

## アメリカにおける不文憲法の伝統 (2)

清 水 潤\*

- I 序
- II 古典的コモン・ロー理論
- III 古典的コモン・ロー理論のアメリカ化 (以上, 9巻2号)
- IV 19世紀後期アメリカの法思想 (以上, 本号)
- V 19世紀後期アメリカの不文憲法思想
- VI 結 語

---

### IV 19世紀後期アメリカの法思想

#### 1. 序

IVでは, 19世紀後期アメリカにおける法思想の状況を, 当時の様々な法的論点の検討を通して明らかにしたい。本稿は, 19世紀後期の不文憲法思想を主題とするが, 憲法思想は当然に法思想の下位分類であって, 当時の法学一般の状況を知っておかねば, 当時の憲法理論の意義を十分に理解することは不可能だからである。

しかしその前に, 扱うテキストの範囲およびそれへの接近方法をここで明確にしておこう。

#### (1) 19世紀歴史法学派

##### A. 総 論

本稿では, 19世紀後期のアメリカを生きた幾人かの法律家のテキストを検討の対象

---

\* 中央大学法科大学院特任助教

とするが、その際、個々の法律家を、それぞれ際立った特徴を有した個性的な法思想の持ち主としてというよりは、時代に一定の力を持った一つのまとまった法思想の学派の中に位置づける。すなわち、歴史法学派である。すでにアメリカの先行研究によって、19世紀後期アメリカに歴史法学派が明確なまとまった法思想として存在していたことは明らかになっている。例えば、19世紀後期アメリカにおける歴史法学の展開を詳細に跡付けたD・ラヴァンは次のように述べる。

しばしば、19世紀後期アメリカの法学者らは、自らの法に対する歴史的な捉え方を、明瞭に区別された一つの法学派として描いた。(中略) 彼らは、自然法学や分析法学といった先行学派が、その多様性にも拘わらず、理論として致命的な欠陥を共有していることをしばしば強調した (Rabban [2013] p.364.)

以上のように断った上で、ラヴァンは、J・カーター、T・クーリ、W・ハモンド、J・ポマロイ、C・ティードマン、F・ウォートンの六人を歴史法学派に属する法律家として挙げている (Rabban [2013] p.325.)。

ラヴァン以外にも、タマナハ、ラピアナ、シーゲル、パーカーをはじめとした歴史家が一連の法律家を歴史法学者として分類している<sup>1)</sup>。そこに名前が見られるのは、上の法律家の他に、J・ディロン、P・ブリス、E・フェルプスらである。

このように、既にアメリカでは19世紀アメリカの法思想を歴史法学の見地から検討する作業が本格的に始まっている。もっとも、このような作業は、つい最近のものでもある。この潮流に棹差す研究動向は、Siegel [1990]、LaPiana [1991] など1990年代の論文によって先鞭をつけられ、Tamanaha [2010]、Parker [2011]、Rabban [2013] など、2010年以降に出版された大型の単著によって本格的な研究動向として知られるようになった、というのが現状であろう。従来は、19世紀後期アメリカの法思想を formalism の見地から分析するのが通例であった。パーカーの次の文章はこのような状況を端的にまとめている。

多くのアメリカ法制史家は、アメリカの歴史法学派の文章を完全に無視してきた。その代わりに、19世紀後期におけるレッセフェールと社会民主主義の間の闘争を、リーガル・フォーマリズムと反フォーマリズムの闘争の観点から表現することを選んだのである。このような物語によれば、法的決定は前提からの演繹であるとか、明確に境界づけられた法概念の直接的な適用として表現できるかのごとき、過度に形式的で非歴史的なスタイルを19世紀後期のレッセフェー

ル法思想は発展させたのである (Parker [2011] p.247.)

このような新たな研究動向から、既に 19 世紀後期アメリカに上記一連の法律家がまとまって歴史法学的な発想を形成していたことは確立された知見となりつつある。本稿もこのような流れに倣差すものであるが、その中でも本稿は、クーリ、ティードマンの法思想を中心に据えつつも (この二人は 19 世紀歴史法学派の中でも最も熱心に憲法について論じた)、ブリス、ウォートン、カーター、ポマロイ、ハモンド、デイロンの法思想も合わせて検討することにした<sup>2)</sup>。

もっとも、既にアメリカでは一定の研究蓄積があるものの、我が国においては、管見の限りこのような法思想群を主題とした文献は存在していない。それどころか、これら法律家の名前さえほとんど認知されていないのが現状であろう。そこで、彼らがどのような法律家であったのかについて、その略歴を簡単にでも示しておくこととしたい。

#### B. トマス・マッキンタイア・クーリ (Thomas McIntyre Cooley)<sup>3)</sup>

1824 年、ニュー・ヨークの農家にて 15 人兄弟の 10 番目の子供として生まれる。地域の学校にて教育を受けた後、大学進学を試みるも父の反対で断念し、1842 年にニュー・ヨークの Theron K. Strong の法律事務所で法律の勉強を始める。1843 年にシカゴ旅行を企てるも、資金が尽きてミシガンに定住、1846 年にミシガン・バーにアドミットされる。同年結婚。当初は法律家として成功しなかったようだが、1855 年に Charles M. Crosswell とパートナーシップを結成しそれ以降は軌道に乗ったようである。1857 年にミシガン立法府に州法の編纂を命じられ、1864 年にはミシガン州最高裁の判事に任官した。1859 年からはミシガン大学ロー・スクール教授も務めている。1887 年には州際通商委員会の委員に就任した。

クーリの名を決定的にしたのは上記の仕事というよりは、執筆活動であった。彼は憲法、租税法、不法行為法についての体系書 (treatise)、ブラックストーンの『イングランド法積義』およびストーリーの『アメリカ憲法積義』の解説付き新版、そして数多くの論文を公刊した。その中でも特に、A Treatise on Constitutional Limitations は、1868 年に出版された後 6 版まで版を重ね、19 世紀後半に書かれた憲法の体系書の中でも最も重要なもののひとつとされている。その特徴は、同書が初めて州憲法の体系的な叙述を行ったことと、統治機構の叙述ではなく憲法上の権力行使の限界に焦点を当てたことにある。

今日では、クーリの憲法体系書はレッセフェール憲法論や実体的デュー・プロセスに

基礎を与えたものと評価されている。

C. クリストファー・ガスターヴァス・ティードマン (Christopher Gustavus Tiedeman) <sup>4)</sup>

1857年にサウス・キャロライナに生まれる。19歳になる前にチャールストン大学から学士号と修士号を取得，その後1877年から1878年にドイツに留学し，イェーリングに師事，ゲッティンゲンとライプチヒで過ごす。帰国後の1878年にコロンビア・ロー・スクールに入学し，一年で法学士号を取得する。その後二年間だけ実務に従事している。1881年，ミズーリ大学ロー・スクールの教師に就任。1891年にはthe University of the City of New York (後のNYU)の教授に就任したものの1897年に著述に専念するため辞職，1902年にはバッファロー大学ロー・スクールのディーンとなり，翌年46歳で死去した。

ティードマンはその短い生涯の大部分を研究者として過ごしたという点，及びドイツ留学を経験したという点が特徴的である。学者らしく数多くの著作を発表している。最初の体系書は不動産法に関するものであり，それ以外にも，憲法，商業証券，動産売買，地方公共団体，エクイティについての体系書をものしている。

ティードマンは今日では憲法の体系書であるA Treatise on the Limitation of Police Powerによって最もよく知られている。彼はクーリ以上にレッセフェール憲法論を明確に展開し，当時の憲法判例に大きな影響を与えたとされる。

D. フィリーモン・ブリス (Philemon Bliss) <sup>5)</sup>

ブリスについて分かっていることは少ない<sup>6)</sup>。1813年に生まれる。クーリと同様にニュー・イングランドからの移民であり，主としてオハイオ州やミズーリ州で法曹としての生涯を送った。オナイダ・インスティテュート及びハミルトン・カレッジで学んだ後自ら法律を学び，オハイオで実務に就く。1848年から51年までオハイオ州巡回区裁判所判事。政治家を務めた後，1861年にダコタ準州の最高裁判事となる。1868年にミズーリ州最高裁判事。1872年からミズーリ大学ロー・スクールのディーンに就任<sup>7)</sup>。著作としては主権論を扱ったOf Sovereigntyと，法典訴答 (code pleading) に関する体系書がある。

E. フランシス・ウォートン (Francis Wharton) <sup>8)</sup>

1820年フィラデルフィアに生まれる。イェール大学を1839年に卒業後，父の法律事務所勤務のためフィラデルフィアに戻り，1843年にバーにアドミットされる。1850年

代に実務から離れ、ケニヨン大学にてイングランド史、文学、憲法を教える。1862年には聖職者となり、1889年にはワシントンDCで国務省のソリシタとなった。多くの法分野について体系書を公刊している。

ウォートンはエディンバラ大学から法学で名誉博士号を取得している。また、ヨーロッパに長期滞在した経験があり、とりわけドイツ法学から強い影響を受けていたようである。

#### F. ジェイムズ・クーリッジ・カーター (James Coolidge Carter) <sup>9)</sup>

1827年マサチューセッツに生まれる。1850年にハーヴァード大学を卒業、1851年にハーヴァード・ロー・スクールに入学。1853年の春学期の半ば、ニュー・ヨークのウォール・ストリートの法律事務所に入所し、1905年の死までそこで働く。カーターはロー・スクールとも関係を持ち続け、ハーヴァード・ロー・スクール協会の初代会長となっている。

カーターはビジネス側の代理人として名声をはせた。しかし、彼は連邦所得税や再分配政策を合憲と考えていたのであり、単なるビジネスの利益の擁護者として彼を考えることはできない。

カーターの名を今日まで有名なものにしてているのはなんとといっても法典編纂反対運動との関係である。カーターはニュー・ヨーク・シティ法曹協会の設立者、指導者として、また理論的には歴史法学の立場からニュー・ヨークの法典編纂に反対した。彼はニュー・ヨークにおける法典編纂反対運動の象徴となった。

#### G. ジョン・ノートン・ポマロイ (John Norton Pomeroy) <sup>10)</sup>

1828年にニュー・ヨークのロチェスターに生まれる。1847年にハミルトン・カレッジを卒業。法律事務所では法律の勉強をはじめ、1851年にバーにアドミットされる。

ポマロイの名声を高めたのは、1864年に出版された *An Introduction to Municipal Law* である。本書は一般読者向けと銘打っているが、法理論、法制史、国内法の一通りの解説を含んだ550頁近い本格的な法学書である。これを受けてポマロイは1865年から1871年まで *the University of the City of New York* (後のNYU) のロー・スクールで教授職を務めた。1878年、カリフォルニア大学ヘイスティングズのロー・スクールに就職、カリキュラム改革に献身する。1881年から1883年にかけて、エクイティに関する全三巻から体系書を公刊し、好評を得る。1868年には、一般向けの憲法の解説書を公刊している。その他、契約法や救済法についても体系書を執筆している。

今日では、ポマロイはその浩瀚な体系書からエクイティの法律家として記憶されてい

るようである。

H. ウィリアム・ガーディナー・ハモンド (William Gardiner Hammond)<sup>11)</sup>

1829年にロード・アイランドに生まれる。法律事務所では法律の勉強をはじめ、ウォール・ストリートで弁護士となる。1859年に健康上の理由で職を辞した後、ヨーロッパで二年間過ごし、ハイデルベルグで法律の勉強をした。アメリカ帰国後はアイオワに定住、そこで法実務に従事する。その間アイオワ州最高裁の判決の編纂を行い、雑誌 the Western Jurist の編集者、アイオワ・ロー・スクールの教師となる。その後は実務から退き教授職に専念した。

ハモンドはコモン・ローの歴史研究に従事したが、その草稿は未公刊に終わっている。そればかりか、生前に単著を出版したこともない。また、カーターと同様、彼は法の歴史的生成の見地から法典化には懐疑的な態度を有していたようである。

I. ジョン・フォレスト・ディロン (John Forrest Dillon)<sup>12)</sup>

1831年、ニュー・ヨークのモントゴメリー・カウンティに生まれる。7歳の時にアイオワに転居。当初は医者を目指し、大学で医学を学び開業するも、健康上の理由から法律家志望に転身。法学書を読んで法律を勉強し、1852年にバーにアドミットされる。その後すぐに検察官となり、1858年にはアイオワ州の第7裁判区裁判所の判事に就任。1862年に同州最高裁判事となり、後に連邦の巡回裁判所判事に任命されている。1879年にはコロンビア大学ロー・スクールの教授に就任。この間ユニオン・パシフィック鉄道のソリシタを務める。コロンビア大学を3年で去った後は実務に専念し、鉄道案件における指導的な法曹となった。

ディロンは、今日では、体系書である the Law of Municipal Corporations やその判決によって、政府による課税は公共目的のものでなければならないとする「公共目的の法理 (public purpose doctrine)」に法的な基礎を与え、レッセフェール憲法論の展開を支えた法曹として知られている。

(2) 方法論の確認

論述を始めるにあたって、本稿の研究の方法論を確認しておきたい。

A. 学派としてのまとめ

彼らの多様な経歴からも推認される通り、その法思想は多様であり、決して一枚岩で

はない。恐らく、その論者一人一人が、論文一本、あるいは単著一冊をもって遇すべき存在であるのかもしれない。実際、上にあげた個々の法律家を主役として取り上げた論文や著作もすでに英語では多く存在する。

それにも拘らず、本稿では上述の法律家の言説を一つのまとまった法思想の表現として理解したい。つまり19世紀後期アメリカの歴史法学派に属する法律家として彼らの法思想を理解し、そのような視角から検討を加える。それには次のような理由がある。確かに細部において彼らの法思想は多様な面を多く含んでいるが、それ以上に共通する面を多く含んでいたことも事実である。例えば、彼らはそろって、法の歴史的要素を強調し、判例法の制定法に対する優位や、英米法の連続性を主張した。また、共通して分析法学への批判を展開したのである。このような把握を前提とした上で、法思想の細部について異なった点があるときはその都度それを叙述していくという方法を取った方が、マクロ的な理解にとっては有益であろう。

#### B. 古典的コモン・ロー理論の影響

次に、本稿では彼らの法思想を古典的コモン・ロー理論との偏差を特に重視して叙述することにしたい。このことは、19世紀アメリカの歴史法学が、いかなる知的文脈の上に成立したのかという問題に関わる。

既に多くの先行研究が指摘しているように、19世紀アメリカの歴史法学派がヘンリー・メインやフリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーをはじめとする英独の歴史法学派に強い影響を受けていたことは明らかである<sup>13)</sup>。特に当時法学の先進国であったドイツの影響はことさら強力であったと思われる。しかし、当然のことながら、19世紀アメリカの歴史法学派は19世紀ドイツの歴史法学派と同一であったわけではない。例えば、サクソンの神話やコモン・ローの超記憶性の援用、マグナ・カルタをはじめとするイングランド憲法史の強調、学説ではなく裁判所による法形成をなによりも重んじた点などは、彼らがコモン・ローの伝統の上に思考を形成したことを何よりも物語っている<sup>14)</sup>。

恐らく、19世紀アメリカの歴史法学派は、既に蓄積されたコモン・ローの思考様式を背景にしつつも、当時の法学の最先端であったドイツ歴史法学の知識で武装していた、というのがもっとも正確なところであろう。19世紀アメリカの歴史法学は、分厚いコモン・ローの伝統と当時の最新学説であったドイツ歴史法学の双方の影響の上に成立しているのである。このような観点は、アメリカの歴史法学を検討するにあたって、パーカーがクック以来のコモン・ロー思想の影響を (Parker [2011])、ラヴァンが大西洋

を越えた歴史法学思想の伝播を (Rabban [2013]), それぞれ知的文脈として設定していることから裏付けられている。

このような二つの文脈が、19世紀アメリカの歴史法学の知的文脈として最有力であることを踏まえた上で、なお本稿はコモン・ロー思想の伝統を重視して叙述を行う。その最大の理由は、後に論じるように、当時の憲法思想の理解にとって、コモン・ロー、マグナ・カルタ、イングランド憲法史といった要素が決定的に重要であることが大きい。確かにドイツ歴史法学はアメリカの法曹にインスピレーションを提供しはしたが、彼らが司法審査を法的に基礎づけようとした時、その最大の知的源泉は、「コモン・ローによって歴史を通して生成してきた権利や制度は、制定法によって安易に覆されてはならない」という法的確信であったと思われる。そしてその際に援用されたのが、マグナ・カルタ、コモン・ロー、イングランド憲法史であり、それは古典的コモン・ロー理論以来、コモン・ローヤーの思考様式として刻印されてきたものだったのである。

このことは、先述のパーカーの研究が、18世紀末以来、アメリカにおいてコモン・ローはデモクラシーを制約するものとして機能してきたことを主題としていることから窺うことができる。パーカーによれば、19世紀を通して、コモン・ローは超記憶的であり、歴史法則を体現したものであって、それはデモクラシーによって覆すことができなないものと考えられてきた。コモン・ローの超記憶性は、アングロ・アメリカ的な自由と密接に結びついたものであり、裁判所は法を形成する最良の場所であると考えられてきたのである (Parker [2011] pp.14-16.)。このような、ドイツ歴史法学の台頭以前から形成されてきた、「コモン・ローは安易に改廃されるべきではない」との法思想こそ、19世紀後期アメリカの不文憲法思想の一つの知的土壌であったと考えられる。

もっとも、19世紀歴史法学派の法律家達が、どこまでコモン・ロー特有の言語に依拠していたかは論者ごとにかかなりの違いがある。ラピアナは次のように歴史法学内部の差異を捉えている。

オースティンの法理論を反駁するためになされた、歴史的基礎に依拠して慣習の優位を確立しようとする様々な試みは、その歴史的議論の使用法においてかなり異なっている。クーリ、フェルプス、ディロンは、アメリカあるいはアングロ・アメリカの歴史的経験をより強調した。ティードマンはこの観点を一般化し、法を作る社会的な力の作用を、全ての民族の歴史の中に見出した。しかしながら、彼の大陸の学問への言及は、西洋世界における経験は同一であるという信念を示しているようでもある。ハモンドはアングロ・アメリカ世界の歴史を、法の源泉となる秩序のパターンを明らかにし、神の定めた道徳的秩序を反映するものとして描いた。最



後に、ブリスは明らかに全ての社会における法の発展の中に神の手を見出し、カーターは最も明確にそのような見解を表明した。これらすべての理論家は、法は命令でも意志の所産でもないことを示すために歴史に訴えた。むしろ法は個人よりも偉大な何か、つまり人間の生の集積された経験の表現なのである (LaPiana [1991] p.552.)

ラピアナも述べるように、クーリとディロンは、コモン・ロー特有の言語を好んで法思想を展開した法律家である。それに対し、ポマロイとティードマンは、コモン・ローにも大陸法にも適用可能な一般的な法思想を叙述した。

しかしそのような差異は程度の問題である。ディロンもドイツ歴史法学の文献を引用するし、ポマロイやティードマンも英米法やコモン・ローを大陸法とは異なった自由を体現した法として賛美することが多く、その際にはコモン・ローの言語に訴えているのである。

### C. 古典的コモン・ロー理論の変容

上述のように、19世紀アメリカの歴史法学は、古典的コモン・ロー理論の伝統とドイツ歴史法学の合流する地点に成立した。しかし、それは古典的コモン・ロー理論が17-18世紀と同様のまま継受されたことを意味するわけではない。それどころか、古典的コモン・ロー理論は19世紀になって非常に大きな変革を被った。大きなところでは、コモン・ローはノルマン・コンクエスト以前の法の再現であるという歴史観が崩れ、ノルマン・コンクエストによる法改変の存在が直視されるようになった。あるいは裁判官は法を発見するのであり、法を作るのではない、との思想も見直しが行われ、裁判官の法創造機能を認める論者が現れるようになった。

それにも拘らず、サクソンの神話や法宣言説も完全に影響力を失ったわけではなかった。本稿では、古典的コモン・ロー理論と19世紀歴史法学が異なる法思想であることを前提とした上で、その偏差を正確に叙述していくこととしたい。

## 2. 古来の国制論の没落とサクソンの神話の存続——アメリカ歴史法学の歴史観

ここからは、19世紀後期アメリカの歴史法学派の法思想を様々な法的争点の検討を通じて明らかにしたい。まずは、アメリカ歴史法学がどのような歴史観を有していたのかを検討する。

## (1) 序

前述したように、ポーコックは17世紀イングランドのコモン・ローヤーの思考様式を「古来の国制論」あるいは「コモン・ロー・マインド」という観点から定式化した。それによれば、イングランドのコモン・ローはノルマン・コンクエスト以前の古来より同一のまま保たれているというのである。このような歴史認識は、ポーコックによれば、イングランドのコモン・ローヤーがローマ法を知らず、ノルマン・コンクエストによって封建法が導入されたという知識を欠落させていたことに起因するという(Pocock [1957] ch.2-3.)。

既に見たように、今日の研究水準からは、17世紀イングランドのコモン・ローヤーの歴史認識はそれほど単純ではなかったと考えられているが(清水 [2012b] pp.28-31.)、それでもなお次のような事実は残る。つまり古典的コモン・ロー理論において、あたかもサクソンの国制がそのまま現代に再現されているかのような叙述が存在したことである。このような歴史観はジェイムズ・ウィルソンも述べていたところであった。

しかし、時代が進むにつれて、このようなサクソンの国制のありのままの回復として現代法を叙述するという思考様式は徐々に衰退することになる。その端緒はすでにジョセフ・ストーリーの法思想にも見られる。ストーリーは、コモン・ローが古来の国制と同一であることよりは、それが古来不断の進歩を遂げてきたことを遥かに強調した。つまりストーリーの法思想において、コモン・ローの特徴は古来性よりは進歩性にある、との思想の萌芽がみられるのである(以上について、清水 [2012b] ch.3)。

このような動向は、19世紀後期の歴史法学派に至りさらに顕著になってくる。ノルマン・コンクエストによる封建制の導入は正面から肯定され、法の時代につれた変化が語られる。コモン・ローの古来性を強調する言説はますます少なくなり、むしろコモン・ローがいかに進化発展したかが重要視される。その一方で、19世紀後期の歴史認識が完全に実証化されたかと言えば、決してそのようにも言えない。そこには未だサクソン期の法を自由の法として賛美し、アメリカの法や国制を、サクソン期に萌芽的に出現した自由の理念の完成形として把握する歴史理解を見て取ることができる。

ここからは19世紀後期アメリカの歴史法学派が採用していた歴史観を、古典的コモン・ロー理論との偏差にも留意しつつ検討してみたい。

## (2) ポーコック的「古来の国制論」の消滅

古典的コモン・ロー理論において、17-18世紀のコモン・ローは既にノルマン・コン

クエスト以前に完成していたかのように語られることがある。いわゆる「古来の国制論」である。

ブラックストーンは言う。

不文の格率及び慣習の古来の集積は、コモン・ローと呼ばれる。それはいかに混合されようとまたいかなる起源を持とうとも、この王国において古来維持されてきた。そして、時の経過によっていくらか変化した浸食されてはいるが、その大部分はノルマン・コンクエストの激しい衝撃を切り抜けてきたのである。(中略) この法の知識は大部分そのような暗黒時代の学識から成っているのである (Blackstone [1871] p.17.)<sup>15)</sup>

しかし、19世紀歴史法学においては、「コモン・ローの大部分がノルマン・コンクエスト以前の法から形成されている」との認識は既がない。確かにコモン・ローはノルマン・コンクエスト以前からの連続性を有したのものとして描かれるが、コモン・ローが様々な歴史過程を経て洗練されてきたことに歴史叙述の力点は置かれる。次のようなマロイやカーターのブラックストーン批判は、19世紀歴史法学が古典的コモン・ロー理論から大きく離脱していることを端的に物語る。

ブラックストーンは、馬鹿げたフィクションを厳粛に述べることによって法形成の過程を説明している。つまり、法は超記憶時代 (time immemorial) から完結して完成した状態で存在し続けており、それは人類のほとんどには知られていないが、しかし裁判所の学識の中にいささか説明しがたい方法で保全されている。しかも裁判官は、訴訟当事者が必要とするときに、それを明らかにし宣言するというのである (Pomeroy [1883] pp.vii-viii.)

我々の現代のコモン・ローは全て古来の慣習に基づいているというブラックストーンの意見に私は同意しない。しかし(中略) 慣習は、それらが確立された時代にあつては、裁判所が知り、適用しえた唯一の法であった (Carter [1907] p.62.)

コモン・ローが超記憶的であるという主張には批判が向けられることになる<sup>16)</sup>。例えばウォートンは次のように述べる。

権威ある著者によって、イングランドのコモン・ローは「記憶とか歴史が到達しうるよりも古い」と主張されている。(中略) しかし、このような立場は維持しがたい。リチャード一世

の時代に存在していたコモン・ローの慣習や格率は（今では）ほとんどない（Wharton [1884] pp.23-24.）

ノルマン・コンクエストによる封建法の導入は自明のものとなり、コモン・ローが封建法としての性格を強く残していることが、しばしば封建制への批判とともに語られる。

ゲルマン人によるガリア、スペイン、イタリアへの侵入は、ヨーロッパの民族の法を今日まで強く特徴づける諸制度の巨大な源泉となった。それらの中でも最も重要で最も長く続いたのは封建制である。それはブリタニアにおいてはノルマン人の侵入によって強められ、不動産法や社会的階級及びその分割のまさに基礎となった（Pomeroy [1883] p.14.）<sup>17)</sup>

封建制は大ブリテンの土地法の主要な源泉であり、その土地法は今なお相当な重みを持って農業階級や産業階級を圧迫している（Dillon [1894a] p.170.）

封建制は、本質的に暴力、無秩序、略奪の制度であるが、それはコモン・ローの多くの格率を生み出した。そしてそのうちのいくつかは、封建制が消滅したずっと後になっても、我々の法の中に見出される（Cooley [1883] p.22.）

また、ローマ法とコモン・ローの違いを相対化する視座も見られる。例えばポマロイは、以下に述べるようにローマ法もまた慣習法の発展であることを踏まえていた。

ローマ法は民族の法学の体系の出現、発展、衰退と死についてもっとも完全に示唆に富む例を提供する。その例の価値は、それが法的発展の通常の方法の例示であること、さらにまたローマ人の体系化の能力の円熟の最終的な産物である立法それ自体の卓越さにある。すでに私は本書の第1部でかかる発展の本質的特徴と、この法の形式的性格を示し、またそれらの特徴や性格がイングランド及びアメリカのそれと原理において同一であることをも示した（Pomeroy [1883] p.296.）

あるいはデイロンは、ローマ法に基礎を置く大陸法体系が、封建制に基礎を持たない分、コモン・ロー体系よりも優れている面があると論じている。

大陸法は、全体的に、法理論の体系として抽象的に考案され、幾世紀を通じて洗練され、ローマ文明の最盛期に成熟を迎えたが、一時期コモン・ローよりも優れていたことがあったのは確かである。コモン・ローの基礎は民族の衰退期にも基礎があり、多くの点においてイングランド民族の進歩に追い付いていなかった。封建制は人間の大部分を農奴としたのである。それは本質的に商業とは敵対的な制度であった (Dillon [1894a] p.169.)

このように、19世紀歴史法学の歴史認識は、古典的コモン・ロー理論に比して遥かに実証的なものとなった。そこにはポーコックが特徴づけたような、古典的コモン・ロー理論の特殊島国的性格 (insularity) は存在しないと見てよい。19世紀アメリカの歴史法学派の一部は、ドイツの文献にも親しんでいたのだから、ある意味でこれは当然のことでもある。19世紀歴史法学派の歴史認識は、古典的コモン・ロー理論のそれに比べ遥かに我々に近い。

しかしそれにも拘らず、19世紀歴史法学の法制史叙述は現代の我々のそれと同一ではない。そしてそれは単に法制史の知見が不十分であったことに起因するのではなく、思想的な理由が大きく影響している。19世紀歴史法学の歴史観を大きく特徴づけるのは、進歩史観と、サクソンの自由の神話である。そしてそのような歴史観は、コモン・ローの賛美と密接に結びついているのである。以下個別に検討を加えることにしよう。

### (3) 進歩史観とコモン・ロー

#### A. 進歩史観

18世紀が理性の世紀であるとするれば、19世紀は歴史の世紀であるとはよく言われる<sup>18)</sup>。勿論我々はこのような大きな歴史把握には慎重でなければならないが、19世紀には、歴史には法則があり、それには進歩の過程が内在しているとの思想が好まれたことも確かである。ヘーゲルの歴史哲学や、ヘンリー・メインの「身分から契約へ」といった命題はその最たるものであろう。またハーバート・スペンサーは、社会は時代が経るにつれて軍事的状態から産業的状态へ、単純な状態から複雑な状態へと移行し、最終的には国家が消滅するとの歴史観を提示していた<sup>19)</sup>。このような思想は全て、歴史には意味と目的が内在するとの観念の表現と理解できよう。

シーゲルによれば、19世紀の社会思想の多くに影響を与えた歴史主義は、歴史研究が規範や価値を明らかにすると想定していた。歴史の発展は偶然的なものではなく、それ自体が道徳法則の現れなのであり、それを辿ることにより、例えば法が実現すべき規範や価値を明らかにしうるのである。

ほとんどの19世紀の社会理論家は歴史主義者であった。かれらは社会的規範や制度は時につれて大きく変化し、それらの変化は時間的な要因の産物であると認識していた。加えて、彼らは社会的発展は非ダーウィンの方法によっていると考えた。つまり、社会的変化はランダムなのではなく、道徳的で秩序だった原理を反映しているのである (Siegel [1990] pp.1450-1451.)

19世紀歴史法学派は、このような有機的な歴史観を共有していた<sup>20)</sup>。歴史には意味と目的が内在していると想定したのである。そしてその意味とは、歴史が進歩の過程であるということに収斂する。例えば野蛮から文明とか、単純から複雑といったものはその最たる例である。ポマロイの次の文章はそのような歴史観を端的に表現する。

比較的野蛮な状態から高次の文化へ進化した全ての民族の歴史を詳細に調べると、法において進化が現れる形式の一般的類似が判明する。それは粗雑で単純な形態から洗練され包括的な形態への発展である (Pomeroy [1883] p.17.)

あるいは、封建的社会から商業的社会へ、という歴史観をディロンは率直に表明している。ディロンによれば、コモン・ローは封建制の残滓をとどめてはいるが、商業の発展に歩調を合わせて進化してきたのである。「世界の文明化の偉大な要因である商業の発展、また、人々の進歩と向上、その自由に向かっての絶えざる進化を考えると、(中略)現在の大ブリテンとアメリカの法体系は、その全ての欠点を考慮しても、世界にこれまでであった啓蒙され実践的な正義の体系の中でも最善のものであると考えられる」(Dillon [1894a] p.171.) というわけである。

カーターはスコットランド啓蒙期の歴史観と同様に<sup>21)</sup>、歴史が狩猟から牧畜、農業、商業という過程を経て進歩していくと想定している。カーターは、それがスチーム・エンジンのメカニズムの学習であっても、法の学習であっても、まずは原初的で最も単純な形態から学ぶことで、複雑な現象の本質を把握することができるという (Carter [1907] p.15.)。そしてカーターによれば、法のもっとも単純な形態は慣習であり、それは最も低い文明状態にある狩猟採集期の部族の中に見出すことができるものである (Carter [1907] pp.16-19.)。そこからカーターの歴史叙述は牧畜、農業、商業へと進んでいく (Carter [1907] pp.21-31.)。

クーリは、共和制や代表制の発展をはじめとして、19世紀を進歩の世紀として捉えた。「もし何か神の目的の叙述として記述されうらば、それは人類がずっと同じ状態に留まっていなかったことである。人類は時代から時代へと進歩し、低次の状態から高

次の状態へ進歩する。そしてこれは他の何よりも政府の在り方に関係している。19世紀は最高の進歩の一つであり、それは何よりもヨーロッパ諸民族の政治制度の中に見ることができる」(Cooley [1888] p.342.)。

このように、19世紀歴史法学派の法律家達は、歴史には意味と目的が内在していると考えていた。有機的な歴史法則の存在を信じていたのである。彼らにとって、歴史とは、連続的かつ漸進的に進歩に向かっていく過程として理解されていたのである。

#### B. コモン・ローと歴史の調和

このように、19世紀歴史法学派は歴史を進歩発展する過程として捉えた。「アメリカの法学者らは、歴史的発展は連続的であるとともに進歩的であるという広く普及していた19世紀の見解を共有していた」(Rabban [2013] p.334.)のである。その上で彼らは、制定法ではなく不文法たるコモン・ローこそがこのような進歩を反映する最良の方法であると主張したのである。すでにジョセフ・ストーリーは、制定法が固定的で時代遅れになりやすいのに比べ、コモン・ローは常に時代の進歩を反映する最新の法であることを主張していた。19世紀歴史法学派の法思想も、そのようなストーリーの法思想に連なるものである。

例えばカーターは、次のように述べて発展を続ける慣習こそが法の基礎であることを確認した上で、コモン・ローはかかる発展に歩調を合わせる形で法を形成すると論じる。

習慣や慣習 (habits and customs) から法が生じる限りにおいて——それは習慣や慣習が法の形において示されているというだけのことであるが——習慣や慣習の改良によってしか法は改善されないということは明らかである。このことは、一般的で、進歩的な社会の動きによってしか法が前進しないことを意味する。(中略)しかしこのような改善は、全ての進歩向上している社会には常に起こっていることである。生活の技術のあらゆる進歩、教育の発展、道徳水準の向上、身体機能の向上はすぐに法の領域にも反映される (Carter [1890] p.772.)

カーターにとって重要だったのは、このような慣習の発展の法への反映は、判例法を通じてなされるということであった。

社会の全ての進歩的動向に共感しつつ、またその進歩を活気づける精神を捉えつつ、法学を他の社会潮流に遅れず並行させていくのは法律家の目的である。このようにして、法は、漸進的に、気付かれにくく、無意識的に進歩する。このような動向に我々は気がつかないが、大きく

隔たった異なる時代と法の状態を比較することで、かかる進歩は明らかになるのである。粗野な状態から始まったコモン・ローが、全ての偉大な諸権利の防壁となる広大で一貫した枠組みへと拡大したのは、このようにしてである (Carter [1890] pp.773-774.)

カーターによれば、法の源泉は慣習であり、そのような慣習が発見されて、法的な形式に変換されつつ発展していくのは、第一次的には裁判所を通してである。立法府による法の発展は、歴史的に見てあくまでも裁判所による法発展を補完する機能しか持っていないのである。

慣習を確定し宣言するという裁判官の機能を、立法府は果たそうとすべきではない。それは生活を捧げることのみによって自らを専門家とした者の仕事である。社会の発展の秩序において、立法者は裁判官の後に来る。立法者は裁判官に取って代わるのではなく、裁判官が機能を果たさない時に仕事をするのである (Carter [1890] p.775.)

進歩し続ける社会に合わせて法を形成するのは法律家の役割である。法律家が裁判において慣習を発見し、判例を積み上げていく過程で、法は徐々に変化を続ける。法の変化はすぐには気付かれないが、時代を経てみると法の進化が明らかになるのである。そして、法は慣習の反映であるに過ぎない以上、法の進歩を担うのは、慣習を発見するのに最も長けた裁判官たちであって、立法者ではないのである。

すでにストーリーはその法思想において、進歩史観とコモン・ローとを結び付け、それ故にコモン・ローを賛美していたが、カーターにおいても同様の発想を見て取ることができる。つまり、社会は進歩し、それにつれて法も進歩するが、そのような法の進歩を体現するのはコモン・ローであって制定法ではない。カーターの法思想において、コモン・ローの賛美と進歩史観は密接に連結しているのである。

コモン・ローの賛美と進歩史観の連結は、ウォートンの法思想にも見られる。ウォートンによれば、「判事が作る法は、その能力と、用心深さや注意深さにおいて、制定法よりも優れている」(Wharton [1884] pp.62-63.)のだが、それはコモン・ローが法の進化法則を制定法よりも遥かに忠実に体現しているからである。「必然的、論理的進化は裁判所によってなされる」(Wharton [1884] p.63.)のである。それは次のような意味である。制定法はその時々々の恣意によって、急激に法を改変しようとする。そしてしばしば法として機能しなくなる。それに対し、判例法は文明化の進展と歩調を合わせて徐々に進化発展してきた。時代に合わなくなった法は廃棄され、時代が必要とする法は生き残る。



このような法発展の過程がなされてきたのは裁判所を通じてである。

(立法府の) 修正案は、一見すると説得的だが、夜遅くに法案に投げ込まれ、適切な考察なしに受け入れられる。そしてその結果と言えば、制定法は、——幾つかの重要なイングランドの制定法がそうであったように——機能しなくなるか、あるいは有害にさえなりうる。疑いなく、時代の急激な変化に伴うような、法の革命的变化は立法府によらねばならない。しかし、変化が論理的な進化である場合には、それは立法府よりも遥かに司法府によって正確になしとげられるようである (Wharton [1884] p.63.)

ウォートンによれば、法には論理的で必然的な進化の過程がある。裁判所による法の進化においては、あたかも生物が進化するように、時代に適合したもののみが選別され生き残る。「動物がそうであるように、法の発展も、周囲の状況に適合しないものは廃棄され、適合したものは生き残る」(Wharton [1884] p.63.)。そして裁判所による法発展の歴史は、まさにかかる過程を体現しているのである。その一方で、立法はそのような進化法則とは無関係に法を形成する。確かに立法は一時に革命的に法を変化させることができるが、そのような変化が歴史法則と合致したものである保証はないのであった。

以上に検討したように、19世紀アメリカの歴史法学派は、進歩する歴史の法則を信じていたが、コモン・ローこそかかる歴史法則に合致した法だと考えられていたのである。歴史は漸進的に発展してきたが、それはコモン・ローも同様であった。歴史とコモン・ローはともに過去からの不断の進化の過程として理解されたのである。ここにおいて、進歩史観とコモン・ローの擁護は密接に結びついていたのである。

#### (4) サクソンの神話

今日では、コモン・ローがノルマン・コンクエスト以降に成立したことは常識とされ、その上で、ノルマン・コンクエスト以前の法もコモン・ローに影響を与えている、との説明がなされることが多い<sup>22)</sup>。「1066年よりも前に未発達な形で存在していた諸制度が、急速かつ効果的に拡大をとげるかたちで、コモン・ローは12世紀に出現した」(Baker [2002] p.12.) というわけである。また、ノルマン・コンクエスト以前の法、つまりサクソン期の法について記述がなされる場合であっても、サクソン期の法をことさらに自由の法として賛美する傾向は見られない。

しかし19世紀アメリカ歴史法学において、イングランド法の叙述においてサクソン法には大きな重点が置かれる。さらに、特にサクソン期の法を自由の法として賛美し、

それが英米法あるいはアメリカの国制を自由たらしめた起源であるとの歴史観が採用されていた。サクソンの神話は健在なのである。歴史家である R・ホースマンは次のように述べてスチュアート朝時代に作られたサクソンの神話が、後続世代に利用されたと述べている<sup>23)</sup>。

スチュアート期を通じて、アングロ・サクソンの諸制度は、対立する当事者間の議論のテーマであり続けた。(中略) 16世紀と17世紀における徹底的な努力は、よく練られたアングロ・サクソンの歴史の神話が、後続する世代にとっても利用可能であることを意味した。アングロ・サクソン人は自由を愛する民族であり、代表制度や繁栄した原初的なデモクラシーを享受していたとされる (Horsman [1976] p.388.)

あるいは、クーリの法理論を主題にして博士論文を執筆した歴史家である A・ジョーンズは、「英米の歴史は、大変な努力をして勝ち取ってきた自由の物語であり、クーリは、サクソンの自由の神話、マグナ・カルタという象徴、17世紀の憲法上の栄光を讃えていた」(Jones [1987] p.106.) と述べている<sup>24)</sup>。そしてこのようなサクソンの自由の神話は、クーリのみならず19世紀歴史法学派の共通の知的資源であった。彼らはコモン・ローがアングロ・アメリカ的な自由の精神を体現しており、それはサクソン期にまで遡る伝統あるものであることを強調することによって、コモン・ロー上の自由を賛美した。ここには、「コモン・ローは、社会の進歩に合わせて絶えず自己を変革してきたにも拘らず、サクソン期以来その自由の精神は生きてきたのだ」、という典型的なコモン・ローの言語の存続を見て取ることができる。

ポマロイは次のように述べて英米法の起源をサクソン期の法に見出す。

イングランドにおける、長く、かつ事実上途切れることのなかったサクソン人の支配と、彼らが我々の言語の基本構造、文法形式、一般に使われている語彙のほとんどに貢献したという事実からは、我々の法格言と法原理の多くの起源を彼らの中に見出すべきということになる。そしてイングランドの法学の浅薄な調査でさえ、このような期待を裏切ることはない。我々の法の、最も愛されている部分、注意深く守られてきた部分の多くは、サクソンの起源から引き出される (Pomeroy [1883] p.14.)

その上で彼は、サクソン法の最大の特徴を自由に見出し、それがイングランドとアメリカを今日まで規定しているとする。

このこと（サクソン法との連続性、筆者注。以下、引用文における括弧書きは、原語を示すか筆者による注を示すこととする。）は、市民の個人的権利の行使を保障する、基本的、立憲的条項に特に当てはまる。そのような条項は、権力の侵入から個人の自由を守り、また、その自然的発展のなかで、イングランドとアメリカを自由なコモンウェルスにしたという効果を有するのである（Pomeroy [1883] p.14.）

ラヴァンによれば、「ポマロイによれば、力強く活発な民族の生は、サクソン人が我々に遺贈したものであり、それは、現代のイングランドとアメリカ合衆国を特徴づける、個人の自由、独立独歩、そして自己統治を含む。（中略）彼は、イングランドの議会とアメリカの立法府の起源はサクソン期にあるとみなした。また、陪審制、保釈、金銭賠償による救済などの様々な現代の法実践がサクソン人に由来するとしている」（Rabban [2013] p.330.）。19世紀歴史法学派の歴史観によれば、サクソンの自由は現在のアメリカにまで受け継がれているのである。例えば、「ニュー・イングランドとニュー・ヨーク、そして他の州のタウン・ミーティングは、地方の自治というサクソンの思想を確かに体现している」（Pomeroy [1883] p.82.）。それどころか、サクソンの自由の精神は、母国イングランドよりもアメリカにおいて遥かに強力なものになっているのである。ポマロイは言う。

それら（サクソン起源の法制度）のなかでも卓越しているのは、かの最も重要で、そして我々にとって神聖な、地域の自治の原理である。この原理はサクソンの政体全体の基礎である。それはイングランドの州や古来の地方公共団体、自治都市に、その超記憶的な特権とともに保全され続けている。多くのアメリカの州においては、これはその母国よりも遥かに用心深く守られている（Pomeroy [1883] pp.240-241.）

かかるポマロイの言説にも見られるように、サクソン法との連続性が特に強く意識されたのは、自由や自治を体现する法制度においてであった<sup>25)</sup>。例えばクーリは、アメリカの憲法構造においては権力が分散していることが特徴であると述べた上で、そのような特徴はイングランドの最古の伝統であるとする<sup>26)</sup>。

アメリカの制度は、完全な分権（decentralization）の一種である。これの主要かつ決定的な理念は、地域の事柄は地域の権威によって運営されるべきであるということ、一般的な事柄だけが中央の権威によって処理されるべきだということである。（中略）この制度は、ほとんど我々

が属する人種のまさに本質の一部であるように思われる。地域政府のためになされた、領域の似たような分割は、もっとも古い時代からイングランドに存在したものである (Cooley [1883] p.189.)<sup>27)</sup>

クーリによれば、「コモン・ローは疑いなくサクソンの諸王の時期にも存在していたのであり、恣意的なノルマン人の下でも、コモン・ローが権利や所有権のルールを提供したのである」(Cooley [1880a] p.11.)。クーリにとって、コモン・ロー及びそれに体现された価値は、サクソン期にまで遡及されるものであった。

サクソン法の特徴を自由や自治に見出し、そのような価値が19世紀のアメリカにも再現されているという思想はディロンの言説にも見ることができる。彼は次のように述べて、ゲルマン的起源を持つコモン・ローが自由と自治の精神を体现していることを論じる。

コモン・ローは、それが発展させた、ないしはコモン・ローがその中で発展した諸制度とともに、自由の精神によって普及したということをも最初に述べたい。かかる自由の精神がコモン・ローを他の全てのシステムから隔て、自己統治を行う民族の制度としたのである。この法とイングランドの政体の要素はゲルマン的起源を有するものであることが、最近まで続けられてきた優れた研究によって明らかにされている (Dillon [1894a] p.157.)

サクソンの自由の精神は様々な地方の裁判所に埋め込まれていたという命題には、一般的な同意が存在する。(中略) 記憶できないほどの昔から、あるいはずっと昔から、町や村といったイングランドの地方の地域的区画は、相当な程度の自由を享受してきた (Dillon [1894a] pp.159-160.)

そしてディロンによれば、このようなサクソンの自由は、今やアメリカに見出すことができるものである。「この国において、分権化された政治権力のシステムと、地域の事柄に対する裁量権を地域の組織体に委ねるというシステムは、植民地時代の最初期から、イングランドよりもはるかに大きな程度で実行されてきた」(Dillon [1894a] p.160.) のである。アメリカにおける自治のシステムはサクソン期にその起源を有するのである。

この新しい国(アメリカ)の諸制度をサクソンあるいはアングロ・サクソンの政体の起源にまで遡ることは極めて有益である。(中略) 海、山、そして世紀によって隔離されているにも

拘らず、我々は、粗野で遠い先祖と歴史的に密接なかわりがあることを発見するのである (Dillon [1894a] p.161.)

カーターもまた、「ノルマン・コンクエストも、封建制の原理も、アングロ・サクソンの自由と法の全ての発展段階を特徴づける、民衆的な要素 (popular element) を破壊することはできなかった」(Carter [1884] p.7.) と述べている。ここにカーターのサクソンの神話への依拠を見て取ることは容易い。彼にとっても、サクソン法は自由と自治の象徴であり、その精神はノルマン・コンクエストや封建制を切り抜けて受け継がれているのである。

既に論じたように、建国初期の法律家ジェイムズ・ウィルソンは、アメリカ憲法の中にサクソンの国制の回復を見て取った。そのようなサクソンの自由の発展としてアメリカの法制度を理解するという発想は、ポマロイ、クーリ、ディロンの法思想にも息づいているのである。かかる連綿と受け継がれるサクソンの自由の精神こそ、コモン・ローの卓越性の理由の一つとされるのである。

#### (5) 小括

19世紀後期アメリカの歴史法学派は、コモン・ローがサクソン期から同一のまま保たれているという歴史認識は有していなかった。その意味では、ポーコックの描き出したような「古来の国制論」はすでにない。しかしながら、19世紀アメリカ歴史法学派の歴史観は、なおコモン・ローの賛美と密接に結びついて形成されたものである。彼らは、コモン・ローは進歩する慣習の体現であると同時に、サクソン期以来の自由を受け継いできたものであると理解した。このことは、19世紀歴史法学派が、コモン・ローを通して歴史を理解したことを示している。古典的コモン・ロー理論以来のコモン・ローヤーの思想伝統が彼らの歴史観を大きく規定したのである。

### 3. 分析法学との対峙と慣習法の擁護——アメリカ歴史法学の法概念論

次に、19世紀後期アメリカの歴史法学派の採用していた法概念論を検討したい。概して彼らは、歴史を通じて生成する不文の慣習こそ法の源泉であると理解した。このような法概念論は、Lochner 判決をはじめとした積極的な司法審査権の行使に基礎を与えた不文憲法思想にダイレクトに影響したと考えられる。

## (1) 序

19世紀アメリカの歴史法学派は、古典的コモン・ロー理論の伝統に歩調を合わせるかのように、法の源泉を慣習に求めた。彼らがそのような言説を揃って展開した背景には、当時台頭していたオースティンやベンサムの実証法学の法概念論があった。分析法学は、法を主権者の命令と考えた。歴史法学派の多くは、自らの法概念論を展開する際に、分析法学の批判から筆を起し、その次に法の歴史的展開を叙述した。それによって、主権者の命令としてではなく、人民の慣習から生成するものとして、法はあり続けてきたことを示そうとしたのである。

このような法概念論を19世紀歴史法学派が展開した理由には、理論的なものと実践的なものがあったように思われる。理論的には、彼らはコモン・ローに携わる法曹として、伝統的なコモン・ローの法観念を擁護しようとした。古典的コモン・ロー理論の伝統を覆そうとする分析法学は、法の本質の理解について根本的に誤っていると主張することで、彼らは古典的な法思想の世界を守ろうとした。

実践的には、19世紀歴史法学派は、概して議会による急進的な改革立法や法典化を求める運動としばしば対立し、その際にかかる法概念が援用されることになった。「予想されるように、慣習の存在論的な優位性は、政治的目的のために使われた。無意識的に発展する慣習は、契約とか財産権についてのコモン・ロー的な理解を反映させているという事実は、社会的な再分配立法に反対するために使用可能であったのである」(Parker [2011] p.237.)。しかし、彼らは大企業の既得権益を擁護しようとしたわけではないし、法の変化をすべからず否定したわけでも決してない。むしろ彼らは、歴史や慣習や人民の確信という基礎に立脚しない法は実効性を持ちえないと考え、道徳や財産権の現状を理念と立法のみに依拠して改変しようとする考えに反対したのである。

現代の我々から見ると、立法こそ民主的に制定されており、それは人民の意志を反映しているかに感じられる。しかし、歴史法学派にとってはそうではない。彼らは人民の意志は連綿と続いてきた慣習法にこそ体现されていると信じた。その反面、その時々多数派が立法院を占拠することによって可能となる立法という法形式は、恣意的かつ人民の支持を欠きがちなものとして認識されたのである。現代の視点から、19世紀歴史法学派をアナクロニズムと批判するのは容易い<sup>28)</sup>。しかし、彼らが法をどのように捉え、それによってどのような世界を擁護しようとしたのかを理解することは、そのような批判に先行して行われるべき知的作業である。

19世紀歴史法学派の思想の中核には、古典的コモン・ロー理論以来の、慣習法にこ

そ法的正統性が賭けられているという法的確信が存在している。歴史を通じて生成した慣習法を、単に意志や命令によって覆すことは許されない筈である。19世紀歴史法学派の法概念論はかかる確信によって支えられているのである。

## (2) 古典的コモン・ロー理論との偏差

19世紀歴史法学派の法概念論は、古典的コモン・ロー理論の影響を強く受けているものの、なおそれとは大きく隔たっている部分もある。

第一に、19世紀歴史法学派は、既に見たように、コモン・ローが記憶できないほどの昔から同一の状態で保持されているという法観念に与しない者が多かった。クーリはコモン・ローの超記憶性を率直に表明したが、それは例外的なものであった。彼らはコモン・ローが慣習であることを揃って主張し、慣習法が優れた法であることを疑うことはなかった。しかしそれが超記憶的な慣習であるとの主張は衰退しつつあった。

第二に、慣習の民族性を強調する議論が台頭した。彼らはドイツ歴史法学にならって、慣習が民族の歴史を貫通するものであると論じた。彼らは法が race, people, nation の発展の産物であることを好んで論じた。その際に特に念頭に置かれたのは、イングランド及びアメリカの憲法史であり、コモン・ローの歴史であった。彼らは連綿と続いてきた英米法制史を前提として、慣習の民族性を強調したのである<sup>29)</sup>。

第三に、既に古典的コモン・ロー理論において、慣習は同意と結び付けられていたが、19世紀アメリカの歴史法学派は、慣習が popular であること、つまり民衆の意志や正義感覚それ自体であると強く主張した。彼らは慣習法が上位者の命令ではなく、大衆の思想それ自体の表現であり、制定法よりも遥かに popular であると信じたのである<sup>30)</sup>。そして、そのような主張は、共和制をしるアメリカという文脈において、特に大きな意味を持ったと推測される。

本稿では、もっとも古典的コモン・ロー理論に近い法理論を展開した論者から記述を初めて、徐々にそこから遠ざかることにしたい。つまり、19世紀歴史法学派の中でも最も古典的コモン・ロー理論に忠実だったクーリから始めて、ハモンド、ディロン、カーター、ウォートン、ティードマンの順に検討する。

## (3) クーリ

### A. 序

19世紀歴史法学派のうち、クーリは最もコモン・ロー内在的に法思想を展開した人物である。彼の叙述には法一般を語った部分をほとんど見出すことができない。クーリ

の法思想は常にイングランドと、そして特にアメリカの法状況を前提として展開された。それがゆえに、クーリの法思想はコモン・ロー内在的なものとなり、古典的コモン・ロー理論に極めて近いものとなっている。シーゲルも言うように、「クーリはなんといってもアメリカ法の学者だった。彼の著作には法一般についての見解が含まれてはいるが、しかしそれはおおむね、コモン・ローについての議論の中で表現され、またその中に織り込まれているのである」(Siegel [1990] p.1488.)。このような議論のスタイルは、法理論一般を好んで展開した法律家である、ティードマン、ポマロイ、カーター、ウォートンとはやや異なったものである。

しかしながらクーリの思想が際立って特殊だったということはない。クーリは古典的コモン・ロー理論の伝統の上に立ちつつ、19世紀という状況の中でそれを修正しつつ法思想を展開した。彼は法における慣習や歴史の要素を強調し、アングロ・アメリカ的な自由の観念を賞賛した。そのような彼の法思想を19世紀歴史法学派の中に位置づけることは十分に可能である。ジョーンズは「クーリは平凡な人々を上回ってはいたが、決してそのような人々を完全に乗り越えたわけではない。これは彼の重要性の理由の一つである。(中略) 1840年代から1890年代にかけて、彼は彼自身の社会の気運を吸収した。クーリは、彼の世代がした歴史に対する取り組みの試みを反映しているのである。自由と秩序、道徳的理想主義と物質的成功、デモクラティックな希望とコモン・ロー的伝統主義の間にあった、歴史上のディレンマに対する取り組みに、それは特に反映されている」(Jones [1987] p.3.)と述べている。かかるジョーンズの言は、クーリの法思想の位置づけとしての的確なものである。クーリは卓越した法律家だったが、それは彼が当時支配的だった法思想を端的にかつ洗練した形で述べたからであって、彼が次世代の先駆けとなるオリジナルな新思想を編み出したからではない。クーリの法思想は、19世紀歴史法学派の法思想の最良の形態の一つであり、恐らくは其中で最もコモン・ロー内在的な法思想に過ぎないのである。

## B. 分析法学批判と慣習法の擁護

クーリは、分析法学による法概念論の批判を展開する。それは19世紀歴史法学派の共通の議論様式であった。彼は次のように述べて、ルール、主権、命令といった要素を重視して法を定義することは誤りだとする。クーリによれば、主権者によって命令されたルールとして法を定義するのは、あまりにもテクニカルに過ぎる。それは法の実体を正確には捉えていないのである。



法とは何か。定義を求めるならば、すぐに見つけることができる。我々は次のように告げられるだろう。集合的にみると、法は国家の意志の主権的表現によって形成された行動のルールを包含しており、それによって市民の権利が確立され、市民の権利と義務がそれによって定義され、命令される。これは狭くテクニカルな定義である (Cooley [1888] p.350.)

この議論を始めるにあたって、私はよく使われる法の定義が狭くテクニカルであると述べた。強調を加えてここで繰り返したい。法はルールの集合以上の何かである。法の全てがどこか紙の上に発見できると期待する者は法の神聖な意義を理解しそこなう。法は言葉によって完全に言いつくされたことはないし、ペンによって完全に書かれたこともない。法は制定法や判例の中に表現されている。しかし解剖学的組織が人の全てではないように、それは法の全てではない。言葉以上に重要な作用が存在する。そしてそれは、仮に言葉がすべて消去されたとしても、言葉が再生される間、なお社会を結び付け秩序を維持する (Cooley [1888] p.367.)

制定法や判例のような、言葉によって書かれた法は法の全てではない。むしろ、テクニカルな法のルールを知らない一般の人々も、造作もなく法に従っている。それは法が慣習的なものであることの証左なのである。法は命令を待たずして、一般の人々に自然と遵守される。クーリは次のように述べてかかる法思想を表現する。

法的権利のほとんどは、その起源において慣習的なものである。長く守られてきた法的ルールは、自らそのルールの理由を作り出すようになる。(中略) 法とは、市民がそれを見ることなくして従う主人であり、命令を待たずに遵守するものなのである (Cooley [1888] p.368.)

19世紀歴史法学派らしく、クーリは法を命令ではなく慣習として捉える。市民は誰から命令されることもなく法に従う。むしろ、そのようにして自発的に遵守されてきた慣習こそが法の本体である。そしてこのような法概念論からは、法的正統性の観点から見て、慣習法たるコモン・ローが、命令の産物たる制定法の上に置かれるという法思想が帰結することになる。次の叙述はそのような法思想を端的に表現している。

法の大部分はこの世紀が始まった時と同じままである。それが賢明であったことについて疑いの余地はない。諺によれば、「慣習によってうまくやることができる。しかし制定法は我々を滅ぼしかねない」そして我々が有している法はいまだ大部分が慣習的なものである。アメリカ人が発見した、立法をする権力は、注意深く制限され限定されないと「法によって害を

なす権力」となる傾向が強い。ゆえに憲法によって必要な諸制約について特別に用心深く注意をしておいたのである。アメリカには全能の立法はないし、また今後そうなることもない (Cooley [1888] p.367.)

以上の検討から分かるように、クーリは法を主権者の命令したルールとして定義する分析法学を批判し、法が慣習に由来することを強調したのであった。

### C. クーリのコモン・ロー思想

上述のように、クーリはコモン・ローが制定法よりも優れていると主張したが、それは彼が古典的コモン・ロー理論をかなりの程度忠実に受け継いでいることによる。

クーリが、慣習法たるコモン・ローを賞賛した理由は、三つほどに整理できる。第一に、それは自由の精神を体現しており、第二に、それは長年にわたって積み重なった英知の産物であり、第三に、それは大衆からの支持を得た民衆に基礎を置く法である。ここに古典的コモン・ロー理論の強い影響を見て取ることは難しくない。それを裏付けるかのように、クーリは次のように述べて、かなり古典的なコモン・ローの定義を行っている。

イングランドのコモン・ローは、公共的な事柄、私的事業の経営、国内の制度の管理、財産権の獲得、保有、移転といった場面において、超記憶時代より (from time immemorial) 広く普及していた自由、秩序、事業、儉約の格言から成っている。それは人々の思考や行動の習慣の所産である。そしてそれは時代から時代へと、慣習が修正され、文明化が進展し、新しい発明によって新たな欲望や便宜が生み出され、新しい形態のビジネスが導入されるのに伴って、徐々に、気付かないうちに修正されてきた (Cooley [1883] p.21.)

コモン・ローの第一の卓越性は、それが自由の精神を体現している点にある。「全体として、コモン・ローの体系は、市民的自由の永続する構造を築くための、世界史上最善の基礎である」(Cooley [1883] p.22.) というのである。

個人の権利及び特権の価値を認識しており、また特にそれを保護してきたということは、イングランドのコモン・ローの際立った卓越性である。その格率は勇敢で独立した人種のそれであり、かかる人種は思想と行動の自由や、公的事柄の運営への参加について格別な程度に慣れ親しんでいる。そして恣意的な権力や抑制なき権威といったものはその原理の中には認められな

い (Cooley [1883] p.22.)

コモン・ローの第二の卓越性の理由は、それが連綿と続いてきた人類の英知の反映であるという点にある。

主権の最高の特性を行使するに当たっては、アメリカ人は控えめであり、慎み深かったのであり、彼らの最善の仕事は、主権についてもっとも意識しない時になされているのである。この最善の仕事とは、コモン・ローの保全と完成である。(中略) このようにして作られた法は人々の最善の思想を表現している。それは最も賢明な単一の法制定者が作る法よりも善い。というのも、「全ての人は誰よりも賢い」という明白な理由があるからである。全員は彼ら自身の状況と必要に、何が適しているか、誰よりもよく知っている。そして法がそのように大衆によって作られ、長く妥当しているときは、意図的な悪意を持っている人を除けば、人々は慣習的かつ自発的にそれを遵守すると期待することができる。コモン・ローが大きな拡大を必要としていることは確かである。新しい状況は新しいルールを必要とする。しかし新しいルールは、古い原理の上に築かれる (Cooley [1888] pp.365-366.)

コモン・ローが優れているのは、「全ての人は誰よりも賢い」という言葉に表れているように、コモン・ローは誰か一人の知性によって作られたものではなく、長年にわたって編み出されたものだからである。

かかるコモン・ロー観を持つクーリは、コモン・ローは古い原理を新しい状況に適用していくことで進化していくと考えていた。そのような法形成の過程を経ることで、コモン・ローは時の英知を反映できるのである。コモン・ローのルールはそれがどれほど新しいものに見えたとしても、裁判官が自らの理性のみによって考案したものではない。コモン・ローは古来の法原理に依拠しつつ自らを生成することで、時の英知を無視した恣意的な法形成を免れることができるのである。ルール自体は新しく見えたとしても、その源泉となる原理は古来のものなのである。新しいルールは古来の原理から導かれるのである。クーリは次のように述べて、コモン・ローの原理の古来性を主張する。

新しく適用された原理は、新しい原理なのではない。それどころか、それは記憶できないほどの昔から (from time immemorial) この国のコモン・ローを構成してきたのであり、それを適用する機会がなかったから、以前には適用されていなかっただけと想定されるのである (Cooley [1880a] p.13.)

それらの事件において（制定法が適用される事件）、制定法はコモン・ローに依拠し、またそこから助けを得ると言われる。しかし、不法行為に救済が与えられる全ての事件中、圧倒的多数においては、裁判官はコモン・ローのみを見る。そして制定法とは無関係に発達してきた原理に基づいて正義をなすに違いない。そしてそのような原理は、それがいかに最近になって宣言されたものであろうとも、記憶できないほどの昔から存在したのだと想定すべきである（Cooley [1880a] p.14.）

このように、コモン・ローの超記憶性を強調した点において、クーリは19世紀歴史法学派の中でも最も古典的コモン・ロー理論に忠実であった<sup>31)</sup>。コモン・ローとは、超記憶的な古い原理の上に新しいルールが積み重なることによって形成された、時の英知を反映した法なのであった。

コモン・ローの第三の卓越性は、それが民衆の法だということである。クーリは、コモン・ローが民衆の同意に依拠しているとも論じた。コモン・ローは人々それぞれ自身が作り出したものであり、制定法に比して民衆的な起源を有しているのである。コモン・ローは人々の思想の表現であり、人々は誰に命じられることもなく自発的にそれに従うのである。ジョーンズによれば、「クーリが考えた、コモン・ローの偉大な徳とは、それが民衆の法（popular law）であり、慣習的で変化する法だということである。それは共有された必要性や願いに対して鋭敏なのである」（Jones [1987] p.234.）。

この代表制度（アメリカにおける代議制）にも拘わらず、とても効果的で重要な性質を持つ、より直接的な立法は、それがほとんどあるいは全く注意を引かない時でも常に行われてきた。それは大衆の感情によるコモン・ローの絶え間のない修正であり、それは一般的慣習に結晶化した際にはじめて認識できるものとなる。全ての国における全ての法の中でも最良のものは、このような方法によって形成されている。慣習は、それが自発的なものであるとき、権利と行動のルールがどのようなものであるべきかについての、人々の最終的で安定した確信の争う余地のない証拠である。それ故に、制定法は強制によって遵守されるが、慣習は自発的に遵守される（Cooley [1884] p.503.）

クーリはコモン・ローを民衆的立法（popular legislation）でありかつ慣習法であるとしているが（Cooley [1884] p.504.）、その理由は、慣習は人々が自発的に受け入れたものであるのに対して、制定法が命令として強制的にその遵守を要求するからである。慣習は制定法よりも popular であるという19世紀アメリカの歴史法学派の法思想の端的な表

現をここに見ることができる。

以上に見てきたように、我々は、19世紀アメリカの歴史法学の思考様式を、古典的コモン・ロー理論の伝統に棹さしつつ展開した法曹としてクーリを評価することができる。彼はコモン・ローを連綿と続いてきた慣習法として捉えた。彼は、法は命令ではなく、慣習の産物であるという19世紀歴史法学派の法概念論を、コモン・ローの言語を駆使しつつ形成したのであった。

#### (4) ハモンド

##### A. 序

ハモンドもまた、ベンサムやオースティンによる分析法学を批判し、古典的なコモン・ローの像を擁護しようとした法曹の一人である。ハモンドは、古典的コモン・ロー理論を援用しつつ、慣習が理性の体现であり、尊重するに値する法であることを説いたのである。かかるハモンドの法思想は、慣習法の擁護と分析法学の批判という19世紀アメリカ歴史法学派の共通の課題に取り組んだものであった。

##### B. 慣習・先例の拘束力はどこから来るのか<sup>32)</sup>

ハモンドは、慣習と法の間を問うところから自らの法思想の記述を始める。歴史法学派は、慣習が法であることを自明のものとしている。そして、なぜ我々は慣習に従うべきか、という問を立てることはしない。しかし、ハモンドはかかる問を重視する。つまり、慣習はなぜ法としての効力を持ち、規範として人々を拘束するのだろうか。単純な事実の積み重ねが法となるのは何故なのだろうか。

幼少時に親に依存しているときから、人々には他人のまねをするという習性があり、慣習が拘束力を持つようになるのはかかる自然の習性から容易に説明が可能である。裁判所が先例に従うのも自然なことであって、過去の裁判所が良いとみなしたものを覆すのは勇気のいることであろう。慣習と先例が積み重なればなるほどこのような傾向は増す。かかる人の習性からして、「時間はそれ自体が権威の重要な一要素である。特定の事案が法として認識されているのが長ければ長いほど、それを裁判所が覆すのは困難になる」(Hammond [1880] p.317.)。

しかしハモンドは、このような人の習性は、裁判所が先例や慣習に従っているという「事実」を説明できるものではあっても、その「規範的理由」を明らかにするものではない。事実としての慣習・先例が、なぜ規範としての法となるのか。かかる疑問を説明する理論として、ハモンドは二つの候補を挙げる。それが「コモン・ローの理論」と「問

接的な司法立法の理論」(Hammond [1880] p.319.)である。前者はブラックストーンに代表される古典的なコモン・ローの理論であり、後者はベンサムに代表される分析法学の理論である<sup>33)</sup>。そしてハモンドは前者を擁護するのである。

このように、ハモンドは、慣習が尊重に値するという歴史法学派の認識を共有しつつも、そこから一歩進んで、その論拠を問おうとした法律家であった<sup>34)</sup>。

### C. 慣習の拘束力の根拠としての「コモン・ローの理論」

先述の「コモン・ローの理論」によれば、先例や慣習はそれ自体に価値があるのではなく、不文法の証拠として価値があるという。先例と慣習は不文法の現れなのである。そしてかかる不文法はコモン・ローと同視される。

ハモンドによれば、かかる理論はコモン・ローと同じくらい古く、ヘンリー・メインやセント・ジャーマン、そしてブラックストーンによって表現されている。では、かかる不文法＝コモン・ローとは何であり、それはどこに見出されるのか。それに答えるにあたって、コモン・ローは理性であるとハモンドは述べる。

コモン・ローはコモン・リーズンであると言われる。そしてマンスフィールド卿とその同時代人は、「事案の理性と精神が法を作るのであって、個別の先例の文言が法を作るのではない」と繰り返し述べてきた (Hammond [1880] p.321.)

このように、コモン・ローとは理性それ自体であり、先例はそのような理性の証拠として価値を持つ。先例の拘束力の根拠は、それがコモン・ロー＝理性の現れの一部だからなのである。ここにおいて、不文法＝コモン・ロー＝理性はほぼ同一のものとして扱われているのである。

それに対し、分析法学は、先例は裁判官が作ったルールであり、それ故に法として我々を拘束すると言うが、これは誤りである。制定法のような成文法においては、確かにその文言が重要であり、法は書かれた資料に還元される。しかし、不文法はそうではない。不文法にとって、書かれた文言は大した意味を持たない。「法は事案において認められてきた原理からなるのであって、そこにおいて使われた語 (term) からなるのではない」(Hammond [1880] p.324.)のである。分析法学は、不文法を成文法のように扱い、裁判官が書き下ろしたルール集であるとみなす点で誤っている。先例や慣習は裁判官の下した命令だから法となるのではない。それは理性の体现 (証拠 evidence) だからこそ法となるのである。

ハモンドにとって、不文法=コモン・ロー=理性は、決して書かれた言葉や命令には還元できない。コモン・ローとは事案を通じて現れる理性それ自体であった。結論として、ハモンドは法理論としてブラックストーンの古典的な学説がなお正しいと述べる。

結論として、あえて次のように言いたい。ブラックストーンやより古い時代の著述家のコモン・ロー観が正しいのであり、オースティンとその弟子筋のものは根本的な誤りである (Hammond [1880] p.327.)

このように、ハモンドにとって、先例や慣習といった「単なる事実の蓄積」が規範としての法になるのは、先例や慣習が理性を体現しているからなのであった。そしてこのような法思想は、古典的な「コモン・ローの理論」に基礎をおくものであった。

#### D. 理性・歴史・経験

現代の視点からすれば、理性と歴史・経験は相反するものと捉えられがちである。理性は抽象的であり、時空を超えて貫徹されるのに対し、経験や歴史は個別的である、という風に。しかし、ハモンドはそのようには考えていない。

ハモンドによれば、不文法=コモン・ロー=理性を知るには、歴史を探求する必要がある。歴史の中にコモン・ローは埋め込まれているのである。ハモンドは、「コモン・ローのルール、教義、制度の端緒と成長を歴史の中に探求するのは適切であろう」(Hammond [1880] p.329.) と述べている。ハモンドにとって、コモン・ローは、過去に蓄積されてきた事案と歴史によって知られるものであり、法学は思弁的というよりも経験的な学であった。

過去に決定された事案は、それら法が実際に機能してきたことを物語っている。そこから真の理論は引出されるのである。それはあたかも、天文学者が惑星の軌道を数多くの観察から引き出すのと同じである (Hammond [1880] p.329.)

このようなハモンドの理性観に、クック以来の、理性は歴史を通じて生成される、という法思想の残存を見ることは容易であろう。

#### E. 小括

クック、ヘイル、ブラックストーンを引いていることを見るまでもなく（それぞれ、

Hammond [1880] p.321, p.324, p.320.), ハモンドの法思想が、古典的コモン・ロー理論によって大きな影響を受けていることは明らかである。

ハモンドは、他の19世紀歴史法学派と同様に、慣習として蓄積されてきたコモン・ローを擁護しようとした。その際の論拠となったのが、コモン・ローは理性それ自体であるという法観念である。そしてかかる理性としてのコモン・ローは、歴史と経験の中に見出されるのであった。

#### (5) デイロン

##### A. 英米法の賞賛と分析法学批判

19世紀歴史法学派の中でも、コモン・ロー内在的な法思想を展開した法曹がデイロンである。その理由は次のような点にある。19世紀アメリカの歴史法学派の中でも、デイロンは、コモン・ローを際立って特別な法と捉え、それを大陸法と峻別したのである。イエール大学で行われた一連の講義をまとめた書籍の序文において、彼は次のように述べて、コモン・ローの「大陸化」の防止こそ急務であるとする。その際彼の念頭にあったのは、急進的な法典化運動に対する警戒であり、立憲的伝統といったアングロ・アメリカ的な自由が急進派によって掘り崩されようとする事への懸念であっただろう<sup>35)</sup>。

全ての講義を通した一つの目的がある。それによってのみ本書はあらゆる主張に統一性を持たせることができる。その目的とは、現存する我々の法体系の性格を叙述し、その卓越性を示すことである。そのルールに服している人々にとっては、その全ての短所にも拘わらず、それはローマ法や他のいかなる外国の法体系よりも善いという見解を示すことである。それはとても強かつ情熱的な主張であるから、我々の法の「大陸化」への抗議と等しくなってしまうであろう。少なくとも我々にとって、我々の法体系が卓越していることについて、私は確信を有している (Dillon [1894a] p.viii.)

彼にとって大陸法とコモン・ローは峻別されるべきものであった。やや単純化して述べるならば、彼にとって、大陸法が体系化された成文法であるならば、コモン・ローはイングランド人の自由、アングロ・アメリカ的な自由を体現した不文法であった<sup>36)</sup>。ラピアナによれば、「特に現代において、法の多くが、普通に使われる言葉の意味における慣習というよりは、裁判官によって解釈され確かめられた一般的な正義や権利の感覚になお由来しているとデイロンは信じていた。この一般的な正義や権利の感覚は、



「アングロ・アメリカ的な自由の歴史の読解に基礎を持つものであった」(LaPiana [1991] p.549.)。

このように、ディロンは英米法体系の卓越の証明を自らの講義の目的とする。「我々の法と法学は、それ自身の構成原理によって分析され解明されなければならないのであって、それらの原理はそれ自身の本質と歴史的発展に従って配列されなければならない」(Dillon [1894a] p.x.) というわけである。

かかる法思想を有するディロンにとっては、英米法固有の卓越性の探求こそ重要となる。

そしてそのような探求の作業もまた、19世紀歴史法学派の内部にあった。彼も分析法学の批判と歴史的探求による慣習法の擁護という思考様式を共有していたのである。19世紀歴史法学派の典型的な叙述に従い、ディロンは、その法概念論を展開する際には、ブラックストーンとオースティンに代表される、分析法学派に対する批判から筆を起している<sup>37)</sup>。

ブラックストーンの定義は、ホップズに従っているが、専門家に最もよく知られている。つまり、「国内法とは市民的行為のルールであり、国家の最高権力によって命令され、正しいことを命じ悪しきことを禁じるものである」と。よくよく考えると、この定義は不適切でありかつ不正確であるとみなさざるを得ない。この定義によって、一国の法全体を実際にカバーしようとすると、「命令され (prescribed)」とか「命じ (command)」といった言葉に意味の融通性を持たせるか、人工的な意味を付与しなければならず、その語の一般的かつ適切な使用法と一致しなくなる。オースティンの法の定義も同様に欠陥があり、同じ批判があてはまる (Dillon [1894a] pp.9-10.)

19世紀歴史法学派の思考様式に忠実に、ディロンは法を命令には還元できないと考えたのである。法を命令として捉える見方は制定法には妥当するかもしれないが、法の大部分には妥当しない (Dillon [1894a] p.11.)。法が命令に還元できないことは、大衆の正義感覚や道徳と法が密接に結びついていることにも示されている。憲法、制定法、判例や体系書といった法資料を知らない一般の人々であっても、法に従った行動を取ることができる。このことは、人々が命令されることで法に従っているわけではなく、むしろ自発的な人々の行動自体が法を形成することを示しているのである (Dillon [1894a] p.14.)。

## B. デイロンのコモン・ロー思想

このように、デイロンは法が命令ではなく、大衆が自発的に従うものであると考えた。以上を踏まえた上で、彼の主目的である、「我々の法」つまり英米法体系についての議論を検討したい。デイロンによれば、英米法の主要部は不文法たるコモン・ローであり、それは長年に渡り法律家が洗練を繰り返してきたものである。

この独特の法体系（英米法系）の主要部は、それはコモン・ローとの包括的記述の下にまとめられている事実上全てのものであるが、不文であり、この語は実定法ないしは制定法と区別する意味で使用される。このいわゆる不文法はイングランドとアメリカの法体系の大部分を構成している（Dillon [1894a] p.27.）

かかるコモン・ローは、「いかなるひとつの頭脳によって考案されたものでもない。それは幾つと明確に数えることのできる知性の産物でもない。それは時間が徐々に作り上げたものであり、常に成長し、変化し続ける」（Dillon [1894a] p.27.）。コモン・ローの卓越性に関する以下のデイロンの見解は、ヘイルを引いていることから明らかなように、伝統的なコモン・ロー思想の知見を踏まえたものである。

そのメリットはそれが人類の経験に基づいていることにある。（中略）我々の法体系の基礎、あるいは少なくとも際立った特徴は、制定法や行動のルールを考案する際に依拠すべき知識は、思索ではなく経験に由来しなければならないという確信である。（中略）我々の法体系の第一の価値は、それが時及び長い経験の教訓を具体化している点にある。全ての人はいかなる人よりも賢い、と Talleyrand は言ったが、それは正しい。そして我々の法に備えられているのは、この一般的で蓄積された英知である。ヘイル卿は「法の改正と改変」についての短い小冊子の中で——その全ての言葉が素晴らしいのだが——「地上において時は最も賢いものである」「時と長きに渡る経験は、世界中にいる最も賢く鋭い知性の全てがそうでありうるよりも、はるかに精巧であり、鋭敏であり、賢明である」と三度にわたり宣言している（Dillon [1894a] p.172.）

コモン・ローに高い価値があるのは、それが長年に渡る経験の産物だからであり、それはいかなる一人の天才によっても生み出せない英知の反映だからである。

確かに、デイロンはコモン・ローを定義する際に慣習という言葉それ自体は使用していない。デイロンにとってコモン・ローは慣習法そのものというよりはむしろ法律家

が長年に渡り生み出した一つの作品とでもいうべきものであった (Dillon [1894a] p.13.)。 「我々が今手にしているイングランド法は、本質的に、成長と歴史的発展の成果である。繰り返すように、それは主としてイングランドの法律家と裁判官の、幾世紀に渡る作品である」 (Dillon [1894a] p.28.) というわけである。しかし彼は、次のように述べて、法における過去の重要性や、法と慣習の類似性を指摘している。ディロンにとって、慣習と法とは密接な関係にあったのである。

歴史に関してと同じくらい、法に関しても過去から自らを切断することはできない。法体系と法制度の本質的性格を変えることができないのは、言語や伝統、習慣、慣習、感情、民族の気風を変えることができないのと同じである (Dillon [1894a] pp.x-xi.)

以上を踏まえた上で、ディロンは次のように述べて、イングランド人およびアメリカ人にとって大陸法よりもコモン・ローが優れていることを論じる。コモン・ローは体系的な美を欠いてはいるが、それはアングロ・アメリカ的な自由を体現しているのである。サクソンの神話やマグナ・カルタといった歴史は、英米法系の卓越と、それが達成してきた自由を証明しているのである。

ローマ法はヨーロッパ大陸の諸民族を征服した。しかしイングランドの民族は、既に述べたようにそれに抵抗し、ローマ法が体系としてイングランドの土壤に根付くことはなかった。(中略) しかし、コモン・ローは常に、際立った、競合する体系として自己を損なわず保全してきた。コモン・ローはその偉大なライバルのような芸術的なシンメトリーを欠いていることは認めなければならない。しかしそれはイングランドの民族の諸制度と性格に、大陸法よりもよく適合したのであり、少なくともイングランド人にとっては、そして我々にとっても、より良い体系である (Dillon [1894a] p.171.)

イングランド人の自由 (English liberty) は、本書で記述されるように、マグナ・カルタ以来立憲的に存在してきた。(中略) マグナ・カルタ以来、それらの権利 (law of the land によってのみ裁かれる権利など、フォーテスキューが列挙した権利) は、イングランド人の基本的権利であり続けた。1688年以前には、それらの権利が時としてひどく否定され、侵害されたこともある。しかしながら、それらの権利は決して永久的に捨て去られ破壊されたわけではなかった (Dillon [1894a] pp.116-117.)

ディロンにとって、法は命令に還元できるものではなかった。イングランド及びアメリカにおける法の主要部分は、法律家が長年を通して形成してきたコモン・ローという不文法であった。長きに渡る歴史と時間の経過によって作り出されたコモン・ローは、英知の集積として卓越した地位を保持していた。法は命令ではなく歴史によって形成されており、その具体化がイングランド及びアメリカのコモン・ローである、という19世紀アメリカの歴史法学派の思考様式の端的な表現をディロンの法思想の内に見ることができるのである。

## (6) カーター

### A. 慣習法の擁護

カーターもまた、分析法学批判と慣習法の擁護という、19世紀歴史法学派共通の思考様式に忠実だった法曹である。そしてそのような法思想は、コモン・ローの擁護とも密接に結びついていた。

もし我々が法曹集団に対し、法とは何かと問うたならば、多数派は恐らく自信を持ってブラックストーンの定義を引くであろう。つまり、それは正しいことを命じ悪いことを禁止する、国家の最高権力によって命令(prescribe)されたルールである、と。そして、現代イギリスのもっとも著名な法理学者であり、最も正確で深遠であると通常信頼されているオースティンも、法は上位者から下位者に出される命令であり、サンクションによって執行されると主張することで、この定義の主要原理を採用しているのである。私はこれは根本的な誤りであると考えざるを得ない。そしてそれは、法を運営し改革しようとする我々の努力において、我々を甚だ誤った方向へ導く傾向を有している(Carter [1890] pp.756-757.)

カーターはかかる分析法学批判から出発した上で、法の歴史的考察に入る。カーターによれば、法は歴史上裁判官を通じて形成されてきたのであり、しかも裁判官は法を作成したのではなく単に法を発見したに過ぎない。というのも、裁判官は人民から離れて法を自在に作成するのではなく、単に人民の正義感覚と慣習に沿うように法を宣言するだけだからである。

(法を)探求する領域は、人々の習慣、慣習、ビジネスやマナーである。(中略)我々の不文法は、——それは我々の法の主要部なのであるが——命令ではないし、命令の集まりでもない。それは正義の社会的基準、あるいはそのような基準が由来するところの習慣や慣習から生まれ

たルールから成っているのだ、という結論が既に示唆された (Carter [1890] p.759.)

原初的には、法は共同体が裁判官を選任して彼に紛争の解決を委ねることによってはじまり、そこにおいては形式的な法典もなければ立法府もない。単に裁判官は共同体に共有された慣習を宣言することによってのみその職責を果たすことができる。「法を運営する最初のステップは裁判官の選任にあると我々は発見する。裁判官の成立はどこにおいても形式的法の存在に先立つ。しかし、形式的法は当初存在しないにも拘らず、法それ自体は存在するのである」(Carter [1890] p.759.)。そしてかかる「法それ自体」とは慣習あるいは人々の正義感覚それ自体である。

このような法原理は文明化が進展し立法府が設立されても変わることはない。立法府はその権力を背景として、確かに命令として法を作ることができる。しかし、カーターによれば、たとえ立法府が命令として法を制定したとしても、法が慣習に基礎を持たないならば、それは空文となるだけであり、もはや生きた法とは言えない。このことは、たとえ立法府といえども、実質的には命令として法を作ることができないことを示している。法を法たらしめるのは慣習以外ではありえないのである。

命令は、それが圧倒的多数の意見に合致して初めて執行可能となるという事実を認めなければならない。すなわち、それが習慣、慣習、人民の思想と合致するということである。(中略) 故に、命令に生命と有効性を付与するのは、——つまり、命令を法たらしめるのは——それが命令であるという事実ではなく、それが現存する習慣と慣習の表現であるということである (Carter [1890] p.762.)

以上のように述べて、カーターは法の実効性はそれが人々自身の慣習であることに賭けられていると確信していたのである。そればかりではない。カーターは慣習法が時を経て蓄積された英知の表現であるとも信じていた。以下の引用は、クックを引いていることから分かるように、時の英知として慣習を捉える古典的コモン・ロー理論をかなり忠実に再現している。

慣習は、時としてそう考えられることもあるが、偶然的なものでも、取るに足りないものでも、意味のないものでもない。それは、人種の黎明期にまで遡る果てしない過去からなる、消えることのない英知の記録である。その英知は、全ての人によって、修正され、直され、拡大され、読まれ理解されてきたのであり、全ての人に等しく開かれている。法の英知はいかなる人間の

英知よりも賢い、というのはクック卿の素晴らしい表現である (Carter [1907] pp.127-128.)

カーターにとって慣習とは、法を法たらしめる唯一の源泉であり、人民の正義感覚の盤石な反映であり、そして時の英知の表現であった。

## B. コモン・ローの擁護

慣習法の擁護者としてのカーターは、当然のことながら、同時に、コモン・ローの擁護者でもあった。「カーターは伝統的なコモン・ローヤーのままであった」(Parker [2011] p.238.) のであり、彼はアングロ・アメリカ的な自由とコモン・ローの古来性を賞賛した。法典化に反対するために書かれたパンフレットの中で、カーターは制定法によって法が形成されている国家と、慣習によって法が形成されている国家があるとし、前者は専制的であり、後者は民衆的であると論じる。パーカーは次のように述べている。「コモン・ローの法典化に反対するため、カーターは神聖な区別に訴えるところからパンフレットを始めている。つまりアングロ・アメリカ的な自由とヨーロッパの専制主義の区別である。コモン・ローヤーの伝統的なマナーに従い、その区別は最終的には時との関係に依拠しているとカーターは論じる。コモン・ローは、幾世紀にもわたる長い連続性を有しており、法律家の創造物であるのに対し、制定法は一時の産物であり、恣意的な権力の創造物なのである」(Parker [2011] p.239.)。

カーターはまず、イングランド及びアメリカをはじめとして、慣習によって法が形成されてきた国家を次のように特徴づける。

文明化された国家の様々な法体系を眺めたことがある人ならだれでも、イングランドや我々がそうであるように、幾つかの国家においては、個人の権利や財産権を定めた法の大部分が制定法の形で直接立法されたことがないことに気がつくだろう。(中略) この体系は、原初の、しかし成長し続ける慣習に依拠している。そしてそのようにして確立されたルールは、幾世紀もの長きに渡って、法律家や裁判官という専門家集団によって、解釈され、適用され、拡大され、修正されてきたのである (Carter [1884] p.5.)

続いて、カーターは、ヨーロッパ大陸をはじめとして、制定法によって法が形成されてきた国家を次のように描写する。

しかし、他の国家においては、ヨーロッパ大陸の大部分がそうであるように、法体系は

全く異なっている。社会において同様の機能を果たしているルールは、主権の恣意的な行使か、または議会の権威によって制定された、実定的制定法 (positive statutes) あるいは法典 (codes) によって大部分形成されている (Carter [1884] p.6.)

その上でカーターは、次のように述べて、慣習法を民衆に、制定法を専制に結びつける。「最初に記述した体系は民衆に起源を持った (popular origin) 国家の特徴であり、そこにおいては大衆的要素が支配的であるということが分かるだろう。一方で、後者の体系は、専制的な起源を有した国家の特徴であり、そこにおいては、それが絶対的であれ制限的であれ、専制的権力が支配的なのである」(Carter [1884] p.6.)。カーターによれば、「自由で民衆的な (free and popular) 国家においては、法は人民に由来し、かつ人民によって作られなければならない」(Carter [1884] p.6.)。そして人民に由来する法とは、慣習法そのものである。英米においてコモン・ローによって法が形成されているという事実は、英米法が自由であり、大衆に基礎を置いていることの証左なのである。英米以上に「法学が洗練された場所は存在しない」(Carter [1884] p.8.) とのカーターの言説は、このような文脈で理解すべきものである。

周知のように、カーターは当時の法典化運動に激しく反対した。その理由は既に明らかであろう。カーターは次のように、法典化は専制的な法形式への道を開くものであると述べ、法典化に対する率直な敵意を表明する。

イングランド法学の歴史に通じた人が、法典化の採用によって、その法学の発展の結果である法から完全な離脱を提案しているのは驚くべきことである。アングロ・サクソンの起源を持つ人が、自ら自身の体系が育ってきた方法の代わりに、専制的な民族の方法を採用しようとする提案を好んで受け入れようとするのは、さらなる驚きである (Carter [1884] p.8.)

カーターが法典化に反対した理由とは、慣習法と制定法という二つの法形式の間にあった、法的正統性の優劣の差である。つまり、慣習法は民衆自らから発したものであるのに対し、制定法は上位者によって命令として下されるものであり、専制を象徴するのである。

### C. 小括

カーターはニュー・ヨーク法曹協会を代表する弁護士として、法典化に反対したことでとくに有名である。かかるカーターの立場は、古典的コモン・ロー理論以来の、コモ

ン・ローの卓越性に関する思想伝統なしに理解することはできない。カーターは、慣習法が英知の集積であると考えた。そのみならず、それは制定法に比して圧倒的に盤石な民衆的基礎を有していたのである。そのようなカーターの慣習法思想は、当然のことながら、コモン・ローの擁護とも密接に関連していた。コモン・ローは慣習法であるが故に卓越した法であり、自由で民衆的な法なのであった。かかるカーターの法思想を、19世紀アメリカの歴史法学派に位置づけることは難しいことではない。

#### (7) ウォートン

ウォートンもまた典型的な19世紀歴史法学派の法思想を展開した人物であった。彼は法を人々の正義感覚や必要性の反映であると考え、裁判所によって歴史を通じて生成された法を賞賛した。そしてその背後には、コモン・ローへの信頼があったことは間違いない。ウォートンはどちらかといえばコモン・ロー自体についてよりは法理論一般について語ることを好んだけれども、その著作には英米法史やコモン・ローへの言及が随所に見られるのである。

ウォートンは次のように述べてオースティンの分析法学を批判する。

裁判所または立法府を通して主権によって法として認められるまで、慣習は法とはならないと言われることがある。そしてこの見解はオースティン氏の高い権威によって維持されてきた。しかしながら、(中略)これは事実と反する(Wharton [1884] p.21.)

ウォートンによれば、慣習が法となるのに、立法府や裁判所の承認を待つ必要はない。その証左に、アメリカの植民地時代には、新天地に適合的でないイングランドの制定法は、単に慣習によってその効力を失っていたからである。何らかの統治機関が制定法を廃棄したり承認したりといったことは行われなかった。むしろそのような統治機関の行為は法の効力とは直接的な関係を持たないのである。

ウォートンにとって法とは、慣習に由来し、民族の良心と必要、正義感覚によって支持されるものであった。「法の源泉は、民族の良心と必要と結びついた理性である。後に見るように、良心とは、直観的で孤立的な道德感覚ではない。むしろそれは共通の本性の一部であり、権利の感覚や利益、社会状況、受け継がれた性質に幾分影響されており、理性として共同体を統括し、共同体全体に行き渡るものである」(Wharton [1884] p.23.)。「よく機能している法とは、(中略)努力の結果というよりは社会の所産である。それは慣習の産物であり、慣習を作り出すものではない。それは民族の無意識的で自覚



されにくい産物であって、ア・プリアリな政治的思弁とか恣意的な主権者の命令と  
 いったものではない」(Wharton [1884] p.iii.)。「慣習の起源は、権利の感覚や必要の感覚  
 にある」(Wharton [1884] p.99.)。

このような議論を展開する際に、彼の念頭にあった一つの具体的な法体系がコモン・  
 ローである。例えばアメリカ植民地におけるコモン・ローの継受はそのようにしてなさ  
 れた。「イングランドのコモン・ローは基盤として受け入れられたが、それは民衆の自  
 発的な行動により、共同体の必要に応じて改良された。それは立法による承認を伴うこ  
 ともあれば、そうでないこともあった」(Wharton [1884] p.49.) のである。

ほとんどのケースにおいては、権利の感覚の適用は無意識的で非自覚的である。(中略) 自生  
 的かつ無意識的に、不法行為に対する救済や権利侵害に対する応報は出現した。コモン・ロー  
 が生成したのはこのようにしてである。コモン・ローはその本性上、それが体現する権利の感  
 覚を持ち、それが充たしたニーズを持つ人々とともに変動する。そして、それと同様な方法に  
 よっていない、民衆の権利の感覚や必要の感覚 (popular sense of right and need) の宣言では  
 ない法典は、持続することはない (Wharton [1884] p.100.)

ウォートンによれば、法は民衆の慣習から発する。そしてそれは長い時間をかけて生  
 成した時の産物であって、法を一時に作ることはできない。ゆえにデモクラシーは十分  
 に法を作ることはできないのである。「たとえ直接国民投票によって継続する政府が可  
 能であったとしても、それは無意識的に始まった、徐々に少しずつとした法の進化を破  
 壊することなしには不可能である。法の進化の適切性と効率性は、ゆっくりとした、無  
 意識的な幾世代に渡るプロセス次第なのである。実際、命令によって法体系を一日で作  
 ることが不可能なのは、オークの森を機械で一日で作ることができないのと同じであ  
 る」(Wharton [1884] p.59.)。このような理由から、ウォートンは、自らの法理論が民衆  
 に基礎を置く popular なものであることを自負しつつも、「私の立場は無制約のデモク  
 ラシーを包含するものではない」(Wharton [1884] p.59.) と自信を持って言いきることが  
 できたのであった。

かかるウォートンの法思想もまた、法は慣習であって命令ではないという 19 世紀ア  
 メリカの歴史法学派の潮流に沿ったものである。他の法律家と同じように、彼もまた、  
 古典的なコモン・ローの世界を念頭に置きつつ、慣習を重視した法概念論を構築したの  
 であった。

(8) ティードマン

19世紀アメリカの歴史法学派の一部の論者には、その憲法思想を語る際には特にイギリス憲法史や英米法制史に特化した叙述を好むけれども、法概念論一般を語る際にはむしろ、特に英米法に限定せず法一般についての叙述を行う、という傾向がみられる。ウォートンにもそのようなところがあったけれども、恐らく、そのような傾向が最も顕著だったのはティードマンであろう。確かに、ローマ法もコモン・ローも慣習の発展として理解することができる。特にポマロイは明示的にローマ法をそのように理解していた (Pomeroy [1883] p.296.)。しかし特に憲法の領域に限ると、大陸法に比して英米法は一貫した連続性を保っていたし、マグナ・カルタや権利章典など、立憲主義のシンボルを英米法がふんだんに有していたことがその理由であろう。

ティードマンは1890年に *The Unwritten Constitution of the United States, a Philosophical Inquiry into the Fundamentals of American Constitutional Law* と題した著作を出版し、「アメリカには不文憲法が存在する」との主張を最も明確かつ体系的に行った、本稿の主題からして極めて重要な人物である。ティードマンの法概念論は、コモン・ローや英米法に対する言及は少ないけれども、ここで彼の法概念論を確認しておくことは有意義であろう。

ティードマンもまた、法は慣習であって命令ではない、との思想を共有していた法曹である。彼はブラックストーン、ベンサム、オースティンによる法実証主義的な法の定義を批判するところから筆を起している。

ブラックストーンの法の定義は、大衆のみならず専門家にも、概して信頼できるものとして受容されてきた。確かに、その定義のうち学識ある原理の部分、すなわち「国内法とは国家の最高権力によって命令された行動のルールである」は、ここ半世紀に渡ってイギリス及びこの国(アメリカ)の法思想を真に支配してきた卓越した知性——勿論、ベンサムとオースティンのことである——によって念入りに強調され、洗練されてきた。それ故に、民衆のみならず専門家の知性も、国内法の起源と発展に関する最も深刻な誤りを、あたかも公理であるかの如く、受け入れてきたのである (Tiedeman [1890] p.1.)

ティードマンが批判するのは、ベンサムらの定義が、「国家の最高権力 (the supreme power of the state)」によって法が形成されたとしている点である。「国家の最高権力」は、政治体を構成する人民からは区別された、政府の権力を指すと通常は理解される。しか

しティードマンによれば、法は政府よりも古い。政府なくして法は存在しうるのである。

行動のルールを法にするにあたっては、その違反に対してペナルティが課されなければならないと認めるとしても、それは必ずしも組織された政府によってペナルティが執行されなければならないということの意味しないし、そのような政府による執行がルールの性格を変化させるということも意味しない。イングランドの入植者がこの地に最初に定住した時、彼らはイングランドのコモン・ローを持ちこみ、その法が周りの環境と適合する限りでそれを自らで執行したと伝えられている (Tiedeman [1890] pp.3-4.)

ティードマンによれば、共同体による原始的な法執行も、政府による法執行も、その文明化の程度が異なるだけであって、法の執行であることに変わりはない。どちらの場合でも、法は民衆の大部分が慣習的に従っている道德規範である。ティードマンは次のように、大衆の慣習こそ法の本質であると述べる。

国内法は大衆の行動をコントロールしようとするものではない。民族の大多数はそれ自体が法である。そしてこの基本思想が見失われるときはいつでも、立法は空文の産物以外の何物でもなくなる。それは死産となり、生きた行動のルールとなったこともなく、また決してそうなることもない。法のルールの生命力は、人々の大半 (the mass of the people) がそれを慣習的かつ自発的に遵守することに由来する。行動のルールが生きた法となるのは、(中略)それが民衆の必要性の感覚 (popular sense of necessity) によって要求された時のみである (Tiedeman [1890] pp.5-6.)

ティードマンによれば、「それゆえに、法的ルールは広く普及した正義の感覚によって形成される」(Tiedeman [1890] p.7.)。法は人民の大多数が自発的に遵守しているものである以上、立法によって人民を道德的に高めることはできない。「水の流れは水源よりも高くに行くことはない。同様に、民族の道德的習慣の反映にすぎない法的ルールが、その道德を向上させると期待することもできない」(Tiedeman [1890] p.6.) のである。ティードマンは次のように自身の法概念論をまとめている。

民族の倫理を形成し発展させるのと同様の力が、その法をも形成し発展させることを示すことに成功したと思う。実体法とは、本質的に、大衆 (the masses) が共通して慣習的に従っている道德的ルール以外の何物でもない。(中略)法の道德性は、それが人々によって一般的かつ

慣習的な実践となっていることにある (Tiedeman [1890] p.15.)

ティードマンにとって法とは、単なる多数の民衆の感覚そのものであった。法は慣習であり、民衆の正義感覚である。それ故に多くの人々は命令を待つことなく、また法の細かい準則を知ることなく、法に従うことができるのである。

ティードマンは、ことさらにコモン・ローを賛美したり、また慣習の超記憶性を強調したりはしなかった。その意味で彼は、古典的コモン・ロー理論からかなり離れた立場にある。しかし、法は慣習であって命令ではない、という19世紀アメリカの歴史法学の法概念を彼は抱いていた。そして、慣習とは大衆から発するものであり、民衆の正義感覚の表現それ自体であると観念されたのである。

そして、19世紀アメリカの歴史法学派の中にティードマンを位置付けた時、このような法理論を展開する際に念頭にあった一つの具体的な法の在り方がコモン・ローであったことも、ほとんど疑う余地はないように思われる。

#### (9) 小括

これまで、19世紀アメリカの歴史法学派の採用した法概念論について検討してきた。19世紀歴史法学派の法律家達は、古典的コモン・ロー理論にどこまで忠実であったかにはそれぞれ相違があったとしても、法について共通の考え方を有していた。それは、法は長い時を通じて生成した慣習に由来するものであり、命令の産物ではないということである。時を通じて生成した慣習法は、民衆の思想と正義感覚そのものとして理解された。その一方で、一時の多数派によって形成される制定法の正統性は遥かに疑わしいものだった。それは民衆の権利感覚とは異なるものになる可能性が高かったのである。

ここに我々は、彼らが法をどのようなものとして捉え、それによっていかなる法的世界を擁護しようとしたのかを理解することができる。彼らは、その時々多数派が恣意によって法を作ることを恐れた。時の英知よりも自らが賢いと立法府が僭称することを恐れた。それは、17世紀の憲法闘争時に、クックが国王大権を恐れたのと、ほとんど同じ理由からであった。主権が命令によって法を作る、という命題は、法と自由を破壊するものとして映じたのである。その際に彼らが具体的に念頭に置いていた法とは、まづもってイングランドとアメリカのコモン・ローであった。それは自由を体現しているばかりか、それに長く従ってきた人々の思想の具体化であった。それは、主権、デモクラシー、制定法、命令にはなしえない仕方でも生成した法であった。

このように、19世紀アメリカの歴史法学派は、基本的な問題関心を古典的コモン・

ロー理論とかなりの程度同じくしている。しかし、次の点は見逃してはならない。つまり、19世紀アメリカの歴史法学派が慣習法を擁護した時、彼らは慣習が他のいかなる形態の法よりも popular law であることを強く訴えていたのである。17世紀イングランドとは異なり、19世紀のアメリカは共和制国家であった。歴史法学派は無制約のデモクラシーを雄弁に批判したが、それは popular なるものは慣習の中にある、と彼らが信じていたからである。19世紀歴史法学派は、法が popular であるためには法は慣習でなければならないと考えた。慣習はその民衆的正統性において、制定法を遥かに上回るものであった。

#### 4. 法宣言説とその運命

##### (1) 序

ここからは、古典的コモン・ロー理論において採用されていた「法宣言説」が、19世紀歴史法学派の法思想においてどのように維持され、修正され、変化したかを検討したい。古典的な法宣言説によれば、裁判官は法を作らず、単に在る法を発見し宣言するのみであるとされる。ブラックストーンは、次のように述べてこのような古典的法観念を表現している。

コモン・ローの慣習や格率はいかにして知られ、誰によってその妥当性が決定されるのか。答えは、個々の裁判所の裁判官によってである。彼らは、法の受託者であり、生ける託宣 (living oracles) である。(中略) いかなる後任の裁判官も、彼の個人的な感情ではなく国土の周知の法と慣習に従って決定することを宣誓しており、新しい法を発するのではなく古い法を維持し説明することを委託されている (Blackstone [1871] p.69.)

これに対し、主権者の命令として法を捉える法実証主義的立場は、法宣言説とは相容れない。カーターは次のように述べて、主権者の命令として裁判官が法を作るというモデルを法宣言説に対置している。

裁判官はいかにして法に到達するのか。彼はそれを作る (make) のか。そうであるならば、それは彼の命令となるであろう。そして彼は主権者となるであろう。そしてそれ自体が、この理論 (法宣言説) にとって致命的となるであろう。裁判官をそのように主権者扱いすることは、観察された明らかな事実と反しているようである。黙示的にも明示的にも、裁判官によってそ

のような機能が担われたことは決してない (Carter [1890] p.758.)

19世紀アメリカの歴史法学派は、伝統的な法宣言説と、新たに出現した法命令説とのいずれを、どのような理由によって採用するのか、理論的な格闘を迫られていた。すでに論じたように、歴史法学派は、オースティンやベンサムの方命説を批判していたのであり、そうである以上、彼らは伝統的な法宣言説を擁護したと結論付けたくなるのは当然である。上のカーターの引用はそのような予想を裏付けてもいる。しかし、ことはそれほど単純ではなかったのである。

すでに論じたように、19世紀アメリカの歴史法学派は、法を進歩発展するものだと捉えていた。超記憶時代からそっくりそのまま古来の慣習が保全されているという歴史観を彼らは採用しなかった。その意味では、古典的コモン・ロー理論と同様の仕方では、法宣言説の維持を図ることは難しい相談であった。その一方で、彼らは法が命令であり、何者かの意志によって作られるものであるとは決して認めなかった。このような19世紀アメリカの歴史法学派が依って立つ歴史観と法概念論の衝突の結果として、裁判官の役割に対する彼らの考え方は形成されているのである。

この論点に関して、19世紀アメリカの歴史法学派の発想は二つに分かれた。一つには古典的な法宣言説を維持する努力が行われ、裁判官は法を作らず単に在る法を発見し宣言するのみである、との立場が取られた。この立場には、カーターとティードマンが居た。もう一方には、裁判官は法を宣言するのみならず、法を作るということを正面から認める立場があった。ディロンとポマロイはこちらに属した。

しかし、このような両者の相違は、実質的に大きなものではなかった。彼らは裁判官が法を宣言するのか、あるいはそれ以上に法を形成するのかについて、表面的には対立したけれども、法がいかにか生成するかについて、極めて類似した立場を取っていた。つまり、裁判所による慣習の適用や解釈を通して、法は徐々に生成するのである。そのような法観念をどのような用語で表現するかは、二次的な問題に過ぎなかった。司法を通じて慣習法が徐々に生成するという、そのような法形成の在り方を、裁判所による立法と呼ぼうと、裁判所による慣習の宣言と呼ぼうと、それは畢竟同じことなのであった。

裁判官は法を作る、と主張したディロンやポマロイは、コモン・ローが judge made law であると主張することで、コモン・ローの正統性を剥奪しようとしたのではない(それをやろうとしたのはベンサムである)。むしろ彼らは、日々進歩する歴史の中で生成する慣習に合致した法が裁判所を通して生み出されていく過程を、司法による法作成として描いただけなのである。ラヴァンは次のようにそれを表現する。

裁判官は適切に法を作ると主張した学者は、発展する慣習に法を一致させるための手段として、「司法立法 (judicial legislation)」を擁護しようとした。「司法立法」に熱心に反対した学者や、裁判官は法を「発見する (find)」だけだと主張した学者は、発展する慣習の司法における認定を、法の「発見」として解釈したのである (Rabban [2013] p.356.)

ここでもまた我々は、古典的コモン・ロー理論に忠実な理論家から出発して、徐々にそこから遠ざかることにしたい。

## (2) カーターによる古典的法宣言説

カーターは19世紀アメリカにあって、もっとも古典的コモン・ロー理論に忠実に、古色蒼然とした法宣言説を擁護した人物であった。カーターは法を裁判所が発見し、そして宣言した慣習であると考えた。その意味で、裁判官には法を自由に形成する能力は一切ない。彼は既存の慣習にただ拘束されるのみである。「19世紀後期において、伝統的なコモン・ロー理解をもっとも声高に主張したのは、ジェームズ・カーターである」(Tamanaha [2010] p.13.)と言われるゆえんである。カーターは、慣習が超記憶的であるところ主張はしなかったが、慣習が裁判所を通して発見され宣言されていくという司法過程観を有していた。

裁判官は法を作ることができない、というのは最初から受け入れられている。事案がそれによって決定されるべき、既に現存するルールがあるということは、疑いえない。確かに、法を作る (making) 機能と法を宣言する (declaring) 機能はここにおいて極めて近接している。しかし、それにも拘らず、その区別は一時も見失われることはない。真のルールは、ともかくも発見 (found) されなければならないということは合意されている。裁判官と弁護士は、そろって探求 (search) に従事する (Carter [1890] p.758.)

カーターは以上の様に述べて、法を作ることと法を宣言することが別の事柄であると断じる。法曹は法の発見に従事するのであり、法の作成に従事するのではない。「我々は裁判官が存在することを知っており、また、法についての全ての知識は彼らの宣言に由来することを知っている」(Carter [1890] p.758.) のである。では、法を探すとして、どこに法を求めればよいのか。彼の法概念論から答えはおのずから明らかであろう。法は慣習の中に求められなければならないのである。

探求 (search) のフィールドは、人々の習慣、慣習、ビジネス、マナーである。そして、習慣、慣習、ビジネス、マナーに関する以前の似たような調査から生成したルールを宣言した過去の人々である (Carter [1890] p.759.)

慣習が裁判を通して宣言されることで、法は徐々に確立されていくことになる。「運用している法の真の起源と性質は今や示されたと考えたい。法は民族の習慣、慣習、思想に由来し、それに基づく。そしてそれら慣習の中から、難解な事案を解決すべき正義の基準が生じるのである。裁判官の役割は法を作ることではなく発見することである。そして法に公的な目印を与えることで、法をより周知され、権威あるものにするのである」(Carter [1890] p.765.)。

このようなカーターの法宣言説が、彼の法概念論と密接に結びついていることは明らかであろう。前述のように、彼は慣習が裁判所で発見されていく過程で、慣習は法としての形式を得ると考えていた。カーターが「裁判官は法を発見する」と述べている意味は、裁判官は単に既存の、判決に先立って社会に存在する慣習に拘束されるということである。彼は慣習を自ら作り出すことはできないであろう。また、慣習から距離を取って自らの自然的理性に基づき命令を下したとしても、それは生きた法とならず、死文になってしまうであろう。結局のところ、法が法であることができるのは、法が生きた効力を得ることができるのは、それが人々の慣習だからなのである。このような意味において、裁判官には法を作る能力がないとの彼の命題は理解される必要がある。

かかるカーターの法宣言説は、かなり古典的なものであり、おそらくは19世紀アメリカの歴史法学派の中でも、最も古典的コモン・ロー理論に忠実な法思想であったと考えられる。慣習の超記憶性こそ主張しなかったけれども、裁判官は慣習を宣言するのみであるという司法過程観をカーターは有していたからである。

### (3) ティードマンによる法宣言説の再編

#### A. 序

ティードマンもまた、カーターと同様に、裁判官は法を作る権能を持ちえないと主張した法律家の一人であった。ティードマンは、法が民衆の正義感覚 (popular sense of right) や民族の意志 (national will) の表現であるに過ぎないという立場から、裁判官はそのような民衆の正義感覚に拘束され、それを宣言することができるだけだと考えた。そればかりではない。彼は立法者も同様に法を宣言できるだけだと考えていた。なぜなら、民衆の正義感覚から遊離した法は、死文となり、法としての効力を持ちえないから



である。

ここに、古典的コモン・ロー理論や、他の19世紀歴史法学派の議論には見られないティードマンの法思想の特徴がある。古典的コモン・ロー理論や、他の19世紀の法律家は、立法によって新しい法を作ることができると考えていたように思われる。つまり立法は自然的理性にしたがって慣習に依拠しない新しい法を作るのに対し、コモン・ローは技術的理性に基づき慣習を宣言する、という対比である。しかしティードマンはコモン・ローのみならず、立法までもが法を作る権能を有しないのだ、と主張した点で徹底していた。

また彼は、古来の慣習が判決の度にその都度宣言される、という法思想を持っていたというよりは、その時々の方衆の感覚が法に反映されていく、という発想を有していたように思われる。その意味ではティードマンは、コモン・ローの古来性と超記憶性という法言語からかなり隔たった所にいる。ここに我々は、古典的コモン・ロー理論以来の法宣言説の、19世紀的再編を見ることができるだろう。

#### B. 法宣言説の再編

ティードマンは、自分が若い日にベンサムの方理論に接した時、それが極めて説得的に思えたことを告白している。ティードマンは一度は裁判官は法を作るという法理論に説得性を感じていたのである。

専門職になって間もない時に、コモン・ローが「裁判官立法 (judge made law)」であるというベンサムのコモン・ロー批判に接した時は、それが文字通りの深遠な真実であると信じていた。そして新奇な事案においてさえ、裁判所は法を作らないのだ、という主張を嘘くさい返答だと考えていた (Tiedeman [1896] p.19.)

しかしティードマンは後に考えを改めることになる。「法は裁判所によって作られる (made) のではない。それはせいぜい裁判所によって周知される (promulgated) に過ぎない」 (Tiedeman [1891] p.154.) のである。それは法が民衆の正義感覚の反映にすぎず、真に法を作る力である公衆の意見に拘束されるからである。

私はその教義 (法宣言説) をフィクションとして完全に否定しなくなった。そしてベンサムの司法裁量批判を承認しなくなったのである。しかし法の起源についてより深く知り、制定法であれ判例であれ、全ての法は、それが市民の行為 (civil conduct) についての生きたルールを

構成している限り、民衆の正義感覚の表現に過ぎないのだと確信した時に、かつて自分が信用ならないフィクションだと宣言したくなったものに新たな光が当てられることになった。そして裁判官も立法者も法を作らず、何が法かを宣言するだけだということをより固く信じることになった (Tiedeman [1891] p.154.)

法は民衆の正義感覚の反映にすぎない以上、「裁判所の判決は、真に法を作る力 (true law-making power), すなわち公衆の意見 (public opinion) の司法的表明に過ぎないのである」 (Tiedeman [1892] p.36.)。法を作る権能は、裁判所や立法府にあるわけではない。それは公衆の意見に留保されているのである。裁判所や立法府が法を作ることはできず、単に既存の法を宣言することができるだけである、という古典的な法命題は、今やこのような意味で理解できるのである。

裁判所は法を作らないとしばしば言われてきた。それは単に既存の法 (pre-existing law) が何であるかを宣言するだけだということである。もし (中略) 法がいかんにか作られるかを探求するならば、この命題の正当化を次の事実の中に見つけることができる。つまり、全ての法は民衆の正義感覚の表現にすぎないということである (Tiedeman [1892] p.35.)

このように、ティードマンはベンサム批判に接した上で、その批判を乗り越える理論を提示し、古典的な法宣言説を再編してみせたのであった。彼は古来の慣習が新奇な事案にも適用され宣言されるという考えはフィクションであるとしたけれども、法宣言説それ自体はなお廃棄できないと考えた。ベンサムの司法立法説は誤りなのである。なぜなら、裁判所が下す判決は、裁判所の外において既に存在する民衆の正義感覚に拘束され、それを宣言することができるだけだからである。このように理解すれば、なお法宣言説の命脈は維持することができるのである。

そして同様の理は判例法のみならず制定法にも当てはまる。「全体において法は民族の意志 (national will) の表現であるという命題を真剣に疑うことができる者はいない。このことは立法府の制定法だけではなく、裁判所の判決に同様に当てはまる」 (Tiedeman [1896] p.18.) からである。

このように、「裁判所は、民衆の意見を司法的に表明する限りにおいて、法を定立するに過ぎない」 (Tiedeman [1892] p.35.) 以上、単に制定法や判例を調査しただけでは十分に法を知ったことにはならない。むしろ重要な法源は民衆の意見それ自体だからである。「判例や教科書を読んだだけでは法が何であるかを知ることはできない。特定の問

題に対する法的ルールが何であるかを見つけるためには、社会的政治的環境を勉強しなければならない」(Tiedeman [1892] p.35.) のであった。

ティードマンはかかる法宣言説の具体的な現れとして、法人と契約条項についての判例の変遷を挙げている。かの有名な Dartmouth College case<sup>38)</sup> から Charles River Bridge case<sup>39)</sup> への変遷である。1819年の前者においては、法人設立の特許状は後の立法によって覆うことができない私的契約であるとされた。それに対し、1837年の後者においては、法人設立の特許状の価値を事後的な立法で実質的に剥奪することが可能となった。ここにおいて、判例は価値判断を変遷させているのである。

Charles River Bridge case では、周知のように、先に橋を架けた法人が、後に近接する場所に橋を架けようとする法人に対し、自己の橋の収益が減ることを理由に橋の建設の差し止めを求めた事案である。要するに、競合する第二の橋をかけることが許されるのか、それともそれは既得権の侵害として許されないのかが争点となったのであった。既存の法人の保護を重視した Dartmouth College case からすれば、新たな法人による橋の建設は、既存の法人の既得権の侵害とされてもおかしくない。しかし、結局のところ第二の橋を架けることは許された。それ故に本判決は、「アメリカ法における競争社会の到来」(田中英夫 [1987] p.215.) を告げる判決として評価されることもある。ティードマンは本判決について次のように言う。

今や、第二の橋を支持する公衆の圧力 (public pressure) は大きく、かかるプレッシャーが感じられた。その影響力がとても強かったので、裁判所は無意識的にそれに屈せざるをえなかったのである (Tiedeman [1892] p.37.)

確かにトニー首席裁判官は、Dartmouth College case と Charles River Bridge case を区別し、テクニカルな理由を述べてはいる。法人の特許状は常に州に有利に解釈しなければならず、競合者を排除するという排他的な特権を与える旨の明示的な条項がない限り、特許状は州に有利に、法人に不利に解釈されるべきだ、というのがそれである。しかしそれはテクニカルな理由に過ぎず、公衆の必要 (public needs)こそが判決の真の理由なのである (Tiedeman [1892] p.37.)。

かかるティードマンの法宣言説は、判決は古来の慣習の宣言である、という古典的な法宣言説そのものとは到底言えない。しかしながら、ティードマン自身が明示的に述べているように、それは古典的な法宣言説のティードマンなりの再解釈であった。慣習の超記憶性という法言語が、クーリなどの例外を除くと支持を失いつつあった19世紀後

期において、ティードマンは、既存の民衆の正義感覚の反映が法であるという理論を媒介させることで、法宣言説を維持したのであった。

#### (4) デイロンにおける法創造説と法典化

##### A. 序

19世紀アメリカの歴史法学派の中でも、デイロンは裁判官が法を作るということを率直に承認した法律家の一人である。そのようなデイロンの立場は、彼の法典化運動に対する態度と密接に結びついている。デイロンは穏健な法典化賛成論者であった。彼は、ベンサムのような、判例法の伝統を無視して全ての法を制定法に還元するような、ラディカルな法典化運動には反対を表明した。しかし、既存の法を整理して分かりやすくまとめるという程度の法典化であれば、それはむしろ好ましいことだと考えていた。

デイロンは法の作成の全てを議会に委ねることはできず、法作成のかなりの部分は裁判所に委ねられると想定していた。たとえ一見完璧に見える制定法を作ったとしても、法制定者が予見していない紛争は必ず生じる。その場合には制定法の解釈運用は最終的には裁判所に委ねられる。また制定法の欠缺は避けられず、その際には裁判所が最終的に法を作成せざるを得ない。このように制定法の限界を指摘することで、制定法万能論者による法典化論を退けようとしたのである。つまり、法の作成に裁判所も携わらざるをえないと述べることで、あたかも議会制定法によって全ての法が完成するかのとき法観念を批判したのであった。

デイロンは裁判所による法創造が必要不可欠であると述べることで、急進的な法典化に反対したのである。

##### B. 法創造説

デイロンは次のように述べて伝統的な法宣言説が所詮はフィクションに過ぎないことを指摘する。

裁判官は法を作ることではなく、法をただ宣言するだけだ、というのは長い間好まれたフィクションであった。しかし今や、制定法の解釈の場面において、また制定法が沈黙している事案において先例や原理、自然権や普遍的正義に訴える場面において、たとえ間接的にはあっても、裁判官が実際には立法をしていることは否定されていないし、また否定もできない (Dillon [1894a] p.267.)<sup>40)</sup>

制定法の文言は一般的にならざるをえない。それに対して人間の予見能力には限界があり、前もって全ての起こりうる事案に対して備えをしておくことは不可能である。人間活動は無限に多様であり、それを予見できるほど人間は賢くはない (Dillon [1894a] p.268.)。それ故に、「裁判官が慣れ親しんできた、また義務付けられてきた、間接的な司法立法 (indirect judicial legislation) の仕事は、あらゆる法体系にとって不可欠であり、運命づけられたものであると私には思われる」 (Dillon [1894a] p.268.) とディロンは述べている。確かにこのような司法立法の機能は、ある程度制定法によって縮減できるかもしれない。しかし、あらゆる事案に備えがきく完全な法典を作るという不可能なことを達成しない限り、司法立法を放棄することはできないのである。それ故に、全ての法を制定法に還元しようとするベンサムの間は原理的に不可能である (Dillon [1890] p.748.)。「それは司法による法が絶対不可欠であるということを見逃している」 (Dillon [1890] pp.748-749.) のである。

このように、ディロンは裁判所も議会も法を作ることを認めていたのだが、その法の作り方は異なっていた。議会が明示的に法を作成するのに対し、裁判所による法作成は間接的であり、また静かに行われるのである。彼は「現在、そして幾世紀にも渡り、二つの完全に独立する言わば法の工場があった。立法府は公然と制定法を作り、裁判所は暗黙のうちに司法による法を作るのである」 (Dillon [1890] p.749.) と述べて、法の生成の在り方を対比させていた。

### C. 法典化

上に見たように、ディロンによれば、法典化によっても司法による法形成を排除することは不可能なのであった。つまり、法典化によって判例法を根こそぎ廃棄し、将来生起する全ての事案に予め対処できるような法典を作る、という立場は退けられることになる。なぜならそのようなことは原理的に不可能だからである。その代わりに、これまで生成してきた判例法を整理することはできるだろう。「完成した法典が全ての目的において判例集に取って代わるものとなるような意味での法典化は実行可能だと信じていない。しかし、多くの分野において、(中略) 法典化は実行可能であり、そしてそうである限りにおいて、うまく達成されたならば望ましいものでもある」 (Dillon [1890] p.750.)。

そして実行可能な法典化とは、既に歴史を通して生成してきた英米法を法典の形に編纂することである。「いかなる法典も次のような基本思想に依拠しなければならない。つまり、制度の作用を通して発展してきた、そして経験によって検証されてきた我々の現行の法体系は、我々の条件と願望に最も適合しているのである。(中略) イングラン

ド人とアメリカ人は自ら自身の法を欲しているのであって、他の人々のそれを欲しているのではない。そのような法典のための材料は既に存在する」(Dillon [1890] p.750.)のである。既に存在する英米法体系こそが法典化の基礎なのであった。ディロンは、裁判官 Sir James Stephen の次の引用文が、自らの法典に対する考え方を要約しているとする。

幾世紀にもわたる経験によって認められ、獲得された結果を、明確で体系的な形に縮減することのみを目的とする、という原理に法典は基づいていなければならない (Dillon [1894a] p.260.)

ディロンは法典化について非常に多くのテキストを残しているのだが、その基本的なアイデアについては、このような短い検討だけでも十分明らかになったと思われる。つまり、既存の判例を新しく作られた完全無欠の法典に取って変えることは不可能である。なぜならそのような法典それ自体は存在しえないからである。しかしながら、既存の法を十分尊重する限りにおいて、法典化は十分に機能しうる。

19世紀後半のアメリカは、判例法が複雑化し、かつ大量化しており、法が不確定(uncertain)であるという批判が専門家の内外から寄せられていた<sup>41)</sup>。そのような法の不確定性を除去するための一つの解決策として法典化が提起され、その是非について侃々諤々の議論があった。ディロンはかかる時代状況の中で、穏健な法典化の有効性を認める立場に立っていたのである。

ディロンによる法創造説の擁護は、かかる文脈で理解されるべきものである。彼は裁判所が法を作らざるを得ないことを率直に認めた。しかしそれは裁判所による法創造機能を批判するためではない。むしろ、裁判所による法創造が不可欠であるとのべることで、全ての法を制定法に還元しようとする急進的な法典化運動に反対したのであった。

## (5) ポマロイにおける法創造説と法の進化

### A. 序

ポマロイもまた、伝統的な法宣言説を批判し、裁判所が議会と同様に法を作ることを認めた法律家であった。かかる彼の司法過程観は、その進歩史観と密接に結びついたものであった。彼は裁判所による法形成が西洋社会の文明化の段階に対応していると考えていた。西洋社会は野蛮から文明へという歴史の進化法則を体現している。そして、法も社会の進化に歩調を合わせて進歩しているのである。そうである以上、法が古来同一のままであったという歴史観は否定される。法は社会の進歩とともに進歩してきたはずだからである。そのような立場からは、裁判所は古来の慣習を宣言するという古典的な

法宣言説は受け入れられない。むしろ、裁判所が社会の進歩に適合的に法を作成してきたことこそが、判例法の卓越性の理由となるのである。

このように、ポマロイは自らの歴史観の結果として、法宣言説を否定し法創造説を採用することとなった。しかし、それは裁判所と議会による法形成が同レベルの正統性を有することを意味したわけではない。判例法は、徐々に、古い原理の上に接続していく形で法を作る。それに対し議会は意図的な動機の下、新しく法を作るが故に、それは恣意的なものとなりがちである。歴史が徐々に文明化に向かってきたというその歴史観は、徐々に発展してきた判例法こそが歴史の進歩と即応しているとの立場と親和的であったはずである。

ポマロイは裁判所が法を作ることを率直に認め、古典的な法宣言説を批判した。しかしそれは、ベンサムがそうであったように、裁判所による法形成を批判するためではなかった。むしろ、裁判所による法形成を擁護するためにこそ、彼は法創造説を必要としたのであった。現代の我々から見ると、議会も裁判所も同様に法を作るならば、多数の支持を得ている議会に法作成を委ねるべきではないか、と考えがちである。しかしポマロイにとってはそうではない。確固たる客観的な歴史法則を体現した法である判例法は、その時々多数派の恣意によって作られた議会制定法よりも、遥かに信頼に値するものであった。

## B. 裁判所による法創造

ポマロイは次のように述べて、伝統的な法宣言説を批判する。次の引用は、明らかにブラックストーン的な超記憶的慣習の宣言としての判例という観念を意識したものである。

我々の政体においては、裁判所も議会も立法をする。あたかも超記憶時代からの法的な原理なりルールなりが隠れて告知されずにおり、裁判官がそれを明るみに出すまでは発見されるのを待っているとでもいうかのように、裁判所は立法権を欠き、単に存在する法を宣言する能力を有するに過ぎないと記述することは、裁判所の機能についての完全な誤解である (Pomeroy [1883] p.176.)

このように、ポマロイは裁判所もまた立法権 (legislative power) を有していると考えていたのだが、その立法の在り方は裁判所と議会で異なっていた。裁判所は議会よりも効率的に、法の大部分を作り出してきた歴史がある。

この広大で、最も有益な結果のより多くの部分が裁判所の持続的な行動によって達成されてきたことを疑う者はいないだろう。そして、裁判所が議会と同じ程度に、実際に、効果的に立法をしてきたことはない、と言うことは馬鹿げており、ある理論を支持するための単なる言葉の濫用であろう。確かに、裁判所も議会も真に法を作る。しかし、両者は組織や義務が違うのだから、各々で使われる方法は、本質的に異なっている (Pomeroy [1883] p.177.)

裁判所と議会による立法はどのように異なるのであろうか。ポマロイによれば、「一方による立法は意識的であり、他方のそれは無意識的である」(Pomeroy [1883] p.177.)。議会は、現行の法体系にある不都合さを除去することで、直ちに便益を生みだしたり、新しいビジネスが必要としているものに対応したりするために、既にある法体系に新法を追加する。「それは一般的に、単なる便宜という動機に基づいている」(Pomeroy [1883] p.177.)。

それに対して、裁判所による立法は間接的であり、法的な格率によって紛争を解決する過程でなされる。そこには古いルールや原理を覆そうという意図は見られない。ポマロイによれば、このような過程は立法を直接の目的としているわけではない。しかし、このような過程によって初めて法は完成するという。「確かに法を作ることは裁判所の最も重要な機能ではない。しかし法全体を完成させるというより偉大な民族の成果が発展していくのは唯一この方法を通じてである」(Pomeroy [1883] p.178.)。個々の判決は新しいが、それは常に古いものと連続している。法は一時に取り代えられることはなく、徐々に発展するのである。そしてそれ故に、その法は常に進歩し変化する社会に対応することができる。

一つの決定の射程は、訴訟当事者の関係にまつわる法的ルールに限定される。(中略)しかし、なおそれは不文法の全部に対して貢献する。その不文法は、それ故に穏やかにゆっくりと成長し、新しい一部分は古いものと常に密接な関係を維持する (Pomeroy [1883] p.180.)

「この不文法ないしはコモン・ローは、その本質上、完成した終結したシステムというよりは、一つの力であり、常に発芽前の原理の中にある生命である。(中略)裁判官は常に制定法にはなしえないことを要求されてきた。それは古い前提から新しいルールを取り出すことであり、それらを常に変化し続ける社会状況に適用することである」(Pomeroy [1883] p.198.) との言も、かかる文脈で理解できよう。

ポマロイによれば、かかる裁判所による法形成によってのみ、古い法原理を歴史の進



歩に合わせて徐々に発展させていき、法の有機的全体を完成させることができるのであった。

法学を構成する部分——それは司法的決定の中に具体化されているとともに、制定法に権威的表現を見出すことができる——を比較するとき、極めて浅薄な検討からであっても、次のことが理解できる。つまり、司法的決定は統一的で、自ら発展し、論理的であり、絶え間なく改善されており、公正という思想の影響に絶えず晒される。端的に言えば、それは同時代の文明化を完全に反映し、民族の偉大な願望と歩調を合わせ、民族の進展を助け、どこにおいても人々の民族的生に溶け込んでいる (Pomeroy [1883] p.186.)

このような叙述から、ポマロイが裁判所による法創造をどのように捉えていたかを明確に理解することができる。裁判所による法の発展は、文明化を完全に反映している。判例法の歴史は、徐々にかつ連続的に達成されてきた文明化の過程そのものとして理解されるのである。

### C. 議会による法創造

それに対して、議会による法の創造は、古い原理に基づいておらず、断片的で、変化に対応しにくいものとみなされる。それは自然的理性に基づき、歴史の拘束から離れて新しく法を作る。そして、制定法の意味は制定時に固定されるが故に、社会の変化に対応することが難しくなるのである。

イングランドとアメリカの制定法は、反対に、大部分において断片的であり、そして実際、時として矛盾している。民族の制度や自然的正義の格率に見出される前提に基礎を持たず、またそこからの論理的な帰結として考案されていない。その意味が制定法の単なる文言からのみ得られ、偉大な基底的原理によって下支えされていないため、しばしば恣意的で理解が難しい (Pomeroy [1883] p.186.)

いささか一方的な見解ではあるが、ポマロイは、制定法は原理に基づかず、その意味が文言のみに依存しており、恣意的で断片的になりやすいと考えていたのである (Pomeroy [1883] p.199.)。また、制定法は社会の連続的変化に対応することが難しいとされる。「制定法は一度作られると、国家がいかなる革命を経験したとしても、それに生命を与えた立法府がその条項を廃止し、改正し、追加するために干渉するまでは、同じ

ままでいなければならない」(Pomeroy [1883] p.202.) のである。「制定法は固定されており、柔軟でなく、進歩せず、新しい環境と新しい事案に適合できない」(Pomeroy [1883] p.24.) という。

確かに制定法は侵略などによって一時に変わることがある。しかしそれは、古い原理からの自然な発展ではない。それは過去の法との連続性を断ち切ってしまうであろう。それは連続的な文明化の過程とは相容れないものであった。「有機的な社会の発展はいつも連続的である。それは時として急激で、時としてゆっくりしている。しかし現在は決して完全に過去から切り離されることはない。有機的な社会の発展は、むしろ自然法則や必然の法則によって、過去から発するものである。制定法は、時から時へと改正されはするが、民族の文明化の状態を正確に表現することが決してできない」(Pomeroy [1883] p.202.) のである。このような考察を経た上でポマロイは次のように結論付ける。

このような比較から、司法的決定の産物である民族の法は、完全に制定法から構成されているそれよりも、自由で、啓蒙され、進歩的な民族の必要によりよく適合しているということが十分示されたと考える (Pomeroy [1883] p.205.)

ポマロイにとって、裁判官によって担われてきた法形成過程は、連続的かつ進歩的な歴史過程そのものであった。その一方で、発展の連続性を持たず、一度作られると固定化されてしまう制定法は、そのような歴史の進化法則と合致しないものであったのである。

ポマロイは、議会だけでなく裁判所も法を作ると主張した点で、古典的な法宣言説の批判者であり、法創造説の支持者であった。しかし、彼の法思想は、裁判所による法形成を批判するためのものではなかった。むしろ裁判所による法創造の卓越性を示すためにこそ、かれは法創造説を必要としたのであった。裁判所の法の作り方自体に着目することで、「裁判所は法を作る」という命題は判例法の擁護として援用できたのである。

## (6) 小 括

裁判官は法を宣言するのみなのか、あるいは法を作るのか。19世紀歴史法学者の間で、この問題についての見解は分かれた。カーターとティードマンが法宣言説を維持した一方で、ディロンとポマロイは法創造説を擁護した。しかしながら、そのような見解の対立は、実際には真の対立と言えるものではなかったように思われる。彼らは、しかるべき法の生成過程について、極めて似通った見解を共有していた。つまり、裁判所による連続的な法発展を支持したのであり、慣習をコモン・ローが体現することを擁護し

たのである。

19世紀アメリカの歴史法学派の司法過程観は、古典的コモン・ロー理論のそれとは異なる。彼らは超記憶的慣習が裁判を通して宣言されるという説を好まなかった。しかしながら、古典的コモン・ロー理論との共通点もまた、多く見出される。customという語そのものを使用したかはともかくとして、法は長きに渡る慣習の表現でなければならない、という法思想は、クック以来変化していない。そして法がそのような慣習の表現である限りにおいて、法は正統性を持つことができる。なぜならば、かかる法はその時々多数が恣意によって作ったものではなく、古くからの民衆の正義感覚を反映し続けてきたものだからである。

裁判官が法を作るのか、あるいは宣言するに過ぎないのか、という問には様々な解答がありえた。そしてかかる問への解答は、19世紀アメリカにおける歴史法学派が、古典的コモン・ロー理論以来受け継いできた、法の正統性に対する古典的見解と切り離して理解することはできない。(次号へ続く)

#### 注

- 1) Siegel [1990] は、ポマロイ、クーリ、ティードマンを、LaPiana [1991] pp.537-538 はハモンド、クーリ、プリス、ティードマン、フェルプス、ディロン、カーターを、Tamanaha [2010] p.84 はティードマン、ディロン、ハモンド、カーター、クーリを、Parker [2011] p.230 はプリス、カーター、ディロン、ハモンド、ティードマン、ウォートンをそれぞれ19世紀後期アメリカの歴史法学派として挙げる。その他、Reimann [1989] 及びFigura [2011] もこのような流れに属する研究潮流である。前者はアメリカとドイツの歴史法学の影響関係を論じ、後者はハモンド、ウォートン、ティードマンの evolutionary constitutionalism を扱っている。
- 2) 本稿がこれらアメリカの先行研究の中でどのように位置づけられるのか、ここで説明しておきたい。本稿の特徴は、第一に19世紀アメリカ歴史法学を、古典的コモン・ロー理論という知的文脈の中に位置付けていること、第二に不文憲法思想を中心として、憲法論に焦点を当てていることにある。Siegel [1990], LaPiana [1991], Tamanaha [2010], Rabban [2013] とは第一の点において区別される。Parker [2011] は第一の視座を明確に採用した文献であり、その点では本稿と共通するが、なお第二の点において本稿はParker [2011] よりも詳細な叙述を行う。
- 3) クーリの伝記的事実として、Jacobs [1954] pp.27-32, Jones [1987] ch.1-3, Siegel [1990] pp.1485-1487, LaPiana [1991] p.538, n.95, Rabban [2013] pp.21-27.
- 4) ティードマンの伝記的事実として、Jacobs [1954] pp.58-60, Siegel [1990] pp.1515-1516, Halper [1990] pp.1350-1352, LaPiana [1991] p.538, n.97, Rabban [2013] pp.57-60.
- 5) プリスの伝記的事実として、Graham [1954] p.7, n.25, LaPiana [1991] p.538, n.96.
- 6) Westlaw で彼の名前に言及したロー・レビューを検索したところわずか19件しかヒットしなかった。
- 7) Graham [1954] p.7, n.25. もっとも LaPiana [1991] p.538, n.96 によると、彼自身が1873年にミズーリ・ロー・スクールを設立したとなっている。
- 8) ウォートンの伝記的事実として、Siegel [2004] pp.422-424, Rabban [2013] pp.20-21.
- 9) カーターの伝記的事実として、LaPiana [1991] p.539, n.100, Rabban [2013] pp.27-31.

- 10) ポマロイの伝記的事実として, Siegel [1990] pp.1453-1455, Rabban [2013] pp.32-35.
- 11) ハモンドの伝記的事実として, LaPiana [1991] p.537, n.94, Rabban [2013] pp.35-39.
- 12) ディロンの伝記的事実として, Jacobs [1954] pp.111-114, LaPiana [1991] p.538, n.99.
- 13) 当時の文献には, しばしばメインやサヴィニーへの言及がみられる。例えば, Wharton [1884] p.89, Tiedeman [1890] p.11, Dillon [1894a] p.381. 二次文献としては, Reimann [1989], Rabban [2013] が特にドイツ歴史法学の影響を扱っている。
- 14) クック, ブラックストーン, パークなどの引用も多い。これらについては適宜本稿で言及するが, 例えば, Cooley [1875a] p.521, Wharton [1884] pp.84-88, Dillon [1894a] index など。
- 15) ブラックストーンの Commentaries は 1871 年のクーリ版を使用した, 引用は star page によった。
- 16) コモン・ローの超記憶性については, 清水 [2012b] p.53, n.9 を参照されたい。
- 17) 本稿では nation, national をとりあえず民族と訳すことにした。ドイツ歴史法学にも似て, 19 世紀アメリカの歴史法学は法を民族の歴史の産物と捉えていた側面があるからである。シーゲルによれば, 「ポマロイ, クーリ, ティードマンらは, nation とその支配的な racial group の歴史的研究を通じて明らかになる ethnic spirit の原理によって, 法は究極的には決定されると考えた」(Siegel [1990] p.1437.)。あるいはラヴァンによれば, 「アメリカの法学者たちは a nation の歴史に焦点を合わせた。彼らはそれをしばしば race と同一視し, 法を含む民族の文化の全ての側面を, その歴史的発展の関連する一部分と捉えた」(Rabban [2013] p.326.)。19 世紀後半から 20 世紀初頭の英米におけるアングロ・サクソン主義の台頭については, Cosgrove [1987] ch.3 が検討を加えている。Rabban [2013] pp.331-332 は, 幾人かの理論家にはレイシズム的な側面があったことに言及している。

このように, 先行研究は 19 世紀アメリカ歴史法学が民族的要素を強調していたことを指摘している。勿論本稿もそれを否定しない。しかし, nation や race という語は, 当時の文献においてしばしば mass や citizen といった語とも互換的に用いられているし, 当時の法曹が極めて好んだ popular という語には民族主義的な色は薄い。果たして, nation, race という語にどれだけ特別の意味が込められていたのかは慎重な検討が必要であると思われる。少なくとも, 今日我々の感覚と同じ態度でこれらの語に接近しようとするのは思想史的に危険であろうし, 本稿ではこの論点には暫定的に立ち入らないことにしたい。より具体的に言いかえれば, 移民や黒人をめぐる当時の法的争点については, 別稿に委ねることとする。もっとも, 南北戦争と Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) という複雑な文脈を考慮すると, かかる研究は非常に骨の折れるものとなることが予想されるのであるが。

一次文献としては, クーリの次のような定義が参考になる。「a state はボディ・ポリティークあるいは, 相互の安全と, 結合力によって得られる共通の成果による利点を確保するという目的のために共通の法の下に結合した人々の社会として定義される。この用語はしばしば nation と同じものとして用いられる。しかし後者はより people に近い語である。ひとつの state は多くの異なった nations や peoples を含みうる。その一方, ひとつの nation は時としていくつかの state を構成するほどに政治的に分割されるだろう」(Cooley [1880b] p.20.)。このような叙述からは, state が法的な結合を指すのに対し, nation や people はより人種や民族に近い概念として扱われることがあったことが窺える。

その一方で, ポマロイは, 次のように a nation を政治的法的結合に近いものとして定義している。「a nation とは, 厳格な意味においては, 独立し隔てられた政治社会として定義される。それは自らの組織と政府を持ち, 固有成り絶対の立法権を有する」(Pomeroy [1888] p.29.)。このようなクーリやポマロイにおける定義の揺れを見ても, a nation という語をどのように把握すべきかは簡単に答えの出る問題ではないことが窺われるのである。A nation は民族でもあり, 国民でもあったのだろうが, 両者の意味が日本語において大きく乖離しているため, 訳語が原文の意味を不適切に伝達してしまうことを恐れる次第であり, 読者にはこの点留意していただきたい。

なお、people をどう訳すかは極めて難しかったが、文脈に応じて適宜民族、人々、人民と訳し分けている。

- 18) 例えば、田中 = 竹下 = 深田 = 亀本 = 平野 [1997] p.114. (亀本洋執筆)
- 19) 矢野 [2003], Parker [2011] pp.228-229.
- 20) 19世紀歴史法学派が、歴史には意味や目的が内在すると把握していたと述べる点ではパーカーも同様である。パーカーによれば、我々現代人は現在を相対化するために歴史を用いるが、19世紀においては、歴史には意味、目的、方向性が内在していると考えられた。歴史には向かうべき方向性があるが故に、法の内容が正しいかどうかは、それが歴史法則に合致したのかによって判断可能なのである。例えば、デモクラシーによって本来向かうべき歴史の方向とは異なる立法を行うことは端的に「誤り」とされる。パーカーによれば、「目的論的で基礎付け論的な歴史観は、アメリカ革命以来アメリカのデモクラシーに適用されることになった。歴史がその基層にある論理や意味や方向性を有している想定される限りにおいて、19世紀の多くの人はデモクラシーを歴史の論理を貫徹するものとして見ることができた。それと同じように、歴史の論理はデモクラシーへの制約としても等しく機能しうる。言いかえると、もし歴史がどこかに向かっているのなら、民主的に選ばれた立法府の活動をそのような論理の観点から判断することも可能であろう」(Parker [2011] p.17.)
- 21) かかる歴史観については、例えば、田中秀夫 [1998] p.133.
- 22) 田中英夫編著 [1991] p.165, Podgor=Cooper [2009] p.7, 樋口 [2010] p.148.
- 23) もっともホースマンの研究の意図は、当初はレイシズム的な意味を持っていなかったサクソンの神話が、19世紀前半のアメリカにおいてレイシズム的な意味合いを帯びて使用されたことを立証することにある。この点の検討については他日を期したい。
- 24) 管見の限り、本書は最も包括的で信頼に足るクーリの研究書である。
- 25) 陪審制の起源について、Pomeroy [1883] p.69, 76.
- 26) Jones [1987] p.115 も参照。
- 27) クーリの A Treatise on the Constitutional Limitations の引用は、原則として筆者の手元にあった1883年の第5版から行うが、読者の便宜を考慮して引用箇所は star page で示す。
- 28) タマナハは次のように述べる。「コモン・ローの裁判官は、域内の共通の慣習と道徳を代表しており、共同体の同意を担っていると以前には主張することができた。しかし、時代が変化すると、共同体の同意を直接代表するのは立法者となったのである」(Tamanaha [2010] p.88.)
- 29) もっとも、管見の限り、race, people, nation といった語は、mass, citizen などの語と互換的に使用されることがよくあった。19世紀歴史法学派が民族という要素をどのような意図で用いたのかについては、判断を留保したい。前掲注 17 参照。
- 30) 本稿では、あまり上手な訳だとは思わないが、さしあたり、popular を民衆的と訳すことにする。民主的と訳すと democracy との区別がつきにくくなるからである。19世紀歴史法学派の文献においては、しばしば、popular は良い意味で、democracy は悪しき意味で用いられることがある。
- 31) もっともこのようなクーリの言明は、treatise という、法の客観的解説を第一次的な使命とする体系書の中で展開されたものであることは注意されてよい。クーリはコモン・ローの超記憶性はフィクションであることに十分に気がついていた形跡がある。クーリは、とある雑誌の中で、判例は裁判官による立法であり、以前には知られていなかった法が遡及的に適用されるのだ、と率直にも述べている (Cooley [1886a] p.465.)。クーリにとって、コモン・ローの超記憶性と、コモン・ローが新しい法でありうることは、両立するものであったと考えられる。前者は規範的な擬制、後者は事実の描写として、である。
- 32) いささか特殊な使い方ではあるが、ハモンドは、「慣習」と「先例」をほぼ同一のものとみなし、同義語に近い形で使っているようである。ハモンドは、これらを規範ではなく事実のレベルに属する概念として捉えていたように思われる。一方、「法」や「コモン・ロー」といった概念は、事実と言うよりも規範的な概念として用いられている。

単純化して図式的に述べれば、慣習＝先例（事実のレベル）vs 法＝コモン・ロー（規範のレベル）という対照が存在する。

- 33) 19世紀当時、ブラックストーンの法概念論は分析法学に属するものとして扱われることが多かった。後掲注37参照。しかし、ハモンドはブラックストーンを古典的コモン・ロー理論の理論家とみなし、分析法学の理論家とは見ていない。それが何故なのか、というのは興味深い問題であるが、本稿の射程を超える。
- 34) ハモンドの法思想を同時代人と比較すると、コモン・ローの「理性」の要素を重視しており、「民衆的法」の要素を重視していないことが理解できる。一口にコモン・ローの思想と言っても、そこには単純化を許さない豊饒さがあることについては、戒能 [2013] が強調するところである。しかし本稿は、なお分析法学の批判と慣習法の擁護という要素を括りだすことで、19世紀アメリカのコモン・ロー思想の共通性を見出すことができるという立場に立つ。
- 35) 財産権の再分配に対するディロンの懸念については、清水 [2012a] pp.57-60を参照されたい。
- 36) このような歴史認識が、法制史として正確なのかはまた別の問題である。クックやブラックストーンの「古来の国制論」にも言えることだが、法律家の書く「法制史」は、歴史叙述としての正確性をその目的としていないことが多い。そのようなテキストを、現在の法制史学の基準（歴史学的正確性）から評価することは、返ってテキストの意義を見失う結果となってしまいうだろう。
- 37) 19世紀歴史法学派によるブラックストーン受容の在り方は、極めて複雑である。一般に彼はよく読まれ尊敬されていたようであるが (Cooley [1871] p.v, Pomeroy [1883] p.xiii.), ハモンドによる受容を例外として、ブラックストーンの法概念論は、ホップズ、ベンサム、オースティンらと同列に扱われたことが多いようである。そもそもブラックストーンの法思想には、古典的コモン・ロー理論、自然権論、法実証主義などの様々な要素が混在しているのは周知の事実であり、彼から何を読み取るかもまた複雑な面を有するのであろう。ウォートンが、「ブラックストーンは奇妙にも歴史理論とホップズの契約理論を混ぜ合わせている」(Wharton [1884] p.84.) と述べるとおりである。
- 38) *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819)
- 39) *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U.S. 420 (1837)
- 40) 原文は一文が非常に長いので、適宜説明文や修飾語をカットして読みやすく訳出した。
- 41) かかる時代状況を端的にまとめたものとして、Tamanaha [2010] pp.33-36。一次文献として、例えば、Dillon [1894a] p.264。

《参考文献》（本号及び次号）

< PRIMARY SOURCES >

Blackstone, Sir William (edited by Thomas Cooley) [1871] *Commentaries on the Laws of England*, vol.1. including books I & II, Callaghan and Cockcroft.

Bliss, Philemon [1885] *Of Sovereignty*, Little, Brown, and Company.

Brown, Henry [1911] “The New Federal Judicial Code,” 34 *Annu.Rep.A.B.A.* 339.

Carter, James [1884] *The Proposed Codification of Our Common Law: A Paper, Prepared at the Request of the Committee of the Bar Association of the City of New York, Appointed to Oppose the Measure by James C. Carter*, Post Job Printing Office.

Carter, James [1889] “Annual Address by James C. Carter, of New York, Province of the Written and Unwritten Law,” 13 *Va.L.J.*1.

Carter, James [1890] “The Ideal and the Actual in the Law,” 24 *Am.L.Rev.*752.

Carter, James [1895] “Address of the President, James C. Carter, of New York, New York,” 18

- Annu.Rep.A.B.A.*185.
- Carter, James [1907] *Law, Its Origin, Growth and Function: Being a Course of Lectures Prepared for Delivery before the Law School of Harvard University*, The Knickerbocker Press.
- Cooley, Thomas [1868] *The Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 1<sup>st</sup> edition, Little, Brown, and Company.
- Cooley, Thomas [1875a] "Sources of Inspiration in Legal Pursuit," 9 *W. Jurist* 505.
- Cooley, Thomas [1875b] *Washington: His Character and the Lessons to be Drawn from It, A discourse to the Law Students of Michigan University Delivered at their Request*.
- Cooley, Thomas [1877] *The State of the Law: A Test of National Progress, Address to the Graduating class of the Law Department of Michigan University*.
- Cooley, Thomas [1878] "Limits to State Control of Private Business," 54 *Princeton Rev.* 233.
- Cooley, Thomas [1880a] *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which Arise Independent of Contract*, Callaghan and Company.
- Cooley, Thomas [1880b] *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Little, Brown, and Company.
- Cooley, Thomas [1883] *The Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 5<sup>th</sup> edition, Little, Brown, and Company.
- Cooley, Thomas [1884] "Labor and Capital before the Law," *North American Review*, no.337, p.503.
- Cooley, Thomas [1886a] "Another View of Codification," 2 *The Columbia Jurist* 464.
- Cooley, Thomas [1886b] *The Influence of Habits of Thought upon Our Institutions*.
- Cooley, Thomas [1888] "The Uncertainty of the Law," 22 *Am. L. Rev.* 347.
- Cooley, Thomas [1889] "Comparative Merits of Written and Prescriptive Constitutions," 2 *Harv. L. Rev.* 341.
- Cooley, Thomas [1892] "Sovereignty in the United States," 1 *Mich. L. J.* 81.
- Cooley, Thomas [1893a] "The Power to Amend the Federal Constitution," 2 *Mich. L. J.* 109.
- Cooley, Thomas [1893b] "The Administration of Justice in the United States of America in Civil Cases," 2 *Mich L. J.* 341.
- Cooley, Thomas [1894a] "The Fundamentals of American Liberty," 3 *Mich. L. J.* 149.
- Cooley, Thomas [1894b] "The Lawyer as a Teacher and a Leader," 3 *Mich. L. J.* 241.
- Dillon, John [1884] "Annual Address by John F. Dillon: American Institutions and Laws," 7 *Annu. Rep. A.B.A.* 203.
- Dillon, John [1890] "Bentham and His School of Jurisprudence," 24 *Am. L. Rev.* 727.
- Dillon, John [1894a] *The Laws and Jurisprudence of England and America: Being a Series of Lectures Delivered before Yale University*, Little, Brown, and Company.
- Dillon, John [1894b] "Our Law: Its Essential Nature and Ethical Foundations and Relations," 3 *Counsellor* 99.
- Hale, Sir Matthew (edited and with an introduction by Charles M. Gray) [1971] *The History of the Common Law of England*, The University of Chicago Press.
- Hammond, William Gardiner [1880] "Appendix," Francis Lieber (additions and note by William G. Hammond) [1880] *Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and*

- Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities*, F.H.Thomas and Company.
- Pomeroy, John [1883] *An Introduction to Municipal Law: Designed for General Readers and for Students in Colleges and Higher Schools*, Bancroft and Company.
- Pomeroy, John (revised and enlarged by Edmund Bennett)[1888] *An Introduction to the Constitutional Law of the United States, Especially designed for Students, General and Professional*, 10<sup>th</sup> edition, Houghton, Mifflin and Company.
- Tiedeman, Christopher [1890] *The Unwritten Constitution of the United States: A Philosophical Inquiry into the Fundamentals of American Constitutional Law*, The Knickerbocher Press.
- Tiedeman, Christopher [1891] "Methods of Legal Education," 1 *Yale L.J.* 150.
- Tiedeman, Christopher [1892] "Dictum and Decision," 6 *Colum.L.T.* 35.
- Tiedeman, Christopher [1896] "The Doctrine of Stare Decisis, and a Proposed Modification of its Practical Application, in the Evolution of the Law," 3 *Univ.L.Rev.* 11.
- Wharton, Francis [1884] *Commentaries on Law: Embracing Chapters on the Nature, the Source, and the History of Law, on International Law, Public and Private and on Constitutional and Statutory Law*, Key and Brother, Law Booksellers, Publishers, and Importers.

< SECONDARY SOURCES >

- Baker, J.H. [2002] *An Introduction to English Legal History*, 4<sup>th</sup> edition, Butterworths LexisNexis. J・ベイカー (小山真夫訳) [1975] 『イングランド法制史概説』創文社。
- Bernstein, David [2003] "Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism," 92 *Geo.L.J.*1.
- Carrington, Paul [1994] "William Gardiner Hammond and the Lieber Revival," 16 *Cardozo L.Rev.* 2135.
- Cosgrove, Richard [1987] *Our Lady the Common Law, an Anglo-American Legal Community, 1870-1930*, New York University Press.
- Edlin, Douglas (edited by) [2007] *Common Law Theory*, Cambridge U.P.
- Elliott, Donald [1985] "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence," 85 *Colum L.Rev.* 38.
- Figura, John [2010] "Against the Creation Myth of Textualism: Theories of Constitutional Interpretation in the Nineteenth Century," 80 *Miss.L.J.* 587.
- Gordon, Robert [1980] "Historicism in Legal Scholarship," 90 *Yale L.J.*1017.
- Graham, Howard Jay [1954] "Our "Declaratory" Fourteenth Amendment," 7 *Stan. L. Rev.* 3.
- Grossman, Lowis [2002] "James Coolidge Carter and Mugwump Jurisprudence," 20 *Law & Hist. Rev.* 577.
- Grossman, Lowis [2007] "Langdell Upside-Down: James Coolidge Carter and the Anticlassical Jurisprudence of Anticodification," 19 *Yale J.L. & Human.* 149.
- Horsman, Reginald [1976] "Origins of Racial Anglo-Saxonism in Great Britain before 1850," *Journal of the History of Ideas*, volume XXXVII, number 3.
- Hovenkamp, Herbert [1985] "Evolutionary Models in Jurisprudence," 64 *Tex.L.Rev.* 645.
- Jacobs, Clyde [1954] *Law Writers and the Courts, the Influence of Thomas M. Cooley, Christopher G.*



- Tiedeman, and John F. Dillon upon American Constitutional Law*, University of California Press.
- Jones, Alan [1987] *The Constitutional Conservatism of Thomas McIntyre Cooley, A Study in the History of Ideas*, Garland Publishing.
- LaPiana, William [1991] "Jurisprudence of History and Truth," 23 *Rutgers L.J.* 519.
- Laux, Andrea [1993] "The Persistence of the Ancient Regime: Custom, Utility, and the Common Law in the Nineteenth Century," 79 *Cornell L.Rev.* 183.
- McIlwain, Charles Howard [1947] *Constitutionalism: Ancient and Modern*, revised edition, Cornell U.P. C.H.McIlwain (森岡敬一郎訳) [1966] 『立憲主義その成立過程』慶応通信株式会社。
- Morag-Levine, Noga [2007] "Common Law, Civil Law, and the Administrative State: From Coke to Lochner," 24 *Const. Comment.* 601.
- Nourse, Victoria [2009] "A Tale of Two Lochners: The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights," 97 *Cal.L.Rev.* 751.
- Parker, Kunal [2006] "Context in History and Law: A Study of the Late Nineteenth-Century American Jurisprudence of Custom," 24 *Law & Hist.Rev.* 473.
- Parker, Kunal [2011] *Common Law, History, and Democracy in America, 1790-1900, Legal Thought before Modernism*, Cambridge U.P.
- Pocock, J.G.A. [1957] *The Ancient Constitution and the Feudal Law, A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge U.P.
- Podgor, Ellen=Cooper, John [2009] *Overview of U.S. Law*, LexisNexis.
- Rabban, David [2003] "The Historiography of Late Nineteenth-Century American Legal History," 4 *Theoretical Inq.L.* 541.
- Rabban, David [2013] *Law's History, American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge U.P.
- Reimann, Mathias [1989] "The Historical School Against Codification: Savigny, Cater, and the Defeat of the New York Civil Code," 37 *Am.J.Comp.L.* 95.
- Siegel, Stephen [1990] "Historism in Late Nineteenth-Century Constitutional Thought," 1990 *Wis. L. Rev.* 1431.
- Siegel, Stephen [1991] "Lochner Era Jurisprudence and the American Constitutional Tradition," 70 *N.C.L.Rev.* 1.
- Siegel, Stephen [2004] "Francis Wharton's Orthodoxy: God, Historical Jurisprudence, and Classical Legal Thought," 46 *Am.J.Legal Hist.* 422.
- Stein, Peter [1980] *Legal Evolution, The Story of an Idea*, Cambridge U.P. P・スタイン (今野勉 = 岡崎修 = 長谷川史明訳) [1989] 『法進化のメタヒストリー』文眞堂。
- Tamanaha, Brian [2010] *Beyond the Formalist-Realist Divide, the Role of Politics in Judging*, Princeton U.P.
- Vermeule, Adrian [2009] *Law and the Limits of Reason*, Oxford U.P.

<邦語参考文献>

- 大久保優也 [2010] 「アメリカ連邦憲法草創期における constitution, common law, legalization of the constitution — 1798 年 Sedition Act をめぐる論争を中心に」早稲田法学会誌 60 巻 2 号。

- 岡崎修 [2013] 『レッセ・フェールとプラグマティズム法学—19世紀アメリカにおける法と社会』成文堂。
- 戒能通弘 [2013] 『近代英米法思想の展開—ホップズ=クック論争からリアリズム法学まで』ミネルヴァ書房。
- 清水潤 [2011] 「立憲主義・国家からの自由・徳—19世紀レッセフェール立憲主義の人間像 (1)」中央ロー・ジャーナル 8巻 3号。
- 清水潤 [2012a] 「立憲主義・国家からの自由・徳—19世紀レッセフェール立憲主義の人間像 (2)」中央ロー・ジャーナル 8巻 4号。
- 清水潤 [2012b] 「アメリカにおける不文憲法の伝統 (1)」中央ロー・ジャーナル 9巻 2号。
- 田中成明=竹下賢=深田三徳=亀本洋=平野仁彦 [1997] 『法思想史』第二版, 有斐閣。
- 田中英夫 [1987] 『英米法研究 2・デュー・プロセス』東京大学出版会。
- 田中英夫編著 [1991] 『英米法辞典』東京大学出版会。
- 田中秀夫 [1998] 『共和主義と啓蒙—思想史の視野から』ミネルヴァ書房。
- 樋口範雄 [2010] 『はじめてのアメリカ法』有斐閣。
- 矢野卓也 [2003] 「ハーバート・スペンサーにおける〈完全社会〉と〈政治〉」法学政治学論究 59号。

<注記>本研究は、JSPS（日本学術振興会）科学研究費の助成を受けたものである。

### ●Summary

In late 19<sup>th</sup> century America, the Supreme Court of the United States declared many laws unconstitutional that restrained liberties. This article considers the legal thought that characterized what came to be known as the *Lochner* era. Distinguished scholars of that time developed a theory of an unwritten constitution based upon a concept of law as custom. The theory considered the constitution to be an instrument of customary and unwritten law.

This approach came out of a long tradition in Anglo-American law. In 17<sup>th</sup> century England, common law lawyers such as Sir Edward Coke regarded law as custom. Their philosophy is now known as “classical common law theory.” It saw law by definition as unwritten and immemorial custom, based on reason and the consent of the people. The exponents of this approach applauded common law and distrusted statutes and any prerogative of the king.

Classical common law theory was imported to the American colonies and developed there from the revolution through the 19<sup>th</sup> century. Legal scholars in the *Lochner* era later relied on this tradition in justifying active judicial review.