



Title	John Hart Elyの動機審査理論の生成と展開（二・完）
Author(s)	黒澤, 修一郎; Kurosawa, Shuichiro
Citation	北大法学論集, 61(2), 61-102
Issue Date	2010-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43655
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-2_002.pdf



John Hart Ely の動機審査理論の生成と展開（二・完）

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、六一巻一号)

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

(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

一、一九七四年論文まで—利益衡量なき疑わしい区別の法理

一九七〇年論文が公表された翌年の春、¹⁰⁾は一つの論考を

執筆した。論考の表題は、「疑わしい区別の法理における司法

審査—人種による区別がなぜ疑わしいのか、そして性による区

別も同様に非通常審査に服せしめられるべきか?」である(以

下、「一九七一年論文」と称する)。その表題が示す通り、この

一九七一年論文は、疑わしい区別の法理に関する考究を進展させたものである。すなわち、一九七〇年論文の公表から間もなくして、¹⁰⁾は、同論文の課題の一つであった疑わしい区別の法理の考察に取り組んだのである。しかしながら、この一九七一年論文は未公表のままに終わってしまった。それゆえ、同論文の原典に接することは、現在のところ一般には不可能である。

ただし、幾つかの二次文献を手掛かりにして、一九七一年論文の内容を推知することは可能である。その二次文献の第一は、¹⁰⁾が一九七四年に公表した論文、「人種の逆差別の憲法適合性」である(以下、「一九七四年逆差別論文」と称する)。

この論文には、手短なものではあるが、一九七一年論文に関する Ely 自身の手による言及文を見ることが出来る。また第二に、一九七四年のイェール・ロー・ジャーナルに掲載された匿名ノート、「精神疾患―疑わしい区別？」が有益である(以下、「一九七四年イェール匿名ノート」と称する)。このノートは Ely の一九七一年論文に大きく依拠しながら論を運んでおり、当の Ely も、自身の一九七一年論文の概要を示すものとして、このノートにお墨付きを与えている⁽¹²⁾。更に、第三に、Ely が一九七三年に公表した *Roe v. Wade* についての批判的評釈(以下、「一九七三年 *Roe* 判決評釈」と称する)も、一九七一年論文に直接言及するものではないが、Ely の非通常審査観を知る上で見過ごし得ない手掛かりを提供している。

以下では、主としてこの三つの文献に基づき、この時期の Ely が疑わしい区別の法理をいかに理解していたかにつき探っていくこととする。

(一) 利益衡量を排した疑わしい区別の法理観

この時期の Ely の問題意識は、連邦最高裁も憲法学界も、疑わしい区別の法理の下で発動される非通常審査の態様を克明に描ききれていないというところにあった⁽¹³⁾。確かに、この時期ま

での裁判例は、疑わしい区別の法理の下における審査に関して、「最も精密な審査」であるとか、「やむにやまれぬ」正当化の審査であるとか、「優越的目標」の審査であるとか、或いは手段の「必要」性の審査であるというように、必ずしも一貫しない語り口を以て表現してきた⁽¹⁴⁾。こうした混沌とした概念用法に対して、Ely の一九七一年末公表論文は、疑わしい区別の法理を一貫した形で、具体的に描出することを試みたのであった。

この一九七一年末公表論文の内容に関して、Ely 自身の手になる筆致は、次のように表現している。

「正反対のレトリックにもかかわらず、疑わしい区別の文脈における特別の審査の本質は、目的の重みを計量する (weighing ends) のではなく、争われた区別が憲法上認可可能な国家目標 (permissible state goal) といかなる利用可能な代替案にも勝る厳密性を以て適合することを要請するところに存してきたということを、私は論じたことがある。」⁽¹⁵⁾

ここでは、疑わしい区別の法理の下における非通常審査につき、同定された政府目標が認可可能かを査定し、かつ当該目標と争われた手段との適合性をいわゆる LRA テスト (less

restrictive alternatives test) を以て査定するものとして、描き出されている。刮目すべきは、ここにおいて、目標の重みの査定が全く行われないものとされている点である。すなわち、この非通常審査観は、争われた区別が同定された政府目標との関連で過大包摂あるいは過小包摂に当たらないか否かを、代替的手段に照らして厳密に審査することに主眼を置くものである。ここでは、政府目標の審査については、通常の合理性審査と同じく、正統で認容可能なものであるか否かを問えば足りるとされているのである。

かような目標の重みの査定に踏み込まない疑わしい区別の法理理解につき、一九七四年イェール匿名ノートは、*ロバ*の一九七一年論文を引照しながら、次のように言い表している。

「区別が資する目標は、単に認容可能であれば足り、やむにやまれぬものではない、ということはこの時点で強調しておくべきだろう。要するに、もし区別が完全なものであるか、あるいは不完全でも正当化可能である場合は、審査を行う裁判所は、主張された国家利益がいかにやむにやまれぬものであるかに関する吟味に、踏み込むべきではないのである。かような実質的検査を望ましいと考える者がいるかも

しれないが、連邦最高裁は、その判示部分において、やむにやまれぬ国家利益を検査することにコミットしてきたようには見えない。実に、そうされてきた如く、疑わしい区別の事案における連邦最高裁の関心事が、第一修正やその他の『基本的』権利の剥奪が問題となつている事案のように、特定の「実質的利益ではなく、プロセスの清廉性に在るのならば、連邦最高裁がやむにやまれぬ国家利益の有無を検査すること」は、不適切なものと映るのである。」¹²⁾

ここに行われているのは、疑わしい区別の法理の下における非通常審査と、第一修正ないし基本的権利の法理の下における非通常審査とを、截然と差異化することである。まず、疑わしい区別の法理は「プロセスの清廉性」を維持することを眼目とするのに対して、第一修正ないし基本的権利の法理は「特定の実質的利益」の保障を眼目とするものとされる。そして、この差異が「やむにやまれぬ利益」の審査に踏み込むか否かの差異として、違憲審査基準へと反映されるよう概念定義がなされているのである。すなわち、決定プロセスの査定を主眼に置く非通常審査においては、「連邦最高裁が政府によって主張された立法目的のヴェールを見透かし、不法な目的のみ

を認定し得る場合を除いては、争われた制定法は、認容し得る国家利益のテストを生き残るであろう」とされる。つまり、疑わしい区別の法理は、政治的決定プロセスにおいて違憲な目的が勘案されたか否か、すなわち政治プロセスに違憲な動機が看取されるか否かを問うものとして位置づけられるようになったのである。そして、ここでは、政府利益が「やむにやまれぬ」ものであるかという「実質的検査」は行われてはならない、とされるのである。⁽¹²⁾ 他方、「第一修正やその他の『基本的』権利の剥奪が問題となっている事案」に妥当する「特定の実質的利益」の保障を主眼に置く非通常審査は、政府行為の目標と手段とが完全に適合することが認められる場合であっても、当該目標が「十分にやむにやまれぬ」ものと認められない限り、当該政府行為を違憲とするよう指示するものと定義されるのである。⁽¹³⁾

かくして、疑わしい区別の法理に、違憲な政府動機を洗い出す機能が付与されるに至ったのである。

(二) 基本的権利の法理の彫琢と疑わしい区別の法理への照射

かように、⁽¹⁴⁾ は、疑わしい区別の法理と基本的権利の法理との間の審査態様を峻別するようになった。その⁽¹⁵⁾の基本的

権利の法理観は、一九七三年 Roe 判決評釈に色濃く現れている。Roe 判決は、母体の健康への危機を回避するためにしか病院における中絶を認めないテキサス州法につき、デュー・プロセス条項に反し違憲と判じたものであるが、その思考枠組は次のように纏められる。⁽¹⁶⁾ まず、母親の中絶の権利は「基本的」なものであり、それを制約するには「やむにやまれぬ」政府利益が必要である。次に、州による規制がもたらす利益は、母体の保護と胎児の生存の保護の二点である。この二点は共に「重要かつ正統な」政府利益であるが、常に「やむにやまれぬ」政府利益と看做し得るわけではない。すなわち、妊娠の進行に応じて政府利益の重みは変化すると理解すべきである。それゆえ、女性の妊娠期間を三分割し、最初の第一期においては、州の利益は「やむにやまれぬ」ものとは言えないため、中絶規制は絶対許されないと考えるべきである。だが、第二期にあつては、胎児の保護は「やむにやまれぬ」利益とは言えないが、中絶を行うことによる母体への危険性が高まるため、母体の保護は「やむにやまれぬ」利益となる。それゆえ、母体保護に合理的に観連する中絶規制は認容されるべきである。そして、第三期にあつては、胎児が生育可能な状態となるため、胎児を保護する利益は「やむにやまれぬ」ものに達し、州は中絶を一般的に禁止し

得る正当化事由を取得する。ただし、第三期にあっても、母体の健康保護を理由とする中絶は認められなければならない。

かような Roe 判決の思考枠組に対して、Ely は次のように評言する。

「立法府の判断に対する Roe 判決の『反論』は、明らかに明らかに間違っているというわけではない。なぜなら、母親が自ら計画した人生を生きる機会や胎児の死にも角にも生きる機会の相対的重要性に関するひとつの判断を、反合理的な (nonrational) 判断を以て置換することは、間違っているともししいとも看做され得ないからである。Roe 判決の誤りは、自らが設定した問題に下手に解答したということではなく、むしろ、憲法典が裁判所の任務としていない問題を自ら設定したということにある。」⁽¹⁷⁾

ここで言われていることは、女性の自己決定の保護と胎児の生存の保護のどちらが優越するかという問いは、判断者の価値選好に拠ってのみ判断され得る、「反合理的」な問いであるということである。すなわち、衝突する諸価値の調整に係る政治行政部門の判断に対し、裁判所が独自の判断を対置することは

「反合理的」であり、少なくとも Roe 判決はこれに踏み込むべきではなかったとされるのである。⁽¹⁸⁾

ここで、この「反合理性」の概念が、一九七〇年論文において既に登場していたことを想起されたい(参照、本稿第一章第二節一、(二)②)。すなわち、司法審査における「合理性の査定」は、裁判所による独自の価値判断の対置に踏み込まないことを条件としていたのであった。しかし、一九七〇年論文では、この理が通常の合理性審査に及ぶことは明記されていたが、疑わしい区別の法理に及ぶかどうかは不明であった(参照、本稿第一章第三節二、(二))。しかし、先に見た如く、Ely の一九七一年論文は、疑わしい区別の法理が「やむにやまれぬ」利益の審査を含まないことを論じていたと推される。ここで、「やむにやまれぬ」利益の審査の典型は、上記の Roe 判決の思考枠組であると看做して差し支えないであろう。すなわち、Roe 判決の思考枠組は、疑わしい区別の法理の問題領域に妥当してはならない、と Ely は考えているのである。Roe 判決の思考枠組が妥当するのは、第一修正や基本的権利の問題領域であり、平等保護の問題領域ではないのである。⁽¹⁹⁾ 而して、司法判断対置禁止原理が疑わしい区別の法理に妥当することが明らかにされたのである。

(二) 裁判例による例証―読み替え?

疑わしい区別の法理に関する以上のような理解につき、Ely は、諸裁判例に照らした例証を試みている。⁽³⁰⁾ ここで注目すべきは、前掲の一九六九年ハーヴァード・デイヴェロップメンツが示した判例理解から、Ely がはつきりと乖離していったということである。

例えば、*Korematsu v. United States*⁽³¹⁾ に関して、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理解し、これを以て疑わしい区別の法理には利益衡量が含まれるという分析を裏付けていた(参照、本稿第一章第三節二(二)③i)。そして、このハーヴァード・デイヴェロップメンツをElyの一九七〇年論文が参照していたということも、先に見た。これに対して、一九七四年イェール匿名ノートは、*Korematsu* 判決を、争われた区別が所与の条件の下における最も精密な区別であったか否かの審査に焦点を当てたものと理解する。すなわち、同判決は、政府に対して不忠な者とそうでない者を正確に区分することが即座には不可能であることを一つの根拠として、日系人集団のみに対する隔離措置は戦時中の国家の安全確保のために正当化され得ることを論じていた。確かに、ここでは代替的手段の利用可能性が査定されている。そ

して、かような理解は、政府行為の目的の重みを計量する利益衡量と対比されるのである。⁽³²⁾

また、一九六七年の *Loving v. Virginia*⁽³³⁾ についても同様である。同判決では、異人種間の婚姻を禁ずる州法が違憲と判ぜられた。その推論においては、疑わしい区別の法理が適用され、ここでは、「認容可能な州目標の達成に必要」であるか否かが査定されるものと述べられたが、ただし、その基準が事実上適用され平等保護条項違反の結論が言い渡される際には、当該州法には不公平な人種差別から離れた「正統な優越的目的」が何ら認定されない、とも論じられた。⁽³⁴⁾ この *Loving* 判決の言い回しは、一九六四年の *McLaughlin v. Florida*⁽³⁵⁾ 多数意見と重なるものである。その *McLaughlin* 判決について、一九六九年ハーヴァード・デイヴェロップメンツは、利益衡量を行ったものと理解していたのであった。これに対して、一九七四年イェール匿名ノートは、*Loving* 判決における審査の焦点は、政府行為の目標が認容し得るか否かであり、目標の重みの査定ではない、との理解を提示する。そして同匿名ノートは、同判決で「優越的目的」の観念が述べられた一節を上辺だけのものと扱い、「やむにやまれぬ」利益の審査には踏み込まれていない、と解するのである。⁽³⁶⁾ かような *Loving* 判決の読解は、*McLaughlin* 判決

の読解にも、もちろん影響を与えずにはいられないであろう。

もつとも、一九七〇年論文におけるElyが一九六九年ハーヴァード・レビューの論旨を全面的に受け入れたと言いつけることはできないため(参照、本稿第一章第三節二(二)③ii)、Elyがここで変説したと言いつけることもできない。ただし、一九七二年末公表論文以後のElyが、疑わしい区別の法理に関する考察を深め、その理解を固めていったということは断言できるのではなからうか。

(四) 動機審査の理論的基礎の深まり—Carolene Products footnote 4

では、疑わしい区別の法理につき、Elyはなぜかような理解を採るに至ったのか。その一つの要因は、動機審査を正当化する理論的根拠に関する考察が深められたことに在るものと推される。

すなわち、一九七〇年論文では、専ら動機審査の法理に関して論じられており、その理論に関しては、ほとんど論じられていなかった。実際、同論文においては、違憲な動機として具体的にいかなるものが該当するかは、憲法規定に関する各々の論者の理解によって異なるとすら語られていたのであった。⁽⁴⁾

しかし、Elyは、一九七三年Ree判決評釈や一九七四年逆差別論文に至り、United States v. Carolene Products Co. の footnote 4⁽⁵⁾の着眼を示し始める。⁽⁶⁾ Some裁判官の手による著名なこの footnote 4は、合憲性推定の原則が妥当しない状況として、次の三つを指示した。第一が、立法が、憲法典で明文を以て禁止されている権利に対して制限を加える場合(paragraph 1)、第二が、不当な立法を破棄すると通常期待される政治過程を制約する立法、すなわち選挙権や表現の自由を制約する立法が問題となる場合(paragraph 2)、第三が、立法が「切り離され孤立した少数者に対する偏見 (prejudice against discrete and insular minorities)」に囚われている場合(paragraph 3)である。

このうち、動機審査は、第三の偏見アプローチに係る。すなわち、 footnote 4 paragraph 3によれば、政治的決定の形成過程が少数者に対する偏見に囚われたものである場合、通常の立法過程であれば果たし得る少数者保護機能を期待し得ず、これに代わって司法審査が少数者保護機能を果たすことが期待され、それゆえ合憲性の推定を排した「より綿密な司法審査」が求められるのである。

かような footnote 4 paragraph 3の発想に基づき、この時期

の Ely は、次のような仮説を提示している。⁽¹⁰⁾ 立法政策は、何らかの一般化を含むのが常である。例えば、Williamson v. Lee Optical Co. の事案を以て示し得るように、⁽¹¹⁾ 検眼士以外の者による眼鏡レンズの複製を禁止するという立法政策は、検眼士が眼鏡商に比して眼鏡の複製におよそ長けているという一般化を前提としている。かような一般化は、検眼士よりも上手にレンズの複製をなし得る眼鏡商の存在（反証例）を容易に指摘し得るため、不完全な一般化と看做し得る。この不完全な一般化は、ステレオタイプ (stereotype) と呼ぶべきものである。しかし、当該立法政策にヨリ精緻な一般化を求めるとなれば、立法目的の達成度が減ぜられる或いは眼鏡複製資格の個別的な判定を政府に求めることとなる等の、追加的費用を伴うのが常である。すなわち、何ら追加的費用を伴うことなく、争われた区別と同じ程度に政府目的を達成し得るような代替的手段（すなわち LRA）は、現実にはおよそ存在しない。⁽¹²⁾ 立法院はかような追加的費用を踏まえた利益衡量の上に、当該立法政策を制定した筈である。そして、少なくとも通常の合理性審査が適用される問題領域にあっては、司法部は立法院に比してかような費用便益分析を公平に行う見込みがあるとは言えない。それゆえ、かような問題領域においては、司法が独自の費用便益分析

を立法院のそれに対置することは禁忌である。しかしながら、footnote 4 paragraph 3 の偏見アプローチによれば、「切り離され孤立した少数者に対する偏見」が立法過程を支配している可能性が高い場合、立法院による費用便益分析が公平に行われ得るという想定は崩壊する。かような場合には、疑わしい区別の法理の下において、非通常審査が適用されねばならない。では、具体的にいかなる場面において偏見の存在を疑うべきであるのか。Ely によれば、正統性を欠く理由に基づいて法的不利益を被ってきた黒人や女性等の伝統的少数者集団を不利に遇し、かつ立法者の多くの者を有利に遇するような立法政策に対しては、偏見の存在を疑うべきである。なぜなら、かような立法政策は、「我々」（多数者）を優遇し「彼（女）ら」（少数者）を不利に遇する『我々・彼（女）ら型』の一般化（“we-they generalization”）に基づいており、この『我々・彼（女）ら型』の一般化がなされる際には、心理学的見地から言って、一方では「彼（女）ら」を「我々」と同様に遇する際の費用を過大に計算する可能性が高く、また他方では立法政策の目的・手段適合性を過大に評価する可能性も高いからである。かくして伝統的少数者集団を不利に遇する『我々・彼（女）ら型』の一般化に対しては、疑わしい区別の法理を適用し、非通常審査に服せし

めるべきである。これに対して、例えばアフアーマティヴ・アクションは、伝統的少数者を有利に遇し、かつ「我々」を不利に遇するものであるため、「我々―彼（女）ら型の一般化」には該当せず、疑わしい区別の法理も発動されないこととなる。⁽¹⁴⁾ただし、この疑わしい区別の法理における非通常審査は、裁判官による独自の判断の対置であってはならない。なぜなら、裁判官も、そのほとんどが白人の男性であり、黒人や女性に対する偏見を有しているおそれが、議員と同様に高いからである。それゆえ、高められた審査が発動されるとしても、「立法院の費用便益衡量に対して、衡量をやり直す途ではなく、また独自の判断を対置する（second-guessing）途でもなく、むしろ区別と目標との間の可能な限り完全な適合性を要求する途⁽¹⁵⁾」が採られるべきなのである。

以上の如くに、疑わしい区別の法理の下における非通常審査を、司法による利益衡量のやり直ししないし司法判断の対置でなく、政治的決定作成過程の公正確保と理解するための理論的礎石が、footnote 4 paragraph 3の偏見アプローチに見出されたのである。

(五) footnote 4の影響―動機概念の意味内容の変容、及び疑

わしい区別の法理の適用範囲の変容

以上のように、この時期のElyは、疑わしい区別の法理を違憲な政府動機を洗い出す手法として描き出した。そして、そこには、Carlene Products footnote 4に着眼し、政治的プロセス理論の礎を築き、また動機審査の基礎理論として偏見アプローチを導入したという、背景的経緯が存したのであった。

しかし、footnote 4 paragraph 3の偏見アプローチへの着眼は、疑わしい区別の法理を動機審査の間接的手法として理解することと関連して、従前のElyの論旨に変容をもたらすものであったと言うべきである。

それは、第一に、違憲な動機概念の意味内容に関する変容をもたらした。すなわち、Elyの一九七〇年論文は、動機概念につき、潜在的区別徴表と現実の理由の両者を包含するものと定義していた（参照、本稿第一章第三節二（一））。しかし、Elyは、footnote 4にインスピレーションを受けた後においては、違憲とされるべき動機の観念につき、政府行為の現実の理由ないし目的のみを意味するものとして使用するようになった。なぜなら、footnote 4 paragraph 3の偏見アプローチが問うのは、行為者の心理状態、すなわち行為目的に他ならないからである。この変化は、人種的アフアーマティヴ・アクションに関

するB₂の立場に、明瞭な形で映し出されている。つまり、B₂の一九七〇年論文には、当時の連邦最高裁は政治行政部門が区別徴表として人種を採用することを禁じる立場を採っていた、という記述が存在した。⁽¹⁶⁾そして、この記述は、政府行為の目的を問うことなく、人種の徴表の使用それ自体を禁ずべきとの主張を含蓄するようにも読まれ得るものであった。⁽¹⁶⁾しかし、footnote 4にインスパイアされた後のB₂は、人種的アファーマティヴ・アクションの認容可能性を認めるに至る。すなわち、社会の人種的偏見を除去するためには、放任政策のみでは十分でないとの立場を採るようになったのである。⁽¹⁶⁾ここにおいて、政府による人種的徴表の使用それ自体を禁ずるといふ従前の立場は、変化を受けざるを得ない。そして、この変化は、自らの動機審査理論にも影響を及ぼしたように思われる。すなわち、違憲とされるべき動機とは、政府行為の潜在的区別徴表ではなく、行為の理由ないし目的である、と理解されるようになったのである。実に、以後のB₂は、違憲とされるべき動機を偏見として理解し、行為者の目的を探索する司法審査の法理を探究してゆくのである。

また、第二に、footnote 4は、疑わしい区別の法理の適用範囲についても影響を及ぼすことになる。すなわち、Elyの

一九七〇年論文は、疑わしい区別の法理が適用されるのは、人種等の疑わしい区別徴表が法の文面上明記されている場合に限られると論じていた（参照、本稿第一章第二節一・（一）及び二・（二））。しかし、footnote 4 paragraph 3を読むと、疑わしい徴表が文面上明示されていない区別に関する裁判例も、「より綿密な司法審査」を発動すべき事案として引照されていることが分かる。それゆえ、footnote 4 paragraph 3に平等保護理論の礎石を求めるB₂は、疑わしい区別の法理の適用範囲に関する従前の立場を変更せざるを得ない。すなわち、疑わしい徴表が文面上明記されていない場合にも、同法理を適用すべきことを認めざるを得なくなったのである。それゆえ、B₂は、一九七四年逆差別論文以降、次の如く述べるようになっていく。

「誰も合理的に擁護し得ない方途を通じてある集団が繰り返し不利益を被ってきたという事実は、われわれの疑いの目を、当該集団を不利益付与の対象として選び出すあらゆる立法に對して向けさせる。過去の時代の明白に不合理な立法を生み出した偏見が、今日における文面上ヨリ口当たりのよい区別の部分的な要因ともなっていると疑うことには、理由があるのである。」⁽¹⁶⁾

かように、footnote 4にインスパイアされたElyは、一九七〇年論文における従前の動機審査理論を、footnote 4に整合するように改変していったのである。

二、一九七八年論文及び一九八〇年『民主主義と不信』—疑わしい区別の法理における利益衡量の再定位

一九七八年のサンディエゴ・ロー・レビューに、一つのシンポジウムの模様が掲載された。その主題は、司法審査における政治部門の動機の位置づけである。

この時期に動機審査をめぐるシンポジウムが開催された背景には、動機審査に関する連邦最高裁の立場が変化し、学界の注目を浴びたということがあった。すなわち、⁽¹⁴⁾が一九七〇年論文を著した時点の判例においては、前述のように動機審査に対してアンビヴァレントな立場が示されていたが、どちらかと言えばO'Brien判決に代表される動機審査否定論が優勢であった(参照、本稿第一章第一節一)。そして、⁽¹⁵⁾の一九七〇年論文発表後も、連邦最高裁はO'Brien判決の論旨を引き継いだ。⁽¹⁶⁾しかしながら、一九七六年に至り、連邦最高裁は、Washington v. Davis⁽¹⁷⁾において、動機審査に肯定的な立場を展開した。同事件では、コロンビア特別区の警察官採用試験にお

いて採用されていた言語能力テストが黒人合格者を白人合格者の四分の一の数しか生み出していなかったことにつき、平等保護条項違反が認められるかが争われた。ここにおいて、連邦最高裁は、「人種差別的な意図(intent)を反映しているか否かに拘わらず、人種的に不均衡な効果(impact)を有することのみを以て、法律その他の公式の行為は違憲である」という命題を、われわれの判例は受け容れてきていない⁽¹⁸⁾と述べ、平等保護条項違反が認定されるためには、差別的効果のみならず、政府の差別的動機が認定される必要があることを論じたのであった。

かくして判例は一種の動機審査肯定論に転じたのである。⁽¹⁹⁾ 多くの判例の変化は学界において注目を集め、動機審査に関する多くの論考が発表され、議論が活況を呈するようになった。⁽²⁰⁾

かくして開催された動機審査シンポジウムにおいて、⁽²¹⁾は手短な論考(以下、「一九七八年論文」と称する)を発表したが、この論考は、先に見た自身の疑わしい区別の法理観に、変更を加えるものであった。それは、主として、疑わしい区別の法理の下での政府目的の審査に係るものであった。そして、この変化は、一九八〇年に公刊される主著、『民主主義と不信』においても引き継がれた。かつ、同書においては、疑わしい区別の法理の下における手段審査の理解に、更なる洗練が加えら

れることとなったのであった。

以下は、一九七八年論文を經由し、『民主主義と不信』において完成されたElyの疑わしい区別の法理観につき、読解を試みるものである。

(一) 目的審査について——一定の利益衡量の導入

① Brestの指摘

一九七八年論文におけるElyの変説の直接的原因となったのは、Paul Brestが一九七五年に公刊したケース・ブックの中で述べた指摘であるように思われる。⁽¹⁶⁾ まず、Brestは、疑わしい区別の法理に係る二つの裁判例を対比する。その裁判例とは Korematsu 判決と McLaughlin 判決であり、両者ともElyが利益衡量を排する非通常審査観を例証するために依拠していた裁判例であった(参照、本節一。(二))。また、Brestによれば、確かに McLaughlin 判決は、手段審査に重点を置き、「認容可能な」政府目的の存否を査定するものであった。しかしながら、Brestによれば、他方の Korematsu 判決は、争われた政府行為の目標の「重要性」に審査の焦点を当てたものであり、目的と手段の適合性審査に重点を置くものではない。確かに、Korematsu 判決は、政府行為の「切迫した必要性」を

審査するという思考枠組を採っていたのであった。⁽¹⁷⁾ それゆえ、Korematsu 判決は、疑わしい区別の法理から目標の重みを計量する営為を排するものではない。すなわち、Brestは、疑わしい区別の法理を適用した裁判例の中には、一定の利益衡量に踏む込む例も存在したということを指摘するのである。⁽¹⁸⁾ その上で、Brestは、一九七四年イェール匿名ノートの論旨を検討する。先述の如く、Elyの一九七一年未公表論文に大きく依拠した同ノートは、疑わしい区別の法理の下における政府目的の審査につき、単に「認容し得る」政府目的の審査であれば足り、「やむにやまれぬ」政府目的を求める必要はないと論じていた。それは、疑わしい区別の法理の機能を、「特定の実体的利益」の保護ではなく、政治的決定の「プロセスの清廉性」を審査すること求めたが故の帰結であった。これに対して、Brestは、もし「プロセスの清廉性」のみが疑わしい区別の法理の関心事であるとしても、そこにおける目的審査は、単なる「認容し得る」目的の審査でよいのか、と反問する。⁽¹⁹⁾ ここで、Brestは一つの例を挙げる。曰く、「卒業式において、美学にのみ基づき黒人と白人の生徒をステージの両側に座らせる校長の決定を、裁判所はどのように扱うべきか」。Brestがこの設例を通じて論じようとしたことは、正統な政府目標(Elyの一九七〇年論

文が美的目標を正統な政府目標と論じていたことを想起されたい。参照、本稿第一章第二節一・(二)②が認定されるにも拘わらず、その目標があまりに軽微なものであるがゆえ、疑わしい区別の法理の下での目的審査をパスしない場合がある、ということである。

② Elyの変説

かようなBrandの指摘を受けたElyは、一九七八年論文及び『民主主義と不信』において、次のように論ずるに至る。¹⁰

まず、疑わしい区別の法理の役割は、政府の違憲な動機を燻し出すことであり、それゆえ、争われた区別が正統な政府目的に適合するか否かが厳密に審査されねばならない。それゆえ、争われた区別が最も近接する目的が違憲な目的である場合には、当該区別は違憲無効とされることとなる。ここまではElyの従来の所論に変化はない。

しかし、その上で、Elyは、以上の厳密な適合性審査のみでは判断不能に陥る場合があることを指摘する。それは、正統な目的が、違憲な目的と同じ程度に、争われた区別に適合する場合である。かような場合、疑わしい区別の法理の下で審査を行う裁判官はいかに思考すべきか。ここにおいて、Ely

は、正統な政府目的に「ある程度の実質性 (some degree of substantiality)」なくし「実質的重み (substantive weight)」ないし「重要性 (importance)」が認められるか否かを、裁判官は査定すべきである、と論ずる。そして、Elyは、この目的の「実質性」要求は、疑わしい区別の法理の下において、厳密な適合性とともに、連邦最高裁が実際に要求してきた要素である、と言うのである。

かように、Elyは、疑わしい区別の法理の中に、政府目標の「実質的重み」の査定を組み込むに至ったのである。これは、従来の立場からの変説である。これを裏付けるのが、Elyの以下の如き行論である。すなわち、Elyは、政府目標の「実質性」を査定する立場について投げかけられてきた批判として、次の二点を検討している。その第一が、目的がどれほど「実質的」ないし「重要」であれば合憲とされるのが不明確であるという批判であり、その第二が、疑わしい区別の法理の下における審査において問われるのは違憲な政府動機の認否であり、この問いは政府利益の重みの査定と関連するものではないという批判である。ここで注目すべきは、第一の批判を提唱する例として、Elyの一九七四年逆差別論文が挙げられ、かつ第二の批判を提唱する例として、一九七四年のイェール匿名ノートが挙げられ

ていることである。このことは、目標の「実質性」ないし「重要性」の査定に対する上記の二つの批判は、従来の *Breyer* が採るところであつたことを示唆する。そして、かような自らの従来立場を克服すべく、一九七八年以降の *Breyer* は、疑わしい区別の法理に関して、次のように述べるのである。

「そうした関連性(目標の『実質性』要求と動機審査との関連性―筆者注)がいったん付与されるのならば、当該要求(目標の『実質性』要求―筆者注)は十分に意義を有するのであり、かつ基準を明確に示唆するのである。なぜなら、州の主張する目標があまりに重要でないため、当該目標は、選択を實際に生み出したものではなく、単に言い訳として援用されているに過ぎない、と疑わざるを得ない場合にあつては、区別と当該目標の完全なる適合性すら、最初の疑いを晴らすに足りないからである。」⁽¹⁰⁾

かくして、*Breyer* は、自己批判の上に、疑わしい区別の法理の構成要素として、政府目的の「重要性」ないし「実質性」の査定を組み込むに至るのである。⁽¹⁰⁾そして、この目的の「重要性」の査定の在り様を具体的に描き出すに際し、*Ely* は、先述

の *Brest* の指摘に目を配る。すなわち、*Brest* は、卒業式において黒人と白人を別離化させて座らせる決定を校長が下した場合、疑わしい区別の法理の下で裁判官はいかに判断すべきか、という問いを投げかけていたのであつた。この問いに対して、*Breyer* は、次のように回答する。同設例においては、美学的理由という正統な目標と当該決定との適合性は完全なものである。しかし、当該目標は、あまりにも「些末(trivial)」であるがゆえに、実際の動機は単なる人種差別に他ならない。⁽¹⁰⁾かように、疑わしい区別の法理における政府目的の「重要性」の査定は、些末な政府目的を切り落とす役割を担わされるのである。

③ 裁判例による例証―読み替え?

なお、かような変説に依じて、諸裁判例についての *Ely* の従前の理解も変化を遂げているということも、見過ごされてはならない。

例えば、*Korematsu* 判決に関して、一九七四年イェール匿名ノートは、手段の適合性審査を強調する裁判例として理解していたのであつた。これに対して、『民主主義と不信』においては、同判決につき、「より近接的に適合する代替的区分の利用可能性に十分に着眼することなく、主として目標の否定し得

ない重要性への参照を通じて、日系人への強制収容プログラムを合憲としたもの⁽¹⁶⁾との理解が提示されている。ここにおいて、同判決の理解に際して力点が置かれる位置は、目的の重要性の審査へと明らかに変化しており、それはあたかも、同判決に関する上述の *Rest* の指摘を受け容れたが如くである。

また、一九六八年の *Lee v. Washington*⁽¹⁶⁾ についても同様のことが言える。事案は、監獄における人種分離を定めたアラバマ州法の合憲性が争われたものである。連邦最高裁は、同法を違憲と判じた下級審の判断を是認したが、三名の裁判官による同意意見が付された。この同意意見は、監獄内の安全や秩序を維持するために、特定の状況においては人種別離が正当化され得ることを示唆していた。この論旨につき、一九七四年イェール匿名ノートは、原則的には手段の完全な正確性を求めながらも、例外的状況にあつてはここからの逸脱が許されることを認めたものと理解する。すなわち、手段の適合性審査に重点が置かれているとの理解である。しかし、*ロウ* は、一九七八年に至ると、同事案につき、行為時における手段の完全な適合性が認められるとともに、「それにもまして、生命及び身体を保護するという目標は、やむにやまれぬとわれわれが看做し得るものである——今われわれは、それが現実の動機であつたという主張が信用

に足るか否かという観点から、これを機能的に定義する位置に⁽¹⁶⁾いる」と述べるのである。かように、*ロウ* は、同事案においては「やむにやまれぬ」程の重みを有する政府利益が認定されるとしており、やはり目標の重みの査定へと踏み込んでいる。

④ 疑わしい区別の法理における「衡量」

かくして、疑わしい区別の法理の下における政府目的審査には、政府目的の重みを査定する視角が組み込まれるようになったのである。

しかし、*ロウ* は、先程言及した *ロウ* 判決に関する論評において「やむにやまれぬ」政府利益の語を持ち出していたとはいえ、それが違憲な動機の存否を審査するものであることを念入りに付言していた。この付言は、ここで言う「やむにやまれぬ」利益概念の意味を、慎重に限定するものに他ならない。なぜなら、*ロウ* の動機審査理論にとつて、この「やむにやまれぬ」利益は、*ロウ* 判決で語られたような「やむにやまれぬ」利益と同義であつてはならないからである。すなわち、争われた法が資する社会目標が「重要」であることを超えて、同じく「重要」とされるような個人的利益を上回る社会目標が同法に認められることを、裁判官が独自の見地から判断し、立法府の判断に対

置するといふ Roe 判決の思考は、Ely の動機審査理論にとつて禁忌なのである。それゆえ、動機審査理論の文脈で「やむにやまれぬ」利益概念が語られているとしても、それは、あくまで、違憲な動機を審査する文脈において、政府目的が些末なものではないか否かを問うものに他ならないのである。そうであるからこそ、Ely は、疑わしい区別の法理の下における非通常審査を評して、次のように言うのである。

「確かにそれは衡量に不可避的に係わるであろう。しかし、それは、州が現在主張している事が本当にその動機で起り得たかどうかという、基準を伴った衡量である」。

疑わしい区別の法理に関するかような Ely の理解は、例えば Best の見解と対比すると、その特徴が浮かび上がってくるように思われる。すなわち、Best は、差別事案を司法が解決するための指導原理として「反差別原理 (antidiscrimination principle)」を提唱する⁽⁸⁶⁾。この反差別原理は、一方では差別的政策の決定プロセスにおける欠陥を除去するとともに、他方では差別的政策による害悪的帰結をも除去するものである。ここで、前者の決定プロセスにおける欠陥とは、人格的価値を否定

するような違憲な理由が政策決定者に考慮されることを指し、そして後者の害悪的帰結とは、差別的な政策によつて少数者に付与されるステイグマや、特定の差別的な政策が他の差別的な政策の温床となるという累積的害悪を指す。では、かような反差別原理の見地からは、疑わしい区別の法理はいかに理解されるであろうか。これに関して、Best は、疑わしい区別の法理は「やむにやまれぬ」政府目的の審査を含むものでなければならぬことを論じている⁽⁸⁷⁾。なぜなら、「やむにやまれぬ」政府目的の要求は、反差別原理に照らして違憲な政府行為に対する「予防 (prophylactic)」として機能するからである。すなわち、「やむにやまれぬ」政府目的の要求は、違憲な理由に基づいて差別的政府行為が行われる可能性を縮減させ、かつ害悪的帰結に対する防壁ともなるのである。確かに、かような Best の疑わしい区別の法理観は、差別的な政策の決定プロセスとともに、その一定の帰結の審査を裁判所に要請する反差別原理を基底に置くものであるがゆえ、Ely の同法理理解とは、その背景理論を異にする。しかし、Best は、例えば疑わしい区別の法理の機能を政策決定プロセスにおける欠陥の除去に限定するとしても、「やむにやまれぬ」政府目的の要求は、不当になされる決定を「予防」する機能を果たすがゆえ、保持されるべきであると論じて

いるように思われる。⁽¹¹⁾ かような *Brest* の疑わしい区別の法理観は、*Ely* が同法理に「やむにやまれぬ」政府目的の審査を導入することに極めて慎重であったことと対照的であり、その「やむにやまれぬ」利益概念の意味内容も *Ely* のそれと異なる可能性を孕むようにも思われる。

また、疑わしい区別の法理の理解に関して、*Ely* との比較でヨリ対照的であるのは、*Owen Fiss* の所説である。⁽¹²⁾ *Fiss* は、平等保護条項の基底的原理は、特定の社会集団の平等な地位 (*status*) の保護であると理解する。この平等な地位の保護とは、法がある社会集団に対して不利益を付与し、他の社会集団に従属させるような帰結を生み出すことを禁ずるものである (*anti-subordination*)。そして、とりわけ黒人集団は、社会経済的ないし政治的に劣位に置かれ続けてきた集団であり、司法による特別な配慮を受ける資格を有するとされる。それゆえ、法が黒人集団に害悪を付与する効果を有するような場合には、特別の司法審査が発動されるべきであるとされるのである。では、その特別の司法審査とは、いかなる態様のものか。*Fiss* によれば、そこにおいて、司法は、争われた行為の目標と手段の適合性を審査するのみならず、政府目的の重みの査定にも踏み込むべきである。しかも、そこにおける司法による政府目的の審査の焦

点は、黒人集団の地位に対する害悪を正当化するに足りる「やむにやまれぬ」便益が認められるか否かでなければならぬ。すなわち、採られるべき政策目標に関して裁判官が独自に判断を下し、それを立法院の判断に置換することが求められるのである。⁽¹³⁾ なぜなら、司法こそが、かような特別な少数者集団の利益を体現するのに、最も適した機関だからである。かくして、*Fiss* は黒人集団に対して不利益を付与する効果を有する法に対して非通常審査を発動させ、裁判所が「やむにやまれぬ」便益の審査に踏み込み、司法判断対置型の審査を行うことを求めるのである。かような *Fiss* の黒人集団保護理論は、疑わしい区別の法理の下においても司法判断対置型の審査をあくまで警戒する *Ely* の動機審査理論の対極に在ると評すべきものである。

かように、*Ely* の所説にあつては、疑わしい区別の法理の下における政府目的の審査は、違憲な動機を醸し出すという見地から、目的の「実質性」ないし「重要性」が問われるに止まるのであり、*Roe* 判決の如き「やむにやまれぬ」政府利益の審査は回避されるのである。*Ely* の提唱する疑わしい区別の法理が中間審査に等しいとも評される所以である。⁽¹⁴⁾

(二) 手段審査について—第一級の偏見、第二級の偏見

また、Ely は、疑わしい区別の法理の下における手段審査に
関しても、一九八〇年の『民主主義と不信』において、再考を
加えた。

この再考を促した要因は、Ely 自身の思索の深まりにあると
思われる。その思索の主題は、やはり、疑わしい区別の法理の
下で衡量を回避する審査が本当に可能なか、という問いであ
った。この問いは、目的審査の次元における再考を促し、結
果として一定の利益衡量の導入に至らしめたことは先述の通り
である。そして、この問いは、手段審査の次元においては、完
全な適合性要求への懐疑を深めさせた。すなわち、LRA 審査
を以て違憲と判ぜられる状況は稀有であり、およそ有りそうに
ないとの懐疑である。ただし、一九七四年逆差別論文は、この
懐疑を既に抱いていた。しかし、同論文は、それでもなお、疑
わしい区別の法理の下における完全な適合性審査を志向したの
であった(参照、本節一・(四))。そうであるとする、疑わ
しい区別の法理の下における非通常審査の役割は、かなりの程
度縮減されたものとなってしまうであろう。

これに対して、一九八〇年の Ely は、疑わしい区別の法理に
おける手段審査をより複雑なものに改変し、手段審査の機能拡
大を図ったものと思われる。

まず、Ely は、Caroline Products footnote 4 の偏見アプロ
チを、より精緻に理論化する。すなわち、Ely によれば、偏見
とは、現実に対する人々の正しい理解を歪めるレンズである。
偏見に基づいてある集団に不利益を与える政府行為は、当該集
団の平等の配慮と尊重を求める権利を否定するものであり、司
法審査はこれを容認してはならない。そして、Ely は、かよう
な偏見を、第一級の偏見 (first degree prejudice) と、第二級
の偏見 (second degree prejudice) とに分類する。⁽¹⁶⁾ 第一級の偏
見とは、ある集団に対する敵意や嫌悪に基づいて当該集団に不
利益を与えるような場合に、看取されるものである。他方、第
二級の偏見とは、許容し得ないステレオタイプを指す。

そして、Ely は、かような偏見を熾り出すものとされる疑わ
しい区別の法理につき、第一級の偏見と第二級の偏見との間で、
司法審査の態様を別異化させる。

まず、第一級の偏見、すなわち特定の者に対する敵意の熾し
出しは、手段の完全な適合性の査定と、政府目的の「実質性」
ないし「重要性」の査定とによって行われるものとされる。こ
の点は、疑わしい区別の法理における目的審査の改変との関連
で、先程述べた通りである。

他方、第二級の偏見、すなわち許されないステレオタイプの

焼し出しにあつては、より複雑な思考が求められる。そして、ここにおいて、手段審査の改変が行われるのである。

先述のように、ステレオタイプとは、政治行政部門が何らかの類別化に一般化に基づく正当化を行う際に、その一般化には個々の逸脱例が存在するにも拘わらず、かような逸脱例による反証を受け容れずに、不完全な一般化を支持するような場合に認められるものである（参照、本節一（四））。かような一般化は大概の立法につきものであるが、*footnote 4*の偏見アプローチによれば、「切り離され孤立した少数者に対する偏見」が立法過程を支配している可能性が高い場合には、立法府が一般化を適切に拵えるとの想定は崩壊する。それゆえ、疑わしい区別の法理の適用を通じた司法的介入が正当化されるわけであるが、しかし一九七四年までの巴々は、そこにおける司法審査は完全な適合性の審査に止まらねばならないと論じていた。この完全な適合性要求は、いわゆるIRAの査定を行うものであるが、しかしながら、IRAが認定されるような状況は、あまりに稀有である。一九八〇年の巴々も、やはりこの点を確認している。曰く、

「何ら費用を伴うことなく、区別と目標の適合性をヨリ密接

なものとなし得るのならば、裁判所は、その区別に『非合理的 (irrational)』というラベルを貼り、その区別がより繊細なものとされるよう要求するかもしれない。しかし、現実の立法に係るほとんど全ての事件におけるように、より完全な適合性が、何らかの更なる費用^(iv)を伴うであろう場合には、最高裁は、通常、そして正当にも、立法府の負担と便益の衡量に対して、実体的判断を対置することを拒否している。：。：
 そもそも、一般化は、それがもたらす偽陽性 (false positives) のパーセンテージの数値の観点のみから、安易に評価されてはならない。：。容認し得る反証例発生率に関する決定は、少なくとも、『誤って』排除ないし包摂された者に対する費用と、その残りの者に対して当該システムをより良く調整するよう試みることもたらず費用とを、時には時間や金銭の観点から、そしてしばしば増加するリスクの観点から、比較することを伴わざるを得ないのである。』^(iv)

すなわち、何ら追加的費用を伴うことなく、争われた区別と同じ程度に政府目的を達成し得るような代替的手段は、やはり現実にはおよそ存しないのである。かような状況において、争われた区別において採られた一般化よりも精密な一般化を政治

部門に求めることは、裁判所による独自の費用便益分析の対置となりかねない。もはや言うまでもなく、この裁判所による独自の判断の対置は、¹⁷⁴の動機審査理論が最も忌み嫌うアナセマである。そして、争われた区別が採用する一般化の反証例発生確率が高いことを以て司法が違憲判断を行うとしても、やはりそれは政治部門の費用便益分析に対する介入に他ならないのである。

しかし、それでもなお、一九八〇年の『民主主義と不信』において、¹⁷⁵は次のように述べる。

「われわれが疑わしく思うべき事案は、反証例の発生率が『あまりに高い』一般化が関係する事案ではなく、反証例の発生率が、立法当局が見積もっていたと推されるものよりも、はるかに高いような一般化が関係する事案である。どれほど多くの思慮が費用と便益の衡量に關係しているようと、反証例の発生率（或いはついでに言えば個別的な決定の費用）に関する誤解は、全体の決定を歪めていることになるのである」¹⁷⁶。

すなわち、¹⁷⁴によれば、争われた区別の現実の動機となつたと推される一般化の妥当性が、その反証例の発生率の数値に

照らして著しく疑われるような場合には、司法は違憲判断を下すべきである。ここにおいて、裁判所は、認容し得ないステレオタイプが看取されることを以て、争われた区別を違憲と判じ得るのである。ここでは一般化の反証例発生確率の数値に着眼されているが、それは決定プロセスの欠陥、すなわち違憲な動機の審査の一環であり、裁判所による独自の実体的判断の対置には至らないのである。これが第二級の偏見審査である¹⁷⁶。

では、かような第二級の偏見につき、なぜ裁判所は認容してはならないのであろうか。これに関連して、第二級の偏見が認定される例として、¹⁷⁷は次の如く論じている。仮に、立法院が、何らかの社会目標の達成に資するという理解に基づき、何らかの区別を行つて、その結果千人に不利益を与えたとする。他方、より個別的な（しかしより費用が高い）検査や手続が採られていたならば、五百人のみに不利益が限定されたであろうとする。かような状況においては、立法院は、五百人の者の利益をゼロと計算することを通じて、その者たちの平等な配慮と尊重を求める権利を否定しているのである、と。すなわち、一般化を想定するに際して政治部門がどれほど複雑な利益衡量を行っていたとしても、上記の反証例発生確率の見地から第二級の偏見が認定される場合にあっては、不利益を被る少数者の利

益があまりに不正確に計算されているのである。E₂のかような行論の背後には、もし自己の利益を保護すべく民主的政治過程に参加する伝統的マイノリティ構成員の声が、争われた区別によつて便益を受ける他集団と同等の社会的配慮を受けていたならば、政治部門による過度の一般化は為されなかったのではないか、という想定が在るように思われる。すなわち、第二級の偏見審査は、E₂がいわゆる利益集団多元主義的政治プロセス理論を採用するに至つたこと(註)に由来する、特殊な帰結であると解される。

第二節 合理性審査理解の改鑄

上述の如く、一九七〇年論文以降のE₂が力を注いだ問題の一つは、疑わしい区別の法理を動機審査に重ね合わせて描き出すことであつた。かくして、幾つかの曲折を経て、E₂の疑わしい区別の法理観は変化を遂げたのであつたが、この変化は、非通常審査の外部に位置する領域へも影響を及ぼさずにはいられなかつた。単なる合理性審査の領域である。

前述の通り、一九七〇年論文において、E₂は、不利益付与の区分モデルの適用射程と動機モデルの適用射程とを、截然と

切り離したのであつた。すなわち、同論文は、動機モデルが適用される問題領域を、不利益付与的区分モデルによる審査が可能な問題領域に局限した。そして、ここから、不利益付与的区分モデルによる審査をパスする事案にあつては、動機審査は全くイレレヴァントなものとなることが帰結されたのであつた。

つまり、目標が正統かつ具体的であり、手段の合理的関連性も認められるような場合においては、違憲の動機は決して認定され得ないとされていたのであつた。そして、この立論は、「合理的」目標と具体的目標の二分法によつて支えられていた。

すなわち、動機モデルの下において違憲な動機を以て法を無効化し得るのは、法が具体的目標の見地から正当化され得ない場合に限られるとされていた。(参照、本稿第一章第二節二(二))。

しかし、疑わしい区別の法理が動機審査の一環として位置づけられるようになったということは、不利益付与的区分モデルと動機モデルとの間の截然とした境界が消失したということ、必然的に含意する。そして、この境界消失は、単なる合理性審査にも、その射程を及ぼすものであつた。

(一) 一九七〇年論文の矛盾？

そもそも、一九七〇年論文における不利益付与的区分モデル

ルと動機モデルの境界線は、截然としたものでなかったとも評されている。すなわち、Theodore Eisenberg によれば、Ely の一九七〇年論文は両モデルの分離を貫徹し得ていない。⁽⁸¹⁾

Eisenberg によれば、不利益付与的区分モデルの下において何らかの合理的正当化が可能な場合にも違憲の動機が認定され得る余地を、Ely の一九七〇年論文は認めている。かような首尾一貫性の欠如は、Grosjean v. American Press Co. ⁽⁸²⁾ に関する Ely の論評に映し出されている。Grosjean 判決は、ルイジアナ州が、週間発行部数が二万部を超える新聞ないし定期刊行物に対して総収入の二パーセントの額に及ぶ特別の出版許可税を課す州法を定立したことにつき、第一修正に反し無効と判示したものである。Ely の理解によれば、租税政策の分野では立法府の裁量が認められるべきであり、同事案はそのような場合に当たる。それゆえ、同事案への不利益付与的区分モデルの適用は不能となる。しかし、争われた州法の下では、一六三紙の定期刊行物のうちの二三紙が出版許可税賦課対象となり、この二三紙のうちの一二紙は、当時のルイジアナ州政権に対して批判的な論調を敷く新聞ないし季刊誌であった。ここにおいて、反政府的論調を抑圧しようという立法府の潜在的動機が存在が疑われる。そうであるとすると、問われるべきは、二万部という数

値設定がなぜ為されたのかである。Ely によれば、もし二万部という数値が無作為に選択されたものであれば、それは正当化可能である。しかし、同法に関連する記録を調査すれば、二万部という数値が無作為に選択されたものではないことが判明する。すなわち、同法の法定化を主導した者は、反政府的論調の新聞を抑圧しようという意思を明言していたのであった。かような立法者の言明に照らして、当該出版許可税が、政府に批判的な論調を敷く新聞社を抑圧する動機に駆り立てられて制定されたものであることが認定されるべきなのである、と Ely は結論づける。⁽⁸³⁾

しかしながら、Eisenberg によれば、そもそも当該課税は合理的に正当化され得る。つまり、発行部数の多い新聞社は当該課税を支払う能力があるといった点から、二万部という数値設定を正当化することは可能なのである。⁽⁸⁴⁾ 仮に Eisenberg の指摘が正しいとすると、Grosjean 事件は、裁量が認められるべき事案というよりは、むしろ不利益付与的区分モデルによる合理性審査が可能な事案であったということになる。そうであるとすると、Ely は、不利益付与的区分モデルによる審査が可能な事案領域にあっても、違憲な動機を認定しているということになる。このことは、一九七〇年論文が不利益付与的区分モデル

の下で合理性審査をパスする事案にあつては違憲な動機の審査はイレレヴァントであると論じていたことと、矛盾する可能性がある。

(二)「反合理的」目標／具体的目標二分法の限界

また、不利益付与的区分モデルと動機モデルの境界消失は、「反合理的」目標／具体的目標二分法に対する批判学説からも要請されるのであった。この点につき、一九七二年のイェール・ロー・ジャーナルに掲載された匿名ノート「立法目的、合理性、平等保護」は、以下のような批判を提示している。⁽⁸⁶⁾

「Elyは、「趣味の良き」や「一般的福祉」のように、目標を達成する手段の選択に際して決定作成者の実体的価値判断を不可避的に伴う目標に、「反合理的」目標の名を着せていた。他方、具体的目標として位置づけられていたのは、「健康の増進」や「公共の安全」などであった。しかし、第一に、そもそも「健康の増進」や「公共の安全」といった目標にあつても、手段との適合性審査は、裁判官の価値判断を対置することなくして行われ得るのだろうか。「健康の増進」や「公共の安全」という目標も多分に抽象的であり、合理的関連性の査定において裁判官の価値判断が入り込む程度は、「反合理的」目標と大差無い

のではないか。また、第二に、仮に「公共の安全」を具体性をもつる目標であると看做すとしても、大抵の政府行為は、その他の多様な政策的顧慮を経て決定されるものである。ここで、一九四九年の *Railway Express Agency v. New York* ⁽⁸⁷⁾ を例に採らう。事案は、自動車の側面に広告を掲載することを一般的に禁止しながらも、営業経営者の自動車に関してはこの禁止を免除したニューヨーク市条例の合憲性が争われたものである。連邦最高裁はこの事案につき、車両運転者の注意力を散漫にせしめる広告を排除することを通じて「公共の安全」を増進させることを、当該条例の目標として認定した。その上で、自己宣伝的な広告はそうでない広告に比して「公共の安全」を害しない、と政治部門が判断したかもしれないという理由を以て、当該条例を合憲と判じた。これは、「公共の安全」という具体的目標に係る事案であるにも拘わらず、政治部門に裁量が認められたということに他ならない。ここに裁量が認められた理由の一つは、「公共の安全」の増進という政府目標にはコスト（商業への制約や市の金銭的負担等）が必然的に附帯し、ここにおいて政治部門による費用便益分析が行われるからである。かような費用便益分析に基づいて、市は、道路に面した商業的看板のすべてを禁止するのではなく、禁止される広告の種類を限定する

政策を選択したのである。それゆえ、かような費用便益分析に基づいて策定された政策がどれほど公益に資するかを、「公共の安全」という目的に適合するか否かの観点のみから査定し尽くすことはできない。公益は様々な要素を勘案した費用便益分析を通じて初めて把握し得るものであるため、裁判所が政策の公益増進性を査定しようとするのならば、政治部門の費用便益分析に立ち入って査定するほかないのである。

しかし他方で、立法に対する価値判断ないしは費用便益分析の対置を回避しようとする場合にも、司法審査は困難に直面する。なぜなら、司法が争われた区別の合理的関連性を査定しようとする場合、司法は立法目的の抽象性を操作することを通じて、あらゆる事案において合理的関連性を認定し得るからである。合理性審査がかような無審査に帰着するとすれば、それは悲劇である。それゆえ、Ely の動機審査モデルは、かような悲劇を避けるためにも、「反合理的」目標と具体的目標の二分法を破棄し、合理性審査を満たす場合においても違憲な動機が認定される余地を認めるべきである、と同ノートは結論付ける。

(三) 『民主主義と不信』における合理性審査観

以上のような諸批判を受けてか、Ely は、自らの一九七〇年

時の合理性審査理解に、後に修正を施す。

① 違憲な動機の直接的同意

『民主主義と不信』において、Ely は次のように述べる。

「確かに、おこなわれた行為についてもっともらしい正統な説明を発することが可能である場合には、ある決定が違憲の動機に影響されていたと裁判所が責任を持って結論付けることは、およそ不可能 (next to impossible) である⁽⁸⁸⁾。」

この一文において着眼すべきは、「完全に不可能である」とはと言わず、「およそ不可能」という言い回しを用いている点である。これは、一九七〇年論文からの変化に他ならない。

Ely 曰く、

「一斉批判に教えられて、私は、代替的説明の可能性が違法な動機の証明を完全にイレレヴァントとすると一九七〇年に示唆したことが、この点を過度に拡張したものであったと納得させられた。」⁽⁸⁹⁾

かように、¹⁰⁴は、何らかの「正統な説明」が認められる状況にあっても、動機を以て違憲判断を下すことを妥当とする立場を採るに至った。すなわち、合理性審査をパスする場合には、¹⁰⁵でも違憲な動機が認定される余地が開かれたのである。これは、不利益付与的区分モデルと動機モデルの間の境界消失が、単なる合理性審査の次元にも及んだということに他ならない。しかも、『民主主義と不信』には、一九七〇年論文において肝腎な位置を占めていた「反合理的」目標と具体的目標の二分法が、全く登場しない。このことは、不利益付与的区分モデルの下において、争われた区別と具体的目標との合理的関連性が認められる場合にあっても、違憲な動機を以て当該区別を無効化することは、必ずしも妨げられない、と考えられるようになったことを意味するのではなからうか。「反合理的」目標／具体的目標の二分法は、一九八〇年において破棄されたように思われる。

なお、合理性審査をパスする場合においてもなお違憲な動機が認定される状況とは、具体的には、先述の *Gossett* 事件のような、立法史などに照らして違憲な動機が証明される状況を目指すものと解される。では、そのようにして違憲な動機が認定されるには、いかなる要件が必要となるのか。¹⁰⁶は次のように述べている。

「動機をレレヴァントなものとする思慮は、…違憲な動機が選択に著しく (materially) 影響を与えたと見えるか否かを問うことに賛成の論を唱える。」¹⁰⁷

かように、立法史等から違憲な動機を直接的に認定し得る要件は、「違憲な動機が選択に著しく影響を与えたと見える」ことであるとされる。

しかし、かような不明確な要件の下では、直接的に違憲な動機が認定される事態が頻発する虞がある。そもそも、立法者が必ずしも単一の人格でなく、かつ立法者の内心を推し量ることが困難であるという事実を徴し、違憲な動機を立法史に照らして直接的に同定することが困難であることは、伝統的な動機審査否定論の要点であった。しかも、¹⁰⁸は、一九七〇年論文において、動機審査否定論の論旨に配慮し、穩健な動機審査肯定論を採っていた筈である。右の如くに違憲な動機の直接的認定の要件を不明確化することは、かような基本的立場にも反することとなる。

それゆえ、¹⁰⁹は、違憲な動機が直接的に認定されるような状況を、非常に例外的なものとして位置づけようとする。¹¹⁰曰く、立法動機を探求する際の最も重要な要素は、「問題となつ

ている法ないし規定の現実の文言でなければならず、それをその予見可能な効果と健全な良識に照らして読むということであつて、たとえそれが時折助けになるにしても、その立法史上ではないのである⁽¹⁸⁾。そうであるがゆえに、合理性審査をパスする事案においてそれでもなお違憲な動機を認定することは、「およそ不可能」と言い表されていたのである。

② 間接的動機審査としての合理性審査

しかし、そもそも合理性審査をパスしないような事案にあつては、話は別である。

すなわち、平等保護の領域においては偏見の除去が司法審査の眼目となるのであり、これは単なる合理性審査が適用される事案にも、同様に妥当する筈である。それゆえ、⁽¹⁹⁾は、疑わしい区別の法理と同じく、単なる合理性審査についても動機審査の間接的手法として位置づけるようになる。すなわち、直接的な立法動機の同定は困難であり得るだけ回避されるべきであるため、合理性審査を通じて違憲な政府動機を間接的に洗い出そうとするのである。かくして、合理性審査は、政府動機に到達するための穏当で巧妙な手法とされるのである⁽²⁰⁾。

しかし、疑わしい区別の法理が適用される事案領域に比して、

合理性審査が適用される事案領域においては、政府が偏見に基づいて行動している蓋然性が低いため、裁判所が介入する際には極度の慎重さが求められる。しかも、『民主主義と不信』において、⁽²¹⁾は、合理性概念の柔軟性を警戒する。すなわち、合理性の概念は多様な意味内容を柔軟に含み得るのであり、警戒されるべきは、単なる合理性審査の下で裁判官が実体的判断対置を行うことである。このような考察に基づいて、⁽²²⁾は、単なる合理性審査につき、争われた区別が何らかの正統な目標と合理的関連性を有することを要求するに過ぎないものと定義付ける。つまり、⁽²³⁾は、合理性審査に対して、違憲な動機を煽り出す実際上の機能をほとんど期待しないのである。⁽²⁴⁾は、かような微弱な機能しか有しない合理性審査をそれでも保持する理由は、裁判所がこれを全く使用しなくなる望みが薄いからに過ぎない、と述べている⁽²⁵⁾。

そうであるとなると、違憲な動機同定の主たる手法は、立法史等に照らした直接的な動機探索ではなく、或いは単なる合理性審査による間接的探索にでもなく、むしろ疑わしい区別の法理の下での非通常審査による間接的探索に求められることとなろう⁽²⁶⁾。いわば、一九七〇年論文では専ら合理性審査と関係づけられた動機審査モデルが、一九八〇年には専ら疑わしい区別

の法理と関係づけられるようになったのである。直接的動機審査と間接的動機審査のあり方につき、一九八〇年のElyは、斯くの如き結論に到達したものと推される。

小括

以上の第二章が紐解いてきたところのElyの動機審査理論の展開を約すれば、次の如くである。一九七〇年論文執筆後、Elyは自らの思索を深め、Carlene Products footnote 4にインスピレーションを受け、疑わしい区別の法理を動機審査の一手法として描き出した。すなわち、一九七一年末公表論文から一九七四年逆差別論文までの時期においては、Elyは疑わしい区別の法理を、専ら目的手段適合性の厳密な査定を行うものとして描き出した。そこにおいて、Elyは、政府目的の重みの査定を完全に排除することを想定していたものと推される。しかし、諸学説の批判を受けたこと等を契機に、Elyは、一九七八年論文と一九八〇年の『民主主義と不信』において、疑わしい区別の法理理解に改変を加えた。そこでは、政府目的の「実質性」ないし「重要性」を審査するというかたちで、政府目的の重みの査定に一定のかたちで踏み込むこととされた。また、手

段審査の次元においては、立法府が認容し得ないステレオタイプに基づいていることを手段審査の見地から同定する、いわゆる第二級の偏見審査が導入された。更に、Elyは、通常の合理性審査理解に関しても考察を進展させた。すなわち、一九七〇年論文における合理性審査理解を改変し、専ら疑わしい区別の法理の下における非通常審査を通じて違憲な動機の審査が行われるべきとの立場を採るに至った。そして、いずれの審査を描き出す際にも、Elyは、裁判官による判断対置型の審査を回避するよう、違憲審査基準につき周到な概念定義を行っていた。

終章 総括と展望

以上の如くに、本稿はElyの動機審査理論の生成と展開を讀解してきた。

1. Elyの司法審査理論における動機審査理論の位置

ここで、『民主主義と不信』において完成されたElyの司法審査理論を纏めておきたい。その全体像を纏めるに当たっては、ElyがRobert Nozickから借用した「最終結果(end result)」アプローチと「歴史的(historical)」アプローチの対比が有益

である。⁽⁹⁶⁾「最終結果」アプローチとは、Elyの言う「憲法上の実体的権益 (substantive constitutional entitlement)」⁽⁹⁷⁾に係る問題領域において妥当するアプローチである。ここで「憲法上の実体的権益」に係る問題領域とは、第一に、憲法典に明文を以て保障されており、その意味内容が文言に照らして明確に同定し得る権利であり (Carolene Products footnote 4 paragraph 1—参照、本稿第二章第一節一(四)、第二に、政治参加に不可欠な権利、すなわち言論の自由や投票権等に係る問題領域である (footnote 4 paragraph 2)。これらの領域において、司法は、当該権利に対する制約が「やむにやまれぬ」政府利益に基づき正当化されるか否かを審査し、規制を行った政府の現実の動機は勘案しないものとされる。⁽⁹⁸⁾これに対して、「歴史的」アプローチとは、「憲法上の実体的権益」に関わらない問題領域、並びに「憲法上の実体的権益」に係るとしても政府が単に中立性保持義務を負うに止まる問題領域において妥当するアプローチである。⁽⁹⁹⁾かような問題領域における政府による財の分配については、司法は、その分配に影響を与えた過程の見地から、その機能不全を審査すべきである。そして、かのような「歴史的」アプローチとは、前章までに見てきた動機審査理論に他ならない。すなわち、Elyの動機審査理論の下では、裁判官が自らの

実体的判断を、立法府の判断に対置させるような司法審査が行われてはならないとされる。動機審査理論は、政治的決定過程に偏見が付き纏っていないかを審査するに止まるのである。偏見は、第一級の偏見たる敵意と、第二級の偏見たる許されざるステレオタイプとに大別される。これらの偏見は、立法史から直接に認定されることもあり得るが、政治行政部門の動機を直接的に同定することは困難であるため、その際は慎重でなくてはならない。むしろ、かような難点を回避する形で、いわゆる単なる合理性審査や疑わしい区別の法理を適用することを通じて、間接的に政府動機を燻し出すことに重点が置かれるべきである。すなわち、単なる合理性審査は、争われた区別に対し、政府目標が正統であることと、その目標と区別とが合理的に関連することを要求するものである。⁽¹⁰⁰⁾この単なる合理性審査には、偏見を燻し出す機能を与えられるものの、その機能の強度は微弱である。これに対して、疑わしい区別の法理は、偏見を燻し出す強力な機能を有する。この疑わしい区別の法理は、政府が偏見に基づいて行動している蓋然性が高い事案領域に適用される (footnote 4 paragraph 3)。そうした事案領域のメルクマールは、第一に、争われた政府行為が合衆国における伝統的マイノリティを別扱いするものであることであり、第二に、同政府

行為が立法府の多数者に便益を供しマイノリティに不利益を付与するという「我々（彼（女）ら型のもの」ものであることである。そして、かような「引き金」を備えた疑わしい区別の法理につき、Elyは、その発動される司法審査の態様に関しても、独特な形で描き出していた。すなわち、まず、第一級の偏見審査の文脈では、疑わしい区別の法理は、争われた区別の完全な適合性と、その政府目的の「実質性」ないし「重要性」を要求するものと定義される。そして、それに後続する第二級の偏見審査の文脈では、疑わしい区別の法理は、争われた区別の決定過程において依拠された一般化の反証例発生確率の値が、あまりに高いものでないことを要求するものと定義される。

以上がElyの動機審査理論の位置づけと内容に関する鳥瞰である。そして、かようなElyの動機審査理論には、その生成においても、その展開においても、司法判断対置型審査への警戒という通奏低音が響き渡っていたのであった。かくしてElyの動機審査理論は、政治行政部門の判断に対して司法が自らの判断を対置するという司法審査を、断固として拒絶するのである。

二、動機審査理論と実体的価値判断——実体的価値理論者からの批判に抗して

ところで、Elyの政治的プロセス理論に対しては、数多くの批判が投げかけられてきた。そして、そのうちとりわけ顕著な批判は、Elyの所論が実体的価値判断を回避し得ていないというものであった。⁽²⁰⁾そして、この批判は、Elyの動機審査理論に対しても同様に投げかけられてきた。

この批判が教える如く、Elyが、動機審査理論の下における司法審査につき、実体的価値判断から全く解放されたものと吹聴し、その意味で客観的であることを標榜しているのならば、それは虚偽表示であると言わざるを得ないであろう。そして、確かにElyはそのような趣旨ととれる言明を発していた。すなわち、Elyは、動機審査理論が、第一級の偏見たる敵意を探索することをその役割の一つとすることを論じた後、次のように語っていた。

「かように提示される探索は、争われた公的行為によって不利益を付与された集団に対して正当化されない広汎な敵意が存在しているか否かを問うものではなく——そうであるならば、立法の判断に対する判断対置(second-guess)を直裁に招いてしまうこととなる——、単に広汎な敵意が存在しているか否かを問うものである。」⁽²¹⁾

このElyの言明は、第一級の偏見審査において問われるのは敵意の存否であり、敵意の正当化ではないことを述べている。多くの論者は、この言明を以て、Elyは動機審査において実体的価値判断を回避しようとしていると看做した。そして、Elyの動機審査は、実体的価値判断から解放されていないという批判を浴びることとなった。なぜなら、Elyは、この言明の後に、強盗を処罰する法は、強盗に対する社会的敵意に基づくものであるにも拘わらず、動機審査をパスすることを語っていたからである。Elyによれば、仮に疑わしい区別の法理が適用されるとしても、強盗を処罰する法には、われわれの家財を保護するという「実質的な目標」が認められ、かつ当該目標と法の採用する区別との間には近接した適合性が認められるために、偏見の疑いは晴らされる。しかし、Elyのこの行論は、社会的敵意が正当化されるか否かの査定に踏みこんでおり、右に引用したElyの言明と矛盾するものとも解される。多くの論者はこの矛盾を攻撃したのである。また、Elyは、政府が真摯な道徳観や美的見地に基づき規制を行うことを正当なものとして認めてきた(参照、本稿第一章第二節一・(二)②³⁰)。この点に関して、これらの規制と単なる敵意に基づく規制を弁別するには、それらの正当化可能性の査定に踏み込まなければならず、Elyは実

体的価値判断から解放されていない、と指摘されてきた。批判者によるこれらの指摘は適切であり、Elyの動機審査理論は実体的判断から全く解放されたものであるとは言えないであろう。しかし、Elyの動機審査理論が真に回避したかったものとは何であったか。本稿はその生成と展開を辿ってきたが、そこにおいて判明したのは、Elyの動機審査理論のアナセマは、裁判官による判断対置型の審査である、ということだった(この点は、前示の引用文にも判然と表れている)。そして、かような司法判断対置型審査の典型は、*Robe*判決型の「やむにやまれぬ」利益の審査である。すなわち、それは、政府による規制の目的が正統であるとともに些末でなく、しかも目的と手段の厳密な適合性も認定されるにもかかわらず、合憲判断を下さずに、政府利益と個人的利益の衡量に踏み込み、裁判官独自の衡量判断によって政府行為の合憲性を決するような思考法である³¹。かような司法判断対置型審査は、Elyの所論においては、「憲法上の実体的権益」に係る問題領域にのみ、その妥当性が限局される。そして、それ以外の問題領域において妥当するとされる動機審査理論の要諦は、司法判断対置型審査を回避するところにあるのであった。そうであるからこそ、動機審査理論における最も厳格な司法審査たる疑わしい区別の法理も、その目的審査

ブロンクにおいては、政府目的の「実質性」ないし「重要性」を求めるに止まるものとされていたのである。右の強盗を処罰する法の例を用いれば、⁽²⁾ EYの動機審査理論の下では、たとえ当該法に疑わしい区別の法理が適用されるとしても、当該法が正統な目的を有し、かつその目的が些末でなく、更に目的手段適合性が厳密なものであれば、当該法は司法審査をパスするのである。そして、そこから更に進んで、当該法が達成する便益とそれに伴う費用につき、裁判官が直に衡量を行うことを、⁽³⁾ EYの動機審査理論は固辞するのである。

むしろ、批判者たちには、実体的価値判断の不可避性を攻撃する余りに、⁽⁴⁾ EYが司法判断対置型審査に対する警戒に基づき構築した動機審査理論の意義を、捉え損ねてきた傾向があるのではなからうか。本稿が今まで見てきたように、⁽⁵⁾ EYの動機審査理論は、抽象度の高い基礎理論の問題次元から、具象度の高い裁判法理的問題次元にまで及ぶ意義を有し、かつ考え抜かれた完成度を誇るものと思われる。基礎理論的問題次元に関して、確かに⁽⁶⁾ EYの動機審査理論は司法が実体的公益を追求すべきことを認めているが、それは政治過程に存在する偏見の除去という見地から行われるのであり、そこには司法判断対置型審査の禁止という限界が設置されているのである。また、より具体的

な違憲審査基準の概念定義という問題次元に関して、⁽⁷⁾ EYの動機審査理論が採用する違憲審査基準論は、現在の合衆国憲法学の通説たる、厳格審査・中間審査・合理性審査から成る三重の審査(three-tiered scrutiny)とは、およそ様相を異にするものである。そして、それは、審査の「引き金」において異色であるのはもとより、発動される審査の態様においても異色である。その出色の違憲審査基準論には、司法判断対置型審査との格闘の軌跡が、概念定義の微妙なニュアンスを伴って結晶しているように思われる。それにもかかわらず、⁽⁸⁾ EYの批判者たちには、司法判断対置型の審査を安易に招き入れる傾向がなかったらうか。そして、それは、如上の⁽⁹⁾ EYの思考の歩みを、十分に理解していなかったからではなからうか。

三、展望

かように、⁽¹⁰⁾ EYの動機審査理論は、今なお再考に値する有益な知見を含んでいる。

かつまた、近時の合衆国憲法学においては、連邦最高裁が政府目的の審査に傾倒する傾向にあることが指摘されている。

Richard Fallonによれば、司法が政治行政部門の目的の審査に重点を置くべきとの命題は、その基礎を異にする様々な司法審

査理論が特定の経験的な点において一致する「不完全に理論化された合意 (incompletely theorized agreement)」を成す⁽²⁰⁾。斯くの如くに目的審査のレレヴァンスが現在の司法審査において高まっているとすれば、Ely の動機審査理論には、政府行為の目的に対する司法審査の手法を解明し嚮導するという、現代的意義を期待し得る筈である。この点においても、Ely の動機審査理論は大いに学ばれるべきである。

また、かような Ely の動機審査理論の知見は、違憲審査基準論の再考が進められている昨今の日本憲法学においては、時機に適った意義を有するようにも思われる。とりわけ、現在の日本の最高裁は、その思考枠組として利益衡量法を採用し、多くの違憲審査基準論についても利益衡量の一手法として理解している⁽²¹⁾。かような最高裁の思考に対して、本稿が読解してきた Ely の動機審査理論は、一種の警鐘として響くのではなからうか。

もちろん、Ely の動機審査理論につき、批判的視座の下に検討されるべき点は、多々存在する。ここで幾つかを例示すれば、以下の如くである。司法審査が敵視すべき動機とは、敵意やステレオタイプだけでよいのか⁽²²⁾。違憲と判ぜられるべき偏見の認定手法が見直されるべきではないか。直接的に違憲な動機が認

定される要件は具体的には何か⁽²³⁾。疑わしい区別の法理の適用範囲を導出する原理が見直されるべきではないか⁽²⁴⁾。単なる合理性審査についての理解は適切か。動機審査理論は平等保護の問題領域を超えては妥当しないのか⁽²⁵⁾。これらの諸点につき深く検討され、Ely の所論の現代的意義を考察してゆくことを通じて、あるべき動機審査の理論と手法が探究されてゆくべきものと思われる。筆者におけるその用意は、未だ十分でない。他日における研究の進展を期し、擱筆する。

(109) John Hart Ely, *Judicial Review of Suspect Classifications: Why is Classification by Race Suspect and Should Classification by Sex Similarly be Subjected to Extraordinary Scrutiny?* (Spring, 1971) (unpublished manuscript).

(110) John Hart Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 U. CHI. L. REV. 723 (1974). (以下 Ely [1974] と引用する。)

(111) Note, *Mental Illness: A Suspect Classification?*, 83 YALE L. J. 1237 (1974). (以下 Note [1974] と引用する。)

(112) See Ely [1974], *supra* note 110, at 727 n. 26.

- (113) 410 U.S. 113 (1973).
- (114) Ely [1973], *supra* note 77.
- (115) Ely [1974], *supra* note 110, at 727.
- (116) *See e.g.* Korematsu v. United States, *supra* note 99, at 216.
- (117) *See e.g.* Graham v. Richardson, 403 U.S. 365, 375 (1971).
- (118) *See e.g.* McLaughlin v. Florida, *supra* note 102, at 192.
- (119) *Ibid.*
- (120) 449. In re Griffiths (413 U.S. 717 (1973)) 449 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000
- (121) Ely [1974], *supra* note 110, at 727 n. 26.
- (122) Note [1974], *supra* note 111, at 1251.
- (123) *Id.* at 1246 n. 40.
- (124) *Id.* at 1245-52.
- (125) なお、同時期における類似の指摘として、参照 Note, *Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection*, 82 YALE L. J. 123, 146-49 (1972)。
- (126) *See* Ely [1973], *supra* note 77, at 920-21.
- (127) *Id.* at 943.
- (128) ただし、後に Ely は、Roe 判決は誤って与えられたものに他ならないが、同判決は変更されるべきではないとの

- 立場を唱えるに至る。その理由としては、同判決以後の米国社会が同判決に従って動いていること、同判決が女性の地位向上とどう憲法上の関心事に貢献したと等が挙げられること。See John Hart Ely, *Letter to Justices Kennedy, O'Connor, and Souter Concerning Planned Parenthood v. Casey*, (in ELY, ON CONSTITUTIONAL GROUND, *supra* note 22, at 304-06).
- (129) 449. 表現の自由の法理に関する時期の Ely の理解については、John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482 (1975) を参照された。
- (130) 本文で以下に挙げる裁判例の他に、Ely の一九七一年論文 449 Hirabayashi v. United States (320 U.S. 81 (1943))、Brown v. Board of Education (347 U.S. 483 (1954))、Tancil v. Wollis (379 U.S. 19 (1964)) に依拠しつつ、疑わしい区別の法理の下における非通常審査に関する自らの理解を裏付けたことが挙げられる。See Note [1974], *supra* note 111, at 1245 n.38.
- (131) *Supra* note 99.
- (132) See Note [1974], *supra* note 111, at 1246-47.
- (133) 388 U.S. 1 (1967).
- (134) *Id.* at 11.

- (135) *Supra* note 102.
- (136) See Note [1974], *supra* note 111, at 1246, 1252.
- (137) See Ely [1970], *supra* note 34, at 1266.
- (138) *Supra* note 36.
- (139) See Ely [1973], *supra* note 77, at 933-37; Ely [1974] at 729-33. Cf. Note [1974], *supra* note 111, at 1254-58.
- (140) See Ely [1974], *supra* note 110, at 728-33. *Also see*, Note [1974], *supra* note 111, at 1250-51.
- (141) 348 U.S. 483 (1955).
- (142) *Also see e.g.* PAUL BREEST, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING 1ST ED., 990-94 (1975); Richard H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1330-32 (2007).
- (143) See Ely [1974], *supra* note 110, at 727; Ely [1980], *supra* note 2, at 170-72. *Compare e.g.* Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200, 235 (1995).
- (144) Ely [1973], *supra* note 77, at 733 n.85. 但し Stone 裁判官の paragraph 3 に於て Ely と同様の動機審査を全図にわたるもの指摘がある。See e.g. T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L. J. 943, 962-63 n. 116, 984 n. 243 (1987).
- (145) See Ely [1970], *supra* note 34, at 1258-61.
- (146) Ely の一九七〇年論文は、政府に人種的徴表の使用

を許せば、第一に、それが不適切な目標のために使用されることを防止することが困難となるとともに、第二に、人間の評価にその者の人種は無関係であるという命題の教育的作用が減せられてしまう、と論じていた (See *id.* 738-39)。その後、Ely は「そこでの行論を振り返って、次のように述べている。「同論文は、連邦最高裁は、州に対して、様々な線引きを行う際に人種を強制的に考慮させてはならない」ということを提唱する限度までは、自らの主張を押し進めていた。しかし、そこでの主張は、州はそのようなことをしてはならない」という結論へと、更に押し進められていたかもしれない」(Ely [1974], *supra* note 110, 738 n. 54)。Also see John Kaplan, *Equal Justice in an Unequal World*, 61 NW. U. L. REV. 363 (1966).

- (147) See Ely [1974], *supra* note 110, at 736-39. なお、前注 18 も参照された。
- (148) その裁判例とは、Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390 (1923)) に Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510 (1925)) である。前者の Meyer 事件は、英語以外の現代語を八年生以下の生徒に教えるはならないと定める Nebraska 州法の合憲性が争われたものであり、後者の Pierce 事件は、全ての親に対して子息を公立学校に通学させることを義務として課し、教区学校や私立学校に子息

- を通学させる途を閉じたオレゴン州法の合憲性が争われたものである。両判決とも、各州法は親や教師の教育の自由を侵害し、ひいては財産権をも侵害するものであり、デュー・プロセス条項に違反すると判じた。両判決に関して、現在の通説は、いわゆる実体的デュー・プロセス理論の系譜に属するものと理解している (See e.g. KATHEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 16TH ED. 414 (2007))。これに対し、Carolene Products footnote 4は、両判決を、外国人性や信教に基づく潜在的差別の事案として理解するのでは⁸²。 See Ely [1980], *supra* note 2, at 243-44 n. 17. Also see Rebecca L. Brown, Liberty, the New Equality, 77 N. Y. U. L. REV. 1491, 1508 (2002).
- (149) Ely [1974], *supra* note 110, at 731. Also see Ely [1980], *supra* note 2, at 162, 250 n. 64.
- (150) See Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (1971).
- (151) 426 U.S. 229 (1976).
- (152) *Id.* at 239. たまた、Davis 判決は、Palmer 判決を判例変更するわけではなくその自己理解を示している。 See *id.* at 242-43.
- (153) Also see Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Co., 429 U.S. 252, 264-265 (1977); Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney, 442 U.S. 256, 275 (1979). Also see Nelson, *supra* note 38, at 1850-52.
- (154) この時期の議論状況に関して、さしあたり、参照、安西文雄「法の下での平等について(三)」国家学会雑誌 一一〇巻七・八号一頁以下〔一九九七〕四二一-五六頁。
- (155) John Hart Ely, *The Centrality and Limits of Mortation Analysis*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1155 (1978), (以下、Ely [1978] と引用する)。
- (156) See BREST, *supra* note 142, at 488-89.
- (157) See *supra* note 99, at 192.
- (158) なる、Kent Greenawalt 著、同時期に同様の指摘を行なった。 See Kent Greenawalt, *Judicial Scrutiny of "Benign" Racial Preference in Law School Admissions*, 75 COLUMB L. REV. 559, 565 n.41 (1975).
- (159) BREST, *supra* note 142, at 489.
- (160) See Ely [1978], *supra* note 155, at 1156-60; Ely [1980], *supra* note 2, at 145-48.
- (161) Ely [1978], *supra* note 155, at 1159; Ely [1980], *supra* note 2, at 147-48.
- (162) また、一九九六年公刊のElyの論文集『憲法の基礎にこころ』には、一九七四年逆差別論文が再録されているが、同逆差別論文が利益衡量を含まない疑わしい区別の法理観を語った箇所は、再録の際には削除されて

52 (Compare Ely, ON CONSTITUTIONAL GROUND, *supra* note 22, at 269, with Ely [1974], *supra* note 110, at 727 n. 26.)」の点をElyの変説を裏付ける証拠となす。

(163) 同様に些末であるがゆえに疑わしい区別の法理をパスしなく政府目的の例としてElyはKenneth Karstの設例を借りつつ(See Ely [1980], *supra* note 2, at 246-47 n. 46.)。すなわちKarstは「選挙人登録を行う際に申請者の人種の明記を求める法につき、詐欺防止目的とこうした末な目的によつては正当化され得ないことを論じた。See Kenneth L. Karst, "A Discrimination So Trivial": A Note on Law and The Symbolism of Women's Dependency, 35 OHIO ST. L. J. 546, 549-54 (1974).

(164) Ely [1980], *supra* note 2, at 246 n. 45.

(165) 390 U.S. 333 (1968).

(166) Note [1974], *supra* note 111, at 1247-48.

(167) Ely [1978], *supra* note 155, at 1159; Ely [1980], *supra* note 2, at 148.

(168) Ely [1978], *supra* note 155, at 1159-60 n.18; Ely [1980], *supra* note 2, at 246-47 n. 46. 44 Elyの一九七八年論文が発表されたのと同じのシンポジウムにおいては、他の論者によつて類似の指摘がなされてきた。参照: Clark, *supra* note 85, at 980-81 (Clarkは「疑わしい区

別の法理の下における審査が偏見審査であれ効果審査であれ、そこには利益衡量が関連するが、偏見の審査は一定の原理に基づいて行われるがゆえ、偏見審査と効果審査の差異は直観や共通感覚に照らして明らかであることを論じた。) Larry G. Simon, *Racially Prejudiced Governmental Actions*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1041, 1071 (1978) (Simonは「疑わしい区別の法理に含まれる「やむにやまれぬ」政府利益要求の意味に関して、偏見に害されていない合理的な決定作成者は争われた区別と同様の区別を採用するであろう」と確信を以て推論し得るはず、政府利益が重要であるべきことを要求するものと理解した。) Also see Michael Klarman, *An Interpretive History of Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213, 296 n. 379 (1991).

(169) See Paul Brest, *Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 HARV. L. REV. 1, 5-12 (1976).

(170) See *id.* at 15.

(171) See *id.* at 15 n.65. Also see David A. Strauss, *The Ubiquity of Prophylactic Rules*, 55 U. CHI. L. REV. 190, 204-05 (1988).

(172) See Owen Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, PHIL. & PUB. AFF. 107, 147-70 (1976).

- (173) Ely 曰く、「当該(黒人―筆者注)集団の政治的地位は、一定の機関の割り当てを正当化する―すなわち、彼女)らのために『九人の者』が自らの判断(手段と同様に目的に関する判断)を『人民』の判断に置換することに、われわれは快諾するのである」(Id. at 154.)。
- (174) See Siegel, *supra* note 96, at 399-400. Cf. 阪口・前注 32・七六―七七頁(曰く『厳格審査の基準』を違憲な政府の動機を熾り出す手法だと考えれば、そうした手法は何も『厳格審査の基準』に限られるわけではなく、『中間審査の基準』であっても、目的・手段審査を、ある程度厳格な形で行う限り、同様な機能を果たすことができるはずである。『中間審査の基準』と『厳格審査の基準』とは、違憲な政府の目的を熾り出す機能自体に質的な違いがあるわけではなく、熾り出す程度の違いがあるに過ぎないと考えられる。)
- なお、中間審査は、一九七六年の *Craig v. Boren* (429 U.S. 190 (1976)) において、判例上明示的に定立された。すなわち、同判決によれば、性別に基づく区別は、「重要な政府目標に仕えるものであり、かつかような目標に実質的に関連するものでなければならぬ」のであった (Id. at 197)。なお、疑わしい区別の法理の適用範囲に関する Ely の立場については、Ely [1980], *supra* note 2, at 161-68 を参照されたい。また、同法理の適用に関する

Ely の立場と連邦最高裁の立場の重合と異同につき、
 ちよじあたり、参照: Michael J. Klarman, *The Puzzling Resistance to Political Process Theory*, 77 VA. L. REV. 747, 750-53 (1991); Brian Boynton, *Democracy and Distrust after Twenty Years: Ely's Process Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000*, 53 STAN. L. REV. 397, 439-445 (2000); David A. Strauss, *Modernization and Representation Reinforcement: An Essay in Memory of John Hart Ely*, 57 STAN. L. REV. 761, 763-769 (2004).

(175) See Ely [1980], *supra* note 2, at 151-61.

(176) なお、厳密には、Ely は「第二級の偏見」の語を使用しておらず、「第一級の偏見」の語のみを明言しているに止まる (See id. at 157)。ただし、Ely の偏見理論を批評する文献においては、「第一級の偏見」概念との対比で「第二級の偏見」の概念も広く使用されてこる。See e.g. Lawrence G. Sager, *Rights Skepticism and Process-Based Responses*, 56 N. Y. U. L. REV. 417, 426-27 (1981); PAUL BREST ET AL., *PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING*, 5TH ED. 984-85 (2006); 邦語文献として、参照: 阪口・前注 17・一四〇頁。

(177) Ely [1980], *supra* note 2, at 156. なお、引用文中の「偽陽性」とは、元来医学用語であり、実際には健康な患者が誤って病氣と診断される場合を指す。他方、実際には

病気の患者が誤って健常と診断される場合は、「偽陰性 (false-negatives)」と言われられる。これらの概念は、人間が犯す過誤のタイプを指示するものとして、経済学において広く使用されている。もしあたり、参照、ロバート・G・ボウン(細野敦訳)『民事訴訟法の法と経済学』[二〇〇四] 一一九頁。

- (178) Ely [1980], *supra* note 2, at 156-157.
- (179) なお、Michael Klarman は、上記の Ely の偏見に関する論述を、疑わしい区別の法理を発動させる「引き金」の問題に係るものと理解する (See Klarman, *supra* note 174, at 782-788)。しかし、本文にて論じたように、Ely の「第二級の偏見」論は、疑わしい区別の法理の下における手段審査の態様を描き出すために導入されたものと解すべきである。そうであるから、LRA 審査の観点や、政治行政部門の費用便益分析に対して司法独自の費用便益分析を対置することの難点が、「第二級の偏見」論の文脈で語られるべきである。Cf. Klarman, *supra* note 168, at 217 n. 6, 284.
- (180) See Ely [1980], *supra* note 2, at 157.
- (181) See *id.* at 73-104. Also see, Ely, *Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review*, 37 *Md. L. Rev.* 451 (1978).
- (182) Eisenberg, *supra* note 85, at 124-25.

- (183) *Supra* note 82.
- (84) See Ely [1970], *supra* note 34, at 1330-34.
- (85) Also see Ely [1980], *supra* note 2, at 244-45 n. 31.
- (86) Note, *supra* note 125, at 141-46.
- (87) *Supra* note 49.
- (88) Ely [1980], *supra* note 2, at 138.
- (89) *Id.* at 243 n.15.
- (90) *Id.* at 138.
- (91) Ely は、Grosjean 事件において立法史の記録に照らして違憲な動機が認定されることこそ、正当であることながらも「珍しい事案」なら、「通常とは異なる事案」であると評している。これは一九七〇年論文においてと同様でもった。See Ely [1970], *supra* note 34, at 1333; Ely [1980], *supra* note 2, at 144.
- (92) Ely [1980], *supra* note 2, at 130.
- (93) Also see Kenneth L. Karst, *The Costs of Motive-Centered Inquiry*, 15 *SAN DIEGO L. REV.* 1163, 1164-65 (1978).
- (94) See Ely [1980], *supra* note 2, at 251-52 n. 69, なお、Ely は、合理性審査に「切れ味 (bite)」を付与するのを通じて立法目的の顕示性を高めようとする Gerald Gunther のアプローチにも応答している。Gunther は、単なる合理性審査が適用される事案領域において、政

府に立法目的をできる限り明示させ、有権者への政治的アカウンタビリティを高めることを志向した。かような立法目的の明示は、法令に明記されることや訴訟の場で政府弁護人によって主張されること等を通じてなされるものとされていた。そして、裁判所は明示された立法目的と手段との適合性を実質的に審査するものとされ、かような司法審査を通じて政治過程における公的討議が促進されるのだ」とGuntherは論じたのであった (See Gerald Gunther, *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 20-24, 43-48 (1972))。しかし、Elyによれば、如上のGuntherのアプローチに、真の立法目的を顕示化させる機能は、ほとんど期待し得ない。なぜなら、立法府や政府弁護人は、争われた区別を最もよく正当化するような目的を提示するに違いないからであり、違憲な立法動機が提示されるようなことはおよそ起こり得ないからである。また、本文中で述べた通り、ただでさえElyの動機審査理論が回避する裁判官の実体的判断配置が、単なる合理性審査が適用される問題領域において生じることが、尚更警戒されねばならない。なお、Guntherも、自らのアプローチが、立法手段の実質的関連性審査という適切な領分を超えて、司法による立法目的の価値的評価というアナセマへ

到達する虞があることを認めつつもた (See *id.* at 48)。
しかし、Elyは、かような虞をヨリ重く見積もり、伝統的な合理性審査に「切れ味」が付与されることを、あくまで固辞するのである。See Ely [1980], *supra* note 2, at 125-31, 251-52 n.69.

(95) Also see, Clark, *supra* note 85, at 973-78; Karst, *supra* note 193, at 1164-66.

(96) See Ely [1980], *supra* note 2, at 136 (quoting ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 153-55 (1974)). Also see Ely, *Commentary*, 56 N. Y. U. L. REV. 525, 539 (1981).

(97) See Ely [1980], *supra* note 2, at 145.

(98) See *id.* at 136. 憲法上、このように裁判法理にこのように詳しく述べ、*Id.* at 88-101, 105-25, 172-79を参照。

(99) See *id.* at 136, 141, 145.

(200) See e.g. C. Edwin Baker, *Neutrality, Process, and Rationality: Flawed Interpretations of Equal Protection*, 58 TEX. L. REV. 1029, 1041-49 (1980); Paul Brest, *The Substance of Process*, OHIO ST. L. J. 131, 134-142 (1981); Sager, *supra* note 176, at 425-432; Terrance Sandalow, *The Distrust of Politics*, 56 N. Y. U. L. REV. 446, 461-68 (1981); Samuel Estreicher, *Platonic Guardians of Democracy*, 56 N. Y. U. L. REV. 547, 563-67 (1981);

- Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713, 737-40 (1985); RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 59-69 (1985); LAURENCE H. TRIBE, CONSTITUTIONAL CHOICES 14-17 (1985); David Lyons, *Substance, Process, and Outcome in Constitutional Theory*, 72 CORNELL L. REV. 745, 751-56 (1987); Daniel R. Ortiz, *Pursuing A Perfect Politics: The Allure and Failure of Process Theory*, 77 YR. L. REV. 721 (1991).
- (201) See e.g. Baker, *supra* note 200, at 1047-49; Brest, *supra* note 200, at 134-37, 139-40; Sager, *supra* note 176, at 427-32; Sandalow, *supra* note 200, at 461-68; Estreicher, *supra* note 200, at 566-67; TRIBE, *supra* note 200, at 16-17; DWORKIN, *supra* note 200, at 66-67; Ortiz, *supra* note 200, at 730-41.
- (202) ELY [1980], *supra* note 2, at 153-54.
- (203) Also see *id.* at 255-56 n. 92; *da*, *Professor Dworkin's External/Personal Preference Distinction*, *supra* note 22, 965-81.
- (204) Cf. 木村・前注 32・一四二頁(木村は「絶対的な評価に基づき判断される」立法目的の正当性)概念と、他の利益との比較のなかでの相対的評価に基づき判断される「立法目的の重要性」概念とを峻別している)。
- (205) 実には James Fleming が Ely が「実体」の語を他の論者よりも限定的な意味で使用していることを指摘する (See JAMES E. FLEMING, SECURING CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 24-29 (2006)). Also see Larry A. Alexander, *Modern Equal Protection Theories: A Theoretical Taxonomy and Critique*, 42 OHIO ST. L. J. 3, 39-51 (1981); Richard Davis Parker, *The Past of Constitutional Theory—And Its Future*, 42 OHIO ST. L. J. 223, 237-39 (1981). 併せて参照: 松井・前注 5・三三三三—三四頁、阪口・前注 21・一五八—五九頁、淺野・前注 27・一八一—九頁。
- (206) RICHARD H. FALLON, JR., IMPLEMENTING THE CONSTITUTION 89-95 (2001). 「不完全な理論化された合意」の概念については、参照: CASS R. SUNSTEIN, LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT 35-61 (1996)。
- (207) なおあたり、参照: 最高裁昭和四九年十一月六日大法院判決「猿払事件最高裁判決」(刑集二八卷九号三九三頁)、最高裁昭和五〇年四月三〇日大法院判決「薬事法事件最高裁判決」(民集二九卷四号五七二頁)、最高裁昭和六二年四月二二日大法院判決「森林法事件最高裁判決」(民集四一巻三三〇四〇八頁)。学説における指摘として、さしあたり、参照: 高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」曹時六一巻一一号一頁以下二二〇〇九。
- (208) See e.g. CASS R. SUNSTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION 24-39, 144 (1993); NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT

ALTERNATIVES 213-31 (1994).

- (209) See e.g. Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection*, 39 STAN. L. REV. 317, 355-81 (1987); Linda Hamilton Krieger, *The Content of Our Categories*, 47 STAN. L. REV. 1161, 1186-1217 (1995).
- (210) See e.g. Brest, *supra* note 85, at 130-31; Eisenberg, *supra* note 85, at 57-62, 69.
- (211) See e.g. Ackerman, *supra* note 200, at 742; William N. Eskridge, Jr., *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics*, 114 YALE L. J. 1279 (2005).
- (212) See e.g. Robert W. Bennett, "Mere" Rationality in Constitutional Law: *Judicial Review and Democratic Theory*, 67 CAL. L. REV. 1049 (1979); Scott H. Bice, *Rationality Analysis in Constitutional Law*, 65 MINN. L. REV. 1 (1980).併せて参照：常本照樹『経済・社会立法』と司法審査（四・完）—アメリカにおける『合理性の基準』に関する一考察—「北大法学論集四三巻六号七三頁以下（一九九三）一七—二七頁」。
- (213) See e.g. Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose*, 63 U. CHI. L. REV. 413, 423-64 (1996); Calvin Massey, *The Role of Governmental Purpose in Constitutional Judicial Review*, 59 S. C. L. REV. 1 (2007).