

# 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——

元甲南大学企業法務研究所客員研究員 高橋 靖

## はじめに

本稿は、アメリカ合衆国における厳格審査についてその源泉と現在の状況を要件別に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たうえで、厳格審査の概要に含まれる要件、合衆国憲法第1修正および第14修正が厳格審査に与えた影響、ウォーレン・コート期に完成された法理などを通して考える。第2章においては、目的審査におけるやむにやまれぬ利益の要件を判例に基づいて探っていく。ウォーレン・コート期のリベラル派が多数を占められなかった前期とそれが可能となった後期にわけ、さらに厳格審査が全体として縮小される傾向が現れてくるバーガー・コート以降の推移を分析する。内容中立規制の、表現の自由を中心とする第1修正の権利関連の事件に与えた影響を簡単にまとめる。第3章では手段審査における必要最低限の要件を検討する。同要件と論理学の関係について初歩的な分析をし、ヴォロクに言及して同要件を構成する要素には利益の促進性、過大包摂がないこと、より制限的でない他の選びうる手段(LRA)、過小包摂がないこと、という四つの要素があると紹介する。そして、それらの要素とウォー

レン・コート期に提唱された過度の広汎性の関係などについて判例を参照しながら考察していく。最後に、厳格審査の目的とするものをはじめ、厳格審査に対する考察はまだ途上であることを示す。

## 1 厳格審査の概要

### 1.1 厳格審査とはなにか

#### 1.1.1 厳格審査にかかわる概念の整理

厳格審査 (strict scrutiny) とは多用されている用語である。筆者も、前稿において松井に言及しながらウォーレン・コート期の状況につき、特段の補足もないままに「この(穏やかな審査と厳格審査の)区別はきわめて厳密になった<sup>1)</sup>」と述べたことがある。しかしファロンが2007年に「厳格(司法)審査の歴史と実践は、はなはだしく誤解されている<sup>2)</sup>」と記述したころから、厳格審査について改めて考察がなされはじめた。厳格審査を論ずるにあたり、関連する概念を整理したいが、議論と同様に概念も錯綜している。まず、裁判所の主要な役割である。これは、合衆国憲法第3編2節1項<sup>3)</sup>や日本国憲法第76条1項<sup>4)</sup>をあげるまでもなく、紛争解決機能である。別の機会に「裁判所の役割として異論がないものは紛争の解決機能と憲法、法律の解釈機能

1) 高橋 [2022] 54頁。また松井 [2008] 304-305頁を参照。

2) Fallon (2007) at 1267.

3) 合衆国政府文書の訳文は、アメリカンセンター JAPAN のものを使用している。合衆国憲法は以下の URL のものをもちいた。<https://americancenterjapan.com/aboutusa/laws/2566/> 条文は「合衆国の司法権はつぎの諸事件に及ぶ。この憲法、合衆国の法律および合衆国の権限にもとづき締結された、または将来締結される条約のもとで発生するコモン・ロー上およびエクイティ上のすべての事件。大使その他の外交使節および領事にかかわるすべての事件。海事法および海事裁判権に関するすべての事件。合衆国が当事者の一方である争訟。2以上の州の間の争訟。【州と他州の市民との間の争訟。】[修正第11条により改正] 異なる州の市民間の争訟。同じ州の市民間の争訟であって、異なる州から付与された土地の権利を主張する争訟。1州またはその市民と外国またはその市民もしくは臣民との間の争訟。」

であろう<sup>5)</sup>」と述べたが、「憲法、法律の解釈機能」とは、より正確に言えば、「(紛争解決のための)憲法、法律の解釈機能」ということになる。すなわち、紛争解決レベルでとらえた憲法訴訟といえよう。また日本国憲法第81条<sup>6)</sup>は最高裁判所が司法審査権を有することを規定しているが、司法審査は紛争解決に付随するものとされている<sup>7)</sup>。

ここから法令の違憲審査レベルの話となる。江橋は法令の違憲審査にかかる基準について、「法令の合憲性に関する実体的判定基準<sup>8)</sup>」と「(引用者注：実体的判定)基準に達しているか否かをどのような方法で判定するかに関する審査基準<sup>9)</sup>」が存在するが、「しばしば、両者はともに「審査基準」の名のもとで説明されてきた<sup>10)</sup>」という。すなわち、江橋のいう前者は「合憲性の判定基準」であり、後者は、その判定基準を厳格に実施するか緩やかに実施するかという、方法に関する基準であると解される。この見解にしたがえば、厳格審査(基準)とは後者の「方法基準」に該当する。また江橋の補足説明によれば、たとえば「明白かつ現在の危険」および利益衡量(比較衡量)は、合憲性の判定基準であることになる。(判定基準に関する)方法基準にあたる厳格審査については、ガンサーの1972年の論文における「strict in theory, but fatal in fact<sup>11)</sup>」という語句が有名であり、これは一般に「理論上は厳格だが、事実上は致命的」と訳される。これにもう少しことばを補えば、厳格審査とは、理論上は(判定

基準に関する方法基準を)厳格(にするとというだけ)だが、(もし厳格審査が採用されれば)事実上は(合憲性の判定基準において違憲の判定がだされる可能性がきわめて高くなるという)致命的(な事態になる)、と解釈できる。この点、伊藤は「違憲審査基準には、…(引用者注：厳格審査基準、中間審査基準、合理性の基準という)三種類の一般的な審査基準の他に、…適用領域が限定されている個別的な審査基準も含まれる。ただし、通常、個別的な審査基準が適用される場合には一般的な審査基準は適用されないので、…一般的な審査基準とこれら個別的な審査基準の関係は、いわば、一般法・特別法の関係に相当する<sup>12)</sup>」という。江橋のいう合憲性の判定基準は、伊藤のいう個別的な審査基準(特別法)に、江橋のいう審査基準は、伊藤のいう一般的な審査基準(一般法)にあたる。このように解釈すると、ガンサーの命題を理解しやすくなる。また酒匂は「この(引用者注：厳格な審査と、合理性の基準による審査という)二極的な審査レベルの間に中間的審査…と呼ばれる審査レベルが加えられて、…それぞれの審査レベルには複数の審査基準…が含まれる<sup>13)</sup>」という。まとめると、江橋の合憲性の判定基準、伊藤の個別的な審査基準(特別法)、酒匂の審査基準が明白かつ現在の危険の基準などを意味し、江橋の審査基準、伊藤の一般的な審査基準(一般法)、酒匂の審査レベルが厳格審査などを含む同じ概念である。「合憲性の判定基準」の大枠を決め

4) 条文は「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」である。ここでいう「司法権」とは、たとえば、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することにより裁定し、解決する国家の作用」を意味する。

5) 高橋 [2020] 47頁。なお、高橋 [2021] 76頁、高橋 [2018] 79頁も参照。

6) 条文は次のとおり。「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」

7) 木下 [1987] 50頁。木下は「当事者は民事、刑事、行政といった具体的争訟との関係において、しかも事件の解決に必要なかぎりにおいてのみ、法令ないし行政行為の違憲性を争うことができ…」とする。

8) 江橋 [1987] 127頁。この基準について江橋は「『明白かつ現在の危険』『明確性の原則』『LRAの基準』『利益衡量』…には、実体的判定基準が数多く含まれて(いる)」(128頁)と補足している。

9) 同上。この基準について江橋は「『明白性の原則』『厳格な審査基準』『立法裁量論ないし合理性の基準』『厳格な合理性の基準』…はおおむね審査基準であるように見える」(128頁)という。

10) 江橋 [1987] 128頁。

11) Gunther (1972) at 8.

12) 伊藤 [2017] 156頁、注(3)。

13) 酒匂 [2021] 938-937頁。また酒匂は「審査の厳格さの程度も各審査レベルの内部でさらに区分されてもいる」と補足する。

るという点では、厳格審査には、江橋の（判定基準の方法に関する）審査基準より、伊藤の一般的な審査基準や酒匂の審査レベルのほうが、わかりやすい用語といえるかもしれない。

次に、芦部は憲法訴訟における比較衡量について、第一に、「人権の限界を明確にするためには、何らかの形で相対立する利益を衡量することが必要である」から、これを「憲法解釈の方法としての比較衡量論と呼ぶ<sup>14)</sup>」こと、第二に、「比較衡量は、すべての人権の限界を決定するための違憲審査基準として説かれる場合もある」から、これを「違憲審査の基準としての比較衡量論と呼ぶ<sup>15)</sup>」ことを提示した。すなわち、芦部のいう憲法解釈の方法としての比較衡量とは、前述した（紛争解決のための）憲法、法律の解釈機能における比較衡量、憲法訴訟レベルの比較衡量ということになる。また、芦部のいう違憲審査の基準としての比較衡量とは、たとえば、明白かつ現在の危険の基準のような、江橋の合憲性の判定基準、伊藤の個別的な審査基準（特別法）、酒匂の審査基準と同じ段階の概念である。ここでは合憲性の判定基準としての比較衡量もあることを指摘しておく。一方、酒匂は、「比較衡量は（引用者注：カテゴリー的アプローチをとる）厳格審査にも取り入れられ」たとしたうえで、「ロバーツ・コート（2005-：引用者注）では、カテゴリー的アプローチとbalancing・アプローチの対立が深まっている<sup>16)</sup>」という。酒匂にしたがえば、比較衡量は審

査レベルの概念である厳格審査にも取りいれられていることになる。合憲性の判定基準としての比較衡量については、厳格審査における目的審査の要件を論ずる2.1でふれる。

### 1.1.2 厳格審査という概念

それでは、厳格審査とはどのように規定された概念なのであるか。芦部は「①立法目的…がやむにやまれぬ（compelling）公共的利益…を追求するものであること、②…手段が…目的の達成に是非とも必要であること、を論証するきわめて重い責任を政府が負うとする基準<sup>17)</sup>」という。一方、『英米法辞典』は厳格審査の内容について、「民主政に必要な権利と自由が直接規制される時、あるいは、立法が人種、市民的権利の有無など違憲の疑いの強い分類…を基準とするとき、その合憲性推定は覆され、政府に合憲性を立証する責任が転嫁されるとするもの<sup>18)</sup>」と説明する。前半部分は、審査の要件である、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修正の権利が問題とされた場合を示し、後半部分はこの審査では合憲性推定が成り立たないことを表していると解される。事実、同辞典はやむにやまれぬ利益を説明する箇所で、審査の要件については同様の記述をしている<sup>19)</sup>。また芦部のいう、政府による①②を論証するきわめて重い責任とは、同辞典における、合憲性推定の不成立と政府による合憲性の立証責任

14) 芦部 [1994] 208頁。芦部はここで比較衡量を「人権相互の矛盾衝突の調整という「公共の福祉」原理を具体化し、人権の限界を明確にするためには、何らかの形で相対立する利益を衡量することが必要である」と説明している。

15) 同上。

16) 酒匂 [2021] 939頁。なお、酒匂はここでbalancing・アプローチに関連し、「最近では、アメリカ合衆国の憲法学者たちの中にも、合衆国の司法審査理論に比例性の要素が暗黙にまたは明示的に含まれていたと指摘するものや、より体系的に比例性審査を取り入れるべきだと規範的に主張するものも少なからず現れている。また、連邦最高裁判所の中にも、比例性アプローチを積極的に採用する裁判官も少数派ながら存在するようになっている」(939頁)として、比例性審査について述べている。比例性審査と審査基準論の関係は重要なテーマであるが、本稿では言及しない。

17) 芦部 [2000] 27頁。芦部は、やむにやまれぬ公共的利益について、その利益は「基本的な憲法価値の制限を正当化するほど重大な価値を有する公共目的でなければならない」と補足した。

18) 田中編 [1987] 816頁。

19) 田中編 [1987] 172頁。具体的には「①表現の自由を表現内容のゆえに制約したり、②人種差別や③選挙権、国内の移動の自由、人身の自由、結婚、出産などの基本的権利に関し平等保護が問題とされたり、制約が争われた場合に、厳格審査に服し（①②③は引用者による）」と記載されている。①が第1修正の権利が規制された場合、②は疑わしい区分、③は基本的権利にかかる第14修正の平等保護が侵害された場合を意味すると理解できる。

を意味する。さらに同辞典は「その規制が支持されるためには単に正当な政府利益に合理的関連性を有しているだけでは足りず、①やむにやまれない公の利益を②達成するための必要最小限度の制約であって、他により制限的でない規制手段が存在しないことが必要とされている（①②は引用者による）<sup>20)</sup>」という。②の手段審査における、芦部の「目的の達成に是非とも必要であること」のより具体的な記述が、同辞典のいう（目的を）達成するための必要最小限度の制約と、他により制限的でない規制手段（LRA）が存在しないこと、となる。

すなわち、厳格審査の要素として、第1修正にかかる権利、第14修正にかかる権利、合憲性推定の不成立、目的審査、手段審査のあることがわかる。本節では合憲性推定の不成立について考察し、第1修正にかかる権利と、第14修正にかかる権利のいずれがより多く厳格審査の起源に関係しているかは1.2.1で説を紹介する。また、目的審査におけるやむにやまれぬ利益（compelling interests）の要件については第2章で、手段審査における必要最小限度の要件については第3章で論ずる。合憲性の推定についてはすでに別稿<sup>21)</sup>で述べているが、本稿に必要な範囲で要点をあげると、第一に、同推定とは対象となる立法の合憲性の推定であること、第二に、当初は立法の法律問題に対して合憲性が推定されていたこと、第三に、しかし、20世紀前半から立法の前提となる事実（立法事実<sup>22)</sup>）に対して合憲性が推定されるよう変化したことである。芦部はこれを踏まえて、「優越的自由を制約する立法に通常の合憲性推定は妥当しないと考えられるようになって

た<sup>23)</sup>」という。たとえば、立法の法律問題に合憲性が推定されれば、立法の合憲性を争う当事者はその違憲を自ら論証しなければならないが、これは容易でない。しかし、論点が法律問題から事実問題に変わり、かつ論証する責任が立法側になるとすれば、当該当事者にとって格段に有利となる。換言すれば、立法側にとって憲法訴訟は格段に厳しいものとなる。これが厳格審査の本質ではないかと筆者は考える。

芦部は、1938年のCarolene判決脚注<sup>24)</sup>を参考として、次のような精神的自由と経済的自由に対する保障に関する枠組みを提示した<sup>25)</sup>。第一に、精神的自由を上からA事前抑制・過度広汎規制、B表現内容の規制、C表現の時・所・方法の規制、経済的自由をD消極目的規制、E積極目的規制の順で保障の程度に相違があるとすること、第二に、その程度の相違は、 $A > B > C$ ,  $C = D$ ,  $D > E$ であること、第三に、Aでは文面違憲がありうるが、B以下では利益衡量を取り入れた立法事実の審査が重視されることである。芦部の説明によると、ABだけでなく、CもBに準ずる（厳格な）基準をもちいるべきだと考えていたことがわかる<sup>26)</sup>。これを受けて、本稿においては厳格審査の対象となるべき領域を原則としてABCとする。しかしながら、周知のように、パーガー・コート（1969-1986）以降、多くの問題や修正が発生した。そこで、それらの論点を明確にするため芦部の提唱したABCについて、暫定的に内訳を詳細化してみたい<sup>27)</sup>。まず、最も厳しく「法文自体を文面で判断して、違憲か合憲かを決める、という文面判断のアプローチが通常適用

20) 同上。

21) 高橋 [2020] 50-53頁。

22) 芦部 [1973] 152-165頁、芦部 [1981] 24-33頁、芦部 [1994] 202頁を参照。

23) 芦部 [1973] 133頁。

24) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152, fn. 4 (1938).

25) 芦部 [1994] 227頁。芦部 [1987] 103頁に同趣旨の図と記述がある。また新 [2008] 532-540頁を参照。

26) 芦部 [1994] 230頁。具体的には「時・所・方法に関する規制も、内容規制と必ずしも明確に区別できない場合があるのみならず、表現の自由の保障をおびやかす場合は決して少なくないので、その合憲性の審査基準をあまり緩やかに考えるべきではなく、原則として、裁判所の実質的審査を可能にする、内容規制にほぼ準ずる基準を用いることが必要である」という。

27) なお、内訳に関しては、相当部分で松井 [2008] 163-235頁を参考としている。

される<sup>28)</sup>」Aは、A1事前規制、A2不明瞭規制、A3過度広汎規制、の三つとした。次に、Aに次ぐ厳しい審査が要求されるBは、B01見解によって差別的に取りあつかう規制として、B02対象が違法な行為・治安破壊の煽動／唱道など七つの「高い価値表現」規制<sup>29)</sup>、B08敵対的聴衆とけんかのことばなど九つの「低い価値表現」規制<sup>30)</sup>、加えてB21主題が狭く限定されている規制<sup>31)</sup>、B31見解に関連し結社を差別的に取りあつかう規制<sup>32)</sup>など五つの規制<sup>33)</sup>とした。最後に、内容中立規制であるCは、C01時・所・方法の規制として、C2静寂確保など五つの目的別規制<sup>34)</sup>、C11象徴的表現の規制、C21行動ともなう表現の規制、C31主題が狭く限定されていない規制など三つの規制<sup>35)</sup>とする。これらのカテゴリーは本稿において必要な場合に使用する。

## 1.2 厳格審査の具体像

### 1.2.1 厳格審査の起源

厳格審査はどのようにして形成され、様式として完成したのであろうか。ファロンは、第14修正関連の事件を通じてとする説、第1修正関連の事件によるとする説、その他の説があるが、いずれとも決めがたいという<sup>36)</sup>。城野は「修正14条の平等保護条項の解釈が、…修正1条の言論保護条項の解釈の中に編入された、という整理は、…理にならなっているようにも思われる」が、そうではなく「修正1条の解釈において…自生的に発展してきた<sup>37)</sup>」という。いずれの見解が妥当かにわかに決められないので、ここでは、ファロンがあげた、第14修正が貢献したという見解と第1修正がより多くをあたえたという見解を紹介する<sup>38)</sup>。

前者の例として、1991年のSimon判決<sup>39)</sup>のケネディ裁判官による結論同意意見<sup>40)</sup>がある。ケネディ

28) 芦部 [1987] 103頁。

29) 内訳は、B01見解によって差別的に取りあつかう規制、B02：01で対象が（以下同じ）違法な行為・治安維持の煽動／唱道、B03名誉棄損（公人その他）、B04選挙活動の支出と寄付、B05公務員の表現の自由、B06政府補助と表現の自由、B07刑事司法の妨害となる言論、である。当然、いずれも原則として厳格審査の対象となる。

30) 内訳は、B08敵対的聴衆とけんかのことば、B09不快な言論（下品な言論）、B10わいせつな表現、B11プライバシーの権利侵害、B12精神的苦痛を生じる表現（B03、B11でない）、B13差別的表現、B14児童ポルノ、B15営利的表現、B16名誉棄損（一般人その他）である。これらの「低い価値表現」については、B表現内容規制に分類されていても、厳格審査の対象とならないものがある。

31) 見解（viewpoint）と表現の主題（subject-matter）については、芦部 [2000] 405-406頁を参考にして、「特定の争点に関する言論にかぎって対象とする規制（主題が狭く限定されている規制）」は、表現内容規制のB21とし、「広い種類の言論を切り離し一括対象とする規制（主題が狭く限定されていない規制）」は、内容中立規制のC31に分類した。

32) B31は、B31見解に関連し結社を差別的に取りあつかう規制、B32：31で対象が（以下同じ）黒人地位向上団体、B33共産主義団体等、にわけられる。

33) 内訳は、B31見解に関連し結社を差別的に取りあつかう規制、B41政党にかかわる規制、B51平等保護に関連し結社を差別的に取りあつかう規制、B61宗教の自由に関連し差別的に取りあつかう規制、B71政府が阻止する権限を有する重大で差し迫った危険を提供する状況を取りあつかう規制、の五つである。

34) 内訳は、C01時・所・方法の規制、C02：01で目的が（以下同じ）静寂確保、03美観保持、04プライバシー保護、05治安維持／混乱回避、06交通の安全確保、である。

35) 内訳は、C31主題が狭く限定されていない規制、C41特定の型の表現を全面的に禁止する規制、C51その場所本来の目的のための合理的な規制、の三つである。

36) Fallon (2007) at 1273-1275. ファロンは、①人種に基づく区分を含む法理、②表現の自由をめぐる事件、③結社の自由をめぐる事件、④（憲法上保護された権利の）自由な行使の法理、⑤平等保護条項にしたがう基本的権利、⑥デュープロセス条項にしたがう厳格審査、の六つをあげた。また1969年のShapiro事件判決（脚注85）参照）が（様式として完成した）厳格審査の最初のケースであるという。①⑤⑥が第14修正関連、②③④が第1修正関連となる。また、その他の説としてあげられている1963年のSherbert判決（脚注82）参照）は、第1修正関連であるが、より正確に言えば、④（憲法上保護された権利の）自由な行使の法理の事件に分類される。さらに、前述の1969年のShapiro判決は、⑤平等保護条項にしたがう基本的権利にかかわるものである。

37) 城野 [2015] 101頁。

38) Fallon (2007) at 1274-1275. ファロンは「ケネディ裁判官は、厳格審査形式を①平等保護の事件から第1修正の事件へ移行しているものとして記述した。対照的に、ハーラン裁判官は、1964年のMcLaughlin事件（脚注62）参照）において、「必要不可欠基準」を“②言論の自由を州の侵害から保護するために発展”したものとして言及し、なぜ必要不可欠基準が、“州による人種差別を含む事件において等しく適用されるべきか”を説明しようと努めた」という。

裁判官は「規制された内容は合衆国憲法修正第1条の全面的な保護を有し、これは、それ自体当該法令が違憲であると思料する完全で十分な理由である<sup>41)</sup>」と、第1修正に規定された権利は原則として法令により規制されえないという立場に立ち、「州が、当該法令は“やむにやまれぬ利益に仕えるために必要で、かつ、目的を達成するために必要最小限に策定された”と示しうるか尋ねることは、不必要で不正確である<sup>42)</sup>」と、このような権利に厳格審査を適用すること自体に批判的である。そのうえで同裁判官は、厳格審査の先例と伝統を次のように説明する。第一に、1989年のJohnson判決<sup>43)</sup>を例にとり、「規制がときに“最も厳格な審査(the most exacting scrutiny)<sup>44)</sup>”と条件づけられるものをクリアしても、保護された表現は内容を基本として規制されるという、理解が自然にみえるときでさえ、最高裁は、考慮された判断の結果としてというより、むしろ偶発的に第1修正の事件において、この形式を採用したようにみえる<sup>45)</sup>」とJohnson判決において“最も厳格な審査”という用語が導入されたと

する。そして第二に、「Johnson判決において、当裁判所はアプローチのサポートとしてBoos判決<sup>46)</sup>を引用した<sup>47)</sup>」と補足する。ここで第一点と第二点を確認してみる。Johnson判決は「Boos判決において当裁判所が、“その掲示が外国政府に‘公的な非難’や‘公的な悪評’をもたらす傾向のある場合、外国大使館から500フィート以内のいかなる掲示も”禁止する法令の合憲性を検討した<sup>48)</sup>」際に、「当裁判所は、“表現の聴衆に激しい感情を起こすインパクトは<sup>49)</sup>”表現内容自体に無関係な“二次的効果ではない<sup>50)</sup>”と考えた<sup>51)</sup>」、また「当裁判所は、したがって、国旗に対する特別な象徴的性格を保持することにおける、州の主張する利益を“最も厳格な審査<sup>52)</sup>”にかけなければならない<sup>53)</sup>」と述べ、たしかにBoos判決を引用している。ケネディ裁判官は第三に、「Boos判決は同様に、パブリック・フォーラムにおける政治的表現に関する内容中心規制を正当化するため、州は“規制はやむにやまれぬ利益に仕える必要があること、およびその結果を獲得するため必要最小限に策定されていること”を示

39) *Simon & Schuster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Bd.*, 502 U. S. 105 (1991). 犯罪者がその犯罪を題材にした作品をつくった場合、作品からえられた収入を一定の基金の口座に一定期間供託させ、委員会の判断で被害者に分配するというニューヨーク州法の合憲性が争われた事案である。

40) *Simon*, 502 U.S. at 124 (Kennedy J., concurring in the judgement).

41) *Ibid.*

42) *Ibid.* またケネディ裁判官は「(やむにやまれぬ利益基準と手段の必要最小限性という) その基準または形式は、当裁判所の平等保護法理から導かれるが、最高裁が、州は、いかなる時、所、および方法やパブリック・フォーラムでの使用の考慮とは別に、内容だけに基つて表現の負担になるような規制を実施してもよいかという、率直な疑問を検討するとき、現実的または法的な場所をもたない」と述べている。厳格審査は時・所・方法の規制のような内容中立規制には適用できない、という見解である。さらに*Simon*, 502 U.S. at 124-125においては「そのやむにやまれぬ利益と必要最小限の策定(という厳格審査)基準が、州は、そうすることにやむにやまれぬ正当化があると信じるときはいつでも、表現を検閲してよいという容認として読み取られるかもしれないことから、やむにやまれぬ利益と必要最小限の策定基準の援用は、係争中の対象が表現内容規制であるとき無分別である」という。

43) *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). 国旗を燃やした者がテキサス州法違反を問われ、当該州法の第1修正違反を争った事案である。

44) *Johnson*, 491 U.S. at 412.

45) *Simon*, 502 U.S. at 125.

46) *Boos v. Bally*, 485 U.S. 312, 321 (1988). 外国大使館の500フィート以内で、外国政府に非難または悪評をもたらすような標示をかけること、警察の解散命令にしたがわず集まること、を非合法としたコロンビア特別区法令の合憲性が争われた。

47) *Simon*, 502 U.S. at 125.

48) *Johnson*, 491 U.S. at 412.

49) *Boos*, 485 U.S. at 321 (plurality opinion).

50) *Ibid.*

51) *Johnson*, 491 U.S. at 412.

52) *Boos*, 485 U.S. at 321.

53) *Johnson*, 491 U.S. at 412.

さなければならぬという主張として、1983年のPerry判決<sup>54)</sup>を引用した<sup>55)</sup>こと、第四に、「Perry判決における適切な頁をみると、(Perry判決の)主張は1980年のCarey判決<sup>56)</sup>の引用で支援されていること<sup>57)</sup>」を示した。第三点と第四点も確認した<sup>58)</sup>。第五に、ケネディ裁判官は「ついにCarey判決をみて、最高裁は平等保護に関する主張を述べていたことが明らかになる：(州)政府の規制がパブリック・フォーラムにおける表現関連行為のあいだで差別するとき、平等保護条項は、法令は実質的な州の利益に仕えるよう繊細に策定されるべきで、法令が設定するいかなる区分に提示される、正当化も注意深く審査されねばならない、と命じる<sup>59)</sup>」と述べ、さらに「ゆえに、平等保護原則は、パブリック・フォーラムにおける表現内容を規制する州政府の権限についての見解、および、このことから、表現内容を規制する州政府の権限についての、より一般的な第1修正の見解に転用された<sup>60)</sup>」と結論する。ケネディ裁判官にしたがえば、平等保

護条項で整備された厳格審査は、1980年のCarey判決において第1修正関連の事件に導入され、1983年のPerry判決、1988年のBoos判決、1989年のJohnson判決と引用、言及されてきたことになる<sup>61)</sup>。

次に、後者の例として、1964年のMcLaughlin判決のハーラン裁判官による同意意見<sup>62)</sup>がある。同意意見は「…単に合理的な関連があるだけでなく、必要不可欠であることが適切な基準であるということ、について法廷意見に同意する<sup>63)</sup>」とする。そしてその理由として、第一に、1939年のSchneider判決<sup>64)</sup>は「言論の自由と報道の自由を基本的個人の権利および自由と位置づけてきた<sup>65)</sup>」とし、裁判所の役割に関し「当該権利の立法的な制限が主張される場合、裁判所は、問題とされる法令の影響の評価に機敏であるべきだ。…事件が生じると、権利の自由な享受を規制することを支えるにおいて、状況を衡量し、促進される理由の実質性を評価するための、微妙で困難な業務が裁判所のうえに降りかかる<sup>66)</sup>」

54) *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983). 独占的な教員組合の代表権をめぐる、代表権をもたない他の教員組合が教育委員会を、第1修正などに違反しているとして提訴した事案である。

55) *Simon*, 502 U.S. at 125.

56) *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455 (1980). 勤務先での平和的なピケを除き、ピケを禁止するイリノイ州法令の合憲性が争われた事案である。

57) *Simon*, 502 U.S. at 125.

58) 第三点については、Boos判決は「それゆえに、当裁判所は、州に対して“規制はやむにやまれない州の利益に仕えるため必要であり、その目的を達成するため必要最小限に策定された”ことを示すよう要求した」(Boos, 491 U.S. at 321)と述べ、Perry判決は「州が表現内容の除外を強いるためには、州は「規制はやむにやまれない州の利益に仕えるため必要であり、その目的を達成するため必要最小限に策定された」こと、を示さなければならない」(Perry, 460 U.S. at 45.)と述べた。第四点については、「Perry判決における適切な頁」とはPerry, 460 U.S. at 45のことであり、Carey判決は「政府規制がパブリック・フォーラムにおける言論関連行動のあいだに区別をつけるとき、平等保護条項は、やむにやまれない(実質的な)州の利益に仕えるべく繊細に策定された立法と、それが描くいかなる区別の正当化は、注意深く審査されなければならないこと」を命ずる」(Carey, 447 U.S. at 461.)と述べている。

59) *Simon*, 502 U.S. at 125.

60) *Ibid.*

61) またケネディ裁判官は、*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 25 (1976); *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 438 (1963); *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479, 488 (1960)などをその例としてあげ、「他の事件で、Carey判決(1980)の平等保護分析のゆっくりとした変形を(実際より)前日付で第1修正法理にいれこむものさえある。それらは、やむにやまれない利益基準を適用している。しかし、これらの判決(権威)は同様に表現内容規制ではない問題を提示しているものである」と述べている。(Simon, 502 U.S. at 126.) Button判決については2.1.2で、Shelton判決についてはLRAに関連して3.2.1で考察する。

62) *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 197 (1964) (Harlan, J., concurring).

63) *Ibid.*

64) *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939).

65) *Schneider*, 308 U.S. at 161. 同趣旨の説明は「このことばは空虚なものではなく、軽くもちいられたものでもない。…それ(言論の自由と報道の自由を基本的個人の権利および自由と位置づけてきたこと)は、これらの自由の享受の規制を防止することの重要性を強調する」(*Ibid.*)である。

という。またパンフレット配布と意見の拡散につき「パンフレットは、意見の拡散において最も効果的な手法で…。パンフレットに個人の注意を向けさせる最も効果的な方法は、人々の自宅でのパンフレットの配布である<sup>67)</sup>」と判示した。第二に、1940年の *Thornhill* 判決<sup>68)</sup> は、*Schneider* 判決の裁判所の役割と規制の考察部分を引用し言及した<sup>69)</sup>。第三に、1943年の *Martin* 判決<sup>70)</sup> は、*Schneider* 判決に包括的に言及し<sup>71)</sup>、パンフレット配布に関して *Schneider* 判決を引用したあと<sup>72)</sup>、パンフレット配布の自由、パンフレット受取選択の自由、厳重な禁止を考察した<sup>73)</sup>。第四に、拡声器を禁止する条例についての1948年の *Saia* 判決<sup>74)</sup> は、第1修正の判決を引用しながら「騒がしい発言者が作りだす、いかなる混乱も必要最小限に策定された立法によって管理されうる<sup>75)</sup>」と判示している。最後に、1964年の *Alabama ex rel.* 判決<sup>76)</sup> は、1960年の *Shelton* 判決を引用して「…政府目的が正当で実質的なものであっても、目的がより必要最低限で達成しうる時、その目的は基本的な個人の自由を広汎に窒息させるような手段で追求しえない<sup>77)</sup>」と述べたあ

と、*Schneider* 判決<sup>78)</sup>、*Martin* 判決<sup>79)</sup>、*Saia* 判決などを参照した。

ケネディ裁判官の判例は1980年から1989年で、ハーラン裁判官の判例は1939年から1964年であることが興味深い。本稿では第1修正の事案を中心に考察する。

## 1. 2. 2 厳格審査の代表的な判例

英米法辞典は厳格審査を「合衆国最高裁が1960年代後半から採用している考え方<sup>80)</sup>」という。ファロンも厳格審査は「ほんの1960年代において開発された<sup>81)</sup>」と述べる。1960年代はウォーレン・コート期であるから、厳格審査はウォーレン・コート期に開発されたことになる。アダムは厳格審査の代表的な判例 (landmark decisions) として、1963年の *Sherbert* 判決<sup>82)</sup>、1967年の *Loving* 判決<sup>83)</sup>、1969年の *Kramer* 判決<sup>84)</sup>、同じく1969年の *Shapiro* 判決<sup>85)</sup> をあげた。金原も *Sherbert* 判決と *Shapiro* 判決を示したうえで、第14修正の事件に手段の必要最小限の審査を導入したものとして1964年の *McLaughlin* 判決を指摘した<sup>86)</sup>。ファロンは、*Sherbert* 判決を厳格審査の源とする説をとりあげている<sup>87)</sup>。

66) *Ibid.* さらに「公共の便宜を尊重する、単なる議会の好みまたは信念は、他の個人の行為を方向づける規制をよく支持するかもしれないが、民主的機関の維持にとって死活的に重要な権利の行使を少なくすることを正当化するには、不十分である」(*Ibid.*) と補足する。

67) *Schneider*, 308 U. S. at 164.

68) *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

69) *Thornhill*, 310 U.S. at 96. 引用したのは「これら権利の効果的な行使が縮小されると主張されているとき、裁判所は“状況を衡量し”、問題となっている規制の支援において“促進される理由の実質性を評価”すべきである」における *Schneider*, 308 U. S. at 161 である。言及したのは、*Schneider*, 308 U. S. at 162 の州の条例と言論・報道の自由の関係の考察である。

70) *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943).

71) *Martin*, 319 U.S. at 143.

72) *Martin*, 319 U.S. at 145. 引用したのは、本文に記載した *Schneider*, 308 U. S. at 164 である。

73) *Martin*, 319 U.S. at 147. *Martin* 判決は「市民がどこで情報を受けとることを望もうとも、すべての市民に情報を配布する自由は、自由な社会の維持に対して明らかにきわめて重大であるため、配布の時間と方法の合理的な警察と衛生上の規制はいったん横におくとして、配布の自由は完全に保護されなければならない。危険の割り当ては、それぞれの世帯主に訪問客として他人を受け入れるかの完全な決定権を残しておくという、伝統的な法的手段によって容易に管理でき、(一定の宗教関係者の文書配布を目的とした戸別訪問を全面的に禁ずるといふ) 当該厳重な禁止は、憲法によって禁じられているもの、思想の拡散のむき出しの規制という目的のみ役立つ」と考察した。

74) *Saia v. New York*, 334 U.S. 558 (1948).

75) *Saia*, 334 U.S. at 562.

76) *NAACP v. Alabama ex rel. Flowers*, 377 U.S. 288 (1964).

77) *Alabama ex rel.*, 377 U.S. at 308. 引用部分は *Shelton*, 364 U.S. at 488.

78) 箇所を特定し参照したのは、*Schneider*, 308 U.S. at 161, 165.

79) 箇所を特定し参照したのは、*Martin*, 319 U.S. at 146-149.

80) 田中編 [1987] 172頁。

81) Fallon (2007) at 1270.

まず、1963年のSherbert判決からはじめる。同判決は、目的審査におけるやむにやまれぬ利益の概念について、1945年のCollins判決<sup>88)</sup>を引用し「この高度に繊細な憲法上の分野においては、単に一定のもっともらしい州の利益との合理的な関係を示すのではなく、“主要な (paramount) 利益を危険にさらしている、最も重大な混乱だけが許される制限の機会をあたえる<sup>89)</sup>”ということが基本である<sup>90)</sup>とまとめた。2.1.1において1957年のSweezy判決の同意意見で、やむにやまれぬ利益という用語が初めて使われたことを述べるが、「最も重大な混乱によって危険にさらされる、主要な利益だけが制限を正当化する」という論理をCollins判決がすでに示していることを、Sherbert判決は明快に説明し

ている。また、前述の危険や混乱が生じていないことを示したうえで<sup>91)</sup>、失業補償の不正請求による基金の減少の防止や、雇用者のスケジューリング妨害の防止における州の利益は、やむにやまれぬ利益ではないことを判示した<sup>92)</sup>。次に、手段審査における要件にも踏み込み、「仮に非良心的な請求の可能性が、基金を減額し、業務スケジュールを混乱させる脅威をあたえたとしても、被上告人らは、第1修正の権利の侵害なしにそのような混乱と対処する制限の代替方法がない、と主張せざるをえないことは明らかである<sup>93)</sup>」と述べて、仮に州が正当な目的をもっていたとしても、第1修正権利の侵害の正当化にはならないことを示した。そして、LRAの概念につき1960年のShelton判決、1960年のTalley

82) Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963). Sherbert判決は、信教の権利の自由な行使に関するサウスカロライナ州法令の事案である。第1修正の信教の自由条項は（連邦・州が宗教に関してどのようなことをすべきでないか、にかかわる）国教樹立禁止条項（No law respecting an establishment of religion）、および（個人が宗教に関してどのようなことを自由にできるか、にかかわる）自由行使条項（(No law) prohibiting the free exercise thereof）になる。後者は「絶対的に保障される宗教的信条に対し、相対的保障にとどまる宗教的行為に関しては、政府規制がそれに課す負担の合憲性を厳格テストにより判断する」（金原 [2012] 61頁）が、本件ではこの宗教的行為の相対的保障が争われた。

83) Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

84) Kramer v. Union Free School District, 395 U.S. 621 (1969).

85) Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

86) 金原 [2017] 61-62頁。

87) Fallon (2007) at 1275. ファロンは「判例は同じく、現代厳格審査基準は、1963年に判決された、④自由権行使の事件であるSherbert事件、…に源を発する、となしうるかもしれない（番号は引用者が付した）」という。

88) Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945). テキサス州法は、労組創設者に対し、労組における組合員を勧誘する前に、選任された州の責任者から創設者カードを入手し、そのカードで登録することを要求している。上告人に対して州法違反を控えよという、州裁判所の命令は有効であるにもかかわらず、上告人は労働者の集団の前で演説した。演説の終わりに、上告人は、聞き手は原則として組合に加入するよう述べ、同様に（組合）メンバーになるため個人の名前を求めた。上告人は、法廷侮辱罪で罰金と禁固刑に処された。この上告人が当該テキサス州法の合憲性を争った事案である。

89) Collins, 323 U.S. at 530. 引用された語句は、次のような文脈においてもちいられている。「本事件は再び当裁判所に、われわれの法理が当裁判所にかける、どこで個人の自由が終わり、州の権限がはじまるかを述べるという、義務に直面させる。いつもながら繊細である、その境界に関する今の選択は、おそらく、立法を支える通常の推定（合憲性推定）が、われわれの法理において、第1修正により保護されている、重要で欠くことができない、民主的な自由に対してあたえられている優越的な地位により、比較衡量される場合よりも、より繊細である。…これらの理由から、それらの自由を規制するいかなる試みも、疑わしいか関係が薄いものでなく、明白かつ現在の危険により、脅かされた明白な公共の利益によって正当化されなければならない。規定された矯正策と抑制されるべき邪悪のあいだの合理的な関係は、他の文脈においては、適正手続きの根拠により攻撃に対する立法を支持するかもしれないが、じゅうぶんでない。それらの権利は、堅固な基本のうえに成り立っている。したがって、どのようなものであれ、直接の原因が適当な時間、場所での整然とした議論および集団を抑制する場合、それは、現実であるか切迫した公共の危険における、明白な支持根拠をもたなければならない。主要な (paramount) 利益を危険にさらしている、最も重大な混乱だけが許される制限の機会をあたえる。」(Collins, 323 U.S. at 529-530.)

90) Sherbert, 374 U.S. at 406.

91) Sherbert, 374 U.S. at 407. 「そのような混乱や危険は、現在の事件においては進展されていない」とした。

92) Ibid. 判決では「被上告人らは、土曜日労働に対し宗教的な目的をよそおう、非良心的な請求者による不正請求申請は、失業補償基金を減少させるだけでなく、土曜日労働が必要な雇用者によるスケジューリングを妨げるかもしれない、という可能性以上のものを示唆できていない」と述べている。

93) Ibid.

判決、1939年のSchneider判決、1943年のMartin判決の特定箇所を指摘した<sup>94)</sup>。やむにやまれぬ利益の論理とLRAへの言及をみると、Sherbert判決を厳格審査の起源とみる説には、それなりの根拠があるかもしれない。なお、これらの判例については3.2.1で別途考察する。またSherbert判決は、当該法令による失業補償の資格不認定につき、立法の動機が差別的なものであれば、たとえ負担が間接的でも違憲となるという基本的立場を示す<sup>95)</sup>。そして、自らの宗教の教え（土曜日は安息日であるため働かないこと）と放棄する福利厚生（土曜勤務しないため解雇され、かつ同じ理由で失業補償も受けられないこと）の選択を強いられ、勤務するには宗教の教えの一つ（土曜日に働かないこと）を捨てるよう強要される事実があるとする<sup>96)</sup>。さらに、そのような選択を強いるのは土曜安息日崇拝に過料を科すことと異ならないと判示する<sup>97)</sup>。必要最小限の制限とはいえないという判断である。

次に、1964年のMcLaughlin判決は「当裁判所が

いつてきたように、たとえ正当な州の利益にしたがって規定されていても、そのような（州）法は正当化の重い負担を有し、もしも（当該州法が）許される州の政策の達成のため必要不可欠とされており、単に合理的に関連しているだけでないときのみ、支持されるであろう<sup>98)</sup>」と述べて、1955年から1964年の四つの判例を例示した<sup>99)</sup>。いずれも手段審査の場合の目的の達成のために必要不可欠という要件を示すものである。また1967年のLoving判決におけるウォーレン首席裁判官による法廷意見は「平等保護条項の要件は、違反行為における白人と黒人の関与者が同様に処罰されるかぎりにおいて、人種的区分に基づく違反行為を定義する刑法によってみだされる、という州の主張を否定した<sup>100)</sup>」としたあと、McLaughlin判決を引用し<sup>101)</sup>「最近の1964期に“(1883年の)Pace判決<sup>102)</sup>は、当裁判所のその後の判決における分析に耐えない、平等保護条項の限定された見解を述べる”と表明した<sup>103)</sup>」と、「平等適用」理論を提示した従来判例を否定した。

94) *Sherbert*, 374 U.S. at 407-408. 判例と内容は次のとおり。Shelton v. Tucker, 364 U.S. 479, 487-490 (1960): 「政府目的が正当で実質的なものであっても、結果がより狭く達成しようとするとき、その目的は基本的な個人の自由を広く窒息させるような手段で追求しない、と述べてきた。立法的な制限の範囲は、同じ基本目的の達成のための、より劇的でない手段 (less drastic means) に照らして審査されなければならない。」(Shelton, 364 U.S. at 488.); Talley v. California, 362 U.S. 60, 64 (1960): 「条例は、限定解釈する方法がまったくなく、…それゆえ、当裁判所は、これらの問題行為またはほかの推定される邪悪なものを防止するための、条例の限定解釈による有効性を認めない。」(Talley, 362 U.S. at 64.) なお、同事件はロサンゼルス市における、責任者の名前と住所が印刷されていないちらし配布を禁止する条例に関する事案である。; Schneider v. State, 308 U.S. 147, 161 (1939): 脚注65) 66) の示す本文と同じ。; Martin v. Struthers, 319 U.S. 141, 144-149 (1943): 脚注73) の内容と同じ。なお、LRAに関連し「市は、現住者の事前に表明された意思を、公然と無視して住宅を訪問する者を処罰できる、さらに、身分証明書（を提示させること）で、勧誘員をよそおう犯罪者による（戸別訪問の）特権の乱用を管理できる。」(Martin, 319 U.S. at 148.)

95) *Sherbert*, 374 U.S. at 404.

96) *Ibid.* 「上告人の宣言された福利厚生は無資格が、自らの宗教上の実践からのみ引きだされただけでなく、当該実践は明白なことを放棄するよう圧力があつたことが、同様に明らかである。法令は、一方で、上告人に自らの宗教の教えと放棄する福利厚生をあいだの選択を強い、他方で、業務を受け入れるために上告人の宗教の教えのひとつを捨てることを強いる」と述べた。

97) *Ibid.* 「そのような選択を政府が強いることは、上告人の土曜安息日崇拝について上告人に過料を科すように、…同じだけの負担を課すことになる」と断じた。

98) *McLaughlin*, 379 U.S. at 196.

99) *McLaughlin*, 379 U.S. at 192. 具体的には次のとおり。Virginia Board of Elections v. Hamm, 379 U.S. 19 (1964) (designation of race in voting and property records) (投票および財産記録における人種指定); Anderson v. Martin, 375 U.S. 399 (1964) (designation of race on nomination papers and ballots) (推薦用紙および投票用紙についての人種指定); Watson v. City of Memphis, 373 U.S. 526 (1963) (segregation in public parks and playgrounds) (公営の公園および運動場における人種分離); Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (1955) (segregation in public schools) (公立学校における人種分離)。

100) *Loving*, 388 U.S. at 10. ここでもMcLaughlin判決を参照している。

101) 引用部分は、*McLaughlin*, 379 U.S. at 188.

102) *Pace v. Alabama*, 106 U.S. 583 (1883).

103) *Loving*, 388 U.S. at 10.

そして、1944年の *Korematsu* 判決<sup>104)</sup>を引用し「いかに少なくとも、平等保護条項は、とくに刑事法制において疑わしい、人種的区分は“最も厳格な審査”にしたがうことを要求する<sup>105)</sup>」と、目的審査において疑わしい区分は厳格審査になることを判示した。さらに手段審査においては、「もしも人種的区分が仮にも支持されるとしたら、同区分は、第14修正の消去されるべき目的であった、人種的差別と無関係であり、一定の許される州の目的の達成に必要不可欠であることを示されなければならない<sup>106)</sup>」と必要最低限の要件にもふれている。*Loving* 判決は人種的区分の法理 (racial classification rule) を確立したといえるが、平等保護条項事案にかぎるとはいえ、目的審査と手段審査の要件を相当程度に整えている。

同じく1969年の *Kramer* 判決でのウォーレン首席裁判官の法廷意見は、厳格審査におけるさまざまな要件、要素を考察している。第一に、比較衡量と厳格審査の関係につき、1968年の *Williams* 判決<sup>107)</sup>を引用し「“州法が平等保護条項を侵害しているかを否かを決定するにおいて、裁判所は、当該法令の背後にある事実と状況、州が守っていると主張する利益、および区分によって不利益をこうむっている者たちの利益を考慮しなければならない。”そして、本件において、当裁判所は、立法に綿密で厳格な審査を行わなければならない<sup>108)</sup>」と述べた。州の利益と個人の利益を比較衡量するなかで、厳格審査がなされることを示している。第二に、やむにやまれ

ぬ利益と必要最低限の要件につき、選挙権のような重要な権利に関して選択的なあつかいをする場合、その正当化のためには、目的はやむにやまれぬ州の利益、手段はその目的を促進するため必要不可欠なもの、であることが要件であることを包括的にまとめている<sup>109)</sup>。第三に、合憲性推定と合理的根拠につき、「一定の居住者に投票権を否定する法律を審査するとき、一般的な州法にあたえられる合憲性推定および、仮に当裁判所がつくられた区分について“合理的な根拠”を考へる場合、州の区分にあたえられる伝統的な承認は、適用されない<sup>110)</sup>」と判示した。選択的な投票権を規定する法令については、州機関がすべての人を公正に代表するという推定が成立し難いという判断である<sup>111)</sup>。このような事案では厳格審査が適用されることになる。

最後に、ブレナン裁判官による1969年の *Shapiro* 判決を確認する。同判決は平等保護条項関連の事案における厳格審査の要件、すなわち、目的審査における基本的権利、問題ある区分、正当化するためのやむにやまれぬ利益、を定式化したと評価できる。目的審査において違憲としたため、本格的な手段審査にははいっていない。第一に、基本的権利について「連邦の性質と個人の自由の憲法的概念が、すべての市民は、この動きに不合理に負担を課したり抑制したりする法、規則、規制によって禁じられることなく、国土全体を自由に旅行できるべきである<sup>112)</sup>」と移転の自由を例にあげて説明した。第二に、基本的権利、問題ある区分、やむにやまれぬ利益の

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

105) *Loving*, 388 U.S. at 11. 引用部分は、*Korematsu*, 323 U.S. 216.

106) *Ibid.*

107) *Williams v. Rhodes*, 393 U. S. 23 (1968).

108) *Kramer*, 395 U.S. at 626. 引用部分は、*Williams*, 393 U. S. at 30.

109) *Kramer*, 395 U.S. at 627. 文面は「対象となる州法が選挙権を、必要な年齢と市民権を有する真正な居住者の、ある者に許諾し、他の者には否定するならば、当裁判所は、除外はやむにやまれぬ州の利益を促進するため必要不可欠なものであるかどうかを決定しなければならない。」

110) *Kramer*, 395 U.S. at 628.

111) 具体的には次のように記載した。「合憲性の推定および、ほかのタイプの制定において“合理的な”区分にあたえられる承認は、州政府の機関はすべての人々を公正に代表するため組織化されている、という推定に基づいている。しかしながら、法令の是非を問うことが、事実上、この基本的な（合憲性の）推定を問うことであるとき、同推定はもはや合憲性の推定の根拠として役に立ちえない。」(*Ibid.*)

関係について「州から州またはコロンビア特別区へと移動することにおいて、被上告人らは憲法上の権利を行使しており、当該権利の行使を罰することに役立つかなる区分も、やむにやまれぬ政府利益を促進することに必要不可欠であると示されないかぎり、違憲である<sup>113)</sup>」と1942年のSkinner判決<sup>114)</sup>、1944年のKorematsu判決<sup>115)</sup>、1960年のBates判決<sup>116)</sup>、1963年のSherbert判決<sup>117)</sup>を示してまとめた。はじめの2判例は第14修正の平等保護条項関連、あとの2判例は第1修正関連の結社の自由と宗教的自由を代表しており、包括的なまとめであることがわかる<sup>118)</sup>。またSherbert判決から直接Shapiro判決につながっていることも確認できる。

## 2 やむにやまれぬ利益に関する考察

### 2.1 やむにやまれぬ利益の創出と再解釈

#### 2.1.1 やむにやまれぬ利益の創出

1.1.2で述べたように、厳格審査基準の目的審査における要件としてやむにやまれぬ利益の要件がある。『英米法辞典』によるとやむにやまれぬ利益は「市民の基本的権利を制限する連邦や州の政府行為の合憲性が支持されるために必要な、きわめて強い公の

利益のこと<sup>119)</sup>」と定義されている。同辞典は、そのあと第1修正や第14修正にかかわる基本的権利の制約と、厳格審査に言及している<sup>120)</sup>。以前、横田を引用して「どうしても必要な利益（やむにやまれぬ利益）」という言葉は、(1957年の)Sweezy判決<sup>121)</sup>のフランクファーター判事の同意意見の中にみられる<sup>122)</sup>と述べたが、やむにやまれぬ利益の成立は複雑であるため、Sweezy判決のまえにフランクファーター裁判官(1939-1962)自身について確認することからはじめたい。そこで、1943年のWest Virginia判決<sup>123)</sup>におけるフランクファーター裁判官による反対意見<sup>124)</sup>を参照する。同裁判官は「憲法は当裁判所に、ある“自由”の側面を処理するとき他の“自由”の側面を処理するときよりも大きな拒否権限をあたえたりしない<sup>125)</sup>」とした。つまり、憲法上、自由の種類によって異なる処理はしないというのである。そのうえで、「適正な補償なしに財産を収用されない権利は、司法的権限の範囲に関するかぎり、理不尽な捜索や押収から保護されるべき権利と同じ憲法上の重みをもち、かつ後者は、報道の自由や言論の自由や信教の自由に劣らない主張を有するのである<sup>126)</sup>」と補足した。裁判所は、経済的自由である収用に伴う権利、刑事上の権利、

112) *Shapiro*, 394 U. S. at 629.

113) *Shapiro*, 394 U. S. at 634.

114) *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535, 541 (1942).

115) *Korematsu*, 323 U. S. at 216.

116) *Bates v. City of Little Rock*, 361 U. S. 516, 524 (1960).

117) *Sherbert*, 374 U.S. at 406. なお、この箇所は脚注90)で示した部分と同じであろう。

118) なお、平等保護条項関連の基本的権利と疑わしい区分については、高橋 [2022] 55-61頁、61-65頁を参照。また、McLaughlin判決、Loving判決、Kramer判決、Shapiro判決については、高橋 [2022] のそれぞれ62-63頁、54-55頁、60頁、58頁を参照。

119) 田中編 [1991] 172頁。

120) 同上。具体的には、第1修正の関連部分について「表現の自由を表現内容のゆえに制約したり」、第14修正の関連部分について「人種差別や選挙権、国内の移動の自由、人身の自由、結婚、出産などの基本的な権利に関し平等保護が問題とされたり、制約が争われた場合に」とし、「厳格審査に服」するとしている。

121) *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957). 大学教員スウィージーに対しニューハンプシャー州がおこなった質問が、デュープロセス条項と平等保護条項を侵害するか争われた事案である。

122) 高橋 [2022] 59頁、脚注96)。引用は、横田 [1987] 169頁、注(6)。同脚注ではあわせて「やむにやまれぬ利益…のテストは1969年のShapiro判決で明確にされた」と述べている。

123) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

124) *West Virginia*, 319 U.S. at 646 (Frankfurter J., dissenting).

125) *West Virginia*, 319 U.S. at 648 (Frankfurter J., dissenting).

126) *Ibid.*

精神的自由である第1修正の権利自由のあつかいに差をつけないということになる。さらに、Carolene 判決脚注4を参照し「当裁判所は、ほとんど否定されえないこととして、権利章典のすべての規定は“特別な”禁止である、と理解している<sup>127)</sup>」と述べながら、続けて「しかし、それぞれの修正条項は、第14修正の適用範囲に含まれるかぎり、等しく尊重されねばならず、当裁判所の機能は、異なる修正条項にしたがって対象とされる法令の合憲性を判断することにおいて、異なる<sup>128)</sup>」と、Carolene 判決脚注4の存在を前提としても、合憲性を判断される法令のあつかいは異ならぬとした。フランクファーター裁判官の基本的な立場は、完全に保守的であることがわかる。

このことを踏まえて、Sweezy 判決<sup>129)</sup>を確認する。同事件は、マルクス経済学者であったスウィージーに対しておこなわれた質問に関するものであるが、フランクファーター裁判官の同意意見をみる。同裁判官は「市民の政治的自主性のように基本的な自由を、部分的であっても先んじようとする市民に対して州の劣後する利益は、やむにやまれぬものでなければならぬ (must be compelling)<sup>130)</sup>」としたが、そのあと「たしかに、これが、第14修正によって保護されている、市民の政治的なプライバシー権、

および州の自己防衛権という、二つの論争的な原理の比較衡量 (balancing) における、司法判断に基づく結論である<sup>131)</sup>」と述べて、このやむにやまれぬ利益という用語は、比較衡量において使用される概念であることを明らかにした。次に、やむにやまれぬ利益を法廷意見ではじめて取りいれた1958年のAlabama 判決<sup>132)</sup>において、ハーラン裁判官は「アラバマ州が、当裁判所は、それらの開示は、上告人が憲法上、保障されている結社の権利の上告人のメンバーによる自由な行使にかかっているかもしれないと結論した、抑止効果 (deterrent effect) を正当化するに十分である、(州が) 上告人から求めている開示を獲得することにおける (州の) 利益を論証したか<sup>133)</sup>」を考察する際に、Sweezy 判決を引用して「そのような“州の劣後する利益は、やむにやまれぬものでなければならぬ”<sup>134)</sup>」とした<sup>135)</sup>。本件においても、メンバーのリスト開示に関して、第1修正で保障されている結社の権利の行使 (という利益) と開示を求める州の利益を比較衡量している。なお、抑止効果という注目に値する用語がもちいられた<sup>136)</sup>。この点は、2.1.2でも述べる。

さらに、1959年のBarenblatt 判決<sup>137)</sup>では「第1修正の権利が政府の審問を妨害するため主張されているところでは、問題の解決は常に、示された特定

127) *West Virginia*, 319 U.S. at 648.

128) *West Virginia*, 319 U.S. at 648-649.

129) *Sweezy*, 354 U.S. at 234. 判決要約 (Syllabus) は「上告人 (スウィージー：引用者注) は本人が共産主義者であったかを含む、問われた大部分の質問に回答した；しかし、上告人は次の事項に関連する質問に答えることを拒否した。(1) 州立大学で行った講義の内容、および (2) 州進歩党およびそのメンバーについての上告人の知識。上告人は自己負罪拒否特権で抗弁せず、質問は照会に無関係で第1修正にしたがう上告人の権利を侵害した、という根拠に基づきそれらの質問に回答することを拒絶した」と説明する。

130) *Sweezy*, 354 U.S. at 265 (Frankfurter J., concurring opinion).

131) *Sweezy*, 354 U.S. at 266-267 (Frankfurter, J., concurring opinion).

132) *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

133) *Alabama*, 357 U.S. at 463.

134) *Ibid.* 引用している箇所は、*Sweezy*, 354 U.S. at 265 (Frankfurter, J., concurring opinion) である。

135) 毛利 [2008] 108頁。毛利は「マッカーシズム期に「明白かつ現在の危険」理論…の瓦解を主導したフランクファーターが表現の自由への「抑止効果 (deterrent effect)」に注目した論理を組み立て始め、…同時に「やむにやまれぬ利益」という、表現の自由についての厳格審査の代表的基準が、直接にはフランクファーターの抑止効果論に由来することも示した」という。

136) 毛利は、抑止 (deterrent) という用語をはじめて判例で使ったのもフランクファーター裁判官であるというので (毛利 [2008] 87-88頁)、確認すると、*Garner v. Los Angeles Board*, 341 U.S. 716 (1951) の一部反対意見において「誓約書は、たとえ無害の組織でさえも、(加入について) 熟考している人々に対し、現実的な抑止力 (a real deterrent) として作用することになる」(*Garner*, 341 U.S. at 727-728 (Frankfurter, J., concurring in part and dissenting in part)) と記載されている。

137) *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959).

の状況において問題となっている、やむにやまれぬ個人と公共の利益の、裁判所による比較衡量を含む<sup>138)</sup>」と、第1修正の権利と政府間の紛争解決と比較衡量の関係が示され、「より最近では Alabama 判決において、当裁判所は、第14修正のデュープロセス条項によって保障される結社の権利を侵害する、提訴された州の行為を判断する場合において同じ原則を適用した<sup>139)</sup>」と Alabama 判決に言及して、第14修正の権利においても比較衡量の原則がもちいられることが説明された。そのうえで Sweezy 判決を引用し「問題となっている個人の憲法上の権利に打ち勝つためには、“州の劣後する利益は、やむにやまれぬものでなければならぬ”<sup>140)</sup>」と述べた。Sweezy 判決、Alabama 判決、Barenblatt 判決に共通しているのは、第1修正や第14修正の権利と政府の行為の間の紛争解決において、比較衡量の枠組みのなかでやむにやまれぬ利益という要件がもちいられているということである。

## 2. 1. 2 やむにやまれぬ利益の再解釈

近年知られてきたことであるが、ウォーレン・コートの初期（1953-1962）にリベラル派<sup>141)</sup>は少数の4名にとどまり、多数意見を形成するためには、どうしてもあと1名の同意が必要であった。また1950年の Douds 判決<sup>142)</sup>と1951年の Dennis 判決<sup>143)</sup>において「明白かつ現在の危険」法理は、（合憲性の判定基準としての）比較衡量に完全に理論として遅れをとり、以後、主要な判決でもちいられることはな

くなっていた。このような状況のなかでブレナン裁判官は、1940年の Thornhill 判決における過度の広汎性の法理に目をつけた。適用される範囲が広すぎて本来の対象以外のものも対象範囲に含んでしまう法令は、どのような立場からみても不適切であり、この部分を強調すれば他の同意をえられる可能性は大きいであろう。Thornhill 判決は「同じような威嚇は罰条において内在し、ここで問題となっている（罰条においても）同様である、当該罰条は、州の認められた管理分野内でとくに邪悪をねらったものではない、しかし、その範囲内で、普通であれば言論や報道の自由の行使を形成する、他の活動を網羅的に処分するのである<sup>144)</sup>」と判示して、過度の広汎性の概念を示した。毛利は、ブレナン裁判官がこの過度の広汎性の法理を1959年の Smith 判決<sup>145)</sup>と1960年の Raines 判決<sup>146)</sup>を通して確立させたという<sup>147)</sup>。そこで Smith 判決を確認すると、「その効果が、多くの合憲的でない適用を明らかに可能とする法令を守り、有効に表現の自由の権利を行使する者らを刑事訴追の費用と不都合で脅すことになる場合には、法令の合憲的および違憲的適用の可分性についての通常の法理は適用されないと表明されてきた<sup>148)</sup>」と判示した部分で Thornhill 判決に言及している。また Raines 判決は「当裁判所は、これらの原則の適用がそれ自体言論の自由について禁止的な効果を有する場合は、原則は適用されない、と示唆してきた<sup>149)</sup>」とする箇所でも Thornhill 判決と Smith 判決の同じ部分にふれた。すなわち、過度の

138) *Barenblatt*, 360 U.S. at 126.

139) *Barenblatt*, 360 U.S. at 127.

140) *Ibid.* 引用箇所は、同じく *Sweezy*, 354 U.S. at 265 (Frankfurter, J., concurring opinion) である。

141) 具体的には、ウォーレン首席裁判官と、ブラック、ダグラス、1956年に就任したブレナンの各裁判官を加えた4名である。リベラル派が5名という多数を占めることができたのは、1962年にフランクファーターが退任し、後任にゴールドバーグが指名されてからである。毛利 [2008] 126-127頁を参考にした。

142) *American Communications Association v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950).

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

144) *Thornhill*, 310 U.S. at 97.

145) *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959).

146) *United States v. Raines*, 362 U.S. 17 (1960).

147) 毛利 [2008] 118-119頁。

148) *Smith*, 361 U.S. at 151. ここでは、*Thornhill*, 310 U.S. at 97-98に言及している。

広汎性が存在する法令には文面違憲などの特別な法理が適用されるという最高裁の立場が確立したといえる。

ところで、金原は「ブレナンは、1958年から1960年代にかけて、再解釈を施した「やむにやまれぬ利益」を利益衡量の基準として用い始める<sup>150)</sup>」という。そこで、金原の指摘を参考にしながら、ブレナン裁判官らの見解をもう少し追ってみる。1958年にはSpeiser判決<sup>151)</sup>がだされているが、同判決はまず「一定の言論にかかわる者への免税を否定することは、事実上、そのような言論についてその者たちを処罰することである。その抑止効果(deterrent effect)は、州がこの言論のためにその者たちに罰金を科す場合と同じである<sup>152)</sup>」と述べて、州の措置は、単に免税の否定という不利益をあたえるだけではなく、かかわった言論に起因して処罰されることと同じであり、そのような抑止効果があるとした。また、そのため、「たしかに、刑事犯罪的な唱道が抑圧または抑止されうるまえに、デュープロセスは常に(州に)刑事措置の完全な形式を強いるわけではない、しかし、そのようにしようとする州は、憲法が保護する言論の侵害に対して予防するため詳細に十分な手続きを提供しなければならない<sup>153)</sup>」として言論の自由の侵害の可能性がある場合の州の義務を明らかにした。そして、「自らの行為の合法性の証拠を持ちこみ説明しなければならないことを知っている者は、州が説明負担を受けもつ場合より、非合法ゾーンからはるかに離れた範囲に舵をむける必要がある<sup>154)</sup>」として、州が詳細に十

分な手続きを準備しなかった場合、抑止効果のため言論の自由の行使が結果として広範囲に妨げられると示した。そのうえで、最後に「州は明らかに、必然的に保護された言論を制約する結果をもたらすに違いない、手っ取り早い手続きを正当化するための問題となっている、やむにやまれぬ利益を有していない<sup>155)</sup>」と、やむにやまれぬ利益の要件をみだしていないとして、州の条例の違憲をみちびいたのである。比較衡量の枠組みのなかでのやむにやまれぬ利益を、「抑止効果」やそれを発展させた「萎縮効果(chilling effect)」に支えられた、やむにやまれぬ利益に調整したと考えられる。またSpeiser判決は「重大な緊急事態の考慮は、言論に関する規制を正当化できる<sup>156)</sup>」と述べており、当初のSweezy判決におけるやむにやまれぬ利益を、「重大な緊急事態」に基づく利益と理解していた可能性がある。次に、1960年のBates判決<sup>157)</sup>においてAlabama判決を参照して「会員リストの一般への開示をみちびく、地域社会の敵意および経済的報復への恐れは、NAACPへ新規に加盟しようとするメンバー(の気持)をくじき(discouraged)、以前からのメンバーの脱退を生みだした<sup>158)</sup>」と判示した。そして、「個人の自由についての重大な侵害があるところ、州は、やむにやまれぬ劣後する利益(a subordinating interest which is compelling)を示すことによってのみ優位にたてるかもしれない<sup>159)</sup>」と、やむにやまれぬ利益の要件を提示している。

これらの判例を踏まえて、1962年のフランクファーター裁判官の退任によってリベラル派が5名

149) *Raines*, 362 U.S. at 22. ここで、ブレナン裁判官は、自らが執筆した *Smith*, 361 U. S. at 151 と *Thornhill*, 310 U. S. at 97-98 をあげている。

150) 金原 [2017] 42頁。

151) *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958).

152) *Speiser*, 357 U.S. at 518.

153) *Speiser*, 357 U.S. at 524.

154) *Speiser*, 357 U.S. at 526.

155) *Speiser*, 357 U.S. at 529.

156) *Speiser*, 357 U.S. at 521.

157) 脚注116) 参照。

158) *Bates*, 361 U.S. at 524.

159) *Ibid.*

の多数を確保できたのちにだされたのが、集大成としての1963年のButton判決<sup>160)</sup>である。同判決は漠然性や過度の広汎性の問題の要因について「漠然性および過度の広汎性の不愉快な性質は、刑事告訴の公正な通知の欠如や、伝えられない立法権の委任ではなく、黙認の危険、第1修正の自由の区域においては、網羅的な措置で妥当でない適用の影響を受けやすい罰則法規の存在にかかっている<sup>161)</sup>」と説明した。また1940年のCantwell判決<sup>162)</sup>に言及して「第1修正の自由は、生きのびるための息継ぎ空間 (breathing space to survive) を必要とするから、政府は狭い特殊性 (narrow specificity) によって規定される分野においてのみ規制することができる<sup>163)</sup>」と第1修正の自由が威嚇に弱い権利であることを強調した。さらに、やむにやまれぬ利益について、Bates判決を引用し「“個人の自由についての重大な侵害があるところ、州は、やむにやまれぬ劣後する利益を示すことによるのみ優位にたてる”<sup>164)</sup>」と述べた。このButton判決で展開された法理に基づく、やむにやまれぬ利益が、金原のいう再解釈をほどこされた、やむにやまれぬ利益ではないかと考えられる。ところが、この1963年から何年も経たない1967年のZwickler判決<sup>165)</sup>の結論同

意意見においてハーラン裁判官は、この再解釈について厳しい批判をあげせ<sup>166)</sup>、それは無視できない流れにつながっていくのである。

## 2.2 バーガー・コート以降の展開

### 2.2.1 内容中立規制による影響

結局のところ、過度の広汎性や漠然性の法理により再解釈された、やむにやまれぬ利益の要件とは、内容だけでなく文脈も考慮するものであった。マッカーシズムも過ぎ去った1960年代後半になれば、多数の裁判官から支持をえにくくなることは自然な流れかもしれない。とすれば、そのあと表現の自由を中心とする第1修正の権利に関する紛争は、どのような法理にしたがって審理されていくのであろうか。ここでは、1980年のEdison判決<sup>167)</sup>を参考とし整理してみたい。同判決は「当裁判所は、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<sup>168)</sup>」と述べた。すなわち、審理にもちいる枠組みとして、従来からの (iii) 厳格審査 (やむにやまれぬ利益の要件) 以外に、(i) 時・所・方法の規制と (ii) 許される主題の規制があ

160) 脚注61) 参照。

161) *Button*, 371 U.S. at 432-433.

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

163) *Button*, 371 U.S. at 433.

164) *Button*, 371 U.S. at 439. ここで *Bates*, 361 U.S. at 524 を引用した。

165) *Zwickler v. Koota*, 389 U.S. 241 (1967).

166) *Zwickler*, 389 U.S. at 257 (Harlan J., concurring in the judgment). 判例部分を除いた、ハーラン裁判官の見解は次のとおり。「(過度の広汎性および漠然性の法理に同意できない) 当職の理由は次の三つである。第一に、(過度の広汎性および漠然性という) いずれの法理も当裁判所によって最終的に範囲を定められていない; 推定される差異により築かれた法理は、基礎の欠如によりだめになりやすい。第二に、(十分な根拠のない) 過度の広汎性の主張を含む事件は、必然的に不穏当であり禁制となると推定する理由はない; 連邦裁判所は、それにもかかわらず合理的に、司法権の過度の広汎性の主張の行使は州当局と“必要のないあつれき”をつくりあげるだろう、と考えるかもしれない; または、連邦裁判所は、州裁判所の決定は“異なる姿勢における”連邦の問題を表す、と合理的に結論するかもしれない。第三に、(過度の広汎性および漠然性という) 当該標準は、実際のところ抗弁者の選択肢に対して禁制法理を減少させるかもしれない。当該法理により仕えられる基本的な利益は、いつであろうと原告が過度の広汎性の十分な証拠のない申し立てを弁論しているというしっかりした見通しをもって、投げすてられるだろう。禁制法理によって仕えられる利益、それぞれの事件の状況の観点から、慎重な審査に対して適切な代替案をみだすことができない。」

167) *Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980). 電気料金の請求書に、公共政策における論争をかす問題を議論するような内容をつけ加えることを禁止する、ニューヨーク州委員会の命令が、第1修正の言論の自由に反するか争われた事案である。

168) *Edison*, 447 U.S. at 535.

ることになる。

まず (i) 時・所・方法の規制であるが、芦部は C 内容中立規制に関する説明として「表現をその伝達するメッセージの内容もしくは伝達効果…に直接関係なく制限する規制<sup>169)</sup>」とし、「伝統的に時・所・方法…の規制と呼ばれてきた<sup>170)</sup>」と補足する。実際 1939 年の *Shneider* 判決では、街の美観維持とチラシ配布規制の問題が取りあげられており<sup>171)</sup>、古くからこのような発想は存在していたといえる。Edison 判決は「当裁判所は、重要な政府利益 (a significant governmental interest) に仕え、十分な他の選びうる経路 (ample alternative channels for communication) が開かれている、(i) 合理的な時・所・方法の規制の有効性を認めてきた<sup>172)</sup>」といい、「時・所・方法の規制の本質は、言論のさまざまな方法が、その内容にかかわらず、正当な政府の目的を妨げる、という認識のなかにある。どのようなメッセージであろうと、午前 2 時に大音量で動き回る宣伝カーは、近隣の静穏をさまたげるのである<sup>173)</sup>」と説明した。同判決によれば、(i) の要素として、①重要な政府利益に仕えること、②十分な他の選びうる経路が開かれていることがいえる。またこれを

示す最近の判例の一つとして、1976 年の *Virginia Pharmacy* 判決<sup>174)</sup> をあげた。Virginia Pharmacy 判決の該当箇所を確認すると<sup>175)</sup>、(i) の要素としては①②に加えて、芦部の指摘するように<sup>176)</sup>、③(規制は)表現の内容にかかわらないこと、が示される<sup>177)</sup>。芦部は LRA と時・所・方法の規制について論ずる際に「70 年代後半に現れた新しい時・所・方法規制の審査基準は…緩やかで、先例から相当に乖離する<sup>178)</sup>」と述べたが、ここであげた *Virginia Pharmacy* 判決の基準がその新しい基準に相当するであろう。

では、(ii) 許される主題の規制とはどのようなものであろうか。Edison 判決は 1972 年の *Mosley* 判決<sup>179)</sup> を引用して「一般的な事項として“第 1 修正は、政府はそのメッセージ、思想、主題、または内容を理由として表現を制限する権限をもっていない、ということの意味する”<sup>180)</sup>」と述べた。すなわち、政府は主題を理由として表現を制限できないということである。そのうえで Edison 判決は、1976 年の *Greer* 判決<sup>181)</sup> と 1974 年の *Lehman* 判決<sup>182)</sup> を例として「*Greer* 判決と *Lehman* 判決は、主題の特質に対する一般的な禁止の、わずかな例外

169) 芦部 [2000] 431 頁。

170) 同上。

171) これについては 1. 2. 1 ですでにふれ、3. 2. 1 でもふれる。

172) *Edison*, 447 U.S. at 535.

173) *Edison*, 447 U.S. at 536.

174) *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748 (1976). 薬剤師による薬価の宣伝を禁止する、ヴァージニア州法の第 1、第 14 修正に関する合憲性を、消費者が争った事案である。

175) *Virginia Pharmacy* 判決では「当裁判所は、しばしばそのような種類の規制を承認してきた、ただし、それらの規制が言論の表現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、そのようにすることにおいて、規制が情報の促進のために十分な他の選びうる経路が開かれていること、のかがりにおいてである」(*Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 771) と述べている。

176) 芦部 [2000] 436-437 頁。

177) なお、Edison 判決で③の要素は「しかし、規制が表現の内容に基づいているとき、政府の行為は、コミュニケーションは“単に公的な責任者が発言者の見解に不賛成であるため”禁止されたのではないことを確実にするため、より注意深く審査されなければならない。結果として、当裁判所は、時、所、または方法の規制は、“内容と無関係にすべての言論に適用”されなければならない、と強調してきた」(*Edison*, 447 U.S. at 536) として言及されている。

178) 芦部 [2000] 436-437 頁。なお、脚注 338) 参照。

179) *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U. S. 92 (1972). 学校付近でのビケを禁止する州法が、労働争議に関する平和的ビケだけを例外としたことで、労働争議以外の平和的ビケとの取りあつかいの差異が問題となった事案。

180) *Edison*, 447 U.S. at 537. 引用部分は、*Mosley*, 408 U. S. at 95.

181) *Greer v. Spock*, 424 U. S. 828 (1976). Edison 判決は「当裁判所は、連邦政府は陸軍基地でのゲリラ的組織の政治的言論を禁ずることができる、と判示した」(*Edison*, 447 U.S. at 538) と述べた。

として適切であるとみられている<sup>183)</sup>」と判示した。そして「両事件において、当裁判所は、公共の施設はすべての話し手に公開されているのかどうかを決定するよう求められた。両判決の意見は、他の様式の言論はそのような危険を課すことはないが、ゲリラ的組織の政治的言論は政府施設の運営を混乱させる、と結論した<sup>184)</sup>」と補足したのである。(ii)とされる両事件は、(i)とどの点が異なるのであろうか。芦部は率直に「二つの事例…は、表現の自由の意義を重視する立場からみると、おそらく矛盾すると解されるであろう<sup>185)</sup>」という。松井は、表現活動とパブリック・フォーラム<sup>186)</sup>を論ずるなかでLehman判決に言及し「最高裁は、(市バスに)パブリック・フォーラムは存しないとして<sup>187)</sup>、市は…裁量を有しており、政治的広告の排除も許されると判断した<sup>188)</sup>」という。議論は錯綜しているが、結果としていえることは、厳格審査(やむにやまぬ利益の要件)の適用される範囲が狭められていくという事実である。毛利は「バーガー・コートに

よる審査基準論の精緻化…は、萎縮効果論の起爆力を凍結する作業でもあった<sup>189)</sup>」と評するが、本質をついた見解であるのかもしれない。

さて、Edison判決は、C内容中立規制を(i)時・所・方法の規制と(ii)許される主題の規制の二つとしたが、松井は「制限が表現内容に向けられていない場合<sup>190)</sup>」で、「表現内容中立的な時・場所・態様の制約と、…表現行為に向けられていない制約が、表現と結びついた行為に適用される場合…(いわゆる象徴的表現)<sup>191)</sup>」が含まれるという。すなわち、C内容中立規制には、C01時・所・方法の規制、C31主題が狭く限定されていない規制と、C11象徴的表現の規制があることになる。このC11象徴的表現の規制については、1968年のO'brien判決<sup>192)</sup>において要件が定められた。同判決はまず「同じ行動の文脈において」言論“と”非言論“要素が組み合わせられているとき、非言論要素を規制する、十分に重要な政府利益は、第1修正の自由に関する付随的な制限を正当化できる<sup>193)</sup>」として、C11象

182) Lehman v. Shaker Heights, 418 U. S. 298 (1974) (opinion of Blackmun, J.). 市営交通システムにおける商業的広告で、政治的広告の受け入れを拒否したことが表現の自由を侵害したことになるかが争われた事案。Edison判決は「相対的多数意見は、車両で商業的広告のため紙面を貸している市の交通システムは、ゲリラ的組織の政治的広告を受け入れなければならないことはない、と結論した」(Edison, 447 U.S. at 538-539)と紹介した。

183) Edison, 447 U.S. at 539.

184) Ibid.

185) 芦部 [2000] 406頁。芦部は「モスレイ事件の条例のように、…(主題が狭く限定されている規制)と、レーマン事件の規則のように、…(主題が狭く限定されていない規制)とに分け、前者は内容規制と同視し、後者は内容中立規制」と考えるという説を紹介している。

186) 松井 [2008] 210頁。松井は「道路や公園などは一般にパブリック・フォーラムと呼ばれている」と説明する。またMosley判決は、パブリック・フォーラムの原則について次のように述べている。「平等保護条項にしたがい、必ずしも第1修正自体には言及せず、政府は、政府がその見解を受け入れ可能と考えた人々にフォーラムの使用を許すが、好感度が低いか、またはより物議をかもし見解の表明を望む者に使用を否認する、としてはならない。そして、政府は公的な施設においてどの問題が議論や討論に値するか選別してはならない。“思想分野における平等の地位”があり、政府は、すべて観点から耳にふれる平等な機会をあたえなければならない。いったん一定の集団により集会所が演説のフォーラムが開かれれば、政府は、何をいおうとしているかを根拠にして他の集団の集会所や演説を禁止してはならない。パブリック・フォーラムからの選択的な除外は、内容のみを基本としてはならず、内容のみの参照によって正当化されない。」(Mosley, 408 U.S. at 96.)

187) この点は、Lehman判決において「ここ(市バス内)では、いかなる第1修正の(表現活動が許される)フォーラムもみいだされない」(Lehman, 418 U.S. at 304)と述べられている。

188) 松井 [2008] 216頁。

189) 毛利 [2008] 108頁。

190) 松井 [2008] 165頁。

191) 同上。

192) United States v. O'brien, 391 U.S. 367 (1968). 徴兵登録証明書を焼却したことで連邦法違反を問われたオブライエンが、連邦政府と連邦法の合憲性をめぐって争った事案である。

193) O'brien, 391 U.S. at 376.

徴的表現への付随的な制限についての基本的な立場を明らかにした。また、「明らかにされるべき政府利益の性質を特徴づけるため、当裁判所は、次のような用語をもちいてきた<sup>194)</sup>」と述べ、「やむにやまれぬ (compelling)<sup>195)</sup>」「実質的な (substantial)<sup>196)</sup>」「劣後する (subordinating)<sup>197)</sup>」などの用語をあげた<sup>198)</sup>。そして、付随的な制限を正当化できる要件として、第一に、「政府規制が政府の憲法上の権限の範囲内である<sup>199)</sup>」ること、第二に、「政府規制が重要もしくは実質的な政府利益を促進<sup>200)</sup>」すること、第三に、「政府利益は表現の自由の抑圧と無関係である<sup>201)</sup>」ること、第四に、「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<sup>202)</sup>」ことをあげた。第一点と第三点は目的審査と、第二点と第四点は手段審査とかかわるが、「やむにやまれぬ利益」ではなく「重要もしくは実質的な利益」と規定している点が重要である。C 内容中立規制に属する C11 象徴的表現の規制においては、やむにやまれぬ利益の要件はもちいないと明言したことになる。このことから、O'brien 判決は中間審査の出発点であるとする見解がある<sup>203)</sup>。いずれにせよ、C 内容中立規制においては従来の厳格審査とは異なる用語がもちいられることとなった。さらに1984年の Clark 判決<sup>204)</sup>において、C01 時・所・方法の規制と C11 象

徴的表現の規制は相互互換が可能とされたが、ここではこれ以上言及しない。

## 2. 2. 2 表現内容規制に関する事例

ところで、前節で C 内容中立規制を確認したが、それでは、B 表現内容規制はどうであろうか。代表的な事案として前節でもふれた1972年の Mosley 判決を取りあげる。同判決は「労働ピケとほかの平和的なピケのあいだの許されない区別をしているため、当該条例は違憲である<sup>205)</sup>」として、第14修正の平等保護条項を理由にシカゴ市の条例を違憲としたが、「ピケは表現をとまなう行動であり;さらには、ピケの主題の条件において構成される区分により、シカゴ市の条例はピケに影響する<sup>206)</sup>」と述べ、第1修正の利益に関しても多く考察している。まず「中心的な問題は、条例がピケの主題の用語において許されないピケを記載していることである<sup>207)</sup>」と示し、その後の判例でよくもちいられる「しかし、なにをいっても、第1修正は、政府はそのメッセージ、思想、主題、または内容を理由として表現を制限する権限をもっていない、ということの意味する<sup>208)</sup>」という指摘をした。この指摘は、1937年から1971年までの7判例<sup>209)</sup>を包括的にまとめたものである。またピケと時・所・方法の規制の関係についても、「すべてのピケは常に許容されなければならない、と

194) Ibid.

195) Ibid. 使用判例として、*Button*, 371 U. S. at 438 ; *Sherbert*, 374 U. S. at 403 をあげた。

196) Ibid. 使用判例として、*Button*, 371 U. S. at 444 ; *Alabama*, 357 U. S. at 464 をあげた。

197) Ibid. 使用判例として、*Bates*, 361 U. S. at 524 をあげた。やむにやまれぬ州の利益は、劣後する利益であることを示している。

198) *O'brien*, 391 U.S. at 377. 同様に「主要な (paramount)」という用語について、1. 2. 2 であげた1963年の *Sherbert* 判決を指摘した。

199) Ibid.

200) Ibid.

201) Ibid.

202) Ibid.

203) 毛利 [2008] 189頁。毛利は「ブレナンがウォーレンに対して、修正1条の権利への制約が問題となる以上、*Button* 判決の「やむにやまれぬ利益」基準を維持すべきだと働きかけたのに対し、ウォーレンは「重要なあるいは実質的な」という表現を変えなかったと伝えられている」という。

204) *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984).

205) *Mosley*, 408 U.S. at 94.

206) *Mosley*, 408 U.S. at 95.

207) Ibid.

208) Ibid. 脚注180) の示す本文の引用部分と同じである。

いているわけではない。当裁判所は継続的に、ピケの合理的な“時・所・方法”の規制は、重要な政府利益を促進するために必要であるかもしれないと認識してきた<sup>210)</sup>」として1941年から1966年の4判例<sup>211)</sup>をあげた。そのうえで、「しかし、パブリック・フォーラムからの選択的な除外に関するこれらの正当化は、慎重に審査されなければならない。なぜならば、ピケは明らかに、第1修正の保護の範囲内である表現をとまなう行動を含むから、ピケのなかでの差別は、実質的な政府利益に仕えるよう設定されていなければならない<sup>212)</sup>」と1940年から1969年の9判例<sup>213)</sup>をあげて主張した。そして、「本件において、当該条例は許されないピケを、時・所・方法の条件ではなく、主題の条件で記載している。規制は“時、所、および状況に対する中立性から滑り落ちて、内容に関する懸念にはいりこむ”これは決して許されない<sup>214)</sup>」と続けた。シカゴ市は、第1修正の権利につき主題を理由として制限するという、もっていない権限を行使した、と構成してもまったく問題ないであろう<sup>215)</sup>。

次に、同様のピケに関する事件を平等保護条項侵

害によって違憲とした、1980年のCarey判決をみる。同判決は多くの点でMosley判決を踏襲している。第一に、第1修正の権利や表現内容規制との関係をCarey判決は「住居近隣の公道および歩道のうへの平和的なピケを禁止することで、イリノイ州法令が、第1修正の保護の範囲内にはいる、表現をとまなう行動を規制していること、に疑問はありえない<sup>216)</sup>」と述べ、第1修正の権利を規制していると認識した。また「一般的な禁止から労働争議の関係勤務先の“平和的ピケ”のみを除外することで、州法令は、ピケ参加者のコミュニケーションの内容に基づき行動を合法と違法に識別している<sup>217)</sup>」として、表現内容規制であると認めた。そして、「文面において、法令は、一つの特定の主題に関する見解の表現に優先的な取りあつかい…をあたえている。州法令にしたがう住宅地でのピケの許容は、それゆえ、伝えられるメッセージの性質のみに応じている<sup>218)</sup>」から、「政府規制がパブリック・フォーラムにおける言論関連行動のあいだに区別をつけるとき、平等保護条項は、実質的な州の利益に仕えるべく繊細に策定された立法と、それが描くいかなる区

209) この7判例のうちの、たとえば、1963年のButton判決の該当部分を確認すると、「憲法は、人種、信条、または、提供される保護、真理、人望、思想や信念の社会的有用性をもたず、集団のメンバー間の政治的または宗教的關係にかかわらず、表現および結社を保護する」(Button, 371 U.S. at 444-445)となる。

210) Mosley, 408 U.S. at 98.

211) たとえば、Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536 (1965) 判決の該当部分は「政府責任者は、交通のため街路を開けて利用可能にし続ける義務と責任がある。デモ参加の集団は、道路を遮断し、公共または民間の建物にはいり、そして集団の熱心な勧誘を聞くことに同意しなかった者をだれも通さない権利を、強要できなかった」(Cox, 379 U.S. at 554-555)と述べる。また1965年のCox判決についてMosley判決は「これは、Cox事件における、ブラック裁判官の次のような同意意見の主意であった：“とくに労組の見解の公表のためのピケを許すがほかの種類ピケは禁ずることによって、ルイジアナ州は、道路において議論する気がある見解のなかで選び、選別しようとしている。ルイジアナ州は、何が、道路で召集することを許される人が議論してよい、および議論してはならない、公共の利益の事項なのか、法により定めようとしている。これは、当職(ブラック裁判官)には、とても不快な形態における検閲で、第1修正および第14修正にしたがい違憲であるようにみえる。”(Cox, 379 U.S. at 581.) 当裁判所は、ブラック裁判官の引用をとまなう見解を受け入れる」(Mosley, 408 U.S. at 97-98)という。

212) Mosley, 408 U.S. at 99.

213) この9判例のうちのGarner v. Louisiana, 368 U.S. 157 (1961) 判決の該当部分は「すべての州の権限は、いかなる集団に対しても平等保護を否定しないよう行使されねばならないという、優先的な憲法上の要求がある」(Garner, 368 U.S. at 185)としている。

214) Mosley, 408 U.S. at 99.

215) このあと、判決は、「市は、確実に学校を混乱させるピケを停止させることにおける実質的な利益を有する」(Mosley, 408 U.S. at 99)と、目的審査では市がやむにやまれぬ利益をもっているとし、手段審査において「“決定的な問題は、しかしながら、[シカゴ市の条例が] 平等保護条項の要求と一致する方法においてその目的を促進するかどうかである。”」(Ibid.)と、平等保護条項をみたさないことを理由として条例を違憲とした。

216) Carey, 447 U.S. at 460.

217) Ibid.

218) Carey, 447 U.S. at 460-461.

別の正当化も、注意深く審査されなければならないと命ずる<sup>219)</sup>」と、手段審査で平等保護条項に合致する必要最低限の要件をみたさないかぎり違憲とすると判示する。第二に、法令を正当化する利益にも分析を加えた。「自宅のプライバシーを促進することにおける利益<sup>220)</sup>」と「労働争議に特別な保護を提供することにおける州の利益<sup>221)</sup>」を考察し、ともに正当化しえないと結論した<sup>222)</sup>。一方、「自宅での福祉、静穏、およびプライバシーを保護することにおける州の利益は、最も高度な秩序によるものである<sup>223)</sup>」とし、やむにやまれぬ利益であることを認めしたが、手段審査で「決定的な問題は、法令が平等保護条項に合致する方法において当該目的を促進するかどうかである。そして、法令はピケの表現する主題に基づいてピケを識別するから、決定的な問題への答えは“否”でなければならない<sup>224)</sup>」と否定した。

最後に、B 表現内容規制と C 内容中立規制の違ひに関連し 1988 年の Boos 判決を考える。1986 年

の Renton 判決<sup>225)</sup>は、居住区近隣の成人映画館の設置を禁止する条例につき、わいせつな表現を理由に禁止する B 表現内容規制ではなく、成人映画館を禁止することによる犯罪の防止などの“二次的効果”を目的とする、時・所・方法の制約である C 内容中立規制であると判示していた<sup>226)</sup>。Boos 判決は、コロンビア特別区規約 § 22-1115 のディスプレイ条項<sup>227)</sup>を違憲としたが、その検討のなかで「それ以前の判決<sup>228)</sup>で、“内容中立”言論規制を“規制される言論の内容へのかかわりなしで正当化される”規制、と記載した<sup>229)</sup>」とまず C 内容中立規制の定義を示す。そのあと Renton 判決の内容を説明し<sup>230)</sup>、「映画館内で上映されるフィルムの内容は、(規制と)無関係であり、規制の対象ではなかった<sup>231)</sup>」と判示した。そして、二次的効果と規制の目的について「その代わりに、当該条例は、“取りまく地域社会におけるそのような映画館の二次的効果”、性的に露骨な映画を呼び物とする映画館にほとんど特有である効果、すなわち、犯罪の防止、価

219) *Carey*, 447 U. S. at 461-462. 言及した *Mosley* 判決は、*Mosley*, 408 U.S. at 98-99, 101.

220) *Carey*, 447 U. S. at 455.

221) *Ibid.*

222) 前者については「法令は、プライバシーの利益に関して負わせるだろう損害の根拠により、さまざまな種類の労働争議でないピケのあいだで区別しようと試みていない」(*Carey*, 447 U. S. at 465) ことを理由にあげ、「より根本的には、労働争議のピケの除外は、内容に基づく労働争議と非労働争議の区別は、プライバシーにいかなる影響もあたえないという簡単な理由により、住居でのプライバシーを保護する方法として支持されえない」(*Ibid.*) として、後者については「労働争議のピケは、他の問題、とくに、被上告人らが主張することを望んでいる、重要な経済的、社会的、および政治的な主題をめぐる公的な抗議よりも第 1 修正の保護を受ける価値があるわけではない」(*Carey*, 447 U. S. at 466) としてともに拒絶した。

223) *Carey*, 447 U. S. at 471.

224) *Ibid.*

225) *City of Renton v. Playtime Theatres*, 475 U.S. 41 (1986).

226) *Renton*, 475 U.S. at 46-48.

227) *Boos*, 485 U.S. at 312. 判決文は「コロンビア特別区規約 § 22-1115 は、外国大使館の 500 フィート以内で、外国政府に“公的な非難”または“公的な悪評”をもたらす傾向のある、いかなる標示をかかげること (ディスプレイ条項)、または警察の解散命令にしたがうことを拒否して集まること (集合条項)、のいずれも非合法としている」と記載している。

228) これは、*Virginia Pharmacy* 判決を引用した *Renton* 判決を意味する。すなわち、「当裁判所は、しばしば (時・所・方法の規制という) そのような種類の規制を承認してきた、ただし、当該規制が規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、そのようにすることにおいて、規制が情報の促進のために十分な他の選びうる経路が開かれていること、のかぎりにおいてである」(*Virginia Pharmacy*, 425 U. S. at 771) を引用した「要するに、*Renton* の条例は、“規制される言論の内容へのかかわりなしで正当化される”規制として、“内容中立”言論規制という当裁判所の定義に完全に合致している」(*Renton*, 475 U.S. at 48) である。

229) *Boos*, 485 U.S. at 320.

230) 具体的には「*Renton* 判決において問題となっている規制は、禁止される言論を、“ほかの種類映画館と異なり成人映画に特化した映画館”とあつかう、映画館のタイプへの参照によって、説明した。しかし、*Renton* 判決における規制は、特定の言論のカテゴリに対してのみもちいるが、その正当化は、その言論とは何も関係がない」(*Boos*, 485 U.S. at 320) と述べた。

231) *Ibid.*

値ある財産の維持、および居住区近隣の保護、を目的としていた<sup>232)</sup>」とした。成人映画館禁止の目的は、犯罪の防止、財産の維持、居住区の保護であったというのである。また、犯罪の防止などを成人映画館(禁止)の二次的効果と称したことになる。したがって、「被告らは、ここで現実の懸念も、二次的効果、すなわち、外交官をその威厳を損ねるような言論から保護するための米国の国際法上の義務だ、と論ずることで、Renton 判決の範囲内にディスプレイ条項をもちこもうとしている<sup>233)</sup>」が、「Renton 判決の条例は、表現の自由の抑制を目的としていなかった<sup>234)</sup>」から、「被告らの試みは Renton 判決を誤解している<sup>235)</sup>」と判断した。すなわち、「聴衆に関する言論の直接的効果に着目する規制は、異なる状況を提供する。言論への聴衆の反応は、当裁判所が Renton 判決で言及した“二次的効果”の類ではない<sup>236)</sup>」から、被告らの「この正当化は、言論の内容、および言論がその聴衆に及ぼす直接的影響にのみ注目する<sup>237)</sup>」もので失当であると結論した。つまり、Renton 判決と同じようにディスプレイ条項を時・所・方法の制約である C 内容中立規制と認めて、合憲とするような判断はなされなかったのである。厳格審査(やむにやまれぬ利益の要件)が適用される B 表現内容規制を、適用されない C 内容中立規制に二次的効果という概念をもちいて変更していくという流れは、Boos 判決により一応の歯止めがかけられた。

### 3 必要最小限の要件に関する考察

#### 3.1 予備的整理と LRA

##### 3.1.1 論理的な整理

手段審査における要件は、narrowly tailored<sup>238)</sup>とされるが、これは「狭く策定された<sup>239)</sup>」「綿密に考案された<sup>240)</sup>」あるいは「厳格に定められている<sup>241)</sup>」と訳すことが自然である。ところが芦部は続けて、この「要件は、立法目的を達成するために是非とも必要な最小限度のもの<sup>242)</sup>」であると説明する。「必要最小限の制限」「必要不可欠の制限」という訳もある。そこで、narrowly tailored について予備的に整理してみたい。第一に、前提条件を次のように定める。規制目的の対象の人であることを仮定(条件) a とし、規制によって実際に制限を受ける人であることを結論(条件) b とする。さらに、仮定 a をみたす人の集まりを集合 A、結論 b をみたす人の集まりを集合 B と定義する。また、集合 A の要素の数(人数)を  $n(A)$ 、集合 B の要素の数(人数)を  $n(B)$  とする。第二に、論理学での記述にふれる。論理学においては、集合 A と集合 B が等しいことを「命題“ $a \Rightarrow b$ ”が真であるとき、集合 A は集合 B の部分集合であるという。A が B の部分集合で、かつ B が A の部分集合ならば、A と B は等しい<sup>243)</sup>」という。しかし、現実と数学(論理学)は異なる。現実には集団(集合) A と集団 B が完全に等しくなることはありえない<sup>244)</sup>。第三に、こ

232) Ibid.

233) Ibid.

234) Ibid.

235) Ibid.

236) *Boos*, 485 U.S. at 321.

237) Ibid.

238) Narrow tailoring, narrowly drawn などとも記される。筆者は、*Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448, 480 (1980) 判決における、手段審査の要件は「その目標を達成する限定されたもの (is narrowly tailored to the achievement of that goal.)」という記載から「(手段の) 限定性」という訳語を考えていたことがある。高橋 [2022] 72 頁。

239) 城野 [2015] 100 頁。

240) 金原 [2012] 61 頁。

241) 芦部 [2000] 412 頁。

242) 同上。

までの整理を前提として、「必要最小限の制限」を再定義する。すなわち、「必要」とは「 $n(B) > n(A)$  であること」であり、「最小限」とは「 $n(B) > n(A)$  が最小限であること」である。必要不可欠の制限も同じ意味であろう。第四に、「狭く策定された」「綿密に考案された」「厳格に定められている」を再定義する。すなわち、「狭く」「綿密に」「厳格に」とは、第三点と同じく、暗黙のうちに「 $n(B) > n(A)$  であること」を想定し、かつ「 $n(B) > n(A)$  が最小限であること」を表現している。つまり、narrowly tailored の訳語として「必要最小限の制限」も「狭く策定された」も同じ意味でもちいられていることが理解できる。

さて、必要最小限の要件を構成する要素に関してヴォロクは、第一に、「立法が必要最小限であることに、政府は、当該立法は実際に利益を促進する、と立証し、裁判所を満足させなければならない」という「利益の促進性<sup>245)</sup>」、第二に、「もしも立法が政府利益に関係がない多量の言論を規制するならば、その法令は必要最小限ではない」という「過大包摂がないこと<sup>246)</sup>」、第三に、「もしも当該言論規制と同様に本質的に（政府）利益に仕えるであろう、より制限的でない他の選びうる手段があるならば、

その立法は必要最小限ではない」という、「より制限的でない他の選びうる手段<sup>247)</sup>」、第四に、「規制された言論と同様な程度に、政府利益を棄損する多量の言論を規制することに失敗する」という「過小包摂がないこと<sup>248)</sup>」と述べる。一方ファロンは要素として、対象となる権利の侵害が不可欠である根拠、過小包摂のないこと、過大包摂のないこと、比例原則、をあげた<sup>249)</sup>。金原はこれらを踏まえたうえで、「手段の必要最小限性の審査には、通常、①手段が目的を実際に促進するか、②手段が最も制限的でない手段…といえるか、③手段が目的にとって過小包摂…となっていないか、④手段が目的にとって過大包摂…となっていないか、という四つの審査が含まれる<sup>250)</sup>」とする。次に、過小包摂と過大包摂について確認する。タスマンらは過小包摂について「第三のタイプの区分は、“過小包摂”と呼ばれる。区分において含まれる者のすべては、害悪に染まっているが、この区分が含まない害悪に染まっている者が存在する<sup>251)</sup>」とした。すなわち、本稿における用語でいえば、過小包摂とは、規制によって実際に制限を受ける集団 B はすべて、規制目的が対象とする集団 A であるが、集団 B に含まれない集団 A が存在する、ということである。では、過大包

243) 「真・偽を論じうる文章を一般に命題 (proposition) という」(坂本ほか [1971] 31頁)。なお、命題には“pならばq”という形のものが多いが、日常語「ならば」は「条件 (conditional) …に相当し」(坂本ほか [1971] 35頁)、 $\Rightarrow$ と略記する。また、「pを前件 (antecedent)、qを後件 (consequent) という」(坂本ほか [1971] 35-36頁)。命題“ $p \Leftrightarrow q$ ” (“ $p \Rightarrow q$ ”が真、かつ“ $q \Rightarrow p$ ”が真) のとき、pとqは共に、必要十分条件 (pとqは同値) であるから、仮定 (前件) pと結論 (後件) qが必要十分条件 (同値) であるとき、仮定pを表す集合Pと結論qを表す集合Qは等しい、といえる。本文では、仮定pをa、結論qをb、集合Pを集合A、集合Qを集合Bと読み替えられたい。

244) Tussman et al., (1949) at 347-348. タスマンらも「すべてのTはMであり、かつすべてのMはTである (All T's are M's and all M's are T's) という、第一のケースにおいて、法令における区分は、法令の目的に関して同様に位置する者らの区分と完全に一致している。完全に合理的である」が、「これら…の状況はじっくりと考察する必要がない」とした。なお、本文との関係においては、規制目的が対象とする集団A=M (害悪に染められた者)、規制によって実際に制限を受ける集団B=T (区分が特徴とする者)、である。

245) Volokh (1996) at 2422. 表題の原文表記は、Advancement of the Interest.

246) Ibid. 表題の原文表記は、No Over-inclusiveness.

247) Ibid. 表題の原文表記は、Least Restrictive Alternative. なお、この用語はわが国では less restrictive alternative (s) から LRA と略されているが、米国では less drastic means; less offensive alternatives; reasonable alternatives などともいわれる。松井 [2008] 170頁参照。

248) Volokh (1996) at 2423. 表題の原文表記は、No Under-inclusiveness.

249) Fallon (2007) at 1327. 原文表記は、次のとおり。Proof of Necessity of Infringement on a Triggering Right ; Under-inclusiveness Inquiry ; Over-inclusiveness Inquiry ; Proportionality.

250) 金原 [2017] 6頁。

251) Tussman et al., (1949) at 348.

撰はどうかというと、タスマンらは「第4のタイプの区分は、法が目的としている害悪に染まった者の集団よりも、より広い範囲の個人に負担を強いる。それゆえ、“過大包撰”と呼びうる。ヘロデ王は、それらのうちの一人が将来滅亡をもたらすために、特定の日に生まれたすべての男性の子供に死を命ずるという区分を採用した<sup>252)</sup>」という。同じく本稿の用語でいえば、過大包撰とは、規制目的が対象とする集団 A よりも、規制によって実際に制限を受ける集団 B が、より広い範囲の個人に負担を強いることである、となる。ヘロデ王の例でいえば、集団 A は特定の日に生まれたただ一人の男性の新生児で、集団 B は特定の日に生まれたすべての男性の新生児である。たしかに過大包撰であろう。

### 3. 1. 2 LRA の定義と初期の判例

金原のいうこの四つの審査のうち、まずヴォロクの第三点であるより制限的でない他の選びうる手段 (LRA) から考える。LRA を芦部は「規制目的に民主的価値が認められ規制権力側に権利・自由に対して一定の制約を加える理由がある場合で、しかも裁判所が広汎な規制を設ける実質的利益がどの程度あるのか種々の要件を衡量して決定する場合に通常用いられる<sup>253)</sup>」審査であるという。この芦部の定義には、第一に、目的に一定の価値があること、第二に、規制が広汎であること、第三に、この目的 (政府利益) と規制を受けることで損なわれる権利・

自由の利益を比較衡量<sup>254)</sup>することが含まれている。佐藤は「表現の自由」については、その「優越的地位」に照らし、特に、その制約が過度に広汎にわたっていないか、より制限的でない他の選択しうる手段が存在しないか、が厳密に問われなければならない。前者は過度の広汎性故の無効の法理と呼ばれ、後者は… (LRA の法理) と呼ばれる<sup>255)</sup> という。芦部と佐藤の見解から、LRA には LRA 自体に加えて、価値ある目的、(過度の) 広汎性、比較衡量という論点のあることが理解される。ここで判例によりこれらの点を確認していきたい。初期のものは経済的自由の分野におけるものが多い。1894年の Lawton 判決<sup>256)</sup> は州法を合憲としたが、「手段は、目的達成のために合理的に必要であり、かつ過度に個人に抑圧的でないこと、がみえなければならない<sup>257)</sup>」こと、および「(州) 議会は、公共の利益を保護するという口実にしたがい、個人事業を恣意的に妨害し、合法的な職業に対し普通でなく不必要な規制を課してはならない<sup>258)</sup>」ことを判示した。ここでは価値ある目的、LRA に通ずる過度に個人に抑圧的でない手段という語がみられるが、まだ LRA という概念自体はあらわれていない。次に、1917年の Adams 判決<sup>259)</sup> は「搾取は、このビジネス (民間による有償の雇用あっせん機関) と関連して増大するかもしれない…から、適切な規制によってこのビジネスを防止することには十分な理由がある」が、「しかし、これではまだ、…個人の権利の

252) Tussman et al., (1949) at 351.

253) 芦部 [1974] 290頁。

254) ただし、芦部 [1974] は「ただ、そこでの衡量は無原則的な事件かぎりの比較考量 (ad hoc balancing) ではない。規制を受ける権利・自由の側により大きな比重がおかれた上での価値の衡量が行われる」と補足する。290頁。

255) 佐藤 [2011] 260頁。

256) Lawton v. Steele, 152 U.S. 133 (1894). 魚を保護するため捕獲網を使用した者の網を押し戻したり破壊したりする NY 州法が、合衆国憲法 (第14修正) のデュープロセス条項に違反しないかどうか争われた。判決は州法を合憲としたが、「それゆえ、公共のために州の権限をさしはさむことにおいて、州を正当化するためには、第一に、公共の利益は一般に、特定の集団の利益から区別されるように、そのような干渉を要すること、および、第二に、手段は、目的達成のために合理的に必要であり、かつ過度に個人に抑圧的でないこと、がみえなければならない」Lawton, 152 U.S. at 137、また「(州) 議会は、公共の利益を保護するという口実にしたがい、個人事業を恣意的に妨害し、合法的な職業に対し普通でなく不必要な規制を課してはならない」Ibid. と判示した。

257) Lawton, 152 U.S. at 137.

258) Ibid.

259) Adams v. Tanner, 244 U.S. 590 (1917). 私企業による有償の職業あっせん機関を禁止したワシントン州法が、第14修正で保障されているデュープロセスなしで (職業を探す) 自由を奪われ、という権利を侵害する争われた事案である。

破壊を正当化するに十分ではない」と述べ、州には搾取の防止という正当な目的があるが、それだけでは就業機会を求める個人の権利の侵害を正当化できないとした。そして、「この結論は、労働者に雇用機会を発見する努力義務を課す、無料の雇用あっせん機関を設立することにおける、多くの州の行為によって強化される」と、州自身が無料の雇用あっせん機関を設立することがLRAになりうるとしたのである。Adams判決において、価値ある目的、LRA、比較衡量という要素をみることができる。これ以外にも1926年のWeaver判決<sup>260)</sup>や1928年のLiggett判決<sup>261)</sup>において、価値ある目的、LRAが存在することを理由として州の法令に違憲の判断がなされている。経済的自由についてLRA法理の枠組みが整備されつつあったことが理解できる。さらに1923年のMeyer判決<sup>262)</sup>は、Adams判決に言及し<sup>263)</sup>、「州のポリスパワーの適切な行使を構成する州議会による決定は、最終的で決定的なものではなく、裁判所の監督にしたがうものである<sup>264)</sup>」とLawton判決を一部引用して、第1修正の事件にもLRAを導入したとされる。

ところで、ヴォロクは「これら（利益の促進、過大包摂、LRAという）三つの要素は密接に関連しており、これらのすべてはLRA照会のなかに含まれうる<sup>265)</sup>」という。また、「法令が実際に利益を促進しなければ、当該法令をまったくもたないことは、より制限の少なく、同じように効果的なりうる代替手段である<sup>266)</sup>」と補足する。すなわち、規制利

益と手段に関係がなければ、法令がないこと自体がLRAになる。さらに、「法令が過大包摂であれば、利益に関係しない言論を免除する、より狭い範囲の法令は、より制限の少なく、同じように効果的である<sup>267)</sup>」とする。過大包摂であれば、必然的により狭い範囲の法令がLRAになる。そして、「最高裁が、法令は“やむにやまれぬ州の利益に仕えるために必要”でなければならないというとき、最高裁は、これら三つの要素に言及しているようにみえる<sup>268)</sup>」とまとめる。ヴォロクによれば厳格審査には、目的審査におけるやむにやまれぬ利益、手段審査における利益の促進、過大包摂、LRAがそのまま要件として含まれていることになる。では、過度の広汎性と過大包摂の関係はどのように考えればよいのであろうか。この点を中心に次節以降、分析を続ける。

## 3.2 過度の広汎性と過大包摂・過小包摂

### 3.2.1 LRAと過度の広汎性

佐藤と芦部によれば、過度に広汎な制約をもつ法令にはLRAではなく、過度の広汎性故の無効の法理が適用され、比較衡量が可能な過大包摂の法令にはLRAが適用されるという。そこで、ウォーレン・コート期のLRAの代表的な判例である1960年のShelton判決を確認する。同判決は「第一に、当裁判所が以前から認識する機会があったように、州の学校において教えるために雇用する者たちの能力と適性を調べることは州の権利として何ら疑問がない<sup>269)</sup>」と、州は正当な目的をもっていることを認

260) Weaver v. Palmer Bros. Co., 270 U.S. 402 (1926). 羽ふとんなどの素材に打ち直し品をもちいることを健康保護や詐欺防止などの目的で禁止した、ペンシルバニア州法の有効性が論点となった事案である。

261) Liggett Co. v. Baldridge, 278 U.S. 105 (1928). 薬局などの所有者は薬剤師の有資格者であることを義務づけた、ペンシルバニア州法の合憲性が争われた経済的事案である。

262) Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923). 外国語による教育を禁止したネブラスカ州法について、第1修正の表現の自由を侵害するかが争われた事案。

263) Meyer, 262 U.S. at 399.

264) Meyer, 262 U.S. at 400. 該当するLawton判決は「言い換えれば、州のポリスパワーの適切な行使であるとの州の決定は、最終的で決定的なものではなく、裁判所の監督にしたがうものである」である。Lawton, 152 U.S. at 137.

265) Volokh (1996) at 2423.

266) Ibid.

267) Ibid.

268) Ibid.

めた。しかし、「第二に、教員にすべての組織的なつながりの開示を強いることは、教員の結社の権利、言論の自由に密接に結合した権利、言論の自由のように、自由な社会の基礎としてある権利を損なうこと<sup>270)</sup>」になると論点も整理した。そして「法10による照会の範囲は、完全に無制限 (unlimited) である<sup>271)</sup>」としたうえで、「政府目的が正当で実質的でも、結果がより狭く達成しうるとき、その目的は基本的な個人の自由を広く窒息させる (broadly stifle) ような手段で追求しえない<sup>272)</sup>」こと、「立法的な制限の範囲は、同じ基本目的の達成のための、より劇的でない手段 (less drastic means) に照らして審査されなければならない<sup>273)</sup>」ことを判示した。正当な理由があっても、無制限で広汎な照会は第1修正で保障された自由を窒息させるため、LRAが存在するときは違憲となる、という法理を完成させたとされる。2.1.2でリベラル派により再解釈をほどこされた、やむにやまれぬ利益要件は、1963年の Button 判決で示された漠然性や過度の広汎性を背景に、第1修正の自由が威嚇に弱い権利であることを強調したが、過度に広汎とあわせて、自由を窒息させるという抑止理論の用語もみられる。また、Shelton 判決は 1938年の Lovell 判決<sup>274)</sup>、1939年の Schneider 判決、1940年の Cantwell 判決、1960年の Talley 判決も援用して LRA の概念を整理した。

ところが芦部は、過度の広汎性と LRA の関係を論ずるなかで、これら判例の「広汎性の程度は同じではなく、…LRA の基準が真正面から適用されて合憲性が判定された同じ類型の事件ではない<sup>275)</sup>」という。そこで、これらの広汎性の程度を簡単に検討してみる。

第一に、Shelton 判決が言及したと思われる<sup>276)</sup>、Lovell 判決における条例の内容は「市の責任者から許可なしには、いかなる時、所、および方法においても、いかなる種類の印刷物の配布も禁止している<sup>277)</sup>」である。また目的を示す条項は「そのような (印刷物などの配布という) 実践は、妨害 (不法なめいわく) 行為で、グリフィン市に対する犯罪として処罰される<sup>278)</sup>」で、規制目的は、妨害行為の防止になる。一方、規制範囲は「いかなる時、所、および方法においても、いかなる種類の印刷物の配布も禁止<sup>279)</sup>」である。規制手段が目的と比較して過度に広汎であることは明らかであろう。また芦部のいうように<sup>280)</sup>、目的と手段に合理的な関係があるのかも疑問である。第二に、Schneider 判決は裁判所の立場を示し<sup>281)</sup>、「街路を清潔にして美観を保持する目的は、市民が正当に公共の道路で喜んで受けとる者に印刷物を手渡すことを禁ずる、条例の正当化には不十分である<sup>282)</sup>」との基本的見解を提示した。また「言論と報道の自由の憲法上の保

269) *Shelton*, 364 U.S. at 485.

270) *Shelton*, 364 U.S. at 486.

271) *Shelton*, 364 U.S. at 488.

272) *Ibid.*

273) *Ibid.*

274) *Lovell v. City of Griffin*, 303 U.S. 444 (1938).

275) 芦部 [1974] 285頁。

276) *Shelton*, 364 U.S. at 488. 文面は次のとおり。「最高裁は、ジョージア州グリフィンにおいて、許可なしに、いつでもであろうとすべての印刷物の配布を禁止し、広汎な妨害を指示する条例を、正当な自治体の目的を達成するには不必要であるとして、無効とした。」

277) *Lovell*, 303 U.S. at 452.

278) *Lovell*, 303 U.S. at 447.

279) *Lovell*, 303 U.S. at 451.

280) 芦部 [1974] 286-287頁。

281) *Schneider*, 308 U.S. at 160. 判決文は「市当局は、公共の安全、健康、福祉または便宜の利益のため規制をおこなってもよいといえども、それらは、情報や意見を話し、書き、印刷し、または閲覧することを望む者に対して合衆国憲法によって保障された個人の自由を削減してはならない。」である。

282) *Schneider*, 308 U.S. at 162.

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<sup>283)</sup>」と市当局の立場にも理解を示した。そして、「(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<sup>284)</sup>」と比較衡量とLRAの例示をしたのである。Schneider判決での規制目的は、街路を清潔にして美観を保持することで、規制範囲は道路におけるあらゆる印刷物の配布の禁止である。Schneider判決には正当な目的、規制の広汎性、比較衡量、LRAとすべての要素が含まれている。第三に、Cantwell判決は、まず宗教的信条と宗教的行為について述べた<sup>285)</sup>。次に規制につき「州は、…公衆の安全、平和、快適または便宜の利益において、一般に勧誘の時間と方法を規制する自由がある<sup>286)</sup>」が、「規制権限は、許された目的達成において、保護された自由を不当に侵害しないよう行使されねばならない<sup>287)</sup>」と原則を述べた。そのうえで勧誘が宗教的なものかを決定する州の手続きに関して事実認定し、それが恣意的であるとして「上告人らに適用された法令は、第14修正に違反して法の適正手続きなしに上告人らの自由を奪ったと考える<sup>288)</sup>」と結論した。本件において、目的は公衆の安全、平和、快適または便宜の利益で、規制範囲は勧誘が宗教的なものか否かだが、規制範囲に問題がある(広汎すぎる)より、認定手続きにデュープロセス条項違反があるということである。

第四に、Talley判決は「ここにある条例は、その内容が“公衆の倫理に対してわいせつや不快である、または、非合法的な行動を唱える”ちらしに限定されていない<sup>289)</sup>」とLovell判決を引用し、「この条例は詐欺・虚偽広告、および名誉棄損文に責任がある者を特定化するための方法を提供することを目的としている<sup>290)</sup>」と述べる。規制目的は詐欺・虚偽広告、名誉棄損文に責任がある者の特定である。しかし、裁判所は「条例は、限定解釈する方法がまったくなく<sup>291)</sup>」、「これら問題行為または邪悪なものを防止するための、条例の限定解釈による有効性を認めない<sup>292)</sup>」と、対象範囲を限定して合憲とすることを否定した。そして、「条例は、単にすべての状況のもとでいかなる場所でも、条例が要求する箇所に名前と住所が印刷されていない、すべてのちらしを禁止するものである<sup>293)</sup>」と判示した。規制範囲は道路における、責任者の名前と住所が印刷されていないあらゆる印刷物の配布の禁止である。これは過度の広汎性と考えるほかはないが、芦部はこれも目的と手段に関係がないとしている<sup>294)</sup>。

たしかに、Lovell事件とTalley事件には過度の広汎性があり、Schneider事件では比較衡量できる範囲の広汎性とどまり、Cantwell事件には広汎性の問題はないように思われる。ただ、2.1.2で言及した、1967年のZwickler判決のハーラン裁判官による結論同意意見にあるように、過度かどうかの範囲、基準は明らかではない。過度の広汎性の法理

283) Ibid.

284) Ibid.

285) *Cantwell*, 310 U.S. at 303-304. 判決文面は次のとおり。「第一の(内心的な宗教的信条という)ものは絶対的であるが、事物の性質において、第二の(宗教的行為という)ものは絶対的とはできない。(宗教的)行為は、社会保護のための規制にしたがう。」

286) *Cantwell*, 310 U.S. at 307.

287) *Cantwell*, 310 U.S. at 304.

288) *Cantwell*, 310 U.S. at 303.

289) *Talley*, 362 U.S. at 64. 引用されているLovell判決は「条例は、公衆の倫理に対してわいせつや不快である、または、非合法的な行動を唱える“印刷物”に限定されていない」(*Lovell*, 303 U.S. at 451.)である。

290) Ibid.

291) Ibid.

292) Ibid.

293) Ibid.

294) 芦部 [1974] 285-287頁。

はむしろ時代的背景と最高裁内部の意図に起因するものであり、時代的背景は徐々に同法理にそぐわなくなってきたと考えるべきではないだろうか。これを裏づけるように、1972年のBroadrick判決<sup>295)</sup>によって、過度の広汎性には厳しい制約が課されるようになる。論点は、過度の広汎性による文面違憲と、過度の広汎性をもつ事案における第三者の権利侵害の可能性の援用である。同判決は前者を「法令は過度に広汎であり、保護されていない行動と同様に保護されている行動にもとどくから、それゆえ文面違憲とされねばならない<sup>296)</sup>」という法理であるとし、後者については原則を「法令が、ことによると、他の人々にも非合憲的に適用されるかもしれないという根拠において、法令が合憲的に適用されるかもしれない人物は、当該法令を攻撃することはできない<sup>297)</sup>」としたうえで、その例外と位置づけている<sup>298)</sup>。過度の広汎性についてその変遷を多くの判例を示しながら述べたあと<sup>299)</sup>、同法理は控えめに適用されてきたという<sup>300)</sup>。そして、「当該法令が、仮に文面として過度に広汎であり、保護された言論を不詳のある程度まで抑制するかもしれないといえ

ども、せいぜい予言的なものである抑止効果によって、自信をもって、その法令を文面違憲として無効にすること、および、州に対し明白に州の禁止権限の範囲内である行為への法令実施を禁止すること、を正当化できない、時点がやってくる<sup>301)</sup>」と同法理の限界を示唆し、さらに「とくに純粹言論だけでなく、行動が含まれている場合、当裁判所は、法令の過度の広汎性は、法令の明白に適法な範囲に関連して判断され、現実的なだけでなく、実質的でなければならぬと考える<sup>302)</sup>」とした。A3過度の広汎性の要件として、単なる文面における範囲の広さだけでなく、その適用が現実的かつ実質的であることを判示したのである。また「(上告人らの)行動は、仮に表現をともしないものであっても、有効な刑事法の適用範囲内にはいること<sup>303)</sup>」を示して、法令の中心的な部分に該当する者は、たとえA3過度の広汎性がある事件であっても、第三者の権利侵害の可能性の援用はできないと示唆した。2.2.1で紹介した毛利のいう、萎縮効果論の起爆力を凍結する作業という表現が実感をもって感じられる。

295) *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973). 州の公務員による政治活動を規制したオクラホマ州法の合憲性が争われた事案で、上告人らは州法の過度の広汎性と漠然性を主張した。

296) *Broadrick*, 413 U.S. at 610. この表現は、上告人の主張を説明する部分でもちいられている。

297) *Ibid.* この原則に関連して、1869年から1960年までの7判例に箇所を特定して言及している。

298) *Broadrick*, 413 U.S. at 611-612. 文面は次のとおり。「過去において、最高裁は、これらの原則の限られた例外を認めてきたが、それは最も「重要な相殺政策」によるものである。そのような例外の一つは、その訴訟結果によって失うものがある、特定の訴訟の立場の当事者でないが、(他に) 彼らの権利自体を守る効果的な手段をもたない個人の場合である。もう一つの例外は、第1修正の分野において刻まれてきた。第1修正は息継ぎする空間を必要とすること、および第1修正の権利の行使を規制するか負担をあたえようとする法令は、必要最小限に策定されなければならない、および表現の特定の形態は他の社会のやむにやまれぬ必要性に譲歩しなければならない、という熟考された、議会の判断を表すこと、と長く認識されてきた。(この) 直接的な帰結として、裁判所は、第1修正の分野において「当人が攻撃するための要件なしに、自らの行動は、必要な狭い特異性で策定された法令により規制されえない、と強く主張する、過度の広汎な法令への攻撃を許すよう」当事者適格の伝統的なルールを変更してきた。」なお、引用部分は、前半が *Raines*, 362 U.S. at 22-23 (1960) (脚注146参照) で、後半が *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479, 486 (1965) である。

299) *Broadrick*, 413 U.S. at 612-613.

300) *Broadrick*, 413 U.S. at 613. 文面は次のとおり。「この手法における過度の広汎性の法理の適用は、明らかに、強い薬である。過度の広汎性の法理は、裁判所によって控えめに、そして、最後の手段としてのみもちいられてきた。文面上の過度の広汎性は、問題とされている法令に関して限定解釈がされたか、またはできるときには、発動されてこなかった。同様に重要なことは、過度の広汎性の主張は、仮に受けいられても、保護された行動に適用されることが求められる通常の刑事法に対して発動されたときには、縮小されてきたことである。」この最後の文章は、他人の権利侵害の可能性の援用に制限を加える場合にもちいられている、と考えられる。

301) *Broadrick*, 413 U.S. at 615.

302) *Ibid.*

303) *Ibid.*

### 3.2.2 LRA と過大包摂・過小包摂

はじめに LRA と過大包摂の判例として、1.2.1 でも言及した 1991 年の Simon 判決を取りあげる。裁判所は「州は犯罪の成果から被害者に償うことにおいてやむにやまれぬ利益を有するが、犯罪についての非行者の言論の続行に対する、そのような代償における利益があるとしても、それはわずかである<sup>304)</sup>」という見解であったが、ここから手段審査に移る。この考察のはじめにおいてオコナー裁判官による法廷意見は「被害者が犯罪の利益から補填されることを保証する手段として、サムの子息法は著しく過大包摂である<sup>305)</sup>」と述べる。そして、その理由として同法の条項から「犯罪の方向線上に付随的に著作が犯罪についての著者の見解、または著者の回想を表明したものに限られる、という条件のもとではあるが、法令はいかなる主題の著作にも適用される<sup>306)</sup>」こと、「法令の“有罪とされた人物”の広汎な定義は、委員会に、著者は実際には罪に問われただけか、有罪とされたのかどうか（にかかわらず）、自身の著作で犯罪にかかわったと認めた、あらゆる著者の収入を預託することを可能としている<sup>307)</sup>」ことをあげた。著作の主題、著者の該当性の両面において、サムの子息法を実際に運用する委員会には圧倒的な裁量が許される条項になっており、対象の範囲は過大であるとしたのである。このあと法廷意見は、バートランド・ラッセルなどの人物さえ対象になりうると具体的な事例をあげ、次いで、同法が表現内容規制か内容中立規制かという論点に関し「同法はあまりにも過大包摂であるため、

当裁判所は、1989 年の Ward 事件<sup>308)</sup>および 1986 年の Renton 事件における当裁判所の判決にしたがい、法令は内容中立規制であるという、委員会の主張を処理する必要がない<sup>309)</sup>」とした。内容中立規制であるため、厳格審査の適用はまぬかれるという委員会の主張をこれも正面から否定した形である。両事件について「一定の言論者には影響するが、他の者には影響しないにもかかわらず、法令は、規制される言論の内容に関係しない目的に仕えることを意図された、内容中立規制であったと判示した<sup>310)</sup>」ことは認めたが、「しかしながら、(両事件においても)規制は州によって主張される利益を促進するため“必要最小限に設定されて”いなければならない<sup>311)</sup>」と、たとえ C 内容中立規制でも必要最小限の要件ははずれないとしたのである。1.1.2 でふれた、C も B に準ずる(厳格な)基準をもちいるべきだとする芦部の見解が思いおこされる。さらに「規制は、“必要最小限に設定された”ものではなく、一 Ward 判決や Renton 判決において適用されたよりゆるく設定された基準でさえも(なく)一ここでのように、“言論に関する負担の実質的な部分は[州の内容中立的な]目的を促進することに仕えるものでない”<sup>312)</sup>」と Ward 判決を引用して委員会の主張を否定した。そのうえで、「ゆえに、サムの子息法が Ward 判決のように内容中立規制として、または Leathers 判決<sup>313)</sup>のように表現内容規制として、分析されるかにかかわらず、本件は、第 1 修正の要求をみたすには過大包摂である<sup>314)</sup>」と判示した。過大包摂の考察だけでも十分に説得力があるが、そ

304) *Simon*, 502 U.S. at 120-121.

305) *Simon*, 502 U.S. at 121.

306) *Ibid.*

307) *Ibid.*

308) *Ward v. Rock against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

309) *Simon*, 502 U.S. at 122.

310) *Ibid.*

311) *Ibid.*

312) *Ibid.*

313) *Leathers v. Medlock*, 499 U. S. 439 (1991). 税務上、新聞・雑誌には免除を設けながら、ケーブルテレビには免除を設けなかったアーカンサス州法が、第 1 修正に違反しないか争われた事案である。

314) *Simon*, 502 U.S. at 122.

れに加えて LRA 的な部分にもふれて、「委員会は、5年間のその書籍からの著者の収入全体を管理し、…その収入をすべての著者の債権者に対して利用可能とする<sup>315)</sup>」ので、「サムの子息法がそのような成果を生みだしうることは、当該法令は、ひかえめにいっても、犯罪の利益から犯罪の被害者に償うという州の目的を達成するため必要最小限に設定されたものではない<sup>316)</sup>」と結論した。

次に、LRA と過小包摂の判例として 1989 年の Florida Star 判決<sup>317)</sup>を分析する。本件は、第 1 修正が保障する報道の自由と個人のプライバシーの保護が論点である。法廷意見はまずプライバシーの保護という州の利益について、公表を処罰する規則は、性的暴行を受けた被害者のプライバシー、報復されるかもしれない被害者の物理的な安全、暴露の恐れなく暴行を報告し被害者を励ますこと、という目的を促進するという主張を考慮し、「レイプの悲劇的な実態を思いおこせば、高度に重要な利益、被害者の特定情報のさらなる拡散を禁ずる刑事法令を実施することで、これらの利益を保護するというフロリダ州法令のはっきりとした試み、があることを否定できない<sup>318)</sup>」として州のやむにやまれぬ利益を認めた。次いで、同様の事件として 1975 年の Cox Broadcasting 判決<sup>319)</sup>、1977 年の Oklahoma Publishing

判決<sup>320)</sup>、1979 年の Daily Mail 判決<sup>321)</sup>に言及し、Daily Mail 判決における「仮に新聞社が合法的に公衆的に意義のある事項についての、真実である情報を入手したならば、州の責任者は憲法的に、当該情報の公表を処罰し、最も高い秩序の州の利益を促進する必要を欠いてはならない<sup>322)</sup>」という判示を、Daily Mail 原則として考察の枠組みとした。Daily Mail 原則において州の責任者が遵守すべき二つの規範のうち、後者の「最も高い秩序の州の利益を促進する必要を欠いてはならない」ことが手段審査における必要最小限の要件に関係する。そして、Daily Mail 原則について、三つの考察を述べた。すなわち、「第一に、同原則は、新聞社が“合法的に入手した”情報の公表を保護するだけであるから、政府は、公表が侵害するかもしれない、レイプ被害者の匿名性を守ることを含む、重要な利益を保護する広く十分な手段を保持する<sup>323)</sup>」こと、第二に、「すでに公衆にとって利用可能である情報の拡散のために報道機関を処罰することは、相対的に、州が行動しよう求めているサービスにおける利益を促進しそうもない<sup>324)</sup>」こと、第三に、「メディアが一定の真実の情報の公表によって処罰されることを許す結果をもたらすかもしれない、“臆病さと自己検閲”<sup>325)</sup>」が存在することである。考察の第一点は

315) *Simon*, 502 U.S. at 123.

316) *Ibid.*

317) *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989). フロリダ州法に反して性犯罪の被害者名を公表した新聞社に対し、懲罰的な損害賠償が課せられたが、その州法と損害賠償などの妥当性が争われた事案である。

318) *Florida Star*, 491 U.S. at 537.

319) *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975). 同判決について Florida Star 判決は「当裁判所は、報道局は裁判所の記録から入手した、レイプされ殺された被害者の名前を報道した TV に対する民事損害賠償を違憲とした」(*Florida Star*, 491 U.S. at 530) と説明する。

320) *Oklahoma Publishing Co. v. Oklahoma County District Court*, 430 U.S. 308 (1977). 同判決について Florida Star 判決は「当裁判所は、報道関係者が出席した 11 歳の児童を含む未成年裁判手続との関係で、当該児童の名前または写真の公表をメディアに禁じた、州裁判所の本審理前命令を違憲とした」と補足した。

321) *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979). 同判決について Florida Star 判決は「当裁判所は、家庭裁判所の書面による承認なしには、未成年被告として告発されている未成年者の名前を新聞社に公表することを禁じている、州法に違反した二つの新聞社への起訴手続きを違憲とした」と紹介した。

322) *Daily Mail*, 443 U.S. at 103.

323) *Florida Star*, 491 U.S. at 534. 第一の考察に関連し、法廷意見は「情報が政府に任せられる場合、プライベートな事実の拡散に対して防御するために、真実の公表を処罰するよりもより劇的でない手段は、ほとんど常に存在する」(*Ibid.*)とも述べている。これは完全に LRA のことである。

324) *Florida Star*, 491 U.S. at 535.

LRA を連想させ、第二点は利益の促進性に関連し、第三点は抑止理論を想起させる。

また、「州法令 § 794.03 にしたがって上告人（新聞社）に責任を課すことは、“最も高い秩序の州の利益を促進する必要” に仕えるのかどうか<sup>326)</sup>」を検討するなかで、第一に、上告人（新聞社）が情報を入手した方法<sup>327)</sup>、第二に、州法令の文面における過失の範囲の広汎さ<sup>328)</sup>、第三に、州法令の文面における過小包摂<sup>329)</sup>、という論点を示した。まず、第一点については「上告人が、政府のニュースリリースを通して問題となっている情報へのアクセスを入手したこと<sup>330)</sup>」を指摘し、Daily Mail 判決を引用して<sup>331)</sup>「ニュースリリースにたよることは、“典型的に日常業務の新聞報道技術である”<sup>332)</sup>」から、「上告人は、単に警察署により準備されたニュースリリースを再生産しているにすぎないのならば、民事的な損害を課すことは、確実に第1修正を侵害する<sup>333)</sup>」と判示した。第二点については「セクション 794.03 に基づく民事訴訟は、個人の生活上のプライバシーの開示は、合理的な人物がはげしく不快であると感じるものにかざられる、という慎重な事実認定を要しない<sup>334)</sup>」だけでなく、「裁判所によって適用される過失の理論自体にしたがい、公表から責任は自動的に結果として生じる<sup>335)</sup>」と問題点を整理し、セクション 794.03 によると「この訴因にしたがう、真実の公表は、最も保護されることが少

ない中傷的な虚偽よりも、第1修正による保護は少ないという、ひねくれた結果を発生させる<sup>336)</sup>」と断じた。また「より個々に取りあつかう裁定が、犯罪被害者の匿名性の保護を求める州が、被害者の名前の公表に対し文面で設定する、より（負担の）少ない絶対に必要なやり方である<sup>337)</sup>」と LRA が存在することを明らかにした。最後に、第三点については「州は、大手メディアと同じようにとるにたりない報道機関にも、公平にその禁止を適用することによって、この利益の促進へのその関与を強く主張しなければならない」と新聞社以外の大手メディアには州法令による禁止が適用されていないことを指摘し、過小包摂があることを明示した。第一点、第二点、第三点より、手段であるセクション 794.03 は、目的（州の重要な利益）を促進していないこと、LRA が存在すること、過小包摂があることが論証されたことになる。

3.2 では、過度の広汎性、過大包摂、過小包摂について判例を通し確認してきたが、やはり、過度の広汎性との連動のない必要最低限の要件には迫力がなく、2.2.1 でも述べたように、まして LRA の程度を緩めれば厳格審査にはならないと考えられる<sup>338)</sup>。

325) Ibid.

326) *Florida Star*, 491 U.S. at 537.

327) Ibid. 判決文では「第一（の理由）は、上告人が問題となっている特定情報を入手した方法である」と述べている。

328) *Florida Star*, 491 U.S. at 539. 判決文では「フロリダ州の公表への責任の強要に関する第二の問題は、セクション 794.03 から読み取れる民事の請求を裏づける事実（訴因）にしたがい適用された、過失の広汎な範囲の基準それ自体である」としている。

329) *Florida Star*, 491 U.S. at 540. 判決文では「第三に、そして最後に、セクション 794.03 の文面上の過小包摂は、フロリダ州が、実際に、この法令で、被上告人が確認の支持を訴える、重要な利益に仕えているのかについて深刻な疑念を生じさせる」と記載されている。

330) *Florida Star*, 491 U.S. at 538.

331) *Daily Mail*, 443 U.S. at 103.

332) *Florida Star*, 491 U.S. at 538.

333) *Florida Star*, 491 U.S. at 539.

334) Ibid.

335) Ibid.

336) Ibid.

337) *Florida Star*, 491 U.S. at 540.

## ■ 今後の課題

ファロンは「①どこから厳格審査は生じたのか、②いつ生じたのか、③なぜ生じたのか、④厳格審査の中核的な要件は厳密になにを意味するのか、⑤やむにやまれぬ利益とはなにか、そして、⑥どのようにしてその利益は特定化されるのか、⑦法令や規則にとって必要最低限に策定されるべきとはなにを意味するか(番号は引用者が付した)<sup>339)</sup>」という七つの問いを發した。まず①については、合衆国憲法第1修正の占める役割が大きそうである。②については、ウォーレン・コート期(1953-1969)に様式が確定されたとできる。しかし、第14修正に基づく法理がウォーレン・コート自身の意図のため必要であったことは納得できるが、長く論争が続いてきた表現の自由など第1修正に基づく法理の完成がなぜこの時期だったのか、なお疑問が残る。すなわち、③でいう、厳格審査とは何を求めて構築された制度なのかの共通の認識はいまだできていない<sup>340)</sup>。④は、ヴォロクの貢献によりある程度明らかになったといえよう。ただ⑤は検討したが、概念自体が微妙に変化しており、⑥の特定化はできているとは思えない。⑦も考察したが、整理しきれていない。またファロンの問いとは別に、両法理ともウォーレン・コート期以降、後退を余儀なくされるが<sup>341)</sup>、その理由も十全に説明されているとはいいがたい。

そこで、厳格審査の本質をさぐるため、判例をさらに考察することを第一の課題とする。ただし、対象となる判例の数は膨大であり、多くの時間を要するであろう。次に、ウォーレン・コートと第1修正に基づく厳格審査の関係や、なぜウォーレン・コート後、厳格審査は後退しているのかなどを巨視的に分析することを第二の課題としたい。第二の課題は、第一の課題よりもさらに広い範囲の考察を必要とするかもしれない。

## ■ 参考文献

- 芦部信喜 [1973]『憲法訴訟の理論』有斐閣  
芦部信喜 [1974]『現代人権論 一違憲判断の基準一』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  
新 正幸 [2008]『憲法訴訟論』信山社  
伊藤 健 [2017]「目的審査に関する違憲審査基準(一) — “compelling” と “important” の実質的区別に向けて—」法学論叢 181 (2): 153-174 頁  
江橋 崇 [1987]「二重の基準論」芦部信喜編『講座 憲法訴訟(第2巻)』有斐閣 125-159 頁  
木下 毅 [1987]「アメリカの司法審査」芦部信喜編『講座 憲法訴訟(第1巻)』有斐閣 49-96 頁  
金原恭子 [2012]「信教の自由」『アメリカ判例百選』有斐閣 60-61 頁

338) 芦部 [2000] 437 頁。芦部は「十分な他の選ぼうる経路」の有無を問うと言っても、…(引用者注: 国家権力側に対して) 立法目的を達成するために他のより制限的でない手段の利用が不可能である旨を証明する責任があること、を問うのではなく、表現者にとって「他の選ぼうる手段」が開かれているか否かを問題にするにすぎないこと、「しかも「十分な」経路という、それ自体は高い基準も、実際には「適当な」(adequate) 経路があれば足りるという形で運用される例が多かった」ことを指摘している。

339) Fallon (2007) at 1270.

340) Fallon (2007) ファロンは、厳格審査の本質について、第一に、「基本的権利の侵害に対してほとんどカテゴリー的な禁止」(Fallon (2007) at 1302) という「ほとんどカテゴリー的な禁止」、第二に、「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」(Fallon (2007) at 1306) という「加重された比較衡量基準」、第三に、「政府は意図的に保護される集団を標的にし、または優先的利益に負担をおわせたことはない、ということを保証するため、おおよそ適用される、不正な動機の検証基準」(Fallon (2007) at 1308) という「不正な動機の検証基準」、の三つを提示している。

341) 第14修正に基づく法理は、基本的権利と疑わしい区分という二つの要件の適用対象の拡大を縮小、停止させることにより、第1修正に基づく法理は、A3 過度の広汎性の法理の制限、C 内容中立規制の適用拡大による B 表現内容規制の適用事案の縮小、C 内容中立規制の基準の緩和により、厳格審査の対象範囲は減少している。前者については、高橋 [2022] 57, 63-65 頁参照。

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

坂本百大／坂井秀寿 [1971] 『新版 現代論理学』 東海大学出版会

酒匂一郎 [2021] 「合衆国司法審査理論と比例性アプローチ（上）」 法政研究 88-3-156 895-940 頁 (111-156 頁)

佐藤幸治 [2011] 『日本国憲法論』 成文堂

城野一憲 [2015] 「表現の自由と厳格審査——アメリカ連邦憲法の修正1 条解釈におけるルーツと展開——」 早稲田法学会誌第65巻2号 99-149 頁

高橋 靖 [2018] 「転換期とあるべき社会——環境調和性と分配における公正を中心に——」 甲南法務研究 No.14 73-101 頁

高橋 靖 [2020] 「アメリカ合衆国における応用倫理学と司法審査——社会的課題の解決をめぐる——」 甲南法務研究 No.16 41-68 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

田中英夫編集代表 [1991] 『英米法辞典』 東京大学出版会

松井茂記 [2008] 『アメリカ憲法入門（第6版）』 有斐閣

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

横田耕一 [1987] 「合理性の基準」 芦部信喜編『講座 憲法訴訟（第2巻）』 有斐閣 161-196 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.

Joseph Tussman and Jacobus tenBroek (1949), 'The Equal Protection of Laws', "California Law Review", Vo. 37, p.341.

Eugene Volokh (1996), 'Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny', "University of Pennsylvania Law Review", Vol. 144, p. 2417.

Adam Winkler (2006), 'Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in

*the Federal Courts*', "Vanderbilt Law Review", Vol. 59, p. 793.

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 2022 年 8 月 31 日である。