

Lochner 判決の亡霊とその最近の評価断片

青 山 武 憲

はじめに

二一世紀に入って間もなく、『Lochner の遺産の遺産』(Lochner's Legacy's Legacy) と云う論文で、David E. Bernstein は、実体的適正手続の代名詞と云え、適正手続条項に確と契約の自由を認めた Lochner 事件⁽¹⁾に関連して「*Lochner v. New York* の亡霊が、アメリカの憲法に憑りついている。」と述べた。⁽²⁾ Lochner 事件以前、一八九八年には、連邦最高裁判所は、炭鉱従事者の労働時間を一日一〇時間に制限した立法を合憲としていた。⁽³⁾ところが一九〇五年、その連邦最高裁判所が、右の Lochner 事件で、パン業について同様になされた労働時間規制立法を違憲としたのである。⁽⁴⁾その違憲判断を下した Rufus W. Peckham 判事による判決が、アメリカ合衆国(以降、「合衆国」と云う。)では、その憲法に憑りついていると云うのだ。

そのようなこともあって、Lochner 事件は、憲法学者の脳裏にもこびり付いている。Lochner 判決に関する論文は、二一世紀になっても依然として絶えないのだ。⁽⁵⁾ その中の一つで自由放任主義的立憲主義を研究した Matthew J. Lindsay によれば、合衆国の法律学者たちは、一九世紀後半に始まり Lochner 事件で頂点に達した自由放任主義的立憲主義の起源と本質との問題と取り組み続けていると云うことである。⁽⁶⁾ 実際、Lochner 判決の類が概ね幅を利かした時代 (一八九七—一九三七)⁽⁷⁾ (以降、「Lochner 時代」と云う。) は、今や連邦最高裁判所の判決史の一時期を画したものとして口にされているのだ。そしてその時代の象徴である Lochner 判決は、依然として連邦最高裁判所の判決史で最も論争されるものの一つとなっているのである。⁽⁸⁾

多くの重要な判決がしばしば異なる評価を生み出しているように、Lochner 判決についても、異なる評価が存在する。その判決は、五対四と云う際どいものであった。その際どさは、判決後の評価の対立あるいは論議を予想させるものであった。司法と政治の問題に詳しく、それらの面から Lochner 事件を論究した Paul Kens は、Lochner 判決に不満のある人々から見れば、その判決は、政治的・経済的・社会的に欠点がある理論に基づいて悪い公共政策を固定化したものと云う。それ故、彼らは、躊躇うことなく、Lochner 判決を自由放任主義および社会的ダウニズム (Social Darwinism) に根差した無為哲学 (a “do nothing philosophy”) を示したものと述べていると云うのだ。⁽⁹⁾ そして彼らにとって Lochner 判決は、時代の趨勢に逆行するものであったとされる。にも拘わらず、そのような判決を画期的なものともみえず見解が存在することは、彼らが気に喰わないところである。

そのような者と同様な立場から、Lochner 判決を悪評高い彼の Dred Scott 事件の判決と同様に位置づけ、司法部が間違った営みをした代表的な事例と看做して、連邦最高裁判所の歴史の中で悪評高いものと説く者は、決して少な

くない⁽¹⁰⁾。それも彼らによる Lochner 判決に対する批判は、執拗であり強力である。

そのような批判の強さは、他方で、Lochner 判決に対する根強い支持があることを意味している。この立場の者にとっては、そのような批判の強さがその判決を支持するエネルギーの源となっている。実際、Lochner 時代を通じて存在するいわゆる Lochner 主義を財産権や経済的自由を擁護する立場から支持する主張は、決して少なくない⁽¹¹⁾。取り分け二〇世紀終盤以降、Lochner 主義の見直し論は、強まってもいる。それも、Lochner 主義と社会・経済改革との関係を研究した Seven M.Ingram によれば、歴史家や法学者は、Lochner 主義を改革の動きに対する裁判所による反感を証するものと看做していたが、最近の見直し主義の学者は、Lochner 主義が進歩的な法律に対して必ずしも敵対的であったわけではなかったことを証明していると云うことである⁽¹²⁾。社会的民主主義者によつて唱えられたニュー・リベリズムと Lochner 判決の法理に代表される古典的リベリズムとは、矛盾しないと云うのだ。また福祉主義に対する新たな動きを究明した Mratha T. McCluskey のように、二〇世紀終盤に現れた経済効率を重視する法と経済の核心に係るネオ・リベリズムを Lochner 主義の復活と見る向きもある⁽¹³⁾。ともあれ、Lochner 主義とその後のリベリズムとの関係は、Lochner 法理をいかに解するかに左右されるところである。

ところで、冒頭に触れた D.E. Bernstein は、取り分け Lochner 判決の法理を追究している代表的な研究者の一人である。彼によれば、連邦最高裁判所が Lochner 事件を裁いた後ほぼ百年と云うもの、Lochner 判決とそれを継承した判決とが依然として司法の過ちのいかんを判断する基準となつてると云うことである。そしてその過ちを避けることこそ、現代の憲法や憲法学者が最も執着しているところであり、主要な論点とされているとされるのだ⁽¹⁴⁾。そのような Lochner 事件に係る論議や評価は、興味を引くところである。そこで以降では、しばしば経済的自由、とり

わけ契約の自由の牙城と評される Lochner 判決およびそれに関連した動きと主として新たな評価に注目してみる。⁽¹⁵⁾

一 「Lochner 時代」概説

我々は、このように「規制的な」性格を有する多くの法律が公衆の衛生若しくは福祉を守る目的を有する警察権の名目で可決されているが、現実には、それらが他の動機で可決されている事実には目を閉じることができない。⁽¹⁶⁾

——Justice Rufus W. Peckham——

1 Lochner 時代の胎動

Lochner 時代の特徴については、いろいろな指摘がある。経済的自由、取り分け契約の自由を規制する立法を無効なものとするために実体的適正手続規定を使用したことを指摘するもの、あるいは、州際通商に関する連邦政府の権限を制限した裁判所の動きを指摘するもの等は、その代表的な例である。中でも注目され、以降でも主として注目するのは、前者である。連邦最高裁判所が合衆国憲法修正（以降、単に「修正」と云う。）一四条が定める適正手続条項上の自由に経済的自由をも含めて解釈した最初の判決は、法律を守っていない海上保険会社との取引を規制した Louisiana 州法を全一致で無効とした *Allgeyer v. Louisiana*, 1897⁽¹⁷⁾ である。その Lochner 時代の幕開けと云える事件の先駆をなしたものとしては、適正手続規定における人に法人を含めた *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*, 1886 や州による警察権の行使の正当性を審査する意欲を示した *Mugler v. Kansas*, 1887⁽¹⁸⁾ があつた。Lochner 判決は、それらのうち *Mugler* 判決を引用した⁽¹⁹⁾、*Mugler* 判決は、Lochner 判決の先駆として少なからず注

目されている⁽²⁰⁾。そのようなこともあって、司法権について精通した Michael G. Collins の如きは、その他の多くの論文に目を向けながらも、この Mugler 判決を Lochner 時代の幕開けをなしたものと看做している⁽²¹⁾。

少しく論題から離れるが、余り注目されていないものの、右の Allgeyer 事件の判決の日に、*Chicago, Burlington & Quincy Railroad v. City of Chicago*, 1897⁽²³⁾において、「正当な補償」をせず公用収用をした事例が、適正手続に欠けるとされた。この判決もまた、実体的な面からなされたものであったのだ。その意味で、一八九七年三月一日は、連邦最高裁判所史において無視し得ない日であった。その日は、連邦最高裁判所が新たな時代に入ることを予測させる日であったのだ。

再び戻って、連邦最高裁判所は、Allgeyer 事件で認めた自由を絶対的なものと解したわけではなかった。州の警察権に従うものとしたのだ⁽²⁴⁾。その警察権が行使される時期や限界については、事案次第とされた。それでもその事件では、自由の範囲がかなり広く解され、その自由に人身の自由だけでなく、市民がその能力のすべてを享有、行使し生計を営む等のために契約する自由も含められた⁽²⁵⁾。しかし、鉱山における一日八時間以上の就業を禁止した Utah 州法が容認された翌年の *Holden v. Hardy*, 1898⁽²⁶⁾では、自由の範囲は、かなり狭められた。これは、労働立法に係る連邦最高裁判所における最初の事件であった。この事件では、健康や安全に対して有害性を伴う鉱山業における契約の自由が問題とされた。それも警察規制が、公衆の衛生、安全若しくはモラル、あるいは公害 (public nuisance) の排除のために確と容認された。立法府には、いろいろな利益のために広範な裁量が認められた。そして、警察権は、正当に行使される限り、契約によって制限されることはない⁽²⁷⁾とされたのである。そのような流れを汲んで、*Otis v. Parker*, 1903⁽²⁸⁾でも、株式の信用買入に関して契約の制限が認められた。やがて *Northern Securities Co. v. U.S.*, 1904⁽²⁹⁾でも、

州際通商条項に関連して反トラスト法が認められた。これらの動きには、連邦最高裁判所が後に Holmes 判事的評価で述べられた自由放任主義的立憲主義あるいは古典的リベラリズムを離れて修正立憲主義、いわゆるニュー・リベラリズムへと移行する兆を思わせるものがあつた。しかしながら、連邦最高裁判所は、そのような予感を程なく覆した。そのような予感を覆したのが、外ならぬ Lochner 判決であつた。

2 Lochner 時代概要

Lochner 事件で法廷意見を述べた R.W. Peckham 判事は、Allgeyer 事件で法廷意見を述べ、Holden 事件では反対意見を述べていた。それ故、Lochner 事件における彼の姿勢には、予測されるものがあつた。実際、案に違わず、彼は、ビジネスに関連して契約する一般的な権利を修正一四条が守っている個人の自由の一部であるとした。その修正一四条の下で、州が人の生命、自由あるいは財産を奪うには適正手続に従うことを求めた。そして、労働を売買する権利について、それを排除する状況が無い限り、修正一四条によって守られている自由の一部であるとした。その際、判例上、警察権が、概ね州の公衆の安全、衛生、モラルおよび一般の福祉に関して述べられ、自由や財産はその合理的な制限の下で保有されるものとされたことを確認しながらも、自らは、警察権を人々のモラル、衛生、あるいは安全を守る権限と同視した。⁽³¹⁾そして、職種、強制的予防接種等に伴う公衆の衛生等のための警察権による諸種の規制例を容認しながらも、清潔で衛生的なパンは、パン業者の労働時間に左右されるものではないとした。パン業者も、公正で合理的で適切な警察権には服するが、問題の労働立法は、そのような警察権の行使ではないとしたのである。そのような見地から、彼は、労働立法から契約の自由を保護する確固たる姿勢を示したのだ。この Lochner 判決は、以

降暫時、連邦最高裁判所が実体的適正手続の下で経済的自由のために経済および労働に係る立法を無効にする直接的契機となった。その判決の姿勢が踏襲された代表的な事件を垣間見てみる。

Lochner 事件判決の三年後、*Adair v. United States*, 1908 では、⁽³²⁾ 鉄道会社に対して黄犬契約を禁じた連邦法が無効とされた。この姿勢は、同様に黄犬契約を禁じた州法に係る *Coppage v. Kansas*, 1915 でも確認された。⁽³³⁾ 雇用者が被用者と組合との関係に関わる行為への規制が否定されたのだ。*Adams v. Tanner*, 1917 では、⁽³⁴⁾ 職業取次法が問題となった。Washington 州で一九一四年に、職業取次店が自ら取次料金を決めることが禁止されたのだ。連邦最高裁判所は、そのような禁止立法が公共の福祉のために有用であることを認めた。しかし、それは、不道徳でも危険でもないビジネスを規制するものであり、恣意的で圧制的であるとされた。⁽³⁵⁾ *Hammer v. Dagenhart*, 1918 では、⁽³⁶⁾ 州における児童の労働を害悪から保護する一九一六年の連邦立法が問題となった。児童を雇用している工場からの荷物の州際輸送の禁止の合憲性の問題である。この事件で、連邦議会は、憲法によって委任された以外の権限を行使することはできないとされた。そして、州際通商条項によって児童を保護しようとした連邦議会の行為が、州の権限を侵す越権行為とされた。⁽³⁷⁾ この *Dagenhart* 法理は、⁽³⁸⁾ 児童労働を行わせている雇用者の純益に一〇%の課税をした行為が問題となった *Bailey v. Drexel Furniture Co.* 1922 でも継承された。⁽³⁹⁾ その *Bailey* 事件の前年、*Duplex Printing Press Co. v. Deering*, 1921 では、⁽⁴⁰⁾ 連邦の反トラスト法が問題となった。この事件で法廷意見を述べたのは、*Pitney* 判事であった。彼は、問題となった法律が保護しているのは労働組合の存立と運用だけであり、その構成員の活動は大して保護されていないとした。そして、問題のボイコットが反トラスト法によって差止めを免れるのは、それが合法で正当な場合に限られるとした。⁽⁴⁰⁾ しかし、そこでその合法および正当の定義はなされなかった。それでも問題の法律以前に、

Duplex 事件におけるようなボイコットが違法とされた *Loewe v. Lamlor*, 1908 のような先例が既にあった。⁽⁴¹⁾ Pitney 判事が Duplex に対して差止めによる救済を認めたのは、その先例を踏まえてのことである。⁽⁴²⁾ Bailey 事件の判決の翌年、*Adkins v. Children's Hospital*, 1923⁽⁴³⁾ では、女子や児童のための最低賃金を定めた立法が、契約の自由に反するとされた。ところが、*Nebbia v. People of New York* (一九三四)⁽⁴⁴⁾ では、州法である農業・市場法の下でミルク規制委員会がミルクの販売価格を規制した規則の合憲性が認められた。⁽⁴⁴⁾ 経済的自由に対する強い保護が、緩和されたのである。しかし、*Nebbia* 事件は、*Lochner* 時代の終焉を意味しなかった。その後も、たとえば、農業調整法の下での課税を違憲とした *United States v. Butler*, 1936⁽⁴⁵⁾ や石炭産業を規制する立法を無効とした *Carter v. Carter Coal Company*, 1936⁽⁴⁶⁾ に見られる如く、*Lochner* 主義は、維持されたのである。このうち取り分け *Carter* 判決は、政治的な波紋を生じた。その判決に鑑み、経済危機と精力的に取り組んだ第三二代大統領 Franklin Delano Roosevelt が、

「だから、我々は、国民として、裁判所から憲法を救い、また裁判所を裁判所自体から救うために、行動を起こす必要がある時に至っている。我々は、最高裁判所へ訴えることより憲法自体へ訴える道を探さなければならないのだ。我々は、憲法の下で裁判を行う最高裁判所を欲しているのであって、——憲法の上にある最高裁判所を欲しているわけではないのだ。⁽⁴⁷⁾」

と憤懣を述べたのだ。一三〇万人もの失業者が存し、不況のどん底期に合衆国大統領の地位にあった F.D. Roosevelt は、イギリスの経済学者 John Maynard Keynes に影響されて政治および経済に二〇世紀的自由主義を導入

しようとしていた。彼にとって、古典的自由主義あるいはLochner主義に固執していると思えた連邦最高裁判所は、障害物でしかなかった。彼にとって、「我々が恐れるべき唯一のことは、自らを恐れることである。」⁽⁴⁸⁾と云うことでは最早なくなり、憲法に上位しているように思えた連邦最高裁判所であったのだ。当時のことを論究したWilliam and Mary 大学の教授Neal Devinsは、後に、当時の連邦の裁判所を「古い秩序」(the Old Order)の一部と断じた。⁽⁴⁹⁾そのような見方は、明らかに大統領側に与するものであった。俯瞰的に見れば、当時は、総じて古典的自由主義を守ったとされ、行政国家化を警戒した連邦最高裁判所と市場絶対主義に不信を抱いてニュー・デールを実行し、ニュー・リベリズムを追求した大統領との熾烈な闘争の時代であった。その際、F.D.Roosevelt 大統領には、連邦最高裁判所に果敢に挑戦する姿勢があった。大統領は、連邦最高裁判所がニュー・デールを促進する組織となるようなプランさえ練った。それは、反対派によって「法廷包み込み計画」と呼ばれたが、そのプランは、大統領の有名な炉辺談話で明らかにされた。⁽⁵⁰⁾そのような法廷外の政治的圧力の影響もあつてか、従来ニュー・デールに反対していた連邦最高裁判所のOwen Roberts判事が、大統領の政策を支持する側に鞍替えしたこともあつて、連邦最高裁判所の流れが変わった。*West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 1937⁽⁵¹⁾で五対四のからうじての多数によつてAdkins事件の判決が覆され、問題となった最低賃金法が支持されたのである。そのことは、外ならず、Lochner時代の終焉を意味した。

二 Lochner 時代の終焉とLochner 主義批判

1 West Coast Hotel Co. 事件による判例変更

Peckham 法理とその影響を受けたその後の多くの判決に潜む原理であるLochner 主義は、Roosevelt 大統領の司法

外における威圧もあつて覆された。そしてそれ以降、かなりの間、日の目を見なかった。否それどころか、かなりの者によつて連邦最高裁判所の過ちの象徴であるかの如き扱いを受けた。⁽⁵²⁾ Lochner 時代の裁判所が、適切な社会政策に關して国民を代表する議会の見解を勝手な見解に置き換えているものと解されたのだ。⁽⁵³⁾ それは、社会的・経済的な改革の動きに足枷となつた障害と看做されたのである。

ただ Lochner 判決は、一八八〇年代から一八九〇年代にかけて地盤を固めていた連邦最高裁判所の中における憲法論のいわば結論であつた。もとよりそのような理論に対して、学問的にも連邦最高裁判所の中にも、社会状況の変化を考慮した新たな法理論が芽生えていた。法学界におけるニュー・リベラリズムである。そのような新たな動きの中で、Peckham 法理に対する批判の代表的なものとしては、Lochner 事件で反対意見を述べ、後に「明白で現在の危険」の法理で名を馳せた O.W.Holmes 判事の見解を上げることができる。

その Holmes 判事は真つ先に、Lochner 判決が一般化していない経済理論に基づいてなされた旨を述べた。Peckham 判事の経済論は、「邦の大部分が受け入れているところではない」と云うのだ。そして憲法は、それと基本的に見解を異にしている人々のために制定されているもので、そのような特別の経済理論の具現化を意図していない旨を述べたのである。⁽⁵⁴⁾ これは、彼が修正一四条を Victoria 朝時代の哲学者・生物学者・社会学者で古典的自由主義論者として有名な Herbert・Spencer の社会静学を立法化したものではないと述べていることから明らかのように、彼が Lochner 判決に読み取つた自由放任主義に対して批判をしたものである。次に彼は、憲法が特定の政治経済理論を具現化していないとすれば、裁判官は、多くの場合、その理論に代わる適正手続規定上の「自由」と云うような開放的なことばを解釈することはできないと云う。裁判官は、多数人による立法政策によつて示された「当然の支配

的な結論」に従うべきであると云うのである。そのような政策が、適正手続条項のような憲法上の規定に影響を与える場合でさえもである。裁判官が政治経済の領域で制定法を無効にできるのは、理を弁えた公正な人がその制定法を国民のおよび法律の伝統によって理解された基本的原理を侵害していると認める場合だけであると云うのである。この Holmes 判事には、一般的な命題が具体的な事件を解決することはなく、具体的な事件が解決されるのは、明確な大前提以上に、より鋭い識見および直感がある場合であるとする考え方が存した⁵⁵。そして彼には、何よりも政治経済領域の規制に立法府の裁量を広範に認める姿勢が存したのである⁵⁶。ただその場合にも、Lochner 判決批判に際して自由放任主義と云うレッテルで範疇化をしても、警察権と個別法を制定しない立法府の義務との境界の問題を重視しなかった点は、当時の論評者と異なる特徴と云えた。

余り注目されていないが、Lochner 事件には、White 判事と Day 判事も加わった Marshall Harlan 判事の反対意見も存した。この Harlan 判事の反対意見は、真つ先に、法廷意見が必ずしも明確にしなかった警察権の範囲の問題に注目している。連邦や州の裁判所のすべての事件で警察権がすべての市民の有害な権利行使から公衆の生命、衛生および安全を守ることに及ぶことが認められていると云うのだ。そして契約の自由も、一定の限度内で、一般の福祉を促進するため、あるいは、公衆の衛生、公衆のモラル若しくは公衆の安全を守るために意図され算段された規制に従うと云うのである。その場合、裁判所が一般の福祉に係る立法行為を審査し得るのは、立法行為が現実的あるいは実質的に一般の福祉の目的と関係が無い場合か、明らかに基本法上の権利を侵害しているときに限られるとされる。そうでない限り、立法の合憲性が推定され、違憲の立証責任は、違憲を主張する者が負うとされるのである。その場合、裁判所は、立法の政策あるいは賢明さのいかんには関わるべきではないともされる。そのような見解から、裁判所が、

労使が同じ立場になく、特殊な職場であることを考慮してなされた *Lochner* 事件におけるような州法を無効にする
とすれば、それは、裁判所の権限を超えることになる⁽⁵⁷⁾とされるのだ。「市民の生命、健康および福祉」に配慮する州
の固有の権利を侵すことになる⁽⁵⁷⁾と云うのである。

Peckham 法理に対する決定的な打撃は、婦人のための最低賃金を定めた *West Coast Hotel Co.* 事件⁽⁵⁸⁾で加えられた。
その事件の判決は、*Hughes* 連邦最高裁判所長官（以降、「長官」と云う。）の下、五対四の僅差多数で連邦最高裁判所
が社会経済的立法に関してはつきりと姿勢を変えたものであった。その判決で、*Hughes* 長官は、憲法は契約の自由
について触れていないとした。憲法は、自由については触れているが、それが定めているのは、適正手続を欠く自由
の剥奪の禁止についてであるとした。剥奪を禁止するに際しても、絶対的な不可統制の自由が認められているわけ
はないとした。その自由については、歴史と含意とがあるとしながら、憲法で保障されている「自由とは、国民の衛
生、安全、モラル、および福祉を脅かす害悪に対して法の保護を要求している社会組織における自由である。」とし
た。そしてその憲法の下にある自由は、適正手続による抑制には従うもので、それを抑制する場合に合理的で共同体
の利益のためになされるものは、適正手続によるものとしたのだ。⁽⁵⁹⁾そしてそのような見解の下で、長官は、「この一
般的な自由の本質的な制限は、特別な契約の自由をも支配する。」としたのである。⁽⁶⁰⁾続けて長官は、*Allgeyer* 事件、
Lochner 事件、*Adair* 事件を引用し、また引用されていない他の事件においてもそうであるとしながら、契約の自由は、
条件が付いている権利であるとした。それは、絶対的な権利ではないから、欲する通りに振る舞う自由はなく、ある
いは、好む通りに契約する自由もない。自由が保障されても、契約を本質的なものとしている広範な活動は、立法府
の監督を受ける。政府がその自由を制限する権限が否定されるわけではない、と云うのである。一体、自由が意味す

るのは、恣意的な抑制をなくすことであり、共同体のための合理的な規制や禁止を免除するものではないと云うのだ。⁽⁶¹⁾ このような見解の下で、長官は、取り組んだ事件において、施設の所有者と労働者との間に不平等が存在することは立法者により裏付けられており、そのような不平等が存在する場合には、当事者が成年であり、締約能力を有する場合にも、州は契約に干渉することができるとしたのである。⁽⁶²⁾ この Hughes 判決こそ、Lochner 判決に存在するとされる契約の自由に基づいたニュー・デール反対の保守的司法積極主義を破砕したものと評されているものである。⁽⁶³⁾

2 Lochner 主義批判

殺人とか宝物探しとか労働問題等を扱った Charles Dickens らに代表される Victoria 朝のメロドラマは、今日でもしばしば話題になるところであるが、経済的自由の問題に精通した James W. Ely, Jr. によれば、合衆国の憲法史の中で一八八〇年から一九三七年にかけての経済問題が示したところは、Victoria 朝のメロドラマに似ていると云うことである。卑劣な連邦最高裁判所が、巨大ビジネスに対して温情ある規制を課そうとしている高貴な改革者をイラつかせているものとして描かれていると云うのである。そしてその邪悪な物語の中心にあるのは、*Lochner v. New York*, 1905 と云うのである。⁽⁶⁴⁾ 社会労働問題と取り組んだ立法府に対抗した連邦最高裁判所の判決で、Lochner 事件のそれ程悪く評されているものは少ないのだ。それも、その流れが変わって間もない一九四〇年代の初期までに社会の除け者としての Lochner 判決の地位は、確実なものとなった。⁽⁶⁵⁾ 一九三七年以降、リベラルな評論家によるその判決に対する非難は、急速にいわば儀式化あるいは慣例化したのだ。Lochner 判決の背後にあるとされた自由放任主義は、経済および富の再配分を支持する学者や裁判官たちにとっては噴飯ものであったのである。彼らにとって、Lochner

判決は、専らいわば富者あるいは強者の権利のために連邦最高裁判所が積極的に活動した典型的な事例でしかなかったのだ。

しかしながら、契約の自由は、自由主義を建国のイデオロギーとするアメリカの法文化に深く根差したものであった。⁽⁶⁶⁾ それもおよそ契約は、市場経済にとって中心的な地位を占めたものであった。そのことを示して、際立ったアメリカの法史家 J. Willard Hurst は、「一九世紀の当初から七五年にかけての法の成長の中で法が分岐した全構造における契約法の圧倒的な優位」なるものを強調したそうである。⁽⁶⁷⁾ J. W. Ely, Jr. によれば、その契約と云うシステムの台頭は、出生および身分によって支配された階層的な社会秩序からの色々な関係の移行を意味したと云うことである。その契約の重要性は、私法によって高められたが、裁判所による自由市場における契約する権利の憲法化は、短期間になされ、それも、第一步に過ぎなかったとされる。彼は、その憲法上のものとされた契約を自然法思想に論拠を求めた Marshall 長官的な考え方の力強い再浮上と解している。⁽⁶⁸⁾ 再浮上と云う以上、契約は、元々、存在し潜在していたわけである。因みに、Marshall 長官は、契約に関する主張を展開した Ogden 事件で敗北したが、その際、合意する権利を政府に先存する自然法に論拠づけた裁判官であった。なを、契約の自由の問題を論究した Kirsten L. McCaw は、その自由を Ogden 事件における Marshall 長官の理説以前に制定された合衆国憲法一条一〇節の下で国民に留保された根本的権利としている。⁽⁶⁹⁾

しかし、連邦最高裁判所が契約の自由の存在を確認した筈の Peckham 法理には、早くから批判が生まれた。Lochner 判決の三年後の一九〇八年に、既に格差が生まれていた労使の労働契約の問題と取り組み、公共の福祉を促進することを立法府の裁量と考えた裁判官で法哲学者でもあった Learned Hand が、Harvard Law Review に『適正

手続と一日八時間』と云う本格的な批判論文を寄稿した如くである。そこで彼は、修正一四条、修正五条、「権利の請願」(the Petition of Right, 1628)、「大憲章」(Magna Carta)等を上げながら、先ずそれらが立法で実現されているとし、次に修正一四条の自由が好きなように目的を追求しその目的のために契約する権利を意味することになっていること、それが連邦最高裁判所に定着していること、そしてそれらを改める必要がある旨等を主張したのである。^⑩日頃、社会的経済的問題と取り組んでいたL. Handにとっては、労使が実質的に対等な立場で自由を行使し得なかった状況が存在するにも拘わらず、自由の名の下に、連邦最高裁判所が自由への干渉を怠る事実は無視し得ないものがあつたのだ。彼は、適正手続を「法の慣習的若しくは通常の手続き」と云う意味に解しながら、立法府が賃金契約を統制することが普通のことであつて受け入れられていることであれば、契約を規制する立法は、適正手続に適つたものであると解した。その時代既に、適正手続を法の慣習的および通常の手続きの意味で解釈した判例は、船員に対する前払い賃金の禁止立法が問題となつたPatterson事件等かなり存在した。^⑪彼においては、その賃金問題の延長上で労働時間の問題も考えられ得るものであつた。問題の労働時間の規制は、労働者の健康のために目的としたものだけではなかつたが、そのことによつて、その規制が、労働者の健康のためにならないと云うことにはならないと云うのだ。そして、労働者の活力を保ち、労働者を専門的な仕事の単調さから救済し多様な活動を可能にするための規制が何かについては、広範な統計的な調査が必要であるが、Peckham法理を科学的知見に基づかず、「機械的な法律学」、抽象的な理由付けに走っているとしたのだ。彼においては、連邦最高裁判所で適法とされた筈の規制の慣習的な性格が問われないことも、疑問視された。^⑫連邦最高裁判所は、姿勢を変えたと云うのだ。彼には、公共の福祉を促進するための立法は可能であり、労働者の福祉とその労働時間との間には直接的な関係があるにも拘わらず、Peckham法理がそ

のような関係の不存在を云う点に不満があった。Peckham 判事も、福祉を論ずる場合には、Hardy 事件等における如く、関係労働者が恩恵を受けるかあるいは不利益となるかの問題を考慮しなければならなかったと云うのだ。その法理では、関係者が福祉の面で不利益を受けること、あるいは利益を得る場合には、不当に利益を受けることになることが示されなければならなかったと云うわけである。これを換言すれば、立法府の行為に不条理あるいは抑圧的なものがあることが示されなければならなかったと云うのである。⁽⁷³⁾要するに、L.Hand には、難解な労使関係の諸問題を考慮している立法府の行為に対して敬意を払わない司法の姿勢に不満が潜在したのだ。

一九〇九年には、植物学に精通し、法律学者および教育者として名をなした Nathan Roscoe Pound が、契約の自由を強く主張する理論を現実の産業労働状況について多くの民衆のために配慮する考察をしておらず、私権のために個人主義的な概念が民衆の犠牲の下に誇張され過ぎているとする論文を発表した。⁽⁷⁴⁾この R.Pound がその論文で真っ先に注目したのは、Adair 事件において法廷意見を述べた Harlan 判事の理論であった。彼は、Lochner 事件では反対意見を述べた Harlan 判事が Allgeyer 判例等を踏襲して労働を売る者の権利とその者の労働を購入する者の権利の等価を説いたこと⁽⁷⁵⁾に注目したのだ。彼は、雇用者と被用者⁽⁷⁶⁾とが相互に平等な権利を持つと説く Harlan 判事らの理説がほぼ二五年間の諸判決の理論の頂点に達したものと看做し、それが法律学者によって異常な長さで引用される存在となっていたことが気に入らなかった。そこで、このような法律界の状況と労使の違いに注目する社会学者の見解とを対比した。そして、連邦最高裁判所と異なり、社会学者たちが「いわば平等権に関する論議の多くは、全く中身の無いものである。契約のシステムに関する一切の馬鹿騒ぎは、偽りで水増しされている。」と述べていたことに注目した。彼によれば、現実の産業界の状況を吟味しそれに精通している者たちにとっては、この社会学者の論じている

ことこそ正論であつた。⁽⁷⁷⁾ それも、彼によれば、契約の自由を歴史的基盤に強く裏付けられているとしたPeckham論は謬論で、それは、一九世紀後期に突如として現れた新しいものであつた。⁽⁷⁸⁾ それは、時代が要求した創生物と云うわけである。そのような彼の見方については、後世、反論が現れるが、⁽⁷⁹⁾ その反論についてはともかく、「社会学的法律学」(sociological jurisprudence) (と自ら呼んだ法律学) を唱えた彼は、現実主義者として法の批判を先駆けながら、Peckham 法理的な契約の自由を「公権を犠牲にして私権」を誇張している機械的法律学の一部をなしているものとして非難したのだ。彼によれば、契約の自由は、自然法に論拠を置く契約論者やAdam Smithの自由放任主義の哲学による邪道の意見以外に歴史的基盤など持たないものであつたのだ。⁽⁸⁰⁾ それは、A.Smithをはじめ、David RicardoおよびJohn Stuart Millのような古典的な政治経済学者に由来し、個人主義的偏見を伴ったものなのだ。彼においては、古典的経済学者は社会科学、取り分け社会学に固有な価値である社会的側面を無視した個人主義的偏見を法に対して与えているとされたのである。⁽⁸¹⁾ このR.Poundは、進歩的社会学者Edward Rossらの社会的価値論の影響を受けていたから、⁽⁸²⁾ 契約の自由の下で行われる労働を売る者とそれを買う者との現実の立場を無視する筈もなかったのだ。そのような立場から、彼は、Lochner事件におけるHolmes判事の反対意見を評価し、Peckham法理を反動的なものとして述べたのである。⁽⁸³⁾ 彼には、自由放任主義として範疇化された程のLochnerコートの契約の自由に対する信念に対して鬱積した不満が存在したのである。

司法哲学者 (judicial philosopher) として名を馳せ連邦最高裁判所の判事ともなったL.Handや社会学的法律学の創唱者であるR.Poundのような碩学の見解は、その後の政治経済あるいは法の世界に多大な影響を与えた。連邦最高裁判所の進歩主義についてColumbia Law Reviewに寄稿した一九一三年のChales Warrenの論文によれば、連邦最

高裁判所が「社会正義」を行おうとする立法に対する障害物となっていると主張する批判者たちは、文句の対象となつてゐる害悪、彼らが急いで救済すべきとしてゐる害悪の所在を特定するように求められると、決まつてたつた一つ Lochner 事件を上げると云ふことであつたが、同様の傾向は、更にその後も、確認されたところである。⁽⁸⁴⁾ そのような傾向にあつては、労働者の苦情と取り組む立法府の努力を称賛する者は多かつたし、「規制されない契約の自由」が保障する個人や共同体の福祉は、理論上のものに過ぎなく、そのような理論は、不平等が存在する現実の世界を反映してゐないとされたのである。⁽⁸⁶⁾

三 Lochner 時代への新たな評価管見

1 Lochner 主義に対する批判と見直しの錯綜時代へ

一九世紀の最後の十五年間および二〇世紀初頭の三〇年間は、諸州において社会労働等の規制立法が溢れた時代であつた。州程では無かつたが、同様の傾向は、連邦にも存在した。⁽⁸⁷⁾ Lochner 判決は、そのような動きの中で下されたものであつた。

一八九七年から一九三七年にかけての四〇年間に、連邦最高裁判所では、二六名の裁判官が携わり、価格、最低賃金、労働時間、労働関係等に係るおよそ二〇〇もの規制が無効とされた。その時代は、三期に分けられる。Lochner 主義が確立されるまでの一九一一年頃までの第一期、その後一九二三年までの時として Lochner 判決が制限された第二期、経済問題の如何に拘わらず、政権に対する制限が強化されたその後の第三期と云うようである。⁽⁸⁸⁾ その間、Lochner 判決的な考え方に徹底して反対したのは、Brandeis、Cardozo、Holmes の三裁判官であり、Stone 裁判官も

これに加えてよい。その他は、総じて是非非の立場を採ったようだ。右の四裁判官の見解は、後世、しばしば検討の対象となっている。その他の裁判官の同意意見や反対意見は、それ程に注目されていない。その間、Bunting 事件では、工場労働者の超過勤務時間の規制が認められ、一時とは言え、風向きは変わっている。Lochner 主義が復活したのは、一九二〇年に Warren Gamaliel Harding が大統領に選出された後、四名の新たな裁判官が任命されたことによつてである。⁽⁹⁰⁾

大不況が起り、Roosevelt の社会的実験が始まると、その政治力もあつて、一九三七年に Lochner 時代が終わり、その後暫時、「Lochner の過ち」を論ずる者たちの勢いが続いた。そのような勢いの中で、一九八〇年に Bernard Siegel が『経済的自由と憲法』(Economic Liberties and the Constitution) を刊行するまで Lochner 判決を評価した論文は一つだけのようで、それも、控えめのものであった。Peckham 法理は、それ程に数多く且つ悪しく評価されていたのである。⁽⁹¹⁾ D.E. Bernstein によれば、それでも一九六〇年代後半には、Lochner 事件を見直す小さな滴が滴り始めた。その滴は、一九八〇年代までには一つの流れとなった。その流れが、一九九〇年代には洪水へと変わった。いわゆる見直し論者が、其処彼処に現れたのだ。折しもその時代、Chicago 学派が、経済や法の問題で取り分け輝いていた。法学界に自由主義的経済思想が急増したについては、Chicago 学派が影響したところが大きかったそうだ。⁽⁹²⁾

Chicago 学派と新たな Lochner 主義に対する評価との関係はともかく、Lochner コートへの批判は、依然として決して弱くない。その判決を依然として不評の Dred Scott 事件と同位に置き、連邦最高裁判所史における最も信用を失った、司法が機能不全に陥った典型的なものとして論ずる者さえいるのだ。⁽⁹³⁾ それを「負の基準」とか「憲法の反対規範」とか「司法の失敗の範例」と評する者さえいるのだ。⁽⁹⁴⁾⁽⁹⁵⁾ 他方で近年、Lochner 主義に新たな評価も生まれている。

そこで以降では、紙数の都合もあり、第二次世界大戦以前から数多い評価はともかく、主としては近年の新たな評価に注目することにする。

2 最近の Lochner 主義の評価断片

「Lochner の過ち」が論じられる場合、何が過ちかの論議は、未だ決着を見ていない。多くの者が説くところによれば、その過ちとして司法積極主義があるとされる。政府の部門とされる領域に裁判所が不当に介入したと云うわけである。この見解に基づく文献は頗る多く、⁽⁹⁶⁾ そのような見解は、司法の謙抑と云う姿勢をとった多くの判決にも確認される⁽⁹⁷⁾。これに対して、Lochner 時代を研究し、その時代の評価に関して学界で指導的な役割を果たした Cass R. Sunstein の『Lochner の遺産』によれば、司法積極主義は、Lochner 事件における過ちとしては二次的なものとされる。司法積極主義と云う語法は人によって異なるが、そのことはともかく、彼においては、過ちは、司法積極主義ではなく、それ以上に、コモン・ロー下の自由な市場を法的構造物ではなく自然の一部と見て、それを自由あるいは富の再配分を試みた立法の合憲性の審査基準とした裁判官たちの信念にあったとされる⁽⁹⁸⁾。要するに、Lochner 判決の過ちを、政府が現存する問題に合憲的に介入したかどうかを判断する基準としてコモン・ローが採用されたことにあったと云うのだ。政府の関与と政府の中立に関する Lochner 時代の解釈は、憲法を適切に分析せず、コモン・ローを憲法化し再配分を禁止したとされるのである。この C.R. Sunstein の見解は、法学界で広く受け入れられ、Breyer、Ginsburg、Souter ら連邦最高裁判所裁判官に影響を及ぼしている。⁽⁹⁹⁾ しかしながら、D.E. Bernstein は、C. R. Sunstein の見方に与しない。彼によれば、C.R. Sunstein は、Lochner 時代の数百の関連事件の中の僅か一〇件に当

たっているに過ぎない。中でも、West Coast Hotel 事件や Adkins 事件に注目しているだけと云うのだ。しかも、これらの事件の小さな部分を取り上げて論じているに過ぎないとされる。それ故、Lochner 時代を正確に理解していないと云うのだ。実際、Lochner コートは、必ずしも再配分原理に全的に反対してはいない。それが反対したのは、警察概念を拡大して場当たりのなされる再配分にあつたのだ。⁽¹⁰⁾ Lochner 時代には、警察権の範囲は必ずしも明確にされなかったが、Peckham 判事も、「本件で警察権は、限界に達している」と云う旨を述べただけであつた。彼は、印刷業、ブリキ業、錠前屋、家具職人、呉服業等雇用の種類およびその種の雇用における被用者の性格を示しながら、特異な状況で雇用に服する人々の階層に係る労働時間の規制を連邦最高裁判所が認めたことを否定してはいないのだ。⁽¹⁰⁾ パン業の労働時間を規制することによって契約の自由に干渉する合理的な理由はないと述べたに過ぎないのである。たとえば、パン業の人々が他の職種の人々に知性や能力の面で劣ると云うような主張がないにも拘わらず、パン業についてのみ労働時間の規制がなされることに対して消極であつたに過ぎないのだ。

次に、上院司法委員会の特別顧問を務めた David A. Strauss は、Lochner 時代の連邦最高裁判所の過ちを契約の自由を認めるに際して消極で、その地位を高めるに際して積極に過ぎたと云う。彼によれば、先ず、契約の自由は契約の当事者双方に有益なものであるにも拘わらず、政府による干渉は、第三者が何らかの影響を受ける場合はともかく、御節介に福祉を減ずるものとされる。また契約の自由に対する制限は自治と両立せず、生活の重要な面を自由に管理する人々の権利を否定するものであるともされる。にも拘わらず、Lochner 時代は、契約の自由が法的枠組みを適切に発展させる可能性を理解していなかったと云うのだ。そのような理解がなされたならば、もっと積極的に契約の自由が認められたはずだと云うのである。次に、Lochner 時代の裁判官たちも、契約の自由にも限界があり、規制され

る場合があることを認めているとする。にも拘わらず、彼らは、その自由に伴う価値を守ろうとする余り、謙虚さに欠けるものがあつたとされる。その際、取り組んだ問題が彼らが思っていた以上に複雑であつたにも拘わらず、彼らは、そのことを理解する能力に欠けていたともされている⁽¹⁰²⁾。しかしながら、Lochner 時代、既に契約の自由における当事者間の実質的な不平等が無視されていたわけではなかつたから、当時の連邦最高裁判所が、その自由を認めるに際してある程度慎重であつたとしても不思議ではない。またその時代を通じて契約の自由が偏重されたわけではなかつたから、D.A. Strauss は、その時代に存した躊躇についても一考すべきであつた。

最近、Lochner 事件を踏み台にしながら司法や政治の問題と取り組んでいる P. Kens は、Peckham 法理が依拠したのは修正一四条の第一に実体的適正手続、第二に契約の自由、第三に狭い警察権であつたとしている。そして Peckham 判事が論じたものは、第一に正規に制定された法律でさえも、修正一四条が保障した生命、自由および財産を不当に奪うことはできず、第二に修正一四条の自由には契約の自由が含まれ、第三にその自由を制限することができる警察権の範囲は広くないと云うものであつたと云うのだ。⁽¹⁰³⁾ 彼は、この Peckham 法理を「国家の権力を衛生、安全、モラルおよび平和並びに善良な秩序に係る立法に限定する考え方に囚われた」制限政府の理論と捉え、その理論を曖昧であつたとしている。そして彼は、一つ明らかなこととして、自由放任主義経済理論に立脚したといわれる Peckham 法理をその時代に「普遍的に受け入れられているもの」から程遠く、進歩主義的改革論と抵触する個人主義と云うブランドに基づいたものと云うのだ。⁽¹⁰⁴⁾ しかし、彼の「普遍的に受け入れられているもの」と云う述べ方は、独断に過ぎる。それが独断であることは、一九三〇年代に入つてもなを「普遍的に受け入れられているもの」がなかったからこそ Roosevelt 大統領によるいわば威圧が必要であつたのであり、また、West Coast Hotel Co. 事件が最

小多数による判決であったことから、容易に推知し得るところである。

「自由放任主義的立憲主義の時代」とも呼ばれる Lochner 時代⁽¹⁰⁵⁾の契約の自由の問題に詳しい D.N.Mayer によれば、「現代のアメリカの憲法の解釈でいわゆる実体的適正手続誤解されているものはなく、またアメリカの憲法史で、連邦最高裁判所が実体的に『契約の自由』として知られる権利を守るために憲法の適正手続条項を用いた二〇世紀初期誤解されている時代はない。」と云うことである。⁽¹⁰⁶⁾彼は、その誤解の端緒を Lochner 判決を未だ一般化していない経済論に基づいたものとした Holmes 判事にあったと云う。そして Holmes 判事による Lochner 判決の範疇化には誤りがあったにも拘わらず、それが、強い影響力を有したと云うのである。それも、その Holmes 判事の誤解は、進歩主義的運動を行っていた学者や政治活動家を連動させるものであったとされる。事実、その影響力には多大なものがあつたし、著名な学者たちの中には、いわばその後塵を拝した感がある者もかなりいた。特に彼と歩調を合わせた R.Pound、L.Hand、Charles Warren と云った進歩主義の学者たちには二〇世紀初期から既に際立ったものがあつたから、彼らもまた、その後の Lochner 主義の批判者に強い影響を与えた。しかし、D.N.Mayer によれば、Holmes 的に唱論した彼らは、契約の自由の分析に際して中立的であつたわけでは決してなかった。個人主義哲学に対して敵意を有してさえいたとされる。それも、彼らの影響力は多大であつたから、Lochner 判決は、司法積極主義の悪質な例として広く非難されて来たとされるのだ。しかし、彼によれば、彼らが評価しなかった Lochner 主義は、彼らの認識するところと異なり、中立的ではあつても、明示的にも暗示的にも自由放任主義のイデオロギーに基づくものでは決してなかったとされる。またその原理は、H.Spencer の社会静学あるいはいかなる自由放任主義をも憲法の中に読み取つてはいなかったとされている。Lochner 時代に契約の自由を守るために唱えられたことと云えば、自由のため

の一般的な推定の根拠、それも、政府が規制を正当化する合理的なものを十分に証明さえすれば論駁され得るところの推定の根拠を用いることであつたと云うのだ。しかも、それを用いるに際して、Lochner 時代は、必ずしも一貫してはいなかったとされる。実際、Bunting 事件に見られる如く、一時期、Peckham 法理を離れたものがあつた。彼によれば、一貫していなかった理由としては、自由の規制を正当化する「合理的なもの」の定義、したがって、政府の警察権の範囲の定義に一貫したものがなかったことが上げられている。そのような事実が存するにも拘わらず、進歩主義の学者たちは、この警察権を公衆の衛生、安全、あるいは秩序を守ることに限定することなく、より広く「一般的な福祉」と云う定型の無い概念を持ち出して積極的に自由を規制する動きを正当化し、Lochner 主義を批判したと云うのである。しかも、Roosevelt 大統領の圧力も功を奏して、連邦最高裁判所までもが警察権に進歩主義的概念を持ち込み、積極的に「社会的立法」⁽¹⁰⁷⁾の合理性を認めたが、契約の自由を守る Lochner 時代を批判する者は、むしろそのような判決に影響されたその後の判決にこそ焦点を当てるべきであつたと云うのである。Lochner 時代の裁判官が目指したのは、自由放任主義のための司法積極主義ではなく、警察権を伝統的な憲法上の限界内に留めることだけであつたと云うのだ。Lochner 判決でも、「一般的な福祉の促進」について触れているものの、それは、「公衆の衛生、公衆のモラル、あるいは公衆の安全の防護」と云い直されている。Peckham 判事が、必ずしも再配分を否定しているわけではなく、その判決なりの警察の認識の下で、警察規制と云う口実で警察外の規制がなされたことに對して反発していることに鑑みれば、右の D.N.Mayer の見解は、総じて妥当と云える。

その D.N.Mayer には、連邦最高裁判所の人事の変化および法の変化があつて現代的な規制国家・福祉国家の正当性を支持するために、司法の自制を装って、連邦最高裁判所は、長期間確立されていた憲法の先例を一九三七年に破

棄したとする考え方がある。連邦最高裁判所自体は、*West Coast Hotel Co. 事件*の翌年、*Caroline Products Co. v. United States*, 1938 において、経済立法に対するいわゆる「合理的根拠」の審査基準を採用して、以降一時期憲法学界を賑わし、連邦最高裁判所にも顕現した二重の基準論への道を敷いたが、D.N.Mayer によれば、このような理論は、他の自由に比べて経済的自由をいわば貶める機能を営んだものである。彼においては、Lochner 主義に対して誤って銘打たれた司法積極主義なるものが真に発見されるのは、この二重の基準においてとされている。司法積極主義は、いわゆるニュー・ディール革命を受け入れた連邦最高裁判所の姿勢から生まれたもので、その際生まれた二重の基準論によつて、経済的自由は、こんにちいわゆる精神的自由の下位に置かれ、積極的に規制されることになったと云うわけである。彼は、Lochner 主義の契約の自由論が様々な警察規制に対して自由そのものに有利に一般的な推定をさせるようになったと考え、むしろ、その理論を評価するのである。それこそ、憲法に明示に規定されていない経済的自由だけでなく、人身の自由といわれる様々な自由を保護することになったものと云うのだ。実際、連邦最高裁判所も、このLochner 法理と同じ基盤に立つて、*Griswold* 事件に於ける如く、後に憲法上のプライバシーの権利等を認めるようになる⁽¹¹⁾。

近年、Lochner 主義に対するユニークな評価が存在する。憲法と換喩語との珍しい関係を論ずる Ian Bartrum による評価は、その一例である。彼のLochner 判決への評価は、それが「憲法学界に一石を投じた」と云うものである。彼によれば、Lochner 事件程憲法典の換喩的性格を有しているものは他にないと云うことである⁽¹²⁾。実際、その事件の影響を受けた憲法史の一時期には、本稿でもしばしば用いたように、Lochner 時代と云う呼び名さえ存するのである。そのようなことから、彼は、Lochner 事件から連想されるものについて論及したのである。彼によれば、その場合、

幾らかの現代の論者においては、その事件の換喩的意味合いが不明確なままであり、そのことは、何らかの確信をもって *Lochner* の悪いところを云うことが難しいことを意味しているとされる。それでも学者たちの中では、その時代と他の時代とを識別する努力はなされており、その努力の中から、悪口雑言、識別、明確化、見直しと云う現象が生まれているとされる。また彼によれば、これらは、取りも直さず、*Lochner* 事件の換喩的意味合いを抽出する闘争の一環である。さらに彼によれば、多くの法律学者は、*Lochner* 事件に関して非常に増えている学術文献に御目出度い程に無知な者たちであるが、その者たちにとっての *Lochner* 事件の換喩語は、「抑制の無い司法積極主義」と云うことであるとされる。⁽¹¹³⁾ しかし彼によれば、*Lochner* 判決には、何も恥ずべきことを仄めかすものはないとされる。彼は続ける。その理論に対する悪評が、とりわけ一九三〇年代の経済の状況と政策の移行から生まれたことは間違いない。しかし、反規範的な換喩語としての *Lochner* 事件の地位は、大部分憲法学界から持ち上がったものである。組合紙においては、その判決に対して、抑え気味の反応が現れたに過ぎなかったのだ。その *Lochner* 事件は、法刊行物に思想豊かな尊敬されるべき批判を数多く生み出しているのである。⁽¹¹⁴⁾ 実際、このような彼の論評を待つまでもなく、その事件が、消極的な評価だけでなく、憲法学界に一石も二石も投じていることは、間違いないところである。

また *Lochner* 事件を評した自称「憲法史家」の J.M.Balkin の論文も、ユニークである。彼によれば、*Lochner* 判決は、「判決を下した時点では誤まっていた」と云うものだからである。⁽¹¹⁵⁾ これは、二〇世紀末の *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 1992 の中で宣せられた O'Connor 判事、Kennedy 判事および Souter 判事の (Souter によって執筆された先例尊重に係る部分) の合同意見にある「私たちは、*Plessy (v.Ferguson)* は、判決が下された時点 (the day) では、過っていたと思う。」と云う文言に因んだものである。J.M.Balkin の『それが判決を下さ

れた時点で誤っていた。Lochnerと歴史主義』と云う論文の題名から推測されるように、彼は「憲法の変遷」(constitutional change)を説く論者である。憲法的歴史主義 (constitutional historicism) と云うことばをしばしば用いる彼は、「憲法に関する善悪の法的主張の基準は、社会的、政治的および歴史的な変化に応じて時と共に変わる。」と云うのである。彼は、Lochner判決が憲法改正について定める憲法五条によって覆されたわけではないことに注目する。それが覆されたのは、暗黙のうちに (sub silent) 判例によってであると云うのである。そのような変遷について、彼は、ニュー・ディール期になされた解決は当時の妥当な憲法原理の復活であったようだとしながら、その復活について、Lochner判決が労働時間と残業とが問題となった *Bunting v. Oregon*, 1917⁽¹¹⁶⁾ で覆われ、Adkins事件で元に戻されたこと等の変化の例を示してもいる。そのことに關して、彼は、先例の尊重を説きながらも、理由がある場合の判例の変更を認める。その結果、Lochner判決が正しいか否かは、それが正当な憲法の変遷であったかどうかに係る問題であると云うのである。⁽¹¹⁷⁾ 因みに、O'Connor判事らの合同意見は、Lochner判決とそれを継承した判決について、以降の出来事、取り分け恐慌のような出来事によって人の自由と規制の無い市場とに係る事実上の前提が損なわれたことから、適正に覆されたとしている。⁽¹¹⁸⁾ これに對して、M.Balkinは、時代時代の判決を肯定しながら、時代の変化があった場合に、現在と過去とに注目して判決の正誤を論ずる。彼は、歴史主義を論ずる Mark Tushnetと同様、法律家や裁判官はその時代に生きる良く社会化された法律家とする考え方を⁽¹¹⁹⁾ する人物である。そのような考え方から、彼は、Lochner事件の判決を法的に正確に最も良く示しているものをその事件で実際に示された結論に求める。それが、その時代の良く社会化された法律家によるものだからと云うのである。しかし、いかなる判決も、飽くまでも、判決当時の法意識を反映したものである。彼によれば、現代的な視点やこんにち的憲法論を当時の「良く社会化された法

「律家」に提供すれば、当時の裁判官は、それらを誤っている、あるいは、全く誤っているものと見るだけでなく、突飛なもの、論外のものとして看做したであろうと述べる。⁽¹²⁰⁾これを換言すれば、時代を異にすれば、それぞれの時代に肯定されるはずの判決が、間違つたものとなることになる。したがって、こんにちの視点から見た Lochner 判決も、同様の評価がなされることになる。彼による右の論題は、そのような論法を採る彼の当然の帰結と云えるのだ。しかし、その論文は、題名から得られる印象程に Lochner 判決を低く見たものではない。

おわりに

Peckham 法理は、自由の概念を正確に定義したわけではなかったが、修正一四条の適正手続上の自由の中に憲法に規定されていない契約の自由を雇用の性質や被用者の労働の特質とに鑑み改めて確認したものであった。その法理については、Holmes 判事らによつて極端な範疇化がなされた。しかし、Peckham 判事も、先例を引きながら自由に対する警察権による適切な規制を認めていたのだ。彼が留意したのは、その警察目的が拡大されたことであつたのだ。ただ自由を考える場合に、Lochner 時代には、中立を盾にして富の配分の面で国家を人々から等距離に立たせ過ぎた嫌いはある。その時代、連邦最高裁判所が、ほぼ二〇〇件の社会福祉規制措置を無効にしたからだ。⁽¹²¹⁾いわゆる平均的正義に重きを置き過ぎたのだ。その反動から、その時代は、ニュー・デールによつて葬られた。ニュー・デール・コートは、実体的適正手続の手法を継承したが、実体的適正手続の比重を民意を反映した多数決主義の立法へと変移したのだ。立法府を尊重して司法が謙抑化したのである。その結果、リベリズムあるいは経済的な「機会」に関する考え方に変化が生まれた。富の再配分におけるいわゆる配分的正義が行われるようになったのだ。それでも、

Lochner 主義の影響は残り、労働者、消費者あるいは貧困者等の憲法的な権利の拡大は遅々としていた。ただ、一九六〇年代後半から一九七〇年代初めにかけては、学者や裁判所が新たな再配分の動きを示した。それに伴い、いわゆる「福祉権の運動」も現れた。⁽¹²²⁾そしてその運動は、離婚手続き料に係る *Boddie v. Connecticut*, 1971 で非常な勝利を収めた。⁽¹²³⁾しかしその間に、連邦最高裁判所には、Lochner 時代の延長上の判決も現れた。憲法に規定されていないプライバシーの権利を認めた *Griswold v. Connecticut*, 1965⁽¹²⁴⁾ が、それである。⁽¹²⁵⁾ “Yale Law Journal” に投稿した John Hart Ely は、その *Griswold* 判決を踏襲した *Roe v. Wade*, 1973 を評した際に「Lochner 化」(Lochnering) と云うことばを用いたが、その「Lochner 化」によつて、経済的自由以外に、憲法に規定されていない新たな自由権が認められたのである。このような事象に伴い、Lochner 主義への見直しの動きが生じたことは、既に述べた。それも、二〇世紀の最後の二〇年になると、一部の人のによれば、Lochner 時代の遺産を利用しているとか、その時代を先駆としているようだともいわれるネオ・リベラリズムが顕在化し、積極的な市場自体の再構築が始まった。⁽¹²⁷⁾ 合衆国が建国のイデオロギーとしている自由主義は、Lochner 時代と同様、こんにちもその在り様を模索しているのだ。最近では、私企業、自由交易、グローバルな市場経済の効用を説きプライベート・セクターを重視し、一部で「イデオロギー的に独善的」と形容されるネオ・リベラリズムの是非をめぐる苦悩も見られる。⁽¹²⁸⁾ M.J.Lindsayによれば、「合衆国の法律学者たちは、一九世紀後半に始まり Lochner 事件で頂点に達した自由放任主義的立憲主義の起源と本質との問題と取り組み続けている。」と云うことであるが、Lochner 事件を自由放任主義的立憲主義と看做す見解はともかく、合衆国の人々も連邦最高裁判所も、古典的自由主義、ニュー・リベラリズム、ネオ・リベラリズムと云うことばで称される時代を通じて、要するに、Lochner 判決を一つの踏み台とし陰に陽に積極的にあるいは消極的に評価を変えながら、

立憲主義の在り様を探索し続けているのだ。

- (1) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- (2) D.E.Bernstein, LOCHNER'S LEGACY'S LEGACY, 82 Tex.L. Rev. 1, at 63 (November, 2003).
同様のことは、一九九九年に「Lochnerの遺産」を扱ったGary D.Roweの確言もある。「Lochnerが六〇年間、死んで埋もれていたが、それをも、亡霊の如く、憲法に付きまとい続けている。それは、すべての裁判官の部屋と憲法の教室に出没している。」(G.D.Rowe, (Review Section Symposium: The Legacy of Lochner) LOCHNER REVISIONISM REVISITED, 24 Law & Soc. Inquiry 221, at 222-223 (Winter, 1999))。
- (3) *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898).
- (4) The Bakeshop Act, 1895 that limited the hours a baker could work to ten hours a day and sixty hours a week.
- (5) See, e.g., Barry Friedman, THE HISTORY OF THE COUNTERMAJORITYARIAN DIFFICULTY, PART THREE: THE LESSON OF LOCHNER, 76 N.Y.U.L. Rev. 1383 (November, 2001); D.E.Bernstein, LOCHNER ERA REVISIONISM, REVISED: LOCHNER AND THE ORIGINS OF FUNDAMENTAL RIGHTS CONSTITUTIONALISM, 92 Geo. L.J. 1 (November, 2003); David A. Strauss, WHY WAS LOCHNER WRONG?, 70 U. Chi. L. Rev. 373 (Winter, 2003); Paul Kens, LOCHNER v. NEW YORK: TRADITION OR CHANGE IN CONSTITUTIONAL LAW?, 1 N.Y.U.J.L. & Liberty 404 (2005); Trevor W. Morrison, LAMENTING LOCHNER'S LOSS: RANDY BARNETT'S CASE FOR A LIBERTARIAN CONSTITUTION, 90 Cornell L. Rev. 839 (March, 2005); Jack M. Balkin, "WRONG THE DAY IT WAS DECIDED": LOCHNER AND CONSTITUTIONAL HISTORICISM, 85 B.U.L. Rev. 671 (2005).
- (6) See, Matthew J. Lindsay, IN SEARCH OF "LAISSEZ-FAIRE CONSTITUTIONALISM", 123 Harv.L. Rev. F.55 (March, 2010).

(ㄥ) Michael J. Phillips, HOW MANY TIMES WAS LOCHNER-ERA SUBSTANTIVE DUE PROCESS EFFECTIVE, 48 Mercer L. Rev. 1049, at 1049 (Spring, 1997).

Lochner 時代は「一部は「自由放任主義的立憲主義時代」とも呼ばれる (David N. Mayer, SUBSTANTIVE DUE PROCESS REDISCOVERED: THE RISE AND FALL OF LIBERTY OF CONTRACT, 60 Mercer L. Rev. 563, at 564 (Winter, 2009)). その時代を一九〇〇年から一九三五年と論ずる者もいる (G. Sidney Buchanan, A VERY RATIONAL COURT, 30 Hous. L. Rev. 1509 (Winter, 1993)).

(∞) Michael A. Ross, (Book Reviews) PAUL KENS, LOCHNER v. NEW YORK: ECONOMIC REGULATION ON TRIAL, LAWRENCE: UNIVERSITY OF KANSAS PRESS, 1988. PP. IX, 18 Law & Hist. Rev. 707 (Fall, 2000).

(ㄱ) See, P. Kens, *supra* note 5, at 404.

社会的な権利を主張する人々の中には Herbert Spencer の社会静学論を重視しながら批判したので Lochner 事件は反対意見が強く Oliver Wendell Holmes 判事は否 (Lochner 198 U.S., at 75 (Holmes, J., dissenting)).

(ㄹ) See, Aviam Soifer, THE PARADOX OF PATERNALISM AND LAISSEZ-FAIRE CONSTITUTIONALISM: UNITED STATES SUPREME COURT, 1888-1921, 5 Law & Hist. Rev. 249, at 250 (1987); William M. Wiecek, LIBERTY UNDER LAW: THE SUPREME COURT IN AMERICAN LIFE 123 (1988); Bernard Schwartz, A HISTORY OF THE SUPREME COURT 190 (1993) citing P. Kens, *supra* note 4, at 405 FN2.

(ㅍ) Richard A. Epstein, THE MISTAKES OF 1937, 11 Geo. Mason L. Rev. 5 (1988); PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 128 (1985); Bernard H. Siegen, ECONOMIC LIBERTIES AND THE CONSTITUTION (1980); Michael J. Phillips, ENTRY RESTRICTIONS IN THE LOCHNER COURT, 4 Geo. Mason L. Rev. 405 (1996), (Note) RESURRECTING ECONOMIC RIGHTS: THE DOCTRINE OF ECONOMIC DUE PROCESS RECONSIDERED, 103 Harv. L. Rev. 1363 (1990).

因みに「Black 判事は「Lochner 時代を通じて流れた原則を Allgeyer-Lochner-Adair-Coppage 憲法原則と呼ぶこと (Lincoln

Fed. Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co., 335 U.S. 525, at 535 (1949)°

- (2) S.M.Ingram, TAKING LIBERTIES WITH LOCHNER: THE SUPREME COURT, WORKMEN'S COMPENSATION, AND THE STRUGGLE TO DEFINE LIBERTY IN THE PROGRESSIVE ERA, 82 Or. L. Rev. 779 (Fall, 2003).

- (3) Martha T. McCluskey, EFFICIENCY AND SOCIAL CITIZENSHIP: CHALLENGING THE NEOLIBERAL ATTACK ON THE WELFARE STATE, 78 Ind. L. J. 783, at 789 (Summer, 2003).

- (4) See, D.E. Bernstein, *supra* note 2, at 1, 2.

- (5) 契約の自由といふ概念は、David N. Mayer を読むと如く、非経済的な面をも有している (D.N. Mayer, THE MYTH OF “LAISSEZ-FAIRE CONSTITUTIONALIS”: LIBERTY OF CONTRACT DURING THE LOCHNER ERA, 36 Hastings Const. L. Q. 217, at 218 FN5 (Winter, 2009)) が、本稿における経済的側面に注目して述べる。但し、Lochner 時代の法律家では、未だ市民的自由と経済的自由とは識別されておらず、その区別は、現代のものでもある (David E. Bernstein, LOCHNER'S LEGACY'S LEGACY, 82 Tex. L. Rev. 1, at 7 FN24)°

- (9) Lochner 198 U.S. at 64 citing Joseph F. Morrissey, LOCHNER, LAWRENCE, AND LIBERTY, 27 Ga. St. U.L. Rev. 609 (Spring, 2011) (added in parentheses by J.F. Moossey).

- (17) *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

- (81) *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*, 118 U.S. 394 (1886); *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887).

- (91) Lochner 198 U.S., at 53.

- (28) See, Jed Rubenfeld, USING, at 1098 FN122 (March, 1993); Robert Brauneis, “THE FOUNDATION OF OUR ‘REGULATORY TAKINGS’ JURISPRUDENCE”: THE MYTH AND MEANING OF JUSTICE HOLMES'S OPINION IN PENNSYLVANIA COAL CO. v. MAHON, 106 Yale L. J. 613, at 675-676 (December, 1996); Lawrence Berger, PUBLIC USE SUBSTANTIVE DUE PROCESS AND TAKINGS-AN INTEGRATION, 74 Neb. L. Rev. 843, 848 (1995), etc..

- (12) E.g. Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1344 (3d ed. 2001); Gerald Gunter & Kathleen

Sullivan, CONSTITUTIONAL LAW 457 (14th ed. 2001); Kermit L. Hall, THE MAGIC MIRROR-LAW IN AMERICAN HISTORY 236 (1989); Geoffrey R. Stone, et al., CONSTITUTIONAL LAW 712 (4th ed. 2001).

- (22) M.G. Collins, OCTOBER TERM, 1896-EMBRACING DUE PROCESS, 45 Am. J. Legal Hist. 71 (January, 2001).

「Lochner の時代」といふことは連邦最高裁判所の Lewis Powell 判事によつて用いられたが、その述べ方からすれば一九〇五年を以つその出発点としてゐるようである (*Powell, J., Moore v. City of East Cleveland, Ohio*, 431 U.S. 494, at 502 (1977))。尤も、その最初の用例は *Dicks v. Naff*, 415 U.S. 957 (1974) の弁論主意書に確認されるべきである (D.E. Bernstein, LOCHNER V. NEW YORK: A CENTENNIAL RETROSPECTIVE, 83 Wash. U. L. Q. 1469, at 1520 FN (332) (2005))。

Allgeyer 事件の判決に先立つて *Mugler v. Kansas*, 1887 年は、修正一四条の適正手続き条項の下に経済的に実体的な適正手続き論が芽生えさせる予兆が存した (123 U.S. 623 (1887))。

なぜ、Ellen Frankel Paul は「Lochner の時代」の法廷を「旧法廷」(Old Court) あるいは「Lochner の時代の法廷」といながら、その時代について一八九七年から一九三七年までする説と一九〇五年から一九三七年までする説があるとしてゐる ((The 100th Anniversary of *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) FREEDOM OF CONTRACT AND THE “POLITICAL ECONOMY” OF LOCHNER V. NEW YORK, 1 N.Y.U.J.L. & LIBERTY 515, at 516 FN1 (2005))。

- (23) *Chicago, Burlington & Quincy Railroad v. City of Chicago*, 166 U.S. 226 (1897).

- (24) Allgeyer, 165 U.S., at 431-432.

- (25) Ibid. at 589.

- (26) *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898).

- (27) Ibid. at 388, 392.

- (28) *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903).

- (29) *Northern Securities Co. v. U.S.*, 193 U.S. 197 (1904).

- (30) *Lochner* 198 U.S., at 53.

- (31) See, *ibid.* at 56.
- (32) *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (2008).
- (33) *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).
- (34) *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590 (1917).
- (35) *Ibid.* at 594, 596-597.
- (36) *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).
- (37) *Ibid.* at 276.
- (38) 259 U.S. 20 (1922).
- (39) *Duplex Printing Press Co. v. Deering*, 254 U.S. 443 (1921).
- (40) *Ibid.* at 469.
- (41) See, Scott Baker, THE PENALTY DEFAULT CANON, 72 Geo. Wash. L. Rev. 663, at 699 (April, 2004); see also Duplex, 254 U.S. at 466-467. Loewe v. Lawlor, 208 U.S. 274 (1908).
- (42) Duplex 254 U.S. at 478. Brandeis’ Holmes 訳 263 Clarke 訳 111 附 1 (Duplex 254 U.S., at 479ff.)°
- (43) *Adkins et al., Minimum Wage Board of District of Columbia, v. Children’s Hospital of the District of Columbia*, 261 U.S. 525 (1923).
- (44) 291 U.S. 502 (1934).
- (45) 297 U.S. 1 (1936).
- (46) 298 U.S. 238 (1936).
- (47) President Roosevelt citing Timothy C. Sansone, (Note) CONSTRICTING THE COMMERCE CLAUSE: SEMINOLE TRIBE AS AN EXTENSION OF LOPEZ AND NEW YORK, 41 St. Louis U.L.J. 1327, at 1330 (Fall, 1997).
- (48) His Inaugural Address citing “Franklin D. Roosevelt” (www.whitehouse.gov/about/presidents/franklinroosevelt)

- (64) N.Devins, (Book Review) GOVERNMENT LAWYERS AND THE NEW DEAL,96 Colum.L. Rev.237, at 243 (January,1996).
- (65) Derek P.Langhauser,J.D., (Commentary) AN ESSAY:NOMINATIONS TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES:HISTORICAL LESSONS FOR TODAY'S DEBATE,205 Ed. Law Rep.553,at 561 (March 9,2006).
- (66) *West Coast Hotel Co.* 300 U.S.,at 379.
- (67) See,Robert L.Kerr,NATURALIZING THE ARTIFICIAL CITIZEN:REPEATING LOCHNER'S ERROR IN CITIZENS UNITED v. FEDERAL ELECTION COMMISSION,15 Comm.L. & Pol'y,311 (Autumn,2010).
- (68) See,Barry Friedman,THE HISTORY OF THE COUNTERMAJORITYARIAN DIFFICULTY,PART THREE:THE LESSON OF LOCHNER,76 N.Y.U.L. Rev.1383,at 1385 (November,2001).
- (69) See,Lochner 198 U.S.,at 74-75 (Holmes,J.,dissenting).
- (70) Ibid. at 76,89 (Holmes,J.,dissenting).
- (71) See,G.Edward White,REVISITING SUBSTANTIVE DUE PROCESS AND HOLME'S LOCHNER DISSENT,63 Brook. L. Rev.87,at 89 (1997).
- (72) Lochner 198 U.S.,at 65-70,73 (Harlan,J.,dissenting).
- (73) *West Coast Hotel Co.*,300 U.S.,at 379.
- (74) Ibid. at 391.
- (75) Ibid. at 392.
- (76) See,ibid. See,*Knoxville Iron Co. v. Harbison*,183 U.S. 13 (1901);*Patterson v. Eudora*,190 U.S. 169 (1903);*McLean v. State of Arkansas*,211 U.S. 539 (1909);*Bunting v. State of Oregon*,243 U.S. 426 (1917);*New York Cent. R. Co. v. White*,243 U.S. 188 (1917);*Mountain Timber Co. v. State of Washington*,243 U.S. 219 (1917).
- (77) *West Coast Hotel Co.* 300 U.S.,at 393-394.

- (33) See,Ed R.Haden,JUDICIAL SELECTION:A PRAGMATIC APPROACH,24 Harv.J.L. & Pub. Pol'y 531,at 544FN37 (Spring,2001).

司法積極主義の用法は、論者によって異なる。本稿では、取りあえず、引用される文献の翻訳として用いる。

See,Craig Green,AN INTELLECTUAL HISTORY OF JUDICIAL ACTIVISM,58 Emory L.J.1195 (2009).

- (34) J.W.Ely,Jr., (Book Review) ECONOMIC DUE PROCESS REVISITED,44 Vand. L. Rev.213 (January,1991).

- (35) David A Strauss,WHY WAS LOCHNER WRONG?,70 U. Chi. L. Rev.373,at 374 (Winter,2003).

- (36) See,U.S. Const. Art. I , § 10,Cl.1.

- (37) J.W.Hurst citing James W.Ely,Jr., "TO PURSUE ANY LAWFUL TRADE OR AVOCATION":THE EVOLUTION OF UNENUMERATED ECONOMIC RIGHTS IN THE NINETEETH CENTURY,8 U. Pa. J. Const. L.917,at 948 (September,2006).

- (38) See,J.W.Ely,Jr.,*ibid.* at 948.

- (39) *Ogden v. Saunders*,25 U.S. 213,at 321 (Marshall,C.J.,dissenting);K.L.McCaw,FREEDOM OF CONTRACT VERSUS THE ANTIDISTRIMINATION PRINCIPLE:A CRITICAL LOOK AT THE TENSION BETWEEN CONTRACTUAL FREEDOM AND ANTIDISTRIBUTION PROVISIONS,7 Seton Hall Const. L.J.195 (Fall,1996).

- (40) Learned Hand,DUE PROCESS OF LAW AND THE EIGHT-HOUR DAY,21 Harv.L. Rev.495 (May,1908).

- (41) *Den ex dem. Murray v. Hoboken Land & Imp. Co.*,59 U.S. 272 (1855); *Head v. Amoskeag Mfg. Co.*,113 U.S. 9 (1885); *Warts v. Hoagland*,114 U.S. 606 (1885); *Robertson v. Baldwin*,165 U.S. 275 (1897); *St.Louis & S. F. R. Co. v. Mathews*,165 U.S. 1 (1897); *Patterson v. Eudora*,190 U.S. 169 (1903).

- (42) L.Hand,*supra* note 70,at 497.

- (43) See,*ibid.* at 503.

- (44) R.Pound,LIBERTY OF CONTRACT,18 Yale L. J. 454,at 456-457 (1909).

- (75) Adair 208 U.S., at 173-175.
- (76) R.Pound が注目したのち Ward Wright Seager と行った社会学者であり、その際、経済理論と労働立法に詳しい Ely によつて正しく述べられている (supra note 74, at 454 FN3)。
- (77) R.Pound, supra note 74, at 454.
- (78) Ibid. at 455.
- (79) David N.Mayer, SUBSTANTIVE DUE PROCESS REDISCOVERED: THE RISE AND FALL OF CONTRACT, 60 Mercer L. Rev. 563, at 572 (Winter, 2009).
- (80) R.Pound, supra note 74, at 457.
- (81) Ibid. at 455-456.
- (82) See, Herbert Hovenkamp, KNOWLEDGE ABOUT WELFARE: LEGAL REALISM AND THE SEPARATION OF LAW AND ECONOMICS, 84 Minn. L. Rev. 805, at 833 (April, 2000).
- (83) R.Pound, supra note 74, at 464, 479.
- (84) See, C. Warren, THE PROGRESSIVENESS OF THE UNITED STATES SUPREME COURT, 13 Colum.L. Rev. 294 (1913).
- (85) 註(6)参照。
- (86) Caroline Edwards, ARTICLE 2 OF THE UNIFORM COMMERCIAL CODE AND CONSUMER PROTECTION: THE REFUSAL TO EXPERIMENT, 78 St.John's L. Rev. 663, at 681 (Summer, 2004).
- (87) Ellen Frankel Paul, FREEDOM AND THE "POLITICAL ECONOMY" OF LOCHNER v. NEW YORK, 1 N.Y.U.J.L. & Liberty 515, at 517 (2005).
- (88) See, Kyle T.Murray, LOOKING FOR LOCHNER IN ALL THE WRONG PLACES: THE IOWA SUPREME COURT AND SUBSTANTIVE DUE PROCESS REVIEW, 84 Iowa L. Rev. 1141, at 1142 (August, 1999); J.M.Balkin, supra note 5, at

684FN32.

- (86) それ以前、一九〇八年にも、クリーニング屋における女性の労働時間を規制する立法が合憲とされている (*Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908))。
- (86) J.M.Balkin, *supra* note 5, at 684-685.
- (15) D.E.Bernstein, *LOCHNER ERA REVISIONISM, REVISED: LOCHNER AND THE ORIGINS OF FUNDAMENTAL RIGHTS CONSTITUTIONALISM*, 92 Geo. L. J. 1, at 5FN12 (November, 2003). See, Guy Miller Struve, *THE LESS-RESTRICTIVE ALTERNATIVE PRINCIPLE AND ECONOMIC DUE PROCESS*, 80 Harv. L. Rev. 1463 (May, 1967).
- (86) See, D.E.Bernstein, *LOCHNER ERA REVISIONERISM, REVISED: LOCHNER AND THE ORIGINS OF FUNDAMENTAL RIGHTS CONSTITUTIONALISM*, 92 Geo. L. J. 1, at 5FN14 (November, 2003).
- (86) See, Aviam Soifer, *THE PARADOX OF PATERNALISM AND LAISSEZ-FAIRE CONSTITUTIONALISM: UNITED STATES SUPREME COURT, 1888-1921*, 5 Law & Hist. Rev. 249, at 250 (1987). See, Bernard Schwartz, *A HISTORY OF THE SUPREME COURT* 190 (1993); William M. Wiecek, *LIBERTY UNDER LAW: THE SUPREME COURT IN AMERICAN LIFE* 123 (1988).
- (46) Robert C. Post, *DEFENDING THE LIFEWORLD: SUBSTANTIVE DUE PROCESS IN THE TAFT COURT ERA*, 78 B. U. L. Rev. 1489, at 1494 (1998), see also D.E.Bernstein, *supra* note 2, at 63.
- (56) P.Kens, *supra* note 5, at 405.
- (96) See, J.Choper, *THE SUPREME COURT AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS* (1980); J.Ely, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980); M.Perry, *THE CONSTITUTION, THE COURTS, AND HUMAN RIGHTS* (1982).
- (56) *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955); *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970); *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).
- (86) C.R.Sunstein citing D.E.Bernstein, *supra* note 2, at 1; C.R.Sunstein, *LOCHNER'S LEGACY*, 87 Colum.L. Rev. 873, at 903

(June,1987).

(8) See,Jim Chen,THE SECOND COMING OF SMYTH V. AMES,77 Texas L. Rev.1535 (May,1999);Melvyn Durchslag,VILLAGE OF EUCLID V. AMBLER REALITY CO.,SEVENTY-FIVE YEARS LATER:THIS IS NOT YOUR FATHER'S ZONING ORDINANCE,51 Case W. Res. L. Rev.645 (Summer,2001);Gary Minda,DENIAL:NOT JUST A RIVER IN EGYPT,22 Cardozo L. Rev.901 (March,2001);Ann Woolhandler,Michael G.Collins,THE ARTICLE III,87 Va. L. Rev.587 (June,2001) citing D.E.Bernstein,supra note 2,at 1,17,17FN74.

(100) D.E.Bernstein,supra note 2,at 19-20.

(101) Lochner 198 U.S.,at 58-61.

(102) See,D.A.Strauss,WHY WAS LOCHNER WRONG?,70 U. Chi. L. Rev.373,at 375,381ff. (Winter,2003).

(103) See,P.Kens,supra note 5,at 410-411.

(104) Ibid. at 411.

(105) Michael Les Benedict,LAISSEZ-FAIRE AND LIBERTY:A RE-EVALUATION OF THE MEANING AND ORIGINS OF LAISSEZ-FAIRE CONSTITUTIONALISM,3 Law & Hist. Rev.293 (1985).

(106) D.N.Mayer,SUBSTANTIVE DUE PROCESS REDISCOVERED:THE RISE AND FALL OF LIBERTY OF CONTRACT,60 Mercer L. Rev.563 (Winter,2009).

(107) 「社会的立法」の出現と発展 ― 十九世紀後半にドイツからアメリカ法に浸透したものだが、連邦最高裁判所がそれを初めて使用したのは、一九四〇年のハッドソン (D.N.Mayer,ibid. at 225FN37)。

(108) *United States v. Carolene Products Co.*,304 U.S. 144,at 152,153 (1938).

(109) D.N.Mayer,THE MYTH OF “LAISSEZ-FAIRE CONSTITUTIONALISM”:LIBERTY OF CONTRACT DURING THE LOCHNER ERA,36 Hasting Const. L. Q.217,at 225 (Winter,2009).

(110) Ibid. at 227,258,283,284 etc..

- (11) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); Copyright (c) 2012 Harvard Law Review Association, (Recent Book) REHABILITATING LOCHNER: REFENDING INDIVIDUAL RIGHTS AGAINST PROGRESSIVE REFORM. BY DAVID E. BERNSTEIN. ILL.: UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS. 2011. PP.VIII. 194. \$34.99. at 1124 (February, 2012).
- (12) I. Bartrum, THE CONSTITUTIONAL CANON AS ARGUMENTATIVE METONYMY, 18 Wm. & Mary Bill Rts. J. 327, at 347 (December, 2009).
- (13) *Ibid.* at 348.
- (14) *See, ibid.* at 357.
- (15) J.M.Balkin, *supra* note 5, at 677.
- (16) *Bunting* 243 U.S., at 426.
- (17) J.M.Balkin, *supra* note 5, at 696-697.
- (18) Joint opinion citing J.M.Balkin, *supra* note 5, at 678.
- (19) M.Tushnet, (LegalScholarship Symposium: The Scholarship of Sanford Levinson) SELF-HISTORISM, 38 Tulsa L. Rev. 771, at 774 (June, 2005).
- (20) J.M.Balkin, *supra* note 5, at 712-713.
- (21) Douglas E. Abrams, LOCHNER V. NEW YORK (1905) AND KENNEDY V. LOUISIANA (2008): JUDICIAL RELIANCE ON ADVERSARY ARGUMENT, 39 Hastings Const. L. Q. 179, at 185 (Fall, 2011).
- (22) *See, Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663 (1966); Frank I. Michelman, FORWARD: ON PROTECTING THE POOR THROUGH THE FOURTEENTH AMENDMENT, 83 Harv. L. Rev. 7 (November, 1969).
- Dennis D. Hirsch, THE RIGHT TO ECONOMIC OPPORTUNITY: MAKING SENSE OF THE SUPREME COURT'S welfare rights decision, 58 U. Pitt. L. Rev. 109, at 109 FN1 (Fall, 1996).
- (23) *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971).

- (124) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 489 (1965). ‘‘The right of privacy’’ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) & *Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 268 U.S. 510 (1925) “are to be accorded the same protection” (Griswold 381 U.S., at 481-482).^o
- (125) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- (126) J.H. Ely, THE WAGES OF CRYING: A COMMENT ON ROE V. WADE, 82 Yale L. J. 920, at 944 (April, 1973).
- (127) See, Martha T. McCluskey, EFFICIENCY AND SOCIAL CITIZENSHIP: CHALLENGING THE NEOLIBERAL ATTACK ON THE WELFARE STATE, 78 Ind. L. J. 783, at 795-796 (Summer, 2003); Martha T. McCluskey, EFFICIENCY AND SOCIAL CITIZENSHIP: CHALLENGING THE NEOLIBERAL ATTACK ON THE WELFARE STATE, 78 Ind. L. J. 783, at 798 (Summer, 2003).
- (128) See, Sujit Choudhry, THE LOCHNER ERA AND COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM, 2 Int’l J. Const. L. 1, at 11-12 (January, 2004); Peer Zumbansen, (2006 Symposium: Globalization and the New Politics of Labor Indiana University School of Law-Bloomington February 11-12, 2005) THE PARALLEL WORLDS OF CORPORATE GOVERNANCE AND LABOR LAW, 13 Ind. J. Global Legal Stud. 261, at 305-306 (Winter, 2006).