

| | |
|------------------|---|
| Title | トマス・ A・ コウアン編 『アメリカ法學』 |
| Sub Title | Thomas A. Cowan (ed.) : "American jurisprudence" reader |
| Author | 平, 良(Taira, Ryō) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1960 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.1 (1960. 1) ,p.103- 108 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 紹介と批評 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600115-0103 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

Thomas A. Cowan (ed.)

“American Jurisprudence” Reader

Oceana Publications, Docket Series volume 8,
New York City, 1956: Library edition, cloth,
\$3.50; paper \$ 1.00

トマス・A・コウアン編

『アメリカ法學』

アメリカ法學なり、アメリカ法の或る分野を學ぶ際に、我々が感ずることは、アメリカの學者が一般にまとまつた本を書くよりは、その主要な業績を法律雑誌の中に發表して見ることである。特に我々にとつて、その中のあるものを讀んで見たいと思つていても、なかなか數多くある法律雑誌を見ることは出来ない。このことはアメリカの法學生にとつても同様であると思へて、一般に讀まれるべき主要論文をまとめた讀物が Selected Reading という形で、アメ

リカ法學校協會 Association of American Law Schools から刊行されている。

それと共に、我々が概括的にアメリカ法の傾向を知りたいと思ふ時には、資料を中心としたケース・ブックにたよることも出来るが、このケース・ブックは本來教室における講義やディスカッションを豫定しているものであるから通讀しただけで一つの理論を構成して行くことは困難である。勿論、若干の優れた著作について見ることも可能であるが、時には數々の論文について、その一部なりとも見たいと感ずることもある。

アメリカの法學、理論法學或は法哲學については夫々の立場から書かれていたものもあるが、ここに紹介する「アメリカ法學」は一種の資料集である。この本には三十一の著書からの抜すい、論文の抜すい、判例の抜すいが掲載され、編輯されている。もつとも、この本そのものは索引までいれて二五四頁、しかも文庫版（手もとにあるのは紙とじの普及版であり、別に布とじのものもある）であり、個々についてはかなり短いものもあることはたしかである。しかも本書は「これが、哲學や、政治學、社會理論の學生や若い先生に又、その技量をより高いものとするための理論づけを必要としている實務法曹に『自分でやつていらんさぎ』do it yourself の道具となるように」(六頁)編まれているものであり、この讀物 Reader

のシリーズの他の出版物との關係から、かなり重要と思われるホームズ判事の著作に觸れていないことから、それ自體は完全であるとか、高度のものであるということとは出来ない。

しかしながら、この小さい本の中に載せられた各種の抜すいと、それを補充する編者の説明を利用することによつて、我々はアメリカの理論法學の諸相をうかがい、又、すくなくとも、この本を入口として『自分でやつてみる』ことによつて、アメリカの理論法學に立入つて行く一つの有効な道具となしうることは明らかである。豫告編というものが、將來本編を見るための刺戟となるべきものであるならば、これは將來の研究をする者にとつて豫告編の役割を果すかもしれない。もつとも概要を伝えるということ、豫告編とはかなり性質を異にするものであるから、一つの小冊子の中にその何れも盛り込もうとすることはかなり困難であることは言うまでもない。

著者はラトガース大學 Rutgers University の法學部教授である。この大學そのものは我々にとつてあまりなじみのない大學であるかもしれないが、アメリカに數多くあるロー・スクールの中ではかなり名の通つた大學であることを確認しておかなければならない。私の手もとには新しい記録はないが、編者コウアンは一九五六年、アメリカ法學校協會理論法律學部門の委員をしている。

本書の構成としては三部から成り、第一部は哲學的法學 Philosopho-

phical Jurisprudence 第二部は分析法學 Analytical Jurisprudence 第三部は社會學的法學 Sociological Jurisprudence を含んでいる。この本には歴史法學 Historical Jurisprudence に関する資料は「主な研究はヨーロッパ人によつてなされているものであり、我々（アメリカ人）は主として十九世紀にそれに興味を持つていた。」という理由で又「現在のイギリス及びアメリカの學者はほとんど全くそれを無視している。」といった理由で省いている。逆説的には、無視されているが故にアメリカの讀者にその研究の必要性を伝えることもあるのであるが。

哲學的法學については、過去においてアメリカではその研究が立ち入つてされていないし、法哲學が法學の分野としてでなく、哲學科の講座の一部として扱われていたことから法學者にとつて無縁であつたことを考へて、その研究の必要性を取り上げている。Aとしてコウアン自身による合衆國における法哲學の地位についての報告書 Report on the Status of Philosophy of Law in the United States が掲げられている。これは我國にあまり紹介されることのないアメリカの法哲學の動向及びその代表的な業績の概要をつかむのに非常に便利なものである。Bは法的理想主義 Legal Idealism に關する各種の著作の紹介であり、特に「アメリカにおいては、理想主義哲學の體系は、經驗科學の上に立つていて、絶對

的な理想主義というのは事實上消滅してしまつてゐる。」(二八—二九頁)の事を讀むたゞしてはしつていふことにはあつたが、その中には M. R. 一・ヘン Morris R. Cohen, 法と社會秩序 Law and Social Order, F. Z. コーヘン Felix S. Cohen, 法的理想の倫理的體系 Ethical System of Legal Ideals, T. マッキンノン John Dickinson, 私の法哲學 My Philosophy of Law, T. ホール Jerome Hall, 民主社會の活きた法 Living Law of Democratic Society, E. N. カーン E. N. Cain, 不正の意義 Sense of Injustice, J. J. フラー Lon L. Fuller, それ自體が問題の法 Law in Quest Itself, が收められてゐる。個々の内容についで觸れる餘裕はないが、この項目と A 項の序論に全體の三分の一を使つてゐることからも、編者の意圖が各々の法的體驗を通して法哲學を組立てて行くことを讀者に示唆してゐるとうかがわれる。C 項の自然法 Natural Law は判例、州對キーン State v Ture 13 N. J. 203 (1963) のマクナン判事 Brennan J. の反對意見に始まり、C. G. マインズ Charles G. Haines, 自然法概念の復活 The Revival of Natural Law Concepts, R. バウソド Roscoe Pound, 法哲學入門 An Introduction to the Philosophy of Law, B. E. ブラウン Brendan F. Brown, 自然法—婚姻・きずな・離婚 Natural Law, Marriage, Bond, and Divorce, A. H. O. クルー

紹介と批評

スト Anton-Herman C. Ohroust, 自然法と法實證主義 Natural Law and Legal Positivism. からなる。自然法の問題を單に觀念的な問題と考えずに、先ず判例によるアプローチから求めていることは、この本を通してすでにアメリカ的な法哲學における實證的な特質をうかがうことも出来るし、自然法を「より高次の法」higher law と理解するアメリカ法學者の思考の過程を見ることが出来る。D 項のプラグマティズム Pragmatism は後の第三部社會學的法學の領域においても問題になることであり、ここでは編者自身による、法におけるプラグマティズムとその外にあるもの、現代法哲學の解釋 Legal Pragmatism and Beyond, in Interpretation of Modern Legal Philosophies を載せているだけである。そして、それを通して問題を提出するに止めてゐる。この第一部の最後 E 項は、第二部の分析法學との關連づけもあり、W. エーベンシュタイン William Ebsenstein の法の純粹理論 The Pure Theory of Law の「第一部を代表として、論理的實證主義 Logical Positivism を以て示されてゐる。この第一部において私達はすくなくとも何人かの代表的な法學者の「私の法哲學」ないしは「信仰告白」の一部をうかがうことが出来る。

第二部の分析法學は傳統的に一般法律家のとつて來てゐるところであり、編者もこれには僅か三十頁餘を割いてゐるだけである。た

だ分析法學も決して哲學的思考と無縁なものでなく、特に分析哲學 analytical philosophy との關係が考察されるべきことを指摘してゐる(102頁)。A項には、裁判所における分析法學 Analytical Jurisprudence in Court として、ホルスツラフ對ロント・アイランド鐵道會社事件 *Palsgraf v. Long Island R. R.* 248 N. Y. 339, 162 N.E. 99 (1928) のみが掲げられている。この事件はカードーン *Cardozo* によつて多數意見が述べられ、アンドリュース *Andrews* によつて少數意見が述べられ、不法行為上の過失行為についての主要な事件として、殆んどこのケース・ブックに加えられている有名な事件であるが、編者のかなり詳しい説明にもかかわらず、この本が法律家以外の者が讀むことを豫想しているとすれば、前後の判例なしに分析法學の傾向をうかがうことは必ずしも容易とは思えない。もつとも編者が、カードーンなり、アンドリュースの意見を一つの理論として讀むことを求めているならば、それなりに一つの目的は達せられるであらう。B項は分析法學の定義 *Analytical Jurisprudence Defined* として、彼の分析法學の創始者ともいわれる J. オースチン *John Austin* の法學 *Province of Jurisprudence Determined* の抜すいであり、これはオーソドクスなアプローチである、ただオースチンとは如何なる人物であるかという説明に缺けている。C項は法概念の定義 *Definition of Legal Con-*

ceptions として、W. N. ホフホルド *Wesley N. Hohfeld* 基本的法概念 *Fundamental Legal Conceptions* に對する W. W. クック *Walter W. Cook* の序論及びパウソンの法學の五十年間 *Fifty Years of Jurisprudence* である。何れも限られた基本的な法概念について、その分析の必要性と、又逆に單なる分析に含まれる危険性を示唆するものである。この第二部の終、D項は法規範の階層性 *Hierarchy of Legal Norms* であり、H. ケルゼン *Hans Kelsen*、法及び國家の理論 *General Theory of Law and the State* からとつて來ている。考えてみると規範 Norm という言葉自體が、アメリカの法律家にとつて身近に使われるものでなく、充分な説明なしにどこまで「自分でやつてみる」効果があるかば問題である。全體として第二部は第一部にくらべて弱い、編者が一般人に理論的裏付を與えようとした意圖は分るが、法實務家にとつては、自ら體驗している分析的な法へのアプローチの中で理論の組立を必要とするものであらうから、第一部と並んで第二部にも、もつと解説が加えらるべきであつたようかがわれる。

第三部は現在ではその支配が減退しつつあるといわれてはいるが、社會學的法學として約百頁が費されている。廣義には「社會學的法學は法と社會の相互作用を研究するにある。」といわれている。そして、減退しつつあるといわれるにしても、この主要な役割

は大部分の法律家によつて受け入れられている。ここにはパウンドより、ニオ・リアリスト Neo Realists といわれる人々にいたる業績が含まれるであろう。A 項の裁判所において In Court には、いわゆるブランドイス・ブリーフ Brandeis Brief のごく一部が紹介されている。この簡単な要約からブランドイス・ブリーフを考へてみることはかなりむずかしい。もつとも、ブランドイスについては、このシリーズの出版物に特にブランドイスについて出されているものがあり、それとの関連から簡略にされたものであろう。B 項は、社會學的法学の一般理論 General Theory of Sociological Jurisprudence として、ウィンドの社會學的法学の範圍と目的 The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence、理論法学講義概要 Outline of Lectures on Jurisprudence、カードン、司法過程の本質 Nature of Judicial Process、H・ケマンズ Huntington Cairns、法学の理論 The Theory of Legal Science、及び、E・W・パターソン Edwin W. Patterson、理論法学、人及び法理念 Jurisprudence: Men and Ideas of the Law、からの抜粋で、いわば社會學的法学の本来の姿を紹介することになつてゐる。これらは、我國でもかなり紹介され、讀まれていることも少なくないことに気がつくのである。C 項は現實主義者 Realists である。既に鶴飼教授のアメリカ法学において説明され

ているが、彼等は一つの主義を共通としてゐるものでなく、「本の上の法」と「行われる法」との關係や相違を種々の視野から解釋しようとしてゐるのであり、そうした「思想家差」であり、編者が現實主義、或は新現實主義でなく、現實主義者達としてゐることは注意して良い（もつとも Realists をすでに現實主義者達と譯してしまふことになるが、譯の必要上ということでお許しいただきたい）。この項には K・ルエリン、現實主義についての現實主義—パウンドに答へて Karl Llewellyn, Some Realism About Realism—Responding to Dean Pound、H・E・ブインチヤフ Hessel E. Yntema、法学と改革 Legal Science and Reform、J・マニング Jerome Frank、法と現代精神 Law and the Modern Mind、E・アーノルド Thurman Arnold、統治の象徴 Symbols of Government、E・Z・ガーラン Edwin N. Garland、法現實主義と正義 Legal Realism and Justice、が收められる。これらについても既に我々に紹介されているものも少くない。我々傳統的な法的訓練を受け、又、法理論の面においても一つの型を持つてゐる場合に、こうした現實主義者達の研究は「異端」であり、法本來の研究を離れているように考え、従つてアメリカには眞實の法理論の追求はないように考えやすいが、そのアプローチの差は又それを育てて來た土壤の差によるものでもあるし、我々にとつてもこうした

業績を無視することなしに、問題の提出として受けとめる必要がある。最後のD項には法的實驗論 Legal Experimentalism であり、これについては「どの社會科學も眞に實驗科學にもとづいてゐるわけでないし」いわんや法の領域では「第一に法のどの分野がこうした實驗の対象になりうるか、第二に法は實驗とは全然無縁であるというかなり強い意見」(一八九頁)があるにしても、この立場をとる人達は法のある分野について、その成立の可能性の追求をしているということから始めてゐる。ここには、U・ムーア Underhill Moore、私の法哲學 My Philosophy of Law、F・K・マエテル Frederick K. Beutel、實驗法學の意義 Some Implications of Experimental Jurisprudence、J・コーヘン他 Julius Cohen et al.、社會の道德感覺を確めること Ascertaining the Moral Sense of the Community: A Preliminary Report on An Experiment in Interdisciplinary Research. 及び結びに編者による實驗法學の假定 Postulates for Experimental Jurisprudence. を以て終としてゐる。勿論實驗法學において何を實驗と解するかについてはかなり言葉の上での議論もひき起すであろう。すなわち原材料を使つて、實驗室的に法を學ぶふというものであるなら、ケース・メソッドそのものが實驗的性格を持つてであろうし、又、いわゆる法社會學においてとられるアプローチが實驗的であるとも

いえるからである。ここでは具體的にある問題にふれるよりも、實驗法學或は實驗法學者によつてとられる理論的な裏付けの解明に費されてゐる。

既に述べたように、この小冊子は一種のケース・ブックであり、又、アメリカの法哲學の一端を知り、入門の手がかりとすることに意義がある。もちろん小冊子であることの限界から編者自身がかなり饒舌にならざるをえなかつたし、それが無ければ簡單な拔萃を理解して行くことも困難であるだろう。我國には既に鶴岡信成教授によつて「アメリカ法學」(日本評論新社)が出され、アメリカ法學の一端を知り、又、高柳賢三博士の「米英の法律思潮」(海口書店)においてもアメリカ法思想の流れをうかがうことが出来る。本書はこれ等の著書と共に、原材料の一端に接し、更にそれを進めて行くという意味においても、又、我國において紹介されたアメリカ法學を補つて見て行く上にも、更に、同似の問題についてのアメリカ法學者及び日本の法學者のアプローチや重點の置き方の差異をうかがう上においても、便利なものであると考えられる。私自身もこの小冊子についていささか饒舌であつたかもしれない、又、本書に掲載されている論著のすべてを記したのは、本書をまつことなしに、手もとにあり直接見ることが出来るなら、その原著書に直接に接することが出来るのではないかと考えたからである。(平 良)