

合衆国司法審査理論と比例性アプローチ（下・完）

酒匂， 一郎
九州大学： 名誉教授

<https://doi.org/10.15017/4772777>

出版情報：法政研究. 88 (4), pp.122-92, 2022-03-14. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：

合衆国司法審査理論と比例性アプローチ（下・完）

酒 匂 一 郎

はじめに

I 合衆国司法審査理論の展開

II カテゴリー的アプローチとbalancing・アプローチ（以上、前号）

III 比例性アプローチの可能性（以下、本号）

終わりに

III. 比例性アプローチの可能性

今世紀になると、合衆国でも比例性に注目する研究が現れてくる。ヨーロッパだけでなく、カナダ、イスラエル、南アフリカなどでも、それらの最高裁で比例性アプローチが採用されて、合衆国が「例外」とみなされるようになったことが、その背景にある。しかし、それだけではなく、今世紀に入って合衆国の三層審査の問題点が意識され始めたことが重要な内在的要因である。三層審査の境界が明確ではなくなってきたことに加えて、憲法理論としてのいわゆる原意主義（originalism）をめぐる論争が起り、従来のカテゴリー的アプローチとbalancing的アプローチの対置では、憲法上の権利の保護が弱体化する一方で、司法審査の統一的な規律が見失われるという懸念が生じたのである。これら二つのアプローチに代わるものとして比例性アプローチが注目されるようになったのは偶然ではない。

比例性に注目する研究者たちの議論は大きく二つの側面をもつ。一つは、合衆国に比例性アプローチの源泉や要素があることを指摘する記述的な側面であり、もう一つは、そうした源泉を取り戻す、またはその要素をより構造的な比例性アプロ

チへと展開することを求める規範的な側面である。もっとも、合衆国の憲法および法制度の特徴、政治的または社会的文化的な特徴などにより、外国で採用されているものとは異なるアプローチを示唆する研究者もある。諸外国の比例性アプローチにもそれぞれ特徴と違いがあり、合衆国の特徴との違いを意識することは当然のことだといえる。このことは各国の法制度と社会に応じた多様な比例性アプローチを展望する上でも有意義な示唆を与えるだろう。

(1) 合衆国における比例性の源泉または要素

比例性アプローチに注目する研究者たちの議論として、ここではおおよそ発表順に、E. T. サリヴァンとB. S. フレイズ、R. H. ファロン、A. S. スウィートとJ. マシューズ、V. C. ジャクソン、D. L. ベシユルの議論を概観しておこう。

a. E. T. サリヴァンとB.S. フレイズ

E. T. サリヴァンとB. S. フレイズ（以下ではサリヴァンらという）は2009年の著書において、合衆国の裁判所が民事事件および刑事事件の裁判において比例性またはそれに類似する観念を明示的にまたは黙示的に用いてきていることを指摘している⁽¹⁴⁴⁾。サリヴァンらによれば、「比例性」の観念が明示的に用いられているのは、懲罰的損害賠償、財産使用許可条件、修正14条5項のもとでの連邦議会の立法措置、量刑、刑事没収などのケースにおいてである。他方で、比例性に類する観念が黙示的に用いられているのは、最高裁の三層審査のそれぞれにおいてである。

サリヴァンらは、数学における比例性の概念と区別される法的な意味での比例性の概念を大きく三つに分けている⁽¹⁴⁵⁾。一つは、犯罪と刑罰との、また加害行為と損害賠償との比例性であり、とくに犯罪と刑罰との比例性について1章を割いて論じている。修正8条は「重すぎる罰金」や「残虐で異常な刑罰」を禁じているが、これらの文言は明らかに犯罪と刑罰の比例性の要請を含意する。これをサリヴァンらは「応報制限」(limiting retributive)の比例性と呼んでいる。しかし、これについてはここでは立ち入らない。第二は、権利利益を侵害するとされた政府の行為

(144) E. T. Sullivan and R. S. Frase, *Proportionality Principles in American Law*, 51-52.

(145) E. T. Sullivan and R. S. Frase, *op. cit.*, 4-7, 53-54.

とその行為によって達成されると見込まれる便益との比例性で、サリヴァンらはこれを「目的－便益」の比例性と呼んでいる。目的と便益とされているが、政府の行為の目的とその効果との、とくにその行為が権利益（とくに憲法上の権利）に及ぼす害悪との比例性を意味するものと解される。第三は、その政府の行為とその便益または目的を達成する代替手段との比例性であり、サリヴァンらはこれを「代替手段」(alternative)の比例性と呼んでいる。この原則の厳格なものが「明確な限定性」または「必要性」の要請に当たることは明らかである。

まず厳格審査において比例性の観念が黙示的に用いられている一つの例は、*Grutter v. Bollinger* である。サリヴァンらによれば、この判決で最高裁が宣言した原則では、政府の行為の違憲性は、厳格審査がカテゴリー的に用いられていた場合と異なって、厳格審査の範囲に属するというだけで決定されるわけではもはやなく、「特定の文脈的状况において競合する憲法上の利益をバランスすることによって決定される」⁽¹⁴⁶⁾。サリヴァンらはこのタイプのバランスを「目的－便益」の比例性原則に特徴的なものだとする。もう一つは *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* である。*Roe v. Wade* が女性の権利にのみ着目していたのに対し、*Casey* 判決は、女性の権利と胎児の生命に対する州の利益とをバランスするという仕方では厳格審査の基準を緩和しただけでなく、州の行為の便益と中絶する基本的権利の保有者に課せられる害悪との比例性を審査するために「不当な負担」⁽¹⁴⁷⁾の語を用いている。サリヴァンらは、ここに「目的－便益」の比例性原則だけでなく、「代替手段」⁽¹⁴⁸⁾の比例性原則をもみている。

中間的審査で比例性の観念が黙示的に用いられている一つの例として、州際通商条項に関する *Pike v. Bruce Church, Inc.* が挙げられている。この判決で最高裁は「法律が地方の正当な公益を実現するために均等に規制し、州際通商に対するそ

(146) E. T. Sullivan and R. S. Frase, op. cit., 55.

(147) E. T. Sullivan and R. S. Frase, op. cit., 55-57. サリヴァンらの記述では明確ではないが、「不当な負担」の審査は必要性審査と狭義の比例性審査を含むとみることができるだろう。権利に対する制限は、より制限または負担が少なく同様に有効な他の手段があれば、必要性を越えた「不当な負担」を課すものとみなされる。また、仮に手段が必要性を満たすとしても、なおその手段によって課せられる負担がその手段によって達成される便益よりも大きいとすれば、その負担は「不当」とみなされるだろう。

(148) E. T. Sullivan and R. S. Frase, op. cit., 57-58.

の効果もっぱら副次的であるときは、その法律が通商に課す負担が当該地方の便益に比して明らかに過度なものでないかぎり、その法律は支持される」と述べている。⁽¹⁴⁹⁾ サリヴァンらはこの判決に通常のプロportionality審査の要素、すなわち、適合性、必要性、そして狭義のプロportionalityの要素を見出している。その他、言論の自由に関しては、選挙運動資金に関する *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC* におけるブライヤー (S. Bryer) 裁判官の賛同意見、象徴的行為に関する *United States v. O'Brien*、「過度に広汎」の法理に関する *Virginia v. Hicks*、商用言論に関する *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pu. Serv. Comm'n of N. Y.*、そして性別による分類に関する *United States v. Virginia* が挙げられている。この最後の例 (ヴァージニア軍事大学校の入学資格を男性に限っていることが修正14条違反として訴えられた事案) では、判決は、性別分類が正当化されるためには、少なくともそれが政府の「重要な目的」に奉仕し、「その目的の達成に実質的に関連する」ことを証明しなければならないとしている。

合理的基礎審査に関しては「牙のある合理的基礎」審査の基準が挙げられる。*United States Department of Agriculture v. Moreno* がその例である。世帯から分離している個人を含む世帯をフードスタンププログラムから除外する連邦法について、判決は、この分類は「著しく援助を必要としており、その受給資格を得るためにその生活状況を変える資力すら持たない人々」に損害を与えることになり、またいわゆる「ヒッピー」に対する偏見が窺え、余剰生産物を政府が購入することによって農業経済を刺激するという本法の目的に合理的に関連しているとはいえないと判示した。また、サリヴァンらは *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.* も挙げている。精神障害のある人々のためのグループホーム建設申請につき、一般の許可とは異なる特別許可が必要とする市条例が問題となった事案で、判決は、精神障害のある人々を「準-疑わしい」分類とすることは否定するものの、当該グループホームが地域に特別の影響を与えるわけではないという状況のもとで、特別許可を要件とするのは精神障害のある人々に対する偏見によるものと認定して、特別許可要件の賦課を違憲としている。さらに、サリヴァンらは性的指向による分類

(149) 397 U. S. 137(1970), 142.

を違憲とした *Romer v. Evans*、*Lawrence v. Texas* を挙げている。サリヴァンらによれば、これらの判決は社会的利益と個人的利益の多様性を考慮する点で、従来の合理的基礎審査よりも柔軟であるように見え、二層審査システムを有意味なスライディングスケールをもった比例性分析へと転換するモデルであるとしている。

以上のようなサリヴァンらの議論の特徴は次の点にあるといえるだろう。第一に、サリヴァンらは、三層審査の各審査層にバランスの要素が含まれていることをもって、それらが比例性の観念を暗黙に用いていることを示すものとみている。しかし、目的－便益の比例性は狭義の比例性に、代替手段の比例性は必要性にほぼ相当するといえるし、また州際通商条項に関する *Pike* 判決についての説明には、一般の比例性審査の三つの審査要素が順序どおりに含まれているが、全体として、適合性、必要性、狭義の比例性が構造的に捉えられているとはいえない。

第二に、三層審査のすべての審査層について比例性の何らかの要素が見いだされている。これは、後述するファロンなどが一般の比例性審査に類似するのはバランス的の厳格審査だとみているのと異なる。比例性審査に類似するのが厳格審査だというのは、比例性審査における必要性審査の要素がみられるのは厳格審査だからである。サリヴァンらも中間的審査における手段と目的との実質的関連性という基準は、厳格審査または比例性審査の必要性の基準のように厳格ではないことを指摘している。この点を軽視して、比例性審査をたんに重みづけバランスと同様のものとみなすならば、ファロンが言うように、比例性審査との異同という点で厳格審査と中間的審査の区別が曖昧になるだろう。

しかし、第三に、三層審査のすべての審査層に比例性の何らかの要素を見出すことには利点もある。まず、サリヴァンらが中間的審査の一つとして挙げている *Pike* 判決は、比例性審査の構造を示すものと解することができるということである。しかし、後述するように、この点ではむしろ *Central Hudson* 判決におけるパウエルの法廷意見がより明示的に構造的な比例性審査の枠組を示している。また、同じく中間的審査の一つとして挙げられている *Casey* 判決の「不当な負担」基準は、必要性審査、さらに狭義の比例性審査の要素をも示すものと解される。これに対して、厳格審査には狭義の比例性の要素を見出すことが困難である。さらに、これは一般に指摘されていることだが、合理的基礎審査は比例性審査の適合性または

合理性の審査にほぼ対応する。したがって、三層審査はいずれも比例性審査の要素を何らかの仕方を含んでおり、問題はそれらを比例性審査の構造にどのように位置づけるかということになる。

b. R. H. ファロン

次に、R. H. ファロンは2007年の論文で、「厳格審査テストは比例性の吟味を要求するものとして理解されるのがもっともよい」として、その異同を検討するとともに、⁽¹⁵⁰⁾ 厳格審査を三段階審査の枠組に位置づけることを試みている。

まず、類似性は次の点にみられる。第一に、厳格審査テストの目的における政府の「切実な利益」の要件は、憲法上の権利と重要な公的目的とを比較衡量するという点で類似する。第二に、厳格審査テストにおける手段の「明確な限定性」の要件は、比例性審査における必要性審査及び狭義の比例性審査と比較しうるという点で、⁽¹⁵¹⁾ 厳格審査と比例性審査は類似する。ただ、後でみるように、厳格審査に狭義の比例性審査を見出すことができるかどうかは明らかではない。

次に、相違点としては次の点が挙げられている。まず、「比例性審査は権利からいかなる『切札としての特殊な力』も奪うことになるのに対して、アメリカのアプローチは、少なくともある解釈によれば、優先的権利に特別な切札的なオーラを与える」⁽¹⁵²⁾。第二に、他方で、厳格審査テストの二つの基準は必ずしも明確ではない。それはバランスングなのか、それともより微妙で十分に明確化されていない考慮要因なのかが不明確であり、基本的権利、切実な利益、明確な限定性などの概念にどのような内容を与えるべきかが不明確である。⁽¹⁵³⁾

このような相違点にも関わらず、ファロンによれば、厳格審査は比例性審査に類似するものと理解するのがもっともよいというわけである。ファロンによれば、厳格審査については、これをカテゴリー的な禁止とする解釈、比例性審査に似た重みづけバランスングとする解釈、そして「違法な動機」テストとみる解釈がある。⁽¹⁵⁴⁾ カ

(150) R. H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 1267.

(151) R. H. Fallon, *op. cit.*, 1294-95.

(152) R. H. Fallon, *op. cit.*, 1296.

(153) R. H. Fallon, *op. cit.*, 1296-97.

(154) R. H. Fallon, *op. cit.*, 1302-303.

テゴリーの禁止とする解釈はガンサーの評言にみられるが、バーガー・コート以降の厳格審査はバランスの要素を含むから、もはや適切ではないことになるだろう。比例性審査に似た重みづけバランスとする解釈は、ファロンによれば、厳格審査と中間的審査の違いを曖昧にする⁽¹⁵⁵⁾。また、アレニコフがバランス・アプローチの例として批判的に取り上げた Dennis v. United States (1951) や、Adarand v. Peña (1995) との違いを明らかにしえないと、ファロンはみる⁽¹⁵⁶⁾。「違法な動機」テストとみる解釈は、ファロンは明確に述べていないが、一般的な司法審査理論とみなすにはかなり限定された解釈といえるだろう。

以上のように厳格審査には比例性審査の要素が含まれているが、比例性審査のような多段的なシークエンスからなる構造をもたない⁽¹⁵⁷⁾。そこで、ファロンは厳格審査をそのような多段的なシークエンスをもつものとして構造化することを試みる。「厳格審査の目的がどのように特徴づけられようとも、その定式を適用する三つの決定的なステップがある。(1) その制限が厳格審査を要請する優先的または基本的な権利の特定、(2) その政府の利益が切実であるかの決定、(3) 明確な限定性の認定である⁽¹⁵⁸⁾」。

この三つのステップはドイツの三段階審査の構造、つまり保護される基本権の範囲の確定、規制目的の正当性の審査、そして比例性審査という構造に類似する。違いは次の点にある。第一に、ファロンが先に指摘しているように、厳格審査は主張されている権利が厳格審査を要請するとくに優先的な基本的権利（「疑わしい分類」に対する平等処遇の権利を含む）に該当するかどうかを吟味するのに対し、三段階審査は基本権の範囲の確定ではその範囲を一応は広く捉える。つまり、合衆国で中間的審査や合理的基礎審査の対象と見られる権利も三段階審査の対象となる。合衆国ではこの権利カテゴリーの区別とそのカテゴリーへの帰属の如何をめぐる論争が司法審査において重要な地位を占めているのが、その大きな特徴の一つである。第二に、厳格審査では、対象となる権利が優先的な基本的権利に限定されることから、政府の利益も「切実」なものに限られるが、三段階審査では、目的の正当性もさし

(155) R. H. Fallon, op. cit., 1302, cf. 1307.

(156) R. H. Fallon, op. cit., 1302.

(157) R. H. Fallon, op. cit., 1314-1315.

(158) R. H. Fallon, op. cit., 1315-16.

あたり広く捉えられる。第三に、厳格審査の第三段階が手段の必要性の審査に限定されている。目的と手段の合理的関連（適合性または合理性）の審査、狭義の比例性の審査は明示的には含まれていない。

以上のような違いから、ファロンは厳格審査をドイツの三段階審査に近い各ステップのシークエンスに分けて構造化することを試みている。そのステップは、権利の特定、切実な利益、明確な限定性、そして比例性（狭義の比例性）である⁽¹⁵⁹⁾。利益は切実なものに限定されており、またここには目的と手段の合理的関連の審査は含まれておらず、さらに明確な限定性（必要性）については合衆国特有の議論があることが指摘されているが、ほぼ三段階審査のステップに対応する。ただ、狭義の比例性に該当するものは厳格審査には明示的には見いだされないため、ファロンは現実のケースをもとに仮想的なケースを構成して論じている。

ファロンの議論の特徴は、厳格審査を比例性審査に類似するものとして捉え、さらに三段階審査の枠組に位置づけようと試みている点にある。しかし、サリヴァンらとは異なって対象を厳格審査に限定しており、比例性審査の一般性という点で問題を残す。また、狭義の比例性をどのように位置づけるかの問題が残る。これらについては、後で立ち戻って検討する。

c. A. S. スウィートとJ. マシューズ

A. S. スウィートとJ. マシューズ（以下、「スウィートら」という）は2010年の論文⁽¹⁶⁰⁾で、合衆国に比例性審査の要素があったことを指摘し、それを取り戻すとともに、従来の三層審査の問題点を指摘して、これに代えて三段階構造をもつ比例性審査を全面的に取り入れるべきだと主張する。ここでは合衆国に比例性審査の要素があったとする点を中心に触れておこう。

スウィートらはこの論文に先立つ2008年の論文⁽¹⁶¹⁾で比較司法審査論を展開しているが、2010年のこの論文で注目されるのは、司法審査の比例性アプローチの成立と展開という点で、ドイツと合衆国はパラレルだと主張していることである⁽¹⁶²⁾。第一に、

(159) R. H. Fallon, *op. cit.*, 1316-32.

(160) A. S. Sweet and J. Mathews, *All Things in Proportion?*, 3-1-2010.

(161) J. Mathews and A. S. Sweet, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2009.

ドイツでは比例性アプローチの成立は19世紀プロイセンの警察行政に対する裁判所のコントロールにあったとされるが、スウィートらによれば、合衆国でも19世紀に州際通商条項（1条8節3項）のもとでの州規制に対する裁判所のコントロールにおいて比例性アプローチが成立している。それによれば、1875年から1902年の間に、連邦最高裁は商人や貿易業者によって提起された多くの訴訟、州際通商を禁止または制限する効果をもつ州規制を無効とするよう求める訴訟に直面した。スウィートらによれば、最高裁はこれらの訴訟に比例性分析の完全なバージョンを次第に展開することによって応えた。それを（三段階審査的に）再構成すると、通商条項から州境をまたいで財を売買する個人的権利を導き、州の目的の正当性と重要性を審査し、LRMテストの展開によって規制の「必要性」を査定し、そして「道理的でない負担」（unreasonable burden）の基準という形式でバランスの場を設定しているというわけである。⁽¹⁶⁴⁾

第二に、戦後にドイツで比例性審査が展開されたのは1950年代からだが、合衆国ではほぼ同じ時期に修正1条に関するケースでの厳格審査が展開された。⁽¹⁶⁵⁾ スウィートらによれば、それはまず「明確な限定性」のテストを打ち出し、次にブレナン（反対意見）によって言論の自由と「切実な利益」のテストが結び付けられ、そして、*Sherbert v. Verner* (1963) で、ブレナンが「切実な利益」のテストと「もっとも制限的でない手段」のテストを結びつけた。さらに、スウィートらは、*Williams v. Rhodes* ⁽¹⁶⁶⁾ におけるスチュワート裁判官の法廷意見（転入者に対する選挙人名簿登録に一定の居住期間を要件とした州法につき「過度に重い負担」を認定して違憲とした）も挙げている。⁽¹⁶⁷⁾ スウィートらは、サリヴァンらやファロンと同様に、バランシ

(162) A. S. Sweet and J. Mathews, *All Things in Proportion?*, 40.

(163) A. S. Sweet and J. Mathews, *op. cit.*, 20-26. *Chy Lung v. Freeman*, 92 U. S. 275 (1875) (LRMテストを最初に用いた)、*Railroad Co. v. Husen*, 95 U. S. 465 (1877) (必要性テストに言及している)、*Minnesota v. Barber*, 136 U. S. 313 (1890) (個人の憲法上の通商の権利を認め、LRMテストを適用している)、*Reid v. Colorado*, 187 U. S. 137 (1902) (必要性テスト、過度の負担テストを適用している)などが挙げられている。

(164) 州際通商条項に関するケースでの「不当な負担」基準によるバランスは、サリヴァンらも触れているように、*Pike v. Bruce Church, Inc.*で復活している。

(165) A. S. Sweet and J. Mathews, *op. cit.*, 40-41.

(166) 393 U. S. 23 (1968).

(167) A. S. Sweet and J. Mathews, *op. cit.*, 34-39.

ング的要素を含む厳格審査を比例性審査の一つのバージョンと見ているのである。

スウィートらは、比例性審査を三段階構造において理解しており、厳格審査をこの枠組に位置づけ直そうとしているといえるが、ファロンとは異なり、中間的審査や合理的基礎審査をも比例性審査の枠組に組み入れて、三層審査をすべて三段階審査の構造に編成し直すべきことを主張している。これについても後で検討する。

d. V. C. ジャクソン

V. C. ジャクソンは2015年の論文⁽¹⁶⁸⁾で、一般的な比例性アプローチと各国におけるその具体化されたバージョンとを、比例性の原理 (principle) と比例性の法理 (doctrine) として区別し、カナダ・バージョンの構造化された比例性法理をアメリカでもっと用いるべきだとしている。これについては後で検討するが、ジャクソンも合衆国では比例性の原理はすでに承認されていると指摘している。

この点では、ジャクソンは彼女自身の論拠を挙げるのではなく、上記のサリヴァンら、ファロン、そしてスウィートらの指摘を引用している。ただ、ジャクソンは、合衆国憲法前文の「正義を樹立する」という宣言に比例性原理への志向が現れているとする。すなわち、『正義』は、少なくともアリストテレスの時代以来、比例性と結びついていたとし、またフェデラリストの文書にある「自由な人民のための賢明でバランスのとれた政府」という言葉は、政府権力の濫用を統制し、「恣意的で濫用的な権力」の行使を回避して、そのようなバランスある政府を生み出すことを意図していたという⁽¹⁷⁰⁾。さらに、合衆国憲法の祖先であるマグナ・カルタのある条項は罰金の賦課における比例性の要求を明示的に表明しているが、これらの権利章典の思想が独立革命後のマサチューセッツ憲法やヴァージニア憲法に受け継がれているのだとする⁽¹⁷¹⁾。要するに、ジャクソンは、比例性の原理がたんに個々の憲法条文やその解釈適用においてだけでなく、合衆国憲法の基本原理として組み込まれているとみるのである。

合衆国の司法審査体制に構造化された比例性をより取り入れるべきだというジャ

(168) V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 2015.

(169) V. C. Jackson, *op. cit.*, 3103-104.

(170) V. C. Jackson, *op. cit.*, 3106-107.

(171) V. C. Jackson, *op. cit.*, 3107-108.

クソンの議論については後で検討するが、ここで触れておきたいのは、ジャクソンの比例性についての理解の、上記の論者たちの理解と対比してとくに特徴的だと思われる点である。ジャクソンは比例性原理を上記のようにきわめて一般的な原理として理解するだけでなく、狭義の比例性の重要性を指摘している。ジャクソンによれば、狭義の比例性は「侵害された権利と政府の目的の双方を、それらの理論的な重さに照らしてではなく、当該の権利への侵害、特定の文脈、憲法上の価値に比較したときの政府の理由の相対的な重さに照らして考慮する」点に大きな特徴がある⁽¹⁷²⁾。狭義の比例性はbalancingを含むが、ジャクソンのみるところ、balancing的な厳格審査も少なからず、推定による理論的な重さに基づくbalancingにとどまり、ケースの具体的な特定の文脈を考慮したbalancingとはなっていない。この観点から、警察活動の規制に関する *Atwater v. City of Lago Vista* (2001)、修正1条に関する *Holder v. Humanitarian Law Project* (2013) や *United States v. Alvarez* (2012)、さらに2017年の論文では平等保護に関する一連の判決を、カナダの裁判例などと比較しながら、批判的に検討している⁽¹⁷⁴⁾。いずれについても、特定の文脈をより考慮した審査密度を要求しているのである。これについても後でさらに検討する。

e. D. L. ベシユル

最後に、D. L. ベシユルの⁽¹⁷⁵⁾2018年の論文を取り上げておこう。ベシユルは三層審査の歴史を概観して、厳格審査と合理的基礎審査の二層審査が結論の決定性をもたらすはずであったにもかかわらず、三層審査の展開は結論の決定性を次第に減じてきたと指摘する。その簡単なまとめは次のように述べられている。「厳格審査は実際にはそれほど厳格だとは思われない。下位レベルの合理的基礎分析は政府にそれほど敬謙的ではなく、新しい中間的審査の創造は、修正1条固有のカテゴリーに

(172) V. C. Jackson, *op. cit.*, 3100-101.

(173) V. C. Jackson, *op. cit.*, 3130-41.

(174) V. C. Jackson, *Proportionality and Equality*, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017, 176-184. *Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617 (1978), *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), *Nguyen v. INS*, 538 U.S. 53 (2001), *Armour v. City of Indianapolis*, 566 U.S. 673 (2012) などが挙げられている。

(175) D. L. Beschle, *No More Tiers?*

とってのそのテストの射程については言わないとしても、ただ混乱を加えただけである⁽¹⁷⁶⁾。これは、三層審査のいずれにおいてもバランス的要素が取り入れられてきたが、その結果が思わしいものではないことを示唆している。とくに注目されるのは、中間的審査に対する評価の低さである。いずれにせよ、何らかの形式のバランスは不可避だとしつつ、ベシユルもこの状況を乗り越えるために比例性分析への道を示唆するのである。

ベシユルも、サリヴァンらの著書を引用して、比例性の観念がアメリカでも多く用いられていることを指摘する⁽¹⁷⁷⁾。立法権や行政権は法制定や行政行為において比例性を用いざるをえないだけでなく、司法も民法や刑法の分野では比例性の観念を用いており、最高裁も同様であるとする。ただ、三層審査におけるその利用についてのベシユルの評価は上記のとおりである。この点に関連して、ベシユルの議論で興味深いのは、Lochner 判決におけるハーランの反対意見を、ベッカムの多数意見とホームズの反対意見に対して、中間的なアプローチを採るものとみなして、とくにカテゴリー的アプローチの硬直さを克服する方向を指し示す示唆をそこに見出そうとしていることである⁽¹⁷⁹⁾。なお、ベシユルは比例性審査の構造を、A.バラク⁽¹⁷⁸⁾の議論に依拠しつつ、三段階審査のバージョンで捉えている⁽¹⁸⁰⁾。これについては後で触れる。

(2) 合衆国における比例性審査の可能性

以上のような研究者たちは、合衆国に比例性アプローチの源泉や要素があるとするだけでなく、現在の三層審査の問題を克服するために、比例性アプローチを回復する、あるいはより積極的に取り入れることを提言している。そうした提言には、グローバルモデルとしての比例性審査を全面的に取り入れようとするものもあるが、合衆国憲法の特長や比例性審査そのものに内在する問題を考慮して、全面的な展開に留保を付するものもある。ここではまず、合衆国の三層審査を三段階審査の枠組に位置づける可能性を検討する。

(176) D. L. Beschle, op. cit., 345.

(177) D. L. Beschle, op. cit., 401-405.

(178) D. L. Beschle, op. cit., 388.

(179) D. L. Beschle, op. cit., 400.

(180) D. L. Beschle, op. cit., 406-412.

a. 三段階審査の枠組の可能性

まず問題となるのは、研究者たちの議論からすると、合衆国の三層審査には比例性審査の要素が含まれているものの、構造化されているとはいえないということである。たとえば、厳格審査の二つのテスト、政府の利益の切実性と規制の明確な限定性のテストは、必ずしも比例性審査の構造をもっていない。それでも、合衆国最高裁の判決の中には、審査の構造化の源泉または手がかりとみなしうるものが含まれている。先に見たように、スウィートらは19世紀から20世紀初頭にかけての州際通商条項に関する裁判例が三段階審査の構造に再構成されうる可能性を示唆している。ここではもう一つの手がかりを取り上げてみたい。言論の自由に関する中間的審査のテストの例である。

先に見たように、三層審査の基準は一般にそれぞれ二つのテストからなるものとみなされるが、象徴的行為に関するオブライエン・テストや内容中立規制に関するTPMテストは3ないし4の要件を含んでいる。オブライエン・テストは、規制の正当化のための条件として、（1）規制が政府の憲法上の権限に属し、（2）重要なまたは実質的な政府の利益を促進し、（3）自由な表現を抑圧することには関わらず、（4）言論の自由に対する付随的制約が政府の利益の促進に必要な限度を越えていないことを要求する。また、TPMテストは、規制が正当化されるためには、それが（1）言論の内容に関わるものではなく、（2）重要な政府の利益に奉仕するために明確に限定されており、（3）情報伝達の他のチャンネルが開かれていることが必要だとする。

これらのテストでは、それぞれの表現が保護の範囲に属するかどうかは吟味され、実際のケースではそれが一応は保護の範囲に属することが前提とされている。また、権限のある政府の行為の利益が実質的なまたは重要なものであるかどうかは吟味され、実際のケースではこの点も認定されている。そして、規制が自由な表現を抑圧するものまたは言論の内容に関わらないものであるかどうかの吟味は、規制目的と手段との適合性の審査とみることができる。また、その手段の必要性または明確な限定性が吟味されることはいうまでもない。さらに、オブライエン・テストには狭義の比例性の審査は含まれていないが、TPMテストにおける情報伝達の他のチャンネルが開かれているという要件は、見方によっては狭義の比例性の審査と

みることができる。他のチャンネルが開かれていることによって、規制が表現に与える損害はその規制の利益に比して過大なものではないと認定されうるからである。

オプライエン・テストやTPMテストはこのように再構成できるとしても、明確に構造化されているとはいえない。しかし、商用言論に関するセントラルハドソン・テストはそのような構造化を示している。パウエル裁判官の法廷意見は、商用言論は情報伝達という点で修正1条の関心の対象であるが、政府はそれを制限することができるとして、その要件を次のように述べている。「[商用の]情報伝達が誤導的でなく違法な活動に関わるものでないならば、政府の権力はより制限される。州は実質的な利益が商用言論に対する制限によって達成されることを主張しなければならない。また、規制手段はその利益に比例的でなければならない。表現に対する制限は州の目的を達成するために注意深くデザインされていなければならない。この要請の充足は二つの基準によって評価されうる。第一に、規制は当該の州の利益を直接的に促進するものでなければならない。規制が政府の目的をただ効果的でない仕方であるいは間接的に補助するにすぎない場合、その規制は維持されえない。第二に、政府の利益が商用言論に対するより限定された制限によっても達成されうるものであるならば、過度の制限は容認されえない⁽¹⁸¹⁾」。

ここでは、まず商用言論が一応は修正1条の保護範囲に属することが認定されており、それを政府が制限するためには、その制限の目的が実質的な利益を促進するものであること、規制手段がその利益に比例的であること、つまり、第一に規制手段は目的と合理的に関連するものであること、第二に制限が必要を超えるものでないことが必要だとされている。ここには狭義の比例性のテストは明示的に掲げられていないが、三段階審査の構造が明確に示されている。合衆国の司法審査理論にもグローバルモデルとしての三段階審査の例が実際にあるといえるだろう。

b. 三段階審査の枠組への具体的な位置づけの可能性

以上のように三段階審査の例とみることでできるケースは中間的審査のケースで

(181) Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York, 447 U. S. 557, at 564.

ある。また、スウィートらが挙げる州際通商条項のケースは合理的基礎審査の対象となるケースである。とはいえ、厳格審査の対象となるケースも、カテゴリー的厳格審査ではなく、バラncing的厳格検査の対象となる場合は、三段階審査の枠組に再構成することができるだろう。厳格審査の対象となる権利は優先的な基本的権利であり、保護の程度はきわめて高いものとなるが、カテゴリー的に絶対的だというわけではなく、規制の対象となりうる。しかしまず、そのような権利の範囲が確定されなければならない。次に政府の規制を正当化するための利益は「切実な」ものでなければならない。そして、その規制手段は、合理的であるだけでなく、目的に照らして明確に限定されていること、あるいは必要な限度を越えないものであることが求められる。ここまでは形式的には問題なく再構成することができる。問題となるのは、それぞれの段階のより詳細な基準であり、さらに狭義の比例性の位置づけである。

第一に、権利の保護範囲の確定が問題となる。合衆国の憲法理論、憲法上の権利の理論、そして司法審査理論のもっとも大きな特徴は、この段階の問題に関わる。憲法上の権利について、ドイツやカナダの理論は保護の程度による分類を行っていないとみられるのに対し、合衆国の理論はその点での分類を行う。厳格審査の対象となる権利、中間的審査の対象となる権利、合理的基礎審査の対象となる権利である。⁽¹⁸²⁾

このうち、明文の制限条項を伴わない修正1条の権利や「疑わしい分類」による差別的処遇から保護される権利は、ほぼ絶対的な保護を要求する権利とされ、ファロンが言うように「切札」としての「オーラ」をもつものと見られる。⁽¹⁸³⁾ もっとも、少数の例外的なケースを除けば、それらの権利も有無をいわせない絶対性をもつものとみなされているわけではない。また、言論の自由でも、言論内容そのものに対

(182) 奇妙なことに、この分類を表す明確な言葉は見当たらない。厳格審査の対象となる権利については、「優先的地位にある」権利とか「基本的権利」といった言葉は用いられることがあるものの、審査層の名称を転用して、厳格審査の対象となる権利、中間的審査の対象となる権利、合理的基礎審査の対象となる権利とも呼ぶほかない。なお、R. アレクシーは、原理としての基本権の一応の重さを「重大」「中度」「軽微」の三つに分類している。cf. R. Alexy, On Balancing and Subsumption, A Structural Comparison, in *Ratio Juris*, Vol.16 No.4 December, 2003, 440; do, *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Revus* 22, 2014, 55.

(183) R. H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 1296.

する規制と内容中立な規制とは区別される。平等条項に関するケースでも、「疑わしい分類」のほかに「準-疑わしい分類」の区別もある。これらは、ドイツやカナダにおいて、基本権の「核心部分」に対する介入は原則として許容されないとみなされていることと平行的な関係にあるとみることができる。逆に、これらの国でも合衆国におけるような権利の一応の分類を取り入れることが考えられる。

こうした権利観に関する違いは、A. バラクが言うように、それぞれの社会の価値観に基づく。⁽¹⁸⁴⁾ 合衆国がその権利の分類を維持することは、それをカテゴリー的に絶対化するのでないが⁽¹⁸⁵⁾、比例性アプローチと矛盾するわけではない。それぞれの権利の一応の「重さ」を示すその分類は⁽¹⁸⁶⁾以後の審査の密度に関わるものとして理解することができる。⁽¹⁸⁷⁾

第二に、これらの権利に対する政府の制限的規制あるいは介入はその目的の点で正当であることが求められる。この点でも、合衆国の審査理論は、権利の分類に対応する仕方、政府が追求する利益を大きく三つに分類する。「切実な」利益、「重要な」利益、そして「正当な」利益である。⁽¹⁸⁸⁾ 権利の分類と同様に、この政府の利益の分類も比例性アプローチと相容れないものではない。⁽¹⁸⁹⁾ ドイツやカナダではこの段階の審査では規制目的の正当性はほぼ認められている。政府の目的は一応の正当性が認められれば、その次の段階の審査、つまり比例性審査の段階に移行することになる。合衆国における政府の利益の分類は、権利の分類と同様に、以後の審査の密度に関わるものと理解することができる。

いずれにおいても、規制の目的が正当なものと認められなければ、この段階でそ

(184) A. Barak, Proportionality, 2012, 361. 「憲法上の権利の社会的重要性は、またその制限を防止することの限界的な社会的重要性は、その社会の基本的な理解によって決定される。その理解は、それぞれの社会の文化、歴史、そして性格によって形作られる」。

(185) Cf. Beschle, No More Tiers?, 406.

(186) Fallon, Strict Judicial Scrutiny, 1317. ファロンは、厳格審査を「要請する (triggering) 権利」と「最終的権利」を区別している。前者は「一応の権利」とみることができる。

(187) なお、この段階では特定の行為が保護される権利の範囲に属するかどうか解釈の問題となる。合衆国でも、わいせつ、児童ポルノ、扇動、攻撃的言論、名誉毀損等は、保護範囲に入らない。ただ、これらのカテゴリーに属するかどうか問われることになることはいうまでもない。境界線上にある場合は、以後の審査段階の問題となる。

(188) アレクシーの基本権と競合する原理の一応の重さの三分類はこの政府の利益の三分類に対応するとみることができる。前掲注 (182) 参照。

(189) Cf. Beschle, No More Tiers?, 408.

の規制は違憲とみなされうる。「疑わしい分類」による差別が文面上明白な場合などである。カテゴリー的な厳格審査による違憲判断はこのようなケースと考えられる。しかし、そのようなケースはきわめて稀であり、目的の不当性は後の段階の審査によって明らかにされることもある。たとえば、必要性審査の段階で「過少包摂」が認定されれば、それは隠れた差別を明らかにすることを意味することがありうる⁽¹⁹⁰⁾。

以上を前提として、比例性分析の段階に移る。その第一は規制目的と規制手段の適合性（合理的関連性）あるいは手段の合理性の審査である。社会的経済的権利に関する合衆国の合理的基礎審査はこの段階の審査として位置づけられ⁽¹⁹²⁾うる。手段の合理性の審査は目的と手段との因果関係に関する審査であり、先のセントラルハドソン・テストは、目的とされる利益実現のために手段が有効であり直接的な関連を有することを求めることによって、このことを明示している。

もっとも、比例性分析ではたいていは手段の合理性は認められるが、そこで審査が終わるのではなく次の必要性の審査に移るのに対し、合衆国のかつての合理的基礎審査はほとんど立法に対して敬讓的で、合理性が認められればそれだけで規制は合憲とされた。セントラルハドソンのケースはその点で例外的であるが、それは商用とはいえ言論が対象となっているからである。また、「牙のある合理性」審査テストが適用されているとみられるケースでは、合理的関連の欠如や、それによる目的の正当性への疑念によって、この段階で違憲とされている⁽¹⁹³⁾。

(190) たとえば、V. C. ジャクソンは、ロマ人に対する差別を認定した欧州司法裁判所判決（Case C-83/14. CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashita ot discriminatsia, July 15, 2015）に、過少包摂による平等違反をみている（Proportionality and Equality, 189）。電気メーターの窃盗が多いため、事業者がメーターを電柱の高いところに設置したところ、それがロマ人の居住地に限定されていたことから、差別と認定されている。

(191) スウィートらは比例性審査の準備段階と呼んでいる（A. S. Sweet and J. Mathews, *All Things in Proportion?*, 6）。ただ、スウィートらは比例性審査の第一段階を規制の正当性と適合性の審査として（op. cit., 7）、規制目的の正当性の審査と手段の適合性の審査を明確には区別していない。

(192) Cf. Beschle, *No More Tiers*, 408f.

(193) たとえば、Plyler v. Doe は、州の教育資源や教育の質の保持という目的は、不法滞在者の子供に公教育の機会を提供しないことの「合理的な基礎」ではないとし、City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.は、精神障害を有する人々のためのグループホーム建設に特別許可を要求する決定を、不当な偏見に基づくものである疑いがあり、「重要な政府の目的」を实

なお、合理的基礎審査は目的と手段の「合理的関連」を問うのに対して、中間的審査はその「実質的関連」を問う。しかし、「実質的関連」の明確な基準は見当たらず、研究者たちもほとんど注目していない。たんなる合理的関連よりは密接な関連だが、厳格審査における必要性ほどに厳密ではない関連という程度の関連性を意味するものといえるだろう。

比例性分析の第二段階、手段の必要性の審査は、合衆国の司法審査理論では厳格審査の「明確な限定性」または「必要性」の審査に対応する。必要性の審査についてはいくつかの定式がある。まず、目的の実現のために「より制限的でない代替手段」(LRA)がないことである。代替手段はたんに思考可能なものでは足りず、実際に利用可能な(available)ものであることが求められる。そのような代替手段がある場合には、採用された手段は必要性がなく無効とされる。これに対して、「もっとも制限的でない手段」が求められることもある。⁽¹⁹⁴⁾ とはいえ、絶対的な意味で「もっとも制限的でない手段」を探求することは不可能である。したがって、この基準は立法者が複数の手段を検討して、そのうちでもっとも制限的でない手段を採用したといえるかどうかを審査するものと解される。政府はそれを証明しなければならない。もちろん、その手段よりもより制限的でない代替手段がさらにあれば、採用された手段は必要ではなかったということになりうる。これは異議を申し立てる側が証明しなければならないだろう。

次に、「より制限的でない代替手段」は(もっとも制限的でない手段も)、目的実現のための有効性において劣ることがありうる。したがって、この基準には「同等に有効である」という制約が付加されることがある。⁽¹⁹⁵⁾ この場合、必要性審査の基準は「同様に有効で、かつより制限的でない代替手段」がないことと定式化される。ただ、有効性と制限の程度はそれ自体比較衡量の対象となりうる。有効性がやや劣るとしても、それを補って制限の程度が低ければ、採られた手段は場合によっては

質的に推進するものとはいえないということから、違憲としている。これらも社会的経済的権利だけでなく、不平等処遇が関わっていることによるといえる。

(194) すでに触れたように、宗教自由回復法や宗教的土地使用及び収容者法がこの基準を法定している。

(195) ジャクソンはカナダの最高裁は手段の有効性をも考慮していることを指摘している (V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 3114-15)。

道理的とみなされうる。もっとも、これは次の狭義の比例性の問題である。

さらに、合衆国の厳格審査では、「明確な限定性」の基準は、手段が「過剰包摂（overinclusive）でないこと」、また「過少包摂（underinclusive）でない」こととして定式化されることもある。過剰包摂は規制対象の範囲が規制目的に照らして広すぎることであり、⁽¹⁹⁶⁾過少包摂は逆に狭すぎることであり、⁽¹⁹⁷⁾ファロンによれば、過剰包摂の禁止は「もっとも制限的でない手段」の要請と重なる部分があるが、より制限の少ない代替手段がない場合でも過剰包摂の理由で法律が無効とされることがありうるから、この二つの基準には違いもある。⁽¹⁹⁸⁾他方、過少包摂の禁止は、先にも触れたように、隠れた差別意図を明らかにすることがある。ただ、ファロンによれば、⁽¹⁹⁹⁾過少包摂はそれだけで非難の対象となるわけではない。

比例性分析の第三段階は「狭義の比例性」である。合衆国の司法審査理論では厳格審査でもこの段階の審査は含まれていないとみられるが、⁽²⁰⁰⁾狭義の比例性分析もい

(196) 過剰包摂により州法を違憲とした事例として、ファロンは、Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N. Y. State Crime Victims Bd., 502 U. S. 105, 121-123 (1991) を挙げている。犯罪者が自分の犯罪について書いた書籍を出版することが、犯罪者収益による犯罪被害者への補償に関する州法に反するとして出版を差し止められた事案で、同法は、著者が自分の犯罪に関する考えや思い出をたんに副次的に述べているにすぎない場合や、起訴されたり有罪判決を受けたりしたかどうかにかかわらず自分が犯罪を犯したことを述懐している場合も対象としている点で、きわめて過剰包摂的だとしている。

(197) 過少包摂により市条例を違憲とした事例として、たとえば Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U. S. 520, 542-546 (1993) が挙げられる。ある宗教団体が宗教儀式において動物を供犠していることが市の動物保護条例違反とされた事案で、判決は、同条例は、宗教的理由によらず同様の仕方でも動物を（たとえば食用目的で）殺害する行為を禁じていないといった点で、きわめて過少包摂的だとしている。これも隠れた差別目的の例といえる。

(198) ファロンは、Korematsu 判決のケースを仮想的に変形することによってこのことを示している。実際には112,000人の日系アメリカ人が収容されたのだが、その収容の軍令がただ1件のサボタージュを想定してのものであったとすれば、収容は必要な手段だったとしても、これだけ多数の無辜の人々を収容することは過剰包摂といえるだろうというわけである（R. H. Fallon, Strict Judicial Scrutiny, 1328）。

(199) ファロンによれば、たとえば、Roe v. Wade では、妊婦の健康を保護することを目的とする人工妊娠中絶の規制は、妊婦の健康に有害となりうる喫煙や飲酒やオートバイ乗車などを同時に禁じていないという理由だけで無効とされるわけではない（R. H. Fallon, Strict Judicial Scrutiny, 1327）。

(200) Cf. V. C. Jackson, Constitutional Law in an Age of Proportionality, 3116. 合衆国の厳格審査は「もっとも制限的でない手段」のテストで終了するという。ジャクソンが狭義の比例性テストの例とするのは、イスラエル最高裁の Beit Sourik 事件（イスラエル人居住区とアラブ人居住区の間に設けられたフェンスが無用に長過ぎることを住民の通行にとって比例性に反する損害を与えるとしたもの）である。また、ファロンも、厳格審査を構造化された比例性分析の枠

くつかの意味をもちうる。まず、一般的には、それは規制のもたらす利益と規制によって権利が被る損害とを比較衡量するテストである。狭義の比例性分析は本質的にbalancingを含む。この意味では、政府の利益の切実さと規制手段の必要性を基準とする厳格審査もbalancingを含む。政府の利益と規制手段がもたらす権利に対する制限とを比較衡量するのだからである。厳格審査もbalancingだとする批判は、このような一般的な利益と損害とのbalancingに向けられているといえる。この点では比例性審査のbalancingに対する批判も同様である。

しかし、構造化された比例性分析では、狭義の比例性の審査は必要性の審査の後に行われる。規制手段が同等に効果的で、より制限的でない、あるいはもっとも制限的でないものであることが認定された後で、狭義の比例性審査はなされる。その意味で、狭義の比例性審査におけるbalancingはすでに限定されている。その上でなお、そのような規制手段の採用によって得られる利益とそれによって権利が被る損害ないし不利益とが比較衡量されるのである。

そのような比較衡量がより具体的にはどのようになされるのかが次の問題である。一つの考え方は、厳格審査の次のような点に着目するものであろう。厳格審査は、政府の利益が切実なものであるかどうかを認定し、切実なものであることが認定されれば、次に規制手段が明確に限定されているかどうか(必要であるかどうか)を審査する。つまり、利益と害悪があらためて比較衡量されることは一般にない。これに対して、利益と制限の害悪とを事案の具体的な文脈に即してあらためて比較衡量すべきだという考え方がある。⁽²⁰¹⁾あるいは、規制が防止しようとするリスクの発

組と対比する際に、合衆国の実際の裁判例ではなく、現実のケースを基礎にした仮想的なケースで狭義の比例性分析を説明している。たとえば、あるクラスの人々が航空機に搭乗する可能性があるとき、悲劇的なテロ攻撃を防止するために、搭乗に先立ってそのクラスの人々を特別な検査に服させることによってその人々の自由を制限しなければならないと主張されるような状況である。この場合、その規制に係る切実な利益はあるといえるだろうが、その規制が適切であるかどうかはリスクの蓋然性に依存するから、その規制がもたらしうる利益だけでなく、「それが含むと考えられる保護された権利の剥奪の深刻さと範囲について説明すること」が必要だろうという(R. H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 1330f.)。ただ、TPMテストにおける他のチャンネルの要件や「不当な負担」テストは、すでに触れたように、狭義の比例性審査のテストとみることでもできるだろう。

(201) そのような例として、ジャクソンが検討している *Atwater* ケースを挙げることができるだろう。また、中間的審査における「不当な負担」テストは、具体的な文脈において規制の利益と損害をあらためて比較衡量するものとみることができるだろう。

生確率をも考慮して比較衡量すべきだという理解もある。⁽²⁰²⁾これはより詳細な審査密度を要求するものといえる。

次に、balancingにおいて考慮されるべき要因を特定する理解もある。アレクシーは、バランスさせられるべき二つの原理（一方は基本権、他方は他者の基本権や公益）について、それぞれの一応の重さ、それぞれが被る影響（一方の原理を優先させるときに他方の原理に生じるであろう害悪）、その影響の認定に関する情報（発生確率なども含む経験的な情報）を考慮要因として、それぞれの原理におけるこれらの要因に離散的な重さ（重大な、中度の、軽微ななど）を与えて積算して、二つの原理におけるその値を比較するという定式を提案している。⁽²⁰³⁾もっとも、これは狭義の比例性分析に過度に多くのものを盛り込みすぎているといえるかもしれない。

さらに、A. Barakの提案している理解もある。⁽²⁰⁴⁾それは、必要性審査において考慮された代替手段と比較して、提案されたあるいは採用された規制手段を用いたときに生じうる規制利益の増分（限界的利益）と制限による損害の増分（限界的損害）を比較衡量するというものである。Barakは、比較のための代替手段として、法改正の場合には改正以前の法律による手段、新しい立法の場合は現実に利用可能と考えられる代替手段を想定している。この限界分析を用いるアイディアは狭義の比例性審査を必要性審査の後に続くものとする理由をより明確に示すものといえる。合衆国の論者の中にはBarakの限界分析的な説明で理解しようとするものが少なくない。⁽²⁰⁵⁾

以上のように、研究者たちは合衆国の司法審査に比例性アプローチを導入する可能性を検討しており、その可能性は小さくはないと考えられる。もっとも、アメリカ憲法の特性と比例性審査そのものがもつ限界から、全面的な導入については留保

(202) 先に触れたファロンの仮想的ケースはこの例である。

(203) R. Alexy, On Balancing and Subsumption, 446; do, Constitutional Rights and Proportionality, 55. なお、アレクシーの比例性分析論が狭義の比例性分析の段階に過度に収斂していることについて、拙稿「アレクシーの基本権論と比例性分析論」（『法政研究』第88巻第1号222-264頁）参照。

(204) A. Barak, Proportionality, 341-370.

(205) R. H. Fallon, Strict Judicial Scrutiny, 1331f.; V. C. Jackson, Constitutional Law in an Age of Proportionality, 3117f.; Beschle, No More Tiers?, 410.

する見方もある。これについては後で立ち戻る。

c. 合衆国連邦最高裁判所裁判官の比例性アプローチ

先に触れたように、厳格審査は比例性分析に類似するものの狭義の比例性審査を含まないとみられるなど、合衆国には完全なバージョンの比例性審査は疎遠であるようにみえるが、最近では合衆国最高裁にも比例性審査を積極的に支持する裁判官も現れている。プライヤーがその代表である。プライヤーは、銃規制に関する District of Columbia v. Heller⁽²⁰⁶⁾ について、その著書で比例性アプローチによる検討を加えている⁽²⁰⁷⁾。

先に触れたように、コロンビア特別区は、市民が拳銃を保有することを禁止し、保有しうるライフルなどは実弾を充填しないで保管するよう命じる法律を定めていた。この法律の合憲性が争われた事案について、プライヤーはまずこのケースに適用しうる比例性アプローチの基本的な考え方を次のように述べている。「比例性の問いは次のようになる。拳銃の規制は修正 2 条に内在する価値に比例性に反して (disproportionately) 介入しているかである。この問いはいくつかの副次的な問いを伴っている。すなわち、規制は保護された利益をどの程度に制約しているか。規制は切実な利益をどの程度に促進しているか。重要なかつ権利と競合する立法目的を達成するための有効でかつより制限的でない代替手段は存在するか。これらの副次的問いへの答えが最終的な問い、つまり、当該の法律は合衆国憲法が保護する価値ないし利益を比例性に反して制約するかという問いへの解答になる。最高裁は、言葉遣いはときに異なるものの、類似の憲法上の争い、たとえば、言論の自由とプライバシーの対立において、この種の比較衡量による問いを頻繁に立ててきたのである⁽²⁰⁸⁾」。

これは明らかに最高裁の厳格審査のテストを比例性アプローチとして捉えるものである。もっとも、最終的な問いが狭義の比例性の問いに当たるかどうかは明らかではない。いずれにせよ、その問題は拳銃所持禁止規制が修正 2 条（「よく規律さ

(206) 554 U. S. 570 (2008). 先に触れたように、スカリアが法廷意見を書き、スティーブンスとプライヤーが反対意見を書いている。

(207) S. Breyer, *America's Supreme Court*, Chapter 13 (訳第13章).

(208) S. Breyer, *op. cit.*, 167 (訳194-95).

れた民兵は自由な州の安全にとって必要であるから、武器を保持し携帯する人民の権利は侵害されてはならない」に反するかどうかである。

先に見たように、スカリアの多数意見は、ブラックストーンのコモンローに関する著書などを援用して、武器保有の権利の目的は市民の「自己防衛」にあり、例外的な場合を除いて、その権利は特別区の主張する規制の利益（市民の生命の保護など）によっても制限されえないとして、本件法律を違憲とした。これに対して、スティーブンスの反対意見は、修正 2 条は民兵の武器保有の権利について規定するもので、市民の自己防衛の保障を規定したものではないとし⁽²⁰⁹⁾、プライヤーの反対意見はこれに加えて修正条項が提示する保護は絶対的なものではないとするものであった。

プライヤーは、上記の著書における説明では、多数意見のいう18世紀の原意に基づく目的または価値は現代社会でも重要だとは考えられないとした上で、これに対して修正 2 条の規定する武器保有の目的または価値が民兵による州の安全の保持にあるとすれば、拳銃保有禁止法が追求している利益とそれが修正 2 条の目的または価値に対して及ぼす負担とをバランスさせることが必要となる⁽²¹⁰⁾とする。しかし、裁判官は「弊害と必要性についての直観的なバランスによって（それがどのように機能するかの説明もなしに）答えを出すべきではなく、この問題に関する事実（拳銃による犯罪や死亡の発生率の禁止の有無による違いなど）に基づく立法者のバランスを尊重すべきであるが、すべての武器ではなく、犯罪に使用されやすい拳銃に限った保有の禁止というその判断は、その目的または価値にとって「比例性に反する負担」を課すものではなく、拳銃保有禁止法は合憲とすべきだと⁽²¹¹⁾している。

プライヤーの比例性アプローチは、ドイツやカナダの裁判所のそれと比較すると、また必ずしも十分に構造化されているとはいえない。それでも、合衆国最高裁の裁判官に比例性アプローチを採用する裁判官が現れてきている（最近の少なくともケイガン（E. Kagan）裁判官はプライヤーの意見に同調している）

(209) 554 U.S. 570 (2008) (Slip Opinion, 1-46).

(210) S. Breyer, op. cit., 168-70 (訳196-98).

(211) S. Breyer, op. cit., 169(訳197).

ことは、合衆国を「例外」とする見方に対する反証の一つとはなりうるだろう。

(3) 合衆国憲法の特性と比例性審査の限界

以上のような合衆国司法審査への比例性アプローチの導入の可能性に基づいて、その全面的な導入を提案する論者もあるが、他方で、合衆国憲法の特性と比例性アプローチそのものの限界などに基づいて、全面的な導入には留保を付する議論もある。V. C. ジャクソンはその一人であり、以下ではその議論を検討する。

a. 合衆国憲法の特性に関する議論

合衆国司法審査に比例性アプローチが十分に受け入れられてこなかった（あるいは受け入れられていない）要因については、いくつかの議論がある。たとえば、M. コーエン＝エリヤとI. ポラトは、ドイツと合衆国を比較して、その歴史的文化的な背景の違いに着目している。⁽²¹²⁾つまり、ドイツでは19世紀に行政法が発達し、民主的憲法が定着したのは戦後になってからであったのに対し、合衆国ではまず憲法が18世紀末から19世紀にかけて展開し、行政法が発達したのは20世紀になってからであった。そのため、合衆国の憲法裁判官はその憲法のテキストとその背後にある人民の意思を解釈することを役割とし、行政法が発達する前に憲法上の権利の概念がその法文化において確立したのに対し、ドイツではとくにプロイセン最高裁判所が19世紀末から20世紀初めにかけて行政法の枠組で権利保護の役割を果たしたことから、裁判所は権利を規定するテキストの解釈ではなく正当化の吟味を役割とし、「正当化の文化」と呼びうるものを生み出した。コーエン＝エリヤらは、ドイツの比例性原則を受け継いだヨーロッパ諸国の状況も、合衆国の歴史と対比すると、ドイツのそれとほぼ同じであったとみなしている。

もっとも、この歴史の捉え方は図式的すぎる。ドイツで比例性原則が登場したのはたしかに19世紀末頃の警察行政に対する司法的統制においてであったが、先に触れたスウィートらの指摘では、合衆国でも19世紀末から20世紀初めにかけて州際通

(212) M. Cohen-Eliya and I. Porat, *The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism*, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017, 105-106.

商条項に関するケースで最高裁は比例性原則を用いていたとみられるからである。また、J. ボムホッフは、ヨーロッパと合衆国における刑罰の過酷さの違いの原因を18世紀に遡る歴史的文化的背景の違いに帰する議論を批判的に参照して、比例性に関する比較憲法論も審査の形式的側面だけを捉えて、その原因に関する根拠の弱い議論を展開するにとどまっているとして、コーエン-エリアらの比較憲法論を批判している。⁽²¹³⁾ ボムホッフは、その後の20世紀の経過（ヴァイマル時代のドイツの法学者たちの役割や合衆国のウォーレン・コートの役割など）を指摘するとともに、ドイツなどにおける「正当化の文化」と合衆国の例外の対比も、前者における国家の強さと関係づけられているけれども、「正当化への要求は、アメリカのような、『懐疑的な国家理解』によって支配されている体制においてとくに強いと考えられる」ことからすると疑わしいとしている。⁽²¹⁴⁾

とはいえ、憲法制定の歴史的な違いは無視できない。ジャクソンは、合衆国の憲法が18世紀から19世紀という古い時代に制定されたものであるのに対して、ドイツの基本法やカナダの権利憲章の制定が第二次世界大戦やそれに続く国際人権法の拡張の後であったことに注目している。⁽²¹⁵⁾ この違いは憲法のテキストに現れている。合衆国憲法は少ない権利しか含んでおらず、また一般的な制限条項をもたない。少ない権利しか含んでいないために、憲法上の原則の間の衝突の機会も少なく、ドイツにおけるように、憲法上の多くの原則の衝突に比例性分析を適用しようとするインセンティブが働かない。一般的な制限条項がないために、権利制限をどのように正当化するかについての一般的な理論を形成する基盤がない。各条項に限定された解釈が中心となり、憲法上の権利の各分野を結びつける一般的な理論構想へと方向づけられることがなく、バラシグも「権利に対するプラグマティックでアドホックな対応や制限」にとどまっている。⁽²¹⁶⁾

このような憲法制定の歴史とそのテキストの特徴だけでなく、ジャクソンはその他の要因も挙げている。⁽²¹⁷⁾ 合衆国は、ヨーロッパ諸国のように、緊密なトランスナ

(213) J. Bomhoff, *Beyond Proportionality: Thinking Comparatively about Constitutional Review and Punitiveness*, in V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality*, 2017.

(214) J. Bomhoff, *op. cit.*, 165-66.

(215) V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 3122.

(216) V. C. Jackson, *op. cit.*, 3121-24.

シヨナルな経済統合や人権条約や裁判管轄に組み込まれていないこと、またカナダや南アフリカのような英国連合に属しておらず、それらの諸国における裁判官の定期的交流もないこと、さらに、合衆国の憲法理論は一般に権利を外的制約に服するものとして議論しないため、権利内容を政府の規制利益との比較によって確定するという傾向がないこと、そして、とくに Lochner 判決と Dennis 判決という「ネガティブな先例」が影響してきたことを挙げている。ロックナー主義への反動がストーンンの脚注 4 を、デニス判決のbalancingへの疑念がブランデンバーク・テストを導き、カテゴリー的アプローチの展開に寄与したのだという。

しかし、ジャクソンは合衆国には比例性アプローチは適合しないという異論をしりぞける。何よりも、先に見たように、合衆国の司法審査のなかにすでに比例性アプローチの源泉や要素があること、したがってまた、明示的な制限条項がなくても権利に対する可能な制限も認められてきていることが重要である。また、デニス判決のbalancingに対する反動は主に歴史的な偶然（国家の安全が切実な課題となっていた）によるものであり、他方、言論の自由に関するカテゴリー的な概念的構造が残るとしても、そこでも比例性に似たbalancing・テストは用いられており、そのbalancingはかつてとは異なり権利保護的に機能している。ジャクソンによれば、それがカナダやドイツにおけるように十分に体系化されていないだけである。また、最近では原意主義の解釈的アプローチが合衆国の憲法理論において有力に主張されているが、たいいていの裁判官たちにとって、「制定時の理解は分析の始まりであってその終結ではなく、問題のなかには特定の制定時の理解に依拠することによっては解決されえないものもある」⁽²¹⁹⁾。これらを考慮すれば、構造化された比例性審査を合衆国に受け入れる余地は十分にあるというわけである。

(217) V. C. Jackson, op. cit., 3124-29.

(218) V. C. Jackson, op. cit., 3159-62. この他、ジャクソンは、合衆国の憲法は立法および政府行為の「意図」にのみ着目してその「効果」を軽視しているという異論（効果の利益と不利益を比較考量しないという趣旨）に対して、合衆国の憲法も効果志向的な分野（州際通商条項のケース）があること、また「不当な負担」テストは効果を考慮するものであることを挙げている。さらに、ヨーロッパでは専門家エリートによる決定が重視されるのに対し、合衆国では民主的決定プロセスが好まれるという異論（司法よりも立法が信頼されるという趣旨）に対しては、立法者が理由なくあるいは権力を濫用して行為することを市民たちが容認しているとは考えられないと述べている。V. C. Jackson, op. cit., 3162-65.

(219) V. C. Jackson, op. cit., 3165.

b. 比例性審査の全面導入への留保

ジャクソンは権利保護にとっての「構造化された比例性審査」の利点として4つのポイントを挙げている⁽²²⁰⁾。第一に、構造化された比例性審査は説得的な理由提示の安定した枠組を提供し、より曖昧な形式のバランスングとは異なり、判決の透明性を向上させる。第二に、裁判所が比例性審査を行うことにより、立法者は立法に際してより入念な比例性分析を行うよう促され、こうして立法府と裁判所の役割を架橋することに寄与する。第三に、比例性基準に依拠することによって、裁判官と弁護士の判断技術が涵養されて、「正義についての共同体の感覚に法をより近づける」ことが可能となる。第四に、比例性審査は、ストーン⁽²²¹⁾の脚注4を手続的デュープロセスと捉えるイリイの理論に照らせば、マイノリティに対する偏見や無視による手続上の瑕疵を明らかにすることを可能にする。

しかし、ジャクソンは比例性審査の全面導入には二つの観点から留保を付している⁽²²¹⁾。一つはやはり合衆国の憲法⁽²²²⁾の特性による。まず、合衆国憲法のテキストは、整備された新しい権利章典や一般的な制限条項をもつカナダやドイツのそれと異なり、比例性を包括的なテストとする基礎を与えない。また、合衆国は大きな国であり、多元的な裁判システムのもとで司法審査は脱中心化されているため、法における一貫性を保持するためにはカテゴリー的⁽²²³⁾ルールの必要も大きい。さらに、合衆国の憲法も三層審査におけるような権利の分類などによって相応によく機能していることからすれば、すべての権利保障に適用されうるわけではない比例性審査の全面導入によってあえて不安定にする理由はない。権利によっては、比例性基準をケース・バイ・ケースに適用するよりも、カテゴリー的⁽²²⁴⁾ルールの形式的に適用するほうが、全般によりよい決定を生み出すかもしれない。

(220) V. C. Jackson, op. cit., 3142-52.

(221) ジャクソンの部分的導入論については、村山健太郎「第7章 憲法訴訟——審査基準論はどこに向かおうとしているのか？」(大沢秀介・大林啓吾編著『アメリカの憲法問題と司法審査』224-226頁参照)。

(222) V. C. Jackson, op. cit., 3166-67.

(223) この点は、すでに触れたように、スカリアが最高裁はカテゴリー的ルールを用いるほうがよいとする理由の一つとして挙げているものに相当する。

(224) たとえば、修正1条の国教禁止条項はカテゴリー的ルールと捉えるほうがよく、また修正5条の収用条項は補償の規定を含んでいるのでカテゴリー的ルールとして適用することができ、さらに修正1条の言論の自由の保護はカテゴリー的ルールによって、狭義の比例性によ

ジャクソンは、平等保護に関してはより強い権利保護のために比例性審査をもつと取り入れるべきだとするが、平等保護についても比例性審査だけでは対応できない論点があることを指摘する⁽²²⁵⁾。第一に、平等侵害があるかどうかの判断は、比例性審査に入る前に、一応の平等侵害があるかどうかを決定することを必要とする。ジャクソンによれば、カナダの最高裁も平等侵害の主張についてはほとんどの場合、憲章1条による比例性審査によるよりも、平等権に関する15条の適用によって解決している。つまり、15条違反を認定されれば、例外的なケースを除いて、1条による審査はなされていない。第二に、「比較の範囲 (universe)」の定義に関する問題、つまりある処遇をどの処遇と比較して平等侵害とみなすかどうかの問題がある⁽²²⁶⁾。比較のための複数の基準があって、比較要因の選択が争われている場合には、比例性原則ではなく実質的な憲法上の判断によって解決されている。たとえば、同性婚を認めないことによる平等侵害の認定は、男性と女性の比較ではなく、同性カップルと異性カップルの比較によるのであるが、この比較要因の選択は比例性分析によるのではない。第三に、第三者の利益の問題がある。提訴者の平等侵害の主張は第三者の権利や利益に影響を与えうるが、この影響の問題は提訴者の権利と政府の利益との比例性審査だけでは扱えない。たとえば、教育における人種隔離政策を違憲とすることは第三者（この場合は白人の子供たち）が有していた地位と利益に影響を与えるが、この影響についての判断は比例性ではなく、規範的な価値判断によるのである。

これらの論点のうち、第二の比較範囲の問題は、先にみたように、場合によっては過少包摂の判定の段階（広い意味での必要性審査の段階）において明らかになる場合もある。また、ジャクソンも触れているが、第三者の利益の問題は、第三者の既存の利益が一応は正当と認められる場合（たとえば積極的格差是正策などの場合）には、さらに比例性審査が必要となりうる。

のと同様に達成できるだろうとしている (V. C. Jackson, op. cit., 3168-69)。これに対して、修正4条の刑事手続に関する規定、修正14条の平等条項、量刑、名誉毀損や攻撃的言論、裁判官の免責ルールなどにおいては、より比例性を考慮することが必要だとしている (V. C. Jackson, op. it., 3169-93)。

(225) V. C. Jackson, Proportionality and Equality, 183-192.

(226) これは、先に見たように、アレイニコフが指摘していた問題である。

それでも、これらの論点はたしかに規範的な価値判断の側面を含む。その判断はたいてい、比例性審査の段階の前、つまり三段階審査でいえば第一段階や第二段階の問題だといえる。のみならず、合衆国の憲法理論の特性の一つである権利の分類も三段階審査の第一段階の問題と位置づけることができる。ジャクソンは、単純なbalancingや合衆国の三層審査に比べて、比例性審査が「構造化されている」ことに利点を見出しているのだが、構造化された比例性審査が三段階審査の第三段階に位置づけられることに必ずしも十分に注目しているとはいえない。合衆国の憲法の特性をも考慮に入れた比例性審査の理論を構想するとするならば、比例性審査をそれだけで捉えるのではなく、三段階審査の枠組に適切に組み入れることが必要である。そして、そのように捉えれば、合衆国の司法審査も三段階審査の一つのバージョンとして捉え直すことが可能となると考えられる。

終わりに

本稿は、比例性原則による司法審査が「グローバルモデル」とみられるようになっている中、その「例外」とみなされることが少なくない合衆国の司法審査理論を、三つの下位審査を段階的に含む構造化された比例性審査、さらにこの比例性審査を第三段階とする三段階審査の枠組に位置づける可能性を検討した。合衆国の研究者たちの議論の中にも構造化された比例性審査（比例性アプローチ）の可能性を探求するものが少なからず現れている（さらに比例性アプローチを採用する連邦最高裁判官も現れている）というのがその理由の一つである。

この研究目的のために、本稿は、まず20世紀以降の合衆国の司法審査理論の展開を概観した（第I節）。ロックナー時代以降は、一方で基本的権利（自由と平等）についての必ずしも絶対的ではない「絶対主義」と、他方で優先的権利という観念を否定するアドホックなbalancingの理論が現れた。ウォーレン・コートは厳格審査と合理的基礎審査の二層審査のシステムを確立したが、その厳格審査にはカテ

(227) 村山健太郎「憲法訴訟」226頁は、ジャクソンにおいては比例性原則の「美点」である「一般理論性」が欠けており、「散発的な事例分析」によって部分的導入を結論しているにとどまるとしている。

ゴリ的なものとバランス的要素を含んだものがあり、また二層の間にバランスを重要な要素とする中間的審査も生み出している。バーガー・コートは、これを受け継ぎつつ、さらに中間的審査を展開して三層審査のシステムを打ち立てるとともに、「牙のある」合理的基礎審査を生み出して、合衆国の司法審査理論をより多層的なものとした。レーンキスト・コートは複雑化した三層審査システムを受け継ぎつつも、中間的審査に特徴的なバランスに対して消極的な新しいカテゴリー的アプローチを台頭させた。ロバーツ・コートでは、これらのアプローチが、裁判官たちの政治的スタンスの違いも相俟って複雑に絡み合うとともに、審査層の境界が不明確となり、司法審査理論には混迷が生じているとする見方もある。

比例性アプローチとの比較という観点からみると、以上のような合衆国の司法審査理論を特徴づけるものとして、カテゴリー的アプローチとバランス・アプローチという対抗軸を読み取ることができる。第Ⅱ節では、その背景として合衆国憲法の権利章典の特徴（基本的権利規定の少なさ、その高度に一般的抽象的な規定、そして一般的な制限条項の不在など）と、三層審査の審査基準を概観した後、カテゴリー的アプローチとバランス・アプローチをめぐる議論を検討した。カテゴリー的アプローチは数少ない基本的権利とその他の権利利益とのカテゴリー的分類に依拠しているが、ウォーレン・コートのそれと異なり、バランスに消極的な新しいカテゴリー的アプローチは社会状況の変化によって生じた新しい権利の主張に必ずしも対応しえない憾みがある。アドホックなバランスに対しては質的に異なる権利や利益の共約不可能性に基づく批判が常套的になされるが、質的に異なる権利や利益について価値判断に基づく重みづけを与えた上でのバランスは日常実践においても法においても一般になされているところであり、三層審査のシステムは全体としてこの重みづけバランスを体現するものとみることができる。しかし、とくに中間的審査の基準の多様化と曖昧さから、より統一的な司法審査アプローチとしての比例性アプローチへの注目が生じているといえる。

第Ⅲ節は、合衆国における比例性アプローチへの注目を参照しつつ、合衆国の司法審査理論を比例性審査および三段階審査の枠組に位置づける可能性を検討した。比例性アプローチに注目する研究者たちは、合衆国の司法審査理論の中に比例性アプローチの源泉や要素があることを指摘するとともに、それをより構造化された比

比例性審査へと転換させる可能性を探っている。これらの議論をもとに、本節は、まず合衆国の司法審査理論にも三段階審査の構造を明示的に示すものがあることを指摘した上で、三層審査に含まれる比例性アプローチの諸要素を構造化された比例性審査の枠組に位置づけることを試みて、その可能性があることを示した。しかし、合衆国の研究者の中にも、合衆国憲法の特性とこれまでの司法審査理論の展開から、比例性審査への全面的な移行には留保を付するものがある。比例性審査を採用している諸国においても、その歴史や社会の特性によって、当然その具体的な形態には違いがあり、合衆国が比例性審査を取り入れるとしても合衆国特有のものとなりうることはいうまでもない。とくに、基本的権利のカテゴリー的分類、またその下位カテゴリーへの分類、それらに応じた審査基準の分類は、合衆国の司法審査理論の特徴であり、この特徴は他の諸国の比例性審査にとっても参照しうるものといえる。ただ、合衆国憲法における基本権規定の特性とそれをめぐる論争の状況からすると、より立ち入った基本的権利理論の展開が必要だと思われる。

以上のような合衆国の司法審査理論についての本稿の研究は、合衆国の司法審査理論そのものの研究というよりも、比例性原則に基づく司法審査理論の一般的な可能性と限界というより広い問題関心に基づくものである。この観点から、筆者はすでにR.アレクシーの基本権理論と比例性分析論について検討を行った。しかし、残る課題は少なくない。一つは、比例性審査を採用する諸国の司法審査理論の比較研究である。とくに、ドイツ連邦憲法裁判所、欧州人権裁判所、カナダ最高裁判所、イスラエル最高裁判所⁽²²⁸⁾などの司法審査理論の比較研究が考えられる⁽²²⁹⁾。第二に、本稿でも触れたが、狭義の比例性審査についてのいくつかの考え方を比較研究することである。とくに、アレクシーの衡量定式とA.バラクの限界分析を用いた理解とを検討することが考えられる。最後に、これらを踏まえて一般的な比例性審査理論を法理論的な観点から構想することが課題となりうる。

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。

(228) イスラエル最高裁の司法審査理論については、A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, 2012 参照。

(229) 筆者はすでに、日本の最高裁の司法審査理論を三段階審査の枠組に位置づけることを簡単に試みている。拙著『法哲学講義』（成文堂、2019年）第15章第3節参照。