

カール・ルウェリンのリアリズム 法学とアメリカ統一商事法典に関 する一考察

吉 田 直

序

アメリカ統一商事法典 (Uniform Commercial Code, 以下 U. C. C.) は時として Llewellyn's Code⁽¹⁾、Karl's New Kode⁽²⁾ と呼ばれるほど、ルウェリンの U. C. C. に与えた影響力は大きかった。ルウェリンの法理学上の立場であるリアリズム法学 (Legal Realism, Realistic Jurisprudence) と U. C. C. (特に第 2 編) の関係に焦点をあて、法理学上の見解が U. C. C. にいかに表現されているのかを観察し、U. C. C. の一般的性格及び特殊性を知ることが本稿は目的としている。本稿の動機は、私の研究テーマである統一商事法典に関する法典方法論研究の前段階として U. C. C. の社会・経済的背景を概観する必要を痛感したからである。U. C. C. の法典方法論を解明するためには、その法理学の発生史を考察し、それがいかに制定法に表現されているのかを検討することは不可避と思えるからである。ただし目的論的に本稿はこの法典方法論研究に資する範囲に考察を限定している。

アメリカ法理学の歴史は、(1)19世紀における法形式主義、(2)1920—30年代からのリアリズム法学あるいは社会学的法学、(3)1950年からの制度的形式主義、(4)1965年からの New Generation に区分される⁽³⁾。(2)の時代区分については、本稿は、リアリズム法学の特徴を知ることが目的とするので、社会学的法学とは歴史的背景を異なるものとして、別個の法理学として取扱っている⁽⁴⁾。これは、ホワイトの「法理学の発展を、社会変化に対するイデオロギーの諸反応のひとつの構成要素と観る」見解に依っている⁽⁵⁾。ただし本稿の目的上(3)(4)

については考察を加えていない。

また、リアリズム法学は、ドイツにおける自由法学運動 (die Freirechtswegung) 及び社会学的法学 (die soziologischen Rechtsschule) との類似性を有しつつも、両国の運動は独自の経路をたどるものと考えている⁽⁶⁾。この比較法的考察は興味深いものであるのは本稿の対象ではない。

- (1) Grant Gillmore, In Memoriam : Karl Llewellyn, 71 Yale L. J. 813, 814 (1962).
- (2) Mooney, Old Kontract Principles and Karl's New Kode : An Essay on the Jurisprudence of Our New Commercial Law, 11 Vill. L. Rev. 213 (1966).
- (3) 矢崎光圀, 「現代アメリカ法理論の形成過程について——ハーヴァート・ロースクールにおける印象記——」『加藤退官記念・法理学の諸問題, 有斐閣・昭和51年』, 279頁, Horwitz の文献については, The Trasformation in the Conception of Property in American Law, 1780—1860, 40 U. of Chi. L. Rev. 248 (1973), The Historical Foundations of Modern Contract Law, 87 Harv. L. Rev. 917 (1974), The Rise of Legal Formalism, 19 Am. J. Legal Hist. 251 (1975).
- (4) 田中成明教授は社会学的法学とリアリズム法学の法学革進運動を全体としてプラグマティズム法学と呼んでいる。田中成明。「判決の正当化における裁量と法的基準——H. L. A. ハートへの批判を手がかりに——」『法学論叢』, 96巻, 4・5・6合併号, 1975年, 165頁。
- (5) White, Form Sociological Jurisprudence to Realism : Jurisprudence and Social Change in early Twenty—Century American. 58 Va. L. Rev. 999 (1972).
- (6) H. Geddert, Zur Einführung : Der amerikanische Rechtsrealismus (legal realism), JuS, 1979, S. 394.

一. リアリズム法学とルウェリン

(一) 社会学的法理学発生史

機械的法理学から社会学的法理学への変遷を扱い、次いで、社会学的法理学からリアリズム法学への移り変わりを取り扱う。

機械的法理学を生み出した19世紀社会・経済的背景について考察する。南北戦争以後の州際間取引の大規模化は、自由放任主義のもとにアメリカに経済拡

張をもたらしした。19世紀後半の政策決定者たちは、経済は規制の間隔で上昇・下降を行うこと、市場法則は不変に健全で、認識可能で予見可能である、と信じていた。当時の学問の性格は、ルール、原理、公理を過信するもので、精神主義と進化論の奇妙な結合物を適用することによって、経済学者・自然科学者・社会学者は、その分野を支配する普遍的絶対物を発見した。発見されたもののうち重要なものは、競争の人間と自己調整的市場であった。かかる学問的傾向を受けて法理学も同様に普遍の原則を求めた。裁判官たちは、言葉の区別を行ない、概念を定義することから判決を始め、自己の定義を公理 (axiom) とし、公理はケースの事実に適用され、一定の事柄が必然的に生じる、と考えた⁽¹⁾。この法理論によると、推論はルールと先例から、ケースの特定事実を通して、明確な判決へと、三段論法的に前進するものとされており、そこにおける裁判官の唯一の任務は適切なルールと先例を発見して、それらを大前提としてケースに適用することである。かかる判決形成過程を通じて、裁判官は確実性と統一性を維持しつつ、論理的にケースに判決を与えることができる。1920年となってもなお歴史的に定義され機械的に適用されるルールと先例に基づいて、裁判所の判決がなされている⁽²⁾、とパーセルは述べている。かかる法理論は、裁判過程を、裁判所の判決はルールを特定ケースの事実に適用することの機械的な結果である⁽³⁾、と見なす。しかも、確定されたルールのインパクトは決定時なもので、しかも決定的であるという理由だけによって、判例は統一的で予見可能になる⁽⁴⁾。19世紀後半のかかる形式主義的時代の背景には、企業家の求める法体系の安定性——契約や所有関係についての予測可能性、新たな略取的活動に早急に規制が及ぶことのないという固定性——の要請であった⁽⁵⁾。

かかる法律観に対する攻撃は、20世紀への転換期、最初の10年間に始まった。自由放任主義は貧困を増加させ、特別利益を作りあげ、独占とトラストを育て、農民と労働者を冷遇した。裁判所はしばしば事実のどこかに潜んでいる財産権を発見し、不利益を受けているクラスに対する政府の援助を除外するために財産権を使用する傾向にあった。規制なき産業資本主義の弊害が政治家・社会理論家によって認識され始め、公的責任が、立法・行政・司法、の3制度に導入されることが必要となった⁽⁶⁾。

革進主義運動は、これらの非難を統一して、理論的基礎を与えた。この運動は、社会は不断の上げ潮の状態にあり、有益な目的に向っているこの不可避免の変化を指導することによって、前進する能力を有する、と想定し、経験に基づいた社会理論の評価を肯定する。前述の市場法則は、極端な貧困と途方もない富を生み出した。革進主義は、経済的・社会的不平等を解決するために、行政部門の拡大を支持し、規制立法・福祉立法を押し進め、かかる立法を裁判所が承認することを主張した。すなわち、裁判官が社会的経済的狀態に答えていないと批判し、規制なき産業社会の生み出した犠牲者により多くの注意を向けるよう要求した⁽⁷⁾。

かかる革進主義は統治制度の実行性を攻撃し、19世紀後半からの裁判上の方法論を批難した⁽⁸⁾。ホウムズは、法律形式主義すなわち演繹論理的・倫理的・社会学的絶対性の支配に反対し、科学的・相対主義の立場から法を「裁判所を通じて行なわれる公的な力の発揮」であると宣言し、法を経験的・行動的に定義し、法の作用を研究すべきことを主張した⁽⁹⁾。ホウムズは、判例によって、理論が経験的にテストされることを主張した⁽¹⁰⁾。

ホウムズの意見を、パウンドは、アメリカに現存する社会学的法理学の最良の提示として歓迎した。パウンドは、20世紀初頭10年間において、法律家たちに、事前に決定されている概念から判決を演繹する方法を捨て去るように熱心に主張した⁽¹¹⁾。1901年、法体系への一般的不満足が増加に直面し、パウンドは、社会・政治科学の諸要素の健全な知識にもとづいた法の哲学を要求した⁽¹²⁾。更に、1908年、機械的法理学に対し、その裁判概念は、法的推論の人為的性格を誇張し、現実の結果を犠牲にして、論理的に展開されている⁽¹³⁾、と批判した。一連の論文において、パウンドは、ルールの自給的体系としての法観念を前提として、判決形成過程を既存のルールからの三段論法的演繹過程と見做し、司法的判断の安定性・一貫性の保障を排他的にルールの確定性に求める伝統的法学の基本的法思考の枠組を批判・攻撃した⁽¹⁴⁾。

パウンドは、社会学的法理学を法哲学であるとして、静的な普遍的ルールの理解よりもむしろ変化する社会現象の理解と、科学的専門知識による社会の計画への信念と、衡平と正義を強調した。このことは、革進主義と趣旨を同じく

するものであった⁽¹⁵⁾。

パウンドの提案した法理学上の提案は、革進主義思想と、(1)社会計画は、経験現象の専門的解釈によって“科学”になりうるという信念、(2)アメリカ政府の権威的諸制度を20世紀の生活の複雑さに対して、より敏感に、より効率的に反応させるという欲求、(3)人間生活は固定的ルールや原則ではなく変化に支配されているという理解、以上の点で一致するものである⁽¹⁶⁾。革進主義は、社会変化は自ずから道徳的価値の再確認を通じて継続性と安定性を促進しうる、と考えた。革進主義者は、この点で、絶対主義者と相対主義者の両性格を有していた。すなわち、社会は不断の変化の過程ではあるが、正直、勤勉、自制といった一定の行動パターンは一定であるべきであるということ、効果的な社会計画は、原則を変化する状態に調整することの必要性を認めていたが、かかる社会計画は一般原則から出発し、理想的な社会目的の達成を試みようのものであると、革進主義者は考えていた⁽¹⁷⁾。

パウンドは裁判所の判決形成過程に関する3つの段階を要求した。(1)個人行動の社会的責任をより多く知ることに帰着するであろう社会的相互依存を理解すること、(2)裁判所の判決が、社会的コンテクスト、及び社会科学の使用により集められた法律外の現象の結果的導入から分離しえないことを理解すること、(3)社会工学、裁判官が個人的要求としての両当事者間の要求を一般化し、一定の時と場所から成る文明社会の生活に含まれる一般的要求のもとでこの一般化された諸要求を更に分類し、最少の犠牲を伴うと考えられる最大の社会的利益を保障する命令を構成し、同様の原則を述べる努力をする⁽¹⁸⁾、というものである。かかる判決形成理論において、裁判官は、その時代の共通な道徳原則を反映するものと、パウンドは考えていた⁽¹⁹⁾。

パウンドのこの法理学上の理論は、2つの面で革進主義運動の社会的仮定と平行している。(1)法秩序を、継続性、安定性、規則性の価値が高く評価される部分と、柔軟性と個性が主要なものとされる部分に分ける際に、パウンドは、革進主義思考を特徴づけている変化における継続性の維持という欲求と同じ欲求を示していること、(2)判決における理想的要素の操作を通じて、パウンドは、共通目的を、共通の道徳原則に基礎づかせつつ、共通目的を追求すべき社

会展望を喚起した。従って、パウンドと革進主義にとって、社会を結合させている法は、道徳価値の容器であった⁽²⁰⁾。

- (1) White, *From Sociological Jurisprudence to Realism*. 58 Va. L. Rev. 999, 1001 (1972).
- (2) Purcell, *American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the Crisis of Democratic Theory*, 75 *American Historical Review* 424, 426 (1969), (碧海純一訳「两大戦間におけるアメリカ法理学—民主制理論の危機とリアリズム法学—(1)(2)」アメリカ法, 1972(1)1973(1), (1) 4頁。
- (3) Rumble, *American Legal Realism, Skepticism, Reform, and the Judicial Process*, 1968, at 49.
- (4) *Ibid.*
- (5) 守屋明, 「カール・ルウェリンの法理論」『法学論叢』, 105巻, 3号, 53頁。
- (6) White, *supra* note 1, at 1002.
- (7) *Id.* at 1003.
- (8) *Ibid.*
- (9) Purcell, *supra* note 2, at 426—427.
- (10) White, *supra* note 1, at 1003. これは *Lochner* 事件 (198 U.S.45 (1905)) で少数意見として、ホウムズが主張したことである。
- (11) *Id.* at 1004.
- (12) Pound, *De We Need a Philosophy of Laws?*, 5 *Colum. L. Rev.* 339, 353 (1905).
- (13) Pound, *Liberty of Contract*, 18 *Yale L. J.* 454, 457 (1909).
- (14) 守屋, 前掲注5, 51頁。
- (15) White, *supra* note 1, at 1000.
- (16) *Id.* at 1007.
- (17) *Id.* at 1007—1008.
- (18) Pound, *The Theory of Judicial Decision*, I. II. III. 36 *Harv. L. Rev.* 641, 802, 940, 955 (1923).
- (19) White, *supra* note 1, at 1011.
- (20) *Ibid.*

(二) リアリズム法学発生史とルウェリンのリアリズム法学

革新主義運動の様相が変化し、1920年代の間に消滅した。第一次世界大戦は、人間の終局的運命についての楽天的で快適な考えを消滅させ、革進主義者

の進歩の概念を空虚なものにし、道徳性をも消滅させてしまった⁽²¹⁾。更に1929年の株式市場の崩壊に始まる大恐慌は、革進主義運動が育成した想定を否定した。すなわち資本主義体制は万能ではなかった、人は必ずしも自己の経済的環境を支配する能力をもつものではなかった、未来は必ずしも過去の改良されたものではなかった、のである⁽²²⁾。1932年に大統領になったルーズベルトは、「救済と便興」のための社会立法の制定を核とした、いわゆる「ニューディール政策」を開始した⁽²³⁾。

ニューディールラーたちは、神話を除去する者たちであり、理論よりも実験と経験主義を好み、問題解決を試みることに重点を置き、問題解決の哲学には関心がなかった。彼らは、立法府による統治よりも、その配属と活動が国民のチェックに服さず、主要な統制制度を伴う行政機関（エリート）によって考案され実行される統治実験を好んだ。かかる考え方はリアリストの見解と共通する。だが革進主義者たちは、エリート集団の構成員は国民と一般道徳観を共有するか、世論の公正な判断によって、それを共有すべく強制されている、と考えていた。エリートたちは自己の権威を国民との相互関係から引きだしたのであった。これに対し、リアリストは、統治部門の評価において、権威と国民の関係を再定義した。権威への国民のチェックを見せかけだけのものとして追い出し、権威をもつ者が操作あるいは合理化を通じて行なうオフィス機能の果たす方策に焦点をあてたのである。また革進主義者とニューディールラーの争い、同様に社会学的法理学者とリアリストの紛争は、道徳に対する絶対主義的アプローチかあるいは相対主義的アプローチかの争いに帰着するものである⁽²⁴⁾。

リアリズム法学の背景として、20世紀初頭の学問上の発展もまた重要である。19世紀の学問上の興味は、自然科学と物理学に集中していた。20世紀になると焦点は社会科学に移った。すなわち統計学、民族学、経済学、社会学である。だが第一次世界大戦以後、科学という用語は行動科学、すなわち心理学及び文化人類学を意味した。行動科学は人間性・道徳性に関する相対論的見解を有していた。行動科学の主たるインパクトは、人間・国民・文化の個性は経験的に研究可能である。という示唆であった。行動科学者は、社会は個々の人間の集合体であり、その相互行為は個人的ニーズと欲求に動機づけられている、と強

調した。統治諸機関について適用すれば、これらの機関の日常機能に含まれている個人の心理構造と、人間相互関係の特徴を科学的に理解する、という指示となろう⁽²⁵⁾。経験的・実験的アプローチは、社会現象を機能と行動に即して分析することの重要性を強調した⁽²⁶⁾。ワトソンの行動心理学は、心理学の対象を意識から行動に求めるべきもの、とした。行動は刺激に対する反応として捉えうる。法学でいえば、裁判所に提起された具体的諸事実を刺激として、裁判所はこれに如何に反応したのかを考察することになり、かかる分析方法は判決形成過程の研究に新たな局面を開いた⁽²⁷⁾。

1930年の論文⁽²⁸⁾においてルウェリンは、リアリストとしての自己の立場を表明した。彼は行為・意義アプローチ (behavior-content approach) を用いて、行動科学者の発見物を、初めに社会学的法学者が確認した領域に適用する試みを行なった。判決における概念道具主義と、プラグマティックで社会心理学的な判決決定要素の注意深い研究が、当該社会への判決の効果の注意深い研究と関連することを強調した。現実のルールと紙上のルールを区別し、前者を裁判所の現実の慣行、後者を一定の時間と場所で承認される法理すなわち法典が法と述べているもの、と方式化した。紙上のルールは、公知の制度上のドグマに従うか、逸脱するか、について政府役人の暗黙のコミュニケーションとしてあらわれるとした。そして、すべての法律事項への言及のポイントは、公的規制行動と、その影響を与える者の行動、又は影響を受ける者の行動との接触領域である相互作用の領域へ移行し、これまで注目されがちであったルール・命令・原則から離れている、と示唆した⁽²⁹⁾。

リアリスト達と、パウンドは、法的ルールの価値と法における道德価値の取扱いで鋭く対立した⁽³⁰⁾。リアリストのルール懷疑主義と没道德性をパウンドは非難した。パウンドは何よりもフランクを念頭におき、一群のリアリストを、経験主義へのナイーブな信頼が、彼らを法ルール、法理、原則、概念の存在を否定する哲学上の唯名論に導いた、として非難した。リアリストは不規則性と矛盾を過大に強調し、法の統一性と合理性を無視し、裁判官の主観的動機と行動に焦点をあてることによって、法律学を袋行路に導いている、とパウンドは主張した⁽³¹⁾。

この非難に対して、1931年ルウェリンは、フランクの助けを得て、リアリストの著名な20名を確認し、パウンドのリアリズムの性格づけが不正確あるいは曲解であることを示すために9つの共通の出発点を示した⁽³²⁾。リアリストにとって共通だが特有でない4点として(1)法概念の変化、裁判所の法創造概念、(2)社会目的達成手段としての法概念、目的と効果の観点からの法の評価、(3)社会変化の急速性の強調、すなわち、法の不断の刷新の必要、(4)伝統的ルールと概念への不信、リアリストにとって共通で特有な出発点として、(5)研究のために *Is* と *Ought* の一時的な分離、(6)伝統的規範ルールと公式化が裁判所の判決作成に際し重大なる機能的要素であるという理論への不信、そして判決意見の研究のために合理化理論の実験的採用、(7)ケースと法制度を過去の慣行よりもさらに狭いカテゴリーに分類することの必要の強調、(8)法の効果を発見し、法を効果の観点から評価する必要性、(9)かかる方向にそって法の問題への継続的でプラグマティックな攻撃、をかかげた⁽³³⁾。

ルウェリンは、裁判過程を既存のルールの適用過程としてではなく、具体的な司法的判断が形成される事実的過程と捉えて分析し、ルール以外の諸要因（例えば、人格的、政策的、理念的諸要素）の占める比重が大きいことを明確にし、法体系内には裁判官が政策的判断に基づいて創造的活動を行ないうる余地の存在することを指摘した。すなわち判例法の領域においては、先例の解釈（とくに、先例解釈技術—ルールの制限的又は拡張的解釈）に伴っている自由裁量の余地の存在すること、制定法の領域における自由裁量の余地は、解釈の際の対立的解釈技術の存在すること、である。司法的判断はルールと解釈技術の相互作用の結果であることを明確にした。広範な自由裁量の余地の存在する法体系内で判決の予測可能性を如何にしてルウェリンは実現するのであろうか。彼はルールの確定性を根拠とする判決の予測可能性には強い懐疑を有していたが、判決が一定程度の予測可能性であること、司法行動に一定の規則性が見とめられることは当然と考えていた。ルウェリンの問題とする法的安定性は、法体系や裁判過程に全体としてみられる予測可能性である⁽³⁴⁾。

ランブルは、ルウェリンの予測可能性を次の如く要約する。(1)裁判官の行動の研究に焦点をあてる、(2)現実のルールと紙上のルールを注意深く区別をする、

裁判官の現実の慣行と裁判官に向けられている命令規範の乖離を確認する、(3)承認された法理が判決全体と適合的かどうかをチェックし、法理と結果が適合的でない場合には、法理を補足している“別のなにか”を捜し出す、伝統的な規範ルール方式は結果を生み出す決定的要素ではないことを確認する、(4)伝統的ルールの不明確さを除去するために、諸事実を伝統的分類よりも一層狭いカテゴリーに分類する⁽³⁵⁾。

ルウェリンにとって、判決を正当化するものは、それが果たす社会的機能である。従って、裁判官の任務は社会的必要の充足にある、すなわち、紛争の解決と紛争の回避という、2つの法機能である。かかる法の任務を進行するものは裁判所のみならず行政機関等をも含む法的公機関のすべてである⁽³⁶⁾。

後期のルウェリンは判決を一層予測可能なものと考えた。上記の4点に従ってモデル化された法の科学の創造への要請は後期のルウェリンの *The Common Law Tradition*⁽³⁷⁾ では相当弱まった。それに代わって、次の2点が導入された。(1)裁判判決形成の際統一性のパターンの説明を、アメリカの上訴裁判所における14の主要な安定した諸要素に言及することになり説明した。それらは将来の判決の信頼しうる予測の基礎をなすものであって、最も重要なものは、専門の裁判オフィスである、オフィスとは、裁判官がアメリカの裁判システムで行なうと期待されている任務を意味している、(2)裁判所の判決意見を、予測目的にとって有用な道具と主張した。この見方は、30年代のリアリスト運動を特徴付けた判決意見懐疑主義の変更であるが、このアプローチは、予測可能性を大いに高めた⁽³⁸⁾。

ルウェリンは初期の経験主義的・行動主義的な法理論の構築から、後期になると自己の法理に自然法の一般概念をつけ加え、法における適切な倫理的目的の重要性を強調する一方、自己の経験主義への忠誠を維持し、演繹論理に関する鋭い懐疑主義を保持した⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾。

(21) White, *supra* note 1, at 1013.

(22) *Id.* at 1016—1017.

(23) 丸田隆, 「リアリズム法学の生成と機能に関する一考察」『法と政治』, 29巻1号。(1978年) 133—139頁。

ニューディール政策立法に対する法的判断の著しい動揺について詳しく述べら

れている。かかる諸立法に対して最高裁によって、しばしば5対4という僅差で、しかも裁判官がいれかわることによって180度の判例変更という事実が、裁判の現実に目を向けさせることになったと指摘されている。

- (24) White, *supra* note 1, at 1025—1026.
- (25) *Id.* at 1014, 丸田, 前掲注23, 148—149頁。
- (26) Purcell, *supra* note 2, at 425. 訳(1)3頁。
- (27) 丸田, 前掲注23, 150頁。
- (28) Karl Llewellyn, *A Realistic JurisPrudence—The Next Step*, 30 *Colum. L. Rev.* 431 (1930).
- (29) White, *supra* note 1 at 1017—1018. 丸田, 前掲, 158—159頁。
- (30) *Id.* at 1020.
- (31) Purcell, *supra* note 2, at 433, 訳(二)1頁。
- (32) Llewellyn, *Some Realism a about Realism—Responding to Dear Pound*, 44 *Harv. L. Rev.* 1222, 1235—1238, (1931), この論文の構想と研究はフランクの協力を得たものであったが、ルウェリンが実際の執筆を行なったので、フランクは共筆者として署名に応じなかった。
- (33) Rnmbles, *supra* note 3, at 27—28. Llewellyn, *Jurisprudence*, at 55—57.
- (34) 守屋, 前掲注5, 53—61頁。
- (35) Rnmbles, *supra* note 3, at 148—150.
- (36) 守屋, 前掲注5, 62—63頁。
- (37) Llewellyn, *Common Law Tradition, Deciding Appeals*, 1960.
- (38) Rnmbles, *supra* note 3, at 151—154.
- (39) Purcell, *supra* note 2, at 442, 訳(二)14頁。
- (40) 丸田, 前掲, 160頁。両大戦の30年を経るなかでリアリストたちは法への不信を語らなくなる。ニューディールが成功裡に落ちつきを示しはじめると、最高裁が国家の経済介入に対して柔軟になったとき、法への不信からあらためてある程度の機能と予見可能についての議論をはじめ。

二、ルウェリンのリアリズム法学と統一商事法典

ルウェリンは、U.C.C. 起草におけるチーフレポーターとしての10年間に、現実の法との関わりを通じ自己のリアリズム法理学の立場からU.C.C.を起草した。以下、彼が起草の責任を負った第2編を中心に議論を進める。U.C.C.はその技術的意味において理解されるだけでは十分でなく、前章で取り扱ったルウェリンのリアリズム法学が、いかに制定法に登場しているのかも考察されなければならない。第2編の重要な規定が裁判所に法の発見を命じていること

から U. C. C. の立法過程は、法の作成よりも法の宣言 (law-stating) に似ている⁽⁴¹⁾、と言われている。U. C. C. の特殊性は、ルウェリンの法過程についての独自の見解、と商事取引界の不定形性から生じている⁽⁴²⁾。彼は、U. C. C. を、社会的慣行の明瞭化と規則化と考えたのであり、法機関の仕事は内在法 (immanent law) の発見である⁽⁴³⁾、した。The Common Law Tradition において Levin Goldschmit に賛成し引用している：

共通生活に関するすべての事実類型は、法秩序が取り入れうる限りで、それ自体の内部に適切で自然な準則、すなわち正当な法を有している。これが現実の、空想でない、自然法である。周辺状況に内在する法適用の最高の仕事は、内在法を明らかにし、且つ実施することにある⁽⁴⁴⁾。

法は時と場所から成る周辺状況に内在する故に、法の発見にとり最適な機関は立法府ではなく裁判所である。裁判所が解決の困難なケース (trouble case) について注意深い検討により法を宣言することになる⁽⁴⁵⁾。

第2編はしばしば裁判所が慣習と事実状況の注意深い公平な調査から商慣習法を発見するように述べている。第2編は立法による法形成の例ではなく、法発見のガイドである。裁判所に現行の“商事引基準”を用いることを命令することにおいて、裁判所に時と場所に関して内在する法の発展を要求している (例えば、§§ 2-609. 2-302)⁽⁴⁶⁾。

ギルモアによれば、ルウェリンは厳密でない開放的スタイルで起草することにより、法ルールによる解決よりもむしろ事実を問題 (その合理性、取引慣行等) にすることによる解決を選好した。いわゆるケースロー法典 (case law Code) とも呼ぶべきもので、ガイドラインを規定し、それ自体周辺状況の変化に順応し、法を包含するというよりもむしろ新たな成長のために法を解放している⁽⁴⁷⁾、というものであった。だが、実務家たちは彼のこの柔軟な法概念に反対し、裁判所をコントロールして判決を行なわせることを目的とする厳密に規定された制定法を主張し、相当程度、ルウェリンの法理学の構想は後退した⁽⁴⁸⁾。

U. C. C. は、統一州法委員全国会議 (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) とアメリカ法律協会 (American Law

Institute) と中心とし、アメリカ法曹協会 (American Bar Association) の協力を得て、1942年以來の10年間の努力により、1951年に成立した。アメリカ法律協会は、1952年に最初の **Official Text** を発表した⁽⁴⁹⁾。だが初期草案の修正過程でルウェリンの提案が相当修正されている。ルウェリンは、1941年に、統一売買法の修正のために、報告書を提出した。1941年修正買法草案は、U. C. C. 第2編の売買法の先駆となるものであり、ルウェリンの法理学の実体法規定への適用である。その修正過程を検討する。

1941年の規定で U. C. C. 上に存続したものに商人及び商人間の定義があった(旧 § 1—102(3))。売買規定が一般ルールとして商品売買に参加するすべての人に適用されることによる混乱をなくすために、必要な場合に、特定商事の必要に応じてルールを作るが、このルールが非専門家に、不利益をもたらす場合には、このルールを非専門家に適用しない、という原則が明らかにされていた。商人の定義は、法の適用を市場にいるすべての専門家とそれに限ることを示していたのである⁽⁵⁰⁾。

ルウェリンの商事に関する新提案で重要なもののひとつに、商事専門家 (merchant expert) による商事事実 (mercantile fact) の発見の制度化という試みがあった。1941年草案は、一般的知識よりもむしろ特定の商人知識の分野に分類される事実問題の迅速で適切な決定を行なうための手続を規定し、この規定によって、商人間の売買紛争の一方当事者が商事事実の問題を特別専門裁判所へ特別に提出する権利を有する。専門家による異議なき発見は、紛争における証拠となる。商事事実を決定するためのこの機構は年草案の根本をなしていた⁽⁵¹⁾。

商事専門家は、1941年草案が導入した商事履行の概念にとっても不可欠のものであった。商人売主が正確な履行と対立するものとしての商事履行を立証する場合には、買主の拒否権を禁じ履行ルールの変更をするものであった。その背後にある方針は、商人間契約において、相違が商事事実において重大な相違でなければ、通商における商品の流れを害さない範囲で、商事履行を認めようということであった。また、商事履行の概念が不確実であるという批判に対して、ルウェリンは、事実問題を決定す専門的裁判所が採用されることを前提と

して、批判は妥当でない、と答えている⁽⁵²⁾。

1941年草案の諸規定は1944年、ドラスティックに削減された。商人及び商人間の定義はつくり直され、商人の定義に重点が置かれた。専門商事裁判所と、商事履行概念の提供する自由裁量の余地は説明されることなく削除されている。これらの規定は、誠実法 (the Act in the good faith) の下で義務を遂行すべき一般義務によって置きかえられた。ただし「誠実」の定義は、商人の場合には、商事基準の合理的遵守を含んでいる (§ 2-103(1)(b))⁽⁵³⁾。

ルウェリンの法理論は、一括概念思考 (lump-concept thinking) を攻撃し、現実の事実問題の解決を行なうために、限定論点思考 (narrow-issue thinking) の使用を主張している。第2編は、この考えに従って、“権原” に対して偶像破壊主義的アプローチを採用している⁽⁵⁴⁾。U. C. C. § 2-101のコメントで、

法的帰結は、その決定要因としての財産権ないし権原を移転し、または移転すべかりし時期如何という観念に依拠することなく、契約および契約に基づいてなされる行為から、直接に帰結されるものとして、記述されている⁽⁵⁵⁾、

と述べている。また一括概念の例として売主と買主がある。第2編の商人諸規定は、それに代わって、限定論点思考を示している。ルウェリンは一般売買法の基礎となっている諸概念は多くの点で一般的すぎ、事実に適合しないものになっていると考え、問題の単一部分 (すなわちそれ自体多様である商事) に集中することが必要であるとしている。U. C. C. の商人規定は1906年の統一売買法の一般的 (一括) ルールに代えて、多くのルールを取引のより限定的なクラスに適用している。一般ルールを、限定的事実状況のために規定されたより特定のルールへと分類することは第2編にとって典型的なことである (§ 2-509, 510)。ルウェリンは、U. C. C. 第2編は多くの場合に、商人間取引に限定されることを示唆しており、彼の経験主義的立場から、ルールを次の場合に限定する。すなわち、経験が、すべての利害がルールにより満足されていることを、立証する場合である⁽⁵⁶⁾。

また第2編は、結果を命令する手段として働くのではなく、方法を命令する

手段として機能する。その方法は制定法又は裁判概念の字義あるいはロジックに従うのではなく、状況の合理性に従って判決を行なうように計画されている⁶⁵⁷。商慣習の公正な基準の発見を、裁判所に委ねている。従って第2編には、合理的期間 (§§ 1-204, 2-201(2), 2-205), 合理的手段 (§§ 2-206, 2-209), 合理的理由 (§ 2-609), 合理的価格 (§§ 2-305, 2-709(1)(b)), 非良心的不当性 (§ 2-302) といった開放的文言が多い。

上記の開放的条項、起草者の意図を宣言するオフィシャルコメントの注入、周辺事情の考慮を要求する諸規定の存在は、明らかに、裁判所に機械的法理学の三段論的形式主義を超えて行動することを要求していることを示すものである⁶⁵⁸、との示唆や、これをウィリストンの一元論的契約法理に代わって、ルウェリンの言う自由裁量の余地に代表されるアメリカリアリストの柔軟な構造の登場である⁶⁵⁹、と見るものもいる。

またルウェリンのケースロー法典の考えは、ケースローと制定法は等しい權威を有する、ということである。なぜならば両者とも究極的に同じ技術を用いる裁判所の解釈に従うからである。ルウェリンは制定法解釈に際しポリシーに従うことを主張する。ポリシーには2種類ある、一つは立法者が制定法にもり込んだ直接のもの、一つは予見しえない状況に適用されるべきものであり、後者は、新たな状況に照らして制定法から意義を捜し出すことを要求するものである⁶⁶⁰。

リアリズム運動と U. C. C. は、没道德的だとして批判されるのが常であるが、ルウェリンは、第2編で道德の問題を取扱っている。U. C. C. § 2-302 (Unconscionable contract) は、道德性・倫理の問題が、商的事実の中に発見されることを示している。なぜならば、諸価値(道德的価値を含む)は客観的に確定可能な存在と普遍的とも言える承認を有しているのであり、商事関係においては、市場に言及することによって確定しうる“合理的価値”として裁判上発見されうるからである⁶⁶¹。

- (41) Danzig, A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code, 27 Stan. L. Rev. 621, 621—623, (1975). Danzig はかかるルウェリンの法思考を「立法責任と立法権の放棄」として非難している。

- (42) *Id.* at 622—623. 商事取引の世界の特殊性は、(1)その構成員は一般社会から区別される立場にある。(2)紛争がしばしば非公式な交渉や私的法延により解決される。(3)構成員の関係の継続性。(4)根本ルールは、商業社会の公平に由来する。という点にある。尚 *Danzig* は商法が公法 α 限界線上にあるとするが、ルウェリンは商人間取引を支配する売買法は私法であると考えている点から、*Danzig* のこの点の論述は誤りであろう。Whinship, *Jurisprudence and the Uniform Commercial Code: A "COMMOTE"*, 31 *Southwestern L. J.* 843, 861. (1977).
- (43) *Id.* at 624.
- (44) Llewellyn. *The Common Law Tradition* at 122.
- (45) *Danzig*, *supranote* 41, at 625.
- (46) *Id.* at 626—627.
- (47) Gilmore, *In Memoriam: Karl Llewellyn*, 71, *Yale L. J.* 813, 814 (1967).
- (48) Gilmore, *The Age of American Law*, at 85.
- (49) U. C. C. の成立過程については、ロバート・ブラウカー、道田訳、アメリカ商法の現代化、——その立法過程——、*ジュリスト*, No.185, (1959), 28—29頁。用稲孝道、「アメリカ商業証券法の研究—統一商法的に至るまでの概略史—」『熊本商大論集』, 46号, (昭和50年), 133頁以下。
- (50) Whinship, *supra note* 42, at 852.
- (51) *Id.* at 853.
- (52) *Id.* at 854.
- (53) *Id.* at 855.
- (54) *Id.* at 858. Wiliston 教授はこれに対して反対する。*The Law of Sale in the Proposed Uniform Commercial Code*, 63 *Harv. L. Rev.* 561—588 (1950).
- (55) 訳は、アメリカ統一商事法典の翻訳、法協に従っている。
- (56) Whinship, *supranote* 42, at 859—860.
- (57) *Danzig*, *supra note* 41, at 631—632.
- (58) *Id.* at 634.
- (59) Murray, *The Realism of Behaviorism Under the Uniform Commercial Code*, 51 *Ore. L. Rev.* 269 (1972). Murray は第2編の根本的変化は、合意過程と、かかる過程を遂行する際の裁判所の役割にあって、かかる変化はルウェリンの産み出したものであり、彼は商事契約を、申込みと承諾から成るアメリカの判例法から、解放することに興味を有していたと述べている。at 270—271.
- (60) Whinship, *supra note* 42, at 864.
- (61) *Danzig*, *supranote* 41, at 628—629.

要 約

19世紀後半の自由放任主義の要請に応じる機械的法理学、革進主義運動上に応じる社会学的法理学、ニューディールと対応するものとしてのリアリズム法学の歴史的展開を論じ、科学的・相対主義の流れの中で、経験的行動主義的法学アプローチからルウェリンのリアリズム法学が誕生したことを述べた。彼の法理学も後期になると、予見可能性の一層の承認、自然法への接近、ルールのある程度の承認等により、法への不信からある程度の信頼へと変化した。更に、彼のリアリズム法学の制定法への適用である U. C. C. の起草過程においては、実務界からの圧力で一層法理学上の主張は後退した。だが、U. C. C. の法宣言的性格と裁判所の法発見機能に彼の見解な反映されており、更に、商人規定、開放的文言、オフィシャルコメント、周辺事情の考慮、倫理規定に U. C. C. の特色を見る。

(筆者の住所：国立市東2-4，院生寮)