

コモン・ロー，憲法，自由（6）

——19世紀後期アメリカ法理論と *Lochner* 判決——

清 水 潤*

- I 序
- II 建国初期における「合衆国憲法上の権利」論の不在
(以上, 14巻1号)
- III 修正14条の成立と「権利の法」としての合衆国憲法
(以上, 14巻2号)
- IV 19世紀後期におけるコモン・ローと憲法の連関
 - 1. 序
 - 2. Civil Liberty の概念
 - 3. 法体系書におけるコモン・ローと憲法の連関
(以上, 14巻3号)
 - 4. 契約法における「契約の自由」の誕生と憲法論への影響
(以上, 14巻4号)
 - 5. ニューサンス法とポリス・パワー
 - 6. 小 括
(以上, 15巻1号)
- V 20世紀以降におけるコモン・ローと憲法の分離
 - 1. 序
 - 2. ホームズ
 - 3. フロイド
(以上, 本号)
 - 4. パウンド
 - 5. 今日のアメリカ法における憲法とコモン・ロー
- VI 結 語

* 白鷗大学法学部准教授

V 20世紀以降におけるコモン・ローと憲法の分離

1. 序

前章までで、当初は各州のコモン・ローの問題と考えられていた市民の権利の定義と内容が、修正14条の成立を契機として合衆国憲法の問題として認識されるようになったこと、そして修正14条で保障された「自由」とはコモン・ローが保護し定義する自由由来のものであったことを議論してきた。本章では、このような憲法とコモン・ローの蜜月期が終わり、憲法上の権利がコモン・ローの権利から分離独立していく過程を検討する。

今日のアメリカ憲法の権利の体系は、これまで論じてきたようなコモン・ローを基礎としたものとは異なっていることは明らかである。確かに表現の自由や信教の自由はクレーリヤティードマンの体系書においても論じられていた。しかし、彼らが念頭に置いていた、憲法上の表現の自由や信教の自由は、コモン・ローの保障水準を超えるものではなかった。例えば、表現の自由とはコモン・ロー上の名誉毀損法制が保障した自由であるとされたのである¹⁾。それに対し、今日の表現の自由論は、そのような素朴なコモン・ローのものとは異なり、高度かつ複雑に発展した独自の法領域を作り出している。表現の規制は、内容規制と内容中立規制にカテゴライズされ、内容規制については、それが保護されない言論を規制するものである場合を除き、厳格審査が適用される²⁾。それに対し、内容中立規制には中間審査が適用される、といったように³⁾。曖昧性や広汎性のゆえに無効の法理、パブリック・フォーラム論なども、全て20世紀以後に出現した法理論である⁴⁾。信教の自由もまた、一般的に適用される世俗的目的を持った法によって宗教的不利益を被る場合に、義務が免除されるかという、19世紀にはほぼ意識されていなかった論点に対し、多くの判例法が形成されている⁵⁾。

そればかりではない。「実体的デュー・プロセス」において保護される権利も、中絶、同性婚、自死といった、コモン・ロー上・私法上の基礎を持たないものがその中心となっている⁶⁾。かつて、デュー・プロセス条項によって保護されるべき権利とは、コモン・ロー上、私法上すでに保護されていた権利であり、その制定法による縮減が憲法上の疑義を提起した⁷⁾。しかし、今や事態は逆転しているように見える。コモン・ローや私法に基礎を持たない新しい権利を、憲法を根拠として認めさせようとする運動の主戦場とし

てデュー・プロセスが用いられているという面は否定しがたい。

平等保護条項における，三段階の厳格度に分けられた違憲審査基準の発展は，19世紀のコモン・ローを基礎とした憲法理論が全く知らなかったものである⁸⁾。平等保護条項自体が，修正14条において新設された，コモン・ローの法伝統からは新奇なものだった。クーリヤティードマンの体系書において，そもそも平等権は一つの章建てとしてさえ扱われていなかったのであり，彼らは，平等権が独立した憲法上の権利であることに恐らく自覚的ではなかったであろう⁹⁾。

ステイト・アクションという問題も，19世紀のコモン・ロー的憲法論（common law constitutionalism）が知らなかった論点である。そもそも，憲法上の権利がコモン・ローから編入されたものであるならば，憲法上の権利が私人に主張できるかという問題それ自体が意識されないのは当然であろう。契約の自由，財産権，身体の安全，名誉といった憲法で保護されるべき自由（それを civil liberty とか persons and property と呼んでもよい¹⁰⁾）は，元来はコモン・ローの私法秩序の中で育まれてきたものに他ならないのであって，それが私人に対して主張できるのは当然なのである。憲法の権利保障の水準がコモン・ローと大きく異なってきた初めて，憲法上の権利の私人間効力という問題が存在することを法律家は意識することになるのである¹¹⁾。

このように，表現の自由，信教の自由，平等保護といった今日のアメリカ憲法の主要領域の法理論は，全て20世紀以降に連邦最高裁が判例を通じて形成したものである。そして，それらの法理論において，もはやコモン・ローはかつて有していたような中心的な位置を占めてはいない。勿論，後に論じるように，今日の憲法理論においても，コモン・ローの影響はある¹²⁾。しかし，憲法上の権利の体系がコモン・ローのそれから借用されているというような¹³⁾，大規模なレベル，理論の土台レベルでの憲法とコモン・ローの連関はもはや失われている。憲法はコモン・ローから分離し，自立した法領域となり，憲法独自の観点から理論や判例が議論されるようになったのである。

このような法的変動が，いかにして起こったのかを明らかにすることが，本章のテーマである。コモン・ローと憲法を分離し，現代憲法理論の基礎を提供したと目される法律家として，本稿は，オリバー・ウェンデル・ホームズ（Oliver Wendell Holmes, Jr., 1841-1935），エルンスト・フロインド（Ernst Freund, 1864-1932），ロスコー・パウンド（Roscoe Pound, 1870-1964）らを検討対象とする（2～4節）。彼らは，19世紀後期当時に主流であった，コモン・ローを民族の慣習法として称賛する法思想を批判し，コモン・ローにはそのような道徳的基礎はないと主張した。それによって，コモン・ローの正統性を剥奪し，憲法からコモン・ローの影響を排除しようとしたのである。彼らの議論を

検討した後、最後に、現代アメリカ憲法論においてなお、コモン・ローがどのように憲法に影響を及ぼしているかを簡単に検討することで、本稿で叙述してきたアメリカ憲法史の終着点を確認する（5節）。

2. ホームズ

(1) 序

A. ホームズと先行研究におけるその位置づけ

ホームズほどアメリカ法学において多くの称賛を受けてきた法律家も珍しい。従来、彼は19世紀を支配した形式主義法学（legal formalism）を批判し、プラグマティズム法学、リアリズム法学（legal realism）、社会学的法学（sociological jurisprudence）の基礎を形成し、20世紀法学の端緒を開いたと評価されてきた。それによれば、社会的現実を無視し、法概念の形式的操作に固執する旧来型の法学に対して、ホームズは、実証的社会科学を重視し、社会の実態に合わせて法を改革、改良すべきと考えたとされる¹⁴⁾。しかし、このようなホームズ観は、後に勝利をおさめた法思想の萌芽をことごとくホームズに求めようとするものであり、「勝者の歴史」というパースペクティブから書かれた怪しげなものである、との評価〔Horwitz 1992: 109/135〕も今日では有力である。最近の法制史学においては、ホームズを、20世紀法思想を先取りした法律家として英雄視するのではなく、19世紀当時の法思想の文脈に位置づけなおす研究潮流が有力であり、本稿もそのような先行研究を踏まえてホームズを再検討する。「ホームズは19世紀の法理論家であった」〔Postema 2011: 45〕のである。確かにホームズは20世紀以降も連邦最高裁判事として多くの判決文を残した。しかし、彼の法思想、法理論についての真剣な著作は1899年の論文である「科学における法、法における科学（Law in Science and Science in Law）」が最後であるとの評価もある〔ibid〕。また、1897年の論文である「法の道（The Path of the Law）」がホームズの理論的営為の終着点であり、それ以降は抽象的法理論についてなんら進歩が見られないとの評価もある〔Horwitz 1992: 109/135〕。個別具体的な事件に対する判決文を別とすれば、彼の法思想についての著作は19世紀において書かれたものであり、そこに予言的な要素があるとしても、当時の法思想の文脈をまずは踏まえる必要がある。

ホームズが法律家として生きた19世紀末の法思想は、従来、法形式主義の全盛期とされ、それは現実を無視した法概念の操作に明け暮れる法理論であったとされる¹⁵⁾。そして、Lochner判決もまた、社会的な現実を無視し、「契約の自由」という概念のみ

で事案を解決した、法形式主義の悪しき実例として理解されてきたのである。このような理解は今日の法制史学の研究水準では維持されえないものであり、そのことについては多くの別稿で論じてきた〔清水 2013a; 2013b; 2016; 2018〕。19世紀後期に最も支配的であった主流派の法思想は、あえて命名するとすれば、アメリカ流の歴史法学であった。それは、コモン・ローを、民族が長きに渡って形成、発展させてきた慣習法であると捉えた。法は立法府の命令ではなく、人民の慣習であるからこそ価値があると考えられた。かかるアメリカの歴史法学は、同時代にイギリスやドイツで活躍したヘンリー・メインやフリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーらの影響を勿論受けていた。そればかりでなく、エドワード・クックやマシュー・ヘイルによって定義されたコモン・ロー理解からも強い影響を受けていた。クックやヘイルは、ノルマン・コンクエスト以前からの超記憶的慣習としてコモン・ローを理解していたのであり、19世紀後期アメリカの法律家たちも同様の法理解を採用していた。19世紀後期のアメリカの法思想は、ある種の歴史主義に立ち、古来の人民の慣習であるコモン・ローを、英米の法制史という観点から理解しようとした。かかる立場は、法を主権者の命令とみる分析法学や、法を立法府による政策形成の手段と考える法実証主義的な立場とは相容れないものであった¹⁶⁾。そして、かかる歴史法学は、確かに後世の視点からは、革新的立法を拒み、旧来のコモン・ロー秩序に固執したという意味で、形式主義と理解されたのは仕方ない面があったとしても〔椎名 2018: 240〕、法は歴史の発展に即応して進化発展するものであると考えていたのであり、決して法概念とか三段論法をことさらに重要視していたわけではなかったのである。

ホームズの法思想は、このような当時の法学の中で形成されたものである。彼の法理論が、当時の歴史主義に強い影響を受けていたこと、メインの歴史法学的な発想を採用していたことを多くの先行研究は指摘する〔Novick 1991: ix; Horwitz 1992: 123/153; Alschuler 2000: 100; 金井 2006: 146-47; Kellogg 2007: 57-58; 戒能 2013: 199-217; Rabban 2013: ch.7〕。これらの研究によれば、ホームズは例えばリアリズム法学などの20世紀の法思想を先取りした面よりもむしろ、19世紀の正統派法思想の擁護者であった面が強調されることになる。例えば、法制史家デイヴィッド・ラバンは、ホームズをサヴィニーやメインに影響を受けた、法の歴史的叙述を重視した法律家と評価した。ホームズは法の有機的な発展を信奉しており、それには当時の歴史法学の影響が大きかったというのである〔Rabban 2013: ch.7〕。「ホームズは繰り返し自分のオリジナリティを強調する一方で、自らの思想に対する他人の影響を最小化しようとした。それによって、法学における歴史の役割についての、当時支配的だった見解を相当な程度において共有していたという事実も含め

て、当時の思想史との関係を彼は隠してしまった」[Rabban 2013: 215] というのである¹⁷⁾。

また、法制史家フレデリック・ケロッグは、ホームズを、コモン・ローを歴史的に発展してきた共同体の感覚を具体化したものと捉える古典的なコモン・ロー理解を擁護し、トマス・ホップズやジョン・オースティンの実証主義的な法理解に反対した法律家として描いている [Kellogg 2007]。ケロッグや、同様に法制史家であるモートン・ホーウィッツは、ホームズの『コモン・ロー』における議論は、ジェイムズ・カーターの慣習法擁護論と同様の理論構造を持ったものだと言及する [Horwitz 1992: 121/153; Kellogg 2007: 160]。カーターは、サクソン期以来の民族的慣習としてコモン・ローを理解し、その立場から法典化に反対したことでよく知られている法律家である [清水 2013a: 38-42]。カーターは、クック以来の極めて古典的なコモン・ロー像を擁護し、裁判官は単に慣習を発見するだけで法を創造するわけではないと理解していた [Tamanaha 2010: 13; 清水 2013a: 49]。このような、歴史法学者としてのホームズ像、カーターと同じ陣営に属するホームズという像が、「リアリズム法学の父」としてのホームズ像とは相容れないものであることは明らかであろう。そして、このような、古典的な法思想の擁護者としてのホームズ理解は既に邦語文献でも論じられるようになってきている [金井 2006: 146-47; 戒能 2013: 199-217]。

B. 前期ホームズと後期ホームズ

現在の有力な研究は、ホームズを 19 世紀的な歴史法学派の陣営に位置づけている。しかし、一部の研究によれば、ホームズは後になって歴史法学から袂を分かったとされる。『コモン・ロー』を 1881 年に 40 歳手前で出版したホームズが、カーターと同様の、旧来型の法思想家であったことにはある程度の合意があるが、「法の道」や「科学における法、法における科学」を出版した 1890 年代のホームズは、もはやそのような主流派の法理論とは決別し、リアリズム法学への一步を踏み出していたとの評価である [Siegel 1990: 1547; Horwitz 1992: ch.4; Lobban 2007: 219-220; Parker 2011: 272; 戒能 2013: 222]。前期ホームズは、メインやサヴィニー、カーターと多くを共有していた。しかし、後期ホームズがそのような立場を維持していたかどうかについては研究書によってその評価は分かれる。ホームズが前期と後期で異なる思想を持っていたかどうかは一つの論点なのである。

ラバンやケロッグは、ホームズの法思想は生涯一貫して説明できるとの評価を下す [Kellogg 2007: 171; Rabban 2013: 217]。彼らによれば、ホームズの法思想は、歴史への依拠 (ラバン)、法実証主義への批判と古典的なコモン・ロー観の再編的擁護 (ケロッグ)

という点で終始一貫したものであった¹⁸⁾。

それに対し、ホーウィッツらは前期と後期でホームズの法思想に大きな断絶があると指摘する〔Horwitz 1992: 110/136; Lobban 2007: 219-220; Parker 2011: 272; 戒能 2013: 222〕。ホーウィッツに代表されるこのような議論の趣旨は、歴史法学的な慣習法論を擁護していた前期ホームズとは異なり、後期ホームズは、法は立法府の利益衡量や政策判断によって形成されるべきものであると考えるに至ったという点にある。いわば、慣習法を発見するという裁判官とコモン・ローの役割に見切りをつけ、その時々政策判断を立法府が行うことで法形成が行われるべきとの現代的法観念への転向をホームズに見出すのである。ホーウィッツは、かかる「法の道」以降におけるホームズの変化こそ、19世紀を支配した「法的正統（legal orthodoxy）」（本稿の視座からは、それを歴史法学と言い換えてもよい）が崩壊し、20世紀の法思想が成立した瞬間であると理解する〔Horwitz 1992: 142/180〕。

「法の道」によって、ホームズは、アメリカの法思想を20世紀に押進めた。それは、進んだ法学者が、政治と無縁で社会の現実から切り離されたものとしての法が存在するという信仰を捨てた瞬間だった。この時以降、法思想が内在的に自己充足的なものであり、自立したシステムであって、汚れた政治からは切り離されたものだとする19世紀後期の理想は、常に批判の対象となるに至った〔ibid〕。

このように、ホーウィッツは、ホームズの理論的変遷の過程に、アメリカ法それ自体の巨大な変革を重ね合わせるのである。後期ホームズが、カーター的な歴史法学から離れ、今日的なアメリカ法学の端緒となったというこれらの評価は、ホームズを「リアリズム法学の父」「20世紀法思想の曙光」として位置付ける従来型のホームズ像とも親和性を有する。本稿は、かかる先行研究に基づき、前期ホームズと後期ホームズで理論が変遷しているという立場を採用する。そして、後期ホームズの法理論およびそれに基づいて書かれた連邦最高裁時代の判決文に、本章冒頭に叙述した今日の憲法理論の一つの特徴である、「コモン・ローと憲法の断絶」の萌芽を見出すことができることを検討したい。

（2）前期：古典的法思想の擁護者としてのホームズ

上で論じたように、前期ホームズの法思想は、19世紀後期当時のアメリカにおいて主流であった歴史法学や慣習法論の内部にあった。彼はカーターと同様に法典化に反対していたし、無意識的に共同体の正義感覚を反映して発展するコモン・ローを、立法よ

りも高く評価していたとされる [Horwitz 1992: 123-25/156-57; Lobban 2007: 209]。また、ホームズは人民や政治過程への嫌悪を隠そうともしなかった [Horwitz 1992: 123/154]。

1881年 [The Common Law の出版年] 当時、ホームズはまだ、州による強制力を通しての社会改革を十分念頭においていなかった。逆に、法の進化とは、「本能的な選好と説明できない確信の無意識的な結果として」生じるとみていた。しかしながら、1897年に「法の道」を著した時点では、調整原理としての慣習が、社会的な衝突と階級的な対立の中で力を失い始めていた [ibid: 125/156-57]。

かつてホームズは、『コモン・ロー』において、慣習を法に結び付けようとし、……法は、単に無意識的に成長する社会の慣習の反映に過ぎないと考えた。かくして、法は、人間の意思から独立したものであり、社会工学的に変質するものではないと考え続けることになった。このような法律観は、「特権、悪意、意図」という論文において、ホームズの中で解体し始める [ibid: 127/160]。

実際、ホームズの著作の中に、このようなカーターの慣習法擁護論を見出すことは可能である。彼は『コモン・ロー』において、法は共同体の感覚を無意識的に取り込む形で、裁判所によって発展してきたことを述べる。「法は、裁判官によって取り次がれた、共同体の産物である」 [Lobban 2007: 212] ということである。彼の立場は、経済学的計算に基づいた政策形成の道具としての立法を擁護するものではない。

法が、そこから全ての生命を引き出す隠された根本となっているのは、裁判官が弁解じみて減多に言及しない考慮そのものである。勿論、私は共同体の便宜という考慮について語っているのである。裁判の過程で発展した全ての重要な原理は、実際のところ、公序良俗 (public policy) についての理解の結果である。確かに、我々の実践と伝統の下においては、それは本能的な選好と説明できない確信の無自覚的な結果として現れる。しかしそれでもなお、それは最終的な分析においては、公序良俗についての観念に遡ることができる。……このプロセスは大部分無意識的に進行するのである [Holmes 1991: 35-36]。

『コモン・ロー』を公刊した当時のホームズは、法を民族の歴史の具体化とする当時の主流派の法思想を信奉していた [Rabban 2013: 216]。「法の生命は論理ではなく経験であった」 [Holmes 1991: 1] というホームズの命題は、法が民族の歴史を通して理解され

るべきという趣旨であった。彼によれば、「法は何世紀にも渡る民族の発展の歴史を具体化したものである。それは数学の書籍の中の公理や命題のみを含んでいるかのように扱うことはできない」[*ibid*] ¹⁹⁾。このようなホームズの法思想はカーターやフリードリヒ・ハイエクの法理論に似た面を多く有していた [Kellogg 2007: 160]。

19世紀後期において主流を占めた歴史法学＝古典的法思想は、法を民衆の慣習と捉え、立法府を含む権力が強制するものではないと考えていた [清水 2013a; 2018]。このような法観念もまた、ホームズが共有したものであった。ホームズは次のように述べる。

健全な法の第一の条件は、悪しきものであれ正しいものであれ、共同体の現実の感情や要求にそれが合致していることである [Holmes 1991: 41]。

法的ルールは、一般的に受容されている道徳に基づいていなければならない。絶対的な利他性という想定に基づいたルールは、法と現実の信念の間の衝突なしには定めることができない [*ibid*: 44]。

また、ホームズは次のように述べてオースティンの実証主義的な法概念を批判している。ホームズにとって、慣習は裁判官による承認を待つまでもなく法としての効力を有しているのであった。

オースティンは、……慣習は、裁判所がそれを取り入れることで示される、主権者の暗黙の同意によってのみ法となるという。そのような受容がなされる以前には、慣習は単なる決定の動機でしかない。政治経済学の教義や、裁判官の政治的熱望、あるいは裁判官の痛風や、皇帝の妻の甘言がそうであったのと同じだというのである。しかし、多くの事案においては、慣習や商慣習 (custom and mercantile usage) は、たとえそれを禁じるような制定法があったとしても、法と同様の強制力を持つことは明らかである [Holmes 1984: 91-92]。

初期ホームズの法思想において、法とは裁判官が民衆の感覚や慣習を取り入れて発展していくものに他ならなかった。このような法思想は、歴史法学派のカーター、トマス・クーリ、クリストファー・ティードマン、ジョン・デイロンなど、当時の多くの保守的な法律家のそれと基本的に同型である [清水 2013a; 2018]。

巡回陪審裁判を長く務めた裁判官は、共同体の感覚 (the common sense of the community)

を代表することを可能とするような経験の蓄積を徐々に得ることになる。それは通常の場合において平均的な陪審よりも優れている [Holmes 1984: 257]。

前期ホームズにとって、「法解釈は共同体全体の行動の基準に絶えず支えられているものとして理解された」 [Kellogg 2007: 172] のであった。このように、前期ホームズは、コモン・ローを共同体の道徳や民族の歴史に確固たる基礎を持つ法として理解していたのである。そして、かかる立場は、当時の保守的な主流派の法理論（それは、かつて形式主義と呼ばれていた法理論であり、現在は、歴史法学とか古典的法思想という観点から叙述される）とその多くを共有するものであった。しかし、かかる初期ホームズの法思想は、「法の道」をはじめとする 1890 年代以降の著作、そして連邦最高裁時代の判決文において姿を消していく。後期ホームズは、むしろコモン・ローと裁判官の役割を懐疑し、制定法による社会変革へと期待を寄せるようになるのである。それは、コモン・ローの道徳性の脱構築であり、19 世紀を支えたコモン・ロー的憲法論への攻撃という側面を有していた。

(3) 後期：コモン・ローの正統性の剥奪と立法の擁護

A. 社会対立の産物としての法

『コモン・ロー』を 1881 年に出版する頃までは、ホームズはどちらかといえば政治過程や立法に懐疑的であり、裁判官によって定式化される民族の慣習こそを法と考えていた。このようなホームズは「リアリズム法学の父」とは程遠い。しかし、ホームズは後にかかる伝統的な法思想から離れ、コモン・ローを慣習ではなく裁判官の政策的判断の結果とみなすに至る。法は社会的対立の結果であり、裁判官はそのどちらかに味方をしているに過ぎない²⁰⁾。ホームズによれば、異なる経済的シンパシーを持つ裁判官は、同じ事件を扱っても異なる判決を下す可能性がある [Holmes 1920: 128]。彼は明示的に法の中立性、法の支配の理念に懐疑を突き付けたのである。

我々の眼前にあるのは、二つの社会的欲求の衝突であり、それぞれが判決に対する支配権を獲得しようとしている。[しかし] 二つの欲求がともに勝利することはできない。社会的問題は、どちらの欲求が紛争の時点で強力かということである [Holmes 1920: 239]。

裁判官は人民の慣習を映し出す存在とはもはやみなされない。司法過程は裁判官が下す政策判断の結果として理解される [Horwitz 1992: ch.4; 戒能 2013: 224]。

「法の道」では、政策（あるいは分析的なもの）が、ホームズの「法の合理的な探求」における歴史的なものを実質上消し去っている [Horwitz 1992: 141/179]。

『コモン・ロー』の規範的な枠組みを形作っていた慣習の決定論的領域に懐疑的になるにつれ、ホームズは、最後には、慣習上の権利論と自然権の理論をひとからげにし始める。慣習や自然権に訴えることは、教皇や皇帝が言論を禁圧するのと同様であることを、社会闘争の存在は示した。……政策は、もはや慣習的規範から導かれるものではなく、国家（州）によって強制的に押し付けられるものとなった [Horwitz 1992: 137/174]。

後期ホームズの代表的な著作である、「特権，悪意，意図」（1894年）、「法の道」（1897年）、「科学における法，法における科学」（1889年）などの論文において、ホームズは歴史的に発展してきた慣習としての法という法観念を放棄する²¹⁾。裁判官は民衆の意思や慣習を代表しているのではなく、当事者の一方に味方して政策形成を行っているに過ぎない。ホームズは、結合（combination）、ボイコット（boycott）の違法性という問題を論じながら、この点を明らかにしようとする。ボイコットはどの程度の規模になると違法なのか。ホームズは、かかる問題は法律家が馴染んでいない立法的考慮を必要とするとし、立法による明示的な政策的判断が必要と示唆する。そこにおいて、法は無意識的に裁判官によって発展するというかつての視点はない。

ある目的のために一人で行われることは特権として保護されるが、それが複数人の結合（combination）によって行われる場合には違法となりうる。……結合が、どの程度の大きさに至ると違法となるのかは、どれほど小さくともいかなる結合も違法であるという立場を取らない限り、程度の問題である。……私がこのように言うのは、判決を批判するためではない。むしろ、非常に深刻な立法的考慮（legislative considerations）に注意を促すためである。そのような考慮は、無意識的な偏見や、自覚半分の嗜好によって影響を受けざるを得ないという危険性がある。それらの立法的考慮を正確に衡量するためには、最高度の判断力や、法実務では身につかないトレーニングを必要とする。さらに、偏見からの自由という、達成することの非常に困難な素質も必要となる。このような仕事 [立法的考慮を行うことを指す] は、その性質をあからさまに自覚して行われるべきであると私には思われる。法が、共通の意思の無自覚的な具体化（an unconscious embodiment of the common will）であるに過ぎない時代は過ぎ去った。法は、自らの運命を自覚的に定めようとする組織された社会の意識的な反応となったのである [Holmes 1920: 129-30]。

この引用文においてホームズは明らかに、法が民衆の意思の無自覚的な具体化であった時代は終わり、自覚的な政策的判断が法形成に必要であると考えている。そうであるからこそ、「法の合理的研究にとって、文言を重視する人が現在の人である。しかし、将来の人は、統計学の人であり、経済学の達人である」[Holmes 1920: 187]という結論が導かれる。労使対立をはじめとする階級闘争が起こり、工業化が社会を変革する中で、民衆の慣習法という思想はその基礎を失ったと判断された。時代はすでに古典的法思想や歴史法学を可能とする土壌を欠いているのである²²⁾。

B. 憲法判断の政治性

このように司法判断に中立性がないとすれば、法を作成すべきなのは政策判断の府である立法府であるということになろう。法についての理解の変化は、立法裁量の尊重という憲法的含意を持つのである。

慣習法に内在する合理性の探求が失敗に終わり、そこから出てきたのが司法の自己抑制である。もしも法が単なる政治だとすれば、立法府が実際に決定すべきである。法が、社会的な利害の衝突する戦場に過ぎないとすれば、競合する利益を比較し衡量するのに適切な機関は議会である。「法の道」が書かれる頃には、ホームズのダーウィニズムの焦点は、裁判所から議会へと移り、法を理解するうえで鍵となるものは、歴史の発展に代わって、利益集団の争いとなった [Horwitz 1992: 142/181]。

法のルールの本当の正当化が、仮にそのようなものがあるとしてだが、我々が望む社会的目的の達成に役立つことにあるのであれば、法を作り発展させる人は、そのような目的をはっきりと自覚的に心に持つべきである。裁判官が法を刷新することを引き受けるのが望ましいとは考えない。それは裁判官の職分ではないのだ [Holmes 1920: 238-39]。

かかるホームズの法思想にとって、アメリカの裁判所が下してきた、契約の自由の擁護をはじめとする、コモン・ローに準拠した憲法判断は、所詮は階級闘争の片棒を担ぐものでしかない。彼は次のように述べて、憲法判断の中立性を全面的に否定するに至る。

社会主義が語られ始めた当初、共同体において快適な生活をしている階級 (comfortable classes of the community) は恐れおののいた。私の考えによれば、この恐怖が米国とイングランドの司法の行動に影響を与えたのである。その恐怖が判決の際の自覚的な理由でなかった

ことは確かだとしてもである。似たような恐怖により、もはや立法府を支配できる望みのなくなった人たちが、裁判所を憲法〔州憲法を含む〕の擁護者として期待するようになった。そして、いくつかの裁判所では、憲法の本体の外部に、新しい原理が発見されることになった。約50年も前に支配的だった経済的教説を受容できるまでに、そして法律家たちが正しいとは考えないものの大規模な禁止が起こるまでに、憲法の本体は一般化されたのである〔Holmes 1920: 184〕。

このような引用文の中に、「リアリズム法学の父」としてのホームズを発見することは容易だろう。コモン・ローが社会対立の結果であるとすれば、憲法判断もまた同様の性質を帯びている。そして、ホームズによれば、このような社会対立を解決すべきなのは、司法部ではなく人民の代表として政治判断を行う立法府である。

C. 現代的歴史意識の生成

確かに「法の道」においても、ホームズは法学における歴史の重要性を力説している。しかし、後期ホームズにとって、法史が意味を持つのは、それが将来進むべき道を示すからではなく、現在の法の在り方を相対化する力を持つからである。歴史法学にとって、歴史は法則を内在するものであり、規範を示すものであった〔清水 2013a: 15-19〕。しかし、ホームズにとって、歴史とはむしろ懐疑主義を喚起するものである。

法の合理的研究は、今なお、かなりの部分が歴史の研究である。歴史が研究の一部であるべきなのは、それなしには我々は諸ルールの正確な射程を知りえないからである。そしてそれを知ることこそが我々の仕事である。歴史が合理的研究の一部であるのは、それが啓蒙された懐疑主義への第一歩だからである。つまり、それらのルールの価値を熟慮し再考することへ向けての。ドラゴンを洞窟から昼間の草原に連れ出して、その歯や爪を数えることで、その強さを知ることができる。しかしドラゴンを連れ出すことは最初の一步に過ぎない。次にすべきことは、それを殺すか、あるいは手なずけて有用な動物にするかを定めることである。……あるルールが、それがヘンリー4世の時代に作られたということ以上の理由を持たないというのはぞっとすることである〔Holmes 1920: 186-87〕。

我々は好古趣味の陥穽に自覚的でなければならない。我々の目的にとって、唯一の過去への関心はそれが現在に投げかける光だけだということを思い出すべきである。ドグマの説明の際に歴史の役割が極めて小さくなる時代を私は待ち望んでいる。独創的な研究の代わりに、我々が

達成すべき目的や、それが望ましい理由の探求に我々のエネルギーを割くべきである。そのような理想の達成のために、全ての法律家が経済学の理解を獲得すべきであるように私には思われる [Holmes 1920: 195]。

今日においては、誰でも本能的に、父たちがそれに従ってきたという事実は法を正当化する理由にはならないと気付いている。そうではなく、法の正当化は、共同体の統治権力が欲すると決心した社会的目的を達成する助けとなるということに求められるべきである [Holmes 1920: 225]。

歴史法学の法律家にとって、歴史は規範であった。その中に普遍的な歴史法則が見いだされる筈であり、法はかかる法則に従わねばならないのである [Siegel 1990: 1546-47; 清水 2013a: 15-19]。しかし、「ホームズにとって、歴史は規範的な研究ではない」 [Siegel 1990: 1547]。また、歴史法学派にとって、歴史は民族の慣習の反映であり、安易に打ち捨ててはならないものでもあった [清水 2013a: 15-23]。しかし、ホームズによれば、歴史は単に我々の想像力を限定するだけであり、歴史的に形成されてきた法制度を放棄して新しいものに変えることには何ら規範的な障害はない [Siegel 1990: 1547; Gordon 2017: 36]。

契約における約因の要件を廃止することを立法府が想像できるのであれば、その瞬間から、それを廃止することは完全に自由である。過去との継続性をほんの少しも考慮せずに、それが賢明であると考えらばすばよい。そのような継続性は、我々の想像力の可能性を限定するに過ぎず、また、我々がそれによって思考を巡らさざるを得ない専門用語を決定しているに過ぎない [Holmes 1920: 211]。

後期ホームズの法思想は古典的法思想と比して著しく未来志向的である [Lobban 2007: 219]。法とは、経済学や統計学を参考にしつつ、社会の目的を自覚して立法府によって作られるべきものとなった。もはや歴史は法の正統性の主たる源泉ではないのである。

「法の道」において、ホームズは法の正統性の基礎としての古来性の死を宣言する。……コモン・ローの超記憶性 (immemoriality) はもはや正統性の源泉とはなりえない [Parker 2011: 272-73]。

法は歴史的であるから正当なのではない。それは社会的に望ましい政策判断の結果であるときに正統性を持つのである。かかるホームズの法思想において、歴史は規範としてではなく、むしろ規範の相対化のために用いられる。彼は歴史法学と袂を分かち、現代的な歴史意識に立っているのである。

D. 憲法判断の具体例

(A) *Lochner v. New York*

ホームズは、法は社会闘争の帰結であり、裁判官はそのいずれか一方の肩を持っているに過ぎず、特定の政策判断を押し付けているだけだとの考えに至る。裁判官が、このように、「選択という主権者の特権」[Holmes 1920: 239]を行使しているという法思想は、コモン・ローがかつて有していた正統性の基盤を掘り崩すものであった。古典的法思想＝歴史法学においては、コモン・ローは、古来の民族の慣習であるからこそ、人民の同意が担保され、また時の選別を経た卓越した法であると考えられてきたのである[清水 2013a]。そして、コモン・ローが優れた法であるからこそ、憲法がそこに基礎を求めようとすることも正当化された。しかし、コモン・ローが、本来は立法府が行うべき政策判断、選択という主権者の特権を代行しているに過ぎないとすれば、コモン・ローに基礎を置く憲法論などは民主主義の篡奪以上のものではないことになる。

このような視座から、彼が関わった多くの憲法判例は説明が可能である。*Lochner* 判決における反対意見はその最たるものであろう。ペッカム法廷意見とハーラン反対意見は、ともにコモン・ローのニューサンス法が修正 14 条解釈の基礎となるというコモン・ロー的憲法論を共有していた²³⁾。その上で、彼らはパン製造業が職人の健康状態に対して与える悪影響をいかに評価するかについて意見が分かれたのである。しかし、ホームズはかかるコモン・ロー的憲法論それ自体を拒否する。ホームズは、ニューサンス法によって憲法を解釈するという営為それ自体が、一定の社会目的の達成のために法を自覚的に作成するという立法府における多数派の権利を剥奪するものであるとみなす。

この判決は、この国の大部分が支持していない経済理論に従って下されている。この事件が、その経済理論に賛成するかどうかという問題を扱っているのならば、私は結論を出す前に、それについてより深く勉強すべきだろう。しかし、そのような勉強は私の義務ではないと考える。なぜなら、私とその経済理論に賛成するかどうかは、自身の意見を法に具体化するという多数派の権利とは何の関係もないからである。……修正 14 条はハーバート・スペンサー氏の『社会静学』を立法化したものではない²⁴⁾。

19世紀後期のアメリカ法思想は、憲法の基礎をコモン・ローに求め、ポリス・パワーの理論をニューサンス法に準拠して組み立てていた²⁵⁾。それに対し、ホームズはポリス・パワー法理とニューサンス法に共通する法原理（sic utere tuo ut alienum non laedas）を公然と批判し、そこから導かれる判決の恣意性を指摘する。

政策の問題は立法的な問題であり、裁判官はそのような理由から推論することには気が進まない。それ故に、特権に賛成するのであれば反対するのであれば、本当は政策的理由にしか根拠を求めない筈なのに、例えば「自己の物を利用するのに他人を害してはならない（sic utere tuo ut alienum non laedas）」というような空虚な一般的命題からの演繹として判決することがしばしば行われる…… [Holmes 1920: 120]。

ここには、戯画化された藁人形としての「法形式主義」に対する批判が萌芽的に現れている。実際には、sic utere tuoの形式は、ブラックストーンにも既に登場している、イングランド法の蓄積を満載した法原理であり、ニューサンス法にしても憲法にしても、多くの具体的先例との距離から事案が解決されているのであって、この法原理は「空虚な一般的命題」などではない²⁶⁾。また、歴史法学派の法律家にも、判決や司法作用が実質的な立法を行っていることに自覚的な論者は多く存在した [清水 2012a: 54-61]。その意味で、かかるホームズによる批判は不正確である。しかし、このような形でなされたニューサンス法の正統性の剥奪は、憲法がニューサンス法に依拠することに対する批判としても同時に機能するものであった。

(B) *Abrams v. United States*

ホームズの表現の自由論もまた、コモン・ローと憲法の連関を切断する法理論を構築するという作業の一側面である。すでに論じたように、19世紀を通して、アメリカ法学の支配的意見は、修正1条や州憲法における表現の自由保障は、コモン・ローにおけるその保障と同視されるとのものであった²⁷⁾。Lochner判決の法廷意見にも参加したヘンリー・ブラウン裁判官は、1897年の連邦最高裁判決の中で、次のように述べてかかる古典的な修正1条論を展開している。

権利章典としてよく知られている最初の10の修正条項は、いかなる新奇な統治原理を定めたものでもない。それは我々のイングランドの先祖から相続した確かな保障と免除を単に具体化しただけなのである……それゆえに、言論および出版の自由は、名誉毀損、瀆神、卑猥な表現を

許容するものではないし，公共の道徳や個人の名譽を害する出版を許容するものでもない²⁸⁾。

19世紀アメリカにおいては，憲法上の表現の自由の限界を規定しているのはコモン・ローであるとの観念が支配的であった。コモン・ロー上の名譽毀損法制や文書煽動罪（seditious libel）のあり方がそのまま憲法の保障水準であるとされたのである〔Rabban 1997: 164〕。ホームズも当初はそのような理解に立っていたと解されている〔Rabban 1997: 130; 奥平 1999: 122〕。例えば，1907年の連邦最高裁判決である *Patterson v. Colorado*²⁹⁾において，ホームズはブラックストーンの『イングランド法釈義』に依拠して表現の自由保障を理解していた〔Rabban 1997: 133-134〕。

そもそも，そのような憲法条項〔修正1条と14条を指す〕の主たる目的は，他の政府によって行われてきたような出版の事前抑制を防ぐことにある。それは，公共の福祉に反するような出版物に対する事後処罰を妨げるものではない。事前の自由は，真実のみならず虚偽の表現にも及ぶが，事後処罰は虚偽のみならず真実の表現にも及ぶのである。制定法を別にして，これが全てではないにしてもほとんどの判例における刑事名譽毀損（criminal libel）の法の在り方である³⁰⁾。

ホームズはこのように合衆国憲法における表現の自由保障を事前抑制の禁止と同視し，その根拠として多くの判例法のみならずブラックストーンを引用している³¹⁾。このような法理論は，ホームズが法廷意見を執筆していることから明らかなように，当時の支配的見解であった。

しかしこのようなコモン・ロー的憲法論も永続するものではない。かかる終焉の端緒となったのが1919年の *Abrams v. United States*³²⁾におけるホームズの反対意見である。本判決は，Abramsらが，アメリカの戦争行為を批判した文書を配布し，それが1917年制定の連邦法であるスパイ防止法（Espionage Act of Congress）に反するとの理由で起訴された事件である³³⁾。ジョン・クラークによる法廷意見はかかる処罰を支持したが，ホームズは反対意見に回った。「思想の自由市場論」を説いたこのあまりにも有名な反対意見において，ホームズは修正1条による表現の自由保障は，コモン・ローのそれを超えるものであることを明示的に主張する³⁴⁾。

私は，修正1条がコモン・ロー上の文書煽動罪（seditious libel）を有効なまま保存しているという政府の議論にはまったく賛成できない。歴史はそのような見解を否定しているように思

われる。合衆国政府は、1798年のSedition Actを何年にもわたり反省してきたと考えられる。というのも、政府が課した罰金を払い戻しているからである。害悪の矯正を時に委ねることが差し迫って危険であるような、緊急事態においてのみ、「連邦議会は言論の自由を縮減する法律を制定してはならない」という〔修正1条の〕命令に対する例外は許される³⁵⁾。

このAbrams 反対意見を嚆矢として、ホームズはルイス・ブランダイスとともに、表現の自由に敵対的な多数派の裁判官に抗して多くの反対意見を書き、「偉大なる反対者 (great dissenter)」と呼ばれるに至るのは周知の事柄であろう〔Healy 2013〕。やがては最高裁の支配的見解となるホームズの反対意見は、「思想の自由市場」に象徴されるように、表現の社会的効用や民主主義への貢献に表現の自由論の基礎を見出そうとするものであり、個人の自由をその保障根拠とするものではなかった〔Rabban 1997: 4-6〕。

かつて司法審査は、歴史と慣習によって形成されてきた「法によって保護された自由」つまりコモン・ローによる自由を民主制から守るためのものとして理解された。それに対し、ホームズの法理論は、コモン・ローの権利ではなく、表現の自由など、民主主義を円滑に機能させるための権利を司法審査の中心部に移動させた。今や憲法と司法審査によって保護されるべき権利は民主主義に奉仕する点にその存立根拠が求められることになった。ホームズは憲法とコモン・ローがかつて有していた密接な連関を切断する端緒を開いたのである。

3. フロイド

(1) 序

エルンスト・フロイドは、ドイツ人の両親がアメリカに旅行中の1864年、ニュー・ヨーク市で生まれる。ドイツで教育を受け、1884年にニュー・ヨーク市に移住し、法実務に従事する。1892年からコロンビア大学で行政法の教授となり、1894年からシカゴ大学の教授となる。1902年にはシカゴ大学ロー・スクールの設立メンバーとなった〔Comments 1961: 755; Kraines 1974: 2〕。フロイドは、今日では社会経済立法を支持した革新派の法律家として知られている〔Rabban 1997: 179-182; Ingram 2003: 791; Bernstein 2011: 78; Ernst 2014: 2〕。また、世紀転換期に権限が増大しつつあった行政機関を律する法律の必要性を訴えた最初のアメリカの法律家のひとりとして、「アメリカ行政法の父」と称されることもある〔Comments 1961; Ernst 2014: 10〕³⁶⁾。彼はアメリカ初の行政法のケースブックを編纂し、また行政法についての多くの著書や論文を執筆し、アメリカの

行政国家化に大きな影響を与えたのである [Comments 1961: 757]³⁷⁾。

(2) Lochner 判決批判

フロイドは革新派の法律家として、従来のニューサンス法に準拠したポリス・パワー概念を批判し、行政権の拡大や立法の増加が工業化された社会には必要であるとの立場を取った。そして Lochner 判決が誤ったものであるとして明示的に批判している。同判決は、憲法の条文にも先例にも基礎を持たず³⁸⁾、本来は立法府が行うべき政策的判断を裁判所が代行するものと評価されている。現代における通説的な Lochner 理解の要素はここにほぼ出揃っている³⁹⁾。フロイドは次のように述べて Lochner 判決が特定の経済理論を憲法に不当にも読み込んだものと批判する。

公共の福祉と行動の私的自由の便益を比較し、いずれを選択するかは、憲法によって立法府の任務とされていると信じられている。それ故に、Lochner v. New York は誤って決定されたものと言わねばならない [Freund 1905: 416]。

全ての文明化された国家において、立法府は基本的な個人権の原理を遵守しなければならない。たとえ司法審査がなくとも、それらの原理は慎重かつ絶対的に尊重されている。しかしそれらの原理はいかなる経済的自由の理論をも含むものではない。経済的原理にいかにか固執しようとも、それはなお権利ではなく政策の問題とみなされる。従ってそれは立法府のコントロールの下にある [Freund 1910: 614]。

裁判所はデュー・プロセスの名の下に基本的政策を実行してきたというのが現在の状況の最善の理解の仕方である。……共同体の保守層は、政治的ではなく法的なコントロールを標榜する司法的抑制を求めたのである [Freund 1917: 210-11]。

また、契約の自由などの権利は条文にも先例にも基礎を持たないとする。

立法権の行使に対して基本権が主張されるときは常に、既得権を含意するとされる、契約上の債権債務の侵害と結び付けられてきた。憲法の標準的な体系書に、デュー・プロセス条項が新たな制約を課しうると示唆するものはない。そして、Munn v. Illinois の反対意見でフィールド裁判官がデュー・プロセスに基づく立法への制約を主張したとき、彼は自己の見解を支持するいかなる先例をも引用しなかった。従って、[Lochner 判決をはじめとする] 労働関連の判

例が伝統的な公的規制からの免除を積極的かつ重要な憲法上の権利として認識したことは、確立された憲法の教義の刷新（innovation）だったのである。それにより、立法府は裁判所に対して、介入のための十分な理由を示すことで自己を正当化しなければならなくなったのである [Freund 1910: 615]。

修正 14 条に曖昧かつ論争的な契約の自由という概念を読み込んだ判決は、新奇なものであり、我々の憲法の発展にとって不幸なものであった [Freund 1905: 414]。

フロイドは、以上のような理由から、「デュー・プロセスを解釈した判決文の憲法理論は、恐らくアメリカの判例法理のなかでも最も満足できないものである」 [Freund 1917: 220] として Lochner 判決および実体的デュー・プロセス理論を批判したのである。そして、フロイドによるかかる批判の様式は、その後の支配的見解としてアメリカ法学に浸透していくことになった。

(3) コモン・ロー批判と立法の擁護

民族の超記憶的慣習としてコモン・ローを理解する歴史法学的な法観念から、社会闘争の帰結としてのコモン・ローという法観念への変化をホームズに見出すことができることをすでに検討したが、フロイドも同様に、コモン・ローを裁判官の政治的判断の結果とみなしていた。コモン・ローを政策判断に還元することは、コモン・ローの正統性を剥奪することにもつながる。政策の判断は司法ではなく本来立法が行うべきことだからである。

本稿でもすでに検討した⁴⁰⁾、Fellow servant rule⁴¹⁾を確立した Farwell v. Boston & Worcester RR⁴²⁾を批判しつつ、フロイドは次のように述べてコモン・ローが一見中立を装いながらも階級的利益に奉仕してきたと指摘する。

[Fellow servant rule がなければ産業の発展と資本の投下が阻害されるという政策的な] 考えが裁判官の心の中にあつたとしても、判決文の中の意見にはその痕跡は見いだせない。実際、裁判官は恐らく無自覚なのである。他の判例でも同様だが、問題はここにある。裁判官は、問題があたかも変換可能な個人間の抽象的關係であるかのように考えるが、それは実際には産業と階級の問題なのである。ルールの積み重なった効果が階級的反応と階級的意識に映し出されるまでは、法はこの事実気付かない。コモン・ローの大半はこのような空気の中で発展してきた。裁判所は冷淡な中立性によって不偏であることができるが、それは裁判所を不可欠な

ニーズから遠ざけてきた。……仮にも政策というものが、特定の利益に対して社会的利益を自覚的に優先させるものであるならば、コモン・ローは正義に関心を置き過ぎ、政策を軽視してきたと責められねばならない。このようなバランスを矯正するのは今や現代的立法の仕事となった [Freund 1917: 48]。

ここでは、政策判断の結果としてのコモン・ローが、中立性を装っているものの実際には資本的利益を優遇しており、それを立法によって矯正すべきことが率直に記されている。また、契約法や財産法といったコモン・ローの主要部分は個人主義に傾き過ぎ、売り主、雇用者、賃貸人、債権者を利する結果となってきた [Freund 1917: 186-87]。

フロイドの判断によれば、コモン・ローの多くは現代的課題に対処できていない。例えば、取引制限の共謀 (conspiracy) の法理論は独占問題に対処できていない。合法的説得と違法な強制の定義は不明確なままである [ibid: 61]。また取引制限 (restraint of trade) に対する刑事罰は専ら資本側の結合ではなく労働者の結合に対して向けられてきた [ibid: 65]。あるいは、ニューサンス法は現代的な課題に十分に対処できていない。コモン・ローには、被害が発生してから裁判をしなければならないという問題があり、工業化によって発生した危険施設の問題に適切に対処できないのである [ibid: 67-68]。端的に言って、「コモン・ローの不法行為法や刑法は現在のニーズが要求する保護を提供していないと結論せざるを得ない」 [ibid: 68] ののである。

かかる問題に対処するため、専門的知見に基づいた立法が要求される。フロイドは、アメリカの立法改革として、特別委員会による法案準備、議会から行政委員会に対する規制権限の移譲、立法準備のための法案作成局の創設、条文の用語等の統一案を示した法典の準備を挙げている [ibid: 300]。彼は裁判所中心の旧来の法秩序ではなく、専門家の作成する立法や、専門的行政委員会による規制によって形成される法秩序を志向していた。彼は立法の問題点も多く指摘しており、その意味で立法至上主義者であったわけではない [ibid: ch.3]。しかし、「正義の大きな失敗は、紛争を司法的に決定する際よりも、立法においてより少ないであろう」 [ibid: 213] とも指摘している。自らの著作の表紙において、「立法者は法律家ができないことをしなければならない」とのエドマンド・バークの言葉をフロイドが引用しているのは示唆的である [ibid]。

正当な公的利益の増大は、既得権の理論の訂正を要求していることに疑いはない。成文憲法はこの課題に取り組むことはできず、いかなる解決も提供していない。解決は立法実務の中に求められるであろう [ibid: 282]。

現代において、デモクラシーの精神は今世紀の前半のそれとは異なった方法を求めているように思われる。物質的な文明化の進展によるより複雑化した状況に対して、単純さは道を譲らなければならない。州憲法の起草者たちの目的は、政府をできる限り弱くしておくことだったようだが、[今や] 政府の強力さがその機能の拡大とともに求められている [Freund 1894: 424]。

フロイドの立場は極めて明確である。時代遅れとなったコモン・ローに代わり、立法による問題の解決が求められる。そして、フロイドによるかかるコモン・ロー批判は、当然にコモン・ローに立脚した憲法理論にも向けられることになる。

(4) コモン・ロー的憲法論に対する批判と現代的憲法論の萌芽

Lochner 期の憲法理論は、ポリス・パワーの正当な範囲を従来のコモン・ローにおけるニューサンスの除去に限定していた⁴³⁾。かかるコモン・ローと憲法の連関の切断作業がフロイドによっても行われることになる。

フロイドによるポリス・パワーについての包括的体系書は、健康や衛生といった伝統的な規制目的と、経済的交渉力の格差を是正し、実質的平等を達成するという従来のコモン・ローには知られていなかった規制目的とが、裁判所において区別されてきたことについて自覚的であった。

労働法 (labor legislation) の大部分は、健康と安全のために制定されている。また、工場や鉱山における規制は、特に女性や子どもが関わっているときはそうであるけれども、適切さや快適さを促進するためのものである。このような性格の法律は、明確で争いの余地のない公的権限に基礎を有している [Freund 1904: 295-96]。

工場や鉱山において規制を行おうとする最初の動機は、そこで仕事が行われる場所の悲惨な衛生環境にあった。この立法の大部分は今も衛生上のものである [Freund 1904: 121]。

衛生や健康を目的とした労働法は、伝統的に正当なポリス・パワーの規制範囲に属すると判示されてきた。しかし、経済格差の是正を目的としたポリス・パワー行使は常に司法による抵抗に直面してきた。

富の生産と分配の状況に関わる経済的利益は、ポリス・パワーの論争的な分野を形成している。

詐欺の防止は一般的に正当な機能と考えられているが，抑圧（oppression）の防止 [のための立法] は，契約の自由という憲法上の権利の主張にしばしば直面してきた [Freund 1904: iii-iv]。

実定法の解説を行う法体系書（treatise）という形式から，フロインドはこのような伝統的なポリス・パワー法理を前提とした記述を維持している。しかし，彼はそのような伝統的法理論に対する批判も同時に行っている。

多くの州裁判所が，労働者の保護のための法律に対して，裁判所の採用する自由観を押し付けてきた。このような立法の多くは，無思慮で時期尚早なものかも知れないが，社会正義についての新しい理想を実現しようとする立法府の努力を表現している。それは自然的な不平等を州の権力によって是正しようとするものである。我々の憲法の父たちの精神にとって，正義の古い原理のほうがより馴染むものであったとしても，それは必ずしも彼らの暗黙の理想によって，法の進化が絶対的にコントロールされるべきということの意味しない。……民主制の下において，成熟し熟慮された人民の意思と裁判所が対立し続けることはできないのである [Freund 1904: 17]。

フロインドは，判例の大勢を批判し，経済的な交渉力の是正をポリス・パワーの正当な行使として認めるべきと正面から主張した。

抑圧に直面している際にこの自由 [契約の自由のこと] を強調することは，経済的利益の保護のためのポリス・パワーの正統性を否定することになる。このような立場が理論的にいかに強力であろうとも，それは憲法の原理を構成するものではない [Freund 1904: 538]。

こうしてフロインドはポリス・パワーの射程をニューサンスの保護に限定する従来の法理論に対して批判を加えた。それに加え，彼の憲法理論の体系はクーリヤティードマンのそれに比してかなり現代的なものとなった。Personal security, personal liberty, private property といった伝統的なコモン・ローの三分類は用いられておらず⁴⁴⁾，権利の性質に即した分類に改められ，人身の自由，信教の自由，経済的自由，公用収用などがそれぞれのテーマごとに並べられることになった。また，修正 14 条の判例の蓄積を反映して平等権が独立した章として編成された。これは，憲法上の権利としての平等権という概念が成立しつつあることを示すものといえる。さらに，フロインドの体系書は，

そのタイトルや、章立ての見出しとして、constitutional rights や fundamental rights といった言葉を用いている。このことは、憲法上の権利がコモン・ロー的な persons and property の権利とは異なっていることを示唆させる。

コモン・ローという基礎を憲法論が失い、憲法上の権利が自立化しつつあることをフロイドの体系書から窺い知ることができる。伝統的な法思想においては、憲法上の権利はコモン・ローのそれと一致するものであったから、憲法の条文上の根拠はさして重要なものではなかった。しかし、フロイドは憲法の条文に根拠を有するかどうかを権利の重要性の尺度の一つとして理解した。

契約の自由は、ポリス・パワーのよく知られた目的に劣後する。また、それは、基本的な憲法上の権利 (fundamental constitutional rights)、身体と人身の自由、財産権 (契約上の債権債務を含む)、平等権、政治的自由とも異なっている。なぜなら、契約の自由は既得権 (a vested right) ではないし、確定した内容を持たないし、また特定の憲法上の保障 (specific constitutional guaranties) によって保護された権利でもないからである [Freund 1904: 537]。

この引用にあるような、憲法上の権利をその重要性や条文の有無で区別するという発想は、後の United States v. Carolene Products⁴⁵⁾ で示唆された二重の基準論を彷彿とさせる。アメリカ憲法史において、憲法上の権利はコモン・ロー上のそれから分離し、徐々に独自の法領域となっていくが、フロイドの法理論は、「憲法上の権利の自立化」の最初期の形態の一つと評価できるのである。

(次号に続く)

注

- 1) 本稿「コモン・ロー、憲法、自由 (3)」中央ロー・ジャーナル 14 卷 3 号 36-38 頁, 42 頁。
- 2) 例えば, [Chemerinsky 2015: 976-77] 参照。
- 3) [ibid: 977]。
- 4) 過度の広汎性ゆえに無効の法理を採用した先例として, Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972). 曖昧性ゆえに無効の法理を採用した先例として, Coates v. Cincinnati, 402 U.S. 611 (1971). パブリック・フォーラム論の最初期の先例としては, Hague v. CIO, 307 U.S. 496 (1939) が挙げられる。
- 5) かかる問題が自覚的に扱われた先例としては, Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963) が挙げられる [松井 2012: 336-37]。この問題は, その後, Winsconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972); Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith, 494 U.S. 872 (1990) などをはじめとして, 先鋭な憲法問題となっていることは周知であろう。
- 6) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1937); Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ___ (2015); Cruzan ex rel. Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

- 7) 本稿「コモン・ロー, 憲法, 自由 (3)~(5)」中央ロー・ジャーナル 14 巻 3 号, 4 号, 15 巻 1 号参照。
- 8) 例えば, [Chemerinsky 2015: 697-702] 参照。
- 9) 平等保護条項の歴史的展開を叙述することは本稿の射程外であるが, 管見の限りでさしあたり
の見取り図を示しておく。修正 14 条についてのリーディング・ケースである *Slaughter House Cases* では, 平等保護条項は, 州の差別的な黒人法を禁止する趣旨であるとされていた。*Slaughter House Cases*, 83 U.S. 36, 81 (1873). *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 310 (1880) も同旨。しかし, 連邦最高裁は, その後平等保護条項の射程を黒人差別以外にも拡大していく。*Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) はその代表例である。しかし, 19 世紀においては, 平等保護条項の判例の高度な発達はなかった。むしろ, 平等保護条項は, デュー・プロセス条項と径庭ない保障内容を備えていたと考えられていたかに見えるところがある。つまり *civil liberty* の平等な保護であり, 特定の者のみに対して自由を制限することが禁止されるというわけであり, このような理解においては, デュー・プロセス条項と平等保護条項の適用において実質的な差異は生じない。例えば, クーリは, 修正 14 条の二つの条項を特段区別しては論じていない [Cooley 1880a: 221]。
- 10) 本稿「コモン・ロー, 憲法, 自由 (3)」中央ロー・ジャーナル 14 巻 3 号 28 頁。
- 11) 憲法学者のアーウィン・チェメリンスキーは, かかる観点から *state action* 論の起源を論じている。かつては, コモン・ローが私人による権利侵害からの砦として機能しており, そのコモン・ローは自然権を保障したものと考えられていた。コモン・ローによって私人による侵害から保護される権利と, 憲法上の権利は同一のものであった。例えば, 修正 4 条によって保護される不合理な捜索及び押収からの自由は, コモン・ロー上のトレスパスや不法監禁 (*false arrest*) によって保護される自由と同一であった [Chemerinsky 1985: 513]。このような法世界においては, 憲法上の権利が州行為にしか適用されないとしても不合理はない。というのも, 私人の行為はコモン・ローによって既に規制されているからである。しかし, 今日ではコモン・ローに基礎を持たない権利が多くある。例えば, 人種的・性的差別からの自由はその典型である [ibid: 516]。チェメリンスキーは, 憲法上の権利は *state action* のみを制約するという発想は, 個人の権利をコモン・ローが包括的に保護していた時代においては意味があったが, 今日においては時代錯誤的なものであることを批判する [ibid: 506]。
- 12) 本稿「コモン・ロー, 憲法, 自由 (7・完)」中央ロー・ジャーナル 15 巻 3 号掲載予定 V 章 5 節参照。
- 13) 本稿「コモン・ロー, 憲法, 自由 (3)」中央ロー・ジャーナル 14 巻 3 号 38-40 頁。
- 14) ホームズやジョン・デューイ, チャールズ・ピアドラの思想を「形式主義に対する反乱 (*the revolt against formalism*)」として描き出した [White 1976: 3] はその代表的な研究業績である。辞書, 教科書による同趣旨の記述として, [田中編 1991: 938-39; 平野 1997; 戒能 2015; 森村 2016: 166]。「法も社会の変動に応じて発展させるべきだ」という O.W. ホームズのプラグマティズム法学が登場するが, それは, 形式主義批判, 経験論, 実証研究, 法の道具的観念を柱とし, 後の, 社会学的法学, リアリズム法学につながる法思想であった [戒能 2015: 35] とのまとめはその代表的なものである。[Novick 1991: iii; Horwitz 1992: 110/136; 金井 2006: 15-16; Lobban 2007: 208-209; Postema 2011: 44] も, 彼ら自身がそのような評価を正当と考えるかは別として, 同様の傾向があったことを指摘する。
- 15) かかる批判を最初に本格的に行ったのが, 他ならぬロスコー・パウンドであった [Pound 1909: 457]。これについては, 本稿「コモン・ロー, 憲法, 自由 (7・完)」中央ロー・ジャーナル 15 巻 3 号掲載予定 V 章 4 節で検討する。
- 16) このような 19 世紀法思想の理解については, [清水 2013a; 2013b; 2016; 2018] で論じてきたところである。当時の法思想を歴史法学として理解する代表的な研究業績として, [Siegel 1990; Tamanaha 2010; Parker 2011; Rabban 2013] がある。

- 17) ホームズは体系的な法理論を示した著作をほとんど残さなかった上に（『コモン・ロー』が唯一の体系的な単行本である）、彼の文体は難解かつ警句で満ちていて捉え難いとも言われる [Horwitz 1992: 110/136]。連邦最高裁時代のホームズの多くの反対意見は、彼をリベラルの教祖的存在にした。彼が great dissenter と呼ばれる所以である。ホーウィッツは、このようなホームズ像を前提として、彼の難解かつ曖昧な文章が読まれてきたことにより、ホームズ像が歪められたとする [ibid]。
- 18) [金井 2006] は、19世紀当時の主流をなした歴史法学という文脈においてホームズを検討している訳ではないが、同様にホームズの法思想の一貫性を主張する研究文献であると理解できる [ibid: 239]。
- 19) もっとも、ローマ法と英米法を峻別し、サクソン期の自由の精神をことさらに強調する傾向の強かった当時のアメリカの歴史法学派 [清水 2013a; 2018] に比べると、ホームズには、アングロ・サクソン人の民族的優越性という観念は希薄であるように思われる。ホームズはローマ法の発展とコモン・ローの発展の過程を基本的にはパラレルなものと考えていたように思われる [Holmes 1991: 34]。また、ノルマン・コンクエスト以前のサクソン期にコモン・ロー的自由の淵源があったという当時において典型的だった議論の様式も管見の限りほとんど見られないように思われる。この点においてやはり前期ホームズもまた独創的な面を有していたのかもしれない。
- 20) 法学者のアルバート・アルシュラーは、ホームズをニーチェ的なニヒリストとして描き出す。彼によれば、ホームズは、法を社会的闘争や競争の勝者によって作られるものとして理解した [Alschuler 2000: ch.2]。かかる立場によれば、その内容がいかに悪しきものであれ、政治闘争の勝者によって作られる立法には敬讓すべきとの司法消極主義が導かれるという [ibid: 58]。かかるアルシュラーのホームズ像も、本稿の採用する後期ホームズ像と多くを共有するものと言ってよい。
- 21) もっとも、ホームズは「法の道」において、「法の歴史は民族の道徳的発展の歴史 (the history of the moral development of the race) である」 [Holmes 1920: 170] と述べ、歴史法学的な思想の残存を示してもいる。ホーウィッツは、このような叙述を、「伝統的な法の源泉を完全に捨ててしまうことや、法と政治の区分が意味を失ったと完全に認めるのが、いかに困難であったかを示す一例である」 [Horwitz 1992: 128/160] とする。
- 22) 19世紀の歴史法学においては、法は民族の慣習とされていたから、民族的に一体であると当時考えらえたイングランド人の法とアメリカ人の法もまた同一であると考えられていた [清水 2018]。しかし、ホームズは、法が政策判断の結果であるとし、かかる英米法の同一性を否定する。彼は、ある判例の反対意見において、「コモン・ローは、州によって執行されている限り、コモン・ローと呼ばれようが呼ばれまいが、コモン・ロー一般ではない。それは州の権威によって存在している州法であり、イングランドや他の場所においてどうであったかは無関係である」 Black & White Taxicab Co. v Brown & Yellow Taxicab Co., 276 U.S. 518, 533-34 (1928) (Holmes, J., dissenting) と述べている。
- 23) 本稿「コモン・ロー、憲法、自由 (5)」中央ロー・ジャーナル 15 巻 1 号参照。
- 24) Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 75 (1905) (Holmes, J., dissenting).
- 25) 本稿「コモン・ロー、憲法、自由 (5)」中央ロー・ジャーナル 15 巻 1 号参照。
- 26) 本稿「コモン・ロー、憲法、自由 (5)」中央ロー・ジャーナル 15 巻 1 号。また、ニューサンス法および憲法の判例は、具体的先例との類推によって事案を解決しているのであり、演繹的な思考方法を採用している訳でもなかったのである。
- 27) 本稿「コモン・ロー、憲法、自由 (1)」中央ロー・ジャーナル 14 巻 1 号 123-27 頁、「コモン・ロー、憲法、自由 (3)」同 14 巻 3 号 36-42 頁。
- 28) Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 275, 281 (1897).
- 29) 205 U.S. 454 (1907).
- 30) Ibid. at 462.

- 31) Ibid. ブラックストーン『イングランド法釈義』4巻には次のようにある。「冒瀆的な，不道德な，反逆的な，宗派分立罪の，煽動的な，中傷的な名誉毀損は程度の差はあれどイングランド法によって処罰される。この場合，出版の自由は，適切に理解されるなら，決して侵害されてはしないのである。出版の自由は，自由な国家の本質にとって不可欠なものである。しかしこの自由は，事前抑制が存在しないことにあるのであって，出版後の刑事罰からの自由にあるのではない」[Blackstone 1979, vol.4: 151]。
- しかも，ホームズ法廷意見は，修正1条の内容が修正14条を通じて州を拘束するかについては判示していない。仮にそのような立場をとるにしても，本件処罰は合衆国憲法に反するものではないという趣旨で引用部分は書かれている [奥平 1999: 124]。
- 32) 250 U.S. 616 (1919).
- 33) 本事件はあまりにも有名であり，本稿が付け加えることはあまりない。本稿では，それが19世紀に支配的であったコモン・ロー的憲法論の終焉の序曲となったという側面からのみ考察を行う。スパイ防止法および，Abrams 判決を含むそれに続く一連の連邦最高裁判決については，[奥平 1999: 129-53] に分かりやすい解説がある。
- 34) 法制史家ラバンは，ブラックストーン以来の歴史を持つ，「悪しき傾向 (bad tendency)」を持つ表現は処罰可能であるとのコモン・ローの法理論が，Abrams 判決の反対意見で否定されたとする [Rabban 1997: 8]。
- 35) Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630-31 (1919) (Holmes, J., dissenting).
- 36) 行政法という法分野の存在を自明のものとする我々にとって，当時において，「行政法」が持った意味を理解することは容易ではない。当初，行政法は法学としては認識されなかったという [Comments 1961: 757]。アメリカにおける行政国家と行政法の出現についての研究として，[Comments 1961; Horwitz 1992: ch.8; Mashaw 2010; Ernst 2014]。ホーウィッツ，ダニエル・エルンストの研究とともに，行政機関が私的権利に及ぼす権限が，伝統的な裁判所中心の英米的法の支配観念と整合するものかについて，激しい争いがあったことを指摘する。
- 37) フロイドが時代遅れになったコモン・ローを批判し，専門的知見に基づいた立法の増加を訴えた著作が，[Freund 1917] である。ちょうど彼の著作が出版された1917年は，第一次大戦にアメリカが参戦した年であり，それによってアメリカの行政国家化が進展しようとしていた [Ross 2017; 斎藤 2017: ch.7]。フロイドについての伝記的研究として，[Kraines 1974] がある。
- 38) フロンドは，鉱山労働者の労働時間制限を合憲とした Holden v. Hardy と Lochner が整合しておらず，先例に反するとの評釈を判決直後に発表している [Freund 1905: 412-23]。
- 39) Lochner 判決を内在的に理解する立場からは，条文がないという批判に対しては，law of the land あるいは due process of law はコモン・ローの諸原理を体現するものであるとの反論が可能である。また，先例がないという批判に対しては，すでに州に多くの先例が存在したこと，契約法の判例に類似の判断をしたものが存在したことをすでに本稿「コモン・ロー，憲法，自由 (2)」，「同 (4)」中央ロー・ジャーナル 14 巻 2 号，同 14 巻 4 号で検討している。立法的判断を代行しているという批判に対しては，Lochner 判決は，契約法において契約の自由を保護したのと同様の判断を憲法レベルで行ったに過ぎないと反論できよう。しかし後の日米の憲法学は革新派による Lochner 理解のみを受容した結果，このような内在的理解が普及することはなかった。
- 40) 本稿「コモン・ロー，憲法，自由 (4)」中央ロー・ジャーナル 14 巻 4 号 93 頁。
- 41) 被用者が使用者に対し，労働災害により被った損害の賠償を求める場合に，当該事故がその使用者の下で働く他の同僚被用者の過失によって起きたものであるときは，使用者は損害賠償責任を負わないというコモン・ロー上のルール [田中編 1991: 165]。
- 42) 45 Mass. 49 (1842).
- 43) 本稿「コモン・ロー，憲法，自由 (5)」中央ロー・ジャーナル 15 巻 1 号参照。
- 44) ブラックストーン及びケントの権利体系については，本稿「コモン・ロー，憲法，自由 (1)」中央ロー・ジャーナル 14 巻 1 号 118-126 頁。ティードマンの憲法体系書は，憲法上の権利をかか

るコモン・ロー上の権利体系に準拠させて叙述していた。本稿「コモン・ロー，憲法，自由（3）」中央ロー・ジャーナル 14 卷 3 号 38-40 頁。

45) 304 U.S. 144 (1938).

引用文献一覧*

* 数が膨大になるため直接引用した文献に限って記載した。……は中略を示す。翻訳がある場合には／の後の数字が和訳の頁数を示している。

<PRIMARY SOURCES>

- Blackstone, William [1979] *The Commentaries on the Laws of England*, 4 vols., The University of Chicago Press.
- Cooley, Thomas M. [1880a] *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*.
- Cooley, Thomas M. [1880b] *A Treatise on the Law of Torts, or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*.
- Freund, Ernst [1894] The Law of the Administration in America, *Political Science Quarterly*, Vol. 9, No. 3, pp. 403-425.
- Freund, Ernst [1904] *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights*.
- Freund, Ernst [1905] Limitation of Hours of Labor and the Federal Supreme Court, 17 *Green Bag* 411.
- Freund, Ernst [1910] Constitutional Limitations and Labor Legislation, 4 *Ill.L.R.* 609.
- Freund, Ernst [1917] *Standards of American Legislation: An Estimate of Restrictive and Constructive Factors*.
- Holmes, Jr., Oliver Wendell [1920] *Collected Legal Papers*.
- Holmes, Jr., Oliver Wendell (Frederic Rogers Kellogg ed.) [1984] *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy*, Greenwood Press.
- Holmes, Jr., Oliver Wendell [1991] *The Common Law*, Dover Publishing.
- Pound, Roscoe [1909] The Liberty of Contract, 18 *Yale L. J.* 454.

<SECONDARY SOURCES>

- Alschuler, Albert W. [2000] *Law without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes*, The University of Chicago Press.
- Bernstein, David E. [2011] *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights against Progressive Reform*, The University of Chicago Press.
- Chemerinsky, Erwin [1985] Rethinking State Action, 80 *Nw. U. L. Rev.* 503.
- Chemerinsky, Erwin [2015] *Constitutional Law: Principles and Policies*, 5th edition, Wolters Kluwer.
- Comments [1961] Ernst Freund: Pioneer of Administrative Law, 29 *U. Chi. L. Rev.* 755.

- Ernst, Daniel R. [2014] *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford U.P.
- Gordon, Robert W. [2017] *Taming the Past: Essays on Law in History and History in Law*, Cambridge U.P.
- Healy, Thomas [2013] *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind and Changed the History of Free Speech in America*, Picador.
- Horwitz, Morton J. [1992] *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford U.P. モートン・J・ホーウィッツ（樋口範雄訳）[1996]『現代アメリカ法の歴史』弘文堂。
- Ingram, Steven M. [2003] Taking Liberties with *Lochner*: The Supreme Court, Workmen's Compensation, and the Struggle to Define Liberty in the Progressive Era, 82 *Or. L. Rev.* 779.
- Kellogg, Frederic R. [2007] *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*, Cambridge U.P.
- Kraines, Oscar [1974] *The World and Ideas of Ernst Freund: The Search for General Principles of Legislation and Administrative Law*, The University of Alabama Press.
- Lobban, Michael [2007] *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900*, Springer.
- Mashaw, Jerry L. [2010] Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age, 119 *Yale L. J.* 1392.
- Novick, Sheldon M. [1991] Introduction to the Dover Edition, in Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Dover Publishing.
- Parker, Kunal M. [2011] *Common Law, History, and Democracy in America, 1790-1900: Legal Thought Before Modernism*, Cambridge U.P.
- Postema, Gerald J. [2011] *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Springer.
- Rabban, David M. [1997] *Free Speech in Its Forgotten Years, 1870-1920*, Cambridge U.P.
- Rabban, David M. [2013] *Law's History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge U.P.
- Ross, William G. [2017] *World War I and the American Constitution*, Cambridge U.P.
- Siegel, Stephen A. [1990] Historism in Late Nineteenth-Century Constitutional Thought, 1990 *Wis. L. Rev.* 1431.
- Tamanaha, Brian Z. [2010] *Beyond the Realist-Formalist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton U.P.
- White, Morton [1976] *Social Thought in America: The Revolt against Formalism*, Oxford U.P.

<邦語文献>

- 奥平康弘 [1999] 『「表現の自由」を求めて：アメリカにおける権利獲得の軌跡』岩波書店。
- 戒能通弘 [2013] 『近代英米法思想の展開：ホップズ＝クック論争からリアリズム法学まで』ミネルヴァ書房。

- 戒能通弘 [2015] 「概念法学，機械的法学への批判：エールリッヒ，ホームズ」深田三徳=濱真一郎編著『よくわかる法哲学・法思想』第二版，ミネルヴァ書房。
- 金井光生 [2006] 『裁判官ホームズとプラグマティズム：〈思想の自由市場〉論における調和の霊感』風行社。
- 斎藤眞（古矢旬=久保文明監修）[2017] 『アメリカを探る：自然と作為』みすず書房。
- 椎名智彦 [2018] 「岐路に立つ法の支配」戒能通弘編著『法の支配のヒストリー』ナカニシヤ出版。
- 清水潤 [2013a] 「アメリカにおける不文憲法の伝統（2）」中央ロー・ジャーナル 10 巻 2 号。
- 清水潤 [2013b] 「アメリカにおける不文憲法の伝統（3・完）」中央ロー・ジャーナル 10 巻 3 号。
- 清水潤 [2016] 「19 世紀後期アメリカの憲法論に対するコモン・ローの影響について」法哲学年報 2015 号。
- 清水潤 [2018] 「ロックナー判決と法の支配」戒能通弘編著『法の支配のヒストリー』ナカニシヤ出版。
- 田中英夫編著 [1991] 『英米法辞典』東京大学出版会。
- 平野仁彦 [1997] 「第 10 章 アメリカ法思想とプラグマティズム法学」田中成明ほか『法思想史』第二版，有斐閣。
- 松井茂記 [2012] 『アメリカ憲法入門』第 7 版，有斐閣。
- 森村進 [2016] 「リアリズム法学は社会学的法学とどこが違うのか」森村進編『法思想の水脈』法律文化社。

●Summary

This article examines the common law backgrounds of late nineteenth and early twentieth century American constitutional theory. At that time, the Supreme Court of the United States declared many socioeconomic regulations, including labor laws, to be void under the Fourteenth Amendment to the Constitution. According to conventional wisdom, conservative justices hated progressive social reform and preferred big business. For those reasons, it is said, they held the laws unconstitutional.

However, this paper proposes another explanation. Constitutional theory at that time was based on the common law tradition. Justices in the *Lochner* era tended to defend common law rights and common law principles in their constitutional interpretations. They considered constitutional rights protected by the Constitution to have been derived from the common law tradition.

This installment of this article will examine the decline of common law-based constitutionalism in the twentieth century. In the *Lochner* era, justices and jurists identified common law rights with constitutional rights, believing that constitutional principles and cases were derived from those of the common law. However, progressive lawyers began attacking this approach. This installment reviews the ideas of two such jurists, Oliver Wendell Holmes, Jr. and Ernst Freund. A later chapter will discuss Roscoe Pound.

Today, Holmes is thought of as a champion of progressive legal thought. However, he was at first an old-style lawyer who identified common law with national custom. His theory was very similar to that of James C. Carter, a conservative jurist who espoused historical jurisprudence. Holmes thought law was neutral and apolitical, something that developed out of custom.

However, from the 1890s forward, Holmes championed a different view. According to his new theory, law was a result of class conflict. Judges were policy makers, and they decided cases according to their class-preferences. If common law was just policy made by judges, it had no legitimacy. In a democracy, legislators are supposed to make policy based on popular will. Holmes deprived the common law of its legitimacy as customary law. Delegitimizing the common law resulted in the collapse of common law constitutionalism.

Freund, now remembered as a seminal figure of administrative law in America, also criticized the common law and common law constitutionalism. He considered old-fashioned common law to be obsolete and unable to properly address social problems in the modern industrialized society. In its place, he argued, American society needed legislation enacted with the support of experts and specialists. Freund also criticized common law-based constitutionalism as against the popular will and modern social conditions.