

定義づけ比較衡量と比例性に関する試論

元甲南大学企業法務研究所客員研究員 高橋 靖

本稿は、違憲審査基準論と比例原則（三段階審査論）の異同を考察する際に重要な要素となる、目的手段審査における（定義づけ）比較衡量と比例性の関係につき、わが国とアメリカ合衆国の判例を探ることによって考察するものである。第1章では、前提とする基礎概念を整理し、目的手段審査と比較衡量の関係について見解を述べる。そして、わが国における判例の推移にふれたうえで、違憲審査基準論と三段階審査、違憲審査基準論と比例原則の構成について概観する。第2章においては、前半で比較衡量（利益衡量）自体の整理をし、違憲審査基準論がいかにして比較衡量に枠づけしたのかを厳格審査に即して考察する。個別比較衡量には保守、リベラルの別なく批判がなされることが示される。後半では、比例原則と第1修正など厳格審査の関係をアメリカの判例で確認する。採用手段と代替手段の比例性という切り口が理解される。総論で方向性に異論は少なくとも、どの程度まで踏みこむかについては見解がまとまらないとき、そこに比例性に着目する場合があると述べる。第3章では、中間審査と称される審査が複数の背景、考え方をもつものであることを米国の判例で説明し、中間審査と比較衡量の関係を考える。さらにスライディング・スケール論は審査密度の階層化に対する反論であるが、限界もあることを述べる。またプラクティカルな判例主義に基づき集約され精緻化している中間審査の判例には、構造化された比例原則があるかもしれないという見

解を紹介する。最後に、違憲審査基準論と比例原則の共通性に関し改めて言及し、比例性の適する部分を考察していくべきとまとめる。

1 憲法訴訟と合憲性判断の方法

1.1 概念の背景とわが国における展開

1.1.1 概念の背景

本稿においては三段論法、比較衡量、目的手段審査、比例原則などの概念が援用される。ここでこれらについて簡単な背景や関係を考察し整理しておきたい。まず、三段論法である。法哲学という学問分野があるように、法学はギリシャ以来、哲学と関係している。そこで、万学の祖とされるアリストテレスをみると、「技術（テクネー）は『ことわりを具えた制作できるという状態』である」を大前提とし、「建築は一つの技術である」を小前提とし、「建築は『ことわりを具えた制作できるという状態』である」を結論とする¹⁾、というような論法である²⁾。この場合、大前提は争う余地のないものとされることが特徴で、たとえば、「公共の福祉は憲法に規定されている」を大前提とし、「問題となる法令は公共の福祉を目的として立法されている」を小前提とすれば、自然に結論は「問題となる法令は合憲である」となる。

次に、比較衡量と目的手段審査である。比較衡量そのものではないが、やはりアリストテレスの衡平

1) アリストテレス（高田訳）【1971】222頁。実際の記述は次のとおり。「建築は一つの技術であるし、まさしくまた一つの『ことわりを具えた制作できるという状態』でもあるのであって、およそ『ことわりを具えた制作できるという状態』ならぬ技術はなく、技術ならぬこのような性質の『状態』はないのであるからして、当然、技術（テクネー）というものは『その真を失わないことわりを具えた制作可能な状態』と同じものでなくてはならない。」

(「宜しさ」：エピエイケイア)³⁾という概念が気になる。アリストテレスは「法が一般的に語ってはいても時として一般的規定の律しえないような事態が生じるならば、……彼(立法者：引用者注)が無条件的な仕方規定することによって過っているところをうけて、不足せることがら……を補訂するということは正しい⁴⁾」という。すなわち一般的な規定の杓子定規な適用を個別に判断配慮して調整することが衡平(「宜」：エピエイケス)であるといっているのだが、これは比較衡量に近い概念である。また駒村は目的手段審査を「元来は、政策分析の方法論であった⁵⁾」といい、田中は目的=手段モデルについて「一定の目的達成のための効率的な手段の選択という目的=手段関係の功利主義的考慮に基づいて決定を正当化する、行政・経済などの領域で広く

用いられている⁶⁾」と説明した。以前、功利主義についてまとめたことがある⁷⁾。関は「ベンサムは、18世紀の啓蒙思想家と同じく自然科学の発達に魅せられていた⁸⁾」という⁹⁾。そこで筆者はハートに言及し「功利主義が古典物理学のアナロジーではないか¹⁰⁾」と提起した。これは、筆者もベンサムが啓蒙思想の影響を受けていると考えるためである。ベンサムは「根拠または理由とは、その行為を是認の目をもって見ることを立法または第三者に正当化するものである¹¹⁾」という。「根拠または理由」を目的に導くものとし、「行為」を手段と考えると、これらは目的と手段に関連している。次いで、ベンサムは「永続することのできる行為の唯一の正しい根拠は、けっきょくのところ功利性の考慮である。……功利性の原理だけが、その行為がなぜなされて

- 2) アリストテレス(高田訳)【1971】よりわかりやすい例としては、知慮(フロネーシス)を記述する箇所において、「軽い肉は消化がよく健康にいい」を大前提とし、「(鳥の)肉が軽い……」を小前提とすれば、結論は「鳥の肉が健康にいい」となる。これは「知慮は単に一般的なことがらにかかわるにとどまらない。それは個別的なことがらをも知らなくてはならない」(230頁)ことを説明するためであり、「一般的なことがら」が大前提に、「個別的なことがら」が小前提にあたる。アリストテレスの原文は、次のとおりである。「ひとが『軽い肉は消化がよく健康にいい』ということは知っているも『いかなる肉が軽いか』を知らないならば、このひとは健康を生ぜしめることはできない。それよりはむしろ『鳥の肉が健康にいい』ということを知っているひとのほうが、身体に健康をもたらすことに成功するであろう。」230頁。
- 3) 加藤【1976】加藤は正義と衡平の関係について「正義は……諸々のケースの類型化的平等の取扱いという性格をもっている」が、「同一類型とされたものの画一的な取扱いが、……正義の本来の趣旨から見て著しく不合理と思われる結果になることが」あり、「その矯正原理として登場するのが衡平equityである」と説明する。(455-456頁)
- 4) アリストテレス(高田訳)【1971】209頁。
- 5) 駒村【2013】34頁。
- 6) 田中【1984】4頁。
- 7) 高橋【2019】46-50頁。功利主義の論点について「第一に、……善(福祉/効用)とは快楽を生むものであり、悪とは苦痛を生むものである(第一点①)、功利性の原理に合った行為が道徳的な当為である(第一点②)と解される。第二に、……社会の善(福祉/効用)とは社会の成員の善(福祉/効用)の合計である(第二点①)、最大多数の最大幸福が社会の善(福祉/効用)である(第二点②)となる。第三に、……道徳は、主観的な感情や意見ではなく、客観的な基準に基づくべきだという主張と理解される。第四に、……快楽や苦痛は数値として計算可能であると解釈できる。第五に、……善(福祉/効用)の計算において個人の差異はないといえらる。……第六に、……政府の政策にも功利主義は妥当するとできる」(46-47頁)とした。また、このうちの「第五点(計算上の個人差異の否定)は第二点(個人の善と社会の善)とともに後の論争において最も問題となる」(47頁)と補足した。
- 8) 関【1967】15頁。また関は「(ベンサムの：引用者注)自然科学的精神から見ると、ブラックストーンの思想の基盤である自然法の思想は、非科学的であった。『政府論断片』は、それまでの有力な思想である自然法からの独立を宣したものである」とベンサムが法律に大きな関心をもっていたことを示している。
- 9) なお、先見可能性の欠如は(個別)比較衡量の欠陥として論じられることが多い。自然科学では再現性が大前提とされており、物理学に関心をもっていたベンサムらが送りだしたともいえる比較衡量にそれが欠けていることは、皮肉といえるかもしれない。
- 10) 高橋【2019】49頁。そこでは「質量は物理学において最も重要な概念の一つである」が、「一方、質点については単に質量をもった点とされているだけで、意義などはしるされていない」としたうえで、「『快楽ないし幸福の全総計の断片』を質量、『それが位置している点、すなわち個人』を質点と考えると、功利主義と古典物理学の概念は類似する」(49頁)と説明している。
- 11) ベンサム(山下訳)【1967】107頁。ベンサムは「非常に混同されやすいが、注意深く区別しなければならない二つのことは、動機または原因と、根拠または理由である」として、「動機または原因とは、個人の心の中で作用して、何かの行動を生み出すものであり」(107頁)と述べ、「動機または原因」と「根拠または理由」をわけている。あえて補足すれば、ベンサムのいう「動機または原因」とは願望そのものであり、「根拠または理由」とは評価に通じる概念であろう。

よかったか、またはなぜなされなければならなかったかという理由となりうる¹²⁾」と述べて、正当な目的を導くものは功利性の原理であると明言している。また、「社会を構成する個々人の幸福、すなわち彼らの快樂と安全が、立法者が考慮しなければならない目的……である¹³⁾」とした。「快樂」を「利益」と置きかえれば、立法の目的は社会的利益であるという命題が表れる。この社会的利益と立法によって侵害される個人の利益を衡量することは、比較衡量そのものである。さらに、そのような行為を強いる手段について「作用因または手段の性格をもつ快樂と苦痛そのものを考慮することが必要であろう。……それらはすべて制裁と名づけることができる¹⁴⁾」として、目的を達成する手段としての制裁¹⁵⁾という強制的措置を示しているが、条文における手段の記載と類似する。目的と手段はベンサムによって明確に示されており、比較衡量の概念もここから容易に導ける。目的手段審査と比較衡量はともに、ベンサムが1789年に刊行した功利性の原理に端を発すると解釈できる。

第三に、周知のように、違憲審査基準論は1803

年のMarbury判決¹⁶⁾からはじまるが、対抗する比例原則はやはりギリシャ時代にその源をさかのぼる。アリストテレスが第一に、正義(ディカイオシユネー)を適法的正義¹⁷⁾と特殊的正義¹⁸⁾にわけ、第二に、特殊的正義を配分的正義と矯正的正義¹⁹⁾にわけていたことはよく知られている。これらのうちの配分的正義についてアリストテレスは「名誉とか財貨とかその他およそ国の公民の間に分たれるところのものの配分におけるそれである(というのかかるものにおいて或るひとは他人と不均等な取得を持つことも均等な取得を持つことも可能だからである)²⁰⁾」という。この、均等な場合も不均等な場合もあるその事情に応じた「特殊的な」正義という概念は比例原則に酷似している²¹⁾。さらに、この配分的正義について「『正』(正義:引用者注)ということは『比例的』(アナログン)ということの一種にほかならない²²⁾」と補足している。すなわち、比較衡量に似た衡平を実行するときにも、その衡平をどの程度するのかという局面では、比例的になると解することができる。2.2.2で述べるファロン、判定の方向性について意見の相違は少ないが、どの

- 12) ベンサム(山下訳) [1967] 108頁。動機について「動機は、ある行為がなぜなされたかという理由、言いかれば、その行為がなされたことの原因または理由ではあろう」が、なぜなされるべきかという理由にはなりえない、と付加している。
- 13) ベンサム(山下訳) [1967] 108頁。
- 14) ベンサム(山下訳) [1967] 109頁。
- 15) 山下 [1967] 109頁。山下は訳注(2)において、制裁(原語 sanction)につき「適当な訳語はないが、……個人の快樂を最大多数の最大幸福に一致させるよう外部から働きかける力のこと」と補足している。
- 16) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803)。
- 17) アリストテレス(高田訳) [1971] 172頁。アリストテレスは「適法的な行為はすべて、一つの意味における正しい行為である。事実、立法の規定するところにかなうもろもろの行為が適法的な行為であるが、われわれもこうしたもろもろの行為を称してすべて正しい行為だとなしている」という。恒藤 [1977] 90頁は、適法的正義を「市民が法を守ることから生まれる。その法の規定する諸行為の多くは、徳(アレテー)全般の見地から命ぜられたものゆえ、……全般的・一般的正義である」と説明する。
- 18) アリストテレス(高田訳) [1971] 175頁。アリストテレスは、正義や適法の逆の概念である特殊な不正義や違法について「全般的な不正義の一部として何らか別の意味の不正義が存在するわけであり、違法という全般的な不正の一部としての或る不正が存在するわけである」と、全体のなかの一部分を特殊と呼ぶことを説明する。三島 [1993] 86頁は、「アリストテレスの正義論の主題は、……『一般的正義』(適法的正義:引用者注)にあるのではなく、『徳の一つとしての正義』、すなわち特殊的正義に、……こそある。これが先に狭義の……正義といわれたものにほかならない」と論じる。
- 19) アリストテレス(高田訳) [1971] 177頁。アリストテレスは矯正的正義を「もろもろの人間交渉において矯正の役目を果たすところのそれである」という。笹倉 [2007] 56頁は、この矯正的正義(均分的正義)について「相手のちがいを考えずに一律に同じものを同じ量だけ与えることである」と評する。
- 20) アリストテレス(高田訳) [1971] 177頁。
- 21) 三島 [1993] 87頁。三島は「この比例的平等の観念はピタゴラスとその学派にまで遡りうるものであり、むしろ比例的平等と算術的平等、配分的正と整正的(交換的)正という二本立てで正・正義を観念することはギリシャ正義思想の支配的見解だったとみなしてよい」という。
- 22) アリストテレス(高田訳) [1971] 179頁。

程度までかという判断が悩ましいという述懐にきわめてわかりやすく対応するのが、この配分的正義(比例的均等)なのである。

1. 1. 2 わが国における展開

前項で述べた概念は、わが国の判例においてはどのように表れているのであろうか。芦部は外在制約説²³⁾を紹介する際に「(「公共の福祉」の:引用者注)論理は三段論法」であり、「第一に、人権が公共の福祉によって制限されることは憲法12条と13条によって明らかである、という大前提を打ち出す。つぎに、……争われている法律は、……規制を……自由に対して加えている……。最後に、その程度の規制は公共の福祉のため必要にして合理的な制限であるから、憲法に反しないと結ぶ²⁴⁾」という判例が多かったという²⁵⁾。また比較衡量と目的手段審査に関連して、労働基本権に関する1965年の和歌山教組事件判決²⁶⁾がある。浦部は「憲法問題に関連して『比較衡量』ということばが用いられた、おそらく最初の最高裁判決²⁷⁾」としたうえで、「比較衡量といっても、裁判所が具体的事件について独自に行なうのではなく、立法府の利益衡量を尊重するということにすぎない²⁸⁾」という。同判決は、公共の福祉ための「制限の程度は、勤労者の団結権等を尊重すべき必要と公共の福祉を確保する必要とを比較考量し、両者が適正な均衡を保つことを目的として決定されるべき」と判示し、勤労者の団結権等の必

要と公共の福祉の必要を比較衡量したが、「制限の程度を決定することは立法府の裁量権に属するもの」であるから、「制限の程度がいちじるしく右の適正な均衡を破り、明らかに不合理……と認められるものでないかぎり、その判断は、合憲、適法」であると続けて、いわゆる「明白の原則²⁹⁾」とされる最も立法府に敬讓的な基準が適用されたと解される。

しかし、翌1966年の全通東京中郵事件判決³⁰⁾は、労働基本権について「何らの制約も許されない絶対的なものではなく、「国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包している」と内在制約説に言及した。そのうえで、国家公務員と労働基本権の制約の合憲性を判断する際の留意点として、次の四点を提示した。第一に、「労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して、……決定すべき」ことと「制限は、合理性の認められる必要最小限度のものにとどめなければならない」こと、第二に、「制限は、……国民生活に重大な障害をもたらすおそれのあるもの……を避けるために必要やむを得ない場合」に考えられるべきこと、第三に、「違反者に対して課せられる不利益……は、必要な限度をこえないように……されなければならない」こと、とくに「刑事制裁……は、必要やむを得ない場合に限られるべきである」こと、第四に、「制限することがやむを得ない場合には、これに見合う代償措置

23) 芦部 [1987] 88頁。芦部は「『公共の福祉』によって基本的人権が一般的に制約されること」を外在制約説と述べている。

24) 同上。

25) このいわゆる三段論法の主な判例について市川 [2020] は、尊属殺殺人死体遺棄被告事件判決 (最大判昭和23年3月12日・刑集2巻3号191頁)、(最大判昭和23年3月24日・裁判集刑1号535頁)、食糧緊急措置令煽動処罰規定合憲判決 (最大判昭和24年5月18日・刑集3巻6号839頁)、政令201号事件判決 (最大判昭和28年4月8日・刑集7巻4号775頁)、「チャタレー夫人の恋人」事件判決 (最大判昭和32年3月13日・刑集11巻3号997頁)、国家公務員法102条合憲判決 (最大判昭和33年3月12日・刑集12巻3号501頁)、帆船計事件判決 (最大判昭和33年9月10日・民集12巻13号1969頁) をあげた。(6頁、6頁注7)

26) 和歌山教組事件判決 (最大判昭和40年7月14日・民集19巻5号1198頁)。

27) 浦部 [1985] 14頁。

28) 浦部 [1985] 15頁。浦部は「これは、比較衡量ということばが、司法消極主義の立場と結びついて使われた例である」と補足している。

29) 芦部 [1974] 42頁。芦部はアメリカにおける「明白の原則」について、J. セイヤーに言及し、「裁判所は議会が『単に誤りを犯しただけでなく、きわめて明白な——合理的な疑いの余地がないほど明白な——誤りを犯したときだけ、法律を無視できる』と主張するもの」と述べた。

30) 全通東京中郵事件判決 (最大判昭和41年10月26日・刑集20巻8号901頁)。

が講ぜられなければならない」ことである。すでに多くの分析がなされている。駒村はとくに重要な事項の一つとして第一点につき、「裸の比較衡量（個別比較衡量：引用者注）論を必要最小限度論に転換した点」をあげ、「比較衡量論に対して、労働基本権の重要性を根拠に、『合理性の認められる必要最小限度』の制約のみが許容されるという枠付けを行った³¹⁾」と補足した。これは「労働基本権の制約は、同権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要を比較衡量して決定される」という個別比較衡量を、本文のあとに「ただし、制約は合理性の認められる必要最小限度のものにとどめなければならない」というただし書きのついた、定義づけ比較衡量に変えたと解釈できる。また駒村は、合理性の認められる必要最小限度について「目的手段審査の萌芽が見て取れる」こと、「規制目的と規制手段の合理的関連性と、目的達成のための必要最低限度の制約手段の選択という発想が潜在していると理解³²⁾」できることを指摘する。駒村にしたがえば、同判決には定義づけ比較衡量と目的手段審査の要素が含まれていることになる。

全通東京中郵事件判決の趣旨は、1968年の猿仏事件第1審判決³³⁾においてさらに具体化され、1969年の都教組事件判決³⁴⁾と全司法仙台事件判決³⁵⁾に受けつがれ、さらには1970年の横浜郵便局事件判決³⁶⁾でも再確認された。しかし、1974年の猿仏事件判決³⁷⁾は「公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるも

のである限り、憲法の許容するところである」と述べたあと、同限度にとどまるか否かの判断点として「①禁止の目的、②この目的と禁止される政治的行為との関連性、③政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡（番号は引用者が付加）」の三点をあげた。これら三点は猿仏三基準と呼ばれている。本判決は多くの批判を受け、たとえば、市川は猿仏三基準を「実際には、目的と規制手段との緩やかな関連性でことたれりとし、著しく公益に有利に（表現の自由に不利に）利益衡量を行うもの³⁸⁾」とした。駒村は、猿仏（三）基準の代表的な問題点を「第1に、……必要性の審査はどこへ行ってしまったのか」、「第2に、目的手段審査（①②）に加えて、利益衡量審査（③）を行うことの意義は何か³⁹⁾」とした。そして、三段階審査の正当化論証で用いられる比例原則では、目的手段審査に続いて狭義の比例性と呼ばれる利益衡量審査をすることを指摘し、「猿仏基準と三段階審査における比例原則は同型の枠組であり、したがって猿仏基準における利益衡量審査の問題は、比例原則の枠組の問題でもあ⁴⁰⁾」ると提示した。猿仏事件判決が三段階審査によるものかとはともかく、三段階審査と同型と解釈できる審査が表れたことは事実である。なお、三段階審査については1.2.1、比例原則については1.2.2で考察する。

それでは、わが国の判例において違憲審査基準に基づくものは表れたのであろうか。この点、1975年の薬事法距離制限規定違憲判決⁴¹⁾はきわめて微妙

31) 駒村 [2013] 16-17頁。駒村は「せいぜい……比較衡量論によって審査されてきた労働基本権の制限に関して、『内在的制約』の観点から打ち出された」こと、「必要性審査の発想あるいは限定解釈の発想を初めて本格的に導入したこと」も合わせて全通東京中郵事件判決の画期的な点として指摘した。

32) 駒村 [2013] 17頁。

33) 猿仏事件第1審判決（旭川地判昭和43年3月25日・下刑集10巻3号293頁、判時514号20頁）。

34) 都教組事件判決（最大判昭和44年4月2日・刑集23巻5号305頁）。

35) 全司法仙台事件判決（最大判昭和44年4月2日・刑集23巻5号685頁）。

36) 横浜郵便局事件判決（最大判昭和45年9月16日・刑集24巻10号1345頁）。

37) 猿仏事件上告審判決（最大判昭和49年11月6日・刑集28巻9号393頁、判時757号30頁①事件）。

38) 市川 [2020] 390頁。市川は、「判決が下された当時、このように緩やかな違憲審査をもたらす猿仏三基準が最高裁において広く用いられることが危惧されたが、結局、危惧されたほど広く用いられることにはならなかった」という。

39) 駒村 [2013] 132頁。

40) 駒村 [2013] 133頁。

である。まず同判決は「規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない」と述べた。比較衡量を用いることは明らかだが、そのあとに「許可制は、……職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性……には、……重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、……消極的、警察的措置である場合には、……よりゆるやかな制限である……規制によつては右の目的を十分に達成することができない……ことを要する」と厳しい基準が適用されることが示された。駒村は「裸の比較衡量論を『事の性質』を媒介にして目的手段審査の枠組へと変換⁴²⁾」する方向性をみだしていたが、別基準設定型の比較衡量であるという見解⁴³⁾、後半部分を主にとりあげて一種の「厳格な合理性」の基準とする見解⁴⁴⁾、比例原則にしたがったものであるという見解⁴⁵⁾などが並立している。

1.2 三段階審査論をめぐる考察

1.2.1 違憲審査基準論と三段階審査論

駒村は、違憲審査基準論 (standards of review) につき「比較衡量論に対するアンチテーゼとして登

場した」もので、当該論につきアメリカにおける「二重の基準論や優越的地位論」を基礎として「70年代に憲法訴訟論……を立ち上げた芦部信喜の功績は限りなく大きい⁴⁶⁾」としたうえで、その内容を「①精神的自由に対する規制については、……(【厳格審査⁴⁷⁾])、②経済的自由に対する消極規制には、……(【厳格な合理性の審査⁴⁸⁾])、③経済的自由に対する積極規制には、……(【合理性の審査⁴⁹⁾])、という3種類の論証から成る⁵⁰⁾」とまとめた。以前、アメリカ合衆国における比較衡量について考察したことがあり⁵¹⁾、厳格審査に関しても前稿で検討した⁵²⁾。厳格な合理性の審査(中間審査)については第3章で日米における概略を述べたい。次に、三段階審査論である。小山は「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、正当化しているのか、という順で審査することを求める⁵³⁾」という。すなわち、「防衛権⁵⁴⁾の審査は、……①保護領域→②制限→③正当化と進むことから、三段階審査と呼ばれる(注:数字は引用者が付加)⁵⁵⁾」のである。また審査する①保護領域とは「基本権の保護領域」であり、②制限とは「当該措置の基本権制限的性格」、③正当化とは「法律上の根拠という形式

41) 薬事法距離制限規定違憲判決(最大判昭和50年4月30日・民集29巻4号572頁)。

42) 駒村 [2013] 20頁。

43) 市川 [2020] 386-387頁。

44) 芦部 [1981] 292頁。

45) 石川 [2013] 205-207頁。

46) 駒村 [2013] 5頁。駒村はまた「80年代になって、憲法訴訟に関する章立てを基本書に組み込み、後に司法権の本質をめぐる論争を巻き起こした佐藤幸治教授の功績」にも言及している。なお、佐藤 [2011] 620-671頁参照。

47) 駒村 [2013] 5頁。「目的が必要不可欠な公益に資するものであり、かかる目的を実現するための必要最小限度の手段が選択されることを要求」するものであると説明した。

48) 同上。「目的が重要な公益に資するものであり、かかる目的とそれを実現する手段の間に実質的関連性を求め」るものと述べた。

49) 同上。「目的が正当であり、手段が著しく不合理であることが明白でないことを要求する」ものとした。

50) 同上。

51) 高橋 [2021] 84-99頁、101-103頁。

52) 高橋 [2023] 115-147頁。1 厳格審査の概要、2 やむにやまれぬ利益(必要不可欠な公益)に関する考察、3 必要最小限の要件に関する考察、として論じた。

53) 小山 [2011] 10頁。

54) 小山 [2011] 11頁。小山は「憲法上の権利の中心は、自由権である。自由権規定は、国家の侵害に対抗する、市民の『防衛権(Abwehrrechte)』を保障する」と説明した。

55) 小山 [2011] 14頁。

的要件⁵⁶⁾」に加えて「規制目的の正当性ないし重要性の審査と、手段の必要性・合理性の審査を中心とする実質的要件⁵⁷⁾」があるという。

新は、違憲審査基準論と三段階審査論の前提となる違憲審査制の二つの類型について、包括的に考察している。考察は多岐にわたるが、簡単にまとめると、第一に、類型にはアメリカ合衆国の1803年のMarbury事件判決により確立した司法裁判所型(具体的・付随的違憲審査制)と、1920年のオーストリア連邦で創設された憲法裁判所型(抽象的違憲審査制)があること、第二に、前者の論拠は、憲法の最高法規性、基本的人権の尊重、権力分立の原理、法の支配の原理、であること、第三に、後者の論拠は、憲法の最高法規性、法治国家の原理、基本権の二重性、権力分立の原理に反しないとの立場、憲法判断の集中・一元化による統一の確保、であること、第四に、根底にあるのは、前者は英米に固有の「法の支配」の原理、後者はドイツ固有の「法治国家」の思想であること、となる⁵⁸⁾。新によれば、「法の支配」と「法治国家」の原理的相違は決定的である。市川も、司法裁判所型と憲法裁判所型の憲法判断に関して「憲法裁判所の……枠組みをわが国に導入しようとするのであれば、憲法裁判所型の違憲審査制と司法審査制との相違を踏まえての『変換』がなされなければならない⁵⁹⁾」という。また新は三段階

審査について、①(基本権の保護領域に属するか否かを審査する)基本権構成要件の該当性、②介入要件該当性、③憲法的正当化、という三つの段階を示した⁶⁰⁾。三宅も同様に保護領域(①)、介入(②)、正当化(③)を示し、「この図式では、保護領域に当たる利益に、国家が強制的介入を行い、しかも正当性がないときに、憲法違反と判断される⁶¹⁾」とまとめる。一方、高橋和之は、③正当化における形式的要件について、「個別基本権の保障を定め、同一条文の中でそれに続けて基本権を制限する場合の条件を定める⁶²⁾」ドイツ基本法の規定において「1項の権利に対する『介入』が許されるためには、(制限する場合の条件を定める：引用者注)2項の条件を充たしている必要があ⁶³⁾」り、この点の確認であること、また実質的要件について、「実質的正当化は、『広義の比例原則』により審査される⁶⁴⁾」ことを説明した。広義の比例原則は次節で検討する。市川は、「どのような人権のどのような制約であるかによって違憲審査基準が定まる」から「三段階審査の枠組み自体は、違憲審査基準論による合憲性の判断においても基本的に妥当する⁶⁵⁾」としたうえで、違憲審査基準論が中核とする「二重の基準論は、……『司法審査と民主主義』問題に対する重要な解答である」から「違憲審査の枠組み、基準を設定するにあたり、『適材適所で』部分的にというのでは

56) 同上。

57) 同上。

58) 新 [2008] 239-252頁。

59) 市川 [2020] 375-376頁。市川は「変換」の内容を詳細に述べていないが、「具体的な事実に迫られ具体的妥当性と法的な論理のぎりぎりの調整の中で憲法判断が示されている」という「司法審査制の特色を活かせるような『変換』がなされなければならない」(376頁)と補足している。

60) 新 [2008] 226-230頁。

61) 三宅 [2011] 8頁。三宅は、「国家行為で規制される市民の行動がそもそも憲法上保護される対象であるか、が問われ」る保護領域、「当該国家行為が、保護される人権への介入といえるほどの強度を持つか、を吟味する」介入、「その介入が憲法上の根拠を持つか、調べることにな」る正当化、と説明した。

62) 高橋和之 [2017] 240頁。高橋は、これをドイツ基本法第5条1項の「何人も、言語、文書及び図画によって、自己の意見を自由に表明し流布させる権利、並びに一般にアクセス可能な情報源から妨げられることなく知る権利を有する。……」、同2項の「これらの権利は、一般的法律の規定、青少年保護のための法律上の規定、及び人格的名誉権によって制限を受ける」という規定を示して説明している。

63) 高橋和之 [2017] 240-241頁。

64) 高橋和之 [2017] 241頁。

65) 市川 [2020] 369頁。

なく、基本とされるべきではなからうか⁶⁶⁾」という。

阪口は、主にアメリカ合衆国を想定した違憲審査基準論と三段階審査論の異同について、概ね次のように論じている。すなわち、第一に、三段階審査論のいう防禦権を「国家からの自由」と考えれば、いずれも対象とする権利は同じとみなせること⁶⁷⁾、第二に、形式的には違憲審査基準論は③正当化、三段階審査論は①保護範囲、②制限(介入)、③正当化という段階があること、第三に、しかし、違憲審査基準論においても②制限につき、制約が直接的か付随的かで審査基準を変えらるゝとして認識されていること、第四に、同じく①保護範囲に関しても、第1修正の保護表現について定義づけ衡量を用いて厳格に定義していること、第五に、第三、第四点からみて、違憲審査基準論と三段階審査論が手法として本質的に異なるとはいえないことである⁶⁸⁾。阪口の議論には説得力がある。しかし、では二つの審査論は同じと考えてよいのであろうか。

1. 2. 2 違憲審査基準論と比例原則

三段階審査論の③正当化に関する小山の見解を確認すると、第一に、「(制限の正当化は：引用者注)①いかなる点について審査するのかと、②それをどれだけ厳格に審査するのかという、2つの要素から規定される」こと、第二に、「前者は、……目的審査および比例性審査と呼ばれるものである」こと、第三に、目的審査とは「規制目的に正当性・相応の重要性があるかどうか」の審査であること、第四に、比例性審査とは「これ(規制目的の正当性・重要性：引用者注)が認められた場合に、規制手段が適合的であり、かつ必要であるか、規制により得

られる利益と失われる基本権的利益が均衡しているか」の審査であること、第五に、「後者(審査密度：引用者注)は、……緩やかな審査から、裁判所自身が手段の必要性・合理性(適合性：引用者注)の厳密な検証を行うという厳格な審査まで、いくつかの段階に分かれる⁶⁹⁾」こととなる。また、第四点の手段審査の各要件について小山は、第一に、③1手段の適合性(合理性)とは「立法目的の達成のための効果的な手段か」を問うものであること、第二に、③2手段の必要性では「より緩やかな手段によって、……立法目的を同じように達成できるのであれば、……選択された手段には必要性がない」とみならずこと、第三に、③3利益の均衡性を「狭義の比例性」ということと補足した⁷⁰⁾。まとめれば、第一に、③正当化には、形式的正当化部分と実質的正当化部分、および審査密度があること、第二に、実質的正当化部分には、目的審査と比例性審査(手段審査)があること、第三に、比例性審査には、③1手段の適合性(合理性)、③2手段の必要性、③3狭義の比例性(利益の均衡性)という三つの要件があること、第四に、手段審査で用いられる原則を(広義の)比例原則ということ、とできる。

③正当化には目的手段審査、③3狭義の比例性(狭義の比例原則ともいう)、審査密度などの概念が含まれると解されるが、③3狭義の比例性と比較衡量の異同も興味深い。阪口は、違憲審査基準論と広義の比例原則について概ね次のように整理した。第一に、違憲審査基準論は比較衡量(利益衡量)の手法だと解されること⁷¹⁾、第二に、比例原則も比較衡量の手法である点で違憲審査基準と共通性を有すること、第三に、違憲審査基準論では厳格度の違った

66) 市川 [2020] 376頁。

67) 阪口 [2010] 36頁。

68) 阪口 [2010] 39-40頁。

69) 小山 [2011] 62頁。

70) 小山 [2011] 16頁。

71) ここで、阪口 [2010] は「違憲審査基準論は比較衡量(利益衡量)の手法だと解されて」(41頁)いる論拠を具体的にあげていないが、前節の違憲審査基準論と三段階審査論を比較した箇所、「修正1条の文言は、保護されるべき表現に何の限定を加えていないにもかかわらず、あらゆる表現行為が憲法の保障を受けるとは解されておらず、わいせつ表現の場合のように、定義づけ衡量という手法を用いて保護されるべき表現が厳格に定義されている」(40頁)としているのが、その一つかもしれない。

審査があるが、比例原則ではそれがないと主張されること、第四に、しかし、比例原則でも審査密度が問題になり、侵害される権利の重要性に応じて多様な審査密度が想定されるから、第三点は妥当しないこと、第五に、むしろ違憲審査基準論と比例原則の最大の違いは、裁判官による比較衡量の枠づけ方にあるように思われること、第六に、換言すれば違いは、違憲審査基準論が審査基準を階層化することで裁判官による比較衡量を枠づけようとするのに対して、比例原則は階層化を拒否して個別の事例の事情に即した裁判官による比較衡量を可能にする点にあることである⁷²⁾。阪口によれば、違憲審査基準論と比例原則の本質的な違いは、裁判官による比較衡量を、審査基準の階層化によって枠づけする（違憲審査基準論）か、枠づけせずに個別事情に応じたものとする（比例原則）か、の違いということになる。違憲審査基準論と比例原則についてはすでに多くの見解が示されている。高橋和之は広義の比例原則を「手段（基本権制限）が目的（公益の実現）と『比例的』であることを要求する原理⁷³⁾」と解したうえで、しかし「比例原則は目的審査を組み込んでいない⁷⁴⁾」という。そして、その背景として「比例原則が、もともと行政法上の原則であり、行政行為の目的は、通常、法律により与えられていることを考えると、行政処分の審査においては目的の審査は過大とはなりがたいという事情があったのではないか⁷⁵⁾」と述べる。三宅は、比例原則とは、実質的

正当性の判断構造のなかの手段審査で利用されるもので、「適合性」原則（③（c））、「必要性」原則（③（d））、「狭義の比例性」原則（③（e））の判断工程があるという⁷⁶⁾。阪口は、前述のように、階層化以外には二つの審査論に大きな違いはないとしたが、市川は、論点を次のようにまとめる。第一に、目的審査について「①前提問題としての『不当な目的』の排除、②狭義の比例原則での衡量における目的の重要度という形で分離されること⁷⁷⁾」、第二に、狭義の比例原則について「両原則（③1適合性の原則・③2必要性の原則：引用者注）の下での審査が緩やかになされることになれば、結局は、広義の比例原則が狭義の比例原則に収斂してしまう⁷⁸⁾」こと、第三に、広義の比例原則の柔軟性について「権利の性格や制約のありよう等を考慮して審査の密度が決められており、比例原則はスライディング・スケールとなっている⁷⁹⁾」が、「柔軟さは、逆から言えばあいまいで、恣意の入り込む余地が大きい⁸⁰⁾」ことである。目的審査、狭義の比例性、広義の比例原則に議論のあることがわかる。なお、スライディング・スケールについては3.2.1で具体的に検討する。

ところで、駒村は主にわが国の状況を論ずるなかで、比較衡量、違憲審査基準論、目的手段審査、比例原則などについて次のように述べる。すなわち、第一に、「比較衡量（利益衡量）は法解釈の基本的な（そして不可避的な）方法論とされてきた⁸¹⁾」こと、第二に、しかし「比較衡量論については、

72) 阪口 [2010] 41、43-44頁。

73) 高橋和之 [2017] 241頁。高橋は広義の比例原則を「法律による基本権制限の目的が正当であることを前提にして、手段が目的とどのような関係にあるかを問題にする原則であると説明されている」と補足する。

74) 同上。この点に関連して小山は「目的審査は、『公共の福祉』を狭く解することにより憲法上の権利に制限をミニマムにするための中心的な審査という積極的な意味合いのものではなく、恣意的目的や憲法に適合しない目的、基本権の意義および制限の重大性に見合わない目的による制限を防止するという消極的側面に、その意味があると考えべき」という。小山 [2011] 66頁。

75) 高橋和之 [2017] 242頁脚注42)。

76) 三宅 [2011] 8頁。三宅の手段審査の「適合性」原則（③（c））、「必要性」原則（③（d））、「狭義の比例性」原則（③（e））は、それぞれ本稿における③1適合性の原則、③2必要性の原則、③3狭義の比例性原則と同じである。また三宅の保護領域（①）、介入（②）、正当化（③）も本稿と同じだが、三宅は、正当化の形式的正当性（③（a））、実質的正当性のなかの目的審査（③（b））にも付番し、「三段階審査は合計で7つのチェックポイント」〔（①）、②、③（a）～（e）〕をもつという。

77) 市川 [2020] 371-372頁。

78) 市川 [2020] 372頁。

79) 市川 [2020] 373頁。

80) 市川 [2020] 374頁。

……解釈主体の価値判断をいかに客観化・構造化するかという視点からの批判がつきまとうこと⁸²⁾」、第三に、そこで、違憲審査基準論が「比較衡量論の脱構築⁸³⁾」を目的手段審査の枠構造で、しかも……審査密度を多段階化させた論証の型を新たに打ち立てようとした⁸⁴⁾」こと、第四に、「比例原則も（違憲：引用者注）審査基準もともに目的手段審査の枠組を共有しているので、相互対話は可能なはずである⁸⁵⁾」こと、第五に、ただし、「比例原則は、違憲審査基準論にはない『（狭義の）比例性』という審査段階を備えているが、この比例性審査の固有の役割は何であり、存置することにどのような意義があるのかが解明される必要がある⁸⁶⁾」ることである。駒村の第五点に関連して、前述の小山の説明によれば、③3狭義の比例性は「規制により得られる利益と失われる基本権の利益が均衡しているか」を審査することであるから、一種の比較衡量（利益衡量）といえる。③3狭義の比例性と比較衡量の関係はどのようなものであろうか。さらに、駒村の第三点に関連して、阪口のいう「違憲審査基準論は比較衡量（利益衡量）の手法だと解されて」いることも確認する必要がある。これらの点を含め厳格審査と（定義づけ）比較衡量に関して、2.1で考察してみたい。

2 厳格審査における比較衡量と比例原則

2.1 厳格審査と比較衡量

2.1.1 定義づけ比較衡量と厳格審査

浦部は利益衡量論について、第一に、「憲法現象の社会科学的認識を基礎とした憲法原則と、その原則から導かれる基準の適用⁸⁷⁾」を重視する「広義の利益衡量論……の問題点……は、『法の解釈において利益衡量は不可避である』という命題を一般的なものとして前面におし出す点にある⁸⁸⁾」こと、第二に、その理由は「命題が……前面に出された場合には、ことばの多義性のゆえに、結果的には、特殊な意味あいをもった命題として機能せざるをえない⁸⁹⁾」ためであること、第三に、すなわち、「紛争当事者の個別的・具体的な利益」、「紛争当事者と同じ法的地位にたつ人々の利益」、「紛争当事者によって代弁される社会的利益⁹⁰⁾」という異なる利益のレベルがあるが、『利益衡量』ということばの存在理由は、どのレベルの利益をひろうかの自由が判断者に与えられているところにある⁹¹⁾」から、「命題は……結局は、判断者……の価値判断を重視するものとならざるをえない⁹²⁾」ことを指摘する⁹³⁾。また、法の解釈と利益衡量論について、第一に、「命題は、……法の解釈は価値判断を含むという……い

81) 駒村 [2013] 33頁。駒村はこの部分で浦部 [1985] に言及している。浦部 [1985] については、2.1.1で検討する。

82) 駒村 [2013] 33頁。

83) 脱構築とは、ジャック・デリダに強く関係づけられる難解な概念である。高橋哲哉 [1998] は「脱構築は、形而上学の主要な諸概念の階層秩序的二項対立を解体しようとする」（116頁）思想だと述べたうえで、「脱構築がある肯定……の思想だということ」（180頁）を加える。斎藤 [2006] は「それ（脱構築：引用者注）は決して単なる『破壊（destruction）』と同一視されてはならず、……つねに同時に新たな『構築（construction）』でもあらねばならないがゆえに、そのふるまいは『脱構築（de-construction）』と名付けられたのだ。解体はもう一つの構築の始まりであり、たとえ廃墟に見えてもそこにはすでにかつて見たこともなかった新たなものの相貌が、すなわち別の仕方での現象が到来している」と説明した。56頁。

84) 駒村 [2013] 34頁。

85) 駒村 [2013] 84頁。

86) 同上。

87) 浦部 [1985] 9頁。

88) 浦部 [1985] 10頁。浦部は「解釈者の価値判断を重視する……立場を狭義の『利益衡量論』と」（8頁）し、「解釈者の価値判断ではなく、憲法の価値評定をまず重視する」（9頁）立場を広義の『利益衡量論』としている。

89) 同上。

90) 浦部 [1985] 11頁。本稿の第二点における浦部のいう「ことばの多義性」とは、本稿の第三点における異なるレベルの利益がすべて『利益』とされることである。

91) 浦部 [1985] 13頁。

わば、当然のことを言っているにすぎない⁹⁴⁾」こと、第二に、「この(私法学会の:引用者注)『利益衡量論』は、……(法的なもの以外の:引用者注)価値判断基準を法的価値判断にもちこむ……ものであり、それに対する批判は、法という共通の価値判断基準が否定されている以上、水掛論におわ⁹⁵⁾」ること、第三に、「憲法学における利益衡量論は、……衡量したいの公正さを問題とし、そのための条件・基準を考えていくという方向がとられている⁹⁶⁾」こととまとめた。筆者は、この第三点のいう「衡量したいの公正さを問題とし、そのための条件・基準を考えていく」利益衡量の一つに、個別(ad hoc)比較衡量ではなく、定義づけ(definitional)比較衡量があると考ええる。

ところで、1. 2. 2で阪口が違憲審査基準論は比較衡量の手法だと解している述べて。駒村も、違憲審査基準論は比較衡量論の脱構築(再構築を同時に含む、積極的な意味での解体)だという。筆者は前稿で、第一に、フランクファーター裁判官によるや

むにやまれぬ利益は、比較衡量において使用される概念だと示した⁹⁷⁾。この比較衡量は、合憲性判定基準における個別比較衡量と考える。第二に、金原のいう、ブレナン裁判官が「利益衡量の基準として用い始め」た「再解釈を施した『やむにやまれぬ利益』⁹⁸⁾」を漠然性や過度の広汎性の法理に基づく、やむにやまれぬ利益と解釈した。ここでの利益衡量とは、定義づけ比較衡量ではないかと思う。すなわち、仮に憲法に「議会は権利Aを制限する法律を制定してはならない」という条文があり、議会在Bという目的のため権利Aを制限する法律を制定したとする。権利Aは憲法によって完全に保護されているから、目的Bがいかなるものであっても、権利Aを制限する法律は違憲であるとするのが、ブラック裁判官らのいう絶対主義である。また、目的Bと権利Aを何らかの条件・基準でそのまま衡量するのが、個別比較衡量である。ここで憲法の条文を「議会は権利Aを制限する法律を制定してはならない。ただし、法律の目的Bがやむにやまれ

92) 浦部 [1985] 14頁。本稿の第二点における浦部のいう「特殊な意味あいをもった命題として機能せざるをえない」とは、本稿の第三点における異なるレベルの利益の存在を前提として、「合憲性の審査に際して『利益衡量は不可避である』という命題は、論者の主観的意図とは無関係に、結局は、判断者にどの利益をひろうかの自由を許容し、その価値判断を重視するものとならざるをえない」(14頁;引用は下線部分)ことを意味する。

93) 浦部 [1985] 14-20頁。浦部による比較衡量の適用判例は、次の8件である。和歌山教組事件判決(脚注26)と同じ、全通東京中郵事件判決(脚注30)と同じ、都教組事件判決(脚注34)と同じ、「悪徳の栄え」事件判決(最大判昭和44年10月15日・刑集23巻10号1239頁)、テレビフィルム提出命令事件決定(最大決昭和44年11月26日・刑集23巻11号1490頁)、「エロス+虐殺」事件高裁決定(東京高決昭和45年4月13日・高民集23巻2号172頁)、外務省公電漏えい事件第1審判決(東京地判昭和49年1月31日・判例時報732号12頁)、猿仏事件上告審判決(脚注37)と同じ。

94) 浦部 [1985] 22頁。浦部は私法学会における法解釈論争について、第一に、「明らかにされたひとつの点は、法の解釈が法規の客観的認識ではなく、価値判断を伴う実践であるということ」、第二に、「論争のひとつの焦点は、法の解釈という実践を単なる恣意にしないための条件、いいかえれば、本来主観的である価値判断が妥当性をもちうるための条件は、はたして何であるかという点であった」こと、第三に、「それ(条件を明らかにすること:引用者注)は、一口でいえば、法の科学の確立ということであった」ことを指摘した。

95) 浦部 [1985] 24頁。浦部は価値判断について、「社会事象なら社会事象に対するなまの価値判断ではなく、法的価値判断でなければならぬはずであるのに、『利益衡量論』においては、それが区別されていない」と補足した。

96) 同上。浦部は憲法学における利益衡量論について、「しかし、衡量=価値判断の公正さということが客観的に主張しうるものであるという点が論証されなければ、その条件基準したいもまた、主観的なものにおわらざるをえない……のではないか」(24頁)と感想を述べる。そのうえで、法解釈と客観性について、第一に、「法の解釈とは、法規の行なっている価値判断の意味を明らかにする作業である」こと、第二に、価値決定の経緯を「明らかにするためには、一定の歴史のおよび経験的事実の認識を前提にしなければならない」こと、第三に、「その意味で、法解釈には、事実認識の要素もまた含まれる」こと、第四に、「事実の認識は、原則として、認識者の価値観によって左右される性格のものではない」こと、第五に、「したがって、実証的な事実認識に裏づけられた法解釈は、その事実の存在を承認せざる限度で、価値観の相異を超えた説得可能性をもつ」こと、第六に、「すなわち、法解釈の客観性は、科学の力を借りることによって担保されるということが出来る」ことと論じる。29-30頁脚注(44)。

97) 高橋 [2023] 126-128頁。

98) 金原 [2017] 42頁。

ぬ政府の利益を促進し、採用手段が必要最小限度であるときはこの限りでない。なお、法律が漠然性や過度の広汎性をもつ場合は文面違憲とする」と衡量のうえで解釈することを、定義づけ比較衡量と解するのである⁹⁹⁾。このような定義づけ比較衡量の場合、この解釈のあとこの点について再度衡量されることはない。本稿ではこのように考えて考察を進める。

2. 1. 2 第1修正と加重比較衡量

前節で違憲審査基準論と定義づけ比較衡量の関係について概説したが、このように考えると、比較衡量の問題には、違憲審査基準論の厳格審査における、裁判官による個別比較衡量を枠づけする手法としての定義づけ比較衡量と、各裁判官による個別比較衡量という、二つのパターンがあるように思われる。そこで、前者の例としてファロンの「加重された比較衡量基準」、後者の例として *Grutter* 判決¹⁰⁰⁾ をとりあげたい。別の機会に「ファロンは、厳格審査の本質について、……『権利側天秤の賭け金は通常高く、そして政府の利益は、それゆえ、それらの権利を上回る重大なものでなければならない、という前提によって他の比較衡量基準から区別される、総合的に考慮された比較衡量基準¹⁰¹⁾』という『加重された比較衡量基準』……を提示している¹⁰²⁾」と述べた。ここで「他の比較衡量基準から区別される、

総合的に考慮された比較衡量」とは定義づけ比較衡量のことではないかと思われるが、具体的に検討する。ファロンは引用した部分の脚注で「スカリア裁判官は、厳格審査を1993年宗教自由回復法によって代わられた1990年の *Employment Division v. Smith* 判決¹⁰³⁾における“比較衡量基準”として言及した¹⁰⁴⁾」と補足した。スカリア裁判官が厳格審査を比較衡量であると表明したことになる。まず *Employment Division* 判決の該当部分をみると、「被告らは、一般的に適用される刑法からの免責は、自動的には宗教的な動機による行為者に拡大される必要はないといえども、少なくとも宗教上の免責に対する主張は、*Sherbert* 判決¹⁰⁵⁾において明示された比較衡量基準にしたがい評価されなければならない、と論じる¹⁰⁶⁾」と記述されている。ウォーレン・コートにおいて厳格審査の形成に貢献した *Sherbert* 判決が比較衡量基準を明示したと述べたのは被告らであったようだが、法廷意見がこれを否定した記述はない。続けて法廷意見は「*Sherbert* 基準にしたがうと、宗教的な実践行為に実質的な負担をかける政府の行為は、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ない¹⁰⁷⁾」というので、言及されている *Sherbert* 判決の部分を確認する。すると「自由行使条項のドアは、*Cantwell* 判決¹⁰⁸⁾で示されたように、いかなる政府の宗教的な信条の規制に対しても固く守られている¹⁰⁹⁾」と

99) なお、一般的には、この場合は「解釈方法としての比較衡量」(芦部 [1994] 208頁)(芦部/高橋和之補訂 [2011] 103頁注釈**)と呼ばれるであろう。この内容は「各人権の性質の相違に応じて設定された違憲審査の基準(たとえば「明白かつ現在の危険」の基準)を具体的な事件に適用する際に、基準の枠内において基準を具体化するために行われる比較衡量(利益衡量)」(芦部 [1994] 212頁)(芦部/高橋和之補訂 [2011] 103頁注釈**)とされている。

100) *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). ミシガン大学ロー・スクールの入学選抜手続でなされた、アファーマティブ・アクション(人種の区分による優先措置)の合憲性が争われた。

101) Fallon (2007) at 1306.

102) 高橋 [2023] 146頁脚注340)。

103) *Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). オレゴン州において禁止されている興奮剤を宗教儀式で使用したため職を解雇され、失業補償も受けられなかった被告らが州法の合憲性を争った事案である。

104) Fallon (2007) at 1306 note 24.

105) *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

106) *Employment Division*, 494 U.S. at 882-883.

107) *Ibid.*

108) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296, 310 U. S. 303 (1940).

109) *Sherbert*, 374 U.S. at 402.

Cantwell 判決を参照し、「一方、当裁判所は、“行為が宗教的な確信に一致したものであるときでさえも、当該行為は法的制約から完全に自由というわけではない”として、宗教上の信条や教理によって促される一定の公然の行為の政府規制に対する自由行使条項にしたがう請求を退けてきた¹¹⁰⁾」と Braunfeld 判決¹¹¹⁾を引用して判示する。すなわち、ファロンは、内心的な宗教的信条に対する規制と宗教的行為に対する規制の違いを Sherbert 判決が確立したことを指して、比較衡量しているといっているのである。宗教の自由の権利行使の対象を、内心的な宗教的信条と宗教的行為にわけるという解釈をして定義づけ比較衡量したということであろう。また、1993年信教の自由回復法は、Sherbert 判決、Employment Division 判決に言及し、判例の比較衡量された厳格基準を実定法として定めていた¹¹²⁾。

次に、ファロンは「比較衡量の適用はしばしば、

裁判所は厳格審査基準が正当に具現化した個人の権利を保護するための堅固な関与を裏切ったと強く主張する、反対意見の裁判官から憤慨した抗議を引きよせる¹¹³⁾」と述べて、その例の一つとして Grutter 判決におけるレンキスト首席裁判官による反対意見にふれる。オコナー裁判官による法廷意見は「疑わしい手段の利用を正当化するに十分な重要な目標を追求しているか確認することで、人種の法的利用を‘選別する’ため、すべての人種的区分に厳格審査を適用する¹¹⁴⁾」が、「厳格審査は“理論上厳格だが、事実上致命的”ではない¹¹⁵⁾」と、厳格審査を適用することが、そのまま違憲の結論とはならないと述べた。すでにこの文面が個別比較衡量であるという指摘がある¹¹⁶⁾。また、結論として「今から25年間で、人種的優先の利用はもはや必要でなくなることを期待する¹¹⁷⁾」と期間限定をつけたうえで、「平等保護条項は、多様化した学生集団からわきでる教育

110) *Sherbert*, 374 U.S. at 402-403.

111) *Braunfeld v. Brown*, 366 U. S. 599, 366 U. S. 603 (1961).

112) 原文と訳文は次のとおり。https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title42/chapter21B&edition=prelim#:~:text=%C2%A72000bb%E2%80%931.&text=Government%20shall%20not%20substantially%20burden,provided%20in%20subsection%20(b).

CHAPTER 21B—RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION

§ 2000bb-1. Free exercise of religion protected

(a) In general

Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).

(b) Exception

Government may substantially burden a person’s exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person— (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

CHAPTER 21B 信教の自由回復法

§ 2000bb-1. 保護された宗教活動の行使の自由

サブセクション (a) 原則

政府は、一般的に適用される規則から生じる負担であっても、個人の宗教活動の実施に実質的な負担を課してはならない、ただし、サブセクション (b) で規定されるものを除く。

サブセクション (b) 例外

政府は、政府が個人に対する負担の適用が次の (1) (2) の要件をみたと主張する場合に限り、個人の宗教活動の実施に実質的な負担を課することができる。(1) (負担の適用が) やむにやまれぬ政府利益を促進するものであり; かつ (2) (負担の適用が) 当該やむにやまれぬ政府利益を促進する最も制限の少ない手段である。

なお、松井 [2008] 259頁脚注11) は、「連邦議会は、この Smith 判決 (Employment Division 判決: 引用者注) を立法的に覆そうとして、信教の自由回復法を制定したが、最高裁は、この法律は修正第14条第5節の (連邦議会の: 引用者注) 権限を超えていると判断している」という。本件には権利保護立法における連邦議会の権限問題がかかわっているが、ここではこれ以上言及しない。

113) Fallon (2007) at 1308.

114) *Grutter*, 539 U.S. at 326.

115) *Ibid.*

的な便益の獲得における、やむをえない利益を促進するための、入学決定におけるロー・スクールの人種の限定された利用を禁じてはいない¹¹⁸⁾」と州立法科大学院の入学選考プログラムを合憲とした。そこで、反対意見を確認すると、「今日の当裁判所の判決の前までは、当裁判所は、人種使用のうわさされる政府の理由にかかわらず、また人種が用いられた背景にかかわらず、一貫して同じ厳格審査基準を適用してきた¹¹⁹⁾」とこれまで厳格審査基準が同じやり方で適用されてきたとする。さらに、「当裁判所は、“政府が明白な人種区分制度の方法によって政府の資源を割り当てようとするとき、よい動機以上のものが必要とされる”ため、人種は“善意”で用いられたという主張にもかかわらず、より甘い審査を用いるようにとの呼びかけを拒絶した¹²⁰⁾」と、事案の背景や文脈によってこの基準を変更しなかった旨を補足した。そして、「法廷意見は、厳格審査基準という用語を唱えてはいるが、厳格審査の適用の仕方は、尊重するという点で先例にしたがっていない¹²¹⁾」と法廷意見が先例を逸脱した個別比

較衡量をしていると批判した¹²²⁾。法理から考えて、このレンキスト首席裁判官による見解はもっともである。

2.2 厳格審査と比例原則

2.2.1 米国における比例原則

比例原則は1.2.2で述べたように、③1手段の適合性（合理性）、③2手段の必要性、③3狭義の比例性という要件の審査で構成される。しかし、具体的に何と何の比例性が問題とされるのであろうか。第一に、③3狭義の比例性（利益の均衡性）について小山は「『手段は追求される目的との比例を失してはならない』、あるいは、『手段は追求される目的と適切な比例関係になければならない』、という要請である¹²³⁾」と述べる。この説明に目的と手段の比例という用語がでてくる。酒匂は、サリヴァンら¹²⁴⁾に言及し「政府の行為の目的とその効果との、とくにその行為が権利利益（とくに憲法上の権利）に及ぼす害悪の比例性¹²⁵⁾」という。「目的の効果」と手段がおよぼす「権利侵害の程度」の比例性と解

116) 酒匂 [2021] 19頁。「厳格審査は“理論上厳格だが、事実上致命的”ではない」という文面は、オコナー裁判官による *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 227 (1995) から引用されているが、酒匂は、この文面は Gunther (1972) の評言を否定しており、すなわち、(個別) 比較衡量であるという。

117) *Grutter*, 539 U.S. at 343.

118) *Ibid.*

119) *Grutter*, 539 U.S. at 379 (Rehnquist, C. J., dissenting).

120) *Ibid.*

121) *Grutter*, 539 U.S. at 380 (Rehnquist, C. J., dissenting).

122) レンキスト首席裁判官による反対意見の該当部分の概要は次のとおり（判例部分省略；引用は下線部分）。*Grutter*, 539 U.S. at 379-380 (Rehnquist, C. J., dissenting). 「当裁判所が何度も説明してきたように、“人種または民族基準に基づくいかなる優先も最も厳格な審査を受けなければならない。” 当裁判所の事件は、この過酷な審査に耐えるために、被告人は、人種を使うその方法がいかなる他の選ぶ手段よりも最も正確にやむにやまれぬ州の利益に“適している”ことを、強く主張しなければならない、ということを確認している。（“[政治的判断が] 個人の人種または民族的な背景に触れるとき、その個人は、その根拠に基づき自らが耐えることを求められる負担がやむにやまれぬ政府利益に仕えるため正確に設定されていることの司法的確認を請求できる資格をあたえられる”）。今日の当裁判所の判決の前までは、当裁判所は、人種使用のうわさされる政府の理由にかかわらず、また人種が用いられた背景にかかわらず、一貫して同じ厳格審査基準を適用してきた。当裁判所は、“政府が明白な人種区分制度の方法によって政府の資源を割り当てようとするとき、よい動機以上のものが必要とされる”ため、人種は“善意”で用いられたという主張にもかかわらず、より甘い審査を用いるようにとの呼びかけを拒絶した。（“人種の区分は、正当化と区分のあいだの、最も正確な関係だけでなく、いかなる関係をも許すため、端的に有害すぎるのである”）。同様に、当裁判所は、人種が用いられた、特定の背景に基づくより甘い審査を用いるようにとの呼びかけを拒絶した。実際、高等教育の特定の文脈においてさえも、当裁判所は“個人の権利を保護する憲法上の制約は、無視されえない”ことを強調した。法廷意見は、厳格審査基準という用語を唱えてはいるが、厳格審査の適用の仕方は、尊重するという点で先例にしたがっていない。」

123) 小山 [2011] 68頁。

124) E.T. Sullivan and R.S. Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press (2009).

される。第二に、小山によれば、③2手段の必要性とは「立法目的の実現に対して等しく効果的であるが、基本権を制限する程度が低い他の手段が存在する場合に否定される¹²⁶⁾」こと、すなわち、「より制限的でない他の選びうる手段の有無が審査されること¹²⁷⁾」であるから、「重要なのは、他の手段が等しく効果的でなければならないということであり、立法目的達成度が明らかに低い手段は、代替手段の候補とはならない¹²⁸⁾」こととなる。関連して酒匂は「その政府の行為とその便益または目的を達成する代替手段の比例性¹²⁹⁾」をあげる。つまり、手段審査における「採用手段」とその「代替手段」の比例性ということになる。2.2.2でのファロンの事案はこの採用手段と代替手段の比例性に関するものである。

酒匂は、米国でもこの比例原則で説明できる判例があるという¹³⁰⁾。本節では本来厳格審査の判例をとりあげるべきだが、わかりやすい例として1970年のPike判決¹³¹⁾を分析してみたい。同判決は、州際通商に影響する州法の有効性を決定する一般的な基準として、「1法令が正当な州の公共の利益をはたすために公平で公正に規制し、2また州際通商へのその影響は付随的なものにすぎないところでは、3法令は当該通商に課される負担が、推定上の地域便益との関連において明らかに過剰でない限り、支持される¹³²⁾」とし、「4.1もしも法制に州の正当な目的が見いだされれば、(法令の)問題性は程度を減ぜられる。4.2そして耐えられる負担の程度は、もちろん、関連する州の利益の性質、および州際活

動へのより少ない影響で同じように推進できうるかに基づく。4.3ときとして、当裁判所は率直にこれらの問題を解決するに際し比較衡量アプローチをとった(番号は引用者による)¹³³⁾と続ける。小山は目的審査について「規制目的に正当性・相応の重要性があるかどうか¹³⁴⁾」であると説明するが、Pike判決の4.1はこの定義をみたとみさせる。次に、小山は、③1手段の適合性(合理性)について「手段が立法目的(規制目的)の実現を促進する場合に肯定される」こと、「手段が立法目的の実現を阻害するか、目的を促進する作用を持たない場合には適合性が否定される¹³⁵⁾」ことであるという。Pike判決の「1法令が正当な州の公共の利益をはたすために公平で公正に規制し」とは、この③1手段の適合性の「手段が規制目的の実現を促進し、阻害しない」をみたといえよう。前述した③2手段の必要性の「より制限的でない他の選びうる手段の有無が審査されること」は違憲審査基準論というLRAに限りなく近いが、Pike判決の3と4.2は、この③2手段の必要性と似たことを述べている。最後に、Pike判決の4.3は、③3狭義の比例性をみたと判断してもよい。すなわち、Pike判決のいう州際通商条項に関する合憲性判断の基準は、比例原則と同じ構成をしている。ただし、酒匂は「一般の比例性審査の三つの審査要素が順序どおりに含まれているが、全体として、適合性、必要性、狭義の比例性が構造的に捉えられているとはいえない¹³⁶⁾」という。酒匂は構造的な比例性審査を重視している

125) 酒匂 [2021] 123頁。酒匂は「サリヴァンらはこれを『目的一便益』の比例性と呼んでいる」と紹介する。

126) 小山 [2011] 68頁。

127) 同上。

128) 同上。

129) 酒匂 [2021] 123頁。酒匂は「サリヴァンらはこれを『代替手段』(alternative)の比例性と呼んでいる」と補足する。

130) 同上。酒匂は、厳格審査において比例性の観念が黙示的に用いられている例として、Grutter判決(脚注100参照)とPlanned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)をあげた。

131) Pike v. Bruce Church, Inc., 397 U.S. 137 (1970)。

132) Pike, 397 U.S. at 142。

133) Ibid.

134) 小山 [2011] 68頁。

135) 同上。

136) 酒匂 [2021] 125頁。

と思われるが、この点については3.2.2で検討する。

次に、ファロンという「正真正銘のテロによる壊滅的被害のリスクをもたらす過大包摂的な人種に基づく規制¹³⁷⁾」について考える。小山は仮設の例として「テロ対策のための通信傍受を行うこと¹³⁸⁾」を想定し、「テロから国民の生命・財産を守るという目的は、もとよりきわめて重要である¹³⁹⁾」こと、手段としての通信傍受は「目的達成のために③1適合的な手段であり、かつ、他に同じだけ実効性のある手段が存在しないとすれば、③2手段の必要性も認められる¹⁴⁰⁾」こと、「しかし、……単に（テロの：引用者注）『おそれがある』という段階では、劇業にも等しい強烈な手段の投入は③3狭義の比例性を欠き、違憲とな¹⁴¹⁾」ることを指摘した。これに類似するのが1944年のKorematsu事件¹⁴²⁾である。この事件での目的は敵性国内通ずるおそれのある者からアメリカ国民の生命・財産を守ること、手段は日系アメリカ人を強制的に収容所に隔離することであった。手段の③1適合性、③2必要性は認められても、日系アメリカ人全員の収容所への強制的隔離という強烈な手段は、③3狭義の比例性をみたく微妙であったろう。しかしながら、連邦最高裁は厳格審査を適用しながらも軍の主張を支持した。

同様な事案として、2010年のHumanitarian Law Project事件¹⁴³⁾がある。同事件は、テロから国民の生命・財産を守るという目的のために、国外のテロリスト集団認定された組織に対するアメリカ人の団体による“重要な支援（material support）”を禁止するという手段は、合衆国憲法第1修正により保護された表現・結社の自由などを侵害し違憲かという争点が12年にわたって争われた事案である。ロバーツ首席裁判官による法廷意見は、最終的に原告らの訴えの大半を棄却した¹⁴⁴⁾。

2.2.2 代替手段と比例原則

前節において、アメリカ合衆国の厳格審査の判例には、ある程度比例原則として構成できるものがあることを理解した。そこで、比例原則の必要性要件と、厳格審査の手段審査の要件である、①目的（利益）を促進すること、②目的にとって過大包摂でないこと、③より制限的でない手段がないこと、④目的にとって過小包摂でないこと¹⁴⁵⁾、の関係をさらに考えたい。ファロンは手段審査に際して「まれにはあるが、過小包摂または過大包摂の最少の要素でさえ、厳格審査を条件として法令に違憲の判決をくだしうる¹⁴⁶⁾」としたうえで、「しかし、仮に、過

137) Fallon (2007), at 1330.

138) 小山 [2011] 68頁。

139) 同上。

140) 同上。

141) 同上。

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

143) Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2010).

144) Holder, 561 U.S. at__ (the opinion of the Court by Roberts, C. J., slip opinion). ロバーツ首席裁判官による、原告らの主張のまとめは、次のとおり（判例部分は省略）。「原告らは、“訓練”、“専門的な助言または援助”、“サービス”、および“個人”という実質的な支援の四つのタイプに関する法 § 2339B の禁止を問題にしている。原告らは、三つの憲法上の主張を提起する。第一に、原告らは、§ 2339B は第5修正のデュープロセス条項に違反する、なぜならば、これらの四つの法令の用語は、許されないほど曖昧であるからである、と主張する。第二に、原告らは、§ 2339B は原告らの第1修正にしたがう表現の自由を侵害する、と主張する。第三に、原告らは、§ 2339B は原告らの第1修正の結社の自由を侵害する、と主張する。原告らは、すべての原告らの申請において上記用語を問題としない。むしろ、原告らは、§ 2339B は原告らの一定の特定化された活動における従事を禁ずるという限りで無効である、と主張する。HLP と Judge Fertig に関しては、それらの活動とは次のものをいう：(1) “平和的に紛争を解決するためにどのように人道および国際法を用いるかについて PKK のメンバーを訓練すること”；(2) “トルコに住むクルド人のために政治的唱道に従事すること”；および (3) “メンバーに救済のためどのように国連のようなさまざまな代表集団に請願するかについて、PKK のメンバーに教えること。” 他の原告らに関しては、それらの活動とは次のものをいう：(1) “仲裁者および国際集団に津波関連援助の請願を提示するため LTTE のメンバーを訓練すること”；(2) “LTTE とスリランカ政府のあいだの和平協定交渉において原告らの法的専門的技術を提供すること”；および (3) “スリランカに住むタミール人のために政治的唱道に従事すること。”

145) 高橋 [2023] 137頁。ヴォロク、金原 [2017] (6頁) に言及して、四つの要素を示した。

小包摂、とくに過大包摂が許されるとしても、問題が必然的に生じる：どの程度の過小または過大包摂が許容可能で、どの程度が限度をこえているのか¹⁴⁷⁾と問いかける。過小包摂および過大包摂の程度はたしかに悩ましい問題である。そして、ファロンの結論は「この問題に答えるためには、他国の裁判所による“比例原則”を考慮した審査の検討を要する¹⁴⁸⁾」であった。前述の手段審査の要件のなかで考えるとすれば、④過小包摂か②過大包摂の程度が許容可能かどうかは、①目的を促進することと、③より制限的でない手段がないことを考慮して判断するしかないが、ファロンは「常にはないとしても、理論的により制限的でないいかなる代替案も同様に実際より効果的でなくなりがちである¹⁴⁹⁾」と、より制限的でないことと(同等に)効果的であることを同時にみとすのはそれほど簡単ではないという。また厳格審査の要件は、実際には理論どおりに独立して整然と判断できるとは限らないと指摘する¹⁵⁰⁾。そして、ファロンは「他の合理的に利用可能な、いくぶん費用がかさみ、効果的な代替案を考

慮して、特定の増加するリスク軽減は、特定の保護された権利の侵害を正当化するかどうかという、決定的で比例原則的な問題が生じる¹⁵¹⁾」と課題を提示する。さらに、ルービンの論考¹⁵²⁾を引用して「必要最小限の要件の一つの側面は“それがあるならば一定の他の選びうる手段のコストとともに、特定の区分を用いるコストと限界的な利益¹⁵³⁾を比較すること”を含むと主張している」と述べる。つまり、(目的の)限界的な(やむにやまれぬ)利益と比較される手段のコストは、採用手段のコストに加えて、他の選びうる手段のコストも含むということである。なおファロンは、「同様な審査は、政府規制が完全に危害の発生を根絶することなく減少させようとするとき、しばしばなされる¹⁵⁴⁾」という。目的を完全に達成ではなく部分的に改善させようとする場合、手段のコストの比較がより複雑になると解される。事案を検討する前に、わいせつ表現に関する判例の流れを示す。

古くからわいせつ表現は憲法第1修正の保護する表現の自由の範囲に含まれないとされたが、判例上

146) Fallon (2007), at 1330.

147) Ibid.

148) Ibid.

149) Fallon (2007), at 1331. さらにファロンは「この考察は抑制されるべきかどうかを考えることにおいて、それゆえに、保護された権利をより少なく侵害するにもかかわらず、ほとんど同じリスク軽減を達成する、より制限的でない代替案が存在するかに留意することは重要かもしれない」(Ibid.)と、LRAの存在を具体的に考えることが重要であると補足する。

150) Ibid. ファロンの実際の文面は次のとおり。「再度述べるが、ゆえに、やむにやまれぬ政府利益と必要最小限の要件について、あたかも、二つの要件が順次に分岐した二段階の審査の分離された要素であるかのように、または、すべてのやむにやまれぬ利益は、等しくやむにやまれぬものか、あるいはすべての引き金となる権利の侵害は等しく妨げるかのように、分別よく考えることは不可能に思える。」

151) Ibid.

152) Rubin (2000), at 14. 該当箇所(下線部分)は、次のとおり。「(手段審査における)必要最小限の審査は、少なくとも三つの明確な目的に仕える。第一に、当該要件は、表明された目的は、事実、(疑わしい)区分の背後にある実際の目的であると請け負う。必要最小限の要件の審査は、区分は、実際のところ、表明された正当な目的に仕えないと強く主張することによって、不当な目的を“いぶりだす”ための助けになる。第二に、当該要件は、ステレオタイプの考え方をさえざる。区分は集団間の実際の特徴ではなく、ありきたりの考え方に基づくものであるとき、その区分は必要最低限の要件をクリアできない。最後に、区分が二つの集団のあいだの一定の本物の特徴を関連づけるときでさえも、必要最小限の要件は、政府目的は達成されるべきならば、その(区分の)使用に対する一定程度の必要性が存在するとき、区分は用いられるだけであると請け負う。必要最小限の要件のこの側面は、真に“適合する”についてではなく、それがあるならば一定の他の選びうる手段のコストとともに、特定の区分を用いるコストと限界的な利益を比較することについてである。(それゆえ、人種区分の文脈において、仮に人種中立の他の選びうる手段がないならば、われわれは、区分はその目的に仕えるため、あるいは他の方法、“最も制限的でない”他の選びうる手段をとるために“不可欠(necessary)”であるという意味において“必要最低限”であるというかもしれない。)」

153) しばしば、比較衡量や比例原則における利益について、経済学でいう限界効用の定義を援用した、限界利益という概念が用いられることがあるが、本稿においては、これ以上言及しない。なお、小山[2011] 69頁参照。

154) Fallon (2007), at 1331.

は1942年のChaplinsky判決¹⁵⁵⁾で明示される。同判決は「抑制および罰則はいかなる憲法上の問題も生じさせないと考えられてきた、よく定義され狭く限定された言論のクラスが存在する¹⁵⁶⁾」とし、その例として「わいせつでみだらな表現(わいせつ表現)、不敬表現(冒瀆的表現)、名誉棄損表現、および侮辱的または“闘争的言辞”、まさにその発話によって、損傷をあたえ、平和の直接的破壊を煽動する傾向のある用語(暴力の煽動)¹⁵⁷⁾」をあげた。また1957年のRoth判決¹⁵⁸⁾も、社会的重要性を欠くわいせつ表現は憲法第1修正によって保護されないといひ¹⁵⁹⁾、わいせつ表現の定義を「好色的興味にうったえるようなやり方で性的なものをあつかう表現¹⁶⁰⁾」とし、その判断基準は「平均的な人物に対して、同時代の共同体の基準を適用し、表現の支配的なテーマが、好色的興味にうったえると、全体として受けとられるか¹⁶¹⁾」であると述べた。つまり、第一に、わいせつ表現は第1修正による保護の範囲外であること、第二に、その理由は、わいせつ表現が社会的重要性を欠くためであること、第三に、わいせつ表現の定義は、好色的興味にうったえるようなやり方で性的なものをあつかう表現、であること、第四に、それに該当するかの判断は、同時代の共同体の基準でなされること、となり、これが古典的定義とされる。1966年のMemoirs判決¹⁶²⁾は、Roth

枠組みを明確な記述にしたが、3名の裁判官での多数派意見にとどまった¹⁶³⁾。この古典的枠組みを1973年のMiller判決¹⁶⁴⁾は判例変更し、基本的な要件として「(a) “同時代の共同体の基準を適用した平均的な人物が” 作品を全体として好色的興味にうったえるものであると感じるかどうか、(b) 作品が、とくに適用州法で定義されている、明らかに不快な方法で、性行為を描写または記述しているか、(c) 作品が、全体として、重大な文学的、美術的、政治的または科学的価値を欠いているか¹⁶⁵⁾」をあげた。Roth判決の第三点と第四点は(a)となり、第二点の社会的重要性の欠如は、ことばを変えて(c)となっている。違いは(b)の「明らかに不快な(過激な; offensive)方法で」の部分で、これにより要件(a)(b)(c)をみたま過激なポルノ以外の作品は、わいせつ表現とはみなされない解釈が可能となった。すなわち、性的な描写を含んでも第1修正により保護される作品というもの存在が認められたことになる。一方で、児童ポルノの規制に関する1982年のFerber判決¹⁶⁶⁾は、Miller枠組みは児童ポルノ問題の解決に寄与しないと判断し、規制は合憲と判示した¹⁶⁷⁾。このFerber判決に反対意見はなく、子どもを害するわいせつ行為を防止することには共通の理解がある。すなわち、Miller判決によって性的事項に関係しても第1修正により保護される表現

155) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

156) *Chaplinsky*, 315 U.S. at 571-572.

157) *Chaplinsky*, 315 U.S. at 572.

158) *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

159) *Roth*, 354 U.S. at 484. 具体的な記述は次のとおり。「社会的な重要性の遂行をほんのわずかであっても有するすべての思想—異端の思想、物議をかもし思想、(別の)意見の優勢な雰囲気をいまいしく思う思想でさえも—は、より重要な利益の限られた分野を侵害するため除外されない限り、[第1修正の]保障の保護を有する。しかし、まったく社会的な重要性を遂行しないものとしてのわいせつ表現の除外は、第1修正の歴史における暗黙の合意である。」

160) *Roth*, 354 U.S. at 487.

161) *Roth*, 354 U.S. at 489.

162) *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

163) *Memoirs*, 383 U.S. at 418. わいせつ表現の要件として精緻化された三つの要素は、次のとおりである。「(a) 表現の支配的なテーマは、全体として、性に対する好色的興味にうったえること；(b) 表現は、性的事項の記述または描写に関連する同時代の共同体の基準を侮辱するため、明らかに不快であること (c) 表現はまったく社会的重要性をはたすことがないこと」

164) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

165) *Miller*, 413 U.S. at 24.

166) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

の自由の範囲にはいる表現が存在し、他方、児童に悪影響をあたえるわいせつ表現はある程度抑制すべきという共通認識も同時に存在する、という状況がある。加えて、ニューメディアやインターネットという、保護者の監督が完全ではない媒体の問題が生じる。

ファロンは、このようななかでインターネットのわいせつ表現から児童を保護する児童オンライン保護法 (COPA) の合憲性を争う、2004年の ACLU 判決¹⁶⁸⁾を具体例としてあげた。ケネディ裁判官による法廷意見は「ある種の保護される言論は規制されるかもしれないと想定し、そこで、何がその目的を達成するために用いる最も制限の少ない選ぶ手段なのかを問う¹⁶⁹⁾」として、問題の規制が最も制限の少ない選ぶ手段かを争点とした。そして、「(被告ら (ACLU) 優位との) 地裁の結論は、裁量の乱用ではなかった、なぜならば、この記録において当該法令に対して複数のもっともな LRA が

あるからである。地裁によって主な代替手段とされたのは、ブロッキングとフィルタリングソフトであった¹⁷⁰⁾」として、COPA を違憲と判決した。ファロンは「フィルタリングは、成人の権利を侵害することなく児童への被害を制限できるが、より広く設定できれば、より効率的ですらあるかもしれない¹⁷¹⁾」とケネディ裁判官の考察を紹介したうえで、「プレイヤー裁判官が反対意見で指摘したように、しかしながら、フィルタリング技術はすでに現状の一部であった:フィルタリングは利用可能であった、しかし両親など児童を監督する責任をもつ者たちが、理由は何であれ、広いスケールでフィルタリングを用いることに失敗している¹⁷²⁾」と問題提起した。そこで該当部分を確認する¹⁷³⁾。まずプレイヤー裁判官は「営利的なポルノの暴露から未成年者を保護するという……利益が「やむにやまれぬもの」であることに異議を唱える者はいない¹⁷⁴⁾」として、政府目的がやむにやまれぬ利益を有することを肯定

167) *Ferber*, 458 U.S. at 747 (syllabus). 同判決は、NY 法令を合憲とする理由として、次の五点を示した。「(1) ポルノ表現の対象として児童を用いることは心理的、情緒的に有害であり、また児童の精神は容易に第1修正にしたがった検閲を越えてしまうこと; (2) 何が法的にわいせつかを決定するための、Miller 判決の基準は、児童ポルノ問題にとって満足すべき解決策ではなかったこと; (3) 児童ポルノの宣伝販売は、経済的な動機を提供し、また、それゆえ国中で、そのような表現物の製造という、非合法な活動の統合された部分であること; (4) わいせつなショーにだされる児童の実演および映像制作物を認める価値は、仮にマイナスでないとしても、きわめてわずかであること; および (5) 第1修正の保護の対象外の表現のカテゴリーとして児童ポルノを認識し分類するのは、どのような表現が保護されないかを定める当裁判所の判決と両立しないこと。」

168) *Ashcroft v. ACLU*, 542 U.S. 656 (2004).

169) *ACLU*, 542 U.S. at 666.

170) *ACLU*, 542 U.S. at 666-667. ケネディ裁判官の該当判示は次のとおり (下線が引用部分; 言及判例部分省略)。「この問題を考察する際、当裁判所は、ある種の保護される言論は規制されるかもしれないと想定し、そこで、何がその目的を達成するために用いる最も制限の少ない選ぶ手段なのかを問う。テストの目的は、問題とされる規制が、規制が課す制限にかかわらず、議会の目的達成に影響をあたえるかを検討することではない。正当な言論は怖気させられず、罰せられないことを確実にすることが重要であるから、テストの目的は、言論は目的達成に必要な以上に多く制限されないことを確認することである。その理由のため、テストは現存する規則のままの状態からはじめず、そうして、問題の規制は議会の正当な利益を達成する追加的な能力を有しているかを尋ねる。言論に関するいかなる規制もその分析にしたがえば正当化される。実際、当裁判所は、問題とされる規則は、選ぶ他の効果的な手段のなかで、最も制限的でない手段であるかを、問うべきである。暫定的差止命令を許諾するかを決定するに際して、連邦地裁は、原告ら (政府) はメリットについて自らが上回りそうであることを強く説明できていたか、検討しなければならない。政府は、COPA の合憲性の究極の問題に関する証明の責任を負担するから、政府が被告ら (ACLU) の提案した LRA は COPA より効果が少ないことを示さない限り、被告ら (ACLU) が優位であるとみなされなければならない。この分析を適用して、地裁は、被告らは優位になりそうだと結論した。(被告ら (ACLU) 優位との) 地裁の結論は、裁量の乱用ではなかった、なぜならば、この記録において当該法令に対して複数のもっともな LRA があるからである。地裁によって主な他の代替手段とされたのは、ブロッキングとフィルタリングソフトであった。ブロッキングおよびフィルタリングソフトは、COPA より制限的でない選ぶ手段であり、加えて、子どもにも有害な表現に対して子どものアクセスを制限する手段として、より効果的らしくみえる。連邦地裁は、暫定的差止命令を許諾することに際して、きわめて本来的に行なった、なぜならば、被告らがフィルタリングソフトは COPA に対して LRA であることを提示し、また政府は、事実審理における被告らの主張に論駁しそうであると、示せていなかったからである。」

171) *Fallon* (2007), at 1332.

172) *Ibid.*

する。次に、LRA とされるフィルタリングのより制限的でないという点について、「フィルタリングは、……議会が現在の法令を制定した背景である。……何もしないことは、何かをすることよりも常により制限的ではない¹⁷⁵⁾」と、フィルタリングソフトが法令制定の前からすでに存在していたため、フィルタリングを用いることは、法令による制限がないと同じで、当然、規制法と比較してより制限的でないことになるとする。そして、そうではあるが、「問題は、(a) フィルタリングを含む現状と、(b) 現状に年齢認証スクリーン要件を加えた、現状における変化との、比較を仮定する¹⁷⁶⁾」ことであるとして、「中間的な質問に対する答えは明らかである：現在、利用できるフィルタリングは、“児童保護”問題を解決しない¹⁷⁷⁾」という。つまり、児童保護に問題があるから議会が問題提起したのに、現状のまま（フィルタリングの使用）のほうがより制限的でないとして議会の提案を葬る（違憲判定する）ならば、何の問題解決にもならないという判断である。さらにブライヤー裁判官は、LRA とされるフィル

タリングの（同等に）効果的という点につき、四つの問題点を指摘した¹⁷⁸⁾。仮により制限的でないとしても、同等に効果的であるとはいえず、フィルタリングはLRA ではないという見解である。

さらにファロンは、わいせつ表現からの児童の保護には定型的な厳格審査をするだけではなく、比例原則を取り入れるべきとし¹⁷⁹⁾、比例性という用語を用いた事例として2000年のPlayboy 事件¹⁸⁰⁾をあげる¹⁸¹⁾。法廷意見は、法令 § 505 にはLRA があるため違憲であるとした¹⁸²⁾。これに対し反対意見¹⁸³⁾においてブライヤー裁判官は、まず違憲の根拠であるLRA とされた § 504 について「問題は、§ 504 の“opt-out”は、§ 505 の児童保護という目的を達成するための“より制限的でない”が、同様に実践的で効果的な方法になるか、である¹⁸⁴⁾」とはじめ、「“同様に”と“効果的な”という用語は、決定的に重要である¹⁸⁵⁾」と続けて、「それらの用語は、裁判官に第1修正の原則を機械的に適用するのではなく、法令は、便益および潜在的な代替手段の観点において、法令が提供する便益……に対して比例的で

173) *ACLU*, 542 U.S. at 683-684 (Breyer, J., dissenting). 該当部分の概略は次のとおり（下線が引用部分、言及判例部分は省略）。「次に、営利的なポルノの暴露から未成年者を保護するという、“やむにやまれぬ利益”の問題に向きあう。そういった利益が“やむにやまれぬもの”であることに異議を唱える者はいない。むしろ、ここでの問題は、当該法令、たとえば、成人のアクセスに関する当該法令の制限、が著しくその利益を促進するかどうかである。いいかえれば、ゲームはろうそくをとす価値があるのか？（当裁判所の）多数意見は、“ブロッキングとフィルタリングのソフト”の存在のため（当該法令の）価値はない、と論じる。多数意見は、“LRA”としてそのソフトウェアの存在に言及する。しかし、それは誤称—もしもブロッキングとフィルタリングのソフトがより制限的でないなら、われわれがすべきことは、（それを）目でみて確認するだけである、かつ、感覚的にそうである（ソフトをオフにできる）から、それは合憲性の判断の終了となる、と信じるよう読者を導きかねない誤称である。しかし、そのような理由づけはここでは掘りどころがない。概念的にいえば、フィルタリングソフトの存在は、児童を営利的ポルノの暴露から保護する問題にとって代替的な立法上のアプローチではない。むしろ、フィルタリングは、現状の一部、換言すれば、議会が現在の法令を制定した背景である。定義により、現状は新たな規制法よりもより制限的でないということは、常に事実なのである。何もしないことは、何かをすることよりも常により制限的ではない。しかし、“何もしないということ”は、議会が提起しようとしていた、一すなわち、フィルタリングソフトの利用可能性にもかかわらず、児童はなおインターネットにおける有害な表現にさらされている、という問題を提起しないことになる。それゆえ、関連した合憲性の問題は、当裁判所が問うている問題ではない：何もしないことはより制限的でないのか？もちろん、そのとおりである。むしろ、関連する問題は、(a) フィルタリングを含む現状と、(b) 現状に年齢認証スクリーン要件を加えた、現状における変化との、比較を仮定する。フィルタリングソフトの存在を想定するとして、議会が特定した問題は重大なままか？当該法令は、問題提起を助けるか？これらは、当該法令とやむにやまれぬ利益の関係についての質問である。当該法令は、現状と比較して、ボール（事態）を著しく促進するか？（これらの質問に対する肯定的な答えは、“表現に関するいかなる制限”も正当化しないであろう。というのは、合憲性についての最終的な回答は、負担と他の選びうる手段も考慮にいれなければならないからである。）これらの中間的な質問に対する答えは明らかである：現在、利用できるフィルタリングソフトは、“児童保護”問題を解決しない。」

174) *ACLU*, 542 U.S. at 683 (Breyer, J., dissenting).

175) *ACLU*, 542 U.S. at 684 (Breyer, J., dissenting).

176) *Ibid.*

177) *Ibid.*

なく（不釣り合いに；out of proportion）表現関連の実害……をおよぼすかを、決定するよう求める¹⁸⁶⁾と述べた¹⁸⁷⁾。つまり、便益を下げることなく（効果は同様で）、実害を下げる（より制限的でなくする）ものがLRAであり、くりかえすが、よ

り制限的でなくても、効果が同様でなければ、LRAにはならないという認識である。その観点から § 504 の効果を詳細に分析したのち¹⁸⁸⁾、「セクション 504 は、最小限度数の視聴者が実際にこれを使わない限り、§ 505 に対して同じように効果的な

178) *ACLU*, 542 U.S. at 684-686 (Breyer, J., dissenting). 該当部分は次のとおり（判例部分省略）。第一に、フィルタリングは、妨害なしに一定のポルノ表現を通過させる欠点がある。まさに昨年、*United States v. American Library Association, Inc.*, 539 U.S. 194 (2003) 判決（の反対意見）においてスティーブンス裁判官は、“現在利用可能であるか、または予見できる将来において利用可能となるであろう、フィルタリングソフトにおける根本的な欠陥を述べた。”スティーブンス裁判官は、ブロッキング不足の問題を指摘した；“フィルタリングソフトは望ましくないサイトをブロックするためキーワードや成句に頼っているために、正確に定義されたイメージのカテゴリーを除外するための能力を有しない。”すなわち、用語がなければ、フィルタリングソフトだけでは、最もわいせつな画像とミロのヴィーナスを区別できないのである。当裁判所のどの裁判官もこの点に不同意ではない。第二に、フィルタリングソフトは費用がかかる。すべての家族がフィルタリングソフトを導入するために必要な 40 ドルほどをもっているわけではない。（方法として）対照的に、年齢制限遮断の費用は廉価である。第三に、フィルタリングソフトは、子どもがウェブサーフィンする分野を決め、その決定を強要する気持ちのある両親次第である。（しかし、）数百万のアメリカの家族については、これは合理的に可能ではない。2800 万人以上の就学年齢の子どもは、両親ともか一人だけの親が働いており、少なくとも 500 万人の子どもは毎週監督なしに自宅に一人に残され、そのような子どもも多くは、午後や夜をパソコンにアクセスでき、より放任的な両親のいる友達と過ごすだろう。第四に、ソフトによるブロッキングは、ポルノを遮断するためにそれを使用したい者が、（実は）価値のあるかなり多くの表現をブロックしてしまうことを経験している、という事実によって、正確性を欠いているといえる。（中略）まとめれば、“現状のフィルタリングソフト”とは、ブロック不足で、使用する家族に費用負担を強い、自宅外での遮断はできず、正確性を欠いたフィルタリングを意味する。

179) Fallon (2007), at 1332. 原文は次のとおり。「政府は児童の露骨な性的表現の暴露からの保護にやむにやまれぬ利益を有するか有しないかのいずれかを事前に仮定し、その後、規制はその目的（完全に達成されることは決してない）のために必要最小限に設定されているかを審査することは、問題を過度に要約することになる。……もう一度いうが、決定のための究極の問題は、必然的に比例原則の一つであるように思われる。」

180) *United States v. Playboy Entm't Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000).

181) Fallon (2007), at 1332. ファロンは事件の背景を「ケーブル TV の露骨な性的表現のあるチャンネル送信は、非加入者の家庭に“出血”をもたらさないことを保障するよう設計された、政府規制の合憲性を含む事件であった」と説明し、「法廷の多数意見は、ケーブル TV 契約者に、ケーブル TV 運営会社に接触し、特定のチャンネルがブロックされるよう要請する権利を助言するという：LRA が利用可能であったため、規制は必要最小限の要件をみたさなかったと判示した」と紹介した。

182) *Playboy*, 529 U.S. at 827. 原文は次のとおり。「政府は、現実の問題にとりかかるため § 505 が最も制限的でない方法である、と示すことに失敗した；および地裁は、当該法令は第 1 修正に違反すると判示することにおいて誤ってはいなかった。……地裁の原判決は維持される。」

183) 反対意見には、レンキスト首席裁判官、オコナー裁判官、スカリア裁判官が同意している。

184) *Playboy*, 529 U.S. at 840 (Breyer, J., dissenting).

185) *Playboy*, 529 U.S. at 841 (Breyer, J., dissenting).

186) *Ibid.*

187) *Playboy*, 529 U.S. at 840-841 (Breyer, J., dissenting). ブライヤー裁判官の該当部分の概要は次のとおり（判例部分省略、引用は下線部分）。「多数意見の第二の主張—政府は、LRA の不在を論証することに失敗したことは、より近い問題を提示する。特定の問題は、§ 504 の“opt-out”は、§ 505 の児童保護という目的を達成するための“より制限的でない”が、同様に実践的で効果的な方法になるか、である。Reno 判決 (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 874 (1997).) は、“LRA (less restrictive alternative)”は、“法令が仕えるために制定された正当な目的の達成において少なくとも効果的 (at least as effective)”でなければならない、と述べている。当職がまさに強調した、“同様に”と“効果的な”という用語は、決定的に重要である。適切な事件においては、それらの用語は、裁判官に第 1 修正の原則を機械的に適用するのではなく、法令は、便益および潜在的な代替手段の観点において、法令が提供する便益（ここでは、児童の保護）に対して比例的でなく（不釣り合いに；out of proportion）表現関連の実害（ここでは成人向け表現に対して）をおよぼすかを、決定するよう求める。法令が、予想される相対的な効果の観点において可能な他に選べる手段のあいだで選んだとき、これら用語は、法令にとって余裕の程度を含む、しかしながら わずかである。そのような経験上の一定の余裕なしには、ある種のより徹底的でないかまたは制限的でないアプローチを想像する法律家や裁判官の確実な能力は、法令を呼びよせた害毒とありあう、法律を書くことを不可能にしてしまうだろう。ブラックマン裁判官が指摘したように、“もしも裁判官がほとんどいかなる状況においても、それによって、裁判官自身に法令を違憲とすることに賛成投票させうる、より徹底的でない (less ‘drastic’), またはより制限的でない (less ‘restrictive’) 何かをみつめてこれなかったならば、裁判官は実際想像力に欠けていることになるだろう。”

188) *Playboy*, 529 U.S. at 841-845 (Breyer, J., dissenting).

代替手段ではない¹⁸⁹⁾」と結論し、LRAがないことを示す。そのうえで §505の合憲性に関して「セクション505は、成人向け表現を制限するが、禁止はしない¹⁹⁰⁾」ことを指摘して、「この制限……を課すことに対する政府の正当化は、“やむにやまれぬ”である¹⁹¹⁾」し、「記録は、同様に効果的で、より制限的でない代替手段はないことを示している。したがって、§505の制限は、提案された代替手段の観点からみれば、必要性に対して比例的 (proportionate to need) である¹⁹²⁾」と比例的という用語を使い合憲性の根拠とする¹⁹³⁾。この反対意見で比例的という語は、いずれも重要な局面で使われている。なお、ファロンは、③2手段の必要性にかかる採用手段と代替手段の比例性を論じるため、LRAを要件に含む厳格審査を対象を限定している。対象を限定しない③3狭義の比例性 (利益の均衡性) にかかる、目的の効果と権利侵害の程度の比例性をより検討すべきではないかという見解もあるかもしれない。しかし、ファロンやブライヤー裁判官の視点は、司法審査 (憲法訴訟) をいかにして納得できる内容にするかというプラクティカル (実践的) なものであり、その見解は理論性と実践性をともに追求していくなかで生まれた意見である。筆者はこの見解に賛同するが、この点は3章で述べる中間審査

の精緻化にもつながっていると考える。

3 中間審査における比較衡量と比例原則

3.1 中間審査と比較衡量

3.1.1 中間審査とは

高橋和之は、違憲審査権が日本国憲法第81条で規定されるわが国においては、「通常の司法権行使に要求されてきたと同様の厳密さを伴った権限行使がそのベースライン (基本原則) として想定されていると解釈される¹⁹⁴⁾」から、「立法事実により根拠づけられた推論により明確な理由づけがなされた審査¹⁹⁵⁾」を通常審査と呼び、加えて「人権の制限が民主的政治過程を大きく変える可能性をもつような事例の場合……審査の厳格度を高め¹⁹⁶⁾」た厳格審査、「政治部門……の方が『能力』の高い……場合には、立法府の判断を尊重する¹⁹⁷⁾」敬讓審査があるという。ただし、通常審査が米国における中間審査にあたるかという事情は複雑である。またわが国では中間審査基準に近いとされる厳格な合理性の基準に関して混乱がある。芦部は、プライバシーの権利にかかる違憲審査の基準を述べる際に「立法目的が重要なものであり、規制手段が目的と実質的な関連性を有することを要求する基準¹⁹⁸⁾」を厳格な

189) *Playboy*, 529 U.S. at 845 (Breyer, J., dissenting).

190) *Ibid.*

191) *Playboy*, 529 U.S. at 845-846 (Breyer, J., dissenting).

192) *Playboy*, 529 U.S. at 846 (Breyer, J., dissenting).

193) *Playboy*, 529 U.S. at 845-846 (Breyer, J., dissenting). ブライヤー裁判官の該当箇所は次のとおり (判例部分省略、引用は下線部分)。「セクション505は、成人向け放送チャンネルの費用を増加する。そうすることにおいて、セクション505は、成人向け表現を制限するが、禁止はしない。成人は、便宜性はさがるが、録画したものを夜視聴することによって、あるいは、よりよいブロッキングシステムを含むデジタルケーブルを申し込むことによって、成人向けチャンネルを継続してみることができる。この制限—視覚的に100%“過激な性的”表現を放送するチャンネルについて子どものアクセスを限定すること—を課すことに対する政府の正当化は、“やむにやまれぬ”である。記録は、同様に効果的で、より制限的でない代替手段はないことを示している。したがって、§505の制限は、提案された代替手段の観点からみれば、必要性に対して比例的 (proportionate to need) である。すなわち、§505は、政府のやむにやまれぬ必要性を促進するため不可欠な (necessary) ものより大きく制限しない。合わせて考えれば、これらの考察は §505は合法的であるという結論を導く。当職は、多数意見への不同意は、当職の見解によれば、政府は立証責任をたはしている、という事実によってあることをくりかえす。とくに、事実は、深刻な問題の存在と、その問題解決における §504の相対的な効果性のなさ、の双方を証明した。」

194) 高橋和之 [2017] 231頁。

195) 高橋和之 [2017] 232頁。

196) 同上。

197) 高橋和之 [2017] 233頁。

合理性の基準とした。また法の下での平等に関連した人種差別の「積極的差別解消措置の合憲性が争われる場合は、いわゆる逆差別の問題も生じるので、『厳格な合理性』の基準による¹⁹⁹⁾」と述べた。さらに、経済的自由権の職業選択の自由にかかる規制の合憲性判定の基準として「消極的・警察的規制……については、裁判所が規制の必要性・合理性および『同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段』の有無を立法事実……に基づいて審査する²⁰⁰⁾」基準を厳格な合理性の基準としたのである。厳格な合理性の基準は、幸福追求権、平等原則、経済的自由権の三つのカテゴリーで用いられることになる。市川は、プライバシーの権利や平等原則にかかる基準はアメリカ合衆国の「中間審査 (intermediate scrutiny)」の基準と同じ内容のものである、『中間審査基準』型と呼²⁰¹⁾び、経済的自由権にかかる基準は「明らかに薬事法距離制限規定違憲判決……をモデルとしたものなので、『薬事法判決』型²⁰²⁾」と呼ぶが、「この2つの定義の関係は説明されてい

ない²⁰³⁾」こと、また「(この2つは：引用者注) 違憲審査基準としての位置づけが異なっているように読める²⁰⁴⁾」ことを指摘した。さらに市川は、同基準には「定義以上のより詳しい説明がほとんどされていないので、……次々と疑問が生じてくる²⁰⁵⁾」といい、詳細に背景を考察している²⁰⁶⁾。

市川は、アメリカ合衆国においては「厳格な合理性」の基準はほとんど使われず、中間審査的な用語が中心であるという²⁰⁷⁾。また司法審査の対象となる権利は、表現の自由など第1修正の権利、疑わしい区分および基本的権利にかかる平等保護など第14修正の権利だが、表現の自由が問題とされたときは、表現内容規制と内容中立規制で審査基準がわけられ、厳格審査基準が適用されるのは表現内容規制の場合のみである。松井は平等保護事件に関連させて、厳格審査、中間的審査、合理性審査を説明する²⁰⁸⁾。つまり、第14修正にかかる権利と第1修正にかかる権利の一部に対して、三つの審査段階が適用されることになる。ここで中間審査(中間的審査)

198) 芦部 / 高橋和之補訂 [2011] 124頁。ここで芦部は「②一般的にプライバシーと考えられるもの、③プライバシーに該当するか判然としないもの」についてこの「厳格な合理性」の基準を用いることを述べ、「①だれが考えてもプライバシーであると思われるもの」については「最も厳格な審査基準……によって、合憲性を判断しなければならない」とした。

199) 芦部 / 高橋和之補訂 [2011] 133頁。

200) 芦部 / 高橋和之補訂 [2011] 218頁。ここで、「同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段」とは、「より制限的でない他の選ぶる手段 (less restrictive alternatives; LRA)」を意味するとも解され、この意味で芦部は、中間審査基準 (厳格な合理性の基準) においてLRAが用いられると考えていたと思われる。

201) 市川 [2020] 415頁。

202) 市川 [2020] 416頁。

203) 同上。

204) 同上。この点について市川は、「『中間審査基準』型の厳格な合理性の基準は、……独立の中間的違憲審査基準と位置づけられているようである。それに対して、……『薬事法判決』型の厳格な合理性の基準は、『合理性』の基準の下位基準 (『合理性』の基準の適用の仕方についての指標) と捉えられているように見える」という。

205) 市川 [2020] 416-417頁。その疑問について市川は、「①目的が『重要』であるとは、……具体的にどの程度のことを言うのか。

②手段が目的と『実質的に関連している』とはどのようなことか。③それは、必要最小限度の規制であることまで要求しているのか。

④『薬事法判決』型の定義では、『同じ目的を達成できる、より緩やかな規制手段』の有無が問われていることからして、『中間審査基準』型の定義における『目的と手段の実質的関連性』は、より制限的でない規制手段がないことを要求していると解するべきか。

⑤『厳格な合理性』の基準がより制限的でない規制手段がないことを要求するものであるとすると、それはいわゆるLRAの基準……とどのような関係にあるのか。⑥ (それは：引用者注) LRAの基準と同じものなのか (番号は引用者が付加) と列挙している。細部について説明が十分でないことは事実であろう。

206) 市川 [2020] 417-437頁。

207) 市川 [2020] 419頁、および419頁脚注15、16。市川は、第一に、「『厳格な合理性』の基準という言葉は、ハーバード・ロー・レビューの判例回顧が用いたものである」こと、第二に、それは「『The Supreme Court, 1972 Term, "H. L. Rev.1, 123 (1973) ("the evolving test of strict rationality")』であること、第三に、しかし、「翌年の判例回顧……では、『中段階 (middle tier) の基準』のほか、『中間的なテスト』 (intermediate test)、『中間的な基準』 (intermediate standard)、『中間的なレベルの審査』 (middle level scrutiny) といった言葉が用いられている」ことを示した。

208) 松井 [2008] 304-342頁。

が用いられるのは、主として性差別に関する事件である。1971年のReed判決²⁰⁹⁾がその出発点とされるが、採用手段は立法目的と異なる「合理的な関連」ではなく「公正で実質的な関連²¹⁰⁾」を有するという部分が手段審査の強化とされた。1973年のFrontiero判決²¹¹⁾では、性別が疑わしい区分であるという見解を確立することはできなかったが²¹²⁾、1976年のCraig判決²¹³⁾は、立法目的は重要なものでなければならないこと、採用手段としての性差による区分は立法目的の達成に実質的に関連していなければならないこと、という中間審査の二つの要件を提示した²¹⁴⁾。本稿のことばでいえば、合衆国憲法第14修正1節4項の「いかなる州も、その管轄内にある者に対し法の平等な保護を否定してはならない」を、本文のあとに「ただし、州の立法目的が重要なものであり、かつ、採用手段としての性差による区分は立法目的の達成に実質的に関連している場合は、この限りでない」が加えられている、と衡量して解釈する定義づけ比較衡量がなされた。したがって、第14修正の平等保護条項に違反しているか否かはこのただし書きをみたしているかどうかで判断できる、とするのである。違憲審査基準論は(定義づけ)比較衡量であるという考えは、このような

ことを意味していると思われる。この法理は1982年のMississippi University判決²¹⁵⁾にも引きつがれ、同判決は、さらに「当裁判所の諸判決は同様に、性差の根拠により個人を区分する法令を支持することを求める当事者は、区分について“きわめて説得力のある正当化(exceedingly persuasive justification)”を提示する負担を履行しなければならない、ということを確認している²¹⁶⁾」と判示して、厳格な正当化要件もこれに加わることとした。また州立大学の看護学部にも男性を入学させないという州の主張は拒絶され、同校の入学プログラムは違憲とされた²¹⁷⁾。1994年のJ. E. B. 判決²¹⁸⁾はMississippi University判決²¹⁹⁾に言及して「当裁判所の平等保護法理にしたがえば、性差に基礎づけられた区分は、合憲性の審査をクリアするために“きわめて説得力のある正当化”を要する。それゆえ、唯一の問題は、陪審員の選択における性に基づく差別は、実質的に穏当で公正な裁判審理における政府の正当な利益を促進するかである²²⁰⁾」と述べ、その理由として「当裁判所は、性差に基礎づけられた絶対的な挑戦(陪審員を全員女性にすること)は、重要な政府目的に実質的に関連していない、と結論するから、(当裁判所は、)再び性に基づく区分は本質的に疑わしい

209) Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).

210) Reed, 404 U.S. at 76.

211) Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973).

212) 詳細については、高橋 [2022] 64頁を参照。

213) Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

214) Reed判決とCraig判決の関係については、高橋 [2022] 64-65頁を参照。

215) Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718, 724 (1982). 正確には Wengler v. Druggists Mutual Ins. Co., 446 U.S. 142, 446 U.S. 150 (1980) を経て、受けつがれた。

216) Ibid.

217) 具体的には、看護学部が女性のみなのは女性差別に対する補償である、という目的に関する州の正当化について「州は、区分によって便益をえる性のメンバーが、区分に関連する不利益を実際に受けている場合にのみ、そうでなければ差別的な区分を正当化するため補償的な目的をもちだすことができる」(Mississippi University, 458 U.S. at 728) が、「ミシシッピ州は、女性が看護分野で訓練を獲得し、または指導的地位を取得する機会が欠けていることを何ら示していない」(Mississippi University, 458 U.S. at 729) として否定した。さらに仮に目的が正当で重要であったとしても、「州は、性差に基づく区分は州により提示された補償的な目的に実質的で直接関連する、ということは何ら示せなかったため、方針は平等保護テストの第二番目の部分をみたくことに失敗している」(Mississippi University, 458 U.S. at 730) と述べて、手段が実質的関連性を有しないことを指摘し、手段審査においても州の主張を拒絶した。

218) J.E.B. v. Alabama, 511 U.S. 127 (1994). アラバマ州による子どもの認知と扶養料請求訴訟で州が陪審員を全員女性にした事案で、第14修正の平等保護条項に違反するかが争われ、法廷意見は、性差による区分が疑わしい区分かを明示せず、違憲とした。

219) Mississippi University, 458 U.S. at 724.

220) J.E.B., 511 U.S. at 136-137.

かを決定する必要がない²²¹⁾」としたが、これはまさに2.1.1で論じた、「この解釈のあとこの点について再度衡量されることはない」という意味での利益衡量としての、第14修正1節4項に関する定義づけ比較衡量ではないだろうか。アメリカ合衆国の中間審査においても定義づけ比較衡量は用いられている、と判断できる。

3.1.2 米国の中間審査と比較衡量

それでは、松井のいう第14修正の権利にかかる中間的審査を除くと、厳格審査や合理性審査以外の審査基準はないのであろうか。表現の自由にかかる規制とその審査について、次のような整理も可能である。すなわち、第一に、規制には、表現内容に関連する表現内容規制と内容に関連しない内容中立規制があること、第二に、表現内容規制の対象には、1) 一般的な、やむにやまれぬ州の利益に仕える必要最小限に設定された規制のみが認められる政治的言論などと、2) わいせつ表現など第1修正によって保護されるか議論のあるものがあること²²²⁾、第三に、内容中立規制には、3) 合理的な時・所・方法の規制、

4) 象徴的表現に対する規制があること、第四に、近年の基準の出発点としては、1) は1960年代のウォーレン・コートの一連の判決²²³⁾、2) は1942年のChaplinsky判決、3) は1939年のSchneider判決²²⁴⁾、4) は1968年のO'Brien判決²²⁵⁾とできることである。

筆者は、このうち2) 3) 4) にまたがる分野に実質的な中間審査と呼ぶものが存在しているのではないかと考える。3) 時・所・方法の規制で、たとえば、1972年のGrayned判決²²⁶⁾は(学校周辺の)時・所・方法の規制の要件について、①重要な政府利益を促進すること²²⁷⁾、②内容に無関係であること²²⁸⁾、③必要最小限(narrowly tailored)であること²²⁹⁾、と判示する。また学校周辺の特別な特性と第1修正の権利の関係に関して、1969年のTinker判決²³⁰⁾につき「当裁判所の基準は、Tinker判決であ²³¹⁾」とした。この意味で3) 時・所・方法の規制と4) 象徴的表現の規制は、関連するともいえる。この時・所・方法の規制の要件をSchneider判決はどのように述べているのであろうか。①について裁判所は「街路を清潔にして美観を

221) *J.E.B.*, 511 U.S. at 136-137 footnote 6.

222) これについては、すでに2.2.2で考察した。

223) 高橋 [2023] 122-126頁を参照。具体的には次の五つの判例を指す。Sherbert v. Verner, (1963) (脚注105と同じ); McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967); Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969); Kramer v. Union Free School Dist., 395 U.S. 621 (1969).

224) *Schneider v. New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939).

225) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

226) *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972). イリノイ州での高校付近での騒音防止の市条例による罰金と表現の自由が争点となった事案である。

227) *Grayned*, 408 U.S. at 115. 実際の記述は「妥当な“時・場所・方法”規制は重要な政府利益を促進するために必要であろうし、また許可されるということも、等しく明らかにする」である。

228) *Ibid.* 具体的には次のとおり。「政府は(パブリックフォーラムでの)活動をその表現内容(メッセージ)を理由にして制限する権限を有さない。」

229) *Grayned*, 408 U.S. at 116-117. 文面は「規制は、政府の正当な利益を促進するため必要最小限(narrowly tailored)でなければならぬ」である。このnarrowly tailoredについて、高橋和之[2017] 235頁脚注26)は、「[体]にびったり合うように裁断されている」という意味である。これを参考にして、目的を達成するための手段として過大でも過小でもないと定式化したのである」と説明した。この説明が最も直截的でわかりやすい。

230) *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969). アイオワ州の高校生らがベトナム反戦の意思表示として黒い腕章をつけ、学校当局が腕章をはずすまで停学とした処分が、第1修正の表現の自由を侵害するかが争われた。法廷意見は、黒い腕章による意思表示は、象徴的表現というより、むしろ表現(言論)そのものに近いとして処分は違憲であると判決した。

231) *Grayned*, 408 U.S. at 117. 具体的には「当裁判所の基準は、Tinker判決であり、同判決において当裁判所は、どのようにして第1修正の権利を“学校環境の特別な特性”に適應するかという問題を考察した」として、Tinker判決から7か所引用した。

保持するという目的²³²⁾」は道路での印刷物の配布禁止を正当化しないとしながらも、「(個人の権利に対する) 憲法上の保護は、街路が乱雑になることを防ぐための市当局のすべての権限を奪うわけではない²³³⁾」と述べて、正当化しうる政府利益の可能性を示唆した。②については、表現内容と関係しない時・所・方法の規制自体を否定してはいない²³⁴⁾。③必要最小限については、「(街路の) 乱雑さを防止する明らかな方法がある。(たとえば、) 実際に道路に書類を投げ捨てる者を処罰することは、それらの方法のなかの一つである²³⁵⁾」と、より制限的でない他の選ぼうる手段(LRA)を示唆したとも解される。つまり、①②③のいずれの要素もその萌芽がSchneider判決にはみられるのである。

しかし、あくまでも萌芽であって、明確に規定されているわけではない。この内容中立規制の要件を具体化したのは、4) 象徴的表現の規制にかかる1968年のO'Brien判決である。同判決は前稿で分析したが²³⁶⁾、政府規制が正当化されるための要件は「政府規制が政府の憲法上の権限の範囲内であり；政府規制が重要もしくは実質的な政府利益を促進し；政府利益は表現の自由の抑圧と無関係であり；かつ、主張される第1修正の自由に関する付随的な制限は、当該利益の促進について必須であるものよりも大きくないならば²³⁷⁾」と規定された。第一点は、

いわゆるポリスパワーについて述べていると思われるが、当然のこととして省くと、第二点は、①重要もしくは実質的な政府利益を促進すること、第三点は、②内容(表現の自由)に無関係であること、第四点は、③制限は政府利益の促進に必要最小限(必須)よりも大きくないこと²³⁸⁾、と解釈できる。つまり、O'Brien判決は、3) 時・所・方法の規制の正当化の要件として1939年のSchneider判決以降くりかえし述べられてきたことを、明快に定義したと考えられ、このことが、O'Brien判決は中間審査の出発点である、とする見解につながっているのかもしれない²³⁹⁾。

O'Brien判決は、前述した、2) 厳格審査である表現内容規制の対象ではあるが、第1修正によって保護される権利が議論のある営利的表現(宣伝文)にかかる1976年のVirginia Pharmacy判決²⁴⁰⁾に影響をあたえる。2. 2. 2で述べたように、1942年のChaplinsky判決は、わいせつ表現、冒瀆的表現などを憲法第1修正によって保護されないとしたが、営利的表現もこの範囲に含まれると解されてきた。ところが、Virginia Pharmacy判決は、営利的表現は第1修正によって原則保護されるが、規制される場合もあることを示し²⁴¹⁾、営利的表現規制は単なる3) 時・所・方法の規制ではないとしたうえで、それらの表現規制が正当化される要件は「規制が規

232) *Schneider*. 308 U.S. at 162.

233) *Ibid*.

234) *Schneider*. 308 U.S. at 163. 具体的には次のように判示した。「しかし、当裁判所が以前から述べてきたように、街路は情報および意見の拡散のために中立で適切な場所であり、人々は、ほかの場所でも行使されるかもしれないが、請願に関して、凝縮された適当な場所において表現の自由を行使できない。」

235) *Schneider*. 308 U.S. at 162.

236) 高橋 [2023] 132-133頁。

237) *O'Brien*, 391 U.S. at 377.

238) この「当該利益の促進について必須であるものよりも大きくない (no greater than is essential to the furtherance of that interest)」(*O'Brien*, 391 U.S. at 377.) という要件について、芦部 [2000] は「目的と手段の関係も両者が合理的に関連していれば足りるとか、規制手段が立法目的の範囲を踏み越える (outrun) ものでなければよいとかいう程度の意味で、『必須』 (essential) かどうかという点が審議されてきた」(440頁) という。

239) 高橋 [2023] 133頁脚注203。脚注では毛利 [2008] 189頁に言及し、ウォーレン裁判官が、ブレナン裁判官からの第1修正の権利への制約が問題になる以上、「やむにやまれぬ利益」基準を維持すべきとの意見にもかかわらず、「重要なあるいは実質的な」という表現を変更しなかったとする逸話を紹介した。

240) *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).

241) *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 770. 具体的に示すと、「営利的表現は、他の同様の表現と同じように、保護されていると結論するにおいて、当裁判所は、もちろん営利的表現はいかなる方法においても決して規制されえない、と判示したことはない」となる。

制される言論の内容へのかかわりなしで正当化されること、規制が重要な政府利益に仕えるものであること、かつ、そうすることにおいて、規制が情報の促進のために、十分な他の選ぶる経路を開いていること (leave open ample alternative channels)²⁴²⁾」であるとした。これを同じように簡略化すると、第一点は、②内容 (表現の自由) に無関係であること、第二点は、①重要な政府利益に仕えること、第三点は、④十分な他の選ぶる経路を開いていること、となる。O'Brien 判決と Virginia Pharmacy 判決は、一方は内容中立規制とされる 4) 象徴的表現の規制であり、他方は 2) 表現内容規制でありながら、同じ枠組みを有し、かつ③が必要最小限かどうかで微妙に異なっている。本稿におけるいい方をすれば、定義づけ衡量をくりかえし、さらにはカテゴリーをこえた事件に関しても援用しているとできよう。Virginia Pharmacy 判決は同じ営利的表現に関する 1980 年の Hudson 判決²⁴³⁾につながるが、Hudson 判決については 3. 2. 2 で論じたい。

この Virginia Pharmacy 判決が今度は、3) 時・所・方法の規制の事件である 1981 年の Heffron 判決²⁴⁴⁾に影響するのである。Heffron 判決は合理的な時・所・方法の規制の一般論を述べる部分で、Virginia

Pharmacy 判決の①②④をそのまま引用し²⁴⁵⁾、会場の主催団体のルールを審査していくなかで、②については 1980 年の Edison 判決²⁴⁶⁾、①については再度 Virginia Pharmacy 判決を引用したあと²⁴⁷⁾、③として LRA を用いた州最高裁の判断を否定した²⁴⁸⁾。すなわち、Heffron 判決によって、時・所・方法の規制のテストの要件は①②④に確定したといえる。この 3) 時・所・方法の規制と 4) 象徴的表現に対する規制にかかるテストに大きく影響するのが、1984 年の Clark 判決²⁴⁹⁾である。同判決は「当裁判所は、デモ活動に関連したキャンプ (寝泊まり) は第 1 修正によってある程度まで保護される表現をとまなう行動である、という控訴審の見解と異なる必要を感じない²⁵⁰⁾」として、公園内でのキャンプ (寝泊まり) の抗議活動が表現をとまなう行動であることは認めたと、「控訴審の結論とは逆に、前述の分析は、公園管理局の規制は、表現をとまなう行動の規制を有効とするための、1968 年の O'Brien 判決の 4 要素基準にしたがい維持可能であり、O'Brien 判決の 4 要素基準は、先ほどの分析において、時・所・方法の規制に適用される基準から、仮に差異があったとしても、わずかしか異なる、ということ強く主張している²⁵¹⁾」として、O'Brien テストで

242) *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 771.

243) *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of N.Y.*, 447 U.S. 557 (1980). 電力会社による電力使用促進の宣伝文を禁止したニューヨーク州の委員会の規則の合憲性が争われた。法廷意見は目的審査において「エネルギー確保に州の利益は明らかに実質的である」(*Hudson*, 447 U.S. at 557.) としたが、手段審査において「州の規則は、全エネルギー使用に関する勧誘されたサービスの影響にかかわらず、すべての宣伝販促におよぶが、当該州の利益を促進するため不可欠 (necessary) よりもより拡張的 (more extensive) である」(*Hudson*, 447 U.S. at 558.) と判示して、同規則を違憲とした。

244) *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc.*, 452 U.S. 640 (1981).

245) *Heffron*, 452 U.S. at 647-648.

246) *Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission*, 477 U.S. 530 (1980). 同判決は、表現内容規制に属する事案だが、適用するテストを検討するなかで「規制が (i) 合理的な時・所・方法の規制、(ii) 許される主題の規制、または (iii) やむにやまれぬ州の利益に仕える必要最小限に設定された手段、のどれかを決定しなければならない」(*Edison*, 477 U.S. at 535.) と述べて、Virginia Pharmacy 判決、Grayned 判決に言及し、時・所・方法の規制の要件を記述している。なお、高橋 [2023] 130-132 頁参照。

247) *Heffron*, 452 U.S. at 649.

248) *Heffron*, 452 U.S. at 654.

249) *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984). ワシントン DC 内の公園でホームレスに対する関心を高めるため、テントで“(宿泊を含む) キャンプ”することにより抗議活動をしようとした団体に対し、抗議活動は許可したが、キャンプできる場所は指定された箇所のみであるとして禁止した、公園管理局の規則の合憲性が争われた事案である。法廷意見は、「ルールは、政府の施行する憲法上の権限を超えていない。……睡眠の禁止によって仕えられる、公園の資産を維持することにおける、抑制される表現内容と無関係な、実質的な政府利益がある」(*Clark*, 468 U.S. at 289.) とし、合憲であると述べた。

250) *Clark*, 468 U.S. at 293.

も時・所・方法の規制テストでも結果は変わらないと判示した²⁵²⁾。これによって3) 時・所・方法の規制のテストと4) 象徴的表現の規制のテストは、より緊密な関係を有することになった。さらに1989年のWard判決²⁵³⁾は、時・所・方法の規制テストの必要最小限(narrowly tailored)の要件にLRAは含まれないとしたのである²⁵⁴⁾。個人の権利の保護という観点からみれば、後退を続けているといえるが、判例を重ね合わせ、定義づけ比較衡量を駆使しながら全体として法理を精緻化しているともいえる。

3. 2 中間審査と比例原則

3. 2. 1 スライディング・スケール論

スライディング・スケール論について戸松は、厳格な審査基準、中間の審査基準(厳格な合理性の基準)、合理性の審査という「審査基準の3類型」に対して「マーシャル裁判官(1967年～1991年在職)に代表される……見解がある」が、「それは、最高裁判所裁判官の中では少数派である²⁵⁵⁾」という。高橋は、第一に、マーシャル裁判官が1970年の

Dandridge判決²⁵⁶⁾の反対意見で述べた見解に対し、1972年ガンサーの論文で名づけられたものであること²⁵⁷⁾、第二に、ジャクソンに言及し、(スライディング・スケールは、)比例原則の考えに近いといわれていることと説明した²⁵⁸⁾。

そこで、まず、Dandridge判決を確認する。マーシャル裁判官は反対意見において「当裁判所は、当裁判所によって用いられてきた、平等保護問題への二つの異なるアプローチのあいだの、要約された二分法に焦点を合わせるにより審査業務を避ける²⁵⁹⁾」こと、「いわゆる“伝統的な(合理性の)基準”にしたがえば、区分は、“いかなる合理的な根拠もなし”でない限り、平等保護条項のもとでさしつかえないといわれる²⁶⁰⁾」こと、「他方、区分が“基本的権利”に影響するならば、区分を続ける州の利益は、持続させるためには“やむにやまれぬ”ものでなければならない²⁶¹⁾」ことを述べ、平等保護案件が硬直した厳格審査と合理性の審査の二分法を適用していることを指摘する。そして、「本件の平等保護審査は明らかに、基本的“権利”あるいはそうでなかったのかの演繹的な定義によって、進められ

251) *Clark*, 468 U.S. at 298.

252) たとえば、表現内容に中立という要件について「寝泊まりが、議論上、むしろ口頭や書面による表現よりもより表現的な行動であるという事実は、寝泊まりの(全面的な)禁止を、より効果のある時・所・方法の規制にする。それとは逆に、公園管理局は、寝泊まりを一般的に禁止しようとしておらず、寝泊まりを公園内のすべての場所で禁止しようとしていない。公園管理局は、キャンプできるエリアを確定しており、Lafayette Park and the Mallを含む、そのエリア以外の場所でのキャンプを禁じている(だけである)」(*Clark*, 468 U.S. at 295.)から、「公園規則は内容中立であるという要件は明らかにみだされている」(*Ibid.*)と判示した。

253) *Ward v. Rock against Racism*, 491 U.S. 781 (1989). ニューヨーク州のセントラルパークでのロックの野外コンサートにおける音量制限のガイドラインが、第1修正に保護された表現の自由を侵害するかを争点とした。

254) 具体的な文面は、「いくらかの残る点で混乱しないよう、当裁判所は、本日、保護された表現の時・所・方法の規制は政府の正当で内容中立利益に仕えるため必要最小限に設定されなければならないこと、しかし、それ(必要最小限に設定されること)は、そうするためのLRA(the least restrictive means)または最も押しつけがましくない手段(the least intrusive means)である必要はないこと、を再度確認する」(*Ward*, 491 U.S. at 798.)である。この点について芦部[2000]442頁脚注(10)は、「Ward……の法廷意見は、『厳格に定められている』という要件を『最小限に制限的な手段』の意味に解する必要はないとし、『十分な他の選びうる経路』の基準と同視し、『高度に敬謹的な基準』に改変している」という。

255) 戸松[2008]286頁。

256) *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970). 連邦法の補助を受けたメリーランド州政府の、扶養児童のいる家庭への家族補助金に上限を設けたことが、第14修正の平等保護条項に違反するか争われた事案である。法廷意見は社会経済規制にかかわるものとして、合理性の基準を用い、合憲とした。

257) Gerald Gunther (1972), at 17-18 (describing Justice Marshall's dissent in *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), as a "sliding-scale analysis").

258) 高橋和之[2017]244頁脚注48)。

259) *Dandridge*, 397 U.S. at 519 (Marshall, J., dissenting).

260) *Ibid.*

261) *Dandridge*, 397 U.S. at 520 (Marshall, J., dissenting).

ていない²⁶²⁾」としたうえで、「むしろ、個人は受けとることのない政府の便益と、区分を支持して主張される州の利益に対して差別された部類における個人の利益の相対的な重要性という、問題の区分の性格になされなければならない²⁶³⁾」という。すなわち、厳格審査の要件たる基本的権利の主張が受けいれられず、単なる社会経済規制の事案とされ、合理性の基準で審査されたことを問題視した。社会経済的規制は合理性の基準という形式的な判別が、死活問題である政府補助金における個人の利益を無視する結果になっている、という批判である。マーシャル裁判官は、1. 1. 1でふれた衡平 equity を想定しているのかもしれない。

次に、1973年の Rodriguez 判決²⁶⁴⁾をみる。マーシャル裁判官は再び「平等保護分析についての当裁判所の厳密にされたアプローチに不同意であることを表明しなければならない²⁶⁵⁾」と切りだし、「平等保護分野における当裁判所の判決は、そのような(厳格審査または単なる合理性の審査という:引用者注)安易なカテゴリー化を受けつけない²⁶⁶⁾」と、法廷意見を批判する。そして、「当裁判所がしてきた判

示の原則に基づく読解は、……審査において、当裁判所が審査基準のスペクトラム(連続的な審査密度)を適用してきたことを明らかにする²⁶⁷⁾」と審査密度は二分化されるのではなく、連続的なものであるべきだと述べた。最後にジャクソンの論文を確認すると、「平等保護審査における比例原則は、サーグッド・マーシャル裁判官の平等保護法に対する見解である“スライディング・スケール”論に共鳴する²⁶⁸⁾」という。そして Dandridge 判決に言及して、「マーシャル裁判官にとって、事業に影響する区分と貧しい子どもたちに影響する区分のあいだの憲法的な重要性には差異があった²⁶⁹⁾」とし、「これらの差異は、比例原則……を参考にすることで、説明されるかもしれない²⁷⁰⁾」と補足する。

ところで、1. 2. 2において阪口の見解を、違憲審査基準論と比例原則の違いは、裁判官による比較衡量を、審査基準の階層化によって枠づけする(違憲審査基準論)か、枠づけせずに個別事情に応じたものとする(比例原則)か、の違いとするものと紹介した。この見解とスライディング・スケール論の関係を、審査密度という概念を通して再度考察して

262) Ibid.

263) *Dandridge*, 397 U.S. at 520-521 (Marshall, J., dissenting).

264) *San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973). テキサス州における小中学校区の予算が学区内の財産税でまかなわれるため、学区によって格差がでることが第14修正の平等保護条項違反かどうかをめぐって争われた。法廷意見は、貧困を疑わしい区分とすること、教育を受ける権利を基本的権利とすること、のいずれの主張も退け、厳格審査ではなく合理性の基準によるもので、かつ社会経済規制に対する緩やかな審査をして、合憲とした。

265) *Rodriguez*, 411 U.S. at 98 (Marshall, J., dissenting). ここでマーシャル裁判官は、*Dandridge*, 397 U.S. at 519-521 を参照している。

266) Ibid.

267) *Rodriguez*, 411 U.S. at 98-99 (Marshall, J., dissenting). マーシャル裁判官の主張の概要は次のとおり(引用判例部分は省略、下線が引用箇所)。「はじめに、当職は再び、平等保護分析についての当裁判所の厳密にされたアプローチに不同意であることを表明しなければならない。当裁判所は、明らかに今日平等保護事件は、厳格審査または単なる合理性の審査という、適当な審査基準を命じる、二つの整ったカテゴリーのうちの一つに落としこまれることを確立すべく試みている。しかし、平等保護分野における当裁判所の判決は、そのような安易なカテゴリー化を受けつけない。当裁判所がしてきた判示の原則に基づく読解は、申立てによると平等保護条項に侵害的な差別的審査において、当裁判所が審査基準のスペクトラム(連続的な審査密度)を適用してきたことを明らかにする。このスペクトラム(連続的な審査密度)は、明確に、当裁判所が、当職はそのように思うが、不利な影響を受ける利益の憲法上および社会的な重要性、および特定の区分が設定される基礎の認識された不快さ、に基づいている特定の区分を審査する場合の、配慮の程度における変動を含んでいる。当職は、実際、当裁判所の最近の判決の多くは、まさに道理にかなった平等保護分析へのアプローチを具体化していることを見いだした。そのアプローチとは、以前に当職が議論したもので、すなわち、“問題となっている区分の性格、個人が受けとっていない政府の利益、および区分を支える主張される州の利益、に対して差別された区分における個人の相対的な重要性に着目する”アプローチである。」

268) Jackson (2015), at 3172.

269) Ibid.

270) Ibid.

みたい。小山は審査密度を「比例原則の適用に緩やかなものと厳しいものがある²⁷¹⁾」ことという。駒村は、「正当化の審査密度の高低²⁷²⁾」という表現を「正当化をどの程度の厳格さで要求するか²⁷³⁾」という表現でいかえた。これらからみると、審査密度とは「審査の厳格さの程度」と解される。前稿で審査基準とされるものには、「合憲性の判定基準」と「その判定基準を厳格に実施するか緩やかに実施するかの基準」が混在しているとしたが²⁷⁴⁾、ここでいう審査密度の「基準」が前稿における後者に合致する。そこで、この概念と、裁判官による比較衡量(J)で定義すると、違憲審査基準論とは「Jを、審査密度の基準の階層化によって枠づけするもの」、比例原則とは「Jを、枠づけせずに個別事情に応じたものとするもの」、スライディング・スケール論とは「Jを、連続した審査密度のままとして個別事情に応じたものとするもの」とできる。すなわち、すでに多く指摘されているように、比例原則とスライディング・スケール論は限りなく近い概念である。なお、1. 2. 2で駒村に言及して違憲審査基準論とは、個別比較衡量を目的手段審査のなかで用いることで枠づけしようとする努力だと述べた²⁷⁵⁾。前述した阪口のいう、裁判官による比較衡量を審査基準の階層化によって枠づけすること、も同じ意味であろう。ただし、筆者は2. 1. 1で述べたように、比較衡量を目的手段審査のなかで用いることには、解釈としての比較衡量(定義づけ比較衡量)を用いることも含まれるのではないかと考えている²⁷⁶⁾。本節の事例で考

えれば、合衆国憲法第14修正1節4項の「いかなる州も、その管轄内にある者に対し法の平等な保護を否定してはならない」を、「いかなる州も、その管轄内にある者に対し法の平等な保護を否定してはならない。ただし、その区分が社会経済的規制にかかる場合はこの限りでない」と衡量したうえで解釈し、定義づけ比較衡量として審査密度の基準の階層化によって枠づけすることである。これを、是とする違憲審査基準論と、否とする比例原則(スライディング・スケール論)の比較をいましていることになる。とすれば、違憲審査基準論と比例原則(スライディング・スケール論)の違いは、個別比較衡量をいかに行きすぎにならないよう取りこむかという、これまでの試みを進めるか、引きもどすかという根本的な問題にもかかることが理解される。

3. 2. 2 中間審査テストと比例原則

3. 1. 2で言及した、2) 営利的表現などの表現内容規制、3) 時・所・方法の規制(内容中立規制)、4) 象徴的表現の規制(内容中立規制)で用いられるテスト(合憲性判断基準)を改めて整理したい。2)としてVirginia Pharmacyテスト、3)としてHeffronテスト、4)としてO'Brienテストをとり、O'Brienテストからはじめる。O'Brienテストのポイントは、3. 1. 2で示したように、①重要/実質的な政府利益を促進すること、②内容に無関係であること、③制限は政府利益の促進に必須であるものよりも大きくないこと、である。③に関するウォーレ

271) 小山 [2011] 69頁。

272) 駒村 [2013] 35頁。

273) 同上。

274) 高橋 [2023] 116-117頁。この箇所では、さまざまな合憲性の判定基準の寛厳についての概念が同じものを意味すると指摘した。市川 [2020] は、この基準のことを「法律が憲法に合致しているか否かを合憲性判断基準を用いてどのように審査するかに関する基準」(154頁)とする。

275) 駒村 [2013] 33頁。駒村は比較衡量について「憲法解釈のさまざまな局面に顔を出す。……また、衡量の枠づけの程度においても、……確定的衡量、……定義的衡量、……個別的衡量、の諸種がありうる。このように多様な相貌をもって法解釈に組み込まれた比較衡量論を一掃することは困難であり、また、適切でもない」という。

276) 駒村 [2013] 36頁。この点(裸の比較衡量をどうするか)について駒村は、「適切な権利侵害論によって審査密度の寛厳を調整された目的手段審査によってこれに対応する」ことに加えて、「確定的衡量……による比較衡量の枠づけもありうる」といい、「憲法的な保護を受ける行為類型……を概念定義し、それをあてはめることによって、憲法判断を下しうるような憲法解釈が開発できれば、衡量に帰趨をゆだねる必要はない」としている。

ン首席裁判官の意図ははっきりしないが、「必須」(essential)を「最低でも必要」と解釈すると、「制限は目的を促進するという同じ効果のため、最低でも必要なものよりも大きくないこと」となって、より制限的でない他の選びうる手段(LRA)に近い概念になる。またWard判決が「保護された表現の時・場所・方法の規制(の設定)は……LRA……または最も押しつけがましくない手段……である必要はない²⁷⁷⁾」とすることから、連邦最高裁もLRAとO'Brienテストの③を同様な要件とみなしていた可能性はあるかもしれない。次に、表現内容規制のVirginia Pharmacyテストは、①②はO'Brienテストとほぼ同じで、③の代わりに④(情報伝達のための)十分な他の選びうる経路を開いていること、が加わる。また時・所・方法の規制のHeffronテストは、①②はO'Brienテストとほぼ同じで、④はVirginia Pharmacyテストと同じであった。時・所・方法の規制のHeffronテストと表現内容規制のVirginia Pharmacyテストは事実上同じといえ、いずれも象徴的表現の規制のO'Brienテストから影響を受けている。

ところで、酒匂は比例原則とこれらテストの関係について、「オプライエン・テストやTPM(時・所・方法の規制：引用者注)テストは……明確に構造化されているとはいえない。しかし、商用言論に関するハドソン・テストはそのような構造を示している²⁷⁸⁾」という。そこで、Hudson判決について確認する²⁷⁹⁾。同判決は、まず営利的表現と第1修正の関係について「第1修正は、第14修正を通して州に適用されるが、正当な理由のない政府規制から営利的言論を保護する²⁸⁰⁾」と原則を明らかにする。そして、営利的表現と社会的利益について「営利的表現は、話し手の経済的利益に仕えるだけでなく、消費者も支援し、また情報の可能な最大限の拡散において社会的利益も促進する²⁸¹⁾」と肯定的に認め、そのため「当裁判所は、政府は営利的言論を抑圧または規制するための完全な権限を有する、という……見解を拒絶してきた²⁸²⁾」と説明する。営利的表現にも情報の拡散という意味で社会的価値があるため、政府による全面的な規制に裁判所は同意しないというのである。すなわち、三段階審査論のいう①保護領域として、営利的表現は第1修正の保護範

277) *Ward*, 491 U.S. at 798.

278) 酒匂 [2021] 134頁。

279) *Hudson*, 447 U.S. at 561-564. Hudson判決の該当部分は、次のとおり(判例部分は省略;引用は下線部分)。「(NY公共サービス)委員会の命令は、営利的言論のみを制限する、すなわち、話し手とその聴衆の経済的利益に関連する表現のみを制限する。第1修正は、第14修正を通して州に適用されるが、正当な理由のない政府規制から営利的言論を保護する。営利的表現は、話し手の経済的利益に仕えるだけでなく、消費者も支援し、また情報の可能な最大限の拡散において社会的利益も促進する。この分野へ第1修正を適用することにおいて、当裁判所は、政府は営利的言論を抑圧または規制するための完全な権限を有する、という“非常に家父長的な”見解を拒絶してきた。“人々は、十分に情報を得てさえいれば、人々自身の最良の利益を理解する、そして、その結末への最良の方法は、むしろ……伝達の経路を閉じることよりも、開くことである。”宣伝が関連する事実の不完全な変形のみを伝達するときでさえも、第1修正は、いくらか正確な情報は何も情報がないよりはるかによい、と想定する。にもかかわらず、当裁判所の判決は、“商業的取引を提案する表現は伝統的に政府規制にしたがう分野において生じるが、それと、他の多様な表現のあいだの常識的な区別”を認めてきた。憲法は、それゆえに、他の憲法上保障されている表現よりも、営利的表現へのより少ない保護をあたえる。特定の営利的表現に用いられる保護は、表現と規制によって仕えられる政府利益との、両方の性質を明らかにする。営利的言論に対する第1修正の懸念は、宣伝の情報機能に基づいている。したがって、合法的な活動について公衆に正確に伝えない、営利的表現の抑圧への、合憲性に関する異論はありえない。情報伝達が誤解をまねくものでなく非合法的な活動に関連してもいなければ、政府の権限もより制限されたものとなる。州は、営利的言論に関する制限によって達成されるべき実質的な利益を主張しなければならない。さらには、規制の方法は、その(実質的な)利益と比例したものでなければならない。表現の限定は、州の目的を達成するため慎重に設計されなければならない。この要件に準拠しているかは、二つの基準によって測られるであろう。第一に、制限は関連する州の利益を直接促進しなければならない;規制が政府の目的に単に効果がない、または間接的な支援を規定する場合、規制は維持してはならない。第二に、政府の利益が、営利的言論に関するより限定的な制限によって同じようにあたえうるならば、過剰な制限は継続できない。」

280) *Hudson*, 447 U.S. at 561.

281) *Hudson*, 447 U.S. at 562.

282) *Ibid.*

圏に属することが認められている。しかし、営利的表現と一般的な表現の違いについても理解を示し、「当裁判所の判決は、“商業的取引を提案する表現……と、他の多様な表現のあいだの常識的な区別”を認めてきた²⁸³⁾」から、「憲法は、それゆえに、他の……表現よりも、営利的表現へのより少ない保護をあたえる²⁸⁴⁾」と営利的表現への保護には限界があることを判示する。つまり、この部分は三段階審査における②介入要件の該当性と考えることもできる。そのうえで、「情報伝達が誤解をまねくものでなく非法な活動に関連してもいなければ、政府の権限もより制限されたものとなる」と第一の要件を示した。酒匂はこの部分を指して「商用言論が一応は修正1条の①保護範囲に属することが認定され(数字は引用者が付加)²⁸⁵⁾」たとしている。続けて同判決は「州は、営利的言論に関する制限によって達成されるべき実質的な利益を主張しなければならない(第1文)。さらには、規制の方法は、その(実質的な)利益と比例したものでなければならない(第2文)。表現の限定は、州の目的を達成するため慎重に設計されなければならない(第3文)(()内は引用者が付加)²⁸⁶⁾」と第二の要件と比例原則を示した。酒匂は第1文を、②介入要件の該当性と「規制手段は目的と合理的に関連するものであること²⁸⁷⁾」という、③憲法的正当化における③1手段の適合性に、第2文と第3文を、「制限が必要を超えるものでないこと²⁸⁸⁾」という、③憲法的正当化における③2手段の必要性に該当するとして、「③3狭義の比例性のテストは明示的に掲げられていないが、三段階の構造が明確に示されている(番号は引用者が付加)²⁸⁹⁾」と述べる。正確には、そのように解釈しようということであろう。

2.2.1の重大なテロ行為防止のための予防的措置、2.2.2の子どものわいせつ表現視聴の制限措置、本節の営利的表現の制限措置など、いずれも基本的には是認できるが、どの程度までとの判断が難しい事例において、比例原則が用いられるということは、1.1.1で紹介したアリストテレスの配分的正義から続いている課題ともいえる。

■ 今後の課題

本稿は試論であり、定義づけ比較衡量と比例性の関係の本質をさぐるため、主にアメリカの判例を中心に現状を整理した。1.1.1で目的手段審査と比較衡量は、ともに直接の源を功利主義にもつのではないかと提起する。こう考えれば、違憲審査基準論と比例原則は、目的手段審査のなかで判断にともなう比較衡量をどう組みこむかという、同じ方向をめざした方法論ととらえられるかもしれない。1.2.2で紹介した、駒村のいう比較衡量論の脱構築を目的手段の枠構造で打ち立てる論証の型や、2.1.1で述べた、憲法の条文を衡量のうえで解釈し、この解釈のあとこの点について再度解釈しない利益衡量、を考えると、違憲審査基準論における方法は、個別比較衡量を定義づけ比較衡量として枠づけることであった。この点は1.1.2、2.1.1、3.1.1、3.2.1など本稿でもかなり確認できた。また比例原則と比較衡量の関係は、2.2で述べたように、テロの危険と事前防止規制、わいせつ表現と未成年者保護のための規制、営利的表現と規制など、③2手段の必要性にかかる「採用手段」と「代替手段」の比例性、③3狭義の比例性にかかる「目的の効果」と「権利侵害の程度」の比例性、と整理できる。前者は、手段が複

283) Ibid.

284) *Hudson*, 447 U.S. at 563.

285) 酒匂 [2021] 134頁。

286) 同上。

287) 同上。

288) 同上。

289) 同上。

数ある場合、より制限的でないことはわかって、同じ効果を有するかどうかの判断の難しいことが一部確認できた。しかし後者は、目的審査を強化すれば、③3狭義の比例性の要件の必要性は弱まるということが理解できたが、アメリカの判例でその例が少ないこともあり、十分検討できたとはいえない。

そこで、今後の第一の課題は、③2手段の必要性にかかる比例性、③3狭義の比例性にかかる比例性のさらなる考察とする。また比例原則にはない違憲審査基準論の特徴である、駒村のいう審査密度の多段階化、阪口のいう審査基準の階層化をどう考えるべきかは、本稿ではふれられなかったため、これを第二の課題としたい。

参考文献

- 芦部信喜 [1974] 『現代人権論 — 違憲判断の基準 —』有斐閣
- 芦部信喜 [1981] 『憲法訴訟の現代的展開』有斐閣
- 芦部信喜 [1987] 『憲法判例を読む 岩波セミナーブックス 21』岩波書店
- 芦部信喜 [1994] 『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣
- 芦部信喜 [2000] 『憲法学Ⅲ 人権各論 (1) [増補版]』有斐閣
- 芦部信喜 / 高橋和之補訂 [2011] 『憲法学 第五版』岩波書店
- 新 正幸 [2008] 『憲法訴訟論』信山社
- 石川健治 [2013] 『薬局開設の距離制限』『別冊ジュリスト 217号 憲法判例百選 I [第6版]』有斐閣 205-207頁
- 市川正人 [2020] 『司法審査の理論と現実』日本評論社
- 浦部法穂 [1985] 『違憲審査の基準』勁草書房
- 加藤新平 [1976] 『法哲学概論』有斐閣
- 金原宏明 [2017] 『「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』関西大学 34416 甲第617号
- 駒村圭吾 [2013] 『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』日本評論社
- 小山 剛 [2011] 『「憲法上の権利」の作法 新版』尚学社
- 斎藤慶典 [2006] 『シリーズ・哲学のエッセンス デリダ なぜ「脱一構築」は正義なのか』日本放送出版協会
- 酒匂一郎 [2021] 「合衆国司法審査理論と比例性アプローチ (下・完)」法政研究 88-4-122 1062-1032頁 (121-151頁)
- 阪口正二郎 [2010] 「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』第9巻第3号 31-57頁
- 笹倉秀夫 [2007] 『法思想史講義 上 古典古代から宗教改革期まで』東京大学出版会
- 佐藤幸治 [2011] 『日本国憲法論』成文堂
- 関嘉彦 [1967] 「ベンサムとミルの社会思想」責任編集『世界の名著 38 ベンサム J. S. ミル』中央公論社 5-68頁
- 高橋和之 [2017] 『体系 憲法訴訟』岩波書店
- 高橋哲哉 [1998] 『現代思想の冒険者たち 第28巻 デリダ——脱構築』講談社
- 高橋 靖 [2019] 「環境学からみた政治理論と司法の役割」甲南法務研究 No.15 37-65頁
- 高橋 靖 [2021] 「アメリカ合衆国における社会的課題と司法審査——比較衡量を中心とした考察——」甲南法務研究 No.17 75-104頁
- 高橋 靖 [2022] 「社会的課題と平等保護条項——基本的権利と疑わしい区分を中心に——」甲南法務研究 No.18 47-76頁
- 高橋 靖 [2023] 「厳格審査に関する考察——やむにやまれぬ利益と必要最低限の要件を中心に——」甲南法務研究 No.19 115-147頁
- 田中成明 [1984] 『現代法理論』有斐閣
- 恒藤武二 [1977] 『法思想史』筑摩書房
- 戸松秀典 [2008] 『憲法訴訟 [第2版]』
- 松井茂記 [2008] 『アメリカ憲法入門 (第6版)』有斐閣
- 三島淑臣 [1993] 『法思想史 [新版]』青林書院
- 三宅雄彦 [2011] 「論証作法としての三段階審査」法学セミナー 674号 8-10頁
- 毛利 透 [2008] 『表現の自由——その公共性ともろさについて』岩波書店
- 山下重一 [1967] 「訳注 (2)」ベンサム [山下訳] [1967] 109頁
- アリストテレス (高田三郎訳) [1971] 『ニコマコス倫理学 (上)』岩波書店
- ベンサム (山下重一訳) [1967] 「道徳および立法の諸原理序説」関嘉彦責任編集『世界の名著 38 ベンサム J. S. ミル』中央公論社 69-210頁
- Richard H. Fallon, Jr. (2007), 'Strict Judicial Scrutiny', "UCLA Law Review", Vol. 54, p.1267.
- Gerald Gunther (1972), *The Supreme Court, 1971*

Term Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, "Harvard Law Review", Vol. 86, p.1.

Peter J. Rubin (2000), *'Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw'*, "University of Pennsylvania Law Review" Vol. 149, p.1.

Vicki C. Jackson (2015), *'Constitutional Law in an Age of Proportionality'*, "Yale Law Journal", 3094.

本稿におけるインターネットサイトの URL の最終アクセス日は、すべて 2023 年 5 月 31 日である。