

研究ノート

我が国における司法消極主義と積極主義

—— 視点の設定 ——

中 谷 実

- 一 はじめに
- 二 本研究の課題
- 三 本研究のアプローチ
- 四 本研究の意義
- 五 おわりに

一 はじめに

筆者は、『アメリカにおける司法積極主義と消極主義』(二九八七、法律文化社)に続いて、「わが国における司法消極主義と積極主義」というテーマのもとに、これまで、

- ① 「わが国における議員定数配分をめぐる司法消極主義と積極主義」滋賀大学教育学部紀要四〇号(人文科学・社会科学・教育科学)二六二頁(一九九〇)

- ② a 「ビラ貼り・ビラ配りをめぐる司法消極主義と積極主義 (一)」阪大法学四三卷二・三号八六五頁(一九九三)
- ② b 「ビラ貼り・ビラ配りをめぐる司法消極主義と積極主義 (二)」滋賀大学教育学部紀要四三号(人文科学・社会科学・教育科学)二二〇頁(一九九四)
- ③ a 「戸別訪問をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)」龍谷法学二七卷四号四二頁(一九九四)
- ③ b 「戸別訪問をめぐる司法消極主義と積極主義 (二)」滋賀大学教育学部紀要四三号(人文科学・社会科学・教育科学)二六二頁(一九九四)
- ④ a 「職業選択の自由——サービス業——をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)」龍谷法学二八卷四号五四頁(一九九六)
- ④ b 「職業選択の自由——サービス業——をめぐる司法消極主義と積極主義 (二)」龍谷法学二九卷一号一二四頁(一九九六)
- ⑤ 「職業選択の自由——流通業——をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)」『覚道古稀・現代違憲審査論』三六三頁(一九九六)(未完)
- ⑥ a 「情報公開——意思形成過程情報、行政執行情報——をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)」『榎原古稀・現代国家の制度と人権』二六〇頁(一九九七)
- ⑥ b 「情報公開——意思形成過程情報、行政執行情報——をめぐる司法消極主義と積極主義 (二)」滋賀大学教育学部紀要(人文科学・社会科学)四七号一五〇頁(一九九八)
- ⑦ a 「外国人の人権——入国の自由、在留期間更新、再入国、出国、私生活上の自由——をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)」南山法学二四卷二号一頁(二〇〇〇)(原題サブタイトルを一部訂正)
- ⑦ b 「外国人の人権——入国の自由、在留期間更新、再入国、出国、私生活上の自由——をめぐる司法消極主義と積極主義 (二)」完 南山法学二四卷三号一頁(二〇〇〇)
- ⑧ a 「外国人の人権——選挙権、公務就任権——をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)」南山法学二四卷四号一頁(二〇〇〇)

〇二)

⑧ b 「外国人の人權——選挙権、公務就任権——をめぐる司法消極主義と積極主義(二)完」南山法学二五卷一号二九頁(二〇〇一)

を発表してきたが、これまでの論文では、本研究の課題、アプローチの方法、研究の意義等について、体系的に説明してこなかった。本研究ノートは、これまでの研究を振り返りつつ、それを補完しようとするものである。

二 本研究の課題

本研究の課題について、筆者は、前掲拙稿①(二頁)では、「わが国の違憲審査制の性格について当初、種々の議論があつたが、実務上は、付随的審査制として定着している。しかるに、最高裁による違憲判断が少なく、違憲審査が十分に機能していないのではないかとということから、司法消極主義というラベルが貼られている。そのようなラベル付けが至極当然と思われるためであろうか——筆者もそのような評価を否定しないが——、そのように規定される割りには、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把握しようとした研究は、必ずしも十分でないように思われる。本稿は、そのような認識のもとになされる、『わが国における司法消極主義と積極主義シリーズ』の一部を構成するものである」とし、② a (八六六頁)、③ a (四三三頁)、④ a (五六六頁)、⑤ (三六四頁)、⑥ a (二六二頁)等では、「一口に司法消極主義と評されるわが国の裁判所の違憲審査権の行使において、消極主義の姿勢にもニュアンスの異なつた種々のアプローチが存在するのではないかと、他方、決して多いとはいえないにしても積極主義の姿勢にも様々なテクニクが存在するのではないかという視点の下に、裁判所の憲法問題処理のテクニクを体系的に明らかにしようとするものである」とし、⑧ a (三頁)では、「憲法判例を網羅的・体系的に分析する」と述べている。これらの視点は、今も何ら変わっていないが、現時点において、本研究の第一の課題を、「憲法各分野における裁判所の憲法判断処理のテクニクを網羅的・体系

的・時系列的に整理・分析すること」とし、第二の課題を、「第一の課題にかかわる作業を前提に各分野の整理・分析を総合し、五〇数年にわたる憲法訴訟の全体像をできるだけ精密に明らかにすること」と設定しておきたい。

三 本研究のアプローチ

この課題を実現するために、次のような作業を行う。

(1) 憲法各分野の分析

a 憲法判例の網羅的収集

まず、市販のデータベースを用い、公的、私的判例集を問わず、公刊されている判例（以下、個々の判決という意味）を下記審も含めて網羅的に収集する。もつとも、①、② a、③ a、④ aでは、個々の論文や市販の判例集に掲載、言及されている判決をできるだけフォローするにとどまっておき、⑤論文からデータベースを用いている。これまでいくつかのデータベースを用いたが、現在では、リーガルベース、判例体系CD-ROMを用いている。

b テクニクの抽出と判決のグループ化

各判例を検討し、たとえば、「公共の福祉」テクニクというように、個々の判例から、その判例における憲法判断処理の手法を端的に、かつ、象徴的にあらわしているキーワードを抽出し、テクニクの名称として用いる（多くの場合、テクニクの名称は、違憲審査基準と重なる）。なお、一つの最高裁判例において、多数意見、意見、少数意見があり、それぞれが異なるテクニクとして整理できる場合は別々に扱う。そして、同様のテクニクに類別される判例をグループ化し、それ

ぞれの判例を時間順にならべていく。

c 消極主義と積極主義の枠組みによる各テクニクの整理

抽出された各テクニクを、筆者の消極主義と積極主義の枠組み内に整理する。⁽¹⁾ 消極主義は、さらに、『消極主義Ⅰ』、『消極主義Ⅱ』、『積極主義Ⅰ』、『積極主義Ⅱ』に細分される（この枠組は、今後の各論の展開状況によっては若干修正するかもしれない）。

『消極主義Ⅰ』 これは、訴えを事件性を欠くとして却下したり、法律レベルの判断で処理したり、法律判断によつて憲法判断を回避したり、憲法訴訟の当事者適格を欠くとして違憲の争点を提起する資格を否定したりすることにより、憲法判断に入らないで事件を処理するテクニクである。

『消極主義Ⅱ』 これは、憲法判断に入り、法令を合憲として、もしくは合憲であることを前提として法令を適用し、無罪や処分の取消請求等の主張を斥けるテクニクである。

『積極主義Ⅰ』 これは、違憲判断が見られるあらゆる場合から、法令違憲を除いた場合を指す。これには、適用違憲のように違憲判断が明示されている場合のみならず、合憲限定解釈のテクニクのように、たとえ明示されていなくても、実質的に違憲判断が内在すると捉えうる場合も広く含める。

『積極主義Ⅱ』 これは、法令違憲の場合である。

d 各テクニクの検討

次に、各テクニクについて次のような分析を加える。

(イ) テクニクを支える思想

各テクニクを生み出す思想として、各判決の中から、人権へのコミットを表現する部分と、人権制限へのコミットを表

現する部分を取り出し、対比させる。これは、各テクニクが、人権へのコミットと、制限へのコミットという両ベクトルの合成の結果として成立すると筆者が考えるからである。

(ロ) 司法哲学

司法哲学という概念のもとに、筆者は、議会制民主主義において違憲審査権をもつ司法権の位置付けという大局的なスタンス（司法自身の抱く自己の役割観）や憲法解釈観を考えている。もつとも、アメリカの裁判官と違い、わが国では、このような点について明言する裁判官は少ない。そこで、訴えを裁判所が扱うべきか、憲法判断に入るべきか、個々の審査テクニクや救済の方法のあり方等へのアプローチから、司法哲学を推認することになる。

(イ) 学説の対応

各判例をより深く位置付けるため、また、学説と判例の偏差を明らかにするため、各テクニクを用いた判例に対する学説の対応を整理する。重要判例に対しては膨大な量の評釈がある。本研究において扱う学説は、収集しやすい主要なものに限定されざるを得ない。

(二) 訴訟形態の機能

訴訟形態に着目した整理を試み、憲法訴訟の母体となつている訴訟の形態の機能を見る。この視点は、⑧からはじめたばかりである。

e テクニクの時系列上の整理

以上の分析をもとに、各テクニク、ならびにその下にある判例を時系列的に整理し、かつ、判決の審級関係を結んだ図解を作成する。もつとも、このようなスタイルをとつたのは、⑥以降の論文である。これまで作成した図解を再録する（「年次区分」の表記を統一し、若干の誤りを修正した。①論文は図解①「議員定数」、②論文は図解②「ビラ貼り・ビラ配り」、③論文は図解③「戸別訪問」、④論文は図解④「サービスマン」、⑤論文は図解⑤「情報公開」、⑥論文は図解⑥「在留期間更新」、⑦論文は図解⑦「在留期間更新」、⑧論文は図解⑧「在留期間更新」。

⑧「選挙権」参照。⑤論文は未完ゆえ、図解は未作成。

(2) 各分野を統合した全体的考察

以上の考察を今後も憲法の各分野ごとにすすめていくが、将来的には、各分野の整理・検討を総合する作業を行う。この作業により、戦後、五〇数年にわたる裁判所の憲法判断処理のテクニクの網羅的・体系的・時系列的整理が完成することになる。

四 本研究の意義

すでに述べたように、本研究の課題は、憲法判例の網羅的・体系的・時系列的検討である。この研究は、いかなる意義をもつのであろうか。

第一は、憲法判例の網羅的・体系的・時系列的検討により、① これまで見落とされがちであったニュアンスの異なる様々な消極主義のテクニク、② 多いとはいえないが、いくつかの積極主義のテクニク、③ 最高裁と下級審の相互関係、④ 政治的・社会的コンテクストの変化と憲法判例の変化、⑤ 憲法訴訟の母体となつている訴訟形態の機能、⑥ 各憲法分野ごとに、もしくは総体として、憲法訴訟が戦後の日本社会において果たしてきた役割等を明らかにすることができるのではないかとことである。

第二は、このような作業により、憲法各分野における解釈論の展開や判例の評価をより広い視野にたちつつ行うことができるのではないかとことである。

第三は、このような作業が、近年の憲法裁判所導入をめぐる議論に対して何らかの寄与をしようのではないかとこと

図解① 議員定数



軽＝軽犯罪法，鉄＝鉄道営業法

45 (1970)～	50 (1975)～	55 (1980)～	60 (1985)～	平 2 (1990)～
45. 1. 11～ 石田和外 48. 5. 21～ 村上朝一	51. 5. 25～ 藤林益三 52. 8. 26～ 岡原昌男 54. 4. 2～ 服部高顕	57. 10. 1～ 寺田二郎	60. 11. 5～ 矢口洪一	2. 2. 20～ 草場良八
★〔電柱/屋・軽〕 最一小判 45. 4. 30 ★〔電柱/軽犯〕最 大判 45. 6. 17 △〔電柱/屋〕柳川 簡判 45. 11. 10 ◇〔電柱/屋〕大阪 高判 47. 7. 11 ◇〔電柱/屋〕大阪 高判 48. 11. 27 ◇〔信号機/屋〕大阪 高判 49. 12. 16	★〔電柱/屋〕最一 小判 50. 5. 29 ◇〔電柱/軽・屋〕 東京高判 50. 6. 30 ◇〔駅前広場/鉄〕 東京高判 54. 11. 22	◇〔街路樹/屋〕福 岡高判 59. 7. 17 ★〔駅舎/鉄〕最三 小判 59. 12. 18	★〔街路樹/屋〕最 三小判 62. 3. 3	
		☆〔駅舎/鉄〕最三小 判 59. 12. 18 の伊藤 補足意見	☆〔街路樹/屋〕最三 小判 62. 3. 3 の伊藤 補足意見	
			△〔信号機/軽・屋〕 堺簡判 62. 5. 20	
	△〔電柱/軽〕渋谷 簡判 50. 3. 11			

図解② ビラ貼り・ビラ配り

★=多数意見, ☆=補足意見, ◇=高裁, △=地裁または簡裁, 屋=屋外広告物条例,

		昭20(1945)~	25(1950)~	30(1955)~	35(1960)~	40(1965)~
長官		22.8.4~ 三淵忠彦	25.3.3~ 田中耕太郎		35.10.25~ 横田喜三郎	41.8.6~ 横田正俊
消I						
消II	公共の福祉	◇〔市管理の倉庫/軽〕東京高判24.7.29	◇〔消防署の掲示板/軽〕東京高判27.4.8 △〔空き家の板壁/屋〕宮地簡判28.1.22 △〔空き家の板壁・屋〕福岡高判28.5.4		◇〔電柱/軽〕東京高判39.4.30	◇〔橋柱/屋〕大阪高判41.2.12 △〔電柱/軽〕一宮簡判41.3.24 ◇〔電柱/軽〕名古屋高判42.6.6 ★〔橋柱/屋〕最判43.12.18 ◇〔電柱/屋・軽〕高松高判44.3.28 ◇〔電柱/軽〕東京高判44.6.16 △〔電柱/軽〕広島簡判44.9.6
	比較衡量I (適用レベル)					◇〔電柱/軽〕札幌高判42.12.26
積I	限定解釈					△〔道路/東京都道路交通規則〕東京地判40.1.23 ◇〔道路/東京都道路交通規則〕東京高判41.2.28
	比較衡量II (適用レベル)					△〔駅壁/軽〕大森簡判42.3.31
積II	必要最小限					△〔電柱/屋〕枚方簡判43.10.9
その他	公共の福祉・刑の免除					△〔電柱/軽〕浦和簡判40.7.3 ◇〔電柱/軽〕東京高判40.12.22 △〔電柱/軽〕北見簡判42.3.14 △〔電柱/軽〕滝川簡判42.6.10 △〔防護壁/軽〕呉簡判43.2.5 △〔駅壁/軽〕東京高判44.7.31
	可罰的違法性なし・無罪					△〔電柱/屋・軽〕高知簡判42.9.29 ◇〔会社の壁/屋〕高松高判43.4.30

40 (1965)～	45 (1970)～	50 (1975)～	55 (1980)～	60 (1985)～
41. 8. 6～ 横田正俊	45. 1. 11～ 石田和外 48. 5. 21～ 村上朝一	51. 5. 25～ 藤林益三 52. 8. 26～ 岡原昌男 54. 4. 2～ 服部高顕	57. 10. 1～ 寺田二郎	60. 11. 5～ 矢口洪一
△東京地判 42. 3. 23 △札幌地岩見沢支判 42. 10. 24 ★最三小判 42. 11. 21 △東京地判 43. 4. 12 ◇東京高判 43. 11. 27 ★最大判 44. 4. 23	△東京高判 45. 2. 25 ★最三小判 45. 11. 24 △東京地判 47. 3. 3	★最一小判 54. 7. 5 ★最一小判 54. 9. 20	★最一小判 55. 4. 24 ★最二小判 55. 6. 6 ★最一小判 56. 6. 18 ★最一小判 56. 7. 21 ★最三小判 57. 3. 30 ★最一小判 57. 10. 7 ★最三小判 59. 2. 21	◇福岡高判 60. 2. 5 ★最三小判 60. 11. 12
			◇大阪高判 55. 3. 4 ★最二小判 56. 6. 15	
			☆最三小判 56. 7. 21 の伊藤補足意見 ◇高松高判 57. 3. 20 ☆最三小判 59. 2. 21 の伊藤補足意見 ◇東京高判 57. 4. 15	☆最三小判 60. 11. 12 の伊藤補足意見
△札幌地岩見沢支判 42. 10. 23 ◇大阪高判 43. 9. 25 ◇東京高判 43. 10. 1 △東京地判 42. 3. 27		◇東京高判 53. 5. 30	◇仙台高判 57. 5. 25	
△妙寺簡判 43. 3. 12				
△長野地佐久支判 44. 4. 18		△松山地西条支判 53. 3. 30		
		△松江地出雲支判 54. 1. 24		
			△盛岡地遠野支判 55. 3. 25	
			◇広島高松江支判 55. 4. 28	

図解③ 戸別訪問

★=多数意見, ☆=補足意見, ◇=高裁, △=地裁または簡裁

	昭 20 (1945)～	25 (1950)～	30 (1955)～	35 (1960)～
長 官	22. 8. 4～ 三淵忠彦	25. 3. 3～ 田中耕太郎		35. 10. 25～ 横田喜三郎
消 I				
消 II	公共の福祉	★最大判 25. 9. 27		
	合理的関連性 I			
	選挙運動ルール論			
	類型的衡量 I (法令レベル)			
	比較衡量 I (法令レベル)			
積 I	明白かつ現在の危 険・限定解釈			
積 II	明白かつ現在の危 険 (法令レベル)			
	比較衡量 II (法令レベル)			
	内在的合理的理由			
	必要最小限			
	類型的衡量 II (法令レベル)			
	合理的関連性 II			

40 (1965)～	45 (1970)～	50 (1975)～	55 (1980)～	60 (1985)～	平 2 (1990)～	7 (1995)～
				★ 60. 6. 6 〈モーター類似〉最一判		
★ 40. 3. 5 〈技術士〉最二判 ◇ 40. 8. 5 〈浴場〉大阪高判 △ 41. 4. 8 〈司法書士〉徳島地判 △ 41. 6. 7 〈ビング〉福岡地判 ★ 41. 6. 16 〈浴場〉最一判	△ 48. 7. 25 〈大学〉東京地判 ◇ 49. 10. 22 〈トルコ〉東京高判 ◇ 49. 12. 10 〈トルコ〉仙台高秋田支判	△ 50. 4. 14 〈トルコ〉名古屋地判 ◇ 52. 10. 20 〈トルコ〉名古屋高判	★ 56. 11. 17 〈技工士〉最三判 ◇ 56. 12. 25 〈X線〉東京高判 ★ 58. 7. 14 〈X線〉最一判	△ 60. 2. 20 〈浴場〉大阪地判 △ 60. 11. 25 〈浴場〉大阪簡判 ◇ 01. 4. 27 〈弁護士〉東京高判	◇ 03. 9. 4 〈弁護士〉東京高判 ★ 4. 7. 9 〈弁護士〉最一判	
				★ 1. 1. 20 〈浴場〉最二判		
				◇ 61. 8. 28 〈浴場〉大阪高判		
				★ 1. 3. 7 〈浴場〉最三判		
△ 41. 4. 12 〈トルコ〉大阪地判						
	△ 45. 2. 23 〈会計士〉東京地判 ◇ 49. 7. 8 〈トルコ〉仙台高判		△ 58. 12. 26 〈トルコ〉新潟地判	△ 1. 3. 22 〈予備校〉福岡地判		
			△ 55. 9. 19 〈モーター類似〉長崎地判			
			◇ 58. 3. 7 〈モーター類似〉福岡高判			

図解④ サービス業 ★=多数意見, □=反対意見, ◇=高裁, △=地裁または簡裁

		昭20 (1945)～	25 (1950)～	30 (1955)～	35 (1960)～
消 I	訴えの利益喪失				
消 II	公共の福祉	△ 24. 3. 23 〈弁護士〉東京地判	★ 25. 6. 21 〈紹介〉最大判 △ 28. 4. 16 〈医業類似〉平簡判 △ 28. 6. 1 〈浴場〉福岡地吉井支判 ◇ 28. 9. 29 〈浴場〉福岡高判 ◇ 29. 6. 29 〈医業類似〉仙台高判	★ 30. 1. 26 〈浴場〉最大判 △ 30. 2. 2 〈浴場〉福岡地判 ◇ 30. 6. 28 〈浴場〉名古屋高金沢支判 △ 31. 10. 23 〈弁護士〉東京地判 ★ 32. 6. 25 〈浴場〉最三判 ◇ 33. 2. 10 〈技工士〉大阪高判 ◇ 33. 3. 6 〈浴場〉大阪高判 △ 33. 10. 20 〈浴場〉奈良地葛城支判 ◇ 34. 6. 5 〈浴場〉大阪高判 ★ 34. 7. 8 〈技工士〉最大判 ◇ 34. 10. 14 〈浴場〉大阪高判	□ 35. 1. 27 〈医業類似〉最大判の田中, 下飯坂, 石坂反対意見 ★ 35. 2. 11 〈浴場〉最一判 △ 35. 3. 1 〈営業時間〉東京簡判 △ 35. 9. 3 〈司法書士〉神戸地判 △ 35. 12. 23 〈浴場〉大阪地判 ◇ 36. 1. 30 〈売春〉大阪高判 ★ 36. 4. 11 〈紹介〉最三判 ◇ 36. 4. 14 〈司法書士〉大阪高判 △ 36. 6. 8 〈技術士〉東京地判 ★ 36. 7. 14 〈売春〉最二判 ◇ 36. 12. 13 〈医業類似〉東京高判 ◇ 36. 12. 19 〈技術士〉東京高判 ★ 37. 4. 4 〈営業時間〉最大判
	二分論・積極目的・明白性の原則				
	二分論・両目的(積極目的重視)・明白性の原則				
	非二分論・合理性				
積 I	限定解釈				★ 35. 1. 27 〈医業類似〉最大判
	違法な裁量・処分				
積 II	法律先占論				
	比例原則				

— は審級関係を, ---- は関連を示す

3 (1991)~	4 (1992)~	5 (1993)~	6 (1994)~	7 (1995)~
				△ 7. 3. 28 〈自衛隊施設/執行〉 那覇地判
	△ 4. 10. 15 〈東京都知事交際費/執行〉 東京地判		★ 6. 1. 27 〈大阪府知事交際費/形成・執行〉 最一判 ★ 6. 1. 27 〈栃木県知事交際費/執行〉 最一判 ★ 6. 2. 8 〈大阪府水道部懇談会議費/形成・執行〉 最三判 ◇ 6. 6. 29 〈ダムサイト調査資料/形成〉 大阪高判 ★ 6. 3. 25 〈ダム候補地位位置図/形成〉 最二判	★ 7. 4. 27 〈ダムサイト調査資料/形成〉 最一判
		◇ 5. 3. 23 〈ダム候補地位位置図/形成〉 大阪高判	△ 6. 1. 31 〈指導要録/執行〉 東京地判 △ 6. 5. 31 〈リゾート開発計画/形成〉 高松高判	△ 7. 2. 24 〈愛知県知事交際費/執行〉 名古屋地判 △ 7. 10. 27 〈京都府知事交際費/形成・執行〉 京都地判
	△ 4. 6. 25 〈ダムサイト調査資料/形成〉 大阪地判			
◇ 3. 1. 21 〈栃木県知事交際費/形成・執行〉 東京高判				△ 7. 10. 27 〈外国賓客等渉外経費/形成・執行〉 京都地判
		△ 5. 4. 14 〈漁協補助金/執行〉 熊本地判	△ 6. 5. 25 〈学校法人/執行〉 宇都宮地判	
◇ 3. 3. 27 〈ダム候補地位位置図/形成〉 京都地判				
△ 3. 3. 1 〈警視庁個人情報ファイル/執行〉 東京地判		△ 5. 7. 16 〈リゾート開発計画/形成〉 徳島地判 △ 5. 9. 13 〈校長所見/執行〉 名古屋地判		△ 7. 6. 2 〈徳島市長交際費/執行〉 徳島地判
◇ 3. 11. 27 〈警視庁個人情報ファイル/執行〉 東京高判	★ 4. 12. 10 〈警視庁個人情報ファイル/執行〉 最一判		△ 6. 8. 8 〈監査委員の事情聴取内容/形成・執行〉 横浜地判	

図解⑥ 情報公開 — 意思形成過程・行政運営情報 —

★=多数意見, □=反対意見, ◇=高裁, △=地裁 ○は公開, ×は非公開のテクニック

テクニック		平1 (1989)~	2 (1990)~
消 I	○ 知る権利不言及/法律上の争訟/(公開)		
	× 知る権利不言及/著しい支障のおそれ/非公開		
	○ 知る権利不言及/著しい支障のおそれの具体的立証/公開		
消 II	× 知る権利不言及 (憲法判断あり)/著しい支障のおそれ/非公開		
	× (純粹型) 条例創設権説/著しい支障のおそれ/非公開		
	× (リンク型) 条例創設権説/著しい支障のおそれ/非公開	△ 1. 11. 9 (栃木県知事交際費/執行) 宇都宮地判	
	× (リンク型) 条例創設権説/実質的保護利益・著しい支障のおそれの具体的存在の客観性/非公開		
	× (条例型) 知る権利具体化説/比較衡量/非公開	△ 1. 10. 11 (自衛隊施設/執行) 那覇地決	
積 I	○ (リンク型) 条例創設権説/著しい支障のおそれの具体的立証/公開		
	○ (リンク型) 条例創設権説/実質的保護利益・著しい支障のおそれの具体的存在の客観性/公開		◇ 2. 5. 17 (大阪府水道部懇談会費/形成・執行) 大阪高判
	○ 知る権利具体化説/実質的保護利益・著しい支障のおそれの具体的存在の客観的明白性/公開		
	○ 知る権利具体化説/著しい支障のおそれの具体的立証/公開		△ 2. 10. 31 (大阪府知事交際費/形成・執行) 大阪高判
	○ 知る権利具体化説/著しい支障のおそれの客観的かつ著しい危険の高度の蓋然性の立証/公開		
	○ 知る権利具体化説/総合的衡量/公開	△ 1. 3. 14 (大阪府知事交際費/形成・執行) 大阪地判 △ 1. 4. 11 (大阪府水道部懇談会費/形成・執行) 大阪地判	△ 2. 3. 14 (教育情報/形成・執行) 福岡地判
積 II その他	× 著しい支障のおそれ/非公開		
	○ 著しい支障のおそれの具体的立証/公開		
	○ 理由付記不備/(公開)		
	○ 地方自治の本旨/著しい支障のおそれの具体的存在の客観性/公開	△ 59. 6. 11 (審議会議事録/執行) 浦和地判	

韓=韓国, 朝=朝鮮, 中=中国, 米=アメリカ, 印=インド, カ=カナダ

50 (1975)~	55 (1980)~	60 (1985)~	平 2 (1990)~	7 (1995)~
		[1] △ 1.9.29 〈再(指)/韓〉福岡地判	[2] △ 2.3.13 〈更(指)/韓〉東京地判 [3] ◇ 4.4.6 〈更(指)/韓〉東京高判	[4] ★ 8.2.22 〈更(指)/韓〉最一判 [5] ★ 10.4.10 〈再(指)/韓〉最二判 a
[14] △ 50.7.30 〈更(犯)/印〉東京地判 [15] ◇ 50.9.25 〈更(政)/米〉東京高判 [16] ★ 53.10.4 〈更(政)/米〉最大判 [26] ◇ 53.4.27 〈出(密)/朝〉大阪高判		[7] △ 1.4.28 〈再(指)/朝〉東京地判 [17] △ 61.3.26 〈再(指)/米〉東京地判 [18] ◇ 63.9.29 〈再(指)/米〉東京高判 [19] △ 1.4.28 〈再(指)/朝〉東京地判	[20] ★ 4.11.16 〈再(指)/米〉最一判 [21] △ 6.3.29 〈更・再(指)/カ〉大阪地判	[22] ★ 10.4.10 〈再(指)/韓〉最二判 b
		[27] △ 61.4.24 〈私(指)/米〉神戸地判 [28] △ 1.9.29 〈私(指(再))/韓〉福岡地判	[29] △ 2.3.13 〈私(指(更))/韓〉東京地判 [30] △ 4.3.26 〈私(指)/韓〉京都地判 [31] ◇ 6.5.13 〈私(指(再))/韓〉福岡高判	[32] ★ 7.12.15 〈私(指)/米〉最三判 [33] ◇ 8.6.28 〈私(指)/朝〉大阪高判 [34] ★ 10.11.10 〈私(指)/朝〉最三判
	[35] △ 59.6.14 〈私(指)/米〉横浜地判 [36] △ 59.8.29 〈私(指)/韓〉東京地判	[37] △ 60.8.23 〈私(指)/韓〉福岡地小倉支判 [38] △ 61.2.25 〈私(指)/韓〉岡山地判 [39] ◇ 61.8.25 〈私(指)/韓〉東京高判 [40] ◇ 63.3.16 〈私(指)/韓〉名古屋高判 [41] △ 1.4.28 〈私(指(再))/朝〉東京地判	[42] ◇ 2.6.19 〈私(指)/米〉大阪高判 [43] △ 2.11.29 〈私(指)/韓〉横浜地川崎支判 [44] ◇ 3.2.7 〈私(確)/朝〉大阪高判 [45] △ 4.3.26 〈私(確)/朝〉大阪地判 [46] ◇ 4.4.6 〈私(指(更))/韓〉東京高判 [47] △ 4.12.14 〈私(指)/朝〉神戸地判 [48] △ 6.3.29 〈私(指(更・再))/朝〉大阪地判	[49] ★ 9.11.17 〈私(確)/朝〉最一判
		[50] ◇ 61.12.26 〈私(指)/韓〉福岡高判		
		[51] △ 62.8.18 〈私(登)/中〉神戸地判 [53] △ 62.2.23 〈私(指)/韓〉大阪地判 [56] △ 63.1.29 〈私(指)/韓〉東京地判	[54] ◇ 2.5/80 〈私(登)/中〉大阪高判 [55] ◇ 6.5.19 〈私(確)/朝〉大阪高判	[52] ★ 8.2.22 〈私(指(更))/韓〉最一判
			[57] ◇ 5.10.28 〈私(指)/韓〉大阪高判 [61] ◇ 6.5.13 〈再(指)/韓〉福岡高判	

図解⑦ 在留期間更新 △=地裁, ◇=高裁, ★=法廷(多数)意見, ☆=(補足)意見
 [1][2]……の連番は本文と対応, 判決間の線は審級関係を示す

	昭 20～	30 (1955)～	35 (1960)～	40 (1965)～	45 (1970)～
消 I	(一)「訴えの利益なし」テクニック				
	(二)「訴えの利益喪失」テクニック				[6] ★ 45.10.16 〈再(交)/朝〉最二判
消 II	(一)「立法裁量(純粹型)」テクニック	[8] ★ 30.12.14 〈入(密)/朝〉最大判 [9] ★ 32.6.19 〈入(密)/中〉最大判 [10] ★ 33.9.9 〈入(密)/韓〉最三判			[11] ★ 46.1.25 〈入(拘)/米〉最一決 [12] △ 48.3.5 〈更(再)/米〉東京地判 [13] ◇ 49.3.27 〈更(再)/米〉東京高判
	(二)「公共の福祉(純粹型)」テクニック	[23] ☆ 32.6.19 〈入(密)/中〉最大判の真野他の意見 [24] ★ 32.12.25 〈出(密)/朝〉最大判	[25] ★ 37.5.1 〈出(密)/韓〉最三判		
	(三)「公共の福祉(立法裁量混合型)」テクニック				
	(四)「公共の福祉(比較衡量型)」テクニック				
	(五)「合理性(純粹型)」テクニック				
	(六)「合理性(立法裁量混合型)」テクニック				
	(七)「合理的関連性」テクニック				
	(八)「違憲の疑い・合理的期間論」テクニック				
積 I	(一)「違法の処分」テクニック			[58] △ 43.10.11 〈再(交)/朝〉東京地判 [59] ◇ 43.12.18 〈再(交)/朝〉東京高判	[60] △ 48.3.27 〈更(政)/米〉東京地判
積 II					

(3) 当事者の国籍 韓＝韓国, 朝＝朝鮮, 英＝英国

(4) 訴訟の形態

行訴(当)＝行政訴訟の当事者訴訟, 行訴(無)＝行政訴訟の無名抗告訴訟,

行訴(簿)＝行政訴訟の名簿訴訟, 国賠＝国家賠償請求訴訟

(5) [1][2]……の連番は本文と対応, 判決間の線は審級関係を示す

8 (1996)	9 (1997)	10 (1998)	11 (1999)	12 (2000)
[1] ▲ 8.5.16 (公務/韓/行訴(当)) 東京地判 [2] ◆ 8.6.26 (地選/韓/ 行訴(無)) 名古屋高金沢支判	[3] ▲ 9.5.28 (地選/韓・朝/ 行訴(無)国) 大阪地判 [4] ◆ 9.11.26 (公務/韓/ 行訴(当)) 東京高判	[11] ★ 10.3.13 (国被/朝/国賠) 最二判		
[10] ◆ 8.3.27 (国被/朝/国賠) 大阪高判				
[15] ▲ 8.5.16 (公務/韓/国賠) 東京地判 [16] ◆ 8.6.26 (地選/韓/国賠) 名古屋高金沢支判	[17] ▲ 9.5.28 (地選/韓・朝/ 行訴(当)・国賠) 大阪地判 [18] ◆ 9.11.26 (公務/韓/国賠) 東京高判		◆ 11.2.24 大阪高判	★ 12.6.27 最三判

である。憲法制定当初から、わが国の違憲審査制が抽象的違憲審査制か否かをめぐって議論があったが、警察予備隊違憲訴訟以来、付随的審査制として実務上、定着し、すでに、かなりの歴史をもつに至っている。しかしながら、最高裁による違憲判決の少ないことへの不満から、「アメリカの連邦最高裁における運用は、日本では望めないようである。そこで、現在では、憲法保障制の現状を不満足と考えるとすれば、通常の事件の最終審は、官僚裁判官制を前提とする最高裁であるとして、憲法裁判はそれとは別の憲法裁判所に委ねる大陸型のほうが望ましいのではないか」⁽³⁾をはじめとして、近年、憲法裁判所の導入が主張されている。他方、付随的審査制を維持しながらその活性化を模索しようとする立場も見られる。双方の立場とも、五〇数年の違憲審査の運用実態を司法消極主義と捉え

図解⑧ 選挙権

(平成2年以前には、外国人の選挙権・公務就任権を争う憲法訴訟は見られない)

- (1) ▲=地裁, ◆=高裁, ★=法廷(多数)意見, ()=判例集未登載
- (2) 国政選挙権が問題になった場合=〈国選〉, 国政被選挙権の場合=〈国被〉, 地方選挙権の場合=〈地選〉, 公務就任権の場合=〈公務〉

		平3(1991)	4(1992)	5(1993)	6(1994)	7(1995)
消I	(-)「不適法」テクニック					
消II	(-)「権利保障なし」テクニック	[5] ▲ 3.3.29 〈国選/英/国賠〉 大阪地判	(◆) 4.7.31 大阪高判	[6] ★ 5.2.26 〈国選/英/国賠〉 最二判	[7] ▲ 6.1.28 〈地選/英/行訴(簿)〉 大阪地判 [8] ▲ 6.1.28 〈地選/英/国賠〉 大阪地判 [9] ▲ 6.12.9 〈国被/朝/国賠〉 大阪地判	
	(-)「権利保障なし・立法政策として権利付与可能」テクニック			[12] ▲ 5.6.29 〈地選/英/行訴(簿)〉 大阪地判	[13] ▲ 6.10.5 〈地選/韓/行訴(無)・国賠〉 福井地判	[14] ★ 7.2.28 〈地選/英/行訴(簿)〉 最三判
積I	(-)「違法の処分」テクニック					
積II						

る点、そして、司法官僚システムをはじめとする司法消極主義を生み出す原因の分析においてほとんど異ならず、その違いは、もっぱら、憲法裁判所型、司法裁判所型の両違憲審査制の長所、短所をどのように評価するか、これと関連して英米型「法の支配」にどのようにコミットするか、さらに、消極主義を生み出している原因を除くことの困難性への評価や憲法裁判所を導入した場合の政治的効果への評価等の違い等によるところが大きいように思われる。しかし、双方の立場とも現実を司法消極主義と捉えるといつても、積極主義にたつ下級審判例への評価の違いをはじめとして、五〇数年の違憲審査の運用実態の認識ならびに評価において微妙な違いがあり、その違いが、やはり大きな意味をもっているように思われる。かくして、憲法各分野の分析を総合して、五〇数年にわたる憲法訴訟の

全体像をより正確に把握するという本研究の第二の課題は、近年の議論に何らかの意味をもつように思われる。筆者が、⑥論文(二六九頁)以降、「わが国の付随的審査制の未来に期待がもてないことから、近年、抽象的審査制の導入が説かれることがある。……しかし、そのような主張をする前に、五〇年にわたる付随的審査制の日本的展開をきつちりと清算し、付随的審査制の可能性を今一度探ってみることも肝要ではなからうか」と述べていたのは、そのような含みにおいてに他ならない。

五 おわりに

本研究は、判決の網羅的収集からはじまるが、検索の基礎となつているデータベース自体、全国の下級審判例をすべて網羅しているわけではなく、その意味において、図解が埋められていないところに判例がないと断言できるわけではない。しかし、各論者が評価する、もしくは批判の対象とする判例をアド・フォックに取り上げ、論をすすめていくというこれまでの判例の扱い方よりも、より精度を高めた議論の基礎を提供しうるのではないかと考えている。

注

- (一) 司法消極主義(アメリカでは、judicial passivism)という表現はほとんど使われず、司法の自己抑制(judicial self-restraint)という表現が用いられる。(司法積極主義(judicial activism)の対概念は、裁判官が違憲審査権を行使する際の基本的スタンス——司法哲学——を二分法的に描き出すものとして、また、わが国の最高裁は、消極主義であるとか、ウォーレン・コートは積極主義であったというように、裁判官の司法哲学そのものというよりも、裁判官の司法哲学行使の結果としての裁判所の違憲審査権行使の実態を巨視的に記述、分析する枠組みとしても)さらに、この判決は積極主義だというように個々の判決について徹視的にも用いられる。芦部教授は、司法消極主義ないし司法の自己抑制論を、違憲審査権の行使に際して、「立法院、行政院という政策決定者(policy-makers)の決断は最大限度の『謙讓と敬意』(modesty and deference)をもって扱うべきだ」という

立場」とする。積極主義の定義はされていないようである。芦部信喜「司法のあり方と人権」九七頁（一九八三）。兼子・竹下教授らは、司法消極主義を「政治部門の判断に十分に敬意を払い、立法を違憲とするのは、それが明白に憲法の定める限界を越えている場合に限るべきであるとの立場」とし、積極主義を「裁判所は、変動する社会的・経済的・政治的諸条件に即して憲法上の価値・理念を実現し、これを政治部門による侵害から保障する責務を負っているものであるから、そのために与えられた権限を積極的に行使すべきであるとの立場」と定義する。兼子・竹下守夫『裁判法（新版）』一〇〇頁（一九七八）。これらの定義は、主として違憲審査権を行使する際に裁判官がもつべき基本的な哲学、スタンスとして用いられているが、樋口・佐藤功教授のように、現実を分析するための枠組みとして用いられることが多い。樋口教授は、憲法判断に入るかどうか、違憲判断に入るかどうかの二段階で論じるべきだという立場から、裁判所が、「憲法判断を積極的に起こさう」ということは、違憲判断積極主義を必ずしも意味せず、しばしば、あるいはもつばら、合憲判断積極主義を意味することがある。「違憲審査制は、外国語ではより適切に『憲法適合性審査』といわれているが、実際、その機能は、違憲判決をすることによつてだけ果たされるのではなく、合憲判決をすることもその重要なはたらきであり、最高裁判所は、まさにその点で、重要な役割を演じている」のだから、このような憲法裁判の実情からすれば、「憲法判断をすること自体についての積極（あるいは消極）主義と、違憲判断をすることについての積極（あるいは消極）主義という二つの次元を明確に区別し」、両者が「ちがう次元の問題であることを自覚」すべきとする。この立場は、わが国の裁判所、特に、最高裁が、しばしば憲法判断に踏み込み、積極的に合憲判断をしている（合憲判断積極主義）のにもかかわらず、しばしばなされる消極主義というラベル付けは、「わが国司法の上層部が憲法判断消極主義的な姿勢を強調しながら実は積極的に合憲判断をおこなってきたこと」を曖昧にするという機能を果たすことに注意を促すものである。樋口陽一『司法の消極性と積極性』九三、九五、一二六頁（一九七八）。他方、佐藤功教授は、裁判所が憲法判断に入るかどうかの第一の段階で、樋口教授のいわれる「憲法判断積極主義」をとり、違憲判断に入るかどうかの第二の段階で、「違憲判断積極主義」をとつた場合、このような態度を「司法積極主義」とし、裁判所が、第一の段階で「憲法判断消極主義」をとつた場合と第一の段階で「憲法判断積極主義」をとり、しかし第二の段階で「違憲判断消極主義」をとつた場合、このような二つの態度を「司法消極主義」とされる。結局、佐藤功教授の場合、違憲判決を下す場合のみが積極主義とされ、第一の段階で憲法判断に入らない場合と、第二の段階で合憲とする場合が消極主義とされる（佐藤功「司法積極主義と司法消極主義（一）」法セミ三〇〇号六〇頁（一九八〇）。樋口教授の主張はもつともであるが、本研究にいう消極主義のテクニク、特に、消極主義Ⅱに類別されるテクニクが権力の正当化機能を果たすことに留意すれば、複雑な表現を用いる必要はないように思われる（中谷実編著『憲法訴訟の基本問題』二〇頁（一九八九）参照）。したがって、本研究では、消極主義、積極主義の定義は、佐藤功教授

を基礎にしており、現実を記述し、分析するための道具として用いている。松井教授は、消極主義、積極主義のアプローチに対し、「我が国の最高裁をこの司法積極主義・消極主義のパラダイムで分析したものは余り見受けられない」、「積極主義・消極主義は記述概念として用いられているのか、規範的乃至評価的概念として用いられているのか定かでない」、「定義自体定かでない」、「我が国の司法権が一貫して司法消極主義を採つて来たのであれば、我が国の司法審査権行使の態様を司法積極主義・消極主義として区分する意味は殆どない」、等の批判をする。松井茂記『現代民主主義社会における司法権の役割』ジュリ八八一号一一七頁（一九八七）。本研究は遅ればせながら、それに答えようとするものである。

(2) これは、樋口教授の指摘——「下級審の判断が最高裁での審理にどのような影響を及ぼし、あるいは及ぼさないか。また、ある事件での最高裁の判断が同種事例にとつての『判例』……として位置づけられることによつて、下級審のその後の違憲審査のありようにどんな拘束性を發揮するか」——と同趣旨である。樋口・山内・辻村『憲法判例を読みなおす（改定版）』五頁（一九九九）。

(3) 伊藤正巳『裁判官と学者の間』一三三頁（一九九三）。

〔付記〕 本研究は、平成一一〜一三年度文部省科学研究費基盤研究C、二〇〇一年度南山大学パツへ研究奨励金I-Aによる研究成果の一部である。