

# 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——

伊藤 健

## 目次

- はじめに 本稿の問題関心と目的
- 第一章 目的審査に対する消極的な傾向
- 第二章 日本の学説の整理——目的審査の基準の構成要素
  - 第一節 立法目的の「正当性」・「重要性」
  - 第二節 立法目的の「実現の必要性」
  - 第三章 アメリカの判例法理における目的審査
    - 第一節 検討の対象(以上、本号)
    - 第二節 目的審査の基準の構成要素
    - 第四章 「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」の実質的区別に向けて
      - 第一節 構成要素の相互関係と程度差
      - 第二節 「実現の必要性」の判断手法
      - 第五章 本稿の提示した目的審査の手法の意義
        - 第一節 本稿の提示した目的審査の手法の適切性
        - 第二節 日本の判例の再構成
- おわりに 今後の課題

## はじめに 本稿の問題関心と目的

わが国の憲法学では、主に法律の違憲審査を行う手法として、アメリカの判例法理に起源を有する「違憲審査基準論」が提唱されてきた。<sup>(1)</sup>「違憲審査基準論」とは、法律の違憲審査を行う際に、裁判所が、権利論的及び機能論的観点から類型的に審査の基準を設定し、その基準に基づいて当該法律が憲法に適合するか否かを判断する手法である。<sup>(2)</sup>一般的な審査基準として、①立法目的がやむにやまれない利益 (compelling interest) を有するか、<sup>(3)</sup>及び、立法目的と立法手段との関連性が必要不可欠なものかを問う厳格審査基準、②立法目的が重要な利益 (important interest) を有するか、<sup>(4)</sup>及び、立法目的と立法手段が実質的な関連性を有するかを問う中間審査基準 (もしくは厳格な合理性の基準)、<sup>(5)</sup>そして、③立法目的が正当な利益 (legitimate interest) を有するか、及び、立法目的と立法手段が合理的な関連性を有するかを問う合理性の基準の三種類が挙げられる。<sup>(6)</sup>

しかし、そのような違憲審査基準論に対しては、わが国の判例において未だ本格的には採用されていないとの指摘がなされるとともに、<sup>(7)</sup>三種類の一般的な審査基準の中から適用される審査基準が図式的に決定され、審査基準が決定すればあとは審査基準ごとに機械的に結論が決定されてしまうという図式的運用・機械的あてはめへの批判がなされている。<sup>(8)</sup>このような状況の下、事案ごとの利益衡量で柔軟に憲法判断を行ってきた日本の裁判所には、違憲審査基準論よりも、ドイツの「三段階審査論」において用いられる「比例原則」が適合的であると主張されるようになった。<sup>(9)</sup>「比例原則」とは、法律の違憲審査に際して審査の基準を設定せず、立法目的が正当であるか (立法目的の正当化) を審査した後に、立法手段が立法目的にとって適合的か (適合性原則)、立法手段が立法目的を達成するのに必要か (必要性原則)、及び、立法目的と立法手段が相互に均衡を保った適切な関係にあるか (狭義の比例性) を審査する手法である。<sup>(10)</sup>

この二つの手法には、第一に、権利論的及び機能論的観点から厳格度が異なる複数の基準を使い分けて裁判官の利益

衡量を梓づけた憲法判断を志向するのか、それとも、審査密度の違いはあれども基本的には基準を設定せずに、個別の事案に即した憲法判断を志向するのかという相違や、第二に、論証責任の分配の観点の有無といった相違があり、今後日本の違憲審査にとってどちらの手法がより望ましいのか、あるいは、両者の接合可能性はあるのかといった点について研究がなされてきている<sup>(13)</sup>。このような学説状況の中、「最近、憲法訴訟論や違憲審査基準論が、いかに無益で実務から相手にされていないかを説く見解を目にすることがあるが、いま本当にこれまでの方向性を放棄すべきなのか否か、真剣に見定めるべき時であると思われる」という指摘もなされていることから、違憲審査基準論を再評価することにも一定の意義があるとともに、その必要性があると思われる。

さらに、比例原則においては、確かに、狭義の比例性において立法目的の「重要性」に関する審査を行っているとする主張があるものの<sup>(15)</sup>、少なくとも外見上は立法目的の「正当性」しか審査を行っていないようにみえることから、目的審査よりも手段審査に焦点が当てられているといえる<sup>(16)</sup>。それに対し、違憲審査基準論においては、手段審査の基準だけでなく目的審査の基準も三つに分離している点で、目的審査にも焦点を当てた定式化がなされている。したがって、違憲審査基準論と比例原則の相違として、第三に、目的審査へのウエイトの置き方を加えることができる<sup>(17)</sup>。

とはいえ、違憲審査基準論においても目的審査に焦点を当てて論じられることは少なく、特に、それぞれの目的審査の基準がどのような内実を有し、どのように区別されるのかについてはほとんど論じられてこなかった<sup>(18)</sup>。そこで本稿は、目的審査に関する違憲審査基準、その中でも特に目的審査が積極的に行われる傾向にある「やむにやまれざる利益」を主な検討対象とし、その比較対象として「重要な利益」をも検討することで、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」の実質的区別に向けた示唆を提示することを目的とする。

それゆえ以下では、まず目的審査に対する従来の判例・学説の消極的な傾向を分析することで、目的審査における問題点を析出し(第一章)、その問題点に関連して、目的審査の基準がどのような観点から区別されると考えられてきたか

に関する日本の学説を整理する(第二章)。その後、それを視点として、アメリカの判例において「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」が実際にどのように扱われてきたのかを確認し(第三章)、目的審査に関する違憲審査基準である「やむにやまれざる利益」が、「重要な利益」とどのように区別されるのかを検討する(第四章)。最後に、本稿の提示する目的審査の手法の適切性を示し、その手法に従って日本の判例の再構成を試みる(第五章)。

- (1) 例えば、芦部信喜「憲法学Ⅱ 人権総論」(有斐閣、一九九四年)二一三―二四五頁、同『憲法学Ⅲ 人権各論(1)(増補版)』(有斐閣、二〇〇〇年)二四―三二頁、佐藤幸治「日本国憲法論」(成文堂、二〇一一年)六六一―六六五頁を参照。
- (2) 高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報六一巻二二号(二〇〇九年)三六〇―三六六頁を参照。
- (3) 違憲審査基準には、本稿の対象とする三種類の一般的な審査基準の他に、「明白かつ現在の危険」の法理や「現実の悪意」の法理などの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、本稿の対象とする一般的な審査基準とこれら個別的な審査基準との関係は、いわば、一般法・特別法の関係に相当するといえよう。
- (4) *compelling interest* の訳語としては「必要不可欠な利益」や「極めて重要な利益」が用いられることもあるが、*compelling* の原義が「ある物事を行うよう強制されている」もしくは「それをやらねばならないことが観念できない」ということであるから、本稿では、「やむにやまれざる利益」という訳語を当てることとする。長谷部恭男・木村草太「憲法を使いこなす」*Law & Practice* 九号(二〇一五年)三〇頁〔木村発言〕を参照。
- (5) 本稿では、中間審査基準と厳格な合理性の基準を、実体的内容は同一であるが論証責任の分配が異なるものと整理する(後掲注(6)を参照)。なお、厳格な合理性の基準の不明確性を指摘するものとして、松井茂記「厳格な合理性」の基準について「阪大法学四二巻二・三号(一九九二年)六二九頁以下、市川正人「厳格な合理性の基準」についての「考察」立命館法学三三三・三三四号(二〇一〇年)一五五頁以下がある。
- (6) 法律が合憲と判断されるために充たすべき実体要件を表す基準としては、以上の三つを挙げるのが通常であるが、違憲審査基準論にはこのような実体論的側面の他に、訴訟論的側面、つまり、審査基準を適用した際に実体要件を充たすための事実の存否をどちらの訴訟当事者にどの程度論証させるのかという「論証責任」と「論証度」の問題がある。この論証責任には、立法事実(後掲注(37)とそれを付した本文を参照)の存在が推定される合憲性推定と、その存在が推定されない違憲性推定があり、通常、厳格審査基準が適用される際には違憲性推定が妥当し、合理性の基準が適用される際には合憲性推定が妥当するとされる。ただし、中間審査基準が適用される際には、制約されている権利によって、違憲性推定が妥当する場合と合憲性推定が妥当する場合が論理的にありうる。ここで、中間審査基準(違憲性推定)と厳格な合理性の基準(合憲性推定)が区別されることになる。そして、論証度の観点から、各審査基準において、立法事実の存否をどの程度論証すべきかが決定される。したがって、実体論的側面及び訴訟論的側面の両者を有するものとして違憲審査基準論を捉える場合、一般的な審査基準としては四種類がありうるようになる。

この点については、芦部信喜が、表現の時・場所及び方法に関する規制に適用される審査基準と、経済的自由に対する消極目的規制に適用される審査基準とを、「ほぼ同じ基準」と評しており、両者が区別されうることを示唆していることから窺える。芦部掲掲注(一)・憲法学Ⅱ二二七頁(傍点ママ)。なお、宍戸常寿「憲法 解釈論の応用と展開(第二版)」(日本評論社、二〇一四年)六四一―六七頁も、芦部に関して本稿と同様の理解をする。

また、「論証責任」という用語及びその意味については、内野正幸が「法律の憲法適否の審査における『立証責任』は、立法事実『立証責任』の場合も含め、訴訟法学にいわれる立証責任(証明責任)とは意味が異なるのである。それは、原則的には、立法事実につき主張・立証するなどして、憲法適否という法的価値判断の問題に関して説得力のある議論を展開する実質的な必要を意味するものではない。……よって、法律の合憲性判断に関しては、訴訟法学の概念と混同されやすい『挙証(する)責任』や『立証(する)責任』……の語を用いるよりも、『論証(する)責任』……や『正当化(する)責任』……の語を使った方が、より適切だといえよう」と述べている。そして、このような意味での論証責任は、証拠提出責任のような行為義務として語られる主観的証明責任ではなく、真偽不明(ノンリケット)の場合の裁判官の判断基準として語られる客観的証明責任に類似することが指摘されている。内野正幸「憲法解釈の論理と体系」(日本評論社、一九九一年)二六〇―二六一、二八四―二八六頁。原竹裕「裁判による法創造と事実審理」(弘文堂、二〇〇〇年)二五六―二七六、三二一―三二六頁。堀清史「いわゆる憲法訴訟における主張責任及び証明責任の周辺について」(岡山大学法学会雑誌六五巻三・四号(二〇一六年)九二九―九三三頁も参照。

それに伴い、訴訟法学にいう「証明度」に関しても、本稿では「論証度」と呼び、立法事実の存否に関して裁判官に抱かせる確信の程度を意味するものとして区別する。

(7) 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)」ジュリスト一三六三三号(二〇〇八年)六四頁などを参照。

(8) 市川正人ほか「学会展望 憲法」公法研究七〇号(二〇〇八年)二五四―二五八頁(工藤達朗執筆)、駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」法学教室三三八号(二〇〇八年)四一―四二頁、阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能——憲法と理由」辻村みよ子ほか編「憲法理論の再創造」(日本評論社、二〇一一年)一六二頁脚注(55)、渡辺康行ほか「憲法Ⅰ 基本権」(日本評論社、二〇一六年)七八―八〇頁(松本和彦執筆)などを参照。

(9) ドイツにおける三段階審査論・比例原則についての代表的な文献としては、松本和彦「基本権保障の憲法理論」(大阪大学出版会、二〇〇一年)、B・ビエロト・B・シュリンク(永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権』(法律文化社、二〇〇一年)、小山剛「憲法上の権利」の作法(第三版)』(尚学社、二〇一六年)がある。また、カナダにおける比例原則に関しては、佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開——『オークス・テスト』(Oakes Test)の内容と含意——」北大法学論集六三巻二号(二〇一二年)六五四頁以下を、フランスにおける比例原則に関しては、小島慎司「比例原則——フランスの場合——」上智法学論集五六巻二・三号(二〇一二年)七一頁以下を参照。

なお、従来は違憲審査基準論と三段階審査論が対比されることが多かったように思われるが、「三段階審査論」とは、違憲審査過程を保障範

囲・制約・正当化という三つの段階に構造化する思考枠組みであり、それ自体は違憲審査基準論も否定するものではない。したがって、正当化段階において法律の憲法適合性を判断する際に、違憲審査基準を用いるか比例原則を用いるかにおいて両者は対立しているという理解から、本稿では、比例原則と違憲審査基準論を対比する。阪口正二郎「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——」一橋法学九巻二号（二〇一〇年）七一一—七二二頁、高橋和之「人権論の論証構造——「人権の正当化」論と「人権制限の正当化」論(1)」ジュリスト一四二二号（二〇一一年）五五頁脚注(12)、同「憲法判断の方法との関連でみた近時の最高裁判決の新動向」法律時報増刊「国公法事件上告審と最高裁判所」(二〇一一年)二六頁脚注(8)、市川正人「最近の『三段階審査』論をめぐって」法律時報八三巻五号（二〇一一年）九頁を参照。

(10) 松本(和) 前掲注(9)五四—六三頁、小山前掲注(9)六三—八二頁。

(11) 高橋前掲注(9)三六〇—三六九頁、阪口前掲注(9)七三—七五頁、市川前掲注(9)八一—〇頁、長谷部恭男「土井真一」(対談) 憲法の学び方」法学教室二七五号（二〇一一年）六三—六五頁（土井発言）。

(12) 長谷部「土井対談前掲注(11)六五頁（土井発言）。土井真一は「三段階審査論には、違憲審査における論証責任の分配という視点を明確に見出すことができませぬ。違憲審査基準論については、例えば合理性の基準の場合、正当な目的を実現するために合理的関連性のある手段がどうかという判断の定式に注目されがちですが、実は合理性の基準の場合には、合憲性の推定という論証責任のルールが密接に結び付いているわけです。つまり、問題となっている立法が、正当な目的のために合理的関連性のある手段であるということは推定されていて、違憲を主張する側が、そうでないことをしっかり主張立証しなければならないという点が意識されてきたわけです。違憲審査基準論において論証責任のルールが重視されてきたのは、違憲審査においては立法事実がとても重要だという認識があったからだろうと思います。しかし立法事実を採知する裁判所の能力には限界があるわけですから、国を含めて当事者に立法事実に基づく主張立証をしっかりとさせる必要があるのだという判断から、論証責任のルールを重視することになったのだと思います。どうも、三段階審査論はこの点に関する配慮が十分ではなく、むしろ裁判官による職権主義的な違憲審査が想定されているのではないかという印象を持っています」と述べ、違憲審査基準論と三段階審査論（比例原則）の相違として、訴訟論的側面にも留意すべきことを指摘する。長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2) 国民の権利及び義務(1) §§10—24」(有斐閣、二〇一七年)一五七—一六〇頁（土井真一執筆）も参照。

ただし、三段階審査論においても、被制約利益が憲法上の権利の保障範囲に含まれ、その憲法上の権利に対して国家による制約が存在すること原告が主張・立証すれば、当該制約は「一応違憲」という評価が成立し、次に、国家が当該制約の正当化を論証しなければならぬ、とされていることから、比例原則における論証責任は、正当化の段階については、常に合憲性を主張する側に課せられている（違憲性推定）ということができるのかもしれない。駒村前掲注(8)四一、四五—四六頁、松本(和) 前掲注(9)七一—七二頁注(33)、堀前掲注(6)九二七—九二九頁を参照。

(13) 例えば、違憲審査基準論の方が望ましいとするものとしては、芦部前掲注(1)・憲法学Ⅱ・Ⅲ、市川正人「基本講義 憲法」(新世社、二〇一

四年)、尾形健「司法判断の諸相——アメリカ憲法学の側面から」法律時報八三卷五号(二〇一一年)二八頁以下、君塚正臣「二重の基準論とは異なる憲法訴訟理論は成立するか——併せて私人間効力論を一部再論する」横浜国際経済法学一八卷一号(二〇〇九年)一七頁以下、佐藤前掲注(一)、渋谷秀樹「憲法(第二版)」(有斐閣、二〇一三年)、高橋和之「立憲主義と日本国憲法(第三版)」(有斐閣、二〇一三年)、戸松秀典「憲法(弘文堂、二〇一五年)、長谷部恭男「憲法(第六版)」(新世社、二〇一四年)、長谷部「土井対談前掲注(1)」、松井茂記「日本国憲法(第三版)」(有斐閣、二〇〇七年)、松本哲治「審査基準論と三段階審査」曾我部真裕ほか編「憲法論点教室」(日本評論社、二〇一二年)一六頁以下などがある。

他方、比例原則の方が望ましいとするものとしては、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』——『憲法上の権利』への招待」樋口陽一ほか編著「国家と自由・再論」(日本評論社、二〇一二年)一五頁以下、小山前掲注(9)、西原博史「比例原則の三つのモデルと事実認識・価値判断」高見勝利先生古稀記念「憲法の基底と憲法論——思想・制度・運用——」(信山社、二〇一五年)五七一頁以下、松本(和)前掲注(9)、渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究七一号(二〇〇九年)一頁以下、法政研究七六卷一・二号(二〇〇九年)三三頁以下、渡辺ほか前掲注(8)などがある。

さらに、両者の接合可能性を模索するものとしては、青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリスト一四〇〇号(二〇一〇年)六八頁以下、青柳幸一「審査基準と比例原則」同「憲法学のアポリア」(尚学社、二〇一四年)一五七頁以下、木村草太「憲法の急所 権利論を組み立てる」(羽鳥書店、二〇一一年)、駒村前掲注(8)、阪口前掲注(9)、六戸前掲注(6)などがある。

(14) 土井真一「法の支配と違憲審査制」論究ジュリスト二二〇(二〇一二年)一六七頁。

(15) 松本(和)前掲注(9)五七、六一・六二頁、柴田憲司「比例原則と目的審査——自由権制限の局面を中心に——」法学新報二二〇卷一・二号(二〇一三年)二一八・二二〇頁。小山剛「比例原則と衡量」高橋和之先生古稀記念「現代立憲主義の諸相 下巻」(有斐閣、二〇一三年)一一一・一一二頁も参照。

反対に、比例原則を支持する立場で、狭義の比例性に否定的な態度をとり、その結果、立法目的の「重要性」を審査することに否定的となる見解として、西原博史「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」同編『立法学のフロンティア 2 立法システムの再構築』(ナカニシヤ出版、二〇一四年)二七・二九頁を参照。

(16) 実際、「比例原則における」目的審査は、正当でない目的をはじくという、消極的な審査にとどまる。したがって、審査の重点は、手段審査に置かれる」とされている。渡辺前掲注(13)・公法研究一五頁、法政研究五〇頁(一)〔内筆者〕。また、小山前掲注(9)六八頁も同旨。

(17) 高橋前掲注(2)三六〇・三六〇九頁、市川前掲注(9)九頁。

(18) なお、違憲審査基準論・比例原則を問わず、目的審査に注目するものとしては、時国康夫「憲法訴訟とその判断の手法」(第一法規、一九九六年)二七五頁以下、市川正人「表現の自由の法理」(日本評論社、二〇〇三年)二三三頁以下、平地秀哉「憲法上の平等保障と立法目的の審査」

早稲田法学七七卷二号(二〇〇二年)一四三頁以下、門田孝「違憲審査における『目的審査』の検討(一)(二)完——自由権規制立法の違憲審査基準論を素材として——」広島法学三二卷二号(二〇〇七年)一四五頁以下、三一卷四号(二〇〇八年)一九一頁以下、阪口前掲注(8)一四七頁以下、曾我部真裕「猿払判決・香城解説の検討——憲法学から——」法律時報増刊前掲注(9)二二頁以下、柴田前掲注(15)、金原宏明「週小包撰な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について——E.M.A.事件判決におけるスカリア裁判官法廷意見を素材として——」関西大学法学論集六五卷三号(二〇一五年)一八七頁以下などがある。

## 第一章 目的審査に対する消極的な傾向

三種類の一般的な審査基準を中心とした違憲審査基準論が、わが国の判例において採用されていないとの指摘があることは前述したが、目的審査と手段審査という大きな枠組みによつて違憲審査を行うという手法は、わが国の判例においても、採用されつつあると指摘されている。<sup>(19)</sup>しかし、明示的に目的違憲とした判例は存在せず、<sup>(20)</sup>違憲審査は、立法目的と立法手段の関連性を問う手段審査を中心に行われてきた。

裁判所がこのように目的審査に対して消極的な態度を取る理由として、時国康夫は、アメリカの判例及び学説によりながら、以下の四つを挙げる。<sup>(21)</sup>第一に、立案担当者や議会構成員は、各々異なる意図や目的をもつて特定の法律の制定に当たるので、議会という集合体としての目的を確定することが困難であること(確定困難性)、第二に、立法目的の違憲のみを理由に法律が違憲と判断された場合、合憲な目的に差し替えて同一の法律が制定されれば当該法律は合憲と判断されることが予想されるので、当初の違憲判断は無益なものだったということになり、このようなことが繰り返されると、司法過程・立法過程に対する国民の信頼が損なわれること(無益性)、第三に、法律の憲法適合性判断に当たっては、政治責任を有する議会によつて定立された法律は正統性を有することから憲法上の種々のテストに適合したものと推定してかかるべきであり、立法過程で外聞の悪いことがあったということのみで法律を違憲無効とすることには効用がないこと(無効用性)、第四に、立法目的を立証する過程で政治過程に対する好ましくない侵害が生じうるし、立法



目的を探索することにより最高の政策決定機関に対する敬意の欠如が招来されること(不適當性)である。このように目的審査については、立法目的をどのように特定するのか、そもそも立法目的とは何なのかという、立法目的の認定の局面における困難な問題が存在する(確定困難性)だけでなく、立法目的を違憲と判断することはどのような政策の実現を目指すのかという議会の政策判断そのものを覆すことを意味するので、民主的正統性の点で劣る裁判所が積極的に審査するに適しないという、立法目的の評価の局面における問題も存在する(無益性、無効用性、不適當性)。

しかしながら、手段審査においては、当該手段が当該目的の実現に対してどの程度資するのかを審査するのであるから、手段審査を実効性あるものとするには、目的審査を軽視することはできないはずである<sup>(22)</sup>。実際、目的違憲と判断されるべきであつたにもかかわらず、目的審査にはあまりウエイトが置かれなかつたと指摘される判例や、目的審査の在り方が手段審査に影響を及ぼしたと指摘される判例が存在する。前者の例として、刑法二〇〇条の合憲性が問題となつた尊属殺重罰規定違憲判決<sup>(23)</sup>の法廷意見は、「尊属に対する尊重報恩」という立法目的を、「社会生活上の基本的道義といふべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値する」として簡単に是認した<sup>(24)</sup>。しかし、

田中二郎裁判官の意見は、「尊属がただ尊属なるがゆえに特別の保護を受けるべきであるとか、本人のほか配偶者を含めて卑属の尊属殺人はその背徳性が著しく、特に強い道義的非難に値いするとかの理由によつて、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものといふべきであり、……旧家族制度的倫理観に立脚するものであつて、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触するものとの疑いが極めて濃厚である」として、立法目的そのものに疑義が存するとした<sup>(25)</sup>。これは、立法目的の評価に際してもう少し踏み込む必要があつたことを示唆している(評価の局面)。他方、後者の例として、公務員の政治的行為の禁止に関する猿払事件上告審判決<sup>(26)</sup>では、国家公務員法一〇二条の立法目的が「行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保する」こととされたが、学説からは、そのように広範な立法目的を認定してしまうと、その後の手段審査が意味をなさないと指摘

がなされている。<sup>(28)</sup>ここでは、裁判所の立法目的の認定の仕方が問題とされている（認定の局面）。それゆえ、裁判所が、認定・評価の二つの局面で目的審査をより実効的に行う必要性が存するといえよう。

他にも、裁判所が目的審査に消極的な態度を取る理由として、裁判所はそもそも目的審査を行う能力を欠いているという主張がありうる。<sup>(29)</sup>これは、手段審査は経験的因果関係に関する問題であるので、議会の政策判断の可否を判断する目的審査より中立的であり裁判所の価値判断が介入することが少ないことから、裁判所は、立法目的を評価することよりも、立法手段を評価することに適しているという考え方に基づいている。

しかし、ある目的を実現する複数の手段の中から一つを選択することは、それぞれの選択肢の効果や費用、利益や損害などに関する評価を必要とするので、手段審査は、経験的事実に依拠した選択に関する問題だといっても、価値判断を必要とする。それに対し、立法目的に関する情報は、法令の文言や構造、立法過程、そして政治的文脈に見られ、裁判所にとって比較的利用しやすいものである。それゆえ、立法目的の認定は、法律家としての特別の訓練課程や専門知識を前提とする裁判所が行うのに適しているということも不可能ではない。それだけでなく、こうした消極論によつては必ずしも問題視されていない手段審査も、実は膨大な立法事実の探知を必要とする。そのような手段審査が許容されるとした場合に、目的審査についてのみ殊更に能力問題を騒ぎ立てる理由が果たして本当に存在するのだろうか。手段審査における立法事実の探知が許容されるなら、目的審査におけるそれも当然に認められるのではなからうか、とも考えられる。したがって、両審査とも価値判断を必要とし、裁判所が目的審査を十分に行いうる基礎もあるといえる上に、立法事実の探知の必要性という点では目的審査と手段審査に違いがあるとはいえないので、裁判所は手段審査に比べ目的審査を行う能力を欠いているとは必ずしもいえないだろう。

以上のように、実際に、目的審査を実効的に行う必要性があるだけでなく、裁判所に目的審査を行う能力が欠けているともいえないので、目的審査に対する消極的な傾向は望ましいわけではない。しかし、前述のように、立法目的とは

何であり、どのように確定するのかという認定の局面における問題や、裁判所は立法目的という議会の政策判断をどのように評価するのかという評価の局面における問題も存在する<sup>(30)</sup>。よって、目的審査を考察する際には、認定と評価の二つの局面に区別するのが有益であろう。ただ、本稿は「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」の実質的区別に向けた示唆を提示することを目的として、以下では、評価の局面に着目して考察を進めることとする。

(19) 高橋前掲注(7)六四頁。高橋は、その脚注(1)において、目的・手段審査の枠組みを採用した代表例として、尊属殺重罰規定違憲訴訟に関する最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三三二六五頁、薬事法距離制限事件に関する最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁、森林法共有分割制限事件に関する最大判昭和六二年四月二日民集四一巻三三〇八頁、郵便法違憲訴訟に関する最大判平成一四年九月一日民集五〇巻七号一四三九頁、在外国民選挙権訴訟に関する最大判平成一七年九月一日日民集五九巻七号二〇八七頁、国籍法違憲訴訟に関する最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三六七頁などを挙げる。

(20) 高橋は在外国民選挙権訴訟上告審判決を、門田は薬事法距離制限事件上告審判決を、目的違憲と判断した判例と理解しうる可能性を指摘している。高橋前掲注(2)三六一四・三六一六頁、門田前掲注(18)・(二)完二〇一・二〇九頁。また、衆議院議員選挙の議員定数配分に際して用いられる一人別枠方式の合憲性に関する最大判平成二三年三月三日民集六五巻二号七五五頁を、本件選挙時にはその立法目的の不合理性故に当該方式の合理性は失われていたとした判決と理解するものとして、篠原永明「判批」法学論叢一七一巻二号(二〇一二年)一四〇頁以下がある(なお本判決は、結論としては当該方式が合理的期間内に是正されなかったものというとはできないとして、合憲と判断している)。

(21) 時国前掲注(18)二八九・二九五頁。

(22) 平地前掲注(18)一七六頁注(13)も同旨だと思われる。

(23) 最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三三二六五頁。

(24) 同二六八頁。

(25) 同二七八・二七九頁。

(26) 最大判昭和四九年一月六日刑集二八卷九号三九三頁。

(27) 同四〇〇頁。

(28) 佐藤前掲注(1)一六二・一六四頁。芦部前掲注(1)・憲法学Ⅱ二六二・二六五頁、宍戸常寿「『猿払基準』の再検討」法律時報八三巻五号(二〇一一年)二二・二三頁も参照。

(27) See Ashutosh Bhagwat, *Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis*, 85 CALIF. L. REV. 297, at 321-323 (1997). 平地前掲注(27)一五三—一五五頁も参照。

(30) 門田前掲注(18)・(一)一五五頁も同旨。

## 第二章 日本の学説の整理——目的審査の基準の構成要素

目的審査における評価の局面に着目し、アメリカの判例上「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」がどのように扱われてきたのかを考察する前に、日本の学説上、立法目的を審査する際の基準はどのような観点から区別されてきたのか、言い換えると、目的審査の基準の構成要素としてどのようなものが想定されてきたのかを整理することとする。

### 第一節 立法目的の「正当性」・「重要性」

違憲審査基準論のわが国への導入を精力的に行った芦部信喜は、まず、法律の保護法益——政府利益——の「重要性」の程度によって、立法目的を① *compelling*、② *important*、③ *legitimate* の三種類に区別しており、「やむにやまれざる利益」は、政府利益の「重要性が最高度に大きいものでなければならぬ」とか「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ぬ」として<sup>(31)</sup>いる。それゆえ、目的審査の基準の第一の構成要素として、政府利益の価値の程度を問題とする「重要性」という要素が挙げられる。

ただ、芦部自身、「正当な利益」について「立法目的が何らかの方法で公共の福祉を増進するための働きをするものであれば正当とみなされる」として<sup>(32)</sup>おり、「重要性」とは少し異なる構成要素の存在を示唆<sup>(33)</sup>している。この点に関して、木村草太は、目的審査の基準のうち「正当な利益」は少しでも公益に資する政府利益であれば足るのに対し、「やむにやまれざる利益」であるといえるためには、少しでも公益に資するというだけでは足りず、制約される権利を上回る

「重要性」を有する政府利益でなければならぬとして、二つを区別する。そして、公益に資するか否かは、他の利益との比較の中で相対的に評価される「重要性」とは異なり、絶対的な評価の下で判断される、と述べている。<sup>(34)</sup>ここから、公益に資するということが、言い換えると、憲法上禁止されていない、憲法上追求することが容認されるということを意味する「正当性」という第二の構成要素を挙げることができる。

そして、最高裁判所調査官を経て後に高等裁判所長官となった香城敏磨も、猿払事件上告審判決に関する調査官解説の中で、「目的違憲は、その法律の達成しようとする目的が違憲であること、すなわち、その法律によって得ようとする利益が憲法上国の立法権限の範囲外のものであることを理由として、これを違憲と判断する手法である」と述べている。<sup>(35)</sup>これは、政府利益が立法権限内にあり、憲法上追求することが容認されるかを問題としているので、目的審査を立法目的の「正当性」を問うものと位置づけているといえる。

このように、これまでの目的審査においては、政府利益が憲法上禁止されていない、憲法上追求することが容認されるという意味での「正当性」を有するかということが、そして、政府利益の価値の程度を意味する一定の「重要性」を有するかということが問われてきたと整理することができる。

## 第二節 立法目的の「実現の必要性」

次に、従来、違憲審査基準論と関連づけて主張されてきた「立法事実 (legislative fact)」に注目する。そもそも違憲審査とは、法律が憲法に適合するか否かを裁判所が判断する国家作用であるが、ここでいう法律が憲法に適合するか否かという問題は、特に手段審査についていえば、主として、「形式的な理論が予定する事実上の結果が特定の法律によってはたして生ずるかどうか、という因果の連関の問題」である。そして、この因果の連関は、事実問題を含むから、憲法と法律の規範を比較するだけで判断することは不可能であり、「裁判所は、法律が前提し、あるいは法律が適用さ

れる事実についての深い知識をもたなくてはならない<sup>(36)</sup>。ここに違憲審査における事実問題の重要性があるといえ、この違憲審査における事実問題において重要な役割を果たすのが、「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている——背景となる社会的・経済的——事実」たる立法事実なのである<sup>(37)</sup>。

とはいえ、目的審査においてはあまり立法事実が注目されてこなかった。というのも、「法律の賢明性 (wisdom) もしくは適切性 (appropriateness)、または法律の背景にある公共の利益もしくは公共の必要性は、通常は議会の判断によって最終的に決められる事項であり、「司法権が発動される場合でも、立法の賢明性・有効性の審査は原則として裁判所の職務ではない」とされてきたからである。けれども、「立法事実を考察することなくして健全な憲法判断は不可能であるという立場が是認されるならば、立法の賢明性・有効性の司法審査は許されないとはいえ、立法目的 (purpose) の合理性を支える事実の審査にともない、それと密接に関連する問題として、立法の必要性 (need) を裏づける事実の合理性があるか否かの論点は、当然に検討されることになろう<sup>(38)</sup>」。こう述べた上で、芦部は、立法目的に関して論証が求められる立法事実について、「立法目的の合理性ないしそれと密接に関連する立法の必要性を裏づける事実<sup>(39)</sup>」としている。ここで注目すべきは、立法目的に関する立法事実が支えているとされる評価対象が「立法目的の合理性」と「立法の必要性」の二つに区分されていることである。前者の「立法目的の合理性」は、立法目的が不合理でないこと、言い換えると、憲法上禁止されていない、憲法上追求することが容認されるという意味であると理解することができるので、前述した構成要素である「正当性」を論証するための立法事実といえよう<sup>(40)</sup>。それに対し、立法目的に関して論証が求められる「立法の必要性」とは、当該立法目的を実現する必要性があるということを意味しよう。しかし、実現する必要性が高い立法目的は、必ずしも重要性が高いわけではない。他方、重要性が高い立法目的といえども、実現する必要性が常が高いわけではない。例えば、「国民の生命・身体の保護」という立法目的は最も重要な立法目的のうちの一つであるが、ある法律が人権の中でも重要性が高いとされる表現の自由を制約している場合にもこの立法目的を

実現する必要性が高いということになれば、国民の生命・身体を保護する必要性は本当に高いのか、表現の自由の行使により国民の生命・身体に危害が加えられる場合とはどういふ状況なのかという疑問が浮かぶのではないだろうか。要するに、「実現する必要性」と「重要性」は関連している側面があるものの、必ずしも一致するわけではないのであり、ここに、目的審査の基準の第三の構成要素として、立法目的の「重要性」とは別に、立法目的の「実現の必要性」を立てる余地があるといえよう。

この「実現の必要性」という構成要素に明確に言及する論者として、土井真一が挙げられる。土井は、目的審査に際して、立法目的の「重要性」を審査するだけでなく、「現実の社会状況において当該立法目的を追求する必要性」をも審査すべきとする余地があることを指摘している。そして、この「現実の社会状況において当該立法目的を追求する必要性」は、立法により除去されるべき「害悪の实在性あるいはその発生の危険性」と言い換えることもできる、とする<sup>(41)</sup>。ここでいう「害悪の实在性あるいはその発生の危険性」は事実問題であることから、本稿では、これらを、「実現の必要性」という構成要素を論証するための立法事実——立法の必要性を裏づける事実——と位置づけることにする(なお以下では、「害悪の实在性」と「害悪発生の危険性」の二つを合わせて「害悪の発生可能性」と呼ぶ)。

以上のような「実現の必要性」という構成要素は、従来、意識的には論じられてこなかったように思われる。しかし、これを示唆・含意していると思われる論者は複数見られる。

まず、渋谷秀樹は、目的審査において、政府利益の「重要性」についての論証だけでなく、政府利益に対する「侵害の切迫性」についての論証も要求する。そして、その侵害の切迫性として、「やむにやまれざる利益」の場合には明白かつ現在の危険が、「重要な利益」の場合には具体的な危険が、「正当な利益」の場合には抽象的な危険が政府利益に及んでいることが要求される、とする<sup>(42)</sup>。この侵害の切迫性は、政府利益に対する害悪の発生可能性がどの程度のものかを問題としており、その程度が高いほど政府利益の要保護性が上がるといえるので、立法目的の「実現の必要性」を問題

とするものと整理できよう。

また、駒村圭吾は、「明白かつ現在の危険」の法理に関して、以下のように述べている。「明白かつ現在の危険」の法理は、「ある表現や集会がもたらしうる害悪の発生をその蓋然性において厳密に査定しようとする」ものであり、「比較衡量において、衡量の対象になる『弊害の防止』という公益を限定する役割を果たす」。したがって、「目的手段審査においては、『弊害の防止』という規制目的を限定」するために用いられる、と<sup>(43)</sup>。そして、「精神的自由権の事前規制のようなケースで、重要な憲法上の権利を制限するにあたって『公の秩序』のごとき茫漠とした制約利益を持ち出すことは著しい不均衡をきたすもので、そもそも許されないことを前提とし、これに『明白な差し迫った危険』の基準を適用して、権利の重要性に見合った制約利益にこれを切り詰めることがある」として<sup>(44)</sup>、「明白かつ現在の危険」の法理を目的審査の基準と理解しているように読めるのである<sup>(45)</sup>。このように、害悪の発生をその蓋然性において厳密に査定し、権利の重要性に見合った制約利益に切り詰めるということは、政府利益の「重要性」を権利の重要性に見合ったものとする際に、政府利益に対する「害悪の発生可能性」を問題としていえるのではないだろうか。仮にそうだとすれば、駒村も、渋谷同様、目的審査において立法目的の「実現の必要性」を考慮する立場と整理できよう。

他にも、浦部法穂は、法律が規制対象としている行為と害悪発生との間の関連性を審査するものと目的審査を理解し、その関連性の程度で目的審査の基準を以下のように二段階に区分する<sup>(46)</sup>。第一に、精神的自由の規制立法の目的審査においては、「明白かつ現在の危険」の法理が適用され<sup>(47)(48)</sup>、その法律が規制対象としている行為が必ず、あるいはほとんど不可避免に、害悪をもたらしとすること（「明白性」の要件）、あるいは、法律の規定上（文言上または規定の趣旨から）現実<sup>(49)</sup>に害悪をもたらしと行為のみに限定して規制されているということ（「現存性」の要件）が論証されなければならない、とする。これは、法律が規制対象としている類型ないし範疇に属する行為が、ほぼ一〇〇%、一定の害悪をもたらしとすることがいえないなければならない、というものである。第二に、精神的自由以外の規制立法の目的審査においては、規



制対象行為と害悪発生との間に、必ず、あるいはほとんど不可避免的に、害悪をもたらすということまでいえなくても、通常一般的状況のもとでその可能性が高いといえる程度の合理的な関連性があることが論証されなければならない、とする(これを浦部は「合理性の基準」と呼ぶ)。これは、一〇〇%とまではいえなくても、多くの場合、法律が規制対象としている行為が一定の害悪をもたらすといえる必要がある、ということである。こうすることで、浦部のいう規制対象行為と害悪との関連性審査は、当該法律が規制対象としている行為が本当に害悪をもたらすのか(「害悪の発生可能性」)を問題としているといえ、それを目的審査に位置づけるということはつまり、そのような害悪の除去・予防という立法目的を実現する必要があるのか(立法目的の「実現の必要性」)を目的審査において問うているということだと整理できよう。ただし、規制対象行為と害悪との関連性審査は、従来、害悪を当該立法手段で本当に除去することができるとかという形で「手段審査」に整理されてきた<sup>(50)</sup>。それゆえ、立法目的の「実現の必要性」を規制対象行為と害悪との関連性審査と整理すべきかについては、慎重な考慮を要するので、後に改めて検討する。

以上のように、「実現の必要性」を目的審査の基準の構成要素と明示的に提示している論者はほとんど見られないが、複数の論者が目的審査においてそれを考慮することを示唆・合意してきたといえよう<sup>(51)</sup>。

要するに、学説としては、目的審査の基準を区別する観点——目的審査の構成要素——には「正当性」、「重要性」そして「実現の必要性」という三つがありうるとされ、それらの組み合わせと求められる程度の差で目的審査の基準が区別されてきたのである。そこで以下では、これらの構成要素がありうることを念頭において、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」に関するアメリカの判例を考察することとする。

(31) 芦部前掲注(1)・憲法学Ⅱ二七、四一―頁。横大道聡「違憲審査基準の適用の仕方」曾我部ほか前掲注(13)一四頁も参照。

(32) 芦部前掲注(1)・憲法学Ⅲ二八頁。

(33) 佐藤前掲注(1)二〇八―二〇九頁、松井前掲注(13)二一七―二一八頁も同旨だと思われる。

- (34) 木村草太「平等なき平等条項論——equal protection 条項と憲法二四一条一項」(東京大学出版会、二〇〇八年)一四二—一四三頁。なお、木村は、立法目的が解釈により構成される規範であることから、「この法律の立法目的は正当か」と定式化するのではなく、「この法律について、正当な目的を構成できるか」と定式化すべき旨を指摘する。木村草太「立法過程の法的統制——立法裁量・立法目的・立法事実」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』(敬文堂、二〇一三年)二三頁。
- (35) 香城敏磨『憲法解釈の法理』(信山社、二〇〇四年)四九頁。
- (36) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、一九七三年)一一七—一一八頁。
- (37) 同一五二頁。これと対置されるのが、「司法事実 (judicative fact)」である。これは、「係属事件の解決だけの目的で確定されねばならぬ事実すなわち直接の当事者に関する——誰が、何を、どこで、いつ、いかに、どんな動機もしくは意図で行なったかという——事実」である。
- なお、立法事実を論じたものとしては、時国前掲注(18)一頁以下、五三頁以下、江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第二卷』(有斐閣、一九八七年)六九頁以下、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について」(一)(二)(三)・完」自治研究六四卷二二号(一九八八年)一二二頁以下、六五卷二二号(一九八九年)八六頁以下、三号(一九八九年)七六頁以下、高橋和之「憲法判断の方法」(有斐閣、一九九五年)九五頁以下、渡辺千原「法を支える事実——科学的根拠付けに向けての一考察——」立命館法学三三三・三三四号(二〇一〇年)一八〇三頁以下、浅野博宣「立法事実論の可能性」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 上巻』(有斐閣、二〇一三年)四一九頁以下などがある。
- (38) 芦部前掲注(36)二五五頁。
- (39) 同一八三頁。ちなみに、立法手段において論証が求められる立法事実とは、「立法目的を達成するための手段が合理的(とくに精神的自由が問題になる場合は必要最小限の意を強く含む)であることを基礎づける事実」とされている。
- (40) 実際、芦部は、別の箇所、立法目的の合理性を支える事実を立法目的の「正当性」を論証するためのものと理解している節がある。芦部前掲注(1)・憲法学Ⅱ二〇二—二〇三頁を参照。
- (41) 土井真一「立法学研究の憲法解釈学的意義についての一考察——立法過程論と立法事実論との関連性について——」『立法に関する総合的研究』平成七年度特定研究経費研究報告書(京都大学法学部、一九九六年)二〇頁。ここで「害悪の実在性あるいはその発生危険性」という表現が用いられているのは、法律が実在する害悪の除去を立法目的とすることは当然に認められようが、法律というものは、必ずしも害悪が発生した後それ除去するものとして定められなければならないわけではなく、害悪の発生を事前に予防するために制定されることも認められるべきだからである。長谷部編前掲注(12)一五七頁(土井真一執筆)も参照。
- (42) 渋谷前掲注(13)一七八—一七九、七二—七四頁。
- (43) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法の論証を求めて』(日本評論社、二〇一三年)二五—二六頁。
- (44) 同一四一—四二頁。

(45) 小山剛「比例原則と狼狽基準」法学研究八七巻二号(二〇一四年)四五頁注(28)も、駒村に対して本稿と同様の指摘をする。

ただ、駒村自身は、このような「明白かつ現在の危険」の法理の適用の仕方に関して、「対抗的な両利益が著しい不均衡をきたしていないことが確認され、それを前提に、具体的な規制制度の検証を目的手段審査で行う」という具合に、利益衡量の検証が目的手段審査に先立って行われることはめざらしいことではない」と述べており、「明白かつ現在の危険」の法理を、目的審査より前の審査段階に位置づけられる利益衡量を行うための審査基準と理解しているのかもしれない。駒村前掲注(43)一四二頁。

(46) 浦部法穂「憲法学教室(第三版)」(日本評論社、二〇一六年)九二—一〇〇頁。また同「違憲審査の基準」(勁草書房、一九八五年)三八—四三頁も参照。目的審査で規制対象(行為)と害悪との関連性を審査する必要性を指摘するものとして、他に、門田前掲注(18)・(二・完)二二—二四頁、金原前掲注(18)二一五—二四頁がある。

(47) 「明白かつ現在の危険」の法理に関しては、それが、法令そのものの合憲性を判断するための基準(法令審査基準)なのか、法令の合憲的適用の可否を判断する基準(適用審査基準)なのかについて争いがある。この点については、木下智史「違憲審査基準としての『明白かつ現在の危険』基準・再考」佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配 下巻』(成文堂、二〇〇八年)二九五頁以下を参照。

さしあたり、法令審査基準と理解するものとしては昔部前掲注(1)・憲法学Ⅲ四二〇頁が、適用審査基準と理解するものとしては佐藤前掲注(一)二六二頁が挙げられる。

(48) 以下のような「明白かつ現在の危険」の法理に関する浦部の理解は、アメリカにおける本来の理解と異なり、浦部が独自に再構成した理解である。浦部による再構成については、浦部法穂「明白かつ現在の危険」昔部編前掲注(37)二四三頁以下、浦部前掲注(46)・基準五三頁以下を参照。

(49) ここで実際に用いられているのは、厳密には、「明白かつ現在の危険」の法理ではなく、いわば「明白あるいは現在の危険」の法理である。

(50) 目的審査で規制対象行為と害悪との関連性を審査する必要性を指摘する門田も、この点を指摘している。門田前掲注(18)・(二・完)二二二頁。

(51) 他にも、比例原則を支持する立場で、目的審査において「害悪の発生可能性」を考慮するものとして、松本(和)前掲注(9)二七五—二七七頁、渡辺ほか前掲注(8)七五—七六頁(松本和彦執筆)、小山前掲注(15)二二四—二二六頁がある。

### 第三章 アメリカの判例法理における目的審査

本章では、以上に示した視点を用いてアメリカの判例法理における目的審査を評価の局面に限定して考察する。

## 第一節 検討の対象

そもそも、連邦最高裁判所における違憲審査基準論の起源は、*United States v. Carolene Products Co.* (一九三八年)<sup>(52)</sup>に遡る。この判決における本文及び脚注四において、<sup>(54)</sup>①経済的自由の規制立法については、「合理的な根拠に基づいて」との仮定を排除するような性格のものでない限り、「合憲性推定が妥当し緩やかな司法審査が行われること、②「立法が、憲法の特定の禁止に、文面上該当すると思われる場合には、合憲性の推定の作用の範囲は、狭いものかもしれない」こと、及び、③立法が「望ましくない立法の廃止をもたらしことが通常期待される政治的プロセスを制約する」場合と、④「切り離され孤立した少数者に対する偏見が、少数者を保護するため通常は頼りになる政治的プロセスの作用を著しく制約する傾向を持つ」場合に、当該立法はより厳格な司法審査に服すべきか否かに関する判断を留保することが示された。ここで明示的に示されているのは、経済的自由の規制立法に関しては合憲性推定が妥当すること、そして、その結果として緩やかな審査——後の合理性の基準につながる——が行われるということだけであった。

その後、三度重罪で有罪判決を受けた犯罪者のうち、横領犯には適用されない断種刑が窃盗犯に適用されることが問題となった *Skinner v. Oklahoma* (一九四二年)<sup>(55)</sup> や、第二次世界大戦中の日系人強制収容が問題となった *Korematsu v. United States* (一九四四年)<sup>(56)</sup> などの平等保護事例において、「厳格審査 (strict scrutiny)」や「最も厳格な審査 (the most rigid scrutiny)」という用語が用いられた。そして、修正一四条による基本的権利論及び実体的デュー・プロセス論に関する事例や修正一条で保障される権利に関する事例でも「厳格審査」、「やむにやまれざる利益」という用語が見られるようになり、その判例法理としての適用領域が広がっていった。<sup>(57)</sup> さらに、連邦最高裁判所は、厳格審査基準と合理性の基準だけではなく、それらの間に位置づけられるもう一つの基準——中間審査基準——を性別に関する平等保護事例で編み出し、その後、中間審査基準は、表現の自由に対する内容中立規制の合憲性が問題となる事例でも適用されるよう

になった。

以上のような経緯で構築された違憲審査基準論であるが、「やむにやまざる利益」が問題とされる領域——厳格審査基準が適用される領域——としては、一般に、修正一条で保障される表現の自由に対する内容規制、信教の自由そして結社の自由が問題となる場合、修正一四条で保障される平等保護に関連して疑わしき範疇（人種など）や基本的権利（選挙権、居住・移転の自由など）が問題となる場合、及び、実体的デュー・プロセス論を通じて実体的権利（プライバシー権）が保障される場合が挙げられる。他方、「重要な利益」が問題とされる領域——中間審査基準が適用される領域——としては、表現の自由に対する内容中立規制が問題となる場合、及び、平等保護に関連して準・疑わしき範疇（性別など）が問題となる場合がある。よって、次節ではこれらに関するアメリカの判例を検討していく。

ただし、平等保護のうち疑わしき範疇が問題となる領域では、差別的意図の法理という判例法理が独自に展開されている。差別的意図の法理とは、主に人種差別事例において、文言上は中立的だが実際には差別的な意図に基づいて制定されたと考えられる法律（間接差別、事実上の差別）を違憲と判断する場合、差別的な結果だけでは足りず差別的意図に基づいて制定された法律であることの論証を、違憲性を主張する側に求める法理である。<sup>(58)</sup>これを以て正面から動機審査を認めるものと評する論者もあり、膨大な議論の蓄積が存在するので、動機審査との関係が特に問題となる疑わしき範疇に関する判例は検討対象から外すこととしたい。なお、差別的意図の法理は、性差別事例においても問題とされるので、<sup>(60)</sup>準・疑わしき範疇も同様に検討対象から外すこととする。

(52) 違憲審査基準論の起源については、阪口前掲注(8)一五五―一六一頁、青山武憲「厳格な審査」と基本権(一)「日本法学七四卷二号(二〇〇八年)二二八―二三九頁、戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、一九九〇年)九四―一〇一頁を参照。

(53) 304 U.S. 144 (1938).

(54) *Id.* at 152. *Caroline Products* 判決の訳については、松井茂記『二重の基準論』(有斐閣、一九九四年)一四―一九頁に拠った。

(55) 316 U.S. 535 (1942).

- (56) 323 U.S. 214 (1944).
- (57) なお、アメリカにおいて厳格審査基準が現在の目的・手段図式で明確に定式化されたのは、政府転覆活動を調査するために州法務長官が行った調査委員会における質問に対する大学教授たる上訴人 *Sweezy* の回答拒否に刑罰を課すことの合憲性が争われた *Sweezy v. New Hampshire*, 384 U.S. 234 (1967) における *Frankfurter* 判事の結果同意意見であり、その後、全米黒人地位向上協会 (NAACP) に対する構成員リストの開示命令の合憲性が争われた *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958) において法廷意見 (*Harlan* 判事執筆) に導入されたことから、厳格審査基準の起源は表現の自由事例にある、という点が指摘されている。毛利透「アメリカ憲法における表現の自由の歴史的展開——厳格審査基準の先駆者としてのフランクファーター裁判官」聖学院大学総合研究所紀要四九号(二〇一一年)二四—二七頁。城野一憲「表現の自由と厳格審査——アメリカ連邦憲法の修正一条解釈におけるルーツと展開——」早稲田法学会誌六五巻二号(二〇一五年)一一四—一一六頁も参照。See also Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 *Am. J. Legal Hist.* 355, at 359 (2006).
- (58) 差別的意図の法理については、木村前掲注(34)・平等条項論一四七—一五二頁、松井茂記「アメリカ憲法入門」(第七版)〔有斐閣、二〇二二年〕三九四—三九六頁を参照。
- (59) 平等保護の領域における動機審査を論じたものとして、黒澤修一郎「John Hart Ely の動機審査理論の生成と展開」(二・元)「北大法学論集六一巻一号(二〇一〇年)一五五頁以下、六一巻二号(二〇一〇年)六〇五頁以下、同「合衆国判例における『動機審査』・覚書」憲法理論研究会編『危機的状況と憲法』(敬文堂、二〇二二年)一七七頁以下、中曾久雄「平等保護における動機審査の意義」阪大法学五九巻一号(二〇〇九年)一五三頁以下、同「憲法一四条と動機審査」愛媛大学教育学部紀要五九巻(二〇二二年)二二—二頁以下、高橋正明「アフアーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について——『動機審査理論』と『成果主義理論』の検討を中心に——」帝京法学三〇巻一号(二〇一六年)一〇七頁以下などがある。
- また、表現の自由の領域における動機審査を論じたものとして、大林啓吾「表現の自由と動機審査」千葉大学法学論集三〇巻三号(二〇一五年)一五八頁以下を参照。
- (60) 松井前掲注(58)三九六頁脚注(6)を参照。