The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	アメリカにおける司法積極主義と消極主義 : 司法審査制と民主主義の相克
Author(s)	中谷, 実
Citation	大阪大学, 1991, 博士論文
Version Type	
URL	https://hdl.handle.net/11094/37647
rights	
Note	著者からインターネット公開の許諾が得られていないため、論文の要旨のみを公開しています。全文のご利用をご希望の場合は、大阪大学の博士論文についてをご参照ください。

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

【 1 】

氏　　名	中谷　実（なかたに　みのる）
博士の専攻分野の名称	博　士（法　学）
学位記番号	第　9888　号
学位授与年月日	平成3年9月4日
学位授与の要件	学位規則第4条第2項該当
学位論文名	**アメリカにおける司法積極主義と消極主義** **－司法審査制と民主主義の相克－**
論文審査委員	(主査) 教授　高田　敏 (副査) 教授　中山　勲　助教授　松井　茂記

論文内容の要旨

研究の動機

わが国の裁判所は，通常，司法消極主義と認識されている。歴代の最高裁長官は，議会は，主権者国民から選挙を通じて国政を委ねられた民主的な制度であるから，国民に対して直接に責任を負わない裁判所が国民の多数の意思の表現である法律を無効とすることには，極めて慎重でなければならない旨の主張を幾度か表明している。アメリカにおける司法消極主義と積極主義対立の問題に興味をもったのは，このような主張は妥当なのか，違憲審査権行使のあり方について，その他にどのような考え方があるのか，民主主義社会における違憲審査権をもつ裁判所の役割は・・・・といった問いに何らかのヒントを与えてくれるのではないかと考えたからである。わが国との関連は今後の課題として，本書ではもっぱらアメリカの問題を扱う。

Ⅰ　はじめに

(1) 本書の目的

200年近い違憲審査制の歴史をもつアメリカにおいても，そのあり方をめぐって未だ議論が激しく闘わされている。司法積極主義と司法消極主義の対立である。しかし，積極主義，消極主義といっても，様々なパターンがあり，単純な二分法では捉えきれない。そこで，本書は，過去約100年間の連邦最高裁における裁判官達を考え方の近いものどうしをグループとして構成し，その思考構造を立体的に捉え，積極主義と消極主義の対立の根底にあるものを浮き彫りにしようとするものである。

(2) アプローチ

アプローチの方法として，裁判所を政治システムの一部として捉える「政治学的法学」の立場を

用いる。また，各々の裁判官のグループの思考を分析する時，各裁判官の抱く違憲審査権行使の基本的スタンスともいうべき司法哲学に焦点を当てる。それは，個々の憲法解釈のテクニックは，基本的には裁判官の価値を実現するための手段，道具であると考えつつも，両者は必ずしも直結するものではなく，司法哲学に介在されていると考えるからである。司法哲学は，違憲審査制と民主主義の関係をどう捉えるか（議会制民主主義か立憲民主主義か）というより根源的な次元と，司法による政策形成を積極的に肯定するか否か（司法による価値選択，司法による法創造に肯定的か否か）という二つの次元において把握する。

(3) 積極主義，消極主義の定義

積極主義とは，文字通り積極的に憲法判断を試み，違憲判断をためらわない傾向にある立場と定義する（時には，一定の作為も命じる)。もっとも，ある裁判官達のグループを積極主義と規定したからといって，あらゆる憲法領域で積極主義をとるわけではなく，積極的なアプローチをとる一定の特徴的な領域に注目して積極主義と規定するのである。他方，消極主義とは，憲法判断を回避したり，合憲判断を行うことによって立法府の行為を追認していく傾向にある立場と定義するが，この立場であっても，長らく続いている違憲審査の伝統を全く否定するわけではないことに注意しなければならない。積極主義のグループとしては，レッセフェール・アクティヴィズム，リベルターリアン・アクティヴィズム，イガリターリアン・アクティヴィズムが，消極主義のグループとしては，オーソドックス・パッシヴィズム，コンテンポラリー・パッシヴィズムがあげられる（グループ全体の立場を総体的に捉える時は，・・・・ヴィズムと呼び，裁判官に焦点を当てる場合は，・・・・ストと呼ぶ)。

(4) 対象とする憲法領域

まず，経済政策の領域を最初に検討する。それは，積極国家，福祉国家への動きに対する各グループの対応を見ることによって，ダブル・スタンダードの成立とその変容を見ることができるからである（第Ⅱ論文)。次に，（アファーマティブ・アクションと区別される）従来からの人種差別を扱う。人種差別は，平等の国アメリカにおけるディレンマといわれ，最高裁は，この問題に良かれ悪しかれ，深くかかわってきたからである（第Ⅲ論文)。第三に，ダブル・スタンダードにおける一方の極ともいうべき表現の自由を扱う。アメリカ憲法の研究において，民主主義，人権の核といわれる表現の自由に関する考察を欠くことはできない（第Ⅳ論文)。第四に，都市化とともに生じた議席再配分の問題を検討する。この問題も，60年代当時その与えた政治的インパクトからみて極めて重要な問題である（第Ⅴ論文)。第五に，60年代後半，単なる人種差別の解消だけでは不十分だという認識の下になされはじめた積極的人種差別是正策，すなわち，アファーマティブ・アクションの問題を扱う。これも，次に述べる中絶の問題とともに国論を二分した最重要問題の一つである（第Ⅵ論文)。最後に，60年代中期以降の性革命といわれる現象とともに生じてきた性的自己決定に関する諸事件，すなわち，避妊，中絶，同性愛をめぐる諸事件を検討する。特に，妊娠中絶に関する事件において司法による政策形成の是非が激しく争われ，最高裁の役割が根本的に問われることになった（第Ⅶ論文)。以下，これらの憲法領域に対する各グループの対応を検討する。

Ⅱ　各グループの各憲法領域への態度

要約の便宜上，第Ⅱ論文から第Ⅶ論文をまとめて要約する（ブラック裁判官の立場や各グループに対する学説の対応については省略)。

(1) 積極主義として規定するグループ

①レッセフェール・アクティヴィズム

これは，19世紀末から1937年の憲法革命に至るまで最高裁で多数派となった，フィールド，ブラッドレー，ハーラン，フラー，ブルーア，ホワイト，ペッカム，ヴァンデヴァンター，マクレノルズ，サザランド，バトラー，サンフォードらの裁判官の立場である。彼らは，経済政策が問題となった事件では，ソーシャル・ダーウィニズムに焼き直された形でのレッセフェール哲学の下に，契約の自由と財産権の絶対化を試み，主としてデュー・プロセス条項を用いながら，多くの経済・社会立法を違憲とした。彼らの立場をレッセフェール・アクティヴィズムと呼ぶのは，レッセフェール哲学に依拠して，多くの社会・経済立法を違憲とした点に注目するからである。もっとも，彼らは，人種差別立法に対しては，「ある人種が他人種に社会的に劣っているならば，憲法は，彼らを同じ平面に置きえない」との思想の下に，「分離するが平等の法理」や州立法府の広い裁量権限の肯定，さらに，ステイト・アクション概念の限定等を通じて，差別立法を是認することが多かった。さらに，表現の自由の領域では，「悪しき傾向のテスト」を用いたり，「事前抑制禁止の法理」，「明確性の基準の法理」を厳格に考えないことにより，緩やかな審査を行い，立法府の規制を肯定しようとした。かくして，レッセフェール・アクティヴィズムの立場では，契約の自由や財産権が高く位置づけられ，表現の自由や平等などの価値は低く位置づけられる。司法哲学について見ると，経済政策の領域において積極主義にたった時，立憲民主主義・政策形成否定の司法哲学が援用されるが，表現の自由や人権差別の領域では，その哲学は見られない。

②リベルターリアタン・アクティヴィズム

これは，レッセフェール・アクティヴィズムが優勢であった間は少数派であったが，1937年以降主流となり，イガリターリアン・アクティヴィズムの源流となったともいうべき，ホームズ，ブランダイス，ストーン，カードゾー，ラトレッジ，マーフィらの裁判官の立場である。彼らは，契約と財産権の自由の相対化を試み，「緩やかな合理性のテスト」，「強い合憲性の推定」，「合憲解釈のアプローチ」，「憲法問題回避の準則」等のテクニックを用い，立法府の経済政策を是認し，積極国家を憲法上承認しようとした。彼らの理想とするのは，大企業の支配しない，小企業の競争する，労働者が尊重される社会なのである。彼らの経済・社会立法への態度は，レッセフェール・アクティヴィストとちょうど反対になっている。従来からの人種差別については，ステイト・アクション概念の拡大により平等保護の射程を広げ，さらに，分離教育を正面から否定するわけではなかったものの，「分離するが平等の法理」を厳格に適用し，高等教育における分離教育を実質的に崩壊させようとした（人種差別の場合は，ストーン，ヒューズ，マーフィ，ラトレッジらの後期のリベルターリアン・アクティヴィストを念頭に置いている)。表現の自由の領域を見ると，政治的表現を規制する立法に対しては，思想の自由市場の理論の下に，「明白かつ現在の危険テスト」，「事前抑制禁

止の法理」,「明確性の基準の法理」,「パブリック・フォーラム論」等を用い，かなり積極的な審査態度を示した。結局，彼らは，経済政策ではハンド・オフのアプローチを，市民的自由・権利の領域ではかなり積極的なアプローチをとり（ダブル・スタンダード），価値序列はレッセフェール・アクティヴィズムと逆転している。このグループをリベルターリアン・アクティヴィズムと呼ぶのは，市民的自由・権利に対する積極的な態度に注目するからである。司法哲学について見ると，経済政策の領域では議会制民主主義・政策形成否定の司法哲学が援用されるが，表現の自由の領域では，立憲民主主義の司法哲学が援用されている。

③イガリターリアン・アクティヴィズム

これは，リベルターリアン・アクティヴィズムの流れを汲みながら，ウォーレン・コートにおいて多数派となったダグラス，ブレナン，マーシャル，ウォーレンらの裁判官の立場である。このグループは，50年代，60年代，ウォーレン・コートを支配し，立法府，行政府が積極的な対応をしなかった領域に深く関与し，社会改革の先導者となったといわれるくらいに，社会にインパクトを与えた。1969年からのバーガー・コートでは勢力は衰えてきたが，スチュワート，ホワイト，パウエル，ブラックマン，スティーブンスらの中間派の動向次第では多数派を形成することも結構ある。経済政策の問題に関しては，リベルターリアン・アクティヴィズムと同じく無干渉の態度を示すが，60年代半ば福祉の問題が平等保護にかかわる憲法問題として出てきた時，貧困と福祉のからむ問題を単なる経済的な事柄として突き放さないで，基本的権利・利益もしくは類別が「疑わしい」基準に基づく場合だと捉え，厳格な審査を行っている。この背後に，力のない少数者，稼ぎ手のいない貧しい家族という観念を，さらに，福祉国家肯定の思想を見ることができる。人種差別の領域では，リベルターリアン・アクティヴィスト達の努力によって実質的には崩壊されつつあった「分離するが平等の法理」を正面から否定し，50年代後半から60年代，積極的に人種分離の解消，人種統合を推進しようとした。彼らは，色を意識しない「カラー・ブラインド」の社会の実現をめざし，積極的に違憲判決を下したのみならず，「カラー・ブラインド」の社会を実現するには一時的にアファーマティブ・アクションは必要であると考え，中間的な審査基準でもって合憲とする傾向にある。表現の自由の領域においても極めて積極的な態度を示している。政治的表現に対しては，「事前抑制禁止の法理」,「パブリック・フォーラム論」の拡大，象徴的表現の肯定等を通じて強く保障しようとしたのみならず，リベルターリアン・アクティヴィズムにおいては消極的な位置しか与えられていなかった名誉毀損的表現，営利的言論，わいせつ的表現にもかなりの憲法的保護を与えた。さらに，知る権利，アクセス権といった新しい権利にも概して肯定的である。このような積極的な態度は，思想の自由市場理論，自己統治論，ならびに，修正された市場理論に支えられている。議席再配分の問題に関しても，選挙権は代議政治において極めて重要である，代表の基礎は個人である，各個人は平等の投票をもたねばならないとの思想の下に，議席再配分の問題は司法判断適合性のない政治問題であるというオーソドックス・パッシヴィストの置いた障害を除去し，やむにやまれざる利益テストでもって一人一票原則を徹底的に推進していった。性的自己決定の領域では，州による避妊具規制や妊娠中絶，同性愛の規制に対して，基本的権利としてのプライバシーの権利を対抗

させ，厳格な審査を行う。このグループをイガリターリアン・アクティヴィズムと呼ぶのは，平等主義革命を行ったといわれる位に平等に関心が深かった点に注目するからである。司法哲学について見ると，リベルターリアン・アクティヴィスト同様，（福祉受給権を除く）経済政策の領域では，議会制民主主義・政策形成否定の司法哲学を援用するが，従来からの人種差別，表現の自由，議席再配分等の領域では立憲民主主義・政策形成肯定の司法哲学を全面に出す。しかし，アファーマティブ・アクションの領域においては，その司法哲学は後退する。

(2) 消極主義として規定するグループ

①オーソドックス・パッシヴィズム

これは，フランクファーター，ハーランらの50年代，60年代の保守派の裁判官の立場である。ウォーレン・コートにおいてイガリターリアン・アクティヴィストと対立し，少数派となることが多かったが，その思想は，コンテンポラリー・パッシヴィストに受け継がれていく。オーソドックス・パッシヴィストも，リベルターリアン・アクティヴィストが確立した経済政策に対するハンド・オフの立場を受け継ぐが，福祉の場合に他の経済規制とは異なった審査基準を適用すべきでないとする点でイガリターリアン・アクティヴィストと対立する。オーソドックス・パッシヴィストは，ある程度の財産をもって自立して生きていける市民からなる社会を理想とし，福祉国家推進に否定的である。彼らは，表現の自由に対しても極めて消極的であった。政治的表現の領域では立法府の広い権限を広汎に肯定し，「比較衡量テスト」，「事前抑制禁止の法理」の緩和，「パブリック・フォーラム論」の抑制，象徴的表現への否定的態度等を通じて，イガリターリアン・アクティヴィストに対抗した。さらに，名誉毀損的表現，営利的言論，わいせつ的表現にも消極的であった。もっとも，時代の流れであろうか，人種差別の領域では，おおむねイガリターリアン・アクティヴィストに従っている。議席再配分の領域では，50年代には，もっぱら，政治問題の法理に訴えることによって再配分の要求を斥けようとしたが，この法理が受け入れられなくなってからは，緩やかな合理性のテストを用いることによって合憲とする。この背後に，人々は数字ではない，議席再配分において人口比以外に考慮されるべきファクターは多くある，との代表観を見ることができる。結局，彼らは，リベルターリアン・アクティヴィズムのたてた経済政策に対するハンド・オフのアプローチを，市民的自由・権利にも適用しようとしたのである。彼らをオーソドックス・パッシヴィズムと呼ぶのは，憲法の領域全般に消極主義を貫徹している点に注目するからである。司法哲学についても，彼らは，全般的に議会制民主主義・政策形成否定の司法哲学を援用している。

②コンテンポラリー・パッシヴィズム

これは，オーソドックス・パッシヴィズムの流れを汲むバーガー・コートのバーガー，レーンキスト，オコーナーらの裁判官の立場であり，70年代後半以降，法廷で多数派となることが多い。人種差別については，エクィティ権限拡大の抑制，ステイト・アクション概念拡大の抑制を通じて，イガリターリアン・アクティヴィストの求めるような徹底した人種統合政策を抑制しようとする。アファーマティブ・アクションについては，当初，憲法判断を避けようとしたが，その後，厳格な審査を試みた。それは，人種を意識した救済策を好まないからである。表現の自由に対しては，保

障を公的言論に狭めることによって，イガリターリアン・アクティヴィストの拡大した保障領域を限定しようとする。議席再配分についても，イガリターリアン・アクティヴィストの厳格な審査態度を全面的には否定しないものの，中間的な合理性のテストを用いて審査し，緩和しようとする。性的自己決定の領域においても消極的である。憲法にはプライバシーの権利は見られず，避妊具への権利もないとする。また，中絶の権利は基本的な権利でないとし，イガリターリアン・アクティヴィストに対抗し，中絶の権利拡大を否定する。さらに，同性愛の規制には合理的な理由があるとする。結局，このグループは，ウォーレン・コートの確立した伝統（？）があるので必ずしも徹底した消極主義となっていないが，全体としてみれば，やはり消極主義と見ることができる。このグループをコンテンポラリー・パッシヴィズムと名付けるのは，現代の消極主義という意味である。司法哲学について見ると，オーソドックス・パッシヴィズムと同様，全般的に議会制民主主義・政策形成否定の司法哲学をしばしば援用するが，アファーマティブ・アクションの領域では，その司法哲学は後退する。

Ⅲ　おわりに

(1) 憲法理論における司法哲学の役割

各裁判官の司法哲学の検討から，議会制民主主義・政策形成否定の司法哲学，立憲民主主義・政策形成否定の司法哲学，立憲民主主義・政策形成肯定の司法哲学が抽出できるが，各裁判官が憲法の全領域において必ずしも一貫した司法哲学で対処しているわけではなく，司法哲学は，それ自体独立した，かなり普遍的な思考の基本枠組みであるとともに，時として価値実現の道具としてフレキシブルに利用されていることがわかる。また，立憲民主主義の司法哲学を援用するといっても，レッセフェール・アクティヴィズムにおいて高く位置づけられる価値と，リベルターリアン・アクティヴィズムやイガリターリアン・アクティヴィズムにおいて高く位置づけられる価値は逆転しており，同じ積極主義といっても，機能的には正反対の意味をもつこともわかる。かくして，積極主義，消極主義といっても，それぞれのグループが置かれた政治的・社会的なコンテクストの中で，それぞれのグループが何を求めようとしていたかを捉えた上で，位置づけなければならない。

(2) 果てしない論争

過去約１００年間における積極主義と消極主義の検討から，アメリカの特徴として，①重要な社会的・政治的問題は，第二ラウンドとしての最高裁において憲法問題として争われてきたこと，②最高裁の内部で裁判官達がしばしば鋭く対立してきたこと，③重要な判決が出るたびに．最高裁の内外において司法のあり方やその民主的正当性について議論が激しく闘わされてきたこと，④最高裁判決をめぐる憲法論争は，終局的には法哲学的な議論に至ること等の諸点が指摘できる。最高裁のあり方をめぐるこの終わりなき論争こそ，違憲審査制と民主主義が理論的には整合し難い制度であることを証明するものであると同時に，違憲審査制がアメリカ社会において維持され，かつ展開する際のエネルギー源となってきたと思われる。司法哲学の対立のみならず，社会観の対立をも根底にはらむ司法積極主義と消極主義の対立は，今後も，その時代時代の社会的，政治的コンテクストに応じて形を変えて現れてくることであろう。

参考論文（わが国における議員定数不均衡をめぐる司法消極主義と積極主義）の要旨

わが国の裁判所の違憲審査権行使の現実に対して，特に，最高裁の現実に対して，違憲審査が十分に機能していないのではないかということから，司法消極主義というラベルが貼られている。しかし，そのように規定されるわりには，消極主義の判決，および僅かながらも存在する積極主義の判決の発想構造を体系的に明らかにし，そして，戦後政治過程において憲法訴訟が果たしてきた役割を鳥瞰的に把握しようとした研究は，必ずしも十分とは思われない。本稿は，「わが国における司法消極主義と積極主義シリーズ」の一部として，議員定数不均衡訴訟を対象に，最高裁の多数意見，反対意見，下級審によって用いられた訴訟を処理するための種々のテクニックを筆者の司法消極主義，積極主義の枠内に整理し，さらに，各テクニックに内在し，各テクニックを支えている代表観，司法観等を抽出するとともに，学説の対応をも検討しようとするものである。

第二章「消極主義」では，憲法判断に入らないで処理する消極主義Ｉの技術としての公選法２０４条テクニック，ならびに，憲法判断に入るが合憲とする消極主義IIの技術としての立法裁量テクニックと合理的期間内テクニックを検討し，第三章「積極主義」では，憲法判断に入って，違憲判断を行う技術としての事情判決テクニック，一部無効テクニックを検討する。終章では，裁判官レベルの分析を行うほか，無効判決テクニック，将来効判決テクニック，配分規定作成テクニック，選挙差止テクニック等，二章，三章で扱わなかったテクニックに関して，判例，学説を検討し，最後に，憲法訴訟における議員定数不均衡訴訟の位置づけを試みる。

本シリーズは，それ自体独立したテーマであるとともに，民主主義社会における違憲審査制の在り方という筆者の究極的な課題探究の前提作業としても位置づけられる。

論文審査の結果の要旨

本論文は，アメリカにおける司法審査権行使の在り方についての議論を，連邦最高裁判所の各判事の司法哲学に焦点を当てて，「司法積極主義」及び「司法消極主義」の枠組から分析した労作である。

アメリカでは，司法審査権の行使の在り方を巡って，従来「司法積極主義」と「司法消極主義」という枠組で様々な議論が行われてきた。そうした中で，本論文は，裁判所を政治システムの一部として捉える「政治的法学」の影響を受け，裁判官の司法哲学を分析しようとする。その際，本論文は，司法審査制と民主主義の関係の提え方の次元では，議会制民主主義のフィードバックを重視する「議会制民主主義モデル」とそれを超えた司法審査によるフィードバックを重視する「立憲民主主義モデル」の二つを対置させ，さらに司法による政策形成を積極的に肯定するかどうかの次元では，これを積極的に肯定する立場（政策形成肯定）とそうでない立場（政策形成否定）の二つを対置させる。

その上で，本論文は，従来の「司法積極主義」－「司法消極主義」の二分論に代えて，目指す価値に応じて，幾つかのグループ分けを試みる。レッセフェール・アクティヴィズムは，一九世紀末から二〇世紀初頭まで最高裁判所で多数を占めた立場であり，人種差別や表現の自由については消極的で

あったが，経済社会立法についてはレッセフェール哲学に基づいて積極的に介入した。リベルターリアン・アクティヴィズムは，一九三七年以降主流となった立場であり，経済政策の領域では消極的であったが，人種差別や表現の自由の領域ではかなり積極的であった。イガリターリアン・アクティヴィズムは，リベルターリアン・アクティヴィズムの流れを汲むもので，ウォーレン・コート時代に多数派を占めるに至った立場である。経済問題には消極的であるが，福祉に関する問題の場合には積極性を示したことが特徴的であり，表現の自由や人種差別などの問題には非常に積極的であった。人種統合を積極的に押し進め，アファーマティヴ・アクション（優遇措置）にも積極的であった。また議席再配分の問題でも積極的であった。この流れは，現在の最高裁の中にも流れている。これに対し，オーソドックス・パッシヴィズムは，リベルターリアン・アクティヴィズムやイガリターリアン・アクティヴィズムと異なり，経済政策の問題にも市民的自由の問題にも消極的姿勢を採った。その流れを汲む，現在の最高裁判所の保守派の立場を示すのが，コンテンポラリー・パッシヴィズムである。

本論文は，このような枠組に基づいて，経済政策，人種差別，表現の自由，議席再配分，アファーマティヴ・アクション，そして性的自己決定権といったそれぞれの主要な憲法問題の領域で，これらの立場がどのように現われ，どのように異なった結論を導くか，そしてそれぞれの立場に対してどのような批判が寄せられているかを仔細に検討する。そして本論文は，この検討の後で，初めに示した２つの異なる次元についての異なる立場の組合せの中から，「議会制民主主義・政策形成否定モデル」，「立憲民主主義・政策形成否定モデル」，「立憲民主主義・政策形成肯定モデル」の３つを取り上げ，どのモデルが司法積極主義あるいは司法消極主義として機能しうるかを考察している。

本論文は，法律学の伝統的な解釈学的視点からある特定の司法審査理論を提唱しようとするものではなく，あくまで政治学的な視点から裁判官の行動を分析しようとしたものである。このような方法論は，アメリカでは一つの学問研究の在り方として認められているか，日本ではまだ十分開拓されていない領域でもあり，独創的な研究として非常に高い意義が認められる。とりわけ，従来司法審査権行使の在り方の問題が漠然と「司法積極主義」－「司法消極主義」の二分論で議論されてきた中で，個々の裁判官の司法哲学をそれぞれの目指す価値に応じてより仔細に区分している点は，アメリカにも見られないものであり，非常に高く評価されうる。また，その手法は，日本の最高裁判所の裁判官の司法哲学にも適用する可能性を持っており，本論文はアメリカの最高裁判所研究としてのみならず，日本の憲法学に貢献するものが大きいと思われる。

よって，本論文は，博士の学位を授与するに十分値するものと判断される。