

目的審査に関する違憲審査基準 (三)・完

——“compelling” and “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、一八一—卷二号)

第二節 目的審査の基準の構成要素(以上、一八一—卷四号)

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(以上、本号)

2 「重要な利益」の構成要素

(1) 立法目的の「正当性」・「重要性」

(7) *United States v. O'Brien* ⁽²⁷⁾ 「重要な利益」に関する判例としてまずは、*O'Brien* 判決(一九六八年)を取り上げる。本件は、徴兵登録証明書を焼却した行為が、徴兵登録証明書を「偽造・改変し、故意に破壊し、故意に切断し、あるいは、いかなる方法でも変形させる」行為(合衆国法典第五〇編付録 542(c)(3))に該当するとして、被上訴人 *O'Brien* が起訴された刑事事件であり、象徴的言論に関するリーディングケースでもある。

本件で採用された審査基準は *O'Brien* テストと呼ばれ、「言論的」要素及び「非言論的」要素が一連の行為の中で結合している場合に、「その非言論的要素を制約する規制に適用される基準として定式化された。具体的には、「政府規制が政府の憲法上の権限内にある場合、当該規制が重要なあるいは実質的な政府利益 (important or substantial governmental interest) を促進する場合、当該政府利益が表現の自由の抑圧とは無関係である場合、及び、申し立てられている修正一条の自由に対する付随的な制約が当該利益の促進にとって不可欠な程度を越えない場合に」当該規制は正当化される、というものであった。⁽²⁸⁾ この *O'Brien* テストは、立法目的に重要性・実質性を要求し立法手段に不可欠性を要求していることから考えると本来は中間審査基準に属するが、実際には両者とも立法府に対して極めて敬讓的な形でしか審査されなかったもので、合理性の基準に類するものと理解されている。⁽²⁹⁾ しかし、後述するように、判例において *O'Brien* テストと表現内容中立規制に適用される基準——中間審査基準——は同一のものと理解されるようになるだけでなく、当該基準を適用して違憲と判断された判例が存在しないという結論志向の理由から審査基準の厳格度を判断したのでは、合憲・違憲の判断が基準の選択によって固定化されてしまい、基準が基準たる意味をなさないことになるから、可能な限り、基準の定式から基準の厳格度を判断すべきだと考えられるので、本稿では *O'Brien* テストを中間審査基準として扱う。⁽³⁰⁾

法廷意見 (*Warren* 主席判事執筆) は、「発行された〔徴兵〕証明書の継続的な利用可能性を確保する」という本件立法

目的が「実質的な利益」といえる根拠として、「登録証明書は、そこに掲載されている個人が徴兵に登録しているという証拠として役立つ」こと、「証明書に掲載されている情報は、登録者と地元の徴兵委員会とのコミュニケーションを容易にし、制度を単純にし、該当者すべての利益になる」こと、「登録証明書と等級証明書の」両証明書は、登録者が地元の徴兵委員会に、住所の変更や自身の地位における他の指定された変更を通知しなければならないということを継続的に思い出させてくれる」こと、そして、「徴兵証明書に関する規制体系は、改変、偽造、あるいは、同様に誤解させるような証明書の悪用に対する明確に有効な禁止を含んでいる」ことという、徴兵証明書及びそれに関する規制が果たしている四つの機能を挙げる。それを受けて法廷意見は、これらの機能は、連邦議会が「徴兵証明書の不当で歯止めのかかない破壊を防止し、故意にそれらを破壊したり切断したりする人々を処罰することで、それらの継続的な利用可能性を確保することに正当かつ実質的な利益を有していることを証明している」と述べている⁽¹²⁾。

さらに、法廷意見は、「各登録者が自身の徴兵証明書を継続的に利用可能にしておくことが、連邦議会が軍隊を招集するために設けた制度の円滑で適切な機能を実質的に促進することは明らかであり、「国家が、最大限効率的に機能し容易かつ迅速に状況の継続的な変化に対応できる軍隊招集制度を有しておくことに、極めて重要な利益(vital interest)を有しているということも明らかである」ので、本件立法目的は「重要なあるいは実質的な政府利益」と評価することができる、としている⁽¹³⁾。

このように本件ではまず、O'Brienテストの定式で「政府規制が政府の憲法上の権限内にあること」が求められたり、政府は本件政府利益に「正当かつ実質的な利益」を有している旨が判示されたりしているので、当然のことながら「重要な利益」でも立法目的の「正当性」が要求されているようである。さらに、法廷意見は、徴兵証明書が徴兵制度上重要な機能を果たすものであること、そして、その前提として徴兵制度そのものが国家にとって重要な関心事であることを示している。したがって、「重要な利益」の構成要素には——基準の文言からも明らかではあるが——政府利益の価

値の程度を意味する「重要性」も含まれているといえよう。

(イ) *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc.*⁽¹³⁾ 表現内容中立規制に中間審査基準を適用することを示した初期の判例たる *Heffron* 判決(一九八一年)では、州農産物展覧会において、印刷物を含むあらゆる物品の配布、販売及び募金活動を Minnesota 州農業協会から賃貸されるブースで行うよう出展者に求めている Minnesota 州展覧会規則605が、任意の場所で宗教的文書の配布、販売及び募金活動を行うことを求めている被上訴人 Krishna 意識国際協会 (ISKCON) —— Krishna 教を支持する国際宗教団体 —— の修正一条の権利を侵害しているかが問題となった。

まず、本件規制が言論に対する合理的な時、場所及び方法に関する規制であるためには、規制される言論の内容に言及することなく正当化されること、重要な政府利益 (significant governmental interest) を実現すること、及び、そうする際に情報の伝達のための十分な代替経路に開かれていることが要求されるという審査基準が示された。⁽¹⁴⁾ 要するに、これは、表現内容中立規制に適用される審査基準は中間審査基準であるということを示している。

そして、「群衆の規律正しい動向を維持する必要性」という立法目的に関して、「一般事項として、パブリック・フォーラムを利用する人々の『安全と便宜』を保護するという州の利益が有効な政府目的 (valid governmental objective) であることは明らかである」とされている。⁽¹⁵⁾ これは、パブリック・フォーラムが問題となる場合に、それを利用する人々の「安全と便宜」を追求することは憲法上容認されているということを確認したものと見えるので、ここからも「重要な利益」が立法目的の「正当性」を構成要素としていることが窺える。

(ウ) *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*⁽¹⁶⁾ 次に、営利的言論の表現内容中立規制に対して中間審査基準を適用した *San Diego* 判決(一九八一年)を見ていく。本件は、市内の屋外広告物の設置に実質的禁止を課している California 州 *San Diego* 市条例が修正一条により無効であるとして提起された事件である。本件条例は、営利的言論に関しては

禁止しつつも多くの例外を認めていたが、非営利的言論に関しては一般的禁止を課していた。したがって、自ずと審査も二つの側面に渡っている。しかし、ここでは中間審査基準が適用された営利的言論に対する規制のみを取り上げることにする。

本件で問題となった広告掲示板は、メッセージを伝達するために用いられる伝達手段であるが、「他の構造物同様、規制……に服する大きく動かせない半永久的な構造物」であるので、伝達の側面と非伝達の側面の両方を有していた。⁽¹⁸⁾

そこで、相対多数意見 (White 判事執筆) は、「政府は、他の伝達手段の場合と同様、当該伝達手段の非伝達の側面を統制することに正当な利益 (legitimate interests) を有している」とした上で、「伝達手段の非伝達の側面の規制はある程度伝達の側面を侵害することが多いので、裁判所が政府の規制利益を個人の表現に対する権利と調和させることが必要とされてきた。『裁判所は、問題となっている修正一条の利益を評価し、それを、当該規制によって実現されると申し立てられているところの公益と衡量する (weighing) という職務を回避してはならない』と述べる。⁽¹⁹⁾

そして、本件規制に対して適用される具体的な審査基準として、当該規制が「実質的な政府利益 (substantial governmental interest) を実現しようとしている」こと、「直接的に当該利益を促進している」こと、及び、「その特定の目的を実現するのに必要な程度以上に及ばない」ことを挙げている。⁽²⁰⁾

ここでは、審査基準の提示に先立ち、政府は伝達手段の非伝達の側面を規制することに正当な利益を有すること、及び、そのような規制の審査は修正一条と政府利益との衡量になることが指摘され、その上で中間審査基準が適用されることが示されている。したがって、中間審査基準における目的審査の基準にも、立法目的の「正当性」が要求されるとともに、価値の程度を問題とする構成要素——「重要性」——が含まれているといえる。

以上の判例から、「重要な利益」においても、まず、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」を有することが要求され (O'Brien 判決, Helton 判決, San Diego 判決)、その上で、制約される利益との衡量を前提に一定

程度の「重要性」を有する利益であることが求められている（O'Brien判決、San Diego判決）点は、「やむにやまれざる利益」と同じであることが明らかとなった。

(2) 立法目的の「実現の必要性」

前項では、「重要な利益」もその構成要素として「正当性」と「重要性」を有していることを明らかにした。それでは、「重要な利益」は構成要素として「実現の必要性」も有しているのであろうか。

(f) *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc.* 「正当性」についても触れたHeffron判決（一九八一年）は、本件展覧会場が二二五エーカーという比較的小さな領域であること、一九七七年及び一九七八年の出展者や売場使用権所有者は約一四〇〇人という大人数であったことから、本件展覧会は会場の広さに比して多くの群衆を惹きつけるので、「そのような人の集まりを規律正しく動かし統制する州の利益は、実質的な考慮事項（substantial consideration）である」としている⁽¹⁰⁾。

さらに、一般事項として「政府利益の重要性（significance）は、関係する特定のフォーラムの特徴的な性質や機能に照らして評価されなければならない」とする。そして、「道路は絶えず開かれており混雑していないことが多く、付近の市民の毎日の行動に必要なルートを構成しているだけでなく、人々が屋外を享受したり、くつろいだ環境で友人・隣人との交際を享受したりすることができる場所をも構成している」のに対し、「Minnesota州農産物展覧会は……非常に多くの訪問者を惹きつけている一時のイベントである」として、道路と本件展覧会場の違いを強調した上で、「群衆の流れや安全性の要求は本件展覧会の文脈においてはより差し迫ったもの（pressing）である」と述べている⁽¹¹⁾。

ここでは、「群衆の規律正しい動向を維持する必要性」という本件立法目的が、展覧会場の広さ、過去の展覧会の状況、そして道路との比較から、重大な関心事であることが示されるとともに差し迫った問題でもであるとされること

で、「重要な利益」と評価されているが、このように、重大な関心事であることや差し迫った問題であることが「重要な利益」の評価において考慮されるということは、「重要な利益」にも、ある程度要保護性のある政府利益が対象とされていなければならないという意味の「実現の必要性」が構成要素として含まれていることを示していよう。

ただ、原審たる Minnesota 州最高裁判所が、「本件は、『規則6.05のような規制が全く実施されなければ、確実に生じるであろう広範な無秩序を防止することという否定し難い州の利益の重要性 (importance)』によって決まるのではなく、『被上訴人』ISKCONの構成員に本件規則〔の適用〕を免除することから生じる可能性が高い、いかなる無秩序をも回避することという州の利益の重要性 (significance) によって決まる」と述べたことに対し、法廷意見 (White 判事執筆) は、「Minnesota 州最高裁判所は、混雑を避け、展覧会場にいる来場客の規律正しい動向を維持することという州の利益に関する過度に狭い見解を取っていた」として斥け、「本件規則の正当化は、ISKCONのみが〔本件規則の適用を〕免除されることから生じる無秩序によって評価されるべきではない」とした。そして、「他のすべての宗教的、非宗教的そして非営利的組織が同様に自由に展覧会場を回り、自由に文書を配布し販売し資金を募ることができる場合には、明らかに、群衆統制における州の利益に対するずっと大きな脅威が存在するだろう」と推論したのである。⁽¹³⁾これは、差し迫った問題として本件立法目的に及んでいる害悪が、本件限りの個別的なものではなく一般論として提示されるより抽象的で広範な害悪であつても、「重要な利益」と評価されるのに十分であることを示していよう。

(イ) *Schad v. Borough of Mount Ephraim* ⁽¹⁴⁾ 次に扱う *Schad* 判決 (一九八一年) は、わいせつでないと上訴人 *Schad* が主張するヌードダンスを含む、すべてのライブの催し物 (live entertainment) を商業地域において禁じている New Jersey 州 Camden 郡 Mount Ephraim 町のゾーニング条例⁽¹⁴⁾に関する事件である。上訴人 *Schad* は、自身の経営する書店が、成人書籍、雑誌及び映画の販売、そして、成人映画の自動販売機の設置を許可されたので、さらに、ヌード姿のダンサーによるライブダンスを顧客が観覧できるようにしたところ、そのようなライブダンスの公開は本件条例で認め

られていないとして起訴された。これに対し、上訴人Schladは、修正一条によつて保護されている表現の自由の権利を侵害していると主張している。

審査基準としては、「時、場所及び方法に関する制約が合理的なものとされるためには、重要な州の利益 (significant state interests) を実現しなければならないだけでなく、コミュニケーションの十分な代替経路に開かれていなければならぬ」とされている。⁽¹⁶⁾

本件条例を正当化するために主張されている立法目的は、①「居住者が当該町の外で購入し忘れたものを購入することができるといふ商業地域を作り出すこと」、及び、②「駐車場、ごみ、警護及び医療施設のような、ライブの催し物と結びつけられうる問題を回避すること」である。⁽¹⁶⁾以下では、立法目的②に注目する。

法廷意見 (White 判事執筆) は、立法目的②について、「ライブの催し物が引き起こすこの種の問題の方が、許可されている様々な利用方法と結びつけられる問題よりも重大であるという証拠を、当該町は何ら提示していないし、経験的な事項として一見して明白なわけでもない」と述べる。そして、「我々は、例えば映画館がレストランよりも重大な駐車場の問題を引き起こすということを自明とは認定しない。より一層明らかでないのは、特に本件書店は映画上でヌードダンスを公開することは許可されているので、成人書籍及び映画の販売と関連するライブのヌードダンスを公開することによつて、どのような特有の問題が引き起こされるのかということである」と続ける。⁽¹⁶⁾

ここでは、規制対象とされているライブの催し物が、例外的に許可される利用方法よりも重大な問題を引き起こすということは、経験的に自明なわけではないとされている。これは、規制対象による「害悪の発生可能性」が高いことについての経験的データが示されていないということであり、それゆえ、当該立法目的を実現する必要性に欠けるということであろう。ただし、立法目的②についても手段審査は行われており、コミュニケーションの十分な代替経路に開かれていることが論証されていないともされている。⁽¹⁶⁾

(ウ) Clark v. Community for Creative Non-Violence⁽¹⁴⁹⁾ Clark 判決（一九八四年）では、国立公園におけるキャンプ行為を指定された区域に限定している国立公園局規則の合憲性が問題となった。具体的にいうと、ホームレスの苦境を訴えるデモに関連して、デモ参加者が Lafayette 公園及びその遊歩道において睡眠を取る行為がキャンプ行為を構成するとして禁止されたことが、修正一条に違反しているか否かが問題となったのである。

法廷意見（White 判事執筆）は、睡眠行為がデモによつて伝えられるメッセージの一部であり、口頭や書面における表現というよりもむしろ表現行為であることから、本件規則を時、場所あるいは方法に関する規制と評価した上で、Heffron 判決などに言及し、合理的な時、場所あるいは方法に関する規制は、「規制される言論の内容に言及することなく正当化され、重要な政府利益（significant governmental interest）を実現するために厳密に仕立てられており、情報の伝達のための十分な代替経路に開かれている場合に、有効である」という中間審査基準を適用した⁽¹⁵⁰⁾。

そして、本件規則の立法目的を、「首都の中心部にある公園を魅力的かつ完全な状態で維持し、当該公園を何百万の人々にとつて容易に利用可能なものにしておくこと」と認定し、その上で、全国にある国立公園をしばしば訪れ、設けられた区域外でキャンプ行為が行われた結果生じる残念な結末を見たことのある人には容易に理解されることだが、「キャンプ行為……を許可することは、これらの目的にとつて全く有害なもの（harmful）であろう」と述べ、本件立法目的を「実質的な利益（substantial interest）」と評価している⁽¹⁵¹⁾。ここでは、キャンプ行為を行うことのできる区域を限定しなければ本件立法目的に対する害悪が発生することが容易に想定しうるとされており、害悪発生危険性が考慮されているといえる。

ただ、その後で「本件規則の有効性は、問題となっているデモに言及することによつてのみ、判断される必要はない」とされていることからわかるように⁽¹⁵²⁾、害悪の実在性が個別事案ごとに認定されるのではなく、一般論として害悪が想定されさえすればよいとされているようである。

なお、本件において、「前述の分析は、本件国立公園局規則が、表現行為の規制を有効とするための O'Brien 判決の四要素基準——結局、時、場所あるいは方法に関する規制に適用される基準と異なるとしてもほとんど異ならない——の下でも維持しうることを示している」として、O'Brien テストと表現内容中立規制に適用される審査基準がほぼ同一のものと同扱われることになった。⁽¹⁸⁾

(H) City of Renton v. Playtime Theatres, Inc. ⁽¹⁹⁾ 最後に、成人映画館のゾーニング条例に関する Renton 判決(一九八六年)を見る。本件は、特定の性的行為または特定の身体部分を描写するメディアを上映する成人映画館を、居住区域、単一世帯や複数世帯の住宅、教会、公園あるいは学校の一〇〇〇フィート以内に設置することを禁ずる、Washington 州 Renton 市(上訴人)によって制定されたゾーニング条例に関する事件である。被上訴人 Playtime Theatres 社は、本件 Renton 市条例が修正一条及び修正一四条に違反しているとの宣言的判決及び当該条例の執行に対する永久差止命令を求めていた。

まず、本件条例は、「成人映画館を完全に禁止しているわけではなく、ただ、そのような映画館を、居住区域、単一世帯や複数世帯の住宅、教会、公園あるいは学校の一〇〇〇フィート以内に設けてはならないと規定しているに過ぎない」ので、時、場所及び方法に関する規制と評価されている。それゆえ、法廷意見(Remquist 首席判事執筆)は、「内容中立的な」時、場所及び方法に関する規制は、実質的な政府利益(substantial governmental interest)を実現することが意図され、コミュニケーションの代替手段を不合理に制限していない限り、容認されうる」と述べて、本件条例に中間審査基準を適用している。⁽²⁰⁾

そして、「地域の質や都市生活の質の保全」という本件条例の立法目的に関して、法廷意見は、「本件 Renton 市条例は『Renton 市特有の問題や必要性』に明確に関連する研究の恩恵なしに制定されたので、当該市による本件条例の正当化は『推断的かつ推論的』であった」と判示した連邦控訴裁判所判決を引き合いに出し、「連邦控訴裁判所は当該市

に不必要に厳格な論証責任を課していた」とした上で、「本件における訴訟記録は、Renton市がSeattle市の経験及び同市によって示された研究に大いに依拠していたことを示している」と述べる。⁽⁸⁷⁾

その上で、法廷意見は、「Seattle市では、Renton市と同様、成人映画館のゾーニング条例は、一定の地域にそのような映画館が一つでも存在することによって引き起こされる二次的効果を防止することに向けられていた」としつつ、Seattle市による成人映画館のゾーニング条例を扱ったWashington州最高裁判所のNorthend Cinema, Inc. v. Seattle (一九七八年)⁽⁸⁸⁾の判示を、以下のように引用している。つまり、「[Northend Cinema判決]第一審裁判所は、成人映画館が存在することで地域の子供たちや地域改良活動に及ぶ悪影響(adverse effect)に関する専門家の証言を得た。当該裁判所の詳細な事実認定は、成人映画館の立地が当該地域に対して有害な効果(harmful effect)を有し地域の荒廃の一因となるという認定を含め、訴訟記録中の実質的な証拠によって支えられている」と。⁽⁸⁹⁾

これを受けて、法廷意見は、「Renton市は、成人映画館のゾーニング条例を制定する際に、Seattle市その他の都市の経験、そして特にWashington州最高裁判所のNorthend Cinema判決で要約された『詳細な事実認定』に依拠する資格を有していた」とし、結論として、本件立法目的を「実質的な政府利益」であると評価している。

本件では、成人映画館が地域の子供たちや地域改良活動に対して有害であるということが、Renton市内で実際に生じている害悪としてではなく、他市において示された証拠からRenton市でも同様に発生が想定される害悪として認定されている。ここから、「重要な利益」においても政府利益に対する害悪は問題とされるが、その害悪に関して求められるのは、それが実在するというのではなく、それが合理的に想定されるという程度でよいということが導けよう。

(3) 小 括

「やむにやまれざる利益」同様、「重要な利益」も、「正当性」を構成要素として含むとともに、一定程度の「重要

性」を要求していることは上でも触れた。「正当性」に関しては、規制権限の存否(O'Brien判決、San Diego判決)や規制対象の性質(Heflon判決)の観点から触れられていたが、これの欠如により、当該立法目的が違憲と判断された事例は見られなかった。また、「重要性」に関しては、政府利益が制度全体との関係で重要な地位を占めているか否かによって判断している判例(O'Brien判決)や、権利と政府利益の衡量によって判断されると示した判例(San Diego判決)は見られたものの、「重要な利益」と評価されるために求められる重要度についての客観的な基準が示されているわけではなく、やはり裁判所自身がある種の利益衡量をすることが想定されているようである。なお、「重要性」の欠如を理由に違憲と判断された事例も確認できなかった。

他方、「実現の必要性」については、「重要な利益」においても比較的詳細に論じられていた。政府利益に対する害悪が重大な関心事であるとともに「差し迫った」問題であること(Heflon判決)、規制対象とされているものと例外的に許容されるもので害悪を引き起こす危険性がともに同程度であること(Schad判決)、規制がなされなかった場合に政府利益に害悪が及ぶ危険性(Clark判決)、そして、規制対象が及ぼす害悪に関する証拠(Renton判決)、これらが「重要な利益」と評価されるか否かを審査する際に考慮されていた。

ただそこでは、当該事件において規制対象が実際にどのような害悪をもたらしているのかではなく、類似の規制対象を含めて一般論としてどのような害悪が発生しうるのか(Heflon判決)、また、そのような害悪が実際に生じているということではなく、経験的事項として明白なのか(Schad判決、Clark判決)が問題とされていた。また、害悪の論証が、立法者の実際の調査に基づくものではなく、他の地方公共団体が類似の法令を定めた際に依拠した調査結果に基づいたものであったとしても、その害悪発生の危険性を認めていた(Renton判決)。要するに、「重要な利益」の評価において論証が要求される害悪は、それが実在すること、もしくは、ある程度の確率で発生すること——「害悪のある程度の蓋然性」——の論証ではなく、害悪の発生例が少なくとも二、三件程度は存在し実際に発生しうること——「害悪の経験

的な想定可能性」——の論証で十分だということであろう。

以上のように構成要素分析を進めてきたが、「重要な利益」に関して、目的違憲と判断したと評価しうる例は、*Staud* 判決に限られる。その上、違憲性を主張する側が、「害悪のある程度の蓋然性」が欠如していることや政府側の論証が推論的であることを主張しても、判例は、害悪の経験的な想定や推論的な論証で十分であることを指摘して政府側の主張を容認していることから、「重要な利益」の評価にあたって、裁判所は、政府側に相当程度敬讓した審査を行っているように思われる。

- (127) 391 U.S. 367 (1968) 本件に関しては、伊藤正己「判批」〔一九七〇—〕アメリカ法六〇頁以下、榎原猛「判批」伊藤正己ほか編『英米判例百選 I 公法』(一九七八年)一一四頁以下を参照。
- (128) *Id.* at 376-377.
- (129) 菅部前掲注(一)・憲法学Ⅲ四四〇—四四一頁。市川前掲注(18)(三三五—三三八頁も同旨)。
- (130) O'Brien テストを中間審査基準として扱うものとして、長谷部恭男『憲法の田環』(岩波書店、二〇一三年)二三七頁脚注(6)がある。
- (131) *Supra* note 127 at 378-380 (〔〕内筆者)。
- (132) *Id.* at 381.
- (133) 452 U.S. 640 (1981) 本件に関しては、向井久了「判批」ジュリスト七八二号(一九八三年)一一四頁以下を参照。
- (134) *Id.* at 647-648.
- (135) *Id.* at 650.
- (136) 453 U.S. 490 (1981)。
- (137) *Id.* at 501-502.
- (138) *Id.* at 502.
- (139) *Id.* at 507.
- (140) *Supra* note 133 at 650.
- (141) *Id.* at 650-651.
- (142) *Id.* at 651-653 (〔〕内筆者)。

- (143) 452 U.S. 61 (1981).
- (144) 本件条例は、商業地域において許可される利用方法を詳細に規定していた (Mount Ephraim 町法典 § 99-15B (1) (2) (1979))。また、本件条例は「本章で明示的に許可されていない利用方法はすべて禁止される」とも規定していた (当該町法典 § 99-4)。
- (145) *Supra* note 143, at 75-76.
- (146) *Id.* at 72, 73.
- (147) *Id.* at 73-74.
- (148) *Id.* at 76-77.
- (149) 468 U.S. 288 (1984). 本件に関しては、市川正人「判批」判例タイムズ五六四号 (一九八五年) 三八頁以下を参照。
- (150) *Id.* at 294-295.
- (151) *Id.* at 293.
- (152) *Id.* at 296.
- (153) *Id.* at 296-297.
- (154) *Id.* at 298. 市川前掲注(149)四一頁、橋本基弘「表現の自由 理論と解釈」(中央大学出版社、二〇一四年)一八四―一八八頁も参照。
- (155) 475 U.S. 41 (1986). 本件に関しては、太田裕之「成人映画劇場のゾーニング規制と修正一条——City of Renton v. Playtime Theatres, Inc 判決を中心として」同志社アメリカ研究二四号 (一九八八年) 二五頁以下、浜田純一「判批」憲法訴訟研究会・芦部編前掲注(88)一四七頁以下を参照。
- (156) *Id.* at 46-47.
- (157) *Id.* at 50.
- (158) 90 Wash. 2d 709 (1978).
- (159) *Supra* note 155, at 50-51 (() 内筆者)。
- (160) *Id.* at 51.

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

本章では、前章で確認したアメリカ判例の分析を基に、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」が実質的にどのように区別されるべきなのかを検討する。

第一節 構成要素の相互関係と程度差

アメリカの判例において、「やむにやまれざる利益」は、立法目的が「正当性」、「重要性」、「実現の必要性」を備えていることを要件として認められるものであり、「重要な利益」においても、これは同様であると整理することができた。すなわち、両者に構成要素の種類の間で相違はなかつたのである。

ここで、両者の実質は異ならず形式的に名称のみが異なるという理解もありえないではないが、しかし判例上、「やむにやまれざる利益」の用語は厳格審査基準で、「重要な利益」の用語は中間審査基準で用いられ、両審査基準はその厳格度が区別されている点に鑑みると、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」はやはり何らかの点で実質的に区別されると考えるのが素直であろう。となると、構成要素の種類において相違がない以上、それぞれの構成要素の論証に求められる程度——価値の高低や確率の程度など——によって区別されると考えることになる。よって以下では、構成要素の相互関係を整理した上で、どの要素にどのような程度差が考えられるかを検討する。

まず、構成要素相互の関係としては、「実現の必要性」が、害悪の発生可能性に関する立法事実の存否という事実判断であるのに対し、「正当性」は、政府利益が憲法上追求することが容認されているか否かに焦点を当てる二者択一的価値判断であり、「重要性」は、そのような二者択一的価値判断ではなく、政府利益の社会的重要性や法体系上の位置づけなどをも考慮した程度差のある価値判断である。それゆえ、事実判断たる「実現の必要性」と価値判断たる「正当性」、「重要性」は質的に異なるものである。他方、「正当性」と「重要性」は、ともに価値判断なので本質や出自を異にするというわけではないが、価値的重みに関する判断（「重要性」判断）から、憲法上追求可能か否かという比較的容易な定型的判断（「正当性」判断）を分離しようという点では区別しうるし、区別すべきだと考えられる。

それでは次に、どの構成要素のどのような程度差によって「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」は区別される

だろうか。第一に、「正当性」については、これを、憲法上追求することが認められる立法目的か否かを問題とする構成要素と理解する以上、それは、憲法上追求することが認められるか、それとも、認められないかの二者択一で判断されることになる。とすると、そこに何らかの程度差を設けることは困難である。

第二に、「重要性」については、従来から「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」といわれ⁽¹⁶⁾、「重要な利益」は、「やむにやまれざる利益」ほどの重要性は必要ないけれども、ある程度の重要性を有していなければならないといわれてきたように⁽¹⁶⁾、程度差をもつ構成要素として理解されてきた。しかし、アメリカの判例を見る限り、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」を区別する「重要性」の境界線は未だ明確には示されていない。このことの意味が問題となるが、前提として、「重要性」の意味するところを整理しておく必要がある。というのも、「重要性」については二つの意味で理解することが論理的に可能だからである。一つ目の理解が、「対立する憲法上の権利によつて、相対的に決定される重要度」を有しているか有していないかという「尺度としての重要性」である。ここで「重要性」の要素を充たすには、立法目的の重要度が対立する憲法上の権利の重要度より高いと評価できればよいので、引かれる境界線は、審査基準にかかわらず、「対立する憲法上の権利より重要であるか否か」という一本であり、しかもそれは比較対象たる被制約権利との関係で相対的に決定される尺度である。二つ目の理解が、「やむにやまれざる利益」を充たすために求められる重要度、「重要な利益」を充たすために求められる重要度、そして「正当な利益」を充たすために求められる重要度を審査基準ごと⁽¹⁷⁾に設定する、三段階の「基準としての重要性」である。ここでは、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」、「重要な利益」と「正当な利益」を区別する重要度の境界線が二本、対立する憲法上の権利とは独立に存在することになる。「重要性」にこの二つの意味がありうるとすると、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」を区別する「重要性」の境界線が明確に示されていないというこ

とは、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」を区別する「基準としての重要性」が設定されているわけではないということの意味するのではないだろうか。これはつまり、現在のところ、アメリカの判例における立法目的の「重要性」は、「尺度としての重要性」を意味しているにすぎないということである。繰り返しになるが、「尺度としての重要性」とは、それぞれの重要度が異なりうる憲法上の権利との比較において相対的に、立法目的に求められる重要度が決定されるというものである。⁽¹⁸⁾このように理解すると、「重要性」に相対的程度差を一応設けることができる。しかし、「尺度としての重要性」判断はある種の利益衡量であり、利益衡量を枠づけるための違憲審査基準論で利益衡量を語るとなると、裸の利益衡量を招き入れることにもなりかねないという問題が生じる。ただ、利益衡量については、違憲審査基準論の意義にも関連する問題であり本稿の射程を越えるので、ここでは問題点を指摘するに留めたい。

最後に、第三の構成要素「実現の必要性」に程度差があるか否かであるが、「実現の必要性」は比較的程度差を設けやすい概念だといえる。というのも、アメリカの判例自身、「やむにやまれざる利益」においては、害悪が実在すること、もしくは、ある程度の確率で発生すること——「害悪のある程度の蓋然性」——の論証を求めており、少なくともそれが単なる推測や予測的判断でないことを求めている。それに対し、「重要な利益」に関しては、「害悪のある程度の蓋然性」の論証ではなく、害悪の発生の例が少なくとも二、三件程度は存在し実際に発生しうること——「害悪の経験的な想定可能性」——の論証を求めており、単なる推測や予測的判断であっても経験的データが何らかの形で提示されれば容認される程度のものであった。したがって、「やむにやまれざる利益」においては「害悪のある程度の蓋然性」の論証がなされることで「実現の必要性」を充たし、「重要な利益」においては「害悪の経験的な想定可能性」の論証がなされることで「実現の必要性」を充たすと整理することにより、実体論として「実現の必要性」に程度差を設けることができるのである。しかも前述のように、「実現の必要性」は、立法事実を照らして、害悪がどの程度の確率で発生するかを問う事実問題である。そして、評価対象を事実問題に還元すると、訴訟法上それをどの程度論証すれば認定さ

れることになるかという論証度——立法事実の存否に関して裁判官に抱かせる確信の程度——の問題に接合することがより異論なくできるようになるので、手続論として程度差を設けることも容易となるのである。

以上から、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」は、「正当性」、「重要性」、「実現の必要性」の三つの構成要素を有するという点で相違はないが、「重要性」に関して求められる相対的な重要度の程度差、及び、「実現の必要性」に関して求められる害悪の発生確率の程度差によって区別されるという結論が得られるのである。⁽¹⁶⁾

第二節 「実現の必要性」の判断手法

最後に、「実現の必要性」をどのように判断するのかに関して検討を加えておく。「実現の必要性」を規制対象行為と害悪との関連性という指標で判断する学説（浦部法穂）があり、そのような判断手法を採用しているように読める判例（EMA判決）があることはすでに指摘した。しかし、このような政府利益に対する害悪と規制対象行為との関連性は、従来、手段審査の際に考慮されていたといえる。⁽¹⁶⁾ここで浦部と同じ理解に立つ門田孝は、まず、日本国憲法で保障された権利に対する制約は、原則として、「公共の福祉」のためにのみ許されるという立場を前提に、「公共の福祉」を「人権相互間に生じる矛盾・衝突をはかるための実質的公平の原理」とする伝統的な理解を採用。そして、「調整をされるべき権利・利益」を確定し、それらが調整に値する権利・利益といえるか否かを審査する段階を「目的審査」、そのような権利・利益との調整の仕方が適切に行われているか否かを審査する段階を「手段審査」と呼んだ上で、「規制（手段）」がないことによって生じる弊害を検討することを「手段審査」と解した場合、それは、……「目的審査」の内容として理解するところの、『規制対象行為』によって生じる弊害を検討すること、実質的には同一に帰するものと言えるであろう。そうだとするなら、違憲審査にあつて、論理的に「手段審査」に先行する『目的審査』の段階で、『規制対象行為と害悪との』関連性の審査も行われるべきではなからうか」とする。⁽¹⁶⁾だが、「手段審査」で規制対象行為

と害悪との関連性審査が行われるとするならば、なぜ、「目的審査」においてもそれを行う必要があるのかをより積極的に論ずる必要があるように思われるが、この点についての説明はなされていない。

この点につき、「目的審査における関連性の審査とは、害悪を生ぜしめるとされている規制対象群がある、害悪を引き起こすかを問うものであると考えるべきであ」り、「手段審査における関連性の審査とは、実際に法令の採用する具体的手段が、規制対象によつて生じるとされる害悪の防止という目的を実際に促進するものであるか、また、その手段には目的との関係において行き過ぎがないかを問うものである」として、二つの関連性審査を区別する見解がある。⁽¹⁶⁷⁾これを参考に、目的審査における関連性審査を、行為者の主観的な行為としての「規制対象行為」ではなく、客観的な問題環境としての「より一般的な害悪発生源（とされるもの）」と害悪との関連性審査と理解すれば、害悪が目的審査と手段審査の両方で考慮されるとしても、害悪のそもそもの発生可能性を問う目的審査と害悪が実際に除去されるかを問う手段審査に区別することができるので、「実現の必要性」を「より一般的な害悪発生源（とされるもの）」と害悪との関連性という指標で判断することは一つの合理的な判断手法であるといえよう。

(161) 芦部前掲注(1)・憲法学Ⅱ二七、四一頁。

(162) 木村前掲注(13)一七頁を参照。

(163) 「尺度としての重要性」判断が判例上積み重ねられていく結果として、「基準としての重要性」が今後明らかになっていく可能性はあるだろう。

(164) なお、「正当な利益」については、本稿の検討対象ではないので推測になるが、当該政府利益の追求が憲法上容認されているか否かという「正当性」判断とともに、取るに足りない利益でないことを求める程度の「重要性」判断を含み、事実判断たる「実現の必要性」としては、「害悪の観念上の想定可能性」——害悪の発生に関する立法事実が仮に存在しなくとも理論上害悪が発生しないとはいえないこと——が求められると考えられる。したがって、「重要な利益」と「正当な利益」の区別も、相対的な重要度の程度差、及び、害悪の発生確率の程度差によるといふことになる。

「正当な利益」については、常本照樹「経済・社会立法」と司法審査(一)(二)(三)(四)・定——アメリカにおける「合理性の基準」に関する一考察——北大法学論集三五卷一・二号(一九八四年)一頁以下、五号(一九八五年)五三九頁以下、四三卷五号(一九九三年)八八一頁

以下、六号(一九九三年)一三四七頁以下を参照。

(165) 門田前掲注(18)・(二)・完 二二二頁。

(166) 同二二〇、二二二―二二三頁(一) 内筆者。

(167) 金原前掲注(18)二七―二八頁(傍点ママ)。

(168) 前述のEMA判決のように、暴力的ビデオゲームの販売・貸出ではなく、暴力的ビデオゲームそのものと未成年者に対する害悪との関連性を問うということである。

第五章 本稿の提示した目的審査の手法の意義

本稿ではこれまで目的審査を取り上げ、各審査基準がどのように区別されるのかを論じてきた。その結果、前章で示したような結論が得られたわけであるが、本稿で提示した目的審査の手法は、審査基準の構成要素を明確にしたことで、従来想定されてきた目的審査より検討事項が実質的に増えている。そこで本章では、本稿の提示した手法で目的審査を行うことの適切性を示し、その手法を用いて日本の判例の再構成を試みる。

第一節 本稿の提示した目的審査の手法の適切性

従来の目的審査では、「正当性」と「重要性」を有する立法目的であれば目的審査を通過すると考えられてきた。しかし、本稿の提示した目的審査の手法では、従来注目されてこなかった「実現の必要性」の論証を目的審査の基準の構成要素として明示的に要求したことによって、「正当性」と「重要性」を有する立法目的であっても、当該立法目的を実現する必要性が論証されなければ、目的審査を通過しないことになる。このように、「実現の必要性」という構成要素の論証を求める点に本稿の提示した目的審査の手法の特徴があるが、こうすることによって、従来よりも目的審査を通過する立法目的が限定されうるので、目的審査全体が若干厳格なものとなっている。そこで本節では、(特に厳格審査

基準及び中間審査基準における) 目的審査で立法目的の「実現の必要性」の論証を求めることの適切性を示すこととする。そもそも、違憲審査過程を目的審査と手段審査に区分するという審査様式は、法律そのものがある目的を一定の手段で実現することを意図して定められたものであるという理解を前提に、その法律の制定過程を裁判所が追体験することによって、その意図が実際に達成されているかを審査しようとするための合理化されたモデルである。ここでは、目的審査は、当該法律が実現しようとする目的そのものは是非を審査し、手段審査は、そのような目的が当該法律という手段によって実現することができるのかを審査する。

その審査過程で用いられる違憲審査基準は、裁判所が法律の違憲審査をする際に適用する基準であるから、本来的には、裁判所が法律(議会の行為)の合憲性を評価するための指針(「裁判所による議会に対する評価指針」)である。「裁判所による議会に対する評価指針」であることは、裁判所が議会の行為を評価する際にどのように評価するかを示す指針ということにもなるので、違憲審査基準は「裁判所にとっての行為指針」でもある。それだけにとどまらず、違憲審査基準には論証責任という当事者主義的観点が含まれていることから、訴訟過程において当事者のうちのどちらが立法事実の存在または不存在をどの程度論証すべきかを示している指針ともいえる。それゆえ、違憲審査基準は、当事者が憲法訴訟において行為すべき内容を示す指針(「当事者にとっての行為指針」)をも意味しており、違憲性推定が及ぶとされている厳格審査基準及び中間審査基準では、合憲性を主張する側に立法事実の論証責任が課せられる。このように違憲審査基準の行為指針の性質と論証責任を組み合わせると、⁽¹⁰⁾ 厳格審査基準及び中間審査基準の場合には、合憲性を主張する側に、当該法律の合憲性が立法事実によって支えられていることの論証が求められることになる。これを目的審査の局面に限定して見てみると、当該法律が実現しようとする目的を事実的基礎に基づかせることが要求されることになり、目的審査の基準の構成要素としては、それ自体規範的要件である「正当性」や「重要性」以外に、事実的基礎と密接な関係にある構成要素がある方が望ましいということになる。そこに、「実現の必要性」の論証を求めるこ

との適切性があるといえよう。

また、本稿のように、立法目的の「重要性」判断に際しある種の利益衡量を行うとする立場に立つ場合、そこでは、当該法律によって得られる利益——政府利益——と失われる利益——憲法上の権利——とが衡量されることになるが、判例上、前者は高い抽象度で、後者は低い抽象度で個別具体的に認定されることが多い⁽¹⁰⁾。なぜならば、抽象度が高い利益と抽象度が低い利益であれば、一般に前者の方が失われた際の影響が広範囲に及ぶことが想定されるがゆえに、前者は後者に優越すると評価しやすく、目的審査に消極的な裁判所にとって好都合だからである。しかし、適切な利益衡量を行うためには、同じ抽象度の利益同士が認定される必要がある⁽¹¹⁾。したがって、政府利益をより具体的に認定することが求められるが、目的審査の基準の構成要素として「実現の必要性」の論証を求めることは、それに資するといえる。

というのも、単に抽象度が高い政府利益であれば、立法目的の「正当性」や「重要性」は容易に認められるであろうが、一般的抽象的な政府利益全体を危険に晒す害悪は特定困難であると考えられるので、「実現の必要性」を充たすためには、より具体的に特定された政府利益が認定されなければならないということになるからである。つまり、適切な利益衡量を行うには、「実現の必要性」という構成要素が必要といえるのである。しかもそれだけでなく、より具体的な政府利益は、手段審査において立法事実に即した経験的因果関係の審査を綿密に行うことを可能とするため、立法目的と立法手段との関連性審査を実効的なものとするのに資するともいえよう。それゆえ、実効的な手段審査のためにも「実現の必要性」は必要なのである。

以上のように、①違憲審査基準の行為指針的性質と論証責任の観点、そして、②利益衡量や手段審査の実質化の必要性から、目的審査の基準の構成要素として「実現の必要性」の論証を求めることが基礎づけられるので、本稿の提示した手法で目的審査を行うことは適切なものといえるのではないだろうか。なお、本稿が提示した目的審査の手法は、あくまで、構成要素を明らかにすることで検証可能性を付与するとともに、制約される憲法上の権利に見合う程度に具体

的な政府利益を認定し、立法目的と立法手段の経験的因果關係を主に審査する手段審査を実効的に行うためのものであり、裁判所が積極的に目的審査によって違憲と判断するべきだとする趣旨ではない。

第二節 日本の判例の再構成

本稿が提示してきた目的審査の手法の特徴は、立法目的の「実現の必要性」という構成要素の導入に集約される。そこで最後に、これを用いて日本の判例の再構成を試みる。

立法目的の「実現の必要性」を考慮しているように読める判例としては、まず在外国民選挙権訴訟上告審判決⁽¹⁷⁾が挙げられる。事案としては、それまでの公職選挙法は、国外在住の日本国民（在外国民）に国政選挙における選挙権行使を認めていなかったところ、平成一〇年にその一部が改正され、在外選挙制度が創設された。しかし、その対象となる選挙は、当分の間、衆議院及び参議院の比例代表選挙に限られていた。そこで、本件改正前の公職選挙法が、衆議院議員選挙及び参議院議員選挙における選挙権行使を認めていなかった点において違法であることの確認、及び、平成八年の衆議院総選挙において選挙権を行使することができなかったことに対する国家賠償請求、また、次回の衆議院小選挙区選挙や参議院選挙区選挙において選挙権を行使することができる地位にあることの確認などを求めて提起されたというものである。ここでは、本件改正後の公職選挙法において、在外国民の選挙権行使が衆議院及び参議院の比例代表選挙に限られ、衆議院小選挙区選挙や参議院選挙区選挙においては認められていなかったことの合憲性を判示した箇所に注目する。

法廷意見は、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ない著し

く困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法一五条一項及び三項、四三条一項並びに四四条ただし書に違反するといわざるを得ない」と述べた上で、本件のような制限なしに選挙の公正を確保しつつ選挙権行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められるか否かの考察に移る。

本件改正後の公職選挙法に関しては、「投票日前に選挙公報を在外国民に届けるのは実際上困難であり、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達するのが困難であるという状況の下で、候補者の氏名を自書させて投票をさせる必要のある衆議院小選挙区選出議員の選挙又は参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票することを認めることには検討を要する問題があるという見解もないではなかったことなどを考慮すると、初めて在外選挙制度を設けるに当たり、まず問題の比較的少ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外国民の投票を認めることとしたことが、全く理由のないものであったとまでいうことはできない」として、当初は、選挙の公正を確保することを困難なものにする事情が実在したため、「選挙の公正確保」という立法目的を実現する必要性があったことが示されている。

しかし、「本件改正後に在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくないることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくないことなどというべきであり、「遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということはでき」ない、と法廷意見は結論づけている。⁽¹⁶⁾これは、本件改正後の立法事実の変化に伴い、選挙の公正を確保することを困難なものにする事情——立法目的に対する害悪——が解消され、当該立法目的を実現する必要性が失われたと評価しているといえよう。⁽¹⁶⁾

次に、薬事法距離制限事件上告審判決も立法目的の「実現の必要性」を考慮しているように読むことができる。本件

は、原告が医薬品の一般販売業の許可を申請したところ、薬局や医薬品の一般販売業などの開設の場所が配置の適正を欠く場合には許可を与えないこととし、その配置の基準を都道府県条例に委任している薬事法六条二項、四項及び二六条二項（本件適正配置規制）に基づいて、当該許可申請が不許可とされた。そこで、本件適正配置規制は憲法二二条一項の職業選択の自由を違反するとして提起された事件である。

まず、法廷意見は、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらず弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制⁽¹⁷⁶⁾によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである」としている。

それを受けて、本件適正配置規制の立法目的として、「一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一業者者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること」及び、「薬局等の一部地域への偏在の阻止によって無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進すること」という二つを認定するとともに、「それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては、重要な公共の利益と⁽¹⁷⁷⁾いうことができる」として、立法目的の「正当性」と「重要性」を認めている。なお、これら二つの目的の關係としては、「前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまる」と⁽¹⁸¹⁾されている。

しかし、法廷意見は、「薬局等の設置場所についてなんらの地域的制限が設けられない場合、被上告人の指摘するよ

うに、薬局等が都会地に偏在し、これに伴ってその一部において業者間に過当競争が生じ、その結果として一部業者の経営が不安定となるような状態を招来する可能性があることは容易に推察しうるところであり、現に無薬局地域や過少薬局地域が少なからず存在することや、大都市の一部地域において医薬品販売競争が激化し、その乱売等の過当競争現象があらわれた事例があることは、国会における審議その他の資料からも十分にうかがいうるところである」と述べた上⁽¹⁸⁾で、「確かに、観念上はそのような可能性を否定することができない。しかし、果たして実際上どの程度にこのような危険があるかは、必ずしも明らかにされてはいないのである」とし、「大都市の一部地域における医薬品の乱売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケットによる低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激烈な販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定されることを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない」と述べている⁽¹⁹⁾。そして、「競争の激化—経営の不安定—法規違反」という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとする⁽²⁰⁾ことは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない」と結論づけている⁽²¹⁾。

このように本件は、「不良医薬品の供給の防止」という立法目的に関して、不良医薬品の供給という害悪が発生する可能性は、単なる観念上の想定にすぎないとしているので、当該立法目的を実現する必要性が否定されたと読むこともできる⁽²²⁾ように思われる。

以上二件の判例からではあるが、本稿が提示してきた目的審査の手法は、日本の判例においても一部考慮されてきたといえ、導入可能性を検討する意義があるといえるであろう。

(169) 安念潤司は、「立法事実論の意義については、いまさら強調するまでもないが、しかしかかる「事実」が、法の解釈を決定する性質のものである以上、その存否は、實際上、当事者の助力があるにしても、窮極的には裁判所が、自らの職責において決定しなければならないのではなからうか。換言すれば、立法事実には立証責任というものは観念できず、またノンリケットという事態もありえない。もしかりに立法事実の存否が不明になれば、それは端的に法の解釈が不明になるはずであつて、それを存否いずれかに擬制することは許されないとと思われる。そうすると、訴訟法上は、立法「事実」の存否もやはり法律問題であつて、事実問題ではないと解するほかないのではあるまいか」として、憲法訴訟において立証責任を語ることに疑問を呈している。安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」菅部信喜先生還暦記念論文集「憲法訴訟と人権の理論」(一九八五年、有斐閣)三八一頁注(8)。

確かに、法解釈に立証責任が及ばないことは疑いなく、立法事実は法の解釈を決定する性質のものである。けれども、「法律の合憲性に関する法的論証には事実的要素と価値判断の要素があり」、「さらに価値判断の要素(は)事実的要素に依拠していることから、特に事実的要素が問題とな」るのだから、「基礎になつてゐる事実問題が法律の合憲性を条件づける」とも指摘されている。その意味で、立法事実の存否を事実問題として語ることは不可能ではないように思われる。安西前掲注(37)・(三三)・(三九)七八頁(一)内筆者。

また、立法事実の顕出方法として、裁判所の職権によつて立法事実が認定される司法的確知(judicial notice)がよくいわれるが、これは「法が合憲かどうかは法律問題であり、立法事実を当事者が十分顕出したか否かにより異なつた結論になるのがおかしい」からだとされている。しかし、「当該法律が合憲であるとの」主張を裏付ける立法事実についての資料の顕出をその当事者に求め、その顕出がなされないとときに、「その主張自体合理的なものと認められないことを理由に違憲判断をすることは、その違憲判断の説得力と公正さを高める有効な手段であるといえよう」。ここに、厳密な意味では訴訟法上の立証責任と異なるとしても、立法事実の論証責任を語る積極的意義があるのである。時国前掲注(18)六九七〇頁(一)内筆者。

(170) 利益衡量の対象となりうる利益には、①当該紛争の当事者自身の個別的・具体的な利益、②当該紛争の当事者と同じ法的地位にたつ人々の利益、③当該紛争の当事者によつていわば代弁されるところの社会的利益という三つのレベルがあり、人権制限によつて得られる利益——政府利益——は常に③であるのに対し、失われる利益——憲法上の権利——は①・②・③のどのレベルの利益を拾い上げることが可能であり、どのレベルの利益を拾い上げるかによつて結論は決まる、といわれている。浦部前掲注(46)・基準一——一四頁を参照。

(171) 「真の比較衡量が成立するためには、相対立する利益が同じレベルにおいて慎重に衡量されねばならない——つまり社会的利益は個人的利益ではなく、他の社会的利益とのみ衡量することができ」菅部信喜「現代人権論——違憲判断の基準——」(有斐閣、一九七四年)一七六頁(傍点ママ)。

(172) 最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁。

(173) 同一〇九六頁。

(174) 同二〇九八頁。

(175) 同右。

(176) 本件を目的違憲と判断した判例と理解する余地があることを指摘するものとして、高橋前掲注(2)三六一四―三六一六頁を参照。

(177) 最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁。

(178) 同五七七頁。

(179) 同五七九頁。

(180) 同五八一頁。

(181) 同五七九頁。

(182) 同五八二頁。

(183) 同五八四頁。

(184) 同五八五頁。

(185) 本件を目的違憲と判断した判例と理解する余地があることを指摘するものとして、門田前掲注(18)・(二)完二〇一―二〇九頁を参照。

おわりに 今後の課題

一九九〇年代初頭、憲法学の泰斗の一人である佐藤幸治は、「従来の憲法学は政治学的にすぎたところがあり、憲法学の法律学化をもっと図らなければならない」。「憲法学が裁判の準則になりうるような理論や法理を提示しえずして、裁判所にあれこれ注文つけることは困難ではないか」と述べていた⁽¹⁸⁶⁾。それから四半世紀が過ぎた。これまでは、どのような場合にどの違憲審査基準が適用されるのかに議論が集中していたけれども、最近では、違憲審査の手法としての違憲審査基準論と比例原則の対立図式が盛んに叫ばれるようになり、両者の類似点・相違点に議論の中心が移ってきた。しかしそれでも、違憲審査基準それぞれをどのように適用するのかが体系的に語られることはこれまでほとんどなかったように思われる。ここに、違憲審査基準論が実務に相手にされてこなかった理由の一端があるのではないか。それゆえ、筆者は、一般的な違憲審査基準の適用方法を体系的に提示する必要性を感じてきた。本稿で違憲審査基準論にお

ける目的審査の基準の構成要素を検討してきたのは、そのためである。

しかしながら、本稿では、筆者の能力と時間の問題ゆえに、違憲審査基準論が適用される典型例たる自由権の領域しか検討できなかった。違憲審査基準論は自由権に限ったものではない。平等保護の領域でも違憲審査基準論は大きな役割を果たしている。したがって、①平等保護の領域も視野に入れる必要がある。そして、本稿は「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」の実質的区別に焦点を当てたが、目的審査の基準としては、もう一つ「正当な利益」が残っている。それゆえ、②「重要な利益」と「正当な利益」の実質的区別も検討しなければならない課題である。また、紙幅の都合上、立法目的の認定の局面については省略せざるをえなかったため、③目的審査の対象についても改めて検討したい。さらに、本稿では目的審査を独立に扱ったが、本来、目的審査は手段審査との関連で語られるべきものであろう。というのも、本稿は立法目的の「重要性」判断に際しある種の利益衡量を行うとしたが、手段審査に際しても利益衡量を行う余地があるからである。とすると、④そもそも手段審査において利益衡量を行うのか、行うのであればそれはどのように行うのか、目的審査における利益衡量と手段審査におけるそれはどのように区別されるのかという観点から、違憲審査基準論全体における利益衡量の位置づけを検討することも課題として残っていることになろう。

このように多くの課題が残されているので、本稿が「憲法学の法律学化」への一つの試みとして「裁判の準則になりうるような理論や法理を提示し」えているかは疑わしいが、これらの課題については他日を期することとしたい。

(186) 佐藤幸治「憲法学の現状」日本弁護士連合会編『現代法律実務の諸問題(上)』(平成二年版)〔第一法規、一九九一年〕一六頁。もちろん、憲法学の政治学的側面を否定する趣旨ではない。