

修正1条と動機審査

－Elena Kaganの動機審査理論(4)

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・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 内容規制と内容中立規制の現状（47巻1号）
 - 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規制（47巻2号）
- 6 むすび－Kaganの動機審査理論の意義（48巻1号）

6 むすび－Kaganの動機審査理論の意義

以上検討してきたKaganの動機審査理論は、いかなる観点から正当化されるのであろうか。主として、2つの方法が考えられる。1つは、結果に焦点を当てるアプローチである。動機を審査するのは、よき結果（good consequences）を促進するためである。このアプローチのもとでは、特定の理由の考慮が特定の結果をもたらすという意味で、政府の行為における理由と効果は密接に関連することとなる。しかし、この結果に焦点を当てるアプローチのもとでは、表現

の自由に対する規制の効果あるいは結果を考慮する必要性が生じるので、動機審査理論が表現の規制に対する効果の審査に取って代わることになる。これは規制の効果の審査が直接的に行為の結果に言及せねばならず、間接的に違憲の動機を洗い出すことを主眼とする動機審査理論とは馴染みにくい¹⁵⁷⁾そこで、今1つの正当化が、プロセスのルールに焦点を当てるアプローチであり、決定過程における特定の理由の考慮に焦点を当てるというものである¹⁵⁸⁾このような観点からすれば、政府は特定の表現のみを尊重し、あるいは、逆に、特定の表現を差別することは許されない。このプロセスに焦点を当てるアプローチは、平等保護の領域において主張されている政府が個人を平等な配慮と尊重をもって扱うという原理と類似している¹⁵⁹⁾この原理は、政府に対して、ある個人を他の個人と比較して価値がないものとして異なる取り扱いをすることを禁止する。プロセスに焦点を当てるアプローチのもとでは、もし、違憲の動機が決定プロセスに混入していた場合、当該プロセスにより生じた結果は不適切なものとなる¹⁶⁰⁾

このプロセスのルールに焦点を当てるアプローチの背後には、2つの観念が存在している¹⁶¹⁾1つは、リベラリズムである。違憲の動機による表現の自由の規制の禁止は、個人々の善き生き方を保障するものである。これはリベラルな社会における個人と政府の間の適切な関係にかかわるものあり、違憲の動機による表現の自由の規制は政府の適切な権限とは言い難く、同時に、個人の良き生き方を阻害する¹⁶²⁾そして、今1つは、民主主義と表現の自由との関係である。違憲の動機による表現の自由の規制の禁止は、民主主義における自己統治という表現の自由の中核理論と密接に関連している。民主主義は、個人の自己統治で成立しており、また、個人に対していずれの思想や観念を是認するのかを決

157) Id. at 509-10.

158) Id. at 506.

159) Id. at 506-07.

160) Id. at 507.

161) Id. at 511-12.

162) See Id. at 512.

定する権限を付与している¹⁶³⁾そして、表現の自由は自己統治の重要な手段として位置付けられる¹⁶⁴⁾。そのために、違憲の動機に基づく表現の自由の規制は、民主主義における自己統治を妨げることになる¹⁶⁵⁾。以上検討した説明は、排他的なものではなく、すべて動機審査理論の重要性と関連するものである¹⁶⁶⁾。

このように、動機審査理論の意義は、表現の自由の制約に際して、他の政府利益とのバランスングではなく¹⁶⁷⁾ (修正1条とバランスングが関連しているということは多くの学説が指摘するところである¹⁶⁸⁾)、政府の規制の内容¹⁶⁹⁾ (政

163) Id. at 513.

164) これは日本においても同様である。自己統治と自己実現という2つの価値が重なり表現の自由を根拠づけているというのが通説的見解である。ただし、両概念における「自己」の意味は異なっている。自己実現は個人が独立の人格を有する自律的存在として自己を発展させていくことであり、その過程において、自ら思考しその結果を外部に表明することの自由が不可欠とされる。これに対し、自己統治とは、民主政において国家権力は国民の意思に沿って行使されなければならず、表現の自由は個人が政治過程に参加し、そこで強制によらない意思が形成されるために必須の要件とされる。毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』(有斐閣, 2014年) 184頁, 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』(有斐閣, 2000年) 253頁。

165) Id. at 513-14.

166) Id. at 514.

167) アメリカにおけるバランスングについては、Richard H. Pildes, *Dworkin's Two Conceptions of Rights*, 29 J. LEGAL STUD. 309, 312 (2000); Matthew Adler, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, 97 MICH. L. REV. 1, 43 (1998); Richard H. Fallon, Jr., *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343, 350 (1993); Frederick Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 27 GA. L. REV. 415, 416 (1992); Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L. J. 943, 946 (1987); Laurent Frantz, *Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson*, 51 CAL. L. REV. 729, 753 (1963)。ただし、常にバランスングで審査することに對しては批判がなされている。Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing, The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L. J. 711, 712 (1994); David Faigman, *Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication*, 88 NW. U. L. REV. 641, 655 (1994); Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L. J. 943, 948 (1987); Louis Henkin, *Infallibility Under Law: Constitutional Balancing*, 78 COLUM. L. REV. 1022, 1026 (1978)。

168) See Michael W. Shiver, Jr., *Objective Limitations or, How the Vigorous Application of "Strong Form" Idea/Expression Dichotomy Theory in Copyright Preliminary Injunction Hearings Might Just Save the First Amendment*, 9 U. C. L. A. ENT. L. REV. 361, 364 (2002); Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term - Foreword: The Justices of Rules and Standards*,

府の行為の目的・動機)を問うことにある¹⁷⁰⁾そして、審査に際しては政府の動機を直接審査するというものではなく¹⁷¹⁾隠された動機を洗い出すことにある。

106 HARV. L. REV. 24, 58 (1992); Pierre J. Schlag, *An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech*, 30 UCLA L. REV. 671, 672 (1983); Charles Fried, *Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test*, 76 HARV. L. REV. 755, 757 (1963).

169) 大林・前掲注4) 63頁。

170) 従来、目的審査については、4つの問題点を指摘されてきた。第1に、立法目的を構成する利益の性質の問題である。「やむにやまれぬ」・「重要」・「正当」といった利益の重要性の尺度が、「同一尺度の中で語りうる」ことができるかというものである。特に、利益が重要かどうかということと正当であるかどうかということは、別個のものとして考える必要があるという。第2に、目的審査の対象である利益の重要または正当性をどのように判断していくのかである。何をもって「やむにやまれぬ」利益や「重要」な利益や「正当」な利益といえるのかについて、通説は具体的には何も説明していないが、「それを一般的に提示することは、おそらく不可能に近い」。だとすれば、利益の重要性の判断は、裁判官の主観により大きく左右されることになる。第3に、通説における目的審査においては、利益の重要性あるいは正当性の判断のみをもって足りるかということである。「規制の対象となった『行為』と、守ろうとする『利益』との『関連性』は問題にしないでよいか」という問題である。目的審査を明確にするためには、「『目的』自体の『正当性』とは別に、『目的』と規制対象行為との『関連性』を意識的に問う」ことが必要である。第4に、目的審査における「目的」をいかに特定するかということである。目的審査という「目的」とは、「立法者が主観的に意図した目的なのか、あるいは、法の解釈によって導き出すことのできる方の客観的な目的なのか」ということである。門田孝「違憲審査における『目的審査』の検討(一)」*広島法学* 31巻2号(2007年) 155~156頁。特に重要なものが、第4の批判である。目的審査において特に問題となるのは、目的の特定である。「国会が法律を制定する場合、通常その立法目的を掲げるが、立法が妥協の産物である以上、しばしばその本来の目的が隠されていたり、複数の矛盾する目的が掲げられていることがある」。松井茂記『*日本国憲法 第三版*』(有斐閣, 2007年) 117~118頁。つまり、「規制目的の正当性を積極的に論証することは、不可能とはいえないとしても、著しく困難」であり、「規制目的をめぐる議論は、結局のところ、水掛け論に終始する危険が大きい」と考えられてきたのである。そのことに関連して、規制目的の正当性の判断が困難なために、目的審査よりもむしろ手段審査に重点が置かれてきた。そのために、人権制約が正当化であるか否かは、規制目的を達成する手段が規制目的と適合するか、あるいは、規制目的の達成のための必要最小限かということが決定的であったのである。松本和彦「*公共の福祉*」*公法研究* 67号(2005年) 143頁。

171) 近年では、目的審査の重要性が指摘されている。立法目的は立法者の政策判断を示すものであり、議会制民主主義のもとでは裁判所はこれを尊重する必要がある。こうしたことを背景にして、学説において、立法目的の審査は、憲法上の権利に対して優位する政府利益の存否の問題として議論されてきたが、本来の立法目的の審査は当該立法目的が憲法上の権利を制約しうる内容・性質を有するかどうかであり、権利制約の目的の具体的内容

政府が表現の自由を規制するに際して、明示的に違憲の動機を掲げることはほとんど考えられない。そこで、隠された動機を洗い出す審査が必要となってくる。¹⁷²⁾そこでは、当該規制が単なる口実なのか、あるいは、必要なものかが問われることになる。その意味で、「修正1条の法理の大部分は、高度に、しかし、必然的に表現の自由の規制に際しての政府の動機を審査するための複雑なスキーム (complex scheme) を構成することになる」のである。¹⁷³⁾

以上検討してきた Kagan の動機審査理論の観点からすれば、表現の自由が憲法上保障されることの意義は、一定の理由で政府が行為することを排除することに求められる。要するに、それは表現の自由が切り札としての権利の性格

が問われなければならないものであると指摘されている。宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』（日本評論社、2014年）50～51頁。さらに、規制目的を重視した重要判例としては、在外国民選挙権事件判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）が挙げられる。同判決では「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない」と指摘する。

172) 高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017年）236頁。なお、違憲の動機の洗い出しについては、阪口正二郎教授の以下の指摘が有益である。政府が違憲の目的P2を追求するために規制R1をなしたとする。しかし、この場合、目的P2は違憲である以上、政府は表立ってそれを掲げるわけにはいかない。そこで、政府は偽の目的P1を掲げて規制R1を行うことになる。目的P1を達成するより制限的ではない手段R2の存在が明るみにできれば、それは規制R1の目的は掲げられたP1ではなく、隠れたP2ではないかということを示す。規制R1が目的P1との関係で過少包摂であるという場合も同じである。同じ程度の弊害を有する行為が規制の対象を免れているということは、規制目的の信憑性を著しく損なう。このようにして厳格審査を適用して手段審査を厳格に行えば、目的の怪しさが浮かび上がる。阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量：『シールド』としての権利と『切り札』としての権利」一橋法学9巻3号（2010年）56頁。そもそも、「本来の正しい関係にある目的と手段はもともと一体のもの」である以上、立法目的に合致しないような規制手段が取られている場合、当該規制は、真実はどうあれその余剰において、表向きの目的とは異なる何らかの目的に仕えていると考えられる。西村裕一「『審査基準論』を超えて」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）129頁。

173) Kagan, *supra* note 5, at 516.

を有しているということでもある¹⁷⁴⁾ (この点は日本においても同様の指摘が見られる¹⁷⁵⁾)。その意味で、表現の自由は政府の行為理由の統制として機能することになる¹⁷⁶⁾。さらに、Kaganの動機審査理論は、表現の自由の内容規制と内容中

174) この点について、表現の自由が切り札としての権利の性格を有していると主張するのは、Ronald Dworkinである。Dworkinによれば、切り札としての権利は市民が政府に対して道徳的権利を有しているということを前提としている。市民が政府に対して道徳的権利を有しているということは、あらゆる立場の人に受け入れられている主張である。そして、ある人にはあることを行う権利があると主張する場合に、それが意味するのは、彼がそれを行うことに対して制約することは不正であること、あるいは、少なくとも制約を正当化するためには何らかの特別の根拠が要求されるということである。Dworkinは、切り札としての権利の観点から、表現の自由の意義を以下のように説明する。市民は表現の自由に対する権利を有するという主張は、政府が市民の表現活動を阻害することは不正であること、そして、仮に当該表現が社会に有害であると政府が考える場合でも、表現を阻害することは不正であることを意味する。これは、政府の行為が市民の自由を規制する場合には妥当することになる。さらに、Dworkinによれば、表現の自由は、政府に対して、社会の構成員を責任ある道徳的主体として扱うことを要請するものであるという。それは同時に、正義に合った政治社会の特徴である。この要請には、2つの側面がある。第1に、人が責任ある道徳的主体であるために、人生や政治において何が善で何が悪かについて、あるいはまた、正義や信仰の事項について、何が正しくて何が誤っているかについて、自らで決定を行わなければならない。もしもそれを認めると人々が危険な信条または人にとって不快な信条を吹き込まれることになるかもしれない、政府がその意見を聞くか否かを人々に委ねないというのは、市民を侮辱して、市民の道徳的責任を否定しているのである。第2に、政府が人々の一部について、その人の抱く信条から判断し、社会の参加者として相応しくないとの理由で、この責任を果たす機会を奪うならば、そのとき政府は道徳上の責任のこの側面を無視し、それを否定しているのである。政府は、その人に対して、道徳上の責任の持つこの2つの側面のいずれも否定してはならないのであり、それは、政府が平等な投票権を否定してはならないのと同じことである。もしも政府がこの要請に違反したならば、政府はその人に対して正統な権力を主張するための実質的根拠を喪失する。

RONALD DWORIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 200 (1996)。当然のことながら、切り札としての性格を有しているのは表現の自由だけではない。憲法上保障された権利は功利主義に対して「切り札」として機能するという指摘については、Michael Moore, *Four Reflections on Law and Morality*, 48 WM. & MARY L. REV. 1523, 1565 (2006); Michael Moore, *Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation*, 69 FORDHAM L. REV. 2087, 2098, 2109 (2000)。

175) 切り札としての権利は、個々の具体的な自由を保障するより、「特定の理由にもとづいて政府が行動すること自体を禁止する」ものである。長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店、1999年)79頁。

176) こうした審査理論は、近年、支持を集めている。See Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767 (2001); Larry Alexander, *Free Speech and Speaker's Intent*, 12

立規制について、「政府が正統性のない理由に従って行為する可能性が高い領域を見定め、そうした行為を排除」¹⁷⁷⁾するという観点から正当化し、この区分を定着させるものである。¹⁷⁸⁾ Kaganの動機審査理論は、日本においてもその難点が指摘されている内容規制・内容中立規制について、¹⁷⁹⁾単に形式的な区分ではなく規制の中身を審査するという一定の方向性を示すものとして評価できよう。¹⁸⁰⁾

つまるところ、Kaganの動機審査理論は表現の自由の根幹をいかに維持するのかという問題に関わるものである。¹⁸¹⁾このような動機に着目した議論は日本でも注目を集めているところである。¹⁸²⁾なお、Kaganの動機審査理論が日本国

CONST. COMMENT. 21 (1995); Larry Alexander, *Trouble on Track Two: Incidental Regulations of Speech and Free Speech Theory*, 44 HASTINGS L. J. 921 (1993).

177) 阪口正二郎「憲法学と政治哲学の対話」公法研究 73号 (2011年) 58～59頁。

178) 大林・前掲注4) 63頁。さらに、日本においも、表現内容の規制と内容中立規制を区分し審査の基準が異なるという二分論が多くての学説の支持を集めている。長谷部恭男「表現活動の間接的・付随規制」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣, 2012年) 236頁。

179) 長谷部・前掲注178) 237頁。

180) 規制の実体に即するKaganの二分論の正当化は、日本の二分論のように「内容規制か否かに関する『区別論』だけを標識にして機械的に『審査基準』を振り分けるような」ものではない。佐々木弘通「言論の内容規制と内容中立規制」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣, 2008年) 119頁。

181) この点について、例えば、精神的自由に優越的価値があるとされるのは、その価値ではなく、それらを規制する立法が個人の自律を侵害する理由で制定される可能性が高いからであるという指摘がある。浦部法穂『全訂 憲法学教室』(日本評論社, 2006年) 148～149頁。そして、そのような理由から、表現の自由や信教の自由の領域では、厳格な審査が妥当すると指摘されている。長谷部恭男『権力への懐疑 憲法学のメタ理論』(日本評論社, 1991年) 128頁。同様の指摘として、阪口正二郎「表現の自由はなぜ大切か」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編『なぜ表現の自由か: 理論的視座と現況への問い』(法律文化社, 2017年) 18～19頁、阪口正二郎「表現の自由の『優越的地位』論と厳格審査の行方」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由I－状況へ』(尚学社, 2011年) 558頁。

182) 近年、こうした二分論に新たな根拠をもって正当化する見解が有力に主張されている。「特定の思想や宗教を抑圧する権限濫用の危険の大きさを理由に」表現内容の規制を厳格審査すべきだとする見解である。この見解は、「国家機関が特定の思想・信条を持つ者への嫌悪感や蔑視感情から権力を濫用する危険の存在」を強調するものである。こうした議論の特色は、表現の自由に対する「打撃」ではなく、「差別禁止の理念」から、表現の自由の規制に対する厳格審査を基礎づけるものである。木村草太「表現内容規制と平等条項－自由権から〈差別されない権利〉へ」ジュリスト 1400号 (2010年) 101頁。

憲法において展開可能であるかは今後の課題である。