

「厳格な合理性の基準」についての一考察

市川正人*

目次

はじめに

- 1 芦部信喜教授による「厳格な合理性の基準」の提唱
- 2 「厳格な合理性の基準」の定着と展開

終わりに

はじめに

わが国の憲法学説は、裁判所による違憲審査権の適切な行使を実現することを目指して違憲審査基準を提唱してきた。そして、わが国においてもっとも人口に膾炙している違憲審査基準の一つが「厳格な合理性の基準」である。しかし、この内容やその意味することはそれほど明らかでない。

たとえば、「厳格な合理性の基準」の主唱者であった芦部信喜教授による最もポピュラーな概説書である『憲法 第四版』を見てみると、プライバシーの権利や平等原則の箇所では、「厳格な合理性」の基準は、「立法目的が重要なものであり、規制手段が目的と実質的な関連性を有することを要求する基準」とされている¹⁾。このように定義される「厳格な合理性」の基準は、アメリカ合衆国最高裁が性差別の合憲性の判断の際などに用いる「中間審査」(intermediate scrutiny)の基準と同じ内容のものなので、「中間審査基準」型と呼んでおこう。他方、経済的自由の箇所では、「厳格

* いちかわ・まさと 立命館大学大学院法務研究科教授

な合理性」の基準について、「裁判所が規制の必要性・合理性および『同じ目的を達成できる、より緩やかな規制手段』の有無を立法事実……に基づいて審査する」ものという別の定義がなされている²⁾。この定義は、明らかに薬事法違憲判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）をモデルとしたものなので、「薬事法判決」型と呼んでおこう。このように同書は、「厳格な合理性」の基準について、場所により、「中間審査基準」型と「薬事法判決」型の定義を使い分けているのであるが、この二つの定義の関係は説明されていない。

しかも、違憲審査基準としての位置づけが異なっているように読める。すなわち、「中間審査基準」型の厳格な合理性の基準は、「最も厳格な審査基準」ないし「『厳格審査』基準」や、「合理的根拠の基準」と対比させつつ説明されており、独立の中間的違憲基準と位置づけられているようである。それに対して、職業選択の自由の規制に対して用いられる「『合理性』の基準は、職業活動の規制の目的に応じて二つに分けて用いられるようになった」とし、消極目的の規制には「厳格な合理性」の基準が、積極目的の規制に対しては「明白の原則」が用いられていると説明されていることからして、「薬事法判決」型の厳格な合理性の基準は、「合理性」の基準の下位基準（「合理性」の基準の適用の仕方についての指標）と捉えられているように見える。

また、「厳格な合理性」の基準について定義以上のより詳しい説明がほとんどされていないので、「厳格な合理性」の基準について次々と疑問が生じてくることになる。目的が「重要」であるとは、「正当よりも審査が厳しく、不可欠よりは弱い、という趣旨である」³⁾とされるが、具体的にはどの程度のことを言うのか。手段が目的と「実質的に関連している」とはどのようなことか。それは、必要最小限度の規制であることまで要求しているのか。「薬事法判決」型の定義では、「同じ目的を達成できる、より緩やかな規制手段」の有無が問われていることからして、「中間審査基準」型の定義における「目的と手段の実質的関連性」は、より制限的でない規

制手段がないことを要求していると解するべきか。「厳格な合理性」の基準がより制限的でない規制手段がないことを要求するものであるとすると、それはいわゆる LRA の基準（「より制限的でない他の選びうる手段」の基準）とどのような関係にあるのか。LRA の基準と同じものなのか。

厳格な合理性の基準の主唱者である芦部教授の概説書における説明のこうした不明確さもあり、学説上、厳格な合理性の基準はさまざまに捉えられている。他の概説書を見ても、芦部教授とほぼ同様に、厳格な合理性の基準につき、平等原則違反の違憲審査基準としては「中間審査基準」型の定義をとり、経済的自由の規制についての違憲審査基準としては「薬事法判決」型の定義をとるもの⁴⁾、厳格な合理性の基準につき「中間審査基準」型の定義のみをとるもの⁵⁾、芦部教授の定義とは違った定義をとるもの⁶⁾、裁判所が詳しく立ち入って「合理性」を審査するとするにとどまるもの⁷⁾、特に定義をせず中間的な基準であるとするもの⁸⁾など、様々である。

結局、厳格な合理性の基準が中間的な違憲審査基準であることについては異論はないが、「中間的」であることの具体的な意味については案外一致がないのである。このように厳格な合理性の基準の内容、内実が案外不明確なのはなぜなのであろうか。本稿では、芦部信喜教授の所説に焦点を当てつつ「厳格な合理性の基準」のわが国への導入の提唱、その後の展開を追うことによって、以上の点につき分析を加えることにしたい。そうすることによって、わが国における違憲審査基準論形成の一つの特徴が明らかになるであろう。

1 芦部信喜教授による「厳格な合理性の基準」の提唱

(1) 「厳格な合理性の基準」の紹介

わが国において初めて「厳格な合理性の基準」を紹介し、その導入を主張したのは、芦部信喜教授である。まず、芦部教授による「厳格な合理性

の基準」の提唱の経緯を見てみよう。

わが国における憲法訴訟論のパイオニアであった芦部教授は、1960年代より、後に「精神活動の自由の規制は厳しい基準によって合憲性を審査する。経済活動の自由の規制は立法府の裁量を尊重して緩やかな基準で合憲性を審査する」⁹⁾と定式化することになる二重の基準の理論を提唱したが、その際、経済的自由の規制につき極端に緩やかな違憲審査にとどめることに反対していた。芦部教授は、アメリカにおいても、経済的自由の制限につき州際通商条項違反が問われる場合には比較的厳格な違憲審査がなされていることに着目し、特にわが国の議会制民主主義の現状からすれば、経済的自由が制限された場合にも、「明白の原則」ではなく、州際通商条項違反事件についてアメリカ合衆国最高裁によってとられたアプローチこそ採用すべきである、と主張していた¹⁰⁾。それゆえ、芦部教授は、1970年代に入り合衆国最高裁が平等保護条項の下で合理性の基準を用いながら比較的立ち入った違憲審査をするようになると、いち早くそうした動きに着目した。すなわち、芦部教授は、『法学教室 第二期』に掲載された1975年の「演習」において、平等保護条項違反に関する合衆国最高裁の諸判決¹¹⁾において、「合理的関連性のテストを適用しながら、より強く司法審査の余地を認め、公権力に対して、差別が事実上正当化され実質的に立法目的を充足することの証明を要求する『事実上の実質的関連性』(substantial relationship in fact)のアプローチとよばれるものが打ちだされている」ことに注目していた¹²⁾。ただ、そこでは「厳格な合理性の基準」という用語は登場していない。

おそらく、芦部教授が初めて「厳格な合理性の基準」という言葉を用いたのは、田中二郎教授の古稀記念論文集である『公法の理論 下』に収録された1977年の「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」においてであろう。そこで、芦部教授は、当時の合衆国最高裁の諸判決において打ち出された、「伝統的な合理性基準を適用しながら、それよりも司法の介入をより強く認める(結論としては法令の違憲を導く場合が多い)」新しいアプローチ

を「厳格な合理性 (strict rationality)」の基準ないし「中段階 (middle tier)」の基準と呼ばれているとし¹³⁾、ガンサー教授の所説等のアメリカの学説を踏まえて詳細に紹介、検討している。この「厳格な合理性」の基準という言葉は、ハーバード・ロー・レビューの判例回顧が用いたものであるが¹⁴⁾、当時、アメリカで一般的な用語であったわけではない¹⁵⁾、その後も普及しなかった。しかし、芦部教授はこの用語をその後も用い続け、わが国で普及させることになる。

この論文で、芦部教授は、当時の合衆国最高裁判決が司法の介入をより強く認めるとしても、その具体的な現われ方は様ではないとし、新しい基準を適用したと解される判例についてのガンサー教授の2分類を、それぞれ手段志向型と目的志向型と名付ける。そして、「手段志向型の場合には、審査の重点を立法目的達成手段におき、立法目的の正当性をほぼ認め¹⁶⁾た上で、その目的が手段によって合理的に促進されることを事実に基づいて証明すること　つまり目的と手段との間の『事実上の実質的関連性 (substantial relationship in facts)』の存在の証明　を要求する」¹⁶⁾ものであり、「新しい『厳格な合理性』基準の一つの主要な特徴は、目的と手段との間に『事実上の実質的関連性』の存在を要求すること、そして、法律の定める類別（たとえばリード事件における性による類別）を『きまり文句以外の一定の根拠に基づいて正当化する拳証責任を政府に負わせることである』、ということができ¹⁷⁾る、と指摘する。さらに、「『厳格な合理性』基準は、常に手段志向型の審査という形をとって具体的事件に適用されるわけではない」のであって、「最近の判例には、立法目的そのものをも問題とする　つまり、想定された立法目的を仮設してそれと手段との合理的関連性の有無を審査する手法を採らない　目的志向型の事件も少なくない」ことに注目すべきである¹⁷⁾、という。

ここでは、芦部教授が「厳格な合理性」の基準と呼び始めたものは、合理性の基準を厳しく適用する、合衆国最高裁の平等保護条項の下での審査のありようであり、合理性の基準と別の第三の基準ではなかったことを確

認しておこう。

芦部教授は、合衆国最高裁の判例に見られる「厳格な合理性」の基準につき検討を加えた上で、そこにはアメリカ特有の事情もあったと考えられるとし、それをそのままわが国の違憲審査において採用すべきとの主張はしていない。そうではなくて、教授は、より慎重に、合衆国判例における「最近の『二重の基準』の理論に起こった変化、それをもたらした主要な理由、その結果生れた新しい司法審査基準の意義は、決してアメリカ特有の問題ではなく、そこには、西欧型民主政をとる現代福祉国家が共通して当面する重要な問題点が含まれており、日本国憲法下の憲法訴訟のあり方に大きな示唆を与えるのではないか」と述べている¹⁸⁾。その上で、薬事法判決の違憲審査のありようについて、「伝統的な二重基準説の欠陥を埋めるものとして、その意義を高く評価してよいと考える。そのアプローチは、立法事実の審査を要求し、立法目的達成手段について『よりゆるやかな規制』の有無の調査が必要だとしている点など、本稿……で検討した『厳格な合理性』の基準のねらいと著しく類似するものがある」、としている¹⁹⁾。ここでは、薬事法判決の基準が、「厳格な合理性」の基準とは呼ばれておらず。『厳格な合理性』の基準のねらいと著しく類似するものがある」とされているにとどまることに注目しておこう。

さらに、「新しい『厳格な合理性』基準によって修正された二重基準説の考え方を憲法14条の法の下での平等に関する憲法訴訟に取り入れ、わが国の通説がいう『合理的な差別』の論証を、広汎な立法府裁量論を前提とする『明白の原則』と結びついて説かれる『合理性』基準と区別するために、準則化し客観化してゆくことがきわめて重要な課題であることを指摘したい」、「生存権に関する裁判で行なわれる憲法判断は、自由権的側面はもとより社会権的側面についても、少なくとも……アメリカの『厳格な合理性』のアプローチと同じ厳しさと実質的審査を認めるものでなければならないであろう²⁰⁾、労働基本権の制限についてはLRAの原則を適用すべきであるが、「厳格な合理性、すなわち『事実上の実質的な合理的関連性』

の基準の前提する司法哲学が考慮に値するように思える」と、「厳格な合理性」の基準を用いている合衆国最高裁判例からの示唆を引き出している²¹⁾。このように芦部教授は、わが国の憲法訴訟の広い範囲で、「厳格な合理性」の基準を参考にして違憲審査の基準を構築することを提唱した。

(2) 「厳格な合理性の基準」の受容

以上詳しく見てきた「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」では、わが国における違憲審査の基準として「厳格な合理性の基準」を用いるべきとは主張していないし、薬事法判決の基準を「厳格な合理性の基準」と呼んでもいない。しかし、この論文が公表された直後に法学セミナーに掲載された講演において、早くも、生存権について平等権との関連で争われているが、「『合理性』の基準をとるとしても、それは事実上の実質的関連性の存在を証明する厳格な合理性の基準でなければならない場合もある」と述べている²²⁾。ここでは、規制する側に立法目的と規制手段との間に事実上の実質的関連性の証明を要求する、当時の合衆国最高裁判例がとる立場を「厳格な合理性の基準」と呼んで、それをわが国においても採用すべきと主張されているのである²³⁾。

さらに、芦部教授は、1979年には、法学セミナーに連載された「職業の自由の規制」の最終回において、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的かどうか、また、よりゆるやかな規制では目的を十分に達成できないかどうか」を問題とする薬事法判決の基準を評価しつつ、「これは『厳格な合理性』の基準と呼ぶことができよう」とし、「従来私が、経済的自由規制立法には「合理性」の基準が妥当するという立場を支持しながら、合理性の有無は立法目的と立法目的達成手段の双方にわたって、国会の判断に合理性があるか否か……を、立法事実を審査し相対立する種々の利益を比較衡量して検討することによって、具体的・個別的に判定しなければならない」と主張してきた趣旨は、五〇年判決〔薬事法判決〕にはほぼ完全に含まれている、ということが出来る」と評価している²⁴⁾。ここにおい

て、薬事法判決の基準が「厳格な合理性」の基準と呼ばれるに至ったのである。

これ以降、芦部教授は、薬事法判決の基準を「厳格な合理性」の基準と呼んでおり、法学教室連載「演習 憲法」の「経済的自由と合憲性判定基準」(1981年)においては、「『厳格な合理性』の基準」に括弧書きで「『重要な公共の利益のため必要かつ合理的かどうか、また、他のよりゆるやかな規制では立法目的を十分に達成できないかどうか』の基準」という定義が付されてもいる²⁵⁾。さらに、そこでは、小売市場判決(最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁)と薬事法判決とによって、経済的自由規制立法の合憲性判定基準として説かれてきた「合理性」の基準が、「明白性」の原則と(「薬事法判決」型の)「厳格な合理性」の基準の二つの類型に分けられるに至ったと説明されている。このように「薬事法判決」型の厳格な合理性の基準は、合理性の基準の下位基準(「合理性」の基準の適用の仕方についての指標)と捉えられているようである。

ただ、薬事法判決の違憲審査の基準を厳格な合理性の基準と呼んだ場合、その基準のうち「他のよりゆるやかな規制では立法目的を十分に達成できないかどうか」という部分をどのように理解し、位置づけるかが問題となる。すなわち、元々、芦部教授が「厳格な合理性」の基準と呼んだのは、性差別等が平等保護条項違反であると争われた事例における当時の合衆国最高裁判例のアプローチであったが、そこでは目的と手段との「事実上の実質的関連性」の存在が要求されていた。この「事実上の実質的関連性」は、伝統的な合理性の基準の下では手段が目的を実現するのに役立つという想定が成り立てばそれでよいとされるのに対して、手段が目的を実現するのに本当に役立つことが事実裏付けられて論証されなければならないことを意味する。それゆえ、「事実上の実質的関連性」は目的達成のために必要最小限度の手段でなければならないことまで意味していないであろう。とすれば、当時の合衆国最高裁判例がとるアプローチ(「厳格な合理性」の基準)における「事実上の実質的関連性」には、「他のより制限的

でない手段があってはならない」という要求（LRA 不存在の要求）が含まれないことになりそうである。

だが、「事実上の実質的関連性」と LRA 不存在の要求との関係については、その後の芦部教授の論稿において明確に説明しているものが見当たらない。ただ、芦部教授が当初注目していた州際通商条項違反に関する合衆国最高裁判例は、「より負担の少ない規制形式の利用可能性」の有無の検討をするというアプローチをとっていた²⁶⁾。芦部教授は、平等保護条項に関する合衆国最高裁の新しいアプローチである「厳格な合理性」の基準による審査を、そうした州際通商条項違反に関する審査方法の延長線上に（あるいはそれと関連づけて）捉えていたために、当然、「事実上の実質的関連性」には LRA 不存在の要求が含まれると考えていたのかもしれない。

さらに、「薬事法判決」型の厳格な合理性の基準に LRA 不存在の要求が含まれているとすると、それは、芦部教授が精神的自由の規制につき用いられるべきとする LRA の基準とどのような関係にあるのか、両者は結局、同じものなのか、といったことも問題となる。芦部教授は、当初から、この点を意識して「薬事法判決」型の厳格な合理性の基準と LRA の基準との関係を説明している。すなわち、「五〇年判決 [薬事法判決] の基準も LRA の基準も、ともに『人権の制約は必要にして合理的な最小限度にとどめなければならない』という原則を具体化したテストである点で、同じ性質のものである」としつつ、精神的自由規制立法に用いられる LRA の基準の方が厳格度が高いとしている。教授は、アメリカの憲法判例では、「精神的自由のような重要性の高い基本的権利が問題になる場合と異なり、州際通商条項の下で LRA の原則が適用される場合には、厳格の度が低くなっていること、つまり、権利・自由の基本的性格（fundamentality）の程度が強くなればなるほど、裁判所は他の選ぶう手段の有無を立ち入って審査することが要求されるし、規制立法の取る手段と他の選ぶう手段との間の有効性の比較衡量を行う際、規制される権利・自由の側に置かれる比重はより大きくなるということ」を指摘し、「精神的自由の場合

に適用される LRA は、制限のきびしさが最小限度の手段か否かを審査すべきだという趣旨で the least drastic means のテストでなければならない、ともいわれている」としているのである²⁷⁾。後に、この厳格度の相違は、厳格な合理性の基準の場合には合憲性の推定が働くが、精神的自由規制立法に用いられる LRA の基準の場合には、合憲性の推定が働かないということから来ると説明されている²⁸⁾。

以上をまとめておこう。芦部教授は、1977年の論文において、1970年代前半の平等保護条項に関する合衆国最高裁判例に見られた新しいアプローチを「厳格な合理性」の基準と呼び、わが国においてもそれと同様の考え方に立つ違憲審査のありようを構築していくべきであると論じた。それは、三段論法的な「公共の福祉」論を克服し、わが国の違憲審査制を活性化していくためには、アメリカの判例理論である二重の基準の理論を、経済的自由など精神的自由以外の人権の制約に関しても比較的厳密な違憲審査を確保しつつわが国に定着させる必要がある、という問題意識からであった。また、芦部教授が参考にしたかったのは70年代前半の合衆国最高裁判例の思想ないし姿勢であって、具体的な基準の内容ではなかったように思われる。それゆえにこそ、「厳格な合理性」の基準はわが国においてさまざまな人権の制約の違憲審査の際に当てはまる広い汎用性をもつものと主張されたのであろう。さらに、芦部教授は、わが国の最高裁判例においても薬事法判決が立ち上がった違憲審査を行っていたので、それを「厳格な合理性」の基準と位置づけ、そのアプローチの普及・定着を図ろうとしたように思われる。

芦部教授が依拠した70年代前半の合衆国最高裁判例は「合理性の基準」による違憲審査を標榜しつつ、目的審査や手段審査をより厳密に行うものであったのであって、芦部教授においても「厳格な合理性」の基準は、合理性の基準の下でより厳格な違憲審査を行うものと位置づけられている。しかし、合衆国最高裁は、ビールを21歳未満の男子、18歳未満の女子に販売することを禁止している州法が性差別であるとして争われた事例である

Craig v. Boren, 429 U. S. 190 (1976) において、性に基づく区別については、重要な政府目的を実現するものでなければならず、かつ、区別が立法目的に実質的に関連していなければならない、という基準によりその合憲性が判断されることを明らかにした。合衆国最高裁は、性に基づく区別について、厳格な違憲審査基準でも合理性の基準でもない中間的な違憲審査基準を確立させたのであった。こうした合衆国最高裁判例の展開は芦部教授の1977年の論文が公表される直前のことであったので、その論文においては反映されていない。

2 「厳格な合理性の基準」の定着と展開

(1) 「厳格な合理性の基準 = 中間審査基準」論の登場

1980年代になると芦部教授の『憲法訴訟の現代的展開』（1981年）、『演習憲法』（1982年）の刊行などによって「厳格な合理性の基準」が広く認知されるようになる。そして、概説書においても、たとえば佐藤幸治『憲法』や伊藤正己『憲法』が、規制の必要最小限度性を要求する経済的自由規制立法の違憲審査基準として位置づけて「厳格な合理性の基準」を用いている³⁰⁾。しかし、「厳格な合理性の基準」の普及、定着に大きく寄与したのは、戸松秀典教授の1985年の論文「厳格な合理性の基準」³¹⁾と『講座憲法訴訟』における横田耕一教授の論文「合理性の基準」³²⁾であろう。合衆国最高裁の中間審査基準を厳格な合理性の基準と呼び始めたのは戸松教授であると思われる³³⁾ので、以下、戸松論文を見ておこう。

戸松論文は、「厳格な合理性の基準（strict rationality test）とは、1976年の Craig v. Boren 判決において、法律の設けた分類が『重要な政府の目的に仕えるものでなければならず、かつ実質的にその目的の達成に関連するものでなければならない』との言葉で示された、平等保護原則を適用する際の審査基準のことを指す」との定義から論を始めている³⁴⁾。そして、この基準は、1970年代初頭の Reed 判決とは異なり、「目的・手段の

関係について、その実質性を審査する」だけでなく、「法律の目的について『重要な政府の利益』があるか否かを審査するところに特徴がある」という³⁵⁾。そこで、「重要な」法目的とは何かが問題となるが、それは、法目的が許容されるもの、禁止されていないものでよいとする合理性の基準と、どうしても必要な政府の利益が求められ、法目的に厳しい審査が加えられる厳格な審査基準の中間に位置するものであるが、「法目的に対する審査要件が中間の強さであることは、政府にある程度の裁量を許すことになり、そのため、最高裁判所は、比較的良好に法目的の重要性を認定している。たとえば、伝統的な家族構成を促進することは、政府の重要な利益とされる」のである³⁶⁾。

このように戸松論文は、Craig 判決の確立した中間的な基準を「厳格な合理性の基準」と呼んでいる。しかし、Craig 判決の基準は、Reed 判決等の1970年代前半の諸判決の、合理性の基準を厳しく適用するアプローチとは異なる別個の中間的な違憲審査基準である。そして、アメリカにおいてこの Craig 判決の確立した基準を「厳格な合理性の基準」と呼ぶ論者はいない。戸松論文自身が、指摘しているように、当時のアメリカの学説では、「二層の審査」(middle-tier scrutiny)、中間的な審査と呼ばれることが多かった³⁷⁾(その後、中間的な審査 [intermediate scrutiny]、高められた審査 [heightened scrutiny] といった言葉を用いるのが一般的になり、合衆国最高裁もそうした表現を用いている³⁸⁾)。にもかかわらず、なぜ戸松教授は、「厳格な合理性の基準」という言葉を中間的違憲審査基準を指すものとして用いたのであろうか。

それは、一つには、既に芦部教授が「厳格な合理性の基準」の概念をわが国に紹介し、この概念が市民権を得つつあったからではないかと思われる。それとともに、「Reed 判決にはじまり、Craig 判決ではっきり登場した厳格な合理性の基準は、合理性の基準を基盤にして構築されたものであることに注目³⁹⁾」する戸松教授が、Craig 判決の基準を Reed 判決等の1970年代の合衆国最高裁判例のアプローチの延長線上に見ているからでも

あろう。平等保護条項に関する1970年代前半の合衆国最高裁判例の展開を詳しく検討してきた戸松教授⁴⁰⁾がこのような捉え方をしていることは理解できなくもない。しかし、Reed 判決のとりアプローチがそのまま成長して Craig 判決の基準となったという見方が適切なのか疑問もある。というも性差別についての違憲審査基準については、厳格な審査基準を用いるべきというブレナン判事らの主張（一時は相対多数意見を形成した⁴¹⁾）と合理性の基準を用いるべきという主張との対抗と妥協の中で、Craig 判決において厳格な基準と合理性の基準の中間的なものとして確立したと見ることができるからである⁴²⁾。

さらにまた、「厳格な合理性の基準」という言葉からは、合理性の基準の一種で、合理性を通常より厳しく審査するものとの印象が与えられるが、このイメージは、70年代前半の合衆国最高裁判例のアプローチについてであれば正しいが、Craig 判決の基準についてであれば誤ったものである。とすれば、やはり「厳格な合理性の基準」という用語は、Craig 判決以降の合衆国最高裁の違憲審査基準を示す用語としては不適切であったのではなかろうか。

戸松論文は、あくまでもアメリカの判例理論の研究を中心とするものであるが、最後に「わが国においてこの基準を論議するときの留意点」として、「わが国の最高裁判所の裁判法理のなかに、平等原則の場合にかぎらず、厳格な審査基準・合理性の基準といった審査基準の体系が整備されていないの」ことを指摘し、「おそらく、支配的な審査基準である合理性の基準を基盤に、それよりは厳格度を増した審査の手法として、厳格な合理性の基準は展開することとなろう」と結んでいる⁴³⁾。結局、戸松教授は、この段階では、わが国において、70年代前半の合衆国最高裁判例のアプローチのような形で（つまり芦部教授のオリジナルの「厳格な合理性の基準」概念で）受け入れられるのではないかと展望している。戸松教授が「厳格な合理性の基準」という言葉を用いているのは、わが国の判例についてのこうした展望と関連しているのかもしれない。

(2) 芦部説の展開

このように戸松教授が明確に中間審査基準を厳格な合理性の基準と呼び出したのであるが、厳格な合理性の基準の最初の提唱者である芦部教授はどのように「厳格な合理性の基準」概念を展開させていったであろうか。

1982年の『演習憲法』は、先に紹介した『法学教室 第二期』掲載の「演習」と「経済的自由と合憲性判定基準」をほぼそのまま収録している。その結果、合衆国最高裁の平等保護条項違反事件に関する違憲審査のありようは「『事実上の実質的関連性』(substantial relationship in fact)のアプローチ」と呼ばれ、「厳格な合理性」の基準とは呼ばれていないのに、他方、薬事法判決の基準が「厳格な合理性」の基準と呼ばれているという、当時の芦部教授の「厳格な合理性の基準」理論からしたら不整合な状況となっている⁴⁴⁾。1982年の『憲法訴訟の現代的展開』やその後の論稿を踏まえれば、平等原則違反の違憲審査基準についても「事実上の実質的関連性」のアプローチではなく、「厳格な合理性」の基準と呼んでしかるべきであった。この不整合さは、芦部教授が「厳格な合理性の基準」概念を用いていない時期の論稿と「厳格な合理性の基準」概念を用いだしてから(それも合衆国最高裁判例の紹介検討の段階でなく、「厳格な合理性の基準」概念を用いてわが国での違憲審査のありようを具体的に論じる段階になってから)の論稿とがそのまま収録されていることから生じたものである。

それに対して、同年の「生存権の憲法訴訟と立法裁量 堀木訴訟上告審判決について」⁴⁵⁾では、厳格な合理性の基準について Craig 判決以降の中間審査基準の定義が採用されている。すなわち、ここでは、わが国において福祉立法の平等原則違反につき「厳しく審査する基準をとることが要請されよう」とコメントした際の「厳しく審査する基準」とは、合衆国最高裁判例が用いる「厳格な合理性」基準が念頭におかれていたのだとし、「厳格な合理性」基準の説明をしている。そして、「厳格な合理性」の基準は、「1970年以降、主として社会経済立法に関する憲法訴訟で生まれた

『控えめな干渉主義』アプローチと呼ばれる第三の基準で、その特徴は、伝統的な『合理的関連性』基準を基礎にしながら、それよりも司法の介入を強く認めるところにある」という。すなわち、それは、「厳格審査」基準と「合理的関連性」基準という極端な違憲審査基準の「両者の中間にある基準であり」、「具体的には、立法目的は compelling といえなくとも important であること、手段（差別取扱）はこの目的の達成に実質的に関連していることが必要で、実際には目的との密接な適合性を事実即して国は挙証しなければならないとされている」、というのである⁴⁵⁾。

この厳格な合理性の基準は、その定義からして、明らかに Craig 判決以降の中間審査基準である。なお「伝統的な『合理的関連性』基準を基礎にし」としているというものの、「厳格審査」基準と「合理的関連性」基準の「両者の中間にある基準」とされていることからしても、ここでの厳格な合理性の基準は中間的な違憲審査基準である。芦部教授も、そう明言してはいないものの、「中間審査基準」型の厳格な合理性の基準概念に踏み出したのである。

ところが、興味深いことに、1985年に放送大学の講義テキストとして刊行された『国家と法 憲法』後に全面的に改訂されて、今日のもっともポピュラーな概説書である『憲法』となっている⁴⁶⁾では、「厳格な合理性の基準」につき『演習憲法』と同様な用い方をしている。すなわち、平等原則違反の違憲審査基準としては「事実上の実質的な合理的関連性」の基準を唱え、職業選択の自由の規制の合憲性判定の基準の箇所では、（「薬事法判決」型の）「厳格な合理性」の基準が用いられているとされている⁴⁶⁾。1982年の「生存権の憲法訴訟と立法裁量」での到達段階からすれば、平等原則違反の審査基準の箇所では、「中間審査基準」型の厳格な合理性の基準概念がとられてよさそうだが、そうはなっておらず、『演習憲法』と同じ記述にとどまっている。それは、同書が、戸波江二教授が（おそらく少し前の）芦部教授の講義録を基にして執筆した原稿を補正したものである⁴⁷⁾からであろう。

この後、芦部教授は、Craig 判決を踏まえ、また、戸松論文の影響も受けてか、平等原則等では「中間審査基準」型の厳格な合理性の基準概念を用い、経済的自由規制立法については「薬事法判決」型の厳格な合理性の基準を説く、という方向へ向かう。1988年に出された『演習憲法』の新版では、「違憲の疑いある差別」の箇所、近時の合衆国最高裁判例において打ち出されてきた「事実上の実質的関連性」のアプローチについて、「これは(1)の基準[合理性の基準]と次の(2)の基準[厳格な審査基準]との中間にあり『厳格な合理性』(strict rationality)の基準とも呼ばれるが、多くの場合後者(2)の基準により近い機能を営むテストだといえることができる」との説明を加えている⁴⁸⁾。ここでは中間審査基準の定義は用いられてはいないものの、「事実上の実質的関連性」のアプローチが「厳格な合理性」の基準と呼ばれ、さらに合理性の基準と厳格な基準の中間にある基準とされており、中間的な違憲基準としての位置づけがなされている。

『演習憲法 新版』では、厳格な合理性の基準が厳格な基準により近い機能を営むとされており、比較的厳格な基準とされている。さらに、新たに加えられた「追記」では、前年に刊行されていた『憲法判例を読む』⁴⁹⁾を引きつつ、「精神的自由ないしそれに関連する権利(選挙権のごとし)について平等原則が争われる場合には、立法目的が必要不可欠なものであること、その目的と規制手段との間に、原則として事実上の実質的関連性があること、を要求する厳格な合理性の基準が妥当である」とし、厳格な合理性の基準の下できわめて厳格な目的審査(厳格な審査基準の下でと同じ目的審査)がなされるべきであるとされている⁵⁰⁾。このような厳格な目的審査と中間的な手段審査の組み合わせは、当時のアメリカの判例には見られなかったし、また、これまでの芦部教授の「厳格な合理性の基準」論と相違してもいる。このように目的審査だけを厳格化すべき理由や、それでも「厳格な合理性の基準」なのかという点について、『演習憲法 新版』はもちろん、『憲法判例を読む』でも説明されていない。いずれに

せよ、ここには、芦部憲法訴訟論における「厳格な合理性の基準」概念の汎用性の広さがうかがわれる⁵¹⁾。

「厳格な合理性の基準」についての芦部教授の遍歴の一応の集大成と言えるのが、1993年に『国家と法』を改訂して刊行された『憲法』である。そこでは、「はじめに」で見たように、個人情報のうち一般的にプライバシーと考えられるもの、プライバシーに該当するかどうか判断としないものについて本人のコントロールが制限されている場合、経済的自由の消極目的規制について平等原則違反が問題とされる場合、14条1項後段列举事由である性別、社会的身分による差別の合憲性が争われる場合には、「立法目的が重要なものであり、規制手段が目的と実質的な関連性を有することを要求する基準」である「厳格な合理性」の基準が妥当するとされ、「中間審査基準」型の厳格な合理性の基準概念がとられる⁵²⁾一方で、経済的自由の消極目的規制については、「薬事法判決」型の厳格な合理性の基準が妥当するとされる⁵³⁾。

こうして芦部教授の「厳格な合理性の基準」論は、一応の完成を見るのであるが、この概説書における「厳格な合理性の基準」概念については、かなりの問題を指摘できる。同じ「厳格な合理性」の基準について、「中間審査基準」型の定義と「薬事法判決」型の定義が用いられているのであるが、両者の関係については全く説明していない。さらに、「はじめに」で述べたように、「中間審査基準」型の厳格な合理性の基準は、「最も厳格な審査基準」・「『厳格審査』基準」や、「合理的根拠の基準」とは独立の中間的違憲基準と位置づけられているように読め、「薬事法判決」型の厳格な合理性の基準は、「合理性」の基準の下位基準（「合理性」の基準の適用の仕方についての指標）と捉えられているように見えるのである。こうした芦部教授による「厳格な合理性の基準」の定式化が違憲審査基準論において混乱を生ぜしめたことは否定できないであろう。

その後も「厳格な合理性の基準」は芦部教授の違憲審査基準論において重要な位置を占め続けたが、芦部教授は「厳格な合理性」の基準と LRA

の基準を同視する方向、あるいは「厳格な合理性」の基準を LRA の基準を含むよう拡大する方向に進んだように思われる。法学教室に連載された「憲法講義ノート」の人権総論の部分をまとめた『憲法学 人権総論』（1994年）では、基本的に「厳格な合理性」の基準と LRA の基準とが区別されているが⁵⁴⁾、一部に「『厳格な合理性』の基準（LRA 基準）」といった表現も見られる⁵⁵⁾。さらに、1993年の「教科書訴訟と違憲審査のあり方」では、アメリカの判例においては、表現の自由に対する内容中立的規制は、通常、「厳格な合理性の基準とか、より制限的でない他の選び得る手段の基準と呼ばれるテストによって、合憲性が判断される」とされている⁵⁶⁾。

また、1994年の講演記録である「人権判例法理の特色 違憲審査基準を中心にして」では、「一般に人権の違憲審査の基準は、三つの段階に大別され」、「第三は、第一〔厳格審査の基準〕と第二〔合理性の基準〕の中間に位する中間審査（intermediate review）の基準と呼ばれるもので、これは『より制限的でない他の選び得る手段』のテスト、いわゆる LRA の基準がその代表的なものです。『厳格な合理性』の基準とも言われます」とし、「立法目的と規制手段の間に事実上の実質的な関連性があることを要求する『実質的な合理的関連性』の基準も、LRA の基準と同じ思想に基づく厳格な合理性の基準です」と続けている⁵⁷⁾。ここでも厳格な合理性の基準と LRA の基準とが同視されているようだが、欄外の図では、LRA の基準と事実上の実質的な合理的関連性の基準とが「中間審査基準」とされているので、「厳格な合理性の基準」は「中間審査基準」を意味する上位概念として用いられているようである。

さらに、遺作と言うべき『憲法学 人権各論（1）〔増補版〕』においては、法の下での平等の箇所では、「実質的な合理的関連性の基準」の名の下で、重要な目的と事実上の実質的関連性がなければならないとする基準が説かれ、「『中間審査』の基準とか、または、『厳格な合理性』の基準と呼ばれている」とされている⁵⁸⁾。しかし、表現の自由の箇所では、表現内

容中立的規制等に対して用いられる中間的違憲審査基準として「厳格な合理性」の基準の概念が LRA の基準と同視されつつ用いられている⁵⁹⁾。こうして、最終的には芦部教授の「厳格な合理性」の基準は、中間的違憲審査基準一般を指す上位概念となっているのである。

終わりに

以上、芦部教授が「厳格な合理性の基準」をどのようなものとして展開させてきたかに焦点を当てつつ、わが国における「厳格な合理性の基準」の提唱と展開を追ってきた。芦部教授による精力的な「厳格な合理性」の基準の提唱や戸松教授の論文などの影響で、「厳格な合理性の基準」は、1980年代末には既にわが国の学界において広く受け入れられ、確固たる地位を築いていた。それに対して、松井茂記教授が1992年の論文「『厳格な合理性』の基準について」⁶⁰⁾において、「厳格な合理性」の基準という概念を用いることについて厳しい批判を加えた。松井教授の批判は、アメリカにおいては、「厳格な合理性」の基準なるものは存在しない、ということを中心的な論点として、Reed 判決等の性差別や非嫡出子差別に関する1970年代の合衆国最高裁判例は、今日では中間的審査基準を用いたものと理解されているのであるが、それはアメリカの判例・学説のように「中間的基準」と呼ばざる。他方、合衆国最高裁判例の中には、特別な事情があって合理性の基準をやや厳しく適用したのものもあるが、それは、「厳格な合理性」の基準という別個の基準を用いたものではなく、「かみつくり」をもった（with bite）合理的根拠テスト⁶¹⁾であったと言うべきである。それゆえ、わが国において「厳格な合理性の」という曖昧でミスリーディングな概念を用いる必要も実益もない、と批判する。この批判は重要な論点を提起していたが、松井教授がプロセス憲法学に立つ徹底した二重の基準の理論から中間的違憲審査基準そのものを強く批判するようになった⁶²⁾こともあってか、松井教授による「厳格な合理性」の基準批判をめ

ぐって十分な議論の応酬はなされずに終わった。

これまで見てきた芦部教授の「厳格な合理性」の基準は、時期によりまた文献によりその意味することに違いがあり、また、同じ概説書の中で読かれていることに不明確な点があり、かなり曖昧なものである。このように芦部教授の「厳格な合理性」の基準が曖昧であるのは、一つには、もともとのモデルとされた合衆国最高裁判例が基準の位置づけを、合理性の基準の下での比較的厳しい審査から、中間的な審査へと変更させたにもかかわらず、当初のモデルに適合的な「厳格な合理性」の基準という用語を用い続けたからである。そこで、「厳格な合理性」の基準の位置づけ(合理性の基準の一類型か別個の基準か)もあいまいなものとなる。第二に、合衆国最高裁判例をモデルとする基準をわが国における違憲審査に導入しようとするにあたり、既にわが国の最高裁が比較的厳密な違憲審査を行っていた薬事法判決を、この判決の基準と当初の「厳格な合理性」の基準の概念との相違、関係を説明することなく、厳格な合理性の基準をとったと位置づけ説明したからである。ここには、違憲審査基準の定義に関するある種アバウトな姿勢が見られる。実質的に見て中間的な審査であれば基本的に同じなのであって、違憲審査基準の定義に拘泥する必要はないと考えられていたのではないかと思われる。第三に、「厳格な合理性」の基準が市民権を得ると、中間的な基準についてはすべて それぞれの相違は意識されつつも 「厳格な合理性」の基準と呼んだからである。

しかし、「厳格な合理性の基準」は、詳細については曖昧なところがあるが、中間的な審査、柔軟で実質的な審査を要求するものであることは確かである。それゆえにこそ、「厳格な合理性の基準」は学会において広い支持を受けたのであろう。一般的に言って、わが国の学説が求めているのは、裁判所による柔軟で実質的な違憲審査を可能にするような基準・概念装置なのである(それゆえ、経済的自由の規制すべてについて合理性の基準による審査を説く松井説は不人気にならざるをえない)。「厳格な合理性の基準」はそうした学説の要望・期待に応えるものなのである。

しかし、裁判所による柔軟で実質的な違憲審査を可能にするような基準・概念装置があいまいなものでよいのか疑問であり、違憲審査基準として提唱されるからには、まずは位置づけ、その内容をより明確化することが必要である。しかしまた、「厳格な合理性の基準」という言葉が、合理性の基準を厳しくしたものというイメージから逃れられない以上、「厳格な合理性の基準」という概念が中間的違憲審査基準を意味するものとして適切なのか疑問がある。

最近、高橋和之教授が「通常審査」がわが国における違憲審査の基本線であると説いている⁶³⁾が、これは、「厳格な合理性の基準」の下での違憲審査として説かれてきたような「中間的審査」こそが、実は普通の違憲審査のあり方であるとするものであり、わが国の学説傾向からすれば必然の帰結のように思われる。だが、日本国憲法の下での違憲審査のありようを考える場合、違憲審査の意義、違憲審査と民主主義との関係、権利の性質などを考慮してのより立ち入った検討が必要であろう。「厳格な合理性の基準」という概念を用いないとすれば、どのような違憲審査の枠組みをとるべきか。この点については、筆者もこれまで体系的にはないが論じてきたところではある。ただ、その本格的な検討は、既に本稿の射程を超えており、別の機会に譲りたい。

- 1) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第四版』121頁（個人情報のうち、一般的にプライバシーと考えられるもの、プライバシーに該当するかどうか判断としないものについてプライバシー権侵害の有無が争われた場合の違憲審査基準として提唱）、127頁（経済的自由に対する消極目的規制について平等原則違反が争われる場合の違憲審査基準として提唱）、129頁（14条1項後段列举事由である性別、社会的身分による差別についての違憲審査基準として提唱。但し、ここでは目的が「やむにやまれぬ」必要不可欠なものでなくともよく重要なものであればよい、とする点だけが指摘されている）（岩波書店、2007年）参照。なお、芦部教授は、“厳格な合理性”に括弧を付して「『厳格な合理性』の基準」と表記しているので、以下、芦部教授の所説を紹介するにあたってはこの表記方法を用いている。
- 2) 同212頁（職業選択の自由に対する消極目的の規制についての違憲審査基準として提唱）参照。
- 3) 同127頁（但し、高橋和之教授による補訂部分）。
- 4) 長谷部恭男『憲法 第4版』176-177, 240頁（新世社、2008年）、辻村みよ子『憲法

- 第3版』186, 258-259頁(日本評論社, 2008年), 花見常幸・藤田尚則『憲法』111-112, 156頁(北樹出版, 2008年)(花見執筆)等参照。
- 5) 藤田尚則『日本国憲法』110-111, 154頁(北樹出版, 2007年)(但し, 経済的自由の消極目的規制に対する目的審査につき「規制目的が正当か」を問題にする), 渋谷秀樹『憲法』655頁以下(有斐閣, 2007年)(手段に関する基準として LRA の不存在, 目的と手段の関係につき実質的関連性が必要とする基準とする)参照。
- 6) 伊藤正己『憲法 第三版』362, 645頁(弘文堂, 1995年), 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』371, 478, 558-559頁(青林書院, 1995年), 浦部法穂『憲法学教室 全訂第2版』91頁(日本評論社, 2006年)参照。
- 7) 野中俊彦ほか『憲法〔第4版〕』282頁(有斐閣, 2006年)(野中執筆)参照。
- 8) 粕谷友介『憲法』392頁(上智大学, 2000年)参照。
- 9) 芦部信喜『憲法判例を読む』98頁(岩波書店, 1987年)。
- 10) 芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」清宮四郎博士退職記念『憲法の諸問題』523頁以下(有斐閣, 1963年)(芦部信喜『憲法訴訟の理論』[有斐閣, 1973年]所収), 同「判批」協会83巻3号102-103頁(1966年)(芦部『憲法訴訟の理論』に「立法目的達成手段と立法府の裁量」という表題で所収), 同「違憲審査権と司法消極主義」ジュリ370号71-72頁(1967年)(芦部『憲法訴訟の理論』所収), 同「憲法訴訟における司法消極主義」芦部信喜『司法のあり方と人権』28-31頁(1966年の講演の記録)(東京大学出版会, 1983年)参照。
- 11) *E.g.*, *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971) (子供の遺産の管理者として男性を女性に優先する州法は平等保護条項違反); *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973) (家族でない人と同居している場合にフードスタンプの受給資格を認めない連邦法は平等保護条項違反); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975) (妻と死別した父子家庭には児童扶養手当のみを支給し, 夫と死別した母子家庭には児童扶養手当とともに寡婦年金を支給する連邦法は平等保護条項違反)。但し, この論稿ではこうした諸判決が具体的に紹介されてはいない。
- 12) 芦部信喜「違憲の疑いある差別」『法学教室 第二期 7』170頁(1975年)(芦部信喜『演習憲法』[有斐閣, 1982年]に若干の修正を加えられて所収)。
- 13) 芦部信喜「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」田中二郎先生古稀記念『公法の理論 下』1561-62頁(有斐閣, 1977年)(芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』[有斐閣, 1981年]所収)。
- 14) See “The Supreme Court, 1972 Term,” 87 HARV. L. REV. 1, 123 (1973) (“the evolving test of strict rationality”).
- 15) 翌年の判例回顧である“The Supreme Court, 1973 Term,” 88 HARV. L. REV. 41, 132 & n. 26 (1974) では, 「中段階 (middle tier) の基準」のほか, 「中間的なテスト」(intermediate test), 「中間的な基準」(intermediate standard), 「中間的なレベルの審査」(middle level scrutiny) といった言葉が用いられている。
- 16) 芦部「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」前掲注13) 1563頁(傍点は原文)。
- 17) 同1565-66頁(傍点は原文)。

「厳格な合理性の基準」についての一考察（市川）

- 18) 同1572頁。
- 19) 同1574頁（傍点は原文）。
- 20) 同上（傍点は原文）。
- 21) 同1576頁。
- 22) 芦部信喜「人権の司法的救済」法セミ271号11頁（1977年）（芦部『司法のあり方と人権』所収）（傍点は原文）。
- 23) もっとも、そこでは、当時の合衆国最高裁が「経済的自由を規制する立法の合憲性判定基準である『合理性』の基準を基準にしながら、立法目的と規制手段の間に『事実上の実質的関連性（サブスタンシャル・リレーションシップ・イン・ファクト）』の存在を証明することが規制権力側に要求される、という基準」をとっていることを肯定的に紹介しているが（同10頁参照）、この基準を「厳格な合理性の基準」とは呼んでおらず、同講演が『司法のあり方と人権』に収録された際に、「これは『厳格な合理性』の基準と呼ぶことができるでしょう」と付記されている（同書88頁）。
- 24) 芦部信喜「職業の自由の規制（五）・完」法セミ298号37頁（1979年）（芦部信喜『人権と憲法訴訟』〔有斐閣、1994年〕所収）（傍点は引用者）。
- 25) 芦部信喜「経済的自由と合憲性判定基準」法教6号78頁（1981年）（芦部『演習憲法』所収）。但し、この論文と同年に刊行された芦部『憲法訴訟の現代的展開』292頁では、「薬局距離制限の違憲判決と憲法訴訟」ジュリ592号14頁（1975年）を「職業の自由の規制と『厳格な合理性』基準 薬局距離制限の違憲判決について」と改題して収録するにあたり、薬事法判決の基準につき、「これは本書第 論文〔『憲法訴訟と『二重の基準』の理論』前掲注13〕で述べた平等権に関する『厳格な合理性』の基準とねらいを同じくする意味で、やはり一種の『厳格な合理性』の基準といえる」と付記されている。同書に収録されている『憲法訴訟と『二重の基準』の理論』との平仄を合わせるために、「一種の『厳格な合理性』の基準といえる」といったやや控えめな表現がとられたのかもしい。
- 26) 芦部「違憲審査権と司法消極主義」前掲注（10）72頁参照。
- 27) 芦部信喜「職業の自由の規制（五）・完」前掲注（24）37-38頁（この論文の本文引用箇所は、芦部『憲法訴訟の現代的展開』302-303頁にも「補論」として引用されている）。
- 28) 芦部信喜「人権判例と憲法学説」法教70号15頁（1986年）（芦部『人権と憲法訴訟』所収）、芦部『憲法判例を読む』109-110頁等参照。
- 30) 佐藤幸治『憲法』259、379頁（青林書院新社、1981年）（但し、必要最小限度性の判断について精神的自由の場合のような厳格性は要しないと強調する）、伊藤正己『憲法』620頁（弘文堂、1982年）参照。
- 31) 戸松秀典「厳格な合理性の基準」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』249頁（有斐閣、1985年）（戸松秀典『平等原則と司法審査』〔有斐閣、1990年〕所収）。
- 32) 横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第2巻』161頁（有斐閣、1987年）。
- 33) 戸松教授は、すでに Craig v. Boren の評釈である「厳格な合理性の基準 Craig v. Boren, 429 U. S. 190 (1976) 」ジュリ776号129頁（1982年）（戸松『平等原則と司法審

査』に「厳格な合理性の基準」の「補論」として所収)において、Craig 判決の提唱した中間的な違憲審査基準を厳格な合理性の基準と呼んでいた。戸松「厳格な合理性の基準」前掲注(31)は、厳格な合理性の基準はすでにわが国でも紹介されているとして、芦部「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」前掲注13)のほか、釜田猛「合衆国における性差別をめぐる違憲審査基準の展開」一橋研究6巻4号1頁(1982年)、森下史郎「アメリカの平等保護における中間審査の意義と問題点」法研論集27号219頁(1982年)を挙げている(252頁注5)が、釜田論文、森下論文とも Craig 判決の提唱した中間的な違憲審査基準を厳格な合理性の基準と呼んではない。

- 34) 戸松「厳格な合理性の基準」前掲注(31)252頁。
- 35) 同256頁。
- 36) 同261頁。
- 37) 同253頁,258頁注4参照。
- 38) See e.g., Plyler v. Doe, 457 U.S. 202, 218 n. 16 (1982); Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200, 220 (1995); United States v. Virginia, 518 U.S. 515, 555 (1996).
- 39) 戸松「厳格な合理性の基準」前掲注(31)257頁。
- 40) 戸松秀典「平等保護と司法審査(一)~(四・完) 合衆国憲法の平等保護条項に関する司法の役割の研究」国家90巻7・8号1頁(1977年),91巻1・2号1頁,3・4号1頁,7・8号27頁(1978年)(戸松『平等原則と司法審査』に「厳格な合理性の基準」とともに「第一部 合衆国憲法の平等原則」として所収)参照。
- 41) Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973) (Brennan, J., plurality).
- 42) 君塚正臣『性差別司法審査基準論』15-22頁(信山社,1996年)参照。
- 43) 戸松「厳格な合理性の基準」前掲注(31)280頁。
- 44) 芦部『演習憲法』58,160頁参照。
- 45) 芦部信喜「生存権の憲法訴訟と立法裁量 堀木訴訟上告審判決について」法教24号99頁(1982年)(芦部『人権と憲法訴訟』所収)。
- 46) 芦部信喜『国家と法 憲法』82,114頁(大蔵省印刷局,1985年)参照。
- 47) 同4頁参照。
- 48) 芦部信喜『演習憲法 新版』61頁(有斐閣,1988年)。
- 49) 芦部『憲法判例を読む』144頁以下参照。
- 50) 芦部『演習憲法 新版』62頁参照。
- 51) 後に、精神的自由についての区別には厳格な審査基準が妥当するとされるようになる(芦部信喜『憲法』111頁[岩波書店,1993年])が、晩年の芦部信喜『憲法学 人権各論(1)[増補版]』31頁(有斐閣,2000年)では再び、本文と同様の記述がなされている(後掲注(58)参照)。
- 52) 芦部『憲法』105,111,113頁参照。
- 53) 同167頁参照。
- 54) 芦部信喜『憲法学 人権総論』237頁(有斐閣,1994年)(経済的自由に対する消極的規制につき妥当すべき「厳格な合理性」基準と、表現内容中立的規制につき妥当すべきLRAの基準の異同の説明)参照。

「厳格な合理性の基準」についての一考察（市川）

- 55) 同387頁（自己情報コントロール権としてのプライバシーの権利の制限についての違憲審査基準として）参照。
- 56) 芦部信喜「教科書訴訟と違憲審査のあり方 第三次控訴審証言」ジュリ1026号39頁（1993年）（芦部『人権と憲法訴訟』所収）。
- 57) 芦部信喜「人権判例法理の特色 違憲審査基準を中心にして」法教169号13-14頁（1994年）（芦部信喜『宗教・人権・憲法学』〔有斐閣、1999年〕所収）。
- 58) 芦部『憲法学 人権各論（1）〔増補版〕』29-30頁。同書84頁，88-89頁も参照。但し、精神的自由やそれに関連する権利（選挙権）について平等原則が争われる場合には，原則として「厳格な合理性」の基準によることとし，立法目的につき「必要不可欠な（やむにやまれぬ）公益」を要求すべきとしている。同31頁参照。
- 59) 同384，407，435，444，461頁参照。
- 60) 松井茂記「『厳格な合理性』の基準について」阪大法学42巻2・3号283頁（1992年）。
- 61) これはガンサー教授の用語である。See Gunther, "The Supreme Court, 1971 Term Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection," 86 HARV. L. REV. 1, 20-22 (1972).
- 62) 松井茂記『二重の基準論』287頁以下（有斐閣，1994年）参照。
- 63) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』125-126，239頁（有斐閣，2010年）参照。