2017年3月期

関西大学審査学位論文

「厳格審査の基準」の再構成

－比例性審査との接合可能性を中心に－

金原宏明

目次

はじめに

第一部　厳格審査の基準の意義

—その構成要素と機能に関する不完全な合意—

第１章　厳格審査の基準の各構成要素の検討

第１節　目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査について

第２節　手段の必要最小限性の審査について

第２章　厳格審査の基準の機能について

第１節　①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止（Nearly Categorical Prohibition）」

第２節　②「天秤を一方に傾けた比較衡量(Weighted Balancing)」

第３節　③「不法な動機のテスト(Illicit Motive Test)」

第二部　判例における厳格審査の基準 —その機能と成立過程—

第３章　厳格審査の基準の成立過程

第１節　1958 年までの厳格審査 —「名ばかりの厳格審査の基準」—

第２節　厳格審査の各構成要素の成立過程について

第３節　厳格審査の基準への結合過程について

第４節　第一修正の領域以外への拡大過程について

第５節　小括　＜現在の厳格審査の基準＞の成立過程

第４章　判例における厳格審査の基準の機能

第１節　厳格審査の基準の本来の機能？

第２節　事案カテゴリーに従った類型化の困難さ

第３節　重層的な審査基準として捉えることの困難さ

第４節　裁判官の評価に基づく適用

第三部　諸学説の検討

第５章　二つの対立軸と厳格審査の基準

第１節　対立軸Ⅰ：厳格審査の基準は利益衡量のための基準であるか？

第２節　対立軸Ⅱ：利益衡量の方法について

第３節　複合的な基準として理解する見解　−アダムスの見解—

第４節　小括

第６章　比例性審査との接合可能性 ―ファロンの見解―

第１節　＜どのような利益が「やむにやまれぬ」と評価されるべきか＞

第２節　＜いかなる過小包摂、過大包摂であれば許容しうるのか＞

第３節　比例性審査の中に「再定位」した厳格審査の基準

第四部　判例における比例性審査との接合可能性

第７章　*EMA* 事件判決における比例性審査

第１節　連邦最高裁における内容規制

第２節　*R.A.V.*事件判決

第３節　*EMA* 事件判決

第４節　スカリア裁判官の判断手法に見る比例性審査

第８章　「憲法上の権利」と比例性審査の主戦場

第１節　憲法解釈の方法 –裁判官の役割について–

第２節　憲法上の権利と利益

第３節　ファロンの見解における利益衡量の位置付け

第４節　スカリアの見解における利益衡量の位置付け？

第５節　スカリア裁判官・ファロンの見解の異同

おわりに

はじめに

日本の憲法訴訟論は、アメリカ合衆国の憲法訴訟論から多くのことを継受し、発展してきた。その一つにいわゆる「二重の基準論」に代表される「違憲審査基準論」があり、長らくの間、学説において支配的な地位を占めてきた[1]。しばしば、日本の最高裁の憲法判断は、「裸の利益衡量論」に基づくものに過ぎず、いかなる利益衡量が行われたのか不明確であると批判される[2]。「違憲審査基準論」は、かかる批判を克服するため、裁判所の利益衡量を指導する基準を構築するべく主張された。このアメリカ流「違憲審査基準論」の下では、例えば、精神的自由規制立法や人種に基づく差別的立法の合憲性は、「厳格審査の基準」を満たさない限り、すなわち、「“やむにやまれぬ(compelling)” 利益を促進するために厳密に設定されている(narrowly tailored)[3]」と言えない限り違憲とされる。後に、第 1 章において詳述することとなるが、この基準の下、当該立法の合憲性判断は、ア 目的審査として、目的が「やむにやまれぬ利益の保護」にあると言えるか、イ 手段審査として、①手段が目的を促進するものであると言えるか、②手段が目的との関係で過大包摂となっていないか（過大包摂の禁止）、③目的を達成するのにより制限的でない他の選びうる手段が存在しないか（LRA の原則）、④手段が目的との関係で過小包摂となっていないか（過小包摂の禁止）、という諸要素に分けて検討される。「違憲審査基準論」を日本の憲法判断に導入すれば、日本の最高裁の憲法判断も、明確な利益衡量に基づくものとなろう。

もっとも、日本の最高裁は、「違憲審査基準論」を広く受け入れてきたとは言えない[4]。その原因としては様々なものが考えられるが、主たる原因として、「違

---

[1] 違憲審査基準論は、伊藤正己『言論・出版の自由』（岩波書店・1959）、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣・1973）、同『現代人権論』（有斐閣・1974）、同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・1981）等によって日本の憲法学に紹介された。

[2] 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』208-09 頁（有斐閣・1994）。

[3] R. A. V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 395 (1992).

[4] 例えば、市川正人教授は、「（違憲審査基準論は、：引用者）最高裁においては、泉佐野市民会館事件判決（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）や国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）等において部分的にしか受け入れられて」いないと指摘する（市川正人「最近の『三段階審査』論をめぐって」法律時報83巻5号7頁（2011））。

憲審査基準論」が柔軟性を欠くことが挙げられる[5]。例えば、前述の「厳格審査の基準」は、「理論的には『厳格』に過ぎないが、実際には致命的（“strict” in theory and fatal in fact）[6]」な基準と称されており、「厳格審査の基準」の適用は、ほぼ、違憲の結論を意味する。事実、アメリカ合衆国連邦最高裁の内部においても、オコナー裁判官が、「厳格審査の基準が“事実上厳格だが、理論上致命的”であるとの考えを払拭したい[7]」と述べている。

このような現状において、ドイツを主たる参照国として、いわゆる「三段階審査」及び「比例原則」の導入を謳う見解が脚光を浴びている。小山剛教授によれば、「三段階審査は①ある憲法上の権利が何を保障するのか（保護領域）、②法律および国家の具体的措置が保護領域に制約を加えているのか（制限）、③制限は憲法上、正当化しうるのか、という順で審査することを求める[8]」ものである。この理論において、違憲審査基準論と最も対照的な点は、憲法上の権利の制約の③正当化である。「三段階審査」において、憲法上の権利の③正当化（実質的正当化）は、比例原則に従って判断される[9]。この比例原則は、ア手段の適合性、イ手段の必要性、ウ狭義の比例性の三つを要素とする。ア手段の適合性については、手段が立法目的の達成を促進すること、イ手段の必要性について

---

[5] 例えば、泉徳治元最高裁判所判事は、その著書において、「しかし、最高裁は、違憲審査基準を構築することなく、基本的にどのような事件においても『合理的であるか否か』を問うという手法を採り続けている。基準を定立して自らこれに縛られると、判断が硬直するから、合理性の枠の中で事案ごとに柔軟に対処する方がよいという考え方もあろう。・・・最高裁の合憲・違憲の判断は、柔軟といえば柔軟であるが、その判断過程に一定の法則性がなく、個々ばらばらでアドホックなものである。・・・最高裁は、裁判規範となるような違憲審査基準を構築していない。この点が、最高裁の違憲審査権行使に関する一番の問題点であると考える」と述べている（泉徳治『私の最高裁判所論−憲法の求める司法の役割−』162-65 頁（日本評論社・2013））。

また、日本の憲法学説における違憲審査基準論の定着に強い影響を及ぼした芦部信喜教授自身も、「違憲審査の基準があまりに細かく類型化され図式化されると、具体的な人権裁判が、いかなる基準を当てはめるかという観点から、かえって形式的・観念的に切り分けられる危険がある」として、「違憲審査基準のルール化」に、裁判所の判断の硬直化を招く危険性があることを指摘している（芦部信喜『人権と憲法訴訟』166-67 頁（有斐閣・1994））。

[6] Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term –Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).

[7] Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200, 237 (1995).

[8] 小山剛『「憲法上の権利」の作法［第 3 版］』10 頁（尚学社・2016）。

[9] 青柳幸一「審査基準と比例原則」戸松＝野坂編『憲法訴訟の現状分析』120 頁（有斐閣・2012）。

は、より制限的でない他の選びうる手段が存在しないこと、そして、ウ狭義の比例性については、規制によって得られる利益と失われる利益とが、比較衡量上、比例していることが要求される。この三段階審査あるいは比例原則の方が、日本の憲法裁判の実施をよりよく説明することができるとして、有力に主張され、研究業績が蓄積され始めているのである[10]。日本の憲法学において、アメリカ流の違憲審査基準論は、通説的地位を失いつつあるのかもしれない。

このようなアメリカ流の違憲審査基準論の旗色の悪さは、日本の憲法学の中だけの現象ではない。違憲審査基準論の母国、アメリカにおいても、学説及び判例上、ドイツ等で用いられている「比例原則」の有用性に関する議論が活発となってきている。違憲審査基準論は、母国アメリカ憲法においても、もはや自明のものとは言えない状況にある。

それでは、日本の憲法学において、違憲審査基準論は、どのような方向に議論を進めていくべきか。この点につき、土井真一教授が、長谷部恭男教授との対談において、「違憲審査基準論をベースにしながら、不十分な点を改善して、理論的に詰めていくべきところは詰めて考えていくというのが、適切である[11]」と述べているように、違憲審査基準論の問題点を確認すること、その問題点の解決のためのアプローチを検討することが必須であろう。

そこで、本稿は、違憲審査基準論の中でも、厳格審査の基準を素材として取り上げ、厳格審査の基準の有する問題点と、アメリカ憲法学がその問題点を解決するためにどのようなアプローチを採用しているのかを検討する。具体的には、ファロン（Richard H. Fallon, Jr.）の見解を中心に検討する。なぜなら、

---

[10] 近年の三段階審査及び比例原則に関する先行業績は枚挙に遑がない。代表的なものとして、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・2001）、小山・前掲注（8）、同「比例原則と猿払基準」法学研究 87 巻 2 号 29 頁（2014）、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』－『憲法上の権利』への招待」樋口ほか編『国家と自由・再論』15 頁以下（日本評論社・2012）、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」同『個人の尊重と人間の尊厳』337 頁以下（尚学社・1996）、同「三段階審査論の問題性−比較憲法上の視点からの一考察−」明治大学法科大学院論集 12 号 27 頁（2013）、長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』（中央大学出版部・2012）、宍戸常寿『憲法裁判の動態』（弘文堂・2005）、柴田憲司「憲法上の比例原則について−ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に−（一）（二・完）」法学新報 116 巻 9・10 号 183 頁(2010)・116 巻 11・12 号 185 頁(2010)、同「比例原則と目的審査−自由権制限の局面を中心に−」法学新報 120 巻 1・2 号 201 頁(2013)。

[11] 長谷部恭男＝土井真一「有斐閣法律講演会 2011 法律学の学び方第 3 回［対談］憲法の学び方」法教 375 号 65 頁(2011)。

彼の見解が、ドイツ直輸入[12]の比例原則のアメリカへの受容を主張するものではなく、あくまで、「比例性審査類似の審査（proportionality-like question）[13]」を厳格審査の基準の中に見出すものであって、アメリカ憲法学内在的な厳格審査の基準の再検討に有用であると考えたからである。

その上で、厳格審査の基準を比例性審査と接合する必要性及びその可能性を検討する。

本稿の構成は以下の通りである。第一部でまず、厳格審査の基準に関する用語法の整理を試みる。そして、第二部において、判例における伝統的理解について整理する。以上の整理を前提として、第三部において、学説の検討を試みる。ここでは、先に述べたファロンの見解が中心となる。最後に、第四部において、ファロンのいう比例性審査の、判例における実践をみることとする。

また、比例原則に関する検討を、ファロンの比例性審査に絞るため、比例原則あるいはファロンの比例性審査の、日本法における受容可能性には触れないことを予め明示しておく。本稿の検討が、比例原則一般の検討に至っていないため、時期尚早と判断したからである。

---

[12] このようなドイツ直輸入の「比例原則」の受容可能性について検討するものとして、Jed Mathews & Alec Stone Sweet, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, 60 EMORY L.J. 797 (2011)が挙げられる。

[13] Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1331 (2007). 本文で述べたように、ファロンの見解は、ドイツ直輸入の比例原則ではない。従って、ファロンの見解を「比例原則」と呼ぶのは若干ミスリーディングである。そこで、本稿では、ファロンの見解あるいはそれと類似する見解における“proportionality”に対しては、「比例性審査」との訳語を当てる。また、同様の理由から、本稿の副題も、「比例性審査との接合可能性を中心に」とした。

第一部　厳格審査の基準の意義
−その構成要素と機能に関する不完全な合意−

厳格審査の基準は、アメリカの憲法訴訟において適用される諸基準の中でも、最も有名なものといえる。厳格審査の基準は、1960 年代頃から、平等原則、言論の自由、あるいは信教の自由などを侵害する法令の審査において用いられてきた[1]基準であり、以下のように定式化される。すなわち、厳格審査の基準とは、「優越的利益（preferred right）[2]」を侵害する立法に対して適用される基準であって、この基準の下において、法令は、「“やむにやまれぬ(compelling)”政府利益を促進するために“必要（necessity）”あるいは“厳密に設定されている

---

[1] ファロンによれば、現在のように定式化されるところの厳格審査の基準がいつ、どこで生じたのか、あるいは、どの判例に由来するのか、その起源は必ずしも明らかではない(Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1274-75 (2007))。ある者は、厳格審査の基準は、平等条項の領域から第一修正に持ち込まれたものであって、その起源は平等条項にあると分析する（Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105, 124-28 (1991) (Kennedy, J., concurring in the judgment)。しかし、ある者は、その起源が第一修正の領域にあると分析している（McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184, 197 (1964) (Harlan, J., concurring)。あるいは、その起源が、信教の自由が争われた Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)、もしくは、婚姻関係にある男女による避妊具の使用を禁止するコネティカット州法がデュー・プロセス条項違反を理由に違憲であると判断された Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)のゴールドバーグ裁判官の同意意見(*id.* at 496-97)に由来するとの分析もあり得るかもしれない。 しかし、ファロンによれば、現在の理解における厳格審査の基準がある一つの判例あるいは原理の領域において突如現れたと分析するのは正確ではない。むしろ、複数の領域において発達した厳格審査の基準の各構成要素（「やむにやまれぬ利益」との要素や「厳密に設定されている」などの要素）が統合され、1960 年代に現在の厳格審査の基準（「諸法令は、“やむにやまれぬ”政府利益を促進するために“必要”あるいは“厳密に設定されている”といえない限り、違憲とされる」）へと結実していったと分析すべきであるとする。詳しくは、第 3 章において検討する。

[2] ここで、「優越的利益(preferred right)」とは、United States v. Carolene Products Co., 304 U.S.144, 152 n.4 (1938)で掲げられた概念であって、「経済的自由の規制立法に対しては通常、単なる合理性の基準が適用されるにすぎないが、第一修正以下の権利規定（the Bill of Rights）のような憲法上明示的な禁止規定に反する立法、政治的過程自体を制約する立法、あるいは、“切り離され孤立した少数者(discrete and insular minorities)”に対する差別的立法に対しては異なる基準が適用され得る」(Fallon, *supra* note 1, at 1270 n.16)と言われる場合の「異なる基準が適用され得る」権利のことである。この優越的利益と厳格審査の基準の関係に関しては、青山武憲「厳格な審査（と基本権）（一）（二・完）」日本法学 74 巻 2 号 223 頁、74 巻 3 号 87 頁 (2008)を参照のこと。

(narrowly tailored)”[3]」ことを政府側が立証した場合に限り、合憲となる[4]。この基準は、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査、手段の必要最小限性の審査から構成される。また、手段の必要最小限性の審査には、通常、①手段が目的を実際に促進するか、②手段が最も制限的でない手段（Least Restrictive Alternative=LRA）といえるか、③手段が目的にとって過小包摂（underinclusive）となっていないか 、④手段が目的にとって過大包摂（overinclusive）となっていないか、という四つの審査が含まれる[5]。

厳格審査の基準の定式については、アメリカの判例・学説上、ある程度の合意が存在するといって良い。しかし、厳格審査の基準につき、極めて詳細な検討を行ったファロン（Richard H. Fallon, Jr.）によれば、厳格審査の基準の各構成要素とその機能に対する理解については、必ずしも合意があるとは言えない[6]。すなわち、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査、手段の必要最小限性の審査、といった厳格審査の基準の各構成要素が何を意味するのかを明確にした判例は存在しない。また、厳格審査の基準は、そもそも利益衡量のための基準であるのか、それとも、不法な動機の燻り出し（後述）のための基準であるのか、という点につき争いが存在する。厳格審査の基準の検討にあたっては、まず、これらの用語法を整理する必要がある。

そこで、第一部においては、アメリカの判例・学説を素材として、厳格審査の基準の各構成要素と機能について整理することとする。具体的には、第１章

---

[3] Fallon, *supra* note 1, at 1268; *see* Johnson v. California, 543 U.S. 499, 505 (2005); Republican Party of Minn. v. White, 536 U.S. 765, 774-75 (2002); Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200, 227 (1995); R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 395-96 (1992); Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n, 460 U.S. 37, 45 (1983); Palmore v. Sidoti, 466 U.S. 429, 432-33 (1984); *see also* ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 687 (4th ed. 2011).

[4] 厳格審査の基準における手段審査にあたって、連邦最高裁は、主として、「必要（necessity）」、「厳密に設定された（narrowly tailored)」、「厳密に線引きされた(narrowly drawn)」の三つの用語を用いている。これら三つの用語には若干のニュアンスの差異があるかもしれないが、このニュアンスの差異に踏み込むと議論がかえって混乱するおそれがある。そこで、とりあえず本稿においては「必要」、「厳密に設定された」、「厳密に線引きされた」の三つの用語を互換的に用いることとする。

[5] Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417, 2428-31 (1996). なお、過小包摂、過大包摂という概念は、タスマンとテンブロックの共著による論文に由来する（Joseph Tussman and Jacobus tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 CAL. L. REV. 341, 348, 351 (1949)）。

[6] Fallon, *supra* note 1, at 1296-97.

において、厳格審査の基準の各構成要素につき整理・検討し、第２章において、厳格審査の基準の機能につき検討する。

第１章　厳格審査の基準の各構成要素の検討

本章においては、厳格審査の基準の各構成要素、すなわち、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査と、手段の必要最小限性の審査の整理を試みる。

第１節　目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査について

厳格審査の基準をクリアするためには、法令の目的が、「やむにやまれぬ」と評価できるものでなければならない。ヴォロク(Eugene Volokh)によれば、ある目的が「やむにやまれぬ」と評価できるか否かの判断は、規範的判断である[20]。もっとも、連邦最高裁は、これまで、何が「正当」で、何が「重要」で、何が「やむにやまれぬ」に当たるのか、その判断基準を明らかにしてこなかった[21]。そこで、まず、いかなる利益が「やむにやまれぬ」と認められ、いかなる利益が「やむにやまれぬ」と認められなかったのか、重要な判例につき、整理を試みることとする[22]。

主要な憲法判例において、「やむにやまれぬ」と認められたものは以下の通り

〇言論の自由

・「安定した政治制度の維持」(Eu v. San Francisco County Democratic Cent. Comm., 489 U.S. 214, 226 (1989))

・「混乱、不当な影響、および脅迫から投票者を保護すること」(Burson v. Freeman, 504 U.S. 191, 199 (1992) (plurality))

・「企業に与えられた法的利益の助成によって貯蓄された選挙“資金”の腐敗効果を選挙過程から排除すること」(Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652, 666 (1990))

---

[20] Volokh, *supra* note 5, at 2418. ここで、ヴォロクのいう規範的判断とは、経験的判断と対比されるものであって、価値判断を伴う判断のことであろう。これに対して、経験的判断とは、事実に基づく判断をいう（*id.* at 2424）。

[21] ALLAN IDES & CHRISTOPER N. MAY, CONSTITUTIONAL LAW: INDIVIDUAL RIGHTS 230 (6th ed. 2013).

[22] 「やむにやまれぬ利益」の整理にあたっては、主に、Fallon, *supra* note 1, at 1321-25; Volokh, *supra* note 5, at 2418-21; Stephen E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, 68 B. U. L. REV. 917, 932-36 (1988) を参考にした。

・「出版の独特な役割」を保護すること(Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652, 667 (1990))

・「自己の犯した犯罪から犯罪加害者が利益を得ないこと」、及び、犯罪加害者から犯罪被害者への補償を確実にすること（Simon & Schster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105, 118-19 (1991)）

・「歴史的に差別を受けてきた集団のメンバーが望む場所で平穏に生活する」権利を保護すること（R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 395 (1992)）

・「未成年者の保護」（Denver Area Educ. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727, 755 (1996)）

◯集会の自由

・「（性：引用者）差別を根絶し、州市民に対し、利用可能な公的利益やサービスに対する平等なアクセスを保障すること」（Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609, 624 (1984)）

・「女性に対する差別の根絶に関する州のやむにやまれぬ利益」（Board of Directors of Rotary Intl. v. Rotary Club of Duarte, 481 U.S. 537, 549 (1987)）

◯平等原則

・人種的アファーマティブ・アクションの文脈における「学生集団の多様性」（Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 325 (2003)）

◯信教の自由

・「教育における人種的差別の根絶」(Bob Jones University v. U.S., 461 U.S. 574, 604 (1983))

・「社会保障制度（the social security system）の財政上の持続力」を維持すること（U.S. v. Lee, 455 U.S. 252, 258-59 (1982)）

○「基本的権利(fundamental rights)」

「妊婦の健康の保持と保護」及び「生育可能となった後の胎児の生命」の保護（Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 162-64 (1973)）

これに対して、「やむにやまれぬ」と認められなかったもの

・「行政上の便宜」（Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 690 (1973)）

・「州の公的扶助プログラムに関する財政基盤を保持する」こと等（Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618, 627-33 (1969)）

・「選挙結果に対する個人及び集団の相対的な影響力を均一化すること」(Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 48-49 (1976))

・「増大するとされる選挙運動費用を減少させること」(Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 57 (1976))

・「予備選挙における政党の一体性の保持」(Eu v. San Francisco County Democratic Cent. Comm., 489 U.S. 214, 228 (1989))

・「第一修正上の権利を行使する最も効果的な方法を自力で決定できない」話者を保護すること(Riley v. National Fed'n for the Blind, 487 U.S. 781, 790　(1988))

・社会的差別を克服するために「マイノリティにとってのロールモデル」を示すこと（Wygant v. Jackson Bd. of Ed., 476 U.S. 267, 274-77 (1986)）

・異人種間の夫婦から養育権を剥奪することの可否という文脈における「子どもの最善の利益」(Palmore v. Sidoti, 466 U.S. 429, 433 (1984))

1　ヴォロクによる類型化について

以上から、判例上、「やむにやまれぬ利益」といえないものについては一定の類型化が可能である。例えば、ヴォロクは、言論の自由の領域において、「やむ

にやまれぬ利益」と認められないものについて、以下のように類型化を試みる[23]。

・保護された言論を構成する集合の中の「特定の部分集合」だけの優遇

ヴォロクによれば、保護される言論の集合は、それを構成する部分集合全てが第一修正上の価値を有しているため、その集合の一部だけを他の部分から区別して優遇することは正当化されない。例えば、立法によってピケッティングを規制する場合に、労働ピケだけをその規制対象から除外し、優遇することは「やむにやまれぬ利益」とはいえない[24]。

・不快感の回避と「良くない」思想の制限

「政府は、社会がある思想それ自体を不快、あるいは賛成できないと考えていることのみを理由に、当該思想の表現を制限してはならない[25]」。言論を制限する場合には、言論に対する不快感や評価を理由にしてはならず、その言論が何らかの害悪を引き起こすことを理由としなければならない。

２　ファロンの指摘する傾向について

また、ファロンも、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性判断につき、いくつかの傾向を指摘している。

一つ目は、「やむにやまれぬ利益」の中には憲法自体に由来するものが含まれることである[26]。例えば、第十四修正（いわゆる平等条項：Equal Protection Clause）が、解釈上、性差別の禁止を含むとされていることから、第十四修正の基礎をなす価値は、私人間における女性差別根絶という州の利益に対して、「やむにやまれぬ州の利益」という地位を与える[27]。また、合衆国憲法第一編第四節一項が、各州の立法府に対して、上院議員および下院議員の選挙を行う日時、場所、方法を決定する立法権限を認めていることから、選挙の公正という州の利益につき「やむにやまれぬ州の利益」を見いだすこともできるかもしれない[28]。

---

[23] *See* Volokh, *supra* note 5, at 2419-20.
[24] *See* Carey v. Brown, 447 U.S. 455, 467 (1980).
[25] Simon & Schuster, Inc. v. Member of the N.Y. States Crime Victims Bd., 502 U.S. 105, 118 (1991) (*quoting* Texas v. Johhson, 491 U.S. 397, 414 (1989)).
[26] *See* Fallon, *supra* note 1, at 1321.
[27] *See* Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609, 624-25 (1984) .
[28] *See* Tashjian v. Republican Party of Conn.,479 U.S. 208, 217 (1986).

このような憲法自体に由来する「やむにやまれぬ利益」に対し、裁判例の中には、憲法自体に由来しない（ないし憲法の文言上の根拠が薄弱な）「やむにやまれぬ利益」も存在する[29]。例えば、害悪からの未成年者の保護[30]、胎外生育が可能なほどに成長した胎児の生命および母体の健康[31]、公教育における多様性[32]や法人の政治資金の支出による政治への影響の回避[33]などがあげられる。憲法自体に由来しない政府利益であっても、害悪からの子供の保護、胎外生育可能な胎児の生命および母体の保護のように、その利益の重要性につきコンセンサスが得られている場合には、当該政府利益が「やむにやまれぬ利益」にあたるかにつき意見の対立は滅多に生じない。これに対して、公教育における多様性や法人の政治資金の支出による政治への影響の回避のように、その利益の重要性につきコンセンサスが得られていない政府利益が問題となっている場合には、激しい対立が生じうる[34]。

ファロンによれば、二つ目の傾向として、「やむにやまれぬ利益」該当性の判断は、侵害された権利の重要性についての各裁判官の評価の影響を受けることが挙げられる[35]。この点につき、アッカーマン(Bruce Ackerman)は、保守的な裁判官は、憲法に明示されていない基本的権利を引き出すことには抵抗感を抱くが、これに比べ、明示されていない「やむにやまれぬ利益」[36]を導き出すことにはさほど抵抗感を抱かないと指摘していた[37]。このような態度は、侵害される権利の重要性についての裁判官の保守的な評価が、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の判断に対し、影響した結果といえる。しかし、ファロンによれば、侵害される権利の重要性についての各裁判官の評価が、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の判断に対し、影響を与えることは、保守的な裁判官たちの間

---

[29] *See* Fallon, *supra* note 1, at 1322.
[30] *See* Denver Area Educ. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727, 755 (1996).
[31] *See* Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 162-63 (1973).
[32] *See* Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 328 (2003).
[33] *See* Austin v. Mich. Chamber of Commerce, 494 U.S. 652, 666 (1990).
[34] *See* Fallon, *supra* note 1, at 1322. 法廷意見と反対意見との間に「対立」が生じた例として、ファロンは、*Grutter* 事件判決と *Austin* 事件判決を挙げている(*See Grutter*, 539 U.S. at 356-61 (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part); *Austin*, 494 U.S. at 692-95 (Scalia, J., dissenting); *id.* at 701-04 (Kennedy, J., dissenting)).
[35] Fallon, *supra* note 1, at 1323.
[36] たとえば、中絶権が争われた事案において女性の中絶権を否定し、胎児の生命を「やむにやまれぬ利益」であると判断することや、自殺の権利を否定し、自殺防止を「やむにやまれぬ利益」である判断すること、が例としてあげられる。
[37] Bruce Ackerman, *Liberating Abstraction*, 59 U. CHI. L. REV. 317, 317-18 (1992).

に限られない。リベラル派の裁判官の間においても、例えば、人種に基づくアファーマティブ・アクションの合憲性が争われた事案や、選挙資金規正の合憲性が争われた事案において、同様のことを窺うことができるという[38]。ここでは、オコナー裁判官を取り上げ、侵害される権利の重要性についてのリベラル派の裁判官による評価が、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の判断に対して、どのような影響を与えていたのかを検討してみたい。

人種差別的な政府行為の合憲性が争われた場合、伝統的に、厳格審査の基準が適用されてきた[39]。しかし、いわゆる人種に基づくアファーマティブ・アクションに関しては、従来の人種差別的な行為とは性質が異なり、より緩やかな基準を適用すべきではないかという争いが生じた。アファーマティブ・アクションの合憲性を判断する際にも厳格審査の基準が適用されるべきであるとの意見がある一方、リベラル派の裁判官は、しばしば、かかる法令の合憲性審査には厳格審査の基準を適用すべきではなく、厳格審査の基準よりも緩やかな基準を適用すべきであると主張してきた[40]。この争いに終止符を打ったのは、公共工事の落札に関するアファーマティブ・アクションの合憲性が争われた *City of Richmond v. Croson* 事件判決[41]と *Adarand Constructors, Inc. v. Pena* 事件判決[42]、そして、ロー・スクール入試において人種を考慮することの合憲性が争われた *Grutter v. Bollinger* 事件判決[43]におけるオコナー裁判官の法廷意見であった。まず、オコナー裁判官は、*Croson* 事件判決において、州によるアファーマティブ・アクションにつき厳格審査の基準の適用を認めた[44]。また、オコナー裁判官は、*Adarand* 事件判決において、連邦政府によるアファーマティブ・アクショ

---

[38] Fallon, *supra* note 1, at 1322-23. 例えば、*Grutter* 事件においては、「大学教育における学生の多様性」が、また、*Austin* 判決においては、「会社に与えられた法的便宜の利用によって収集された政治的“運動資金”の腐食的な効果を選挙過程から排除すること」が「やむにやまれぬ政府利益」と認められた(*Grutter*, 539 U.S. at 328; *Austin*, 494 U.S. at 666)。

[39] *See, e.g.,* McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964).

[40] *See, e.g.,* City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469, 535 (1989)(Marshall, J., dissenting); Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265, 356-63 (1978) (Brennan, White, Marshall, and Blackmun J., concurring in part and dissenting in part).

[41] 488 U.S. 469 (1989).

[42] 515 U.S. 200 (1995).

[43] 539 U.S. 306 (2003).

[44] *Croson*, 488 U.S. at 493-94 (*quoting* Wygant v. Jackson, 476 U.S. 267, 279-80 (1986); *id.* at 285-86(O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment)).

ンについても、「『理論上厳格に過ぎないが事実上致命的』であるとの考えを追い払いたい[45]」との留保を残しつつも、厳格審査の基準が適用されるべきことを明らかにした[46]。その後、オコナー裁判官は、*Grutter* 事件判決において、ロー・スクール入試におけるアファーマティブ・アクションに対し、厳格審査の基準を適用した上で、公教育における多様性を「やむにやまれぬ利益」であると認定[47]し、合憲判決を下した。

ここからファロンは、“当該事案において侵害が問題となっている権利は厳格審査の基準を適用するに値しない権利ではないか”という裁判官の評価が、ある利益が「やむにやまれぬ利益」に当たるとの評価に影響を与えていると指摘する[48]。ファロンがこのように述べるのは以下の意味であろう。ある裁判官が、ある権利（権利α:例えば経済的自由権）一般につき、“当該権利は優越的利益に当たらない（厳格審査の基準を適用する必要がない）”と考えているとする。仮に、その権利αを制限する法令の合憲性が問題となった場合、その裁判官は、合憲性判断において厳格審査の基準を適用しないであろうし、また、そのことに比較的躊躇も感じないであろう。しかし、人種に基づくアファーマティブ・アクションが問題となっている場合のように、ある裁判官が、ある権利（権利β:例えば人種に基づいて差別されない権利）について“当該権利は優越的利益に当たる（伝統的な理解に従えば厳格審査の基準を適用する必要がある）”と考えていても、“少なくとも当該文脈においては厳格審査の基準を適用する必要がない”と考えるような事案（人種に基づくアファーマティブ・アクション）も存在する。このような場合、裁判官には、当該事案にいかなる基準を適用すべきかを争うよりも、当該事案にも厳格審査が適用されることを、とりあえず認めた上で、そこで問題となっている立法目的が「やむにやまれぬ政府利益」と認定できるかにおいて争う傾向がある[49]、という意味である。オコナー裁判官の

---

[45] Adarand Constructions, Inc., v. Pena, 515 U.S. 200, 237 (1995) (*quoting* Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448, 519 (1980) (Marshall, J., concurring in the judgment)).
[46] *Id.* at 201.
[47] *Grutter*, 539 U.S. at 327-33.
[48] Fallon, *supra* note 1, at 1323.
[49] *Grutter* 判決におけるオコナー法廷意見に代表される新しい厳格審査の基準の適用方法と平等条項違反が争われた事案における伝統的な厳格審査の基準の適用方法の間には、人種を用いた「文脈」を考慮するかについて違いがある。伝統的な厳格審査の基準の理解においては、憲法はそもそも肌の色を考慮しないことを定めている(color-blindness principle)。したがって、人種に基づく差別は、ごく限定的に認められる例外的な場合を除き、肌の色を考慮していること(color-blindness principle 違反)自

法廷意見に即して例を挙げれば、オコナー裁判官は、*Grutter* 事件判決において、人種に基づくアファーマティブ・アクションに厳格審査の基準が適用されることを認めつつ、公教育における多様性を「やむにやまれぬ利益」であると認定した。

第２節　手段の必要最小限性の審査について

ある目的が「やむにやまれぬ利益」であるとされた場合、裁判官は、次に、手段の必要最小限性の審査に移る[50]。ヴォロクによれば、この判断は、主として経験的な判断である[51]。手段の必要最小限性の審査は、①当該手段が目的を実際に促進するか、②当該手段が最も制限的でない手段（LRA）といえる（権利侵害の必要性が認められる）か、③当該手段が目的の促進にとって過小包摂となっていないか、および、④当該手段が目的の促進にとって過大包摂となっていないかの四つの審査からなる。以下それぞれの審査につき概観する。

体を理由に違憲とされるべきこととなる。これに対して、新しい厳格審査の基準の適用方法は、color-blindness principle を拒絶している点に特徴があると評価される (Guy-Uriel E. Charles, *Affirmative Action and Colorblindness from the Original Position*, 78 TUL. L. REV. 2009, 2010 (2004); *see also* Angelo N. Ancheta, *Contextual Strict Scrutiny and Race-Conscious Policy Making*, 36 LOY. U. CHI. L. J. 21, 22 (2004)；Erick K. Yamamoto, Carly Minner and Karen Winter, *Contextual Strict Scrutiny*, 49 HOWARD L. J. 241, 253-54 (2006)。新しい厳格審査の基準の適用方法においては、厳格審査の基準は、いわば文脈主義的な厳格審査の基準であって、人種が用いられた文脈の考慮が許される（*Grutter*, 539 U.S. at 327; *see also* Linda S. Greene, *The Constitution and Racial Equality After Gratz and Grutter*, 43 WASHBURN L. J. 253, 265 (2004)）。その結果、問題とされた人種に基づくアファーマティブ・アクションの目的が「やむにやまれぬ」といえるか否かの判断に当たっては、当該マイノリティに対する差別の歴史、現在のアメリカにおける根強く残る差別の有無と程度とそれに起因する不均衡の程度、立法者ないし行為者の意図、当該アファーマティブ・アクションによってどの程度平等が促進されるか等が審査される（*See* Yamamoto, Minner, and Winter, at 262-63, 275-76）。このような目的審査における文脈の考慮は、アファーマティブ・アクションという文脈において厳格審査の基準を適用することに対する反感が目的審査に反映したものといえるであろう。

[50] ヴォロクは、言論の自由の領域における違憲判決の根拠が、主として、手段審査をくぐり抜けられなかった点にあることを指摘する（Volokh, *supra* note 5, at 2421）。

[51] *Id.* at 2418-19, 2424. ヴォロクによれば、手段審査は主として経験的判断であるが、規範的判断も補助的に用いられる。規範的判断が用いられるものとしてヴォロクは、ある過小包摂・過大包摂が許されるか否か、ある代替手段が最小限かどうかの判断を例として挙げる（*id.* at 2419 n.6; *see also* Sable Communicaition, Inc. v. FCC, 492 U.S. 115, 131-32 (1989)(Scalia, J., concurring)）。なお、ヴォロクのいう経験的判断、規範的判断の定義については前掲注(20)参照。

1　促進性の審査

手段の必要最小限性が認められるためには、第一に、当該法が目的を実際に促進することの証明が要求される[52]。もっとも、この証明は、科学的な証明までは要求されず、「一般常識に基づく十分に説得的になもの[53]」で足りる[54]。

2　権利侵害の必要性の証明（LRA）

手段の必要最小限性が認められるためには、次に、その手段によって生じる権利侵害が必要不可欠なものであることの証明が必要である。そして、このことは、ファロンによれば、連邦最高裁判所の判例においては、「政府によって選ばれた手段がその目的を達成するために最も制限的でない手段(the least restrictive alternative=LRA)であるといえなければならない」との定式の中で表現される[55]。すなわち、当該立法が達成しようとした目的を、より制限的でない手段によって達成できる場合、当該立法は目的の達成のために必要不可欠といえず、当該立法は違憲となる。

3　過小包摂性の審査

手段の必要最小限性が認められるためには、当該手段が「やむにやまれぬ利益」に対して実質的に同等の害悪を生じさせるものを等しくその規制対象としていなければならない（過小包摂性の審査）[56]。厳格審査の基準において過小包

---

[52] Volokh, *supra* note 5, at 2422; *see e.g.,* Eu v. San Francisco County Democratic Gent. Comm., 489 U. S. 214, 226, 228-89 (1989); Meyer v. Grant, 486 U.S. 414, 426 (1988); FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc., 479 U.S. 238, 262 (1986); Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596, 609-10 (1982); First Nat'l Bank v. Bellotti, 435 U.S. 765, 789-90 (1978); Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 45-47, 53 (1976).

[53] Volokh, *supra* note 5, at 2422.

[54] *See e.g.,* Burson v. Freeman, 504 U.S. 191, 211 (1992) (「長い歴史、実質的なコンセンサス、および、単純な社会通念は、投票所周囲に何らかの制限された区域が基本的権利を保護するためには不可欠である、ということを示している」); *Buckley*, 424 U.S. at 26-27（「現在公職にある者あるいは将来において公職につく見込みのある者からの政治的な見返りを確保するために巨額の寄付がなされるのに応じて、我々の代表民主制システムの廉潔性は損なわれる。このような有害な実践の範囲を確実に知ることはできないが、それにもかかわらず、1972 年の選挙で明るみに出た、かなり衝撃的な諸例は、この問題が架空のものではないことを証明する」）.

[55] Fallon, *supra* note 1, at 1326; *see* e.g., Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 542 U.S. 656, 666 (2004); United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. 803, 815 (2000); *Sable*, 492 U.S. 115 at 126.

[56] Volokh, *supra* note 5, at 2423; *see e.g.*, Florida Star. v. B.L.F., 491 U.S. 524, 540 (1989); Carey v. Brown, 447 U.S. 455, 465 (1980); First Nat'l Bank v. Bellotti, 435

摂性の審査が要求される理由を四つあげておこう。

① 動機の疑わしさ

一つ目は、過小包摂性が憲法上の権利の侵害の正当性に対する信頼を揺るがせ、当該規制が許されない動機に基づくとの疑いを助長すること、である[57]。

② 目的達成の見込みの不足

二つ目は、たとえ正当な目的が掲げられていたとしても、その目的を達成することができそうにない場合、政府には、個人の権利を制約することが許されないことにある[58]。すなわち、ある法令に過小包摂が存在する場合、当該法令でとられた手段だけでは掲げられた目的全てを達成できそうにないため、当該法令によっては個人の権利の制約が認められない[59]。

③ 立法目的が重要といえないことについての立法府の自認

三つ目は、法が過小包摂であることそれ自体が、当該立法の目的が「やむにやまれぬ利益」ではないことの証拠となることである。例えば、ある法令につき、立法目的 α に関連する事象 A は規制対象となっているが、事象 B については規制対象から除外されていたとする。ここには、「立法目的 α には、事象 A を規制対象とする程度の重要性は認められるが、併せて事象 B を規制対象とするほどの重要性までは認められない」との、立法府自身の評価が介在した可能性がある。すなわち、過小包摂となるような手段を選択したこと自体が、立法府が当該目的をさほど重要ではないと考えていることを示唆するのである[60]。

④ 内容差別の存在の示唆

四つ目は、言論規制立法に特有の問題ではあるが、過小包摂の存在が、掲げられた「やむにやまれぬ利益」によっては正当化できない内容差別の存在を示

U.S. 765, 793 (1978).

[57] *See* City of Ladue v. Gilleo, 512 U.S. 43, 52 (1994); Repubilican Party of Minn. v. White, 536 U.S. 765, 780 (2002); *see also* Fallon, *supra* note 1, at 1327.

[58] Fallon, *supra* note 1, at 1327.

[59] たとえば、青少年保護を目的に、性的にあからさまなテレビ番組の放送を禁止する事例の場合、性的にあからさまなテレビ番組の禁止だけでは、インターネットによる性的にあからさまなコンテンツへの青少年の接触は規制できず、その限りにおいて青少年保護目的を達成する見込みは無い。

[60] *See* Volokh, *supra* note 5, at 2420.

唆することである[61]。

4　過大包摂性の審査

手段の必要最小限性が認められるためには、過小包摂に当たらないことが要求されるが、これと同時に、過大包摂にも当たらないこと、すなわち、「やむにやまれぬ利益」に対して害悪をもたらさない行為を規制対象としないことも要求される（過大包摂性の審査）[62]。

この過大包摂性の審査は、LRA の要求の単なる繰り返しのように感じられるかもしれないが、そうではない。ファロンによれば両者には重要な違いがある。すなわち、「最も制限的でない」と認められる法律は、それが過大包摂に当たらない限り、合憲となり得る。しかし、逆に言えば、たとえ「最も制限的でない」法律であっても、過大包摂であると認められると、「最も制限的でない」にもかかわらず、違憲と判断されるという違いである[63]。このことを説明するために、ファロンは、第二次世界大戦時に日系アメリカ人を強制隔離した *Korematsu* 事件判決[64]をモデルとした架空の事案を検討する[65]。戦争状況において、ある人種によるサボタージュ（破壊工作）が明確に予見されたとする。そこで軍が、当該人種に対し強制隔離命令を出し、約 112,000 人を強制退去させたとする。当該命令は、人種という疑わしい区分に基づくものである。したがって、その審査には、厳格審査の基準が用いられるべきであろう。そして、もしここで、強制隔離が行われなかったとすればサボタージュが少なくとも一度は行われることが確実であり、かつ、強制隔離以外の手続きでは強制隔離と同程度にサボタージュを防止できないとする。この場合、強制隔離命令は、目的達成のための「最も制限的でない手段」にあたる。しかし、強制隔離命令の対象には何万人

---

[61] *See id.* at 2423.

[62] *See* Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N.Y. States Crime Victims Bd., 502 U.S. 105, 121-23 (1991); First Nat'l Bank v. Belloti, 435 U.S. 765, 794-95 (1978); *see also* Fallon, *supra* note 1, at 1328.

[63] Fallon, *supra* note 1, at 1328. また、ヴォロクは、逆に、過大包摂は認められないが「最も制限的でない」といえない事例の存在を指摘している。そして、それは、言論ではなく保護されない行為を規制することによっても目的が十分達成できる場合(*See e.g.,* Meyer v. Grant, 486 U.S. 414, 425-28 (1988); Boos v. Barry, 485 U.S. 312, 326-29 (1988))や、言論を完全には禁止せず、その言論方法の一部だけを規制することによっても十分に目的を達成できるような場合(*See e.g., Sable*, 492 U.S. at 129-30)に生じやすい（Volokh, *supra* note 5, at 2422）。

[64] Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

[65] Fallon, *supra* note 1, at 1328.

もの無辜の者が含まれるのであるから、当該強制隔離命令は、そのようなサボタージュに関与しない者をも適用対象としている点で過大包摂にあたる[66]。

5　許される過小包摂・過大包摂の存在

以上のように、手段の必要最小限性の審査においては、手段の過小包摂性・過大包摂性が審査される。もっとも、手段に過小包摂・過大包摂が存在する法令であっても、その全てが違憲となるわけではない。実際、些細な過小包摂・過大包摂しか存在しない場合、その法令を違憲とするのは妥当でない。例えば、ヴォロクは、過小包摂を「制限されている言論と同程度に政府利益に対して害悪を及ぼす相当数の言論を規制することに失敗する」（強調：引用者）こと、過大包摂を「政府利益と関わりのない言論を相当数制限する」（強調：引用者）ことと定義する[67]。この定義の下においては、相当数とはいえない規制対象の過小性、過大性は、そもそも過小包摂・過大包摂に当たらない。一般に、規制対象の過小性、過大性の全てが許容されないとは考えられておらず、“許される過小包摂・過大包摂”も存在するのであろう。もっとも、どのような過小包摂・過大包摂が、“許される過小包摂・過大包摂”に当たるのかは、判例上、必ずしも明らかとはいえない[68]。

---

[66] なお、この仮想事例のモデルとなった *Korematsu* 事件判決において、連邦最高裁判所は、サボタージュの明確な危険の無いところで強制隔離命令を合憲と判断した。
[67] Volokh, *supra* note 5, at 2422-23.
[68] この点については、第 6 章第 2 節＜いかなる過小包摂、過大包摂であれば許容しうるのか＞で詳述する。

第２章　厳格審査の基準の機能について

ファロンによれば、裁判例における厳格審査の基準の適用は、その機能をどのように解するかと関連して、３つのパターン（解釈）に整理することができる。この整理によれば、厳格審査の解釈には、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止（Nearly Categorical Prohibition）[1]」、②「天秤を一方に傾けた比較衡量(Weighted Balancing)[2]」、③「不法な動機のテスト(Illicit Motive Test)[3]」の三つ[4]があるとされる。

第１節　①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止（Nearly Categorical Prohibition）」

厳格審査の基準のこの解釈は、厳格審査の基準を適用すべき諸権利を、絶対的なものではないものの、最高度の重要性を有する権利であると考える。したがって、これらの権利の制約は、単なる全体の便宜あるいは利益の促進、ないし、害悪の回避、という目的のみでは正当化することができない。あくまで、差し迫った破滅的害悪を防止するためだけに許される[5]とするのである。この解釈は、厳格審査の基準の伝統的理解[6]にもっとも忠実なものといえる[7]。この解釈によれば、「やむにやまれぬ利益」とは、破滅的な害悪の防止に限られ、それゆえに、厳格審査を適用すべき諸権利の制約はほぼ禁止されることとなる[8]。

この解釈の下において「やむにやまれぬ利益」として例示されたものとしては、「生命身体に対する差し迫った危険といえる程度にまで達した社会的緊急事

---

[1] Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1303 (2007).
[2] *Id.* at 1306.
[3] *Id.* at 1308.
[4] ファロンは、どのような目的が「やむにやまれぬ」といえるかは、これら三つの解釈のうち、どの解釈が採用されたかに依存すると指摘する(*id.* at 1321)。
[5] *Id.* at 1303. たとえば、ファロンは、言論の自由基づく憲法上の主張を「ほぼカテゴリカルに屈しない」主張と表現する(*id.* at 1304)。
[6] 伝統的な厳格審査の基準とは、「理論上“厳格”に過ぎないが事実上致命的（“strict” in theory and fatal in fact）」と形容されるほどの厳格さを有するものであった（Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972)）。
[7] 厳格審査の基準は、本来、ブラック裁判官の絶対主義とフランクファーター裁判官の個別的利益衡量論の妥協としての性格を有していた（*See* Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact*, 59 VAND. L. REV. 793, 804 (2006)）。
[8] *See* Fallon, *supra* note 1, at 1303-05.

態[9]」の防止、「無秩序に対する防波堤を設ける（こと：引用者）、あるいは、暴力を防止する（こと：引用者）[10]」が挙げられる。この解釈の下においては、主張された目的がこれらに匹敵するものであるかどうかが判断されることとなる。

第２節　②「天秤を一方に傾けた比較衡量(Weighted Balancing)」

この解釈によれば、厳格審査の基準の実質は「総合考慮型の比較衡量（all-things-considered）[11]」であって、「ヨーロッパ風の比例性審査に類似する[12]」ものである。ただ、その天秤が大きく権利の側に傾いているために政府利益の側に相当な重さを要求する点で他の比較衡量の基準と区別される。また、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止（Nearly Categorical Prohibition）」の下における目的審査が事案ごとの利益衡量を拒否することに対し、②「天秤を一方に傾けた比較衡量(Weighted Balancing)」の下における目的審査は事案ごとの利益衡量をある程度において許容する(a relatively ad hoc[13])点で異なっている。すなわち、①の解釈においては、目的審査は、ある目的が「やむにやまれぬ」といえるか否かを、＜ある利益の保護という目的であれば、当該目的はやむにやまれぬものである＞といった形で一対一対応に問うことによって審査される。それ故、法によって引き起こされる権利侵害の性質および重大さは、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性に影響を与えない。これに対して、「総合考慮型の比較衡量」である②の解釈においては、目的審査は、ある目的が「やむにやまれぬ」といえるか否かを、事案ごとに、＜ある目的が当該事案において問題となっている特定の権利侵害を正当化するに足りるほどに重要な目的といえるか＞という形でいわば文脈に依存させて問うことによって審査する[14]。すなわち、法によって引き起こされる権利侵害の性質および重大さが、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性に影響を与える。②「天秤を一方に傾けた比較衡量」

---

[9] City of Richmond v. J. A. Croson, 488 U.S. 469, 521 (1989) (Scalia, J., concurring in the judgement).

[10] Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 353 (2003) (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part). この一部同意一部反対意見において、トーマス裁判官は、*Korematsu v. United States* 事件の「差し迫った公共の必要性」(323 U.S. 214, 216 (1944))と「やむにやまれぬ利益」を同一視している。

[11] Fallon, *supra* note 1, at 1306.

[12] *Id.* at 1302.

[13] *Id.* at 1306.

[14] *Id.* at 1306; *See also* Peter Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. PA. L. REV. 1, 52 (2001).

にとって、「総合考慮型の比較衡量」であることこそが、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」との本質的違いといえる。

この解釈（②の解釈）によれば、「やむにやまれぬ利益」は、破滅的な害悪の防止に限られず、防止しようとした害悪が「破滅的」とまではいえない場合でも「やむにやまれぬ」と評価されることがあり得る[15]。

ファロンによれば、この解釈は論争的なものである。なぜなら、この解釈によると厳格審査の基準と中間審査の基準との間の差異が相対化する危険があり、さらには厳格審査の基準を合理性の基準にまで変換してしまう危険があるからである。ファロンは、このような解釈に基づく厳格審査の基準は、「一方において *Lochner* 事件判決に関連する警告を呼び起こすかもしれず、また、他方において、・・・*Dennis v. United States* 事件判決と関連する警告を呼び起こすかもしれない[16]」と述べる。ここで、ファロンのいう「警告」とは以下のような意味であろう。

1　*Lochner* 事件判決に関連する警告について

まず、*Lochner* 事件判決[17]に関する警告について検討する。*Lochner* 事件判決は、パン工場で働く労働者の健康の保護を立法目的として、パン工場での労働時間を規制するニューヨーク州法を、実体的デュー・プロセスに基づき、いわゆる合理性の基準を適用して違憲とした判決である。この当時（1897 年から 1937 年の約４０年間）の連邦最高裁判所には、実体的デュー・プロセス違反として州法を違憲とする傾向が見られた。この時代のことを、ロックナー時代（Lochner era）と呼ぶ。ファロンは、このロックナー時代の判断手法の問題点を司法の行き過ぎがあったため「判決結果がおよそ予測のつかない[18]」ことにあると分析している。ロックナー時代の連邦最高裁は、一方で、ある州法をポリスパワーの合理的行使の範囲内にあるとして合憲と判断し、他方で、経済的自由の規制立法を合理性の基準を適用し違憲としていた。のみならず、この時期の連邦最高裁は、信教の自由の規制立法、人種差別立法、及び、「明白かつ現在の危険」の基準が適用される領域以外の言論の自由の規制立法についても、合理性の基準を適用した上でこれを違憲としていた。そのため、ある立法が合憲と判断されるか、それとも違憲と判断されるのかにつき、予測がつきにくいものとなっていた[19]。ファロンは、このようなロックナー時代の審査を、ウォーレンコートが優越的利益(preferred right)とそれ以外の利益という二層構造

---

[15] Fallon, *supra* note 1, at 1306-07.
[16] *Id.* at 1302; *see* Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905); Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 580 (1951) (Black, J., dissenting); *id.* at 584-586 (Douglas, J., dissenting).
[17] Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
[18] Fallon, *supra* note 1, at 1287.
[19] *See id.* at 1286-87, n.106.

（two-tiered）を採用していたのと対照的に、「層を知らない」と表現している[20]。「通常の自由に関するケースにおいては、裁判所は、司法の行き過ぎという過去の過ちを繰り返してはならない[21]」と結論付けるファロンは、合理性の基準が厳格審査の基準に接近し、厳格なものとなることに対して警戒心を抱いている。ファロンのいう「*Lochner* 事件判決に関連する警告」とは、この、＜合理性の基準が厳格審査の基準へ接近する結果として両者の区別が相対化すること＞であるといえる。

２　*Dennis* 事件判決に関連する警告について

次に、*Dennis* 事件判決[22]に関連する警告について検討する。*Dennis* 事件判決において、被告人らは、共産党を組織したことにつき、いわゆるスミス法に基づき、起訴された。すなわち、彼らは、武力あるいは暴力による政府転覆を目的とする団体を組織し、また、武力あるいは暴力による政府転覆を唱導したとして起訴されたのである。法廷意見を執筆したヴィンソン裁判官は、本件に「明白かつ現在の危険」の基準を適用し、被告人らへの起訴を合憲と判断した。「明白かつ現在の危険」の基準[23]は、もともと、「害悪の重大性」と「害悪の蓋然性（現実性）」の両要件を別個独立に判断することによって言論保護的な基準たり

---

[20] *Id.* at 1293.

[21] *Id.*

[22] Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

[23] 「明白かつ現在の危険」の基準は、*Schenk v. United States* 事件判決の全員一致の法廷意見を書くにあたり、ホームズ裁判官が採用した基準である(249 U.S. 47, 52 (1919))。*Schenk* 事件においては、徴兵制反対をうたうリーフレットを配布した被告人に対する防諜法に基づく共謀罪の正否が争われた。ホームズ裁判官は、被告人に対する防諜法の適用を合憲であると判断したものの、「明白かつ現在の危険」の基準を示すことによって、防諜法の適用範囲に対して限界を設けた。すなわち、*Schenk* 事件判決において、「明白かつ現在の危険」の基準は、「第一修正によって保護される言論と第一修正によって保護されず、故に処罰しうる言論を区別する目的」で用いられていた。そのため、「明白かつ現在の危険」の基準こそが「“言論の自由市場”を促進する最良の方法」であったのである(MORTON J. HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE 58 (1998))。ホームズ裁判官オリジナルの「明白かつ現在の危険」の基準は、言論の自由を「現実の害悪の発生と同様の一線まで保護」するための基準であったといえよう（金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム』331 頁（風行社・2006）；なお、*Schenk* 事件判決における「明白かつ現在の危険」の基準を厳格なものであると理解することに対して疑問を投げかける論者として駒村圭吾「判批」アメリカ法判例百選 63 頁（2012））。また、*Abrams v. U.S.*事件判決において、防諜法に基づく処罰が合憲であるとする法廷意見に対し、ホームズは、ブランダイスと共に反対意見を執筆し、「明白かつ現在の危険」の基準を用いて違憲論を展開している（250 U.S. 616, 627-28 (1919))。続く *Whiteny v. California* 事件判決においては、「明白かつ現在の危険」の基準が用いられるべきであり、裁判所及び陪審員の前でかかる事実の不存在を争うべきであったというブランダイスの同意意見にホームズが参加している(274 U.S. 357, 373, 379 (1927))。この時期における「明白かつ現在の危険」の基準は、言論保護的な基準たり得ていたといえよう。

得ていたものであった。しかし、*Dennis* 事件判決は、「明白かつ現在の危険」の基準の適用に際して、「害悪の重大性」と「害悪の蓋然性（現実性）」を相関的に捉えることを許した。その結果、「害悪の現在性」の稀薄な状況下における言論の制約が可能となってしまった[24]。そのため、*Dennis* 事件判決は、「明白かつ現在の危険」の基準を「危険が『差し迫っている』かの審査を無視することによって骨抜きにした[25]」と評される判決である。

Dennis 事件判決の法廷意見に対し、ファロンが加えた評価は、この判決が *Kovacs* 事件判決のフランクファーター同意意見[26]に同調し、第一修正の「“優越的地位”の魅力を引き下げ[27]」たというものの**のみ**である。そのため、ファロンのいう「警告」が何を意味するのかを正確に理解することは困難である。しかし、ファロンは、同時に、ブラック、ダグラスの反対意見[28]も参照している。

> 「単なる『合理的』との議会あるいは我々自身の理解に基づいて、言論および出版の自由を制約する立法を維持することを、第一修正が我々に対して許しているという考えには同意できない。そのような法理は、第一修正を薄めて、第一修正を、議会に対する単なる警告にすぎないものとしてしまう[29]」

---

[24] 木下智史「違憲審査基準としての『明白かつ現在の危険』基準・再考」佐藤幸治先生古稀記念『国民主権と法の支配（下）』306 頁（成文堂・2008）。

[25] HORWITZ, *supra* note 23, at 58. *Dennis* 事件判決が「明白かつ現在の危険」の基準を骨抜きにしたと評価する邦語文献として、伊藤正己『言論・出版の自由』266 頁（岩波書店・1959）。*Dennis* 事件判決における「明白かつ現在の危険」の基準は、「害悪の重大性とその発生の蓋然性との間のスライディング・スケールが採用されたのであって、害悪が重大になればなるだけ、その発生の可能性が稀薄であっても、言論の自由の縮減が正当化されることになる」（同書 268 頁）。

[26] Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77, 90 (1949) (Frankfurter, J., concurring)(「（言論位自由の優越的地位という：引用者）フレーズは、当裁判所の近年の判決に無批判に浸透し始めているものである。もしこのフレーズが、コミュニケーションを侵害する法には違憲の推定の影響が及ぶという思考を、巧妙に隠してはいるかもしれないが、伴うというのであれば、私は、これを問題あるフレーズであると考える」). この同意意見において、フランクファーターは、司法消極主義の立場から、言論の自由の侵害が争われる事件に対しても、立法府に対する強い尊重を与えることを主張している（*See* Fallon, *supra* note 1, at 1289）。

[27] Fallon, *supra* note 1, at 1289.

[28] ファロンは、ブラック、ダグラスの反対意見を、「最高裁が比較衡量の天秤を第一修正の諸権利と逆の方に傾けた（was balancing away the First Amendmend rights）」点を批判する反対意見であると捉えている（*id.* at 1302）。

[29] *Dennis*, 341 U.S. at 580 (Black, J., dissenting). なお、*Dennis* 事件判決等を素材に利益衡量の問題点を指摘した文献として、JACCO BOMHOFF, BALANCING CONSTITUTIONAL RIGHTS: THE ORIGINS AND MEANING OF POSTWAR LEGAL DISCOURSE 153 (2013) (「利益衡量に関する現代の議論の多くにおいて、‘利益衡量の天秤の上にのせること(balancing)’と‘利益衡量の天秤を傾けること(balancing away)’との間、そして、市民的諸権利の‘重みを図ること（weighing）’と、それらが‘上回られること（outweighed）’を許すこととの間には、ほぼ必然的な関係が見られる」)

（ブラック反対意見）

「ある年においては無害であった言論であっても、ある時点においては、共和制の安全の利益の下に停止されなければならないほどの破滅的な炎を煽り立てるかもしれない。これが明白かつ現在の危険の基準の意味である。状況がとても危機的であって、当該言論が引き起こす害悪を避けるために時間が無いとまでいえるような場合が、停止を求めるときである。・・・制限が合憲とされるためには、単なるおそれ、当該言論に対する激しい反対、その内容に対する嫌悪感以上のものが無ければならない。当該言論が許された場合起こりうるであろう社会に対する差し迫った害悪がなければならない[30]」（ダグラス反対意見）

この部分が参照されていることから判断すれば、「天秤を一方に傾けた比較衡量」に対するファロンの問題意識を読み取ることができる。すなわち、ファロンは、厳格審査の基準の適用に際し、害悪の重大性の証明を害悪発生の蓋然性の証明に代替し、害悪発生の蓋然性の存在しない所での権利の制約を認める恐れがあること、ひいては、厳格審査の基準を単なる合理性の基準に近づけてしまうおそれがあると考えていたのである[31]。以上から、ファロンのいう「*Dennis* 事件判決に関連する警告」とは、厳格審査の基準の合理性の基準への接近化のことであるといえる。

第３節　③「不法な動機のテスト(Illicit Motive Test)」

以上の二つの解釈は、厳格審査の基準を利益衡量の基準としてみる点において共通していた。これに対して、③「不法な動機のテスト(Illicit Motive Test)」によれば、厳格審査の基準は、「政府が、保護されたグループをわざと狙い撃っていないこと、あるいは、優越的利益に対してわざと負担を課していないこと[32]」を確認するための基準であるとされる。人種に基づく差別や特定の言論の制限は、たとえ何らかの言い訳じみた目的が掲げられていた場合であっても、実際は人種に対する偏見やその言論に対する敵意に基づいていることが多い。そこで、厳格審査の基準を、「法令に対して、“やむにやまれぬ”政府利益を促進するために“厳密に設定されている”ことを要求することによって、掲げられた目的がいわば偽の目的である可能性が高いこと、すなわち、当該法令が、実は、

参照。

[30] *Dennis*, 341 U.S. at 585 (Douglas, J., dissenting).

[31] ブラック・ダグラス両裁判官が、*Dennis* 事件判決の法廷意見を「確立した『明白かつ現在の危険』の基準を、直接または間接に排除」するもの、「この基準を捨てて、『合理性』基準をとる」ものであると理解していたと指摘するものとして、伊藤・前掲注(25) 271-72 頁参照。

[32] Fallon, *supra* note 1, at 1308.

不法な動機（ここでは、人種に対する偏見、言論に対する敵意）に基づいている可能性が高いことを燻り出す基準」と捉えるのである[33]。

[33] *See id.*

第二部　判例における厳格審査の基準 –その機能と成立過程–

第一部においては、厳格審査の基準の各構成要素と機能について整理した。ここでは、第一部の検討を前提として、連邦最高裁が、厳格審査の基準の機能について、どのように理解しているのかを確認することとし、厳格審査の基準の各構成要素に関して残された課題の検討は、第 6 章に譲る。なぜなら、厳格審査の基準の機能についての理解が、この基準の各構成要素をどのように理解するかに一定の影響を与える可能性があるからである[102]。

繰り返しとなるが、厳格審査の基準が、＜平等原則、言論の自由を始めとする、「優越的利益」を侵害にする立法に対して適用される基準であって、この基準の下において、法令は、「“やむにやまれぬ”政府利益を促進するために“必要”あるいは“厳密に設定されている”」ことを政府側が立証した場合に限り、合憲となる＞と定式化される基準である。厳格審査の基準が各領域において、同一のものとして定式化されていることを前提とすれば、厳格審査の基準の機能も、この基準が適用される諸領域において共通する、単一の機能を有している（あるいは、「いた」）と考えるのが自然かもしれない。すなわち、厳格審査の基準に、何らかの本来的な機能が存在していた可能性である。

例えば、近年では、厳格審査の基準の本来の機能が「比較衡量(cost-benefit balancing)」にではなく、「不法な動機の燻り出し(smoking out)」にあったと捉える見解が有力である[103]。厳格審査の基準の本来の機能を「不法な動機の燻り出し」にあると理解する論者からは、厳格審査の基準の「比較衡量」という機能こそが、近年の連邦最高裁によるアファーマティブ・アクションの検討によってもたらされた新しい変化であると理解される[104]。したがって、ここで検討

---

[102] 第 2 章の注(4)参照。

[103] *See* Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*,48 AM. J. LEGAL. HIST. 355, 394 (2006); *see also* Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 TUL. L. REV. 1941, 1943-44 (2004); Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 YALE L.J. 427, 437-38 (1997); Larry G. Simon, *Racially Prejudiced Governmental Actions: A Motivation Theory of the Constitutional Ban Against Racial Discrimination*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1041, 1067-76 (1978); *but see* Stephen E. Gottlieb, *Introduction: Overriding Public Valuse*, *in* PUBLIC VALUES IN CONSTITUTIONAL LAW 1, 4 (Stephen E. Gottlieb ed., 1993); David L. Faigman, *Madisonian Balancing: A Theory of constitutional Adjudication*, 88 NW. U. L. REV. 641, 682 (1994).

[104] なお、これに反対する見解として、Kent Greenawalt, *Judicial Scrutiny of "Benign"*

されるべき問題も、この「比較衡量」への変化を受け入れるべきか否かにあると理解される。

しかし、このような理解は、実は、厳格審査の基準成立当時の連邦最高裁の理解には合致しない。そこで、第 3 章では、まず、厳格審査の基準の起源に遡り[105]、その成立過程を確認する。続く第 4 章では、現在の連邦最高裁が、厳格審査の基準の機能をどのように理解しているのかについて検討する。

Racial Preference in Law School Admissions, 75 COLUM. L. REV. 559, 565 n. 41(1975)（疑わしい区分に関する 1960 年代の判例の中にも、Lee v. Washington, 390 U.S. 333 (1968)のように、厳格審査の基準の適用において、最高裁判所が比較衡量を行ったものが存在することを指摘する）参照。

[105] 厳格審査の基準の起源に関する先行業績として、城野一憲「表現の自由と厳格審査−アメリカ連邦憲法の修正 1 条解釈におけるルーツと展開−」早稲田法学会誌 65 巻 2 号 99 頁（2015）（厳格審査の基準の展開を追うことによって、表現の自由における厳格審査の基準の限界を検討する）がある。

第 3 章　厳格審査の基準の成立過程

第 1 節　1958 年までの厳格審査 －「名ばかりの厳格審査の基準」－

まず、厳格審査の基準を表す「厳格な審査（strict scrutiny）」あるいは「最も厳格な審査（most rigid scrutiny）」という用語が初めて登場した判例を確認する。

「厳格な審査」という用語は、*Skinner v. Oklahoma* 事件判決[1]のダグラス法廷意見において初めて登場した[2]。この判決においては、いわゆる平等条項に違反するとして、常習的な犯罪者に対する強制断種が違憲と判断された。

また、「最も厳格な審査」は、*Korematsu v. United States* 事件判決のブラック法廷意見[3]において初めて登場した。本件において、ブラック裁判官は、人種に基づく差別は「直ちに疑わしい」のであって「最も厳格な審査を受ける」とし、「差し迫った公共の必要」がなければ許されないとした[4]。この判断は、「差し迫った公共の必要」の存在の証明という重い責任を政府に対して要求する点で、「やむにやまれぬ利益」の存在を要求する、厳格審査の基準と酷似する。ゆえに、一般的には、厳格審査の基準の起源は平等条項の領域、特に、人種に基づく差別の領域にあると理解される[5]。

しかし、ブラックは「差し迫った公共の必要」を詳細に定義付けていない。また、*Korematsu* 事件判決の手段審査は、合理性の基準を採用した *Hirabayashi v. United States* 事件判決[6]に依拠する[7]。つまり、*Korematsu* 事件判決の手段審査は、手段の必要最小限性の審査も要求していない。故に、*Korematsu* 事件判決が採用したのは、実質において合理性の基準に過ぎない[8]。

また、先ほど挙げた、*Skinner* 事件判決も、厳格審査の基準を適用した判決

---

[1] 316 U.S. 535 (1942).
[2] *Id.* at 541; *see* Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. PA. L. REV. 1, 3 n. 1 (2000).
[3] 323 U.S. 214 (1944).
[4] *Id.* at 216.
[5] *See* Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 AM. J. LEGAL HIST. 355, 391 n. 278 (2006).
[6] 320 U.S. 81 (1943).
[7] *Id.* at 101（「ここでの我々の調査は、・・・争われている命令及び制定法が、夜間外出禁止令に違反して行われた当該行為に対して、合理的な基礎を与えているかの審査を超えない」）；*see* Siegel, *supra* note 5, at 382.
[8] *See id.* at 382-83; *see also* Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213, 232 (1991).

として理解することはできない。「厳格な審査」の用語にもかかわらず、本判決における審査は、現在「牙のある合理性の審査(minimal scrutiny with a bite)」と呼ばれる審査と同程度のものに過ぎなかった[9]。ここでの審査は、いわば「名ばかりの厳格審査の基準（strict scrutiny in name only）[10]」であって、厳格審査の基準の各構成要素（目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査・手段の必要最小限性の審査）への言及がない。

第２節　厳格審査の各構成要素の成立過程について

厳格審査の基準の起源が平等条項の領域にあるとの一般的理解にもかかわらず、1940 年代における「厳格な審査」あるいは「最も厳格な審査」は、厳格審査の基準の各構成要素を備えない「名ばかりの厳格審査の基準」であった。それゆえ、厳格審査の基準の起源が 1940 年代の平等条項の領域にあると断言することはいささか「ミスリーディング[11]」である。少なくとも、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査、手段の必要最小限性の審査を備えたものを＜現在の厳格審査の基準＞と呼ぶのであれば、その起源は 1940 年代の平等条項の領域にはない。

それでは、厳格審査の基準（及び、その各構成要素）は、いつ、どこで、いかなる文脈で登場したのか。すなわち、厳格審査の基準の起源・成立過程が問題となるが、＜現在の厳格審査の基準＞は、ある一つの領域あるいは判例において突如現れたものではない。むしろ、複数の領域において発達した厳格審査の基準の各構成要素が「結合」され、＜現在の厳格審査の基準＞となった[12]。そして、＜現在の厳格審査の基準＞への結合過程を検討するにあたっては、手段の必要最小限性の審査・目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査が、第一修正の領域において、各々、別個独立した利益衡量のための手法として発達してきたことを理解する必要がある。

---

[9] Siegel, *supra* note 5, at 381.
[10] *Id.*
[11] Richard H. Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1277 (2007). これに対して、「合理性の基準（rational basis test）」は、1940 年代には既に基準として成立していた。*See* Thomas v. Collins, 323 U.S. 516, 527-28 (1945) (*quoting* Clark v. Paul Gray, Inc., 306 U.S. 583, 594 (1939)).
[12] Fallon, *supra* note 11, at 1274.

1　手段の必要最小限性の審査の成立過程について

まず、手段の必要最小限性の審査から検討する。手段の必要最小限性の審査は、①当該手段が目的を実際に促進することを前提として、②当該手段が最も制限的でない手段（Least Restrictive Alternative=LRA）といえる（権利侵害の必要性が認められる）か、③当該手段が目的の促進にとって過小包摂となっていないか、および、④当該手段が目的の促進にとって過大包摂となっていないかを問う審査である。

これらの四つの審査の中で、最も早くに成立したのは、②LRA の審査である。LRA との表現自体は独占禁止法に関する判例に由来する[13]が、憲法判例における②LRA の審査の起源は、少なくとも、実体的デュー・プロセスに関する *Lawton v. Steele* 事件判決（1894 年）[14]にまで遡る[15]。この、実体的デュー・プロセスの領域で用いられていた[16]②LRA の審査が、1939 年の *Schneider v. Town of Irvington*[17]事件判決において、第一修正の領域に持ち込まれた[18]。この事件においては、ゴミによって町の美観が損なわれることを防止する目的（美観維持目的）で、公道等におけるパンフレット配布を禁止する条例の合憲性が争われた。連邦最高裁は、言論の自由の重要性を強調し、「裁判所は、争われている立法の

---

[13] 独占禁止法に関する判例における LRA の審査の適用例として、*White Motor Co. v. United States* 事件判決のブレナン同意意見が挙げられる（372 U.S. 253, 271 (1963)(Brennan, J., concurring)（「その他の関連する審査は、より制限的でない他の代替手段（less restrictive alternative）の利用可能性を検討することであろう」））。*See* Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, 80 HARV. L. REV. 1463, n. 1 (1967).

[14] 152 U.S. 133 (1894).

[15] *Id.* at 137 （「立法府は、公共の利益の保護を口実として、私的なビジネスに対して、恣意的に干渉してはならず、また、合法的な職業に対して、特殊な制限を不必要に課してはならない。言い換えれば、何がポリス・パワーの適切な行使であるかに関する立法府の決定は、最終的なものでもなければ、あるいは、確定的なものでもない。それは、裁判所による監督に服するのである。」）；*see* Struve, *supra* note, 13 at 1464 n. 4. また、Robert M. Bastress, Jr., *The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification, and Some Criteria*, 27 VAND. L. REV. 971, 974-75 (1974) は、*Slaughter-House Cases* 事件で、フィールド裁判官が、反対意見においてではあるが、既に、②LRA の審査に言及していたと指摘している。*See* Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36, 87 (1872)(Field, J., dissenting).

[16] *See e.g.,* Liggett Co. v. Baldridge, 278 U.S. 105, 113 (1928).

[17] 308 U.S. 147 (1939).

[18] Siegel, *supra* note 5, at 395.

効果の審査に対し、機敏(astute)でなければならない[19]」とした上で、美観維持の目的は、「現実に紙を公道に投げ捨てた者を処罰する」という方法によっても達成できる以上、この目的は、「条例を*正当化するものとして不十分*である（強調：引用者）[20]」として条例を違憲と判断した。

また、拡声器の使用に対し警察署長の許可を要求する条例の合憲性が争われた *Saia v. New York* 事件判決[21]において、連邦最高裁は、「より厳密に線引きされた(narrowly drawn)」との表現を用いている。この事案において、連邦最高裁は、当該条例を、当該条例に不許可に関する裁量基準が設けられていなかったことを理由に、「拡声器の使用できる時間・場所、あるいは、彼らが調整しなければならない音量（デシベル）を規制するために厳密に線引きされていない[22]」として、違憲と判断した。というのも、「本件で問題となっている特徴を有した、地方の規制の合憲性を認めるにあたり、裁判所は、様々な共同体の諸利益を衡量しなければならない」ところ、拡声器の悪用による害悪は、音量・時間・場所を規制する、「より厳密に線引きされた法令」によって防止できる[23]からである。

以上の判例から明らかなように、手段の必要最小限性の審査は、第一修正の領域において、利益衡量の手法として用いられた。

2　目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査の成立過程について

次に、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査の成立過程について検討する。連邦最高裁の判例上、「やむにやまれぬ利益」という用語[24]は、1957 年の *Sweezy v. New Hampshire*[25]事件判決において初めて登場した[26]。言うまでもなく、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査は厳格審査の基準の構成要素であって、そして、厳格審査の基準は司法消極主義的な裁判官にとって好まし

---

[19] *Schneider*, 308 U.S. at 161.
[20] *Id.* at 162.
[21] 334 U.S. 558 (1948).
[22] *Id.* at 560.
[23] *Id.* at 562.
[24] より正確には、「やむにやまれぬ」との表現であるが、この時期の判例上の表現は、固定されておらず、各判例においてバラつきがある（「差し迫り、かつ、やむにやまれぬといえる理由」、「優越する州の利益は、やむにやまれぬものでなければならない」、「やむにやまれぬといえる優越する利益」等）。混乱を回避するため、ここでは、基本的に「やむにやまれぬ利益」として記述する。
[25] 354 U.S. 234 (1957).
[26] 毛利透『表現の自由−その公共性ともろさについて−』93 頁(岩波書店・2008）。

くない基準であるとの印象が強い。しかし、この判決において興味深いのは、「やむにやまれぬ利益」の生みの親が司法消極主義的な立場に立つ[27]フランクファーター裁判官であることと、この時期における「やむにやまれぬ利益」は必ずしも厳格な要件ではなかったこと[28]、である。

（1）「やむにやまれぬ利益」の登場 −*Sweezy v. New Hampshire* 事件判決−

Sweezy 事件判決では、社会主義者であり、また、ニューハンプシャー州立大学の大学教員であった被告人への裁判所侮辱罪の合憲性が争われた。州の議会を代表し、破壊活動の調査を行っていたニューハンプシャー州の法務長官は、被告人に対して、彼の授業・進歩党との関わりに関する質問を発した。これに対し、被告人は、回答を拒否し、さらに、裁判所による命令に対しても拒否した。そのため、被告人は、裁判所侮辱罪の罪責に問われたのである[29]。

ニューハンプシャーの州最高裁は、本件が大学教員の「教授の権利と他者と結びつく権利（right to associate with other）」という第一修正上の権利がかかわる事件であることを認めた[30]。そのうえで、州最高裁は、この第一修正上の権利と、州の防衛上の利益（「武力あるいは暴力によって政府を転覆させようとする者からの潜在的脅威が存在する」か否かを知ることについての州の防衛上の利益）との間で利益衡量し、結果として、州の防衛上の利益が優越すると判断した[31]。

ア　ウォーレン裁判官相対多数意見

本件の相対多数意見を執筆したウォーレン長官は、州法務長官の行為が、州議会の議決によって彼に授権された範囲を超えることを根拠に、違憲判断を下した[32]。

また、ウォーレンは、前述の州最高裁の利益衡量にも言及し、「現在、これらの領域における権利の侵害を正当化する何らかの状況を思いつくことはできな

---

[27] 芦部信喜は、フランクファーターを「アメリカにおける司法自制論のチャンピオン」と表現する（芦部信喜『憲法訴訟の理論』31 頁（有斐閣・1973））。
[28] Siegel, *supra* note 5, at 364.
[29] *Sweezy*, 354 U.S. at 237-44.
[30] *Id.* at 249.
[31] *Id.* at 251（*quoting* Wyman v. Sweezy, 100 N.H. 103, 113-14 (1956)）.
[32] *Id.* at 253-55.

い。しかし、この事件を判断するにあたり、我々は、州の権限に関するこのような基本的問題に触れる必要はない[33]」とした。すなわち、州最高裁の判断と対照的に、ウォーレンは、被告人の第一修正上の利益が、州の防衛上の利益を含む、およそ一切の州の利益に優越するかのように判示したのである。

イ　フランクファーター裁判官結論同意意見（ハーラン参加）

これに対し、フランクファーターは、違憲判断という結論には賛同するものの、その理由付けが異なるとして結論同意意見（ハーランが参加[34]）を執筆した。まず、本件の質問が州議会によって州の法務長官に授権された権限の範囲内にあるかを決定するのは州最高裁であって、連邦最高裁ではないとした[35]。その上で、彼は、相対多数意見の司法積極主義的な立場からの利益衡量を批判した。

もっとも、フランクファーターも、被告人の第一修正上の権利が州の防衛上の利益を上回るとの相対多数意見の結論に対しては反対しなかった。曰く、「（州の防衛上の利益を：引用者）大学における知的な営みに政府が侵入することによって生ずる重大な害悪と比較した場合、証人に対して講義内容に関する供述を強制するために持ち出された正当化は、甚だ不十分なものである。・・・社会的利益のためには、・・・研究はできる限り制限されてはならない。政治的権力は、自由のこの行使への侵害を・・・差し迫り、かつ、明らかにやむにやまれぬといえる理由に基づく場合を除き、差し控えなければならない（強調：引用者）[36]」と。

しかし、同時に、フランクファーターは、「（個人の権利と州の利益の比較衡量は：引用者）気まぐれや願望の行使となってはならない。かかる判断は、個人的な選好よりも深く、かつ、個人的な選好よりも正当と認められる何かに基づく、誰の目から見ても異論の無いものでなければならない。かかる判断が人間の限界のうちにある限り、それは非個人的なものでなければならない。かかる判断は、歴史に根ざしており、かつ、広く受け入れられているものを相当程度において導くような基本的な諸前提に基づかなければならない。このような判断は、州最高裁の判断と対立する場合には謙譲の精神の下で導かれるに違い

---

[33] *Id.* at 251.
[34] ハーランもフランクファーターと同じく司法消極主義的な立場に立つ裁判官として知られる（*See, e.g.*, Siegel, *supra* note 5, at 362; LUCAS POWE, JR. THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS 143 (2000)）。
[35] 354 U.S. at 257.
[36] *Id.* at 261-62.

ないであろう[37]」という。すなわち、彼は、本件が利益衡量によって判断されるべきことを前提としつつ、それにも限界が存在することを示唆したのである。もっとも、この結論同意意見における「やむにやまれぬ」との表現は、あくまで利益衡量の限界の存在を示すものに過ぎない。この時点での、「やむにやまれぬ利益」を利益衡量の基準として理解することは不正確であろう。

（２）*Sweezy* 事件判決の「やむにやまれぬ利益」の「消滅」

ア　「やむにやまれぬ利益」の「例外的」使用

以上のように、「やむにやまれぬ利益」の表現は、フランクファーターの手によって、第一修正上の利益と政府利益との比較衡量という文脈で登場した。

この「やむにやまれぬ利益」との表現は、公民権運動が盛んだった 1950 年代から 1960 年代にかけての、NAACP に対する南部州議会の「攻撃[38]」が扱われた諸事件の法廷意見においても（後述するように「例外的」なものではあるが）用いられた。

a *NAACP v. Alabama* 事件判決

このような「攻撃」が争われた判決として、まずは、*NAACP v. Alabama* 事件判決[39]を見ておこう。この事件では、NAACP アラバマ支部に対する、構成員の氏名及び住所のリストの、裁判所による開示命令が争われた。ハーラン裁判官執筆の法廷意見は、構成員の氏名及び住所の開示命令に「抑止的効果（deterrent effect）[40]」があること、そして、右抑止的効果に、NAACP の構成員の結社の自由に対する実質的な制約を及ぼす危険があることを認める[41]。その上で、開示命令が認められるためには、州の主張する利益が「抑止的効果を正当化するために十分」なものでなければならず、そして、そのような「<u>優越する</u>(強調：引

---

[37] *Id.* at 267.
[38] Siegel, *supra* note 5, at 368 n. 95.
[39] 357 U.S. 449 (1958). この事件につき、詳細な分析を加えたものとして、毛利・前掲注（26）73-77 頁がある（*Alabama* 事件判決は、「結社の自由への直接的な侵害が問題となったのではなかった」点、及びそのために、構成員の氏名及び住所の強制的開示によって侵害されることが明らかな「構成員のプライバシー」（判例上、「結社におけるプライバシー（privacy in one's associations）」と表現される（357 U.S. at 462））について言及していた点に特徴があると分析する）。
[40] 357 U.S. at 461.
[41] *Id.* at 462.

用者)州の利益は、やむにやまれぬものでなければならない」とする[42]。結論として、ハーランは、州の主張する利益は NAACP に対する憲法上の権利の侵害を正当化するのに「十分であると証明されていない[43]」と判断した。

b *Bates v. City of Little Rock* 事件判決

また、連邦最高裁は、*Bates v. City of Little Rock* 事件判決[44]においても、「やむにやまれぬ利益」という表現を用いている。この事件では、リトルロック市にある NAACP 支部の記録係２名が、構成員の氏名のリストの開示を拒否したためにアーカンソー州の税に関する条例に違反するとして訴追された。

ステュワート裁判官執筆の法廷意見は、構成員の氏名の強制開示が構成員の結社の自由に対する侵害として機能することを認める[45]。その上で、「個人の自由に対する重大な侵害が存在する場合、当該州は、やむにやまれぬといえる優越する利益（強調：引用者）の証明によってのみ、個人の権利侵害に対して優先することができる[46]」と判断した。そして、ステュワートは、自治体側の主張通り、強制開示が課税目的に基づくことを肯定する[47]ものの、「政府の行為は、条例の前文に目的が掲げられただけで、正当で実質的な政府目的の達成との間の合理的関連性を自動的に得るわけではない。憲法上保護された自由を侵害する重大な危険が州の行為にあると証明された場合、当該行為と、その正当化のために主張される政府の目的の達成との間に、合理的関連性が存在するかを判断することが当裁判所の義務となる（強調：引用者）[48]」と指摘し、目的と手段との間に合理的関連性を要求した。そして、課税目的と NAACP 構成員氏名の強制開示との間には合理的関連性が存在しないと結論付けた。

イ　「やむにやまれぬ利益」の「消滅」

以上のように、NAACP に対する南部の「攻撃」の文脈においては、法廷意見も、利益衡量に際して、「やむにやまれぬ利益」との表現を用いていた。加えて、*Alabama* 事件判決・*Bates* 事件判決が共に違憲判決であったことからすれば、

---

[42] *Id.* at 463 (*quoting Sweezy*, 354 U.S. at 265 (Frankfurter, J., concurring)).
[43] *Id.* at 465.
[44] 361 U.S. 516 (1960).
[45] *Id.* at 523 (*quoting Alabama*, 357 U.S. at 462).
[46] *Id.* at 524 (*quoting Alabama*, 357 U.S. at 449).
[47] *Id.*
[48] *Id.* at 525.

この表現は、一定程度の厳格さを持った概念として想定されていたといい得る。

もっとも、このような、厳格な利益衡量の要求としての「やむにやまれぬ利益」の使用は例外的なものにとどまる。というのも、この時期のフランクファーター及びハーランは、既に、本来の司法消極主義的な立場へ「回帰」していたからである[49]。

a *Uphaus v. Wyman* 事件判決

フランクファーターらの司法消極主義への「回帰」が「やむにやまれぬ利益」の適用に影響したことを示す例として、*Uphaus v. Wyman* 事件判決[50]が挙げられる。この判決においても、*Sweezy* 事件判決と同じく、(参加者名簿等を含む)団体記録の、ニューハンプシャー州法務長官による提出命令・裁判所による提出命令を拒絶した被告人に対する裁判所侮辱罪の合憲性が争われた。もっとも、被告人がサマーキャンプを行うことを目的とする団体の運営者であった点で、*Sweezy* 事件判決とは異なっていた。

Uphaus 事件判決の法廷意見は、フランクファーター、ハーランを含む 5 人の裁判官を代表し、クラークが執筆した。まず、クラークは、「学問及び政治的自由は、ここでは全く問題とならない[51]」として、本件を、*Sweezy* 事件判決と区別した。その上で、本件団体構成員の「結社についてのプライバシー[52]」という第一修正上の権利と州の「自己防衛[53]」という利益を比較衡量する。比較衡量に際して、クラークは、本件団体が「公共のものとして運営され」るものであったこと、本件記録が「郡保安官及び警察官の調査のため[54]」、州法によって備え付けの要求されているものであったことから、本件団体の第一修正上の権利を小さく見積もった。これに対して、州の「自己防衛」上の利益については、「結社についてのプライバシーという利益を上回るといいうるほどに十分やむにやまれぬ（強調：引用者）[55]」といえると認定した。それゆえ、クラークは、被告人への文書提出命令及びその違反を理由とした裁判所侮辱罪による有罪判決を合憲と判断した。

---

[49] Siegel, *supra* note 5, at 368-69.
[50] 360 U.S. 72 (1959).
[51] *Id.* at 77.
[52] *Id.* at 78.
[53] *Id.* at 80 (*quoting* Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 509 (1951)).
[54] *Id.* at 80.
[55] *Id.* at 81.

このように、クラークは、「結社についてのプライバシーという利益を上回る」との表現を付して、すなわち、得られる利益と失われる利益の衡量として、「十分やむにやまれぬ利益」に言及した。

しかし、シーゲル（Stephen A. Siegel）によれば、*Uphaus* 事件判決において、「十分やむにやまれぬ利益」とは、「第一修正上の利益を上回るためには、州は、当該事実関係のもとにおいて十分重要な利益を主張しなければならないことしか意味」しておらず、連邦最高裁は、「第一修正上の利益を上回るためには州にとって利益がどの程度の重みを持っている必要があるかについて何ら述べていない[56]」。すなわち、*Uphaus* 事件判決における「十分やむにやまれぬ利益」は、何ら中身の無い、空虚なものに過ぎなかった。

b *Barenblatt v. United States* 事件判決

Barenblatt v. United States 事件[57]は、大学の専任講師である被告人が、下院の特別問題検討委員会の小委員会からの質問への解答を拒絶したために議会侮辱罪に問われた事件である。

本件の法廷意見は、*Uphaus* 事件判決の法廷意見と同じ裁判官構成の下、ハーラン裁判官が執筆した。ハーランは、被告人の第一修正上の権利が問題となっていることを認めた上で、「第一修正は証人に対していかなる環境においても証言を拒絶する権利を与えるものではない。政府による調査を阻止するために第一修正上の権利が主張された場合、この問題の解決には、特定の状況下において問題となっている<u>競合する私的利益と公の利益についての裁判所による衡量</u>（強調：引用者）が常に関与する[58]」と述べた上で、「問題となっている個人の憲法上の権利に優先するためには“州の優越する利益はやむにやまれぬものでなければならない”[59]」とした。しかし、「自己防衛の権利は‘いかなる社会においても究極の目的’」といえること、そして、「共産党の信条が、合衆国の政府の武力及び暴力による根本的転覆を含んでいる」ことを理由に「裁判所は、共産党を、通常の政党と見ることを一貫して拒絶してきた[60]」ことから、ハーラ

---

[56] Siegel, *supra* note 5, at 369.
[57] 360 U.S. 109 (1959).
[58] *Id.* at 126.
[59] *Id.* at 127 (*quoting Sweezy*, 354 U.S. at 255, 265 (Frankfurter, J., concurring)).
[60] *Id.* at 128.

ンは、政府利益を被告人の第一修正上の権利よりも重要なものと認定して、被告人に対する有罪判決を支持した。

このように、*Barenblatt* 事件判決におけるハーラン法廷意見も、*Uphaus* 事件判決と同様に、「やむにやまれぬ」という用語を用いて、得られる利益と失われる利益を衡量した。もっとも、ここでハーランは、第一修正上の権利に対して不利な認定をしている。このため、*Barenblatt* 事件判決のハーラン法廷意見は、「第一修正に関する議論に対し冷戦時代の裁判所の採った、過度に司法消極主義的なアプローチの典型例である[61]」と評価される。このような評価を受け、シーゲルは、*Barenblatt* 事件判決のハーラン法廷意見を、「“やむにやまれぬ利益”の基準を、*Uphaus* 事件判決において定義されたそれと同じように用いている[62]」と評価する。

c 小括

以上のように、*Uphaus* 事件判決及び、*Barenblatt* 事件判決において、連邦最高裁は、その厳格さはともかく、「やむにやまれぬ利益」を使用していた。

しかし、シーゲルによれば、これらの判決以後、*Sweezy* 事件判決で用いられた「やむにやまれぬ利益」は、いわば「消滅[63]」する。代わって、連邦最高裁の多数派は、合理性の基準あるいは「やむにやまれぬ利益」に言及しない形での利益衡量(ad hoc balancing)を用いるようになっていく（合理性の基準ないし単なる利益衡量への後退）[64]。

第 3 節　厳格審査の基準への結合過程について

ここまでの検討により、「やむにやまれぬ」利益の用語が司法消極主義的な裁

---

[61] Siegel, *supra* note 5, at 370(*see* MORTON HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE 68 (1998)).
[62] Siegel, *supra* note 5, at 370.
[63] *Id.* at 371.
[64] Thomas Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE, L.J. 877, 912 (1963). 例えば、*Konigsberg v. State Bar of California* 事件において、ハーランは、「言論の内容を規制しようと意図しているのではなく、付随的に、その完全な行使を制限する、一般的な規制法は、・・・優先する正当な政府利益（強調：引用者）によって正当化されると判断された場合、第一修正あるいは第十四修正が議会あるいは州に対して立法化を禁止する種の法律と見なされてこなかった」（366 U.S. 36, 50-51 (1961)）として、「やむにやまれぬ利益」に触れず、単なる「正当な政府利益」を要求するにとどまった(Siegel, *supra* note 5, at 370)。

判官であるフランクファーター裁判官の手によって生み出されたことが明らかとなった。また、1957 年から 1960 年にかけての「やむにやまれぬ」利益は、そのイメージに反し、必ずしも権利保護的なものとして一貫してきたわけではない。むしろ、*Sweezy* 事件判決以降の「やむにやまれぬ利益」が権利保護的なものとして機能していなかったこと、さらには、「やむにやまれぬ利益」が原則として「消失」していたことが確認された。

しかし、1962 年に入ると、連邦最高裁の多数派をリベラル派裁判官が掌握する。また、それに伴い、「やむにやまれぬ」利益もその厳格さを取り戻していく。そして、「やむにやまれぬ」利益がその厳格さを取り戻していくのと並行して、「やむにやまれぬ利益」該当性の審査は、手段の必要最小限性の審査との「結合」を果たしてゆく。ここでは、まず、リベラル派裁判官がどのように「やむにやまれぬ」利益を用いてきたのかを検討したい。

1　リベラル派の掌握とブレナン裁判官の活躍

ケネディ大統領は、1962 年 3 月に辞任したホイテッカーの後任としてホワイトを、また、同年 8 月に辞任したフランクファーターの後任としてゴールドバーグを、連邦最高裁裁判官に任命した。これにより、ウォーレン・コートにおける連邦最高裁は、リベラル派（ウォーレン長官・ブラック・ブレナン・ダグラス・ゴールドバーグの 5 人）が支配し、それまでの保守的な立場からリベラルな立場へと変化した。

もっとも、リベラル派とはいえ、彼らも一枚岩ではなかった。ブラック裁判官及びダグラス裁判官は、第一修正につき、いわゆる「絶対主義」をとっており、個別的な利益衡量を行うことについては、彼らの合意を得ることができなかった[65]。その一方で、ブラック及びダグラスの絶対主義にも、一般的に適用可能なものであるかという点につき疑問があった[66]。そのため、ウォーレン・コートは、ブラック・ダグラスという絶対主義者の賛同も得られるような、「一般的に適用可能な法理を通じて第一修正に好意的な結論を導きうる原理を発展させる」必要があったが、「この役割は、ブレナンに課せられた[67]」。

---

[65] Siegel, *supra* note 5, at 375.

[66] *See, e.g., id.*; MARTHIN SHAPIRO, FREEDOM OF SPEECH: THE SUPREME COURT AND JUDICIAL REVIEW 87 (1966); Laurent Frantz, *The First Amendment in the Balance*, 71 YALE L.J. 1424, 1435 (1962).

[67] Siegel, *supra* note 5, at 375. ブレナンは、ウォーレンの良き理解者であって、「ウォーレンの強く信じた結論に対して理論的正当化を与える」いわば「ウォーレンの法務専

かかる役割を与えられたブレナンは、第一修正に関し、新たな四つの法理を持ち込んだ[68]。一つ目は、「萎縮的効果(chilling effect)」論[69]である。ブレナンは、この萎縮的効果論に結びつけ、二つ目の法理「漠然性故に無効の法理(void for vagueness)」[70]及び、三つ目の法理「過度の広汎性ゆえに無効の法理(overbreadth)」[71]の二つを展開した。そして、四つ目の法理として、漠然性ゆえに無効の法理・過度の広汎性ゆえに無効の法理と結びつけられる「文面上無効(“facial” challenge)」の法理[72]を展開した。

これらの法理に加え、ブレナンは、ブラックらの絶対主義とリベラル派の個別的利益衡量論との妥協、ひいては、フランクファーターの個別的利益衡量論との妥協の途を、「やむにやまれぬ利益」との表現に見出した[73]。ブレナンは、その一方において、「やむにやまれぬ」と評価できる優越的な公共の利益の存在を理由に、個人の権利を制限する余地が残されている点で、「やむにやまれぬ利益」が個別的利益衡量論と整合的と考えた。そして、他方において、ブレナンは、「やむにやまれぬ利益」を、第一修正に関するほぼ全ての事案において個人の第一修正上の権利を保護しうるほどに厳格な基準として構成することを試みた。すなわち、このような厳格な基準であれば、ブラックの絶対主義の提示するように、「個別的事案における追加的な利益衡量を必要とすることなく[74]」、個人の第一修正上の権利を保護できると考えたのである。

門家(judicial technician)」であった(G. EDWARD WHITE, EARL WARREN: A PUBLIC LIFE 185 (1982))。ウォーレンが「公平」(*id.* at 228)と考える結論に対する理論的正当化をブレナンに委ねることができたからこそ、「表現の自由分野においては、ウォーレン長官は多くの法廷意見の執筆をブレナンに委ね、彼は自らの表現の自由論を最高裁判決という最高の場で縦横に実践するという、希有の機会を与えられることになった」といえよう（毛利・前掲注（26）127 頁）。

[68] HORWITZ, *supra* note 61, at 68-73.

[69] Speiser v. Randall, 357 U.S. 513, 526 (1958); NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 433 (1963).

[70] *Button*, 371 U.S. at 432-33.

[71] *Id.*

[72] *See id.*

[73] Siegel, *supra* note 5, at 375-76; Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Court*, 59 VAND. L. REV. 793, 804 (2006). 阪口正二郎教授も「『厳格審査の基準』は、ストーン脚注ではなく、それが前提とする『二重の基準論』が崩れた後、『絶対主義』と『個別的利益衡量論』の対立を調停する形で 1960 年代に生み出されたのである」と指摘する（阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能」辻村＝長谷部編『憲法理論の再創造』（日本評論社・2011）161 頁）。

[74] Siegel, *supra* note 5, at 376.

以上のような考慮から、ブレナンは、1958 年から 1960 年代にかけて、再解釈を施した「やむにやまれぬ利益」を、利益衡量の基準として用い始める。すなわち、単なる利益衡量の限界を示す表現に過ぎなかった「やむにやまれぬ利益」は、この時点をもって、利益衡量の基準となった。まずは、1958 年の *Speiser v. Randall* 事件判決[75]を検討しよう。

（1）*Speiser v. Randall* 事件判決

Speiser 事件判決では、第二次世界大戦の退役軍人に与えられる財産税免除の条件として、合衆国政府ないし州の転覆の唱導、戦時における敵対国の支持の唱導を行わないことの宣誓を求めたカリフォルニア州法の合憲性が争われた。本件において、原告ら二名は、当該宣誓を拒否したため、財産税の免除を受けることができなかった。原告らは、かかる条件が原告らの言論の自由を侵害すると主張した。

ブレナン執筆の法廷意見は、まず、言論を理由とした税の免除の否定と、言論を理由とした処罰との間に同程度の抑止的効果の存在を認め[76]、本件を言論の自由の制約と構成した。ブレナンは、さらに、「言論という超越的な価値が関係する場合、この事案の環境において、適正手続は、犯罪的言論に対する申請者の関与の存在を証明する責任を州の側が負担することを確かに要求する[77]」とした。かかる理解を前提に、ブレナンは、州側が「やむにやまれぬ利益」の存在を証明していない[78]ため、本件宣誓を財産税の免除の条件とする州法を違憲とした。

このように、*Speiser* 事件判決において、ブレナンは「やむにやまれぬ利益」

---

[75] 357 U.S. 513 (1958).

[76] *Id.* at 518.

[77] *Id.* at 526. 本件は、厳格審査の基準に関する「立証責任の転換」との関係でも重要な判例である。本件以前においても、刑事事件に関しては、第一修正の領域での「立証責任の転換」が認められていた（*See* United States v. Carolene Products, 304 U.S. 144, 153 n. 4 (1938); *see also* Stromberg v. California, 283 U.S. 359, 369-70 (1931); Lovell v. Griffin, 303 U.S. 444 (1938)）。これに加えて、本件において、ブレナンは、第一修正上の権利が問題となる場合における立証責任の転換の適用範囲を刑事事件から民事事件へと拡張し、第一修正の領域における厳格審査の基準を完成させた（Siegel, *supra* note 5, at 360, 376 n. 152; *see also* Robert McKay, *The Preference for Freedom*, 34 N.Y.U. L. REV. 1182, 1221 (1959)）。このように、厳格審査の基準の「立証責任の転換」の起源は、第一修正に関する判例にあった。

[78] 357 U.S. at 529.

の基準を厳格に解釈することを試みた。さらに、*NAACP v. Button* 事件判決[79]においては、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査と手段の必要最小限性の「結合」の兆しが見え始める。

（２）*NAACP v. Button* 事件判決

Button 事件判決では、NAACP に対して、ある州法を適用することの合憲性が争われた。NAACP は、黒人の地位向上のための団体であり、その目的のため、黒人の訴訟活動につき様々な経済的援助を行っていた。この経済的支援の一つに、集会によって訴訟当事者を募り、NAACP の負担の下、訴訟代理人たる弁護士が訴訟活動を行うというものがあり、公立学校における人種分離の撤廃訴訟にも用いられた。そして、賛同者の訴訟担当弁護士の選任にあたっては、しばしば、弁護人の氏名欄を空欄のままにした用紙が用いられ、訴訟当事者の決定後に担当弁護士を選任するという手法がとられた。NAACP のかかる手法に着目し、ヴァージニア州は、州法を改正し、当事者でもなく、また、その訴訟に関して金銭上の権利ないし自由を有さない者が、弁護士及び依頼人たる個人あるいは集団の代理人として法的サービスの勧誘をすることを禁止した。

ヴァージニア州最高裁は、本件州法の目的を法的サービスの勧誘によって生じる害悪の防止にあると解釈[80]し、NAACP の活動は州法の禁止する勧誘に該当すると判断した。連邦最高裁は、本件についてサーシオレイライを認めた。

ブレナン執筆の法廷意見は、まず、NAACP の活動が「言論および結社の諸形態（modes）」に含まれるとして、第一修正によって保護されるとした[81]。そして、「これらの権利は、我々の社会においてこの上ない価値を持っていると同時に、繊細でかつ傷つきやすい。制裁の脅威は、制裁を現実に適用した場合とほとんど同じ程度に、それらの行使を抑止してしまうかもしれない・・・。第一修正の自由がその生き残りに息継ぎのための空間を必要とすることから、政府は、この領域においては狭い特定性をもってしか規制し得ない[82]」として、本件州法の抑止的効果の重大性を指摘し、厳格な審査の必要性を説く。

具体的には、ブレナンは、「言論の自由の領域においては、広汎な予防的ルールは疑わしい。・・・我々の最も貴重な諸自由に緊密に触れ合う領域においては、

---

[79] 371 U.S. 415 (1963).
[80] NAACP v. Harrison, 202 Va. 142, 154 (1960).
[81] 371 U.S. at 428-29.
[82] *Id.* at 433.

規制の厳密度（precision of regulation）が基準とされなければならない[83]」として、規制手段の厳密さを要求した。その上で、「やむにやまれぬ州の利益のみが第一修正上の自由の制限を正当化しうる[84]」として、本件に「やむにやまれぬ利益」の基準を適用した。また、「個人の自由に対する重大な侵害が存在する場合、当該州は、やむにやまれぬといえる優越する利益（強調：引用者）の証明によってのみ、個人の権利侵害に対して優先することができる」との *Bates* 事件判決のステュワート裁判官執筆の法廷意見も引用[85]した点が注目される。

ブレナンは、結論として、州の主張する利益の「正当」性は認めたが、「本件の記録によって明らかにされた NAACP の活動の禁止を正当化するものではない[86]」として、「やむにやまれぬ利益」該当性は否定した。つまり、州法の懸念する、依頼人と弁護士との間の利益相反などの危険の存在の証明がないとしたのである[87]。

（３）*Gibson v. Florida Legislative Investigative Committee* 事件判決

以上のように、*Button* 事件判決では、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査と手段の必要最小限性との「結合」の兆しが見られた。

Bates 事件判決が、目的と手段との間の合理的関連性しか要求していないこと[88]と比較すると、*Button* 事件判決において「現在の厳格審査の基準」へ一歩近づいたことは明らかである。そして、*Gibson v. Florida Legislative Investigative Committee* 事件判決[89]においても、このような「結合」の兆しに同調するかのような判断がなされた。

Gibson 事件判決では、NAACP マイアミ支部に対し、構成員リストの提出を強制することが NAACP のメンバー及び NAACP のメンバーとなろうとする者の結社の自由の侵害にあたるかが争われた。

本件の法廷意見を執筆したゴールドバーグ裁判官は、まず、結社の自由が第

---

[83] *Id.* at 438.
[84] *Id.*
[85] 371 U.S. at 439 (*quoting Bates*, 361 U.S. at 524). *Button* 事件判決においても、「やむにやまれぬ利益」の基準は得られる利益と失われる利益の衡量として理解されていたといえよう。
[86] 371 U.S. at 439.
[87] 371 U.S. at 442-43.
[88] 前掲注（48）の本文参照。
[89] 372 U.S. 539 (1963).

一修正の保護範囲に含まれること、かかる自由には結社におけるプライバシーの保護が含まれることを確認する[90]。さらに、*Button* 事件判決及び *Bates* 事件判決を引用し、「言論の自由及び結社の自由には、基本的で重大な価値があり、また、‘その生き残りに息継ぎのための空間を必要とする’[91]」、「‘このような自由は、正面からの荒々しい攻撃に対してのみ保護されるのではなく、よりかすかな政府の介入により窒息させられることからも保護される’[92]」として、その重要性を肯定する。その上で、「言論、出版、結社及び請願に関する憲法上保護された権利の領域を侵害する調査の合憲性には、州の行おうとする当該調査と州の最も重要でやむにやまれぬ利益との間の実質的関連性（強調：引用者）を、州がもっともらしく証明することが必要不可欠である[93]」として、重要な権利に対する重大な侵害に対して、①「やむにやまれぬ利益」、及び、②「やむにやまれぬ利益」と手段との間の実質的関連性を要求した。また、ここでも、「個人の自由に対する重大な侵害が存在する場合、当該州は、やむにやまれぬといえる優越する利益（強調：引用者）の証明によってのみ、個人の権利侵害に対して優先することができる」との *Bates* 事件判決のステュワート裁判官執筆の法廷意見が引用されており[94]、本件における「やむにやまれぬ利益」の基準も、得られる利益と失われる利益の衡量として理解されていた。結論的に、ゴールドバーグは、NAACP が政府転覆を目的とする団体ではない[95]ことなどを根拠に、「やむにやまれぬ利益」の証明がなされていない[96]とした。

２　信教の自由への拡張と「現在の厳格審査の基準」の完成

また、この時期のブレナンは、「やむにやまれぬ利益」の基準を、信教の自由を含む、第一修正の領域全体に及ぼそうとした。

まず、ブレナンは、特定の日用品を扱う商店の日曜日の営業を刑罰をもって禁止するペンシルバニア州法を、宗教上の理由で土曜日に働くことのできない原告二名に適用することの合憲性が問題となった *Braunfeld v. Brown* 事件判決

---

[90] *Id.* at 543-44.
[91] *Id.* at 544 (*quoting Button*, 371 U.S. at 433).
[92] *Id.* (*quoting Bates*, 361 U.S. at 523)
[93] *Id.* at 546.
[94] *Id.* at 546 (*quoting Bates*, 361 U.S. at 524).
[95] *Id.* at 548.
[96] *Id.* at 557.

[97]の一部賛成一部反対意見において、「やむにやまれぬ利益」を用いた[98]。

さらに、*Sherbert v. Verner* 事件判決[99]において、ブレナンは、信教の自由の文脈において厳格審査の基準を適用することにつき、法廷意見の執筆に成功する。この判決では、セブンスディ・アドベンティスト教会の信者であって、かつ、安息日厳守主義者である原告の失業補償の請求の拒否が争われた。原告は、雇用時はその契約内容により、週５日勤務を許された被用者であった。しかし、後に、雇用者により、３週に一度の土曜日の勤務が追加された。原告は、この土曜日の交代勤務を拒否したことを理由に解雇されたため、サウスカロライナ州法に基づき、失業補償を請求したが、「正当な理由無く、可能かつ適切な仕事を受任しなかった」として、失業補償の受給資格を認められなかった。そこで原告は、サウスカロライナ州法の受給資格否定条項は、原告に適用される限りにおいて、信教の自由の侵害を構成するとして争った。

ブレナンは、*Button* 事件判決を引用し、本件に対して、「やむにやまれぬ利益」の基準を適用する。すなわち、ブレナンは、「原告の信教の自由に対するなんらかの付随的負担は‘当該州に憲法上認められる規制権限の範囲内にある対象を規制することについての、やむにやまれぬ州の利益’によって正当化されうる[100]」とした。

次に、ブレナンは、*Braunfeld* 事件判決を引用し、「ある法律の目的あるいは効果が一つないし全ての宗教上の教義遵守の妨害にある場合、あるいは、宗教の不公平な差別にある場合、当該法は、たとえそれによって生じる負担が間接

---

[97] 366 U.S. 599 (1961).

[98] ウォーレン長官執筆の相対多数意見がいわゆる合理性の基準を適用したのに対し、ブレナンは、厳格審査の基準の適用を主張した。というのも、連邦最高裁の判例上、言論の自由、結社の自由が問題となる場合には合理性の基準は適用されないと理解されてきたが、「この厳格な審査は、言論あるいは出版の自由を明確に扱う訴訟のみではなく、第一修正の全ての条項についての訴訟に対する基準として、当裁判所によって一貫して適用されてきた」のであって、信教の自由の文脈においても、厳格な審査が要求されるからである（*id.* at 612 (Brennan, J., concurring and dissenting)）。そして、本件において、「間接的とはいえ原告らの自由に対する重大な制約を上回るほどに重要といえる、より重要な必要性(強調：引用者)とは何か」という、得られる利益と失われる利益の衡量の観点から「何が、ペンシルバニアのコモンウェルスを上訴人の崇拝の自由を邪魔するよう駆り立てる、やむにやまれぬ州の利益にあたるか」につき審査すべきとした（*id.* at 613-15 (Brennan, J., concurring and dissenting)）。

[99] 374 U.S. 398 (1963).

[100] *Id.* at 403 (*quoting Button*, 371 U.S. at 438).

的なものに過ぎないと認められたとしても、憲法上無効となりうる[101]」として、間接的な負担が、信教の自由の制約となることを確認する。そして、「ここで明らかなことは、原告に対する認定が請求につき不適格であったということが彼女の宗教上の実践を奪うことだけではない。加えて、彼女に課せられた圧迫感が、原告に対し、当該宗教上の実践を差し控えさせることについても明白である。当該決定は、彼女の宗教上の教義に従う代わりに利益を失うか、あるいは、職を得るために彼女の宗教上の教義を一つ捨て去るか、という二者択一を彼女に強制する。かかる選択を政府が押し付けることは、彼女の土曜日を安息日とする信仰を理由に原告に対して罰金を科すのと同種の負担を信教の自由に対し加える[102]」として、信教の自由に対する制約を肯定する。

そして、信教の自由という「極めて敏感な憲法上の領域においては、‘最も重要な利益を危険にさらす、最も重大な濫用のみが制限を許容する根拠を与える’」というラトリッジ裁判官の利益衡量に関する[103]判示を引用した上で、「しかし、本件において、このような濫用ないし危険は示されてこなかった[104]」とした。すなわち、本件において州側は、宗教上の理由があるかのように見せかけることによる不正受給が横行し、失業補償の財源が弱められることの防止とそれによる事務処理の肥大化の防止という利益を主張した。しかし、これらの利益によって、信教の自由に対する侵害を正当化できることについては、十分な証明がないとしたのである。

また、かかる危険が存在するとしても、「第一修正上の権利の侵害なしにかかる濫用を防止しうる他の選び得る規制形態（alternative forms of regulation）が存在しないこと[105]」を政府側が説明しなければならないとした。以上から、ブレナン裁判官は、原告に対する失業補償の拒否を違憲と判断した。

このように、ブレナンは、*Braunfeld* 事件判決、*Sherbert* 事件判決を通じて、「やむにやまれぬ利益」の基準が、言論の自由だけでなく、信教の自由にも適用されることを明らかにした。*Sherbert* 事件判決で用いられた基準は、＜現在の厳格審査の基準＞の「正確な用語法」こそ採用していないものの、「現在のテ

---

[101] *Id.* at 404(*quoting Braunfeld*, 366 U.S. at 607).
[102] *Id.*
[103] *See* Siegel, *supra* note 5, at 401; *see also* Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 YALE L.J. 427, 443 n. 62 (1997).
[104] 374 U.S. at 406-07(*quoting* Thomas v. Collins, 323 U.S. 516, 530 (1945)).
[105] *Id.* at 407.

ストの中心的な概念的要素を包含[106]」する。ここから、シーゲルは、1963 年に、第一修正における「やむにやまれぬ利益」の基準、さらには、第一修正の領域における厳格審査の基準が完成したと分析する[107]。

第 4 節　第一修正の領域以外への拡大過程について

以上の分析から明らかとなったように、厳格審査の基準は、第一修正の領域において完成した。ここでは、厳格審査の基準は、どのようにして、第一修正の領域から平等条項の領域に持ち込まれたのかにつき検討する。

1　1964 年以前の平等条項における違憲審査のあり方

厳格審査の基準を表す「厳格な審査」あるいは「最も厳格な審査」という用語自体は、平等条項の領域の *Skinner* 事件判決[108]及び *Korematsu* 事件判決[109]にあるものの、＜現在の厳格審査の基準＞の起源を 1940 年代の平等条項に見出すことは、いささかミスリーディングであることは前述した。

しかし、1940 年代の平等条項の領域における違憲審査も全く厳格さを持たないものであったわけではない。*Korematsu* 事件判決における「直ちに疑わしい」、「最も厳格な審査を受ける」、そして、人種に基づく差別の正当化には「差し迫った公共の必要」の存在の証明が必要であるとの命題は、カリフォルニア州の外国人土地所有禁止法(Alien Land Law)の合憲性が争われた *Oyama v. California* 事件判決[110]に対して、大きな「影響[111]」を与えた。

ヴィンソン長官執筆の法廷意見は、本件州法の適用が「日本人である」ことに基づく日系アメリカ人への差別であることを肯定[112]する。そして、*Korematsu* 事件を明示的には引用しないものの、「ここで、我々は、最も例外的な環境のみが、・・・（人種：引用者）に基づく差別を救済することができるとの前提から出発しなければならない[113]」として、人種に基づく差別には厳格な審査が要求されるかのようにほのめかす。その上で、「本件は、州領域内における土地所有

---

[106] Fallon, *supra* note 11, at 1281.
[107] *See* Siegel, *supra* note 5, at 380.
[108] 316 U.S. 353 (1942).
[109] 323 U.S. 214 (1944).
[110] 332 U.S. 633 (1948).
[111] Siegel, *supra* note 5, at 382.
[112] 332 U.S. at 644.
[113] *Id.* at 646.

に関する政策を公式化する州の権限と、合衆国内に土地を所有するアメリカ市民としての権利との衝突を示す。これらの二つの権利が衝突する場合には、彼の父親の出生国のみを理由として、市民の権利に優先させてはならない[114]」として、比較衡量の枠組みを用いて、本件州法の適用を違憲とした。

ここでは、*Oklahoma* 事件判決や *Korematsu* 事件判決とは異なり、人種に基づく差別を、合理性の基準を適用した場合よりも厳格に判断した[115]。*Korematsu* 事件判決から *Oyama* 事件判決の間の連邦最高裁の内部には、人種に基づく差別に対する州の正当化責任を厳格化する流れがあったのかもしれない。

しかし、シーゲルによれば、この流れは、1949 年に途切れる。というのも、マーフィー裁判官及びラトリッジ裁判官が死去し、連邦最高裁の多数派を、保守派裁判官が占めたからである。1949 年から 1964 年にかけての連邦最高裁は、人種に基づく差別が「直ちに疑わしい」という命題は維持する[116]ものの、人種に基づく差別の合憲性判断に際して、合理性の基準よりも厳格さが高められた審査を使わなくなった。1940 年代の人種に基づく差別の合憲性は、基本的に合理性の基準によって判断されていた[117]。

（1）　人種分離という手段の合理性

それでは、1964 年以前の連邦最高裁は、どのようにして、黒人に対する様々な分野での差別（例えば、シーゲルは、①公的記録、②裁判所の傍聴席、③市営公園、④市営バス、⑤市営ゴルフ場、⑥公の海水浴場と公衆浴場という異なる空間での人種差別が違憲とされた六つの判例を挙げる[118]）を違憲としたのか。

---

[114] *Id.* at 647.
[115] Siegel, *supra* note 5, at 383.
[116] Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497, 499-500 (1954).
[117] Klarman, *supra* note 8, at 214, 226-27, 237, 240.
[118] Siegel, *supra* note 5, at 384 n.220. 1954 年以降の人種に基づく差別に関する違憲判決としてシーゲルが例示するのは、①Tancil v. Woolls, 379 U.S. 19 (1964)(選挙人名簿、土地の所有者及び所有者に課せられる税金の算定のための資料等の公的記録を人種ごとにファイルすることが違憲と判断された事例)、②Johnson v. Virginia, 373 U.S. 61 (1963)(黒人が白人のための裁判所の傍聴席に座ったことに対して裁判所侮辱罪の適用が違憲とされた事例)、③New Orleans Parks Ass'n v. Detiege, 358 U.S. 54 (1958)(黒人の市営公園の利用拒否が違憲と判断された事例)、④Gayle v. Browder, 352 U.S. 903 (1956)(市営バスの座席の人種分離を違憲と判断した事例)、⑤Holmes v. City of Atlanta, 350 U.S. 879 (1955)(黒人の市営ゴルフ場の利用拒否を違憲と判断した事例)、⑥Mayor of Baltimore v. Dawson, 350 U.S. 877 (1955)(黒人の公の海水浴場と公衆浴場の利用拒否が違憲と判断された事例)の六つの判例である。これらの判決は、原審の違憲判断を

その答えは、*Brown v. Board of Education* 事件判決(*Brown I* 事件判決)[119]、あるいは、そのコンパニオン・ケースである *Bolling v. Sharpe* 事件判決[120]にある。

ア *Brown I* 事件判決

Brown I 事件判決では、カンザス、サウス・カロライナ、ヴァージニア、及びデラウェアの４州における公立学校の人種別学制度の合憲性が問題となった。この事件においては、*Plessy v. Ferguson* 事件判決[121]の、「分離すれど平等（separate but equal)」の法理の適用が論点となったが、法廷意見を執筆したウォーレン長官は、「この問題を扱うにつき、我々は修正条項の採択された 1868 年当時に時計の針を戻すことはできないし、また、*Plessy v. Ferguson* 事件判決の書かれた 1896 年に時計の針を戻すこともできない[122]」として、本件人種別学制度の合憲性を 1954 年現在の視点から検討する。その上で、「現代においては、教育は、おそらく、州及び地方当局の最も重要な機能である。・・・・教育を受ける機会を否定された子供が、人生において当然成功するであろうと期待されることは、今日ではありそうにない[123]」として、教育の重要性を強調する。この教育の重要性に加えて、ウォーレン長官は、心理学及び社会学の研究結果を用いて[124]、人種別学制度が黒人の子供に与える感情及び精神に対する影響についても検討を加える。すなわち、「彼らを同年代の他の子供から分離し、彼らの人種のみに基づいて区分することは、彼らの共同体内における地位が劣っているのだという劣等感を引き起こす。そしてそのような劣等感は、彼らの感情及び精神に対し取り返しのつかない方法で影響を及ぼしかねない。・・・人種分離政策は、通常、黒人集団の劣後性を示すものと解釈される[125]」という。教育の重要性及び、黒人の子供への感情及び精神に対する影響（以下、「人種別学制度による影響」）を根拠に、ウォーレン長官は、「公教育の領域においては、“分離

支持したものであるため、非常に簡潔なものではあるが、後述の *Brown I* 判決での違憲判断を様々な分野に拡張したものである。*Brown I* 判決の違憲判断の根拠が教育の重要性に置かれていたこと(Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483, 493 (1954))に鑑みれば、*Brown I* 判決を教育以外の文脈へも拡張したことには、連邦最高裁の「分離されど平等」への決別の意思をはっきりと読み取ることができる。

[119] 347 U.S. 483 (1954).
[120] 347 U.S. 497 (1954).
[121] 163 U.S. 537 (1896).
[122] 347 U.S. at 492.
[123] *Id.* at 493.
[124] *Id.* at 494 n. 11.
[125] *Id.* at 494.

されど平等”の法理は適用されない。人種別学制度に基づく教育施設は、本来的に不平等である[126]」として、人種別学制度が第十四修正の平等条項に違反すると結論付けた。

この法廷意見の論理は、現代における教育の重要性、人種別学制度による影響を重視した、いわば「文脈依存的[127]」なものに過ぎない。しかも、「*Brown* 事件判決の法廷意見は、学校に関しては、分離された施設それ自体が“本来的に不平等”であると判断したが、これが他の状況においても妥当するかについては断言していない[128]」。

この判決は、人種別学制度による影響に加え、「人種分離政策は、通常、黒人集団の劣後性を示すものと解釈される」として、人種分離一般に「黒人集団の劣後性を示す」効果があることを認めている。ここから、「この記述（黒人集団の劣後性についての上記記述：引用者）が教育の文脈において発せられたものであるにもかかわらず、連邦最高裁は、州の課す全ての人種隔離が同様の効果を持つと合理的に結論付けることができた[129]」として、*Brown I* 事件判決自体に、既に人種分離一般を違憲とすることの根拠が内在していたと理解する見解もある。

しかし、1954 年以降の人種分離に対する違憲判断は、*Brown I* 事件判決を「そのようにする論拠を明らかにせずに[130]」、教育の文脈を超えて拡大したものと一般的に理解されている[131]。

イ *Bolling v. Sharpe* 事件判決

このような *Brown I* 判決に関する一般的な評価に対して、シーゲルは、*Bolling* 事件判決の存在によって、連邦最高裁は *Brown I* 事件判決を黒人に対する様々な人種差別に及ぼすことが可能となったと分析する。

Bolling 事件判決では、コロンビア特別区における人種別学制度が、第五修正

---

[126] *Id.* at 495.
[127] Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown*, 117 HARV. L. REV. 1470, 1480 (2004).
[128] Note, *The Supreme Court, 1956 Term*, 71 HARV. L. REV. 94, 151 (1957); *see also* Klarman, *supra* note 8, at 239; Note, *Developments in the Law- Equal Protection*, 82 HARV. L. REV. 1065, 1089 (1969)(hereinafter *Developments*).
[129] *Developments*, *supra* note 128, at 1090.
[130] Siegel, *supra* note 5, at 1481-82.
[131] *See* KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 623-24 (18th ed. 2013); *Developments*, *supra* note 128, at 1089.

のデュー・プロセス条項によって保護される平等原則に違反するか否かが争われた。法廷意見を執筆したウォーレン長官は、「人種のみに基づく区分は、我々の伝統に反し、そして、憲法上疑わしいものであるから、格別の注意を持って審査されなければならない[132]」とした上で、「公教育における別学制度は、いかなる適切な政府目的とも合理的に関連しない(強調：引用者)[133]」として違憲判断を下した。ここでは、*Brown I* 事件判決のように、人種別学制度による影響の存在は証拠上確認されていない。むしろ、人種別学制度をおよそ「いかなる適切な政府目的とも合理的に関連」しないとすることによって、文脈依存的であった *Brown I* 事件判決の論拠を、文脈独立的な論拠に置き換えている。およそ一切の合理的関係性が否定された以上、人種分離は、以後、いかなる正当な目的[134]の下であっても[135]、合理性の基準すら満足しないと判断されたこととなる[136]。

シーゲルによれば、この時期の連邦最高裁は、＜（人種別学制度を含む）人種分離一般は、およそ「いかなる適切な政府目的とも合理的に関連」しない＞

---

[132] 347 U.S. at 499 (*quoting Korematsu*, 323 U.S. at 216).

[133] *Id.* at 500.

[134] 例えば、政府が当該人種隔離は人種統合によって生じる人種間の争いの防止を目的とするものであると主張したとする。このような目的は、アメリカ社会における二級市民を保持し、もって白人の優位を維持するといった目的とは異なり、正当な目的である。事実、人種隔離の事案において、しばしば、このような目的が、表面上、いわば「嘘」として語られた。*Bolling* 事件判決において、「連邦最高裁は、表向きの南部の嘘を信じているかのように振る舞うことはもはやしないだろう」と述べたことになる(POWE, *supra* note 34, at 33)。

[135] ただし、*Brown I* 事件判決を代表とするような、「州の行為がある人種にのみ負担を課すあからさまな人種に基づく分類」である場合については、「裁判所は、一般的に、目的に言及すること無く、その行為を無効としてきた」という指摘もある(*Developments*, *supra* note 128, at 1091 n. 86)。

[136] Siegel, *supra* note 5, at 384. シーゲルは、*Bolling* 事件判決において、「人種別学制度」ではなく、「人種分離」一般が「いかなる適切な政府目的とも合理的に関連」しない手段であると判断されたと理解している。

しかし、本来、*Bolling* 事件判決は、人種別学制度をおよそ「いかなる適切な政府目的とも合理的に関連」しない手段であると判断したのであり、この判例の射程が黒人に対する他の様々な分野での差別に及ぶか否かについては別途検討が必要なはずである。したがって、ここで、「人種分離」と記述するのはミスリーディングである。

シーゲルの分析は、連邦最高裁が *Brown I* 事件判決の法理をどのようにして教育以外の文脈へ及ぼしたのかの説明として興味深い。しかし、連邦最高裁が人種分離一般をおよそ「いかなる適切な政府目的とも合理的に関連」しない手段であると理解していたと断言するには根拠が若干薄弱である。

との前提をとっていた[137]。そして、このような前提があったからこそ、連邦最高裁は、手段の必要最小限性の審査、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査を必要とすることなく、すなわち、合理性の基準の下においても、様々な分野での人種分離を違憲にできたのである[138]。

（2） 人種分離以外の人種差別について

人種分離に対する違憲判断の論拠が *Brown I* 事件判決それ自体に内在していたものであるのか、それとも、シーゲルの言うように *Bolling* 事件判決が介在したことによって成立したものであるのかは必ずしも明らかではない。しかし、いずれにせよ、1964 年以前の連邦最高裁が、黒人に対する様々な人種分離を違憲と判断していたことが確認された。

もっとも、人種分離以外の人種差別においては、連邦最高裁も慎重な態度を示すことがあった。例えば、連邦最高裁は、異人種間結婚の禁止という人種差別につき、*Naim v. Naim* 事件判決[139]において、合憲性判断を実質的に拒否した。本件が権利上訴(appeal)の問題であり、かつ、当事者が現に州外退去に問われているにもかかわらず[140]、連邦最高裁は、「当事者とヴァージニア州との関係を示す記録が不十分[141]」であるとして、本件をヴァージニア州最高裁へ差し戻した。このような連邦最高裁の判断の背景には、フランクファーターの関与があった。すなわち、異人種間結婚の問題があまりにセンシティブな問題であったため、フランクファーターは、連邦最高裁の判断が「深い感情」を惹起する可能性を指摘し、*Brown I* 事件判決の法理を根付かせるため、本件を取り扱うべきではないと主張したのである[142]。この時期の連邦最高裁は、「できるだけ波を立てよ

---

[137] *Johnson v. Virginia* 事件判決において、連邦最高裁は、*Bolling* 事件判決こそ引用していないものの、全員一致の意見で、「公の施設における人種分離を州が要求することは憲法上禁止されるということについては、もはや疑問の余地はない」（373 U.S. at 62）と判断し、公の施設における人種分離がおよそ許されないことを確認している。

[138] Siegel, *supra* note 5, at 384.

[139] 350 U.S. 891 (1955). *Naim* 事件判決は、白人女性とヴァージニア州法の適用を回避するためにヴァージニア州の外で婚姻し、再びヴァージニア州へ戻ってきた中国人男性が、異人種間結婚を禁止するヴァージニア州法によってその婚姻が取り消され、国外退去させられそうになったために、異人種間結婚を禁止するヴァージニア州法の合憲性を争った事案である。

[140] POWE, *supra* note 34, at 71-72.

[141] 350 U.S. at 891.

[142] Klarman, *supra* note 8, at 243; POWE, *supra* note 34, at 71(「フランクファーターは、Ham Say Naim のために判決を下すことは *Brown* 事件判決を危機に置くと信じて、

うとせず、世論が連邦最高裁の側につくことを期待して、待っていた[143]」のである。

2　1964 年以降の変化 –厳格審査の基準の輸入–

以上から、1964 年までの連邦最高裁が、（*Brown I* 事件判決を筆頭に、）人種分離に対しては否定的な立場に立っていたものの、それ以外の人種差別の文脈では必ずしも否定的な立場に立っていたわけではないことが確認された。

しかし、1964 年から 1968 年にかけて、連邦最高裁は、第一修正の領域において適用されていた厳格審査の基準を、その構成要素（目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査、手段の必要最小限性の審査）ごとに「ゆっくりかつバラバラに[144]」平等条項の領域に輸入し始める。ここでは、平等条項の領域への厳格審査の基準の輸入の第一歩[145]として、1964 年の *McLaughlin v. Florida* 事件判決[146]の検討から始めよう。

（1）　手段の必要最小限性の審査の輸入 -*McLaughlin v. Florida* 事件判決–

McLaughlin 事件判決では、黒人と白人の未婚の男女の同棲を、刑罰を持って禁止した州法の合憲性が問題となった。ホワイト裁判官執筆の法廷意見は、人種差別への「最も厳格な審査」の適用を明らかにした点で、それ以前の判例と区別される。すなわち、彼は、*Bolling* 事件判決、*Korematsu* 事件判決、そして、*Hirabayashi* 事件判決を引用し、「我々は、ここで、人種に基づく区分について扱っているが、人種に基づく区分は、第十四修正の中心的な目的が州の公

可能な限りの情熱を持って、本件を審査しないよう主張した。」).

[143] RICHARD H. FALLON JR., THE DYNAMIC CONSTITUTION: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW AND PRACTICE 165 (2nd ed. 2013).

[144] Siegel, *supra* note 5, at 384.

[145] 実は、黒人に対する公営の公園の使用拒否の合憲性が争われた Watson v. City of Memphis, 373 U.S. 526 (1963)のゴールドバーグ裁判官執筆の法廷意見において、「やむにやまれぬ理由」というフレーズが用いられている（*id.* at 539）。しかし、本件の違憲判断の根拠は、人種分離撤廃を即座に行った場合に生じるとされる暴動の危険につき、市側が単なる憶測以上の立証をしてなかったために、「憲法上の権利は、それらの主張や行使に対する敵意のみを理由に否定されてはならない」(*id.* at 535)ことを根拠とするものであって、「やむにやまれぬ政府利益」の存否については、「レイシオ・デシダイではない」(Siegel, *supra* note 5, at 387)。それ故、ここでは、*Watson* 事件判決は、平等条項の領域への厳格審査の基準の輸入の第一歩として扱わない。

[146] 379 U.S. 184 (1964).

共的な場面で生じる人種差別の根絶にあったという歴史的事実を念頭に置いたうえで審査されるべきものである。この強い信条は、人種に基づく区分を‘憲法上疑わしい’ものとし、また、‘最も厳格な審査’に服させ、そして、憲法上正当と受け入れることのできるいかなる立法目的とも‘ほとんどの状況において無関係’なものとする。このように、様々な文脈において、人種に基づく区分は無効であると判断されてきた（引用省略）」、「我々の審査は、特定の行為が、白人と黒人間に行われた場合にその行為の禁止を必要とするが、これに対して、他の者たちの間において行われた場合にはそのような行為の禁止を必要としないような、最も重要な(overriding)制定法の目的が、関連する資料の中にはっきりと存在するか否かという点について行われる[147]」とした。さらに、ホワイトは、「最も厳格な審査」を定式化した。曰く、人種差別的立法は、「正当な州の利益のために制定された場合であっても、重い正当化の責任を負い、そして、許容される州の政策の達成のために、単に合理的に関連するにとどまらず、それが必要であるといえる場合にのみ（強調：引用者）[148]」合憲とされると定式化した。ホワイトは、「性的なふしだらさ」の防止という本件州法の目的が、人種によって区別しない既存の法律によっては達成できないことを州が立証していないことを根拠に、本件州法を違憲と結論付けた[149]。

（2） *McLaughlin v. Florida* 事件判決の位置づけと「最も重要な」目的の理解

McLaughlin 事件判決は、「最も厳格な審査」の人種差別立法への適用を明らかにすると同時に、その定式化を行った。この定式には、州側に手段の「必要」性の立証を要求する点で、厳格審査の基準の構成要素のうち、手段の必要最小限性の審査[150]を見出すことができる。

これに対して、この判決では、未だ目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査は見られない。そのため、この定式を厳格審査の基準の輸入品と見ることは若干危険かもしれない。しかし、ここで、ハーラン裁判官執筆の同意意見が注目されるべきであろう。ハーランは、「必要性の基準は、言論の自由を州によ

---

[147] *Id.* at 191-92.
[148] *Id.* at 196.
[149] *Id.*
[150] Siegel, *supra* note 5, at 386. また、この判決において、第一修正の領域で完成した「立証責任の転換」が輸入された（Fallon, *supra* note 11, at 1277）。「立証責任の転換」の起源については、前掲注（77）参照。

る侵害から保護するために発展したものであるが、この基準は、第十四修正のまさに中核に存在する、州による人種差別の禁止がかかわる事件にも同じように適用されるべき[151]」とした。連邦最高裁の内部においても、このテストが第一修正からの輸入品とする見方が存在していたといえよう。

次に、ここで指摘されたものが「やむにやまれぬ利益」ではなく、「最も重要な」目的であったことはどう捉えるべきか[152]。1960 年代当時の学説は、人種に基づく差別あるいは基本的権利の制約の平等条項違反が争われた場合に採用される審査基準とは、正当な目的の有無、手段の必要最小限性の審査、そして、利益衡量から構成されるものであると分析していた。そして、シーゲルによれば、「最も重要な」目的の審査こそが利益衡量の主戦場とされた[153]。

シーゲルは、「後知恵の影響によってゆがめること無く」ウォーレン・コートの平等条項の理解を伝える文献として、「史上最もよく引用された student writing の一つである[154]」と評価される *Developments in the Law – Equal Protection*[155]というノートに着目する。このノートにおいて、*McLaughlin* 事件判決は、手段の必要最小限性の審査、利益衡量に関する判例として位置づけられる。

このノートによれば、当時の連邦最高裁は、人種差別につき、「それ自体を理由として(per se)違憲となる[156]」と理解していたわけでなく、何らかの正当化があった場合には、人種差別も合憲となりうると理解していた[157]。

そして、連邦最高裁が人種差別に対して要求する正当化につき、このノートは、「しかし、州は、このような負担を正当化するためには、人種に基づかない

---

151 379 U.S. at 197(Harlan, J., concurring).

152 なお、この「最も重要な目的」という表現は、異人種間での婚姻を禁止する州法が違憲であると判断された *Loving v. Virginia* 事件判決においても用いられている（388 U.S. 1, 11 (1967)）。もっとも、この判決では、そもそも、目的の正当性が否定されたため、それ以上踏み込んだ判断（利益衡量）はなされていない。

153 Siegel, *supra* note 5, at 389.

154 *Id.* at 388 n. 251.

155 *Developments*, *supra* note 128.

156 *Id.* at 1088. このような理解の代表例として、前述の *Plessy v. Ferguson* 事件判決ハーラン裁判官反対意見のカラー・ブラインドネス(color-blindness)の主張がある（「我々の憲法は color-blind であって、市民の間の階級を知らないし、またそれを許容しない」（163 U.S. at 559 (Harlan, J., dissenting)））。*See also Loving*, 388 U.S. at 13 (Stewart. J., concurring); *McLaghlin*, 379 U.S. at 198 (Stewart, J., concurring).

157 *Developments*, *supra* note 128, at 1103. この点に関する邦語文献として、阪本昌成「優先処遇と平等原則-審査基準と実体的価値」LAW SCHOOL 28 号 31 頁(1981)参照。

基準で区別を引く場合に要求されるものよりもより重い正当化を説明しなければならない。この重い負担は、州が、人種に基づく区別を採用しない手段によってはその目的を達することができないことの証明のみを要求するわけではない。加えて、この重い負担は、関連する公共の利益が、手段の対象とされた私的な当事者の被る損害を上回ることを州の側が証明することも要求する。当該手段の有する公共の必要性の重大さを判断するに当たり、裁判所は、社会が得られる利益の程度とそのような性質を持つ手段が許容されなかった場合に想定される危険の程度の両方を考慮しなければならない。同様に、手段の実際のコストも、侵害された個人又は集団の権利の重要性と、当該手段が持つであろうこれらの利益に対する持続的で不利益な影響の程度の両方の審査によって決定されなければならない[158]」と分析する。すなわち、当時の人種に基づく差別についての平等条項の下における司法審査において利益衡量が採用されていたと分析していたのであり、そして、このような立場に立っていた判例として、*McLaughlin* 事件判決を挙げる。このノートは、*McLaughlin* 事件判決が、「最も重要な」目的の審査を通じて、得られる利益と失われる利益の衡量を審査したと理解する[159]。

（3）　目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査の輸入

ここまで、平等条項の領域への手段の必要最小限性の審査の輸入について検討した。ここでいよいよ、平等条項の領域への目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査の輸入について検討する。

「やむにやまれぬ利益」の基準を平等条項へ輸入したのは *Shapiro v. Thompson* 事件判決[160]のブレナン法廷意見である。この判決では、州による社会保障の受給資格として、州内での一年の居住を要求する（一年間の居住要件）州法の合憲性が争われた。

---

[158] *Developments*, *supra* note 128, at 1103.

[159] Siegel, *supra* note 5, at 389. 当時、「最も重要な」目的は、平等条項の領域のみではなく、州際通商条項の領域や第一修正の領域においても利益衡量の要素として用いられていた(州際通商条項につき、H.P. Hood & Sons v. Du Mond, 336 U.S. 525, 567-68 (1949)(Frankfurter, J., dissenting)、第一修正につき、Bridges v. Caliornia, 314 U.S. 252, 294 (1941)(Frankfurter, J. dissenting))。このような当時の状況について、シーゲルは、「絶対主義ではなく、利益衡量論が、その場にふさわしいもののように思われる」と評価している。

[160] 394 U.S. 618 (1969).

本件州法を正当化するために、州側は様々な主張を提出した。それらのうち、本稿との関係で重要なのは、（１）社会保障の予算作成の便宜[161]、（２）申請者が州に「在住する」といえるかを判断するための客観的基準の提供[162]、（３）二以上の州からの不正な受給（二重受給）の防止[163]、（４）新規住民の労働の促進[164]、の四つの目的による正当化である。

まず、ブレナンは、「ここでの区分が州際移動の自由という基本的権利（fundamental right）に触れる[165]」ことから、本件への合理性の基準の適用を否定する。代わりに、「州から州あるいは州からコロンビア特別区へ移動するにあたって、被上訴人は憲法上の権利を行使しているのであり、かかる権利の行使を犯罪とする機能を持ついかなる区分も、やむにやまれぬ政府利益を促進するために必要不可欠であると証明されない限り、違憲とされる[166]」として、手段の必要最小限性の審査に加え、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査から構成される「より厳格審査な基準（the stricter standard）[167]」を適用する。ブレナンは、結論として、これらの目的は「やむにやまれぬ政府利益」に当たらないとする[168]と同時に、その手段についても、「提示された政府の目的のために一年の居住要件を用いる必要はない[169]」とし、当該州法を違憲とした。

３　厳格審査の基準の人種に基づく差別に対する適用

（１）　人種に基づく差別に対する適用への否定的態度

このように、*Shapiro* 事件判決において、平等条項の領域でも、目的「やむにやまれぬ利益」該当性の審査を備えた厳格審査の基準が用いられるようになった[170]。さらに、連邦最高裁は、この立場を *Kramer v. Union Free School Dist.*

---

[161] *Id.* at 634-35.
[162] *Id.* at 636.
[163] *Id.* at 637.
[164] *Id.* at 637-38.
[165] *Id.* at 638. 連邦最高裁は、裁判所へのアクセス権・選挙権・州際移動の権利などを「基本的権利」として認め、これらの権利が関わる場合の平等条項適合性の審査に厳格審査の基準の適用を認める（いわゆる「基本的権利の理論」）。基本的権利の理論については、樋口範雄『アメリカ憲法』491-510 頁（弘文堂・2011）参照。
[166] *Id.* at 634 (*quoting Skinner*, 316 U.S. at 541; *Korematsu*, 323 U.S. at 216; *Bates*, 361 U.S. at 524; *Sherbert*, 374 U.S. at 406).
[167] *Id.* at 638.
[168] *Id.* at 627.
[169] *Id.* at 638.
[170] 木村草太は、*Shapiro* 事件判決を、「equal protection 条項適合性の審査において、

事件判決[171]及び *Cipriano v. City of Houma* 事件判決[172]において確認する。しかし、これら二つの判決は、投票の権利という基本的権利が問題となった事案であって、人種に基づく差別が争われた事案ではない。それ故に、厳格審査の基準の起源は人種に基づく差別の領域にあるという一般的理解にもかかわらず、「皮肉にも、人種に基づく区分は、やむにやまれぬ州の利益の基準の適用範囲に明示的に持ち込まれた憲法上の領域の中でおそらく最後の領域であろう[173]」。

このように、1960 年代には人種に基づく区分に対して「やむにやまれぬ利益」の基準は使われていなかった。それは、1960 年代において判例上問題となった人種に基づく区分が「白人優位主義」に基づく、あからさまな黒人差別であったことから、「これらの事案を判断するにあたって利益衡量的な分析が必ずしも必要とされなかった[174]」こと、すなわち、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査が違憲判断にとって必須ではなかったことに基づく。さらには、1970 年代半ばに入っても、連邦最高裁の裁判官の中には、人種に基づく区分の領域において「やむにやまれぬ利益」の基準を使用することに対する慎重論も存在した。「もし仮に、人種に基づく区分も公権力側がそれを正当化するための‘やむにやまれぬ’理由を提出できる場合には憲法上許されると解するのであれば、その結果、憲法上の保障はアコーディオンのような伸縮自在な性質を帯びることになる[175]」というのである。

（2） いわゆるアファーマティブ・アクションの影響

「やむにやまれぬ利益」の基準を人種に基づく区分に初めて適用した判例は、

立法目的の compelling 性を要求する＜厳格審査＞を行った最初の判例である」と評価し、「それまでの＜基本的権利＞・＜疑わしい区別＞に関するいずれの判例も、立法目的の compelling 性を要求する＜厳格審査＞を行ったことはない」と指摘する（木村草太『平等なき平等条項論−equal protection 条項と憲法 14 条 1 項』141 頁（東京大学出版会・2008））。

[171] 395 U.S. 621, 627 (1969).

[172] 395 U.S. 701, 704 (1969).

[173] Siegel, *supra* note 5, at 391.

[174] *Id.* at 398.

[175] DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312, 343 (1974)(Douglas, J., dissenting). 同時に、ダグラス裁判官は、入学試験における特定人種の優遇につき、「“不公平な”差別」であるとした。確かに、特定人種のみに特に生じやすい病気等の防止を理由とした、人種に基づく区分であれば、「極限状況においては正当化される」かもしれない、すなわち、「“不公平”な差別」にあたらないかもしれない。しかし、学力はこのようなカテゴリーに当てはまらない。「全ての人種は、いかなる専門的分野の水準においても完全に公平な立場に立ちうる」のであるから、「“不公平な”差別」にあたるというのである。

パウエル裁判官が相対多数意見を執筆した *Regents of the University of California v. Bakke* 事件判決[176]である。本件では、カリフォルニア州立大学デイヴィス校メディカル・スクールのアファーマティブ・アクション（定員 100 名のうち 16 名分を少数人種枠として割り当てた）の合憲性が問題となった。連邦最高裁裁判官の意見は大きく対立し、ブレナン以下四名は本件少数人種枠を支持したが、バーガー長官以下四名は公民権法に違反すると判断した。結果、本件のキャスティング・ボードはパウエル裁判官の手に委ねられた。

本件の争点の争点の一つは、人種に基づくアファーティブ・アクションに厳格審査の基準を適用すべきかという点にあった。パウエル裁判官は、「それらが個人の人種あるいは民族的出自に関わる場合、彼は、当該基準に従い彼に負わされた負担がやむにやまれぬ政府利益に資するよう適切に設定されているかについての司法判断を受けるに値する[177]」として、目的の「やむにやまれぬ政府利益」該当性の審査を伴う厳格審査の基準を適用し、本件を違憲とした。

このように、*Bakke* 事件判決において、人種に基づくアファーティブ・アクションを含む人種に基づく区分にも、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査を伴う厳格審査の基準が適用されうることが示唆された。しかし、本件においてパウエルの相対多数意見は他のどの裁判官の同調も得られていない。この時点では、人種に基づく区分について「やむにやまれぬ利益」の基準を適用すべきとの立場が連邦最高裁の多数派を形成したとはいえない[178]。

人種に基づく区分に対して「やむにやまれぬ利益」の基準を適用すべきとの立場が連邦最高裁の多数派を初めて形成したのは、*Palmore v. Sidoti* 事件判決[179]である。この事件では、母親が黒人男性と同棲し始めため、「人種的に混合した家族構成間に子供を置き続けることによる子供に対する悪影響[180]」を理由として、三歳の女児の親権者を母親から父親に変更したことの合憲性が争われた。

バーガー長官の執筆する全員一致の法廷意見は、「個人をその人種に従って区

---

[176] 438 U.S. 265 (1978).
[177] *Id.* at 299.
[178] *Bakke* 事件判決において、連邦最高裁の裁判官の意見が大きく対立したことから、アファーマティブ・アクションについての司法審査に対しては、「アファーマティブ・アクションに厳格な審査が適用されるのか、中間的な審査が適用されるのか、それとももっと緩やかな基準が適用されるのか、合衆国最高裁判所の姿勢は揺れ動いた」との評価がなされる(松井茂記「平等保護理論の展開とアファーマティブ・アクション」[2009] アメリカ法 35 頁(2009))。
[179] 466 U.S. 429 (1984).
[180] *Id.* at 431-32.

分することは正当な公の関心よりも人種的偏見を反映しがちである・・・。かかる区分は最も厳格な審査に服する。すなわち、合憲となるためには、それらがやむにやまれぬ政府利益によって正当化されなければならず、かつ、それらの正当な目的を“達成するために必要”といえなければならない[181]」として、本件に目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査を伴う厳格審査の基準を適用し、本件措置を人種的偏見に基づくものであるとして違憲と判断した。

このように、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査・手段の必要最小限性の審査を伴う、＜現在の厳格審査の基準＞が、人種に基づく区分に明示的に適用されたのは、言論の自由におけるそれに比べてかなり後れる 1984 年の *Sidoti* 事件判決であって、人種に基づく区分の領域において厳格審査の基準の適用が始まったという「従来の考え[182]」とはかなり違った印象を持つ。

第 5 節　小括　＜現在の厳格審査の基準＞の成立過程

ここまで、判例上、厳格審査の基準の成立過程につき検討した。「厳格な審査」あるいは「最も厳格な審査」という用語こそ、平等条項の領域に由来するものの、ここでの審査には、厳格審査の基準の各構成要素は含まれていない。目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査、手段の必要最小限性の審査を備えたもの[183]を＜現在の厳格審査の基準＞と呼ぶのであれば、その起源は平等条項の領域にあるとはいえない。＜現在の厳格審査の基準＞は、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査、手段の必要最小限性の審査という、第一修正の領域において別個独立した利益衡量の手法として発達してきたものが、*Button* 事件判決・*Sherbert* 事件判決等を経て「結合」したものである。したがって、厳格審査の基準を、平等条項の領域に起源を有する、不法の動機のテストであったと理解するのは正確ではない。むしろ、第一修正の領域に起源を有する、利益衡量のための基準であったと理解するのが正確であろう。

これに対して、平等条項の領域で用いられる厳格審査の基準は、第一修正の領域で「結合」を果たした厳格審査の基準の各構成要素が、1964 年以降、「ゆっくりかつバラバラに」輸入されることによって成立した。具体的には、まず、

---

[181] *Id.* at 432-33 (*quoting* Personnel Administrator of Mass. v. Feeney, 442 U.S. 256, 272 (1979); *McLaughlin*, 379 U.S. at 196; *Loving*, 388 U.S. at 11).
[182] Siegel, *supra* note 5, at 392.
[183] なお、＜現在の厳格審査の基準＞には、いわゆる「立証責任の転換」も含まれるが、これについては、前掲注（77）参照。

1964 年の *McLaughlin* 事件判決において、手段の必要最小限性の審査の輸入が始まった。そして、1969 年の *Shapiro* 事件判決において、基本的権利の文脈において、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査が輸入された。もっとも、人種差別を違憲とすることに「利益衡量的な分析が必ずしも必要とされなかった」ことから、この時期の連邦最高裁は、人種に基づく区分に対して、これを用いていない。人種に基づく区分に対して、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査を伴う＜現在の厳格審査の基準＞が初めて用いられたのは、1984 年の *Sidoti* 事件判決であって、人種に基づく区分は、厳格審査の基準にとって「最後の領域」である。

第４章　判例における厳格審査の基準の機能

第１節　厳格審査の基準の本来の機能？

厳格審査の基準は、前章で検討したような過程を経て、第一修正の領域・平等条項の領域で用いられるようになった。厳格審査の基準とは、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査、手段の必要最小限性の審査という、第一修正の領域において別個独立した利益衡量の手法として発達してきたものが、「結合」したものである。従って、厳格審査の基準の本来の機能が、利益衡量にあったと考えるべきことは前述した。

もっとも、＜厳格審査の基準の本来の機能が、利益衡量にあった＞との言明には、＜少なくとも、第一修正の領域においては、＞との留保をつけておくことがより正確であろう。というのも、成立当初の厳格審査の基準には、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査に関して、（意識的なものか無意識的なものか明らかではないが、）両者の間に表現上の差異が存在するからである。

すなわち、*Alabama* 事件判決、*Bates* 事件判決の「優越する」との表現に代表されるように、第一修正の領域における目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査には、利益衡量を示唆する表現が多用された。

これに対して、平等条項の領域における目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査は、「優越する」等の利益衡量を示唆する表現を用いない傾向にある。

このような差異が生じた理由を説明することは困難であるが、以下の二つの可能性が指摘できる。

①利益衡量の手法の違い

第一に、疑わしい区分が問題になった場合を含む、平等条項の領域における厳格審査の基準も利益衡量の基準ではあるものの、その利益衡量の方法が異なっていた可能性である。すなわち、平等条項の領域における厳格審査の基準は、「総合考慮型の比較衡量」を拒否し、＜「（憲法上の権利：引用者）は、やむにやまれぬといえない政府利益に優先する；しかし、当該利益がやむにやまれぬといえ、かつ、当該法がそのために厳密に設定されているといえる場合、その天秤は反対側に傾くことになる[1]」＞という形で、いわば「紋切り型」に利益衡

[1] Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417, 2439-40 (1996). なお、「総合考慮型の比較衡量」と「紋切り型」の利益衡量との差異については、第 5 章第 2 節において詳述する。

量を行っていた可能性である。この考え方においては、不法の動機のテストこそが厳格審査の基準の本来の機能であると理解する有力な見解と異なり、不法の動機のテストは、平等条項の領域においても、近年もたらされた新しい理解であることになる。しかし、*McLaughlin* 事件判決において利益衡量の基準として理解されていた「最も重要な」目的の審査が、後に、*Shapiro* 事件判決において、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査に置き換えられたことには整合的といえる。つまり、利益衡量の基準として理解されていた「最も重要な」目的の審査が、同じく利益衡量の基準として理解されるところの、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査に変化したと考える点で、これらの変化をスムースに説明出来る。

②厳格審査の基準の機能の違い

第二に、疑わしい区分が問題となった場合の厳格審査の基準は、第一修正やその他の基本的人権が問題となった場合のそれと異なり、不法な動機のテストであった可能性である。すなわち、厳格審査の基準には、その成立当初から、単一の機能というべきものは存在しなかった可能性である。実際に、厳格審査の基準の起源につき詳細に検討したシーゲルは、このような立場に立つ[2]。このような理解は、平等条項・第一修正の解釈上、原則として禁止される典型的事例が認識された時期と、それらの審査に対して厳格審査の基準が導入された時期との関係で興味深い。というのも、平等条項の領域における典型的事例（“人種差別の禁止”）が認識されたのは、1954 年[3]であって、この領域に厳格審査の基準が輸入され始めた時期（1964 年ごろ）以前である。これに対し、第一修正の領域における典型的事例（言論の自由における“内容規制の原則禁止”）が認識されたのは、1972 年ごろ[4]であって、この領域に厳格審査の基準が適用された時期（1950 年代後半から 1960 年代前半）以降であるからである。すなわち、

---

[2] Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 AM. J. LEGAL HIST. 355, 403 n. 355 (2006); *see also* Note, *Mental Illness: A Suspect Classification?*, 83 YALE L.J 1237, 1251 (1974).

[3] 人種差別禁止が、*Brown I* 事件判決あるいは *Bolling* 事件判決に由来することについては、第 3 章の注(118)-(138)とその本文参照。

[4] 連邦最高裁の内部において、内容規制の原則禁止が強く意識されることになったのはバーガー・コートに至ってからである。具体的には、1972 年の Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972)事件判決が大きな役割を果たした（市川正人『表現の自由の法理』90 頁（日本評論社・2003）、橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』177 頁（中央大学出版部・2014））。

平等条項の領域においては、人種差別を燻り出すために厳格審査の基準を導入したと考える余地があるのに対し、言論の自由の領域においては、内容規制を燻り出すために厳格審査の基準を導入したと考えることは難しい。

以上、二つの可能性について指摘した。第一の可能性、第二の可能性のうち、どちらが厳格審査の基準の、正確な理解を示せているのかにつき、確定することは困難である。しかし、いずれの理解においても、厳格審査の基準の機能に、この基準が適用される諸領域において共通する、単一本来的な機能が存在していたと考えることは難しいことが明らかとなった。

第 2 節　事案カテゴリーに従った類型化の困難さ

第 1 節で検討したように、連邦最高裁における厳格審査の基準を、ある単一の解釈のものとして理解することは難しい。しかし、「このカテゴリーの事案にはこの解釈が用いられる」というような形で、これらの解釈を特定の事案カテゴリーに割り当てることも困難であるとファロンはいう[5]。

第一に、そもそも、ある事案カテゴリーに適用される解釈が、③「不法な動機のテスト」であるのか、それとも、何らかの利益衡量の基準であるのかを特定することさえ困難な場合が存在する。ファロンによれば、*Smith* 事件判決[6]以前の信教の自由に関する判例・結社の自由に関する判例は、厳格審査の基準を利益衡量の基準として用いていたと分析することが比較的容易である。しかし、例えば、人種に基づくアファーマティブ・アクションに関する *Grutter* 事件判決は、一方において、厳格審査の基準の機能が不法な動機の燻り出しにあるとしながら、他方において、利益衡量の基準として厳格審査の基準を使用している[7]。

第二に、仮にある事案カテゴリーに適用される基準を利益衡量の基準であると特定できた場合であっても、それを、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」あるいは、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」と特定することも困難である。繰り返しとなるが、どのような政府利益が「やむにやまれぬ」と評価されるかは、裁判所の採用する厳格審査の基準の解釈に依存する[8]。ある政府利益は、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」の下においては、「やむにやまれぬ利益」

---

[5] *See id.* at 1312-14.
[6] Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).
[7] 第 5 章の注(115)-(123)とその本文参照。
[8] 第 2 章の注(4)参照。

と評価しえるかもしれない。しかし、その政府利益も①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」の下においては、必ずしも「やむにやまれぬ利益」と評価できるとは限らない[9]。言論の自由における厳格審査の基準の適用例のほとんどは、「‘厳格審査の基準’を適用するという司法的決定は、ある政府の行為の無効という結論の説明方法同然である[10]」といえるほどの厳格さを有している。つまり、連邦最高裁は、言論の自由の文脈における厳格審査の基準につき、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」として、理解しているのかもしれない[11]。しかし、連邦最高裁判決の中にも、（言論の自由の核心ともいえる）選挙における言論の規制に対して、厳格審査の基準を、なんら理由を付することなく、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」同然のものとして適用した例がある[12]。したがって、少なくとも、人種的アファーマティブ・アクションの文脈や選挙における言論の文脈という特定の事案カテゴリーについては、厳格審査の基準の解釈を類型化することが困難である。

第３節　重層的な審査基準として捉えることの困難さ

以上のように、厳格審査の各解釈を事案カテゴリーに従い類型化することは困難である。そこで、事案カテゴリーに従った類型化の代わりとして、ファロンは、厳格審査の基準の各解釈を並列的なものと捉えるのではなく、それらが、実は、厳格審査の基準という「重層的な一つの審査基準(a single multipart test)」の構成要素をなすものであり、各解釈を段階的な構造をなすものと捉えることができないかを検討する[13]。ここで、「重層的な一つの審査基準としての厳格審査の基準」においては、厳格審査の基準の一構成要素として、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」および②「天秤を一方に傾けた比較衡量」が、③「不法な動機のテスト」と区別され、両者が段階的に適用されるべき一つの基

---

[9] *See* Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1321 (2007).

[10] Peter Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. PA. L. REV. 1, 4 (2001) . *See, e.g.,* United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. 803 (2000). また、このような理解が厳格審査の基準の伝統的な理解であったことについては、第２章の注(6)参照。

[11] *See* Fallon, *supra* note 9, at 1304.

[12] *See* Burson v. Freeman, 504 U.S. 191 (1992); Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652 (1990).

[13] Fallon, *supra* note 9, at 1314.

準として再構成される。

このような理解によれば、裁判所は、まず第一に、③「不法な動機のテスト」を適用し、当該制定法が許容され得る正当な目的を持っているかを審査する。その結果、許される正当な目的を持っていないと判断されれば、当該制定法は違憲となる。もし、③「不法な動機のテスト」を適用した結果、当該制定法が許される正当な目的を持っていると判断されれば、裁判所による審査は、第二の審査に移る。第二の審査において裁判所は、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」あるいは、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」を適用する。すなわち、当該制定法が壊滅的害悪を防止することを目的とするか、あるいは、利益衡量の天秤がやむにやまれぬ利益の側に傾くかを審査する[14]。

厳格審査をこのように、重層的に捉えることは、ある一定の領域においては可能かもしれない。しかし、ファロンによれば、このような説明も、最高裁判例を統一的に説明することに失敗する。というのも、平等保護条項の下、選挙区割りが人種的選好に基づくかどうかが争われた判例[15]、*Smith* 事件判決[16]以降の信教の自由の侵害が問題となった判例[17]の中には、許されない動機が厳格審査の基準の適用を待たずに認定された例が存在するからである。このような事案においては、まず、第一に、当該制定法の目的が許さない動機に基づいていることが認定される。厳格審査の基準は、許されない動機に基づくとされた制定法を、厳格審査の基準をクリアする場合に限り合憲であるとして、救済することができるかを審査するための基準として捉えられている。「重層的な一つの審査基準としての厳格審査の基準」の下においては、当該制定法の目的が許されない動機に基づいているかは厳格審査の基準の適用によって初めて明らかにされる事柄であり、かつ、それによって当該制定法が許されない動機に基づくことが明らかとされれば、当該制定法はその時点で違憲とされるべきはずである。しかし、これらの判例において、厳格審査の基準は、許されない動機に基づく制定法が合憲とされるかどうかの審査に用いられており、この点で「重層的な一つの審査基準としての厳格審査の基準」とは異なっている。故にファロンは、これらの判例を「重層的な一つの審査基準としての厳格審査の基準」の下にお

---

[14] *Id.* at 1314-15.
[15] Bush v. Vera, 517 U.S. 952, 958-59 (1996); Miller v. Johnson, 515 U.S. 900, 920 (1995).
[16] Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).
[17] Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U.S. 520, 533 (1993).

いて説明することは困難であるとする[18]。

第４節　裁判官の評価に基づく適用

このように、最高裁判所の判例群を統一的に説明するという観点からは、厳格審査の基準の各解釈を、事案カテゴリーに従って類型化することも、重層的な審査基準として捉えることも、有効とはいえない。むしろ、ファロンによれば、連邦最高裁裁判官を初めとする裁判官たちは、当該事案で問題となっている権利に対する各々の評価に応じて、これら三つの解釈を使い分けている[19]。

[18] Fallon, *supra* note 9, at 1315.
[19] *Id.*

第三部　諸学説の検討

第一部の分析を通じて、厳格審査の基準の解釈には、判例上、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止（Nearly Categorical Prohibition）」、②「天秤を一方に傾けた比較衡量(Weighted Balancing)」、③「不法な動機のテスト(Illicit Motive Test)」の三つが存在することが明らかとなった。そして、このような分類は、多くの論者に共有されている。そして、第二部においては、連邦最高裁における厳格審査の基準の解釈を、単一のものとして捉えることも、事案カテゴリーに従って類型化することも、さらには、重層的な審査基準として捉えることも困難であることが確認された。むしろ、これらの三つの解釈は、各裁判官が、争われている権利に対する各々の評価に応じて、使い分けられる傾向にある。

もし、上記三つの解釈が、各裁判官の評価に応じて使い分けられているとすれば、その使い分けは、恣意的であるとの批判を避けられない。これら三つの解釈の中に、その使い分けを指導する、何らかの共通要素を見出すことが必要となるであろう。

実は、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」、あるいは、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」と、③「不法な動機のテスト」を重層的に捉えることが可能であることが示すように、これらの三つの解釈は、並列的なものではない。これら三つの解釈には、二つの対立軸がある。

一つ目の対立軸とは、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」あるいは、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」と、③「不法な動機のテスト」の間の対立である。この対立は、厳格審査の基準の機能についての対立であって、ひいては、厳格審査の基準を、そもそも利益衡量の基準と見るべきか否かについての対立（対立軸Ⅰ）である。すなわち、厳格審査の基準の理解には、大きく二つのアプローチがある。一つは、厳格審査の基準を利益衡量の枠組みの中で捉えるアプローチであり、もう一つは、それ以外、すなわち、③「不法な動機のテスト」の枠組みで捉えるアプローチである。

そして、二つ目の対立軸とは、主として、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」と、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」の間の対立であって、これは、利益衡量の方法についての対立（対立軸Ⅱ）である。

第三部では、厳格審査の基準に関する諸学説の検討を行う。まず、第 5 章に

おいて、上記の二つの対立軸を中心に、厳格審査の基準に関する諸学説を検討する。ここでの検討の目的は、上記二つの対立軸の背景にある問題意識を探り出すことにある。続く第 6 章においては、ファロンの見解を中心に、厳格審査の基準と比例性審査との接合可能性について検討する。

第 5 章　二つの対立軸と厳格審査の基準

第 1 節　対立軸Ⅰ：厳格審査の基準は利益衡量のための基準であるか？

1　利益衡量に否定的な見解:「不法な動機のテスト」

（1）　イリィの見解

利益衡量に否定的な見解としては、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として解釈するイリィ（John Hart Ely）の見解を挙げなければならない。

イリィの厳格審査の基準の解釈は、その主著「民主主義への不信[1]」において、彼の司法審査理論、プロセスセオリー（process theory）と結びつけられる形で示された。

イリィのプロセスセオリーは、一言でいえば、民主主義と矛盾しない司法審査理論の構築を目指す理論である。*United States v. Carolene Products Co.*事件判決の有名な脚注 4 [2]をヒントに、イリィは、民主主義にもっとも整合的な司法審査理論とは、「民主主義というプロセスのもたらす結果を直接取り締まるものではなく、結果とは区別されたプロセスそれ自体[3]」を取り締まり、プロセスの機能不全を回復させるものと理解する。従って、イリィの司法審査理論の下において、実体的価値の決定は、あくまでも選挙によって選出された代表者がなすべきものであるが、「政治的変化のチャンネルの清浄化」及び「少数者の代表の促進」に係る場合に限り、プロセスの機能不全の回復のため、裁判所も違憲審査権限を積極的に行使すべきこととなる。

イリィの厳格審査の基準の解釈、すなわち、「不法な動機のテスト」は、第 6 章「少数者の代表の促進」において、疑わしい区別の法理と動機審査とを結びつける形で語られた。第 6 章において、イリィは、動機に基づく違憲判断を肯定した。動機に基づく違憲判断を否定すべきことの根拠として、しばしば、立法府の動機確定の困難性（「裁判所にとって、立法の制定の背後にある動機、あるいは様々な動機の集まりを確定することは非常に困難である。・・・いかなる裁判所にとっても、立法者の集団の選択の背後にある“唯一”あるいは“支配的な”動機を決定することは困難あるいは不可能である。」）が指摘される[4]。

しかし、立法府の動機確定が困難であることは、直ちに動機審査を否定する結論に結びつくわけではない。立法府の動機の立証方法が存在すれば、立法府

---

[1] JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980).
[2] 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).
[3] 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』135 頁（日本評論社・2001）。
[4] Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217, 224-25 (1971).

の動機を違憲判断の根拠とすることも認められるべきであろう。そして、イリィは、動機審査の「補助」として、いわゆる「疑わしい区分（suspect classifications）」の法理に着目する[5]。

イリィによれば、「問題となっている区分が最も密接に適合しそうな目的は、明らかに、立法者が現実に心の中に抱いていたものである[6]」。しかし、もし仮に、立法者が現実に心の中に抱いていた目的が違憲的なものであったとしても、その違憲な目的を法律の目的として掲げることはできない。「このことは、真の目的が違憲なものであった場合、最もよく適合する目的が、その正当化のために援用されえない、ということとなり、その結果、区分は、より稀薄な関係性しか有さない他の目的によって正当化されなければならないことを意味する[7]」。適用される違憲審査基準が、いわゆる合理的必要性の基準に過ぎないのであれば、手段と合理的に関連する目的を想定することは容易であり、立法の正当化は容易い。しかし、「疑わしい区分に適用されるのは“特別な審査（special scrutiny）”であって、問題の区分は、その正当化において援用される目的と、他のいかなる区分と比べ、より密接に関連していることを要求する。しかしながら、当該区分がそれほど（強調：ママ）密接に関連していそうな目的はひとつしか存在しない。それは、立法者が現実に心の中に抱いていた目的である。もし、その目的が、違憲であることを理由に、援用できないとすれば、当該区分は、失敗するであろう。このように、特別な審査、とりわけ、実質的に完全な適合性の要求は、機能として、違憲な動機を“洗い出す（flushing out）”方法となることがわかる[8]」というのである。

このように述べ、イリィは、厳格審査の基準が、「不法な動機のテスト」として機能することを明らかにした。そして、イリィによれば、「不法な動機のテスト」の下においては、一見すると「パッチワーク」に見える、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査と手段の必要最小限性の審査を、「一連のもの(a package)」として理解できる[9]。手段の必要最小限性の審査は、法令の採用した手段と州の主張する目標との適合性が、「法の文面によって示唆される目標」（例えば、人種的少数者に不利益を与えるという目標）と「同程度」であることを

---

[5] ELY, *supra* note 1, at 145.
[6] *Id.*
[7] *Id.* at 146.
[8] *Id.*
[9] *Id.* at 146-47.

要求することによって、「法の文面によって示唆される目標が現実のものではないかという疑い」を晴らす機能を営む[10]。もっとも、手段との「完璧な適合性」を示す目的であっても、「その目的があまり重要でないため、その目的とは・・・単なる言い訳ではないのかとの疑いを抱かなければならない」場合、「不法な動機」の疑いは未だ晴らされていない[11]。イリィは、ブレスト（Paul Brest）教授の用いた例を使い、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査も、右「疑い」を晴らすためのテストとして機能することを示す[12]。それは、卒業式において、黒人の生徒をステージの一方に、そして、白人の生徒をその反対側に座らせる座席配置を、校長が、“美観”を理由に正当化する例である。確かに、この座席配置は美観という目的と適合する。しかし、この目的は、あまりに些細なものであって、真実は人種的な動機をごまかすために持ち出されたと理解せざるをえない。従って、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査も、手段の必要最小限性の審査と一体となって、「不法な動機のテスト」として機能する。

そして、イリィによれば、厳格審査の基準をこのように理解した時、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査に加えられるある批判への回答が提示できる。その批判とは、目的の「やむやまれぬ利益」該当性の審査は「基準を提供しない」ため、「どれだけ重要であれば十分なのか」について明らかではない、というものである[13]。もし厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解するならば、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査は、「（政府の主張する目的：引用者）が現実の動機であるという主張は信頼できる」程度の重要性を備えるかという判断基準を獲得する[14]。

（2）　シェリーの見解

以上のように、イリィは、（利益衡量を含む[15]）実体的価値判断は、原則とし

---

[10] *Id.* at 147.
[11] *Id.* at 147-48.
[12] *Id.* at 148; *see* PAUL BREST, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING: CASES AND MATERIALS 489 (1975).
[13] ELY, *supra* note 1, at 147; *see* John H. Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 U. CHI. L. REV. 723, 726 (1974).
[14] ELY, *supra* note 1, at 148.
[15] 裁判所の利益衡量に対するイリィの理解をみるためには、Note, *Mental Illness: A Suspect Classification?*, 83 YALE L.J. 1237 (1974)が有用である。このノートは、イリィ執筆の 1971 年の未公表論文（John Hart Ely, *Judicial Review of Suspicious Classifications: Why is Classification by Race Suspect and Should Classification by Sex Similarly be Subjected to Extraordinary Scrutiny?*, Spring, 1971 (unpublished

て、選挙によって選出された代表者たる立法府に委ねられるべきであること、また、厳格審査の基準が「不法な動機のテスト」として理解しうることを指摘した。このように、イリィの見解は、実体的価値判断に関する司法府の能力の限界から、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解することを主張した見解であった[16]。これに対して、「不法な動機のテスト」としての厳格審査の基準をほかの観点から説明する見解もある。例えば、シェリー（Suzanna Sherry）は、*Grutter* 事件判決が厳格審査の基準を緩やかに適用したことを説明するためには、不法な動機に基づく「見込み(likelihood)」という観点が不可欠であり、そして、不法な動機に基づく「見込み」を適切に考慮するためには厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解することが必要であるという[17]。

連邦最高裁は、人種的区別の合憲性が問題となった場合など、限られた領域において、司法積極主義的立場に立つ。しかし、シェリーによれば、厳格審査

---

manuscript on file with the *Yale Law Jurnal*)）を以下のように要約する。曰く、「実際、もし、（主張されるように）疑わしい区分に関する事案における裁判所の関心が、（例えば、第一修正上の権利、あるいは、他の“基本的な”権利の剥奪が問題となった事案のように、）特定の実体的な利益にあるというよりはむしろ、プロセスの潔白さにあるとすれば、裁判所にとって、やむにやまれぬ州の利益の審査は不適切である」と(*id.* at 1251)。このノートは、イリィ論文の二次的文献に過ぎない。しかし、イリィ論文の引用をイリィが許可していること、イリィの見解と著者自身の見解を明確に区別することを約していることから、このノートの内容は、イリィの見解に忠実であると考えられる（*id.* 1245 n. 37)。また、イリィ自身も、このノートが自己の見解の要約に当たることを認めている(Ely, *supra* note 13, at 727 n. 26)。なお、このノートと 19971 年のイリィ執筆論文との関係については、黒澤修一郎「John Hart Ely の動機審査理論の生成と展開（二・完)」北大法学論集 61 巻 2 号 62-65 頁（2010）参照。

[16] 同様に、実体的価値判断に関する司法府の能力の限界から、平等条項の領域における厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解する論者として、ルーズヴェルトがいる（Kermit Roosevelt Ⅲ, *Constitutional Calcification: How the Law Becomes What the Court Does*, 91 VA. L. REV. 1649 (2005)）。もっとも、ルーズヴェルトは、信教の自由の文脈においては、厳格審査の基準を利益衡量の基準として理解しうるかもしれないとする。少数者の信教の自由に対する立法府の無関心（例えば、ワインを規制する立法の制定に際しては、キリスト教におけるワインの宗教上の役割が考慮されるだろう。これに対して、ペヨーテを禁止する立法の制定に際しては、少数者の宗教におけるペヨーテの宗教上の役割は考慮されないかもしれない）から、立法府の利益衡量を疑う余地があるというのである（*id.* at 1684 n. 113)。

[17] Suzanna Sherry, *Selective Judicial Activism in the Equal Protection Context: Democracy, Distrust, and Deconstruction*, 73 GEO. L.J. 89 (1984)[hereinafter *Sherry (1984)*]; Suzanna Sherry, *Foundational Facts and Doctrinal Change*, 2011 U. ILL. L. REV. 145 (2011)[hereinafter *Sherry (2011)*].

の基準を利益衡量の基準と見た場合、連邦最高裁がその限られた領域においては司法積極主義的な立場に立つこと、すなわち、最高裁の「後知恵(second-guess)」によって立法を違憲とすることを正当化できない[18]。そこで、シェリーは、イリィのプロセスセオリーに賛成し、厳格審査の基準の目的を、「不法な動機の炙り出し」と見る[19]。

加えて、シェリーによれば、「不法な動機のテスト」であれば、人種に基づくアファーマティブ・アクションに対する、連邦最高裁の厳格審査の基準の緩やかな適用も、動機の「見込み」という観点から説明できるという。かつてアフリカ系アメリカ人は、偏見から、厳しい差別にさらされてきた。その時代においては、政府が人種に基づいて個人を区別し、彼らに対して不利益を課した場合、その動機が差別的なものであった「見込み」は高く、政府に対して重い正当化責任を課す必要があった。しかし、現在では、ほとんどの白人は彼らに対して偏見を持っておらず、政府行為が差別的動機に基づく「見込み」もほとんどなくなった。このような「背景的事実(foundational facts)」の変化に鑑みれば、人種に基づくアファーマティブ・アクションが人種差別的動機に基づいている「見込み」は低く、「不法な動機のテスト」としての厳格審査の基準を、厳格に適用する必要性も薄れる[20]。

これに対して、利益衡量の基準としての厳格審査の基準を適用するに際して、重要なのは、権利の重要性であって、政府の動機ではない。利益衡量の基準として厳格審査の基準を解釈する限り、「背景的事実」の変化は加味できない。よって、シェリーは、人種に基づくアファーマティブ・アクションに対する厳格審査の基準の緩やかな適用を説明するため、「厳格審査の基準の第一の目的は、（少なくとも平等保護条項の文脈においては、）不法な政府の動機を燻り出すことにある」とするのである[21]。

---

[18] 判例法理を前提とすれば、ある特定の人種にのみ不利益を課す立法の合憲性は厳格審査の基準を用いて判断される一方で、高所得者にのみ高額な税金を課す累進課税制度の合憲性は、厳格審査の基準によってではなく、より緩やかな基準によって判断されるであろう。しかし、シェリーによれば、厳格審査の基準を利益衡量の基準と見た場合、このような最高裁判所の取り扱いを説明できる理論は存在しない(*Sherry (1984)*, *supra* note 17, at 105 n. 95)。

[19] *Id.* at 104-05.

[20] *Sherry (2011)*, *supra* note 17, at 154-160, 179.

[21] *Id.* at 159.

（3） ケーガンの見解

シェリーは、平等条項の文脈における厳格審査の基準の適用を、不法な動機の「見込み」、すなわち、不法な動機が影響した可能性から説明した。このような主張は、平等条項の領域に限定されない。例えばケーガン（Elena Kagan）は、言論の自由の領域における厳格審査の基準を、規制が不法な動機の影響を受けていた蓋然性という観点から、不法な動機のテストとして理解することを主張する。もっとも、ケーガンも、利益衡量自体は否定していない。むしろ、ケーガンは、いわゆる主題規制や内容中立規制に適用される基準については、利益衡量の基準であることを認める[22]。ケーガンの主張の要点は、利益衡量に内在する問題性の指摘というより、言論の自由に対して適用される諸基準の統一的理解のためには、これらの基準を不法な動機のテストとして理解することが適切であると説いた点にある。

連邦最高裁は、言論の自由規制立法に対し、その規制の特徴に応じて、異なる基準を使い分け、適用してきた。言論の内容に基づかない規制、すなわち、いわゆる内容中立規制(content-neutral regulation)に対しては、原則として比較的緩やかな基準を適用してきた。また、言論の内容に基づく規制、すなわち、いわゆる内容規制(content-based regulation)に対しては、一部の例外を除き[23]、見解規制(viewpoint-based restrictions)と主題規制(restrictions based on

---

[22] Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413, 443 (1996) [hereinafter *Kagan (1996)*]（「言論に対する内容中立的な規制（その法令の文言上、言論を、何が述べられたかにかかわらず、制限する規制）は、通常、相当程度に緩和された利益衡量の基準（a fairly loose balancing test）に服する」）; Elena Kagan, *The Changing Faces of First Amendment Neutrality: R.A.V. v. St. Paul, Rust v Sullivan, and the Problem of Content-Based Underinclusion*, 1992 SUP. CT. REV. 29, 67 (1992)(「言論の全面的な禁止（あるいは、助成金の拒絶）と異なり、見解規制は、公共の討議を歪曲する。また、それが許されない動機に基づいている可能性も高い。これら二つの理由から、見解規制は、最も厳格な司法審査を受けるべきである。これに対して、主題規制が引き起こす目的及び効果に対する懸念は、せいぜい、言論の一般的規制が引き起こすであろうものと同程度に過ぎず、主題規制は、（内容中立的な規制の場合と同様に、）総合的な利益衡量分析（a general balancing analysis）を含む、より緩和された審査を受けるべきである」）.

[23] 内容規制に対して厳格審査の基準が適用されない例外的な場合として、ケーガンは、いわゆるノンパブリック・フォーラム（nonpublic forum）における主題規制を挙げる（*Kagan (1996)*, *supra* note 22, at 444 n. 85; *see* Arkansas Educ. Television Comm'n. v. Forbes, 523 U.S. 666 (1998)）。

subject matter)とを問わず[24]、厳格審査の基準を適用してきた。

しかし、ケーガンによれば、これらの諸基準を利益衡量の基準として理解した場合、連邦最高裁の基準の使い分けを説明することが困難となる。連邦最高裁における諸基準の使い分けを、利益衡量という観点から説明するものとしては、例えば、「当該規制が討議過程を歪曲し、あるいは、低下させた程度[25]」、すなわち、歪曲効果(distorting effect)に着目することが考えられる。このアプローチの下では、内容規制に対する厳格審査の基準の適用は、＜内容規制の持つ強い歪曲効果を正当化するためには、より強度な政府利益が要求される＞、として説明される。確かに、一般に、内容規制には討議過程を歪曲する効果があると想定される[26]。しかし、内容中立規制も、しばしば、内容規制と同等の歪曲効果を有する[27]。例えば、民主党のみが広告に使用し、共和党の使用しない掲示板に対して、a 掲示板の使用一般を禁止した場合の歪曲効果と、b 民主党の使用を禁止した場合の歪曲効果とは同等である。逆に、内容規制であっても、例えば、民主党も共和党も使用しない掲示板の使用を、一方の政党に対してのみ禁止する場合のように、生ずる歪曲効果が小さいものも存在することを看過している[28]。故に、ケーガンによれば、適用される違憲審査基準の厳格さを、規制によって生じる歪曲効果の大小のみに応じて決定することは、現在の言論の基準の判例法理に合致しない。

これに対して、動機に着目するアプローチの下、不法な動機が影響した蓋然性に応じて違憲審査基準の厳格度を決定するとの方法を用いれば[29]、言論の自由に対して適用される諸基準を統一的に説明できるとケーガンはいう[30]。すなわち、第一修正が禁止しようとしたのは、思想に対する「悪意(hostility)」に基づいて言論を規制すること、公職にあるものが現職を維持するという「自己利益（self-interest）」のために言論を規制すること、及び、政府の「選好に合致す

---

[24] 見解規制とは、ある特定の見解に関する表現を規制することをいう。これに対して、主題規制とは、あるトピックに属する表現全体を規制することをいう。

[25] *Kagan (1996)*, *supra* note 22, at 424-25.

[26] *See* Geoffrey R. Stone, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, 46 U. CHI. L. REV. 81, 101 (1978).

[27] *Kagan (1996)*, *supra* note 22, at 446.

[28] *Id.*

[29] ケーガンは、歪曲効果も、言論規制に対する不法な動機に影響することを認めるものの、法令の文言の方が、より正確に不法な動機の影響を指し示すとする（*id.* at 452）。

[30] *Id.* at 451-52.

ること(favor)」・「自己利益を促進すること」を理由として特定の言論に「特権を与える(privilege)」こと、である[31]。内容中立規制は、すべての見解に等しく適用されるため、それが言論に対する悪意あるいは選好に基づいている可能性が低い。反対に、見解規制は、ある見解に対してのみ適用されるため、不法な動機の影響を受けた可能性が高い。そして、主題規制は、この両者の中間に位置する。主題規制は、見解規制と異なり、ある一定の範囲の言論に対して適用されるため、主題規制が言論に対する悪意あるいは選好に基づいている可能性は、見解規制の場合よりも小さい。しかし、内容中立的な手段によっても目的を達成することが可能な場合、わざわざ主題規制を用いる必要はない。それ故、主題規制が言論に対する悪意あるいは選好に基づいて可能性は、内容中立規制の場合よりも大きい。したがって、動機に着目するアプローチであれば、見解規制、主題規制、そして、内容中立規制に各々適用される違憲審査基準の厳格度を説明できるとする。

もちろんケーガンも、立法府の真の動機を確定することの困難性は否定しない。確かに、立法府の真の動機を直接的な方法によって特定することは、裁判所にとって困難である。しかし、間接的な方法によって、これを特定することは可能である。もっとも、そのような間接的な方法は、直接的な方法の「代用品(proxy)」として機能しなければならないため、「立法の文言にのみ関係」し、そして、「許されない動機を持つ行為を、許されない動機を持たない行為から選別するものとして機能する」ルール[32]でなければならない。したがって、「これらのルールは、法が何を適用対象に包含し、何を適用対象から除外するのか、法が用いる区別は何か、そして、法はどのように規定されているのかに着目する、客観的な基準を使用する[33]」。ケーガンは、厳格審査の基準をはじめとする言論の自由規制立法に適用される違憲審査基準を、このような不法な動機を間接的に「探り出す(ferret out)」ための「客観的な基準」として理解する。この理解において、違憲審査基準は、「見たところでは、内容において実質的であるが、機能においては、推定と立証責任の転換のような手続的な手法（procedural mechanisms）に類似する[34]」ものとして把握される。すなわち、言論の自由規制立法に適用される違憲審査基準は、「不法な動機の存在を確信させるには至ら

[31] *Id.* at 428-432.
[32] *Id.* at 441.
[33] *Id.*
[34] *Id.* at 442.

ないものの、その存在を示唆する一連の事実（例えば、内容に基づく区分の存在）に基づいて、不法な動機の存在に対する反証可能な決定(rebuttable determination)を加えるものとして機能する[35]」。つまり、ケーガンによれば、違憲審査基準とは、「推定及び立証責任の転換と同様、特定の証拠資料に特別な重みを持たせることによって、動機の証明という困難な問題を改善するものとして機能する」、「性質において証拠的」なものとなる[36]。

ケーガンの主張において、「厳格審査の基準は –実際、その構成要素（目的の『やむにやまれぬ政府利益』該当性の審査と手段の必要最小限性の審査：引用者）の両方共が– 、内容規制の存在を示す文言（terms of a law）によって暗示される不適切な動機の影響につき政府に反証を認める、証拠的な装置として理解される[37]」。つまり、「主張される政府利益が重要であればあるほど、規制される当該言論に対する悪意が存在しなかったとしても、政府がその利益を追求するために行為した可能性が高くなる[38]」。この意味において、目的の「やむにやまれぬ政府利益」該当性の審査は、ケーガンのいう「証拠的な装置」として機能する。また、手段の必要最小限性の審査も、手段に過大包摂性・過小包摂性が存在しないことが「適切な理由のために政府が行為していたことの保証[39]」となる。

（4） ルーベンフェルドの見解

厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解する必要性を説くにとどまらず、利益衡量を排除すべきという、より強い主張をする論者として、ルーベンフェルド（Jed Rubenfeld）がいる。

ア　ルーベンフェルドの見解–平等保護条項について

まず、ルーベンフェルドの平等条項の領域における厳格審査の基準の理解を見ておこう。

Adarand 事件判決において、厳格審査の基準は、人種に基づいて区分を行う全ての法に対して適用されることとなった[40]。ルーベンフェルドによれば、この

---

[35] *Id.*
[36] *Id.*
[37] *Id.* at 453.
[38] *Id.*
[39] *Id.* at 454.
[40] *Adarand*, 515 U.S. at 224. なお、*Adarand* 事件判決では、州法ではなく、連邦法の

ことは、連邦最高裁が、平等保護条項を、区分によって権利を否定される者の人種のいかん、その区分の意図が侵害あるいは救済のどちらにあるかにかかわらず、政府が人種に基づいて区分をした場合全てに適用される、「区分に着目した枠組み(classification-driven framework)」として理解したことを示す[41]。そして、それに伴って、連邦最高裁が、平等保護条項の領域における厳格審査の基準を、不法な動機のテストとしてではなく、利益衡量の基準として理解したと分析する。厳格審査の基準を不法な動機テストとして理解した場合、人種に関連する目的が、表向きの正当な目的の背後に隠されている必要がある。しかし、*Adarand* 事件判決で問題となった法令を始めとする人種に基づくアファーマティブ・アクションに関する法令の目的は、明らかに人種に関連する。もし、人種に基づくアファーマティブ・アクションに対して、不法な動機のテストを適用したとしても、そこには燻り出すべき目的は存在しない。つまり、ルーベンフェルドによれば、不法な動機のテストとしての厳格審査の基準の適用には、①区別された集団に関連する諸目的から、なんらかの不当な目的が確定されること、及び、②その集団を区別基準に用いた法令の目的が、先ほど確定された不当な目的の促進にあると信じるに足りる何らかの理由があること、の二点が先立っていなければならない。しかし、ある人種に負担を課すことが明らかな立法、あるいは、ある人種を優遇することが明らかな立法には、これら二点が存在しない。そのため、不法な動機のテストとしての厳格審査の基準の適用を基礎付けられない。よって、ルーベンフェルドは、*Adarand* 事件判決を前提とした場合、平等保護条項の領域における厳格審査の基準を不法な動機のテストとして理解することはできず、むしろ、「人種に基づく区分*それ自体*が憲法上の害悪である[42]」ことを前提とした利益衡量の基準として理解されるべきであって、かつ、連邦最高裁も *Adarand* 事件判決において、現にそのような解釈を採用したと指摘する[43]。

連邦最高裁が平等保護条項の領域における厳格審査の基準を利益衡量の基準

合憲性が争われた。したがって、適用された憲法の条項も、第十四修正の平等保護条項ではない。正確には、第五修正のデュー・プロセス条項の保護する自由によって読み込まれた平等保護条項である。もっとも、オコナー裁判官は、「第五修正の領域における平等保護の分析は、第十四修正の下におけるそれと同じである」と述べ(*id.*)、適用される合憲性審査基準の同一性を確認している。

[41] Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 YALE L.J. 427, 435 (1997).

[42] *Id.* at 438.

[43] *Id.* at 438-39; *see also Adarand*, 515 U.S. at 229-30.

であると解釈した理由の一つとして、ルーベンフェルドは、裁判官が、人種に基づくアファーマティブ・アクションによって生じる「意図しないコスト」（例えば、「有害で、不和を生ぜしめるようなステレオタイプの助長」や「人種差別的思想の強化」等のコストをいう）の存在を問題視したことを指摘する[44]。確かに、不法な動機のテストの下においては、政府行為が不法な動機によって動機付けられていたか否かが重要であり、区別によって得られた社会的な利益が「意図しないコスト」を正当化するか否かは重要ではない。「意図しないコスト」の存在を問題視するのであれば、厳格審査の基準を、利益衡量の基準として理解する必要が生じる。しかし、ルーベンフェルドによれば、そもそも、この「意図しないコスト」は、厳格審査の基準の適用に関して「憲法上無関係[45]」である。というのも、人種的に中立な評価方法の中にも、たとえば標準検査のように、人種に関する不快なステレオタイプを助長するものも存在するからである。もし仮に、「意図しないコスト」を理由に、人種に基づくアファーマティブ・アクションに厳格審査の基準を適用するのであれば、「意図しないコスト」を有する人種的に中立な評価方法に対しても、厳格審査の基準を適用しなければ一貫しない[46]。

また、ルーベンフェルドによれば、平等条項の領域における厳格審査の基準を利益衡量の基準として理解することには、より積極的な問題がある。不法な動機の審査としての厳格審査の基準の下においては、憲法上の権利の侵害は、政府が憲法上許されない目的を追求することによって生じる。したがって、ある法令が厳格審査の基準をくぐり抜けた場合、すなわち、政府が憲法上許されない目的を追求していないことが確認された場合、そこには、何らの憲法上の権利の侵害も存在しない。これに対して、利益衡量の基準としての厳格審査の基準の下においては、ある法令が厳格審査の基準をくぐり抜けたとしても、それは、憲法上の権利の侵害は存在するものの、「やむにやまれぬ利益」によって正当化されたことを意味するにすぎない。すなわち、「厳格審査の基準は、もはや、憲法上の原理の*隠された(concealed)*違反を燻り出すための手段ではない。*正しいと認められた（conceded）*憲法上の権利の“侵害”を“正当化”するための手段である[47]」というのである。利益衡量の基準としての厳格審査の基準の

---

[44] Rubenfeld, *supra* note 41, at 439.
[45] *See id.* at 445.
[46] *Id.* at 449-52.
[47] *Id.* at 440.

下では、人種に基づく区分のような、「平等保護条項の文言及び精神をまさに侵害する」区別であっても、さらには、その区別が「憲法上特に重大な害悪を実際に引き起こ」していた場合であっても、厳格審査の基準をくぐり抜ければ合憲となる。例えば、十分な社会科学的なデータから、犯罪の大幅な減少、人種に起因する暴力の根絶を達成でき、もって、一年あたりに数十億ドルの支出の削減・X 名の生命の保護が可能なことが証明された人種排除政策ないし人種隔離政策があり、かつ、これと同様の結果を実現することができる手段が他に存在しないとする[48]。この政策プログラムが違憲とされるべきことに異論はないと思われる。が、利益衡量の基準としての厳格審査の基準は、これをどのように説明するのか。生命の保護は「やむにやまれぬ利益」に該当しないとして処理するべきであろうか。ルーベンフェルドは、「その明示された目的が人種隔離政策や人種排除にある法律は、それ自体を理由に違憲とされるべきである。なぜなら、社会の人種浄化は、第十四修正の下、いかなる立法府も追求できない目的だからである。・・・この禁止は、実証的な前提に依拠しない。人種隔離政策あるいは人種排除は利益衡量上正当化されないであろうという前提にも、やむにやまれぬ利益を与えないであろうという前提にも依拠しない[49]」として、利益衡量を強烈に批判し、平等保護条項の領域における厳格審査の基準は、徹頭徹尾、不法な動機の審査として理解されるべきことを主張する。

イ　ルーベンフェルドの見解–言論の自由について

また、ルーベンフェルドは、言論の自由の領域における厳格審査の基準も不法な動機の審査として理解する。言論の自由の領域における厳格審査の基準を利益衡量の基準として理解することの問題点として、彼は幾つかのものを指摘しているが、本稿の問題意識との関係では、以下の指摘が重要である。すなわち、利益衡量が第一修正の基本的パラダイム・ケース(「言論の自由が、歴史に照らして見たときにその核心として、カテゴリカルに禁止してきた各種の法」)[50]と合致しないことである。ルーベンフェルドによれば、第一修正が歴史的に意味するのは、政治的な反対意見の検閲ないし処罰の禁止である。しかし、厳格審査の基準を利益衡量の基準として理解した場合、政治的な反対意見の検閲な

---

[48] *See id.* at 440.
[49] *Id.* at 440-41.
[50] Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 792 (2001).

いし処罰の合憲性は、厳格審査の基準を満たす「環境」が備わっているかに依存する。すなわち、第一修正の意味が政治的な反対意見の検閲ないし処罰の禁止にあるにもかかわらず、「やむにやまれぬ利益」を理由に合憲とされる余地が残されているのである[51]。

以上の理由から、ルーベンフェルドは、言論の自由の法理として、よりカテゴリカルなルール、「目的主義(purposivism)」を主張する。そして、彼は、それに伴って、言論の自由の領域における厳格審査の基準も、不法な動機のテストとして理解する。目的主義は「絶対的」なものであって、「利益衡量」は関係しない[52]。目的主義の下においては、問題となっている法は、それが、「言論の故に（*for* speaking）」権利を制限している場合に限り、言論の自由の侵害にあたり、第一修正に違反する[53]。これに対して、その法が、「言論の結果として（*as a result of* speaking）」権利を制限している場合には、言論の自由の侵害には当たらず、したがって、第一修正にも違反しない[54]。つまり、彼によれば、言論の自由の侵害の有無を判断するに際して重要なのは、表現行為を制限する州の目的であって、表現行為を行おうとする者の目的ではない。州の目的が言論の制約にあれば、その州法ないし州の行為は、利益衡量を経ることなく、その目的故に違憲となる。例えば、ある政策への反対意見の表現として、租税の支払いを怠った A がいるとする。政府が、A を単に租税の滞納を理由に処罰した場合、A は、「言論の結果として」権利を制限されたに過ぎず、A の処罰も合憲となる。しかし、もし政府が、A の行為が表現するメッセージを理由として A を処罰したなら、その限りにおいて、A は、「言論の故に」権利を制限されたこととなり、結果として、A の処罰は違憲となる。ルーベンフェルドは、厳格審査の基準を、このような目的の燻り出しのために用いるべきだと主張する。

---

[51] *See id.* at 782. 加えて、ルーベンフェルドは、事前抑制には、政府にとって不都合な言論のみを規制することが可能であるという利点があり、その利点がかえって手段の必要最小限性の達成を容易にする点を指摘する。すなわち、厳格審査の基準を利益衡量の基準として理解した場合、第一修正がまさに禁止しようとした事前抑制が合憲とされやすくなるという奇妙な結論が導かれかねない（*id.* at 792）。

[52] *Id.* at 770, 779.

[53] *Id.* at 776.

[54] *Id.*

２　若干の検討

（１）「不法な動機のテスト」の特徴とこれに対する批判

以上、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解する見解を概観した。これらの見解は、すべて、厳格審査の基準の理解それ自体に加え、そこで問題とされている権利論においても、一定の説得力を持っていた。この点は、厳格審査の基準にとっての重要な特徴といえる。

まず、「不法な動機のテスト」は、厳格審査の基準の下において、なぜ目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査・手段の必要最小限性の審査のこの組み合わせが要求されるのかにつき、説得的な説明を加える。「不法な動機のテスト」としての厳格審査の基準の下において、目的審査・手段審査は、不法な動機の燻り出しに関連付けられる。したがって、イリィが指摘したように、ここでの目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査・手段の必要最小限性の審査は、もはや「パッチワーク」ではなく、「一連のもの」となる。これに対して、利益衡量の基準としての厳格審査の基準の下においては、なぜ目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査・手段の必要最小限性の審査の二つが要求されるのかは必ずしも明らかではない。

次に、「不法な動機のテスト」は、言論の自由・平等原則といった個別的な権利規定の解釈と、その規制立法に適用される違憲審査基準との結びつきにつき、一定の説明を与える。「不法な動機のテスト」は、ある意味において、違憲審査基準の機能に対する理解から権利論をスタートさせている。従って、「不法な動機のテスト」は、常に、“なぜ厳格審査の基準の適用が要請されるのか”、すなわち、厳格審査の基準を適用させるべき理由と関連づけて、権利論を展開する。例えば、ケーガンは、言論の自由を、言論に対する「悪意」あるいは「自己利益」を理由とした言論規制・特権の付与の禁止として理解し、これらが政府の動機となっていた可能性の高さを理由として、内容規制に対する厳格審査の基準の適用を正当化した[55]。また、ルーベンフェルドも、第十四修正が「人種の浄化」という目的の追求を禁止しているとの理解の下、厳格審査の基準の適用によって、目的の燻り出しを図ることを主張した[56]。さらに、シェリーによれば、「不法な動機のテスト」としての厳格審査の基準の下においては、「背景的事実」の変化を加味することができ、厳格審査の基準の具体的適用の面においても、

---

[55] 前掲注(29)-(31)の本文参照。
[56] 前掲注(49)の本文参照。

先例を説明できる[57]。これに対して、利益衡量の基準としての厳格審査の基準であれば、問題となる権利の重要性が他の似通った権利よりも重要であること、あるいは、そこでの規制態様が他の似通った規制態様よりも重大であることの証明が必要となろう。しかし、これに一貫した説明を加えることは困難である[58]。

しかし、「不法な動機のテスト」に対しても、いくつか批判が存在する。

第一に、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解することは、厳格審査の基準が、第一修正の領域において、ブラックらの絶対主義とリベラル派の個別的利益衡量論との妥協の道として、一種の利益衡量の基準として発達してきたという歴史に合致しない。例えば、アレイニコフ（T. Alexander Aleinikoff）は、「やむにやまれぬ利益」の要件は、1950 年代から 60 年代にかけての言論の自由及び結社の自由に関する判例における利益衡量の基準が、厳格審査の基準に持ち込まれたものであって、「やむにやまれぬ利益」の要件が登場した当初から動機の審査に向けられたものではないと批判する[59]。

「不法な動機の審査」としての厳格審査の基準が、先例に根ざした解釈とはいえないとしても、それは形式的な批判に過ぎない。あくまで「見事な再構築[60]」として許容することはできよう。しかし、実質的な問題として、第二に、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解した場合、法令が合憲となる範囲が過度に拡大する恐れがある。すなわち、ウィンクラー（Adam Winkler）の指摘するように、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として機能させるためには、厳格審査の基準を、文字通りの“厳格”な基準として捉えることはできない。もし厳格審査の基準を、「致命的」と形容されるような “厳格”なものと考えた場合、法令は、その動機にかかわらず違憲となる。したがって、「不法な動機のテスト」としての厳格審査の基準の下においては、法は、たとえそれが憲法上の権利の核心に負担を課すものであったとしても、不法な動機

---

[57] 前掲注(20)の本文参照。

[58] 例えば、ルーズヴェルトは、中絶禁止法や同性間のソドミー行為(same-sex sodmy)を禁止する法が個人に対して重大な負担を課すことは明らかであるが、これらに比べ、人種に基づく区別が個人に対して重大な負担を課すことは明らかであるといえず、かつ、裁判所も、その存在につき、何ら実証的な証拠を示してこなかったとする（Roosevelt, *supra* note 16, at 1705）。また、言論の自由の領域における一貫した説明の困難性については、前掲注(25)-(28)本文のケーガンの議論を参照のこと。

[59] T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 964 n. 125 (1987).

[60] Terrance Sandalow, *The Distrust of Politics*, 56 N. Y. U. L. REV. 446, 461 (1981).

に基づかない場合には、厳格審査の基準をくぐり抜ける恐れがある[61]。そして、このような懸念は、ルーベンフェルドのように、利益衡量を切り捨てた場合[62]、特に重大なものとなると考えられる。

（２）「不法な動機のテスト」の下における利益衡量の正当化

厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解する諸見解も、その全てが、厳格審査の基準の適用において、利益衡量を一切否定しているわけではない。

確かに、利益衡量は、本来、立法府に委ねられるべき事柄である[63]。「不法な動機のテスト」の提唱者ともいうべきイリィも、司法府が実体的価値判断をなすことには否定的であった[64]。とりわけ、ルーベンフェルドは、厳格審査の基準の適用において利益衡量は無関係であるとして、利益衡量を徹底的に批判している[65]。

しかし、たとえ利益衡量が本来的には立法府に委ねられるべき事柄であったとしても、その立法府の利益衡量が疑わしい場合には、司法府にも、利益衡量を行う余地がある[66]。また、シェリーやケーガンの見解も、利益衡量への批判というよりはむしろ、利益衡量というアプローチによっては、現在の判例法理の統一的な説明が困難であることを問題視するものであった[67]。そこで、どのような利益衡量であれば、「不法な動機のテスト」の下でも可能であるのかを見ておく必要がある。

---

[61] Winkler, *supra* note 7, at 804-05; *see also* Charles Fried, *Types*, 14 CONST. COMMENT 55, 60 (1997)。これに対して、ルーズヴェルトは、逆に、「不法な動機のテスト」としての厳格審査の基準が、「言い訳的な立法をとらえる事にあまりに熱心になりすぎるため、実際には完全に無実な法のいくつかを無効」としてしまうような「過剰な保護(overprotect)」を与えてしまうとする（Roosevelt, *supra* note 16, at 1684）。

[62] 前掲注(45)及び(52)の本文参照。

[63] *See* Roosevelt, *supra* note 16, at 1678.

[64] 前掲注(15)とその本文参照。

[65] 前掲注(45)及び(52)の本文参照。

[66] 前掲注(16)参照。

[67] シェリーの見解につき、前掲注(18)の本文を、また、ケーガンの見解につき、前掲注(25)–(28)の本文を参照のこと。

ア　「不法な動機のテスト」の下における利益衡量−イリィの場合

先に挙げたイリィも、卒業式における座席配置の例が示すように、厳格審査の基準の適用において、利益衡量を加えること自体は否定しない[68]。イリィが懸念したのは、正確には、*Roe* 事件判決における目的審査[69]のような立法府の判断に対する司法府の「後知恵(second-guess)[70]」による違憲判断である。裁判所の利益衡量であっても、それが立法府の利益衡量に対する裁判所の判断代置とならない範囲であれば、イリィの司法審査理論の下において、許容しうる。かくしてイリィは、「不法な動機」の燻り出しのために厳格審査の基準に目的の重要性の審査を導入するに際して、「そう、そこには不可避的に、利益衡量が含まれるであろう。しかし、それは、州が現在主張しているものは本当にその動機たり得たのかという基準を伴った利益衡量である[71]」ということができた。イリィは、厳格審査の基準の適用にあたり、何らかの利益衡量が介在するとしても、そこにあらかじめ何らかの基準が設定されているのであれば[72]、司法府の「後知

---

[68] 前掲注(12)-(13)の本文参照。

[69] Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)(この判例では、妊娠中絶を禁止する州法の合憲性が争われた。連邦最高裁は、妊娠中絶に関する女性の自己決定権が、*憲法典に明文の根拠を欠く*、プライヴァシーの権利に含まれることを前提として、本件州法に対する厳格審査の基準の適用を認めた。その上で、「妊婦の健康の保持と保護」、「生育可能となった後の胎児の生命」の「やむにやまれぬ利益」該当性を肯定した。).

[70] ELY, *supra* note 1, at 154.

[71] *Id.* at 247 n.46. *See also*, Larry G. Simon, *Racially Prejudiced Governmental Actions: A Motivation Theory of the Constitiutional Ban Against Racial Discrimination*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1041, 1071 (1978).

[72] 連邦最高裁の内部においても、例えば、ブラックマン裁判官は、「私は、今まで、“やむにやまれぬ政府利益”が何を意味しているのかにつき、完全に理解することができていない。・・・したがって、これらのフレーズ（「やむにやまれぬ」政府利益と「厳しさが最小限の手段(the least drastic means)」:引用者）は実のところ憲法の分析にとってあまり有用ではないと常々感じてきたし、今もそう感じている」として、「やむにやまれぬ利益」の要件が明確にされる必要性を指摘している（Illinois State Bd. of Elections v. Socialist Workers Party, 440 U.S. 173, 188-89 (1979)(Blackmun, concurring)）。また、「やむにやまれぬ利益」の要件が不明確であることを批判する見解として、Stephen E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, 68 B. U. L. REV. 917, 932-36 (1988); Ashutosh Bhagwat, *Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis*, 85 CAL. L. REV. 297, 302, 309-11 (1997); Matthew D. Bunker, Clay Calvert, William C. Nevin, *Strict in Theory, But Feeble in Fact? First Amendment Strict Scrutiny and the Protection of Speech*, 16 COMM. L. & POL'Y 349, 364 (2011)参照。

恵」との批判を免れると考えていた可能性がある。その意味において、イリィの利益衡量への否定的評価は、限定的に理解されるべきであろう。

イ　「不法な動機のテスト」の下における利益衡量−ケーガンの場合

また、先に、筆者は、ケーガンが、立法府の動機を直接証明することの困難さから、言論の自由規制立法に適用される違憲審査基準を、不法な動機を「探り出す」ための「手続的な手法」として理解したと述べた[73]。この理解において、厳格審査の基準の目的審査は、目的の重要性を政府に立証させることによって、言論に対する悪意が言論規制に影響を与えていたとの推論を崩すためのものとして機能する[74]。これは、挙証責任の転換という厳格審査の基準の要素を介在させることによって、立法府の利益衡量に対する裁判所の判断代置という立法府−裁判所間の権限分配の問題を、当事者間の挙証責任の分配の問題へと視点をずらし、当事者自身の立証の失敗に責任転嫁したと言い換えることができよう。すなわち、＜立法者は、〇〇という目的を主張する。しかし、この法律によって得られる利益は、当該言論に対する悪意という不適切な動機の影響を立法者が受けていなかったと信頼するに足りる程度の重要性を有してはいない。つまり、立法者は、「やむにやまれぬ利益」の存在を十分説得的に示すことができなかった。従って、我々、裁判所は、立法者の判断を尊重したとしても、違憲判断を下すことができる＞との論法である。この論法においても、裁判所は、目的の重要性を審査しており、その意味において利益衡量に従事している。しかし、ここでの利益衡量も、イリィの場合と同じく、「基準を伴った利益衡量」であり、かつ、裁判所の判断代置ではない。あくまで、政府が目的の重要性の立証に失敗したに過ぎない。

３　小括

以上において、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解する見解を検討した。

まず、「不法な動機のテスト」としての厳格審査の基準の特徴としては、①目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査・手段の必要最小限性の審査の関係

---

[73] 前掲注(34)−(36)の本文参照。
[74] 前掲注(38)の本文参照。

性につき説明を与えること、②適用されるべき違憲審査基準につき、一定の説明を与えること、という長所があった。その反面、③法令が合憲と判断される範囲が過度に拡大する恐れがあるという短所もあった。

また、「不法な動機のテスト」と利益衡量の間の関係性についても注目に値する。確かに、ルーベンフェルドのように、利益衡量を一切否定する論者も存在した。しかし、ここで注目すべきは、イリィやケーガンのように、何らかの工夫を用いて、「不法な動機」の審査の中に利益衡量をうまく取り込む論者の見解である。そして、その工夫には、利益衡量に何らかの基準を設定する方法と、挙証責任の転換を用いる方法がある。もっとも、この二つの方法は、排斥し合う関係にあるものではないように思われる。したがって、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解するとしても、利益衡量に関する何らかの基準を検討する必要がある。

第２節　対立軸Ⅱ：利益衡量の方法について

ここでは、利益衡量の方法について検討することとなるが、その前に、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」と、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」の違いを確認しておこう。①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」の下の目的審査においては、文脈を考慮した利益衡量は拒否され、「やむにやまれぬ利益」に該当しうる目的は、破滅的害悪の防止に限定される。これに対して、「天秤を一方に傾けた比較衡量」の下の目的審査においては、文脈を考慮した「総合考慮型の比較衡量（all-things-considered）」が許容され、「やむにやまれぬ利益」に該当しうる目的も、破滅的害悪の防止に限定されない。この、「総合考慮型の比較衡量」を許容するか否かが、両者の本質的違いといえよう。

そこで、ここでは、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」と②「天秤を一方に傾けた比較衡量」を「総合考慮型の比較衡量」を許容するかの区別として再構成して検討する。

１　「総合考慮型の厳格審査の基準」

（１）　ルービンの見解

このような「総合考慮型の比較衡量」をとる学説としてルービン(Peter Rubin)の見解がある。連邦最高裁は、*Adarand* 事件判決において、厳格審査の基準が、

人種に基づく全ての区分に対して適用されるべきことを明らかにした[75]。しかし、ルービンによれば、人種に基づく区分に対して適用される厳格審査の基準は、一様の厳格さを持っているわけではない。

ルービンによれば、「平等条項は、政府目的、及び、利益とコストの間の限界衡量、の両方に関するものである[76]」ところ、人種に基づく区分を「疑わしい(suspect)」ものとし、厳格審査の基準の適用を正当化するものとは、人種の使用によって生ずるコスト、すなわち「危険及び害悪」である。そして、その「危険及び害悪」は、その人種が使用される文脈によって異なり得る。したがって、厳格審査の基準の厳格さとは、「問題となっている人種の使用がもたらすであろう特定の危険及び害悪に依存して」、変化するものであるという[77]。

ここでは、ルービンの挙げる、歴史的に劣位に取り扱われきた人種的マイノリティの差別的取扱いと、このような人種的マイノリティに対するアファーマティブ・アクションとを用いて、彼の議論を整理する。

ルービンによれば、人種に基づく区分に対する厳格審査の基準の適用を正当化する「危険及び害悪」の内容は、多岐にわたる[78]。すなわち、①人種的悪意を理由とした権利の制約のために人種が用いられる危険、②自己の所属する人種集団に利益を与え、その集団に属さない人種に対する利益の付与を否定すること（racial politics）によって人種的悪意を強化する危険が存在する。また、人種に基づく区分には、③人種が誤ったステレオタイプに基づいて使用される危険が存在し、それに付随する害悪として、④否定的なステレオタイプを永続化させる危険、⑤個人としての取扱いの否定につながる危険も認められる。加えて、上記とは区別される害悪として、⑥人種に基づく区分によってもたらされる人種間の不和という害悪、⑦人種に基づき区分されることによって生じる個人の尊厳に対する害悪がある。これらのうち、ルービンによれば、⑥人種に基づく区分によってもたらされる人種間の不和という害悪、そして、⑦人種に基づき区分されることによって生じる個人の尊厳に対する害悪は、人種によって区分されることそれ自体によって生じる。したがって、誰が不利益に取り扱われたかという点や、不利益取扱いの目的等は、この二つの害悪にとって無関係

---

[75] *Adarand*, 515 U.S. at 235.
[76] Peter Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. PA. L. REV. 1, 19 (2001).
[77] *Id.*
[78] *See id.* at 20-23.

である。

人種的マイノリティに対する差別的取扱いには、これらの七つの「危険及び害悪」が全て含まれる。したがって、この類型には、「理論上厳格に過ぎないが事実上致命的」な厳格審査の基準が適用される[79]。具体的には、人種的マイノリティに対する差別的取扱いは、「それが最高度の重要度に位置する目標（goals of the very highest order）に資するものでなければならず（これがすなわち、この文脈において“やむにやまれぬ”政府利益が意味するものである）、そして、他のなんらかの代替手段を用いたとしても、それによって生ずるコストそれ自体が、同等の重要性を持つ目標の毀損となる場合(これは、“厳密に設定された”の考えによってある程度把握される概念にあたる)にのみ許容される[80]」。すなわち、人種的マイノリティに対する差別的取扱いに適用される厳格審査の基準において、「やむにやまれぬ利益」の要件とは、「最高度の重要度」の目的の要求を意味し、そして、手段の必要最小限性の要件とは、引き起こすコストが重大なものでない人種的に中立な手段が存在するのであれば、その中立的な代替手段の使用を要求することを意味する。

これに対して、人種的マイノリティに対するアファーマティブ・アクションの場合には、上記七つの「危険及び害悪」の全てが存在するわけではない。

確かに、人種的マイノリティに対するアファーマティブ・アクションにも、マジョリティに対する利益の否定が含まれる。そのため、⑥人種に基づく区分によってもたらされる人種間の不和という害悪、そして、⑦人種に基づき区分されることによって生じる個人の尊厳に対する害悪は存在する。また、②自己の所属する人種集団に利益を与え、その集団に属さない人種に対する利益の付与を否定すること（racial politics）によって人種的悪意を強化する危険も存在する。人種的マイノリティに対する差別的取り扱いの場合と異なって、「パターナリスティックなステレオタイプ」ではあるものの、人種的マイノリティに対するアファーマティブ・アクションには、③人種が誤ったステレオタイプに基づいて使用される危険があり、加えて、それに付随する害悪として、④否定的なステレオタイプを永続化させる危険、⑤個人としての取扱いの否定の危険も存在する。したがって、*Adarand* 事件判決が示唆する通り、厳格審査の基準を適用する必要がある。

---

[79] *Id.* at 27.
[80] *Id.* at 30.

しかし、人種的マイノリティに対するアファーマティブ・アクションには、(とりわけそれがマジョリティ自身による場合)、①人種的悪意を理由とした権利の制約のために人種が用いられる危険はほとんど存在しない。また、人種的マイノリティと異なり、マジョリティには、差別によって人間の尊厳を否定されてきた歴史も存在しない。したがって、人種的マイノリティに対するアファーマティブ・アクションには、厳格審査の基準の適用を基礎付けるだけの重大な「危険及び害悪」は存在するものの、人種的マイノリティに対する差別的取扱いに比べ、より小さい「危険及び害悪」しか存在しない[81]。

このような違いから、連邦最高裁は、*Bakke* 事件判決から明らかなように[82]、人種的マイノリティに対する差別的取扱いの文脈に比べ、人種的マイノリティに対するアファーマティブ・アクションの文脈における厳格審査の基準の適用を「緩和」させる[83]。「多様性」・「過去の差別を救済すること」という目的は、人種的マイノリティに対する差別的取扱いの文脈においては「やむにやまれぬ利益」足りえないが、アファーマティブ・アクションの文脈においては、「やむにやまれぬ利益」に該当しうる[84]。また、必要不可欠性の審査において要求される LRA の要件も、アファーマティブ・アクションの文脈においては、「多様性」と大学の学問上の水準の維持の両方を同時に達成する手段で足りるのであって、その一方の目的を犠牲にする手段の考慮を要求しない。すなわち、人種的マイノリティに対するアファーマティブ・アクションの文脈において、LRA の要件は、「アファーマティブ・アクションを目的とした人種の使用は、政府の目標を、*他の重要な政府目的を妥協することなく*達成する、最も制限的でない手段であることのみ[85]」を要求するもので足りる。

以上の分析を通じ、ルービンは、人種に基づく分類によって生じるコストを、

---

[81] *Id.* at 32.

[82] Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). この判決では、医学校の入試において、定員 100 名のうち、16 名分を少数人種枠として割当てるアファーマティブ・アクションの合憲性が争われた。キャスティング・ボードを握ったパウエル裁判官は、本件入試プログラムに対して、厳格審査を適用した。本件入試プログラムが割当制を取っていることを理由に、手段の必要最小限性を否定し、結論としては違憲と判断したものの、パウエル裁判官は、第一修正に由来する学問の自由の重要性を強調し、学生集団の多様化による教育上の利益を得ること、という目的の「やむにやまれぬ利益」該当性を肯定した。

[83] Rubin, *supra* note 76, at 37.

[84] *See id.* at 34-36.

[85] *Id.* at 36.

文脈を問うことなく一律に、「実質的に決して乗り越えられないほどに大きい[86]」ものとして扱うことを否定する。厳格審査の基準は、政府による人種の使用を自動的に違憲とするような「紋切り型で柔軟性のない（a rigid cookie-cutter）[87]」ものとして扱うべきではない。「種々の人種の使用は、まさに、それに応じた異なった危険及び害悪を提示する」のであるから、「人種が使用される文脈に基づいて異なるアプローチ[88]」を用いるべきというのである。

（２）　検討

このようにルービンは、厳格審査の基準の適用に際して、人種の使用される文脈を考慮することを主張する。

しかし、この見解にも問題がないわけではない。まず、ルービンのように、厳格審査の基準の適用を文脈によって緩和させた場合、厳格審査の基準の定式までもが、その文脈によって変更してしまう。

また、ファロンが指摘するように、「総合考慮型の厳格審査の基準」には、合理性の基準の厳格審査の基準への接近化、厳格審査の基準の合理性の基準への接近化という問題も存在する[89]。さらに、ヴォロクによれば、「総合考慮型の厳格審査の基準」には他にも、以下の二つの問題がある。一つ目は、「総合考慮型の厳格審査の基準」と理解する解釈上の根拠が欠けることである。というのも、厳格審査の定式（目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査と、手段の必要最小限性の審査）の中には、“balancing”との文言が含まれておらず、連邦最高裁の判決の中に、明示的にこのような解釈をとったものは無いからである。つまりヴォロクによれば、このような解釈は、裁判所の伝統的理解に相違する[90]。二つ目は、「総合考慮型の厳格審査の基準」を採用した場合、目的審査における利益衡量が当該立法の合憲性判断の中心的要素となり、裁判所に対して、ある立法を違憲と判断する広範な裁量を与えてしまうおそれがあるとの問題である[91]。

---

[86] *Id.* at 52.
[87] *Id.*
[88] *Id.*
[89] 第 2 章の注(16)-(31)の本文参照。
[90] Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417, 2438-39 (1996).
[91] *Id.* at 2440.

２　「非−総合考慮型の厳格審査の基準」

（１）　ヴォロクの見解

以上の理由から、ヴォロクは、判例における厳格審査の基準を「総合考慮型の厳格審査の基準」として捉えることには否定的である。彼によれば、目的審査において、裁判官は、政府の目的の重要性のみに焦点を当てるべきこととなる。そして、目的が「やむにやまれぬ利益」にあたれば目的審査は終了し、そのまま手段審査に移る[92]。ヴォロクによれば、厳格審査の基準における利益衡量は、＜「（憲法上の権利：引用者）は、やむにやまれぬといえない利益に優先する；しかし、当該利益がやむにやまれぬといえ、かつ、当該法がそのために厳密に設定されているといえる場合、その天秤は反対側に傾くことになる」＞という形で、いわば「紋切り型」に行われるべきとされる[93]。

ヴォロクは、目的審査において利益衡量をすることの問題点と厳格審査の基準の適用が「紋切り型」で行われるべきことを指摘する。しかし、判例における厳格審査の基準を、ヴォロクのように理解することにも賛成し難い。ヴォロクの見解は、判例における厳格審査の基準を「非−総合考慮型の厳格審査の基準」に一元化し、その上で、この基準の適用例を、合憲判決も含めて、統一的に説明することを試みる。しかし、この理解では、判例における厳格審査の基準の各構成要素は逆に厳格さを失う結果となる。そのため、厳格審査の基準自体も、言論の自由の諸原理に従えば本来違憲とされるべきものを合憲とするような厳格さを失った基準となってしまった。以下、厳格審査の基準の各構成要素に対するヴォロクの判例理解とその問題点について、彼の用いる二つの架空の法令（暴動賛美禁止法と有害図書販売禁止法）の検討を通じ、検討する。

・ 暴動賛美禁止法

暴動を賛美すること（例えば、暴動のことを「革命」と表現すること[94]など）には、人々の暴動参加への抵抗感を減少させるおそれがあると認められたとしよう。そこで、政府が、暴動を賛美する言論を法令によって禁止したとする。この法令は、*Brandenburg* 事件判決[95]を前提とすれば、違憲とされ

---

[92] *Id.* at 2439.
[93] *Id.* at 2439-40.
[94] *See id.* at 2432.
[95] Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969)（犯罪・破壊工作・違法なテロ行為

るべきものであるが、厳格審査の基準の下においても違憲となるか。

まず、ヴォロクによれば、当該法令の目的は、暴動に付随する暴力による死傷結果および個人の財産の破壊の防止といえ、「やむにやまれぬ利益」にあたることに疑いはない[96]。

次に、当該手段（暴動賛美の禁止）が目的のために「厳密に設定されている」かが問題となるが、ヴォロクによれば、この要件も満たされる。警察権力の存在しないところでは、暴力的行為への抑止力は当該個人の良心にゆだねられるところ、暴動の賛美によって良心が操作されることは十分に考えられる。それ故、暴動賛美が将来の暴動を容易にし、よって当該暴動による侵害をより深刻にすることは十分に説得的[97]であって、暴動賛美の禁止は目的を促進する[98]。

また、判例上、過大包摂とは、当該法律が、事後的に振り返ってみて目的を促進しない個別具体的な対象を含むことを意味しない。過大包摂性の審査をくぐり抜けるためには、法によって選び出された対象に目的を阻害する「可能性」があれば足りる[99]。確かに、禁止される暴動の賛美の中には、結果として目的を促進しないものも含まれ得るかもしれない。しかし、かかる過大包摂の理解からは、結果として目的を促進しない暴動賛美の禁止であっても、暴動を容易にする可能性が認められるため、過大包摂には当たらない[100]。

そして、既に秩序が破壊された後では、法は有効に機能し得ない。そのため、暴動の賛美ではなく暴動自体を禁止することは、暴動賛美を禁止することと同程度に有効な手段とはいえない。それ故、暴動の禁止が「最も制限的でない手段」であって、暴動賛美の禁止は、これにあたらないとの批判も妥

の唱導を違法とする州法を、いわゆるブランデンバーグ法理（「言論の自由及び出版の自由に対する憲法上の保障は、州に対して、暴力の使用、あるいは、違法行為の使用の唱導を差し止めること、あるいは、禁止することを、当該唱導が差し迫った違法行為を扇動ないし生ぜしめることに向けられており、かつ、かかる行為を実際に扇動ないし生ぜしめる蓋然性の認められる場合を除いて、許していない」）の適用によって違憲と判断した判例）.

[96] Volokh, *supra* note 90, at 2432.

[97] *Id.* at 2432-33.

[98] *Id.* at 2433.

[99] *Id.* 2430; *see also Burson*, 504 U.S. at 207, 209; *Austin*, 494 U.S. at 661.

[100] Volokh, *supra* note 90, at 2433-34.

当しない[101]。

最後に、過小包摂性が問題となるが、当該法令は目的と関係する暴動の賛美すべてをその対象にしており、その点で過小包摂は認められない。また、強姦、殺人、強盗等の賛美が対象とされておらず、暴動の賛美のみが対象とされているが、暴動は他の犯罪と比べ、一度秩序が破壊されてしまうと刑罰による威嚇が十分に機能しない点で特殊といえる。それゆえ、暴動の唱導のみを規制することも認められよう。これと同様に考えると、暴動に対して寛容な態度を示すことは、他の犯罪に対して寛容な態度を示すことよりも特に危険性が高い。つまり、暴動の賛美だけを選び出していることは過小包摂の問題とは関わりがない[102]。以上より、ヴォロクによると、既存の判例法理を前提とすれば、暴動賛美法は厳格審査の基準をくぐり抜けてしまう。

・ 有害図書販売禁止法

成人にとってわいせつとはいえないが、年少者（minor）に対して有害と考えられている性的な図書を、年少者に販売することはもちろん、成人に販売することも併せて禁止する法律が制定されたとする。このような法律は、*Bulter* 事件判決[103]を前提とすれば、疑いなく違憲とされよう。問題は、この法律に現在の厳格審査の基準を適用するとどうなるかである。

Sable 事件判決を前提とすれば、「成人を基準とすればわいせつとはいえないが、（みだらな：引用者）文書の影響から年少者を保護[104]」することは「やむにやまれぬ利益」に当たる。

そこで、次に、当該法令の手段の審査に移る。有害図書の販売を禁止すれば有害図書が年少者の手に渡ることを防止できるため、当該法令の手段は、目的を促進する。また、これらの有害図書には年少者に対して悪影響を及ぼす可能性があるため、当該法令は過大包摂にも当たらず[105]、また、過小包摂にも当たらないだろう。そうすると、問題は、*Sable* 事件判決と同じく「最

---

[101] *Id.* at 2434.
[102] *Id.* at 2435.
[103] Bulter v. Michigan, 352 U.S. 380 (1957)（未成年者(children)にとって有害な図書類の販売を、未成年者に対してのみならず、成人に対する販売も併せて、一律に禁止する州法を、一律禁止という手段が未成年者の保護という目的との関係で十分に制限されていないこと、かかる州法を前提とすれば、成人の触れることのできる図書類の範囲が未成年者にとって無害なものに限定されてしまうこと、を理由に違憲とした判例）.
[104] *Sable*, 492 U.S. at 126.
[105] Volokh, *supra* note 90, at 2438.

も制限的な手段」といえるかに集中しそうである。しかし、利用者に対して、逐一、クレジットカードによる認証手続きという手段を用いることができた性的な電話サービスと異なり、図書の場合には、一度成人を含む個人の手にわたると、そこから年少者の手に渡るおそれがあり、かつ、その防止は困難である。したがって、クレジットカードによる認証手続きや年少者に対してのみの販売禁止は、有害図書販売の全面禁止と同程度に効果的とはいえない[106]。故に、有害図書の販売禁止は「最も制限的でない手段」であって、当該法令は、厳格審査の基準をくぐり抜ける。

（２）　検討

以上のように、ヴォロクの理解によれば、直感的には違憲とされるべきであるが、厳格審査の基準を適用しても合憲とならざるを得ない事例が生ずる。厳格審査の基準にはこのような誤った結論を導く危険があり[107]、もしこのような結論を回避しようとすれば、厳格審査の基準を忠実に適用することを避け、ねじ曲げて適用しなければならなくなる[108]。この点において、厳格審査は不十分であると、ヴォロクは指摘する。厳格審査の基準の適用に際し、事案ごとに修正が必要となれば、厳格審査の基準は、連邦最高裁判所・下級裁判所の裁判官、立法者および行政担当者の行動指針たる性質を損ない、また、判決の予測のつきにくいものとなってしまう[109]。

このような事態の解決のため、ヴォロクは、このような法令が違憲となるのは、厳格審査の基準の適用の結果ではなく、言論の自由の諸原理自体が禁止していることを理由とすべきであって、厳格審査の基準は修正されるべきであると論ずる。すなわち、厳格審査の基準には、「許される形で設定されている(Permissible Tailoring)」の要件が追加されるべきであり、それによれば、厳格審査の基準とは、「やむにやまれぬ政府利益のために」、「厳密に設定されて」おり、かつ、「それが、憲法理論と調和する形で当該政府利益を促進すること」を要求する基準とされる[110]。

暴動賛美禁止法が違憲とされるのは、「やむにやまれぬ政府利益のために」、

---

[106] *Id.* at 2437-38.
[107] *Id.* at 2441.
[108] *Id.* at 2441-42.
[109] *Id.* at 2443.
[110] *Id.* at 2455.

「厳密に設定されて」いないからではない。*Brandenburg* 事件判決により、言論の自由が保護されるのはまさに言論の持つ説得的な効果のゆえであって、政府が政治的唱導の説得的効果を減殺してはならないことが憲法上要求されているから、この法令は違憲とされるのである[111]。同様に、有害図書販売禁止法が違憲とされるのも、「やむにやまれぬ政府利益のために」、「厳密に設定されて」いないからではない。*Bulter* 事件判決により、成人を基準とすればわいせつにはあたらないが年少者にとっては有害な図書を、成人の手から完全に奪うことが憲法上禁止されるから、この法令は違憲とされるのである[112]。これらが、ヴォロクのいう、「言論の自由の諸原理自体が禁止していることを理由」とすること、あるいは、「憲法理論と調和する形で当該政府利益を促進すること」、である。

ヴォロクの見解は、「not-all-things-considered」な観点から、言論の自由の領域における厳格審査の基準の適用例を、例外的な合憲判決との矛盾を生ぜしめないように、統一的に整理することを試みたものといえる。しかし、そのことが却って、かかる解釈の限界を示したともいえよう。かかる厳格審査の基準の理解の下では、目的審査での利益衡量は拒否され、ある利益が「やむにやまれぬ利益」にあたるかは一対一対応で決定される。裁判において、A という利益が問題となった場合、それは「A という利益である」ことを理由に、いかなる事案においても「やむにやまれぬ利益である」と評価される。また、B という利益が問題となった場合、それは「B という利益である」ことを理由に、いかなる事案においても「やむにやまれぬ利益ではない」と評価される。かかる解釈のもとでは、ある利益がひとたび「やむにやまれぬ」と評価された場合、判例の先例拘束性も相まって、目的審査での違憲判断の途が閉ざされる。ヴォロクのように、手段審査に新たな要件（ヴォロクでいう「許される形で設定されていること」）を要求しない限り、先の二つの架空の事例の判決は、手段審査での認定が不自然な違憲判決（例えば、暴動の賛美によって秩序が破壊された後の公権力による暴動の禁止が「より制限的でない手段にあたる」との理由に基づく違憲判決）、あるいは先例と矛盾する合憲判決（*Brandenburg* 事件判決・*Bulter* 事件判決と矛盾する合憲判決）とならざるを得ない。

---

111 前掲注(95)参照。
112 前掲注(103)参照。

3　小括

以上、利益衡量の方法につき、概観した。

文脈を考慮した利益衡量を許容する「総合考慮型の厳格審査の基準」には、「紋切り型で柔軟性のない」審査からの脱却を可能とする長所がある。しかし、「総合考慮型の厳格審査の基準」には、同時に、合理性の基準の厳格審査の基準への接近化、厳格審査の基準の合理性の基準への接近化という問題、加えて、裁判所に対し立法を違憲とする広範な裁量を与えるおそれがあるという短所がある。

他方、文脈を考慮した利益衡量を拒否する「非−総合考慮型の厳格審査の基準」にも、却って、厳格審査の基準の厳格さを失わせるおそれがある。そして、これは、利益衡量につきあらかじめ何らかの基準を設けること、すなわち、「やむにやまれぬ利益」を定義づけることの困難性を意味する。「やむにやまれぬ利益」を、あまりに厳格なものとして定義付ければ、厳格審査の基準は、オコナーが *Adarand* 事件判決で決別しようとした、「理論上厳格に過ぎないが事実上致命的」なものに留まり続ける[113]。したがって、仮に、言論規制を課すべき何らかの具体的問題が生じたとしても、厳格審査の基準が適用される限り、その規制を合憲とすることは困難となる。しかし、もし現実の規制の必要性に対応し、緩やかなものとして定義づけることによって、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性を簡単に肯定したならば、以後、厳格審査の基準はその厳格さを失い、軟化する。それでは、「やむにやまれぬ利益」を厳格なものとして維持しつつも、事実認定によって、ある目的を「やむにやまれぬ利益」と評価することによって、厳格審査の基準の軟化は回避できるか。判例の先例拘束性を前提とすれば、以後、その目的は「やむにやまれぬ利益」であると判断されることになると予測されるため、厳格審査の基準の軟化は避けられない。

第 3 節　複合的な基準として理解する見解　−アダムスの見解−

以上見てきたように、厳格審査の基準を不法な動機のテストとして理解する見解にも、利益衡量の基準として理解する見解にもそれぞれ問題がある。どちらの解釈にも問題がある以上、厳格審査の基準を、利益衡量と不法な動機のテストとの複合的な基準であると理解する見解が現れることは自然な流れといえる。

---

[113] 第 1 章の注(45)の本文参照。

例えばアダムス（Michelle Adams）は、*Grutter* 事件判決のオコナー法廷意見・*Gratz v. Bollinger* 事件判決[114]のレンキスト法廷意見の検討を通じて、厳格審査の基準とは、利益衡量と不法な動機のテストの複合であると述べる。

Grutter 事件判決において、オコナーは、厳格審査の基準の目的が不法な動機の燻り出しにあることを明らかにした。しかし、それと同時に、オコナーは、「高度に疑わしい手段の使用を正当化しうるほどの十分な重要性(important enough）が［政府］の追求している目標に存在することを確保することによって[115]」、との留保をつけている。また、「“政府がある個人をその人種を理由に不平等に取り扱うときは常に、当該個人は、憲法の保障する平等の文言及び精神が直接取り扱うある侵害を被ってきた”[116]」とも述べている。アダムスによれば、オコナーが、得られる利益の重要性と害悪の存在に着目したことは、*Grutter* 事件判決において、厳格審査の基準が、実質的に、利益衡量の基準として用いられたことを示唆する[117]。

もっとも、アダムスによれば、厳格審査の基準は単なる利益衡量の基準ではない。確かに、*Grutter* 事件判決は、目的の「やむにやまれぬ利益」該当制判断において、アファーマティブ・アクションによってもたらされる社会的な利益（多様性によってもたらされる教育上の利益）と、これによって生ずる個人に対する害悪（白人入学希望者が自己の能力によって評価されるのではなく、ある人種集団に属していているかによって評価されるという害悪）を考慮した[118]。この意味において、*Grutter* 事件判決の「やむにやまれぬ利益」の基準は、得られる利益と失われる利益の衡量のために採用されたのであって、そこでは、個人に対する害悪と社会的な利益とが衡量された[119]。

しかし、*Grutter* 事件判決・*Gratz* 事件判決の手段審査は、アファーマティブ・アクションによってもたらされる社会的な利益と、これによって生じる個人に対する害悪を衡量しない。ここでは、むしろ、社会的な利益と社会に対する害悪とが衡量されている。*Grutter* 事件判決において、人種を単なる「プラス」の要素とする手段は、各志願者を個人として考慮するに十分な柔軟性を有してい

---

114 539 U.S. 244 (2003).
115 *Grutter*, 539 U.S. at 326 (*quoting Croson*, 488 U.S. at 493).
116 *Id.* at 327 (*quoting Adarand*, 515 U.S. at 229-230).
117 Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 TUL. L. REV. 1941, 1949 (2004).
118 *Id.*
119 *Id.* at 1952.

ることから、「やむにやまれぬ利益」のために「厳密に設定されている」と認められた[120]。これに対して、*Gratz* 事件判決においては、20 ポイントの割当制という手段に「“人種という要素を決定的なもの”とする効果[121]」が存在することから、このような手段は、「やむにやまれぬ利益」のために「厳密に設定されている」とはいえないとされた。このような結論の差異は、連邦最高裁が、アファーマティブ・アクションが個人に対して及ぼす影響力よりも、アファーマティブ・アクションが「人種が実際に過度に用いられているというメッセージを送る[122]」ことによって生ずる、社会に対する害悪を重視していることに由来する。そして、このような形で社会的な利益と社会に対する害悪とを衡量した場合、厳格審査の基準の、手段の必要最小限性の基準は、「単にロー・スクールのアファーマティブ・アクションに基づくプランが白人の入学志願者個人に対して及ぼすインパクトを最小限にすることを確保する機能を果たすのみならず、不適切で、人種的な不和を引き起こすメッセージを送るような何らかのプランを燻り出す機能を果たす[123]」とアダムスは結論付けている。

このように、アダムスによれば、厳格審査の基準は、利益衡量、及び、燻り出しという二つの機能を有する。もっとも、ここでの燻り出しは、「単純な許されない動機やステレオタイプの燻り出しというよりはむしろ、人種に基づく許されない外観やメッセージを引き起こす政府行為の燻り出し」へと修正されている[124]。

第 4 節　小括

以上、厳格審査の基準につき、学説における厳格審査の基準の機能に関する議論を概観した。

前述のように、厳格審査の基準の機能に関する議論は、大きく、＜厳格審査の基準は利益衡量のための基準であるか？＞という対立と、＜利益衡量の方法について＞の対立という、二つの対立として捉えることができる。

---

[120] *Grutter*, 539 U.S. at 334.
[121] *Gratz*, 539 U.S. at 272.
[122] Adams, *supra* note 117, at 1954.
[123] *Id.* at 1953; *see also* Vicki C. Jackson, *Being Proportional about Proportionality*, 21 CONST. COMMENT. 803, 830 n. 82 (2004); Fried, *supra* note 61, at 63（得られる利益と失われる利益の均衡が、不法な目的の燻り出しを助けることを指摘する）.
[124] Adams, *supra* note 117, at 1947.

1　＜厳格審査の基準は利益衡量のための基準であるか？＞

＜厳格審査の基準は利益衡量のための基準であるか？＞においては、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解する見解につき検討した。厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解する見解には、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査と手段の必要最小限性の審査との関係性を説得的に説明できるという特徴があるものの、同時に、厳格審査の基準を文字通りの“厳格”な基準として捉えることができないという批判も向けられていた。

また、厳格審査の基準を「不法な動機のテスト」として理解する見解も、一部を除いては、厳格審査の基準の適用において、利益衡量を行うことを否定しているわけではない。むしろ、これらの見解の中にも、「不法な動機」の審査に際して、利益衡量をうまく取り込む見解が存在する。したがって、ここでの対立は、結局のところ、裁判官の判断代置との誹りを免れるためには、どのような利益衡量がふさわしいのかという、利益衡量の方法に関する議論へと収斂する可能性がある。すなわち、厳格審査の基準における利益衡量とは、何らかの「基準を伴った利益衡量」であるべきではないのかという議論である。

2　＜利益衡量の方法について＞

利益衡量の方法に関しては、「総合考慮型(all-things-considered)の比較衡量」を許すべきかという観点から、これを許容する「総合考慮型の厳格審査の基準」と、これを許容しない「非–総合考慮型の厳格審査の基準」という二つを検討した。

「総合考慮型の厳格審査の基準」は、厳格審査の基準の適用に際して、その適用される文脈（たとえば、黒人に対する不利益取り扱いであるのか、それともアファーマティブ・アクションであるのか）を考慮する。しかし、このような見解には、合理性の基準の厳格審査の基準への接近化、厳格審査の基準の合理性の基準への接近化という問題が存在する。また、「総合考慮型の厳格審査の基準」を採用した場合、目的審査における利益衡量が立法の合憲性判断の中心となり、裁判所に対して広範な裁量を与えてしまうおそれもある。

これに対して、「非–総合考慮型の厳格審査の基準」の下においては、目的審査では、目的の重要性のみに焦点が当てられ、文脈は考慮されない。つまり、ある利益が「やむにやまれぬ利益」に当たるかは、一対一対応で決定される。したがって、厳格審査の基準の利益衡量は、＜ある目的が「やむにやまれぬ」

といえ、かつ、手段がその目的のために厳密に設定されているといえる場合、合憲となる＞という形で、いわば「紋切り型」に行われる。「非−総合考慮型の厳格審査基準」では、裁判官に与えられる裁量の余地は、「総合考慮型の厳格審査の基準」の場合に比べて小さくなる。しかし、このような見解には、直感あるいは先例に照らせば違憲とされなければならない法令が、政府の主張する目的につき、「やむにやまれぬ利益」該当性を肯定した先例が存在することを理由として、合憲と判断せざるを得ない場合が生ずる危険がある（暴動賛美禁止法・有害図書販売禁止法の例）。このことは、「非−総合考慮型の厳格審査基準」の限界を示すものといえる。

つまり、厳格審査の基準を利益衡量の基準として理解する見解は、一方において、「総合考慮型の比較衡量」を採用した場合には、裁判所に広範な裁量を認める欠点を抱えており、他方において、「総合考慮型の比較衡量」を否定した場合、判例の先例拘束性から、デッドロックに陥る危険がある。

第６章　比例性審査との接合可能性 −ファロンの見解−

以上において、以前から主張されていた厳格審査の基準の解釈につき検討してきた。しかし、近年、厳格審査の基準の解釈につき、いわゆる比例性審査との接合を図る形で、新しい理解が主張されるようになった。ファロンは、その代表的な論者といえるだろう。

ファロンは、ドイツ・カナダ・イスラエル等の裁判所で採用される比例性審査の中に、厳格審査の基準を「再定位[1]」することを主張する。ファロンによれば、ドイツ等の裁判所で採用される比例性審査は、共通して、三つの諸要素を包含する[2]。しかし、ここで比例性審査の骨子としてファロンが意味するのは、「限界分析における危険性回避の向上度合い、あるいは、限界分析における害悪発生の蓋然性の減少度合いが、利用可能ではあるが一般に有効性の点で劣るとされる代替手段に照らして見た場合に、基本的諸権利の侵害を十分に正当化するか[3]」の審査である。ファロンは、従来の厳格審査の基準では困難であった、得られる利益と失われる利益の「限界分析」の可能性を、比例性の審査の中に見出したのである。

それでは、従来の厳格審査の基準では困難であった、得られる利益と失われる利益の「限界分析」とは何か。これを理解するためには、まず、厳格審査の基準の各構成要素に関し、判例・学説上、合意に至っていない二つの問題を検討しなければならない。それは、＜どのような利益が「やむにやまれぬ」と評価されるべきか＞という問題と、＜いかなる過小包摂、過大包摂であれば許容しうるのか＞という問題とである。

第１節　＜どのような利益が「やむにやまれぬ」と評価されるべきか＞

「やむにやまれぬ利益」の要件の問題点を、ファロンは、「政府利益の一般性の度合い」という観点から説明する。

---

[1] 「再定位」との表現は、駒村教授のファロンに対する評価から拝借した。駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」法教 338 号 50 頁（2008）。

[2] ①手段が目的を促進するかの審査、②“必要性の原則（the principle of necessity）”（ドイツ）あるいは“最も制限的でない手段のテスト（the least injurious means test）”（イスラエル）と呼ばれる審査、そして、③“*狭義*の比例性の審査（proportionality *stricto sensu*）”（ドイツ）あるいは“比例的な手段のテスト（proportionate means test）”（イスラエル）と呼ばれる審査である（Fallon, *supra* note 1, at 1295-96）。

[3] *Id.* at 1336. ファロンの主張は、あくまで、比例性審査との「類似性」を指摘するものであって、「同一性」を指摘するものではないことに注意しなければならない（*id.* at 1333）。

1　アファーマティブ・アクションの場合

例えば、判例上、アファーマティブ・アクションの事例においては、公教育の「多様性」が、「やむにやまれぬ利益」として認められ得る。しかし、「多様性」といっても、様々なレベルで定義することが可能である。すなわち、より広く「人種の多様性」と定義付けることも、それとも、より狭く限定的に「人種の多様性に基づく物の見方の多様性」と定義付けることも可能である。もし仮に、「人種的差異に基づく物の見方の多様性」と捉えるならば、「人種的差異」は、「物の見方の多様性」にとって「影響を与えるかもしれない」ものにすぎない。このような関係性だけで、「やむにやまれぬ利益」とはおそらく認められないであろう。

また、もし仮に、人種に基づくアファーマティブ・アクションを用いること無く、「多様性」を達成できる場合に、＜「多様性」と「当該大学の学問上の水準の維持」を同時に達成すること＞を「やむにやまれぬ利益」と認めることができるのかについても必ずしも明らかでない。例えば、「多様性」は、入学試験の評価において、高校での成績および入学試験の点（学力）の比重を小さく設定し、逆に、学力以外（人種を含む）の事由全体の比重を相対的に大きく設定することによっても達成可能かもしれない。しかし、この場合、教育水準が必ずしも高くない人種の生徒の入学も容易となるのであるから、大学の学問上の水準は、人種に基づくアファーマティブ・アクションを用いた場合よりも低下する。したがって、この場合に人種に基づくアファーマティブ・アクションを用いるためには、＜公教育の「多様性」＞ではなく、＜「多様性」と「当該大学の学問上の水準の維持」を同時に達成すること＞が「やむにやまれぬ利益」として認められなければならない[4]。しかし、このように複数の目的を同時に追求する場合の審査方法につき、判例は、必ずしも明らかにしていない。

加えて、判例は、公教育の「多様性」が、本来的に程度問題であるということを看過している。すなわち、「多様性の達成」それ自体が「やむにやまれぬ利益」となるのか、それとも、「ある特定のレベルで定義された多様性への到達、あるいは特定量の多様性の促進」、言い換えるならば、「多様性を現在のレベル（それは少なくとも 0 ではない）から、他のより高いレベルに向上させること」

[4] *See* Richard H. Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1324 (2007). 第 5 章の注(85)の本文も併せて参照のこと。

が「やむにやまれぬ利益」となるのかにつき、判例は明らかにしていない[5]。

２　青少年保護規制の場合

この「政府利益の一般性の度合い」は、アファーマティブ・アクションに固有のものではない。性的にあからさまなテレビ番組からの青少年保護においても同様の問題が存在する。確かに、「重大な害悪からの青少年の保護」が「やむにやまれぬ利益」に該当することに争いはないであろう。しかし、このような審査には二つの問題点がある。

第一に、立法目的を、抽象的に「重大な害悪」とだけ措定し、害悪の内容、発生原因につき限定が無い広いものと認定すれば立法事実の有無につき審査などできず、このような立法目的の認定は意味の無いものとなる。青少年の保護の事例に即していえば、性的にあからさまなテレビ番組には害悪を引き起こす蓋然性がどの程度存在するのか、および、その性的にあからさまなテレビ番組が引き起こす特定の害悪（この事例においては、短期的、あるいは長期的にみて懸念される、子供の発達に対する心理学的観点からの害悪）の防止に「やむにやまれぬ利益」があるのかが検討されるべきである[6]。

第二に、このような抽象的な審査では、青少年にも、性的にあからさまなテレビ番組の影響を特に受けやすい者から、逆に、あまり影響を受けない者まで、個性様々な者が存在するとの考慮が抜け落ちる。性的にあからさまなテレビ番組によって青少年が被る害悪も程度問題であって、ほぼ全ての青少年に共通するような害悪の発生を事前に観念することなどおよそ不可能である[7]。害悪の発生の防止がオールオアナッシングではなく程度問題であることから、立法の目的をどのように認定すべきか（単に、ある害悪の防止が「やむにやまれぬ利益」に当たるかを問うのか、それともある害悪をある程度において防止することが「やむにやまれぬ利益」に当たるかを問うのか）につき疑問が生じる。

第２節　＜いかなる過小包摂、過大包摂であれば許容しうるのか＞

次に、手段の必要最小限性の審査の、＜いかなる過小包摂、過大包摂であれば許容しうるのか＞が明らかでないという問題点につき確認する。例えば、母体の保護を規制目的として中絶を制限する法律は、妊娠中絶と同程度に母体に

---

[5] *Id.* at 1324.
[6] *Id.* at 1324-25.
[7] *See id.* at 1325.

対して悪影響を及ぼし得る喫煙や飲酒、バイクへの乗車を規制していない点が許されない過小包摂に該当するとして、違憲と判断されるべきであろうか[8]。また、戦時中、ある人種によるサボタージュの計画が明らかとなったため、軍がその人種の強制隔離を行った場合、この手段は、他にサボタージュを防止する方法がなかった（すなわち、強制隔離は、サボタージュ防止という目的の「最も制限的でない手段」にあたる）としても、当該命令の対象にサボタージュに関与しない者を含む点が許されない過大包摂に当たるとして、違憲と判断されるべきであろうか[9]。しかも、法令を過大包摂に当たるとして違憲と判断した連邦最高裁判例の中には、法令の採用した手段と同等に立法目的を促進する、より制限的でない他の選び得る手段の存否を検討していないものも存在する[10]。連邦最高裁は、過大包摂性の審査と「最も制限的でない手段」の審査との関係性ついても明確にはしていないのである。

第３節　比例性審査の中に「再定位」した厳格審査の基準

１　具体的な審査手法について

以上において、厳格審査の基準を検討するに際して明らかにされなければならないことが、＜どのような利益が「やむにやまれぬ」と評価されるべきか＞という問題と、＜いかなる過小包摂、過大包摂であれば許容しうるのか＞という問題とであることを確認した。ここで、ファロンが問題視する、従来の厳格審査の基準に存在する、得られる利益と失われる利益の「限界分析」の困難性とは何かに戻る。それは、厳格審査の基準を、目的審査と手段審査という「二つの不連続な（discrete）部分[11]」から構成されるものと捉えたため、「政府のやむにやまれぬ目的という観点、当該争われている手段(policy)によってそれらの政府利益を達成できる見込みという観点、そして、同一の目標を追求する他の利用可能な代替手段という観点から、保護された権利の侵害に付随する危害あるいは侵害が憲法上許容可能かどうか[12]」を、事案に即して具体的に審査することが困難となったことをいう。これは、厳格審査の基準の下における憲法判断が、抽象的に目的の重要性を審査し、これが肯定できた場合には、用いられた

---

[8] *See id.* at 1327; *see also* Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
[9] 第 1 章の注(64)-(66)の本文参照。
[10] Dunn v. Blumstein, 405 U.S. 330, 359-60 (1972); *see also* Fallon, *supra* note 4, at 1328-29.
[11] Fallon, *supra* note 4, at 1332.
[12] *Id.* at 1330.

手段に過大包摂・過小包摂が存在しないかを審査するという、事案から離れた極めて抽象的な審査に陥っていることの問題と言い換えることができるかもしれない。

それでは、このような抽象的な審査を回避するためには、厳格審査の基準はどのように適用されるべきか。ファロンは、厳格審査の基準を「目的と手段の評価が同時に行われる、流動的で、双方向的な(two-way traffic)もの[13]」として理解することを主張する。ファロンは、目的審査の「やむにやまれぬ利益」の要件が“程度問題”であることを真正面から認める。すなわち、目的審査において重要なものとは、抽象的に措定された利益の重要性ではなく、「危険性あるいは害悪発生の蓋然性の具体的な減少量（specific quantum of reduction）[14]」である。したがって、目的審査において問われるべきものも、「危険性あるいは害悪発生の蓋然性を、争われている規制によって見込まれる程度において減少させることに、やむにやまれぬ政府利益が認められるか[15]」となる。このようなファロンの目的審査の枠組みにおいては、たとえ青少年の保護という、一見すると「やむにやまれぬ利益」該当性が認められそうな目的であっても、常に目的審査をくぐり抜けるわけではない。例えば、性的にあからさまテレビ番組に長時間触れることが、一定の割合（例えば１０万人に１人割合）の青少年に対して、深刻な害悪を及ぼすこと、そして、午前６時から午後１０時までの間、性的にあからさまなテレビ番組の放送を禁止することによって、この害悪の発生件数を半分に抑止できるとのデータが存在するとしよう。この場合においても、目的審査において問われるべきは、青少年保護という抽象的な目的に「やむにやまれぬ利益」が認められるかではない。「害悪（あるいはその危険）を、政府が当然に達成を望んでもよいような、一定量において減少したこと（achieving the limited quantum of reduction）につき、やむにやまれぬ政府利益が存在するか[16]」である。

これにしたがって、手段の必要最小限性の審査においても、「完全に達成することが不可能である[17]」抽象的な目的と手段との適合性が問われるのではなく、上記のように、より具体的に絞り込まれた目的と手段との間の適合性が問われ

---

[13] *Id.* at 1333.
[14] *Id.* at 1325.
[15] *Id.*
[16] *Id.*
[17] *Id.* at 1332.

ることになる。具体的には、手段の必要最小限性の審査において重要となるのは、「理論上、より制限的な手段」が存在するか否かではない。このような「理論上」の「より制限的な手段」は、しばしば、「実際には、より実効性に欠ける」ものとなりがちである。ここで問われるべきものとは、「保護された権利への制限がより小さいにもかかわらず、ほぼ同量の危険性の減少を達成することができる、より制限的でない代替手段が存在するか否か[18]」である。そして、過大包摂性・過小包摂性の審査においても、このような「より制限的でない代替手段」の存否が考慮される。すなわち、「ある特定程度における制定法の過小−過大包摂が許されるかを決定するに際して、裁判所は、政府のやむにやまれぬ目的という観点、当該争われている手段によってそれらの政府利益を達成できる見込みという観点、そして、同一の目標を追求する他の利用可能な代替手段という観点から、保護された権利の侵害に付随する危害あるいは侵害が憲法上許容可能かどうかを審査しなければならない[19]」のである。

2　特徴

このように、ファロンは、従来抽象的な審査に陥りがちであった、厳格審査の基準につき、その枠内において[20]、具体的事実に即した審査を行う可能性を示した。かかる見解は、憲法問題に直面した裁判官の思考過程を理解するにあたり、非常に有益であるように思われる。裁判官がある法令の合憲性を審査するに際して、法令の目的・手段を完全に切り離して評価しているとは想定しがたい。実際には、「ある法令の目的を A であると解釈したならば、それに対する手段は必要最小限といえるが、仮に、B であると解釈したならば、必要最小限とは言えない」というように、目的・手段の考察を「流動的」かつ「双方向的」に行っていると思われる。

それでは、ファロンの言う比例性審査の観点が有用となる場合とはいつか。具体的には、以下の二つの側面において、問題となる。

第一に、ファロンのいう、「目的と手段の評価が同時に行われる、流動的で、双方向的な」審査はどのような場面で用いられるべきであろうか。この点につ

---

[18] *Id.* at 1331.
[19] *Id.* at 1330.
[20] ルービンが、文脈によって厳格審査の基準の定式自体を変更させなくてはならなかったこと（第 5 章の注(79)-(85)の本文参照）、また、ヴォロクが、厳格審査の基準に、「許される形で設定されていること」という、新たな要件を追加しなければならなかったこと（第 5 章の注(110)の本文参照）と対照的である。

きファロンは、「（比例性類似の審査（proportionality-like question）と：引用者）同様の審査は、政府の規制が、害悪発生の蓋然性を、（それを完全に根絶することなく、）減少させることを目的とする場合[21]」であると述べる。逆に言えば、ファロンも、ある規制の目的が（危険性の減少にあるのではなく）害悪の「完全な根絶」にあると認められた場合には、その規制の合憲性判断に対して、「流動的で、双方向的な」審査の射程が及ばないと考えているのかもしれない[22]。もっとも、ファロンは、同時に、「例えば、テロリストによる破滅的な攻撃の回避という、やむにやまれぬ政府利益を促進するために、特定の争われている規制が必要であるかどうかを、連邦最高裁が審査するとしよう。この場合であっても、真に関連している事柄は、危険性を減少させる方策（risk reduction）であって、確実な予防策(sure prevention)ではないのである。最高裁は、多かれ少なかれ堪え難いであろう憲法上の権利の侵害が正当化され得るかどうかを、達成の見込まれる利益、保護された自由の侵害の範囲、そして、利用可能な代替手段を考慮して、判断しなければならないのである[23]」とも述べている。ここでファロンが意図することは、以下の通りであろう。すなわち、＜一見すると、害悪の「完全な根絶」を目的とする規制であっても、そこで関連しているものとは、実は、害悪発生の蓋然性の減少である。従って、このような規制の合憲性判断においても、「流動的で、双方向的な」審査が必要となる＞ということである。

第二に、ファロンの言う比例性審査の観点とは、厳格審査の基準の三つの解釈のうち、どの解釈の下において有用となるのか。言い換えれば、比例性審査の観点と、厳格審査の基準の三つの解釈との関係性はどう捉えるべきか。ファロンの見解は、利益衡量においても、比例性審査の観点を取り入れることによって、目的審査・手段審査の関係性を取り戻すことができる点を示した点で画期的といえる。前述のように、比例性審査は、②「天秤を一方に傾けた利益衡量」に馴染みやすいものである[24]。しかし、ファロンによれば、比例性審査の観

---

[21] Fallon, *supra* note 4, at 1331.
[22] *See id.* at 1333.
[23] *Id.* at 1333. ファロンによれば、ある規制の合憲性が、規制によって（破滅的な）害悪の根絶が可能かどうかに依存することは、「めったにない」（*id.* at 1334）。あくまで、＜テロリストへの拷問が、仕掛けられた時限爆弾の爆発を確実に防ぐことのできる唯一の手段であるとしよう。この場合、彼への拷問は正当化されるか＞といった、思考実験において想定しうるものに過ぎない。
[24] 第 2 章の注（12）の本文参照。

点を取り入れることによって、目的審査・手段審査の関係性を取り戻すことができるのは、②「天秤を一方に傾けた利益衡量」のみではない。このことは、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」においても妥当する。すなわち、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」の下における審査も、「時折、比例性審査、つまり、政府の規制は、規制がなければ存在するであろう破滅的害悪の危険の程度に照らして、認められるべきかという審査に基づく」というのである[25]。さらには、「目的と手段との間の比例性の欠如は、政府の掲げた目的が実際のものではないのではないか、という疑いを提起する[26]」という意味において、比例性審査の観点は、③「不法な動機のテスト」の下においても機能しうる。ファロンの言うように、厳格審査の基準に関して、比例性審査の観点を取り入れるのであれば、従来主張された厳格審査の基準の三つの解釈は、文字通りの三つの独立した解釈であると考える必要はないように思われる。これらは、比例性（より正しくは、その類似品）の検討に際して現れる、結果としての併存する機能に過ぎず、したがって、比例性審査の観点こそが、上記三つの解釈の使い分けを指導するものであると考えることができよう[27]。

---

[25] Fallon, *supra* note 4, at 1224 n. 357. ①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」の下における比例性審査のあり方については、前掲注（23）の本文を参照のこと。

[26] *Id.* at 1224 n. 357.

[27] ファロンは、そもそも、違憲審査基準には、様々な側面が認められるのであって、さらには、一つの法理の中に、それらの複数の側面が混在することがありうると理解している（第 8 章の注（39）－（40）の本文参照）。また、これらの基準の具体的な使い分けについては、第 8 章第 3 節において検討を試みた。

なお、アダムスも、厳格審査の基準には、利益衡量と燻り出しという二つの機能が併存すると指摘していたことについては、第 5 章の注（124）の本文を参照のこと。

第四部　判例における比例性審査との接合可能性

第三部では、厳格審査の基準に関する三つの解釈（①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止（Nearly Categorical Prohibition）」、②「天秤を一方に傾けた比較衡量(Weighted Balancing)」、③「不法な動機のテスト(Illicit Motive Test)」）につき、学説を参照しつつ、検討した。

厳格審査の基準は、しばしば、目的審査と手段審査とが「二つの不連続な部分」から構成されると理解され、両者の関係性が曖昧にされてきた。これに対して、ファロンの主張するように、厳格審査の基準の適用に際し比例性審査の観点を取り入れ、「目的と手段の評価が同時に行われる、流動的で、双方向的な」審査を行うのであれば、厳格審査の基準は、目的審査・手段審査の関係性を取り戻すことができる。また、比例性審査は、上記三つの解釈のいずれの下においても機能するものであり、これらの使い分けを指導する共通要素ともなりうる。

続く、第四部においては、判例における比例性審査の位置付け及び接合可能性について確認したい。というのも、連邦最高裁においても、比例性審査を受容すべきか否かが、一つの重要な論点となっているからである。一方において、ブライヤー裁判官のように、比例性審査の積極的な採用を主張するものが存在する。他方において、スカリア裁判官のように、比例性審査の採用に対して、激しく反対する（かのように見受けられる）ものが存在する。例えば、（後に詳しく検討するが、）スカリアは、コロンビア特別区における銃規制の合憲性が争われた *District of Columbia v. Heller* 事件判決において、比例性審査を主張するブライヤー裁判官反対意見に対して、「我々は、列挙されて憲法上の権利であって、その保護の核心（core protection）が独立した“利益衡量”アプローチに服する権利を知らない[459]」との強烈な批判を加えている。

このような状況において、（ファロンの言うところの）比例性審査の観点を取り入れた厳格審査の基準に親和的な、ある注目すべき判決が下された。それは、（意外なことに、）スカリア裁判官執筆の、*Brown v. Entertainment Merchants Association* 事件判決（*EMA* 事件判決）[460]である。

そこで、第 7 章においては、*EMA* 事件判決における比例性審査について検討

[459] 554 U.S. 570, 634-35 (2008).
[460] 564 U.S. 786 (2011).

する。

そして、第 8 章においては、比例性審査に対して批判的なスカリアが、なぜ、*EMA* 事件判決においてファロンの見解に親和的な結論に至ることができたのか、その理由について検討する。

第７章　*EMA* 事件判決における比例性審査

本章においては、*EMA* 事件判決がどのように比例性審査を親和的であるのかを検討する。もっとも、ここでの比例性審査とは、あくまで、言論の自由に対する、いわゆる内容規制の合憲性判断に関するものである。

スカリア裁判官は、内容規制に非常に厳格な態度をとる。例えば、いわゆるヘイトスピーチ規制の合憲性が争われた、*R.A.V. v. City of St. Paul* 事件判決[1]の法廷意見に、彼の厳格な態度が現れている。この判決では、内容規制が問題となった場合、一切の過小包摂が許されないかのように判示されており、他の裁判官からの批判もその点に集中した。

EMA 事件判決は、このように批判的に受け止められる *R.A.V.*事件判決に対する、注釈あるいは修正として読み解くことができる判決である。そして、この注釈あるいは修正として用いられたものこそが、比例性審査の観点であった。

第１節　連邦最高裁における内容規制

まずは、連邦最高裁における、内容規制の理解を確認しておこう。

連邦最高裁は、政府が言論を、その内容に基づき差別的に取り扱うこと（内容差別：content-discrimination[2]）に対し、非常に厳格な態度[3]をとる。言論をその内容に基づいて差別的に取り扱う政府行為は「違憲であると推定[4]」される

---

[1] R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 395 (1992).

[2] 連邦最高裁において、内容差別は、言論をその内容に基づいて規制する場合のみを指すものとして理解されていない。これに加えて、ある言論を他の言論よりも優位に扱う基礎として、その言論の内容を用いる場合も含むものと理解されている（*See* Rosenberger v. Rector & Visitors of the University of Virginia, 515 U.S. 819, 832 (1995); Legal Services Corp. v. Velazquez, 531 U.S. 533, 537, 543-44 (2001)）。従って、連邦最高裁における内容差別は、日本の学説における観点規制よりも広い概念として把握されている。日本の学説における観点規制は、主として、規制の側面が問題とされている（高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第三版）』209 頁（有斐閣・2013）。

[3] 例えば、学校付近におけるピケッティングを禁止する条例の合憲性が問題となった Police Department v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972)は、右条例が労働紛争に関する平和的ピケッティングのみをその規制対象から除外していたことを理由に、内容差別に当たるとして、これを違憲とした（「第一修正の意味するところは、政府には、言論を、そのメッセージや、思想、主題、および内容を理由として規制する権限がない、ということである」(*id.* at 95)）。この判決は、内容差別の禁止についてのリーディングケースであるといえる（Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. CHI. L. REV. 20, 26 (1975)）。

[4] *R.A.V.*, 505 U.S. at 382.

（内容中立性原則：content neutrality principle[5]）。この内容中立性原則は、第一修正の法理において重要なものであり、「言論の内容に基づき、政府が言論を差別的に取扱うことからの保護は、第一修正の価値の中核を占める」と指摘される[6]。

従って、言論の内容に基づく規制（いわゆる内容規制：content-based regulation[7]）の合憲性は、言論の内容に基づかない規制(いわゆる内容中立規制：content-neutral regulation)に比して厳格に判断される。特に、内容規制が主題(subject-matter)規制にとどまらず、見解(viewpoint)規制に至っている場合[8]、その合憲性は非常に厳格に判断されなければならないという点につき、異論はほぼない[9]。具体的には、内容規制に対しては、一部の例外を除き、厳格審査の基準が適用されることとなる[10]。

第 2 節　*R.A.V.*事件判決

1　*R.A.V.*事件判決の事案と判旨

このような内容規制に対する厳格な態度は、*R.A.V.*事件判決においても踏襲される。

---

[5] 内容中立性原則には、①後述の内容規制の禁止（the rule against content regulation）に加え、②政府が、ある言論を他の言論よりも優位に扱う基礎として、その言論の内容を用いることの禁止（the rule against content discrimination）という二つの側面から構成される(Steven J. Heyman, *Spheres of Autnomy: Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 10 WM. & MARY BILL OF RTS. J. 647, 650 (2000))。

[6] Karst, *supra* note 3, at 35; *see also* Paul B. Stephan Ⅲ, *The First Amendment and Content Discrimination*, 68 VA. L. REV. 203, 204 (1982).

[7] 内容規制については、様々な定義付けが試みられているところである。例えば、代表的なケース・ブックである KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 1112-1120 (18th ed. 2013)が、内容規制の例として、見解規制および主題規制・話者(speaker)に対する規制・聴衆に対する伝達効果（communicative impact on audience）に基づく規制の四つを挙げている。そこで、本稿ではさしあたり、内容規制を、ある表現をその見解・主題・話者あるいは聴衆に対する伝達効果に基づいて規制することと理解しておく。

[8] 見解規制とは、ある特定の見解に関する表現を規制することをいう。これに対して、主題規制とは、あるトピックに属する表現全体を規制することをいう。

[9] これに対して、主題規制の審査の厳格さには、それが公共施設における表現であるか否かなど、様々な要因が関係する（市川正人『表現の自由の法理』151 頁（日本評論社・2003））。

[10] 内容規制に対する厳格審査の基準の適用と、その例外については、第 5 章の注（23）とその本文参照。

本件において問題となったセントポール市条例は、燃える十字架及びナチスのカギ十字に代表される象徴等であって、人種や肌の色・信条・宗教・性別を理由とした怒りや恐怖・憤りの感情を引き起こすものであると知られているもの、あるいは、そのように知られていると合理的に考えられているものの、公共の財産あるいは個人の財産への設置を禁止していた。未成年者である被告人は、壊れた椅子の足で作成した十字架を黒人の敷地内において焼却したため、右条例に違反するとして起訴された。本件では、右条例の第一修正適合性が主たる争点とされた。

スカリア裁判官の執筆する法廷意見は、まず、ミネソタ州の州最高裁判所の本件条例に施した解釈が連邦最高裁を拘束することから、その適用範囲がいわゆる「けんか言葉（fighting words）」[11]に限定されていることを認める[12]。

「けんか言葉」は、判例上、第一修正の保護が及ばないとされてきた言論である。本件条例も、その適用範囲が「けんか言葉」に限定されるとすれば、合憲と判断されることが自然である。

しかし、スカリアは、以下のように続け、“新しい第一修正の原理[13]”とでもいうべき論理を導入する。

> 「我々は、時折、表現のこれらの範疇（猥褻表現や名誉毀損・けんか言葉の範疇：引用者注）が“憲法上保護された言論の領域の中に無い”、あるいは、これらに対しては“第一修正の保護が及ばない”と言ってきた。しかしながら、このような言明は文脈の中において取り上げられなければならないのであって、時折繰り返される、猥褻表現は“言論では全くない”との記述と同様に、文字通りの真実ではない。これらの言明の意味することは、言論のこれ

---

[11] Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942). *Chaplinsky* 事件判決によれば、「けんか言葉」とは「発言そのものが、損害を招き、あるいは、即座に公共の平穏を乱す傾向のある」言論をいい、これらの言論の規制の規制が「なんらかの憲法上の問題を引き起こすとは考えられてこなかった」ものをいう(*id.* at 571-72)。もっとも、連邦最高裁は、*Chaplinsky* 事件判決を明示的に覆してはいないものの、この判決以後、「けんか言葉」に基づき有罪判決を下したことはない。「けんか言葉」の規制が争われる場合にも、合憲限定解釈によって法令を救出するといった技術や、漠然不明確あるいは過度の広範故に無効の法理といった技術を駆使し、有罪判決を回避している（ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 1033-37(4th ed. 2011)）。

[12] 505 U.S. at 381.

[13] *Id.* at 387.

らの範疇に対し憲法が全く関心を向けておらず、その結果、規制可能という点で特徴的なそれらの内容と無関係な内容差別のための手段としてこれらの範疇を用いることができる、ということではない。これらの言明の意味することは、*これらが憲法上規制可能（proscribable）な内容*（猥褻、名誉毀損等）に*あたるということを理由に*、言論のこれらの領域に対して第一修正と調和する形で制限を課すことができるということである。従って、政府は、名誉毀損を規制することは可能であるが、政府批判的な名誉毀損のみを規制するというさらに進んだ内容差別をなすことはできない。（引用省略：また、文中のイタリックは原文のまま）(505 U.S. at 383-84)」

このように、スカリアは、従来であれば第一修正の保護範囲外にあると理解されてきた「保護されない言論」についても、その内容が「規制可能な内容」であるに過ぎないとする。ここで、スカリアは、「保護されない言論」を「規制可能な言論(proscribable speech) [14]」と言い換えたのである。そのうえで、スカリアは、「規制可能な言論」の領域においては、一定の内容規制が許容されるものの、それを越え、当該内容規制が許容される理由と無関係な内容差別を行うことは原則として禁止されるとの枠組みを提示した。

もっとも、スカリアも、「規制可能な言論」においては一切の内容差別が禁止されると理解しているわけではない。スカリアは、「我々の理解によれば第一修正が要求している内容差別に対する禁止も絶対的なものではない。規制可能な言論の文脈における内容差別の禁止は、完全に保護される言論の領域のそれとは違った形で適用される」とする。すなわち、厳格審査の基準の適用なしには内容差別を課すことのできない「完全に保護される言論」の領域と異なり、「規制可能な言論」の領域においては、「政府が特定の思想あるいは観点を市場から効果的に追いやる[15]」危険がない場合には、厳格審査の基準の適用なしに、内容差別を課すことを例外的に許容している。

内容差別が許容される例外として、スカリアは以下の三つを挙げる。第一の例外は、「内容差別の根拠が、問題となっている言論の集合全体を規制可能としているまさにその理由によってもっぱら構成されている場合[16]」である。というのも、「このような理由は、その言論の集合全体を第一修正の保護から除外する

---

[14] *Id.*
[15] *Id.* at 387-88.
[16] *Id.* at 388.

ことを正当化するに十分中立的と判断されてきた理由にあたるのであるから、その集合の内部において差別をするための基礎としても十分中立的といえる[17]」からである。この第一の例外に当たる場合の例として、スカリアは、わいせつ表現規制の文脈において、その最も淫らな表現物のみを規制する場合を挙げている。第二の例外は、「(規制可能な言論のうちの規制対象とされた部分が：引用者）特定の“二次的効果（secondary effects）”と偶然にも関連付けられているため、その結果として、当該規制が“言論の内容を参照することなく正当化される”[18]」場合である。政府の目的が言論の二次的効果の防止にある場合、当該規制はそもそも内容差別に当たらないというのである[19]。この第二の例外に当たる場合として、スカリアは、雇用の文脈において性差別的行為を禁止した結果、その行為の禁止に付随して、性差別的な「けんか言葉」という表現が規制されるような場合を挙げている。第三の例外は、「当該内容差別の性質が、公による思想の抑圧が現に存在している現実的な可能性が全く無いといえるようなものである[20]」場合である。もっとも、なぜこのような例外が認められるのかにつき、スカリアはその理由を明らかにはしていない[21]。

スカリアによれば、本件条例は規制可能な言論である「けんか言葉」のみを対象とするが、その対象が、人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づく、侮蔑的あるいは暴力誘発的な「けんか言葉」に限定されている。人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づく、侮蔑的あるいは暴力誘発的な「けんか言葉」と同様に侮辱的あるいは暴力誘発的な「けんか言葉」であっても、それが人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づかない限り、本件条例の規制対象とはならない。本件条例は、「内容差別にあたるが、さらには、単なる差別を超え、見解差別にまで至〔る〕[22]」ものであるが、上記三つの例外のいずれにも該当しないため、

---

[17] *Id.*

[18] *Id.* at 389.

[19] CHEMERINSKY, *supra* note 11, at 1038.

[20] 505 U.S. at 390. なお、スカリアは、このような場合には特定の“中立的な”根拠を特定することさえも不要かもしれないとする。

[21] *See* Elena Kagan, *The Changing Faces of First Amendment Neutrality: R.A.V. v. St. Paul, Rust v Sullivan, and the Problem of Content-Based Underinclusion*, 1992 SUP. CT. REV. 29, 61 n. 83 (1992)（第三の例外に対するスカリアの理由付けを「不可解（mysterious）である」と評価する）.

[22] 505 U.S. at 391. このような判示から、スカリアは、見解差別を内容差別の「部分集合(subset of category)」として理解していると言える。*See* CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 12 (1993)（「見解に基づく規制は内容に基づく規制の部分集合」であって、「見解規制は、定義上、必ず内容に基づく」が、

第一修正に反し文面上無効とされた。

また、スカリアは、本件条例が人種的マイノリティの保護という「やむにやまれぬ利益を促進するために厳密に設定されている」といえるため、合憲であるという主張についても、これを退けている。いわく、「適切な内容中立的な代替手段の存在は、かかる制定法に対するなんらかの正当化を“著しく弱める”。従って、本件において結論を決定付けるのは、セントポール市のやむにやまれぬ利益の達成のために、内容差別が合理的に必要であったかどうかという点である。しかし、そのような必要性は明らかに存在しない[23]」、と。すなわち、スカリアによれば、厳格審査の基準の適用の下で内容差別的な立法が例外的に合憲とされるためには、「内容差別が合理的に必要であった」こと（「内容差別の合理的必要性」）の存在が要求される。

2　「内容に基づく過小包摂」と「内容中立的な過小包摂」の区別

「保護されない言論」（＝「規制可能な言論」）においても原則として内容差別が禁止されるという法廷意見の理解に対しては、連邦最高裁の内部においても批判が加えられた。本章との関係では、スカリア裁判官が「保護されない言論」においても過小包摂が許されないかのように判断したことに対する批判（過小包摂に関する批判）と、それに対するスカリアの反論について見ておくことにしよう[24]。

「内容規制は必ずしも見解に基づくわけではない」とする）．なお、学説では、本件条例を見解規制と理解すべきか、あるいは、主題規制と理解すべきかにつき争いがある。例えば、サンスティンは、本件条例の規制を主題規制に過ぎないものと理解する（*id.* at 190; *see also* Wojciech Sadurski, *Does the Subject Matter? Viewpoint Neutrality and Freedom of Speech*, 15 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 315, 344 (1997)）。これに対して、ケーガンは、本件条例の規制を、文面上は主題規制に過ぎないが、その適用において見解規制として機能するものと理解する（Elena Kagan, *The Changing Faces of First Amendment Neutrality: R.A.V. v St. Paul, Rust v Sullivan, and the Problem of Content-Based Underinclusion*, 1992 SUP. CT. REV. 29, 70 (1992); Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413, 418 n. 14 (1996)）。

[23] 505 U.S. at 395-96.

[24] なお、もう一つの批判として、「保護されない言論」の「規制可能な言論」への言い換えに関するものがある。例えば、ホワイト裁判官は、その結論同意意見において、「これらの範疇の全ては、内容に基づいている。しかし、連邦最高裁は、それらの表現内容は社会にとって無価値、あるいは、ほんの些細な価値しか持っていないために第一修正が適用されないとしてきた」として、けんか言葉にも第一修正を適用する余地を認めた法廷意見は連邦最高裁の先例に反すると批判した（*id.* at 400 (White, J., concurring in

本件条例は、人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づく「けんか言葉」を規制する一方で、人種や肌の色・信条・宗教・性別に基づかない「けんか言葉」は規制していない。ホワイト裁判官によれば、法廷意見の論理は、「なんら好ましい機能を果たさない」「新たな“過小包摂性法理(underbreadth)”の創造」であるという。というのも、この法理の適用によって本件条例が違憲とされた場合、「セントポール市が当該過小包摂性を修正するまでの間、・・・有害あるいは無価値な表現的行為（人種に基づくけんか言葉：引用者）が継続」される結果となるからである[25]。また、ブラックマン裁判官・スティーブンス裁判官もそれぞれ結論同意意見でホワイト裁判官と同様の批判を法廷意見に対して向けている[26]。特に、スティーブンス裁判官は、法廷意見の論理の下で「規制可能な言論」を規制する場合、政府はその言論全てを規制するかあるいは放置するかのどちらかを選択しなくてはならず、内容規制がほぼ不可能となるとする[27]。

この批判に対し、スカリアは、「規制可能な言論を州が禁止する場合に第一修正が課すものは、“過小包摂性(underinclusiveness)”の制限ではなく、“内容差別(content discrimination)”の制限である[28]」として、「規制可能な言論」の規制においては、内容差別にあたらない過小包摂（内容中立的な過小包摂）は許されると反論した。例えば、有料電話サービスでの猥褻表現の禁止のように、猥褻表現をあるメディアあるいは市場においてのみ規制することは、内容中立的な過小包摂として許容されるという[29]。スカリアは、「規制可能な言論」の領域における内容中立的な過小包摂は許されるのであるから、内容規制がほぼ不可能になるとの批判は当たらないとする。スカリアによれば、「規制可能な言論」の領域において禁止されるのは、あくまで、“内容差別”であって、これと区別される“過小包摂”ではない。ここで、スカリアは、内容差別と過小包摂が厳密には異なるものであることを前提に、過小包摂には、内容差別を伴う内容に

---

the judgement))。

[25] *Id.* at 402(White, J., concurring in the judgement).

[26] *Id.* at 415(Blackmun, J., concurring in the judgement); *id.* at 419(Stevens, J., concurring in the judgement).

[27] *Id.* at 419(Stevens, J., concurring in the judgement). また、仮に、本件条例の規制対象が人種等によって制限されていなかったとする。この場合、確かに内容差別は存在しないかもしれないが、今度は漠然不明確、あるいは過度に広範な規制にあたるとして、違憲と判断されるであろう(CHEMERINSKY, *supra* note 11, at 1045-46)。

[28] 505 U.S. at 387.

[29] *Id.*

基づく過小包摂(content-based underinclusion[30])と、これを伴わない内容中立的な過小包摂の二つが含まれると理解している。

3　内容中立性原則と「害悪」による内容差別の正当化

第二に、そして、より重要な点として、「規制可能な言論」の領域においても内容中立性原則が適用されるとしたことに注目されるべきである。これまで、いわゆる「保護されない言論」（＝「規制可能な言論」）に対し、その一部のみを内容に基づき規制することの第一修正適合性が連邦最高裁において正面から論じられてきたことはない[31]。この点において *R.A.V.*事件判決のスカリア法廷意見は第一修正の法理にとって重要な意義を有していた。

しかし、このようなスカリア裁判官の内容中立性原則に対する理解あるいは内容差別に対する批判的な見方は、いささか硬直的ないし極端に過ぎる[32]。例えば、スティーブンス裁判官は、人種等に基づく「けんか言葉」によって生じる害悪がその他の「けんか言葉」によって生じる害悪と比べ、「質的に異な」り、また、「より深刻である」ことから、本件条例は正当化されると法廷意見を批判する[33]。しかし、このような正当化に対しても、スカリアは、以下のように反論している。すなわち、「この条例に違反することによって引き起こされる怒りや恐怖、軽蔑、その他の感情が、他のけんか言葉によって引き起こされる怒りや恐怖、軽蔑、その他の感情から区別されるのは、具体的に問題となったメッセージの伝える思想がそれらの感情を引き起こしたからにほかならない」。スカリアによれば、規制が表現の有する害悪に向けられていれば、その内容に向けられていないこととなる、というのは単なる「言葉遊び(wordplay)」に過ぎない[34]。

確かに、見解に基づく規制は、その表現の害悪に向けられるのであり[35]、また、逆に、その表現が及ぼす害悪を理由に規制を正当化しようとした場合、当該規制は、その表現に対する評価のうち一方のみを規制する見解差別に陥りがちと

---

[30] *See* Kagan, *supra* note 21, at 38-39.
[31] 市川・前掲注(9)42 頁。
[32] *See* State v. Vawter, 642 A.2d 349, 357 (NJ 1994)(*R.A.V.*事件判決に従い、「保護されない言論」に対して内容中立性原則を適用しなければならなかったことを「柔軟性を欠く義務」であるとして、*R.A.V.*事件判決に従うことに対する躊躇を皮肉まじりに表現した)。
[33] 505 U.S. at 425 (Stevens, J., concurring in the judgement).
[34] *Id.* at 392-93.
[35] LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 925(2nd ed., 1988).

なる[36]。このような、ある表現の及ぼす害悪を理由とした規制が見解差別に陥った例として、いわゆるポルノグラフィを規制する条例が問題となった *American Booksellers Ass'n v. Hudnut* 事件判決が挙げられる[37]。この事件で問題となったインディアナポリス市条例は、ポルノグラフィを、概要、女性のあからさまな性的隷属を、図画あるいは文書において、生々しく描写するものであって、女性が苦痛や屈辱を楽しみあるいは強姦されることに性的喜びを感じる性的対象物等として提示されているものと定義し、その製作・販売等を規制していた。第七巡回区控訴裁判所は、ポルノグラフィに、女性の従属的地位を「永続化させ(perpetuate)[38]」、女性に対する差別を助長する害悪があることを肯定しつつも、インディアナポリス市条例は見解差別に当たる[39]ため違憲であると判断した。この条例によれば、女性の性的従属性の描写は、それがたとえ高度の文学的・政治的価値を有していたとしても、規制対象となる。しかし、女性を平等の立場として描写するものについては、それがどれだけ性的内容を含んでいたとしても規制対象とならない。それ故、インディアナポリス市条例は、「性的体験に対し女性がどのように反応するか、両性は互いにどのような関係を築くか」につき、許されない「"公認された(approved)" 観点」を確立するものであって、「思想統制」に至っているとされた[40]。*R.A.V.*事件判決において問題となった条例による規制も、人種等に基づくけんか言葉が人種的マイノリティに与える害悪を規制の理由としていたため、人種に基づくけんか言葉に肯定的な見解に対する見解規制として機能したものと言える[41]。その意味で、表現の害悪を理由に内容差別の正当化を図ることが「言葉遊び」であるとするスカリアの評価には一定の説得力がある。

けれども、スカリアのように、「規制可能な言論」に対しても内容中立性原則の適用を要求した場合、表現の有害性を理由として、その一部のみを内容に基づき規制することが一切許容されなくなるという結論を招きかねない[42]。

さらに、スカリアの内容差別に対する批判的な見方は、厳格審査の基準の適

---

[36] Sadurski, *supra* note 22, at 351.
[37] 771 F.2d 323(7th Cir. 1985), aff'd mem., 475 U.S. 1001 (1986).
[38] *Id.* at 329.
[39] *Id.* at 325.
[40] *Id.* at 328.
[41] *See* Kagan, *supra* note 21, at 75-76.
[42] 奈須祐治「表現の自由保障における内容中立性原則(Content Neutrality Principle)の一考察–アメリカの判例・学説を素材として–」法学ジャーナル（関西大学大学院）74号 541 頁（2003）。

用との関係でも極端と言える。本件条例は、実は、「やむにやまれぬ利益を促進するために厳密に設定されている」と言えるため、連邦最高裁の先例に従えば合憲とされる余地があった。本件条例の目的は人種的マイノリティの保護にあり、この目的が「やむにやまれぬ利益」に当たることはスカリアも認めている[43]。そして、人種に基づかないけんか言葉は人種的マイノリティの権利を侵害しないため、これらの禁止は人種的マイノリティ保護目的と関連しない。故に、人種に基づかないけんか言葉を規制していないことは右目的との関係においては過小包摂にはあたらない[44]。そうであるにもかかわらず、スカリアは、右要件の充足に加え、「内容差別の合理的必要性」の論証を要求し、これがなされていないことを理由として、本件条例を違憲としている。厳格審査の基準とは、本来、内容規制立法であっても、その目的が「やむにやまれぬ利益」にあたり、かつ、採用された手段が「厳密に設定されている」と言えるのであれば、その限りにおいて右法令を合憲とする基準であったはずである。これらに加えて、他の要件の充足を要求することは先例と矛盾する[45]。しかも、先のスカリアの立場を前

---

[43] 505 U.S. at 395.

[44] 人種に基づくけんか言葉に加え、人種に基づかないけんか言葉を併せ規制することは、目的と関連しない言論の規制を要求する点で、いわば「より制限的でない」代替手段ならぬ「より制限的な」代替手段にあたる。法廷意見の結論は、あたかも「より制限的な」代替手段の存在を理由に、手段の過小包摂性を否定したかのようであり、「奇妙」であると言わざるを得ない（Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417, 2442-43 (1996)）。

また、スカリアの議論に対しては日本の学説からの批判も存在する。例えば駒村教授は、「類型論を正当化してきた実質的な規制根拠が同様に当てはまる他の言論形態をひとつ残らず網羅的に規制しない限り、当該規制措置は選択的な過小包摂になるわけである。そうなると、包摂対象の外延を画定できなければ、抽象度の高い全面規制を断行するか、一切の規制を放棄するしかなくなるのではないか。社会に応じた部分的・選択的規制は全て内容差別・観点差別になってしまうであろう。憎悪表現の弊害を除去するために、まずは社会的・歴史的にその弊害が顕著に現れる類型の言論にまず規制をかけてみる、というごくごく普通の思考が成り立たなくなる」とする（駒村圭吾「Mode of Speech-R.A.V. v. City of St. Paul 事件判決におけるスカリア法廷意見の可能性」小谷順子ほか（編）『現代アメリカの司法と憲法–理論的対話の試み』24 頁(尚学社・2013)）。

[45] ホワイト裁判官は、*R.A.V.*事件判決が先例と矛盾することを示すために、投票所付近における選挙に関するビラ配布の禁止が、内容規制にあたるにもかかわらず、合憲とされた Burson v. Freeman, 504 U.S. 191 (1992)を挙げる。この判決は、厳格審査の基準を適用しているものの、投票所付近での言論を全て規制することは要求していない。ホワイトは、法廷意見に対して、「多数意見の見解を前提とすれば、言論のより広い禁止によってもその立法目的の達成が可能な場合、内容に基づく条例は、それが厳密に起草

提とすれば、内容差別を、その表現の及ぼす害悪の重大性から正当化しようとしても、それは単なる「言葉遊び」に過ぎないと評価される可能性がある。したがって、ここで要求される「内容差別の合理的必要性」とは害悪の重大性以外の何かでなければならない。スカリアの見解を文字通り受け止めるのであれば、「内容差別の合理的必要性」とはどのような場合に認められるのかが明らかとされない限り、もはや言論の内容規制は、けんか言葉の場合に限られず[46]、ほぼ不可能となる[47]。

4　小括

以上のように、スカリア裁判官の法廷意見の立場は内容中立性原則に忠実なものであり、内容差別に対しかなり厳格な態度を示していた。特に、スカリアの厳格審査の基準に対する理解は、あたかもこれを、「見解に基づく過小包摂を当然に違憲とする法理（a *per se* rule against viewpoint underinclusion[48]）」のように解釈しているとさえ評価されるほど厳格なものとなっている。

ところで、スカリアの理解は、過小包摂の中でも、「内容に基づく過小包摂」と「内容中立的な過小包摂」とが区別されるべきことを指摘した点でも重要である。スカリアによれば、法令に存在する過小包摂が「内容中立的な過小包摂」に過ぎないのであれば、右法令は必ずしも違憲とされなければならないわけではないが、法令に存在する過小包摂が内容差別を伴う場合には何らかの特別な正当化が要求されるべきとされる。確かに、厳格審査の基準に過小包摂が要求される理由として、いくつかのものが指摘されてきた。すなわち、①動機の疑

されているといえるものであったとしても、決して合憲とはなり得ないこととなる。これは、第一修正上の分析のための基本的手法たる厳格審査の基準を全体的に放棄することであるように思われる」(505 U.S. at 404(White, J., concurring in the judgement))と批判を加えている。

かかる批判に対して、スカリアは、この判決におけるケネディー裁判官の同意意見(*id.* at 213 (Kennedy, J., concurring)) を参照し、同事件は「文面上内容に基づく規制の使用が思想の抑圧とは無関係な利益によって正当化される“希有な事案”」であるとして、*R.A.V.*事件判決と区別する（505 U.S. at 396 FN8 (*quoting* Burson v. Freeman, 504 U.S. at 211)）。

[46] 注(27)参照。

[47] 例えば、猥褻表現には至らない性表現を、青少年保護を目的として、規制したとする。この場合、青少年保護という目的は、性表現と暴力表現とを同時に規制することによっても達成することができる。そのため、性表現のみの規制は内容差別にあたることとなろう。

[48] Kagan, *supra* note 21, at 74.

わしさ、②目的達成の見込みの不足、③立法目的が重要といえないことについての立法府の自認、そして、④内容差別の存在の示唆である[49]。しかし、たとえ過小包摂に以上のような側面があったとしても、すべての過小包摂が許されないというのも硬直的ないし極端に過ぎる。例えば、ある害悪を生ぜしめる表現類型があったとしても、その類型の中にも、害悪が発生することの確実なものと害悪発生の蓋然性の劣るものとが混在する可能性は十分に考えられる。このような場合に、「まず害悪の発生が確実な部分から規制していく」といった段階的な規制を行うことは違憲とされるべきか。この場合、想定される目的に対し右規制は過小包摂なものとなるが、このような手段は違憲とされるべきであろうか。事実、アメリカにおいても、過小包摂の存在が必ずしも違憲の結論を導いているわけではない[50]。ここで、スカリアは、いかなる場合に過小包摂が許容されるのか、過小包摂の正当化方法を示す必要に直面した。そして、この過小包摂の正当化方法につき、「社会科学的なデータ[51]」を参照することによる正当化という一つの可能性を提示したのが *EMA* 事件判決[52]である。また、この判決は、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査において、「利用可能な代替手

---

[49] 過小包摂が要求される理由の詳細については、前掲注（57）－（61）を参照。

[50] 例えば、Lee は、第一修正上の権利が問題となった事例において段階的な規制が認められた例として、FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc., 479 U.S. 238 (1986)（*MCLF* 事件判決）を指摘している(William E. Lee, *The First Amendment Doctrine of Underbreadth*, 71 WASH. U. K. Q. 636, 657 n. 126 (1993))。*MCFL* 事件判決では、法人に対して、選挙に関する支出を法人の財源からなすことを禁止し、代わりに、法人から独立した基金から支出することを要求する連邦法を、非営利的な法人である Massachusetts Citizens for Life, Inc.（MCFL）に適用することが違憲とされた（適用違憲）。法廷意見を執筆したブレナン裁判官は、厳格審査の基準の適用に際して、法人のみが規制対象とされている点につき、以下のように述べた。すなわち、「営利的な法人はこのような危険を引き起こす唯一の組織ではないかもしれないが、これらは、富を集積する能力を高める法的な便宜が与えられている点で、まさに右の危険を引き起こすものの最も顕著な実例といえる。議会は、現在のところ、この性質を有する組織(firm)のうち、考えられる形態すべてについて規制しようとしているわけではない。しかし、そのことが法人に対し規制することについての正当化を弱めるわけではない。むしろ、議会の判断は、・・・“連邦選挙法について、‘慎重、かつ、段階的に規制を進める’という注意深い立法的調整”を表している」(479 U.S. at 258 n.11(*quoting* FEC v. National Right to Work Committee, 459 U.S. 197, 209 (1982)))という。ここでは、過小包摂の存在にもかかわらず、段階的な規制が好意的に評価されている。

[51] *See* Clay Calvert & Matthew D. Bunker, *An "Actual Problem" in First Amendment Jurisprudence?: Examining the Immediate Impact of Brown's Proof-of-Causation Doctrine on Free Speech and Its Compatibility with the Marketplace Theory*, 35 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 391(2013).

[52] 564 U.S. at 786.

段」が考慮された点でも注目に値する。

第 3 節　*EMA* 事件判決

1　*EMA* 事件判決の審査枠組み

EMA 事件判決では、年少者への暴力的ビデオゲームの販売及びレンタルを禁止するカリフォルニア州法の第一修正適合性が争われた。この州法の定義によれば、暴力的ビデオゲームとは、プレイヤーにとって選択可能な行為の中に、殺害行為あるいは再起不能に至る程度の傷害行為・手足の切断行為・性的な暴行行為を人間のイメージ画像に対し加える行為が含まれるものであって、これらの行為が、合理的な人間がそのゲームを全体として考慮した場合に、年少者の猟奇的ないし不健全な興味に訴えかけているように感じられる方法や、年少者にとっての適切性に関する共同体内の支配的基準に明らかに反する方法、あるいは、年少者に対する真摯な文学的あるいは芸術的・政治的・科学的価値をそのゲーム全体から失わせる方法により、描写されているものをいう。

スカリア裁判官の執筆する法廷意見は、まず、暴力表現が「保護されない言論」にあたるとの州側の主張を *United States v. Stevens* 事件判決に依拠して退け[53]、本件州法が「完全に保護された言論」に対する内容規制にあたるとした。そして、*R.A.V.*事件判決を引用の上、本件州法に厳格審査の基準を適用した[54]。

すなわち、スカリアは、目的審査については、*United States v. Playboy* 事件判決（*Playboy* 事件判決）を引用し、「解決する必要のある“現実の問題(actual problem)”を明確に特定しなければならない[55]」との枠組みを採用し、また、手段審査についても、*R.A.V.*事件判決を参照し、「自由な言論の抑制は、その（現実の問題の：引用者）解決に実際に必要(actually necessary to solution)と言えなければならない[56]」との枠組みを採用した。

本件で審査された問題点は多岐にわたるが、本稿の検討との関係では、以下

---

[53] *Id.* at 792-93 (*quoting* United States v. Stevens, 559 U.S. 460, __, 130 S.Ct. 1577, 1585-86(2010)).暴力的表現が「保護されない言論」にあたるかという論点に対する本件の判断については、桧垣伸次「暴力的なビデオゲームの規制と言論の自由- Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729(2011)を素材に-」同志社法学 63 巻 7 号 221, 233-34 頁(2012)参照。

[54] *Id.* at 799 (*quoting* R. A. V. v. City of St. Paul, 505 U.S. at 395).

[55] *Id.* (*quoting* United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. 803, 822-23 (2000)).

[56] *Id.* (*quoting* R. A. V. v. City of St. Paul, 505 U.S. at 395).

の二つの正当化について検討しておく[57]。

2　年少者の保護を目的とした正当化–過小包摂の正当化について

（1）　二つの特徴について

まず、年少者の保護という観点からの正当化について検討する。*EMA* 事件判決における年少者の保護という観点からの正当化には、二つの特徴がある。

ア　目的審査における因果関係の検討（特徴①）

EMA 事件判決には目的審査に関して特徴的な点が存在する。前述のように、厳格審査の基準の適用に際して、州は、「解決する必要のある“現実の問題”を明確に特定しなければならない」。そして、スカリアによれば、「現実の問題」を特定するためには、州は、「暴力的ビデオゲームと年少者に対する害悪との間の直接的な因果関係（direct causal link）」を示さなければならない。加えて、「暴力的ビデオゲームと年少者に対する害悪との間の直接的な因果関係」についての立証上の負担は、州が負担すべきとされた。すなわち、スカリアによれば、内容中立規制に対し中間審査の基準(intermediate scrutiny)を適用した *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC* 事件判決と異なり、本件には厳格審査の基準が適用されることから、「害悪発生の蓋然性が不確かな場合の立証上のリスクは州側が負担するのであって、曖昧な証拠では不十分である[58]」とした。このようにスカリアは、暴力的ビデオゲームと年少者への害悪[59]との因果関係を、手段審査においてではなく目的審査で要求した（特徴①）。

---

[57] *EMA* 事件判決が言及した問題点は、本文において検討した点を除くと以下の通りである。①保護者の許可がある場合については、暴力的ビデオゲームが年少者の手に渡ることを規制していない点（過小包摂）、②暴力的ビデオゲームが子供の手に渡ることにつきその両親が問題視していない子供も暴力的ビデオゲームの購入を禁止される点（過大包摂）、③暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止及び両親の監督権限の補助を同時に達成するための規制として本件州法の規制を正当化することの可否である。③につき、スカリアはこれを否定する（564 U.S. at 805）が、ブライヤー裁判官はこれを肯定し、本件州法は、「州にとって致命的に“過小包摂”とはいえない」とする(*id.* at 849 (Breyer, J., dissenting))。

[58] *Id.* at 799-800 (*quoting* Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 512 U.S. 622, 661-62 (1994); United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. at 816-17).

[59] ここで、「年少者への害悪」とは、年少者の脳機能への障害をはじめとする年少者自身への影響であり、暴力的ビデオゲームにさらされた年少者が他人に及ぼす害悪は含まれていない（2010 WL 4317136(U.S.) at 18-19）のケーガン裁判官と州側の代理人モラズィーニの oral argument より）。

しかも、スカリアは、「現実の問題」を証明するために州が提出した証拠についても、「州の証拠は、やむにやまれぬものではない」として退けている。スカリアによれば、「現実の問題」の存在を証明するためには、暴力的ビデオゲームと年少者の「攻撃的“行動(act)”」との間に単に「“相関関係(correlation)”」が認められるだけでは足りず、「“因果関係の証拠(evidence of causation)”」の提出が要求される[60]。

また、もし仮に暴力的ビデオゲームと年少者の「攻撃的“行動”」の間のなんらかの関係性を肯定したとしても、年少者に対し、暴力的ビデオゲームをプレイさせた場合の影響力とテレビによって暴力を見せた場合の影響力が“ほぼ等しい”こと、さらには、幼児向けのマンガや暴力的でないと認められているビデオゲーム・銃の写真によっても同様の影響が生じること、を州の依拠する研究結果自体が認めている以上、その効果は小さく、他のメディアによる影響と区別できないとされた[61]。

ここで、スカリアの引用する「現実の問題」とは、*Playboy* 事件判決において用いられた概念である。この事件においては、性的なテレビ番組をケーブルテレビにおいて放送する場合、放送時間を未成年者の見ることのない時間に限定するか、あるいは、瞬間的な信号漏れ(signal bleed)すら存在しない完全なスクランブルをかけることを要求する連邦法の合憲性が争われた。*Playboy* 事件判決おいて、合衆国側は、ケーブルテレビの信号漏れにより、未成年者が瞬間的に性的なテレビ番組にさらされている（信号漏れ被害）のであって、信号漏れ被害から未成年者を保護することが本件連邦法の目的の一つであると主張した。しかし、合衆国側は信号漏れ被害の深刻さにつき、その証拠を提出することに失敗した[62]。そのため、信号漏れ被害は合衆国の単なる憶測の域を出ておらず、「現実の問題」の存在が証明されていないとして、連邦最高裁は、信号漏れ被害の防止は「やむにやまれぬ利益」にあたらないと判断した[63]。

---

[60] 564 U.S. at 800.

[61] *Id.* at 800-01.

[62] Craig L. Leis, *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.-Sexually Explicit Signal Bleed and §505 of the CDA: Unabel to Overcome Strict Scruitiny…But Will Strict Scrutiny be Able to Overcome the Future?*, 30 CAP. U. L. REV. 861, 896 (2002).

[63] 目的審査において害悪の存在を証明することが要求されたのは *Playboy* 事件判決に限られない。例えば、徴兵カードを破損する行為の処罰が第一修正に反しないかが争われた United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968)においても、「(徴兵カードの：引用者）悪意的な無制約の破損を防止し、その有用性を確保し続けること」(*id.* at 380)が、

Playboy 事件判決と整合的に考えるのであれば、*EMA* 事件判決での目的審査の構造は以下のように整理できる。すなわち、「やむにやまれぬ利益」の有無の判断に際しては、「現実の問題」の特定が必要であり、そして、「現実の問題」の存在が認められるためには、害悪と規制対象の間に「直接的な因果関係」が必要とされる[64]。しかるに、暴力的なビデオゲームによる害悪は他のメディアによる害悪と区別できず、暴力的ビデオゲームと害悪との間の「直接的な因果関係」が認められない。そのため、「現実の問題」が特定されていたとは言えず、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」は「やむにやまれぬ利益」とはいえない、という構造である。*EMA* 事件判決における目的審査は、この判例の次開廷期の *United States v. Alvarez* 事件判決[65]が「直接的な因果関係」の有無を手段審査において検討している[66]ことと対照的と言える[67]。

イ　手段審査-過小包摂に対する理解（特徴②）

スカリアは、もし仮に、本件州法についてやむにやまれぬ利益が認められたとしても、本件州法の規制は過小包摂あるいは過大包摂な規制であって、目的

正当で実質的な利益にあたることを認定するにあたって、徴兵カードが多数の目的に資するものであって（*id.* at 378-80）、徴兵カードの破損がその諸目的の阻害という害悪を引き起こすことの認定を行っている（市川・前掲注(9)237 頁）。

[64] Calvert, D. Bunker & Bissel, *Social Science, Media Effects & The Supreme Court: Is Communication Research Relevant After Brown v. Entertainment Merchants Association?*, 19 UCLA ENT. L. REV. 293, 302-03 (2012).

[65] United States v. Alvarez, __ U.S.__, 132 S.Ct. 2537 (2012)（勲章の受賞者であると詐称する行為を刑罰をもって禁止する連邦法の合憲性につき、厳格審査の基準の適用によって違憲であると判断した事案）.

[66] *Id* at __, 132 S.Ct. at 2549(*quoting* Brown v. EMA, 564 U.S. at __, 131 S.Ct. at 2738)（「課された制限と防止されるべき損害との間には、直接的な因果関係が存在しなければならない」）.

もっとも、この判例においても、軍事勲章を受賞したという虚偽が軍事勲章の尊厳を弱めるという事実の証明が要求されている。そのため、「直接的な因果関係」というタームこそ使われていないものの、この判例も、*EMA* 事件判決と同じく、目的審査において「現実の問題」の存在を証明することを要求していると理解することも可能である（*See*, Calvert & D. Bunker, *supra* note 51, at 400-01）。

[67] この両者の判例は、社会科学的なデータを参照することの有用性という観点から整合的に理解可能かもしれない。例えば、Calvert & D. Bunker, *supra* note 51, at 401-02 は、*EMA* 事件判決を、「それらの製品が引き起こすとされる害悪を説明するのに社会科学のデータが有用な」事案であったのに対し、*United States v. Alvarez* 事件判決については、収集可能な証拠はせいぜい人々がどのように感じたかについてのデータぐらいのものであって、「実証的な証拠にあまり適していない」事案であるとし、両者を区別している。

を達成するために厳密に設定されているとはいえないとする。ここでの特徴としては、スカリアが過小包摂性の判断を厳格に行っていることが挙げられる（特徴②）。

a“表現内容”についての過小包摂性

まず、スカリアは、州側の提示した研究によれば、幼児向けのアニメや、児童向けゲーム・銃の写真にも暴力的ビデオゲームと同様の影響力があるにもかかわらず、州法がこれらを規制対象としていないことが過小包摂に当たると認定した。すなわち、「カリフォルニア州は、土曜早朝のアニメあるいは児童向けゲーム・銃の写真の配布の規制を（賢明にも）拒絶してきた。その結果、提示された証拠（上記三つの表現物が年少者に対し及ぼす影響力と暴力的ビデオゲームが年少者に対し及ぼす影響力が “ほぼ等しい”こと：引用者）から判断した場合・・・、本件規制はひどく過小包摂である。過小包摂性は、政府がその援用する利益を実際に追求しているかどうか、むしろある特定の話者ないし観点の不利益取扱いをしているのではないか、という深刻な疑いを提起する。ここで、カリフォルニア州は、少なくとも書店や漫画家・映画制作者と比較した場合、ビデオゲームの販売及びレンタル業者(purveyor)を不利益な取り扱いの対象として選び出しているといえ、そして、その説得的な理由（強調：引用者）を示していない[68]」と述べる。この過小包摂は、年少者に対する同様の影響力の認められる表現物から、「暴力的なビデオゲーム」を内容とするもののみを規制対象と選び出し、その他を内容とするもの（「暴力的でないビデオゲームやマンガ等」）を規制対象から除外している点で、“暴力”という“表現内容”に基づく過小包摂にあたる[69]。

---

[68] 505 U.S. at 801-02.

[69] ここで問題となっている“表現内容”に基づく過小包摂が、主題規制にあたるのか、それとも、見解規制に至っているのかは必ずしも明らかではない。しかし、見解規制には至っていないと考えるべきであろう。というのも、代表的なケース・ブックである KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 1112 (18th ed. 2013)は、見解規制の例として、Kingsley Int'l Pictures Corp v. Regent, 360 U.S. 684 (1959)を挙げる。この判決では、不倫を適切な行為であるかのように表現したことを理由に、映画の上映を不許可としたことの合憲性が争われたが、ステュワート裁判官執筆の法廷意見は、当該規制が「思想（idea）の主張」の禁止に至っていることを理由に違憲であると判断した（*id.* at 688）。*Kingsley* 事件判決とは異なり、*EMA* 事件判決での規制には、暴力に対する是非のような「思想」は含まれていないからである。*See* Calvert & D. Bunker, *supra* note 51, at 426 （*EMA* 事件判決で争われた規制は、「思想」の如

“表現内容”についての過小包摂性は、*R.A.V.*事件判決において内容差別に当たるとされたものと同種のものである。ゆえに、*R.A.V.*事件判決の法理を前提とすれば、この過小包摂性を許容するためには、「内容差別の合理的必要性」が説明されなければならない。

b“メディア”についての過小包摂性

また、スカリアによれば、同じく“暴力”という内容を有する表現物の中から、“ビデオゲーム”のみを規制対象とし、「暴力的なマンガ等」を除外している点も過小包摂になるという。すなわち、「当該立法は、暴力の描写から[70]（強調：引用者）子供を守る手段としては、ビデオゲーム以外の描写を除外している点・・・から、深刻に過小包摂である[71]」という。これは、年少者に対する同様の影響力の認められる表現物から、「暴力的なビデオゲーム」というメディアのみを規制対象と選び出し、その他のもの（「暴力的なマンガ等」）を規制対象から除外している点で、“ビデオゲーム”という“メディア”についての過小包摂にあたる。“メディア”についての過小包摂性は、*R.A.V.*事件判決でスカリアが内容差別にはあたらないが過小包摂にあたる制限（内容中立的な過小包摂）としたものの一つである[72]。もっとも、暴力的ビデオゲームの「保護されない言論」該当性が否定された以上、“メディア”についての過小包摂性も許されないこととなろう。

以上の二つの特徴から、以下のことが明らかとなった。スカリアによれば、厳格審査の基準とは、ある規制が目的達成のために「実際に必要」であることを要求する基準である。そして、当該法令が、「説得的な理由」無しにある規制対象のみを選び出しているとき、それは過小包摂な規制として違憲とされる。特に、当該過小包摂が内容差別を含む場合には、*R.A.V.*事件判決から、「内容差別の合理的必要性」が要求されることとなろう。しかし、スカリアは、規制の

何にかかわらない暴力的表現の一切に及ぶのであって、したがって、*EMA* 事件判決で争われた州法は、「思想の自由市場の伝統的な意味における、特定の見解あるいはメッセージの伝達」を規制していないとする）.

[70] ここでは、過小包摂性は、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」という目的との関係で検討するのではなく、これより拡張された「暴力的描写から子供を守る」ことという目的との関係で検討された。

[71] *Id.* at 805.

[72] 注(29)の本文参照。

「必要」性の論証となるであろう「直接的な因果関係」の証明を、手段審査（ある行為の規制によって目的が促進されたという関係性の審査）において問うのではなく、目的審査（当該規制対象となる行為と害悪との間に因果関係が存在するためにその害悪の防止が「やむにやまれぬ利益」を構成するという関係性の審査）において問うている。

（２）　*EMA* 事件判決における過小包摂な規制を正当化する方法

以上、*EMA* 事件判決を概観した。しかし、スカリア裁判官は、「内容差別の合理的必要性」・「説得的な理由」とは何を意味するのか、すなわち（内容差別的な立法を含む）過小包摂な規制を正当化する方法につき明らかにしていない。

ここで、過小包摂な規制を正当化する方法としては、大きく三つの考え方がありうる。第一に、「内容差別の合理的必要性」・「説得的な理由」の論証を目的審査の枠組みにおいて要求する考え方である（①目的審査における過小包摂の正当化）。この考え方の下においては、法令の目的が表現内容に着目するものであったとしても、「内容差別の合理的必要性」が認められるのであれば、「やむにやまれぬ利益」にあたると認定できることとなろう。

第二に、「内容差別の合理的必要性」・「説得的な理由」を手段審査の枠組みにおいて要求する考え方である（②手段審査における過小包摂の正当化）。この考え方の下においては、一見すると過小包摂にみえる手段であっても、「内容差別の合理的必要性」・「過小包摂の説得的な理由」が認められる場合には（深刻な）過小包摂に当たらないと認定されることとなろう。

そして、最後に、「内容差別の合理的必要性」・「説得的な理由」とは、目的審査、手段審査の外にある第三の審査であると理解する考え方である（③目的・手段の枠外での正当化）。この考え方の下においては、例えば、内容差別的な立法は、法令が「やむにやまれぬ利益を促進するために厳密に設定されている」と言えることに加え、「内容差別の合理的必要性」が認められる場合に合憲となることとなろう。

この点について、*R.A.V.*事件判決は、条例自体は「やむにやまれぬ利益を促進するために厳密に設定されている」と言えるものであったが、「内容差別の合理的必要性」の論証がなされなかったことを理由に違憲と判断されたものであるから、第三の考え方（③目的・手段の枠外での正当化）を採る判決と分析することが素直であろう。

これに対して、*EMA* 事件判決は、第一の考え方（①目的審査における過小包摂の正当化）を採る。すなわち、*EMA* 事件判決とは、目的審査において「直接的な因果関係」の存在を証明することによって、「説得的な理由」を論証できることを示す判決として理解できる。以下、かかる解釈の根拠を述べる。

ア　「直接的な因果関係」による過小包摂の正当化

ところで、スカリアは、どのような目的との関係で手段の必要最小限性を審査したのであろうか。そこで、目的審査におけるスカリアの認定について確認すると、スカリアは、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」が「やむにやまれぬ利益」に当たらないとしたに過ぎず、本件州法の目的をどのように認定したのかにつき、明らかにしていない。しかし、暴力的ビデオゲームの規制が過小包摂となることからすれば、カリフォルニア州法の目的は、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」と認定されていないことがわかる。むしろスカリアは、「直接的な因果関係」の証明の欠如を理由に、より広く抽象的な「暴力的描写による年少者への害悪の防止」を目的と認定し、これとの関係で、当該規制の過小包摂性を審査したこととなる[73]。逆に言えば、スカリアは、「直接的な因果関係」の証明がなされていた場合、“メディア”についての過小包摂性が正当化され、州法の目的として「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」を認定できると考えていたと言える。

一般に、目的と手段の関連性を審査する場合、当該立法の目的が具体化されていればいるほど、立法者の手段選択の裁量は縮減し、目的と手段の関連性の事後的審査は容易になると考えられる[74]。「暴力的描写による年少者への害悪の防止」に役立つ手段としては、様々なものが考えられる。例えば、暴力的描写そのものの禁止から、映像による暴力的描写の禁止、暴力的マンガの禁止等々が考えられるのであり、暴力的ビデオゲームの規制はその一つに過ぎない。そのため、暴力的ビデオゲームの規制という手段が目的と関連するか否かを判断するに際しては、「暴力的描写による年少者への害悪の防止」という抽象的な目的との関係で手段の関連性を審査するよりも、「暴力的ビデオゲームによる年少者への害悪の防止」というより狭く具体的な目的との関係で審査する場合の方が、立法者の手段選択の裁量が縮減し、当該手段が必要最小限であるか審査す

---

[73] 前掲注(70)参照。

[74] 柴田憲司「比例原則と目的審査−自由権制限の局面を中心に−」法学新報 120 巻 1・2 号 221 頁(2013)。

るのが容易になる。にもかかわらず、スカリアは、立法を違憲であると判断するに際し、目的をわざわざより広く捉え、より広い目的と手段との関連性を審査したこととなる。それは何故か。これを明らかにするためには、 グリーンの議論[75]が有用である。なぜなら、グリーンの議論は、「政府利益の一般性のレベルを、司法審査の諸階層（厳格審査の基準及び中間審査の基準・合理性の基準の階層のことをいう：引用者）の関連性の要件・重要性の要件と結びつけることによって、・・・公の利益の取り扱いに関するアプローチをより恣意に流されにくいものとする」ための「工夫に富んだ」議論であると評価されており[76]、*EMA* 事件判決の目的審査・手段審査の手法を理解する上でも有用と考えられるからである。

ある審査基準を適用し立法の合憲性を判断するにあたり、裁判所は、当該立法の目的を解釈可能な諸目的の中から認定しなければならない。ここで、グリーンによれば、立法目的とその手段には、政府利益の一般性のレベルの捉え方を通じ、二つの関係性が認められるという[77]。彼によれば、当該立法の目的として解釈可能な目的は、その政府利益の一般性に応じて同心円状に配置される。この同心円の中心には、「当該立法の規定する手段（区別）そのもの」という目的が配置される。もっとも、この目的には手段の繰り返し以上の正当化が認められず、目的の重要性が全く認められない（従って、裁判所はこのような目的を認定すべきではない[78]）。そして、そこから外側に向かうにつれ、「当該立法の規定する手段に関連する政府利益」をより多く包含した、より広い目的が配置[79]される。例えば、グリーンは、男性の入学は認める一方で、女性の入学を認めないヴァージニア軍事大学のアドミッションプログラムの合憲性が争われた *United States v. Virginia* 事件判決[80]に即して、政府利益の一般性に関する同心円を説明する。それによれば、同心円の中心には、「女性を排除することそれ自

---

[75] Roger Craig Green, *Interest Definition in Equal Protection: A Study of Judicial Technique*, 108 YALE L. J. 439, 445-46 (1998). この論文は、主に、平等条項の下における目的審査について検討するものであるが、グリーンは、同じく審査基準を用いる言論の自由、デュー・プロセス条項の下における司法審査にも、彼の理論が適用可能であるとする(*id.* at 441 n. 9)。

[76] Stephen E. Gottlieb, *Tears for Tiers on the Rehnquist Court*, 4 U. PA. J. CONST. L. 350, 369 (2002).

[77] Green, *supra* note 75, at 446-47.

[78] Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 633(1996).

[79] 同心円の最も外側には、「公共の福祉の増進」という目的が配置される。

[80] 518 U.S. 515(1996).

体を目的として、女性を排除することについての利益」を促進すること、という目的が配置される。そして、そこから、外に向け、「男性だけという軍事的教育の環境を維持することについての利益」を促進すること、「民兵を教育することについての利益」を促進すること、「ヴァージニア州における大学教育の提供についての利益」を促進すること、そして、「公共の福祉の増進についての利益」を促進することという目的が順に配置される[81]。外側に配置された、より一般的な政府利益には当該立法の採用した手段に関連する社会的価値がより多く含まれる。そのため、立法目的は、外側に向かい、より広くなるにつれ、その重要性が高められることとなる。

これに対し、目的と手段の関連性と政府利益の一般性の間には先ほどと逆の相関関係が存在する。前述のように、「当該立法の規定する手段（区別）そのもの」という最も狭い目的には、目的の重要性が全く認められない。しかし、最も狭い目的は、手段と不可分の関係にあるため、手段との間に絶対的な関連性が認められる。これに対して、より広い目的は、より一般的な政府利益を包含するため、目的の重要性は高められるが、対象を「区別」しない中立的な手段によっても当該目的を達成できる（厳格審査の基準に即して言うと「過小包摂」が生じる）ことから、手段との関連性は、最も狭い目的と手段との関連性に比して、薄いといわざるを得ない[82]。例えば上記の例では、「民兵を教育することについての利益」や、「ヴァージニア州における大学教育の提供についての利益」という目的は、女性の入学を認めた場合であっても同様に達成できるのであるから、これらの目的は、女性の入学を認めないという手段との関連性がより薄いと言わざるを得ない

以上から、グリーンは、「第一に、利益がより狭く認定されるにつき、それらの重要性はより小さくなる。第二に、利益がより一般的に認定されるにつき、問題となっている政府行為へのそれらの関連性はより薄くなる」とする[83]。そして、裁判所には、立法目的を認定するにあたり、どの程度の一般性における政

---

[81] Green, *supra* note 75, at 445-46.

[82] また、より一般的な政府利益の保護を目的として認定することには、その目的の重要性が強調されることにより、本来存在しない政府利益が追求されている危険がある。例えば、「子の福祉」の増進を目的として、性的な描写を禁止した場合、「子の福祉」の重要性が疑いようのないため、性的な描写が本当に「子の福祉」を害しているかの証明なしに規制が認められる危険がある（Matthew D. Bunker, Clay Calvert & William C. Nevin, *Strict in Theory, But Feeble in Fact? First Amendment Strict Scrutiny and the Protection of Speech*, 16 COMM. L. & POL'Y 349, 369 (2011)）。

[83] Green, *supra* note 75, at 447.

府利益を包含するよう立法目的を認定するかについての裁量が不可避的に与えられる[84]。従って、裁判所は、一方において、政府利益の一般性を操作し、審査基準の目的の重要性の要件充足性が否定されるようになるまで立法目的を狭く認定することが可能であり、また、他方において、目的と手段の関連性の要件の充足性が否定されるようになるまで立法目的を広く一般的に認定することも可能である[85]。

以上のグリーンの議論は、ある立法の目的を認定するにあたり、裁判官がその個人的選好に従い政府利益の一般性を操作することによって、その立法をいわば恣意的に違憲と判断することの問題性に向けられている。しかし、裁判官の個人的選好に従った政府利益の一般性の操作の問題性は、目的を狭く認定することにより手段の過小包摂性を回避するという形で、裁判所が合憲判決を下す場合にも存在する。しかし、そのような認定を恣意的に行うことは許されるべきではない。

イ　目的審査において規制対象と害悪との間の因果関係を検討する必要性–審査の重なり合いと因果関係の区別

ここでは、グリーンの議論を用いて、スカリアが「直接的な因果関係」を目的審査において審査した理由を検討する。

第一に、手段審査において（のみ）「直接的な因果関係」を審査することには、「目的審査と手段審査の重なりあい」とでもいうべき問題点があることを指摘できる。この問題点を検討するため、*EMA* 事件判決において問題となったカリフォルニア州法を若干簡略化し検討する。具体的には、＜年少者の精神的健全さを守るため、暴力的ビデオゲームを年少者に対し配布する行為（暴力的ビデオゲーム配布行為）を禁止する＞という法令を扱う。ここで、上記の法令の合憲性を検討する前提として、暴力的ビデオゲームを年少者に対して見せたとしても、暴力的なテレビ番組や幼児向きのアニメなどの他の表現物と区別できる[86]影響が認められないとする。そして、「年少者の肉体的及び精神的健全さを守ることにやむにやまれぬ利益がある」ことは先例上確認されている[87]。

---

[84] *Id.*
[85] *Id.* at 451.
[86] 暴力的ビデオゲームによる年少者に対する影響が他の表現物と区別できるものである場合には、暴力的ビデオゲームのみの規制も許容される余地があることについては、後掲注(95)-(105)とその本文を参照。
[87] Sable Communication of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115, 126 (1989).

前述のように、立法に規定された手段そのものを立法目的として認定することは許されない。この場合、抽象的な目的として、①「年少者の保護」という目的も想定できるが、認定可能な目的の中で手段との関連性の最も高まる目的を考慮すると、それはおそらく、②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」であろう。しかし、ここで、目的を②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」とすると同時に、＜暴力的ビデオゲームを見せても年少者への影響は生じない。それ故に、暴力的ビデオゲーム配布行為の禁止という手段は②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」という目的を促進しない＞として手段審査で法令を違憲にしたとする。この場合、手段審査は、＜「現実の問題」が存在しないものを規制する目的は正当な目的とは言えない＞という目的の正当性の審査と重なりあう。従って、このような審査手法においては、手段審査独自の意義が認められなくなる[88]。

逆に、＜暴力的ビデオゲームを見せても年少者への影響は生じない。それ故に、手段は目的を促進しない＞との関係を手段審査で検討しつつ、目的審査と手段審査の重なり合いを回避しようとした場合、どのように立法目的を認定すべきか。この場合、裁判所は、法令の目的を、①「年少者の保護」ないし①'「暴力描写からの年少者の保護」と認定すべきこととなる。しかし、このような目的認定によれば、ビデオゲーム以外の他の暴力的表現を規制対象としていない点（“メディア”についての過小包摂性）、あるいは、暴力以外の他の有害表現を規制対象としていない点（“表現内容”についての過小包摂性）が過小包摂となる。従って、手段審査の独自の意義を維持しつつ、「直接的な因果関係」の審査を手段審査において行う場合、何らかの過小包摂が必然的に生じ、有害表現の規制は一切厳格審査の基準をくぐり抜けられなくなる。

以上で見たように、手段審査において（のみ）「直接的な因果関係」を審査する審査手法には、*R.A.V.*事件判決のスティーブンス裁判官同意意見が法廷意見に対して加えた批判が同様に当てはまる。すなわち、このような審査方法では、言論全てを規制するかあるいは全く規制しないかのどちらかを選択しなければ

[88] 加えて、このような「目的審査と手段審査の重なりあい」は、以下のような形で合憲判断においても生じる。すなわち、暴力的ビデオゲーム配布行為の禁止という手段は②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」という目的と関連するといった形の審査である。このような審査には「ほとんど同義反復でしかない」(門田孝「違憲審査における『目的審査』の検討(2・完)」広島法学 31 巻 4 号 191、200 頁（2008）)ものに陥る危険がある。

ならなくなる[89]。それに伴い、通常の感覚であれば許容されそうな「まず害悪の発生が確実な部分から規制していく」といった段階的な規制[90]も認められなくなってしまう。もしこのような段階的規制の必要性を認めるのであれば、過小包摂な規制の正当化は、②手段審査における過小包摂の正当化によるべきではない。また、③目的・手段審査の枠外での正当化によることも妥当でない。この正当化方法にも、厳格審査の基準に関する先例との整合性につき疑問がある[91]。加えて、この正当化方法を採用した場合、内容規制が不可能となるおそれも存在する[92]。過小包摂な規制の正当化は、①目的審査における過小包摂の正当化によるべきである。

また、手段審査に加え目的審査においても関連性の審査を行う以上、手段審査における関連性の審査と目的審査における関連性の審査は別個のものが想定されるべきであろう。具体的には、目的審査における関連性の審査とは、害悪を生ぜしめるとされている規制対象群がある害悪を引き起こすかを問うものであると考えるべきである[93]。これを表現規制の文脈、特に *EMA* 事件判決におい

---

[89] 注(27)の本文参照。

[90] アメリカにおいても、過小包摂の存在が必ずしも違憲の結論を導いているわけではない。例えば、Lee は、第一修正上の権利が問題となった事例において段階的な規制が認められた例として、FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc., 479 U.S. 238 (1986)（*MCLF* 事件判決）を指摘している(William E. Lee, *The First Amendment Doctrine of Underbreadth*, 71 WASH. U. K. Q. 636, 657 n. 126 (1993))。*MCFL* 事件判決では、法人に対して、選挙に関する支出を法人の財源からなすことを禁止し、代わりに、法人から独立した基金から支出することを要求する連邦法を、非営利的な法人である Massachusetts Citizens for Life, Inc.（MCFL）に適用することが違憲とされた（適用違憲）。法廷意見を執筆したブレナン裁判官は、厳格審査の基準の適用に際して、法人のみが規制対象とされている点につき、以下のように述べた。すなわち、「営利的な法人はこのような危険を引き起こす唯一の組織ではないかもしれないが、これらは、富を集積する能力を高める法的な便宜が与えられている点で、まさに右の危険を引き起こすものの最も顕著な実例といえる。議会は、現在のところ、この性質を有する組織(firm)のうち、考えられる形態すべてについて規制しようとしているわけではない。しかし、そのことが法人に対し規制することについての正当化を弱めるわけではない。むしろ、議会の判断は、・・・“連邦選挙法について、‘慎重、かつ、段階的に規制を進める’という注意深い立法的調整”を表している」(479 U.S. at 258 n.11(*quoting* FEC v. National Right to Work Committee, 459 U.S. 197, 209 (1982)))という。ここでは、過小包摂の存在にもかかわらず、段階的な規制が好意的に評価されている。

なお、注(44)に引用した駒村教授の議論もあわせて参照のこと。

[91] 前掲注(45)とその本文参照。

[92] 前掲注(47)とその本文参照。

[93] 日本においても、浦部教授が、目的審査において審査される関連性とは、「一定の類型ないし範ちゅうに属する行為と『害悪』発生との間の一般的な関連性である」とする。

て問題となった暴力的ビデオゲームの規制に即して言えば、以下のような審査となる。すなわち、目的審査においては、暴力的ビデオゲームにある害悪を引き起こす蓋然性、例えば、これに触れた年少者の行動を攻撃的にする等の害悪を及ぼす蓋然性が認められるか否かが、立法事実に照らして判断される。これに対して、手段審査における関連性の審査とは、実際に法令の採用する具体的手段が、規制対象によって生じるとされる害悪の防止という目的を実際に促進するものであるか、また、その手段には目的との関係において行き過ぎがないかを問うものである。上記の例で言えば、法令が、暴力的ビデオゲームの販売に年齢確認を義務付けた場合や、あるいは、暴力的ビデオゲームの店頭での販売を禁止し、クレジットカードによる年齢確認の容易なインターネットによる販売にその流通過程を限定した場合、これらの手段は、暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護を実際に促進するか、また、行き過ぎがないかが審査されるべきこととなる。この例の場合、これらの手段は、共に目的を促進する。しかし、流通過程のネット販売への限定は、成人がこのような表現物を手に入れる機会を著しく制限するのであって、手段に行き過ぎがあると認定されるおそれがある。

ウ　目的審査において規制対象と害悪との間の因果関係を検討する必要性–過小包摂性の不当な回避

以上のように、手段審査において（のみ）「直接的な因果関係」を審査する審査手法には、「目的審査と手段審査の重なりあい」によって手段審査の独自の意義が失われるという問題点を指摘できる。スカリアが目的審査において「直接的な因果関係」の審査を行ったのも、この問題点の回避するためであった可能性を指摘できる。

しかし、そもそも以上の思考過程は、違憲の結論を導く場合のものである。手段審査において（のみ）「直接的な因果関係」を審査することの第二の問題点として、前述の政府利益の一般性の恣意的操作による過小包摂の不当な回避が挙げられる。もし裁判官が合憲の結論を導こうとして以上の思考過程を用いた場合、裁判官は、より一般的な政府利益の中から、特定の規制対象のみと関わるより一般性の低い政府利益を選び出し、この政府利益を包含するよう目的を

過小包摂な規制を目的審査において正当化する場合の関連性審査もこの浦部教授の関連性審査に近いものであると考える。浦部法穂『違憲審査の基準』40 頁（勁草書房・1985）。なお、浦部法穂『憲法学教室　第 3 版』96-97 頁(日本評論社・2016)も参照。

認定することによって、すなわち、目的を恣意的に狭く認定することによって、内容差別的な規制であっても過小包摂性の審査を容易にくぐり抜けさせることができてしまう。以上のような過小包摂性の回避について、*EMA* 事件判決に即して例を挙げるとすれば、②「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」を「やむにやまれぬ利益」にあたると認定し、これと手段との適合性を検討することが考えられる。ここで、手段審査において問題となるのは、手段が目的を促進するか（促進関係）である。しかし、促進関係が認められるためには科学的な証明まで要求されておらず、十分に説得的な一般常識で足りると考えられている以上[94]、*EMA* 事件判決で示された“相関関係”の証拠でも十分に促進関係が認められる可能性がある。

従って、目的認定における政府利益の一般性の操作は過小包摂性の回避ルートになりうるのである。それ故、厳格審査の基準の適用に際しては、「何故そのような狭い目的（従って、一般性の低い政府利益しか包含しない目的）を認定することが許されるのか」につき、何らかの正当化が要求されるべきである。つまり、裁判官の認定した、より狭い目的には、より広い目的から区別されるべき理由があることが示されなければならない。

a「害悪の重大性」による正当化アプローチ

その正当化の一つとしては、「当該表現物の引き起こす害悪が他の表現より大きいから」という正当化が考えられる。前提として、議会には、言論に対し社会の抱く不快感やマイナスの評価を理由に言論を規制する権限は与えられていない[95]。そのため、ある言論を規制する場合、議会は、その言論が引き起こす何らかの害悪を理由としなければならない。ここで、議会には、当該規制対象の引き起こす害悪の程度を評価し、その中から最も深刻と評価した害悪のみを規制する裁量が与えられている[96]。そうであるとすれば、議会には、最も深刻と評

---

[94] Volokh, *supra* note 44, at 2422.

[95] *Id.* at 2419.例えば、Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N.Y. State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105, 118 (1991)は、「政府は、社会がある思想それ自体を不快、あるいは賛成できないと考えていることのみを理由に、当該思想の表現を制限してはならない」とする（*quoting* Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 414 (1989)）。また、嫌悪感が表現を制限するための正当な根拠とはなり得ないことは、*EMA* 事件判決のスカリア法廷意見においても確認されている(564 U.S. at 798)。

[96] *See* Note, *Development in the Law - Equal Protection*, 82 HARV. L. REV. 1065, 1084 (1969). このノートは、平等条項の文脈において、害悪認定につき議会に裁量が認められることを指摘しているものであって、表現規制の文脈における議会の裁量の有

価した害悪のみを防止するために立法することも許されるはずである。そして、より重大な害悪の防止を目的とする場合には、他の瑣末な害悪の防止を目的の範囲から除外した場合でも、その目的が「やむにやまれぬ利益」に該当する公算は高い。また、そもそも、過大包摂性の審査、過小包摂性の審査における「過大」・「過小」とは、既に一定の評価が加えられている概念である。例えば、ヴォロックは、過大包摂を「政府利益と関わりのない言論を相当数制限する（強調：引用者）」こと、過小包摂を「制限されている言論と同程度に政府利益に対して害悪を及ぼす相当数の言論を規制することに失敗する（強調：引用者）」ことと定義している[97]。このヴォロックの定義によれば、厳密には何らかの過大包摂・過小包摂が存在する場合でも、その程度が「相当数」と評価されない範囲に留まるのであれば、厳格審査の基準を満たすとされる余地がある[98]。このように、過小包摂性の概念自体を＜「同程度」の害悪を「相当数」規制できていないこと＞と捉えることが許容されるのであれば、防止されるべき「害悪」の側を＜「同程度」と言えない「深刻」な「害悪」＞に限定することも、過小包摂性の不当な回避と非難するに値せず、許容することができる。

もっとも、*R.A.V.*事件判決において、スカリアが＜害悪の重大性＞という観点からの州条例の正当化を「言葉遊び」として退けた[99]ことからすれば、害悪の重大性のみによって、「内容差別の合理的必要性」を説明することは困難かもしれない。

b「害悪の蓋然性」による正当化アプローチ

以上は、＜害悪の重大性＞という観点から過小包摂性回避の正当化を試みるアプローチであった。これに加えて、スカリアは、*EMA* 事件判決を通じて、「当

無につき直接扱う文献ではない。しかし、平等条項の文脈と言論規制の文脈の間に裁量の広狭につき差異が存在する可能性は否定できないとしても、表現規制の文脈においても、害悪認定についてのなんらかの裁量が議会に対して認められると考えられる。また、議会が害悪認定についての裁量を有していることは、経済的自由に関する判例においても認められている。*See* Williamson v. Lee Optical, Inc., 348 U.S. 483, 489 (1955)(「（害悪の：引用者）改善は、議会の判断において最も深刻であると考えられた問題の側面に専念することにより、段階的に進めることが許される」とする); West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, 400 (1937)(「議会は、害悪の程度を評価することについて自由であって、その立法の規制対象を、必要性の明白な諸事例に限定してもよい」とする).

[97] Volokh, *supra* note 44, at 2422-23.

[98] Richard H. Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1327-32 (2007).

[99] 前掲注(34)の本文参照。

該表現は害悪との間の因果関係が明確であり、かかる表現から生じる害悪が“現実の問題”となっている」という正当化方法を加えたと分析できる。いわば＜害悪の蓋然性＞の観点から、過小包摂性回避の正当化を試みるアプローチである。確かに、「年少者の保護」というように、規制立法の目的を抽象的に認定することも可能である。しかし、このような抽象的な目的を認定したとしても、厳格な目的審査には耐えられない[100]。そもそも、「第一修正は、州に対して、存在しない問題を規制することを要求していない[101]」のであって、「現実の問題」を規制しなければならない。

それでは、＜害悪の蓋然性＞を証明することによって、なぜ過小包摂、特に、内容差別は許容されるのか。この点につき、見解規制も絶対的に禁止されるものではなく、明白な害悪の防止を理由とする場合には見解規制も許されるとするサンスティンの議論が参考となる。サンスティンによれば、見解規制には、それが不法な動機に基づくおそれがあり、また、公共の討論から一方の見解を締め出しことによって表現の自由のシステムを歪曲させる効果(歪曲効果：skewing effect)がある[102]。そのため、見解規制が許容されるためには、十分に中立的な正当化が与えられ、その規制が実は思想の検閲を目的としているのではないかという疑いが払拭されなければならない。しかし、言論と害悪は簡単に結びつきうるのであり、ある言論が何らかの害悪を生ぜしめることの論証は、見解規制を正当化するには不十分という。例えば、戦時中においても、軍務の実効性確保を理由として、反戦運動を規制することは許されるべきではない。しかし、このような規制が許されないのは、反戦運動に軍務の実効性を阻害する恐れが認められないからではない。過度な反戦運動が軍務の実効性を阻害する恐れは十分に考えられる。彼によれば、見解規制が許容されるためには、「その規制が、“見解に基づいている”と考える余地すらないほどに明白な害悪に基づいている[103] [104]」場合でなければならない。過小包摂な規制を正当化するため

---

[100] Fallon, *supra* note 98, at 1324.
[101] Burson v. Freeman, 504 U.S. at 207.
[102] SUNSTEIN, *supra* note 22, at 168-70.
[103] *Id.* at 173-75. なお、サンスティンは、「明白な害悪」が認められる場合の規制はもはや見解規制には当たらないとする。
[104] サンスティンは、このような「明白な害悪」に基づくために合憲と判断された規制の例として、個人経営のカジノの広告の規制(Posadas v. Louis Co. of Puerto Rico, 478 U.S. 328(1986))を挙げる。また、そのほかにも、テレビにおけるタバコ及び酒類のコマーシャルの放映の規制、違法薬物の広告の規制も、それらの摂取が自己又は他人へ明白な害悪を加えることから、許されうるとする(*id.* at 175)。

法令の目的として「害悪の防止」を掲げる場合にも、その害悪は明白なものでなければならないというべきであろう。

次に、ある害悪を生ぜしめるいくつかの表現物の中からある表現物のみを選び出すこと、言い換えれば、害悪との因果関係がより明確な規制対象から生じる害悪の防止のみを「現実の問題」として認定し、その防止を規制目的として選び出すことはどのように正当化されるべきであろうか。

これは以下のように考えることができよう。例えば、害悪を引き起こす蓋然性が 80%を超えている場合に「現実の問題」を認定できるとする。この場合において、暴力的ビデオゲームが年少者に対して害悪を引き起こす蓋然性が 90%であったとする。これに対して、暴力的なマンガが年少者に対して害悪を引き起こす蓋然性は 60%に過ぎないとする。この場合、「暴力的なマンガによる害悪からの年少者の保護」は「現実の問題」に当たるとは言えない。従って、裁判所は、「暴力的なマンガによる害悪からの年少者の保護」を除外し、「暴力的ビデオゲームによる害悪からの年少者の保護」を目的として認定することが許される。

以上の論理は、正当に規制することができない対象を除外し、正当に規制可能な対象のみを選び出すことの正当化に関するものであった。これに対し、暴力的なマンガが年少者に対して害悪を引き起こす蓋然性が 80%であった場合にも、目的を同じように認定することができるか。すなわち、害悪を引き起こす蓋然性が「やむにやまれぬ利益」該当性の閾値を超える規制対象が複数存在する場合に、その中から、害悪を引き起こすより高度の蓋然性が認められる規制対象だけを選び出し、その害悪の防止を目的として認定することが許されるか。ここでは、規制対象と害悪との間の因果関係の存在を前提に、その因果関係の強度に応じ、ある表現のみを規制することの可否が問われている。

この問題の検討においては、前述のファロンの目的審査に対する理解が有用となる。繰り返しとなるが、ファロンの理解において、害悪の防止という政府利益はオールオアナッシングなものではなく、程度問題に過ぎない。年少者に対してある有害表現を視聴させた場合、その年少者に対し有害な影響が生じるか否かは、その年少者の影響の受けやすさという個性に依存する。ある年少者に対して重大な害悪を生じさせる表現であっても、他の年少者に対してはなんら害悪を生じないということも十分考えられるのである。もしこのように、政府利益が程度問題に過ぎないことを認めるのであれば、目的の「やむにやまれ

ぬ利益」該当性の審査に際しては、「害悪のリスクあるいは発生を特定の量における減少を達成すること」が「やむにやまれぬ利益」にあたるかを検討すべきである。言い換えれば、「争われている規制が達成するであろう程度において、害悪の危険あるいは発生の減少を達成することについて、やむにやまれぬ利益が存在するか否か[105]」を問うべきである。

このように当該具体的規制によって見込まれる利益との関係において目的審査を考えるのであれば、害悪を引き起こす蓋然性が「やむにやまれぬ利益」該当性の閾値を超える複数の規制対象の間においても、その規制によって得られる利益の間には差異が存在する。より高度の蓋然性が認められる害悪の防止によって得られる利益は、蓋然性のより認められにくい害悪の防止によって得られる利益よりも大きい。従って、防止されるべき害悪の側を、「同程度」と言えないより高度の蓋然性が認められるものに限定することも、過小包摂の回避と非難するに値せず、許容できる。従って、害悪との因果関係がより明確な規制対象から生じる害悪の防止のみを「現実の問題」として認定し、その防止を規制目的として選び出すことも、州には許されるべきであろう。

（3） 小括

以上の議論を踏まえて、過小包摂な規制に対するスカリア裁判官の判断手法についてまとめておく。

まず、アメリカ連邦最高裁においては、言論の自由規制立法の合憲性を審査する際に、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査として、防止しようとした害悪が単なる憶測に過ぎないものではなく、「解決する必要のある“現実の問題”」であることの証明が要求される場合がある。そして、スカリアによれば、「現実の問題」の存在を肯定するためには、規制対象と害悪との間の因果関係の審査を行い、両者の間に「直接的な因果関係」が認められることが必要である。ここでは、「直接的な因果関係」の証明によって、過小包摂な規制を正当化しうること（「直接的な因果関係」の証明が *R.A.V.*事件判決で要求された「内容差別の合理的必要性」の論証、あるいは、*EMA* 事件判決で要求された「説得的な理由」の論証となりうること）が示された。すなわち、目的審査において害悪の蓋然性を証明することによって、過小包摂な規制を正当化し得ることが示されたのである。

---

[105] Fallon, *supra* note 98, at 1325.

もっとも、過小包摂な規制の正当化については、目的審査で行うべきことが必然的であるわけではない。これを手段審査において行うことも可能であろう。しかし、害悪の蓋然性の審査を行うことによって、過小包摂な規制の正当化を目的審査において図ることには以下の積極的意義が存在する。

一つ目は、猿払事件最高裁判決において見られたものと同種[106]の、「目的審査と手段審査の重なりあい」を防止しつつ、言論の段階的な規制を可能とする機能であった。目的審査において規制対象と害悪との間の因果関係を審査することによって、「まず害悪の発生が確実な部分から規制していく」段階的な規制であっても過小包摂性の審査をくぐり抜けることが可能となる。

二つ目は、目的審査において＜害悪の蓋然性＞を審査すべしとすることによって、裁判官がその個人的な選好に従い立法目的の認定を恣意的に操作し、過小包摂性の審査をくぐり抜けられるような目的を認定することを防止する機能であった。言い換えれば、目的審査における＜害悪の蓋然性＞の審査は、裁判官の目的認定の正当性を担保する機能を果たすこととなる。また、この機能から、目的審査における規制対象と害悪との間の因果関係の検討は、立法の採用した具体的な手段との間の関連性を審査されるべき対象、すなわち、立法の具体的な目的を認定するためのルールとしても機能する。

3　両親の監督権限の補助を目的とした正当化–「利用可能な代替手段」

---

[106] 猿払事件最高裁判決（最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 巻 9 号 393 頁）は、公務員の政治的行為を禁止する国家公務員法 102 条 1 項及び人事院規則 14-7 の合憲性を判断するにあたり、目的・手段を以下のように認定した。まず規制目的については、職務の遂行に対する党派的偏向とこれによる行政の中立的運営に対する国民の信頼の破壊・行政内部における政治的対立の発生とこれによる国の政策の忠実な遂行への重大な支障等の「弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為を禁止すること（強調：引用者）は、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであって、その目的は正当なものというべきである」とする。そして、この規制目的と手段との間の関連性についても、「右のような弊害を防止するため、公務員の政治的中立性を損なうおそれがあると認められる政治的行為を禁止すること（強調：引用者）は、禁止目的との間に合理的関連性があるものと認められる」として、規制目的と手段との間の関連性を肯定した。しかし、このような審査手法には、「公務員の政治的中立性を損なうおそれがあると認められる政治的行為を禁止すること」という手段は、「公務員の政治的中立性を確保し、もって、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保すること」という目的と関連するといった形で、その目的審査と手段審査の重なり合いが生じている。すなわち、このような審査手法には、「ほとんど同義反復でしかない」（門田・前掲注(88)200 頁）ものに陥る危険がある。

の考慮について

続いて、「両親の監督権限の補助[107]」という観点からの正当化について検討する。

州側は、本件州法を、「両親の監督権限の保護」という観点から正当化する。すなわち、「ビデオゲームを購入できるものを成人に限定することによって、当該立法は、どのゲームが適切であるかの決定を両親がなしうることを確実にする[108]」というのである。

このような正当化に対して、スカリアは、「カリフォルニア州は、当該立法の課す制限が、子が暴力的なビデオゲームに触れる機会を制限したいと考えているものの、それができずにいる両親の実質的要求に合致することを示せていない」とした。その理由として、スカリアは、ビデオゲームの制作会社が既に、自主的なレーティング規制を引いていることを挙げる。このレーティング規制の下、エンターテイメント・ソフトウェア・レーティング委員会は、ビデオゲームを、その内容に従い、EC(Early Childhood)から、年少者に不適切な M（17 and older）あるいは AO(Adult Only)まで、6 段階に区分する。そして、ビデオ・ソフトウェア取扱業者連合も、取扱業者に対して、レーティング規制に関するする情報の店内掲示、AO に分類されるビデオゲームを年少者に販売することを控えること、M に分類されるビデオゲームを年少者に対して販売する際にその両親の同意の有無を確認すること、を奨励している。連邦取引委員会は、このレーティング規制を、映画業界・音楽業界よりも優れていると評価している。したがって、スカリアは、「このシステムこそ、まさに、年少者が深刻な暴力的ゲームを勝手に購入できないようにすることを確保しているのであって、そして、当該事柄に関心を有する両親に対して、子供が家庭に持ち込んだゲームの評価を容易にしているのである[109]」として、既存の代替手段によっても、「両親の監督権限の補助」という利益が一定程度確保されていることを確認する。したがって、本件州法という追加的な規制の実施によって達成の見込まれる利益は、年少者が、このレーティング規制を潜脱して暴力的ビデオゲームを手に入れることの防止に限定される。このような規制によって見込まれる利益について、スカリアは、「関心を有する両親の監督権限に関する控えめなギャップを埋

[107] 564 U.S. at 802.
[108] *Id.*
[109] *Id.* at 803.

めることは、到底、やむにやまれぬ州の利益となり得ない[110]」とする。

第 4 節　スカリア裁判官の判断手法に見る比例性審査

もし、*EMA* 事件判決におけるスカリア裁判官の意図が *R.A.V.*事件判決の補足、すなわち、過小包摂な規制を合憲とする余地を認めることにあったとしたならば、*EMA* 事件判決の法廷意見は、ファロンの比例性審査に接近する。

繰り返しとなるが、ファロンの見解を簡単にまとめておこう。ファロンの問題意識は、厳格審査の基準の下における、得られる利益と失われる利益の「限界分析」にある。従来、厳格審査の基準は、目的審査・手段審査という「二つの不連続な部分」から成ると捉えられてきた。しかし、厳格審査の基準を「二つの不連続な部分」から成ると捉えた場合、その審査は極めて抽象的なものとなり、「限界分析」が困難となる。例えば、青少年保護規制の合憲性が問題となった場合にも、青少年保護という抽象的な利益の「やむにやまれぬ利益」該当性、及び、そのような抽象的な目的と手段との適合性が審査されるかのように理解されてきた。ファロンによれば、このような抽象的な審査を回避するためには、厳格審査の基準とは、「目的と手段の評価が同時に行われる、流動的で、双方向的なもの」として理解されなければならない。すなわち、目的の「やむにやまれぬ利益」とは、程度問題であって、ここで重要となるものは、抽象的に措定された利益の重要性ではない。「危険性あるいは害悪発生の蓋然性を、争われている規制によって見込まれる程度において減少させることに、やむにやまれぬ政府利益が認められるか」という、より具体的に絞り込まれた目的の「やむにやまれぬ利益」該当性が重要となる。同様に、手段の必要最小限性の審査においても、「保護された権利への制限がより小さいにもかかわらず、ほぼ同量の危険性の減少を達成することができる、より制限的でない代替手段が存在するか否か」が重要となる。

これに対して、*EMA* 事件判決におけるスカリア裁判官の判断手法も、抽象的な目的（本件では、例えば、「年少者の保護」）を簡単に措定しない。ここでは、「直接的な因果関係」の証明を目的審査において要求することによって、より具体的に絞り込まれた目的（本件では、「暴力的ビデオゲームによる年少者への

---

[110] *Id.* また、スカリアは、FN 9. において、「たとえ規制強化によって暴力的ビデオゲームの年少者に対する販売の防止をより達成できるとしても、政府は、その目標の増進による、ささいなパーセンテージの防止に、やむにやまれぬ利益を有していない」としている。

害悪の防止」）を認定することの可否、及び、その「やむにやまれぬ利益」該当性を検討していた。そのような目的の絞り込みを試みる点で、ファロンの見解に類似する。このような絞り込みは、過小包摂の正当化を、目的審査において行うがために必要となったものである。すなわち、＜目的審査と手段審査の重なり合い＞を防止しつつ言論の段階的な規制を可能とすること、裁判官の立法目的の認定の操作による＜過小包摂性の不当な回避＞を防止することを図りつつ、過小包摂な規制の正当化を行うためには、「直接的な因果関係」の証明という形で、目的審査による正当化を行うことが適切である。そして、その場合の目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査は、「争われている規制が達成するであろう程度において、害悪の危険あるいは発生の減少を達成することについて、やむにやまれぬ利益が存在するか否か」を問うものとして把握されるべきことについては前述した。

このように、*EMA* 事件判決を、*R.A.V.*事件判決の補足として読む場合、スカリアも、ファロンの言う比例性審査を行なっていたと考える余地がある。そして、そのような読み方は、「両親の監督権限の補助」という正当化に対するスカリアの判断によって、裏付けを与えることができる。スカリアは、この正当化を否定するにあたって、「両親の監督権限の補助」という利益が、既存の手段によって一定程度確保されていたのであって、したがって、本件州法による規制が追加的なものに過ぎないことを重視した。すなわち、スカリアは、両親の監督の及ばないところで年少者が暴力的ビデオゲームに触れる「蓋然性の減少度合い」が、「利用可能ではあるが一般に有効性の劣るとされる代替手段に照らして見た場合」、暴力的ビデオゲームの販売という基本的権利の侵害を十分に正当化するかを審査し、これを否定したのである。この意味において、スカリアの判断は、目的審査と手段審査を「流動的」かつ「双方向的」に行なっていたのであり、スカリアの念頭にも「限界分析」が存在する。

もっとも、ファロンとスカリアの間にも、ニュアンスの違いは確かに存在する。ファロンの見解は、厳格審査の基準の適用に際し、＜目的を具体的に絞り込むべきである＞、というものである。これに対して、スカリアの判断は、＜目的を絞り込むことの可否を検討した結果、本件事情の下においては正当化することができない＞、というものである。

しかし、従来の判例において、目的審査と手段審査の関係性が明らかにされてこなかった現状に鑑みれば、この関係性に一つの視点を提示した「限界分析」

という共通項の重要性の方を重視すべきと考える。

第 8 章　「憲法上の権利」と比例性審査の主戦場

前章では、*EMA* 事件判決におけるスカリア裁判官の判断手法と、ファロンの比例性審査の観点を取り入れた厳格審査の基準との、類似性について検討した。

それでは、一般に比例性審査に対して否定的と評価されるスカリア裁判官は、なぜ、ファロンの見解と類似し得たのか。逆に言うと、スカリアは、比例性審査のどこに否定的であったのか。以上が、本章の検討課題である。

ここでの検討は、以下のような過程を経る。まず、第 1 節において、ファロンの憲法解釈方法論について検討する。ファロンは、自身の憲法解釈方法論について、スカリアのいわゆる原意主義と対比して検討する。したがって、ファロンの憲法解釈方法論を見ておくことは、スカリア裁判官が、比例性審査のどこに否定的であったのかの検討にもつながる。続く、第 2 節において、ファロンが、憲法上の権利をどのように捉えているのかについて検討する。そして、第 3 節において、ファロンの見解では、利益衡量はどのように位置付けられるのか、第 4 節において、スカリア裁判官の見解では、利益衡量はどのように位置付けられるのかについて検討する。いうまでもなく、比例性審査は、利益衡量の一手法にあたる。利益衡量の位置付けを見ておくことは、比例性審査の主戦場の検討に有用であろう。最後に、第 5 節において、両者の見解の異同について検討する。

第 1 節　憲法解釈の方法 –裁判官の役割について–

ここでは、ファロンの憲法解釈方法論について検討する。しかし、それに先立って、まず、アメリカ憲法学において、有力な解釈方法論を代表する、2 人の論者の憲法解釈方法を確認する。スカリア裁判官と、ドウォーキンの見解である。これらの二つの見解は、裁判官の役割を、(歴史家として、あるいは、哲学者として)「憲法の真の意味（one true meaning)」の発見と理解する点で共通する[1]。

1　スカリアの立場 –原意主義的「解釈」とその限界

（1）　原意主義的「解釈」

スカリアは、いわゆる原意主義（originalism）の立場に立つ代表的論者である。彼によれば、憲法の文言は、憲法の原意（original meaning）に固定される。

[1] RICHARD H. FALLON, JR., IMPLEMENTING THE CONSTITUTION 5 (2001).

従って、憲法の文言は、制憲当時の理解に従って解釈されなければならないのであって、現在の意味（current meaning）に従って解釈されてはならない[2]。

この立場における裁判官の役割は、憲法の意味の特定である。裁判官には、解釈の名の下において、憲法に関する自己の理解を押し付けることは許されない。

（２）　原意主義的解釈の限界

原意主義的な理解に対しては、アメリカ合衆国における憲法裁判の実践を叙述することに失敗しているとの批判が向けられる。すなわち、憲法判例には、既に原意主義に従わない多数の判例の蓄積がある。例えば、第一修正の保護は、＜検閲・政府批判の処罰の禁止＞という原意を超え、「実質的にすべての形態による“思想の自由市場”への参加」に及ぶ[3]。これらの先例は、原意主義的な理解と整合しないが、その一方で、原意主義者も、これらの先例を無効にせよとまでは主張しない。原意主義者も、原意主義に基づかない先例の有効性を受け入れるのであるが、その理由を十分に説明することはできていない。

２　ドウォーキンの立場 –道徳的「解釈」

(1)　道徳的「解釈」

これに対して、ドウォーキンは、憲法の文言を憲法の原意に固定しない。

彼によれば、裁判所は、「原理のフォーラム（forum of principle）[4]」である。憲法解釈において裁判所は、「考えらえる最大限の一般性を持って、憲法原理を述べる[5]」べきであって、抽象的な道徳的諸原理の参照が許容される[6]。

この見解において、裁判所の役割は、「言論の自由」、「平等の保護」とは何の保護を意味していると理解するのが正しいかを発見することにある[7]。

例えば、*New York Times Co. v. Sullivan* 事件判決において最高裁は、公職員に対する名誉毀損の成立を、表現者に「現実の悪意(actual malice)」があったと認められる場合に限定した[8]。ドウォーキンは、この判決が、主として、「手段的

---

[2] ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION 38 (1997).
[3] FALLON, *supra* note 1, at 15.
[4] RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 69-71 (1985).
[5] RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW 2 (1996).
[6] *Id.* at 7-12.
[7] FALLON, *supra* note 1, at 26.
[8] 376 U.S. 254, 279-80 (1964).

（instrumentally）」な正当化、すなわち、表現の自由の重要性は、それ自体に内在する道徳的権利にあるのではなく、これを保障することによってもたらされる何らかの結果（政治過程における真実発見など）にあるとの正当化に依拠していたことを批判する[9]。ドウォーキンによれば、このような正当化は、「脆弱かつ限定的」である。それ故、表現の自由に関する判断は、市民を「責任ある道徳的主体（responsible moral agents）」として扱うことが「公平な政治社会(a just political society)」にとって本質的であるという「構成的（constitutive）」な正当化によらなければならない。彼によれば、「市民に危険あるいは不快な信念を信じ込ませてしまうかもしれない意見については、それに耳を傾けるかどうかを市民の手に委ねておけない[10]」として、政府がある言論を規制することは、市民を責任ある道徳主体として扱う義務に違反するため許されない。*Sullivan* 事件判決は、「市民に対して、彼らの読むことのできるものを、・・・何が社会的問題に対する誤った見解を彼らに植え付けるかについての何らかの公的な判断を基準として、指定することは、彼らを責任ある道徳的主体として扱うことと明らかに矛盾する[11]」との正当化に依拠すべきであったというのである。

（２）　道徳的解釈の限界

原意主義的解釈と異なり、道徳的解釈は、憲法の「実践[12]」に一定程度基づいている。しかし、ファロンによれば、道徳的解釈も、現実の実践を十分に把握しているとは言えない。

ア　経験的・予測的評価の見落とし

第一に、裁判所は、「実践において機能する法的基準及び法理の展開」を最重要視しているのであって、「最善の“道徳的解釈”」を最重要視しているわけではない[13]。

そもそも、本件で問題となったのは、危険な意見ではなく、誤った事実の叙述である。従って、ドウォーキンの述べる原理は、本件にはうまく妥当しない。例えば、ある製品についてのリスクあるいは効能につき誤った事実を主張する

---

[9] DWORKIN, supra note 5, at 199-200.
[10] *Id.* at 200.
[11] *Id.* at 207-08.
[12] RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 62-68 (1986).
[13] FALLON, *supra* note 1, at 28.

ことに規制を課したとしても、それが直ちに道徳的主体性の否定につながるわけではないからである[14]。

また、何が正しく、何が誤った言論であるのかについての決定権限を政府に与えることの危険性は否定できないとしても、*Sullivan* 事件判決における法廷意見が問題視したのは別の事柄であった。「自由な討論において避けることのできない[15]」間違い全てに対して不法行為責任を認めた場合、プレスは、その賠償責任をおそれ、批判的記事の掲載を萎縮してしまう。連邦最高裁の意図は、プレスがこのような自己検閲に陥ることを防止するために、「息継ぎの場所[16]」としての法理を用意することにあった。しかし、言論の自由と名誉という利益とを、「抽象的あるいは哲学的な形で、衡量するだけ[17]」では、連邦最高裁は、このような法理を用意することができない。「裁判所には、より具体的で、経験的かつ予測的な評価をなす必要があった[18]」。つまり、ファロンによれば、連邦最高裁は、憲法の文言の道徳的「解釈」のみに基づいて「現実の悪意」の法理を導き出したわけではない。連邦最高裁は、むしろ、賠償責任がプレスを萎縮させる程度・当該言論が真実であることの蓋然性の程度等の「主として、経験的、経済的、そして、戦略的な考慮に基づいて」いた[19]。

このような考慮は、*Sullivan* 判決に独特なものではない。ファロンによれば、「法理上のルールあるいは基準を打ち出した連邦最高裁の判断のほぼ全てが、一連の複雑な、経験的かつ予測的評価に依拠する[20]」。そして、「経験的かつ予測的評価」を加味して憲法上の法理あるいは基準を導出した場合、「実務上の、財政上の、あるいは、その他の理由から」、「憲法の意味と憲法上執行可能な権利との間にはズレ（gap）」が生じうる[21]。従って、ファロンは、ドウォーキンの見解には修正が必要であるとする。

イ　「理性的な不一致」の問題

第二に、道徳的解釈は、「理性的な不一致（reasonably disagreement）[22]」の

---

[14] *Id.* 30.
[15] *Sullivan*, 376 U.S. at 271.
[16] *Id.* at 272.
[17] FALLON, *supra* note 1, at 29.
[18] *Id.*
[19] *Id.* at 30.
[20] *Id.* at 31.
[21] *Id.* at 31-34.
[22] *Id.* at 34.

問題との関係でも一定の修正を必要とする。

ドウォーキンは、自己の道徳的解釈の実践を説明するために、ハーキュリーズという架空の裁判官を登場させる。彼は、卓越した裁判官であって、いわゆるハード・ケースにおいても、「唯一の正しい答えなど存在しないという一般的見解の受け入れを拒否[23]」し、「正解（one right answer）」を導く[24]。

しかし、ハーキュリーズの例は、かえって混乱を招きかねない。

確かに、卓越した裁判官であるハーキュリーズであれば、「最善の道徳的解釈」を妥協することなく貫くことが可能であるかもしれない。しかし、現実の裁判所は、複数の裁判官から構成される「集団としての責任を負う、複数の裁判官が平等な権限を有する（collegial）機関[25]」である。「裁判所は、一つの機関として、合理的で一貫し、安定的かつ実行可能な憲法の集合を生み出す責務を負って」いるところ、このような責務を果たすためには、「裁判官は、コンセンサスを得るために、あるいは、少なくとも“法廷意見”を形成できるだけのコンセンサスを得るために、苦心しなければならない[26]」。ファロンは、ドウォーキンのいうところの「正解」の存在を彼と共有する。だが、それと同時に、「リベラルな民主主義における社会生活の基本的要素として、何が正解であるかに関して、理性的な不一致がしばしば存在しうることもまた受け入れている[27]」と述べる。すなわち、合理的な人々の間においても、「憲法が何を意味しており、そして、憲法はどのように実施されることが最上であるのかについての理性的な不一致[28]」が存在しうる。

そのため、各裁判官の間には「コンセンサス」を得るための「調整」及び「妥協」が必要となるのであるが[29]、ハーキュリーズはこの必要性を曖昧にさせる。

3　ファロンの立場 −憲法の「実施」−

以上の理由から、ファロンは、裁判官を、「憲法の真の意味」の発見のみに従事する、歴史家あるいは哲学者として理解しない。裁判官は、あくまでも「実

---

[23] DWORKIN, *supra* note 12, at 266.
[24] RONALD DWORKIN, TAKING RIGHT SERIOUSLY (1977).
[25] FALLON, *supra* note 1, at 34.
[26] *Id.* at 34.
[27] FALLON, *supra* note 1, at 35.
[28] *Id.*
[29] FALLON, *supra* note 1, at 34; *See also* JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 54-58 (expanded ed. 2005).

務的な法律家（practical lawyer）」として機能するのであって、また、時には、「政治家（statesman）」としても機能するというのである[30]。

そして、このような見解からは、裁判所の役割も、「解釈」に限定されない。むしろ、裁判所の役割を憲法の「解釈」に限定した場合、憲法裁判の実践を正確に把握することは困難になる。そこで、ファロンは、裁判所の役割を、立法府・行政等の他の国家機関と共同して行う[31]、憲法の「実施（implementing）」と捉えることを主張する。

ここで、憲法の「実施」とは、「解釈」という用語が通常示すものよりもより広く、二つの概念を包含するものとして捉えられる[32]。一つ目は、憲法規範の特定と、その特定された規範の意味を明確化することである。二つ目は、「経験的な、さらには、戦略的な事柄を考慮に入れ[33]」て、法理を形成し、審査基準を展開することである。

裁判所の役割を、憲法の「実施」と見ることの特徴としては、以下の二点が挙げられる。

第一に、（例えば、前述した *Sullivan* 事件判決のように、）憲法規範の意味と、違憲審査基準との間にズレが生じることを是認する点である。このようなズレが生じるのは、憲法上の法理あるいは違憲審査基準の形成にあたっては、「司法的に執行可能な基準（judicially manageable standards）[34]」を設定するとの観点から、様々な事柄の考慮が許される結果であると言える。そして、この憲法規範の意味と違憲審査基準との間のズレは、大きく二つに分けて説明される。一つは、設定された法理あるいは違憲審査基準が、憲法の意味をその「概念の限界ギリギリ（full conceptual limits）[35]」まで反映することに失敗している場

---

[30] FALLON, *supra* note 1, at 8.

[31] ファロンの理解によれば、憲法を「実施」する主体には、裁判所に加え、政治部門（「議会、大統領、及び、諸州」）がふくまれる（*id.* at 38）。そして、政治部門にも憲法の実施という役割が与えられるからこそ、裁判所は、しばしば、これらの機関に対して謙譲を示さなければならない（*id.* at 37-38）。

[32] FALLON, *supra* note 1, at 38.

[33] *Id.* また、ファロンによれば、法理を形成するにあたって、必ずしも、憲法の意味を、その細部にわたって完全に決定する必要はない。法理は憲法規範の意味を反映しなければならないが、法理に関する裁判官の合意を形成するために最低限必要な憲法規範の意味の決定があれば足りるとする（*id.* at 38-39）。

[34] Richard H. Fallon Jr., *Jidicially Manageable Standards and Constitutional Meaning*, 119 HARV. L. REV. 1275 (2006).

[35] Lawrence Gene Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced*

合、すなわち、「過小な実現（underenforcement）」である[36]。このような例としては、例えば、いわゆる「疑わしい区別」や基本的権利に関する区別以外の区別の平等条項適合性判断に対し、合理性の基準を適用する場合が挙げられる。もう一つは、「過小な実現」に「対応する（correspondig）[37]」ものとしての、「過大な実現（overenforcement）」である。これは、設定された法理あるいは違憲審査基準が、憲法の意味を、憲法違反の危険を「予防する（prophylactic）[38]」という観点から、その「概念ギリギリ」を超えて実現することを許容する場合である。「過大な実現」の例としては、いわゆる言論の内容規制に対する、厳格審査の基準の適用が挙げられる[39]。

第二に、基準の構築に際し様々な事柄を考慮することが許容される結果、違憲審査基準には、様々な側面が認められることとなる。すなわち、①内容に基づく禁止のテスト（forbidden-content tests）、②疑わしい内容のテスト（suspect-content tests）、③利益衡量のテスト（balancing tests）、④疑わしくない内容のテスト（non-suspect-content tests）、⑤効果に基づくテスト（effects tests）、⑥目的のテスト（purpose tests）、⑦適切な審議のテスト（appropriate deliberation tests）である[40]。もっとも、これらの側面は、排他的な関係に立つわけではない。一つの法理の中に、複数の側面が混在することがありうる[41]。

本章との関係では、③利益衡量のテストと、⑥目的のテストが、理性的な不一致との関係で重要となる。

Constitutional Norms, 91 HARV. L. REV. 1212, 1221 (1978); Fallon, *supra* note 34, at 1299.

[36] FALLON, *supra* note 1, at 32.

[37] FALLON, *supra* note 1, at 6.

[38] Fallon, *supra* note 34 at 1303.

[39] *Id.* at 1304.

[40] FALLON, *supra* note 1, at 77-80.

[41] ファロンは、いわゆるオブライエン・テストを用いて、一つの法理に複数の側面が混在することを説明する（*id.* at 79-80）。オブライエン・テストにおいては、象徴的表現の規制は、a 重要あるいは実質的な政府利益を促進すること、b 右政府利益が自由な言論の抑圧に関係していないこと、c 言論の自由に対する付随的制約が当該利益の促進に必要なもの以上に大きくないことが満たされた場合に合憲となる（United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 377 (1968)）。このテストは、行為の規制に、言論の自由に対する規制効果が認められる場合に適用され（⑤効果に基づくテスト）、そして、厳格審査の基準に比して緩やかな基準であることから、②疑わしい内容のテストに対する否定的な結果を含意する。また、a 目的の重要性、c 付随的制約の必要最小限性を要求する点で、③利益衡量のテストとしての性格も有しており、かつ、c 手段の必要最小限性の要求は、⑥目的のテストの代用物としても機能する。

まず、ファロンによれば、「理性的な不一致」の問題が深刻な場合、③利益衡量のテストは適切なものではない[42]。なぜなら、裁判所が政治部門から独立して比較衡量することは、判決の予測可能性を失わせ[43]、立法府・行政に対する行動指針を奪い、さらには、市民に対して権利の認識を困難なものとし、結果として、「理性的な不一致」を深刻化するからである。

このような観点からは、「理性的な不一致」は、裁判所に対して、司法審査を謙譲的なものとすることを要請する。しかし、ファロンによれば、政治部門が違憲な目的に基づいて行動していた場合、裁判所が謙譲的である必要性は失われる。もっとも、どのような目的が、どのような理由から違憲な目的に当たるかにつき、完全に合意することは困難であって、ここにも、「理性的な不一致」が存在する。それでは、⑥目的のテストに基づき、違憲判断を下すことについても裁判所は謙譲的であるべきか。ファロンによれば、現在の連邦最高裁は、⑥目的のテストを重視しており、⑥目的のテストあるいはその代替物を多用しているという。確かに、ある目的が、なぜ違憲であるのか、その理由付けに対しては、「理性的な不一致」を解消することは困難であるかもしれない。しかし、ある目的が違憲であること自体には、何らかの合意、すなわち、「理論化の不十分な一致（incompletely theorized agreement）」が形成される余地は認められるからである。例えば、第一修正は、一般に、言論に対する悪意を理由に、ある言論を規制することを政府に対して禁止していると理解されている。このような目的の違憲性には異論はほぼないものと思われるが、実は、その理由付けについては見解が分かれている。

第２節　憲法上の権利と利益

１　「背景的な権利」・「法理上の権利」の区別とその許容性

裁判所の役割を憲法の「実施」と見た場合、憲法上の権利はどのように把握されるべきか。

繰り返しとなるが、ファロンによれば、憲法の規範の意味と、憲法上の法理・違憲審査基準の適用の結果実現される権利との間には、ズレが生じうる。この

---

[42] FALLON, *supra* note 1, at 85. また、問題となる権利が、「優越的利益」にあたるか否かも、裁判所が政治部門に対してどの程度の謙譲を示すべきかに関わる。なぜなら、「優越的利益」が関係しない場合の立法の合憲性に関しては、深刻な「理性的な不一致」が懸念されるからである（*id.* at 88）。

[43] *See* Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175, 1178-79 (1989).

ようなズレを権利の側から説明するために、ファロンは、憲法の意味に関する「背景的な権利（background rights）」と、法理の実施に関する「法理上の権利（doctrinal rights）」の区別を用いる[44]。

「背景的な権利」は、憲法の意味を直接に反映する。それは、現状において「完全かつ即座に実現すること」は困難かもしれないが、「理性的な未来において促進」されるべきものであって、「理念的な権利（aspirational rights）[45]」ともいうべきものである。この「背景的な権利」が「理念的な権利」として扱われなければならないのは、「（背景的な権利：引用者）がどのように定義され、そして、実現されるべきかにつき、理性的な不一致がありうるが、それらの完全な理解を即座に思い浮かぶことはできないし、また、おそらくは思い浮かぶべきではないからである[46]」。

これに対して、「法理上の権利」は、「裁判所が司法によって公式化された基準の下において実現する権利」である[47]。問題は、どのような場合に「法理上の権利」の「背景的な権利」からの乖離が許容されるかである。この点につきファロンは、はっきりとした結論を述べることはできないとの留保はつけているものの、「司法的に執行可能な基準」を設定する必要性という観点から検討を加えている。ファロンによれば、連邦最高裁は、「司法的に執行可能な基準」の選択に際し、様々なことを考慮する。そして、連邦最高裁は、時折、「公衆による受容可能性」を考慮に入れることによって、「司法的に執行可能な基準」を導き出す[48]。例えば、連邦最高裁の裁判官たちが、「背景的な権利」には同性婚の権利が含まれると考えたとしよう。しかし、2006 年現在において、同性婚が憲法上保護されうると判断することは、同性愛者の権利に対する強い反感を引き起こしかねない。さらには、同性婚の禁止を明記する憲法改正を行う結果を引き起こすかもしれず、「背景的な権利を即座に実現することは、権利保有者の利益に対して、長期的な侵害を引き起こすかもしれない[49]」。このような環境においては、「公衆による受容可能性」を考慮に入れ、「背景的な権利」の実現を差し控えるような判決をすることも許されるとファロンは言うのである。

---

[44] Fallon, *supra* note 34, at 1322-31.
[45] *Id.* at 1324-26.
[46] *Id.* 34 at 1330.
[47] *Id.* at 1323.
[48] *Id.* at 1328.
[49] *Id.* at 1329.

２　利益の反映としての権利

（１）個人の権利と利益の関係

また、ファロンによれば、「法理上の権利」の「背景的な権利」からの乖離をどの程度において認めるかの判断に際して、「公衆による受容可能性」を考慮することは、個人の権利が「基礎となっている諸利益（interests）を反映する[50]」ものであることから正当化される。権利の範囲の拡張に対する反感が、その権利の保護しようとした利益にとって、有益ではなく有害な結果を生じさせることが予期されるとする。このような場合、その予期される結果は、裁判所が権利の実現を先延ばしすることを（道徳的に）正当化するというのである[51]。

それでは、個人の権利が「基礎となっている諸利益を反映する」ものであるとはどういうことか。ファロンによれば、憲法学において、権利とは利益を守るものであるとして理解されてきたのであって、そこでは、権利が利益を反映するものであることを暗黙の前提とする。もっとも、権利と利益の関係は単純なものとは言い難い。それらの利益は、時折、競合しあう関係にあり、また、権利と利益は、一対一対応の関係にあるわけでもない[52]。例えば、言論の自由も、話者及び聞き手の様々な利益を反映する。例えば、話者の自己表現（self-expression）・自己統治（self-government）・情報収集の利益等である。

このような諸利益につきファロンは、以下のような類型化を試みている[53]。すなわち、①「個人の幸福（well-being）及び個人の幸福を達成可能にすることの利益」、②「代表（agency）あるいは自律(autonomy)に対する利益」、③平等に代表される「“尊厳”に分類されうる利益」、④見解差別の禁止のような、権力の濫用や権力の集中を排するための「システマチックな利益」である。これらのうち、①から③がある特定の個人・集団によって共有される権利であるのに対して、④の利益は、漠然としか個人に結びつかない、むしろ、公（everyone）の利益である点において、前者と異なっている。

（２）規制権限と権利の関係

以上のように、ファロンは、個人の権利と利益の関係性を指摘するのである

---

[50] Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 18 HARV. L. REV. 1787, 1850 n. 287 (2005).
[51] *Id.*
[52] Richard H. Fallon Jr., *Individual Rights and the Power of Government*, 27 GA. L. REV. 343, 352, 353 (1993).
[53] *Id.* at 353-60.

が、彼によれば、利益と関係性を有するのは個人の権利に限られない。同様に、政府の規制権限も、利益と一定の関係を有している。

そして個人の権利を利益と関係するものと見た場合、個人の権利を対立利益たる規制権限と無関係に決定することは困難である。ファロンは、個別具体的な事案から離れた「“一応（prima facie）”の権利」と、ある具体的な事案における裁判官の総合考慮の結果として現れる、「“具体的な（concrete）”権利」とを区別した上で、「具体的な権利」としての「保護される権利」を以下のように性格づける[54]。すなわち、「保護される権利の定義とは、あまねく、権利の基礎にある諸利益と、政府権力の評価を支える諸利益との衡量に依存する[55]」のであって、権利の基礎にある諸利益は、政府利益と相互依存関係に立つというのである[56]。

以下、言論の自由に即してこれを説明する。第一修正の下、保護される言論とは、主として、言論の自由を基礎付ける利益と、政府の規制権限を基礎付ける利益（名誉、プライバシー等の利益）との衡量によって決せられる。ファロンによれば、ここで注意しなければならないことは、「言論の価値が他の諸価値によって優越<u>され始める</u>ところに、ラインが引かれなければならない（強調：引用者）[57]」ことである。従って、保護される言論を定義づけるにあたり引かれるラインは、文字通りの意味での“保護される言論”と“保護されない言論”を分けるものではない。ここでのラインは、政府が他の利益、例えば、プライバシーという利益を保護する権限を行使し始めることのできるラインである。このラインを越えれば、言論という権利（及びそれを基礎付ける利益）が終わり、代わって、プライバシーの権利（及びそれを基礎付ける利益）が生じるラインではないというのである。

---

[54] Richard H. Fallon, Jr., *Further Reflections on Rights and Interests: Reply*, 27 GA. L. REV. 489, 493 (1993).

[55] Fallon, *supra* note 52, at 361-62.

[56] ファロンの権利観の背景には、憲法上の権利を「切り札」として理解した場合、そのような「切り札」が、「“単なる”利益」と「トレード・オフ」の関係に立つことを説明できないとの問題意識がある（Fallon, *supra* note 54, at 493）。「切り札」としての憲法上の権利を規制するためには、同じく「切り札」である他の憲法上の権利を持ち出さなければならないはずである。しかし、連邦最高裁は、しばしば、憲法上の権利と無関係である政府利益を「やむにやまれぬ利益」であると認め、憲法上の権利の制約を肯定してきた(第 1 章の注(29)-(33)の本文参照)。したがって、ファロンによれば、憲法上の権利は、「切り札」ではなく、「ワイルド・カード」に過ぎない（Fallon, *supra* note 52, at 368）。

[57] Fallon, *supra* note 52, at 362.

要約すると、以下のようになる。「一応の権利」としての憲法上の権利（ここでは、言論の自由）は、「具体的権利」としての保護される権利を定義するラインの外側にも及ぶ。しかし、そこでは、政府は、規制権限の行使が可能となっている。保護されない権利は、規制権限の行使の結果として、保護されないに過ぎないのである[58]。

（３）比例性審査の必要性

また、ファロンが憲法上の権利を、保護される権利を定義するラインの外側にまで及ぼすことは、彼が、厳格審査の基準に比例性審査の観点を取り入れたことと無関係ではないように思われる。例えば、コーエン・エリアとポラットは、アメリカの違憲審査基準論とドイツの比例原則との違いについて以下のように指摘している。

「権利を広く理解し、権利と利益との間に区別を置かない、ドイツと異なり、アメリカ憲法の体質は、権利を、強力な切り札、あるいは、政府行為に関する副次的な制限として捉える、より伝統的な権利観を持つ。・・・歴史的に、利益衡量は、私法の領域を通じて、アメリカの法システムにもたらされたのであって、私法の領域では、権利と利益の間に明確な区別を置くことが、概念上、問題であると考えらえていたのである[59]」。「実際、ドイツにおいては、憲法上の権

---

[58] ただし、ここでいう保護される権利と保護されない権利とは、＜猥褻表現やけんか言葉は、いわゆる「保護されない言論」にあたる＞との文脈における「保護されない」権利ではないことに注意が必要である。つまり、ここでいう「保護されない」とは、「一応の権利」として「保護されない」という意味ではない。あくまで、「具体的な権利」として「保護されない」という意味である（Fallon, *supra* note 54, at 493）。したがって、例えば、政治的な言論であったとしても、何らかの「やむにやまれぬ利益」が存在するために、「具体的な権利」として「保護されない」ということはありうる。この意味において、ファロンのいう「具体的権利」は、「法理上の権利」に近い概念であると思われる。

[59] Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approcah in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367, 395 (2009)[hereinafter *Hidden Foreign Law Debate*]. アメリカ法学における利益衡量論は、私法の領域において、ホームズが形式主義を批判した際に誕生した。すなわち、形式主義においては、法的結論は、権利・原理の抽象的な意味の演繹によって導かれる。しかし、ホームズによれば、法とは、社会的目的のための手段として理解されるべきであって、法的ルールについて最良の結論に至るためには、様々な社会的利益の衡量が不可欠であると論じたのである。*See* Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L J. CONST. L. 263, 276-79 (2010).

利の拡張的な性質は、本来的意味における利益衡量に対する構造的な必要性を創造する。これに対して、アメリカ合衆国においては、憲法上の権利がより狭く理解されていることが、限定されたタイプの利益衡量を可能にする[60]」。ドイツ基本法は、その１条１項に、「人間の尊厳は不可侵である」として、憲法の基礎となっている価値を明確にしている。価値とは、権利と異なり、本質的に抽象的なものである。そのため、ドイツ基本法における権利は、言論の自由のような列挙された権利に限られず、マリファナを吸う権利のような些細な権利も含む、広範なものとなる[61]。コーエン・エリアらによれば、このような憲法上の権利の広狭の違いが、ドイツ基本法における利益衡量に影響を与えている。というのも、「憲法上の権利の範囲が広くなればなるほど、それらの衝突（clash）はより頻繁となるだろう。従って、権利の概念が広がれば広がるほど、利益衡量のような、権利間の競合を解決するためのメカニズムの必要性が増大する[62]」からである。

ファロンの見解においても、権利の範囲を拡張的に捉えた結果、その競合を解決するために、比例性審査の観点を取り入れざるをえなくなった可能性が指摘できる。

第３節　ファロンの見解における利益衡量の位置付け

以上のファロンの権利観をまとめれば、以下のようになる。すなわち、ファロンによれば、個人の権利及び政府の規制権限は、その基礎となった諸利益の衡量により相互依存的に決定される。そのため、憲法上の権利には、権利の重要性の高低が認められる[63]。したがって、「一応の権利」としての憲法上の権利には、（明確に区分はできないものの）その権利の重要性の高低に従って、２種類の権利を想定しうる。一つは、憲法上の権利の価値が他の諸価値を圧倒するであろう、権利の核心部分とでもいうべき部分である。そしてもう一つが、憲

---

[60] *Hidden Foreign Law Debate, supra* note 59, at 405.

[61] ドイツの判例・通説においては、ドイツ基本法２条１項の人格の自由な発展の権利を条文上の根拠として、一般的行為の自由が認められる（松本和彦『基本権保障の憲法理論』116-17 頁（大阪大学出版会・2001））。

[62] *Hidden Foreign Law Debate, supra* note 59, at 407

[63] ファロン自身も、いわゆる「優越的利益」にあたる権利とそうでない権利を認めており、また、「全ての利益が同様に重要、あるいは、基本的であるわけではない」としており、権利の重要性に差異があることを前提としている（Fallon, supra note 52, at 379）.

法上の権利の価値が「他の諸価値によって優越され始める」ラインを超えたために、「具体的権利」として保護されるに過ぎない、外縁部分とでもいうべき部分である[64]。

それでは、このような権利観からは、利益衡量はどのように位置付けられるべきか。再び、「理性的な不一致」に戻って考えてみることが有益であろう。

「具体的な権利」としての保護される権利を定義づけるために引かれたラインは、憲法上の権利を基礎付ける諸価値が「他の諸価値によって優越され始める」ところに引かれる。このことから明らかなように、保護される権利にあたるか否かの判断は、原則として、何らかの利益衡量によって決定される。そして、その利益衡量とは、「理性的な不一致」の問題を考慮するのであれば、ある程度において謙譲的なものと理解せざるをえないであろう。

これに対して、憲法上の権利の核心部分に関しては、別の考慮が働きうる。憲法上の権利の核心部分についても、「理性的な不一致」は生じうる。しかし、同時に、その理由付けについては合意が形成されないとしても、ある権利の侵害が違憲であること自体には、何らかの合意、すなわち、「理論化の不十分な一致」が形成される余地がある。従って、核心部分の侵害に対しては、よりカテゴリカル、かつ、非謙譲的な判断が許容される余地がある。例えば、③「不法な動機のテスト」、あるいは、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」であ

---

[64] 前述の“保護される権利”のラインを説明するにあたり、ファロンは、いわゆる「保護されない言論」を「規制可能な言論(proscribable)」と言い換えた R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)を引用している。この判決においては、伝統的に「保護されない言論」として認められてきた、いわゆる「けんか言葉（fighting words）」の範疇内における内容規制（ヘイト・スピーチ規制）に対して、厳格審査の基準が適用された。この判決を引用するファロンの意図は、おそらく、以下のようなものであると思われる。すなわち、＜言論の自由の核心部分は、政治的見解の保護と見解差別の禁止の両方を備える。これに対して、「保護されない言論」を定義づけるラインの外側にある権利には、せいぜい、見解差別の禁止しか要求されない。もっとも、この外側にある権利に対しても、前述の④見解差別の禁止のような、権力の濫用や権力の集中を排するための「システマチックな利益」（前掲注（53）の本文参照）は認められる。従って、この「システマチックな利益」に触れる範囲では厳格審査の基準の適用が要請されるのであって、その結果、「けんか言葉」の範疇にある具体的言論が「具体的権利」として保護されることはありうる＞というようなものである。

る。

第４節　スカリアの見解における利益衡量の位置付け？

これに対して、スカリアの見解において、利益衡量はどこに位置付けられるべきか。スカリアは、利益衡量に基づき判決を下すことを、裁判官に対して恣意的な判断の余地を与えるものとして否定的に評価している[65]。彼の原意主義の狙いは、裁判官が、解釈の名において、憲法に関する自己の理解を押し付けることの防止にあった。このような原意主義の狙いから考えるのであれば、利益衡量に対する彼の否定的評価は、一貫している。

しかし、その一方で、スカリアは、「我々は、・・・利益衡量型の分析手法（balancing modes of analysis）を永遠に使い続けるであろう。そして、何の因果か、私もおそらく、それらを用いた何らかの意見を書くであろう[66]」として、利益衡量を完全に捨て去ることができないことを認めている。

また、そもそも、スカリアも、常に原意主義的な立場を貫いているわけではなく、非原意主義的な先例を無効とすることまで主張するわけではないことは前述した。

それでは、スカリアは、原意主義的な立場、利益衡量を、どのような場合に使い分けているのか。この使い分けの理由ないし基準を探るためには、コロンビア特別区における銃規制の合憲性が争われた、*District of Columbia v. Heller* 事件判決が有用であろう。なぜなら、この判決の法廷意見が、スカリアの手によって原意主義的な立場から執筆されたものであり、かつ、比例性審査の適用可能性に関する反対意見との応答の中で、利益衡量の居場所についても検討されたからである。

１　*Heller* 事件判決の事案と判旨

Heller 事件判決においては、ハンドガンに関する銃規制の第二修正適合性が争われた。コロンビア特別区では、ハンドガンの所持が許可制とされると同時に、ハンドガンの所持が許可された場合であっても、職場に設置されている場合あるいは合法的レクリエーションに使用されている場合を除き、分解、非装填状態、あるいは、トリガーロックなどによって、使用できない状態にしてお

[65] Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175, 79-80 (1989).
[66] *Id.* at 87.

くことが要求されていた。

第二修正は、「規律ある民兵は、自由な国家の安全にとって必要であるから、人民が武器を保有しまたは携帯する権利は、これを侵してはならない」と規定しているところ、そもそも、この条項が、個人の権利の保障を含むものであるかについて争いがある。すなわち、第二修正を、「民兵の活動に関連して、銃火器を保有し携帯する権利のみを保障する」と理解する見解と、「民兵の活動に関連しない、銃火器の保有する個人の権利を保障したものであって、当該武器を伝統的に合法と認められている目的（例えば、住居内での正当防衛）のために使用する個人の権利を保障する」ものと理解する見解とが対立する[67]。

法廷意見を執筆したスカリア裁判官は、「当該文言の解釈にあたって、我々は、以下の原理に指導される。すなわち、“憲法は投票者によって理解されるように起草されている。つまり、その語句・フレーズの意味は、技術的な意味と区別される、通常かつ一般的な意味に基づいて使用される”との原理である[68]」として、原意主義的な立場を採用した。その上で、第二修正制定時の用語法に従った場合、「第二修正の原意（original understanding）[69]」は、「民兵の活動に関連しない、銃火器を保有する個人の権利を保障したものであって、当該武器を伝統的に合法と認められている目的（例えば、住居内での正当防衛）のために使用する個人の権利を保障する[70]」ことにあるのであって、かつ、そのように理解することが、同時期に制定された州憲法の規定、学説の理解、そして、先例に合致すると述べた[71]。

---

[67] *Heller*, 554 U.S. at 577.

[68] *Id.* at 576 (*quoting* United States v. Sprague, 282 U.S. 716, 731 (1931)).

[69] *Id.* at 625. なお、*Heller* 判決におけるスカリア法廷意見は、制定者・起草者の主観的意図ではなく、その条文の文言に対する一般的理解を原意と捉えている。この点から、*Heller* 判決は、「意味論的原意主義(semantic originalism)」、「一般的理解原意主義(public understanding originalism)」、あるいは、「本来的意味原意主義(original meaning originalism)」に分類されるものといえる。*See* Lawrence Rosenthal, *Originalism in Practice*, 87 IND. L.J. 1183 (2012); Tera Smith, *Originalism's Misplaced Fidelty: "Original" Meaning Is Not Objective*, 26 CONST. COMMENTARY 1 (2009); Randy E. Barnett, *An Originalism for Monoriginalists*, 45 LOY. L. REV. 611 (1999).　*Heller* 判決の分類については、大林圭吾「時をかける憲法 −憲法解釈論から憲法構築論の地平へ−」帝京法学 28 巻 1 号 91 頁（2012）が詳しい。

[70] *Heller*, 554 U.S. at 577.

[71] この判決において、スカリアは、第二修正に関する資料について、かなり詳細な検討を加えている。スカリアによって参照された資料については、Shawn Huizenga「銃規制と合衆国憲法第 2 修正の解釈−District of Columbia v. Heller を題材として−」近畿大学法学 57 巻 2 号 109 頁（2009）を参照のこと。

もっとも、スカリアも、第二修正によって保障される権利が無制約でないことは、否定しない。すなわち、スカリアは、本件と同じく彼が法廷意見を執筆した *United States v. Williams* 事件判決を引用し、「言論の自由という第一修正上の権利が無制約ではないのと同様に、(第二修正によって保護される：引用者)権利も、無制約ではない[72]」と述べる。従って、スカリアも、重罪犯人・精神障害者の銃火器所有の禁止や、学校・政府の施設への銃火器の持ち込み規制、あるいは、武器の販売に条件を付すこと・許可制を設けることのような規制については、許容する[73]。

このような制約が許容されたとしても、本件で争われたハンドガン所持の全面規制は、許容されないとスカリアはいう。「正当防衛という固有の権利は、第二修正の中心をなすものである」ところ、ハンドガンは、その扱いやすさ故に、アメリカにおいて正当防衛用の武器として重要なもの考えられてきた。従って、「ハンドガンの禁止は、合法的な目的のためにアメリカ社会の圧倒的多数によって選択される“武器”種全体の禁止にも達する。加えて、当該規制は、住居内にも及ぶ。住居とは、自己またはその家族、財産の防衛の必要性が最も強度となる場所である。従って、“国内において最も好まれる銃火器の‘保持’、及び、個人の住居と家族を保護する目的での使用”を住居内においても禁止することは、我々が列挙された憲法上の権利に対して適用してきた、*いかなる審査基準の下においても*、違憲審査をくぐり抜けることはできないだろう(強調：引用者)」というのである[74]。

以上のように、スカリア法廷意見によれば、本件規制は「いかなる審査基準の下においても」違憲となる。これに対して、ブライヤー裁判官は反対意見を執筆し、いわゆる「合理背の基準」が適用されるのであれば、本件規制が違憲となることはないのであるから、スカリア法廷意見は間違っていると批判する[75]。さらに、ブライヤーは、もし仮に、本件に厳格審査の基準が適用されたとしても、本件規制が合憲となることの論証を試みる。もっとも、ブライヤーは、ここでの厳格審査の基準には修正が必要であるという。ほとんどの銃規制法の関

---

[72] *Heller*, 554 U.S. at 595 (*quoting* United States v. Williams, 553 U.S. 285 (2008)).
[73] *Heller*, 554 U.S. at 626-627.
[74] *Id.* at 628-29. また、スカリアは、ハンドガンを使用できない状況にしておくことの要求についても、「市民に対して、それら（ハンドガン：引用者）を正当防衛という合法的な目的の核心のために使用することを不可能にする」として、違憲であると判断している（*id.* at 630)。
[75] *Id.* at 687-88 (Breyer, J., dissenting).

心は、「安全、さらには、その市民の生命」という、「“犯罪の防止という政府の一般的利益”と同様、“やむにやまれぬ”と考えられている利益」である[76]。したがって、銃規制に対する厳格審査の基準の適用において、目的審査は機能せず、その審査の中心は、手段審査になる。そのため、「銃規制に対して厳格審査の基準を適用する*理論上*の試みは、*実践においては*、第二修正の利益を一方に、そして、公共の安全に対する政府の関心をもう一方に置く、利益衡量の審査になる。この利益衡量の審査においては、問題となっている規制が、後者の関心を促進するにあたって、前者の利益に対して、許容できない程度において負担を課すかどうかのみが審査される[77]」というのである。

ブライヤーは、以上のように、厳格審査の基準を修正し、利益衡量の審査を行うべきことを明示する。そして、この修正された利益衡量の審査においては、他の代替手段を考慮に入れた「“比例性”アプローチ（“proportionality” approach）」が重要になるとする。ここで、ブライヤーは、比例性アプローチを「保護された利益に対して当該制定法の課す負担が、他の重要な政府利益に対する有益な効果に対して比例性を欠く方法で、あるいは、程度に至っているかを問う[78]」審査として定義づける。そして、「この審査の答えは、競合する利益に対する制定法の効果と、明らかに優れた、より制限的でない代替手段の存在の両方が考慮されて導かれるであろう[79]」として、この審査においては、「競合する利益に対する制定法の効果」と、「より制限的でない代替手段」が重要な要素となることを指摘する。

このブライヤーの比例性アプローチを、スカリアは、「裁判官の自由裁量を認める“利益衡量の審査”[80]」であると批判する。スカリアによれば、ある権利を憲法に列挙すること自体が、「人民による利益衡量の*結果（product）*そのものである[81]」。従って、「我々は、列挙された憲法上の権利であって、その核心（core）に対する保護が独立した“利益衡量”アプローチに服する権利を知らない。権利の列挙自体が、当該権利が主張するに*真に値する*ものであるかどうかを、ケースバイケースに決定する権力を、政府の手から奪うのであって、それは、政

---

[76] *Id.* at 689(*quoting* United States v. Salerno, 481 U.S. 739, 750, 755 (1987)).
[77] *Id.* at 689.
[78] *Heller*, 554 U.S. at 689.
[79] *Heller*, 554 U.S. at 690.
[80] *Id.* at 634.
[81] *Id.* at 635.

府の第三の部門であっても変わらない[82]」。このようなスカリアの理解からは、例えば、第一修正は、わいせつのような幾つかの例外は存在するものの、基本的に、極端に不人気な見解や間違った見解を例外とすることなく保護する。従って、ネオナチの行進であっても、それが平和的なものであるならば、利益衡量のアプローチは適用されない。そして、このことは、第二修正に関しても当てはまるというのである[83]。

2　*Heller* 事件判決の特徴

以上のスカリア・ブライヤー間の議論の応酬には、いくつかの重要な特徴がある。

（1）比例性アプローチの定義づけ

第一に、ブライヤーが、連邦最高裁の判例上、初めて、比例性アプローチを、利益衡量の手法の一つとして、明示的に定義づけたことである[84]。そして、比例性アプローチにおいて、「明らかに優れた、より制限的でない代替手段」の検討が重要となることを明らかにした。このブライヤー流の比例性審査は、「より制限的でない代替手段」に対して、「保護された権利への制限がより制限的でないにもかかわらず、ほぼ同量の危険性の減少を達成することができる」ことを要求する点で、ファロンのそれに類似しているといえる[85]。

（2）「核心–外縁アプローチ」の採用

第二に、スカリアが、「我々は、列挙された憲法上の権利であって、その核心に対する保護が独立した“利益衡量”アプローチに服する権利を知らない」として、少なくとも、憲法に列挙された権利の「核心」に対しては、ブライヤー流の比例性審査が妥当しないと述べた点である。今ここで、少なくとも、という限定を付したのは、スカリアも、第一修正上の権利や第二修正上の権利といった列挙された権利に対してであっても、一定の制限を許容するからである[86]。確かに、スカリアは、列挙された権利の「核心」については、カテゴリカルな

---

[82] *Id.* at 634.
[83] *Id.* at 635.
[84] *Hidden Foreign Law Debate, supra* note 59, at 370.
[85] 前掲注（18）の本文参照。
[86] 前掲注（72）参照。

アプローチを採用し、ほぼ絶対的な保護を与えている[87]。しかし、権利の「核心」という観念自体が、その外側に、いわば権利の外縁部分が存在することを前提としている。つまり、スカリアは、「核心–外縁アプローチ（core-and-penumbra approach）[88]」を採用している。そして、権利の外縁部分に適用されるアプローチについて、スカリアは何も述べていない。従って、スカリア法廷意見を前提としても、権利の外縁部分に関しては、ブライヤー流の比例性審査の適用を認める余地が残されている。

（3）外国法を参照しなかったこと

それでは、スカリアは、ブライヤー流の比例性審査一般を否定しなかったのか。これについては、ブライヤーが外国法を明示的に参照しなかったことの影響を指摘できる。ブライヤーは、連邦最高裁において、外国法を参照することに好意的な裁判官の 1 人である。例えば、彼は、州の公務員に対して連邦法の

---

[87] Joseph Blocher, *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment*, 84 N.Y.U. L. REV. 375, 404-10 (2009); Rosenthal, *supra* note 69, at 1241. 青井未帆教授は、「これは、アメリカにおける非常に有力な『憲法上の権利』観であり、一般の人々の感覚でもある。権利とは通常の政策的な考慮によっては覆されない『切り札』であり、衡量の対象ではないものという理解（『切り札』的理解）が、強力に共有されているのである」とする（青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリスト 1400 号 69 頁（2010））。

[88] Rosenthal, *supra* note 69, at 1241. また、Lawrence B. Solum, *District of Columbia v. Heller and Originalism*, 103 NW. U. L. REV. 923, 976-79 (2009) も、スカリアの第二修正上の権利を、ハートの「核心（core）」・「外縁（penumbra）」のメタファーを用いて分析することができると指摘する。ハートによれば、ルールには、必ず、「ルールが確実に適用される、明確な中心的な事例」、すなわち、「揺るぎない核心（a core of certainty）」と、「ルールの適用を肯定する理由・否定する理由の両方が存在する、その他の事例」、すなわち、「疑わしい外縁部分（a penumbra of doubt）」とが存在する（H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 123 (3d ed. 2012)）。スカリアも、このハートのメタファーを前提としており、第二修正の「意味付けたる解釈（interpretation）」と「ルール設定たる解釈（construction）」との間に区別があると理解しているというのである（Solum, at 973, 976）。そして、「ルール設定たる解釈」は、「意味付けたる解釈」に調和的なものが選択されなければならない。例えば、「合理性の基準の審査は、その命令自体が不合理な法の禁止である憲法上の命令の下において、法を審査する場合に用いられる分析手法である。・・・（合理性の基準：引用者）は、立法が特定の列挙された権利に対する規制の程度、例えば、言論の自由、二重の危険からの保護、弁護人選任権、あるいは、武器を保有し携帯する権利に対する規制の程度を審査するためには用いられてはならない」（*Heller*, 554 U.S. at 628 n. 27）。特に、「揺るぎない核心」的な事例においては、権利侵害が明らかであるため、「意味付けたる解釈」と「ルール設定たる解釈」とを可能な限り一致させる必要があろう。

執行を強制することの可否が争われた、*Printz v. United States* 事件判決の反対意見において、「合衆国は、中央集権（a central authority）に対する実際的な必要と、地方分権(more local control)に対する民主的利点との調和を探し求める唯一の国家ではない。同様の基本的問題に直面する他国の中には、我々の憲法に規定が存在しないという事実から多数意見が引き出した原理と、正反対の原理を適用する方が、地方分権をよりよく維持できることを見出しているものが、少なくとも存在する」とした上で、スイス・ドイツ等の運用を参照している[89]。そして、「もちろん、我々は、我々自身の憲法を解釈しているのであって、他国のものを解釈しているわけではない。そして、他国のシステムと我々のシステムとの間には、政治的・構造的に重要な差異が存在しているかもしれない。しかし、それにもかかわらず、他国での実践は、一般的な法的問題（本件では、中央集権と、より小さな統治機関の自由主義的な（liberty-enhancing）自治を維持する必要との間の調和という問題）に対する異なる結論に、実証的な解明の光を当てる。・・・比較法に基づく経験が示唆するように、合衆国憲法を、(州の公務員に対して、実質的にいかなる連邦法上の義務を課すことを禁止するとの) 絶対的な原理を含むものとして解釈する必要はない (引用省略) [90]」とする。*Heller* 事件判決反対意見において「比例性アプローチ」に言及した際も、ブライヤーが、外国法、すなわち、ドイツやカナダにおける比例性審査を念頭に置いていたことは間違いないであろう[91]。

外国法の参照に好意的なブライヤーに対して、スカリアは、外国法の参照に極端といえるほどに消極的な態度をとる。先に述べた *Printz* 事件判決においても、ブライヤー反対意見に対して、スカリアは、「もちろん、憲法制定という任

---

[89] Printz v. United States, 521 U.S. 898, 976 (1997) (Breyer, J., dissenting).

[90] *Id.* at 977.

[91] ブライヤーは、その著書『アメリカ最高裁判所−民主主義を生かす』において、*Heller* 事件判決を用い、比例性アプローチの有用性を指摘している。その際、ブライヤーは、比較法的視点から比例性審査について検討する Alec Sone Sweet & Jud Matthews, *Proportionality Balancing and Global Constitutinalism,* 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72, 97-159 (2008) を参照している。また、併せて、諸外国の判例を引用したブライヤー自身の一部同意一部反対意見として、Ysursa v. Pocatello Education Association, 555 U.S. 353, 365, 367 (2009) (Breyer, J., concurring in part and dissenting in part) も参照している（STEPHEN BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW 164 n. 7 (2010)[スティーブン・ブライヤー著・大久保史郎監訳『アメリカ最高裁判所−民主主義を生かす』（岩波書店・2016）第 13 章注 7]）。なお、本書の監訳者も、監訳者あとがきにおいて、ブライヤーがドイツ・カナダの議論を念頭に置いていた可能性に言及している（275 頁）。

務に対しては、そのような比較法的な分析が極めて重要であろうが、憲法解釈という任務に対しては、不適切であると、我々は考えている[92]」と批判を加えている。また、*Thompson v. Oklahoma* 事件判決においても反対意見を執筆し、「我々が今論じているものがアメリカ合衆国のための憲法であることを決して忘れてはならない。・・・我ら人民自身の間に最初に確立したコンセンサスがない場合には、他国の見解というものは、それらがいかに啓蒙的であると当裁判所の裁判官が考えるものであっても、合衆国憲法を通じてアメリカ人に押し付けられてはならない[93]」とする。

もし仮に、ブライヤー裁判官が、*Heller* 事件判決において、外国法を明示的に参照して比例性審査を提唱していたのであれば、スカリアは、＜それは無関係である＞とのお決まりの文句でこれを否定していたことであろう。しかし、ブライヤーは、（それが意図的なものであるのかは不明であるが、）*Heller* 事件判決において、外国法を参照しなかった[94]。そのために、スカリアは、アメリカでもおなじみの利益衡量の審査として定義づけられた、比例性審査アプローチに言及しなくてはならなくなったわけであるが、前述のように、彼も、利益衡量を完全に否定することはできない[95]。したがって、スカリアは、ブライヤー流の比例性審査一般を否定することはできず、「我々は、列挙された憲法上の権利であって、その核心に対する保護が独立した“利益衡量”アプローチに服する権利を知らない」という、なんとも歯切れの悪い応答をせざるを得なかった[96]。

---

[92] *Printz*, 521 U.S. at 921 n. 11.

[93] 487 U.S. 815, 868 n. 4 (1988) (Scalia, J., dissenting).

[94] *Hidden Foreign Law Debate, supra* note 59, at 370, 380. また、この論文は、カナダの比例性審査の火付け役である、R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103 (Can.)判決も、実は、*Heller* 判決と同じく、外国法の明示的な参照を避けていた事実を指摘する（*Id.* at 383）。

[95] 前掲注（66）の本文参照。

[96] 実際、スカリアも、外国法を参照していない場合には、「より制限的でない代替手段（less restrictive alternaitive）」の修正を主張するブライヤー裁判官の意見に参加している。United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. 803, 840-41 (2000) (Breyer, J., dissenting)（「具体的な問題は、§504 の“選択条項（opt-out）”が、§505 の子供保護の目的を達成するための“より制限的”だが、*同様に*実践的でかつ*効果的*な方法になっているかである。・・・私が今強調した単語、“同様に”と“効果的に”が決定的である。ある適切な事案において、彼らは、裁判官に対して、第一修正のルールを機械的に適用せず、代わりに、得られる利益（benefit）と潜在的な代替手段の観

3　小括

以上、*Heller* 事件判決を用いて、スカリア裁判官における原意主義的な立場、利益衡量の使い分けを検討した。

スカリア裁判官は、ある立法が「列挙された憲法上の権利」の「核心」を侵害する場合、その合憲性判断については原意主義に基づくアプローチをとる。したがって、「列挙された憲法上の権利」の「核心」に対しては、ブライヤー流の比例性審査のような利益衡量のアプローチを用いない。*Heller* 事件判決においてスカリア裁判官が否定したのは、正確には、「列挙された憲法上の権利」の「核心」に対する利益衡量の適用である。したがって、*Heller* 事件判決を、スカリアが比例性審査一般を否定したものと読むことは妥当ではない。

これに対して、その外縁部分の侵害が争われた場合に採用すべきアプローチについては、スカリアは何も述べていない。もっとも、スカリアも、利益衡量を完全に否定することはできないのであるから、もし、スカリア裁判官の理解において利益衡量を位置づけるのであれば、それは、「列挙された憲法上の権利」の外縁部分ということになるであろう。したがって、スカリア裁判官の理解を前提としたとしても、*EMA* 事件判決において彼が比例性審査類似の判断を行なっていたと理解する余地が残される。

第５節　スカリア裁判官・ファロンの見解の異同

以上、本章の検討のまとめを兼ねて、スカリア裁判官の見解とファロンの見解の異同を見ておく。

スカリア裁判官は、いわゆる原意主義的な解釈方法論を取る。したがって、憲法の文言は、憲法の原意、すなわち、制憲当時の理解にしたがって解釈される。もっとも、彼も、原意主義に従わない多数の先例を無効とすることまでは主張しない。つまり、スカリアの原意主義にも、憲法の「実践」を十分に把握できないという限界が存在する。

このような限界は、ファロンによれば、裁判官の役割を憲法の「真の意味」の発見のみに従事するものとして理解することに起因する。裁判官とは、あく

点から、当該制定法が言論（ここでは、成人向け言論）に関連する害悪に対して、制定法が提供しようとした得られる利益（ここでは、子供の保護）と比例性を失する（out of proportion）形で機能するかどうかを決定することを求めている」）.

までも、「実務的な法律家」として理解されなければならず、また、裁判所も、憲法を「実施」する機関として理解されなければならない。そして、このように、裁判所の役割を憲法の「実施」として理解した場合、憲法規範の意味と、違憲審査基準との間にズレが生じることが是認される。また、同時に、違憲審査基準には、様々な側面が認められることになる。

以上のように、スカリアとファロンとの間には、憲法解釈方法論及び裁判所の役割に対する理解に関して、差異が認められる。しかし、利益衡量の位置付けに関しては、両者の間に共通性を見いだすことが可能かもしれない。

まずは、ファロンから見ていこう。裁判所の役割を憲法の「実施」と捉えるファロンの見解において、権利とは、「基礎となっている諸利益を反映する」ものとして理解される。そして、それらの利益は、時折、競合しあう関係にあり、また、権利と利益とは一対一対応の関係にあるとも限らない。加えて、政府の規制権限も、利益と関係を有するのであって、「保護される権利」の定義も、「あまねく、権利の基礎にある諸利益と、政府権力の評価を支える諸利益との衡量に依存する」。したがって、憲法上の権利を基礎付ける利益は、その権利の定義の外側にも、一定程度存在するものとして理解される。このように、個人の権利及び政府の規制権限が、その基礎となった諸利益の衡量により相互依存的に決定されることから、憲法上の権利には、権利の重要性に高低が認められる。具体的には、権利の核心部分と、その外縁部分に分けることが可能であろう。このうち、権利の核心部分については、「理論化の不十分な一致」が形成される余地が認められる。そのため、③「不法な動機のテスト」、あるいは、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」のような、よりカテゴリカル、かつ、非謙譲的な審査が許容される。これに対して、保護される権利の外縁部分は、憲法上の権利を基礎付ける諸価値が「他の諸価値によって優越され始める」ところにあたるため、原則として、何らかの利益衡量が用いられるべきこととなろう。

このように、ファロンは、憲法上の権利を、それを基礎付ける諸利益との関係で捉える。そして、この見解を押し進めるのであれば、憲法上の権利に関して、その核心部分と外縁部分を観念しうる。これと同様に、スカリアも、このような権利の核心部分と外縁部分を観念している論者として把握することができる。スカリアは、*Heller* 事件判決において、原意主義的な立場から法廷意見を執筆すると同時に、利益衡量の審査としての比例性審査の適用を主張するブライヤー裁判官を以下のように批判する。すなわち、そのような利益衡量の審

査は、「裁判官の自由裁量を認める“利益衡量の審査”」であって、「我々は、列挙された憲法上の権利であって、その核心に対する保護が独立した“利益衡量”アプローチに服する権利を知らない」とする。ここで、スカリアは、「列挙された憲法上の権利」の「核心」については、彼お得意の原意主義的なアプローチを採用することを明らかにし、ほぼ絶対的な保護を与えている[97]。しかし、権利の外縁部分に適用されるアプローチについては、彼は何も述べていない。したがって、この外縁部分については、スカリアの理解を前提としたとしても、利益衡量、さらには、利益衡量の審査としての比例性審査を用いる余地が残されている。

[97] ただし、ファロンの見解においては、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」、③「不法な動機のテスト」においても、比例性審査の観点が働くのであるから、この点において、権利の核心に与えられる保護に関するスカリアとファロンの見解には一定の差異が存在しうる。

おわりに

1　厳格審査の基準とその問題点について

以上、厳格審査の基準について検討してきた。厳格審査の基準は、その定式こそ、ある程度の合意が存在する。しかし、その構成要素と機能については、必ずしも合意が存在しない。例えば、どのような政府利益が「やむにやまれぬ利益」に該当するのかについて、その判断基準は判例上明らかではないし、また、どのような過小包摂・過大包摂が“許される過小包摂・過大包摂”にあたるのかについても明らかではない。さらには、厳格審査の基準の機能を、「不法な動機のテスト」で捉えるべきなのか、あるいは、利益衡量の基準として捉えるべきなのか、利益衡量の基準として捉えるとして、どのような方法によって衡量すべきかについても明らかではないのである。この点につき、ファロンは、厳格審査の基準を、その機能に照らして、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」、そして、③「不法な動機のテスト」という三つの解釈として整理している。学説においては、近年、厳格審査の基準を、利益衡量の基準として理解するのではなく、③「不法な動機のテスト」として理解する見解が有力であり、判例においても、そのように明言したものが存在する[1]。しかし、このような理解は、厳格審査の基準が、第一修正の領域において、利益衡量の基準として成立したという厳格審査の基準の成立過程に合致しない。また、上記の三つの解釈を、類型化することも困難である。結局のところ、現在の連邦最高裁における厳格審査の基準は、裁判官たちの権利に対する評価に応じて、その解釈が使い分けられていると言わざるを得ない状況である。

それでは、この三つの解釈は、あくまでも、裁判官の恣意に委ねられているのか。これらを指導する、なんらかの共通要素を見出すことは不可能であるのか。ここで注目されるべきは、厳格審査の基準を③「不法な動機のテスト」として捉える見解も、そのほとんどは、利益衡量を行うことを一切拒否しているわけではないことである。むしろ、これらの見解の中には、「不法な動機」の審査に際して、利益衡量をうまく取り込む見解が存在する。このように、③「不法な動機のテスト」においても利益衡量が必要となるのであれば、ここでの厳

---

[1] City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469, 493 (1989); *see also* Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 326 (2003).

格審査の基準の機能に関する対立も、利益衡量の方法に関する議論に収斂する可能性がある。厳格審査の基準における利益衡量を、何らかの「基準を伴った利益衡量」として構成すべきではないかという議論である。

具体的には、「総合考慮型（all-things-considered）の比較衡量」を許容するべきかという点に関わってこよう。②「天秤を一方に傾けた比較衡量」のように、「総合考慮型の比較衡量」を許容した場合、目的審査における利益衡量が立法の合憲性判断の中心となり、裁判所に対して広範な裁量を与えてしまうおそれがある。これに対して、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」のように、「総合考慮型の比較衡量」を拒否した場合、裁判官に与えられる裁量の余地は小さくなる。しかし、この解釈にも問題がある。一つは、「やむにやまれぬ利益」をあまりに厳格なものとして定義付ければ、厳格審査の基準の硬直化を招き、厳格審査の基準は、現実の規制の必要性に対応できなくなることである。言い換えれば、厳格審査の基準が、「理論上厳格に過ぎないが事実上致命的」なものに留まり続けてしまうことである。もう一つは、一度、ある目的の「やむにやまれぬ利益」該当性を肯定してしまえば、判例の先例拘束性から、その目的は「やむにやまれぬ利益」該当性が簡単に肯定されることになることである。すなわち、目的審査での違憲判断の途が閉ざされ、結論的に、厳格審査の基準が軟化するということである。

２　厳格審査の基準の再構成

（１）比例性審査への「再定位」

以上において、厳格審査の基準の有する問題点を検討してきた。これらの問題点を解決するためのアプローチとしては、ファロンのいう、比例性審査との接合を図ることが適切であると考える。

ファロンは、厳格審査の基準の有する問題点を、得られる利益と失われる利益の「限界分析」の困難性として整理する。そして、このような得られる利益と失われる利益の「限界分析」の可能性を、ファロンは、厳格審査の基準の比例性審査の中への「再定位」に見いだす。ファロンによれば、得られる利益と失われる利益の「限界分析」の困難性は、厳格審査の基準を目的審査・手段審査という「二つの不連続な部分」と捉えたために、厳格審査の基準の下における憲法判断が事案から離れた極めて抽象的な審査に陥ったことによって生じる。すなわち、「政府のやむにやまれぬ目的という観点、当該争われている手段によ

ってそれらの政府利益を達成できる見込みという観点、そして、同一の目標を追求する他の利用可能な代替手段という観点から、保護された権利の侵害に付随する危害あるいは侵害が憲法上許容可能かどうか」が、事案に即して具体的に審査されなければならないというのである。

以上から、ファロンは、厳格審査の基準を、「流動的で、双方向的なもの」として理解すべきとする。

具体的には、目的審査において問われるべきものとは、（例えば、青少年保護のような）抽象的な目的に「やむにやまれぬ利益」該当性が認められるかではない。それは、「害悪（あるいはその危険）を、政府が当然に達成を望んでもよいような、一定量において減少したことにつき、やむにやまれぬ政府利益が存在するか」である。

これに従い、手段の必要最小限性の審査においても、「完全に達成することが不可能である」抽象的な目的と手段との整合性が問われるのではなく、より具体的に絞り込まれた目的と手段との間の適合性が問われることになる。そして、その際、重要となるのは、「理論上、より制限的な手段」が存在するか否かではない。あくまで、「保護された権利への制限がより小さいにもかかわらず、ほぼ同量の危険性の減少を達成することができる、より制限的でない代替手段が存在するか否か」である。また、過小包摂性・過大包摂性の審査においても、このような「より制限的でない代替手段」の存否が考慮される。

以上のように、ファロンは、厳格審査の基準を比例性審査の中に「再定位」するわけであるが、彼によれば、この議論の射程はかなり広範である。比例性審査の観点が、害悪の「完全な根絶」ではなく、「害悪発生の蓋然性」の「減少」を目的とした規制の合憲性判断にとって有用であることは言うまでもない。しかし、彼によれば、一見すると害悪の「完全な根絶」を目的する規制であっても、そこで問題となっているのは「害悪発生の蓋然性」の「減少」であることがほとんどである。従って、比例性審査の観点は、ほぼ全ての事案において有用となろう。実際、連邦最高裁においても、外国法の参照に好意的なブライヤーが *Heller* 事件判決の反対意見において、比例性審査の観点の有用性を説いた。また、彼だけではなく、外国法の参照に極端に消極的なスカリア裁判官でさえ、*EMA* 事件判決において、「より制限的でない代替手段」を考慮した、目的と手段の「流動的」かつ「双方向的」な審査を行っていた。

さらに、ファロンは、比例性審査の観点は、前述の厳格審査の基準の三つの

解釈全てに妥当しうるという。比例性審査の観点は、②「天秤を一方に傾けた利益衡量」に馴染みやすいことは確かである。しかし、彼によれば、比例性審査の観点は、「政府の規制は、規制がなければ存在するであろう破滅的害悪の危険の程度に照らして、認められるべきかという審査に基づく」として、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」においても有用であるという。また、同様に、「目的と手段との間の比例性の欠如は、政府の掲げた目的が実際のものではないのではないか、という疑いを提起する」のであって、③「不法な動機のテスト」においても有用となるとしている。これら三つの解釈は、比例性（より正しくは、その類似品）の検討に際して現れる、結果としての併存する機能に過ぎず、したがって、比例性審査の観点こそが、上記三つの解釈の使い分けを指導するものと考えることができよう。

（２）比例性審査の位置付け

以上のように、厳格審査の基準と比例性審査との接合を図ることが適切であると考える。しかし、このような解釈には、比例性審査が利益衡量の一手法であることと関連して、ある批判が想定される。アメリカ憲法学は、*Lochner* 期の反省から、利益衡量に批判的である。ファロンのように、厳格審査の基準を比例性審査に「再定位」することに対しても、このような立場からの批判が想定されるのである。特に、「総合考慮型の比較衡量」を認める②「天秤を一方に傾けた比較衡量」としての厳格審査の基準の適用を主張する場合、このような批判を免れることはできない。

従って、利益衡量の位置付けについても検討が必要となる。この点に関しては、「理性的な不一致」という観点から、権利の核心部分と外縁部分とを区別することが有用となろう。裁判所が「複数の裁判官が平等な権限を有する機関」である以上、「憲法が何を意味しており、そして、憲法はどのように実施されることが最上」かにつき、「理性的な不一致」が生じることは避けることができない。しかし、同時に、憲法上の権利の価値が他の諸価値を圧倒するであろう、権利の核心部分については、「理論化の不十分な一致」が生じる可能性がある。すなわち、憲法上の権利の核心部分については、その理由付けについては合意が形成されないとしても、ある権利の侵害が違憲であること自体には、何らかの合意が形成される余地がある。従って、権利の核心部分の侵害に対しては、よりカテゴリカル、かつ、非謙譲的な判断が許容される余地がある。例えば、

③「不法な動機のテスト」、あるいは、①「ほぼカテゴリカルといえるような禁止」である。

これに対して、権利の外縁部分は、憲法上の権利を基礎づける諸価値が「他の諸価値によって優越され始める」ラインを超えたために、保護されるに過ぎない。そのため、権利の外縁部分については、「理論化の不十分な一致」の形成が困難であろう。権利の外縁部分に関しては、たとえ厳格審査の基準が適用される場合であっても、（ある程度において謙譲的な）利益衡量の基準を適用せざるを得ない。従って、このような領域に関しては、②「天秤を一方に傾けた比較衡量」が適切であるように考える。

先に指摘したスカリアも、理由づけこそ異なるが、「核心–外縁アプローチ」を採用していたのであって、連邦最高裁においても、権利の「核心」の外側においては、比例性審査の観点を取り入れた厳格審査の基準を適用する余地がある。

3　今後の課題

最後に、今後の課題について述べておく。長尾教授は、近年の憲法訴訟をめぐる議論を、大きく三つに整理している[2]。違憲審査基準論の見直し・再検討を図る見解、比例原則の導入を図る見解、そして、違憲審査基準論と三段階審査を相補的なものとしてみる見解である。本稿は、これらのうち、三つめの見解として整理されるものであるが、冒頭に述べたように、日本法における受容可能性には触れることができなかった。日本法における受容可能性の検討が重要な課題であるのは当然である。しかし、この検討のためには、検討の対象を厳格審査の基準に絞ったとしても[3]、以下の事柄の検討が不可欠であろう。

第一に、比例原則一般に対するアメリカ憲法学の応答を見ることが必要となる。特に、比例原則の直輸入を主張する見解は、アメリカ流違憲審査基準論に対する強力な問題提起を含むと考えられる。アメリカ流違憲審査基準論あるい

---

[2] 長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』190-91 頁（中央大学出版部・2012）。

[3] 違憲審査基準論においては、厳格審査の基準以外にも、中間審査の基準、合理性の基準などが存在する。これらの基準と比例原則との関係性も当然問題となる。また、本稿では、厳格審査の基準に比例性審査の観点を取り入れるに当たって、「より制限的でない代替手段」の存否が重要になることを指摘した。

はドイツ流の三段階審査を日本の憲法訴訟論へ導入することの是非を考えるにあたって、これらの見解は参照に値するものと思われる。

第二に、憲法上の権利をどのように考えるべきかについての検討も不可欠となる。第 8 章で検討したように、ファロンの見解は、憲法上の権利を「権利の基礎にある諸利益と、政府権力の評価を支える諸利益との衡量に依存する」ものであると理解している。その結果、ファロンの理解において、権利は、アメリカ憲法学における一般的な理解に比し、広範なものとして理解されている可能性がある。このような権利に対するファロンの見解は、例えば、定義づけ衡量論などにも一定の影響を与えると思われるが、憲法訴訟論についての検討にも影響を与えるはずである。なぜなら、コーエン・エリアらの指摘によれば、アメリカの違憲審査基準論は、憲法上の権利を、切り札的に狭く理解することを前提にするからである[4]。従って、日本の憲法学における違憲審査基準論を語る上でも、そもそも、憲法上の権利を切り札的に狭く理解すべきであるのか、あるいは、ファロンのように広く理解すべきであるのかが問われなければならなかったはずである。また、もし仮に権利を広く理解するのであれば、その広くされた憲法上の権利において、「総合考慮型の比較衡量」をはね除ける、何らかの領域を確保すべきか否かという点も問題となる。より正確に言えば、日本の憲法学において、憲法上の権利の保障を列挙された権利に限定しない見解が有力である[5]以上、この領域設定こそが検討されるべきであろう[6]。そして、日本

---

[4] 第 8 章の注（62）の本文参照。

[5] 日本国憲法 13 条の解釈に関わる、いわゆる「一般的自由権説」・「人格的利益説」によって認められる権利である。この点に関しては、西村枝美「一般的行為の自由−それは何か」長谷部恭男編『講座　人権論の再定位 3−人権の射程』222 頁（法律文化社・2010）が詳細な検討を加えている。また、この論文は、後掲注（6）で触れる、長谷部恭男教授の「切り札としての人権」の、厳格審査の枠外における意義、特に、最高裁の採用する権利観の問題性についても論じている。「信教の自由のような『信仰の核心』に該当する部分のない表現の自由は、限りなく、切り崩される可能性が高い。最高裁は、猿払事件がそうであるように、自由の制約が間接的・付随的であることを理由に、すでに、表現の自由を削ぎ落としつづけている」との指摘（239 頁）である。この指摘は、権利の核心の認識が困難な場合であっても、「切り札としての人権」のように、権利に「政府の行為理由を統制するもの」（阪口正二郎「違憲審査制の下での自由権制約の論証構造の現状と課題−高橋和之の問題提起を手掛かりにして」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相（下）』169 頁（有斐閣・2013））としての機能を与えることで、自由の切り崩しを防止することができることを示した点で重要である。が、それと同時に、権利を広く理解することに対する警鐘として受け取らなければならない。権利を拡大することが、却って、権利保障の弱体化を招く危険があるということである。「基本権の保護領域の拡大にも慎重さが求められざるを得ない」（松本和彦「三段階審査論の行方」

の憲法学において、どのような憲法訴訟論を構築すべきかという問題は、権利の概念を整理した上で、検討されなければならないものと考える。

法律時報 83 巻 5 号 37 頁（2011））。同様の指摘として、青柳幸一「三段階審査論の問題性−比較憲法上の視点からの一考察−」明治大学法科大学院論集 12 号 67 頁（2013）。

[6] この点、違憲審査基準論的な立場に立つ代表的論者である、芦部信喜教授や佐藤幸治教授が、日本国憲法 13 条の解釈につき、一般的自由説に立たず、人格的利益説に立っていることが興味深い（芦部信喜『憲法学Ⅱ　人権総論』342-44 頁（有斐閣・1994）、佐藤幸治「憲法と『人格的自律権』」同『現代国家と人権』77 頁以下（有斐閣・2008））。特に、芦部教授は、この対立を理解する上で、「アメリカとドイツの判例理論」が参考になる（347 頁）とした上で、ドイツの判例法理上、「憲法的秩序を構成する『法治主義と社会国家の諸原則』、とくに法治主義の中に含まれている比例原則が一般的行為自由を大きく限定する機能を営んでいる」と指摘している（芦部 349 頁）。違憲審査基準論は、その輸入当時より、憲法上の権利を狭く理解する見解と強く結びついていた可能性がある。このように、ある一定の憲法上の権利観を前提として憲法訴訟論を前提とする見解として、例えば、長谷部恭男教授や、阪口正二郎教授が挙げられる（長谷部恭男「国家権力の限界と人権」同『憲法の理性』63 頁以下（東京大学出版会・2006）、阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量−『シールド』としての権利と『切り札』としての権利−」一橋法学 9 巻 3 号 703 頁（2010））。長谷部教授の「切り札としての人権」や、阪口教授の「シールドとしての権利」といった理解は、「権利の優位性テーゼ」を前提としている（阪口 704 頁）。従って、これらの権利は、単なる利益との衡量を認めない（「切り札としての人権」）か、あるいは、認めるとしても高度の正当化を要求する（「シールドとしての権利」）。「切り札としての人権」や「シールドとしての権利」の制約が問題となった場合に適用されるべきものは、比例原則よりもむしろ、アメリカ流の厳格審査の基準であると思われる。