

# 憲法上の権利と利益衡量

## ——「シールド」としての権利と「切り札」としての権利——

阪 口 正 二 郎\*

- 1 問題
- 2 違憲審査基準と三段階審査
- 3 違憲審査基準と比例原則
- 4 アメリカにおける「利益衡量」というイメージ
- 5 「切り札」としての権利——利益衡量を超えて
- 6 結びに代えて

### 1 問題

今から10年ほど前に、あるイギリスの憲法学者は、ある書物の書評を、マルクスとエンゲルスの『共産党宣言』における有名な表現をもじって、「憲法という世界を一匹の妖怪が徘徊しているようだ。それは、リベラリズムという妖怪である」<sup>1)</sup>と書き出している。1970年代以降、政治哲学、中でもリベラリズムは英米において憲法論にも大きな影響を及ぼしてきたし、1989年のベルリンの壁の崩壊にともなう「世界的な立憲主義の台頭」<sup>2)</sup>により、この影響はグローバルなレベルで拡大しているように思われる<sup>3)</sup>。

周知のように、リベラルな政治哲学は、個人が社会全体の利益に対抗して権利を有することの意味を重視することを一つの大きな特徴とする。個人の権利が社会全体の利益と対立する場合でも、簡単に個人の権利の制約が正当化されるわけではない、こうした主張は多くの政治哲学者によってなされてきた。いくつか、

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第9巻第3号2010年11月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

1) Adam Tomkins, *Of Constitutional Spectres*, 1999 PUBLIC LAW 525.

2) Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771 (1997).

3) 日本におけるリベラリズム憲法学の影響とその課題を分析したものとして、愛敬浩二「リベラリズム法理論の現在——憲法学の観点から」民主主義科学者協会法律部会編『改憲・改革と法』（日本評論社、2008年）38頁以下。

例を挙げておこう。ロールズは、「各人は正義の原理に基づく不可侵性を有しており、たとえ社会全体の福祉であってもこれを凌駕することはできない」<sup>4)</sup>とし、ウォルドロンも、「権利の存在を信じるということは、自由や福利に関して個人が有する主要な利益は特別な保護に値し、それらはより大きな効率性または繁栄、あるいは公共善の名のもとに主張されるより小さな利益の集合体のために犠牲にされてはならない」<sup>5)</sup>とする。おそらく、こうした主張としてはドゥオーキンの「切り札としての権利 (rights as trumps)」論が最も有名であろう。ドゥオーキンによれば、「誰かが何かに対して権利を持つのであれば、たとえそうすることが一般の利益になるとしても政府が当該権利を否定することは誤りである」という意味において、「権利」とはそもそも「反功利主義的なもの (anti-utilitarian)」<sup>6)</sup>である。

アメリカの比較憲法学者のクムは、これらの主張を、「権利に関するリベラルな考え方」<sup>7)</sup>ないし、「権利の優位性 (priority of rights) テーゼ」<sup>8)</sup>と呼ぶ。

ウォルドロンは、「これらは政治哲学においては馴染み深い命題である」<sup>9)</sup>とするが、少なくとも憲法学の世界では「権利の優位性テーゼ」の解釈はそれほど自明なものではない。それは、「権利」が何に対してどのように優位するのか、必ずしも明確ではないからである。「権利の優位性テーゼ」は複数の解釈が可能である。

たとえば、「権利の優位性テーゼ」に関して、ドゥオーキンの「切り札」としての権利論とは対立する解釈を示す議論がある。そうした議論として、シャウ

---

4) John Rawls, *A THEORY OF JUSTICE* (Harvard Univ. Pr., 1971), at 3.

5) Jeremy Waldron, *A Rights-Based Critique of Constitutional Rights*, 13 OXFORD J. LEGAL STUD. 18, 30 (1993).

6) Ronald Dworkin, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (Harvard University Press, 1978), at 269 (小林公訳『権利論II』(木鐸社、2001年) 58頁。ただし、訳は筆者のものである。以下も同じである)。

7) Mattias Kumm, *Democracy is not enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review*, New York University, School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper no. 09-10, 2009, at 15, available at: <http://ssrn.com/abstract=1356793>.

8) Mattias Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirements*, in George Pavlakos (ed.), *LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY* (Hart Publishing, 2007), at 131, 142.

9) Waldron, *supra* note 5, at 18.

アーの「シールドとしての権利 (rights as shields)」論を挙げることができる。シャウアーによれば、権利は「切り札」ではない。トランプを用いたゲームにおいて「切り札」を切れば必ず勝利できるように、権利が「切り札」であれば、それは対抗する利益に対して勝利するものでなければならないはずである。しかし、そのような権利は、少なくともアメリカ憲法の世界において、稀にしか存在しない。たとえば、人種を理由として差別されない権利があるとしても、それはあくまで厳格審査基準による審査を導くだけで、当該権利は厳格審査を満たす規制にまで対抗できるわけではない。比喩的に言えば、この場合権利は「切り札としての推定 (presumptive trumps)」<sup>10)</sup>を享受しているにすぎない。シャウアーは、権利は「切り札」ではなく「シールド」であるとする。「個人があることに対して権利を有するということは、個人がそれをなすことを国家が制約しようとする場合にはやむにやまれぬ利益などを立証しない限り、国家はそれを制約することができないということを意味するにすぎない」<sup>11)</sup>。「切り札」と異なって「シールド」であればそれが破られることがある。シャウアーによれば、権利を有するということは、鎧を身にまとうことと同じである。鎧を身にまともえば、矢や剣による攻撃からは身を護ることができるが、鎧を身にまもっていても爆弾による攻撃や戦車による砲撃に耐えられるわけではない。「この再構成の下では、ある事柄に対して権利を有するということは、その制約について高度のレベルの正当化を求めうということであり、高度のレベルの正当化が尊重されれば権利は充足される。しかしながら、高度の正当化を要求するとしても、それは絶対的なものまで要求するものではない」<sup>12)</sup>。このシャウアーの議論を支持する向きも少なくない。たとえば、ガードボームは、「裁判所は、厳格審査、中間審査、そして合理性といった幾つかの異なった審査の推定や基準のうちの何れかを用いて、権利と、相対立する憲法の明文には列挙されていない政府の利益を衡量する

10) Ian MacMullen, *FAITH IN SCHOOL?: AUTONOMY, CITIZENSHIP, AND RELIGIOUS EDUCATION IN THE LIBERAL STATE* (Princeton U. Pr., 2007), at 45.

11) Frederick Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 27 GA. L. REV. 415, 429 (1993).

12) *Id.* at 429-30. この点に関するシャウアーの議論については、*see also*, Frederick Schauer, *Rights as Rules*, 6 LAW & PHIL. 115 (1987); Frederick Schauer, *Exceptions*, 58 U. CHI. L. REV. 871 (1991).

のであり、権利はそうした利益に対する先制的な『切り札』というよりは、保護『シールド』である<sup>13)</sup>と述べてシャウアーの見解に賛成している。

シャウアーの「シールド」としての権利論も「権利の優位性テーゼ」のありうる解釈の一つのヴァージョンである。なぜなら、この議論においても、少なくとも、集合的利益に対する権利の優位性、あるいは権利の反功利主義性はある程度は維持されているからである。「シールド」としての権利論によれば、権利が共通善や集合的な利益など社会全体の利益と対立する場合に、絶対的に保障されるわけではなく、それらとの衡量に服するが、この衡量の際に一定の特別な重さを持って遇されることになる。「シールド」としての権利論はこのように「権利の優位性」を量的優位性として解釈した「権利の優位性テーゼ」のヴァージョンだと考えられる。

「権利の優位性テーゼ」を語るクムは、このテーゼの背後には三つの異なった考え方があることを指摘している<sup>14)</sup>。第一は、「反パーフェクショニズム (antiperfectionism)」であり、何が人間の善き生き方なのか、国家が決定して個人に対して強制してはならないという考え方である。第二は、「反集合主義 (anticollectivism)」であり、個人が重視され、個人の権利は何らかの形で「一般的な利益」や「集合的な善」に優位するとする考え方である。第三は、「反帰結主義 (anticonsequentialism)」であり、個人は不可侵の存在だとみなされ、集合的な利益の達成のために安易に犠牲にされてはならないとする考え方である。クムの「反集合主義」と「反帰結主義」が区別可能なかどうかは定かではないが、少なくとも「シールド」としての権利という考え方はこれらとは適合する。「シールド」としての権利観に欠けているのは「反パーフェクショニズム」という視点である。

## 2 違憲審査基準と三段階審査

1973年の芦部信喜『憲法訴訟の理論』<sup>15)</sup>に端を発する憲法訴訟論はわが国の憲

13) Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789, 791-92 (2000).

14) Kumm, *supra* note 8, at 142.

15) 有斐閣、1973年。

法学を席卷し、「『憲法訴訟論にあらざれば、人にあらず』といわれた時代」<sup>16)</sup>を画した。この憲法訴訟論の隆盛の頂点を極めたのが、1987年に芦部が編集した『講座憲法訴訟』全3巻<sup>17)</sup>であった。この講座の第1巻の序論「憲法訴訟の課題」において、芦部が「憲法訴訟論の最も重要な課題の一つ」<sup>18)</sup>としたのが「違憲審査基準」である。筆者は、別稿において、いわゆる「二重の基準」論を前提として展開される「違憲審査基準」が、憲法上の価値を前提とした利益衡量の枠組みを示すものであり、それが「シールド」としての権利という考え方と適合することを示した<sup>19)</sup>。

しかし、石川健治が「ミネルヴァの梟が黄昏に飛び立つ」<sup>20)</sup>と形容するように、今から見れば、『講座憲法訴訟』は、わが国における憲法訴訟論の「黄昏の始まり」<sup>21)</sup>をも示していた。中でも近年、違憲審査基準の凋落は著しい。違憲審査基準やそれをめぐる議論は、司法試験受験生の間でグロテスクなほど規格化ないし図式化され、かつ万能視された。

こうした状況を受けて、最近、主としてドイツ憲法研究者を通じてドイツに由来する三段階審査という違憲審査の方法が精力的に紹介され、しかもそれは単純な紹介を超えて「違憲審査基準論に代わる実用的な解釈図式として、各論者が日本法における利用可能性を試している」<sup>22)</sup>段階に至っている<sup>23)</sup>。大雑把に言えば、

16) 石川健治「Festschrift」法学教室308号（2006年）1頁。

17) 芦部信喜編『講座憲法訴訟（全3巻）』（有斐閣、1987年）。

18) 芦部信喜「憲法訴訟論の課題」同編『講座憲法訴訟第1巻』（有斐閣、1987年）37頁。

19) 阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能——憲法と理由」法律時報80巻11号（2008年）70頁以下、阪口正二郎「憲法学における質的思考と量的思考」大須賀明先生喜寿記念論集『憲法と国家機能の再検討（仮題）』近刊予定。

20) 石川・前掲注(16) 1頁。

21) 「学界展望」公法研究70号（2008年）254頁〔工藤達朗執筆〕。宍戸常寿「司法のプラグマティク」法学教室322号（2007年）24頁も同旨。

22) 前掲注(21)「学界展望」255頁。

23) 代表的なものとして、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』——『憲法上の権利』への招待」法律時報74巻7号（2002年）60頁以下、新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社、2010年）、宍戸常寿「『憲法上の権利』の解釈枠組み」安西文雄他『憲法学の現代的論点（第2版）』（有斐閣、2009年）203頁、小山剛「『憲法上の権利』の作法」（尚学社、2009年）、渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究71号（2009年）1頁以下、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）などがある。

三段階審査とは、いわゆる防禦権について、①「保護範囲（領域）」→②「制限（侵害・制約）」→③「正当化」の三段階に区分して、規制の合憲性を段階を追って判断しようとする枠組みである<sup>24)</sup>。三段階審査は、必ずしも、政府の行為の合憲性を審査する際に一般的に用いられるべきものとされているものでもなければ、「防禦権について」という限定を付したように、憲法上の「権利」の制約の合憲性を審査する際に一般的に用いられるべきものとされているわけでもない。それでも、憲法上の「権利」の典型を、「国家からの自由」としての「防禦権」として観念する思考をとる場合には、少なくとも、憲法上の「権利」に対する制約の合憲性を判断するためのモデルとして、アメリカに由来する違憲審査基準と比肩しうる地位を持ちうる。違憲審査基準も、違憲審査基準という名称にもかかわらず、政府の行為の合憲性を審査する際に一般的に用いられるべきものとして語られることは稀であり、憲法上の「権利」の典型を、「国家からの自由」として観念する発想を前提にしているからである。

三段階審査において、①「保護範囲（領域）」とは、規制されている行為（＝被侵害利益）が憲法上の保障を受けるものなのか、またどの程度の保護を受けるのかを考える作業である。ここで保護の対象になると、今度は、②「制限（侵害・制約）」の段階に進み、規制が憲法上保障された権利を制約しているのか、どの程度制約しているのかを検討することになる。制約を受けているということになると、違憲であるとの一応の推定が働き、最後の③「正当化」の段階に進み、制約が正当化されるかどうか判断されることになる。ただし、憲法上絶対的に禁止されている「制限」、たとえば、絶対的禁止として「検閲」を理解する説をとる場合、ここで「制限」に該当すれば違憲となることがある。「正当化」の段階は、規制が「法律の留保」を満たしているかどうかという「形成的正当化」と、規制の目的が正当なものかどうか（目的審査）、規制手段が目的に照らして正当といえるか（手段審査）、という「実質的正当化」の2つによって構成される。そして、この手段審査は、比例原則を用いてなされるが、具体的には、①手段が目的達成

24) ただし、石川健治は、②→①→③で、順番を通常とは異にする三段階審査を主張している。この点については、石川・前掲注(23)論文、石川健治「営業の自由とその規制」石川健治・大石眞編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）148頁を参照のこと。

のために有用か（適合性・合理性）、②手段が目的達成のために必要か（必要性）、③手段により得られる利益は手段によって失われる利益を上回っているか（この③のみをつかまえて「狭義の比例原則」と呼ばれることがある）によってなされる。比例原則を用いる場合の審査密度は、どの程度重要な権利が侵害されているのか、どの程度制約が厳しいものかによって変化する。

前述したように、現在、わが国の憲法学界では、三段階審査は大きな注目を集めており、アメリカ流の違憲審査基準論との異同や接合可能性が模索されつつある<sup>25)</sup>。

興味深いことに、実はアメリカの憲法学においてもドイツ流の三段階審査論や三段階審査の一部を構成する比例原則は現在多くの注目を集めている。三段階審査や比例原則への関心において、わが国とアメリカの憲法学界においてある種の共鳴現象が見られると言っていいたいだろう。

アメリカでは、三段階審査は、その名の通り呼ばれることは稀で、「二段階分析」<sup>26)</sup>、「二段階アプローチ」<sup>27)</sup>と呼ばれることが多い。「二段階分析」あるいは「二段階アプローチ」と呼ばれる場合、①の「保護範囲（領域）」と②の「制限（侵害・制約）」が区別されず、「州が主観的に保有されている権利を侵害したのかどうかを立証する」<sup>28)</sup>、あるいは「憲法上の権利が侵害されたのかどうかを決定する」<sup>29)</sup>という形で、①と②が一括して「第一段階」目の審査として扱われ、③は

25) 両者の接合可能性を模索するものとして、たとえば、駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」法学教室338号（2008年）40頁以下、青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリスト1400号（2010年）68頁以下がある。逆に両者の異質性を指摘するものとして、君塚正臣「二重の基準論とは異なる憲法訴訟理論は成立するか——併せて私人間効力論を一部再論する」横浜国際経済法学18巻1号（2009年）17頁以下がある。

26) Loraine E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in Sujit Choudhry (ed.), *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* (Cambridge U. Pr., 2006), at 84, 93; Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in George Nolte (ed.), *EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* (Cambridge U. Pr., 2005), at 49, 67-68; Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367, 374-75 (2009).

27) Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391, 423(2008); Gardbaum, *supra* note 13, at 806.

28) Weinrib, *supra* note 26, at 93.

29) Gardbaum, *supra* note 27, at 423.

「政府は憲法上の権利の侵害を正当化しうるのかどうかを決定する」<sup>30)</sup>という「第二段階」目の審査として扱われ、この「二段階」によって憲法上の権利の制約の憲法適合性を判断するものと理解されている。また、三段階審査の一部を構成する比例原則については、アメリカでは、①手段の適合性、②手段の必要性、③比例性（狭義の比例原則）による目的と手段の関係を審査することだけではなく、それ以前になされる目的が正当なものかどうかという目的審査も含めて、「比例性テスト」<sup>31)</sup>、「比例性分析」<sup>32)</sup>と呼ばれるのが一般的である。

現在、憲法上の権利の制約の合憲性を判断する手法として、三段階審査という手法は「戦後憲法パラダイム (the postwar constitutional paradigm)」<sup>33)</sup>、あるいは「リベラルな立憲民主政における権利分析の典型」<sup>34)</sup>とされている。また「比例原則」は、その母国であるドイツを超えて、ヨーロッパ<sup>35)</sup>、カナダ<sup>36)</sup>、イスラエル<sup>37)</sup>などに拡大している。こうした状況を受けて、スウィートとマシューズは、「1990年代末までに、アメリカ合衆国という部分的な例外を除き、事実上、世界におけるあらゆる実効的な憲法裁判のシステムが比例分析の主要な要素を受容してきた」のであり、「われわれの見方では、仮にグローバルな立憲主義なるものが存在すると言いうるとすれば、憲法訴訟において比例性に基づいて権利の制約

30) *Id.* at 423-24.

31) Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on "Proportionality," Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583, 602 (1999); Kumm, *supra* note 8, at 137.

32) Vicki C. Jackson, *Being Proportionality about Proportionality* 21 CONST. COMMENT. 803 (2004); Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72, 73 (2008).

33) Weinrib, *supra* note 26, at 86.

34) Mattias Kumm & Víctor Ferreres Comela, *What Is So Special about Constitutional Rights in Private Litigation?: A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirement and Indirect Horizontal Effect*, in Andrés Sajó & Rrnáta Utiz (eds.), *THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM* (Eleven International, 2005), at 241, 276.

35) *See*, Nicholas Emiliou, *THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW: A COMPARATIVE STUDY* (Kluwer Law International, 1996); Evelyn Ellis(ed.), *THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAW OF EUROPE* (Hart, 1999).

36) *See*, David M. Beatty, *THE ULTIMATE RULE OF LAW* (Oxford U. Pr., 2004); Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L. J. 383 (2007).

37) Aharon Barak, *Proportional Effect: The Israeli Experience*, 57 U. TORONTO L. J. 159 (2004).

の合憲性を判断するという手法はグローバルな立憲主義の主要な特徴の一つである」<sup>38)</sup>としている。またコーエン・エリアとポラットも、この見解に賛成して、「権利の制約は政府の目的に比例したものであることを求める比例性は、世界中の憲法訴訟における最も主要な法理と云う。……現在、比例性はグローバルな立憲主義と呼ぶものの特徴の一つである」<sup>39)</sup>と評価している。

こうした中で、アメリカにおいてもスウィートのように、「われわれは、比例分析と階層化された審査（違憲審査基準を用いた審査のこと——引用者）は共通の要素を有しているだけでなく、接戦ではあるにせよ、比較すれば比例分析の方が勝っていると考える。比例分析は『利益衡量によって権利を十分保護しない』どころか、階層化された審査よりも首尾一貫した形で権利を保護する。アメリカのアプローチは、複雑さに直面する裁判官の柔軟性を奪い、判決とは『憲法というコード』に似た法を適用する機械的な作業であると誤ってみなし、不要に一貫性の無さと恣意性を生み出す」のであり、「アメリカにおいても比例分析を採用すべきである」<sup>40)</sup>と説く論者すら現れている。しかしながら、多くの論者は、慎重に違憲審査基準を用いる手法と三段階審査、比例原則を用いる手法の異同を見定めようとしているように思える。

たしかに、アメリカ流の違憲審査基準を用いる手法とヨーロッパ流の三段階審査を用いる手法は一見すると異なっているように見える。たとえば、違憲審査基準と三段階審査を比べた場合、三段階審査では、①「保護範囲（領域）」、②「制限（侵害・制約）」、③「正当化」という三段階の自覚的な区別に基づいて段階ごとに判断がなされるという違いがあるように見える。アメリカにおいて三段階審査が「二段階分析」、「二段階アプローチ」と呼ばれる場合、これに対してアメリカの手法は「一段階分析」としてそれと対比されることが多い。これまでの日本では「違憲審査基準論の俗流化」の結果、違憲審査基準を用いた③の「正当化」の文脈の論証ばかりに目が向き、①や②の段階が軽視されてきたことが指摘され

38) Sweet & Mathews, *supra* note 32, at 74.

39) Cohen-Eliya & Porat, *supra* note 26, at 369.

40) Alec Stone Sweet, *All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, Yale Law School Faculty Scholarship, Faculty Scholarship Series (2010), at 4, 82, available at [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/30](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/30).

ている<sup>41)</sup>。法科大学院の教壇に立ち、法科大学院生と日々向き合っている筆者もこの指摘には賛成である。ただし、この論者が「違憲審査基準論の俗流化」と的確に指摘しているように、①や②の軽視は、日本における問題であって、必ずしもアメリカにそのままあてはまるわけではない。

たとえば、②の「制限（侵害・制約）」について言えば、権利に対する「制約」が直接的なものか、あるいは付随的かによって、権利の制約の度合いは異なるはずであり、それに応じて審査基準を変えて審査すべきではないかという問題が意識されている<sup>42)</sup>。また、①の「保護範囲（領域）」について言えば、たとえば、修正1条の文言は、保護されるべき表現に何の限定を加えていないにもかかわらず、あらゆる表現行為が憲法の保障を受けるとは解されておらず、わいせつ表現の場合のように、定義づけ衡量という手法を用いて保護されるべき表現が厳格に定義されている。むしろ、ヨーロッパと比較したアメリカの特徴として、③の「正当化」の段階に比べて①と②の段階の審査に重きが置かれる傾向があることが指摘されることすらある<sup>43)</sup>ことには注意しておく必要がある。後者については、①アメリカにおいては、憲法典のテキストにおける権利の保障の定式が「公共の福祉」といったような明示的な制約を認めていないこと<sup>44)</sup>、②ロックナー化の悪夢から権利の保護範囲をヨーロッパに比べて狭く理解しようとする傾向が強いこと、③「保護範囲（領域）」と「制限（侵害・制約）」の区別は相対的なものであると考える傾向があることなどが原因として考えられる。何れにせよ、違憲審査基準を用いた審査と三段階審査を用いた審査が手法として本質的に異なるとは言えないように思われる<sup>45)</sup>。

---

41) 駒村・前掲注(25) 41頁。

42) See, Michael C. Dorf, *Incidental Burdens on Fundamental Rights*, 109 HARV. L. REV. 1175 (1996). 判例としては、最高裁が、国法上の義務に関して信教の自由に基づく免除が問題になる場合に、それまでは厳格審査の基準を用いて審査していたのに対して、信教の自由しか問題にならない場合には、そうした国法上の義務を課す規制は一般的には信教の自由の行使を狙い撃ちにした規制ではないため合理性の基準による審査で足りるとして物議をかもした *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)が、良かれ悪しかれ、典型である。

43) Schauer, *supra* note 26, at 54; Kumm & Comella, *supra* note 34, at 276.

44) Gardbaum, *supra* note 13, at 807; Gardbaum, *supra* note 27, at 426.

45) 高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報61巻12号（2009年）1頁、6頁も同様な認識を示している。

### 3 違憲審査基準と比例原則

むしろ、違憲審査基準と比例原則の異同の方が注目される。わが国で三段階審査を応用しようとする論者の間では違憲審査基準は比例原則に対応すると考える論者が多い。たとえば、渡辺康行は、「違憲審査基準とは、この正当化の段階で位置を占めるものである」<sup>46)</sup>としているし、小山剛も「アメリカに依拠した審査基準」は比例原則が主として問題となる「制限を正当化するための要件が充足されているかを審査する」段階で生じる問題であるとしている<sup>47)</sup>。この点は、アメリカでも同様な認識に立つ論者が支配的である。たとえば、アメリカにおいて比例原則と厳格審査の基準の異同が問題にされるのはそうした認識の現われであると思われる<sup>48)</sup>。

厳格審査基準を含めて違憲審査基準は利益衡量の手法だと解されており、比例原則も利益衡量の手法である点で共通性を有する。同じ利益衡量の手法として違憲審査基準と比例原則に違いが考えられるとすれば何か。違憲審査基準では厳格度の違った審査があるのに対して比例原則ではそれがないように思われるかもしれないが、そのようなことはない。比例原則においても「審査密度」が問題になり、違憲審査基準と同様に、侵害される権利の重要性に応じて「多様な審査密度」<sup>49)</sup>が想定されている。その意味では、「比例分析は、……権利は規制による介入から個人の行為の領域を保障する絶対的な切り札ではないにしても、提示される制約の正当化事由が十分にやむにやまれぬ場合のみ凌駕されうる、他の利益よりは強力な利益であることを含意している」<sup>50)</sup>。このように比例原則も「シールド」としての権利観に基づいており、比例原則も、違憲審査基準と同様に、憲法上の権利や価値にウェイトを置いた利益衡量を可能にするものであり、その意味で違憲審査基準と同様に「権利の優位性テーゼ」の一つのヴァージョンだと考えられる<sup>51)</sup>。

46) 渡辺康行「コラム：自由権に関する3段階審査」木下智史・村田尚紀・渡辺康行編『事例研究憲法』（日本評論社、2008年）152頁。

47) 小山剛「審査基準論と三段階審査」Law School 研究14号（2009年）124頁。

48) Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1295-1297 (2007).

49) See, Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L. J. 174 (2006).

50) Jackson, *supra* note 32, at 849.

むしろ違憲審査基準と比例原則の最大の違いは、裁判官による利益衡量の枠づけ方にあるように思われる。この点ではスウィートの指摘が示唆的である。前述したように、スウィートは、比例原則の方が違憲審査基準よりも優れているとする論者であるが、彼がそう考える一つの理由は、階層化された違憲審査基準の融通の無さにあり、それに対して比例原則は「裁判所がそれぞれの主張の特定の事情を勘案して審査の厳格さを調整することを可能にする」<sup>52)</sup>点にある。その際、彼は、こうした「アプローチはアメリカ法にとって無理な逸脱ではない。マーシャル裁判官やスティーブンス裁判官がかつて同じことを平等保護の主張に対して提案していた」<sup>53)</sup>と指摘している。このマーシャルやスティーブンス裁判官の主張は、ガンサーが「多様な要素を考慮に入れたスライディング・スケール分析」<sup>54)</sup>と呼んで以降、アメリカでは「スライディング・スケール・アプローチ」としてよく知られるものである。平等保護の領域において、規制の憲法適合性を審査するのに合理性の基準と厳格審査の基準という異なった厳格度を有する二つの基準しか存在せず、しかもこの二つの審査基準が、一方を用いれば立法は合憲となり、他方を用いれば違憲となる、という機械的、硬直的な形で用いられていたウォーレン・コートの雰囲気や冷めやらぬ1970年のある判決の反対意見において、マーシャル裁判官は、こうしたありようを批判して、「法の背後にある事実と状況、州が保護すべきだと主張する利益、分類によって不利益を受けている人々の利益」<sup>55)</sup>を考慮すべきであると主張した。この主張は、その後の一連のマーシャルの意見の中<sup>56)</sup>で繰り返される。マーシャルによれば、「長い間、私は、平等保護が問題になる事件において用いられるべき審査のレベルは『不利に扱われる利益の憲法上および社会的な重要性と、特定の分類がなされる際に依拠した根拠の

---

51) Kumm, *supra* note 8, at 148.

52) Sweet, *supra* note 40, at 70.

53) *Id.*

54) Gerald 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, 17-18(1972).

55) *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471, 521(1970) (Marshall, J., dissenting).

56) *See, e.g., San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 70-133 (1973) (Marshall, J., dissenting); *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438, 454-62 (1977)(Marshall, J., dissenting); *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 337-48 (1980)(Marshall, J., dissenting).

不快さがどの程度かによって異なるべきであると考えてきた』<sup>57)</sup>、「法廷意見は平等保護に関して原理に基づく判決を出すという課題に対して全く誤ったやり方でアプローチしている。平等保護に関する当事者の主張がどのような形式のラベルの下で審査されるかは、問題となっている利益が何か、社会が当該分類をどの程度不快なものとするか、それを認めるかを注意深く認定することほどには重要ではない」<sup>58)</sup>。スライディング・スケール・アプローチとは、違憲審査基準とは異なって、審査基準を二つないし三つに階層化するのではなく、「基準のスペクトル (spectrum of standards)」<sup>59)</sup>を構想して、個々の事例に即して審査の厳格度に無数のヴァリエーションをもたせて利益衡量を行おうとするものである。規制される権利が重要で制約の度合いが厳しければ厳しいほど厳密な正当化が求められ、他方で規制によって守られるべき政府の利益が重要であればその分求められる正当化の度合いが弱まる比例原則は、まさにスライディング・スケール・アプローチと酷似しているように思われる。違憲審査基準が、審査基準を階層化することで、裁判官による利益衡量を枠づけようとするのに対して、比例原則はこうした形での枠づけを拒否して個別の事例の事情に即した裁判官による利益衡量を可能にする。

わが国においても、高橋和之は、比例原則について、「私自身が従来考え、理解してきたところでは、比例原則というのは基準なしの利益衡量論という気がしています。実はアメリカでも、そういう議論はあるのです」として、スライディング・スケール・アプローチを挙げている<sup>60)</sup>。アメリカにおいて「比例原則の採用を主張する」<sup>61)</sup>スウィートと、「今日の日本で参照すべきは、ドイツよりもアメリカではないかと私自身は考えている」<sup>62)</sup>と述べる高橋和之が、共に比例原則とスライディング・スケール・アプローチの間に親和性を見出し、そこに比例原則と違憲審査基準の違いを見出しているのは偶然ではない<sup>63)</sup>。

57) *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc.*, 473 U.S. 432, 460 (1985)(Marshall, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part)(quoting *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 99 (1973)(Marshall, J., dissenting)).

58) *Id.* at 478.

59) *Rodriguez*, 411 U.S. at 98 (Marshall, J., dissenting).

60) 高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義2009年7月号111頁。

61) Sweet, *supra* note 40, at 82.

62) 高橋・前掲注(45) 14頁。

#### 4 アメリカにおける「利益衡量」というイメージ

見てきたように、違憲審査基準と比例原則とでは、審査の厳格度に関して階層化された段階を設けるか、それとも階層化された段階を設けずに事例ごとに審査の厳格度を考慮するかという重大な違いがある。しかしながら両者とも利益衡量によって憲法上の権利の制約の合憲性を判断しようとする方法を根幹において共有している。その点に注目すれば、「われわれは憲法的な利益衡量の時代に生きている。ニュアンスや法理の違いを——当面の目的のために——捨象すれば、アメリカだけでなく、現在の憲法システム全般に渡って、利益衡量は権利の分析の構造の共通の特徴である」<sup>64)</sup>と言える。あるいは、利益衡量と目的・手段審査を用いて憲法上の権利の制約の合憲性を判断するという方法は、グローバルに普及しており、「属としての憲法分析 (generic constitutional analysis)」を構成している<sup>65)</sup>と言ってもいいかもしれない。

しかし、それでもなおヨーロッパとアメリカでは利益衡量ということに対する抵抗感が大きく異なっているように思われる。スウィートは、「憲法上の権利の審査になると、アメリカの裁判所は利益衡量という問題を抱えている。裁判所は、そもそも利益衡量を行うべきなのかどうか、利益衡量を行う場合いつどのようにして行うべきか、といった権利の審査における利益衡量の適切な役割について深刻な意見の対立が存在している」のに対して、「他国では様相は全く異なっている。アメリカとは対照的に、世界中の法システムにおいて憲法判断をなす裁判所は、権利の主張を裁定するのに、その核心部に利益衡量を有する分析手続である

63) 高橋については、同7-13頁。青井・前掲注(25) 73頁は、「スライディング・スケール論のような比例原則ではなく、利益衡量の基準を予め設定する方が、裁判官の主観による恣意的で予測可能性のない裁判を防止するに適していると考えるのが高橋説である」としている。また、高橋以外では、君塚・前掲注(25) 24頁も「比例原則」とスライディング・スケールの類似性を指摘している。また、山本龍彦が、三段階審査の導入によって失われるのは「正当化段階における『段階』(定式化された階層)である」と指摘しているのも同じ趣旨であろう。山本龍彦「三段階審査・制度準拠審査の可能性——小山剛著『「憲法上の権利」の作法』を読む」法律時報82巻10号(2010年)102頁。

64) Stephen Gardbaum, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing*, UCLA School of Law Research Paper, No.09-09(2010), at 1, available at <http://ssrn.com/abstract=1345348>. もちろん、この表現は、明らかに、Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L. J. 943 (1987)からインスピレーションを得たものだと考えられる。

65) David S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 MINN. L. REV. 652, 687-98 (2005).

比例性分析という方法を用いる点で一致している」<sup>66)</sup>としている。

おそらく、こうした利益衡量に対するアメリカの警戒感は、利益衡量にまつわるアメリカ憲法の独特な歴史に由来すると考えられる<sup>67)</sup>。

アメリカの憲法史において利益衡量が前面に押し出されるのは二つの時期である。第一は、アメリカにおいて利益衡量論が登場する革新主義期である。ドイツの自由法運動の影響を受けてアメリカにおいて利益衡量論を本格的に展開した論者がロスコー・パウンドである。周知のように、当時のアメリカはいわゆるロックナー期と呼ばれ、労働者の最低賃金や最大労働時間を規制するなど経済的弱者を保護するための政府による市場への規制立法を、保守的な連邦最高裁が、「契約の自由」を保障する修正14条のデュー・プロセス条項に反するとする「実体的デュー・プロセス」論を武器にして次々と違憲としていた——典型がLochner v. New York判決<sup>68)</sup>である——時代である。当時、「実体的デュー・プロセス」論は、政府の存在に先行し、政府の行動を制約する「自然権」思想と結びついて成立していた。

こうした状況の中で、パウンドは「あらゆる自然法理論は全く個人的で恣意的な性格」<sup>69)</sup>を有しており、「法理学においては、……自然権という法理全体が完全に放棄されてきた」<sup>70)</sup>とし、「自然権」思想を攻撃して革新主義の立場から政府の規制を正当化するためにパウンドが展開したのが、社会学的法学（sociological jurisprudence）であり、その中核に置かれたのが利益衡量論であった<sup>71)</sup>。パウンドは、「権利」とは法によって認められた「利益」に過ぎないと主張した。イェーリングにならって、パウンドは、「利益」を、個人的利益、公的利益、社会的利益の3種類の利益に分類する<sup>72)</sup>が、彼が重視したのは社会的利益であった。パウ

66) Sweet, *supra* note 40, at 2-3.

67) もちろん、それ以外にも国家に対する見方の違いなどといった原因も考えられる。こうした点については、Cohen-Eliya & Porat, *supra* note 26, at 387-413; Iddo Porat & Moshe Cohen Eliya, *American Balancing and German proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L J. CONST. L. 263 (2010)を参照されたい。

68) 198 U.S. 45 (1905).

69) Roscoe Pound, *Common Law and Legislation*, 21 HARV. L. REV. 383, 393 (1908).

70) David Wigdor, ROSCOE POUND: PHILOSOPHER OF LAW (Greenwood, 1974), at 276 (quoting a letter of Roscoe Pound to John Rothschild, 26 Feb. 1921, Roscoe Pound Papers, Harvard Law School Library).

ンドによれば、「法が個人的利益を保障するのは、それを保障することが社会的利益につながるからであり、またその限りにおいてである」<sup>73)</sup>。こう述べることでパウンドは「個人的利益」しか語らない「自然権」としての「契約の自由」論を権利論として葬り去った。

注意すべきは、パウンドの利益衡量論のラディカルさである。パウンドの利益衡量論は「二重の基準」論や「表現の自由の優越的地位」論以前の段階にある。パウンドの議論は、表現の自由が「社会的利益」を有することまでは承認する<sup>74)</sup>ものの、それは表現の自由の「優越的地位」まで認めるものではなかった。パウンドの利益衡量論を引き継いで、その土俵の上で「表現の自由の優越的地位」論をはじめて構築したのはチェイフィーである。パウンドの関心は、あくまでロックナー期にあって最高裁によって手厚く保障されていた経済的自由をその地位から引きずりおろすことにあり、そのためにあえて表現の自由と経済的自由を区別せず「自然権」としての地位を権利一般から剥奪した。

もちろん、このあと「二重の基準」論や「表現の自由の優越的地位」論が確立し、先にみたように、利益衡量論は、違憲審査基準の中に憲法上の権利や価値にウェイトを置いた衡量として存続することになる。しかし、「こうした脆弱な登場はアメリカ憲法における利益衡量の使用を枠づけ続けている」<sup>75)</sup>と言われるように、アメリカにおいて利益衡量という言葉には、権利の保障を弱め、司法の自己抑制を導くのではないかとの暗いイメージが付きまとっている。

アメリカにおいて利益衡量が前面に押し出された第二の時期は、周知のように

---

71) 以下につき、詳しくは、阪口正二郎「ロスコー・パウンドと表現の自由」『時岡弘先生古稀記念論集 人権と憲法裁判』（成文堂、1992）183頁以下、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』——『自己統治』と『自律』の間」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2009年）48-54頁を参照されたい。また、パウンドの議論を含めてアメリカにおけるこの時期の利益衡量論のまとまった研究として、藤坂龍司「アメリカにおける利益衡量概念の源流（1-2・完）」神戸大学六甲台論集38巻3号（1991年）93頁以下、39巻1号（1992年）144頁以下がある。

72) Roscoe Pound, *A Survey of Social Interests*, 57 HARV. L. REV. 1, 1-2 (1943).

73) Roscoe Pound, *The Philosophy of Law in America*, 7 ARCHIVE FÜR RECHTS-UND WIRTSCHAFTPHILOSOPHIE 213, 385, 399 (1913-14).

74) Roscoe Pound, *Interests of Personality*, 28 HARV. L. REV. 445, 453 (1915).

75) Cohen-Eliya & Porat, *supra* note 26, at 395.

1950年代のマッカーシズム期である。この時期の利益衡量論は個別的利益衡量（ad hoc balancing）論であり、代表的な論者はフェリックス・フランクファーターである。フランクファーターは、「個別的利益衡量」論を武器に「絶対主義」との論争を展開した<sup>76)</sup>。1940年に成立したスミス法は、悪名高い1798年の煽動規制法以来、初めて連邦レベルで平時における煽動を規制する法律であったが、1948年に共産党幹部がスミス法によって起訴された。「明白かつ現在の危険基準」を骨抜きにした1951年の判決<sup>77)</sup>において、フランクファーターは同意意見を執筆した。その中で彼は、絶対主義者として知られるミクルジョンの議論を取り上げて<sup>78)</sup>、「絶対的なルールは絶対的な例外を必然的に招くことになり、やがてそうした例外が原則を腐食する。民主主義社会における言論の自由の要求も国家の安全に関する利益も、非ユークリッド的な問題を解決するにはあまりにも柔軟性のないドグマを宣言することによってではなく、司法過程の範囲内で相対立する利益を率直かつ洗練された形で衡量することによってこそよく実現できる」<sup>79)</sup>との立場を表明した。革新主義期とマッカーシズム期では政治的状况が全く異なる。革新主義期には保守的であったのは最高裁であるが、マッカーシズム期に保守的であったのは主として立法府と行政権である。革新主義期における利益衡量論の標的は保守的な考え方を有し、積極的に司法審査を行使する連邦最高裁であったのに対して、マッカーシズム期におけるフランクファーターの利益衡量論はリベラル派の絶対主義を標的とし、司法の自己抑制によって保守的な連邦議会や連邦執行権を擁護することを狙いとしている。しかし、それでもフランクファーターが展開した利益衡量論は、権利の絶対性を攻撃し、司法の自己抑制を主張する点でまさに革新主義期の利益衡量論の論理を忠実に継承している点に注目すべきである。

かくしてこの時期においても利益衡量にはDennis判決の悪名と共に負のイ

76) この点については、山口和秀「アメリカにおける表現の自由と利益衡量論」岡山大学法学会雑誌20巻3号（1971年）59頁以下が詳しい。

77) Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

78) フランクファーターが取り上げたのは、Alexander Meiklejohn, FREE SPEECH AND ITS RELATIONSHIP TO SELF-GOVERNMENT (Harper & Brothers, 1948)である。

79) Dennis, 341, at 524-525 (Frankfurter, J., concurring).

メッセージが付与される。ホーウィッツは、「この明白な誤用により、市民的自由が問題になる訴訟における利益衡量というテストは、リベラル派の裁判官の間で当然のことながら悪い評判を獲得し、ウォーレン・コートにおける裁判官たちの意見は利益衡量というテストに対する怒りに満ちた批判で溢れている。もしもより多くの感受性と勇気をもって適用されていれば、利益衡量というテストは、不合理さを回避するために最終的には言論と行動の間の『明確な境界線』という、およそ非現実的なものに依拠せざるを得ないブラック裁判官のドグマ的な絶対主義よりもはるかに首尾一貫した方法論を提供しえたかもしれない<sup>80)</sup>として、ランクファーターの利益衡量論が利益衡量という方法に及ぼした不幸な影響を指摘している。実際、ウォーレン・コートについて、「最高裁が『厳格審査』と『合理性審査』の二つのマストに自らを縛りつけたのはまさにスライディング・スケールという魔女セイレンの呼びかけに抵抗するためであった<sup>81)</sup>との指摘や「もちろん、かつては修正1条に対する一般的なアプローチとして利益衡量が最高裁の多数派を満足させるに十分であった時期があった。しかし、少なくとも後期においては、それはウォーレン・コートの態度ではなかった。オブライエン判決が下されたまさにその時期に、最高裁は一般的な利益衡量アプローチに満足してはいないことを明らかにした<sup>82)</sup>との指摘が存在する。比例原則と違憲審査基準の異同を論じるジャクソンが、最終的には「デニス判決という、言論の自由を過小にしか保護しないという点で、現在では誤った判決であるとみなされるものをもたらしたのがデニス判決における利益衡量というテストの使用であったのかどうかはおよそ明らかではない」という見解を示しながらも、「『比例性』分析を考慮すべきだとする『比較憲法に好意的な人々 (comparativist)』の挑戦は、部分的には利益衡量に依拠する『比例性』分析のようなアプローチの法理論的な弊害を証明するために、たとえば修正1条に関わるケースが『利益衡量』分析を採

---

80) Morton J. Horwitz, *THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE: A CRITICAL ISSUE* (Hill & Wang, 1998), at 68.

81) Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Role of Categorization and Balancing*, 63 U. COLO. L. REV. 293, 296 (1992).

82) John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Role of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1490-91 (1975).

用したアメリカ憲法史における以前の時期を想起させるかもしれない」<sup>83)</sup>との懸念をいちおう表明せざるを得ないのもこうした事情による。

## 5 「切り札」としての権利——利益衡量を超えて

さて、ヨーロッパ流の比例原則を用いる審査もアメリカ流の違憲審査基準を用いる審査も、利益衡量を本質とするという共通点を有している。両者は違いもあるが憲法上の権利や価値にウェイトを置いた形の利益衡量をなすことを可能にする点では同じである。権利が共通善や集合的な利益など社会全体の利益と対立する場合、権利は絶対的な保障を受けるわけではなく、対立する利益との衡量に服するが、比例原則や違憲審査基準を用いた衡量においては、一定厳密な審査密度や審査基準を用いることで、権利は衡量の際に一定の特別な重さを持って遇されることになる。こうした場合、比例原則を用いる審査も違憲審査基準を用いる審査と同様に、「シールド」としての権利観に立脚していると言える。この場合、「権利の優位性テーゼ」と整合するが、「シールド」としての権利観に依拠する以上、ここでの「権利の優位性」はあくまで量的な優位性を示すものにすぎない。

しかしながら「権利の優位性テーゼ」の解釈としては別の解釈の余地がありうる。それはテーゼの質的な解釈であり、利益衡量を拒否するドゥオーキンの「切り札」としての権利論はその典型である。ドゥオーキンによれば、「個人の権利と社会全体の要求の間で衡量する」というモデルは、「大半の素人および法律家の間で好意的に受け止められており、公共の利益と個人の主張を衡量するというメタファーはわれわれの政治的、司法的レトリックにおいて確立されており、このメタファーはそのモデルに親しみと魅力を与えている。しかし、それにもかかわらず、この最初のモデルは、一般に重要だとみなされている権利に関しては誤っており、この利益衡量というメタファーこそがその誤りの核心である」<sup>84)</sup>。ドゥオーキンは、「人権をコスト・ベネフィット分析にしたがって計算するのは不合理である」<sup>85)</sup>と主張する点で、利益衡量論と真っ向から対立する。

83) Jackson, *supra* note 31, at 619-20.

84) Dworkin, *supra* note 6, at 197-98 (木下毅・小林公・野坂泰司訳『権利論(増補版)』(木鐸社、2003年) 263-64頁)。

ドゥオーキンの議論の第一の特徴は、反功利主義的、反利益衡量的ではあるが、単純に功利よりも権利が重要であるという考え方をとらないことである。彼の「切り札」としての権利論の正当化は、功利主義自体が「切り札」としての権利を認めないと政治理論として魅力を欠くはずだ、というものである。ドゥオーキンによれば、功利主義とは、政治の目的はできるだけ多くの人々の生活の目標を可能な限り実現することにあると考える政治理論であるが、功利主義が魅力を有するのは、功利主義が平等という要素をその最深部に組み込んだ考え方であるからである。功利主義は誰の選好も他者の選好より価値がないとは考えず、各人の選好を対等なものとして取り扱うから魅力を有する<sup>86)</sup>。しかし、そうだとすれば、功利主義は「切り札としての権利」を必要とするとドゥオーキンは主張する。功利主義は、たとえば、詩作にふける人生を最も善き人生だと考える選好と、愛する彼・彼女と暮らす人生を最も善き人生だと考える選好の間では中立的でありうるが、ある生き方に関する選好は他の生き方に関する選好より優先的に取り扱われるべきであるとか、ある生き方に関する選好は道徳的に誤っているから他の選好より不利に取り扱われるべきであるといった選好に対しては中立的ではありえない。後者の選好は功利主義の平等主義的な性格を否定するような選好だからである<sup>87)</sup>。たとえば、ナチスは、アーリア人は人種的に優れており、ユダヤ人は劣っているという立場に立っていたが、「中立的な功利主義者は、首尾一貫性を理由に、彼が他の種類の選好に対してとるのと同様に政治的に中立的な態度をナチスの政治的選好に対してとることは許されない」<sup>88)</sup>。功利主義は功利主義の前提に対立する選好にまで中立的であるべきではない。ドゥオーキンによれば、「仮に功利主義が魅力的に機能する政治理論の一部として立ち現れようとするのであれば、フォーマル、インフォーマル両方の種類の政治的選好を排除することによって、功利主義がカウントする選好を制限するように限定されねばならない。この

---

85) Ronald Dworkin, *It is absurd to calculate human rights according to a cost-benefit analysis*, THE GUARDIAN, May 24, 2006.

86) Dworkin, *supra* note 6, at 275 (邦訳69頁); Ronald Dworkin, A MATTER OF PRINCIPLE (Harvard U. Pr., 1985), at 360-61.

87) Dworkin, *supra* note 86, at 360-63.

88) *Id.* at 362.

制約を達成する一つの非常に実際的な方法を、無制約の功利主義に対して切り札として機能する権利という考え方が提供する」<sup>89)</sup>。

このように、ドゥオーキンの権利論の特徴は、功利主義をいちおうの前提にしながら功利主義の前提を確保するために「切り札」としての権利を配置する点にある。ドゥオーキンによれば、政治理論としての功利主義の前提にあるはずのものが、「政府は、統治する者を、痛みや不満を有する人間として配慮を持って取り扱い、自分がどのような人生を生きるべきかについての考え方を形成し、それに基づいて生きることができる人間としての尊重を持って取り扱わねばならない」という考え方である。この「平等な配慮と尊重 (equal concern and respect)」という「リベラルな平等についての考え方」<sup>90)</sup>がドゥオーキンの権利論の支柱を形成している。

ドゥオーキンの権利論のもう一つの特徴は、この「平等な配慮と尊重」が否定され、「切り札」としての権利が発動されねばならない局面が、政府の行為の帰結ではなく、政府の行為の正当化理由の中に求められていることである。この点をドゥオーキンの表現の自由論で見ておくことにしよう。

ドゥオーキンは、表現の自由を正当化するには、主として、二種類の方法があると考え<sup>91)</sup>。一つは、手段主義的な正当化 (instrumental justification) であり、これは表現の自由を保障することで真理がもたらされるとか、民主的な政治過程がうまく機能するといった、表現の自由を保障することによってもたらされる帰結に注目して表現の自由を正当化しようとする議論である。もう一つは、構成的な正当化 (constitutive justification) であり、これは、「表現の自由に価値があるのは、それがもたらす帰結のためではなく、政府が、判断能力を欠く者は別にして、全ての成人の構成員を責任ある道徳的主体 (responsible moral agents) として取り扱うことが、正義に適った政治社会の本質的で『構成的』な特徴であるからである」とする正当化論である。ドゥオーキンは、この二つの正当化論は

89) *Id.* at 364. ドゥオーキンによれば、功利主義を最もよく体現する民主主義では、功利主義自体に反する選好を排除できない。Dworkin, *supra* note 6, at 276 (邦訳71頁)。

90) Dworkin, *supra* note 6, at 272-73 (邦訳65頁)。

91) Ronald Dworkin, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (Harvard U. Pr., 1996), at 199-200 (石山文彦訳『自由の法』(木鐸社、1999年) 258-59頁)。

「相互排他的」ではないとするものの、手段主義的な正当化論では、場合によっては表現の自由の制約が正当化される点で「より脆弱」であり、しばしば政治的言論の保障の正当化にとどまることが多い点で「より限定的」であるとして、手段主義的な正当化論よりも構成的な正当化論を重視している<sup>92)</sup>。

ドゥオーキンにおいて「切り札」としての権利の発動が政府の行為理由に基づくものであることは、構成的な正当化論を見ればよく分かる。ドゥオーキンによれば、そもそも、ある社会が正義に適った政治社会であるためには、当該社会は人々を責任ある道徳的主体として取り扱わねばならず、それは表現の自由の保障との関係で、次の二つのことを要請する。①人が責任ある道徳的主体であるためには、人生や政治において何が善で何が悪かについて、また正義や信仰に関わる事柄について何が正しく何が誤っているかについて、自分自身で判断できなければならない。したがって、人々がある意見を聞くと、危険または不快な信条を抱くようになるかもしれないという理由で、政府がその意見を聞くか否かの判断を人々に委ねることはできないとするのは、市民を侮辱し、市民の道徳的な責任主体性を否定することになる。②人が道徳的な責任主体であるためには、人は自由に意見を述べることを認められねばならない。当該信条から見てその人は社会の参加者として相応しくないという理由で、政府が人々に対して信条の表明を禁止することも、やはりその人を責任ある道徳的主体として取り扱っていないことになる。人が責任ある道徳的主体でありうるためのこの二つの属性の何れかを否定するような政府はそもそも権力を行使する「正統性」を有さない<sup>93)</sup>。

この人が責任ある道徳的主体でありうるための二つの属性は、前述の人が「平等な配慮と尊重」を持って取り扱われることの言い替えである。ドゥオーキンからすれば、政府が正統性を有するためには、市民を「平等な配慮と尊重」を持って取り扱わねばならず、これを確保するために「切り札」としての権利が存在している。そして①と②は、何れも政府がどのような理由で規制をなすかに注目している。政府がどのような規制をなすかではなく、政府がどのような理由で規制をなすかが決定的に重要なのである。ありていに言えば、ドゥオーキンにとって、

92) *Id.* at 201 (邦訳260頁).

93) *Id.* at 200 (邦訳259頁).

政府がそもそも市民に対して正統性を主張しうるのは、政府が市民を責任ある道徳的主体として「平等な配慮と尊重」を持って取り扱う場合であり、このことを否定するような理由で政府が行為する場合にはじめて「切り札」としての権利が発動されるのである。

この点に関して、わが国で「切り札」としての権利論を展開している長谷部恭男もドゥオーキンの議論を忠実に継承していると思われる。長谷部も、「『切り札』として働く権利であるためには、いかなる個人であっても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うであろうような、そうした権利でなければならない。そのような権利の核心にあるのは、個人の人格の根源的な平等性であろう。他人の権利や利益を侵害しているからという『結果』に着目した理由ではなく、自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由に基づいて否定され、干渉されるとき、そうした権利が侵害されているといいうる。この種の制約は、その人を他の個人と同等の、自分の選択に基づいて自分の人生を理性的に構想し、行動しうる人間としてみなしていないことを意味する」<sup>94)</sup>と述べているからである。

現在の社会においては、人によって何が善き生かは異なり、意見の一致は存在しない。信じる信仰にしたがって一生を送ることも、恋人と生きる人生も、それを比較する物差しが存在しない以上、比較すること自体が無意味であるかもしれない。政府が一つの生を善き生だとしてこれを市民に押し付けることにはそもそも正統性がない。政府は可能な限り多様な善き生の構想から中立性を確保して行動しなければならない。これが反パーフェクショニズムという意味でのリベラリズムの考える「国家の中立性」であり、それは国家の行為の影響や効果などその帰結の中立性を求めるものではなく、国家の行為の正当化理由の中立性を求めるものである<sup>95)</sup>。

ウォルドロンが指摘しているように、ドゥオーキンの権利論は、「ある種の理

94) 長谷部恭男『憲法（第4版）』（新世社、2008年）118頁。長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）79頁も同旨。

95) この点については、阪口正二郎「『リベラリズム憲法学と国家の中立性』序説」法律時報72巻12号（2000年）97頁以下を参照されたい。

由は政治から排除されねばならず、『切り札』という言葉はそうした排除された理由が裏からこっそり侵入することを認めないという決定を表明している」<sup>96)</sup>。こうした政府の行為理由に注目する議論は、ジョゼフ・ラズが「排除的理由(exclusionary reason)」と呼ぶ考え方である<sup>97)</sup>。ラズによれば、われわれは実際的な紛争を解決するのに「相対立する理由のそれぞれの相対的な強さやウェイトを評価し、それらを衡量したうえで何をなすべきかを決定する」<sup>98)</sup>のが普通である。これはまさに利益衡量によって紛争を解決しようとするものである。しかし、ラズによれば、利益衡量以外の解決方法もある。ラズは、利益衡量が当てはまらない三つの事例を挙げている<sup>99)</sup>。第一はアンの事例である。アンが激務を終えて帰宅したところ友人から有利な投資話を電話で持ちかけられる。友人の話では申し込む場合には深夜0時までには決断しなければならない。しかしアンは仕事で疲れていて合理的な判断ができるかどうか自信がなく誘いを断る決定を下す。第二はジェレミーの事例である。彼は陸軍の兵士であり、上官から民間の車両の徴発を命じられる。しかしジェレミーの友人は、車両の徴発は利益よりも損害の方が多いので、命令に従うべきではないとの助言を彼に与える。しかし命令は命令であるという理由でジェレミーは上司の命令に従う決定を下す。第三はコリンの事例である。コリンは、妻に対して息子の教育に影響を及ぼす決定に関しては、他のすべての理由を無視して、息子の利益だけを考慮して決定するという約束をする。コリンは息子をパブリック・スクールに通わせるかどうか決断しなければならない。コリンは前々から仕事を辞めて本を書きたいと考えている。しかし息子をパブリック・スクールに通わせることになると学費を捻出するために仕事を辞めるわけにはいかない。またコミュニティではコリンは影響力を有しており、コリンのなす決定はパブリック・スクールの学費を捻出できそうにない他の親にも影響を及ぼす。しかしコリンは妻との約束に基づいてこれらのことを考慮しないで決定する。

96) Jeremy Waldron, *Piled on Dworkin's Theory of Rights*, 29 J. LEGAL STUD. 301, 303 (2000).

97) この点については、青井未帆「演習憲法」法学教室355号(2010年)116頁以下も本稿と同じ理解を示している。

98) Joseph Raz, PRACTICAL REASON AND NORMS (Princeton U. Pr., 1990), at 35.

99) *Id.* at 37-39.

ラズによれば、これらの決定は利益衡量に基づくものではない。アンは疲れているということを理由にして投資が有利かどうか投資に関する様々な事情を衡量することを拒否している。疲れているかどうかは投資が有利なものかどうかの衡量とは無関係である。コリンの場合の約束という理由も、子どもをパブリック・スクールに通わせるべきかどうかの衡量とは無関係である。アンの疲労、ジェレミーの部下という立場、コリンの約束は何れも、投資するかどうか、車を徴発すべきかどうか、息子をパブリック・スクールに通わせるかどうかという一次レベルの決定に関する様々な理由とは独立して、一次レベルの決定において一定の理由を考慮しないことを求める二次レベルの理由として機能している。これがラズが「排除的理由」と呼ぶものである<sup>100)</sup>。ラズの「排除的理由」は必ずしもすべての紛争や衝突の解決が利益衡量によらなければならないわけではないことを示している<sup>101)</sup>。「切り札」としての権利論はこうした発想に基づくものである。

## 6 結びに代えて

このように見れば、憲法上の価値にウェイトを置いた利益衡量の枠組みを示すものとして違憲審査基準や比例原則を理解する伝統的な見方は、「シールド」としての権利観には適合的であっても「切り札」としての権利観とは適合しないことが分かる。伝統的な見方では、「権利の優位性テーゼ」のうち、反集合主義と反帰結主義はある程度取り込めても反パーフェクショニズムという要素を取り込めない。「排除される理由という思想は、比例性のみを焦点を当てるリベラルな憲法実践のある種の核心にある構造的特徴が曖昧にしがちなものを浮かび上がらせる」<sup>102)</sup>と言われるのはそのためである。

しかし、そのことは違憲審査基準や比例原則に関する伝統的な見方の問題点を示すものであって、違憲審査基準や比例原則がドウオーキンの「切り札」とし

100) *Id.* at 39.

101) Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, 27 CARDOZO L. REV. 1393 (2006).

102) Kumm, *supra* note 8, at 146.

ての権利論を取り込めないことを意味するものではない。先に見たように、「切り札」としての権利論は政府の行為理由に着目して一定の正当性のない行為理由を排除するものである。しかし、今日、政府が正当な理由を正面から掲げて規制することはおよそ考えにくい。むしろ、そうした場合に政府はそうした理由を隠そうとするはずである。この場合、正当でない立法目的を暴き出すか、あるいは正当でない目的を追求しにくくするものとして、一定厳格な違憲審査基準を用いた審査や統制密度の高い比例原則を利用可能である。この場合、立法目的の審査は、立法目的自体を直接審査するという形をとることはない。「厳格審査」基準や「厳格な合理性」の基準は、立法目的それ自体の審査と手段審査から構成されている。この厳格な手段審査を「目的審査」として代用するのである。たとえば、政府は違憲な目的P2を追求するために規制R1をなしたとする。この場合、目的P2は違憲な目的である以上、表立って政府は掲げるわけにはいかない。政府はそれ自体は正当だが偽の目的P1を掲げて規制R1を行わざるを得ない。しかし、この場合に「厳格審査の基準」を適用して目的P1と手段R1の間の適合性を厳格に審査し、たとえば、目的P1を達成するより制限的ではない手段R2の存在が明るみにできれば、それは規制R1の目的は掲げられたP1ではなく、隠れたP2ではないかということを示す。規制R1が目的P1との関係で過少包摂であるという場合も同じである。同じ程度の弊害を有する行為が規制の対象を免れているということは、規制目的の信憑性を著しく損なう。このようにして「厳格審査の基準」を適用して手段審査を厳格に行えば、目的の怪しさが浮かび上がる。「厳格な合理性」の基準を用いた場合も、程度の差こそあれ、一定厳密に目的と手段の適合性を要求することで同じ機能を果たしうる。もちろん、比例原則であっても、目的と手段の間の適合性を一定厳密に要求すれば同じことである<sup>103)</sup>。

したがって、「切り札」としての権利論を既存の違憲審査基準や比例原則と整合させることは容易である。むしろ「切り札」としての権利論は、違憲審査基準や比例原則を用いた審査が利益衡量とは異なる機能や役割を果たし得ることを示

---

103) 比例原則でも違憲な目的の燻りだしが可能なことについては、Kumm, *supra* note 8, at 145; Sweet, *supra* note 40, at 82; Jackson, *supra* note 31, at 628; Jackson, *supra* note 32, at 830 n. 82.

すものである。

また、本稿は必ずしも利益衡量論的な「シールド」としての権利論を排除するものではない。「切り札」としての権利論では正統性のない理由で政府が行為することを排除できるものの、それだけに権利の意味が尽きるわけではない。政府が適切な理由で行動していても手段が不適切であるという場合がある。その点では「シールド」としての権利論も有用である。ただ、それは「切り札」としての権利論とは異なったものである。筆者が見るところ、政府の行為理由を統制するものとしての「切り札」としての権利論自体の意味があまりよく理解されないまま通用しているように思われる。時として、「切り札」としての権利論は、権利は対立する利益との衡量において重視されるべきだとする議論として矮小化して理解され、そこで「権利」はあくまで「重視」されるにすぎないものであり、そうしたものを「切り札」と呼ぶのは不適切ではないかとの違和感を感じる。「切り札」としての権利論が、そこに居心地の悪さを感じるのは、そこが量のみを問題にする思考の世界だからである。政府の行為理由を問題にする「切り札」としての権利論は、本来、これとは別種の政府の行為理由という、質を問題にする世界で誕生した考え方であるからである。

「切り札」としての権利論と「シールド」としての権利論という二つの異なった権利論がありうることを自覚し、その上でその相補性を考えるべきだと筆者は考えている。

**【付記】** 本稿は、平成22年度科学研究費補助金基盤研究(C)「憲法訴訟における利益衡量の意義と限界」に基づく研究成果の一部である。