

裁判所による不平等の救済方法の可能性

松 原 俊 介

はじめに

裁判所は、ある法律によって設けられた別異取扱いが平等条項違反である場合、いかなる救済方法を採用することができるのであろうか。連邦最高裁は、この問題について、不利に扱われている集団の取扱いを有利に扱われている集団まで引き上げる「レベリングアップ」も、有利に扱われている集団を不利に扱われている集団まで引き下げる「レベリングダウン」もできるとし、この両者の選択については、「憲法が沈黙している問題」であることを前提に、「立法者の意図」を基準に判断するという枠組みを示している¹。この枠組みの下で、最高裁は、実際に「レベリングダウン」の救済方法を採用した判決を言い渡したこともある²。

1 連邦最高裁による不平等の救済方法については、松原俊介「裁判所による不平等の救済方法に関する一考察——Sessions v. Morales-Santana判決を中心に——」法政理論52巻4号（2020）34頁を参照。

2 Sessions v. Morales-Santana, 582 U.S. __ (2017); 137 S. Ct. 1678 (2017). この事件では、国外で出生した子どもの出生による国籍取得について、未婚の父親には合衆国での長期の現実所在要件を課し、未婚の母親には合衆国での短期の現実所在要件を課するという異なるルールを設けていることが平等保護違反とされたが、救済選択における「立法者の意図」について、議会は、未婚の母に適用される例外規定を廃止し、未婚の父（及び婚姻している父母）に適用される一般的な規定を維持したように思われると判断し、レベリングダウンの救済方法を採用した。

連邦最高裁によれば、レベリングアップとレベリングダウンの選択は「憲法が沈黙している問題」であるが、果たして本当に、この問題への手がかりを憲法の中に見いだすことはできないのであろうか。この点で興味深い指摘を行ったのが、Caminker（Evan H. Caminker）である。本稿は、Caminkerの議論を素材としながら、不平等の救済選択に関する連邦最高裁の救済枠組みの問題点について考えてみたい。

裁判所による不平等の救済に関しては、レベリングアップとレベリングダウンの両方が可能であるという点は、日本の裁判実務も同様の立場に立っているといえる³。この点で、アメリカにおけるこの問題についての議論は、日本における平等条項違反の救済論を構築していくうえでも有用であると思われる。

第1．裁判所による不平等の救済方法の可能性

1．規範に基づく救済モデル

Caminkerは、レベリングアップもレベリングダウンも平等取扱いの権利を満たすので、裁判所の救済判断の指針となる実体的憲法規範はない、とする連邦最高裁判例のモデルのうち、“裁判所の救済判断の指針となる実体的憲法規範はない”とする点には欠陥があるとする⁴。なぜならば、裁判所がある立法を無効にするために設計され行使される憲法上の権利は、その基礎をなす憲法規範の全範囲の一部にすぎないからである。

その理由としては、まず第1に、多くの憲法規範は幅広い意味を有して

3 松原・前掲注1・36-41頁参照。

4 Evan H. Caminker, *A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes*, 95 YALE L.J. 1185, 1191 (1986).

いることが挙げられる⁵。このような憲法規範を現実の紛争の解決の指針とするためには、裁判所は、抽象的な規範について特定概念を採用することでより限定された意味をそれに与え、さらに、採用された概念から具体的事例に適用可能な基準を導くことのできるような明確で精緻な法理を構築しなければならないが、その法理とこれを動機づける規範の間にはギャップが生じるのである。例えば、平等保護条項では、平等という抽象的な規範について（結果の平等などではなく）取扱いの平等の概念を採用したうえで、疑わしい分類に基づく場合と区別対象が基本的権利である場合には厳格審査を用いるという平等保護の法理が構築されているが、このようなケースは、政府による取扱いは不平等であるとしてなされる法的請求のごく一部にすぎない⁶。

第2に、構造上の権力分立により、裁判所による実体的規範の執行が許される範囲と性質が制限されていることが挙げられる⁷。憲法上の民主主義は、公益のために資源を規制し配分するために、政治的責任を負う立法府に大きな裁量を与えているので、裁判所はこの裁量を著しく制限することができないのである。より具体的には、憲法規範の概念的な輪郭のすべてを実現するという裁判所の能力は、積極的権利の司法的執行の排除や、立法上の支出の優先度を永久的に拡張したり変更したりする判決に不利に働く財政への立法的コントロール、ある特定の判断を行うのに制度的に適している他の部門への敬讓を正当化する司法判断適合性などによって制限されるのである⁸。

以上のように、Caminkerは、もっぱら概念上の理由と制度上の理由から、裁判所がある立法を無効とする際に援用できる憲法上の権利は、憲法

5 *Id.* at 1191.

6 *Id.* at 1191-1192.

7 *Id.* at 1192.

8 *Id.*

規範の全体の一部にすぎないとしているが、これは、立法を無効とする際には裁判所が強制できない余白（unenforced margins）、すなわち「未完成の規範（inchoate norm）」が存していることを意味する。Caminkerは、立法による配分的決定を違憲無効とする際には、このような「未完成の規範」を裁判所が行使することはできないが、平等取扱い違反の救済を選択する際には、それを指針（guidance）として用いるべきであるとする⁹。すなわち、救済選択に際しては、「立法者の意図」ではなく「未完成の規範」を基準とすべきであるとするのである。この「未完成の規範」は、多くの場合、レベリングアップとレベリングダウンという2つの救済のうちいずれか一方がより好ましいという点についての憲法上根拠のある理由を提供することになるが¹⁰、これは言い換えれば、憲法のテキストに込められた価値を最も促進する救済策を裁判所は選択すべきであるということになる¹¹。このような枠組みをCaminkerは、「規範に基づく救済モデル（Norm-based remedial model）」と呼ぶが¹²、この考え方によれば、裁判所は、平等条項違反の認定の際にはあくまで不合理な別異取扱いの禁止という連邦最高裁の規範を用いながら——ここまでは判例と同様となる——、平等条項違反が認定された後のレベリングダウンとレベリングアップの選択という救済の段階では、不合理な別異取扱いの禁止の規範以外の「未完成の規範」を最も保護・促進する救済策を選択すべきであるということになる¹³。

9 *Id.* at 1193.

10 Caminkerは、「未完成の規範」が救済の選好を示していない場合には、立法者の政策的な選好、すなわち「立法者意図」に従って救済選択をすべきであるとする（*Id.* at 1203 n.69）。

11 *Id.* at 1203.

12 *Id.* at 1202-1203.

13 Caminkerと同様の主張として、「憲法上のヒント」を基準に救済策を決定するというカナダにおける議論がある（Nitya Duclos & Kent Roach, *Constitutional Remedies as Constitutional Hints: A Comment on R. v. Schachter*, 36 MCGILL L. J. 1, 23-38 (1991)）。

2. 規範に基づく救済モデルの正当化理由

Caminkerによれば、規範に基づく救済モデルにより、裁判所は「未完成の規範」の意味に関する司法と立法の対話を構築し、それによって憲法違反の救済形成に寄与する立法府の権限を尊重しながら「未完成の規範」の実現を促進していくことが可能になる¹⁴。

まず、規範に基づく救済モデルは「憲法的価値に具体的意味と適用を与える」という憲法判断における司法の制度的義務¹⁵とよりよく調和する¹⁶。すなわち、裁判における権利の段階と救済の段階は、我々の公共的価値に意味を与える社会的プロセスの2つの段階であり、裁判所は救済の段階においては権利の根底にある規範に最も適合する救済を選択すべきなのである。

また、前述したように、概念上の理由と制度上の理由から、裁判所がある立法を無効とする際に行使できる憲法上の権利には限界が存するが、このような裁判所に対する制約は、Caminkerによれば、平等条項違反と判断された後の救済の段階にまでは及ばないという¹⁷。権利の段階で裁判所に課される上記制約によって、公益のために資源を配分することに関する決定の最終的な責任を政治的責任を有する主体（立法府）に付与するという要求は完全に満たされるので、救済の段階で利益を拡張したとしても、

14 Caminker, *supra* note 4, at 1202.

15 Owen M. Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term-Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 9 (1979). ここでは、「制度改革訴訟」論を唱えるフィスの裁判の機能論に立った上で説明されていることに注意すべきである。ただしフィス自身は、「制度改革訴訟」の位置づけについて、伝統的な訴訟から変わったのは裁判の形式であって、裁判の機能ではないとする。フィスによれば、裁判の機能は一貫して、個人間の紛争を解決するということではなく、われわれの公共的価値に意味を与えることである（*Id.* at 36. 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）84-118頁も参照）。

16 Caminker, *supra* note 4, at 1203.

17 *Id.* at 1203-1204.

たとえば財政の立法的コントロールへの影響は過度なものにならないので許されることになるという。後述のように、立法府は裁判所による救済判断をその後の立法過程で再検討できるのであり、また、判例の救済モデルの下でも多大な費用を要する救済判断（レベリングアップ）が可能なので、予算への影響を過大視する必要もないのである。また、裁判所は立法で特定のグループに与えられていたレベルの額を平等にするだけであるから憲法規範を満たすために必要な利益の額を決定する能力がないという懸念も回避することができるのである¹⁸。

裁判所が、規範に基づく救済モデルにより、レベリングアップまたはレベリングダウンのいずれかの救済を選択する場合、裁判所は必然的に関連する「未完成の規範」によって示される憲法上の選好の根拠と説得力を率直に議論することになるが、このような議論は、その後の立法の審議に情報を提供することになるので、立法府が最終的な救済措置を策定する際には、裁判所の提示した憲法的価値と立法府による政策上の選好の両方を考慮する可能性が高くなる¹⁹。規範に基づく救済モデルは、このような形で、「未完成の規範」の意味に関する司法と立法との対話を構築し、さらに、立法府におけるその後の審議のプロセスの質を高めることもできるのである。そして、立法府が「未確定の規範」の実現を促進する義務を回避しようとするのであれば、まず、そのような選択が憲法上有する意味を十分に考慮して審議し、その上で、立法を通じてそのような意図を明確に表明しなければならないのである²⁰。

以上のようなCaminkerの議論を、1972年のMosley判決に関する彼の議論に即してもう少し詳しく検討してみることによう。

18 *Id.* at 1204.

19 *Id.*

20 *Id.* at 1205–1206.

第2．Mosley判決

1．事案の概要

1968年3月、シカゴ市ではピケッティングに関する条例（以下では「本条例」という。）が制定され、同年4月に施行された。本条例は、次の行為に対して刑事罰を定めていた。

「初等または中等学校の建物から150フィート以内の公道において、当該学校の授業中および学校の授業開始前の1時間半および学校の授業終了後の1時間半の間に、ピケを張りまたはデモをする〔こと〕。ただし、本条は、労働争議に伴う学校での平和的なピケッティングを禁止しない。」

Mosley（Earl Mosley）は、本条例が制定される前から、高校による黒人差別の反対を訴えるために高校付近でピケを1人で行っていた。彼のピケは平和的で、秩序ある平穏なものであった。本条例の制定を知ったMosleyが、シカゴ市警に問い合わせたところ、ピケを続けると彼は逮捕されることになることを知り、彼は、学校の近くでのピケをやめた。その上で、Mosleyは、①言論の自由等を保障している合衆国憲法第1修正によって保護されている行為を本条例が処罰していることと、②ピケッティングに対する一般的な禁止から平和的な労働ピケッティングのみを免除することが合衆国憲法第1修正および第14修正に反し法の平等な保護を否定していることを理由に、宣言的判決と差止命令による救済を裁判所に求めた。

2．控訴審判決

連邦控訴審裁判所は、本条例が、労働ピケを除いて、学校付近で行われ

るすべての種類のピケティングとデモを、いかにそれが平和的で、純粹で、不快を与えないものであっても全面的に禁止しているので、本条例が「過度に広範（overbroad）であることは明らかである」とした²¹。確かに、シカゴ市は原告の表現の自由の権利を侵害しない形で教育過程の混乱を防止する条例を制定することができるが、表現のために公道にアクセスする権利が問題となり、また、州の有効な（valid）利益に対する妨害の恐れがない本件の場合には、合衆国憲法第1修正で保護される Mosley のピケティングの権利を否定することはできないのである²²。そして、本条例は、効果的な情報伝達という個人の権利と平和や平穏さという州の利益のバランスが取れておらず、原告の上記権利を完全に否定するものであるとして、連邦控訴審裁判所は、本条例を文面上違憲とした²³。

3. 連邦最高裁判決

控訴審判決が、過度の広範性ゆえに無効という構成を採ったのに対して、連邦最高裁は、シカゴ市が学校付近でのピケティングの一般的な禁止から平和的な労働ピケティングを免除している点に着目し、「一部のピケティングを他のものと異なって扱うため、我々は本条例を第14修正の平等保護条項の点から分析する」とし²⁴、結論としても平等保護条項違反を理由として控訴審判決を維持した。

連邦最高裁は、本件における平等保護の主張が「第1修正の利益と密接に絡み合う」こと、すなわち、本条例はピケティングの主題によって定式化された分類により表現行為であるピケティングに影響を与えている

21 Mosley v. Police Dep't of Chicago, 432 F.2d 1256, 1258 (7th Cir. 1970).

22 432 F.2d at 1259.

23 *Id.* その他の憲法上の主張については審査する必要はないとする。

24 Police Department of the City of Chicago et al. v. Mosley, 408 U.S. 92, 94-95 (1972).

こと²⁵を認めている（傍点は松原）。また、本条例が主題によって許容されるピケティングを記述していることが本件の中心的な問題であるとし、「何よりも、第1修正は、政府がそのメッセージ、思想、主題または内容を理由に表現を制限する権限を持たないことを意味する」と述べて²⁶、本条例が第1修正によって保護される表現の自由に対する制約（表現の主題規制による制約）であると読める判示もしている。それにもかかわらず、連邦最高裁は、「第1修正に言及せずとも平等保護条項の下では、必然的に、政府が、受け入れられる見解を有する者にはフォーラムの使用を認め、あまり好まれていない見解やより異論の多い見解を表現したい者には使用を否定することはできないのである」と述べ、さらに、いったんあるフォーラムをある集団に対し集会や発言のために利用可能な状態にしたならば、別の集団に対し彼らが発言しようとしている内容を理由に禁止することは許されないと述べている²⁷。

連邦最高裁は、パブリック・フォーラムからの選択的な排除の正当化は、慎重に精査されなければならないとしたうえで、ピケティングは第1修正の保護を受ける表現行為であるため、ピケティングの中での差別は、実質的な政府の利益に役立つように調整されなければならないとする²⁸。そのうえで、学校の混乱を防止することは市の正当な関心であるものの、シカゴ市は授業時間中の平和的な労働ピケは学校に対する不当な干渉ではないと判断したのであるから、平等保護条項の下では、すでに許可している平和的な労働ピケよりも明らかに妨害的でない限り、他のピケッ

25 408 U.S. at 95.

26 *Id.*

27 *Id.* at 96.

28 *Id.* at 98-99. 別のところでは、「平等保護条項は、第1修正の利益に影響を与える法令が正当な目的のために狭く限定されることを要求する」とも述べる（*Id.* at 101.）。

ティングが学校を妨害するということとはできないとした²⁹。このことは、シカゴ市が学校での非労働ピケのすべてを禁止することはできないことを示し、本件の規制を労働争議という主題に関わらず、弊害に着目して狭く線引きすることができるというのである³⁰。本条例は平等保護条項違反とされ、文面上違憲とする控訴審判決を維持しているため、その全体が無効であると判断された。

4. 表現の自由と平等保護条項

アメリカの代表的な教科書でパブリック・フォーラムにおける表現活動に対する内容規制の事例として紹介される³¹Mosley判決は、「何よりも、第1修正は、政府がそのメッセージ、思想、主題または内容を理由に表現を制限する権限を持たないことを意味する」と述べるなど、表現の内容規制に関する重要な判示が満載である³²が、それにもかかわらず、連邦最高裁は平等保護条項によって違憲判断を下したのである。このMosley判決後も1980年のCarey v. Brown連邦最高裁判決は³³、住宅地でのピケを一般的に禁止する一方で、「労働争議に関わる雇用場所の平和的ピケティング」を例外的に許容するイリノイ州法について、「Mosley判決で無効となった条例と憲法上区別することはできない」として平等条項違反である

29 *Id.* at 99-100.

30 *Id.* at 101-102.

31 ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES (6th ed. 2019 Aspen) 1012-1013, 1234-1235; GEOFFREY R. STONE, ET AL., CONSTITUTIONAL LAW (7th ed. 2013 Aspen) 1296-1300.

32 Roy A. Black, *Equal But Inadequate Protection: A Look at Mosley and Grayned*, 8 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 469, 478 (1973).

33 447 U.S. 455 (1980).

とした。Westin（Peter Westin）は、Carey判決において同意意見を執筆したStewart裁判官が「Mosley判決で本当に問題となっていたこと、そしてここで〔Carey判決で〕問題となっていることは、自由な言論の憲法上の保護の基本的な意味である³⁴」と述べるように、Carey判決とMosley判決の実質はすべて第1修正の分析によって決定されているので、「等しいものは等しく扱うべきである」と定式化される平等条項は「完全に不必要」であるという³⁵。

Mosley判決の（平等条項違反という）判断方法をより明確に批判しているのが、Black（Roy A. Black）である。Mosley事件に対する判断方法としては、①問題となる行為を市が禁止することは修正1条に違反するの
か否かを判断する方法、②問題となる行為を禁止している本条例が「過度に広範」であるか否か、「あいまい性」が認められるか否か、あるいは「より制限的でない代替手段」があるか否かなどをみて、本条例の文面審査をする方法、③平等条項違反かを判断する方法の3つの構成が考えられるが、Blackによれば、Mosley判決で採用された③の判断方法は、どのような行為が立法による規制の範囲外であるかについて教えるところが最も少ないので、表現の自由に対する委縮効果が最も大きいものとなる³⁶。①の判断方法によれば、学校の人種政策に反対する平和的な歩道でのピケッティングというMosleyの行為は表現の自由によって保障される行為であるので、禁止をする州の利益によっては十分に正当化されないということを示すことになるし、また②の判断方法によれば、少なくとも本条例の適用範囲の一部の行為については第1修正の実体的な保護が及ぶことを示すことができることになるのに対し、③の判断方法であれば、市の規制から保護され

34 *Id.* at 471 (Stewart, J., concurring).

35 Perter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537, 560–563 (1982). See also, Michael J. Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 COLUM. L. REV. 1023, 1076 (1979).

36 Black, *supra* note 32, at 471–478.

る行為の範囲を示すことができないのである³⁷。

Blackは、①の判断方法か、少なくとも控訴審判決で採用された②の判断方法を採用すべきであるとしている³⁸が、その際にBlackが最も強調し、懸念したことは、平和的な労働ピケティングとその他のピケティングという2種類のピケティングを区別することが違憲であるとするMosley判決が採用した③の判断方法による判決では、市が2種類のピケティングの両方を禁止すること（レベリングダウン）ができるかどうか未解決の問題とされたため、結果としてその立法が許されてしまうことである³⁹。確かに、Mosley判決と同日に判決が下された、Mosley判決で問題となった条例と全く同一内容のロックフォード市の条例に対するGrayned v. City of Rockford連邦最高裁判決⁴⁰では、連邦最高裁が判決を下す前にはすでに当該条例のうち労働ピケに関する例外を削除する改正がなされていたこと（レベリングダウン）を踏まえると、シカゴ市がそのような立法

37 Blackは、②の判断方法についても、被告の特定の表現行為が第1修正によって実体的に保護されているかどうかという決定的な問題に答えていないため、萎縮効果は残るという（*Id.* at 477.）。

38 なぜMosley判決が表現の自由の判断をせずに平等保護条項による方法を採用したのかという問題について、Blackは5つの仮説を提示する。すなわち、法廷意見を執筆したMarshall裁判官が①～③の判断方法の帰結の違い——違憲判決後の州による立法の選択肢や萎縮効果の違い——について意識していなかった可能性、問題となった条例が行為ではなく主題によって区別していたという条例の構造が理由となっていた可能性、公立学校の周辺における表現の自由の実体的な難問を回避したかった可能性、第1修正に対する連邦最高裁の支持が一般的に弱まっていたためになされた妥協という可能性、そして、公立学校は第1修正の完全な行使のための適切なフォーラムではないかもしれないという可能性の5つである。Blackは、これらの複数の要素によって平等保護条項が用いられたと考えているようである（*Id.* at 471, 479-485.）。

39 *Id.* at 470, 475, 485.

40 408 U. S. 104 (1972). 同判決については、松原・前掲注1・69-70頁も参照。

を実際に行う余地は十分にあるといえるだろう⁴¹。

5. 平等保護条項とその判決が意味するところ

Blackの懸念とは、平等保護違反とされたために、その解消方法として是不利に扱われているグループの取扱いを有利に扱われているグループまで引き上げる「レベリングアップ」（問題となったピケを労働ピケと同様に免除の対象に含める）と、有利に扱われているグループを不利に扱われているグループまで引き下げる「レベリングダウン」（労働ピケに対する免除を削除する）の両方が可能となるという点である。このようなBlackの懸念は、Mosley判決やBarey判決が実際には問題となった条例や制定法全体を無効としているとしても⁴²、なお当てはまるように思われる⁴³。Mosley判決では、狭く限定された内容中立的なピケティングの禁止が

41 *Id.* at 107 n.2. Grayned判決は同条例の違反者に対する刑事事件の判決であるため、この改正による削除は被告人の立場に全く影響はなく、「当裁判所は、〔被告人〕が逮捕され、有罪と決定されたときに施行されていた条例の文面上の合憲性を判断しなければならない」と述べており、この判決においても2種類のピケティング両方を禁止する——平和的労働ピケをも禁止する——改正が許されるかの問題は未解決のままとされたのである。

42 実際、Mosley判決では、平等保護条項違反としたうえで特に述べることなく、過度に広範ゆえに文面上違憲であるとした控訴審判決を維持している。Grayned判決では、Mosley判決で述べられた理由により同一内容の条例は無効であると述べられている（408 U. S. at 106-107 & n.1-2）。Carey判決でも、救済について特に述べることなく控訴審判決を維持しているが、控訴審判決は、平等条項違反としたうえで「労働ピケの例外は制定法の残りの部分から不可分であるため、制定法の全体が無効となる」と判断していた。控訴審判決はこの可分性の問題をイリノイ州議会の意図を基準に判断している（447 U.S. at 459 n.2; *Brown v. Scott*, 602 F.2d 791, 795 n.6 (7th Cir. 1979).)

43 *See*, Deborah L. Brake, *When Equality Leaves Everyone Worse Off: The Problem of Leveling down in Equality Law*, 46 WM. & MARY L. REV. 513 (2004).

許されないとは述べられていないため、裁判所の不平等の救済方法としては、理論的には、すべての（少なくとも妨害的な）学校付近のピケティングを禁止するか、規制全体を無効にするかのいずれもあり得たことになる⁴⁴。

確かに、労働ピケの例外を削除することが表現の自由を侵害して違憲であると考えるのであれば、前述の①の判断方法や②の判断方法で判決すべきことになろう。しかしながら、Mosley 判決で問題となった条例は学校での混乱の防止という重要な利益が関わっていたこと、および、時・場所を限定する規制となっていたことを踏まえると、言論の自由との関係で非常に難しい問題を含んでいたことも否定できないのである⁴⁵。この点で興味深いのが、Caminker の議論である。

6. Caminker による Mosley 判決の検討

Mosley 判決において連邦最高裁は平等保護条項違反と判断したが、その不平等の解消方法としては、理論的には、すべての学校付近のピケティングを禁止するか（レベリングダウン）、規制全体を無効にするか（レベリングアップ）のいずれも不平等の救済方法としては認められることになる（Mosley 判決では過度の広汎性を理由として条例全体を無効とした控訴審判決を特に理由を述べることなく維持したため、この問題は顕在化しなかったが）。そして、判例の枠組みにおいては、その選択は「立法者の意図」によって判断されることになる。

Caminker によれば、第1修正には、「言論および出版条項の中心的な目的は、公の利益の問題に関する公的討論が『禁圧されず、力強く、広く開

44 Caminker, *supra* note 4, at 1194.

45 See, Black, *supra* note 32, at 482-484.

かれて』盛んにおこなわれる社会を確保することである⁴⁶」という構想がある。これは、力強い思想の交換は、民主主義の概念に不可欠な共同的な自治を促進し、思想の自由市場の「真理の探究」機能を高めることができるという第1修正の特別な構造的役割に動機づけられたものである。そして、裁判所は、第1修正の言論の自由の司法的執行の場面で、前述のような権力分立の原理との関係で制約を受けながら、言論の自由に関する法理を形成してきたのであるが、その基礎には上記のような「力強い公的討論」という（未完成の）規範があるというのである⁴⁷。

このような「力強い公的討論」という（未完成の）規範は、Mosley判決の場合には、不平等の救済方法のうち規制全体を無効にすることによってより促進されることになるのである⁴⁸。Caminkerの議論によれば、第1修正の言論の自由に関する「未完成の規範」は、条例全体の無効という選好を示すので、平等保護違反としたMosley判決の場合に、裁判所が「救済」の段階でそのことを示すことで、議会に対して、条例全体の無効が憲法上好ましい——労働ピケの例外のみを削除することは好ましくない——というメッセージを示すことができることになる。これに対し、議会が労働ピケの例外のみを削除したいと考えれば、裁判所のいう「未完成の規範」

46 Caminker, *supra* note 4, at 1195 (citing Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 93 n.127 (1976)).

47 *Id.* at 1195.

48 *Id.* at 1195–1196. これに対して、同一内容の条例のもとで有罪決定を受けたことを争ったGrayned 判決では、「当裁判所は、〔被告人〕が逮捕され、有罪と決定されたときに施行されていた条例の文面上の合憲性を判断しなければならない」と述べたうえで、この有罪決定を破棄したのである（408 U.S. at 107 n.2）。このような結論を導くにあたって、議会がレベリングダウン、すなわち労働争議に関する例外規定を削除することによって憲法上の瑕疵を是正したかもしなかったという点は無関係であるとされ（Sessions v. Morales-Santana, 137 S. Ct. 1678, 1699 n.24 (2017)）、刑事事件においては私権剥奪法の禁止や罪刑法定主義が救済方法を決定しているように思われる。この点について、拙稿・前掲注1・69–70頁を参照。

を促進することに議会として反駁するか、あるいは、ピケを規制することにはそれを上回る利益（例えば、学校の教育上の機能を促進する利益）があることを議論したうえで立法を行わなければならないことになる。いわば立法府に対してメッセージを送ることができるのである。こうして、裁判所と立法府の間に対話が構築されるのである⁴⁹。

第3．規範に基づく救済モデルの適用と検討

1．平等保護条項における「未完成の規範」

次に、Caminkerが規範に基づく救済モデルの適用例として挙げる、女性の被用者に対してのみ出産休暇を与える州法についての議論を採り上げることにはしたい。このような場合にも当該州法が平等保護条項違反とされる場合には⁵⁰、他の一時的労働不能の被用者に同様の休暇を拡張するか（レ

49 裁判所と立法府の対話に関しては、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）、同「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌54巻1号（2007年）15頁等を参照。

50 実際には、1978年の妊娠差別禁止法（PDA）の下で争われた。PDAは、妊娠により影響を受ける女性は、それ以外の理由によって同様の労働能力ないし不能の状態にある者と同じ扱いを受けなければならないことなどを定める。例えば、カリフォルニア州法が妊娠による労働不能の女性被用者に出産休暇と現職復帰を認めることがPDAに反しないかが問題となったCalifornia Federal Savings & Loan Ass'n v. Guerra連邦最高裁判決（479 U.S. 272（1987））は、PDAは「雇用機会の平等を達成し、過去に特定の被用者の集団を他の被用者よりも有利にするよう機能してきた障壁を取り除く」という1964年公民権法第7編の目的に妊娠を含むよう拡大させるものであり、本件カリフォルニア州法は平等な雇用機会を促進するものであってPDAの目的に合致する、としてPDAに反しないと判決した（PDAと出産休暇については、中窪裕也『アメリカ労働法〔第2版〕』（弘文堂、2010年）221-223頁も参照）。そのため、本文でいう拡張が無効かの議論は連邦最高裁では顕在化しなかったのである。

ベリリングアップ)、女性の出産休暇を無効にするか(レベリリングダウン)の救済方法がありうることになる。そして、連邦最高裁の判例によれば、救済選択の際には州の「立法者の意図」を基準に判断することになる。

Caminkerは、性に基づくステレオタイプを無効にする平等取扱いの法理の根底には女性を従属化することに対する憲法上の配慮があるとする。Caminkerは、連邦最高裁が繰り返し、性的役割のステレオタイプを含む性に基づく区別を平等保護条項違反としてきたのは、性的役割のステレオタイプが女性の抑圧と従属を強化するためであると考えてきたからであると理解している⁵¹。そして、このような女性を従属化することに対する憲法上の配慮によれば、州の出産休暇を拡張することの方が憲法上好ましいことになる⁵²。出産休暇を拡張することで妊娠による解雇から女性を保護し、かつ、性に基づく区別によるステレオタイプも回避することができるからである。

ここでのCaminkerは、「救済」の段階では、いわゆる反従属原理(anti-subordination principle)がレベリリングアップかレベリリングダウンを決定することを示唆するものであるが、これは、平等条項違反の認定において、いわゆる反別異原理(anti-discrimination principle)の「別異取扱い→正当化という2段階⁵³」の審査自体を維持しながら、その救済決定においては反従属性原理を指針とするという形で、2つの原理を整合的に理解しようとするものと捉えることもできる⁵⁴。

51 Caminker, *supra* note at 4, at 1198–1199.

52 *Id.* at 1196–1201.

53 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』(尚学社、2016年)107頁参照。

54 「反別異原理」と「反従属原理」については、安西文雄ほか『憲法学読本〔第3版〕』(有斐閣、2018年)103–104頁(安西執筆)、安西文雄「法の下での平等について(1)～(4・完)」国家学会雑誌105巻5・6号(1992年)303頁、107巻1・2号(1994年)173頁、110巻7・8号(1997年)507頁、112巻3・4号(1999年)285頁、同「『法の下での平等』の意味」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008年)102頁等を参照。

2. 批判と検討

Caminker のいう「規範に基づいた救済モデル」に対しては、Fish (Eric S. Fish) が批判を行っている。Fish は、「規範に基づいた救済モデル」には、①裁判官が憲法違反を修正するときには、保護しようとしている当該憲法規範を害するような救済方法を選択すべきでないという「皮肉の回避 (Irony Avoidance)」と、②権利の段階で行使された権利以外の憲法規範や他の法源上の規範を救済選択において援用するという「規範の承認 (Norm Recognition)」によって構成されているとしたうえで、①の「皮肉の回避」については法目的を維持することの一形態として承認しつつも、②の「規範の承認」の問題点を指摘する⁵⁵。②の場合には、憲法全体から救済選択の指針となるヒントを探すことになるが、通常は、憲法の中には異なる方向を指す多数のヒントが存在すること、その憲法規範が不確定であること、憲法以外の重要な法規範が存在することもあるので、裁判所が判断することは困難であるという⁵⁶。すなわち、②の「規範の承認」は、憲法上の救済を選択するための広範囲かつ包括的なアプローチとなるために、裁判官は、関連する規範について法的・政治的状況の全体を調査し、選択可能な救済策との関連でそれらの規範の相対的な説得力を決定し、裁判官が最も重要であると認める規範を擁護する救済策を選択することになる。このように、裁判官に法的システムにおける価値優劣の問題を決定させることになってしまうが、これは多数決に基づく民主制に反するというのである⁵⁷。

55 Eric S. Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, 63 UCLA L. REV. 322, 342-347 (2016). Caminker 自身も、権利の段階で行使される規範と救済の段階で指針となる規範は同一の規範である場合と根拠となる条項など全く異なる場合があることを認めている (Caminker, *supra* note 4, at 1193 n.29)。

56 Fish, *supra* note 55, at 344-347.

57 *Id.* at 346-347, 372.

Caminker自身も、2つ以上の未確定の憲法規範が逆向きの救済を要求することがあることを認めており、この場合には権利の段階で規範の対立が生じたときと同様に2つの規範の相対的な重要性を判断することになる⁵⁸。また、裁判官が最終的な判断をするのではなく、議会には立法を通じての反駁の余地は残されているので、多数決に基づく民主制に反するとまではいえないのではないだろうか。そして、Caminkerの議論によれば、Mosley判決のような判断が難しい事件について、第1修正違反とする判断をすることをためらう場合にも、平等保護条項を根拠としつつ救済選択の場面で憲法上好ましい方向性を立法府に対して示すことができるのであり、バランスのとれた帰結をもたらすということができよう。

おわりに

Caminkerは、規範に基づく救済モデルを適用する例として、本稿でも取り上げた第1修正の未完成の規範と男女平等法理の未完成の規範という比較的明快な2つの未完成の規範を挙げるが、それ以外の場面で同様の規範を見出せるのかは必ずしも明らかでない。また反対に、未完成の規範を広く認めすぎるとすれば、Fishの批判が説得力を有することになるであろう。その意味で、規範に基づく救済モデルは、それぞれの具体的場面における慎重な検討を要すると言わざるを得ない。

それにもかかわらず、規範に基づく救済モデルは以下の2点で興味深い問題を提起しているといえる。第1に、「立法者の意図」を基準に救済策を選択する連邦最高裁のモデルに対して、憲法的価値を参照しながら救済

58 Caminker, *supra* note 4, at 1204 n.75. 例えば、Mosley判決においては、差別的なピケティングの規制を拡張してすべてのピケティングを禁止すれば学校の教育上の機能を促進することができるのである。

方法を選択しようとする点である。それによって第2に、立法府に対して、憲法上好ましい救済の方向性を伝えることができる点である。これにより憲法価値についての司法と立法の対話が促進され、ひいては平等や憲法上の権利の概念を深化させることにつながると思われるからである⁵⁹。

59 これらのことは、連邦最高裁自身も全く意識していなかったわけではないと思われる。Mosley 判決において、第1修正に関する判示が満載であることは、少なくとも立法府に対して新たな規制をする場合には第1修正の価値を考慮することを伝えていたと思われるからである。