

	[1]
氏名	金原 宏明 <small>かねはら ひろあき</small>
博士の専攻分野の名称	博士（法学）
学位記番号	法博第15号
学位授与の日付	平成29年3月31日
学位授与の要件	学位規則第4条第1項該当
学位論文題目	「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—
論文審査委員	主査教授 小泉 良幸 副査教授 西村 枝美 副査教授 木下 智史

論文内容の要旨

(1) 「はじめに」——論文の目的と構成

金原氏の研究は、いわゆる違憲審査基準論の中の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、これに対するアメリカ憲法学の応答を検討するものである。具体的には、ファロン(Richard H. Fallon, Jr.)の見解を中心に検討が行われる。その理由は、ファロンが「比例性審査類似の審査(proportionality-like question)」を厳格審査の基準の中に見出す点において注目すべき特徴があるからとされる。

ところで、氏の問題意識の背景には、日本の憲法訴訟論の現状に対する一定の評価がある。本論文によれば、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1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。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。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」利益を促進するために厳密に設定されている」と言えない限り違憲とされる。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ることが期待されていた。

けれども、日本の最高裁は、違憲審査基準論を受け入れてきたとは必ずしも言えない。また学説上も、違憲審査基準論とは異なる憲法訴訟理論が有力となった。ドイツ等で広く用いられている、いわゆる三段階審査及び比例原則である。三段階審査の日本への導入を意欲的に提唱す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」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正当化にあたる③の段階である。三段階審査において、

憲法上の権利の制限の正当化は、比例原則に従って判断される。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は、より制限的でない他の選ぼ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。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。

このような状況を背景としたとき、ファロンの見解は注目に値する、というのが本論文の立場である。彼の見解の特徴は、ドイツ直輸入の比例原則をアメリカに持ち込むことを主張するのではなく、あくまで、「比例性審査類似の審査 (proportionality-like question)」を厳格審査の基準の中に見出す点に特徴があるからである。ファロンの議論を用いて、アメリカ憲法学内在的な検討を行うことによって、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が見出される。このような問題関心が、「はじめに」では示される。

本論文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、第二部では、判例における伝統的理解を整理する。以上の整理を前提として、第三部では、学説の検討が試みられる。そこでは、ファロンの見解の検討が中心となる。そして、第四部において、ファロンのいう比例性審査とアメリカ憲法判例理論との接合可能性が検討される。その上で、「おわりに」で議論の総括がなされる。

(2)「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-

①「第1章 厳格審査の基準の各構成要素の検討」

第一部第1章では、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、手段の必要最小限性の審査が整理される。しかし、厳格審査の基準には、その定式にこそ、ある程度の合意が存在するものの、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。したがって、アメリカ憲法学においても、未だ、厳格審査の基準の各構成要素については、検討されなければならない点が残されていることが指摘され、その上で、以降の論述では、特に、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の判断基準、“許される過小包摂・過大包摂”の存在を検討課題として取り上げられる。

②「第2章 厳格審査の基準の機能について」

第2章では、ファロンの見解に従い、厳格審査の基準の機能に関する理解・解釈が3つに整理される。第1に、厳格審査の基準の伝統的理解に忠実な「ほぼカテゴリーカルといえるような禁止 (Nearly Categorical Prohibition)」、第2に、「総合考慮型の比較衡量」を許容する「天秤を一方に傾けた比較衡量 (Weighted Balancing)」、そして第3に、厳格審査の基準を不法な動機の熾り出しのための基準として理解する「不法な動機のテスト (Illicit Motive Test)」の3つである。

(3)「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-

①「第3章 厳格審査の基準の成立過程」

第二部では、厳格審査の基準が、判例上どのように理解されてきたのかが検討される。ここでの

検討は、厳格審査の基準に、〈本来の機能が存在するのではないか〉という仮説の下、行われる。まず、第3章においては、厳格審査の基準の起源に遡り、その成立過程が確認される。厳格審査の基準の起源は、1940年代の平等条項の領域、特に、人種に基づく差別の領域にあると一般には理解されている。しかし、本論文によれば、このような理解は正確でない。この時期における厳格審査の基準は、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構成要素を備えていないのであって、いわば「名ばかりの厳格審査の基準」に過ぎないというのである。本論文によれば、厳格審査の基準とは、複数の領域において、利益衡量のための手法として発達した各構成要素が「結合」されたものであり、その起源は、第一修正の領域での利益衡量の基準にあると理解すべきとされる。

②「第4章 判例における厳格審査の基準の機能」

第4章では、第3章の検討を踏まえ、先の「仮説」の検証が行われる。しかし、結論的には、このように〈本来の機能〉というものを特定することは困難であるとされる。厳格審査の基準は、第一修正の領域に加え、平等条項の領域においても用いられる。本論文によれば、第一修正の領域における厳格審査の基準は、利益衡量の基準として成立した。しかし、平等条項の領域における厳格審査の基準については、それが利益衡量の基準として用いられてきたと断定することはできない。むしろ、平等条項の領域においては、人種差別を熾り出すための基準として成立した可能性が指摘される。また、本論文は、厳格審査の基準に関する上記の三つの理解・解釈を、「このカテゴリーの事案にはこの解釈が用いられる」という形で類型化することも困難であると指摘する。このような分析を踏まえ、結論的には、現在の連邦最高裁における厳格審査の基準は、権利の性質や重要性等に対する裁判官個人々の評価に応じて、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とするファロンの見解への同意が示される。

(4)「第三部 諸学説の検討」

①「第5章 二つの対立軸と厳格審査の基準」

第三部では、厳格審査の基準に関する諸学説の検討が行われる。分析の視座として、本論文は、二つの対立軸を設定する。

一つ目の対立軸とは、「ほぼカテゴリーカルといえるような禁止」あるいは「天秤を一方に傾けた比較衡量」と、「不法な動機のテスト」との間の対立である。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。

そして、二つ目の対立軸とは、主として、「ほぼカテゴリーカルといえるような禁止」と、「天秤を一方に傾けた比較衡量」との間の対立であり、これは、「総合考慮型の比較衡量」を許容すべきか、という利益衡量の方法についての対立(対立軸Ⅱ)である。

第5章では、設定された二つの対立軸を中心に諸学説を検討し、以下の結論を導いている。

対立軸Ⅰの検討からは、厳格審査の基準の機能を「不法な動機のテスト」として理解する見解も、利益衡量を行うことを否定しているわけではないことが明らかにされる。むしろ、「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に注目し、対立軸Ⅰの議論も、実は利益衡量の方法に関する議論として収斂する可能性が指摘される。

対立軸Ⅱの検討からは、「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があり、他方で、「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可能性が指摘される。すなわち、「やむにやまれぬ利益」の定義如何で、厳格審

査の基準の過度の硬直化あるいは軟化を招く危険があるというのである。

②「第6章 比例性審査との接合可能性 -ファロンの見解-」

第6章は、先の二つの対立軸の検討から明らかとなった問題の解決が試みられる。ここが、本論文の最もオリジナリティに富む箇所であり、ファロンの見解を参考に、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される。

では、第5章で明らかとされた問題は、どこから生じたか。ファロンによれば、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がその原因である。そこで、この問題を解決するためには、厳格審査の基準の適用にあたり、「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、事案に即して具体的に審査しなければならない。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べきとされる。

(5)「第四部 判例における比例性審査との接合可能性」

①「第7章 EMA 事件判決における比例性審査」

第四部では、第三部で検討した比例性審査が、判例理論と接合可能か否かが検討される。第7章では、暴力的ビデオゲームの規制の合憲性が争われた、Brown v. Entertainment Merchants Association, 564 U.S. 786 (2011)事件判決(EMA 事件判決)を取り上げ、そこから、ファロンの見解類似の比例性審査を読み取る作業が行なわれる。EMA 事件判決の法廷意見は、スカリア裁判官によって執筆された。スカリア裁判官は、一般的には、利益衡量に否定的であり、また、アメリカ憲法の解釈に当たって、外国法を参照することを極度に嫌う裁判官として知られる。このようなスカリア裁判官の判断手法の中に比例性審査を読み取ることによって、逆説的に、厳格審査の基準を比例性審査によって「再定位」することが試みられる。EMA 事件判決の特徴として、本論文は、以下の点を指摘する。

第一に、EMA 事件判決の目的審査が、「年少者の保護」のような抽象的な目的を措定しなかった点である。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、より絞り込まれた目的(「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る。このように目的の絞り込みを試みる点において、EMA 事件判決は、ファロンの見解に類似すると本論文は指摘する。

第二に、目的の「やむにやまれぬ利益」該当性の判断にあたって、既存の手段の存在が考慮され

た点である。具体的には、「両親の監督権限の補助」という目的が、ビデオゲーム業界による自主規制によって一定程度達成されていたために、「やむにやまれぬ」利益該当性が否定された。このように、「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、やむにやまれぬ利益が認められるか」を検討している点においても、*EMA* 事件判決はファロンの見解に類似すると本論文は指摘する。

②「第8章『憲法上の権利』と比例性審査の主戦場」

第8章では、なぜ、利益衡量に否定的なスカリア裁判官と、ファロンの見解が類似することができたのかを明らかにする。そのために本論文が着目するのが、ファロンとスカリア裁判官との間に見出すことのできる権利理解の類似性である。

ファロンによれば、憲法上の権利とは、「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。すなわち、憲法上の権利は、「一応の権利」として捉えられることとなり、従来のアメリカ憲法学における権利のイメージ（「切り札」としての権利）に比して、かなり広範なものとなる。また、権利が、「利益」の反映であって、そして、その利益の重要性に差異が認められることから、ファロンの見解を前提とすれば、権利には重要性の高低が認められることとなる。そして、ファロンがその著書・論文においてしばしば用いる、権利に関する「理性的な不一致」と「理論化の不十分な一致」という観点から、議論が整理される。それによれば、権利には、権利の核心部分とその外縁部分が存在する。権利の外縁部分に関しては、「理性的な不一致」が深刻なため、裁判所は、謙讓的な利益衡量しか行えない。これに対して、権利の核心部分については、「理論化の不十分な一致」の形成が認められるため、たとえ、その核心部分をどう説明し、正当化するかについて理論的不一致があっても、より強度な憲法上の権利の保障を与えることができるというのである。

次いで、本論文は、スカリアの権利理解を、銃規制に関する *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) 事件判決を通じて整理する。この判決では、比例性審査の適用に関して、スカリア裁判官とブライヤー裁判官が激論を交わしており、スカリア裁判官は、比例性審査の適用を謳うブライヤー裁判官を激しく批判する。曰く、「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。本論文は、この判示から、スカリア裁判官が「核心-外縁アプローチ (core-and-penumbra approach)」を採用していると読み取る。それによれば、スカリア裁判官は、権利の「核心」についてはほぼ絶対とも言える保護を与えるが、これに対して、「外縁」については、そのような強い保護を与えない。したがって、この「外縁」においては、スカリア裁判官も比例性審査を否定しない可能性があるかと結論づける。これらの分析を通して、ファロンの比例制審査に「再定位」して厳格審査の基準を再構成するという本論文のアプローチが、アメリカ憲法判例理論と接合可能であることが論証される。

(6)「おわりに」

「おわりに」では、以上の議論が総括され、まず、アメリカ憲法学における厳格審査の基準の問題点を解決するためには、ファロンの比例性審査の観点を取り入れるべきこと、また、それが判例法理において一定の受け皿を持ち得るものであることが確認される。その上で、日本の憲法訴訟論にとって、ドイツ・アメリカの憲法訴訟論とどのように向き合うべきか、検討が行われる。本論文によれば、この検討には、ファロンとスカリア裁判官について見たように、「権利」をどのように理解するかの検討が先立たなければならない。具体的には、権利をどの程度広く捉えるべきか、仮に権利というものを「一応の権利」として広く捉えるのであれば、そこには、「総合考慮型の比較衡量」をはね除けるべき「何らかの領域」を確保すべきか否か、検討されなければならないとの分析結果が示される。

論文審査結果の要旨

(1) 評価すべき点

本審査委員会は、金原氏の論文の以下の諸点につき、評価に値するものと判断する。第一に、アメリカにおける違憲審査において用いられている違憲審査基準論とドイツで行われている三段階審査、比例原則との関連を探ろうとする問題意識は憲法学界においても、近年、関心を集めており、この課題に正面から取り組んだ本論文の意義は大きいと思われる。また、第二に、本論文は以下の諸点について、この研究領域の先行研究に新たな知見を加えるものであるという点において評価される。すなわち、厳格審査というものが、アメリカにおいても錯綜し、一枚岩でない点を、条文ごとの判例を通じて描き出していること、その厳格審理解の対立点の一つが利益衡量という要素をこの領域において認めるかどうかであることを学説の整理を通じて提示できていること、そして、利益衡量を認める側に相対的に分類しうる論者であるファロンの議論を提示することにより、厳格審査のもつ膠着状態の打破を示唆している点である。このファロンの議論への依拠は、日本における厳格審査の定着がいまなおうまくいかない点を、カバーし、むしろこれまで理解されてきた理解とは異なる視点での、厳格審査の新たなありようを示すだけでなく、ドイツ型の比例原則とアメリカ型の違憲審査基準の対立に、別の角度からの着地点を提示できる可能性に開かれた、ということから、きわめて重要な研究であるといえよう。

(2) 今後の課題

もともと、論文の内容に関しては、以下のような課題を指摘できる。第一に、検討の対象となっているアメリカの「厳格審査」なるものの内容が、本論文も認めるように、それほど確固としたものではなく、研究において乗り越えるべき対象として明確さを欠いているため、何のために「厳格審査」の再構成をすべきなのかが、やや明確さを欠いたものとなっている。第二に、現在の「厳格審査」を乗り越える手がかりとして本論文の重視するファロンの厳格審査論の利点は、「比例性」を組み入れることによって柔軟な判断を可能とすることにあると思われるが、それはもはや「厳格審査」とはいえなくなるようにも思われる。第三に、本論文が架橋しようとするファロンの厳格審査論とスカリア裁判官の厳格審査論との関連につき、とくにその「権利」論が十分精密に展開されていないこともあり、見えにくい。原意主義に基づく憲法解釈を信奉するスカリアが、いかにして、ファロンの主張する「比例性審査と接合した厳格審査」を受容できるのかは、今後の分析課題として残る。第四に、日本の議論で、アメリカ型の違憲審査基準論とドイツの三段階審査における対立点として論じられている事柄と、アメリカの文脈における、ファロンが「比例性審査」を用いて批判している厳格審査の対立点が、同じかどうか。この点も、ファロンの議論が、日本の憲法訴訟論にもちうる影響力を測定するためには検討が必要だろう。

(3) 結論

以上のような検討課題がなお残るものの、金原氏の判例・文献の読みの確かからみて、今後の氏の研究の進展を通して克服されていくものと思われる。また、先に記したように、ファロンの議論への依拠も、日本における厳格審査の定着がいまなおうまくいかない点を、カバーし、むしろこれまで理解されてきた理解とは異なる視点での、厳格審査の新たなありようを示すだけでなく、ドイツ型の比例原則とアメリカ型の違憲審査基準の対立に、別の角度からの着地点を提示できる可能性を開い

たという点で、新機軸を提示した。氏の研究は、今日の憲法学にとって重要な意義を有するものである。

よって、本論文は博士論文として価値あるものと認める