

表現規制に対する動機審査の可能性について

井上 幸 希

はじめに

第一章 動機審査の必要性

第二章 「不正な動機」を炙り出すという方法

一 R.A.V. v. City of St. Paul 判決

二 検討

三 Elena Kagan の動機審査について

四 O'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論との相違について

第三章 表現規制に対する動機審査の可能性について

一 最近の事例

二 動機審査の応用可能性について

おわりに

はじめに

表現の自由の規制には、表現内容に基づく規制と表現内容に中立的な規制があり、それぞれの規制の合憲性を判断する基準として、前者には、厳格審査基準¹⁾が、後者には中間審査基準²⁾が適用されるというのがアメリカ連邦

-
- 1) 厳格審査基準とは、当該分類の利用が「やむにやまれぬ政府の利益」(a compelling interest)を実現するためであることと、さらに、右目的と手段との間に「厳密な整合性」(narrowly tailored)があることを政府の側が立証しなければならないというものである。西村裕三編『判例で学ぶ日本国憲法【第二版】』(有信堂、2016年)28頁、井上一洋「Affirmative Action をめぐる平等観の対立と厳格審査基準の適用方法」*広島法学*36巻2号(2012年)31-3頁参照。
 - 2) 中間審査基準が適用されると、当該立法の目的が「重要な政府の目的」(important government objects)を促進するものであること、さらに、右立法目的とそれを達成するための手段との間に「実質的関連性」(substantially related)があることを政府の側が立証しなければならないとされる。西村、同書同頁参照。井上、同書同頁参照。

最高裁判例において、一般的な判例理論となっている。しかし、そのような司法審査基準の適用方法では、たとえば、外見上、表現内容に中立的な規制であったとしても、実際は、ある特定の表現を狙い撃ちするような表現内容に基づく規制の場合、中間審査基準の適用の下では、当該規制が憲法上、容認しえない不正な動機に基づいてなされているかどうかまで炙り出すことはできないのではないだろうか。いわゆる「表現内容規制・内容中立規制二分論」については、上記のような問題点を含め、以前から議論されているが、Elena Kaganは³⁾、この「二分論」に警鐘をならし、形式的な司法審査基準の適用を問題視した上で、表現の自由の領域においても動機審査を活用すべきであると提唱している。実際、Kaganはアメリカ連邦最高裁の裁判官の職に就く以前、彼女が学者時代に執筆した論文⁴⁾において、「不正な動機」を炙り出す方法について検討を行っている。

アメリカ連邦最高裁は、平等の領域において動機審査を展開させているものの、表現の自由の領域においては、これまで動機審査を積極的に行っていない⁵⁾。しかし、Kaganは、以前から表現の自由の領域においても、動機審

3) 表現内容規制と表現内容中立規制との区別に関して検討しているものとして、Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 WM. & MARY L. REV. 189 (1983)。表現内容規制・内容中立規制二分論を批判するものとして、Martin H. Redish, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, 34 STAN. L. REV. 113, 142 (1981)。邦語文献としては、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）75-280頁参照。

4) Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Government Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996)。

5) 日本において動機審査について検討しているものとして、時国康夫「立法の動機目的を憲法判断に当り考慮に入れることの適切性—司法審査の一考察—」下山瑛二・高柳信一・和田英夫編『アメリカ憲法の現代的展開2 統治構造』（東京大学出版会、1978年）179頁、黒澤修一郎「John Hart Elyの動機審査理論の生成と展開(1)(2)」北大法学論集61巻1号155頁、61巻2号605頁(2010年)、同「合衆国判例における『動機審査』・覚書」憲法理論叢書20『危機的状況と憲法』（敬文堂、2012年）177頁、大林敬吾「動機審査—憲法事実審査の可能性」山本龍彦・大林敬吾編『違憲審査基準—アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂、2018年）189頁参照。平等の領域においては、中曾久雄「平等保護における動機審査の意義」阪大法学59巻1号(2009年)153頁、同「憲法14条と動機審査」愛媛大学教育学部紀要59巻(2012年)221頁参照。また、表現の自由の領域においては、市川、前掲注(3)171-76頁、233-60頁、大林啓吾「表現の自由と動機審査」千葉大学法学論集第30巻第3号(2015年)1頁。

査を行うべきであると提唱しており、今後のアメリカ連邦最高裁判決の中で、Kaganが動機審査について言及する可能性があるように思われる⁶⁾。そこで、本稿においては、まずKaganが提唱する「不正な動機」を炙り出す理論とはいかなるものかを論じた上で、平等の領域において動機審査を提唱したO'Connor裁判官の判例理論との比較検討を通じて、Kaganが提唱する動機審査の理論の特徴を明確にしたい。そして、最後に表現の自由の領域における動機審査の可能性について明らかにしたい。

第一章 動機審査の必要性

Kaganが先述した論文において、表現の自由の領域における動機審査の必要性を説く以前より、動機審査の可能性について指摘していた学者としてGeoffrey R. Stoneがあげられる。Kaganは動機審査の必要性をめぐるStoneの学説の影響を受けているように思われるため、以下では、Stoneがどのようなコンテキストで動機審査の必要性を主張したのかについて検討を行いたい。

Stoneは、表現内容規制と表現内容中立規制の区別のメリットとその限界について考察した論文の中で、表現内容規制と表現内容中立規制の区別に関する説明の一つとして「動機審査」について言及している⁷⁾。Stoneは、表現内容に基づく規制の場合、公務員が話し手の見解に賛同しないという理由で、意思伝達が禁止されないようにするために政府の行為をきわめて注意深く審査しなければならないと述べる。さらに、Stoneは、政府が話し手の見解に賛同できないという理由で表現を規制している場合、そこには「不正な動機（“improper” motivation）が隠されている可能性がある」と指摘する。Stoneは、このような憲法上、容認しえない「不正な」動機を炙り出すことについて、ウォーレン・コート（1953～69年）は消極的であったものの、バ

6) Kaganが動機審査に触れた判決については、第三章において検討する。

7) Geoffrey R. Stone, *supra* note 3, at 227-33.

ーガー・コート（1969～86年）は積極的な姿勢を示したと指摘する。ウォーレン・コートの動機審査に対する姿勢が如実に表れた事例として、1968年の *United States v. O'Brien* 判決⁸⁾ があげられる。同判決は、ベトナム戦争に反対する意思表示のために、公衆の面前で自身の徴兵カードを焼却した行為が、徴兵カードを故意に焼却することにより破棄、損壊及び変更を犯罪とする連邦法に基づき起訴された事例であり、いわゆる象徴的言論の規制の合憲性が問題となった。動機審査について、O'Brien 判決は、「本裁判所は、主張された違法な立法動機に基づいて、その他の点では合憲である法律を違憲とすることはないだろうというのが、一般的な憲法上の原則 (a familiar principle of constitutional law) である」と説示する⁹⁾。そして、このように説示する理由につき、同判決は、ごく少数の議員の動機とその他の多数の議員が賛同した動機とが同じであるとは限らないため、裁判所が立法の背景にある動機を確定するのは著しく困難であると判示していた¹⁰⁾。このように、O'Brien 判決において、アメリカ連邦最高裁は、立法動機を理由に法律を違憲とすることの困難性を示した上で、本件法律を表現内容に中立的な規制であると判断したが、Stone は右立法が単なる表現内容に中立的な規制ではないと述べる¹¹⁾。つまり、Stone は、当該立法の与える効果が、「政府の政策に対する抗議の象徴的な表現として」徴兵カードを焼却することを禁じるような立法は、戦争に反対する意思を表明することを禁じるような立法と実質的に同じであるといえる、と指摘するのである。したがって、Stone は、本件法律が実質的には戦争に反対するという、ある特定の表現を狙い撃ちにした規制であるといえるが、アメリカ連邦最高裁は、この法律が有する上記側面について注意を払っていないというのである¹²⁾。Stone は、このような状況を打破するための一つの手段として動機審査について着目した上で、Stone は、合衆国

8) *United States v. O'Brien*, 319 U.S. 367 (1968).

9) *O'Brien*, 319 U.S. at 383.

10) *Id.* at 384.

11) Geoffrey R. Stone, *supra* note 3, at 221-22.

12) *Ibid.*

憲法修正1条のコンテキストにおいて、政府の不正な動機の問題は、主に政府が話し手の見解と意見が異なるという理由だけで政府は表現を規制してはならないという原則 (corollaries) からなると説く。そして、Stone は、この原則が、政府が話し手の見解に賛同するという理由で、それ以外の一般的な制限から表現を除外することはできないということと¹³⁾、政府は開示された情報の公表により支障をきたすという理由で、表現を制限してはならない¹⁴⁾ という二つの重要な結果を導くという。さらに、この原則とそこから導き出される規範 (precept) は、我々の合衆国憲法修正1条法学の中心であり、言論が「誤った」または「悪い」考えを伝達するという理由で、政府が言論を制限しようとするあらゆる努力は、次の3つの基本的な合衆国憲法修正1条の諸価値と矛盾すると Stone は指摘する。

まず、表現の自由の優越性を基礎づけるものとして、いわゆる「思想の自由市場」論という理論がある。この理論は、「真理を定める最良のテストとは、思想が、市場における競争において自らを受け入れさせる力にある」という、*Abrams v. United States* 判決における Holmes 裁判官の反対意見に最もよく示されている¹⁵⁾。この理論によれば、真理は市場における競争の中で発見されるものであり、ある情報が真理か虚偽かを判断するためには、情報の自由な流通が不可欠であるため、表現の自由を保障する必要があるとされる。さらに、この理論ではある情報が真理か虚偽なのかについては個人の判断に委ねるべきであり、また、表明される意見が真理である場合、それを例えば公権力が規制することは、自由な討論を歪めてしまうことになる。

そして、表現の自由の価値には、自己統治の価値と自己実現の価値というものがあるとされ、前者は、国民が表現活動を通じて政治的意思決定に関与

13) John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1507 (1975).

14) Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 AM. B. FOUND. RES. J. 521.

15) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 610, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting). なお、「思想の自由市場」論については、阪口正二郎「表現の自由はなぜ大切か」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩 二編『なぜ表現の自由か—理論的視座と現況への問い』(法律文化社、2017年) 16-7頁参照。

するというものであり、後者は、国民が表現活動を通じて自己の人格を形成し、発展させることを実現するというものである。Stoneは、政府が不正な動機に基づいて表現規制を行う場合、上記の「思想の自由市場」論や、自己統治の価値および自己実現の価値と衝突するというのである。

このように論じた上で、Stoneは、政府の不正な動機の正確な役割を明確にするために、不正な動機の理論とパターナリスティックな正当化事由 (paternalistic justification) に関する問題を対比させることは、合衆国憲法修正1条の理論において有用であると思われると述べる¹⁶⁾。そして、Stoneは、不正な動機に基づいて表現を規制するということと、パターナリスティックな考えに基づいて表現を規制するということは、多くの点で類似しているが、その一方で重要かつ明確な相違が存在するという。Stoneによれば、まず、不正な動機付けの概念は、話し手の意見に対して政府が賛同しないという点に焦点を合わせているのに対し、パターナリスティックな正当化事由の概念は、他者が話し手の意見を受け入れた場合に生じ得る結果に対する政府の懸念 (concern) に焦点を当てているという。そして、Stoneは、多くの場合、両方の懸念 (concern) が存在し、たとえば、ある者の道徳的義務が軍隊への徴兵を拒否することを主張する表現を政府が制限する場合、政府は不正な動機 (人々が徴兵を拒否する道徳的義務があるという「悪い」考えを抑制する欲求) と、パターナリスティックな正当化事由 (人々が徴兵を拒否するように説得されるという懸念) の両方を有している可能性があると述べる。また、たとえば、戦争の残忍性を非難する表現によって、人々が徴兵を拒否するかもしれないという理由で、政府がそのような表現を制限する場合、政府は人々が徴兵を拒否するように誘導されるというパターナリスティックな正当化事由を主張するであろうが、それは必ずしも不正な動機 (戦争が非常に残忍であることに同意する) ではないかもしれないとStoneはいう。その一方で、Stoneは、政府が戦争に反対する人々を防衛工場で採用することを拒否する場合、政府には、憲法上、容認しえない不正な動機、つまり戦

16) Geoffrey R. Stone, *supra* note 3, at 229-30.

争が不当であるという「悪い」考えを抑圧したいという欲求があり、それはパターンリスティックな正当化事由ではないという。

また、Stone は、パターンリスティックな正当化事由はそれ自体違法ではないと述べる。すなわち、Stone は、たとえば、明白かつ現在の危険が存在するような、やむにやまれぬ (compelling) 状況において、表現規制を支持する場合、そこには政府の憲法上、容認しえない不正な動機というものではなく、パターンリスティックな正当化事由に基づいて表現を規制するということになるというのである¹⁷⁾。しかし、その一方で、Stone は、不正な動機については、それ自体が違法であると述べ、それゆえ、政府は、話し手の見解と意見が異なるという理由だけで、保護された表現に対する規制を正当化することはできないと指摘するのである。

以上のように、Stone によれば、政府が表現規制を行う理由には、憲法上、容認しえない不正な動機とパターンリスティックな正当化事由が存在し、両者が混在している場合が多い一方で、どちらか一方の規制理由しか存在しない場合もあるという。そして、Stone は、パターンリスティックな正当化事由については、憲法上好ましく思われていないものの、それ自体違法ではないが、他方で、憲法上、容認しえない不正な動機についてはそれ自体違法であると説く。また、「不正な動機」とは、政府が話し手の見解に賛同できないという理由で表現を規制している場合に存在するといえ、このような不正な動機は、合衆国憲法修正 1 条が有する諸価値、すなわち、自己統治の価値、自己実現の価値、さらには「思想の自由市場」論の考えからしても矛盾するものであると Stone は指摘する。そして、そうであるからこそ、Stone は、動機審査を活用することによって、憲法上、容認しえない不正な動機を炙り出す必要があると主張するのである¹⁸⁾。

17) See, e.g., *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

18) 不正な動機を炙り出すことは、動機付け分析の重要な要素である。See, JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 136-45 (Harvard University Press 1980). Geoffrey R. Stone, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of*

第二章 「不正な動機」を炙り出すという方法

Kagan は、先に述べた論文において、表現の自由の領域においても動機審査が行われるべきであると主張している。そして、Kagan は、自身が提唱する動機審査を論じるにあたり、合衆国憲法修正1条の根底にある憲法上、容認しえない不正な動機に対する懸念を検討するために、R.A.V. v. City of St. Paul 判決¹⁹⁾ において用いられた議論を紹介している²⁰⁾。そこで、まず R.A.V. 判決を概観したいと思う。

一 R.A.V. v. City of St. Paul 判決

本件は、R.A.V. (Robert A. Victra) ら数名の白人少年たちが、黒人家族が住む家の庭で壊れた椅子の脚で作った十字架を燃やしたため、セントポール市の「偏見を動機とした犯罪条例」によって起訴された事件である。同条例は、「人種、肌の色、信条、宗教又は性別に基づいて、他者に怒り、恐怖、

Subject-Matter Restrictions, 46 U. Cm. L. Rev. 81, 103-7 (1978).

19) 505 U.S. 377 (1992). R.A.V. 判決に関する邦語文献として、例えば、市川正人「R.A.V. v. City of St. Paul, 112 S. Ct. 2538 (1992) —hate speech (差別的表現) を処罰する市条例が合衆国憲法第1修正に違反して文面上無効であるとされた事例」日米法学会編『アメリカ法』[1993-2] (1993年) 305頁、同『表現の自由の法理』(日本評論社、2003年) 37頁、紙谷雅子「表現の自由—憎悪と敵意に満ちた言論の規制—R.A.V. v. City of St. Paul, 112 S. Ct. 2538 (1992)」ジュリスト1021号 (1993年) 136頁、長峯信彦「憎悪と差別の表現—第1修正法理の新奇な展開—」大須賀遷暦記念『社会国家の憲法理論』(敬文堂、1995年) 477頁、小谷順子「アメリカ合衆国憲法修正一条下における十字架を燃やす行為の規制についての RAV 判決後の一考察」法学政治学論究32号 (1997年) 571頁、同「合衆国憲法修正一条の表現の自由とヘイトスピーチ」日本法政学会法政論叢36巻1号 (1999年) 160頁、紙谷雅子「憎悪と敵意に満ちた言論の規制—R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota, 505 U.S. 377 (1992)」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998年) 63頁、奈須祐治「ヘイト・スピーチ (hate speech) の規制と表現の自由—『内容中立性原則 (content neutrality principle)』の射程」関西大学法学論集50巻6号 (2001年) 243頁、安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」立教法学59号 (2001年) 28頁、藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由—アメリカ連邦最高裁の R.A.V. 判決と Black 判決」国際公共政策研究9巻2号 (2005年) 1頁を参照。

20) Elena Kagan, *supra* note 4, at 416-23.

憤りを生じさせると知られている、あるいは知られていると解することが相当な、シンボル、物、名称を書いたもの (appellation)、特徴の描写 (characterization) または落書き (火のついた十字架ないしナチスのかぎ十字を含むがそれに限らない) を、公有財産または私有財産に設置する物は何人であれ、秩序紊乱行為をなすものであり、軽罪として有罪である」と規定していた²¹⁾。これに対し、R.A.V. たちは、セントポール市条例が過度に広汎な規制であり、容認できないほどの表現内容に基づく規制であるとして、同条例は合衆国憲法修正 1 条の下では文面上無効であるという理由で、この訴因を却下するよう州裁判所に求めた。しかし、ミネソタ州最高裁判所は、これまでの州裁判所の判決が条例の適用範囲をけんか言葉 (fighting words) に限定しているため、過度に広汎であるという主張は認められない、などとして合憲判決を下した。アメリカ連邦最高裁は、サーシオレイライの発給を認めて、本条例は合衆国憲法修正 1 条に違反し文面上無効であるとして、原判決を破棄して差し戻した。

Scalia 裁判官による法廷意見 (Rehnquist 首席裁判官、Kennedy、Souter、Thomas 各裁判官が同調) は、「合衆国憲法修正 1 条が、一般に政府は表明された考えに賛成しないという理由で、言論や表現行為を禁止することを妨げており、表現内容に基づく規制は、無効の推定を受ける。しかしながら、名誉毀損的表現、わいせつ表現、けんか言葉といった、いくつか限定された範囲においては、表現内容に基づく規制が許されている。我々は、時折こうした表現類型には合衆国憲法修正 1 条によって保護されないと述べるが、そのような声明は文字通り真実ではなく、文脈において理解されなければならない。それらが意味することは、これらの言論領域はその憲法上禁止しうる内容の故に規制されうるということである。合衆国憲法修正 1 条は、州が禁止しうる言論を規制するにあたり、その明らかに禁止しうる内容とは無関係な内容による差別をすることを制限している」とし、伝統的に合衆国憲法修正 1 条の保護が及ばない言論とされる表現類型について論じる。そして、「け

21) Bias-Motivated Crime Ordinance, St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990).

んか言葉も、合衆国憲法修正1条の保護の範囲外にあり、それを規制することができるが、政府は表現の根底にあるメッセージに向けた敵意—や偏愛 (favoritism) —に基づいて言論を規制してはならない」と説く。その上で、
法廷意見は、「本件条例がミネソタ州最高裁によって *Chaplinsky v. New Hampshire* 判決²²⁾ の意味でのけんか言葉を構成する表現にのみ及ぶと限定解釈されていても、文面上無効と判断される」と述べ、以下にその理由を説明している。すなわち、本条例は、「人種、肌の色、信条、宗教または性別に基づいて、他人を侮辱しあるいは暴力を誘発するけんか言葉にのみ適用されるのであり、たとえば、政治的系列、労働組合員、または同性愛に基づいた敵意を表現するために、他の思想と関連性のある『けんか言葉』を用いようとする者には、本条例を適用してはならない。合衆国憲法修正1条は、セントポール市が好ましく思っていない主題に意見を表明する表現者に、特別な禁止を課すことを許していない。さらに、本条例は、その実際の作用において、単なる内容差別を超えて見解差別となっている。……我々が強調しなければならないことは、ある特定の人々や集団に向けられたけんか言葉の禁止ではなく、偏見を動機とするメッセージを含むけんか言葉の禁止である」。

続いて法廷意見は、本条例の合憲性を判断するにあたり、セントポール市が本条例によって得ようとしていた利益が何かについて審査した。「したがって、本件における問題は内容差別がセントポール市のやむにやまれぬ利益を達成するのに合理的に必要なかどうかであり、本条例は明らかにそうとはいえない。たとえば、好ましいトピックスに限定しない条例でも同じ効果を得ることができよう。実際、表現内容を制限することによって明らかに得られる唯一の利益は選ばれた特定の偏見に向けた市の特別な敵意であろう。それはまさしく合衆国憲法修正1条が禁止することである」と論じ、結論として、

22) 315 U.S. 568 (1942). エホバの証人の信者が路上で警察官に “You are a God damned racketeer” などの暴言をあげせたため、侮辱的な言葉の使用を禁じた州法に違反したとして起訴された事例。アメリカ連邦最高裁は、同判決において、「まさにそれを言うだけで、精神的苦痛を与えたり、即座に治安紊乱を引き起こす恐れのある言葉」をけんか言葉と定義した。

本条例は合衆国憲法修正1条に違反し文面上無効であると判示した。

二 検 討

法廷意見は、まず *Chaplinsky* 判決を引用し、名誉毀損的表現、わいせつ表現、けんか言葉といった合衆国憲法修正1条によって保護されない言論類型があることを確認し、保護されない言論については、表現内容に基づく規制が許されていると述べている。しかし、保護されない言論であったとしても、「政府は表現の根底にあるメッセージに向けた敵意—や偏愛—に基づいて言論を規制してはならない」と説く。そして、法廷意見は、本条例が、「人種、肌の色、信条、宗教、または性別に基づいた」一部のけんか言葉を規制する一方で、けんか言葉全体を規制しているわけではないことに着目し、合衆国憲法修正1条によって保護されない言論を規制することは許されているが、それらの言論に対する敵意に基づいた規制は許されないため、本条例は文面上無効であると判断した。Kaganによれば、本件においては、動機に着目するアプローチが採られているという。これは、コミュニケーション過程における政府の行為に着目するアプローチに基づくものであり、規制の効果ではなく規制の理由を重視するものである。ほとんどの議論は、規制の効果に焦点を当てることにより、言論規制が許されるか否かを考察しているが、そうではなく、動機に着目するアプローチは規制理由に着目することにより、政府の不正な動機 (*impermissible motive*) を炙り出すことができると、彼女は考えているのである²³⁾。

ところで、表現の自由の領域において、初めて立法動機に着目した判決は *R.A.V.* 判決ではなく、先に触れた1968年の *United States v. O'Brien* 判決であり、そこでは立法動機の認定が困難であるということがいわれていた。しかし、Stone が述べているように、バーガー・コートでは徐々に立法動機に着目した判決も出されてはいたが、表現の自由の領域においてはそのような判

23) Elena Kagan, *supra* note 4, at 413-14.

決は存在しなかった。O'Brien 判決以降の状況や、第一章において概観した Stone などの主張を受けて、Kagan は表現の自由の領域においても動機審査が必要であると主張したわけであるが、次節において、Kagan が提唱する動機審査について概観したいと思う。

三 Elena Kagan の動機審査について

(1) 動機審査を行う理由は何か

Kagan が表現の自由の領域において、動機審査の重要性を強調するには理由がある。すなわち、Kagan によれば、立法府が表現内容を規制する法律を制定した場合、裁判官は、立法府が好ましくないと思っている表現を抑圧するという許されない目的で表現内容に基づく規制を行っているのではないかという疑念を持つという²⁴⁾。しかし、これでは立法府の実際の意図を事例毎に精査することができない。つまり、いわゆる「表現内容規制・内容中立規制二分論」では、隠された不正な動機を炙り出すことができないというのである。たとえば、表現内容中立規制であったとしても、実はある特定の表現を狙い撃ちにした規制である可能性があり、そのような動機は憲法上、容認しえない不正な立法動機であるといえる。したがって、Kagan は、このようなルールを当てはめるだけでは、不正な動機を炙り出すことができないため、動機審査の重要性を強調するのである。

(2) 「動機審査」のアプローチ

Kagan によれば、従来の表現の自由に関する学説は、合衆国憲法修正1条にとって二つのアプローチを区別する傾向にあるという²⁵⁾。一つは、「表現者に着目した」アプローチであり、表現の機会を保障するという合衆国憲法修正1条の主な価値について理解している。このアプローチの下において、合衆国憲法修正1条が保障する表現の自由は、個人が自身の考えを伝達する

24) *Id.* at 443.

25) *Id.* at 423-27.

ことを可能とするため、彼らの「自律性」や「自尊心」、「自己開発 (self-development)」を高めるといふ。このアプローチを採る代表的な論者は、Martin H. Redish であり²⁶⁾、彼は、表現の自由の保障が自己実現に寄与するものと捉えるもので、表現の機会を奪うことに対して強い警戒の念を抱く。これに対し、二つ目のアプローチは、「表現の受け手に着目した」アプローチであり、表現する場所の質に焦点を当てる。このアプローチの下において、合衆国憲法修正 1 条が保障する表現の自由は、国民を真実にたどり着かせ、国民が賢明な決定を下すことを可能とするため価値を有する、という。そして、言論規制の異なる効果をもたらす上記二つのアプローチに対し、Kagan は規制の理由に焦点を当てた第三のアプローチを提唱する²⁷⁾。

合衆国憲法修正 1 条をめぐる三つ目のアプローチは、「動機審査」のアプローチであり、このアプローチは規制の効果ではなく、規制の根底にある理由が重要であることを要求するものである。この「動機審査」のアプローチにおいて注意すべき点は、表現者や受け手ではなく、政府の行為に着目することである。このアプローチのもとでは、表現機会の全てあるいは公的議論の状況に置ける行為の効果にかかわらず、その政府行為の根拠が違法であれば、政府の行為は合衆国憲法修正 1 条を侵害するであろう、と Kagan は述べる。逆に言えば、結果にかかわらず、合理的な理由が政府行為の根底にあれば、その行為は合衆国憲法修正 1 条に違反しないということになる。

(3) 不正な動機とは何か

Kagan は、不正な動機とは何かについて定義する前に、アメリカ連邦最高裁がこれまで不正な動機とは何かについて、全く注意を向けたことがなく、また、多かれ少なかれこの問題を解決したことはないものの、先に概観した R.A.V. 判決のように、アメリカ連邦最高裁は時に表現を制限するための政府

26) Martin H. Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U.Pa.L.Rev. 591 (1982).

27) Elena Kagan, *supra* note 4, at 425-27.

の理由を探ることがあると指摘する²⁸⁾。しかしながら、O'Brien 判決の法廷意見が述べるように、アメリカ連邦最高裁は詳細にあるいは直接的に、憲法上、容認しえない不正な動機の問題を議論することに消極的であった。そのため、Kagan は、このような状況を打破するために憲法上、容認しえない不正な動機に着目した理論を提唱しようとしているのであるが、その理論はある側面において概念上難解であることを Kagan 自身が認めている。

では、表現の規制に対する憲法上、容認しえない不正な動機とは、どのようなものであろうか。この点について、Kagan は以下のように述べる。第一に、「政府は表現者の考えに賛同しないとか好ましくないという理由で、表現活動を制限してはならない」²⁹⁾。つまり、政府は、何が真実（か虚偽か）かという信念、あるいは何が正しい（あるいは誤った）意見かという見解を根拠として行動することはできないというのである。第二に、「政府は支持された考えが役人自身の自己利益を脅かすという理由で表現を規制してはならない」³⁰⁾。つまり、政府は政治的過程を通じて、現職の政府の役人の罷免を助長するような表現を害悪とみなすことはできないというのである。第三に、上記に述べた禁止の原則として、「例えば、一般的な禁止からある一定の考えを除外することによって、政府は政府が好ましいと思う考えや政府の自己利益を促進するような考えに特権を与えてはならない」³¹⁾。そして、Kagan によれば、Scalia 裁判官は、R.A.V. 判決においてこれらの原則 (tenets) を要約し、「政府は、表現の根底にあるメッセージに向けた敵意—や偏愛—に基づいて表現を規制してはならない」³²⁾と説示しているという。

そこで、Kagan は、このような憲法上、容認しえない不正な動機の定義に、さらにもう一つの注解を付け加えなければならないとして、「政府は、その

28) アメリカ連邦最高裁が R.A.V. 判決と同時期に立法動機を審査した判決は、*Tuner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994) である。

29) Elena Kagan, *supra* note 4, at 428.

30) *Ibid.*

31) *Id.* at 429.

32) R.A.V., 505 U.S. at 386.

考えが誤っていたり不快であると他の市民が思っているという理由で表現を制限してはならない」と述べる。続いて、Kagan は、アメリカ連邦最高裁の不正な動機（conception）は、公務員だけでなく彼らを通じて行動する国民にも適用されなければならないという。そして、Kagan は、法の平等保護の場合と同様に、政府は多数者支配の政治プロセスにおける偏見に基づき人を差別することは許されないため、合衆国憲法修正 1 条においても政府はメッセージを区別してはならないと述べた上で、動機審査に関する重要なポイントは、政府が単なる不承認を理由に表現を制限してはならないということであると指摘している。さらに、Kagan は、このような原則は表現を規制するための多くの動機（reason）を手つかずのままにしていると述べるとともに、これらの動機を「害悪に基づいた」ものと形容し、「イデオロギー上の」動機と対比させている。また、Kagan は R.A.V. 判決において争われたセントポール市条例を例にして、それぞれの動機の本質的特徴を理解しようと試みている。Kagan は、①セントポール市が、人種差別、性差別などの考えに対する市自身の、あるいは市民の憎しみを表現するために法律を制定した可能性があるとともに、同条例はそうではないが、②セントポール市は保護された言論が地域社会にもたらしたと考える害悪を防止するために法律を制定することもできたと指摘する。さらに、Kagan は、おそらく、セントポール市はその言論が原因で人々が精神的な外傷あるいは他の感情的な害悪を引き起こすことを恐れていた³³⁾、と説明する。

先に説明した Kagan の不正な動機（conception）の概念は、これらの説明の前者、つまり「イデオロギー上の」動機に該当する。よって、動機審査によって憲法上、容認しえない不正な動機とされるのは、「害悪に基づいた」動機ではなく「イデオロギー上の」動機ということになろう。Kagan の説明によると、①は「イデオロギー上の」動機に該当し、どの考えが正しいか誤っているか、賞賛に値するか恥ずべきかという政府自身または多数者の見解に基づいて、政府が

33) Kagan は、この理由で言論を規制する場合においても、ある意味、彼女が言論規制に対する不正な動機とみなした考えに対する一般的な敵意に依存していると言う。

言論を規制してはならないという原則に違反するという。一方、②は、「害悪に基づいた」動機であるといえ、イデオロギー上の敵意に基づいて規制したのではなく、具体的な害悪の認識に基づいて規制しているため、政府が害悪を防止するという理由は正当であるといえると、Kagan は述べる。このように Kagan は、政府の動機には不正なものとは正当なものがあると述べるが、他方で両者の区別が困難であることにも言及している。しかし、Kagan は政府の動機の判断が容易ではないことを理由に、不正な動機の炙り出しが果たす重要な役割を無視することはできないという。

(4) 動機審査はどのような事例において行うことができるのか

以上、Kagan は何が憲法上、容認しえない不正な動機に当たるのかについて論じているが、次の問題として動機審査をどのような事例において行うべきなのかということを考察しなければならない。この点、Kagan は、立法機関が合憲とされうる立法目的や立法動機を前面に出した場合、憲法上、容認しえない不正な動機を立証することは困難であるが、そのような場合に隠された不正な動機を炙り出すために、以下のような一連のルールを提示している³⁴⁾。第一のルールは、表現内容規制と表現内容中立規制との区別を明確にし、表現内容規制の中でも、主題に基づく規制と観点に基づく規制の区別はあいまいなので、その区別も明確にすることが必要であるということ。第二のルールは、表現内容に中立的な規制であっても違憲性が推定されることを理由に、司法審査基準の厳格度を高めることが求められるということ。第三のルールは、表現内容規制であっても、明らかに不正な動機でないならば厳格度が弱められた審査基準が適用されるべきであるということ。そして、第四のルールは、直接規制か間接的・付随的規制かの区別を明確にすべきであるというものである。Kagan が提示した一連のルールを概観すると、Kagan は特定の場面において動機審査を行うことを考えておらず、以上のような場

34) Elena Kagan, *supra* note 4, at 443.

面において動機審査の可能性があると考えており、また、特に第二及び第三のルールが示しているように、形式的に規制類型から判断するのではなく、規制の内容から不正な動機があるか否かを実質的に判断する点が特徴的であるといえよう。Kagan が提唱する動機審査の核心には、政府が特定の思想を我々国民に強制してはならないという合衆国憲法修正 1 条が要求する命題が存在し、それに反するような動機は容認されないという点にある。それゆえ、この命題に反する規制であれば、その規制が表現内容規制であろうと表現内容中立規制であろうと合衆国憲法修正 1 条に違反するということになるのである。

ところで、Kagan がいう「不正な動機」と、第一章において概観した Stone によるそれとは同じものであろうか。Stone も Kagan と同様に、政府が話し手の見解に賛同できないと言う理由で表現を規制することは許されないと指摘しており、表現の自由において、何が憲法上、容認しえない「不正な動機」なのかという点については見解が一致しているといえよう。ただ、両者とも、表現内容規制・内容中立規制の区別をする際に、動機審査を行うことが有益であるという点では一致するが、その一方で Stone は、見解 (viewpoint) に基づく表現規制の場合には、憲法上、容認しえない不当な動機が存在する蓋然性が高いため、アメリカ連邦最高裁は、そのような不当な動機を炙り出すために、見解に基づく表現規制の合憲性を判断する際には、厳格審査基準を適用する必要があると指摘している³⁵⁾。この点、上記第一から第四のルールに従えば、Kagan の動機審査は、不正な動機を炙り出すために厳格審査基準を適用するわけではないため、動機審査の方法については Stone の見解と異なるといえるだろう。

35) Geoffrey R. Stone, *supra* note 3, at 231. このような Stone の厳格審査基準の適用方法については、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論 (1) [増補版]』(有斐閣、2000年) 404頁参照。

四 O'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論との相違について

(1) O'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論について

前節において、Kagan が提唱する動機審査について概観したが、本節においては、平等の領域ではあるが、O'Connor 裁判官が展開した不正な動機を炙り出す方法との相違について検討を加えたいと思う³⁶⁾。

O'Connor 裁判官は、人種的分類を用いたアファーマティブ・アクションの合憲性が争われた Croson 判決³⁷⁾において、厳格審査基準の適用を主張した。この Croson 判決では、公共事業を請け負った業者が、その契約額の30%を人種的マイノリティが所有する下請業者に留保するよう求めるヴァージニア州リッチモンド市の条例が問題となった。法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、本件条例の合憲性を判断するにあたり、厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念、あるいはあからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断することはできないと判示し、厳格審査基準の適用を主張した。厳格審査基準とは、当該分類の利用が「やむにやまれぬ政府の利益」(a compelling interest)を実現するためであることと、さらに、右目的と手段との間に「厳密な整合性」(narrowly tailored)があることを政府の側が立証しなければならないというものである。かつて、ウォーレン・コートでは、厳格審査基準が適用されると、どのような目的のためであろうとも、政府による人種的分類の利用は、ほぼ全て合衆国憲法の平等保護条項に違反すると判断されてきた³⁸⁾。このような形式的な厳格審査

36) O'Connor 裁判官の厳格審査基準の適用方法については、井上一洋「Affirmative Action をめぐる平等観の対立と厳格審査基準の適用方法」*広島法学*36巻2号(2012年)50-3頁参照。

37) *Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

38) このような形式的な厳格審査基準の適用について、Gunther が「理論上厳格であるが、事実上致命的である」と説いたことは有名である。See, Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model of for a Never Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).

基準の適用について、O'Connor 裁判官は批判的であり、憲法上の平等原則違反が争われたその後の判決においても憲法上、容認しえない隠された不正な動機を炙り出すために厳格審査基準を適用している。

(2) Kagan の動機審査と O'Connor 裁判官が提唱する炙り出し論との相違について

O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用の特徴は、「実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている政府による人種的分類の利用を暴き出すことを目的としている³⁹⁾」ことである。よって、厳格審査基準を適用しなければ、不正な動機を炙り出すことができないということがいえる。これに対し、Kagan の動機審査は、表現内容規制であるから厳格審査基準を適用するというわけではなく、規制の理由に着目して、そこに不正な動機が存在すれば厳格審査基準を適用するが、他方で、合衆国憲法修正 1 条に抵触するような不正な動機がなければ審査基準の厳格度を弱め、中間審査基準を適用するというものである。よって、厳格審査基準を適用しなければこのような不正な動機を炙り出すことができないとは考えていないといえる。したがって、この点については、不正な動機を炙り出す Kagan の方法と O'Connor 裁判官の方法は、異なるものであるといえよう。他方で、Kagan の方法では、表現内容中立規制であっても、そこに何らかの狙いがあるような場合には司法審査基準の厳格度を高めるため、この点については、O'Connor 裁判官の方法と共通しているといえるのではないだろうか。また、O'Connor 裁判官は、厳格審査基準という司法審査基準の適用の中で、要するに目的手段審査の段階で不正な動機を炙り出すということを行うのに対し、Kagan は、特定の場面で動機審査を行うことを考えておらず、様々な場面において動機審査が適用できると考えているといえよう。

39) *Adarand Constructor, Inc v. Peña*, 515 U.S. 200, 275 (1995) (Ginsburg, J., dissenting).

第三章 表現規制に対する動機審査の可能性について

一 最近の事例

これまで Kagan による動機審査の方法がいかなるものかを考察してきたが、実際、Kagan がアメリカ連邦最高裁の裁判官として、自身の提唱する動機審査の考えに触れた意見を述べた事例として、2015年の Reed v. Town of Gilbert 判決があげられる⁴⁰⁾。以下では、右判決における Kagan 裁判官の結果同意見を中心に検討を加えていきたいと思う。

Reed 判決の事実の概要は、以下の通りである。アリゾナ州ギルバート町には、無許可での屋外標識の表示を禁止する屋外看板規制条例 (Sign Code) が存在するが、23種の看板は除外されていた。本件において関連するのは、23種の看板類型のうち以下の3種である。①メッセージまたは思想を伝達する看板として定義される「意見看板 (Ideological Sign)」は、面積が20平方フィート (約1.86平方メートル) まで認められ、配置や時間の制限はなく掲出が可能である。②選挙の結果に影響を与えるためにデザインされた「選挙看板 (Political Sign)」は、居住用不動産においては16平方フィート (約1.49平方メートル) まで、非居住用不動産・未開発の町有不動産・公道用地においては最大32平方フィート (約2.97平方メートル) まで認められ、選挙シーズンの間だけ掲出することができる。③公衆に教会や他の「参加資格が必要な行事」を案内する看板として定義される「一時的案内看板 (Temporary Directional Signs)」は、私有地または公道用地に6平方フィート (約0.56平方メートル) まで設置できるが、行事開始から12時間以上前に展示することはできず、行事終了後1時間を超えて展示することができない。

40) Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. _ (2015). Reed 判決については、塚田哲之「アメリカ憲法判例の最前線 Reed v. Town of Gilbert, 135 S.Ct. 2218 (2015) 判決」法学セミナー751号 (2017年) 70頁、大林、前掲注5) 39頁参照。

原告のグッドニュースコミュニティ教会とその牧師の Clyde Reed は、日曜の教会の礼拝を町内およびその近くのさまざまな一時的な場所で開催しており、毎週土曜日のはじめに教会名とその時間と場所を記した看板を設置していた（上記のうちの③一時的案内看板に該当する）。しかし、教会は日曜日の正午頃まで看板を取り除かなかつたため、一時的案内看板を掲出することのできる期限を超えたことなどにより、出頭を命じられた。そのため、原告はアリゾナ州条例が合衆国憲法修正1条及び修正14条に違反し、表現の自由を侵害するとしてアリゾナ地区連邦地方裁判所に訴えを提起した。

アリゾナ地区連邦地裁は、本件条例は表現内容に基づく規制ではないと判示し、第9巡回区控訴裁判所は、本件条例は表現内容に中立的な規制であり、合衆国憲法修正1条に違反しないと判示した。アメリカ連邦最高裁は、サーシオレイライの発給を認めて、全員一致で原判決を破棄し、差し戻した。法廷意見を執筆した Thomas 裁判官は、本件条例が看板が伝達する内容に基づき規制をしているため、表面上、表現内容に基づく規制であり、よって、条例の合憲性を審査する際に厳格審査基準を適用すべきか否かを判断するために、政府が条例を制定した理由及び目的を考慮する必要はないと説示した。そして、同裁判官は、本件条例の合憲性を判断する基準として厳格審査基準を適用した上で、本件条例は合衆国憲法修正1条に違反すると判示した⁴¹⁾。

これに対し、Kagan 裁判官が結果同意意見を執筆している。Kagan 裁判官は、「法廷意見が述べるように、当該法律が表面上、内容に基づく規制であるとき、それらが形式的に厳格審査基準に資することになれば、そのような法律のほとんどが違憲と判断される可能性がある」と述べる。そして、そのような条例すべてに厳格審査基準を適用することが、合衆国憲法修正1条の自由を保護するために不可欠であると法廷意見は主張しているが、Kagan 裁判官は表面上、表現内容に基づく規制であれば形式的に厳格審査基準を適用することに疑問を呈している。法廷意見は、表現内容規制の合憲性判定基準

41) Roberts, Kennedy, Scalia, Alito, Sotomayor 各裁判官が同調した。

として厳格審査基準を適用する理由として、「真実が勝ち残るであろう、制約されていない思想の自由市場を維持すること⁴²⁾」と、政府が確実に「表現の根底にあるメッセージに向けられた敵意—または偏愛—に基づいて」表現を規制しないようにすることをあげているが⁴³⁾、多くの看板条例に含まれている主題に関する除外規定は、これらの事柄と関係がないと Kagan 裁判官は述べる。たとえば、住民に名前と住所の標識の上に電球を取り付けることを許可しても、他の人が思想の自由市場をゆがめるわけではない。また、異なる取扱いが不正な政府の動機を推定するわけでもない。そして、主題規制が現実的に可能であるときは、当該法律は厳格審査基準を通過するといえるが、それが現実的に不可能な場合は、厳格審査基準によって危険にさらされた「完全に合理的な」法律が存続できるように、我々は司法審査基準の厳格度を緩めるのがいいかもしれない、と Kagan 裁判官は主張する。さらに、Kagan 裁判官は、表現内容に基づく規制に対する我々の懸念が、政府が国民の思想の討論を歪めることになるという恐れから生じており、そのため、その危険が重要でない（存在しない）場合、厳格審査の適用は妥当ではないと指摘し、本件条例については厳格審査基準を適用しなくても、「時・場所・方法」の表現規制に適用する中間審査基準の下でさえ違憲と判断される、と論じた。

法廷意見と Kagan 裁判官の結果同意意見の違いについて検討を行うと、まず本件条例の合憲性を判断する基準として、法廷意見は本件条例が表面上、表現内容に基づく規制であることを理由に厳格審査基準を適用すると判示したのに対し、Kagan 裁判官は、本件条例が確かに表面上、表現内容に基づく規制ではあるが、中間審査基準を適用しても違憲と判断されると主張する。その理由として、「一時的案内看板 (Temporary Directional Signs)」においては6平方フィートまでしか設置できないのに対し、他の看板については20平方フィートに達するまで設置が許されていることの違いを正当化する根拠

42) *McCullen v. Coakley*, 573 U. S. __, __ (2014).

43) *R. A. V.*, 505 U. S. at 386.

をギルバート町が示していないためであると、Kagan 裁判官は説明している。続いて、法廷意見は規制の形式に着目しているのに対し、Kagan 裁判官は規制方法がどのようなものなのか、規制内容に着目した判断をしているといえるだろう。それゆえ、法廷意見によれば、表面上、表現内容に基づく規制であれば、たとえ政府に表現を抑圧する動機が全くない場合でも表現内容規制として扱われることになるが、Kagan 裁判官のように規制の内容に着目した判断をした場合、それは実質的には、憲法上、容認しえない隠された政府の動機を審査することになるだろう。そして、実際、本件条例においては、憲法上、容認しえない不正な動機が存在しなかったため、厳格審査基準を適用するまでもなく、中間審査基準を適用することによって十分に本件条例が違憲であると判断することができる、と Kagan 裁判官は指摘している。Kagan 裁判官は、自身が提唱する動機審査について、本稿第二章において触れたように、表現内容に基づく規制であっても、明らかに不正な動機がないならば緩やかな司法審査基準が適用されると述べており、本件はまさにこれに該当するといえよう。この点に関する Kagan 裁判官の指摘は、表現内容規制であれば厳格審査基準を適用し、表現内容中立規制であれば中間審査基準を適用するという、「表現内容規制・内容中立規制二分論」の形式的な司法審査基準の適用方法を問題視し、本件法廷意見のような形式的な厳格審査基準の適用を批判するものにつながるといえるだろう⁴⁴⁾。

二 動機審査の応用可能性について

Kagan は、表現内容中立規制であっても、そこに憲法上、容認しえない不正な動機に基づいて規制がなされていると疑うような場合に、動機審査を行い、その際、司法審査基準の厳格度を高めることが求められると述べている⁴⁵⁾。Kagan のように形式的な厳格審査基準の適用を批判する立場からする

44) この点について、Kagan 裁判官の結果同意意見は、法廷意見のような厳格審査基準の適用方法が硬直的であることを批判する実質的な反対意見ともいえるべきであるとの指摘がある。塚田、前掲注 (40) 72頁参照。

45) このような事例として、Kagan は二次的効果 (secondary effects) が問題となった、1986年

と、右に述べた状況下においてこそ、動機審査が行われることが期待されるということになる。

我が国においても、表現内容中立的な規制であるが、実際はそうではなく、ある特定の表現を狙い撃ちにしたような規制というものが存在する。その例として、政治的ビラ配布が問題となった、立川ビラ事件判決をあげることができる⁴⁶⁾。この事例は、反戦ビラ配布の目的で立川自衛隊官舎内に立ち入った3名が、住居侵入罪の容疑で逮捕・起訴された事件であり、一審においては原告を無罪としていたにもかかわらず、二審及び最高裁は原告に有罪判決を下したものである。最高裁は、「本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われているのではなく、表現の手段すなわちビラの配布のために『人の看守する邸宅』に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われている」と述べているが、本件において着目するのは、住居侵入罪の規定が憲法に違反するか否かではなく、住居侵入罪に問うことによって、ある特定の表現、たとえば政治的な表現を制約しているのではないかという点である。Kaganは、「不快」であるとか、「好ましくな

の *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986) をあげている。この二次的効果とは、形式的には表現内容に基づく規制であったとしても、言論の伝達効果に向けられた規制でなければ表現内容中立規制とみなすものである。Renton 判決において問題となったゾーニング条例は、居住区域等から1000フィート以内に成人映画館 (adult theater) を建設することを禁じていた。連邦最高裁は、本件ゾーニング条例による制約は、上映される映画の内容ではなく映画館の存在に伴う二次的な効果によるものであり、それゆえに本件条例は表現内容に中立的な時・場所・方法の規制と判断した。Renton 判決については、太田裕之「成人映画劇場のゾーニング規制と修正1条 (アメリカ合衆国憲法制定200年と人権)」同志社アメリカ研究 24号 (1988年) 25頁参照。このように、判例は二次的効果を表現内容中立規制とみなす傾向にあるが、実質的には表現内容規制ではないかという批判が以前からなされている。See, Christopher J. Andrew, *The Secondary Effects Doctrine: The Historical Development, Current Application, and Potential Mischaracterization of an Elusive Judicial Precedent*, 54 RUTGERS L. REV. 1175 (2002).

46) 最二小判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁。立川ビラ事件に関する憲法学による評釈として、市川正人「自衛隊宿舎へのビラ戸別配布のための立入りと表現の自由」立命館法学311号 (2007年) 1頁、阪口正二郎「防衛庁宿舎へのポスティング目的での立入り行為と表現の自由」法学教室336号 (2008年) 13頁、橋本基弘「平成20年度重要判例解説・集合住宅へのビラ配布と憲法21条」ジュリスト1376号 (2009年) 21頁参照。

い」などの理由は「憲法上、容認しえない不正な動機」に該当し、そのような動機に基づき、政府がある特定の表現を規制することは許されないと指摘している。したがって、このような事例において動機審査が行われることになれば、表現の自由を尊重した判決が下される可能性があるといえるのではないだろうか。

では、他の事例において応用可能性はあるだろうか。たとえば、未成年者保護を目的とした表現規制、つまり有害図書規制の合憲性を判断する際、動機審査は可能であろうか。未成年者を有害な表現物から保護するという目的は、Kagan の理論でいうと、「害悪に基づいた」動機であると言えるが、これについてはメッセージに着目した規制ではなく、表現の結果、つまり特定の言論が引き起こす害悪を防止するための規制であり、これは正当な政府利益であるとされる。よって、有害図書規制の合憲性を判断する際、動機審査は必要ないということになる。しかし、この有害図書規制が表面上、言論が引き起こす害悪を防止するための規制と装っておきながら、実は特定の思想への嫌悪感に基づいた規制であったならば、憲法上、容認しえない不正な動機が隠されているということになってしまう。先に述べたように、Kagan は、表現を規制する動機として「害悪に基づいた」動機と「イデオロギー上の」動機があり、動機審査によって「不正な動機」とされるのは後者であるというが、動機審査によって炙り出す「不正な動機」とは何かを定義することは、概念上難解であることを Kagan 自身も認めている。よって、表面上は言論が引き起こす害悪を防止するための規制と装っておきながら、実は特定の思想への嫌悪感に基づいた規制の場合、Kagan の動機審査では不正な動機を炙り出すことができないということになる。むしろ、このような場合は、O'Connor 裁判官のように、厳格審査基準を適用した上で、目的手段審査を通じて動機審査を行い、これにより憲法上、容認しえない隠された不正な動機を炙り出すという方法の方が、有害図書規制の事例においては有効かもしれない。

おわりに

先にも触れたが、かつて O'Connor 裁判官は、ウォーレン・コートでは、厳格審査基準が適用されると、どのような目的のためであろうとも、政府による人種的分類の利用は、ほぼ全て合衆国憲法の平等保護条項に違反すると判断されてきたことについて、厳格審査基準の適用が形式的であると批判した。そして、同裁判官は、そのような厳格審査基準の形式的な適用方法ではなく、憲法上、容認しえない隠された不正な動機を炙り出すためにこそ厳格審査基準を適用すべきであることを主張した。他方で、Kagan 裁判官は、表現の自由の領域における形式的な厳格審査基準の適用方法について、アメリカ連邦最高裁判所の裁判官になる以前から疑念を抱いており、また、同裁判官は、2015年の Reed 判決においても、法廷意見が述べたような表面上、表現内容に基づく規制には例外なく厳格審査基準を適用するという、厳格審査基準の形式的な適用方法に警鐘を鳴らし、形式的な二分論の適用を改善するために、動機審査の必要性を主張している。以上のように、表現の自由と平等とで領域は異なるが、O'Connor 裁判官と Kagan 裁判官は共に形式的な厳格審査基準の適用方法を批判し、厳格審査基準の形式的な適用によって生じる問題点を克服するために不正な動機を炙り出すという動機審査の必要性を主張している点は共通しているといえるだろう。

表現の自由の領域において、動機審査を展開している事例はまだ数少なく、Reed 判決の射程が限定的であると主張する見解も存在するが、Reed 判決をきっかけに動機審査の必要性についての議論が深まることを期待したい⁴⁷⁾。

竹中勲教授の学恩を偲び、謹んで哀悼の意を表するとともに、御冥福を心からお祈り申し上げます。

47) Reed 判決の射程が限定的であると主張するものとして、Note, *Free Speech Doctrine After Reed v. Town of Gilbert*, 129 HARV. L. REV. 1981 (2016), Enrique Armijo, *Reed v. Town of Gilbert: Relax, Everybody*, 58 B.C. L. REV. 65 (2017).