

アレクシーの基本権論と比例性分析論

酒匂, 一郎
九州大学 : 名誉教授

<https://doi.org/10.15017/4485656>

出版情報 : 法政研究. 88 (1), pp.264-222, 2021-07-27. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

アレクシーの基本権論と比例性分析論

酒 匂 一 郎

はじめに

- I アレクシーの基本権論と比例性分析論の概要
- II 基本権の概念をめぐる議論
- III 比例性分析および比較衡量をめぐる議論
- IV 制度論的問題に関する議論

終わりに

はじめに

人々の基本的権利（以下では原則として「基本権」という⁽¹⁾）の保護と制限に関する基準、したがってまた違憲審査の基準として、「比例性原則」（Prinzip der Verhältnismäßigkeit, principle of proportionality）が注目されるようになってすでに久しい。比例性原則による司法審査は、ドイツ連邦共和国憲法裁判所（以下では特に断らないかぎり、「ドイツ連邦憲法裁判所」という）の1950年代の司法実務に始まり、欧州司法裁判所や欧州人権裁判所、欧州諸国の最高裁判所において用いられるようになり、さらに、カナダ、ニュージーランド、イスラエル、南アフリカなどの最高裁判所においても用いられるようになった。それは、「グローバル・モデル、受容されたアプローチ、権利司法の最善の実務的標準」とさえ主張されるよう

(1) 「基本権」はドイツ基本法の「Grundrechte」の訳語として用いられることが多いが、ここでは基本的権利を広く意味するものとして用いる。英語文献では「constitutional rights」という語が用いられることも少なくないが、これにも「基本権」という訳語をあてる。

になっている⁽²⁾。

とはいえ、比例性原則について明確に統一化された見解があるわけではなく、各国裁判所におけるその適用の態様にも重要な違いがある。たとえば、ドイツ連邦憲法裁判所の違憲審査の特徴は「三段階審査」とも呼ばれ、比例性審査はその第三段階に位置づけられる⁽³⁾。第一段階では、基本権の保護範囲が確定され、問題となる市民の行為や請求が保護範囲に属するか否かが判定され、保護範囲に属すると認められるときは、第二段階で、それを制限する法令や決定の目的の正当性が審査され、それが認められるときは、第三段階で目的と手段の比例性が審査される。そして、第三段階の比例性審査では、さらに、目的に照らした手段の合理性、同様に有効でかつより制限的でない手段がないという意味での必要性、そして制限による利益と基本権が被る不利益との比較衡量による狭義の比例性が審査される。これに対して、比例性審査についての他の理解では、それは、目的の正当性、手段の合理性、必要性、そして狭義の比例性という四つの基準による審査として捉えられることも少なくない⁽⁴⁾。後でみるように、違憲判断の後の救済方法についての比較衡量も比例性審査の要素とみる見解もある⁽⁵⁾。また、ドイツ連邦憲法裁判所は狭義の比例性審査に及ぶことが多いのに対し、たとえば、カナダ最高裁判所は必要性審査の段階で決定を下すことが少なくないとされる⁽⁶⁾。

比例性原則による司法審査（比例性審査、比例性分析）は「グローバル・モデル」となりつつあるという主張がある一方で、それに対する批判的異論も根強く、法理論上の活発な論争、まさにグローバルな論争が展開されている。これらの論争において焦点の一つをなしているのが、ドイツの法哲学者で憲法理論家でもあるロバート・アレクシーの基本権理論と比例性分析論である。アレクシーは、彼の1994年の『基本権理論』（Theorie der Grundrechte）以来、ドイツ連邦憲法裁判所の比例性

(2) G. Huscroft, B. W. Miller, and G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 1.

(3) このような理解については、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）参照。

(4) G. Huscroft, B. W. Miller, and G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 2; A. Barak, *A Research Agenda for the Future*, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017, 324-327.

(5) A. Barak, *op. cit.*, 331-332.

(6) Cf. D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, *U. of Toronto Law Journal*, 57, 2007, 384.

審査実務を積極的に評価して、それに理論的な基礎づけを与える議論を展開している。アレクシーは、基本権は密接不可分な仕方では比例性審査を要求するとして、とくに狭義の比例性審査の合理性を根拠づけようとする。

これに対して、比例性審査に対する批判的な異論は、たとえば、比例性審査、とくに狭義の比例性審査は無原則な「比較衡量」(Abwägung, balancing)に陥りやすく、とりわけ、基本権を他の基本権とのみならず集合的利益とも比較衡量することによって、基本権保護を弱体化させると主張する。また、比例性原則が適用できる事例があるとしてもその範囲は限られており、それを一般化することは適切でない、さらに、憲法裁判所（最高裁判所、人権裁判所）の権限を民主的立法権に優先させ、民主主義原則や法の支配原則などに反することになるといった点を指摘する。これらの点に関する論争が法理論的にも重要なものであることはいうまでもないが、論争はそれにとどまらず、比例性原則を支持する論者たちの間でも見解の相違に基づく論争がある。

本稿は、これらの論争のうち、アレクシーの基本権理論と比例性分析論をめぐる法理論上の論争を検討する。⁽⁷⁾まず、アレクシーの議論を概観して（第Ⅰ節）、アレクシーの基本権概念をめぐる議論（第Ⅱ節）、比例性分析及び比較衡量をめぐる議論（第Ⅲ節）、そして比例性審査の制度論的問題に関する議論（第Ⅳ節）を順に検討する。結論を先取りしていえば、アレクシーの議論（批判に対する応答も含め）は基本的には説得的であると思われるが、ドイツ連邦憲法裁判所の三段階審査のうち、第三段階の比例性審査、しかもそのうちの狭義の比例性審査の合理性を理論化することに重点が置かれ、あるいはそこに収斂するかのように見える点で、批判的異論を誘発することになっている。狭義の比例性審査を三段階審査の枠組みに位置づけ直すことによって、比例性審査実務の多様性にかかれた理論構築、しかもたとえばアメリカ合衆国におけるいわゆる審査基準論とも調和しうる理論構築への展望が得られるのではないかと思われる。

(7) 以下では、アレクシーの著作のうち、Theorie der Grundrechte, 1994からの引用箇所については、略号TGRと、7. Auflage, Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 2015の頁数のみを本文中に括弧書きで示す。

I アレクシーの基本権論と比例性分析論の概要

アレクシーの基本権理論は、まず規範を準則 (Regel, rule) と原理 (Prinzip, principle) に区別して、基本権を原理とみなすことに基づく。この区別は基本的に R. ドゥオーキンの区別に依拠するものだが、ドゥオーキンとは異なり、アレクシーは基本権を含む原理を事実的及び法的な可能性のもとで最大限に実現することを要請する命令、「最適化命令」(Optimierungsgebot) と捉える (1)。しかし、アレクシーによれば、基本権はそれを制約する条件を常に伴い、基本権規範 (Grundrechtsnorm) は基本権を宣言するとともに制約条件のもとの保障を言明するという構造をもつ。その意味で、基本権規範は要件と効果の結合という準則の形式をもち、原理性と準則性の二重性をもつものとして捉えられる (2)。そして、基本権規範の適用は基本権とその制約条件との比較衡量を常に要請する。比例性審査の3つの下位段階はいずれも比較衡量によるものとして捉えられる。アレクシーは、ドイツ連邦憲法裁判所の判例に依拠して、狭義の比例性審査における合理的な比較衡量の基準を「衡量法則」として捉え、それを「衡量定式」(Abwägungsformel, weight formula) として形式化してみせる。アレクシーの比例性分析論の核心はこの衡量定式にある (3)。

(1) 準則と原理の区別

準則と原理という規範タイプの区別としては、現代法哲学では R. ドゥオーキンが提起したものがよく知られている。もちろん、原理や原則とみられるタイプの規範の特徴については、以前からドイツにおいても議論がなされてきている。アレクシーは、それらの議論について簡単な検討を加えた上で、基本的にドゥオーキンの区別に依拠しつつ、重要な変更を加えて、自身の見解を展開している。ここでもドゥオーキンの区別と関連づけながら、アレクシーの議論を概観しておこう。

ドゥオーキンにおける準則と原理の区別は、元来は、何よりもハートの実証主義的法理論に対する批判として提起されたものである。周知のように、ハートは『法
の概念』において法体系を基本的に実定的な準則 (第一次のルールと第二次のル
ル) の体系として捉えてみせた。⁽⁸⁾ 準則としての規範は言語的な意味としては「開い

た構造」をもっており、事例がその意味のおおよそ確定した核心部分に入ると認められる場合には、文言の解釈によって適用されるのに対して、意味の不確定な周辺部分に属すると見られる場合には、裁判官は利益衡量に基づく裁量（discretion）によってより意味の確定した新たな準則を創造して、これによって判断する⁽⁹⁾。しかし、ハートはこの後者のようなハードケースにおける法的推論について必ずしも立ち入った説明を与えていなかった。これに対して、ドゥオーキンは、アメリカの判例を援用しながら、そのようなハードケースについても法律家は準則とは異なる原理という形式の規範を考慮して法的に正しい答えを発見しようとするのだ（またそうすべきだ）と指摘した⁽¹⁰⁾。そうした原理規範は必ずしも実定的なものではなく、しかもその内容は多く道徳的な性格のものであることから、この指摘は実定的な準則の体系というハートの実証主義的な法理解に対する鋭利な批判となるとみなされたのである⁽¹¹⁾。

ドゥオーキンの準則と原理の区別は主に次のような点に見られた。第一に、準則は比較的明確な要件に同じく比較的明確な効果を結びつける形式の規範であり、それゆえハートの意味の核心部分に該当する事例の場合のように、包摂によって確定的に（「白か黒か」的に）適用できるのに対して、原理は一般に要件が満たされると効果が自動的に生ずることはない⁽¹²⁾。第二に、準則同士が衝突する場合、つまり同様の要件に相矛盾する効果を結びつける二つの準則がある場合は、どちらかを例外とするか、どちらかが無効とされなければならないのに対し、原理同士が衝突する場合、事例ごとに重みづけによってどちらかが優先するものとされる⁽¹³⁾。第三に、準則は基本的に実定的と捉えられうるのに対し、原理は実定的であるとは限らず、社会の人々の安定した道徳的な信念または確信として抱かれているものであることがある⁽¹⁴⁾。

(8) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, 79-99（矢崎光岡監訳『法の概念』88-108）。

(9) H. L. A. Hart, *op. cit.*, 135, 136, 訳147。

(10) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, 22-28（木下毅・小林公・野坂泰司訳『権利論』14-23）。

(11) R. Dworkin, *op. cit.*, 44, 訳44。

(12) R. Dworkin, *op. cit.*, 24-25, 訳17-19。

(13) R. Dworkin, *op. cit.*, 26-27, 訳20-21。

(14) R. Dworkin, *op. cit.*, 40, 訳39。

アレクシーは、このようなドゥオーキンの準則と原理の区別を基本的に受け継ぎつつ、若干の修正や敷衍を加えて、その違いの要点を次のように説明している。第一に、準則は「[その要求することが] つねに充足されるかいなかのいずれかでしかありえない規範」であるのに対して、原理は「あることが法的小よび事小的な可能性に照らして可能なきり最高度に (im möglichst hohen Masse) 実現されることを命じる規範」である (TGR: 75-77)。その実現は広く開かれた法的小よび事小的な可能性の枠内で最適といえる仕方で行われなければならないということから、アレクシーは原理を「最適化命令」(Optimierungsgebot) と呼んでいる (TGR: 75)。これに対して、準則の場合は、その充足の法的小よび事小的な可能性は法規範によっておおよそ確定しており、その最終的な確定は通常の法解釈方法によることになる。

第二に、準則同士の「衝突」(Konflikt) は、どちらかが失効するというだけではなく、どちらかに例外が付加される仕方、あるいは前法・後法の原則や一般規定・特別規定の原則などによって処理されるのに対し、原理同士の「競合」(Kollision) は「重みづけ」による優先性の判定によって処理される⁽¹⁵⁾ (TGR: 77-81)。アレクシーはこの優先性による処理の規則を「競合法則」(Kollisionsgesetz) と呼んでいる (TGR: 82-84)。すなわち、「原理P1 が状況Cにおいて原理P2に優先し、かつ原理P1から効果Rが生じるならば、状況Cにおいて効果Rが帰結する」という準則形式の法則である。ここでは、優先性の判定の結果は準則形式の推論構造に組み入れられるということに注意が必要である。

第三に、一般的に準則は「確定的な」(definitiv) 命令であり、原理は「一応の」(prima facie) 命令である (TGR: 87f.)。もっとも、準則に例外条項が付されるときはその確定性は弱まってある種の一応性を持ち、原理も優先性に関する論証責任の配分があるときは、それに応じて一応性が弱まる。とはいえ、準則と原理とではその一応性は質的に異なるとアレクシーはいう。準則の一応性は例外が妥当するかいなかによって確定されるのに対して、原理の一応性は対抗的原理との重さに照らした優先関係によって確定されるのである。また、準則は権利の確定的な根拠で

(15) アレクシーは規範の間の矛盾を、準則同士の場合は「衝突」、原理同士の場合には「競合」と、あえて別の言葉で表現している。その処理の仕方の違いを明示する趣旨と思われる。

あるのに対し、原理は権利の一応の根拠にすぎないという点でも、両者は異なる(TGR: 90f.)。さらに、規範の一般性という点では、原理はたしかに高度に一般的であるが、準則にも高度に一般的なものもあるから、この点の違いは決定的なものではない(TGR: 92f.)。

最後に、準則と原理の区別をめぐるドゥオーキンとアレクシーの見解の重要な違いを簡潔に述べておくと、第一に、アレクシーも述べているように、ドゥオーキンは原理を「最適化命令」とは捉えていない(TGR: 77, n.27)。とくに原理としての権利をドゥオーキンは「切り札」と捉えており、功利主義的な政策原理をほぼつねに覆しうるものとみなしている⁽¹⁶⁾。第二に、ドゥオーキンは原理と政策を区別していたが、アレクシーは原理に基本権だけでなく「集合的利益」(kollektive Güter)をも含めている⁽¹⁷⁾(TGR: 98)。原理としての基本権は政策とも比較衡量されるわけである⁽¹⁸⁾。後にみるように、これらはいずれも異論の対象となっている。

(2) 基本権規範の構造

以上のように規範を準則と原理に区別するとき、次に問題になるのは、基本権規範(Grundrechtsnorm)(TGR: 39)は準則なのか原理なのかである。この問いは

(16) R. Dworkin, Right as Trump, in J. Waldron (ed.), Theories of Rights, 1984.

(17) ドイツ連邦憲法裁判所判例から、国民の健康、エネルギー供給、失業対策としての食糧保障、戦力の内的構造の保全、国家の安全、自由主義的民主主義秩序の保全などが挙げられている。

(18) これに対し、ドゥオーキンは基本権が他者の権利と衝突する場合については比較衡量の可能性を認めているが、個人の権利に基づかない集合的利益との基本権の比較衡量を否定している(Taking Rights Seriously, 1977, 194, 訳258: 以下本注での引用は、原著頁と邦訳頁だけを示す)。しかし、これは多数派がたんに多数派であるがゆえに主張する集合的利益との比較衡量を否定するものであって、個人の権利に基づく集合的利益との比較衡量を否定するわけではない。たとえば、挑発的とみられる表現の自由も、それが多数の人々の人身や財産に重大な損害を及ぼす明白かつ現在の危険があるときは、制限されうる(195, 259)。他方、多数の人々の必ずしも重大とはいえない利益(たとえば、公共の場所の静穏)に影響を及ぼすにすぎない場合(cf. 195, 259)や、他者の権利に対する危険がたんに想定されるにすぎない場合(cf. 203, 271)には、刑罰を伴うような制限は正当化されない。ドゥオーキンはこのような場合について「balancing」を用いることを退けるが、というのも、「balancing」は権利の拡張に対しても平衡へ向けて抑制的に作用すると考えるからである(199, 265)。しかし、権利や利益の重みづけの仕方によっては、balancingをそのように捉える必要はないだろう。また、balancingに対する上記のようなドゥオーキンの議論は、逆にみると、権利は可能なかぎり拡張的に保障されるべきだということを示唆しているとみることもできる。なお、アレクシーが挙げている集合的利益もたんに多数派が多数派であるがゆえに有する利益とは異なるといえるだろう。

論件先取りのようにみえるが、ここで基本権規範というのは、憲法に規定された個々の条項ではなく、基本権を宣言し保護する原理と、それを一定の条件のもとに限定する原理とを要件に含み、それらの優先関係によって効果を導く、一般的な構造の規範を指す。基本権を「人は ϕ する権利をもつ」あるいは「人の ϕ する権利は侵害されない」等と述べる命題は、その権利の法的小よび事実的可能性の枠内で最大限に実現されることを要求する原理規範だが、それだけではまだ基本権規範ではなく、これを他の原理との競合関係におけるその実現の法的小よび事実的可能性によって限定された効果と結び付ける規範が、ここでいう基本権規範なのである。基本権規範をこのように捉えることにとって、アレクシーは基本権規範を原理と準則の二つのレベルをもつ複合的な規範と捉えることになる。

基本権規範の二重性というこの見解を、アレクシーは、基本権規範を純粹に原理規範と捉える見解と逆に純粹に準則規範と捉える見解の難点を指摘することから導いている (TGR: 104-124)。まず、基本権規範を純粹に原理規範と捉える見解 (原理モデル) では、基本権規範は基本権を宣言して保護する (あるいはその侵害を禁止する) 規範として捉えられることになるが、この見解は基本権に対抗しそれを制限する条項が憲法 (ここではドイツ基本法) の規定として現に存在することを無視することになる。他方、基本権規範を純粹に準則と捉える見解 (準則モデル) は、逆に憲法の実定的規定への拘束を重視して、憲法の基本権規定を確定的な規範とみなすことになるが、この場合、留保なしに規定された基本権はほとんど無制限に保障されることになり、単純な留保を伴う基本権は逆にほぼつねに制限されて基本権保障は過少となり、限定的な留保を伴う基本権の場合も限定が強すぎることになりうる。

これら二つの純粹なモデルに対してアレクシーは複合的なモデル (原理／準則モデル) を提案する (TGR: 117-124)。それは、基本権規範を、基本権を保障する原理規範とそれに対抗しそれを制限する原理規範 (他者の基本権の保障または集合的利益の維持促進に関する原理規範) との総合からなるものとみるモデルである。それらを総合すると一つの準則タイプの規範、先の競合法則と同様の形式をもつ準則が得られるわけである。たとえば、「ある行為 ϕ をなすことが基本権として保障されており、かつ事案の具体的な状況のもとでそれに対抗する原理 (第三者の基本権または集合的利益) によって優先されないならば、その行為 ϕ をなすことは許容される」、

あるいは「ある行為 ϕ をなすことに関する基本権への国家の介入は、事案の具体的な状況のもとでその基本権に優位するような対抗的原理（第三者の基本権または集会的利益）の充足のために必要でないならば、禁じられる」といった準則である。

アレクシーはこのような準則を次のような形式的表現を用いて一般化している。すなわち、「T und nicht S \Rightarrow R」（ここで「T」は基本権の保障またはそれへの介入の禁止、「S」は他の原理の優先または充足に必要な条件であり、これらが要件をなし、「R」はその効果である）（TGR: 124）。つまり、アレクシーによれば、基本権規範は二つの原理を要素としてもつ要件とそれらの比較衡量によって導かれる効果とからなる準則の形式をもつのである。要件の二つの要素を基本権要件と制限条項と呼ぶとすれば（vgl. TGR: 272f.）、憲法の規定では制限条項は別の条項として規定されることもあるし、基本権要件を限定するような表現形式で規定されることもある。ここで生じうる一つの問題はすべての基本権についてそのような制限がありうるのかということであるが、これは絶対的権利の問題として別に検討する。

これに対して、再度あらためて根本的な問題となるのは、基本権そのものは基本権要件だけによって捉えられるべきなのか、それとも制限条項をも組み込んだ上記のような準則形式のものとして捉えられるべきなのかである。アレクシーは前者の見解を「外的理論」、後者の見解を「内的理論」と呼んで検討し、「外的理論」が適切だと結論している（TGR: 249-253）。アレクシーの議論はやや込み入っているが、要するに、内的理論では基本権は「一応の」権利ではなく、すでに確定した権利であり、それ以上の制限はありえないことになるというわけである。これに対して、外的理論は、基本権を一応の権利として捉えて、その制限を対抗する原理との比較衡量によって確定することになる。また、内的理論では、基本権の保護範囲ははじめから狭く限定して捉えられることになるのに対して、外的理論によれば、基本権の保護範囲はさしあたり広く捉えられることになる（TGR: 278f., 290-299.）。そして、基本権の保護範囲に対する対抗的原理（第三者の基本権や集会的利益）による制限は、憲法によって直接的に規定されるか、憲法に基づいて制定される法律によって間接的に規定されるかすることになる。

(3) 原理および基本権と比例性原則および比較衡量

アレクシーの基本権および比例性原則に関する理論の核心は、原理と比例性原則による分析とは「密接に」(TGR: 100)あるいは「必然的に」⁽¹⁹⁾結びついており、また、基本権は原理の性格をもつから、基本権と比例性分析も同様に「密接に」あるいは「必然的に」結びついているという主張にある。ドイツ連邦憲法裁判所が基本権を制限する法律や決定を審査しなければならないときはいつでも、比例性原則が適用されてきているとされるが、アレクシーはこの見解を原理と比例性原則との密接な結びつきを示すことによって根拠づけようとするわけである。

原理と比例性原則の密接な結びつきは、一方で原理がその要求内容を法的小よび事実的可能性に照らして最適な仕方を実現することを求める命令であり、他方で比例性原則が適合性又は合理性、必要性、狭義の比例性という三つの下位原則からなる原則であることに基づく (cf. TGR: 100f.)。ある原理P1の追求をそれと対抗する他の原理P2によって制限しようとするとき、その制限手段と目的との適合性およびその制限手段の目的にとっての必要性の分析は、目的と手段の因果関係に関わるから、原理P1の実現の事実的可能性に関わる。これに対して、狭義の比例性分析は、二つの原理の重さに基づく比較衡量を必要とするから、原理P1の実現の法的な可能性に関わる。原理P1の実現はこの事実的小よび法的な可能性に照らして最適化的に命じられることになり、比例性原則に従うことを求められることになるわけである。

アレクシーによれば、比例性原則の三つの下位原則はいずれも「比例性」または「最適化」の要請 (種類は異なるが) である。まず、適合性と必要性の原則はいずれも「パレート最適」⁽²¹⁾の要請である。適合性原則では、ある原理P1の実現のために採られる手段MがP1の実現に適合しない場合にはMの採用は要請されないばかりでなく、加えてMが他の原理P2に対して侵害的である場合にはMの採用は禁

(19) R. Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, in *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2014, 41.

(20) Cf. D. Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, in *U. of Toronto Law Journal*, 57, 2007, 384.

(21) R. Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, in *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2014, 53.

じられる。必要性原則は、ある原理P1の実現のために適的な手段M1があるが、M1と同様に有効であり、かつ他の原理P2の追求にとってM1よりも侵害的でない手段M2があるときは、M1の採用は禁じられる。

より重要なのは、比較衡量を求める狭義の比例性原則であり、アレクシーによれば、ドイツ連邦憲法裁判所は次のような比較衡量の規則を提示している（TGR: 146）。すなわち、「ある原理の不充足または侵害の程度が高ければ高いほど、他方の原理の充足の重要性はそれだけ大きいのでなければならない」。アレクシーはこれを「衡量法則」（Abwägungsgesetz）と呼び、さらに後に「衡量定式」（Abwägungsformel oder Gewichtsformel, weight formula）で次のように形式的に表現させている。⁽²²⁾ 比較衡量されるのは、競合する二つの原理（ P_i, P_j ）の抽象的なあるいは一応の重さ（ W_i, W_j ）だけでなく、それぞれの原理に対する介入の強度（ I_i, I_j ）と、その強度の査定に必要な経験的情報の信頼度（ R_i, R_j ）も比較衡量の要素として含まれる。そして、二つの原理のそれぞれの要素の積の商（ $W_i \cdot I_i \cdot R_i / W_j \cdot I_j \cdot R_j$ ）が、それらの原理の最終的な重さないし優先度（ $W(i, j)$ ）を示す。

比較衡量の三つの要素、つまり、原理の重さ、介入の強度、情報の信頼度はいずれも「度」であるが、アレクシーはこれを当初は0から1までの連続的尺度で考えていた。⁽²³⁾ しかし、これでは無限の組み合わせが生じることになるため、後にはこれをそれぞれ三つの尺度（「重大（s）」、「中度（m）」、「軽微（l）」）に区分し、それぞれをたとえば2の乗数（ $2^2, 2^1, 2^0$ 、つまり、4, 2, 1）という離散数で表現することに改めている。⁽²⁴⁾ これによって、たとえば、二つの原理の重さと情報の信頼度は同じでも、 P_i の受ける損害の程度が中度で、 P_j の受ける損害の程度が軽微であれば、 P_i が P_j に優先して保護されることになる。

(22) R. Alexy, Die Gewichtsformel, in J. Jickeli, P. Kreuzt, D. Reuter (hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 790; ders., On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in Ratio Juris, Vol.16 No.4 December, 2003, 446; ders., Constitutional Rights and Proportionality, in Revus 22, 2014, 55. なお、略号は英語論文の表記を用いている。ドイツ語論文では、W (Weight) はG (Gewicht)、I (Intensity) は同じI (Intensität)、R (Reliability) はS (Sicherheit) となる。

(23) R. Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, 2014, 55.

(24) R. Alexy, Die Gewichtsformel, 2003, 783f.; ders., On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, 2003, 440; ders., Constitutional Rights and Proportionality, 2014, 55.

ここで直ちに気づかれるのは、最終的な優先度が「1」（「ステイルメイト」）となりうるということである。この場合には、規制の決定者（立法者）に裁量の余地が認められる。アレクシーはこれを「構造的裁量余地」と呼んでいる⁽²⁵⁾。また、損害の程度を査定するための経験的情報の信頼度についても基本的に規制の決定者に裁量余地が認められる。アレクシーはこれを「認知的裁量余地」と呼んでいる。なお、最新の論文では、情報の信頼度はさらに経験的な前提と規範的な前提に依存するとして、二つ（R^e, Rⁿ）に分けられている⁽²⁶⁾。

以上のように、原理が比例性原則と密接に結びついているとすれば、原理としての基本権も比例性原理と密接に結びついているということになる。もっとも、このことは上記の基本権規範の構造についてのアレクシーの理論に依存する。先にみたように、アレクシーによれば、基本権規範はその条件節で述べられる要件のうちの基本権保護の要素と制限条項の要素からなり、この構造はそれらの要素が憲法において実際にどのように実定的に規定されているかに依存しない。どのように実定的に規定されているかに関わらず、最適化命令としての原理の一つである基本権は、たとえば「xは…の権利をもつ」という形式で捉えられるのである。したがって、そのようなものとしての基本権が第三者の基本権や集合的利益という対抗的原理と競合関係に立つときは、前者の后者による制限は比例性原則による分析を必要とするというわけである。

このような原理としての基本権が憲法において実際にどのように規定されているかに関わらないという主張は、基本権は実定化されているとしても、そして実定憲法の規定の拘束は尊重されなければならないとしても、なお「道徳的権利」としての性格を失うわけではないという見解、この意味での基本権の二重の性格に基づいている⁽²⁷⁾。これはドゥオーキンが原理を道徳的な性格の規範と捉えたことと符合して

(25) R. Alexy, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 16, 2002, 18-27.

(26) R. Alexy, *Proportionality and Rationality*, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017, 21. この区別は、M. Klatt und M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012 などの指摘によるものである。この区別に基づいて、クラットらは裁量余地についての判断権限の分配方法をより詳細に論じているが、これについては後注96参照。

(27) R. Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, 2014, 61-63.

いるといえる。もっとも、憲法によって直接的に基本権が明確な準則タイプの形式で規定されている場合には、その適用には文言の解釈が必要であるとしても、比例性原則による比較衡量は既になされているのであって、あらためてなされる必要はないという見方もありうるだろう。

II 基本権の概念をめぐる議論

比例性原則が司法審査の方法および基準として広く用いられるようになるとともに、ドイツ連邦憲法裁判所の司法審査の方法論を理論的に説明しようとする上記のようなアレクシーの基本権理論と比例性分析論をめぐる様々な議論が展開されてきている。その論点を以下では次の三つに分けて検討する。基本権を最適化命令としての原理とするアレクシーの基本権論をめぐる概念論的な論点（本節）、比較衡量に重点をおいたアレクシーの比例性分析論をめぐる方法論的な論点（第Ⅲ節）、そして比例性原則による司法審査と立法権等との関係をめぐる制度論的な論点（第Ⅳ節）である。

まず、アレクシーの基本権概念をめぐるような論点がある。第一に、アレクシーは基本権を最適化命令としての原理と規定するとともに、これと競合する他の原理、第三者の基本権だけでなく、とくに「集会的利益」との比較衡量によって限定されうるものと捉えている点に関わる。これは原理や基本権を価値とする見方によるものと批判される。第二に、これと関連して、基本権の保護の程度が低くなるのではないかという問題に関する論点がある。第三に、アレクシーは基本権規範の構造を基本権要件と制限条項とを要素とする条件節と優先関係の判定に基づく効果とからなるとし、基本権要件を広く捉えているという点に関わる。

（1）原理、権利、価値

第一の論点は、ドイツ内での議論では、ドイツ連邦憲法裁判所のいわゆるリュート判決における「客観的価値秩序」論と関わっている。これによれば、基本権も価値秩序のうちの重要な価値の一つとして位置づけられることになる。法秩序を価値秩序と見なす見解に対しては、たとえばC. シュミットの「価値の専制」⁽²⁸⁾批判があっ

たが、これに関連して、たとえばJ. ハーバーマスは「権利と価値の同一視」⁽²⁹⁾および「法原理と価値の同一視」⁽³⁰⁾を批判している。これがアレクシーの原理としての基本権論にも向けられたものであることは明らかであり、アレクシーはこれに反論を試みている。その反論は批判を主に比較衡量アプローチに向けられたものと受け止めることに基づいているが、その前に「権利や原理と価値の同一視」に関する問題がある。

ハーバーマスのこの批判は（権利を含む）法原理と価値とを峻別することに基づいている。その区別の要点は大きく二つある。第一に、原理は規範であって義務論的な意味をもち、規範は妥当するかしないかの二値的な基準であるのに対して、価値は目的論的な意味をもち、複数の価値は優先関係に置かれ、評価的命題は等級的に妥当する。第二に、規範の当為妥当は「無条件のかつ普遍的な義務づけという絶対的な意味」をもち、異なる規範は「一つの整合的な全体的連関」をなすのに対して、諸価値は「文化と生活様式において慣れ親しんでいるあるいは採用されている諸善益の評価という相対的な意味」をもち、異なる競合する価値は「一つの文化または生活様式の内部で間主観的な承認を見出すかぎり、柔軟で緊張に富んだ配置関係」⁽³¹⁾にある。

この議論においてハーバーマスは、一方で「権利」と「原理」の概念をドゥオーキンの見解に基づいて理解し、他方で「価値」の概念を上記のシュミットの議論やM. シューラーやN. ハルトマンの価値哲学に関連づけて理解している。つまり、「権利」や「原理」に基づく判定は（ドゥオーキンの議論におけるように）義務論的に「妥当するかしないか」の二値をとるのに対して、「価値」に基づく判定は（シュミットの議論におけるように）⁽³²⁾ 高低や大小といった等級のある結論を導くとみなされる

(28) C. Schmitt, Die Tyrannei der Werte, in *Säkularisation und Utopia* - Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, 37-62.

(29) J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 309 (河上倫逸・耳野健二訳『事実性と妥当性』上巻296)。

(30) J. Habermas, op. cit., 310, 訳297.

(31) J. Habermas, op. cit., 310, 訳297.

(32) シュミットは、前注28で挙げた「価値の専制」論文で、リユート判決の客観的価値秩序論をめぐる法学的議論に関連して、第二次世界大戦後、経済的財だけではなく、あらゆるものが価値によって査定されるようになっていくと指摘する。神も人間の尊厳や権利も、生や人間の労働も価値とみなされる。シュミットのみるところでは、こうした価値化によって、すべてのものが同じ価値という尺度で共約可能なものとされ、経済的財におけるように価値の高低や大小

とともに、価値秩序の観念は（シェラーやハルトマンにおけるように）新アリストテレス主義的な（あるいは共同体論的な）慣習的伝統的な倫理的価値秩序を言うものとして捉えられているのである。

しかし、ハーバーマスのこの議論は、まず、「権利」と「原理」の概念に関する混乱を含んでいる。「権利」はドゥオーキンにならって「切り札」として理解されているといえる（ハーバーマスは「防火壁」（Brandmauer）という比喩を用いている⁽³³⁾）が、「原理」に関するハーバーマスの議論は、ドゥオーキンにおける「原理」が準則とは異なり「重さ」をもつという点を——第5章でドゥオーキンにおける原理と準則の区別に言及していながら——看過している。「重さ」はいうまでもなく大小の程度をもつから、原理の適用はつねに二値的な結論となるわけではない。他方、基本権が重さをもつ原理として捉えられるとしても、アレクシーにおける原理の競合法則が示しているように、そのような基本権に関する法的判定は最終的には「基本権に対する侵害か否か、違憲か合憲か」という二値的判定となる。比例性分析における比較衡量は二値的な法的判断の根拠となるものである⁽³⁵⁾。

「原理」と「価値」に関する議論に関しては、アレクシーはすでに『基本権の理論』において回答となる議論を提示していた（TGR: 125-157）。原理は当為規範として義務論的範疇に属する点で価値論的範疇とは区別されること、他方、価値は評価基

によってすべてのものが位置づけられ、その意味で相対化される（38）。そして、こうしたあらゆるものの価値化は、価値をめぐる闘争（55-57）や無価値なものの否定（61-62）へと導くとみなされる。シュミットはこの帰結を「価値の論理」（38）によるものとみなしているが、むしろ人々の評価の問題性によるのであって、評価基準としての価値そのものによるのではないと考えられる。なお、シュミットの結論は結局、直接的な価値による論証ではなく、価値の法規化を媒介した論証を推奨するものとなっている（61-62）。そのほか、シュミットのこの議論には検討すべき点が少なくないが、ここでは立ち入らない。

- (33) J. Habermas, Faktizität und Geltung, 315, 訳301. ただし、邦訳では「防護壁」と訳されている。
- (34) ドゥオーキンは基本権が原理の性格をもつことを明示的に述べていないが、権利は「事例ごとに、また歴史上の時点ごとにその強さと性格が異なることがある」こと、権利の強さや性格が変化するということが奇妙に思われるかもしれないが、「ある活動の正否に関する道徳的判断は複雑なものであり、相対的で変化する諸要因によって影響される」ことを明言している（1977, Taking Rights Seriously, 139, 訳181）。基本権が他者の基本権と、あるいは個人々の基本権に基づく集合的利益と衝突するとき、重さをもつ原理としての性格を現すことはいうまでもなく、ドゥオーキンがこれを否定していないことについては、前注18参照。
- (35) この点の指摘については、cf. M. Klatt und M. Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, 69-70.

準であり、これに照らして評価対象は評価されること、さらに、複数の評価基準が対抗的な関係にあるときは衡量が必要となることをアレクシーは指摘している。また、連邦憲法裁判所のいう「価値秩序」は、シェーラーにおけるような価値の存在と明証についての直観主義的な強い想定に立つものではなく、合理的な根拠づけの必要を想定する弱い価値理論だとみることができると、またハルトマンにおけるような強い位階的順序づけを伴うものではなく、一応の優先順位による「柔らかい」価値秩序として捉えられることに触れている。なお、この点で、ハーバーマスは、原理を普遍主義的な道徳に、価値を伝統相関的な倫理に割り振っていると思われるが、原理にも相対的なものがあり、普遍主義的道徳も（ハーバーマス自身も述べているように）⁽³⁶⁾ 広義での「善」に関わる以上、原理と価値を単純に道徳と倫理という二つの領域に分けることができるわけではない。

ハーバーマスの上記のような批判は、「権利」「原理」「価値」といった法概念や法的判定の構造についての誤解、カント的道德哲学を功利主義や新アリストテレス主義に優位するものとする彼自身の見解によって誤導されたものとみることができるとも、基本権と集合的利益との比較衡量アプローチの合理性の問題、また基本権の権利としての特性に関する問題はなお重要な問題として残る。前者については後に検討することにして、次に後者の問題を取り上げる。

(2) 「切り札」としての権利と「最適化命令」としての権利

ドゥオーキンが権利を「切り札」と特徴づけたことはよく知られている⁽³⁷⁾。これによれば、基本権はいっそうそのような絶対的性格をもつと理解されるかもしれない。これに対して、F.シャウアーが憲法上の権利（基本権）を他の強い要請によって貫かれることもありうる「シールド（盾）」として特徴づけたこともよく知られている⁽³⁸⁾。そして、これらに対して、アレクシーが基本権を「集合的利益」とも比較衡量されうる「最適化命令」として特徴づけていることが問題となる。

(36) 「規範の当為妥当性は無条件のかつ普遍的な義務づけという絶対的な意味をもつ。当為とされたものは、それがすべての者にとって等しく善（gut）であることを要求する」という。Faktizität und Geltung, 310, 訳297.

(37) R. Dworkin, Rights as Trumps, in J. Waldron (ed.), Theories of Rights, 1984.

(38) F. Schauer, A Comment on the Structure of Rights, in Georgia Law Review, Vol.27, 1993.

ドゥオーキンが権利を「切り札」として特徴づけたのは、彼の功利主義批判に基づく⁽³⁹⁾。功利主義は各人の選好に基づく効用の社会的総計（または平均）を最大化することを道徳および法の最高原理とする。その集計の際に、功利主義は各人をみな「一人」として扱うことによって平等を保障するもののようにみえる。しかし、ドゥオーキンによれば、集計される選好には各人の個人的選好だけでなく、外的ともいえる選好、つまりその個人の政治的および社会的な状態に関する選好も含まれることから、たとえば人種差別的選好をもつ人々についてはその個人的選好にその外的選好を加えて集計することになり、かくてたとえば人種差別を排除しえず、功利主義の平等主義的側面を裏切ることになる。この問題に対処するためには、平等の権利を功利主義的な政策追求に対する「切り札」と位置づける必要があるというわけである。このようにドゥオーキンのもともとの議論は基本的に功利主義の問題を念頭においたものであって、集目的一般に対して権利を絶対的な「切り札」として位置づけるものというわけではない⁽⁴⁰⁾。

シャウアーは、権利を利益と同次元において比較衡量の対象とする帰結主義的議論（R. H. ファロン）も、C. フリードやR. ノージックやドゥオーキンのように権利を絶対的なものとみなす義務論的理論のいずれをも極端だとして、その中間に権利を位置づけるべきだとする⁽⁴¹⁾。シャウアーによれば、義務論的権利を帰結主義的利益に解消することはできないが、権利と利益が連続的な尺度の上にあることは否定できず、それゆえ絶対的権利論のように「根本的に非連続な」（radically discontinuous）基準を別個に設定するのは適切でない⁽⁴²⁾。「権利をもつ」ということは、たとえば「ゆする能力やゆすることに参与する能力をもつ」ということではなく、その権利の制限について「正当化のより高い負担を国家に課する権利」をもつ⁽⁴³⁾ということである。盾が弱い矛には貫かれないが、より強い矛には貫かれよう

(39) R. Dworkin, *Rights as Trumps*, 1984, 156-158.

(40) ドゥオーキンはすべての権利を「切り札」と捉えているわけではない。彼にとっても、「権利というものは事例ごとに、また歴史上の時点ごとにその強さと性格が異なることがある」（R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, 139, 訳181）。たとえば、労働、取引、福祉などに関する権利と、刑事被告人の諸権利のような個人の基本権とを区別している。なお、基本権と集目的との比較衡量に関するドゥオーキンの見解については、前注18参照。

(41) F. Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 415-434.

(42) F. Schauer, *op. cit.*, 423.

に、権利は政府の主張する利益のうち正当化の弱いものに対しては防御するが、「切実な」利益に対しては防御しえない。この意味で、権利は「政府の利益に対するシールド」だというわけである。

アレクシーの「最適化命令」としての基本権という見解は、シャウアーの見解に近い。まず、アレクシーも「絶対的原理」や「絶対的権利」といった観念は退ける。たとえば、ドイツ基本法1条1項の「人間の尊厳」は一般に絶対的原理と見なされるが、アレクシーによれば、「人間の尊厳」も比例性分析の対象となりうるのであって、それが絶対的であるようにみえるのはただほほ覆されることがないということに他ならない。⁽⁴⁴⁾ また、アレクシーにとっても、最適化命令として基本権は国家による基本権制限に対して比例性原則による正当化を課する原理である。

シャウアーとの違いがあるとすれば、「比較衡量」の捉え方にある。シャウアーは、憲法上の権利と比例性分析に関する後の論文で、憲法上の権利（基本権）を比例性分析の対象とすることは否定しないが、比例性分析を「比較衡量」（balancing）と同一視することは権利を利益に解消することになるとして退けている。⁽⁴⁵⁾ アレクシーにおいても、比例性分析は適合性および必要性の分析を含み、比較衡量としての狭義の比例性分析と同一視されるわけではないものの、連邦憲法裁判所の違憲審査でも適合性と必要性は多くの場合ほほ認められているとみて、主眼を狭義の比例性分析においている。アレクシーが比較衡量の法則と定式に重点を置いていることは先に見たとおりである。これはさらに検討を要する論点であり、後で立ち戻る。

（3）基本権の保護範囲

基本権の概念をめぐる第三の論点は、基本権の保護範囲の広狭に関わる。アレクシーは基本権規範の要件を基本権要件と制限条項の二つの要素に分けて、憲法の基本権規定の如何に関わらず、基本権要件を広くとるべきだとみなしている。比例性

(43) F. Schauer, *op. cit.*, 429.

(44) Cf. R. Alexy, *Proportionality and Rationality*, 2017, 28.

(45) F. Schauer, *Proportionality and the Question of Weight*, in G. Huscroft, B.W. M. Miller, and G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 176.

原則と比較衡量を支持して、アレクシーのこの議論をさらに一般化する議論がある。M.カムとK.メラーは、とくに一般的自由権を念頭において、ドイツ連邦憲法裁判所が基本権の範囲を相当に広くとっていること（たとえば、森の中で乗馬する自由、公園でハトに餌を与える自由など）を指摘する⁽⁴⁶⁾。この場合、基本権は（人権が想定させるような）個人にとってきわめて重要な内容のものだけでなく、平凡といえるような内容のもの（利益）へも拡張されていくことになる。「権利のインフレ」と呼ばれる問題であるが、カムやメラーは「権利のインフレ」は比例性原則にとって不可避の帰結だとみなしている⁽⁴⁷⁾。比例性原則はひとまず基本権の範囲を広くとって、その上で制限を加えるという二段階の構造をもつというわけである。

このように基本権の範囲を広くとると、場合によっては反道徳的な行為すら基本的自由権の内容とみなすことになりうる。メラーはこのことを否定せず、たとえば「殺人への権利」すらさしあたりは基本権の範囲に入りうると述べている⁽⁴⁸⁾。こうした議論に対してはもちろん異論がある。G. ウェッバーは、カムやメラー（また、アレクシーを含むその他の比例性分析論者）の「 x は ϕ への権利をもつ」という形式で捉えられる権利概念は x にとって ϕ のもたらす利益（主観的な利益）の側面だけに注目する（権利を利益と同一視する）ものであり、権利と正義との関係は無視していると指摘する⁽⁴⁹⁾。ウェッバーは、古来、権利は正義と密接に結びついているものとして、つまり、他者との関係において何をなすべきかについての「実践的理性に基づく推論の結果」として理解されてきているのであり、したがってはじめてからこの関係における理性的な制限に服するものとみなすべきだと主張する。ウェッバーによれば、「権利は、人々の間の正しい関係として捉えられるときに、決定的

(46) M. Kumm, Constitutional Rights as Principles: On the structure and domain of constitutional justice, A review essay on A Theory of Constitutional Rights, by R. Alexy, Translated by Jurian Rivers, in *ICON* Vol.2 No.3, 2002, 584; K. Moeller, Proportionality and Rights Inflation, in G. Huscroft, B. W. M. Miller, and G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 159.

(47) M. kumm, Is Structure of Human Rights Practice Defensible? - Three Puzzles and Their Resolution, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017, 155; K. Moeller, *Proportionality and Rights Inflation*, 155.

(48) K. Moeller, *Proportionality and Rights Inflation*, 165.

(49) G. Webber, On the Loss of Rights, in G. Huscroft, B. W. M. Miller, and G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 132.

(50) G. Webber, op. cit., 131.

かつ確定的であり、それに与えられる地位に値する⁽⁵¹⁾」。

この議論は、権利と利益の関係に関する問題、そして一応の権利と確定的 (definitive) 権利の関係に関する問題を含んでいる。権利と利益の関係に関しては、権利には権利主体が権利内容を利益として享受するという側面 (権利の実体的関係と呼びうる側面) があるとともに、いかなる利益も直ちに権利なのではなく、利益が権利とみなされるのは他者との関係において社会的に承認されることによるという側面 (権利の社会的関係と呼びうる側面) があることはいうまでもない。この点で、ウェッバーの指摘はもちろん正当である。他方で、一般の民事的権利とは異なり、基本権における社会的関係は基本的に権利主体たる個人と国家との関係であり、とくに防御権の場合、国家の不当な介入を阻止することがその主要な機能である。この意味では、まずは基本権の実体的関係を重視する比例性原則を支持する論者たちの議論も理由がないとはいえない。とはいえ、基本権の第三者効力が問題となる場合だけでなく、「集合的利益」が問題となる場合も、基本権の行使は間接的には人々の権利や利益に影響を与える。基本権を、一応とはいえ、一個の主体としての国家との対抗関係においてのみ捉えるのも適切とは思われない。

このことはまた基本権の一応性と確定性の区別の問題に関わる。カムやメラーやその他の比例性分析の支持者たちは、比例性分析以前の段階で基本権を「一応の権利」として広く捉え、比例性分析の結果として基本権は対他的にも確定するものとみなしている。メラーも、一応の「殺人への権利」は、比例性分析における正当化の段階では、「他者の権利を侵害するがゆえに処罰されるべきだ」という帰結へ導かれるとするのである。しかし、一応とはいえず「殺人への権利」を認めるのはやはり「グロテスク」といわざるをえない。他方、ウェッバーは確定的な権利だけを本来の意味での権利だと主張しているようにみえる。もちろん、憲法に規定されている基本権をそのまま確定的な権利とみなすならば、先にみたアレクシーの指摘のように、基本権はもはや制限することのできない権利、その意味で絶対的な権利であるかのような印象をもたらす。そうなると司法審査と裁判官の役割はありえないこ

(51) G. Webber, Proportionality and Absolute Rights, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017, 85.

(52) K. Moeller, Proportionality and Rights Inflation, 164-165.

とになるといった指摘もある⁽⁵³⁾。これに対して、ウェッバーは司法審査を否定する趣旨ではないと応答しているが、それでもウェッバーにおける一応性と確定性の関係づけは明らかでない。ただ、ウェッバーが示唆しているのは、立法による基本権の制限を尊重すべきだということである⁽⁵⁵⁾。

以上から帰結するのは、基本権をまずは一応の権利と捉えるとともに、一応の権利としての基本権もその概念において一応の制約を伴うと解するのが適切だと考えられるということである。アレクシーの基本権規範についての見解はその条件節に基本権要件と制限条項を含んでいたが、基本権の概念を基本権要件の部分（狭義の基本権と呼ぶ）だけでなく、一応の制限条項をも含めた仕方でも広義に捉えることも考えられるだろう。これは一種の内在的制約論を意味する。しかし、このことは基本権をめぐる司法審査をたんに比例性分析として捉えるのでは適切ではないことを意味する。それは比例性分析に先立って一応の制約を想定した基本権の範囲確定を含むものとして理解される必要がある。したがってまた、司法審査をもっぱらあるいは主に比較衡量として捉えるのは適切ではないだろう。これが次の問題である。

Ⅲ 比例性分析および比較衡量をめぐる議論

比例性原則による審査または分析は、基本権に対する規制手段の規制目的に対する適合性（合理性）、必要性、そして規制によって得られる利益と規制によって失われる利益との比例性（狭義の比例性）の分析からなる。アレクシーのみるところでは、ドイツ連邦憲法裁判所の判決では多くの場合、適合性と必要性は認められ、決定的な役割を果たしているのは狭義の比例性分析であり、アレクシーはこれを衡量法則によるものと捉えて、それに衡量定式による形式的な表現を与えた。

アレクシーの議論に対する様々な異論もこの衡量定式に向けられている。衡量定式は形式的なものにすぎないとするという異論がある一方で、比較衡量（バランス

(53) Cf. A.Barak, Proportionality - Constitutional Rights and their Limitations, 2012, 493-494.

(54) G. Webber, Proportionality and Absolute Rights, 94.

(55) G. Webber, op. cit., 96.

ング) そのものは恣意的、決断主義的、直観主義的であって、合理性に欠けるとい
う異論、また、比較衡量による判断は「アドホック」であって一般性または普遍性
に欠けるとい異論がある。さらに、違憲審査全体における比例性分析と比較衡量
による狭義の比例性分析の位置づけを問題とする異論がある。アレクシーは最近の
論文においてこれらの異論に応答している。ここでは、これらの異論とそれに対す
るアレクシーの応答を検討する。

(1) 衡量定式の形式性、比較衡量の合理性

衡量定式が形式的なものにすぎないという異論は、衡量定式が衡量法則に形式的な
表現を与えることを意図しているという点を看過している。アレクシーは、法的判断
の包摂モデルが三段論法の形式で表現されるのに対比的に、衡量定式によって比較衡
量モデルに形式的な表現を与え、比較衡量モデルが包摂モデルと比肩しうる形式的合
理性をもつことを示そうとしたのである。⁽⁵⁶⁾ 衡量定式が形式的なものにすぎないという
異論に対して、アレクシーは比較衡量の合理性の形式的次元と実質的次元に触れて、
それらが不可分に結びついていることを指摘して応答している。⁽⁵⁷⁾ 包摂モデルにおける
三段論法の二つの前提が実質的な(規範的および認知的)命題からなり、それぞれが
実質的に論証され根拠づけられなければならないのと同様に、比較衡量モデルを表現
する定式の変項は事実的可能性と法的可能性を述べる実質的な命題からなり、それ
らは実質的に論証され根拠づけられなければならないのである。

衡量定式の変項は実質的命題からなるとしても、比較衡量は「恣意的」「決断主
義的」「直観主義的」であって、非合理的だといった異論が提起されうる。この異
論は比較衡量に対する常套の異論である。我が国の「利益衡量」を巡る論争におい
ても同様の異論が唱えられたことは周知の通りである。こうした異論に対して、ア
レクシーは、形式性批判に対して答えたのと同じく、衡量定式の変項は重みづけを

(56) Cf. M. Klatt and M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012, 12. ただ
し、三段論法の形式と衡量定式を法的判断そのものにおける二つの形式として対比するのは誤
導的となりうる。比較衡量による判断は次のような三段論法の第二前提を形成するものとみる
ことができる。「基本権の行使P1はそれを制限する法令の基礎となる原理P2に優先するならば保
障される、状況CにおいてP1はP2に優先する(比較衡量の部分)、ゆえにP1は保障される」。も
ちろん、先に見たように、これはアレクシー自身が指摘しているところでもある。

(57) R. Alexy, *Proportionality and Rationality*, 2017, 20-22.

伴う実質的命題からなること、そしてそうした命題は実質的な論証によって根拠づけられなければならないという点を強調する。先に見たように、アレクシーは実質的命題の述語は重さをもつものとして表現されるとし、その重さを「重大」「中度」「軽微」という三つの等級で提示されるものと想定した。たとえば「言論の自由に対するこの介入は重大である」といった命題がそのような等級づけ（classification）を伴う命題（等級づけ命題）である⁽⁵⁸⁾。同じ事案について「この言論による人格権への影響は軽微である」という等級づけ命題が妥当するならば、この状況では言論の自由の保護が人格権の保護に対して優先するというわけである。

問題は、こうした等級づけ命題の実質的な論証による根拠づけである。比較衡量に対する上記の異論はこの点に向けられている。実質的論証による根拠づけが可能であるという主張を、アレクシーは「論証テーゼ」と呼んでいる⁽⁵⁹⁾。しかし、こうした命題の根拠づけ可能性を一般的に論証することはきわめて困難である。この点に関して、アレクシーは連邦憲法裁判所の裁判例を挙げて例示的に説明している⁽⁶⁰⁾。たとえば、タバコ製品のパッケージに健康被害の警告を表示することを義務づける法律の違憲性が争われた事案では⁽⁶¹⁾、そうした等級づけ命題として、「この義務づけは人の職業活動の自由に対する軽微な介入である」、「タバコ製品をまったく禁止することは重大な介入である」、さらに「タバコ自販機を禁止して、タバコ販売を一定の売店に限定するのは中度の介入である」などが考えられる。アレクシーは、もしこうした等級づけ命題がたんなる直観によるのだとすれば、裁判官はみな自分の直観に訴えながら、「健康警告の表示義務はタバコ製造者の職業の自由に対する重大な介入であり、全面的なタバコの禁止は軽微な介入である」と言うことも任意で

(58) R. Alexy, op. cit., 23.

(59) R. Alexy, op. cit., 23.

(60) R. Alexy, op. cit., 23. なお、N. Petersen, Alexy and the “German” Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test, in *German Law Journal*, 2020 は、アレクシーの衡量定式の合理性を認めつつ、連邦憲法裁判所判決の法理論の再構成は部分的に正しいとはいえないとしている。アレクシーが例として挙げるのは、狭義の比例性審査に関するものだけであるが、連邦憲法裁判所はたとえば推定的目的の不適切性や目的と手段の不適合性の認定によって規制を違憲としているものがあるという。この点では、たとえば薬局判決（BVerfGE 7, 377 (1958)）も必要性審査の段階で規制を違憲としていることを指摘することができる。いずれにせよ、アレクシーの比例性分析論が狭義の比例性審査に過度に重点をおいていることを示すといえるだろう。

(61) BVerfGE 95, 173 (1997).

きるということになるだろうが、このような等級づけが誤りである強力な理由を与えることは容易であろうとして、直観主義的だという異論を退けている。⁽⁶²⁾

これは、職業活動の自由という基本権と国民の健康の保護という「集合的利益」とが競合する事例であるが、他の論文では、表現の自由と名誉権とが競合する事例（「タイタニック判決」）⁽⁶³⁾をアレクシーはよく取り上げている。⁽⁶⁴⁾連邦憲法裁判所は、ある週刊誌が「現代の人々」と題する特集で、対麻痺の退役軍人を取り上げて、同人を「生来の殺人者」、「かたわ」（krüppel, cripple）といった表現で紹介した記事に関する事案で、「生来の殺人者」という表現は、それぞれの人々の氏名の前に付された特徴づけであって、名誉権侵害としては表現の自由の重さに比して「軽微」であるのに対して、「かたわ」という表現は侮辱的であって「重大」であり、名誉権侵害に当たると判示した。アレクシーは、この二つの判断は理由に基づく判断であり、恣意的な直観に基づく判断ではなく、しかも「善い判断」だと評している。⁽⁶⁵⁾

先のタバコ製品への健康警告表示義務の事例における等級づけ命題の根拠づけはたとえばそれぞれの義務づけのもつ経済的利益への影響の推定などによって与えられるし、名誉権侵害の事例の二つの等級づけ命題の根拠づけは人々の健全な道徳感情に訴えることになるだろう。もっとも、後者の場合には見解の相違がありうるかもしれない。裁判官たちの見解が別れた事例として、アレクシーは、テロ活動防止を目的とした電子的データスクリーニングによる人格権への介入に関する判決⁽⁶⁶⁾を取り上げて、その実質的な是非には触れないものの、介入は重大で侵害に当たるとした多数意見と介入は軽微で侵害には当たらないとした少数意見が、いずれもそれぞれ判決文の11頁と4頁を費やして理由を述べていることを指摘している。⁽⁶⁷⁾

いずれにせよ、等級づけの判断は（純粋にたとえば経済的な利益の比較による場合を除けば）「価値判断」であり、このような価値判断について厳格に客観的な根拠づけを与えることはおそらく不可能である。⁽⁶⁸⁾その意味では異論にはまったく理由

(62) R.Alexy, *op. cit.*, 23.

(63) BVerfGE 86, 1 (1992).

(64) R. Alexy, *Constitutional Rights, Balanceing, and Rationality*, 2003, 139; ders., *Constitutional Rights and Proportionality*, 2014, 56-57.

(65) R. Alexy, *Constitutional Rights, Balanceing, and Rationality*, 2003, 139.

(66) BVerfGE 115, 320 (2006).

(67) R. Alexy, *Proportionality and Rationality*, 2017, 23-24.

がないとはいえない。それでも価値判断の理由づけを試みることは可能であり、理由づけがなされることにより反論可能性が保障される。反論に十分に応えうるならば、その判断は正当とみなされうる。⁽⁶⁸⁾その限りでは、価値判断に基づく等級づけ命題、したがってまたそれによる比較衡量を、異論がまったく「恣意的」「決断主義的」「直観主義的」とみなすのだとすれば、この異論に対するアレクシーの応答は理由があるといえるだろう。

（２）比較衡量のアドホック性とカズイスティク性

比較衡量に対しては、合理性に欠けるという異論の他に、これと関連するが、アドホックだという異論が提起される。個々のケースの比較衡量による判断は、それらの事例の具体的状況に応じてその時々異なる判断となり、一般化や普遍化の可能性に欠けるというのである。この異論についてはその趣旨をより限定して捉えることが必要である。第一に、この異論が妥当しうるのは法令が違憲とされるケースではないということである。比較衡量により法令の規範が比例性を欠き違憲とされるケースでは、それ以降その規範は適用されることがないから、その規範の適用に関して違憲審査が提起されることはなく、さしあたり一般化や普遍化の問題は生じない。第二に、基本権に介入する法令の規範が違憲性を争われて合憲とされる場合や、規範の適用が違憲または合憲とされる場合でも、アドホックの異論が妥当しう

(68) この問題は道徳哲学あるいは倫理学の根本問題の一つである。これについては、J. L. マッキーの懐疑主義的議論（Ethics, 1977）や、J. マクダウェルの認知主義的議論（Mind, Value, and Reality, 1998, chapter 7）、またH. パットナムの議論（The Collapse of the Fact/Value Dichotomy, 2002）を参照。マッキーは、客観的な価値やそれを認知する「奇妙な」能力を否定するが、人々の間に共有された（その意味で実定的な）基準に基づく間主観的な価値判断が可能であることを否定しない。マクダウェルやH.パットナムは、道徳的判断、とくに「濃い評価語」を用いる道徳的判断は、その「評価語」が意味することに対応する「道徳的事実」を認知的に捉えるものとみなしている。これもそのような評価語を共同で用いる人々の長期に渡る慣習に依存しているといえる。その意味では、ハーバーマスが指摘するように、価値と価値判断は伝統その他によって共有されている範囲でのみ妥当するといえるかもしれない。ハーバーマスのいう倫理的な価値（「私」や「我々」にとってのみ妥当する「善き生」に関する価値）は倫理的多元性のある社会で公共的な決定の理由とされるときは、普遍主義的な規範によって制約されることを必要とする。もっとも、カントの義務論の普遍主義的な規範も、哲学的な根拠づけがあるとしても、社会的に機能するためには共有される必要がある。

(69) この種の議論は、平井宜雄「法律学基礎論覚書」『ジュリスト』916-928号がK. ポパーの「反証可能性」論を敷衍して価値判断について論じていたものである。

るのは、類似の事案について比較衡量が異なる判断をもたらす場合である。事案がきわめて特殊個別的である場合（そのようなケースがあるとして）には、比較衡量によるのでない判断もその個別事例に対応する特殊個別の判断となりうるだろう。問題は、類似の事案において比較衡量は不可避免的に異なる判断をもたらすかどうかである。

この問題に対して、アレクシーはまず、比較衡量を用いる法的判断が最終的には「競合法則」の形式をもつ準則を生み出すことを指摘する。⁽⁷⁰⁾ 先に見たように、競合法則は次のように定式化される。「状況Cにおいて原理Piが原理Pjに優先し、原理Piが状況Cにおいて法的帰結Qを生じさせるならば、Cを前提としQを帰結とする妥当な規則（ $C \Rightarrow Q$ ）が導かれる」。つまり、「状況Cにおいて原理Piが原理Pjに優先するかどうか」の判断が「比較衡量」によって行われ、これを前提の一つとして法的帰結が導かれるという準則が与えられ、以後は同様のケースにおいてはこの準則が適用されることになる。

問題は「状況C」の認定が一般化または普遍化可能な仕方でも適切に限定されるかどうかである。アレクシーはこの点でも連邦憲法裁判所判決の二つの例によって説明しようとする。一つは、ある兵士の犯罪に関するドキュメンタリー放送がその兵士の人格権を侵害するかどうか争われた事案に対する判決（「レーバッハ判決」⁽⁷¹⁾）で、アレクシーは、この事案において人格権を優先させる状況の四つの要素からなる前提と帰結をもつ次のような準則が導かれるという。「繰り返しなされている報道は、重大な犯罪に関するものであっても、それが現在の情報への関心によってもはや要求されず、その犯罪者の社会復帰を妨げるときは、憲法上禁止される」⁽⁷²⁾。もう一つは、先に触れた電子的データスクリーニングのケースで、アレクシーは、このケースではテロ攻撃への「具体的な危険」と「抽象的な危険」の区別が判断の基準とされていることを指摘する。⁽⁷³⁾ さらに、アレクシーは「人間の尊厳」が問題となる場合には、「人間がたんなる対象に貶められる場合には、人間の尊厳は他のあらゆる原

(70) R. Alexy, *Proportionality and Rationality*, 2017, 27.

(71) BVerfGE 35, 202 (1973).

(72) R. Alexy, *op. cit.*, 27.

(73) R. Alexy, *op. cit.*, 28.

理に優先する」という準則が成立するものと認められるという⁽⁷⁴⁾。

要するに、ある原理を優先させるかどうかの判断はより具体的なものからより抽象的なものにまでわたるが、適切な仕方限定されうるといふわけである。この点については、裁判官はR. M. ヘアの言うような「普遍化可能性」の要請、つまり同様の事案については同様の判断を下すべしという要請のもとにあるということに注意することができる。この要請は、アレクシーの法的議論の理論が示唆するように、正式の法的言明は「正しきの主張」を必然的に掲げているということと結びついている。この要請をみすためには、裁判官は競合法則における状況または条件の認定において具体性と抽象性の適切な程度を見出さなければならない。アレクシーはこれを「適切な抽象性と具体性の要請」と呼ぶことができるとしている⁽⁷⁵⁾。

以上からすると、アドホックの異論に対するアレクシーの応答は一応是認できると思われる。しかし、もう一つの懸念がありうる。競合する原理の優先関係の判断のための状況または条件の認定とそれに基づく準則の形成はカズイスティクなものになるのではないかということである。比例性原則、とくに比較衡量を支持する論者のなかにはカズイスティクをむしろ推奨する者もある⁽⁷⁶⁾。しかし、まったくランダムなカズイスティクは多様な判断に対する見通しのよさという意味での合理性を失わせる。他方、たとえば表現の自由をめぐる多様な判断の間には、何らかの相互の連関があり、ある程度の類型化や体系化が可能であると考えられる。アレクシーはこの問題についてはほとんど触れていないが、検討の余地があるといえるだろう。

（３）三段階審査と比較衡量の位置づけ

第三の論点は、違憲審査全体における比例性分析と比較衡量の位置に関するものである。私見によれば、アレクシーの比例性分析と比較衡量に関する議論にとってもっとも重要な問題はこの論点に関わる。ドイツ連邦憲法裁判所の違憲審査の方法についての有力な見方は、冒頭で触れたように、これを「三段階審査」と捉えるものである。すなわち、基本権の保護範囲の確定を第一段階とし、基本権に対する規

(74) R. Alexy, *op. cit.*, 28.

(75) R. Alexy, *op. cit.*, 29.

(76) D. Beatty, In *Praise of Casuistry - Making Hard Case Easier*, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017.

制目的の正当性の審査を第二段階とし、そして比例性審査を第三段階とするという見方である。これに対して、その他の諸国の比例性審査を含めた違憲審査については、これを「二段階審査」とする見方も一般的である。これは比例性審査の前に規制目的の正当性の審査を前段階としておくものである。これらに対して、アレクシーの基本権理論における違憲審査の構造は、すでにみたように、基本的に比例性審査の段階、そのうちでもとくに比較衡量の段階に重点を置いている。見方によっては、違憲審査全体が比較衡量に収斂するかのように見える。そして、このことが彼の議論に対する上記のような異論を誘発しているように思われるのである。ここでは、A. バラクのアレクシーに対する異論とそれに対するアレクシーの応答を見よう。

バラクは違憲審査を三段階に区別している。しかし、彼の三段階はドイツ連邦憲法裁判所の違憲審査の三段階とは異なっている。バラクは、法律による基本権に対する制限（一応の侵害）の有無の審査を第一段階、比例性審査を第二段階とし、そして第三段階として憲法上の救済に関する判断の段階をおいている⁽⁷⁷⁾。ただし、バラクは第二段階に、通常のプロportionalityの3つの要素に加えて、第四の要素として法律の目的の適切性の審査を含めている⁽⁷⁸⁾。憲法上の救済に関する第三段階を設けるのは、規制を違憲とする場合でも、それを無効とするのか、無効とする場合でも遡及を認めるのか、無効とまではせずに立法に是正を委ねるのか等の救済のあり方がありうるとともに、これらの判断においても比例性が一つの基準となるということによる⁽⁷⁹⁾。これはバラクが違憲審査に携わる実務家（イスラエル最高裁判所判事）でもあったことによる重要な指摘だと思われるが、ここでは立ち入らない。

バラクによれば、比例性審査の前の段階で「一応の」とみなされる対象について、内的小のおよび外的小と呼びうる二つのモデルがある⁽⁸⁰⁾。バラクがアレクシーのアプローチを反映するものとみなす内的小モデルでは、一応であるのは権利であって、一

(77) A. Barak, A Research Agenda for the Future, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017, 324-325.

(78) A. Barak, *op. cit.*, 324. バラクはその著書では、比例性審査の要素として、目的の適切性、目的と手段の合理的関連、必要性、そして狭義の比例性の4つを挙げている。Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 2012, 245-370.

(79) Cf. A. Barak, *op. cit.*, 331-332.

(80) A. Barak, *op. cit.*, 325.

応の権利が制限されうるかどうかの問題であるのに対して、外的モデルでは一応であるのは制限であって、一応の制限が合憲と認められるかどうかを問うという点にある⁽⁸¹⁾。外的モデルでは比例性審査によって確定されるのは基本権ではなく制限なのであり、基本権は憲法上すでに確定しているとみなされる。バラクはアレクシーのアプローチを内的モデルとみなしている。したがって、この違いは先にみた基本権の概念に関する理解の違いと重なる。そして、バラクによれば、憲法上確定している基本権のより具体的な確定は、比例性審査によってではなく、通常解釈の方法によってなされる。したがって、基本権の保護範囲の確定も比例性審査の前に置かれる。つまり、バラクにおいては、通常の三段階審査における第一段階は第二段階に統合されている。

いずれにせよ、バラクはこれらのモデルの違いからいくつかの帰結を引き出している。それらは大きく二つのグループに分けることができる。一つのグループは、上記と同じことだが、外的モデルでは憲法の基本権の規定を解釈の対象とみなすことができるということである。たとえば、「平和的で武器を携行しない集会」の自由の規定における「平和的で」あるかどうかは、比較衡量ではなく解釈によって確定される。もちろん、この解釈においても比較衡量が必要となりうるが、それは比例性分析における比較衡量ではなく、解釈における比較衡量であると、バラクはい⁽⁸²⁾う。また、内的モデルではすべての権利は相対的だが、外的モデルでは絶対的権利を認めることができる⁽⁸³⁾。もう一つのグループは、内的モデルではどのように扱うことになるかが明らかでない問題を指摘するものである。たとえば、社会権の扱いに関する問題、基本権を追加したり修正したりする憲法改正の問題、立法権と執行権の衝突のような憲法の制度的な構成要素に関する問題、準則タイプの憲法上の権利と原理タイプの憲法より下位の規範が衝突する場合の問題、二つの基本権が衝突す

(81) アレクシーの『基本権の理論』を英訳したJ. リヴァースは、比例性概念を「国家制限的」概念と「最適化的」概念に区別している。これはバラクの外的モデルと内的モデルの区別におおよそ対応するといえる。なお、A. L. ヤング（Proportionality is Dead – Long Live Proportionality, in G. Huscroft, B. Miller, G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 52）は、シャウアーの「シールド」としての基本権の理解やこのリヴァースの議論などをもとに、基本権と比例性原則についてはそれぞれ二種類の理解があるとしている。

(82) A. Barak, *A Research Agenda for the Future*, 327.

(83) A. Barak, *op. cit.*, 328.

る場合における解決の法体系上の位置づけに関する問題などである。⁽⁸⁴⁾ これらは各論的な問題とみることができる。

アレクシーに対するバラクのもう一つの異論は、3つの要素からなる通常の比例性審査に、アレクシーが規制目的の適切性の審査を加えていないという点に関わる。基本権を制限する法律の目的が明らかに憲法の前提に反しているならば、それは比例性分析の対象とはならないが、規制が国家の「切実な」(compelling or pressing) または「重要な」(important) 目的を実現すると主張するかぎり、その目的は比較衡量の要素をなすものとして吟味される。比例性審査の他の3つの要素はこの目的の適切性の程度と密接に関連しており、この要素を他の要素から切り離すのは「恣意的」である。⁽⁸⁵⁾ このバラクの議論によれば、規制目的の適切性についての審査は通常の比例性審査の前に行われることになる。⁽⁸⁶⁾ 三段階審査論でいえば、第二段階に属することになる。

以上のようなバラクの異論に対して、アレクシーは、二つのモデルの違いに関する細かな論点には立ち入らずに、第二の異論についてのみ応答している。彼によれば、規制目的審査を比例性審査の第一段階として組み込むのは、規制目的の重さは比較衡量分析で考慮されることになるから余計であるだけでなく、衡量定式によって示される形式的合理性の要請に反することになる。⁽⁸⁷⁾ また、規制目的の重さは衡量定式の他のファクターとの関連において具体的に確定されるのであるが、その前に規制目的の適合性に抽象的な分類(つまり「切実な」とか「重要な」といった分類)を与えるのでは、この意味での実質的な合理性を達成できないと反論している。⁽⁸⁸⁾ た

(84) A. Barak, *op. cit.*, 329.

(85) A. Barak, *op. cit.*, 324.

(86) 比例性審査を支持する論者の中でも、規制目的の正当性を審査する段階を比例性審査の前に置く者は少なくない。たとえば、M. Kumm, *Is the Structure of Human Rights Practice Defensible?*, 2017, 58. ただし、比例性審査についてのカムの見方は、規制目的の正当性の審査、規制手段の必要性の審査、そして比較衡量による審査の三段階に分けるもので、アレクシーやバラクの見方も異なる。また、パブラコス (G. Pavlakos, *Between Reason and Strategy - Some Reflection on the Normativity of Proportionality*, in G. Huscroft et al. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 96-98) は、比例性原則を規制の目的とその手段の関係の審査とみなすと、規制目的そのものの正当性が問われないことになるとして、規制目的を立法者に委ねて、その正当性を問わないのは法実証主義的だと批判している。

(87) R. Alexy, *Proportionality and Rationality*, 2017, 19.

(88) R. Alexy, *op. cit.*, 20.

たとえば、抽象的軽さが中度の規制目的でも、介入強度が軽微で、その前提の信頼性が高ければ、規制は正当化される場合がありうることを考慮し得ないことになるというわけである。

しかし、比例性審査の前に、基本権の保護の範囲や程度の解釈による一定の確定や、規制目的の適合性や程度、また基本権に対する一応の制限の有無についての一定の審査を置くという見方は、多くの憲法裁判所や最高裁判所の違憲審査の実際に適合していると思われる。こうした審査によって、基本権や規制目的の抽象的な軽さが判定され、また場合によっては保護範囲に入らないとか規制目的が憲法の要請に適合しないといった判断が下されることもある。もちろんアレクシーはこれらの点を無視しているわけではないが、アレクシーの基本権理論および比例性審査および比較衡量に関する見解は、違憲審査の全体をとくに比較衡量に収斂させるもののようにみえる。そのために、基本権の概念、比較衡量アプローチに対する異論、さらに次にみる制度論的な異論——アレクシーの議論はこれらのほとんどに応答するとしても——を誘発しているのだと思われる。アレクシーの原理としての基本権の概念、競合法則と衡量法則および衡量定式は、違憲審査の形式的および実質的合理性を高度に抽象的に理論化したものと理解するのが適切であろう。このアプローチを理論的な基礎としつつ、各国の法制度にも適合して多様に構造化された比例性原則を構想することも考えられるのである。

(89) アレクシーは、これらの点は比較衡量には関わらない前提条件の問題だとみなしているようである（Proportionality and Rationality, 2017, 19）。バラクが規制目的の適合性審査を比例性分析の第4の要素と位置づけているのが、誤解のもとになっているといえるかもしれない。ただ、目的審査を比例性審査の一部とみなす見方は、すでに触れたように少なくない。

(90) Cf. A. L. Young, Proportionality is Dead - Long Live Proportionality, 2014, 58. なお、目的の適合性や制限の適切性について比例性審査の前に審査するとしても、その結果がアレクシーの衡量定式における一方の原理にとっての介入強度の変項に代入されるものと考えられることができる。また、基本権の保護の範囲や程度についても同様である。アレクシーは、それらの値は衡量定式の他のファクターとの連関においてはじめて確定されるかのように述べているが、これではすべての値が相互の関連において浮動的なものとなって確定しなくなる可能性がある。少なくとも、一応の独立の値を想定することが必要だと思われる。

IV 制度論的問題に関する議論

以上見てきたように、アレクシーの基本権理論および比例性分析論は、違憲審査を基本的に比例性審査の段階に限定し、さらに比例性審査の中でも狭義の比例性分析、すなわち比較衡量に収斂させるものであるようにみえる。そこでは、基本権の保護の範囲や程度、規制目的の重要度なども、裁判所の比例性審査と比較衡量の段階においてはじめて判断されるものであるかのようにみえる。しかし、いうまでもなく、比例性分析は裁判所だけが行うわけではなく、立法権や執行権もその立法や執行において行うはずである。司法権による比例性審査が想定される以上、立法権や執行権はその審査に耐える立法や執行を心がけなければならないだろうからである⁽⁹¹⁾。このことは、司法権と立法権や執行権との（司法権のうちでは最高裁判所や憲法裁判所と下級審裁判所や専門裁判所の間の）機能の分担に関する問題、とくに司法権は立法権や執行権の裁量の余地をどの程度に認めて、どの程度の敬讓を示すべきかという問題を引き起こす。この制度論的な問題は各国の歴史的なまた政治的な背景に応じて多様な仕方で現れうる。ここでは、この点に関わるアレクシーの議論をめぐる原理的な問題を検討しておく。論点としては、先に触れた違憲審査の構造に関連する機能の分担の問題、法の内容をめぐる実証主義と非実証主義の問題、とくに司法権の民主的正統性をめぐる問題が挙げられる。

(1) 衡量定式と三段階審査

すでに触れたように、ドイツ連邦憲法裁判所の違憲審査は三段階からなるものと

(91) この意味では立法権や執行権も比例性原則に基づく比較衡量を行うことになる。もっとも、M. イェシュテットによれば、これらの場合、比例性原則は立法権や執行権にとっての行為規範として機能し、司法審査にとっての統制規範としての機能とは区別されうる。M. Jestaedt, *Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmass - Gesetzgebung angesichts der Vierfalt der Rationalitäten und des Eigenwert des politischen Kompromisses*, in M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, 295-297. そして、イェシュテットは、とくに立法権にとっての行為規範と司法権にとっての統制規範の優先順位に関する問題を設定したうえで、たとえば立法が少なからず複数政党の政治的妥協の産物であることを指摘して、この場合に比例性原則が統制規範として機能しうるかどうかについて疑念を呈している。これはたしかに重要な各論的問題だが、立法における政治的妥協がなお基本権（とりわけ妥協に反映されない少数者の基本権）に対する過度の侵害となっていないかどうかの審査は可能だと思われる。

みるのが一般的な理論的理解である。つまり、第三段階の比例性審査の前に、基本権の保護の範囲や程度を確定する第一段階、規制の目的の正当性を審査する段階が置かれるものとみる。これらの各段階のそれぞれについて、立法権や執行権、さらに下級審裁判所や専門裁判所の機能を考えることができる。すでに見たように、アレクシーは比較衡量におけるステイルメイトの問題に着目して、立法権の裁量の余地に関する議論を展開していた。しかし、制度論的にみると問題はそれにとどまらない。第一段階から順にみておこう。

基本権の保護の範囲や程度は、憲法の規定によって暫定的または確定的に与えられていることがあり、さらに基本権保護の具体化の多くは一般の法律によって与えられている。たとえば、基本的な人身の自由（逮捕の要件、刑罰の種類、裁判を受ける権利など）の保護の範囲と程度は憲法自体において確定的な準則タイプの規範として規定されていることがあるだけでなく、さらに刑事手続法によって詳細に具体化されている。また、基本的な人身の善益（生命や身体の安全）や人格権（名誉やプライバシーの権利）や財産権などは一般の法律（刑法や民法）の規定によって保障される。さらに、社会権が憲法によって保障されている場合でも、それらの法的効力は具体的な立法に委ねられることがほとんどである。

憲法の規定はもちろん憲法制定者の決定によるが、それ以外は立法者の判断と決定による。たとえば、我が国の刑法における名誉権の保護とその限定の規定が挙げられるだろう。その際、立法者は立法事実に基づいた一定の比例性分析を行っていると考えられるが、その結果としての規範は準則の性格をもつ。その適用の形式は基本的に包摂であり、その際に比較衡量がなされうるとしても、それはバラクが言うように解釈における比較衡量であり、原理そのものの比較衡量ではない。立法権による保護の範囲や程度の確定が原理そのものの比較衡量に基づいて審査されなければならない場合もないとは言えないとしても、ある程度に成熟した立憲民主制においてはそのようなケースは稀だと考えられる。このようにみてよいとすれば、比例性審査の前に、基本権保護の範囲や程度の確定を審査の一つの段階として置くことは、審査の構造的な見通しという点での合理性を実現するための方策と考えることができるだろう。⁽⁹²⁾

次に、グローバル・モデルとみなされる比例性原則による違憲審査についての一

般的な理解では、違憲審査を二段階で捉えるもの、つまり比例性審査の段階の前に、目的の適合性または正当性についての審査をおくものが少なくない。これについてはバラクとアレクシーの議論を先にみたので、若干、付言しておくことにとどめる。まず、バラクが言うように、規制目的の重さ（「切実」や「重要」など）は、比較衡量とは独立に一応の判断が可能であり、その結果はアレクシーの比較衡量定式の二つの原理のうち一方の原理の一応の重さの変項に値として代入されるものとみなすことができる。また、これを比較衡量から独立の審査段階とすることは、合衆国の違憲審査の特徴をより一般的な比例性原則による審査モデルに組み込む上で、有益であると考えられる。第二に、きわめて稀だと考えられるが、規制目的がたとえば差別的な趣旨を含むと考えられるとき、比例性審査に入る前に、その規制は道徳的論証によって違憲として排除することが可能となる⁽⁹²⁾。規制目的についての審査をおかずに、はじめから比例性審査に入るとすれば、パブラコスの言うように、立法者の設定する（あるいは行政庁の想定する）規制の目的を、どのようなものであれ、とりあえず正当なものとしてしまうことになる⁽⁹⁴⁾。したがって、比例性審査の前に規制目的の適合性または正当性の審査をおくことは、つねに必要なというわけではないとしても、否定されるべきことではない⁽⁹⁵⁾。

第三段階の比例性審査のうち規制手段の適合性と必要性の判断について、アレクシーは規制目的に照らした規制手段の事実的可能性を確定することに関わるものと捉える。こうした事実的可能性の認識と判断は事実に関する十分な情報を必要

(92) ドイツ連邦憲法裁判所の比例性原則を定着させたと言われる「薬局判決」（BVerfGE 7, 377（1958））は、職業選択の自由に職業遂行の自由を含めるとともに、その保護の程度に差を設けている。この判断は比例性分析の前に道徳的とみなしうる論証によって行われている。また、合衆国連邦最高裁判決によって形成されてきた権利の分類による審査基準の区別は、基本権の保護の程度の区別という側面をもつ。これは司法権の判断によるものであるが、この判断が端的な比較衡量とは異なる道徳的論証によって形成されてきたことは否定できない。

(93) 同様のことは基本権の範囲の確定についても言える。「殺人への権利」といったものは第一段階で排除されるだろう。

(94) 前掲注86参照。

(95) なお、第二段階に、バラクが言うような、規制が基本権に対する介入または制限となるかどうかの判断（結論としての侵害かどうかの判断とは別）、あるいは競合するかどうかの判断を含める見方もある。規制目的を審査した後に比例性審査に入るとすれば、その規制が基本権に介入するものであることは前提となっているだろうから、第二段階で介入に当たるかどうかをつねに明示的に述べる必要があるとは思われない。ただし、そのことを明示的に述べる必要のあるケースがありうることは否定できない。

とし、したがって規制に当たってそのような情報に依拠する立法者が行うことになる。裁判所は自らそのような情報を入手しえないから、立法者の認識と判断にさしあたり依拠するほかない。その意味で、アレクシーは立法者の認知的裁量の余地を認めている。しかし、いうまでもなく反対当事者は反論のために関連する事実についての認識と判断を提示しうる。それゆえ、規制手段の適合性と必要性の審査にあたっては、どちらに立証責任を負わせるかについての規範的判断が必要である。また、必要性の審査に関していえば、二つの規制手段のうちどちらがより制限的でないかの判断はたんに事実についての判断だけでなく、価値に関する判断を伴うことがありうる。さらに、事実的可能性に関する審査は基本的に下級審裁判所や専門裁判所が行い、最高裁判所や憲法裁判所はその認定を前提とする。事実の認定に疑義があるときは、原則として自ら判断するのではなく、審理不尽くとして差戻すことになる。つまり、適合性や必要性の審査についても、制度的な機能の分配が重要な意味をもつと考えられる。⁽⁹⁶⁾

アレクシーは、基本権をめぐる違憲審査を基本的に比例性審査に、そして比例性審査のうちでも狭義の比例性審査つまり比較衡量に収斂させて捉えているようにみえる。しかし、違憲審査を上記のような三段階審査と捉えれば、狭義の比例性審査に入る前の段階で、つまり第一段階や第二段階で（これはそれほど多くはないと考えられるが）、そして比例性審査の中でも適合性や必要性の審査の段階で、規制が違憲と判断されることも少なくない。たとえば、D. グリムによればカナダ最高裁

(96) M. クラットとM. マイスターは、先に触れたように、基本的にアレクシーの見解に従いつつ、アレクシーの衡量定式における介入強度 (I) の査定に関する信頼性 (R) をさらに経験的信頼性 (R^e) と規範的信頼性 (Rⁿ) に区別すべきことを提案した。それにとどまらず、M. Klatt and M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012, 109-147 は、これらの信頼性の程度が介入強度の分類 (classification) に影響するとともに、この分類そのものが比較衡量を必要とすると指摘する。そして、この分類の比較衡量は、衡量定式とは独立に、立法機関や下級審裁判所などを行う責任を負っており、憲法裁判所はそれをさらに評価することになるが、分類の比較衡量がステイルメイトになる場合のみそれらの機関に認知的裁量が認められるとして、アレクシーが認知的裁量を立法権のみに（しかも、立法権による介入強度の査定を確定したものと想定することで、その裁量を過度に広く）認めていた点を不適切だと指摘している。また、この構想は、衡量定式における介入強度や信頼性の値が憲法裁判所による狭義の比例性審査の前の段階で他の諸機関によって決定されうること、その権限の分配は各国の法制度によって異なりうることをも示唆している。そうすると、クラットらは明示的に述べていないが、基本権の抽象的な重さも同様に解することができるだろう。もっとも、衡量定式の詳細についてはさらに検討が必要である。

判所の違憲審査では必要性の段階までで結論（違憲の結論）がでている事例が少ない。そうすると、違憲審査を比例性審査、とくに狭義の比例性審査に収斂させて理解するのは必ずしも適切ではないことになるだろう。また、すでに触れたように、比較衡量にいたる場合でも、そのファクターに代入される値、とくに基本権の保護の程度や規制目的の重さなどの一応の値は第一段階や第二段階で判断される。さらに、合衆国の三層審査 (three tiers review)、つまり厳格審査、中間的審査、合理的基礎の審査の観点と結びつけるならば、審査がどの段階にまでいたる必要があるかもあらかじめ予測可能になると考えられる。

また、狭義の比例性審査に関して分析的な検討の余地があると考えられるのは、違憲審査が法令違憲に関するものか適用違憲に関するものかによる違いである。この問題は規制手段の適合性ととくに必要性の審査においても重要な意味をもちうるが、とりわけ狭義の比例性の審査では比較衡量に載せるファクターをどのように考えるかに関わってくる。法令違憲審査の場合には、比較衡量はより一般的なレベルでなされうののに対し、適用違憲審査の場合には、より具体的なレベルでなされることになると考えられる。この違いはいわゆる審査密度をどこまで追求するかという問題にも関わるだろう。

(2) 違憲審査と民主的立法

以上は、比例性原則による違憲審査の内部での審査段階と結びついた制度的な機能分担の問題に関わるとすれば、さらに違憲審査の憲法構造の内部における制度的な機能分担の問題がある。つまり、基本権の保護と制限に関する司法権ととくに立法権の間の機能分担あるいは権力分立の問題である。この問題に関する原論

(97) 合衆国最高裁の判例において、とくに中間的審査が導入されたことに伴い、比較衡量（balancing）の手法が多用されるようになったことについて批判的に論評するものとして、たとえば、A. Alleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, *Yale Law Journal*, 96, 1987 参照。

(98) O. レプシウスは、後でも触れるように、行政庁や下級審裁判所の決定に対する適用違憲審査と立法に対する法令違憲審査の違いに着目しているが、その趣旨はドイツ連邦憲法裁判所が適用違憲審査を超えて法令違憲審査にまで広く手を伸ばすことに対する懸念を表明するという点にある。O. Lepsius, *Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, in M. Jestaedt und O. Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, 9-10.

点としては、法の概念に関する実証主義と非実証主義をめぐる論点、それと関連してとくに司法権の民主的正統性をめぐる論点が挙げられる。

比例性原則による違憲審査は、場合によってはすべての基本権を集合的利益との比較衡量の対象とすることになるという点で、基本権保護の点で脆弱になるという見方もあるが、段階的に構造化された比例性審査を支持する論者は、アレクシーも含めて多くの場合、立法に対する違憲審査を積極的にみとめる立場、その意味で非実証主義的な立場に立つとみられる。比例性審査は立法に対する司法的統制の基準とみなされるからである。これに対して、いわゆる規範的法実証主義は民主的な立法権に対するより大きな敬讓を司法権に求める。規範的法実証主義は立法の司法審査に対する優位をとりわけ民主的正統性によって規範的に根拠づけようとするのである。また、近年の欧米の実証主義論争におけるいわゆる包含的法実証主義は、準則だけでなく、ドゥオーキンのような原理規範も法体系のうちに包含されるとするが、それは必然的ではなく実定的な決定によると主張する。基本権を原理とみなすとしても、それが法体系に含まれるのは憲法制定者の決定によるというわけである。

包含的法実証主義におけるような実定的基本権論に関しては、アレクシーは、すでに触れたように、憲法に規定された基本権は実定的な次元に属するとともに、それを超えて「人権」としての「理想的な次元」をもっているという二重の性格を強調している。つまり、基本権は実定化されている場合でも、道徳的権利および抽象的権利という性格を失わないのであり、それゆえ準則という形式で規定されていても原理としての性格を失わない。したがって、原理が比例性原則および比較衡量と必然的に結びついている以上、実定的な基本権も比例性原則および比較衡量と必然的に結びついているというわけである。⁽⁹⁹⁾アレクシーのこの基本権の二重性という特徴づけは説得的だと思われるが、基本権は比例性審査または比較衡量の対象となる可能性をもつとしても、その可能性は憲法における基本権の規定様式や関連法律による具体化の態様によって多様でありうる。アレクシーの違憲審査論は比例性原則とくに比較衡量に収斂するようにみえるけれども、基本権についての準則／原理モデ

(99) R. Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, 2014, 61.

(100) R. Alexy, *op. cit.*, 61.

ルは、基本権が憲法や関連法律において比較衡量の範囲を制約する準則形式で具体化されることをも包含するだろう。

立法権に対する比例性原則に基づく違憲審査の司法積極主義的な展開を懸念する異論は少なくない。それはドイツでも同様であり、たとえば、O.レプシウスは、連邦憲法裁判所の違憲審査の対象が当初は適用違憲の事例であったのに対し、1954年の薬局判決を経て、とくに1970年代頃から立法に対する違憲審査が増えてきたことを指摘している。その際、当初の違憲審査が適用違憲の事例であったのは、当時の司法および行政の人員の大部分がナチス時代から引き継がれていたことによると示唆している⁽¹⁰²⁾ことからして、立法に対する違憲審査の展開を懸念していることが窺える。こうした立法に対する司法積極主義的な展開に対する異論の論拠としては、法的安定性や権力分立の原則、そして民主主義原理が挙げられる⁽¹⁰³⁾。とくに民主主義原理による異論の一つは、立法機関が民主的正統性をもつ、つまり国民の選挙によって選出された議員からなる国民の代表であるのに対して、司法機関は政治的プロセスを経た国民の代表という意味での民主的正統性を欠くという点にある。アレクシーはこの異論にも応答を試みている。

アレクシーの応答は、通常の代表の概念を「意志的代表」(volitional representation)と捉えて、これに「論証的代表」(argumentative representation)という概念を追加することによっている⁽¹⁰⁴⁾。それによれば、憲法裁判所の違憲審査と民主制を整合させるためには違憲審査をも国民 (people) の代表として捉えること

(101) O. Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, 2015, 3-10. レプシウスは、比例性原則による違憲審査に早くから注目していたP.レルヒェが違憲審査の対象を主に適用違憲の事例に見ていたのに対し、法令違憲をも広く包含する仕方では基本権の保護範囲を拡張する議論を展開したのはP.ヘーベルレであったと指摘している (op. cit., 6-8).

(102) O. Lepsius, op. cit., 3.

(103) ハーバーマス (Faktizität und Geltung, 317-319, 訳304-305) も、この点の考慮に基づいて、憲法裁判所の司法積極主義的な姿勢に対して批判的である。ハーバーマスは、法律の適用に関する憲法異議に関しては、憲法裁判所の権限と司法審査の合理性に問題はないとしているから、問題なのは立法に対する法令審査だとみているものと思われる。また、憲法異議についても、実体的観点からではなく、J. H. イリイの説くような立法手続的観点から審査すべきだとしている。これも民主的立法を重視する見方によるといえる。しかし、熟議民主主義も完全ではありえない以上、実体的基本権に基づく審査が不要になるとは思われない。

(104) R. Alexy, Balancing, Constitutional Review, and Representation, in ICON Vol.3, No.4, 2005, 578.

が必要であり、それは憲法裁判所の違憲審査を「論証的代表」と捉えることによって可能である。もちろん、議会による代表と違憲審査を行う裁判所の代表はその性質において異なる。「議会による国民の代表が同時に意志的または決定的であるとともに、論証的または議論的である」のに対して、「憲法裁判所の代表は純粋に論証的である」⁽¹⁰⁵⁾。要するに、憲法裁判所の比例性原則による違憲審査は国民の法的議論を代表するというわけである。この見解がアレクシーの法的議論の理論に基づいていることは明らかであるが、ここでは立ち入らない。

憲法裁判所の代表が「純粋に論証的」であるという主張に対しては、憲法裁判所はたんに論証するだけでなく、「どんな論証も自由に宣言することができる」という異論がさらに向けられうる。この異論に対して、アレクシーは第一に、論証に基づく違憲審査はすべてを許容されるわけではなく、先に見たように、比例性原則による判断がステイルメイトとなる場合は立法者が裁量権をもつことを指摘している⁽¹⁰⁶⁾。ただ、この指摘は、とくに最上級裁判所の決定が同時に政治的な意志の決定の側面をもつことを解消するわけではない。その意味では裁判所の違憲審査を「純粋に」論証的代表とみなすことはできないだろう。

第二に、裁判所がその論証において国民を代表すると言えるためには、裁判所はその論証が国民の論証であると主張しなければならないとともに、その主張が「十分な数の国民が、少なくとも長期的にみて、裁判所が提示する正しさの理由についての論証を受容する」ことによって満たされるだろうということも主張しなければならないということを、アレクシーは指摘する。このことはその主張の受け手である国民が政治的法的問題について「合理的」（リーズナブルという意味で）であることを想定し、また要求する。アレクシーはそのような国民を、ロールズの「リベラルな人々」の観念になぞらえて、「憲法的な人々」（constitutional persons）と呼ぶ⁽¹⁰⁷⁾。この応答は一つの理念を想定しており、アレクシーはそれを「論証的立憲主義」（argumentative constitutionalism）と呼んで、「理性と正しさの制度化の企て」と特徴づけるとともに、「理性と正しさ」は違憲審査によってよりよく制度化される

(105) R. Alexy, op. cit., 579.

(106) R. Alexy, op. cit., 580.

(107) R. Alexy, op. cit., 580.

のだと述べている。⁽¹⁰⁸⁾

民主的決定に対する違憲審査の必要性は、一般に、民主的決定の「理性と正しさ」の実現という点での不完全さに基づいて主張される。アレクシーの議論はポジティブな表現になっているが、このことを想定していることは否定できない。しかし、いうまでもなく、不完全性はまた裁判所の判断についても語りうる。このことは、「理性と正しさ」の現実の制度化は、立法権、司法権、そして国民の実際に応じて多様でありうることを意味する。司法積極主義か消極主義かもそれに依存して多様でありうる。さらに、それはバラクのような憲法救済のあり方もそれに応じて多様でありうること（たとえば、違憲と宣言するが、無効とはせずに、立法に改正等を促すなどを含む）を意味するだろう。とはいえ、アレクシーの「論証的立憲主義」の理念は、「正義への企て」という法理想主義の理念と符合するその一つの表現とみることができるだろう。

終わりに

アレクシーの基本権論と比例性分析論は次のようにまとめることができるだろう。（１）基本権は可能なかぎり最大限に保障されることを要求する原理（最適化命令）であり、他の原理（他者の基本権と人々の権利に基づく集合的利益）と競合する場合には制限されなければならないが、法律や判決によるその制限は比例性原則を満たすものでなければならない。（２）基本権を制限する法律や判決が比例性原則を満たすかどうかについての司法審査（比例性審査）は、制限の目的と手段の適合性（目的と手段との間に合理的な関連があること）、制限手段の必要性（同様に有効でかつ基本権制限のより少ない他の手段がないこと）、そして制限の狭義の比例性（制限が基本権と他の原理との比較衡量において衡量法則を満たしていること）に照らしてなされる。（３）狭義の比例性審査における衡量法則に照らした比較衡量は、基本権及び競合する他の原理のそれぞれについて、その抽象的な重さ、他方による介入又は制限の強度、そして介入強度の前提的事実的及び規範的な信頼

(108) R. Alexy, op. cit., 581.

度の積（具体的重さ）をとり、基本権の具体的重さが他方の原理の具体的重さを上回るか否かを判定するという基準（衡量定式で表現される）によってなされる。

第一の点については、基本権を最適化命令と捉えることは基本権を目的論的な価値とみなすことになるという批判（1a）、これと関連して、他の原理のうちとくに集合的利益との比較衡量を認めることは基本権の保護を弱体化することになるという批判（1b）、逆に基本権の保護範囲が過度に広く捉えられているという批判（1c）がある。（1a）については、原理としての基本権はなお義務論的な規範であること（競合法則の結論は二値的であること）、原理の体系を価値秩序とみなすとしても、単に伝統的で固定的な秩序とみなす必要はないことが、適切な応答として指摘される。（1b）については、基本権も他者の権利と競合するときは絶対的なものとはいえないのみならず、人々の個人的権利に基づく集合的利益とも競合しうるということが指摘できる。基本権が「切り札」等として機能するのは、人々の個人的権利に基づかない集合的利益に対してであるといえるが、アレクシーは必ずしもこの点を明示的に述べているとはいえない。（1c）については、基本権の一応の保護範囲を過度に広く捉えるのは適切ではなく、抽象的レベルでも一応の制限条項によって制約されているものと捉える必要がある。この点では、アレクシーのいう基本権規範（一応の基本権と制限条項からなる）を出発点とすることができるだろう。このことは違憲審査全体における比例性審査、とくに狭義の比例性審査をどう位置づけるかに関わる。

第二の点については、アレクシーの衡量定式は形式的なものにすぎないという批判と比較衡量は直観主義的で非合理だという批判（2a）、比較衡量の結果はアドホックだという批判（2b）、アレクシーは比例性審査に目的の正当性の審査を含めておらず、立法者の目的設定を前提することになるという批判（2c）がありうる。（2a）については、衡量定式は比較衡量の形式的合理性（内的正当化の図式）を明示化するためのものであり、衡量定式の各変項は実質的な論証（外的正当化）を必要とすることを、アレクシーは明示している。実質的な論証の合理性を一般的に論証することは困難であり、アレクシーはドイツ連邦憲法裁判所の裁判例を挙げて例証している。一般に裁判例の説得性については異論がありうることはいうまでもない。（2b）については、類似の事例は同様に扱うべしという原則や、判決は正当性の主

張を提起しなければならないという要請によって、アレクシーは応答することができるだろう。ただし、過度のカズイステイクを回避するためには、ある程度の整合的な体系化のための理論形成が必要だろう。(2c)の批判をめぐる議論は、アレクシーの比例性審査論が狭義の比例性原則と衡量定式に収斂するかにみえる問題点を指摘している。これは次の論点に関わる。

第三の衡量定式については、本稿は立ち入った検討を行っていない。本稿の第IV節(1)が指摘したのは、アレクシーの基本権論と比例性分析論は狭義の比例性審査における衡量定式に照らした比較衡量に関する議論に収斂しているようにみえることから、上記のような批判的異論を呼び起こしていると思われるということである。衡量定式の各変項の実質的論証(外的正当化)は、狭義の比例性審査の段階ではなく、三段階審査の適切な段階でなされるものとみることができる。たとえば、基本権の一応の保護範囲や抽象的な重さの確定は、第一段階で、比較衡量ではなく通常解釈方法によってなされうる。また、制限目的の正当性や制限手段の介入強度(それらの前提の信頼度を含めて)は第二段階で、あるいは必要性審査の段階で、一応は確定されうる。さらに、違憲審査は狭義の比例性審査に至る前の段階で終了する場合もありうる。

のみならず、基本権制限の比例性分析は、憲法裁判所や最高裁判所だけでなく、立法権や行政権、下級審裁判所においてもなされうる。それらの機関による判断を憲法裁判所や最高裁判所は必要とあれば再吟味することになる。衡量定式の各変項の実質的論証とその値の確定は、様々な機関や段階においてなされうる。アレクシーは立法権の構造的裁量や認知的裁量の権限とその成立箇所を見定めようとしているが、M.クラットらが示唆するように、そうした一応の裁量余地は他の機関にも割り当てられる可能性もある。他の機関の裁量の結果が必要な場合には憲法裁判所や最高裁判所によって再審理されることは、本稿第IV節(2)でみたように、これらの裁判所を純粹な論証の代表とみることができないとしても、法的実践の正当性主張のよりよい充足の可能性を高めるといえることができるだろう。いずれにせよ、このようにみることによって、各機関における権限の分配のあり方や、各国の違憲審査の制度的及び理論的な多様性を考慮に入れることが可能となると考えられる。

以上が本稿の一応の結論である。残された課題としては次のようなものがある。一つは、アレクシーの衡量定式についてより立ち入った検討を行うことである。それは比較衡量の形式的及び実質的な合理性を検討することを意味する。第二に、上記のような三段階審査の枠組のもとで、各国の比例性原則による審査の異同を調査することである。少なくとも、ドイツ連邦憲法裁判所の裁判例だけでなく、アメリカ合衆国の三層審査論を巡る議論と裁判例、欧州人権裁判所の裁判例などを比較検討することが考えられる。第三に、バラクやレブシウスが指摘しているような比例性原則をめぐる各論的問題の検討である。⁽¹⁰⁹⁾いずれも広範な問題圏をなしているが、法哲学的または法解釈理論的な観点から可能なかぎりアプローチしてみたい。

本稿は日本学術振興会科学研究費助成金（課題番号20K01257）による研究成果の一部である。

(109) レブシウスは、比例性原則の適用の限界を示すものとして、次のような論点を挙げている（Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, 2015, 27-38）。目的手段統制になじまない法的問題（刑法や税法における）、一般条項や予測的要件を含む条項の問題、事実認定をめぐる問題（これは下級審裁判所や専門裁判所の判断権限に関わる）、衡量可能な法益の発見が困難な事例の問題、法律が対立する複数の目的を追求している場合の問題、イエシュテットも指摘していた妥協的法律の問題、法律の目的が見出し難い場合の問題などである。