



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	現代アメリカにおける法思考の諸傾向
Author(s)	ハーゲット, ジェームズ・E; Herget, James E.; 長谷川, 晃//訳 他
Citation	北大法学論集, 35(5), 104-81
Issue Date	1985-03-25
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16462">https://hdl.handle.net/2115/16462</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	35(5)_p104-81.pdf



# 現代アメリカにおける 法思考の諸傾向

ジェームズ・E・ハーゲット  
長谷川 晃 訳

- I まえおき
  - A 本稿の目的
  - B 若干の小傾向について
  - C 歴史的背景
- II 主要な傾向
  - A 伝統派 (The Old Guard)
  - B 主流派 (The Mainstream)
  - C 法技術論 (Lawyering)
  - D 法的決定理論 (Decisionmaking Theory, LSP)
  - E 社会学的法理論 (Sociology of Law)
  - F 「法と経済学」 (Law and Economics)
  - G 批判的法学 (Critical Legal Studies)
- III 若干の考察

## I ま え お き

### A 本稿の目的

他国の場合と同様アメリカにおいても、法学者の研究は、伝統やその学者の当面の必要に止まらず、法や法体系を構成するものについての何らかの一般的観念によって導かれている。そのような一般的観念の明確化や吟味の営みは、アメリカにおいては Jurisprudence あるいは Legal Theory, Legal Philosophy など（以下、法理論と呼ぶ）と呼びならわ

されている。法学者の大部分は自己の専門領域の研究に忙殺されているので、この法理論に属する、より広汎でより厄介な問題には関心を払わない。しかし、法学者の専門的研究は、法についてのある見方、即ち、価値あるもの、達成さるべき目的、満足さるべき要請などについての観念の影響を避けることはできない。それ故、法学者はすべて、明示的ではないにせよ、ある特定の法理論を抱懐しているものである。従って我々は、法学者の研究を、その接近法や成果が含意している一定の法理論に応じて分類することができる。本稿は、現代アメリカの法学をそのような仕方でも整理しようとするものである。そしてその際には、各法理論の基本にある哲学的立場を略述することも必要であろう。もっとも、それらの哲学的立場を完璧にかつ権威をもって説明したり、十全な批判を加えたりすることは、たとえそれが可能であるとしても、ここでは控えたい。

本稿で言う「法学者」とは、アメリカ合衆国における約170のロー・スクール等に属する専門研究者を指す。但し、それは、諸大学で行われている法に関連したすべての学問分野を排除するという意味ではない。各大学の各学部で研究を行っている、歴史学者、哲学者その他の社会科学者も法現象の理解に寄与する所大であるのは勿論であるが、ここでは、スペースの制約と私の限られた知識の故に取り扱うことはしない。因みに、私のように、法学者の知識がロー・スクールの世界の内にあるものだけに限定されているということは、意外に、アメリカ法学の一つの特徴を反映したものかもしれない。

世界の他の国々の場合とは異なって、アメリカのロー・スクールは、第一次的には法曹養成のための制度である。それは大学院レベルのものであり、学生は法学を学ぶ前に他の学問分野の学士号を取得しなければならないのであるが、しかし、ロー・スクールで学ぶことが特に高度の内容をもつということはない。ロー・スクールは大学の他の機関から独立したものであって（ある場合には全く別物であったりするが）、他学部とは最小限の相互関係しかもっていない。時折催される学際的なシ

ンポジウムや、社会学者が法学部内に籍をもつことを除いて、法学界は相対的に孤立している。学問の相互交流のためにはこのような状況は一般に遺憾なことであるが、それは現在支配的な法理論によって必然的に促進されたものでもある。この種の学問的孤立の例としては、犯罪学の重要な研究の多くが社会学部でなされていること、法的言語や法理論に関する徹底した研究の多くは哲学部でなされていること、などが挙げられる。

更にもう一点、アメリカの学問と他の国々の学問との関係について付け加えねばならない。言うまでもなく、アメリカの思想は他の国々の傾向や流行の影響を受けて来た。最大の影響は勿論、言語や法的伝統を同じくするイギリスからのものであった。それは今日でも続いており、また逆に、アメリカの法学もイギリスに対して少しずつではあるが影響を与えつつある。ドイツからの影響もあるが、しかし、それはイギリスに比べれば遥かに少なく間接的である。日本からの影響は、残念ながら、言語や伝統の相異の故に極めて少ない。もっとも、1960年代からの“Law in Japan”の定期的刊行によって日本の法学が紹介されるようになり、特に比較法を研究する学生の関心を惹いている。

## B 若干の小傾向について

アメリカにおいて学問的自由と十分な財政を高度に享受している法学者は3000人以上にのぼるということに鑑みれば、新たな「運動」、「学派」、「方法」等々が頻繁に生じてくるのは驚くにあたらない<sup>(1)</sup>。多くのものは単なる流行で、すぐ立ち消えになってしまうし、またそれ以外のものでも、それなりの足場は得るものの、一般の受容や承認を得るには至らないものが多い。しかし、そこで更に残ったものは大きな傾向となりうる。後述のパートⅡで論じられるのは、1980年代に確たるものとなった幾つかの大きな傾向である。しかし、その前に、やがてはより重要視されるかもしれない若干の小さな傾向について一瞥しておくべきであろう。

その第一は、徐々にではあるが不断に重要性を増しつつある、法の歴史理論 (Legal History) である。それは確かに目新しい学問ではないが、しかし今や、その素材、方法、目的について、以前にも増して明確な自覚をもった、一層洗練された学問となりつつあると思われる。またそれは、いかなる政治的立場にとっても重要なものとなっている。

第二に注意すべきは、法理論それ自身がロー・スクール内の一部の学者によって専門的に探究されるようになってきていることである。そのような傾向は、アメリカではR・パウンドにまで遡ることができる。法理論は、社会科学、特に人類学や言語学、論理学そして政治哲学などにおける様々の見方に大きな影響を受けて来た。その営みに携わる人々は、法理論を、法学的なものであるよりはむしろ法についての哲学的解明だと考えているのである。

第三の傾向は、未だ端緒についたばかりのものではあるが、「法とテクノロジー」論 (Law and Technology) である。この研究者達は、科学とテクノロジーの発達と法との間の相互影響関係に関心をもっており、特にその重要な一分野は「法とコンピューター」論である。この種の研究は、テクノロジー、とりわけコンピューター・テクノロジーがアメリカの社会生活の様々な側面に及ぼしている広汎な影響を反映したものである。

最後に、紛争解決法の研究 (the study of alternative methods of dispute resolution) の動きが挙げられる。その必要性は、アメリカにおいては、訴訟の増加と複雑化、そのためのコストの増大に対する不満から生じている。アメリカでの一人当りの法律家、裁判官、そして係属中の訴訟の数は、他の国々に比して極めて多く、また訴訟は経費と時間がかかるし、結果は当事者にとって満足のゆくものとは限らない。新しい研究は、このような状況をもたらした原因の解明と、問題を緩和する新たな制度や手続の可能性の探究を企図している。この種の研究者は未だ少数ではあるが、後述する法に関する「臨床的 (clinical)」プログラムが財源の確立によってまたたく間にロー・スクール中に広まったのと

同様に、財源さえ十分なものとなれば、研究者の数も増えてゆくと思われる。

### C 歴史的背景

現代アメリカにおける法思考の主たる傾向の記述を始める前に、まず、それらの法思考の文脈を準備した一定の歴史的背景を明らかにすることが有益であろう。その中心的な特徴をなし、かつ法学に極めて大きな影響を与えたものは、1927年頃から第二次大戦にかけて隆盛を極めたアメリカン・リーガル・リアリズムであった。<sup>(2)</sup>

リアリズム運動以前のアメリカ法学は、分析法学派の様式、特にイギリスの学者達のスタイルに従っていた。<sup>(3)</sup>そこでの法学者の中心的活動は、法の有権的な源泉（基本的には制定法と先例）を、理解しやすく、首尾一貫して明確であり、そして裁判官や実務家に役立つような仕方で分析することであった。この種の分析から帰結する法理論は、新たなケースにおける法的決定を導き、また法体系内の欠陥を摘示して適切な立法による修正を求めようとした。このような研究として最も特徴的かつ影響力の大きかったものは、おそらく、1923年に始まり多年にわたって多くの学者の協力を得て作られたリステイメントであろう。<sup>(4)</sup>この精神の下でなされた研究は、一般に実証主義と呼ばれて来た、法についての一定の見方を前提していた。そこでは、法はルールと原則とから成る自律的な体系であると考えられ、その有権的な源泉によって他の社会的規範から区別された。そして、これらのルールや原則は、人間の行動や法的決定を導くものであった。それ故そこでは、政治的あるいは道徳的な考慮は必然的に法的議論から除外された。また、法や法的制度の社会内での作用の経験的研究は社会科学者の領分であって、法学には何ら関わりのないものとされたのである。

リアリズム運動は、このような思考法を掘り崩した。運動のアイデアの大部分は目新しいものではなく、4半世紀も前からドイツの自由法運動によって展開されて来たものであったが、多くのアメリカの法学者

にとってはそれは新鮮であり、極端な形にまで押し進められた。リアリズムは、実証主義的哲学によって助長された過大な形式主義への一つの反動であった。リアリズムはまた、部分的には、当時に至るまでのアメリカ最高裁の判決における、時代遅れとなった政治的価値を単に詭弁的に正当化することのみ腐心する傾向に対する反動でもあった。

ここではリアリストの主張の分析には立ち入らないが、アメリカ法学のその後の展開との関連を明確にするために、いくつかの重要な主張を整理しておくべきであろう。リアリストの著作には、以下の六つの重要な主張が見出される。——(1)法的ルールは、それだけでは一定のケースについての結論を決定しえない。(ルール懐疑主義) (2)法的に問題となる事実は判断者の主観的フィルターを通して確定されるものであり、従ってその内容は十人十色であって、いかなる「客観的」事実も存在しない。(事実懐疑主義) (3)法学研究の本来の目的は、法的決定を導いている「真の」要因を突き止めることであり、そこでは、心理学的、社会学的、政治学的そして経済学的なデータが重要である。(4)法学者は、法体系の作用を適切に評価するために、法的決定の結果社会にもたらされる事実的影響を研究しなければならない。(5)経験的な社会科学の方法こそ、法学者が法的決定の結果や過程におけるルールの役割を研究するために用いなければならない方法である。(6)法学教育は、教育、研究共々、この新しい見方を反映するように変更されねばならない。——但し、何人かのリアリストはこれらすべての主張を支持するが、他の者はこれらの内いくつかを支持するに止まるし、また、各主張を支持する程度は各人において異なっている。

リアリズムは、そのより極端な形においては、法の自律的体系性、法的ルールが法的決定において中心的機能を果たすこと、そして伝統的法学の正統性や有用性をも否定した。他方、それほど極端ではない形においては、リアリズムは、法学の方法を社会科学的なものへと変えることおよび法的決定の社会的帰結を研究すべきことを主張した。いずれにせよ、この運動の主要な批判は懐疑的なものであり、リアリスト達は特

に、伝統的な法的正当化はそれ自体として多義的であり、それ故全く正反対の結論が常に同じようにうまく正当化されうること、法的概念、原則そして学説などはそれをを用いる人の関心に応じて操作されうるシンボルにすぎず決定力も実体もないものであることなどを証示するのに与って力があったのである。

リアリスト達の思想は、1930年代においては、ほんの少数の法学者にしか受け容れられなかった。しかし、彼らの根本的で懐疑的な洞察は極めて力のある鋭いものであったので、その思考法は徐々に通常の法学にも浸透し始めた。1950年代半ばに至るまでには、アメリカの大多数の法学者はリアリストの主張の真実性を一定程度まで認めるようになり、明示的にそうではない場合でも、往々研究方法の変化を示すようになったのである。その時までには、学者も上訴裁判所判事も共に、伝統的な解釈論に付け加えて「政策」論も展開するようになっていたし、また、法の機能や実効性についての経験的探究も広く行われるようになっていた。多くの法学研究の強調点は、法の教義から法が機能する文脈へと移行した。法的技術の教育が重視されるようになり、それがロー・スクールのカリキュラムの内に組み入れられるべきだとされた。更に、「法と何々」<sup>(5)</sup>と題する科目がロー・スクールに出現し、「学際的研究」は流行語となって、法学の最高の理想とさえ言われるようになった。1980年代における法学の諸傾向が登場したのは、まさにこのような環境からである。従って、現代の法学の諸傾向を、それらがリアリストの洞察を受容している程度や、あるいはそれらがリアリストの主張の内、何を特に発展させているかということに応じて分類するのが、有益である。

## Ⅱ 主要な傾向

### A 伝統派 (The Old Guard)

現代でも依然として、1920年代以前の法学観にコミットしていると考えられる法学者達がいる。ただし、彼らのすべてが老大家だと言うわけ

ではない。彼らは、リアリストの洞察には全く影響されておらず、その真実性を認めてもない。彼らの研究は、旧来の実証主義の枠内に立つ分析的なもので、新たなケースを想定された自律的な法体系との論理的整合性という点からのみ説明したり、批判したりするものである。彼らの主たる職務は、法についての人工的な理論枠組の内での思考の論理的厳密性を強調しながら、学生に法律論を教えてゆくことにある。このグループに属する人々が最も共感を覚える法理論は、H・L・A・ハートの<sup>(6)</sup>ものや、あるいは、イギリスのケルゼン主義者であるJ・W・ハリスの<sup>(7)</sup>ものであるが、それは結局、この種の法思考の起源がイギリスにあることを反映しているのである。<sup>(8)</sup>私の印象では、このタイプの法学者は、全体の5%乃至20%の間位の割合だと思われる。伝統派は決して新しい法学の傾向だと言うわけではないが、彼らの多くは、伝統的法学の自覚的継承を以て彼らの存在意義であることを示している。政治的観点から見れば、保守-リベラル-ラディカルという一応のスペクトラム上で考えると、伝統派は保守的だと言えるであろう。もっとも、この種の法の見方は、伝統的で厳格なマルクシズムの法の見方、特にパシュカーニスのもそれとも整合するものであることには注意すべきであるが。

## B 主流派 (The Mainstream)

現代アメリカ法学における主流派は、法学者の半数以上が属するものである。彼らは、いくつかのリアリズム的視点を受け入れながらも、法を本質的には合理的な制度として捉える見方とも結びつきを保っている。彼らの哲学的立場は、彼らが排除するものとしたくないものを列挙してゆくことによって最も適切に明確化できるかもしれない。第一に、主流派の学者は、法学が経験的な社会科学の方法と技術とを採用しなければならぬという考えを退ける。法は正統的な純理論的学問によって考察されるが、それは規範的な学であり、倫理学、政治哲学そして神学とさえ近縁のものである。しかし、だからといって、彼らは経験的な社会科学を敵対視するわけではない。彼らは、経験的社会科学が法現象の解

明に有効であること、ロー・スクールの制度内でそれが教えられるのは有意義であることに同意する。けれども、彼らによれば、法に関わる経験的社会科学は社会科学者によって営まれねばならないのであって、法学者が行うものではないのである。

主流派は、第二に、法的議論がそれ自体として多義的かつ主観的なものであるという考えを退ける。彼らは、古典的法理論の多くの不確定性や、法体系の自律性という伝統的観念の多くの不適切性を認める一方で、にもかかわらず、法的な問題、少なくとも一定時点における一定の法的問題には正しい答が存在するという見方を支持する。

更に彼らは、法的決定が必然的に恣意的であるとか、裁判官の個人的偏見や政治的偏向によって導かれるといった観念を退ける。法的決定についての古典的な実証主義者の見方が誤解を生みやすく、誤ったものではないにせよ不適切であるということ認める一方で、彼らは、裁判所の決定の説明と正当化のための、広汎ではあるが客観的な基礎を与えようとしている。

主流派の学者達は、積極的な面では、法は往々捉えどころのないものではあるにせよ、ルール、原理、政策から成る体系であり、合理的に理解し説明することが可能であると考え。しかし、この法の体系は伝統的な形で形式的かつ自律的なものとして考えられるのではなく、当該社会の文化に由来する道徳的価値や政治的価値を含むいっそう広いものとして考えられている。従って、伝統的な自律的モデルではその枠外とされていた一般的原理や政策が法的議論の内に組み入れられることは、可能でもあり、また往々必然でもある。そして、それらの原理の源泉はその社会の伝統の内に存している。この見方下では、形式的法規範以外にも、法的問題と関連を有する政治的あるいは道徳的な規範が存在している間然することがなく、それ故問題は、競い合っている様々の規範の内どれを最上のものとして選択するのかということになる。そして、それに対する答は、約言すれば、法体系全体の精神と最もよく整合するものを選択せよ、ということである。このように、主流派の学者達は、

形式的な法的ルールの不適切性を認めながらも伝統的な法思考とリアリストの見方との和解を図っているのである。

尚、注意すべきことは、主流派の方法の特徴が法的議論の様々の事例の中で重要なものの分析と注釈にあり、そしてそれはある特別なタイプの規範的議論である、ということである。すなわち、先例や立法は言うまでもなく、それらに加えて政治的原理（例えば決定権の制度的分配に関わるもの）や道徳的原理（例えば「人は不正に利益を得てはならない」など）あるいはより漠然とした政策（取引上の効率促進、期待の保障の促進など）も、法的議論やその分析においては考慮に入れられねばならないのである。

主流派においては、法的議論に用いられる原理や政策の概念が、極めて広い漠然とした形で定義されている。それ故、彼らの言う法的議論も、リアリストが指摘したような、論者が望む結論を導くのに最も都合のよい前提を選択するといった極めて詭弁的なものであると思われるかもしれない。しかし、主流派はそうは考えない。彼らは、そのような法的議論も客観的であると主張する。議論の諸前提は恣意的に選択することはできず、その根拠を問われたときには、それらが法体系内の他の諸規範と整合することを示すことによって正当化されなければならない。このことは実際には難しいが、法学者の仕事はまさに最上の議論を可能ならしめることにある。もっとも、いかなる法的議論も他の議論による反駁に曝されうる。従って、実際上は、法的問題についての答は常によりよいかより悪いかのいずれかであって、最上のものであるということはない。また、理論的に見て最上の答が存在するか否かという点については、根本的な争いがないわけではない。しかし、いずれにしても、この見方の中では、法的議論を評価する究極の規準は当該社会の規範的枠組全体との整合性である。従って、そこでは、自然法のような法の絶対的規準は認められず、また、法学者の研究も文化的相対性を免れないことになる。更に、法的批判は一定の政治-法的枠組の内部においてのみ行われるので、それは改革へは結びつきうるものの、その枠組自体の根

本の変革につながるものではない。この意味で、主流派の多くの学者は、政治的にはリベラルあるいは穏健な態度をとるものである。

主流派の哲学的立場は、歴史的に見れば、L・フラーの思想に一定の起源をもつように思われる。<sup>(9)</sup>その他に付随的にはあるが重要だと思われるのは、H・ヴェクスラー<sup>(10)</sup>やA・ピッケル<sup>(11)</sup>の影響である。また、G・ヒューズも、主流派の基本的主張のいくつかを簡便に述べている<sup>(12)</sup>。しかし、現在それを最も包括的に述べているのはR・ドゥオーキン<sup>(13)</sup>である。

尚、法学者の多くは主流派的な法理論研究者ではないことは勿論である。しかし、主流派の考えを採用しているか否かは、法の各専門領域における彼らの研究成果のタイプから推し量ることができる。そして、「主流派」という言葉が示唆するように、各分野にわたる現代の法学研究の多くは上述の見方を反映している<sup>(14)</sup>のである。

### C 法技術論 (Lawyering)

上述した二つの法思考は他の傾向に比べるとそれほどリアリストの主張を受け容れているとは言えないが、それに対して、今度扱おうとする法技術論は、リアリストの最も極端な主張を全面的に受け容れるものとして特徴づけることができる。この見方の下では、歴史学や化学や哲学という学問が存在しているというと同様の意味で法学という学問が存在しているのではない。法学の主題とされているのは、それを知っていると称する学者の自己欺瞞的な想像にすぎない。シェイクスピアの言葉を借りれば、法的議論や法理論は「かまびすしさと激情に満ち、何ら実のない」ものである。

このようなニヒリスティックな見方に鑑みると、どうしてロー・スクールに法技術論者が存在しうるのか、と問う人があるかもしれない。それに対して法技術論者は何も言えないのではないか。否、と彼らは答えるだろう。彼らによれば、ロー・スクールをありのままに捉えれば、それは職業訓練校そのものである。法的処理の訓練は、基本的には、飛行士や看護婦あるいはコンピューター・プログラマーになるための訓練と

何ら変りがない。学生は知識を詰め込み、専門的業務の遂行を可能ならしめる技術を習得しなければならない。

法律家にとって必要な知識には、法律用語、裁判所制度、訴訟手続、専門家としての倫理、依頼人との関係、事務所の運営等々その他多くの関連事項についての知識がある。また、法律家見習いが習得しなければならない技術としては、法律書類の作成、依頼人や証人へのインタビュー、和解や取引の交渉、負債の督促や整理、陪審対策、依頼人のカウンセリング、企業活動の法律相談、有罪答弁の取引等々における技術がある。

法律家が学ばなければならない重要な技術の一つに、法的議論の技術がある。法的議論は客観性をもつものではなく本来多義的なものではあるが、訴訟における儀式の一部としての役割を期待され、また要求されている。裁判所は、もっともらしい議論を立てることによって好ましい結論を正当化しなければならない。それ故、法的議論の技術は法律教育の内に確固たる位置を占めることにはなるが、しかし、それは、陪審員選定や反対尋問の技術と同様、あくまでも必要な一つの技術でしかない。もっとも、法的議論の技術は非常に洗練されたものであるので、その教育にはかなりの時間をさかなければならないのだが法技術論者の多くは、法律教育の1年目はまだしも、それを更に延長することは好まないようである。

法技術論の見方からすれば、飛行士見習いが空気力学の本を読んでも飛行技術の習得には全く周辺的な助けにしかならないかもしれないのと同様、法律家の見習いにとって法理論などはさほどの必要もない。彼は、できる限りいわば「飛行機を飛ばさ」なくてはならないのである。それ故、法技術論の教師の主たる任務は、学生が実地経験を積む機会をつくり出すことである。そこでは実際的な設問が立てられ、専門家的な処理が課され、また、法廷、事務所、官庁、立法府などにおける法律家の仕事の実際を見聞する機会が設けられる。そして学生は、様々の課題の処理に関して、評価や批判を受ける。教師の役割は、法律の動向をフ

ォローして最上の教育技術や戦略を工夫しながら、学生を訓練し、法律技術に熟達させることにある。

この法技術論の立場からは何らかの理論が生じうるであろうか。答は、いくらかは、である。実際、最近数年間に<sup>(15)</sup>公刊された著作の数は、法技術論者の数から予想できる以上に多いものである。もっとも、法技術論者に共通の一般的法理論があるというわけではない。彼らにとっては、そのような法理論は周辺的なものにすぎないからである。しかし、法的技術の教育法やいわゆる「臨床的」法律教育に関しては、重要な思想を含む洗練された著作がいくつか出ている。これらの多くは、専門教育の最上の伝統を体現するものである。

法技術論の立場は、特定の一般的法理論をもたないものの、アメリカ社会の経済的状况によって促進されてきた。1930年代以来、臨床医学との類比で、ロー・スクールにおいては時折、学生に「臨床的」な経験が課せられるようになった。この動きの一つの動機は、法律相談を欲しているが金銭的な余裕のない貧しい人々を援助しようということにあった。1960年代になって、連邦政府は、全国の法律事務所に低所得者への法律相談のための財源を供与するプログラムを始めた。各法律事務所は増員手段として法学生の奉仕を歓迎し、また、ロー・スクールや法学生は見習経験の機会の増加を歓迎した結果、「臨床的」プログラムはまたたく間に各ロー・スクールに広まったのである。今日では、アメリカのほとんどのロー・スクールに幾種類かの「臨床的」プログラムがあるが、このことは、各ロー・スクールに何人かの「臨床的」法学の教師がおり、全体ではかなりの人数にのぼることを意味している。これらの学者の専門的研究は、常にというわけではないにせよ、法技術論的な見方を含むものであるが、この見方をとる者は必ずしも「臨床的」プログラムに携わる学者に限られるわけではない。尚、政治的に見れば、法技術論の立場に立つ学者は左翼に属する傾向がある。ただしそれは、彼らの哲学の故ではなく、何ら特権もない貧しい人々の要求に対する同情とその人々への抑圧を摘発しようとする傾向との故である。また、哲学的に

見れば、彼らの法的懐疑主義はたぶん政治的懐疑主義に結びつくはずである。

#### D 法的決定理論 (Decisionmaking Theory, LSP)

リアリズムにその由来の一端を負う第三の法思考は法的な決定理論であり、その唱導者の命名によれば「法、科学、政策」論 (Law, Science and Policy), 略して LSP である。法学研究に社会科学的方法を導入するというリアリズムの動向の一環として、シカゴ大学の傑出した政治学者であったH・ラスウェルがイェール大学のロー・スクールに移ったのは1940年代のことであった。彼は、国際法学者であるM・マクドゥーガルと共同で新たな法学の枠組をつくり出したが、それは、ラディカルで論争的なものであった。1940年代から1970年代にかけてその立場からの著作が次々に著され、特にイェール大学出身の者に多くの賛同者が現れて、彼らの多くが法律教育に携わるようになった。他の様々の決定理論が社会学者によって提唱され論議されて来たのに対し、このラスウェル-マクドゥーガルの試みは、法学に大きな影響を与えて来たのである。

リアリストの主張に触発された結果、LSPの研究の中心眼目は官吏による決定のプロセスにある。ここで言う官吏とは、裁判官、行政官、立法者その他の政治的な権力を行使する人々などを指している。それ故、法学者に開かれた探究の範囲は、実証主義者の狭い視界を遙かに越える広いものであって、あらゆる政治-法的決定を含んでいる。決定に影響を与えるすべてのファクターは探究にとって重要なものとされ、従って体系的に説明されなければならない。それ故、LSPは往々チェックリスト哲学の様相を呈する。また、その適用のためには、主張を展開する者、決定によって影響を受ける者そして決定者等の条件が明確に認定されなければならない。とりわけ、彼らの見通し、戦略的立場、価値観などは明示化されなければならない。また、決定プロセスの全貌を知るためには、決定の前後の局面も研究されなければならない。更に、決

定は、研究者の有する明示的価値観によっても評価されうる。そして、この評価はまた、将来の決定に影響を与えるかもしれない。

法的決定理論は、いくつかの点で、ドイツの法学者P・ヘックによって利益法学という名の下に試みられた相拮抗する利益の体系的分析や、<sup>(17)</sup>  
R・パウンドによって展開された社会工学による利益の衡量を改良した<sup>(18)</sup>  
ものである。これら三つのアプローチは、形式的な法的ルールは決定者の営みを説明したりそれを導いたりするのに不適切であるという懐疑的な基本洞察を受け容れており、また、決定プロセスの構成要素を発見し明確化することを通じて、決定の理解のための体系的枠組を再構成し、決定者に指針を与えることを目指している。

様々の観点の区別を強調することによって、LSP は社会における権力の行使についての有効な思考枠組を与えようとしており、それは、学者ばかりでなく、主張者や決定者自身にも有用なものである。LSP は普遍的理論の構築を目指したので、通常政治的、法的言語のもつ曖昧な含蓄を避ける用語法や概念を導入しなければならなかった。その結果、より精確で多義的ではない言葉が用いられるようになったが、しかし、それは同時に、LSP の体系を利用したいと思う学者は新しいジャーゴンを学びそれを一貫して用いなければならないということの意味していた。LSP の語り口は伝統的な法的あるいは政治的なそれと食い違うものであり、このことは、法学界における LSP の受容にとっての主たる障害の一つであるように思われる。

ラスウェルは何年か前に死去し、またマクドゥーガルはほとんど引退してしまったので、彼らの弟子の何人かが LSP による決定プロセスの分析法を用いたり、改善したりし続けているとはいうものの、現在そのような研究がどれくらい多くなされているかを見定めるのは難しい。もっとも、主流派の法学者の何人かは、LSP に示唆を受けながらも、かのジャーゴンなどの欠点に陥ることなく、いわば非公式な形でそのチェックリスト的アプローチを採用しようと試みている。その意味では、法的決定理論は現代の法思考に影響を与え続けてはいるのであるが、しか

し、結局の所それは弱まりつつあるように思われる。

### E 社会学的法理論 (Sociology of Law)

リアリズム運動に触発されたものとしては更に、社会学の方法に依拠した法学研究が挙げられる。それは1930年代から始まり1960年代に特に隆盛を迎えたが、その後は、後述する「法と経済学」論に地位を譲りつつある。しかし、多くのロー・スクールに所属する社会学者達の存在は、法思考におけるこの傾向の持続的な活力を示すものである。彼らの中には法学と社会学両方の学位をもつ者がいることも、まれではない。

社会学的法理論の方法は、科学的自然主義という一般的な知的パラダイムから得られたものである。<sup>(19)</sup> 法体系の作用はある特定のタイプの行動現象として研究され、そして、その研究は経験的で記述的であり、可能な限り数量化され、場合によっては数学的分析に服するものである。そこで重要な観念は客観性ということであって、形而上学的あるいはア・プリオリな前提を用いることはできない。また、法的ルールや様々の法理論は、より広い枠組の下で説明されるべきデータとして取り扱われるにすぎない。更に、人々が行っていることと人々が自らの行っていることをどう考えているかということとの間には、往々重要な区別があるとされる。意識的な意図や目的からは独立した行動の基底的パターンこそが、発見され、明確化されねばならないのである。社会学的法理論の理想的目標は、原因と結果、あるいは統計的確率、あるいは有機的機能主義による、現象の究極的説明である。

社会学的法理論においては、当初から、二つの、関係はあるがおそらくは矛盾し合う目的が唱えられていた。一部の学者は、社会学的法理論の意義を、記述的な方法によって法体系の作用の結果を明らかにし説明して現実の世界において何が起っているかを知りうることだと考えている。しかし、この方向での研究は、法が当初意図されていた機能を果さないことを往々示している。それ故、他の社会学的法理論学者は、法はかく解明された欠陥を正すように改革されるべきであると示唆したり、

明示的に主張したりする。‘社会学的方法をこのように改革のために用いることは、現在でもポピュラーなものとして続いているが、しかし、このやり方は、価値観を密輸入しており、「科学的」客観性を損うものだとして往々批判されてもいる。

このような批判は、容易に予想されるように、社会学的法理論についての他方の立場、すなわち純粹理論家の側からなされている。彼らは、およそ科学的たろうとする社会学は行動の基底的模式についての記述的一般化、すなわち經驗的に検証可能な理論体系の構築を目的としなければならないと主張する。そのような知識を産み出す研究は、焦眉の實際問題とはほとんど、あるいは全く関連のない仮説に基づいて行われるのが通常である。また、このような研究は、人間行動の総合的理解のために、法以外の様々の領域における既存の社会学的研究をも利用しなければならない。この見方によれば、真の社会学の探究は理論の導く方向へと進められねばならないのであって、データがその時々<sup>(20)</sup>の政治的目的に利用されうるような方向へと進められてはならないのである。このことは、社会学者を法自体の研究から離れさせ、法がその内の一つの局面にすぎないような現象の研究というより実り多い仕事へと向かわせている。

純粹に理論的な社会学的法理論の追求は、ロー・スクールにおいてよりは社会学部において主になされているようであるが、この点で例外的なのは、<sup>(20)</sup>イェール・ロー・スクールのD・ブラックである。一方、ロー・スクールの社会学者はほとんどが改革主義的の志向をもっており、積極的に新たな改革を唱導する者もある。<sup>(21)</sup>改革主義者ということから予想されるように、彼らは政治的にはリベラルな立場に立っている。

## F 「法と経済学」(Law and Economics)

社会学的法理論の場合と同様、「法と経済学」(略して LAE)の動向は、リアリズムが隆盛をきわめ、法学は社会科学の方法を採用しなければならないと説かれた頃から始まっている。その LAE が学問として成

熟してきたのは社会学的法理論よりもいく分遅く1960年代後半に入ってからであったが、しかし、それは現在では、法思考における有力な新傾向となつて<sup>(22)</sup>いる。社会学的法理論の場合とは異なって、LAEの学者達は、経済学的理論の部分をその道の専門家に委ねてしまうということにはしなかった。むしろ、彼らは、R・パウンドと同様に、彼ら自身が経済分析に熟達するというやり方でLAEを展開しようとしている。もっとも、多くのロー・スクールでは法律家でない経済学者も籍を置いている。

LAEは、法的作用について経済分析を応用しようとするものである。私は経済学に通じてはいないので、それが何を意味するかについて述べることは避けたいと思う。ただ、いかなる経済学的探究も社会における法的制度枠組を考慮に入れなければならない(例えば、富や所有は法的作用によってのみ可能である。)限りでは、経済学理論は常にLAEを含んでいると言えよう。伝統的な経済学とLAEの間には、それらの理論的性格について明確な区別は存在しないように思われる。新しいのは、法学者による経済学的分析枠組の採用と、伝統的経済学では扱われてこなかったより広汎で新しい問題領域へのその枠組の応用(例えば、不法行為による損害賠償、刑事法上の諸問題など)である。そこでLAEが主張することは二つあるが、それらは表裏一体のものである。第一は、経済学的分析は、法的ルール、概念、制度の説明、批判、正当化を与えることができ、それは、主流派のもの以上に精確で洗練されており、かつ説得的であるということである。第二は、経済学的分析は、コモン・ローにおける法的決定が無意識の内に経済的効率性を狙っていることを証明しようとしている(もっとも、これは極めて問題の多いところではあるが)ということである。

LAEの方法は、批判も多々あるものの、多くの法学者に広くアピールし、アメリカのロー・スクール中に広まりつつある。その意味するところは、「安楽椅子の」経済学は伝統的なケース分析によく適しているので、法学者は若干の再構成によって容易に応用ができるということなのかもしれない。しかし、この新しい傾向に対して敵対心をもつ人々も

いる。特に、後述する批判的法学の立場の人々がそうである。この立場から LAE に対して最も多くなされる批判は、そこで用いられている経済学理論が、新古典派あるいはシカゴ学派といった、誤った前提に立った欠陥の多い理論であるというものである。そこでは特に二つのよくある誤りとして、人間の欲求はそれが産み出された社会的背景から抽象化されうるものであるという観念、および、人間は常に合理的に自己の利益を充足することができるという観念が挙げられている。また、その他には、先の経済学理論が現実離れした抽象的モデルに頼りすぎて、経験的基礎を欠いているという批判もある。

これに答えて、LAE 論者は、「それでは他にどのようなよりよいアプローチがあると言うのか」と問う。実際、主流派は結局は漠然とした分析に立ち戻らざるを得ないし、批判的法学は、後で指摘するように、何ら積極的な答をもっていない。また、LAE に関して経験的探究が不可能だとする理由は全くないように思われる。もっとも、社会学的法理論に見られたような目的の二元性（改革か純粹理論かという）が再び現れることは不可避のようでもあるが。

## G 批判的法学 (Critical Legal Studies)

現代アメリカの法思考に関して取り上げられるべき最後の傾向は、自らを「批判的法学」と呼ぶ動向である。一定の法学者達が多かれ少なかれ一定の視点の下でグループを形成するようになりこの動向が始まったと言えるのは、ここ10年位のことである。<sup>(23)</sup> 批判的法学は、リアリストの最も極端な主張、すなわち、形式的な法体系はごまかしであり幻想であるという主張を受け容れている。また、その立場からすれば、おそらく主流派も同じ批判を受けることになるだろう。しかし、リアリストの立場との一致が見られる一方、この動向の起源は完全にアメリカ思想史の圏外にある。その最も直接の起源は、フランクフルト学派のマルクス主義<sup>(24)</sup>（その運動の半生はアメリカにおいて営まれているのではあるが）と、ドイツの社会哲学者 J・ハーバーマスやイギリスの哲学者 R・コリンズ<sup>(25)</sup>

ウッド<sup>(26)</sup>あるいはP・ウィンチ<sup>(27)</sup>らが展開している、歴史や社会についての「解釈学的な」(hermeneutic)アプローチとにある。また、1960年代後半のベトナム反戦運動も、この新しい動向の展開に対して実践的な触媒として機能したと思われる。

批判的法学は、その名称から知られるように、第一次的には否定的な主張を展開するものである。それは、その傾向に属する人々が誤りだとみなす、他の法思考に含まれる社会的価値観の正体を暴露しようとするものである。その主張はマルクス主義の見方や用語法に依拠するところ大であるが、その一方で、それは伝統的なマルクス主義的見解を固持するものではないことが強調されるべきであろう。実際、この傾向に属する学者の多くは、マルクス自身の世界観についての基本的主張のいくつかは否定しているようである。

批判的法学の研究は一貫して否定的な批判を展開するが、肯定的な形で述べることのできるいくつかの特徴もそこには見られる。批判的法学の論者達は、法的議論や法理論を政治理論の一側面と捉え、その結果として、法体系がイデオロギーから独立した客観的な存在であるという観念を退ける。アメリカの法制度は政治的リベラリズムの顕現として捉えられるが、リベラリズムは「矛盾」と欠陥に満ちたものであるので、その内での法理論も欠陥の多いものなのである。

更に彼らは、社会理論と通常呼ばれている歴史上のある時点でのある社会の政治-法的理論は、それ自体が当該の社会状況によって産み出された特定の社会観の表現であると主張する。それ故、伝統的な社会学者が主張するであろうように科学的自然主義に則った純粹理論的で客観的な社会科学を展開することは不可能であるとされる。社会理論における客観的真理は人間の能力を超えたところにある。

この傾向の特徴として、最後に、社会理論という学問領域の存在を政治的行動の一環として正当化するということがある。この見方によれば、学問とは真理の追求ではなく、正義の追求である。批判的法学の論者達は、人間の社会的相互関係を衝突と闘争として捉え、その内では多

くの人々が社会状況に無自覚で、個人や社会にとって最善のものがわからないでいると考える。しかし、批判的法学の学者達は何らかの仕方により高度の自覚に達しているので貧困、人種差別、犯罪、アルコール中毒その他の贅沢病などの様々の種類の不幸を産み出している現代社会の諸矛盾を明らかにする努力をしなければならない。我々の社会観の欠陥がそのように明らかにされることによって、社会は何らかの仕方により良き状態へと移行してゆくであろう。我々の社会観の欠陥を露わにする学問は既存の制度を「非一安定化」(“destabilize”)するものであり、この「非一安定化」作用こそ批判的法学の存在意義なのである。

この傾向に属していない者にとって、批判的法学の方法論的特徴を明確にすることは(実際そこに一つの方法論が存在するとして)、決して容易ではない。R・アンガーは批判的法学の方法と目的を明確にしようと努めているが、しかし、いずれに關してもそれほど明快だとは言えない<sup>(28)</sup>。批判的法学の主たる方法は、アンガーが「内的発展」(“internal development”)と呼んでいるものである。これは一見した所では規範的な方法であり、既存の制度とそこに生ずる軋轢の吟味の際の指針として、ユートピア的な社会の理想像を役立てようというものである。しかし、アンガーの説明を見る限り、「内的発展」とは特定のイデオロギー的枠組の内にある主流派の法的議論あるいは政治的主張と基本的には異なるものである。大きく異なるのは、むしろ、かなり曖昧ではあるものの、現代社会とそのイデオロギーからは全くかけ離れたラディカルなユートピア像である。

批判的法学の傾向が今後も続いてゆくかどうかを判定するのは、勿論時機尚早である。この動向はここ2、3年確かに大きな注目を浴びて来たが、しかし、そこに内在する否定主義と全面的な懐疑主義への傾向の故に、その継続性については疑問もある。批判的法学の論者達もたぶんそう考えているであろうが、批判的法学はリアリズムが半世紀前に果たした役割を現代において果たことになるかもしれない。リアリズムは本来否定的なものだったし、長くは続かなかったが、しかし、それはアメリカ

の法学に多大の影響を与え、変化をもたらしたのであったからである。

### Ⅲ 若干の考察

現代アメリカにおける法思考の諸傾向に関して、本稿ではこれ以上の立ち入った分析を加えることはしないが、締めくくりとして、今まで述べて来た新しい傾向に共通の、極めて明確ないくつかの特徴を指摘しておきたいと思う。

第一に、各傾向が示しているように、法学の対象は非常に拡大されて、以前は他の専門領域に属するとみなされていた、政治的、道徳的、経済的そして社会的ファクターも含まれるようになって来た。政治哲学や政治学と法理論との間の境界線は、消えてしまったというわけではないにしても、画然としたものではなくなって来た。それ故、特に主流派にとっての法理論の中心問題は、まず探究の焦点を限定したり、何らかの焦点を設定したりすることであろう。もっとも、LSP や批判的法学はそのような限定を人為的で誤ったものだと批判するかもしれない。

第二に、特に社会学や経済学における行動科学的方法が正当な法学の方法とみなされ、様々の具体的な法的研究のすべてについて有効であると考えられている。またそこでは、経験的調査のための技術に通じることが必要であるということも認識されている。規範的な議論や分析のための技術だけを知っていても、もはや法的探究には十分とは言えないのである。

尚、以上の結果として、ロー・スクールの性格も少しずつ変りつつある。教授陣も様々の専攻に分れると同時に、より包括的な知識をもち、伝統的な法的分析の枠を越えた社会問題に対処する能力を有するようになっていく。

アメリカのロー・スクールは、古いモデルから新しいモデルへと変貌を遂げつつあると言えるかもしれない。狭い意味での法にのみ関わる知的に孤立した学者集団に代って、新しいロー・スクールの学者達は、政

治一法体系全体に関わる様々の問題に対処するための社会理論を探究している。メディカル・スクールが物理学、化学、生物学を個人の健康の問題に応用しているのと同様に、ロー・スクールは、政治学、社会学、経済学を応用して我々の社会における政治一法的问题を解決してゆくのかかもしれない。そこでは、もはや、法それ自体だけに関わる独自の学問としての法学などは消え失せてしまい、医学の場合と同様、それはただ技術としてのみ存在するようになるであろう。

しかし、本当にそうなるかどうかは確言できない。事態は全く逆になるかもしれないのであるから。

— 注 —

- (1) 現在のアメリカのロー・スクールの方向性を示すものとして、例えば次のような科目を挙げることができる。—航空法、アメリカ・インディアン法、教育法、司法行政、少年法、「法と医学」、法と貧困、「法と精神分析」、軍法、天然資源、事務運営、社会立法、「女性と法」など。  
Association of American Law Schools, *Directory of Law Teachers* 747 (1983) による。
- (2) リアリズム運動の記述としては、see E. Garlan, *Legal Realism and Justice* (1942); E. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory* (1973); W. Rumble, *American Legal Realism* (1968); W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (1973).
- (3) R・パウンドは重要な例外である。see D. Wigdor, *Roscoe Pound: Philosopher of Law* (1974).
- (4) See American Law Institute, *Restatement in the Courts* (1934).
- (5) すなわち、法と社会学、法と政治学、法と心理学、法と歴史、法と文学等々である。
- (6) H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961).
- (7) J. Harris, *Law and Legal Science* (1979).
- (8) ドイツの法思考に影響されたアメリカの法実証主義に関して、see Fletcher, "Two models of Legal Thought", 90 *Yale L. J.* 970 (1981).
- (9) L. Fuller, *The Law in Quest of Itself* (1941); *The Morality of Law* (1969).
- (10) Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).
- (11) A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962); *The Morality of Consent* (1975).

- (12) Hughes, "Rules, Policy and Decisionmaking", 77 *Yale L. J.* 416 (1968).
- (13) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977) (especially chapter 4); "Natural Law Revisited", 34 *Fla. L. Rev.* 165 (1982).
- (14) 私の専門領域である憲法学の例としては, J. Ely, *Democracy and Distrust* (1980); L. Tribe, *American Constitutional Law* (1978) が挙げられるであろう。
- (15) 法技術論に関するシンポジウムと文献について, see *Clinical Legal Education in the Seventies: An Appraisal of the Decade*, 33 *J. Leg. Ed.* 604 (1983).
- (16) ラスウェル-マクドゥーガルの理論体系についての簡便な説明と彼らの著作について, see D. Lloyd, *Introduction to Jurisprudence* 365 (4th ed. 1979).
- (17) ヘックおよび彼の支持者あるいは批判者の主張の英訳として, see *Twentieth Century Legal Philosophy Series, The Jurisprudence of Interests* (1948).
- (18) See R. Pound, *Philosophy of Law* (rev. ed. 1954).
- (19) この概念についての議論として, see E. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory* (1973).
- (20) See D. Black, *The Behavior of Law* (1976).
- (21) See Nonet, "For Jurisprudential Sociology", 1976 *Law and Soc. Rev.* 525; また, see the references cited in D. Lloyd, *Introduction to Jurisprudence* 364 fn. 52-54 and 444-45 fn. 24-34 (4th ed. 1979).
- (22) 「法と経済学」に関するシンポジウムと文献について, see *The Place of Economics in Legal Education*, 33 *J. Leg. Ed.* 183 (1983).
- (23) この運動についての包括的な説明として, see Unger, "The Critical Legal Studies Movement", 96 *Harv. L. Rev.* 561 (1983); またこのタイプの法学の例として, see Tushnet, "Following the Rule Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles", 96 *Harv. L. Rev.* 781 (1983).
- (24) See D. Lloyd, *supra* note 21 at 741 and references therein.
- (25) 英語によるハーバーマスの解説として, see T. McCarthy, *The Critical Theory of Jürgen Habermas* (1978).
- (26) R. Collingwood, *The Idea of History* (1946).
- (27) P. Winch, *The Idea of a Social Science* (1958).
- (28) Unger, *supra* note 23.

訳者後記一本稿は、1983年9月から1984年6月までの間北大法学部に客員教授として滞在されていた、ジェームズ・E・ハーゲット (Herget) 教授 (ヒューストン大学) が、関西法理学研究会 (1984.4.14) および北大法学会 (1984.6.15) における報告のためにまとめられた論稿を訳出したものである。尚、二つの研究会での報告は、本稿を要約したレジюмеに基づいて行われた。(1984.7.27記)

## Recent Trends in American Legal Thinking

James E. HERGET\*

- (1) The work of legal scholars is guided in part by tradition, in part by the immediate needs and circumstances of the scholar, and in part by some general notion of what the activity of scholarship is and what constitutes a legal system. Every scholar, if not explicitly, tends to embrace a particular legal philosophy. It is therefore possible to classify the work of legal scholars in terms of the jurisprudence that their approach and work product imply. This paper will attempt to so classify contemporary American legal scholarship.
- (2) Pointing out certain major historical developments that provide the context for present day thinking, the great watershed for legal theory was the movement known as American Legal Realism. Prior to the Realist movement American legal scholarship followed the mode of the analytical school, especially the style of the English scholars. Work undertaken in this vein presupposed a certain view of the law that has generally been denominated positivism. This way of thinking continues today and is reflected in the work of a small number of scholars that I call the Old Guard. Contrary to this, the chief thrust of the Realist movement was skeptical. Accepted by only a small minority of legal scholars in the 1930's, their basic skeptical insight was so powerful and penetrating that their way of thinking gradually began to work its way into ordinary legal scholarship. Indeed, it is convenient to classify current trends in legal thinking according to the degree to which they accept the Realist insight or according to the specific part of the Realist theme that they have developed.
- (3) Turning to the specific trends, let us consider the Mainstream of legal scholarship. It is produced by scholars who have accepted some of the Realist viewpoint, but remain wedded to a view of law as an essentially rational institution. First, mainstreamers reject the idea that legal scholarship must adopt the methods and techniques of social science. Second, while acknowledging much of the indeterminacy of

---

\*Professor of Law, University of Houston Law Center

classic legal doctrine and the inadequacy of the traditional idea of an autonomous legal system, they nevertheless adhere to the view that there are right answers to legal questions. Third, admitting that the classic positivist view of judicial decisionmaking is inadequate if not misleadingly erroneous, they purport to offer a broader but still objective basis for the explanation and justification of court decisions. Further, the Mainstream scholar sees law as a system of rules, principles, and policies that can be rationally understood and explicated. This system is a much broader scheme involving moral and political values drawn from the culture of society. It is thus possible and often necessary to bring into legal discourse general principles or policies that would fall outside the older autonomous model. So, the question becomes how to select the best from competing norms, and the answer, in short, is to choose the alternative most consistent with the genius of the system as a whole.

- (4) A second scholarly trend is what might be called Lawyering. In this view, there is no subject matter for a discipline of law except in the imagination of those self-deluded scholars who think they have found one. Those holding Lawyering view argue that the law school is nothing more than an institution for vocational training. Legal training is no different in principle from training to become an airline pilot, a nurse, or a computer programmer. Just as an apprentice airline pilot may receive only marginal assistance in learning to fly by reading books on aerodynamic theory, the apprentice lawyer really has only a marginal need for legal theory. What he really needs are all kinds of legal or managerial techniques. One of the key skills that lawyers must learn is that of legal argumentation, which is expected and demanded as a part of the ritual of litigation.
- (5) A third line of thinking is decisionmaking theory, ora s mamed "Law, Science and Policy" or LSP. It takes as its central focus of study the process of making decisions by officials. All factors affecting decision-making are considered relevant to the inquiry and therefore must be systematically accounted for. LSP is in some respects an improved version of the systematic analysis of competing interests worked out under the name Interessenjurisprudenz and of the balancing of interests through social engineering. However, in striving to invent a universal theory, LSP had to introduce terminology and concepts that avoided the confusing connotations of ordinary political and legal lan-

- guage. This has resulted in a more precise and unambiguous vocabulary, but it also has meant that scholars who want to use the system must learn the new jargon and then use it consistently. Some scholars continue to work in the LSP framework, and therefore it remains an influence on today's thinking, but perhaps a waning one.
- (6) Another trend in legal scholarship today is the Sociology of Law. Sociological understanding of law draws its method from the general intellectual paradigm of scientific naturalism. The operation of legal system is studied as a particular type of behavioral phenomenon. Underlying patterns of behavior, independent of conscious aims and purposes, are sought to be discovered and illuminated. Such studies are empirical, descriptive, quantified to the extent possible, and subjected to mathematical analysis where feasible. Ideally the goal of the sociologist is the ultimate explanation of phenomena in terms of cause and effect, or of statistical probability, or of organic functionalism.
- (7) Another important trend in legal thinking is the Law and Economics movement. This scholarship consists of the application of economic analysis to the operation of law. What is new is the adoption of tools of economic analysis by academic lawyers and their application to a new and broader range of subjects heretofore left untreated by traditional economics. It is claimed that economic analysis can produce explanation, criticism, and justification of legal rules, concepts, and institutions that are more precise, more sophisticated, more determinate, and more persuasive than those of mainstream scholarship. The Law and Economics method has a wide appeal to many legal scholars in view of its continuous spread throughout the American law school world, although there has also been much criticism. However, there is no doubt that it is the leading new trend in legal thinking.
- (8) The final trend has named itself the Critical Legal Studies movement. As the name would suggest, it tends to debunk what its authors consider to be the misconceptions of social truth contained in other forms of legal scholarship. The critical legal scholars see legal argument and legal theory as an aspect of political theory, thereby rejecting the notion that the legal system has an independent and objective existence apart from ideology. Next, the critical scholars maintain that the politico-legal theory of any society at any point in history is itself an expression of a particular understanding of society which has been created by social conditions. Further, the movement is characterized

by its justification of scholarship in the field of social theory in terms of political action. In this view, scholarship is not the pursuit of truth but the pursuit of justice. Finally, the critical scholar, having somehow reached a higher level of consciousness, must devote his efforts to exposing the contradictions in present day society. This scholarship is said to "destabilize" existing institutions.

- (9) In conclusion, I will point out some fairly obvious common features of the newer trends. For one thing, the object of legal scholarship has been greatly expanded to include political, moral, economic, and social factors once regarded as the proper domain of other disciplines. In addition, behavioral science methods, especially those of sociology and economics, are regarded as legitimate modes of legal scholarship appropriate for all subfields of legal study. As a result, the character of law faculties is slowly changing. The professoriate is becoming more diversified, more comprehensively trained, and more capable of dealing with social issues that go beyond traditional legal analysis. It appears that American law schools are gradually undergoing a transformation from an old world to a brave new world.