慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	アメリカにおける法の動態の一断面： アメリカの法学教育のあり方を通して
Sub Title	An aspect of the Dynamics of Law in the United States : Way in which American Legal Education Works
Author	大沢, 秀介(Osawa, Hideyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1983
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.56, No.2 (1983. 2) ,p.1- 35
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19830228-0001

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.

アメリカにおける法の動態の一断面

——アメリカの法学教育のあり方を通して——

大沢秀介

一、はじめに
二、アメリカの法学教育の性格
三、新しい法学観と法学教育
四、結び

一、はじめに

最近のアメリカの法学教育の一つの傾向として、臨床的教授法（Clinical Method）の登場があげられる。たとえば、この種の教授法を積極的に採用していることで知られるノース・イースタン大学ロー・スクールでは、協同法学教育計画（Cooperative Legal Education Program）という名の下に、二年次の学生とロー・スクールの最終年度にあたる三年次の学生が、協力先の弁護士事務所、政府官庁、各企業の法務部などで、常勤のスタッフとして一教育年度の半分を第二学年、第三学年と通じて務め、法律実務その他の知識の取得に努めるという方法がとられている。(1)

このような臨床的教授法の出現の背後には、つぎのような三つの要因が存在していると考えられる。第一の要因は、現在の教授科目が著しく実際との関連を欠くことに対する学生の不満である。そこから実践的性格の強い科目に対する要求が生じているように思われる。第二の要因として考えられるのは、第一の要因と密接に関連するのであるが、より根底的なものとして、一九三三年のフランク（Jerome Frank）の論文以来みられるような傾向である。それは法を学ぶにあたつて、ラングデル（Christopher C. Langdell）以前の法学教育にみられ、そしてその後も不明瞭な形ではあるものの、アメリカの法学教育の伝統の中で培われてきた実務面での知識取得を重視する見解に対する郷愁ともいえる感情の存在である。[2] さらに第三の要因として、そして経済的裏付けとして見逃がせないのは、職業倫理のための法学教育評議会（Council on Legal Education for Professional Responsibility）の動向である。評議会はフォード財団からの援助の下に、諸々の実験的計画への積極的な取り組みの姿勢を示すロー・スクールに対し、計画実現のための基金を提供し始めたのである。[3]

臨床的教授法の目的は、前述のようにロー・スクールの学生に実践的知識を取得させようとするところにある。このような目的それ自体は、現行のカリキュラムが「ロー・スクールは、その学生達に対し本格的な法律知識のみではなく、何がしかの技術、たとえそれらが知的なものあるいは基礎的なものであろうとも、それらを学生に与える責務を有している」[4]という認識の下にあると理解するならば、それらは必ずしも目新しいものというわけではない。

また、臨床的教授法がロー・スクールで採用されているということは、臨床的教授法が積極的に受け入れられ、支持されているということも意味しない。たとえば臨床的教授法に代表されるような新しい傾向が進み、極端な段階たとえば現代的徒弟制度のようなものにまで到る時、そこに「より知的に洗練された学究派の人々の間での敵意の増大」[5]がみられるのは当然であろう。[6]

問題はこれまでの文脈との関係で言えば、臨床的教授法が、アメリカの法学教育の伝統の中で、どのような位置を占めて

いるのかということになる。しかし問題はさらに大きく言えば、法学教育の伝統が、現在どのような状況の中にあるかということであろう。本稿では、そのような問題関心に基づいて以下のような順序で叙述を進めて行くことにしたい。最初にアメリカの法学教育をきわだたせていると思われる諸特徴について考慮し、その中での臨床的教授法の位置に触れる。第二に現在のアメリカの法学教育のおかれている状況とそれに対処すべく登場した諸提案や各種の考え方等について若干の考察を加えていくことにする。

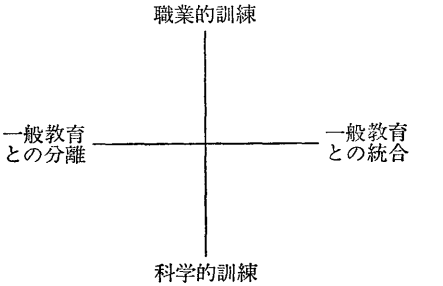
(1) The Association of American Law Schools and the Law School Admission Council, Prelaw Handbook 1982-83 at 238 (1982).
(2) Robert Stevens, *Two Cheers for* 1870 : *The American Law School*, 5 Perspectives in American History 405, 521 (1971).
(3) *Id.* at 523.
(4) Francis A. Allen, *The New Anti-Intellctualism in American Legal Education*, 28 Mercer L. Rev. 447, 456 (1977).
(5) Stevens, *supra* note 1, at 524.
(6) 臨床的教授法に対する反対には大きく分けて二つのタイプがある。第一のタイプは、部分的拒絶とでもいいうるものであり、臨床的教授法がそのために費やされる費用以上に利益をもたらす場合にのみ、その存在を肯定するというものである。第二のタイプは全面的拒絶であり、学究的指向の強い立場からの見解である。この二つの見方を区別することは、必ずしも意味のないことではない。むしろ現今の臨床的教授法をめぐる議論を考える時、かなり意味を持つてくるように思われる。なぜなら現在のところ議論の焦点は、「教える側と学生との間の密接な個人的接触という前提」(Allen, *supra* note 4, at 457.) を維持するために必要な人事的そして金銭的コストをいかに捻出するかということにかかつているからである。

二、アメリカの法学教育の性格

現代アメリカの代表的な法歴史学者として知られるフリードマン (Lawrence M. Friedman) はアメリカの法学教育の特色について、つぎのように述べている。「(アメリカの) 法学教育の歴史において、二つの対になつた原則が常に争いの渦中にあつた。職業的訓練の原則は、科学的訓練の原則に対して戦いをしいられてきた。同時に一般教育 (Liberal Education) との統合という原則は、(一般教育との) 分離という原則に対して戦いをしいられてきた」。(1)

フリードマンのこの法学教育に関する言葉は、これまでのアメリカの法学教育の傾向を知る上で一つの重要な視点を供給している。ここではその重要性を図式化することによつて考えてみることにする。フリードマンのいう職業的訓練の原則と科学的訓練の原則を縦軸にとり、一般教育との統合あるいは分離の原則を横軸にとつて描いたものが下記の図である。

この図に従えば、これまでのアメリカの法学教育の改革に携わつてきた人々の試みは、つぎのように理解することができる。今日においても依然として代表的な教授法として考えられるラングデルのケース・メソッドの使用という試みは、フリードマンの説明するように、(2) 科学的訓練と一般教育との分離という二つの要素を結びつけるものとして理解されよう。また一九三〇年代のリアリズム法学の下に展開された法学教育の改善運動は、職業的訓練と一般教育との統合という二つの要素を結びつけようとしたものとして特色づけることができる。



このようにフリードマンの分析枠組は、アメリカの法学教育の流れをとらえる上で、一つの重要な視座を提供している。しかしそれにもかかわらず、それは全面的に満足できるものではない。それは、多分に彼の使用する「科学的」という言葉の曖昧さに起因する。いうまでもなく、「科学的」という言葉の意味合いは、それぞれの法学教育の改革者達の認識及びそれらの人々の認識に影響を与えたその時々の時代的状況に依存している。たとえば、ラングデルの目指した法学教育が、今日言う意味での科学的訓練であつたかどうかは疑問のあるところであろうし、さらに仮に「科学的」という言葉の意味をある範囲内で互いに了解できたとしても、職業的訓練を科学的訓練と対立するものとして位置づける見方が有効であるかどうかは疑問の残るところのように思われる。

したがつてここでもう一度つぎのように問い返す必要があろう。果してフリードマンの提唱する分析枠組、(1)職業的訓練——科学的訓練、(2)一般教育との統合——一般教育との分離という二つの軸からなる把え方が、アメリカにおける法学教育をとらえる見方として十分に満足のいくものであろうか。さらに仮にこれが必ずしも満足のいくものでないとした場合に、どのような代替的な分析枠組があるのであろうか。

ここではフリードマンの二つの軸からなる分析枠組に代えて、三つの軸からなる代替的な視座を考えてみることにしたい。それら三つの軸とはつぎのようなものである。

(1)教育機関（Educational Institutions）——高等研究機関（Academic Institutions）、(2)平等主義（Egalitarianism）——知性主義（Intellectualism）、(3)実業学校（Trade Schools）——専門職学校（Professional Schools）。以下それぞれの軸に関して若干の説明を試みてみたい。

最初に教育機関——高等研究機関の軸についてである。ここでは、教育機関という言葉によつて、つぎのようなものを想定している。それは、その機関内に所属する人々を、その機関が規定するいくつかの特定のタイプへと徐々に形造る機関である。ただその意味は、それを理解する前につぎのような二つの点に留意する必要がある。一つは、ここで使用する教育機関という言葉は、必ずしも初等教育機関のような、単に所属員の社会化をのみ目指した機関、あるいはある種の技能ないし知識を伝授するためのみの機関として考えられていないということである。それは、より正確には高等研究機関という言葉の意味合いと対極に位置する言葉として理解される必要がある。これが第二の点である。したがつて、ここではつぎに高等研究機関という言葉の意味合いについて考える必要があろう。

ここでいう高等研究、すなわちアカデミックという言葉は、アメリカでも通常、大学などでの研究を中心とした諸活動を意味する言葉として使われている。ただ、特殊アメリカ的状況として、さらにロー・スクール的状況においてアカデミック

という言葉がある種の否定的感情を伴つていることを認識する必要があるように思われる。アカデミックという言葉は、アメリカにおいては一方で真理探究という意味合いを表わしながら、他方においてしばしば非実際的、非実用的、あるいは「想像しうるが、現実性に基づかないものに関する」[3]言葉としての側面を有しているのである。このようなアカデミックという言葉に伴う不明瞭さ、あるいは否定的意味合いというものは、今日多分にアメリカにおけるロー・スクールの不明確な目的、性質といつたものに影響を与えているように思われ、さらにいえばアメリカにおける法学教育の目的の不明瞭さに関連しているように思われる。

たとえば、一九五〇年代にアメリカのロー・スクールの教育の内容と方法をめぐつて行なわれた一つの論争はそのことを示している。この論争は、一九五二年に、当時ウェスト・ヴァージニア州法曹協会の一員であつたカントラル（Arch M. Cantrall）が、その論文をアメリカ法曹協会雑誌に寄稿したことに始まる。[4] 彼の論文の趣旨は、若手弁護士がしつかりとした実際的な技能を身に付けていないことに対する不満を訴えることにあつた。その議論は、おおよそ三つの部分から成り立つている。第一点は、彼の理解によれば、「ロー・スクールの機能は、弁護士として開業する法律家を産み出すことにある」。[5] このような命題に従つて、彼はロー・スクールの教育の内容そして方法が不十分であると非難する。彼によれば、ロー・スクールの教育が、彼の指摘する不十分さを引き起こした一つの原因は、ロー・スクールの教授の有する自治が、同じように法律を職業とし、彼の信ずるところによれば、同一の基準によつてその業績を評価されるべき開業弁護士に比較して、不合理ともいえるほど過大に保護されていることにあるとする。これが第二点である。最後に彼は、ロー・スクールの伝統的カリキュラムと弁護士試験が、一般の人々及び法曹界の要求に十分考慮を払つていないと批判するのである。

カントラルの議論そのものは、必ずしも十分に練り上げられたものとは言いにくい。たとえば、彼の引用する文献は、アメリカ法曹協会雑誌に掲載された数少ない論文にすぎない。その結果として彼の議論はかなり直截的なものになつている。

ただこのことは、必ずしも欠点ばかりを生み出すものでもない。むしろ彼の議論は、その直截的な性格のゆえに、ロー・スクールの教育に対する開業弁護士の持つ不満がはつきりと示されているように思われる。

教育機関――高等研究機関の軸との関連で言えば、彼はロー・スクールをはつきりと教育機関としてとらえている。彼はつぎのように書いている。「社会は、ロー・スクールを、青年達を卒業までにはそれなりの有能な弁護士として人々がサービスを求めうるような弁護士となるよう十分な教育を施してくれるものとして見ている。……（それゆえ）私はロー・スクールの教授達の法に対する視点を、あまり重要なものとして尊重する気にはなれない。教授達は、結局のところ、社会の使用人としてある一定の仕事、すなわち青年達をして一般の人々の要求を満たしうるように訓練し、資格を与えるために雇われたにすぎないからである。……青年達は別に国際法や政府の政策に関する高次元の問題など、これら漠然とした主題がロー・スクールの教授達にとつていかに魅力的であろうとも、それらの専門家になるわけではないからである」[6]。

カントラルの提起した問題は、翌一九五三年にボストンで開かれたアメリカ法曹協会の年次大会における法学教育及び法曹協会入会部門（Section of Legal Education and Admission to the Bar of the American Bar Association）で議論され、一つの論争を形成することになつた。いまわれわれは、それら議論の内容を『法学教育雑誌』（Journal of Legal Education）に掲載された会議参加者達の諸論文を通して見ることが可能である。

議論の内容は、おおよそ三通りの見解に分けることができる。第一の見解は前述したカントラルの見解、すなわちロー・スクールを教育機関としてとらえる見方である。実際、カントラルはここでもその見解を繰り返し述べている。もう一つの見解、すなわちロー・スクールを高等研究機関として把握する考え方は、当時デューク・ロー・スクールの法科大学長（Dean）であつたマックレイン（Joseph A. McClain Jr.）によつて支持されている。マックレインは、ロー・スクールの特別負うべき責務は、今日現在存在する法を体系化し、将来のために発達させる点にあるとする[7]。このような考え方からすれ

ば、それがカントラルの採る見解と相反するものであることは、容易に理解しえよう。マックレインは、ロー・スクールが実際的な訓練を目指す場となることに強く反対する。なぜならば、彼によればそれは無駄であり、また「真に達成することが不可能」[8]であり、さらにより重要なこととして、そのような試みは「ロー・スクールが過去五〇年にわたつて築き上げてきた（学問的）水準にとつて深刻な打撃を与え、みじめな失敗となるだろう」[9]からである。

マックレインの見解には少なからず共感を伴う部分があると思われる。しかし、この論争の展開の中で見る限り、彼は明らかに勝者ではない。この論争において大勢を占め今日なおその勢いを失なつていないのは、この論争において当時ミシガン大学ロー・スクールの教授であつたジョイナー（Charles W. Joiner）の主張した妥協的見解であるように思われる。

ジョイナーはその論文の中で、ある期日にわたる訓練期間を「各州の法曹協会への入会許可の過程の一部」[10]を成すものとして、設定することを提唱してはいる。しかし、彼の見解は従来の伝統的な見解である、ロー・スクールは何故（Why）ということばかりでなく、どのようにして（How）をも教えるべきであるとする見解からそれほど隔たつてはいない。このような見解は、その妥協的な性格のゆえに、ロー・スクールの目的をあいまいなものとし、ある種の混乱を引き起こすのである。すなわち、そこでは教授達は、臨床的教授法をアカデミックな見地から支持し、一方開業弁護士達はそれを単なる現代的な徒弟制とみなすという状況になりやすいからである。

けれども、この種の問題の責任を単にジョイナーやその他の人々にだけ帰すべきではなかろう。実際ジョイナーの議論を再び眺め返す時、そこにもう一つの抑制要素、すなわち第二の軸となるべき平等主義――知性主義という軸を見出しうるからである。平等主義――知性主義の軸に関して、ここではつぎの二点を指摘しておきたい。第一点はいわゆる夜間ロー・スクールの問題であり、第二点は新反知性主義（New Anti-Intellectualism）である。

夜間ロー・スクールの問題を論じる時に一つ忘れてならないことは、それがほんの一握りの全国的に著名なロー・スクー

ル (National Law Schools) とその他のロー・スクールとの間でしばしば生じてきた問題と密接に関連していることである。[11] 実際ジョイナーが出来うるならば成し遂げたいとしていたことは、各ロー・スクール間における明確な機能の分化であつた。このような機能の分化の要求は、この論争の中においてさえジョイナー以外の人々によつても主張されている。たとえば、当時ハーヴァード・ロー・スクールの法科大学長であつたグリズウォルド (Erwin N. Griswold) は、一種の複線体制をこの論争の中で提唱している。彼はつぎのようにいう。「一州のみの法を取り扱うロー・スクールにおいて有用と思える実践的教授形態は、われわれのようなロー・スクールで使用されてきたものとは全く異なる」。[12]

夜間ロー・スクールの問題は、時としてマイノリティーに対する差別の問題と関連して論じられることがある。[13] しかしここではもう一つの見方として、平等主義——知性主義の軸による見解をとつてみたい。この軸を理解するには、さらにこの軸の内容に関連する要素である反知性主義の意味を考える必要がある。

知識人に対する反感は、アメリカの歴史の中に数多くの例が存在する。たとえば、ブレッドスタイン (Burton J. Bledstein) は、一九世紀のアメリカ中産階級の持つ不確かでアンヴィヴァレントな感情をつぎのように分析している。彼によれば、中産階級は一般民衆の利益と合致し、それらの人々に受け入れられうるイメージを確立することに成功した限りにおいて権力を行使し、リーダーとしての地位を主張しえたとする。[14] このような状況は、平等主義と裏返しの形で理解しうるように思われる。なぜなら平等主義は、反知性主義と容易に結び付きやすいからである。

今まで述べてきたこととアメリカの法学教育との関連で重要な論文は、最近アレン (Francis A. Allen) の書いた論文「アメリカの法学教育における反知性主義」である。アレンによれば、新反知性主義は、二つの特殊な特徴を有しているという。第一の特徴は、「いかなる教育活動といえども、それが弁護士活動をする上で直接的なそしてはつきりとした報酬ないし利益を識別しうるような対価を約するものでない場合永続きし難い」[15] というものであり、第二の特徴は、第一の特徴とは

丁度表裏一体を成すような形で「この社会の直面する本質的な諸問題にはわずかな関心」[16]しか払わないということである。

アレンは、このような二つの特徴を「現代社会における著しい特徴」[17]であると述べた上で、さらにこれら諸特徴は知識人が人々の信頼を失ないつつあることを象徴しているとする。アレンのこのような結論は、確かにそのまま否定しさることはできないであろう。ここではもう少し詳しく、なぜ「新」反知性主義が近年台頭してきたのか、その点について考えてみたい。

アレンはその原因について、行動科学の出現をその考えられうる最大の原因の一つであるとする。[18]確かに行動科学は知性というこれまで高く評価されてきたものに深刻な脅威を与えた可能性は否定できない。しかし、仮に行動科学の出現と知性の価値の低下との間に何らかの因果関係が存在したとしても、知性の価値の低下と反知性主義の台頭との間にどのような因果関係があるのか、アレンの説明だけでははっきりとしないように思われる。やはりここではその他の原因を考えてみる必要があろう。

ブルームフィールド (Maxwell Bloomfield) は、その原因として歴史的背景を強調する。彼は反知性主義の台頭の理由についてつぎのようにいう。「すべての社会、とくに革命という精神的痛手から立ち上がろうとし始めた社会において、人々はとくに常と違つて、ある種の型にはまつた敵というもの、それによつて自らの性格や成し遂げたものを測定しうるものを必要としている。法律家は、しばらくの間この目的を満たす」対象となつた。[19]

さらにブルームフィールドによれば、法律家を主たる対象とした反知性主義は、「アメリカ歴史の上で、アメリカ国民が法律家を崇敬しようとする一般的感情を見せたことは一時もない」[20]という状況に助けられて、アメリカ歴史上のあらゆる時期にみられるという。

ブルームフィールドのこのような社会心理学的説明、すなわち、すべての社会において人々は自らの失敗を転嫁しうる存

在としての敵を欲しているという説明は、ある種の事例たとえば南北戦争前の南部諸州に見られた白人と黒人の関係については適当であると思われる。しかし、反知性主義との関連で見てみると、なぜそのような主義あるいは感情が今日まで続いてきているのか、その原因について説明は十分でないように考えられる。十分な説明をするためには、植民地時代から現代にいたる知識人、とくに法律家のおかれていた状況を、社会的とくに宗教との関連という点から眺めてみる必要があろう。ただそのような検討は、膨大なものとなることが容易に想像されるとともに、本稿では反知性主義がアメリカにおける法学教育を規律する一つの要因となつていることを指摘すれば十分であるので、ここではこれ以上深く取り扱わない。

さて、これまで述べてきたように、反知性主義とくに法律家を対象とした反知性主義には根強いものがある。しかし、それとは丁度逆にロー・スクールの内部には根強いエリート主義がみられる。もちろん、ロー・スクールの教授が公衆の面前で彼らの優越性を主張するというような形ではつきりと見られるわけではない。しかし、その反面ロー・スクール内部あるいはそれに準ずるところでは、はつきりとしたエリート主義を見ることができる。たとえば、マックレインは前出の論文の中で、ロー・スクールの学生は萌芽期の社会的エリートであるという認識をはつきりと示しているし、さらに彼は法律を専門職とする人々の歴史は、絶えることのない成功に彩られた公的なリーダーシップで満たされているとする。[21] しかし、社会におけるエリートとしての地位が維持されるためには、専門職すなわちプロフェッションとしての意識が、ロー・スクール内において涵養されなければならないことはいうまでもない。けれども、現実にはそれはあまりうまくいつていないように思われる。第三の軸である実業学校——専門職学校を考える必要がここにある。この軸で重要なことはロー・スクールとプロフェッショナリズムの関係である。プロフェッショナリズムの問題は、社会学における重要かつ困難な課題であるが、ここではただアメリカの法学教育を論ずる上で必要な範囲での言及にとどまることになる。

プロフェッショナリズムについてここでは、バーバー (Bernard Barber) のいうプロフェッショナリズムの有する四つの属

性のうち第四の特徴「主として仕事上の業績達成に関する諸シンボルが結合されたものからなり、したがつてそれ自身目的であり、個人的自己利益の目的にとつての手段ではない、報酬（金銭そして名誉）の体系」[22]を取り上げ、プロフェッションとしての弁護士の活動の目的との関連で考えてみたい。その理由は、この点について少なからぬ混乱があると思われるからである。たとえば、アメリカの弁護士はしばしばいわれるようにその活動領域を拡めることに熱心であるが、そのことは反面弁護士としてふさわしい活動領域に対する共通の理解ということを少なからず妨げているように思われる。

今日のアメリカの弁護士の活動が、昔日に比較して著しく改善されていることは疑いをさしはさむ余地はない。たとえば、初期植民地時代における弁護士の質は、そのモラルあるいは質の面において著しく低く、果してそれがプロフェッションと呼びうるかどうかさえ定かではない。それに反し現代は著しく改善されている。しかしそれにもかかわらず、なおそこに前述したプロフェッショナリズムの観念と弁護士の目的に関する理解との間に存在するギャップがあることは否めないように思われる。たとえば、アメリ法曹協会の弁護士能力に関する特別委員会（Task Force on Lawyer Competency）報告の中に、そのギャップを見ることができる。[23] 報告の中味自体は、これまで長く開業弁護士の間で主張されてきたものであり、それほど目新しいというものではない。しかし、その報告書が今日ロー・スクールが行なうべき最も重要な課題として、法律文書の作成などの生計の道に直接通じる事柄の教授を求めていることは、いささか驚くべきことのように思われる。

この報告書の内容から想像されるロー・スクールは、「実技とその理論を教えることにすべてが当てられた中等レベルの学校」[24]という意味での実業学校ということになろう。もちろん特別委員会報告はロー・スクールの知的特質の重要性を認めている。けれども、「明確な思考を要求する正確さや、ロー・スクールの理論性に富んだ学科は増加されるべきである」[25]という特別委員会の勧告は、わずか第三番目の優先順位を付けられているにすぎない。

いま述べたようなプロフェッショナリズムの観念をめぐるある種の混乱が現在ロー・スクールの教授の間にさえ見られ

る。たとえば、ハーヴァード・ロー・スクールにおける家族法の教授として、またいわゆる代替的紛争解決運動（Alternative Dispute Resolution Movement）への活発な参加者として知られるサンダー（Frank E. A. Sander）は、代替的紛争解決運動に関連する論文の中で、つぎのように述べている。「調停過程における弁護士の参加ということは、相対的にほとんど知られていないが、この新たな世界において、これまでと比較すれば小さいものの、ある種の弁護士の役割はありうるであろう。多分それはそのままロー・スクールにおける多様な訓練を要求することになるであろう」[26]。

サンダーの論文の全体の趣旨は、裁判所の処理能力をはるかに超える訴訟件数をいかに効率良く減少させるかという点にある[27]。しかし、前出の文章は一つの問題として、弁護士の適当な活動領域は何かということを改めて問いかけているように思われる。すなわち、この文章からはなぜ弁護士が裁判以外の紛争解決手段に参加すべきなのか、そしてさらになぜロー・スクールが多様な教育を展開しなければならないのか、それらの点が今一つはっきりしないように思われるからである。

この問題に対処する方法としては、卒直に言って職業倫理に関する科目や州の弁護士試験科目の中に職業倫理の問題を含めるだけでは十分でない。そこには現在アメリカ法曹協会を中心とする実務弁護士達の持つ職業倫理観とプロフェッショナリズムの観念との間に存在するすき間を埋める作業が残されているからである。とくに、全国的ロー・スクールの中に見られるエリート主義と反エリート主義との奇妙な混在、さらに大きく言えば同じロー・スクールという範疇の中に全国的ロー・スクールと夜間ロー・スクールが反目しつつも共存せざるを得ないという事態を見る時、そこにはより一層プロフェッショナリズムの観念の再検討が要請されているように思われる。

そしてその際に考慮されなければならないのは、これまでの弁護士の職業倫理綱領が保守的なアメリカ法曹協会のリーダーシップの下に行なわれ、その結果生じた法曹協会内の大規模な法律事務所（Law Firm）に所属するエリート弁護士と、一人あるいは二人というきわめて小規模な形で実務に従事し、社会的には底辺に近いところに位置する弁護士達の間に見られ

る亀裂をいかに修復するかということである。

社会的に低い地位に甘んずる弁護士達は、「不確実で二度と繰り返し訪れることがないという性格をもつた依頼人、弁護士間の制限なき競争を戦い抜く必要性、彼が活動を行なう下級裁判所そして政府機関の腐敗した雰囲気、彼の同僚集団の非協力的性質、そして社会的、職業上の優越感をもとに見下したような態度を見せる比較的成功した弁護士達」[28]の圧力の下にある。そのような状況の中で、彼らはエリート弁護士達の作り出した職業倫理綱領が彼らの置かれている状況を反映していないという不満を持ち、綱領に盛られた規則を破ることをしばしば引き起こしかねないからである。[29]

このような状況の中では、裁判以外の紛争解決手段についての実務あるいは技術を教えることがどれほどの意味を持つてくるか疑問である。それは裁判以外の紛争解決手段という領域が多分に社会的に低い地位にある弁護士達の活動する場になるであろうということが容易に推測されるからである。その意味で、「法律に関連する職業における危機は、これまで受け入れられてきたプロフェッショナリズムを大胆に再評価することによつてのみ答えうる」[30]という評価は正しいように思われる。

(1) Lawrence M. Friedman, A History of American Law 536 (1973).
(2) *Id.* at 536.
(3) Webster's Third New International Dictionary 9 (1971).
(4) Arch M. Cantrall, *Law Schools and the Layman: Is Legal Education Doing Its Job?*, 38 A.B.A. J. 907 (1952).
(5) *Id.* at 910.
(6) *Id.* at 907, 910.
(7) Joseph A. McClain Jr., *Legal Education: Extent to which "Know-How" in practice should be taught in Law Schools*, 6 J. Legal Ed. 302 (1954).
(8) *Id.* at 309.
(9) *Id.* at 309.

(10) Charles W. Joiner, *Legal Education : Extent to which "Know-How" in practice should be taught in Law Schools*, 6 J. Legal Ed. 295, 300 (1954).

(11) Id. at 298.

(12) Erwin N. Griswold, Legal Education : *Extent to which "Know-How" in practice should be taught in Law Schools*, 6. J. Legal Ed. 324, 328 (1954).

(13) Jerold S. Auerbach, Unequal Justice 95 (1976).

(14) Burton J. Bledstein, The Culture of Professionalism 123 (1976).

(15) Allen, *supra* note 14, at 450.

(16) *Id*, at 450.

(17) *Id.* at 450.

(18) *Id.* at 450.

(19) Maxwell Bloomfield, American Lawyers in a Changing Society 1776-1876, at 39 (1976).

(20) *Id.* at 42.

(21) McClain, *supra* note 7, at 312.

(22) Bernard Barber, *Some Problems in the Sociology of the Professions*, 92 Daedalus, No. 4. 18 (1965). その他三つの特徴として彼はつぎのものをあげる。(1)高度に一般化されそして体系化された知識、(2)主たる志向が個人的な自己利益よりコミュニティの利益に向けられていること、(3)仕事上の社会化の過程で内在化された慣習的倫理とその職を専門とする人々自身によつて組織され運営されている自発的な一定目的をもつた集まりに見られる、高度の自由に関する自己抑制。

(23) *See generally* Roger C. Cramton, Lawyer Competence and the Law Schools. (unpublished thesis).

(24) Webster, *supra* note 3, at 2422.

(25) Cramton, *supra* note 23, at 11.

(26) Frank E. A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F. R. D. 79, 129.

(27) *Id.* at 133.

(28) Note, *Legal Ethics and Professionalism*, 79 Yale L.J. 1179, 1183 (1970).

(29) *Id.* at 1183.

(30) *Id.* at 1196.

三、新しい法学観と法学教育

いままで述べてきたことを要約すれば、以下のようになる。すなわち最初の問題は、最近出現した臨床的教授法が、アメリカの法学教育の伝統の中で、どのような位置を占めるのかということであつた。そして本稿では、その問題を考える上で重要と思われる三つの軸をここまで検討してきた。したがつて、ここではこれまで三つの軸を検討をしながら少しずつ触れてきたものの、はつきりとした形では示してこなかつた最初の問題、アメリカの法学教育の伝統と臨床的教授法との関係について一つの見方を提示する必要があろう。

両者の関係についてはこれまで述べてきたことからすでに感じ取れるように臨床的教授法のアメリカの法学教育へのインパクトあるいは影響力という観点から見た場合、現在のところそれほど大きなものとはいえないであろう。それは三つの軸との関係で言えば、ロー・スクールが平等主義的な考えの下で、著しく教育機関としての色彩を帯びさせられ、実業教育的なことを目的とさせられているからである。

臨床的教授法の出現が、アメリカの法学教育に与えた影響は、いま述べたように現在のところそれほど大きいとは考えられない。しかしこのことは現在のアメリカの法学教育のおかれている現状が、非常に安定的であるということも意味しないように思われる。臨床的教授法の出現を含めてアメリカの法学教育の現状あるいは将来を考える上で重要なのは、最近登場しつつある新しい法学観、いわゆる、批判的法学（Critical Legal Scholarship）の考え方とその考え方をとる人々が及ぼす法学教育への影響であろう。それはアメリカでは法思想と法学教育の目的・方法との間に密接な関係が存在すると思われるからである。

たとえば、今日でも有名なケース・メソッドを創始したラングデルは、法をユークリッド幾何学におけるように理路整然

とした公理、定理から成る体系と理解し、その教育上の素材を厳格に過去の判例に制限していた。彼はその日記の中でつぎのように書いている。「法は一定の原則あるいは法理から成る科学としてとらえられる。……（法の）成長は何世紀にも及ぶ主要な諸判決の中で跡付けることができる」[1]。

このようなラングデルの考え方は、それがアメリカの法曹階層が自己の存在意義を主張する上での重要な理論的基礎を与えたこと[2]、そして同じ法曹階層に属するラングデルのハーヴァードにおける弟子達を中心とする法律学者の手によつて、全米のロー・スクールにおける主要な教授法として定着していつたことによつて、今日においてもロー・スクールにおける代表的な教授法として考えられている。

しかし外見上同じように見えるケース・メソッドも、ラングデルの時代のそれと今日のそれとでは同じではない。今日のケース・メソッドはラングデルの場合のように、その厳格な科学観から、法と社会との対応関係についての考慮が欠如し、「ラングデルの科学としての法は、岩石のない地質学、星のない天文学であつた」[3]と非難されることはないであろう。

ラングデル流のケース・メソッドに対するリアリズム法学の攻撃及びその攻撃に対する伝統的法学からの巻返しとしてのプロセス法学の提唱などは、結果としてラングデルの創始したケース・メソッドによる教授法を外見上残しつつ、法学教育の内容を実質的に変更するほどの意味合いを持つていたように思われる。

アメリカでは、いま述べたように法思想と法学教育の間に密接な関係があるとして、それでは一体先にあげた批判的法学者の及ぼす法学教育に与える影響力とは一体どのようなものであろうか。ここでは以下のような順序に従つて考察を進めて行きたい。

まず最初にリアリズム法学と法学教育との関係についての検討が必要である。それは後述するように批判的法学の考え方が、リアリズム法学の深化・発展という形をとつているからである[4]。同様な理由で、リアリズム法学の攻勢に対する伝統的

法学の立場からする対応としてのプロセス法学と法学教育との関係についても検討を加えていく。このようなリアリズム法学、プロセス法学の検討を終えた上で、つぎに批判的法学の考え方をアメリカの法学教育との関連を把える上で必要な範囲において概観し、さらに批判的法学の考え方の下でどのような法学教育が考えられるかということについて考察し、さらにその特徴について若干の評価を加えてみたい。まずリアリズム法学について見てみたい。

リアリズム法学については、これまで数多くの文献が発表されてきた。しかし日本においてはリアリズム法学とアメリカの法学教育との関連については、これまでそれほど注目を集めてこなかつたように思われる。それは主として、ルウェリン(Karl Llewellyn)、フランク及び両者と関連して社会学的法学の提唱者であるパウンド(Roscoe Pound)ら個々人の法思想にその研究の焦点があつたからのように思われる。その結果、そこでは「リアリスト運動の本質を、……ハーヴァード・ロー・スクールによつて象徴されるラングデル式法学教育・研究に対する造反であるととらえる見方」[5]が欠如し、「最も早く明確にリアリズム法学の影響を受けたのは法学教育・研究の分野においてである」[6]という認識が足りなかつたように思われる。

リアリズム法学については、これまでつぎのような特徴を持つとされてきた。第一に、法は他の社会現象と同様に制度としての裁判所あるいは行政機関と社会とのさまざまな接触の中から形成され発達してきたという歴史観に依存しているということである。[7]その意味でリアリストは、裁判において下される判決の多くは法規によつてのみ決定されるのではないとする法規懐疑主義の立場を取つているといえよう。

第二に、リアリストはいま述べたような法規懐疑主義の立場から法以外の諸要素とくに政策的配慮の重要性を示唆するとともに、そのような法的要素と政策的配慮が交錯する立場に立つ裁判官の判決形成過程に着目し、裁判官の行動の記述、説明、予測の重要性を主張したのである。このような主張の背後には当時流行しつつあつた行動科学そして統計手法の発達によつて科学的調査手段が供給可能であつたという事情があつた。[8]

そして、「この概念の延長として、法学教育は進歩主義（Progressivism）を社会科学と組み合わせ、そして意識的に弁護士を将来のために訓練する」[9]ことが期待されたのである。このような期待感の上に形成された代表的な法学教育改革の計画案が、一九四三年に発表されたラスウェル（Harold D. Lasswell）とマクドゥガル（Myres S. McDougal）のものである。

彼らは計画案の目的について、つぎのように述べている。「もし現代世界における法学教育が自由なそして生産的な国家（Commonwealth）の要求に十分に奉仕することであるならば、それは意識的、効率的そして組織的な政策形成のための訓練でなければならない。われわれのロー・スクールの適切な機能は、要するにアメリカ政体の自己言明的な目的を構成する民主主義的諸価値をより完全に達成するために政策決定者を訓練するよう寄与することにある」[10]。

彼らはこのような目的の下に、「諸価値のより組織的な叙述と社会力学（Dynamics）の明白な理論」の観点からつぎのような六つの分野によつて構成されるカリキュラムの編成案を提示する。(1)法と支配、(2)法と知能、(3)法と分配、(4)法と生産、(5)法と人格、(6)法とコミュニティの発達。具体的には、たとえば(1)の法と支配の分野に関しては、つぎのように説明されている。「この分野の範囲は、権力の研究、権力の配分のされ方の調査研究、そして法に関する言語上の規則、法的手続、法的構造がこの配分にどのように影響し、あるいは影響を与えるように作られうるかということに関する調査研究である」[11]。分野ごとに示された具体的な科目構成はあまりに多様にわたるためここでは説明を加えないが、それぞれの分野別により詳細な形で展開されている。

ラスウェルらの計画案の特徴については、先に少し触れたように法学教育の究極的な目的は民主主義的価値を擁護することにあり、弁護士はそれら諸価値の完全な達成のための尖兵たるべきだという認識にある。したがつてロー・スクールで教授されるべき内容は、それら諸価値実現のための道具であり、現実の社会状況との間に有意味な相互関係を持たなければ無用のものにしかすぎないということになる。

ラスウェルらのこの計画案については、法学教育と社会科学との結合を目指した最初の本格的な計画案であると評価できる反面、いくつかの問題点があるように思われる。第一の問題点は、計画案に色濃くエリート主義が反映し、実際上具体化しえないのではないかということである。[12] しかし、より重要な点は、彼らの計画案が、最近リアリズム法学の特徴として指摘されるようになつてきた思想的背景を共有していることにある。それは、「リアリズム法学は、プラグマティズム（Pragmatism）、道具主義（Instrumentalism）そして進歩主義を強調する哲学的伝統から自然と産まれ出たものであつた」[13]という認識である。

たとえば、つぎのような見解はその代表的なものであろう。「法学教育に関するリアリストの業績の多くは、〝法形式主義以後（Post-Legal Formalism）〟の研究と実践に関する方法を確立することに関心があつた。リアリストによるそれら提案は、二つの隠喩によつて影響された。科学的方法と熟練した技能。二つの隠喩は、理想（Ideas）と実践との間の関係についてのプログマティズムの伝統を表現している。……科学者と熟練工は特定かつ具体的な現象に関心が有り、そして彼らの方法は、理論と理想を自然と人間の欲求に適合させることにある。リアリストは同様の精神を法の研究と実践に注入しようと欲したのであつた」[14]。

しかし、このようなリアリストのアプローチは、「〝法理〟と〝現実〟を混在する可能性を含み、皮肉にも言語と行動を区分し、そしてその区分した行動をもつて、既存の規則を批判し新たな規則を実現するための基礎として使用しようという、基本的なリアリストの衝動をやや色あせたものとした」[15]ばかりでなく、「（法学）教育において彼らは新しい判例解釈の〝方法〟が社会及び法体系の研究の仕方に関する広範囲な問題を表わすこと」[16]を認識しながら、「彼らはこれらの問題を主として実践的な技術を念頭においた、熟練工という曖昧な理想を使うことによつて避け、そして法曹がどのような価値を支持すべきかという困難な争点を直接取り扱おうとしなかつた」[17]のである。より端的に言えば、「リアリストは決してこまごまとした

司法生活を超え出ることはなかつたし、その基本的諸観念まで進むことすらなかつたのである[18]」。

このような欠点は、前述したラスウェルらの計画案も共有しているように思われる。もちろん彼らは擁護すべき価値として民主主義的諸価値を提出している。しかしそれら諸価値については、現実的あるいは潜在的な形でその重要性が明白であるという形で想定されており、彼らの議論の焦点は法及び法技術の社会的有用性の検討にあるからである。

リアリズム法学は、これまで閉鎖的な体系として考えられていた法体系と社会との関連の重要性に人々の目を向けさせ[19]、法学と他の社会科学との間の溝にいわば架橋した点で今日でもその重要性を失なつていない[20]。しかしアメリカの法学の流れの上から見る時、リアリズム法学の退潮と共に残されたものは、「必要以上に多い説明枠組であり、いかなる枠組を選択するかの基準はあまりにも少ない[21]」という状況だつたのである。つまりフランクやルウェリンらリアリストの法学教育の改革案が、法構造、法思想を社会的関連性の点から評価するという作業を半ばで放棄し、従来のケース・メソッドによる教授法の代替案として訴訟の事実関係の徹底的理解という点に力を入れた結果[22]、その強烈なインパクトを一時的なものに終らせ、伝統的法学からする巻返しを許すことになつたのである。

このような状況の中で伝統的法学からするリアリズム法学への対応として提出された代表的な考え方が、プロセス法学といわれるものである。ここではその考え方について、「知られざる傑作であり、その分野におけるバイブルとしての位置を占める[23]」ハート（Henry M. Hart Jr.）とサックス（Albert M. Sacks）の論稿に基づいて説明を加えていくことにしたい。その説明は以下のようになる。(1)彼らの抱く社会像、(2)その社会像の中における制度的解決の概念、(3)リアリズム法学との関連、(4)プロセス法学の問題点。

ハートらの考え方の中心に存在するのは、制度的解決（Institutional Settlement）の概念である。ただこの概念を説明する前に彼らの抱く全体的社会像に触れておく必要があろう。彼らの考え方の中にあつては、社会の目的及びその目的を選択する

については、多くの場合合意が可能であるとみられ、合意が得られず紛争が生じた場合にのみ制度的解決の過程が用いられるとされているという、いわば予定調和的な社会観が見られるからである。[24]

彼らの抱く社会像の特徴は、人間の欲求、人間の相互依存の事実、欲求を充足させることを保障する諸制度、個々の人々の持つ価値に対する認識の増大の四つの要素は望ましいものではないとしても制御できないものとして仮定され、すべての体系はこれらの諸要素を満たすべく三つの主要な目的を持つとされることにある。

それら三つの目的とは、(1)社会的秩序の崩壊そしてそれに伴う、集団生活を送ることによつて得られる既存の利益の破壊の回避、(2)正当な根拠のある人間的欲求の全体的な満足の極大化及び集団生活の資源の着実なそしてより効果的な使用による極大化の増大、(3)実際的な必要性からする現在の公正な配分の維持である。[25] もちろん、これら三つの目的が充足されるためには、過去の社会的、技術的発達への信頼から来る将来の社会的パイの絶えざる増大ということが必要であり、これらの必要性はハートらによつて強く支持されている。[26]

ハートらによつて想定されたこのような社会像においては、いうまでもなく紛争は望ましくないものの、社会が合意を前提として存在している関係上、必ずしも解決困難なものではないとする見方が存在する。そのような見方は、これから説明する制度的解決の有効性を支える重要な前提となるのである。

制度的解決の意味について、ハートらはつぎのように説明する。「制度的解決の原理は、適正（duly）に確立された手続の結果として、適正に到達した判決は、判決が適正に変更されない限りそして変更されるまで、全社会を拘束するものとして受け入れなければならない」[27]というものである。そして、ハートらは制度的解決の原理のコロラリーとして、つぎの三点を強調する。(1)「いかなる社会的問題も、その特定の問題の生ずる制度体系に特有な性格に対して、高度に慎重な顧慮を払うことなしには理性的に研究しえない」。(2)「正義（Justice）の原理の意味するところはすべての手続、それは正義の原理に依

存し、無判決の混沌さに勝るとともに、さらに社会にとつてより大きな目的をも同様に進めうると積極的に計算される判決を生み出すように努力するのであるが、そのようなすべての手続が絶えず改善されるように注意を払うことである」。(3)「特定の形式の判決が決定される手続、そしてそれら判決の紛争解決の効果を決定する法理に関する知識は、あらゆる方面に浸透し、すべての種類の法的問題に関係する根幹的知識である[28]」。

このような制度的解決の概念において、重要な位置を占めるのは、諸手続のとり行なわれるプロセスである。そのことはこれまでの説明から明らかであろうが、問題はそのプロセスを経て産み出された判決がどのような基準でなぜ拘束力あるものとして取り扱わなければならないのかという点である。解決を受け入れるか否かの決定の基準は、彼らによれば人間の完全な成長をその決定が確立し、維持しようと目指しているかいないかであるとされる[29]。もちろん、この基準は曖昧なものである。ただ、彼らにとつてこの基準の曖昧さは、人々の間における社会的目標についての合意の成立という前提が有効であると考えられている限りにおいて、それほど問題とはならないであろう。むしろ、問題は前提である社会における合意が、プロセスによる解決にどのような倫理的正当性を与えるのかということにあるように思われる。

彼らによれば、プロセスによつて産み出された解決、すなわち法は単なる存在ではなく当為をも含むものとされる[30]。この考えの背後には、制度的解決を無視することは、市民的秩序の最も重要な基盤を揺がすことに通じ、さらに市民的秩序なしには、道徳や正義という観念は意味をなさないという認識が存在する。ただ、ここにおいても何をもつて擁護すべき市民的秩序とするのかは明確ではない。

プロセス法学はケース・メソッドに対する信頼を明確にし、かつハートらの論稿に見られる教授方法も従来の方法と、詳細すぎるとも言えるほどの事実関係の確認を要求している点を除けば、それほど異なつていない[31]。これらの点でプロセス法学は、従来の伝統的法学との間に強い関連性を保つているように思われる。ただ、そのことはプロセス法学が、リアリズム

法学からの影響を全く受けなかつたということを意味しない。プロセス法学における法を動態的に把握しようとする傾向[32]、規則・原則に加えて原理そして政策への配慮の必要性を認めたこと[33]、法学に対する社会科学の貢献を認識したこと[34]、などはリアリズム法学の影響を受けていることを示す証左であろう。しかし、それらの影響はいわば制限付きのものであつた。

たとえば、規則・原則と原理・政策との関係について言えば、両者は共に一般的指示命題ないし要素として共通点を持つ。しかし、彼らによれば原理・政策は現実との対応関係に乏しい高次の抽象的な段階にあるとされ、原理はその名宛人に対して付加的な行為の基準を示すに過ぎず、また政策もその名宛人に対して具体的な達成目標の形成方法を示すことのないものとして考えられているのである[35]。

つぎに社会科学と法学との関係について、彼らは科学的調査研究による結論は最終的な判断を拘束しないこと、そして科学的調査研究の主題（Subject）は制度体系に関連する理解を深化させることに役立つべきことであるとする[36]。このような社会科学の役割に対する認識は、果してリアリズム法学によつて提起された問題がどの程度真剣に考慮されたかを疑わせるに十分のように思われる。

プロセス法学における問題点は、いま述べたようなリアリズム法学に対する不十分な対応の他に少なくともつぎの二点が考えられよう。

第一の問題点は、プロセス法学が立法過程、行政過程など、それぞれの制度のプロセスに合つた手続の特質を強調するとともに、各制度間の関連性にも重点をおいたことから生じる。プロセス法学が各プロセスにそれぞれ特有の手続を想定したことは、一面において「権力分立制度の機能主義的[37]」正当化と見ることもできる反面、本来規範として想定されていた権力分立制の考えの根底を揺り動かしたともいえる[38]。すなわちこれまで各プロセスの手続の特質は、ある種の規範的特質として措定されていたのであり、それがプロセス法学においては手続の特質を事実上の差異の観点から眺めることを許容し権威の

制度間における配分を曖昧なものにすることになつたからである。たとえば、公共訴訟の考え方などは、裁判過程と行政過程の実際上の差異の少なさ、両過程における機能上の互換性を根拠として成り立つているとみられるのである。[39]

第二の問題点は、これまでにも若干触れてきたように、プロセス法学においてプロセスから産み出された判決をなぜ拘束力あるものとして受け取らねばならないかということである。それはプロセスから産み出された判決が、手続上妥当なもの(reasonable)であるにしても、実体上正しい(right)ものであるという保障は見出し難いからである。手続上の妥当性、適合性に重点をおくプロセス法学にあつては、判決が道徳的・倫理的観点から見て、最良のものとも最悪のものともなる可能性を有しているからである。[40] さらに訴訟における両当事者の資力などの相違に基づく弁護能力の格差という厳然たる事実の存在は、[41] この問題の悪化に一層拍車をかけることに通じるであろう。

このようにプロセスの倫理的、道徳的正当性はプロセス法学にあつては、いうまでもなく社会的合意の存在に対する期待あるいは可能性によつて担保されるとともに、さらにプロセス内部で運営に従事する人々、すなわち裁判官、弁護士、その他の関係者が正義(Justice)の実現に尽力しているという仮定が維持されることによつて人々に対して保障される。

このような観点から言えば、一九六〇年代後半から一九七〇年代前半にかけてのアメリカの政治を揺り動かしたウォーター・ゲート事件を始めとする様々な出来事は、司法積極主義の名で知られるウォーレン長官時代の連邦最高裁判所の政治的色彩を帯びた憲法問題への積極的な判断と並んで社会的合意の存在に対する疑いを強め、さらにプロセス内部の関係者に対する不信を募らせたといえようし、[42] 表面的には、これら事件の影響はやがて鎮静化したものの、法学及び法制度の観点から言えば、その影響は決して小さいものではなかつた。それはこのような社会的合意の存在に対する疑いの上に、今日一括して呼称される批判的法学の考え方が見られるようになつたからである。[43]

批判的法学の考え方の大まかな特徴はつぎの二点に要約できよう。第一点は、社会的合意の存在を強く否定し、紛争状態

をむしろ常態として措定すること。そして第二点は法に関与する人々の側における自己同一性の確認をはかることである。

批判的法学は、しばしばリアリズム法学の後継者として見られる。[44] しかし、前述したようにリアリストがプラグマティズムの思想を背景とし、社会的合意の存在の有無にそれほど触れなかつた点で、批判的法学者とは立場を異にするように思われる。さらにこれまでの自由主義理論（Liberal Theory）が、リアリストの提起した法規に対する懐疑と判決を生み出すプロセスの倫理性、道徳性に関する仮定との間に生じたジレンマを個々人の自立性（Autonomy）を経済的安定と引きかえに国家に引き渡すことによつて解決しようとしてきたと非難する点で、[45] リアリズム法学とは異なる。すなわち、リアリズム法学は、プラグマティズム的考慮の下に、司法過程における各参加者の中にみられる、さまざまな非合理的、あるいは非効率的な要因を明らかにし、司法過程をより〝科学的〟なものに改善しようとすることにその目的があつた。[46] これに対し批判的法学は、司法過程における参加者各個人の内部に一種の力と理想を回復させようとしているように思われるからである。[47]

批判的法学者は、以上のような認識の上に立つて、大体つぎのような三つのアプローチに拠つてきた。第一のアプローチは構造主義（Structualism）と呼ばれるものである。構造主義によるアプローチは、所与の法的秩序内で行なわれる慣行を説明するモデルを構築することを目指す。構造主義におけるモデルにおいては、その法的秩序内にある人々は全体としての法的構造が意図的に作り出され、ある種の意図を持つていることに無知であるとされる。そして、最終的に構造主義は、人々の法的行動を促進あるいは抑制する要因を明らかにしようとするのである。[48] 文化的な相違を法的行動の差異をもたらす要因として分析しようとする試みは、批判的法学から見れば、一つの構造主義的アプローチということになろう。しかしこの種のアプローチの欠陥は、その意図する特定の文化における価値の存在を明らかにしようとする試みが、あまりにも多くの資料の前に埋没しやすいことにある。

構造主義的アプローチがこのような状況にあるため、多くの批判的法学者はこれから述べる第二、第三のアプローチを採

つている。第二のアプローチは、社会理論（Social Theory）的アプローチであり、第三のアプローチは批判的プロジェクト（Critical Project）というアプローチである。

社会理論的アプローチは、法秩序と他の社会的、経済的、政治的秩序との間に、「体系的かつ普遍的な関係が存在する」[49]との前提の上に、法秩序と他の諸秩序との因果関係を明らかにしようとするものである。このアプローチに特徴的なことは、法を他の諸秩序形成の道具的手段と見る点で、道具主義的アプローチともいえよう。

さらにこのアプローチは、さらに二つのタイプに分けることができる。一つはアメリカの発展途上国に対する西欧化の試みの失敗とその反省に基づいて社会秩序、経済秩序、政治秩序のそれぞれに理念型を設け、これまで考えられてこなかつたような、たとえば全体主義的政治体制と市場経済体制の併存の可能性を認めた上で、そこにおける法の働きを考えようとする立場である。もう一つのタイプはマルクス主義に強く影響された見解であり、法を支配階級による抑圧の手段とする見方である。[50]

社会理論的アプローチの主たる欠陥は、前述のいずれのタイプをとるにせよ、将来における何らかの合意の存在あるいは合意をめぐる対立の収斂を予想するで、批判的法学の基本的視点、すなわち社会的合意の存在に対する懐疑に反することにある。

最後に第三のアプローチとして批判的プロジェクトについて説明を加えたい。このアプローチは、現在批判的法学のとるアプローチとしては、最も有望とされているのであるが、これは外部の対象に対するアプローチというよりは、批判的法学者自身の内部に蔵するイメージを自ら他者による批判の対象として提出するという作業である。その意味でアプローチと呼ぶべきかどうかは疑問がないわけではないが、ここでは一応批判的プロジェクトのアプローチとしておきたい。

このアプローチの特徴は、法的イデオロギーの世界を闘争、抗争の状態によつて特色付けられた世界と見ることにある。

すなわち、このアプローチにおいては何らかの社会的合意の存在を仮定するのはもちろん、社会的抗争あるいは闘争の収斂を期待させるような方向性が否定されることになるのである。したがつて、批判的法学者が自ら描き出した社会像さえ乗り越えられることを前提にしているのである。このアプローチの問題点は、批判的法学者によるイメージがごく少数の例外を除いて描かれ提出されていないことである。その意味で、このアプローチが果してどの程度有効かは現在のところそれほど定かではない。

批判的法学者の考え方は、これまで触れてきたように多様であり、かつてのリアリストと同様に統一的なイメージを描き出すことはきわめて困難である。その点では批判的法学者個々の考え方に対する考究がなされるべきであろう。ただ、本稿では前述した通り、法学教育のおかれた状況を考える上で必要とされる程度に触れてきたわけであるが、これまでのことからつぎのような点が明らかになつたように思われる。

批判的法学の考え方は、かつてのリアリズム法学の試みを深化させようとするものであり、その意味でリアリズム法学の巧みな表面的摂取をなしたプロセス法学に対する一つの挑戦としての意味を持つ。しかし、プラグマティズムの下で予期される社会的合意の存在という点を拒否する点で、リアリズム法学とは異なる。

批判的法学の考え方がこれまで述べてきたように、リアリズム法学、プロセス法学という法学観に対する深化あるいは批判ということを目的としている関係上、その主眼が社会的変革の方に注がれているとしても、法あるいは法制度がどのような具体的影響を受けるかは、アメリカにおける法律実務と法学教育との関連の強さから言つて注目に値するといえよう。現在のところ批判的法学の考え方がアメリカの法学教育に及ぼす影響については、二つの方向が考えられるように思われる。

一つの方向は、法学教育における参加者、すなわち教師、学生の側における自己同一性の確認の回復である。従来のアメリカにおける法学教育は、法の客観性という前提の下で、学生と教師の間の厳密なそして時に情け容赦のない議論の展開を

通して、法律家らしく考えることを要求してきた。しかし、批判的法学は法の客観性ということを強く否定し、法はベンサム的功利主義の原理の装いの下に、特定階層の利益に奉仕する主観的なものでしかありえず、従来の教育方法は、その前提において誤まつているとする。したがつて法学教育の改革もリアリズム法学のように、単に不合理な点を正すというのみでは十分でなく、法学教育における各参加者が主体的に制度としての法学教育を改革する必要性があるとするのである。たとえばサボイ (Pau. N. Savoy) は、このような考え方に従つて、従来の「高度に組織化されそして制御された伝統的な教室内の雰囲気を打ち破ろう」[51]と企て、「個人そして集団による自由な創造力の展開、役割演技、ゲーム演技、非言語的コミュニケーション、そしてビデオ・テープによるフィードバック」[52]等の手段を使つたのである。

第二の方向は、第一の方向とも関連するのであるが、批判的法学の立場からすれば、法学教育の改革も全体的な政治的、社会的変革の一環とされるため、そこではあらゆる手段が幅広い範囲から集められなければならない。このことは、法学教育に法学以外の社会科学を導入することを意味する。学際的アプローチの要請である。学際的アプローチの要請は、リアリズム法学そしてある限度においてプロセス法学においても見られるところであるが、批判的法学者の考え方においては、つぎの二つの点で、それらの考え方における学際的アプローチと異なつているといえるであろう。

第一の相違点は、リアリズム法学が科学的調査研究により明らかにされた経験的事実を通して、司法過程の合理化を達成しうるとしているのに対し、批判的法学者は経験的事実を明白にすることは、一定の結論がそれらの事実から当然生じるということを意味しないとする。[53] 第二の相違点は、プロセス法学と異なり学際的アプローチが単に決定に到達する際の事実関係を明らかにするという二次的な地位にあるとしているのに対し、批判的法学者の考え方の中にあつては、各科学からするアプローチが法学によるアプローチと同等の地位にまで引き上げられるべきであるとされる。批判的法学者の考え方における学際的アプローチは、いままでの記述で明らかなように、これまでにない広範囲にわたる学際的協力を要請することになろう。[54]

(1) Friedman, *supra* note 2—(1), at 531.

(2) *Id.* at 536.

(3) *Id.* at 535.

(4) Note, *'Round and 'Round the Bramble Bush; From Legal Realism to Critical Legal Scholarship*, 95 Harv. L. Rev. 1669 (1982). (Hereafter cited as Note, *Critical Legal Scholarship*).

(5) 常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス」（『北大法学』三一巻二号、所収）三二〇頁。

(6) 常本、前掲論文、二三〇頁。

(7) 参照、常本、前掲論文、三一七頁。

(8) 拙稿「横田喜三郎コートにおける最高裁判所裁判官の司法行動」（『法学研究』五十一巻一号、所収）四三頁。

(9) Note, *Critical Legal Scholarship*, *supra* note (4), at 1675.

(10) Harold D. Lasswell and Myres S. McDougal, *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*, 52 Yale L.J. 203, 206 (1943).

(11) *Id.* at 256.

(12) Stevens, *supra* note 1—(2), at 532.

(13) Note, *Critical Legal Scholarship*, *supra* note (4), at 1674.

(14) Note, *Legal Theory and Legal Education*, 79 Yale L.J. 1153, 1165 (1970).

(15) *Id.* at 1171.

(16) *Id.* at 1172.

(17) *Id.* at 1172.

(18) Judith N. Shklar, Legalism (1964)（邦訳『リーガリズム』岩波書店、一九八一）邦訳一二九頁。

(19) 前掲訳書、七九頁。

(20) 参照、前掲訳書、五頁。

(21) Note, *Critical Legal Scholarship*, *supra* note (4), at 1676.

(22) Note, *Legal Theory and Legal Education*, *supra* note (14), at 1171.

(23) 矢崎光圀「現代アメリカ法理論の形成過程について」（『法理学の諸問題——加藤新兵教授退官記念』有斐閣、一九七六）二八三頁。

(24) Henry M. Hart Jr. and Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, 116

(Unpublished manuscript on file inthe Harvard Law School Library).なお本稿についての詳細は田中英夫、谷川久「Legal process(一)(二)」(『ジュリスト』二二五号六―一三頁及び二二七号一五――二五、七九頁)参照のこと。

(25) *Id.* at 113.

(26) *Id.* at 111.

(27) *Id.* at 4.

(28) *Id.* at 5―6.

(29) *Id.* at 110―111.

(30) *Id.* at 4―5.

(31) Alan D. Freeman, *Truth and Mystification in Legal Scholarship*, 90 Yale L. J. 1229, 1232 (1981).

(32) Hart and Sacks, *supra* note (24), at 131.

(33) *Id.* at 159.

(34) *Id.* at 199.

(35) *Id.* at 159.

(36) *Id.* at 199.

(37) 常本、前掲論文、三四二頁。

(38) William H. Simon, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 1978 Wisc. L. Rev, 29, 138.

(39) 拙稿「公共訴訟をめぐる若干の考察」(『法学研究』五十三巻七号)。

(40) シュクラー、前掲訳書、一六二―一三頁。

(41) *See* Simon, *supra* note (38), at 138.

(42) すなわち、そこでは公的機関の正当性の感覚の減少、社会的規範の順守の衰退ということから社会的調和の衰退を招くという図式が出来上がっていたのである。*See* Simon, *supra* note (38), at 152.

(43) ちなみにこの批判的法学という名称は一九七七年に開かれた批判的法学会議(Conference on Critical Legal Studies)に由来する。*See* Note, *Criticaa Legal Scholarship*, *supra* note (4), at 1669.

(44) Note, *Critical Legal Scholarship*, *supra* note (4), at 1679.

(45) Mark Tushnet, *Legal Scholarship; Its Causes and Cures*, 90 Yale L. J. 1205, 1206 (1981).

(46) *See generally* Jerome Frank, *Why not a Clinical Lawyers' school* ?, 81 U. Pa. L. Rev. 907 (1933).

(47) Note, *Critical Legal Scholarship*, *supra* note (4) at 1677.

(48) *Id.* at 1683 n. 87.

(49) David M. Trubek, *Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development*, 82 Yale L.J. 3, 24 (1972).

(50) *See* Isaac D. Balbus, *Commodity Form and Legal Form; An Essay on the "Relative Autonomy" of the Law*, 11 Law & Society Rev. 571, 579 (1977). しかしアベルは先進資本主義国においては、法的権利は抑圧されている人々の支配と搾取に対する重要な武器であるとし、現在インフォーマルな紛争解決手段が抑圧の手段として使われてきているとする。*See* Richard L. Abel, *Conservative Conflict and the Reproduction of Capitalism; The Role of Informal Justice*, (unpublished paper) 24.

(51) Paul N. Savoy, *Toward a New Politics of Legal Education*, 79 Yale L.J. 444, 468 (1970).

(52) *Id.* at 468.

(53) *Id.* at 496.

(54) Note, *Critical Legal Scholarship*, *supra* note (4), at 1689.

四、結　び

結びにあたつて、筆者なりの見解を述べる前にこれまで述べてきたことを一応まとめてみるとつぎのようになる。アメリカにおける法学教育をこれまで構成してきたと考えられる諸側面はおおよそ三つの軸に分けて考えることが出来る。(1)教育機関――高等研究機関、(2)平等主義――知性主義、(3)実業学校――専門職学校、の三つである。その中で最近出現しつつある臨床的教授法は今日の法学教育との関連で考えると現在のところそれほど重要性を持つているとはいえない。しかし、そのことは現在もアメリカにおける法学教育が安定した状況にあることを必ずしも意味せず、とくに批判的法学の考え方の台頭は、既存の法学教育に与える影響という点でも重要なものであることを指摘してきた。

いま述べたような本稿の展開からすれば、当然つぎに批判的法学の考え方が今後のアメリカの法学教育にどのように反映

するのか否か、より端的に言えば法学教育を特色付ける第四の軸として学際的思考（Interdisciplinary thinking）――単一学問的思考（Intradisciplinary thinking）という軸が定着する可能性があるのかどうかということについて明確な判断をすることが要請されよう。

しかし本稿ではつぎに述べるような二つの点からそのような判断をここでの直接の課題としない。第一に批判的法学の考え方の全体像が、その考え方の多様性の故にこれまでのところまだ明白ではないことである。とくに批判的プロジェクトの考え方をとる人々、たとえばアンガー（Roberto M. Unger）のプロジェクトは現在進行中であり明白ではない。[1] 第二に批判的法学者の手に成る法学教育改革の草案が前述したサボイを除けばあまり見当らないからである。

本稿では以上のようなことから、ここでは明確な結論に代えて批判的法学者による法学教育変革をめぐる楽観的要因、悲観的要因を述べることによつて、将来に対する一種の展望といつたものを示唆したい。

まず楽観的要因であるが、その数は多くない。第一点は今日批判的法学者として考えられている人々の中で、三人の主要な人物であるアンガー、ケネディ（Duncan Kennedy）、ホーウィッ（Morton J. Horwitz）がハーヴァード・ロー・スクールの教授として在任していることである。この事実は、「ハーヴァードがオーソドックスな立場を代表しているだけに、もしこの改正が教育上いい結果を産むとすれば、やがては多くの他のロー・スクールにも影響を及ぼすであろう」[2]という点で重要であろう。

第二点は、批判的法学者の試みが現在進行中の企てであるということである。ただしこの点は後に述べるように、将来の法学教育に対する見通しの曖昧さということにも通じている。もちろん、批判的法学の立場からすれば、学生あるいは教師など法学教育に携わる人々の意識の覚醒に成功することの方に意味があるともいえようが、批判的法学の試みが広く社会一般の変革を意図していることを考える時、[3] やはり十分でないように思われる。

悲観的要因として、ここでは以下の三つの点をあげておきたい。第一点は、法学ないし法学教育と政治体制の安定度との関係である。リアリズム法学はしばしば指摘されるように、「ニュー・ディール体制と政治的に密接に関連し、当時の信念である公共の利益を容易に理解し、確認することが可能である」[4]という立場に立つていた。プロセス法学についても同様な観点からマッカーシズムとの関連すら説かれている。[5]批判的法学の考え方においても、これまでにも触れてきたように、一九六〇年代後半に続出した諸事件によつて引き起こされたアメリカにおける政治的、社会的不安との間に強い関連を持つている。しかし、このような政治的、社会的不安も一九七〇年代に入つて鎮静化するとともに、現在はむしろ保守化の傾向を強めている。このような事態はロー・スクールにも反映し、多くの学生は再びラルフ・ネーダー（Ralph Nader）への道よりも会社法弁護士への道を選択し始めている。[6]政治体制の安定化は、批判的法学の考え方及びその下での法学教育の受け手の側の態度を社会問題に対して閉鎖的にさせるという点で悲観的要因といわざるをえないであろう。

第二の悲観的要因は、批判的法学者によつて批判された伝統的法学者の側からプロセス法学を一層深化させた形での法学観が提唱されつつあることである。すなわち、プロセス法学における制度的解決を人工物として見ることを止め、制度的解決の歴史的意義を強調したり、あるいは制度的解決をある種の理想を反映するものとして把えることによつて、抽象化の段階を引き上げ制度的解決を正当化しようとするのである。[7]このような立場に立てば、そこでの法学教育は制度的解決の存在の是否よりも、制度的解決の概念の一層の精緻化をその内容とすることになろう。このような立場は今後有力なものになると思われる。[8]

第三の悲観的要因は、アメリカにおける法学教育の方法と内容が弁護士養成をそのほぼ絶対的な目標として考えられていることである。その結果、批判的法学の考え方、とくに批判的プロジェクトのアプローチがアカデミックなものとしては成り立ちえても、「そこにある法」を解釈する必要にせまられている開業弁護士の立場から見れば、実際的意義に乏しいとい

うことになろう。

ここまで述べてきた楽観的要因、悲観的要因を総合すると批判的法学者の考え方及びその下での法学教育の変革は必ずしも明るいものではないとみられよう。事実、その法学教育変革の計画案は十分に練られたものであるとはいえない。ただそのことは批判的法学の考え方の及ぼす法学教育への影響がほとんどないということも意味しない。最終的な結論はなお今後の推移を見た上で検討されなければならないであろう。

(1) Roberto M. Unger, *Politics* (unpublished manuscript on file in the Harvard Law School Library).
(2) 田中英夫『英米の司法』(東京大学出版会、一九七三) 五四〇頁。
(3) Note, *Critical Legal Scholarship*, *supra* note 3—(38), at 1685 n .97.
(4) *Id.* at 1674.
(5) 矢崎、前掲論文、二八二—二八三頁。
(6) Auerbach, *supra* note 2—(13), at 297.
(7) Simon, *supra* note 3—(38), at 152.
(8) *See* John H. Ely, Democracy and Distrust (1980).

(付記)

筆者は幸いにも一九八〇年から八二年にかけて、ハーヴァード・ロー・スクールに留学する機会を得た。本稿は、その留学の際に筆者が参加したアメリカの法学教育に関するセミナーでの経験をもとに書かれたものである。