The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	列挙されていない権利の保障の新たな展開 : Randy Barnett の自由の推定理論（presumption of liberty）とその意義
Author(s)	中曽, 久雄
Citation	阪大法学. 2011, 61(3,4), p. 257-284
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55032
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

列挙されていない権利の保障の新たな展開

——Randy Barnett の自由の推定理論（presumption of liberty）とその意義——

中　曽　久　雄

はじめに

筆者は、これまで憲法上列挙されていない権利の保障について、アメリカの議論を参考にしつつ、「権限アプローチ」を主張してきた。[1] 近時、権限アプローチと同様のアプローチが、有力に主張されている。それが、Randy Barnett により主張されている自由の推定理論（presumption of liberty）である。[2] 列挙されていない権利の保障に際して、従来は、主としてどのような権利が基本的であるかということが問題とされてきた。これに対して、自由の推定理論は、いかなる権利が基本的であるかではなく、政府の制約の合憲性に焦点をあてる司法審査理論である。自由の推定理論は、列挙されていない権利の保障にとりいかなる意義を有するのであろうか。本稿では、自由の推定理論のもとでの列挙されていない権利の保障のあり方およびその意義について考察していくことにする。

本稿の構成は以下の通りである。「一」では、自由の推定理論の枠組みを概観する。「二」では、自由の推定理論の憲法上の根拠となる修正九条と特権免除条項の意義を見る。「三」では、自由の推定理論の具体的適用を二つの

判決を通じて検討する。そして、「四」では、最終的に、これまでの検討を通じて、列挙されていない権利の保障にとり、自由の推定理論がいかなる意義を有するかを考察する。

一　自由の推定理論の枠組み

連邦最高裁は、Roe 判決[3]に代表されるように、修正一四条のデュー・プロセス条項を根拠にして、一定の憲法上列挙されていない権利を保障してきた。それが実体的デュー・プロセスと呼ばれる理論である。実体的デュー・プロセスの特徴は、歴史と伝統に深く根ざしている権利を保護し、しかもそれに対する制約に対して目的と手段の双方において厳格な審査を行うことにある。つまり、実体的デュー・プロセスとは、「一定の明文根拠を欠く基本的権利に対して厳格審査を及ぼす為の理論」なのである[4]。しかし、実体的デュー・プロセスに対しては、基本的権利の承認の基準（どのような権利が歴史と伝統に深く根ざしているのか）が曖昧であるといった批判がなされており、それに代替する理論の提唱が行われている[5]。Barnett の自由の推定理論もその一つとして位置づけることができる。

では、自由の推定理論とは、どのような司法審査理論であろうか。自由の推定理論は、二段階審査により、列挙されていない権利に対する政府の制約の合憲性を判断する。

まず、第一段階の審査である。先にみたように、自由の推定理論は、憲法上列挙されていない権利の保障について、実体的デュー・プロセスとは異なり、どのような自由が基本的であるかということを問わない。自由の推定理論のもとでは、あらゆる自由は等しく取り扱われるのである。もっとも、自由の推定理論があらゆる自由を等しく扱うといっても、それを等しく保障するということを意味するものではない。そこからは殺人の自由といった他者

や社会に危害を加える自由は保障から除外され、そのような自由の制約は当然のことながら憲法上許容される。自由の推定理論のもとで保護されるのは、他者や社会に危害を与えることのない適正（rightful）な自由である。つまり、第一段階の審査では、制約されているのが適正な自由か否かということが問われているのである。制約されているのが適正な自由であるならば、第二段階の審査に移行する。

第二段階の審査では、制約の正当化に対する審査が行われるが、制約の合憲性の証明は政府が行わなくてはならない。この点が自由の推定理論の特色である。[6] つまり、自由の推定理論のもとで個人が自由を有しているということは、それを政府が制約する場合には正当化根拠を証明しない限り、政府はそれを制約することができず自由の保障が推定されるということを意味するのである。この点について逆をいえば、適正な自由を制約する場合であっても、政府がその正当化根拠を証明することができれば制約することは可能となる。[7] 第二段階において、政府の制約の正当化根拠の審査は具体的にどのように行われるのであろうか。まず、制約について、正当な目的があるかどうかが審査され、[8] 次に、正当な目的を達成するためのより制限的でない手段の存否が審査される。[9] 一見すると、通常の目的手段審査のようにも見えるが、自由の推定理論が従来の審査と異なるのは、審査のレベルである。自由の推定理論のもとでの審査のレベルは、従来の憲法学における審査のレベル（厳格審査、中間審査、合理性審査）とは一線を画するという。ここで要求されているのは、「自由に対する制約について、その必要性および正当性の双方についての真に意味のある審査」であるという。[10]

このように、自由の推定理論のもとでは、すべての適正な自由が等しく保護されなくてはならないという観点から、政府に対して自由に対する制約が最小限であることが要求されるのである。[11]

二　自由の推定理論の根拠――修正九条と特権免除条項の意義――

このような自由の推定理論の憲法上の根拠はどこにあるのか。この点、Barnett は、その根拠を修正九条、特権免除条項に求める。そこで、次に、自由の推定理論の根拠となる修正九条と特権免除条項の意義を概観していくことにする。

二―一　修正九条の意義

修正九条[12]は、「この憲法に一定の権利を列挙したことをもって、人民の保有する他の諸権利を否定または軽視したものと解釈してはならない」と規定している。Barnett は、自由の推定理論にとり、修正九条が重要な意義を有していることを強調する。修正九条を文字通りに解釈すれば、列挙されている権利のみが憲法上の正統性を与えられているのではないことを示しているという[13]。そして、Barnett は、修正九条の二つの文言に着目し、次のような解釈を提示する。まず、「人民の保有する他の諸権利」という文言についてである。この文言は、政府が樹立された際に、人民の保有する自然権を示すものであるという。ここにいう自然権とは、政府の違憲な制約からの自由である[14]。次に、「否定または軽視したものと解釈してはならない」という文言についてである。この文言は、政府に対してそれらの権利を「いかに取り扱うか」を命じるものであるという。つまり、修正九条は、列挙されていない権利を保障すると同時に、政府の権限行使をチェックするという役割を担っているという[15]。

Barnett によれば、このような解釈は修正九条の制定史によっても裏付けられるという[16]。修正九条の制定は、権利章典の付加に際しての議論に密接に関連している。制憲会議においては、連邦憲法に権利章典を付加するという

ことは考えられていなかった。そこでは、権利章典の付加よりも、むしろ連邦政府を強化することに関心が向けられていた。また、連合規約（Articles of Confederation）に権利章典が存在していなかったということも、連邦憲法に権利章典は不要であるということを確信させたと言われている。憲法制定を推進するFederalistは、憲法にすべての権利を列挙することは不可能であり、列挙されなかった権利について、それを制限する口実を政府に与えてしまい、政府の権限が拡大してしまうことを恐れ、権利章典の付加には反対の姿勢を示していた。ところが、憲法制定に反対するAnti - Federalistが、その反対の理由として、連邦の権限が強大すぎること、国民の自由を保障するためには権利章典が欠かせないと主張していた。この点に議論が集中したために、権利章典を修正条項に具体化することにより、憲法の成立に必要な州の批准を得ることになった。

権利章典の生みの親であるMadisonは、当初権利章典の付加には反対であった。Madisonは、憲法制定に際して重要な課題を「政府の権限の制限」であるとし、権利章典は不要であると考えていた。つまり、Madisonは、政府が列挙された権限のみで構成されていれば、権利章典がなくとも権利保障は可能であると考えた。また、Federalistと同様に、権利を列挙することで権利を制限する口実を政府に与えてしまうことを恐れた。しかし、Madisonは、Anti - Federalistが権利章典を求めていることを知って、修正条項に権利を具体化することにした。問題は、憲法に権利を列挙するということで、列挙されなかったその他の権利に及ぼす消極的効果をいかに解消するかであった。[17] そこで、Madisonは、修正九条（正確には、修正九条の原案）によって、この問題を解決しようとしたのである。修正九条の原案は、以下のような規定である。「特定の権利のためになされた憲法の各所の例外は、人民により保持されている他の権利の重要性を減少させるものとして、あるいは、憲法により委任された権限を拡大するものとして解釈してはならない。むしろ、そのような権限の制限として、あるいは、単に大きい警告と

して挿入されたものとして解釈されるべきである」。Madison は、この修正九条の原案により、列挙されていない権利が連邦政府の手中にあるという含意を否定したかったとされている。つまり、修正九条は、列挙されている権利が不完全であるということを理由に、連邦政府の権限が拡大することを阻止することが意図されているのである。それは、Madison が当初から強調していた政府の権限を限界付け、「政府は、特定の形態においてのみ行動しあるいは行動すべきでない」ということの実現を目指すものでもあった[18]。

Barnett によれば、以上の修正九条の制定史の概観から、列挙されていない権利の保障のみならず政府の権限の制限という観点が、修正九条の解釈に際しての重要なポイントになるという[19]。ただ、修正九条が政府の権限を制限する規定であるとすると、問題は「この憲法によって合衆国に委任されず、かつ、州に禁止されなかった権限は、各州それぞれに、または人民に留保される」と規定する修正一〇条との関係をいかに考えるかである。Barnett は、修正九条と修正一〇条にはそれぞれ別個の役割があるという。修正一〇条は、議会が列挙された権限のみを行使することを命じる規定である。これに対して、修正九条は、政府が列挙されていない権利を制約することで、政府の権限が拡大することを制限するという役割を有しているのである。つまり、列挙されていない権利を保障することと政府の権限を制限することはコインの裏表の関係なのである[20]。そして、Barnett によれば、修正九条の文言および原意は、列挙されているかどうかにかかわらず憲法上の権利を保障すると同時に[21]、政府の権限を制限することを目的としていると結論づけるのである[22]。以上、概観してきた Barnett の修正九条の解釈は、その歴史的背景に着目することで、これまで無視され続けてきた修正九条に列挙されていない権利の保障の根拠という確固とした意義を見出そうとするのである[23]。

二―二　特権免除条項の意義

Barnett が、修正九条と並んで、列挙されていない権利の保障の根拠として挙げるのが修正一四条（「合衆国において出生し、またはこれに帰化し、かつ合衆国の管轄権に服する者はすべて、合衆国およびその居住する州の市民である。いかなる州も、合衆国市民の特権または免除を制限する法律を制定あるいは実施してはならない。いかなる州も、法の適正な手続きによらないで何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。またその管轄内の何人に対しても法の平等な保護を拒んではならない」）の特権・免除条項（Privileges and Immunity Clause）である。修正一四条は、修正一三条、修正一五条と並んで南北戦争後の南部の州の再統合期において採択された憲法修正の一部である。この規定は、従来、連邦憲法において保障された権利が、州による権利侵害に適用されるかという論点と関わるものであった。すなわち、修正一条から八条は連邦に向けられたものであり、修正一四条の規定は州に向けられた規定である。そこで、修正一四条を媒介として、修正一条から八条までの規定が州に編入されるかどうかが議論されてきたのである（いわゆる編入論争）。当初、権利章典を州に適用する根拠として注目されていたのが特権免除条項である。しかし、家畜の屠殺業を一つの業者に独占させるという州法の合憲性が争われた Slaughterhouse 判決[24]における Miller 裁判官の法廷意見は、特権免除条項が合衆国民の特権免除を指すのであり、州民の特権免除を指すのではないという限定的な解釈を採用した。そのために、この条項はながらく引き合いに出されることはなくなったのである。その後、連邦最高裁は、修正一四条を拡充することでこの問題に対処し、現在では権利章典のほとんどが州に対しても適用されている[25]。問題は、権利章典を州に適用する根拠は、修正一四条のどの部分であるかである。そこで、再び特権免除条項が権利章典の内容を州に適用する根拠となることが有力となったのである。そのことが明確にされたのが、州の刑事事件に修正六条で保障された陪審裁判を受ける権利が適

用されるかどうかが争われたDuncan v. Louisiana[26]である。このなかで、Black裁判官の同意意見が、修正一四条のなかでも特権免除条項が権利章典を州に適用するのに合理的であるとした。[27]

しかし、近時、特権免除条項は単に権利章典を州に及ぼすという機能に限られず、そこには独自の内容が含まれているという見解が有力に主張されている。特権免除条項が、列挙されていない権利の保障の根拠となるという見解である。この点をいち早く指摘したのがElyである。Elyは特権免除条項の意義を以下のように指摘する。「憲法が少なくとも網羅的に列挙しておらず、そのような権利を見つけ出す指示を何ら具体的な方法で行っていない一定の権利の保護を、将来の憲法の決定者に委ねている」。[28] 特権免除条項が列挙されていない権利の保障の根拠となるという見解は、他の学説によっても支持されている。[29] BarnettもElyと同様に、特権免除条項が列挙されていない権利の保障の根拠となると考えている。そもそも、「権利」・「自由」・「特権」・「免除」という文言は互換的に使用されてきたものであり、「特権」・「免除」には、法的に保護される自然権が含まれていると主張する。では、なぜ、「権利」ではなく、「特権免除」という文言が用いられたかということである。[30] Barnettによれば、特権免除条項は、「特権免除」という包括的な文言をあえて用いることで、広く権利を保障しようとしたとする。この点について、Barnettは、州に居住していない者による牡蠣の採取を禁止した州法が修正四条に反するかどうかが争われたCorfield v. Coryell[31]におけるWashington裁判官の意見に依拠する。「問題は、それぞれの州における市民の特権免除とは何であるかである。我々は、これらの表現をその性質上基本的である特権免除に限定することには躊躇しない。それは、当然の権利であり、すべての自由な政府の市民が享有するものであり、この国を構成するそれぞれの州の市民により享有されてきたものである。何がこれらの基本的な特権であるかについては、これを列挙することは困難であること以上に退屈なことである」。[32]

このように、修正九条と同様に、特権免除条項においても列挙されていない権利の保障の根拠となることは歴史的な裏付けがあるのである。[33] ただ、修正九条と特権免除条項の異なるのは、特権免除条項が手続上の権利も保障しているという点である。[34]

三　自由の推定理論の具体的適用

以上、自由の推定理論の構造を概観してきた。では、この自由の推定理論は、具体的にどのように適用されるのか。自由の推定理論の具体的適用を二つの判決を通じて検討する。

三―一　Lawrence 判決

まず、自由の推定理論の具体的適用の検討対象とするのが、Lawrence v. Texas[35] である。事案の概要は以下の通りである。被告人は、アパート内でソドミー行為を行っていたところ、警察官に発見され州刑法に違反したとして逮捕され、罰金刑を受けた。州の控訴裁は、本件と同様にソドミー行為を禁止した州法の合憲性が争われた Bowers 判決[36] に基づき、有罪判決を支持した。[37] 連邦最高裁は、次の点、すなわち、州刑法が平等保護違反かどうか、および、修正一四条のデュー・プロセスの規定する自由を侵害しているかどうか、Bowers 判決を覆すかどうかを検討するために、裁量上訴を認めた。

Kennedy 裁判官の法廷意見は、控訴裁の判決を破棄差戻した。Kennedy 裁判官は、Bowers 判決を覆して、ソドミー行為について、憲法上の保護を認めた。その理由を以下のように説明する。Bowers 判決では、ソドミー行為が基本的権利に該当するか否かということに焦点があてられたが、[38] それは問題となっている自由の範囲を正しく

認識していない。ソドミー行為を処罰する法律は、最も私的な行為と場所に関わるもので、広範な影響を伴うものである。にもかかわらず、Bowers 判決においては、権利の歴史性が問題とされた。すなわち、ソドミー処罰法は古くからあるとされたが、その認識は誤りである。歴史的な流れでいえば、近時において同性愛者に対する規制は後退している。ソドミー処罰法が制定され始めたのは、一九七〇年代に入ってからであり、それも九つの州が制定しているに過ぎなかったし、過去一〇年間、ソドミー処罰法を廃止する州が増加している。また、模範刑法典（Model Penal Code）もソドミー行為を違法としたが、実際はほとんど執行されることはなかった。さらに、イギリスでは同性愛者の処罰を撤廃し、一九八一年にはヨーロッパ人権裁判所が、同意に基づく同性愛行為を処罰する北アイルランドの法律をヨーロッパ人権条約に違反すると判断した（Dudgeon v. United Kingdom, 45 Eur. Ct. H. R. (1981)）[39]。

そして、Bowers 判決後、二つの判決が Bowers 判決に疑問を投げかけている。まず、中絶を行う要件として、中絶の前のインフォームド・コンセントの実施、二四時間の待機要件、結婚した女性が中絶を行う場合の配偶者への告知、これらの要件を免除する医療的緊急事態、中絶を行う施設に対する報告義務を規定した州法の合憲性が争われた Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey では結婚、生殖、避妊、家族関係などの個人の選択に憲法上の保護が及ぶことが認められた。次に、州や地方の政府機関が同性愛者を差別から保護することを禁止した州憲法の合憲性が争われた Romer v. Evans では、同性愛者を標的とする州憲法が違憲とされた[40]。なお、Romer 判決に即して、州刑法を平等保護のもとで違憲とすべきであるとの見解もある。しかし、本件では Bowers 判決それ自体の有効性が問われているのであって、もし、平等保護のもとで州法を違憲とすると、区分の基準を変更すると（例、同性愛のみならず異性間の行為も禁止する）、州刑法が合憲となる可能性がある。さらに、州刑法が課す

スティグマは取るに足らないものではない。州刑法の法定刑は微罪ではあるが、その人の尊厳にとり重要な意味を持つ。

Bowers 判決の中核部分とその前後の先例は明らかに矛盾している。そこで、本判決は Bowers 判決における Stevens 裁判官の反対意見に従う。すなわち、「州における支配的な多数者が特定の行為を伝統的に不道徳と見てきたという事実は、当該行為を禁止する法律を支持する十分な根拠とはならない」、および、「結婚していない人にも親密な自由の保護は及ぶ」という理由付けに本判決も従うべきである。[41] そして、修正一四条により保護される自由は、「政府に介入されない個人の領域が存在するという、憲法の約束」であり、州刑法は私的な生活への介入を正当化することができるような正当な州の利益を促進するものでない。[42]

他方で、O'Connor 裁判官の結果同意意見は、平等保護に依拠する。O'Connor 裁判官によれば、道徳的な非難に基づく州刑法は、Romer 判決と同様に敵意に基づく差別的立法と同じであり、平等保護に反するとした。もっとも、O'Connor 裁判官は、州法が違憲だからといって、同性と異性を区別する他の法律がすべて違憲というわけではないという。本件に関しては、伝統的な婚姻制度の維持のような正当な州の利益の証明ができなかっただけであるとする。[43]

これに対して、Scalia 裁判官の反対意見は、Bowers 判決同様に、ソドミー行為は基本的権利ではないことを強調する。Scalia 裁判官は、ソドミー行為を処罰する法律の基礎にある道徳的非難を正当な州の利益として認める。もし、州刑法が違憲であるとするならば、不倫や重婚などを禁止するすべての道徳的立法は違憲となる。また、平等保護との関連でも緩やかな審査が適用され、伝統的な性道徳を促進する州刑法は、この審査を充足する。さらに、Scalia 裁判官が批判するのは、法廷意見が中立的な監視者としての役割を無視し、「文化闘争（culture war）の一

方に加担」し始めたことである。こうした問題は、民主主義な手段により解決すべきであるという。[44] また、Thomas 裁判官の反対意見は、本件で問題となっている州法は馬鹿げており、自分が州議会の議員ならばその廃止に賛成するが、裁判官個人としてはプライバシー権や法廷意見のいう自由は権利章典や憲法の中に見出すことはできないという。[45]

以上、Lawrence 判決を概観してきたが、自由の推定理論にとり、この判決は重要な意味を持つことになる。[46] Barnett によれば、Lawrence 判決は、自由の推定理論に明確に依拠し、[47] 二段階審査を行っているというのである。[48] Lawrence 判決において自由の推定理論が採用されたという何よりの根拠は、Kennedy 裁判官の法廷意見が基本的権利についての言及を拒否して、自由（liberty）に依拠した点にある。Kennedy 裁判官は自由の意義を以下のように述べる。「自由は、自宅その他の私的領域への正当な理由のない政府の介入を禁止する。我々の伝統において、州は家のなかには存在しない。人生、存在に関するその他の空間、つまり、家の外においても、州は支配的な存在ではあってはならない。自由は領域を超える。自由は、信念、表現、そして一定の親密な行為を行う自由を含む自己の自律を前提とする。本件では、空間的な次元、および、より超越的な次元の両方で個人の自由が問題となる」。このような自由の捉え方は、暗に自由の推定理論に依拠するものであるということをうかがわせるものである。[49] そして、Kennedy 裁判官は、二段階審査を展開する。

まず、第一段階の審査である。ここでは、本件において問題となっている同性愛者の性的自由が他者や社会に危害を与えることのない「適正（rightful）な自由」であるかどうかが審査される。この点、Kennedy 裁判官は、「概して、他者を害するわけでもなく法が保護する制度を濫用するわけでもない関係について、州や裁判所はそのような関係の意味を定義し、あるいは、そのような関係の限界を確定すべきはない」として、[50] 明確に、同性愛者の

性的自由が適正な自由であるということを認めている。[51]

第一段階の審査をパスしたので、次に、第二段階の審査である。ここでは、政府の正当化根拠の審査が行われる。本件において問題となっているのは、不道徳ゆえに当該自由を禁止するということが正当な規制目的となるかどうかである。この点、Kennedy 裁判官が依拠していたBowers 判決における Stevens 裁判官の反対意見が指摘するように、不道徳という理由は、多数者が単に禁止されている当該行為を嫌っているに過ぎない。したがって、不道徳という理由でもって自由の制約を正当化することはできないという。[52] また、不道徳という理由で当該行為を禁止する法律を制定する権限を立法府に与えるということは、立法府に無制限で専制に等しい権限を与えることと同じであると指摘する。[53]

このような Barnett の見解については、他の学説によっても支持されているところである。[54] Barnett によれば、Lawrence 判決には自由の推定理論を採用したこと以外にもいくつかの重要な要点を有するという。まず、「自由」の保護については、条文の根拠を求めることができ、基本的権利のように、その根拠が条文にはなく曖昧であるという批判は生じないということである。[55] 次に、Lawrence 判決がニューディール以降において確立した基本的権利—厳格審査・単なる自由—緩やかな審査という図式を否定して、自由の推定理論を採用したということは、今後、列挙されていない権利の領域においてこの理論の射程が広がっていく可能性を示しているという。[56] そして、Barnett は Lawrence 判決のインパクトを以下のように述べる。「Lawrence 判決が憲法革命であったのは、最高裁の自由の保護が性的な自由に限定されないことにある。連邦最高裁が多くの自由を保護すればするほど、最高裁のイデオロギー色が薄められて、国民の広い支持を獲得することになる」。[57] このように、Barnett は、自由の推定理論を採用した Lawrence 判決を高く評価する。

三―二　Raich 判決

次に、検討対象とするのが、Gonzales v. Raich[58] である。事案の概要は以下の通りである。連邦法（Federal Controlled Substances Act）は医療目的でのマリファナ使用の例外を認めておらず、たとえ医療目的であってもマリファナの所持や栽培は違法としていた。しかし、州法（California's Compassionate Use Act）は、連邦法とは異なり、医療目的のマリファナの所持を容認していた。州法のもとに医療目的のマリファナを所持していた医師の自宅が、麻薬捜査局（Drug Enforcement Administration）の捜査官により捜索され、マリファナを押収され破棄された。そこで、マリファナを押収・破棄された原告の医師らが、連邦法が州際通商条項[59]に反するなどとして連邦法の差止めおよび執行停止を求めて訴えを提起したものである。連邦地裁は差止命令を退けたが[60]、連邦控訴裁は連邦法が州際通商条項に反する可能性（適用違憲の可能性）があるとして、連邦地裁の判断を覆し、差止命令を下した[61]。連邦最高裁は、争点の重要性を認め、裁量上訴を認めた。

Stevens 裁判官の法廷意見は、連邦法が合憲であるとして、連邦控訴裁の判決を破棄し差戻した。その理由を以下のように述べる。州際通商に対して実質的影響を及す経済的活動の一部である純粋にローカルな活動を規制する権限は、借金を暴力的な手段で取り立てることを禁止した連邦法（Consumer Credit Protection Act）を合憲とした Perez v. United States, 402 U. S. 146 (1971) において確立している。また、本件との関連で挙げられるのは、農業調整法（Agricultural Adjustment Act）を自家用の小麦の生産に適用することが問題となった Wickard v. Filburn, 317 U. S. 111 (1942) である。この判決では、連邦議会が、経済的な類とされる活動に対して規制権限を及ぼすことができることが判示された[62]。そして、本件において問題となっている連邦法が規制の対象としているのは、本質的には経済活動であり、その合憲性について疑う余地はない。つまり、本件は Wickard v. Filburn と区別で

きないのである。なお、医療目的のマリファナ使用の必要性について連邦控訴裁は判断していないので、当法廷も判断はしない。[63]

Scalia 裁判官の同意意見は、本件では、州際条項に基づく規制権限の限界が示された二つの判決、すなわち、学校区で銃器を所有することを禁止する連邦法（Gun-Free School Zones Act）について、特定の学校区で銃器を所有することは州際通商に影響を与える経済的活動であるとはいえないために、州際通商条項の権限を逸脱しているとされた United States v. Lopez, 514 U. S. 549 (1995)、および、性的暴力の被害者に対して損害賠償を認める連邦法（Violence Against Women Act）について、性暴力は経済活動ではなく州際通商に実質的な影響を与える活動の規制ではないとした United States v. Morrison, 529 U. S. 598 (2000) が骨抜きにされたのではなく、そこで問題となった連邦法は、本件で問題となっている連邦法とは異なり、包括的な規制権限に関わるものではないと指摘する。[64]

これに対して、O'Connor 裁判官の反対意見は、マリファナの栽培・所有・利用を一律に禁止することを認めるのは、州際通商条項に限界がないことを意味するものであると指摘する。それは、United States v. Lopez および United States v. Morrison とは矛盾するものである。Wickard v. Filburn においては、経済活動のすべてが州際通商に該当するわけではないことも示されている。本件では、医療目的のマリファナの使用が州際通商に影響を及ぼすという証明、あらゆるマリファナの規制が州際通商の規制において必要であることの証明がなされていないと指摘する。[65] また、Thomas 裁判官の反対意見も、州際通商条項に基づいて市場に影響のないマリファナ使用を規制できるとなると、連邦議会の権限に限界がないことを意味すると指摘する。[66]

以上、Raich 判決を概観してきたが、Barnett は、連邦最高裁が本件を単に州際通商の問題として処理したこと

を批判する。[67] 確かに、法廷意見が指摘するように、Wickard v. Filburn において、連邦議会には州際通商において影響をもたらす可能性があるならば、州内部の活動であっても規制の権限を及ぼすことが認められている。この点について、Barnett は、Thomas 裁判官の反対意見に賛成する。[68] しかし Barnett によれば、本件で最も重要な争点は医療目的のマリファナ所持の制約についての合憲性である。[69] 医療目的のマリファナの使用は、自己の生命を保持し、必要のない苦痛を回避するものである。連邦法は、そのような自由を制約するものであり、本件においてはそのような自由の制約の合憲性が問われるべきであったとする。そして、Barnett は、本件にこそ Lawrence 判決の射程、つまり、自由の推定理論が及ぶという。[70] ところが、問題は多くの裁判官が Lawrence 判決を偶発的なものとして捉えており、その意味するところを全く理解していないことにある。そのことが、自由の推定理論の適用の障害になっていると批判する。[71] 自由の推定の理論のもとでは、「すべての自由は等しく取り扱われなくてはなら」ず、「政府は州のポリスパワーか連邦の列挙された権限かに関わらず、自由の制約を正当化する責任がある」とする。要するに、すべての自由は合理的な理由に基づいて制約される必要があり、政府は当該制約が必要不可欠であることを証明しなくてはならないのである。[72]

では、本件に自由の推定理論を当てはめた場合、どのような帰結をもたらすのであろうか。まず、第一段階の審査である。本件で問題となっているのは、単なるマリファナの使用ではなく、医療目的のマリファナの使用である。それは生命の維持に必要なものであり、他者や社会に危害を与えるものとは言い難い。したがって、第一段階の審査はパスする。次に第二段階の審査であるが、ここでは政府がその正当化根拠を示さなくてはならい。本件では、連邦法によるすべての薬物の包括的な規制にとり、医療目的のマリファナを禁止することがなぜ必要不可欠であるのかについて、そのことが全く示されていない。したがって、政府は、医療目的のマリファナの禁止についての正

当化に失敗すると指摘する。[73]

四　自由の推定理論の意義

以上検討してきた自由の推定理論は、列挙されていない権利の保障にとり、どのような意義があるのであろうか。

自由の推定理論は、列挙されていない権利の保障にとり、三つの意義を有するといえよう。第一に、列挙されていない権利の保障の根拠についてである。自由の推定理論が主張された背景には、先にみたように、基本的権利のみを保護する実体的デュー・プロセスに対する批判があった。Barnett が批判しているのは、基本的権利のみを保護することが自由にとり害悪であるということ、および、憲法は裁判官に対してそのような権限は与えていないということである。[74] Barnett によれば、「憲法はそもそも基本的権利と自由との間に区別を設けていない」[75]のであり、列挙されていない権利の保障を過度に抑制する実体的デュー・プロセスは、「根本的に誤りである」と批判するのである。[76] このような批判の背景には、そもそも、実体的デュー・プロセスにより、列挙されていない権利を保障することは不適切であるという考えがうかがえる。そこで、Barnett は、修正九条と特権免除条項の意義に着目すれば、列挙されていない権利の保障についてより確かな根拠を見出すことができるのである。[77] 第二に、自由の推定理論は、基本的権利か単なる自由かという区分を否定して、（適正な）自由を等しく保障することで、実体的デュー・プロセスが抱えていた何が基本的権利であるかという難点を回避することができる。[78] 第三に、列挙されていない権利の保障について、政府の制約の正当化根拠を問うことで、規制目的（例、不道徳という理由に基づく規制目的）とはなりえないものを確定して政府の権限の限界を枠づけることにあることを明確にしたということである。[79] つまり、自由の推定理論は、列挙されていない権利の保障が個人の権利を保障すると同時に、ある種の理由で

政府が行動することを絶対的に禁止することで、政府の権限を制限するという側面を有していることを指摘しているのである。

このように、自由の推定理論は、列挙されていない権利の保障に際しての政府の権限の制限を指摘し、そのような観点から、政府の正当化根拠を問うことを主眼とする司法審査理論を提示する。そして、Lawrence 判決に象徴されるように、判例も自由の推定理論に近づきつつある。自由の推定理論は、列挙されていない権利の保障について、新しい展開を示すものとして位置づけることができるように思われる。

もっとも、自由の推定理論には二つの問題を指摘することができる。第一に、自由の推定理論は、実体的デュー・プロセスとは異なり、広く列挙されていない権利を保障するものであるから、その分司法審査の機会が増大し、民主主義との間において緊張関係を生じさせるということ。第二に、他者や社会に危害を与える自由と適正な自由の区別について、明確な基準がなければ恣意的な区別が行われ、自由の保障が狭まる危険性がある。しかしながら、第一の問題に対しては以下のように応答できよう。政府が国民の権利を制約する場合、司法審査は国民の権利を保障するという確固とした役割を担っており、司法審査は民主主義との関係においても正当化される[80]。つまり、自由の推定理論が列挙されていない権利を司法審査により保障することを目的とする以上、司法審査の機会の増大は不可避なのである[81]。また、司法審査は統治制度全体においても重要な地位を有している。この点、Barnett は以下のように指摘する。「司法審査がなければ、統治についての憲法上の正統性（legitimacy）に必要不可欠な条件、すなわち、統治の正統性の条件を監視するだけでなく効果的に是正するという憲法に備わっているメカニズムが欠落することになる[82]」。次に、第二の問題に対しては、以下のように応答できる。Barnettは、両者の区別について、自由の推定理論のもとで除外されているのは、あくまで殺人や窃盗といった害悪が明確なものである。他方

で、Barnettは、両者の区別については、法制度や裁判所が日々行っているものであり、経験的なものであるとする。[83]

最後に、日本国憲法の示唆について検討する。ここで着目したいのは、一三条についての判例の枠組みである。判例の枠組みと自由の推定理論は親和的であるといえる。京都府学連事件[84]では、「憲法一三条は、……国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している」とする。つまり、憲法一三条が保障するのは政府の侵害から保護される「私生活上の自由」であるとし、その一つに「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」が含まれるとしている。その上で、容ぼう・姿態を撮影されない自由に対する制約が「正当な理由」があるかどうかを問題としている。また、外国人指紋押捺事件[85]も同様に「個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有する」としつつ、「国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制すること」を問題としている。このように、判例は、憲法一三条が保障するのは「私生活上の自由」であるとしつつ、「私生活上の自由」について、その内包（ただし、内包については「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」や「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」を認めており、[86]一部明らかとなっている）と外延を問うというよりは、「正当な理由」があるかどうかという正当化の根拠の存否に焦点をあてている。もっとも、「私生活上の自由」にはあらゆる自由が含まれるわけではない。他者や社会に危害を与える自由が問題となる場合は、「私生活上の自由」への言及はなく制約の合理性を容易に認めている。[87]つまり、「私生活上の自由」は他者や社会に危害を与えることのない自由であり、自由の推定理論が保護する適正な自由と同じであるといえる。このようにみると、判例は、二段審査を行っているということがうかがえる。まず、第一段階の審査で、問題となっている自由が、私生活上の自由に含まれるか否かを審査している（ただし、第一段階の審査は明示的に

行っているわけではない)。そこで審査されているのは、当該自由が他者や社会に害悪を与えるかどうかである。次に、第二段階の審査で、私生活上の自由に含まれる自由に対する制約の合憲性について、目的・手段審査を行っている[88]。このように、判例の枠組みは、一三条が保障するのは他者や社会に害悪を与えない私生活上の自由であるとしつつも、その焦点は、私生活上の自由そのものではなくその制約の正当化にあり、自由の推定理論と類似している。したがって、自由の推定理論は、一三条についての判例の枠組みを説明する上で有益であるといえよう。

以上検討してきたように、自由の推定理論は一三条の解釈に十分に妥当するように思われる。なお、自由の推定理論が一三条の解釈全体に与える示唆の検討は、今後の課題としたい。

(1) 中曽久雄「民主主義のもとでの司法審査――権限アプローチとその射程――」阪大法学六〇巻六号(二〇一一年)。権限アプローチとは、憲法上列挙されていない権利を私的領域として捉え、それを司法審査により保護することを目的とするものである。権限アプローチのもとで保障される私的領域とは、自律や平等な配慮と尊重といった個人的な事柄に関わる領域である。権限アプローチは、政府が私的領域を公共の利益以外の理由で制約することを許さない。したがって、権限アプローチのもとでは、個人の自律的決定を阻害するような政府の制約は排除されることになる。権限アプローチの特色は、私的領域の保障のあり方である。すなわち、権限アプローチは、裁判官の実体的価値判断の問題を回避するために、権利の実体ではなく介入(権限)の理由に焦点をあて、政府の権限(介入)が公共の福祉に適合するか否かということを審査する。

(2) この理論については、簡単に紹介させていただいたことがある。中曽久雄「実体的デュー・プロセスの新たな展開と権限アプローチ」阪南論集第四六巻一号(二〇一〇年)。

(3) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

(4) 松井茂記「自己決定権について(二・完)」阪大法学四五巻五号(一九九五年)四四頁~五四頁。

(5) *See, e.g.*, Mark Niles, *Ninth Amendment Adjudication: An Alternative to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights*, 48 UCLA. L. REV. 85 (2000). Niles の修正九条の解釈の全体については、中曽久雄「列挙されて

いない権利の構図――アメリカ合衆国憲法修正九条における権限アプローチの展開――」阪大法学五七巻二号（二〇〇七年）七三頁、二八八～二九二頁。その他の代表的見解として、*See* Harry Wellington, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, 83 YALE L. J. 221 (1973).

(6) RANDY BARNETT, RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY 60 (2004).

(7) Id. at 262.

(8) Id. at 336-338.

(9) Id. at 338.

(10) Id. at 344. このような審査は、従来の審査が抱えていた「やむにやまれぬ」・「重要」・「正当」といった政府利益をいかに区分するのかという問題を回避できるという。

(11) *See* Id. at 345.

(12) 以下、アメリカ合衆国憲法の条文については、阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集［第三版］』（高井裕之担当）（有信堂、二〇〇五年）を参照。

(13) Randy Barnet, *Foreword: The Ninth Amendment and Constitutional Legitimacy*, 64 CHI-KENT L. REV. 37, 56 (1988).

(14) *See* Randy Barnett, *Kurt Lash's Majoritarian Difficulty - A Response to a Textual-Historical Theory of the Ninth Amendment*, 60 STAN. L. REV. 937, 966 (2007). ただ、Barnett は、修正九条がすべての自由を保障すると主張するが、文字通りすべてのすべての自由ではなく消極的な権利に限定されるとする。Randy Barnett, *Reconceiving the Ninth Amendment*, 74 CORNELL L. REV. 1, 30 (1988).

(15) BARNETT, *supra* note 6, at 235.

(16) 修正九条の制定史については、芦部信喜「包括的基本権条項の裁判規範性――アメリカ憲法修正九条について――」同『人権と憲法訴訟』（有斐閣、一九九四年）四三～四七頁。*See also* John Roge, *Unenumerated Rights*, 47 CAL. L. REV. 787 (1959); James Kelly, *Uncertain Renaissance of the Ninth Amendment*, 33 U. CHI. L. REV. 814 (1966); Leslie Dunbar, *James Madison and the Ninth Amendment*, 42 VA. L. REV. 627 (1956); Raoul Berger, *Ninth Amendment*, 66 CORNELL L. REV. 1, 2-3 (1980).

(17) BARNETT, *supra* note 6, at 235–236.

(18) Id. at 237–238.

(19) Id. at 240.

(20) *See* Id. at 241–242.

(21) Id. at 242. Barnett によれば、自由の推定理論のもとで修正九条は列挙されていない権利の保障の根拠となるという意義の他に、United States v. Carolene Products Company, 304 U. S. 144 (1938) の脚注四の一節（「立法が、憲法の特定の禁止に文面上該当すると思われる場合には、合憲性の推定の作用の範囲は狭いものかもしれない。例えば、はじめの一〇箇条の修正条項のような場合であり、これらは、修正第一四条の中に包摂されると判断された場合にも、等しく特定的と考えられる」）を否定するという意義も有しているという。一節の否定は、自由の推定理論にとり重要な意味を持つ。Barnett によれば、一節の最大の問題点は修正九条が「人民の保有する他の諸権利」と規定しているのに、なぜ「憲法の特定の禁止に文面上該当すると思われる場合に」のみ、合憲性の推定が覆されるのかということである。つまり、修正九条に沿い適正な自由の行使を保障する自由の推定理論にとり、一節はその障害となるのである。一節は、列挙されていない権利の保障にとって、「極めて問題の多いアプローチ」であると同時に、列挙されてない権利を列挙されている権利と同等に扱うことを要求する修正九条に明確に反しているというのである。Id. at 234.

(22) Randy Barnett, *Ninth Amendment: It Means What It Says*, 85 TEX. L. REV. 1, 3 (2006).

(23) Randy Barnett, *Golden Mean between Kurt & (and) Dan: A Moderate Reading of the Ninth Amendment*, 56 DRAKE L. REV. 897, 900 (2007). これまで、修正九条が列挙されていない権利の保障の根拠と考えられず、無視してきた要因は二つあるという。第一に、修正九条が開かれた条項であるとされ、インクのしみと考えられてきたことである。第二に、修正九条のラディカルな性質である。つまり、もし、修正九条を根拠にして、広く列挙されていない権利を保障してしまうと、政府の権限行使に重大な影響を与えてしまうことになると危惧されたのである。BARNETT, *supra* note 6, at 234.

(24) 83 U. S. (16 Wall.) 36 (1872).

(25) 大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成』（日本評論社、二〇一〇年）四九～五〇頁。

(26) 391 U. S. 145 (1968).

(27) Id. at 166 (Black, J., concurring).

(28) John Ely, Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review 28 (1980).

(29) *See, e.g.*, Philip Kurland, *Privileges or Immunities Clause : Its Hour Come Round at Last?*, 1972 Wash. U. L. Q. 405.

(30) Barnett, *supra* note 6, at 61.

(31) 6 Fed. Cas. 546 (C. C. E. D. Pa. 1823).

(32) Id. at 551-52.

(33) Barnett, *supra* note 6, at 66.

(34) Id. なお、この点、Casazza は、修正九条と特権免除条項が保障する権利の違いについて、修正九条は、プライバシーのような個人の自律に関わる権利を保障しており、特権免除条項は自己統治に関わる旅行の自由のような権利を保障していると指摘する。Alexander Casazza, *Inkblots : How the Ninth Amendment and the Privileges or Immunities Clause Protect Unenumerated Constitutional Rights*, 80 S. Cal. L. Rev. 1383 (2007)

(35) 539 U. S. 558 (2003).

(36) Bowers v. Hardwick, 478 U. S. 186 (1986). White 裁判官の法廷意見は、ソドミー処罰法の歴史を強調し、ソドミー行為を行う自由について、そのような自由が「アメリカの歴史と伝統に深く根ざしている」、あるいは、「秩序づけられた自由の概念に含まれる」ということは、「冗談以外の何ものでもない」とした。さらに、White 裁判官は、仮にソドミー行為が基本的権利でないとしても、法律には合理的根拠が必要であり、州法は有権者が不道徳と考える以外の根拠がないとの主張に対しては、法律は常に道徳を基礎としており、道徳的な選択を行う法律をすべて無効にすることはできないとし、州法を合憲とした。

(37) Lawrence v. State, 41 S. W. 3d. 349 (Tex. App. 2001).

(38) *Lawrence*, 539 U. S. at 194.

(39) Id. at 564-573. このことは、アメリカにおいても、他の国の判決が重要な意味を有することを示すものである。この点については、*See* William Eskridge, *United States :* Lawrence v. Texas *and the Imperative of Comparative Constitu-*

tionalism, 2 Intl J. Const. L. 555 (2004).

(40) *Lawrence*, 539 U. S. at 573-575.

(41) Id. at 577-578.

(42) Id. 法廷意見は、Stevens 裁判官の意見を引用したが、Bowers 判決における Blackmun 裁判官の反対意見も、法廷意見の基本的権利に対する考え方を厳しく批判する。Blackmun 裁判官によれば、法廷意見は禁止された行為が、数千年ではなく、数百年におよび不道徳として批判されてきた事実が、今日においてその行為を禁止する十分な理由となるということに同意したが、時間の長さや情熱によって法律を裁判所の審査外とさせることはできないという。さらに、Blackmun 裁判官は、法廷意見が法律の規制の根拠を「多数派の道徳的信念」に求めていることに対して、そのような論拠では法律を正当化できないと批判する。そして、州法の立法目的がソドミー行為を反道徳的行為として非難することにあるとし、人々の単なる不賞容や敵意は個人の身体的な自由を奪うことを正当化することはできないという先例を引用して、偏見に基づく立法目的は正当な立法目的ではないとした。Bowers, 478 U. S. at 199-214 (Blackmun, J., dissenting).

(43) *Lawrence*, 539 U. S. at 579-585 (O'Connor, J., concurring in the judgement). 学説の中には、この O'Connor 裁判官の見解の方が説得的であるとの見解が存在する。Meghan Peterson, *The United States Supreme Court and Federal Law: Casenote Right Decision for the Wrong Reason: The Supreme Court Correctly Invalidates the Texas Homosexual Sodomy Statute, but Rather Than Finding an Equal Protection Violation in* Lawrence v. Texas, *the Court Incorrectly and Unnecessarily Overrules* Bowers v. Hardwick, 37 Creighton L. Rev. 653 (2004).

(44) *Lawrence*, 539 U. S. at 586-605 (Scalia, J., dissenting).

(45) Id. at 605-606 (Thomas, J., dissenting).

(46) 本件について、Barnett は共著で、原告を支援するための Amicus Curiae を連邦最高裁に提出している。http://randybarnett.com/12651pdfwolfe.pdf.

(47) Randy Barnett, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution*: Lawrence v. Texas, 2003 Cato Sup. Ct. Rev. 21.

(48) Id. at 36.

(49) Id. at 33-34.

(50) *Lawrence*, 539 U. S. at 567.

(51) Barnett, *supra* note 47, at 35.

(52) Id. at 37. この点、Niles も列挙されていない権利に対して多数者の道徳的な簡単から制約を課すことは許さないと指摘する。Niles, *supra* note 5, at 155. *See also* Suzanne Goldberg, *Morals-Based Justifications for Lawmaking: Before and after* Lawrence v. Texas, 88 MINN. L. REV. 1233, 1235 (2004); Chase Sanders, *Ninth Life: An Interpretive Theory of the Ninth Amendment*, 69 IND. L. J. 759 (1994).

(53) Barnett, *supra* note 47, at 38.

(54) Barnett と同様に、Lawrence 判決が制約の合憲性を重視したと主張する見解として、*The Supreme Court, 2002 Term —Leading Cases*, 117 HARV. L. REV. 226, 297-307 (2003). また、自由と基本的権利の関係について、Post は、Lawrence 判決では、基本的権利と他の自由との明確な区分を無視したという。Robert Post, *The Supreme Court, 2002 Term —Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, HARV. L. REV. 4, 96 (2004). Barnett とは異なる観点で、Lawrence 判決を捉えるのが Tribe である。Tribe によれば、Lawrence 判決は、ソドミー行為ではなく、親密な行為によりもたらされる関係を保護したという。そして、そのような関係性は、名前のない権利（rights without names）であるという。Laurence Tribe, Lawrence v. Texas: *The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*, 117 HARV. L. REV. 1893, 1900-1904 (2004).

(55) Barnett, *supra* note 47, at 39.

(56) Randy Barnett, *Grading Justice Kennedy: A Reply to Porfessor Carpenter*, 89 MINN. L. REV. 1582, 1589 (2005).

(57) Barnett, *supra* note 47, at 40-41.

(58) 545 U. S. 1 (2005). この訴訟に、Barnett 自身が大きく関与している。Barnett は、原告の医師らの弁護人として活動した。

(59) 州際通商条項とは、合衆国憲法一条八節三の「諸外国との通商、各州の間の通商、およびインディアンの諸部族との通商を規制すること」を指す。

(60) Raich v. Ashcroft, 248 F. Supp. 2d 918 (N. D. Cal. 2003).

(61) Raich v. Ashcroft, 352 F. 3d 1222 (9th Cir. 2003).

(62) *Gonzales*, 539 U. S. at 15-22.

(63) Id. at 22-23.

(64) Id. at 30-42 (Scalia, J., concurring in the judgement).

(65) Id. at 42-57 (O'Connor, J., dissenting).

(66) Id. at 57-74 (Thomas, J., dissenting).

(67) Randy Barnett, *Presumption of Liberty and the Public Interest: Medical Marijuana and Fundamental Rights*, 22 WASH. U. J. L. & POL'Y 29, 39 (2006).

(68) Id.

(69) Id. at 42.

(70) Id. Barnett は、確かに、従来の実体的デュー・プロセスのもとでも、そのような権利が歴史と伝統に根付く権利であると証明することはできるかもしれないとする。

(71) Id. at 41. 実際、下級審においては、Lawrence 判決の射程を限定する傾向が見られる。例えば、State v. Lowe, 861 N. E. 2d 512 (Ohio 2007) では、Lawrence 判決がすべての成人の性的な活動の自由の基本的権利を保障したものではないとし継親と継子の性行為を禁止した州法に合理性の基準を適用し合憲としている。State v. McKenzie-Adams, 915 A. 2d 822 (Conn. 2007) でも、Lawrence 判決は性的なプライバシーの基本的権利を保障したものではないとし、学校内で教師が生徒と性的な関係となることを禁止する州法を合憲としている。また、下級審においては、依然として同性婚を基本的権利として保護することを認めていない。*See* Lewis v. Harris, 908 A. 2d 196 (N. J. 2006); Standhardt v. Super. Ct. of Ariz., 77 P. 3d 451 (Ariz. Ct. App. 2003); Lockyer v. City and County of San Francisco, 95 P. 3d 459 (Cal. Ct. App. 2004); Smelt v. County of Orange, 374 F. Supp. 2d 861 (C. D. Cal. 2005); Wilson v. Ake, 354 F. Supp. 2d 1298 (M. D. Fla. 2005); Morrison v. Sadler, 821 N. E. 2d 15 (Ind. Ct. App. 2005); Lewis v. Harris, 875 A. 2d 259 (N. J. Super. Ct. App. Div. 2005); Hernandez v. Robles, 805 N. Y. S. 2d 354 (N. Y App. Div. 2005); Seymour v. Holcomb, 790 N. Y. S. 2d 858 (N. Y. Sup. Ct. 2005). しかし、同性婚を基本的権利として認める判決もある。Woo v. Lockyer, 27 Cal. Rptr. 3d 722

(Cal. Ct. App. 2005).

(72) Barnett, *supra* note 67, at 43.

(73) Barnett, *supra* note 23, at 903-904.

(74) Barnett, *supra* note 67, at 44.

(75) BARNETT, *supra* note 6, at 60.

(76) Randy Barnett, *Scrutiny land*, 106 MICH. L. REV. 1479 (2008).

(77) Barnett, *supra* note 23, at 904.

(78) この点は、民主主義のもとでの司法審査の問題と大きく関連している。中曽・前掲注(2)四九頁。

(79) このような考え方は、「切り札としての権利」と同じであるように思われる。長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会、二〇〇六年) 七七～八〇頁。

(80) BARNETT, *supra* note 6, at 267.

(81) Id. at 266. このような Barnett の見解は、通説的な権利保護を重視する司法審査観と同様である。代表的な見解として、*See* Michael Moore, *Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation*, 69 FORDHAM L. REV. (2000); Michael Moore, *Four Reflections on Law and Morality*, 48 WM. & MARY L. REV. 1523 (2006); Erwin Chemerinsky, *Different Vision of Judicial Review: In Tribute to Professor Grano*, 46 WAYNE L. REV. 1403 (2000); ERWIN CHEMERINSKY, INTERPRETING THE CONSTITUTION (1987).

(82) BARNETT, *supra* note 6, at 266. *See also* Randy Barnett, *Foreword: Unenumerated Constitutional Rights and the Rule of Law*, 14 HARV. J. L. & PUB. POLY 615, 643 (1991).

(83) *See* BARNETT, *supra* note 6, at 262.

(84) 最大判昭和四四年一二月二四日刑集二三巻一二号一六二五頁。

(85) 最大判平成七年一二月一五日刑集四九巻一〇号八四二頁。

(86) ストーカー規制法の合憲性が争われた最判平成一五年一二月一一日刑集五七巻一一号一一四七頁では、私生活上の自由への言及はないが、恋愛感情を抱くことは人間の本能にかかわる本質的なものであって、恋愛感情の権利は憲法上に権

利として十分に認められるように思われる。

(87) 例えば、刑法一八六条二項の賭博図利開帳罪が一三条に反するかどうか争われた最高裁判決（最大判昭和二五年一一月二二日刑集四巻一一号二三八〇頁）では、賭博行為の自由がそもそも一三条で保障された基本的人権かどうかを問うことなく、風俗を害し公共の福祉に反するという理由により、賭博行為の禁止の合憲性を認めている。この枠組みは後の裁判例においても踏襲されている。覚せい剤の販売・譲渡禁止が一三条に反するかどうか争われた最高裁判決（最大判昭和三一年六月一三日刑集一〇巻六号八三〇頁）、大麻取締法による大麻の栽培・譲渡・輸入・所持の禁止の合憲性が争われた最高裁判決（最判昭和六〇年九月一〇日判時一一六五号一八三頁）でも同様である。これらの判決でも、覚せい剤の販売・譲渡の自由、大麻の栽培・譲渡・輸入・所持の自由がそもそも一三条で保障された基本的人権かどうかを問うことなく、公共の福祉のために必要なものとして制約を認めている。

(88) 判例の検討については、中曽久雄「列挙されていない権利の再構成――憲法一三条における権限アプローチの展開――」阪大法学六〇巻三号（二〇一〇年）一三九～一四五頁。