

合衆国司法審査理論と比例性アプローチ（上）

酒匂， 一郎
九州大学： 名誉教授

<https://doi.org/10.15017/4741339>

出版情報：法政研究. 88 (3), pp.156-111, 2021-12-13. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：



合衆国司法審査理論と比例性アプローチ（上）

酒 匂 一 郎

はじめに

- I 合衆国司法審査理論の展開
- II カテゴリー的アプローチとバランスング・アプローチ（以上、本号）
- III 比例性アプローチの可能性

終わりに

はじめに

いわゆる比例性原則による司法審査は、ドイツその他の欧州連合諸国、欧州連合司法裁判所および欧州連合人権裁判所、さらにカナダ、イスラエル、南アフリカなどで、その詳細には違いがあるものの、広く受容されているところから、「グローバルモデル」とも呼ばれる。これに対して、アメリカ合衆国の司法審査理論は「例外」とみなされることが少なくない。⁽¹⁾ 比例性審査は、保護される権利の範囲を広く捉えるとともに、そうした権利と他者の権利や社会的利益との比較衡量による判断を含むのに対し、ウォーレン・コートにおいて確立したとされる二層審査（厳格審査の基準と合理的基礎審査の基準という「二重の基準」による）は、憲法上の権利

(1) Cf. V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *Yale Law Review* 124 (2015), 3096; B. Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but here?*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.22 (2012), 291; N. Gertner, *On Competence, Legitimacy, and Proportionality*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.160 (2012), 1587.

をカテゴリー的に分類し、それに応じて審査基準を設定し、これをいわば準則的に適用するものとみなされてきたというのが、その理由の一つといえる。

しかし、バーガー・コートになると、二層審査では対応できない様々な新たな権利や利益の主張が現れてきて、それに対応する中間的審査のレベルが設定されて、二層審査は三層審査 (three tiers scrutiny) に転じたとみられる。また、審査方法もカテゴリー的基準の準則的適用だけでなく、比較衡量 (balancing) が多用されるようになったことを批判的に指摘する論者もあった。⁽²⁾ 比較衡量は厳格審査にも取り入れられて、より厳格でないものが現れ、合理的基礎審査にも逆により厳格な「牙のある」(with bite) 合理的基礎審査と呼ばれるものが現れている。さらに、レーンキスト・コートになると、三層審査とはいえ、その審査基準はより多様化している。そして、ロバーツ・コートでは、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といえる。

こうした状況において、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⁽³⁾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⁽⁴⁾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⁽⁵⁾いる。もっとも、これらの議論における比例性アプローチがbalancing・アプローチとどう異なるのかは微妙な問題を含んでおり、また、最高裁ではどちらかと言えばカテゴリー的のア

(2) A. Alleinoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale Law Journal, 96 (1987). また、費用便益分析としてのbalancingへの批判として、C. R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*, Michigan Law Review, Vol.92 (1994); J. Rubinfeld, *The First Amendment's Purpose*, in Stanford Law Review, Vol.53 (2001).

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

(4) D. L. Beschle, *No More Tiers? Proportionality as an Alternative to Multiple Levels of Scrutiny in Individual Rights Cases*, in Pace Law Review, Vol.38 (2018); R. H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, in 54 UCLA Law Review (2007); V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*; A. S. Sweet and J. Mathews, *All Things in Proportion?: American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, in Yale Law School Legal Scholarship Repository, 3-1 (2010).

(5) S. Breyer, *America's Supreme Court: Making Democracy Work*, Oxford UP, 2010 (大久保史郎監訳『アメリカ最高裁判所：民主主義を活かす』岩波書店2016年)。

ローチを採用する裁判官も有力であり、合衆国の司法審査理論が今後どのように展開するかは予断を許さない。

本稿は、合衆国の司法審査理論における比例性アプローチの可能性と問題点を検討することによって、合衆国を例外としないより一般的な比例性アプローチの可能性を探ることを目的とする。以下では、まず、合衆国における司法審査理論の展開を概観する。ここでは、Lochner判決からウォーレン・コートが登場するまでの期間、ウォーレン・コートからパーカー・コートまでの期間、そしてレーンキスト・コートから現在までの期間の三つの期間に大きく分けて概観する（Ⅰ）。次に、合衆国憲法と三層審査の特徴を分析し、カテゴリー的アプローチ、バランスング・アプローチをめぐる議論を検討する（Ⅱ）。最後に、合衆国の司法審査理論にも比例性アプローチの源泉と要素があるとする議論やそのより積極的な導入を提言する議論を概観する。これにより比例性アプローチはカテゴリー的アプローチとバランスング・アプローチを統合するものとみる示唆が得られる。この示唆の線で、合衆国の司法審査理論の諸要素を比例性アプローチの三段階審査理論の構造に位置づける可能性を検討し、より一般的な比例性アプローチへの展望を探ることとする（Ⅲ）。

Ⅰ. 合衆国司法審査理論の展開

合衆国の司法審査理論は我が国ではかつて「二重の基準」(double standards)論と呼ばれた⁽⁶⁾。言論の自由などに対する規制は違憲性を推定して厳格に審査するのに対し、社会的経済的権利などに対する規制は立法者に対して敬讓的な合理的基礎の基準により審査するというものであった。しかし、その後、この二極的な審査レベルの間に中間的審査(intermediate scrutiny)と呼ばれる審査レベルが加えられて、今日では一般に「三層審査」(three tiers scrutiny)と呼ばれる――これと対比してかつての司法審査理論は「二層審査」とも呼ばれている。

三層審査とはいっても、それぞれの審査レベルには複数の審査基準(standard, test)が含まれ、審査の厳格さの程度も各審査レベルの内部でさらに区別されても

(6) 我が国での「二重の基準」論についての理解については、芦部信喜『人権と憲法訴訟』(有斐閣1994年)参照。

⁽⁷⁾ いる。また、それらの審査基準はカテゴリー的な準則として用いられることもあれば、balancingの基準として用いられることもある。そうした多様性は、時代とともに社会が変化してきたことによって生じているだけでなく、裁判官たちのスタンスの違いによるところもある。

本節では、このような複雑さを含む合衆国の司法審査理論の歴史的な展開を、本稿の後の議論に必要な限りで、大きく三つの時期に分けて簡単に概観する。Lochner判決（1905）からウォーレン・コートが始まるまでの時期、次いでウォーレン・コートとバーガー・コートの時期、そしてレーンキスト・コート以後の時期である。この三つに分けるのは、第二の時期が合衆国のこれまでの司法審査理論形成の盛期とみることができるとされるからである。第一の時期はその前史だとすれば、第三の時期はそのさらなる展開であるとともに、混迷と揺らぎが指摘されるようになっていく時期である。

（1）ウォーレン・コート以前

合衆国の司法審査理論の出発点として一般に言及されるのが Lochner 判決である。⁽⁸⁾ 判決は、パン焼き職人の労働時間を 1 日10時間以内、週60時間以内に制限するニューヨーク州法を、コモンロー上の契約の自由を侵害するもので、修正14条のデュープロセス条項に違反すると判示した。この判決で有名なのはむしろホームズ（O. W. Holmes, Jr）裁判官の反対意見である。ホームズは、多数意見を特定の経済思想に基づいていると批判し、多様な経済思想のいずれを採用するかは立法者に委ねるべきであり、立法者の判断が一般の人々からみて道理的であると認められるときは、裁判所はそれを尊重すべきだとした。司法審査理論の観点からみると、もう一つのハーラン（J. M. Harlan）裁判官の反対意見も重要である。⁽⁹⁾ ペッカム（R. W. Peckham）裁判官の多数意見がパン焼き職人の労働環境は鉱山労働者などのそれに比べて労働者の健康に有害であるとする証拠はなく、パン焼き職人の労働時間

（7） Cf. R. R. Kelso, Standards of Review under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The “Basic Plus Six” Model and Modern Supreme Court Practice, in *Journal of Constitutional Law*, Vol.42 (2002).

（8） *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1095).

（9） ホワイト（E. D. White）裁判官とデイ（W. R. Day）裁判官が賛同している。

に制限を加えるとすれば、他の一般の事務労働者などの労働時間にも制限を加えなければならないことになるとしたのに対し、ハーランはパン焼き職人の労働環境が労働者の健康に有害であるとする複数の研究や調査を挙げて、立法者の判断には裁判所として尊重すべき根拠があると論じたのであった。

注目すべきなのは次の点である。契約の自由を制限する社会経済的立法に多数意見は厳格に、ホームズは敬謙的に対応しているといえるが、どちらも必ずしも十分な経験的証拠を挙げて論証してはいないのに対し、ハーランの反対意見は経験的な証拠に基づいて具体的な状況を考慮する点で両者の中間に位置したとみることができる。つまり、合衆国の司法審査理論の展開の出発点にはすでに三つのアプローチがあったわけである。⁽¹⁰⁾

社会経済的立法に対する司法積極主義的なロックナー時代は、ニューディール政策を推進していたルーズベルト大統領の一種の威嚇もあって、女性労働者の最低賃金を規定する州法を合憲とした1937年の *West Coast Hotel Co. v. Parrish* で終焉した。判決は、契約の自由の剥奪は法のデュープロセスがなければ憲法によって禁じられるが、この自由に対する規制は、その目的に関連して合理的であり、市民の健康、安全、道徳、福祉を脅かす害悪に対してコミュニティを保護するために採用されているときは、デュープロセス条項に適合するとした。これによって、社会経済的立法に対する合理的基礎審査が確立したとみられる。⁽¹³⁾

合理的基礎審査が立法に対して相当に敬謙的であるのに対して、ケースによってはより厳格な審査が必要だと指摘したのが、1938年の *United States v. Caroline Products Co.* におけるストーン（H. Stone）裁判官の有名な「脚注4」である。「通常の通商に影響する立法規制は、周知の又は一般に推定される事実に照らして、立

(10) この点について、cf. D. L. Beschle, *No More Tiers*, 387-88.

(11) ルーズベルト大統領は、最高裁裁判官の定年を70歳とし、70歳を越えて在籍している裁判官がある場合は、大統領はそれと同数の裁判官を9名の定員に加えて6名まで追加で指名することができるとする法案（*Judicial Reorganisation Bill*）を議会に提示した。これを恐れた当時多数派に属した裁判官が辞職したりしたため、ニューディール政策支持者が多数となった。

(12) 300 U. S. 379 (1937).

(13) 合理的基礎審査基準への変化が生じたのは、これに先立ってミルク販売価格規制を合憲とした *Nebbia v. New York*, 291 U. S. 502 (1934)だとする見方もある。E. T. Sullivan & R. S. Frase, *Proportionality Principles in American Law*, 63.

(14) 304 U. S. 144 (1938).

法者の知識及び経験の範囲内で何らかの合理的基礎 (rational basis) に基づいているという推定を排除するような性質のものでないかぎり、違憲とは宣言されえない」という法廷意見の本文に対する脚注で、ストーンは「立法が、最初の10の修正条項に規定するような憲法の特定の禁止や、修正14条に含まれると認められ同様に特定されているとみなされる禁止に、文面上触れる場合には、合憲性の推定をより限定する余地がありうる⁽¹⁵⁾」と述べる。そして、そのような「より厳格な司法審査 (more exacting judicial scrutiny)」に服するものとして、投票の権利、言論の自由、結社の自由、集会の自由に対する規制のほか、「分離し孤立した (discrete and insular) マイノリティ」の保護に関わる政治的プロセスへの規制を挙げている。

ストーンはこの見解は、実際、憲法の修正条項に列挙された自由や権利を「基本的な」自由又は権利とし、政府の規制に対して「優先的な地位」(preferred status)にあるとして、厳格な審査を適用したこの時期の複数の判決に現れている。たとえば、宗教的パンフレットや雑誌の頒布に事前許可を要求する州法や宗教的ビラの戸別配布を禁止する地方自治体条例を違憲とした判決⁽¹⁶⁾、「明白かつ現在の危険」の基準を厳格に解釈して有罪判決を破棄した判決⁽¹⁷⁾、重大犯罪を3回行った者に対する強制的不妊手術を厳格審査により違憲とした判決⁽¹⁸⁾、宗教的文書の行商人に免許税を課す地方自治体条例を違憲とした判決⁽¹⁹⁾などがある。他方で、これらの権利に関する事案で規制が合憲とされた事例もある。市街でのパレードや行進の実行について事前の特別許可を要求する州法を合憲とした判決⁽²⁰⁾、挑戦的言論を禁止する州法をデューブ

(15) 304 U. S. 144 (1938), 152-53.

(16) *Lovell v. City of Griffin*, 303 U. S. 444 (1938) (言論及び出版の自由は「基本的な個人の権利および自由」に属する)、*Martin v. City of Struthers*, 319 U. S. 141 (1942) (宗教的内容のビラの個別配布を禁止する条例を違憲とした)。

(17) *Bridges v. California*, 314 U. S. 252 (1941). 新聞記者と労組員が労働争議に関する係争中の裁判について批判する文書を裁判所の外で配布したことで法廷侮辱罪につき下級審で有罪とされた事案で、最高裁は、これらの行為に「明白かつ現在の危険」(生じる虞のある実質的な害悪がきわめて重大で、かつ切迫の度合いがきわめて高い)はないとして覆した。

(18) *Skinner v. State of Oklahoma*, 316 U. S. 535 (1942). 生殖の権利は「基本的」な権利であり、その侵害には「厳格審査」(strict scrutiny)が必要だとした (541)。なお、R. H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 1281 は、この判決を今日の意味にいくらか似た意味で「厳格審査」という語を用いた最初の最高裁判決だという。

(19) *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U. S. 105 (1943). 「出版の自由、言論の自由、宗教の自由は優先的な地位にある」としている (115)。

(20) *Cox v. New Hampshire*, 312 U. S. 569 (1941). 宗教団体が15人から20人で人通りの多いビジネ

ロセスの要求を満たすに十分な程度に明確で限定されているとした判決などである。⁽²¹⁾ただ、これらの基本的な自由や権利について厳格な審査を行うとしつつ、実際にはそれに対抗する政府の利益とのbalancingがなされているとする論者もある。⁽²²⁾

マイノリティに対する平等保護において厳格な審査基準を示したとして有名なのが、1944年の *Korematsu v. United States* である。⁽²³⁾第二次世界大戦中に西海岸の日系アメリカ人を敵対的な行動の虞があるとして強制収容所に収容した事案で、ブラック（H. Black）裁判官の法廷意見は、「単一の人種集団の市民的権利を抑制するあらゆる法的規制はそれだけで疑わしい（immediately suspect）と言わなければならない」として、⁽²⁴⁾裁判所はそれらの制限を「最も厳格な審査」（most rigid scrutiny）に服させなければならないと、まず述べる。後に人種差別を違憲とする判決において用いられるようになる「疑わしい」分類という基準を述べた最初の事例である。もっとも、判決は、そのような制限のすべてが違憲であるわけではなく、「切実な（pressing）公的必要はときにそのような制限の存在を正当化しうる」として、本件の収容措置を違憲とはしていない。

以上のような基本的権利や平等保護を厳格な審査に服させる見解に対して、批判的な見解も40年代後半から現れてくる。とくに、フランクファーター（F. Frankfurter）裁判官の見解が顕著である。フランクファーターは、上記の宗教的ビラの戸別配布を禁じた条例を違憲とした判決でも、産業化した社会の住民のプライバシーを保護する地方自治体の利益も重要なものとみなして、司法は立法者に敬讓的であるべきだとする反対意見を述べている。また、公道で大音量を発する音響装置を用いることを禁じた市条例が合憲とされた *Kovacs v. Cooper* ⁽²⁵⁾において、

ス街の歩道でブラカードなどをもってデモを行ったという事案で、「憲法によって保護される市民的自由も、その濫用によって自由そのものが失われないためには、公的秩序を維持する組織された社会の存在を前提する」として（574）、「公道の使用における人々の安全と利便を保障するために規制する地方自治体の権限」とこの自由を比較考量している。

(21) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942). 上告人が公道上で他人に浴びせた「くそファシスト」「くそゆすり」などの言葉の使用は、一般人を憤激させ、もって州法の規制目的である平和の攪乱を惹き起こす可能性がある」と判示している。

(22) Cf. A. Alleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 962-63.

(23) 323 U. S. 214 (1944).

(24) 323 U. S. 214 (1944), 216.

(25) 336 U. S. 77 (1949).

フランクファーターは賛同意見で、修正 1 条の権利も「絶対的ではない」として、言論の自由をすべて「優先的地位」をもつものとみなす見解を批判している。⁽²⁶⁾ フランクファーターのbalancing的アプローチを示すものといえる。これは言論の自由に対する内容中立規制のケースだが、内容規制に関する「明白かつ現在の危険」の基準を緩和して連邦のSmith法（暴力的に政府を転覆することを共謀する結社を処罰する）を合憲とした Dennis v. United States⁽²⁷⁾ では、フランクファーターは賛同意見で、言論の自由も政府の規制利益も絶対的ではないとして、それらの衝突の解決にはbalancingが必要だとしている。⁽²⁸⁾ ちなみに、この判決は原審（第 2 巡回区控訴裁）のラーニド・ハンド（B. Learned Hand）裁判官の「明白かつ現在の危険」基準についてのbalancing的解釈を受容したものである。⁽²⁹⁾

ウォーレン・コート以前には、以上のように、基本的権利の優先的地位を強く主張する見解と、より敬謙的なbalancingのアプローチがあった。前者の代表と目されるブラック裁判官は、Dennis v. United Statesにおいても、反対意見で次のように述べている。「修正 1 条は我々の政府の要石であり、それが保障する自由はすべての自由の破壊に対する最善の保護を提供すると私はつねに信じてきた。少なくとも公的問題の分野における言論に関しては、『明白かつ現在の危険』のテストは『保護される表現のさらなる憲法上の境界を画する』ものではなく、『権利章典の最小限の強制を承認する以上のものではない』と私は信じる⁽³⁰⁾」。このようなブラックの立場は「絶対主義」と呼ばれることがある一方で、ブラックも彼自身のbalancingを用いているという指摘もあるが⁽³¹⁾、関連の主要な判決での彼の意見とフランクファーターの意見の衝突はこの時期の判決の顕著な特徴であったといえるだろう。

(26) 336 U. S. 77 (1949), 90.

(27) 341 U. S. 499 (1951).

(28) 341 U. S. 499 (1951), 525. このbalancingをなす責任は裁判所ではなく、議会にあるとしている。

(29) United States v. Dennis et al, 183 F. 2d 201 (2d Cir. 1950). ラーニド・ハンドは、「明白かつ現在の危険」の基準が曖昧で、裁判所の判断も多様になっていることを詳細に検討した上で、表現の危険性に関する「いかなるケースにおいても、[裁判所は、言論の]『害悪』の重さが、その蓋然性の低さ（improbability）を割り引いた上で、[言論の結果として生じうる]危険を回避するのに必要な、言論の自由への介入を正当化するかどうかを問わなければならない」としている。

(30) Dennis v. United States, 341 U. S. 499, 580.

(31) D. L. Beschle, No More Tiers?, 386f.

（２）ウォーレン・コートとバーガー・コート

a. ウォーレン・コート

ウォーレン・コートは、厳格審査と合理的基礎審査からなる二層審査を確立したとみられる。もっとも、その厳格審査には端的にカテゴリー的なものとバランスング的なものとの二つのタイプがある。またウォーレン・コートの判決には後の中間的審査に相当するものもすでにみられる。ここでは、合理的基礎審査は省いて、厳格審査と中間的審査に焦点を絞る。

ウォーレン・コートを合衆国憲法史のなかでも有名にしたのは、いうまでもなく、Plessy判決⁽³²⁾の「分離すれども平等」の見解を退けて、公立学校での人種分離教育を違憲とした1954年のBrown v. Board of Education⁽³⁴⁾である。ウォーレン（E. Warren）裁判官の法廷意見（他に意見なし）は、公教育における人種差別は違憲であり、そのような差別を要求する又は許容する連邦、州及び地方自治体のすべての法規定はこの原則に従わなければならないと端的に宣言して、各ケースについて本意見と一致する命令及び決定を下すように各州裁判所に差し戻している。この判決は、公教育における人種差別の廃止へ向けた政策を相当のスピードで実施するよう州に命じること及びそれを監視することを州裁判所に命じるもので、司法が州などの立法に強く介入するものであるが、人種差別を禁止する憲法の平等保護の原則をほぼ絶対的に重いものとみなすことに基づいているといえる。是正策の決定に際しては公的⁽³⁵⁾必要と個人的必要を調整し調和させることを求めているが、これは人種

(32) 「カテゴリー的アプローチ」と「バランスング・アプローチ」については次節で検討するが、さしあたり、カテゴリー的アプローチは、権利またはそれに対する侵害をカテゴリー的に分類して、そのカテゴリーの解釈によって結論を導くもの、バランスング・アプローチは、権利とそれに対する規制における政府の利益との比較衡量を用いるものを指す。ただ、第Ⅲ節でみるように、バランスング・アプローチを比例性アプローチの要素を含むものとみる見方も現れている。

(33) Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1986).

(34) 394 U. S. 294 (1954).

(35) 同様に人種差別にカテゴリー的な厳格審査を適用したと思われるものとして、人種間婚姻を禁止するヴァージニア州法を修正14条の平等保護及びデュープロセスに反し違憲とした Loving v. Virginia, 388 U. S. 1 (1967) が挙げられる。州は、婚姻についての規制権力は州にあり、またこの規制は合理的基礎審査の対象であり、そして同法は白人にも黒人にも同様に適用されるから差別ではないと主張した。これに対し、ウォーレンの法廷意見は、Brown 判決と同様に「分離すれども平等」の見解を退けて、「修正14条の明確かつ核心的な目的は、州における不当な人種差別のあらゆる公的源泉を排除することであった」(10)として、州の主張を退けている。ま

差別の違憲性の判断に関わるものではない。この厳格な審査は端的にカテゴリー的なそれだといえる。

このような端的にカテゴリー的な厳格審査の例はまったく不当とみなされる人種差別のケースや表現の自由に関する検閲などのケースに限られている⁽³⁶⁾。他方、ウォーレン・コートが確立したとされる厳格審査はバランス的なのもの、つまり基本的権利に対する制限が正当化されるのは、政府の「切実な利益 (compelling interest)」の維持又は促進を目的とし、かつその目的の実現に「必要である」あるいはそのための手段として「明確に限定されている (narrowly tailored)」ときだけであるとする基準によるものである。

この政府の利益の切実性と手段の明確な限定性又は必要性という要件は、さしあたりは別々のケースで現れている。利益の切実性の要件は、たとえば、表現及び結社の自由に関する NAACP v. Button⁽³⁷⁾ にみられる。州の結社法改正により、弁護士の非行としての法的ビジネス勧誘の定義が拡張され、上告人 NAACP (米国黒人地位向上協会) の弁護活動も禁止されることになったことにつき、ブレナン (W. J. Brennan Jr) 裁判官の法廷意見は「切実な州の利益だけが修正 1 条の自由の制限を正当化しうる」と述べている⁽³⁸⁾。また、手段の必要性の要件は、たとえば、未婚の異人種間性交を禁止する州法を違憲とした McLaughlin v. Florida⁽³⁹⁾ に見られる。人種に基づく不当な差別からの憲法上の自由を侵害する警察法は、「州の妥当な利益によって制定されたものであっても、正当化の重い負担を負い、それが支持されるのは、許容される州の政策の達成にたんに合理的に関連しているだけでなく、必要である場合だけである⁽⁴⁰⁾」と判示している。

た、婚姻は「基本的市民権」の一つだとしている。

(36) たとえば、同性愛関連書籍の出版に対する検閲を違憲とした *One, Inc. v. Olesen*, 301 U. S. 340 (1958)。

(37) 371 U. S. 415 (1963)。この判決の前にも、たとえば、言論の自由に関する *Speiser v. Randall*, 357 U. S. 513 (1958) (退役軍人としての免税許可の申請につき忠誠宣言に署名することを要求するカリフォルニア州法を違憲とした)、結社の自由に関する *NAACP v. Alabama*, 357 U. S. 449 (1958) (米国黒人地位向上協会が州内で活動することを許可する条件としてそのメンバーのリストの提供を求めていることを違憲とした) などが、「切実な利益」の要件に言及している。

(38) 371 U. S. 415 (1963), 439。

(39) 379 U. S. 184 (1964)。

(40) 379 U. S. 184 (1964), 196。

賛同意見においてこの二つの要件を結合して厳格審査の基準としたケースとして、たとえば、医師がカップルに避妊方法を教示して避妊具や避妊薬を処方する行為を禁止する州法を違憲とした *Griswold v. Connecticut* ⁽⁴¹⁾ がある。判決は、子に教育を受けさせる権利、結社の自由と結社におけるプライバシーの権利、結社内部での言論の自由なども修正1条の「周辺」に含まれるとし、これらの様々な保障はプライバシーの範囲を構成するとしているが、ゴールドバーグ（A. Goldberg）裁判官は、その賛同意見において、これらの基本的な個人的自由が問題となっている場合、規制法は適切な州の目的の実現のために合理的な関連をもつことを示すだけでは足りず、切実な利益を証明し、かつ州の政策の実現にとって必要であることを証明しなければならないと述べている。⁽⁴²⁾

そして、このような厳格審査が法廷意見に現れた最初の例とみなしうるケースは、移動の自由に関するもので、転入住民が福祉サービスを受けるための要件として1年間の待機を求める州法を違憲とした1969年の *Shapiro v. Thompson* ⁽⁴³⁾ である。ブレナンの法廷意見は、移動の自由は基本的権利であり、「その権利の行使を処罰するいかなる分類も、切実な政府の利益を促進するために必要であることが証明されない限り、違憲である」（634）とする基準を述べて、州はこれを証明したとはいえないと判示した。

以上のように、ウォーレン・コートは今日のバランス的厳格審査の基準を確立し、敬讓的な合理的基礎審査とともに「二層審査」を確立したとみなされるのであるが、先に触れたように、今日「中間的審査」と呼ばれる審査基準を用いたものとみられるものもある。公務員の言論についてバランスを用いた1968年の *Pickering v. Board of Education* ⁽⁴⁴⁾ もその一つと見られるが、最も重要なのはいわゆ

(41) 381 U. S. 479 (1965).

(42) 381 U. S. 479 (1965), 497.

(43) 394 U. S. 618 (1969). これを最初のケースとするのはファロンである。Cf. R. H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 1282. もっとも、これより前に、宗教的信念（土曜日には働かない）を理由に解雇された上告人に失業補償の給付を否定する根拠となった州法を違憲とした *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) において、ブレナンは、宗教的自由に負担を課す規制は、それが切実な利益によって正当化されるだけでなく、その目的が他の手段によって達成されえないことを証明しなければならないとしている（406-7）。他の手段では達成されえないという要求はその手段の「必要性」の要求を意味する。

(44) 391 U. S. 563 (1968). 公立学校教員が州教育委員会の管理業務について批判的な書簡を新聞に

る「象徴的行為」に関する「オブライエン・テスト」を生み出した同年の *United States v. O'Brien* ⁽⁴⁵⁾ である。

選抜的徴兵カードを焼却して反戦の意思表示をしたいいわゆる象徴的行為が、連邦の一般軍事教練役務法 (U.S. C. App. § 462 (b)) に違反するとして有罪判決を受けた被上告人が、同規定を修正 1 条違反として訴えた事案で、ウォーレンの法廷意見は、次のように説いて被上告人の訴えを退けた。すなわち、「言論と非言論の要素が同じ行為の遂行において結びついている場合、非言論的要素を規制することについての十分に重要な (sufficiently important) 政府の利益は修正 1 条の自由に対する付随的 (incidental) 制限を正当化しうる」とした上で、さらにより具体的に「規制が政府の憲法上の権限に属し、自由な表現の抑制に関わらない政府の重要なまたは実質的な利益を促進し、かつ修正 1 条の自由に対する付随的制約がその利益にとって必要である以上に及ぶのでないならば、その規制は正当化される」と述べている。⁽⁴⁶⁾

要するに、象徴的行為に対する規制が正当化されるのは、それが、(1) 政府の憲法上の権限に属すること、(2) 「重要な又は実質的な」政府の利益を促進するものであること、(3) 自由な言論を抑圧するものではないこと、そして (4) 言論の自由に対する付随的制約がその利益の促進に必要な範囲を超えていないこ

投稿したところ、その内容が虚偽であり教育行政にとって有害であるとして解雇されたという事案で、マーシャル (T. Marshall) 裁判官の法廷意見は、公務員である教員が市民として公的論評をなす利益は、「その被用者の公的サービスの効用 (efficiency) を促進する州の利益に対してバランスされなければならない」(568) とした上で、上告人の言明のうち、公的問題に関して実質的に正しく、規律又は調和の点でも問題のないものは、解雇の適切な理由とはならず、またその誤った言明も、なお公衆の関心の対象であり、上告人の教育義務の遂行にとって支障となるものでもないことから、公衆のメンバーによってなされたものとみなすことができ、他方、故意又は過失によってなされたという証拠はないから、解雇を正当化するものとはいえないとしている。

(45) 391 U. S. 367 (1968). これを中間的審査の例とするものとして、A. Bhagwat, *The Test That Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence*, in *University of Illinois Law Review*, 2007, 791-92.

(46) 391 U. S. 367 (1968), 376-77. もっとも、オブライエン・テストは、政府の重要なまたは実質的な利益と手段の「必要性」を組み合わせるもので、「重要なまたは実質的な利益」と手段の「実質的な関連性」を組み合わせるタイプの、とくに性差別の審査として中間的審査のテストとはやや異なる。オブライエン・テストと同様に、目的利益の重要性又は実質性と手段の必要性を組み合わせるものとしては、後で挙げるセントラルハドソン・テストや、「時・所・態様」のテストがある。

とという、4要件を満たすときだというわけである。後で検討するように、この要件は比例性の三段階審査の枠組に位置づけることができるだろう。

以上のようなウォーレン・コートの司法審査理論について、スタンフォード大学のガンサー（G. Gunther）教授は1972年に次のような有名な評言を与えている。「ウォーレン・コートは厳格な二層の態度を含んでいた。ある状況は、理論においては『厳格』だが、事実においては決定的な（fatal）審査でもって、積極的な『新しい』平等保護を呼び起こした。他の文脈では、理論においては最小限審査で、事実においてはほとんど無審査による、敬讓的な『古い』平等保護が支配した」⁽⁴⁷⁾。

この評言はウォーレン・コートの二層審査（二重の基準）についてのもので、平等保護のケースに限ってはいるが、厳格審査は規制をほぼすべて違憲とし、合理的基礎審査は規制にほぼすべて敬讓的であったとみなしている。よく引用されるのはこの前半の厳格審査に関する部分であるが、厳格審査が「決定的」であるという意味は、後で論じるように、なお検討を必要とする。いずれにせよ、オプライエン・テストのような中間的審査の基準も、ウォーレン・コートにおいてすでに立てられていたことには注意が必要だといえるだろう。

b. バーガー・コート

ウォーレン・コートの後を継いだバーガー・コートの特徴は、その前半においてウォーレン・コートの司法審査理論を基本的に受け継ぐとともに、とくに中間的審査の基準をさらに展開したこと、そして合理的基礎審査においていわゆる「牙のある」(with bite) 合理的基礎審査の基準を展開したことにあるといえる。しかし、厳格審査についてもいくつかの重要な変化を示す判決もある。

まず、バーガー・コートではバランス的厳格審査が定着する。典型的な例の一つは、大学入試における積極的格差是正策を平等保護条項違反とした1978年の Regents of the University of California v. Bakke⁽⁴⁸⁾ である。判決を書いたパウエル（L. F. Powell Jr）裁判官の意見は、人種や民族による分類は「疑わしい」もので厳格

(47) G. Gunther, The Supreme Court 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, in *Harvard Law Rev.*, Vol.86, 1 (1972), 28.

(48) 438 U. S. 265 (1978).

な審査を呼び起こすとした上で、その主要な部分で、地域医療の適切な提供のために医学生の多様性を入試プログラムによって確保するという州の目的は、状況によっては（不利に扱われる集団の成員をスティグマ化するものではない場合など）、疑わしい分類の使用を正当化するに「十分に切実」であるが、被上告人のような受験生に対する考慮を含まない特別な入試プログラムは、その目的の達成に「必要である」(needed) 又は適合するという証明がないとしている⁽⁴⁹⁾。「疑わしい」分類はカテゴリー的に用いられている（しかし、歴史的に差別されてきた人種やその他の「分離し孤立した」マイノリティに有利にというわけではなく）が、厳格審査はバランス的になっているのである⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾。

言論の自由にバランス的厳格審査を適用した一つの事例として、FCC v. League of Women Voters⁽⁵²⁾ (1984年) が挙げられる。連邦によって設置された機関 (CPB) から資金提供を受けている非営利放送局に対して論説放送を禁止した連邦法の合憲性が問われた事案で、判決は、連邦議会は商用条項に従って放送メディアを規制する権限をもち、メディアを通じてバランスある情報や意見の提供がなされることを確保することについて利益をもつとする一方で、その規制態様は修正 1 条によって制約されるとして、メディアの言論の自由に対する制限が支持されるのは、「公共の問題について適切でバランスあるものであることを保障する」といった政府の実質的な (substantial) 利益を促進するために明確に限定されている (narrowly tailored) ときだけである⁽⁵³⁾と審査基準を述べて、本件規制は政府の目的を実現するために必要である限度を超えているなどの理由により、違憲と判示し⁽⁵⁴⁾

(49) 438 U. S. 265 (1978), 310.

(50) これに対して、スティーブンス (J. P. Stevens) 裁判官の意見は結論には賛成するものの、本件入試プログラムは平等保護条項を具体化して人種差別等を禁じる公民権法タイトル VI に反するとしている (414)。「疑わしい」分類を端的にカテゴリー的に適用するものといえる。

(51) 人種による分類をバランス的厳格審査で違憲とした他のケースとして、Palmore v. Sidoti, 466 U. S. 429 (1984) も挙げられる。離婚した白人夫婦の女性に 3 歳の子供の親権が付与されたが、後に黒人男性と同棲したことを理由として、父親が親権の移転を求めた事案で、連邦最高裁は、人種による分類は「最も厳格な審査」に服し、この基準に適合するためには、「政府の切実な利益」によって正当化され、その「実現に…必要」でなければならないとして、父親の主張を認めた州地裁及び州控訴裁の判決を覆している (432)。

(52) 496 U. S. 364 (1984).

(53) 496 U. S. 364 (1984), 380.

(54) たとえば、CPB 資金を得ている放送局に論説放送を広く禁止するのは、その論説が政府の公

ている。

バーガー・コートのもっとも顕著な特徴は中間的審査が多様に展開されたことである。その典型は性差別に関するケースである。その最初の例とされる Reed v. Reed⁽⁵⁵⁾ (1971) は、州の遺言法が遺産管理人として同等の資格をもつ複数の者があ
る場合に女性を排除して男性に優先性を与えていることが、修正14条の平等保護条
項違反とされた事例である。州の目的は親族内不和を避けるということであった
が、判決は女性の排除がこの目的と「合理的関連」をもつことはないと判示してい
る⁽⁵⁶⁾。この判決では性差別が中間的審査の対象であることは必ずしも明らかではない
が、それが明らかなケースとして、Craig v. Boren⁽⁵⁷⁾ (1976) がある。州法が21歳以
下の男性と18歳以下の女性にビールを販売することを禁じているのが平等保護条項
違反として訴えられた事案で、判決は性による分類は州の「重要な目的」に「実質
的に関連する」場合にのみ許容されるという基準を述べて、飲酒運転に関する統計
では18歳から20歳までの男女に大きな差がないことから、本件の性別規制は平等保
護条項に反するとした。

この判決の賛同意見で、パウエル裁判官は、Reed 判決以降の最高裁判決は性別
分類を、基本的権利と「疑わしいクラス」が存在していない場合に一般に適用され
る審査（つまり合理的基礎審査）よりも「より批判的な」審査に服させるべきだと
述べている⁽⁵⁸⁾。人種や民族の分類は「疑わしい」のに対し、性別による分類は「準－
疑わしい (quasi-suspect)」と位置づけられる。このような場合、政府の目的は、「切
実な」ものでなくても、「重要な」(important) ものでなければならず、かつ手段は、
「必要な」または「明確に限定されている」のでなくても、目的の達成に「実質的

式見解であるとの誤解を防止するといったリスクに対処するために必要である限度を超えてい
るとする他、CPBからの資金が収入の1%にすぎない非常利放送局はその資金を非論説活動に
のみ使うことはできず、逆にCPBから資金提供を受けている限り合わせて私的基金も論説活動
に使うことはできないことになるといった点を指摘している。

(55) 404 U. S. 71 (1971).

(56) 404 U. S. 71 (1971), 76. もっとも「合理的 (rational) 関連」という基準は一般には合理的基
礎審査の基準であるが、次の Craig 判決は Reed 判決を中間的審査基準によるものとして引用
している。

(57) 429 U. S. 190 (1976).

(58) 429 U. S. 190 (1976), 197.

(59) 429 U. S. 190 (1976), 210.

に (substantially) 関連する」ものでなければならないというのが、中間的審査の基準である。中間的審査はバランスingの要素を相当に含んでいるといえる。

バーガー・コートでは商用言論に中間的審査を適用したとされるものがある。その重要なケースとして、Central Hudson Gas & Electronic Corporation v. Public Services Commission (1980) が挙げられる。⁽⁶⁰⁾ 電力会社が電気使用を促進するために宣伝することを全面的に禁止する州規制が修正 1 条及び14条違反として訴えられた事案で、判決は、商用言論は他の表現ほどの保護は受けないが、不当な規制からは保護されるとした上で、不当な規制でないための要件として次の 4 つを挙げている。言論が (1) 合法的な活動に関わるものであって誤導的でないことを前提として、(2) 規制に関する政府の利益が実質的なものであること、(3) その規制が政府の利益を直接に促進するものであること、(4) そしてそれが必要な限度を超えていないことである。⁽⁶²⁾ 判決は本件規制は必要性を超えており違憲と判示している。上告人の電力使用促進宣伝はピーク時以外の使用に関するものであって、全体としての電力使用を増大させるものではなく (つまり、過剰使用による電力供給の逼迫を惹き起こすものではなく)、またより制限的でない規制が州の利益を適切に実現することはないという証明がなされているとはいえないというのであった。

最後に、いわゆる「牙のある合理性」による審査の例として、不法滞在者の児童

(60) なお、レーンキスト裁判官は、反対意見で、従来の二つの審査基準だけでも困難であるところ、平等保護条項に規定されていないし、先例にもない、しかも不確定な新たな基準を導入すべきではないとしており (429 U. S. 190 (1976), 220-21)、レーンキスト・コート以降の保守派の立場を先取的に表明している。

(61) 447 U. S. 557 (1980)。

(62) 447 U. S. 557 (1980), 561-566. なお、この基準のうち「必要性」の要求は、先に触れた中間的審査の基準よりも、より厳格な要求といえる。この意味では、中間的審査基準も単純ではない。この判決よりも前に言論の自由に中間的審査を適用したとみられるケースとして、Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U. S. 748 (1976) がある。資格ある薬剤師が処方薬の価格を宣伝することを非専門的行為として処罰する州法が修正 1 条及び14条違反として訴えられたケースで、判決は、処方薬価格の受け手である消費者も修正 1 条の保護を受けるとして被上告人らの権利を確定するとともに、商用言論も修正 1 条及び14条の保護のまったく外にあるわけではないとした上で、薬剤師の専門的基準の保持や薬剤師の競争の補充又は競争からの保護という州の利益は、競争する薬剤師が提供する合法的な情報に対して公衆を無知な状態におくという手段によってそうすることはできないとしている。

に公教育の機会を提供しないことを平等保護違反とした Plyler v. Doe⁽⁶³⁾ を挙げておこう。判決は、不法滞在者は「疑わしいクラス」ではなく、教育を受ける権利は基本的権利ではないが、責任のない子供から教育機会を奪うことは子供に生涯にわたる苦難を課すもので、州法の合理性の決定には国民にとってのコストと責任のない子供にとってのコストが適切に考慮されなければならないとした上で、不法滞在者の子供であるという地位は州の他の住民が受ける便益をそれらの子供に拒否する「十分に合理的な基礎」⁽⁶⁵⁾ ではないとし、また、それらの子供に教育機会を拒否することが、合法的な住民の教育のための制限された資源を保持するという州の利益を促進するものとも認められず、さらにそれらの子供の排除が教育の質を維持するという証拠もないとしている⁽⁶⁶⁾。

合理的基礎審査は、「疑わしい」分類や基本的権利の侵害がない場合に立法に対してほぼデフォルトの敬讓的な審査だが、牙のある合理的基礎審査はとくに規制手段について事実関係に基づくより立ち入った審査を行うものといえる。ただ、この判決は「合理的基礎」の語を用いているが、中間的審査との違いは明らかではない⁽⁶⁷⁾。

もう一つ、City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.⁽⁶⁸⁾ に触れておこう。精神障害者のグループホーム建設の申請に（通常の許可ではなく）特別許可を要求する市のゾーニング条例が平等保護違反として訴えられた事案で、判決は、社会的経済的立法が問題であるときは平等保護に関しても政府の広い裁量が認められるとして、ゾーニング規制そのものは合憲とする一方で、本件グループホームが市の利益に特別の脅威をもたらすという証拠はないから、本件特別許可の要求は精神障害

(63) 457 U. S. 202 (1982).

(64) 457 U. S. 202 (1982), 216-224.

(65) 457 U. S. 202 (1982), 224-226.

(66) 457 U. S. 202 (1982), 227-230.

(67) 牙のある合理性審査又は中間的審査の例としては、非嫡出子に対する不利益処遇を平等保護違反としたケースがある。Trimble v. Gordon, 430 U. S. 762 (1977) は、非嫡出子は遺言のない母親からのみ相続できるとする州法が訴えられた事案で、本法の分類は「疑わしい」ものではないが、その分類は州の正当な目的に対して何らかの合理的関連をもつものでなければならないとして、訴えを認めている。また、Reed v. Campbell, 476 U. S. 852 (1986) は、非嫡出子による相続に準正を要件とする州法につき、Trimble 判決の基準を適用して違憲と判示している。

(68) 473 U. S. 432 (1985).

者への不合理な偏見に基づいている可能性があって違憲の疑いがあるとして、差し戻している。

以上のように、バーガー・コートの判決は、厳格審査においても中間的審査や牙のある合理的基礎審査においても、バランスの要素をかなり含んでいる。この点について、ミシガン大学のアレニコフ (A. Aleinikoff) 教授は1987年に批判的な検討を加えている⁽⁶⁹⁾。これについても後に検討するが、ある意味ではウォーレン・コートの判決に対するガンサーの批判的評言とは対照的な見解を示しているといえる。

(3) レーンキスト・コート以降

a. レーンキスト・コート

1986年に、レーンキスト (W. Rehnquist) 裁判官は、レーガン大統領によって連邦最高裁首席裁判官に指名され、レーンキストの後任としてスカリア (A. Scalia) 裁判官が就任した。レーンキスト・コートでは最高裁の保守的傾向が強まるとみられたが、必ずしもそうはならなかった⁽⁷⁰⁾。保守的な判決とリベラルな判決が分かれることもあったが、中間派のオコナー (S. D. O'Connor) 裁判官がバランス・アプローチによる法廷意見を書いているケースが少なくない。

まず、積極的格差是正策にバランス的厳格審査を適用した二つの事例が注目⁽⁷¹⁾に値する。Adarand Constructors, Inc. v. Peña は、連邦と建設契約を結ぶ会社は社会的経済的に不利な状況にあるものとして認定された小規模企業に下請けさせる場合には補償を受けることができるとする連邦法のもとで、上告人が補償を求めたが、下請けさせた小規模企業が認定を受けていないものであったことにより補償の付与を拒否されたため、上告人が同法を修正5条のデュープロセス違反として訴えた事案で、オコナーの法廷意見は、厳格審査は「理論においては厳格だが、事

(69) A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*. アレニコフは、かつてバランスは言論の自由のケースにおいて反リベラルな効果をもつ点でおおかた批判の対象であったのに、バランスはいまや保守的にもリベラルにも作用するとみなされるようになって、この批判は弱められたという。ibid., 944.

(70) たとえば、G. E. ホワイト (宮川成雄訳) 「レーンキスト・コートの意外性」宮川成雄編『アメリカ最高裁とレーンキスト・コート』(成文堂2009年) 参照。

(71) 515 U. S. 200 (1995).

実としては決定的」というわけではなく、政府の政策における人種による分類もそれが切実な利益に基づき、明確に限定されているならば正当化されうるとするとともに、審査を尽くさせるために上告人の訴えを認めなかった原判決を破棄して差し戻している。また、*Grutter v. Bolling*⁽⁷²⁾ は、ミシガン大学ロースクールの人種を考慮した入試プログラムが「逆差別」として訴えられた事案で、オコナーの法廷意見は、ロースクールにおける学生の多様性の確保という目的を切実なものとして認定した上で、同入試プログラムはその教育目的のためにマイノリティの「必要十分な数」(critical mass)を確保する上で「利用可能な人種中立的な他の選択肢を適切に考慮して」おり、「マイノリティでない受験者を不当に害するものではない」として⁽⁷⁴⁾、同入試プログラムを合憲と判示している。

Adarand 判決の法廷意見の注目すべき点は、厳格審査は「事実においては決定的」というガンサーの評言を否定したということにある。この評言は、政府の規制が基本的権利を侵害し又は人種や民族などの「疑わしい」分類を用いている場合は、厳格審査によってほぼつねに違憲とされるということを意味するものと理解されている。⁽⁷⁵⁾ オコナーの言明はこれを否定して、そのようなケースでも政府の切実な利益と規制の明確な限定性（または必要性）の証明があれば合憲とみなされる場合もありうるというのである。これに対して、*Grutter* 判決の注目すべき点は、反対意見がオコナーの法廷意見は厳格審査の厳格さを先例に反して不当に緩和するものだとしていることにある。レーンキストは、厳格審査がこの二つの基準によることには賛同しつつ、ロースクールの主張する多様性確保のための「必要十分な数」という基準は明確に限定されているとはいえないとして、⁽⁷⁶⁾ 必要性の要件の厳格な適用の必要を説き、またスカリアは人種に基づく政府の差別を端的に違憲だとして⁽⁷⁷⁾ いる。法廷意見に賛同したリベラル派の裁判官たち（スーター、ギンズバーグ、ブラ

(72) 515 U. S. 200 (1995), 235-37.

(73) 539 U. S. 306 (2003).

(74) 539 U. S. 306 (2003), 340-41.

(75) A. Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol.59-3, 2006 は、1990年から2003年までの連邦の裁判所（最高裁だけでなく、地裁及び控訴裁も含む）の判決を調査して、この時期についてガンサーの評言は事実ではなくっていると指摘している。

(76) 539 U. S. 306 (2003), 378-87.なお、トーマス (C. Thomas) 裁判官も法廷意見では厳格審査が先例に反して敬讓的になっているとしている (350)。

イヤー) との見解の相違はこの後さらに重要なケースで先鋭になっていく。

人工妊娠中絶を規制する州法に中間的審査を適用したとみられるケースとして有名な *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey* ⁽⁷⁸⁾ が、この時期の司法審査理論の観点からも重要である。本件州法は、妊娠中絶の要件として、妊婦は中絶措置の24時間前にインフォームド・コンセントの手続きに従うこと、未成年者の場合は一人の親の同意を得ること、婚姻している場合には夫に通知したことを記す文書に署名することなどを求めるものであった。判決 (オコナー、ケネディ、スターの共同法廷意見) ⁽⁷⁹⁾ は、バーガー・コートの *Roe* 判決の本質的部分 (厳格な三期区分は除き、胎児が母体外生存可能となる前までの女性の権利の承認、それ以後の母親の生命・健康を理由とする中絶の承認など) を維持・再確認し、また家庭の問題に関する私的な自由を認めた先例を確認し、さらに *Roe* 判決を変更することのコストを指摘する一方で、可能な生命に対する州の重大な (profound) 利益と調整させるためには、「不当な負担」 (undue burden) の基準が採用されるべきだとする⁽⁸⁰⁾。そして、「不当な負担」が存在するのは、規制の目的と効果が胚または胎児の母体外生存不可能な時期における中絶へのアクセスに実質的な障害を置く場合だとし、24時間前のインフォームド・コンセントの要求などはこれには当たらないが、夫への通知の要求は不当な負担を課すもので無効とした⁽⁸¹⁾。

この判決では、結論については概ね意見の一致があるものの、とくに「不当な負担」基準について意見が別れている。レーンキスト (一部反対) は、*Roe* 判決のように中絶の権利をプライバシー権という「基本的権利」とみなして厳格審査の対象とすることに反対し、また「不当な負担」基準は漠然としているため下級審において意見の混乱を招いているとして、「中絶することにおける女性の利益はデュープロセス条項によって保護される自由の一形式だが、州は中絶手続きを正当な利益に

(77) 539 U. S. 306 (2003), 349.

(78) 505 U. S. 833 (1992).

(79) *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

(80) 505 U. S. 833 (1992), 844-869. 「不当な負担」のテストは州際通商条項による州に対する連邦の規制に用いられてきていたものである。Cf. *A. S. Sweet and J. Mathews, All Things in Proportion ?*, なお、州際通商条項に関するケースで「不当な負担」のテストをこの時期にも維持しているものとして、*Pike v. Bruch Church, Inc.*, 397 U. S. 137 (1969)がある。

(81) 505 U. S. 833 (1992), 869-879.

合理的に関連する仕方では規制することができる」としている⁽⁸²⁾。他方、スカリアは、女性による中絶の決定について憲法は何も語っておらず、またアメリカ社会の長い伝統はそれを合法に禁止することを許容してきているのだから、憲法上保護される「自由」ではないとし、本法は全体として合理的基礎審査により支持されるべきだとしている⁽⁸³⁾。

言論に対する内容中立規制で司法審査理論の観点からみて興味深い例として、*Ward v. Rock Against Racism* (1989)⁽⁸⁴⁾がある。被告人が主催するセントラル・パークでの毎年のロック・フェスティバルが大音量を発することにより近隣の住民から苦情が寄せられたため、市は音量を適正なものとするよう要求するガイドライン（市が提供する音響装置と技術者を利用することを含む）を策定したが、被告人がこのガイドラインは修正1条に反するとして訴えた。この規制は言論に対する内容中立な「時・所・態様」（TPM）の規制であり、その合憲性判断の基準としては以前から、規制が内容中立であること、政府の重要な利益に奉仕するものであること、その利益に奉仕する上で明確に限定されていること、そして伝達の十分な代替的チャンネルが開かれていることが挙げられてきた⁽⁸⁵⁾。このような状況と基準のもと、判決は本件で問題となった明確な限定性の要件について、「明確な限定性の要求は、その規制によらなければより効果的でない仕方ではか達成されえない実質的な政府の利益をその規制が促進する」ものであれば、したがって、「選択された手段がその利益を達成するのに必要であるよりも実質的に広いものでないかぎり」満たされるのであって、この基準が満たされれば、裁判所は政府の合理的決定に敬議的であるべきであるとして、本件ガイドラインを合憲と判示している⁽⁸⁶⁾。

TPMテストは、政府の「重要な（important）な利益」と、それを促進するための手段が「明確に限定されていること」を要件として含み、先にふれたオブライエン・テストやセントラルハドソン・テストと同様に、通常の中間の審査の目的基準

(82) 505 U. S. 833 (1992), 966.

(83) 505 U. S. 833 (1992), 980. なお、レーンキストはこのスカリアの反対意見に賛同しているが、中絶する利益をデュープロセス条項によって保護される「自由の一形式」であるとする彼自身の見解と齟齬するだろう。

(84) 491 U. S. 781 (1989).

(85) 初期のケースとして *Cox v. New Hampshire* が挙げられる。

(86) 491 U. S. 781 (1989), 799-800.

と厳格審査の手段基準とを組み合わせている点で、それらのさらに中間に位置するものとみることができる。のみならず、本判決は明確な限定性の基準について、最も制限的でない手段でなければならないとした控訴裁の判断を退けて、手段の効果をも考慮して、同等に効果的でより制限的でない手段であることとしている点が注目される。

b. ロバーツ・コート

ロバーツ・コートでも、バランスिंग的厳格審査、中間的審査、合理的基礎審査の三層審査のシステムは変わらない。しかし、次第に中間派とみられる勢力が弱くなり、保守派とリベラル派の対立構造が前面に出てくる。宗教的自由活動条項に関する判決ではほぼ全員一致のものもあるが、アメリカ社会で対立的な論争のある問題について最高裁の裁判官たちとの間の政治的なスタンスの違いが明らかになる。それとともに、厳格審査や中間的審査の適用のあり方にも政治的なスタンスの違いによる変化がみられる。また、審査基準の境界が曖昧になる傾向が目につくようになる。最高裁の陣容の政治的構成は、最高裁裁判官の任期が終身であること、裁判官の指名は時の大統領によってなされることなどによっており、司法の独立をより保障するための改善を求める声もある。

宗教的自由活動条項に関する2つの判決はほぼ全員一致による。Gonzales v. O Centro Espirita Bebeficente Uniao do Vegetal⁽⁸⁷⁾は、宗教団体である被上告人が宗教儀式にアマゾン原産の薬物 (hoasca) を使用していたところ、政府が薬物規制法により hoasca の輸入を禁止したため、被上告人が連邦の宗教自由回復法⁽⁸⁸⁾に反するとして訴えたケースである。宗教自由回復法は、個人の活動に対する規制に切実な利益を実現するためのもっとも制限的でない手段でなければならないという要件を課していた。最高裁 (ロバーツの法廷意見) は、薬物規制法の規定が個人の活動に

(87) 546 U. S. 418 (2006).

(88) Religious Freedom Restoration Act of 1996. 本法は、政府が個人の宗教的活動に実質的な負担を課すことを、その負担が一般的に適用可能なルールに基づくものであっても禁止し、ただし、個人に対するその負担の賦課が、(1) 政府の切実な利益を促進し、かつ (2) その切実な利益の促進のためのもっとも制限的でない手段 (the most restrictive means) であることを、政府が証明したときを除くとしていた。判例によって形成されたバランスिंग的厳格審査の基準が実定法化されているわけである。

向けられていること、宗教自由回復法が規定する厳格審査基準が文脈やそれに関連する差異に注目するものであることを指摘して、政府の主張を退けている。

また、*Holt v. Hobbs*⁽⁸⁹⁾ は、刑事施設に収容されていたイスラム教徒である上告人が宗教的理由からあごひげを伸ばしていたところ、刑務所長の方針によりあごひげを禁止されたため、連邦の宗教的土地使用及び収容者法に基づき、2分の1インチまで伸ばすことの許可を求めたが、地裁及び控訴裁でも退けられたために上告したという事案である。最高裁（ロバーツの法廷意見）は、同法が被収容者に対する負担は「政府の切実な利益を促進するもっとも制限的でない手段」であることを要求していたことから、施設の措置は同法に反すると判示している。

これらのケースは、連邦法がバランス的厳格審査の基準を規定しており、その解釈適用によって判断できるものであったといえるだろう。なお、これらの法律の厳格審査基準は、切実な利益の達成のために「もっとも制限的でない手段」を求めている点が注目される。

他方、保守派とリベラル派とで意見が別れているケースは少なくない。米国のNGOが外国の反政府集団（トルコのPKKやスリランカのLTTE）に国際法について教示して支援した行為についてテロ集団に対する実質的な支援を禁じる連邦法により有罪とされ、同法は修正1条に反するとして争った *Holder v. Humanitarian Law Project*⁽⁹¹⁾ で、ロバーツ（J. Roberts）首席裁判官の法廷意見は、本件で問題となっているのは行動であるから中間的審査がふさわしいとする政府の主張を退けて、より要求の強い基準を用いるとしつつも、⁽⁹²⁾ 「実質的な援助」（material support）などの文言は曖昧で広汎にすぎるといって被上告人らの主張を退け、テロ組織へのいかなる援助もその組織のテロ活動を容易にするという政府の主張を受け入れて、本件禁

(89) 574 U. S. __ (January 20, 2015) (Slip Opinion) .

(90) The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000, §2000cc. 本法も、宗教的活動に対する実質的負担についての一般的ルールとして、「いかなる政府も、宗教的集会または制度における場合を含め、個人の宗教的行為に実質的な負担を課す仕方では土地規制を課してはならない。ただし、その個人、集会、制度に対する負担の賦課が、（A）政府の切実な利益を促進するものであり、かつ（B）その切実な利益を促進するためのもっとも制限的でない手段であることを政府が証明した場合を除く」と規定している。

(91) 561 U. S. 1 (2010).

(92) 561 U. S. 1 (2010), 20-23.

(93) 561 U. S. 1 (2010), 23-28.

止と処罰を合憲としている。他方、軍隊勲章を得たという虚偽の言明をした者を処罰する連邦法が争われた *United States v. Alvarez* ⁽⁹⁴⁾ において、ケネディ (A. M. Kennedy) 裁判官の法廷意見は、「もっとも厳格な (exacting) 審査」を適用するとして、勲章制度の十全性を保護する政府の利益に疑問の余地はないものの、政府は、単なる虚偽言論を禁じられる言論の新しいカテゴリーとすべきこと、「課せられる制限と阻止されるべき損害の間に直接の関連」があること、また同規制が「利用可能で効果的な手段のうちでもっとも制限的でない手段」であることなどを証明していない⁽⁹⁵⁾として、政府の主張を退けている。前者は解釈による厳格審査、後者はバランス的厳格審査を用いたものとみられるが、前者は保守派が、後者はリベラル派が賛同している。

人妊妊娠中絶に関する *Gonzales v. Carhart* ⁽⁹⁷⁾ は、連邦の部分的出生中絶禁止法 (2003年) を被上告人が違憲として争った事案で、判決は、被上告人は本法が曖昧であり文面上違憲であること、あるいは同法は広汎にすぎ又は健康を除外事由としていないために女性の中絶する権利に「不当な負担」を課すものであることを証明していない⁽⁹⁸⁾として、主張を退けている。他方、同性婚に関する *United State v. Windsor* ⁽⁹⁹⁾ は、カナダで同性結婚していた被上告人が配偶者の遺言により遺産を相続したが、連邦法である婚姻保護法 (DOMA) 3条の規定により相続税の配偶者控除を受けられず、一旦支払った上で還付を請求したものの認められなかったために、同条は修正5条に含まれる平等保護原則に反すると主張した事案で、判決は、同条は「政治的に不適切な集団を害するというあからさまな連邦議会の欲求」に基づくもので、憲法の平等保護原則に反するとして、被上告人への還付を命じている。これらはいずれもケネディ裁判官の法廷意見によるものであるが、前者は保守派が賛同し、後者はリベラル派が賛同している。また、この二つの判決はどちらも中間的審査によるものとみられる。⁽¹⁰¹⁾

(94) 567 U. S. 709 (2012).

(95) 567 U. S. 709 (2012), 12 (Slip Opinion) .

(96) 567 U. S. 709 (2012), 10, 13-14, 17 (Slip Opinion) .

(97) 550 U. S. 124 (2007).

(98) 550 U. S. 550 (2007), 16 (Slip Opinion) .

(99) 570 U. S. 744 (2013).

(100) 570 U. S. 744 (2013), 20 (Slip Opinion) .

最後に、修正 1 条の言論の自由の保護範囲について保守派とリベラル派で意見が分かれている最近のケースをみておこう。National Institute of Family & Life Advocates v. Becerra⁽¹⁰³⁾ は、カリフォルニア州が免許取得している危機妊娠センターに対して州の支援により無料の妊娠中絶措置を受けることができる旨の表示を義務づけていることが修正 1 条に反するとして争われた事案で、州は本件規制はいわゆる「専門的言論」に関するものであるから中間的審査がふさわしいと主張したが、法廷意見は、本件規制は内容規制であるから違憲性が推定され、厳格審査に等しい厳格な審査が適用されるが、中間的審査にも適合しない、なぜなら、州の目的を考慮したとしても、本件規制は過少包摂（ターゲットが限定されている）のゆえに目的を達成するのに十分に限定されていないからだととして、本件規制を違憲とした。また、Janus v. American Federation of State, County & Municipal Employees⁽¹⁰⁴⁾ は、イリノイ州法が労働組合に加入していない公務員も組合の当局との労働条件交渉によって代表されることからそれらの公務員に組合費用の支払いを義務づけていることが修正 1 条違反として争われた事案で、法廷意見は、本法は言論（交渉すること）を強制するに等しく、厳格な審査（exacting scrutiny）がふさわしいところ、政府は切実な利益があること及び代替手段がないことを証明していないとして、違憲とした。

この二つのケースは「言論しない自由」に関するものだが、反対意見はその言論の価値あるいは一応の重さについて異論を提起している。前者に関しては、掲示を義務づけられた言論はむしろ「社会的経済的な言論」であり、後者の場合、その言論は公務員の言論であって、どちらも修正 1 条によって強い保護が求められる純粋な言論ではなく、政府の利益との競合についてより立ち入った検討が必要だというわけである。これと対比すると、多数意見は、バラシング的な考察を加えつつ

(101) Windsor 判決は中間的審査の適用を明示していないが、DOMA 3 条を中間的審査に服するとした原判決（Windsor v. United States (2nd Circuit: 2012)）を支持している。また、Carhart 判決は「不当な負担」を基準としていることから、中間的審査によるものとみられる。

(102) これらについては、cf. C. Calvert, Is Everything a Full-Blown First Amendment Case After Vecerra and Janus - Sorting Out Standards of Scrutiny and Untangling "Speech as Speech" from Disputes Incidentally Affecting Expression, in Michigan State Law Review, Vol.73, 2019.

(103) 585 U. S. __ (June 26, 2018) (Slip Opinion) .

(104) 585 U. S. __ (June 27, 2018) (Slip Opinion) .

も、自由な言論の権利を基本的に「切り札」とみていることになるだろう。このような意見の違いについて、コロンビア大学のJ. グリーン教授は、最高裁の多数も少数も「カテゴリー的なゼロサムの枠組」に陥っているとして、権利を「切り札」とみなす理解を批判している⁽¹⁰⁵⁾。この見方によれば、上記の二つのケースにおける反対意見は、妊娠中絶の権利や結社の権利を「切り札」のようにみていることになるだろう。もっとも、最近のロバーツ・コートでは、スカリアのような強固なバランスング反対者はみられず、他方で、後述するように、比例性アプローチの支持者も現れている。

以上、合衆国における司法審査理論の歴史的展開を、主に三層審査の成立と展開、そしてそこでのカテゴリー的要素とバランスング的要素に着目しつつ、概観してきた。本稿は、合衆国でも比例性アプローチに対する注目が現れてきていることから、合衆国における比例性アプローチの可能性を探ることを目的としているが、その前に、合衆国憲法および司法審査理論の特徴と、比例性アプローチと対比されうるかぎりでのカテゴリー的アプローチとバランスング・アプローチをめぐる議論について、次節で検討しておくことにする。

II. カテゴリー的アプローチとバランスング・アプローチ

前節で概観したように、合衆国の司法審査理論は二層審査から三層審査へと展開してきた。しかし、三層審査といっても、それぞれの審査レベルは単純ではない。それぞれに権利の種類に応じた複数の審査基準があり、それぞれの審査レベルはさらにいくつかに分けることができる。また、複数の対抗軸があり、それが司法審査理論を複雑にしている。司法積極主義と消極主義、保守派とリベラル派、連邦重視

(105) J. Greene, The Supreme Court 2017 Term: Rights as Trumps?, in *Harvard Law Rev.*, Vol.132 No.1, 2018, 32. グリーンは、同性愛者からその結婚式のケーキを注文されたケーキ屋が注文を断ったことが州の差別禁止法に反するとして争われたケース (Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U. S. __ (2018)) における、最高裁の多数派と少数派の証人尋問の敵対的な様子を指摘している。それによれば、多数派の裁判官 (アリト) は、同法はケーキ屋が「水晶の夜の年祭」を祝うケーキを提供することを強制しうるかと問い、少数派の裁判官 (ブライヤーとケイガン) は、本件のケーキ屋を公民権法に挑戦した「白人オンリー」のアラバマ州レストランと比較している (32)。

と州重視、そして、カテゴリー的アプローチとbalancing・アプローチなどである。

比例性原則を用いる司法審査のグローバルモデルとの関連で関心の対象となりうるのは、とくにカテゴリー的アプローチとbalancing・アプローチの対抗軸である。これら二つの対極的なアプローチに対して、比例性原則を用いる司法審査を比例性アプローチと呼ぶとすれば、2000年代から合衆国でも比例性アプローチが注目されるようになってきている。比例性アプローチはカテゴリー的アプローチよりはbalancing・アプローチに近いとみることができるが、後者とも異なる側面をもつとともに、比例性アプローチをいわゆる三段階審査の枠組で捉えるならば、カテゴリー的アプローチを何らかの仕方に取り込むことができる。その意味で、比例性アプローチはそれら二つの対極的なアプローチのいわば中間に位置するものとみることができる。

比例性アプローチに注目する合衆国の司法審査理論についての検討は次節で行うことにして、本節では、まず合衆国憲法の特性と三層審査を簡単にまとめた後で、カテゴリー的アプローチとbalancing・アプローチに関する議論を検討しておくことにする。

（1）合衆国憲法の特性と三層審査

a. 合衆国憲法の権利章典の特性

合衆国の司法審査理論をグローバルモデルの「例外」とする見方を支える一つの要因は、合衆国憲法の歴史的及び体系的な特性にある。1787年に制定された合衆国憲法はいうまでもなく国家レベルでの最古の近代憲法である。しかし、当初は権利章典を含んでおらず、権利章典は後から数次にわたって修正条項として追加されてきた。20世紀の現代憲法、とくに比例性審査を採用している国々の憲法の権利章典と比べると、規定されている権利は数少なく、また必ずしも体系的とはいえない。さらに、とくにカナダの「自由と権利の憲章」第1条⁽¹⁰⁶⁾のような包括的な制限条項

(106) 「権利と自由のカナダ憲章は本憲章に規定された権利と自由を保障し、これらの権利と自由は法律によって規定され自由かつ民主的な社会において明らかに正当化されるような道徳的な制限にのみ服する」。

をもたない。こうした合衆国憲法の特性がその司法審査理論を比例性原則によるグローバルモデルと異なるものに行っていると思われるのである。

合衆国憲法の権利章典の特徴を本稿のテーマに関連する限りで簡単にみておこう。まず、保護される権利に関する規定が少ないことが挙げられる⁽¹⁰⁷⁾。連邦レベルの権利規定として1791年に追加された修正1条から修正10条までに列挙されている権利は、基本的に自由権（宗教の自由と表現の自由、そして手続保障に関する権利）であって、連邦レベルでは平等権、経済的権利、社会的権利の明示的な規定はない。修正9条は憲法における権利の列挙は他の権利を否定したり軽視したりするものと解されてはならないとしているが、これが包括的な権利規定の役割をもつものとは解されていない⁽¹⁰⁸⁾。テキストを重視する観点からみれば、連邦レベルで憲法上保護される権利はきわめて限られているということになる。

その代わりに、1868年に追加された修正14条の平等保護条項や実体的デュープロセス条項が包括的な権利規定として用いられる⁽¹⁰⁹⁾。これはいずれも州レベルに関する権利規定であるが、州によるこれらの条項に反する権利侵害が連邦裁判所に提訴されるケースは多い。たとえば、労働時間を制限する州法を実体的デュープロセス違反（契約の自由に対する侵害）で違憲とした *Lochner* 判決はその典型例である。また、人工妊娠中絶を禁止する州法を実体的デュープロセス違反（プライバシー侵害）とした *Roe* 判決もこの点で重要なケースである。さらに、前節で触れたように、平等保護条項に関しては、性別による異なる処遇を平等保護違反とした *Reed* 判決や、不法滞在者の子供への公教育を否定する州法を平等保護違反とした *Plyler* 判決などを、注目すべき例として挙げるができる。

しかし、修正14条の権利規定をどこまで連邦レベルのもののみならずかについては、連邦主義にも関連する一般的な議論があるだけでなく、上記のような個別のケースにおいても主張される権利を憲法上の権利とみなすかどうか、あるいはそれらにどの程度の保護を与えるかについては、すでに見たように、連邦最高裁でも意見の相違がある。テキストを重視する観点からは、主張される権利を憲法上の権

(107) Cf. V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 3166-67; 松井茂記『アメリカ憲法入門 [第7版]』（有斐閣2012年）203頁参照。

(108) 松井茂記『アメリカ憲法入門』203頁参照。

(109) 松井茂記『アメリカ憲法入門』203-204頁参照。

利とみなすことに消極的となることが考えられる。このことは合衆国憲法の権利章典が明確な体系性を少なからず欠いていることによるといえるだろう。

さらに、保護される権利の規定がかなり簡潔であることも特徴の一つとして挙げられるだろう。⁽¹¹⁰⁾とくに修正14条のデュープロセス条項は「生命、自由、そして財産」と規定し、平等保護条項は「法の平等な保護」と規定するだけで、いずれもかなり抽象度の高い表現になっている。このことは、これらの権利の保護範囲をめぐる解釈に大きな負担をかけることを意味する。

他方で、これらの列挙されている権利に対する一般的な制限条項がないことが、合衆国の権利章典の特徴として挙げられる。修正1条は「連邦議会は、…権利を縮減する法律を制定してはならない」、修正2条は「…武器を保持し携帯する人民の権利は侵害されてはならない」と規定し、これらの権利を限定または制限する条項はない。また、修正14条の平等保護規定も「いかなる州も、その管轄権の中で何人にも法の平等な保護を否定してはならない」と規定して、異なる処遇が正当でありうる可能性を排除しているようにみえる。これらは、合衆国の少ない権利の保護をほとんど「絶対主義的」に強いものとみなす見解が生じる機縁となっているといえる。

もちろん、修正5条や修正14条のデュープロセス条項は、「法のデュープロセスによらずして、生命、自由もしくは財産を剥奪されない」あるいは「剥奪してはならない」と規定しており、この規定によれば、これらの権利は「法のデュープロセス」によって制限されうることを示している。「法のデュープロセス」を形式的にとれば、公正な民主的プロセスによって制定される法律であれば、どのような制限も可能であるかのように解されうることになるだろうが、もちろん実際にそのように解されているわけではなく、三層審査では立法における政府の利益の重さを正当化の理由として考慮することになっている。もっとも、修正14条の場合に、この制限条項が連邦レベルにも及ぶのかどうかは、実体的デュープロセス条項によって保護される権利の範囲についてと同様に、形式的には明らかでない。

以上のような権利章典の特徴が合衆国における司法審査理論のカテゴリー的アプ

(110) 松井茂記『アメリカ憲法入門』207-210頁参照。

ローチとbalancing・アプローチの論争にも影響しているといえる。その検討に入る前に、前節でみた三層審査の基準についてまとめておこう。

b. 三層審査の基準

二層審査、そして三層審査と呼ばれる合衆国の司法審査理論は、基本的には、権利を二つ又は三つのカテゴリーに分類し、それぞれに応じた審査のレベルを設定する。しかし、同種の権利もさらに下位のカテゴリーに分けられ、三つの審査レベルにおける審査の基準もいくつかに分けられる。同種の権利が下位のカテゴリーにおいて異なれば、異なる審査レベルに属することもある。

まず、修正1条の基本的な自由権（宗教の自由と言論・出版の自由や集会の自由）の行使に対する禁止や制限、そして「疑わしい分類」（人種や民族など）に基づく差別的処遇は、基本的に厳格審査の対象となる。しかし、厳格審査にも少なくとも3つの種類がある。⁽¹¹¹⁾一つはカテゴリー的規則の適用あるいはカテゴリー的禁止としての厳格審査である。表現の自由における検閲や「疑わしい分類」による差別処遇は、そのように認定されれば、それだけで違憲とされる。第二は、カテゴリーの適用に事実関係についてのより精密な認定を要するもので、たとえば、攻撃的言論に関するブランデンバーク・テストや、公務員に対する名誉毀損に「現実の悪意」を要求するものや、言論の内容規制に「明白かつ現在の危険」を要求するものなどである。そして、第三は、balancing的要素を含んだ厳格審査であり、これは自由権の制限や「疑わしい分類」の使用が、政府の「切実な利益」に基づき、かつ明確に限定されている（必要不可欠である）かどうかを審査して、それが証明されなければその制限や使用を違憲とする。結社の自由に対する制限や積極的格差は正策

(111) ファロンは厳格審査についての三つの解釈を挙げている（R. H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 1302-303）。（1）カテゴリー的禁止、（2）比例性審査に似た重みづけbalancing、（3）「違法な動機」テスト（疑わしい分類など禁止された目的を認定するためのテスト）である。ファロンはこれらとは別に、本文で挙げた第三の種類の厳格審査を本来の厳格審査とみなし、この意味での厳格審査を比例性審査に近いものとしている。他方、（2）の比例性審査に似た重みづけbalancingという解釈は中間的審査と区別できないとしているが、比例性審査に近い厳格審査が重みづけbalancingの要素を含むことは明らかであり、ファロンによる両者の区別は必ずしも明らかではない。また「違法な動機」テストは「明確な限定性」のテストに含まれうるだろう。なお、本文で述べた第二の種類と第三の種類の区別については、松井成記『アメリカ憲法入門 [第7版]』238頁参照。

に関する審査など、この種類の厳格審査を用いたケースが多い。ただ、積極的格差是正策についてはカテゴリー的に違憲とする反対意見もある。

次に、中間的審査も少なくとも3つの種類に分けることができるだろう。中間的審査は明らかにバランス的要素を含むが、そのテストに若干の違いがみられる。一つは、規制が政府の「重要な利益」に基づきかつその利益のために必要を越えないものであることを要求するもので、象徴的行為に関するオブライエン・テストや、言論内容に中立な「時・所・態様」のテストや、商用言論に関するセントラルハドソン・テストなどがこれに該当する⁽¹¹²⁾。これらは修正1条の言論の自由に関するものであるが、言論そのものに対する規制ではないことや政治的言論のようにとくに保護に値するとされる言論に対する規制ではないことにより、「切実な利益」の証明までは求められない。第二は、政府の「重要な利益」に基づき、手段がその目的に「実質的に関連する」ことを要求するものである。とくに、性別などの「準-疑わしい」分類を用いた不平等処遇には、このテストを用いた審査がなされている。不法滞在者の児童に公教育を提供しないことや非嫡出子の相続権を限定していることを平等保護違反とした事例も、また同性婚のゆえに相続税の配偶者控除を認めないことを違憲とした事例も同様である。第三に、「不当な負担」のテストを用いるものがある。州際通商規制で用いられ、Casey 判決では人工妊娠中絶規制にも適用されたもので、明らかにバランスによる審査となる。

最後に、合理的基礎審査も少なくとも2つの種類に分けられる。一つは、ほぼカテゴリー的ルール適用とみなしうる合理的基礎審査である。二層審査では経済的社会的権利に関する規制や保護は、政府の「正当な利益」に基づき、規制がこの目的に「合理的に関連している」、つまり合理的基礎があると認められれば、ほぼつねに政府に対して敬謙的な判断がなされた。もう一つは「牙のある」合理的基礎審査である。経済的社会的権利に関する規制や保護の場合でも、平等保護の問題が関わる場合などには、より高められた審査によって違憲とされるケースも少なくない。また、同性愛行為の禁止を違憲とした判決も、中間的審査と合理的基礎審査の

(112) これらの言論に関する中間的審査について、cf. A. Bhagwat, *The Test That Ate Everything*. バグワットはこれらの他に、マスメディアの言論、公務員の言論、性的ビジネスの言論、慈善的寄付募集の言論、選挙運動への寄付としての言論などを、中間的審査の対象として挙げている。

中間、少なくとも牙のある合理性審査によるものとみなす見方がある。性的指向を私的自由（プライバシー）の問題と捉え、これに対する禁止や規制は「正当な利益」によるのでなければならぬとしていることによると考えられる。ただし、これについては意見が別れている。リベラル派の賛同意見は、性的指向におけるマイノリティは「分離し孤立した」集団であって、人種や民族と同様に厳格審査の対象とすべきだとし、反対意見は性的指向について憲法は何も規定していないから、憲法上保護される権利には属さないとしている。前者はカテゴリー的な厳格審査、後者はカテゴリー的な合理的基礎審査の適用を要求するものとみることができらるだろう。

以上をまとめると、厳格審査と合理的基礎審査にはカテゴリー的ルールの適用としての審査のパターンがあるとともに、バランス的要素を含んだ審査のパターンがあり、後者が一般的になってきているとはいえ、なお前者のようなカテゴリー的アプローチをとる立場も存続している。これらについてカテゴリー的アプローチをとる立場は一般に中間的審査については消極的であるのに対し、バランス・アプローチをとる立場は中間的審査を支持することになる。そして、この二つのアプローチをめぐる議論が合衆国の司法審査理論の歴史を通して展開されてきている。合衆国における比例性アプローチへの注目もこの状況を背景としているといえることができる。

（２）カテゴリー的アプローチをめぐる議論

K. M. サリヴァンは、この二つのアプローチの違いを「分類学者」の仕事と「商人」あるいは「正義の女神」の仕事になぞらえている。⁽¹¹³⁾ 「カテゴリー化」のアプローチでは、権利とそれに対する侵害の「分類とラベル貼り」が主な仕事であり、ケースに含まれる権利と侵害が認定されると、直ちに結論が導かれ、この最初の段階で仕事は終わる。バランス・アプローチでは、「競合する権利と利益とを秤に載せ、それらを相互に比較衡量すること」が重要な仕事であり、導かれる結論は「多数の要因の相対的な強さ」に依存する。サリヴァンによれば、合衆国の司法審査の

(113) K. M. Sullivan, Post-Liberal Judging: The Role of Categorization and Balancing, in *University of Colorado Law Review*, Vol.63, 1992, 293-94. この二つのアプローチについてはまた、cf. J. Blocker, Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis, in *New York University Law Review*, Vol.84, 2009.

歴史において、この二つのスタイルが交互に現れてきており、どちらかが完全に他方を凌ぐことはなかった。サリヴァンによる二つのスタイルの対比は図式的すぎるかもしれないが、いわば理念型として理解することができるだろう。それが形を変えながら合衆国の司法審査において交互に現れてきたという見方も首肯できるだろう。ここでは、この二つのアプローチをめぐる議論を検討する。

まず、カテゴリー的アプローチは、それが前面に現れてきた時期によって、大きく二つの形態または種類に分けることができる。一つは1950年代とウォーレン・コートの時期であり、もう一つは、レーンキスト・コートの後半からロバーツ・コートの時期である。どちらもそれ以前のbalancing・アプローチに対抗する仕方で現れている。ここでは、必ずしも適切な命名ではないが、最初のを古いカテゴリー的アプローチ、もう一つのを新しいカテゴリー的アプローチと呼んでおくことにする。

a. 古いカテゴリー的アプローチ

古いカテゴリー的アプローチの一つは、フランクファーター裁判官のbalancingに対して、ブラック裁判官の立場を示すものとされる「絶対主義」である。すでに触れたように、フランクファーターは「優先的地位」をもつ権利という見方に批判的で、言論の自由を制限する立法についてもbalancingによって敬謙的な判断を下していたのに対して、ブラックにとっては、修正1条によって保護される権利を「縮減する法律」は端的に制定されてはならないのであった。修正1条によって保護される権利という認定はそれだけでその認定された権利を「縮減する法律」を無効とすることになる。

しかし、ブラックの「絶対主義」とされるものも一つの誇張にほかならない。Dennis 判決におけるブラックの反対意見は、balancingに基づく「明白かつ現在の危険」テストによる言論の制限をすべて否定するものではなく、このテストのより厳格な解釈と適用を要求するものであったといえる。また、Korematsu 判決において、ブラックは人種や民族による差別的処遇を強く非難するものの、戦時下での人種に基づく強制収容の軍令を違憲とはしなかった。平等保護を受ける権利が政府の必要に譲らざるをえないことを——その正当化がbalancingによるものと

考えていたかどうかは別として——認めていたのである。

もう一つは、いうまでもなく、ウォーレン・コートの一連の人種差別違憲判決である。ウォーレンの書いた Brown 判決は、人種別の分離教育を端的に違憲としたのであって、分離教育における州政府の利益と比較したわけではない。政府の行為は「疑わしい分類」を用いていると認定して、それだけでその行為を違憲とする結論が導かれている。すでに触れたように、分離教育を解消するための政策の策定と実施にあたっては、公的必要と個人的必要を調整し調和させることを判決は求めているが、これは分離教育を違憲とする判断には関わるものではない。

しかし、これもすでにみたように、ウォーレン・コートにおいて、政府の切実な利益のテストと明確な限定性のテストを組み合わせた「厳格審査」の定式が成立している。権利が厳格審査の対象となるかどうかの判断はカテゴリー的分類の問題だとしても、そのように認定された権利に対する制限が政府の「切実な利益」によって正当化されるかどうかの判断は、否定的な結論になることが多いとしても、少なくともバランスの要素を含む。また、象徴的行為に関するオブライエン・テストのように、バランスの要素を含んだ中間的審査の定式、とくに政府の重要な利益と必要性とをテストとして含む定式も打ち出されている。

以上からすれば、古いカテゴリーのアプローチにおいても、ブラックの絶対主義は必ずしも絶対的ではなく、ウォーレン・コートのカテゴリー的な厳格審査も明白な人種差別や基本的権利の核心への侵害などの限定されたケースに用いられているにとどまる。ウォーレン・コートについてのガンサーの「理論的には厳格だが、事実においては決定的」という評言は、厳格審査の適用はつねに違憲判決を導いたわけではないという意味でも、また厳格審査はつねにカテゴリー的であったわけではないという意味でも、限定的にしか当てはまらないのである。⁽¹¹⁴⁾

(114) ガンサーの評言は、厳格審査はつねに違憲判決に導いたという趣旨であるようにみられることもある。たとえば、先に触れた A. Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact* 参照。しかし、ガンサーの評言は、それだけでなく、ウォーレン・コートの厳格審査がカテゴリー的であったという趣旨を含んでいる。ガンサーは、ウォーレン・コートを引き継いだバーガー・コートがバランス・アプローチへと移行する可能性を積極的にみようとしていた。たとえば、カテゴリー的な二層審査では、社会的経済的な不平等を基本的な利益の侵害とはみなされないのに対して、マーシャル裁判官の「スライディング・スケール」によるバランス・アプローチはそのような不平等も「慎重な審査」に値するものとするようになるだろうと見ていた。Cf. G.

ストーン¹¹⁵の脚注4やブラックの「絶対主義」、そしてウォーレン・コートの司法積極主義は、修正1条の自由権や修正14条の平等権といった個人の権利を重視して、それらの権利に対する政府の制限や規制を抑制しようとするものであったという点で、リベラルな立場に基づくものであった。そして、そこでのカテゴリー的アプローチの適用は、政府の行為の目的が明らかに「不当」(devious)と見られうるケースに限られていた。つまり、そのような政府の行為はバランスの秤の一方に載せられる資格をそもそももたないものであったといえるだろう。

b. 新しいカテゴリー的アプローチ

新しいカテゴリー的アプローチは、バーガー・コートとレーンキスト・コートの少なくとも前半に特徴的であったバランス・アプローチに対する批判として現れた。一つは、すでに触れたように、中間的審査による法廷意見に対するレーンキストの反対意見にみられる。性差別に関する Craig 判決（ブレナンの法廷意見）に対する反対意見において、レーンキストは従来の二つの基準、つまり厳格審査と合理的基礎審査だけでも扱うのが困難なのだから、もう一つの基準を導入することは適切でないとし、また妊娠中絶に関する Casey 判決（オコナーの法廷意見）に対する結論賛同意見では、法廷意見が用いた「不当な負担」のテストは漠然としているとしてその使用に反対している。レーンキストは、基本的に歴史と伝統を重視する保守派とみられるが、審査基準の点では、バランスを中心とする中間的審査には消極的で、厳格審査が適用されるケース以外では、合理的基礎審査の敬讓的なカテゴリー的適用を支持していたといえるだろう。

レーンキストのカテゴリー的アプローチは、「疑わしい分類」の禁止を積極的格差是正策に適用する点にも現れている。ウォーレン・コートが人種による差別をカテゴリー的に違憲としたのは、歴史的に多大な不利益処遇を被ってきた人種に対す

Gunther, *The Supreme Court* 1971 Term, 1972, 17. もっとも、このような新しい平等の問題は、ウォーレン・コートではまだ重大な問題としては現れていなかったといえるだろう。

(115) 医師幫助自殺に関する *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702 (1997)で、レーンキストの法廷意見は、「死の自己決定権」という概念はまだ受け入れられておらず、一般の自殺幫助と区別する論証が十分ではないとして、医師の有罪を認めている。まだ受け入れられていないという点について、「国民の歴史、法的伝統、そして実践」の検討から始めている。521 U.S. 702, at 710.

る差別を問題としたのであるが、*Grutter v. Bolling*⁽¹¹⁶⁾などにおけるレーンキストらの反対意見は、「人種による差別」を、歴史的社会的状況から切り離して、一般的なカテゴリーとして適用して、積極的格差是正策も人種という疑わしい分類を用いるがゆえに違憲としている。

もっとも、レーンキストのスタンスは体系的に一貫しているわけではない。すでに触れたように、たとえば、*Casey*判決では、妊娠中絶の利益はデュープロセス条項によって保護される「自由の一形式」であるが、州は中絶手続きを正当な利益に合理的に関連する仕方⁽¹¹⁷⁾で規制することができるとする一方で、女性による中絶の権利は憲法上保護される「自由」ではないとするスカリアの結論賛同意見に同調⁽¹¹⁸⁾している。いずれにせよ、レーンキストらは妊娠中絶規制について合理的基礎審査のカテゴリー的適用を支持しているのである。

新しいカテゴリー的アプローチを体系的に展開しているとみられるのは、スカリア裁判官である。スカリアの体系的な憲法理論はいくつかの側面をもつ。準則アプローチ、テキスト主義、そして原意主義（originalism）である。まず、準則アプローチという点では、スカリアは、ホームズやカードーズのようにケースのあらゆる事情を考慮して望ましい解決を導こうとするコモンロー・アプローチに対して、明確な準則の適用によって解決を見出そうとする準則アプローチを望ましいものとして対置⁽¹¹⁹⁾している。たとえば平等保護の場合でも個別のケースの具体的な比較によるよりも明確な事前のルール⁽¹¹⁹⁾の適用によるほうが平等処遇の要請に適すること、準則の適用は予測可能性を高めること、準則は裁判所の裁量を限定しうることなど、一般に準則アプローチの利点とされるものを挙げている。また、最高裁は下級審の大量の判決のごく一部しか審査しないから、その具体的な事案に立ち入って検討することは、法の統一の実現を困難にすること、またあらゆる事情の考慮が必要となるケースで問題となるのはほとんど事実認定の問題であり、これは下級審裁判所に委

(116) 539 U.S. 306 (2003). 逆にスカリアはレーンキストの反対意見に、ケネディやトーマスとともに、同調している。

(117) *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 966.

(118) *Ibid.*, at 980.

(119) A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in the *University of Chicago Law Review*, Vol.56 No.1176 (1986).

ねるほうがよいことを挙げて、最高裁では準則アプローチのほうが望ましいとしている。

準則アプローチでは、ケースの事実が準則の要件に該当するかどうかを解釈によって判断し、該当するとすれば準則の法的効果を結論とすることになるから、要件に含まれる権利と政府利益とのバランスをあらためて行う必要はない。もっとも、とくに合衆国憲法の権利規定はきわめて一般的抽象的であるから、準則アプローチは適さないように見える。それでも、権利規定を準則のように扱うことができなわけではない。権利規定を文言通りに扱うテキスト主義がそれを可能にする。ただ、スカリアにおいては、それは憲法上保護される権利の範囲を狭く限定することになる。先に触れたように、Casey 判決の結論賛同意見で、女性による中絶の決定については、憲法は何も言っていないということの一つの理由として、その決定を憲法上保護される自由ではないと述べているのが、その一例である。

スカリアにおいて保護される権利の範囲を狭く限定することを可能にしているもう一つの理論が、「原意主義」である⁽¹²⁰⁾。原意主義は憲法の規定の意味はその歴史的な制定時の意味だとするものだが、スカリアの原意主義は、主観的な制定者意思における意味ではなく、制定時の歴史的資料などから制定者たちが想定したと客観的に推定される意味だとする。のみならず、制定時の歴史だけでなく、レーンキストと同様に、憲法制定者の意思を引き継いだ国民の伝統的な意思に含まれるとされる意味も「原意」とみなされる。そして、このような原意に反する立法は違憲であり無効とされる。

しかし、このような原意の認定がどこまで客観的になされうるかは明らかとはいえない。また、それがテキスト主義とどこまで整合するかも明らかではない。コロンビア特別区の銃規制法に関する District of Columbia v. Heller⁽¹²¹⁾ におけるスカリアの法廷意見はこれらの問題を示している。コロンビア特別区は銃器保持を制限する（拳銃の保持を禁止し、ライフルや猟銃の保持は認めるものの、実弾を装填しないで保管することを求めるなど）法律を制定しており、その合憲性が争われた。銃器

(120) 「原意主義」については、大林啓吾「第9章 司法審査——原意主義と生ける憲法の接合は可能か？」（大沢秀介・大林啓吾編著『アメリカの憲法問題と司法審査』（成文堂2016年））参照。

(121) 554 U. S. (June 26, 2008) (Slip Opinion).

を保持する権利は修正 2 条の規定に基づいているが、同条は「よく規律された民兵は自由な州の安全にとって必要であるから、武器を保持し携帯する人民の権利は侵害されてはならない」と規定している。この文言からすれば、武器を保持し携帯する人民の権利が認められるのは、自由な州の安全のために「民兵」に対してであると解される。これに対して、スカリアの法廷意見は、19世紀初めのイギリスのコモンロー学者ブラックストーンの著書などに依拠して、また植民地時代以来市民が武器を保持してきた伝統に依拠して、一般市民も自己防衛のために武器を保持し携行できるという意味が本条の規定には含まれるとして、結局、自衛のための拳銃保持を禁止するコロンビア特別区の銃規制法を違憲であり無効と判示している⁽¹²²⁾。この法廷意見からすれば、スカリアにおいてテキスト主義と原意主義は必ずしも結びつかないことが読み取れるだろう。

もっとも、スカリアも武器の保持携行の権利が無制限ではないとして、たとえば重大犯罪者や精神病患者に対して武器の保持携行を禁止することは認められてきたし、また学校や公的施設での武器の携行の禁止も、銃器販売に対する一定の規制も認められてきたとする。さらに、保持できる武器についても、危険で異常な武器を除いて、その時代に一般的に使用されているものは支持されてきたとする。これは、一般市民が武器を保持携帯する権利は侵害されてはならない（それを侵害する法律は無効とする）という準則に例外を設けるものである。こうした例外の設定は価値判断や利益の比較衡量に基づいているといえるが、スカリアの法廷意見は本件におけるコロンビア特別区の特定の禁止や制限の利益をあらためて考慮するものではない。その意味で、それは原意主義的な準則アプローチであり、カテゴリー的アプローチに属するものといえるだろう。

c. カテゴリー的アプローチの位置づけ

古いカテゴリー的アプローチと新しいカテゴリー的アプローチには共通点と相違点がある。共通点は、権利を厳格審査の対象となる数少ない基本的な権利とそうで

(122) Ibid. at 2-28 (Slip Opinion). なお、スカリアは、当時は「民兵」には男性のみが含まれたことも指摘している。

(123) Ibid. at 54-56.

ないものにとりて區別して、その分類に応じて結論がほぼ方向づけられるということである。つまり、どちらも二層審査を基本的な枠組としているということである。相違点は、古いカテゴリー的アプローチはバランス的の要素を含む厳格審査や中間的審査のテストをも生み出したが、後に中間的審査の対象とされるようになった新しい権利や利益の主張を含むケースはまだそれほど多くはなかったのに対し、新しいカテゴリー的アプローチは、バランスによる中間的審査が適用されるケースが増えた後にも、カテゴリー的な二層審査の枠組を維持しようとしているという点にある。⁽¹²⁴⁾ そのために、新しいカテゴリー的アプローチは、一方で新しい権利や利益の主張に対する保護という点において消極的となるとともに、⁽¹²⁵⁾ 他方では基本的な自由や平等に対する制約における政府の利益の考慮という点においても消極的となっているといえる。⁽¹²⁶⁾

この違いを考えると、古いカテゴリー的アプローチと新しいカテゴリー的アプローチを同列に扱うのは適切ではない。他方で、これらの違いにもかかわらず、どちらのカテゴリー的アプローチにとっても、合衆国憲法の権利章典において基本的権利の規定が少なく、高度に一般的抽象的であるとともに、一般的な制限条項がないという特性がその背景となっているといえるだろう。そのために、権利のカテゴリー的の分類、権利の保護範囲や保護程度の確定、サブカテゴリーの分類などが論争の主な対象となっているといえる。

もちろんこの点の議論は重要である。カテゴリー的アプローチにとっては、それは結論を方向づける出発点としてのカテゴリーの決定に関わるからである。しかしまた、この点の議論はそれ自体としても重要である。それは民主的社會における人々の自由と平等の保障にとっての根本問題に関わるからである。そして、この点の議論において重要なのは、この議論はそれ自体として価値や利益の比較、価値判断や利益衡量を必要とするということである。合衆国憲法の権利章典における基本

(124) たとえば積極的格差は正策に対する人種カテゴリーの厳格な適用にみられる。なお、ロバーツ・コートでも、「語らない自由」のケースにおける言論の自由の厳格な適用は、カテゴリー的アプローチの例とみることができる。

(125) たとえば性別による不利益処遇や同性婚の否認などのケースに対する消極的なスタンスに窺える。

(126) 政治的イデオロギーの点では、古いカテゴリー的アプローチが革新的なりべラルであったのに対し、新しいカテゴリー的アプローチは基本的に保守的であるという違いもある。

的権利の規定が少なく、高度に一般的抽象的であることは、そのような価値判断や利益衡量についての議論の必要を高めると考えられるが、そのような議論が十分ではないことを問題とする指摘もある⁽¹²⁷⁾。

一つの考え方は、比例性審査を採用している国々におけるように、権利の保護の程度について厳格なカテゴリー化を施すことをやめて、保護される権利を広く一応のものとして捉えることである。それは、ある意味では、すべての権利を中間的審査の対象とすることを含意するだろう。それは、厳格審査の対象となる数少ない基本的権利に対する保護の程度を低め、逆に、多くのケースのデフォルトとみなされている合理的基礎審査の対象となる権利や利益に対する保護の程度を高めることになりうる。他方で、すべての権利や利益を競合する権利や利益と同じレベルにおくことについては異論がありうる。それは次にみる「アドホック・バランシング」に陥ることになりうる。これを回避するためには、基本的権利を絶対的なものとか、カテゴリー的に結論を導くものとかと捉えるのではなく、その一応の重さが相当に大きいものとみなすことが考えられる。逆に、権利の相対的な重さにもとづく分類という見方は、合衆国の憲法理論、司法審査理論から得られる教訓とすることができるだろう。

(3) バランシング・アプローチをめぐる議論

バランシング・アプローチもいくつかの種類に区別することができる。たとえば、M. タシュネットは、「アドホック・バランシング」、「カテゴリー的バランシング」、そして「狭義の比例性」を区別している⁽¹²⁸⁾。アドホック・バランシングはまさにケースごとに利益を比較衡量するものであり、カテゴリー的バランシングは最初のケースにおけるバランシングによりルール（準則）を形成するものとされている⁽¹²⁹⁾。この

(127) こうした指摘について、cf. S. Breyer, *America's Supreme Court*, 159-71 (邦訳185-99頁); J. Blocker, *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis*, 393-98.

(128) M. Tushnet, *Making Easy Cases Harder*, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017, 304-305.

(129) バーガー・コートのバランシングを批判するアレニコフはバランシングを次のように理解している。「ケースに含まれる利益を特定することによって憲法問題を分析し、特定された利益に明示的または黙示的な値を付与することによって、判断にいたる、または憲法のルールを構成する」(A. Alleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 945)。この定式にも

区別はbalancingが行われる時点による区別である。これらに対して、狭義の比例性は、ケースごとではあるが、比例性審査（さらには三段階審査）の枠組に構造的に組み込まれたbalancingであり、つねになされるとはかぎらないし、なされる場合でもその前の段階の審査によってすでに限定されている。もっとも、タシュネットは、これら三つはいずれも結局は同じことになるとみている。

この区別とは別に、権利や利益に一応の重みづけを与えるか否かによる区別もありうる。重みづけなしに、関連するすべての利益や事情を総合的に考慮するbalancingは、「アドホック・balancing」と重なりうるから、この名称を重みづけなしのbalancingを指すものとしよう。これに対して、重みづけのあるbalancingは、ルール（準則）によるbalancingとは異なり、権利や利益に一応の重さを与えた上で、必要なケースに応じてそれらの重さを比較衡量する。balancing的要素を含む厳格審査はその例である。これは「重みづけbalancing」と呼ばれるものである。権利や利益に一応の重さを与える比例性審査における狭義の比例性も「重みづけbalancing」の一種とみることができる。以下ではこの二つを対比的に検討する。

a. アドホック・balancing

アドホック・balancingは、権利をも同じ測定基準で測定できる利益に還元し、関連するあらゆる利益や事情を同様に総合的に考慮して、費用便益分析を行うものを指す。このアプローチの一つの例は、ウォーレン・コートがカテゴリー的アプローチを採るようになる前のbalancing・アプローチである。すでに触れたように、フラン克福ーターは、たとえば言論の自由を「優先的地位」をもつ権利とする見解を退けて、権利とそれを規制する政府の利益とをほぼ同じ地位におくbalancingを採用した。先に触れた *Dennis v. United States* での賛同意見に明らかであるが、たとえば *Beauharnais v. Illinois* ⁽¹³⁰⁾ においても、フラン克福ーターはそ

二つの種類のbalancingが含まれているが、それらはタシュネットのアドホック・balancingとカテゴリー的balancingの区別にほぼ対応するといえるだろう。ちなみに、アドホック・balancingとカテゴリー的balancingの区別は行為功利主義と規則功利主義の区別に類似する。この類比からみると、カテゴリー的balancingがもたらすルールはケースによってはそのケースに特有のbalancingによって覆されうることになるだろう。

の法廷意見で、人種集団や宗教集団に対する名誉毀損を処罰する州法を合憲としているが、暴動等を防止するという州の目的と言論の自由を重みづけなしに直接的に比較している。

アレニコフらによってアドホック・バランスingの例とされるケースは、パーガー・コートにもある。その例の一つとされる *Mathews v. Eldridge* は、連邦の⁽¹³¹⁾障害給付受給資格を停止された被上告人がその決定の前に聴聞を受けなかったとして手続的デュープロセス違反を訴えたケースである。法廷意見は手続的デュープロセス違反に関する判断基準として、(a) 決定によって影響を受ける私的利益、(b) 追加的または代替的な手続保障による蓋然的利益、および (c) それによる政府にとっての費用、この三つの要因を考慮することが必要だとする。(a) に関しては、事前聴聞を含む福祉給付受給資格決定手続と比較して、障害給付受給資格決定の場合には、決定の誤りによって生じうる不利益は小さいこと、(b) に関しては、障害給付受給資格決定の場合、医療専門家の報告文書によるほうが、詳細な聴聞によるよりも実質的な価値が大きいこと（申請者についてのより正確な情報が得られ、申請者にとっても暫定的決定の理由を知ることができる）、そして (c) に関しては、すべての障害給付受給資格決定に詳細な事前聴聞を行うことは政府の財政的・行政的負担が大きいことなどを認定して、⁽¹³²⁾訴えを退けている。⁽¹³³⁾要するに、事前聴聞によって得られる私的利益（デュープロセスを受ける権利）とそれに要する政府の費用とをバランスingしているというわけである。

このようなバランスingに対する周知の批判は、「共約不可能な」(incommensurable) ものを同じ測定基準で測定するという不可能を行うことだというものである。たとえば、スカリアの有名な言い方では、「ある線分はある岩が

(130) 343 U. S. 250 (1951), 251-64. 本件は、分離主義の白人団体の代表が市に人種分離政策を求める内容のパンフレットを公道で頒布したというもので、フランクファーターは名誉毀損が個人を含む集団に対しても成立しうるとするとともに、同法の制定前に人種集団による暴動等が頻発したことをもって州には同法制定の理由があるとして、集団の権利と政府の利益を認定している。また、被告人は言論の真実性、公正性、救済請願性による正当化が可能だが、それを証明していないとして、本件処罰を是認している。これに対し、ブラックは修正1条の請願権に等しい修正14条の自由権の優先性を基礎とする反対意見を書いている。

(131) 425 U. S. 319 (1976).

(132) *Ibid.*, 332-35.

(133) *Ibid.*, 339-49.

重いよりも長いかどうか」を問うようなものだというのがその例である。⁽¹³⁴⁾ また、C. R. サンステインも、たとえば経済的利益と愛情や友情などの感情的な価値とは比較できないということを強調して、経済学的な費用便益分析を批判している。⁽¹³⁵⁾ 個人の私的利益と公的利益とを単純に比較すれば、公的利益がほぼつねに私的利益を上回るという結論になるといった指摘もよくあるところである。

他方で、サンステインも述べているが、⁽¹³⁶⁾ 日常の実践におけると同様に、法的問題でも質的に異なるものを比較して選択することは避けられないし、実際に比較している。問題は、権利を同質の利益に還元して、他の利益と比較衡量するのか、権利は利益とは比較衡量しえないものとして、他の利益につねに優位とするのかの二者択一を設定することにある。前者は効用の質的差異を認めないタイプの功利主義の立場であり、後者は絶対主義的な自然権論の立場だといえる。しかし、いうまでもなく、利益や幸福の質的な違いについての人々の感覚を否定することはできないし、権利が他者の権利や社会的利益と衝突することを否定することもできない。利益の質的な違いを認めて、ある種の利益を権利としてより保護すべきものとし、⁽¹³⁷⁾ 権利も他者の権利や利益と比較衡量の対象となりうることを認めることが必要となる。

また、こうしたバランスングについては、考慮すべき利益の範囲の問題も指摘される。たとえば、アレニコフは、福祉給付の停止決定においては、福祉プログラムやその他の受給プログラムのための基金の維持についての社会の用意、貧困なコ

(134) Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters, Inc., 486 U. S. 888 (1988), at 897.

(135) C. R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*. サンステインがこのような批判で念頭においているのは、たとえば「赤ん坊の市場」を提案するR. ポズナーの経済学的法理論である。Cf. *op. cit.*, 789.

(136) Cf. C. R. Sunstein, *op. cit.*, 808. サンステインは「共約不可能性」と「比較不可能性」(incomparability)を区別し、質的に異なる財は共約不可能であるとしても、比較不可能というわけではないという (*op. cit.*, 797)。

(137) この区別を説明するために、サンステインはJ. ラズの「排除的理由」を援用している。行為の排除的理由は、行為の様々な一階の理由の考慮を排除する行為の二階の理由である。権利は様々な利益の考慮（その意味でのバランスング）に対する排除的理由という性質をもつというわけである。同様に、ラズの二階の理由を援用してバランスングを区別しているものとして、cf. I. Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, in *Cardozo Law Review*, Vol.27 No.3, 2006. なお、ラズの「排除的理由」は一階の理由の考慮を絶対的に排除するのではなく、必要なケースでは一階の理由の考慮によって凌駕される。

コミュニティに対する誤った給付停止の波及効果、住居供給状況と犯罪率、福祉行政官僚の士気とそのクライアントについての見解、圧力団体への影響など、多様な考慮要因がありうるが、裁判所はそれらをすべて考慮することはできないし、また最高裁はそれを限定する理由を挙げてもないと指摘している⁽¹³⁸⁾。同様に、訴訟当事者の利益は同様の状況にある他の多数の人々の利益に関わるが、裁判所がそれらの人々の利益の重さを集計することはできないし、最高裁は「良心的な balanサーには受け入れられないような簡略化された方法」を採用しているという⁽¹³⁹⁾。

こうした広大な範囲の利益の全面的な考慮は、R. M. ヘアーの「大天使」ならともかく、有限な人間（裁判官だけではなく、立法者も含まれる）にできることではもちろんない。利益の質の区別が、サンスティンの言うように、一般の評価（価値判断）によるのと同様に、こうした利益の範囲の限定も評価による。その評価はまずはたしかに裁判官よりも立法者の仕事といえるが、立法者による評価の基準やそれによる範囲決定について裁判所の審査をまったく否定する理由はない。問題は、権利のカテゴリー的分類における同様に、その評価（価値判断）の適切性に関わるのである。

b. 重みづけバランシング

先に触れたように、アレニコフもタシュネットも「重みづけバランシング」についてはとくに触れていない。しかし、合衆国の司法審査理論としての三層審査システムは、カテゴリー的な厳格審査と合理的基礎審査を除けば、重みづけバランシングの特徴をもっているとみることができる。憲法を含む法は、利益基底的に言えば、様々な利益のうちとくに法的保護に値するとみなされる利益を権利として定義する。それらの権利のうちでも憲法上の権利はとくに保護されるべきものとみなされる。そして、三層審査は憲法上の権利をその重さに応じておおよそ三つに区別す

(138) A. Alleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 977-78. アレイニコフはこうした広大な利益の範囲を「宇宙」(universe)と呼んでいる。

(139) A. Alleinikoff, *op. cit.*, 978-79. アレイニコフが「良心的な balanサー」というとき、念頭にしているのはL. ブランダイス裁判官である。

(140) R. M. Hare, *Moral Thinking*, (内井惣七・山内友三郎監訳『道徳的に考えること』(勁草書房1994年) 67-96頁)。

(141) Cf. C. R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*, 783-95.

る。これは憲法上の権利についての重みづけである。他方、これらの権利に対応して、それと競合する他者の権利や社会的利益を保護または促進することについての政府の利益があり、その利益はその利益のために規制される権利の重さに対応しておおよそ三つの重さをもつものとして分類される。個人の権利と政府の利益はこのような重みづけをもって比較衡量される。

厳格審査では、基本的権利の制限や「疑わしい分類」の使用が正当化されるためには、政府の利益は「切実な」ものでなければならない。中間的審査では、その対象となるとみなされる権利の制限や異なる処遇が正当化されるためには、政府の利益は「重要な」ものでなければならない。合理的基礎審査では、その対象となるとみなされる権利の制限や異なる処遇は、政府の行為に「正当な」利益があれば正当化される。いずれの場合でも、その反対であれば、政府の規制や行為は違憲となる。この推論様式は準則の適用に似ている。しかし、政府の利益の切実性、重要性、正当性はいずれも重さまたは程度をもった不特定の概念であり、その判断には幅がありうる。その判断には、通常解釈ではなく、関連する諸要因の考慮が必要となるだろう。

また、先に見たように、権利もさらにサブカテゴリー化され、また政府の利益が幅をもつことから、より具体的な審査基準（テスト）が多様に形成されてきている。それらの審査基準は次第に準則に近いものとなる。カテゴリー的バランシングとされるものは、そのような審査基準の形成におけるバランシングをいうものであるが、審査基準の適用に際してさらにバランシングが必要な場合もありうる。また、これも先に触れたように、規則功利主義の規則が場合によっては行為功利主義的な考慮によって覆されることがありうるのと同様に、ほぼ準則化された基準があらためてバランシングに引き戻されることもありうる。

以上のように考えると、三層審査はリーズナブルな重みづけバランシングとして理解することもできるだろう。個々のケースの評価はともかく、アレイニコフの批判を全面的に受け入れる理由はないと思われる。とはいえ、とくに中間的審査につ

(142) このようなサブカテゴリー化について、cf. J. Blocker, *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis*, 390-91. たとえば、言論でいえば、象徴的行為、商用言論、公務員の言論、言論フォーラムなどへの分類がサブカテゴリー化の例である。

いては、最高裁が適切な審査基準についてのシグナルを提供していないために、下級審における中間的審査がアドホックなバラシングとなり混乱を生じさせていると指摘する論者もある⁽¹⁴³⁾。その論者は、新しい多様なケースを単一の中間的審査基準で判断させるのではなく、新しい多様なケースを新たにカテゴリー化あるいは類型化して、それぞれに応じた審査基準（バラシングを含む）を最高裁は提示すべきだと主張している。

これはたしかに一つの方向である。同じことは、言論の要素が含まればカテゴリー的アプローチに傾く厳格審査や、牙のあるものを含む合理的基礎審査についても言えるかもしれない。とはいえ、この方向は細分化された審査基準を見通し困難なほどに増加させることになるかもしれない。また、三層審査のもう一つのテスト、規制手段の必要性、あるいは目的と手段の実質的な関連や合理的関連というテストをどのように扱うかという問題も残る。そこで、もう一つの方向として比例性アプローチを支持する論者たちも現れている。次に節を改めてその議論を検討する。

(未完)

本稿は日本学術振興会科学研究費助成金（課題番号20K01257）による研究成果の一部である。

(143) A. Bhagwat, *The Test That Ate Everything*, 817.