生活上の取引を分割し、細かく細分化していた」(Oliphant 1928a: 73)。訴答(pleading)についても同様で<sup>31)</sup>、かつては答弁書(plea)が細かく区別され、それぞれの種類が特定の事実や法的な問題を対象としていた。

このように、令状と訴答が細かく具体的に設定された状況において、先例拘束性が要求する抽象化・一般化のレベルは、現代と比較して低いものであった。なぜなら、令状や訴答が人間の状況を具体的に分類しており、

---

30) イギリスでは、国王の裁判所に訴訟を提起するには、大法官のもとにある部局である大法官府から令状を得る必要があった。令状は、当初は事件ごとに与えられたが、次第に一定の定型的事実関係に当たる場合に必ず与えられるようになった。このような、特定の事実の型に対して特定の令状が発行されるという仕組みは訴訟方式(form of action)と呼ばれる。令状の数は13世紀半ばまでに約60方式、1320年頃に約890方式、15世紀頃には2500方式を超えた(田中 1980a: 78-79; 深尾 2017: 118-119)。

31) 訴答は、裁判の伝統的な準備手続であり、原告は訴訟原因を構成する事実をすべて述べなければならなかった(田中 1980b: 460-461)。

せいぜいその分類の中からいくつかのグループをカバーするような法命題のレベルしか要求されなかったからである。オリファントによれば、「原則が述べられた場合、それがあまりに広く述べられていたとしても、せいぜいこれらの事実状況の狭いカテゴリーにしか関係せず、適用されない」（Oliphant 1928a : 74）という。

さらに、かつてのイギリス社会における生活は、現代と比較して簡素なものであり、長らく変化のないものであった。オリファントは、当時のイギリスにおける先例拘束性の有効性について、次のように主張する。

これらの理由から、また他の理由からも疑いなく、先例拘束性に基づく経験主義が、法的な問題を取り扱うにあたっての、最も効果的で安全な方法であると証明された。裁判所が行うことは、裁判所が述べることは対照的に、その影響を受ける生活に合わせて形作られた。なぜなら、扱われる問題はそれほど多くも複雑でもなかったからであり、これらの法的な問題の取り扱い方は、より個別的就であったからであり、生活の中でそれらの問題に取り組み、悩む人々の側から、それらの問題をより近くで見ているからである。先例拘束性という方法は、きわめて経験的なものであり、その視点は非常に身近で時代に合ったものであったため、ラディカルな経験主義と言ってよいかもしれない（Oliphant 1928a : 74）。

すでに見たように、オリファントのいうコモン・センスの方法は直観的な経験主義によって構成されており、その背景には社会的リアリティに関する確かな見識が求められていた。かつてのイギリスにおける先例拘束性は、こうした前提が満たされていたために、効果的で安全な方法として用いられていた。

しかし、近代に入ってイギリスが世界の覇権を握ると、その社会に大きな変化が訪れた<sup>32)</sup>。貿易が活発化し、人間の活動が多様化する中で、18世

---

32) 18世紀後半から19世紀前半にかけて、イギリスにおける経済構造は大きな転換を迎えた。その原因の1つはイギリスにおける人口の増加である。1801年に行われた最初の国勢調査によれば、イングランドの人口は830万人、スコットランドの人口は163万人、ウェール

紀から19世紀にかけて、世界で最初の産業革命が起こった。このような社会の変化に対応するため、これまでの法的な処理の方法も更新を迫られた。

そこで、訴訟の種類は大幅に削減された。言い換えれば、それまでは区別されていた複数の異なる事実関係が、同じ1つのグループへ分類されるようになり、大幅な抽象化・一般化が進行した。訴答は、異なる事実関係を区別する力を喪失した。オリファントは、「このように、取扱いに精通するのに必要な区別を生み出すための道具を鈍らせることによって、状況に対処しようとしたことは、近年の英米法制史においてひときわ目立った事実である」(Oliphant 1928a: 74) と述べている。こうして、訴訟の種類は削減され、多様な種類の事実関係を包含するようなグループ化が際限なく進行した。さらに、グループ化にあたって、社会の変化に対応した新しいカテゴリーを編み出すのではなく、「事実に関する古いカテゴリーが、主にフィクションによって、多様な事実の状態を包含するように拡張された」(Oliphant 1928a: 74) 結果、裁判所はこれまでのように、目の前の事件を特定の具体的な方式の下で扱うことができなくなった。

ノルズの人口は58万7000人、アイルランドの人口は522万人であり、イギリス全体では、1750年から約25パーセント上昇している。この上昇率は、ヨーロッパの標準の約1.5倍にあたる (Morgan 2021 : 476)。また、イギリス本土の人口の約30パーセントは都市部に住んでおり、約21パーセントは人口1万人以上の都市に住んでいた。この数字は、どの北ヨーロッパの国よりも高いものである (Morgan 2021 : 477)。都市部への人口集中は国内での需要を喚起し、国内の市場を発展させた。

紡績機や蒸気機関が発明・改良され、生産技術が向上したことも、イギリスの経済構造に影響を与えた。石炭資源に恵まれたイギリスにおいて、ワット (James Watt, 1736-1819) により改良された蒸気機関は、18世紀を通じて綿工業に導入され、紡績のための確実な動力を供給することで、その発展を促した。蒸気機関に用いられる高度な技術は、蒸気機関車や蒸気鉄道へと応用され、人々や商品の輸送を容易にするとともに、金属・機械工業の発達を促した (Morgan 2021 : 479-480)。

こうして、19世紀に入ったイギリスでは、生産技術とエネルギーの両方の面で革新が起こり、その経済構造の中心は農業から工業へと移行した。その結果、1870年代にアメリカが台頭するまで、イギリスは世界最大の工業生産を維持し続け、「世界の工場」と呼ばれるまでに至った。



イギリスで起こったことと同様の流れが、19世紀のアメリカに押し寄せた。オリファントは、アメリカにおいても「まずは、訴訟と答弁書の形式を拡張すること」で対応が試みられ、「最終的には、ほとんどの州において、すべての訴訟方式を1つまで削減し、一般的な問題をほとんど普遍的なものにし、答弁書や返答に続くすべての訴答を放棄することで、壮大な戦略的撤退が実行された」と指摘する（Oliphant 1928a：74）。ここに、先例拘束性がその意義を失う、直接の契機が求められる。オリファントは次のように述べる。

このとき、抽象化と一般化が暴走を始めた。裁判所と学者は、これまでの裁判所が人々の問題を解決するために実際に行ってきたことについて、語るがますます少なくなり、裁判所が公表した普遍的な事柄について、語るがますます多くなり始めた。古い抽象化という堤防を保持するために、大陸的な思索という大量の積み荷が輸入され、投げ込まれた。全く新しい種類の法律書が跋扈した——それは、通常は無害で、しばしば矛盾する裁判上の一般論をつなぎ合わせ、最近の最小限の、または無差別な大量の数の引用をちりばめて、急ごしらえで編まれた百科事典や法規類集であった。法律家は、最初は控えめに、次第に大量に、これらの書物を購入するようになり、裁判所は、その重みのある所見を引用するようになった（Oliphant 1928a：74-75）。

こうした流れは19世紀を通じて、特にロースクールを中心に進められた。ロースクールでは様々なケースの再検討が行われた。しかし、それは「人間の取引を新たに分類し、それに対応するような抽象化を、現在のニーズにより密接に適合させることを目的とするものではなく、古い視点の覗き穴を通じて見たときに、我々の法の大部分が示している矛盾や例外の寄せ集めを調整することを目的とするもの」であった。さらに、単なる調整を超えて、一般的・普遍的な原則により精緻化が進められるようになると、わずかなケースから普遍的な原則が抽出され始めた。オリファント

によれば、「この仕事は、形式の面でも趣向の面でも、忍耐強い個別主義者、すなわちアメリカ法学における初期の裁判官や学者による仕事というよりも、大陸の理論家による仕事に近い。コモン・ローの精神は、現実に直面しながらケースを裁定する裁判官の日々の仕事の中にはまだ存在しているかもしれないが、裁判官の意見書や学者の著作の中にはほとんど見られなくなった」という (Oliphant 1928a : 75)。

## 2 転換 : *Stare Decisis* から *Stare Dictis* へ

オリファントは、こうした変化を「*Stare Decisis* から *Stare Dictis* への転換」(Oliphant 1928a : 75) として特徴づける。すなわち、先例拘束性とは、細分化された具体的なケースを前提として、過去に起きた同様のケースに関する、先行する判決に拘束されること (= *Stare Decisis*) を意味していた。しかし、そうした具体的なケースの区別が失われ、その代わりに普遍的な原則が抽出されるようになった。これにより、先例拘束性は、過去の裁判官が判決において述べたことを、ケースの社会的な背景を考慮せず、そのまま普遍的な原則として抽象化したものに拘束されること (= *Stare Dictis*) を意味するようになった。

こうした転換は、裁判において大きな損失をもたらした。先例拘束性は、裁判官が目の中の具体的なケースについて解決を図る際の指針であって、将来の事件も視野に入れた普遍的な解決策を導くためのものではなかった。その目的は常に目の中のケースに向けられており、不用意な一般化は忌避されていた<sup>33)</sup>。しかし、先例拘束性が普遍的な原則への拘束を意味するようになったため、裁判における指針が失われてしまった。

*Stare Decisis* から *Stare Dictis* への転換は、法学においても大きな損失

---

33) オリファントは、こうした「英米の機会主義 (opportunism) が織り上げたあらゆる政治的な織物の中でも、先例拘束性によって我々のコモン・ローへと紡がれた織物は、忍耐と精巧な技術の賜物によって、最も高級なものとなっている」(Oliphant 1928a : 76) として、その職人芸を高く評価している。

をもたらした。先例拘束性は、ケースの具体性・個性を前提に機能していた。しかし、ケースの抽象化・一般化に伴い、法学はケースそのものではなく、そのグループを扱う方向へと進んだ。個性から一般性への転換<sup>34)</sup>は、法学をあいまいで、非現実的なものへと変えた。すなわち「もはや、厳密な手続の型にはめて考えるように強制されることがなくなり、思考に個性をもたらすための代わりの装置もほとんど用意されなかったため、我々の思考は自由にうろうろする。より厳格な *Stare Decisis* といふかつての規律は、現在の *Stare Dictis* という放縦に取って代わられた」（Oliphant 1928a : 76）。その結果、「我々の学生のほとんどは、知的な面において幼児と化し、その柔らかすぎる、歯のない歯茎は、弾力のある一般論を、知ったかぶりしながら黙って咀嚼することしかできなくなっている」（Oliphant 1928a : 76）。法学が現実のケースから離れた形で展開し、そこに非現実性が感じられるようになったとき、「一般化・抽象化されたものが『原則』と呼ばれ、これら自体に現実性が与えられる」ようになり、「一般化された言明が、十分に広範で、十分に古いものであれば、時間・場所・状況の境界を超えて、普遍的な現実の世界に根を張る」ようになる（Oliphant 1928a : 76）。

こうした試みにおいて、法学の経験的な側面は軽視されている。オリファントは、「現実を観察し、検証する作業は、理論や説明を精緻化する作業と密接に結びついている。〔中略〕経験的な部分を軽視した法の科学の成果は、飼い猫がたまたま持ってきたような標本のことしか考えない、隠遁した生物学者の発見と同様に、無益なものである」と批判する（Oliphant 1928a : 76）。このように、*Stare Decisis* から *Stare Dictis* への転

---

34) ただし、法的な問題を完全に個別的に取り扱うことは不可能である。なぜなら、すでに見たように、全く同じ事実関係を伴うケースは2つと存在しないため、先例拘束性が機能するには、一定の抽象化が必要となるからである。オリファントも、「*Stare Decisis* から〔*Stare Dictis* へ〕の転換とは、絶対的な個性から絶対的な一般性へと移ることでなく、より高い個性から、より高い一般性へと移ることである」（Oliphant 1928a : 76）と述べている。

換は、先例となるケース自体の研究から、それらを一般化した原則の研究へと、法学の性質を変化させた<sup>35)</sup>。

オリファントは、*Stare Decisis* から *Stare Dictis* への転換によって法学におきた変化を「法学の一時代の終わりを意味する最終的な産物」であるとし、この変化がこのまま進行すれば、法学はますます現実離れして陳腐化し、その先には「知的な夢の国の蜃気楼」が待っていると看破する (Oliphant 1928a : 107)。このような結末を回避し、法学が失ったものを取り戻すために、経験的な側面を重視すべきことを主張する。

オリファントによれば、法学において研究すべき現実とは、具体的なケースに対して裁判所がどのような行動をしたかである。その主たる対象は、「裁判官の意見ではなく、裁判官がケースをどのように裁定するか」 (Oliphant 1928b : 159) である。オリファントは、「この分野こそ、最高の才能を持った学者の仕事にふさわしいものである。なぜなら、ここでなされるべき仕事は、あいまいで流動的な正当化の研究ではなく、同時代の生活における直接的な経験に教えられた人々の、蓄積された英知のようにタフなものだからである」 (Oliphant 1928b : 159) と述べる。ここでの経験とは、具体的なケースの中で、生の事実に向き合って裁定に努めてきた裁判官の経験を指す。裁判官は、ケースの状況という刺激に対して、経験に基づく直観によって対応してきた。こうした直観は、「真に科学的な研究に必要な、恒久性と客観性をもった主題である」 (Oliphant 1928b : 159) という。

---

35) オリファントは、こうした研究動向における理論への偏重の結果、理論それ自体の有用性を検証するために、その理論の中心に位置するケースを再検討する作業がほとんど行われていないことを指摘する。さらに、そうした研究動向において執筆された法律書について、「比較的少ない巻数で、法の全体の要約が試みられており、一部の裁判所ではそれらの書物を引用する頻度が高まっている」としつつ、「それらの書物と、健全な学問は、対極にある」として、商業上の意図から濫造された法律書を批判する。しかも、*Stare Decisis* から *Stare Dictis* への転換によって、「それらの書物の売り上げは増加している。その一方で、真に批判的な教科書の売り上げは低迷している」という (Oliphant 1928a : 107)。

こうした研究を進めることは、先例拘束性に対する信頼を回復することにつながる。オリファントは、「我々の視界を遮る、古くて広い、抽象化されたものを取り除いた目で見れば、我々は、裁判所が目の前の紛争に対して何をしようとしているのか、その卓越した良識をますます認識するようになる」（Oliphant 1928b : 159）とし、「裁判官を実際の行動へと駆り立てる刺激となった事実を、現在の個別的な視点から研究したとき、〔中略〕我々は先例拘束性に対する新たな信頼を獲得する」（Oliphant 1928b : 159）という。なぜなら、このような視点から見れば、裁判所を支配しているのは、過去の裁判官が述べたことではなく、「問題に対する解決策のふさわしさに関する直観」（Oliphant 1928b : 159）という、確実なものであることが分かるからである<sup>36)</sup>。

### 3 回 帰：奪われたものを取り戻す

ここで、オリファントは改革のための提案に移る。オリファントによれば、先例拘束性が失った意味を回復し、法学をより科学に近づけるためには、法学教育の再編成が必要であるという。オリファントの提案は、3つの部分から構成されている。

第一に、オリファントは社会構造に関する研究を奨励する。すでに述べたように、オリファントは裁判官の行動を研究すべきであると考えている。したがって、それは「家庭的・経済的・政治的な生活に関する理論

---

36) オリファントは、このような法学研究の対象の例として、競業避止義務を挙げる。競業避止義務に関する先例は2種類あり、一方はこれを無効とするもの、他方がこれを有効とするものである。しかし、ケースを詳細に調査すれば、競業避止義務が無効とされたすべてのケースは、被用者が雇用期間後に使用者と競合しないことを約束したものであることが判明した。これに対し、競業避止義務が有効とされたケースはすべて（ただし、オリファントは1つのケースにつき、事実関係が分からなかったことを付言している）、事業を売却する者が、事業の購入者と競合しないことを約束したものであった。これらのケースの区別はどの意見にも示唆されていないが、裁判所は経験に基づく直観によって、驚くほどの正確性をもってこの区別に従っており、その結果、法は生活に適合したものになった（Oliphant 1928b : 159）。

や、ばらばらの社会現象に関する無関係な記述ではない。法が影響を与える生活全体は、プロセスの相互関係として包括的に眺められるべきである」(Oliphant 1928b : 159)。このような理解を獲得するためには、体系的な教育が必要となる。オリファントは、「機能し、変化しながらも、一貫したメカニズムとしての社会構造全体に関する適切な知識を獲得することに慎重に注力する体系的な学習は、基本的な必要条件である」(Oliphant 1928b : 159) という。

このような研究が必要となるのは、先例拘束性が十分に機能していた時代の社会と、20世紀のアメリカにおける社会との違いのためである。きわめて簡素な社会状況においては、その中で生活を送るだけで、社会のリアリティに関する知識を獲得することができる。しかし、産業化が進行し、生活が複雑化した20世紀のアメリカにおいては、ただその社会で生活しているだけで、そのような知識を獲得することができない。そこで、社会のリアリティについて体系的に学ぶ必要がある。オリファントも、「このような組織化された徹底的な学習によってのみ、我々は、より以前の、より簡素な社会環境の中で育っただけの裁判官や学者と同じ程度に、社会のリアリティについての理解を得ることができる」(Oliphant 1928b : 159) と述べる。裁判官が、こうした学習を通じて獲得した知識をケースの裁定にあたって活用するようになれば、先例拘束性もその意義を回復することができる。

第二の提案は、第一の提案で奨励された社会構造の研究の成果に基づき、法の大部分を根本的に再分類することである。19世紀から20世紀にかけて、産業化によって人々の社会生活は変化した。法が人々の行為を処理する際のカテゴリーは、一般化され、幅広い行為をひとまとめにするようになった。その結果、先例拘束性の意義が失われてしまった。そこで、現実の社会の変化に合わせる形で、法のカテゴリーを再分類する必要がある。オリファントによれば、「この再分類の仕事を、判例要旨集の出版社に任せることはできない。裁判官には、それを行う余力も自由もない。裁

判官・弁護士・学者のタウンミーティングで行うことにも適していない。それは、大学の一部としてのアメリカのロースクールの仕事である」(Oliphant 1928b : 160) という<sup>37)</sup>。

オリファントによれば、以上の第一と第二の提案を実行に移し、社会構造の研究と、その研究の成果に照らした法の再分類に取り組むことで、先例拘束性への回帰が達成されるという。しかし、オリファントの野心は、先例拘束性へ回帰するだけでなく、そのプロセスを改善するところまで視野に収めている。そこで、第三の提案が行われる。

オリファントは、法学における科学的思考の不十分さを指摘し、その導入の重要性を強調する。オリファントによれば、それぞれのケースにおける法原則の選択は、論理によって決定されるものではない。演繹法も帰納法も、競合する類推を示唆し、試行錯誤のための有益な方向性を示す以上のことはできない。法学者の洞察も、司法の権威も、論理に内在するこの限界を超えることはできない。したがって、「類推の最終的な選択は、実践的考慮事項に依拠するか、純粋な偶然に依拠するしかない」(Oliphant 1928b : 160) という。しかし、裁判実務と法学の基礎として、単なる推測に頼ることは拒否すべきである。そこで、現実の観察を通じて、決定的な実践的考慮事項を発見し、まとめることで、裁判実務のプロセスを改善し、法学をより有益なものとすることができる (Oliphant 1928b : 160)。

オリファントは、「かつての先例拘束性における健全な経験主義へと回帰するためには、参照すべき科学的思考における、最近の発展の方向性を

---

37) 科学的な観察のためには、抽象化・一般化されたグループ分けから脱却する必要がある。オリファントによれば、「現在の分類において、法を守らせるという問題、すなわち法の執行の問題は、どのような行為が望ましいかという問題と混同されている」(Oliphant 1928b : 160) という。これらの問題は、「我々が実体法 (substantive law) と手続法 (adjective law) という2つのグループ分けしか持っていないために、混同されている。後者は、法の執行という幅広い領域を包含するには狭すぎる。政治的關係・家族関係・ビジネス上の関係など、様々な人間関係が、財産・信託・不法行為・契約などの、広くて使い古されたカテゴリーの中で絶望的なまでに混ざり合い、混同されている」(Oliphant 1928b : 160) という。

考慮するべきである」(Oliphant 1928b : 160) という。かつての直観に基づく経験主義が機能したのは、裁判官がケースに近いところで、それを目の前の問題として観察していたからであった。オリファントは、直観的な経験主義を改善し、方法論として確立するためには法学教育が必要であると、次のように述べる。

裁判官も学者も、ケースを決定し、または判決を批判したりする際の最終的な選択は、意識的であれ無意識的であれ、常に実践的であるということが、念頭に置かれる。その選択をするにあたって、直観的な経験主義を、意識的で方法的なプロセスにどうやって置き換えるかという問題は、その重要性という点で、法学教育に関する他のすべての問題を超越している(Oliphant 1928b : 160)。

オリファントはこの問題を解決するために、かつての直観的な経験主義が、どのような条件の下で機能していたかを検討する。ここでは、すでに見たコモン・センスの方法の問題点が繰り返される<sup>38)</sup>。オリファントは、

---

38) 直観的な経験主義は、「我々は、社会のリアリティの中で生活しているという理由だけで、それを知り、それに合わせて行動することができる」(Oliphant 1928b : 160-161) ということを前提としている。しかし、単にその中で生活しているというだけで、社会のリアリティを知ることはできない。第一に、人間の経験できることは時間的・空間的に限定されており、いかなる人間の経験も、社会のリアリティを知るには足りない。オリファントは、人間の経験が特定の集団に限定されることから、「我々の態度を決定する上でしばしば最も決定的な部分は、たった1つの家族グループの経験である」(Oliphant 1928b : 161) という。かつての裁判官のように、問題に対する解決策のふさわしさに関する直観に完全に依存することは、昔のイギリスの簡素な生活から生じた法的な問題においては有効であった。しかし、現在の社会生活の大部分は、当時より複雑であり、「専門家だけが理解することを望む社会的・機械的な技術によって結びつけられている」(Oliphant 1928b : 161) という。したがって、直観にのみ依拠する経験主義は、もはや賢明な手法とはいえない。

第二に、仮に人間の経験できることに限定がなく、複雑化した社会生活をカバーできるくらい幅広いものであったとしても、直観は役に立たない。なぜなら、人間は個人的な気質と自己利益のために、自分の経験全体の中からその気質を満足させ、その利益を確保する者を選択するからである。オリファントは、「社会のリアリティ全体のわずかな一部だけが、我々の態度を形成し、経験による直観の根拠となる」として、直観に基づく経験



今度は直観的な経験主義に依拠する方法を「コモン・センスのプラグマティズム」(Oliphant 1928b : 161) と呼び、その改善のために科学的思考を導入することを提案する。これがオリファントの第三の提案であり、その内容は態度に関する問題と、方法に関する問題に分かれる。

科学的思考の導入に必要とされる態度は、「思考方法と手続に関して、完全かつ一定の自意識を持つこと」(Oliphant 1928b : 161) である。社会のリアリティから生じる問題は、理論上の関心の対象であるばかりでなく、日々の観察や思考においても重要性を持っている。演繹法や過度に一般化された帰納法、直観のみに依拠したコモン・センスのプラグマティズムには、それぞれに限界と危険性がある。このことを理解し、思考の前面に据えるという態度が求められる。法的な問題を処理するにあたって、普遍的な経験の直観は存在しないという意識を持つだけで、目の前のケースに関する客観的な証拠を吟味しようとする熱意が生まれる。これにより、経験主義は意識的なプロセスへと改善される (Oliphant 1928b : 161)。

しかし、オリファントの第三の提案においては、このような意識的な経験主義だけでなく、方法的な経験主義を確立することが想定されている。そこで、「ケースを決定するにあたっての先例拘束性の働くと、先例に対する我々の評価は、可能なかぎり高い客観性を持った実践的考慮事項を収集・判断するという方法を採用することによって、非個人的なものとなるべきである」(Oliphant 1928b : 161) と述べる。そのために、2つの計画がある。

第一に、我々が持っているケースを素材として、科学的な研究を行うことである。ここでの「科学的」とは、実験ではなく観察による研究を意味する。すでに見たように、法学においては、裁判所の動きを調べるために訴訟を起こす、という実験はできない。しかし、それぞれのケースの記録はまさに裁判所の行動の記録であり、これを観察することは可能である。

---

↘主義には主観的な契機が必然的に随伴することを指摘する (Oliphant 1928b : 161)。

ここでオリファントは、過去のケースを観察するにあたっての注意点を示す。

なぜ、過去のケースに関する研究から、現在求められている成果が得られなかったのか？その理由は、ケースを決定する際の裁判官の音声的な行動に、我々があまりにも多くの注意を向けてきたという事実によるものである、ということを示す試みがなされてきた。非音声的な行動、すなわち裁判官が目の前のケースの事実によって刺激されて実際に行うことに、より重点を置いた研究こそ、ケースの中の豊富な素材を科学的に活用するために不可欠なアプローチである (Oliphant 1928b : 161)。

ここでも、オリファントは、法学における *Stare Decisis* から *Stare Dictis* への転換を批判し、裁判官が述べたことではなく、裁判官がどのような行動をとったかを研究すべきであると主張している。

第二に、社会科学において使用され、有用な程度の客観性を有するすべての方法を批判的に検討することである。これは、法学に科学的方法を導入することを意味する。

ここで念頭に置くべき事項がある。すでに見たように、法学に導入すべき科学的方法とは、数学や物理学のような客観性と正確性を備えたものである必要はない。オリファントは、「客観的」という用語はその目的に応じて意味が変わるとして、「ある物体の非常に大まかな測定は、大雑把な大工の目的にとっては十分に正確であり、したがって大工の目的にとっては『真実』であるかもしれない。しかし、それは、金属の膨張係数を研究する物理学者の目的にとっては、絶望的なまでに不正確であるかもしれない」(Oliphant 1928b : 161) という。したがって、研究の目的に必要な程度の客観性を備えていればよい。

オリファントの結論は、次の通りである。

このように、我々の前には二重の課題がある。第一に、法的な取り扱いの

ために、人間の状況を真に現代のかつ詳細に再分類すること。第二に、社会構造に対する理解を深め、問題の個別性とリアリティの認識に徐々に回帰することを可能にすることで、先例拘束性の機会主義を、人間に関するできごとを秩序立てるための効果的かつ賢明なツールにすることである。このようにして、先例拘束性への回帰が開始される。それは、我々のコモン・ローと我々の国民が人間の統治技術に対してもたらす、最大の貢献となる。先例拘束性は、その政治的な英知のすべてを一文に収めることができないような原理である。しかし、その精神は、結果を熟慮し、直面する課題のみを慎重に検討し、自らの実験によって忍耐深く鍛え上げた思慮と洞察の光によって、直面する課題を照らし出すよう注意するものである。これらの高い目的に加えて、より高い目的として、方法的な経験主義を確立することによって、先例拘束性における直観的な思慮を改善することが挙げられる（Oliphant 1928b : 162）。

#### 4 考 察

ここまで、オリファントの議論に従いつつ、先例拘束性の本来の意義、歴史を通じたその転換、およびその意義を回復するための方法について検討してきた。以下では、オリファントの主張を3つの点から考察したい。

第一に、オリファントが先例拘束性への回帰を主張するにあたって、科学的方法を導入することを提案した点は、実践としてのリーガル・リアリズムが、形式主義に対する反発に支えられていたことと対応している。

すでに見たように、オリファントのいう科学的方法とはラングデル的な体系的方法ではなく、ホームズ的な経験的方法であり、社会的事実に関する知識の収集によって裏付けられている。硬直した、形式主義的な *Stare Decis* に代えて、柔軟で、経験主義的な *Stare Decis* を取り戻すことは、リーガル・リアリズムの実践者であるオリファントが形式主義を批判したことの当然の帰結である。

これにより、なぜオリファントが先例拘束性という原理への回帰を訴え

たのか、という疑問への回答が与えられることになる。ラングデルに象徴される形式主義は、表面上、先例拘束性を重視している。しかし、その重心を一般的・抽象的な法命題によって表現される原則の探求へと移行したとき——すなわち *Stare Decisis* から *Stare Dictis* へと転換したとき——形式主義は、先例拘束性の最良の部分を奪うことになってしまった。すなわち、オリファントの表現を借りれば、「先例拘束性は、コモン・ローの精神の多くを奪われてしまっており、法学研究は、純粋な理論の薄い空気の中で、城を築こうとしている」(Oliphant 1928b: 160)。オリファントは、この奪われた部分を取り戻すために、先例拘束性の原理において従うべきとされる「先例」の内容を明確にすることで、この原理に回帰することを試みた。オリファントによれば、従うべき先例とは、裁判官が述べた原則ではなく、裁判官が実際にとった行動である。ハーディスティ (James Hardisty) にならって、先例拘束性を「ルール先例拘束性」と「結果先例拘束性」に分類するならば (Hardisty 1979: 52-53)、オリファントの主張は、裁判において採用されたルールではなく、裁判がもたらした結果に注目する点で、結果先例拘束性を重視するものとして位置づけられる。

第二に、科学的方法の導入によって、直観的な経験主義に依拠する方法——コモン・センスのプラグマティズム——を改善することを主張した点は、法学と社会科学との学際的な連携の成果を法実務へと還元しようとするものであり、実践としてのリーガル・リアリズムと深く結びついている。

オリファントによれば、直観的な経験主義を改善するために、裁判官には、目の前のケースに熱意を持って取り組むことに加えて、自らの個人的な経験ではなく、社会のリアリティに関する客観的なデータから得られる非個人的な経験から判断することが求められる。そのためには、ロースクールが中心となって社会のリアリティに関する研究を進め、その成果が法学教育を通じて還元されなければならない。この点で、オリファントの主張は、実践としてのリーガル・リアリズムにおける、学際的な連携に基

づく法学教育の取り組みと結びつくものである。

オリファントによれば、当時のロースクールにおける法学教育の内容は、18世紀後半から19世紀前半にかけて作成された教科書によって実質的に規定されており、「一般的に、現在のロースクールのカリキュラムにおける古いコースのそれぞれに、この初期の時代の対応する教科書を見つけることができる。それらは、わずかな違いが指摘できるだけで、現在のコースの範囲と内容を実質的に修正したものである」（Oliphant 1928c : 331）という。そのうえで、停滞する法学教育に求められる変化について、「これからの最も重要な変化は、法的な問題の研究に、現代の家庭的・産業的・政治的な生活の実際的な構造と機能に対する健全な理解をもたらすように設計されたものであると考えられる」（Oliphant 1928c : 331）と述べている。さらに、オリファントは、「現代の生活において顕著な影響力を持つ人間関係のうち、法がその規制機能と促進機能の両方において重要な調整要因となっているものは、実際には何か？／無数の制度的関係の中で、法が最も関与しているのは、(1)家族または家庭の関係、(2)ビジネス上の関係、(3)政治的な関係である」（Oliphant 1928c : 332）として、それらの人間関係に従ったカリキュラムの再編成を提案している。オリファントは、法の社会的機能を重視し、講学上の法的な概念の観点からではなく、法によって影響される社会的関係の観点から、ロースクールのカリキュラムを再編成することを主張した。こうした実践は、直観的な経験主義を改善するために不可欠であった。

第三に、こうした直観的な経験主義の改善のための科学的方法において、現実のケースを素材として、実践的考慮事項を収集しようとした点は、実践としてのリーガル・リアリズムにおけるケース・メソッドのあり方を示すものである。

すでに見たように、オリファントの志向する学際性の下では、経済理論の応用ではなく、経済生活に関する事実の調査に重きが置かれていた。直観的な経験主義が、意識的・方法的な経験主義へと洗練されるためには、

裁判において裁判官に刺激を与える実践的考慮事項に関して、可能なかぎり客観的なデータが必要となる。そのために、科学的方法によってケースを観察することが求められる。オリファントは、「ケース・メソッドが科学的に用いられれば、統計学が経済学にとって重要であるのと全く同様に、ケース・メソッドが法学にとって重要な方法であることがわかるだろう」(Oliphant 1928b: 161)と述べている。このように、ラングデルによって導入されたケース・メソッドは、実践としてのリーガル・リアリズムにおいて、必ずしも否定されていない。むしろ、オリファントが主張するような科学的方法を取り入れることで、ケース・メソッドを一般的・抽象的な原則という枷から解放することが試みられていた。すでに述べた先例拘束性への執心も、こうした実践的な意図によって説明可能である。

こうしたオリファントの立ち位置は、リーガル・リアリズム全体においても特別なものではない。たとえば、ルウェリンは、法学教育において「使用されている主な方法は、ケースを用いた教育のいくつかのバリエーションであり、これらのバリエーション全体が『ケース・システム』という、単一の、誤解を招きやすいラベルの下でまとめられている。何が必要かという問題は、『ケース・システム』が『健全』であるか否か、『満足』であるか否か、『適切』であるか否かという形をとっていることがほとんどである」(Llewellyn 1948: 211)としたうえで、「ケース・システム」それ自体の是非を問うのではなく、その誤解や濫用を問題とすべきであると主張している (Llewellyn 1948: 212)。さらに、ルウェリンによれば、「近年、ケースを用いた教育が行われるようになり、検討される事実の状況やその政策的な含意がますます複雑になっている中で、「ケース」が司法的な判断のみで構成されている場合、特にその判断がより「簡潔」に「編集」されている場合に、かつての時代の美徳の一部が失われている」(Llewellyn 1948: 214)として、ケースを用いた教育の美徳を取り戻すためには、「あらゆる問題や問題群に関して、より多くの事実や政策の背景を提供すること、および、詳細な部分について、より完全な形で提供し、より明確に見

えるようにする形で、はるかに持続的な議論を行うこと」(Llewellyn 1948: 214)が必要であると述べている。こうしたルウェリンの主張は、オリファントの提案する科学的なケース・メソッドとも重なっており、学際的な実践としてのリーガル・リアリズムが、法学教育をどのように改革しようとしていたかを明確に示している。

このように、オリファントは、法実務に携わる法律家を念頭に置きつつ、科学的方法の導入によって直観的な経験主義を改善し、先例拘束性に回帰することを主張した。アメリカ法思想史におけるオリファントは、社会のリアリティとの相互作用の下で法学と社会科学の学際的な連携を図った、リーガル・リアリズムの最良の実践者の1人として位置づけられる。

## おわりに

本稿では、オリファントの議論を手がかりとして、学際的な実践としてのリーガル・リアリズムがどのような運動であったかを描いてきた。以下、本稿の内容を整理する。

実践としてのリーガル・リアリズムは、法実務に携わる法律家を含む、20世紀初頭のアメリカの法曹共同体の中から徐々にはぐくまれていった。特に、アメリカ法律協会の結成は、その重要な契機となった。

オリファントは、アメリカ法律協会による法のリステイトメントを促進するために、その作業が法実務とも密接に結びついており、それゆえに困難が伴うことを指摘した。さらに、この作業を効率的に進めるためには経験的な科学的方法に基づく社会的事実の調査が必要であるとして、法学と他の社会科学の連携を主張した。

こうした社会科学との連携は、法実務において、先例拘束性の原理の本来の意義を回復することにつながる。オリファントは、先例拘束性の意義が社会的事実の変化とともに変容してきたことを指摘し、したがってその意義を喪失しているという現状を認識したうえで、科学的方法の導入に

よってこれを回復すべきであることを主張した。

しばしば、リーガル・リアリズムは過激な形式主義批判であり、法的なルールや事実認定に対する懐疑に基づき、裁判を現実へと還元することを試みた運動であると考えられている。たしかに、オリファントが実践したリーガル・リアリズムにおいても、裁判官がどのような刺激を受け、どのような行動をとったかを研究することが目指されており、まさに裁判が刺激と人格へ還元されているように見える。しかし、本稿で示したように、オリファントの主張の要点は、そうした事実の収集を通じて、裁判官の直観に基づく判断を客観化・非個人化することにあった。学際的な実践としてのリーガル・リアリズムは、複雑化した社会において、法の全体像を再び捉え直そうという試みである。それは、形式主義の批判に留まらず、実践的な側面において、社会科学との連携に基づく社会的なリアリティの探求に取り組む運動である。法実務に携わる法律家の存在を抜きにして、この運動を語ることはできない。なぜならその実践上の意図は、リアルな法実務と結びついていたからである。

#### 参考文献

- Black, H. (1912). The Doctrine of Stare Decisis. *Law Student's Helper*, 20 (7), 209-210.
- Dagan, H. (2013). *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*. New York: Oxford University Press.
- Duxbury, N. (1995). *The Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.
- Gregory, C. N. (1909). A History and Estimate of the Association of American Law School. *Yale Law Journal*, 19 (1), 17-25.
- Hardisty, J. (1979). Reflections on Stare Decisis. *Indiana Law Journal*, 55 (1), 41-70.
- Harno, A. J. (2004 [1953]). *Legal Educations in the United States: A Report Prepared for the Survey of the Legal Profession*. Clark: Lawbook Exchange.



- ハーノー, A. J. (著). 司法研修所 (訳). (1957). アメリカの法学教育 (抄訳). 司法研修所.
- Herget, J. E., & Wallace, S. (1987). The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. *Virginia Law Review*, 73 (2), 399-456.
- Hohfeld, W. N. (1919). *A Vital School of Jurisprudence and Law: Have American Universities Awakened to the Enlarged Opportunities and Responsibilities of the Present Day?* Retrieved November 24, 2021, from HathiTrust Digital Library: <https://catalog.hathitrust.org/Record/009894168>
- Holmes Jr., O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10 (8), 457-478.
- Kalman, L. (1986). *Legal Realism at Yale, 1927-1960*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.
- Kocourek, A., & Koven. H. (1935). Renovation of the Common Law Through Stare Decisis. *Illinois Law Review*, 29 (8), 971-999.
- Kreitner, R. (2010). Biographing Realist Jurisprudence. *Law & Social Inquiry*, 35 (3), 765-791.
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Lewis, W. D. (1923). The Restatement of the Law by the American Law Institute. *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, 10 (3), 7-16.
- Llewellyn, K. N. (1931). Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44 (8), 1222-1264.
- . (1935). On What Is Wrong with So-Called Legal Education. *Columbia Law Review*, 35 (5), 651-678.
- . (1948). Current Crisis in Legal Education. *The Journal of Legal Education*, 1 (2), 211-220.
- . (1949). Law and the Social Sciences: Especially Sociology. *Harvard Law Review*, 62 (8), 1286-1305.
- . (1956). On What Makes Legal Research Worth While. *Journal of Legal Education*, 8 (4), 399-421.
- Llewellyn, K. N., & Hoebel, E. A. (1941). *The Cheyenne Way: Conflict and Case*

- Law in Primitive Jurisprudence*. Norman: University of Oklahoma Press.
- Mehrotra, A. K. (2001). Law and the “Other”: Karl N. Llewellyn, Cultural Anthropology, and the Legacy of The Cheyenne Way. *Law & Social Inquiry*, 26 (3), 741-775.
- Morgan, K. O. (Ed.). (2021). *The Oxford History of Britain*. Rev. ed. Oxford: Oxford University Press.
- Newman, R. K. (Ed.). (2009). *The Yale Biographical Dictionary of American Law*. New Haven: Yale University Press.
- Oliphant, H. (1921). Current Discussions of Legal Methodology. *American Bar Association Journal*, 7 (5), 241-243.
- . (1923a). The Problems of Logical Methods, from the Lawyer’s Point of View. *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, 10 (3), 17-24.
- . (1923b). Study of the Operation of Rules of Law. *American Bar Association Journal*, 9 (8), 497-500.
- . (1928a). A Return to Stare Decisis. *American Bar Association Journal*, 14 (2), 71-76, 107.
- . (1928b). Stare Decisis: Continued. *American Bar Association Journal*, 14 (3), 159-162.
- . (1928c). The Future of Legal Education. *American Law School Review*, 6 (7), 329-336.
- . (1932). Facts, Opinions, and Value-Judgments. *Texas Law Review*, 10 (2), 127-139.
- Pound, R. (1910). Law in Books and Law in Action. *American Law Review*, 44 (1), 12-36.
- Schauer, F. (2018). On Treating Unlike Cases Alike. *Constitutional Commentary*, 33 (3), 437-450.
- Schlegel, J. H. (1995). *American Legal Realism and Empirical Science*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.
- Stone, H. F. (1923). The Significance of a Restatement of the Law. *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, 10 (3), 3-6.
- Twining, W. L. (2012). *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. 2nd. ed. New

York: Cambridge University Press.

- Varsava, N. (2018). How to Realize the Value of Stare Decisis: Options for Following Precedent. *Yale Journal of Law and the Humanities*, 30 (2), 62-120.
- Verdun-Jones, S. N. (1979). Cook, Oliphant and Yntema: The Scientific Wing of American Legal Realism. *Dalhousie Law Journal*, 5 (1), 3-44.

戒能通弘・神原和宏・鈴木康文. (2020). 法思想史を読み解く——古典／現代からの接近——. 法律文化社.

菊地諒. (2021a). シカゴ大学ロー・スクールにおける「法と経済学」の水脈. 立命館法学, 393・394, 214-233.

——. (2021b). 「法と経済学」の揺籃. 成文堂.

高柳賢三. (1938). 英米法源理論. 有斐閣.

田中成明・竹下賢・深田三徳・亀本洋・平野仁彦. (1997). 法思想史〔第2版〕. 有斐閣.

田中英夫. (1980a). 英米法総論 上. 東京大学出版会.

——. (1980b). 英米法総論 下. 東京大学出版会.

中山竜一・浅野友紀・松島裕一・近藤圭介. (2019). 法思想史. 有斐閣.

平野敏彦. (1989). James E. Herget & Stephen Wallace, The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism, 73 Va. L. Rev. 399-455 (1987) [論文紹介]. アメリカ法, 1988(2), 272-276.

深尾裕造. (2017). イングランド法学の形成と展開——コモン・ロー法学史試論——. 関西学院大学出版会.

松浦好治. (1982). 'Law as Science' 論と十九世紀アメリカ法思想——ラングデル法学の意義——(3). 阪大法学, 125, 51-86.

宮原均. (2014). 先例拘束についての一考察——アメリカにおける先例拘束理論の歴史的形成——. 中央ロー・ジャーナル, 11(3), 85-101.

\* 本稿は、JSPS 科研費（課題番号 20K22070）の助成による研究成果の一部である。

**【謝辞】** 本稿の執筆に際して、菊池亨輔氏（広島大学大学院人間社会科学研究科・講師）、見崎史拓氏（岡山商科大学法学部・講師）の両名より大きな示唆を得た。記して感謝する。