

司法審査基準論

穂山守夫

目次

一 序

二 アメリカの判例における二重の基準の形成と中間審査基準の展開

三 日本における二重の基準論（司法審査基準論）

四 ドイツ的三段階審査論（修正としての二段階審査論を含む）とその批判

五 結び

一 序

司法審査基準とは、裁判所が違憲審査権を行使して立法の合憲・違憲の結論を下す際に、そのよりどころとなる判断基準である。そしてその審査密度の厳格度により厳格審査・中間審査・緩やかな審査に区別され、各審査に、ほぼ、それぞれ「厳格な基準」・「中間の基準（厳格な合理性の基準）」・「緩やかな基準（合理性の基準）」が用いられるが、この三段階の基準は二重の基準（三重の基準）といわれる。当該基準はアメリカの判例により形成されたものであるが、日本においても学説上は受容されたといえる。

この基準は、「表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重しなければならない」という判例（最大判昭和61・6・11民集40巻4号872頁）からすると、判例も「一般論」としては二重の基準論を認めているようである。しかし、表現の時・所・方法の規制については、経済的自由の積極的政策的規制の場合に用いられる、立法裁量を広範に認める「明白の原則」（小売市場距離制限判決〔最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁参照〕）と実質的にはほぼ同様な結果をもたらす「合理的関連性の基準」で処理され、「二重の基準」が十分に具体化されず、機能不全に陥っていて⁽¹⁾、精神的自由の規制の分野における最高裁の違憲判決はほぼ皆無であり⁽²⁾、また最近、学説においても公式的な「二重の基準」の適用（機械的当てはめ）ないしその硬直化に対して様々な批判⁽³⁾がある。

そこで本稿は、アメリカにおける二重の基準論の形成・展開特に中間審査基準の展開をふまえた上で、「日本的二重の基準論」の意義と問題点を明らかにする。この問題点から

(1) 芦部信喜著・高橋和之補訂「憲法（第四版）」（2007年）102頁、長谷部恭男「芦部信喜教授の憲法訴訟論」法律時報59巻9号、34頁。

(2) 渋谷秀樹「司法の現状分析」公法63号（2001年）69頁。もっとも、二重の基準からは、精神的自由と同様に優越的権利と位置づけられる選挙権に関しては、厳格審査を行った判例（在外国民選挙権違憲判決〔最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁〕）が存在する。

(3) 坂口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準二つの機能」法律時報80巻11号、70頁、宍戸常寿「目的・手段審査」法セミ644号、84-85頁、工藤達郎「学界展望・憲法」公法70号、256頁。

最近有力に主張されているドイツ的三段階審査（二段階審査を含む）を取り上げ、それを採用すべきか検討する。その結果、ドイツの三段階審査は日本の判例の採用する比較衡量論と余り変わらないと考えた。そこでその比較衡量論の問題点に鑑み、人権保障の観点から、二重の基準論を基礎としながらも弾力的できめの細かい「多段階の審査基準」の構築を図ろうとするものである。

二 アメリカにおける判例による二重の基準の形成と中間審査基準の展開⁽⁴⁾

アメリカの連邦最高裁は、経済的自由を規制するニューディール政策を実体的デュー・プロセス理論により違憲としたが、その後、その時代錯誤的な考えを転換して、社会・経済立法に対しては議会の民主的判断を尊重して緩やかな基準である「合理性の基準」を適用してその立法を合憲とした。ところが1938年の *United States v. Carolene Products*⁽⁵⁾ の脚注4を端緒にして、リベラル派の支配が確立した1962年以降のウォーレン・コート期に、「絶対主義」と「個別的利益考量論」を調停する形で精神的自由規制立法の合憲性審査に「個人の権利にウェイトをおいた利益衡量手法」である「厳格な審査基準」を適用することが定着して⁽⁶⁾、二重の基準が形成された。しかし結論先取りの硬直的な二重の基準に対する批判がなされた。そこで1970年代以降、性差別の事案で、「合理性の基準」より厳格だが、「厳格な審査基準」より緩やかな「中間審査基準」が適用されるようになった。さらに非嫡出子差別でも「中間審査基準」が適用されている。これに対して社会経済立法に関する場合、最高裁は緩やかな基準である「合理性の基準」を用いているが、従来のように全く無干渉的ではない。また生存権、労働者の権利など現代的権利のカatalogueを持たない合衆国憲法の下で、合衆国最高裁は、平等条項を用いて、現代社会が要求する新しい権利のために、「比較的厳格な司法審査」の余地を開拓している⁽⁷⁾。この流れのなかで重要と思われる性差別に対する中間審査基準の適用の展開を以下において主として概観する。

最高裁は、1960年代のウォーレン・コートにおいて、平等保護条項における審査基準については、「基本的権利・利益（選挙権・被選挙権・裁判所へのアクセス・居住移転の自

(4) 芦部信喜「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」『憲法訴訟の現代的展開』（1984年）68頁以下、戸松秀典「憲法訴訟と『立法府の裁量』の理論—アメリカにおける社会福祉立法をめぐる—」成城法学第一号（1978年）、同「厳格な『合理性の基準』」芦部信喜還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』所収（1985年）、同「平等原則と司法審査」（有斐閣、1990年）237頁以下、松井茂記「アメリカ憲法入門 [第6版]」（有斐閣、2008年）163-209頁・307-336頁、338-342頁、久保田きぬ子「アメリカ法と男女平等」アメリカ法一九七七—二二二号、197頁以下、高橋一修「アメリカ法の男女差別判例の動向（一）（二）」ジュリスト（1980年）（726号）97頁以下、（730号）69頁以下、鎌田泰介「性による区分と法の平等保護」（同志社アメリカ法研究、1981年）179頁以下、鎌田猛「合衆国における性差別をめぐる違憲審査基準の展開」一橋研究六巻四号（1981年）1頁以下、森下史郎「アメリカの平等保護における中間審査の意義と問題点」早稲田大学大学院法研論集27号（1982年）、219頁以下、武田万里子「性差別と中間審査」早稲田大学大学院法研論集34号（1985年）、君塚正臣「性差別審査基準論」（信山社、1996年）11頁以下など参照。

(5) 304 U.S.144（1938）。

(6) 坂口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準二つの機能」法律時報80巻11号、75頁。なお坂口は厳格審査基準や中間審査基準が政府の規制の違憲な目的を洗い出す手法としても機能することを指摘し、その機能の重要性を強調する（同75-78頁）。

(7) 奥平康弘「憲法演習教室」（杉浦泰雄との共著）（1987年）77頁・78-79頁参照。

由・プライバシー権)に関する分類」と「少数派に対する人種区分等の疑わしい分類」の場合に「厳格な審査基準」を適用し、それ以外の場合には「合理性の基準」を適用してきた。したがって数的には多数派である女性に対する「性に基づく分類」の場合にも、1971年まで「合理性の基準」の下で審査されてきた⁽⁸⁾。この合理性の基準は緩やかな基準であり、この基準の下では、その分類の「目的」と「目的・手段間の関連性」について事実上審査がないに等しい最小限の審査がなされるにすぎない⁽⁹⁾。このため、違憲性が問われた性差別は、家庭生活における男女の役割分担論とそれに由来する能力に関する推定に基づき判例上合憲とされてきた⁽¹⁰⁾。

しかし、1971年のリード事件についての最高裁判決⁽¹¹⁾は、遺言がない場合に、遺産管理人として同順位の権利を有する者が遺産管理人の地位を申請したならば男性を優先するというアイダホ州の遺言検証法を修正一四条に反するとして違憲とした。本事件において、最高裁は性に基づく分類に関して、分類は合理的なものである必要があり、恣意的であってはならないから、「当該法の目的とその分類との関係」が「公正で実質的」であることを要するとした⁽¹²⁾。この点からすると、最高裁は目的と手段との関係で「合理性の基準のテスト」より目的と手段の関連性を厳しく判断する「中間審査基準のテスト」を主として、性差別審査基準として採用したともいえる⁽¹³⁾、少なくとも、この最高裁判例は、「合理性の基準」の下で「合憲」とされてきた性差別を「合理性の基準」より厳格な基準で「違憲」としたものであり、従来の「合理性の基準」を用いた性差別合憲判決の流れを大きく変えた点で重要な意義を有するものといえよう。

3年後の1974年のカーン事件⁽¹⁴⁾では、最高裁は、女性を優遇する恩恵的差別⁽¹⁵⁾の合憲性を検討した。本事件においては、夫を失った妻のみに財産税の免除を認めるフロリダ州法の合憲性が争われた。最高裁は、女性に対する財産税の免除は男女の経済力の格差を縮小するという当該法の目的と「正当かつ実質的な関連性」があるとして、本法を同様な状況にないものを別異に扱うもので合憲であるとした。最高裁は、リード事件最高裁判例に

(8) LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW §16-25, at1559 (2d ed. 1988).

(9) ガンサーによると、合理性の基準による審査は理論上は最小限、事実上は皆無の審査である (Gunther, The Supreme Court 1971 Term, Foreword: In Search of Evolving Doctrine on Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, 86 HARV. L. REV. at8 (1972)).

(10) Johnston & Knapp, Sex Discrimination by Law; A Study in Judicial Perspective, 46 N.Y.U.L.REV.675, 741-46 (1971).

(11) Reed v. Reed 404 U.S.71 (1971).

(12) id. at76-77.

(13) 鎌田猛・前注(4) 1頁, 君塚正臣・前注(4) 16頁 (1996年)。戸松秀典「26 厳格な合理性の基準」憲法訴訟研究会・芦部信喜編「アメリカ憲法判例」(有斐閣, 1998年) 195頁。

Note, The Supreme Court, 1972 Term, 87 HARV.L.REV. 55, 123 (1973).

(14) Kahn v. Shevin, 416 U.S.351 (1974).

(15) 女性を優遇する「恩恵的差別」と女性に対する「アフーマティブ・アクション」とは、ともに女性を善意で優遇する点で類似性を有する。しかし、アフーマティブ・アクションは1965年のジョンソン大統領命令11246号によって初めて法的に根拠づけられ、その後展開されるものであり、恩恵的差別とはその生成史の点で異なり、また、アフーマティブ・アクションは、典型的には対象集団の人口比を基礎にして教育や雇用等の領域で数的割当や数的目標を設定する「数的救済」(Ginsburg, Gender & the Constitution, 44 U.CIN.L.REV. 1, 30 (1975))である点でも恩恵的差別と異なる。

従って、本法を合憲としたといえよう。この1年後の1975年のバラード事件⁽¹⁶⁾では、海軍における強制除隊までの勤務年限につき、女性士官の方を男性士官より長くする制度の合憲性が問題となった。最高裁は、男性士官と女性士官の間には勤務内容の相違による昇進の機会の差があるが、当該制度は、この昇進の機会の差に基づく男女の経済状態の格差に基づく女性士官の不利益を補償しようとするもので合理的な分類であり合憲である、と判示した。最高裁は、当該「恩恵的差別」と「男女の役割に関する古風で過度に広汎な一般化を反映する性に基づく分類」とを区別した上で、これら二判例を合憲となりやすい前者に当たるとみている。

同年のウィセンフェルド事件⁽¹⁷⁾では、最高裁は一見恩恵的差別を規定していると思われる連邦社会保障法を合憲とせず違憲とした。本事件では、勤労者の妻が死亡した場合には、その夫に給付金が支払われないが、勤労者の夫が死亡した場合にはその妻に給付金が支払われるという差別が問題となった。最高裁は、「恩恵的・補償的な立法目的の単なる唱導」は立法意図の基礎にある「現実の立法目的の探求」を妨げないとし、その目的の審査をした。そして本法は、表面上は恩恵的のみえる性に基づく分類だが、実際は「過去の差別の補償」よりも「男性が主に家計を支えているという古風で広汎な一般化に基づく性的役割に関する温情主義的推定」に基づくものであり許されるものでないとした。そして当該規定は配偶者の死亡で子どもを養育する責任を負うことになるという点で男女とも同様の状況にあるのに男女を異なって取り扱うものであり違憲である、と判示した。本判決は、実際の立法目的の探求をする点で、その探求をしない「合理性の基準」より厳格な「中間審査基準」を適用して本法を違憲にしたものと思われる。

翌年である1976年の男性差別に関する事例であるクレイグ最高裁判決⁽¹⁸⁾で初めて性に基づく分類への「中間審査基準」の適用が確証ないし確認された。本事件においては、アルコール度3.2%のビールの購買を男性は21歳以上、女性は18歳以上とするオクラホマ法が、18歳から20歳の間の年齢にあったクレイグという男性に対し「不快な差別」をしているかが争われた。最高裁は、当該法に中間審査基準を適用し、その州法の目的の重要性と目的と手段の実質的関連性を審査した。そして当該州法の交通安全という目的は重要な目的と認めたと、その目的と男性差別との関係は希薄であるとして、目的と手段の実質的関連性を認めず、問題の州法を違憲とした。法廷意見は男性差別に中間審査基準を適用し、この男性差別は法目的の達成に実質的に関係していないので、「不快な差別」にあたるとした。これに対して、レーンキスト判事は男性差別に対して無効とした先例がないし、また「重要な」政府利益とか「実質的な」関連性を要件とする「中間審査基準」は、一義的に定まらず、司法の主観的好み・偏見を導入するものであるとして法廷意見を批判し、「合理性の基準」の適用を主張している⁽¹⁹⁾。確かに、本件の男性差別の事例は、「形式的」には、女性差別にみられる「古風で広すぎる一般化」に基づく差別の事例とはいえないので、この批判が当たっている面がある。しかし、最高裁は一定の男性差別事例を「実質的」

(16) Schlesinger v. Ballard, 419 U.S.498 (1975).

(17) Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S.351 (1975).

(18) Craig v. Boren, 429 U.S.351 (1976). 戸松秀典「26 厳格な合理性の基準」憲法訴訟研究会・芦部信喜編「アメリカ憲法判例」192-194頁参照。

(19) Craig, 429 U.S.at219 (Rehnquist, J., dissenting).

には女性は男性に依存している弱い存在と見る「女性差別的思考」に基づくものと考えているのであろう⁽²⁰⁾。仮に「合理性の基準」を適用すると、問題となる分類は、「安易に」法目的が合理的とされ、その目的と分類との関連性も合理的と認められて合憲とされてしまう。やはり個別事件の事案ごとに柔軟に合憲・違憲を判断すべきであり、この点で「中間審査基準」は、「厳格な基準」や「合理性の基準」のような「結論指向型の基準」より優れていると評価できる⁽²¹⁾。

このクレイグ最高裁判決の手法は、以降において踏襲される。すなわち1977年のゴールドファーブ事件⁽²²⁾において、連邦社会保障法の老齢年金等保険の給付条件における未亡人優遇規定の合憲性が問題となった。最高裁は、当該規定はウィセンフェルド判決と同様に、同様の状況にある男女を異なって取り扱うものであり、「違憲」であると判示した。しかし、同年のウェブスター事件⁽²³⁾では、同様に連邦社会保障法の老齢年金給付における女性優遇規定の合憲性が問題となったのに、最高裁は、ゴールドファーブ判決に従わずこれを「合憲」とした。最高裁は、当該規定を「男女の役割分担論による推定」に基づくものではなく、「経済領域における過去の差別の補償」を目的とするものであるとみた。最高裁は、その立法目的は「社会の長期にわたる女性に対する差別によって生じた男女間の経済状態の格差を是正するもの」であり、重要な政府目的と認められるとした。そしてかかる目的と当該優遇とは実質的関連性を有するとして、当該規定を「合憲」とした。

ところが、1979年のオア事件⁽²⁴⁾では、最高裁（六名の裁判官による多数意見）は離婚後の扶養料の支払義務を妻には課さず夫のみに課す、男性差別立法であるアラバマ州法を「違憲」とした。最高裁は、性に基づく分類はそもそも性的役割に関する固定観念を永続させる危険性を内包しているので、表面上は恩恵的性差別と見えるものも、実際はそれが性的役割に関する固定観念を反映していることがあるとし、この点を審査し、当該州法は「女性は家庭にという男女の役割分担論」に基づくもので違憲であるとした。仮にその目的が困窮した元配偶者の救済や、婚姻中の差別の補償であるとした場合、その目的を重要なものとしたが、その目的を達成する手段として性による分類を用いる必要がなく、また現在、州法では扶養の必要がない元妻も扶養料という余分な利益を受けられる点等で目的と手段との間に実質的関連性がないとして、当該州法を違憲とした。更に、同年のウェストコット事件⁽²⁵⁾では、最高裁は全員一致で中間審査を適用して、父親の失業により財政的基盤を失った子どもを抱える家庭には社会保障給付を与えるが、母親の失業の場合にはそのような給付を認めないとしていた連邦社会保障法を修正5条違反であると判示した。1980年のウェングレー事件⁽²⁶⁾では夫が業務上の事故で死亡した場合、妻には災害補償の給付を認めるが、妻が業務上の事故で死亡した場合には、夫が精神障害者若しくは身体障

(20) Califano v. Goldfarb, 430 U.S.199 (1977); Orr v. Orr, 440 U.S.268 (1979); Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S.718 (1982) 等は実質的に女性差別の事例と見られている。松井茂記「アメリカ憲法入門 [第5版]」(有斐閣, 2004年) 315頁。

(21) 戸松秀典「厳格な合理性の基準」憲法訴訟研究会・芦部信喜編「アメリカ憲法判例」195-196頁参照。

(22) Califano v. Goldfarb (1977) 430 U.S.199 (1977).

(23) Califano v. Webster, 430 U.S.313 (1977).

(24) Orr v. Orr, 440 U.S.268 (1979). 邦文では、中川徹・アメリカ法 [一九八〇—] 162頁など参照。

(25) Califano v. Westcott, 443 U.S.76 (1979).

(26) Wengler v. Druggists Mutual Ins. Co, 446 U.S.142 (1980).

害者であること、又は妻に扶養されていたことを証明しない限り当該給付を認めないとしていた未亡人を優遇するミズリー州労働災害補償法の合憲性が問題となった。最高裁（八名の裁判官による多数意見）は、当該州法の差別は女性勤労者の所得が家族の生活費に重大な貢献をしていないという推定に基づくものであるから、違憲であるとした。この事件でも、最高裁は性差別事例に中間審査基準が適用されることを確認した。このような判例を通じて、恩恵的性差別を含めて性差別事例に中間審査基準が適用されることが判例法上確立されたと言えよう。

ところが、1981年のミカエル事件⁽²⁷⁾及びロストカー事件⁽²⁸⁾の両判決は、この判例の流れに反するように思われた。前者は、カリフォルニア州法の法律上の強姦罪（18歳より下の女性と同意に基づき性関係を持った男性を強姦として処罰するもの）の合憲性が問題になった事例では、クレイグ判決の基準より緩やかな審査基準を適用して、性差別の必要性を問わずに、本法の目的は十代の少女の妊娠を防止することであり、その目的のために男性のみ処罰しているのは妊娠から特に女性が不利益を考慮したものであり、その目的と手段との十分な関連性を認めて本法を合憲とした。後者は、男性のみに徴兵のための登録を義務づける連邦法の合憲性が争われた事例で、最高裁は「軍隊に関わる議会の法律制定権限」に広範な裁量の余地を認め、中間審査基準ではなく明示的に「合理性の基準」を適用して、男性のみに登録義務を負わすことの必要性を問題にしないで、女性の実戦配備から除外されていることを前提に、登録は実戦配備のためのものであるから、男性のみに登録義務を課してもかまわないとして当該法を合憲とした。

このような性に基づく分類の合憲性に関する「中間審査基準」のゆらぎという状況のなかで、1982年のホーガン事件⁽²⁹⁾において、性に基づく分類の合憲性に関しては「中間審査基準」が適用されることが再確認された。本事件では、ミシシッピ州立大学看護学校への入学を女子のみに限定し男子に認めないミシシッピ州法の合憲性が問題となった。最高裁は「中間審査基準」を適用しこれを違憲とした。オコナーによる法廷意見（多数意見）によると、本件において問題となっている差別は女性に対するよりむしろ男性に対する差別であるが、それでも審査基準は緩められることはないとした⁽³⁰⁾。そして、性に基づいて個人を差別する州法を支持しようとする当事者はその差別を正当化するためには、「非常に説得力のある正当化」をなす挙証責任を負う。この挙証責任は、当該分類が重要な政府目的に仕えるものでなければならず、かつ実質的にその目的に関連するものでなければならぬことを証明することによってのみ充たされる⁽³¹⁾。この基準の下に女子のみにしか入学を認めない当該入学政策を検討すると、この政策の目的は「女性に対する過去の差別の補償」ではない。なぜなら、看護の分野では、過去も現在も女性が圧倒的に優勢であって、女性がリーダーの地位に就く機会等を奪われていないからである。当該政策は、実際、看護は女性の仕事であるという性的固定観念に基づく。したがって、本法の目的は重要な

⁽²⁷⁾ Michael M. v. Superior 450 U.S.464 (1981).

⁽²⁸⁾ Rostker v. Golberg 453 U.S.57 (1981).

⁽²⁹⁾ Mississippi University For Women v. Hogan, 458 U.S.718 (1982). 邦文では、青柳幸一「28 州立女子大学の違憲性」憲法研究会・芦部信喜編「アメリカ憲法判例」（有斐閣、1998年）208頁。

⁽³⁰⁾ Hogan, 458 U.S. at723-24.

⁽³¹⁾ id. at724.

政府目的ではないとした⁽³²⁾。仮にその看護学校の教育目標を重要なものとみても、目的と手段の間に実質的関連性は認められない。なぜなら、当該学校は男子の聴講生を認めているし、また男子がクラスにいても教え方に影響を及ぼさず、男子の出席が女子学生の行動に影響を及ぼさないとされるし、そして共学の看護学校においても男子学生がクラスを支配することはないからである⁽³³⁾。したがって、州は性に基づく分類を「非常に説得的に正当化」する挙証責任をほとんど果たしていないので、当該政策は平等保護条項（修正一四条）に違反するとされた⁽³⁴⁾。本判決によりすべての性に基づく分類の合憲性が中間審査基準により審査されることが確認された。

このホーガン判決の12年後の1993年のJ. E. B. 事件⁽³⁵⁾では、アラバマ州の男性陪審員候補者に対する理由不要の専断的忌避権の行使⁽³⁶⁾による性差別の合憲性が、公平な陪審による裁判を受ける権利（修正六条）ではなく平等保護条項（修正一四条）との関係で問題となった⁽³⁷⁾。最高裁は、その州の意図的差別を平等保護条項に反するとした⁽³⁸⁾。ブラックマン判事の法廷意見（多数意見）は、性別に基づく分類が合理性の基準より厳しい基準の対象になるとし、陪審選出における性別に基づく差別が公平で中立的な裁判を達成するという州の重要な利益を実質的に促進するかどうかを本件における争点であるとした。陪審選出における差別は、人種に基づくものであれ、性別に基づくものであれ、訴訟当事者、社会、そして、不法にも司法過程への参加から排除された個々の陪審候補者に対する害悪をもたらす。なぜなら、訴訟当事者には、裁判過程から偏見を排除する利益、社会には、州が差別を追認しないことや裁判制度に対する信頼保護という利益、個々の陪審員には、個人の尊厳と民主政治への参加のため、ステレオタイプの偏見から陪審員になることを侵害されない権利があるからである。専断的忌避権の差別的行使を禁止したバットソン法理の趣旨からすると、陪審制度の歴史的展開過程においては、陪審における人種差別と性差別とは両方とも長い歴史を有するので、人種に基づく場合だけでなく、性別に基づく差別からの保護を陪審に対して保障しなければならない。公平な司法の運営に参加する機会の

(32) id. at727-30.

(33) id. at721 n.4, 731.

(34) id. at731.

(35) J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B., 5II U.S.127 (1993). 邦文では、紙谷雅子・アメリカ法 [一九九五—] 139-146頁、中山道子「陪審員選出における専断的忌避と性差別」アメリカ憲法判例（有斐閣、1998年）235-239頁参照。

(36) 専断的忌避の重要性は公平で中立的な陪審の選出に役立つ点にある（紙谷・前注⁽³⁵⁾ 前掲書143頁）。

(37) 公平な陪審による裁判を受ける権利（修正六条）はあらかじめ特定の集団を排除しないことで「地域社会の多様性を反映すると思われる陪審候補者」の名簿から、政府と被告人が対等な立場で審理陪審を選出することを可能にするという意味において「構造的な保障」に過ぎず、実際に地域社会を相当程度横断的に代表する陪審員による裁判を保障するものではない。したがって、審理陪審を選出する過程における差別的な専断的忌避権の行使を修正六条の問題として扱うことはできない。そこで「陪審員から排除された陪審候補者が市民として有する陪審員として訴訟に参加する権利」に注目し、「第三者である訴訟当事者」は、「集団的属性である性別」に基づく絶対的忌避が、「忌避された人々の市民としてのふさわしさ」を否定し、ステイグマを与えることになるので、「陪審候補者が市民として訴訟に参加する権利」が侵害されたと主張する。そして、裁判官が関与し、裁判所で行われる差別的行為によって正義の外観が損なわれると主張する。そうすることによって、差別的な専断的な忌避を平等保護の問題とすることができることになる（紙谷・前注⁽³⁶⁾ 前掲書143-146頁参照）。

(38) J. E. B., 5II U.S.at129, 131, 146.

平等は陪審制度の目的を促進するだけでなく、民主主義に直接参加する機会をすべての市民に提供することで法の下での平等の要請に応える。したがって、平等保護条項は陪審選出における性差別を禁止しているとした。

この法廷意見は、陪審となる権利が参政権と同様民主政の過程に参加する重要な権利であるとし、その侵害を問題にしているから、この場合に適用される審査基準は、合理性の基準より相当厳しい基準になるといえる。そして、女性に対する偏見的態度と、人種的マイノリティに対するそれとは異なるが、両者の差別経験における類似性は、一定の文脈ではその偏見的態度の差異に勝るとする⁽³⁹⁾。また、陪審における人種差別と性差別とをパラレルに見ている⁽⁴⁰⁾。これらの観点からすると、本件に人種差別に妥当する厳格審査基準を適用してもよさそうである。しかし、最高裁は、脚注で性に基づく分類が「疑わしい分類」であるかどうかの問題について、解答をだしていない⁽⁴¹⁾。更に、最高裁は、性に基づく分類が合憲となるためには、「非常に説得的な正当化」が必要であり、ここにおいて、その性差別が実質的に重要な政府利益を促進しているかが問題であるとした⁽⁴²⁾。

以上の点からすると、最高裁は、投票同様、民主過程への参加に決定的に関わる陪審の選出過程という特殊な領域において、人種差別に適用されたバットソン法理を性差別にもほぼ同様に適用しながらも、中間審査基準が適用されてきた性差別に、より高められた「厳格審査基準」を適用せず、「中間審査基準」を適用したが⁽⁴³⁾、その基準は従来のものより厳格なものと考えられる。

この J. E. B. 判決の3年後の1996年のヴァージニア州立士官学校事件⁽⁴⁴⁾においては、男子のみの入学しか認めない当該士官学校の女性差別的入学政策の合憲性が争われた。ギンズバーグ判事の法廷意見（六人の多数意見）は、中間審査基準を適用して当該政策が平等保護条項に違反するとした⁽⁴⁵⁾。ギンズバーグ判事は、ホーガン判決→J. T. B. 判決において示されたように、性に基づく政府行為を正当化するためには「非常に説得的な正当化」が

⁽³⁹⁾ id. at135.

⁽⁴⁰⁾ id. at146.

⁽⁴¹⁾ id. at137 n.6.

⁽⁴²⁾ id. at136-7.

⁽⁴³⁾ 中山道子「32 陪審員選出における専断的忌避と性差別」236頁。

⁽⁴⁴⁾ *United States v Virginia*, 116 S.Ct. 2264 (1996). 英文の文献としては、Anita K. Blair, *The Equal Protection Clause and Single-sex Public Education: United States v Virginia and Virginia Military Institute*, 6 SETON HALL CONST. L. J. (1996); Elizabeth Fox-Genovese, *Strict Scrutiny, VMI, and Women's Lives*, 6 SETON HALL CONST. L. J. (1996); Cass R. Sunstein, *Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 HARV. L. REV. (1996); Christina Gleason, *UNITED STATE v. VIRGINIA: SCRUTINY AND THE FUTURE OF GENDER DISCRIMINATION LAW*, ST. JOHN'S LAW REVIEW [Vol.70: 801 1996]; Susan Reiger, *VMI and the Old/New Face of Sex Discrimination*, 43 FED. L.22 (1996); *United States v. Virginia*, 116 S. Ct.2264. Jeffrey A. Barnes, *THE SUPREME COURT'S "EXCEEDINGLY [UN] PERSUASIVE APPLICATION OF INTERMEDIATE SCRUTINY IN UNITED STATE V. VIRGINIA*, UNIVERSITY OF RICHMOND LAW REVIEW [Vol.31: 523 1997]; Candace Saai Kovacic-Fleisher, *United States v. Virginia's New Gender Equal Protection Analysis with Ramifications for Pregnancy, Parenting, and Title VII* VANDERBILT LAW REVIEW [Vol.50: 845 1997]; STEVEN A. DELCHIN, *UNITED STATE V. VIRGINIA, AND OUR EVOLVING "CONSTITUTION": PLAYING PEEK-A-BOO WITH THE STANDARD OF SCRUTINY FOR SEX-BASED CLASSIFICATIONS* [Vol.47: 1121 1997] 参照。

⁽⁴⁵⁾ *Virginia* 116 S. Ct. at2276.

必要である⁽⁴⁶⁾。州は、性に基づく分類が重要な政府目的に奉仕し、用いられる差別的手段がこの目的の達成に関連していることを立証しなければならない⁽⁴⁷⁾。この基準を用いる審査は立法の合憲性に対して深い疑いをもって臨む審査である⁽⁴⁸⁾。この審査の下では規定されている立法目的が本物であり、性に基づく分類が男女の才能・能力・選好に関する過度に広範な一般化に基づくものであってはならない⁽⁴⁹⁾。このように、性に基づく分類には高められた審査基準が適用されるが、性に基づく分類は人種差別や出身国差別のような憲法上禁止された分類（疑わしい分類）ではない。なぜなら、人種や出身国による分類においては、固有の差異はもはやその分類の理由として認められないが、性に基づく分類では、男女間の身体的差異が永続する以上そうは言えないからである⁽⁵⁰⁾。立法の合憲性に対して深い疑いをもって臨む審査では、性に基づく分類は、男女の雇用の機会を均等化し、または国民の才能及び能力を十分に発達させるために、女性差別によりもたらされた女性の特定の経済的無能力を是正する補償措置であるならば、許容される。もっとも、その分類が、男女の人格を傷つけたり、個人の機会を人為的に抑制するために用いられたりする場合には許容されないとした⁽⁵¹⁾。

最高裁は本件において性に基づく分類が重要な政府目的に奉仕し、用いられる差別的手段がこの目的の達成に実質的に関連しているのをその合憲の要件とする。したがって、少なくとも最高裁は、青柳幸一が指摘するように本件の最高裁は中間審査基準を用いたといえるが⁽⁵²⁾、その中間審査基準の枠組みの中で「非常に説得的な正当化」を要請する点においてその基準を厳格したとも言えよう。また、スカグスが指摘するように⁽⁵³⁾、最高裁がこの基準を用いた審査を立法の合憲性に対して「深い疑いをもって臨む審査」と性格づけしている点や伝統的な中間審査基準を採用した先例であるグレッグ判例を引用していない点も、伝統的な中間審査基準を厳格に適用した根拠となる。もっとも、スカグスは、最高裁が「非常に説得的な正当化の定式」を最初の節で用い⁽⁵⁴⁾、また、「非常に説得的な」という語句を九回使用している点⁽⁵⁵⁾などから、最高裁は中間審査基準ではなく、それよりも厳格な基準である「非常に説得的な正当化の基準」という「新たな基準」をホーガン判決・J. T. B.判決を経て、本判決において性差別審査基準として確立したと見る⁽⁵⁶⁾。しかし、そのようにみるのは、最高裁が中間審査基準の枠組みを維持している点を軽視するものであり妥当でない。したがって、最高裁は、定着した性差別審査基準に関する中間審査基準を尊重しながら、「事案の特質」を考慮して中間審査基準を厳格に適用したとみるの

⁽⁴⁶⁾ id. at2274.

⁽⁴⁷⁾ id. at2275.

⁽⁴⁸⁾ id. at2274.

⁽⁴⁹⁾ id. at2275.

⁽⁵⁰⁾ id. at2276.

⁽⁵¹⁾ id.

⁽⁵²⁾ 青柳・前注⁽²⁹⁾ 211頁。

⁽⁵³⁾ Jason M Skaggs, Justifying Gender-Based Affirmative Action under United States v. Virginia's "Exceedingly Persuasive Justification" Standard, CALIFORNIA LAW REVIEW [Vol.86: 1192-3] .

⁽⁵⁴⁾ Virginia 116 S. Ct. at2274.

⁽⁵⁵⁾ id. at2271, 2274 (three. times), 2275, 2276, 2281, 2282, 2287.

⁽⁵⁶⁾ id. at1182-95.

が穏当であろう⁽⁵⁷⁾。

そして最高裁は、この基準を適用して、当該士官学校の入学政策を審査した。ヴァージニア州は、男女別学教育は重要な教育上の利益を提供するし、男子のみに入学を認める政策は州による「教育の多様性」に資すると主張した。これに対して、ギンズバーグ判事は男女別学教育が一定の学生に教育上の利益与えること、また公教育機関における多様性が公共の利益に奉仕することを認めたが、ヴァージニア州は、当該士官学校から女性を排除することによる教育の機会の多様化またはその維持を立証しなかったので、結局、ヴァージニア州がその政策を正当化したとはいえないとした⁽⁵⁸⁾。

それから、ヴァージニア州は、当該士官学校独特のリーダーシップ養成訓練方法等は、男性適的なものであり、男性に教育上の利益を与える。しかし、その男性適的な訓練をそのまま女性に課すには適当でないから、それを女性に課すには、その訓練方法等を女性にも適恰に変えなければならない。そうすると、その独特の訓練方法等の教育的意義が薄れ、学校全体の教育水準を低下させる等の弊害が生じる、とする。すなわち、州は、女性が入学すると、学校の教育水準が低下し、男子のみを対象とした独特の訓練制度は機能せず、ひいては学校の存立の危機がもたらされると主張する。これに対して、最高裁はこの州の主張はほとんど証明されない観念に基づくものであり、かえって、通常、女性の権利又は機会均等を否定するために用いられた信用性のない予測によるものとした⁽⁵⁹⁾。したがって、資格ある者に対する州兵の養成訓練から女性を排除する州の主張はどんな場合でも「非常に説得的」なものではありえないとした。結局、最高裁は、州は性に基づく分類を根拠づける堅固な基礎として要求される「非常に説得的な正当化」をほとんど全くなさなかったと結論づけた⁽⁶⁰⁾。

以上の性差別に関する最高裁の判例の展開をみると、最高裁は、その性差別が女性差別であろうが男性差別であろうが、また女性を優遇する恩恵的差別であろうがなかろうが、ほぼ一貫してその差別に「中間審査基準」を適用してきたといえる。そして、最高裁はホーガン判決でこの伝統的中间審査基準の厳格化に着手し、それからJ. E. B. 判決を経てヴァージニア判決で、事案により、「非常に説得的な正当化」を要請する厳格な中間審査基準を適用することを明らかにしたといえよう。

非嫡出子差別では、最高裁は、「無審査でない合理性の基準」を適用して、非嫡出子差別を合憲としたり違憲としたりしていたが、1982年のミルズ事件⁽⁶¹⁾で、非嫡出子の扶養料請求の要件として子どもが1歳になる前に父親を確定する訴訟を提起しなければならないとする州法を、詐欺的請求を防ぐという目的にとってこの1年という限定は余りに短す

(57) グリーソンは、ヴァージニア事件において、最高裁は立法の合憲性に対して「深い疑いをもって臨む審査」をすることによって中間審査を厳格化したとみる Christina Gleason, *supra* note 44 at 812-15)。またブレアとフォックスーゲノベゼは、ヴァージニア事件において最高裁は新たな中間審査基準を採用したとし、その基準の下では州や地方公共団体は一方の性のみによって構成される機関ないし部門への利益の供与は抑制されるとみる (Anita K. Blair, *supra* note 44 at 999, 1000; Elizabeth Fox-Genovese, *supra* note 44 at 987, 989-90)。

(58) Virginia, 116 S. Ct. at 2276-77.

(59) *id.* at 2279-80.

(60) *id.* at 2281-82.

(61) Mills v. Habluetzel, 456 U.S. 91 (1982).

ぎ、「実質的関連性」に欠け、違憲とした。そして1988年のクラーク事件⁽⁶²⁾でも、最高裁は非嫡出子差別に「中間審査基準」を適用して、非嫡出子に対する扶養料請求訴訟に6年間の時効を定めた州法を違憲とした。

かかる「中間審査基準」は、「合理性の基準」が画一的に合憲という結論をもたらし、また「厳格審査基準」が画一的に違憲という結論をもたらすのに対して、各事例の相違に応じて合憲としたり違憲としたりしうる「柔軟な審査基準」であるといえる。しかし、中間審査基準においては、「重要な目的」と「その目的と目的達成手段との実質的関連性」が合憲の要件となるが、その目的の「重要」さや目的と手段の「実質的」関連性という概念はさほど明確ではないので、各裁判官の事実認識や価値判断の違いにより、その概念内容が異なり、類似事例に対して合憲判決がでたり、違憲判決がでたりする。その意味で、中間審査基準は裁判官の主観により左右される面がないとはいえない「不明確な基準」ともいえる。したがって、中間審査基準に絞りをかけ、その明確さを図る必要がある。

社会経済立法に関する事例には、「緩やかな合理性の基準」が適用されてきたが、1970年代に、「想定された立法目的」を「仮設」するのではなく、「はっきり表現された目的ないし実際の目的」を探求した上で、規制手段がその立法目的を合理的に促進するものであるかを吟味する、「やや厳格な合理性の基準」を「社会保障給付に関わる事例」に適用した。例えば、食糧スタンプにかかわる差別事例である1973年のモレノ事件⁽⁶³⁾や公的扶助にかかわる差別の事例である、1975年のウーイゼンフェルド事件⁽⁶⁴⁾でかかる差別がこの基準の適用により違憲とされた。しかし、年金給付における差別が問題になった、1980年のフリッツ事件⁽⁶⁵⁾で、最高裁は「合理性の基準」を適用して当該差別を合憲とした⁽⁶⁶⁾。

ところが、1985年のクリバーン生活センター事件⁽⁶⁷⁾では、「合理性の基準」を適用しながら、精神発達遅滞者のための集合住宅に対する許可の拒否に対して、正当な目的が示されていず、その拒否は精神発達遅滞者に対する不合理な偏見に基づくものであるとして、争われた条例を適用違憲にした。このように最高裁は、知的障害という分類は「疑わしい分類」でも「準・疑わしい分類」でもないもので、その分類に「合理性の基準」を適用したが、「伝統的な無審査の合理性の基準」による審査より厳格な「威力ある合理性の基準」による審査をしている⁽⁶⁸⁾。さらに1996年のローマー事件⁽⁶⁹⁾でも、州・地方政府機関が同性愛者差別から同性愛者を保護することを禁止した、住民投票による州憲法改正規定について、「合理性の基準」を適用しながら、明らかに敵意によって同性愛者という特定集団から法による保護を包括的に剥奪したものであり、正当な目的に仕えるものでないとして、同規定を違憲とした。また最高裁は、1985年のワード事件とウイリアムズ事件で他州の住

⁽⁶²⁾ Clark v. Jeter, 486 U.S.1 (1988).

⁽⁶³⁾ U.S. Department of Agriculture v. Moreno, 413, U.S.528 (1973).

⁽⁶⁴⁾ Weinberger v. Wiesenfeld, 420, U.S.636 (1975).

⁽⁶⁵⁾ U.S. Railroad Retirement Board v. Fritz, 449, U.S.166 (1980).

⁽⁶⁶⁾ 藤井俊夫「27 年金給付における差別と合理性の基準」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』202-203頁。

⁽⁶⁷⁾ U.S. City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473, U.S.432 (1985).

⁽⁶⁸⁾ 青柳幸一「29 知的障害者の権利と平等保護—威力ある合理性の基準」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』212-218頁。

⁽⁶⁹⁾ Romer v. Evans, 517 U.S.620 (1996).

民に不利益を与える州の税法に「合理性の基準」を適用しながら、同法を平等保護条項に違反するとした⁽⁷⁰⁾。その後、1989年の *Allgheny Pittsburgh Coal* 事件⁽⁷¹⁾では、他州の住民に不利益にならない州の課税も、課税対象の土地の間で、以前から所有していた土地の評価額と新たに取得した土地の購入価格との間に著しい不均衡がある場合に、平等保護条項違反になるとした。

このように、最高裁は、社会経済立法に関する場合、「合理性の基準」で合憲性を審査するが、無干渉的ではなく、事案によって違憲とするようになった。

なお、**表現の自由の規制**において、表現内容を規制する場合、政府は表現内容に対する中立性の義務がある以上、その規制は原則的に憲法上疑わしいものと考えられ、利益較量的アプローチにより「厳格な基準」（やむにやまれない利益の基準＝制約はやむにやまれないほど重要な利益達成のために必要不可欠の制限でなければならないという基準）でその規制の合憲性が審査される⁽⁷²⁾。もっとも①煽動の場合は「ブランデンバーク判決の基準」（表現内容が切迫した暴力や法違反行為を煽動していて、かつその害悪発生の危険性があったことを要求する基準⁽⁷³⁾）が、②名誉毀損の場合には「現実的悪意の法理」（表現者が虚偽であることを知っていたか虚偽であるかどうかにかんして全く不注意であったこと、つまり現実的悪意を持っていたことを証明しなければならないというルール⁽⁷⁴⁾）、そして③裁判批判と公正な刑事裁判保障との関係では「明白かつ現在の危険基準」⁽⁷⁵⁾が用いられる。

これに対して、営利的表現には、政治的表現より価値が低いいため、政治的表現ほどの保護を与えられない。したがって、「実質的な利益」を「直接促進」するよう限定されていれば、屋外広告物の禁止⁽⁷⁶⁾やカジノ広告の禁止⁽⁷⁷⁾などの場合に、「内容に基づく制約」も許される。

他方、制約が表現内容に向けられていない場合、すなわち①表現内容中立的な時・場所・態様の制約と②表現行為に向けられていない制約が表現と結びついた行為に適用される場合（いわゆる象徴的表現ないし行動が伴う表現の場合）には「厳格審査」ではなく慎重な審査である「中間審査」が行われる。この場合、第一に制約は「重要な利益」達成のため必要最小限度であること、第二に立法目的が表現の自由の抑圧と直接関係がないこと、第三にその制約がその利益達成のため「必要な限度に」限定されていること、第四に代替的なコミュニケーションの余地が残されていることが要求される⁽⁷⁸⁾。

(70) *Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward* 470 U.S.869 (1985); *Williams v. Vermont*, 472 U.S.14 (1985).

(71) *Allgheny Pittsburgh Coal Co. v. County Commission of Webster County*, 488 U.S.336 (1989).

(72) *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S.233 (1936), *Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission*, 447 U.S.530 (1980), *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S.490 (1981), *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 502 U.S.105 (1991).

(73) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S.444 (1969), *Hess v. Indiana*, 414 U.S.105 (1973).

(74) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S.254 (1964), *Curtis Publishing Co. v. Butts/Associated Press v. Walker*, 388 U.S.130 (1967).

(75) *Bridges v. California*, 314 U.S.252 (1941), *Wood v. Georgia*, 370 U.S.375 (1962).

(76) *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S.490 (1981).

(77) *Pasadas de Puerto Rico v. Tourism Co.*, 478 U.S.328 (1986).

三 日本における二重の基準論（司法審査基準論）⁽⁷⁹⁾

公共の福祉は、人権と人権（利益）との対立を調整する公平の原理であり、人権の一般的制約の根拠になるが、それ自体としては各人権の制約を正当化するものではない。その正当化は、各人権の性質等を考慮して具体的になされるべきである。この点で「人権を制限することによりもたらされる利益」と「人権を制限しない場合に維持される利益」とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合、それにより人権を制限できるという比較衡量論は、一応、有効である。この比較衡量論は、個々の事件における「具体的状況」を踏まえて対立する利益を衡量しながら妥当な結論を導きだそうとする方法であるから、抽象的な公共の福祉論と比較すると、その長所は人権制約について安易に流れることなく、公共の福祉の乱用を防げる点にある。しかし、比較衡量論は、一般的な比較の準則が必ずしも明確でなく、とくに「国家権力」と「国民との利益」との衡量が行なわれる憲法の分野では、概して、国家権力の利益が優先し、人権が不当に制約される可能性が高い。

例えば猿払事件では、行政の中立的運営という国家的利益が重視されて、政治活動の自由が不当に制限された。この事件は、郵便局員が、勤務時間外に組合推薦の衆議院議員の選挙用ポスターを掲示・配布したところ、国家公務員法に違反するとして起訴された事件である。最高裁判決（最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁）は、まず、公務員の政治的中立を損なうおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが「合理的で必要やむをえない限度」にとどまるものである限り、憲法の許容するところとしたうえで、その「合理的で必要やむをえない限度」にとどまるものであるか否か次の三点から検討し

(78) ①Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc., 452 U.S. (1981), Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972), Ward. Rock against Racism, 491 U.S. 781 (1989), Members of the City Council v. Taxpayers for Vincent, 466 U.S. 789 (1984), Frisby v. Schultz, 487 U.S. 474 (1988),/①または②Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288 (1984)/②United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968)。なお、芦部信喜は、本文の②が採用した象徴的表現の合憲性を判定するオブライエン・テストとは①立法目的が、重要な公共の促進するものであり、②表現の自由の抑圧と直接関係がないこと③規制手段の表現の自由に及ぼす付随的効果（間接的影響）は、立法目的を促進するのには是非とも必要という限度を超えるものでないこと、という三つを要件とするものであるが、実際には、近時の判例により③の要件が立法目的と規制手段とは合理的に関連していればよいという形式的な形で「是非とも必要」かどうかの審査が行われるように運用され、この緩やかな基準が「中間審査基準」といわれる「より制限的でない他の選りう手段」の基準が主として適用されてきた「時・所・方法の規制」にも、用いられるようになり、内容中立規制の審査基準は動揺していると理解している（芦部信喜著・高橋和之補訂「憲法（第四版）」2007年、183-184頁）。

(79) 芦部信喜「演習憲法新版」（1988年）105頁、同「憲法」（2007年）101-102頁・181-184頁・127頁・266頁。松井茂記「二重の基準」（有斐閣、1994年）185-339頁、戸松秀典「憲法訴訟〔第2版〕」（有斐閣、2009年）195-206頁・283-331頁、同「立法裁量論」（1992年）30-31頁・58頁、同「司法審査制」（1989年）205-206頁、同「判例にみる憲法訴訟論」ジュリスト835号（1985年）45頁・61-65頁、同「堀木訴訟最高裁判決と立法裁量論」ジュリスト773号（1982年）13-19頁、浦部法穂「憲法学教室」（1988年）110-118頁・177-180頁・260-61頁（もっとも精神的自由の優越的地位の論拠として人権の価値序列の考え方を否定して、精神的自由の不当な制限の受けやすさを厳格な審査の根拠にしている）、奥平康弘「憲法演習教室」（杉浦泰雄との共著）（1987年）73-74頁・78頁、奥平康弘「憲法Ⅲ」（1993年）159-61頁、同「なぜ『表現の自由』か」（1988年）58-59頁、横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』（1987年）161頁・192-95頁、樋口陽一「憲法」（1992年）218頁、同「憲法入門」（1993年）80-81頁、芦部信喜古稀祝賀『現代立憲主義の展開上』所収（1993年）3頁・29頁、藤井俊夫「憲法訴訟と違憲審査基準」（成文堂、1985年）3-248頁、石川発言、2009 Mar. No.342 法教44頁。

た。①禁止の目的の正当性についてみると、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼確保という規制目的は正当であり、②この目的と禁止される政治的行為との合理的関連性をみると、その目的のために政治的行為を禁止することは目的との間に合理的関連性があり、③「禁止によりえられる利益」と「失われる利益」との「均衡」という点からみると、意見表明の自由の制約は、単に「行動の禁止に伴う限度」での「間接的・付随的規制」にすぎず、その均衡がとれているとして、合憲である、と判示した。

最高裁判決は、上記の三基準により、比較衡量の仕方を形式的には準則化しようとするものである。しかし、目的と手段との合理的関連性につき、最高裁判決は、禁止が「必要やむをえない限度」にとどまるものであるべきなのに、それを無視して、たとえその禁止が、公務員の職種、職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損なう行為のみに限定されないとしても、右の合理的関連性が失われるものではない、とした。これでは、目的が正当であれば、手段はすべて合理的関連性があるということになろう。また利益の均衡のつき、「失われる利益」は、公務員の政治活動という「行動を伴う表現」の中の「意見表明そのもの」の制約ではなく、「行動のもたらす弊害の防止」に伴う限度での表現活動に対する「間接的、付随的制約」にすぎないから、得られる利益の方が重要だとしている。これでは、得られる利益の方が常に優先する。したがって、三基準を立てても利益衡量は形式的・名目的なものになろう。以上からして、この最高裁判決は抽象的に公務員の政治活動の自由より一体としての行政組織の中立的運営とこれに対する国民の信頼確保を優位に置き、公務員の政治活動の一律禁止を合憲とするものであり不当である。

このように表現の自由を尊重しない猿払判決の影響力が、最近、復活（拡大）している。例えば公務員の懲戒事案であるが、思想・良心の自由にかかわるピアノ判決（最判平成19・2・27民集61巻1号291頁）で猿払判決が援用されている。これは比較衡量論の不当な拡大である。比較衡量論を認めるのしても、その妥当範囲を限定すべきである。すなわち、この基準は、原則として、同じ程度に重要な二つの人権（たとえば、報道の自由とプライバシー権）を調節するため、裁判所が仲裁者として判断する場合に限定して用いるべきである。この比較衡量論の問題点を踏まえた公共の福祉論の具体化が、二重の基準論である。

精神的自由の優越的地位論に立脚する二重の基準論は、様々な人権のなかで精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の権利ないし代表民主政の死命を制する権利であり、また自己実現や人格の発展に資する人間存在自体にとって不可欠の権利⁽⁸⁰⁾であるから、それは経済的自由に比べて優越的地位を占めるとし、したがって、人権を規制する法律の違憲審査にあたって、経済的自由の規制立法に関して適用される「合理性の基準」は、精神的自由の規制立法については妥当せず、「厳格な基準」により審査されなければならないとする理論である、とされる。そして、権利や自由の内容・形態、権利侵害されやすい性格・規制の目的・態様等により「厳格な合理性の基準」を適用するなど、さらに判定基準を細かく考えていこうとする（三重の基準論）⁽⁸¹⁾。

(80) 佐藤幸治教授は、最近の論考では、二重の基準論の論拠を民主主義プロセス論より「基幹的人格の自律権」に求めるようになった（佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準論』」樋口陽一＝高橋和之編集代表、芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣、1993年）所収）。

このように判定基準を細かく考えていこうとする立場、特に「三重の基準論」に対して、君塚正臣（敬称略。以下においてすべての人名につき、敬称は省略する。）は、理論的にも実践的にもそれが有効であるか疑問であるとする。すなわち君塚は第一に規制目的や対象を考慮して中間審査基準を設定する事により、本来「合理性の基準」が妥当すべき領域に「中間審査基準」を適用し、またもともと「厳格な審査基準」が妥当する領域に「中間審査基準」を適用することになるが、そのように審査基準を厳格化したり緩和化したりするのは、違憲・合憲という結果の先取りであって憲法判断のルール化に値しない。実践的にも政治的表現の自由の内容規制のような事例以外は、中間審査基準が適用され、違憲判断が躊躇されやすくなり問題だとする。そこで表現の自由や参政権の規制、「生まれに」による差別などには厳格審査を、経済的な自由の規制などには合理性の基準を適用すべきであるとして、二重の基準論を維持するが、その硬直的な適用を避けるためその基準を極度に硬直的にではなく適用すべきだとする⁽⁸²⁾。

確かに精神的自由の規制を安易に認める判例の動向をみると、この規制に違憲性の推定をする厳格な審査を行う必要性は否定できない。例えば精神的自由の時・場所・態様規制に一律に中間審査基準を適用するのは問題であり、その規制が内容規制と密接な関係にあるときは厳格な審査基準を適用で処理する必要がある。しかし事案に即した審査をするには、二重の基準では不十分であり、「結果の先取りのな二重の基準」を弾力化する「中間審査基準」は有効である。これに対して君塚は中間審査基準の恣意的適用を危惧するが、君塚流の「弾力的な二重の基準論」もその危険性がある。すなわち彼によると「中間審査の領域」の審査は「極めて限定的」に「厳格審査」または「緩和化された審査」がなされる。そしてその振り分けは精神的自由と経済的自由のいずれに属するかによってなされるが、両者にまたがる自由の場合、恣意的にどちらかに大雑把に区分けされるに過ぎないし、事件の特性に応じた審査は困難である。これでは中間審査基準で対応した方がましである。そうだとするならば恣意性を抑制しつつ、事案の差異を考慮した妥当な結論を出すためには、硬直的に適用されやすい二重の基準では不十分であり、事件の類型等を考慮して二重の基準を細分化した多段階の審査基準を適用すべきであろう。

二重の基準論を肯定したとしても、それをどう根拠づけるかが問われる。まず二重の基準論を民主制ないし基幹的人格の自律権と不可分な関係にある精神的自由の「内在的価値」が経済的自由のそれより高いという「価値序列」の観点から精神的自由の優越的地位を基礎づけることが考えられる⁽⁸³⁾。確かに政治的表現の自由とそれに結合する自由は民主制的憲法秩序の中核的な構成要素であるから、憲法の価値体系においてその「一般的優位性」を認めることはできるが、それ以外の自由の優位性は基礎づけられない。また精神的自由の人格的自律性の側面から、その優位性を基礎づける考えは、経済活動を物質主義的欲望追求とみる知識人特有の偏見であり、かりに経済活動を物質主義的であるとしても、自由の核心を自己の生き方の自律的探求という意味での自己決定に求めるならば、精神活動の

(81) 芦部信喜「憲法学Ⅱ 人権論総論」(有斐閣, 1994年) 227頁, 戸松秀典「憲法訴訟 [第2版]」(有斐閣, 2008年) 284頁など。

(82) 君塚正臣『司法審査基準—二重の基準論の重要性』公法研究, 92-94頁。

(83) 奥平康弘「なぜ「表現お自由か」」(東京大学出版会, 1988年) 64頁注18, 佐藤幸治「現代国家と人権」(有斐閣, 2008年) 182頁・184頁。

自由か経済活動の自由かによって自由の価値を序列化するのは認められない。仮に経済的自由の内在的価値が劣るとしても精神的自由が経済的自由に依存している時ないし表現行為が経済的行為として営まれる時は、経済的自由を精神的自由に準じて保障する必要がある⁽⁸⁴⁾。もっとも経済的規制により結果的に精神的自由を規制する結果になる場合、傷つきやすい精神的自由自体を規制する場合と異なり、経済的規制に伴う付随的規制であり、萎縮作用は弱いし、民主制の過程を害する可能性は低いから、直ちに厳格審査を行うべきだということにはならない⁽⁸⁵⁾。

そこで、芦部信喜は、各人権の価値序列（実体論）を最も重要な論拠とせずに、主として民主政の理論（代議的自治の原則）、つまり自己統治の価値（民主政過程論・機能論）にもとづいて二重の基準論を根拠づけた。すなわち、経済的自由も、人間の自由と生存に重要なものであるが、その不当な規制は民主政の過程が正常に機能しているかぎり、議会では是正しうる。しかし、精神的自由が不当に制限された場合、民主政の過程自体が機能せず、裁判所が積極的に介入してその修復を図ることが要請される、としたのである⁽⁸⁶⁾。

しかしそれでは政治的表現の自由ないし政治的過程に関わる思想や表現の自由に対する厳格審査は肯定されても、それ以外の芸術的表現活動のような精神的自由に対する厳格審査は正当化できない。すなわち、精神的自由は非政治的表現の自由や私事に関する自己決定権（墮胎の自由・性交渉の自由など）も含むから、民主政過程論だけではその一般的優位を正当化できない⁽⁸⁷⁾。その正当化のためには、自己統治と密接に結びつく自己実現の価値もその優位を正当化する根拠と考えるべきである。さらに芦部信喜は、裁判所の審査能力の限界にもとづいても二重の基準論を根拠づける⁽⁸⁸⁾。すなわち、経済的自由の規制については、社会・経済政策が関わってくる場合が多く、その場合、裁判所は、政策の可否を審査する能力に乏しいので、立法府の判断を尊重すべきである。しかし、精神的自由の規制についてはかかる要請は大きくない。したがって、精神的自由の規制の場合、厳格な基準で合憲性を判断すべきことになるとするのである。

これに対して、松井茂記は「プロセス的ないし制度的・権限分配的理解」により二重の基準論を基礎づける。その立場によると、そもそも憲法は実体的な価値の序列を樹立したのではなく、むしろ価値の問題を決定する「統治プロセス」について定めたものであり、その「統治プロセス」の中で裁判所は、「政治プロセスの維持監督の責任」を負うとされる。この観点からすると、二重の基準論は、精神的自由と経済的自由の間の問題ではなく、民主主義社会において「政治のプロセスに委ねておくべき事項」と「裁判所が介入することが正当化される事項」の境界設定の問題、つまり「立法府の判断の尊重の問題」である。この立場は国民主権原理を重視して、人権保障の担い手をまず立法府とする。そうすると二重の基準論は、本来、国民主権原理に立脚する日本国憲法の下で、「司法府にふさわし

(84) 井上達夫「法の企て」184-85頁。

(85) 長谷部恭男「二重の基準の妥当性」法教2004. June. No.285, 14頁・16-17頁参照。

(86) 芦部信喜「憲法学Ⅱ」（有斐閣，1994年）218-224頁，内野正幸「『二重の基準論』の位置づけをめぐって」法時61巻5号（1989年）104頁・107頁，大河内美紀「『精神的自由の優越的地位』について」ジュリスト（No.1400）2010.5.1-15, 65-66頁。

(87) 井上達夫「法という企て」（東京大学出版会，2003年）184頁，長谷部恭男「芦部信喜教授の憲法訴訟論」法律時報59巻9号，34-35頁。

(88) 芦部信喜著・高橋和之補訂「憲法〔第四版〕」（岩波書店，2007年）182頁。

い役割」を確定する理論であり、立法府の制定した法律には原則として「合憲性の推定」が働き、「緩やかな審査」が行われるが、例外的に裁判所が「民主主義プロセス」＝「政治参加のプロセス」ひいては「政府の適正なプロセス」を維持するために厳格な審査が正当化されることになる⁽⁸⁹⁾。

確かに、立法府の判断は尊重されるべきであるが、少数者特に切り離され孤立した少数者の重要な人権の制約が問題になるときは、政治的プロセスのメカニズムが健全に機能している時でも、多数の専制により彼らの人権が保障されない恐れがあるから、特に少数者の人権保障の観点から、民主的基礎の弱い裁判所でも積極的に違憲立法審査権の行使が司法審査制ないし「法の支配」の観点から要請されるのであり⁽⁹⁰⁾。その場合、厳格な審査が原則になり、緩やかな審査は例外となると解すべきである。またプロセス的二重の基準論は、憲法を実体的価値を保障した文書と見ず、実体的価値の選択を政治的プロセスに委ねて、その実体的価値の選択のプロセスにつき規定したものだとして理解しているが、そうはいえないと考える。憲法は、主として人格的生存に必要な実体的価値を規定し、その実現を政治的プロセスに委ねたが、そのプロセスが正常に機能した場合でも、少数者の人権が侵害される恐れがあるから、違憲審査制を導入したとみるべきである。さらにプロセス的二重の基準論は、すべての集団が少数者であり、その集合によって多数派が結成されるとするプリアリズム的民主主義観を採るが、その見方は一面的である。日本において、経団連や連合は他の集団と異なる強力な圧力集団であり、これらの集団を中核にして多数派が形成されるとみるべきであり、将来多数者になる可能性のない生活困窮者等の少数者を保護するメカニズムは、このプリアリズムのメカニズムの中に基本的には含まれていない。そこでプリアリズムのメカニズムも部分的に裁判所に少数者の保護を要請するとするが、その構造の下では、その保護は、弱いものとならざるを得ない。したがって少数者等の人権保障の観点から、上記のプロセス論をとることはできない。

以上は、基本的には精神的自由と経済的自由という人権の種類の相違により審査基準の厳格度に差を設けるものであるが、判例・学説は経済的自由規制立法に対する審査基準について、規制目的により厳格度に差を設ける。すなわち積極目的規制の場合、経済的弱者の保護や経済の安定的・持続的成長など、政治的考慮を要する政策目標等の目的とそのための手段の合理性が問われる。政策的観点からその目的・手段の選択範囲は広いし、目的・手段の適合性も種々の社会的要因を考慮した推量的・裁量的なものにならざるを得ない。そして裁判所はかかる社会・経済政策の合理性を、証拠の限定される訴訟手続の中で判断することは困難であるから、「明白性の原則」を適用して立法府の判断を尊重し、正当な目的があれば、当該規制措置が明白に著しく不合理でない限り合憲とすべきであるが、当該規制が著しく不合理であることが明白である場合に限って違憲とすべきである。小売市場判決（最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁）は、この基準を適用して中小の小売商を過当競争から保護する距離制限を合憲とした。これに対し、消極目的規制の場合、裁判所の能力論を問題とする必要が少ないから、「厳格な合理性の基準」が妥当する。この基準によると国民の生命・健康に対する危険を除去・緩和するための規制の場合、裁判所

⁽⁸⁹⁾ 前掲、松井茂記「二重の基準」304-339頁。

⁽⁹⁰⁾ 井上達夫「法という企て」（東京大学出版会、2003年）177頁。

が規制の必要性・合理性及び「同じ目的を達成できる、より緩やかな規制手段」の有無を立法事実にもとづいて審査して、合憲性を判断する。薬局距離制限違憲判決（最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁）は、当該基準より薬局開設の距離制限を違憲とした。

この消極・積極目的規制二分論は、経済的自由規制を消極・積極目的で類型化して異なる審査基準を適用するものであり、審査基準の細分化の点で評価できるが、問題点もある。すなわち第一に、消極・積極目的規制二分論は、政策の目的を消極目的と積極目的に区別できることを前提とするが、抽象的には、両者を区別しえても、実際には、問題の規制が、いずれの規制かは容易に決められない場合が多いため、「結果先取的」に、裁判官が望む結果に合わせて「規制目的を恣意的に選ぶこと」になる点で問題である⁽⁹¹⁾。確かに、そういう面がないと、否定できないが、それを防止するために、規制目的の判定基準の客観化・具体化を図るべきである。

第二に、積極目的の場合に、一律に明白性の原則を適用すると、「ある利害関係人に不利ないし不都合な結果」が生ずる点で問題である。そこで「弱小商工業者保護」のための制限により「他の弱小商工業者」や「消費者」の利益が侵害される恐れがある場合には、利害関係人保護の観点から「厳格な合理性の基準」を適用すべきである⁽⁹²⁾。例えば、関税定率法9条による輸入制限は、国民経済の円満な発展という経済政策的目的から行われる積極目的規制に該当し、規制目的二分論からすると、その輸入制限は、明白性の原則によって判断され、合憲とされよう。しかし、この場合、一定の業者を弱者として保護する反面、業種によっては強者でない業者に損失を被らせることがあるから、明白性の原則を一律に適用するのは、疑問である。

第三に、第二の問題点と関係するが、営業の自由の積極目的の場合に、「自然人と法人の差」を無視して、目的の区別により審査基準の緩厳を決めるのは問題である。したがって、自然人か法人の区別を加味して、自然人の営業の自由の積極目的規制の場合、精神的自由の側面もあるから、明白の基準ではなく、厳格な合理性の基準を適用すべきである。第四に、積極・消極という区別は、経済的自由を規制する側の理由に基づくものであり、しかも立法目的の具体的な緊要度とは関係ないものであり、「規制される利益の性質・重要度」に直接的な関係を持たないため、消極目的の場合には、規制を受ける者からすると、消極目的の規制の場合の方が規制を納得しやすいが、積極目的の規制の場合に、自己が不利益を受けるときに、厳格な合理性の基準を適用しないで、明白性の原則を適用して、合憲とされるのには納得しづらい⁽⁹³⁾。この問題点を解決するためには、審査基準の決定の際に、規制をうける者の不利益の質・重要度をも考慮すべきである。

なお圧力団体による民主的政治過程との関連で規制目的二分論を肯定する議論がある。その議論によると民主的政治過程において、積極目的規制の法案が提出される場合、それに利害関係を持つ利益集団が各特殊利益を法案に反映させようとし、その競争の結果、特定の利益集団が他者の犠牲において利益を得るといった危険が減少するから、裁判所は、その結果として定立された法律を尊重できるし、他方、消極目的の場合、利害関係を有する利益集団は、規制のもっともらしさに幻惑されて、競争による均衡過程がうまく機能し

(91) 高橋和之「立憲主義と日本国憲法」（有斐閣，2005年）214頁。

(92) 高橋和之「立憲主義と日本国憲法」214頁参照。

(93) 高橋和之「立憲主義と日本国憲法」215頁参照。

ない危険があるから、裁判所は、厳格に審査する必要があるとして、規制目的二分論を擁護する立場⁽⁹⁴⁾がある。確かに、このようなことがいえる面はある。しかし、この立場は、積極目的規制に関わる政治過程に利害関係を有するすべての集団が、平等に競争に参加しているとするが、それは、疑わしい。その政治過程に有効に参加するためには、資金と組織力が必要であるから、経団連や連合等の強力な圧力団体は、その利益を関係法律に反映しやすいが、組織化が困難な消費者は勿論、弱小の圧力団体でさえ、その利益が立法過程で考慮されず、関係法律に反映されることは難しいと思われる。そうだとすれば、裁判所は、当該規制が消費者等の利益を不当に害することがないか慎重に判断するべきであろう。また、消極的目的規制の場合、その目的に幻惑されて、利害関係を有する利益団体の活動が弱化するとは思えない⁽⁹⁵⁾。したがって、この規制目的二分論の擁護論は、興味深い議論であるが、支持できない。

以上により、規制目的の区別は、審査基準の厳格度を判断するうえで重要であるが、消極目的と積極目的に区別するだけでは、おおまかすぎるから、その目的の細分化を図るべきであるし、また規制を受ける利害関係者の性格（自然人か法人か、企業規模ないし強者か弱者か）・規制される利益の性質・重要度・受ける不利益の程度等を考慮して、審査基準の厳格度を決定すべきである。

以上のように精神的自由と経済的自由につき、修正された形であるが、二重の基準は適用されるが、以下の点は留意すべきである。まずアメリカの判例でも表現の自由と経済的自由の峻別が崩れ、表現の自由が問題とされない事例でも、緩やかに審査よりも厳格な審査（中間審査）を行う動きがあるように、精神的自由と経済的自由との保障の程度が段階的に全く異なる形で区別されるのではなく、両者の複合形態では保障の程度をほぼ同じくする領域を含むし、自己実現と結び付く経済的自由の場合には厳格な合理性の基準が妥当するという点である。

次にアメリカ的二重の基準論では、その本来の射程範囲に属さない「生存権」「労働基本権」や「プライバシー権のような新しい人権」をどう位置付けるべきかが問題になる。

生存権の場合、二五条は、プログラム規定ではなく、自由権を実質化するために生存権（人間の尊厳にかかわる「生きる権利」）を法的権利（抽象的権利ないし具体的権利）として保障するものであるが、特に生活困窮者の生存権は少数者の権利であるため、多数決原理に立脚する民主制の過程によりその実現を図ることは困難であるから、司法の特別の保護を必要とするものである⁽⁹⁶⁾。

そうはいつでもその保護内容を憲法上確定できるか問題になる。救貧レベルの生存権は、現代の日本の生活においてその生存に不可欠な生活レベルを担保する給付請求権であり、その給付内容は一定の幅があるが確定できるから、国はそれを保障する措置を取る義務を負う。そして裁判所は国会がその立法措置を取ったか、取ったとしてもそれが不十分でないかを厳格に審査すべきである。防貧施策として、社会福祉的サービスにより広く「一般国民」に、より健康で、より文化的な生活を保障しようとする場合、生存権の内容は確定が容易でなく、その権利性は弱くなる。したがって、この場合、生存権の実現は、国の財

⁽⁹⁴⁾ 長谷部恭男「憲法〔第4版〕」（新世社、2008年）250-251頁

⁽⁹⁵⁾ 高橋和之「立憲主義と日本国憲法」214頁参照。

⁽⁹⁶⁾ 芦部信喜「憲法学Ⅲ人権各論(1)」（1998年）89頁。

政・社会政策の問題と深くかかわり、広く立法裁量に依存するので、審査基準は「合理性の基準」となる。

労働基本権の場合は、労働者の生存権の確保にとって必要な重要な人権であって、精神的自由の実質化に不可欠であるから、合理性の基準よりも厳格な基準を適用すべきであるが精神的自由自体でないから、精神的自由に妥当する「厳格な LRA の基準」ではなく「緩やかな LRA の基準」が妥当すると解すべきである。

これに対し、**プライバシー権の場合**は、合衆国裁判所が女性の妊娠中絶の権利などプライバシーの権利（自己決定権を含む）をデュー・プロセス条項によって保護された「自由」と認めたとあって、それを「基本的な権利」と考えて、その制約に厳格審査を適用してきたことを踏まえつつ、場合を分けて合憲性判定基準を考えるべきである。すなわち、暴露された場合に大きな不利益を受ける前科・病歴等のプライバシー情報の場合、「厳格な基準」が妥当すると解すべきである。これに対しそれ以外のプライバシー情報の場合は、「中間審査基準」で足りよう。

平等権の場合でも自由権・参政権特に選挙権・社会権の差別が問題になるときは、通常、自由権・参政権（特に選挙権）・社会権の侵害をもたらすから、その制約の審査基準を準用すべきである。「固有の差別の場合の審査基準」については、判断基準の客観化の方向をめざして、伊藤正巳氏は、憲法一四一条一項後段に次のように裁判規範としての意義を持たせている。すなわち「一四一条一項後段事由による差別は、民主制の下で通常許されないものと考えられるから、その差別は合理的根拠を欠くものと推定される。したがって、それが合憲であると主張する側が合理的差別であることを論証する責任を負い、それが果たせない限り違憲とされる。これに反して、それ以外による事由による差別は前段の一般原則に関して問題となるが、ここでは代表民主主義の下での法律の合憲性の推定が働き、差別もまた合理性をもつものと推定される。したがって違憲を主張する側が合理性の欠如を論証しなければならないことになる。このように解すると、後段の列挙は例示であるが、裁判規範としては、存在意義をもつことになる。」⁽⁹⁷⁾。これらの所説は、一四一条一項後段の差別事由にかかわる合憲性の争いについて、合憲性の挙証責任を公権力側に転換することによって、安易な合理性の認定に歯止めをかけようとする。阿部照哉も同趣旨だが、一四一条一項後段の事由による差別は、「強い違憲の推定」を受ける⁽⁹⁸⁾と説く。確かに、一四一条一項後段の差別事由による差別は歴史的に民主主義的合理性に欠ける差別の典型であろう。しかし「強い違憲の推定」を一律に後段に適用すると、「司法審査のあり方としてあまりに硬直した方式となるおそれがある」⁽⁹⁹⁾といえる。そこで同条一項後段の差別事由による差別は、疑わしい差別として厳格審査ないし中間審査に服すると考えるべきである。

そこで、厳格な審査を行わない場合でも「合理性の基準」ではなく「厳格な合理性の基準」が妥当する場合があるとする戸松説⁽¹⁰⁰⁾は注目に値する。戸松秀典は、合衆国の判例で形成された審査基準を参考にしながら、一四一条一項後段事由に基づく差別的取り扱いの

⁽⁹⁷⁾ 伊藤正巳「憲法」(1982年)244頁。

⁽⁹⁸⁾ 阿部照哉「法の下での平等」清宮・佐藤・杉原編『新版憲法演習Ⅰ』(1980年)220頁。

⁽⁹⁹⁾ 戸松秀典「平等原則と司法審査」(1990年)334頁。

⁽¹⁰⁰⁾ 戸松秀典「平等原則と司法審査」(1990年)325-327頁。

場合に関しては、そのすべてに対して、裁判所が「最も厳格度の強い審査」を行うべきというわけではなく、合衆国の判例傾向に現れているように、問題（性差別など）によっては、「中間の審査」の程度で処理されざるをえない場合もあろう。また「厳格な審査に属しない差別事由」の場合でも裁判所は、個別に、事件ごとに、「単なる合理性の基準」によらない「厳格度を増した合理性の基準」採用すべきである。「厳格な審査に属しない差別事由」については、立法裁量に委ねるのが妥当な面があるが、単純に立法裁量論に依拠することは、憲法保障の重い役割を担う司法審査制の意義を損なうので、一定の場合には、「厳格な合理性の基準」を適用して、立法裁量に歯止めをかけるべきであるとする。

この戸松説は、ほぼ妥当な審査基準を提供するが、その具体化の面で不十分な点があるといえる。この点で、事案に柔軟な対応をしつつ、客観的な審査基準の具体化を図る芦部の次の見解⁽¹⁰¹⁾には注目させられる。その見解によると、少なくとも一四条一項後段の「人種や門地による差別」については、「厳格審査テスト」を適用することが考えられる。これに対して一四条一項後段の「信条、性別、社会的身分による差別」の適否は、「厳格審査テスト」ではなく、「厳格な合理性の基準」によるのが適切であるとされる。人種差別と性差別とを比べると、個人の尊厳との関係で前者の方が不快な程度が大きいといえるし、また女性は孤立し隔離されたマイノリティとはいえないから、民主制の過程を通じて女性差別を是正し得る。この差異を考慮するならば、原則として、人種差別には「厳格審査テスト」が妥当するに対し、女性差別には、「厳格な合理性の基準」が妥当すると解すべきである。

さらに、「一四条一項後段の差別事由以外の場合」でも、この事由に類似する事由に対して「審査基準の厳格化」が主張される。この点につき、浦部法穂によると、後段に列挙されていなくても先天的（生まれ）に決定される事項に基づく別異取扱は、人間平等の理念および民主制の理念に照らして、原則として禁止されるべき差別にあたりとみなすべきである⁽¹⁰²⁾とされる。しかし、安西文雄が指摘するように、先天的に決定される事項（右利きか左利きかといったことなど）は広範囲に及ぶので、かかる差別を、例えば人種差別と同列視するのは行きすぎであろう⁽¹⁰³⁾。従って先天的事由による差別のうち、偏見に基づく差別を偏見の強弱に応じて、厳格審査ないし中間審査に服さすべきである。

以上により、形式的平等についての審査基準は一応明らかになったので、次に一四条一項の保障する「実質的機会の平等の審査基準」をどう考えるかが問題となる。この点に関しては、次のように考える。すなわち「実質的機会の平等」については、スタート・ラインにおける平等を確保する観点から実質的機会の平等を促進する立法府の裁量が肯定され「緩やかな審査規準」が適用されるが、一四条一項後段事由にかかわる差別をもたらす場合やそれに準ずる場合には、形式的平等との調和を考慮し、「厳格な合理性の基準」を適

⁽¹⁰¹⁾ 芦部信喜「憲法学Ⅲ人権各論(1)」(1998年)30頁。なお芦部は精神的自由ないしそれに関連する権利の差別に対して「厳格審査テスト」が、絶対的平等を事実上要求するように硬直的に運用されてきたことを危惧して、そのテストを用いず、立法目的につきやむにやまれぬ目的を要求する「厳格な合理性の基準」を用いる(同書31頁)が、最近の判例(115S. Ct.2097, Adarand Construcors, Inc. Pena, 1995など)においては、その点が反省され、「厳格審査テスト」が硬直的に運用されていないから、その硬直性を理由に「厳格審査テスト」をこの場合に回避する必要はない。

⁽¹⁰²⁾ 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂「注釈日本国憲法上巻」(浦部法穂執筆)(1984年)328頁。

⁽¹⁰³⁾ 安西文雄「法の下での平等原則について」博士論文(1991年)429頁。

用すべきである⁽¹⁰⁴⁾。

四 ドイツの三段階審査論（修正としての二段階審査論を含む）とその批判

学説によってアメリカ的二重の基準論の日本的受容（アメリカ判例法理を抽象化して導入すること）がなされた。しかし、最近、二重の基準論のアプローチは類型的すぎると二重の基準論を批判し、日本の判例、特に最高裁判例の展開とその内在的論理構造に適合的であるということで、ドイツの学説・判例で採用されている三段階審査の有効性が主張されている⁽¹⁰⁵⁾。この三段階審査は、防御権（自由権）の規制につき、三段階の審査を行うものである。その三段階の第一段階は基本権の保護領域ないし内容（範囲・程度）にかかわるかどうかの審査である⁽¹⁰⁶⁾。その保護強度は①権利の重要性②侵害態様を「人格関連」等を考慮して決定する。国家の措置がこの領域にかかわるといふことになると、第二段階で基本権の制約（侵害）となるかが問題とされる。侵害行為は、基本権法益に対する些細とはいええないような国家作用であって、基本権の担い手の意思に反する行為である。この侵害があった場合、第三段階で、その制約が正当化されるかどうかの審査がなされる。正当化の立証責任は国家の側にある。その正当化には形式的正当化と実質的正当化がある。「形式的正当化」の要素として、①法律の留保の原則、②明確性の理論、③過度の広汎性の理論を挙げうる。「実質的正当化」に際して使われるのが、目的・手段間の関係を問う憲法上の比例原則（警察行政法における比例原則に起源を持つが、その規律密度が希薄化した憲法原則）⁽¹⁰⁷⁾である。

もっとも、石川健治は、行為論—違法論—責任論を基本的枠組みとする民法の不法行為論や刑法の行為論（行為・結果・因果関係）との整合性を考慮して、判例内在的三段階審

⁽¹⁰⁴⁾ 中村教授も、実質平等を結果の平等と把握したうえでであるが、ほぼ同趣旨の見解を述べる。すなわち「一般的にいえば、実質的平等については、立法府の裁量が肯定され緩やかな審査規準が適用されるが、「特定の範疇の者への優遇措置が、憲法一四条一項後段所定の差別禁止事項にかかわる場合には、中間の審査基準である『厳格審査』基準を適用して、当該優遇措置が、特定の範疇の者に不名誉を与え、または、特定の範疇の者の形式的平等の実現を妨げるような結果になるか否かを審査しなければならない。」とし、また、「在宅投票制は、身体障害者に在宅投票という特別の措置を認めるもので、実質的平等に関するものであるが、選挙権という重要な人権の侵害が問題になるので、単なる『合理性』の基準よりも、より厳格な基準を必要とする。」（中村陸男「法の下での平等と『合理的差別』」公法研究、1983年、39-42頁）と説く。

⁽¹⁰⁵⁾ 渡辺康行「憲法訴訟の現状」（公法研究第71号）2-3頁・15-19頁、小山剛「「憲法上の権利」の作法」（尚学社、2009年）11-18頁・25-94頁、青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリスト（No.1400）2010.5.1-15、68・72-74頁、石川健治・駒沢圭吾・亘理格「Misson: Alternative-連載2年を振り返って」『憲法の解釈第23回・最終回・Round 7 違憲審査基準論』2009Mar. No.342法教39-45頁、駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」第20回 [Round 7-1] 違憲審査基準論法教2008Nov. No.338、41-51頁、松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山剛=駒村圭吾編『論点探究憲法』（弘文堂、2005年）94-100頁、B・ピエロート=B・シュリンク（永田秀樹=松本和彦=倉田原志訳）「現代ドイツ基本権」71-103頁、シュテルン（赤坂正浩・片山智彦・川又伸彦・小山剛・高田篤）「ドイツ憲法Ⅰ総論・統治編」（信山社、2009年）244-250頁、同（井上典之・鈴木秀美・宮地基・棟居快行編訳）ドイツ憲法Ⅱ基本権編」（信山社、2009年）305-361頁、コンラート・ヘッセ（初宿正典・赤坂幸一訳）「ドイツ憲法の基本的特質」（成文堂、2006年）206-207頁。

⁽¹⁰⁶⁾ 宍戸常寿「人権・基本的な考え方(3)憲法上の保護の範囲・程度」法セ642号（2008年）66-67頁。

⁽¹⁰⁷⁾ 前掲、シュテルン「ドイツ憲法Ⅱ基本権」305-311頁、須藤陽子「比例原則」法教237号（2000年）18頁・20頁、宍戸常寿「人権・基本的な考え方(5)目的・手段審査」法セ644号（2008年）84-87頁参照。

査において因果関係論の一バージョンである保護範囲論より権利侵害論を先行させる⁽¹⁰⁸⁾。すなわち第一段階の権利侵害論、第二段階の保護範囲論を主軸として、目的手段審査（比例原則）を、合目的性ベースを合法性の論理で包摂すべく例外的に違憲性を阻却できる事由の有無を検討する第三段階に限定している。しかし、刑法や民法の不法行為の場合、それらの保護法益（生命・身体・財産・自由等）は、個別的構成要件によって保障され、憲法的法益である人権より具体的であるから、その確定を先行する必要性が乏しいが、例えば表現の自由という憲法的法益の保護範囲は取材の自由やアクセス権まで及ぶか争われるから、侵害対象である人権の保護範囲を先に確定することは合理的であるといえよう。また権利侵害論は、防御権の制約がその保護領域を侵害（制限）するに足る行為であるかを論じるのであるから、その確定のためには規制対象である保護領域を明らかにする必要がある。したがって、三段階審査に立つ場合、①保護領域→②侵害（制限）→③正当化の順で論じるのがよいであろう。

この審査の基本軸は目的・手段審査である。まず「制約目的の正当性」が審査される。「正当な目的」として「他人の基本権保障」や「憲法的地位を持つ他の法的価値の保護」を挙げうる。この目的審査は、正当な制約目的を持たない国家的措置を排除するという、「消極的な審査」ととどまるので、審査の重点は、「手段審査たる比例原則」に置かれる。

この比例原則は、次の三つの要素からなる。第一は、手段の適合性（関連性）判断であり、目的達成手段として、その手段が実際に役立つかを事実上照らして判断する。実際は目的達成のために何の役にも立たない手段（明白に誤った手段）だけが適合性が無いとされるに過ぎないから、ドイツの判例においてこの段階で違憲とされた例は極めて少数にとどまる。従って比例原則の重点は必要性及び均衡性（狭義の必要性）の審査にある⁽¹⁰⁹⁾。第二の要素は、必要性判断である。この判断は、目的達成のためには、同等の有効性を持ちつつも、他にもっと緩やかな手段がないかを審査するものである（必要性の原則）。この点につきシュテルンは、同等の有効性を持ちつつも、より制限的でないことが明らかな他の手段選択の可能性の審査が必要であり、その手段は目標達成にとって同程度に適合的であることが「一見明白」でなければならないとして、用いるべき手段につき裁量の余地を認めている⁽¹¹⁰⁾。シュテルンによると最も侵害的でない手段を決定する場合、侵害措置については、当事者に対する侵害度が決定的に重要な判断基準となるが、併せて一般に対する侵害の多寡の程度も考慮すべきであるとし、授益的措置については、「重大な不適切性」を回避するためにどの手段が一般に対してもたらす不利益が最も少ないかが問われるとする。一方において負担が生じ、他方において授益が生じるときには、個人的地位に負担を加える要素をより重視すべきであるとする。補充的であるが副次的作用も考慮する。これらの点を考慮すれば、「唯一の必要的手段」への限定が余りにも理論的であり、実際には連邦憲法裁判所が「より過酷でない他の手段が用いることが一義的に認定できる場合に限り、法律により規制は過度の負担を与え、それゆえ違憲である」としたように、必要

⁽¹⁰⁸⁾ 法教2009 Mar. No.342における石川発言（2000年）40-42頁、石川健治「夢は実り難く、道は極め難し—「憲法的論証」をめぐる幾つかの試行について」法教340号（2009年）56-57頁以下、同「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」法律時報74巻7号、60-64頁。

⁽¹⁰⁹⁾ 前掲、シュテルン「ドイツ憲法Ⅱ基本権」316頁。

⁽¹¹⁰⁾ 前掲、シュテルン「ドイツ憲法Ⅰ総論・統治編」249-250頁。

性についての「明白性の統制」に行き着くとする⁽¹¹¹⁾。駒村も、必要最小限の規制は「割引」いて考える必要があるとする⁽¹¹²⁾。このように必要性の原則は、「緩和化」されたものであり、アメリカで用いられるLRAの原則とは異なるものといえよう。第三は狭義の比例性（適切性ないし均衡性）では、「手段」が「その手段より生じる不利益」との間に比例性を有するかを換言すれば「制限」が「基本権（防御権）の重要性及び意義・侵害の範囲と侵害の重大性・程度・侵害の危険性の程度」に対して「適切な関係」に立つかを審査する⁽¹¹³⁾。「目的」と「手段」の「均衡性判断」ないし「規制によって得られる利益＝個人的法益を含む広義の公益」（目的）と「規制によって失われる利益」（結果）の利益の均衡性（適切性ないし要求可能性）⁽¹¹⁴⁾が求められる。この考量の際に各人の自由に対する侵害度が強ければ強いほど広義の公益は重要でなければならないことや公益保護の緊急性を踏まえて考量を行い⁽¹¹⁵⁾、目的に対して手段による結果（不利益ないし犠牲）が「著しく不釣り合い」の場合（手段と目的との不適切な関係）ないし「規制によって失われる利益」が「余りにも大きい」と判断された場合（利益の不均衡性）は、当該規制は正当化されない。

このように比例原則において3つの要素は区別されているが、ドイツの連邦憲法裁判所は、しばしば、「包括的」にこの原則自体またはこの原則に従った「衡量」をしている。この場合、比例原則は、分節的ではなく「総合的」に適用されるから「一定の基準」に基づく「比較衡量」に近づくことになる。

この防御権に関する三段階審査の主張者の多くは、無限定の個人の自由と限定された国家による自由の制限可能性が原則であり、法律による制約は例外（原則—例外関係）である⁽¹¹⁶⁾とし、この市民的国家原理を強調して防御権を無制限の自然的自由と位置づける⁽¹¹⁷⁾。確かに自然的自由である防御権（自由権）は、憲法に確認的に受容されるが、「全能の憲法制定権」が憲法に受容される時に「限定された制度的憲法改正権」に変容するように、防御権も民主的・法治国家的憲法秩序の中に取り込まれて、この秩序の本質的構成部分となり、公共の福祉によって制約される「実定的自由」に転化する⁽¹¹⁸⁾のである。自然的自

(111) 前掲、シュテルン「ドイツ憲法Ⅱ基本権」318頁。

(112) 前掲、駒村「憲法的論証における厳格審査」49頁。

(113) 前掲、シュテルン「ドイツ憲法Ⅱ基本権」314・321・360頁。

(114) 前掲、シュテルン「ドイツ憲法Ⅱ基本権」319-320頁。

(115) 前掲、シュテルン「ドイツ憲法Ⅱ基本権」324・360頁。

(116) 前掲、小山剛「『憲法上の権利』の作法」12-13頁。

(117) シュミットによると、市民的法治国家における基本権（真正の基本権）は、前国家的権利である自由権であり、原理的に抑制し得ない個人の自由な領域を保障するものである。これに属するものは、まず孤立した個人の自由権（良心の自由・恣意的な逮捕に対する保護のような人身の自由・住居の不可侵・信書の秘密・私的所有権）である。次に他の諸個人と結びついた個人の自由権（言論・出版の自由を伴う意見発表の自由・集会の自由・結社の自由・礼拝の自由・団結の自由）も、諸個人の自由な競争と自由な討論が承認されている限り原理的に抑制されない個人の基本権とされる。しかしこの自由権の場合、個人が社会活動を行い、単純な社会性という非政治的状态を抜け出すと個人主義的人権の性格を止め、権利保護の絶対性を失い規制と規律を受ける基本権となる。特に政治的状态に抜け出しやすい団結の自由の場合は、無限定の自由権でなくなりやすい。例えば争議団体のストライキ等の特殊な社会的な実力手段の行使は、政治的性格を帯びるからは、ストライキ権は無限定の自由権ではない。（シュミット [尾吹善人訳]「憲法理論」203-207頁。このようにシュミットは、防御権（自由権）を一律に無限定の自然的自由権とみていない。

(118) 前掲、コンラート・ヘッセ「ドイツ憲法の基本的特質」185頁参照。

由は憲法上の権利に転化すると社会性を帯びるから、公共の福祉によって制限されるのである（憲法13条・22条・29条）。

これに対して、石川健治は各人権規定を憲法13条の特別規定とみ、特別法が一般法を破るというルールにより、各人権規定が優先するから公共の福祉によりすべての人権が制約されるとするのは失当であると主張する⁽¹¹⁹⁾。しかし各人権規定と新しい人権の根拠規定たる面における憲法13条とは、特別法・一般法の関係に立つが、「人権規制規定」の側面では、そのような関係に立たない。従って、憲法13条の一般的制約規定は各人権に適用されるから、公共の福祉によって、すべての人権は内在的に制約される。また防御権の制限は、違憲と推定されるとするが、国民主権ないし民主制の原理からすると、原則、国権の最高機関である国会による人権規制立法は合憲と推定されるのである。もっとも精神的自由や選挙権の規制の場合には民主制の過程が機能しないから違憲性が推定されるのである。

この三段階審査の中核的要素は比例原則であるが、その原則の第二の要素の「手段の必要性判断」はアメリカ的LRA原則に似ているように見える。しかし、必要性判断は緩和化されたものであり、アメリカ的LRA原則とは異なる。また狭義の比例性（均衡性）判断は比較衡量に近いものであり、しかも必要性判断と総合してなされる場合がある。この場合、「必要性判断」は「均衡性の判断」に吸収されてしまう。したがって比例原則は、「裸の利益衡量論」⁽¹²⁰⁾というより「一定の基準」に基づく「利益衡量論」であるが、ここにおいては裁判官が主観的に精神的自由等より公益を過大に重視する恐れがある。三段階審査の主張者である石川健治自身さえ均衡性・合理性・必要性の三段階しかないオーソドックスな比例原則が従来のアメリカ的違憲審査基準より「粗い基準」になる恐れを危惧して、「多段階的な違憲審査基準」の長所を認めて、類型的事案に応じた比例原則の多段階化を主張している。そうだとするなら、判例における人権保障特に精神的自由の保障が不十分な我が国の状況においては、より一層の人権保障のために、外在的な審査基準論を柔軟に適用すべきである。すなわち規制される人権の性質・重要性に応じて二重の基準論を参考にしながら審査基準の振り分けを行い、その利益考量の基準を予め設定して裁判官の恣意的判断を統制した上で、各人権ごとに、人権侵害態様等を顧慮して厳格度は異なるにしても、立法事実に基づく「威力ある合理性の基準」をベースラインにして審査を行うのが妥当であろう⁽¹²¹⁾。

平等原則（平等権）と生存権については、三段階審査ではなく二段階審査⁽¹²²⁾がなされるとする。平等原則（平等権）は、実体的権利ではなく、「相関的権利」に過ぎないから、

⁽¹¹⁹⁾ 石川「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」法時74巻7号61頁。

⁽¹²⁰⁾ 高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」曹時61巻12号（2009年）3637頁。

⁽¹²¹⁾ 高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）（下）」ジュリ1363-1364（2008年）（上）64頁以下、（下）108頁以下、同「立憲主義と日本国憲法」（有斐閣、2005年）217・222-223頁、同「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」曹時61巻12号（2009年）3609頁、石川健治「夢は実り難く、道は極め難し—「憲法的論証」をめぐる幾つかの試行について」法教340号（2009年）53頁以下、58頁、石川健治ほか「Mission: Alternative—連載2年を振り返って」法教342号（2009年）45頁〔石川発言〕参照。

⁽¹²²⁾ 石川健治「夢は実り難く、道は極め難し—「憲法的論証」をめぐる幾つかの試行について」法教340号（2009年）59頁、石川健治・駒沢圭吾・亙理格「Mission: Alternative—連載2年を振り返って」『憲法の解釈第23回・最終回・Round 7 違憲審査基準論』2009 Mar. No.342 法教42頁、小山剛「『憲法上の権利』の作法」（尚学社、2009年）、108-110頁・116-118頁・121-122頁。

実体面では空虚ないし無内容といえるから、その場合は少なくとも物的な保護範囲がなく審査は、①比較の対象の特定と別異取り扱い＝制限②正当化事由の検討（目的・手段の両面から見て合理的区別として違法性が阻却されるか否か）の二段階になる。すなわち法的関連性を有する限りで同一とみなされうる事態を差別的に扱ったかどうか、あるいは法的に有意な差異のある事態を同一に扱ったかどうか、が第一段階で、次は正当化事由にまつわる第二段階の「合理的区別」の判断になる。この第二段階では形式的には平等権侵害が争われても、実体において個別的権利侵害が問題になっているのなら、基本的権利の性格に応じて比例原則が厳格ないし緩和的に適用される。固有の差別が問題の場合には憲法14条1項後段事由（疑わし差別・準疑わし差別）に該当するかが審査されるとする。

しかし、平等権はその内容において空虚だとはいえない。すなわち「等しい者は等しく取り扱うべし」という平等の定式は、理由もなくある者を有利に、他の者を不利に扱うことを拒否することを命じるから、空虚とはいえない。また平等権は比較的権利であるが、平等権侵害は単に差別により生じるのではなく、更に不快感を与える利益侵害があって初めて生じるのであるから、「実体関係の概念」であり、内容的に無であるとはいえない。従って、平等権は、少なくとも「不利益な別異取り扱いからの自由」という「実体的内容」を有する比較的権利であるといえる⁽¹²³⁾。したがって、平等権に実体的内容がないということ前提で立論することは妥当ではない。

生存権については、立法裁量を前提とした緩やかな審査であり、また国家の不作为の違憲性が問題になるから、二段階審査で済むとする。すなわち国に対して、一定の作為を求める生存権の場合、憲法と法律との関係は、親和的であり、防御権のように原則一例外関係としての対抗関係を前提としないため、権利侵害論を構成するためには、前提として、立法裁量により「未確定の生存権」を権利内容の面で具体化して受給権を構成（作為義務の内容が何であるかの確認）する必要がある。また保護範囲においては、重要なのは憲法が要請する最小限の保護を提供することだけであるから、「過小供給禁止の原則」などが適用され、受給権が正当化されるとあらためて正当化事由に関する議論をする必要がなくなり、①生存権の権利内容の具体化による受給権の確立②国による作為義務履行の程度が憲法の要請する最低限度を下回っていないかの確認をする保護範囲論の二段階で処理されることになる。そしてこの審査は、明白な不作为のみが違憲となるという「緩やかな基準」で行われるとする。しかし、現在の先進国日本における生存権の具体的内容は、防貧政策の場合はよりよい生活水準の保障であるから、日本の経済力や財政状態等を踏まえて、立法裁量に委ねざるを得ないが、個人の尊厳を維持するのに不可欠な生活水準は一定の数値で確定的に決定できなくとも、幅のある数値で決定することは可能である。平成23年の高卒・大卒の初任給は16万円・20万円であり、平成17年3月末の厚生年金の平均受給金額は16.9万円であるから、10万円～16万円くらいが救貧政策として要請される最低限度の生活を営むに必要な金額（月額）といえよう。従って生存権を権利内容の面で未確定だとして立論するのは妥当でない。このように二段階審査の立論にも問題がある。

⁽¹²³⁾ 棟居快行「人権論の新構成」（1992年）150頁。

五 結び

経済的自由は、社会国家的公共の福祉により政策的に制約しうるから（憲法22条・29条）、内在的制約に服するに過ぎない精神的自由より広範な制約に服する。従って日本国憲法は経済的自由の規制、特に積極目的規制については広い立法裁量、精神的自由の規制には狭い立法裁量を想定しているから、それに応じて、各規制の合憲性審査につき異なる審査基準を用いるべきであるといえる。したがってアメリカ判例法理である二重の基準論を援用する憲法的根拠を両条（22条・29条）に求めうる。しかしアメリカの二重の基準論は、アメリカの社会状況や法現象と異なる日本においては、精神的自由に有利な形で判例上採用されているとはいえない。

そこで日本の判例法理と類似性を有するドイツ的三段階審査、特に比例原則を採用すべきであるという主張が有力になってきている。確かに本来なら日本の判例から日本の社会に適合的な審査基準を抽出するのが好ましいから、それに近いドイツ的三段階審査を採用すべきともいえる。しかし、ドイツ的三段階審査の核である比例原則は、公益を重視する比較衡量に転化する危険性がある。日本における人権保障を高めるためには、人権特に精神的自由に優位を置く二重の基準（三重の基準）論を大枠において採用して、裁判官の恣意的判断を統制すべきである。しかし二重の基準論を図式的に適用すると、具体的な妥当な結論を得ることができないので、予見可能性を確保するため精神的自由と経済的自由を大枠において区別しつつ、両者の連続性や重複性を考慮して、一方において各人権の重要度・人格関連性・社会性や人権に対する侵害方法（直接的か間接的か、付随的か等）とその侵害強度・危険性及び各人権の主体（自然人・企業〔大企業・中小企業・マスコミ等〕）・各人権内部における類型の差（例えば表現の自由内における言論の自由・出版の自由・集会の自由・結社の自由・放送の自由・知る権利・報道の自由・取材の自由・選挙運動の自由等の異同）を考慮し、他方において立法と司法との適切な役割分担を踏まえて、立法事実を審査する「威力のある合理性の基準」⁽¹²⁴⁾をベースとするきめ細やかな審査基準を段階的に設定して、立法事実に基づく「多段階的審査」を行うのが妥当であろう。

この観点からすると、**精神的自由の規制、特に表現の自由の場合**には、一応、経済的自由の規制の場合より厳格な基準が適用されるが、それが忠実に適用されるのは自己統治と自己実現の価値を有する表現の自由を直接規制する場合である。表現内容を規制する場合、その規制は原則的に憲法上疑わしいものと考えられ、事前抑制の場合には、行政権による検閲は、絶対に禁止され、裁判所による事前抑制は原則的に禁止される。そして利益衡量的アプローチによる場合には「厳格な基準＝やむにやまれない利益の基準」でその規制の合憲性が審査される。しかし、①煽動の場合は表現内容が切迫した暴力や法違反行為を煽動していて、かつその害悪発生危険性があったことを要求する基準が、適用されるべきである。名誉毀損の場合には、判例（夕刊和歌山事件〔最大判昭和44・6・25刑集23巻7号975頁〕）に従いつつも事実の真实性の証明の規定（刑法230条の2）を信頼できる資料に基づき真实性を誤信した場合にも拡大適用するにとどまらず、より表現の自由を重視して「誤信したことの相当の理由の挙証責任」を表現者から名誉毀損を主張する側に転換すべきである⁽¹²⁵⁾。そしてわいせつの場合は、判例は伝統的なわいせつの定義を踏まえつつ、事件で問題になっている文書のわいせつ性を種々の要素を総合考慮してアドホックに判断するものであり、読者からすると問題の文書がわいせつ物であるか予見し

づらいから、判例に従わず、わいせつ概念をあらかじめハード・コアポルノに限定する「定義づけ衡量」が用いられるべきである。これに対して、営利的表現は、企業の商業広告の内容規制の場合には、消費者の知る権利に影響を与えるから、個人の自己実現に関わるとしても、強く関わるとはいえないし、また虚偽の広告は消費者の利益を害するが、その制約の場合、その広告内容の真偽は判定しやすいから、その規制は不当に広範囲に及ぶおそれは少ないし、かりに及んだとしても、営利を追求する企業の行動に対する萎縮効果は弱い。これらの点から、営利的表現の規制にはより緩やかな基準が適用される。したがって、消費者の利益のような実質的な利益を直接促進するよう規制が限定されていれば、内容に基づく制約も許される。

これに対して、制約が表現内容に向けられていない場合、すなわち①表現内容中立的な時・場所・態様の制約と②表現行為に向けられていない制約が表現と結びついた行為に適用される場合には「厳格な中間審査基準」が適用されるべきである。

信教の自由や学問の自由の規制の場合、表現の自由との異同を考慮して表現の自由の基準を修正して適用すべきである。**人身の自由**は、人格の自由な展開に不可欠であるから、その規制は厳格な審査に服する。国民主権の具体化である**参政権**の規制も厳格な審査に服する⁽¹²⁶⁾。

経済的自由でも職業選択の自由は人格的自由の側面があるから、その規制、特に能力によって克服できない距離制限のような強い制限の場合、厳格な基準に準じる基準ないし厳格な合理性の基準がその制約の審査基準となるし、消極的目的の規制の場合には、裁判所の審査能力の点で積極的目的審査の場合より問題がないから、表現の自由の場合に適用さ

⁽¹²⁴⁾ 高橋和之は、威力ある合理性の基準に基づく審査に近い審査を通常審査とする。個人の尊厳（憲法13条）を確保する人権保障のために憲法81条で違憲審査権が規定されている日本国憲法の下においては、その権限の忠実な行使が要請されるため、裁判所は立法事実を自ら審査し、それを基礎に利益考量を行って合憲か違憲かを審査し、その結論に説得的な理由を付記する審査をすべきであり、この審査を「通常審査」とする。このベースラインとしての審査は、人権間に序列を設けずに行われる。そして事件の類型により通常審査より厳格な審査とそれより緩やかな審査を認める。具体的には、高価値な表現内容の規制、絶対的禁止の検閲以外の表現の事前抑制、信教の自由の直接的規制、自己決定権の制約につき「通常審査より厳格な審査」が妥当し、表現の場が非パブリック・フォーラムである場合、表現活動に対する政府の援助の場合、職業活動の内容・態様の規制、経済的自由の積極規制特に弱者保護のために強者を規制する場合、憲法14条列举事由以外の差別の事例などには「通常審査より緩やかな審査」が妥当とする（高橋和之「立憲主義と日本国憲法」（有斐閣、2005年）115頁・127頁・139頁・153頁・178頁・180頁・187頁・191頁・217頁・248頁・262頁・364頁）。このように事件の類型により審査基準を段階づける必要はあるが、その前に人権の種類（精神的自由と経済的自由）により大枠として精神的自由と経済的自由の審査基準を決定すべきである。それから憲法81条に違憲審査権が規定されていることで通常審査を基礎づけるのは問題である。日本の場合、制定法主義の国であるから、明文で違憲審査権を規定する必要があったが、判例法の国であるアメリカでは判例法による違憲審査権の基礎付けが認められる。したがって両国において違憲審査権の権限において殆んど差異がなく、事情によってはアメリカにおいては、違憲審査権の権限は日本より強化される。したがって、違憲審査権の明文規定は通常審査を基礎づける根拠としては弱いといえる。また人権の序列に基づいて硬直的に審査基準を決定するのは問題であるが、具体的ケースにおいては事情により人権の優劣は異なるが、一般的レベルでは政治的表現の自由は、自己統治ないし民主主義の前提条件であり、営利的表現より価値において優位すると言えよう。したがって、精神的な自由と経済的な自由とを区別しないで、人権規制の場合に原則として通常審査が及ぶとするのは妥当ではない。

⁽¹²⁵⁾ 前掲、高橋和之「立憲主義と日本国憲法」185頁参照。

れるLRAより緩和化されたLRAの基準を用いるべきである。これに対して積極目的規制の場合は、複雑な政策的考慮が必要であり、「裁判所の審査能力」と「司法と立法の適切な権限配分」の観点から、明白の原則を適用すべきである。財産権の場合、企業の生産手段（土地・工場・機械など）に対する社会的規制の場合には、社会国家の観点から立法裁量を認める必要がある（ドイツ連邦共和国基本法15条〔社会化〕参照）から、合理性の基準を適用すべきである。しかし個人の自由な自己決定を支える生活に必要な財産に対する制約の場合は、厳格な合理性の基準を用いるべきである。

平等権の場合、14条後段列举事由（例示的列举）は歴史上みられた典型的な差別事由すなわち先天的な条件や民主主義の根底をなす思想・信条の自由を害する差別事由であるから、その事由にもとづく差別は「疑わしい差別」であり、公権力側がその差別の正当性ないし合憲性を論証する「厳格な審査」テストまたは「厳格な中間審査」基準（厳格な合理性の基準より厳格であるが、厳格な基準より緩和された基準）により審査すべきである。すなわち、「人種」、「信条」による「敵対的差別」は「やむにやまれぬ政府利益」の達成のために、その別異の取り扱いが「必要不可欠」であるかを厳格に問うべきである。しかし、その差別が過去の差別の痕跡を是正するという重要な目的のために一時的「優遇」（ポジティブ・アクションなど）の場合は、実質的機会の平等のため必要であるから、その実現を困難にする厳格な基準の適用は妥当でないので、この場合、「重要な政府利益」の達成とその優遇とが「実質的に合理的関連性」を有しているかを「厳格」に問う「厳格な中間審査」基準を適用すべきであるべきである。また「性別」、「社会的身分」による差別の場合も「厳格な中間審査」の基準を適用すべきである。

優越的地位にある精神的自由ないし国民権を具体化する選挙権に対する差別の場合、厳格な基準を適用すべきである。経済的自由に対する差別の場合、その規制目的により区別し、弱者保護等のための積極目的規制は合理性の基準が妥当する。これに対し、国民の生命・健康等を守るための消極目的規制の場合、「厳格な合理性の基準」を適用すべきで

⁽²⁰⁾ 小山剛は、選挙権と参政権の機能を有する選挙運動の自由・平等につき、その制約を「権利の論理」と「制度の論理」に従って審査した場合、判例は在外国民選挙権の制限を「権利の論理」により厳格に審査し「やむを得ないと認められる事由」の有無を厳格に問うた（在外国民選挙権違憲判決〔最大判平成17・9・14民集53巻8号1704頁〕）が、衆院選挙小選挙区制における選挙運動の便益の格差が問題になった事例においては「制度の論理」により、立法府の広い裁量を認めている（衆院選挙小選挙区制訴訟判決〔最大判平成11・11・10民集53巻8号1704頁〕）し、また判例（最判昭和56・6・15刑集35巻4号205頁、最判昭和56・7・21刑集35巻5号568頁）は戸別訪問の禁止を、権利の制限と構成しているが、最判昭和56年7月の戸別訪問禁止事件判決の伊藤正己裁判官補足意見のように制度の形成という視点から再構成する余地があるとし、これ以外の選挙運動の規制も、「合理的関連性という緩やかな基準」を表現の自由に適用する場合を限定するためにも制度の論理によりルールの問題と考えたほうが良いとする（前掲、小山剛『憲法上の権利』の作法）161-170頁）。

しかし選挙権は在外国民選挙権違憲判決がいうように「国民の国政への参加を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものである」から、選挙制度はその自由で有効な行使を最大限保障すべき構築すべきであるのに、選挙制度により選挙権の自由で有効な行使とそれと不可分な関係にある選挙運動の自由を適正でないルールにより広範に制限するのは主客転倒である。選挙運動は候補者と有権者の有意義な相互的コミュニケーションの促進に奉仕すべきであるから、両者の隔離ではなく密接な関係を構築すべきである。これに対して、密接な関係があると買収がなされたり、情に流されてしまい選挙の公正が害されたりすると批判がある。確かに以前においてはそういうことがあったが、最近では、有権者は選挙の公正さの重要性を理解しているであろうから、そのような危険は少ないであろう。かりにそのような危険が具体化したら、その段階で処罰すれば足りよう。

ある。もっとも、その経済的自由が精神的自由と結合している場合「厳格な中間審査」基準を適用すべきである。

生存権の場合、その抽象的権利内容を具体化する立法が必要であるから、一定の立法裁量を認めざるを得ないから、立法不作為の違憲性審査は合理性の基準によることになるが、人格的生存に不可欠な面については、人格的自由と不可分であるから、厳格に審査される。また生活保護法によって生存権が具体化されているから、抽象的権利が具体的権利に転化している。従ってその削減は作為にも基づく生存権侵害の問題になるが、生存権の権利内容は幅のあるものであるから、その枠内の権利内容の後退である限り許容される。労働者の生存権を確保する労働基本権の刑罰等による制限は、その自由権的側面の問題であるから、多少緩和されたLRAの基準が適用される。教育を受ける権利ないし学習権の自由権的側面は、精神活動であるから厳格な審査に服する。

プライバシー権の場合は、場合を分けて合憲性判定基準を考えるべきである。すなわち、暴露された場合に大きな不利益を受ける前科・病歴等のプライバシー情報の場合、「厳格な基準」が妥当すると解すべきである。これに対しそれ以外のプライバシー情報の場合は「中間審査基準」を適用すべきである。**自己決定権**の場合も妊娠中絶の自由のような人格的自律にかかわる自己決定権の規制の場合は「厳格な審査」に服するが、それ以外の人格の核心に触れない髪型の自由等の規制は、「中間審査基準」による審査に服する。

[抄 録]

二重の査基準論につき、判例は一般論としては認めているようであるが、表現の時・所・方法の規制については、経済的自由の積極的政策的規制の場合に用いられる、立法裁量を広範に認める「明白の原則」と実質的にはほぼ同様な結果をもたらす「合理的関連性の基準」で処理され、この二重の基準が十分に具体化されず、機能不全に陥っていて、精神的自由の規制の分野における最高裁の違憲判決はほぼ皆無であり、また最近、学説においても公式的な「二重の基準」の適用（機械的当てはめ）ないしその硬直化に対して様々な批判がある。

そこで本稿は、アメリカにおける二重の基準論の形成・展開特に中間審査基準の展開を確認した上で、日本の二重の基準論の意義と問題点を明らかにする。この問題点から最近有力に主張されているドイツ的三段階審査（二段階審査を含む）を採用すべきかを検討する。その検討の結果、ドイツ的三段階審査は、比較衡量論に近いものになると考えた。そうだとするとドイツ的三段階審査は、経済的自由より精神的自由を尊重しない傾向にある判例の立場に追随するおそれがあり、問題がある。この問題点に鑑み本稿は、基本的に経済的自由より精神的自由により高い保障を確保する観点から、ドイツ的三段階審査を採用しないで、二重の基準論を基礎としながら弾力的できめの細かい多段階の審査基準の構築を図ろうとするものである。