HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	カドーゾとプラグマチズム法学　－Ｒ・Ａ・ポズナー著『カドーゾ　－名声の研究』（１９９０）－
Author(s)	林田, 清明
Citation	北大法学論集, 42(6), 191-207
Issue Date	1992-07-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16858
Type	bulletin (article)
File Information	42(6)_p191-207.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

書評

カドーゾとプラグマチズム法学

――R・A・ポズナー著『カドーゾ―名声の研究』（一九九〇）――

Richard A. Posner, Cardozo A Study In Reputation
pp. xii & 156, The University of Chicago Press 1990.

林田清明

はじめに

「法と経済学」のポズナーが、また新しいジャンルを打ち立てた。『批判的司法研究』がそれである。ポズナーの著『カドーゾ――名声の研究』においてである。本書は、彼の近著『法律学（ジュリスプルーデンス）の諸問題』（一九九〇）に続くもので、アメリカの名裁判官としてわが国でも有名なベンジャミン・N・カドーゾを取り上げたものである。本書は、ミシガン大学ロー・スクールで一九八九年に行なわれたポズナーの講演がもとになっている。

本書を読んで思い至るのはつぎの二つの点である。概念法学を批判した一九一〇年代から、またことに戦後のわが国法律学の方向を与えているのは、「実用法学」に代表される考え方である。[1] そこでの法学の新しい方法としての切り札が、法の「社会学的方法」であった。[2] このような考え方に決定的な影響を与えたのが、アメリカ法における、ホームズやパウンド、フランクそしてカドーゾなどに見られる、リーガル・リアリズムであり、プラグマチズム法学の潮流であった。[3] わが国の法学はどの程度にリアリスティックか、またプラグマチックだったのか？つぎに、ことにアメリカなどで法と経済（学）や批判的法学研究（CLS）、法と文学や法とフェミニズムなどに見られるように「法と……」という新たな動きが多様に出てくる九〇年代の今日、法とは何かが問われているといってよい。裁判官や実務家が行っているものは何か？

わが国でも、カドーゾは裁判官としてまたその著作を通じて知られてはいるが、カドーゾが何を考え、何を実践してきたかとの観点からの分析は少ない[4]だけに、本書はわが国の法律学にとっても興味深いものである。また、カドーゾそのもの、そして『司法過程の性質』や『法の成長』などの著書への標識となろう。

一　新しいジャンル――『批判的司法研究』

A．本書の構成

本書は、三つの顔を持っている。一つは、カドーゾ研究としての面、二つは、司法研究への新たな方法を切り開いたこと、三つには、法律学がプラグマチズムの面を持っていることを強調していることである。いずれの面も検討や比較が少なく、弱

いわが国の法律学にとって十分参考に値するものといえよう。

第一章では、カドーゾの生涯や人物、それに名声が紹介されている。第二章では、カドーゾの法律哲学が、また第三章では、カドーゾの司法上のテクニックが分析されている。第四と五章において、カドーゾの名声が引用の頻度から検討されている。第六章で、カドーゾの法律への寄与が明らかにされ、第七章で要約、終章で展望がなされている。最も中心となるのは、名声を分析した第四・五章とカドーゾの判決を検討した第三・六章である。

ベンジャミン・N・カドーゾは、一八七〇年にニュー・ヨーク市で、弁護士の父親の家庭に六番目の末っ子として生まれた。家系は、セファルディー系のユダヤ人である。[5] 母親は、彼が九歳のときに死亡、この後六年後に父親が死亡した。しかし、父の遺産が残っていたため生活には困窮しなかった。カドーゾは、一九歳の時、コロンビア大学ロー・スクールをトップクラスで卒業し、父親が居た弁護士事務所に入った。二〇年ほど弁護士を務めるが、有能で評判も良かった。一九一三年、民主党からの候補者としてニュー・ヨーク州の地方裁判所の判事への切符を手にいれた。一九一七年、ニューヨーク州最高裁判事に任命される。一九二七年、民主・共和両党の推薦をうけて、同最高裁の主席判事になる。[6] さらに、一九三一年には、フーバー大統領（共和党）によってホームズ判事の後任として、連邦最高裁の判事になった。在任六年あまりで、一九三八年に死亡した。[7]

カドーゾは、独身であった。病弱でもあり、いちばん上の姉と親密な関係にあったらしい。彼は、非常に知的で、勤勉で、本好きで、とても丁寧であったと言われる。

カドーゾは、わが国でもリーガル・リアリズムとプラグマチズム法学の系譜の中に挙げられ、またその脈絡で考えられてきたといえよう。[8] しかし、ポズナーは、カドーゾがリーガル・リアリズムに好意的ではなかったことを明らかにしている。たとえば、カドーゾは、リアリズム法学を行き過ぎだと批判している。[9] ポズナーがカドーゾをとりあげた理由もここにある。カドーゾを、法学におけるプラグマティズムを確立した法律家・裁判官として捉えるのである。ポズナーは、リアリズム法学と区別された、カドーゾのプラグマチズム法学者としての面を浮き彫りにしているのである。

プラグマチズム法学には、ホームズ、パウンド、カドーゾらの一九二〇—三〇年代から一九四五年で終息する第一期と、再び七〇—八〇年代にネオ・プラグマチズムと呼ばれる第二期とがあると言われている。後者に属する者には、グレイやファー

バー、フリッキーといった論者がいる。[10] むろん、それぞれの主張の特徴は異なっている。

B．ポズナーの『批判的司法研究』――名声の理論

名声(reputation)とは、一般に用いられるのと同じ意味であるが、名誉(fame)とほぼ同じ意味である。〝名声の理論〟という確立したものはないが、これは名声がどのように測られるか、比較されるか、そして名声の性質やその原因となるものを探求することにあると言う。[11]

名声は、当該の人が持つことのできるものではない。それは、他の人々による当該の人に対する前向きな態度である。生前であれば、この前向きな態度は、商業上やその他の取引を有利なものにするし、名誉毀損法によって保護されるから名声における利益を彼に与えるのである。ここでのポズナーの関心は、死後のそれであるという。人は、生前にも自分が有名であることから、また死後においても有名であろうと期待することから満足を引き出している。したがって、自分を有名にするに値する仕事や業績を生みだそうとするのみならず、当該の仕事に対する評価を直接に高める手段をも取る。[12]

名声に関して、一般的につぎの点が挙げられる。一つは、死後の名声は、その人に仕事の一般性、曖昧さあるいは社会的、政治的、文化的変化や適応性によって促進される。つぎに、名声には幸運がつきものである。さらに、名声には政治なども関係している。

名声を測る手段は、引用である。法律家や研究者は引用を多用するし、重視する。むろん、引用によって名声を測るのは完全な手段ではないが、名声自体もその人の特質に代わるものにすぎない。[13]

ではカドーゾの名声はどうか。ポズナーの分析を拾ってみよう。まず、一九八二年以降[14]の主要法学雑誌に登場する頻度では、ブレナン判事の二、七一六回、レーンキスト主席判事の二、四〇七回が一、二位であるが、ホームズ判事が六位の一、八二〇回、ブランダイス判事が一二位の一、一二〇回、またトライブ教授が、八位の一、四五六回、ドウォーキンは、一四位（一、〇三一回）、プロッサーは一〇位（一、一八九回）、カラブレイジは一九位（六五六回）である。そして、カドーゾは、二四位の四九九回である。[15]

連邦レベルでは、ブランダイス判事がカドーゾよりも上位なのは、四倍も長い最高裁での在任期間があったからだという。

また、ハンド裁判官は、カドーゾの死後二〇年以上にわたってカドーゾよりも多くの判決を書いたからである。

また、カドーゾがニュー・ヨーク州最高裁で書いた一四二の判決の引用頻度は、他の裁判官のそれと較べてはるかに高いという。カドーゾと他の同僚裁判官の引用頻度の比率は、同州では一・六五対一なのに対して、同州以外では七・六五対一である。[16] カドーゾの意見の引用は、今日に至るまでブランダイス判事よりも高い率で引用されていると言う。また、教科書であるケース・ブックに引用された判決や意見の数も、カドーゾのものが多い。このように、連邦最高裁在位から今日まで五〇年以上も経っていることを考えると、カドーゾの名声は高いものであるといえる。[17]

二　なぜ「カドーゾ」か

ではなぜポズナーはカドーゾを選んだのか？カドーゾを取り上げたのはつぎの三つの理由からである。一つは、カドーゾがプラグマティストだからである。しかし、アメリカ法学者にはプラグマティストは多い。たとえば、ホームズやパウンドもプラグマティストに数えられる。

A．プラグマチズム法学

ポズナーによると、ホームズもプラグマティストではあるが、ホームズ自身はプラグマティストのレッテルを貼られることを拒んだといわれる。また、彼は、一貫したプラグマティストではなかったという。これに対して、カドーゾは、プラグマティスト法学を十分に発展させ、より明確でかつ明示的に一貫したプラグマティストであるという。ポズナーは、つぎのようにみている。カドーゾの『司法過程の性質』（一九二一）は、裁判官がどのように理由づけるかを説明する、裁判官による最初の体系的な試みであったとする。この意味でも、カドーゾは司法の機能について自覚的に意識した、傑出した裁判官であるとしている。[18]

ではなぜカドーゾがプラグマティストであるから取り上げたのだろうか。これは、ポズナーの最近の関心の核心でもある。この問に対する答は、もう少し広くポズナーの意図を知る必要がある。そして、本書の内容を明らかにした後に浮かびあがってくるだろう。

カドーゾは、その書『司法過程の性質』で四つの分析方法を

論じている。哲学的方法、歴史的方法、伝統的方法、それに社会学的方法である。最後の方法がカドーゾのプラグマチズムの中心であるが、彼のプラグマチズムを示すのは、まず、法律が社会の必要（ニーズ）に答えるものであるという認識である。これは、概念法学や形式主義の批判でもある。カドーゾの法律哲学ともいうべき、「法の究極の目的は社会の厚生にある」という考えに示されている。[19] これによるとき、社会的厚生のために舵を取るのは裁判官である。不法行為や契約法などコモン・ローのルールもまた、社会的厚生を実現するための道具に他ならないのである。[20] ここには第二の特徴として、法律を道具とする見方がある。第三に、法律を前向きなものとして捉えることである。すなわち、裁判官が最終的に法ルールを選択するために依拠するのは、立法者のそれと同じく、目的への適合という原理であるとするのである。[21] 今日では、―わが国においても―法についてのこのような考え方は、特異でもなく、解釈における常識として考えられるほどに浸透しているとはいえ、七〇年前の当時としてはショッキングなものであったに違いない。

B．レトリシャン

二つには、カドーゾが、レトリシャン、つまり、彼が修辞法に長けているからである。ケース・ブックを読んでいると、中にこれはと思う読み易いものがある。それが、カドーゾの判決であると言ってもよいだろう。[22] たとえば、救助に関する賠償請求事件で、"Danger invites rescue.", "The cry of distress is the summons to relief."[23] などの表現がある。

判決文、ことに法的推論とレトリックとの関係は、わが国では未開拓の分野と言ってもよいだろう。[24] しかし、ポズナーは、レトリックは法的推論そのほかに大きな影響を与えることを肯定する。けれどもレトリックがうまくいく場合もかえってそうではない場合もある。ポズナーは、カドーゾの判決にもこれを見るのである。

カドーゾの判決として最も知られるのはポールズグラフ事件[25]である。わが国でもそうであると言ってよいだろう。カドーゾ裁判官の表現では「原告はロッカウエイ・ビーチ行きの切符を買って、被告鉄道会社のプラットホームにいた」となる。ホームは混雑していたが、他の客とともに原告婦人は、二人の子を連れて列車を待っていた。イタリア系と思われる男たちが、動き始めていた別の列車に乗り込もうと飛び乗ろうとした。うち一人が列車にぶら下がったままだったので、被告会社の鉄道

員らが乗り込むのを手伝って、押し込もうとしたところ、この乗客が持っていた新聞紙で包んだ小さな包をレールの上に落とした。このため、中の花火が爆発した。ホームにいた群衆がこれに驚ろき、動いたために大人の身長ほどの秤が倒れて、原告婦人の腕や腰などに当たった。そこで原告が被告鉄道会社に損害賠償を請求した。カドーゾ裁判官は、被告は原告を予見できなかったとして原告に対して注意義務を負っていないとして、過失責任を否定した。[26]

ポズナーは、カドーゾの事実についてのレトリックが優れていることは認めるが、事実の叙述が正確ではないと批判する。たとえば、どの程度の爆発が起こったか、原告がどのようにして損害を受けたかなどの点である。[27] しかし、カドーゾの判決文は、この事件の事実の描写にも見られるように、短文で、きわめて簡潔で、要約的であり、読み手の注意を惹きつけるものがある。

ポールズグラフ事件を有名にしているのは、これがカドーゾによる判決であること、事実についての省略的な表現、誤らせ易いことにもなっているが、レトリックの存在、また判決の意見の中でのネグリジェンスとは何かや、注意義務とは、あるいは責任の範囲と言った点に関する専門的な内容が含まれていること、それにアンドリューズ裁判官の対照的な反対意見があることなどである。また、この事件に関するポズナーの批判的な分析は、本書の中のもっともエキサイティングな部分の一つといってよい。

つぎに、ハインズ事件[28]もカドーゾの著名な判決の一つとして知られている。一六歳の少年が、被告鉄道会社の所有する鉄道用地からハーレム川に突き出しており、飛び込み板として遊泳に使われていた板の上に立っていたところ、被告が十分注意して維持していなかった電線が落ちてきて、少年に触れ、またこの板にもぶつかったため、この少年が板もろとも落下して死亡した事件である。[29] ところで、この少年が被告所有地への不法侵入者であれば、所有者である被告鉄道会社は不法侵入者に対しては賠償責任を負わないというルールがある。他方、少年がたんなる遊泳者であれば、被告には過失に基づく賠償責任があることとなろう。カドーゾ裁判官は、被告の賠償責任を肯定した。[30] カドーゾは、どちらをとるべきかは、論理上の演繹法では決定できないものであり、新しい事態であるという。これを決定するのは、「法的責任は法の奉仕すべき目的に適合されるべきとする法制度の下では、基本的な原理こそ行動に対する責任を決定し、または決定すべきものである。」とする。[31]

ポズナーは、この判決を批判する。すなわち、ポリシーの分析において弱く、レトリックにおいて強いとする。[32] カドーゾの意見には、被告に賠償責任を負わすための基本的な原理も法の目的も結局は示されていないと言うのである。しかしまた、上級の裁判所の意見を判断するために適切なものは、美的観点であるかも知れない。すなわち、事実を正確に述べるよりも、ルールを明確にまた印象的に述べることの方が重要であるかも知れないとも言う。[33]

不確実な場合、人は藁をも摑む。強力なレトリックは、この藁のひとつである。かくして、不確実な事柄について説得するのが、レトリックのなせる業であるとポズナーは言う。[34] このような見方は、ポズナーの法律に対するリアリスティックな見方を前提としているといえよう。

三　カドーゾのプラグマチズム法学

カドーゾは、わが国でも知られているが、それは裁判官としての判決であったり、著作についてであったりである。両者をトータルに把握しようとする試みは少なかった。本書は、このような観点からプラグマティストとしてカドーゾを分析しているのである。では、どこが・どのようにプラグマチズム法学なのか。

カドーゾの契約に関する判例で最も知られるのはウッド事件[35]である。服飾デザイナーである被告は、彼女のデザインを市販し、また他の者に販売をライセンスする排他的な権利を原告に許諾した。これらは一年間という約束であった。原告は、被告が他の者にデザイン上の権利を許諾したことが、契約違反であるとして訴えた。被告デザイナーは、原告との間には契約はなかったと主張した。原告は、デザインを市販することは約束しなかった。約束したのは、販売したら利益を半分にするというものだったと主張した。カドーゾ裁判官は、デザインを市販するために合理的な努力をするという黙示の約束が存在することを認めて、排他的な権利を与えたことの見返りが利益の半分を分け与えると言うことだったから、原告が市販することに努力しないのなら、被告はなにものも得ることができないとして、原告の訴えを退けた。

ポズナーは、カドーゾのこの判決を、法を素人の理解に合わせたものだと評価する。商取引を契約など厳格な法的カテゴリーに合わせるよりも、むしろ法的カテゴリーが取引や商慣行を包含するように柔軟なものにしている。これは、カドーゾのい

う伝統的方法[36]に他ならない。ポズナーにとっては、法を人間の必要・ニーズに合致させること、すなわち法的な概念やルールの中に判断の基準や解決があるという本質主義の拒絶こそ、カドーゾのプラグマチズムを特徴的に示しているものなのである。[37]

ヤコブ&ヤングス事件[38]は、建設業者である原告が、被告の家の建築契約書に特定されたブランドのパイプを不注意によって取り付けなかった。このため、被告がパイプが取り替えられるまでは最後の支払いをしないと主張したため、原告が建築代金の差額を請求したものである。カドーゾ裁判官は、契約の解釈として扱うよりも、公平や救済の問題として扱った。壁の中に埋め込んであるパイプを取り替えるには大きな費用を伴うから、被告は特定されたパイプでないために価値減少した分について権限が与えられるとした。

少数意見のように債務不履行としないで、ポズナーもカドーゾの判決に賛成する。契約の解釈の下にこまごまとした正確さを強調する伝統的法学の手法が広い意味での司法上の責任と妥協されているとして、カドーゾのプラグマチズムを見ている。[39]

さらに、カドーゾの判決のうち賠償責任の範囲に関するものをいくつかとりあげよう。カドーゾが、プラグマティストではあるが、必ずしもポリシーの分析者でないことが明らかになるからである。まず、グランツァー事件は、原告は豆類の輸入業者からポンドあたりいくらと決められた価格で買う契約をし、公認計量士を雇って測ってもらったが、この豆を再売買するときに目方が不足していたので、この計量士を訴えた事件である。カドーゾ裁判官は、原告と被告である計量士との間には、契約は存在しないが、被告は原告に対して賠償責任を負うとした。すなわち「被告計量士は、通常は単なる使用人としてではなく、独立した職業の追求にあたり、他人の行為の帰すうを決定する目的を持っている者の命によって計量し、証明しているのであるから」であるとした。かくして「注意は、命じた者ばかりでなく、信頼した者にもまた負われている。」という。[40]

マックファーソン事件[41]は、自動車の製造物責任に関するものである。原告は、自動車のディーラーから車を購入した。しかし、車輪に欠陥があったため、壊れて負傷した。そこで、被告の自動車メーカーを被告として訴えた。車輪は、被告が別のメーカーに作らせたものであった。欠陥はこの部品メーカでも発見できたものであるが、被告製造メーカーも検査をしなかった。車の買主である原告と契約関係(privity of contract)にない被告メーカーの責任を追求できるかが問題となった。カドーゾの

検討の多くは、先例の分析に向けられている。

モック事件[42]はつぎのような事件である。被告は、水道会社で、市との間で水道を決められた水圧で供給する契約を結んでいる。ところが、隣家からの出火のため原告の倉庫が類焼してしまった。原告は、水圧の不足のため消火できなかったとして水道会社を訴えた。カドーゾ裁判官は、かりに水圧不足が被告の側の過失（ネグリジェンス）によるものであったとしても、原告は賠償を得ることはできないとした。これに対して、ポズナーは、カドーゾには賠償責任の範囲の拡大に対する配慮があると言う。[43]

ウルトラマーレス事件[44]は公認会計士の第三者への賠償責任が争われたものである。ある会社が原告との間のローン契約に基づいて第三者である公認会計士の会計検査を受けたが、被告会計士がこの会社の財政状態について過失によって誤った報告をしたために、原告が損失を受けたという事件である。原告と被告の会計士との間には契約関係はない。争点は、公認会計士が会計検査した会社とその検査を信頼して取り引きした者に対しても注意義務を負うかどうかであった。前述のグランツァー事件に似ているが、本件の方が賠償責任の範囲が拡大する可能性が大きい。カドーゾ裁判官は、うっかり口を滑らせたりしたことなどについて過失責任があるとすると、公認会計士を不特定の人に対して不特定の期間また不特定の額の賠償責任にさらすことになるとして、賠償責任を否定した。

ウルトラマーレス事件のルールは、今日ではほとんどの州で否定されている。ポズナーは、カドーゾに欠けているのは、予想される賠償範囲が広ければ広いほどなぜ責任の範囲が制限されなければならないかを説明できていない点にあるという。[45]ポズナーは、公認会計士は自分が行った検査報告が信頼されることを知っている点、また、誤った報告に対する賠償責任を分散するための責任保険を購入することができることなどから、会計士側がより安価な危険分散者であることを認める。

以上のカドーゾ裁判官の判決について、ポズナー裁判官はつぎのように批評している。いずれも賠償責任の範囲が問題となる例であるが、モックとウルトラマーレス事件は、他の二つの事件に較べて賠償責任の範囲をより予測できない。両方の事件にはたくさんの被害者がいるが、被害者は自己を保護できる立場にあると言う。たとえば、投資家は、多様な投資をして危険を分散したり、もっと他からも情報（計量士などからの）を得る、さらには火災の可能性を減らしたり、保険をかけることができる。したがって、原告の方がより優れた損失の回避者であ

るとするのである。[46] ところが、ウルトラマーレス判決は誤っていると見る。そして〝時間〟による検証に耐えなかった判決であると言う。[47]

カドーゾの名声を高めた要因として、ポズナーはつぎの点をあげる。一つは、カドーゾのレトリックである。書くスタイルと判決意見の構成に優れており、事実の述べ方のドラマ性や明快さ、法的な議論の簡潔さと活力、警句的表現のひらめき、教養ある雰囲気、先例が配列されたり、片づけられたりするそのやり方等があると言う。[48] 二つには、カドーゾのプラグマチズムである。ことに、法律を法律家ではない者の正義感に近づけた点にある。また、法律に内的に関連する、概念的な整理や先例との一致など、形式的な価値によるのではなく、社会のニーズによって法を形づくろうとしたことにある。三つには、プラグマチズムをそのものではなく口当たりをよくして法に持ち込んだことである。これは彼のレトリックの技能のゆえである。

以上のほか、カドーゾがホームズの後任として連邦最高裁判事に任命されたこと、ニュー・ヨークが社会的にも経済的にも重要な位置を占め、そこの最高裁判事であったこと、裁判所以外での仕事、『司法過程の性質』や『法の成長』などの著作があること、カドーゾの人好きのする性格や丁寧さなどの人物、また研究者や学者の論文を引用したことなどが、カドーゾの専門家としての傑出性に寄与した要因である。[49]

おわりに

ポズナーが、個人を取り上げて分析・研究するというスタイル自体、彼のこれまでのやり方からすると、ユニークなものである。これに加えて、カドーゾ研究の上でも、または広くリアリズム法学とプラグマチズム法学などのアメリカ法学の潮流を知る上でも、貴重である。また、ポズナーは、カドーゾに何を見ているのだろうか。著者自身が明確に言及していないから、憶測の域を出ないが、同じ（連邦裁判所の）判事として、ポズナーが自らをカドーゾになぞらえる、あるいは著者に近いものをカドーゾに見ているからではないだろうか。[50] それは、二人が同じプラグマチズム法学の系譜にあるからである。

短い本であるが、内容は豊かである。著名な裁判官の第一級の判決の分析を、現代アメリカの優れた、またジュリスプルーデンスや法学方法にも造詣の深い、現職の裁判官の眼を通じて読むことができる。ただ、難を言えば、カドーゾの判決の分析がいくつにも渡ってなされているために、やや飽きがくる箇所、

ことに第六章がある。また、名声の研究の主たる方法が、引用とその頻度によっていることが、セカンド・ベストであることは認めるとしても、はたしてこれだけでよいか、単純すぎないかなどの批判がありえよう。

法律が紛争の具体的妥当な解決を図ることにあるとするなら、わが国の「解釈学」も〝プラグマティック〟な面を持っているといえるだろう。しかし、われわれは、同じところにいながら、実は反対の方向を向いている。わが国では解釈によって〝法律家のように考える〟、言い換えるなら「法律学を研究するについて最も大事なことは法律的思惟の修得（だ）[51]」ということをなお肯定しているのではないか。あるいは、〝リーガル・マインド〟という曖昧で、専門的なものを法を需要する側である市民に要求しているのではないか。しかし、ポズナーが指摘するように、カドーゾは「法律家のように考える」専門家の悪弊（クラフツマンシップ）を中和するためにこの方法を取り入れているのである。

ポズナーは、プラグマチズム法学をつぎのように見る。「プラグマチズムは、ポリシー分析―を専らとしたり―ばかりではない。それは真実とレトリック、分析的と説得的、さらに論証的と隠喩的との明確な区別を根本的に否定することである。つまり、忍耐強い積み重ねを通じてまた見通しの変化を通じて知識が発展していくことの承認に他ならないのである。[52]」。わが国でも法律学全体を法的プラグマチズムの観点から検討する必要があるのではないだろうか。まず、「法の科学性」の呪縛から逃れることである。わが国の法律学がよりプラグマチックな方向へすすむ道を閉ざしている可能性が高い。第二に、法の「本質主義」を否定することが必要であろう。法規範やルールそれに法的概念のなかに法律問題を解決できる方法や基準、それに答が存在するというような考え方がなお解釈学のなかに潜んでいるのではないか。第三に、法が人間のニーズ・必要に答えなければならないと言う認識が重要である。なお時に応じて現れてくる形式主義的な発想を否定し、法的解決が真実の発見にあるのではなく、社会の必要に応じて決められることを認識する必要がある。ポズナーの本書は、自律的に発展する学問としては衰退していると言われる法律学の、未来の法律のための問いかけでもあるといえよう。[53]

注

(1) 末弘厳太郎「序」判民大正一〇年度、同「法学とは何か」法学入門一六二頁（二版・一九八〇、初版は一九五二）。また、「科学的（市民的）実用法学」を唱えるのは、川島武宜・科学としての法律学（昭三九）。

(2) 末弘、「法学とは何か」同一八九—九〇頁。また、遺稿となった「法社会学の目的」法時二三巻一一号一頁（昭二六）でも「法社会学は法学を科学化せんとする法学者の動き」とされている。

(3) 末弘博士がアメリカ留学で、R・パウンドに会っていることやO・W・ホームズ、J・フランクなど法学リアリストやプラグマティストに接していることが指摘されている。日本の法学七七—八頁（昭二五）、川島武宜「末弘厳太郎先生の法学理論」科学としての法律学二七一—八一頁。我妻栄「民法学における想出と回顧（末弘博士と日本の法学）」法時二三巻一一号一七頁、川島武宜・ある法学者の軌跡七四—六頁（昭五三）参照。

(4) カドーゾの著書は、『法の成長』（一九六五、守屋善輝訳）、『司法過程の性質』（一九六六、同訳）、『法律学上の矛盾対立』（一九六七、同訳）など。

わが国におけるカドーゾ研究は、前記書に掲げられた、守屋善輝「序文」や「はしがき」のほか、末延三次「カドーゾ判事の訃其の他」法協五六巻一〇号二〇五〇頁（一九三八）、三代川潤四郎「カードーゾと法哲学」金沢法文四号（一九五七）、同「カドーゾの仮説的法律観」金沢法学三巻二号一五六頁（一九五七）、同「カドーゾにおける司法過程の性質と創造性の問題」金沢法文七号二三頁（一九五九）、桜田勝義「カルドーゾ・司法過程の性質」法セ三六号六二頁（一九五九）、同「裁判官としてのカルドーゾ（一—三）」法学二三巻一号五七頁、同三号七〇頁（一九五九）、二四巻一号一六頁（一九六〇）、同「カルドーゾ—プラグマチズム法学の実践者」同・輝く裁判官群像一二四頁（昭四八）、牧野英一「法の成長—カードーゾについての若干のノート（一—三）」自治研究四二巻四号三頁、六号三頁、七号三頁（昭四一）、下山瑛二「カルドーゾ」木村亀二編近代思想の人々一五五頁（一九六八）、＊「カードーゾ」中川善之助・清水英夫編読書案内法学（一九五八）、鵜飼信成「プラグマティズム・リアリズム法学——ホームズ、カドーゾ、フランク、ルーウェリン」法社会学講座一差三三頁（一九七二）、早川武夫「カードーゾ」社会科学大辞典三巻二六〇頁（一九六八）など。

また、広くアメリカ法学の流れの中で、大西芳雄「アメリカ新法学の示唆」論叢四四巻一号八二頁（昭一六）、鵜飼信成・現代アメリカ法学（一九五四）、高柳賢三・米

英の法律思潮四八頁（昭二三）、田中英夫「アメリカ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一・法学史二四三頁（一九七六）など。

(5) ドイツや東欧のユダヤ人よりも早くアメリカに移民したグループで、スペイン・ポルトガル・北アフリカ系の人たちを指す。アメリカ社会におけるユダヤ人の歴史や社会については、湯浅赳男・ユダヤ民族経済史三〇四頁以下（一九九一）、丸山直起・アメリカのユダヤ人社会一九頁以下（一九九〇）など参照。

(6) アメリカの裁判官も、パルチザンシップがとられる傾向があり、時の政権党の影響を強く受ける。その意味では、裁判官も政治的である。ポズナーの調査では、カドーゾの在任期間中のニュー・ヨーク州最高裁判事の政党支持の比率は、おおよそ民主党四〇%、共和党六〇%である。POSNER, CARDOZO 131 note 6.

(7) 桜田勝義「裁判官としてのカルドーゾ（一）」法学二三巻一号五七、六三頁（一九五九）以下に、詳しいいきさつが述べられている。

(8) ただし、鵜飼信成「プラグマティズム・リアリズム法学——ホームズ、カドーゾ、フランク、ルーウェリン」法社会学講座一巻三三、三四頁（一九七二）は、パウンドにはじまり、ホームズ、カドーゾがこれを裁判で実践したとするが、リアリズム法学との関係は明らかにされていない。

(9) Cardozo, Jurisprudence, in M. E. Hall *ed.*, SELECTED WRITINGS OF BENJAMIN NATHAN CARDOZO 7 (1938); G. E. WHITE, TORT LAW IN AMERICA 138(1980).

(10) Gray, Holmes and Legal Pragmatism, 41 Stan. L. Rev. 787(1989); Farber, Legal Pragmatism and The Constitution, 72 Minn. L. Rev. 1331(1988); Minou, The Supreme Court 1986 Term—Foreward: Justice Engendered, 101 Harv. L. Rev. 10(1987). ソの区分と特徴につき、後注52のポズナーの論文を参照。

(11) R. A. POSNER, CARDOZO A STUDY IN REPUTATION 58(1990), hereinafter cited as "POSNER, CARDOZO".

(12) *Id* at 59.

(13) *Id* at 71.

(14) ポズナーは、この分析のために、MEAD LEXIS を用いている。これによって一九八二年以降の諸法学雑誌の論文の検索が可能となった。

(15) *Id* at 74 *et seq.* Table 4 at 78. また、気になるのは、当のポズナーの引用頻度である。本書のもとになったミシガン大学における講演で、主宰者側の紹介者が、ポズナーの裁判官としての判決や著書・論文の引用がどれくらいあるか聴衆に明らかにしてよいかと尋ねたのに対して、ポズナー自身は断ったそうである。講演に出席した曾野

裕夫君（北海道大学法学部大学院生）に教えてもらった逸話である。また、同君が録音した講演のテープを聞かせていただいた。お礼申し上げます。

(16) *Id.* at 84.

(17) *Id.* at 80.

(18) *Id.* at 32.

(19) カドーゾ・司法過程の性質、前注四、六三頁。なお、原典は、B. N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS (1921, Yale Univ. Press).

(20) カドーゾ・司法過程の性質六三頁。POSNER, CARDOZO 27.

(21) カドーゾ・司法過程の性質一〇四頁。

(22) ポズナーは、カドーゾの判決の文章の分析もしている。一文あたりの語は、カドーゾでは二一・五なのに対し、カドーゾ以外の裁判官では二七・八語である。しかし、意見中の平均語数は、カドーゾ一、九二三・三に対して、後者のそれは一、七八五・〇語で、カドーゾの方が長い。法律の文章は一般に長いために離解になる傾向があるが、読み易い長さとして、S. FLESCH, HOW TO WRITE PLAIN ENGLISH: A BOOK FOR LAWYERS AND CONSUMERS(1979)では、平均十七ないし二一語がよいとし、R. C. WYDICK, PLAIN ENGLISH FOR LAWYERS 36–37 (1979) は、25語以下としている。ちなみに、難解となる基準である二五語（英字）を日本語の一文として換算すると、約六三字以下となる。英文m語＝日本文二・五m字とするのは、木下是雄・理科系の作文技術二一頁（一九八一）。

また、判決中の他の事件の引用でもカドーゾの方が多く、カドーゾの二〇・八に対して七・三である。研究者による引用も、カドーゾは二・三に対して〇・六で、カドーゾの方がより多く論文などを判決中に引用していることになる。POSNER, CARDOZO Table 8 at 135.

(23) いずれもカドーゾの判決である。Wagner *v.* International Ry., 232 N. Y. 176, 133 N. E. 437(1921) による。

(24) 名判決と名文の判決とは、異なることもちろんであるが、かつてレトリック的には美文調の判決があった。日本の法律文について、林大・碧海純一編法と日本語（一九八一）、千種達夫「判決の文章」判時二二号一頁（昭二九）、同「判決文の自己診断」法セ四〇号七八頁（昭三四）、田中成明「法律学と修辞学」判タ四四五号五頁（一九八一）など参照。

(25) Palsgraf *v.* Long Island R. Co., 248 N. Y. 339, 162 N. E. 99(1928). ニューヨーク州の裁判所で八五回、連邦裁判所で一五六回、ニューヨーク以外の州では三〇九回引用されているという。これはまた、後に触れるマックファーソン事件に匹敵する。POSNER, CARDOZO 41.

(26) アンドリューズ裁判官の反対意見のように、注意義務

は存在するとして、プロクシメイト・コーズなど法的因果関係の問題として扱うやり方が、この当時は平均的だったと言う。Posner, Cardozo 45. なお、ポズナー自身も、カドーゾの構成のように過失を否定する。Landes & Posner, The Economic Structure Of Tort Law(1987). なお、林田清明「法の効率性の世界（書評）ランディス＝ポズナー・不法行為法の経済構造」北大法学四一巻一号四四〇、四〇六頁（一九九〇）参照。

(27) カドーゾは、「爆発のショックによって何フィートか離れたホームのもう一方の端にあったいくつかの秤（スケール）が投げ出された。」としている。しかし、ポールズグラフ夫人が受けた損害は、スケールが倒れかかったことによる身体上の受傷ではなく、吃音になったことである。また、花火の爆発によってスケールが倒れたのではなく、これに驚いたホームにいた群衆が動いたためである。See, Prosser, Palsgraf Revisited, 52 Mich. L. Rev. 1(1953); Noonan, Persons And Masks Of The Law: Cardozo, Holmes, Jefferson, And Wythe As Makers Of The Masks(1976).

(28) Hynes *v.* New York Central R. Co., 231 N. Y. 229, 131 N. E. 898(1921). カドーゾ自身による論議は、同・法の成長、前注四、一〇四頁。わが国では、ポールズグラフ事件ほどではない。本件については、桜田、「裁判官としてのカルドーゾ（三）」、前注四、九一頁。

(29) 少年が、溺れたためか感電したためかは、明らかでないが、電線は川の水に接触したとき火花をあげたとされている。

(30) 四対三の僅差である。カドーゾは、本件の下級審の―賠償責任を認めなかった―判決を「概念の法学」の驚くべき例とみる。このカドーゾの判決以前にも、法の人間尊重を強調するのは、Pound, Mechanical Jurisprudence, 8 Col. L. Rev. 605, 609–10(1908).

(31) カドーゾ・法の成長、前注四、一〇六頁。ただし訳文を改めた箇所がある。

(32) Posner, Cardozo 54.

(33) *Id.* at 55.

(34) *Id.* at 132. つづけて、もう一つの藁は、ことに話者の〝人物〟あるいは性格であるという。

(35) Wood *v.* Duff-Gordon, 222 N. Y. 88, 118 N. E. 214 (1917).

(36) "the method of tradition". カドーゾ・司法過程の性質五六―六一頁参照。

(37) Posner, Cardozo 93.

(38) Jacob & Youngs, Inc. *v.* Kent, 230 N. Y. 239, 129 N. E. 889(1921). 四対三である。

(39) Posner, Cardozo 106–07.

(40) Glanzer *v.* Shephard, 233 N. Y. 236, 135 N. E. 275(1922). なお本件につき桜田、「裁判官としてのカルドーゾ（二）」、前注四、九六頁参照。

(41) MacPherson *v.* Buick Motor Co., 217 N. Y. 382, 111 N. E. 1050(1916). カドーゾ自身による論議は、同・法の成長四一頁参照。また、本件については、内田力蔵「物の製造者の責任・判例法の発展」英米判例百選二〇四頁（昭和三九）など参照。

(42) H. R. Moch Co. *v.* Rensselaer Water Co., 247 N. Y. 160, 159 N. E. 896(1928).

(43) Posner, Cardozo 110.

(44) Ultramares Corporation *v.* Touche, 255 N. Y. 170, 174 N. E. 441(1931). 本件については、岡孝「過失による不実表示」英米判例百選Ⅱ私法四〇頁（一九七八）参照。

(45) Posner, Cardozo 112.

(46) *Id.* at 114.

(47) *Id.* at 110. カドーゾ自身もつぎのように言う、「その仕事（裁判官の・筆者加注）の中で、善い部分は永続する…中略…悪い部分は、歳月という実験場の中で、排斥され、棄て去られてしまう。」（同・司法過程の性質一八三頁）。

(48) Posner, Cardozo 126.

(49) *Id.* at 126–29.

(50) このような観測を示すものとして、Philipson, Judicial Review: Cardozo: A Study In Reputation by R. A. Posner (Book Review), ABA. Journal, December 1990, at 98.

(51) 末弘、前注一、法学入門二六頁。リアリズムやプラグマチズムに影響を受けた、そして実用法学を唱えられる末弘博士においてもこのような考えをとられた。むろん、今日の状況とは比較にならない時代である。

(52) Posner, Cardozo 136–37. ポズナーの新しいジュリスプルーデンス（法律学）については、本書より先に出された、R. A. Posner, The Problems Of Jurisprudence (1990) を参照。そこでは、ポズナーの〝プラグマティスト宣言〟が出されている。また、つぎの論文も彼の見解を要約している。Posner, What Has Pragmatism To Offer Law?, 63 So. Cal. L. Rev. 1653(1990). これらについては、拙稿「実践的推論とプラグマチズム法学」を予定。また、プラグマチズム法学の動きについては、吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』（中）」ジュリスト九九八号八七頁（一九九二）など参照。

(53) なお、本書の紹介として、前注五〇のほかに、Cardozo Law Review, Vol. 12, June(1991) にいくつかの批評があり、また、104 Harv. L. Rev. 788(1991); 74 Judicature 165(by Shiffman, 1990); 21 Cumberland L. Rev. 215(by Manning, 1990) などがある。