

パウンド「社会学的法学」への新視座

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2013-01-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 岡寄, 修 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/13505

【論 説】

パウンド「社会学的法学」への新視座

岡 崙 修

目 次

- 植物学者の法学構想
- 古典力学モデル・機械論的社会学への批判
- 物理学モデルから心理学モデルへ
- オットー・ギールケの団体法論
- レスター・ウォードとガブリエル・タルド
- エールリッヒとパウンド

「エールリッヒは、法を法規の体系や集合とする考えを攻撃した最初の人物である。」⁽¹⁾ロスコー・パウンドが、エールリッヒ『法社会学の基礎理論』の英訳版序文に記したこの下りには、若き日に彼が植物学研究を通じ身に着けた生態学の視点が息づいている。アメリカを代表する法学者で社会学的法学を提唱したパウンドは、もっぱら法学者としてその名を知られる。だが、一八八四年、若干一四歳でネブラスカ大学に入学して以後、彼は植物学者チャールズ・ベッシーの下で最新の植物学研究に打ち込み、八九年には植物学で修士号を取得、その後、同大学のボタニカル・セ

ミナーの同僚フレデリック・クレメンツとの共同研究により、九七年には植物学でネブラスカ大学第一号のPhDを取得した異色の経歴の持ち主である。⁽²⁾

大学入学から一五年を超える年月を植物学研究に費やす中で、パウンドは、一八八九年から一年間ハーバード・ロー・スクールに通ったものの、その頃は法学にさしたる興味を持たなかったことを裏づけるかのように、彼はポストンからネブラスカに戻ると、弁護士実務や法学講義を行う傍ら、州のボタニカル・サーヴェイの役員になつてもなお執拗に植物学研究を続けている。これを見ると、パウンドが法学者に転じたことの方が不思議に思えてくる。

この経歴を視野に入れ、パウンドの唱えた社会学的法学を読み返してみると、そこには植物学研究で身に着けた生態学の着想が浮かび上がってくる。彼の社会学的法学は、この視点に立つて新たな法学を模索する中から誕生したものである。⁽³⁾ 本稿では、パウンドの社会学的法学構想に潜む植物学者の視点を探る。

植物学者の法学構想

一九〇八年の「機械論的法学」⁽⁴⁾、翌年の「契約の自由」⁽⁵⁾に続き、パウンドは一九一一年、Harvard Law Reviewに「社会学的法学の範囲と目的」と題する論文を著し、一九世紀末までの欧米における法学研究を批判的に概観しつつ、社会学的法学に到る諸段階を振り返っている。⁽⁶⁾ その半世紀後、晩年に著した五巻からなる「Jurisprudence」における記述でも、このプロセスがほぼ似た形で展開されていることから、半世紀の時を経た後も、彼の社会学的法学への構想には、初期の頃とさほど大きな変化のなかったことが窺われる。⁽⁷⁾

「形式主義への反乱」と言われる一九世紀末の大規模な知的変化の中にあつて、パウンドは、リンネ流の博物誌的

な植物分類学とは異なる新たな植物学研究を行い、その経験を踏まえて法学に転じた。当時の欧米における法学研究は、自然法論、分析法、歴史法学に大別されるが、パウンドはここに植物学で培った生態学的視座を持ち込み、それまでの法学研究には希薄であった構想を新たに展開してみせた。

植物は、いかなる土壌や環境においても自由に繁茂しうるわけではなく、地質や気候など周囲の影響に左右されるため、土壌の性質や高度の違いにより、そこに宿る植物群は様相を異にする。ダーウインの進化論の展開により弾みのついた生態学的な見方は、法学の世界においては馴染みの薄いものであった。だが、植物と同様、人間も周囲を取り巻く社会から切り離され孤立した存在ではないし、個々の人間の集積から成るかに見える社会も、容易に個人へと還元されるものではない。パウンドの提唱した社会学的法学は、抽象的個人から出発することを常としてきた旧来の法学の変革を目指すとともに、コントに始まり古典力学と決定論をモデルとしてきた社会学に訣別を迫るものでもある。革新主義者の一人として、パウンドは個人主義に傾きすぎた法学を批判し、社会の中の人間を植物学者の目で生態学的に捉え、法による社会のコントロールを、それまでもっぱら物理的な力に頼ってきたやり方から、心理的な力の作用を重視するものへの転換を試みた。

古典力学と決定論をモデルとする科学研究は、自然を対象とする研究で大きな成果を上げてきたが、法学の伝統にも見られるこの傾向を「機械論的法学」と称し、パウンドはその不毛さを批判した。書物に書かれただけの法を「*in books*」と呼び、実際に人の行動を支配する法 *law in action* をプライマリーなものとして重視したことにも、植生研究で培った視点が窺われる。⁽⁹⁾

生き物を研究対象とする科学も、それを生命現象として把握し近代生物学の誕生を見るのは一九世紀になってからである。⁽¹⁰⁾ パウンドの植物学研究は、リンネ流の静的な分類学とは異なり、生態学的視点に立った動的なもので、ドイ

ツのオスカー・ドルーデの植物地理学を手本にした、一九世紀末においては最新のものであった。⁽¹¹⁾ 植物地理学は、植生の研究を通じ、個々の植物、種、生態類、群落などの概念を合成する形で展開される。⁽¹²⁾ ここで用いられる諸概念は、具体的な個々の植物から抽象度の高い群落に到るまで、各種の概念が層を成す形で重なり、各レベルで存在のハイアラーキーを構成する。水辺、荒野、砂漠、温暖地、寒冷地などの環境条件の違いに応じ、随所に群集する植物群を統計的手法に従って特定しつつ、植物分布のありようを研究する。パウンドとクレメンツは、この研究を通じ、アメリカではまだ珍しかったネブラスカの植物分布図の作成をもくろんでいた。⁽¹³⁾

パウンドは、これを通じ身に着けた視点から、自然法論、分析法、歴史法学に代表される一九世紀法学研究のさまを眺め、個人主義の色彩が濃厚であつた英米の法学研究が抽象的個人を出発点に据えつつ、公理からの演繹に頼つて法理を構成しようとするやり方をアプリアリズムとして批判し、人が群集する社会を有機体として捉え直し、それを法を通じコントロールすることを法学の課題に据えた。それは、革新主義陣営に属する法学者の視点を反映するだけに留まらず、植物研究を通じ環境に左右される植物群を観察してきた経験も生かしたものである。

認識が見られる対象と見る人間との合作から成り立つものであるとすれば、⁽¹⁴⁾ 若き日における本格研究で身に着けた視座は、たとえ見られる対象が変わつたとしても、さほど容易に変わるものではない。植物学者の眼で法学の世界を眺めたとき、自然法論、分析法、歴史法学のいずれにも生態学的視点が欠落していることは、パウンドには容易に察知できたであろう。

社会学的法学への動きに寄与した人物として、パウンドは、ドイツの法学者ルドルフ・イエーリング、オットー・ギールケ、ゲオルグ・イェリネック、アメリカの植物学者にして社会学者のレスター・ウオード、そしてフランスの刑法学者ガブリエル・タルドラの名を挙げる。一見すると奇妙にも思えるこれら一連の人物も、パウンドの眼には一

つの線で明確につながっている。

古典力学モデル…機械論的社会学への批判

社会学的法学に向かう知的動向の出発点を、パウンドはコントの実証主義哲学に求めている。

社会学の創始者であるオーギュスト・コントは、数学者であつた。しかも、一九世紀前半において、科学的思考の中心点は、物理的宇宙のメカニズムを考えることに置かれていた。これに大きな影響を及ぼした書物が、ラブラスの『宇宙のメカニズム』である。人々は、数学的に証明可能な諸法則があるという観念に魅了され、この法則が自然の諸々の作用を支配していると考えた。このため、人々にはあらゆるものを数学的・物理学的に見る傾向があり…この数学的・機械論的な法則を発見しようと試みた。これが、最初の実証主義哲学者の思考タイプであつた。…この法則に関しても、これが最初の実証主義的思考のタイプになり、最初の段階の社会学的法学となつた。…この機械論的社会学は、社会学の始祖の持つ心の性向と、彼が書を著した時代、つまりダーウィン以前の時代に、大半の人々を魅了していた知的影響の下でもたらされたものである。⁽¹⁵⁾

ダーウィン以前の科学研究は、ラプラスの宇宙論に示されるように、古典力学をモデルとする決定論に支配されて⁽¹⁶⁾いた。世界はすでに因果法則により決定されており、その秘密のカギを握れば未来永劫に到るまでの予測が可能であるとされる。このアイデアが、力学の世界のみならず社会や歴史の研究にまで強力な支配力を及ぼし、機械論的世界観

を背景とした数学による解明を目指すやり方は、社会や歴史の分野にまで及んでいた。かくして、最初の社会学が、実証主義哲学としてここに登場する。法学においてもこのモデルの支配が色濃く反映され、公理からの演繹体系の仕組みを示すことが、科学的なこととみなされた。

だが、決定論の支配が崩れる萌芽は、皮肉なことに自然研究自らのうちにあり、様々な現象を観察する中から、機械論と決定論は必ずしも万能ではないことが露呈することになった。

宇宙は何から何まで決定論で動いているのではない。すべての「結果」が特定できる「原因」から生じているのではない。この考え方が広まったのは、一九世紀の末のことだった。科学者が自然について知るようになると、原因を特定するために必要な情報が知られていない、あるいはもしかすると知りようがない現象——たとえば気体や液体の中の個々の分子の運動、流体の乱流——もあることがわかってきた。科学者による自然の見方があらたまり、無作為とか確率論的と言われる過程についての考え方が発達するようになった。この自然観では、ある過程から出てくるいくつかの結果の確率を明らかにすることはできるが、できるのはそこまでだ。…少なくとも一定の用途では、ラプラスが理解していたような意味での予測は、過去の遺物になっていた。⁽¹⁷⁾

古典力学の上げた数々の華々しい成果に魅了され、多くの独立諸科学が誕生するに到ったが、研究が進むにつれ、その支配が足元から揺らぎ始めた。ダーウイン以後になると、機械論と決定論の考えを疑問視する傾向が強まり、自然を対象とする諸科学においても、その支配力は徐々に低下し始めた。その結果、社会学についてもそれまで支配してきた機械論と還元主義に代わり、生態学的な見方が勢いを増すことになった。

一九世紀末のアメリカでは、レッセ・フェールの経済思想を科学とする古典主義政治経済学の勢いが、経済学のみならず法学の世界にまで大きな影響をもたらし、法的な問題をもつばら経済学の言葉で述べる傾向が顕著に見られた。⁽¹⁸⁾この傾向を批判的に捉え、社会学的法学に向けた動きが生じたのは、一九世紀後半に進化思想の強いバックアップを受け、機械論に代わる新たな視点が強まったことによる。

一九世紀末の三〇年の間に、ダーウインの画期的な著作により、進化という観念が科学的思考の中心を占めるものになった。自然科学から進化という観念が入り込み、それが哲学を作り変え、最終的には、この影響が法学にまで及んだ。国家と法に関する物理学を作ろうとする試みは、国家に関する生物学へと引き継がれ、機械論的社会学⁽¹⁹⁾に代わり、生物学的社会学が現れた。

生物の種は、その大半が絶滅に到る中で、環境に適応しえた数少ないものだけが生き延びる。このプロセスを通じ、極めて長い時の流れを経た上で、生物種は多様なものへと変化を遂げた。ダーウインのこの進化論的思考は、生物学の分野だけに留まることなく、当時の社会にまで大きな衝撃を与えただけでなく、決定論と還元主義をモデルとしてきた諸科学研究に対しても、大きな波紋を投げかけた。とはいえ、当初は、ダーウインの見解ももつばら機械論的世界観の眼で受け取られがちで、スペンサーの例に示されるように、社会学は単に生物学的用語を借用しただけで、内容は以前とさほど変わらぬままの状態に留まった。⁽²⁰⁾パウンドは、イギリスのヘンリー・メインやポール・ヴィノグラードフなどの歴史法学も、法の変化を社会の変化と結びつけた点で、それ以前のものよりやや進歩したとはいえ、基本データや発展法則を相変わらず決定論的に捉えがちであるとして、それにさほど高い評価を与えていない。⁽²¹⁾

ダーウインが唱えていたことは、生物種は時が経つうちに変化するということだった。…ダーウインはこの変化の過程を「自然淘汰」と呼んだ。…自然淘汰のもとになるのが、同じ種に属する個体間に多くの小さな違いが存在することだ。…それまでの、自然学者が植物や動物を種によって分類整理する系統的な体系を開発しようとしていたときには、この小さな違いはだいたい無視されていた。分類整理するという目的にとつては、小さな個体差は無視しなければならない。それを考慮に入れるとなると、どんな分類方式も、複雑すぎて使えない。ところが、進化ということになると話は逆で、小さな違いと、その違いを次の世代に伝える能力に、当の違いがどう影響するかが、進化の過程を理解する鍵となった。⁽²²⁾

体系化を目指せば、細かい相違はその目的を阻害するものとみなされ、無視されるに留まらず、排除の対象にもされる。この傾向は、法学研究においても見られ、ローマ法をベースに据えた一九世紀ドイツのいわゆるパンデクテン法学においては、概念と法理の精緻な体系化を目指す立場から、法典法だけを正規の法とみなし、そこからはみ出した慣習法を、体系化の阻害要因として排除する傾向が顕著に示された。

これに対し、慣習法を擁護して法典主義の批判を展開したのが自由法運動であり、その代表的人物の一人がオーストリアのオイゲン・エールリッヒである。彼は、地域ごとに違いがある地方慣習法こそ、人々を実際に行動に駆り立てる行為規範としての「生ける法」であると主張し、法典法ばかりを重視することへの批判を展開した。⁽²³⁾ ドイツ歴史法学派に属するエールリッヒが、自由法運動の中で生態学的な法の研究に目を向けたとはいえ、エールリッヒの見解と植物学者でもあるパウンドの見解との間には、いずれも社会学的法学を構想したとしても、後述するように研究経歴や動機の点においてやや違いがある。

科学の理論とその適用により、一八六〇年代後半から七〇年代の前半に、一つの革命が起きつつあった。それを促したのは、概ね、一八五九年にダーウインの『種の起源』が出版されたことにある。ダーウインのこの書物は、大西洋をまたぐ知的コミュニティ全般にそれまで広がっていた科学、事実、信念につき、再考を迫るものであった。機械的宇宙観にダーウインが戦いを挑んだことにより、科学の構成要素そのものの定義が、一九世紀後半に変化するようになった。…世代を通じた自然選択という理論によりダーウインが示唆したものは、変化を支配する知的根拠があるという考えに代わり、地球規模の歴史において、時の経過により変化が起きるといふ考えである。とはいえ、創造的な知性の命令がなくとも、自然選択と彼が称した自然の中にある未知の競争力によるだけで、種が変化・絶滅・誕生するとしたダーウインの信念は、多くの人々にとって、未だ容易には受け容れ難いものであった。⁽²⁴⁾

近代諸科学は、古典力学をモデルに物理的な力を重視して大きな成果を上げてきた。普遍主義を目指すこの近代科学の動きに乗って、実証主義的社会学もこれらの成果を取り入れようと同道を歩んだ。だが、諸科学が独立する中で、ダーウインのもたらした影響は、機械論科学の輝かしい成果を脅かすものとなった。長大な時間を経る中で地球規模の環境変化により種の変化が起きるといふアイデアにより、力学と決定論に代わり生態学と偶然論の支配が拡大する。しかも、諸々の変化が周囲の影響を受けて起きるとすれば、それは指向性なきランダムな変化にまで発展しかねない。だが、一九世紀末においては概ね普遍主義と折り合いがつかない範囲でしか生物種や社会の進化が理解されず、ダーウインの示唆もさほど過激にならない範囲に収まっていた。⁽²⁵⁾

物理学モデルから心理学モデルへ

コントの機械論社会学とは異なる社会学を模索するパウンドは、物理学的な要素より心理学的な要素を重視した。社会の中では、人びとは周囲の影響を直接的・間接的に受けつつ日常生活を送る。人びとは自由意思に基づき己の振舞いをコントロールしているとしても、それ以外に意識に上らぬ周囲からの影響や古来からの慣習なども、人の振舞いに少なからぬ影響を及ぼす。これは人びとの振る舞いに物理的な力を及ぼすものではないにせよ、それに負けるとも劣らぬ重要な作用を及ぼすことがあるし、場合によっては物理的要素を上回ることさえありうる。

たとえ刑法が効力を失つても、誰もがたちどころ殺人に走らないことも、物理的サンクションだけで法が維持されているわけではないこと(26)の証である。だが、規範論を重視する傾向が顕著な法学の研究においては、概ね論理を人的思考法則と捉え、規範と物理的サンクションを重視する傾向が強かったため、生態学と心理的要素を重視する社会学的法学的視点は希薄である。パウンドが団体法の研究に關しオットー・ギールケを高く評価する理由にも、ギールケが法学において心理学的側面を重視した点を挙げている(27)。

パウンドの友人であり、シカゴ大学の社会学者としてシカゴ学派を創設したアルビオン・スモールによれば、二〇世紀初めの社会科学は、それまでもっぱら物理学をモデルにしてきたものから、徐々に心理学を基礎とするものに代わり始めた。

私が学生であつた時代には、当時、歴史学と経済学と呼ばれていたものは、決して心理面の知識を扱うものではな

かった。それは、雑貨屋、帽子屋、金物屋がそれぞれ百貨店になる前の時代と同じような状況にあった。今日、心理学が、その他のすべての社会諸科学に対して持つ関係は、化学が生物学に対して持つ関係と同じである。それは、社会の制度と社会の動きの大がかりな解剖の下に、人間経験の究極を成す心理的プロセスの探求へと向かうものである。⁽²⁸⁾

自然の対象がもつばら外部から作用する物理的な力に支配されるのに対し、人間は、自らの内で作用する心理的な力を通じ、自然の対象とは違った動きを展開しうる。この点を重視し、社会や法の研究においても、時代が進展するにつれ、徐々に心理学を基礎に据えるものに変わり始め、二〇世紀の社会科学においては、広く心理学がその基礎に据えられることになった。これに伴い、法学の研究も以前のようにひたすら規範や論理あるいは権利・義務などを研究対象とするものから、心理学研究を基礎とするものに変わり始めた。

パウンドは、「一九世紀末の三〇年間においては、あらゆる法的議論が個人の自由意思を以て始まった」点を改めて強調し、個人主義が極度に重視されていたこの時代にあつて、ギールケの法人实在説が、法的なものと考え方に大きな影響をもたらしたという。⁽²⁹⁾

法学と政治学において心理学に向かう動きが起きたのは、偉大なゲルマニストであり、ベルリン大学の法学教授であったオットー・フォン・ギールケ（一八四一—一九二二）の著作によつてである。社会学的法学に向けた動きの大部分のものは異なり、この場合には、その勢いが法学の内部から一人の法学者によつて起こされた。こうした動きは：まず社会科学の一つあるいは全てにおいて起こり、それがその後次第に法学に及ぶのを常としてきたが、

この場合は、法学におけるひとつの動きが、他の社会諸科学に影響を及ぼしたのである。⁽³⁰⁾

元来、この種の変革は、法学以外の分野が先導する形で起き、その影響が法学にまで及ぶのを常としてきたところ、ギールケの功績は、逆に法学に端を発し、それが社会学研究にまで及んだとパウンドはいう。

法人实在説は、法人は国家により創造されたものとする法人擬制説と対立する。パウンドは、法学が知識に関する学ではなく実用の学であることも踏まえ、法人格の問題において、強度の個人主義の視点を薄め、団体に対する有機的な視点を据える狙いから、法人擬制説には批判的である。⁽³¹⁾

法学において権利・義務の帰属点を考える場合、实在性を疑われない「自然人」だけが無条件的にその实在を承認されるわけではなく、それはあくまで便宜上の帰属点として、時代の進展に伴い近代になって法的に承認されたに過ぎない。エールリッヒが、『権利能力論』においてこのことを示した。⁽³²⁾したがって、権利能力を権利・義務の帰属点を表す便宜的措施と考えれば、自然人以外のものを实在物として扱うことにも、さしたる不都合はない。

一九世紀、イギリスでは分析法学のジョン・オースチンがドイツ法学の影響を顕著に示し、ウィリアム・メイトランドもギールケの団体法論を『中世ヨーロッパの政治理論』として英訳している。⁽³³⁾このように、ドイツ法学の影響を強く受けた学者は英米にも少なからずいたので、パウンドのギールケ礼賛もドイツ法学の影響が色濃く表れていると受け取られがちになる。だが、パウンドには、団体意思の实在性を認めようとする点で、法学における法人論とは全く違うアイデアの源泉が存在した。それが、彼の植物学研究である。

個を超えるものを実在と認めるか否か、この点に関する論争は、パウンドとクレメンツの植物地理学研究でも同じように展開されている。これは、植物を個別的に単独のものとして把握してきた旧来の博物誌的な手法から、植物地理

学が群落など群集する植物の中で植物を群れとして把握しようとしたことへの変化が一因となり、植生の研究を巡って起きた論争である。

一九世紀になって植物地理学が、伝統的な博物学的指向性に基づいた植物誌的なものから変化した最も重要な点は、集団の中で植物の実態を認識しようとしていた点である。：一九世紀の植物地理学者が、単に植物の目録作りとは対照的に、植生についての新しい見解あるいは概念を発展させた点は重要である。：植生の研究では、個々の植物や種の研究とは異なり、個体や種を越えたレベルの認識が必要とされる。：

自然界には識別可能な、記述しうる、そして分類もでき地図にも描けるような実体、すなわち群集が存在するという信念が古くからあり、この考えをめぐってさまざまな議論が闘わされてきた。：実体の識別やその分類を洗練化するためさまざまな努力が払われたが、これには、そもそもそのような実体が存在するのか、それとも生物学者の単なる想像上のものなのか、あるいは研究の便宜上作られた概念でしかないのか、をはっきりさせようとする意図が含まれていた。⁽³⁴⁾

植物学地理学は、個としての植物を単独に取り上げ、それをきめ細かく描写し分類するものではない。植物が入り乱れ群れをなすままの状態では把握しようとするれば、単に個としての植物を枚挙するのではなく、群を別単位として認める必要も生じる。そこから、個を超えた存在が、単なる研究の便宜だけの存在なのか、それとも便宜を越えた自然の実在なのかを巡る論争が起きた。

認識の学たる植物学と、実用の学たる法学との違いはあるにせよ、これは植物学における「法人論争」に他ならな

い。植生研究の諸学派の中でも、伝統的方法を採る陣営は、個を超える群を實在とする立場を採った。⁽³⁵⁾ パウンドとクレメンツは、アメリカにおける植物地理学研究の先駆者であり、クレメンツは後に、植物群落が時間を追うごとに移り変わる（遷移）の研究者として名を成している。彼は、群落も個体としての生物と同じように成長し、成熟し、死にさえするもので、それを個体と同等の「超—個体」と考えた。⁽³⁶⁾

チャールズ・エドウィン・ベッシー（一八四五—一九一五）は、一八八四年、州立大学の植物学教授および州の植物学者としてネブラスカ州リンカーンにやって来た。：彼の最も重要な弟子がフレデリック・E・クレメンツ（一八七四—一九二六）であり、彼はプレーリーの草原生態学の研究を始めるためにロスコー・パウンド（一八七〇—一九六四）と協力した。彼らはドルーデの植物地理学を読み同様の研究をしようと決心した。：一八九八年のパウンドとクレメンツの『ネブラスカの植物地理学』はアメリカの植物学の標準的な教科書となり、一九〇五年のクレメンツの『生態学の研究法』は新しい方法論を記述した最初の教科書になった。：クレメンツは還元主義とは根本的に異なる生態学の哲学を発展させた影響力のある書き手で、スペンサーによって提案された社会有機体モデルに倣い、植物群集はそれ自体の生命をもつ真の超有機体であるという見解をとった。⁽³⁷⁾

オットー・ギールケの団体法論

パウンドは、個人主義の勢いが強かった一九世紀の法学において、ギールケの法人實在説を「革命的な」功績とまで言い、その団体意思の實在論を高く評価する。植物学研究に親しんでいたパウンドは、一九世紀の法学があくまで

個人を思考の出発点とすることにこだわり、法理を公理からの演繹により構成しようとするやり方を、表面的に科学を装っただけの誤ったやり方として批判する。ここには、一九世紀末におけるアメリカ経済学会の成立に見られるように、革新主義の陣営の背後には、イギリスの影響を嫌いドイツ思想に親近性を抱く傾向が明らかに見られるにしても、ギールケ『ドイツ団体法論』の冒頭の一節を引用したからといって、パウンドにドイツ歴史法学派への特別な思い入れがあったというわけでないであろう。⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾

人間が何であるかは、人間と人間の結合に負っている。同時代に生きる人々の力を高めるのみならず、とりわけ個人の人格を超えて存続するその存在をとおして、過去の世代を来るべき世代と結びつけもする、結合体を創造するという可能性は、われわれに発展の可能性、歴史の可能性を与えたのである。⁽⁴⁰⁾

契約の自由を近代法の一大原則にする動きに則り、アメリカにおいて契約法が法学上の一大領域になったのは一九世紀半ばのことである。⁽⁴¹⁾ 古典主義経済思想と手を携える形で資本主義が急速に発達した一九世紀末になると、レッセ・フェールの経済思想が憲法上の一大原則にまで祀り上げられ、個人主義の強い支配が顕著に表れる。合衆国最高裁が「実体的デュープロセス論」という技法を用い、労働時間規制法を違憲として葬る際に用いた法学上の演繹的推論が、その典型である。⁽⁴²⁾ これを「機械論的法学」と称し、パウンドはそれに手厳しい批判を加えた。⁽⁴³⁾

人が人たりうるためには、単に一個人としてばらばらに生きている状態であってはならず、一個人を超える団体の中での人びとの結びつきを通じて生きることにより、ようやくそれが可能になるとギールケはいう。この考えを法学に持ち込み、団体の人格 group personality と団体意思 group will を論じたギールケの見解が、それまでの法人格論に

大きな変革をもたらしたとパウンドは言う。

ギールケが関心を寄せたものは、もっぱら法的人格の問題である。それは、法的に権利の主体とされ、自然人の利益に類するものとして、その利益が法的に承認され護られる実体を意味する。ここに含まれるものは、法人と呼ばれるものだけに留まらず、法が何らかの関係で実体として扱う、あらゆる種類の団体が含まれる。ギールケの考へは、法人格論に革命を引き起こしただけでなく、これらの団体の中の最大のもの、つまり国家に関する新たな諸理論を打ち出した。

彼の見解は、二つの点で重要である。第一は、団体は実在するということ、言い換えれば、それは単に擬制された言葉の上だけの人格ではないということ：諸個人の集合を超えるものだということである。彼が最初に書を著したときには（一八六八）：法人格は国家による純然たる創造物とされていた。⁽⁴⁴⁾

—法律論叢—

「個人対政府⁽⁴⁵⁾」という個人主義を剥き出しにしたタイトルの書を著したハーバート・スペンサーは、本国イギリスにおける以上にアメリカにおいて大人気を博した。これが示すように、自然権思想と強い個人主義の下にあった一九世紀末のアメリカを背景とすれば、個人とその合意のみにより国家が支えられている社会契約論の考えと対抗し、ギールケのアイデアの中に国家有機体論を読み込み、個人主義の支配を薄めようとしているパウンドは、団体意思の存在を認めるギールケの見解を、法人格論に革命を起こしたものととして讃える。

ギールケの見解の第二の重要な点は、集合した諸個人が有する個々の意思 the wills of associated individuals とは

別に、団体に固有の意思 a group will なるものが存在するとした点にある。団体のために行われたり団体の資格で行われる諸々の請求があり、法秩序はそれを承認・保護しよう求められる。一九世紀には、請求の根拠は意思に求められた。ローマ人の感覚では、団体意思は自然のものの natural である。それは、国家や法によって作られるものではなく、国家や法により承認され、法的効果を賦与されるものである。ギールケがそれを自然のものといわず、実在的なものという必要に駆られたのは、「近代になって」「自然人」が人間一般を指すようになり、「自然人」という言葉が、法的人格者とそうでないものとを隔てることになったからである。∴ギールケの著作により、法学者たちは、団体意思を個人の意思に劣らぬ重要なものと考え始めた。⁽⁴⁶⁾

一九世紀の法学においては、抽象的個人の自由意思が公準として置かれがちであったのに対し、ギールケの団体意思は、団体に属する者が団体内で行う際の意思であり、その意思は団体内における共通の目的に向け、その組織を通じて行われることによる制約を受けたもので、個々人の意思とは区別される。パウンドは、このことに留意し、団体が法的な取引行為を行い、その意思に法的効果を与える必要を考えれば、団体意思の実在を認める方が便利であると考える。⁽⁴⁷⁾

パウンドのこのギールケ評価は、あくまで便宜上の問題と過度の個人主義への牽制、ならびに社会契約論に対抗する有機体としての国家という思考の枠内に収まるものであって、ドイツにおいてロマニストに対抗しゲルマニストが想い描いた「民族精神」の礼賛に結びつくものとは一線を画している。ギールケの団体法論に対するパウンドのこの見方の中にも、植物学研究において群落を観察してきた視点が反映している。⁽⁴⁸⁾

植物がいかなる理由からそのように分布しているのかという見方は、対象を人に置き換えれば、人はいかなる理由からそのように振る舞うのかという見方に通じる。パウンドが、概念法学を批判したイェーリングを社会学的法学に

不朽の影響を与えた人物として礼賛するのも、法的思考を概念天国から地上に引きずり降ろし、法理に現実生活との接触を保つよう仕向けたことによる。⁽⁴⁹⁾それは、法学に演繹法を通じた自己充足的な体系を目指すことをやめさせ、法理やルールがかつてどのような具体状況に遭遇したかを知り、新たな状況にいかように対処すべきかを示唆することに向け、思索の転換を迫るものとなる。⁽⁵⁰⁾パウンドがイエリネックの功績を語る場面にも、これがそのまま通じる。⁽⁵¹⁾

サンクシヨンに関する社会心理学理論を唱えたのは、ハイデルベルクの法学教授であるイエリネック（一八五一—一九一一）である。…彼によれば、法の命令に法としての力を与えるものは、それが行為の中で規範となることであり、それを法的権利にするものは、背後にある法的命令を行為の中に獲得することにある。だが彼が言うところによれば、法の命令を行為の中に獲得するのは、それを命じる権威が、それに反する個人の動機があるにも拘らず、命令どおりに振舞う動機を与えるよう、社会心理学的な力の裏づけがある場合である。政治的に組織された社会の力をふるう者の意思、あるいは議会における立法者の意思、あるいは司法的立法者 *judicial law maker* の法理は、それだけでは、法の命令を効果あらしめる上で十分ではない。法の命令には、社会心理学の裏づけがなければならぬ。⁽⁵²⁾

書物の中の法は、書かれただけに留まる限り、行為規範としては機能しない。したがって、それが行為規範となるには、行為の中で規範になること、まさにパウンドが *law in action* と称したものに他ならない。それは、決して公式の条文形式を持つとは限らず、議会の承認などとも無関係に、無意識のうちに人が従うものまでを含む。むしろ、当人にもその理由が分からないような、意識せずして従うものこそ、行為規範と呼ぶにふさわしい。法学の世界におい

ては、こうした見方には容易に目が向かず、むしろ植物学者パウンドの目の方が、それにはるかに近いところに位置していた。

レスター・ウォードとガブリエル・タルド

社会心理学の重要性を強調するのは、社会の中にいる人間を集合的に見た場合、そこに働く力は、物理的な力より心理的な影響力の方がはるかに大きい点に注目したからである。アルビオン・スモールに同意し、パウンドは、社会学において、この転換に先鞭をつけた人物の一人に、アメリカのレスター・フランク・ウォードを挙げ、一八八九年に彼の著した『ダイナミック・ソシオロジー』が、コントやスペンサーに代表されるそれまでの社会学を一変させたと言う。⁽⁵³⁾ ウォードは植物学者でもあり、かつてスミソニアン博物館の古植物学部門の解説員を務めていたが、パウンドとクレメンツは、博士論文『植物地理学』の序において、ウォードから研究上のアドバイスを受けたことに謝辞を記している。⁽⁵⁴⁾

社会学を機械論的かつ静的なものから生態学的で動的なものへと転換したウォードは、社会に働く諸力を「本質的に精神的なもの」とする立場を採り、一八九二年に著した『文明の精神的要素』においてそれを力説している。

人間に関する諸々の現象つまり：社会現象は：自然にのみ左右される地質学的な諸現象とは違う。その意味で人間の歴史は精神の力によるものである。：人間はそうした精神の力が働く際の道具であって、すべての現象の直接的原因は人の行動である。人間はその歴史の大部分に互り社会的存在であったし、人間活動の重要な結果は、一

種の社会的協力により生み出されてきたため、そうした行動を社会行動と呼ぶのが慣例であり、それが妥当でもある。そのような行動の法則と原理は、社会科学ないし社会学に属しており、それゆえ社会学が直接的に心理学に依拠することが明らかになる。⁽⁵⁵⁾

ウォードは、社会学は心理学を基礎とし、社会の中で実効性ある力を探り出し、それが作用する結果を事前に察知するに留まることなく、それを意識的に社会改革に向けて活用するよう提唱している。パウンドは、ウォードが人間の内面に働く力に着目したことにより、それまでの機械論的な社会学は一変したという。

社会学の前線における全面的な変化が起きたのは、レスター・ウォードによってである。一八八三年、ウォードは、彼の最初の著作において、社会に働く諸力は「本質的に精神的なものである」とする立場を採った。：社会で作用する力は精神的なものであり、したがって社会学の基礎は心理学に支えられるべきだという。：ウォードは、実効性ある社会的な力が研究されねばならないが、それは単に、その力が容赦なく作用する結果を前以て知るためだけの研究ではなく、それを社会の目的に向けて活用し得るように研究せねばならないとした。⁽⁵⁶⁾

ウォードに続き、パウンドは、社会学的法学への貢献者として、模倣の法則を唱えたフランスの刑法学者ガブリエル・タルドを挙げる。⁽⁵⁷⁾『模倣の法則』を著したタルドは、先人を模倣することが慣習となり、隣人を模倣することがファッションになると考える。

タルドは、法システムの中の最も重要な部分、つまり、同じく「法」という名は用いても、制定されたルールや法とは別の、過去からの伝統に関する理論を与えてくれた最初の社会学者である。素人の目には、法といえは立法がすべてを占めるのが常で、刑法が法を代表するものと思われがちである。タルドは、法実務家として、過去からの伝統、構成された法理、司法判決の重要性を知っていた。彼は、法システムに連続性を与える、伝統的要素や法的思考様式が重要であることを心得ていた。法規の発展や適用に関し、これらの思考様式や心の習性こそ、法の最も永続的な要素である。⁽⁵⁸⁾

コモン・ローが、エドワード・コークの時代から現在に到るまで連続的な一体を成しているのも、立法や法のテクストによってではなく、コモン・ローに特有な法的思考様式によってであるとパウンドは言う。古くから延々と受け継がれ、表からは容易に捉えられない伝統的思考様式こそ、模倣の法則がもたらすものである。

エールリッヒとパウンド

法学を生態学の視点から見るパウンドにとつて、自らの考えに最も接近した見解を唱えていた人物が、オーストリアの法社会学者オイゲン・エールリッヒである。⁽⁵⁹⁾ パウンドは、エールリッヒ『法社会学の基礎理論』の英訳版出版に向け助力したばかりでなく、第一次大戦のため実現はしなかったものの、エールリッヒをボストンに招いて講演を依頼する手筈を整えていた。⁽⁶⁰⁾

エールリッヒの法に対するアプローチにおいて、最初に注目すべきことは、彼が、一九世紀の形而上学的法学や歴史法学とは対照的に、抽象的な個人ではなく、関係や団体を念頭に置いたことである。…この関係や団体において、慣習や権利のごときものが表しているのは、公式の立法者が命じるものとは対照的なものである。…エールリッヒの考えでは、この公式の命令の背後に、人々が諸々の関係の中で自らをどのように振る舞わせ、諸関係の内の秩序を維持させるよう振舞わせるものを見出さねばならない。したがって、広義の意味で、彼自らは一九世紀の歴史法学派に身を置き、法は発見されるものであり、作られるものではないと考えながら…法を社会のコントロール手段と考える新たな歴史法学派に属することになり、社会学的法学を打ち立てることになった。⁽⁶¹⁾

エールリッヒが「法律的論理 *die Juristische Logik*」の解剖を通じ明らかにしたことは、それがもつばらローマ法を継受した国に特徴的なものであって、必ずしもどの国の法学にも見られる一般的なものではないということである。そもそも、裁判や訴訟というものが世に現れ始めた時代を振り返れば、その目的は正しい判決を下すことであって、法律的論理を組み上げることではなかった。ローマにおいてもビザンチンの時代に到るまでそうであったし、アメリカにおいては今なおそうである。ここでは、法規があればそれに従って判決が下され、それがなければ裁判官は自らから判決を見つけ出す。そのように考えれば、後に国家が高度に発展した時代においても、法規は国家に由来するという考えは、人々には無縁のものである。法律的論理への執着は歴史的産物に過ぎないのであり、それをあたかも普遍的なものであるかの如く思い込み、そのように吹聴することは、法典万能のアイデアに踊らされた結果に過ぎない。⁽⁶²⁾

国家が定めた公式の法規だけが法であるという考え自体が、いつでもどこでも通用するものではないし、表に現れた法が公式の立法者が命じたものでも、それが人々の行為規範として機能するとは限らない以上、法を法規の集合に

収め切ることなど到底できはしない。パウンドが植物学者の目で法学の世界を見たのとは対照的に、エールリツヒは、法律的論理の分析を通じ、歴史法学派の一人として、法学内部のカラクリをあぶり出した。

パウンドがエールリツヒに同調する点は、法律的論理が目的に対する手段であるということに留まるわけではない。それに加え、法と社会を考えるに際し、社会を人間の集団として捉えるとともに、法をその集団の内的秩序の形成と絡めた点である。外部から押し付けられた公式の法より、重層する内部秩序が行為規範として優先する限り、それに適った法は遵守されても、そうでない法は形だけのものに終わる。

エールリツヒの考えの重要な特徴は、彼の法秩序の見方に、つまり法秩序を作る諸々の関係の序列化、一連の行為規範、特定の法規の機能的な見方に、また判決のための規範は限られた役割しか果たさないとした見方にある。彼は、社会を見るに際し、それを孤立した抽象的個人の集合体として見るのではなく、互いに諸々の関係を持つ人間集団の総体として捉えた。これらの団体内部における秩序形成 inner orderingこそ、彼の歴史の出発点である。

「法」という言葉を「法規ではなく」この法秩序の意味で用いる場合、団体の内部秩序が原初的なものであり、今なおその基本的な形態である。そこから引き出されるものが、論理的に派生する諸々の形態、つまり判決のための一連の法規やガイド、司法過程のためのテクニクである。∴政治的に組織された社会秩序が崩壊する際に、社会がなお維持する連続性が、エールリツヒの考えのポイントを説明してくれる。一つの家や近隣、またその時その場に存在するあらゆる基本的なグループや諸々の関係の伝統的秩序や∴内部秩序は、政治的秩序が崩壊しているにも拘わらず、なお機能し続ける。したがって、法規はすべて、究極的に政治的に組織された社会の権威から引き出されるという分析法学派の公理は、およそ現実とは合致しない。⁽⁶³⁾

法「law」という概念を、国家が公式に定める「法規 legal provision」と、それとは無関係に、集団を成す人間の群れの中から紡ぎ出されるような「法秩序 legal order」に分けてみれば、法規の意味だけで法を理解することが、法学の世界には伝統的なものであるかもしれないが、それでは法が生きた法となる原動力たる内部秩序と法が切り離されてしまい、その結果、法は地に足のつかない形だけのものになりかねない。⁽⁶⁴⁾

表に現れる公式な法とは別に、それを裏で支える隠れた法秩序の存在を肯定する形で、法社会学の基礎を築いたことが示すように、パウンドとエールリッヒの法に対する見方はかなり接近している。だが、そこに到るまで両者が辿ったプロセスにはかなりの違いがあり、それが帳尻の合う形で同じような見解に達することになった。エールリッヒが、ドイツの自由法運動の中にあつて、法学の中で法律的論理の分析を通じ、結果的に法に関する生態学的な見方を探ることになったのに対し、パウンドは、若き日に殊のほか熱心に行っていた植物学研究を通じ、端から生態学の視点に身に着けて法学の世界に入ってきた。パウンドから見れば、法の世界のエトランジェであつたため、法学の伝統には容易に馴染めず、社会学的法学を模索する中で、エールリッヒの唱える法社会学に遭遇し、ようやく自らの同調者を見出した思いがしたことであろう。

パウンドが示す生態学的な法の見方は、彼が法学研究の中で身に着けたものではなく、それに先立つ植物学者としての視点を、法学研究の中に持ち込んだものである。パウンドの社会学的法学は、一方で、法学を実用の学とみなすことにより、プラグマティズム法学と結び付くことになった。だが、これは他方で、後にパウンドがリアリズム法学と対立する一因にもなったであろう。それは、法がグッド・ライフのための手段であるとしても、法によって社会をどこまで変えられるかを考える場合、生態学的な見方は、さほど急進的な見方に馴染まない保守的な一面を有するか

らである。リアリズム法学の賛同者の中に、社会は法により変革できるといふ考えを強く持ち、より積極的な社会改革を支持する急進主義者が少なからずいたとすれば、初めの時点ではロックナー事件判決を下した連邦最高裁という共通の敵を前に、両者の思惑のずれが表面化しなかつたにせよ、「ロックナー時代」が終わりにさしかかると、それが表面化するところになつたと思われる。⁽⁶⁹⁾

注

- (1) Pound, Introduction to *Eugen Ehrlich, The Fundamental Principles of the Sociology of Law*, lxiii. (2009, Transaction). 同僚のタレメンツは、後に、植物遷移の研究によりアメリカにおける植物学研究の第一人者になつてゐる。廣野・市野川・林編『生命科学の近現代史』p.246 (二〇〇二、勁草書房)。
- (2) Roscoe Pound & Frederic Clements, *The Phytogeography of Nebraska, Part I: General Survey* (1898, Jacob North & Co.) (2010, Kissinger). パンナム・タレメンツの植物学研究と革新主義ならびに都市を中心とする社会改革論との関係については、Bosselman & Tarlock, *The Influence of Ecological Science on American Law: An Introduction*, 69 *Chi-Kent L.Rev.* p.847(1994).
- (3) パウンドの植物学研究がリンネの分類学とは異なり、ダーウィンの影響による生態学的視点に立った当時における最新の研究であつたこと、さらに彼が一九〇八年に発表した「機械論的法学」と植物学研究との関係などについては、岡寄修「ロスコー・パウンドのプラグマティズム法学」『朝日法学論集』第四一号(二〇一一)を参照された。
- (4) Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Columbia Law Review*, p.615 (1908).
- (5) Pound, *Liberty of Contract*, 18 *Yale Law Journal*, p.454 (1909).
- (6) Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 24 *Harv. Law. Rev.*, pp.591-619, 25 *Harv. Law. Rev.*, pp.140-168, pp.189-516. (1911-12).
- (7) Roscoe Pound, *Jurisprudence*, 5vols. (1959, West). N. E. H. Hull, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for American Jurisprudence*, pp.45-46 (1997, Chicago)
- (8) Morton White, *Pragmatism and the American Mind: Essays and Reviews in Philosophy and Intellectual History*, pp.41-67. (1973, Oxford).

- (9) Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 *American Law Review*, p.12 (1910).
- (10) ミシェル・フーコー／渡辺・佐々木訳『言葉と物』p.150.
- (11) 植物地理学は生物地理学 *biogeography*, *biological geography* の一分野であり、中でも地球上の植物の分布とその生育の様子を研究するものである。パウンドは、トルーテの研究を手本に、ネブラスカ州における植物の地理的分布を研究対象とした。
- (12) Pound & Clements, *The Phytogeography of Nebraska*, 2ed. pp.14-15.
- (13) 「一九世紀後半になると複数の種の混じりあった植物の集団の生理的、形態的特性が周囲の諸条件に適合している様相に関心が高まり、植物の周囲の環境への適応の研究が進んだ。たとえば、北極の寒冷で貧しい土壌、砂漠の乾燥、海辺の強風、捕食者の攻撃に抗して生き延びていくための生理や形態、そしてその由来の問題である。リンネの時代には、こうした適応は『神の創造の妙』で済んだが、自然史のなかでの説明が求められるようになったのである。この分野は植物生理学的研究と結び付いてドイツを中心とした欧州で盛んになり、一九世紀末の一時期、『植物生物学 (Pflanzenbiologie)』と呼ばれた。」廣野・市野川・林編『生命科学の近現代史』p.245.
- (14) ジョン・デューイ／清水訳『哲学の改造』(一九六八、岩波文庫)。
- (15) Pound, *Jurisprudence*, vol.1, pp.299-300.
- (16) 「われわれは、宇宙の現在の状態はそれに先立つ状態の結果であり、それ以後の状態の原因であると考えなければならぬ。ある知性が、与えられた時点において、自然を動かしているすべての力と自然を構成しているすべての存在物の各々の状況を知っているとし、さらにこれらの与えられた情報を分析する能力をもっているとしたならば、この知性は、同一の方程式のもとに宇宙のなかの最も大きな物体の運動も、また最も軽い原子の運動をも包摂せしめるであろう。この知性にとって不確かなものは何一つないであろうし、その目的には未来も過去と同様に現存することであろう。人間の精神は、天文学に与えることができた完全さのうちに、この知性のささやかな素描を提示している。人間の精神が力学と幾何学とにおいて発見したものは、万有引力の発見と結合することによって、同じ解析的表現のもとで世界体系の過去と未来の状態を理解できるようにした。」ラプラス／内井訳『確率の哲学的試論』pp.10-11 (一九九七、岩波文庫)。
- (17) ジョン・タバク／松浦訳『確率と統計——不確実性の科学——』pp.109-112 (二〇〇五、青土社)。
- (18) Pound, *Jurisprudence*, vol.1, p.301. この点に関しては H.Hovenkamp, *Enterprise and American Law 1836-1937*, (1991, Harvard), pp.1-7. 岡喜「アメリカにおけるリバタリアニズムの伝統」『レッセ・フェール憲法論』再考』朝日法学論

集三七号(二〇〇九)。

- (19) Pound, *Jurisprudence*, vol. 1, pp. 303-04.
- (20) Pound, *Jurisprudence*, vol. 1, p. 304.
- (21) Pound, *Jurisprudence*, vol. 1, p. 306.
- (22) ジョン・タバク／松浦訳『確率と統計——不確実性の科学——』pp. 190-191.
- (23) エールリッヒ著／フープリヒト・河上訳『法社会学の基礎理論』(一九八四、みすず書房)。
- (24) Edward C. Raftery, *Apostle of Human Progress: Lester Frank Ward and American Political Thought, 1841-1913*, pp. 74-75. (2003, Lowman & Littlefield).
- (25) ビーター・ボウラー／横山ほか訳『進化思想の歴史』上下(一九八七、朝日新聞社)。
- (26) 「人間が他人の所有権を侵害したりしないのは、刑罰を恐れるが故であり、債務を弁済するのは執達吏がやって来るからなのだ」といった広く流布された考え方は、人間の心理に反するものはない。たとえ全ての刑法が無効となってしまう場合でも——そうした状況は戦争や内乱の際にしばしば一時的に現出した——、殺人・強盗・窃盗・略奪に関与するのは、常に国民のごく一部にすぎないのであり、平和な時には、大多数の国民は執達吏の存在とは無関係に、その課された義務を遂行するのである。この事実から、大多数の人間は規範に自発的に服するのだという結論を引き出すことはできないが、人間を規範に服せしめるものが、単に刑法や強制執行に対する怖れだけではないということは言えるのである。なぜなら、違反者に対し、刑罰や強制執行をもって威嚇することなく、しかもそれにもかかわらず、その効力を喪わないような社会的規範が、なお多く存在しているからである。」エールリッヒ／河上訳『法社会学の基礎理論』p. 56.
- (27) Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 *Harv. Law. Rev.*, pp. 503-506 (1912). Pound, *Jurisprudence*, vol. 1, pp. 312-15.
- (28) Albion W. Small, *Meaning of Social Science*, pp. 83-84. (1910, Chicago, 2010ed. LaVergne).
- (29) Pound, *Jurisprudence*, vol. 1, p. 315.
- (30) Pound, *Jurisprudence*, vol. 1, p. 313.
- (31) Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Columbia Law Rev.*, pp. 605-06. (1908). 一九世紀のドイツ法学において、「法人論争」なるものが活発に行われた。これは、法的な権利・義務の帰属点としての個人以外に、新たな帰属点として法人なるも

- のを実在するものと認めるか、それとも法人は法の承認により存在を許された擬制的なものにすぎないか、という争いである。この争いは、ローマ法学において法人なる概念がさほど発達していなかったことに、その原因の一端があるとされる。ドイツ法を採り入れた日本の民法における法人論争でも、擬制説、实在説、否認説、有機体説など、様々な根拠に基づく議論が展開される。これらの論争を純然たる認識論的問題として扱うことは、不毛の議論になる。例えば法人擬制説は、絶対王政の時代を背景に、個人のほかに団体を容認するには法人特許状 charter を必要とすることとし、自然人以外に法的権利・義務の主体を容認することを制約しようとした意図の下で展開されたことを視野に入れることにより、ようやく理解につながる。絶対王政の時代には、中間的団体の存在は国王の恩寵により特別にその存在を許されたものとする考えが支配的であった。そこでは団体は仮の実在、つまり法により認められ創造された擬制的なものではなく、しかもその役割をもっぱら公益に関わるものに限定する傾向を示した。これが、いわゆる法人擬制説と称されるものの社会的な意味とされる。川島武宜『民法総則』（法律学全集）（昭和四〇年、有斐閣）。
- (32) エールリッヒ／川島・三藤訳『権利能力論』（昭和四七年、岩波書店）。
- (33) メイトランド／青嶋ほか訳『団体法論序説』（Political Theory of the Middle Ages by Otto von Guenke の序文訳）。メイトランド／森泉訳『法人論』（一九八九、日本評論社）。
- (34) ロバート・P・マッキントッシュ／大串ほか訳『生態学：概念と理論の歴史』pp.200-201（一九八九、思案社）。
- (35) マッキントッシュ『生態学：概念と理論の歴史』p.204。
- (36) 廣野・市野川・林編『生命科学の近現代史』p.246。
- (37) ビーター・ボウラー／小川眞理子ほか訳『環境科学の歴史』Ⅱ、p.271（二〇〇二、朝倉書店）。
- (38) H. Hovenkamp, *Enterprise and American Law, 1837-1936*. (1990)
- (39) Pound, *Jurisprudence*, vol.1, p.314.
- (40) オットー・フォン・ギールケ／庄子訳『ドイツ団体法論』『駿河台法学』第三卷一号、p.86。（二〇〇九）。Pound, *Jurisprudence*, vol.1, p.314.
- (41) アメリカ契約法に関するウィリアム・W・ストリーイの書（一八四四年）において、近代契約法の原則とされる意思理論、契約は両当事者の自由な合意によって成立するという原則が掲げられ、アメリカ契約法の歴史において近代的法理が勝利を収めたことが示唆されたこと。William Story, *A Treatise on the Law of Contracts not under Seal* (1844, Boston, 1972 ed.).

- 183
- (42) Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, p.185. (1977).
- (42) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). この事件の社会的な視点に立った分析については Paul Kens, *Judicial Power and Reform Politics: The Anatomy of Lochner v. New York* (1990, Kansas).
- (43) Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Columbia Law Rev.*, pp.605-623 (1908). Pound, *Liberty of Contract*, 18 *Yale Law Journal*, pp.454-487 (1909). 団体の実在とそれに固有な意思の存在という問題は、抽象的な議論を展開せず、団体生活や団体活動の名の下に、個々人が主張する期待の問題に置き換える方が分かり易いと言っている。Pound, *Jurisprudence*, vol.1, pp.314-15. これは、団体の意思という言い方に乗じて、必要以上に形而上学的な議論に踏み込むことを嫌った、パウンドの現実主義的な視点を示したものと解される。
- (44) Pound, *Jurisprudence*, vol.1, pp.315-16. パウンドは次のように付言する。留意すべきことは、ギールケが用いる「実在real」という言葉は、ローマ法でいう「自然natural」という言葉と同じ意味だという点である。ローマ法では、市民法上のもので the civil と自然なもので the natural とが区別され、前者は国家の意思に左右されるのに対し、後者はその基礎を、国家や法とは関わりなしに、物事の道理 the reason of the thing や自然の事実に置いていた。ギールケは、ローマ法上の意味において、団体には自然の人格がある、つまり事実上の法人格があると言っている。その人格は、法によって作られたものではない。法は、自然人の場合と全く同様、単にそれを承認したにすぎない。ギールケによれば、法が団体を作るわけではないし、集団行為の力を生み出すわけでもない。法は、ただそれらを承認しそれに法的効果を賦与するだけである。社団、クラブ、労働組合は、自然の実体であり、それが法的に設立されれば法的実体にもなる。
- (45) H. Spencer, *The man versus the State* (London, Watts, 1940).
- (46) Pound, *Jurisprudence*, vol.1, pp.316-18.
- (47) 個人の自由意思を万能視し、すべての根拠をそれに還元しようとする考えは、一九世紀英米両国において、法学と経済学の領域で強い支配力を發揮していた。アメリカでも、一九世紀初めの時代に、一定の条件の下で自由に法人設立を認める、近代の法人政策に転換する以前は、法人にはこの特許主義が用いられており、渡し舟、運河、馬車、鉄道など、いわゆる公益法人以外は容易にその設立を認めなかった。岡嵩修「一九世紀アメリカにおける法人政策の劇的变化：Charles River Bridge 事件判決に見る近代の誕生」朝日大学『法学研究論集』第八号（二〇〇八）。
- (48) この点につき、パウンドの有機体論と道具主義との関係が必ずしも矛盾なく収まるものでないことは David Wigdor,

- Roscoe Pound, ch.19, *Organicism versus Instrumentalism* (1974, Greenwood).
- (49) Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 *Harv. Law. Rev.*, pp.140-41.
- (50) Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 *Harv. Law. Rev.*, pp.146-47.
- (51) 「規範は、それが意思を規定する際に動機づけの作用をなしうる能力を有するときにのみ、妥当性をもつのである。規範のこのような能力は、しかしわれわれがその遵守の義務を負わされているという、それ以上は遡源できない確信から発生する。法の実定性は、それゆえ最終的には、つねに法の妥当性についての確信にかかっている。まさしく、かような、純粹に主観的な要素の上に、全体の法秩序は構築されているのである。このことは、つぎのような認識、すなわち法とはわれわれのなかに根づいているものであり、人間の社会の機能であり、それゆえ純粹に心理的な諸要素に基礎づかねばならないという認識からする、必然的な結果として生ずることなのである。しかし、法の妥当性には、さらにその心理的実効性が保障されているということも必要である。法が保障されるのは、しかし、その規定の動機づける力が社会心理的な諸力によって強化され、その結果それらの規範は、これに反抗する個人の動機に対し行動の動因として貫徹できるといふ期待が正当化されるというようなどきなのである。」ゲオルク・イェリネック／岩部ほか訳『一般国家学』pp.272-73 (昭和五八年、学陽書房)。
- (52) Pound, *Jurisprudence*, vol.1, pp.318-19.
- (53) Lester Frank Ward, *Dynamic Sociology*, 2vols. (General Books, 1883 ed.).
- (54) レスター・ウォードは一九一三年に没しているが、バウンドは法学研究を始めた後にウォードを知るに到ったのではなく、植物理学研究によりPhDを得る前から、彼とは知人の間柄であった。また、ウォードは自らを徹底した進化論者と述べているが、スモールによれば、その書をよく読まない者からは、非常に粗雑なタイプの唯物論者と見られているという。Small, *Meaning of Social Science*, p.83.
- (55) Lester Ward, *The Psychic Factor of Civilization*, p.97. (1892, 1906, 2d.ed, Ginn). 後藤訳『社会進化論』[アメリカ古典文庫] pp.179-80 (一九七五、研究社)。ウォードのごくすぐれたEdward C. Raftery, *Apostle of Human Progress: Lester Frank Ward and American Political Thought, 1841-1913*. リチャード・ホフスタター／後藤訳『アメリカの社会進化思想』第四章 (昭和四八年、研究社) 参照。
- (56) Pound, *Jurisprudence*, vol.1, pp.321-22.
- (57) ガブリエル・タルド／池田・村澤訳『模倣の法則』(二〇〇七、河出書房新社)。村澤・信友訳『社会法則／モナド論と社会学』

- (二〇〇八、河出書房新社)。稲葉三千男訳『世論と群衆』(一九六四、未來社)。中倉智徳『タルド』(二〇一一、洛北出版)。ア
ンリ・エレンベルガー／木村・中井監訳『無意識の発見』下(昭和五五年、弘文堂)。
- (58) Pound, *Jurisprudence*, vol.1, pp.322-23.
- (59) エールリッヒもタルドに注目している。「人間の全ての進歩は個人の発明と、そうした発明の大衆による模倣とに基づいてい
るというタルドの理論は、ひとたび表現されれば、学問的に重要な認識となる自明の理に属しているのである。何故にローマ
人は法律行為に際して代理という制度を用いなかったのかという問に対しては、蒸気機関車を知らなかったのと同様に、ロー
マ人はまだ代理制度を発明してはいなかったからだ」と答えねばなるまい。それ故、民族を法の創造者だと見做した歴史法学派
はこの点で疑いなく過ちを犯していたのである。」河上／フープリヒト訳『法社会学の基礎理論』pp.398-99.
- (60) W・M・ジョンストン／井上ほか訳『ウイーン精神・ハープスブルグ帝国の思想と社会』vol.1, pp.135-42。(一九八六、み
すず)。
- (61) Pound, *Introduction to Eugen Ehrlich, The Fundamental Principles of the Sociology of Law*, lxiii-lxiv.
- (62) エールリッヒ／河上・フープリヒト『法律的論理』pp.10-13(一九八七、みすず)。
- (63) Pound, *Introduction to Eugen Ehrlich, The Fundamental Principles of the Sociology of Law*, lxiv-lxv
- (64) Pound, *An Appreciation of Eugen Ehrlich*, 36 *Harvard Law Rev.* 129, p.132. (1922).
- (65) N.E.H. Hull, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*. Laura Kalman, *Legal
Realism at Yale, 1927-1960* (1986, Chapel Hill).

(朝日大学法学部准教授)