

# ホームズの法思考について

## A Legal Thinking of Oliver Wendel Holmes

佐々木 平伍郎  
Heigoro Sasaki

- 一 序説
- 二 アメリカの法思想史におけるホームズの地位について
- 三 ホームズの裁判例について
- 四 ホームズの思想の基調について
- 五 結語

### 一 序 説

我が憲法第11条後段は、基本的人権は侵すことのできない永久の権利として現在および将来の国民に与えられるべき旨を規定し、同法第12条後段は、基本的人権が公共の福祉のために利用されなければならない旨を定める。すなわち、基本的人権の行使は、公共の福祉に即応しなければならないという制約の下でのみ許容されるとするのが上の規定の趣旨であるから、基本的人権の具体的な行使が憲法上容認されるかどうかは、それが上の憲法上の要件を充足するか否かという内容の困難な法律問題を提起する例である。たとえば、デモ行進などについても、それが憲法第21条第1項の保障する表現の自由に該することは理論的には明らかであるが、具体的にある特定のデモ行進が合憲であるかどうかは公共の福祉との関係ではげしく議論されてきていることにもそれがよくあらわれている。

この点に関して、昭和29年11月24日の最高裁判所判決は、我々に一つの解答を与えている。それはつぎの通りである。

「行列行進または公衆の集団示威運動は、——、公共の秩序を保持し、または公共の福祉が著しく侵されることを防止するため、特定の場所または方法につき、合理的または明確な規準の下にあらかじめ許可を受けしめ、または届出をなさしめて、このような場合にはこれを禁止することができる旨の規定を設けても、これをもってただちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限するものと解することはできない。——。さらにまた、これらの行動について公共の安全に対し明らかな差し迫った危険をおよぼすことが予見される時は、これを許可せずまたは禁止することができる旨の規定を設けることも、これをもってただちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限することにはならないと解すべきである<sup>1</sup>」

以上によって明白であるように、判旨は、明らかで差し迫った危険のあるときは、行列行進または示威運動を制限することは、憲法上許されるものとしている。

ここでいうところの、公共の安全に対する明らかで差し迫った危険のないことをもって集団示威運動についての憲法上の許容性の標準にしようという発想は、本稿で扱おうとするホームズが、シエック事件において主張したものに基づいている<sup>2</sup>。

憲法問題は、以上に述べたような事情から、大なり小なり抽象的な性格の上に構成されている。したがって、それについての具体的基準が設定されるということは、問題解決のための必須の要諦であるということが出来る。故に、以上のような法解釈の規準が設定されるということ自体に、非常に高い価値が見出されなければならない。そして、この原則が、事前の抑制に関するものであること、制約の基準が明確であることから、我が憲法の解釈にとっても有益であることは何人の疑いをも容れない。ちなみに、我が下級審判決も、多くこの原則を採用している<sup>3</sup>。

このような事例は、ホームズが、我が国の裁判所において、いかに高い評価を与えられているかを如実に物語るものである。

もっとも我が国において、ホームズに対する興味と関心が生じたのは、前記の最高裁判所の判決をはるかに遡る。

古くは、これに関する高柳博士の一連の労作がある。それは、我が国の伝統的な法思考に対する鋭い反省を意図したものといつてよい<sup>4</sup>。

そして、近時のものとしては、ホームズについての鶴飼博士の数々の輝かしい業績を挙げる事が出来る<sup>5</sup>。

このようなホームズの実務および学界における高い評価は、ひとり我が国にのみ見られるものではない。彼の故国アメリカにおいても、人々が彼をどう受けとっているかは、吾人の想像を絶する。ボーエンが、彼を「オリンパスからきたヤンキー<sup>6</sup>」と名づけているのは、その好個の一例である。

本稿は、このように自国のみならず海外にも高い評価をほしいままにしているホームズ (Oliver Wendel Holmes Jr. 1841-1935) の法思考が、法学界にいかに寄与したかを探究することを目的とする。それは、近時とみに問題となっている法社会学の前進のために何等かの解答を与える契機にもなるであろうし、これからの限りない発展を期待される法律学の進むべき方向を決する上にも有用であろうからである<sup>8</sup>。

## 二 アメリカ法思想史におけるホームズの地位について

アメリカの法律および法律学は、すでに約二世紀の歴史を有する。しかし、それは我が国の現在の法律および法律学が、大体においてヨーロッパにおいて発達したその承継、模倣から成長してきたのと同じように、アメリカの法律および法律学も、最初はヨーロッパのその承継および模倣であったといつてよい。以下に、この間の事情を素描してみると、次の通りである。

アメリカ法の直接の親はイギリス法である。すなわち、アメリカ独立革命ののちに連合を形成し

た諸州が、イギリス法を彼等自身の法として正式に継受したのが最初のアメリカ法であった。かかるイギリス法の継受によって、アメリカ法とヨーロッパの法的遺産との結びつきが保持されたのである<sup>10</sup>

かくて、イギリス法のコモン・ローは、アメリカ法の重要な法源の一つに数えることができる。しかし、その継受頭初においては、アメリカは、自国に適用しうるコモン・ローとしからざるものという二つの範疇を設定し、前者を積極的に重視したのであったが、これは両国の国情の相違を前提すれば、当然の措置であったといえることができる。それと同時に、かかる措置の背後には、アメリカ社会にのみ適用しうる理想的コモン・ローがあるという確信があったのも見逃せないのであって、換言すれば、コモン・ロー上の諸原理は、自然法諸原理の一部として理解されるに至ったのである。そして、それは18世紀末から19世紀のはじめにかけてのアメリカの指導的法律家もっていたところの立法、先例、慣習に優先する「より高い法」の存在を肯定しようとする態度と密接に結びつき、私的所有の自由、契約の自由、過失責任という諸原理を骨子とする自然権の理論が生まれていったのである。

この自然権の理論は、現実の法的規定を評価すべき固定した規範と観念とを前提する。したがって、それは現実的な規範を定立するという機能を営む判決を予測したいという意欲と無関係ではありえない。他方、裁判所は、これらの諸原則が憲法に当然に含まれていて、それ等が他のいかなる諸原則にも優越するものと解していた。かくて、判決は、他の判決によって無数に集積された先例から三段論法によって自動的に出てくるものと理解され、そのもたらす社会的効果については、何等の考慮を払うことも不要とされた。

こうして、アメリカにおいては、機械的な判断方法がその法律思想の一つの大きな特色となった。そして、その特色は、「法は法なり」という公理を前提して、多くの裁判所、多くの法律家の「変革されえない法体系の形成」という意図の基盤を提供した<sup>11</sup>

このような内容をどう理解するかは問題であるが、ここでは簡単に次のことを指摘しよう。

第一に強調されなければならないのは、法のうちにある倫理性が非常に大きな比重を占めていたことである。上に述べた自然法思想も、この点と無関係ではない。また、マサチューセッツの初期の政府が神政国の形態をとり、その法律の文言は聖書のそれに拠っていたことは周知の通りである<sup>12</sup>。この立場では、法の本質は神の意思の発現としてのみ理解され、したがって、法の絶対的妥当性もまた神意において見出されるのである。このようなイデオロギーが適法手続を通して実定法と結びついていったのである。第二に看取されるのは、法と政治権力を別視する態度である。すなわち、法が神意において見出される以上は、政治権力が法に優先することはありません、前者が後者に従属することが要請された。かくして、政治権力の行使は法に準拠すべきことが原理的に承認されるのである<sup>13</sup>

かくて、立法およびその解釈は、自然的正義に合するものでなければならないとされ、それに反する制定法は無効であるとして排斥されたのである。そして、一方、法は裁判所によって強行される規範であると解されていたから、法の無効を宣言する権限は、具体的には裁判官によって行使さ

れたのである。アメリカがイギリス法を承継したのは上に述べた通りであるが、アメリカにおけるイギリス法は、以上のような実質を与えられたのであった。

このようなきわめて特徴的な法思考が確固たる法体系として成長しなかったことは明らかであって、その意味では、前述の意図も失敗に帰したという他はない。

このような発想が指導的役割を演じていた時代は、主として南北戦争から第一次大戦までの間であり、国内的には、その時代は、各地の急速な産業化、ヨーロッパよりの大量の移民の受け入れ、諸都市の建設等々社会生活の分野全体が巨大な成長の過程にあった<sup>14</sup>。

その場合、単なる私的所有の絶対、契約自由、過失責任の諸原則を要素とする従来の諸法理が、好むと好まざるとにかかわらず惹きおこされるいろいろの社会問題に対して充分に対応しきれなかったであろうことは何人の疑いをも容れない。何故なら、これらの諸法理は、経済的・社会的に平等な個人と個人の法律関係を律する場合——換言すれば、当該社会が成長期を迎える以前の発生期においては意味があった。殊に、中世的社会形態を打破するには、それは絶対の意味をもったといってもよい。しかし、社会が成長期を迎え、構成員各自の間に貧富の階級対立が明白になると、法律政策においても、社会的富者の権利抑制がはかられ、貧者の権利行使についての可及的補強が加えられることが要請されてくることは当然である。したがって、上の諸法理も、何等かの修正を免れない。アメリカにおける伝統的諸法理が当時の社会に対する十分な適応力を示さなかった理由がここにある。したがって、この時期の法律関係にも、個人法的原理のほかに、社会法的原理、或は集団法原理または統体法原理が加味されなければならなかったのである<sup>15</sup>。

結局、法は、経済的・政治的・社会的変化から独立して存在することは許されないという自明の理を承認することに落ちつくのである。ホームズの法思考の詳細は後述する通りであるが、それを概言すれば、上に述べたような新しい法理に立脚するアメリカの伝統的法思考への対決ないし挑戦であった。

伝統に対する挑戦が何の抵抗にも遭遇しないということはない。ホームズの一生もこの好個の一例であった。それにもかかわらず、ホームズについての冒頭のような評価と賞讃は、その思考内容の偉大さを実証する以外の何物でもない。ただ、いう迄もないことであるが、社会的背景が必然的にホームズの法思考を産んだものではない。それは、いろいろの要素の産物であったが、強いてその産みの親を探せば、それは、ホームズの社会に対する深い洞察力<sup>16</sup>およびそれに忠実な彼の実行力であった。この点は、いかに強調してもし過ぎることではない<sup>17</sup>。

ホームズの法思考が完全無欠であるとはなしえない<sup>18</sup>しかし、ホームズの法思考が、アメリカ法学における実証主義的な現実主義的な流れの一つの端緒となったことも事実であった<sup>19</sup>そして、その内実は、法と人間とを密着させることを意図するにあった。この積極的な要素の中に、ホームズの命脈を永からしめる鍵が存する。以下に、その点を中心に描写してみよう。

### 三 ホームズの裁判例について

1 **総説** ホームズは、人も知るように、1882年にマサチューセッツ最高裁判所判事に就任し、1899年には連邦最高裁判所判事に任ぜられて、1932年同裁判所判事を退官するまで、アメリカ法学界に限りない力をつくした。

本款においては、この永い裁判官生活を通しての彼の事案に対する数々の判断を考察の対象としたい。勿論それはぼう大な数にのぼるが、ここでは、便宜上、社会的諸問題についての裁判上の見解と人権についてのそれとを分けて論じてみたい。

## 2 社会的諸問題について

ホームズの裁判上の諸見解を問題にする場合、その社会的背景を無視することはできない。

ホームズの裁判官時代は、一言でいへば、南北戦争における北軍の勝利によって、資本主義の動きは爆発的に活発となり、いろいろの私企業は、公共の福祉の名のもとに解放されていった時代であった。ミラー裁判官が、この時代を、株式配当という紙の所得と利潤の追究という共通の目的を有する人の集団である資本家階級の発生の時代であるとしている<sup>20</sup>

このような事情から、社会工学 Technology upon Society という観念が生じてくるのである。そこでは、社会生活の諸事実の中での人間行動について、行動科学的研究が主たる思惟の対象とされた。そして、その目標は、近代的経済力と大衆民主主義の諸要素をどのように調和させるかを確定することにおかれた。一方、現実的には、経済の集中は止るところなく行われ、その結果、国民所得も急激に増大していった。したがって、裁判所が政府と民間の激しい交渉の場となったのも必然の成行であった。時の大統領ルーズベルトは、このような社会的諸状勢に対して、立法による経済統制という手段で対決した。1890年のシャーマン法以下の一連の統制立法がそれである。これらの統制立法によって、経済に関する連邦の州に対する監督権は、ますます拡大していった。このような時代にホームズは連邦最高裁判所に奉職したのである。その時、彼を任命したルーズベルト大統領は、彼に絶大な期待をよせて、次のようにいっている。

「世間でいうもっとも有能な弁護士、裁判官とは、大金持とか勢力のある依頼人と過去において自然に密接な関係をもったような人達をいいます。故に、私は、依頼人となることのできないような貧しい人々に対して、ゆたかな人間としての情・同情を注ぐべく、超然とした精心をもつことのできる人を見出して嬉しく思います。——。他にもいうことがあります。わが最高裁判所の裁判官は、普通にいう政党人でも政治家でもありません。しかし、より高い意味では、政党人、建設的な政治家、いつも心中に自国が立てられ、その国が発展していく原理、政府を忘れない者であることがその地位にあるものにとって大事なことです<sup>21</sup>」

このような時代的背景に対処しなければならなかったホームズの基本的姿勢は、次の如くである。

「社会の利益の一致という暗黙の前提は、当然の事理であり、——、それは、立法における真理である。近代的改良から期待されるものは、立法が、簡単にしかも迅速に、——、社会の事実上の最高の権力によってそれ自身を修飾し、少数派の犠牲を最低のものにまで減らしてしまうことである。——。<sup>22</sup>」

したがって、彼にとっては、政治の実質は、そのような利益の衝突を平和的な手段で調整することを内容とする継続的な試みでなければならなかった。この調整という課題を担うものが立法者であり、その立法の所産である憲法が、その社会の内部矛盾の解決のための憲章であったのである。そのような憲法観は、次のようなホームズ自身の言葉によって明らかにされている。

「憲法の条文は、形式を要素とする数学の公式のようなものではなく、イギリスの土壌から移植された生きた制度であって、その意義もまた形式的なものではなく、生きたものである。それは、単語集、辞書を利用してできたものではなく、それらの成長の過程、その根源を考慮してできたものである。

われわれが、合衆国憲法というような憲法に関連した言葉を考える場合、それは、その言葉の作者が予期しなかった発展の中に溶け込んでいることを知るのである。——われわれの目前の事件も、われわれの全経験において考慮されねばならないし、単に100年前の経験に照して考慮されても、そこからは何もでてこないのである<sup>23</sup>

さらに1905年のロクナー対ニューヨーク事件も注目に値する。

1905年といえば、単なる経済的自由は、労働者にとってはけっして真の自由を意味せず、それは、単に経済的に優位にある資本家階級にとって意味のあるものにすぎなかった。そのことは、すでに何人の目にも明らかな事実であった。しかし、そのような認識は、アメリカの成立期に大いに貢献した契約自由という憲法上の原則に強く固執していた法理によって妨げられていたのである。

これに反して、ニューヨーク州議会は、すでに経済的自由の無意味さを充分に知っていた。そして、パン焼職人の労働時間を10時間に制限する立法をした。そして、ユテイカ市の或るパン会社が、上の法律に違反して罰金刑を課された。彼は、このような立法は、「法の下での平等」に反する立法であるとして争い、最高裁判所の多数意見は、事件を合衆国憲法修正第14条に規定する自由の一種としての労働力の売買に対する余計な干渉であるとして、上の法律を違憲と断定した。

これに対するホームズの反対意見は、次の如くである。

「州の憲法や州の法律は、これまでいろいろの方法で生活を規律しており、それは、われわれが立法者なら、不適當だとか、或いは、そういいなければ、こんな風に専制的であるとか思うであろうような方法であること、そして、州の立法が、これと同じような契約の自由に干渉するものであるが、それは許されるということ、これは、すでに当裁判所が認めていることである。——憲法は、根本的に違ったいろいろの意見をもつ人に対して作られたものであって、たまたま、われわれがある見解を自然でしたしみがあると思ったとか、新奇で驚くべきものと思ったとかで、それを体現した法律が合衆国憲法と抵触するかどうかの結論をだしてはならない<sup>24</sup>」

このような憲法観をどう理解すべきかは問題であるが、さしあたって、次のような諸点を指摘することは、正鵠を失するものではあるまい。

第一に、憲法は、あらゆる政策の価値の評価を超越するという、いわば、憲法のひろい包容力の認識である。換言すれば、憲法の所管する特定の政策は、社会の大衆がどれだけそれを支持するか

というそれに内在する社会的価値ないし評価によって決せられ、かかる評価にしたがって憲法がそれを評価するというのが事理であるということである。さらにいいかえれば、憲法は、ある特定の政策を許容する指標ではないということである。何故なら、それを所管する下位法も憲法と同じように、それが立法されるまでの全社会的経験を背景としてできるものであり、憲法の文言もその下位法のそれも、それ自体としての一義的意味を持ちえないのである。したがって、法律とその上位法たる憲法によって構成される法秩序のもとにあつては、法律の憲法適合性を決定するものは、その所管内容に対する社会的評価のいかんであることになる。その場合の社会的評価を決する指標は、法律の内容と当該社会の利益がどれだけ一致するかにかかっているかにあることはいふ迄もない。したがって、憲法も法律も、それがどれだけ社会的諸矛盾を止揚するかにかかつてその生命力の根源を有することになる。憲法の矛盾調整の機能は、かくして認識される。

第二に指摘されるのは、立法という実践形式に対する信頼である。すなわち、法律は、社会的利益に即応するという暗黙の前提に必然的に奉仕しなければならない。そして、このような要請を充足する法規の定立には、憲法上何等の制約もありえない。それは、法秩序の一環をなすものとして、最大限に尊重されなければならないのである。

もっとも、このような思想を合理的に説明するためには、次のような前提がなければならない。

まず第一には、自然法思想が排撃されなければならない。自然法とは、多義概念であるが、一般的には、それは、政治権力の制限のため、のより高次の規範体系であり、その起源は人間の外にあり、機能的には特定の規範の源泉として作用し、その内容は、一義断定的なものとならざるをえないものと解されている<sup>25</sup>

しかし、ホームズにあつては、法律が上に述べたような要請を充す以上、それは、法律として十全の保障をうけ、それが従来の自然法思想と抵触すると否とを一切問わないのである。しかも、立法内容が大衆の利益との一致を要請される点で、それは、民意の表現と解されるのである。立法という実践形式が尊重されるのも、このような意味においてである。しかし、それは、あくまでも立法された内容に対する信頼を意味するものではない。何故なら、法が法として社会的にその存在を保全されるのは、以上のような要請を法が充足するからに他ならず、然らざる場合は、法はその存在を全うしえざるにいたるからである。したがって、法の内容は、その法の定立された社会の諸条件によって規定されるのである。かくて、ホームズは、自然法について、次のようにいっている。

「先験的なものとして考えられていることの基本——生命に対する権利は、戦時においてだけでなく、社会の利益、すなわち、大衆の中の支配権力がそれを要求するときは、いつでも犠牲にされてきた<sup>26</sup>」

彼にあつては、自然法思想は、一定の夢物語にすぎなかったのである。

第二に強調されなければならないのは、思想の自由についてである。何故なら、法律が社会大衆の利益と合致するものでなければならないとされる以上、法律がそのような要請を充しているかどうかを決定するのは、社会の大衆の判断力でなければならない。その場合の判断の正確性が担保さ

れるためには、判断の自由が保障されることが前提でなければならない。かくて、ホームズにあっては、自由の観念がその思考の骨子をなしているということが出来る。この点については、ホームズは、次のようにいっている。

「真理の一番いいテストは、市場の競争の中で、自分を認めさせる思想の力にあるということ、真理のみが、その上に彼等の希望が無事に実行されうる基礎をなすということ、それらのことを信ずるようになるであろう。いずれにしても、それが我が憲法の理論である。それは、人生のすべてが実験であるように、一つの経験である<sup>27</sup>」

### 3 国家組織について

ここで中心として扱うのは、連邦諸州と国家との関連において生ずる諸問題についてである。

そもそも、技術による経済革命が急速にすすむと、そのような社会に対して人権をどう対置させるかという問題が生じる。アメリカの場合は、その問題に対する制度的な解答として、連邦制が考えられたのであった。

すなわち、それは、広い国土の中での自然条件の多様性、および民主主義の基本的前提である個人の多様性に由来するいろいろの問題を処理することになるが、同時に、連邦制の下では、同一地方に地方権力と連邦権力が併存する結果、両者の利害の衝突をいかに回避するかという問題と常に対決しなければならないという結果になる<sup>28</sup>。その場合の有効な手段として、ここでも、憲法が登場する。その時の憲法の機能として特筆されるのは、連邦主義が重商主義的なものと結びついて、分裂していった国土の各部分から共通の利益を見出し、それを保護していかなければならないということである。それは、一方において各州の利益を動長し、他方においては国民各自の連帯観の総和としての国家意識を明確にすることである。

かくて、憲法の中には、連邦主義の枠の中でのいろいろの相互作用がとり込まれる。したがって、かかる問題に対処しなければならない裁判官にとって肝要なのは、いわば、事案を外から眺め、そこから立法府の判断を考察していくという態度であった。ホームズにあっては、連邦の州に対する統制が合理化されている。

ホームズはいっている。「われわれが連邦議会の法の無効を宣言する権利を失っても、合衆国がそのために亡びてしまうことは考えない。しかし、各州の法の無効を宣言しえなければ、連邦は危胎に瀕する。何故なら、私見によると、国家的見地に立っていない地方政策が、今までたびたび連邦の政策に優先してきて、その都度に重大な問題が惹起されているからである<sup>29</sup>」

しかし、ホームズのこのような発想は、かならずしも好意ある目では見られなかった。そのよい例が、ハンマー事件である。

当時は、第一次大戦後で、年少労働者の雇傭の禁止が一般的な社会的要求として昂ってきた時代であった。しかし、連邦議会は、直接には州に対する年少労働者の雇傭を禁止する職権は持っていない。故に、そのための法律を制定することもできなかった。そこで、連邦議会は、連邦憲法の所定する合衆国と各州との通商を規律する権限の分配に関する州間商事条項 Interstate Co-

Commerce Clause を用いて、年少労働者の採用を禁止する法律を制定した。問題は、上の立法が、州間商事条項の範囲内にあるかどうかであった。

これについての最高裁判所の多数意見は、上の立法の目的が州間取引の規律にあるのではなく、年少労働者の雇傭の禁止にあるとなし、連邦議会にこのような権限を与えるならば、通商の自由は終り、地方の問題についての州の権力は排除され、わが国の統治組織は事実上破壊されるにいたると断定してこの法律の効力を否認した。

ホームズは、これに反対して、次のようにいっている。

「禁止は、害悪と考えられているものに向けられたところで、禁止の程度を減ずるものではないであろう。しかし、もしかりに文明諸国が一致して——認めるものがあるとすると、これは、早すぎる、かつ、過度の年少労働という害悪である。この法律は、連邦議会が州に属する権限に干渉することを規定しているのではない。州は、自らの内政事項や州内通商を自由に規律してよいのである。しかし、州がその生産物を州の境界をこえて輸送しようとする、その場合の生産物の輸送は、その州の権限によってはなしえないのである。かりに、連邦議会や連邦憲法がなかったとすると、州境外での州の権力の範囲は、隣接諸州の意思にある。

わが憲法の下では、そのような通商を規律しうるものは、州ではなくて連邦議会である。連邦議会は、公益についての自己の見解に従って政策を実行してよいのであって、その結果、州の活動に対して間接的にどのような影響があろうと、それは、連邦議会にとっては関知するところではないのである。」<sup>30</sup>

このようなホームズの思考は、叙上の考察からすれば、もはや自明のこととしてよい。何故なら、つぎのようにそれを理解できるからである。すなわち、法は、彼にあつては、それが妥当する部分社会の諸矛盾を克服して、その大衆の利益に合致するかぎりでのみ許容される。したがって、国家意思を具現する機関である連邦議会の意思は、何が、国家または国民全体の利益であるかに従って決定されなければならない。そして、そのような要請に副う国家意思の決定があれば、それは、憲法上十全の保障をうくべきものである。したがって、そのような意思と同一対象についての州の判断が抵触した場合、前者が後者に優先することになる。

これに対して、最高裁判所の多数意見を支配したのは、通商の自由を絶対視する思想であった。

結局、ホームズの法思考としてここでもはっきりみられるのは、社会的諸矛盾の調整の手段としての法の認識、立法に対する信頼である。

以上は、州と連邦権力の交叉するところでの州の連邦に対する関係であるが、それでは、両者の権力の交わらないところではどうであろうか。彼は、ここでも真空状態を見ることを嫌っている。トルーアックス事件がその一例である。

事件は、料理店の経営者である原告が、アリゾナ州の料理人組合からクローズド・ショップの要求を受け、それを拒否したことから争議となり、組合側は、原告の店頭には旗を立てて顧客にボイコットをすすめた。原告は、それをさし止めるために仮処分を請求しうるかどうかが問題となった。

多数意見は、営業もまた財産権であり、それに対する侵害がある以上は、仮処分は可能であり、もしアリゾナ州法がそれを禁止しているのであれば、それは違憲の立法であるとした。

ホームズは、ここにおいても反対意見を表明している。それによると、営業を物的財産と同視することは不当であり、その不当な解釈の論拠として修正第14条を用いることはもっと不当である。そして、国家は、現に進行中の争議に対しては、中立でなければならない旨強調している。<sup>31</sup>

以上のような判断から、次のような帰結が導かれるであろう。

すなわち、国家組織の大綱については、州自体の利益がその州単独で問題となる場合と、その州単独の利益に留らず、必然的にその州と他の州との権限の調整または矛盾の解決という課題を提供するような問題が生ずる場合とを設定し、前者には、州法をもって当該州という部分社会の諸矛盾の調整のための規範とするという見地から、州法をもってそれに準拠せしめ、後者については、憲法をもって州を包含する地域社会ないし国家の利益を保全するための規範であるとする見地から、憲法をもってそれを処理することとする。換言すれば、国家にあっても州にあっても、その権限の行使にあっては、一定の妥当領域があり、そこに定立される政策は、その妥当する社会の大衆の利益に合致するかぎり、法秩序上十全の保障をうける。そして、法もそのような政策を化体する以上、同じような保障をうけるのである。

すなわち、ホームズにあっては、地方権力といい国家権力といい、その根源は当該地方の住民の意思にあり、その権限の行使は、大衆の意思の実践と同義であった。そして、その大衆の意思は、立法によって表現される結果、大衆意思と国家権力との自同性は、完全に担保されることになる。そして、このような自同性の前には、従来のいかなる既成の観念もその力を失うのである。ここに、ホームズの比類なきヒューマニズムが見出される。彼の評価を高からしめる鍵となすべきであろう。

#### 4 人間について

ここでは、ホームズが、以上のような社会的諸問題および国家組織に関して述べてきたような背景に対して、人間をいかに対置したかをみる。

ホームズによれば、当時の経済の発展による社会的諸条件の急激な変化は、試行錯誤による人間の努力の過程の表明であった。したがって、社会的知恵というものにも、絶対的な権威を認めなかったのである。かくて、人がある価値を志向する場合、その絶対的指標もないことになる。かかる時に出てくるのが自由の観念である。アブラムス事件を以下に見よう。

事件は、以下の如くであった。

ロシア革命後の1917年、アメリカは、ロシアに軍隊を送った。この時、ニューヨークでピラを刷って、世界の労働者の敵は資本主義であること、したがって、アメリカの労働者がロシア共和国の労働者と戦うのは犯罪であるという檄をとばした者がいた。事件では、かかる行為が問題として採り上げられたのである。

これについての最高裁判所の多数意見は、被告の行為を反乱、革命の煽動なりとなし、有罪と断定した。

これに対する次のような反対意見は、彼の名声を一世に高からしめたものとして有名である。曰く、

「私は、殺人の教唆行為が処罰されるべきものであるのと同じ理由によって、合衆国が憲法上予防しようとしている実質的害悪をもたらす明白かつ急迫の危険 clear and present danger を生みだす、或は生みだそうとする言論を罰することは、合憲であることを疑わない。——。しかし、戦時に特有の危険と違って、言論の自由の権利は、いつも変らない原則である。私権が問題となることさえなければ、連邦議会が意見の開陳を制限するとか、或は制限しようとすることを保障するのは、直接的害悪である。連邦議会は、この国の精心を変えようとするすべての努力を禁じえないことは確かである。——。

もし人々が時の移り変りによって、相互に戦う信仰の多くがくつがえされてしまうことを理解するなら、人々が自分達自身の行為の基礎を信ずる以上に、理想的に究極の善が、思想の自由な交換によって非常によく達せられること、すなわち、真理の最上のテストは、市場の競争の場において受け入れられるという思想の力にあり、真理こそ、人々の希望が安全に実行される根本であることを信ずるようになるであろう。それが憲法上の理論である。<sup>32</sup>」

こうして、被告がピラを発行する権利は、合衆国が自己の憲法を發布しうる権利と同様なりとし、言論の自由を強調することによってそれを強調している。

しかし、ホームズにとって、言論の自由の原則は絶対的なものであったかどうかは問題である。シエンク事件は、この点についての好個の素材を提供する。

すなわち、アメリカ社会党書記長シエンクは、徴兵法に反対して、徴兵が懲役と変らないこと、それは、ヒューマニティを犠牲にする専制であることを理由として、全国の青年は自由に人権を刷り込んだパンフレットを本部に山積し、配布しようとしていた。

裁判所は、被告の行為を、1918年の防諜法によって処断した。

この時のホームズの反対意見も、前のアブラムス事件のそれにおとらず有名である。

「すべての行為の性質は、その行為のなされた時の環境と密接に関連する。言論の自由を厚く保護するといっても、ある人が劇場で火事だと嘘をいうことまでも保護しようというのではない。どの事件においても問題となるのは、当該言論がその環境および性質の点で、連邦議会が正当に防止するであろう害悪をもたらす明瞭にして現存の危険 clear and present danger を生ぜしめるか否かである。それは、危険への近さと程度の問題である。

一国民が戦争の状態にある時、平時ならば何でもないことでも、人々が戦おうとすればする程、それが耐えられないものである以上、裁判所も、それが憲法上の権利であるとみることはとうていできないものである<sup>33</sup>」

上記両事件における判断を矛盾なく説明することは、さほど困難ではない。

すなわち、上記はいずれも反戦の思想を事件の素材とする。そして、それは一方では肯定され、他方では否定されている。それは、その思想のもたらす効果が、その当時の社会的背景の中でどう

評価されるかを問題にしているからに他ならない。換言すれば、特定の言論が憲法上問題になる場合、それがその当時の社会に対してどの程度の害悪をもたらすかという実質に即して考えられるべきものである。したがって、当該言論と憲法との関係だけからは問題に対する解答はでてこないのである。したがって、そのような害悪が予想される度合が少なければ少ない程、そこで問題となる自由の価値は、それだけ増加することになるのである。

シユイマー事件の中にも、上に述べたような思想的基盤が見出される。

事件は、次のような経緯をたどった。すなわち、50才の婦人シユイマーは、帰化の申請をしたが、その時、自分はクエーカー教徒であるとし、有事の際にも武器はとることがないと帰化の申請書に書き添えた。帰化の申請はこの点で拒否され、最高裁判所もこれを認めた。

ホームズは、これに反対して、次のようにいっている。「彼女の答弁のいくつかは、よくある偏見の原因となっているのかもしれない。しかし、何か憲法上の原則があって、それが他のどの原則よりも絶対的に遵守されるべきものがあるとすると、それは、思想の自由の原則であり、しかも、それは、われわれと同意見のもののための思想の自由ではなく、われわれが嫌悪する思想をもつ者のための思想の自由である<sup>34</sup>」

上の事件における反戦思想は、シユイマー一個人の内心の問題として把握されている。したがって、そのような内心の効果は、それが外部に一定の効果となって表れない以上、さまで、その場合の社会的効果は問題とするに足りない。その場合、思想の自由に対する制約は全くなくなるのである。これが、上の反対意見の趣旨である。

このような把握の仕方については、論ずべき点が多い。

第一は、思想の自由に対するホームズの価値観である。彼は、それを、憲法上絶対に遵守すべき原則であるとし、それは、自己の嫌悪する自由に対する絶対的自由でなければならないという。この点は高く評価してよい。何故なら、思想の自由が、もしも自己の意見と同意見の者に対してのみ認められた場合、反対意見は、黙殺されることになる。そうなれば、思想の自由は骨抜きとなってしまうからである。

第二に、思想の自由は、シユイマー事件では、絶対的原則にまで高められている。しかし、アブラムス事件にもシェンク事件にも見られるように、思想の自由の内容が一定の外形をとる場合、それが憲法上許容されるためには、一定の基準が必要とされる。この点は、ホームズにおける自由の観念の分化であろうか<sup>35</sup>

そうではあるまい。前にも述べた通り、自由の内実である行為のもたらす社会的効果という実質に着目して当該自由を評価するからであって、その意味では、ホームズの思考は、一貫した思想的基盤をもつものというべきであるからである。したがって、もし問題となるとすれば、上のような統一的基盤についてであろう。

第三に、自由は、その内実が、社会に対してどのような効果をもたらすかという実質に即して評価されるべきであるという態度は正しい。何故なら、法的評価は、大なり小なり社会的評価とは無

関係ではありえないから、評価の対象である行為が社会に対して何等の影響力もない場合は、積極的法的評価はありえないからである。たとえば、純粹に一個人の内心は、それが社会的には何の意味もない。したがって、それについての法的評価もまた生じない。しかし、その内心が一定の外形によって表現され、それが社会的害悪をもたらす場合は、法も積極的にそれに作用してくるのである。このような自明の理をホームズが語っているものとすれば、それは、正鵠を射ているといつてよい。

ただ、シユイマー事件の場合、それが純粹に一個人の内心の問題とみられるかどうかは問題である。何故なら、シユイマーの内心の表示となすべき帰化申請書の文言が、事件においてまさに問題であったからである。そうだとすれば、シユイマー事件も、シエンク事件やアブラムス事件のように、シユイマーの行為とそれに対する社会的評価の問題として扱うべきではなかったであろうか。

最後に問題となるのは、思想の自由が絶対の原則であるとすれば、その外部的表現についても自由でなければならないのではないかという批判についてである。ことに、上のような幾つかの反戦思想は、戦時だからこそ自由でなければならないのに、反対に、戦時だからといって反戦を説くことは許されないという態度に終始すれば、思想の自由は有名無実となるのではないかという批判についてである。<sup>36</sup>

しかし、この点は、本稿においてはもはや解決した問題となすべきであろう。まず、ホームズにあっては、純然たる一個人の内心とその外部的表現とは、法的評価の面では同一ではない。この点は正当となすべきである。

次に、戦争という国家行為の形式は、彼にあっては、民意の一つの発現形態であった。そして、社会的便宜——社会的利益の暗黙の一致という事実状態をすべての法的評価の指標とするホームズにあっては、戦時における反戦思想の表明は、その実質においては、社会的利益に背くこととなるのである。

このような発想の根底は、国家行為に対する憲法上の評価と大衆意思の自同性を担保するにあつたことについては、もう再述の要はないであろう。

## 四 ホームズの思想の基調について

### 一 総説

本項は、以上に述べた多くの裁判例以外の面に表れたホームズの法思考の全容を探ることを目的とする。したがって、上述とは別の面から、彼が法について何を考えたかを明らかにしようとするものである。

ここでは、その中で、法について、および法の解釈についての思考を考察の対象として採りあげてみたい。

### 2 法とは何か

法とは何かという問題は、古くから連綿とつづいていることは周知の通りである。したがって、

諸家のこの問題に対する解答も、多彩をきわめる。ホームズも、この問題について一つの見識をもっていたことはいうまでもない。そして、この問題に対する解答は、次のようである。

彼によれば、裁判所が実際に下すであろうことの予言、そしてまさにそれだけのことが法であるという<sup>37</sup> けだし、犯罪を犯した者にとって実際に問題となるのは、ある特定の裁判所が、特定の事件に対して、どのような判断を下すかということが問題なのであって、それ以外は何等問題とならないからである。したがって、われわれは、一定の状況の下で、どの程度まで裁判所が行使する公権力による危険に遭遇するかを知らなければならない。かくて、法律学にあつては、裁判所を通じての公権力の行使を予言することは、重要な研究目標となると解する。

これは、法を形式的に把えることだけで満足しようとするものである。これについては、次のような点が問題となる。

まず、上の思想は、法に普遍的な態度を見出そうとする態度を否定すること、すなわち、概念法学的思考様式に対するきびしい反省を意味することである。

このような思考様式の積極的な社会的背景については、前に述べた通りであるから、ここでは、概念法学のイデオロギーの成立の基盤を探り、それがホームズが活躍した社会とは異質である点をきわめ、ホームズの思考を消極的に裏づけてみよう。

概念法学の立場の基礎をなすものは、一言にしていえば、人間理性への絶対的信頼である<sup>38</sup>。それは、消極的には、経験の累積に何等の権威を認めないということの意味するが、積極的には、人間理性が万古普遍の法則を見出すという力を有しているという認識に通じる。

このような認識は、18世紀の概念法学隆盛の時代には大いに意味があった。この時代は、自然科学の尊重が要請された時代であり、そこで求められるものは、理性による方法論的反省と吟味の過程を経た経験的事実の体系的認識であり、それが求められた理由は、それが人間理性に支えられた真理として、権威の基礎とされたために他ならないと考えられたからであった。

このような発想が、社会生活を規律する法についても妥当すると考えられ、上のような概念法学的思考様式が生れるのである。すなわち、物理界を支配する不変の法則があると同様に、社会生活を支配する万古普遍の法則が存在し、それは、人間の恣意によって見出されるものではなく、理性によってのみ発見されうるのである。このような背景から、啓蒙期の自然法思想は生まれたのである。

かかる背景が、ホームズの時代になかったことは明らかである。彼の時代に、社会的価値観の中核としての科学的認識を問題にすることは意味をなさない。何故なら、18世紀における自然科学は、これからの社会を創造する担い手として登場したのであるが、ホームズの時代は、アメリカ自体が成立期から成長期を迎え、科学的認識は、いはば、自明の理として肯定され、そのこと自体には、何等の問題もなかったのである。それよりも、所与の前提としての科学的認識によって惹起される諸種の社会問題こそ、積極的に採り上げられるべき様相を呈していた。

このような社会的諸問題に対処すべく位置づけられたのが、憲法を頂点とするアメリカの法秩序

であった。ホームズの発想が十分に了解できるのである。

このような法律観は、法律の運用の掌にあたる裁判官に対する評価と無関係ではなかったのは当然の事理となすべきである。

そもそも、従来のアメリカにおける裁判官に対する評価は非常に高い。そして、それは、アメリカにおける自然法理論と無縁のものではない。すなわち、裁判官が非常に高い社会的評価を受けるということは、彼は単なる公務員ではなく、国家以上に高い権威のもとにあるという考え、換言すれば、彼が人の下にではなく、法と神の下に在るという理念に基礎づけられると<sup>39</sup>いってよい。

しかし、ホームズにあっては、法は諸種の社会問題に対応されるべく要請された。ここから、立法という実践形式が尊重されたことは前に述べた通りである。裁判官についても、これと同じような意味に解する<sup>40</sup>。何故なら、裁判所のなす判決は、実質的意義の立法作用的面を有し、その意味では、それは、形式的意義における立法である議会の法定立の作用と共通の面を有する。故に、裁判官は、社会的諸矛盾の止揚という現実的機能を要請されている法の忠実な具現者として、判決の告知という手段を通して、法と同様な社会的諸矛盾の止揚という現実的役割を担わせられるのである。その場合、裁判官は、決して法と神の間にあるのではない。したがって、彼は普遍を表現するものでもなければ、それは、必要なことでもない。このような点にも、ホームズの法思考の特徴が見られる。

最後に問題となるのは、法の内容についてである。この問題も、ホームズの深く考えるところであった。

彼によれば、法の生命は、過去より現在まで一貫して経験であり、単なる形式論理であったことはなかった。何故なら、われわれが法規範を決定する場合、時代の必要性とされたもの、通説とされていた道徳、政治理論、意識するとしないとにかかわらず行なわれる公共の福祉についての直覚的判断、はては、裁判官が抱いている偏見さえもが、三段論法などよりはるかに強い役割を果たしてきたからである。

そして、法の実体は、その時代時代の便宜に応じて決定される。したがって、この意味では、法は非常にその過去に依存する。故に、われわれは、法についての来し方行く末を見きわめなければならない。そうして、どうすればこの二つが結びついて、それぞれの時点での新しい法ができるかをみていかなければならないことを知らねばならない。<sup>41</sup>

上に明らかなように、ホームズによれば、法に生命を与えるものは経験であるという。ホームズの時代が、法秩序が現実的諸矛盾に適応しうるように再構成されるべく要請されている事情を考えれば、上のような思想を理解することは困難ではない。

さらに、彼のような思想の基盤に立った場合、法秩序は、時間という次元に属するものと考えなければならない。<sup>42</sup>便宜といい過去の経験といい、時間をはなれては存在しえないものであるからである。そうであるとすると、法律学において重要なのは、特定の法秩序を他の法秩序との比較において研究することである。何故なら、法秩序は、本質的に時間と場所との関連において存在するか

らである。法律は、故に、その時の環境、目的、姿勢などの関連において見出される。

ホームズはいう。「法律について一般的原則を作る以上、それを体系づけなくてはならない。——。そして、この体系と他の体系——それは、素材も起源も時としては非常に異なり、したがって、その位置を正しく判断しがたいものである——との歴史的関係を明らかにしなければならない<sup>43</sup>」

そして、法を時間の次元に属する体系を構成するものとして理解することは、単に法に内在する意思の本質を見出すことではなく、それに、よりよい原因を与える結果となる。何故なら、それは、所与の前提を前進させる結果となってあらわれるからである。

さらに、そうであるからこそ、論理というものに十分な価値を見出しえないのである。その理由をつけ加えれば、法律の日常の操作のために法律家が論理を用いるということは、形式にすぎない。或はそうでないにしても、せいぜいのところ、所与の前提およびその適用が首尾一貫しているかどうかを検証するものでしかない。かかる思考によっては、人間の経験の全容を把握することはできない。したがって、その中枢的形式である三段論法は、人間の創意を限局し、意思を束縛するという制限的效果を有するのみである。故に、「法律の研究は、相当程度歴史学の研究と同義である。何故なら、それは懐疑主義に光を当てる第一歩であるし、既存の規範の価値にも光を当てることになるからである<sup>44</sup>」

### 3 法の解釈について

概念法学の立場にあっては、法の解釈とは何かの問題は、比較的平明である。すなわち、この立場にあっては、法は、その中に普遍的な意味を有し、故にそれは自己完結的であるとする。したがって、法の解釈とは、かかる規範に内在する普遍的な意味の発見をいい、法解釈学とは、そのような意味の体系的認識をいうことになる。

しかし、法を四囲の環境の産物と考えるホームズの立場に立った場合、上の問題に対していかなる解答が与えられるであろうか。

ホームズの言を借りると、次の如くである。「理論的には、一定の厳格な法律効果をもつ文書は、一つの意味をもつだけである。——。しかし、実際はこれと異なる。一つの言葉には、つねに幾つかの意味がある。故に、諸君が或る文書について判断しなければならない場合は、それを構成する言葉がある特定の場合に、通常どう用いられているかを判断しなければならない。それが、その言葉のもつ精練された意義である。

そのためには、その文書の作者が、何をいわんとしているかに腐心してはならない。——。状況証拠である文書についても、同様のことがいわれる。その場合にも、一個人の意図を問題にするのではなく、——、英語の正常な用法によれば、或る特定の状況の下で、通常それはどう使われているかをきめてかかることが大切である<sup>45</sup>」

ふたたび概念法学との比較に立ち返ると、そこで求められるものは、規範に内在する普遍的な意味である。そして、それは正しい解釈として法的評価の指標となる。何故それが正しいか。それは、普遍性というものに基礎づけられているからに他ならない。したがって、過去・現在・未来にわた

って常に妥当する正しい解釈は一つしかないことになる。

ホームズにあっても、正しい解釈という観念があることは、上の引用によって明らかである。しかし、その場合の正しさの内容はそれとは全く異なる。すなわち、それは、或る言葉或る規範が、一定の環境のもとで通常どう使われるかにあるという。したがって、一定の環境という一つの条件さえ設定されれば、その言葉の用いられ方は、自ら一定されることになるのである。そして、それ以外のその言葉の用法は、その時の環境の下で通常用いられる用法とは異なる意味で、正しいものではありえない。すなわち、或る規範、或る言葉は、或る条件の下で正しい意味を有する。したがって、それを見出すのが法の解釈という作業の内容であることになる。

ホームズのいう法解釈とは、およそ上の如くである。これについては、次のような点が問題になる。

第一に、正しい解釈は、時の環境との関連において見出される。したがって、過去における正しい解釈と現在におけるそれとは同一である必要は少しもない。

第二に、何故正しい解釈という観念が必要か。それは、いうまでもなく、法規範が吾人の権利義務に微妙に影響するので、法的現象を評価する場合には、それについての統一的指標が要求されねばならないという必然性にもとづくものと理解されよう。

第三に、正しい解釈内容とその時の四圍の環境との関連をどう解するか。消極的には、両者の間に論理必然的關係を認めるべきではあるまい。何故なら、法規範自体が論理則の所産ではなく、したがって、正しい解釈も、論理則によって導かれるはずはないからである。それよりも、積極的には、両者の関連を、一定の言葉がどう解釈されるかがその時の状況の下での利害関係人を通じた大衆の利益に合致するかという一つの実践の問題と解すべきであろう。何故なら、法規範は、たえず大衆の利益と接触する。したがって、法の解釈は勿論、法の適用も、大衆の利益に背反することは許されないからである。

このような解釈論の背景には、ホームズの独自の哲学がある。彼は、法をわれわれの全経験の所産と見る。しかし、それは、試行錯誤によるわれわれの努力の一つの過程であるから、法を定立する場合にも、試行錯誤による経験の選択が行なわれる。したがって、逆に、法がその背景となるわれわれの全経験をも表明することになる。故に、法を構成する文言も、それができた一つの背景との関連が問題になるのである。

こう考えると、ホームズ自身が体系を嫌悪したにかかわらず、彼の法思考が一つの体系を構成していることが判る。すなわち、法規範の定立においても解釈においても、それは常に人類の福祉のために行なわれなければならないという目的論的観点によって貫かれ、その結果としての法の操作についても、各人の恣意にわたることのないように細心の注意が配られている。ホームズの偉大さを見出しうるのである。

## 五 結 語

- 4 たえば高柳(賢), 独裁制と法律思想 171頁以下。この中では, 直接には我が国の伝統的法思考が批判の対象とはされていない。しかし, ホームズに対する博士の完全なる同調は, 我が国の法学方法論に対する間接的批判とみてよい。
- 5 たえば, 鶴飼, 現代アメリカ法学79頁以下, 205頁以下, 鶴飼, 憲法と裁判官(岩波新書)37頁以下。猶この他のホームズに関する業績については, 末延, 英米契約法の研究上下を挙げることができる。この中には, ホームズの私法観が散見されて興味深い。
- 6 C. D. Bowen, *Yankee from Olympus*, 1914. これについては, 鶴飼信成, 井上庚二郎, 宇佐美珍彦, 稲間豊吉の諸家の翻訳があり, それが, 「判事ホームズ物語」として法政大学から出版されている。
- 7 渡辺, 法社会学と法解釈学3頁-42頁には問題点の所在が明白である。その内容を一言にしていえば, それは, 概念法学的思考様式に対する批判に終始する。その詳細な分析は今日の法律学の姿を描いて余すところがない。
- 8 さらにつけ加えよう。ホームズが偉大なる少数意見者とされていることは周知の通りである。たとえば, ポーエン前掲(鶴飼他訳)278頁以下, 高柳前掲172頁。一方我が国においては, 昭和22年の裁判所法の制定により, 最高裁判所裁判官は, 裁判書に対して意見を付することが義務づけられ(同法11条), また, 憲法79条によって最高裁判所裁判官の任命は国民の審査に付されることとなった。このような諸事情からみると, ホームズと我々との間の距離は, 近時ますます近接してきたものとなすべきである。  
最高裁判所判事を国民が審査する際, ホームズをもってその範とすべきことを強調するのは, 奥村, ホームズ判事の横顔, 法と経済, 106, 107号 63頁。
- 9 同旨, 高柳(賢), 現代法律思想の研究 43頁。
- 10 H. J. Berman, *The Historical Background of American Law in Talks on American Law*, (1961) P 4 ~ 5.
- 11 H. J. Berman, *Philosophical Aspects of American Law in Talks on American Law*, P228.
- 12 E. Griswold, *Law and Lawyers in the United States*, (1964) P 7.
- 13 伊藤(正), アメリカ法入門 172頁。
- 14 檜山教授によれば, 1602年末 イギリス清教徒の一団がプリマスに上陸したのが25000人であったが, 1700年にはそれは2,500,000人となり, 1888年には50,000,000人を数えたという。この一事からして, 当時のアメリカの社会的, 経済的発展がいかに急速なものであったかが明らかである。猶, 檜山, アメリカ憲法史研究46頁。
- 15 このような背景から, 社会法, 経済法, 労働法等の諸原理が生れたことについては, 碧海, 現代法解釈学の方法, (岩波現代法講座15) 19頁。
- 16 フランクフルターの強調するところである。Frankfurter, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, (1961) P 27.
- 17 あとに述べることではあるが, 日本でも概念法学に対する反省が余儀なくされるような背景は古くから意識されていた。しかし, そのような方法論的反省は, いまだに実を結んでいるとはいえない。この点も, ホームズの偉大さを逆説的に証明するものである。猶, この点については, 渡辺, 前掲, 370頁~ 371頁。
- 18 たえば, 伊藤(正), 言論, 出版の自由, 319頁以下。フランクフルターのホームズ批判としては, *Den-nis v United States*, 341 U. S. 494. 543 (1951).
- 19 Berman, *op. cit.*, P 230.
- 20 C. Fairman, *Justice S. Miller - A Study of a Judicial States in Political Science Quarterly*, Mar, 1935. P 15~ P 21.
- 21 Frankfurter, *op. cit.*, P 53. 本文は, 1902年7月10日, ルーズベルト大統領が上院議員ロッジに宛てた書簡文である。猶, ホームズは, トレド新聞社対合衆国事件 (*Toledo Newspaper Co. v United States*, 247 U. S. 402. 424) において, 「合衆国の裁判官は, 通常の剛毅さをもった人物であることが期待されている。(But a judge of the United States is expected to be a man of ordinary firmness……)」ともいっている。これは, 本文のルーズベルトのホームズ評と全く符合する言葉であることは多言を要しない。上のホームズの言葉が, アメリカの裁判官についてだけでなく ひろく裁判官全てに妥当することを明瞭に指摘されるのは斉藤教授である。この点については, 斉藤, 裁判官論 57頁参照。

- 22 Holmes, *The Gas-Stokers' Strike in Harvard Law Rev.* Mar. 1931, P 795.
- 23 *Gompers v United States*, 233 U. S. 604, 610 (1914). この中には、法律の動的発展という理念がひそむことは明らかである。これに対して、概念法学にあっては、法は普遍的な観念としてとらえられ、動的発展という理念が意味をなさないところは多言を要しない。この点で、両者の対立は明らかである。
- 24 *Lochner v New York*, 198 U. S. 45 (1905) 本件審理の経過の詳細については、檜山, 前掲 519頁以下。問題点を論ずるものとしては、山口, 労働立法とデュー・プロセス ジュリスト, 英米法判例百選 126頁以下。
- 25 B. Brown, *The Natural Law Reader*, (1960), P 1~. 自然法理論に対する理解の仕方は、諸家によって異なるが、本文の叙述は、いわば、その最大公約数的なものとして把握されうる。この点についての中心的文献としては、H. A. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (1947). 阿南成一訳, 自然法の歴史と理論がある。
- 26 Holmes, *Natural Law in Collected Legal Papers*, P 310. この点については、高柳, 独裁制と法律思想 177頁以下参照。
- 27 *Abrams v United States*, 250 U.S. 616, 627-28, 629-31 (1919). 注意しなければならないのは、ここでいう自由とは、あくまでも本文で述べているような建設的課題を履践する手段としてのそれを意味しているということである。したがって、そのようなものでなければ、それは自由とはいわない。その意味で、ホームズは、はじめから、相対的制約をもった自由を問題にしているのである。猶、本件については、戒能, 裁判 (岩波新書) 196頁以下参照。
- 28 このような問題の背景には、アメリカの憲法が、アメリカ合衆国は主権を有する各州の連合体であるのか、それとも単一の主権国家なのかという問題と、連邦政府と州の間の権限争議について誰が決定権をもつかという点を解決しないまま制定されたという事情を見逃してはならない。この点については、檜山, 前掲 244頁参照。
- 29 Holmes, *Law and the Court in Collected Legal Papers* P 295.
- 30 *Hammer v Dagenhart*, 247 U. S. 251, 277-81 (1918). さらに、簡単に本文を補促すると、当時の最高裁判所は、大体において連邦の権限の拡大に好意的であった。しかし、問題が一度労資関係にふれると、依然として旧来の契約自由の原則が採り上げられた。その結果、連邦のこの点に関する州に対する統制は、事実上骨抜きの状態であった。このような事件の背景については、檜山, 前掲 593頁。
- 31 *Truax v Corrigan*, 257 U. S. 312, 344 (1921). この中で、ホームズは、次のようにいっている。「修正14条は、社会の重要な部分で、しかも、二・三の州のように隔離された場所で、最も大切と思われる社会的実験をしてはならないといっているのではない。その実験が、私や私の同志にとって無駄で、時には有害であってもである。」本件の多数意見についても顕著なのは、やはり、私的自由を絶対視する思想であるが、それが、ホームズにとって何等の説得力もないことについては説明の要もない。猶、戒能, 前掲 182頁。鶴飼, 現代アメリカ法学, 224頁。
- 32 前註27参照。
- 33 前註2参照。
- 34 *United States v Schwimmer*, 279 U. S. 644, 654-55 (1929). 本件の背景については、鶴飼, 憲法と裁判官, 55頁以下, 戒能, 前掲 201頁。
- 35 この点を強調するのが鶴飼博士である。たとえば、鶴飼, 前掲32頁。
- 36 戒能, 前掲 192頁によると、病弱な時こそ医者が必要であるように、戦時にこそ反戦のための言論は保障されなければならないのではなかろうかという問題提起が著者によってなされている。
- 37 Holmes, *The Path of the Law in Collected Legal Papers*, P 173. 高柳博士によれば、ホームズは、法をもって予言体系 *systematimatized predition* と理解するという。これについては、高柳, 前掲 179頁以下。
- 38 註釈学派と自由法, 法哲学講座 3巻 266頁以下
- 39 *Bermam op cit*, P 226-7.
- 40 法に絶対的権威を認めないホームズが、裁判官についても同様に絶対的権威を認めない。この点について彼はいっている。「裁判官は、国家と当事者との中に立って、立法をしなければならない。しかし、それは、彼の奥歯から出てくる世俗的な動きでしかない。」cf. *Southern Pacific v Jensen* 244 U. S. 205, 221 (1917)
- 41 Holmes, *The Common Law* (1881) P 1~.
- 42 この点を強調するのがハーストである。Cf. J. W. Hurst, *Justice Holmes on Legal History* (1964), P 3-4.

- さらに、高柳博士は、ホームズが、自然法的規範観に対して、むしろ、現実主義的な分析的法律観とを結びつけ、かつ、「時間」の要因を強調した点が その本質であるとする。この点については、高柳、前掲 179頁参照。
- 43 Holmes, The Use of Law Schools in Collected Legal Papers P35.
- 44 Holmes, The Path of the Law
- 45 Holmes, The Theory of Legal Interpretation in Collected Legal Papers, P 203 ~4.
- 46 渡辺、前掲 336頁。猶 我が国においても、自然法思想は、法思想史における第一期を劃し、それは、次に来る実定法学ないし概念法学の思想的基盤となったが、概念法学は、自然に自然法思想を圧倒しもしくは否定していったのであった。この点については、小野（清）、日本法理の自覚的展開 19頁。
- 47 伊藤、前掲40頁、 253頁。