



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	John Hart Elyの動機審査理論の生成と展開（一）
Author(s)	黒澤，修一郎
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集，61(1)，155-197
Issue Date	2010-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43154
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-1_004.pdf



John Hart Ely の動機審査理論の生成と展開（一）

黒澤修一郎

目次

序章 問題設定

第一節 見過ごされた知見？

第二節 Ely の動機審査理論を研究する意義

第一章 動機審査理論の誕生——一九七〇年論文

第一節 背景と問題意識

第二節 動機モデルの描出

第三節 一九七〇年論文の意義と難点

小括

(以上、本号)

第二章 動機審査理論の展開——一九八〇年『民主主義と不信』までの道程

第一節 動機審査としての疑わしい区別の法理の彫琢

第二節 合理性審査理解の改鑄

小括

終章 総括と展望

序章 問題設定

第一節 見過ごされた知見？

アメリカ合衆国の憲法学者John Hart Elyの司法審査理論が

合衆国内外の学界に多大な影響を与えたことは、もはや周知の事柄に属するであろう。やや皮相な例を挙げれば、二〇〇〇年に公表されたあるライブリアンの調査によると、^① Elyは、合衆国法学文献において、史上四番目に多く引用された法学者であったそうである。また、日本憲法学においても、松井茂記の豊富な業績を筆頭として、Ely憲法学に関する数多くの研究論

文や批評が公にされてきたのであった。実に、主著『民主主義と不信』^②に集約されたElyの司法審査理論は、憲法史や憲法訴訟論のみならず、法哲学や政治過程論、ひいては社会心理学からも着想を得た学際的な研究であり、学ぶべき点を多く含んだ、まさしく宝庫である。

では、日本憲法学は、Elyの所論から何を学んできたと言えるのだろうか。ここで、従来の日本の諸学説が、Elyの司法審査理論をいかなる問題次元において取り扱い、そこからいかなる示唆を引き出そうとしてきたのかについて、些か顧みてみたい。^③

一．日本におけるEly理論の処遇

(一) 基礎理論の問題次元

④の司法審査理論が語られてきた第一の問題次元は、基礎理論の問題次元とでも呼ぶべきものである。これは、立憲主義ないし司法審査を正当化する基底的理論を語る文脈である。この文脈において、④の司法審査理論は、憲法の総体的な眼目を民主主義的政治過程の維持管理に置く理論として把握される。この問題次元における④の理論の意義は、司法審査の民主主義的正統性という難題に対して、民主主義を基底に置く地点から司法審査へと矛盾を犯すことなく到達するアプローチを見出した点に在る。そして、この民主的政治過程理論は、文言主義や原意主義、或いは実体的価値理論等と並び対比される憲法解釈方法論として位置づけられる。

例えば、松井は、憲法解釈論が指針とすべきパラダイムを④の政治的プロセス理論に求める。すなわち、松井は、日本国憲法を、実体的価値の序列を宣言したのではなく、実体的価値の問題について見解を異にする人々がそれでもなお自己統治をなし得るように、統治のプロセスを定めたものであると看做す。そして、かような統治のプロセスの正常なメカニズムを維持管理することこそ、司法審査の眼目であるとする。その際、松井は、統治プロセスに関する規範的理念として、「国民は多

様な利害関心をもつて集団を形成しているとの前提のもとに、政治をこれらの集団の間の抗争と妥協のプロセスと捉える⁽⁴⁾」という多元主義政治過程観を採用する。ただし、他方では、公共善の実現を目指して公徳心を有する市民が能動的に政治に参加すべしとする共和主義的政治観についても、松井は採用可能性を閉ざしていないようである⁽⁵⁾。

この問題次元における④の所説に対しては、批判的見解も数多く提示されているが、一例として、長谷部恭男の見解を取りあげよう。まず、長谷部は、多元主義的政治過程の障害除去のみに司法の役割を限定する④の理論は説得的でないと評する。なぜなら、過程と結果を截然と区別し得るのか、多元主義的な過程は何故正しい過程であると判断し得るのかといった問題に対して、④の理論は十分に答え得ていないからである⁽⁶⁾。そして、長谷部は、憲法解釈の基底に置かれるべき理論は、公的空間と私的空間の境界線を維持するリベラリズムであるとする。その上で、民主政を正当化する理論の候補として、多元主義と共和主義を挙げるものの、共和主義の想定する公共心に溢れた市民像は非現実的であると看做し、実際の政治の姿と対応しているのはむしろ多元主義であるとする。そして、長谷部は、民主政治は、多元主義の基礎である功利主義によって正当化が

可能であると言う。ここから長谷部は次のように論ずる。第一に、功利主義が公益の基準を一元的な物差しに還元するためには、そこから切り捨てられる価値観の生存を私的領域において確保するリベリズムの視点からの司法審査の活動を必要とする。第二に、功利主義があらゆる人を同等の存在として扱うという原理を存立要件としているのならば、司法審査がこの原理に基づいて政治過程に介入することは正当化されねばならない。⁽⁷⁾

(二) 違憲審査基準論的問題次元——二重の基準論の弁証

上記の基礎理論の問題次元は、憲法の条文やプラクティスを体系的に説明し誘導することを論題に置くものであるが、ここにおいて政治的プロセス理論を採択したとしても、この問題次元自体が抽象的であるがゆえに、これを司法審査へと導入するには、何らかの具体的な補助理論を要するように思われる。この補助理論の典型が裁判法理であり、とりわけ政治プロセス理論との関係で論じられてきたのが、本案審査において適用される違憲審査基準論である。実際、松井や長谷部を含む多くの論者は、違憲審査基準論を含む裁判法理の彫琢へと筆を進めている。また、民主主義的政治過程論を単一の基底理論とする途をたとえ拒んだとしても、諸理論と競合する一理論として或いは

何らかの基底的理論の下位理論として政治的プロセス理論を採用し⁽⁸⁾、違憲審査基準論について論ずる文脈においてこれを活用するという用途は、残されているとも考えられる。

かように政治的プロセス理論と違憲審査基準論を関連付ける視座の代表例が、いわゆる二重の基準論の根拠づけのために、政治的プロセス理論に依拠する考え方である。ここで二重の基準論とは、厳格な審査と緩やかな審査の二つの審査基準を使い分ける手法であり、これらを使い分けるための誘導原理が政治的プロセス理論に求められるのである。これは、「二重の基準論を弁証する一つの技巧」⁽⁹⁾として民主的プロセス理論を語るものと評し得よう。これが⁽⁴⁾の所論が語られてきた第二の問題次元である。

例えば、松井は、まず、違憲審査基準を「合憲性判定基準」と「審査基準」に解体する。その定義によれば、前者の「合憲性判定基準」とは「ある法律が憲法に反しているかどうかを判定する基準」であり、後者の「審査基準」とは「法律が合憲性判断基準を満たしているかどうかを審査する際に、どの程度厳格な審査を行うのか」を指示する「審査の方法ないし程度に関する基準」である。⁽¹⁰⁾そして、松井は、二重の基準論の問題を、専ら「審査基準」に係るものとして定位させる。その上で、松

井は、二重の基準論の論拠となり得るのは民主主義プロセス理論のみであると論ずる。すなわち、表現の自由や選挙権等の「プロセス的権利」については合憲性の推定を排した厳格な審査が妥当すべきとする一方、経済的自由や財産権等の「非プロセス的権利」については緩やかな審査を及ぼすべきとする。また、平等保護の領域に関しても、「切り離され孤立した」少数者への社会的偏見が政治過程への少数者利益の反映を阻害する危険がある場合には厳格な審査が及ぶべきものとし、それ以外の區別に対しては緩やかな審査で足りるとする¹¹⁾。

他方、基礎理論の問題次元においては政治的プロセス理論に与しないものの、二重の基準論の弁証に際しては政治的プロセス理論を援用する論者も在る。例えば、芦部信喜は、何らかのプロセスを意味づける際には不可避免的に実体的価値に依拠しなければならぬことを指摘し、¹²⁾ 二重の基礎理論を批判する。そして、芦部は、「憲法を価値の体系とみる立場」を採用することを明言する。これは、先述の基礎理論の問題次元において、実体的価値に関する原理を基底に置く立場を採るものと解される。しかし他方で、芦部は、二重の基準論の正当化に際しては、実体的価値理論を援用する要はないとする。すなわち、芦部は、精神的自由と経済的自由との間で違憲審査の基準を二重化し、

更に経済的自由や社会福祉の領域においてもある種の状況の下では「厳格な合理性の基準」を適用する余地を残すという三重の基準論に与するが、これを正当化するには、裁判所の機関連性論¹³⁾とともに、民主的政治過程論を援用すれば足りるとするのである。芦部の立論において、民主的政治過程論は、完全に放棄されているわけではなく、三重の基準論を弁証する際の諸原理の一つとして位置づけられている¹³⁾。また、市川正人も、基礎理論の問題次元においては、政治的プロセス理論でなく、人間の尊厳ないし人格的自律の保護の原理が基底に置かれるべきとするものの、違憲審査基準の問題次元に話が及ぶと、松井に類似した「合憲性判定基準」「審査基準」二分法を採った上で、「合憲性判定基準」については、「権利の性格」の見地から精神的自由と経済的自由との間の二重の基準論を弁証する一方、「審査基準」については、民主的プロセス理論の見地に依拠し、民主的プロセスの維持保全に関わる場合とそうでない場合との間で「審査基準」を二重化すべきことを論じている¹⁴⁾。

以上のような諸説に対する反論としては、二重の基準論を主として実体的価値理論に依拠して弁証する立場が在る。一例を挙げれば、佐藤幸治は、二重の基準論の根拠は、民主的政治過程論でなく「基幹的人格の自律権」に求められるべきと論ずる。

そして、人格的自律の保全にとつての必要性に応じて憲法上の諸権利をスペクトル状に布置させる発想を採り、精神的自由はその「核的価値」として、経済的自由はその「手段的価値」として保護されるべきであるとする⁽¹⁵⁾。

二、後景

以上の如くに、第一の問題次元たる基礎理論的議論においては、憲法解釈の基底に置かれるべき包括的原理が探求され、この文脈において、*Due* 理論は、リベリズム等と対比されるものとして扱われてきた。また、第二の問題次元たる二重の基準論の根拠づけに関する議論にあつては、厳格な審査や緩やかな審査等といった諸違憲審査基準概念を与件として、それぞれの審査を發動する「引き金」について論ずる文脈において、*Due* の民主的プロセス理論に依拠することは非が争われてきた。しかし、本稿筆者は、これらの問題設定の下で見過ごされてきた点もあるのではないかという危惧を抱いている。

(一) 基礎理論的問題次元

まず、基礎理論的問題次元において、政治的プロセス理論の主唱者である松井が、規範的政治過程像として多元主義を採用

するものの、共和主義についても一定の好感を示していたことは、先に見た通りである。ここで焦点を当てたいのは、松井の多元主義理解である。松井曰く、

「プリユラリズムの想定では、政治は私的な利益を求める諸集団の抗争と妥協のプロセスであり、その結果として『公益』が定められ、このプロセスを離れて『公益』は存在しない。しかし、だからといって、政治参加において、あからさまに私益を主張してよいということにはならない。少なくとも、ジェームズ・マディソンが想定していたようなメカニズム——筆者は、基本的にその考え方をプリユラリズムだと考えているが——においても、代表者は選挙民の利益を代弁するのではなく独自の公益を追求すべきことが想定されている。ただ、プリユラリズムの考え方では、代表者が主張し、最終的に立法者によって支持された『公益』が『本当の』公益かどうかを判定する独立した客観的な『公益』は存在しないというだけである⁽¹⁶⁾。」

この断章においては、松井の理解する多元主義の特徴として、一方では、政治プロセスから独立した客観的な「公益」は存在

しないと想定されること、しかし他方では、代表者はあからさまに「私益」を追求してはならないと想定されることが語られている。

かような松井の多元主義理解に対しては、批判が寄せられてきた。例えば、長谷部は、以上の松井の断章は意味を成さないと論断する。長谷部によれば、多元主義とは、民主的政治過程の結論と離れて独立に「公益」のありかを判断する基準がないと考える立場である。かように多元主義が政治過程の結論を自動的に「公益」と看做するものであるとすれば、代表者はあからさまに「私益」を追求してはならないという松井の主張は「単なるトートロジー」と化す。ただし、長谷部によれば、上の断章を記した松井は多元主義から共和主義へと転向した可能性がある。長谷部の言う共和主義とは、政治過程の結論とは独立に「公益」が存在すると考える立場である。この共和主義の見地を採ると、民主主義的政治過程は、何らかの事情によってこの実体的「公益」の発見に役立つからこそ、それを維持する理由がある、ということになる。¹⁷⁾

長谷部が指摘する通り、松井の右の断章は、政治過程から独立した「公益」は存在しないという命題と、代表者はあからさまに「私益」を追求してはならないという命題を接合しており、

両命題がいかにして矛盾なく整合するのかの説明が求められるように思われる。

ところで、松井と同じく政治プロセス的司法審査理論を採る巴々は、自らの理論につき、多元主義とも共和主義とも調和し得るものと評している。巴曰く、

『民主主義と不信』で表明された司法審査の理論は、『多元主義の』モデルとともに、『共和主義の』立法及び共同体活動とも調和するよう企図されたものであった。：：実に、『平等自体のための不平等—何らかの優越的社会目標に仕えるためにではなく、単にある集団の構成員に対して不利益を与えることを主たる目的として、当該集団を悪く「処遇すること」：：—の付与に対して憲法上の非難を向けている点で、それは、素手の多元主義から『公共的価値』の方向へと、司法を大きく押し向かわせる忠告を発していた。¹⁸⁾

かように、巴々は、自らの規範的政治過程観につき、「素手の多元主義」に比して「公共的価値」志向的であると特徴づけている。ただし、この特徴づけにおいて肝要な役割を担っているのが、政治部門の目的、つまり動機を統制するという観点で

ある。すなわち、 E_1 は、「不平等自体のための不平等」を付与することを動機として政府行為が行われてはならないと論じ、これを以て自らの理論を「公共的価値」志向と言い表しているのである。

かような E_2 の理論は、長谷部の言う上記の多元主義か共和主義かの切り口のみを以ては理解され得ないほど、ニュアンスに富んだものであるように思われる。¹⁹⁾すなわち、政治的帰結から独立した「公益」の存在を認めるか否かという問いに対し、 E_2 は単に否と回答するわけではない。 E_2 の理論は、平等保護の問題領域において、政治過程の結論の背景にある動機が何らかの「社会目標」の増進であると認められるかという問いに、司法審査が踏み込むことを認めるのである。しかし、かような立場は、裁判官が主体的に「社会目標」の増進を追求することを推進し、立法府の判断を相対的に軽視するような立場と²⁰⁾は、一線を画する。なぜなら、 E_2 の平等保護理論において、政府行為が「社会目標」に適うか否かを司法が判別する営為は、一定の許されない政府動機が認定されるか否かの見地からのみ行われるような条件付けられているからである。しかも、 E_2 にとつて許されない政府動機とは、「不平等自体のための不平等」付与であり、後に述べるようにそれは偏見である。 E_1 の平等保

護理論がその任務とする政治的決定過程の公正の確保は、不法な政府動機である偏見の除去の見地から行われるのである。²¹⁾

ここで注目したいのは、松井理論と E_2 理論との間に在る距離である。すなわち、 E_2 は共和主義への好感を示すものの、代表者が「私益」をあらさまに政治過程に持ち込んでほしくないとは語っていない。 E_2 が許さないのは、上記の偏見が政治過程に持ち込まれることに過ぎない。それゆえ、「私益」が政治過程に持ち込まれることを警戒する松井の多元主義は、 E_2 を超えた「公共的価値」志向の立場である可能性がある。そして、 E_2 の研究にとつての障害は、上記の如き松井の立場が E_2 の立場からの離脱である可能性を有することが、松井によつて自覚的に明言されていない点にあるように思われる。

ここにおいて、不法な政府動機に関する E_2 のニュアンスに富んだ問題意識が、従来の学説においては十分に理解されてこなかったのではないかとの疑念を、本稿筆者は禁じ得ないのである。

(二) 二重の基準論の弁証という問題次元

また、二重の基準論の弁証という問題次元における議論に関しても、筆者は同様の疑念を抱いている。すなわち、厳格審査

や緩やかな審査といった違憲審査基準の伝統的な概念定義に対して、²³の理論が革新的な意義を有していることが、今まで十分に理解されてこなかった傾向があるのではないか、という疑念である。

例えば、松井の違憲審査基準論のうち、平等保護に係る箇所を見ると、²⁴と同様に「切り離され孤立した」少数者を多数者の偏見から保護するという見地を基軸に据えて、違憲審査基準を構築してゆくべきことが語られている。その上で、松井は、日本国憲法一四条後段列举事由及びこれに類する事由に基づく区別は、疑わしい区別に該当し、これに対しては「厳格な審査」が適用されるべきとする。では、ここにおける「厳格な審査」とは、具体的にはいかなる態様の審査であるか。この点、以下のように表現されている。

「これら列举された事由及びそれに類する事由に基づく差別については、それらが『疑わしい』区分である以上、やむにやまれない政府利益達成のために必要不可欠でない限りは許されない²⁵と考えるべきである。」

上記の言明からすると、松井にとって疑わしい区別に適用さ

れる厳格審査とは、「やむにやまれない」利益の審査と、手段の必要不可欠性の審査によって成るものと解される。かような厳格審査の定義は、日米の憲法学の通説的理解と同様である。²⁶

そして、松井は、重要な政府利益の審査と、手段の実質的関連性の審査によって成る中間審査につき、疑わしい区別に適用される基準としては緩やかに過ぎると評している。²⁷

ここで気にかかるのは、²⁸が、疑わしい区別の法理の下における審査を描き出すにつき、「やむにやまれない」政府利益の審査という概念を、必ずしも用いていないということである。曰く、

「孤立的に見れば、普及している法理が疑わしい区別に課す要求群の組み合わせ——州が(1)実質的な重要性を持つ目標を提示し、(2)当該区別がその目標と現実上の完全性を以て適合すること——は、パターン無きパッチワークとして安易に看做される。しかしながら、疑わしい区別の法理が、動機審査の迂回的な変種として、適切な文脈にいったん置かれるのならば、この要求群の組み合わせは、適切な機能的意味を成すものとして理解し得る。その決定的な一步は、ここでの判例及び学説を支配してきた二段階の形而上学から脱出することであ

る。そこにおいて、ある者は、第一に、争われている区別が疑わしいものであるかを決定し、そして、もしそうであれば、次に、――分析的に別個の作業として――適合性と重要性の点で異例な要求を満たすことを、それに対して課す。われわれがそれをひとつのパッケージとして看做す場合においてはのみ、それはパッケージとしての意味を成し得るのである。すなわち、適合性と重要性に係る異例の要求を、疑わしさに対する一種の制裁として堆く積まれた新たな要求としてではなく、むしろ、最初の探究を延長する方法として、つまり、当該区別が生じさせた最初の疑わしさが十分に根拠のあるものなのか或いはより深い探索によって解消されるものなのかを決定する方法として、理解される場合においてのみである。」⁽²⁶⁾

右に引用した⁽²⁶⁾の言明に語られていることは、疑わしい区別に適用される違憲審査基準が、政府利益の「実質的な重要性」の審査と、手段の「完全」な適合性の審査とによって成るものであり、この二つの組み合わせは、違憲な政府動機の有無を判定するために設置されるものだということである。そして、筆者は、松井の「厳格な審査」と⁽²⁷⁾の「非通常の」審査との間には、政府利益の審査の定義に関する懸隔が在るのではないか

という疑念を微かに覚えている。すなわち、「やむにやまれない」利益を要求するのか、「実質的な重要性」を有する利益を要求するのかの懸隔である。後に論ずるように、⁽²⁶⁾は、動機審査としての非通常審査を言い表す際に、「やむにやまれない」政府利益の概念を用いることを、非常に警戒していたように思われる（参照、本稿第二章第一節）。松井も⁽²⁶⁾と同様に、偏見の審査を疑わしい区別の法理の眼目に置くわけであるが、ここで松井が「やむにやまれない」利益の概念を安易に持ち出すことは、⁽²⁶⁾の所説と整合しない可能性を含むようにも思われる。

ここに顕在化するのは、違憲審査の態様をいかように描き出すか、それに照らして違憲審査基準の概念をいかように定義するかといった問題次元の存在である。すなわち、二重の基準論に関する従来の議論においては、発動される審査の態様に関する伝統的な理解ないし違憲審査基準概念が、所与の前提とされてきた傾向がなかっただろうか。その上で、従来の議論は、違憲審査基準の「引き金」の問題に傾注してきたらがあるのではないだろうか。しかし、⁽²⁶⁾の政治プロセス理論の革新性は、違憲審査基準の概念定義の仕方の問題にまで及ぶものである。⁽²⁷⁾は、伝統的な二重の基準の下での審査態様とはおよそ異なる、新たな審査方法を描き出していたのである。かような新

たな審査方法は、言論の自由や基本的権利、平等保護等の諸領域にわたって論じられているが、このうち、本稿が題材とするのは、^② E_1 が平等保護の領域に妥当する審査手法として描き出した、動機審査の法理である。

第二節 E_2 の動機審査理論を研究する意義

以上を踏まえた上で、本稿が研究対象として E_2 の動機審査理論を選択する理由は、以下の二点に纏められる。

一、 E_2 研究における残された課題

まず、上述の如く、日本の E_2 研究において必ずしも理解が深められていない点の一つが、動機審査理論だからである。その内容上、動機審査理論は政治プロセス理論の基軸の一部を成すものと言つてよい。それゆえ、動機審査理論が理解されない限り、 E_2 の政治的プロセス理論は味到され得ないものと思われる。ただし、 E_2 の動機審査モデルは、独自の見地に基づくものであるとともに、精緻な論の運びを成すものである。しかも、筆者の理解によれば、それは幾度かの変遷を遂げている。そして、かようにして形成された E_2 の動機審査理論は、随所

に考え抜かれた独自の視角を提示するに至っているとも思われる。しかしながら、 E_2 の動機審査理論がいかんして変遷していったか、及びその動機審査理論の完成形が示される『民主主義と不信』に記された一語々々に E_2 がいかなる意味を込めようとしたのかは、不幸にも十分に明らかにされてこなかったようにも思われる。本稿は、このような E_2 の思想の深化と変遷につき、 E_2 自身の内在的視点に立つて読み解くことを試みる。すなわち、本稿は、 E_2 が動機審査理論に関するその思索を、裁判例への対応や諸学説への応答を通じていかにして深めていったのかを、内在的視点から描き出す試みである。かような営為を通じて、 E_2 の思考についての学界の理解を幾許か進展させることができれば幸いである。

二、違憲審査基準論への示唆

また、先に触れたように、 E_2 の動機審査理論は違憲審査基準論にも関係する。思うに、 E_2 の動機審査理論がもたらす違憲審査基準論への示唆を学ぶことには、現代的な意義が存在する。昨今において、日本憲法学に通用している従来の違憲審査基準論に対する再考が進められていることは、周知の如くである。論点は多岐に亘り、ここでは網羅的に論ずべくもないが、

さしあたり違憲審査基準論に係る昨今の議論において特に論争の的となっている問題群に関して、以下の如く整理できよう。

第一の論点は、憲法裁判における本案審査の思考枠組をいかに設定すべきか、という問題である。この問題をめぐっては、争われている政府行為の合理性を査定するという従来の政策論的思考枠組から、違憲／合憲の二値論理を礎に置く防御権的思考枠組への移行が、有力に提唱されている。²⁹ 続いて、第二の論点は、一定の審査を發動させる「引き金」を成す事項は何か、という問題である。この問題をめぐっては、従来の違憲審査基準論が主として権利の種別や規制目的の観点からのみ引き金を構成していたのに対して、より多様な要素をとり込んで引き金を構成すべきとの批判が有力である。³⁰ そして、第三の論点は、發動される審査の態様に関する問題である。この問題をめぐっては、とりわけ、通説的な二重の（ないし三重の）³¹ 基準論に対して、これに代えて「比例原則」概念を持ち込むアプローチや、³² 通説的な二重の（ないし三重の）基準論をおよそ引き継ぎながらも、それらの基準の下における審査の態様をより具体化し意味限定してゆくアプローチ等が提唱されている。

これらの諸問題のうち、³³ 四々の動機審査モデルは、第二と第三の問題に係り、とりわけ第三の問題を考えるに際して大いに

示唆を与えるように思われる。すなわち、³⁴ 四々の動機審査理論は、厳格審査や緩やかな審査といった通説的な二重の基準概念をおよそ受け継ぐように見えながらも、それらの概念の下における審査の態様を、動機審査の下に意味限定する。かような³⁵ 四々の動機審査理論においては、二重の基準概念を構成する要素にも、独自の変容が施されることとなる。かような知見は、むしろ無批判に受容することはできないものの、従来の違憲審査基準概念がともすれば茫漠とした意味内容を帯びがちであった傾向を克服するための、一視角を成し得るものと思われる。

実際、アメリカ合衆国の裁判例や学説においては、目的のない動機の審査の見地から違憲審査基準論を再考することをめぐって、議論が蓄積されている。³⁶ それらの諸説を比較検討した上で動機審査モデルの違憲審査基準観の意義を考察するという論題への本格的な取り組みは、他日を期すつもりである。本稿は、その予備的作業として、³⁷ 四々の所論を正確に理解し、そこから示唆を汲み取る際の素地を固めることを狙いとするものである。

序章の締め括りとして、本稿における次章以下の論旨を概観すれば、以下の通りである。まず、第一章では、³⁸ 四々の動機審査理論の萌芽である一九七〇年公表論文を読解し、その意義と

難点を考察する。そして、第二章では、同論文公表後の Ely が、一九八〇年公表の『民主主義と不信』に至るまでの間に、動機審査に関する知見をいかにして深めてゆき、どのように変説を遂げていったのかをフォローする。最後に、終章では、Ely の司法審査理論の中における動機審査理論の位置づけを確認し、また、Ely 理論に対するいわゆる実体的価値理論の立場からの批判に対して、一定の応答を試みる。その上で、Ely の動機審査理論の意義を考えてゆく上で今後吟味されるべき問題点を展望する。

第一章 動機審査理論の誕生——一九七〇年論文

Ely の動機審査理論は、一九七〇年に公表された論文、「憲法における立法及び行政の動機」⁽³⁴⁾（以下、「一九七〇年論文」と称する）に端を発する。同論文は、Ely が Earl Warren 裁判官のロー・クラーク等の実務家経験を終え、イェール・ロー・スクールにて教職に就いた二年目の若き日に執筆されたものである。後の Ely は、その頃を回顧し、同論文は一種の自縄自縛であったかもしれないと、自嘲気味に語っている。⁽³⁵⁾ それゆえ、同論文は、Ely の動機審査理論の完成形ではなく、あくまで端

緒に過ぎない。例えば、Ely が Caroleene Products footnote 4 に着眼し政治的プロセス理論を展開するのは、同論文公表後の論考を俟たねばならず、その意味で同論文は基礎理論レヴェルの洗練性を欠くとも評し得る。しかし、同論文には、Ely の先鋭な思考が既に現れており、かつ動機審査の法理に関する今なお興味深い考察も披瀝されている。また、同論文は、動機審査に関する革新的で論争提起的な業績であったため、合衆国憲法学における動機審査に関する議論を誘発した。⁽³⁷⁾ この議論を理解するためにも、同論文は読解されなくてはならない。更に、同論文を理解することなくしては、後の Ely の変説も正しく理解し得ないこととなろう。本章は、かような一九七〇年論文に関して、読解と検討を行うものである。

第一節 背景と問題意識

一．背景

まず、Ely が一九七〇年論文を記した当時の背景について、すなわち動機審査をめぐる当時の判例及び学説の状況について、概略的に触れておきたい。

通例的な理解によれば、裁判所は、伝統的に、政府行為の動

機を探索することに消極的であったとされている。⁽³⁸⁾ どのような立場の代表例が、一八一〇年の *Fletcher v. Peck* ⁽³⁹⁾ である。同事件においては、ある州法の背後に賄賂が存在したと認められるか否かが争点の一つとなったが、連邦最高裁首席裁判官の John Marshall は、法制定者の不純な動機の探索に裁判所が踏み込むべきでないことを明言した。⁽⁴⁰⁾ かような立場は、後の裁判例に大きな影響を与えたとされる。⁽⁴¹⁾ これを象徴するのが、Cardozo 裁判官の「連邦最高裁が立法府の動機を探索し、それを不法と看做そうとはしないということは、古来よりの賢明な法理である」という言明である。そして、動機審査否定論の主たる根拠としては、立法府の心理を分析する営為は裁判所の適性に馴染まないものであるということが挙げられてきたのであった。⁽⁴³⁾

これに対して、連邦最高裁の動機審査に対する消極的立場が揺らいだ時期の典型が、*Lochner* 期である。すなわち、パン工場で製造に従事する労働者の最大労働時間を制限する州法をデュー・プロセス条項違反と判じた点で著名な *Lochner v. New York* は、政府目的審査への積極的なスタンスを打ち出した点でも特徴的であった。⁽⁴⁴⁾ つまり、同判決 *Peckham* 裁判官法廷意見は、争われた規制が州の福祉権能 (police power) の正統な行使の範囲内にあるか否かを判定するに当たり、規制手段

と主張された規制目的の適合性を厳密に査定し、当該州法は公共道徳の維持や労働者の安全ないし健康の確保を目的とするという州側の主張を排斥し、当該州法につき「その真の狙いと目的は、単に労働時間を規制することにあつた」と断じたのであった。そして、法廷意見は、レッセ・フェールを至上とするその規範的経済秩序観に照らして、かような「真の」目的を有する当該州法は正統な福祉権能の行使とはいえない、と判じたのであった。同判決後、連邦最高裁は動機への審査に踏み込まないという建前を維持しようとしたが、かような「真の」目的を探索する姿勢は、やはり従来からの動機審査否定論を逸脱するとも解され、動機や意図への審査を認めるかのような裁判例も次第に現れるようになった。⁽⁴⁷⁾

しかし、一九三〇年代後半におけるオールド・コートの終焉とともに、連邦最高裁は、動機審査に関しても消極的になってゆく。⁽⁴⁸⁾ すなわち、合憲性推定の原則が広く一般に妥当するようになり、争われている政府行為につき正統な政府目的を仮想する (hypothesize) 手法を採る裁判例が蔓延するようになってゆくのである。⁽⁴⁹⁾

ところが、このニュー・デール革命以後にあっては、違憲な動機に着眼する裁判例が消失したわけではなかった。例えば、

アラバマ州の選挙区割りが入種的ゲリマンダリングでないかが争われた一九六〇年の *Gomillion v. Lightfoot* ⁽⁵⁰⁾ においては、旧来正方形であったタスキーギ市の境界線をぎこちない二八角形に引き直した当該選挙区割りにつき、「立法院は、黒人市民が有する地方選挙権を剥奪するために、彼（女）らを街から仕切り出すことを通じて、白人種と有色人種を別離化するということに唯一の関心を寄せていた」可能性があるとされ、「一般に合法的行為であっても、不法な目標を達成するためになされた場合には不法となり得る」と論じられた。⁽⁵¹⁾ また、一九六四年の *Griffin v. Country School Board of Prince Edward County* ⁽⁵²⁾ は、ヴァージニア州プリンス・エドワード群の教育委員会が、裁判所が発した公立学校における人種別学の除去実施命令に従う代わりに、白人生徒のみを受け容れる私立学校に助成金と税額控除措置を講ずることを定めた州法に従って、すべての公立学校を廃止する処分を行ったことの合憲性が争われた。これに関して連邦最高裁は、「いかなる非人種的根拠が群の公立学校廃止に対する州の認可を支持しようとも、その目標は合憲なものではない」と述べた上で、当該処分の唯一の目標は人種別離に他ならないと論じ、当該処分を平等保護条項違反と判じたのであった。更に、人種差別の問題領域の外にあって、

例えば、信教の自由並びに政教分離に係る裁判例には、特定の宗教を援助あるいは抑圧する政府の動機の存否に焦点を当てた審査を展開するが如きものも見られた。⁽⁵³⁾ 以上のような裁判例は、政府行為の目的が違憲であることを認容しない趣旨を打ち出したものであり、動機審査に踏み込んだようにも解されたのだ。

しかしながら、一九六八年に至り、連邦最高裁は、*United States v. O'Brien* ⁽⁵⁴⁾ において、全面的な動機審査否定論を展開した。同事案では、徴兵カードを公衆の面前で焼却する行為に刑罰を科する法律の合憲性が争われた。違憲主張者の主張の一つは、連邦議会はヴェトナム戦争に反対する表現を抑圧することに動機づけられて当該法律を制定したのだということであったが、連邦最高裁はこの主張を容れず、次のように述べた。

「本連邦最高裁が、違法な立法動機が申し立てられたことに基づいて、さもなくば合憲の制定法を違憲無効とすることは無いということは、お馴染みの憲法上の原理である。…連邦最高裁の諸判決は、不正な目的ないし動機が権力行使の原因となったという想定に基づいて、司法部が合法の権力行使を制止することに、初めから手を貸していない。…議会の

動機ないし目的の探索は危険に満ちた事柄である。…ある立法者に法律に関するある言明を発するよう動機づけた事項は、他の多数の者に当該法律を制定するよう動機づけた事項では、必ずしもない。そうであるとすると、その賭け金は、憶測を差し控えるのに十分なほど高いのである。当該法律の制定に関して連邦議会が疑いを容れない権限を有しており、かつ、もし同一の或いはその他の立法者が『より賢明な』言明をそれについて発した場合においては再制定されるであろう法律につき、当該法律は愚劣であるとの根拠に本質的に基づいて無効化することを、我々は固辞するのである。」⁽⁵⁶⁾

かように、O'Brien 判決は、立法府の動機が違憲であることに基づいて法律を無効とする立場を採ることを、一般的に拒絶した。なお、ニュー・デール革命以後に動機審査に踏み込んだとも解される Gomillion 判決等につき、O'Brien 判決は、それらの判決は動機に着眼したのではなく効果に着眼して審査を行ったのだ、という解釈を付与した。かくして、同判決により、連邦最高裁が動機審査肯定論を採る見込みは失われたかに思われた。

しかし、同年の Epperson v. Arkansas は、進化論のみを公

立学校の授業カリキュラムから除外することを命じた州法につき、キリスト教原理主義を援助しようという動機によつて駆り立てられていたと看做し、政教分離条項違反と判じた。⁽⁵⁷⁾ また、これも同年の Oestereich v. Selective Service Board は、傍論においてではあるが、ある者の表現ないし信条を抑圧するために、徴兵委員会がその者の徴兵名簿上の部類を変更したことが明らかな場合には、同委員会の行為は違憲とされるべきことを示唆していた。⁽⁵⁸⁾ かように、O'Brien 判決と同時期にもかかわらず、動機の審査をレレヴァントとするかのような裁判例も見られたのであった。Ely が、この時期の連邦最高裁の動機審査に対する立場につき、「悲惨な不調和状態 (disaster proportions)」と評する所以である。⁽⁵⁹⁾

他方、学説においては、古くから動機審査否定論が通説の地位を占めてきた。⁽⁶⁰⁾ Ely は、かような動機審査否定論の依つて立つ根拠を、上述の O'Brien 判決と重ね合わせながら、次の三点に纏め上げている。⁽⁶¹⁾ その第一が、内心における立法者の主要な立法動機を同定することは困難であるという、動機の「確定可能性 (ascertainability)」に関する議論である。その第二が、違憲な動機を理由に法令を無効化し立法府に送り返しても、立法府は立法理由のみを変更した上で同内容の法令を再制定して

くるであろうから、動機のみに着眼して立法を無効とすることには意義がないという、「無益性 (futility)」に関する議論である。その第三が、社会的利益の増進に資する法令を、立法者の動機の不正のみを理由に無効とすることは望ましくないという、「非功利性 (disutility)」に関する議論である。

また、Ely が一九七〇年論文を著した当時に有力であった学説として、「動機 (motive)」概念と「目的 (purpose)」概念を峻別するアプローチが存在した。⁽⁶²⁾これによれば、「動機」とは、立法者が現実には思い描いていた内心の意図を指し、これは観察者たる裁判官が伺い知れないものである。他方、「目的」とは、心理分析によってしか推知し得ない動機とは異なり、立法の文言や効果に照らして裁判官が客観的に伺い知ることのできるものである。それゆえ、この「動機」／「目的」二分法の下では、裁判官にとっては、立法「目的」を探索することはイレレヴァントであっても、立法「動機」を探索することはイレレヴァントである、とされることとなる。

二、一九七〇年論文の基本的問題意識

かような判例及び学説の状況のなかで、Ely の一九七〇年論文は、動機審査を完全にイレレヴァントとするのは不適当であ

ると論じた。しかも、同論文は、かような動機審査肯定論が、一定の既存の裁判例から導かれ得ることを論証した。これらの意味において、同論文は、革新的かつ論争提起的な性格を有するものであった。しかし他方で、Ely は、O'Brien 判決に象徴される動機審査否定論への配慮も欠かさなかった。かくして、同論文は、動機審査の妥当する範囲を限局し、かつ同定された違憲な動機の役割を限定することを通じて、穏当な動機審査肯定論を提唱しようとしたのであった。これが、一九七〇年論文における、Ely の基本的な問題意識であると解される。

そして、かように一定の限度で動機への審査を肯定しようとする Ely は、上記の「動機」／「目的」二分法を無用と論じた。⁽⁶³⁾ Ely 曰く、「動機」と「目的」を区分するとしても、具体的事案において、立法「目的」の候補となるものが「動機」でないかどうかを識別するには、その確証度を査定しなければならぬ。そして、そうした確証度が十分であるか否かの問題は、「動機」と「目的」を二分することによって答え得るものではない。それゆえ、問題の局面は、「動機」か「目的」かの識別ではなく、政府行為の動機を確定する方法としていかなるものが採られるべきか、また裁判官によって同定される政府動機の確証性をいかに担保するか、といった諸点へと移されるべきである。それ

ゆえ、*巴*の動機審査肯定論も、裁判官が認定すべき政治部門の動機とは、「決定作成者の多数派によって共有されていると確信を以て言われ得る」⁽⁶⁴⁾ものに限られる、と述べている。

では、かような問題意識の下で、一九七〇年の時点の*巴*がいかなる動機審査肯定論を描き出したのかを、次節にて見てゆくこととする。

第二節 動機モデルの描出

上述の如く穏当な動機審査肯定論を提唱しようとする一九七〇年論文は、憲法裁判上の法理の中に動機審査をいかに位置づけるかに関する考究に、多くの紙幅を割いている。*巴*が動機審査理論を導入しようとするのは、平等保護の問題領域である。一九七〇年論文は、そこにおいて妥当する違憲審査基準の一定の「モデル」に関して考察を加えている。かような違憲審査基準のモデルは、特定の審査基準を伴った司法審査と、それを発動させる「引き金」となる事由との組み合わせから成るものとされる。それゆえ、この引き金と審査に政府動機をいかに係らしめるのか、及びそうして構成された「動機モデル (motivation model)」が他の違憲審査基準モデルといかなる関係に立つのか

を考察することが、主たる論題を成すこととなる。以下ではその所論の概要を概観する。

一・不利益付与的区分モデルとその限界

(一) 不利益付与的区分モデル

まず、*巴*は、平等保護に係る憲法事案においてその適用が適切である法理モデルとして、「不利益付与的区分モデル (disadvantageous distinction model)」を提示する。⁽⁶⁶⁾不利益付与的区分モデルにおいて、違憲審査基準の引き金となる事由は、政治行政部門が行った何らかの区分によって、当事者が他者に比して不利益を被っていることである。そして、この引き金によって発動される審査は、当該区分が「正統に擁護し得る差異 (legitimately defensible difference)」であるか否かの査定である。すなわち、争われている区分が正当化され得るか否かを問うということであり、その正当化の成否は、通常の合理性審査 (rationality review) か非通常審査 (extraordinary review) によって決せられる。合理性審査にあつては、認容し得る目標 (goal) と当該区分との間に合理的関連性が存するか否かが審査される。他方、非通常審査は、合理性審査に比してより強度の正当化論証を政府に要求するものであり、『やむにやまれぬ』

観点(“compelling” terms)」からの擁護を求めるものと形容されている。この非通常審査が発動されるのは、政府による選択が、人種等の疑わしい区別(suspect classification)に該当する場合か、選挙権等の基本的利益(fundamental interest)に制約を及ぼす場合である。

そして、この不利益付与的区分モデルの下において、政府行為を現実に駆り立てた動機への着眼は、全く以てイレレヴァントである。これは、合理性審査であれ、非通常審査であれ同様である。まず、不利益付与的区分モデルにおける司法審査の引き金は、原則的には政府によって不利益付与的区分が為されたことであるが、例外的には、疑わしい区別の法理のように、区別の徴表(criterion)が問題とされる場合もある。しかし、*ロウ*によれば、疑わしい区別の法理が適用されるのは、区別徴表が政府行為の文面上に明示されている場合に限られ、ここで政府動機を顧慮する要はない。また、正統に擁護し得る差異の審査の局面においては、区別とその目標との適合性が問われるため、ここでは区別の目標が同定される必要がある。しかし、*ロウ*によれば、連邦最高裁は、政治行政部門が当該区別を行った際に現実に思っていたとは明らかに言えないような目標であっても、当該区別を基礎付ける認容可能な目標として認定

するという立場を採っている。すなわち、目標の同定において連邦最高裁が問うているのは、「いかなる動機が特定の争われた区別の基礎を成しているかではなく、むしろ、当該法が一般的に関心を寄せている事柄は何かであり、当該法を全体的視点から見たとき、立法者のほとんどがおよそ当該法によって達成しようと企図していたものは何か」である。かような目標同定の手法を、Ely は「コンセンサス理論(consensus theory)」と呼んでいる。ただし、*ロウ*によれば、連邦最高裁は、不利益付与的区分モデルを適用しながらも、認容し得る政府目標を限定するアプローチを採ることがある。その例は、議員定数不均衡訴訟における「一人一票(one person one vote)」の原則である。⁽⁸⁶⁾

(二) 不利益付与的区分モデルの限界

*ロウ*によれば、以上の如く描出される不利益付与的区分モデルは、平等保護に係る多くの事案において、適切に適用され得る。

しかし他方で、*ロウ*は、不利益付与的区分モデルを通じては適切に司法審査が行われ得ない状況が存在することを指摘する。以下の二つの状況がそれに当たる。

① 無作為選択状況

第一に、政治行政部門の選択が無作為に行われる場面である。⁽⁷⁾ 例えば、陪審選出の局面では、陪審としての適格性に関連する事由（年齢や難聴等）に基づいて選別が為される場合を除いては、合衆国市民の内から無作為に選出されることになっている。また、行政区画や選挙区の画定にあっても、ある行政区画や選挙区に包含された者とされなかった者との間の境界線は、多くの場合単に無作為に引かれるに過ぎない。かように、無作為選択による区別は、区別対象たる人々の何らかの特性に照らして線引きを行うものではない。それゆえ、この無作為選択状況においては、違憲の主張者が何らかの徴表に基づいて区別が為された主張することは、通常は不可能である。しかも、判例上、かような無作為的区別状況にあつては、政府は無作為的区分の正当化責任を常に負うものではないとされている（つまり、区分それ自体が審査の引き金とならない）。⁽⁷⁾ かくして、無作為選択状況において、不利益付与的区分モデルは、その審査の引き金を喪失するのである。

② 裁量的選択状況——「反合理的」目標状況

第二に、政治行政部門が裁量を有する状況にあつても、不利

益付与的区分モデルによる審査は不能である。⁽⁷⁾ 以下、用語法において、裁量の観念は、政治行政部門の判断が「合理的に擁護される必要がないことを意味する」ものと定義されている。そして、裁量が認められるべき状況とは、上述の「コンセンサス理論」に基づいて同定される政府行為の目標が、司法部による「合理性 (rationality) の査定」に馴染まない、「反合理的 (nonrational)」な性格を帯びている場合である。ここで、司法部による「合理性の査定」とは、争われた区分と認容し得る目標との間に合理的関連性が少なくとも存するか否かを査定するものであり、「合理的」か「非合理的 (irrational)」かの二値コードによって判断されるものである。⁽⁸⁾ 以下、かような「合理性の査定」に馴染まない「反合理的」政府目標として、以下の二つを挙げる。

その第一は、政府行為に具体性を有する目標を着せ得るものの、他方でそれが「裁量的目標 (discretionary goal)」としての性質を有するような状況である。この類の裁量的目標の典型例は、「趣味の良⁹ (good taste)」の促進という目標である。⁽⁹⁾ 例えば、公立学校における生徒への服装規制は、生徒の健康の増進という目標からも正当化され得るが、美的見地などといった「趣味の良⁹」の観点からも正統に擁護され得る。そして、

かような規制が生徒の自由を侵害するか否かが司法審査の主題を成すような場合、前者の健康の増進という目標については、裁判所は、当該服装規制が当該目標にとって有益であるか否かを経験的に査定し得る。しかし他方で、¹²によれば、当該規制が「趣味の良さ」の増進に資するかという問いは、裁判所の美的価値選好を学校当局のそれに置き換えることによってしか解答し得ないという、「反合理的」な性格を有する。

「反合理的」目標の第二は、争われている区別の目標が、一般的福祉 (general welfare) などといった抽象的な観念へと帰着する場合である。その例としては、産業成長の振興は芸術の振興よりも一般的福祉の増進に資するため、石油業者への租税政策を優遇するという選択を政治部門が行うような場合が考えられる。¹³によれば、かような選択が一般的福祉という目標と合理的に関連するか否かを司法審査が問う場合、裁判所は、自らの価値選好を政治部門に押し付けることによってしか解答し得ない、「反合理的」な問いへと迷い込む。また、当該規制に幾分具体的な目標が認められる場合にあっては、いづれ裁判所が一般的福祉の追求を当該規制を基礎づける正統な目標と認定してしまえば、先の具体的目標は、一般的福祉の観念の傘下に「従属目標 (subgoal)」として統合されてしまうのであり、

司法審査の行き着く処は同じである。

そして、かような「反合理的」目標が認定される状況においては、連邦最高裁は、政治行政部門に対して裁量を認める戦略を採用している。¹⁴によれば、この連邦最高裁の戦略は正当である。しかし、これらの状況にあっては、政治行政部門の判断は合理的に擁護される必要がないものと看做され、合理性を尺度とした司法による査定が及ばないこととなるのである。

二. 代替的モデルとしての動機モデル

かくして、上記のような無作為選択状況と裁量的選択状況においては、不利益付与的区分モデルによる審査は、およそ不能となる。

しかしながら、¹⁵は、かような二つの状況にあっては憲法上の制約が全く無いと考えるべきではないとし、不利益付与的区分モデルに代わる法理モデルにつき、次のように論を運ぶ。

(一) 引き金

司法審査の引き金を欠くとされた無作為選択状況や、合理性を尺度とする審査が効かないとされた裁量的選択状況において、代替的審査を発動させるには、まずはその引き金が設置されな

ければならない。B₂は、まずこの引き金について考察する。⁽⁷⁵⁾

B₂によれば、その引き金の候補になり得るのは、不釣合な効果 (disproportionate impact) か、違憲の徴表に基づき区別を行おうとする動機かのいずれかである。ここで、前者の不釣合な効果とは、主として政治行政部門の選択がもたらす統計的帰結に照らして看取されるのに対して、後者の動機とは、主として当該選択が形成された過程に着眼して看取されるものである。⁽⁷⁶⁾

また、効果概念は政府行為の意図せざる帰結を含むのに対し、動機概念はこれを含まないものとされる。

そして、B₂の論ずるところ、政治行政部門が、「便益供与の積極的義務 (affirmative duty of accommodation)」⁽⁷⁷⁾でなく、単に「中立性保持義務 (duty to be neutral)」を負っているに過ぎない局面にあつては、政府行為の不釣合な効果でなく、その動機を以て司法審査を発動させるべきである。なぜなら、現に連邦最高裁は、平等保護の問題領域において、効果上の均衡の達成を目指すことに消極的だからである。すなわち、無作為選択状況にあつては、作為的な選択を行う動機を司法審査の引き金とする立場を、連邦最高裁は正當にも現に採択している。

B₂は、陪審選出やゲリマンダリングの局面における人種差別が争われた事実を以て、これを例証する。すなわち、陪審選出

訴訟にあつては、専断的忌避を通じて黒人のみを陪審員団から除外する行為の合憲性が元来問題とされてきたが、B₂は一九六五年の *Swain v. Alabama* ⁽⁷⁸⁾ 等を挙げ、陪審選出における意図的な黒人除外を認容しない立場が判例において採用されていることを論証する。また、ゲリマンダリング訴訟にあつては一九六〇年の *Gomillion v. Lightfoot* ⁽⁷⁹⁾ や一九六四年の *Wright v. Rockefeller* ⁽⁸⁰⁾ 等が挙げられ、こゝでも区割りに対して人種的徴表を意図的に採用したことが審査の引き金となつてしていると分析する。以上より、無作為選択状況において、連邦最高裁は、人種という選択徴表が政府によつて意図的に採用されることを許されないものと考えている、とされるのである。⁽⁸¹⁾ また、裁量的選択状況にあつては、審査の引き金 (不利益付与的区分) は存するものの、司法部の審査に馴染まない「反合理的」な政府目標が認められることが、司法審査の障害なのであつた。しかし、B₂によれば、如上の「反合理的」政府目標に関する分析は、司法部による「合理性の査定」とは別の角度から審査を行うことを妨げるものではない。そしてB₂は、この別角度からの審査を発動させる引き金も、違憲な徴表が意図的に選択されたことの証明であるべきであると論ずる。B₂がかく論ずる理由は、主として、動機モデルが連邦最高裁の判例との整合性を確保し

得るといふ点、とりわけ連邦最高裁が帰結上の均衡の達成を政治行政部門に要求してきていないことと符合し得るといふ点に求められているようである。⁽⁸²⁾

(二) 発動される審査

次に、 B^2 は、以上のような動機の証明を引き金として発動される司法審査の態様に関して、論を運ぶ。⁽⁸³⁾

結論を先に言えば、 B^2 は、如上の動機を引き金として発動される審査は、不利益付与的区分モデルの下における審査と同様に、正統に擁護し得る差異の存否の審査であるとする。すなわち、如上の動機が証明されたとしても、政治行政部門の選択が即時的に無効とされるべきではないとするのである。では、政府に課される正当化責任とは、いかなるものであるか。 Ely は、選挙権等の基本的権利が制約されている場合には政府に対して強度の正当化責任が課されること、すなわち非通常審査が発動されることを認める。では、疑わしい区別の法理も、動機モデルの下で非通常審査を発動させるものとして位置づけられるのだろうか。ここにおいて、 B^2 は次のように述べる。

「疑わしい区別の法理は、概してそうされてきたように、『疑

わしい』特徴の見地から文面上の区分を行う法のために取って置かれるべきである。…これは、人種的動機の証明が、正統に擁護し得る差異に向けられた通常の要求を発動させるに過ぎないものとされるべきと考えることの、自明な付随的帰結である。」⁽⁸⁴⁾

つまり、動機モデルの下においては、疑わしい選択徴表が潜在的に採用されていることがいったん認定されたとしても、これを引き金として発動せられる審査は、単なる合理性審査に過ぎない、というのである。そうであるからこそ、疑わしい区別の法理は、文面上の区分にのみ適用され、潜在的な区分には適用されない、という命題が、右の一節において導出されているのである。⁽⁸⁵⁾

では、かような結論が導かれるのは何故か。それは、先述の動機審査否定論の諸論拠(「確定可能性」、「無益性」、「非功利性」参照、本章第一節一)に対して、 B^2 が配慮をしたからに他ならない。 B^2 は、動機審査否定論の諸論拠に対して、次のように応答している。すなわち、「確定可能性」については、確かに政治行政部門の動機の同定は困難であるが、動機を単なる合理性審査を発動させる引き金と位置づけることによって、

動機モデルは慎重に運用され得る。また、「無益性」に対しては、動機モデルによって政府行為が依拠し得る正当化事由を制限することが可能となるため、動機審査は無益とは言えない。また、明らかに人種の動機に基づいてなされた選挙区割りや、合理性審査すら満たさない立法につき、裁判所が違憲な動機ゆえに無効の判断をいったん下し、それを受けて立法府が同様の立法につき理由を変更した上で再制定したとしても、その再制定立法は、違憲な動機の嫌疑が晴れるか合理性審査を満たさない限り、動機モデルの司法審査をパスしないのであり、その意味でも無益とは言えない。そして、「非功利性」に対しては、上記の動機モデルの下では、政府行為は合理的に正当化され得る限り無効化されないため、社会的効用を有する政府行為に対して動機モデルは合憲判断を下し得るのであり、社会的効用は妨げられない。かようにして、^{四六}は、一定の問題領域における動機審査の妥当性を肯定しながらも、動機モデルの下における司法審査の穏健性をも保持しようとしたのである。

ただし、ここで動機モデルの下で発動される審査が単なる合理性審査であるといっても、これが「趣味の良さ」や「一般的福祉」といった「反合理的」目標による正当化を排するものであることには、注意が必要である。すなわち、「反合理的」目

標に基づく区別は、合理性を尺度とする司法審査に適さない性格を帯びているのであるが、別の角度からの司法審査の余地はあるとされていたのであった。そして、^{四七}によれば、租税や公金投入あるいは刑事罰の酌量等に係る政治行政部門の選択的判断が、違憲な選択徴表を意図的に採用するものであることが証明されたならば、かような判断は、上記の「反合理的」目標による正当化を以て合憲とされるべきではない。しかしながら、幾分具体的かつ経験的な目標で、なおかつ一般的福祉の下に吸収される「従属目標」でない目標を、当該判断を基礎付ける正統なものとして認定し得るのならば、その目標は裁判所による合理性の査定に馴染むものとなる。例えば、学校における生徒への服装規制につき、違憲な動機がいちど認定された場合、当該規制は、「趣味の良さ」の促進や「教養ある児童及び充実した市民の育成」といった裁量的目標の観点からは正当化され得ないが、「健康の増進」や「混乱の回避」といった目標の観点からであれば正当化される余地がある。しかして、動機モデルの下では、違憲な選択徴表に基づく選択が具体的な目標の見地から正当化されるか否かを審査すべきことが帰結されるのである。これを概して、「反合理的」目標／具体的目標の二分法と評し得よう。注意すべきは、かような具体的目標による正当化

を求める合理性審査理解が、伝統的な理解である正統な目標の仮想アプローチとは様相を異にすることである。^⑧

なお、^⑨は、如上の理論を実践的な地平に置き直して、次のようにも論じている。すなわち、争われている政府行為が、動機モデルの下における合理性の査定をパスする可能性は、理論的には確かにある。しかし、「反合理的」目標でない具体的目標を援用し得る場合にあっては、違憲の動機は、實際上認定され得ないだろう。それゆえ、實際上違憲の動機が認定され得るのは、司法による合理性の査定を全くパスしないような政府行為に限られる。何らかの合理的正当化が可能な政府行為に違憲な動機が看取されるのは、実際上は起こり得ない事態である。と。かくして、^⑩は、争われた政府行為に単なる合理性すら認定され得ないような場合のみへと、違憲な動機が顕出される余地を限局しようとするのである。

第三節 一九七〇年論文の意義と難点

以上が^⑪の一九七〇年論文の概要である。^⑫が同論文において穏健な動機審査肯定論を提唱したこと、そしてそうした問題意識を動機審査の法理へと反映させ、その法理に関して鋭

利で精緻な考察を展開していたことが、伺い知れたものと思われる。以下では、同論文の意義と限界について考察を加える。

一、積極的意義

まず、一九七〇年論文の積極的意義として、次の諸点を挙げることができる。

第一に、一九七〇年論文は、動機審査に纏わる問題分析を進展させ、伝統的立場を克服し、動機審査の肯定説を打ち出した。すなわち、同論文は、無作為選択状況並びに裁量的選択状況における不利益付与的区分モデルの機能不全を指摘し、動機審査が有用な問題領域が存在することを剔缺した。かような立論を通じて、^⑬が完全な動機審査否定論を克服したことの意義は大きい。実に、^⑭の一九七〇年論文を嚆矢として、以後の合衆国憲法学界においては動機審査に関する議論が進展していったのであった。

第二に、一九七〇年論文は、連邦最高裁の判例とある程度の整合性を保つかたちで、動機審査を正当化することに成功した。すなわち、不利益付与的区分モデルが妥当しない領域における司法審査のあり方を探究し、そこにおいては効果モデルよりも動機モデルの方が判例に整合するということが論証されたので

あった。また、動機審査否定論の象徴たる O'Brien 判決へも配慮し、穏健な動機審査の法理モデルを構築したのであった。

第三に、裁量の選択状況の分析において語られた「反合理性」のアイデアも、非常に興味深いものである。すなわち、「趣味の良さ」や「一般的福祉」といった「反合理的」目標に依って立つ政府行為に対しては、裁判所が手段と目標の適合性審査を行おうとしても、自らの価値選好を対置することによってしか解答し得ないのである。そして、かような状況において、司法審査は、独自の価値選好の押しつけに踏み込んではずらず、「合理性の査定」、すなわち争われた区別と正統な目標との間に合理的関連性が存するか否かの査定に止まらねばならない、とされたのであった。こうした四々の議論には、裁判所が独自の価値選好を政治部門のそれと対置することへの警戒が見てとれる。実に、この警戒意識は、後に展開される四々の司法審査理論においても、不変の通奏低音を響かせてゆくのである。

第四に、一九七〇年論文において四々の合理性審査観が示されたということも、看過されてはならない。すなわち、合理性審査の下で行われる司法による「合理性の査定」は、争われた区分と認容し得る目標との間に合理的関連性が存するか否かを問うに過ぎないものとされたのである。その上で、四々は、単

なる合理性審査の下では、裁判官は自らの価値選好の対置に踏み込んでならぬことを論じていた。⁽⁸⁾そして、動機審査の法理モデルにあっても、専らかような合理性審査に関連するものとして組み立てられていたのであった。すなわち、動機モデルの下において発動される審査は、争われた区別が正統な目標と合理的関連性を有するか否かを査定するものであり、しかもそこにおいて援用可能な政府目標は「反合理的」目標でなく具体的目標でなければならない、とされたのであった。

二. 難点―残された課題の幾つかについて

しかし他方で、四々の一九七〇年論文は、難点をも抱えていたと言わねばならない。以下では、その難点を幾つか摘示することを試みる。ただし、後述するように、四々の動機審査理論は、一九七〇年論文における難点を克服すべく、以後大きく変説してゆく。それゆえ、一九七〇年論文が抱えていた難点の多くは、次章において四々の変説を辿ってゆく際に言及されることとなる。そこで、本章では、次章のための助走として、以下の二つの点についてのみ論ずることとする。

(一) 動機概念の意味内容

① 内心的意図と潜在的徴表

一九七〇年論文が抱える難点の一つは、動機概念の定義に在る。すなわち、一九七〇年論文は、動機の観念の下に二つの異なる指示対象を包含させていたと解される。

その一つは、内心における行為者の意図、及び行為の背後にある現実の理由である。これは、政府行為の実際の理由がその文面に表示されておらず、裁判所がそうした実際の理由を推測するような場面で問題となる。

他方、一九七〇年論文における動機の観念には、また別の指示対象が含まれていたと言ふべきである。それは、何らかの區別徴表の潜在的な採用という事象である。⁽⁸⁸⁾これは、Yick Wo v. Hopkins⁽⁸⁹⁾の事案を以て例示し得るように、中国系移民には木造建築物においてランドリーを経営する許可を与えないというルールが、法の文面上でなく、実務上採用されているような状況を指すものである。

如上の現実の理由と潜在的徴表は、一緒くたにされるべきでなく、別異化されるべきである。第一に、前者の差別的理由は潜在的に勘案されていたとしても、その結果生ずる政府による財の分配の結果は中立的である可能性があるのに対して、後者の潜在的區別徴表が採用されている場合には、財の分配結果は

当該徴表に照らして差別的なものにならざるを得ない。かように、両者の差異は、その効果上の差異として、鮮明に現れる場合がある。また、第二に、両者は証明の方法が異なる。Pauli Brestは、この証明方法の差異を一般化して論じている。⁽⁹⁰⁾すなわち、一方の潜在的選別徴表は、政府行為の統計的パターンから看取される。ここでは、政府行為の統計的データに照らして、何らかの徴表を有する者が意図的に不利に遇されているか否かが焦点となる。しかし他方の内心的意図の証明にあつては、同様の統計的パターンも重要な証拠となり得るものの、証明の素材はこれに限られない。内心的意図の証明においては、行為者の言明や行為がおこなわれた状況も重要な証拠となり得るのである。概して、内心的意図の証明は、潜在的徴表の証明に比して、より直観的で印象的な推論に依存する、とBrestは言う。かくして、Brestは、現実の理由と潜在的區別徴表とが別異化されるべきであり、かつ動機の問題は現実の理由の問題にのみ係るものと定位されるべきことを論じ、Elyの一九七〇年論文に対していち早く批判を加えたのであった。

② Brestの分析概念枠組

なお、そのBrestは、動機概念の意味理解に関連した概念整

理を、より体系的に行っている。⁽⁹⁰⁾

まず、Brestは、法分析を行う際の典型的モデルとして、法の構成要素を、「適用しているルール (operative rule)」、「目標 (なごし目的) (objective (or purpose))」、「効果 (なごし帰結あるいは影響) (effects (or consequences or impacts))」の三つに分解する。適用しているルールとは、法的権利義務に係る一般化された指令のことである。そして、適用しているルールには常に目標を着せることができる。また、適用しているルールは、事実状態に何らかの変化をもたらすという意味で、効果を発生させる。効果は、目標と同一であることもあれば、そうでない場合 (意図せざる効果) もある

上記のように、Brestは、適用しているルール・目標・効果のトリコトミーを法分析の典型的着眼点であるとするが、しかし他方で、この典型に当てはまらないものもあると論ずる。それは、端的に言えば、ルールに着眼することが不可能な場合である。その第一が、「適用している基準 (operative criteria)」に基づく判断である。これは、導出されるべき法的帰結が一義的には指示されず、考慮すべき諸要素を踏まえた上で判断が下されるような状況を言い、いわゆるスタンダードに基づく判断を指す。⁽⁹¹⁾ また、その第二は、何らルールや基準に基づかずにア

ド・ホックに判断が下される状況である。このアド・ホックな判断とは、決定作成者が判断の際に依拠する理由の幅が無制約に広がっているような状況を意味する。

その上で、Brestは、適用しているルールであり、かつ法の文言上に現れていない潜在的なものは、潜在的な目標や基準ないし理由とは異なるとする。そして、動機審査を、潜在的なルールは何かという問題ではなく、いかにして決定がなされたかの問題に係るものと定位するのである。かくして、動機審査は、決定作成者が考慮した目的や基準ないし理由を統御するものとして位置づけられるのである。

以上のBrestの概念整理は、Elyの一九七〇年論文におけるそれよりも、精緻で適切な分析枠組を提供するものと思われる。⁽⁹²⁾

(二) 非通常審査と動機審査の連関について

一九七〇年論文の抱える第二の難点は、動機審査と非通常審査との連関をいかに理解すべきかという問題に係る。すなわち、先に見た通り、一九七〇年論文が提示した動機モデルは、専ら単なる合理性審査との連関において論じられていた。では、非通常審査との連関においては、動機モデルはいかに語られていただろうか。

一九七〇年論文において非通常審査が登場するのは、基本的権利の法理と疑わしい区別の法理の文脈においてである。

まず、一九七〇年論文が理解するところの両法理の適用領域について確認すれば、一方の基本的権利の法理は、不利益付与的区分モデルのみならず、動機モデルにおいても妥当するものとされていた。つまり、動機モデルの下で単なる合理性審査が発動される場合も、被制約法益が基本的なものであれば非通常審査が発動される。他方、疑わしい区別の法理は、動機モデルにおいては妥当しないものとされていた。すなわち、疑わしい区別の法理が適用されるのは、人種等を徴表として区分を行っていることが、法の文面上明示されている場合のみであるとされていた。

では、両法理の下における非通常審査の態様については、それぞれどのように描き出されていただろうか。

結論から言えば、一九七〇年論文は、この点に関して十分に論じられていないと言わなければならない。そして、この論述の薄さは、とりわけ疑わしい区別の法理において顕著である。

① 両法理の異同の不明性

まず、一九七〇年論文には、両法理の下での非通常審査を大

まかに言い表した箇所がある。⁽⁹³⁾ すなわち、一九七〇年論文は、疑わしい区別の法理を評して、「何らかの意味でやむにやまれぬ」擁護を求めるものと述べている。また、基本的権利の法理についても「やむにやまれぬ」見地」からの擁護を要請するものと述べられている。両者とも「やむにやまれぬ」という形容が用いられ、両者の異同を意識した書かれ方となっていないようにも見てとれる。

② 疑わしい区別の法理の下における目的審査に関する論述の欠如

次に、非通常審査における目的審査に関するElyの論述を見る。

まず、四〇の一九七〇年論文は、不利益付与的区分モデルに関して論じた文脈のなかで、認容し得る目的を限定する手法につき、次のように語っている。

「連邦最高裁が―コンセンサスとして、或いは憲法典が命じるところの優越的価値判断として連邦最高裁が看做するものを参照することを通じて―法的に認容し得る目標の部類を、一般的福祉の促進よりも何らかの形で狭く限定する手法に関し

て、私は明らかに十分に描き切れていないし、評価するつもりもない。⁹⁴⁾」

この言明は、指示対象を非通常審査のみに置いているわけではなく、不利益付与的区分モデルの下における目的審査一般について語っている。しかし、基本的権利の法理の下における目的審査に関しては、議員定数不均衡訴訟に妥当する判例法理との関連で、一九七〇年論文でもある程度描き出されていた（参照、本章第二節一・（二））。引用文中の「優越的価値判断」とはこれを意味するものと解される。しかし他方で、疑わしい区別の法理との関係では、かような目標限定の手法については、皆目論じられていないのである。

次に、動機モデルについて語られた文脈を想起すると、動機モデルは専ら通常の合理性審査との関連で論じられていた。すなわち、「反合理的」目標と具体的目標の二分法に依拠して、動機モデルの下で発動される合理性審査の態様が描き出されていたのであった。しかし他方で、疑わしい法理は、動機モデルに全く関連しないものと位置づけられていた。それゆえ、疑わしい法理の下における目的審査の態様は、不利益付与的区分モデルの文脈においてのみならず、動機審査モデルの文脈におい

ても、語られていないのである。

③ 疑わしい法理の下における司法審査を一九七〇年論文はいかに理解しているのか——一つの読解の試み

以上の通り、一九七〇年論文は、疑わしい区別の法理の下における司法審査の態様に関して、十分に描き切れていないと評すべきである。しかし、一九七〇年論文から、Elyの疑わしい区別の法理に関する理解を、可能な限り読み取ることではできないだろうか。

i. 一九六九年ハーヴァード・デイヴェロップメンツ

その第一の手掛かりは、一九七〇年論文が非通常審査に関して論ずる際に参照した、一九六九年にハーヴァード・ロー・レビューに掲載された匿名ノート、*“Developments in the Law—Equal Protection”*（以下、「一九六九年ハーヴァード・デイヴェロップメンツ」と称する）の記述である。⁹⁵⁾ 同論文は、学生の手によるノートのうち今までで最も引用されたものの一つであり、ウォレン・コートにおける平等保護裁判例に関する当時の理解を象徴しているとも評されている。⁹⁶⁾

その一九六九年ハーヴァード・デイヴェロップメンツによれ

ば、疑わしい区別の法理における非通常審査は、差別的でない正統な目的の審査、代替的手段に照らした手段の必要性の審査、利益衡量の三つの要素から成るものとされる。⁽⁹⁷⁾ 同様に、基本的権利の法理における非通常審査も、代替的手段に照らした手段の必要性の審査と、利益衡量とによって成るものとされる。⁽⁹⁸⁾ ここで着眼すべきは、両方の非通常審査とも、利益衡量に係るものとされている点である。ここに利益衡量とは、争われている政府行為が達成する公共的利益と当該政府行為によって制約される私的利益とを比較し、その重みにおいてどちらが上回るかを決する判断方法である。

ここで、かような一般的分析が、個々の裁判例によってどのように裏付けられているかを瞥見したい。ここでは、本稿の問題意識に照らして、疑わしい区別の法理に係る二つの裁判例について、一九六九年ハーヴァード・ディヴェロップメンツがいかに理解していたかを見てゆくことにする。

第一の裁判例は、一九四四年の *Korematsu v. United States* ⁽⁹⁹⁾ である。これは、第二次大戦中に日系人を収容所に強制的に隔離した軍の行為の合憲性が争われた事案である。かような事案に対し、連邦最高裁は、単一の人種集団の権利を制約する政府行為は疑わしいものと看做されるべきとし、これを「最も精密

な審査 (most rigid scrutiny)」に服せしめるべきとした。ただし、この審査の下においても、「切迫した公共的必要 (pressing public necessity)」の援用によって当該政府行為が正当化される余地はあるとされた。⁽¹⁰⁰⁾ そして、連邦最高裁は、日系人のみを強制隔離させるといふ軍の判断を無根拠と論断することは、少なくとも戦時においてはできない、と論じたのであった。この *Korematsu* 判決に関して、一九六九年ハーヴァード・ディヴェロップメンツは、利益衡量を行った上で合憲判断を下したものと理解する。すなわち、戦時中にスパイ活動が行われることによるアメリカ社会へのリスクへの大きさが、緊急で一時的な人種隔離によって日系人が被る居住の自由への制約を正当化する、との判断を行ったものとして、同判決を理解するのである。⁽¹⁰¹⁾

第二の裁判例は、一九六四年の *McLaughlin v. Florida* ⁽¹⁰²⁾ である。これは、異人種間婚姻カップルの同棲を禁じた刑罰法規の合憲性が争われた事案である。White 裁判官の手による多数意見は、*Korematsu* 判決を引きながら、人種に基づく区別は疑わしいものと看做され、「最も精密な審査」に服することを論じた。また、多数意見は、ここで問われるべきは、人種に基づく区分を要請する「優越的な立法目的 (overriding statutory purpose)」が当該政府行為に認められるか否かであるとも述べた。⁽¹⁰³⁾

更に、多数意見は、人種に基づく区別は、「認容され得る州政策の達成にとって、単に合理的に関連するのみならず、必要である限りで」合憲と判断されるとも論じていた⁽¹⁰⁾。かような判断枠組に則り、多数意見は、争われた刑罰法規を違憲と判じたのであった。この判決についても、一九六九年ハーヴァード・デイヴェロップメンツは、利益衡量に踏み込んだものとして扱っている⁽¹⁰⁾。

四々の一九七〇年論文が、基本的権利の法理においては裁判官が「優越的価値判断」に踏み込むと把握していたことは先に見た。そして、上記の一九六九年ハーヴァード・デイヴェロップメンツからすると、基本的権利の法理のみならず、疑わしい区別の法理においても、利益衡量が行われるということになる。四々の一九七〇年論文が疑わしい区別の法理を論じる際に一九六九年ハーヴァード・デイヴェロップメンツのこの部分を参照していることは、当時の四々が、かような利益衡量を含む疑わしい区別の法理観に、さほどの違和を感じていなかったことを推知させる。

ii. 或る脚注

ただし、ここから四々の一九七〇年論文が、利益衡量を含む

疑わしい区別の法理観を採っていたと論断することは、早計に過ぎる。というのも、一九七〇年論文は、或る脚注において、疑わしい区別の法理に関して次のように語っているからである。

「例えば、もし、立法府が文盲者を投票から排除したいと考えており、そして――途轍もない愚か者であるが、行政上の便宜について真正に顧慮したがゆえに――『黒人』こそが、排除したい諸個人の部類を描く上で適切な近道を成すと決定した場合、連邦最高裁は、即座にかつ適切に、当該法を無効とするだろう。なぜなら、その文言は、文盲者に投票権を与えないという認容し得る目標に照らして、悲惨なほどに過大包摂的かつ過小包摂的であったからである。実に、連邦最高裁の私権剥奪や過度広汎性の理論と明らかな連関を有するこのアプローチは、連邦最高裁における生成途中の概念たる『疑わしい区別』に着せ得る最も的確な意味を示唆し始めているように、私には見受けられる。かくして、違憲の動機の疑いが全く無い場合にあっても、法が起草された文言は、それが十分な具体性を有する認容可能な目標との適合性を何ら有しないという理由を以て、当該法を無効化するものとして機能し

得るのである。」⁽¹⁶⁾

この脚注は、疑わしい区別の法理の下における非通常審査につき、手段の合理的関連性を厳密に査定することを主眼に置くものとして描き出している。そして、ここでは、政府目標の優越性の審査、すなわち政府利益と個人的利益との衡量を眼目とする疑わしい区別の法理観というよりも、手段の適合性審査を主眼に置く疑わしい法理観が強調されているように見える。

この脚注と、先のハーヴァード・ディヴェロップメンツへの参照とを如何に併せ読むかは、難題であるが、さしあたり、一九七〇年論文における⁽¹⁷⁾が、疑わしい区別の法理の下での審査を明確な形で描ききれていないことは、明らかにになったものと思われる。次章で見えるように、疑わしい区別の法理の下において、利益衡量に踏み込むのか、踏み込むとしてもどのような形で利益衡量を行うのかという問題系は、後に⁽¹⁸⁾の頭を悩ませ、動機審査理論研究の一つの主題となつてゆくのであるが、一九七〇年論文における⁽¹⁹⁾は、未だこの問題系に深く立ち入っていないように見える。

では、なぜ立ち入らなかったのか。その理由を示唆するのが、右の引用文中において、疑わしい区別の法理につき「生成途中」

という形容がなされていることである。この言い回しは、疑わしい区別の法理における手段審査の態様を断言することを、あたかも回避するが如くである。⁽¹⁷⁾

なお、この脚注の末尾の一節からは、更にもう一つのことを示唆される。それは一九七〇年論文における⁽¹⁸⁾が、動機審査と疑わしい区別の法理との間の連関を、全く隔絶させて理解している可能性があるということである。すなわち、この脚注の仮設例において、立法院の動機は正統なものであると仮定されている。それにもかかわらず、当該事例は疑わしい区別の法理を以て違憲と判ぜられるべきとされるのである。この仮設例は、一九七〇年論文において、疑わしい区別の法理と動機審査とが、何ら連関を欠いたそれぞれ別個独立の審査態様として理解されている可能性があることを示唆するようにも思われる。この点は、本稿の序章で若干言及したように（参照、序章第一節二（二）、一九八〇年の時点における⁽¹⁹⁾が疑わしい区別の法理を動機審査の一環として理解していることからすると、些か奇異である。

いずれにせよ、一九七〇年論文の時点における⁽²⁰⁾は、疑わしい区別の法理に関する考察を、十分に着詰めきれていなかったのではなからうか。

小括

以上に論じた如く、一九七〇年論文は、動機概念の意味内容の不明性や、疑わしい区別の法理の下における審査に関する描出の不完全性などといった点を含め、多くの難点を残すものであった。次の第二章で論じるように、Elyはこれらの難点を察知し、これらを克服すべく、自らの動機審査理論を改鑄してゆく。とりわけ、一九七〇年論文公表後のElyは、疑わしい区別の法理に関する課題に、即座に取り組むこととなる。その後、変説を遂げた後のElyは、一九七〇年論文を回顧して、同論文は「被害者の視点 (victim perspective)」から「犯罪者の視点 (perpetrator perspective)」へ向かう「緩やかなパラダイム・シフト」の第一歩であった、と評している。実に、一九七〇年論文公表以降、Elyは、動機審査の基礎理論となる政治的プロセス理論について考究し、かつ動機審査に纏わる裁判法理についても洗練を加えてゆく。そして、一九七〇年論文に含まれていた「被害者」が害悪をどのように受けたかを問う司法審査理論の残滓を除去し、「犯罪者」(政治行政部門) がどのような誘因に基づいて財の分配を行ったかを問う司法審査理論へと、自らの理論ならびに裁判法理観を純化してゆくのである。次の第

二章では、この「緩やかなパラダイム・シフト」の顛末を追うことにしよう。

- (1) Fred R. Shapiro, *The Most-Cited Legal Scholars*, 29 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 409, 424-26 (2000).
- (2) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND TRUST* (1980) (以下、Ely [1980]と引用する)。邦訳として、ジョン・ハート・イリイ(佐藤幸治・松井茂記訳)『民主主義と司法審査』[一九九〇]が在る。なお、本稿における同書の引用は、原書より行う。
- (3) Ely理論が語られてきた諸問題地平につき鋭利な分析を提示する論考として、土井真一「司法審査の民主主義的正当性と『憲法』の観念―手続的司法審査理論の憲法的地平―」(米沢広一ほか編『佐藤幸治先生還暦記念現代立憲主義と司法権』[一九九八]百十五頁以下)が在る。
- (4) 松井茂記「国民主権原理と憲法学」(山之内靖ほか編『岩波講座 社会科学の方法第Ⅶ巻 社会科学の方法』[一九九三]一頁以下)三三頁。
- (5) 参照、松井茂記『二重の基準論』[一九九四]三四二―四七頁、同「なぜ立憲主義は正当化されるのか・下」法時七三巻八号六二頁以下「二〇〇一」六五七頁。
- (6) 参照、長谷部恭男「政治過程としての違憲審査」ジュ

り一〇三七号一〇三頁【一九九四】一〇四一〇五頁。

- (7) 参照、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』【二〇〇〇】一四一四四頁。なお、長谷部は、本文に紹介した「理論的な論点」とともに、「民主政との関連で裁判官が果たすべきだとされる役割を、実際に裁判官が果たしているのか、そして実際に果たしているのか」という「経験レベルの論点」にも論及している(参照、同・一四六四八頁)。

- (8) Cf. PHILIP BOBBITT, CONSTITUTIONAL FATE 3-119, 230-32 (1982); Richard H. Fallon, *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 HARV. L. REV. 1189, 1237-68 (1987).

- (9) 棟居快行『憲法学再論』【二〇〇一】二九四頁。

- (10) 参照、松井茂記「違憲審査基準論」(大石眞Ⅱ石川健治編『ジュリ増刊新・法学の争点シリーズ三 憲法の争点』【二〇〇八】二八二頁以下)二八二頁。

- (11) 参照、松井・前注5・三〇六一七頁。

- (12) なお、Elyの政治的プロセス理論は、諸国家机关の適性に応じた権限配分論の一種としても理解し得る。See e.g. Michael C. Dorf, *The Coherencism of Democracy and Distrust*, 114 YALE L. J. 1237, 1255-56 (2005); William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *An Historical and Critical Introduction to the Legal Process* (in HENRY M.

HART, JR. & ALBERT M. SACKS, *THE LEGAL PROCESS* (Eskridge & Frickey eds.) (1994) at cxviii. 邦語文献として、さしあたり、参照、土井・前注3・一四二四五頁、常本照樹「司法審査とリール・プロセス」北大法学論集三一巻二号三〇一頁以下【一九八〇】三五三頁。

- (13) 参照、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』【一九九四】二二二二五頁。

- (14) 参照、市川正人「違憲審査制と民主制」(佐藤幸治ほか編『憲法五〇年の展望Ⅱ』【一九九八】二八一頁以下)三二四二二〇頁。

- (15) 佐藤幸治『現代国家と人権』【二〇〇八】一七七七八七頁。同様に、主として実体的価値論に依拠して二重の基準論の基礎づけを行う学説として、さしあたり、参照、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』【一九九二】二二五二七頁、奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』【一九九三】一五九六二頁。

- (16) 松井茂記「プロセス的司法審査理論再論」(米沢ほか編・前注3・六七頁以下)七五頁。

- (17) 長谷部恭男「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌一一巻一一・一二号一六二頁【一九九八】一六三一六七頁。また、阪口正二郎も、松井の上記の断章には多元主義と共和主義とが混在しており、本来接ぎ木することとが不可能な両者が無理矢理に接合されているとの批

判を寄せている。参照、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』[1001] 111頁。

- (18) John Hart Ely, *Another Such Victory: Constitutional Theory And Practice In A World Where Courts Are No Different From Legislatures*, 77 VA. L. REV. 833, 840 n. 15 (1991).

- (19) 実に、長谷部は、Elyの偏見理論を評し、「多元主義のプロセスが持つ自浄作用や復元力を、古典的な多元主義者ほどには信頼していない」と述べている(長谷部恭男「政治取引のバザールと司法審査」法時六七巻四号六一頁以下 [1995] 六三頁)。

- (20) See e.g. Frank I. Michelman, *Foreword: Traces of Self-Government*, 100 HARV. L. REV. 4, 74-77 (1986); do, *Law's Republic*, 97 YALE L. J. 1493, 1524-32 (1988).

- (21) さしあたり、参照、松井茂記「司法審査と民主主義」[1991] 二六二頁、阪口正二郎「政治過程と司法審査」社会科学研究四二巻三号一一五頁以下 [1990] 一一五―一五九頁。

- (22) See John Hart Ely, *Professor Duotkin's External / Personal Preference Distinction*, 1983 DUKE L. J. 959, 980 (1983). (曰く、「功利主義と民主主義が関係性を有することは確かである。両者は、世界がどのようにあるべきかに関してのある者の選好が、他の者の選好よりも何ら

- かの重みを有することがあってはならない、という理論的前提を共有している。そして、民主政治システムが、政府役人に対して、彼(女)らの選挙人の個人的選好の充足を最大化させるよう強いインセンティブを与えているという事実によって、両者は制度上も関連しているのである。しかしながら、個人的選好の平等な価値に関するかような共通前提は、一方における利己的な選好と、他方における利他的で功利的で理想的な選好との間ににおける区別を、(そうした区別の適切性が説明されない限り)何ら導出しないのである」。なお、Elyの功利主義理解については、JOHN HART ELY, ON CONSTITUTIONAL GROUND 11-18 (1996)を参照。Also see Cass R. Sunstein, *Naked Preferences and The Constitution*, 84 COLUM. L. REV. 1689, 1692-93 (1984).
- (23) 松井・前注5・三二五頁。
- (24) 参照、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)【増補版】」[1000] 二七三頁、ERWIN CHEMERNSKY, CONSTITUTIONAL LAW—PRINCIPLES AND POLICIES 3RD ED. 540-42 (2006)。
- (25) 松井茂記『日本国憲法 第三版』[1007] 一一七―一九、三七六頁。
- (26) Ely [1980], *supra* note 2, at 146-47.
- (27) この点は、浅野博宣による次の警句が教える如くであ

る。曰く、「プロセス理論も実体的価値志向の司法審査理論も、二重の基準論を弁証するための理論として捉えられ、厳格な審査を必要とする権利の範囲の違いに矮小化されて理解する傾向があったのではないだろうか。いずれの理論によってであれ、ある権利について厳格な審査が必要であると判断されてしまえば、その後の審査方法はそれほど変わらないように理解する傾向はなかったであろうか。しかし、それは誤解である。プロセス理論は、裁判所がプロセスの補強をおこなうことを正面から求めるものである。それは、司法審査理論を、いわば権利論から民主主義論に転換したのである。」(浅野博宣「プロセス理論へ」法教三二七号一四頁以下「二〇〇七」二〇頁)。

(28) See Ely [1980], *supra* note 2, at 105-79.

(29) さしあたり、参照、松本和彦『基本権保障の憲法理論』[二〇〇一]一四一七頁、石川健治「夢は稔り難く、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」法教三四〇号五三頁以下「二〇〇九」五四一五頁、小山剛『憲法上の権利』の作法「二〇〇九」一一一三頁、宍戸常寿『憲法上の権利』の解釈枠組み(安西文雄ほか著『憲法学の現代的論点【第二版】』二二一頁以下「二〇〇九」二四二四四頁)。

(30) さしあたり、参照、石川健治「憲法解釈学における『論

議の蓄積志向』——『憲法上の権利』への招待」法時七四巻七号六〇頁以下「二〇〇二」六一六二頁、駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」法教三八八号四〇頁以下「二〇〇八」四一四四頁、宍戸・前注29・二四五五二頁。

(31) さしあたり、参照、松本・前注29・五四一六三頁、亘理格「利益衡量型司法審査と比例原則」法教三三九号三七頁「二〇〇八」四二四五頁、小山・前注29・七五七七頁、渡辺康行「憲法訴訟の現状」法政研究七六巻一・二号三三頁「二〇〇九」五〇五六頁。

(32) さしあたり、参照、高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)」ジュリ一三六三三六四頁以下「二〇〇八」六八六九頁(二重の基準論を利益衡量の指針として意味限定する)、阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能」法時八〇巻一七〇頁以下「二〇〇八」七一七七頁(違憲審査基準には、利益衡量の機能と政府目的の審査の機能という二つの機能があるとする)、駒村・前注30・四六五二頁(不当な目的のテストや比例性のテスト等の観点から厳格審査の意味限定を試みる)、木村草太『平等なき平等条項論——equal protection条項と憲法一四一条一項「二〇〇八」一七五二二頁(平等保護条項の下における司法審査の態様を分析し、〈合理的根拠〉Ⅱ〈立法目的への適合性〉要請と〈差別抑制〉要請を析出する)、君塚正臣「司法審査基準——二重の基

- 準論の重要性」公法研究七一号八八頁以下「二〇〇九」(中間審査を排し、再定義された二重の基準論を支持する)。(33) さしあたり、参照、阪口・前注³²・七五七七頁、平地秀哉「憲法上の平等保障と立法目的の審査」早法七七卷二号一四三頁以下「二〇〇二」。また、同様の観点から日本の裁判例および学説を検討するものとして、さしあたり、参照、門田孝「違憲審査における『目的審査』の検討(一)(一・完)」広島法学三二卷二号一四五頁以下・同三二卷四号一九一頁以下「二〇〇七・〇八」。
- (34) John Hart Ely, *Legislative And Administrative Motives In Constitutional Law*, 79 YALE L. J. 1205 (1970). (以下、Ely [1970]と引用する。)
- (35) See John Hart Ely, *Commentary*, 100 YALE L. J. 1473, 1474 (1991).
- (36) See *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-53 n. 4 (1938).
- (37) さしあたり、参照、時國康夫「憲法訴訟とその判断の手法」「一九九六」二七五頁以下。
- (38) See e.g. THOMAS M. COOLEY, A TREATISE ON THE CONSTITUTIONAL LIMITATIONS 187 (1868); WESTEL WOODBURY WILLOUGHBY, THE CONSTITUTIONAL LAW OF THE UNITED STATES, 2ND ED., VOL. 1, 30-32 (1929). なお、かような通例的理解に対しては批判も有力であるが、便宜上、その
- 適正性について考察の外に置く事とした。 See e.g., MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS 35 (2004); Caleb Nelson, *Judicial Review of Legislative Purpose*, 83 N. Y. U. L. REV. 1784, 1795-1812 (2008).
- (39) 10 U.S. (6 Cranch.) 87 (1810).
- (40) See *id.* at 131.
- (41) See e.g. *Ex Parte McCordle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506, 514 (1868); *McCray v. United States*, 195 U.S. 27, 56 (1904).
- (42) *United States v. Constantine*, 296 U.S. 287, 298-99 (1935) (Cardozo, J., dissenting).
- (43) See *id.* at 299. Also see e.g. 2 JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 533-34 (1833).
- (44) 198 U.S. 45 (1905).
- (45) *Id.* at 64.
- (46) See e.g. *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251, 275-76 (1918).
- (47) See e.g. *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20, 38 (1922); *United States v. Constantine*, *supra* note 42, at 295-96.
- (48) See e.g. *Sonzinsky v. United States*, 300 U.S. 506, 513-14 (1937); *Unites States v. Darby*, 312 U.S. 100,

- 114-15 (1941) ; Daniel v. Family Sec. Life Ins. Co., 336 U.S. 220, 224 (1949).
- (49) *See e.g.* United States v. Carolene Products, *supra* note 36, at 152; Railway Express Agency v. New York, 336 U.S. 106, 109-10 (1949) ; Williamson v. Lee Optical, 348 U.S. 483, 488 (1955).
- (50) 364 U.S. 339 (1960). なお、同判決当時の連邦最高裁は「議員定数不均衡訴訟一般における『政治問題の法理』を適用」 (*See e.g.* Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946), *Cf.* Baker v. Carr 369 U.S. 186 (1962)).⁷ 果た選挙権一般における基本的権利と見做すべきなのか (Cf. Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966)).⁸
- (51) *See* Gomillion v. Lightfoot, *supra* note 50, at 341, 347.
- (52) 377 U.S. 218 (1964).
- (53) *Id.* at 231.
- (54) *See e.g.* McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420, 453 (1961). なおその後、政教分離訴訟の審査枠組みにより、⁹ つねゆる目的効果基準が提示されるようになった (*See e.g.* Abington School District v. Schempp, 374 U.S. 203, 222 (1963), *Cf.* Lemon v. Kurzman, 403 U.S. 602 (1971)).¹⁰
- (55) 391 U.S. 367 (1968).
- (56) *Id.* at 383-84 (*quoting* McCray v. United States, *supra* note 41, at 56).
- (57) 393 U.S. 97, 109 (1968).
- (58) 393 U.S. 233, 237-38 (1968).
- (59) *See* Ely [1970], *supra* note 34, at 1207.
- (60) *See e.g.* STORY, *supra* note 43, at 520 ; ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH 2ND ED. 208-221 (1986) (The first edition was published in 1962.) ; Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1, 33 (1959). 以下に按じよう。一定の限度で立法動機の審査を許容する学説により、そのあたりに参照。 Joseph Tussman & Jacobus tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 CAL. L. REV. 341, 360 (1949).¹¹
- (61) *See* Ely [1970], *supra* note 34, at 1212-17.
- (62) *See e.g.* Ira Michael Heyman, *The Chief Justice, Racial Segregation, and the Friendly Critics*, 49 CAL. L. REV. 104, 115-16 (1961) ; BICKEL, *supra* note 60, at 209-13.
- (63) *See* Ely [1970], *supra* note 34, at 1217-21.
- (64) *See id.* at 1220.
- (65) なお、各人に対する「平等な配慮と尊重 (equal concern and respect)」の原理は多くの憲法上の諸権利に通底するものといえる (See RONALD DWORKIN,

- TAKING RIGHTS SERIOUSLY 272-78 (1977)). 平等保護条項適合性が直裁に争われるわけではない事案においても、平等問題は問われ得る。実際、Ely の一九七〇年論文は、例えば直接には第一修正適合性が争われる事案においても、政府に「中立性保持義務」が課されるに過ぎない場合においては（後述、本章第二節二：（一））、司法による動機審査がレレヴァンスを有すると論じている（See Ely [1970], *supra* note 34, at 1313-41）。平等原理と第一修正との関連については、むしろあたり、参照 Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. CHI. L. REV. 20, 20-29 (1975)。また、一九七〇年論文の想定する動機モデルの適用射程に関しては、Ely [1970], *supra* note 34, at 1281-1341 を参照された。
- (66) *Id.* at 1223-30.
- (67) *See id.* at 1249 n. 134, 1277 n. 208.
- (68) *Id.* at 1226.
- (69) *See id.* at 1226-28. Also see e.g. Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 565-66 (1964). すなわち、Reynolds 判決は、各選挙人の投票価値の平等を厳格に要求することを通じて、非人口的要素を考慮した議席配分の余地を狭めたのであった（*See id.* at 577-81）。
- (70) *See* Ely [1970], *supra* note 34, at 1230-35.
- (71) *See id.* at 1231-32 (*quoting* Missouri v. Lewis, 101 U.S. 22 (1879)); Hunter v. Pittsburgh, 207 U.S. 161 (1907) *et al.*.
- (72) Ely [1970], *supra* note 34, at 1235-1249.
- (73) *Id.* at 1240.
- (74) なお、Ely は、「趣味の良否」と同様に裁量的目標としての性格を有するものとして、刑罰付与の目標の一種である「応報」や、学校カリキュラム設計の目標の一種である「教養ある児童及び充実した市民の育成」等を挙げている。 *See id.* at 1244-45.
- (75) *See id.* at 1254-69.
- (76) もっとも、効果と動機との関係はより複雑であり、Ely は、動機につき、法の文言や立法史に照らして認定され得るのみならず、効果に照らしても認定され得ると述べている（*See id.* at 1249-50 n.134, 1260 n.163 and *passim*）。しかし、効果を引き金とするモデルにあつては、正統性を欠く動機が立法史から推察されなかったとしても、統計上の不釣り合な帰結のみを以て違憲審査基準を發動させ得る。他方、動機を引き金とするモデルにあつては、動機を認定するのに統計上の不均衡な帰結からのみでは不十分である場合にあって、立法史や法の文言から動機を導き出すことが可能である。以上より、効果モデルと動機モデルを差異化する意義は、確かにある。

Cf. Lawrence A. Alexander, *Introduction: Motivation and Constitutionality*, 15 SAN DIEGO L. REV. 925, 927-42 (1978).

(77) 「便益供与の積極的義務」を政治行政部門が負うような状況においては、立法ないし行政による選択が及ぼす不利益が認容しうる程度に収まっているか否かが司法審査の主題となるため、動機への着眼はイレレヴァントである。(See Ely [1970], *supra* note 34, at 1255.)

Ely は「便益供与の積極的義務」を政府に課した判例として、Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956)等の、ウォレン・コートにおける貧困者差別に係る判例群を挙げている。(See generally, Frank I. Michelman, *Foreword: On Protecting The Poor Through the Fourteenth Amendment*, 83 HARV. L. REV. 7 (1969).) Griffin 事件では、イリノイ州の裁判所で刑事被告人が上訴を行うには訴訟記録を提出せねばならないとされていたが、訴訟記録の提出には料金が設置されており、これが貧困者の上訴の権利を侵害するものでないかが争われた。これに対し、連邦最高裁は、憲法の要請する適正手続保護と平等保護は、刑事手続における「不公平な差別 (invidious discrimination)」を禁じていると論じ、貧困であるか富裕であるかの差異に応じて上訴を受け得るか否かが左右されることは違憲である、と判じたのであった。しかし、

貧困者差別の事案に「便益供与の積極的義務」を課するような判例の傾向は、バーガー・コートに至り終息する。(See e.g. Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970); San Antonio School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).) これに呼応し、それ以後の Ely は「Griffin 判決につき、裁判所へのアクセスという基本的権利に係る事案と理解するようになったものである。See John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920, 936 n. 97 (1973) (一同論文は「以下、Ely [1973]と引用する。)」

また、Ely の一九七〇年論文は「便益供与の積極的義務」が認められる問題領域として「政府の規制によって表現の経路が妨害されてしまう場合も挙げている。(See Ely [1970], *supra* note 34, at 1334-41.)」しかし、そのように考える理論的根拠について、同論文は語るところがないようである。思うに、それは、一九七〇年論文が、未だ Caroleene Products footnote 4 を基礎として司法審査理論を組み立てるに至っていないからである。この点については後述する(参照、本稿第二章第一節一

(四) 及び(五))。

(78) 380 U.S. 202 (1965). Cf. Balson v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986).

(79) *Supra* note 50.

- (80) 376 U.S. 52 (1964).
- (81) See Ely [1970], *supra* note 34, at 1259-60, 1289-91. ただし、Ely は、当時における人種的アファーマティブ・アクション政策の登場に留意し、連邦最高裁のこの立場が将来において変容する可能性も、同時に示唆している。
- (82) See *id.* at 1262 (quoting Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886)); Bell's Gap Railroad Co. v. Pennsylvania, 134 U.S. 232 (1890); Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233 (1936); Oylert v. Boles, 368 U.S. 448 (1962); Epperson v. Arkansas, *supra* note 57, et al.).
- (83) See Ely [1970], *supra* note 34, at 1269-81.
- (84) *Id.* at 1277 n. 208.
- (85) Ely の一九七〇年論文についての同様の理解として、
 ようもたう、参照 Paul Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, 1971 SUP. CT. REV. 95, 135 (1971); Theodore Eisenberg, *Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication*, 52 N. Y. U. L. REV. 36, 121-22 (1977)。これに対し、Morris Clark は、Ely の一九七〇年論文は、違憲な動機を以て非通常審査を発動させる途を閉ざしていることの理解を提示している (See J. Morris Clark, *Legislative Motivation and Fundamental Rights in Constitutional Law*, 15 SAN DIEGO L. REV. 953, 1026 n. 232 (1978))。しかし、Clark の読解では、次に論ずるが如く、一九七〇年論文が、動機審査否定論の論旨にも配慮し、穏健な動機審査肯定論を提唱しようとしたということを、理解し損ねてしまうように思われる。
- (86) Also see Frank P. Sanford III, *Toward a Constitutional Definition of Racial Discrimination*, 25 EMORY L. J. 509, 518 (1976).
- (87) Ely 曰く「もちろん、連邦最高裁は政治部門に対して『べきである (ought)』という判断すなわち、様々な憲法規定によって命じられていると連邦最高裁が考えるような判断—をしばしば押しつける。それは例えば、『ある宗教が他よりも好遇されることがあってはならない』とか『白人が黒人よりも好遇されることがあってはならない』という判断である。しかしながら、『合理性』に向けられたテストは『べきである』でなく『である (is)』を判断するようにこしらえられている。もっとも、連邦最高裁が、選択と目標の関連性を合理性に向けてテストしているのみならず、多様な文脈の中で何が認容し得る目標であるかを決定しているという事実が在るため、事態は複雑である。しかしながら、それは、『である』という観点(『コンセンサス』アプローチ)か、明示的な憲法規定の命令ないしは憲法典によって構築されてい

- る統治構造から推論される『べきである』という観点(連邦最高裁の見地に立って)は、それは Reynolds 判決である)の孰れからなされるのである——或いは、少なくともなされるべきなのである。…言い換えれば、合理性に向けて関連性をテストする権能は、政治部門に対して自らの価値判断を上から重ねつける権限を、連邦最高裁に認めようとするものである。」(Ely [1970], *supra* note 34, at 1241n. 111.)
- (88) *See supra* note 82.
- (89) *See Brest, supra* note 85, at 114-15 n.104, 120-24.
- (90) *See id.* at 103-115.
- (91) ルール・インスタントの対比的分析として、そのあたりに参照。 Louis Kaplow, *Rules Versus Standards*; Kathleen M. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22 (1992).
- (92) *Also see*, Charles Fried, *Types*, 14 CONST. COMMENT. 55, 56-68 (1997); Mitchell N. Berman, *Coercion Without Baselines*, 90 GEO L. J. 1, 19-29 (2001).
- (93) *See Ely* [1970], *supra* note 34, at 1223-24, 1251-52.
- (94) *Id.* at 1227-28, *also see* at 1248.
- (95) *Developments in the Law—Equal Protection*, 82 HARV. L. REV. 1065 (1969) (*quoted by Ely* [1970], *supra* note 34, at 1223 n. 56, 1224 n. 58).
- (96) *See* Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 AM. J. LEGAL. HIST. 355, 388 (2006).
- (97) *See, supra* note 95, at 1087-1104
- (98) *See id.* at 1120-23.
- (99) 323 U.S. 214 (1944).
- (100) *See id.* at 216.
- (101) *See, supra* note 95, at 1103-04.
- (102) 379 U.S. 184 (1964).
- (103) *See id.* at 192.
- (104) *See id.* at 196.
- (105) *See, supra* note 95, at 1104.
- (106) Ely [1970], *supra* note 34, at 1249 n. 134.
- (107) *Also see id.* at 1224 (不利益付与的区分モデルの下での非通常審査における手段審査に関して)「発展途上の意味におけるやむにやまれぬ関連性」と言う表現(以下参照)。
- (108) *See Ely, supra* note 35, at 1474.