

Ⅲ 論文紹介 Ⅲ

James E. Herget & Stephen Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 VA. L. REV. 399-455 (1987)

I. リアリズム法学 (legal realism) は、アメリカ人がなした法理学に対する唯一のオリジナルな寄与だと説かれることが多い。この論文はそういった見方を批判し、表題にもあるように、20世紀初頭にドイツで展開された自由法運動がリアリズム法学の源泉であるということを主張しようと試みたものである。全体は本論と2つの付録から構成されている。なお、この論文はヒューストン大学教授 J. E. Herget と同地の弁護士 S. Wallace の共同著作である。

II. 本論は序と16の節から成る。著者たちは、両運動(ルウェリン(K. Llewellyn)の指摘にもあるように、リアリズム法学も《運動》として特徴づけるのが適切である)の共通項を法懐疑主義 (legal skepticism) に見ている。それは以下のような5つの公理とその系からなる。公理 a: 法は不確定的である。公理 b: 法は政治権力の行使のための仮面である。公理 c: 法はイデオロギー(政治と道徳)から分離することはできない。公理 d: 裁判官は自らの決定に対して《政策》的正当化を率直に与えるべきである。公理 e: 法学は経験的社会科学の方法と知識に依拠しなければならない(系は省略する)。このような法懐疑主義は、現在のアメリカにおいて、批判主義法学研究運動 (critical legal studies movement) (これも《運動》である!) の論者たちの著作に見られ、またそれ以外にもドウオーケン (R. Dworkin), G. Huges, E. Levi の著作にも見られる。その系譜はリアリズム法学までたどられるのが通例であるが、著者たちはさらにドイツ自由法運動までさかのぼられねばならないと主張する。というのは、リアリストたちが法懐疑主義を創り出したのではなく、自由法運動で展開されていたそれを再発見したにすぎないからである。

以上のような観点から、本論ではまず自由法運動の歴史が叙述される。著者たちが運動の中心的時期と考えているのは、1899年から1912年である。そしてその先駆を1861年のイエーリング (R. v. Jhering) の論文に置き、運動の終結を代表的な自由法論者の1人フックス (E. Fuchs) の死んだ1929年としている。自由法運動の背景として、まず19世紀ドイツにおける法学の学問状況が簡単に触れられる。つまり自然法

論、法実証主義ないし分析の実証主義、歴史法学派特にサヴィニー (F. C. v. Savigny) の学説が、法源、判決の正当化、欠缺 (gap) の問題をめぐってそれぞれどのような対応をしていたかという観点から概観される。次に、ドイツ帝国の統一に伴う法典編纂、とりわけ BGB が法学に対してもった影響力が強調される。それは法実証主義と歴史法学派の融合をもたらし、法は論理的に完結した体系だという法観を産み出し、欠缺問題に対する権威的解決を打ち出した。自由法運動はこの欠缺問題を契機として、旧来の、つまり当時の支配的見解全体に対する懐疑主義から出発したのである。この懐疑主義は後期イエーリングにも見られるものだが、彼は法形式主義 (legal formalism) と概念法学 (conceptual jurisprudence) を批判し、独自の目的法学 (teleological jurisprudence) の樹立に努めたが、果たせなかった。しかしその努力が未来の発展の種をまいたのである。この時期の同方向をめざした論者として、著者たちは、F. Adickes, J. Kohler, M. Rümelin, E. Stampe, Steinbach とヘック (Ph. Heck), エールリッヒ (E. Ehrlich) を挙げている。

次に著者たちはフランス人ジェニイ (F. Gény) に注目する。彼は 1899 年に出版した “Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif” (著者たちは、1954 年の J. Mayda の英訳版によっているようである) において、判決作成の問題に包括的な取り組みを行った最初の人物であり、自由法運動の形成に多大の影響を与えた学者と目されている。だが、彼自身は伝統的解釈方法の有効性を認め、改良主義の立場を採り、懐疑主義と正統派の中間に位置するため、ラディカルとはみなされない。

BGB の施行とスイスの ZGB 第 1 草案の起草が自由法運動の引き金となった。欠缺問題についての E. Zitelmann とエールリッヒの論文を前哨として、1906 年には運動の始まりを告げるカントロヴィッツ (H. Kantorowicz) の “Der Kampf um die Rechtswissenschaft” が公刊される。その後、同様の基本的見解をもつ多くの著作が陸續するが、その中でも現役の弁護士であるフックスが重要である。ここで著者たちは次の 5 点に自由法論を要約している。すなわち、① 伝統的な形式的概念的解釈方法は信頼に値しない、② 法における確実性は幻想である、③ 裁判官の活動は創造的である、④ 裁判官と法学者は判決の «real な» 源泉に注意を向けなければならない、⑤ 法学教育はこれらの新たな方向づけを反映するように徹底的に改革されなければならない。

運動はドイツのすべての法学者や裁判官に態度決定を迫り、大きな高まりを見せたが、第 1 次大戦のために沈潜してしまう。たとえば、ここでカントロヴィッツの戦時中とヴァイマル期の活動に言及されているが、著者たちは運動はすでに大戦前から衰え始めていたと見る。すなわち、運動の主張の極端さや主観性、アナキー性のために、元来の参加者が運動から離れ、より建設的な方向へ一歩を踏み出したとして、

ヘックの利益法学, エールリッヒの法社会学, カントロヴィッツの社会学と法史が挙げられている。最後に、運動の実務への影響について簡単に触れられ、一部の裁判官がパンデクテン法学から離れ、1920年代には戦後のインフレーションの処理をめぐる「一般条項への逃避」と呼ばれる現象が起こり、ナチス期には、無定型の用語の自由な解釈を許すといった形で、全体主義体制への奉仕に至ったことも、手短ではあるが指摘されている。

III. リアリズム法学(運動)の歴史叙述は自由法運動とパラレルな形でなされる。19世紀のアメリカ法学には法理学の名に値するほどの研究はほとんどないが、支配的潮流として実証主義(分析主義)と歴史主義があったとされる。前者は W. N. Hohfeld を経て、後にリステイトメントに結実するものであり、後者の代表者としては J. Carter が挙げられている。たしかに思考法はドイツとアメリカでパラレルであるとしても、大陸法系(civil law)と英米法系(common law)の相違に基づく決定的な差異はあり、さらに哲学的立場としてのプラグマティズムは未成立であるとしても、1800年代初期からアメリカでは法の道具的見解が採られていた点に注目する必要がある。グレイ(J. C. Gray)が運動の思想的先駆者とみなされることもあり、実際に彼の見解には自由法論的認識を思わせる点も見られるが、彼は本質的に実証主義者であり、この見方は誤りである。自由法運動のアメリカへの導入者は、たとえその名称ではなく、「社会学的法学(sociological jurisprudence)」を用いているとしても、実質的にみて、パウンド(R. Pound)とするのが正当である。パウンドの初期の著作、特にそこに引用されているものから判断する限り、彼がドイツの動きに精通しており、ほとんどの文献に目を通していたことがうかがえる。パウンドは自由法運動の立場と一体感をもっており、英語でのその祖述者であることを、著者たちはそれぞれの論文に即して論じている。1910年代にはいって、パウンドはよりポジティブな方向をめざすようになり、自らの社会学的法学の体系化を試みるようになった。自由法論の紹介者としては、さらに A. Kocourek, グレイ, カードウズ(B. Cardozo)が挙げられ、ここでは彼らの著作に自由法論者の著作からの引用が何回あるかといった手法で実証されている。このカードウズが明白に依拠しているのが、“The Science of Legal Method”である。これは、アメリカ・ロー・スクール協会(The Association of American Law Schools)が編集した The Modern Legal Philosophy Series という翻訳叢書の第9巻として1917年に出版されたものであり(1968-69年に復刻版も出版されている)、自由法運動の成果(ただし、収録論文のすべてが自由法論者のものとは限らない)を英語圏の読者に伝えるのに非常に寄与したとして著者たちは高く評価している。だが、第1次大戦後、自由法運動自体は忘れ去られてしまうが、その懐疑主義的洞察は深く浸透していたのである。

自由法運動の直接的契機は BGB の成立であったが、アメリカでそれに相当するも

のはリステイトメントであり、パウンドのいった *mechanical jurisprudence* は 1920 年代後半になってようやく現実味をもったのであった。著者たちはリアリズム運動の始まりを、オリファント (H. Oliphant) が 1927 年にアメリカ・ロー・スクール協会年次総会で行った講演だとする。その内容は形式主義批判であるが、講演という性質上、立論の典拠などは示されていないし、自由法運動やパウンドへの言及もない。ここからリアリズム法学のオリジナリティーが云々されたわけである。ここに 2 つの問題がある。第 1 は、リアリストたちがなぜ自由法運動に言及しないかという問題である。著者たちはその理由を、大戦後の反ドイツ感情やオリジナリティーのなさをさらしたくなかったということよりも、20 年代の後半にはパウンドの権威が大きく、そのうえ前述の翻訳もあり、リアリストたちは英語の兵器庫を十分に利用できたという点、外国語文献をあまり引用しないという学問的マナー等に求めている。そして彼らはドイツ語原典を読んでいないのではなかとまで推測している。第 2 の問題は、リアリズム法学の大半の思想を明示しているパウンドがなぜその父とみなされていないかという問題である。その理由の 1 つは、1930 年から 31 年にかけてパウンドとルウェリン、フランク (J. Frank) の間で行われたいわゆるリアリズム論争である。そこでパウンドはリアリズムの敵と呼ばれ、ルウェリンはリアリストのリストから彼を排除した。そのためパウンドはリアリストではないという見方が一般的になったのである。もう 1 つの理由は、パウンドの思考がリアリズムを超えていた、つまり完成をみなかったとしても破壊よりも建設の方向に進もうとしたということである。著者たちはこれを自由法運動におけるヘックとパラレルにとらえている。

リアリストの懐疑主義的洞察は伝統的法学に風穴をあけることはできたが、建設的なものはほとんど何も残さず終焉してしまった。著者たちは、合理的説明を拒絶したり、法学をレトリックの学問に化してしまったりするリアリストたちの考え方、さらにはそれのもつ政治的含意、民主主義原理との衝突の危険性が運動の展開を妨げたのだと論じている。とはいえ、著者たちは現在の法学教育や裁判実務へのリアリズムの影響を認め、ドウォーキンや批判主義法学研究もリアリズムの井戸の水を飲んでいるのだと結論している。

IV. 以上のように著者たちは両運動をパラレルにとらえており、その差異は時代と法文化、つまり大陸法と英米法の伝統の差に帰因する単なる程度問題だと考えている。具体的に言えば、裁判官と立法者の関係、判決の際の裁判官の自由、学者と実務家の関係に規定された論者の関心のありかである。

V. 付録の第 1 は、26 の論点について、リアリストと自由法論者それぞれの著書や論文から同趣旨の箇所を抜粋し (自由法論者については、すべて英訳されている)、それを対照させたものである。前者は、Frank, Oliphant, Cohn, Yntema, Llwellyn, Cook, Patterson, Hutcheson, Green から、後者は Wurzel, Gmelin, Gény, Fuchs,

Ehrlich, Kantorowicz からのものである。付録の第2は、14名の自由法論者(前述の6名の他、A. Bozi, O. Bülow, Ph. Heck, O. Mayer, M. v. Rümelin, M. Rumpf, E. Stampe, E. Zitelmann)の略歴と関係著作のリスト(網羅的ではない)である。

VI. 自由法運動とリアリズム法学の類似性は従来から多くの論者によって指摘されてきたが、正面からこのテーマに取り組んだ論稿は意外に少ないように思われる。自由法運動を研究してきた筆者(平野)自身にとっても以前から気がかりなテーマであり、その意味でこの論文は興味深いものであった。法懐疑主義をキー概念として両運動の理論的な面を比較対照するという著者たちの設定した視座(付録第1によく表れている)からしても、また、分量から言っても、両運動の歴史叙述が平板化するのはやむを得ないであろう。だが、筆者の観点からすれば、著者たちはあまりにも自由法運動の人的範囲を広く取りすぎているように思われる。「運動」の意味を的確に理解するならば、その点にもっと配慮がほしいところである。(ただし、中心的自由法論者として、カントロヴィッツとフックスにかなりのスペースをさいているのは、まったく至当である。)さらに、各理論の含意を明らかにするためには、いわゆる法社会史的観点も採り入れる必要もあろう。それ故、自由法運動の歴史叙述に関してはまったく物足りないものである。その理由の1つは、著者たちが自由法運動を扱う場合に、ドイツ語原典を十分に参照していないことから生じているのではなからうか。著者たちは、前述したジェニイの英訳版や翻訳叢書に大きく依存している。そうでなければ、付録第1において、なぜ本論でほとんど触れられていない Wurzel や Gmelin が何度も登場するのであろうか。同旨のことは、カントロヴィッツやフックス(彼らは「運動」の本来の担い手である)の著作からいくらかでも引用できるのである。また、「Rechtsnormen und Kulturnormen」(1903)の著者である刑法学者 Max Ernst Mayer (1875-1923)を行政法学者 Otto Mayer (1846-1924)と取り違えるというミスをおかしている。また、リアリズム法学についても、たとえば W. Twining のような観点を採り入れれば、歴史叙述にもっと生彩がましたのではなからうか。

とはいえ、現代の法哲学界をにぎわしているドウォーキンや批判主義法学研究者たちの思想的系譜をリアリズム法学に、さらにはドイツ自由法運動にまでさかのぼろうとする著者たちの試みは評価されなくてはならない。著者たちがしめくりに、C. J. Friedrich の言葉を引いて述べているように、「新奇なものを探し求めることは...「古い真理」の実現によって鍛え上げられる」からである。この論文は英語文献の外に、より豊かな知的遺産があることを再認識させるといふ点において、われわれ日本人よりも英語圏の人間にとって大きな意義を有しているといっても過言ではないであろう。

(平野 敏彦)