

厳格審査の基準の機能と 利益衡量について (一)

金 原 宏 明

目 次

はじめに

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「ほぼカテゴリー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4節 適用範囲の類型化の困難さ

第5節 ファロンの分析のまとめとして (以上、本号)

第3章 諸学説の検討

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 ファロンの比例性審査

おわりに (以上、66巻4号)

はじめに

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

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

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 (narrowly tailored)”³⁾」ことを政府側が立証した場合に限り、合

↘ 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。厳格審査の基準の起源に関する検討と、その検討が厳格審査の基準の解釈にどのような影響を与えるのかについては、別稿 (拙稿「厳格審査の基準の成立過程——『不法な動機のテスト』の妥当範囲について——」法学ジャーナル (関西大学大学院) 92号 (2016) 掲載予定) で論じる。

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異なる基準が適用され得る」(Fallon, *supra* note 1, at 1270 n. 16) といわれる場合の「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。

3) Fallon, *supra* note 1, at 1268; see *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 505 ↗

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つて良い。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。厳格審査の基準の構成要素・機

↘(2005); *Republican Party of Minn. v. White*, 536 U.S. 765, 774-75 (2002); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 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 CHERMERINSKY, *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.

能を整理することは、アメリカの憲法訴訟論に多くを学ぶ我が国の憲法訴訟論にとっても有益であると考えられる。とりわけ、日本においては、厳格審査の基準を利益衡量の基準として理解する見解が有力である⁷⁾ことから、アメリカの憲法学において、① そもそも、厳格審査の基準の機能は、利益衡量にあると理解されているのか、それとも不法な動機の燻り出しにあると理解されているのか、また、② 厳格審査の基準が利益衡量として機能するとすれば、それはどのような衡量を行うものとして理解されているのか、についての検討は不可欠であると思われる。

そこで、本稿は、アメリカの判例・学説を素材として、第1章において、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。そして、第3章においては、第2章での検討を踏まえた上で、学説の検討を行う。

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

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⁸⁾。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⁹⁾。

7) 高橋和之「『通常審査』の意味と構造」法律時報83巻5号17頁(2011)、高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)」ジュリ1363号68-69頁(2008)参照。また、阪口正二郎「憲法学と政治哲学の対話——リベラリズム、違憲審査基準、権利——」公法研究73号42頁(2011)は、利益衡量の基準としての厳格審査の基準と、不法な動機のテストとしての利益衡量の基準とは、互いに矛盾するものではないことを指摘している(47、60頁)。

8) 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)。

9) ALLAN IDES & CHRISTOPHER N. MAY, CONSTITUTIONAL LAW: INDIVIDUAL RIGHTS 230

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、整理を試みることにする¹⁰⁾。

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

○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))
- 「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穩に生活する」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))

↘(6th ed. 2013).

10) 「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。

○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¹¹⁾。

• 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¹²⁾。

• 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¹³⁾」。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

11) See Volokh, *supra* note 5, at 2419-20.

12) See Carey v. Brown, 447 U. S. 455, 467 (1980).

13) Simon & Schuster, Inc. v. Member of the N. Y. States Crime Victims Bd., 502 U. S. 105, 118 (1991) (*quoting* Texas v. Johnson, 491 U. S. 397, 414 (1989)).

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¹⁴⁾。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¹⁵⁾。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¹⁶⁾。

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¹⁷⁾。例えば、害悪からの未成年者の保護¹⁸⁾、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¹⁹⁾、公教育における多様性²⁰⁾ や法人の政治資金の支出による政治への影響の回避²¹⁾ 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」

14) Fallon, *supra* note 1, at 1321.

15) Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609, 624-25 (1984).

16) See Tashjian v. Republican Party of Conn., 479 U.S. 208, 217 (1986).

17) Fallon, *supra* note 1, at 1322.

18) Denver Area Educ. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727, 755 (1996).

19) Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 162-63 (1973).

20) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 328 (2003).

21) Austin v. Mich. Chamber of Commerce, 494 U.S. 652, 666 (1990).

にあたるかにつき意見の対立は減多に生じない。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²²⁾。

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²³⁾。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」²⁴⁾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²⁵⁾。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²⁶⁾。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

22) 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)).

23) Fallon, *supra* note 1, at 1323.

24) 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。

25) Bruce Ackerman, *Liberating Abstraction*, 59 U. CHI. L. REV. 317, 317-18 (1992).

26) 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*, ↗

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²⁷⁾。しかし、いわゆる人種に基づくアフーマティブ・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²⁸⁾。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²⁹⁾ と *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* 判決³⁰⁾、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* 判決³¹⁾ 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³²⁾。また、オコナー裁判官は、*Adarand* 判決において、連邦政府によるアフーマティブ・アクションについても、「理論上厳格に過ぎないが事実上致命的」との考えを追い払いたい³³⁾との留保を残しつつも、厳格審査の基準が適用さ

↘539 U.S. at 328; *Austin*, 494 U.S. at 666)。

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

28) *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).

29) 488 U.S. 469 (1989).

30) 515 U.S. 200 (1995).

31) 539 U.S. 306 (2003).

32) *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)).

33) *Adarand Constructors, Inc., v. Peña*, 515 U.S. 200, 237 (1995) (*quoting* ↗

れるべきことを明らかにした³⁴⁾。その後、オコナー裁判官は、*Grutter* 判決において、ロー・スクール入試におけるアフーマティブ・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³⁵⁾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³⁶⁾。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はある）”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³⁷⁾、という意味である。オ

↘Fullilove v. Klutznick, 448 U. S. 448, 519 (1980) (Marshall, J., concurring in the judgment)).

34) *Id.* at 201.

35) *Grutter*, 539 U. S. at 327-33.

36) Fallon, *supra* note 1, at 1323.

37) *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

コナー裁判官の法廷意見に即して例を挙げれば、オコナー裁判官は、*Grutter* 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³⁸⁾。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³⁹⁾。手段の必要最小限性の審査は、① 当該手段が目的

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といえるであろう。

38) 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、手段審査をめ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)。

39) *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な判断であるが、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

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。

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⁴⁰⁾。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なもの⁴¹⁾」で足りる⁴²⁾。

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

、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 Communication, 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(8)参照。

40) *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).

41) *Volokh, supra* note 5, at 2422.

42) *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」）。

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⁴³⁾。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)⁴⁴⁾。厳格審査の基準において過小包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⁴⁵⁾。

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⁴⁶⁾。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⁴⁷⁾。

43) 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. at 126.

44) *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 U.S. 765, 793 (1978).

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

46) Fallon, *supra* note 1, at 1327.

47) 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。

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⁴⁸⁾。

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唆することである⁴⁹⁾。

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）⁵⁰⁾。

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

48) Volokh, *supra* note 5, at 2420.

49) *See id.* at 2423.

50) *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. Bellotti, 435 U. S. 765, 794-95 (1978); *see also* Fallon, *supra* note 1, at 1328.

い」にもかかわらず、違憲と判断されるという違いである⁵¹⁾。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* 判決⁵²⁾ をモデルとした架空の事案を検討する⁵³⁾。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⁵⁴⁾。

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、

51) 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)。

52) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

53) Fallon, *supra* note 1, at 1328.

54) なお、この仮想事例のモデルとなった *Korematsu* 事件において、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。

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⁵⁵⁾。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・過小包摂に当たらない。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⁵⁶⁾。

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「ほぼカテゴリーカルといえるような禁止（Nearly Categorical Prohibition）⁵⁷⁾」、②「一方に傾けた比較衡量（Weighted Balancing）⁵⁸⁾」、③「不法な動機のテスト（Illicit Motive Test）⁵⁹⁾」の三つ⁶⁰⁾があるとされる。

第1節 ①「ほぼカテゴリー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。したがっ

55) Volokh, *supra* note 5, at 2422-23.

56) この点については、第3章第4節2（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。

57) Fallon, *supra* note 1, at 1303.

58) *Id.* at 1306.

59) *Id.* at 1308.

60) 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）。

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⁶¹⁾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⁶²⁾にもっとも忠実なものといえる⁶³⁾。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⁶⁴⁾。

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態⁶⁵⁾」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）⁶⁶⁾」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）⁶⁷⁾」であって、「ヨーロッパ風の比例性審査に類似す

61) *Id.* at 1303. たとえば、ファロンは、言論の自由に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)。

62) 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))。

63) 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克福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))。

64) Fallon, *supra* note 1, at 1303-05.

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

66) *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。

67) Fallon, *supra* note 1, at 1306.

る⁶⁸⁾」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「ほぼカテゴリー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 hoc⁶⁹⁾) 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⁷⁰⁾。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」にとって、「総合考慮型の比較衡量」であることこそが、①「ほぼカテゴリー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⁷¹⁾。

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

68) *Id.* at 1302.

69) *Id.* at 1306.

70) *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 (2000).

71) Fallon, *supra* note 1, at 1306-07.

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⁷²⁾」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⁷³⁾に関する警告について検討する。*Lochner* 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⁷⁴⁾」ことで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⁷⁵⁾。ファロンは、このようなロックナー時代の審査を、

72) *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).

73) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

74) Fallon, *supra* note 1, at 1287.

75) *See id.* at 1286-87, n. 106.

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 (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⁷⁶⁾。「通常的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⁷⁷⁾」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* 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* 判決に関連する警告について

次に、*Dennis* 判決⁷⁸⁾ に関連する警告について検討する。*Dennis* 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⁷⁹⁾ は、もともと、「害悪の重大性」と「害悪の蓋然性

76) *Id.* at 1293.

77) *Id.*

78) *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

79) 「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』

(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得ていたものであった。しかし、*Dennis* 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。そして、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⁸⁰⁾。そのため、*Dennis* 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⁸¹⁾」と評される判決である。

Dennis 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* 事件判決のフラン克福ーター同意意見⁸²⁾ に同調し、第一修正の「優

ㄨ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 *Whitney 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。

80) 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）。

81) HORWITZ, *supra* note 79, at 58. *Dennis* 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）。

82) *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、フラン克福ーターは、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

越的地位”の魅力を引き下げ⁸³⁾」たというもののみである。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⁸⁴⁾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⁸⁵⁾」(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ぬ⁸⁶⁾」(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

ゝることを主張している (See Fallon, *supra* note 1, at 1289)。

83) Fallon, *supra* note 1, at 1289.

84) 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 Amendment rights)」点を批判する反対意見であると捉えている (*id.* at 1302)。

85) *Dennis*, 341 U.S. at 580 (Black, J., dissenting). なお、*Dennis* 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ののせること (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」) 参照。

86) *Dennis*, 341 U.S. at 585 (Douglas, J., dissenting).

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⁸⁷⁾。以上から、ファロンのいう「Dennis 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⁸⁸⁾」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、実際に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、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⁸⁹⁾。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、この「不法な動機の燻り出し (smoking out)」にあったと

87) ブラック・ダグラス両裁判官が、Dennis 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(81)271-72頁参照。

88) Fallon, *supra* note 1, at 1308.

89) *See id.*

捉える論者が主流と言えるかもしれない⁹⁰⁾。厳格審査の基準の本来の機能を「不法な動機の熇り出し」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⁹¹⁾。したがって、ここで検討されるべき問題も、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。

第4節 適用範囲の類型化の困難さ

・事案カテゴリーに従った類型化の困難さ

上述のように、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⁹²⁾。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」と評価しえるかもしれない。しかし、その政府利益も①「ほぼカテゴリー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⁹³⁾。

90) 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 Value*, 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).

91) なお、これに反対する見解として、Kent Greenawalt, *Judicial Scrutiny of "Benign" 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。

92) 前掲注(60)参照。

93) See Fallon, *supra* note 1, at 1321.

このように厳格審査の基準の解釈を分析できるとしても、「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は困難であるとファロンはいう⁹⁴⁾。ファロンによれば、*Smith*⁹⁵⁾ 判決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⁹⁶⁾。また、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⁹⁷⁾」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「ほぼカテゴリー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⁹⁸⁾。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⁹⁹⁾。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¹⁰⁰⁾。

94) *Id.* at 1312-14.

95) *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

96) 後掲注(221)-(229)とその本文参照。

97) *Rubin*, *supra* note 70, at 4. *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、前掲注(62)参照。

98) *See Fallon*, *supra* note 1, at 1304.

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

100) 人種的アファーマティブ・アクションの文脈、選挙における言論の文脈における厳格審査の基準については、別稿で論ずる予定である。

・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¹⁰¹⁾。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「ほぼカテゴリー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「ほぼカテゴリー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¹⁰²⁾。

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、選挙区割り人が人種的選好に基づくかどうか争われた判例¹⁰³⁾、*Smith* 判決¹⁰⁴⁾以降

101) Fallon, *supra* note 1, at 1314.

102) *Id.* at 1314-15.

103) *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952, 958-59 (1996); *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 920 (1995).

104) *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

厳格審査の基準の機能と利益衡量について（一）

の信教の自由の侵害が問題となった判例¹⁰⁵⁾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ことされた制定法を、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」の下において説明することは困難であるとする¹⁰⁶⁾。

・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¹⁰⁷⁾。

第5節 ファロンの分析のまとめとして

ファロンの分析を通じて、厳格審査の基準の解釈には、判例上、①「ほぼカ

105) Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U. S. 520, 533 (1993).

106) Fallon, *supra* note 1, at 1315.

107) *Id.*

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。

しかし、①「ほぼカテゴリー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「ほぼカテゴリー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「ほぼカテゴリー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。