

厳格審査の基準の機能と 利益衡量について (二・完)

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, 66巻3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, 本号)

第3章 諸学説の検討

ここでは、前章において確認した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。

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) イリイの見解

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イ（John Hart Ely）の見解を挙げなければならない。

イリイの厳格審査の基準の解釈は、その主著「民主主義への不信¹⁰⁸⁾」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。

イリイ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.* 判決の有名な脚注4¹⁰⁹⁾をヒントに、イリイは、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¹¹⁰⁾」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、イリイ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。

イリイ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、イリイは、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

108) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).

109) 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

110) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』135頁（日本評論社・2001）。

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¹¹¹⁾。

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、イリイは、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¹¹²⁾。

イリイによれば、「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¹¹³⁾」。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¹¹⁴⁾」。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

111) Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217, 224-25 (1971).

112) ELY, *supra* note 108, at 145.

113) *Id.*

114) *Id.* at 146.

out)”方法となることがわかる¹¹⁵⁾】というのである。

このように述べ、イリイは、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、イリイによれば、「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¹¹⁶⁾。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、人種の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¹¹⁷⁾。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¹¹⁸⁾。イリイは、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¹¹⁹⁾。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、イリイによれば、厳格審査の基準をこのように理解した時、目的の

115) *Id.* at 146.

116) *Id.* at 146-47.

117) *Id.* at 147.

118) *Id.* at 147-48.

119) *Id.* at 148; see PAUL BREST, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING: CASES AND MATERIALS 489 (1975).

「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「やむにやまれぬ利益」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¹²⁰⁾。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¹²¹⁾。

(2) シェリーの見解

以上のように、イリイは、（利益衡量を含む¹²²⁾）実体的価値判断は、原則として、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、イリイの見解は、実体的価値判断に関する司法府の能力の

120) ELY, *supra* note 108, at 147; see John H. Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 U. CHI. L. REV. 723, 726 (1974).

121) ELY, *supra* note 108, at 148.

122) 裁判所の利益衡量に対するイリイ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、イリイ執筆の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 manuscript on file with the Yale Law Journal)) 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、イリイ論文の二次の文献に過ぎない。しかし、イリイ論文の引用をイリイが許可していること、イリイ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、イリイの見解に忠実であると考えられる (*id.* 1245 n. 37)。また、イリイ自身も、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 120, at 727 n. 26)。なお、このノートと19971年のイリイ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。

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¹²³⁾。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¹²⁴⁾。

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¹²⁵⁾。そこで、

123) 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)。

124) 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)*].

125) 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

シェリーは、イリイ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¹²⁶⁾。

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¹²⁷⁾。

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炙り出すことにある」とするのである¹²⁸⁾。

(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

↘存在しない (Sherry (1984), *supra* note 124, at 105 n. 95)。

126) *Id.* at 104-05.

127) Sherry (2011), *supra* note 124, at 154-160, 179.

128) *Id.* at 159.

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¹²⁹⁾。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¹³⁰⁾、見解規制 (viewpoint-based restrictions) と主題規制 (restrictions)

129) 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、言論の一般的な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」)。

130) 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 129, at 444 n. 85; *see* *Arkansas Educ. Television Comm'n. v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998))。

tions based on subject matter) とを問わず¹³¹⁾、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¹³²⁾」、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¹³³⁾。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¹³⁴⁾。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¹³⁵⁾。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¹³⁶⁾、言論の

131) 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。

132) *Kagan (1996)*, *supra* note 129, at 424-425.

133) 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).

134) *Kagan (1996)*, *supra* note 129, at 446.

135) *Id.*

136) 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

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¹³⁷⁾。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¹³⁸⁾。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¹³⁹⁾でなければならない。したがっ

ゝる (*id.* at 452)。

137) *Id.* at 451-52.

138) *Id.* at 428-432.

139) *Id.* at 441.

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¹⁴⁰⁾」。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¹⁴¹⁾」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、「不法な動機が存在を確信させるには至らないものの、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¹⁴²⁾」。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¹⁴³⁾。

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¹⁴⁴⁾」。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¹⁴⁵⁾」。この意味において、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の審査は、ケーガンのいう「証拠的な装置」と

140) *Id.*

141) *Id.* at 442.

142) *Id.*

143) *Id.*

144) *Id.* at 453.

145) *Id.*

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¹⁴⁶⁾」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。

a 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¹⁴⁷⁾。ルーベンフェルドによれば、このことは、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¹⁴⁸⁾。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

146) *Id.* at 454.

147) *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。

148) Rubenfeld, *supra* note 90, at 435.

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、そこには熨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¹⁴⁹⁾」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¹⁵⁰⁾。

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¹⁵¹⁾。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

149) *Id.* at 438.

150) *Id.* at 438-39; *see also Adarand*, 515 U.S. at 229-30.

151) Rubenfeld, *supra* note 90, at 439.

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¹⁵²⁾」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¹⁵³⁾。

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¹⁵⁴⁾」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、

152) *Id.* at 445.

153) *Id.* at 449-52.

154) *Id.* at 440.

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の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¹⁵⁵⁾。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¹⁵⁶⁾」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。

b 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」¹⁵⁷⁾）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

155) *See id.* at 440.

156) *Id.* at 440-41.

157) Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 792 (2001).

の検閲な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¹⁵⁸⁾。

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、よりカテゴリーカルなルール、「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¹⁵⁹⁾。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¹⁶⁰⁾。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¹⁶¹⁾。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

158) 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)。

159) *Id.* at 770, 779.

160) *Id.* at 776.

161) *Id.*

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、このような目的の熨り出しのために用いるべきだと主張する。

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、不法な動機の熨り出しに関連付けられる。したがって、イリイが指摘したように、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¹⁶²⁾。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¹⁶³⁾。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、先例を説明できる¹⁶⁴⁾。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¹⁶⁵⁾。

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¹⁶⁶⁾。

162) 前掲注(136)-(138)の本文参照。

163) 前掲注(156)の本文参照。

164) 前掲注(127)の本文参照。

165) 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 sodomy) 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 123, 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(132)-(135)本文のケーガンの議論を参照のこと。

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

「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¹⁶⁷⁾」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¹⁶⁸⁾。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¹⁶⁹⁾、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¹⁷⁰⁾。「不法な動機のテスト」の提唱者ともいべきイリイも、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¹⁷¹⁾。とりわけ、ルーベンフェルドは、厳格審

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

168) Winkler, *supra* note 63, 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 123, at 1684)。

169) 前掲注(152)及び(159)の本文参照。

170) *See* Roosevelt, *supra* note 123, at 1678.

171) 前掲注(122)とその本文参照。

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¹⁷²⁾。

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¹⁷³⁾。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¹⁷⁴⁾。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。

a 「不法な動機のテスト」の下における利益衡量——イリイの場合

先に挙げたイリイも、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¹⁷⁵⁾。イリイが懸念したのは、正確には、*Roe* 判決における目的審査¹⁷⁶⁾のような立法府の判断に対する司法府の「後知恵 (second-guess)¹⁷⁷⁾」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替とならない範囲であれば、イリイの司法審査理論の下において、許容しうる。かくしてイリイは、「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、そこには不可避免的に、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

172) 前掲注(152)及び(159)の本文参照。

173) 前掲注(123)参照。

174) シェリーの見解につき、前掲注(125)の本文を、また、ケーガンの見解につき、前掲注(132)-(135)の本文を参照のこと。

175) 前掲注(119)-(120)の本文参照。

176) *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、プライバ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。)

177) ELY, *supra* note 108, at 154.

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¹⁷⁸⁾』ということができた。イリイは、厳格審査の基準の適用にあたり、何らかの利益衡量が存在するとしても、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¹⁷⁹⁾、司法府の「後知恵」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、イリイ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。

b 「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¹⁸⁰⁾。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¹⁸¹⁾。これは、挙証責任の転換という厳格審査の基準の

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

179) 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。

180) 前掲注(141)-(143)の本文参照。

181) 前掲注(145)の本文参照。

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つた。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」と利益衡量の関係性についても注目し値する。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」の違いを確認しておこう。①「ほぼカテゴリーカルな禁止」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「ほぼカテゴリーカルな禁止」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¹⁸²⁾。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¹⁸³⁾」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

182) *Adarand*, 515 U.S. at 235.

183) Rubin, *supra* note 70, at 19.

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¹⁸⁴⁾。

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¹⁸⁵⁾。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

184) *Id.*

185) *See id.* at 20-23.

が事実上致命的」な厳格審査の基準が適用される¹⁸⁶⁾。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¹⁸⁷⁾」。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、「パターン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* 判決が示唆する通り、厳格審査

186) *Id.* at 27.

187) *Id.* at 30.

の基準を適用する必要がある。

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 人種の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¹⁸⁸⁾。

このような違いから、連邦最高裁は、*Bakke*判決から明らかなように¹⁸⁹⁾、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¹⁹⁰⁾。「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¹⁹¹⁾。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、

188) *Id.* at 32.

189) *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。キャストینگ・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。

190) Rubin, *supra* note 70, at 37.

191) *See id.* at 34-36.

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¹⁹²⁾」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、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¹⁹³⁾」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)¹⁹⁴⁾」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¹⁹⁵⁾」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¹⁹⁶⁾。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「やむにやまれぬ政府利益」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

192) *Id.* at 36.

193) *Id.* at 52.

194) *Id.*

195) *Id.*

196) 前掲注(72)-(87)の本文参照。

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¹⁹⁷⁾。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¹⁹⁸⁾。

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¹⁹⁹⁾。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〉という形で、いわば「紋切り型」に行われるべきとされる²⁰⁰⁾。

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

197) Volokh, *supra* note 5, at 2438-39.

198) *Id.* at 2440.

199) *Id.* at 2439.

200) *Id.* at 2439-40.

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う。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²⁰¹⁾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²⁰²⁾を前提とすれば、違憲とされ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²⁰³⁾。

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²⁰⁴⁾であって、暴動賛美の禁止は目

201) *See id.* at 2432.

202) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969) (犯罪・破壊工作・違法なテロ行為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）。

203) Volokh, *supra* note 5, at 2432.

204) *Id.* at 2432-33.

的を促進する²⁰⁵⁾。

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²⁰⁶⁾。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つても、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²⁰⁷⁾。

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」であつて、暴動賛美の禁止は、これにあたらぬとの批判も妥当しない²⁰⁸⁾。

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²⁰⁹⁾。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。

205) *Id.* at 2433.

206) *Id.* 2430; *see also* *Burson*, 504 U.S. at 207, 209; *Austin*, 494 U.S. at 661.

207) *Volokh, supra* note 5, at 2433-34.

208) *Id.* at 2434.

209) *Id.* at 2435.

・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²¹⁰⁾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²¹¹⁾」することは「やむにやまれぬ利益」に当たる。

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²¹²⁾、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とたると、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²¹³⁾。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、

210) *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）。

211) *Sable*, 492 U.S. at 126.

212) *Volokh*, *supra* note 5, at 2438.

213) *Id.* at 2437-38.

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、ヴォロクを理解によれば、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²¹⁴⁾、もしこのような結論を回避しようとするれば、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²¹⁵⁾。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になってしまう²¹⁶⁾。

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²¹⁷⁾。

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」、「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²¹⁸⁾。同様に、有害図書販売禁止

214) *Id.* at 2441.

215) *Id.* at 2441-42.

216) *Id.* at 2443.

217) *Id.* at 2455.

218) 前掲注(202)参照。

法が違憲とされるのも、「やむにやまれぬ利益のために」、「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いいこと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²¹⁹⁾。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、「非－総合考慮型」という観点から、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* 判決・*Bulter* 判決と矛盾する合憲判決）とならざるを得ない。

3 小 括

以上、利益衡量の方法につき、概観した。

219) 前掲注(210)参照。

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²²⁰⁾。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

220) 前掲注(33)の本文参照。

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。

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²²¹⁾判決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²²²⁾」、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”²²³⁾」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²²⁴⁾。

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るかによって評価されるという害悪）を考慮した²²⁵⁾。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、ここでは、個人に対する害悪と社会的な利益とが衡量された²²⁶⁾。

221) 539 U.S. 244 (2003).

222) *Grutter*, 539 U.S. at 326 (quoting *Croson*, 488 U.S. at 493).

223) *Id.* at 327 (quoting *Adarand*, 515 U.S. at 229-230).

224) Adams, *supra* note 90, at 1948.

225) *Id.*

226) *Id.* at 1952.

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単純に衡量したわけではない。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ことに十分な柔軟性を有していることから、「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²²⁷⁾。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²²⁸⁾」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²²⁹⁾」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焼き出す機能を果たす²³⁰⁾」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、焼き出しという二つの機能を有する。もっとも、ここでの焼き出しは、「単純な許

227) *Grutter*, 539 U.S. at 334.

228) *Gratz*, 539 U.S. at 272.

229) Adams, *supra* note 90, at 1954.

230) *Id.* at 1953; see also Vicki C. Jackson, *Being Proportional about Proportionality*, 21 CONST. COMMENT. 803, 830 n. 82 (2004); Fried, *supra* note 168, at 63 (得られる利益と失われる利益の均衡が、不法な目的の焼き出しを助けることを指摘する).

されない動機やステレオタイプの焼き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焼き出し」へと修正されている²³¹⁾。

第4節 ファロンの比例性審査

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²³²⁾」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²³³⁾。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²³⁴⁾」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。

231) Adams, *supra* note 90, at 1947.

232) 「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）。

233) 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)。

234) *Id.* at 1336. ファロンの見解は、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)。

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。

1 〈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) 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、あるいは、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²³⁵⁾。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見過している。すなわち、「多様性の達成」それ自身が「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き上させること」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²³⁶⁾。

（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²³⁷⁾。

235) See Fallon, *supra* note 1, at 1324. 前掲注(192)の本文も併せて参照のこと。

236) *Id.* at 1324.

237) *Id.* at 1324-25.

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²³⁸⁾。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。

2 〈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²³⁹⁾。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²⁴⁰⁾。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²⁴¹⁾。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

238) *See id.* at 1325.

239) *See id.* at 1327; *see also* *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

240) 前掲注(52)-(54)の本文参照。

241) *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330, 359-60 (1972); *see also* Fallon, *supra* note 1, at 1328-29.

審査との関係性についても明確にはしていないのである。

3 比例性審査の中に「再定位」した厳格審査の基準

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²⁴²⁾」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²⁴³⁾」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²⁴⁴⁾」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 reduc-

242) Fallon, *supra* note 1, at 1332.

243) *Id.* at 1330.

244) *Id.* at 1333.

tion)²⁴⁵⁾」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²⁴⁶⁾」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、性的にあからさまな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でしょう。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²⁴⁷⁾」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²⁴⁸⁾」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ることになる。具体的には、手段の必要最小限性の審査のうち、いわゆる LRA 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

245) *Id.* at 1325.

246) *Id.*

247) *Id.*

248) *Id.* at 1332.

が存在するか否か²⁴⁹⁾」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²⁵⁰⁾」のである。

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。加えて、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²⁵¹⁾、具体的事実²⁵¹⁾に即した審査を行う可能性を示した点においても、注目に値する。

おわりに

以上、厳格審査の基準につき、その構成要素と、判例・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。

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）については、判例上、明確な定義は存在せず、また、これにつき自覚的に議論した学説も乏しい。もともと、これらの構成要素の理解には、厳格審査の基準の機能に対する理解に依存する側面があることは否定できない。よって、厳格審査の基準の機能につき検討すべきこととなるが、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

249) *Id.* at 1331.

250) *Id.* at 1330.

251) 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（前掲注(186)-(192)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（前掲注(217)の本文参照）と対照的である。

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許されるであろう。

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。

3 比例性審査の中への「再定位」の可能性

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、問題があった。

一方においては、裁判官の判断置きの問題性、あるいは、裁判官に広範な裁量を与えることの問題性がある。他方においては、厳格審査の基準の過度の軟化を避けつつ、かつ、先例拘束性由来するデッドロックの回避を図らなければならない。つまり、これらの見解の下においては、得られる利益と失われる利益の「限界分析」の困難性が問題となる。

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。したがって、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。

また、手段の必要性の要件においても、「理論上、より制限的な手段」に当たるかは重要ではない。過小包摂性・過大包摂性の検討において問われるべきものも、「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」である。

このようなファロンの見解は、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²⁵²⁾。

252) なお、年少者への暴力的ビデオゲームの販売及びレンタルの禁止に関する *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. 786 (2011) のスカルリア法廷意見における厳格審査の基準の適用に、目的・手段の「流動的」かつ「双方向的」な考察の痕跡を窺うことが出来る。この判決の厳格審査の基準の適用については、拙稿「過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について——EMA 事件判決におけるスカルリア裁判官法廷意見を素材として——」関西大学法学論集65巻3号187頁(2015) 参照。

厳格審査の基準の機能と利益衡量について（二・完）

本稿は、あくまでアメリカ合衆国の判例・学説における厳格審査の基準の各構成要素と機能に関する議論を整理したものに過ぎない。そのため、各論者の司法審査観・憲法上の権利に関する捉え方との関係性や、さらには、これらの議論が日本の憲法学に与える示唆について検討することはできなかった。厳格審査の基準に関する研究として、本稿は甚だ不十分なものとなってしまったが、これらの検討については他日を期すこととし、稿を結ぶこととしたい。