

論 説

修正1条と動機審査 －Elena Kaganの動機審査理論(1)

中 曾 久 雄

目 次

- 1 はじめに
- 2 修正1条と政府の動機の関係について－3つのモデル
- 3 違憲の動機の定義
- 4 Kaganの動機審査理論（法学会雑誌46巻1・2号）
- 5 表現内容規制と表現内容中立規制の領域における動機審査理論の具体的適用
 - 5-1 従来の表現内容規制と表現内容中立規制
 - 5-2 表現内容規制と内容中立規制の現状
 - 5-3 表現内容規制と表現内容中立規制二分論の根拠の見直し
 - 5-4 憲法上許容されない内容中立規制
 - 5-5 憲法上許容される内容中立規制
- 6 むすび－Kaganの動機審査理論の意義

1 は じ め に

アメリカでは古くから、立法の合憲性の審査に際して、立法の動機を考慮すること（動機審査）が適切か否かが議論されてきた¹。従来、裁判所が違憲の動機を理由にして違憲判決を下すと、議会による有効な法律の制定が阻害されてしまうおそれがあり、動機審査理論の行使は抑制的であるべきであるとされて

きた。ところが¹⁾、近年、上記の動機審査理論に対する従来の見解が否定され、裁判所は一定の領域において立法の動機を司法審査の対象としてきたとされている²⁾。動機審査理論が活発に議論されているのは平等保護の領域であるが³⁾、動機審査理論は決して平等保護の領域においてのみ妥当するものでない。平等保護と並んで動機審査理論の適用可能性が議論されている領域として挙げられるのが、修正1条の表現の自由の領域である⁴⁾。表現の自由の領域において、最も精力的に動機審査理論の適用可能性を追求したのが、現在の連邦最高裁判所裁判官の Elena Kagan⁵⁾ である。本稿では、Kagan の動機審査理論を概観し、表現の自由の領域における動機審査理論の意義を考察していくことにする。

2 修正1条と政府の動機の関係について－3つのモデル

修正1条の保障する表現の自由の意義については、従来、自己統治、あるいは、自己実現といった観点で説明がなされてきた。しかし、Kaganによれば、修正1条の保障する表現の意義は、政府の動機 (governmental motive) と関連しているという⁶⁾。そこで、まずは、修正1条と政府の動機の関係について概観

1) Gayle Binion, *Intent and Equal Protection*, 1983 SUP. CT. REV. 397; Morris Clark, *Legislative Motivation and Fundamental Rights in Constitutional Law*, 15 SAN DIEGO L. REV. 953 (1977); Larry Simon, *Racially Prejudiced Governmental Actions: A Motivation Theory of the Constitutional Ban against Racial Discrimination*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1041 (1977); Kenneth Karst, *Costs of Motive-Centered Inquiry*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1163 (1977); Note, *Legislative Purpose and Federal Constitutional Adjudication*, 83 HARV. L. REV. 1887 (1970).

時国康夫「立法の動機目的を憲法判断に当たり考慮に入れることの適切性－司法審査の一考察－」下山瑛二ほか編『アメリカ憲法の現代的展開2 統治構造』(東京大学出版会、1987年)193頁以下。なお、近年において、連邦最高裁が目的審査を重視していることについて、黒澤修一郎「John Hart Elyの動機審査理論の生成と展開(二・完)」北大法学論集61巻2号(2010年)636~637頁。

2) Caleb Nelson, *Judicial Review of Legislative Purpose*, 83 N. Y. U. L. REV. 1784, 1808-12 (2008).

3) 平等保護の領域については、中曾久雄「平等保護における動機審査の意義」阪大法学59巻1号(2009年)154頁以下。

4) 表現の自由の領域における動機審査理論の検討については、大林啓吾「表現の自由と動機審査」千葉大学法学論集第30巻第3号(2015年)1頁。

することにする。

表現の自由の保障する意義については、従来2つのモデルが主張されてきた⁷⁾。第1に、表現者に基礎を置くモデル (speaker-based model) である⁸⁾。表現の自由の機会を保障することは、個々人の自律・自尊・自己実現を高めるものであるが、このモデルにおいて重要なのは、表現の質ではなく、表現の量 (表現の場) が確保されていることであり、いかにして表現の自由に対する制約を取り除くかが重要となる。それゆえに、表現の自由に対するあらゆる規制は、表現者のコミュニケーションする自由やそれにより得られる利益を侵害することになる⁹⁾。

第2に、聞き手に基礎を置くモデル (audience-based model) である¹⁰⁾。このモデルは、表現者の表現する機会を保障することに基礎を置くモデルとは逆に、表現の質を重視する。このモデルのもとで、表現の自由は、公衆を真理に到達

5) Kagan は、連邦最高裁史上、112 人目の裁判官で、4 人目の女性の裁判官である。Kagan の経歴は以下の通りである。Kagan は、1960 年 4 月 28 日の New York 生まれ。Princeton 大学で歴史学の学位を取得し、Oxford 大学大学院で歴史学の修士号を取得し、その後、Harvard Law School を修了した。その後、Kagan は、連邦控訴裁の Abner Mikva 裁判官の law clerk、連邦最高裁の Thurgood Marshall 裁判官の law clerk を務める。この間、Kagan は、Michael Dukakis (民主党) の大統領選の選挙支援を行っている。そして、その際に、Williams & Connolly という弁護士事務所を開設している。弁護士事務所開設の 4 年後、Kagan は、Chicago Law School の教授に就任する。しかし、在籍は 1 年で、その後 Clinton 大統領の法律顧問の補佐に就任する。Clinton が大統領の任期を終了する直前に、連邦巡回区控訴裁判所の裁判官にノミネートされるが、上院の同意を得ることができず、Kagan は、Harvard Law School に戻り、Huston Professor of Law, Dean を歴任した。Obama が大統領選に当選後は、Kagan は、Solicitor General に就任した。Kagan は、John Paul Stevens 裁判官の後任として、Obama 大統領により、連邦最高裁の裁判官にノミネートされ、議会の公聴会では裁判官の経験がないことが指摘されたが、結局、議会の同意を得ることができ連邦最高裁の裁判官に就任することになった。なお、本稿では、Kagan の最重要業績である、Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996) を中心に検討を進める。

6) Id. at 423.

7) Id. at 423-24.

8) Id. at 424.

9) Id.

10) Id. at 425.

させより良い決定に導くために必要であるために、価値を有するということになる。豊かな公衆による議論の確保こそが、その目的となるのである。したがって、表現の自由に対する制約は、その量ではなく、公衆の議論を歪めるか否かに依拠することになる。

そこで、3つ目のモデルが登場することになる。これは政府の動機に基礎を置くモデルである (government-based or motive-based model)¹¹⁾ 上記の2つのモデルは、誰の表現に対する規制か、あるいは、どのような表現に対する規制かということに相違点はあるものの、表現行為に対する規制の帰結を批判しているという点において共通するものである¹²⁾ このモデルは、規制の帰結ではなく規制の理由、つまり、表現者や聞き手ではなく政府のアクターに焦点を当てる。このモデルのもとでは、表現の機会、あるいは、公衆による議論の条件に及ぼす影響に関わらず、規制の動機が違憲であるがゆえに、表現の自由は侵害されることになる¹³⁾ もっとも、規制の帰結に基礎を置く見解と動機に基礎を置く見解は決して排他的なものではなく、これら3つのモデルはそれぞれに独自の意義を有している¹⁴⁾

3 違憲の動機の定義

これまで、裁判所が法律の合憲性を審査するに際して、立法の意図、動機、理由、目的といった用語は、区別されずに使用されることが多かった¹⁵⁾ では、どのような動機が違憲となるかである。Kaganは、違憲の動機として3つの場合を考える。第1に、政府が当該表現に対する嫌悪から規制を行う場合である¹⁶⁾ 第2に、政府の内部にいる者を批判する表現を害悪なものとして規制を

11) Id.

12) Id.

13) Id. at 425-26.

14) Id. at 426.

15) David A. Strauss, *Discriminatory Intent and the Taming of Brown*, 56 U. CHI. L. REV. 935, 951 (1989).

加える場合である¹⁷⁾第3に、政府が、自己に都合の良い表現にだけ特権を与え、逆に批判を行う表現を規制する場合である。これらの点は、判例においても確認されていることである¹⁸⁾「もし、修正1条の基礎となる1つの根底的な原理があるとするならば、それは社会が当該表現を敵対的あるいは不愉快としているからといって、政府が当該表現を禁止してはならない¹⁹⁾」ということである。

Kaganは、当該表現に対する敵意や不同意に基づく規制が違憲の動機であるとしつつも、そのみを強調することは、多数者による抑圧からの保護という視点が抜け落ちることになると指摘する²⁰⁾したがって、この多数者の抑圧からの保護を維持するために、裁判所による動機審査理論は、公務員だけではなく、それを通じて行われる行為に対しても及ぶことになる。それは、平等保護が多数者のバイアスにより個人々人を区別することを禁止するのと同じように、修正1条は政府が多数者のバイアスによりメッセージを区別することを禁止しているのである²¹⁾

そこで、Kaganは、イデオロギー的理由に基づく規制と害悪を規制する理由に基づく規制を区別する²²⁾害悪を防止することは公共の利益として正当化されることになる。表現に対する規制が許されるのは害悪の防止のみである。これに対して、イデオロギー的理由に基づく規制は、多数者のバイアス（当該思想に対する多数者の敵意）であり、正当な政府利益とは何ら関連するものではなく違憲の動機となる²³⁾そして、そのような違憲の動機により表現に対して規制を加えることは許されないのである。このイデオロギー的理由こそが違憲の動機である²⁴⁾もっとも、このような区別には難点も存在する。このような区分が

16) Kagan, *supra* note 5, at 428.

17) *Id.* at 428-29.

18) *Id.* at 429.

19) *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 414 (1989).

20) Kagan, *supra* note 5, at 429-30.

21) *Id.* at 430.

22) *Id.* at 430-31.

23) *Id.* at 431.

果たして可能かということである。特に、現実において、敵意に基づく規制が存在するのかということである。この点について、かつて政府に対して敵対的な表現を規制してきた事例が存在した²⁵⁾例えば、*Schenck v. United States*²⁶⁾では第一次世界大戦時において戦争を阻害するような虚偽の情報を流すことを処罰することを定めた法律の合憲性が、*Dennis v. United States*²⁷⁾では政府の転覆を禁止した法律の合憲性が問題となった。これらの事例が示すのは、立法者の表現者に対する敵意が、表現の制約するための決定に重大な影響を与えるということである²⁸⁾表現に対する敵意によって、政府や多数者は危害を過大評価するのである。そして、表現を抑圧したいという欲求は、政府や公衆を害悪について不完全な計算に導くのである²⁹⁾このように、憲法上許容される動機かそうでない動機かは、当該理由が害悪の防止か、あるいは、イデオロギー的理由に基づくものか否かに依拠することになる³⁰⁾

4 Kaganの動機審査理論

違憲の動機が定義できたとしても、違憲の動機の有無を裁判所がいかに審査するかが次に問題となる。立法には、立法者の願望や信条といったものが複雑に混合している³¹⁾これらのなかで、どの要因が立法者の重要な意図や動機であるのかは、明らかではない。従来動機審査理論に向けられた批判はまさにこの点にあった³²⁾*United States v. O'Brien*³³⁾では、立法の動機を審査することは

24) *Id.* at 432.

25) *Id.* at 433.

26) 249 U. S. 47 (1919).

27) 341 U. S. 494 (1951).

28) Kagan, *supra* note 5, at 434.

29) *Id.*

30) *Id.* at 436.

31) *Id.* at 438.

32) Paul Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, 1971 SUP. CT. REV. 95, 130-34.

33) 391 U. S. 367 (1968).

「危険な問題」(a hazardous matter)³⁴⁾であるとされた。立法者の主観的意図を特定することは、確かに困難である。しかも、立法者が違憲の動機により法律を制定することはあるかもしれないが、そのような場合、立法者は危害の防止とすることを偽装する可能性がある。通常、政府は危害の防止という正当な政府の確保という観点で規制を行い、その中から正当な政府利益と合致する規制と違憲の動機に基づく規制を区別するのは、困難なことである。さらに、危害の防止という正当な政府利益と違憲の動機の間には複雑さが存在しており、立法者は無意識にのうちに法律の制定に際して違憲の動機を考慮していることもある³⁵⁾。従来、動機の審査に際して手がかりになってきたのが立法者の行った発言や立法の制定過程である。この点について、広告収入の2パーセントを免許税として要求する州法が争われた *Grosjean v. American Press Company*³⁶⁾ である。新聞課税の歴史や立法者の発言を精査し課税方式自体が疑わしいとし、出版者に制裁を加え、選出した集団の新聞の配布を規制しようという明白な目的をもっているとした。

しかし、立法者の行った発言が必ずしも立法の動機と結びつくものでもない。Kaganによれば、動機審査に際して問われるのは、立法者の発言のような主観的な意図ではない³⁷⁾。裁判所が行うのは、立法の唯一の、あるいは、支配的な動機を特定するというわけではない³⁸⁾。このように、直接的に立法者の主観的動機の審査を問うものではないというのがKaganの動機審査理論の特色でもある³⁹⁾。そこで、Kaganが主張するのは、違憲の動機を洗い出す(ferret out)審査理論である。この審査理論は、直接的な違憲の動機の審査に代わる審査理論である⁴⁰⁾。Kaganの動機審査理論の特徴は、客観的基準として機能するということに

34) Id. at 383.

35) Id. at 435.

36) 297 U. S. 233 (1936).

37) Kagan, *supra* note 5, at 438-39.

38) Id. at 439.

39) Id. at 440.

40) Id. at 441.

ある。この審査はその焦点を立法者の抱く意図といった主観的側面ではなく、立法の決定プロセスに影響を与えるような特定のファクターが侵入しているか否かという客観的側面に当てるのである⁴¹⁾さらに、この審査の特徴は、立証責任についての手続法上のメカニズムと同様の構造を有していることにある。例えば、表現内容の規制について、政府が当該規制について正当性を証明する責任を負い、それが証明されない限りは違憲の動機に基づくものであるということになる⁴²⁾

では、より具体的にどのような審査が行われるのかである。機械的に、見解に基づく規制であれば違憲の動機が推定され、逆に、内容中立規制であれば違憲の動機が推定されないということではない⁴³⁾ (この点は、後にみるように、Kagan は、表現内容中立規制について、憲法上許容される内容中立規制と許されない内容中立規制に区分して、考察を加えている)。これらの区別は、特定の見解にもたらすインパクトの重大性に重点を置いている⁴⁴⁾しかし、見解に基づく規制であっても正当な理由に基づいて行われる場合もあるし、逆に、内容中立規制が違憲の動機に基づくということもあり、直接的な動機の審査は誤りが生じる可能性がある⁴⁵⁾そのために、動機の審査方法は、政府の動機を直接的に審査するものではなく、間接的形態 (indirect form) で行われなければならない。間接的形態は、「規制に際して主張される政府利益の正当性の充足、および、政府利益と法律の間の適合性の精度の審査段階に内在するものである」⁴⁶⁾規制目的とそれを達成する手段の関連性を通じて、違憲の動機の有無の審査が行われることになる。このような観点からすれば、厳格審査は、「法律の内容から生じる不当な動機の意味に関する反論を政府に許容するという証拠的方法

41) Id. at 441-42.

42) Id. at 442.

43) Id. at 447-48.

44) Id. at 448. こうした見解は他にも見られる。LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 792 (2th ed. 1988).

45) Kagan, *supra* note 5, at 448-49.

46) Id. at 453.

(evidentiary device)」として理解される。厳格審査のもとで、やむにやまれぬ政府利益の要求 (compelling interest requirement) が主張される場合、「政府が影響を受ける表現に対して嫌悪感を除外して、当該利益を達成するために行動するという可能性が高くなる」。同様に、目的と手段を密接に仕立てる (close tailoring) ことについて、「もし、当該利益を達成するために必要以上の表現に適用される場合、政府は正当な政府利益の促進ではなく、思想を抑圧しようとするということが疑われるのである」。そして、「規制が主張される利益に関係するものよりも少ない表現に適用するならば、主張される利益は偽りの口実 (pretextual) である懸念が高まる」。逆に、やむにやまれぬ利益、密接に仕立てるといふ双方の要求を充足すれば、「政府は適正な理由で行動しているという保障が存在することになる」。この基準のもとで、政府が証明しなくてはならないことは、当該規制が「悪しき動機に上回ること、あるいは、害悪に対処していること」ではなく、「表現内容規制から生じる悪しき動機の推定の存在を否定するということである」⁴⁷⁾

厳格審査は、当該規制が違憲の動機に基づいているという主張について、政府に対してそれを否定する証拠を要求する。それこそがやむにやまれぬ利益の要求の真の意味である。つまり、やむにやまれぬ利益は、政府による規制が当該表現に対して違憲の動機に基づくものではない中で行われることを要求するものである。そして、政府により規制が必要以上に行われる場合、それは正当な政府利益の促進ではなく、違憲の動機の存在が疑われるのである。特に、規制目的と手段が合致しない場合、当該規制は正当な政府利益の促進ではなく、単にもっともらしい口実による規制であると考えられるのである。こうして、厳格審査は政府の動機を測定する手段として機能するのである⁴⁸⁾ (なお、この見解は最初に主張したのはElyである)⁴⁹⁾

しかし、違憲の動機を洗い出す機能は、厳格審査だけが有するものではない⁵⁰⁾ 内容中立規制に適用される中間審査基準も厳格審査と同様の機能を有して

47) Id.

48) Id. at 454.

いる。この基準のもとでも、厳格審査基準と同様に、主張される政府利益の証明が不十分であったり、あるいは、目的とその手段が合致していない場合、当該法律は違憲の動機に基づいているということが疑われる⁵¹⁾例えば、特定の見解を抑圧するために、内容中立規制の法律を制定し、当該見解にのみ差別的効果を及ぼそうとする場合や、あるいは、政府の内部にいる者が自己の立場の現状維持を達成するために、特定の領域の表現をすべて禁止する場合、そこには違憲の動機を疑うことができる⁵²⁾したがって、この審査も厳格審査同様に、政府に対して正当な理由に基づき規制を行うことを要求するものとして理解されるのである。もっとも、中間審査基準の機能は決して違憲の動機の洗い出しに限られるわけではない。中間審査基準は、適切な表現機会を保障するという機能も有している。表現の機会が、個人にとって何らかの価値を有するとすれば、政府が表現機会を規制するに際しては、当該規制を正当化するだけの政府利益を証明するものである⁵³⁾

このような違憲の動機の洗い出しは、表現の自由に関する判例の背後にも存在するものである。例えば、十字架を燃やし、ナチスの象徴であるかぎ十字を掲げることなどを犯罪とした条例の合憲性が争われた *R. A. V. v. City of St. Paul*⁵⁴⁾ においては、表現の自由と違憲の動機の関係について、以下のように判示されている。修正 1 条は、政府が表現された観念に不同意のために、当該表現を禁止しようとすることを防止する。政府は、敵意や偏向やえこひいきにより表現を規制してはならないのである。そして、州法は表現内容について差別

49) Ely は、機能的に、動機審査と疑わしい区分の理論を結合させる。JOHN ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 146-47 (1980). 違憲の動機を洗い出す手段として動機審査を捉えるという点については、他の学説によっても支持されている。Cass Sunstein, *Public Values, Private Interests, and the Equal Protection Clause*, 1982 SUP. CT. REV. 127, 131; Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term - Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 HARV. L. REV. 1, 15 (1976).

50) Kagan, *supra* note 5, at 454.

51) *Id.* at 454-55.

52) *Id.* at 455.

53) *Id.*

54) 505 U. S. 377 (1992).

を行うものである⁵⁵⁾ 本判決が特に重視しているのは、条例を制定した市の動機である。本判決は、条例制定の動機が明らかに特定の表現を抑圧するものであることを指摘している。本判決は、条例の文面・適用、あるいは、条例の制定過程に言及し、違憲の動機を洗い出そうとしている⁵⁶⁾

55) Id. at 382, 396.

56) Kagan, *supra* note 5, at 421-23.