九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

比例性原則と比較衡量

酒匂, 一郎
九州大学 : 名誉教授・特別研究員

https://doi.org/10.15017/7152027

出版情報：法政研究. 90 (2), pp.69-131, 2023-10-06. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
バージョン：
権利関係：

比例性原則と比較衡量

酒　匂　一　郎

はじめに
Ⅰ　比較衡量と行為の規範的評価
Ⅱ　比例性審査の構造
Ⅲ　比例性審査と審査基準
Ⅳ　狭義の比例性――R. アレクシーの衡量定式とその問題――
終わりに

はじめに

比例性原則（Prinzip der Verhältnismäßigkeit, principle of proportionality）に基づく司法審査（比例性審査）が多くの立憲民主制諸国に普及してきている。ドイツをはじめとするヨーロッパ諸国だけでなく、カナダ、イスラエル、南アフリカ、インド、南アメリカ諸国などにも広がっており[(1)]、司法審査の「グローバル・モデル」と言われることもある[(2)]。もっとも、比例性原則の適用のあり方には違いもあり、比較研究も多く現れてきている[(3)]。また、このような状況の下で、比例性原則とそれに基づく司法審査についての理論的な研究も展開されてきている。

比例性原則とそれに基づく司法審査の特徴は、憲法上の権利または基本権

（1）　比例性原則のグローバルな広まりについて、たとえば、A. Barak, Proportionality, 2012, Chap. 7 参照。
（2）　Cf. G. Huscroft, B. W. Miller, and G. Webber（eds.）, Proportionality and the Rule of Law, 2014, 1.
（3）　たとえば、D. M. Beatty, The Ultimate Rule of Law, 2004; A. Barak, Proportionality; N. Petersen, Proportionality and Judicial Positivism, 2017. イスラエル最高裁判所の長官裁判官でもあった A. バラクの著書は、たんに比較研究というのではなく、むしろ比例性原則に基づく司法審査の体系書である。

（constitutional rights, Grundrechte）とそれを制限する理由（他者の権利や公共の利益）との比較衡量（Abwägung, balancing）に依拠するという点にある。他方、比較衡量に依拠する司法審査に対しては異論や批判も少なくない。とくに、比例性審査の上記のような広まりのなかでアメリカ合衆国はその例外とも言われるが、その司法審査と対比することによって現れると思われる異論がある。アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、比較衡量が用いられることもあった時期の後に、比較衡量に代わる審査基準（いわゆる「二重の基準」、後には「三層審査」の基準）を生み出してきているからである。本稿は、主にこのような観点からの異論をめぐるいくつかの基本的な問題について検討を試みるものである。その際、本稿の基本的な想定は、比例性審査と三層審査の構造や基準の違いにもかかわらず、それらには司法審査としての共通の基盤があり、その共通の基盤に基づいた比例性審査の普遍的な可能性について見通しを得ることができるというものである。

以下、**第Ⅰ節**では、比例性審査においても比較衡量は、基本権とそれを制限する理由との直接的で個別的な比較衡量（ad hoc balancing）に帰するのではないかという異論を検討する。しかし、いうまでもなく比例性審査は三層審査と同様に構造化されており、その構造化は基本権を制限する国家行為（立法、執行、司法）の規範的な評価の図式に基づいている。他方、その構造化の基底には基礎的な比較衡量が課題として置かれているとみることができる。

第Ⅱ節は、比例性審査では、三層審査とは異なり、基本権やそれを制限する目的の抽象的な重さによるその分類がないのではないか、また目的審査が明確に位置づけられていないのではないかといった異論を検討する。前者については、基本権や目的を区別する例はあるものの、カテゴリー的な分類はたしかにないことが確認される。後者については、ドイツのいわゆる三段階審査と比例性原則についての異なる理解を検討して、比例性審査の構造について再構成を試みる。

第Ⅲ節は、比例性審査には三層審査におけるような審査基準がないのではないかという異論に関わる。比例性審査にはたしかに目的審査の基準と手段審査の基準とをカテゴリー的に結合した審査基準はないが、手段審査基準には共通性があり、司法審査の構造によるそれらの配置が異なるにすぎないとみることができる。また、三層審査では手段審査で審査が終了するかのようにみえるが、さらに比較衡量をし

ているとみることのできる例もあることを示す。さらに、比較衡量とは異なるとされる基準や論証に関する議論を検討する。

比例性審査の特徴は審査の最終段階として狭義の比例性審査を有する点にあるが、**第Ⅳ節**はこの狭義の比例性審査の合理性について理論的な再構成を試みる R. アレクシーの議論を検討する。 アレクシーの議論では狭義の比例性審査が手段の必要性審査の後に位置づけられる意義が必ずしも明らかではないこと、また立法裁量に関する形式的原理をどう位置づけるかについて議論があることが問題となる。

最後に、本稿の検討をまとめるとともに、比例性原則の普遍的な可能性の見通しという観点から、我が国最高裁判所の司法審査についてごく簡単に触れる。

Ⅰ　比較衡量と行為の規範的評価

比例性審査における比較衡量については、それは直接的で個別的な比較衡量ではないかという異論がありうる。この異論は1950年代前半の合衆国最高裁判所における比較衡量に向けられた異論と同型のものである。これに対して、合衆国では権利のカテゴリー的分類、それに応じた権利制限の目的審査と手段審査という構造をもった「三層審査」が展開されてきている。また、比例性審査または（ドイツ連邦憲法裁判所の司法審査について一般に用いられる表現でいえば）「三段階審査」も目的審査、二つの手段審査、そして狭義の比例性審査という構造をもっている。[(4)] しかし、帰結主義的な観点からは直接的で個別的な比較衡量の利点が主張される。以下では、まず、帰結主義的な観点からの直接的な比較衡量論を概観し、次に、それに対して段階的な審査構造が含意する意義、とくに行為の規範的評価という観点からみた意義を明らかにする。そして、これら二つの観点に関係づけて、構造化された比例性審査と合衆国の三層審査の相違と関連を検討する。

（１）帰結主義的なまたは直接的な比較衡量

比例性審査を支持する論者のうちでも、たとえばカナダの比較憲法学者D. ビーティは比例性審査を帰結主義的に捉えている。[(5)] ビーティは、合衆国の主だった憲法

（４）　ここでは、比例性審査または三段階審査に目的審査を含めたが、これについては議論がありうるところであり、**第Ⅱ節**で取り上げる。

理論を、契約主義（原意主義）、手続主義、そして道徳主義の三つに分類してそれらの難点を指摘して、自らはプラグマティズムに立った憲法理論を提示する。

ビーティによれば、これら三つの憲法理論は司法審査に確定的な方向づけを与えようとするが、いずれもそれに成功していない。主要な点だけを挙げれば、原意主義（A. スカリア、R. ボークなど）は憲法規範の意味を歴史的な原意によって確定しようとするが、憲法規範の意味についての理解は歴史の展開とともに変容しうるし、実際に憲法についての多様な見解をもつ論者たちとの間で見解の衝突があるだけでなく、原意主義の最強の支持者にとってさえ満足のいく答えを基礎的なケースに提供しえていない[(6)]。手続主義（J. H. イリィ、C. サンスティンなど）は、憲法上の権利の眼目を政治プロセスにおいて代表されることがないかあるいは代表されることが少ないマイノリティを保護することにあるとするが、それはコントロヴァーシャルな道徳的論拠を必要とするのみならず、権利上は政治プロセスにおいて代表されうる集団、たとえば女性の権利を十分に考慮することができない[(7)]。道徳主義（R. ドゥオーキン）は既存の政治的決定への整合的な適合性と正当性の基準によって司法審査を導こうとするが、これらの基準は高度に抽象的一般的であって、現実の裁判官の判断を確定的に導くことができない[(8)]。

これらに対して、ビーティは、自由権・平等権・社会的経済的権利に関する諸国の司法審査実務を比較法的に検討して、それぞれのケースの当事者の利益に関する具体的な事実により立ち入って比較衡量することによって、どちらの利益が優位するかをより具体的に確定することができるとする[(9)]。ビーティは、比例性審査を目的審査、二つの手段審査、そして狭義の比例性審査からなるものとして提示しているけれども、諸国の裁判例をこの構造に即して検討しているとはいえず、結局、平等を重視する帰結主義的な比較衡量の役割を強調することとなっている[(10)]。

（5）　D. M. Beatty, The Ultimate Rule of Law, 2004
（6）　D. M. Beatty, op. cit., 5-15. esp. 9, 14.
（7）　D. M. Beatty, op. cit., 15-25. esp. 18, 24.
（8）　D. M. Beatty, op. cit., 25-33. esp. 29.
（9）　D. M. Beatty, op. cit., 116.
(10)　D. M. Beatty, op. cit., 160. たとえば、次のように述べている。「裁判官が直面する主張が宗教的自由、性差別、国家による実質的支援のいずれに関するものであれ、きわめてしばしば、裁判官たちは、争われている国家の行為がその影響を最も受ける人々にとって実際のところ何を

比較衡量を直接的なものとして捉えるものとしては「法と経済学」的な観点からのものもある。たとえば、「法と経済学」を専門とする合衆国の L. キャプローは、段階的審査手続の問題点を指摘して、直接的な比較衡量を推奨している。(11)

段階的審査では、まず、原告に生じた損害を証拠によって査定し、その証拠に基づく損害（H）がある閾値（H＊）以上であるならば、被告の責任が肯定され、そこで審査は終了する。そうでなければ、次に、被告の証拠による便益（R）がある閾値（R＊）以上であるならば、被告の責任は否定され、そこで審査は終了する。そうでなければ、さらに最後に、原告の損害（H）と被告の便益（R）が比較衡量される。しかし、第１段階で審査が終了する場合、被告の証拠による便益は原告の証拠による損害と比較して考慮されることがなく、また第２段階で審査が終了する場合、原告の証拠による損害が被告の証拠による便益と比較して考慮されることがないから、結論は誤ったものとなりうるし、第３段階に至るのであれば、その前の段階を経るのは迂遠である。(12)

これに対して、原告の証拠による損害と被告の証拠による便益とを直接に比較衡量するならば、この誤りの可能性は縮減され、迂遠な手続も不要となる。したがって、キャプローによれば、段階的審査手続よりも直接的な比較衡量のほうが優れている。この議論も、直接的な比較衡量の結果にもっぱら注目するものといえる。

以上のように直接的な比較衡量の利点を指摘する帰結主義的な比較衡量理解に対しては、なおその問題点を指摘することができる。ビーティの議論は、比例性審査の眼目を当事者の具体的な利益に関する事実の審査に還元することになるが、比例性審査においても規範的な評価は不可欠である。(13) また、その帰結主義的な比例性審査理解は、比例性審査を直接的で個別的な比較衡量に、ビーティ自身は明示的に述べているとはいえないものの、狭義の比例性審査の比較衡量に還元するかのように

意味するかを可能なかぎり適切に理解することによって、その仕事をなしている。比例性は、適切に適用されれば、裁判官たちの前にあるものがどんな法律や規則や処分であれ、それによって最大の便益を受ける人々と最大の損失を被る人々の観点から、それらの正当性を評価することを裁判官に求める」。

(11) L. Kaplow, On the Design of Legal Rules: Balancing versus Structured Design Procedures, in: Harvard Law Review, Vol. 132, 992, 2019.

(12) L. Kaplow, op. cit., 993, 1158-61.

(13) このような指摘として、たとえば、A. Barak, Proportionality, 477-78.

みえる。

段階的審査手続に対するキャプローの異論は、実際の裁判手続が双方当事者の証拠に基づく主張、反論、再反論といった複雑な経路を辿るのであり、段階的な構造は最終的な判決文における正当化の図式であることを誤解しているものと思われる。また、キャプローが段階的審査として想定しているのは合衆国の司法審査であるが、後者の正当化図式の構造は、原告の主張が憲法上の権利に関するものであるときは、被告（国）の行為の目的や手段を審査することからなり、キャプローの想定する構造とは異なる。

とはいえ、直接的な比較衡量を支持する帰結主義的な議論に理由がないというわけではない。一般に比較衡量、とくに直接的な比較衡量に対しては、異質で共約不可能なものを比較するという不可能事をなそうとするものであるという批判が向けられる。しかし、基本権が他者の基本権や公益と衝突する場合には、何らかの仕方での比較を避けることはできない。帰結主義的な比較衡量論は、衝突する権利や利益の双方を少なくとも一応は理由のあるものとみなして、比較衡量することの不可避性を指摘するものとみることができる。

しかし、権利や利益の衝突が訴訟となるのは、原告の権利利益が被告の行為によって侵害されたという原告の主張があるからである。この主張の基礎には被告の行為に対する原告の法的な規範的予期がある。したがって、訴訟においては被告の行為の規範的評価が問題となる。帰結主義的なまたは直接的な比較衡量論は両当事者の権利利益に一応の理由を認めるという点で注目に値するが、それゆえに逆に、この行為の規範的評価の問題を軽視することになりうる。裁判所の審査が構造的なものとなるのは、行為の規範的評価が問題となるからである。

（２）行為の規範的評価

比例性原則と行為の規範的評価という問題に着目するものとして、ドイツの法哲学者D. フォン・デア・プフォルテン（以下、「プフォルテン」と表記する）の議論がある[(14)]。プフォルテンは比例性原則を一般的な行為モデルに関連づけて分析して、

(14)　D. von der Pfordten, Über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit: in: M. Jestaedt und O. Lepsius（Hrsg.）, Verhältnismäßigkeit, 2015.

比例性原則の諸要素を行為の「実践的に合理的な法的評価の必然的かつ普遍的な原則」として位置づける。

プフォルテンは、まず、比例性の概念を、アリストテレスにまで遡って、「関係」の概念と「程度」の概念が結合したもの、言い換えれば、広く二つのものの「程度を含む関係」の評価に関わるものとして捉える。[15] 次に、彼の言う一般的な行為モデルを７つの要素からなるものとして説明する。[16] が、基本的に、目的、手段、結果の３つに分けられる。そして、比例性原則に基づく審査を、目的、手段、結果の「合法性」、手段の適合性、手段の必要性、狭義の比例性の審査という４つの段階に分けている。

以上のような概念的整理を与えた上で、プフォルテンは、まず、合法性審査に関しては、ドイツの司法審査ではその対象が目的と手段に限定され、結果の合法性が対象とされていないことを問題として指摘する。[17] また、手段の適合性は目的と手段の間の事実的な因果関係の問題であり、上記のような比例性の概念を含むのは手段の必要性と狭義の比例性だけであるとする。[18] そして、この比例性の評価には、法内部的な評価に加えて、一般的な行為原則と整合性の要請、正義の要請などの考慮が必要であるが、結論として、適合性、必要性、狭義の比例性は実践的に合理的な行為評価にとって必然的かつ普遍的な要請として妥当すると論じている。[19]

プフォルテンは、比較衡量という語は用いていないが、二つのものの程度を含む関係という彼の比例性概念は比較衡量を含意する。また、プフォルテンは比例性審査の第一要素として、目的、手段、結果の「合法性」を挙げるが、これはドイツで

---

(15)　D. von der Pfordten, op. cit., 262-264.

(16)　D. von der Pfordten, op. cit., 267-269. ①行為の内的、外的、そして一般的な条件、②行為者の具体的な確信と願望、③行為者の抱く、行為を導く目的ないし意図、④具体的な行為意思の把握のプロセス、すなわち、記述的な目的手段の想定と評価的な比例性査定、⑤意思形成過程からある手段の選択として生成する行為意思または不行為意思、⑥直接的な行為としてのおよび熟慮過程の外的結果としての、意思によって統御された行為または不行為、したがって狭義の外的行為、⑦行為の結果または不行為の準結果である。これらのうち①から③は広い意味での目的、④から⑥は広い意味での手段、そして⑦は結果とみることができる。

(17)　D. von der Pfordten, op. cit., 267-270. たとえば刑法では過失傷害致死の場合は可罰性が高められているのに、国家の行為の場合には目的と手段の合法性だけが考慮されるのは不十分であるという。

(18)　D. von der Pfordten, op. cit., 271-274.

(19)　D. von der Pfrodten, op. cit., 275.

は基本権制限に法律または法律の根拠によること（法律の留保）が求められることを意味している[20]。プフォルテンの比例性概念が適用されうるのは手段の必要性と狭義の比例性であるという点については後で立ち戻る。

重要なのは、プフォルテンが比例性原則を実践的に合理的な行為評価にとって必然的かつ普遍的な要請であるとしている点である。これは、比例性原則を彼のいう一般的な行為モデルと対応するものとみることによると思われるが、しかし、その対応関係は必ずしも明確とはいえない。目的は手段および結果とともに合法性審査の対象とされるにとどまり、他方で結果の審査が比例性原則のどこに位置づけられるかが明らかではない。

とはいえ、以上のようなプフォルテンの議論は行為の規範的評価の理解にとって示唆的である。比例性原則を一般的な行為モデルとどのように関係づけるかはともかく、行為の規範的評価を、基本的に目的、手段、結果からなる一般的な行為モデルによって説明することは、道徳哲学においても一般的なことであるといえる。義務論的な道徳哲学は行為の動機または目的に着目して行為を評価し、帰結主義的な道徳哲学は行為の結果や効果に着目して行為を評価する。これらはどちらも行為の手段方法や態様を必ずしも考慮しないが、行為の規範的評価においてこれらの要素が考慮されることは一般的であろう。行為の法的評価も、行為の目的・趣旨・動機、手段・方法・態様、結果・効果・影響をその対象としている。国家の行為に関する司法審査においても同様である。

（３）司法審査の課題としての基礎的な比較衡量

司法審査の課題は、どちらも憲法上のものと認められる一方の権利の保護の要請と他方のそれを制限する目的（理由、根拠）の実現の要請との衝突を解決することである。これらの要請はどちらも程度または重さをもって充足されうる。したがって、それらの衝突の解決は比較衡量（Abwägung, balancing）によるほかない。これを司法審査の課題としての基礎的な比較衡量と呼ぶことができる。

---

(20)　権利制限に法律の留保を求める制限条項がある場合、権利制限の有無の判断に関連して、制限が法律または法律の根拠に基づくものであるかどうか、また当該の法律の規定が明確に特定されているかどうかが審査される。

基礎的な比較衡量の必要性は司法実務において一般に認められている。たとえば、ドイツ連邦憲法裁判所の薬局判決は基本権とその制限について次のように述べている。「基本権は個人の自由を保護し、［それに対する］規律の留保は共同体の利益の十分な保護を図る。……二つの要請を可能なかぎり実効的に保障しようとすれば、その解決は、相互に対立し場合によってはまさに衝突する双方の利益の重要性の慎重な比較衡量（Abwägung）のうちにのみある[21]」。

また、カナダ最高裁判所のオークス判決は次のように述べている。「［権利と自由に関するカナダ］憲章１条は二つの機能をもつ。第一に、それは次条以下に規定する権利および自由を保障する。第二に、それはこれらの権利および自由に対する制限を審査するための排他的な正当化の基準を明示的に述べる[22]」。この基準（制限条項）によれば、憲章の権利および自由に対する制限は「法律によって規定され、自由かつ民主的な社会において明らかに正当化される道理的な」ものであるときにのみ正当化される。憲章の権利および自由とそれを制限する「自由かつ民主的な社会」の価値の衝突の解決は、それらがいずれも一般的抽象的な要請であるために、比較衡量によらざるをえないことになる。

理論においても、基本権とそれを制限する要請との基礎的な比較衡量の必要性が説かれている。ドイツ連邦憲法裁判所の司法審査の理論的な再構成を与えようとしているR. アレクシーは、基本権を「事実的および法的な条件のもとで可能なかぎり最大限度の実現を求める」原理としての性格をもつ要求、「最適化要求」と捉える[23]とともに、それを制限しうる他者の基本権や憲法上の公益をも原理として捉えて、それらの衝突の解決は双方の「重みづけ」による比較、つまり比較衡量によってなされるとする[24]。

また、イスラエル最高裁判所の長官でもあったA. バラクは、基本的な権利とその制限の緊張関係について次のように述べている。基本権の保護と他者の権利や公益のためのその制限という「民主主義のこれら二つの基本的要素には内在的な緊張がある。実質的民主主義の基本的要素である人権と、形式的民主主義の基本的要素

(21) BVerfGE 7, 377 (1958), 404-405.
(22) R. v. Oakes［1986］1 SCR 103, 135.
(23) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994（7. Auflage 2015), 75-77.
(24) R. Alexy, op. cit., 77-81.

であるこれらの権利の制限との緊張関係……は、一方を捨てるという仕方ではなく、競合する原理の適切な比較衡量（balancing）によって解決される[25]」。そして、「この緊張関係のバランシングは制限条項（一般的なまたは個別的な、明示的なまたは黙示的な）の使用によって解決される」として、カナダ憲法、南アフリカ共和国憲法、イスラエル基本法の制限条項を挙げている[26]。

今日の多くの国の憲法が権利章典と制限条項もっていることからすると、以上のように、基本権とそれを制限する諸原理との衝突の解決は基礎的な比較衡量によるとみることができる。もちろん、それには例外とみなされるものがあり、アメリカ合衆国憲法がその代表である[27]。アメリカ連邦最高裁判所の「三層審査」は、直接的で個別的な比較衡量（ad hoc balancing）を退けて展開されてきたものであり、権利をその重要度によって大きく三つに分類し、それに応じて目的と手段に関する審査基準も三つに分類する。これらの分類はカテゴリー的とみなされることもあるが、次のような連続的尺度（sliding scale）を基礎においていると考えることができる。つまり、「権利の重さが重ければ重いほど、それを制限する目的の重要性はそれだけいっそう大きいのでなければならず、それを制限する手段はそれだけいっそう限定されているのでなければならない」といったものである。三つの分類の内部でさらに区別が設けられるようになってきていることは、分類の基礎に連続的尺度による評価があるという見方を支持すると思われる。このようにみてよいとすれば、合衆国の司法審査も基礎的な比較衡量に基づいているといえるだろう。

司法審査の課題としての基礎的な比較衡量という見方に対しては異論もありうる。とくに、権利には準則タイプの権利や絶対的な権利もあり、これらはそもそも比較衡量にはなじまないという異論が問題となる。準則タイプの権利には、いかなる制限条項もない形式で規定された権利と、権利制限を限定する要件がより具体的に規定されている権利がありうる。制限条項のない権利が準則タイプとみられるのは、「いかなる場合にも」といった絶対的要件のもとに保護されるとみなされうるからであり、その例としては、合衆国憲法の修正１条の自由権やドイツ基本法１

(25)　A. Barak, Proportionality, 2012, 220-221.
(26)　A. Barak, op. cit., 221-222.
(27)　アメリカ合衆国の司法審査と比例性原則アプローチについては、拙稿『合衆国司法審査理論と比例性アプローチ（上・下）』（法政研究第88巻第３号・第４号）参照。

条１項の人間の尊厳を挙げることができる。しかし、前者が制限されうることは合衆国連邦最高裁判所の判例にみられるとおりである。また、後者はとくに生命への権利と結合するときは絶対的とみなされる[28]が、それ以外の場合には制限されうる。いずれにせよ、真に絶対的とみなされる権利はあるとしても稀である[29]。

権利制限を限定する要件がより具体的に規定されている権利規定は、法律によるさらなる具体的な規定を要するものとそれを要しないものとに区別することができるだろう。これらの権利とその制限の関係は憲法制定者の基本的な価値決定と比較衡量によるのであり、裁判所はもちろんそれを尊重しなければならない。また、それらの適用は通常の準則の場合と同様の解釈方法によることになる。しかし、法律によるさらなる具体化を要する権利規定は、その法律による制限についてなおその権利規定の基礎にある基本的価値との比較衡量を必要とする場合もありうる。また、当該の権利（制限）規定自体もその基礎にある基本的価値に照らして争われることもありうる[30]。法律によるさらなる具体化を要しない権利規定が争われるときは憲法改正しか方法がないことになるが、そのように限定された権利は、改正規定に特別の加重要件がある場合を除けば、実質的には一般の法律上の権利と異ならないだろう[31]。また、そのような権利規定の基礎にもより基本的な価値原理があり、理論

(28)　たとえば、BVerfGE 115, 118 (2006). テロ集団によってハイジャックされて武器として使用される高い蓋然性のある航空機の撃墜を許可する航空安全法の規定について、無辜の乗客乗員を地上の人々や財産を保護するための手段とすることになり、その人間の尊厳と結びついた生命への権利への許されない侵害となるとした。

(29)　Cf. A. Barak, Proportionality, 27.

(30)　ドイツで準則タイプの権利制限規定が問題となった例として、BVerfGE 109, 279 (2003) がある。ドイツ基本法13条１項は「住居は不可侵である」と規定し、同２項は捜査機関による住居捜索は裁判官または他の法定機関の命令によりかつ令状に記載された形態でのみなすことができると規定している。これに、憲法改正によって、重大犯罪の捜査のために被疑者の居所における音響探知をなすことができるとする準則タイプの第３項が追加された。争点の一つは、改正によるこの規定が改正に関する基本法79条３項（人間の尊厳および三権の憲法拘束性に反する改正を禁じる）に違反するかどうかであった。これを肯定する少数意見もあったが、多数意見は79条３項違反を否定した。人間の尊厳と結びついた住居不可侵の権利の「核心部分」を侵害することはできないが、13条３項による住居内部の音響監視の授権は、同項の条件が法律において適切に具体化され、比例性原則を満たすならば、13条１項に反せず、したがってまた79条３項に反しないというのであった。中心的な争点はこの改正規定に基づく刑事訴訟法の規定の違憲性であり、判決は同規定を違憲と判示している。この結論はともかく、13条３項に関する争点は、刑事手続の効率促進を目的とする準則タイプの基本権制限規定が原理タイプの住居不可侵の基本権規定を基礎として審査評価されうることを示している。

(31)　司法審査に否定的な規範的法実証主義者であるオーストラリアの T. キャンベルは、司法審

的には改正はそれによって拘束されなければならない。

（4）司法審査と国家行為の規範的評価

司法審査の課題としての基礎的な比較衡量という点では、三段階審査も三層審査も異ならない。次に問題になるのは、司法審査は国家行為の規範的な評価を行うということである。行為一般の規範的評価という観点からすれば、国家行為の規範的評価にも基本的な構造と基準があり、その点では三段階審査と三層審査に大きな違いはないと想定される。両者の違いは基本的な構造と基準の構成の違いにある。ここではその論点を確認して、立ち入った検討は次節以降で行う。

まず、それぞれの審査の構造と基準について簡単に振り返っておくと、三段階審査の構造は、一般的な理解では、権利の保護範囲の確定（第一段階）、権利制限の有無の認定（第二段階）、そして権利制限があると認められれば、いわゆる比例性原則による審査（第三段階）からなる。そして、この第三段階がさらに制限目的に対する手段の適合性（手段が目的と合理的に関連していること）、必要性（より制限的でない他の手段が存在しないこと）、そして狭義の比例性（目的達成における利益と制限による権利にとっての不利益との比較衡量）の審査という要素からなり、これらの審査が段階を追って、いわば単線的あるいは直列的に展開される。

他方、三層審査においては、権利はその保護程度に応じて大きく三つに分類され、それに応じて審査レベルが三つに分けられ、それぞれに目的審査基準と手段審査基準を結合した基準が割り当てられる。厳格審査では、目的は「切実または実質的」であり、手段は目的のために「明確に限定されて」いることが、中間的審査では、目的は「重要で」あり、手段は目的と「実質的に関連して」いることが、そして合理的基礎審査では、目的は「合理的」であり、手段は目的に「合理的に関連して」いることが求められる。審査は権利の保護程度に応じてこの三層の審査レベルに分岐して、いわば複線的あるいは並列的に展開されることになる。

査の法的源泉としての権利章典が高度に一般的抽象的な原理タイプの権利規定からなっていることを問題とみなして、準則タイプの権利規定からなる「人権法」（human rights legislation）の制定を提唱している。T. Campbell, Prescriptive Legal Positivism, 2004, Chap. 15. しかし、そのような準則タイプの権利規定も、具体的なケースにおいては、その基礎にあるより一般的抽象的な価値原理に照らして解釈適用されなければならないだろう。

これらを比較する際の論点は次のようになる。まず、司法審査は、いうまでもなく、原告（上告人、異議申立人）の基本権が被告国家の行為（立法、執行、裁判）によって侵害された（侵害される）という主張に始まる。第一の問題は、原告の主張する基本権が実際に憲法上の権利に属するかどうか、属するとすればどの基本権か、そしてその基本権の保護の程度または抽象的な重さはどれほどのものかである。これらの問題は憲法解釈の問題であり、その扱いはそれぞれの憲法によって異なりうる。原告の主張する権利が憲法上の権利に属するか否かは規範的な包摂の問題である。ここでの理論的な関心からみてより重要な問題は、権利の基本的な分類とそれらの抽象的な重さである。三層審査は権利をその抽象的な重さによって大きく三つに分類し、それに応じて審査基準が区別される。これに対して、三段階審査または比例性審査にはそうした分類と区別がないようにみえる。しかし、三段階審査においてもおおまかな権利の分類と抽象的な重さの区別は可能であり、それによって比例性原則の適用に違いが生じるというのが、ここでの想定である。

原告の主張する権利が基本権に属すると認められると、その権利が国家行為によって制限（介入）されているかどうか、つまり、立法府によって制定された法律、執行府や司法府の下した決定や判決によって制限されているかどうかが問題となるが、法律や決定内容の解釈や事実認定に関する問題であり、ここでは扱わない。

第二に、原告の基本権が国家行為によって制限されていると認められれば、その国家行為が行為の規範的評価の図式によって正当化されるかどうかが問題となる。まず、当該の国家行為の目的が問われる。その目的は憲法上のものでなければならず、制限条項があれば、その目的が制限条項の範囲に属するかどうかが問われるが、これは解釈の問題である。目的に関する理論的な問題は、三層審査では権利の分類に応じて目的の抽象的な重さも基本的に三つに分類され、その基準によって目的審査が明示的に行われるのに対して、三段階審査または比例性審査においては、目的審査が明示的に段階づけられていないようにみえ、また目的の抽象的な重さが分類されず、したがってまた目的審査基準がないようにみえるということである。しかし、三段階審査においても目的審査はあり、問題は理論的にみてそれをどのように位置づけるか、また目的の抽象的な重さは区別されるのかである。

第三の問題は、目的審査と手段審査の構造的関係とそれらの基準の配置に関わ

る。三層審査では、権利の分類に応じて目的審査と手段審査を結合した審査レベルが区別され、それぞれの基準の適用による審査がいわば並列的に分岐して行われる。これに対して、三段階審査では、権利を制限する国家行為の目的審査と手段審査がいわば直列的に行われる。とくに、三段階審査では二つの手段審査が直列的に行われるのに対して、三層審査ではこれに対応する手段審査基準が異なる審査レベルに配置されている。しかし、三段階審査においても、比例性原則およびその下位原則がつねに明示的に適用されるとはかぎらず、また、権利のおおよその分類に応じたある種の審査レベルの区別もみられる。

最後に第四に、三層審査と三段階審査の大きな違いは、三段階審査は最後の審査段階として狭義の比例性審査を含むという点にある。狭義の比例性は「効果の比例性」（proportionality of effect）と呼ばれることもあり[(32)]、狭義の比例性審査は最終的な結果審査、あるいは結果の再審査という性格をもつ。これに対して、三層審査は結果の再審査をもたず、審査は手段審査で終了するようにみえる。これが行為の規範的評価という観点から何を意味しうるかが問題となる。この点で、アメリカ合衆国の連邦最高裁判所の判決にも結果の再審査を含んでいると思われるものがあることが注目される。さらに、狭義の比例性審査が手段審査（とくに手段の必要性の審査）の後に位置づけられることの意味や、比例性審査における立法裁量の位置づけも問われうる。

Ⅱ　比例性審査の構造

合衆国連邦憲法裁判所は、その判例の積み重ねによって、憲法上の権利をその抽象的な重さの違いによって大きく三つにカテゴリー的に分類し、その分類に応じてそれを制限する目的の抽象的な重さも三つにカテゴリー的に分類して、目的審査基準を区別してきた。これに対して、比例性審査では、基本権をその抽象的な重さに応じてカテゴリー的に分類することがなく、また目的についても同様であるとみなされる。また、ドイツ連邦憲法裁判所の比例性審査は一般に「三段階審査」と呼ばれるが、そこに目的審査がどのように位置づけられるかが明らかでないという指摘

(32)　Cf. Canada（AG）v. JTI-MacDonald Corp.［2007］2 SCR 610, 632.

もある。さらに、比例性原則に目的の正当性を含めるか否かについても、明確な見解の一致はあるとはいえない。本節ではこれらの問題を検討し、最後に比例性審査または三段階審査のありうる構造を示唆する。

（1）権利の分類と重さ

司法審査は、自己の憲法上の権利を被告国家の行為（立法、執行、司法）によって侵害されたとする原告（上告人、異議申立人）の主張に始まる。この主張は大きく二つの問題を生じさせる。原告の主張する権利が実際に憲法上の権利であるかどうか、そしてそれが認められれば、原告の主張する国家行為がその権利を侵害しているかどうかである。前者の問題は権利の保護範囲の確定の問題である。後者の問題は、当該の国家行為が原告の権利を制限しているかどうか[(33)]、制限していると認められれば、その制限は正当化されうるかどうかという二つの問いにさらに分けられる。権利制限の有無の認定の問題と、制限の正当化の判定の問題、つまり国家行為の規範的評価の問題とである。ここでは、権利の保護範囲（保護程度を含む）の確定の問題についていくつかの理論的な問題を検討する。

権利の保護範囲の確定問題は、権利章典の権利規定とその解釈に依存する。諸国の憲法によって権利章典の権利規定は多様である。今日の多くの憲法はある程度に充実した権利規定を有しているが、権利規定が簡素な憲法や、権利章典をもたない憲法もある。しかし、権利規定が簡素な憲法においても解釈によってその内容が豊富なものにされることがあるし[(34)]、権利章典を持たない憲法においても他の憲法原理から基本的な権利が解釈によって導出されることもある[(35)]。その結果として、憲法上

(33)　権利の「制限」（英語では “limitation”）と「侵害」（英語では “infringement”）を言葉の上で区別しない例もある。たとえば、A. バラクによれば、イスラエルではヘブライ語で同じ言葉が用いられている（A. Barak, Proportionality, 101）。また、カナダ最高裁判所も「侵害」の語を用いている。他方、ドイツでは「制限」（Beschränkung）または「介入」（Eingriff）と「侵害」（Verletzung）が区別されている。この場合、権利への制限または介入が認定され、さらにそれが正当化されない場合に「侵害」となる。以下では、「制限」と「侵害」を一応は区別する。

(34)　アメリカ合衆国の修正１条、修正５条、修正14条１項３文および４文は、今日の多くの権利章典の規定からすると簡素であるが、いうまでもなく、最高裁判所の判例を通じて具体化されてきている。

(35)　たとえば、オーストリア憲法やオーストラリア憲法は権利章典をもたない。ただ、オーストリアは欧州人権条約の締約国であり、国内の裁判所の判決について欧州人権裁判所に異議申立てをすることができる。また、オーストラリアでも、コモンローが制定法に対する制約の源泉

の権利の内容についての理解にはある程度の共通性が生み出されてきているといえるだろう。法理論的観点からみると、その内容はおおまかに分類することができる。国際人権規約におけるように、市民的権利、政治的権利、社会的権利、経済的権利、文化的権利といった分類も可能である。また、自由権、平等権、社会的経済的権利という分類もありうる。さらに、権利実現の方法という観点からは、防御権と請求権の区別がある。ここでの検討にとっては、さしあたりこれらの分類で足りる。

司法審査について理論的な観点から、とくに三層審査と三段階審査の比較という観点から問題となるのは、基本権の保護程度またはその抽象的な重さの区別の如何である。三層審査では、保護程度の違いから権利は大きく三つに分類される。それらにはとくに名称が与えられておらず、三つの審査レベルの名称に結びつけて呼ぶしかない。厳格審査の対象となる権利は最も保護程度の高い権利であり、人種などのいわゆる「疑わしい区別」による差別を受けない権利、人身、言論、宗教などの自由権のような基本的権利がそれに含まれる。中間的審査の対象となる権利は次に保護程度の高い権利であり、性別などの「準－疑わしい区別」による不平等取扱いを受けない権利、内容に直接には関わらない言論（象徴的行為に付随する言論、「時・所・態様」が問題とされる言論）の自由などがそれに含まれる。さらに、合理的基礎審査の対象となる権利は保護の程度が低い権利であり、社会的経済的権利がその代表である。三層審査では、こうした権利の分類がほぼカテゴリー的な目的審査および手段審査の審査基準を導く。

これに対して、比例性審査においては、権利の分類が必ずしも明確であるとはいえず、また審査レベルの区別と対応づけられているわけではない。たとえば、イスラエル最高裁判所の長官裁判官でもあった A. バラクは、比例性審査と三層審査の違いの一つとしてこの点を挙げて、比例性審査における可能な改善点として権利の一応の重さの区別を提唱している。[36] カナダの最高裁判所も権利の重さについてとく

となりうるだけでなく、最高裁判所（高等法院）は、たとえば憲法の代表制政府の制度（自由な選挙を含む）から解釈によってコミュニケーションの自由の権利を導出している。Cf. Lange v. Australian Broadcasting Corporation (1997) HCA 25.

(36)　A. Barak, Proportionality, 531-532. ただ、バラクは、三層審査における合理的基礎審査の対象とされる権利の保護程度は低すぎるため、基本的な権利とその他の権利という二種類に区別するほうがよいとしている。

に区別を設けているようにはみえない。他方、R. アレクシーは、権利の抽象的な重さをも三値尺度によって区分して、狭義の比例性審査の段階で考慮されるものとして位置づける理論を提示している。[37] この違いの理由の一部はそれらの憲法の制限条項の規定様式の違いにあると考えられる。[38]

アレクシーが理論的に再構成しようとしているドイツ連邦憲法裁判所の判例は、ドイツ基本法の制限条項を基礎として権利の抽象的な重さに区別を設けているが、必ずしも明確に分類されているとはいえず、多くは「衡量法則」（Abwägungsgesetz）の形式で述べられている。それでも、大まかに三つに分類することができる。

まず、抽象的な重さが相当に重い権利があり、中には「絶対的」といえるようなものもある。たとえば、基本法１条１項の「人間の尊厳」は「不可侵」（unantastbar）であり、これには制限条項はなく、ほとんど絶対的とみなされている。また、ドイツ連邦憲法裁判所は、他の基本権でも人間の尊厳と結びついたものに大きな重さを与えている。[39] とくに、人間の尊厳と結びついた生命への権利（２条２項）は大き

(37) R. Alexy, Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli, P. Kreutz, D. Reuter（hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003. ただ、アレクシーは、基本権の抽象的な重さの違いを具体的に論じてはおらず、例示として用いているケースでも、基本権とそれを制限する原理との抽象的な重さはとくに考慮されていないか、あるいは等しいと置かれている。

(38) カナダの「権利と自由に関するカナダ憲章」１条は次のように一般的な制限条項を規定している。この憲章に規定する「権利と自由は、自由かつ民主的な社会において明らかに正当化されうる法律によって規定する道理的な制限にのみ服する」。イスラエルの憲法は基本的権利を「基本法：人間の尊厳と自由」と「基本法：職業の自由」に区別して規定し、それぞれに一般的な制限条項を設けている。前者は「この基本権における権利は、イスラエル国家の倫理的価値にとって適切であり、正当な目的をもち、必要を超えない法律に基づく場合、またはその法律による明示的な授権がある場合を除き、侵害されてはならない」と規定しており、後者も若干の違いはあるがほぼ同じである。これに対して、ドイツ基本法はこの種の一般的な制限条項をもたず、その基本権規定には制限条項のないもの（たとえば１条１項）と個別の制限条項があるものが混在する。個別の制限条項には「法律の留保」を規定しているものがあり、これについては19条１項に限定（個別法の禁止と制限される基本権条項の明示義務）があり、また同条２項は「いかなる場合も基本権の本質内容［核心］に触れてはならない」という特殊な一般条項を規定している。ちなみに、薬局判決は基本法12条１項の職業選択の自由と職業遂行の自由を区別しているが、これは前者については限定がなく、後者については法律の留保が規定されていることによる。

(39) Vgl. BVerfGE 115, 118 (2006), 153.「人間の尊厳を尊重し保護する義務は、人々を国家の単なる手段とすることを排除する。したがって、公的権力は、各人自身のゆえにかつその人格としての存在のゆえに各人に帰属する価値の尊重を軽視して、各人をその主体性とその法的主体としての地位を根本的に損なうような仕方で取り扱うことを端的に禁じられている」。

な重さが与えられている[40]。その他にも、人間の尊厳と結びついた人格権（２条１項）や住居不可侵権（13条１項）などには大きな重さが与えられているといえる[41]。さらに、３条３項に規定するメルクマールによる差別的取扱いに対する権利も大きな重さを与えられている[42]。

他方、社会国家原理に基づく社会的経済的権利の場合には、その実現には立法者の広い「形成余地」（Gestaltungsspielraum）が認められる[43]。社会的経済的権利は請求権であり、その実現は立法者の保護義務に依存する。立法者はこの保護義務をまったく果たさないことはできないが、それをどの程度にどのように果たすかはその裁量に委ねられる。その限りで、このタイプの権利の保護程度は相対的に低いということができる。ただ、社会的経済的権利が人間の尊厳や平等権と結びつくときは、より高い保護が要求されている。

その他の多くの権利はこの中間に位置するとみることができるが、その中でも重さに区別が設けられている。それらは多くの場合、連続的尺度での衡量法則の形式で表現されている。たとえば、意見表明（表現）の自由（５条）について、「外界への意見表明の形式および態様を制限する場合、意見自由への介入はより受容できるものとなる。これに対して、意見そのものの内容に対する制限が強ければ強いほど、［意見表明による］法益危殆化の具体的な切迫性の要求は高くなる」とする判

(40)　Ebenda, 152. 生命への権利は「基本法秩序の内部で最も高い価値をもつが、この権利も法律の留保のもとにある。……これを制限する法律はそれ自体、この基本権およびこの基本権と密接に結びついた基本法１条１項の人間の尊厳の保護に照らして審査されなければならない。人の生命は基礎的な憲法原理および最上の憲法価値としての人間の尊厳の致命的な基礎である」。

(41)　Vgl. BVerfGE 96, 56（1997）（実の父親を知る権利）、BVerfGE 121, 175（2010); 128, 109（2011）（性転換者の性的同一性の承認を求める権利）、BVerfGE 133, 277（2012）（情報自己決定権）、BVerfGE 109, 279（2004）（住居の不可侵）など。

(42)　BVerfGE 10, 59（1959）（親権の行使における最終決定権を父親に与え、例外的な条件の下でのみ母親に与える民法の規定を３条２項の男女同権条項に反し違憲とした）、BVerfGE 52, 369（1979）（独身就労女性にのみ家事労働日休暇を与え、独身就労男性に認めないことを、合理的な理由がなく、３条２項・３項に違反するとした）など。

(43)　たとえば、BVerfGE 125, 175（2010），222-225 は次のように述べている。人間の尊厳に適う最低限度の生存の保障を求める権利は、「［立法者の］任意に委ねられるのではなく、実現されなければならないが、立法者による具体化と安定した現実化を必要とし、立法者はその保障を社会のその時々の発展状況と現行の生活水準に適合させなければならない。これについては、立法者の形成余地が認められる。……その形成余地は、立法者が人間の物理的生存を確保するために必要なものを具体化する場合にはより狭く、社会生活への参加の可能性と種類と範囲が問題となる場合にはより広い」。

決[44]がある。また、職業の自由（12条）について、薬局判決は「規制権限は、それがたんなる職業遂行規制であればあるほど、それだけいっそう自由であり、それが職業選択にも関われば関わるほど、それだけいっそう狭く制限される」としている[45]。さらに、所有権の保障（14条）については、「所有権の対象が所有者の人格的自由の保護に寄与すればするほど、所有権保護の重さはそれだけ重くなる。……所有権の対象が社会的な関係に立ち、社会的な機能を果たすものであればあるほど、立法者の内容規定および制限規定に対する権限は拡大する」とする例がある[46]。

ドイツ基本法は個別の制限条項を規定しており、その制限条項の規定様式に応じて、基本権の抽象的な重さに区別が生じることになっているといえる。それは憲法制定者の価値決定に基づいているのであり、したがって立法者も裁判官もそれを尊重しなければならない。これに対して、一般的な制限条項だけがある場合、憲法そのものからは基本権の抽象的な重さの区別は導かれない。しかし、基本権の抽象的な重さについてはそれぞれの社会においてある程度の一般的な評価があるとすれば、裁判官はそれを考慮しなければならないだろう。合衆国の三層審査における権利の分類も判例の積み重ねによって形成されてきたものである。とはいえ、比例性原則による司法審査においては、基本権の抽象的な重さの区別から、三層審査におけるように目的審査および手段審査の基準がカテゴリー的に導かれるわけではない。差別が明白である場合のように、目的審査において平等権の重さが考慮されることもある[47]が、多くの場合は、審査が比較衡量による狭義の比例性審査の段階に至るならば、権利の重さはそこで考慮されることになる。

（２）比例性審査における目的審査の位置づけと目的の重さ

ドイツの三段階審査についての一般的な理解によれば、三段階審査は、基本権の保護範囲の確定、基本権の制限の有無、そして制限があるときは比例性原則による

(44) BVerfGE 124, 300 (2009), 333-4.
(45) BVerfGE 7, 377 (1958), 402-3.
(46) BVerfGE 95, 64 (1996), 84.
(47) ドイツ連邦憲法裁判所は、不平等処遇における立法者の限界は「恣意禁止という単純な条件から厳格な比例性の要請にまで及ぶ」と説示している（e.g. BVerfGE 133, 59 (2013), 86-7）が、「恣意禁止」は比例性原則における手段審査よりも前の段階、つまり目的審査の段階で作用する基準であることを示唆するものといえるだろう。

正当化の審査からなる[48]。そして、比例性原則は、基本的に、手段の適合性、必要性、そして狭義の比例性からなると解される[49]。この理解では目的審査が独立の審査段階としてあるのか、またあるとすればどこに位置づけられるのかが必ずしも明らかではない[50]。しかし、国家行為の規範的評価の観点からみると目的審査は不可欠であり、実際、三段階審査でも目的審査は行われている。問題となるのは、目的審査と比例性原則の関係であるが、比例性原則を採用する国の司法実務や理論においても必ずしも明確ではない。ドイツ憲法でいえば「法律の留保」規定に基づく基本権制限の有無の認定の段階で行われるか、あるいは狭義の比例性審査の段階に含められるのかもしれないという見方もある[51]。

a．三段階審査における目的審査の有無と位置づけ

司法実務の面からみると、憲法の制限条項に照らした正当化を、立法目的の正当性の審査と比例性原則による審査とに分けている例が少なくない。たとえば、ドイツの薬局判決以来、ドイツ連邦憲法裁判所の判決がそうした区分を用いている[52]。最近のある判決は次のように述べている。基本権に対する「介入が実質的に憲法に適合しているのは、その介入が正当な公共目的に寄与し、さらに比例性原則を満たすとき、つまり、目的の達成に適合し、必要であり、そして適切であるときである[53]」。また、カナダのオークス判決も同様であり[54]、カナダのその後の判決もこれを踏襲している[55]。また、イスラエルの判決もこれと同じ捉え方をしている[56]。しかし、最近の

(48)　渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ』（日本評論社、2016年）、60-61頁参照。
(49)　渡辺他『憲法Ⅰ』76-78頁参照。
(50)　渡辺他『憲法Ⅰ』74-76頁は、権利制限の正当化の段階の説明において、比例性原則の前に目的審査と手段審査をおいている。
(51)　たとえば、高橋和之『体系　憲法訴訟』（岩波書店、2017年）429頁参照。すぐ後で触れるように、R. アレクシーは目的の重さの要素を狭義の比例性審査に位置づけている。
(52)　BVerfGE 7 377（1958）. たとえば、職業選択の自由について、この自由が制限されうるのは、ただ「とくに重要な公益の保護が強制的に必要であるときだけ」であり、「そのような介入が不可避であるならば、立法者は、基本権を最も少なく制限する介入の形式を選択することができる」。もっとも、この有名な判決では、まだ比例性原則は今日におけるような形式には定式化されていない。
(53)　BVerfGE 125, 260（2009）, 316.
(54)　R. v. Canada［1986］1 SCR 103, 138-39.
(55)　たとえば、JTI-MacDonald Corp v. Canada［2007］2 SCR 610, 629-670. 次のように述べている。「まず、法律は重要な目的に寄与するものでなければならず、第二に、それがこの目的を達成す

ドイツ連邦憲法裁判所の判決には比例性原則のなかに目的の正当性を含めているものもある。それによれば、比例性の「原則は、基本権への介入が正当な目的に寄与し、この目的のための手段として適合的であり、必要であり、そして適切であることを要求する[57]」。

理論的な整理の観点からは、比例性原則に目的の正当性を含めるものも少なくない。たとえば、G. フスクロフトらは、「一つの有用な、しかしけっして公式のというわけではない」比例性分析の枠組として、目的の正当性、手段の適合性（合理的な関連性）、手段の必要性（最少侵害）、そして狭義の比例性（公益と権利との公正な均衡）を挙げている[58]。また、イスラエルのA. バラクも、その著書では、比例性の構成要素として、適切な目的、合理的関連性、必要性、そして狭義の比例性（比較衡量）を挙げている[59]。

これに対して、R. アレクシーは、とくに目的の抽象的な重さについての審査を比例性審査の独立の要素とはせず、制限目的の考慮は狭義の比例性審査の段階で行われるものと捉えているようにみえる[60]。狭義の比例性審査においては、基本権の制限によって基本権の側に生じる不利益とその制限によって制限目的の側に生じる利益とが比較衡量される。アレクシーはこの比較衡量の形式的な合理性を説明しよう

るために用いる手段は比例的でなければならない。比例性そのものは、手段と目的との合理的関連、最少制限、効果の比例性を含む」。

(56) たとえば、Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Interior, et al.（2006）. この判決の反対意見の中で、A. バラク裁判官は次のように述べている。イスラエル憲法の「制限条項に挙げられている第四条件は、基本権の侵害は過度なものであってはならないことを要求する。目的が適切なものであるだけでは十分ではない。それを実現するために採用された手段が適切なもの、すなわち比例的なものであることが必要である。「過度でない程度に」という文言は、イスラエルの判例では、外国の判例にならって、三つのサブテストからなるものとして解釈されてきた。すなわち、適合性のテスト（合理的関連性）、必要性のテスト（最も侵害的でない手段）、そして狭義の比例性のテスト（比例的な手段のテスト）である」。ただし、バラクは彼の著書では、後述するように、別の見方をしている。

(57) BVerfGE 120, 274 (2007), 318-9. また、BVerfGE 115, 166 (2005), 196 は次のように述べている。この「原則は、それぞれの措置が憲法に適合する目的を追求しており、この目的の達成に適合し、必要であり、そして狭義の比例性を満たすことを要求する」。

(58) G. Huscroft, B. W. Miller, and G. Webber, Introduction: in G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber（eds.）, Proportionality and the Rule of Law, 2014, 2f.

(59) A. Barak, Proportionality, 2012, 10f.

(60) R. Alexy, Proportionality and Rationality, in: V. C. Jackson and M. Tushnet（eds.）, Proportionality, 2017, 19.

とするのであるが、目的審査がこれ以前の段階で行われるとすれば、重複となるだけでなく、比較衡量のこの形式的合理性が損なわれるとみている。

狭義の比例性審査における比較衡量に形式的合理性を与えようとするアレクシーの議論では、基本権の抽象的な重さと基本権を制限する目的（他者の基本権の保護や公益の促進）の抽象的な重さが比較の要素として挙げられる。しかし、目的の抽象的な重さの評価を含む目的審査が狭義の比例性審査の段階ではじめて行われるのだとすれば、基本権の抽象的な重さの評価を含む基本権の保護範囲の確定が第一段階で行われることと整合しないこととなるだろう。また、司法審査の実務においても、一般に目的審査は狭義の比例性審査よりも前の段階に位置づけられている。このかぎりでは、アレクシーの議論は司法実務の再構成として説得的とはいえない。さらに、国家行為の規範的評価という観点からは、司法審査は目的審査と手段審査を含むとみることが必要だろう。

b．目的審査における目的の抽象的な重さ

比例性原則に目的の正当性を含める見解と、目的審査を比例性原則による審査の前の段階に位置づける見解のいずれが適切と考えられるかについては後で立ち戻る。司法審査に目的審査を位置づけるとして、次に問題となるのは、目的の抽象的な重さに区別を設けるかどうかである。合衆国の三層審査は、権利の分類に応じて、目的の重さも大きく三つに分類する。厳格審査では目的は「切実または実質的な」ものでなければならず、中間的審査では「（十分に）重要な」ものでなければならず、合理的基礎審査では「合理的な（基礎をもつ）」ものであればよい。比例性審査においてこのような目的の重さの分類があるかどうか、また分類を設けるべきかどうかが問われるのである。

比例性原則を採用する司法審査の実務には、三層審査におけるような明確に基準化された目的の分類はたしかにみられない。しかし、基本権の抽象的な重さの場合と同様におおまかな区別がないわけではない。たとえばカナダ最高裁判所の場合、オークス判決で、ディクソン裁判官は、基本権の制限が憲章１条のもとで正当化されるかどうかの基準として、目的に関する基準と比例性原則の基準を挙げて、基本権を制限する目的は「切実かつ実質的な」（pressing and substantial）ものでな

ければならないとし[61]、この基準はその後の多くの判決でも受け継がれている[62]。ただ、この基準は相当に厳格であるようにみえるために、「十分に重要な」ものであることを求める例もある[63]。なお、前者の基準を満たさないとされた例はそれほど多いわけではない[64]。また、この二つの基準は三層審査の目的審査基準のうちの二つに対応するようにみえるけれども、権利についてと同様に、明確に類型化されているとはいえない。ただ、審査が狭義の比例性審査に及ぶときは、これらの目的の重さは制限される権利の重さと比較衡量されることになる。

これに対して、ドイツ連邦憲法裁判所は目的の重さに分類的な区別を与えているとはいえない。目的審査の基準は基本的に目的が「正当で」（legitim）あるかいなかであり、その性質や内容によるさらなる区別は設けられていない。たとえば、「連邦またはラントの存立または安全にとっての、また人の身体、生命、自由にとっての危険の回避」は「正当な目的」とされる[65]。目的の正当性は憲法上の価値に適合していることを意味し、「人の生命および健康、環境、可能な関係者の職業自由および所有の自由といった憲法レベルの重要な価値」という言い方もなされている[66]。いずれにせよ、目的は「憲法上正当で」あればよい[67]。ただ、目的が他の基本権保護である場合は、先に見たように、ドイツ連邦憲法裁判所は基本権の抽象的な重さに一応の区別をおいているので、これに応じて基本権を保護するという目的の重さにも違いが生じることになる。したがってまた、カナダの場合と同じように、司法審査が狭義の比例性審査に至れば、そこで制限される基本権と制限目的とが比較衡量さ

(61) R. v. Oakes［1985］1 SCR, 103, 138-39. 目的は「十分に重要な」ものでは足りず、「切実かつ実質的な」ものであることが必要であるとしている。

(62) Cf. Newfoundland v. NAPE［2004］3 SCR, 381, 407-415; Chaoulli v. Quebec［2005］1 SCR, 791, 826; Canada v. JTI-Macdonald Corp.［2007］, 2 SCR, 610, 639; Alberta v. Hutterian［2009］2 SCR, 567, 591-94.

(63) Cf. Rocket v. Royal College of Dental Surgeons［1990］2 SCR, 232, 246; Tetreault-Gadoury v. Canada［1991］2 SCR, 22, 41.

(64) 目的が「切実かつ実質的」とはいえないとした例として、The Law Society of British Columbia v. Andrews［1991］1 SCR, 143（カナダ国籍を有しない弁護士の州内弁護士業務を禁止していることについて）、Vriend v. Alberta［1998］1 SCR, 493（差別禁止項目に性的指向を含めていないことについて）などがある。

(65) BVerfGE 99, 341（1999）, 352.

(66) BVerfGE 115, 320（2006）, 345.

(67) BVerfGE 128, 1（2010）, 38.

れることになる。

以上のように、少なくともカナダとドイツの例で見ると、合衆国の三層審査と比較すると、比例性審査では目的審査における目的の抽象的な重みづけに明確な分類があるとはいえない。目的の重みづけが意味をもちうるのは、基本権制限の程度との比較衡量がなされる狭義の比例性の段階においてであるといえる。その意味では、目的審査を狭義の比例性審査の段階の前に位置づけることを拒否するアレクシーの議論には、一応の理由があるといえる（また、アレクシーは、権利についてと同様に、目的の抽象的重さを三値尺度で捉えようとしている）。しかし、権利制限の正当化の基本的な構造を述べる段階で、目的の少なくとも正当性の審査がなされていることは事実であり、実際、この目的審査の段階で、たとえば差別的な意図がある場合など、憲法に違反する基本権侵害が認められることもある。(68)

（３）三段階審査の構造

三段階審査に目的審査を独立の要素として含めると、三段階審査は少なくとも次の６つの要素から構成されることになる。（１）権利の保護範囲（保護程度を含む）の確定、（２）権利制限の有無の認定、（３）権利制限の目的の審査、（４）目的のための手段の合理的関連性（適合性）の審査、（５）手段の必要性の審査、そして（６）狭義の比例性の審査である。三段階審査についての一般的な理解では、目的審査は独立の要素としては明示的に位置づけられていなかったため、「三段階審査」という構造のもとで目的審査をどのように位置づけるかが問題となりうる。また、すでに触れたように、広義の比例性原則に目的の正当性を含めるかいなかという問題もある。この二つの問題は密接に連関しており、それに理論的な整理を与えるためには、目的の正当性、手段の適合性と必要性、そして狭義の比例性の基本的な特徴を検討することが必要である。その検討によって、三段階審査の６つの要素をどのように構造化するのが適切と考えられるかについてある程度の見通しを与えることができるだろう。

すでに触れたように、R. アレクシーは目的審査を比例性原則による司法審査の

(68)　前掲注42参照。カナダの例については前掲注64を参照。

独立の要素とすることを否定しているが、手段の適合性、必要性、狭義の比例性をおおよそ次のように特徴づけている。すでに触れたように、アレクシーは、原理としての基本権を事実的および法的に可能な条件のもとで最大限度の実現を求める要求と捉え、これを「最適化要求」と呼んでいる。[(69)] 基本権に対する制限はこの事実的および法的な可能性の条件を設定する。制限手段の適合性と必要性はこのうちの事実的な条件に、狭義の比例性は法的な条件に関わる。そして、手段の適合性と必要性をいずれも目的と手段の関係に関わる「パレート最適」基準によって説明する。[(70)] 適合性は、法律によって採用された基本権制限手段は目的達成に合理的に関連することを要求するが、制限手段は密接に関連するその他の権利や利益に損失を与えないことを条件とするという意味で、パレート最適を満たすのでなければならない。また、必要性は、採用された手段よりも基本権に対してより制限的でない代替手段がないことを、その意味でパレート最適を満たすことを要求する。[(71)] さらに、狭義の比例性は、基本権の制限による不利益に対してそれを制限する目的（他者の基本権や憲法上の利益）達成の利益が比例性を満たすことを要求する。

以上の説明によれば、比例性原則の三つの下位原則はいずれも比較に基づく最適化の要求とみなされているといえる。ただ、アレクシーも言うように、手段の適合性は司法審査のたいていのケースで一般に認定されているから、とくに比較に基づく最適化が踏み込んで検討されているわけではない。その意味で、A. バラクは手段の適合性を「敷居的テスト」（threshold test）と呼んでいる。[(72)] つまり、満たされるか否かの二値的な基準として用いられているというわけである。また、先にみたように、プフォルテンによれば、程度を含む関係という彼の比例性の概念に適合するのは手段の必要性と狭義の比例性である。これを考慮すれば、三つの下位原則のうち、手段の適合性は「敷居的」であるのに対し、手段の必要性と狭義の比例性は

(69) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 75-77.

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

(71) アレクシーのこの特徴づけによれば、手段の適合性は一つの手段と複数の目的の関係に関わり、手段の必要性は一つの目的と複数の手段の関係に関わるとみることができるだろう。後者はともかく、前者のような例としては、たとえば、法律の措置がある人々の集団に便益を与えながら、他の集団には正当な理由なくその便益を与えない場合、つまり過少包摂の場合が考えられるだろう。

(72) A. Barak, Proportionality, 315.

「最適化的」であるということもできる。

このようにみると、比例性の下位原則の特徴を、事実的（認知的）と法的（規範的）、「敷居的」と「最適化的」という二つの識別基準の組み合わせによって表示することができるだろう。アレクシーの『基本権の理論』の英訳者であるイギリスの J. リヴァースがこのような特徴づけを与えている。リヴァースは、その訳者序文において、上記のアレクシーによる比例性原則の三つの特徴づけに触れた後、「狭義の比例性も敷居的な対応物をもち」、それが目的の正当性であるとする[(73)]。したがって、リヴァースによれば、「比例性の原則は全体として、二つの敷居的な要求（効果的な手段による正当な目的の追求）と、二つの最適化要求（関連するコストに照らして達成に値することを達成するための最も制限の少ない手段の使用）として理解することができる」。後に、リヴァースは、上記の評価基準の「事実的」を「予測的」、「法的」を「評価的」と捉えて、目的の正当性は「敷居的－評価的」、手段の適合性は「敷居的－予測的」、手段の必要性は「最適化的－予測的」、狭義の比例性は「最適化的－評価的」と特徴づけている[(74)]。

このリヴァースの特徴づけは、比例性原則の下位原則に目的の正当性を含めるとともに、それらの性格に概念的な明確性を与えているといえる。とはいえ、これは概念的な図式化を与えるものにすぎず、概念的な図式化一般がそうであるように、概念的に切れすぎる面もなくはない。たとえば、手段の必要性は、基本権に対する可能な制限手段のうち最も制限の少ない手段の採用を要求することを含意するが、このことは基本権に対する制限の程度の評価を含み、この評価は規範的な性格ももつと考えられるから、たんに事実的または認知的な基準とはいえない。したがって、この特徴づけは概念的な図式として参照できるにとどまるだろう。

以上のようにみてくると、三段階審査の６つの要素はいくつかの観点から組み合わせて構造化することができる。まず、基本権の保護範囲の確定は基本権制限の

(73)　J. Rivers, A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution, in: R. Alexy (translated by J. Rivers,), A Theory of Constitutional Rights, 2002, xxxii.

(74)　J. Rivers, Proportionality in Practice: The British Experience, in: M. Borowski, S. L. Paulson, und J. -R. Sieckmann (hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechte: Robert Alexys System, 2017, 378. なお、リヴァースは、手段の必要性のテストを「ナッツを砕くのにハンマーを用いてはならない」という格言、狭義の比例性のテストを「そのゲームは割に合うか」といった常套句で、比喩的に表現してみせている（ebenda）。

有無の認定の前提であるから、基本権制限の有無の認定を一つの段階とし、残りの４つの要素を制限の正当化の段階とすれば、大きく二段階に分けられる。また、ドイツの三段階審査を基に、広義の比例性原則に目的の正当性を加えて、三段階の構造を維持することもできる。他方、目的の正当性を広義の比例性審査から除いて、目的審査を独立の段階とすれば、四段階となる。さらに、合衆国の目的審査と手段審査に対応するように、手段の適合性と必要性を手段審査の基準としてまとめるとともに、他の要素を独立させることによって、五段階の構造とすることもできる。

これらのいずれにもそれなりの理由があるといえる。ただ、比例性審査はドイツ由来であること、しかし、広義の比例性原則に目的の正当性を加えるのが一般的となっていること、この広義の比例性は基本権制限の正当化の基準として捉えられること、さらに、比例性審査を含む司法審査のタイプをとくに合衆国の三層審査と対比する上で便宜であることから、目的の正当性を広義の比例性原則に含めて、大きく三つの段階に分けて、「三段階審査」の構造を改訂しつつ維持するのが適切だと思われる。しかし、以下では、合衆国の三層審査と比較する際に混乱を回避するために、「比例性審査」の語をこの改訂された三段階審査としての司法審査全体を指すものとして用いる。

Ⅲ　比例性審査と審査基準

合衆国の三層審査と比較して、比例性審査には審査基準がないと指摘されることがある[(75)]。しかし、比例性審査に審査基準がないわけではなく、とくに手段審査については三層審査の基準とほぼ同様の基準がある。両者の基本的な違いは、比例性審査には、先にみたように権利と目的の抽象的な重さについてのカテゴリー的な分類がないこと、手段審査基準の配置が両者では構造的に異なること、そして比例性審査には狭義の比例性の審査があることにみることができる。とはいえ、基本権を制限する国家行為についての規範的評価という観点からみると、基本的な共通性の存在が想定される。

(75)　たとえば、高橋和之『体系 憲法訴訟』243頁参照。なお、高橋は三層審査を「厳格審査」、「標準審査」、「敬譲審査」と呼んでいる。

（1）三層審査と比例性審査

三層審査の特徴は、すでに触れたように、憲法上の権利の重さ（保護程度）を大きく三つに分類して、この分類に応じて権利を制限する目的を審査する三つの基準と手段を審査する三つの基準をそれぞれ結合して、三つの審査基準を構成するという点にある。最も重い権利の制限に関する厳格審査では、制限目的は「切実なまたは実質的な」ものでなければならず、制限手段は「必要な」もの（あるいは「明確に限定された」もの）でなければならない。[76] 重さが中間的な権利の制限に関する中間的審査では、目的は「重要で」あり、手段はこの目的に「実質的に関連する」ものであることが求められ、[77] それ以外の権利の制限に関する合理的基礎審査では、目的は「正当で」あり、手段はこの目的に「合理的に関連する」ものであれば足りる。[78]

この三層審査の構造は、行為の規範的評価の観点からみると、行為の目的と手段を明確に審査するものとなっている。比例性審査も、先にみたようにそこに目的審査を位置づけると、目的と手段を審査する構造をもっている。違いは、これも先にみたように、比例性審査では目的の重さの明確な分類がなく（ドイツの場合）、何らかの区別があるとしても（カナダの場合）、それと手段審査の基準が結合されているわけではないという点にある。

それでも、手段審査の基準そのものにはある程度の対応がみられる。三層審査における合理的基礎審査の手段審査基準は比例性審査における手段の適合性（手段の目的との合理的関連性）の基準とほとんど同じである。三層審査における中間的審査の手段審査基準に対応するものは比例性審査にはないが、この手段審査基準（目的との「実質的な関連性」）は、合理的関連性基準ほど敬譲的ではないものの、何をもって「実質的」とするかは必ずしも明確とはいえない。[79] そして、三層審査における厳格審査の

(76)　Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969), 634 は、移動の「権利の行使を処罰するいかなる分類も、切実な政府の利益を促進するために必要であることが証明されないかぎり、違憲である」としている。これよりも前にも、Sherbert v. Verner, 374 U.S. 298 (1967), 406-7, Griswold v. Connecticut, 282 U.S. 479 (1965), 497 などにおける裁判官の意見においても、類似の基準が述べられている。

(77)　Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1975), 197 は、ビール販売対象年齢の性別による分類は州の「重要な目的」に「実質的に関連する」場合にのみ許容されるという基準を述べている。

(78)　Williamson v. Lee Optical Corp. 348 U.S. 483 (1955), 491 は、検眼などの業者に対する小売店舗内での出店を規制する法律について、検眼などの専門性を維持するという立法者が重要と考えたと思われる目的に対して、同規制に「合理的な関連」はないということはできないとしている。

手段審査基準は、「より制限的でない代替手段」（LRA）のテストとも言い換えられるように、比例性審査における手段の必要性（より制限的でない手段の不在）とおおよそ同じであるといえる（若干の違いを指摘する見解については後述する）。

手段審査の基準に関する両者の違いは、まず、それらの審査構造の違いによる基準の配分の仕方にある。三層審査は三つの審査レベルに手段審査基準が別々に配分されているのに対して、比例性審査では合理的関連性の基準と必要性の基準は段階を追って直列的に配分される。このことは、比例性審査においては、三層審査における厳格審査の対象でない権利の制限についても、合理性審査だけでなく必要性審査も少なくとも原則として開かれていることを意味する。たとえば、後で触れるように、カナダ最高裁判所の判決には社会的権利に関する事案で必要性基準を適用している例がある。他方、三層審査が目的審査基準と手段審査基準を結合した審査基準を三つに分類しているのは、審査基準の明確さを保証するようにみえる。とはいえ、それらの審査基準を表現する文言は高度に一般的抽象的であり、その具体的な適用に当たっては、たんなる文言の解釈によるわけにはいかず、相当に幅をもった程度の考慮が必要となるだろう。

次に、比例性審査では手段審査の後にさらに狭義の比例性審査が原則として開かれているのに対して、三層審査ではどの審査レベルでも手段審査で審査が終了するという違いがある。合理的基礎審査と中間的審査では、手段の目的に対する合理的または実質的な関連を問うことによって審査は終了し、採用された手段による権利制限の程度は問われない。また厳格審査では、手段による権利制限の程度は問われるが、目的達成度と比較した権利制限の具体的な程度が問われることはない。いずれにせよ、三層審査において目的達成度と比較した権利制限の具体的な程度が問われることがないのは、権利の重さと目的の重要度はそれぞれの分類と組み合わせにおいてすでに比較衡量されているからだと考えられる。しかし、その比較衡量は権利の抽象的な重さと目的の抽象的な重要度を比較するものであって、それらの具体的な程度と重要度を比較するわけではない。

とはいえ、この違いは、審査構造と審査の基準の配分について形式的にみるかぎ

(79)　いわゆる「牙のある合理性」審査では、規制に「十分に合理的な基礎」があるかどうかを基準としており、「重要な関連」との違いがあるかどうか明らかではない。

りでいえるにとどまる。合衆国の司法審査においても、多様なケースが現れてくるにつれて権利の分類にも下位の分類が現れてくるとともに、権利がどの分類に属するかが必ずしも明確ではなくなってきている[80]。また、それに応じて、審査基準も多様化し、部分的に交錯したり、上記の基準とは異種の基準が用いられたりしてきた。さらに、今日でもなお強固にカテゴリー的な審査もみられるが、比較衡量を含むより具体的な審査が行われている例も少なくない。繰り返せば、そもそも三層審査の審査基準の文言は、それ自体、高度に一般的抽象的であるだけでなく、程度を含む文言からなっている。それらを具体的に適用する場合には、より具体的な比較衡量も必要となるといえるだろう。

合衆国のとくにバーガー・コートにおいては、手段審査において比較衡量を行っているものや比較衡量を基礎においていると思われるケースがみられる。そのうち社会的権利に関する合理的基礎審査の例として次のようなものがある[81]。州法が不法滞在者の児童に公教育の機会を提供しないことが修正14条の平等保護条項に違反するとして争われた事案で、最高裁判所は、不法滞在者は「疑わしいクラス」ではなく、また教育を受ける権利は基本的権利ではないが、責任のない子供から教育機会を奪うことは子供に生涯に渡る苦難を課すものであり、子供に教育機会を提供しない州法の措置が合理性を満たすかどうかを判定するためには、「州にとってのコストと責任のない子供にとってのコストが適切に考慮されなければならない」とした上で、不法滞在者の子供であるという地位は、州の他の住民が受ける便益をそれらの子供に拒否するための「十分に合理的な基礎」ではなく、また、それらの子供に教育機会の提供を拒否することが、合法的な住民の教育のための限定された資源を保持するという州の利益を促進するものとは認められず、さらにそれらの子供を排除することが州の教育の質を維持するという証拠もないとして、州法は平等保護条項に違反すると判示している。

この判決は、教育のための限定された州の資源を保持し、州の教育の質を維持するという少なくとも正当と認められる目的にとって、不法滞在者の子供に教育機会

(80)　前掲注27の拙稿参照。
(81)　Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1992). このケースはいわゆる「牙のある合理性」審査によるものとされることもある。

を提供しないことが合理的な関連性をもつかどうかを審査しているのであるが、その際、不法滞在者の子供であるとはいえ教育機会を得られない不利益の重大性を考慮して、この不利益と教育機会を提供することにより目的に生じうる不利益とを比較衡量して、前者が後者を上回ると判断しているものとみることができる。

この判決はバーガー・コートのもので、このような審査手法がその後の合衆国の司法審査の一般的な手法であるわけでは必ずしもない。また、判決そのものを見るかぎり、手段審査と比較衡量の関係が明確であるとはいえない[(82)]。しかし、少なくとも三層審査が上記の審査基準のカテゴリー的な適用に尽きるわけではないことを示す例である[(83)]。

このようにみてよいとすれば、目的審査基準と手段審査基準とを結合した類型的基準の有無にかかわらず、三層審査と比例性審査にその審査基準の点で大きな違いがあると断定することはできないだろう。しかし、比例性審査についてはさらに検討すべき問題がいくつかある。第一に、比例性原則は権利の種類にかかわらず一般的に適用されるかという問題である。第二に、比例性審査において比較衡量以外の基準ないし解釈的ツールが用いられることはないのかという問題である。そして、第三に、狭義

(82)　狭義の比例性審査を手段の比例性の審査とみなすならば、手段審査において比較衡量することは的外れではないようにみえる。しかし、狭義の比例性は、たんに目的に対する手段の比例性ではなく、目的の側の利益に対する手段によって制限される権利の側の不利益の比例性である。その意味では、基礎的な比較衡量の具体的な再検討を行うもの、つまり結果や効果の再審査を行うものといえるだろう。

(83)　中間的審査において比較衡量を基礎においているとみることができるものとして、Reed v. Campbell, 475 U.S. 852（1986）を挙げることができる。遺言を残さず死亡した父親の遺産に対する相続適格を非嫡出子に認めない州法が争われた事案で、非嫡出子であることについて子供に責任はないということ、また父親の死亡時における父親への依存性を考慮しないのは目的に対する合理的なまたは実質的な関連性がないことから、違憲としている。この後者の論証は立法者の一応の目的（父子関係の不確定性の考慮）と非嫡出子の不利益をあらためて比較衡量することに基づいていると考えられる。

また、レーンキスト・コートの事例だが、厳格審査において比較衡量を用いていると考えられるものとして、Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833（1992）を挙げることができる。妊娠初期の人工妊娠中絶を女性のプライバシー権として認めた Roe v. Wade 判決の基本的な判断枠組を維持しつつ、胎児の生命の尊重についての州の切実な関心を考慮して、24時間の待機やインフォームド・コンセントを要求する点については最終的に人工妊娠中絶を阻止するものでない限りで合憲とし、パートナーの同意を要求する点については女性にとって「過度の負担」であるとして違憲としている。この過度の負担の基準による判断は、目的に対する手段の必要性（最少限度の制限）を満たさないとするものであるが、立法者の目的を正当とみなすかぎり、他に制限の少ない手段はなく、したがって立法者の目的と女性の権利にとっての不利益をあらためて比較衡量しているものとみることができるだろう。

の比例性審査の合理性はどのように理解されうるかという問題である。この第三の問題は次節で検討することにして、以下では最初の二つの問題を検討する。

（２）比例性原則の一般的適用可能性

比例性審査は、三層審査におけるように基本権の分類に応じた審査基準を設定するのではないため、基本権をめぐる問題にその種類に関係なくすべて比例性原則を適用するものと想定される。しかし、ドイツ連邦憲法裁判所が比例性原則を明示的に適用しているのは主に自由権をめぐるケースにおいてであり、平等権や社会的経済的権利に関するケースでは比例性原則に明示的に言及してはいない。他方、カナダ最高裁判所の判例には平等権や社会的経済的権利に関する問題についても比例性原則を明示的に適用しているものがある。このことは比例性原則の一般的な適用可能性の問題を提起する。

ドイツ連邦憲法裁判所とカナダ最高裁判所の審査手法のこの違いは、それらの憲法における制限条項の規定様式の違いによるとみることもできる。すでに触れたように、ドイツ基本法は基本権に応じて個別の制限条項を規定しているのに対して、カナダの権利と自由に関する憲章１条の制限条項はすべての基本権に適用される形式をもっている。ドイツ基本法は、一般的自由権に関しては「他者の権利」や「憲法適合的秩序または倫理法則」によって制限されるものとして、たしかに比例性原則が適用されうる形式で規定しているのに対して、平等権に関しては性別その他のメルクマールによる差別を禁止するとともに、男女同権の実現に関しては努力規定をおいており、さらに社会的権利を個別には規定しておらず、社会的権利は社会国家原理規定から導かれるものと解されている。これに対して、カナダ憲章においては権利と自由はいずれも「自由かつ民主的社会において道理的」とみなされる目的によれば同様に制限されうる。この違いが比例性原則の適用における上記の違いをもたらしているとみることができる。また、ドイツの場合、比例性原則はもともと19世紀プロイセンの警察行政に対する統制原則から始まったという歴史的経緯もあり、これがドイツにおいて比例性原則が何よりも自由権に適用されることの背景となっているといえるかもしれない。[84]

比例性原則の一般的な適用可能性の問題を考えるためには、権利の種類について

簡単にでも理論的な整理を与えておくことが必要である。問題になるのは防御権と請求権の区別である。自由権が防御権であることは明らかである。これに対して、平等権は少なくとも大きく二種類に分けられる。差別禁止としての平等権は防御権であり、不平等処遇の是正の要求としての平等権は請求権の性格をもつといえる。社会的権利が一般に請求権とされるのもいうまでもない。防御権は国家行為による制限（侵害）に対するもの（消極的権利）であるのに対して、請求権は国家の積極的行為を要求するもの（積極的権利）である。比例性原則の必要性原則が「制限のより少ない代替手段のないこと」を要求するものとみるかぎり、比例性原則は防御権にのみ適用されうるようにみえることになる。

しかし、防御権と請求権、または消極的権利と積極的権利の明確な二分法的区別については議論がある。たとえば、アメリカの国際人権論者 H. シューは、安全権と生存権という二つの基礎的権利に関して、安全権もその現実的保障には警察や裁判などの国家制度の構築を要求する積極的権利としての側面が不可欠であり、生存権も最低限度の生存を侵害されないという消極的権利の側面を含んでいると指摘している。[(85)] また、先に触れたカナダの D. ビーティも、諸国の司法実務の比較研究から、消極的自由を含むすべての権利はその保護と実現の積極的義務を必然的に生み出し、重要な点で積極的権利であるということについてはほぼ普遍的な合意があるとするとともに、いずれについても「公正な持ち分の観念とそれを表現する比例性原則」が適用されうると論じている。[(86)] さらに、アレクシーは、給付請求権を主観的

(84)　なお、合衆国憲法の修正１条は制限条項なしに生命、自由、財産の権利を規定しており、また修正５条５文と修正14条１節３文は「法のデュープロセス」による制限の可能性のもとに生命、自由、財産の権利を規定しているが、刑事手続に関する規定の他はとくに個別の制限条項をもたない。合衆国における権利の分類と審査基準の結合は連邦最高裁判所の判例を通じて形成されてきたものである。そこでは、当初は、基本的自由権と明白な人種差別の禁止についての厳格審査と社会的経済的権利に関する敬譲的な審査からなる「二重の基準」が、そして後には、性別による不平等処遇の是正などに関する中間的審査を加えた「三層審査」が展開されてきている。とはいえ、それらの基準の内容は異なるものの、目的審査と手段審査からなる審査手法は一般的な形式をもっているといえる。厳格審査の手段審査基準は比例性審査における手段の必要性審査と類似していることから、厳格審査は比例性審査に対応するとみられることもあるが、ドイツ連邦憲法裁判所が比例性原則の明示的な適用を自由権に限定しているとすれば、この観点からも、審査手法としての比例性審査の一般化可能性の問題が問われうることになる。

(85)　H. Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, 1996（2nd. ed.; 1st. ed. 1980), 13-34.

権利、国家の給付義務を客観的法として二分的に区別して、後者は前者を必ずしも保障するわけではないといった見解に対して、給付請求権は原理として一応の権利であり、それゆえに他の原理（国家の財政的資源や配分原理など）との比較衡量によって確定されるのであり、それゆえ国家の給付義務は「拘束的」であって、たんなるプログラム規定ではないと論じている。(87)

平等権や社会的権利に比例性原則を適用する司法実務の例として、カナダ最高裁判所の判決には次のようなものがある。(88) まず、平等権と社会的権利に関わるものとして、65歳に達して退職し失業保険の給付を請求したところ棄却決定を受けたという事案で、最高裁判所は、決定の根拠となる失業保険法の規定は65歳以上の集団をスティグマタイズする面があり、その目的（年金との二重受給の防止）は「十分な重要性」をもつものの、その目的にとってこの集団が合理的に関連しているか疑わしいし、他により制限的でない手段がありうる（失業保険を受給する場合は年金を減額するなど）うえに、受給できる年金が低額であったり年金をそもそも受給でき

(86)　D. Beatty, The Ultimate Rule of Law, 144-156. 社会的権利の保障に関して、ビーティが挙げている裁判例は、たとえば、南アフリカのGrootboom v. The Republic of South Africa（2002）BCLR 1165（ホームレスの人々に救急シェルターを提供しなかったことを違憲としたケース）、カナダのErdridge v. British Columbia（1997）151 DLR（4th.）577（聴覚障害者が診療を受ける際に手話通訳を保険適用としなかったことを違憲としたケース）、インドのUnni Krishnan v. State of Andhra Pradesh AIR 1993 SC2178（すべての児童に初等教育を提供していないことを違憲としたケース）、アメリカのSaenz v. Roe, 526 U.S. 486（1999）（州に新たに移住してきた住民に移住後１年間は福祉給付を提供しないとする州法を違憲としたケース）などである。

(87)　Alexy, 468-470. なお、アレクシーの原理理論に注目する南アメリカの論者たちも比例性原則と社会的権利の関係を論じている。アルゼンチンの L. Clerico, Das Untermaßverbot und die Alternativitätthese, in: L. Clerico, J. -R. Sieckmann（hrsg.）, Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009（致死的疾患患者に対する標準的でない医療方法に保険適用を認めないことを違憲とした BVerfGE 115, 25（2005）を代替手段に関する必要性審査によるものと分析している）、ブラジルの V. A. da Silva, Soziale Grundrechte als Optimierungsgebote, ihre Subjektivierung und Justitiabilität, in: ebenda（社会的権利も最適化要求の性格をもつが、個人主義的に捉えられると、特権的な人々しか提訴アクセス権をもたない社会では、差別的な効果をもつため、その集合的な性格に注目する必要があると論じている）、コロンビア共和国憲法裁判所裁判官である B. Pulido, The Constitutional Adjudication of Positive Social and Economic Rights be Means of the Proportionality Analysis, in: M. Borowski, S. L. Paulson, J. -R. Sieckmann（hrsg.）, Rechtsphilosophie und Grundrechte, 2017（社会的経済的権利にも比例性分析が適用されるが、その構造は自由権の場合とは異なり、解釈的分析で比較衡量がなされ、経験的分析で手段の適合性と必要性の審査がなされるとする）など。前注のビーティが挙げている例にも南アフリカやインドの例が含まれているが、社会的権利の保護における比例性原則の適用が問題となるのは社会的権利の保護がとくに切実な要求となる場合であることが窺われる。

(88)　Tetreault-Gadoury v. Canada［1991］2 SCR 22.

なかったりといった状況にある人々、つまり最も必要とする人々にとって過酷であり、同規定は憲章15条（平等権）に違反するとしている。[89]

社会的権利に比例性原則を適用したカナダ最高裁判所判決として、公的医療機関での診療に公的医療保険の適用だけを認めて民間医療保険を排除している州法が争われた例がある。[90]最高裁判所は、公的医療保険制度の維持という目的は「切実かつ実質的な」ものであり、また民間医療保険の全面禁止はこの目的との合理的関連性をもつとしつつも、公的医療保険が適用される医療機関では診療や手術までの待機期間が長く、その間に疾病が悪化し、場合によっては死亡が生じている状況において、他の州や諸国の例をみると他により厳格でない手段があると考えられるにもかかわらず、最少制限テストを満たすかどうかを州司法長官は証明しておらず、憲章７条（生命、人身の自由および安全への権利）に違反し、憲章１条のもとで正当化されないと判示している。またその際、公的政策について州立法者は裁量余地をもつが、その裁量による立法も憲章に反することはできず、この点について裁判所は敬譲することはできないとしている。

ドイツ連邦憲法裁判所は、すでに触れたように、男女同権（３条２項）については、たとえば親権行使の最終決定権を原則として父親に付与している民法の規定における別異取扱いに合理的な理由がないとして、目的審査に相当する基準によって判断しているが、一般的平等条項（３条１項）については、立法者にとっての限界は「たんなる恣意禁止から比例性の要請への厳格な拘束にまで達する」としている。[91]この基準の適用において、課税における別異取扱いについては「恣意禁止」の基準を、[92]自由権が関わる区別取扱い（たとえば、３条３項の差別禁止のメルク

(89)　なお、Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employee v. Her Majesty［2004］3 CSR 381 は、州政府の重大な財政危機のために、公務員法に基づく男女賃金均等化の政策が一定期間にわたり停止されたため、これを憲章15条違反としてその間の賃金の支払いを求めたという事案で、本件停止の根拠となる法律の規定は憲章15条１項を侵害するとした上で、例外的な財政危機の回避は「切実かつ実質的な」目的であり、同規定による政策の延期はこの目的に適合するとともに、必要であり、またこの延期が権利にもたらす不利益は州の財政的健全性を維持することの重要性を上回らないとして、憲章１条により正当化されると判示している。これは合憲判決であるが、比例性原則、しかも狭義の比例性審査をも適用している例である。

(90)　Chaoulli v. Quebec［2005］1 SCR 791.

(91)　Vgl. BVerfGE 110, 274［291］; 117, 1［30］; 130, 240［254］; 133, 59［86-87］.

(92)　Vgl. BVerfGE 110, 274; 117. 1. 前者は、環境税の課税において製造業とエネルギー産業とを区

マールではない国籍や性的指向による別異取扱い）については「比例性の要請」の「より厳格な」基準を適用している[93]。ただ、恣意禁止は目的の正当性または手段の合理性の問題と考えられるが、比例性原則との関係が必ずしも明確ではない。また、自由権が関わる場合には比例性原則が適用されるが、裁判例では別異取扱いに正当な理由がないとするものの、どの段階の比例性原則による判断なのか、明示的に説示されてはいない。もっとも、この場合、立法者の規制目的からすると、不利益に別異取扱いされている集団が正当な理由なく除外されており、過少包摂となっているとみるならば、これも手段の実質的な合理性の欠如を意味すると考えることができるだろう。

社会権に関する事案でも、ドイツ連邦憲法裁判所は比例性原則を明示的に適用してはいない。たとえば、最低限度生活保障権（生存権）に基づき過度に低額な給付額が争われた事案[94]で、憲法裁判所は、生存権は社会国家原理（20条１項）と結びついた人間の尊厳（１条１項）による権利であり、その具体化において立法者は「形成余地」が認められるものの、給付額の決定に際しては「首尾一貫した透明かつ適切な手続により、実際の必要を考慮して」算定しなければならないとしたうえで、本件給付額の決定において「立法者は、自ら選択して最低限度の生活を算定する基礎とした統計モデルの構造原理から、実質的な正当化なしに離れて」おり、「信頼できる数字と論理的な算定手続に基づいたもの」とはいえず、憲法に違反すると判示している。ただ、この判決も、正当な立法目的（生存権保障）を達成するために立法者が選択した手段が形式的および実質的な合理性を満たさないとしたものとみることができるだろう[95]。

別して、後者により重く課税していることは恣意的ではなく合憲とし、後者は、相続税の課税において相続の具体的な状況を考慮せずに相続財産を通常価値から乖離して一括評価して課税していることは恣意的であり違憲であるとしている。

(93)　Vgl. BVerfGE 130, 240; 133, 59. 前者は、子供の教育費補助の給付から外国人を排除している州法について、後者は、一方のパートナーの養子を他方のパートナーが継養子とすることを婚姻関係の場合には許容して生活パートナーシップ関係の場合には認めていない民法の規定について、いずれもその区別取扱いを正当化する目的が欠けているとして、３条１項違反を認定している。

(94)　BVerfGE 125, 175（2010）. サービス業における労働市場規制に関する法律の通称（Harz IV-Gesetz）から「ハルツIV判決」と呼ばれる。

(95)　他に、亡命志願者に生存最低限保障を給付することに関する法律が争われた事案（BVerfGE 132, 134（2012））では、憲法裁判所は、上記のハルツIV判決の基準に依拠して、給付額の不十

以上のように、カナダ最高裁判所は平等権や社会権についても比例性原則を適用していること、ドイツ連邦憲法裁判所はこれらについて比例性原則に明示的に言及していないとしても、それらの判決も比例性原則によって再構成できるとすれば、比例性原則の基本権一般への適用可能性を想定することができるだろう。その場合、請求権に対応する保護義務の具体的な実現については立法者の形成余地（裁量余地）が認められるが、保護義務の実現を限定する目的は正当なものであり、その限定的な実現のための措置は形式的および実質的な合理性をもつものであり、また事実的に可能な条件のもとでより十分な保護を提供するものであり、さらにその限定目的にとっての利益は限定によって基本権に生じる不利益と比例的であることが求められるだろう。

（3）比例性審査における比較衡量以外の解釈方法

ドイツの比較憲法学者 N. ペーターゼンは、比較衡量にはとくに共約不可能性という理論的問題があることを指摘するとともに、ドイツ、カナダ、南アフリカの憲法裁判所・最高裁判所における比例性審査実務の状況を経験的かつ網羅的に分析して、これらの裁判所において比較衡量を回避しまたは合理化するための「解釈論的ツール」が用いられていることに着目している[(96)]。ここでは、この議論を参照しつつ、

分さや児童への教育保障の欠如などにより、社会国家原理と結びついた人間の尊厳に基づく生存最低限度保障の要求を満たしていないと判示している。この判決でも比例性原則は明示的に言及されていないが、立法者の形成余地に基づく決定に対する裁判所の実質的統制権限を肯定したうえで、その基準として、給付額の明らかな不十分さ、その計算根拠の有無（信頼できる数値と合理的な計算方法に基づく正当性）、必要不可欠な給付内容（児童にとっての教育、社会的文化的生活への参加を含む）を挙げている。給付額の計算根拠に関する基準は目的に対する措置の合理性に関するものとみることができ、給付額や給付内容が明らかに不十分であるかどうかは措置が必要を満たすかどうかの問題であり、手段の必要性または結果の期待可能性（相当性）の問題とみることができるだろう。

(96) N. Petersen, Proportionality and Judicial Activism, 2017. ただし、ペーターゼンは比較衡量一般を否定しているわけではない。定量的または分析的な共通尺度に基づく共約不可能性を退ける（40-49）けれども、一般に実践的には、また刑法や民法の分野における司法実務においては異なる価値や利益の比較衡量がなされているし、避けられないことを認めている（50-54）。それでも、比較衡量に対する批判的な懸念に対して、一方で、制度的な制約（裁判所も社会的信頼に依拠せざるをえないという制約）のために、比較衡量を用いる司法実務は実際には司法積極主義となるわけではないことを、比較実証研究によって示そうとしている（第 3 章、第 4 章）。もう一つは、比較衡量に対する解釈論的制約であり（第 5 章、第 6 章）、ここではこれに焦点を絞る。なお、ペーターゼンのもう一つの理論的想定はイリィの手続的デュープロセス論であ

比較衡量以外の解釈方法とされるものについて検討する。

ペーターゼンが比較衡量回避のための「解釈論的ツール」として挙げているのは、目的の正当性の審査、手段の合理性の審査、必要性の審査のほか、一貫性の論証、手続的論証、規定の確定性の論証、正当な信頼保護の論証、さらにカテゴリー的論証と演繹的論証である[97]。また、ドイツ連邦憲法裁判所が用いている比較衡量のほとんどは、実質的には、経済的負担の移転、目的と手段の適合性の論証、一貫性の論証、個人負担の是正に基づいており、これがその比較衡量を合理化する機能を果たしているという[98]。

しかし、ペーターゼンのいう「比較衡量」は、比例性審査の第三段階、つまり狭義の比例性審査における比較衡量ではなく、直接的な比較衡量、しかも法制定における立法者の価値判断に基づく比較衡量を覆して裁判所がなす比較衡量である。ペーターゼンは、こうした比較衡量は裁判所に対する信頼を掘り崩すことになりうるため[99]、裁判所もこの種の比較衡量を回避したり、実質的にこの種の比較衡量を行っているとみられる場合も他の論証によって合理化を図ったりしているとみる。したがって、ペーターゼンの比較衡量に関する議論は、比例性審査の段階的構造に対して距離をとったものとなっており、必ずしもそれと対応していない。

このことは、まず、ペーターゼンが比較衡量を回避するための解釈論的ツールとして、目的の正当性の審査、手段の適合性と必要性の審査を挙げていることに現れている。比例性審査の観点からみれば、これらの審査段階で結論が導かれるのであ

り、比較衡量を用いる司法実務が適切でありうる場合の一つとして、立法の政治プロセスにおける代表リスク（少数者がまったくまたはほとんど代表されないことによる少数者の権利保障の欠如）を是正する場合を挙げている（第１章）。

(97)　N. Petersen, op. cit., 116.

(98)　N. Petersen, op. cit., 165.

(99)　その例としてペーターゼンが挙げているのは、ドイツの十字架判決とカナダの医療保険判決である（１-８）。前者は、バイエルン州法が公立の国民学校の教室において十字架（キリスト磔刑像を含む）を黒板の上部に掲げるものとしていることに対して、キリスト教以外の強い宗教的信念（いわゆる「人智学」）をもつ子供とその両親が争ったもので、連邦憲法裁判所は同法を違憲と判示している（BVerfGE 93, 1 (1995)）。後者は先に取り上げたものである。ペーターゼンは、どちらも裁判所の比較衡量が立法者の判断を覆したものとして、問題のある例外的な司法積極主義のケースとみている。なお、前者では、異議申立人と学校の間で一応の妥協が図られていた（キリスト磔刑像は取り外して、十字架を教室の入口の上部に取り付ける）が、クラス替えや転校の際にこの妥協措置が採られなかったために、異議申立人は十字架も含めてすべて撤去を要求したものである。裁判所はこの妥協的な解決に導くこともできたかもしれない。

れば、狭義の比例性審査における比較衡量を行う必要はなく[100]、したがってその意味での比較衡量を回避しているわけではない。また、これらの解釈論的ツールを用いているものとしてペーターゼンの挙げる判決には、たしかに、これらの審査段階で結論が導かれているものもあるが、狭義の比例性審査に及んでいるものも少なくない。しかし、これについてはここでは立ち入らない。

次に、比較衡量回避のその他の解釈論的ツールとされているものが用いられている例、また比較衡量を合理化する論証とされているものを用いている例としてペーターゼンが挙げているドイツ連邦憲法裁判所の判決も、多くは狭義の比例性審査に及んでいる。とはいえ、ここでは、これらのツールや論証のうち主要なものを可能なかぎり比例性審査の段階構造のうちに位置づけてみることとする。

第一に、ペーターゼンは、一貫性の論証を比較衡量の回避と合理化の双方で取り上げて、それを内的一貫性、外的一貫性、そして歴史的一貫性の論証に区別している[101]。内的一貫性は同一の規制内部での一貫性[102]、外的一貫性は複数の法律における規制の間での一貫性、歴史的一貫性は法律の改正や社会的状況の変化を通じての一貫性[103]である。この区別そのものは説得的だといえるが、ペーターゼンが挙げている例

---

(100) たとえば、手段の適合性（合理的関連性）の段階で違憲としている例として、カナダ最高裁判所のオークス判決やドイツ連邦憲法裁判所のワクチン配送決定（BVerfGE 107, 186（2003）. 薬剤師が医師に医薬品の広告をし、注文に応じて配送することを一般的に認めながら、ワクチンについてのみ禁止していることにつき、公衆の健康リスクの防止という目的との合理的関連性が明らかではないとしている）を挙げることができる。ただし、これらは実際には過剰規制や過剰包摂であって、実質的には必要性審査によるものとみることもできる。たとえば、A. バラクはオークス判決を必要性審査によるものとみなしている。また、端的に必要性の段階で違憲としている例として、タバコ製品の広告を全面禁止する法律や医師幇助自死に許容可能な例外を認めない刑法に関するカナダ最高裁判所の判決（前者は RJR-MacDonald Inc. v. Canada［1995］3 SCR 199、後者は Carter v. Canada［2015］1 SCR 331）がある。

(101) N. Petersen, op. cit., 135-137.

(102) 内的一貫性の欠如の例として、Charkaoui v. Canada［2007］1 SCR 350 が挙げられている。これは、テロ活動関与の嫌疑で勾留されたカナダ市民については審査が48時間以内になされるのに対し、カナダ在住外国人については120日間なされないことを、後者の権利（恣意的勾留に対する保障と適正な審査を受ける権利）にとって最少侵害とはいえないとしたものであり、この期間の差異はたしかに一貫性を欠くといえるとしても、実質的には過剰侵害のゆえに必要性を満たさないとしたものである。

(103) 歴史的一貫性の欠如の例として、BVerfGE 102, 197（2000）が挙げられている。これは、カジノを公的なものに限定して民間カジノを排除する改正州法につき、州歳入の確保およびカジノ秩序の保持を目的とするとしても、州歳入の確保のための手段は他にもあり、また秩序保持についてはそれまで民間カジノについて問題が生じたことはなく、他方、それまでの州と民間

は、一貫性という語が想定させるような形式的な合理性という意味での一貫性ではなく、多くは、過少包摂、過剰規制、過剰負担、例外的ケースの看過などの実質的な一貫性の欠如を指摘しているものである。このうち、過少包摂は差別的な取扱いを示唆し、目的の正当性を疑わせる。過剰規制は手段の必要性を満たさないことになるだろう。また、過剰負担や例外的ケースの看過は、個別のケースにおける狭義の比例性の問題とみることができる。

逆に、比例性原則に触れることなく、形式的な一貫性論証を用いているとみなしうる例がある。一つは、通勤費を一般に必要経費としての課税控除要素から除外しながら、通勤距離21キロ以上の場合には通勤費を必要経費と認めていることを、憲法上の実質的な理由づけなしに、平等原則に基づく課税一貫性の原則に反しているとしたものである。(104) もう一つは、先に取り上げた「ハルツⅣ判決」(105)で、生活保護支給額の決定において、立法者が自ら選択して最低限度の生活を算定する基礎とした統計モデルの構造原理から、実質的な正当化なしに離れてしまっており、決定の首尾一貫性を欠いているとしたものである。どちらも立法者の「形成余地」が認められる分野のもので、また比例性原則に触れていないが、前者は措置についての正当な目的の不在を、後者は目的に対する措置の不合理性を指摘するものとみることができるだろう。

第二に、ペーターゼンは、ドイツ連邦憲法裁判所が比較衡量を回避するための解釈的ツールとして法律の確定性の論証を用いたものを多数挙げている。(106) 法律の確定性または特定性や明確性の要請は、ドイツ基本法が法律の留保を制限条項として明記していることから導かれるものといえる。ペーターゼンの挙げている例にも、端

カジノとの契約の一方的破棄は後者にとって信頼保護に反し、違憲としたものである。州歳入の確保という目的にとっては措置の必要性の要請が満たされず、秩序保持という目的にとっては措置の関連性がなく、いずれにせよ民間カジノの職業自由に対する侵害の程度が重すぎるといった実質的判断によるものであって、たんに歴史的一貫性の欠如といった形式的理由によるものではないというべきだろう。

(104)　BVerfGE 122, 210 (2008).

(105)　BVerfGE 125, 175 (2010). この判決は、すでに触れたように、比例性原則に言及していないために、形式的な一貫性論証によるものとみることができるが、実質的には給付額が明らかに不十分であるという実質的な判断に基づいている。なお、立法者の首尾一貫性を立法裁量に対する限定手法とするものとして、渡辺他『憲法Ⅰ基本権』86頁参照。

(106)　N. Petersen, op. cit., 147-148.

的に法律の明確性と特定性の要件を満たしていないとするものもある。[107] しかし、主要な例として挙げられているものは、目的の正当性、手段の適合性と必要性を認めた上で、狭義の比例性審査において、個別的に過剰侵害禁止に対する保護規定がないとするものや、補完的な基本権保護対策が不十分であるとするものである。[108]

過剰侵害禁止の要請は手段の必要性の問題であるが、これらの判決は単一の規制手段について他により制限の少ない手段があり、それゆえに必要性を満たさないというのではなく、全体としての規制手段に基本権保護のための個別の手段が含まれていないことを指摘し、そのことによって生じうる基本権制限と制限目的との間の狭義の比例性を十分に満たしていないとするものといえる。そのために、規制そのものは無効とされるのではなく、立法者に改善が要求されているのである。いずれにせよ、比例性審査における比較衡量が回避されているものとはいえない。

第三に、ペーターゼンは比較衡量を合理化する手法として「過度に広汎」（overbroad）による論証の例を挙げている。[109] しかし、その例として挙げられているものは、合衆国における表現の内容規制に関する「過度に広汎」の論証とは異なって、意見表明の自由に関するものではなく、期間や期限に関する固定的な規定が具体的な比較衡量を要するような例外を認めていないことに関するものである。[110] 合衆

(107) たとえば、BVerfGE 128, 282 は、精神病施設収容者に対する強制的な医療措置に関する本件法律の規定は、強制措置のための十分な法律の根拠を欠いており、とくに重大な基本権介入のための法律の根拠の明確性と特定性を満たしていないとしている。

(108) たとえば、BVerfGE 100, 313 は、国家安全保障目的で国家情報局員が傍受した通信内容を第三者（とくに警察）に提供することを許容する法律の規定について、傍受目的以外の通信内容（欧州小切手書式違反などの中度の犯罪）や刑事訴訟法でも捜査利用を許容されない通信内容（犯罪遂行予備のたんなる「事実的な手がかり」）なども提供可能な通信内容に含まれるとして、これらの部分について通信の秘密の保護に反するとしている。これは第三者提供に関する規定に特定性がないことを指摘するものとみることもできるが、法律の目的と第三者提供による権利介入の重大さとの実質的な比較衡量が必要であることを説示した（391）うえで、過剰包摂による過剰侵害に対する保護規定の欠如や補完的な基本権保護対策の不十分さを指摘しているのであって、比較衡量を回避しているわけではない。

(109) N. Petersen, op. cit., 170-171.

(110) 挙げられている例としては、たとえば、離婚に関するドイツ民法の苛酷条項に関するもの（BVerfGE 55, 134（1980））がある。同条項は、第１項で婚姻が破綻している場合には離婚が認められるが、子供の福祉に必要である場合または妻に苛酷な状況がある場合を除くとした上で、さらに第２項でこの除外は５年間別居していた場合を除くとしていた。５年を超えて別居していた夫が、妻が胸部手術を受けるという苛酷な状況にある時点で離婚申請をしたため、妻が異議を申し立てたという事案で、連邦憲法裁判所は、５年の別居期間がある場合は無条件に離婚が成立するとしている規定は、裁判手続によって柔軟に対応する可能性を排除している

国の表現の内容規制に関する「過度に広汎」の論証は、厳格審査の手段審査基準、つまり規制が目的の達成のために必要最少限度のものであることを要求する基準によるものである。[111] ペーターゼンの挙げている例の論証も、固定的な規定ではなく、基本権制限のより少ない手段があることを指摘するものとみることもでき、その意味では手段の必要性審査の段階に位置づけることができると考えられる。ただ、それらの規定については、立法者の設定する正当な目的があり、またその目的を前提すれば、その目的達成の手段は適合性と必要性を満たすものの、個別的な例外的ケースにおける狭義の比例性を満たさないとするものとみることもできるだろう。

第四に、ペーターゼンは、比較衡量を合理化する論証として、経済的負担の移転や個人負担の是正によるものを挙げている。[112] これらも、ほとんどの場合、個別の例外的なケースについて、狭義の比例性審査により過度の負担を認定して、個別の救済を与えるものとみることができる。つまり、比較衡量には問題があるために、それを合理化するためにこれらの論証を用いているというよりも、これらの論証は比較衡量の具体的な結果を導くための実質的な論証だといえるだろう。

最後に、合衆国の厳格審査における手段審査基準と比例性審査の必要性審査基準との異同について、A. バラクの議論を手がかりに触れておこう。合衆国の厳格審査における手段審査基準は、手段が目的の達成のために「明確に限定されている」（narrowly tailored）ことを求める。そして、これは手段が過剰規制または過剰包摂でも、過少規制または過少包摂でもないことを意味すると解されることがある。[113] 手段は規制対象をより多くもなくより少なくもなく、明確に特定されていなければならないというわけである。これに対して、バラクは、少なくとも過少包摂は比例性審査における必要性審査の基準ではないという。[114] 過少包摂は規制のターゲットを不当に狭く限定するものであり、差別的な取扱いを示唆するからである。バラクは、過少包摂を比例性審査のどの段階に位置づけるべきかを明確には述べていないが、

として、この第２項を違憲と判示している。これは必要性を満たさないとするものと解することができる。

(111)　たとえば、松井茂記『アメリカ憲法入門［第７版］』242頁参照。

(112)　N. Petersen, op. cit., 165-168, 173-175.

(113)　たとえば、松井茂記『アメリカ憲法入門［第７版］』238頁参照。

(114)　A. Barak, Proportionality, 334.

差別的な別異取扱いを示唆するものとみるかぎり、目的の正当性を疑わせることになるだろう。もっとも、明白な差別の場合を除けば、目的審査の段階で端的に差別的な取扱いと判定するのではなく、適合性または必要性の手段審査を介することによって、実質的には目的の正当性が否定されることもありうる。

Ⅳ　狭義の比例性――R. アレクシーの衡量定式とその問題――

比例性審査の最後の段階は狭義の比例性の審査である。狭義の比例性の審査は、基本権の制限によって基本権に生じる不利益と制限の目的の達成によって生じる利益とを比較衡量して、基本権の制限が憲法に適合するか否かを決定する。このような比較衡量については、それは主観的で恣意的な手続であり、客観的に正しい帰結を保証しないという異論が提起されうる。こうした異論に対して、R. アレクシーは、ドイツ憲法裁判所の判例を理論的に再構成することによって、三段論法の形式的な正しさと比較しうるような比較衡量の形式的な正しさを示す定式を提示してきた。[(115)] アレクシーのこの衡量定式については様々な議論があるが、ここでは、次の二点について検討する。一つは、アレクシーの衡量定式は比較衡量が構造化された比例性審査の最後の段階に位置することを必ずしも明確に示していないのではないかということである。もう一つは、アレクシーの衡量定式では基本権と他者の権利または公益という実質的な原理だけが比較されており、政治的決定についての民主主義原則のような形式的な原理が考慮されていないのではないかという問題である。

（１）　必要性と狭義の比例性

第一の問題は手段の必要性審査と狭義の比例性審査の関係に関わる。アレクシーの狭義の比例性審査に関する議論は、狭義の比例性審査の前に手段の必要性審査が置かれることの意義を明示的に捉えていないようにみえる。これに対して、A. バラクはこの関係を明示化する狭義の比例性審査の理解を与えている。ただし、司法実務においては、その関係が必ずしも明確とはいえない例が少なくない。

---

(115)　R. Alexy, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: Ratio Juris, Vol. 16 No. 4, 2003.

a．アレクシーの衡量定式

すでにみたように、アレクシーは基本権を最適化要求としての原理と捉え、基本権を制限する理由（他者の基本権や公益）をも同様に原理として捉える。そして、これらの比較衡量の連続的尺度を次のような衡量法則として示している。「ある原理の非充足または損失の程度が大きければ大きいほど、他方の原理の充足の重要度はそれだけより大きいのでなければならない[116]」。これは比較衡量の第一法則と呼ばれているが、これを基本権に対する介入（制限）を明示化して言い換えれば、「基本権に対する介入の程度が大きければ大きいほど、その制限を正当化する原理の重要度はそれだけより大きいのでなければならない」と表現できるだろう。

また、この比較衡量では、基本権への介入の程度についての認識的な確実性（確実度）も問題となりうる。そこで、この点についてアレクシーは次のような衡量法則を提示する（比較衡量の第二法則と呼んでいる）。「基本権への介入の程度が大きければ大きいほど、その［介入の］基礎にある前提の［認識的］確実性はそれだけより高いのでなければならない[117]」。アレクシーはその例として、ドイツ連邦憲法裁判所の「カナビス決定」を挙げている[118]。これによれば、カナビス（大麻製品）使用に対する介入の程度が大きければ大きいほど、その介入の基礎にある前提、カナビス使用による健康被害についての認識の確実性はそれだけ高いのでなければならないということになる。なお、アレクシーは、前提の認識の確実性を経験的な前提についてだけでなく、規範的な前提についても論じている[119]。この場合、基本権と衝突

(116)　R. Alexy, Postscript, in: J. Rivers（trans.), A Theory of Constitutional Rights, 2002, 401.

(117)　R. Alexy, op. cit., 418.

(118)　BVerfGE 90, 145（1994). 大麻製品の売買や所持を禁止する法律が争われた事案で、連邦憲法裁判所は、薬物の使用は２条１項の自由権に対する制限に服し（薬物によって「酩酊する権利」といったものはない）、その制限の具体化については立法者に形成余地があり、裁判所は限定的に審査することができるにとどまるとした上で、本件禁止規定は健康リスクを防止するという正当な目的の達成に適合しまた必要であり、さらに狭義の比例性も満たす（少量の大麻製品をときに個人的に使用するだけである場合については訴追または処罰を免除しうる旨の規定をおいている）と判示した。ただし、アレクシーが注目しているのは、少量の個人的使用も一応は処罰対象としている点である。

(119)　アレクシーは BVerfGE 97, 169（1998）を例として挙げている。小規模企業には適用しないとする解雇規制法の条項が争われた事案で、立法者の形成余地を認めたうえで、小規模企業の雇用者の状況および利益と被用者の利益とを比較衡量して、同条項は職業自由の権利、社会国家原理、一般的平等権にも反しないと判示している。アレクシーは、雇用者と被用者の権利にとって当該条項が与える影響に関する規範的認識の確実性が問題となっているものと捉えている。

する他の原理の規範的な重要性についての認識の確実性が問題となる。ただし、その扱いは基本的に同型であるので、ここでは取り上げない。

アレクシーはこの二つの衡量法則の組み合わせを算術の形式を借りて形式的に定式化してみせる。[120] 第一法則は４つの変項、つまり基本権の抽象的な重さ（Gi）、基本権への介入の強度（Ii）、制限を正当化する理由となる原理（対抗原理）の抽象的な重さ（Gj）、そして対抗原理の充足（または非充足）の程度（Ij）を含む。第二法則は２つの変項、つまり基本権への介入の強度についての認識的確実度（Si）と対抗原理の充足の程度についての認識的確実度（Sj）を追加する。これらを組み合わせることによって、比較衡量の結果は、基本権の抽象的な重さと基本権への介入の強度と介入の強度についての認識的確実度の積を、対抗原理の抽象的な重さと対抗原理の充足の程度と充足の程度についての認識的確実度の積で割った値として示される。[121]

$$Gij = Gi \times Ii \times Si / Gj \times Ij \times Sj$$

アレクシーは各変項の値として、当初は連続的尺度（０から１までの）で考えようとしていたが、たとえば基本権の抽象的な重さをこうした連続的尺度で測定することはほとんど不可能であることから、いずれの値についても離散的尺度、とくに三値尺度で考えることを提案している。[122] 双方の抽象的な重さと介入強度または充足程度は、「重度」、「中度」、そして「軽度」の三値である。さらに、算術的な形式を与えるために、これらを順に、２の２乗（４）、２の１乗（２）、２の０乗（１）で表示する。[123] これに対して、認識的確実度は、「確実である」、「可能である」、「明らかに偽であるとはいえない」の三値であり、これについては、２の０乗（１）、

(120) R. Alexy, Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli, P. Kreutz, D. Reuter（hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 783-791.

(121) なお、認識的確実性は、先に触れたように、経験的な前提だけでなく規範的な前提についても問題になるので、M. クラットと M. マイスターはこの違いを衡量定式に反映させる提案をしている。M. Klatt and M. Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, 109-147. アレクシーもその表記を用いることがあるが、ここでは触れない。

(122) R. Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, in: Revus, 22, 2014, 55.

(123) R. Alexy, Die Gewichtsforlmel, 2003, 783f.

２のマイナス１乗（１／２）、２のマイナス２乗（１／４）によって表示するものとする。[124]

これらの変項に具体的なケースにおいて認定された値を代入すれば、比較衡量の結果の値（Gij）が決定できる。Gij が１よりも大きければ、基本権が対抗原理に優先し、１よりも小さければ、対抗原理が基本権に優先することになる。結果が１となることもありえ、この場合はどちらが優先するかは非決定となる。アレクシーはこれを構造的な「ステイルメイト」（Patt, stalemate）と呼び[125]、この場合には立法者の構造的裁量が認められるとする。この場合、基本権を制限する立法が、したがって対抗原理が基本権に優位することになる。こうして、比較衡量の結果は基本権制限に合憲または違憲という二値の判定を導くことになる。

以上については少し説明を加えておく必要がある。まず、この算術的な定式が比較衡量を適切に表現しているかどうかが問題となる。簡単のために、認識的確実性を度外視し、基本権と対抗原理の抽象的な重さを、たとえば表現の自由と人格権の衝突の場合のように、ほぼ等しく重度である（２の２乗＝４）と想定すると、比較衡量の結果は基本権への介入強度と対抗原理の充足の程度に依存することになる。基本権への介入強度を重度、対抗原理の充足の程度を中度とすると、４ｘ４／４ｘ２＝２となって、基本権が対抗原理に優先することが明示化される。

第二に、この衡量定式は比較衡量の形式的な正しさを算術的な形式によって示そうとするものにすぎない。その点では、三段論法の論理的な形式が推論の形式的な正しさを示すものにすぎないことと同様である。三段論法の形式による正当化をアレクシーは「内的正当化」と呼び、三段論法の諸前提そのものの正当化を「外的正当化」と呼ぶ[126]。これと同じように、衡量定式の形式による正当化も比較衡量による推論の内的正当化にほかならず、重要なのは各変項に該当する命題の正当化、つまり外的正当化である[127]。それらの命題は規範的命題（たとえば、「表現の自由に対する介入強度は重大である」）または認知的命題（たとえば、「介入強度を重大とする

(124)　R. Alext, op. cit., 790.
(125)　R. Alexy, op. cit., 791.
(126)　R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1983 (8. Auflage, 2015), 273-287.
(127)　Cf. R. Alexy, Proportionality and Rationality, in: V. C. Jackson and M. Tushnet (eds.), Proportionality, 2017, 23.

事実に関する認定は確実である」）であり、規範的命題は規範的に（法的および/または道徳的な論証によって）正当化されなければならず、認知的命題は経験的に（事実的証拠によって）正当化されなければならない。

第三に、これらの命題の述語を三値尺度とすることは必然的ではないが、法的問題を考慮する場合にはそれなりの説得性をもつと考えられる。認定をより詳細にするために、たとえば二重の三値尺度（各変項の三つの値をさらに三分する尺度）を採用することも考えられるが、認定はかなり困難になり、三重の三値尺度を採用すると、ほとんど操作不可能になる。[128] 三値尺度は合衆国の三層審査においても用いられているということができ、司法審査の比較の点でも有用であるといえるだろう。

最後に、アレクシーは衡量定式によって形式的に定式化される比較衡量を狭義の比例性審査の段階に位置づけている。衡量定式をそれだけとってみると、それが定式化する比較衡量は個別的で直接的なそれであるようにみえるが、比例性審査のそれまでの審査段階を前提している。したがって、たとえば比較衡量における基本権への介入手段は適合性審査および必要性審査をパスした手段である。[129] 基本権と対抗原理の抽象的な重さもそれ以前の審査段階、たとえば基本権の抽象的な重さは権利の保護範囲の確定の段階において解釈によって確定されることになるだろう。

ただ、すでに触れたように、アレクシーは、対抗原理の抽象的な重さ、つまり基本権制限の理由となる目的の抽象的な重さの認定がどの段階に位置づけられるかを必ずしも明らかにしていない。狭義の比例性審査の段階においてであるようにみえるのである。より重要なのは、上記の衡量定式は、それによって定式化される比較衡量がとくに手段の必要性審査の後に位置づけられる次第を、必ずしも明示的に示していないということである。

---

(128) Cf. R. Alexy, Postscript, 412f.

(129) Cf. R. Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, in: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, 2014. 53-54. アレクシーは、適合性審査の例として鷹狩免許決定（BVerfGE 55, 159（1980））を、必要性審査の例としてチョコレート菓子決定（BVerfGE 53, 135（1980））を挙げている。前者は、一般狩猟免許を申請する者だけでなく、鷹狩免許だけを申請する者にも射撃試験に合格することを求めることは、目的に適合しないとし、後者は、パフトライスを用いてイースター・ラビットやサンタクロースの形をした菓子を製造販売することを禁じることは、チョコレート菓子との誤認を防止するためであるが、その目的のためには原材料の表示を義務づけるなど他のより制限的でない手段があるとしたものである。

b．バラクの限界分析による比較衡量

狭義の比例性審査を必要性審査の後の段階の審査手法として明示的に位置づける議論がある。必要性審査を、追求されている目的の達成にとって同等に効果的で、かつ権利に対する制限がより少ない手段がないかどうかを判定するものとみなすならば、制限がより少ない手段があっても、それが目的を同等に達成しないならば、採用された手段は必要性を満たすことになる。しかし、代替的手段によって目的の達成度に減少が生じても、権利に対する制限の減少度がそれを上回るならば、代替的手段を採用するほうが比例性を満たすと考えられる。

このような考え方に基づいて、A. バラクは狭義の比例性審査の基準を次のように定式化している。「代替手段による目的達成の側における限界的な（marginal）便益減少の社会的重要性が、法律による権利侵害の側における限界的な害悪を防止することの社会的重要性よりも大きいかどうか」というものである。[(130)] バラクはこの基準にとくに名称を与えていないが、限界分析的衡量法則とでも呼ぶことができるだろう。ここで、目的達成における便益と権利侵害における害悪を直接的に比較するのではなく、それらの「社会的重要性」を比較することとしているのは、比較される権利や利益を社会的重要性という共通分母に乗せるためである。[(131)] 質の異なる権利や利益はそれらについての社会的評価の結果に変換されることによって、比較可能なものとされうるというわけである。また、法律によって採用されている手段と比較すべき代替手段としては、法律が改正されたものであるときは改正前の法律の手段、新規の立法であるときは可能なしかし現実的な代替手段が挙げられる。

この限界分析的衡量法則をアレクシーの衡量定式にならって定式化してみることが考えられる。比較されるのは、アレクシー的にいえば、権利に対する介入強度と対抗原理の充足度である。また、「社会的重要性」を省いて単純に「不利益」の語を用いれば、たとえば次のようになる。秤の権利の側には、採用手段によって権利に生じる不利益から代替手段によって権利に生じる不利益を差し引いた不利益の残余（ΔIi）が載せられ、秤の目的の側には、採用手段による目的達成の利益から代替手段による目的達成の利益を差し引いた利益の残余（ΔIj）が載せられる。これら

(130)　A. Barak, Proportionality, 355.
(131)　A. Barak, op. cit., 349-350.

には各々その算定の確実性に関する変項（Si', Sj'）を加えることができる。その他にも考慮すべき変項がありうるが、ここでは簡略のために度外視すると、ΔIiSi'とΔIjSj'の値が比較されることになる。この場合もステイルメイトが生じうるが、アレクシーとは異なり、バラクはステイルメイトの場合には権利に優先性を与えている。

以上のような比較衡量の例として、バラクはたとえばイスラエル最高裁判所の次のような判決を挙げている[(132)]。2003年に改正された「イスラエル市民権およびイスラエル入国に関する法律」の規定は、占領地区（ガザおよび西岸）に居住するイスラエル市民のアラブ系配偶者がイスラエルに入国することを、それまでは個別審査によって認めていたが、テロによる危険の増大により、一定期間を設けて全面的に禁止した。11人の裁判官のうちの５人の意見（バラク自身の意見）は、この改正による制限は、目的の適切性、手段の合理的関連性、そして必要性を満たすが、狭義の比例性を満たさないとした[(133)]。それによれば、「個別審査に基づいていた以前の規制と比較したときの追加的安全性の程度と、憲法上保護される人間の尊厳の権利に対して新しい規制が生み出す追加的害悪について、この法律が設定する関係は比例性に反する」からである[(134)]。

ドイツ連邦憲法裁判所の判決にも、限界分析的比較衡量を用いたものとみることのできるものがある[(135)]。馬の蹄保護のための法律（装蹄法）は2006年に改正されて、すべての蹄保護に関する職種に装蹄技術の資格が要件とされたため、装蹄技術の資格をもたない蹄保護職人は蹄保護職全般から除外されることとなった。連邦憲法裁判所は、馬の健康保護という目的のために蹄保護職全体にわたる統一的な資格を設けることは適合性と必要性を満たすが、それによって生じる「動物の健康のための小さな追加的利益と職業選択の自由に対する大きな不利益効果とを比較衡量すると、基本権保有者

(132)　Adalah Legal Center for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior, HCJ 7052/03 [2006].

(133)　A. Barak, op. cit., 341. 残りの６人のうち１人は、この規制は必要性を満たさないとしており、裁判所の判決としてはこの規制は憲法に違反するというものであった。

(134)　なお、この判決の他に、バラクは、Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, HCJ 2056/04 [2004] も挙げている。これは、対テロ安全策のためにイスラエル政府がヨルダン川西岸地区にフェンスを設置する計画を策定したところ、その地区のアラブ人住民が異議を申し立てた事案であり、バラクの法廷意見は、フェンス設置計画の一部が住民の住居と耕作地とを分離するものとなることなどについて、狭義の比例性をみたさないとしている。

(135)　BVerfGE 119, 59 (2007), 89.

にとっての負担の程度は、一般に期待される利益の程度と適切な（vernünftig）関係にもはやないという結論になる」として、同規定を無効と判示している。

c．必要性審査と狭義の比例性審査の関係

しかし、比例性審査における必要性審査と狭義の比例性審査の関係は、もちろん多様である。可能な組み合わせとしては次のものがある。まず、基本権制限は必要性も狭義の比例性も満たしており、それゆえ合憲であるとするものがある。また、必要性を満たさないがゆえに、狭義の比例性審査に及ぶことなく、違憲とするものがある。さらに、必要性を満たさず、そのうえ狭義の比例性も満たさないとするものがある。最後に、必要性は満たすが、狭義の比例性を満たさないとするもので、とくに限界分析を用いているわけではないものがある。これに限界分析を用いているものを加えると、少なくとも５つの類型があることになる。ただ、それらのうちにも微妙な違いがある。

まず、比例性審査において基本権制限を合憲とする場合には、原則として、狭義の比例性審査に及ぶ必要があると考えられる。ドイツ連邦憲法裁判所の裁判例としては、再犯の可能性が残るとして仮釈放を認めなかった事案[(136)]で、自由剥奪の期間が長くなるほど、その比例性のための要件はより厳格になるという衡量法則を掲げた上で、その比較には重大犯罪を再度犯す可能性についての具体的な事実による証明が必要であること、手続的な比例性の考慮も必要であること（定期的な比例性の判断、専門家の鑑定など）を基準として挙げ、本件の仮釈放の要件はこれらの基準を満たしているとしたものなどがある。

また、カナダ最高裁判所の裁判例には、宗教的理由により運転免許証への写真掲載を免除していた州法が、免許証偽造を防止するために一律に写真掲載を義務づけるものに改正されたという事案[(137)]で、単純多数意見は、一律の写真掲載の義務づけは目的に適合し、また目的達成のためにより制限の少ない手段は存在しないから必要性を満たし、写真を撮られないことを選択するコロニーの人々にとってのコスト（ハイウェイで車を運転できない）は目的達成の重要性に対して禁止的に高いとい

(136)　BVerfGE 117, 71 (2006).
(137)　Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony [2009] 2 SCR 567.

うことはできない（たとえばタクシーを利用することもできるなど）としたものなどがある。

他方、端的に必要性を満たさないと判断されれば、比例性審査に及ぶ必要はない。カナダ最高裁判所の判決には、必要性審査を満たさず正当化されないとするものが多い。たとえば、タバコ製品の広告を全面的に禁止する州法について、州政府はより制限的でない代替手段を考慮せず、全面禁止でなければ目的を達成し得ないことの証明を行っていないとして、憲章１条に反するとしたもの[138]や、医師幇助自死（physician-assisted dying）を禁じる刑法の規定について、科学者、医療従事者、生命の終焉についての決定に造詣のあるカナダおよび外国の人々の提示する証拠に基づいて、適切に設計され管理された安全措置を有する許容可能な医師幇助自死の体制は脆弱な人々を虐待や誤謬から保護することができるところ、その全面禁止は最少制限の要請を満たさないとした原審の判断を是認したものがある[139]。

ドイツ連邦憲法裁判所の裁判例としては、法廷でのテレビカメラ取材を裁判長が制限した事案[140]で、裁判長による制限の権限を確認したあと、この権限の行使は比例性原則の遵守を考慮するものでなければならないとし、衡量に当たっては、放送による公表に対立する利益も考慮しなければならないが、禁止に当たってはその必要性をとくに考慮しなければならないとして、被告人をモザイク処理するなどの方法がある以上、必要性の判断を誤ったと判示したものなどがある。

第三に、必要性を満たさないとしたうえで、さらに狭義の比例性を満たさないとしたケースもある。たとえば、カナダ最高裁判所の判決[141]として、児童ポルノ所持を禁止する規定について、全体としては目的の正当性、手段の適合性と必要性を認めたうえで、被告人がもっぱら私的使用のために自ら作成した文章や画像の保有、被告人がもっぱら私的使用のために自らの合法な性的行為を撮影した記録の保有をも禁止しているのは、最少制限（minimal impairment）の原則に反し、またこれによって表現の自由に課されるコストは児童への害悪を防止するために得られる小さな便益を上回り、狭義の比例性を満たさないとしたものがある。

(138) RJR-MacDonald Inc. v. Canada［1995］2 SCR 199.
(139) Carter v. Canada［2015］1 SCR 331.
(140) BVerfGE 119, 309（2007）.
(141) R. v. Sharpe［2001］1 SCR 45.

ドイツ連邦憲法裁判所の判決としては、先にも触れたが、民営カジノを排除してカジノ運営を公設のものに限定するとした改正州法が争われた事案[142]で、カジノにおける危険防止のためにこの規制が必要であるとはいえないが、その認定のための明らかな証拠があるとはいえないと指摘した上で、民間カジノがスキャンダルなどもなく良好に運営されてきていることなどからすれば、民間カジノの職業自由の権利に対する介入の重大性はそれを正当化する根拠の重さと比例するとはいえないとしたものがある。

前者のカナダ最高裁判所の事例は、必要性審査と狭義の比例性審査を区別しているが、必要性を明らかに満たさないことを比較衡量によって補強しているといえるのに対し、後者のドイツ連邦憲法裁判所の事例は、必要性についての疑義を狭義の比例性審査で補っているといえるだろう。

最後に、手段の適合性も必要性も満たすとしたうえで、狭義の比例性を満たさないとした裁判例は、ドイツ連邦憲法裁判所に多くみられる。ここでは比較的最近のタイプの異なる二つの事例を取り上げる。一つは、誕生時の性別とは異なる性自認をもつ者が身分法上も性別変更を求める場合は婚姻していないことを要件とする「性転換法」（Transsexuellengesetz）の規定に関するものである[143]。これによれば、すでに婚姻している者は異なる性自認により身分法上の性別変更を求めることができないか、あるいは離婚しなければならないことになる。このような状況にあった異議申立人（性転換手術も受けていた）が異議を申し立てた事案で、憲法裁判所は、性的自己決定や性的アイデンティティに関する権利を人間の尊厳と結びついた人格権に属するとした上で、婚姻を異性婚に限定しようとする立法者の意図からすれば、この非婚要件により同性者の婚姻が生じることを阻止しようとする目的は正当であり、非婚要件はこの目的に適合し、また必要でもある（より制限の少ない手段はない）ことを認めたうえで、性別変更を認められるためには離婚しなければならないことは、当該性転換者にとって期待可能（zumutbar）ではなく、狭義の比例性に反すると判示している。

もう一つは、テロ対策のために連邦および州の警察および諜報機関が個人データ

(142)　BVerfGE 102, 197 (2000). 前傾注 参照。
(143)　BVerfGE 121, 175 (2008); 194f.

を集積したデータファイルを作成して利用することを可能にする法律が、これによって影響を受ける可能性があるとする異議申立人らによって直接的に争われた事案に関するものである。[144] 憲法裁判所は、まず、このデータファイルは、その基本構造においては、異議申立人らの人間の尊厳と結びついた人格権としての情報自己決定権と一致しうるとする。つまり、それは正当な目的に向けられており、異議を申し立てられている諸規定はこの目的の達成に適合しかつ必要であり、さらに狭義の比例性原則とも両立するとする。しかし、次に、「狭義の比例性の要請は、立法者による基本権制限の重さが、全体としての比較衡量において、制限を正当化する理由の重さに対して均衡を失していないことを要求し、その際、規制の介入の重さと立法者が追求している目的との間の、個人の利益と一般の利益との間の、適切な均衡（angemessener Ausgleich）が打ち立てられなければならない」という基準を述べたうえで、この基準によれば、異議を申し立てられている諸規定は、過剰禁止（Übermaßverbot）に対応する具体化の要請を様々な点（たとえば、対象となる人的範囲、集積データの範囲、データ使用の範囲など）で満たしておらず、その限りで情報自己決定権を侵害すると判示している。

これらのうち、前者は立法者も想定していなかったと考えられる例外的ケースにおける過度の負担を考慮したものであり、後者は個々の点における基本権保護の不十分さを指摘するものだといえる。また、前者が狭義の比例性を「期待可能性」あるいは「相当性」（Zumutbarkeit）と、後者が「適切性」（Angemessenheit）と捉えていることが注目される。

さらに、どちらも基本権制限の重大さと制限目的の重要性とを限界分析を用いることなく比較衡量しているという点では、アレクシーの衡量定式の理解に適合するといえるだろう。ただ、前者において必要性が認められるのは、婚姻を異性婚に限定しようとする立法者の規制目的からすれば、同等の効果をもちかつ制限のより少ない手段方法がないからであり、[145] 後者においては、必要性は規制の基本構造におい

(144)　BVerfGE 133, 277（2013）.

(145)　このケースでは、異議申立人は変化した性自認に合わせて性転換手術も受けているので、身分上も性別変更を求めるとすれば、同性者間の生活パートナーシップ関係に移行することもできるだろうが、婚姻と同等の法的保護が認められるのでなければならないだろう。他方、性転換手術を受けていない者の場合、身分上の性別変更を求めて生活パートナーシップ関係に移行

て認められるが、個々の規定において過剰禁止に反するというのであるから、この点では必要性を満たさないとみることもできる。とはいえ、限界分析を用いることなく比較衡量する例が少なくないことは確認できるだろう。

（２）比較衡量と形式的原理

アレクシーの衡量定式は、二つの実質的原理（基本権原理と他者の基本権または憲法上の公益という原理）の比較衡量の形式的正当性を定式化するものである。これに対して、実質的な内容を誰がどのように決定するかに関する形式的原理（権限および手続に関する原理）がこの衡量定式では考慮されていないという異論がある。[146] とくに、直接に民主的に正統化されている立法者の決定における裁量余地への裁判所の敬譲または謙抑が問題となる。司法審査実務において立法者の裁量余地は実際にさまざまな仕方で認められている。アレクシーも、立法目的の設定や手段選択について立法者の裁量余地が認められる場合があることについては大きな問題はないとしている。[147] したがって、ここでの問題は、狭義の比例性審査における比較衡量の形式的正当性を定式化する衡量定式において、この形式的原理と立法者の裁量余地はどのように位置づけられうるかという理論的な性格のものである。

ａ．純粋モデルと結合モデル

実質的原理と形式的原理の関係について、アレクシーは４つのモデルを区別している。一つは、実質的原理と形式的原理を直接に比較衡量するもので、アレクシーは「純粋な実質的-形式的モデル」と呼び、その例としてラートブルフの受忍不能定式を挙げている。[148] ラートブルフの受忍不能定式は、正義と衝突すると思われ

するためには、性転換手術を受けなければならないことになるが、これは過度の負担となりうるだろう。なお、別の事案で、憲法裁判所は、身分上の性別変更を求めるためには性転換手術を受けることを要件とする性転換法の規定を、期待可能性がなく違憲としている。

(146)　アレクシーはベッケンフェルデやフォルストホッフの異論を挙げている。Cf. R. Alexy, Postscript, 389-391. これが立法裁量を軽視するものとする異論だとすれば、これと対照的な異論として、基本権保護の弱体化ととなるとする異論として、ハーバーマスのそれを挙げている。Ebenda, 388-389.

(147)　R. Alexy, Postscript, 395-397. 目的設定に関しては、憲法上の公益の実現や促進が要求されているが義務化されていない場合であり、手段選択に関しては、目的を実現するための複数の手段から一つしか選択できない場合である。

る法律も通常は法律への忠実を要求する法的安定性が優位して、そのような法律も法的効力を失わないが、法律の正義との衝突が耐え難い程度に達しているときは正義の要請が法的安定性の要請に優位し、そのような法律は「不正な法」として効力を否定されることがあるというものである。これは、具体的状況において実質的原理である正義と形式的原理である法的安定性のいずれを優位させるべきかの判断に関するものであり、その意味で両者を比較衡量することを意味する。

受忍不能定式は、戦後西ドイツのナチス裁判においてナチス立法の効力を否定するために、また、東西ドイツの再統合の後にいわゆる「壁の射手」事件判決において援用された[149]。これらの判決は、法実証主義的な観点からの批判があるものの、受忍不能定式の適用が実務的に可能であることを示している。しかし、アレクシーは、立憲民主国家においては受忍不能定式のような純粋モデルは不適切だという[150]。受忍不能定式はナチス体制のような極端な不正義の場合にしか適用できず、ある程度に正義に適った立憲民主制においては、つねに立法者の決定を基本権原理に対して優先させることに導きうるからである。この評価は受忍不能定式を全面的に否定するものではないが、この定式が通常の司法審査において適用されうるケースはほとんどないということは事実であろう。

第二は、競合する実質的原理のいずれかに形式的原理を結合して比較衡量するもので、「結合モデル」と呼ばれる。このモデルの支持者である M. ボロウスキーはその適用例として、たとえば、既存の準則を判決において変更しようとする場合（判例変更や反制定法的解釈などの場合）を挙げている[151]。この場合、準則を変更することを支持する実質的な理由は、その準則の基礎にある実質的理由と既存の準則の維持を要請する保守的な形式的原理（立法者の決定の尊重や法的安定性の尊重）とを結合した理由を上回るのでなければならない。この例は、形式的原理は競合す

(148) R. Alexy, Formal Principles. Some replies to critics, in: ICON (2014), Vol. 12 No. 3, 517.

(149) これについては、拙稿「ドイツ連邦共和国司法におけるラートブルフ定式の受容と定式の現代的意義（上・下）」『法政研究』第84巻第１号・第85巻第１号参照。

(150) R. Alexy, Formal Principles, 518.

(151) M. Borowski, Die Binding an Festsetzungen des Gesetsgebers in der grundlichtlichen Abwägung, in: L. Clerico und J. -R. Sieckmann (hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009; ders., Alexys drittes Modell formaller Prinzipien, in: M. Borowski et al. (hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, 2017.

る二つの実質的原理の一方に結びつくことによって作用することを示している。

アレクシーによればこのモデルも採用することができない。憲法上の二つの競合する実質的原理（基本権と他者の基本権または公益）の抽象的な重さはほぼ等しいとみなしうることも少なくない。この場合に、一方の実質的原理に形式的原理を結合して比較衡量するならば、具体的ケースにおいて実際には他方の基本権に対する憲法に違反する制限も合憲としなければならないことになりうるが、立法者による一方の実質的原理の重視がその他の憲法上の原理によることなく任意になされるとすれば、これは通常の立法よりも憲法が上位に位置するという原則に反することになるからである。[152] しかし、この評価もこのモデルそのものを全面的に退けるものとはいえない。たとえば、先例を変更する場合により大きな証明責任が課されることはありうるし、基本権とそれを制限する他の憲法上の原理の重さが異なることもあるからである。結合モデルの問題は、どのような場合に他方の実質的原理に形式的原理の重さを加えるか、また加えるとして、どの程度の重さをどのように加えるかが、結合モデルそのものからは導けないということにある。

b．認識モデル

以上の二つのモデルは実質的原理と形式的原理をいずれにせよ直接的にあるいは実質的原理に形式的原理を追加して比較衡量するモデルであるが、残りの二つは、実質的原理に対する介入強度または実質的原理の充足度の認識的確実性に関して、立法裁量と形式的原理の関係を扱うものである。その一つ、第三のモデルはアレクシーの提案するモデル[153]で、認識的な不確実性がある場合には、その決定について形式的原理によって立法者の裁量余地が認められるとするものである。アレクシーはこれを「認識モデル」と呼んでいる。

最後の第四のモデルは、M. クラットらが提唱しているもの[154]で、認識的な不確実性がある場合でも、その決定は直ちに立法者の裁量によるわけではなく、したがってまた認識的不確実性と形式的原理とは区別されるべきだとする。これをクラット

(152)　R. Alexy, Formal Principles, 519.
(153)　R. Alexy, op. cit., 520.
(154)　M. Klatt and M. Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, 141f.

らは「二層モデル」（two-level model）と呼んでいるが、アレクシーはこれを「分離モデル」と呼んでおり[155]、以下でも「分離モデル」と呼ぶ。クラットらのモデルはアレクシーのモデルに対する異論を含んでいるため、ここではアレクシーの「認識モデル」から始める。

アレクシーはその認識モデルを、先に触れたドイツ連邦最高裁判所の「カナビス決定」を例にとって説明している[156]。ここでの論点は、カナビス使用による健康リスクが「重大」かそれとも「軽微」かであり、多数意見は重大だとみなし、反対意見は軽微だとみなしている。しかし、どちらの査定にも不確実性があり、どちらもその確実性はせいぜい「可能である」という程度、つまり中度であるとみなされた。

アレクシーは、論点を限定するために、カナビスを使用する自由の抽象的重さとカナビス使用による健康リスクを防止するという立法目的の抽象的重さは同等であり、自由に対する介入度は「中度」（２の１乗）であり、その認識的確実性は「確実」（２の０乗）と想定する[157]。二つの原理の抽象的な重さは相殺されるから、衡量定式では、自由に対する中度の介入度と「確実」という認識的確実度の積と、健康リスクを防止する目的の重要度（結局は健康リスクの重大度）とその中度の認識的確実性の積とが比較されることになる。つまり、衡量定式は、Ii x Si / Ij x Sj と表記される。

健康リスクを重大とみなすシナリオ（カナビス使用を禁止する立法者のシナリオ）では、衡量定式の値は、2 x 1 / 4 x（1 / 2）= 1 となる。他方、健康リスクを軽微とみなすシナリオ（判決における反対意見のシナリオ）では、その値は、2 x 1 / 1 x（1 / 2）= 4 となる。二つの認識的確実性はどちらも「中度」で等しいから、アレクシーによれば、これは認識的ステイルメイトであり、この場合は形式的原理により立法者の裁量（認識的裁量）が認められる[158]。したがって、健康リスクを重大とみなすシナリオが採用され、比較衡量の結果は構造的ステイルメイトであるから、結論は立法者の裁量を認めることとなる。この例では、認識的ステイルメイトの結果が構造的ステイルメイトの結果に直接に反映するが、それは他の要素についての想定によるのであって、常にそうなるというわけではない。

---

(155)　R. Alexy, Formal Principles, 524.
(156)　R. Alexy, op.cit, 520-522.
(157)　R. Alexy, Formal Principles, 523.
(158)　R. Alexy, op. cit., 523-524.

アレクシーは、認識的確実性において認識的ステイルメイトが生じる場合に、形式的原理により立法者の認識的裁量が認められるとする判断を、衡量定式そのものにおける比較衡量（一階の比較衡量）に対して「二階の」（または「メタレベルの」）比較衡量として区別する。[159] これを比較衡量とみるのは、先に触れた比較衡量の第二法則と呼ぶものが背景にあるからである。再掲すれば、それは「基本権への介入度が高ければ高いほど、その［介入の］基礎にある前提の確実性はそれだけいっそう高いのでなければならない」というものである。これは、先に触れた比較衡量の第一法則が原理の実質的最適化要求を表現するものであるのに対し、原理の「認識的最適化」の要求を表現するものとされる。[160]

比較衡量の第二法則は、上記のカナビス判決の例で言えば、自由権への介入（制限）の程度と比較して、対抗原理の充足度（ここでは健康リスクの重大性）についての認識的確実性が高いものであることを要求することを意味する。ただ、カナビス判決では二つのシナリオにおいて認識的確実性は等しく中度であり、認識的ステイルメイトとなるため、アレクシーの見解では、形式的原理が作用するとみなされる。しかし、この場合、形式的原理は他の何らかの原理と比較衡量されているわけではない。したがって、この場合に、「二階の」であれ、「比較衡量」と呼ぶことは適切とは思われない。

c．分離モデル

以上のようなアレクシーの認識モデルに対して、M. クラットらは立法者の裁量余地が過度に認められることになると異論を提起する。[161] クラットらは、アレクシーのいう原理の認識的最適化要求は、競合する双方の原理について論じられなければならず、基本権への介入強度と対抗原理の充足度についての認識的確実性との関係に関するものと捉えられるべきではないとする。そして、認識的最適化要求は、一つの原理の充足度とその認識的確実性の積が可能な限り最大化されることを要求するものとして捉えられるべきだと主張して、これを衡量定式の比較衡量とは別のレ

(159)　R. Alexy, op. cit., 519-520.
(160)　Cf. R. Alexy, ebenda.
(161)　M. Klatt and M. Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, 122.

ベルの比較衡量として位置づけている。[162] この考え方によると、認識的な不確実性があるときは、その原理の充足度は可能な限り高いのでなければならない。

クラットらもこのことをカナビス判決の例で説明する。アレクシーの想定と同じ想定をおくと、上記のように理解された認識的最適化要求は、健康リスクについてはそれを「重大」とみなすシナリオ（「悲観的シナリオ」）を採用することを要求することになる。このようにみると、カナビス判決の多数意見は正しい判断をしたものとみなされ、したがってまた立法者の決定における判断は裁量によるものではないとみなされることになる。クラットらによれば、認識的不確実性がある場合にも、立法者の裁量余地が直ちに認められるわけではなく、したがってまたこの問題と形式的原理の問題は別であり、両者は分離されるべきである。[163] なお、カナビス判決の例では、健康リスクを「重大」とみなすシナリオを採用すべきであるという結論の点では、クラットらのそれはアレクシーのそれと異ならない。ただ、基本権への介入度について認識的な不確実性がある場合でも、クラットらによれば、基本権への介入度についてそれをより重いものとみなす「悲観的シナリオ」を採用すべきだということになる。

このような異論に対して、アレクシーは、等しく不確実な複数の想定からの選択をそれらの想定の内容に依存させることは説得的ではないという趣旨の反論を述べている。[164] クラットらの議論では、等しく不確実な複数の想定から「最も悲観的な」想定を選択することになるが、その根拠が明らかでないということである。実際、その議論は、不確実性条件下での合理的選択の原理としての「マクシミン原理」に類似する。[165] 不確実性があるときは、最も悲観的なシナリオを採用すべきだというわ

(162) M. Klatt and M. Meister, op. cit., 118. 衡量定式の比較衡量とは別のレベルの比較衡量だというのは、原理への介入強度または対抗原理の充足度とそれらの認識的確実性の程度は独立に衡量定式の変項に代入されるのではなく、複数のシナリオにおけるそれらの積の比較が別に行われて、その結果としてのそれらの値が衡量定式の変項に代入されることになるからである。

(163) M. Klatt and M. Meister, op. cit., 120.

(164) R. Alexy, Formal Principles, 524 (fn. 49).

(165) クラットらは「最も悲観的なシナリオ」の採用に伴うこの難点は、最も確実性の高いシナリオの採用によって解消するとしているようである（M. Klatt and M. Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, 117）。しかし、複数のシナリオの確実性に差異がある場合はともかく、問題は複数のシナリオの確実性が不確定である場合であるから、この議論によって上記の難点が解消するようには思われない。

けである。これは一つの見識ではありうる。しかし、マクシミン原理については、周知のように、必ずしも合理的ではないという議論がすでにある。したがって、認識的な不確実性がある場合に、アレクシーのように形式的原理の作用とそれによる立法者裁量を認めるか、クラットらのように認識的最適化要求をマクシミン原理に似た仕方で捉えるかは、一義的に決定しうるわけではない。

クラットらの分離テーゼにおいてより重要なのは、実質的内容を誰がどのような手続によって決定すべきかということに関する形式的原理は、司法審査を行う裁判所の狭義の比例性審査の段階においてのみならず、それ以外の多様な局面で多様な態様で作用するという指摘である。(166) 立法者に対する最上級裁判所の関係においてだけでなく、行政機関の決定に対する裁判所の関係、下級審裁判所に対する上訴裁判所の関係、そして、たとえば欧州においては各国最上級裁判所に対する欧州裁判所の関係などにおいては、それぞれ内容の異なる形式的原理が適用されうる。クラットらの分離テーゼはこの実務の事実に着目するものといえる。

アレクシーも、先に触れたように、司法審査における目的の設定や手段の選択において立法裁量に関する形式的原理が作用しうることを認めているが、それらについてもとくに立ち入って検討しているわけではない。アレクシーの議論は、狭義の比例性審査の段階における比較衡量の形式的正当性を定式化する衡量定式に関する議論に過度に焦点が絞られている。あるいは、権利の保護範囲の確定や保護程度の認定、権利制限の有無や程度の認定、目的の重要性の認定や正当性の審査、そして手段の適合性や必要性の審査の結果が、狭義の比例性審査の段階にまで至れば、そこでの衡量定式の変項に代入されることになるとはいえ、あたかも狭義の比例性審査の段階ですべての審査がなされるかのようにみえる。アレクシーのいう二階の比較衡量もそれ以前の段階で行われるとみることができるし、立法者の裁量余地に関する形式的原理もそれらの段階で作用しているといえる。狭義の比例性審査における比較衡量に形式的な正当化を与えようとして衡量定式にこだわる限りにおいて、アレクシーの議論の射程は狭いといわなければならないだろう。

---

(166)　M. Klatt and M. Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, 144-145.

終わりに

冒頭でも述べたように、比例性原則とそれに基づく司法審査の手法は世界の多くの国々や地域において採用されるようになっている。その歴史的な背景には、主要な基本的権利と一般的または個別的な制限条項をもつ権利章典を含む憲法がそれらの国々で採用されているということ――さらにその背景には世界人権宣言や国際人権規約などが権利章典の標準となっていること――がある。そうした憲法のもとでは、個人や集団の基本権が尊重されるとともに、制限条項に適合する民主的決定によって他者の権利の保護や公共の利益が追求される。理論的にみると、基本権と制限条項はともに基本的には原理タイプの規範の性格をもつために、それらが衝突するとき、その問題設定は基本的に比較衡量の形式をもつ。他方で、その衝突は具体的には国家の行為に対する訴訟として現れるために、その審査は国家の行為についての規範的評価という図式と構造をもつことになる。本稿は**第Ⅰ節**で、比例性原則による司法審査のこの理論的な背景をきわめて不十分ながら説明することを試みた。

他方、この比例性原則の採用の世界的な傾向に対する例外もあり、その代表とされるのがアメリカ合衆国である。合衆国憲法の特徴は基本権規定がかなり簡素で、また制限条項をもたないという点にある。そうした憲法のもとで、合衆国連邦最高裁判所は判例の積み重ねによって「三層審査」と呼ばれる独特の司法審査の基準と手法を生み出してきた。しかし、近年、合衆国においても比例性原則の少なくとも部分的な採用を提唱する研究者や裁判官が現れてきている。[(167)] 最近の合衆国最高裁判所の司法審査は政治的な対立に巻き込まれているが、理論的にみると、目的審査と手段審査の組み合わせからなる行為の規範的評価の構造という点で、比例性審査が直列的であるのに対して、三層審査は並列的であるという違いはあるものの、問題設定における比較衡量の必要と行為の規範的評価の要求という点では大きな違いはなく、審査基準の点でもその配置は異なるものの大きな違いはないようにみえる。この見通しを本稿は**第Ⅱ節・第Ⅲ節**で与えようと試みた。

しかし、比例性原則を採用する国々においても、その具体的な適用には多様性がある。カナダのように必要性審査を重視する国もあれば、ドイツのように狭義の比

(167)　この点について、拙稿「合衆国司法審査理論と比例性アプローチ（下）」『法政研究』第88巻第１号参照。

例性審査を多用する国もある。いずれにせよ、比例性原則による司法審査のもう一つの大きな特徴は、目的審査と手段審査の後に、比較衡量による狭義の比例性審査が開かれているという点にある。基本権と公共の利益（他者の基本権保護を含む）との衝突の解決という問題設定における比較衡量とは異なり、この比較衡量は効果の比例性を問うもの（あるいは結果を再審査するもの）ということができる。この比較衡量の形式的な正しさを定式化しようとしたのが R. アレクシーの衡量定式の理論である。この理論には狭義の比例性審査が手段審査の後に位置づけられることの含意や形式的原理の扱いなどについて議論の余地があり、本稿の**第Ⅳ節**はこれについて検討した。

本稿の基礎にあるモチーフは比例性原則を用いる司法審査の普遍的な可能性の見通しを得ることである。その見通しの糸口は得られたと考えているが、最後に、この観点からの我が国の司法審査にとっての示唆についてごく簡単に触れておきたい。周知のように、我が国の憲法理論の通説とみられるものは合衆国のいわゆる「二重の基準」論、または最近では「三層審査」を基礎としたものである。他方で、最近では比例性原則（憲法学では「比例原則」と呼ばれる）に依拠する理論も有力に説かれるようになっている。しかし、我が国の最高裁判所の司法審査実務の理論はこのいずれとも必ずしも明確には一致していないようにみえる。基本的権利については大まかには三層審査のような類型化がみられるが、目的審査基準と手段審査基準を結びつけた並列的な審査基準が明確であるとはいえない。他方、たとえば自由権に関しては、「必要かつ合理的」の基準とほぼ定型的な考慮要因についての比較衡量（「比較考量」）が用いられている[(168)]が、比例性原則に基づく明確な構造化がなされているようにはみえない。

---

(168)　たとえば、最大判昭和45年９月16日は、未決勾留者に対する喫煙の禁止に関する事案で「右の制限が必要かつ合理的なものであるかどうかは、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との較量のうえに立って決せられるべきものというべきである」としており、この基準がほとんど定型的に受け継がれている。たとえば、これを引用する最大判昭和58年６月22日（未決勾留者の新聞閲読の自由の制限）、さらにこれを引用する最判令和４年２月15日（条例によるヘイトスピーチの規制）など。ただ、制限の必要性は目的に、合理性は手段に関するものと思われる。なお、平等権に関しては、「合理的」であるかどうかの基準（たとえば、最大判平成27年12月16日）が、また、社会的権利に関しては、「著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえない」かどうかの基準（たとえば、最大判昭和57年７月７日）が、同様に定型的に用いられている。

そのため、どちらの憲法理論からみても、審査基準が明確でない、あるいは審査密度が足りないといった不十分さが指摘されることになっているように思われる。とはいえ、少なくとも自由権について「比較考量」あるいは「較量」を用いる伝統があるようにみえることからすれば、どちらかといえば比例性審査になじむように思われる。比例性審査においても、基本権と規制目的についてはおおよその分類がなされている。また、ドイツ連邦憲法裁判所も平等権（とくに保護請求権としての平等権）や社会国家原理に基づく社会的経済的権利については、明示的に比例性原則に言及することは少ない。しかも、これらの権利については、まずは立法者の「形成余地」が認められている。それでも、その審査手法は比例性審査の構造に再構成することも不可能ではない。つねに比例性原則に言及して構造化することは過度の形式化に陥りかねない（「野暮」になるともいえる）が、目的審査、二つの手段審査、そしてとくに狭義の比例性審査の構造を念頭においた正当化の構造化と透明化が求められるだろう。

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。