

國學院大學學術情報リポジトリ

『裁判官統治論』：
コモン・ローにおける制定法の脆弱さとその克服の
試み

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-10-31 キーワード (Ja): エドゥアール・ランベール キーワード (En): 作成者: 姫野, 学郎 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/0002000982

『裁判官統治論』——コモン・ローにおける 制定法の脆弱さとその克服の試み——

姫 野 学 郎

- 1 はじめに
- 2 制定法
- 3 違憲立法審査権
- 4 construction
- 5 合理性と便宜性——『裁判官統治論』はなぜ違憲宣言から逸脱してしまうのか
- 6 『裁判官統治論』の文脈化——Theodore Roosevelt — La Follette — FDR
- 7 おわりに——行政実務とコルポラティブ法 *droits corporatifs* の主題化

1 はじめに

(1) E. Lambert⁽¹⁾にとって、比較法は「法源に関する省察の論理的補完物」⁽²⁾であった。この点は、現代の Rodolfo Sacco の場合と同様である。したがって、Lambert にとっても Sacco にとっても、F. Gén y との対話は不可避であった。C. Jamin と P. Jestaz は、Gén y の役割——注釈伝統の「破壊」と

(1) Lambert の作品の多くは、以下のサイトで無料で入手でき、本稿もこれにきわめて多くを負っている (2018年9月最終アクセス)。<http://idcel.univ-lyon3.fr/actualites/fonds-numerise-edouard-lambert/>

(2) Carlos Petit, Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la belle époque, en La comparazione giuridica tra ottocento e novecento. In memoria di Mario Rotondi 1, 19 (Antonio Padoa-Schioppa, ed., Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Milano, 2001).

(3) 「再建」——を2人の人物に、すなわち O. W. Holmes (「破壊」) と R. Pound (5)
(4) 「再建」) に割り当てている。

Sacco についてはさておき、Lambert について敷衍すればこうである。一方、Lambert は1895年アグレガシオンのさいに出会って以来、Saleilles に(6)
献身的につき従った。他方、「自由思想家」Lambert は、たしかに、「カトリック」Gény の「再建」作業のかぎとなる「還元できない自然法」——
Science et technique の第2巻の副題——には引きつけられなかった(この
当時、第三共和制はドイツ文化闘争のフランス版——モデルニスム危機——
を経験しつつあった。他方、大西洋対岸の Holmes は自然法に引き寄せられ
(7) るべき理由をもたない)。しかし、Gény との対話は、1900年にその Méthode

(3) 姫野「エドゥアール・ランベールの比較法(2)——法の『社会化』と『国際化』——」
『国学院法学』54巻4号4頁(275頁)(2017年)。

(4) P. Jestaz & C. Jamin, La doctrine 275-6 (2004)。

(5) Jestaz & Jamin 277 & 282。本書の p. 277はこう述べる。「Gény が Demogue の
Notions fondamentales の公刊時 [1911] にその帰結をみて自らの大胆さにおののいた
のと同様に、Pound はすぐにその初期の著作の正反対をゆき、リアリズムの最悪の論敵
となった。」

一方、Pound は「再建」のために Gény や Saleilles を熟読し、いくつかのヨーロッパ
論文英訳選集の企画に参加し、のちのリアリストらに基本文献を与えた。ところが、
1940年代初頭までに、彼はナショナリストの身振りを見せ、アメリカ知識人は「大陸
ヨーロッパから法とか政治に関してどんな助言も…必要としない」(N. Duxbury) と宣
言するにいたる。

他方で、1911年の Gény はどうか。Demogue の著作の「意気阻喪させるほどのニヒ
リズム」が自らの自由探求を損なうことを恐れた。Gény は Saleilles 宛の書簡(1911年
2月8日付)で科学的自由探求を——法の科学的形成 L'élaboration scientifique du droit
という概念のもとで——主題的に扱う Science et technique (1914-24刊)の公刊を急ぐ
努力は「喫緊のもの」だと述べている。Jamin, Demogue et son temps : Reflexions
introductions sur son nihilisme juridique, RIEJ 2006, at 11-2。なお、Jamin, Audren &
Bloquet, eds., Lettres de François Gény à Raymond Saleilles : Une trajectoire
intellectuelle 1892-1912 (2015) にはなぜかこの書簡は含まれていない。

(6) Petit, Lambert en Tour Eiffel 25, n. 76。

(7) 「彼はちやほやされるが、1940年代にイエズス会学者ら幾人かの批評家によって攻
撃を受けたときに興味深い帰結をみる。理由はこうであった。彼は道徳的相対主義者で
あり、自然法に対するその明らかな軽蔑はその裁判観を全体主義を支持しうるものにし

d'interprétation et sources en droit prive positif (1899) (以下 Méthode) 書評を『国際高等教育雑誌 Revue internationale de l'enseignement』(以下 RIE) 上に上梓して以来、その比較法を刻印づけているのである。Carlos Petit は Lambert に語らせようとする。すなわち、実定的事物の本性によって「Gény がわれわれに提示すると主張する確固とした支点、正確なガイドラインとは、われわれをさらに分け隔てる、果てしなく活性化されたもろもろの問題の総体である。」⁽⁸⁾「還元できない自然法」は以上の「支点」にはなりえない。こうして Petit はいう。「Gény の Méthode によって動機づけられ、Lambert 書評は彼がその生涯をつうじて展開した職業活動の総合とし

ている、と。」G. Edward White, *The Canonization of Holmes and Brandeis: Epistemology and Judicial Reputations*, 70 N.Y.U. L. Rev. 576, 591 (1995). See further Jestaz & Jamin 275-6. 後者は Gény との対比。

他方、1940年代におけるリアリストに対する攻撃については、姫野「エドゥアール・ランベールの比較法(1)」『国学院法学』51巻4号152頁(325頁)注(62)(2014年)。別稿で触れるように、プログレッシブらと正反対の、リアリストが示す行動科学への傾倒、道徳への懐疑は、第1次大戦によって「人間の最終的運命に対する楽観主義や陽気さの感覚」(G. E. White) が失われたことに由来する、とみられている。リアリストとその精神的支柱 Holmes はともに自然法的思考とは無縁であり、ことにリアリストのアモラルな姿勢、ときに嘲笑的な姿勢はカトリックを刺激した。

より以上に関心がもたれるのは、Holmes の契約理論である。Holmes 理論——危険引き受け理論——への大陸法の注目は Rheinsteint に始まると思われる。これがしばしば大陸の契約観とコモン・ロー的なそれとの対比のために過度に一般化される傾向にある。Holmes 理論によってアメリカ法を代表させる見方は批判にさらされつつある。

(8) cf. Petit, *Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Édouard Lambert*, en *De la Ilustración al Liberalismo*, Symposium en honor al profesor Paolo Grossi, 121, 128-9 (Paolo Cappellini, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, Madrid, 1995).

(9) Lambert, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, *Revue internationale de l'enseignement* 40 (1900), 216, 236. 本文に触れたとおり、以下この雑誌は「RIE」として引用。Petit, *Absolutismo jurídico y derecho comparado* 129 に引用される。

Lambert はこう続けている (RIE 237)。「Gény 氏が二次的方向づけとして提示する… [社会学、集合社会心理学や合理的公法等々といった] 諸科学について言えば、こんにちこれらは社会生活の賭けによって掻き立てられた扱いの難しい諸問題に関する個人的意見の相違を救済するのに十分に正確なもろもろの帰結に達しただろうか。けっしてそうではない。解釈者は、その個人的理性のファンタジーに没頭しているのである。」

て読むことができる⁽¹⁰⁾」、と。1930年代に刊行された3巻からなる『Gény 論集 Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény』もこのような職業活動の総合なのであった。⁽¹¹⁾

(10) Petit, Absolutismo jurídico 128.

(11) 1929年8月ジュネーブで開催された比較法国際アカデミーにおいて、Lambert は、J. H. Wigmore と協力しつつ、1931年比較法国際大会開催に向けて尽力する。この大会は、1932年8月2日から6日にハーグの平和宮で実現する。本大会に参加した合衆国代表者は72名にのぼっている (Petit, "A Contributor to the Method of Investigation" sobre la Fortuna de Gény en America, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 20, at 201, 249 (1991)——以下本誌は「QuF」と引用)。他方で、とくに Cardozo の影響のもとで、合衆国の論者らは Gény の著作に親しんでいた (QuF 233-240)。

これが、Gény 論集に多数のアメリカ著者が含まれるにいたった背景である。

Max Radin は「よき裁判官」Magnaud 判事の「合衆国における対応者」を、—— Lambert, *Gouvernement des juges*, infra, 34-5, n とともに——、ノースダコタの J. E. Robinson 判事に求めている (Radin, *The Good Judge of Chateau Thierry and his American Counterpart*, 10 Calif. L. Rev. 300 (1921-22))。

一方で、Magnaud 判事は Gény 方法論第2版 (1919) に「判例の気まぐれ」として自己の立場の弁明のために登場する (Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique*, tom II, 287-307 (Nos. 196-200) (1919))。同判事は、たとえば労災後ただちに労働者に対して仮の賠償に対する権利を与え、1898年労災補償法によって承認される以前に無過失の雇用主に労働者に対する責任を認めた (Gény, cit 295 (No. 198))。

他方、Robinson 判事はどうか。1916年に Robinson が最初の最高裁裁判官選挙に出馬したとき、前年に設立された農民運動 Non-Partisan League が勢力を拡大しつつあった。その3月総会で League は彼を「League の顧問弁護士かつ League 指導者らの内輪のサークルの一人、William Lemke [のち州法務総裁、破産法改正案 (Frazier-Lemke 法案)——譲渡抵当の実行手続に5ヵ年のモラトリアムを付与——]の下院側提案議員の一人」の Fargo law のパートナー弁護士」であり、「司法改革の旗手として傑出している」と述べている (Herbert L. Meschke & Ted Smith, *Judicial Values: The Justice Robinson Experience*, 82 N. D. L. Rev. 25, 31 & 36-8 (2006))。Non-Partisan League については、Lambert はもっと先で言及するはずである。Frazier-Lemke Act が全国産業復興法 National Industry Recovery Act とともに違憲判決を受けた1935年5月27日は Black Monday と呼ばれた。W. E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt* 89 (1995)。

こうして、大西洋の兩岸は Magnaud と Robinson の両判事をもった。Gény 論集には、多数のリアリスト、反リアリストが参加することになった。たとえば Kocourek 論

Petit から示唆を受けつつ、われわれは Lambert (1866-1947) の活動を 3 期に区別したい。第 1 期は、『比較民法機能論』⁽¹²⁾、1900 年パリ比較法会議における報告「一般的概念」、そして RIE 所掲 Gény, Méthode 初版 (1899) 書評「民法研究の不可欠の改革」⁽¹³⁾ (1900 年——以後「Gény 書評」)⁽¹⁴⁾ によって代表される「ベル・エポック」期。第 2 期は、第 1 次大戦終了直後の 1919-21 年前後の時期。第 3 期は、A. A. Sanhoury と M. Ishizaki の著作が『リヨン比較法叢書』の、それぞれ 10 巻および 18-20 巻として公刊される 1925 年、1928 年とこれに後続する時期、である。第 1 期は判例への注目によって、第 3 期はコルポラティブ法 *droits corporatifs* ——「団体法源」と訳出されることがある——への注目によって、それぞれ特徴づけられる。第 2 期はその過渡期にあたる。

第 1 期に関する考察は、別稿に譲られる。⁽¹⁵⁾ 第 3 期も、2 つの別稿に譲られる。⁽¹⁶⁾ うち 1 つは行政実務、他はコルポラティブ法それぞれにかかわる。⁽¹⁷⁾ 本稿

文について Petit はこう述べている (QuF 263)。「自由法とリーガル・リアリズムは無造作に同一視され、この同一視は以上の混乱を引き起こす先入観、Kocourek に対して Gény の『卓越した名前の高い庇護』——彼自身の表現を借用するならば——を引き合いに出しつつリアリズムを非難することを可能にした先入観であった。」Dickinson 論文についてはこうである (QuF 20 at 263-4)。「リアリストのニヒリズムに直面し、自然法への回帰が論じられているのである。」

(12) *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, 1 sér. Le régime successoral. Introduction. La fonction du droit civil comparé ; t. 1 (1903).

(13) *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et L'enseignement du droit, transcription de L'intervention d'E. Lambert*, Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents, vol. I, Paris, LGDJ, 1905, pp. 26-61. 大木雅夫・滝沢正訳「比較法学の一般的概念および定義、その方法とその歴史、比較法と法学教育」『上智法学論集』35 巻 3 号 (1992)。

(14) Lambert, *La réforme nécessaire*, cit.

(15) 姫野「エドゥアール・ランベールの比較法(1)-(3)」『国学院法学』51 巻 4 号、54 巻 4 号、55 巻 2 号 (2014-7 年) (未完)。

(16) それぞれ、Sanhoury らの行政実務研究と Ishizaki らのコルポラティブ法 *droits corporatifs* 研究に割り当てられる。両者ともに北アメリカの動向にかなりの紙幅を割く予定である。

は、『合衆国における裁判官の統治と社会立法に対する闘争：法律の合憲性の司法的コントロールに関するアメリカの経験 Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociales aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois』(1921) (以下『裁判官統治論』)を中心に据えつつ、第2期における Lambert の比較法論——ふたたび Petit を引けば「法源に関する省察の論理的補完物」——を明らかにすることを目的とする。これによって別稿に引いた Petit の以下の一節の意味も——「真に社会的かつ国際的な科学」の部分を除き——明らかにするはずである。すなわち、「リヨンから、比較法のいまひとつの種類、真に社会的かつ国際的な科学の建設は、特権的な注意を産業法と労働法に向け、新しい国と文化に傾斜し、アメリカのバージョンにおけるコモン・ローに大変深く注意しつつ [、おこなわれる]。この建設は、陽気なベル・エボックを忘れてはじめて可能となるであろう」⁽¹⁸⁾、と。

そして、Petit は以上の一節を含む論文と相前後して公開された論文に、以上に照応する一節を配置している。すなわち、1919年、Lambert は「比較法の教育 L'enseignement」⁽¹⁹⁾を上梓する。「このとき、1900年 [パリ比較法] 会議で直観されていたよりももっと多様かつもっと複雑な比較法が問題である。」この年に、ナポレオン法典百周年とまばゆいばかりのドイツ民法典は、法律家の注意を大陸法の狭い範囲に縮減してしまった。Lambert の1919年パンフレットのタイトルは、プログラムの進展を示す。新しい学問の教え、すなわち『立法共通法』——戦後のいま、「国際連盟共通法」(1919-

(17) Lambert を論じる場合、行政実務、コルポラティブ法 *droits corporatifs* とともに、「判例法源」に言及する必要がある。この問題については、3 番目の別稿を準備中である。あくまでも計画にすぎないが、判例に関する論文が最初に刊行されるはずである。

(18) Petit, Lambert en Tour Eiffel 36-7. 拙稿「ランベールの比較法(2)」『国学院法学』54巻4号275頁(5頁)(2017)。

(19) L'enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine, Annales de L'Université de Lyon. Nouvelle série, II. Droit, Lettres - Fascicule 32, Lyon, A. Rey Imprimeur-Éditeur, Paris, Librairie A. Rousseau, 1919, 118 pp.

1928)、「国際共通法」(1935)として提示される——は、フランス判例とアングロ・アメリカ判例(とくに大西洋の向こうの分派)との接近を獲得するための媒体となるはずである。「1921年に[リヨン大学比較法]研究所が活動を始めると、リヨングループのコモン・ローへの注目は、その商標となった」⁽²⁰⁾。「裁判官統治論」は、こうした背景のもとに書かれた。

1919年の *L'enseignement* は、アメリカの法学者とアメリカの主題との、⁽²¹⁾中断を知らない豊かな協力の始まりを示していた。

(2)『裁判官統治論』は "Government by judiciary"、"Our Judicial Oligarchy" とか "Government by Judges" といった、広くプロGRESSIVEの手になる論著の題名——順に、L. B. Boudin 著 (1911)、Gilbert Roe 著 Robert La

(20) Petit, *Harvard en Lyon : Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert*, Andres Botero Bernal et al, eds., *Temas de Filosofia del Derecho* 206-7 (2003).

(21) *Harvard en Lyon* 208. Petit が Michael Ansaldi の協力のもとで Roscoe Pound Papers (ハーバード大学ロースクール図書館) のなかに発見した Pound の Lambert 宛書簡 (1919年4月28日付) は、この協力を裏づけている (p. 231)。この短い書簡で Pound は、Lambert に対して *L'enseignement* を受け取ったことを知らせ、謝意を示している。

Roscoe Pound Papers についてはマイクロ版がある。マイクロ版は日本では東京大学法学部に収蔵されている。

本書に対するアメリカにおける反響として、以下がある。

Max Radin, *Le Gouvernement des juges...* 11 *Calif L. Rev.* 63-67 (1922).

Ernst Freund, *Le Gouvernement des juges...* 16 *Ill L. Rev.* 572-4 (1922).

(22) 「司法審査に対する Boudin の攻撃はさらに20年間続き、1932年には2巻本の大作、*Government by Judiciary* の公刊にその頂点をみる。」William G. Ross, *A Muted Fury : Populists, Progressives, and Labor Unions Confront the Courts, 1890-1937*, at 51 (1994). 本書は以下「*Muted Fury*」として引用。Ross の研究は、肝腎の Th. Roosevelt 案、Robert La Follette 案、そして F. D. Roosevelt 案(後出)について原文に即した検討を欠いている。

したがって、以下に示す論文(とくに Stagner 論文)のほか、L. D. Kramer, *The People themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review* 207-226 (2004) ; K. P. Miller, *Direct Democracy and the Courts* 189-198 (2009) 等、直接この主題を扱うわけではないモノグラフィーによって以上の欠を補う必要がある。

Madison 的な代表民主制からプロGRESSIVEヴィズム期における直接民主制への志向へのシフトについては、Nathaniel A. Persily, *The Peculiar Geography of Direct Democracy : Why the Initiative, Referendum and Recall Developed in the American*

Follette 序文⁽²³⁾ (1912)、「倦むことを知らない連邦司法部の天敵」⁽²⁴⁾であるノース・カロライナ最高裁判所首席判事 Walter Clark 著 (1914) ——から取られている。1907年 Clark は修正第14条の変容をも批判する。「修正第14条は黒人の保護のために採択されたのに、大金持ちの待避所に化けてしまった」⁽²⁶⁾、と。1912年に Roe もこれに加わっている⁽²⁷⁾。

「裁判官統治論」の論旨はすでにいくつかの先行業績によって明らかにされている⁽²⁸⁾。

前提は、州の立法部がポリス・パワーにもとづき、連邦議会が州際通商条項 Commerce Clause 等 (いずれも連邦憲法 1 条 8 節) にもとづき社会経済立法 (とくに「隠れた間接立法」——後出) を制定しても、これを連邦憲法修正第14条 (または、これに相当する州憲法の規定) によって違憲判断すればこの制定法は覆る、ということである。たとえば、とりわけ1922-4年に La Follette 憲法修正案のきっかけを形作ったのは、連邦レベルの児童労働法が、連邦最高裁によって2度にわたって違憲とされたことであった。すなわち、州際通商条項にもとづく第1児童労働法は Dagenhart 判決 (1918年) によって、課税権限にもとづく第2児童労働法は Drexel 判決 (1922年) に

West, 2 Mich. L. & Pol'y Rev. 11 (1997) ; Patrick L. Baude, A Comment on the Evolution of Direct Democracy in Western State Constitutions, 28 N.M.L.Rev. 343 (1998) ; T.E.Cronin, Direct Democracy : The Politics of Initiative, Referendum, and Recall 43-59 (1989) 参照。

(23) Roe はニューヨークの弁護士であり、ウィスコンシン州知事 (1901-6年)、同州選出上院議員 (1906-25年) La Follette の近い助言者であった。Ross, A Muted Fury 65.

(24) Ross, A Muted Fury 1. Clark は本書では多数の主人公の (かなり重要な) ひとりである。

(25) Gouvernement des juges 8-9, 99, n. 1.

(26) Ross, A Muted Fury 64.

(27) Ross, Muted Fury 65.

(28) 土屋和恵「判事の支配に関する一考察」『山形大学紀要 (社会科学)』28巻1号 (1997)、辻信幸「裁判官統治論に関する歴史的考察」『北大法学論集』52巻1号317頁 (2001)。辻329-337頁に書評と本論文がその後の学界でどう受け止められたか、について詳細な言及がある。

よって、である。⁽²⁹⁾

さて、Lambert によれば、1789年の「公式的憲法」は、その後の法の進化によって、その「政治的、経済的、文化的構造と不断に増大する緊張関係⁽³⁰⁾」におかれた。とくに南北戦争後の単一市場の成立を受け、連邦議会立法とこれを支援する最高裁による1789年憲法の「柔軟化」——市民的自由の「国民化」——の努力によって生み出された「事実上の憲法⁽³¹⁾」と乖離するにいたった。Lambert は、第 1 に連邦制、第 2 にとくに連邦における権力分立とに分けて論述している。

第 1 に、連邦制。1921年現在における現実⁽³²⁾は、1869年 Salmon P. Chase 判事による定義——不可侵の連邦 Union と不可侵の州——から遠く隔たっている。連邦の不可侵性は、州の不可侵性（たとえば、Judicial Code 237条⁽³³⁾ (1925) が挙げられる）——その立法上の自律権 *autonomie législative des*

(29) S. B. Wood, *Constitutional Politics in the Progressive Era : Child Labor and the Law* 29-30 & 195-8 (1968).

(30) Lambert & J. R. Xirau, *L'ancêtre américain du droit comparé : la doctrine du juge Story* 253 (1947). 以下「Story」として引用。以下の記述は、適宜 *Gouvernement des juges* 中に現れる説明によっておこなう。だが、これに見当たらないものは Story 等の著書から取る。

遺作となった Story (1947年刊) は、1938年の *Erie, R. R. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 における多数意見 (Brandeis 執筆) を批判し、それまでの *Swift v. Tyson* (Story 執筆) を支持するために書かれた。Lambert は Story と Brandeis を社会学的法学の旗手として高く評価する。しかし、*Erie v. Tompkins* を反国民的かつ反国際的な「1938年の法律クーデタ」として非難する。本書の詳細については別稿に譲る。

(31) Story 253-4.

(32) *Texas v. White*, 7 Wallace, 725 (1869).

(33) *Gouvernement des juges* 78-9 & 91.

実は W. H. Taft のもとで成立した1925年の *Judiciary Act* は、——州権論の根強さを物語るというよりは——、連邦最高裁判所の強制管轄権を劇的に減らし、大幅に裁量上告制度を導入し、最高裁のこんにちのイメージを作り出したのであった。Robert Post, *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice : Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court*, 85 *Minn. L. Rev.* 1267, 1271-3 (2001).

前史として、F. Frankfurter & J. M. Landis, *The Business of the Supreme Court : A Study in the Federal Judicial System* 193-6 & 203-216 (1927).

Etats, self-government législatif、すなわちそのポリス、通商および州内産業体制を規律する排他的権利——の犠牲のもとに、「再建」終了と連邦軍兵士の引き揚げ⁽³⁴⁾(1877)以後急速に息を吹き返した州権論にもかかわらず、実現した⁽³⁵⁾。ここにかかわるのが、第1に修正第14条、第2に——反トラストに関して——合衆国憲法1条8節3項のCommerce条項による州際通商委員会(1887年)と連邦取引委員会(1914年)の実現、第3に隠れた間接立法⁽³⁶⁾(Commerce条項等による連邦議会の立法)、第4に改革のための「新しい用具」、すなわち州憲法改正による立法である⁽³⁷⁾。いわば実質的意味における憲法に含まれにくい問題について形式憲法中に規定を設けるのである。

後2者を敷衍するところである。まず、第3点、「隠れた間接立法」についていえば、運輸手段を規律する権限、郵政権限、課税権限(1条8節⁽³⁸⁾1項)を手段として、連邦議会がことに1895年以来、1789年憲法が封じ込めていた立法活動への制限を押し広げてきたことを指す。⁽³⁹⁾つぎに、第4点、

Cit 193-6 についていえば、「現行の上訴管轄権のもとでは[New York Court of Appeals の] *Ives v. South B. R. Co.*, 201 N. Y. 271 の結論を[連邦]最高裁が審査する方がない。…こうして、*Ives* は州裁判所に対する[連邦]最高裁判所の上訴管轄権を修正する運動を加速したのである。」*Ives* に対する E. Freund, F. Goodnow, R. Pound らと Th. Roosevelt による批判——1912年の憲法修正に関する Roosevelt 案につながる——については、Frankfurter & Landis 193-4。

Cit 203-216 についていえば、「第1雇用者責任法[注(255)に照応する本文参照]のもとで[州をまたぐ雇用者の鉄道事業がこの法律にいう州際通商にあたるか、各州の労働者災害補償法が適用される州内通商にあたるか、という]非現実的な線引きによって救済がえられるか、それとも州による救済に追いやられてしまう。裁判所は機敏に憲法上の厳粛な問題として個別の被用者が一定の瞬間[受傷時]に州際の資格で仕事に従事していたか、それとも州内の資格でか、を決めなければならない。」Frankfurter & Landis 206。

(34) 「州権論」の語は調べたかぎり、Gouvernement des juges には現れない。これが現れるのは Story においてである。

(35) Gouvernement des juges 10-11.

(36) Gouvernement des juges 83-4.

(37) Gouvernement des juges 90-1.

(38) Les tendances, *infra* n. 46, 148-9.

(39) Story 244 ; Les tendances 149.

「州憲法改正による立法」についていえば、これ「は、社会立法の導入に対する裁判所の抵抗を打ち砕く最終手段として州の立法者によってとらえられている。[それは] 扱いのゆっくりしており同時に難しい武器である。なぜなら、この武器はしばしば2つの院の表決と人民投票による批准 [の両方] を要するからである。しばしば非効率的な武器でもある。なぜならこの武器は州憲法のなかに滑り込まされ、または形式的正当化のゆえに公布された立法をこの憲法による裁判上の無効に対してのみ保護し、連邦憲法による無効に対しては保護しないからである。⁽⁴⁰⁾」「憲法改正による立法は、1919年に修正第18条 [いわゆる禁酒法] の批准によって連邦法のなかに浸透した⁽⁴¹⁾…。」

州、とくにその立法権の犠牲において、連邦、とりわけ連邦議会の権限は、とくに連邦憲法第1条第8節の列举をゆるやかに解することによって、質量ともに飛躍的に増大した。「隠れた間接立法」も「憲法改正による立法」もともに制定法の拘束力強化の試みととらえることができるし、社会立法ばかりか、禁酒法すらも憲法5条の手続、すなわち改正手続によって定めることができる。

以上を反映するのが、修正第14条（デュープロセス——1873年 Slaughter House と83年 Civil Rights Cases）および修正第18条（禁酒法——1919年 Rhode Island v. Palmer）の司法審査の違いである。「1919年…の修正は、法律家らのもとで大変分かりやすい反感を掻き立てた。…とはいえ、1789年の連邦制の不屈の支持者でありつづけた。憲法伝統のこれらの擁護者は、最高裁判所が、——1868年に開いた裂け目を1873-83年にふさいだように——、諸州の立法自律権に開いた裂け目をふさぐだろう、とつかの間の希望を抱いていた。」1868年の裂け目とは、修正14条5項が「本条を執行する」ために連邦議会に対して立法権を承認したことをさす。⁽⁴²⁾ 本来修正第14条は「裂け

(40) Gouvernement des juges 90-1.

(41) Les tendances 154.

(42) 注(195)に松井茂記『アメリカ憲法入門 [第7版]』所掲の訳文を借用して掲載してある。

目」を入れる目的をもっていた。すなわち、「起草者の意思は、起草資料でも第5項でも強調されたが、『市民的自由を国民化〔連邦化〕する』ことにあり、連邦立法に州内に浸透することを許し、州に対して…市民の諸権利に関する統一的概念を押し付けようとする⁽⁴³⁾ことにある」。しかるに、1873年 Slaughter house 後の1883年 Civil Rights Cases の⁽⁴⁴⁾実際上の帰結は、「修正第14条第5項を憲法から除去⁽⁴⁵⁾」し、「州を連邦権力の立法上の後見から解放⁽⁴⁶⁾すること⁽⁴⁶⁾にあった。1923年の「合衆国における法統一の諸傾向 Les tendances」は端的に述べる。「1883年以來第14修正第5項は死文化した。」こうして「裂け目」はふさがれた。しかるに、1919年の裂け目は、修正18条2項が同じ目的のために州議会と並び連邦議会にも競合的立法権を承認したことをさしている。ここでは、「最高裁は修正第18条を有効と述べつつ、かつこうして憲法修正による連邦立法の合法性を承認しつつ、集権化の宣伝者らに新しい用具…を与えた⁽⁴⁸⁾」からである。

以上が、第1点、すなわち連邦制における乖離である。

(43) Gouvernement des juges 42.

(44) 1873年 Slaughter House はやや複雑である。Gouvernement des juges 42-3 は述べる。「1873年の Slaughter house case (ルイジアナの屠殺場の事件) では、合衆国最高裁は5対4というきわどい多数決とはいえ、州の立法自律権を破壊するこの方向において修正条項起草者に従わない意思を明らかにした。『修正は、これまでもっぱら州に属していた市民権の保護の領域全体を連邦議会に移したのか』という問題を提起したのち、かつ、連邦と州の関係、および諸州とその市民の将来にとってこれほど重大な問題が『現メンバーの公式の職歴中に裁判所に対して提起されたことはなかった』ことを想起したのち、多数はこう述べている。すなわち、[第1に] 修正 [14条] 第1項は、黒人の保護のためにしか規定されなかったのであり、[第2に] 制定法中に、人種、皮膚の色、以前に苦役に服していたことにもとづく差別を設けること、という唯一の留保のもとで、本条は、諸州に対して、その立法自律権が伝統的に欠けるところがないことを維持したのである。この判例は、Civil Rights Cases における判決によって最高裁が本判例を疑問の余地がないものととらえた1883年にいたるまで、有力でありつづけた。」

(45) Gouvernement des juges 43-4.

(46) Les tendances à L'unification du droit aux États-Unis, 1868-1922, Bulletin de la Société de législation comparée vol. 52 1923, at 135, 140.

(47) 注(196)に松井『アメリカ憲法入門』の訳文を借用のうえ、掲げてある。

(48) Les tendances 155.

第 2 に、三権の関係も変容した。合衆国のモデル——その憲法は Montesquieu の憲法教説を最後の論理的帰結にいたるまで突き詰めている——は、権力分立原則がどれほどその約束を長期にわたって保ちつづけることに無力であるか、を示すもっとも決定的な証拠のひとつである。遅かれ早かれ、制定された諸権力間に打ち立てると主張された対等なバランスは、国民的政治の展開とともに、見解の統一と行いの統一の必要性の圧力のもとに、たわんでい⁽⁴⁹⁾った。

上記 2 つの変化は、ともに一挙に実現したのではなく、漸次的に生じた。さて、「裁判官統治」は以上の 2 傾向の合力として生まれた。Lambert は——以上に触れた—— Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 が言い渡された 1883 年以前と以後を分かち。前者 1883 年以前、違憲立法審査権は、連邦政府と各州政府とのあいだの紛争を解決するための調停制度であった。ここでは課題は両者のあいだにできるかぎり平等なバランスを維持することにある (J. B. Thayer)⁽⁵⁰⁾。しかるに、1883 年以後、裁判所によるコントロールは、以上に加え、新しくかつ重大な職能を獲得した。各州内でも連邦政府内でも、コントロールは、司法権の政治的優越の設立機関かつ行使の用具とな⁽⁵¹⁾った。というのは、「第 2 の進化」によって、修正第 14 条第 5 項が連邦議会に与えた「権力を司法部に、しかも州の司法部にも連邦の司法部にも引き渡してしま⁽⁵²⁾った」からである。「…1890-1898 年のあいだに、権力分立の堤防は決壊し、—— Hough 裁判官の言葉によると——修正第 14 条にもとづく裁判による無

(49) Gouvernement des juges 10-18.

(50) Gouvernement des juges 30, n. 1.

(51) Gouvernement des juges 220-1 & 32.

(52) Gouvernement des juges 44.

「…この新しい進化は、われわれのもとでコンセイユ・デタ判例と行政争訟に関する豊かな学説の開花が生じた同じ原因の作用のもとで生じている。この進化は、社会の産業化が公権力のポリス・パワーに対して刻みつけた新しい方向づけによって掻き立てられた。」ポリス・パワーとは、E. Freund, *The Police Power* [: *Public Policy and Constitutional Rights* (1904)] の表現を借りれば、「自由と所有権との行使を制約し、規律することで公共の福祉を発展させる権力」である。Gouvernement des juges 44-5.

効化への訴えの氾濫が起った。⁽⁵³⁾」コントロールは、政府の3部門中もっとも保守的な部門に、他の2部門の活動、ことに2つのうちでもっともがむしゃらであり、大胆である部門——立法部——の活動、すなわち「公共の福祉」を目的とするポリス・パワーの行使を規律し、フィルターにかけ、せき止める手段を保証する傾向にあった。⁽⁵⁴⁾

Lambert は、一方におけるアメリカ的な制定法の脆弱性克服の企て、および他方にあるこれに掣肘を加える司法審査制に対してどんな態度をとったか。ことにそのフランスへの導入に対してどういう姿勢を保ったか。René David もいうように、イギリスで議会（制定法）にはもともと猜疑の念が向けられ、しかるに司法権（コモン・ロー）は自由の牙城である。この点は議会主権が確立しても変わらない。⁽⁵⁵⁾ イギリスにすらない司法審査制についてはどうだろうか。この点について Lambert は沈黙を守る。「…私は法律の合憲性の裁判所によるコントロールに関するアメリカ法理論が潜める具体的社会的諸事実を可能ながざり客観的に記述することに自らを限定しようとした」⁽⁵⁶⁾ にすぎないからである。彼は「裁判官統治」のフランスへの導入の是非についても判断を下していない。それは Hauriou ら公法学者、さらにベルギー⁽⁵⁷⁾ の私法学者 Henri de Page⁽⁵⁸⁾ の論考のなかにこそみいだされる。Lambert はむしろ、「[本研究] はアメリカ法源の総体の研究への不可欠の序論の一つとしてしかわたしの興味をひかない」⁽⁵⁹⁾ とさえ述べている。以上は額面どおりに

(53) Gouvernement des juges 50. 「Hough 裁判官によると、運動は1883年ごろに現れ1890年以来完全に明瞭になる。」 Gouvernement des juges 47は、Charles M. Hough, Due Process of Law - To-Day, 32 Harv. L. Rev. 218, 227-8 (1919) を例証に引く。

(54) Gouvernement des juges 7, 30-7, 44-50 & 220-1. 「ポリス・パワー」のくだりは、Gouvernement des juges 44-5 による。

(55) David, Traité élémentaire de droit civil comparé : Introduction à L'étude des droits étrangers et à la méthode comparative 302 (1950).

(56) Lambert, Gouvernement des juges 236.

(57) 36頁 (139頁) 参照。Gény, Science et technique の違憲審査権導入論。

(58) de Page, À propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit, Paris, Librairie du "Recueil Sirey", 1931 ; L. Graulich, A propos du gouvernement des juges, Revue trimestrielle de droit civil, 1932, at 77.

受け止めるわけにはいかない。⁽⁶⁰⁾

というのはこうである。合衆国連邦最高裁が、憲法修正14条を根拠に、精神的自由についてばかりでなく経済的自由に関しても、「裁判官統治」を実現したのに対して、ヨーロッパは立法国家——「法的絶対主義」(P. Grossi)⁽⁶¹⁾——を達成した。「イギリスとフランスでは、[三権の]⁽⁶²⁾ 均衡の喪失は、立法権の有利に作用した…。」⁽⁶³⁾「統治しない裁判官」は O. W. Holmes や L. Brandeis など少数にすぎなかった。しかるに、「合衆国では均衡の転覆は司法権の有利に働き、司法権は他の 2 部門をそのコントロール下に服せしめ、これをつうじて裁判官による統治の体制を打ち立てた。」⁽⁶⁴⁾ ちょうどアンシャン・レジームのパルルマンが王国の基本法違反を理由に王令の確認権と登録権を行使したように、である。たとえば Petit は Lambert に即していう。「このとき、少なくともアメリカ [連邦] 最高裁の多数派の判決を前にして、判例に対する [Lambert の] 熱狂は冷め始めた。最高裁の多数意見は自由主義ドグマの不可動主義的防御のなかでもたついていた。そして、彼は憲法判断を前にして深い失望も明らかにしている。違憲審査制については、当時の指導的フランス法学者、ことに Hauriou はヨーロッパの風土に適應させること

(59) Gouvernement des juges 236. cf. Gouvernement des juges 221.

(60) 果たして、1929年に Lambert は学部長 L. Josserand とともに、おもに1925年のソビエト民法序文をめぐる、G. Ripert の糾弾を受ける。F. Audren & C. Fillon, Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale, RTDC 2009, at 39, 63, n. 125.

(61) Lambert, Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour suprême des États-Unis, Mélanges Maurice Hauriou 505 (1929).

(62) Gouvernement des juges 16.

(63) Pinto, Des juges qui ne gouvernent pas (1934). 本書は、——経済的自由に関して——フランスへの違憲立法審査権導入論に対して強く反対する。1875年の法律による広範な議会権限の制限は、限られた権限をもつ Conseil [d'Etat をさすか] か、強い執行権によって実現すべきである。Cit 270-2. なお、Lambert, Le contrôle de la constitutionnalité des lois. Le juge de la constitutionnalité, Encyclopédie française, sous la direction de Lucien Febvre, Paris, Comité de l'Encyclopédie française 1935, vol 10 A : L'État moderne, fasc. 10.63, at 6 に、Pinto が「des juges qui ne gouvernent pas」と呼ぶ人びとの反対意見への言及がある。

(64) Gouvernement des juges 16.

ができる、と考えていた。その流儀に従い、Lambert はもろもろの法源のうちでも判例的母型への無反省の偏愛は、裁判官統治へと理由なく開かれた入り口である、と感じていた。いいかえれば立法者の統治が生活をまぬがれたのと同様に否定的であり、かつ同様に絶対主義的な裁判官の統治への入り口である。⁽⁶⁵⁾ いいかえれば、憲法判例への注目による「法的絶対主義」の克服の見通しはけっして明るくなく、——⁽⁶⁶⁾ Géný が教えるように——憲法判例による「社会的なもの」の代替（「判例実証主義」(C. Jamin)、⁽⁶⁷⁾「判例主義 jurisprudentielisme」(A. Colmo から借用しつつ Lambert)⁽⁶⁸⁾）がもたらす「福音」は小さいのである。⁽⁶⁹⁾ Lambert は、1929年に Hauriou らのフランスへ

(65) Petit, Absolutismo 136.

(66) Préface à Robert Valeur, L'enseignement du droit en France et aux Etats-Unis 1928, at xli-ii. リヨン比較法叢書23巻。

(67) La rupture de L'Ecole et du Palais dans le mouvement des idées, Mélanges Christian Mouly tom 1, at 81 (1998) ; Relire Labbé et ses lecteurs, Archives de philosophie du droit 37, at 247, 251 (1992) ; Dix neuf cent, D. Alland et S. Rials, eds., Dictionnaire de la culture juridique 383 (2003).

もっとも詳細な dix neuf cent からいくつか抜き書きすれば以下のとおりである。

「…だから以下を述べるのはかろうじて誇張であろう。つまり、1900年前後の危機は、法律法源——前世紀の著者らの研究の主要対象を形づくった——に、判例——つまり法生活の主張された表現であり、それゆえその現実の表現 [である]——研究を付け加えつつ、結果的に、これらの法源の数を増大させたにすぎなかった、と。アメリカの法律家——[これは、] Géný と Saleilles がさらに（ドイツ法律家の靈感を受けつつ）一部鼓吹を受けていた——と同一の知的革命を推し進めることができたのに対して、結局においてフランス法律家 juristes は、不安の瞬間しか経験しなかった。1930年代には、技術と抽象は彼らをふたたび押し流し、判例実証主義が法律実証主義に幅広く取って代わった。おそらく、この『社会的なもの』の発明だけが残存した。これは20世紀の最初の30年間の法律家を特徴づけた。[彼らの] 第一級を形づくったのは、Hauriou と Duguit であり、Durkheim の社会学から利得しつつ、国家に関する新理論を提示できた。彼らだけではない。Demogue は債務法を連帯主義教説によって満たしたのである。」

「根本において、判例は、——法律家の多くが結局は必要性を認めることになる——生まれつつある社会学に対する最良の代替物を形づくり、さらに、Géný にとって判例は、これら諸要求の大部分により接近することを免除してくれる、もっとも確実かつもっとも生き生きとした要素である、と述べることで十分なのである。」

(68) Préface à Valeur cii-cxiii.

(69) Préface à Valeur cii.

の違憲立法審査権導入論に対する懐疑的、いな批判的態度を明確にする。
「どんな対価を支払いつつ、この成果は得られたのだろうか。」⁽⁷⁰⁾ 1921年におけるよりも強い調子で、彼は、裁判官統治によってもたらされた「ゆるめられた民主主義」⁽⁷¹⁾を批判する。彼は、1947年にいたると、その立場をもっとはっきりさせる。明示的に「裁判官統治」を「トラストの統治」⁽⁷²⁾と同視している。

Lambert が後に述懐するように、『裁判官統治論』(1921年)の「執筆および印刷後の時期」⁽⁷³⁾にこそ、裁判官統治の「諸帰結中もっとも重要なもの」は展開した。Lambert が1947年に述べるように、⁽⁷⁴⁾修正条項に対する違憲宣告による可能性は、上掲の Rhode Island v. Palmer, 253 U.S. 350 (1919) 以後になってはじめて想定されたのに、である。そして、裁判官統治は1936年に終焉を告げる。⁽⁷⁵⁾ Pinto はいう。「司法権の優位はいくつかの機会に強められ⁽⁷⁶⁾ (1919、1932)、刷新された⁽⁷⁷⁾ (1922、1936)。⁽⁷⁸⁾ ドラマティックな紛争が⁽⁷⁹⁾

(70) これをこの論文で明らかにしよう、と。Quatre années 475.

(71) Gouvernement des juges 121, n. 2 ; Quatre années 502. 「ゆるめられた民主主義」は、ももとは Sutherland 上院議員 (共和党、ユタ州) の “self-limited democracy” である。

(72) Story 307 & passim. Pinto はより直截的である。19世紀末の25年間はアメリカ資本主義の飛躍的發展と人民の扇動に対する資本家の不安感が同時にみられた。「大恐怖が所有者らをとらえた。彼らは、司法権に対して、あまりに選挙民の影響に服してしまう立法権が拒んだ政治的保護を求めた。保護は隠されていた。保護は弁護士らのなかから選ばれた法律家によって容易にえられた。弁護士らは、資本家の必要性に対して法的表現を与えた。／こうして、当時の大弁護士の庇護のもとで、裁判官と資本家との同盟が取り結ばれた。最高裁は、資本主義体制の経済的正統教説の擁護者となった。その純粹に哲学的な個人主義は、戦闘的な経済自由主義のなかで強化された。」Pinto, Des juges 264-5 (1934).

(73) Story 308.

(74) Story 252-3.

(75) Roger Pinto, Chronique constitutionnelle étrangère : Etats-Unis La fin du gouvernement des juges, Revue du droit public et de la science politique tom 66, 1950, at 837 ; Pinto, Des juges qui ne gouvernent pas : Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1900-1933) 263-6 (1934).

(76) Pinto, Des juges qui ne gouvernent pas : Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1900-1933) 117-121, esp. 120 (1934). 児童労働に関する Bailey v

Franklin D. Roosevelt と最高裁判所とのあいだにもちあがった。この紛争は、裁判官統治に終止符を打った。」

さて、『裁判官統治論』の中核を占める違憲立法審査権の成立過程には、本稿は立ち入らない。反面で、違憲立法審査権の展開と並び、われわれは紹介者の多くが省略する statute と construction の問題には立ち入った論述を加えたい。という理由は3つである。第1に、合衆国の論者らによれば、違憲立法審査権と statute の construction とは、1870-1940年において保守派とプロGRESSIVISM を分ける試金石となったからである。すなわち、Thomas C. Grey⁽⁸¹⁾によると「保守的裁判官にとっては、ある規範、すなわち憲法のハードルを越えた立法はなおもコモン・ローを改廃する制定法は厳格に解釈されなければならない、という規範に直面していた」のである。第2に、Lambert⁽⁸²⁾によれば、Pound は修正第14条はスタンダード——ルールの対——である、と述べている(下掲3(3))。Pound からスタンダード概念を受け継いだ Lambert は、これに同意するか、が問題である(後出107-108頁(68-67頁) および注(326)参照)。第3に、一見したところ、loi/ interprétation から区別された statute/ constructionこそは、——以上に言及した憲法解釈の「柔軟化」とともに——フランス法伝統に深く根ざす Gény の法源論/法解釈論を相対化できるように思われるからである。⁽⁸³⁾

Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1919) (本稿注(29)該当本文、注(201)および83頁(92頁) 参照) を引いている。

(77) Pinto はとくに特定判決を明示していない。Pinto, Des juges qui ne gouvernent pas : Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1900-1933) 265 (1934).

(78) Pinto, Des juges qui ne gouvernent pas : Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1900-1933) 75-7 (1934). ドイツ語での初等教育に関する Bartels v. Iowa, 262 U.S. 404 (1922) を引く。

(79) Pinto, Chronique 837 (1950).

(80) chapitres II et III (pp. 30-50).

(81) Grey, Langdell's Orthodoxy, 45 U. Pitt. L. Rev. 1, 33-4 (1983).

(82) Gouvernement des juges 54, n. 1.

(83) cf. Petit, A Contributor, QuF 20 (1991), p. 237-8. J. Bomhoff, Balancing Constitutional Rights : The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse 54-55

2 制定法

(1) Lambert によると、裁判官統治は立法権と statute-law の犠牲のもとに実現した (statute-law, statute, statuts はとくに断らないかぎりすべて「制定法」と訳出する)。「司法部による政治的優位の獲得は、とくに立法権の犠牲において、かつ制定法の領域への侵入によって、実現した。アメリカの制定法は、コモン・ローまたはケース・ローに対置される。コモン・ロー、すなわちイギリスの法的慣習は、司法裁判所の作業によって、こんにちのアメリカ社会の諸条件に適応させられた。J. Chipman Gray のようなリアリスト的精神の持ち主らは、[コモン・ローを] 裁判官によって作られた法 [judge-made-law] と定義することをためらわない。」法学者らは Blackstone の靈感のもとに、「一般的かつ古くからの慣習」ととらえつづけている。定義は大して重要ではない。定義は、本質とか定義された産物の由来を変更しないからである。「確実なのは、この法は判決のなかにしか書かれないことである。それゆえに、この法はフランスで jurisprudence と呼ばれるものの等価物である…。」⁽⁸⁴⁾

(2) コモン・ローのなかにおける制定法——いわば大海のなかに散在する島嶼——の位置づけはどういうものだろうか。Lambert は以上の部分に直接に接続して述べる。「判例は、立法テキストを作用させるのに対し、コモン・ロー諸国の裁判所は、慣習を解釈する。慣習は立法部による聖別に先立って書かれることはない。制定法は、政府の立法部門によって打ち立てられた法である。いいかえれば、連邦議会または州議会 [である]。アメリカの制定法は、われわれの loi とか立法テキストに照応するとはいえ、はるかに

(2013) というのは。Lambert の『裁判官統治』は、最高裁の保守主義的「政治」とたとえばラングデル主義的概念主義、形式主義の「方法」とはかならずしも結びつかないことを明らかにした、と。

(84) Gouvernement des juges 16-7.

慎み深くふるまう対応物である。／アメリカの制定法のテキストはわれわれが大陸的な法律と同視しながら付与しようとするよりもほど遠く、事実上の権威しかもたない。あまりにしばしば、これら制定法——連邦の制定法よりしばしば州の制定法——は、人民の改正への願望の表現にすぎず、希望された改正の実効的な実現の表現ではない。もしも制定法と判例法とのアメリカにおける関係を、われわれにおいて *loi* と *jurisprudence* とのあいだで、イギリスで *statute law* と *case-law* とのあいだでさえも、支配するものに従って判断するならば、その現実の意味するところを途方もなく思い違いすることになるだろう。⁽⁸⁵⁾」

(3) *statute/ common law* と *loi/ jurisprudence* を同視できないのはどうしてか。その答えは(イギリスを含む)ヨーロッパ的立法国家と合衆国の「裁判官統治」が異なることに求められる。*Lambert* は *Ernst Freund, Standards of American Legislation* (1917) について *Courtney Ilbert* が評するところを引いている。「アメリカの法律家は、立法部をその活動が裁判所によってコントロールされるべき、かつ効果的にコントロールされた団体ととらえるように仕向けられており、アメリカ立法者とウェストミンスターにある立法者とのあいだにある根本的相違は、後者が主権的かつ万能であるの⁽⁸⁶⁾に対して、前者はそうではない、ということである。」

法の形成における立法部と裁判所それぞれの役割は、*T. Reed Powell* 教授によって、イギリスの憲法諸制度とのはるかに驚くべき接近によって描き出されている。これによると、合衆国の最高裁は、「イギリスの貴族院のアメリカにおける代替物」である。最高裁は、18世紀フランスのパルルマンが⁽⁸⁷⁾「そのオルドナンス確認および登記権から引き出そうとしたもの」(*James*

(85) *Gouvernement des juges* 18.

(86) *Ilbert, American legislatures and american courts dans Journal of the Society of Comparative Legislation*, avril 1918, N. S. no. 40, p. 42. *Lambert, Gouvernement des juges* 18-9.

(87) *Gouvernement des juges* 21. *Beck, Journal of the Society of Comparative Legislation*, N. S., XXXVI, juillet 1916, p. 365.

Beck) をもっている。Powell からの引用はこう続いている。「[合衆国の連邦] 最高裁は、連邦政府の保守的な、真正のかつ唯一の第二院をかたちづくる⁽⁸⁸⁾」こうして、制定法集に最終的に掲載されるのに先立って、あらゆる制定法がこうむるべき試練を定義するために、アメリカ文献のなかで広く普及した用語ほど示唆的なものはない。Veto judiciaire, censure judiciaire が闘争スローガンであるとすれば、擁護者からも反対派からも用いられる⁽⁸⁹⁾ contrôle judiciaire、ことに judicial review はそうではない。

そして Lambert は、John C. Gray によりつつ、制定法に関するコモン・ロー的観念を明らかにする。Lambert はいう。「Gray 教授の古典的となった定式はどこにでも当てはまる真実を含んでいるが、その字句のうへではアメリカの制定法についてしか真実ではない。『制定法 statuts は、自らのなかにのみその解釈 interprétation を見出す。すなわち、制定法の意味は、裁判所によって宣明された意味とともに、その意味とともにだけ、社会に対して法律として押し付けられる。⁽⁹⁰⁾』アメリカの立法者はわれわれの立法者とは異なり、以上の司法による解釈 glose に対してそのテキストを優先させる手段をもたない。なぜなら、アメリカの裁判官は、立法者の抵抗をくじくために、自らの解釈のまえに屈しようとしなないテキストを違憲なものとして扱

(88) Gouvernement des juges 20.

(89) Gouvernement des juges 21-22.

(90) Gouvernement des juges 23. Gray, *The Nature and Scope of the Law* 1909, § 366 (p. 162-3). Gray の原文は以下のとおりである。「強調されることは以下である。ある社会の法が裁判所によって適用される一群のルールであるとすれば、制定法は単に法の源泉であるばかりでなく、この法そのものの一部であると考えなければならない、ということ。制定法は裁判所によって直接に適用されるべきルールであって、単に裁判所が自らルールを引き出す源泉としてのみみられてはならない、ということ、である。以上の見方は、論著のなかでは大変一般的である。そして、制定法が自ら解釈するならば、このことは正しい。しかし、制定法は自ら解釈しない。制定法の意味は、裁判所によって宣言され、裁判所によって宣言された意味が、そしてそれだけが、社会に対して法として押し付けられる。裁判所が法を引き出すあらゆる源泉のうち、制定法がもっとも厳格かつ正確であるのは正しいとしても、制定法に対する裁判官の権力は大変大きい。そして、このことは単にコモン・ロー諸国においてだけでなく、裁判官職がそれほど高い尊敬を受けていない大陸ヨーロッパにおいても [あてはまる]。』

う、という最終的方策をつねにもっているからである。したがって、制定法は、われわれがこれに対してアメリカ法生活の現実の姿に関する正確なヴィジョン⁽⁹¹⁾を与えるのには適していないのである。」

「アメリカの制定法のこの情けない状況は、一方では、大体25年以来裁判所によって違憲立法審査によって果たされた拡大の結果であり、他方では、制定法の裁判所による解釈が違憲審査と接触しつつ獲得した、活動の極端な自由の結果である。」⁽⁹²⁾ いいかえれば違憲立法審査権と制定法の裁判所による解釈 construction の結果である。Lambert は以上に第3のファクターを加える。ケース・メソッド *méthode du cas* である。

(4) ケース・メソッドについて Lambert は語る。この方法は、まず Nerincx 氏によって、ついで [Pierre] Lepaulle 氏によってフランス法学者の注意がうながされた。Nerincx はこの方法について厳しい判断を下している。が、早まっており、偏見によって彩られている。Lepaulle はハーバード大学における長期の滞在によって、そのメカニズムを深く検討することができ、これを実践したために、研究の自由の留保と両立できないほどの熱狂のトーンで語っている。われわれはこれをより精細に研究することに利益をもつ。ケース・メソッドは、比較によって、[Louis] Liard⁽⁹³⁾ が与えた法学教育の手順に相当するもの、そして Liard が与えるはずのあらゆる果実がこれによってもたらされることを可能にする。これはおこなうことの容易な研究だろう。資料は前もって書誌やアンケートのなかに集められる。書誌とは、ハーバードの法学部の優れた学部長 Pound 氏が『ハーバードロースクール百年史1817-1917 Centenary History of the Harvard Law School, 1817-1917』に付録として与えた、1918年にいたるケース・システム *case-system* に関する文献の、真に網羅的な目録である。アンケートとは、Josef Redlich

(91) *Gouvernement des juges* 23.

(92) *Gouvernement des juges* 23.

(93) このくだりに出てくる Lepaulle については大村敦志『20世紀フランス民法学から・学術としての民法Ⅰ』262頁等（東京大学出版会、2009）、Liard については同書13-4頁、23-4頁注55（国際高等教育評論 RIE 誌に関する簡潔な評注）参照。

氏によってカーネギー教育推進財団 Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching のためにおこなわれたアンケート⁽⁹⁴⁾とか、イギリスやオーストラリアの観察者——たとえば Harrison Moore ——によって個人的利益のためにおこなわれたアンケートである。しかし、ここには付随的な仕方⁽⁹⁵⁾ではとりかかることのできない主題がある。

「以下を確定すれば十分であろう。すなわち、この方法は、その同調者によってソクラテス的とか機能的と呼ばれるとはいえ、Redlich ——この方法に好意的——によって正確にも経験的と呼ばれ、その全体像をつかみこれを柔軟化しつつ、実務による形成の法則そのもの、いいかえれば実務家のオフィスにおける教育の法則そのものから靈感を受けようとするを。事前のどんな準備もなしに、教科書や総合的説明の講義の手ほどきも黙認することなしに、ケース・メソッドは、最初の数分間から、学生を法的問題——実務において、具体的事案を通して裁判官のもとに提出された“cas de lois”の形式のもとで現れるような問題——に直面させられる。ケース・メソッドは、教授の抑制気味の指導のもとで、学生に、それぞれの“cas”のなかに作用する諸原則と判例によって紛争においてこれらの原則に対して与えられた解決〔原文では、conciliation〕の存在理由とを引き出すように訓練し、“cas choisis” 集の何年ものあいだ続く日常的扱いによって、学生が法的推論の秘密を十分にものにするときをはじめて、学生を独り立ちさせる。

将来の法律家に対して、尊重と研究に値する法的な唯一の資料として、裁判所の判決を提示することで、ケース・メソッドは法学教育のわれわれの伝統的方法の結果と正反対の結果に導く。われわれの学生の大多数は、3 年間で法典と特別法のテキストに注釈を加えることを学び、とはいえ、Dalloz や Sirey の巻を開いたことなど一度もない状態で法学校を卒業する。さら

(94) Josef Redlich, *The Common Law and the Case Method in American University Law Schools: A Report to the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching* (1914). *Gouvernement des juges* 24-5, n. 4. <https://archive.org> によって pdf ファイルを入手できる (2018年 9 月最終アクセス)。

(95) *Gouvernement des juges* 24-5.

に、以上のことは彼らにとって不都合を生じる。公益にとってではない。実務の最初の接触は、判例に値するものと判例になりうるものを彼らに教え、職業教育を自ら補充することを求める。[しかるに] ケース・システム case system の教育によって養成されるときは、学部の大教室の座席を去った後に、その眼前に立法テキストの何らかの集成を並び、よりしばしば、最近の制定法のうち、もっとも重要な規定を読み説明することを学ぶのである。⁽⁹⁶⁾

以上のように、Lambert はフランスとアメリカを対比する。すなわち、フランスでは学部時代に法典に注釈を加える訓練を受け、卒業後に Dalloz や Sirey を自習する。しかるに、アメリカでは学部時代に判例から原則を引き出す訓練を受け、卒業後に法令集の読み方を自習する。ではアメリカの法律家はこの当時増大しつつあった制定法、とくに社会経済立法をどのように解釈するか。これをどう学ぶか。

Lambert はこのように問題を立て、Horace A. Davis による批判に言及する。「Davis 氏は、以上を批判するために大学でこれまで受けた教育に言及しつつ、こう述べている。『私が弁護士会に入会したとき、私は2つの制定法しか研究したことがなかった。すなわち、詐欺防止法（1677年）とニューヨーク民事訴訟法典（1848年）である。私はコモン・ロー、すなわち判例 jurisprudence を現存の諸条件にふさわしい導きと見ており、判決集を現代の展開と変容を示すための唯一の情報源と見ていた。制定法集を手にとると、私は大海に転落した人間と同じように動揺を感じた。』

私は、急いで以下を付け加えよう。すなわち、アメリカ大学教育で制定法が以上のように締め出されていることすべての責任をケース・メソッドに押し付けるのは不当であろう、と。⁽⁹⁷⁾ Redlich は、1914年に、ケース・メソッド

(96) Gouvernement des juges 25-6.

(97) R. B. Stevens, Law School : Legal Education in America from the 1850s to the 1980s (1983) によると、アメリカ法曹協会とアメリカロースクール協会が要求し、カーネギーの援助のもとに実現した、1914年の Redlich レポート——1921年の Reed レポートとしばしば比較される——は、1910年の医学校に関する Flexner レポートと関心——教育水準——を共有していた。

は合衆国の大きな法学校のなかではっきりと支配的になった、と述べている。Redlich のもろもろの結論は、Redlich レポートの導入ページのなかでこのアンケートを組織した弁護士会の会長によって精力的に批判されている。ケース・メソッドは、情熱的な擁護者をもつライバルの方法となおも争っていた⁽⁹⁸⁾。けれども、その競争相手らは、判例研究に対して与えられた、よ

J. H. Schlegel は Stevens 書評のなかでラングデル主義が弁護士会に受け入れられた理由として 3 つを挙げている (Leonard によると、1936 年の改組まで、アメリカ法曹協会は州その他の弁護士会との連絡を欠きがちであり、1919 年にいたってもアメリカの弁護士の 10 パーセントを占めるにすぎず、したがってその立法者に対する影響力もまだなかった。David M. Leonard, *The American Bar Association: An Appearance of Propriety*, 16 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 537, 541-3 (1993). Schlegel にいわせると、ロースクール成功のためには、あと 2 つの条件が必要である。第 1 に大学に受け入れられること、第 2 に州議会に受け入れられること、である)。第 1 に、アメリカロースクール協会の機構を通じ、ラングデル主義はカルテルを展開するための基礎となった。第 2 は、「水準」向上は弁護士会自体に権威を与える、という第 1 次大戦前のプログレッシブの観念である。第 3 に、民族的、宗教的、階級的偏見が作用した (Schlegel, *Langdell's Legacy Or, the Case of the Empty Envelope*, 36 Stan. L. Rev. 1517, 1521-2 (1984))。そして、Schlegel は第 3 の理由こそ支配的である、ととらえる。彼はいう。アイルランド人、イタリア人、ポーランド人、ユダヤ人の弁護士会への「パートタイムの夜学を経た」進出こそは、…「水準向上」によって阻止すべきものであった、と (Schlegel, *Langdell's Legacy Or, the Case of the Empty Envelope*, 36 Stan. L. Rev. 1517, 1520 & 1523 (1984))。アメリカ法曹協会における議論は Stevens 100-3 に描き出されている。

それでは、Redlich レポートは何を語っていたか。Stevens は述べる (p. 117)。アメリカ法曹協会とアメリカロースクール協会は、水準と「ロースクールが克服しようとした、たとえばジャクソニアンデモクラシーの」平等主義をめぐる懸念を共有していた。とはいえ、ロースクール自身は、これに加えて心配の種を抱えていた。ケース・メソッドは、19 世紀後半までに主要なアメリカロースクール協会加盟校にとって標準的教育方法となっていたが、大体第 1 次大戦ごろに、体系的、批判的分析の対象となった。指導的法学者は相当程度にその評判と専門性をハーバードの技術学に依拠させていたから、その正統性への組織だった攻撃は深刻な脅威であった。

法の分析を教えるにあたってケース・メソッドがすぐれていたにもかかわらず、そのような新規のシステムがなんらの弱点をもたないとすれば奇妙である。そして弱点は果たして存在し、J. Redlich によって、その 1914 年のケース・メソッド研究のなかでこの弱点の多数が特定され、公にされた。これらの弱点は、7 年後に Reed の第 1 レポートのなかで再度強調されることになる、と。

(98) *Gouvernement des juges* 27.

Lambert が言及しているのは、おそらくつぎの 2 者であろう。第 1 は、コロンビアの

り総合的方向づけによってしかケース・メソッドから区別されない。彼らの地平は、自ら同様に、判決が境界を定めた範囲を超えて広がるわけではな

Theodore Dwight、第2は、ニューヨーク大学のJ.N.Pomroyらである。2人はともに、『『ケース・メソッド』と呼ぶプログラムを作った。しかも Langdell のものよりもはるかに興味深いプログラムを。というのは、このプログラムは多くの公法、いくらかの比較法、法理学 jurisprudence を含んでいたからである」(Schlegel, Langdell's Legacy Or, the Case of the Empty Envelope, 36 Stan. L. Rev. 1517, 1524 (1984))。全国的大学のいくつかは、ハーバードほど専門的でない法学校を目指した。たとえば、国際法、比較法、法理学の講義を提供することによって。なかには、経済学や行政学といった、萌芽的社会科学を提供したものもあった (Stevens 39)。

しかるに、Stevens によると、ラングデル主義——Stevens はこれをコモン・ローへの strict approach とか、(unitary というよりは) atomistic なアプローチと呼ぶ——自体、イギリス法のケース・ローとも、実務家の要求ともずれていた。

第1に、イギリス法は、少数の裁判官、小さく緊密に組織された弁護士会、高度に[ロンドンに]集権化された法システム、ローレポーティングの高度に選択的な方法によって特徴づけられる。議会選挙権拡大とレッセ・フェールから集産主義への移行とによって、裁判官と弁護士は、アメリカの場合と正反対に、決定過程の微妙かつ重要な部分から排除されつつあった。たとえば、1906年の労働争議法 Trade Dispute Act は労働法を裁判官の権限外に置いた。しかるに、ラングデル主義は、社会科学を拒み、あくまで判例集のなかに見出される比較的少数の客観的 principles (や doctrines)、すなわち「純粹」な、「科学的」な法の研究を志した。イギリスのケースからケースへと思考と対照的に、ラングデル主義は上訴審のケースから principles を抽出しようとする。アメリカ法学教育の基礎は実体からプロセスへと移行し、学生は「法律家がすることを求められることを教師の指導のもとで実際におこなう」。これが第2点、すなわちラングデル主義に対する実務家の疑念につながる。

第2に、実務家は、19世紀末以来いわば法廷弁護士から事務弁護士へと変容し、「求められること」自体変化していた。彼らは議会選挙権の拡大にともなって高度化したイギリス司法部の形式主義にひきつけられていた。弁護士会の成員はラングデル主義に対し、以下の2点で警戒的であった。第1に、統一州法運動によって追求される優美なシンメトリーをその atomistic なアプローチによって掘り崩すことに対して。第2に、アメリカ法曹協会を支配する、生まれつつある会社弁護士はラングデル主義が訴訟社会をもたらすことを憂慮していた。これは回顧的には Simeon Baldwin らのアメリカ法曹協会がマグワンプ改革者と社会科学者からなる American Social Science Association の1878年集会をきっかけに設立されたことを思い起こさせる (Stevens 134 & 27; D. Ross, The Origins of American Social Science 63 (1991))。そして将来に向けては、実務との乖離がリアリズム法学の伏線となる。

Stevens 52-8 & 131-4. 松浦好治「Law as Science' 論と19世紀アメリカ法思想(1)——ラングデル法学の意義」『中京法学』16巻2号50頁、64-9頁 (1981)。

い。制定法に関する補助的教育をそのプログラムの随意的部分のなかに滑り込ませはじめた法学部はまれであった。たとえば、シカゴのノースウェスタン大学は、Wigmore 学部長⁽⁹⁹⁾——こんにちのアメリカ法学の大立者のひとり——の刺激のもとでこれを始めた。ニューヨークのコロンビア大学もそうである。もし Ernst Freund 教授のひそみにならって、何人かの法律家が法学校における制定法研究の導入に有利な宣伝に従事するならば、彼らは、これを達する機会を得るには、きわめて穏健な形式のものでその要求を提出しなければならない、と感じていた。これらのうちもっとも大胆なもののひとつは、このキャンペーンに一時的に理想を与えるならば、3 年制のサイクルのなかで制定法に関する義務的な 1 セメスターの講義の導入を提案していた。⁽¹⁰⁰⁾

学校教育の影響に反作用を及ぼし、法律家に対してその存在を想起させるために、制定法はわれわれの判例同様に強力な手段をもっていない。なぜなら、法律家はその職務を果たす任務を帯びるのは、立法者の前ではなく、裁判所の前であるからである。裁判所は、法律家に対して立法者意思を調査する関心と呼び覚ますよりも、みずからに固有の伝統への尊重を法律家に教え込む傾向をもつからである。学校の教育は、こうして、実務家の大学エリートたちに対して、判例の篤志の助手となり、コモン・ロー——すなわちその固有の教説——を、これに反対する制定法の見方の浸透に対して擁護する努力へと準備させる。⁽¹⁰¹⁾

Lambert 著の脚注にあるとおり、実際 W. Horblower はその多数の聴衆の是認とともに、judge-made law に対して立法者によって作られた法よりも上位の権威を要求したのである。⁽¹⁰²⁾

こうして、Lambert はケース・メソッド——「Langdell 的正統信仰」(Th.

(99) 原文にはこの部分に脚注が施されている。これによると、「制定法研究への実務家の準備不足は、社会学的方向、とくに比較法的方向の日常的な欠如によってさらに高められる。」Gouvernement des juges 27-8, n. 2.

(100) Davis, Instruction in Statute Law, 6 Ill. L. Rev. 126, 129 (1911).

(101) Gouvernement des juges 26-9.

(102) Gouvernement des juges 29, n. 1.

Grey)——が違憲立法審査権と制定法解釈 construction の原因なのではなく、むしろ結果であることを強調している。すなわち、「私は、以下の章で語るもろもろの現象の展開に対して、法学教育のこの方向づけが果たした影響力に異議を申し立てないように注意したい。この第3のファクター [ケース・メソッド] はそれ自体その他2つ [違憲立法審査権と制定法解釈] の帰結にすぎない。制定法に対する法学教育の軽蔑と無視の態度は、単に州法の多様性とこれらを一望のもとに見渡すことの難しさとかかわるわけではない。この態度は、何よりもまず、裁判所の立法行為の合憲性に対するコントロールが拡大し強化されるにつれて、制定法が周縁へと追いやられる、徐々に告発されつつある不安定性、そして慣習法との関連における劣後性⁽¹⁰³⁾という状況によって説明される。」

3 違憲立法審査権

(1) Lambert は違憲立法審査に立ち入ると、4つの基準——修正第14条の3基準、すなわちデュー・プロセス、自由剥奪、財産権 property の剥奪、および第1条第10節第1項の契約債務条項——を型どおりに論じたあと、2つの「補助的用具」——合理性基準と便宜性基準——⁽¹⁰⁴⁾に入念な検討を加える。「『合理性 rationalité』と『便宜性 convenance』」。「便宜性 expediency は、法律の合憲性に関するこの判例における合理性 reasonableness の常日ごろの対である。両者は司法審査が、課税権限であれポリス・パワーであれ、ことに立法行為を取り扱い議論するための2つの観点⁽¹⁰⁵⁾である。」

まず、2つの基準のうち、合理性基準については、脚注のなかで「この判例上の construction をカバーする経済的現実」の研究について T. Reed Powell⁽¹⁰⁶⁾ほかの論文が引用される。つぎに、ことに G. W. Wickersham の示唆

(103) Gouvernement des juges 29.

(104) Gouvernement des juges 111.

(105) Gouvernement des juges 111, n. 1.

を受け、制定法の審査基準である合理性は反トラスト判例 *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) の「合理 [条理] の原則 rule of reason」に由来することが示される。もっとも、—— A. Kales の示唆を受け——(コモン・ローに適用されてきた)「⁽¹⁰⁷⁾ [裁判所自身の] 理性のスタンダード standard of reason」に、であるが。

(106) *Gouvernement des juges* 53, n. 2.

(107) Lambert は Kales の見解を紹介し、Harlan 判事の反対意見に拠りながら Kales 批判を企てる。Kales 自身その見解は多数意見から取られたことを認めている。Id., *Good and Bad Trusts*, 30 *Harv. L. Rev.* 830, 843-4, n. 25 (1917-18).

Kales によれば、3つの問題がある。第1に、どれだけ軽微なものであっても「取引を制限」(シャーマン法の第1条)する契約はすべて禁止されるか。それとも、「取引を制限」し、かつ違法である契約だけが禁止されるか。後者が正しい。第2に、契約が違法かどうかは何によって決まるか。シャーマン法の用語外の standard、いいかえればコモン・ローの standard によって決まる。第3に、コモン・ローの standard はどのように定義されるか。答えは、命令 fiat によって、権威によって、技術によって、の3つである。結論的には、「法律外の standard を記述する3つの方法は、…実は同一に帰する。だが、第3の方法 [法的推論の一定の技術] がもっとも完全であり、言及された standard を記述すべきもっとも公平な仕方である。」Lambert は第1の方法を批判する。「もしコモン・ローが労働の個別的自由に対する許された制限と禁止された制限のリストを作成することができたとしても、…取引の自由——これは産業化の遅れた進化の所産である——の制限を予見することはできないからである。…Kales は合理性の standard に関する定義の第2によって代用するより仕方がなかった。…[Kales 論文の Lambert による引用部分] は、こういうことになる。すなわち、1890年の立法者はその名において立法する配慮を裁判所にゆだね、これに対してその理性に照らして法律上の価値を決定すべき委任を与えたのである。」*Gouvernement des juges* 152-3.

理性の standard を制定法外のコモン・ローに帰着させるのはどうして問題なのか。「制定法は不安定性のゆえに、または不法行為および法律によって禁止された行為を定義するについて立法権を裁判所に委譲することであるから、無意味ではないか。」Lambert は Harlan 判事の反対意見 (「政治的遺言」) を借用しつつ、自らの見解を述べる (*Gouvernement des juges* 156)。

「裁判所は連邦議会の法律の賢明さとか政策 [の当否] とかに関与しない。彼らの義務は連邦議会の意思を確定し、この意思を体現する制定法が合憲であればこれを尊重しなければならない。」「…私はこういわざるを得ない。すなわち国の内外で裁判所による construction という方法によってのみ憲法および法律を修正しようとする、もっとも有害な傾向がある、と。…連邦議会の行為を単なる裁判所の construction によって修正すること、いいかえれば間接的方法は、われわれの政府システムの一体性に対する攻撃で

しかるに、便宜性の原則についてはどうか。Lambert は E. Freund を引いている。「裁判官は、便宜性の存在に関するはっきりとした判断が前提とする経済的調査とか事実研究に従事するには不向きである」。⁽¹⁰⁹⁾以上 2 基準の評価は司法権の自制 judicial self-restraint と結びつくだろう。⁽¹⁰⁸⁾

さて、4 つの基準、すなわち修正第14条の 3 基準および第 1 条第10節第 1 項の基準は法的な基準といえるだろう。しかるに、2 つの基準、すなわち合理性と便宜性は「対立する政治傾向の法的表現」にほかならない。

そして、彼は、以上の政治的（および経済的）傾向に関して、2 つの相対立する関心を指摘する。すなわち、「一方では、この傾向は、制定法をコモン・ローの伝統的枠組みのなかに包摂し、…個人主義的諸観念のまゝに服従させようとする関心である」。⁽¹¹⁰⁾「…憲法判例は、他方において、現在の社会組織のいくつかの要求にコモン・ローを徐々に適応させることを可能にし、かつ立法による実験の要求を追求することを放任する、という関心をも払わなければならない」。⁽¹¹¹⁾以上の一節を理解するためには、先を急ぐ必要がある。

以上の章の終わりのほうで、彼は憲法 loi constitutionnelle を以下のように定義する。「語の字義どおりの意味における憲法とは裁判上のケース・ロー case-law の一部門にすぎない」。そして、憲法は憲法前文から始まらない[ときに] はじめて、私法の真に生き生きとしており、アクチュアルな諸章である。われわれが述べるのは、こういうことである。すなわち、「アメリ

あり、結局のところ、すべてに対してもっとも危険なものなのである。」

Harlan は、—— Lambert と異なって——立法改革の経済的適宜性に関してその 8 人の同僚らと見解を異にしたわけではない。だが、—— Lambert とともに—— construction に反対する「最後かつ違反者的な反対」(Gouvernement des juges 157) 意見を述べたのであった。その後 Kales を（名指ししないながらも）批判する点で Lambert の主張に支持を与える論者が現れる。William Robson である。後出 66-67 頁（109-108 頁）参照。
(108) Freund, Constitutional Limitations and Labor Legislation, 4 Ill. L. Rev. 609, 623 (1910).

(109) Gouvernement des juges 55-6, n. 2.

(110) Gouvernement des juges 54.

(111) Gouvernement des juges 55.

カ憲法のもっとも込み入った部分は、…われわれの民法の等価物、すなわち
コモン・ロー common-law の一群のなかに溶け込み、まさに同一の方法、
同一の学問 disciplines の適用によって展開するのである」。⁽¹¹²⁾

Lambert にとって、憲法解釈は民法解釈と同視できる。実際、彼はこの
章で労働者補償法の construction について言及している。⁽¹¹³⁾ Lambert はこれ
に満足しない。彼は Gray に語らせる。すなわち、「もし誰かが成文法と口
承の法を解釈する絶対的な権威をもつならば、この人こそが実際にあらゆる
点であらゆる目的において立法者であり、これを初めて書き留めたり口述し
たりした人が、なのではない」。⁽¹¹⁴⁾ こうして、憲法解釈は立法作用でもある。

こうして立法政策と並び、司法政策が現れる。以上を直接に承ける章はこ
う始まる。「日常的な経済政策に関する、もっともいらいらする諸問題にか
かわる——立法政策に直面しつつ、司法政策をこうして形づくり、しばしば
前者に衝突するにいたった——進化は、司法裁判所の人気をいくらか害する
ことなしに作用しえない」。⁽¹¹⁵⁾

本節冒頭に触れたように、Lambert は 2 つの「政治的関心」を指摘して
いた。当時の組み合わせは以下のものであった。すなわち、第 1 に、立法政
策は社会変化への適応性に、司法政策は伝統的個人主義に結びつく。第 2
に、立法政策はコモン・ローを現代の社会組織の諸要求に適応させ、制定法
を立法による社会的実験にゆだねる（彼は 1923 年の Brown との共著で
Brandeis ——州レベルの立法の実験を尊重する——を称えている）。しかる
に、司法政策は制定法をコモン・ローに包摂する。第 2 点の詳細は次章にゆ
ずる（4(1)）。ここでは、コモン・ローが judge-made law (J.C.Gray) で
あることを確認すれば十分である。伝統的個人主義に立つ司法部は「コモ
ン・ローを改廃する制定法は厳格に解釈」していたのである。憲法について

(112) Gouvernement des juges 58.

(113) Gouvernement des juges 74, n. 1.

(114) Gouvernement des juges 58-9.

(115) Gouvernement des juges 60.

も同じことが妥当した。「先例を改廃する憲法 constitution in derogation of precedent」の19世紀の伝統は、機械的法学と結びつく厳格な「先例拘束性 stare decisis」とともに、「事情の変更」を認めない。こうして、Pound が指摘するように、書物のなかの法 law in book と現実に作用する法 law in action は乖離⁽¹¹⁶⁾していく。

以上のようにして『裁判官統治』における Lambert の図式は明らかになる。すなわち、一方で、憲法をコモン・ローとして（換言すれば、先例として）construction の対象とし、修正第14条によって社会立法の違憲性を宣言することによって他の2権を後見のもとにおく司法権。他方で、これに対し⁽¹¹⁷⁾て不満を抱く人民、とくに労働者と消費者。これら2者が対立する、という図式である。ここから、プログレッシブによる種々の提案が生まれることになる。

代表例として3つが挙げられる。第1に、違憲判決を人民投票に付し、これを覆す余地を与える、という Theodore Roosevelt の提案、第2に、違憲判決を連邦議会の再議決によって覆す、という Robert La Follette 上院議員の提案、第3に、違憲判決の表決にたとえば全裁判官中3分の2の賛成を要する、とする提案（事実上、結論同旨、Franklin D. Roosevelt）である。違憲審査制はそもそも憲法に明文規定をもたないから、これらの提案はかならずしも憲法修正には結びつかない。⁽¹¹⁸⁾

(2) 不思議なことに、Lambert は本書のなかで合理性基準と便宜性基準

(116) Morton J. Horwitz, Foreword: The Constitution of Change Legal Fundamentality without Fundamentalism, 107 Harv. L. Rev. 30, 53, n. 99 & 53-4 (1993). 原文のままに Horwitz 論文の注99の訳出を試みると以下のとおり。

Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908) で用いた「事情の変更 changed circumstances」のような「同時代人 Cardozo 判事を連想させる巧みな法的操作を用いながら、Brandeis 判事 [1908年当時は Brandeis 弁護士] は、先例を改廃する憲法の真の意味を肯定する19世紀の伝統…と先例拘束性に対するリアリストの批判を仲裁した。リアリストは先例を内的に非整合的に、政治的に保守的にとらえていた。」

(117) Gouvernement des juges 72; Story 308.

(118) 合衆国憲法第3条第2節第2項には、大使等に関する事件、州が当事者である

にほとんど言及しない。2つの理由づけがありうる。第1に、むしろ彼が関心を払うのは、立法者意思を自らの社会経済政策上の見解によって置き換えようとする連邦最高裁の多数派の傾向に対してである。⁽¹¹⁹⁾ 当時の判決はこれら2基準を表に出して理由づけられていなかった。第2は、Lambert 自身が言及する理由づけである。これについては construction を論じたあとで言及する (5(1))。

むしろ、Lambert は順に以下の3つに注目している。

すなわち、第1に、州の労働者保護立法——とくにヨーロッパ諸国ではすでに普及していた労働者補償法 Workmen's Compensation Acts によるコン・ロー (労働者救済に不利) の置き換え——を州の最高裁判所が妨げてきたこと。⁽¹²⁰⁾ 「社会立法の歩みに対する司法権、ことに州の司法権によって行使されたブレーキの強度は、…初期の改革主義的措置を裁判所によって次々に無効にされたにもかかわらず、…労働に関して最小限度の規制を実現するために州の立法者によって払われた努力 [を跡づけたモノグラフィを一読すれば] よりよく理解される」。⁽¹²¹⁾ 州憲法の改正 (およびこれにもとづく立法) が、州司法部の抵抗を打ち砕く「最終的手段」⁽¹²²⁾ として現れる。

第2に、州制定法の効力を争う訴訟において、州の最上級裁判所が制定法を有効と判断したときにだけ連邦最高裁判所の強制管轄権⁽¹²³⁾を認める Judicial Code の237条(a)第2文をどう乗り越えるか。結論だけ述べれば、努力の成果

事件以外のすべての事件については、「合衆国議会の定める場合を除き」最高裁判所が上訴管轄権を有する、と規定する。とはいえ、法律専門家のあいだでは、以上の提案は憲法修正によるべきだという見方は根強かった。違憲立法審査権や憲法問題の上訴管轄権は憲法の構造に深く根ざすにいたっていたからである。W.G. Ross, *The Chief Justice-hip of Charles Evans Hughes, 1930-1941*, at 102 (2007)。

(119) *Gouvernement des juges* 64.

(120) *Gouvernement des juges* 69-76.

(121) *Gouvernement des juges* 69.

(122) *Gouvernement des juges* 90-1.

(123) Robert Post, *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice : Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court*, 85 *Minn. L. Rev.* 1267, 1272, n. 23.

は思わしくない。⁽¹²⁴⁾

第3に、以上の州の判例に対する連邦最高裁のコントロールは、統一性と緩和とをもたらすのに十分だったか。これを肯定するのは保守派の Charles Warren と Harlan F. Stone 学部長、否定するのはプロGRESSIVの Reed Powell である。項を改めて検討しよう。⁽¹²⁵⁾

(3) 「『Lochner case の気まぐれ l'accident』 …は合衆国連邦最高裁のこれに先立つ各年度判例集における孤立した事実にとどまる」⁽¹²⁶⁾ かどうか。Lambert は Powell に与する。ここで彼が検討するのは、Adair v United States, 208 U.S. 161 (1908)、Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915)、Hitchman Coal and Coke Co. v. Mitchell and al, 245 U.S. 229 (1917)、Adams v. Tanner, 244 U.S. 590 (1917)、そして、——[第1] 児童労働法事例 Child Labor Law Case として知られる——すでに引いた Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918) である。⁽¹²⁷⁾

問題は、「連邦最高裁が社会立法の大胆な諸経験に対して受容的であったときでさえ、世論に対してその判例の安定性に関して正当な疑いを鼓吹する性質の条件においてしか、これをなしえなかった」⁽¹²⁸⁾ ことである。ここに、違憲判決の表決に特別多数決を要する、とする憲法修正提案の根拠がある。州最高裁判決を5対4で覆したある判決 (Wilson v. New et al, 243 U.S. 332 (1917)) については、こういわれる。「1票が反対に移るか偶然裁判所メンバーの1人が居合わせなければ、Wilson 大統領と連邦議会が妥当にもまたは不当にも、アメリカの水平線上に對外戦争の脅威が積み重なった一時期に

(124) Gouvernement des juges 76-80.

(125) Gouvernement des juges 80-91.

(126) Ross, Muted Fury 160.

(127) Gouvernement des juges 81. 気まぐれ accident は Lochner における Holmes 反対意見の表現である、と思われる。憲法「は、基本的に異なった見解の人々のために作られており、ある見解を自然的で見慣れたものとか奇抜で不快ですらあるものととらえる、といった気まぐれによって、この見解を具現化する制定法が合衆国憲法に抵触するという結論を導いてはならない。」Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 76 (1905).

(128) Gouvernement des juges 84.

において不可欠と判断した城内平和の作業を押しとどめるのに十分であった⁽¹²⁹⁾」、と。

最高裁判決の博打的性質は、Oregon Minimum Wage Case —— Stettler v. O'Hara, 243 U.S. 629 (1917) —— で連邦最高裁がとった態度にもなお現れている。ある著者によれば、「これ以上印象的な事例が、修正第 3 条 [第 5 条のミスプリか] および第 14 条のもとであらゆる社会立法が服せしめられた間断なき危険を示すのに引き合いに出されることがあるだろうか。」Hough 判事も述べるように、裁判官の判決は、これらの訴訟においては法規範の適用のうえにではなく事実の評価のうえにしか基礎づけられない。これらの訴訟は「その他の陪審すべての評決がそうであるのと同様に、遺伝、[生育] 環境とか教育にもとづく精神的態度とか先入観によって不可避免的に影響され支配」されている。根本において、これは Pound 学部長が standards の行政的適用に関する論文で提示するのと同様⁽¹³⁰⁾とした見解である。法のデュープロセスは、立法に適用されるとき、あらゆる時と場所とに妥当する絶対的結論を導き出すことのできる絶対的観念ではない。むしろ、裁判所を導く "standard" である。…こうして、修正第 14 条が引き合いに出されるところ、裁判官の不一致は理解できるものとなる。Holmes 裁判官が正当にも述べているように、これらの判決は「はっきり分節化された大前提になるにはあまりに微妙な直観」にもとづくから、われわれは "standard" を適用する人々のあいだに絶対的一致を期待してはならない。

standards については、本稿ではこれ以上立ち入ることはしない。いずれにしても、以上の「間断なき危険」のゆえに、すなわち社会立法がデュープロセス条項を理由にくつがえされる危険のゆえに、州民の大多数は、裁判官を選挙するというシステムを、多数の欠陥が明らかになってきたのに、手放そうとしないのである。

(129) Gouvernement des juges 85.

(130) Gouvernement des juges 87.

(131) Gouvernement des juges 88, n. 1.

(4) しかるに、Lambert の対話相手 Géný は違憲立法審査権の導入に対してどういう態度をとっていたか (Lambert もいうように、オーストラリアと英領北アメリカは違憲審査制の導入に対して警戒的であった⁽¹³²⁾)。Géný は、Science et technique 第4巻 (1924) の「自然法と実定法の衝突」の章で、この問題を扱っている。「成文法は…法の科学的形成によって明らかになった客観的なもろもろの所与」⁽¹³³⁾に合致すると述べ、違憲立法審査権導入に対して賛意を示す。そして、『裁判官統治論』に言及しながら、こう語る。「人々はさらにフランス行政体制の強い組織と執行権に与えられる重要な諸権力は、合衆国の裁判官に非難が浴びせかけられる行き過ぎに対する力強い予防手段を形づくる、と正当にも述べていた [Géný は、M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 313-317を引く]⁽¹³⁵⁾。以上に加え、われわれの裁判官職の選抜、階層組織および伝統は、これを他の権力からの、むしろ過剰な独立性におき、立法や命令制定の領域への侵食の危険を防いでいる。」以上の認識は Lambert のそれとは異なる。詳細はあとで述べる。

(5) さて、Petit によれば、『裁判官統治論』で Lambert が意味し、H. C. Brown とともにものされた次著『合衆国における資本と組織労働者との法的闘争 La lutte judiciaire』⁽¹³⁶⁾ (1923) で打ち立てたテーゼはこうであった。すなわち、「合憲性の司法的コントロールが世界的法的進化のよく定義され

(132) Gouvernement des juges 232-3, n. 1.

(133) Science et technique, IV, 72 (no 289).

(134) 「もちろん、成文法は、その性質および作用上、人為的手続、技術的手段である。しかし、この手段は、合理的かつ理想的な『所与』の要求によってやむなく命じられ、歴史の教えによって強められ、ほとんど『理想的所与』をもって自ら任じているから、以下のように言うことができる。すなわち、至上の自然法同様に、実定法の不可避的ヘゲモニーが現れ、したがって『科学』はここでは『技術』を補充したり吸収したりし、これによって言うところの衝突は自らにかつこれにのみ値する統一の、より高次の原則のもとに崩れるのである。」Science et technique IV, 76-7 (No. 289). cf. p. 72 (No. 289).

(135) p. 313 passim (2e éd., 1929, p. 277 passim) に「裁判官統治」への言及がある。

(136) 副題は、『労働協約および組合企業の協約の用具としてのボイコット、ピケット、および同情ストライキ le boycottage, le picketing et la grève de sympathie en tant

たもろもろの運動から長いあいだ一国でまぬがれること」は「⁽¹³⁷⁾無力」である、と。

Roosevelt 政権と最高裁の対決はよく知られている。⁽¹³⁸⁾Roosevelt 側の裁判所抱き込み計画は失敗した。他方、現在、果たして本当に1937年の「憲法革命」——最高裁側の譲歩——があったかどうか、をめぐっては論争がある。が、われわれはこの論争からは距離を置き、同時代人 Pinto が1938年に述べたところを聞くことで満足しよう。⁽¹³⁹⁾

「1935年に合衆国最高裁によって開始された憲法危機は、1936年に悪化したとはいえ、じきに大団円を迎えようとしていた。時代が違えば、合衆国の政治的均衡の転倒が、新聞雑誌、ラジオ、回状、書簡による執拗な闘いよりももっと悲劇的な闘いが、危惧されえた。そういうことは起こらなかった。／アメリカ連邦の紐帯の、一体性の独特の証しである。」

「熱情を帯びた世論の前で、最高裁改革のための闘いが始まろうとするちょうどそのとき、最高裁は、人目を引く一連の判決で、新しい態度をとり、以下の立法措置を受け入れたように思われる。すなわち、連邦権限と社会改革を増大させる措置である。これは、そのごく最近の判決が非難しているように思われた進化であった。⁽¹⁴⁰⁾……。

qu'instruments du contrat collectif de travail et de la boutique syndique』である。

(137) Lambert & H. C. Brown, *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux États-Unis. Le boycottage, le picketing et la grève de sympathie en tant qu'instruments du contrat collectif de travail et de la boutique syndiquée* 469 (1924). この箇所はとくに Petit, *Harvard en Lyon : Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert, Laurent Mayali- Bernard Durand* (eds.), *Excerptiones iuris: Studies in Honor of André Gouron* 208 (2000) が引用し注目を求めている。

(138) 田中英夫『英米法総論(上)』320-4頁(1980)、松井『アメリカ憲法入門〔第7版〕』16-8頁(2012) 参照。

(139) Pinto, *La Cour suprême et le New Deal : Jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis (1935-1936) et réforme du pouvoir judiciaire (1936-1937)*, at 186-7 (1938).

(140) 他方、裁判所抱き込み計画 Court-packing Plan はどうか。「議会についてはあまり運がよくなかった Roosevelt 大統領は、上院の敵意を克服できなかった。その計画は

これが、アメリカ連邦が南北戦争以来経験した、最大の憲法危機の——少なくとも一時的な——大団円なのである。」

4 construction

(1) Lambert によると、制定法の construction は労働者保護法にも反トラスト法にもほどこされたばかりではない。それだけでなく、クレイトン反トラスト法を結社禁止法に変容させてしまった⁽¹⁴¹⁾。

このような construction がアメリカ法において果たした作用について、彼は以下のように述べている。「[Workmen's Compensation Acts という] この立法の展開に対して、——合憲性のコントロールによっても、しばしば⁽¹⁴²⁾変性的な construction⁽¹⁴³⁾によっても——もたらされた障害の重要性」。「アメリカの construction が裁判所による制定法の改訂の用具へと退化するこの傾向の諸表現のあいだで、もっとも著しいものは、たしかにトラスト立法の地平で展開した表現であった。」彼は後者の文章をこう続ける。「Henry R. Seager 氏と James T. Young 氏は、この政治のはっきり区別された 4-5 段階を区別している。…トラストに対する連邦議会と連邦政府の態度の変化の歴史を画する 2 つの法律、すなわちシャーマン法とクレイトン法は、連邦最高裁に対して、construction が——経済的正義に関する裁判所の観念の立法者の向こう見ずまたは無反省の見解に対する優位性を保証するために——、合憲性コントロールとほとんど同じぐらいに有効である武器であることを示す機会を与えた。」「実務家の制定法研究への準備のなさは社会学的方向およびことに比較法的方向の日常的欠如によって増大していた。」⁽¹⁴³⁾

非難された。」Pinto, cit, 187.

(141) Gouvernement des juges 160-166.

(142) この文はこう続く。「重要性は、Workmen's Compensation Acts の再現または分析をこのテキストが対象となる判決の再現または分析とは区別しないという慣行によって十分に明らかである。」Gouvernement des juges 74, n. 1.

(143) Gouvernement des juges 27-8, n. 2.

以上の記述は、伝統的な制定法の construction に関する記述とは異なっている。construction⁽¹⁴⁴⁾、とくに行政法上の制定法の construction は、以下の先例拘束性 stare decisis とともに、同時代の英米法においてことに伝統的立場⁽¹⁴⁵⁾とこれに反対する立場——Lambert が引く Pound, William D. Lewis のほか、J. M. Landis, Ivor Jennings, D. J. Llewellyn Davies⁽¹⁴⁶⁾——のあいだで激しく争われていたことが窺われる。1927年、Pound 論文公刊の19年後、伝統的立場に立つ K. C. Allen ——シドニー大学出身であり、1929年から2年後その席をニューヨーク生まれの A. Goodhart にゆずるまでオックスフォード法理学教授⁽¹⁴⁷⁾——は E. Coke を引く⁽¹⁴⁸⁾。「制定法のもっとも確実な construction は、コモン・ローのルールと理由によっておこなわれる。」以上は批判説にもかかわらず「不可欠の指導ルールである。というのはそれなくして法発展の継続性は激しく危険にさらされるからである。ここから原則が導き出される。『コモン・ローを改廃する in derogation of common law』制定法は厳格に解釈 construe⁽¹⁴⁹⁾ されなければならない」と。しかるに、1921年の Lambert

(144) Préface à Valeur cxiii (1928) はいう。stare decisis 的な「先例の權威に関するこの機械的觀念の普及こそが、コロンビア・ロースクールのプログラムの改革者らが Valeur が以下の言葉で要約するもろもろの希望を実現するために打ち壊すであろう障害のうち、もっとも根強いものを形づくる。その言葉とは、法の社会化である。」

(145) William D. Lewis, Legal Education and the Failure of the Bar to Perform its Public Duties, 29 Annu. Rep. A. B. A. 34 (1906) ; id., Social Sciences as the Basis of Legal Education, 61 U. Pa. L. Rev. 531 (1913) ; R. Pound, The Need of a Sociological Jurisprudence, 30 Annu. Rep. A. B. A. 911 (1907).

(146) Thorne, The Equity of a Statute and Heydon's Case, 31 Ill. L. Rev. 202-3, n 1-3 (1936).

(147) その後21年間にわたって Warden of Rhodes House. William Twining, Allen, Sir Carleton Kemp, A. W. B. Simpson, ed., Biographical Dictionary of the Common Law 6-7 (1984).

(148) K. C. Allen, Law in the Making 456-7 (7th ed., 1964) ; Allen, Law in the Making 257 (1st ed., 1927).

より公平と思われる歴史像については、たとえば、John Bell & George Engle, Cross Statutory Interpretation 11-3 (3rd ed., 2005).

(149) 1904年の Pollock は、議会制定法 Acts of Parliament は詐欺によって制定された個別法律であっても「裁判官は〔この制定法の〕有効性を論じないことはよく理解されて

は出典を示すことなく、上記の批判的立場に同調するようにみえる。Lambert
にとって、construction は、何よりもまず、議会による社会立法を骨抜きに
するために伝統的個人主義に立つ司法部が用いる技術であった。⁽¹⁵⁰⁾ 議会のなか

いる」と述べている。彼は、Willes, J. のある判決における意見を引いている。「われわれは議会の上級審 court of appeal としてここに際会しているのではない。…われわれは、女王と議会の従僕としてここに座っている。…もし議会制定法が不当に獲得されたなら、議会こそがこれを廃止することによって修正すべきである。けれども、これが法にとどまるかぎり、裁判所はこれに従わなければならない」、と。Pollock, A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law 265-7 (2nd ed., 1904). 別の個所で Pollock は述べている。「われわれの法に関して言えば、何らかの点でいったん定義されれば、[大陸におけるよりも] より確実なものになるし、そうであるべきである。

他方、ケース・ローが誤った方向をとれば明示の立法による、ともかくイギリス議会の手続によるその修正は厄介かつ不確実な作業となる」、と (p. 242)。とはいえ、Pollock は明らかに司法権の優位ではなく、議会主権を前提にしつつ、ケース・ローの立法による修正の困難さを指摘するにとどまる。

N. Duxbury は、Pollock と——明示的に引用されないが——Allen とのあいだにある時間的間隔をこう説明している。すなわち、Pound はその Common Law and Legislation のなかで、裁判官らが立法の欠陥を指摘するのにちっともうんざりしていないのに、他の人々にとっては裁判官が作った法は同じく自明さを欠いている、と。20世紀初めのイギリス法律家はアメリカの法律家と同じ熱狂とともに制定法を受け入れることはなかった。W. Friedmann (注(150)を参照)を引きつつ、彼は加える。イングランドにおける制定法の成長はよりゆっくりしており、それほど劇的ではなかった、と。Id., Frederick Pollock and the English Juristic Tradition 181 (2004).

(150) このような見方は、Julius Stone, The Province and Function of Law as Justice and Social Control : A Study in Jurisprudence 198-200 (1950) ; George Whitecross Paton, Text-Book of Jurisprudence 188-192 (1946) ; Wolfgang Friedmann, Statute Law and its Interpretation in the Modern State, 26 Canadian Bar Rev. 1277, 1285-1290 (1948) ; id., Legal Theory 452-462 (5th ed., 1967) にみられる。

Neil Duxbury, English Jurisprudence between Austin and Hart, 91 Va. L. Rev. 1 (2005) は、つぎのように述べている。

20世紀初めから半ばにかけて、リアリストの見方を繰り返したり類似したりするイギリス法理学の代表的人物はいるだろうか。

Duxbury によると、イギリス法学に対してリアリストの教訓を期待するのは間違っている (注(149)の Pollock を参照)。アメリカのリアリズムはつまるところロースクールにおけるラングデル主義の支配、リステイトメント、連邦最高裁の19世紀末から20世紀初めの「レッセ・フェール」イデオロギー、そしてニューディールによって提起されたいくつかの問題に対する反応にすぎない。

にはこれを克服するために制定法解釈法 Statutory Construction Act を制定するものさえ現れた。⁽¹⁵¹⁾ 1947年の Story で彼はさらに踏み込んでいる。彼は construction を、——アメリカのロー・レビュー論文から借用しつつ——、construction destructive [「破壊」的「建設」] とさえ呼んでいる。この表現は彼にとって、「矛盾しあう 2 つの概念の結合によって、解釈されたテキストを変性させ、これから効力を奪い、その起草者らによって目指された目的の達成を妨げるために、解釈に訴えることを大変正確に定義しているように思われた。」以上の「変性 déformation」は Lambert が他の個所で用いる「柔軟化 assouplément」の反対項である。

(2) Lambert は制定法の construction をフランスの法律 loi の解釈 interprétation と比較して述べている。「アングロ・アメリカの construction は、われわれのフランスの解釈よりも、すでにはるかに大きな運動の自由を享受している。解釈が作用させる任務をもつ文書 [法律か] はもはや議会の立法者によって打ち立てられた法システムではなく、むしろ裁判所によって発見され、明らかにされ、それゆえにその職業的心性の片すみに記された慣習法の一体のなかに縁どられる運命にあった。裁判所は、新しい制定法に既存の法の総体における場所を見出してやるために、——われわれの場合と

イギリスの場合、アメリカの図式と問題設定とをそのまま翻訳する法学はない。だが、そもそも翻訳はありえただろうか。Duxbury という。20世紀半ばのイングランドについていえば、答えはごく限られた限度でイエスである (55-6)。法の機能に関する古典的な20世紀半ばのイギリス的理論化を試みた R. A. Wright と Pollock によると、先例拘束性理論は裁判官に対し、権威について創造的であることを禁じるほど厳格ではない。かといって、司法立法を可能にするほど緩やかでもない (56-7)。オックスフォードの 2 人のアメリカ人、Goodhart と Allen (リアリズムは「病んだ社会のジャズ法学」——62, n. 316) のリアリズムに対する反情はむしろ例外的である (57-62)。そして、オックスフォードの外側、ことにロンドン・スクール・オブ・エコノミクスにはリアリストの精神があちこちで飛び跳ねていた。R. M. Jackson, I. Jennings, W. Robson, W. Friedmann, J. Stone らはこのような位置に立っていた。かれらこそは、法を社会科学と結びつけようとした (63-8)。

Robson について後出注(213)参照。

(151) Story 262.

違つて——これを立法部の事前の意思ではなく、むしろ固有の判例の伝統⁽¹⁵²⁾に関連づけるのである。」

Lambert にとって construction は 2 つの点で大陸的な解釈から区別される。第 1 に、「立法テキストは自足的であり、(歴史的) 立法者意思にさかのぼることがない。起草資料の参照は禁止される」⁽¹⁵³⁾(ことに mischief rule を想え)。第 2 に、「立法テキストはかえってコモン・ロー——以上にいう『慣習法』⁽¹⁵⁴⁾——によって縁どられる。」一般的に、それゆえ、上記の原則が導き出される。すなわち、コモン・ローを改廃する制定法は厳格に解される。

Lambert は上記の「固有の判例の伝統」のくだりを直接に承けつつ述べている。「2 つの解釈方法の出発点にあるこの相違は、Bruncken 氏の最近⁽¹⁵⁵⁾の論文において引き立たされている。『コモン・ロー諸国においては判例法——裁判所によって定義され展開される——が法律の宮殿が打ち立てられる基礎である。すべての制定法は、広くても狭くても、code と呼んでも呼ばなくても、慣習法に対する変更にすぎない。制定法は、これを支える以上の基礎を不断に考慮して解釈されなければならない。[しかるに] シヴィル・ロー諸国では、制定法と他の法律形式とのあいだの関係はまさしく正反対である。』⁽¹⁵⁶⁾すべての制定法は、シヴィル・ロー諸国ではそのかわる主題に関する法律の新たな作りなおしである。もし jurisprudence [判例] が特別の場合に成文法律を修正するならば、このことはつねに例外であり、通常は合理的解釈がもたらしうるもっとも狭い部分に局限される。その他の法形式は、そこでは例外にすぎない。

しかるに、アメリカの地では、原則をなすのはコモン・ロー、いいかえれば裁判所の jurisprudence であり、制定法 statut ——フランス的語の意味における法律——は例外となる。／ここから、一般的定式が生じる。すなわ

(152) Gouvernement des juges 130-1.

(153) Lambert & Brown 208.

(154) Lambert & Brown 208.

(155) Ernest Bruncken, Common Law and Statutes, 29 Yale L. J. 516 (1919-1920).

(156) Bruncken 516-7.

ち、『コモン・ローをくつがえす立法行為〔制定法〕は厳格に解されなければならない。』これは後期注釈学派によって中世の慣習に対して発せられた宣戦布告を思い起こさせる。statuta はもっとも厳格に解釈されるべきである、と。

Bruncken 氏は、この定式をあまりに断定的と受け止め、この通例の定式のより技術的な変化形に与している。この変化形を Bruncken 氏はイリノイ州の最高裁判所の一事案から借用している。⁽¹⁵⁷⁾『制定法の construction において一般的なルールによると、制定法はコモン・ローをその用語により明示的に宣明することを越え、変更するものと construire してはならない、ということである』。いいかえれば、jurisprudence の一体的筋立てのうへでは、制定法は、付随的なもろもろの要素にとどまり、制定法は、伝統的規範に対する、——諸 principles を生じるために合致することができない——一連の例外を形づくる、ということである。」

以上を受けてコモン・ロー＝裁判所＝18世紀的個人主義 対 制定法＝議會＝20世紀的な集産主義的介入という図式が示される。Lambert は続ける。「これら制定法を立法という孤立した断片としてとらえつつ、Harvard Law Review の匿名ノート⁽¹⁵⁸⁾が明らかにするように、人びとは、制定法の革新的な仕事のなかに、ある空白を開く。この空白により、18世紀の個人主義的諸理論に結びついた判例の反対のもろもろの principes が浸み込み、ふたたび出現する。裁判所は、制定法を制約することが問題であるときは、これを拡大することが問題であるときよりも、制定法の語を越えて顧慮するのにはるかに自由であることを示した。こうして、先に引用したノートは以下を確認する。すなわち、裁判所は立法に対しては非常に限られた領域しか認めないのである。そして裁判所が立法に対して与える取り扱い、しばしば、制定法のコモン・ローへの侵入に対して裁判所によって感じられた敵意によって影響された。／ここにこそ、合衆国への留学からの帰国後、オーストラリ

(157) Davis v. Abstract Construction Co. (1905) 121 Ill. App. 121, 129.

(158) Note, Statutory Principles in the Common Law, 30 Harv. L. Rev. 742 (1917).

ア憲法の創造者のひとり Harrison Moore がアメリカ法生活のもっとも著しい特徴として挙げる一現象がある。『社会的必要性へと適応するのに法律は無能率である、ということは、立法の病的な活動を刺激し、この立法は立法の側で、裁判官と弁護士によって軽蔑と反感とともに眺められる。ここから生じるのは、制定法の制定と適用とのあいだの不調和である。現にアメリカでは、裁判所の法律と立法府の法律という、異なった道筋に向かう分岐によって印象を受けないことはないものであり、その帰結を国中を覆い尽くす〔裁判官〕リコール recall の政治的扇動の波のなかに見ることができる。そして、“statute-law” と——その活動を援助するどころかブレーキをかける—— construction の矛盾対立は、司法上の先例の概念の反作用によって大変重大化⁽¹⁵⁹⁾させられる』。

「18世紀の個人主義的諸理論」の部分で脚注のなかで引かれるのは、なかでも Pound, Common Law and Legislation ⁽¹⁶⁰⁾ (1908) である。

Pound はこの論文のなかでコモン・ローが制定法（「立法 legislation」によるイノベーション）⁽¹⁶¹⁾を扱う4つの仕方を区別している。「第1に、裁判所は制定法を法の一体のなかに完全に統合しこれをコモン・ローよりも高次の原則の源泉として扱うかもしれない。このアプローチは制定法から類推することを正当化しよう。第2に、裁判所は、〔制定法は〕コモン・ローのルールおよび原則と等位にあるから、類推によって導かれた法のなかに、制定法を完全に受け入れるかもしれない。第3に、裁判所は制定法を法の一体のなかに完全に受け入れることを拒み、かつ類推を拒み、そうしつつも制定法にゆるやかな construction をほどこすかもしれない。第4に、裁判所は制定

(159) Gouvernement des juges 132-3.

(160) Pound, Common Law and Legislation, 21 Harv. L. Rev. 383 (1908). いまひとつは、Pound, Taught Law, volume 3 issue 4 American Law School Review : An Intercollegiate Law Journal 164-173 (Nov 1912) ; Report of the 35th Annual Meeting of the American Bar Association [vol 37], 975-996 (1912). 以上の書誌は、基本的に F. C. Setaro, A Bibliography of the Writings of Roscoe Pound 11 (1942) に負う。

(161) Bell & Engle, Cross Statutory Interpretation 43 (3rd ed, 2005) の記述による。

法に厳格な construction をほどこし、制定法からの類推を拒むかもしれない。」Pound によると第 4 の仕方が立法によるイノヴェーションに対する正統的なコモン・ローの態度を代表しており、第 3 の仕方は当時のコモン・ローが目指しつつある態度を示している。第 1 および第 2 の仕方はコモン・ロー⁽¹⁶²⁾法律家には馬鹿げたものに映るだろう。

Pound はコモン・ローが立法よりも民主的であり、それゆえによりすぐれたものであり⁽¹⁶³⁾うることを前提につぎのように述べている。「かつてはコモン・ローは立法よりすぐれていると論じられた。コモン・ローは慣習的であり被治者の同意に基づくからである。こんにち、…われわれは立法がより直接的であり一般意思の正確な表現であることを知っている [Bernard Bosanquet, *Philosophical Theory of the State*]。われわれが聞かされるのは、将来の法定立は社会のサンクションを社会学的実験室 [Lester Ward, *Applied Sociology*]⁽¹⁶³⁾で練り上げられたものに依拠しなければならない。裁判所がそのような実験室を運営できないことは自明である。⁽¹⁶⁴⁾」「国家が『法的義務の個人主義的最小限度』を保証するためにのみ存在するか、それとも広く社会の利益のためにパターンルな、さらには社会主義的な線に沿って精神病にかかっていない成年者の活動に干渉するためにあるかを問わず、立法による法定立は現代社会の主要な信頼であるに違いない。⁽¹⁶⁵⁾」制定法はコモン・ロー同様に尊重されるべきである。「後者 [立法] は同じ程度に尊重を受けるべきであり、後者同様に効率的にされるべきである⁽¹⁶⁶⁾。」Bosanquet は T. H. Green の弟子であり、Bentham、Bentham 主義者、そして A. V. Dicey によ⁽¹⁶⁷⁾

(162) Pound, *Common Law and Legislation*, 21 *Harv. L. Rev.* 383, 385 (1908).

(163) Ward は自らの漸進的進化——sociocracy——こそが革命に対する唯一の解毒剤である、と信じた。1880年代、彼は、Spencer 的適者生存説を説く W. G. Sumner の主要な論敵となった。D. Ross, *The Origins of American Social Science* 90 (1991). cf. Nye, *Midwestern Progressive Politics* 137-9 (1959).

(164) Pound, *Common Law and Legislation*, 21 *Harv. L. Rev.* 383, 406 (1908).

(165) Cit 404.

(166) Cit 407.

(167) Cit 384.

って体现される18-9世紀の個人主義を批判する文脈でしばしば引用されて⁽¹⁶⁸⁾いる。[判決] リコール recall は、ことに1912年の大統領選挙で、もと大統領 Theodore Roosevelt の進歩党の綱領にかかけられるにいたった。後で触れる (6(4))。

Lambert に戻ろう。construction は大陸的な解釈同様に起草資料の使用を容れるか。「先例の權威によって、——この点に関して——行使された影響は、Bruncken 氏の研究中で、大變的確な言葉で定義されている。ラテン法とアングロ・アメリカ法のあいだの比較を繰り返しながら、彼は述べている。法律解釈 *interprétation* の諸原則は、シヴィル・ロー諸国において永久的論争の主題である。けれども、立法者意思の探求という伝統的任務に忠実であっても、この意思を時とともに変動する社会的必要性に適應させようとするべきであっても、解釈の手順は『制定法の完全な解明が求める可能なかぎり遠くまで及ぶ分析』であるべきであり、かつ『この手順は必要な限り繰り返されるべきである。』『コモン・ローのもとでは、解釈 *l'interprétation* の任務は、もっと簡明である。遅かれ早かれ、探求者は拘束力をもつ先例を見出す。どんな裁判所も、先立つ場合に制定法を分析し、結果を述べてきた。この結論が明らかに不適切でない限り、われわれはこの先例を超える必要性をもたない。その権利すらもたない。われわれのなすべきすべてのことはこの先例を受け入れ、これが係争中の事案に完全に適用されるか、それとも新しい事例のために修正を必要とするか、を検討することである。』以上のゆえに、Bruncken 氏は、カリフォルニア民法典の第4条は、先例に従うシステムが存続する限りは死文化しており、そうあり続ける、と付け加えるのである。『この法典の一条文が解釈のために法廷の前に達した最初のとき

(168) Martin Loughlin, *Functionalism in Public Law*, 55 U. Toronto L. J., 376-382 (2005).

(169) 「法典は現行の法の修正ではなく、州の法の独立した提示であること that the codes are not amendments of existing law, but an independent statement of the law of the state.」Ernest Bruncken, *Common Law and Statutes*, 29 Yale L. J. 516 (1919-1920) による。

に、裁判所は、あらゆる事後の探求——その帰結についてであれ、論理的つながりについてであれ、底辺に横たわるもろもろの事実についてであれ——を、あれこれの先立つ裁判上の解明をいったん発見する時は、差し控えざるをえない』と。裁判所は、もっとも古いリーディング・ケースの前に頭をたれさえすればよい。このリーディング・ケースの背後で、裁判所に対して、くだんの社会的事実が現れる。いいかえれば、『法典のこの条文が採択された時のではなく』、むしろ、権威を作る判決がなされた時の——『おそらく何世紀もさかのぼる [時の]』——『社会的事実』が [現れる]。『自明なことは、このような手順は、[カリフォルニア民法典第 4 条のいう] 法律の独立した解明という [意味における] l'interprétation ではなく、コモン・ローの裁判による展開においてこの瞬間に達した段階に照らした、制定法の l'interprétation である、ということである。』／あらゆる立法テキストは、こうして、その出生から一群の裁判上の先例のなかに縁どられている。この先例は事前に、立法者が明示に規定を設けなかったすべてのこと、すなわち裁判所の反作用を規律している。このような制限的、時として変性的解釈とともに、法生活のなかに [立法テキストは] 入り込むのである。そして、その形式的規定はそれ自体、遅かれ早かれ裁判所による interprétations の対象となりうる。これらの interprétations は、先例拘束性 stare decisis の理論の働きによって、その権威を自らの権威によって置き換える。拘束力をもつ先例の理論の制定法 statute law の領域への拡大は、こうして、立法の所産に対する裁判上のコントロールの第二の形式を生み出す。このコントロールはおそらく一定限度においてわがラテンの法システムすらも通じて、必要性の効果によって現れる。[というのは、] ラテンの法システムでは、立法者は裁判官職に対して、その規定を実現させる [作業を] 委ねているからである。とはいえ、[コントロールの第二の形式は] コモン・ロー諸国におけるほどの自由さをもっては通例は現れない。／合憲性のコントロールの長い摩擦によって、この第二の、法律の裁判によるコントロールの形式、すなわち construction のコントロールは、合衆国においては、イギリスにおけるより

もはるかに大きい豊かさとエネルギーを獲得した。事物の法的外観の背後にその覆い隠す社会的諸現実を識別しようとする者の目には、アメリカの construction はイギリスの construction から、イギリスの construction がフランスの l'interprétation から隔たっているのと同じくらいに、隔たっているように見える。これらは立法作業の裁判上の吟味の3つの継起的段階なのである。⁽¹⁷⁰⁾「起草資料への訴えとケースの〔先例的〕価値の不確定さと…について、アメリカ実務は、イギリス実務とフランス実務とのあいだの中間的地位を占める。⁽¹⁷¹⁾」ケースの先例的価値——合衆国におけるイギリスの先例拘束性 stare decisis 継受の未完成⁽¹⁷²⁾——はともかく、——すでにみたとおり——起草資料への訴え、および制定法のコモン・ローへの融合の2つの点は、合衆国をヨーロッパ諸国から隔てたのであった。⁽¹⁷³⁾⁽¹⁷⁴⁾

(3) 以上のように、Lambert は、大陸的な法律の解釈に対して、合衆国のコモン・ローにおける制定法の construction を対置している。彼が以上のほかに本書で GénY に言及するのはわずかに法規的判決の禁止を定めるフランス民法5条に関する部分⁽¹⁷⁵⁾だけである (GénY が判例の法源性を承認しなかった点を批判)。これに対し、1923年の H. C. Brown との共著書『合衆国における資本と組織労働者の法的闘争 La Lutte judiciaire du Capital et du Travail organisé aux Etats-Unis』は、イギリスの制定法解釈と対比しつつ、GénY の法源論・解釈論に言及している。

Lambert によると、イギリスの原則はこうである。すなわち、この原則によって立法テキストはいったん表決されてしまえば自足的であり、その起

(170) Gouvernement des juges 133-6.

(171) Gouvernement des juges 147, n. 1.

(172) Story 262-3.

(173) クレイトン法20条および6条の解釈にあたって Duplex の法廷意見を書いた Pitney も反対意見を述べた Brandeis も、——コモン・ローの伝統に反して——起草資料を参照している。La Lutte judiciaire du Capital et du Travail organisé aux Etats-Unis 207-211.

(174) Gouvernement des juges 147 & 172-3; La lutte judiciaire 208-211 & 420.

(175) Gouvernement des juges 2, n. 1.

草者の注釈によって補足されたり明らかにされたりすることはなく、この原則は、例外や緩和を許すことなく起草資料による解釈のあらゆる使用を拒絶する、と。⁽¹⁷⁶⁾

1897年にシャーマン法、そして1921年にはクレイトン法を明らかにするために合衆国では起草資料が用いられた。このことは、「もっとも微妙な演繹がしてきたよりもはるかに的確にイギリスの司法の英知のこの伝統的命令の存在理由を描き出していないか。」両当事者ともに同一の起草資料に訴えつつ相反する主張を裏づけるのはおかしくないか。フランス民法の解釈作業に慣れ親しんだ諸国においては、「起草資料の権威は日増しに凋落しつつある。」⁽¹⁷⁷⁾ Lambert は自らの見解をすべり込ませる。「法規範が時代の変化しつつある諸条件に適応することを可能にするために、これを生み出した歴史的偶然事〔すなわち起草過程〕にこの規範を結びつける絆を断ち切る必要性が感じられている。」⁽¹⁷⁸⁾ 「この傾向に対してもっとも精力的に、かつもっとも巧妙に反応したフランス科学の師のひとり [Gény] は、こう宣言することをためらわなかった。すなわち、『法律の起草資料は、テキストの権威ある例証と〔無制限に〕受け止めるべきではなく、その内在的解釈のために、そこにみいだされる考えも同様に、人目に付く矛盾なしに表現されるかぎりで、この考えを、法律を作る——大変しばしば集合的な——意思に帰着させることを許すという条件で、[そう受け止めるべきである]』と。」 Lambert 自身⁽¹⁷⁹⁾

(176) 1919年 Société de législation comparée で Lévy-Ullmann によって報告され、討論された。イギリスの「制定法解釈」に関する以上の中核ルールはイギリス判例の特殊性を示すが、合理的説明は放棄され、かつその起源をイギリス法進化の多かれ少なかれ謎めいた偶然事のなかにみいだす。Lambert & Brown, *La lutte judiciaire* 208 & 208, n. 2.

(177) *La lutte judiciaire* 209.

(178) *La lutte judiciaire* 209. Bouvier et Jèze ほかの引用。

(179) *La lutte judiciaire* 209-210.

この引用部分は引用者 Lambert によって前後を省略されている。省略された部分を訳出すると以下のとおりである。「事前にこれらの考慮——立法行為の各事例ごとに変化しうるし、さまざまな制定ルールに服し、なおも多様化しうる——に固執することなく、ここで一般論として言うように思われるすべては、…[Lambert が引用した部分] という条件で、かつさらに法律テキストが以上の補足説明に矛盾しなければ [そう

強調するように、Gény は立法者意思説にこだわった。⁽¹⁸⁰⁾ その Gény でさえ、起草資料の具体的扱いについては引用部分のような留保を付している、⁽¹⁸¹⁾ とい
うのである。

しかるに、Lambert は、まず国際高等教育雑誌 RIE 所掲の Gény 書評で
は Gény の法源論を以下のように要約していた。一方に法律（および慣習、
判例と学説）が、他方に科学的自由探求がある。一方で「…彼 [Gény] は
法律の活動範囲を可能なかぎり制限しようと努める。彼は法律の領域を法形
成の他の仕方の領域の利益のために縮減する」⁽¹⁸²⁾。他方、「これ [科学的自由探
求] に向かってすべてが収斂する。本書全体がその宣揚へと傾斜する。著者
の中断なき関心は他のもろもろの法源の活動を最小限にまで縮減し、この最
後者の生産力をその分増大させることにある。Gény は法律を大変狭い制限
のなかに閉じ込め、慣習を大変わずかのものに縮減し、同時に判例と学説と

受け止めるべきである]、ということである。」

(180) Gény 書評 RIE 40, at 216, 230-1 (1900) はこうである。「Gény 氏によると、解釈者
は自らが規定中に見る相貌を確認するために法律の規定を現在の社会的、経済的環境の
なかで研究してはならない。彼は立法者が規定に与えようとした相貌を検討するため
に、生まれてきた環境のなかに法律をふたたび据えなければならない。／著者 [Gény]
はこうしてその作品のこの部分において追求した目的をこう要約する。RIE 231. すなわ
ち、『成文法の射程を立法者の主観的意思の限度に、すなわちその規範力の唯一の合理
的基礎の限度に制限すること。この限度において、法律をすみずみまで変性なしに修正
もなしにその効果に不可欠の閉鎖性を維持するように適用すること。』」

(181) Gény は以上の部分をこううけついでいる。「こう述べたとしても、現代の立法権
の複雑な機構においては、以上の要求は少なくとも本来の意味における立法については
めったに満足させられない、ということを承認しなければならない。そして、たやすく
理解されるように、フランス判例は法律家の大多数の意識に反し、次第に決定的に、起
草資料の役割を——明瞭かつ正確な意味をそれ自体もつテキストに反して——、制限す
る傾向にある。…[遺言のような厳格方式行為] 同様に、——議会の手続によってただ
ひとつ聖別され、立法者の意思によってただひとつ公式に表明された——法律の真正な
定式に相対するときは、話し合い、意見、個人的心づもりから引き出された帰納的結論
は、立法者の思考の形成を準備したかもしれず、とはいえ比較的良好な状況を除いて最
終的結論を明らかにするときは、ごく限定的にだけ考慮に入れる必要があるのではない
か。」Gény, *Méthode* t. I, 296-7 (No. 104).

(182) RIE 230.

によって形成された 2 つの法システムの権威を破壊した。科学的自由探求へと開かれた領域は広大なものになった。この領域はもはやわずかの法律規定と慣習とによるほかには制限を受けない。法的問題の大多数は、いまや解釈者の作業にゆだねられた。⁽¹⁸³⁾」

つぎに、Lambert は自らの解釈論を明らかにする。「彼は、法システム全体の進化に可能なかぎり適応することをテキストに対して可能にするように立法テキストをその立法者の意思から切り離す解釈方法の使用——私のほうはといえば大変実り豊かに思われる——に反対している。このなかで、この方法はその精神が Percerou 氏によって以下の印象的な定式に要約される方法として現れる。すなわち『法律の最良の解釈は法律を現在の必要性に対してもっともうまく従わせる解釈である』⁽¹⁸⁴⁾と。」

こうして、客観的にみれば、以上によって、Lambert は GénY 的な法律の解釈と自由探求の二項対立図式に対して、コモン・ローの制定法の construction を対置した。そのかぎりでは GénY 的な二項対立図式を相対化した、ということができる。

(4) それでは、以上のような construction の作用を含むコモン・ローは、大陸法的な、とくにフランス的な立法者意思主義の相対化、ひいては社会変動への法律の適応をもたらすだろうか。なかでも、1880 年から約 40 年にわたる「ちょうつがい」⁽¹⁸⁵⁾ (C. Jamin) の時期における社会的なものに適應できただろうか。結論は判例法源に関する別稿にゆずる。⁽¹⁸⁶⁾ここでは答えは否定的である点を確認すれば十分である。以上に見たように、アメリカにおける

(183) RIE 235.

(184) RIE 230-1.

(185) Jamin, *Relire Labbé et ses lecteurs*, *Archives de philosophie du droit*, 37, at 250 ; Jestaz & Jamin, *La doctrine* 120. そのほか、Jamin, *L'oubli et la science*, RTDC, 1994, at 815 の副題は、“*Regard partiel sur L'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIXe et XXe siècles*”。イタリックは引用者のもの。拙稿「エドゥアール・ランベールの比較法(3)」『国学院法学』55 卷 2 号 11 頁 (78 頁) (2017 年)。

(186) 注(17)参照。

construction はコモン・ローの個人主義伝統に固執する裁判所に対して反トラスト立法を打ち破る武器を与えている。果たして Lambert も司法部の保守性、いな、上述のように、Story では「裁判官統治」の「トラスト統治」⁽¹⁸⁸⁾との結びつきについて語っている。

5 合理性と便宜性——『裁判官統治論』はなぜ違憲宣言から逸脱してしまうのか

(1) 連邦議会が社会立法の手段として——連邦議会に対して規制権限を与える [第1条第8節]⁽¹⁸⁹⁾のではなく——連邦憲法修正手続を用いる決断を下したとする。このとき、最高裁は連邦憲法修正個条に対して違憲宣言をするだろうか。せいぜい construction にとどめるだろうか。もし最高裁が違憲宣言をする権限を留保しつつ合憲判断をするならば、一方で裁判所こそが法の国民化の担い手となる (以下(1)(2))。他方、裁判官の統治に対して対抗すべき手段をもはや連邦議会はもたない (以下(3))。

さて、Lambert によると、少なくとも修正第18条に関する1920年の判決——後出の National Prohibition cases ——以後、違憲宣言は大変難しくなった (以下引用部分で、判決の引用方法はすべて Bluebook 方式に統一してある。たとえば原文で「1920年6月7日判決」とあるのは、「National Prohibition Cases, 253 U.S. 350 (1920)」と改めて⁽¹⁹⁰⁾ある)。

Lambert は『裁判官統治論』で修正条項の違憲判断について以下のよう⁽¹⁹¹⁾に述べている。「…これらの修正のうち最後のもの [修正第15条] の——1870年における——施行の瞬間に、立法権を司法権の後見のもとに屈せしめ

(187) Gouvernement des juges 80, 92 & 230.

(188) Story 307. 注(72)に相当する本文を参照。

(189) P. C. Jessup, Elihu Root 480 (1938). この場合、社会立法は Hammer や Drexel 同様に違憲審査に服する。

(190) その他出典表記は適宜変更してある。

(191) Gouvernement des juges 110-1.

た進化は、まだ真に始まったわけではなかった。この憲法の、修正権を与える第 5 条が当時の人びとにあまりに決然と革命的な試みに見え、肩をすくめるほかに受け入れられる機会がなかった機構によって、憲法中に編入された規定〔修正条項〕の無効を宣言するように裁判官に対して訴えること。1873 年に Slaughter-House case において最高裁は連邦制の均衡を維持するためには事実上修正第 14 条第 5 項の適用をやめることが必要である、と判示したとき、最高裁は、この目的を達するために自らにとって construction という、回り道のかつ穏当な他の手段があることに思い至らなかった。最高裁は第 5 項からあらゆる射程を奪い去るようにテキストを解釈するのに甘んじていた。多数意見の議論にどれほど、まさしく今日違憲宣言に支持を与えるものだったとしても、この多数派の成員も当事者らの弁護士も、このとき裁判所は直接にこう宣言することができたはずである、ということを垣間見たものはなかった。すなわち、修正条項の立法者らは越権行為をしており、第 5 項はこの理由のゆえに無効となる、と。合憲性の司法的コントロールの最後の論理的発展の可能性——すなわち連邦憲法修正条項の合憲性に関する判決——を認識するように心の準備をさせるためには、州制定法と連邦制定法との『合理性』と『便宜性』とに関して、長年にわたる裁判所の判決実務が必要であった。〔南北〕戦争によるこれらの修正のひとつの効力が史上初めて Myers v. Anderson, 238 U.S. 368 (1915) において争われたのは、その施行後わずか 45 年後のことであった。この事件で連邦最高裁は上記のように提起

(192) 「連邦議会は、両議院の 3 分の 2 が必要と判断した場合には、この憲法の改正を提案する。またそれぞれの州の 3 分の 2 の州の立法府からの要請があった場合には、改正を提案する憲法会議を招集しなければならない。いずれの場合にも、憲法改正は、各州の 4 分の 3 の立法府によって採択され、あるいはその 4 分の 3 の憲法会議によって採択された場合には、あらゆる意味において完全に、この憲法の一部として効力を有する。いずれの採択の方法によるかは、連邦議会によって提案されたところによる。…。また、いかなる州も、その同意なくしては、上院における平等な投票権を剥奪されてはならない。」松井茂記『アメリカ憲法入門〔第 7 版〕』440-1 頁 (2012) の訳文による。

(193) Myers and Others v. Anderson - Same v. Howard - Same v. Brown, 238 U.S. 368 (1915).

された問題についてその意見を明らかにするのを控え、将来を取り計らうある種の心づもりによってこの問題を一貫して沈黙のもとにやり過ごした。実際のところ、この手段をその憲法上の権限に関する誤った観念にもとづくとして斥けるほかに一体何が言えるだろうか。やがて50年も経とうとしている憲法中に入ったテキストを無効にし、もともとの違憲性を償うために時効を援用することは本当に難しかっただろう。」

Lambert は続ける。1869年からこんにちにいたるまで、連邦政府の等位の諸部門の古来の均衡において、司法権の有利に生じつつある、転位の規模をはかるには、修正第18条ほど適した性質のものはない。反対派は、両院の3分の2の多数に負け、かつ4分の3の州立法者の前でも負けながら、憲法修正の機関の決定に承服せず、連邦司法部の決定に訴え、修正の合憲性を争うテスト訴訟を利用した。最高裁に対して、立法コントロールに対してすでに適用していた方法を憲法のコントロールに移し替えるように求めたのは、単にその経済的利益を害されたアルコール製造等の業者だけではなかった。これには関心がなく、むしろ州の権利の擁護のために、そして1789年憲法の現在にいたる一貫性のために闘う法律家、たとえば Harvard Law Review に論文を寄せた Marbury もそのなかに加わっていた。

(2) 以上の議論は明快とはいいがたい。「裁判官統治論」の2年後に公表された「諸傾向 Les tendances」⁽¹⁹⁴⁾を参照しよう。「憲法修正による立法は、修正第18条の批准によって、1919年に連邦法のなかに浸透した。修正第18条は、連邦全域における、すなわち『ウェット州』にとどまることを望んだ諸州においても、以前からの『ドライ州』においても、アルコール飲料を禁止した。1920年には修正第19条の施行によって、すなわち女性選挙権に関する修正によって、選挙法律において市民間の性別にもとづく不平等を打ち立て維持する権利を諸州は奪われた。この新しい領域に入ることによって、上記の立法は新しい職能をもえたのである。」

(194) Lambert, Les tendances à L'unification du droit aux États-Unis, 1868-1922, Bulletin de la Société de législation comparée vol. 52 1923, at 135, 154-6.

以下はすでに引用した部分である (1(2)—11-12頁 (164-163頁))。この部分は上記部分に直接に続いている。「より複雑かつより難しい手続によって、しかし反対にあらゆる豊かさとともに、修正第14条第5項⁽¹⁹⁵⁾によって1868年に時期尚早にも下絵を描かれた法の国民化〔全国化、連邦化〕nationalisation du droit のプログラムの反復に思われる。この理由によってこそ、1919年と1920年の修正は、法律家らのもとで大変分かりやすい反感を掻き立てた。彼らはワイン商人やビール醸造業者の友でもなければ、女性選挙権の反対者でもなかった。とはいえ、1789年の連邦制の不屈の支持者でありつづけた。憲法伝統のこれらの擁護者は、最高裁判所が、——1868年に開いた裂け目を1873-83年にふさいだように——、諸州の立法自律権 l'autonomie législative des Etats に開いた裂け目をふさぐだろう、とつかの間の希望を抱いていた。この裂け目は、際限なく拡大していく危険をはらんでいたから、いっそう重大なものであった。最高裁は、修正第18条の違憲宣言を求める一連の請求⁽¹⁹⁶⁾を受けた。修正第18条について最高裁は一致して、National Prohibition Cases, 253 U.S. 350 (1920) を言い渡した。憲法改正 révision のもろもろの配置は現に妥当する立法を作るのに憲法上適していないことをはっきりさせるために、そして、立法に関する通常の権限を——憲法5条によって改正のために規定された形式において——行使することの不当であることを示すために、——もし私が目に浮かぶ思い出だけを頼りに判断するなら——十分に確固として打ち立てた議論を、すなわち *Christian Feigenspan, Inc. v. Bodine*, 264 F. 186 (1920) において『いわゆる修正第18条の効力に関して』*Elihu Root* や *William Guthrie* ら [が執筆した]⁽¹⁹⁷⁾ 準備書面を、原告弁護士は提出し

(195) 「連邦議会は、適当な法律でもって本条の諸規定を執行する権限を有する。」松井茂記『アメリカ憲法入門〔第7版〕』444頁 (2012) の訳文による。

(196) 第1節「本条の採択の1年経過後、合衆国及びその管轄に服するすべての領域内で、引用目的でアルコール飲料を製造し、販売ないし輸送し、それを輸入または輸出することは、これにより禁止される。」第2節「連邦議会及び各州は、本条を適当な法律で執行する競合する権限を有する。」松井『アメリカ憲法入門〔第7版〕』445頁の訳文による。

た。彼らの抗議は、弁護士の単なる屁理屈などではなかった。なぜなら、これらの抗議は、⁽¹⁹⁸⁾Harvard Law Review のような雑誌のなかで、さらにアメリカ法曹協会の大会において、繰り返され、厳かに議論されたからである。」

4 分の 3 を下回る小数州の立法自律権、いいかえれば 1789 年の連邦制を連邦憲法修正による立法——社会立法にしても禁酒法にしても——から擁護すること。この役割を Marbury ら以上の法律家らはもはや連邦議会に期待できない。かえって裁判所に期待した。上記の一節を直接に承けつつ、

(197) この準備書面の一つと思われるものとして、No. 788, Christian Feigenspan, a corporation, appellant, v. Joseph L. Bodine, United States attorney, and Charles V. Duffy, collector of internal revenue, appellee. Brief amici curiae. In support of motions to dismiss the bills of complaint, 1920, 66 pp がある。<https://hollis.harvard.edu/>

1921 年 2 月に刊行された (Gouvernement des juges には見当たらない) W. F. Dodd, Amending the Federal Constitution, 30 Yale L. J. 321 (1921) には、Brief for appellee in Feigenspan v. Bodine や The appellant's brief in the case of Feigenspan v. Bodine のいくつかの箇所が引用されている。

1920 年の N. Y. Times の詳細な記事によると、ブリーフはなかでも以下 2 点を主張した。第 1 に、修正第 18 条は実質的意味における憲法ではない。第 2 に、修正第 18 条は州のポリス・パワーまたは local self-government を侵害する。New 'Dry' Law Test in Supreme Court Root and Guthrie Present Briefs in Appeal of Feigenspan of Newark They Deny Ratification, New York Times (March 28, 1920). 以上に始まる一連の記事によって法廷の様子は目にありありと浮かぶように報道され、Jessup, Elihu Root 479-481 (1938) に記録された。

(198) Lambert は、ここで以下 2 本の論文を引いている。第 1 に、William L. Marbury, Limitations upon the Amending Power, 33 Harv. L. Rev. 223 (1919-1920)——連邦憲法第 5 条による修正の限界と裁判所によるその無効宣言を主張する、1789 年の連邦制の擁護者——、第 2 に、Wm. L. Frierson, Amending the Constitution of the United States, 33 Harv. L. Rev. 659 (1919-1920) である。Frierson は Marbury に反対し、憲法が修正権を裁判所ではなく議会に与えた旨を強調している。Gouvernement des juges 112-4 は Marbury 論文を、Cit 114-116 は Frierson 論文を紹介している。

Ernest B. Gordon, Wrecking of the Eighteenth Amendment (1943) は、1789 年の連邦制の擁護者 Guthrie と Root が禁酒法だけでなく児童労働に関する憲法修正にも反対していたことを明らかにする。「ウェット派の資本家は、児童労働に関する [ニューヨーク州か] 憲法修正に対して、修正第 18 条に対すると同様に手厳しかった。…1938 年オルバーニーにおける批准公聴会において Guthrie 氏、最高裁における醸造業者側弁護士は、反対派を率いていた。修正に反対する声明は、ウェット派 Elihu Root や…によって出された。」Cit 108. cf. Jessup, Elihu Root 481 (1938).

Lambert は以下のように語る（「50年史」の一節以外に原文には改行がない。が、適宜改行を加えた）。

「すべての抗議は、最終的に最高裁によって払いのけられた。最高裁は修正第18条を有効と述べつつ、かつこうして憲法修正による連邦立法の正統性を承認しつつ、集権化の宣伝者らに新しい用具を与えた。⁽¹⁹⁹⁾ この用具のおかげで、彼らはいまや古い憲法上の禁止によって法の国民化の進歩に反するあらゆる障害を迂回し、または飛び越えることができるだろう。この用具は連邦法をあまりに固定的なものにするという欠陥をおそらくはらむとはいえ、少なくとも将来においてはあらゆる国民的法改革の実現を可能にするだろう。すなわち、連邦議会の両院のそれぞれの成員の3分の2と州立法者の4分の3とに対して、彼らの見解を押し付けるのに十分に緻密かつ十分に意識的な世論によって要求されているような改革。その他すべての州立法者によって要求された連邦の法的規律の確立を妨げることは、反対諸州の半ダースにとつては、いな1ダースにとってすらもはやできない相談である。

50年史を縁取る2つの日付、すなわち1868年と1919年とは、それゆえに、アメリカ法史上それぞれ2つの大時代の到来を告げている。[一方で] 1868年は内乱の終わりに預言者的幻視のときに修正第14条の立法者らが、つかの間の権威をもつ規定のなかに、達すべき法的集権化の目的を垣間見、そして定義した瞬間である。すなわち、この目的に向かって、——忍耐強い作業の50年間に——連邦政府のすべての機関——執行、立法、司法——の努力が収斂していった。[他方] 1919年は、修正第18条によって始まった立法の革命的手続が少数の観察者の目に対して、集権化に向かう骨の折れる作業の進展の50年のあいだに生まれた、政府に関する新しい観念と憲法上の本来的諸原則とを仲裁することの不可能性をはっきり感知させた瞬間である。この年に、R. Lynn Batts は、…連邦憲法の変容の絵を描いたとき、これを意味深長なタイトルのもとに提示した。⁽²⁰⁰⁾ すなわち、合衆国の新しい憲法、と。

(199) Gouvernement des juges 119-120.

(200) R. L. Batts, New Constitution of the United States, 5 ABA J. 584 (1919).

裁判所判決において述べられた憲法と1789年に確定された憲法のあいだにあるのは何という違いだろうか。形式はしばしば同一のままである。これを賦活する精神は変容した。古典的定式において定義された憲法上の諸権力のかつての均衡とはこうである。『不可侵の連邦 Union、不可侵の州』。それは決定的に打ち壊された。連邦の不可侵性は、諸州の不可侵性の犠牲において強化された。諸州の国民性 *nationalités* の『新しいアメリカ国民 *nationalité*』のなかへの漸次的吸収——私は最近のいくつかの仕事の題名として用いているこれらの語を強調したい——は、こんにち、そのあらゆる法的諸帰結を展開しつつしたとはほど遠い。以下が自問されさえられるのである。

すなわち、こんにちの連邦制は、1789年の連邦制——その内的独立性を維持する諸州の永続的アソシエーション——と将来の連邦制——もはや同一の祖国の諸地域 *provinces* に対する広範な自律権 *self-government* の授与にすぎない——とのあいだの単なる移行形式にすぎないか、である。」

実際、Robert Post はニューヨークの弁護士 C. W. Pierson の1922年の言葉を引いている。全国禁酒法は、「1787年の人びとにとって不可能と考えられたであろう」ような「州の権限に対する一撃、集権化 *centralization* への一歩」を表している⁽²⁰¹⁾、と。

Drexel 「における児童労働法への反対は、疑いなく、修正第18条によって保証された連邦のポリス・コントロール拡大に対する反動である、としばしば語られた。」Post, *Federalism in the Taft Court Era: Can It Be Revived*, 51 *Duke L. J.* 1513, 1525 (2002).
 (201) Post, *Federalism in the Taft Court Era: Can It Be Revived*, 51 *Duke L. J.* 1513, 1540 (2002). 少なくとも1920年代の連邦最高裁は、ときには——第1次大戦によって高揚したナショナリズム、このとき痛感された連邦政府介入による国民的市場確立の必要性を背景に——連邦議会制定法に対する尊重 *deference* を示し、ときには *local self-government* (二重主権 *dual sovereignty*) を擁護した。前者の場合が *National Prohibition cases* (1920) であり、後者の場合、すなわち連邦議会制定法を斥けた場合が第1、第2児童労働法事例 *Hammer v. Dagenhart* (1918) と *Drexel* (1922) である。

Hammer と *Drexel* は、ナショナリズムや国民的市場とは不整合を生じる。その直接的説明は、*cit* 1568-73 参照 (第1に、州の *local self-government* によって具現化される自由と民主主義の理想に対照的な、連邦議会の官僚制的肥大。第2に、鉄道等の公益にかかわる財産権と *Hammer* や *Drexel* の通常の財産権の区別)。

Taft コートによれば、連邦議会は、ときに連邦と州に共通する、物質的、精神的

(3) 『裁判官統治論』に立ち戻ろう。1915年の *Myers v. Anderson* で最高裁は、修正条項の合憲性について意見を明らかにしなかった。しかるに、1919年の *National Prohibition cases* でも最高裁は、修正条項は合憲であると述べつつも、その立場を韜晦した。1919年、製造業者と公権力との闘いの興奮のおかげで、1789年の連邦制の擁護者 *Marbury* には、最高裁が1915年 *Myers* で援用した抑制した態度を放棄するのがどれほどありそうにないか、が見えなかった。だがしかし、この *Marbury* らの論争は、以下 2 点を明らかにする、という利点をもった。すなわち、第 1 に、憲法修正に対する construction と合憲性コントロールの権利が現に存在すること。第 2 に、これまで合憲性コントロールを修正そのものの外側の法律にしか及ぼしてこなかったとしても、最高裁は、けっして、万一の場合はその内的合法性の確認にまでコントロールを拡大することを放棄していない、ということ。以上の 2 点である。

そして *Lambert* は感嘆する。「司法権は、何という無比の防御手段 [すなわち、憲法修正の合憲性コントロール] を見出したことだろうか。まさに、その反対者らが…リコールを放棄し、その憲法上の諸特権を正面から攻撃するために、[換言すれば、脆弱な制定法に代わるべき] 憲法修正という道を歩み始めたその時において。もはや憲法という宮殿——半ば揺るがされている——ではなく、時の流れの仕業によって全宮殿の要石となったものを擁護する必要があるとき、*Marbury* 氏の議論はどれだけ新しい力とともに繰り返されうるだろうか」、と。こう強調することができる。すなわち、憲法に対するこの擬似的修正は實際上「法律の支配」を「人の支配」に置き換える。そしてこの修正は、現行憲法を他の憲法によって置き換えることを目的

般的福祉を体現した。だが、ときにはそうではなかった。連邦議会がその制限された権限を逸脱することによって憲法を危殆に瀕せしめる潜在性をもったのに対し、最高裁は正統的に表明された共通価値を具体化する法律とそうでない法律とを区別する能力をもっている。それゆえ最高裁は連邦制の諸価値を擁護する憲法裁判所としての役割を主張できる。所与の問題について local self-government の是非を決めるのは最高裁である。cit 1576-80.

とするばかりでなく、憲法の名に値するあらゆる憲法、語のアメリカ的意味
におけるあらゆる憲法を抑圧することをも目指している。⁽²⁰²⁾

Lambert は憲法修正の違憲宣言が反リコール運動と結びついていたことを明らかにする。すなわち、「このような修正の裁判による無効化に有利な主張は、あらかじめ、裁判リコール反対委員会の作業をまとめる…諸ページのなかに事前に書き込まれていた」⁽²⁰³⁾、と。

(4) 1921年の Lambert は、1936-7年を予言するかのように、こう述べている。憲法改正による立法の登場によって、法律の裁判所による合憲性コントロールの方法による圧力は、この圧力が「そのおかれた」政治状況を制約する人々自身の協力や寛容さなしには、もはや不可能となった。アメリカの司法貴族制がその優位からの廃位を受け入れることは、ありうるだろうか。司法貴族制が世論の決定的かつ激しい運動に直面し、その内部に一種の「8月4日の夜」への断念「1789年8月4日夜、封建制の有償廃止が決議された」を勧める人々をもちうるか。これはありうる。Holmes 判事はリコール運動の扇動の危機的状況のもとで仲裁の声を発している。「われわれが連邦議会の法律を無効とする権限を失うとしても、私は、これが合衆国の終焉で

(202) Gouvernement des juges 120-1.

語のアメリカ的意味における憲法は、Lambert にとっては真の意味の憲法である。逆に、フランス憲法は単なる政治道徳の格率にすぎない。彼はいう。というのは、人びとにとって、アメリカタイプの憲法を特徴づけ、——政府の諸機関に対して行為規範か政治道徳の格率は与えても、これらに対して有効な遵守を強制するための措置を講じることのない——劣後するタイプの憲法、たとえばフランス憲法からこれを区別するものは、この憲法が法律の統合的部分であり、法律の通例のサンクションを借用し、法律と同じ適用機関によって効力を与えられている、ということであるから。フランスで憲法の名を与えられる、単に説得的な権威をもつ教説の総体の代わりに、われわれがもしも真の憲法をもつならば、法律の合憲性の裁判によるコントロールに対してこそ、この事実を負うのである。このコントロールはもはや単に憲法の本質的構成部分に過ぎないのではない。コントロールはそのあらゆる要素の共通の支柱となった。コントロールがなくなるならば、われわれはフランス風の憲法しかもたない。いいかえれば、われわれは真に拘束力のある憲法をもはやもたないのである。Gouvernement des juges 121-2.

(203) Gouvernement des juges 120.

あるとは思わない。けれども諸州の法律についてこの宣言を述べることで
 きないならば、連邦は危機に瀕するだろう」、と。⁽²⁰⁴⁾ Holmes はこのようにし
 て社会立法と連邦制とのありうる仲裁の基礎を示したのである。現在、連邦
 が達したよりもはるかに進展した、新しい国民 *nationalité* のなかに州を吸
 収することなく、かといって、連邦最高裁によって立法に対して行使されて
 きた検閲によらずに、どのようにして連邦法に留保された領域を州による侵
 食から守るのか。法律の裁判所によるコントロールを生み出し、現在不可欠
 のものにしたのは、連邦制の規律手段としてのこの機能であった。Holmes
 によれば、当初のコントロールの存続を保証するために、その徐々に獲得し
 た余計な部分の切り捨てを受け入れることが好都合になる日がやってくるだ
 ろう、⁽²⁰⁵⁾ というのである。

(5) Lambert はその没年1947年に上梓された Story で見解を改めている。
 Lambert, Story は細目次でつぎのように述べている。⁽²⁰⁶⁾ 「修正14条5項を
 無効にするための介入をおこなうことは、違憲宣言によっては不可能であっ
 た。憲法修正条項に対するそのような宣言が可能かどうかは、1920年になっ
 てはじめて考えられるようになった。最高裁は、そこに達するために、

(204) Holmes, *Speeches*, Boston 1913, p. 102. この言葉は法律家らのあいだに共鳴者を見出すことはなかった。Gouvernement des juges 127.

(205) Gouvernement des juges 123-5 & 127. 連邦最高裁が連邦議会に直面しておかれた状況は、フランスの絶対王制に直面してもろもろのバルルマンが置かれていた状況に類比的である。一方、バルルマンは、[1771年] Maupeou のクーデタ [諸バルルマンの廃止] 前夜、王令の確認権、および王国の基本法に反すると思われる王令の登録拒否権をもっていた。とはいえ、つねに王権によって挑戦を受け、しばしば王権によって中断され麻痺させられた。他方、アメリカのもろもろの裁判所は、30年以上にわたって平穩、公然、かつ中断なく、憲法違反と考える法律の無効化権を保持している。これらの裁判所は、もはや革命によってしかこのコントロールから立ち退かせることができないのだろうか。裁判所は、その大変効率的な武器——というのは、合憲性コントロールに接触することによって柔軟にさせられたからであるが——、すなわちその手中で制定法の construction となったもののおかげで、立法作業への容喙をなおも維持することは、革命的勢力からまぬかれさえするにいたった。Gouvernement des juges 127-9.

(206) Lambert, *Story* 252-3.

「construction destructive」という目立たない武器を作るにいたった。「construction destructive」は確立した判例 jurisprudence constatnte の体制が存続するかぎり、違憲宣言の体制よりもはるかに見劣りする効果しか生じない。このゆえにこそ、修正14条5項は今でも憲法のなかにある。しかし、「construction destructive」は判例の不意打ち的な形成〔先例拘束性 stare decisis をさす〕という現に人為的な方法の〔イギリスからの〕移植とともに、同じ効力と安定性を獲得した。このゆえに、誰も上記の第5項を引き合いに出そうとはもはやしないのである。修正第14条の主たる規定の真相を覆い隠した結果は、合衆国の公式的憲法をその政治的、経済的および文化的構造〔Constitution de fait〕と不断に増大しつつある対立におく、ということであった。」

以上に相当する彼の遺作 Story の12ページ半にわたる本文は極めて入り組んでいる。が、きわめて大雑把な要約を試みると以下のとおりである。憲法修正の合憲性コントロールに関する章を再読しながら、彼はこう思う。すなわち、1873年 Slaughter House case（さらに1883年 Civil Rights cases）の合衆国最高裁の態度と1920年 Rhode Island v. Palmer（National Prohibition cases）の態度はたしかに異なる。「裁判官統治論」とその前後の著作では、この違いを法の国民化（連邦化）の程度の違いに求めてきた。すなわち、1873年、とくに1883年には州の立法自律権を連邦議会の立法権によって置き換えることは躊躇された。しかるに1920年はもはやこのことはためらわれなくなった、というのである。しかし、1947年の Lambert にとって以上は間違いである。Lambert は述べる。

第1に、連邦最高裁判所は「立法テキストを解釈 interpréter すべき権限」を用いることによって、「憲法制定権力の作用に対するあらゆる干渉」をおこなった。そして修正14条5項を憲法から排除した。こうして、この干渉形式を通常立法、とくに社会立法——「労働者の法律による保護」の機関——の領域に移行させた⁽²⁰⁷⁾。あるロー・レビュー論文は、立法行為の無効化の用具を「construction destructive」として言及していた。そこにいう construction

とはフランスでいう *interprétation* をさしている。「合衆国最高裁判所が憲法の領域でその『*construction destructive*』の最初の実験を企てたのは、あらかじめ立てたプランのゆえにでは明らかにない。[そうだとすれば] あまりに逆説的にすぎただろう。そうではなく、歴史的状況の惰性と偶然によってこうなったのである。しかし、もしのちになって労働立法の領域にこれに移したとすれば、——この領域では最高裁は非常に広範にこれを用いたので、*construction* は違憲宣言の、徐々に決まりとなっていく代用品となったほどである——これはおそらく第一の実験が最高裁に、ある異論の余地のない優位性を発見させたからである。すなわち、『*construction destructive*』が、解釈されたテキストの公然たるかつ直接的な無効化に対して、示す優位性である。理由はこうである。[一方で] 大して目立たないゆえに、取り扱いが大変なやすいために、他方で、こんにちにいたるまで、憲法領域におけるこの実験の諸帰結の持続によって、最高裁にとって底意ある解釈のこの極端な形式のもつ破壊力は実験によって公式的無効化の破壊力と同程度に持続的なものにされうることが明らかになったという事実のゆえにである⁽²⁰⁸⁾」。こうして、*construction* は違憲宣言よりすぐれているのである。ここに、本書が違憲宣言によりむしろ *construction* に力点を置く理由がある。

Post は、1921-30年にわたる Taft コートについて、連邦最高裁が違憲宣言よりも *construction* へと傾斜した理由を別の方向から説明する。すなわち当時における「憲法とコモン・ローの融合」(Post)、より踏み込んでいえば憲法のコモン・ローへの融合である。彼によると、1920年代、連邦コモン・ローは州のコモン・ローと並んで「自由な人々の経験」を体現する「慣習に淵源する」ものとしてとらえられた。このようなコモン・ロー観念こそが一方で連邦議会制定法が「潜在的に官僚制的かつ抑圧的性質」を帯びる、という見方に結びつき、他方、憲法 [上の権利] (および *local self-government* そのもの) をコモン・ロー [上の権利] へと融合させた。すなわち、

(207) Story 261.

(208) Story 262.

「コモン・ローの『[憲法制定権力であるわれわれ] 人民』との（こんにちの眼から見れば当惑を誘う）同一視こそが、究極的に連邦最高裁の以下の信念を正当化した。すなわち、最高裁こそが国の『公的道德』を正しく識別する権威を、これに反する連邦議会の判断にかかわらず、もっている、という信念をである。この権威によって、最高裁は、権力の国民的領域と地域的領域とのあいだにある構造的区別を超える中核的アメリカ的価値を識別する能力をもつ。このような価値のおもなものは『コモン・ロー上自由な人びとの秩序ある幸福追求にとって不可欠のものとして永らく承認されてきたもろもろの権利』である。この観点からみて、コモン・ロー上の権利の実現は、個人の自由にとってだけでなく、local self-government の慣行にとっても大前提であった。」連邦コモン・ローの正統性をめぐる現在の問題、すなわち連邦のもろもろの裁判所は法を作る権限をもつか、という問題の根本に横たわるのは、「連邦の諸裁判所は、州の主権と国民主権とのあいだの構造的区別を超越する、広く普及した国民的精神について述べる権威をもつかどうか、という、より深刻な問題なのであった。⁽²⁰⁹⁾」

第2に、construction は、以下に示されるある時期に、安定性を獲得した。これが、先例拘束性 stare decisis という人為的観念の導入である。1判決にすぎなくても、いったん言い渡されればあとの判決は拘束される。この意味で厳格な、しかも法律上の拘束性である。stare decisis については別稿で立ち入って論じる。ともかく、construction destructive に対し、公式的無効化の効果に匹敵するだけの持続的效果が与える可能性が Slaughter House cases のあとすぐに明らかになった。⁽²¹⁰⁾

(6) さて、Lambert は、合憲性コントロールおよび construction を扱う諸章のあとに、「違憲立法審査権に対する彌縫策」という表題の章を配置する。この章で扱われるのは、勧告的意見、宣言的判決、そして法の行政的適

(209) Post, Federalism in the Taft Court Era : Can It Be Revived, 51 Duke L. J. 1513, 1592-3 (2002).

(210) Story 262-3.

用である。なぜ彌縫策が必要なのか。

Lambert はこの章をつぎの言葉によって説き起こす。立法は、適用しなければならなくなるまえに、二重のふるいにかけられるが、わずかでもあまり改革主義的でないふるまいをみせると港に無事到着する前に座礁するか、一か八か勝負する。Lambert は Freund, Standards of American Legislation の第 3 章を引用する。社会政策、経済政策上の深刻に争われつつある問題のひとつに取り組むかぎり、あらゆる制定法は試練に直面し、危険にさらされる。制定法が施行されても、判決によってその意義、射程、拘束力が確定させられるまでに、大変長くつねに不確定的な隔たりがある。アメリカの取引専門家 les hommes d'affaires が最高裁から [1890年の] シャーマン法が結局意味するのは何かを [1911年の 2 つの判決——Standard Oil および United States v. American Tobacco, 221 U.S. 106——によって] 学ぶためには、20 年ちょっとが必要であった。⁽²¹¹⁾

ここに、取引界のために、立法の上記の不安定性を償うべき、ある「埋め合わせ」が必要となった。たとえ硬直的な先例拘束性を維持するとしても、このような埋め合わせが必要となった。これが上記の 3 つ、すなわち勧告的

(211) アングロ・アメリカの先例拘束性の観念が最高裁による無効宣言に対して与える力は、しばしばフランスで考慮されない。Settled Law や Settled Rule の観念は、判決 ruling、いいかえれば提出された法律問題の最終的規律を形づくる。判決は、憲法判決の場合、われわれの法規的判決——王令によって廃止できた——(民法 5 条参照) よりもはるかに大きい権威をもち、しかるに、この判決は立法者に対して法律を与える。判決が法律を形づくるのは、単に立法者にとってばかりではない。下級審にとっても、最高裁自身にとってすら、そうなのである。というのは、判決を言い渡し、このようにして憲法とは何かを宣言した以上、これに反する権利をもはやもたないからである。Quatre années 481.

以上の判決の不可撤回性——そして、そのゆえにそこに含まれる違憲宣言の絶対的かつ終局的価値——は、全員一致の法廷からも、賛否が分かれた法廷からも、えられる。しかし、[Quatre années 論文公表の 1929 年からみて] 数年前以来、Holmes と Brandeis の両判事は、その反対意見中で、憲法上の規律——これに対して彼らの反対意見が向けられている——が修正に対して終局的に耐えるものとはとらえない意見を明らかにしつつある。Quatre années 482.

意見、宣言的判決、そして行政的適用である。Lambert が語るところを聞こう。「ここに、取引界のために裁判官の介入が与える経済的保証に対する埋め合わせ——しかも重い埋め合わせ——が[生まれる]。労働や産業上の立法上の規律の展開を遅くし、ときにはとどめさえするためにである。この展開はつねに資本主義の、ことに形成過程にある資本の運動の自由の犠牲のもとに実現してきた。法律の司法によるコントロールというこの重大な欠陥を、伝統的社会的均衡を擁護する手段としてのその効力を弱める危険を冒すことなく、救済することは可能ではないのか。3つの手段が次々に提案され、試みられてきた。⁽²¹²⁾」

(7) 行政的適用についてイギリスの行政法学者 William Robson は1928年に以下のように述べている。「standard に対するより大きな信頼と rules に対するより小さな信頼とは、社会について生じつつある変容、すなわち契約と所有権が最上の重要性をもつ状態から公益のための役務の差配が少なくとも同等の重要性をもつ状態への変容を示している。そしてイギリスと合衆国

(212) Gouvernement des juges 178.

のちのリアリストらは、宣言的判決と勧告的意見について積極的である。Thurman Arnold の見解について、Mark Fenster, *The Birth of a Logical System : Thurman Arnold and the Making of Modern Administrative Law*, 84 Or. L. Rev. 69, 106-9 (2005) を参照。以下では、宣言的判決だけ取り上げる。

宣言的判決については、合衆国には地域的に支離滅裂で純粹に直感的な実施例しかない。イギリス制度の導入への第一歩は、ニュージャージー州の Chancery Practice Act (1915) であった (Gouvernement des juges 185, n. 1)。合衆国制定法の全体におけるその採用に賛成するキャンペーンは、1918年に、Edwin M. Borchard の大変力強い研究によって決定的に開始された (Gouvernement des juges 185)。地方の判決の確認という控えめな領域から合憲性コントロールと連邦制定法の construction というより高次の領域へと移行すると、宣言的判決がこの領域において法律関係の安定性のためになしうる寄与の広がり把握するために、Borchard は、シャーマン法の例を引き合いに出す。シャーマン法適用の脅威にさらされたコンソルシウムは、その法律状態を司法権の權威によって確認してもらうことができる (Gouvernement des juges 187)。アメリカ法曹協会は、1920年にそれまでの躊躇と半ばの敵意の態度を突然翻し、Borchard らのプログラムへの附合を示していた American Jucicature Society によって開かれていた道を進む。統一州法全国委員会議も、1920年大会で Uniform Declaratory Judgments Act の第1草案を作成することを発表した (Gouvernement des juges 190-1)。

における行政法〔労働者災害補償法、シャーマン法など〕の成長の原因のひとつは、法的、行政的活動の未踏の領域における新しい standards を展開する必要性であった。通常のコモン・ロー裁判所は、役務や達成〔の度合い〕の standard が公益のために決定され履行されなければならない争いを判断するよりも、両当事者がはっきりした何かを請求する争いに決着を付けるのにより適している。というのは、この種の standard の定立はしばしば特定領域における専門的知識と特殊な経験を必要とするからである。⁽²¹³⁾」

Pound の場合と違って、standard はもはやコモン・ローについてではなく、制定法について語られている。以上の主張が成り立つためには少なくとも 2 つの条件が満足されている必要があった。第 1 に、制定法の拘束性の確立。第 2 に、コモン・ローおよびコモン・ロー裁判所とは別個に、制定法が専門的に教授され、労働者災害補償委員会のような行政的紛争処理機関が設置されること。コモン・ロー裁判所は rules の機械的適用を得意とするのに対し、以上の機関は standards の適用のために組織される。この行政機関は社会学的法学を体现する。⁽²¹⁴⁾以上 2 点に加えて Pound が主張したのが、コモン・ロー裁判所における standards 適用であった。Pound とリアリストの論争の種はすでに播かれていたのである。

(213) William Robson, *Justice and Administrative Law* 260 (1928) ; Robson, *Justice and Administrative Law* 486 (2nd ed., 1947) 参照。Pound, *The Administrative Application of Legal Standards*, 44 ABA Rep., p. 446 等の参照を求めている。

イギリスにおける伝統学説とリアリストの対立については、前出注(150)参照。

(214) Canadian realists については、R. Blake Brown, *Realism, Federalism, and Statutory Interpretation during the 1930's : The Significance of Home Oil Distributors v. A. G. (B.C.)*, 59 U. Toronto Fac. L. Rev. 1, 6-11 (2001) を——まさにこのテーマに取り組んだ論文 Brown, *Canadian Legal Realists and Administrative Law Scholarship, 1930-1941*, 9 Dalhousie J. Legal Stud. 36 (2000) とともに——参照。

6 『裁判官統治論』の文脈化——Theodore Roosevelt —
La Follette — FDR

(1) アメリカ史のなかで、『裁判官統治論』で描き出された諸問題、とりわけ違憲立法審査権と制定法の construction は、どう位置づけられるだろうか。われわれは、以下(1)~(5)で Lambert 自身が語るところを聞く。基準時は同書が公刊された1921年である。しかるに、(6)は、各種研究が質量ともに充実した現在から、とくに1921年以後の展開——なかでも裁判官統治の「終止符」が打たれた出来事 (R. Pinto)⁽²¹⁵⁾——を振り返る。(7)は1929年、違憲立法審査権のフランス導入を支持する Hauriou その人に捧げられた論集に寄せた論文で Lambert が明らかにした見解に一瞥を加える。

さて、1947年論文のなかで、Lambert は、W. Y. Elliot を引きつつ、つぎのように述べている。「およそ憲法は、生き生きとした正義の表現であるよりむしろ、死んだ正義の墓場にならないように、新しい経済体制の生活に適応していくことができなければならない。たとえば、恣意的な警察の訴追に対して個人の自由を保護するためにふさわしい市民の諸権利の憲法による手続保障が、大都市における現代的警察の手法をくじくための硬直的用具として用いられるならば、このようにして古いルールへと硬化しつつ、真の憲法は破壊されるにいたる。憲法は、人間にかかわる他のすべてのものと同じく、進化できなければならない。その解釈者と番人、すなわち裁判所は、われわれの憲法のなかに含まれる正義の基本理念に従い、この能力を憲法に維持する厳粛な義務を負う。」⁽²¹⁶⁾

以上にいう「適応」は、上記論文の Lambert にいわせれば、1938年の最高裁判決 (Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64) までは大目にみられ

(215) Pinto, Chronique 837 (1950).

(216) Story 298-9. 拙稿「ランベール(2)」『国学院法学』54巻4号230-228頁(49-51頁) 注145 (2017) 参照。

てきた「1787-9年の憲法テキストの柔軟化と拡大」によって、「国民経済を単一のシステムとして扱う」こと⁽²¹⁷⁾にあった。合衆国人民は、1789年の諸州の小規模諸国民からこんにちの巨大かつ強力なアメリカ国民への移行への自らの作品の適応の整備に関心を払っていた。この目的のため、この作品の柔軟化と拡大との用具——これが「連邦憲法中の」一般条項である——を構成していた。…連邦の必要性に対する「法的部分または純粹司法部分」の、少なくとも部分的な適用は、われわれが…擬似的一般条項と呼ぶ諸規定によって、南北戦争以前にすでに準備されていた。すなわち、特権または免除「修正第14条第1節」、相異なる州の市民間の訴訟「第3条第2節第1項」を理由とする裁判籍に関する規定である。この内戦以後の「再建」によって、新しいアメリカ国民が諸州の諸国民に取って代わって以来、この適応は、…真の一般条項によって保証された。すなわち、契約債務条項「第1条第10節第1項」ととりわけ州際通商条項「第1条第8節第3項」である。州際通商条項について、Frankfurter は1928年の著作のなかで、大変至当にもこう述べている。すなわち、デュープロセス条項のあとは、これらの条項中に社会の政治経済組織の事実上の変容と調和するようにこれを維持するのに不可欠の解釈と implications とを導き入れることを可能にするために、憲法中に配置されたこれらの開放性や柔軟性のうちもっとも特徴的なものとしてとらえる、と。⁽²¹⁸⁾

(2) 経済社会政策に関するもっとも人をいらだたせる諸問題について見解を固めつつ、裁判所は、労働者大衆の目には、社会組織のあらゆる不都合に責任ある張本人として映った。これらの問題は、徹底的に、司法権転覆にいたるまで、明らかになることを危惧する人々さえいた。大衆の意見は、法律、憲法、そして裁判所に対して疑り深く、敵対的なものになっていった。ここで世に問われたのが、R. Pound による1906年アメリカ法曹協会 ABA 集会における講演「司法に対する人民の不満の諸原因について」であった。法

(217) Story 291. 291-2 は、Roosevelt 以後のコルポラティブ法の発展を暗示する。

(218) Story 183-4.

の専門職にある人びとは、1900-10年末ごろには、アメリカ世論のもっとも不安なもろもろの方向性に直面していることが明らかになった。この不満は遠からず行動に結びつくだろう。

(3) 裁判官のリコール recall of judges は、最初1908年州憲法によってオレゴン州に導入され、1911年カリフォルニア州憲法に、ついで少数の州憲法に広がっていった。⁽²¹⁹⁾ Howard Taft 大統領（共和党）の精力的態度によって拡大を押しとどめられた散発的な諸州のこの試みは、アメリカのもろもろの公共団体における裁判官リコール賛成のアジテーションの出発点であった。アリゾナ、ニューメキシコの州昇格問題に「Taft の政治の方向づけのひとつがあった。これらの方向づけは、共和党の分裂を引き起こすのにもっとも貢献し、1912年大統領選挙のあいだもっとも熱烈に議論された。」⁽²²⁰⁾

Lambert は、1911年7月に—— W. Clark と親しい—— Robert L. Owen 上院議員（オクラホマ）が提出した議案に言及していない。だが、連邦議会に対して最高裁判事の無理由リコールを承認するこの議案は、重要であるように思われる。⁽²²¹⁾ 「裁判官統治」を敷いたのは、上述の Judicial Code の237条⁽²²²⁾ ⁽²²³⁾

(219) 詳しくは、Gouvernement des juges 94, n. 1 ; Miller, Direct Democracy 193。リコール制度を導入したどの州でも、実際に職を解かれる裁判官はいなかった。

(220) しかるに、The People's Law 演説（1912年3月12日）でこれを支持したのはネブラスカ選出下院議員 W. J. Bryan（Wilson 政権の国務長官）である。Ross, Muted Fury 119-120 & 122.

1911年、アリゾナとニューメキシコを州に昇格させる連邦議会の法律は、その州憲法中に存在するリコール規定を理由に大統領の拒否にあった。Gouvernement des juges 95, n. 1.

(221) Owen 議案は以上のほか2つの特徴をもつ。第1に、最高裁判事の選挙または終身の在職権を廃止するわけではない。第2に、連邦判事については、4年の任期および選挙、ならびにリコールを認める。Muted Fury 95. cf. Muted Fury 164-5 ; Report of the Committee to Oppose Judicial Recall, 4 A.B.A.J. 400, 402-3 (1918).

(222) Muted Fury 93-7 ; W. F. Dodd, Recall and the Political Responsibility of Judges, 10 Mich. L. Rev. 79, 85 (1911). Dodd 論文については、Gouvernement des juges 68, n. 6 参照。

(223) 215 Dodd, Recall, 10 Mich. L. Rev. 91, n.17 所引の Dodd 論文 United States Supreme Court as the Final Interpreter of the Federal Constitution, 6 Ill. L. R. 289

の問題——州立法に対する州最高裁の違憲判決に対して、連邦最高裁に権利として上訴できない——は残るにしても、州最高裁よりむしろ連邦最高裁判所であったからである。⁽²²⁴⁾

裁判官リコールに対して、他の公務員はどうか。革新主義期に、州その他の地方公共団体における公務員のリコール（場合によっては弾劾 impeachment に加えて）が制度化された。伝統的な Madison 流の民主主義にむしろ反して、直接民主主義的諸制度——リコール、イニシャティブ、レフェレンダム——が導入された。ある論者は語っている。「政党マシンや企業トラストへの反感は、一般に州の立法権に対する根深い軽蔑につながっていた。」⁽²²⁵⁾ 2 派があった。第 1 は Theodore Roosevelt や H. Stimson といったマグワンプ、第 2 はオレゴンの W. S. U'Ren とかカリフォルニアの J. R. Haynes に代表されるポピュリストである。マグワンプが非党派的公務員選抜制度等による強い執行部に解決策を見出したのに対し、ポピュリストはまさに直接民主主義の諸制度を求めた。マグワンプにとって、直接民主制が評価されるのは、富と政治的影響力をもった新しい組織「マシンとトラスト」から権力を奪うかぎりにおいてである。⁽²²⁶⁾ Roosevelt は述べる。「目的は、純粋な人民の支配によって得られたよき統治にある。所与の条件のもとでこの目的を達する用具は何であれ、この条件のために適切である。そしてどの用具の価値もつぎの問題に対する解答によって試されるべきである。すなわち、目指された目的をこの用具は達成するかないのか。」

以上のとおり、プログレッシヴ期、裁判官リコールは公務員リコールの一端をなしていた。このことは、裁判所の機能変化に照応していた。Dodd は

(1911-1912)。上掲注(33)参照。

(224) この点を強調するのは、Dodd, Recall, 10 Mich. L. Rev. 89-92.

(225) Persily, The Peculiar Geography of Direct Democracy : Why the Initiative, Referendum and Recall Developed in the American West, 2 Mich. L. & Pol'y Rev. 11, 24-9 (1997).

(226) Roosevelt, Nationalism and Popular Rule (1911), in W. B. Munro, ed., The Initiative, Referendum, and Recall 65 (1912). cf. Persily 27, n. 47.

いう。裁判はかつては既存の法の適用に尽きていた。⁽²²⁷⁾ところが、社会経済諸問題の噴出とともにその機能も変化した。「これらの領域では、裁判所が政治的責任がないのに一定の政治的権力を行使している。そして、公共政策の諸問題——多かれ少なかれ性質上政治的な諸問題——に関する権力の行使こそは、広範に裁判所の地位を弱め、かつこれに対する人民のコントロールを増大せよという要求に連なっている」⁽²²⁸⁾、と。

ところが、Lambert によると、ある雑誌の「アンケートは、違憲立法審査権のゆきすぎに対するこの第1の救済策は、その治療しようというのを上回る害悪を生み出すことを浮き彫りにした。」⁽²²⁹⁾J. A. Metcalf はいう。違憲立法審査権のゆきすぎを修正するためだからといって、「われわれはわれわれのもっているような独立かつ高度の素養を備えた司法を移り気な人民の勝手気ままによってとって代えることによってわれわれの『生命、自由、幸福の追求』の確固とした保障を危険にさらしてはならない」⁽²³⁰⁾、と。

(4) 人民の不満の諸原因は十分に深刻であり、憲法の修正が必要なほどである、と考えた1912年のアンケート担当者たちは、元大統領 Roosevelt の一解決に参加した。Roosevelt は、とくに、合衆国最初の労働者災害補償法を違憲判断した、*Ives v. South Buffalo Railway Company*, 201 N. Y. 271⁽²³¹⁾ (1911) にとくに反応しつつ、1911年以後、*Outlook* 誌上に、——ペンシルヴァニア大学教授 W. D. Lewis の示唆のもとで——一連の時論を公表した。⁽²³³⁾

(227) Dodd 83.

(228) Dodd 86.

(229) *Gouvernement des juges* 96.

(230) Metcalf, *Dangers That Lurk in the Recall of the Judiciary*, 43 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 278, 282-3 (1912).

(231) *Frankfurter & Landis* 193-4 (1927) は、Roosevelt のほか Andrew A. Bruce (Robinson 判事の敵手)、Ernst Freund、Frank J. Goodnow、James Parker Hill、そして R. Pound を挙げている。Ross, *Muted Fury* 110-111 によると、Ives はむしろ同年の *Standard Oil* とともに、裁判官リコールに動因を与えた。注(33)参照。

(232) Miller, *Direct Democracy* 194.

(233) Theodore Roosevelt, *Introduction to W. L. Ransom, Majority Rule and the Judiciary : An Examination of Current Proposals for Constitutional Change Affecting*

そこで彼が構想し、1912年大統領選挙の綱領の本質的項目の一つを形づくつたのは、判決リコールという名のもとに一般に知られる解決である。

Roosevelt が心を砕いた点は、つぎの 2 つであった。すなわち、第 1 に、司法作用の行使における独立を侵害しないこと。第 2 に、法律の合憲性コントロールの原則そのものは破壊せずに、このコントロールの拡大の作用だけを妨げること。以上の関心のもとに、州の立法権と司法権とのあいだに生じた紛争を解決する任務を人民投票に与え、裁判官による違憲の宣言が維持されるかどうか、を決めようと提案した。以上はなかでも 1912 年 1 月 6 日に Outlook の社説⁽²³⁴⁾として掲載され、2 月 21 日オハイオ州コロンバスにおける演説⁽²³⁵⁾で述べられた。

Lambert によれば、彼は、人民の校閲 *révision, revision by the people themselves* に以上のように服せしめることは、以下のような裁判所の判決

the Relation of Courts to Legislation 3 (1912) (HathiTrust でオンライン入手可能——2018 年 9 月アクセス) を参照しつつ、Kramer, *The People Themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review* 330, n. 49 (2004) ; William E. Forbath, *Popular Constitutionalism in the Twentieth Century : Reflections on the Dark Side, the Progressive Constitutional Imagination, and the Enduring Role of Judicial Finality in Popular Understandings of Popular Self-Rule*, 81 Chi.-Kent L. Rev. 967, 979, n. 36 (2006). Roosevelt にとって、Ransom とコロンビア大学の Kirchway も力を貸してくれた。Roosevelt, *Introduction to Ransom* 3. Lambert, *Gouvernement des juges* 98, n. 1 所引。

(234) Roosevelt, *Judges and Progress*, 100 *The Outlook* 40, 45-7 (January 6, 1912) ; Ransom, *Majority Rule* 108, n. 1.

(235) Roosevelt, *A Charter of Democracy : Address before the Ohio Constitutional Convention* (February 21, 1912) がこれである。Id., *Social Justice and Popular Rule : Essays, Addresses, and Public Statements Relating to the Progressive Movement (1910-1916) : The Works of Theodore Roosevelt*, v. 19, at 119 (1926). <http://www.theodore-roosevelt.com/trspeechescomplete.html> によって検索閲覧が可能である。ページ付けを欠いているが、全 13 ページからなる。かりに最初の 1 枚を 1 ページ、その後は公差 1 の等差級数ととらえると、p. 6-8 に任期短縮と直接選挙、イニシャティブとレファレンダムが、p. 9-10 にその判決リコールが、それぞれ述べられる。裁判官のリコールについては、p. 8-9 参照。

この演説は 1911 年 8 月 31 日の *New Nationalism* 演説 (カンザス) 以後のものである。

に限られる、と述べている。すなわち、第1に、州制定法を違憲と述べる州
最高裁の判決。⁽²³⁶⁾第2に、訴訟が自然人対自然人のものではなくむしろ、人民
の全体または大きな部分の福祉 bien général⁽²³⁷⁾にかかわるような経済的大問題
に関する判決。第3に、連邦憲法に矛盾するからといって制定法の合憲性の
問題は提起されない、という場合、である。⁽²³⁸⁾第3の場合には、「法律に賛成
する人民の肯定的投票のあとは事後的事案において裁判所は本法が無効であ
ると宣言することができない。」⁽²³⁹⁾

以上の綱領に付せられたレッテルは、最良の選択とはいえない。まったく
異なる精神によって賦活されていたにしても、このレッテルはリコールの制
度に裁判官リコールとの血縁関係の見かけを与えた。Roosevelt の進歩党の
法律顧問のひとりである、のちに FDR 政権に参加する Donald M. Richberg

(236) Roosevelt 演説以後、いくつかの州は、州憲法改正によって判決リコール制度を創
設した。この問題については、Katherine B. Fite & Louis Baruch Rubinstein, *Curbing
the Supreme Court—State Experiences and Federal Proposals*, 35 Mich. L. Rev. 762,
772-787 (1937) に詳細である。1919年、ノースダコタ州憲法は修正され、一部はこう
規定する。「少なくとも裁判官のうち4名が賛成しなければ、どのような場合であって
もノースダコタの法律は違憲宣言されない」、と。州最高裁は5名の裁判官からなっ
ていた。オハイオ州の場合と違い、ノースダコタの最高裁は少なくとも1920年当時にお
いてはこの修正に賛成である。Robinson 判事はこう語っている。「最近の憲法修正が示
しているのは、州民が、裁判官は不可謬ではなく、州議会の法律さえも無効にする権力を
制限することは妥当である、ということを理解するようになった、ということであ
る」、と。Fite & Rubinstein, cit. 779. Robinson について注(11)参照。

(237) これは、Stagner によれば、ポリス・パワーを拡大的に解する Holmes 判事の見解
に従ったものである。Stagner は、Roosevelt, *Nationalism and the Judiciary*, 92 *The
Outlook* 574-5 (March 18, 1911) ; Roosevelt, *Judges and Progress*, 100 *The Outlook* 40,
47 (January 6, 1912) が引く *Noble State Bank v. Haskell*, 219 U.S. 104, 111 (1911) にお
ける法廷意見 (Holmes 執筆) を引用する。S. Stagner, *The Recall of Judicial Decisions
and the Due Process Debate*, 24 *Am. J. Legal Hist.* 257, 259, n. 6 (1980). なお、そこに
いう *Noble State Bank v. U.S.* は誤り。

(238) *Gouvernement des juges* 98-9. もっとも Roosevelt 自身の演説中には管見のかぎり
本文の3要件を明示するものがない。

(239) W. D. Lewis, *A New Method of Constitutional Amendment*, 43 *The Annals of the
American Academy of Political and Social Science* 312 (September 1912). Stagner, *The
Recall*, supra n. 237, 260 所引。

はいう。司法権と立法権のあいだの衝突を解決するための、判決のリコールとか法の人民投票による改正について語るのは間違いである、と。「立法者と裁判所とのあいだに『⁽²⁴⁰⁾ 支配的道德』が何を要求するかについて不一致があるとき、人民だけが論争を解決できる。…憲法修正は不便な手段である。判決リコールはより論理的な手段である。なぜなら、憲法のなかには修正されるべきものはないし、問題はただ一つこうだからである。すなわち、立法部または裁判所は、『⁽²⁴¹⁾ 支配的道德または人民の支配的見解』を代表しているか、である。」リコールという用語は正確でなく、——と Metcalf はいう——裁判のレファレンダムと呼ぶべきである。「これは実際上は司法権の保守主義と衝突をきたした法律を再度成立させることだからである。…」こうして、⁽²⁴²⁾ W. D. Lewis ——のちにアメリカ法律協会会長——は述べる。⁽²⁴³⁾ 判決リコ

(240) ここで Lambert は *Camfield v. United States*, 167 U.S. 518 (1897) を引用する (*Gouvernement des juges* 99, n. 3)。これは *Noble Bank* (注(237)参照) の誤りであろうと思われる。Richberg, *Constitutional Growth through Recall of Decisions*, 52 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 25, 29 (1914) も *Noble* を引用している。本判決によるとうである。「ボリス・パワーは一般的な仕方であらゆる重要な公的必要性に拡大する。*Camfield v. United States*, 167 U.S. 518. ボリス・パワーは慣行によってサンクションを受け、もしくは支配的道德または協力かつ支配的な見解によって、大いにかつただちに公共の福祉のために必要である、ととらえられるものを助けるために行使されう。」*Noble State Bank v. Haskell*, 219 U.S. 104, 111 (1911)。

(241) D. Richberg, *Constitutional Growth through Recall of Decisions*, cit, 29-30 & 34-5 (1914). *Gouvernement des juges* 99.

(242) Stagner, *The Recall*, eit, 259-260 (1980) は、W. D. Lewis を「この点で Roosevelt を支持する、おそらくもっとも有名な法律家」と呼ぶ。実際は、Lewis のほうが Roosevelt に助言を与えていたのであった。

(243) Stephen Stagner に従えば、「大体において、歴史家の見解は1912年に引き起こされた論争 [Emma Goldman さえも体制をこれほど破壊することなどできまい、等々] に典型的な態度に注目していた。」J. W. Hurst やプログレッシヴィズムの専門家 Mowry らがこれである。彼ら歴史家によると、Roosevelt 案は誤った政治的駆け引きであり、真剣な提案とはいえない。

だが、Stagner の見解に従うかぎり、法律家の受け止め方はそうではなかった。後述の Rome G. Brown は少なくとも保守的な一方の極を代表した (Stagner, cit, 264)。Lambert は「法律家の界限においてさえまれな賛同者」(たとえばノースカロライナの W. Clark 判事) について語る点で誤っている (*Gouvernement des juges* 99, n. 1)。

ールは州憲法修正による立法の単純化された一形式である、と。彼にとって Roosevelt が提起した問題はこうである。「ある限度で州憲法を修正することの新方法は、現に慣用されている方法に対して利点を有するか」と。こうして判決リコールは、裁判官リコールに対して浴びせかけられた決定的批判をまぬかれる。反対派の議論は精彩を欠いている。これらの批判は要するに選挙民の無経験や不注意、立法上の必要性に不慣れであることから引き出される考慮のまわりをめぐるものである。

しかし、反対に、進歩党によって主張された提案がもし穏健派の精神のなかに裁判官リコールと同じ疑念を生じないならば、この提案は目指された目的を達するのにはるかに不適当であるように思われる。州憲法修正をつうじた立法の単なる変形であるから、この提案は、生まれながらに欠点をはらんでいる。上記の立法と同じように、この提案は州憲法に由来する、いうところの憲法上の瑕疵しか除去しない。いいかえれば連邦憲法に由来する瑕疵は除去しないのである。なぜなら、州民は自らの憲法を単独で修正する権限はもっていても、連邦憲法を修正する権限はもっていないからである。ところで、州憲法も連邦憲法も、デュープロセス条項をもっている。州民が州憲法

Lewis らけっして少数ではない「改革派グループ」——他方の極——は、一般的に州憲法のデュープロセス条項を改正するよりも、Roosevelt 案は個別的にリコールによって立法を違憲判決から救う点でむしろ優っていると考えた。Stagner, cit. 261. 「Lewis や…が攻撃していたのは、修正第14条の解釈された意味であつた」た (Stagner, 264). 修正第14条そのものではなかった。

中間派はどうか。たとえば Eddy はいう。人民にとって判決リコール自体はどうでもよい。問題は、党派的指名と選挙によって、裁判官がマシン政治という泥だらけのわだちにはまっていることである。マシンによる「周期的リコール」を終身制の付いた選挙によって置き換え、判決リコールを実現することが求められる。これによって真の意味の裁判官の独立が実現する。Stagner 265. 中間派、とくに Holmes, Pound, Learned Hand は、結論上は判決リコールに反対であっても、問題意識の点では Roosevelt とともにあった (Lambert が強く意識した Brandeis も中間派であった。とはいえ、同じ候補者 Woodrow Wilson の助言に没頭しており、あまり関心をもたなかった。Stagner 269, n. 36). Stagner はいう (p. 271)。「彼らは、…法のデュープロセスとポリス・パワーとのあいだの均衡は静的関係ではなく動的関係であり、そこでは支配的道德が考慮されるべき変数なのである、と主張した。」

のリコール（または憲法改正による立法）に成功したとしよう。この場合裁判官にはリターンマッチが待っている。すなわち、裁判官らは、同一の制定法の効力に関する別訴を受理したとき、その第一の違憲宣言の判決理由を書き直すのに苦勞する必要さえない。州憲法のデュープロセス条項の引用を連邦憲法の当該条項の引用によって置き換えつつ、逐語的に判決理由を繰り返しさえすればよいのである。以上が、あらゆる形式においてもっとも頑強かつもっとも不屈の反対者 Rome G. Brown が極めて妥当にも提起したことで⁽²⁴⁴⁾ある。

「実務的实现のためのプログラムの不正確さ、不器用さ、ことに区々であることのゆえに、1911年から1914年末まで、多様かつニュアンスに富む形式のもとでリコールのために語られたプロパガンダは重いハンディキャップを負っていた」。⁽²⁴⁵⁾

大戦参戦準備によっていったん休止していた宣伝合戦が再燃したのは1918年においてである。アメリカ労働総同盟 AFL は1919年大会において執行部に必要事項について授權する決議を可決した。Rome G. Brown が紹介するところによると、同年ある上院議員はつぎのような条項をもつ法案を提出した。「この法律の合憲性を公の資格において否認する公務員はすべて法律上当然にその職を失う。下級の連邦裁判所の裁判官は、本法の合憲性の問題がその主宰する法廷に提起されることを許してはならず、合衆国最高裁判所は、この問題について上訴のさいに意見を述べる権限をもたないものとする」と。ここに、もっともすばやくかつもっとも凶暴な形式のリコールの萌芽がさしつらぬいているのがみえる。この萌芽は、連邦議会制定法も地域議会制定法も、連邦司法権に対しても、同様に州司法権に対しても、擁護するのに役立ち、司法権の独立をもそれでも脅かすことがない。A. C. Townley

(244) Gouvernement des juges 101-2.

(245) Gouvernement des juges 104.

(246) 43 Rep. A. B. A. 1918, 86. Gouvernement des juges 105, n. 3. 43 Rep. A.B.A. 1918, 86 については、該当雑誌に関連しそうな論文等が見当たらない。

の弟子たちの Farmers Non-Partisan League⁽²⁴⁷⁾ —— Rome G. Brown によると Townleyism⁽²⁴⁸⁾ は社会主義と同一視できる——やアメリカ労働総同盟といっ

(247) 連邦最高裁は、Green v. Frazier 252 U.S. 499 (1920) において、デュープロセス条項を用いたノースダコタ納税者がつぎの州制定法に対して起こした訴えを斥けた。第1に、農業信用銀行を設立する制定法 [Bank of North Dakota Act [Laws 1919, c. 147] を指すかと思われる]、第2に、農業収穫物を保存し価値を保つための倉庫と工場を設立する制定法 [Mill and Elevator Association Act [Laws 1919, c. 152] か]、である。Powell, The Supreme Court and the Constitution 1919-1920, 35 Pol. Sci. Q. 411, 438-9 (1920) を引きつつ、Gouvernement des juges 106, n. 1.

上記の制定法はいずれも1918年のイニシャティブによる7つの州憲法修正に含まれる (N.D. Const. art. II)。州有 state-owned の Bank of North Dakota (預金を受け入れかつ貸付をおこなう) も association も合衆国で唯一のものである。1918年イニシャティブに先立って、革新主義を背景としつつ立法部不信を原因として、知事、法務総裁、農業・労働長官からなる産業委員会 Industrial Commission が設けられるとともに、レファレンダム、イニシャティブの制度は1914年に採択された (リコール採択は1920年)。判決リコールについては、注(236)参照。Nathaniel A. Persily, The Peculiar Geography of Direct Democracy : Why the Initiative, Referendum and Recall Developed in the American West, 2 Mich. L. & Pol'y Rev. 11, 16 (1997). 以上のほかに Non-Partisan League 綱領に書き込まれていたのは、電保険、鉄道料金規制、累進所得税である。

Non-Partisan League については、以下の研究がある。Michael J. Lansing, Insurgent Democracy : The Nonpartisan League in North American Politics (2015) ; R. L. Morlan, Political Prairie Fire : the Nonpartisan League, 1915-1922 (1955) ; R. B. Nye, Midwestern Progressive Politics : A Historical Study of Its Origins and Development, 1870-1950, at 313-9 (1951).

Lambert の指導下でリヨン比較法叢書第21巻として、E. W. Burgess, La «Nonpartisan League» (1928) が刊行されている。

Burgess はとくに State Bank of North Dakota のもつ意義を強調している。もし産業委員会がこのシステムの中樞神経ととらえられるならば、Bank of North Dakota はその心臓部である。…銀行法は「州の規制に服する」一般銀行 State Bank に関する法律の大部分の本質的特徴を繰り返していた。…より厳密にはこの銀行は中央準備銀行のもろもろの権限を備えていた。…一般銀行は State Bank of North Dakota を手形交換所として、再割引銀行として利用することができた。Burgess 130-3. 立法者は資金がミネアポリスやシカゴに滞留するのではなくノースダコタの経済を循環しつづけることを望んだ。Lynn Frazier 知事はこう宣言した。この銀行は、「連邦準備銀行が果たす役割と類似した役割を演じるだろう」、と。Lansing, Insurgent Democracy 147.

(248) 「もし Brown 氏が以下に言及されたレポートのなかで Townleyism と社会主義を同一視するとすれば、後者の社会主義の語をわれわれがこの語に与えてきたあいまいで

た雑多な傾向と供給源をもつ、どれだけ具体性を欠いていてもリコールに賛成する団体がキャンペーンのなかで出会うことになった。これは司法権の優位の擁護者らを不安に陥れた。

1918年8月のアメリカ法曹協会——1936年まで、大学フラタニティ的エリートイズムを維持し、立法者に対する影響力をもたなかった——総会では、リコールに反対するために本協会に設置された委員会の議長 Rome Brown⁽²⁵⁰⁾は警告を発した。大戦前夜ほどリコールの危険は脅威ではないことを知りつつ、彼は、いつにないほど強く反対宣伝が続けられるべきことを求める決議を要求した。リコールは彼には1918年には社会主義の圧力に映じ、1919年に

人を欺きがちな意味に理解することによって、[そして] われわれがいま『介入主義』と呼ぶものを『国家社会主義』と名づけることによって、である。Townleyisme のプログラムと仕事は、その支持者の一人による著作中でこの点についてどんな軽蔑をも許さないほど明快に説明されている。…」Gouvernement des juges 106, n. 2.

「Andrew A. Bruce, Interest of the Public in Legal Education, dans 45 ABA Rep 1920, 448 は、驚くべきことに、つぎのことを明らかにする。すなわち、ノースダコタの農民らは、裁判官リコールのキャンペーンを最大の粘り強さとともに持続させた。[そして] 大部分がその土地の所有者であり、[生活の] 安楽さや教育も比較的発展した環境のなかで運動に加わったのである。」Gouvernement des juges 106, n. 3.

正確な引用は、Proceedings of the Section of Legal Education and Admissions to the Bar, 43 Annual Report of American Bar Association, 43rd conference 465-507 (1920)——冊子体の表紙によると、“REPORT OF THE FORTY-THIRD ANNUAL MEETING OF THE American Bar Association HELD AT ST. LOUIS, MISSOURI AUGUST 25, 26, 27, 1920”——中 Andrew A. Bruce, Interest of the Public in Legal Education 480-497 である。なんと、ノースウェスタン大学教授 Andrew A. Bruce こそは、かつての裁判官選挙の敵手かつ同僚 Robinson 判事を社会主義者とのしり、Non-Partisan League——Granger 運動や人民党と同様に、「金融逼迫、鉄道料金高、そして中間業者のちょろまかし」の解決を求めていた (Fainsod & Gordon, Government and the American Economy 41 (1948))——を社会主義運動として論争を企てる書物 Non-Partisan League (1921) を著した人物その人であった。Herbert L. Meschke & Ted Smith, Judicial Values : The Justice Robinson Experience, 82 N. D. L. Rev. 25, 87-94 (2006)。

(249) Leonard, The American Bar Association : An Appearance of Propriety, 16 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 537, 542 (1993).

(250) ABA J de juillet 1918, 400 et 43 Reports, 86. Gouvernement des juges 107, n. 1.すでに触れたとおり、43 Reports, 86 については、該当雑誌に関連しそうな論文等が見当たらない。

はボルシェヴィストの脅威に変容した。とはいえ、ヴェルサイユ条約や——Holmes 裁判官のような——人による憲法判例に対して加えられた温和化の影響は Brown らよりもはるかに説得力をもった。こうして、リコールに賛成するアジテーションはせき止められたのである。

(6) Lambert は1921年までの展開を以上のようにとらえていた。そして Lambert の図式は、こうであった。すなわち、第1に、さまざまな方法によって他の2権を後見のもとにおく司法権とこれに対して「不満」を抱く労働者と消費者⁽²⁵¹⁾。ここから第2に、プログレッシブによる種々の立法案、ひいては連邦憲法修正案が生まれる。

第1点、すなわち人民の「不満」はどうか。1904-08年の時期（大体 Roosevelt の2期目⁽²⁵²⁾）と08-12年の時期（大体 Taft 大統領時代⁽²⁵³⁾）に分けて簡単に述べる。1904年は T. Roosevelt が再選を果たし、08年には後継者として友人 W. H. Taft を選ぶ。この間共和党には3人の有力候補、すなわち現職大統領 W. H. Taft、中西部のプログレッシブ R. La Follette、元大統領 Roosevelt がいた。1912年選挙のときに共和党とプログレッシブはともに分裂する。第3党、進歩党 Progressive Party から Roosevelt 自身が出馬したからである。共和党的指名は Taft が勝ち取り、La Follette はやがて脱落する⁽²⁵⁴⁾。

「不満」の起点は1905年の Lochner v. New York 判決であった。W. G. Ross に従えば、1897-1906年の10年間は司法部への批判はほとんど聞かれなかった。1900年（McKinley 再選）と1904年（Roosevelt 再選）の大統領選挙の——民主党や社会党の——綱領にも登場しない。しかるに、1905年以後は違った。Lochner は、まさにプログレッシヴィズム高揚期——これを大々的に掲げた Roosevelt の再選直後——に言い渡された。1908年には、——1889年

(251) Gouvernement des juges 72 ; Story 308.

(252) G. E. Mowry, Theodore Roosevelt and the Progressive Movement 23-9 (1960).

(253) Mowry, Theodore Roosevelt and the Progressive Movement 38-9 & 109.

(254) 共和党の分裂について、Mowry 252-5 ; Miller, Direct Democracy 195-6.

州際通商委員会の第 3 年次報告書が州をまたぐ鉄道業者を規制するこのような法律の必要性は「国民的スキャンダル」となった、と述べた——連邦雇用者責任法 Federal Employers' Liability Act, FELA (1906) を違憲とした First Employers' Liability Cases と *Adair v. United States* の 2 つの労働判例が現れる (この 1908 年は、Brandeis 上告理由書によって知られる *Muller v. Oregon* が、オレゴン州の *amicus curiae* であった全国消費者連盟 National Consumers League によって勝ち取られた記念碑的な年でもあった)。Roosevelt は、とくに First Employer's Liability Cases に関し、同年 12 月 8 日の一般教書演説の相当部分を割いて激しく司法部を非難した (FELA⁽²⁵⁵⁾ は 1908 年に改正され、1911 年に合憲判断を受けた)。1912 年 2 月 11 日のオハ

(255) Roosevelt's Eighth State of the Union Address (December 8, 1908) はウィキソース (<https://en.wikisource.org/>) で閲覧可能である。「会社、すなわち社団によっておこなわれるビジネスの巨大化、そして現代生活の極端な緊張と圧力は、一体誰が本当の危険極まりない敵であるのか、公衆を混乱に陥れる諸条件を生み出した。そしてこの混乱を共有するばかりでなくその行為によってこれを増幅させた公務員のなかに裁判官がいる。…[法の執行を受けるべき] 当事者ら自身の示唆によって [欠陥ある] 立法が準備されることはしばしばであるし、その採決までに修正されてしまうことはもっと多いのである。…制定法の準備における不注意の諸帰結の際立った例が、1906 年の雇用者責任法である。」行政部の長や立法者は、法律を制定したり執行したりするために人民を代表する。そのために選挙される。しかるに裁判官はこの意味で人民を代表しない。終身の身分保障を受け、他の 2 者に類似した責任追及の方法がない。

大統領在任中の Roosevelt が反トラストだったか、それとも——1912 年選挙に出馬したときと同様に——原則として許容していたか、をめぐっては意見が分かれる。Crane によると、Roosevelt は当時すでにしばしばトラスト征伐者 Trust-buster と呼ばれる。その姿勢は 1912 年の大統領選挙立候補時の「新しいナショナリズム」における big business と big government の承認とは対照的に把握されることも多い。が、Crane によればこれは誤りである。たしかに Northern Securities をはじめ、多くの企業をシャーマン法によって訴追した。だが、彼は、すでにこの当時、トラスト解体ではなく大きな政府によるその「監督と統制」の必要性を信じていた。Id, All I Really Need to Know about Antitrust I Learned in 1912, 100 Iowa L. Rev. 2025, 2027-8 (2015).

(256) Story 236-7. コモン・ロー上のネグリジェンス法理は役に立たず (fellow-servant や assumption of risk, contributory negligence といった抗弁の存在)、かといって州レベルの労働者災害補償法は州をまたぐ鉄道には適用しにくい。Larry Zacharias, Justice Brandeis and Railroad Accidents: Fairness, Uniformity and Consistency, 33 Touro L.

イオ州 coronator 演説でも FELA をめぐる記述にかなりの紙幅を割いて⁽²⁵⁷⁾いる。1911年の「Standard Oil 判決と United States v. American Tobacco における法廷意見ほどに、最高裁批判を結晶化するのに役立った判決は少⁽²⁵⁸⁾ない。」同年、州裁判所レベルでは上記の Ives 判決が言い渡されている。Pound らが社会学的法学を唱えたのは以上の背景のもとにであった。

1890年代とプロGRESSIVISM 高揚期の違いは以下にある。1890年代の論者は「労働インジャンクションによる統治 government of injunction」に対する不満ゆえに一般的に司法の自制 judicial restraint を求めるにとどまる(司法審査制そのものの批判も大きくない)。しかるに、プロGRESSIVISM 高揚期は、単に自制を求めるだけでなく、もっと具体的な要求が次々に生まれた。裁判官リコール(1911-12年以後途絶える)、W. Clark が唱え、のちに F. Frankfurter が同調した修正14条の廃止案、最高裁以外の連邦裁判所から連邦法の司法審査権を奪う案、裁判所制度の改革等がしばしば連邦憲法の修正と結びつきつつ主張された。⁽²⁵⁹⁾1935年に、F. D. Roosevelt 政権の農務長官 Henry Wallace (1941-45副大統領)が「無党派の経済専門家による国民評議会が修正を発議する権限をもつ」という案を、La Follette と近いプロGRESSIVISM であったネブラスカ選出上院議員 George Norris は少なくとも3分の2の賛成がなければ最高裁は連邦議会法を無効にできない、とする案を⁽²⁶¹⁾提出している。

Rev. 51, 58-61, esp. 59-60, n. 44 (2017).

(257) Roosevelt, A Charter of Democracy 12-3.

(258) Ross, A Muted Fury 45.

(259) Muted Fury 47-8 & 56-62.

(260) Muted Fury 295.

L. S. Zacharias, Reframing the Constitution : Brandeis, Facts, and the Nation's Deliberative Process, 20 J. Juris 327, 349, n. 112 (2013) に引かれる1924年の H. W. Bikle 提案は、Wallace 案と似通っている。

(261) Muted Fury 297. 1923年アイダホ選出のプロGRESSIVISM William E. Borah 上院議員の提案——少なくとも7人の賛成なくして連邦議会法を無効にできない——(Muted Fury 218-32) に類似している。これは5対4などきわどい多数決による判決を防止するためであった。

第 2 点、すなわち連邦憲法修正案はどうか。すでに言及した 3 提案、すなわち T. Roosevelt 案 (1912 年 2 月コロンバス演説)、La Follette 案 (1922 年 6 月 AFL シンシナティ大会演説——後出) はいずれも大統領選挙における綱領に含まれる。このため、それぞれ、1912 年 (共和党分裂によって現職 Taft と元職 Roosevelt が票を奪い合い、Wilson 勝利)、1924 年 (Coolidge) に議論の的になっている。しかるに、1936 年選挙キャンペーンに際して FDR は「さまざまな側から、連邦司法部を変える行動をうながすとか、国民に対して裁判所抱き込みはしないと約束するといった提案 [がなされた] ⁽²⁶²⁾ にもかかわらず、この問題について意図的な沈黙を守った」。

La Follette は、連邦レベルの保護法、第 2 児童労働法 second child-labor law を無効とした *Baily v. Drexel Furniture* (1922) ほか 1 判決を受け、1922 年 6 月 14 日、アメリカ労働総同盟シンシナティ大会演説で自らの案を公表し、同月 21 日連邦議会上院でこれを繰り返した。⁽²⁶³⁾

上述のとおり、児童労働法には第 1 と第 2 とがある。連邦議会の州際通商権限にもとづく第 1 児童労働法は *Hammer v. Dagenhart* (1918) によって、課税権限にもとづく第 2 児童労働法は上記 *Drexel* によって違憲判断を受けた。どちらも南部綿花製造業執行委員会によるテスト・ケースであり、執行委員会と被告側の *amicus curiae* である法務総裁の特別補佐、R. Pound ⁽²⁶⁴⁾ らによって作成された準備書面が交わされた。

(262) Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn* 107 (1995). See further *id.*, *When the People Spoke, What Did They Say : The Election of 1936 and the Ackerman Thesis*, 108 *Yale L. J.* 2077, 2077-9 (1999).

(263) Post, *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice : Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court*, 85 *Minn. L. Rev.* 1267, 1315-6, n. 155 (2002) (citing Ross, *A Muted Fury* 192-217). Ross, *A Muted Fury* 194, n. 3 ; Steven Lawson, *Progressives and the Supreme Court : A Case for Judicial Reform in the 1920s*, 42 *Historian* 419 (1980). cf. Haines, *Judicial Review of Legislation in the United States and the Doctrines of Vested Rights and of Implied Limitations on Legislatures*, 2 *Tex. L. Rev.* 257, 257-8, n. 3 (1923-1924).

(264) Wood, *Constitutional Politics in the Progressive Era : Child Labor and the Law* 87-93, 100-1, 144-154 & 260-274 (1968).

演説中で、La Follette は最高裁の民主的正統性そのもの——「人民の意思に対する応答性の欠如」——を衝いた。Gilbert Roe の表現を借りながら、La Follette は、「司法寡頭制」が人民から主権をもぎ取っている、と主張した。その憲法修正案は、こうである。「第2項 もし〔連邦〕最高裁判所が連邦議会の法律を違憲と判断し、または解釈によって連邦議会…の法律に反する公共政策を主張しようとするときは、連邦議会は裁判所の行為をこの法律を再度制定することによって無効にすることができる」、と。彼によると、その提案はラディカルではない。むしろ「その目的は単に憲法が明文で立法部に与えた権力をこれに回復することに尽きる」⁽²⁶⁵⁾のである。これに対して批判者——W. H. Taft のほか、Charles Warren など——は、La Follette 案は、連邦政府および州の対等の諸部門に対する連邦議会の優位 congressional supremacy を付与することによって、アメリカの統治制度を根本的に変容させる、と論じた。Warren もいうとおり、La Follette 案は「法律上当然に憲法全体を構成し、その他の部分は反故となる。」⁽²⁶⁶⁾この修正がいったん成立すれば、連邦議会は、以後は立法によって憲法を——権力均衡

(265) 62 Congressional Record 9081 (June 21, 1922). その第1項はこうである。「連邦下級審の判事は、連邦議会の法律をこれが違憲であることを理由として無効にしてはならない。」

しかるに、La Follette 演説を受けて Frear 議員が提出し、採決された合同決議はやや異なる条文をとっている。すなわち、「連邦議会は、どんな連邦法または州法の効力を違憲と宣言し、制限するどのような判決についても、何人の最高裁判事が参加すべきかを定める権限をもち、さらに、両院の3分の2を下回らない表決が賛成するときは、どの判事についても弾劾手続を経ないリコールを規定し、またはどのような判決についても審査および取消しを規定することができる。」H. J. Res. 436 (February 6, 1923, 67th Congress 4th Session).

1789年以後現在に至る Congressional Record については、<https://www.loc.gov/rr/m ain/govdocsguide/CongRecord.html> から各データベース (1873-2013年分については無料でダウンロードできる) に移動することができる (2018年9月最終アクセス)。しかるに、H. J. Res. は議会図書館の好意によって入手することができた。記して深い謝意を表する。

(266) Muted Fury 195.

(267) その他の批判を含め、Muted Fury 201-2 参照。

も連邦制も市民の諸権利も——変更できるからである。⁽²⁶⁸⁾

FDR 案はどうだろうか。Roosevelt は70歳以上のどの最高裁裁判官についても、大統領に対して、成員の数が15に達するまで、補充裁判官 additional Justice の指名の権限を与える、という立法を提案した。⁽²⁶⁹⁾ 1936年選挙における地滑りの勝利と連邦議会における民主党の圧倒的多数にもかかわらず、裁判所抱き込み案 Court-packing plan はただちに議会、新聞雑誌、裁判所自身の反対を受けて挫折する。「彼らはこの上なく執行部強化を恐れていた。彼らは Hitler と Mussolini の独裁にひどく動揺していた。そして Franklin はなるほどと思わせる苛立ちを示している、と彼らには思われた。」「集権的計画化と執行部の優位 executive supremacy は Hitler と Mussolini の全体主義政府を連想させ、選挙民はアメリカ的経済システムとか政府の 3 部門間の⁽²⁷⁰⁾ 権力均衡の根本的変容に対して、強く反対した。」

(268) von Moschzisker, Judicial Review of Legislation by the Supreme Court, 9 Const. Rev. 67, 68-9 (1925).

(269) Devins, *infra* n. 270, 246.

(270) 前の引用は、William Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn : The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt* 81 (1996) に引かれたブレーン R. G. Tugwell のもの、あとの引用部分は Neal Devins, *Government Lawyers and the New Deal*, 96 Colum. L. Rev. 237, 247-8 (1996) のものである。Devins 書評のこの部分に照応する脚注には、Leuchtenburg, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal, 1932-1940*, at 275-98 (1963) [chap. 12 The Fascist Challenge] および Barry D. Karl, *Constitution and Central Planning : The Third New Deal Revisited*, 1988 Sup. Ct. Rev. 163, 195 が⁹引かれる。

Karl 論文 p. 195によると、こうである。「ニューディールの行政の拡大は、官僚的國家の陰鬱な問題を提起し、アメリカ民主主義を官僚的用語によって定義することは可能であるとしてもたやすいことではないことを示唆した。そして、1887年 [Wilson, *The Study of Administration*, 2 Pol. Sci. Q. 197 の刊行年であると同時に、州際通商委員会設置の年] に定義が難しかったとすれば、1937年に、——ヨーロッパの独裁國家が第 1 次大戦前のヨーロッパの君主国よりもはるかに脅威に満ちていたという背景のもとで——、同じことをする可能性は、とりわけ興味深い挑戦になるだろう。」

しかるに、Leuchtenburg 著の邦訳、ルクテンバーグ (陸井三郎訳) 『ローズヴェルト・20世紀の大政治家 3』219-222頁 (1968) によるとつぎのとおりである (chap 12 は、219-237頁)。「ローズヴェルト大統領に対するいわれない疑惑は、一九三八年の

民主共和の両党のリベラルのなかには、提案は裁判所の権力を減らすわけでも連邦議会の権力を増大させるわけでもないから、不十分である、と批判する者もいた。リベラルの多くにとって、Roosevelt の立法提案はあまりに臆病であり、未来の経済的混乱と政治的不安への道を掃き清める。提案はプログレッシブの共和党の議会指導者のあいだでとくに強烈な敵意をもって受け止められた。Court-Packing Plan は連邦議会の犠牲のもとに執行権を強化し、永続的福祉国家を作り出し、連邦制を蝕む、⁽²⁷¹⁾ というのである。

[政府諸機関] 再編成法案 reorganization bill をめぐる論争でヒステリーに近い点まで達した。…一九三八年初めになると、最高裁増員 Court packing [同訳書184-190頁、原著 pp. 231-9] に反対したのと同じ分子は再編成法案 reorganization に、ローズヴェルトがまたも民主的諸制度を破壊しようとしている企みの証拠だというレッテルを貼ったのである。』220-1頁 (原著 p. 277)。

一般に、Roosevelt は、1935年以前の初期ニューディールの集権的計画の強調 (ことに NIRA) からその後の時期の新しい自由の観念——国家に対する自由から市場の民主的コントロールを通じた自由へ——へと転換する、といわれる。だが、Karl 論文はそれでも、かつ大統領の交代にもかかわらず、「執行部再編、行政法、そして集権化」の三幅対は残りつづけた、という趣旨のようである。Karl, *Constitution and Central Planning* 167-8.

政府についても企業についても「bigness の呪い」を説いてやまなかった「Jefferson 主義者」Brandeis も、上記の経済学者 Tugwell [法律家 D. Richberg や J. Frank らとともに、NIRA の起草にあたった] や「Brandeis 崇拜者」A. Berle [The *Modern Corporation and Private Property* (1932) の著者の一人] らのプレーン・トラストとは反対に、この2人に対して「big business 傾向が反転しないかぎりニュー・ディール却下に一票を投じるだろう」と警告した。J. Rosen, Louis D. Brandeis: *American Prophet* 116-7 (2016).

L. S. Zacharias, *Repaving the Brandeis Way: The Decline of Developmental Property*, 82 Nw. U. L. Rev. 596, 613-8 (1988) は、たんに「Jefferson 主義者」としてのみ Brandeis をとらえる以上の見方の背景に T. K. McCraw, *Prophets of Regulation* 108-9 (1984) の影響をかぎつけ、この立場を乗り越えようとする。この問題は、Zacharias 論文に依拠しつつ、別稿で扱う。

ともかく、Lambert は、Brandeis の「Jefferson 主義」こそが Erie 判決——Lambert のいう反国民的「法律クーデタ」——につながった、ととらえたといってよいと思われる。cf. Post, *Federalism in the Taft Court Era: Can It Be Revived*, 51 Duke L. J. 1513, 1604, n. 311 (2002).

(271) Ross, *The Chief Justiceship of Charles Evans Hughes, 1930-1941*, at 107-8 (2007).

権力間の抑制と均衡の関係を覆す La Follette 案は、連邦最高裁内部における反対意見の表明の抑制につながった。Post は述べている。「1920年代の最初の 5 年間に外部の攻撃をかわすために、裁判所部内の反対意見は抑止されたといういくつかの内部の証拠がある」。「1924年 Brandeis は Frankfurter に対してこう述べることができた。『裁判所批判の勢いは』反対意見の減少に『つながっている』⁽²⁷²⁾、と」。これに反し、権力間の関係を変えないと非難された FDR 案の公表は、「裁判官統治」への「終止符」、ないしは紛争の「大団円」(Roger Pinto) をもたらした⁽²⁷³⁾、と感じられたのであった。

(7) Lambert が合衆国型の違憲立法審査権のフランス導入論について体系的にその見解を明らかにしたのは、1929年 Hauriou 記念論文集においてである。その末尾で、彼は、判例の概観から私は以下の結論を引き出すだろうか、と自問する。すなわち、アメリカ型の合憲性コントロールがヨーロッパの古い文明の憲法生活に適應することができるだろうか、という問題についてである。答えは「ノー」である。Lambert は 2 点を指摘する。

第 1 に、合衆国の判決によって、われわれは、多くの人びとがフランスやイギリスの議会制よりもすぐれていると判断するとはいえ、議会制とは相いれない統治機構の漸次的形成に立ち会っている。すなわち、「ゆるめられた民主主義」⁽²⁷⁴⁾の形成に、である。判決によってわれわれは裁判所による経済憲

(272) Robert Post, The Supreme Court Opinion as Institutional Practice : Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court, 85 Minn. L. Rev. 1267, 1314 & 1317-8 (2002).

(273) White, The "Constitutional Revolution" as a Crisis in Adaptability, 48 Hastings L. J. 867, 869-870, n. 12 (1997). 実際には、デュープロセスや Commerce clause に関する判例の変容は Court-packing plan 以前に始まっており、逆に伝統的見方はその後も残存した。いいかえれば、判例の変容は、1920-40年代という長い期間に徐々に生じた。だから、Court-packing plan が「憲法革命」をもたらしたというよりも「憲法革命」が Court-packing crisis をもたらした、というべきである。「憲法革命」は内容上の革命というより解釈方法の革命というべきである。O. W. Holmes, T. R. Powell や Corwin は新しい意識を代表した。

(274) 「ゆるめられた民主主義」は、もともとは G. Sutherland 上院議員のものである。Lambert は 1921年に述べている。

法の発掘——すなわち裁判官統治——を跡づけることができる。この経済憲法は、まず修正第5条と修正第14条の覆いのもとで、フィラデルフィア会議によって形成された政治憲法に接ぎ木される。つぎにこの経済憲法は、反対の気質をもった政治的＝経済的憲法への道を掃き清める。ワイマールの半ば革命的憲法とあからさまに革命的なロシアとソビエトの憲法への道を。

ここで Lambert は Holmes を引用し、憲法に特定の経済理論を書き込んでではないことを示唆する。彼は述べる。提示された諸判決がわれわれに對して示すのは、[連邦最高裁の] この経済憲法の精神はたしかに Lochner における Holmes 判事の反対意見の以下の一節をなんら歪めない、ということである。Holmes はいう。「修正第14条は Herbert Spencer 氏の『社会静学』を規定していない。憲法は、パターナリズムとか市民の国家に対する有

J. R. Commons と J. B. Andrews はその『労働法原理 Principles of Labor Legislation』(1916) でこう語っている。「民主主義においては、人民自身の集合的意思こそが法律となるべきものを最終的に決める」、と。この格率は、裁判所の支配的見解とは完全に矛盾している。裁判所は、司法作用の本質そのものによって、現世代の誤った変化に反して、過去世代の根本的な社会的伝統の来るべき世代への継承を保証する任務を帯びるものと自認する。立法機関に対して裁量的権限を承認する、という人民の要求のなかに単に「ゆるめられた民主主義」(self-limited democracy) の破壊の企てばかりでなく、あらゆる安定的な社会秩序の破壊の企てをもみる。

1912年リコール扇動のもっとも激しいなかで、Sutherland 上院議員は、ゆるめられた民主主義の擁護のために以下の議論に訴えている。すなわち、この民主主義にとって、法律の裁判によるコントロールは要石である。この議論は、ゆるめられた王制に有利な、フランク・ガリアやユグノーの1579年論文『専制に対する自由の擁護』の弁論の記憶を呼び覚ます。

Sutherland によると、アメリカ憲法は連邦のすべての州のあいだで結ばれた契約である。この契約が個人間で取り結ばれた契約と異なる本質をもつことなどどうして起こりえようか。契約当事者は、[合衆国憲法] 第5条によって、社会契約を修正する権限を州の立法者の4分の3に対して与えることができた。しかし、これを解釈する権限を与えることはできない。もし47州が48番目の州に対して、その解釈に屈することを強いることができるとすると、あるいはどれだけ多数であっても、市民の多数派が少数派に対して自らの憲法テキスト解釈を押し付けることができるとすると、その場合、社会契約は拘束力を欠いた裸の契約に墮するだろう。社会契約はその解釈が他のあらゆる合意と同じく裁判所に委ねられるかぎりだけ、真の契約でありつづけ、憲法の領域において法律の支配を保障することができる、と。Gouvernement des juges 120-1, n. 2.

機的關係の理論であれ、レッセ・フェールの理論であれ、特定の経済理論を具体化する目的をもたない。憲法は、根本的に異なった意見をもつ人々のために作られている」、と。

第 2 に、1905 年の *Lochner* 判決を研究することによって、私はこう考える傾きをもつ。すなわち、立法者が戦後の再建を保証するために行動自由を必要とするところでは、アメリカのプロセスをまねて憲法に私法の場合と同様のサンクションを与える手段を求める必要はない。それほど野心的でないチェコスロバキアがとった方法に靈感を求めるのがよい、ということである。このような諸問題をとらえるのに通常の裁判所は不向きであることをはっきりさせながら、法律の合憲性について憲法裁判所を設置する、という方法である。

彼は以下の修辞疑問文でこの論文を締めくくる。

各人がその信念に従う自由と同時に、あらゆる形式の思想の自由が超合法的領域に移っていくのを許しつつ、にもかかわらず取引活動の自由、お金を稼ぐ自由、そしてその他議会で自衛するために十分に備えをするのに——おそらくあまりに備えが講じられていた——自由を合法性の領域に引き止めるような、法律の合憲性のフィルターを見出すことはできないのだろうか、と。⁽²⁷⁵⁾

7 おわりに——行政実務とコルポラティブ法 *droits corporatifs* の主題化

(1) 第 1 期の『機能論』、「一般的概念」、そして「民法研究の不可欠の改革」[*Gény, Méthode* 初版書評]で Lambert が打ち出したのが、比較判例 *jurisprudence comparative*、すなわち立法共通法 *droit commun législatif* である。他方、以上に触れたように、第 3 期を特徴づけるのは、——行政的母型 *matrices administratives* およびコルポラティブ母型 *matrices corporatifs*

(275) *Quatre années* 502-5.

という——「裁判外の実務 *pratique extrajudiciaire*」(「裁判外実務」自体は *Gény* の観念)への注目である。そして『裁判官統治』はその過渡期に位置づけられる。*Lambert* が比較判例——*Jhering, Geist* にいう *vergleichende Jurisprudenz* ⁽²⁷⁶⁾——について述べるところを聞こう。

(2)「そして、[統一法運動——合衆国では統一州法委員全国会議、カナダでは *Commissions on Uniformity of Legislation* ——による]努力——家族法や所有権法については成果をあげた——は、社会経済の地平に漕ぎ出すとき、まったく失敗してしまった。1930年の統一児童労働法や1914年の統一労働者災害補償法が適例である。⁽²⁷⁷⁾ *Uniform Acts* が普及するのに成功した商事法のいくつかの諸章に関するこの例外を除き、アメリカの制定法は法律家——現に合衆国において適用されている法について教えようとする——に対して、大変不十分な、かつ個別的に扱われると多くのケースにおいてまったく誤った結論に彼らを導く危険をはらむ用具しか与えなかった。制定法のテキストに関する省察はわれわれに対し、福音書やコーランの省察がカトリック神学の秘密とかムスリム法の神秘をわれわれに明らかにする以上に、アメリカ法律の現在の現実を明らかにすることはないのである。／立法テキストが法のもろもろの現実を統合的かつ忠実に描き出すのに不適切であることは、合衆国においては、法律の合憲性に関する裁判所のコントロールによって強められる。⁽²⁷⁸⁾」

「…アングロ・アメリカの *construction* の研究のほうはといえば、真のルーベとならないか。このルーベによる拡大のおかげで、われわれは、われわれの法解釈の創造的、しばしば変性的仕事を観察することができる。そして、われわれは以下のために長い時間省察しなければならないのではないのか。すなわち、法典法をもつわれわれの国においてさえ、裁判所が適用する法律は、法典とその補充とにすべて成文化されていない、ということ、そし

(276) Préface à *Valeur* lxx & xcii.

(277) cf. *Gouvernement des juges* 254, n. 6.

(278) *Gouvernement des juges* 254-5.

て、法律は司法による解釈の助けなしに理解されるのに十分なほど読みやすくは成文化されていない、⁽²⁷⁹⁾ ということを理解するために、である。」

比較判例は合衆国における法律解釈方法の変化に照応していた。René David は1950年にイギリスと合衆国とを比較しつつ述べている。

イギリスにおいてコモン・ローはイギリス人の諸自由の砦であった。しかるに成文法はそのもたらす恣意の可能性によってたやすく圧制の武器となる危険をはらんでいる。イギリスに対して、アメリカでは成文法は何よりもまず憲法、すなわち自由の基礎である。しかるに、コモン・ローに対するアメリカ人の態度はイギリスにおけると同一ではありえない。

以上の対照性を前提にしつつ、David は語る。イギリス的伝統は「アメリカ人の感情に反しており、その放棄が最良の精神によってアメリカで主張され、声望ある裁判官らが今すでに合衆国においてフランスで支配的な解釈方法と大変近接した方法を適用していることは驚くに足りない。合衆国で公布された新しい法律の多くがコモン・ローの個人主義的伝統的諸原則とうまく一致せず、この法律に十分な効果を与えようとする人びとがこの理由によって法律を古来の諸原則への隷属から完全に解放する新しい解釈方法へと押しやられているから、なおいっそう、この傾向〔フランスへの接近傾向〕は勝利を収める機会をもつのである⁽²⁸⁰⁾」、と。

(3) そして、Lambert は比較立法から比較判例へ、という方向性を指し示し、「陽気なベル・エポック」を忘れたことを明らかにする、まさにそのとき、裁判外の実務 *pratique extrajudiciaire* ——行政実務とコルポラティブ法 *droits corporatifs* ——に踏み出すのである。Lambert 自身の理解するところに従うと、これは Gény の「賢明な忠告」に従った結果であった（後

(279) *Gouvernement des juges* 255-6.

(280) David, *Traité élémentaire de droit civil comparé : Introduction à L'étude des droits étrangers et à la méthode comparative* 302-3 (注(55)参照). David は続ける。「イギリスそのものにおいても、このような考察はいくらかの影響を行使しないわけではない。合衆国はここでは、終局的にコモン・ロー世界に影響を及ぼしうるある進化において、他に先んじているのである。」

述)。「最小努力の法則は、科学やその他の人間活動の全部門を支配しているが、以下を要求する。すなわち、われわれが比較立法の段階をまず通過することをである。われわれは自らの理想がローマ法文化の共通の片すみに記された法典法に立ち向かうことに制限されていたかぎりでは、そこにとどまることができた。戦争がわれわれの国際経済関係に刻印づけた新しい方向づけのゆえに、われわれは、いまや、われわれのフランス立法を主として裁判によって形成される法、すなわちイギリスのコモン・ローのすべての分枝とのあいだに接点を確立するために、比較研究のより高次の段階に向かって進化するしなければならない。われわれのもとで比較立法は比較判例に道を譲るべき時がやってきたのである。もちろん、問題は立法テキストの比較をやはり無味乾燥な裁判テキストの比較によって置き換えることではない。なぜなら、コモン・ロー諸国でも、われわれのもとでも、裁判所の *jurisprudence* は法の唯一の源泉ではないからである。*Jurisprudence* は法の形成 *élaboration* の機構のその他の部品の作用を調整する組み立て部品、すなわち、一方で立法によってもたらされた諸要素、他方であらゆる形式における裁判外の実務〔によってもたらされた諸要素〕を混ぜ合わせ、配合する中枢用具にすぎない。〔裁判外の実務とは、〕行政実務——これについては Pound 氏がいづらかの誇張とともにであれ、日々成長しつつある役割を指摘している——、不動産譲渡手続 *conveyancing* ——これはイギリスにおける判例、さらに低い程度においてアメリカ判例に対し、われわれの場合よりもいっそう暴君的影響力を行使している——、商事および取引上の諸慣行 *usages*、対立しあう社会諸団体の定款と規律上の規則、そして一種のへその緒をなす、経済的または道徳的に遵守される〔規則の〕総体である。このへその緒によって、法は、これに養分を与える社会環境に不断に結びついている。この中枢の点に、すなわち立法によって、および裁判外の実務によって拡大したもろもろの資料が選別と精練の最後の作業を受ける場所に身をおきつつ、人びとは法の現在の相貌の正確な全体像を獲得することができる。⁽²⁸¹⁾」

(4) すでに触れたように、行政実務とコルポラティブ法 *droits corporatifs*

は、判例（裁判）外にみいだされる。droits corporatifs について言えば、本書は、juristes の法とコルポラティフ法 droits corporatifs の対立についてはわずかに G. Morin 著に言及することによって暗示するにとどまる⁽²⁸²⁾。しかるに、行政実務について言えば、juristes の法と行政官の法ははっきりと対立している。すなわち「その仕事について経験の浅く大胆な当事者らを裁判所による construction をつうじた変性から防御するために、立法者は適用を裁判所から奪い取るか少なくとも具体的事案への適応の作業に対する一般的監督のみをゆだねるよりほかに手段をもたない。この作業は、第 1 審では、法律家ではなくその行政官としての教育を理由として選ばれた専門家⁽²⁸³⁾に対し⁽²⁸⁴⁾て託される」。これは、トラストの規律のために立法者が仕向けられたことである。

「裁判官は、その職業教育上大規模産業アントラントのそれぞれの社会的価

(281) Gouvernement des juges 256-7.

(282) もっとも、Morin の著作も「社会諸関係の唯一の基礎としての個人主義的かつ契約的観念」の不十分さを示し、「新しい一観念によってこれを補充する」ことにその目的をもっていたにすぎない。Id., La révolte 216-7.

たしかに、相違＝分業の帰結である交換に契約が妥当するのに対して、諸個人（さらに諸団体間）の類似は自発的に諸個人の団体（諸団体の連合）を生み出す。団体を契約の鑄型に流し込むことはできない。そうすれば団体は成員の恣意的意思のなすがままに陥るからである。こうして有機体の法観念が要請される。この観念は団体の拘束性およびその諸権力の目的実現への限定を説明する。La révolte 217-8. この限度で団体固有の法＝droits corporatifs が予示されていると読み取れないこともない。だが、ここから一足飛びに法律家の法とこの法が対立することまでは含意されていない。

(283) Gouvernement des juges 196.

(284) 「…事情に通じた経済学者と法律家からなり、最大限の権限をもち、重い罰則によって十分制裁された権限を備え、[連邦取引委員会——FTC] は、合衆国の商業体制の健全化の最良の用具として現れる。この制度の実際上の結果は、1914年に立法者と取引当事者らとによってこの委員会について築かれた希望に込められているだろうか。それはまだ10年しか経ておらず、とはいえずでに十分果たされているその歴史が教えることだろう。」Max Wasserman, L'œuvre de la Federal Trade Commission : la dernière phase de la législation Américaine contre les trusts, la spéculation illicite et les pratiques commerciales déloyales 101 (1925). Wasserman のこの著作はリヨン大学比較法研究所叢書の第13巻として刊行された。

値とか一国の経済生活に対するその影響を決定するような複雑かつ陰影に富んだ諸問題の研究には慣れていない。これを有権的に解決するには裁判官には商業上の問題について企業管理者がもっている技術的知識が必要である。あらかじめ経験をもたない以上、裁判官は両当事者の弁護人によって提出された準備書面 briefs を熟読することによってしか事情に通暁することはできない。この書面は、ときとして Standard Oil Cases⁽²⁸⁵⁾ におけるように、応用政治経済学の真の論説 traités へと変質する。この論説は、技術的教育を受けることなしには、読者によって完全には咀嚼しきれないほど大量である。⁽²⁸⁶⁾ たしかに、良好かつ健全な社会正義をおこなうには、多数の微妙なか

(285) Standard Oil Cases が何をさすかははっきりしない。それはともかく、最高裁その他の裁判所に提出されたブリーフはいくつか残されている (<https://hollis.harvard.edu/>)。なかでも、No. 398 in the Supreme Court of the United States, October term, 1910, Standard Oil Company of New Jersey et al., appellants, v. United States of America, appellee : reply brief for the United States, United States, Washington, D.C. : G.P.O., 68 pp. <https://babel.hathitrust.org/> で閲覧可能 (2018年10月アクセス)。以上のほか、D. T. Watson, John M. Freeman, Ernest C. Irwin, for respondents, United States of America, petitioner, v. Standard oil company of New Jersey et al., defendants. Defendants' brief on the facts (1909) ; In the Supreme Court of the United States October Terms, 1919, Standard oil company of New Jersey et al., appellants, v. United States of America, appllee : Brief for the United States, vol. 2, Detailed Statement of Facts. 後者は刊年不明 (<https://babel.hathitrust.org/>)。

Standard Oil は、Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908) 以後に現れている。Muller のオレゴン側 amicus curiae であった全国消費者連盟 National Consumer League は社会経済的事実をつらねた、いわゆる Brandeis 書面を以後提出しつづける。以上の No. 398... と In the Supreme... はこれにあたる。しかるに、Standard Oil 社側がどのような書面を出したか、ははっきりしない。

(286) 労働立法の合憲性に関する進行中の訴訟のいくつかは、書面 briefs の提出を生じた。この書面は、息の長い科学的業績を形づくる。たとえば、Oregon minimum wages cases における Felix Frankfurter 教授とか、将来の連邦判事 Brandeis の書面のような。Gouvernement des juges 197, n. 1.

法の社会化——当面は社会立法——は、「現存の諸利益の均衡 équilibre」(Gény)、さらに「均衡の概念」による「[[個人]主権性のドグマ」の置き換え (L. Josseland) を求める。均衡の概念は政治的水準で作用するとともにある類型の法の構造、すなわち法的論理または合理性を描き出す。社会法の、である。均衡概念のうえに分節化された判決の準則のひとつは、衡量 balance の理念である。この理念は、諸価値を決定できるだけ

つ定義の難しい諸利益の衡量 *balance d'intérêts* をおこなう必要があるときは、裁判所は、伝統的議論と純粹論理をあてずっぽうに「一か八か試すのに甘んじることが危惧される⁽²⁸⁷⁾」。しかし他方で、裁判所による介入は、国民経済に対して、差止めようとするものと同じかこれを越える損害を加えかねない。そこで、裁判所ではなく、行政による介入だけが、社会利益の見識ある管理を保証する⁽²⁸⁸⁾。

ここに、1914年 9 月 26 日の法律によるトラストの立法政策の急変が生じた。上述の 1912 年の選挙で、W. Wilson は、一方コモン・ロー的漸進主義者の前職 William H. Taft を、他方で規制のナショナリスト T. Roosevelt (「新しいナショナリズム *New Nationalism*」—— Brandeis によると「規制された独占」⁽²⁸⁹⁾) を破った。Wilson の「新しい自由 *New Freedom*」の、競争政策面では「規制された競争」の助言者 Brandeis は、連邦取引委員会 *Federal Trade Commission* (以下「FTC」)「を設置する法律の起草にあたって指導的役割を演じた⁽²⁹⁰⁾。」FTC 法は、鉄道運賃規制を目的とした州際「通商

の社会に関する知識を必要とするから、判決の社会化は判決の社会学化を含意することになる (F. Ewald, *L'Etat providence* 470-3 (1986))。Brandeis ブリーフは、この傾向の一構成部分としてとらえることができる。

以上の古典的な Brandeis ブリーフ像に対して異を唱える主張が合衆国で複数現れている。別稿を準備中である。

- (287) *Gouvernement des juges* 197. *Quatre années* 497-9 は以下のように述べている。「応用政治経済学の *dissertation* の完璧な範例」(p. 498)。加えて、*Jay Burns Co. v. Bryan* (1924) における Brandeis 反対意見と多数意見を以下のように対比している。Brandeis はさまざまな州で 1919-23 年に制定された法律を検討したあと、このように問う。すなわち、「制定法によって講じられた措置は、合理的に行動する立法者ならば公共の利益のために必要であるか適切であると考えないほどに、明白に恣意的であるか」と。／Brandeis 判事の反対意見において引き合いに出された経済的事実の山は、どれほど印象的に見えても、その同僚らの多数をこの問いに対してイエスと答えることを妨げなかった。というのは、彼らは、社会科学上の議論ではなく、法伝統と裁判上の先例とに照らして判決するのに慣れていたのである。p. 499.

- (288) *Gouvernement des juges* 197-8.

- (289) Daniel A. Crane, *All I Really Need to Know about Antitrust I Learned in 1912*, 100 *Iowa L. Rev.* 2025, 2027-8 (2015).

- (290) White, *Allocating Power between Agencies and Courts : The Legacy of Justice*

Commerce」委員会（ICC ——1887年設置）より大幅に対象を広げた連邦「取引 Trade」委員会を設置した。⁽²⁹¹⁾ こうして、反トラスト法は、1890年のシャーマン法、FTC 法を補うために1914年10月15日に制定されるはずのクレイトン法とともに3つの法律から形成される。「1916年までに、プログレッシブはこう主張することができた。すなわち、この国の権力の主要な産業、金融の中心は、[行政] 機関の監督に服する、と。鉄道は ICC [州際通商委員会：1887年設置] によって、トラストは FTC 法、クレイトン法および改正シャーマン法 [をつうじた実効性の回復] によって、そして銀行は1913年⁽²⁹²⁾ に設置された連邦準備制度委員会によって。」

Lambert によれば、FTC はその任務を達成するために不可欠の調査 investigation、規律 réglementation、および裁判 jurisdiction 権を与えられている。規律・裁判についていえば、準司法権と呼ぶのが一般的なようである（調査はいうまでもなく行政権であり、準立法権 = 規則制定権⁽²⁹³⁾ については

Brandeis, 1974 Duke LJ 206. 本論文はのちにそのまま以下の書物に収録された。Id., Patterns of American Legal Thought pp. 227-287 (1978).

(291) ICC と FTC を比較した1933年の著作によると、「最高裁は、…それぞれの領域において ICC に対して FTC よりもかなり大きな裁量を与えた。」理由はさまざまである。とくに ICC が関与する鉄道が公益事業であるのに対し、FTC がかわる商業一般はそうではなく、連邦議会の姿勢も違っていた点が挙げられている。「裁判所の拒否権がレッセ・フェールによってますます説明しがたくなるにつれて、裁判所による行政規制への介入は次第に反論の余地を与えるようになっていった。けれども、司法部は、ICC の経験が示すように、決まった立法政策に忠実であった。…[しかるに FTC については] はっきりしておりかつ継続的な立法政策の表明が欠けていたから、裁判所はコモン・ローに頼り [がちとなり]、行政庁の権威を否認した。…[裁判所と行政機関の共同作業を要求する] このようなシステムのもとで効率的規制は立法権の行政機関との積極的協力によって保証されるのである。」E.S. Corwin, Book Review : C. McFarland, Judicial Control of the Federal Trade Commission and the Interstate Commerce Commission, 1920-1930 (1933), 28 Am. Pol. Sci. Rev. 518-520 (1934).

(292) White, Allocating, 1974 Duke LJ 205-6.

(293) Wasserman, Federal Trade Commission 99 & 315-453. この当時委任立法の是非等々の問題は、イギリスを含むヨーロッパ諸国、そして大西洋の対岸北アメリカで大きな議論を引き起こしていた。合衆国について White, Allocating, 1974 Duke LJ 201, 204-5 & 235-7 参照。たしかに Lambert がどうしてこの問題に立ち入らなかったのか、

言及がない⁽²⁹⁴⁾。ここでは Lambert の用語法に従う。けれども注意点がある。行政委員会と司法権の権限分配についてである。伝統的見解に従えば、行政行為の司法審査を含む事例においては、裁判所は法律問題を、行政庁は事実問題を扱う。ところがこの区別の分析用具としての価値は限られていた。法律と事実の混合事例 (L. Jaffe) が多数あったからである。⁽²⁹⁵⁾ standards 論は彼なりのこの問題に対する解答であった。

まず調査権について言えば、FTC は職権にもとづき、または法務総裁の要求にもとづき、疑わしい会社に関して調査を開始し、反トラスト法を調和⁽²⁹⁶⁾するのに必要な、その業務執行の変更または取引の再調整を勧告する。

裁判権についてはこうである。調査を受けた会社がこれらの勧告に自発的に従わないときは、FTC は、懲戒上の審判をおこない、防御権の保障のもとに聴聞をしたあと、[排除措置] 命令を出す。この命令は、会社に対して、その違法行為を停止し、その組織の再編をおこなうことを命じる。⁽²⁹⁷⁾ 利害関係人に対してこの命令に対する控訴の道が開かれている。控訴は巡回控訴裁判所に対しておこない、その判決は連邦最高裁判所による審理を受ける。⁽²⁹⁸⁾

よくわからない。だが、彼はそうすることによって主題が「裁判官統治」から逸脱してしまうのを恐れたように思われる。

(294) 松下満雄『アメリカ独占禁止法』23頁、24-30頁 (1982)。

(295) White, Allocating, 1974 Duke L J 223. See further 225-6. 松下上掲書にいわゆる「実質的証拠の原則」にかかわる。

White 説とは異なる見方が近年提出されている (とくに Merrill)。これについては別稿で扱う。

(296) 詳細については、Wasserman 99-100 参照。

(297) 2 点が指摘される。第 1 に、Lambert は、松下前掲書 27-8 頁にいう「仮決定」を省略している。第 2 に、彼は単に *ordre* と呼ぶ。が、実際は *cease and desist order* と呼ばれ、「裁判所の差止命令 (*injunction*) とほぼ同様の命令」である。

(298) 時間と費用を節約するために、第一審裁判所の管轄権は除外されている。FTC は、こうして、第一審としての裁判権の役割を果たす。とはいえ、その命令は裁判所の許可を受けたあとにはじめて執行できる。Gouvernement des juges 199, n. 1.

(299) 巡回控訴裁判所によって言い渡された判決は、…、一定期間内に裁量上告 *cerciorari* の方法で最高裁に上告されないかぎり、既判力をもつ。上告審の審理は、他の何にも先立って、裁判作用をもち、可能なかぎり迅速に判決される。Wasserman 100-1.

他方で、FTC は、その命令の強制履行を確保するために控訴裁判所に対して apply をする。⁽³⁰⁰⁾ 解説書や論文はおしなべて民事罰の有効性を説く。場合によっては刑事罰について言及しない。

裁判所においては、FTC によって確定された事実は、反対の証拠の提出を受けないときは、確定的である。⁽³⁰¹⁾ だが、新しい証拠が訴訟中に提出されると、裁判所は、手続を中断し、証拠調べを FTC にゆだねる。こうして、FTC は、まず一種の前審として、ついで控訴審において裁判官を拘束する技術的専門家として、二重の役割を演じる。

FTC は連邦初の独立規制機関である州際通商委員会に次ぐ規制機関である。Lambert はこれをつぎのように評価する。「行政裁判は、司法裁判の補助者——独立の気風をもった補助者——にとどまる。けれども、司法裁判に取って代わると主張することなく、これに先立ちかつその訴えを審理する⁽³⁰²⁾」、と。ここで問題になる rules と standards については別稿に譲る。

(5) 以上の行政実務に比較して、コルポラティブ法 *droits corporatifs* は

(300) 38 Stat. 717, 720 の Sec. 5 の表現。松下29頁は「命令違反があった場合には、連邦取引委員会が控訴裁判所…に対して差止命令…を請求する」と述べる。傍点引用者。

(301) *Curtis Publishing Co v. Federal Trade Commission*, 270 F. 881, Wasserman 100, n. 44.

(302) 行政委員会が制定法の裁判所による適用に対する闘いの手段の性質をもっと明瞭におびるのは、労働災害補償法の適用の場合である。この分野では、立法者は、裁判所がその作業の経済的側面を十分に理解しようとする性向だけを警戒するわけではない。裁判所が立法者の意思を麻痺させ変性させるためにその解釈を用いるかもしれない、ということを恐れている。この疑念は、ゆきすぎたものではなかった。ある州の立法者は、工場においてときに繰り返してその労働者災害補償法を実効的にしようとし、違憲の宣言を最終的にまぬがれさせるほどに継続的に裂け目を入れていた。立法者は、かりに裁判所においてこれについて作用するのをあきらめても、裁判所に対し、体系的に制限解釈をする精神でしか適用してこなかったことを非難している。違憲判決の試練を持ちこたえたとしても、裁判官は立法テキストの construction によって修正し効力を弱めるであろう。この危険を避けるために、立法者はしばしば既存の労働担当官に対して、またはこの目的のために設置された行政委員会に対し、ときに終局的、ときに第一審の管轄権を与えた。新しい法律を作用させると生じる具体的事案の規律のために、である。Gouvernement des juges 200-1.

第 1 次大戦後の再建の時代の到来とともに急速にやってきた。これはちょうど南北戦争後本格化する「再建」期 (1863-77 年) に対応している。Lambert は再建期の合衆国と戦後のヨーロッパをパラレルに把握している。⁽³⁰³⁾ Lambert は本書の冒頭で述べている。「以下の 3 つの現象の近接は、現在におけるわれわれの政治的方向づけのもっとも驚くべき特徴のひとつである。すなわち、第 1 に過激反対党の革命的陰謀に対して、司法権の權威の登場を——アンシャン・レジームの大臣の何人かがかつてそうであったように——うながす、戦後の大臣たちの傾向。第 2 に、その法律解釈のもろもろの方法をアメリカ判例のはるかに柔軟な諸方法に近づけようとするわれわれの最上級審裁判所の傾向。第 3 に、法律家の多数の、および議員らの見解のうち現に支配的な要素の、違憲立法審査権へと向かう希望、これである。[以上の 3 つの] 一致は、わがフランスの社会制度をある道へと転轍しようとしている。すなわち、1883 年 [注(50) 該当本文参照] 以来合衆国が乗り出している道であり、辛抱強く追及され、合衆国をわれわれのもととは根本的に異なったシステムへと導いた道、である。／われわれの憲法上の習律のこの進化が始まるようにみえるこのとき、私は、フランスの研究者らにとって、以下は興味深いものでありうる、と思う。すなわち、合衆国がひとりでに導いてきた体制のこの国における作用を追及し、われわれが学び、やがて自ら企てる経験がアメリカの地においてもたらしたもろもろの結果を観察すること、である。」

Lambert は述べる。「そして、戦争以来、かつ戦争の事実によってわが国がおかれてきた経済的諸条件を前にして、アメリカの法的経験はおそらくわが国にとってこれを知ることはもっとも有益なものでありうる。アメリカ合衆国は、南北戦争に続く 20-40 年間にわたって、あらゆる経済的アンバランスを知っている。…これにわれわれは 1919 年の停戦以来取り付か⁽³⁰⁴⁾れている。」

1895-6 年フランス改革が 1922-8 年コロンビア改革を预示するように、1880⁽³⁰⁵⁾

(303) Gouvernement des juges 6-7.

(304) Gouvernement des juges 243.

年代以後の合衆国における経済的集中は、1914-8年以後のフランスの発展を予示する。すなわち「1880年代以来、徐々に合衆国では資本の以上の集中が産業の総帥や王者らの手中に発展し、そのコントロールを国中の取引に及ぼすにいたった。このことはわれわれのもとでは、戦時の産業化の影響下でのみ見られたものである。1890年以来、アメリカの立法および司法の現実の第一線にトラストの規律というこの問題が現れるのをみる。トラストはわれわれの世論の注目を商業コンソルシウムにひきつけ始めている。コンソルシウムについて、われわれの政府は戦争遂行という経済的必要性によって力を与え、ときにはその形成をうながした。1914-18年の嵐は、われわれの行政法という古い宮殿の権威の漆喰をボロボロにしながら、その明るみに出した無能かつ無責任な官僚制の枠組みをむき出しにした。廃墟にたたずむ壁の日々をとおして、人びとは復興の生き生きとした諸力が、…活発になるのを見た。この諸力はコルボラティブな諸団体である。すなわち、労働者と雇用主の組合、生産者と消費者の団体、技術者、公務員、知識人の団体がそれぞれあ

(305) Préface à Valeur lxiii-lxiv.

現在、リアリズム法学の本拠は、——かつて Simeon Baldwin (Gouvernement des juges 125, n. 1) らが事実上経営を引き受けて存続させた——イエール (およびジョンズホプキンス) とされる (Stevens 140-1)。だが、これ以前「機能的方向性 functional lines」にしたがって組織されたカリキュラムを引っさげて登場したのは、かつて T. Dwight のもとにあったコロンビアロースクールであった。コロンビア改革は、Leon Marshall の助手としてこれを身をもって経験した Robert Valeur (Lambert, Préface à Valeur xxxiii-xxxv) の上掲書によって描き出されているが、1928年「学部長選出をめぐる闘争 deanship fight」(J. H. Schlegel) とか「分裂 split」(William Twining) と呼ばれる事件によって挫折した。Stevens, Laura Kalman らの労作のほか、Jestaz & Jamin, La doctrine 278-9 参照。

H. Yntema, W. O. Douglas, H. Oliphant, U. Moore は辞任する。彼らを受け入れたジョンズホプキンスとイエールが法学教育のフロンティアとなる (Stevens 137-140)。

Nussbaum, Fact Research in Law, 40 Colum. L. Rev. 189, 199, n. 42 & 200 (1940) では、示唆的にも、「現実主義的 realistic」[社会学的 sociological]「機能的 functional」という形容詞が互換的に用いられている。コロンビアの法事実研究の代表例として、Nussbaum はなかでも Berle & Means の『現代資本主義と株式会社』(1932) を挙げている。Cit 199. この点については別稿で立ち入って検討する。Berle については、86頁(89頁) 注(270) 参照。

る。戦争によって引き起こされた社会的激変は、あらゆる既成事実を問題視しつつ、それまで連帯主義に無反応であり続けた大衆の、あるいは中産階級のもろもろの要素を職業団体の周囲に、——経済的破局に立ち向かうために——、集め始めた。国民的経済的組織の細胞として、個人にコルポラティブな団体が取って代わったことは明らかな事実となった。[彼らは] いくら恐る恐るとはいえ、労働者参加会社に関する1918年4月26日法、または労働協約に関する1919年3月26日法を考慮するにいたったのである。われわれ民法学者自身、経済生活のこの変容は、伝統的ドグマの一つ一つを揺るがし、その放棄または緩和を必然化するだろう、ということを垣間見はじめた。⁽³⁰⁶⁾」

Lambert によれば、「再建」期以後の合衆国の発展のうち、フランスに示唆を与えるのはトラスト形成ではなく、——1933年全国産業復興法⁽³⁰⁷⁾ (NIRA)

(306) このくだりは、本文の直後のくだりに現れる1920年の Morin 著と並行しているを受け止めることができる。Morin 著序文は Lambert の以上の一節と大体一致するからである。

Morin はいう。大戦前に民法の諸原則は社会の運動の諸帰結とはもはや調和していなかった。家庭生活と経済生活の変容は大戦後加速する。前者は女性の職業参加と人口減によって、後者は「孤立した個人が団体によって徐々に置き換えられたこと」によってである。Morin, *La révolte* iv-v, vi & xi-ii. 「われわれは、法典に対する諸事実の反抗にまさに立ち会っているのである。」*La révolte* v. 以上の置き換えは、まず何より「労働者、さらに雇用者のサンディカリズムの増大、職業のコルポラティブな組織、ついでトラストとカルテル、生産者のあいだのあらゆるアンタントの発展」である。サンディカリズムの発展は(対内的かつ対外的)主権の相対化に結びつく。「サンディカリズムは行政と公務員の世界にさえも浸透する。サンディカリズムは、国際関係を国際連盟とともに支配するにいたるまで、国家の形式を変更する。」「こういうことができる。日々われわれは協力と連邦主義の時代へと進んでいく。あらゆる法的規律から独立しつつ、事実の自発的展開のなかで、大革命に由来する社会秩序の終焉と新秩序の形成 [が実現しつつある]、と。」Morin, *La révolte* xii-iii. 労働者の企業利益への、および経営への参加については、*La révolte* 210 など。

(307) NIRA 第3条の code of fair competition を Lambert がどうとらえていたか、という問題についても、別稿にゆずる。cf. Lambert, *Sources du droit comparé ou super-national législation uniforme et jurisprudence comparative*, in Lambert, ed., *Recueil Gén y* t. 1, 505, n. 2 ; Lambert, *Quatre années* 482-5 ; B. D. Karl, *Constitution and Central Planning: The Third New Deal Revisited*, 1988 Sup. Ct. Rev. 163, 169-171.

1920年代事業者団体運動に対する連邦取引委員会の態度については、McCraw,

に頂点を見出す——周縁的中小企業の事業者団体運動 trade association movement のほうである。「彼らの一人、Gaston Morin は、勇敢な炯眼さをもった研究のなかで、最近、フランス民法の個人主義的伝統が習俗の自然的進化に逆らうのに無力であることを明らかにした。この習俗は、工業、商業の活動のすべての領域のなかで、法典によってただ一つ予見されていた諸個人間のもろもろの関係をコルボラティブな団体のあいだに成立しつつあるより上位の法的諸関係のコントロールのもとに置く傾向にある。／Gaston Morin がこの意味深長な題目、La révolte des faits contre le code [法典に対する諸事実の反抗——1920年刊]のもとに集め、およびフランス法律家のヴィジョンの範囲内に入ったばかりの、またはまさに入りつつある、すべての現象は、アメリカ判例にとってはすでに古い知己である。アメリカ判例は、用いられた武器の法律上の価値を長らく研究してきた。サンディカリズムを一般化し、これをすべての労働者に押し付けるための労働者のユニオンによってであれ、ユニオニズムと闘い、これに対して集团的雇用主の防衛措置を対置するための企業家らによってであれ、である。長いあいだ、アメリカ判例は[以下の]作用を跡づけ、規律してきた。その商品の流れを盛り立てるために生産者と卸売商によって、そして生活費の高値の人為的原因に対応するために消費者らの団体によって発明されたもろもろの法的用具[として]であれ、産業のソシエトとかアンタントといった、組織、ことに再編成、そして結合の新しい形式[として]⁽³⁰⁸⁾であれ、である。長いあいだ、アメリカ判例は

Prophets of Regulation 143-152 (1984) を参照 (NIRA については、p. 341, n. 1 参照)。
 (308) 「アメリカ法の第3の部分的統一の用具に関しては、大戦以来の[その出現]、しかも大戦によってもたらされた国民の一体性の意識の高揚の影響のもと、その出現をたやすく説明できる。すなわち、憲法改正[ママ]による立法である。連邦立法者は自らこれを形づくる労はとらなかった。[この方法は]州の立法実務…から借用された。州憲法の原則に矛盾するという口実のもとで、州立法部の社会立法を無効にしたり麻痺させたりするための——あまりに繰り返され、とりわけあまりに自制されることのなかった——地域の裁判所の介入は、徐々に頻繁に改革者らをして、これらの無効化の危険を払いのけさせるように仕向けた。その改革を憲法改正という機関によって裏づけることによってである。…とくに体系立ったその利用は、このようにしておこなわれた。すな

資本主義体制の変容の法律的な諸帰結を検討してきた。この諸帰結は合衆国においては、約40年にわたって並んでいる。そして、この帰結を、われわれのもとでは戦争が突然経済的の革命によって運んできたばかりなのである。この経済革命は、戦後のわれわれの経済組織から生まれ、または生まれつつある、法＝経済的諸問題の唯一のものではない。この社会組織についてはアメリカの経験は、25年間にわたって法的ドキュメンテーションのすでに豊かな素材を構成している。このドキュメンテーションは、もしより接近が容易にされれば、フランス法律家に対し、われわれのもとではほとんど手付かずのままの、または不十分にしか知られず、標柱も立てられてこなかった、法的⁽³⁰⁹⁾地平における固有の探究を追求するための貴重な出発点を与える。」

わち、この数年間、ノースダコタで A.C. Townley によって『農民同盟 *ligue des fermiers*』という名のもとに設立された農民民主主義の奇妙な組織によって、である。これについては、H. E. Gaston, *The Non-Partisan League*, New York, Harcourt, Brace et Howe, 1920 がつぎのための初めの努力、ついで戦争利得者に対する闘いを描き出している。この組織は直近の連邦選挙において将来の国民的政治の諸力のひとつであることが明らかになった。すなわち、公権力の介入によって銀行家や投機業者が『農民』からはねる上前を禁止し、仲介業者なしに生産者と消費者とを結びつける努力である。」
Les tendances 153.

Non-Partisan League は Taft 的保守主義にとって「唾棄すべき輩 *bête noir*」であった。R. Post, *Federalism in the Taft Court Era*, 51 *Duke L. J.* 1513, 1633, n. 409 (2002). 政治情勢は、設立の翌年1916年に、第1次大戦による愛国、反ドイツ移民のヒステリーによって変化した。保守系の団体 IVA による1921年10月の知事らのリコール——Lynn J. Frazer 知事、Lemke 法務総裁ら Industrial Commission の3人のメンバーは失職——、およびその4日後反戦活動の容疑による、ミネソタにおける Townley の訴追拘留(1922年1月釈放)のあと、League は分裂していく。1922年、Townley は会長を辞任する。League は1920年代勢いを失う。だが、1922年6月、Frazier 前知事は州の共和党予備選挙で IVA が擁立した候補を破り、上院議員となる(Lansing, *Insurgent Democracy* 245-6)。さらに、Sarah M. Vogel, *The Law of Hard Times : Debtor and Farmer Relief Actions of the 1933 North Dakota Legislative Session*, 60 *N.D.L. Rev.* 489 (1984) にみられるとおり、ニューディール期(ニューディールに対して League 関係者がとった——反集権主義的——態度について、Lansing, *Insurgent Democracy* 259-264)には息を吹き返し、1930年代末(一説によれば1940年代末)まで知事や上院議員を出しつづける程度には存続するのである。Nye, *Midwestern Progressive Politics : A Historical Study of Its Origins and Development, 1870-1950*, at 318 (1951).

(6) 以上強調してきたように、1919-21年ごろの Lambert は第 1 期から第 3 期への過渡期にあった。⁽³¹⁰⁾そして1921年に当時の法学部長 L. Jossierand、⁽³¹¹⁾リヨン市長 Edouard Herriot の支援のもと、Félix Balay らの寄付、⁽³¹²⁾そしてアメリカのロー・スクールによるロー・レビュー類の寄贈を受けて開設された⁽³¹³⁾のが、リヨン比較法研究所であった。比較法、いな比較判例が担う役割は、ラテン判例とアングロ・アメリカ判例を中核とする「国際連盟共通法」の構成である。「普遍主義の意味におけるもろもろの学問の方向づけによって、法学が法的不一致…の諸原因に対して反対するときにやってきたのではないか。…諸グループの2つの大きな jurisprudences が基本的方向においてすでに十分に姿を現しているのだから、この方向を今度は比較という体系的かつ持続的作業に服せしめ、こうして国際連盟共通法の…最初の輪郭を構成すべきではないか。」⁽³¹⁴⁾したがって、以下に見る、リヨン研究所の3作業室の構成は、ケース・メソッド *méthode de cas* に対する彼の *jurisprudence sociologique* の回答であるばかりではなかった。当時の Lambert の比較法に関する構想の反映でもあったのである。⁽³¹⁵⁾これが Petit が彼の比較法を「法源に関する省察の論理的補完物」と呼んだ理由である、と思われる。

リヨン研究所は、第 1 に Maurice Picard によって指揮されるフランス判

(309) Gouvernement des juges 244-8.

(310) Audren & Fillon 57-9.

(311) Gouvernement des juges 274, n. 1.

(312) Cit 264-5.

(313) Cit 272-3.

(314) L'enseignement 94 (1919).

比較法研究所の(当初の)目的については異なる説もある。リヨン大学は大戦末期アメリカ兵の重要な割り当て部分を受け入れていた。彼らに対して召集解除と帰国までのあいだ、教育を施す必要があった。そこで研究所は、フランスの同盟国、イギリスと合衆国の法システムの研究に従事し、フランス判例とアングロ・サクソン判例の接近を企てた、というのである。Audren & Fillon 57.

(315) Rockefeller については、Audren & Fillon 59, n 110. カーネギーとロックフェラーについては、拙稿「エドゥアール・ランベール(1)」『国学院法学』51巻4号132頁(345頁)注15(2014)参照。

例作業室、第 2 に Lambert によって指揮されるアングロ・アメリカ判例作業室、そして第 3 に、Etienne Antonelli⁽³¹⁶⁾ によって指揮される社会諸科学作業室からなっていた。Lambert は説明する。「われわれの三重の作業室のなかで、学生は、法的アクチュアリティをもつ同じ問題を順に、[まず] Antonelli 氏とともに経済的、社会的側面のもとに検討し、[ついで] Picard 氏とともに、フランス判例においてこれらの問題が受け取った展開において検討し、そして、[第 3 に] 私とともに、外国判例を通じて、さしあたりアングロ・サクソン判例を通じて検討する⁽³¹⁷⁾。」

ここで企てられているのはハーバード的なケース・メソッドである。「私に関するかぎり、私はこの共同作業室で、ある法学教育方法の経験を試みたい。この方法の価値を私は信じ、この方法は長いあいだ合衆国において真価を発揮してきた。これがケース・メソッドである。この方法は、実務によって形成された法則そのもの、いいかえれば取引当事者らの研究に関する教育の法則そのものを模倣しようとする。ケース・メソッドは、学生を法的諸問題——具体的事案をつうじ裁判官に提出される“cas de lois”の形式のもとで裁判所の前に提示されるような問題——に直面させる。ケース・メソッドは教授の控えめな指導のもとで、学生に、それぞれの“cas”のなかに作用する諸原則と判例によって紛争においてこれらの原則に対して与えられた解決[原文では、conciliation]の存在理由とを引き出すように訓練する。この方法は、学生が学校を出ると果たさなければならない必要性に直接に準備するように、必要性が彼に提示される形式——相談また判決の要求への回答とい

(316) 1919-24年リヨン大学法学部経済学史教授 (Frobert, *L'économie politique* d'Etienne Antonelli (1879-1971), *Revue économique*, t. 48, 1997, at 1533)。しばらく代議士を務めたあと学界にもどり、1934年からモンペリエ大学法学部教授 (p. 1534)。「法学者こそは、現代において、いくつかの段階に分けて制度の概念を形成した」(*Mélanges Paul Roubier* 8) (p. 1539)。

この間、1925年イリノイ大学に赴任するまで比較社会経済作業室室長は Max J. Wasserman が務めた。Lambert, *Préface à Wasserman, L'œuvre de la Federal Trade Commission* xvii.

(317) Lambert, *L'Institut* 18.

う形式——のもとで準備するように努める。たしかに法の一般原則は講義という学者的教育におけるのと同じのスピードと同一の論理的調和とともに学生に明らかになるわけではない。学生こそがケースの比較から一つ一つこれら原則を引き出すのである。しかし、これら原則を発見するために費やされる努力によって、学生は、その精神のなかにより深くこれらの原則を刻み付け、その射程とニュアンスとに関するより正当な感情をもつようになる。⁽³¹⁸⁾

Lambert は以上の Langdell 主義に対して警戒的である。「判例実証主義」(Jamin) の危険はコモン・ローのほうでより大きいからである。⁽³¹⁹⁾「この方法は、あまりに狭量な職業的精神のなかで扱われるとき、たしかに学校の教育をつうじ、実務家らの以下の——すでにあまりに展開させられてきた——傾向を強める危険を冒している。すなわち、彼らのあらゆる技術を裁判上の先例追求のなかに封じ込める傾向、裁判される事例の制限のない権威への盲目的信仰によってあざむかれるにまかせる傾向、そして、法の柔軟化および適応のもろもろの運動を観察し理解するのにあまり適していない存在に自らなってしまう傾向、である。」⁽³²⁰⁾

ケース・メソッドはほかならぬハーバードで批判にさらされた。Lambert は続ける。「しかし、この危険を払いのける効率的な努力がこの数年来この方法の草分けであった名誉の帰するある学校——ハーバード——の師らによってなされてきた。彼らの弟子たちが毎月 Harvard Law Review 中に公開する興味深い判決注釈は、外観を一変させた。ケース・メソッドはもはやこれまでのように当該判決のこれに先立つ判決との批判的対照にはとどまらない。この技術的研究は、人々が利益衡量と呼び、ある意味で主題の経済的探求を形づくる予備的操作の手順である。この操作は、ハーバードの師らによって発明されたわけではなく、長いあいだ裁判所にとってよく知られたものであった。利益衡量とは、適用された法や政治経済の人目を引く論考

(318) L'Institut 18-9.

(319) Préface à Valeur cii-civ.

(320) L'Institut 19.

dissertations の内容と精神とを定義するのに適した唯一の表現である。この論考は、合衆国連邦最高裁判所の成員によって、または上院とか控訴院の偉大なイギリス判事によって、——われわれが一緒になって研究する——有名な事件のなかで述べられた『意見 opinion』⁽³²¹⁾ である。」

以上によって知られるとおり、ケース・メソッド *méthode du cas* は、すでにこの当時、意識的に利益衡量、厳密に言えば「経済的探求」を形づくる利益衡量と結びつけられている。⁽³²²⁾ Lambert はいう。「判例が学説のもろもろの構成の冷酷な命令をもたないのは、いたるところ、裁判所が——多かれ少なかれ明示的に——「まず」個別利益間の、ついで公秩序の諸利益間の、そして最後に、[労使など] 2つの群の利益間の衡量という複雑な作業に没頭するからである。／以上はあなた方にどういうふうに私があなた方とともに *méthode du cas* を実践しようとしているかを示すはずである。⁽³²³⁾」

ここで Lambert は具体的な出典までは明らかにしない。だが、われわれは⁽³²⁴⁾ なかでも Holmes と—— R. Demogue や P. Heck を原文で読んだ——

(321) L'Institut 19-20. 利益衡量については、別稿で論じる。cf. Lambert, L'Institut 20-1.

(322) 1933年に Lambert はこう述べる。私が考察しようとする法の新しいもろもろの方向づけのうち、もっとも強い印象を与えるものは、4つである。「その第1は、経済的レベルの諸ファクターが…占める優位である。裁判官は自ら——そして徐々にしばしば法律によって委託を受け——事件の経済的なもろもろの所与を考慮するにいたっている。この事件を裁判官らは解決しなければならず、自らを、要求された解決へと導くもろもろの作用のなかに包摂しなければならない。いいかえれば問題となっている諸利益の法的衡量である。／裁判上の衡量の存在は、われわれの時代の発見ではない。正義[の女神]はつねにその手中にはかりをもちつつ代表されている。異なる点は衡量のはかり皿におかれるべきものを把握する仕方である。人々は長いあいだ、唯一の分銅である権威と伝統、法律テキスト、そして裁判上の先例が、ひとつか他の方向かどちらかに[だけ] 天秤棒を傾げるべきである、と考えてきた。公平にかなった結論を得るためには、しばしば、裁判上の衡量のなかに事案の経済的探求によって得られたより微妙な諸要素を入れる必要がある、ということを徐々に理解した。ここから、19世紀末の法学文献において、一連の『利益法学』に有利な訴えが現れたのである。ここには、なお、法哲学的見解しかなかった。利益の衡量は裁判上の承認、ついで法律上の承認を受けることによって、実定法のなかに有効に浸透したのである。」 *Les orientations nouvelles du droit*, *Pravnik* 1933, at 617-8. 第2点から第4点省略。

(323) L'Institut 21.

(325)
Pound (そしてその指導下にかくれた多数のローレビュアー・ノート) にその
(326)
淵源を求めたい。

以下3点を加え、第3期、内容上は行政実務とコルポラティフ法 *droits corporatifs* をそれぞれ扱う別稿との橋渡しとしたい。

第1に、以上のような *méthode du cas* では引き出すことができない法源を彼は第3期にはっきりと見出すことになる。再三示唆したとおり、行政実務とコルポラティフ法 *droits corporatifs* である。これらの発見に Lambert を突き動かしたのは、Lambert 自身の主張によれば Gény の「賢明な忠告」⁽³²⁷⁾

(324) *Hudson County Water v. McCarter* 209 U.S. 349, 355 (1909).

(325) *Id.*, *A Survey of Social Interests*, 57 Harv. L. Rev. 1, 4 (1943). 拙稿「ランベールの比較法(1)」『国学院法学』51巻4号144-5頁(333-332頁)注(34).

(326) 多数の文献がある。だが、ここでは、T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Ages of Balancing*, 96 Yale L. J. 943 (1987) のほか、Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 Int'l J. Const. L. 263, 276-283 (2010) だけを挙げるにとどめたい。

この系譜は、古典的正統信仰批判がおもに私法の企てであったドイツ、フランスと対照的に、合衆国ではむしろ憲法学で普及した。「合衆国ではこの批判は、権利章典における『契約の自由』の保障と最高裁によるその解釈を通じて急速に憲法上の重要性を与えられた」からである (J. Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse* 53 (2013))。2つが語られる (Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *cit.*)。第1は革新主義期の修正第14条 (Harlan F. Stone, *The Common Law in the United States*, 50 Harv. L. Rev. 4, 23-24 (1936))、第2はマッカーシー時代の修正1条 (*Denis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951) (Frankfurter)) についてである。これらの条文は Pound の意味におけるルールではなくスタンダードである。とりわけプログレッシブの衡量理論はこうであった。第1に権利は利益と等置され、他の利益と衡量される。絶対的ではない。第2に、プログレッシブが信じたところによれば、衡量は立法権にゆずられるべきである (司法消極主義 *judicial self-restraint*)。

(327) Gény 自身は *Méthode* 2e ed., 1919, II (no. 168) で述べている。自由探求のもろもろの要素として、第1に社会学が、第2に一般哲学、心理学、倫理学、合理的公法、政治経済学が、第3に、解釈にとって必要かつ有益な諸原則を示唆する諸学が挙げられる。ここには、統計学、比較立法と比較判例や現代法の詳細な研究が含まれる。この研究は、「公証人または私人による *pratique extra-judiciaire*」や「判決」——命令やレフェレ、調停、仲裁、労働審判、行政実務を含む——を対象とする。*Méthode* II, 136-142 (no. 168).

である。「私の世代のフランス法学者なら、日々よりはっきりと判例の高い法的意義を理解していった。私は彼らは判例を過大評価し始めた、と思う。この過大評価のなかにもっとも深く立ち入った人々のうちに私はいた、ということを確認よう。私の初期の作品、『第三者のための契約 *Le contrat en faveur de tiers*』(1893年)、『相続権の剥奪 *L'exheredation*』(1895年)、『比較民法機能論 *La fonction du droit civil comparé*』(1903年)は、判例とその創造力へと熱狂的に歌われた賛歌であった。／この熱狂が当時 Géný の賢明な忠告に耳を傾けることを私に妨げたのである。Géný はわれわれが法の表面しか見ず、われわれの水平を法の判例による適用に限定しつつ実生活のなかに浸透しない危険に私がさらされていることを注意していた。…研究が示したのは、…最初の予期に反し、コルポラティブ法 *les droits corporatifs* は現在立法法や判例法の付属品でもなく、延長でもなく、根本でもない、ということ、コルポラティブ法は独立の法の一体を形づくり、その成員の利用のためにコルポラティブな団体によって打ち立てられ、法律家によって打ち立てられたもろもろの法と敵対するにいたっている、ということ…である。」⁽³²⁸⁾

第 2 に、行政実務について言えば、Saleilles (刑罰の個別化)、Géný (民法⁽³²⁹⁾の個別化)⁽³³⁰⁾——ブリュッセルの G. Cornil による媒介——および Pound (スタ

Géný の *pratique extra-judiciaire* に対する態度は、Lambert の場合と異なって両義的であるように思われる。2 点が挙げられる。

第 1 に、これら諸学は、実定法の形成において客観的支点を与える科学的所与である。判例活動、すなわち人間意思——社会的共通核——の純粋な解釈は、「法律家に対して客観的に道徳および政治諸科学の助けによってしか明らかにならない。」⁽³²⁹⁾ といえ、「そのそれぞれは、…法律解釈の補助的科学」にとどまる。

第 2 に、この「自由探求において必要であるこの方法は広く科学的であるが、形式法源の純粋な解釈に跳ね返ってこざるをえない。以上述べたように、形式法源解釈(人間意思の解釈)の一般原則は、それだけでは、生活のあらゆる要求を満たすのに十分ではない。立法者意思を正確な目的を超えることなく豊かにするためには、解釈者は、事物の本性の示唆を無視してはならない。ここに法律そのものが由来するからである。ここでも、生活の目的を明らかにすると同時にこれを達する手段を示唆する諸科学のなかにその重要な補助がある。」*Méthode* II, 144 (no. 168)。

(328) Préface à *Valeur* xli-xliii.

ンダード)がLambertによるスタンダード受容の背景にある。⁽³³¹⁾Lambertは述べている。「もちろん、事例判決にいたるこの傾向の展開は、法技術上のもろもろの所与が司法の実務的取り扱いにおいて命じ条件づける社会的、経済的なもろもろの所与の増大しつつある重要性に由来する。この傾向はある現象の経験的かつ本能的形式にすぎない。この現象は、より意識的かつより科学的な仕方では、行政法と私法のより新しくより生き生きとした諸章のなかに、柔軟な基準 directives が硬直的かつ自動的なルールと衝突することによって現れる。この基準をハーバードの現学部長 Roscoe Pound は、スタンダードの名のもとにグループ分けし、あれほど明瞭に描き出した。スタンダードのローマ法上のモデルと水準とは、良家父の行為態様のように、最初の萌芽を表している。世論の抗いがたい圧力のもとに、スタンダードはわれわれのもとでは法規範のニュアンスを付け、柔軟化し、または Georges Cornil の定式を繰り返すならば、個別化をする作業がおこなわれる。この法規範は、恣意に墮落しないためには、徐々にこれを扱う任務を負う者のもとにお

(329) Méthode 2e ed., 1919, I, p. 213 (no. 85).「ところで、あまりにしばしば無視されてきたある考慮にここで言及しなければならない。完全かつ無欠缺であることを前提としつつ、法律は、自らのみでは直接に、法生活の大変具体的な必要性を満足させる性質をもつ命令をすべてもたらすことはできない。これほど複雑、これほど多様、これほどとらえがたいこれらの必要性和法律テキストの硬直的な定式とのあいだには、媒介項が必要である。この媒介項は、この定式をそれが書かれたもろもろの状況に適應することができる。この媒介項は、まさに法の解釈者であり、ことに具体的訴訟においては裁判官である。だから、法律はもはや現実かつ終局的に制定されるべきことに対する、単なる発議にすぎない、ということができる。いいかえれば、立法者はしばしば与えられた法的枠組みの一般的基本線を決定することしかできず、事案の詳細にしたがってこれを満たす世話は法適用にゆだねるべきである、ということができる。われわれの時代における立法行為の極端な展開のなかで、人々は日々よりよく上記の真実を再認識し、もっとも最近の立法の諸傾向はこの種の私権の裁判による個別化 cette sorte d'individualisation judiciaire des droits privés に有利であることを示している。この点において、あらゆる進化が予示するのと同じように、この運動は法的解決の形式的生成的な力の重心を移す傾向にあることを示すことができる。」

(330) リヨン研究所の忠実な協力者—— Audren & Fillon 58-9.

(331) Gouvernement des juges 196-219.

いて、法的現実の感覚を要求する。この感覚は、学校においてはケースの訓練という水路を通じてしか培うことはできない。」⁽³³²⁾ 以上の一節に現れる「個別化」は、——『裁判官統治』⁽³³³⁾ によれば——、Saleilles の「刑罰の個別化」⁽³³⁴⁾ への運動に匹敵する。

第 3 に、コルポラティブ法。Lambert はつぎのように述べている。⁽³³⁵⁾ 「一般判例へのコルポラティブ法という、より現代的かつより科学的な方法の浸透へのこうした欲求は、労働法 [ママ——「商事コルポラティブ法」] のミスブ⁽³³⁶⁾

(332) Lambert, *Le rôle français d'un recueil de cas juridiques choisis*, RIE 1924, at 340.

(333) *Gouvernement des juges* 204.

(334) *Gouvernement des juges* 204. cf. Pound, *Preface to Saleilles, Individualization of Punishment* (1911) ; id., *Individualization of Justice*, 7 *Fordham L. Rev.* 153 (1938).

(335) ほぼ同時期に F. Glum や Ernst Rabel らの手によってドイツでも比較法研究所が設立されつつあった。ドイツにおける比較法研究所——とくにベルリンの Rabel の外国私法・国際私法研究所——と少なくともリヨンにおけるそれとの目的と方法（たとえば Rabel が講演中で紹介する Rabel 宛 Lambert 書簡——別稿）は大きく異なっていた。対照的とさえいえた。Rabel の研究所は 2 つの事業を遂行した。第 1 に、戦後の民間紛争の処理。第 2 はユニドロワとの共同事業、統一動産売買法の起草である。後者は 1964 年ハーグ統一売買法に結実する。

しかるにフランスの場合はどうだったか。第 1 次大戦後、ドイツの地位低下とアメリカによる援助等はフランス法学をドイツから引き離し、合衆国に引き寄せた。Lambert の言葉によると、こうである。フランス科学は、アングロ・アメリカ科学との緊密な関係を打ち立てることによって、従来のドイツ科学との関係の影響のカウンターバランスをとるべきである。フランスとアングロ・アメリカの知的親和性は、法の擁護のために連合しつつ、「国際連盟の中核」(*L'enseignement* 8-10 (1919)) をも形づくる、と。

Lambert がめざした方向は、Lambert 自身が認めるとおり、ドイツでは A. Nussbaum によって代表されると思われる。H. Grossmann-Doerth の 1930 年の研究を紹介しながら、本文の Lambert と類似した議論を展開するのは、Nussbaum, *Fact Research in Law*, 40 *Colum. L. Rev.* 203-5 (1940) である。Ishizaki への言及は、cit 205, n. 63。ここに、Nussbaum と Lambert の方向性の違いがよく現れている。

拙稿「エドゥアール・ランベール(1)」『国学院法学』51 卷 4 号 159 頁 (318 頁) 注 88 (2014) 参照。Lambert が 1926 年の創刊以来国際労働局の *Recueil international de jurisprudence du travail* に関与したのに対し、Nussbaum はアメリカ仲裁協会と提携しつつ、同じく 1926 年以来 *Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen* の編集にあたっていた。

(336) *Préface à Masaichiro Ishizaki, Le droit corporatif international de la vente de Soie* 1928, at xxxii. リヨン比較法叢書 18-20 巻。

リと思われる] に関してのほうが商事のコルポラティブ法 [ママ——「労働法」のミスプリと思われる] に関するよりも、よりたやすく実現可能である。なぜなら、前者 [労働法] の希望を表現する機関による裁判は、われわれの労働審判官と同じように、一般法上の裁判所のコントロールのもとで作業する。これに対して仲裁の制度は第2のもの [商事コルポラティブ法] を適用し、発展させるが、これは裁判所による監視をまねがれるように組織されるからである。／裁判官によって作られる商法と商人によって作られる商法とのあいだに接触が確立されることが望ましい。そして、この接触の回復の第1の、もっとも緊急の条件とは、法律家がコルポラティブ法の歩みを立法法または裁判法の歩みに対するのと同じ共感をもって研究することである。」

冒頭に触れたように、Jestaz & Jamin は Gény の役割を Holmes と Pound に割り当てる。Pound に対するリアリストの位置は、Gény に対する R. Demogue によって占められている。しかるに、『Gény 論集』を編集した Lambert はどうか。行政法源とコルポラティブ法をもっとも徹底的に展開したのはおそらく合衆国のリアリストであろう、と思われる。すでに言及したとおり、これらの法源の問題は別稿で扱う。Lambert の位置は、これとともに、より明らかになるように思われる。

(337) 注16参照。