

ロックナー期憲法判例における 「残余としての自由」

清 水 潤*

- I 問の設定
- II ロックナー修正主義の概説
- III ギルマン
- IV フイス
- V バーンステイン
- VI ロックナー法理論とは何か
- VII ロックナー法理論における自由の欠如

I 問の設定

1 残余としての自由

「憲法とは統治権力である公権力を拘束する法であり、憲法によって公権力を拘束しなければならないとする思想を立憲主義という¹⁾」ことについては、今日争いはないだろう。では、このような意味での立憲主義を担保する方法は何か。権力を拘束するために、憲法論はいかにあるべきなのか。そのひとつとして、正当な国家行為の範囲を、その国家行為の理由ないしは性質に着目して絞り込み、それによって自由を保護するという方法が考えられよう。

例えば、井上達夫のリベラリズム論がある。井上は、リベラリズムは自由の哲学ではなく、公共性の哲学であるとする。井上によれば、公共性とは、政治的決定が、ある一定の個人や集団にのみ受け入れられるような理由ではなく、万人にとって受け入れ可能な理由に基づいていることを意味する²⁾。そして、「善き生」の特殊構想から独立した、自己と他者の視点を反転させたとしてもなお受容しう

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第10巻第1号2011年3月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) 蟻川 [2005] p. 74.

2) 井上 [2006] p. 11.

べき理由こそ、政治的決定の基礎たる公共的理由となりうるとする³⁾。井上のリベラリズムは、自由それ自体を擁護することにその関心を持たない。政治的決定の理由の公共性の担保こそ、その理論的目標となっている。

あるいは、長谷部恭男は、国家が私人よりもすぐれた知識を有している場合、調整問題を解決できる場合、公共財を提供している場合に限り、私人は国家制定法に従う義務があるとする。長谷部によれば、これらの機能を果たすことが国家の存在意義だからである⁴⁾。

これらの諸理論は、専ら国家行為の理由や性質の統制を図ることで権力の統制を図ろうとしていると評価できよう。そこでは、自由という理念は理論的にはレレバントな地位を占めていない。正当な国家行為の範囲を絞ることで、反射的に自由は保護されている。その意味で、国家行為の理由や性質の統制を以て権力の統制を図る理論は、不当な国家行為が及び得ない領域に私人の自由が残されているという自由論を採用していると言える。ここでは、そのような自由論を、残余としての自由論と呼ぶことにしたい。

2 自由の価値の実質的探求

一方、国家行為の理由や性質ではなく、あくまでも保障されるべき自由の側に焦点を当てることで、権力を統制しようとする方法も、我々にとって馴染み深いものである。例えば毛利透は、表現の自由を擁護するにあたって、ハーバーマスやアレントを引きながら、自由な発言によって構成される公共圏から生じる間主観的な理性の力にこそ、民主政の正統性が賭けられているとする。公共圏における私人の発言は、それ自体では世界を動かす力を持たず、無力である。しかしそれが他人を強制する権力性・暴力性を帯びていない言論であるが故に、表現の自由は手厚く保障される。そしてこのように手厚く保障された言論の自由によって世界は変わりうるというある種のフィクションが、民主政の正統性を支えているとする⁵⁾。

3) 井上 [1999] p. 12, 井上 [2006] p. 22.

4) 長谷部 [2006] pp. 69-76.

5) 毛利 [2007]

ここで注目すべきは、精神的自由は一度侵害されると民主政によって回復できないが故に司法によって厳格に保護されるというような、統治機構上の機能配分によって、表現の自由の地位が説かれているわけではないことである。毛利は表現の自由がそれ自体としていかなる価値を有しているかを実体的に解明しようとする。そして、民主政の正統性の根源を為すという実体的価値から、その自由が司法審査において占めるべき地位の解明を試みる。毛利の議論を特徴づけるのは、自由それ自体の実質的価値の探求である。

3 問の設定

上のような、立憲主義を担保する二つの方法を我々は理論的には区別して考えることができる。正当な国家行為の範囲をその理由や性質に着目して絞り込み、それによって自由を保護しようとする残余としての自由論は、権力の統制をあくまで国家行為に限定をかけることで行おうとする。それに対し、自由の実質的価値を探り当てようとする自由論は、権力の統制をあくまで保護されるべき自由の確保によって行おうとするだろう。

本稿では、残余としての自由論が憲法論にとって適切な自由概念なのか、権力を拘束するにあたって十分に有用な概念となりうるのかという問を考察する。それは、国家行為の理由や性質を統制することで自由を残余的に保護するという方法論は、権力を統制する確かに一つの方法ではあるが、自由そのものの価値の実質的探求を欠いているという点に由来する限界もまた有していると思われるからである。本稿では、このような問題意識から出発し、残余としての自由論の内在的限界を見極めることを目的とする。

4 方法

上記問を考察するための方法として、本稿では *Lochner v. New York*⁶⁾ に代表される、19世紀後半から20世紀前半（いわゆるロックナー期）のアメリカの憲法判例の検討を行う。それは以下のような理由に基づく。

6) 198 U.S. 45 (1905)

ロックナー期の憲法判例は、労働法を違憲としたことに端的に表れている通り、リバタリアン的な、自由尊重的な政治哲学に立脚している。それと同時に、本稿で検討するように、ロックナー期の憲法判例は、残余としての自由概念を採用していたと考えられる。残余としての自由という自由概念に依拠しつつ、膨大な事案を処理していたロックナー期の判例は、残余としての自由概念の理論的検討を行うのには最適の素材である。確かに残余としての自由概念はロックナー期の憲法判例の専売特許ではない。しかし、同時期の判例は、残余としての自由概念が持つ理論的問題点を非常に鮮明に表明していたことが、本稿の検討で明らかになると考える。

そのためにはロックナー法理論とは何であり、何でなかったのかを明らかにしなければ議論を始めることはできない。それにあたって、現在のアメリカ憲法学の最新の見解である、ロックナー修正主義ないしは単に修正主義と呼ばれる諸学説を紹介することから議論を始める⁷⁾。その理由は2つある。第一に、現在のアメリカ憲法学においては、修正主義によるLochner判決の再解釈・再評価が極めて活発に行われており、もはやこのような理論動向を無視してLochner判決を語ることができない。第二に、有力な修正主義の論者は、ロックナー期の憲法判例を残余としての自由という観点から読み解いているのであり、本稿の問題関心にとって修正主義の文献の参照は有意義である。

しかし、それは修正主義の見解を鵜呑みにするということではなく、修正主義を批判的に検討した上で、さらに新たな知見を付け加えることを目指す。その際、ロックナー法理論は、残余としての自由概念を採用していたがゆえに、自由の過剰なあるいは不合理な制約を許したという点に重点を当てて読み解くことにしたい。つまり、ロックナー期の憲法判例を、その表見的な印象に反して、自由を尊重するという態度が欠如していたという視点から分析する。このような視座からのロックナー期の判例の分析は、内外の先行研究には見られないものである。

ここで、内外の先行研究との関係を詳述しておく。我が国におけるロックナー

7) ロックナー修正主義についての邦語文献として、常本[1997]、飯田[2000]、中川[2009]

期の判例の研究としては、古典的なものとしては、田中英夫⁸⁾、高原賢治⁹⁾、浦部法穂¹⁰⁾らによるものがある。しかし、これらの研究は、修正主義の成果を反映したものとはいえず、ロックナー期の判例は「契約の自由」という資本家の権利を厚く保護するものであるという従来の理解を超えるものではない。また、比較的最近の研究としては、常本照樹による業績¹¹⁾がある。これはロックナー期の判例をクラス立法禁止の見地から読み解いている点で、修正主義の見解を先取りしていた面もある優れた論文であるが、なおロックナー期の判例の採用していた自由論に肉薄するものではない。

これに対し、アメリカにおける修正主義の諸理論は、ロックナー期の判例を、その採用する自由論や国家論のレベルにまで遡って論じている点で、我が国の研究よりも深い分析を行っている。また、修正主義の一部は、本稿と同様に残余としての自由論という見地からロックナー期の判例を読み解いている。しかしながら、そのような自由論そのものが持つ内在的限界を検討し、ロックナー法理論の自由抑圧的な側面に光を当てた研究は管見の限り存在しない。その意味で、本稿の研究はロックナー期の憲法判例研究に新たな知見を加えるものでもある。

なお、本稿でいう「ロックナー法理論」とは、合衆国憲法修正14条のデュー・プロセス条項の下で自由権制約の合憲性を扱った、ロックナー期における連邦最高裁の判例法理を指すが、その定義につき、より正確な説明を加えておきたい。まずは時期の問題である。最も具体的には、ロックナー期は、契約の自由を理由として違憲判決を下した1897年の *Allgeyer v. Louisiana*¹²⁾ に始まり、最低賃金法を合憲として労働者の保護を正面から認めた1937年の *West Coast Hotel v. Parrish*¹³⁾ を以って終了したとの見解がある¹⁴⁾。あるいは、1877年の *Munn v. Illinois*¹⁵⁾ や、1887年の *Mugler v. Kansas*¹⁶⁾ を、ロックナー期の前触れとして紹介する見解もあ

8) 田中 [1987]

9) 高原 [1961]

10) 浦部 [1972]

11) 常本 [1984]

12) 165 U.S. 578 (1897)

13) 300 U.S. 379 (1937)

14) Bernstein [2003b] p. 10.

15) 94 U.S. 113 (1877)

る¹⁷⁾。また、1890年から1940年を以てロックナー期とする見解¹⁸⁾、1880年代からとする見解¹⁹⁾などがある。本稿では、1880年代から経済的自由の規制立法の合憲性についての判決が多数現れること、1880年代から1937年のWest Coast Hotel判決までその判例法理は一貫したものであったと解釈することから、1880年代から1937年をロックナー期としたい。

この約半世紀に渡り、判例法理に一切の変化がなかったわけではない。例えば、1880年代などの早い時期には区別の合理性という観点からの審査に重きが置かれていたのに対し、時代が進むにつれ立法目的の公共性の審査に重点が移ったと考えられる²⁰⁾。しかし、その基本的な哲学及び法理論の骨格においては、ロックナー期を通じて共通の部分がかったという認識を本稿はギルマンやホーウィッツらの修正主義と共有し²¹⁾、そのような観点から分析を行いたい。

また、連邦最高裁の内部において見解の対立がなかったか問題となるが、ホームズなど一部の革新的判事を除き、最高裁がほぼ一致して同様の法理論を採用しており、意見の対立は法理論そのものの相違にではなく、その具体的適用をめぐる相違に由来するものだったとの立場から検討を加える。このような立場は修正主義の見解を踏まえたものであり²²⁾、また、最高裁が一貫して残余としての自由概念に基づく法理論を展開していたとの分析は十分に成立しうるものだからである²³⁾。

論述は以下のように進められる。まず、ロックナー修正主義を概観し、修正主義の議論を紹介する端緒とする（Ⅱ）。次に、代表的な修正主義者であるギルマ

16) 123 U.S. 623 (1887)

17) 米沢 [1983] pp. 5-6, 松井 [2008] p. 281.

18) Siegel [1984] p. 187.

19) 明確には述べていないが、田中 [1987] p. 150, Gillman [1993] p. 199はこのような解釈を支持する。

20) 本稿Ⅵ-1 参照。

21) Horwitz [1992] (ホーウィッツ [1996]), Gillman [1993]

22) Bernstein [2003b] p. 10, n. 28は、ブランダイス、カードーンズ、ホームズ、ストーン以外の全ての判事はLochner判決に象徴される法理論にコミットしていたとする。また、Gillman [1993] pp. 129-131, Fiss [1993] pp. 160-161, p. 179は、Lochner判決において、ホームズを除く全ての裁判官は、ボリス・パワーの正当な範囲および司法審査の方法について同一の法理論を採用していたが、その適用において争いがあったとする。一方、ホームズはロックナー法理論を採用しておらず、全く異なる法理論の立場から反対意見を書いたとされる。

ン、フィス、バーンステインの先行研究を紹介する(Ⅲ～Ⅴ)。これを踏まえ、Ⅵではロックナー期の憲法判例の実像を判決に直接当たることでも明らかにする。Ⅶでは以上の議論を前提に、ロックナー期の憲法判例が自由の保障にとって十分なものではなかったことをその原理的根拠にまでさかのぼって議論する。議論の中心は、内外の先行研究とは異なった視座からの議論が展開され、また残余としての自由の問題点を主題的に論じるⅦに置かれる。

Ⅱ ロックナー修正主義の概説

Lochner v. New Yorkは、言うまでもなく、パン製造業労働者の労働時間を規制する州法が違憲とされた判決である。このLochner判決は、アメリカ憲法史上、奴隷制度に憲法上の支持を与えることとなったDred Scott v. Sanford²⁴⁾と並んで悪しき司法積極主義の判決と評価されることが多い²⁵⁾。従来通説的見解は、Lochner判決を次のように評価する²⁶⁾。ロックナー期の最高裁判事たちは、社会ダーウィニズムの影響を受けており、彼らの信奉するレッセ・フェール政策を議会に押し付けようとした。彼らは階級的偏見を持っており、大企業に好意的である一方、労働者に冷淡だった。適者生存を信奉する彼らにとって、そのような帰結は何ら問題とするところではなかった。一旦、契約の自由が憲法上の権利とし

23) 本稿Ⅵ及びⅦ参照。勿論、時期による相違や、判事ごとによる意見の相違等の要素を強調してロックナー期の判例を読むことも可能な読み方の一つであり、例えば田中[1987]はそのような視座から分析を行っている。しかし、本稿の問題関心から重要なのは、ロックナー期の判例法理が採用していた自由概念の内在的限界であり、かかる視座からして、ロックナー期の判例法理を統一的に解釈することも十分可能な読み方である。Brown[2005] pp. 583-584が指摘するように、判例を読むという作業は、解釈に先立って唯一存在する正解を求めるという性質のものではない。

24) 19 How. (60 U.S.) 393 (1857)

25) 例えば、Dworkin[1986] p. 374.(訳571頁)、Wiecek[1988] p. 123、井上[2003] p. 36。

26) Lerner[1933] pp. 671-672, Paul[1960] ch. 10, Kelly=Harbison[1970] ch. 19, 田中[1980] pp. 293-308, Miller[1983] p. 647, Wiecek[1988] ch. 5, 阪口[1991] p. 41, 宮川[1996], 松井[2008] p. 281。特に、Lochner判決を「自由放任主義の経済理論を、憲法解釈に具現させた実体的デュー・プロセス論で有名」とする宮川[1996] p. 75は、従来見解を端的にまとめたものと言える。実体的デュー・プロセスという概念がニュー・ディールを正当化するために捏造されたものであることについて、Horwitz[1992] p. 158.(訳201-202頁)。また、実体的デュー・プロセスという言葉はロックナー期には誰にも使われていなかったことについて、Phillips[1996] pp. 430-431, n. 138, Bernstein[2003b] p. 2, n. 3。

て確立されると、社会ダーウィニズムやレッセ・フェール主義に傾倒していない判事でさえ、形式的に先例に追従し、社会状況の変化や革新的立法の必要性を無視してきた。ホームズやブランドイスといった一部の先進的な判事のみが、この司法権の濫用に対して抵抗していた。また、民主的責任を負わない判事たちが、自らの選好に依拠して、明文規定がないにもかかわらず、実体的デュー・プロセスの名の下に契約の自由という憲法上の権利を勝手に創設した。

しかし、こうしたある種戯画化されたとも言いうるロックナー法理論の理解は、当時下された多くの判決を説明することができないのであり、判例法理を歪曲していると考える説が今日のアメリカ憲法学界では広く受け入れられている²⁷⁾。ここ数十年で、憲法史はより洗練されたものとなっているのである。ロックナー修正主義あるいは単に修正主義と呼ばれる一連の理論潮流は、最広義では、判例の内在的分析・検討を通して、伝統的な判例理解の誤りを是正し、ロックナー期の判例について新たな説明を提供するものということができる。このような修正主義の理論潮流は、1960年代後期から徐々に現れ²⁸⁾、1980年代には既にひとつの大きな流れとなっていた²⁹⁾。そして1990年代に至っては、修正主義に対する反批判の文献が登場するほど、従来の通説を批判する文献が量産されるようになった³⁰⁾。

このように、「通説批判」として広義に修正主義を把握した場合、その理論は決して一枚岩ではなく、実に多様な理論が修正主義の下に一括されることになる。では、修正主義と言っても、そこにおいてはどのような再解釈がなされ、ど

27) Bernstein [2004] p. 327は、「ロックナー期の真面目な研究者で、ロックナー・コートが単にレッセ・フェールを押し付けようとしていたとか、社会ダーウィニズムに強く影響されていたとか信じている者はもはや事実上存在しない」とする。また、Kens [2005] p. 405は、「これらの研究を修正主義と呼ぶ慣行があるが、この用語は不適切であり不正確である。20年前ならそれは修正主義だったかもしれない。しかし、Lochnerはレッセ・フェールや社会ダーウィニズムに依拠したものではないとの見解は、今や広く受け入れられた学問的知識となった」と述べる。

28) Jones [1967], Nelson [1974], McCurdy [1975]

29) Siegan [1980] Ch. 5, Siegel [1984], Benedict [1985], Forbath [1985], Siegel [1986], Hovenkamp [1987], Sunstein [1987], Karlin [1988]

30) Mayer [1990], Halper [1990], Siegel [1990], Horwitz [1992] (ホーウィッツ [1996]), Gillman [1993], Fiss [1993], Bernstein [1993], Kainen [1993], Carrington [1997], Ely [1998], Bernstein [2003a] [2003b] [2004], Mayer [2008]

のような理論が支持を集めているのだろうか。まず、従来の通説とは異なる観点からロックナー法理論を再検討し、成功を収めたのが、サンステインによる見解である³¹⁾。サンステインは、現行の富の分配やコモン・ローによる秩序が前政治的で自然なものであるのに対し、それを変更しようとする国家行為は人為的で非自然的な介入であり、憲法上正当化を必要とする、という考え方を、現状中立性として批判する。サンステインによれば、ロックナー期の判例法理は現状中立性の理念にコミットし、現状のコモン・ロー秩序をベースラインとして憲法判断を行っていたことに問題があるというのである。

しかし、サンステインの見解は、実証的データを欠いた多分に印象論的なものであり、歴史家の支持は得られなかった³²⁾。それに代わって、歴史家に支持されたのがギルマンによる見解である。多くの判決を詳細に分析したその著書『包囲された憲法』³³⁾の主題は、ロックナー期の判例法理は、「クラス立法 (class legislation)」に対する敵意という観点から一貫して説明できるというものであった。特定の利益集団を利するための立法や、Aから財産を奪ってBに与えるだけの立法は、公共的な利益を何ら促進していないクラス立法であり、ロックナー期の裁判官はこのような立法に反対していたというのである。そして、クラス立法は正当な立法ではないとの観念は、アメリカ建国以来の知的伝統に基づいたものであり、ロックナー期の裁判官は一致してこの理論伝統にコミットしていたとするのである。ギルマンによる見解は、徐々に憲法学者の間でも支持者を増やしつつあるというのが現代のアメリカ憲法学の状況のようである³⁴⁾。

ギルマンと多くの視点を共有しつつも、それとは若干異なった観点からロックナー法理論を再検討している有力な論者として、ホーウィッツ、フィスらを挙げることができる³⁵⁾。ギルマン、ホーウィッツ、フィスの三者を好意的に紹介したロウによれば、これら三者の著作は、「印象深く一致した一連の研究を構成している。各著作は、長きに渡って支配的だったロックナー期の解釈に自覚的に反対

31) Sunstein [1987], Sunstein [1993] ch. 2.

32) Bernstein [2003b] pp. 11-12.

33) Gillman [1993]

34) 以上のロックナー修正主義の見取図は、Bernstein [2003b] pp. 1-12を参考に作成した。

35) Horwitz [1992] (ホーウィッツ [1996]), Fiss [1993].

するものとして自らを位置づけている。各著作は歴史の研究であるとともに、現代の法理論に対する広範囲にわたる関与でもある。そしてそれぞれが、それぞれをうまく補い合っている。確かに、この三冊の研究書は、その検討範囲と、使用された主要な概念を異にする。しかし、最終的な分析において、それらは類似したテーマを描き出しており、修正主義が到達した高みについて多くを物語る³⁶⁾。ホーウィッツの研究は、古典的法思想というひとつの一貫した法思想の体系の一部に、Lochner判決を位置づける。フィスの研究は、フラー・コートの多岐に渡る一連の判決を、社会契約論に基礎を持つ自由の理念を擁護しようとしたものとして描き出す試みである。

ギルマン、ホーウィッツ、フィスの三者のいずれにも共通するのは、ロックナー期の判例法理を、裁判官の個人的嗜好や流行の経済理論に影響されたものとしてではなく、当時に確固として確立されていた法理論の産物として描き出す点である。また、ロウも述べるように、三者が描き出すロックナー判例理論には実体的にも大まかな共通点が見受けられる。例えば、次の点について、論者の見解は概ね一致している。当時の司法審査は、立法権が有する通商規制権限やポリス・パワーの適切な範囲内に立法が留まっているか、あるいはないかをカテゴリカルに判断していたのであり、現在のように権利と政府利益を対立するものとして比較衡量する、という思考枠組みは採用されていなかったという点である。このように、現在の修正主義は、ギルマンの研究を中心としつつ、それに類似したホーウィッツやフィスの研究によって、共通した一応の核となる認識を形成するに至っているといつてよい。

さらに、このような修正主義の研究は、単なる憲法史の研究にとどまらず、現在の憲法理論への実践的提言をも意図されていることも特徴である³⁷⁾。例えばギ

36) Rowe [1999] p. 225.

37) なお、Gillman [1993] p. 11, Fiss [1993] p. 19は、自らの著作は歴史研究であって、ロックナー期の憲法判例の規範的な評価を行うものではないとする。しかし、ロックナー法理論の特徴の一つである、「公共目的の法理」を規範的にも評価し、現代的再編を図るべきとの主張として、Brown [1999]がある。このように、修正主義は規範理論にも影響を与えている。また、政府行為の理由を統制するものとして憲法を構成しようとする現代の議論には、ロックナー期の再評価が伴いうとの指摘として、阪口 [2008] pp. 77-78があり、ロックナー修正主義の影響は憲法史のみならず規範的憲法理論にも波及していると思われる。

ルマンやフィスは、中絶の自由をプライバシー権として擁護したRoe v. Wade³⁸⁾などのリベラルな判決を擁護する立場を補強するものとして自らの研究を位置付ける³⁹⁾。なぜなら、ロックナー期の判例は、当時の確固たる法理論に基づくものであり、裁判官による立法ではなかったという点を強調することで、プライバシーなどの個人の権利を擁護する判決を「ロックナリズム」と呼んで批判することは、Lochner判決の不当利用であり許されないとの結論を導けるからである。

もちろん、これらの研究に対して批判がないわけではない。最も代表的な修正主義の批判者であるケنزによれば、ロックナー期の判例がアメリカの法理論の伝統を受け継いだものであるとのギルマンの見解は、アメリカの様々な伝統の一部について当てはまるに過ぎない。特に経済立法については合憲性の推定が長く維持されており、Lochner判決はそれを覆した意味で伝統的法理論から逸脱しているとされる⁴⁰⁾。また、修正主義者の一人でもあるバーンステインは、ギルマンの理論の多くの部分が妥当であることを認めつつ、ロックナー期の判例法理とクラス立法の禁止とは関係のないものだったとしてギルマンを批判する⁴¹⁾。以上が、現在のアメリカ憲法学におけるLochner判決をめぐる諸学説の構図とってよいだろう。

III ギルマン

1 ロックナー期の憲法理論の起源

本章では代表的な修正主義者たるギルマンの見解を紹介する。ギルマンは、ロックナー期の判例を残余としての自由という観点から分析する有力な論者である。

ギルマンによれば、ロックナー期の判例法理の基本的なアプローチは、19世紀のポリス・パワー法理の長年に渡る特徴を受け継いだものであり、突然発明されたわけではない。その基本的なアプローチとは、妥当な公共的目的を持った立

38) 410 U.S. 113 (1973)

39) Gillman [1993] p. 205, Fiss [1993] pp. 19-21.

40) Kens [2005] p. 430. 後掲注170に述べるように、合憲性の推定はロックナー期においても採用されていたのであり、ケنزの見解は受け入れがたい。

41) Bernstein [2003b]

法は、他のクラスを犠牲にして単に特定のクラスの利益を促進するための法律とは異なる、という考え方である。ロックナー・コートを特徴付ける、正統な立法権力の範囲と本質に関するこのような想定は、適切な立法権の範囲についての制憲者の考えを具体化したものだったのである。

その制憲者の構想とは、国家の中立性という原理である。これは、市場における様々な競争者に対し、政府は最良をしたり敵対的であったりしてはならず、権力は真に公共的な目的のためにのみ行使されるべきとする原理である。

そのような制憲者のアイデアを端的に示すのが、マディソンによる『ザ・フェデラリスト』の第10篇である。マディソンは党派的利益が公共の利益を侵食することを恐れていた。党派とは、少数であれ多数であれ、一定数の市民が、他の市民の権利に反する、あるいは永続的・全般的利益に反するような感情や利益によって結合した集団およびその行動である。そしてこのような事態を避けるために、マディソンは、直接民主制を退け、真の公益を区別する英知を持った共和主義者の政治家に期待したのである。このような制憲者の構想は、やがてジャクソニアン・デモクラシーの時代において、立法によって付与された特権に対する敵意としてさらに洗練される。

これらの思想が法理論として結実したのが、党派的な立法かどうかを基準として、政府によるポリス・パワーの行使が正当かどうかをテストすることであった。共同体の一部の利益のみを促進する立法はクラス立法とされ、法律家たちはこのような概念によって違憲審査を行おうとしたのである。クラス立法かどうかを確かめる基準としては、第一に、特定のグループやクラスを選び出して特別の扱いをする法律は、それが純粋な私的利害の促進のために政府権力を使うものではなく、共同体全体の福祉に真に関係するときのみ合憲となる、というものである。第二に、個人の財産権や市場の自由に対して介入する法律は、それが特定のグループやクラスの利害を促進するために設計されているわけではないときに限り正当とみなされた。

このような、政府権力に限界を課すための「公共目的的法理」は、レッセ・フェール主義とは全く異なるものである。それはクラス中立的な立法を要請するのである⁴²⁾。

2 Lochner判決とその周辺

連邦最高裁が州の定める労働法の違憲審査に着手した最初の例がHolden v Hardy⁴³⁾であり、本件では鉱山労働者の労働時間を8時間と定めるユタ州法が問題となった。上訴人は、本法は不当な負担を人民の中でも比較的小さな一部のクラスに負わせるとして争った。合憲の結論を導いた法廷意見は、鉱山労働者という特定のクラスの特別扱いを正当化するにあたって、規制対象となる職業が、ボリス・パワーの伝統的な関心事である健康と安全に関係する何らかの性質を持っている点に依拠した。つまり、伝統的なボリス・パワー概念を維持した上で、特別の予防策を必要とするほど労働者の健康に害がある職業については、危険な仕事に従事する労働者の健康を守るために特定のクラスの差別的扱いが許されるというのである。

これに対しブルーアーとペッカムは特に意見を付さずに反対している。法廷意見が、州は公衆一般の危険を防ぐために介入できるという伝統的法理を、特定のクラスの健康や安全を促進するための介入を許すものとして拡大的に解釈した点について、彼らは懸念を表したはずだ、とギルマンは評価する。共同体全体の福祉ではなく、特定のクラスの健康のための規制を合憲とすることは、伝統的なボリス・パワー法理の瓦解につながる恐れがある。

このような懸念に対し法廷意見は以下のように対応する。つまり、クラス立法は依然として正当性を欠いており、特別の負担を特定のグループやクラスに課す立法は、それが実際に懸念される健康や安全を促進しているか、単に特定のクラスを犠牲にして特定のクラスを利するためのものではないかと慎重に審査する必要がある、という点を再度強調する、という応答である。ギルマンは、Holden判決を、ボリス・パワーは共同体全体の利益のためのみならず、自ら健康と安全を契約によって確保できない労働者クラスの福祉を促進するためにも使ってよいとの命題を確立した判決として位置づける。ギルマンによれば、これは伝統的なボリス・パワー法理からの逸脱ではない。特定のクラスを利するために市場での競争に介入するだけの法律と、労働者の健康と安全に関係する法律との区別は依

42) Gillman [1993] ch. 1.

43) 169 U.S. 366 (1897)

然として維持されているからである。

このような先例がある中で下されたのが、パン製造業に従事する労働者の労働時間を規制したニュー・ヨーク州法を違憲とした *Lochner v. New York* である。ベッカムによる法廷意見は、州法がクラス立法である点に明示的に言及していない。しかし、このような法理論を構成する先例や解釈論的要素は明らかであるとして、ギルマンは *Lochner* 判決を伝統的法理論と連続するものとして把握する。法廷意見は、契約の自由もポリス・パワーによって合憲的に制約しうることを述べた後、本件での問題は州法がポリス・パワーの行使かあるいは自由への恣意的な介入かを判断することであるとする。そして、健康に関係しない純粋な労働法としては正当化できない以上、もし州法が合憲とされるならばそれはパン製造業の労働者の健康を促進するためであるとする。しかし労働時間の規制が労働者の健康を促進するという合理的な基礎はないという理由から、州法はポリス・パワーの行使として正当化できないとされたのである⁴⁴⁾。

3 最低賃金法

*Muller v. Oregon*⁴⁵⁾ や *Bunting v. Oregon*⁴⁶⁾ を経て、やがて労働時間の制限は労働者の健康維持のために必要であり合憲であるとの考えが定着していく。しかし、労働時間の制限とは異なり、賃金の規制は事情が異なっていた。長時間の労働が健康に害があると言うことはできても、低賃金がなぜ健康に害があるのかは自明ではないからである。

連邦最高裁がこの問題に答えを出したのが *Adkins v. Children's Hospital*⁴⁷⁾ であり、女性と子供に対する最低賃金を定めるコロンビア州法が違憲とされたのである。法廷意見はサザランドによって書かれた。サザランドは、契約の自由も絶対的なものではなく、公共的な性格の職業に対する規制、詐欺防止のための規制、労働者の健康維持のための規制などは合憲であると認める。これに対し本件州法

44) Gillman [1993] pp. 120-131.

45) 208 U.S. 412 (1908)

46) 243 U.S. 426 (1917)

47) 261 U.S. 525 (1923)

は、単に賃金を固定するためのものでしかなく、ポリス・パワーの限界を超えているとするのである。最低賃金法は、経済的に恵まれない人を助けるという本来社会全体に帰属すべき責任を使用者に強制的に押し付けるという意味でクラス立法なのである。

これに対し、同様に最低賃金法が問題となった *West Coast Hotel v. Parrish*⁴⁸⁾ では、伝統的法理論が原理レベルで放棄されたとギルマンは評価する。というのも、法廷意見は、立法府は労働者を搾取する制度の害悪を除去するための手段を導入する権限を持つと宣言したからである。資本主義の高度化という現実を前に伝統的法理論はついに崩壊したのである⁴⁹⁾。

4 ロックナー法理論とは何であったか

ギルマンは、ロックナー期の判例理論を以下のように位置づける。つまり、それは、保守的な裁判官たちがエリートや資本家などの特定の社会階層に味方するために構築したものではなく、変わり行く経済状況の中で、建国以来維持されてきた政治的正統性の原理を維持しようと裁判官たちが格闘したものであったのである。そして、ロックナー期の判例理論はこのような原理に対して常に一貫したものであった。その意味で、特定のクラスのために市場に介入することを認めた 1937 年の *West Coast Hotel* 判決は真の意味で革命だったのである。

1937 年の革命は、公共目的の法理の廃棄をもたらしたとギルマンは分析する。公共目的の法理においては、権力の行使を共同体の一般の利益の促進のためのものに限定するという形によって、個人の権利は守られると考えられていた。裁判所にとって、司法審査とは、立法がその権威の範囲内で行動しているかを評価することだった⁵⁰⁾。

このように、ギルマンは、ロックナー期の憲法判例においては、もっぱら立法目的の公共性の観点から司法審査が行われており、自由は不当な立法による介入の不存在として、つまり残余として保護されていたと分析するのである。しかし、

48) 300 U.S. 379 (1937)

49) Gillman [1993] ch. 4.

50) Gillman [1993] pp. 199-203.

ギルマンによれば、それは自由が軽視されていたということではない。むしろ、ロックナー期の裁判官たちは、権力を一定の範囲に絞り込むことによって、不当な立法から免除された自由の領域を広範に残しておくことができると考えていたというのである。ギルマンは次のようにそれを表現する。

明文なき、基本的な自然権と自由の全ての範囲を擁護する最良の方法は、憲法的に委譲され、司法的に許可された一連の責任のみに政府の権力を限定することだと裁判官たちは信じていた。権利を保護するに際し、その保護される権利の特定が必要となるのは、政府が一般的な権力を持つと想定してはじめてそうなるに過ぎない。制限された政府権力というレジームにおいては、市民の権利と自由は残余として保護される。この見解においては、自由は、政府がその与えられた権力の限界に到達した後に残されるものなのである⁵¹⁾

ギルマンによれば、クラス立法を禁止することによって正当な立法目的の範囲を絞ることは、同時に、私人に広範に残された自由の領域を擁護することをも意味していたのである。

IV フィス

1 司法審査の役割

フィスもまた、ギルマンと同様、残余としての自由という見地からロックナー期の憲法判例を読み解いている修正主義者の一人である。

フィスによれば、1888年から1910年まで続いた、メルヴィル・フラーを首席裁判官とするフラー・コートは司法審査の役割についての一定の哲学に立脚している。従来の通説は、Lochner判決を、資本家の階級的利益を擁護したものとして非難した。しかし、Lochner判決はそのような、司法権が濫用された判決ではないとフィスは分析する。むしろ、Brown v. Board of Education⁵²⁾で有名なウォレン・コートと、Lochner判決を下したフラー・コートは、同様の哲学に立脚し

51) Gillman [1994] p. 625, emphasis added.

52) 347 U.S. 483 (1954)

ており、それが政治部門から憲法的価値を守るという司法の役割である。両コートは、政治と法には基本的な区別が存在するという信念に立脚している。政治は意思によるものであり、法は理性によるものである。ウォレン・コートもフラー・コートも、通常の政治過程には奪い得ない憲法的価値が存在すると考えていた。彼らは、理性を行使することによってそれを具体化し、擁護することに司法の役割を見出していたのである⁵³⁾。

フラー・コートの判事たちは、「秩序づけられた自由」の理念にコミットしていた。この理念は、社会契約の産物として国家を基礎付ける知的伝統によって形作られている。もちろん、ジョン・ロックに起源を持つこの理論を直接的に援用して判事たちが憲法論を展開したわけではない。しかし、フィスによれば、この社会契約の伝統が様々な判決を一貫したものにしている。社会契約論は、社会と政治の峻別に立脚し、社会が政治に優位すると考える。人々は本来国家なくして幸福を追求でき、交換関係を形成できる。よって、市場が社会を秩序づける本来的なメカニズムとされ、国家は派生的なもののみなされる。国家は、社会における交換関係の保護という目的のために存在するに過ぎない。このような権威の限界を超えて、交換関係に介入したり、富を分配することを望むグループに政治過程が占拠されるような事態に対処するために司法審査が存在するのである⁵⁴⁾。

2 構成的権威としての国家

フィスによれば、Lochner判決の法廷意見は、ホームズの反対意見が言うような、特定の経済理論を擁護したものではない。それは社会契約論に基礎を置く、国家（州）の権威についての構想を反映したものである。そのことを説明するために、フィスは2つの権威を対比する。それが有機的権威と構成的権威である。

53) フィスもまた、ギルマンと同様、Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)のような、積極的に個人の権利を擁護する判決を、「ロックナリズム」との批判から解放するという実践的関心を有している。たとえLochner判決が保障されるべき実体的価値について間違っていたとしても、政治から憲法的価値を擁護する点に司法審査の役割を見出したことについては、Lochner判決は批判されるべきではないとフィスは考えるのである。Fiss [1993] pp. 19-21.

54) Fiss [1993] pp. 45-49.

有機的権威とは、親と子供、あるいは貴族と農奴のような関係に見られる権威である。これが有機的なのは、これらの関係それ自体から権威は発生し、関係に本来的に権威が備わっているからである。確かに有機的権威にも限界はあるが、それは関係自体からは外在的な道徳原理（例えば恣意的な加害の防止など）から来るものである。

これに対し、構成的権威は、自然には発生しないし、関係それ自体に内在するものでもない。それは自発的結社の権威のように、特定の目的のために人工的かつ意図的に創造されるものである。構成的権威は、外在的な道徳的制約に服するだけではない。その権威が作られた理由そのものから生じる「内在的な」制約にも服するのである。そして、社会契約論は、政治的権威を構成的権威とみなす。このような国家観は19世紀の憲法理論の様々な点に見られるが、列挙された権力の原理に最も象徴的に現れている。これは、個別的で限定的な一連の目的のために作られた道具として連邦政府および州政府を観念する。連邦議会の立法権やポリス・パワーは列挙された目的を実現するための権力であり、内在的制約によって限界づけられている。

政治権力の内在的制約の理論は、契約の自由をはじめとする自由の概念の連邦最高裁による理解にとって中心的役割を占めた。それによれば、契約の自由の原理から、権力の限界が導き出されるのではない。シャーマン法の適用が、連邦による適切な通商規制権限の行使であるとして一旦認められれば、契約の自由の抗弁は意味をなさない⁵⁵⁾。それと同様、Lochner判決におけるペッカム法廷意見は、権威の範囲に着目しているのであって、禁止に着目しているのではない。外在的な自由の原理によってではなく、政府の限定された目的によって州権力は内在的に制約されているとペッカムは考えているのである。「契約の自由は絶対ではないし、指導原理でさえない。それは州の権威が尽きたときに残されているものである⁵⁶⁾」。ペッカムにとって、州によるポリス・パワーと連邦による通商規制権限はともに内在的制約に服するのであり、司法審査の役割は、そのような内在的限界を立法が超えていないかを判断することにある。

55) Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899), Fiss [1993] ch. 5.

56) Fiss [1993] p. 160.

内在的制約がいかなるものかは、政府が作られた目的によって定まる。したがって、ポリス・パワーの考察にとって最も重要なのが、その目的である。それは「安全、健康、道徳、一般的福祉の促進」として定式化されている。その文言自体は一般的なものだが、それは今日のように広く解されていたわけではない。安全、健康、道徳、一般的福祉という列举事項は、それぞれ特定の立法の目的がいずれかに収まるべき独立した分類棚として機能する。道徳や福祉といった語は一見すると無限定だが、様々な原理によって注意深くその射程を限定されている。そのような原理の一つが、グループ間の富の再分配の否定であり、その例外は、特定のグループが無能力であり州の特別の保護に値する場合にのみ許される。

Lochner判決において、パン職人はこのようなグループに入らない故に、ニュー・ヨーク州法はポリス・パワーの例外としては正当化できない。次いでベッカムは、州法の立法目的が、安全、道徳および一般的福祉のいずれでもないことに言及する。残る正当な立法目的は健康だけであり、この可能性を検討するために目的と手段の関係が検討される。問題は労働時間の制限と労働者の健康に十分な関係があるかどうかである。フラー・コートは、目的と手段の間に、「直接性」が要求されるとする。それは純粋な事実の評価ではなく規範的な評価である。ベッカムはパン職人が健康に有害な職業であり、目的と手段が合致している可能性を認めており、だからこそパン職人の性質について長く論じているのである。その関心は、州権力の射程に当該立法が納まっているかである。ベッカムは修正14条の隙間に契約の自由を発見したわけではないのである。「ロックナーを駆動させた力は、ニュー・ヨーク州法を無効にしたいという欲望ではない。むしろそれは構成的権威の理論を支持したいというそれである⁵⁷⁾」。

さらに、フィスによれば、労働法を合憲としたHolden v. Hardy⁵⁸⁾や、Muller v. Oregon⁵⁹⁾もまた、Lochner判決を導いた構成的権威の理論と矛盾するものではない。Holden判決の決め手となったのは、目的と手段の関係である。鉱山労働者は通常の職業と異なり、健康に対する危険性の高い職業であるが故に、労働時間

57) Fiss [1993] p. 165.

58) 169 U.S. 366 (1898)

59) 208 U.S. 412 (1908)

の制限と健康維持の間に直接的な関係があるとされたのである。これに対して、女性労働者の労働時間規制を合憲としたMuller判決においては、Holden判決とは異なり、目的と手段の関係が合憲となった理由ではないとする。フィスによれば、女性是国家（州）を構成する共同体のメンバーとみなされていなかった故に、広範でパターンリスティックな制約が可能になったとする。社会契約論に基づく構成的権威の観念にとっては、国家（州）の創設に先立って存在する共同体が前提される。そのような共同体の構成員でない女性や子供に対しては、後見的介入が許されると考えられたのである。

フィスは、Lochner判決の基礎を、構成的権威としての国家像に見出す。これに対し、ニュー・ディール以降の国家は、構成的権威としてではなく、より有機的な権威として観念されるとする。そこにおいては公権力に内在的な限界が課されず、むしろ外在的な原理から、いかなる国家行為が禁止されるかが問われるようになるのである⁶⁰⁾。このように、フィスによれば、Lochner判決やHolden判決は、正当な立法目的の範囲を限定することにその基本的関心を有していた。契約の自由は、正当な立法権が尽きた時点に残されているものに過ぎず、それ自体は判決の指導理念ではない。フィスもギルマンと同様に、残余としての自由論をLochner判決に見出すのである。

V バーンステイン

1 総説

ギルマンによるロックナー法理論の解釈に対して、おそらく最も説得力ある批判を展開し、また独自の判例解釈を提示しているのがバーンステインである。バーンステインによれば、ギルマンの見解は従来の通説と比較すれば遥かに説得的だが、ロックナー期の連邦最高裁が経済規制立法に対して採った態度を説明するのに最終的には失敗している。それによれば、ギルマンの誤りは二つある。第一に、ギルマンはクラス立法の概念を現在の特殊権益立法の概念と混同している。第二に、連邦最高裁は歴史上一貫してクラス立法禁止の法理の射程を狭く

60) Fiss [1993] ch. 6.

取ってきたのであり、クラス立法に対する敵意がロックナー期の判例を指導したとは言えない。バーンステインはこのような見地からギルマンを批判した上で、ロックナー期の憲法判例は、契約の自由という列挙されざる基本権を擁護するためのものだったと分析する⁶¹⁾。

2 クラス立法とは何か

ギルマンはあたかもクラス立法を現在問題となっている利益集団政治の産物たる特殊権益立法と同様のものであるかのように描き出しているが、バーンステインによれば、クラス立法とはこのようなものではない。判例においてクラス立法として扱われてきたのは、恣意的な分類を含む立法であり、一部を有利に扱っておきながら一部を差別する点で修正14条の平等保護条項に反するとされてきたものである。裁判所によって分類が恣意的とされれば、立法府の動機は問われなかった。重要なことは、立法の分類が、その文面上恣意的かどうか、あるいは合理的な観点からみて恣意的かどうかである。ギルマンによるクラス立法の分析は、今日の公共選択理論の影響を受けており、当時のクラス立法の理解を必ずしも正しく把握していないというのである⁶²⁾。

3 クラス立法の禁止から基本権の保障への変化

バーンステインによれば、連邦最高裁はクラス立法に対して一貫して寛容な態度を採ってきたのであり、ロックナー期の違憲判決はそのほとんどがクラス立法であることを理由としたものではない。当時の判例は、契約の自由という明文なき基本権の保障という観点から司法審査を行っていたというのである。以下、具体的判例に即してバーンステインの議論を追っていく。

61) Bernstein [2003b] バーンステインは、Lochner判決におけるコモン・ローに裏付けられた基本権の擁護を、Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)などのプライバシー権を擁護する判決が採用する法理論の思考形式をアメリカ憲法史上初めて可能にしたものとして積極的に評価する。バーンステインは、Griswold判決をはじめとするリベラルな判決を「ロックナリズム」という批判から救済するという関心をギルマンやフィスと共有しているのである。Bernstein [2003b] pp. 52-60.

62) Bernstein [2003b] p. 14.

バーンステインによれば、クラス立法に対する敵意は、南北戦争以前のアメリカ思想に起源を持ち、また南北戦争後、修正14条の解釈問題の中心的論点となった。すでに1883年のCivil Rights Cases⁶³⁾において、「いわゆるクラス立法は（中略）修正14条の禁止に反する⁶⁴⁾」との判示がなされていた。しかし、連邦最高裁はクラス立法が違憲であると認めていたが、その適用は常に緩やかなものだったとバーンステインは分析する。例えば、洗濯業のみを選別して夜間営業を禁止することの合憲性が争われたBarbier v. Connolly⁶⁵⁾がある。そこにおいて、最高裁は確かにクラス立法が修正14条に反することを認める⁶⁶⁾。しかし、このことは全ての「特殊な性質を持った立法」を排除するものではなく、「特別な負担はしばしば一般の福祉のために必要である⁶⁷⁾」と論じる。特殊な性質を持った立法であっても、「類似の状況にある全ての人を等しく扱えば修正14条の禁止には触れない⁶⁸⁾」のであり、本件では「同一の職業についている全ての人々は同様に扱われている⁶⁹⁾」から合憲なのである。このように、同一の職業を同一に扱いさえすればよく、クラス立法禁止の見地からなされる司法審査は極めて緩やかなものである⁷⁰⁾。

同様に洗濯業の規制立法が争われたSoon Hing v. Crowley⁷¹⁾では、原告は中国人の洗濯業者を締め出すことが立法の目的であるとして争った。フィールドによる全員一致の法廷意見は、本件法令は文面上中立的であり、また適用も統一的であるとして合憲を導く。そして「法令の文面から明らかになる場合、またはその適用から推測される場合を除いて、裁判所は法令を制定した立法府の動機を探求

63) 109 U.S. 3 (1883)

64) 109 U.S. 24.

65) 113 U.S. 27 (1884)

66) 113 U.S. 32.

67) 113 U.S. 31.

68) 113 U.S. 32.

69) 113 U.S. 31.

70) 同様の指摘として、木村 [2008] pp. 103-104 は、19世紀末の判例について、「法律が、他と区別された対象の範囲では均一に適用されるのは当然であり、単に同一業種が同一に扱われているということのみで合憲の結論が導かれるのであれば、違憲判決が皆無であるのも当然である」と述べる。

71) 113 U.S. 703 (1885)

することはできない⁷²⁾」と述べる。バーンステインは、立法動機に関知しないという裁判所のこのような態度は、実際には特定のクラスに向けられていながら文面上中立的な法令を違憲とすることへの厳しい制約となったと評価する。さらに、バーンステインによれば、違憲判決を導いた *Yick Wo v. Hopkins*⁷³⁾ も、その射程はさして長いものではない。本件は問題となる法令が常に中国人の洗濯業者のみに適用され、白人には一切適用されていなかった。このような事情の下では、動機に関係なく違憲とすることが可能だったが、*Soon Hing* 判決に見られるような裁判所の消極的な姿勢からすれば、単に法令が不均衡な影響を中国人に与えている場合には違憲とはならなかっただろうと評価されるのである。また、マーガリンの販売禁止を合憲とした *Powell v. Pennsylvania*⁷⁴⁾ がある。本件で問題となった法令は、バター業者の業界的利益のために、バターの廉価な代用品であるマーガリンの販売を規制しており、今日の視点からすれば明らかな特殊権益立法であるが、最高裁はマーガリン販売業者の全てに等しい規制が適用されていることからそれを合憲としているのである。

これに対して、州の判決においては、クラス立法禁止の法理がかなり厳格に適用されていたが⁷⁵⁾、ロックナー期にいたっても連邦最高裁はクラス立法禁止の法理に依拠して違憲判決を導いていたのではなかった。ロックナー期の最高裁は、デュー・プロセスによって保護される基本的権利の理論に基礎を置いていたものであり、クラス立法への敵意は無関係であるとされるのである。

その最も象徴的な例として、*Lochner* 判決をバーンステインは挙げる。*Lochner* 判決で問題となった労働時間規制立法は、それがパン製造業の一部にのみ適用されていた点において、クラス立法として違憲となる可能性を有していた⁷⁶⁾。しかし、ギルマンも認めるように、*Lochner* 判決は明示的にはクラス立法という言葉

72) 113 U.S. 710-711.

73) 118 U.S. 356 (1886)

74) 127 U.S. 678 (1888)

75) *State v. Loomis*, 22 S.W. 350 (1893), *State v. Goodwill*, 10 S.E. 285 (1889) など。

76) 問題となったニューヨーク州法110条は “a biscuit, bread or cake bakery or confectionery establishment” での労働を規制するに過ぎず(198 U.S. 65)、製パイ所、ホテル、レストラン、下宿屋等でのパン製造業は規制されていなかった。Bernstein [2003b] p. 25.

を用いていない。バーンステインによれば、このことに注目すべき四つの理由がある。第一に、カリフォルニア州の判例にはLochner判決で問題となったのと同様の法令をクラス立法として違憲としたものがあり⁷⁷⁾、先例として依拠できたはずである。第二に、上訴人Joseph Lochnerのブリーフは、主として法令をクラス立法として攻撃する内容だった。第三に、ニュー・ヨーク最高裁におけるオブライエン裁判官の反対意見は、明示的にクラス立法の議論に依拠しており⁷⁸⁾、連邦最高裁もそれに従うことが可能だった。第四に、Lochner判決の法廷意見を執筆したペッカムがニュー・ヨーク最高裁の判事だった時に、彼はクラス立法を明示的に退ける議論をしている⁷⁹⁾。Lochner判決において同様の判示を展開しなかったことは、クラス立法への敵意がLochner判決の理論的基礎ではなかったことを強く推測させる。

バーンステインは、契約の自由の法理が採用される以前の司法審査は、ポリス・パワーの限界をクラス立法禁止の観点から敬讓的に行っていたのに対し、Lochner判決以降は、契約の自由をはじめとする明文なき基本的権利の保障という観点から法令の合憲性を厳格に審査するという風にパラダイムが変化したと分析する⁸⁰⁾。そしてこのような変化がロックナー期の市民的自由（表現の自由や教育の自由など）に関する判例も説明するというのである⁸¹⁾。

4 明文なき基本権の理論

では、このような、憲法は明文なき基本的権利を保障しているという理論は、いかなる内実のものだったのか。バーンステインによれば、明文なき基本権の理論の基礎となったのは、歴史主義によって制約された自然権思想であった。後の

77) Ex parte Westerfield, 55 Cal. 550 (1880)

78) People v. Lochner, 69 N.E. 373, 368 (1904)

79) People v. Gillson, 109 N.Y. 389 (1888)

80) Bernstein [2003b] pp. 12-31. 例えば、一部の業者に独占を与えるという典型的なクラス立法が問題となったNew State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932)でも、クラス立法は論点となっておらず、専ら職業の自由の観点から違憲判決が下されていると指摘する。Bernstein [2003b] pp. 30-31.

81) Bernstein [2003b] p. 28は、Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925), Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)を例としてあげる。

契約の自由の理論の展開に大きな影響を与えたSlaughterhouse Cases⁸²⁾におけるフィールドとブラッドリーによる反対意見は、自然権思想に基礎を置くものである。フィールド引退後は、特にハーランとブルーアーが政府の権威に対する制約として自然権を主張した。こうして、Lochner判決の時までには、デュー・プロセス条項は政府に先行する基本的権利を保障していることについて裁判官の間では事実上のコンセンサスができていたとバーンステインは述べる。しかし、このような自然権思想がそのまま憲法規範として使われたわけではない。むしろ、自然権思想は、英米法の伝統に埋め込まれた権利を承認する背景的原理としての役割を持ったとする。彼らは法的原理は合理的内省ではなく歴史的探求によって明らかになると考えていたというのである。

バーンステインによれば、契約の自由もこのようにして正当化された。アメリカの歴史において、保護されるべき自由についての考え方は、政府の支援を受けた独占からの自由という古典的な自由から、不合理な政府の介入から自由に職業を追求するという自由へと進展してきたのであり、契約の自由の承認は独断的なものではなかった。契約の自由という理念は、歴史上およびコモン・ロー上の裏づけの上に正当化されたのである。修正14条は「コモン・ロー制度の下で長きに渡って認められてきた基本的権利を保全し保護するためのものである⁸³⁾」というわけである⁸⁴⁾。

このように、ギルマンやフィスとは異なり、バーンステインはロックナー期の憲法理論を、契約の自由という基本権の擁護の理論として描き出す。つまり、ロックナー法理論において、自由は残余として観念されてきたわけではない。むしろ当時の裁判官たちは、積極的に擁護されるべき自由を定義していたというのである。

VI ロックナー法理論とは何か

本章は、判決原文に当たることで、ロックナー期の判例法理の内実を明らかにすることを目的とする。

82) 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1872)

83) Butler v. Perry, 240 U.S. 328, 333 (1916)

84) Bernstein [2003b] pp. 31-46.

1 クラス立法の概念

(1) ギルマンとバーンステインの対立

上述したように、ギルマンとバーンステインは、ロックナー期の判例法理の指導理念をめぐって対立している。このような両説の対立は、必ずしも相互に排他的というわけではない。判例をどのように読み解いていくかは、論者の関心に依拠して、どのような判例に着目するか、判例のいかなる側面（結論か、理由か等）を重視するか、といった問題意識の相違によって、当然に異なるからである。しかし、だからといって判例解釈は論者の自由であるとまで言い切ることはできないだろう。やはりそこには客観的な認識の問題として、線を引くことができる部分が存在しているはずである。また、どちらの解釈が説得的かを論じることはできる。ここでは、ロックナー法理論の実像を明らかにするために、まず手始めとして、ロックナー期の憲法判例がクラス立法をどのように把握していたのかを検討してみたい。

(2) 判例におけるクラス立法の意義

クラス立法とは何か。結論を先取りすれば、クラス立法とは立法が特定の業種・業者に何らかの特別の負担を課す際に、その負担を課されるグループの選別の仕方の合理性を欠いた立法を言う。それは端的に言えば分類の恣意的な立法であり、この点ではバーンステインの批判に分があることになる。連邦最高裁がクラス立法の論点を扱った一連の判例は、理論的には、立法目的の公益性と区別の合理性を別の概念として把握していると考えられる。そして、クラス立法の概念は、専ら後者の論点である区別の合理性に関わる概念である。

このように2つの論点を分けて理解することではじめて、連邦最高裁のロックナー期の判例を整合的に理解できる。Lochner判決をはじめとして、ロックナー期の判例においては、区別の合理性を論じることなく判決が下されているか、あるいは区別の合理性よりは立法目的の公共性の判断に判決の重点が置かれているものが多い。そこでは公共目的を当該立法が有しているか否かが判断されているのであって、クラス立法か否かは問題ではなかったのである。このことは特に違憲判決で顕著であり、立法目的が正当でないことを理由として違憲判断が下されていることが大多数である⁸⁵⁾。また、合憲判決においても、区別の合理性よりは、

立法目的の公共性の判断にはるかに多くの紙幅が割かれていることが通常である⁸⁶⁾。

一方、*Barbier v. Connolly*⁸⁷⁾をはじめとして、特に1880-90年代には、区別の合理性に主として焦点を当てており、立法目的の公共性は簡単な確認を行っているだけの判例が見られる。しかし、区別が合理的であるからといって、それは直ちに公共目的を意味するわけではない。合憲判決は、区別の合理性とは別に、立法目的の公共性を確認する手順を必ず踏んでいるのである⁸⁸⁾⁸⁹⁾。

つまり、ロックナー期においては、一貫して立法目的の公共性が審査されていたと言える。ただし、その審査に加えて、区別の合理性の論点が主として問題となった判例が存在したのであり、クラス立法の概念はそのような場合に関係するのである。立法目的の公共性と、区別の合理性という問題のうち、クラス立法禁止は後者の論点とのみ関係がある。ギルマンは、この両者を混同し、本来別に論

85) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590 (1917), *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924), *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), *Fairmont Creamery Co. v. Minnesota*, 274 U.S. 1 (1927), *Louis K. Liggett Co. v. Baldridge*, 278 U.S. 105 (1928).

86) *Orient Ins. Co. v. Daggs*, 172 U.S. 557 (1899), *Booth v. Illinois*, 184 U.S. 425 (1902), *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903), *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), *Lieberman v. Van de Carr*, 199 U.S. 552 (1905), *McLean v. Arkansas*, 211 U.S. 539 (1909), *Brodnax v. Missouri*, 219 U.S. 285 (1911), *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549 (1911), *Engel v. O'Malley*, 219 U.S. 128 (1911), *Murphy v. California*, 225 U.S. 623 (1912), *Erie R. Co. Williams*, 233 U.S. 685 (1914), *Rail & River Coal Co. v. Yapple*, 236 U.S. 338 (1915), *Armour & Co. v. North Dakota*, 240 U.S. 510 (1916), *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917), *Rast v. Van Deman & Lewis Co.*, 240 U.S. 342 (1916), *La Tourette v. McMaster*, 248 U.S. 465 (1919).

87) 113 U.S. 27 (1885)

88) *Barbier v. Connolly*, 113 U.S. 27, 30 (1885), *Soon Hing v. Crowley*, 113 U.S. 703, 708 (1885), *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678, 684 (1888), *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366, 392-395 (1898), *Atchison, T. & S.F.R. Co. v. Matthews*, 174 U.S. 96, 100 (1899).

89) この時期の判例には、*Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886)のように、専ら区別の合理性の論点を集中して論じた違憲判決が存在する。立法目的の公共性あるいは区別の合理性のいずれかでも満たさなければそれで違憲となるから、違憲判決では、このように一方の論点を集中して論じることができたものと考えられる。しかし、ロックナー期における違憲判決で、このように区別の合理性を理由としたものは極めて少数であることは、本文で述べたとおりである。

じられるべき、立法目的の公共性の問題と、区別の合理性の問題とを、クラス立法や国家の中立性という同一の概念の下にまとめて論じた点に問題があると言える。

クラス立法とは何かという問題の分析の出発点となるのは、やはりギルマン、バーンSTEIN両者ともにクラス立法に関する判決として引用し⁹⁰⁾、また判例においてもリーディング・ケースとして引用率の極めて高いBarbier v. Connolly⁹¹⁾である⁹²⁾。本判決では明示的にクラス立法に対して言及がなされた。それが以下の判示である。

特別な負担はしばしば一般の福祉、つまり水の供給、火災の予防、地域の照明、道路の清掃、公園の設置などの目的のために必要である。これらの目的のための規制は、特定の者に他の者よりも大きい、あるいは小さい負担を課すかも知れない。しかし、それらは不平等で不必要な制約を課すためのものではなく、個人の不便をできる限り小さくしつつ、一般的な善を促進するためのものである。(中略) 特定の者を差別し特定の者を優遇するクラス立法は禁止される。しかし、公共的な目的を実行し、適用が限定されている立法は、その適用において、同様の状況に置かれた全ての人々に同様な効果を与えるならば、修正条項に反しない⁹³⁾

この判示は、洗濯業者に対し、夜間営業禁止を命じた条例の合憲性を判断する際に論点となった、本件条例が他の業者には課していない負担を課している点で不当な差別をしているのではないかという問題に対する解答である。この判決は、

90) Gillman [1993] p. 70, Bernstein [2003b] p. 15.

91) 113 U.S. 27 (1885)

92) 本判決を引用した判例は枚挙に暇がないが、例として、Soon Hing v. Crowley, 113 U.S. 703, 707 (1885), Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356, 367 (1886), Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623, 663 (1887), Powell v. Pennsylvania, 127 U.S. 678, 683 (1888), Missouri Pacific Ry. Co. v. Mackey, 127 U.S. 205, 209 (1888), Bell's Gap R. Co. v. Pennsylvania, 134 U.S. 232, 238 (1890), Lawton v. Steele, 152 U.S. 133, 136 (1894), Holden v. Hardy 169 U.S. 366, 398 (1898), Atchison, T. & S.F.R. Co. v. Matthews, 174 U.S. 96, 103 (1899), Brodnax v. Missouri, 291 U.S. 285, 294 (1911).

93) 113 U.S. 31-32, emphasis added.

判決文の前半で法令が火災防止という正当な警察目的の立法であることを簡単に確認した後⁹⁴⁾、後半でクラス立法でないこと、即ち同一状況下にある全ての人に対して同一の規制を課している点を中心に論じたものと読むことができる。上の引用も、区別の合理性を肯定する文脈で書かれたものである⁹⁵⁾。

クラス立法がこのような意味を持つものであることは、鉄道業を規制した立法の合憲性が争われた次の判決を見ることでより明らかとなる。被告が鉄道会社で、かつ鉄道会社が敗訴した場合に弁護士費用を鉄道会社に負担させる州法が違憲となった *Gulf, Colorado & Santa Fe Ry. Co. v. Ellis*⁹⁶⁾ では、専ら鉄道会社のみにそのような負担を課することが許されるかが論点となっている。様々な債務者がいる中で、鉄道会社という債務者のみを選び出して特別の負担を課することは、一定のものを選び出して恣意的な負担を課す点でクラス立法なのである。

全ての債務者が自身の債務を弁済することは適切である。そして、全ての勝訴した原告に弁護士費用を支払うことも不適切ではないだろう。そのような条項は債務者の不履行と合理的な関係があり、確かに、権利や保護の点で不平等を作り出さないだろう。しかし、(中略) 全ての会社のうち鉄道のみがこの罰則

94) 113 U.S. 30.

95) *Barbier* 判決は、区別の合理性を主たる論点として書かれた判決であり、先例としての価値もそこにあることは、*Barbier* 判決を引用した判例から知ることができる。例えば、株、社債、石油、穀物などの思惑買いのための場所を提供することを禁じた州法が合憲とされた、*Brodnax v. Missouri*, 219 U.S. 285 (1911) がある。本件では、立法目的の正当性という問題と、区別の合理性という問題が明らかに別個に論じられているが、*Barbier* 判決が引用されているのは後者の論点においてである。立法目的については、州法は不公正で詐欺的な慣習から公衆を保護するためのものであり、契約の自由の侵害とはならないとされている (219 U.S. 292-293.)。区別の合理性については、同一のクラスに同一の法が適用されていると論じられ、そこで *Barbier* 判決が引用されている (219 U.S. 294)。

他に、鉱山労働者の労働時間を規制した州法が争われた *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898) では、まず規制が健康維持や安全を目的としたものであることが論じられ、次にそれが不合理な区別でないかが論じられている。そして *Barbier* 判決は、後者の論点である、不合理な差別を論じる文脈で引用される (169 U.S. 398)。*Barbier* 判決とほぼ同じような事案が扱われた、*Soon Hing v. Crowley*, 113 U.S. 703 (1885) や、*Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) においても、主として問題となった論点は区別の合理性であり、それを論じる際に *Barbier* 判決が引用されている。これらのことから、*Barbier* 判決におけるクラス立法についての判示は、専ら区別の合理性についてのものだったと推測される。

96) 165 U.S. 150 (1897)

を受けるよう選別されている。平等のルールは無視されている⁹⁷⁾

このような恣意的な分類を内容とする立法こそクラス立法であるということは、本判決が、恣意的な分類をする法令を明示的にクラス立法と呼んでいることから明らかと考えられる⁹⁸⁾。また、ロックナー中期の判決としては珍しく、立法目的の公共性よりは区別の合理性の論点を中心に扱った、*Keokee v. Consolidated Coke Co. v. Taylor*⁹⁹⁾においても、クラス立法の語は、後者の論点である区別の合理性を論じる文脈で使用されている¹⁰⁰⁾。

さらに、クラス立法の理解にとっておそらく最も有益なのが、*Lochner*判決の上訴趣意書である。これは極めてコンパクトに当時の法律家の標準的な思考法をまとめているものと考えられる。弁護人の主張は大きく二つに分けることができる。第一に、州法は不合理な分類をするクラス立法であるという点、第二に、州法は健康を促進せずポリス・パワーの正当な行使ではないという点である。ここにおいても、クラス立法該当性と立法目的の公共性は別の概念として分けて論じられている。クラス立法該当性について、上訴趣意書は次のように論じる。

当該立法は、パン製造に従事する一定の人々に対し、法の平等な保護を否定している。修正14条の規定に合致するためには、本件立法はパン製造のビジネスに従事する全ての人々に等しく影響するものでなければならない。(しかし)それはパン製造の職業の一部にしか影響しない。(中略)パン職人を雇用する人々から一定数を選び出す一方で、このビジネスにおいて競争者となっている多くの人々を含む、他の全ての同一の状況にある人々は、好きなように被用者を使用することを許す法律に対し、上訴人は自信を持ってこの国の至高の法に訴えることができるだろう。(中略)単なる恣意的な選別はそれを分類と呼ぶことによって正当化されえない。ある人や特定の人々を優遇し他の人々を冷

97) 165 U.S. 156-157.

98) 165 U.S. 155.

99) 234 U.S. 224 (1914)

100) 234 U.S. 226-227. なお、立法目的の公共性については、234 U.S. 227で先例を確認しているだけである。

遇して差別する、州によって制定された当該法律はこのような性格のクラス立法であり、修正14条によって禁じられている¹⁰¹⁾

ここにおいて、クラス立法とは、同じパン製造業に従事している者の内部での恣意的な差別を指しているのであり、被用者と使用者のクラス対立とか、被用者と使用者間の利益の移転といった論点は全く問題となっていない。クラス立法の概念は、平等保護に関わるものである。

そして、この論証が終わった後、上訴趣意書は労働時間制限が健康維持に関係を持たず、ボリス・パワーの正当な行使ではない単なる労働法であることの論証に移る。このように、クラス立法該当性と立法目的の公共性は異なる次元の問題である。そして、このような上告趣意書に対して、Lochner判決の法廷意見は、後者の論点である立法目的の公共性の有無のみを判断して当該法律を違憲としたと言えるだろう。つまり、Lochner判決はクラス立法を理由とした違憲判決ではない。

(3) ギルマンの理論の問題

Lochner判決をはじめとするロックナー期半ば以降の憲法判例は、クラス立法への言及がなされず、区別の合理性の問題について大した紙幅が割かれてない¹⁰²⁾。それらの判例は、立法目的の公共性の判断を重視し、当該立法がクラス立法か否かについてはあまり突っ込んだ考察をしていないのである。例えばLochner判決において、パン製造業の一部のみを選別して規制することの合憲性は全く論点となっていない。そこでは主として、立法目的の公共性の有無が端的に判断されており、差別の合理性は論点となっていないのである。

ギルマンは、Lochner判決で問題となったような労働法が、「労働者の利益の

101) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), COUNSEL (Lexisから入手)。前掲注76も参照。

102) *Barbier* 判決の引用が時代を経るにしたがって少なくなるのも、*Barbier* 判決の先例としての価値が区別の合理性（クラス立法該当性）についてのものだからと考えられる。前掲注95参照。もっとも、*Yick Wo* 判決はその後にもかなり引用されているが、それは必ずしも恣意的な分類を違憲とする文脈においてではない。法律の文言のみならず法律の実質的效果や適用を審査することができると趣旨の引用として、*Dobbins v. Los Angeles*, 195 U.S. 223, 240 (1904), *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 64 (1905)。恣意的な分類を禁止したとの趣旨の引用としては、*Lieberman v. Van de Carr*, 199 U.S. 552, 559 (1905)。

下に使用者を犠牲にする」点でクラス立法であると述べるが¹⁰³⁾、本来クラス立法とは同一状況下にある者を同一に扱わない立法を指していた。労働者と使用者は同一状況にないのであるから、このような場合にはクラス立法の概念は意味を成さないであろう。また、市場における対等なアクターとして両者は同一状況にあると考えても、その両者に等しく規制は及んでいる（労働時間を法定する立法は、労働者も使用者も等しく拘束する）以上、不合理な区別は問題となりえない。

これに対し、ギルマンは次のように反論できるだろう。つまり、クラス立法と労働法には、表見的にはそのような違いがあったとしても、それを違憲とする際に背景となった哲学的原理は、特定の者を犠牲にして特定の者の私益を促進するだけで、公共の利益を促進しない立法を禁じるという原理である。クラス立法という用語をどのように理解するかはともかくとして、このような原理から、ロックナー期の判例は一貫して説明できるはずだ、との反論である。

しかしながらこの反論には幾つかの問題がある。第一に、ロックナー期の判例は、確かに立法目的の公共性を審査していたと考えられるが、それは必ずしも誰かの私益を促進する一方で誰かの利益を犠牲にしているかを審査していたのではない。契約の自由は労働者にも使用者にも等しく重要なものと考えられていたと読める判示があり¹⁰⁴⁾、労働法は労働者の利益を促進する一方で使用者の利益を損なうというのは今日の感覚の投影に過ぎない。また、このような利益移転の有無を立法目的の公共性のメルクマールとすると、ロックナー期に下された表現の自由についての判決をはじめとして、多くの判決を説明できない。ロックナー期の判例は、利益移転の有無によってではなく、限定列举された目的を立法が実質的に促進しているかを判断していたと考えたほうがよい。そして限定列举された目的を正当たらしめていた原理は、国家の中立性や利益移転の禁止ではない。この点は、本稿Ⅵ-3で詳しく論じる。

103) Gillman [1993] p. 130, Gillman [1994] p. 635. 同様に労働法をクラス立法として捉える見解として、常本 [1984] pp. 45-51.

104) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 56, 59 (1905), *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 14 (1915), *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 554-555 (1923), *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587, 616-617 (1936). 学説による分析として、Siegman [1980] pp. 123-124, Mayer [2008] pp. 264-270.

第二に、このように、同一状況にある者を等しく扱わない立法と、労働法などの契約当事者の自由を規制する立法とは、やはり別なのであり、両者を同一に論じることは混乱を招く。クラス立法の下に論じられるべきは、特定の業種やグループに適用されるのと同じの法が、似た環境にある業種やグループという第三者にも等しく適用されているかが問題となる場合である。このような問題状況は契約の当事者間での規制が問題となる労働法とは問題状況が異なる。労働法がクラス立法との関係で問題となるのは、労働法が適用される業種またはグループとそうでない業種またはグループとがあった場合の、その区別の合理性という論点においてである。

2 自由の構成

(1) 総説

クラス立法への敵意が、ロックナー期の憲法判例の指導理念ではないとすれば、何が判例を基礎付ける原理だったのか。この問に対し、バーンステインは契約の自由という明文なき基本権の擁護という理念を挙げた。そこで、ここでは、ロックナー期の憲法判例において自由がいかに把握されていたのかを分析する。

(2) 審査方法は契約の自由の焦点を合わせたものだったか

ギルマンとフィスは、ロックナー期においては、ポリス・パワーの限界の観点から司法審査は行われていたのであり、制約される自由の重要性や要保護性は司法審査の際に問題とはならなかったと論じる。このことは、バーンステインの解釈や、今日行われている司法審査とは対照的である。例えば、今日の司法審査においては、制約される自由がどの程度重要な自由であるかが極めて重要な論点となる。それが表現の自由か経済的自由かによって司法審査の厳格度が変わるのももちろん¹⁰⁵⁾、プライバシー保護の領域では、そもそもそのような権利が保護に

105) Epstein [1985] pp. 134-136 (訳161-163頁)は、財産権が問題となった、*Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887), *Euclid v. Ambler Realty*, 272 U.S. 365 (1926)と、表現の自由が問題となった、*Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975)とでいかに司法審査の厳格度が異なるかを論じている。ニュー・ディール期以降の、経済的自由の制約立法に対する司法審査の空洞化を示す例として、*Williamson v. Lee Optical Co. of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), *Ferguson v. Scrupa*, 372 U.S. 726 (1963)。

値する権利なのかが決定的に重要な論点となっている¹⁰⁶⁾。

これに対してロックナー期の判決は、契約の自由が修正14条で保護される自由であることを確認しはするが、契約の自由が憲法上保障されることは当然と考えられており、むしろ自由を制約する目的が正当な範囲に留まっているかを判断することによって、法令の合憲性は判断されていた。つまり、公衆の健康・安全・道徳の維持、詐欺の防止などの正当なポリス・パワーの目的に資する立法は合憲であり、そうでない立法は違憲である。司法審査の労力の大半は、このように限定列挙された立法目的の実現に、法令が貢献するかどうかを判断する作業に割かれていたのである。「当該法律は、いわゆるポリス・パワーの行使として制定されたが、その法律は、立法府がその権力を行使してよいいくつかの目的を達成する十分な傾向を持つか、その目的の達成を促進しなければならない。もし法律がそのような種類のものでないならば、当該法律が立法府を通過したことはポリス・パワーの下に正当化できない¹⁰⁷⁾」という思考方法である。

このようなロックナー期の司法審査のあり方は、何よりもその判決文の形式に明瞭に現れている。最も象徴的な例は、*Lawton v. Steele*¹⁰⁸⁾である。本件では、乱獲から漁場を守るために漁獲の方法を制限した州法が合憲とされ、それによって、川に張られていた原告の網を除去した政府の行為が適法とされている。注目すべきは、法廷意見の論証形式である。まず問題となる法令が引用され、その直後にポリス・パワー論が展開されている。法廷意見において重視されているのは、魚の保護が伝統的にポリス・パワーの適切な対象として扱われてきたという点であり、制約される自由の性質については何ら言及がなされていないのである¹⁰⁹⁾。

判決文の形式という点では、*Lochner*判決も参照に値する。本判決では、契約の自由が保障されていることについては、*Allgeyer v. Louisiana*¹¹⁰⁾を引用するだ

106) そのような判決として、*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). これらの判決における、制約されている自由の性質についての長々とした判示は、ロックナー期の判決とは著しい対照を示している。

107) *Welch v. Swasey*, 214 U.S. 91, 105 (1909)

108) 152 U.S. 133 (1894)

109) 152 U.S. 136-138. もっとも、司法的手続なしに網を直接的に除去できるかどうかという手続的問題に関しては、除去の対象となる財産の価値が関係するとする。152 U.S. 140-141.

110) 165 U.S. 578 (1897)

けでその論証を終える。判決の主題はむしろその直後に述べられるポリス・パワー論である。

労働力を売買する権利は、この権利を排除するような状況がない限り、修正条項によって保護された自由の一部である。しかしながら、いくらか漠然とポリス・パワーと呼ばれる、連邦の各州の主権に内存する一定の権力が存在する。(中略) この権力は、現時点ではより明確な限界を述べる試みなしに広く言及されるが、公衆の安全、健康、道徳と一般的福祉に関係する。(中略) 故に州は個人が一定の種類の契約を結ぶことを妨げる権力を有しており、それらの契約に関する限り、連邦憲法の保護は及ばない。仮に契約がポリス・パワーの正当な行使として州が禁止できるものならば、その契約を禁止することは修正14条によって妨げられない¹¹¹⁾

このように、契約の自由が保障されていること、及びそれにポリス・パワーによる制約が正当に課されうことは当然の前提とされており、論点となるようなものではない。問題は、法令が正当なポリス・パワーの行使か否かの一点にあり、判決の論証はほぼ全てそれを論じるために当てられているのである。

ポリス・パワーの行使であるという主張は単なる口実かもしれない。(中略) よって、このような性格の立法が問題となり、かつ連邦憲法による保護が求められている、当裁判所に上訴された全ての事件において、次の問題が必然的に生じる。それが州のポリス・パワーの公正で合理的で適切な行使か、またはそれが、不必要で恣意的な、人格的自由または彼と彼自身の家族の扶養に適切または必要と考えられる労働契約を結ぶ自由という個人の権利に対する介入か、という問題である¹¹²⁾

立法が正当なポリス・パワーの行使であるためには、公衆の安全、健康、道徳、

111) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 53 (1905)

112) 198 U.S. 56.

一般的福祉の実現に立法が寄与しなければならない。「健康の問題に関係がない、純粋な労働法の観点から見た場合、われわれが審査しているような法律は、公衆の安全、道徳、福祉に関係がなく、公衆の利益は全くこのような法令によって向上しない¹¹³⁾」から法令は違憲なのであり、それが契約の自由を侵害しているから違憲なのではない。ギルマンやフィスの議論と重複するためにこれ以上論じることがはしないが、このように、契約の自由には制約が課されうることが当然の前提とした上で、その制約がポリス・パワーの行使といえるかを論じるという構造の判決は多数に及ぶ¹¹⁴⁾。つまり、司法審査の中心的問題は権力の正当性であり、自由は残余として姿を現すに過ぎないのである。そこでは基本的権利の擁護が理論的関心となったわけではない。

(3) 契約の自由は尊重されていたのか

ロックナー期の憲法判例が、契約の自由を不可侵の基本権として擁護したわけではなかったことは、以下の要素によっても明らかである。まず、判例において常に制約の可能性が強調されている¹¹⁵⁾。大方の判例では、確かに契約の自由はある、しかし、それは制約されることがある、という構造の文章となっているのである¹¹⁶⁾。また、契約の自由を制約した非常に多くの法令が合憲とされている。Adkins判決が述べるように¹¹⁷⁾、公共の利益と関係するビジネスの料金規制や、現物給与の禁止をはじめとする、賃金の支払い方法や時期についての規制、そし

113) 198 U.S. 57.

114) 例えば、Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887), McLean v. Arkansas, 211 U.S. 539 (1909), Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911), Erie R. Co. v. Williams, 233 U.S. 685 (1914), Bunting v. Oregon, 243 U.S. 426 (1917).

115) Crowley v. Christensen, 137 U.S. 86, 89-90 (1890), Camfield v. United States, 167 U.S. 518, 522 (1897), Patterson v. Bark Eudora, 190 U.S. 169, 174 (1903), Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 26 (1905), Adair v. United States, 208 U.S. 161, 172 (1908), McLean v. Arkansas, 211 U.S. 539, 546 (1909), Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire, 219 U.S. 549, 568 (1911), Brodnox v. Missouri, 219 U.S. 285, 293 (1911), Erie R. Co. v. Williams, 233 U.S. 685, 699, 703 (1914), Rail & River Coal Co. v. Yaple, 236 U.S. 338, 349 (1915), Nebbia v. New York, 291 U.S. 502, 523 (1934).

116) この点で、「契約の自由は一般的ルールであり、制約は例外である」と述べる Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525, 546 (1923), Chas. Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations, 262 U.S. 522, 533 (1923)は例外的なものである。他の多くの判決では、契約の自由は制約が可能な点に強調が置かれている。

て *Bunting v. Oregon*¹¹⁸⁾ 以降の労働時間の規制などをはじめとして、契約の自由を制約しながら、正当なポリス・パワーの行使として、込み入った論証なしにかなりカテゴリカルに合憲性が確認されている例は多いのである¹¹⁹⁾。バーンステイン自身も認めているように、ロックナー期の裁判所が一般に市場に好意的だったとしても、それは市場に対する立法による介入を相当広範に認めていたであり、ロックナー・コートがレッセ・フェールを執行していたと言うことは、ウォレン・コートが社会主義的だったと言うことと同程度の誇張なのである¹²⁰⁾。

しかしこのことは、ロックナー法理論にとってポリス・パワーの行使の正当性こそが関心事であり、契約の自由を保護することが司法審査の目的ではなかったことからすれば、当然であるともいえる。

(4) 契約の自由は先例からの逸脱だったか

バーンステインの主張の一つは、*Allgeyer* 判決や *Lochner* 判決以前には、主としてクラス立法禁止の観点から緩やかな審査が行われていたに過ぎず、契約の自由を尊重する態度は欠如していたというものである¹²¹⁾。確かに、それらの判決以前には、契約の自由を制約する立法に対して違憲判決が下されるということは皆無であったように思われる。また、契約の自由を論じる際の先例としては *Allgeyer* 判決が引用されるのが常である¹²²⁾。しかし、契約の自由についての判

117) *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 546-548 (1923) また、*Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549, 568 (1911)には、契約の自由が制約されながら出された合憲判決が列挙されている。

118) 243 U.S. 426 (1917)

119) 例えば、*Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678 (1888), *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903), *Lieberman v. Van de Carr*, 199 U.S. 552 (1905), *Engel v. O'Malley*, 219 U.S. 128 (1911), *Murphy v. California*, 225 U.S. 623 (1912), *Lehon v. City of Atlanta*, 242 U.S. 53 (1916), *Brazee v. Michigan*, 241 U.S. 340 (1916), *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917), *Radice v. New York*, 264 U.S. 292 (1924)。

120) Bernstein [2003a] p. 34. また、Siegel [1990] p. 1436, n. 15は、現在のリバタリアンに比べ、ロックナー期の憲法判例は遥かに広範な規制を支持していたと述べる。

121) Bernstein [2003b] pp. 29-31.

122) *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366, 391 (1898), *Booth v. Illinois*, 184 U.S. 425, 428 (1902), *Patterson v. Bark Eudora*, 190 U.S. 169, 173 (1903), *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 53 (1905), *McLean v. Arkansas*, 211 U.S. 539, 545 (1909), *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549, 566 (1911), *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590, 595 (1917), *Adkins v. Children's Hosp.*, 261 U.S. 525, 545 (1923)。

示は、確かに Allgeyer 判決および Lochner 判決で大きく注目を浴びることになるが、必ずしも先例のないものではなかった。Allgeyer 判決自体、契約自由を論じる際に、その先例として Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.¹²³⁾におけるブラッドリーの補足意見と、Powell v. Pennsylvania¹²⁴⁾の法廷意見を引用しているのである¹²⁵⁾。以下の三つの文章はそれぞれ、Allgeyer 判決、Butchers' Union Co. 判決、Powell 判決からのものである。

修正条項において言及されている「自由」は、単なる身体からの物理的拘束からの自由を意味するだけでなく、市民が彼の全ての能力の享受において自由である権利をも含むのである。すなわち、彼の能力を全ての合法的方法によって自由に使用すること、彼の欲するところに居住し、あらゆる合法的な天職によって生計を立てること、あらゆる生計の手段を追求すること、そしてそれらの目的を成功させるために適切、必要かつ不可欠なあらゆる契約をなすことを含むのである¹²⁶⁾

人生におけるあらゆる通常の職業に従事する権利は不可侵の権利である。これは独立宣言において幸福の追求という言葉の下に定式化されている¹²⁷⁾

被告人によってなされた主要な主張は、同一の状況にある全ての他人と平等の条件において、通常の職業を遂行し、財産を取得し、所持し、売却する特権の享受は修正14条によって保障されているというものである。当裁判所も、憲法の正当な原則を具体化するものとしてこの一般的命題に同意する¹²⁸⁾

確かに契約の自由に対する明示的な言及は Allgeyer 判決以外ではなされてい

123) 111 U.S. 746 (1884)

124) 127 U.S. 678 (1888)

125) Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578, 589-590 (1897)

126) 165 U.S. 589.

127) 165 U.S. 589, 111 U.S. 762.

128) 165 U.S. 590, 127 U.S. 684.

いが、同判決は契約の自由を職業の自由や幸福追求権の一部として把握しているものであり、その点では先例の趣旨と Allgeyer 判決の判旨は一致している。また、このような判示は Barbier 判決や Soon Hing 判決にも見られる。Barbier 判決は「幸福の追求、財産の取得と享受¹²⁹⁾」が、Soon Hing 判決においては「合法的な目的のための、当事者が選択したいかなる契約をする自由¹³⁰⁾」が憲法上保護されていると述べる。このように、契約の自由は Allgeyer 判決において突如として現れたわけではない。

以上、VI-1 および VI-2 での分析を踏まえると、Barbier 判決の時期からロックナー期の終期まで、判例は一貫して、立法目的の公共性を審査していたと評価できる。つまり、判例は立法がポリス・パワーの範囲内にあるかを審査していたのである。

3 公共目的の法理とは何か

(1) 総説

VI-2 において、ロックナー期の司法審査の関心は、主として正当とされる立法目的の実現に当該法令が寄与するかという観点から行われていたことを確認した。そこにおいては制約されている自由の質や種類は考慮されていなかったのである。ギルマンはこのような審査方法を「公共目的の法理」と呼ぶ¹³¹⁾。ギルマンによれば、公共目的がない法律とは、特定のクラスを利する一方で特定のクラスを犠牲にするだけで共同体全体の利益を促進しない法律であり、公共目的の法律とはそうでない法律である。

政府権力に限界を課す「公共目的」は「レッセ・フェール」を意味していたのではない。それは概して、クラス中立的な立法を指していた。つまり、特別の負担や利益を市場における特定の競争者に課さない法律である。(中略) 換言すれば、社会内の諸々の利害をめぐって行われる行動に対して中立的な規制を

129) Barbier v. Connolly, 113 U.S. 27, 31 (1885)

130) Soon Hing v. Crowley, 113 U.S. 703, 710 (1885)

131) Gillman [1993] p. 54.

意味していたと言ってよいだろう¹³²⁾

ギルマンは国家の中立性、つまり市場における諸々のアクターのいずれかの肩を持たないことを公共目的のメルクマールとしているのである¹³³⁾。

このようなギルマンによる公共目的の理解は概してロックナー期の判例の特徴を的確に把握しているが、問題がないわけではない。ロックナー期の憲法判例は、ボリス・パワーの目的を列挙することによって、公共目的の内実をかなり積極的に提示していた。しかし、ギルマンの理解では、公共目的とは、クラス中立的であればよいことになっており、そこには積極的な内実がない。例えば、Holden v Hardy¹³⁴⁾をはじめとして、特定の労働者グループの健康を促進する立法は正当なボリス・パワーの行使と考えられたが、これは立法がクラス中立的だからではない。むしろ、鉱山労働者という特定のクラスに焦点を合わせているとさえ言えるだろう。しかしそれが正当なのは、健康の維持という目的の実現に立法が資するからであった。ロックナー法理論が健康、安全、道徳という統治目的を列挙したのはなぜであろうか。本稿では、正当な目的を基礎付ける原理について、若干の考察を試みたい。

(2) 列挙された公共目的

ギルマンによれば、19世紀から20世紀初期の判例は、一定のクラスを犠牲にして一定のクラスの私益を促進する立法と、公共の利益を促進する立法とを峻別していた。しかし、判例は司法審査を行うにあたって、一定のクラスの利益が犠牲にされ、他方で他のクラスの利益が促進されているか否かを審査していたのだろうか。確かに、そのような立法は公共目的に反したものだっと考えられる。しかし、単に列挙された公共目的への立法の該当性を判断していたと考えた方が整合的に判例を説明できる。正当な立法目的について、当時の判例はほぼ一致した見解を一貫して採用してきた。Lochner判決では、それは「公衆の安全、健康、道徳、一般的福祉¹³⁵⁾」の維持・向上であるとされる。フィスによれば、これら

132) Gillman [1993] p. 55.

133) Gillman [1993] p. 62.

134) 169 U.S. 366 (1898)

の事項は、審査される立法の目的がそのいずれかに収まるべき独立した分類棚を構成している。さらに、道徳や福祉と言った曖昧な概念は、様々な原理によって慎重にその射程が限定されており、再分配などは含まれないとする¹³⁶⁾。フィスと同様に、ブラウンも、Lochner 判決は、「列挙された」権力についての判決であると指摘する。つまり、州の権力は共同体の安全、健康、道徳、一般的福祉という限定列挙された目的のために使われる限りで正当なのである。ブラウンによれば、今日のように、ポリス・パワーは一般的な規制権限ではない。それは列挙された目的のいずれかに必ず関係しなければならない¹³⁷⁾。

ロックナー期の判例は、このような列挙された立法目的への該当性を判断していたのであり、クラス間の差別や利益の移転が判断基準となっていたわけではないのである。例えば、Lochner 判決は、あるクラスが利益を受けることによって他のクラスが不利益を被るということには言及していない。むしろ、直接的に問題となっているのは、問題となった州法が健康という正当な統治目的の実現に資するものかどうかである¹³⁸⁾。そして重要な点だが、法廷意見は、契約の自由の制約が労働者に有利なもので使用者に不利なものとは考えていない。それは当事者双方にとって重要なものと考えられていた。労働者自身とその家族の生計を維持するために契約の自由は重要なものとされ、契約の自由の制約は労働者に深刻な影響を与えるとしている¹³⁹⁾。また、法廷意見は、州法は使用者の権利のみならず労働者の権利の制約でもあるとして、次のように判示している。

本件法律は、その言葉のいかなる適正な意味の範囲においても、健康を目的とした法ではない。両当事者が最善と考えるであろう条件、あるいは相手方と合意するかも知れない条件の下に労働契約を結ぶという、使用者と被用者双方が持つ個人の権利への違法な介入である¹⁴⁰⁾

135) Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 53 (1905)

136) Fiss [1993] p. 160.

137) Brown [2002] p. 1263.

138) Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 57 (1905)

139) 198 U.S. 59.

140) 198 U.S. 61.

多くの判決では、立法が公衆の健康、安全、道徳の維持に関係があるかが問われたのであって、クラス間の利益の移転が問題とされたり、クラス間の中立性が問題とされたわけではない。例えば、扇動表現の禁止が合憲とされた *Gitlow v. New York*¹⁴¹⁾ では、立法が公衆の安全の維持という目的に合致しているかが問題とされたのであって、クラス中立性が直接の問題とされたわけではない。また、*Meyer v. Nebraska*¹⁴²⁾ や *Adams v. Tanner*¹⁴³⁾ では、それ自体公衆の健康や安全に対して危険性のない事業を禁止することは違憲であるとされている。ビジネスの規制がクラス間の不当な利益移転をもたらすとか、国家の中立性に反するとの判示はない。

クラス間の中立性を害する立法は、確かに公共目的に反しているが、それは結果としてそうなったのであって、クラス中立性それ自体が立法目的の公共性を基礎付けていたわけではないと考えられる。立法の公共性を基礎付けていたのはあくまでも公衆の健康、安全、道徳の維持といった特定の目的の実現である。利益移転や中立性の問題は、公衆の健康、安全、道徳の維持と関係のない法律を違憲とするにあたって、論拠を補強するために副次的に論じられていると考えるべきだろう¹⁴⁴⁾。

(3) 公共目的の基礎としての他者加害防止

ロックナー期の判例が正当として認めていたポリス・パワーの目的が、安全、健康、道徳、一般的福祉の維持・向上であることは既に見た。では、これらの諸目的は、いかなる理由で正当とされていたのか。これらの目的を単にクラス中立的であるという理由で正当化することは難しいから、何か別の実質的理由が求められる。様々な理由が考えられようが、本稿では、他者加害の防止がこれらの目的を基礎付けていたと考える。これらの目的は、基本的に他者加害やニューサンスを防止するという機能を果たしていることに注目すべきだろう。ホーウィッツは言う。

141) 268 U.S. 652 (1925)

142) 262 U.S. 390 (1923)

143) 244 U.S. 590 (1917)

144) *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 16 (1915), *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 557-558 (1923)の判示を、本稿はこうに理解する。

ポリス・パワーの分野では、19世紀の法律家はコモン・ロー上のニューサンスの法理と酷似の法理を発展させようとした。州が公的ニューサンスを排除する権能を行使することが正当とされる場合（それはブラックストンによれば、ニューサンスを除去する個人の私的権利が、州に委任されたと考えられる場合である）なら、常に、州がポリス・パワーに基づいて行動することも正当とされた¹⁴⁵⁾

また、シーガンも、ニュー・ディール以前のオールド・コート哲学の基礎をなしていたのは他者加害の防止のためにのみ権力は正当に行使されうるという古典的自由主義だったとする¹⁴⁶⁾。「自己の物を使用する際に他人の物を害してはならない (sic utere tuo ut alienum non laedas)」とする法格言が、ポリス・パワーの基礎となったことは我国の文献でも紹介されている¹⁴⁷⁾。

このことは判決からも裏付けることができる。最も適当な例は、酒屋の許可制を合憲とした *Crowley v. Christensen*¹⁴⁸⁾ である。フィールドによる法廷意見は、まず上述の法格言を引用し、自由が制約される根拠を示す¹⁴⁹⁾。そして、酒による健康被害があったとしても、それは自発的加害として本人が被るのみであり、各人が何を飲食するかは法の規律対象ではないとの主張に対し、まさに危害が本人にのみ限定されるかが問題だと述べる。確かに酒による健康や道徳への害は当初は本人のみに留まるとしても、それは仕事の怠慢や財産の浪費、一般的退廃につながり、本人と関係を持っている他人に影響する。またそれは犯罪や窮乏の原因となる。自己加害の防止ではなく、ビジネスに内在する共同体への危険性の抑止がポリス・パワー発動の根拠となっているのである¹⁵⁰⁾。

145) Horwitz [1992] pp. 27-28. (訳31頁)

146) Siegan [1980] p. 154.

147) 高原 [1961] p. 37, 常本 [1984] p. 25, 田中編集代表 [1991] p. 782. 同格言をポリス・パワーの根拠として引用する判決に、*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 124-125 (1877), *Orient Ins. Co. v. Daggs*, 172 U.S. 557, 566 (1899), *Atlantic Coast Line R. Co. v. Goldsboro*, 234 U.S. 548, 558 (1914).

148) 137 U.S. 86 (1890)

149) 137 U.S. 90.

150) 137 U.S. 90-91.

公有地の囲い込みを防ぐために、私有地にフェンスを立てることを禁止した連邦法を合憲としたCamfield v. United States¹⁵¹⁾も同様である。法廷意見は次のように述べる。「各人は望むことをすることができるという一般命題には疑いがないが、この権利は別の命題に従属する。それは『自己の物を使用する際に他人の物を害してはならない』というよく知られた格言にその表現を見出すことができる。自身の土地に望むものを建てる権利は、ニューサンスを続けたり、隣人にとって不快なビジネスや職業に従事することを正当化しない¹⁵²⁾」。こうして法廷意見は、フェンスによる公有地の囲い込みをニューサンスと認定して連邦法を合憲とした¹⁵³⁾。それにあたって、連邦政府はポリス・パワーを持たないが、「一般的政府は各州が持つポリス・パワーに類似した権力をその所有物に対して疑いなく有している¹⁵⁴⁾」として、連邦政府の規制権限を確認しつつ、ニューサンス排除とポリス・パワーの関係に言及している。また、牛乳の価格統制を合憲としたNebbia v. New York¹⁵⁵⁾でも、所有権と契約の自由は原則として政府の介入から自由であるべきだが、他者を害するような仕方では所有権や契約の自由を行使することを許せば政府が存続できないとして、共通の利益のために規制を行うことは公衆の基本的な権利であるとされている¹⁵⁶⁾。

これに対し、他者加害の要素がない純粋な適法行為の禁止は違憲とされてきた。それは公衆の健康や安全に害のない事業の禁止を違憲とした一連の判決に現れている¹⁵⁷⁾。乳製品の取引において、地域によって価格を差別化することを禁じた州法を違憲としたFairmont Creamery Co. v. Minnesota¹⁵⁸⁾において、「道徳的で、公衆にとって有益であるとこれまでみなされてきており、ありふれた出来

151) 167 U.S. 518 (1897)

152) 167 U.S. 522.

153) 167 U.S. 525.

154) 167 U.S. 525.

155) 291 U.S. 502 (1934)

156) 291 U.S. 523, 529.

157) Adams v. Tanner, 244 U.S. 590 (1917), Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923), Jay Burns Baking Co. v. Bryan, 264 U.S. 504 (1924), Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925), Weaver v. Palmer Brothers Co., 270 U.S. 402 (1926), Fairmont Creamery Co. v. Minnesota, 274 U.S. 1 (1927), Louis K. Liggett Co. v. Baldridge, 278 U.S. 105 (1928).

158) 274 U.S. 1 (1927)

事として悪しき結果を伴うことが現在示されていないビジネスを、通常のやり方で上訴人が続けることを州は禁止できるのだろうか¹⁵⁹⁾」と判示されていることに象徴的に現れているように、これらの判決において違憲判断が下された理由は、ビジネスが公衆にとって有害なものではないという一点に求められているのである。

このことは、黄犬契約を禁じた州法を違憲とした *Coppage v. Kansas*¹⁶⁰⁾ の法廷意見が、バーゲニング・パワーの不平等は私有財産制の当然の帰結であり、あらゆる契約に存在するものであるとした上で、本件州法は個人の自由と財産権の通常の行使に介入しているとして、「自由と財産権の単なる制限はそれ自体では公共の福祉と呼ぶことはできないし、ポリス・パワーの正当な目的ともみなしえない¹⁶¹⁾」と判示していることからもうかがい知ることができる。つまり、私有財産の通常の行使は、他者を害するようなものではないという判断である。他者を害しない行為であるにもかかわらず、それを何らかの政策的配慮から禁止することはできないのである。

このような原理は、証券の販売法などを規制したいわゆる青空法の合憲性の判断にあたり、その立法目的が投資家を財政的損失から守ることではなく、詐欺行為から守ることと認定されたのが合憲判決の決め手になった、*Merrick v. Halsey & Co.*¹⁶²⁾ の判示にも現れている。ビルの高さを制限するにあたって、美観の維持だけを目的とした立法は正当なポリス・パワーの行使とは言えないが、安全性が目的に含まれている場合には合憲とする、*Welch v. Swasey*¹⁶³⁾ も同様の見地から説明できる¹⁶⁴⁾。公共運送人の通行の許可制を違憲とした *Buck v. Kuykendall*¹⁶⁵⁾ においても、決め手となったのは立法目的である。法廷意見は、許可制の立法目

159) 274 U.S. 9.

160) 236 U.S. 1 (1915)

161) 236 U.S. 19.

162) 242 U.S. 568, 587-588 (1917)

163) 214 U.S. 91, 107-108 (1909)

164) 美観の維持は、特定のクラスの利益というよりは、どちらかといえばあまねく共同体全体に行渡る法益であるから、本判決の説明能力において、ギルマンによる解釈より本稿の解釈の方が優れていると言える。

165) 267 U.S. 307 (1925)

的は、道路の保全による安全性の確保ではなく、競争制限であると述べ、違憲判決の理由としているのである¹⁶⁶⁾。

しかし、注意すべきなのは、このような他者加害禁止原理は、「安全、健康、道徳、一般的福祉」の促進というポリス・パワーの目的に関する列举事項を基礎づける背景をなすものであって、他者の具体的権利を直接的に害する行為の禁止だけが正当と考えられたわけではないことである。ロックナー期においては、全体的な治安や道徳の維持などの、他者の権利というよりは集合的な目標が正当なポリス・パワーの行使とされているからである。他者加害禁止の原理は、ポリス・パワーの道徳哲学的論拠として機能したのであって、直接的に事案を解決するための準則として機能したわけではない。「害悪を識別し是正することは立法府の義務であり機能である。そしてその害悪は、はっきりと限定された権利侵害ではなく、より大きな公共の福祉に対する障害を意味する¹⁶⁷⁾」のである。それは酒の飲用から生じるかなり抽象的な害悪を禁圧することを合憲としたCrowley判決や、料金規制を合憲とした判決で、他者加害禁止の法格言が引かれていることにも現れていると言える¹⁶⁸⁾。

他者加害防止原理による、このような公共目的の基礎付けは、いわば古典的自由主義の哲学に立脚したものといえるだろう。それは他者加害の防止という範囲に立法権を絞り、同時にそれによって再分配的な立法や、労働法を不正な目的の法律として排除する役割を果たしたと考えられる¹⁶⁹⁾。ロックナー期の判例は、このような内実を持つ公共目的に正当な立法目的の範囲を限定し、正当な立法権が尽きた時点に残余として自由を観念していたのである。

4 小括

ロックナー法理論を分析するにあたって、ギルマンはクラス立法への敵意をその原理としたが、クラス立法は不合理な差別をする立法であり、ロックナー期の

166) 267 U.S. 307, 315.

167) *Rast v. Van Deman & Lewis Co.*, 240 U.S. 342, 357 (1916)

168) *Crowley v. Christensen*, 137 U.S. 86, 90 (1890), *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 124-125 (1877). 料金規制を合憲とした、*Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 523 (1934)でも、上述の法格言は直接引用されていないが、他者加害の禁止が規制根拠として挙げられている。

判例の指導理念とは関係ないと考えられる。自由は正当な権力行使が尽きた地点に残余として観念され、司法審査は制約される自由の観点からではなく行使される権力の正当性の観点からなされた。いわゆる公共目的の法理である。正当な立法目的、つまり公共目的は、健康、安全、道德の維持などに限定されるが、これは他者を加害する可能性のある行為の禁止にポリス・パワーは関わっていたことを示す。その一方で、他者を加害しない適法行為の禁止は許されなかったと考えられる。

Ⅶ ロックナー法理論における自由の欠如

1 総説

これまでの議論によって、ロックナー法理論の実像は明らかとなった。Ⅶでは、その表見的印象とは異なって、ロックナー期の憲法判例において自由の理念が決して尊重されていなかったことを明らかにすることを目的とする。それは単に合憲判決が多かったということではない¹⁷⁰⁾。より原理のレベル、究極的にはロッ

169) ロックナー期の判例が労働法や再分配を伴う法律を常に違憲としていたことについては、Bernstein [2004a] pp. 33-43によって疑問が提起されている。問題となるのは、賃金の支払い方法や時期を規制した労働法は、一貫して合憲とされてきた点である。Erie R. Co. v. Williams, 233 U.S. 685 (1914), McLean v. Arkansas, 211 U.S. 539 (1909), Rail & River Coal Co. v. Yaple, 236 U.S. 338 (1915), Knoxville Iron Co. v. Harbison, 183 U.S. 13 (1901), Dayton Coal & Iron Co. v. Barton, 183 U.S. 23 (1901), Keokee Consolidated Coke Co. v. Taylor, 234 U.S. 244 (1914), Patterson v. Bark Eudora, 190 U.S. 169 (1903), Strathearn Steamship Co., Ltd. v. Dillon, 252 U.S. 348 (1920)などである。これらの判決には、労働者の保護を正面から認めたと読める判示があり、ロックナー期の判例の中でも特異な地位を占めているようにも思われる。

しかし、これらの判決の目的は、Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525, 547 (1923)が述べるように、「賃金の支払いにおいて、不公正で、おそらくは詐欺的な方法を防ぐこと」にあると考えられる。McLean判決は、スクリーンの使用が紛争の原因になっており、詐欺を防止する意味が当該法律にはあることを述べている(211 U.S. 549-550.)。Knoxville判決においても、当該法律が暴力を伴った紛争を防止し、秩序を維持することに役立つと述べられている(183 U.S. 21.)。

また、船員に対する賃金の支払い方法を定めたPatterson判決とDillon判決は、船員という職業の特殊性が判断を分けたと考えられる。船員については他の職業には許されない特別の規制が許されるとの判示としては、Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 275 (1897)がある。このように、これらの一連の労働法の合憲判決は、本稿の理論と矛盾するものではない。McLean判決では、詐欺防止を立法目的と認めて合憲判決が下されたとする説として、Gillman [1993] pp. 138-139. 船員がパターンリズムによる保護の対象となっていたとの説として、Soifer [1987] p. 252, pp. 264-265.

クナー法理論の採用する自由観と国家観のレベルにおいて、公益が自由に優越するという前提を判例は譲ることはなく、自由の広範かつ過度な制約を許容していたことを論証する。

そして、ロックナー法理論がそのような自由の制約を許容した根底的な原因は、司法審査の焦点を専ら立法目的に限定するという「公共目的の法理」が採用され、自由それ自体の擁護に司法審査の関心がなかったことにあったことを論じる。つまり、立法目的を一定の範囲に限定することによって自由を確保しようとする、残余としての自由論に由来する限界をロックナー法理論は有していたことを論証したい。

まずはロックナー期の憲法判例が、自由を過剰に制約する傾向があったことを実証的に検討し（Ⅶ-2）、その後にそれが残余としての自由論に由来することを分析する（Ⅶ-3、4）。

2 手段審査の不在による自由の過剰制約

(1) 総説

ロックナー期の司法審査の特徴は、目的審査と並んで、厳格な手段審査にあったとの評価は、ケース・ブックなどにおいて既に確立されていると言ってよい¹⁷¹⁾。しかし、ロックナー期において採用されていた「手段審査」なるものは、今日言われる意味での手段審査とは異なるのであり、ケース・ブックなどの叙述を鵜呑みにすることはできない。ロックナー期の憲法判例においては、我々が今日理解するような手段審査は採用されていないのである。まずこのことの確認から始めたい。

170) ロックナー期においては、常に合憲性の推定が採用されており、立法府の判断が尊重される傾向があった。合憲性の推定の原則はこの時期の確固たる法理論のひとつであり、本稿で紹介・引用した判決の多くにその判示を見ることができる。例えば、*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 123 (1877), *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678, 684 (1888), *Erie v. Williams*, 233 U.S. 685, 699 (1914), *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 668 (1925), *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 537 (1934)。指摘しておくべきは、合憲性の推定は、*Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 544 (1923), *Weaver v. Palmer Brothers Co.*, 270 U.S. 402, 410 (1926) のような、違憲判決でも等しく採用されていることである。

171) Stone=Seidman=Sunstein=Tushnet=Karlán [2005] p. 752, Sullivan=Gunther [2007] p. 372, 松井 [2008] p. 286。

手段審査とは何であろうか。一般的には、次のような解説がなされる。合憲性の審査にあたり、法令の目的と手段が審査されることになるが、まずは目的がやむにやまれぬものか、あるいは重要なものかどうかなどが審査され、それをパスすると手段審査が行われる。手段審査においては、立法目的とそれを達成するために採られた手段の間の適合性が審査される。ここにおいて、手段が立法目的と関連性を有するかどうかとか、目的達成に必要な以上に人権を制約していないか、などが審査される。そして、目的と手段の関連性の程度、あるいは侵害の程度が最小限である必要性などは事件の類型ごとに異なるとされる¹⁷²⁾。手段審査において審査されているのは、立法目的は確定された上で、その立法目的に対して手段がどの程度の関連性を有していればよいかということである。

これに対し、ロックナー期の憲法判例における手段審査は、これとはやや趣を異にする。そこでは正当とされる立法目的が審査以前に一定の範囲に限定されているために、目的審査と手段審査の二段階審査という枠組みは採られていない。審査されるのは立法が正当とされる目的を実現するかしらないか、つまり公共目的かそうでないかであり、手段審査は立法が公共目的を実現しているかを審査するために行われる。つまりそれは今日で言う目的審査の一部のようなものである。ロックナー期においては、立法は公共目的のものかそうでないものの二種類しかなかった。そこでは、立法目的は正当だが、手段が自由を過剰に侵害するために違憲となる、というような思考は採用されていないのである。手段は正当とされる立法目的の実現に関係のあるものかないものかのどちらかである。そこでは手段審査は段階的あるいは程度的な問題とは考えられておらず、専ら目的との関係で関連があるかないかのカテゴリー的な判断が行われているのである。

これはホーウィッツの言う分類的思考の現れであり、法的思考とは程度の差を問題にするのではなく、質・種類の違いを見極め特定の分類に当てはめるものとされていたことの反映である¹⁷³⁾。ホーウィッツによれば、19世紀の法学を支配していた「古典的法思想」が、ロックナー期の判決を特徴付けている。古典的法

172) 審査基準についての標準的解説として、Sullivan=Gunther [2007] pp. 486-487, 高橋 [2010] pp. 124-130.

173) Horwitz [1992] pp. 17-19. (訳18-20頁)

思想は、多数者の専制から自律的市場や自然権を擁護するために、政治の領域と法の領域を峻別するという哲学に立脚していた¹⁷⁴⁾。古典的法思想を特徴づける分類的思考は、政治的思考から独立した法的思考であることが強調された。分類的思考は、全ての法現象をはっきりとした分類で分ける。「その知的営為の目標は常に同一とされた。相互に排他的に存在する分類の中で、そのどれか1つに紛争を当てはめることである¹⁷⁵⁾」。そこにおいては、程度の差を問題としたり、利益衡量が行われることはなく、既存の分類に紛争を振り分けることで法的判断が行われる¹⁷⁶⁾。例えば、当該法令はポリス・パワーの行使かあるいはそうでないか、という形で法令の合憲性は問われるのであって、自由と政府利益を衡量するという思考は存在しないのである¹⁷⁷⁾。

このような判断方法を採用すれば、当然に、自由の制約の程度に応じてきめ細かい違憲審査を行うことはできない。ロックナー期の憲法判例は、いわゆるLRAの基準を用いるという発想が欠如していたと言ってもよい。手段は目的の達成に関係があるかないかのいずれかである以上、目的達成と手段の間に関係はあるが、手段が自由を過剰に制約しているが故に違憲となる余地はなかったのである。審査される法令は、目的と関係のある手段を採用していれば、その侵害の程度は問わず公共目的の立法として合憲となる反面、関係のない手段を採用していれば、それは公共目的の立法とはみなされず、そもそも目的レベルで違憲となるのである。また、裁判官の経験的知識などから、一旦目的が正当なものと認定されてしまえば、手段の合理性の審査が非常に緩やかなものになる傾向があった。

つまり、第一に、立法目的の確定のために手段を実質的に審査した場合でも、過剰手段が問題となることはなかった。第二に、目的がドグマ的に正当とされ、手段が厳格に審査されなかった場合があった。ここにおいて特徴的なのは、手段の合理性をどこまでも問うていくという意味での手段審査の不在である。

これに関連して、*Munn v. Illinois*¹⁷⁸⁾ 以来の法理である、公共の利益に関係の

174) Horwitz [1992] pp. 9-11. (訳7-10頁)

175) Horwitz [1992] p. 18. (訳19頁)

176) Horwitz [1992] pp. 17-19. (訳18-20頁)

177) Horwitz [1992] pp. 27-31. (訳30-36頁)

178) 94 U.S. 113 (1877)

あるビジネスはポリス・パワーによる広範な規制の対象となるという理論も、手段審査を欠落させる要因となった。そこでは、ビジネスは私的なものかあるいは公共的なものに判断が集中しており、公共的と認定されたビジネスにおいては手段の合理性を問うことなく規制が合憲とされる傾向がある。

ロックナー期の裁判所は、公共目的の立法とそれ以外の立法という区別、あるいは公共の利益に関係するビジネスと関係しないビジネスという区別をカテゴリーに行うことで憲法判断を下していた。そこにはより制約的でない手段があるかという考察が欠落している。また、手段審査に独自の地位が与えられていないのである。このことから、ロックナー期の憲法判例は、立法目的さえ正当であれば、立法手段により自由が過剰に制約されていても、当該立法を違憲とする論理を有さず、自由の過剰制約を招いたと言えるのである。

(2) LRAの基準の不在

まずは *Mugler v. Kansas*¹⁷⁹⁾ の検討から始めよう。この判決はロックナー法理論における手段審査の不在と自由の過剰制約を象徴しているからである。本判決では酒の製造と販売を全面的に禁止した州法が合憲とされた。ハーランによる全員一致の法廷意見は先例の確認から始まる。引用がなされているいくつかの判旨に共通するのは、公衆の健康・安全・道徳に対して害がある場合にはポリス・パワーによる禁止が許されるという理論である。例えば、「州に認められたポリス・パワーはしばしば財産の破壊にまで及ぶ。ニューサンスは除去されうる。市の健康と道徳に有害な全ては取り除くことができる¹⁸⁰⁾」であるとか、「公共の道徳の維持のための警察規制の手段としては、酒類の製造と販売を禁止する州法は連邦憲法のいかなる条項にも反しない¹⁸¹⁾」との判旨である。

これに対し被告人は、他者の権利を害しない品物の販売や製造を禁止することはできないと主張する。法廷意見はこの一般論を一応認める。しかし、公衆に悪影響を与えるかを決定する判断権は立法府にある。もっともこのことは司法審査

179) 123 U.S. 623 (1887). 本判決を引用してほとんど無審査で同様の事案を合憲とした判決として、*Ripsey v. Texas*, 193 U.S. 504 (1904).

180) 123 U.S. 658, *License cases*, 5 How. 504 (1847)

181) 123 U.S. 659, *Beer Co. v. Massachusetts*, 97 U.S. 33 (1878)

を排除しない。立法が違法な自由の侵害の単なる口実かどうかは審査しなければならない。よって、「公衆の健康、道徳、安全を守るために制定されたとされている法律が、仮にそれらの目的と実際のまたは実質的な関係がないか、あるいは基本法によって保障された権利の明白な侵害である場合には、憲法に従った判断を下すのが裁判所の義務である」とする。しかし、その法律が目的を促進しているという「実際のまたは実質的な関係」の判断は、極めて簡単なものである。

警察規制を装いながら、憲法上の権利を市民から剥奪することを州が意図しているという主張には正当化が与えられていない。というのも、我々は次の事実から眼を背けることはできないからである。つまり、公衆の健康、道徳、安全は酒類の一般的利用によって危機に瀕するという広く知られた事実と、この国で起こっている怠惰・無秩序・貧困・犯罪は、少なくとも一定程度は、この悪にまでさかのぼることができるという、万人が入手できる統計に裏付けられた事実である¹⁸²⁾

この論証から、社会の平和と安全にとって酒類の製造と販売の完全な禁止が必要であると州が判断したならば、それは政策の問題であり裁判所が立法府の判断を覆すことはできないと法廷意見は結論する。その後に続く法廷意見の議論の大部分は、公共の利益に害のある行為を禁止することは正当なポリス・パワーの行使であることの理論的論証に当てられている。「立法権が、一般の福祉に悪影響があると合理的な理由に基づいて宣言した行為を、何人も正当に行いえないのである¹⁸³⁾」というわけである。

当時の裁判所にとって、酒類が公衆の健康に悪影響があることはほとんど自明の事柄であり、法廷意見は、立法の目的が健康維持という公共的なものであることについて、ほとんど問題を感じなかったのである¹⁸⁴⁾。しかし、仮に目的がそうであっても、手段が過剰である可能性を現在の法律家ならば考慮するはずであ

182) 123 U.S. 662.

183) 123 U.S. 663.

184) Horwitz [1992] pp. 28-29. (訳33頁)

る。エプステインは言う。

酒の製造はニューサンスに該当するという州の把握の仕方が、事実、正当だと仮定してみよう。その場合には、より緩やかな手段で州は同一目的を実質的に達成できなかったかどうかという第二段階の考察が求められる。殊に、年齢、提供場所、利用者の状況に対応した酒類の購入や消費の規制をすれば、Muglerの操業に加えられた膨大な規制をしなくとも社会問題の多くを除去できるのではないかということを裁判所が全く検討していないのは問題である。(中略) 州が酒類の販売や流通に対するより穏当な手段を採求していないのに、少なくとも既存する酒類の製造への全面禁止が支持されるとは信じがたい¹⁸⁵⁾

しかし公共目的の法理にとっては、ポリス・パワーの行使の目的が公共的であれば、それは正当な権力行使とされる。手段審査はあくまで立法の目的を正当なものとするものでないものに割り振るためのものでしかない。よって、Mugler判決のこのような推論過程はロックナー期の憲法判例の必然的帰結なのである。

このような法的思考が採用されていたことを論証するために、手段の目的関連性を実質的に審査した上で違憲判決が下されたとされる *Lochner* 判決を検討しよう。*Lochner* 判決は、一見すると目的・手段審査の二段階審査を経ているように読めるし¹⁸⁶⁾、また過剰手段を採用している点が違憲判断を導く要素となったとも読める¹⁸⁷⁾。まず第一点だが、「公衆の健康にわずかな程度ではあるが関係する

185) Epstein [1985] p. 131. (訳157頁)

186) Stone=Seidman=Sunstein=Tushnet=Karlan [2005] p. 752, Sullivan=Gunther [2007] p. 372.

187) 修正主義の成果にもかかわらず、この点にはまだあまり深い分析が加えられていない。Fiss [1993] pp. 163-164は、今日の表現の自由の判例と同様に、*Lochner* 判決においては、手段の階層化がなされており、目的達成のためのより制限的でない手段を選ぶべきと法廷意見は考えたとする。また、「州が健康維持という目的達成のために正当に為しうることは、作業場の検査、衛生設備、下水設備の整備の義務づけ等を定める（本件州法に含まれる）他の規定により十分に尽くされており、このような権利侵害の程度の低い手段より以上の侵害的手段を採用するのは立法目的により正当化される範囲を越えることになる」と述べる、常本 [1984] p. 53もこのような理解に近いと思われる。*Lochner* 判決に関してではないが、1920年代から30年代の経済的デュー・プロセスの法理がLRAの基準を用いていたとする分析として、Siegan [1980] p. 126.

という単なる主張は必ずしも法律を妥当なものにしない。法律は、目的に対する手段としてより直接的な関係を必要とする。さらに目的自体も適切で正当である必要がある¹⁸⁸⁾」との判示があり、これを捉えて、Lochner判決は目的審査と手段審査の二段階審査を採用しており、さらに手段審査については、今日の中間審査基準が求める程度の目的手段関連性を要求していると評価されることがある¹⁸⁹⁾。しかし、Lochner判決は、まず立法目的を確定した上で、その立法目的と手段の間にどの程度の関連性があれば合憲なのか、という思考をたどっているわけではないことは注意を要する。Yick Wo v. Hopkins¹⁹⁰⁾に見られるように、裁判所は立法府の掲げた表向きの立法目的に拘束されず、立法の実質を審査することで立法目的を確定できる。Lochner判決では、その実際の立法目的を確定するために、採用された手段が目的とかみ合ったものか否かが審査されているのである。そこで問われているのは手段の合理性ではなく、あくまでも立法の目的なのである。その証拠に、法廷意見は、時間制限と健康には直接的な関係がないと述べた直後に、立法の「真の目的は、道徳に全く有害でないか、被用者の健康に全く実質的には危険でない私的なビジネスにおける使用者と被用者の労働時間を単に規制することにあるように思われる¹⁹¹⁾」と結論しているのである。

第二に、衛生設備の設置義務をはじめとする製パン所の物理的設備に対する規制は健康維持を目的としたものであり合憲であるとの判示があるが¹⁹²⁾、これはLRAの基準のような発想にでたものではない。LRAの基準は、より制限的でない代替的手段を仮想し、それによって現実に採用されている手段と同等レベルの効果が得られる場合には過剰手段の採用を違憲とする法理である¹⁹³⁾。しかし、Lochner判決は、労働時間の規制でも工場設備の規制でも同等の効果を達成できるが、工場設備の規制の方が自由制約の程度が小さいという論理は採っていない。むしろ、労働時間の規制は、健康維持という目的に対してそもそも実質的な効果が見出せないという点こそ決定的である。工場設備の規制は、より制限的で

188) Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 57 (1905)

189) Epstein [1985] p. 128. (訳155頁)

190) 118 U.S. 356 (1899)

191) 198 U.S. 64.

192) 198 U.S. 61-62.

ない手段として挙げられているのではない。そうではなく、健康という目的に実質的に関連する手段の例として、労働時間規制と対比する形で挙げられているのである。

Lochner判決は、分類的思考に基づき、立法を公共目的のものとそうでないものとに区別するという作業を行っているのであり、手段審査は立法目的を振り分ける作業の一部に過ぎない。法令全体を見てその目的を確定する作業が行われていると言ってもよいだろう。そこでは少なくとも、手段の過剰性を審査するという態度は欠如しているである。したがって、立法目的が正当と認定されれば、手段審査がオミットされ、自由が過剰に制約される危険性があったのである。

立法目的が正当とされると、手段審査が行われないことは、*Bunting v. Oregon*¹⁹⁴⁾にも象徴的に現れている。ここでは労働時間の法定と、それを超過する労働時間については給与を上乗せすることを命じる州法が合憲とされた。注目すべきは、結論よりも論証過程である。法廷意見の大部分は州法が賃金規制法か労働時間規制法かのいずれであるかに当てられている。これは、立法目的が労働者の健康維持にあるのか、そうでないのかの振り分けにとって、州法の性質がいずれであるかが決定的だからである¹⁹⁵⁾。Lochner判決と対照的に、州法の性質が時間規制であり、ゆえに立法目的が健康の維持という正当なものと認定された後は、時間規制は健康の維持にとって関係がないという主張はほとんど検討されていない。わずかに2つのパラグラフで手段と目的の関連性は肯定されているのである¹⁹⁶⁾。

ロックナー期の憲法判例の関心が立法目的の分類に集中していたために、手段

193) Struve [1966] p. 1463は、LRAの基準を次のように定義する。「政府がより制限的でない代替手段を仮に有していれば、経済規制はデュー・プロセスを侵害する。つまり、より狭い規制によって当該規制の目的を等しく効果的に政府が達成できるならば、それはデュー・プロセスを侵害する。等しく効果的との語は、文字通りのことを意味する。代替手段がほぼ等しく効果的である場合や、かなり効果的である場合には、規制は無効とされるべきではない」。しかし、代替手段に求められる効果はどの程度まで現在採用されている手段で得られる効果と近似でなければならないかという問題は残るとの指摘として、Phillips [1987] p. 320, n. 280.

194) 243 U.S. 426 (1917)

195) 当時、労働時間規制は労働者の健康の維持に関係のある規制だと考えられていたのに対し、賃金規制はそうに考えられていなかったことをギルマンが指摘していたのはすでに本稿Ⅲ-3で論じた。Gillman [1993] pp. 158-159.

196) 243 U.S. 438-439.

の過剰性や非合理性を看過していると考えられる判決は多数存在する。Murphy v. California¹⁹⁷⁾では、ビリヤード・ホールの営業の禁止を定めた条例が合憲とされた。条例違反で起訴された被告人は、ビジネス自体は共同体の健康、安全、道徳に悪影響はなく、またニューサンスを構成しないと主張した。これに対し、法廷意見は、地域の条件や営業方法によって、公衆に有害になったりならなかったりする多くのビジネスが存在するとまず指摘する。ビリヤードは合法的なアミューズメントであり、ビリヤード・ホールの経営自体はニューサンスそのものではない。しかしビリヤードはそのようになるかもしれず、州は規制や禁止をするのに実害が出るまで待つ必要はないとされる。「ビリヤード・ホールの経営は有害な傾向を持つことは証明を要さない事実であり¹⁹⁸⁾」ビリヤード・ホールが具体的に共同体の道徳に対して悪影響があるかについて、地域の状況などの立法事実や、被告人のビリヤード・ホールの具体的状態などを審査することはできないとする。この判決もまた、立法目的が道徳の維持という正当なものとされたために、その具体的危険の程度を問わず禁止が可能としている点で、過剰手段を合憲としていると考えられよう。

立法目的さえ正当であれば、行為の具体的危険性を問わず規制が可能であることを示す他の判例として、Rast v. Van Deman & Lewis Co.¹⁹⁹⁾がある。本件では、小売商が商品を売る際に、スタンプを集めると景品と交換できる景品引換券を提供する場合には、特別の免許税を支払うべきことを定めた州法が合憲とされた。景品引換券は広告や価格割引の一つの手法であり、公衆の健康や道徳に何ら悪影響がないと原告は主張し²⁰⁰⁾、原審はそれを支持した²⁰¹⁾。それに対し法廷意見は、広告は商品の質を知らせるだけで、商品以外の要素によって購入を誘引するものではないが、景品引換券の交付は商品以外のプレミアムに訴える点で広告と異なるとする。それは商品自体よりも価値の高い物によって購入を煽り、金銭欲に訴えかける。それは宝くじやギャンブルと呼ぶことはできないかもしれないが、そ

197) 225 U.S. 623 (1912)

198) 225 U.S. 629.

199) 240 U.S. 342 (1916)

200) 240 U.S. 363.

201) 240 U.S. 356.

れと同じような魅力と害悪があるかもしれず、その害悪の有無を判断すべきなのは立法府である²⁰²⁾。また、特別の免許税は事実上禁止の性格を持つとの原告の主張に対しても、そのような性格があるかは疑わしいとしつつ、仮に禁止の効果を持つものであっても合憲性に変わりはないとしている²⁰³⁾。本件でも、立法目的が道德の維持という正当なものと判断されたが故に、規制される行為の具体的危険性や、規制手段の合理性および過剰性が審査されていないのである。

Booth v. Illinois²⁰⁴⁾では、穀物その他の商品を将来取引する旨のオプション契約の禁止を定める刑法典が合憲とされた²⁰⁵⁾。このような法律が定められたのは、商品の実際の授受を目的とするのではなく、契約価格と将来の市場価格の差額のみを取引の目的とした、ギャンブル性を伴ったオプション契約を禁圧するためだった。争点は、このようなギャンブル目的の契約を禁圧するために、それ自体はギャンブル性および非道德性を伴わない通常のオプション契約を禁止することが契約の自由を侵害しているかである²⁰⁶⁾。法廷意見は、それ自体は非道德的でなくとも、そのようになる傾向があるビジネスは禁止できるとし、そのビジネスが実際に禁止されなければ害悪を防げないと州が判断した以上、裁判所は公衆の道德を維持すると自称する法律が、その目的の達成と実際のまたは実質的な関係がない場合以外は州に介入できないとする。州法が賢明ではない可能性を認めつつ、立法裁量を強調し、ギャンブル性のある契約の禁止と州法が合理的な関係がないとは言えないとした²⁰⁷⁾。本判決も、目的が正当であることが自明だったために、禁止の過剰性などは意識されなかったと言える²⁰⁸⁾。

Mugler判決で問題となった州法では、酒類の製造と販売が全面禁止とされたが、Crowley v. Christensen²⁰⁹⁾では、サンフランシスコ市の条例によって酒類の

202) 240 U.S. 365.

203) 240 U.S. 368.

204) 184 U.S. 425 (1902)

205) オプション契約とは、一定期間ある商品を一定の価格で売却若しくは購入できる権利であるオプションを付与する契約である。田中編集代表 [1991] p. 608.

206) 184 U.S. 429.

207) 184 U.S. 429-430.

208) 株の投機的売買を無効とすることを定めたカリフォルニア州憲法を合憲としたOtis v. Parker, 187 U.S. 606 (1903)では、本判決を引用しつつ、立法裁量を強調することによって、ほとんど無審査で合憲判決が下されている。

販売が許可制とされ、その合憲性が問題となった。その際、許可条件として、当局の同意を得るか、それが無理だった場合には、ビジネスを行う予定の地域において、12人以上の不動産を有している市民から書面で推薦を取ることができれば当局の同意に代えることができるとされていた。原審では、このような許可条件が恣意的であるとされ、条例違反で拘束されていた被上訴人に対して身柄を解放する決定が下された。その際、原決定は、ランドリーの許可制において中国人にのみ許可を拒んでいたことを違憲とした *Yick Wo v. Hopkins*²¹⁰⁾ を引用している。しかし、最高裁の法廷意見は、原審の判断を覆し、条例を合憲とした。その理由は極めて簡単なものである。つまり、*Yick Wo* 判決では、許可対象のビジネスはそれ自体無害であり共同体にとって有益なものであり、また他人には享受されていた特権を剥奪するために裁量が行使されていた。それに対し、本件では、何人も許可なしには行いえないビジネスが問題となっており、またそれは全面的禁止も可能なものであり、政府が定めた制約に服するべきものである、というのである²¹¹⁾。こうして、許可条件の合理性は全く考慮されずに合憲判決が下されているのである。既にVI-4(3)で見たように、本件条例の目的が共同体への危害を防止するためのものであることは判決の中で確認されており、目的審査は行われている。しかし、本判決もまた、許可条件の合理性を見るといって、手段審査が欠落しているのである。今日の視点からすれば、本件の許可条件は、職業の自由を地域の多数者の意見に従属させている点で問題を含んでいるが、法廷意見にはそのような配慮は全く見られない。規範的見地からすれば、少なくとも、このような特殊な許可条件がなぜ必要なのかについて司法審査がなされるべきであろう。

公平を期すために違憲判決を検討しておく。*Adams v. Tanner*²¹²⁾ では、失業者に職業を紹介する際に報酬を取ることを禁止する法律が違憲とされた。貧しく不幸な人々が、報酬を払わずとも値する、仕事に対する権利に対して、職業紹介

209) 137 U.S. 86 (1890)

210) 118 U.S. 356 (1886)

211) 137 U.S. 94.

212) 244 U.S. 590 (1917)

業が支払いを強制するのは不適切であるとの州の主張は退けられている²¹³⁾。職業紹介業が報酬を取るのはいかなる意味でも公衆の健康・安全・道徳に悪影響を及ぼさないのである²¹⁴⁾。本件においても結論を分けたのは目的の公共性であって、手段の過剰性を捉えていたわけではない。

このような、公衆の健康に何ら危険性のない職業や商品を禁止することはできないとの判示は、布団に再生羊毛を使用することを禁止した州法を違憲とした *Weaver v. Palmer Brothers Co.*²¹⁵⁾にも同様に見出すことができる。

(3) 「精神的自由」

公共目的の法理にとって、自由の性質や重要性は問題とならず、立法目的の公共性が法令の合憲性にとって決定的である以上、ロックナー期の判例において、上で述べたのと同様の論理が、精神的自由が問題となる場合にも妥当しているはずである。事実、精神的自由が問題となった事案についても、ロックナー期の判例は上記の諸事例と全く同一の思考を経ていると言える。しかし、より正確に言えば、ロックナー期の憲法判例にとって、精神的自由と経済的自由という区別自体が理解しがたいものだったはずであり、このような区別自体がロックナー法理論にとっては無意味であった。自由はあくまでも統一的に把握されていたのである。

表現の自由が問題となった *Gitlow v. New York*²¹⁶⁾から検討しよう。本件では、暴力による政府転覆を言論によって唱導する行為を禁じた州の刑事法が修正14条に反するかが問題となった。処罰の対象となった文書には、「プロレタリアート革命と共産主義による社会の再建、そしてそのための闘争が今や不可欠である。…コミュニスト・インターナショナルは世界のプロレタリアートに最終闘争を要求する!」と記載されていた²¹⁷⁾。被告人は、実際に具体的な暴力行為が発生する危険は生じておらず、法律の適用は、扇動の性質を持たない単なる教義を記した文書を処罰することになるが、処罰は実質的な害悪の可能性がある状況で

213) 244 U.S. 594.

214) 244 U.S. 593-594.

215) 270 U.S. 402 (1926)

216) 268 U.S. 652 (1925)

217) 268 U.S. 665.

のみ許されると主張した²¹⁸⁾。しかし法廷意見は、本文文書は単なる抽象的哲学の表現でも将来の予測を述べたものでもなく、直接的な扇動であると認定した上で、処罰を合憲とした。そのような表現がどのような結果を生むかは予見不可能であり、公衆の安全に実際の危険が生じたり、州が破壊される差し迫った危険が生じる時点まで、州の平和と安全を守るための手段を遅らせる必要はないと言うのである²¹⁹⁾。そのような理由から州法はポリス・パワーの合理的な行使であるとされる²²⁰⁾。公衆の安全に危険性をもたらしうる行為は、その具体的危険性のいかんに関わらず禁止しうるという論理は、ビリヤード・ホールの禁止が合憲とされたMurphy判決と全く同様のものである²²¹⁾。公共目的の法理にとって、制約される自由の種類は採用されるべき法的推論を左右しない。そして、目的が正当であれば、それを実現するための手段は州の広範な裁量に委ねられているのである²²²⁾。立法目的が正当である以上、過剰禁止の可能性は考慮されないとの理論がここにも現れていると評価できる。

人格的なプライバシー権を保護した判決として現在の文献では紹介される²²³⁾、Meyer v. Nebraska²²⁴⁾と、Pierce v. Society of Sisters²²⁵⁾においても、公共目的の法理が一貫して適用されている。Meyer判決では、公立・私立の学校において英語以外の言語を児童に教えることを禁止した州法が違憲とされている。マクレイノルズによる法廷意見は、単なるドイツ語の知識が有害であると考えること

218) 268 U.S. 664.

219) 268 U.S. 669.

220) 連邦法が対象となったためにポリス・パワーは問題とならなかったが、Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)もまた、表現行為の危険性から処罰を合憲としている。本稿の関心からは、合憲判決の理由となったのが、表現の自由の性質でも手段の合理性でもなく、行為に内在する危険性であることが重要である。

221) 阪口 [1992]は、ロックナー期において「表現はたとえそれが社会的弊害の発生と近接的な因果関係を有さなくても、何らか社会的害悪を生ぜしめる「危険な傾向」さえあればそれを処罰しても合憲であるという立場」(阪口 [1992] p. 134) が判例上採用されていたことを論じている。本稿も、このような分析に賛成する。もっとも、ロックナー期の司法審査において、財産権に優越的地位が付与されていたとの分析 (p. 127) には反対する。

222) 268 U.S. 668.

223) Stone=Seidman=Sunstein=Tushnet=Karlson [2005] p. 845, Sullivan=Gunther [2007] p. 414, 松井 [2008] p. 287.

224) 262 U.S. 390 (1923)

225) 268 U.S. 510 (1925)

はできず、「立法目的は、児童の精神活動を制限することで彼の健康を守ることである」という主張に十分な基礎はないと思われる。(中略)それが通常の児童の健康、道徳、知性に有害ではないということは経験によって知られている²²⁶⁾」としている。また、本件州法は、児童や親の自由以外にも、外国語教師の職業の自由に対する介入であると述べ²²⁷⁾、それ自体有用であり害のない職業を規制することはできないとして、失業者への職業紹介業を規制した法律を違憲とした *Adams* 判決を引用している²²⁸⁾。つまり、本件で問題となった自由は、今日の分類で言えば経済的自由として捉えられていたのである。

公立学校への通学を義務付けた州法を違憲とした *Pierce* 判決も論理は同様である。私学の運営は職業の自由でありかつ財産権であると把握され²²⁹⁾、それ自体は何ら公衆にとって有害ではないとされているのである²³⁰⁾。ここにおいても、違憲を導く論理はあくまでポリス・パワーの行使の目的の正当性のカテゴリー的な判断であって、手段と目的の均衡性などではないことに注意する必要がある。

(4) 目的の正当性の断定

Lochner 判決は、立法目的を正当なものとしてでないものと振り分けるために、手段が目的に実質的に関連しているかを審査していた。このように、立法目的の振り分けのためとはいえ、手段をかなり厳格に審査した判例は非常に多い²³¹⁾。その一方で、立法目的が、裁判官の経験などに照らして正当であることがドグマ的に断定されると、もはや実質的な手段審査は全くなされない場合が見受けられる。なぜこのようなことが起こったのか。ホーウィッツは、立法目的を正当なものとしてでないものとカテゴリー的に振り分けるためには、「本来的に健康に影響する事柄のカテゴリーがあるということをあらかじめ措定する必要

226) 262 U.S. 403.

227) 262 U.S. 401.

228) 262 U.S. 402-403.

229) 268 U.S. 535.

230) 268 U.S. 534.

231) 例えば、*Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898), *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), *Jay Burns Baking Co v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924), *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), *Weaver v. Palmer Brothers Co.*, 270 U.S. 402 (1926), *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

があった²³²⁾」と述べる。つまり、食品規制や労働時間規制などは健康に関係するカテゴリーであるが、賃金規制はそうではない、という分類や、パン製造業は健康に害のない職業であるが鉱山労働は健康に害のある職業である、という風にあらかじめ健康に関係するカテゴリーを設けておくことで、立法目的を正当なものとするのに割り振っていた可能性があるのである。

このような思考構造の下では、健康に関係ないとされるカテゴリーが審査対象となると、採用された手段が立法目的を実質的に促進するかがそれなりに厳格に審査されるのに対し、健康に関係があると予めカテゴライズされた立法は、手段審査を経ることなく立法目的の正当性が認められてしまうだろう。同様に労働時間を規制した立法を問題としながら、手段審査の厳格度にあまりに大きな差がある *Lochner* 判決と *Bunting* 判決の差異は、このようにして説明できる。つまり、*Lochner* 判決の当時は、労働時間規制は健康と関係のない規制カテゴリーだったが、立法事実に対する裁判所の認識が変化した結果、*Bunting* 判決のころには労働時間規制は健康と関係のある規制カテゴリーに分類されていた、という訳である。

このような理論によって、手段審査の不在を説明できる判決は多くある。最も代表的な例は、オレオ・マーガリンの販売禁止を合憲とした *Powell v. Pennsylvania*²³³⁾ だろう。ここでは、食品の規制がもともと健康に関係するカテゴリーとされていたために、健康の維持や詐欺の防止という目的に、販売禁止という手段が必要か否かについて審査されなかったのである²³⁴⁾。例えば表示の規制を厳格にするといった手段で目的は達成可能だったかもしれないにもかかわらずである。

Lochner 判決と同年に下された *Lieberman v. Van de Carr*²³⁵⁾ では、牛乳配達業の許可制が合憲とされている。本判決では、牛乳配達業が公衆の健康に影響があること自体は争われなかった。その点では規制が及ぶこと自体は当然とされたのである。論点は、許可を与える権限を付与された健康局 (the board of health) に、

232) Horwitz [1992] p. 30. (訳35頁)

233) 123 U.S. 678 (1888)

234) 食品の規制が伝統的に正当なポリス・パワーの行使とされてきた点について、Horwitz [1992] p. 29. (訳33頁)

235) 199 U.S. 552 (1905)

許可の付与について恣意的な裁量権を与えているかどうかであった²³⁶⁾。法廷意見は、裁量権が恣意的に行使されているとする推定は働かないと述べた後²³⁷⁾、「当局がいかなる理由に基づき許可を留保したのかを示すものはない。おそらく、被告人のビジネスが共同体の健康に危険な方法で行われていたのかも知れない。あるいは牛乳の販売や配達の方法が反対すべきものだったのかもしれない。記録の中には、被告人に対する行動が、法が健康局に与えている公正で合理的な裁量権の行使でなく、恣意的または抑圧的なものであることを示すものはない。規制しなければ共同体の健康に高度に危険となりうるビジネスの許可にあたって、条例は法的裁量の行使を認めているのである²³⁸⁾」と述べて条例を合憲としたのである。ここでも、許可制の採用自体の合理性、許可の留保自体の合理性は非常に緩やかに審査されている。目的が公衆の健康維持にあることは明らかである以上、公共目的の法理からすれば手段は問題とならないのである。

Engel v. O' Malley²³⁹⁾では、銀行業類似の業務を営む個人及び組合を規制する州法が合憲とされた。州法においては、保管や移送を目的とした金銭の預かりを業とする際に、許可が必要とされた。許可条件として監督庁に一定の金銭を預ける必要があった。20年に渡って同様の業務に従事してきた原告は、自身の業務に大きな価値を感じているが、州法によって要求されている金額を監督庁に払う手段がなく、州法の執行は彼の業務を不可能にするとしてエクイティに基づいて州法の執行停止を求めた。法廷意見は、立法目的を詐欺の防止とした²⁴⁰⁾。銀行類似業は、貧しく無知な移民に対して行われることが多く、そのような預金者を詐欺から守ることは特に必要とされる。原告の職業に従事する人々と移民の間に存在する準パターン的な関係が、通常の職業に必要とされる以上のパターン的な監督を正当化するのである。「裁判所がこのような法律を賢明なものとするか否かに関わりなく、法律は立法裁量の範囲内にあり、そのような裁量が行使されることは通常である²⁴¹⁾」と法廷意見は結論する。しかしながら、なぜ20年も許

236) 199 U.S. 558.

237) 199 U.S. 562.

238) 199 U.S. 563.

239) 219 U.S. 128 (1911)

240) 219 U.S. 136.

可なしで営業してきた業務を急に規制するのはよく分からないものがある。本件では、許可制それ自体と、一定以上の金銭を当局に預けるという許可条件の合理性が審査されてしかるべきと言えないだろうか。判決要旨にある「主題が州の警察的保護の範囲内にある場合、法律が賢明か否かは裁判所の判断するところではない。それは立法裁量である²⁴²⁾」との文章は象徴的である。ここでも、貧しく無知な移民に対して行われる銀行類似業に対する規制は詐欺防止目的であるとの判断がドグマ的に、ないしはカテゴリーカルに先行し、許可条件と詐欺防止の実質的関連性の審査や、より制限的でない手段の有無の審査がオミットされていると評価できるだろう。このような思考は、立法目的の振り分けにしか裁判所の感心がなかったことの反映である。立法目的が正当であっても、自由は過剰に制約されてはならない、という発想がもしあれば、このような事態は避けえたはずである。

(5) 公共の利益に係るビジネス

ロックナー法理論に特徴的である、分類的思考と手段審査の欠如は、公共の利益に係るビジネスには広範な規制が認められるとする、*Munn v. Illinois*²⁴³⁾以来の法理にも現れている。ここでは、司法審査の関心は、規制対象となったビジネスが公共の利益に影響するか否かという論点に集中し、一旦ビジネスが公共的なものとされれば、規制手段の合理性や過剰性は問われることなく規制が合憲とされる判例がいくつか見られる。そもそも、*Munn*判決の判旨自体、公共の利益に係るビジネスは広範な規制が許されるとする一般命題の理論的論証にその大部分が割かれているのであり、当該事案における規制の合理性を認めるにあたっては、倉庫業が事実上の独占であること以外の根拠を挙げていないのである。

このような思考法が端的に現れたのが、火災保険業の保険料規制が合憲とされた *German Alliance Ins. Co. v. Lewis*²⁴⁴⁾である。本件では、保険会社の定めた保険料率を、当局が審査した上で、不合理と認めた場合には変更できると規定した

241) 219 U.S. 137.

242) 219 U.S. 128.

243) 94 U.S. 113 (1877)

244) 233 U.S. 389 (1914)

州法の合憲性が問題となった²⁴⁵⁾。法廷意見の大部分は、保険業が公共の利益に関係するものかという論点の論証に割かれている。合衆国判例集233巻の405頁から416頁がそうである。保険業の公共性としては、火災という不可避的な災難の損害を広くシェアするという再分配的性質が挙げられている²⁴⁶⁾。つまり火災保険業の倒産や効率性は広く公衆に影響するというわけである。対照的に、料金規制という手段を採用することの是非の論証にはわずか1パラグラフが割かれているのみである²⁴⁷⁾。保険者と被保険者の双方にとって保険料を合理的なものとするための手段として、「保険料規制が目的に必要なかどうかは、立法的判断の問題であり、司法的判断の問題ではない。我々の機能は権力の存在を決定することのみである²⁴⁸⁾」とされる。要するに、保険業者に対し、料金規制を含む広範な規制を行うための権力が州に存在するかどうかを法廷意見は論じているのである。そして、法廷意見は、その権力の存否という判断を行うために、保険業者が公共の利益に関係するビジネスかどうかを議論しているのである。しかしながら、本件にとって本質的な問題は、保険業が公共的ビジネスかどうかではなく、保険料を当局が決定することの合理性ではないのか。法廷意見は、保険業が公共的ビジネスかどうかという抽象論に終始し、保険料の規制の必要性や合理性について、事案に即した審査を全く行っていないのである。

採用された手段が今日の視点からすると問題含みと考えられる²⁴⁹⁾、*La Tourette v. McMaster*²⁵⁰⁾においても、同様の思考方法が採用されている。本件では、保険のブローカーの許可制を採用した州法が合憲とされた。州法は許可条件の一つとしてサウス・カリフォルニア州の居住者²⁵¹⁾であることを求めており、上訴人*La Tourette*はこの条件のみ満たさなかったのである。法廷意見は*German Alliance*判決を引いて保険のブローカーが公共の利益に関係するものであることを認め

245) 233 U.S. 391-404.

246) 233 U.S. 412-413.

247) 233 U.S. 417.

248) 233 U.S. 417.

249) Phillips [1996] pp. 433-434, pp. 441-442は、本件州法の競争制限的な側面を問題にする。

250) 248 U.S. 465 (1919)

251) 「州のresidentとは、その州において（単に一時的ではなく）相当期間生活する意思で住居を構えて住んでいる者をさす」田中編集代表 [1991] p. 725.

る。そして、居住者要件が法廷された正確な理由や法の賢明さは問うところではないとしつつ、「監督庁の監督に迅速に服するという理由から、居住者であるブローカーによってこの結果（ブローカーの質の担保、筆者注）はよりよく確保されると言えるかもしれない。よって州法の動機は保険者と被保険者にとって有益であり、手段は適切であるように見える²⁵²⁾」としている。許可条件の合理性はさしたる問題となっていないのである。しかし、本件で本来問題とすべきなのは、居住者という属性によって職業の自由が制約されてよいかという点である。保険のブローカーという職業の性質が公共的かという論点は、事案の本質に迫ったものとは考えられない。これらの判決において問題なのは、自由を制約する手段を問うという姿勢の欠如である²⁵³⁾。

3 原理的根拠

(1) 総説

以上で論じたような、手段審査の不在は、いかなる原理的根拠あるいは背景的理论に依拠しているのか。換言すれば、手段審査の不在や分類的思考、公共目的の法理は、どのような実質的理由によって支持されていたのか。これを分析する

252) 248 U.S. 468.

253) ただし、当時の判例は、価格の法定は財産権への侵害の程度が強く、たとえ正当な目的を達成できるとしても、通常の私的なビジネスに関して価格規制をすることは許されず、それは公共の利益に関係するビジネスに対してのみ可能だとしていたと考えられる。この点において、価格の法的規制は手段として自由制約の程度が強いとされていたのである。参照、Tyson & Bro. v. Banton, 273 U.S. 418 (1927), Ribnik v. McBride, 277 U.S. 350 (1928).

また、New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932)においては、製氷業への参入規制を定める州法が違憲となった。この州法では、当局が定める適正供給量に応じて許可がされることになっており、製氷業は完全に当局の裁量によってのみ遂行可能な特権となってしまう。法廷意見によれば、このような特殊な規制が許されるためには公共の利益に関係するビジネスである必要があるが、製氷業は単なる私的なビジネスであり、このような規制は許されない。

このように、公共の利益に関するビジネスというカテゴリーは、健康・安全・道徳の維持のための通常のポリス・パワーによる規制とは異なる、価格統制や職業の特権化という強度の自由侵害を正当化するためのものだったと考えられる。通常のポリス・パワーによる規制と、公共の利益に関係するビジネスに対する価格統制が異なる種類の権力に由来することをTyson & Bro. v. Bantonは論じている。また、Weller v. New York, 268 U.S. 319 (1925)も、価格統制と参入規制を厳格に分けて論じている。その意味では、自由制約の程度を考慮していた場面が限定的には存在していたわけである。

ことがここでの課題である。結論から言えば、ロックナー期の憲法判例を実質的に支えていた理論的前提は、主として法的思考構造という形式的な側面に関わるものと、自由や国家という概念をどのように把握していたかという実体的な側面にかかわるものとに整理できる。

法的思考構造という面から言えば、ロックナー期の憲法判例は、法と政治とを峻別することによって、政策の妥当性に司法判断は一切介入しないという姿勢を採っていた。ロックナー期の憲法判例は、権力の行使の是非と政策の妥当性とを厳格に区別していた。それが概ね、先に論じたように、現在の法律家が、立法の目的と手段として区別しているものに対応しているが、今日の視点から見てもその区別の仕方は理解できるものである。つまり、列举された正当な立法目的という要件への該当性をカテゴリカルに判断する法的思考と、目的に対する手段の合理性の判断や利害の衡量を特徴とする政治的思考の区別である。そして司法審査は、この政治の領野を侵犯することを控えようとしたのである。

一方、実体面について言えば、ロックナー期の憲法判例が採用していた、自由の概念と国家の存在理由についての理論こそ、手段審査を軽視した公共目的の法理の最も根源的な理論的源泉である。そこでは、国家は特定の列举された公益を確保するために樹立されたものと考えられ、また公益は常に自由に優位するとされていた。よって、公益の存在が認定されると、自由はそれに呑み込まれる運命にあったのである。

公共目的の法理は、権力の正統性を一貫して問題とし、法律が公益に関わるものかについて疑いがあるときは、極めて密度の高い審査を行った。しかし、公益を促進する際にいかなる手段が採られるかは、自由ではなく公益こそを憲法上重要な価値とする哲学と、それは政治の問題に過ぎないとする、法と政治の峻別論により、法的統制の外部に置かれたのである²⁵⁴⁾。

(2) 法的思考と政治的思考の峻別

法と政治の峻別こそ19世紀以来の古典的法思想の目的だったという点につい

254) *Merrick v. Halsey & Co.*, 242 U.S. 568, 589 (1917)は、「手段のいずれかに決定したり、手段の有効性や適切性の比較に基づいてその合法性を決定することは我々裁判所の機能ではない」と述べる。

ては、ホーウィッツによって言及されている。

19世紀におけるこのような分類的思考が示す点として、その他に、法的な議論と立法過程の理由づけを峻別することがあった。立法機能は、共同する政策判断や利害の取引であり、比較衡量であるのに対し、裁判官の任務は、単純に紛争が属する既存の法的分類を見きわめることだと考えられた²⁵⁵⁾

そもそも、特定の目的を追求するに際し、どのような手段が採用されるべきか、どのような利害を考慮すべきか、どのようにそれらの利害を調整すべきかといった問題は、非常に政治的なものである。それとは逆に、純粋に法的な思考が対象とするのは、利害の調整ではなく、要件に該当する事実の存否の判断であろう。ロックナー期の憲法判例の思考過程は、このような分割方法に近い面がある。ロックナー期の判例は、権力 (power) を審査し、政策 (policy) あるいは賢明さ (wisdom) については司法判断の及ぶところではないと度々言及しているが、この権力と政策の峻別こそ、法の論理と政治の論理の区別に依拠したものである。McLean v. Arkansas²⁵⁶⁾における次の判示は、それを端的に表現している。

立法府は、地域の状況につき周知しているのであり、そのような法律の必要性につき第一次的な判断権をもつ。裁判所が公共政策 (public policy) の見解において立法府と異なっているという事実、あるいは裁判所が当の立法の適切性について異なった意見を有しているという事実は、当の法律が明らかに立法の権力 (power) を超過している場合を除いては、司法的介入の理由にはならない。法が公衆の健康、安全、福祉に対して合理的な関係を有している場合には、法律が目的に届かないと司法府が考えているという理由によって、あるいは政府の立法部門に付与された権威の愚かな行使であると考えられるという理由によつては、法は無効とはならない²⁵⁷⁾

255) Horwitz [1992] p. 18. (訳19頁)

256) 211 U.S. 539 (1909)

257) 211 U.S. 547, emphasis added.

このような見地から、司法審査においては、常に正当とされる目的と立法が採用する手段の関連性の有無について判断されているのは前述の通りである。このような判示は、ロックナー期の判例に非常に多く見られる²⁵⁸⁾。具体例を挙げれば以下ようになる。「我々はそのような法律の賢明さ (wisdom) を考慮する権利を持たない。(中略) 立法府の権力が結果を達成するための方法次第であるということがあるだろうか? ²⁵⁹⁾」「政府の権力の行使として立法が通過したならば、そして立法がその権力と関係があるならば十分である²⁶⁰⁾」「権力の問題 (the question of power) を決定する司法的探求の範囲は、政策の問題 (the matter of policy) を扱う際の立法府の考慮の範囲と混同されてはならない。法律が賢明であるかないか、正しい経済理論に依拠しているかいないか、意図した結果を達成する最善の手段であるか、端的に言えば、規定された限界の範囲内の立法裁量が特定の方法で行使されるべきかは、立法府の判断に属する問題であり、意見について重大な相違があっても、それはこのような問題を司法の管轄の範囲とするには十分ではない²⁶¹⁾」「裁判所が法律の賢明さについて矛盾した見解を有しうるにもかかわらず、立法権を明らかに超過した場合を除いて、法律は無効とはされてはならない²⁶²⁾」。

注意すべきなのは、これらの権力と政策の区別が、一定の範囲までは立法裁量だが、その程度を超えると裁量の逸脱として違憲となるという「程度・量」の問題として把握されていないことである。それは端的に質・種類の区別である。権力の概念は、正当とされる目的の実現を目指すものか、という立法目的に関わるものであるのに対し、政策の概念は、その目的を実現するに際し、どのような手段を採用するか、という側面に関わるものだということである。このことは、健康・道徳の維持のための、酒類の全面的製造禁止というあからさな過剰手段が

258) 以下の注の判決のほかに、例えば、*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 132 (1877), *Bunting v. Oregon*, 248 U.S. 426, 427, 437 (1917), *Brodnax v. Missouri*, 219 U.S. 285, 292-293 (1911), *Rast v. Van Deman & Lewis Co.*, 240 U.S. 342, 365-366 (1916), *Armour & Co. v. North Dakota*, 240 U.S. 510, 513 (1916).

259) *Atchison, T. & S.F.R. Co. v. Matthews*, 174 U.S. 96, 102 (1899)

260) *La Tourette v. McMaster*, 248 U.S. 465, 468 (1919)

261) *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549, 569 (1911)

262) *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 538 (1934)

採用されたMugler判決において、「その領域内において、酒類の製造と販売の完全な禁止が社会の平和と安全にとって必要と州が判断したならば、裁判所は、立法機能を強奪することなしには、代表者によって表明された人民の意志を覆すことはできない。裁判所は立法の単なる政策（the mere policy of legislation）には関係を持たない²⁶³⁾」とされていることから明らかだろう。

要するに、ロックナー期の判例にとって、立法の統制とは、立法が為しうることの質的範囲を審査することであり、立法が制約している自由の程度や、立法が採用する手段はイレバントなのである。立法が為しうることについての判断は、カテゴリカルに、つまり断定的な分類法によって行いうるのに対し、手段についての衡量は必然的に対立する価値や利害の衡量という政治的価値判断を含む。よって両者の判断は截然と分断され、それぞれが法と政治に割り当てられることになる。事実、Mugler判決は上に引用した判示のすぐ後に、権力分立論を展開し、政治と司法の役割分担について論じているのである。現代的に言えば、次のようになろう。立法目的が健康、安全、道德の維持という列挙された要件に該当するか否かは、要件該当性を判断する純粹に法的な思考様式である。それに対し、価値の衡量や手段の目的合理性は、利害の調整と価値判断を含んだ政治的思考様式である。

このように考えれば、ロックナー期の憲法判例がLRAの基準のような制約を立法に課していなかったのも当然のことである。どのような手段がどの程度の効果を持ちうるかを考えることは、手段と目的の間の関係の強度を測るという、政策的判断を不可避免的に含まざるを得ない。ロックナー期の憲法判例にとって、手段と目的の関係は、段階づけられた程度問題ではない。それは1か0かの判断であり、公共目的立法とそうでない立法を振り分けるために手段が審査されるに過ぎない。つまり、カテゴリカルな要件該当性の判断である。これに対し、LRAの基準は、手段と目的の関係は1か0かのものではなく、その強度に段階があるという思考と、制約される自由の程度は法的判断の考慮要素となるという思考を前提としている。ロックナー法理論にとって、そのような「程度の問題」は政治

263) Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623, 662 (1887)

的判断ではあっても法的判断ではあり得ず、司法審査の際に用いるべきではない。そのような思考が活躍すべきとすれば、それは政治の場面である。どこに線を引くかではなく、どちらの類型に属するかを考えることが裁判所の役割なのである。現代的に言えば、利益衡量ではなく要件該当性の判断である。このように、公共目的の法理は、法的思考と政治的思考の峻別という方法論に立脚しているのである。

(3) 公益の絶対視と自然権の不在

契約の自由を絶対視していたという神話²⁶⁴⁾にもかかわらず、ロックナー期の判例が絶対視していたのは自由ではなく公益である。公益が絶対視されたからこそ、公益と無関係な立法は違憲を免れないのであり、公益を促進する立法は自由を過剰に制約するものであっても合憲なのである。このことは、主題化されることはなかったものの、ギルマンによって既に指摘されている。

裁判官たちが妥当な公共目的と考えるものを促進しているときには、法は自由に介入しているにもかかわらず支持された。個人の自由は常に共同体の一般的な福祉に従属するという理論によってである²⁶⁵⁾

このような哲学を法的に表現したものが、専ら司法審査の焦点を立法目的のみに合わせ、立法目的が公益に関連するものかどうかによって権力を統制しようとする、公共目的の法理である。正当な立法目的の範囲を限定することによって、その結果として自由を保護しようとする残余としての自由論にとって、立法目的の公益関連性はレバントな問題となり得ても、自由保障の程度はイレバントな問題に留まらざるを得ない。

自由の擁護ではなく公益の擁護によって権力を統制しようとするロックナー法理論の姿勢は、Mugler 判決の次の判示にも表れている。

264) 畑 [1996] p. 81. このような言説の虚偽性は、判例法理の内在的検討を経ずとも、単に契約の自由を制約した立法が合憲とされた数を数え上げるだけでも明らかとなる。合憲判決が主流だったことについては、Siegman [1980] p. 110, 常本 [1987] p. 55, Phillips [1996] p. 430, Bernstein [2003a] pp. 33-43などを参照。

265) Gillman [1994] p. 625.

一般的あるいは個人的利用のための飲用の酒類の製造と販売が社会に危険である、あるいは危険になるかも知れず、それゆえ何人も合法的に従事できないビジネスであると政府が判断したときに、政府は憲法上の自由や財産を侵害していると言うことはできない。それらの権利は、共通善の促進のために、能力ある権威によって制定された全ての規制の部分に従うことでもっともよく保全される。何人も、立法権が合理的な根拠に基づいて一般の福祉に有害であると宣言したことを正当に行うことはできない²⁶⁶⁾

ロックナー期の憲法判例は、自由と公益を対立関係として把握し、その2つの価値を比較衡量するという思考方法を採用していない²⁶⁷⁾。公益が自由に優位する以上、それらを対立する概念として立てる必要性はない。立法が公益に関係しているかを問うだけで済む。「当該法律は妥当な国法 (a valid law of the land) と考えるべきであり、市民の財産権を一定程度侵害するにもかかわらず、執行されねばならないのである。その限りにおいて、私的権利は公共的善に劣後すると考えるべきである²⁶⁸⁾」との判示は、ロックナー期の憲法判例における、権利と公共善の関係を端的に示したものと言えるだろう。Nebbia判決における次の判示も、同様の哲学を表すものである。「たとえわずかであっても、一定程度も公衆に影響しない私的権利の行使は想像することができない。また、市民の行為を規制する立法の大権の行使で、一定程度も自由を侵害せず、所有権に影響もしないものも想像できない。しかし、憲法的抑制の存在のみを条件として、私的権利は公共の必要に服さなければならないのである²⁶⁹⁾」。

このような思考は、ロックナー期の憲法判例が想定する国家目的にまで遡及することができると考えられる。つまり、国家は一定の公益を維持するために設立されているという国家理論である。Powell判決は次のように述べる。

266) *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 663 (1887), emphasis added.

267) Horwitz [1992] p. 29. (訳34頁)

268) *Booth v. Illinois*, 184 U.S. 425, 431 (1902). law of the landの訳は田中編集代表 [1991] p. 502による。

269) *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 524-525 (1934)

もし制定法が人々の健康の保全と詐欺の防止のための州のポリス・パワーの正当な行使であるなら、それは修正条項に反しないというのは言うまでもない。というのも、公衆の健康と道徳の保全という目的のために政府が組織されたということは当裁判所の確立した教義だからである²⁷⁰⁾

国家目的に明示的に言及する当時の判決文は極めて少なく、その意味でこの判示は貴重なものである。しかし今までの論述から、この一文は違和感のないものとして読むことができるはずである。ここにおいて指摘すべきは、個人の自然権の保全ではなく、公衆の健康と道徳の保全という集合的目標が国家目的として措定されていることであろう。あえて国家目的に言及したこの判示に、ロックナー法理論が描き出す実践的価値の構図が象徴的に表れていると考えることは不可能ではないはずである。少なくとも、それは現在の法理論のような、個人の権利を不可侵のものとして、あるいは切り札として観念するような思考法とは無縁だったということは確かである。フィスの定式を借りれば、確かにロックナー期の判事たちの関心が「秩序付けられた自由」にあったとしても、より重点が置かれていたのは、「自由」よりは「秩序」であったといえるだろう。

ロックナー期よりも遥か以前の連邦最高裁の判決と比較したとき、この特徴は顕著である。連邦最高裁の初期の判決では、自然権の保全が政府の目的であると明示的に言及されることがある。例えば、1798年のCalder v. Bull²⁷¹⁾は次のように述べる。「合衆国の人民は、正義を確立し、一般の福祉を促進し、自由の恵沢を確保し、その身体と財産を暴力から守るために、憲法または政府の組織を定めたのである。人々が社会に入る目的によって、社会契約の性質と条件が決定される。実定法による明白な不正義や、政府がその保護を目的として設立された、人身の自由または私有財産の保護の剥奪といった、明瞭で悪名高い立法権の濫用を認定し覆すための不可欠の諸原理が、我々の自由な共和政体には存在する²⁷²⁾」。

270) Powell v. Pennsylvania, 127 U.S. 678, 683 (1888)

271) 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798)

272) 3 U.S. 388, emphasis added.

また、1827年のOgden v. Saunders²⁷³⁾における、マーシャルによる反対意見も自然権に明示的に言及している。確かにこれは反対意見ではあるが、1801年から34年間に渡り首席裁判官として活躍し、アメリカ憲法解釈の基礎を確立したマーシャルによるものであり、初期の連邦最高裁の憲法思想を表していると評価できよう。「仮に、契約の権利とそれによる債務の起源を辿ったとき、それが社会に先立って、かつ独立して存在するものであることを発見した場合、我々は合理的にも以下のように結論付けることができるだろう。それらの原初的で先行する諸原理は、他の多くの自然権と同様、社会に持ち込まれたものであって、人定法によって規制されることはあっても、人定法によって与えられたものではないということである。(中略) 自然状態にあっても、個人は契約をできるだろうし、その契約は義務的であり、それを破った当事者に対して、実力は正当に行使されうるだろう²⁷⁴⁾」。この反対意見は、破産法を違憲とする文脈で述べられたものである。同様に契約の自由の侵害が問題となったLochner判決において、このような自然権論の展開が全くなされていないことには、十分な理由があるように思われる。つまり、Lochner判決において裁判官たちの思考を規定していたのは、自然権論ではなくポリス・パワー論である。国家目的を公益の保全に見出す場合、自然権は思考においてレレバントな役割を果たしえない²⁷⁵⁾。

4 残余としての自由

以上で論じたところからすれば、ロックナー期の憲法判例が採用していた公共目的の法理がリバタリアンのものではないことは明らかであろう。確かにそれは最後まで最低賃金法を合憲としたことはなかった。そこには擁護されるべき公

273) 25 U.S. 213 (1827)

274) 25 U.S. 345-346, emphasis added.

275) Horwitz [1992] pp. 156-159 (訳199-204頁)は、ロックナー期において、自然権や自然法といった概念がそれ自体として実定法の有効無効を左右するとは考えられていなかったが、当時の実定法解釈の背景をなしていたとする(Kainen [1993] p. 98, n. 36もほぼ同旨)。本稿は、少なくとも当時の判決原文を読む限り、法的思考において自然権は重要な地位を占めていなかったと考えるが、ポリス・パワーの射程が他者加害禁止に限定されていた背景の一つとして自然権思想があった可能性まで否定するものではなく、自然権思想がどの程度当時の法理論に影響を与えていたかの検討は今後の課題としたい。

益が見出せないと考えられたためである。この点でロックナー法理論は現在の主流派の法理論に比しリバタリアン的である。しかしそれがリバタリアン的であるというのは、少なくとも自由に対する態度がそうなのではない。なぜならロックナー法理論は自由の重要性と意義に対する何らかの理論を欠いていたからである。そのことは、表現の自由の優越的地位という思考に慣れた現代の法律家にとっては、表現の自由に対する何らかの理論を述べることなく、扇動表現の禁圧を簡単に合憲としたGitlow判決がもっとも説得的な例を提供している。ロックナー法理論にとって、表現の自由は何ら特別なものではなかった。

しかし、それは表現の自由に限られたことではない。契約の自由を含め、自由は等しく特別なものではなかったのである。自由に対する執着を欠いているという点において、それは現在のリベラルな、あるいはリバタリアンな法理論とは決定的に異なる。

このことは、ロックナー期の憲法判例が、他者加害を構成する行為以外の規制は公共目的に該当しないとして、基本的には自由主義的な立場に立ち、公権力を司法審査によって厳格に統制しようとするものだっただけに、深刻な含意を持つ。ロックナー期の経験は、国家の公共性を確保しようとする努力と、自由を確保しようとする努力は別であり、法的思考がそのどちらの努力を採用するかによって、実践的帰結が異なりうることを教えているように思われる。つまり、立法目的を他者加害防止に厳格に限定することは、必ずしも自由の厳格な保障を意味するわけではないのである。

もちろんこれはロックナー法理論という19世紀後期から20世紀初頭のアメリカにおいて採用されていた判例理論の特徴であるに過ぎない。しかし、公共目的の法理が自由の保護にとって決して十分なものではなかったという事実の意味は、特殊アメリカ的な文脈に留まるものではない。残余としての自由論がどこまでも立法目的にのみ照準を合わせ、正当な立法権が尽きた時点にはじめて自由を観念する以上、それは必然として自由を枯渇させる契機を有していると言えるのではないか。自由が価値あるものであるとの想定はそれ自体自明ではあり得ない。そして自明でないものを擁護するためには常に理論が必要となる。よって、我々は次のような論証で憲法上の自由についての議論を終わらせることには慎重

である必要があるだろう。

疑いなく、憲法上保障された自由は身体的拘束からの自由のみを意味するのではない。それは、契約する権利、いかなる通常の生涯の職業に従事する権利、有益な知識を得る権利、婚約し、家庭を築き子を育てる権利、彼自身の良心に従って神を崇拝する権利、そしてコモン・ローにおいて、自由人の秩序だった幸福追求のために不可欠と長きに渡って認識されてきた特権を享受する権利を含む²⁷⁶⁾

5 終りに

以上の議論から、国家の公共性を確保しようとする努力と、自由を確保しようとする努力は別であり、法的思考がそのどちらの努力を採用するかによって実践的帰結が異なりうる事が確認された。ロックナー期の憲法判例は、残余としての自由概念を採用し、その理論的関心を専ら立法目的の公共性に集中されていたために、自由それ自体の尊重という視点を欠き、自由の過剰制約を招いた。このことから、少なくとも残余としての自由論だけでは憲法論として不十分であり、憲法学においては、自由それ自体の価値と重要性の探求が行われる必要があるという示唆を得ることができるとと思われる。つまり、自由それ自体の尊重という要請には、国家行為の公共性の確保という要請には汲みつくされないそれ独自の意義があり、後者のみによって前者を担保できることにはならないのである²⁷⁷⁾。

ここで、ロックナー期の憲法判例が自由抑圧的側面を有していたのは、当時の判例がLRAの基準を用いていなかったからに過ぎず、残余としての自由概念と自由抑圧的側面とは直ちに關係しないのではないかとの反論がありえよう。しかし、ロックナー期の判例がLRAの基準を用いていなかったのは、それが公共目的の法理によって事案を検討していたが故である。そして、公共目的の法理は、文字通り立法目的の公共性の審査に法的関心を特化するものであった。このように、立法の目的の公共性を担保し、その結果として自由の領域を確保しようとする

276) Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923)

277) 本稿と似た問題意識から、リベラリズムの思想的コミットメントが善に対する正義の基底性には汲み尽されないのではないかと指摘する法哲学の文献として、藤岡 [2008]がある。

ることこそ、残余としての自由という自由論が採る戦略に他ならないのである。

論理的に言って、正当な立法目的の範囲を限定することによって自由を保護しようとする残余としての自由論にとって、立法目的の公益関連性はレレバントな問題となり得ても、自由保障の程度はイレバントな問題に留まらざるを得ない。このような意味において、正当な立法目的の範囲を限定するという営為に専ら携わっていたロックナー法理論が、自由制約の程度を問うことがなかったという事実には、権力統制の方法についての普遍的な教訓が含まれていると評価できるように思われるのである。

参考文献

- Barnett, Randy [2004] *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton U.P.
- Benedict, Michael Les [1985] "Laissez-Faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez-Faire Constitutionalism," 3 *Law & Hist. Rev.* 293.
- Bernstein, David [1993] "Roots of the 'Underclass' : The Decline of Laissez-Faire Jurisprudence and the Rise of Racist Labor Legislation," 43 *Am. U. L. Rev.* 85.
- Bernstein, David [2003a] "*Lochner's Legacy's* Legacy," 82 *Tex. L. Rev.* 1.
- Bernstein, David [2003b] "*Lochner* Era Revisionism, Revised: *Lochner* and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism," 92 *Geo. L. J.* 1.
- Bernstein, David [2004] "The Story of *Lochner v. New York*," Dorf, Michael, ed, *Constitutional Law Stories*.
- Brown, Rebecca [1999] "The Fragmented Liberty Clause," 41 *Wm. & Mary L. Rev.* 65.
- Brown, Rebecca [2002] "Activism is not a Four-Letter Word," 73 *University of Colorado Law Review* 1257.
- Brown, Rebecca [2005] "The Art of Reading *Lochner*," 1 *N.Y.U.J.L. & Liberty* 570.
- Carrington, Paul [1997] "The Constitutional Law Scholarship of Thomas McIntyre Cooley," 41 *Am. J. Legal Hist.* 368.
- Dworkin, Ronald [1986] *Law's Empire*, Harvard U.P. ロナルド・ドゥウォーキン (小林公訳) [1995]『法の帝国』未来社。

- Ely, James Jr. [1998] "Reflections on *Buchanan v. Warley*, Property Rights, and Race," 51 *Vand. L. Rev.* 953.
- Epstein, Richard [1985] *Takings*, Harvard U.P. リチャード・エプステイン (松浦好治監訳) [2000] 『公用収用の理論：公法私法二分論の克服と統合』木鐸社。
- Epstein, Richard [2006] *How Progressives Rewrote the Constitution*, Cate Institute.
- Fiss, Owen [1993] *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910. Vol. 8.* Macmillan Publishing Company.
- Forbath, William [1985] "The Ambiguities of Free Labor: Labor and the Law in the Gilded Age," 1985 *Wis. L. Rev.* 767.
- Gillman, Howard [1993] *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Duke U.P.
- Gillman, Howard [1994] "Preferred Freedoms: the Progressive Expansion of State Power and the Rise of Modern Civil Liberties Jurisprudence," 47 *Political Research Quarterly* 623.
- Halper, Louise [1990] "Christopher Tiedeman, Laissez-Faire Constitutionalism and the Dilemmas of Small-Scale Property in the Gilded Age," 51 *Ohio St. L. J.* 1349.
- Hamilton, Alexander=Madison, James=Jay, John [1787] *The Federalist*, M. Walter Dunne Publisher. アレグザンダ・ハミルトン=ジョン・ジェイ=ジェイムズ・マディソン (斎藤眞=武則忠見訳) [1998] 『ザ・フェデラリスト』福村出版。
- Horwitz, Morton [1992] *The Transformation of American Law, 1870-1960*, Oxford U.P. モートン・ホーウィッツ (樋口範雄訳) [1996] 『現代アメリカ法の歴史』弘文堂。
- Hovenkamp, Herbert [1987] "The Classical Corporation in American Legal Thought," 76 *Geo. L. J.* 1593.
- Howell, Ronald [1963] "The Judicial Conservatives Three Decades Ago," 49 *Va. L. Rev.* 1447.
- Jones, Alan [1967] "Thomas M. Cooley and Laissez-Faire Constitutionalism," 53 *J. Am. Hist.* 751.
- Kainen, James [1993] "The Historical Framework for Reviving Constitutional Protection for Property and Contract Rights" 79 *Cornell L. Rev.* 87.

- Karlin, Norman [1988] "Back to the Future: from *Nollan* to *Lochner*," 17 *Sw. U. L. Rev.* 627.
- Kelly, Alfred=Harbison, Winfred [1970] *The American Constitution*, 4th edition, W.W. Norton & Company, Inc.
- Kens, Paul [2005] "*Lochner v. New York* : Tradition or Change in Constitutional Law?," 1 *N.Y.U. J. L. & Liberty* 404.
- Lerner, Max [1933] "The Supreme Court and American Capitalism," 42 *Yale L.J.* 668.
- Mayer, David [1990] "The Jurisprudence of Christopher G. Tiedeman," 55 *Mo. L. Rev.* 93.
- Mayer, David [2008] "The Myth of "Laissez-Faire Constitutionalism" : Liberty of Contract During the *Lochner* Era," 36 *Hastings Const. L. Q.* 217.
- McCurdy, Charles [1975] "Justice Field and the Jurisprudence of Government-Business Relations," 61 *J. Am. Hist.* 970.
- Miller, Arthur [1983] "Toward a Definition of the Constitution," 8 *U. Dayton L. Rev.* 634.
- Nelson, William [1974] "The Impact of the Antislavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America," 87 *Harv. L. Rev.* 513.
- Paul, Arnold [1960] *Conservative Crisis and the Rule of Law*, Cornell U.P.
- Phillips, Michael [1987] "Another Look at Economic Due Process," 1987 *Wis. L. Rev.* 265.
- Phillips, Michael [1996] "Entry Restrictions in the *Lochner* Court," 4 *Geo. Mason. L. Rev.* 405.
- Rowe, Gary [1999] "*Lochner* Revisionism Revisited," 24 *Law & Soc. Inquiry* 221.
- Siegan, Bernard [1980] *Economic Liberties and the Constitution*, Chicago U.P.
- Siegel, Stephen [1984] "Understanding the *Lochner* Era," 70 *Va. L. Rev.* 187.
- Siegel, Stephen [1986] "Understanding the Nineteenth Century Contract Clause," 60 *S. Cal. L. Rev.* 1.
- Siegel, Stephen [1990] "Historism in Late Nineteenth-Century Constitutional Thought," 1990 *Wis. L. Rev.* 1431.
- Siegel, Stephen [2002] "The Revision Thickens," 20 *Law & Hist. Rev.* 631.

Soifer, Aviam [1987] "The Paradox of Paternalism and Laissez-Faire Constitutionalism," 5 *Law & Hist. Rev.* 249.

Stone, Geoffrey=Seidman, Louis Michael=Sunstein, Cass=Tushnet, Mark=Karlan, Pamela [2005] *Constitutional Law*, 5th edition, Aspen Publishers.

Strauss, David [2003] "Why Was *Lochner* Wrong?," 70 *U. Chi. L. Rev.* 373.

Struve, Guy Miller [1966] "The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process," 80 *Harv. L. Rev.* 1463.

Sullivan, Kathleen=Gunther, Gerald [2007] *Constitutional Law*, 16th edition, Foundation Press.

Sunstein, Cass [1987] "*Lochner*'s Legacy," 87 *Colum. L. Rev.* 873.

Sunstein, Cass [1993] *The Partial Constitution*, Harvard U.P.

Wiecek, William [1988] *Liberty under Law*, The Johns Hopkins U.P.

Wonnell, Christopher [1983] "Economic Due Process and the Preservation of Competition," 11 *Hasting Const. L. Q.* 91.

蟻川恒正 [2005] 「立憲主義のゲーム」『ジュリスト』1289号。

飯田稔 [2000] 「レッセ・フェール憲法学への新たな視座」憲法理論研究会編『憲法基礎理論の再検討』敬文堂。

井上達夫 [1999] 『他者への自由』創文社。

井上達夫 [2003] 『法という企て』東京大学出版会。

井上達夫 [2006] 「公共性とは何か」井上達夫編『公共性の法哲学』ナカニシヤ出版。

浦部法穂 [1972] 「アメリカの独占資本と最高裁(1)(2)」『国家学会雑誌』84巻11・12号、85巻1・2号。

木村草太 [2008] 『平等なき平等条項論』東京大学出版会。

阪口正二郎 [1991] 「第一次大戦前の合衆国における表現の自由と憲法学(一)」『社会科学研究』43巻4号。

阪口正二郎 [1992] 「第一次大戦前の合衆国における表現の自由と憲法学(二)」『社会科学研究』43巻5号。

阪口正二郎 [2004] 「アメリカ憲法学とニューディール再考」樋口陽一=森英樹=高見勝利=辻村みよ子編著『国家と自由』日本評論社。初出は「『国家・規制・市場』再

考：ニューディール再考と憲法学の可能性』『法律時報』71巻6号(1999)。

阪口正二郎 [2008] 「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能：憲法と理由」『法律時報』80巻11号。

櫻井智章 [2004] 「基本権論の思考構造(1)(2)」『法学論叢』155巻3号、6号。

高橋和之 [2010] 『立憲主義と日本国憲法』第2版、有斐閣。

高原賢治 [1961] 「アメリカにおける『警察権能』の理論の展開(1)(2)」『国家学会雑誌』74巻9・10号、11・12号。

田中英夫 [1980] 『英米法総論 上』東京大学出版会。

田中英夫 [1987] 「私有財産権の保障規定としてのDue Process Clauseの成立」『デュー・プロセス』東京大学出版会。初出は『国家学会雑誌』69巻1・2号(1955)、70巻3・4号、11・12号(1956)、71巻6号(1957)、72巻3号、7号、8号(1958)。

田中英夫編集代表 [1991] 『英米法辞典』東京大学出版会。

常本照樹 [1984] 「『社会・経済立法』と司法審査(1)」『北大法学論集』35巻1=2号。

常本照樹 [1997] 「ニュー・ディールと最高裁」『アメリカ法』1997年。

中川律 [2009] 「合衆国の公教育における政府権限の限界」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』敬文堂。

畑博行 [1996] 「39 West Coast Hotel Co v. Parrish」『英米判例百選』第3版、有斐閣。

長谷部恭男 [2006] 「国家権力の限界と人権」『憲法の理性』東京大学出版会。初出は樋口陽一編 [1994] 『講座憲法学3』日本評論社。

藤岡大助 [2008] 「リベラルな分配的正義構想に対する G. A. コーエンの問題提起について」『法哲学年報2007』有斐閣。

松井茂記 [2008] 『アメリカ憲法入門』第6版、有斐閣。

宮川成雄 [1996] 「36 Lochner v. New York」『英米判例百選』第3版、有斐閣。

毛利透 [2007] 「市民的自由は憲法学の基礎概念か」井上達夫編『岩波講座憲法1 立憲主義の哲学的問題地平』岩波書店。

米沢広一 [1983] 「経済規制領域における司法審査(1)」『神戸学院法学』13巻4号。

