

|                     |                                                                                                                                                                                                                   |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Title               | 立法判断の客観化に向けた法的アプローチ：<br>目的手段審査における立法過程への着目                                                                                                                                                                        |
| Sub Title           | The legal approach to the objectification of legislative decisions :<br>focus on the legislative process in means-end scrutiny                                                                                    |
| Author              | 小林, 祐紀(Kobayashi, Yuki)                                                                                                                                                                                           |
| Publisher           | 慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会                                                                                                                                                                                       |
| Publication<br>year | 2014                                                                                                                                                                                                              |
| Jtitle              | 法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu :<br>Journal of law and political studies). Vol.101, (2014. 6) ,p.37- 69                                                                                                |
| JaLC DOI            |                                                                                                                                                                                                                   |
| Abstract            |                                                                                                                                                                                                                   |
| Notes               |                                                                                                                                                                                                                   |
| Genre               | Departmental Bulletin Paper                                                                                                                                                                                       |
| URL                 | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20140615-0037">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20140615-0037</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 立法判断の客観化に向けた法的アプローチ

## ——目的手段審査における立法過程への着目——

小林 祐 紀

### 一 はじめに

- (一) 問題の所在
- (二) 近年の新たな潮流
- (三) 本論文の目的

### 二 準手続審査の性質

- (一) 準手続審査と実体審査
- (二) 準手続審査と手続審査
- (三) 小 括

### 三 アメリカにおける準手続審査の展開①（平等保護の領域）

- (一) 平等保護理論における準手続審査の登場の背景
- (二) フリラブ事件
- (三) クロソン事件

### 四 アメリカにおける準手続審査の展開②（表現の自由の領域）

- (一) 表現の自由理論における準手続審査の登場の背景
- (二) セーブル事件
- (三) レノ事件
- (四) ターナー事件

### 五 検 討

#### (一) 準手続審査と審査基準の関係

- 1 平等保護の領域
- 2 表現の自由の領域

- (二) 準手続審査の登場の背景
- 六 おわりに

# 一 はじめに

## (一) 問題の所在

議会によって制定された法律の合憲性を審査する際に、裁判所は当該法律の目的とその目的達成のためにとられた手段の関連性について審査を行う。その場合に、当該立法目的と規制手段の「合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般事実」<sup>(1)</sup>（立法事実）が問題となる。基本的人権に対する一定の制約を課す立法の合憲性審査の際に、当該立法は一定の事実状態を前提として初めて合憲性が認められ、ここでは当該立法を支える立法事実の精査が必要不可欠となる。<sup>(2)</sup>立法事実を支える根拠を検証することで人権制約の根拠を詰めて問うという意味が立法事実論にはあり、<sup>(3)</sup>こうした議論は「立法府の判断の客観化」のための一つのアプローチといえる。

しかし、わが国における立法事実の審査をめぐる議論（立法事実論）は一時的な輝きを放ったものの、その後の憲法判例の中で尊重され、十分に機能し続けてきた訳ではない。むしろ、わが国の最高裁は「立法事実について立ち入った審査をせずに、立法府の裁量を尊重する姿勢を強く示していた」<sup>(4)</sup>と評価されてきた。また、立法事実を審査する際の指標となる二重の基準（それを深化させた審査基準論）も、本来は精神的自由を制限する立法の合憲性審査を厳格に行うことに意義があるにもかかわらず、「二重の基準論的でない、まわしを、経済的自由の制限を正当化するためのみ、したにすぎない」<sup>(5)</sup>と批判されるように、わが国の最高裁が採用しているのかも定かではない。裁判所による立法事実の審査が十分に行われていないという事態は、わが国の判例実務において、立法事実論と「切っても切れない関係」<sup>(6)</sup>にあり、かつ、「部分的に受け入れられたにとどまる」<sup>(7)</sup>違憲審査基準論との関係性に起因すると指摘できる。

ただ、かような問題状況を前提にしたとしても、立法府の判断の客観化という試みが霧消する訳ではない。立法事実を審査することに対する裁判所の消極的姿勢の根拠となる、権力分立の問題や立法府の政策的判断に対する敬讓の必要性などの問題を回避しつつ、同様の目的を達成するための他のアプローチを考える余地は十分に残されている。

それは、ある法律の立法目的と規制手段の合理性を、立法事実の審査を通じて確保するだけではなく、立法過程に着目した審査を補完的に用いることで確保するというアプローチである<sup>(8)</sup>。また、こうした審査は、立法府の判断の客観化に資するということのみならず、従来立法府の裁量を前提に権利保障が不十分であった領域において法律の合理性を確保するという意義<sup>(9)</sup>や、裁判所と議会との協働的営為<sup>(10)</sup>を促進することで人権保障を深化させるといった意義がある。

## (二) 近年の新たな潮流

こうした立法過程に着目した審査は、近年の欧州人権裁判所 (European Court of Human Rights, ECHR)、欧州司法裁判所 (European Court of Justice, ECJ)<sup>(11)</sup>、さらにはドイツをはじめとするヨーロッパ各国の憲法裁判所において見られるとの指摘がある<sup>(11)</sup>。ある論者によれば、この審査は裁判所が法律制定過程に専ら焦点を当て、この過程における手続的な瑕疵にのみ基づき法律を違憲とする「純粹な (pure)」手続審査とは異なり、法律の実体審査の一部として立法府の判断形成過程 (decision-making process) を審査するという意味で、準手続審査 (semiprocedural review) と位置づけられている。したがって、当該審査は法律の制定過程の審査と、法律の実体面の審査とを融合させる司法審査のモデルなのである<sup>(12)</sup>。

この準手続審査の下では、特定の憲法上の権利や価値が侵害されたとき、裁判所は高められた手続的要件 (heightened procedural requirements) を立法府に対して課することになる。しかし、一般に裁判所による立法過程の審査は、そのような権利侵害の許容性を判断するために行われてきた伝統的な実体審査に代置するものではなく、それを

補完するものである。また、ECHR<sup>(13)</sup>やECJ<sup>(14)</sup>、ヨーロッパ各国の憲法裁判所<sup>(15)</sup>で行われてきている準手続審査は、しばしば比例性審査の中に位置づけられている。<sup>(16)</sup>

## (三) 本論文の目的

こうした欧州の比例性審査の中で見られる準手続審査は、同時に、アメリカの連邦最高裁のいくつかの判例にも見出すことができる。<sup>(17)</sup> 本論文では、準手続審査が果たす補完的機能と当該審査と審査基準の関係について、アメリカの判例——連邦主義に関する判例<sup>(18)</sup>とは別に、平等保護や表現の自由に関する判例——を通して分析・検討することを目的とする。具体的には、審査基準を採用するアメリカにおいて、この準手続審査がどのような形で登場し、なぜ当該審査が行われたのか、さらには立法者に対して要請される原理があるのかを幾許でも明らかにすることである。このような目的から、本論文では、まず準手続審査の性質を明らかにしたうえで<sup>(二)</sup>、アメリカにおいて当該審査が行われた事例につき、平等保護の領域<sup>(三)</sup>と表現の自由の領域<sup>(四)</sup>の判例を分析し、当該審査導入の背景を検討する<sup>(五)</sup>ことにしたい。

## 二 準手続審査の性質

本章では準手続審査<sup>(19)</sup>の性質について、<sup>(一)</sup>で実体審査、<sup>(二)</sup>で手続審査との異同を明らかにしつつ、その内容を析出することにした。

## (一) 準手続審査と実体審査

一般に、伝統的あるいは純粹な意味での実体審査によれば、裁判所はある法律の内容の審査を通じて、その合憲性を判断することになる。つまり、裁判所はある法律による規制が憲法上保護された権利や価値を侵害したか否かを判断することである。こうした判断をする際に、立法府が法律を制定した過程は重要な要素として位置づけられることはない。<sup>(20)</sup>したがって、伝統的な実体審査においては、主として立法過程の最終的な産物（制定された法律）が司法審査の対象となるのである。<sup>(21)</sup>

実体審査とは対照的に、準手続審査によれば、ある法律が立法過程における手続的要件に適合するか否かという問題は、裁判所による法律の合憲性判断の際に重要なものとして位置づけられ、それは時に決定的なものとなるのである。実体審査と準手続審査との重要な差異は権利侵害の許容性を判断する際の着眼点の違いにある。<sup>(22)</sup>実体審査の下での当該判断は、立法目的の正当性や手段の関連性が認められるか否かの裁判官の判断に専ら依拠することになる。それに対して準手続審査の下では、立法府が立法目的の正当性や手段の関連性などの問題につき十分な考慮に基づく判断を下したのかという手続的観点を裁判所が実体判断の際に補完的に用いることになる。

以上から分かるように、準手続審査は合憲性が法律の内容にのみ基づいて決定されるべきであるとの見解や、法律の制定過程を専ら裁判所の領分を超えたものとする見解との距離を生じさせることになる。さらに、この審査は従来<sup>(23)</sup>の裁判所の役割論に関して、社会において権利の均衡を最終的に図る機関から、立法府が自らの任務に対する責任をとることを確保する機関へと、部分的ではあるものの劇的な転換をもたらすものとして特徴づけられる。こうした主張に対しては二通りの指摘が可能である。一つは、この転換というものがあくまでも部分的なものに過ぎないため、準手続審査をとったとしても、裁判所は権利と規制利益の衡量という役割を完全に立法府に委ねている訳ではないと

いう(肯定側の)指摘である。もう一つは、立法過程で生じた瑕疵を法化している点で、均衡を図るという裁判所の役割がさらに強化されることによって、当該審査の用い方次第で、その役割強化が過剰になり兼ねないという(否定側の)指摘である。ただし、何れかの見解を無批判に受容することで当該審査手法の賛否を論ずるのではなく、両者を踏まえたくて、慎重に検討することが求められる。

## (二) 準手続審査と手続審査

次に、純粹な意味での手続審査によれば、裁判所はある法律の制定へと導いた立法手続の検討に専念することになる。この場合に立法の内容それ自体は当該審査において全く無関係なものとなる。したがって、手続審査における立法過程の司法審査は、法律の実体面の問題にかかわらず不適切に制定されたあらゆる法律に対して一様に行われる。そして、かような手続的瑕疵は、裁判所が当該法律を違憲と判断するのに十分な根拠として考えられるのである。<sup>(24)</sup>

このような純粹な手続審査と準手続審査には、以下の三つの重要な相違点を指摘することができる。第一は、司法審査の方法論と関係する。純粹な手続審査は法律の手続的な正当性と実体的なそれとを分離して考えるのに対して、準手続審査は両者を融合的に捉えるのである。第二は、立法過程の司法審査の正当化の議論と関係する。前者は立法手続の完全無欠性(integrity)を保証することが(権利の侵害の有無とは無関係に)憲法上要求されているがゆえに正当化されると考えるのに対し、後者は対照的に、個人の権利や他の憲法上の価値が問題となつているときにのみ、準手続審査が正当化されるのである。<sup>(25)</sup> 第三は、いかなる場合に裁判所が手続的要件を執行できるのかに關係する。前者は裁判所が立法過程を規律する公式なルール(憲法上規定された要件)に見られる手続的要件のみ執行することができる<sup>(26)</sup>と考えられるのに対し、後者は公式なルールを超えて、事実認定や専門家からの助言(consultation)、適切な議論と討議のような裁判所によって構築された手続的要件を課することができるとする。

したがって、純粹な手続審査は立法府を「正規の手続 (procedural regularity)」のレベルにとどめる<sup>(27)</sup>のに対して、準手続審査は立法府を「合理的な手続 (procedural rationality)」というより高次の基準に服させるのである。<sup>(28)</sup>

## (二) 小括

以上のような要素を備える準手続審査は、裁判所による司法審査の従来のあり方に大きな変化をもたらすものであり、前述したようにEUの裁判所や、ヨーロッパ各国の憲法裁判所において展開されてきたものである。こうした観点に着目することは、専ら法の文言や意味に関心を寄せてきた姿勢から、立法府による法律制定の際の手続的要件への関心の高まりを象徴しているともいえるだろう。<sup>(29)</sup>

このような立場に共通して見られるのは、裁判所が立法過程を審査し、その過程の質 (quality) を評価するということである。このことは立法府の判断形成過程の質<sup>(30)</sup>というものが、法律の合憲性に関する裁判所の判断に影響を与え得るものとして考えられていることを示している。また、こうした近年の潮流は、「より良い立法」に向けた、立法ないし立法者の固有の「合理性」を問う Legispudence (立法学) と連なるものでもあり、<sup>(31)</sup>今後の議論のさらなる発展も期待されるところである。

とはいえ、立法過程を審査するということは、それ自体が独立に行われる訳でも、立法過程の質が立法の合理性を判断する際の唯一の要素であることを意味するものでもない。むしろ、ある法律が違憲であると疑われるような場合においてのみ、立法過程の審査がなされる。さらに、その質は憲法上の権利侵害の許容性を判断する際に裁判所が検討するいくつかの要素のうちの一つに過ぎない。このような意味で、当該審査は純粹な手続審査とも実体審査とも区別され、準手続的なものと位置づけられている。

この点、法律という国会の判断過程の「結果」から、国会の判断過程における立法者の「行為」へと審査対象を移

行することを「違憲の主観化」と呼ぶならば、立法過程に着目した準手続審査も同様の次元に位置するものである。ただ、本論文における準手続審査の議論の射程は、法律の制定後から年月が経過し当初の法律の合理性を支える立法事実の変化が生じたような場合ではなく、立法府が新たに法律を制定する（あるいは法改正する）場合に限定される。

### 三 アメリカにおける準手続審査の展開①（平等保護の領域）

本章では、アメリカの平等保護に関する判例において、前章で説明した準手続審査が見られるものを取り上げ、その内容を分析・検討することを目的とする。

#### （一）平等保護理論における準手続審査の登場の背景

アメリカでは合衆国憲法とその憲法修正として後に付加された権利章典 (Bill of Rights, 修正一条から修正一〇条までを指す) には、平等権に関する規定が含まれていなかった。アメリカにおいて平等権を初めて規定したのは、南北戦争後に南部の州において解放された奴隷を保護する目的で制定された修正一四条である。

そして、いかなる差別が修正一四条（と当該規定が読み込まれた修正五条）の禁止する差別であるかを判定するためいくつかの審査基準を連邦最高裁は構築してきた。現在では、以下の三層の審査基準の存在が認識されている。それは、①疑わしい区分 (suspect classification, 人種や国籍による区別) に該当する場合あるいは基本的権利を侵害する場合に適用される厳格審査、②準疑わしい区分 (quasi-suspect classification, 性別や非嫡出子による区別) に該当する場合に適用される中間審査、③前記の区別に該当しない区別について適用される合理性審査である。

しかし、平等保護の領域における三層の審査基準が適用されるようになったのは一九七六年以降のことであり、そ

れ以前は①と③の二層の審査基準によるもので、そこにはいくつかの問題が指摘されていた。本章で扱う判例も、まさにそのような問題を克服する流れの中に位置づけられている。では、こうした二層分析にはどのような問題があったのか。そのことについて、次に簡単に言及することにした。

一九七六年以前において、伝統的な平等保護に関する理論は二層の審査基準から構成されていた。<sup>(33)</sup> 連邦最高裁は法律によって生じる区別が経済的あるいは社会的規制を含む場合に、立法府の判断に対して極めて敬讓的な姿勢をとっていた。したがって、そのような区別を生じさせる目的手段の合理的関連性が存在しない場合にのみ、平等保護を侵害するものとして違憲の判断がなされていた。他方で、それが疑わしい区別や基本的権利を侵害する場合には、立法府に対する敬讓は正当なものとは考えられず、当該区別はやむにやまれぬ政府利益を達成するために厳格に作成されていない場合には違憲と判断されていたのである。

ところが、この分析方法の最も深刻な問題は、問題解決の入口となる区別の類型を行うことに力が注がれ、それ以上の詳細な検討を一切排除してしまうことにあった。<sup>(34)</sup> つまり、一度適用されるべき審査基準が選択されれば、その後の裁判所の合憲・違憲の結論が自動的に導かれるほど、審査基準の硬直化が生じていたということである。二層分析に対する批判は、当時の連邦最高裁の裁判官の中でも夙に指摘されてきた。<sup>(35)</sup>

こうした問題を踏まえて、一九七〇年代前半の連邦最高裁は従来の二層分析を表面的には維持しつつ中間審査基準をそれとなく用いてきたが、一九七六年のクレイグ対ボレン (Craig v. Boren) 事件<sup>(36)</sup>で明白に中間審査基準を打ち出したのである。中間審査基準の流れとは別に、従来の二層分析にスライディング・スケールで対処すべきだとする立場も存在した。その代表的人物が、次節で取り上げる判例の中で準手続審査の主導的役割を担ったスティープンス裁判官である。<sup>(37)</sup> 以下では二つの判例を素材に、その具体的内容を見ていくことにしたい。

## (二) フリラブ事件

アメリカの判例において、準手続審査が最も明白かつ明確に用いられていると指摘されるのが、フリラブ対クラツニック (Fullilove v. Klutznick) 事件<sup>(39)</sup>である。

本件は、一九七七年に制定された連邦法である公共事業促進法 (Public Works Employment Act) が、州や地方の公共事業の実施に際して、連邦の補助を受ける条件として設けた少数民族への特別枠は平等保護条項に反するとして、この補助を受けられなかった建設業者が争った事件である。

連邦最高裁は六対三で合憲の判断を下した。本判決の判決理由と考えられるバーガー首席裁判官の意見は連邦議会が行った人種に基づく区別と州によるそれとは判断基準が異なることを強調し、連邦の場合には最大の尊重を払うべきであるとの立場から議会の有する広汎な裁量を前提に、極めて緩やかな審査を行い、合憲と判示した。

このようなバーガー意見に対して、本件で反対意見を執筆したステイブンス裁判官は立法記録 (legislative record) を検討したうえで、立法過程における検討や討議が不十分であったことを認定し、当該法律を違憲と判示した。ステイブンス裁判官の意見は以下の通りである。「連邦議会が早計な状態で (precipitately) 行動したことがいかに明らかであったとしても、立法過程に対して形式的に同様の推定を与えることは裁判官が昔から行ってきた (traditional) ことであるが、立法府によって作られた法律が法の適正手続を欠いて自由または財産の剥奪を引き起こしているかどうかの判断に関連するものとして、そのような手続がなぜ検討されないのか理由が分からない。連邦議会が、平等保護条項の下で厳格審査に服する区別を生じさせたときには、司法審査は判断形成過程の手続的な観点 (procedural character) の検討を含むべきであるように思われる」<sup>(40)</sup> (傍点筆者) と。この判示から、ステイブンス裁判官は立法府が法律制定時に行った区別の合憲性審査の際の重要な考慮要素として、立法過程を検討する準手続審査を

行っていることが分かる。

### (三) クロソン事件

前節のフリラブ事件と同様の手法をとるものとして、リッチモンド市対 J. A. クロソン会社 (City of Richmond v. J.A. Croson Co.) 事件<sup>(42)</sup>が挙げられる。

本件は、一九八三年にバージニア州リッチモンド市が採択した、少数民族系企業活用計画 (Minority Business Utilization Plan) が、市と建設請負契約を締結した主たる請負契約業者 (prime contractors) に条件として設けた少数民族への特別枠は平等保護条項に反するとして、契約締結が認められなかった業者が争った事件である。

連邦最高裁は五対四で違憲の判断を下した。法廷意見を執筆したオコナー裁判官の意見は、リッチモンド市議会が少数民族に対する取り置き計画を採択する際に依拠した五つの事実認定<sup>(43)</sup>がリッチモンド市における建設業者の特定を肯定する結論に対して強力な根拠を与えるものではないとした。それは、リッチモンド市における建設業者の特定の者による憲法違反あるいは法律違反の行為の存在に関して一応の立証がなされている事件 (prima facie case) であるといえないからである。州は自らの支出行為が過去の差別のパターンに悪影響を及ぼす証拠を有するときに救済的措施をとり得るが、その際には、そのような差別を具体的に特定しなければならぬと指摘した。<sup>(45)</sup>そして、本件においてはそのような証拠が欠如しているためリッチモンド市がやむにやまれぬ利益を証明したとはいえないと結論づけたのである。<sup>(46)</sup>

このような法廷意見による審査は、建設業界での過去の差別的な扱いを経験した証人や建設業界にいた証人からの証言や統計的データに基づいて、建設業界における差別が過去に存在していたことを市議会が認識していたのかに及ぶものであった。その意味で、法廷意見は市議会の判断形成過程を審査したと指摘できる。<sup>(47)</sup>このことは、法廷意見が

前述のフリラブ事件のステイプンス裁判官の反対意見を引用していることにも示されている<sup>(48)</sup>。さらに、ある論者によれば、本件で違憲と判断した法廷意見は、連邦議会の立法権限の欠如を理由にするのではなく、「社会において恒久的に重要である価値を侵害するおそれのある行為に関して適切な配慮なく法律を制定したこと」に着目し、「議会の判断が、根拠に基づき、かつ熟慮されたものであるか否かを確実なものとする責任を裁判所自らが有していること<sup>(49)</sup>」を示していたとされる。以上のことから、リッチモンド市の計画によって生じた区別の合憲性判断の目的手段審査において、立法過程に着目する準手続審査が行われていたと指摘できるのである<sup>(50)</sup>。

#### 四 アメリカにおける準手続審査の展開②（表現の自由の領域）

本章は、前章に引き続き、アメリカの表現の自由に関する判例において、準手続審査が見られるものを取り上げ、その内容を分析・検討することを目的とする。

##### (一) 表現の自由理論における準手続審査の登場の背景

アメリカで言論・出版の自由や集会・結社の自由を保障する規定は修正一条である。その文言からは、言論の自由を規制するあらゆる法律に対する厳格な姿勢を窺うことができるが、実際にはあらゆる言論を保護するのではなく、「言論の自由」のみを保護する趣旨であると解されている。そこで裁判所は、この規定によって保障される「言論の自由」を定義しなければならず、換言すれば、保護される言論と保護されない言論とを区別しなければならないのである。この点、アメリカの連邦最高裁は、保護される言論か保護されない言論かという二分法によって、保障の強度（厳格審査の適用の有無）が決定されるという立場を判例上とってきたのである。保護されない言論としては、①暴力

行動を引き起こすような喧嘩言葉、②わいせつや児童ポルノ、③名誉毀損、④虚偽や詐欺的内容の商業的言論、が一般に指摘される<sup>(51)</sup>。

本章前半の二つの判例は、伝統的に保護されない言論と考えられてきた「わいせつ」表現との関係で、「下品な (indecent)」表現をどのように位置づけるかという問題を扱ったものである。ここで連邦最高裁はいくつかの問題に直面することになった。それは、下品な表現もわいせつ表現と同列に捉えて保護されない言論として考えるのか、あるいは、下品な表現は保護される言論として、そうした言論を規制する法律に対して、他の政治的言論と同様に厳格審査を適用するのか、それとも厳格審査を緩和させた基準を適用するのか、といった問題である。さらに、本章後半の判例でも同様の問題が見られる。それは、ニュー・メディアの登場によって生じた修正一条の問題について、連邦最高裁は伝統的な表現の自由理論によって解決することができるとかという問題である<sup>(52)</sup>。つまり、新聞規制に適用される厳格審査基準と、放送規制に適用される厳格度が緩和された基準のいずれかが適用されるのか、あるいはそれとは異なる基準が適用されることになるのである<sup>(53)</sup>。こうした問題を念頭に、以下では判例を通じて、準手続審査が採用されているのか否かを明らかにするだけではなく、前述の状況の中で準手続審査がどのようなアプローチと親和的であったのかということにも注目する（後者については次章で扱うことにする）。

## (二) セーブル事件

まず、準手続審査を採用したものとして挙げられるのが、一九八九年のセーブル・コミュニケーション社対連邦通信委員会 (Sable Communications of California, Inc. v. FCC) 事件<sup>(54)</sup>である。

本件は、一九八八年に改正された通信法 (Communications Act) が、州際の営利的電話メッセージについて、わいせつなもののみならず下品なものまでも包括的に禁止する規定を設けていることに対して、事前に録音された性的

な電話メッセージの提供を業務としている企業が、その合憲性を争った事件である。

連邦最高裁は結論において全員一致で違憲の判断を下した。ホワイト裁判官執筆による法廷意見は、まず、未成年者の身体的・精神的福祉を保護するという、やむにやまれぬ利益が存在することから立法目的が正当なものであると認め、その目的は成人の基準によつてはわいせつに該当しない作品の影響から未成年者を保護する際に拡張され得るとした<sup>(56)</sup>。しかし、そのような場合でも政府の利益がやむにやまれぬものであることを示すだけでは十分ではなく、その手段も目的達成のために注意深く作られていなければならないとした。そして、この点につき法廷意見は、未成年者を保護するという政府利益を達成するためのより制限的ではない手段 (less restrictive means) が存在しないと議会が結論づける際に、裁判所を説得させるだけの立法府の事実認定が議会の記録の中にないことを指摘した<sup>(56)</sup>。そして、議会の記録にはFCCの最近の規制手段がどれほどの効果があり、あるいは効果がないのかに関する証拠が何も含まれていないとした<sup>(57)</sup>。以上のことから、改正通信法の当該規定は、未成年者が下品な電話メッセージにさらされることを防止するという、やむにやまれぬ利益を達成するために厳密に作られているとはいえないと判断したのである。

セーブル事件において、連邦最高裁は当該法律による規制の目的を是認しつつも、その目的達成のための手段を連邦議会が選択する際に、その立法過程で十分な検討がなされていないことを理由に違憲の判断を下したのであり、準手続審査を行ったことが指摘できる。

この点、法廷意見の示した審査手法を限定的に理解するスカリア裁判官の以下の指摘は興味深い。スカリア裁判官は、法廷意見の第四部 (Part IV) に同意する際に、法廷意見による立法資料の検討が、未成年者の十分な保護を提供するための他の手段の実現不可能性を示すためのデータがどこにも存在しないということを単に証明するに過ぎないものであると位置づけた。そのうえで、このデータが当該法律を正當なものであると判断するために存在しなければならぬことを連邦最高裁が示唆するものとしては理解していないとする自らの立場を明確にした。また、たとえば

院議員や上院議員が十分に考慮した判断を示していなかったとしても、他の手段の実現不可能性が本当であるならば、当該法律は正当なものとなり得るとした。そして、デュー・プロセス条項も修正一条も、法律が委員会報告書、議場での討論や十分な検討によって支持されることを要求しておらず、投票によってのみ支持されることを要求していることをスカリア裁判官は強調したのである。<sup>(59)</sup> こうしたスカリア裁判官の意見は、法廷意見が準手続審査を用いたことを反対から裏づけるものといえるだろう。

### (三) レノ事件

次に準手続審査が指摘される判例は、インターネットにおける有害表現規制が問題となった、一九九七年のレノ対アメリカ自由人権協会 (Reno v. ACLU) 事件<sup>(60)</sup>である。

本件は、一九九六年に制定された通信品位法 (Communications Decency Act, CDA) が、インターネットにおける有害表現から子どもを保護する目的で、わいせつに該当する通信のみならず、相手が一八歳以下の子どもであることを知りながら、「下品 (indecent)」および「明らかに不快 (patently offensive)」な通信をすることを、刑罰をもって規制する規定を設けたことが問題となった事件である。

連邦最高裁は結論において全員一致で違憲の判断を下した。ステイブンス裁判官執筆による法廷意見は以下の通りである。まず、CDAによって侵害される修正一条の利益の重要性を強調したうえで、ある法律が言論の内容を規制している場合に修正一条が要求する厳密さを当該法律は有しておらず、あらゆるインターネット・コミュニケーションを包含するという先例にない効果を持つということから、最も厳格な審査 (the most stringent review) に服することになる<sup>(62)</sup>とした。そして、未成年者の身体的・精神的福祉を保護するという、やむにやまれぬ利益が存在することから立法目的が正当なものであると認め<sup>(63)</sup>たうえで、手段が立法目的に適合する形で厳密に作られたか否かに着目した

のである。法廷意見は、言論に対するこれほどまでに広汎な内容に基づく規制は、より制限的でない手段をとること  
でなぜCDAほどの効果が得られないのかを政府が説明していないことを指摘し、特に、連邦議会による詳細な認定  
がなく、またCDAの特定の問題を扱った公聴会すらなかったことに照らすと、本法は必要最小限度の手段を持つも  
のではないと判示したのである。<sup>(65)</sup>

レノ事件においても、セーブル事件と同様に、連邦最高裁は当該法律による規制の目的を是認しつつも、その目的  
達成のための手段を連邦議会が選択する際に、より制限的な規制手段が存在しないか否かについて、立法過程で十分  
な検討がなされていないこと（たとえば、未成年者の保護を目的としているにもかかわらず、インターネットが未成年者に与え  
る影響については公聴会も開かれていないこと）を理由に違憲の判断を下したのである。<sup>(66)</sup> また、レノ事件の法廷意見が、  
「セーブル事件で問題となった制定法に対する立法府の配慮の欠如は、本件とパラレルの関係にある」と指摘してい  
たことから分かるように、本件でも準手続審査が行われたと指摘できる。

#### (四) ターナー事件

前述の判例とは異なる問題領域で準手続審査を採用したものとして、一九九四年のターナー放送局対連邦通信委員  
会（Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC）事件<sup>(67)</sup>がある。本件は、地上波放送局を保護するためにケーブル・テレビに  
放送の再送信を義務づけるマスト・キャリア（must carry）規則の合憲性が争われた事件である。

連邦最高裁は五対四で原判決を取り消し、連邦地裁に差し戻す判断を下した。ケネディー裁判官執筆の法廷意見は、  
まず、ケーブル施設者とケーブル番組供給事業者のいずれも言論に携わり、言論の送信を行うものであり、修正一条  
の保障を受けるとの前提を採用する。<sup>(68)</sup> そのうえで、地上波放送局への規制に適用される緩和された審査基準の根拠と  
なる基本的な技術的特性（周波数の稀少性や混信の危険）がケーブル・テレビには妥当しないこと、本件規制は内容規

制ではなく内容中立規制であることから、本規則の合憲性を評価するための適切な基準は、言論に対して付随的な負担を課す内容中立的な制約に適用される中間的なレベルの審査であるとした。<sup>(71)</sup>

そこで、法廷意見は、内容中立的な規制が重要なあるいは実質的な政府利益を促進し、その政府利益が自由な表現の抑圧に関連しておらず、修正一条の自由への付随的な制約がその利益の促進に不可欠なものである以上に広汎でないならば是認される（オブライエン・テスト）としたうえで、本規制によって促進される政府利益（①無料の地上波地方テレビ放送の恩恵の保護、②多数の情報源からの情報の伝播の保護、③テレビ番組市場の公正な競争の促進）はいずれも重要なものであると認定した。<sup>(72)</sup>

しかし、ケネディー裁判官は、政府の主張する利益が理論的に重要であるということは、本規制が実際にそれらの利益を促進することを意味しないとの見地から、次に手段審査を行ったのである。<sup>(73)</sup> ケネディー裁判官は連邦議会が裁判所よりも本件のような複雑かつ流動的な問題に関する膨大なデータを収集・評価する優れた能力を備えていることから、裁判所は議会の予測的判断（predictive judgments）に対する実質的な敬讓を認めるべきとしつつも、このことは意味ある（meaningful）司法審査から連邦議会が守られることを意味しないとす。<sup>(74)</sup> そして、（修正一条において）立法府の判断に与えられた敬讓は裁判所の憲法問題に関する事実の独立の判断を排除するものではないが、こうした判断は連邦議会が実質的な証拠（substantial evidence）に基づいた合理的な推論を行ったということを確保することなのであるとした。<sup>(75)</sup>

こうした観点から、ケネディー裁判官は議会の予測的判断（①地方放送の経済的健全性が真に危ういため本件規制によって与えられる保護が必要であること、②政府のとする是策が正当な政府利益を促進するために必要である以上に実質的な負担を言論に課すものでないこと）の審査を行ったが、これまでの記録によつては政府がこうした立証をなし得たかどうかは決定できないとした。

本件でケネディー裁判官は、立法府が立法記録を作成することを義務とはしなかったものの、立法府による合理的な推論を確実なものとするための方法として、目的手段審査において立法過程に着目した審査を行っていたことが指摘できるのである。<sup>(76)</sup>

## 五 検討

### (一) 準手続審査と審査基準の関係

以上に見てきたように、アメリカの平等保護や表現の自由に関する判例の中に、その数としては多くないものの準手続審査が行われてきたことを窺うことができる。

では、ステイブンス裁判官によって主導された準手続審査は審査基準との関係でどのように捉えることができるだろうか。より具体的にいえば、厳格審査基準ほど厳しくない中間審査基準が適用される領域で、裁判所が準手続審査を用いることができるのかということである。この点について、若干の検討を行うことにしたい。

#### 1 平等保護の領域

第三章で扱った平等保護に関する判例は、いずれもアファーマティブ・アクションに関連するものであったが、現在では連邦によると州によるとを問わずアファーマティブ・アクションであっても人種に基づく区別ゆえに「疑わしい区別」に属することから、厳格審査基準が適用されることが通説的見解となっている。<sup>(77)</sup>しかし、本論文(第三章)で取り上げた判決が出された時期は、連邦最高裁の裁判官の間に厳格審査基準を適用することに十分なコンセンサスがとれていたかといえそうではない。たとえば、フリラブ事件で同意意見を執筆したマーシャル裁判官や、バッキ

事件<sup>(78)</sup>で同意意見を執筆したブレナン裁判官は、政府利益をやむにやまれぬ (compelling) ものではなく、重要な (important) ものであるとしていた<sup>(79)</sup>。また、フリラブ事件で相対多数意見を執筆したバーガー首席裁判官は、当該事件における政府利益は厳格審査をも乗り切るのに十分なものであると指摘しながらも、どの審査基準が適用されるのかを定義することを拒んでいたのである<sup>(80)</sup>。

さらに、準手続審査を用いたクロソン事件でオコナー裁判官によって執筆された法廷意見は「厳格審査 (strict scrutiny)」という言葉を用いているものの、それはあくまでも表面的に厳格審査基準を示したに過ぎず、実際には緩和された基準が適用されており、あらゆるアファーマティブ・アクションを違憲とする厳格な性格のものではないことも指摘されている<sup>(81)</sup>。このようなことから、少なくとも当時の平等保護をめぐる連邦最高裁において登場した準手続審査は、(表面的には厳格審査基準であっても実質的には) 中間審査基準が適用される場面で用いられていたことを示している。

こうした審査基準論の枠組みとは異なるアプローチの中で準手続審査を主導した裁判官としてステイブンス裁判官が挙げられることは既に指摘した通りである。彼は自らの採るスライディング・スケール・アプローチを背景に準手続審査を行ってきた。では、このアプローチと審査基準の関係で、準手続審査はどのように位置づけることができるのだろうか。このアプローチは、審査基準を二つないし三つに階層化するのではなく、個々の事例に即して審査の厳格度に様々なバリエーションを持たせて利益衡量を行おうとする思考様式である。こうした考え方は、比例原則と親和的であるとの指摘もされている<sup>(82)</sup>。規制される権利が重要で、その権利に対する制限の程度が高ければ高いほど厳密な正当化が求められ、他方で、ある権利の規制によって得られる政府利益が重要であればあるほど、そこに求められる正当化の度合は弱まるという思考様式をとる比例原則は、こうしたアプローチと極めて接近するのである<sup>(83)</sup>。

このようなスライディング・スケール・アプローチは、審査基準との関係で中間審査基準と区別できないほど重

り合うことが指摘されている。<sup>(84)</sup> このアプローチは、審査基準の硬直化という事態を克服するために打ち出され、法律によって設けられた区別を正当化するために示された立法の目的を評価する際に、合理性の審査に基づいて立法府に対して裁判所が伝統的に払ってきた極端な敬讓を緩和するという効果を持つものである。<sup>(85)</sup> そして、憲法上保護される権利が関係する場合に、法律による権利の制約を正当化するためには、政府は「偶発的で、出任せの (occasional and random) 利益の合理的期待以上の根拠を有しなければならない」。<sup>(86)</sup> したがって、このアプローチは、①従来の厳格審査—合理性の審査の間の隙間を埋めることに繋がるとともに、②合理性審査によって立法府に対して払われてきた過度の敬讓を緩和することになるという意義を有し、従来の二層分析に対する批判に応えようとするものと位置づけられる。<sup>(87)</sup> 以上までに挙げた諸点を踏まえると、ステイブンズ裁判官のアプローチは中間審査基準と多くの特徴を共有するものであり、<sup>(88)</sup> このことは準手続審査がスライディング・スケール・アプローチに限定される訳ではなく、審査基準論を採用した場合にも中間審査の適用される場面で用い得ることを示しているのである。

## 2 表現の自由の領域

第四章で扱った表現の自由に関する判例は、下品な表現に対する規制とニュー・メディアの規制に関連するものであった。下品な表現の規制に対する連邦最高裁の合憲性判断についても、前項の平等保護と同じような状況を指摘できることは既に述べた通りである。つまり、従来の厳格な定義アプローチ (definitional approach) によれば、二つのカテゴリー (保護される言論と保護されない言論) が想定され、わいせつ表現に該当する場合には修正一条<sup>(89)</sup> によって保障を受けず、他方でわいせつ表現ではないとされれば修正一条の完全な保障を受けることになり、しかも政治的言論と同様に厳格審査の厳密な適用がなされることになるということである。

しかし、連邦最高裁はこの点、ラジオ放送で下品な言葉が用いられたことに対して連邦通信委員会が放送局に対して譴責処分をしたことを合憲としたパシフィカ事件において、わいせつ表現に該当しない、「品のなく」、「卑猥で」

そして「衝撃的な」内容を持つ、いわゆる下品な表現は、あらゆる場合に絶対的な憲法上の保護を受けまいとし、そのような表現の規制が許容されるか否かを判断するにあたってはその文脈 (context) を検討しなければならないとした<sup>(90)</sup>。連邦最高裁はこのように述べて、従来の厳格な定義アプローチではなく、文脈アプローチ (context approach) を用いたことになる。この文脈アプローチによれば、下品な表現を規制する場合には、その規制形式をとることにつき、当該表現の流通によってもたらされる影響の程度や規制することの政府利益に着目することで、その規制の許容性が評価されることになるのである<sup>(91)</sup>。したがって、このアプローチの下では、修正一条によって保護される言論の中に中間的な類型が設けられ、その類型に該当する言論に対する規制の合憲性判断の際には、厳格審査を (表面的には) 適用をしつつも、その適用の程度は政治的言論とは異なり、より緩和された形 (中間審査基準) を適用することになるのである。

パシフィカ事件と異なり本論文で扱ったセーブル事件では文脈アプローチをとることはなかった<sup>(92)</sup>——通説的には通信媒体の違い (視聴者側の積極的行為の要否) という点で説明される——ものの、ステイブンス裁判官が、保護されないわいせつ表現から保護される非わいせつ表現まで一つの言論として捉え、それらは政府による抑圧や観点規制の場合を除き、その文脈に応じて規制を受けると考えていたことを踏まえれば、表面的には厳格審査であっても、実質的に中間審査基準が適用されていたと指摘できるだろう。また、このようなステイブンス裁判官の文脈アプローチは、利益衡量アプローチ (balancing approach) のバリエーションであると指摘されるが、この利益衡量アプローチは、ある表現規制立法の目的と、それによって侵害される権利との単なる衡量ではなく、政府によって許される規制は狭く限定づけられていなければならないという制限を伴ったものであることに注意を要する。つまり、政府は規制目的が重要であるだけではなく、その手段がより制限的でないものであることを示さなければならず、中間審査基準と重なり合うものとして位置づけられるのである<sup>(93)</sup>。

以上の検討を踏まえると、ステイブンス裁判官によって主導された準手続審査は、彼のスライディング・スケール・アプローチや利益衡量アプローチを背景として行われてきたものであるが、それは同時に中間審査基準の妥当する領域で適用可能であることを示しているのである。

## (二) 準手続審査の登場の背景

ステイブンス裁判官による準手続審査の導入の背景のうち、とりわけ審査基準論の硬直化からの脱却という観点からの説明は以上までに行ってきた通りである。ここでは、より根源的に、なぜ裁判所は実体審査を補完するために立法院の判断過程に着目することができるのか（換言すれば立法院はなぜ法律制定において適正な手続を踏むことを要請されるのか）という問題について、若干言及することにしておきたい。

まず、準手続審査を積極的に採用したステイブンス裁判官の言辭を手掛かりに考えることにしたい。ここではフリラブ事件における彼の反対意見を振り返ることにする。同事件でステイブンス裁判官は法廷意見と同様に、連邦議会の権限が広汎なものであることを是認しながらも、かような広汎な諸権限の行使は修正五条のデュー・プロセス条項によって課される制約に服するとした。その際に、彼は同条を実体的要素のみならず、手続的要素（procedural components）をも含むものと解している。<sup>(97)</sup> ここには、連邦の統治者（federal sovereign）が公平に自らの権限を行使する（act impartially）ことを要求することで、修正一四条のデュー・プロセスと平等保護の双方の権限を行使することができるという彼の考え方があつた。こうした考えに基づき、ステイブンス裁判官は、「司法過程における公平な判断形成を保障するために手続的な保護が必要であるのと同様に、手続的保護は立法過程の公平な側面を維持する際に重要な役割を担うことができる」<sup>(98)</sup>（傍点筆者）と述べたのである。

このようなステイブンス裁判官の言明は、まさに due process of lawmaking（法形成における適正手続）という思

想を体现するものである<sup>(99)</sup>。その具体的内容はクレバーン事件<sup>(100)</sup>における補足意見の中に示されている。彼は、平等保護に関する事件で厳格審査基準や合理性の審査基準といった「基準」が決定過程を十分に説明するとは決して信じておらず、このような事件では、常に争われている区別の「合理的基礎 (rational basis)」の有無を問うてきたとして、平等保護条項が問題となる場面での自らの審査基準に対する姿勢を明確にした。そのうえで、この「合理的 (rational)」という言葉には、ある分類が不利益を被る集団構成員への害悪を超える正当な公益に資することを、公平な法形成者 (impartial lawmaker) が論理的に信じ得るという要件が含まれているとする<sup>(101)</sup>。そして、この「合理的」という言葉には、まさに「公平に統治を行う者の権限の行使を常に特徴付けなければならない正統性と中立性の要素を含む<sup>(102)</sup>」ことを明らかにしているのである。

以上のことから、ステイブンス裁判官は、連邦の統治者の「公平性」を確実なものとするための一つ的手段として立法府による事実認定を見ており<sup>(103)</sup>、さらにはそうした公平な立法行為が求められている領域においては、実体的側面のみならず、立法過程に着目するという手続的側面を含めた審査が求められることを示唆していると考えられるのである。

## 六 おわりに

最後に、以上までに得られた知見と残された課題を提示することにした。本論文では、近年の新たな潮流として指摘される準手続審査について取り上げ、それが純粹な手続審査とも、純粹な実体審査とも異なり、裁判所が従来あまり重視してこなかった立法過程という一つの判断要素を加えることで、憲法上保護された権利や価値を保障することを目的に、実体審査を補完するものであることを明らかにした。そして、準手続審査はアメリカにおいても、かつ

ての平等保護や表現の自由における判例の中にも見受けられ、そこでは審査基準の硬直化という問題を克服する（憲法上保護された権利を重要な政府利益あるいは法形成の際に認められる立法府の裁量との関係で保障する）ためのステイプンズ裁判官による利益衡量アプローチやスライディング・スケール・アプローチとともに現れたものであることを示した。ただ、それは単なる利益衡量とは異なり、中間審査基準と同様の性質を持つことから、準手続審査が中間審査基準の妥当する領域で適用可能であることを指摘した。<sup>(105)</sup>

さらに、準手続審査には、立法過程を「見える化」（可視化）することによる立法判断の客観化に繋がる意義があるとともに、立法の「合理性」というものを、実体面のみならず立法過程という手続面からも確保しようとする *due process of lawmaking* の思想が伏在していることも指摘することができよう。

本論文では以上までの事柄を明らかにすることにとどまるが、本論文との関係で残された課題をいくつか指摘しておくことにしたい。第一に、準手続審査の背景にある *due process of lawmaking* の思想には、いかなる立法者像が措定されているのかということである。筆者の管見する限りでは、そこには合理的な立法をなす者という「立法者像」というものが措定されているように思われる。本論文で取り上げた判例におけるステイプンズ裁判官は、「中立性と公平性」を兼ね備えた立法者こそが、事実認定を適切に行い得る特権的地位を有する者として考えているのかもしれない。<sup>(106)</sup> もしそうであるならば、そのような立法者に限って裁判所による（中間審査の適用領域での）敬讓が認められるとの見地から、その条件を満たすか否か——立法過程における手続的要件を具備したか否か——の審査は、まさに裁判所の審査対象と言える訳である。第二に、こうした立法者像が措定されるに至った政治状況とはどのようなものであったのかということである。議会の内部や政党間での十分な利益調整が行われていないという実際の政治状況<sup>(107)</sup>を背景に準手続審査が要請されていたのであれば、そのことは現代の政治状況とも照らし、現在においても当該審査を行う意義が認められる余地が出てくるだろう。こうした問題を明らかにしつつ、準手続審査が妥当する領域やその条

件を画定する作業が、今後の検討課題として筆者に与えられている。

- (1) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』三六六頁(岩波書店、第五版、二〇一一年)。
- (2) 向井久了「合憲性推定の原則」芦部信喜編『講座 憲法訴訟(二)』四五頁(有斐閣、一九八七年)。
- (3) 安西文雄「立法事実論」ジュリスト一〇三七号(一九九四年)二一八頁。
- (4) 大沢秀介『司法による憲法価値の実現』一四五頁(有斐閣、二〇一一年)。
- (5) 浦部法穂『違憲審査の基準』三一頁(勁草書房、一九八五年)。
- (6) 安西・前掲注(3)二一八頁。
- (7) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』六頁(日本評論社、二〇一三年)。
- (8) 立法事実の審査と立法過程の審査との差異について若干言及しておくことにしたい。一般に、立法事実の審査は、「国会の認定した立法事実」が真に当該法律の合理性を推定せしめるに足る一般的事実であるかを、裁判所が訴訟手続において事後的(裁判時)に独自の立場から再精査し、かかる一般的事実が存在しないと認定する場合には、当該法律を違憲と判断すること」をいう。新正幸『憲法訴訟論』三六七頁(信山社、第二版、二〇一〇年)。したがって、立法事実の審査とは立法府の制定した法律の合憲性を支えるためになされる主張とそれを基礎づける根拠との整合性を問う(再精査すること)であるため、そのような主張の基礎づけ自体を立法過程で十分に行ったか否かを問うことは区別し得るものである。
- (9) Itai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U. L. REV. 1915, 1920 (2011).
- (10) 裁判所と議会との対話を通じた「対話的違憲審査理論」については、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(三省堂、二〇一三年)を参照。また、裁判所と議会という作用を通じて、人権保障や憲法価値の実現を図るとの視点について、尾形健「文化的な生活を実現する途」ジュリスト一四二二号(二〇一一年)七四頁は、「憲法二五条をめぐる具体的実現は、その実体的価値をふまえて、基本的には、司法府と政治部門との『協働』関係によって遂行されるべきではないか」と指摘する。
- (11) Itai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 (3) *Legisprudence* 271, 271-272 (2012).
- (12) *Id.* at 272.

- (13) ECHRにおける準手続審査の事例については、Patricia Popelier, *The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN MULTILEVEL GOVERNANCE 249 (Patricia Popelier et al. eds., 2013) ㏲㏳㏴㏵。
- (14) ECUにおける当該審査の事例については、Koen Lenaerts, *The European Court of Justice and Process-oriented Review*, College of Europe, European Legal Studies Research Paper No.1/2012 ㏲㏳㏴㏵。
- (15) ドイツ連邦憲法裁判所における当該審査の事例については、Klaus Meiberschnidt, *The Good Shepherd of Karlsruhe: The "Harts IV" Decision on Unemployment Benefits and Social Allowances, A Good Example of Regulatory Review by the German Federal Constitutional Court?*, in *supra* note 13, at 235 ㏲㏳㏴㏵。
- (16) Patricia Popelier, *Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdog*, 6 (3) *Legisprudence* 257 (2012).
- (17) Bar-Siman-Tov, *supra* note 11, at 277.
- (18) 拙稿「アメリカにおける立法記録審査の展開——立法裁量の統制手法に関する予備的考察——」法学政治学論究九三号(二〇一二年)一九八頁以下。
- (19) 準手続審査 (semiprocedural review) という語のほかに、法律の合憲性審査の際に議会による十分な事実認定があるかを立法記録に基づいて判断するレンキスト・コートにおける連邦主義の判例を説明する中で、"on the record constitutional review", "legislative record review", "the model of due deliberation", "semi-substantive judicial review" という用語が用いられるが、本論文ではこのうち準手続審査という語に統一する。
- (20) Dan T Coenen, *A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*, 42 *Wm. & Mary L. Rev.* 1575, 1596–1597 (2001).
- (21) Bar-Siman-Tov, *supra* note 9, at 1923.
- (22) Bar-Siman-Tov, *supra* note 11, at 279.
- (23) *Id.* at 280.
- (24) Bar-Siman-Tov, *supra* note 9, at 1921–1923.
- (25) Klaus Meiberschnidt, *The Race to Rationality Review and the Scope of the German Federal Constitutional Court*, 6 (3) *Legisprudence* 347, 352 (2012).

- (26) Philip P. Frickey & Steven S. Smith, *Judicial Review, the Congressional Process, and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique*, 111 YALE L.J. 1707, 1728 (2002).
- (27) *Id.* at 1711-1713.
- (28) Popelier, *supra* note 13, at 251. たとえば、薬物を規制する連邦法である規制薬物禁止法 (Controlled Substances Act) が州際通商条項に基づく連邦議会の適切な権限行使であるかが問題となった二〇〇五年のライク事件 (Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1) で、連邦最高裁は、「我々は、表現の自由の保護のような特別な関心 (special concern) を欠く場合に、……連邦議会に立法をする際に特定の事実認定をすることを要求したことは一度もなう」と述べている。Raich, 545 U.S. at 21. 同判決示は、個人の権利や憲法上の価値に対する侵害が生じている場合には、準手続審査が機能する余地を認めていると読むべきである。
- (29) Meiberschnid, *supra* note 25, at 348.
- (30) Bar-Siman-Tov, *supra* note 11, at 278.
- (31) 準手続審査に関する論稿が、二〇〇七年に刊行が開始された立法学の国際雑誌である“Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation”に寄せられていることはこうした状況を反映している。
- (32) 大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学一四巻一号 (二〇〇七年) 一九一頁。
- (33) See generally, LAURENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW §§ 16-1 to 16-34 (2d ed. 1988); Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term, Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8-10 (1972).
- (34) Jonathan C. Carlson & Alan D. Smith, *The Emerging Constitutional Jurisprudence of Justice Stevens*, 46 U. CHI. L. REV. 155, 207-208 (1978).
- (35) たとえば、マリーシャル裁判官は、「裁判所は、時代遅れの、かつ知的誠実さのない『二層』の平等保護分析を否定すべきである」と指摘する。Beal v. Doe, 432 U.S. 438, 457 (1977) (Marshall, J., dissenting). また、パウエル裁判官は、「『二層』アプローチへの不満といふ得る十分な理由が存在する」と指摘する。Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 210 (1976) (Powell, J., concurring).
- (36) 429 U.S. 190 (1976).

- (37) Gunther, *supra* note 33, at 17-18.
- (38) Bar-Siman-Tov, *supra* note 11, at 277; Coenen, *supra* note 20, at 1672; Dan T. Coenen, *The Rehnquist Court, Structural Due Process, and Semisubstantive Constitutional Review*, 75 S. CAL. L. REV. 1281, 1314 (2002).
- (39) 448 U.S. 448 (1980).
- (40) 当初、連邦最高裁は、連邦政府によるアファーマティブ・アクションは、州や地方の政府によって行われる場合と比して、同様の「厳格審査」が適用されるべきではないとの立場をとってきた。それは、歴史上そして文言上の問題として、平等保護条項は連邦議会ではなく州への不信を明らかに示してきたからである。そのため、連邦議会は、人種を理由とする過去の過ちに対して人種に基づいた救済を行うにあたり、州よりも柔軟に対応する大きな余地を持つべきであると考えられていたのである。
- (41) Fullilove, 486 U.S. at 550-551 (Stevens, J., dissenting).
- (42) 488 U.S. 469 (1989).
- (43) リッチモンド市議会が三〇%の特別枠を設けるために依拠した事実とは、①本条例が救済的なものと位置づけていること、②当該手段に賛同する者が建設業界での過去の差別の存在を述べていたこと、③市の人口の五〇%以上を少数民族が占めるにもかかわらず、主たる請負契約を受けた少数民族系企業の割合が〇・六七%に過ぎないこと、④この地区の請負業者組合に加入している少数民族系企業がほとんど存在しないこと、⑤過去の差別の効果によって、全国の建設業における少数民族の参加が抑制されていると連邦議会が一九七七年に明確にしたことである。Croson, 488 U.S. at 499.
- (44) *Id.* at 500.
- (45) *Id.* at 504.
- (46) *Id.* at 505.
- (47) Lori J. Hoffman, *Fatal in Fact: An Analysis of the Application of the Compelling Governmental Interest Leg of Strict Scrutiny in City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 70 B.U. L. REV. 889, 906 (1990).
- (48) Croson, 488 U.S. at 505.
- (49) Drew S. Days, III, *Fullilove*, 96 YALE L.J. 453, 469-470 (1987).
- (50) Coenen, *supra* note 38, at 1315.

- (51) 樋口範雄『アメリカ憲法』三三九頁(弘文堂、二〇一一年)。
- (52) Andre R. Barry, *Balancing away the Freedom of Speech: Turner Broadcasting System v. FCC*, 117 S.Ct. 1174 (1997), 21 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 272 (1997).
- (53) *The Supreme Court, 1993 Term-Leading Cases*, 108 HARV. L. REV. 139, 261 (1994).
- (54) 492 U.S. 115 (1989).
- (55) *Id.* at 126.
- (56) *Id.* at 129.
- (57) *Id.* at 130.
- (58) Suzanne D. Rubens, *First Amendment—Disconnecting Dial-A-Porn: Section 223 (b)'s Two Pronged Challenge to First Amendment Rights*, 80 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY, 968, 983 (1990).
- (59) Sable, 492 U.S. 115, at 133 (Scalia, J., concurring).
- (60) 521 U.S. 844 (1997).
- (61) *Id.* at 877.
- (62) *Id.* at 868.
- (63) *Id.* at 869.
- (64) *Id.* at 879.
- (65) Coenen, *supra* note 20, at 1676.
- (66) Reno, 521 U.S. at 875, n.41.
- (67) 512 U.S. 622 (1994). *See generally* Comment, *Constitutional Substantial Evidence Review? Lessons from the Supreme Court's Turner Broadcasting Decisions*, 97 COLUM. L. REV. 1162 (1997).
- (68) *Id.* at 636.
- (69) *Id.* at 637.
- (70) *Id.* at 643.
- (71) *Id.* at 662.

- (72) *Id.* at 662-663.
- (73) 手段審査の箇所でステイブンス裁判官が賛同しなかったため多数意見が形成されなかった。ステイブンス裁判官は、ケネディー裁判官の審査手法それ自体を否定した訳ではなく、そのような審査手法をとったとしても本件では合憲となると主張している。*Id.* at 670-671 n.1 (Stevens, J., concurring).
- (74) *Id.* 665-666.
- (75) *Id.* 666. ケネディー裁判官は、事実に関する裁判所の独立の判断について、新たに (*de novo*) 証拠を審査し直すとか、連邦議会の予測的判断を裁判所の判断に代置することを意味しないとする。
- (76) A. Christopher Bryant & Timothy J. Sineone, *Reminding to Congress: The Supreme Court's New "On the Record" Constitutional Review of Federal Statutes*, 86 CORNELL L. REV. 328, 336 (2001).
- (77) 高等教育機関におけるアフアーマティブ・アクションは、バックキ事件以降、入学選考の際に人種をその一要素として考慮することは、割当制を設けることや、人種を理由に自動的に点数を付与することに該当しない場合には、教育における多様性の確保という目的からその手段は(厳格審査基準の下でも)正当化されてきた。しかし、近年では厳格審査基準を文字通り厳格に適用しようとする流れになりつつある。直近の二〇一三年の連邦最高裁判決 (Fisher v. University of Texas, 570 U.S. —) では、厳格審査基準の適用が不十分であるとの理由で連邦控訴裁に差し戻す判断を下している。
- (78) Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). 本件は、カリフォルニア大学デービス医学校への入学を拒否された白人の原告であるバックキ (Allan Bakke) が、少数人種のための入試制度に設けられた特別枠は平等保護条項に反するとして争った事件である。
- (79) Fullilove, 448 U.S. at 519 (Marshall, J., concurring); Bakke, 438 U.S. at 359 (Burger, J., concurring).
- (80) Fullilove, 448 U.S. at 492.
- (81) David P. Stoenig, *Minority Business Set-Asides Must Be Supported by Specific Evidence of Prior Discrimination*, 58 U. CIN. L. REV. 1097, 1122 (1990).
- (82) 「[比例原則という] アプローチはアメリカ法にとって無理な逸脱ではない。マーシャル裁判官やステイブンス裁判官がかつて同じことを平等保護の主張に対して提案していた」との指摘がある。 Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, 60 EMORY L.J. 797, 860 (2011). 阪口正二郎「憲法上

- (83) 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』一橋法学九卷三号（二〇一〇年）四二頁。  
阪口・同 四三頁。
- (84) トライブ (Laurence Tribe) は、平等保護において適用される中間審査基準の特徴について、①政府利益の重要性の評価、②立法目的と規制手段との密接な関連性の要件、③区別の合理性が現在もなお明確に存在する (current articulation) ことの要件、④後知恵的に付加された正当化根拠 (afterthought justifications) の制限、⑤反証を可能とする立法的手段 (legislative scheme) の調整、という五つの性質を指摘したうえで、それらがステイブンス裁判官のとするスライディング・スケールと区別するべきを指摘している。Tribe, *supra* note 33, at 1601–1610.
- (85) Note, *Justice Stevens' Equal Protection Jurisprudence*, 100 HARV. L. REV. 1146, 1158 (1987).
- (86) Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374, 406 (1978) (Stevens, J., concurring).
- (87) Carlson & Smith, *supra* note 34, at 215–216.
- (88) *Id.* at 214.
- (89) Roth v. United States, 354 U.S. 476, 485 (1957).
- (90) FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726, 745 (1978).
- (91) Frederick Schauer, *The Return of Variable Obscenity*, 28 HARV. L.J. 1275, 1277–1279 (1977).
- (92) Rubens, *supra* note 58, at 989.
- (93) *Id.* at 990.
- (94) Carlson & Smith, *supra* note 34, at 162–163.
- (95) *Id.* at 167.
- (96) 本論文で扱った判例で適用されたオブライエン・テストは、中間審査基準の中でも厳格なものであるとの指摘がなされている。長谷部恭男『憲法の円環』二二七頁（岩波書店、二〇一三年）。
- (97) Fullilove, 448 U.S. at 548 (Stevens, J., dissenting).
- (98) *Id.* at 549.
- (99) ハンズ due process of lawmaking という言葉は、リンデ (Hans Linde) の論文 (*Due Process of Lawmaking*, 55 NEB. L. REV. 197 (1976)) で初めて用いられた。ステイブンス裁判官もリンデの論文をフリラブ事件の反対意見の脚注二四で引用して

る。

- (100) *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985). 本件は、精神遅滞者 (the mentally retarded) のためのグループ・ホームを運営する非営利団体であるクレバーン生活センター (CLC) がグループ・ホームのための建物を購入したところ、クレバーン市条例により特別使用許可が必要とされており、許可申請をしたが市の評議会によって当該申請を否決されたため、当該条例が平等保護条項に反するとして、差止命令と損害賠償を求めてCLCが訴訟を提起した事件である。

(101) *Id.* at 451 (Stevens, J., concurring).

(102) *Id.* at 452.

(103) *Id.*

(104) Mark S. Kende, *Principles of Competence: The Ability of Public Institutions to Adopt Remedial Affirmative Action Plans*, 53 U. Chi. L. Rev. 581, 606 (1986).

(105) 本論文では、立法過程に着目する準手続審査という審査手法が中間審査基準の妥当する領域で適用可能であることを明示したが、筆者は合理性の審査が行われる場面でも一定程度当該審査手法が妥当する余地があると考えている。このような指摘をするものとして、Victor Goldfeld, *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation through Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U. L. Rev. 367, 379 (2004) がある。

(106) 高見勝利『現代日本の議政と憲法』二一八頁 (岩波書店、二〇〇八年)。

(107) 筆者は、ステイブンス裁判官の示す「公平性と中立性」という要素があらゆる問題領域において妥当すると主張する訳ではない。また、これら二つの要素それ自体の妥当性についても別途検討を要するが、この点は他日に期すことにしたい。

(108) この点につき、近年のアメリカの連邦議会における二大政党間の分極化の状況と問題に関してフィリバスターの議論をもとに、分極化による弊害を緩和する憲法論の可能性を模索するものとして、山本龍彦「分極化する政治と憲法——現代アメリカ連邦議会の実相——」法学研究八七巻二号 (二〇一四年) 八七頁がある。

小林 祐紀 (こばやし ゆうき)

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴

慶應義塾大学大学院法学研究科助教(有期・研究奨励)

所属学会

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

専攻領域

日本公法学会、日本法政学会、全国憲法研究会、憲法理論研究会

主要著作

憲法

「アメリカにおける立法記録審査の展開——立法裁量の統制手法に関する

予備的考察——」『法学政治学論究』第九三号(二〇一二年)

「立法府に対する手続的統制の契機——連邦主義の領域における判例の展

開を素材として——」『法政論叢』第四九卷第二号(二〇一三年)

「法律制定における立法府に対する明確性の要求——明確叙述準則の議論

を素材にして——」『法学政治学論究』第九七号(二〇一三年)