

変化する司法審査の基準

——合衆国連邦最高裁判所——

青 山 武 憲

はじめに

憲法上、基本的人権を含む基本権を保障する一方で、それをいかに規制するかは、永遠の問題である。それは、換言すれば、憲法で保障された基本権の範囲を確定する問題でもある。

アメリカ合衆国（以降、「合衆国」と云う。）では、基本権規制の合憲性の問題は、最終的に連邦最高裁判所によって判断される。その問題に関連して、こんにちでこそ然程に注目されていないが、一時期、合衆国では、連邦最高裁判所が人格的な権利（または自由）あるいは非経済的な権利（または自由）と財産権あるいは経済的な権利（または自由）との間に二重の審査基準を設けていた。実際、連邦最高裁判所には、取り分け Warren コートから Burger コートに

変化する司法審査の基準（青山）

七九（四一九）

かけての一時期、後者に比して前者に対する憲法の保護を強める扱いをした際立った時代が存したのだ。すなわち、連邦最高裁判所で右の意味の「二重の基準」論が非常な勢いを示し、しかも、かなりの評価を受けた時代が存したのである。

二重の基準論そのものは、後述する如く、必ずしも明確な理論ではない。それがどのような根拠で何に基準を置くかによって様々で一概には論じられないからだ。それでも、右に触れたような「二重の基準」論が注目されるようになったのは、それが G.Gunther と N.Dowling の共著で論じられ、また、Harry H.Wellington がその論文で、Guntherらの共著や *U.S.v.Carolene Products Co.*, 1938⁽³⁾における Stone 判事による法廷意見の有名な「註の四」の考え方に触れながら、それを論じて以降のことである。ただ、H.H.Wellington が正しいとした二重の基準論は、右の如き「二重の基準」論ではなく、政策と原理との区別としてのそれであった⁽⁴⁾。しかし、二重の基準論の多くは、Stone 判事の商業的取引を意識した「註の四」的理解に基づくものである⁽⁵⁾。たとえば、Henry J.Abraham と Barbara A.Penny とが、その共著で政府の経済規制が常に寛大に認められているのに対して、非経済的な市民の自由や権利の規制が非常に細密に審査されていると説いた如くである⁽⁶⁾。実際、連邦最高裁判所は、ニュー・デール後も暫時維持したそのいわば古典的自由主義姿勢が Roosevelt 大統領による威圧の影響を受けるやその姿勢を大きく変え、⁽⁸⁾ 経済的な権利あるいは財産権の規制の合憲性の審査を緩めた。それも、その姿勢をかなりの期間維持もした⁽⁹⁾。しかし、そのような連邦最高裁判所の動向に対しては、比較的早い時期に批判的な見解が示された。West Virginia State Board of Education v. Barnette, 1943⁽⁷⁾における Frankfurter 判事の異見や一九五八年の Harvard 大学の Oliver Holmes Wendell 講座において、Learned Hand 判事による疑問が呈された如くである。それらにおいて、自由に関して経済的な価値に比し人格的

な価値を優位させる憲法上の根拠の有無に関する疑問が投げ掛けられたのだ。⁽¹⁰⁾ そのような疑問が呈されたこともあって、一九七〇年代の後期から一九八〇年代の初期にかけて「註の四」的な「二重の基準」論に翳りが現れ始めた。⁽¹¹⁾ してこんにち、そのような理論は、その面影はともかく、影を潜めている。連邦最高裁判所の基本権規制に対する審査には、時代と共に変化が確認されるのだ。

一 「註の四」的「二重の基準」論の盛衰

1 「註の四」的「二重の基準」論の生成

(1) Lochner 時代の連邦最高裁判所

自由規制の審査基準を自由の性格に基づいて差別する結果を齎した「註の四」的「二重の基準」論への思想的萌芽は、憲法上の契約の自由が確と認められたLochner時代に存する。Lochner時代とは、連邦最高裁判所が適正手続規定を実体的に分析してその規定に憲法が明示に定めていない契約の自由の存在を認め、その種の基本権を社会労働立法から守護した時代を云う。それは、通常、一八九七年から一九三七年とされるが、⁽¹²⁾ その時代の原理であるいわゆるLochner主義は、適正手続規定における「人」の中に法人を含めたSanta Clara County v. Southern Pacific Railroad Co., 1886⁽¹³⁾や州のいわゆる禁酒法違反が争われたMugler v. Kansas, 1887⁽¹⁴⁾に芽生えた原理である。とりわけMugler事件で、連邦最高裁判所は、立法府がその権限を超えているか否かの問題と取り組む場合に単に事の形式あるいは外形だけでなく、事の実質あるいは中身に目を向けることができるとし、公衆の衛生、道德若しくは安全を守る為の立法が実質的にその目的と関係を持っているか否か、憲法上の権利を侵害していないかどうかを審査する責務

を有するとしたのである。⁽¹⁵⁾ そのような動きの延長上で、*Allgeyer v. Louisiana*, 1897⁽¹⁶⁾ および *Lochner v. New York*, 1905⁽¹⁷⁾ において、合衆国憲法修正(以降、「修正」と云う。)一四条の適正手続によって不当な政府の侵害から憲法に明示に規定されていない契約の自由と云う実体的な権利が保護されることが、連邦最高裁判所によって確と認められた。連邦最高裁判所が、合理的な理由も無く経済的基本権を規制しているとして実体的適正手続論を説き、Holmes 判事が Herbert Spencer の「社会静学」(Social Statics) 的論法と批判した判決を繰り返す時代に入ったのだ。この Lochner 期は、連邦最高裁判所が社会労働立法を拒否し続けたことから、自由放任主義と評された古典的リベラリズムと云うことばによって特徴づけられた時代なのだ。ただこの Lochner 時代に、経済的な基本権だけでなく、同じ法理で非経済的な基本権が認められたことも看過されてはならない。たとえば、*Meyer v. Nebraska*, 1923⁽¹⁹⁾ で、身体的自由権だけでなく有益な知識を取得する権利や婚姻をする権利等が精神的な自由権や身分的な権利として確認されたし、また、*Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 1925⁽²⁰⁾ で、両親や後見人の子供を養育および教育する自由も認められた如くである。⁽²⁰⁾ 実体的適正手続で保障される自由の範囲が拡大されたのだ。それでもその時代、それらを規制する合憲性の審査基準が経済的自由のそれと区別されたわけではなかった。合理性の審査基準が最初に用いられたのは、*Munn v. People of State of Illinois*, 1876⁽²¹⁾ と思われるが、その時代、基本権の性質に関係なく、その審査基準がすべての自由の規制に関して貫かれたのである。⁽²²⁾

その Lochner 時代、Roosevelt が大統領になると、連邦最高裁判所に変化が現れた。*Nebbia v. People of New York* (一九三四) で州の農業・市場法の下でミルク規制委員会によるミルクの販売価格の規制の合憲性が認められたのだ。⁽²³⁾ 経済的自由に対する強い保護が緩和されたのだ。それでも、*Nebbia* 事件は、Lochner 時代の終焉を意味しなかった。

その後も、*United States v. Butler*, 1936では、農業調整法下の課税が違憲とされたし、*Carter v. Carter Coal Company*, 1936でも、石炭産業を規制する立法が無効とされたのだ。⁽²⁵⁾ *Lochner* 主義が真に覆されたのは、婦人の最低賃金規制を認めた *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 1937⁽²⁶⁾ においてであったのだ。⁽²⁷⁾ *Lochner* 時代、連邦最高裁判所は、取り分け経済的実体的適正手続の領域で政府の行為に対してほぼ反抗的あるいは否定的であったのだ。

しかし、その *Lochner* 時代、*Holmes* 判事、*Roscoe Pound*、*Cardozo* 判事に見られる如く、実用主義を法解釈学に持ち込み、彼らが自由放任主義的なものと看做した *Lochner* 主義と対峙する動きが存在した。またいわばニュー・リベラリズムへの姿勢を有した *Holmes* 判事には、*Abrams* 事件におけるいわゆる明白で差し迫った危険のテストの法理において、「危険なあるいは悪性の傾向」(dangerous or bad tendency) 論の延長上の) 明白で現在の危険が説かれた *Schenck* 事件⁽²⁸⁾ 以上に言論の自由を強く保護する考え方も確認された。⁽²⁹⁾ 合理性の基準に関する変化こそなかったが、連邦最高裁判所の内外で、社会労働立法の擁護や、就中言論あるいはプレス⁽³⁰⁾ の自由に対する思い入れの動き、二重の基準論への滴となる動きが存したのだ。

(2) 二〇世紀半ばの連邦最高裁判所

連邦最高裁判所は、一九三四年の *Nebbia* 事件判決および一九二七年の *West Coast Hotel Co.* 事件判決において経済的実体的適正手続の分野における政府の規制に対する攻撃的な姿勢から後退する兆候を示した。予てより、連邦最高裁判所は、政府による規制の目的と方法とを審査する方法によって立法に挑戦する姿勢をとって来たが、これらの判決で立法に対して敬意を払い始めたのである。それらの判決において契約取り決めの最も基本的なことを規制する立法が、肯認されたのだ。⁽³¹⁾

West Coast Hotel Co. 事件以降、一九四〇年代および一九五〇年代を通じて、連邦最高裁判所における経済的実体的適正手続に係る立法尊重の姿勢は、常態化した⁽³²⁾。その事件以降、個人の経済的権利は、政府の規制によって縮減されたのだ。Lochner 主義に批判的で法曹界で際立った存在であった Holmes 判事、R.Pound、L.Hand、Charles Warrenらの影響を受けて、経済的あるいは社会的労働立法の審査に際して司法の謙抑主義が現実化し始めたのである。

Lochner 時代の終焉間もなく、一九三七年には、連邦最高裁判所による「二重の基準」論の明確な予兆が現れた。第一級殺人で有罪とされたことが問題となった *Palko v.State of Connecticut*, 1937⁽³³⁾ においてである。その事件で、Cardozo 判事が、「権利の章典」が保障しているものを基本的なものとし、また、それらは修正一四条に吸収して含まれているとして、そこに含まれた言論の自由に関する規制が経済規制に用いられた審査に比してより厳しい審査を受けることを示唆したのだ⁽³⁴⁾。州際通商に係る *Carolene Products Co.* 事件では、さらに明確な予兆が現れた。その事件の法廷意見で Stone 判事が付した「註の四」⁽³⁵⁾が、それである。そこで Stone 判事は、憲法が修正一〇条までの規定において文面上立法を特別に禁止していると思われる場合には、立法に対してなされる合憲性の推定は、比較的に狭くなる旨を述べたのだ⁽³⁶⁾。したがって、憲法上の権利に係る立法について合憲性が推定されるものとそうでないものがあることが示唆されたのである。したがって、一定の権利に関する立法府の判断に対して司法が尊重する場合とそうでない場合とがあることが示されたわけである。より具体的には、通常の商業取引に係る立法に対する合理的な司法審査と「権利の章典」上の権利に係る立法に対するより厳格な司法審査とがあることが示されたのである⁽³⁸⁾。

その後、*Skinner v.State of Oklahoma.ex rel Williamson*, 1942⁽³⁹⁾では、常習犯罪者に対して一応に適用されるわけではない差別的な強制避妊を定めた州法について厳しい審査が行われた。連邦最高裁判所は、「不愉快な差別」と云

うことばを用いて、差し迫った政府の目的が無い限りそのような差別に従来の合理的審査と異なる基準を用いたのだ。その際、婚姻や生殖は人種の存続に基本的なものとされ、人の基本的な市民権の一つと看做されている。そして、避妊に関する権限が行使されると、名状し難い極端に破壊的な結果が齎らされ得るとされ、避妊は、永遠に基本的な自由の一つを奪うものとされたのである。その結果、州が避妊法で行う差別に対する厳しい審査は、「不愉快な差別」がなされないようにするために不可欠のものとしてされたのである。⁽⁴⁰⁾ この *Skinner* 事件は、連邦最高裁判所における「二重の基準」論の走りといえるものであった。

それ以前、多数意見とはならなかったが、*Stone* 判事は、信教を理由として国旗敬礼を拒絶したことで事件化した *Minersville School District v. Gobitis*, 1940の反対意見で、少数者が有する修正一条および修正一四条の自由に対する規制立法に対する入念な司法審査の必要を説いていた。⁽⁴¹⁾ そこで示されたいわば非経済的な自由を強調する主張は、*Stone* が連邦最高裁判所長官（以降、「長官」と云う。）となった後、更に明確なかたちで説かれた。*Skinner* 事件と同じ年、*Jones v. City of Opelika*, 1942の反対意見において、修正一条は言論の自由や宗教の自由をそれらを一掃しようとする差別的な試みから守っているだけでなく、その条項と修正一四條とによってそれらの自由を優越的な地位 (preferred position) に置いている旨を述べたのだ。⁽⁴²⁾ *Stone* 長官は、修正一条に注目しながら、このいわゆる優越的な地位の理論によって、成文となつている自由と成文化されていない契約の自由との間に解釈上の楔を打ち込んだのだ。そのような *Stone* 長官の見解が連邦最高裁判所の意見として受け容れられたのは、宗教的出版物の販売に免許税を課した州の条例の合憲性が問題となり、*Douglas* 判事が法廷意見を述べた *Murdock v. Com. of Pennsylvania*, 1943においてであった。⁽⁴³⁾ そこでプレススの自由、言論の自由および信教の自由が優越的地位にあることが確と認められたのだ。

この優越的地位の理論は、一九五〇年代の初期まで、かなりの裁判官によって陰に陽に認められている。⁽⁴⁴⁾

第二次世界大戦中の強制収容に係る *Korematsu v. United States*, 1944⁽⁴⁵⁾では、民族的な存続が政府の強度の利益であることが認められ、特定の人種の公民権を制限するすべての法的規制が、差し迫った公共の必要がある場合を別として、「直ちに疑わしい (immediately suspect) 差別」として最も厳しい審査に服するとされた。⁽⁴⁶⁾ *Korematsu* 事件では、軍当局によって示された背信行為の証拠が認められて、強制収容の違憲性は否定されたものの、ここで示された *Skinner* 事件における厳しい審査から最も厳しい審査への変化は、将来、差別の問題における合憲性の審査の三重の基準⁽⁴⁷⁾の出現を暗示させるものであった。

一九五三年に *Warren* コートが誕生すると、一定の差別および一定の人格的、非経済的権利に係る事件において政府の行為に対して強められた審査 (*heightened scrutiny*) がなされるようになり、他方で、経済的権利に係る事件では、合理的な審査がなされた。そのような動向を反映して、一九六〇年代から一九七〇年代の初期にかけては、すなわち、*Warren* コートおよび初期の *Burger* コートにおいては、「二重の基準」論は、憲法判断に際しての中心的な地位を占めるようになっていた。⁽⁴⁸⁾

(3) 「二重の基準」論と基準の変化

一九六〇年代に入ると、連邦最高裁判所は、日曜日法と修正一条との関係の問題に取り組んだ。⁽⁴⁹⁾ その際、*Warren* 長官には、日曜日を休日とすることが宗教色を失い始めており、その日に前週の労働からの回復と次週の労働への準備の日とする世俗性を認め、問題の法律を宗教を支援するものではないとする考えがあった。⁽⁵⁰⁾ このような問題における合憲性の審査は、合理的な根拠の基準によって行われた。⁽⁵¹⁾ ところがその二年後、*Warren* コートに変化が現れた。

Sherbert v. Verner, 1963) おいて、土曜日を安息日とする安息日再臨派 (Seventh-day Adventist) に係る事件で、修正一条の権利を規制するには、「強度の州益」が必要とされたのだ。⁽⁵²⁾ 「厳格な審査」がなされたのである。その後の二〇年間、連邦最高裁判所は、*Wisconsin v. Yoder*, 1972⁽⁵³⁾ を例外として、同種の事件でこの「強度の国 (あるいは州) 益」のテストを用いている。⁽⁵⁴⁾ 因みに、*Yoder* 事件では、特定宗派の信徒の子供に対する教育の強制が問題となったが、義務教育制を採る州に基本的な教育の管理と期間に関して合理的な規制権が認められた。したがって、この時期、信教の自由の問題に係る二重の基準が存したのである。

そのような動きの中で、修正一条の言論の自由に関連した変化は、信教の自由の領域におけるほど劇的ではなかった。しかし、それよりも複雑であった。一九六〇年代および一九七〇年代は、連邦最高裁判所が言論の自由に係る複雑な問題に対処できる概念上の枠組みの構築と取り組んだ時代であった。その取り組みには、先ず、喧嘩ことば⁽⁵⁵⁾、猥褻な言論⁽⁵⁶⁾、児童ポルノ⁽⁵⁷⁾ および (差し迫った無法の行為を志向した言論と云う) *Brandenburg* テストを適用した暴力の扇動⁽⁵⁸⁾ といった内容に基づいて保護されない言論と云う範疇を設けた範疇化があった。この範疇の言論には、部分的にはあったが、名誉毀損や商業言論も含まれた。それらのうち全く保護されない範疇の言論は、非言論であるかのよう⁽⁵⁹⁾ に規制された。それらは、社会にとって価値が最も少ない (*de minimis*) あるいは無価値なもので、修正一条によって保護されないとされたのだ。また部分的に保護されないとされた範疇の言論の規制は、保護された言論に比してより緩やかな審査に服した。⁽⁶⁰⁾ したがって、連邦最高裁判所には、修正一条の言論に関連して、厳しい審査を受けるものとそうでないものとの二重の審査が存することになったが、より精確には、保護される言論、部分的に保護されないもの、および保護されないもの⁽⁶¹⁾ と云う種別が存することになったわけである。

連邦最高裁判所によれば、この言論の自由は、プレスの自由、平穩な集会の権利および苦情の救済を請願する権利と同根のものとされている。⁽⁶¹⁾ それらを表現の自由と云うことばで総括できるとすれば、⁽⁶²⁾ その表現の自由に係る連邦最高裁判所の扱いには、表現の内容規制はもとより、不公平な差別が無ければ、場所、時、手段あるいは方法による規制が可能なことに鑑み、⁽⁶³⁾ 多様な審査基準の存在が確認される。それ故、視点次第では、単純に二重の基準を論ずることとはできない。⁽⁶⁴⁾ たとえば、一九三九年、連邦最高裁判所には、言論の規制を判断する重要な要素として場所に注目したパブリック・フォーラム論が現れた。⁽⁶⁵⁾ 連邦最高裁判所は、官有地を私有地と同じ理屈で支配できるとする *Davis* 法理を放棄し、街路や公園や公有地等について集会のために広範にあるいは制限的に使用することを市民の権利として認め始めたのだ。Kalvin の小論あるいは Robert 判事に由来すると思われるこのような理論が連邦最高裁判所に現れたのは、*Hague v. C.I.O.*, 1939 においてである。⁽⁶⁶⁾ このフォーラム論は、以降、およそ七〇年間、かなりに論じられるが、一九六〇年代および一九七〇年代になると、連邦最高裁判所における「フォーラム」の分析は、非常に流動的となった。⁽⁶⁹⁾ たとえば、*Police Dept v. Mosley*, 1972⁽⁷⁰⁾ では、それが修正一条と密接に関連した平等の保護の問題としても論じられた。⁽⁷⁰⁾ その後一九八〇年代に入ると、州立大学の学生宗教団体によって大学のオープン・フォーラム政策に対してなされた異議が事件化した *Widmar v. Vincent*, 1981 を契機として、⁽⁷¹⁾ その理論には、従来論じられた伝統的パブリックでもノン・パブリックでもない第三のフォーラムが生まれた。⁽⁷²⁾ 制限されたあるいは指定されたパブリック・フォーラムである。このパブリック・フォーラム論と時や方法による規制とが密接であることは、論ずるまでもない。たとえば、開放された公の場所における門限による規制は可能であるし、⁽⁷³⁾ また、場所次第では、音量や無秩序な行動を規制することが認められる如くである。⁽⁷⁴⁾ なを、最近では、言論の自由を支持するためにパブリック・フォーラムの

分析は必要ではなく、その種の分析に変えて古い起源を有する自然的あるいは基本的な財産権に基づいた警察権の分析によって論ずる仕方が現れている。上位の権威によって正当に規制されない限り、人はあらゆる所で広範な言論権を持つと云う主旨の見解を示しているのである。⁽⁷⁵⁾

連邦最高裁判所では、言論の自由と云うことは、取り分けプレスと云うことばと互換的に使用されている。その場合、その自由を享受する手段である印刷によるメディアと電波によるメディアとは、当然に法的扱いに差異がある。印刷メディアの規制は、電波メディアのそれに比してより厳しい審査を受けるのだ。電波メディアの場合、電波の稀少性を認めそれを公のものとする考え方があり、⁽⁷⁶⁾その規制の審査は、前者に比してより緩やかになるのだ。その意味では、この言論の手段に鑑みた「註の四」的ではない二重の基準論が可能となる。

平等に係る分野における政府の行為に対する審査基準は、一九六〇年代および一九七〇年代非常に厳しさを強めた。この平等の問題に関する審査基準の変化の予兆は、既に *Hirabayashi v. U.S.*, 1943⁽⁷⁷⁾ & *Korematsu* 事件等に存した。少しく既述したが、それらにおいて、連邦最高裁判所は、専ら人種に基づいた差別を「不愉快な」ものと述べ、⁽⁷⁸⁾また「直ちに疑わしい」ものとして最も厳しい審査に服する旨を宣したのである。⁽⁷⁹⁾ Warren コートは、それらの判例を踏んで、異人種婚姻に係る *Loving v. Virginia*, 1967⁽⁸⁰⁾において、人種差別を「不愉快な」なものとし、それを正当化するには「正当で最も重要な目的」(legitimate overriding purpose) が必要であると宣べている。⁽⁸⁰⁾ 一九七一年にも、在留外国人に対する福祉法上の差別が問題となった *Graham v. Richardson*, 1971⁽⁸¹⁾において法廷意見を宣べた Blackmun 判事が、伝統的な平等の保護の原理の下では、合理的な理由がある限り、州に経済および社会福祉の分野における差別に対する広範な裁量権があるが、しかし、在留外国人に対する差別は、民族性あるいは人種に対するものと同様、元々疑わ

しいものであり、司法の精査に服すると宣べている。その際、Blackmun 判事は、一つの階層としての在留外国人は、分散し孤立した少数の典型的な例であるとし、彼らのために強められた司法の配慮は適切であるとも宣べている。⁽⁸²⁾しかし、そのGraham 判決後程なくして、連邦最高裁判所は、二つの分野で在留外国人に関連して合理性の根拠の基準を用いている。その基準によって、先ず、在留外国人を行政、立法あるいは司法の広範な公共政策の形成、執行あるいは審査に直接に参加する重要な任命職の職位から排除したのである。⁽⁸³⁾在留外国人に対する伝統的な厚遇を貶める意図はないとしながらも、外国人が民主的な政治機関へ参加することを排除した州の歴史的権限を認めた Sugarman 判決⁽⁸⁴⁾の考え方を拡大して、「州の特権」に対する司法の審査を緩和したのである。⁽⁸⁵⁾次に、連邦最高裁判所は、移民および帰化に関しても連邦議会の裁量権を広く認めている。連邦業務に係る雇用事件で個々の州が受け入れることができない特別の連邦立法を正当化する非常に重要な国益の存在を認めたのである。⁽⁸⁶⁾連邦最高裁判所は、平等な保護の分野ですべてを厳しい審査に付させるどころではなく、分野次第では、合理的根拠の審査基準への回帰をしたわけである。ただ、平等に係る問題について、連邦最高裁判所が単に経済的な基本権と非経済的な基本権に基づく「註の四」的な「二重の基準」に限られないこと、および、一九七二年には既に、G.Gunther がその問題に係る審査の多様性を認めていたこと⁽⁸⁷⁾は、看過されてはならない。この頃、連邦最高裁判所は、たとえば、性に係る問題で、Reed v. Reed, 1971⁽⁸⁸⁾では合理的根拠の審査を、Weinberger v. Weinberger, 1975⁽⁸⁹⁾では厳格な審査を、そして Craig 事件⁽⁹⁰⁾では、中間的審査を行って⁽⁹¹⁾もいる。連邦最高裁判所による審査に三重の基準が確認されるのだ。

そのようなこともあって、一九七〇年代後期から一九八〇年代初期になると、「註の四」的な「二重の基準」論に対する注目は薄れ始めた。特に一九八六年に Rehnquist 判事が長官に昇格すると、「二重の基準」論に対する執着は、

明らかに失われ始めた⁹²⁾。より普遍的な審査の基準が、模索され始めたのである。

そのことに関連して Stone 判事が注目した適正手続との関係については、次項の中心的問題として改めて論ずる。

2 「註の四」的「二重の基準」論の後退

(1) 「二重の基準」論の絞り込みの可能性

もともと Hughes 長官の考え方に依拠した Stone 判事による Caroline Co. 事件における「註の四」は、連邦最高裁判所によるその後の「二重の基準」論の起源となったものである⁹³⁾。Stone 判事による「註の四」を典拠としている「二重の基準」論は、多くの人が最も口にするところなのだ。そこでは、本文規定と相まって経済分野における基本権の規制に関する司法審査を緩和するが、次のような場合には、緩和されることが示唆された。第一に、立法が憲法規定上特別に禁止された範囲内にあるかどうかを審査する場合、第二に、立法が投票権、情報の伝播、政治組織等の政治過程を制限するものか否かを審査する場合、第三に、立法が宗教的、民族的あるいは人種的な少数に向けられた偏見であるか否かを審査する場合である。これらのうち第三のものについては、経済的自由と人格的自由との識別とは必ずしも結びつかないが、Stone 判事には、それら二つの種類の自由における司法による審査基準の差異と経済的自由に対する人格的自由の優先とを説く底意が、明らかに確認された。

この「註の四」的な「二重の基準」論が発展したについては、次のような理由があった。適正手続に係る連邦最高裁判所の解釈に変化が生まれたことである。適正手続が実体的権利をも保護しているか否かについては、こんにち依然として意見の一致があるわけではない⁹⁴⁾。南北戦争以前の連邦および州の判例は、適正手続規定を手続的権利に関する

るものと解していた。否、南北戦争後も暫らくの間、連邦最高裁判所は、経済的自由を適正手続条項によって保障したわけではなかった。その条項によって実体的権利の保障が認められたのは、一九世紀末、*Allgeyer v. Louisiana*, 1897⁽⁹⁵⁾においてである。折しも、経済的格差の発生に伴い、社会的不平等を是正する民主的な動きが生まれていた。社会福祉立法への動き、立法による社会的経済的規制による配分的正義実現の動きである。この動きに立ちはだかつたのが、実体的適正手続であった。Lochner時代の連邦最高裁判所が、適正手続規定によって実体的な自由を保障する動きを示し、平均的正義保持の姿勢を示したのだ。法学における社会学的な動きを法哲学の動きと同視し、社会の動きや法の運用を重視したR.Pound⁽⁹⁶⁾は、そのようなLochner時代初期の事象に実体的適正手続と契約の自由あるいは経済的自由との同一化を読み取った程であった⁽⁹⁷⁾。連邦最高裁判所は、経済的自由も警察権によって規制されることを認めながらも、その警察権についても、経済的実体的適正手続の下で規制の目的とその方法とは制限されるとして経済的自由を保護する動きを示したのだ⁽⁹⁸⁾。一九世紀後半から二〇世紀に入って暫くの間、合衆国は、民主制の論理(*logique de la democratie*)に立脚して経済あるいは労働の社会状況に配慮した政策を企てた連邦議会あるいは州議会の民主主義と憲法の論理(*logique de la constitution*)に立脚して国権の支配から解放される原理を貫こうとした連邦最高裁判所の自由主義との二つの原理の相克の時代あるいは、(合衆国がリベリズムを建国のイデオロギーとしていることに鑑みれば)、いわば古典的リベリズムとそれを修正しようとするニュー・リベリズムとの抗争の時代であったのだ。Keynesの影響を受けた政策で民衆の支持を得ていたRoosevelt⁽⁹⁹⁾は、一九三七年、Adam Smith的に古典的な自由の砦となっていたといわれるLochner時代の経済的実体的適正手続⁽¹⁰⁰⁾との争いに勝利した大統領であった。彼は、有名な炉辺談話によって、Lochner主義を維持する連邦最高裁判所に圧力をかけ、社会計画推進立法に対する実体的適正手

続を用いた連邦最高裁判所による妨害を抑え込んだのだ。⁽¹⁰⁾ この時期の合衆国憲法の政策と原理との衝突が顕現した時代は、他には少ない。そして一九三七年は、いわば政策が原理に勝利した年であった。

第二次世界大戦後、*Lincoln Fed. Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.*, 1949⁽¹⁰²⁾では、最早適正手続の下で経済規制は精査されなかった。その事件で法廷意見を宣したBlack判事は、Lochner主義を貫きたいわゆるAllgeyer-Lochner-Adair-Coppage憲法論等に触れながらも、他方で、*Nebbia*事件⁽¹⁰³⁾における動きや、*West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 1937⁽¹⁰⁴⁾、*United States v. Darby*, 1941⁽¹⁰⁵⁾、*Phelps Dodge Corp. v. National Labor Relations Board*, 1941⁽¹⁰⁶⁾の姿勢に注目して、連邦であれ州であれ、それらの立法府が事業や産業の状況を抑止しようとする場合にも公共の福祉に反すると云う理由で厳しく締め付けられているので、適正手続条項が極端に広く解釈されることは最早無い旨を述べ、立法に対する信頼を示したのだ。そのような動きに対して、William O. Douglas判事は、*Nebbia*事件から*Day-Brite Lightning, Inc. v. State of Missouri*, 1952⁽¹⁰⁷⁾に至る一連の判決に注目しながら、一九五五年に経済的実体的適正手続の完全な死を宣言している。⁽¹⁰⁸⁾ 二重の基準について論じたWellingtonによれば、以降、経済立法に関する司法審査は最小 (*de minimis*) となり、善かろうと悪かろうと、司法は、厳しく自己規制をしたと云うことである。⁽¹⁰⁹⁾

R.PoundのLochner時代初期についての論究にも拘わらず、Lochner時代、単に経済的自由だけでなく、たとえば*Meyer v. Nebraska*, 1923⁽¹¹⁾や*Pierce v. Society of the Holy Names of Jesus and Mary*, 1925⁽¹¹⁾等において、実体的適正手続規定に基づき人格的自由等が既に認められていたことについては、既に述べた。それでもその時代、それらの自由に対する規制が経済的自由のそれに比して厳格な司法審査を受けていたわけではなかった。それが実体的適正手続規定の下で司法部による強い保護を受けたのは、プライバシーが問題となった*Griswold v. Connecticut*,

1965⁽¹¹⁾においてなのだ。West Coast Hotel Co. 判決は、連邦最高裁判所による経済的実体的適正手続の放棄の信号を送った分岐点たる判決と評されているが、Douglas 判事による Griswold 判決もまた、適正手続規定からその規制に厳しい審査を受ける基本権を導き出した分岐点と評される判決なのだ。⁽¹⁴⁾ それは、Randy E. Barnett が「註の四プラス」と呼んだ⁽¹⁵⁾ 実体的適正手続時代の先触れをなした判決なのだ。この Griswold 事件において、Roosevelt 大統領による連邦最高裁判所裁判官の政治的任用によって死滅したかのように見えた実体的適正手続の特質が、いわば復活したのである。このような動きの根底には、*Poe v. Ullman*, 1961⁽¹⁴⁾ における Douglas 判事と John Harlan 判事の反対意見があった。Douglas 判事が、明示に規定されていない憲法上保障される自由の広さを説く一方で、社会立法に対する審査基準との違いを述べていたし、⁽¹⁶⁾ Harlan 判事も、司法の役割を説き、修正五条や同一四条の適正手続に存する憲法が保護している自由である個人の自律を定義し確立するように述べた一方で、適正手続規定における自由を規制する立法に厳格な審査がなされるべきものがあることを説いていたのだ。⁽¹⁷⁾ 斯くして、連邦最高裁判所は、「註の四」の範囲を超えた憲法で列挙されていない権利を司法の解釈で採用しその保障を強めることによって新たな実体的適正手続の茂みに入り込んだのだ。⁽¹⁸⁾ かつて「註の四」で憲法上認められた明示の権利と同様に、新たに導き出された権利の中にも厳格な審査に服するものがあることが認められたのである。R.E. Barnett によれば、このような「註の四プラス」を説く、したがって、Griswold 判決等に固執する人々を『再構築された』Roosevelt ニュー・デール法学者」と呼ぶことができる⁽¹⁹⁾ と云うことである。その後、たとえば、避妊権を未婚者にも拡大した *Eisenstadt v. Baird*, 1972⁽²⁰⁾ 墮胎を選択する女性の権利に係る *Roe v. Wade*, 1973⁽²¹⁾ あるいは一六歳未満の者に対する避妊具の販売等を禁ずる州法が問題となった *Carely v. Population Servs. Intl*, 1977⁽²²⁾ における性や生殖のような問題に係る個人の権利を確定するに際し

ても、適正手続条項の下で保障されている自由に重要で絶対的な範囲を有しているものがあることが認められている。R.E. Barnett が説くように、「註の四プラス」が、実体的適正手続規定の中に「註の四」で述べられた憲法上明示の自由や権利と同様のそれらの規制に強められた審査を受けるものがあると云うのであれば、「註の四」的な「二重の基準」論ではなく、二重の基準論を専ら修正五条や同一四条の実体的適正手続規定における自由に限って厳しい審査を受けるものと合理的な審査を受けるものとを説くことこそ、適切となる。その規定の中の自由について異種性の存在を示すことが可能だからであり、他方で、憲法で明示に規定されている自由に限っても、その規制に必ずしも厳格な審査がなされるとは限らない場合があるからである（尤も、右の適正手続規定における自由について、何種あるかの問題があり、他方で、明示に規定されている自由についても、何種の審査基準があるかの問題があるが）。

(2) 「二重の基準」論の後退

「二重の基準」論の花が開いたのは、一九六〇年代の Warren コートから一九七〇年代初期の Burger コートにかけてである。⁽¹²³⁾たとえば、信教の自由が問題となり、精密な審査の時代に入った *Sherbert v. Verner*, 1963⁽¹²⁴⁾ 学校長による言論の自由の規制が問題となった *Tinker v. Des Moines Independent Community School*, 1969⁽¹²⁵⁾ 人種の差別がなされている公共の施設の利用に際して治安の妨害が問題となった *Brown v. Louisiana*, 1966⁽¹²⁶⁾ アマン派 (the Amish) の親子の教育問題に係る *Wisconsin v. Yoder*, 1972⁽¹²⁷⁾ 等は、「二重の基準」論が確認されるのである。

しかし、一九八〇年代に入ると、Burger コートにおいて「二重の基準」論に後退の兆しはつきりと現れた。たとえば、アマン派は、社会保障給付の受領を禁止していただけでなく、社会保障制度のための納税をも禁じていたが、そのアマン派に対しては、社会保障税が限定的に免除されていた。そのアマン派にもなされた課税権の行使と信教の

自由との問題が事件化したのが、*United States v. Lee*, 1982¹²⁸であった。その事件において、Burger 長官による法廷意見は、州には課税を命ずるに際して「非常に重要な政府の利益」(an overriding government interest) を立証する責任があるとし、課税と抵触する宗教上の信念も社会保障制度を支えるために(宗教的信念をもつ)雇用者に対して課税に抗するための根拠を与えるものではないと説いたのだ。¹²⁹それも、社会保障制度のために義務的且つ継続的にその制度に参加させ、また税を確保する政府の利益は、非常に重要であると説いたのだ。¹³⁰その事件で同意意見を述べた Steven 判事は、特別に法律の適用の免除を受ける特異な理由があることを立証する責任は信教者の側にあると云う見解を示している。¹³¹それ以外の Stevens 判事の見解は、*Goldman v. Weinberger*, 1986 および *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 1987¹³³において結実している。それらのうち Goldman 事件とは、軍隊と云う特殊な分野におけるもので、正統派ユダヤ教徒の信者が勤務中に空軍の服装規範に反してヤルムーク (yarmulke) を被っていたことで懲戒処分を受けた事件であった。Rehnquist 判事は、その事件で、軍務の本質を個人の欲求や利益を軍務の必要に従わせることにあるとした。¹³⁴そして、修正一条を根拠にして異議が唱えられた軍規を審査する場合には、市民社会を規制する法規に対して憲法に基づいてなされる審査の場合に比して遥かに敬意が払われるものであると述べた。¹³⁵それも、司法裁判所が宗教的に動機づけられた行為を軍の必要によって特別に制限することが正当化されるかどうかを審査するときには、特別の軍役の重要性に関する軍当局の専門的な判断に対して大いなる敬意を払わなければならないとも述べている。¹³⁶次に、O'Lone 事件は、監獄規制と公民権とが衝突した事件であった。収監されているイスラム教徒による勤行 (Jumu'ah) への出席を妨げた獄吏の行為が事件化したのだ。この事件でも、長官となった Rehnquist が法廷意見を述べた。そこで彼は、判例を引用しながら、収監者も修正一条によって保護されるが、収監と云う事実と適切な監獄管理に伴う制

限を受けるとし、⁽¹³⁸⁾ 監獄規制を厳しい審査基準ではなく、合理性の審査基準を用いて合憲とした。長官によれば、司法裁判所がそのように合理性の審査基準を用いたのは獄吏に対して敬意を示すためである。⁽¹³⁹⁾ 一九八〇年代後半、連邦最高裁判所は、このいわゆる特別権力関係と云える領域以外に於ける判決でも「二重の基準」論を重用しなかった。たとえば、Burger から Rehnquist へ移行した年、テクノロジーが人の魂を奪っていると信ずるアメリカ原住民によって連邦の社会保障番号の使用の合憲性が争われた *Bowen v. Roy*, 1986)において、⁽¹⁴⁰⁾ 法廷意見と共に Powell 判事や Rehnquist 判事が加わった意見を述べた Burger 長官は、社会保障番号の使用が信教の自由条項の下の原住民の権利を侵害することはないと断じたのである。⁽¹⁴¹⁾ その際、長官は、信教の自由の条項は政府が個人に対して行ってはならないことを規定しているが、個人が政府から引き出し得るものについて定めたものではないとしながら、政府の内部的な手続行為を指図することになるような個人の権利を否定している。⁽¹⁴²⁾ そして厳格な審査を否定し、社会保障番号は宗教上中立的で、正当で重要な公益を促進するためのものであり、その目的を促進する合理的な手段と解したのである。⁽¹⁴³⁾ Rehnquist が連邦最高裁判所長官に就任したのは、一九八六年のことであった。Rehnquist が長官になると、原住民が宗教的な目的で使用していた国有林地地域の道路建設や伐採を許可する森林局の計画が争われた *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n*, 1988)において、⁽¹⁴⁴⁾ 右の計画のための強度の必要性についての政府による立証責任は否定された。⁽¹⁴⁵⁾ それも、法廷意見を述べた O'Connor 判事は、修正一条がすべての市民に同様に適用されるものであること、信教の自由を侵さない公共の計画に関する拒否権を何人にも与えていないこと、および、多くが宗教的信念に基づく様々な競合する政府への要求を憲法は調整していないし、裁判所が調整できるわけではないことを論じながら、そのような調整の任務は、立法府その他の機関に属するとして、⁽¹⁴⁶⁾ 司法権の限界を論じている。

S. Buchanan は、その Rehnquist 長官期の連邦最高裁判所を専ら合理性の根拠に基づいた審査による解決法をより普遍的に用いる方向へと顕著な動きを示した裁判所と解している。¹⁴⁵

二 基本権の審査基準

1 二重の基準の不明性と「二重の基準」論の不完全性

合衆国憲法は、権利の目録が少ないと云う特徴を持つが、その修正一条は、珍しく信教の自由、言論の自由、プレスの自由、平穏な集会の権利および苦情の救済を政府に請願する権利と、僅かとは云え、権利の目録を掲げている。連邦最高裁判所は、それらのうち信教の自由を除く自由や権利を同一のものとしてではないが、不可分の同根の権利と看做した¹⁴⁶。そのような権利の行使に限っても、非経済的なもの、経済的なものおよびその選別が困難なものがあることは、改めて論ずるまでもない。一体、「二重の基準」論は、非経済的なものとそうでないものとの二つに大別したことに当初より無理があった。それも、類似の大別は、その他にも可能であった。たとえば、宗教的なもの・非宗教的なもの・その選別が困難なもの、政治的なもの・非政治的なもの・その選別が困難なもの、文芸的なもの・非文芸的なもの・その選別が困難なもの、学問的なもの・非学問的なもの・その選別が困難なもの等々種々存在し得るからである。同様のことは、「権利の章典」が定める権利全部についても云える。たとえば、Heller 判決による武器を携帯する権利¹⁴⁷（修正二条）の解釈が正しいとした場合にも、研究の対象としてその権利を主張する場合とその他の場合、文化あるいは趣味としての武器の所有と自己防衛のためのそれとでは、規制の基準は異なり得るのである。その他にも、たとえば、販売のため、展示のため、その他と携帯の態様は種々である。さらに、修正一条に戻って、たとえば、

既述した如く、プレスあるいはメディアの自由に限っても、印刷（あるいは活字）メディアと電波（あるいは放送）メディアとでは、規制に基準の違いが存在し得る。¹⁴⁸ この分野には、近年、ワイヤ・メディア（we-dia）あるいはwe-media）と云う分野も現れている。更にまた、コミュニケーション・メディアと一般人との間で規制の基準の異同の問題もある。¹⁴⁹ 平穏な集会の権利についても、集会の目的・内容、集会の時間、屋内集会と屋外集会、場所の公私あるいは環境、集会の移動の有無、開かれた集会と秘密の集会等規制の基準の異同は、二重にも三重にも問題となり得るのだ。

「註の四」的な「二重の基準」論を論ずる場合にも、たとえば、無体財産権とその他の非財産権との関係は、その理論によって説明できない。より具体的には、財産権である著作権の如きは、言論や出版等による表現者の特別な表現行為を妨げるものであつて、非財産権である自由に表現する権利を抑制することができるものである。それもこの著作権は、発明権と共に、「権利の章典」より二年前に批准された憲法一条八節八項で明示に規定された権利である。連邦議会は、その章典を制定する以前の1790年に著作権法を制定してもいる。にも拘わらず、1791年に確定された「権利の章典」は、言論やプレスの自由等に対して無条件の保障の仕方をしている。「註の四」的な「二重の基準」論においては、右のような著作権の合憲性は、当然に問題となり得る。無体財産権が言論やプレスの自由を制限することになるからである。財産権が非財産権を制限することは、右の「二重の基準」論とは矛盾するのだ。通常は、連邦議会が認めた憲法上の権利も修正一条によって審査されることを免れない。実際、たとえば、*Regan v. Time, Inc.*（一九八四）においては、憲法一条八節六項に従つて制定された通貨偽造防止法が、修正一条の下で無効とされている。¹⁵⁰ 憲法によれば、著作権や発明権が独占的に一定期間保障されるのは、科学（Science）および有用な学芸（useful Arts）の進歩を促進するためとされており、連邦最高裁判所によれば、憲法一条八節八項の背後にある経済哲

学は、個人の利得 (gain) を通して個々人の努力を奨励することが科学や有用な学芸における著作者や発明者の才能によつて公共の福祉を促進する最善の方法と云う信念にあり、¹⁵¹ 憲法起草者は、たとえば、著作権を表現の自由の動力源 (engine) として意図したと云うことである。¹⁵² しかし、P. Cronin によれば、憲法の著作権条項および修正一条の制定期に両者の関係が精査されたと云う証拠はないそうである。¹⁵³ ところで、右に個人の利得は、現実には財産的権益を意味すると思われ、実際、特許権とか著作権は、無体財産権と呼ばれる財産権であるが、である以上、連邦最高裁判所には、財産的権益が必ずしも非財産権に常に劣後するとは限らないとする姿勢が存在することになる。一九九八年、Sony Bono 著作権延長法は、著作権保護期間をそれまでの死後五〇年から七〇年へと延長したが、それによつて、著作権者を除く者の表現の自由は、さらに二〇年間制限されることになった。それは立法部の政策であり、そのような著作権が認められる以上、多くの者の非財産権である表現の自由がより長く制限されることになったわけである。であるとするれば、憲法上の財産権に比して非財産権を優遇する「註の四」的な「二重の基準」論は、必ずしも一貫したものである。連邦最高裁判所は、特許権の場合と同様、そのような保護期間の延長を合憲と看做しているのだ。¹⁵⁴ その期間が短ければ短い程多くの人の表現の自由が保障されることになるにも拘わらずである。右の規制の合憲性の判断に際しては、連邦最高裁判所は、憲法の著作権条項の立法権が合理的に行使されたかどうかを審査基準としてい¹⁵⁵る。これは、連邦議会に実質的に敬意を払い、「註の四」的な「二重の基準」論とは明らかに矛盾する。「憲法」論として著作権や発明権を修正一条の例外と論ずることは不可能ではないが、科学とか学芸の概念、「一定の期間」あるいは「科学あるいは有用な学芸の発展の促進」の範囲が不明であることから、現実には、非財産的権利が、財産権によつてかなり侵蝕されているのだ。

2 基本権と合憲性の審査基準の変化

基本権を制限する立法府の行為を審査する基準として「註の四」的な「二重の基準」論の名残りは存するが、その理論には、明らかに不足がある。そのこともあって、Rehnquist 長官の指導力は、そのような基準に囚われた姿勢から連邦最高裁判所を脱却させた。

ところで、本稿では、その基本権を憲法上明示にあるいは暗黙に保障される権利のすべてと云う意味で用いているが、Adam Winkler によれば、合衆国では、基本権について少なくとも次の三つの定義があり得ると云うことである。その第一は、「権利の章典」の八条までに保障された個人の権利であり、その第二は、「権利の章典」上の州にも適用される権利であり、第三は、人間の尊厳あるいは民主的自己統治を促進する機能を営むために優先された権利である¹⁵⁶。墮胎を基本権とする Antonin Scalia 判事の基本権理解も本稿の使用と同様と解されるが、彼によれば、厳格な審査は彼らが基本的と考える権利が剥奪される場合に適用されると云うことである¹⁵⁷。また、A.Winkler によれば、「権利の章典」上の権利のうち言論、結社および信教の自由といった修正一条の権利を侵害する法律と修正五条の適正手続と平等の保護を制限する法律だけが厳格な審査に服するとされる¹⁵⁸。連邦最高裁判所における合憲性の判断に際して、(本稿的意味の)基本権、取り分け右の二つの条項上の権利が厳格な審査に服する場合は、間違いなく、間違った。しかし、連邦最高裁判所において、基本権およびそれら二つの条項上の権利に対する規制のすべてが厳格な審査に服させられているわけでは決していない。連邦最高裁判所による基本権を侵害している立法か否かの審査に際しては、立法府の判断を尊重する姿勢をとる(合憲性を推定する)場合と、(合憲性の推定をせず)強められた審査をする場合とがある¹⁵⁹。その意味では、二重の審査基準が用いられているわけである。しかし、連邦最高裁判所の姿勢は、それ程すつ

きりしたのではない。より具体的に見れば、連邦最高裁判所は、修正一条に関連して、たとえば、動物を捧げる祭祀が問題となった事件では厳格な審査を行い、次に言論を規制する時、所および方法が内容的に中立である事件では中間的審査を行い、さらに収監された者による会費を払った出版物の受領に対する規制については合理性の基準を用いた。⁽¹⁶²⁾ また連邦最高裁判所は、修正五条の平等保護条項に関連して、たとえば、人種に基づくあるいは「疑わしい」(suspect) 差別については強度な政府の利益に奉仕するように狭く絞り込む狭整合 (narrowly tailor) を求めて厳格な審査に服するとし、⁽¹⁶³⁾ また、性に基づく差別あるいは差別の動機等が窺われるいわゆる「ある程度疑わしい」(quasi-suspect) 差別については重要な政府の目的およびその目的と手段とは実質的に関連しなければならぬと云う中間的審査に服するとし、⁽¹⁶⁵⁾ さらに、経済的差別立法については合理的な根拠の基準を用いている。⁽¹⁶⁶⁾ 適正手続条項に関連しては、墮胎が問題となった事件で厳格な審査がなされ、⁽¹⁶⁷⁾ 経済あるいは税に係る立法については合理的な根拠の審査がなされた。⁽¹⁶⁸⁾ 学説的には、適正手続に係る事件に中間的審査を認めるものもあるが。⁽¹⁶⁹⁾

かつて連邦最高裁判所は、適正手続に係る事件の場合を除き、かなりの場合、立法に関して合理的根拠の審査、中間的審査および厳格な審査のいずれかを行って来たのだ。その際、憲法上の権利を制限する目的およびその目的と効果との関係が注目された。それぞれの審査に際して、憲法上の権利を規制する説得力ある必要性が求められた。もとより、連邦最高裁判所は、時として、権利自体の本質、制限された利益および侵害の程度に応じて右の三つ以外にも審査基準をも設けている。⁽¹⁷⁰⁾ 元々すべてに用いられたわけではないが、右のいわば三重の審査基準も崩れ始めているのだ。多くの事件では、合理的な根拠の審査がなされ、特定の場合に厳しくされた (heightened) 審査がなされているという意味では、二重の基準論は、不可能ではない。しかし、厳しくされた審査のうち中間的な審査の中には、厳格な

審査に接近したものが一方、最小限のあるいは合理的な根拠の審査に接近しているものもある⁽¹⁷²⁾。そのようなこともあって未だ必ずしも一般的ではないが、連邦最高裁判所には、法廷意見で用いられたことばではないものの、*Woodward v. Metro Bank of Dallas, 1975*に起源するといわれ、*Brennan* 判事が触れた伸縮 (sliding-scale) 審査として説かれる考え方も現れた⁽¹⁷⁴⁾。(既に指定された紙数を超えており、この審査基準について詳述することはできないが) たとえば、言論の自由等のような権利も、政府の規制に従うが、その規制の合憲性を審査する裁判所の厳しさの程度には、従来確立された基準と別なものがあり、裁判所による立法府への敬意の程度が問題とされ、その審査が厳しい程に敬意は少なく、合憲性が認められるための政府の利益は、重大でなければならぬと云うのである⁽¹⁷⁵⁾。権利が重要である程に、またその侵害が大きい程に規制をする政府の正当化事由は強い必要性を要し、規制と正当化事由との関係はよりしつかりと噛み合ったものでなければならぬと云う訳である。そのような観点から、その審査の基準として司法の裁量の幅を拡張するのである。そのような審査によって、裁判所は、従来の厳格な審査はもとより、それ以上に厳しい審査も可能とし、憲法上疑わしい立法を厳しい審査に服させて少数の理念を実現したり、多数の意思である立法を矯正することを可能とするのである⁽¹⁷⁶⁾。そのような立場で、*Souter* 判事は、投票権の行使に際して写真証明を求めた法令が問題となった事件の反対意見で伸縮審査を啓発的に説き、司法は一切の投票条件に疑いの目を鍛えねばならず、選挙は公明正大であるべきで、民主過程には秩序が必要であるから、規制の合憲性の審査はその規制の効果と共に変化する旨を述べている⁽¹⁷⁷⁾。このような審査は、司法を恣意的にし兼ねないが、それでも、学説としてこれを一定の分野で適用すべきとする見解は、散見されるところである⁽¹⁷⁸⁾。

おわりに

連邦最高裁判所については、既にそれとなく伸縮審査を採用しているという見方が存在する⁽¹⁷⁹⁾。たとえば、Marshall 判事には、かなり早くから自身の伸縮審査への動きと連邦最高裁判所が伸縮審査を用いて来たとする認識とが確認されたとされる⁽¹⁸⁰⁾。彼には、基本権に係る問題で、特別に憲法で保障されているものと憲法上のものでない利益との関係が緊密化している場合には、後者はより重要性を有するものとなり、差別によってその利益が侵害された場合の司法審査には、調節される必要が生じ、連邦最高裁判所は、調節して来たとする見解が窺われたと云うのである⁽¹⁸¹⁾。しかし、伸縮審査の基準は、そのことばあるいはその基準の定義が、必ずしも明確ではない。多くの司法審査は、一つの問題の解決に際してその都度何らかの特定された基準を用いて来ているのである。その場合、今までなされて来た三重あるいは三層の基準も、一貫性を有したものでは決してなかった。かつて、事案次第では、必要性⁽¹⁸²⁾、利益衡量⁽¹⁸³⁾や歴史の基準⁽¹⁸⁴⁾等その他の審査基準が用いられたり、いろいろな審査基準が併用されたりしたのである。それでも、連邦最高裁判所は、問題のその都度の便宜的あるいは流動的な解決基準に依存するのではなく、類型化され得る問題について普遍的な基準を模索しなければならない。これは、裁判官の専断を防ぎ、立憲政治、法の支配、法的な安定性の要求するところである。確かに合衆国憲法によって明示にあるいは暗示に認められた自由や権利の性格は単純に示され得るものではなく、時代や技術等の変化と共に複雑さを増し変化することはあり得ることである。たとえば、憲法修正一条のプレスの概念は、かつては主として活字や描画等に係るものであったが、電気や電波の技術と共にその範囲を広げている。国によって憲法の扱いは異なるが、少なくとも合衆国でラジオやテレビ等に関連してその範疇に含

まれる場合がある如くである。そのような概念の変化とそれに係る自由や権利の行使とその規制との関係について特定の時代に普遍的な公理を見出すことは、至難である。それでも、その発見については、連邦憲法裁判所に限らず、自由主義圏の多くの裁判所が努力を要するところであり、苦悩しているところでもある。

- (1) G.Gunther & N.Dowling, *CASES AND MATERIALS ON CONSTITUTIONAL LAW* 1-49 (8th ed, 1970).
- (2) Harry H.Wellington, *COMMON LAW RULES AND CONSTITUTIONAL DOUBLE STANDARD:SOME NOTES ON ADJUDICATION*, 83 *Yale L.J.*221 (1973).
- (3) 304 *U.S.*144 (1937).
- (4) H.H.Wellington, *supra* note 1, at 285.
この点については、本書の基準論を註ひておきたい。また、このテーマについて論じられるのが難題である。
- (5) Marius Emberland, *PROTECTION AGAINST UNWARRANTED SEARCHES AND SEIZURES OF CORPORATE PREMISES UNDER ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS:THE COLAS EST SA V.FRANCE APPROACH*, 25 *Mich.J.Int'l L.*77, at 110FN110 (Fall, 2003).
- (6) H.J.Abraham & B.A.Perry, "Freedom and the Court:Civil Rights in the United States"11-37 (5th ed. 1988) citing in Ernest A.Young, (2012 Constitution on State Health Care & Privacy Regulation After Sorrell V.Ims Health Symposium-October 14. 2011 Vermont Law Review & University of New Hampshire Law Review) *SORRELL V.IMS HEALTH AND THE END OF THE CONSTITUTIONAL DOUBLE STANDARD*, 36 *Vt.L.Rev.*903, at 914FN63 (Summer, 2012); Abraham & Perry, *ibid.* citing Michael W.Dowdle, (Note) *THE DECENT OF ANTIDISCRIMINATION:ON THE INTELLECTUAL ORIGINS OF THE CURRENT EQUAL PROTECTION JURISPRUDENCE*, 66 *N.Y.U.L.Rev.*1165, at 1168FN17 (October, 1991).

- (7) Adrian Vermeule, POLITICAL CONSTRAINT ON SUPREME COURT REFORM, 90 Minn.L.Rev.1154, at 1163FM38 (May, 2006).
- (8) West Coast Hotel Co.v.Parrish, 300 U.S.379 (1937).
- (9) See, Olsen v.Nebraska, 313 U.S.236 (1941);Lincoln Fed.Labor Union v.Northwestern Iron & Met al Co., 335 U.S.525 (1949);Williamson v.Lee Optical Co., 348 U.S.483 (1955).
- (10) See, 319 U.S.624, at 648 (1943);L.Hand citing G.Sidney Buchanan, A VERY RATIONAL COURT, 30 Hous.L.Rev.1509 (Winter, 1993).
- (11) Ibid. at 1511.
- (12) See, Joseph F.Morrissey, LOCHNER, LAWRENCE, AND LIBERTY, 27 Ga.St.U.L.Rev.609, at 638-639 (Spring, 2011);Dennis D.Hirsch, THE RIGHT TO ECONOMIC OPPORTUNITY:MAKING SENSE OF THE SUPREME COURT'S welfare rights decisions, 58 U.Pitt.L.Rev.109, at 114, 136 (Fall, 1996);Kyle T.Murray, LOOKING FOR LOCHNER IN ALL THE WRONG PLACES:THE IOWA SUPREME COURT AND SUBSTANTIVE DUE PROCESS REVIEW, 84 Iowa L.Rev.1141, at 114 7FN38 (August, 1999), etc..
- “Lochner era” (Lochner 時代) とは、このように連邦最高裁判所の判決の中に現れたのは、一九七七年に Lewis Powell 判事の多数意見の中で G.Gunter “Cases and Materials on Constitutional Law 550-96 (9th ed. 1975)” を引用して用いられた時である (L.Powell, J., in Moore v.City of E.Cleveland, 494, at 502 (1977))。尤も、その用語法は、それ以前に連邦最高裁判所における弁論趣意書の中にも一九四四年に用いられたこと (Dicks v.Naft, 415 U.S.958 (1974) (No.73-1128) citing David E.Bernstein, LOCHNER V.NEW YORK:A CENTENNIAL RETROSPECTIVE, 83 Wash.U.L.Q.1469, at 1520FN332 (2005))。G.Sidney Buchanan による Lochner 時代を一九〇〇年から一九三五年と述べている (supra note 10, at 1509)。
- (13) 118 U.S.394 (1886).
- (14) 123 U.S.623 (1887).

- (15) See, *ibid.* at 661.
- (16) 165 U.S.578 (1897).
- (17) 198 U.S.45 (1905).
- (18) *Ibid.* at75 (Holmes, J., dissenting).
- (19) 262 U.S.390 (1923).
- (20) 268 U.S.510, at 534-535 (1925).
- (21) 94 U.S.113, at 132 (1876).
- (22) See, *Meyer v. Nabraska*, 262 U.S.390, at 399 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S.510, at 534-535 (1924).
- (23) 291 U.S.502 (1934).
- (24) 297 U.S.1 (1936).
- (25) *West Coast Hotel Co.* 300 U.S..
- (26) 300 U.S.379 (1937).
- (27) E.g., *Adkins v. Children's Hosp.*, 261 U.S.525 (1923); *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S.587 (1936).
- (28) 249 U.S.47 (1919).
- (29) Holmes判事が、明白で現在の危険のテストを説いたとき、それは、いわゆる危険な傾向論の延長上のものであった (see, *Schenck v. U.S.*, 249 U.S.47 (1919))。しかし、彼が、同じ年、法廷意見に対する反対意見で、明白で差し迫った危険のテストを説いたとき、それは、危険な傾向論を離れて、言論の自由のために歩を進めたものであった (*Abrams v. U.S.*, 250 U.S.616 (1919))。
- (30) なぎ、G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1519-15; *Craig v. Boren*, 429 U.S.190, at 197 (1976) に目を向けながら、Lochner時代の合理性の審査基準は、こんにちのそれより厳しかったとし、こんにちの用語法によるならば、実質的には、中間的審査基準であるところにある (see, *ibid.*, at 1519 FN49)。

- (31) G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1520.
- (32) E.g. Olsen v. Nebraska, 3131 U.S.236 (1941); Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co., 335 U.S.525 (1949); William v. Lee Optical Co., 348 U.S.483 (1955).
- (33) 302 U.S.319 (1937).
- (34) *Ibid.* at 326-327 (1937); G.Sidney Buchanan, *supra* note 10, at 326-327).
- (35) 304 U.S., at 152 FN4.
- (36) *Ibid.* at 152-153 FN4.
- Stone 判事には、通常の商取引に影響を及ぼす立法に対する緩やかな司法審査と権利の章典で保障された権利に係る立法に対するより厳しい司法審査と云う見解が存したのである。
- (37) *Ibid.* at 152.
- (38) *Ibid.* at 152-153 FN4.
- ここで司法による審査が緩和されないものとしては、(1)文面上第一〇修正条項までに規定された特に禁止されていることに関する立法、(2)投票権、情報の流布、政治組織、平穏な集会に係るような、通常、望ましくない立法を取り除くことが期待される政治過程を制限する立法、(3)特定の宗教とか、民族とか、人種とかで少数を対象とした立法が示されている (*ibid.*)。
- (39) 316 U.S.535 (1942).
- (40) *Ibid.* at 541. ハッペ 「不愉快な差別」として、特定の人種や国籍に対する抑圧が例示されている。
- (41) 310 U.S.586, at 606-607 (Stone, J., dissenting).
- (42) 316 U.S.584, at 608 (Stone C.J., dissenting). See, “Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position” (Douglas, J., for the Court). *Murdock v. Com. of Pennsylvania*, 319 U.S.105, at 115 (1943); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S.158, at 164 (1944); *Follett v. McCormick*, 321 U.S.573, at 575 (1944); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S.501, at 509 (1946); *Salia v. New York*, 334 U.S.558, at 562 (1948), etc..

- (43) 319 U.S.105, at 115 (1943).
- (44) G.Edward White, THE AMENDMENT COMES OF AGE:THE EMERGENCE OF FREE SPEECH IN TWENTIETH-CENTURY AMERICA, 95 Mich.L.Rev.299, at 330 (November, 1996).
- (45) 323 U.S.214 (1944).
- (46) Ibid. at 216, 217-218.
- (47) 合衆國の第一級三層 (three-tiered) の裁判システムを鑑みるべきか。
- (48) G.S.Buchanan, supra note 10, at 1525.
- (49) McGowan v.State of Md., 366 U.S.420 (1961);Braunfeld v.Brown, 366 U.S.599 (1961);Gallagher v.Crown Kosher Super Market of Mass., Inc., 366 U.S.617 (1961);Two Guys from Harrison -Allent own Inc.v.McGinley, 366 U.S.582 (1961).
- (50) See, Micahel R.Belknap, GOD AND THE WARREN COURT:THE QUEST FOR “A WHOLESOME NEUTRALITY”, 9 Seton Hall Const.L.J.401, at 416-417 (Spring, 1999).
- (51) McGowan 366 U.S., at 425-426;Braunfeld 366 U.S., at 607;Gallagher 366 U.S., at 623;Two Guys 366 U.S., at 590.
- (52) 374 U.S.398, at 406 (1963).
- (53) 406 U.S.205 (1972).
- (54) Thomas v.Review Bd.of Indiana Employment Sec. Division, 450 U.S.707, at 718 (1981);United States, 455 U.S.252, at 257-258 (257-258);Bob Jones University v.United States, 461 U.S.574, at 603-604 (1983).
- (55) Chaplinsky v.New Hampshire, 315 U.S.568, at 571-572 (1942);Gooding v.Wilson, 405 U.S.518, at 522-523 (1972).
- (56) Paris Adult Theatre I v.Slaton, 413 U.S.49, at 54-55 (1973);Miller v.California, 413 U.S.15, at 23-24 (1973).
- (57) New York v.Ferber, 458 U.S.747, at 756, 764-765 (1982).
- (58) Brandenburg v.Ohio, 395 U.S.444, at 447-448 (1969).
- (59) Chaplinsky, 315 U.S., at 571-572;R.A.V.v.City of St.Paul, Minn., 505 U.S.377, at 400 (1992).

- (9) G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1536-1537.
- (10) Thomas v. Collins, 323 U.S.516, at 5529-530 (1945).
- (20) See, Michael J.Perry, FREEDOM OF EXPRESSION:AN ESSAY ON THEORY AND DOCTRINE, 78 Nw.U.L.Rev.1137, at 1137-1138 (December, 1983).
- (30) Cox v.New Hampshire, 312 U.S.569, at 576 (1941).
- (64) パブリック・フォーラムについては、一九六〇年代および一九七〇年代は、流動的な状態にあったし、こんにち依然として、指定されたパブリック・フォーラムと制限されたそれとは必ずしも確定的に識別されているわけではないが、伝統的なもの、制限されたパブリック・フォーラム・指定されたパブリック・フォーラム、非パブリック・フォーラムと云うように種別され色々な審査が行われてくる (G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1540-1544;Perry Educ.Ass'n v.Perry Local Educators' Ass'n, 460 U.S.37 (1983);Norman T.Deutsch, DOES ANYBODY REALLY NEED A LIMITED PUBLIC FORUM, 82 St.John's L.Rev.107 (Winter, 2008);Ronnie J.Fischer, (Comments) "WHAT'S IN A NAME":AN ATTEMPT TO RESOLVE THE "ANALYTIC AMBIGUITY" OF THE DESIGNATED AND LIMITED PUBLIC FOR A, 107 Dick.L.Rev.639 (Winter, 2003).
- (90) Hague v.CIO, 307 U.S.496, at 515 (Robert & Black, JJ., concurring).
- パブリック・フォーラムとは「一九六五年 Harry Kalven, Jr. の命名によるもの」 (THE CONCEPT OF THE PUBLIC FORUM:Cox v.Louisiana, 1965 Sup.Ct.Rev.1)。
- (90) Davis v.Massachusetts, 167 U.S.43 (1987).
- (92) See, Ian R.Scheinman, FIRST AMENDMENT — FREEDOM OF SPEECH — BECAUSE AIRPORT TERMINAL CONSTITUTE NONPUBLIC FORA, A BAN ON SOLICITATION IS REASONABLE, WHILE A BAN ON THE DISTRIBUTION OF LITERATURE IS UNCONSTITUTIONAL — INTERNATIONAL SOC'Y FOR CONSCIOUSNESS, INC.V.LEE.112 S.CT.2701 (1992), 3 Seton Hall Const.L.J.571, at 78FN28 (Fall, 1993). この註文は、パブリック・フォーラム論を Hague 事件における Robert 判事の付随的意見に起源を求め見る見方も紹介されている。

- (89) 307 U.S.496 (1939).
 - (69) G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1540.
 - (70) 408 U.S.92, at 95 (1972).
 - (71) 454 U.S.263, at 267-268 (1981).
 - (72) *Perry Educ.Ass'n v.Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S.37, at 45-47, 47F.N7 (1983).
 - (73) *Edwards v.South Carolina*, 372 U.S.229, at 236 (1963).
 - (74) *Grayned v.Rockford*, 408 U.S.104, at 120-121 (1972).
 - (75) *David A.Thomas, WHETHER THE PUBLIC FORUM DOCTRINE:HAS THIS CREATURE OF THE COURTS OUTLIVED ITS USEFULNESS ?*, 44 *Real Prop.Tr. & Est.L.J.*637 (Winter, 2010).
 - (76) Arthur Martin, (Comment) *WHICH PUBLIC, WHOSE INTEREST ? THE FCC, THE PUBLIC INTEREST, AND LOW-POWER RADIO*, 38 *San Diego L.Rev.*1159, at 1168 (Fall, 2001).*Federal Radio Commission v.Nelson Bros.Bond & Mortg.Co. (Station WIBO)*, 289 U.S.266, at 279 (1933); *Red Lion Broadcasting Co.v.F.C.C.*, 395 U.S.367, at 400-401 *Columbia Broadcasting System, Inc.v.Democratic Nat. Committee*, 412 U.S.94, at 101 (1973).
 - (77) 320 U.S.61 (1943).
- 尤も、本件に先立ち、専ら人種に基づいた立法上の差別を平等の保護を否定するものとする判例は、既に存在していた (Yick Wo, v.Hopkins, 118 U.S.356 (1886); Yu Cong Eng v.Trinidad, 271 U.S.500 (1926); Hill v.Texas, 316 U.S.400 (1942))。
- (78) Hirabayashi 388 U.S., at 100.
 - (79) Korematsu 323 U.S., at 216.
 - (80) 388 U.S.1, at 11 (1967).
 - (81) 403 U.S.365 (1971).
 - (82) *Ibid.* at 371-372.

- (83) *Foley v. Connellie*, 435 U.S.291 (1978). See, *Ambach v. Norwick*, 441 U.S.68 (1979); *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S.432 (1982).
- (84) *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S.634, at 648 (1973).
- (85) *Ibid.*
- (86) *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S.88, at 100 (1976) and *Mathews v. Diaz*, 426 U.S.67 (1976).
- (87) G.Gunther, SEARCH OF EVOLVING DOCTRINE IN A CHANGING COURT:A MODEL FOR A NEW EQUAL PROTECTION, 86 Harv.L.Rev.1 (1972).
- (88) 404 U.S.71, at 76 (1971).
- (89) 420 U.S.636, at 642-643, 651 (1975).
- (90) *Craig* 429 U.S., at 197. See FN30.
- (91) *George C.Hlavac*, (The D.C.Circuit Review -September 1991-August 1992 Equal Protection) INTERPRETATION OF THE EQUAL PROTECTION CLAUSE:A CONSTITUTIONAL SHELL GAME, 61 Geo.Wash.L.Rev.1349, at 1364FN103 (June, 1993).
- (92) *Ibid.* at 1511.
- (93) James L.Oakes, 'PROPERTY RIGHTS' IN CONSTITUTIONAL ANALYSIS TODAY, 56 Wash.L.Rev.583, at 587FN11 (November, 1981).
- (94) See, Robert E.Riggs, SUBSTANTIVE DUE PROCESS IN 1791, 1990 Wis.L.Rev.941 (1990).
- (95) 165 U.S.578 (1897).
- (96) R.Pound, THE SCOPE AND PURPOSE OF SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE, 25 Harv.L.Rev.510 (1912).
- (97) R.Pound, LIBERTY OF CONTRACT, 18 Yale L.J.454 (May, 1909).
- (98) *Lochner v. New York*, 198 U.S.45, at 58-59 (1905).

- (96) へのような見方は、異論もあろう (Alan J.Meese, WILL, JUDGMENT, AND ECONOMIC LIBERTY:MR.JUSTICE SOUTER AND THE MISTRANSLATION OF THE DUE PROCESS CLAUSE, 41 Wm. & Mary L.Rev.3, at 48FN211 (December, 1999))。
- (97) R.Pound, *supra* note 97, at 456,404 U.S.71, at 76 (1971).
- (98) See, Joseph J.Lazzarotti, PUBLIC USE OR PUBLIC ABUSE, 68 UMKC L.Rev.49, at 67FN155 (Fall, 1999).
- (99) 335 U.S.525 (1949).
- (100) Nebbia 291 U.S.502 (1934).
- (101) West Coast Hotel Co. 300 U.S..
- (102) 312 U.S.100 (1941).
- (103) 313 U.S.177 (1941).
- (104) 342 U.S.421 (1952).
- (105) Williamson v.Lee Optical of Oklahoma, 348 U.S.483, at 488.
- (106) See, H.W.Wellington *supra* note 1, at 273.
- (107) 262 U.S.390 (1923).
- (108) 268 U.S.510 (1925).
- (109) 381 U.S.479 (1965).
- (110) Michael J.Phillips, ANOTHER LOOK AT ECONOMIC SUBSTANTIVE DUE PROCESS, 1987 Wis.L.Rev.265, at 282 (1987).
- (111) Geoffrey G.Slaughter, (Note) THE NINTH AMENDMENT ROLE IN THE EVOLUTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS JURISPRUDENCE THE ENUMERATION IN THE CONSTITUTION, OF CERTAIN RIGHTS, SHALL NOT BE CONSTRUED TO DENY OR DISPARAGE OTHERS RETAINED BY THE PEOPLE, 64 Ind.L.J.97, at 99 (Winter,

1988); Mitchell F. Park, (Comment) DEFINING ONE'S OWN CONCEPT OF EXISTENCE AND THE MEANING OF THE UNIVERSE THE PRESUMPTION OF LIBERTY IN LAWRENCE V. TEXAS, 2006 B.Y.U.L.Rev.837, at 851 (2006).

このような見方は、随胎と同姓愛について論じた Michael J. Sandel 教授の (see, Sandel citing David L. Fitzgerald, (Note) LET JUSTICE FLOW LIKE WATER: THE ROLE OF MORAL ARGUMENT IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, 65 Fordham L.Rev.2103, at 2106 (April, 1997))。実体的適正手続の分岐点となった判決は、避妊具の販売を規制した立法を無効とした Eisenstadt v. Baird, 405 U.S.438 (1972) である。

(15) R.E.Barnett, (The 100th Anniversary of *Lochner v. New York*, 198 U.S.45 (1905)) FORWARD: WHAT'S SO WICKED ABOUT *LOCHNER*?, 1 N.Y.U.J.L. & Liberty 325, at 328 (2005).

(16) 367 U.S.497, at 516-517 (Douglas, J., dissenting).

(17) *Ibid.* at 542-543, 548 (1961) (Harlan, J., dissenting).

(18) See, M.F.Park, *supra* note 114, at 852.

(19) R.E.Barnett, *supra* note 115, at 328.

(20) 405 U.S.438 (1972).

(21) 410 U.S.113 (1973).

(22) 431 U.S.678 (1977).

(23) G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1512-1513.

(24) 374 U.S.398, at 403 (1963).

(25) 393 U.S.503, at 511 (1969).

(26) 383 U.S.131, at 142 (1966).

(27) 406 U.S.205, at 233-234 (1972).

(28) 455 U.S.252 (1982).

- (129) Ibid. at 257.
- (130) Ibid. at 258-259.
- (131) Ibid. at 262 (Stevens, J., concurring).
- (132) 475 U.S.503 (1986).
- (133) 482 U.S.342 (1987).
- (134) See, Orloff v. Willoughby, 345 U.S.83, at 92 (1953).
- (135) Goldman 482 U.S., at 507.
- (136) Goldman 482 U.S., at 507.
- (137) Bell v. Wolfish, 441 U.S.520 (1979); Cruz v. Beto, 405 U.S.319 (1972), etc..
- (138) Procunier v. Martinez, 416 U.S.396 (1974); Pell v. Procunier, 417 U.S.817 (1974).
- (139) O'Lone 482 U.S., at 349.
- (140) 476 U.S.693 (1986).
- (141) Ibid. at 700.
- (142) Ibid. at 694, 707-710.
- (143) 485 U.S.439 (1988).
- (144) Ibid. at 452.
- (145) G.S.Buchanan, supra note 10, at 1512.
- (146) Thomas v. Collins, 3232 U.S.516, at 530 (1945).
- (147) 筆者が、武器を携帯する権利を民兵との関係で理解するのべ¹ District of Columbia v. Heller, 554 U.S.570 (2008) の法理を支持しない。
- (148) See, David Sheldy, (Note) ACCESS TO THE PRESS: A TELEOLOGICAL ANALYSIS OF A CONSTITUTIONAL

DOUBLE STANDARD, 50 Geo. Wash. L. Rev. 430, at 431, 445, 454, etc. (March, 1982)。

(149) *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967) では、言論やプレスのためだけでなく、すべての人に保障されている権利を認めつつも (ibid, at 389)。

(150) 468 U.S. 641 (1984)。

そこでは、規制が合憲であるためには、時、所および方法が三つの要件に合致しなければならないとしながら、第一に、言論の内容若しくは題材に基づいてなされるはならぬこと、第二に、重要な (significant) 政府の利益のためであること、および第三に、情報を伝達するために十分な代替通信路が開かれていることを示し、郵趣の、古銭学の、教育の、歴史の若しくは報道の目的のためにのみ合衆国の通貨のイラストを公にすることを認める立法は、内容に基づいた差別であり、認めることは必要ないこととされた (ibid. at 648)。

(151) *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, at 219 (1954)。

(152) *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, at 558 (1985)。

(153) Patrick Cronin, THE HISTORICAL ORIGINS OF THE CONFLICT BETWEEN COPYRIGHT AND THE FIRST AMENDMENT, 35 Colum. J. L. & Arts 221, at 224 (Winter, 2012)。

(154) *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, at 202-204 (2003)。

(155) Ibid. at 204.

(156) A. Winkler, FUNDAMENTALLY WRONG ABOUT FUNDAMENTAL RIGHTS, 23 Const. Comment. 227, at 228 (Summer, 2006)。

(157) *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, at 568 (1996) (Scalia, J., dissenting)。

(158) Ibid. at 229.

(159) Louis D. Billionis, THE NEW SCRUTINY, 51 Emory L. J. 481 (Spring, 2002)。

(160) *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Healeah*, 508 U.S. 520, at 531 (1993)。

- (161) *Heffron v. International Soc. for Krishna Consciousness, Inc.*, 452 U.S.640, at 654ff. (1981).
- (162) *City of New Orleans v. Duke*, 427 U.S.297, at 303 (1976).
- (163) *Johnson v. California*, 543 U.S.499, at 508 (2005).
- (164) Jeffrey D. Jackson, PUTTING RATIONALITY BACK INTO THE RATIONAL BASIS TEST: SAVING SUBSTANTIVE DUE PROCESS AND REDEEMING THE PROMISE OF THE NINTH AMENDMENT, 45 U.Rich. L.Rev.491, at 534 (January, 2011).
- (165) *United States v. Virginia*, 518 U.S.515, at 533 (1996).
- (166) *Kahn v. Shevin*, 416 U.S.351 (1974).
- (167) *Roe v. Wade*, 410 U.S.113 (1973).
- (168) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S.558, at 579 (2003).
- (169) Richard H. Fallon, Jr., SOME CONFUSIONS ABOUT DUE PROCESS, JUDICIAL REVIEW, AND CONSTITUTIONAL REMEDIES, 93 Colum.L.Rev.309, at 317 (March, 1993).
- (170) See, Michael J. Habib, (Notes) THE FUTURE OF GUN CONTROL LAWS POST-MCDONALD AND HELLER AND THE DEATH OF ONE-GUN-PER-MONTH LEGISLATION, 44 Conn.L.Rev.1339, at 1365-1366 (April, 2012).
- (171) *Clark v. Cmty. for Creative Non-Violence*, 468 U.S.288, at 293 (1984).
- (172) *Reed 404 U.S.*; *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S.498 (1975); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S.636 (1975); *Michael M. v. Superior Court*, 450 U.S.464 (1981); *Rosker v. Goldberg*, 453 U.S.57 (1981).
- (173) 522 F.2d 84 (1975).
- (174) See, F.C.C.v.Pacific Foundation, 438 U.S.726, at 762-763 (1978) (Brennan, J., dissenting); *Burdick v. Takushi*, 504 U.S.428, at 433-434 (1992); *Regents of University of California v. Bakke*, 265, at 35 7FN30 (1978) (Brennan, J., concurring). Also, see *Crawford v. Mrison Cnty. Election Bd.*, 553 U.S.181, at 210 (2008) (Souter, J., dissenting).

O'Connor 判事は、適正手続規定について柔軟で特別の事態が必要としている手続的保護を求めているとし、伸縮をその手続が適切であるかどうかを決定する基準とした。彼女は、その要素として私益の問題、現存する手続が過ってその私益を侵害する危険があり、特別の手続的保障による治癒の可能性の問題、およびその手続を回避する政府の利益なるものを上げている (Pacific Mut.Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S.1, at 53 (1991) (O'Connor, J., dissenting))。

- (175) See, M.J.Habib, *supra* note 170, at 1369-1370.
- (176) See, Randall T.Perdue, THE COUNTERMAJORITARIAN “IDEAL”:THE ROLE OF JUDICIAL REVIEW UNDER REGULATORY TAKINGS ANALYSIS, 2 *Geo.Mason U.L.Rev.*333, at 337 (Spring, 1995).
- (177) Crawford v.Marison County Election Bd., 553 U.S.181, at 210 (2008) (Souter J., dissenting).
- (178) For transgender persons, see Silpa Maruri, (Note) HORMONE THERAPY FOR INMATES:A METONYM FOR TRANSGENDER RIGHTS, 20 *Cornell J.L. & Pub.Poly* 807, at 828-829 (Spring, 2011);for right to bear arms, M.J.Habib, *supra* note 170. at 1339.
- (87) Peter S.Smith, THE DEMISE OF THREE-TIER REVIEW:HAS THE UNITED STATES SUPREME COURT ADOPTED A “SLIDING SCALE” APPROACH TOWARD EQUAL PROTECTION JURISPRUDENCE ?, 23 *J.Contemp. L.*475, at 478 (1997).
- (88) Dandridge v.Williams, 397 U.S.471, at 508ff. (1970) (Marshall J., dissenting);San Antonio Independent School Dist. V.Rodriguez, 411 U.S.1, at 71ff. (1973) (Marshall J., dissenting).
- (81) Rodriguez, 397 U.S., at 109 (Marshall J., dissenting).
- (82) See, McCulloch v.Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, at 418 (1819);Rindge Co.v.County of Los Angeres, 262 U.S.700, at 707 (1923).
- (83) Mathews v.New York v.Ferber, 45 Eldridge, 424 U.S.319 (1976);8 U.S.747 (1982), etc..
- (84) Dimick v.Schiedt, 293 U.S.474, at 476 (1935);Markman v.Westview Instruments, Inc., 517 U.S.370, at 372 (1996), etc..

(18) See, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art.5; Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft Art.17.