The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	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
Author(s)	中曽, 久雄
Citation	阪大法学. 2007, 57(2), p. 73-101
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55206
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――

中　曽　久　雄

一　問題の所在

昭和四四年の最高裁判決において、いわゆる「肖像権」が日本国憲法一三条の保障する権利として認められて以来、わが国においては、憲法一三条の裁判規範性が論じられている。[1] ところで、憲法一三条にいう「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、アメリカ独立宣言に由来するものとされている。この独立宣言の一節は、John Locke の説く「生命、自由および財産」とも関係するとされる。すなわち、Locke の説く「財産」が独立宣言において、「幸福の追求」というより豊かな表現に変化し、それが憲法一三条に思想的な影響を与えていることは、明瞭であると言えるからである。[2] また、アメリカ合衆国憲法修正五条、一四条のデュ・プロセス条項の「生命、自由または財産」という文言に注目すれば、憲法一三条は、これらともに同じ淵源に由来すると考えることが可能である。

ところで、アメリカ合衆国憲法において、日本国憲法一三条（以下「憲法」と省略）のような包括的権利につい

て定めた規定は存在しない。アメリカの判例において、憲法上列挙されていない権利は、アメリカ合衆国憲法修正一四条（以下「修正」と省略）のデュ・プロセス条項を根拠に導き出されてきた（実体的デュ・プロセス）[3]。実体的デュ・プロセスは、経済的な自由やプライバシーと言った多様な利益を広く包括する機能を果たしてきた。したがって、その意味においては、憲法一三条と合衆国憲法のデュ・プロセス条項は同じ趣旨ということになる[4]。しかしながら、アメリカの学説において、実体的デュ・プロセスは、その内容の不明確さとそこから導き出される権利の一貫性のなさ、そして、その審査基準の不明確さゆえに、強い批判にさらされてきた。このような実体的デュ・プロセスに対する批判が強い中で、修正九条が Griswold v. Conneticut[5] においてプライバシーの権利の根拠の一つとして認められて以来、これまでその法的意味が明確でなかった修正九条が再評価されるようになった。「憲法の特定の権利を列挙したことをもって、人民の保有する他の権利を否認しまたは軽視したものと解釈することはできない」という規定の修正九条と、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」について規定する憲法一三条は、条文の規定は異なる。しかし、憲法一三条が包括的権利の存在を前提とし、その中の権利が憲法上保護に値する新しい人権として保障されるということが同条の趣旨であるならば、憲法一三条と修正九条に近似性があるといえよう[6]。

ただ、修正九条が再評価されていると言っても、修正九条の権利性、そして、いかなる権利を修正九条が保障するかについては、議論が錯綜している[7]。修正九条で問題となるのは、憲法上列挙されていない権利の保障である。修正九条の規定する「人民の保有する他の権利」は、明確性を欠き、いかなる権利をも包摂するものとも解釈できる。もし、この規定に基づき、裁判官が恣意的に権利を創出すれば、民主主義の下での司法審査という観点から重大な疑念が生じることになる。この問題は、憲法一三条の解釈にも同様にあてまる[8]。そこで、憲法一三条の解釈へ

の問題関心を背景としつつ、修正九条をめぐるアメリカにおける議論を、民主主義の下での司法審査の観点から検討することにする。

本稿では、「二」で、修正九条が再評価されるようになった背景を検討する。次に「三」で、実体的デュ・プロセス批判から修正九条論の隆盛への展開を概観していく。次に「四」で、修正九条に関する近時の学説を検討していく。次に「五」で、修正九条に権利性を認めながらも、制約する権限からアプローチする説（以下、権限アプローチ）の存立可能性を提示する。そして「六」で、最終的に修正九条の権限アプローチが、憲法一三条の解釈にいかなる示唆を与えるのか考察することにする。

二　修正九条の活性化の背景

1　実体的デュ・プロセスの展開と審査基準

アメリカの最高裁は、憲法上列挙されていない権利を、修正九条ではなく、デュ・プロセス条項を用いて保障してきた。一九三〇年までは主に経済的自由であり、一九七〇年以降はプライバシーの権利であった。[9] ここでは、簡単に実体的デュ・プロセスの展開を振り返り、その審査基準を見ていくことにする。

アメリカでは一九世紀後半から二〇世紀初頭において、合衆国最高裁判所は、社会経済立法の合理性をデュ・プロセスのもとに厳格に審査するようになった。[10] そのような裁判所の姿勢は、パン屋の労働者の最高労働時間を定めた州法の合憲性が争われたLochner v. New Yorkに象徴される。[11] 最高裁は、修正一四条のデュ・プロセスが保護する自由に、契約の自由が含まれるとして厳格審査を行い、州法は契約の自由を侵害するとし、違憲とした。しかし、このような実体的デュ・プロセス解釈には批判が集中し、一九三〇年代には、最高裁は経済的立法の領域では、

実体的デュ・プロセスを放棄したとされている。これ以降、最高裁は、経済的立法の領域では、きわめて緩やかな審査を行うようになった。[12]

ところが、経済的立法に対する緩やかな審査基準が確立した一方で、一九五〇年代から一九六〇年代においては、刑事手続上の諸権利、表現の自由、平等保護については厳格な審査が確立した。[13] このような中で、一九七〇年代以降の中絶規制の問題に先立ち下されたのが、避妊のための薬物・器具などの使用を禁止する州法の合憲性が争われた Griswold v. Connecticut である。[14] 法廷意見は、権利章典の特定の保障には、憲法の明文規定から派生する「半影（penumbras）」があり、修正一条、修正三条、修正四条、修正五条および修正九条により「プライバシーの領域（zones of privacy）」が形成され、これにより夫婦のプライバシーが保護されるとした。[15] この半影理論は、Lochner 判決の実体的デュ・プロセスに対する警戒が残る状況下での非常の手段であるといえる。しかし、この議論については、反対意見も指摘するように、プライバシーの権利について、その内容と根拠が不明確であり、プライバシーの権利が、修正一四条の規定する「自由」に吸収される一因となったと言える。[16]

そして、一九七〇年以降、実体的デュ・プロセスの審査の中心は中絶規制となる。中絶を禁止する州法の合憲性が争われた Roe v. Wade[17] は、プライバシーの権利が修正一四条の「自由」に含まれるとされた。そして、プライバシーの権利を制約する州法が厳格審査に服せしめられたのである。[18] 最高裁は、州が中絶を禁止する法律の二つの利益、すなわち、母体保護と胎児の潜在的生命の保護は認めたが、プライバシーの権利の制約を正当化するためには、政府の規制により得られる利益がやむにやまれぬものであって、しかもその制約が利益達成に必要不可欠な最小限度でなければならないとし、州法を違憲とした。[19]

この Roe 判決は、議論を呼ぶ判決となった。Roe 判決では、修正一四条のデュ・プロセス条項の「自由」の中

に、憲法上列挙されていない中絶の権利を読み込み、それを制約する法律に対して厳格審査を行った。Roe 判決は、保障された権利こそ異なるが、Lochner 判決と明らかに類似しており、Lochner 判決の実体的デュ・プロセスを復活させるものであった。しかし、Roe 判決の枠組みは一九八〇年代に入り、揺らぎ始めることになる。[20] そして、一九九〇年代に入り、Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey は、[21] 中絶規制に対する厳格審査が破棄され、「不当な負担」という緩やかな基準が適用され、州の中絶法の改正が合憲とされた。このように、実体的デュ・プロセスをめぐる判例は、一貫性を欠くものとなっている。

基本的権利以外の領域についての審査基準も、判例は一貫していない。例えば、警察官の髪型に対する規制の合憲性が争われた Kelley v. Johnson は、[22] 警察官が、一般国民よりも大きな規制を受ける地位にあるとし、警察官の髪型の規制は、不合理な規制には当たらないとし合憲とした。[23] ここで用いられた審査基準は、Williamson 判決が引き合いに出されていることからもわかるように、経済規制立法と同様の合理性の基準である。

また、ホモセクシャルのプライバシーの権利が問題となった Bowers v. Hardwick は、[24] ホモセクシャルの権利が基本的自由にあたらないとし、合理性の基準によりソドミー行為の処罰を正当とした。

これに対し、同居することのできる親族の範囲を限定した条例の合憲性が争われた Moore v. City of East Cleveland は、[25] 「結婚や家族生活に関する選択の自由」が、「わが国の歴史と伝統に深く根ざしている」[26] とし、条例を違憲とした。ここでは、審査基準については、やむにやまれぬ利益を明示的には要求せず、政府利益の重要性と規制により得られる利益を慎重に検討しなければならないとしている。[27]

また、植物状態患者の延命治療の拒否権が問題となった Cruzan v. Director Missouri Department of Health は、[28] インフォームド・コンセントに基づく延命治療の拒否権が、各州法を通じて認められる原則であるとした。そして、

意思の決定能力を有する者の延命治療の拒否権は、修正一四条の自由に含まれることを示唆した。[29] しかし、意思の決定能力を有さない者について、州は治療の拒否が患者の願いを表明するものであるということを正当な手続により確保する利益があるとし、「明白かつ確信を得る証拠」を要求する州の規制を認めた。[30] Cruzan 判決で用いられた審査基準は、やむにやまれぬ利益が明示的に要求されておらず、さらに、延命治療の拒否権をプライバイシーでなく、自由の利益と構成しており、必ずしも明確ではない。

2　実体的デュ・プロセスの問題点

Ely の実体的デュ・プロセス批判　上述したように、連邦最高裁は、デュ・プロセス条項の「自由」の中にさまざまな利益を読み込むことにより、列挙されていない権利を保障してきた。しかし、このようなかたちで、デュ・プロセス条項を用いることについては、学説から厳しく批判されている。

実体的デュ・プロセス批判の代表的論者として挙げられるのが、John Ely である。Ely によれば、実体的デュ・プロセスは、憲法的に明確に不適切であり、そして、デュ・プロセス条項を、立法その他の政府行為の実体的内容を審査する一般的命令を含んだものとして解釈することは、誤りであるという。[31] というのは、修正一四条の起草者が、デュ・プロセス条項をもっぱら手続的な問題に及ぶものとして意図したことは、あまりに明白だからであるという。[32]

修正一四条の条項を見れば、「デュ」に続く文言が「プロセス」であるという事実は、回避できない。また、「プロセス」が、一世紀前と異なる意味合いであるという証拠も存在しない。したがって、修正一四条の起草者がデュ・プロセスに特異な定義を抱いていた事を証明するためには、デュ・プロセス条項の意味合いの逸脱的な使用

以上のことが必要とされることになる。Ely は、実体的デュ・プロセスが、「緑のパステルの赤」と言ったような矛盾を含んでいるという。(33)

Ely は、たとえ、デュ・プロセス条項が、公正な手続の保障という本来のふさわしい役割に限定されたとしても、それによって、取るに足らないものとなるわけではないとする。たとえ、追求されている実体的な政策について推察する権限を欠いていたとしても、手続的要求を厳格にすることによって、その政策の実施を困難にすることが可能であるとする。(34)

Niles の批判　Ely の実体的デュ・プロセスとは異なる観点、すなわち、基本的権利の規範的位置づけという観点で、実体的デュ・プロセス批判を行うのが Mark Niles である。

Niles の実体的デュ・プロセス批判は、二つである。第一は、実体的デュ・プロセスが保障する基本的権利の性質は、本来修正九条で保障されるべき列挙されていない権利の性質とは異なること、そして、実体的デュ・プロセスが憲法上の規定の根拠を欠くということである。第二は、裁判所による実体的な価値判断は、不適切な権限の行使であり、民主主義に反するということである。(35)

そして、Niles の実体的デュ・プロセス批判において重要なのが、第一の批判点である。先に見たように、これまで、実体的デュ・プロセスの下で保障されてきた基本的権利は、規範的に決定されるものではなく、伝統に根ざしているかということにより決定されてきた。しかし、Niles によれば、基本的権利は、歴史や伝統といったことが問題となるのではなく、修正九条の下で、personal autonomy として規範的に位置づけられるべきであるという。

Niles が行うこのような基本的権利の規範的位置づけの意義は、基本的権利を収縮しようとした Ely とは異なり、

personal autonomy といういわば道徳理論を用いて、これまで実体的デュ・プロセスのもとで保障されてきた基本的権利を伝統から開放し、基本的権利の保障を拡大しようとすることにある。(36)

三　修正九条をめぐる議論

1　権利性をめぐる議論

先に見た実体的デュ・プロセス批判は、以下の三点にまとめることができる。すなわち、第一に、デュ・プロセス条項は、制定史的に見て手続規定であって、デュ・プロセス条項に実体的な要素を読み込む実体的デュ・プロセスという概念がデュ・プロセス条項と矛盾している。第二に、デュ・プロセス条項の内容が不明確であって、デュ・プロセス条項を憲法上列挙されていない権利の根拠規定とすると、裁判官の恣意的な判断を招き、民主主義に反する。第三に、実体的デュ・プロセスにいう基本的権利の憲法上の規定の根拠がなく、権利の性質も政府に保護を求めるような権利であり、本来問題となるべき政府の権限との対峙ということが無視されている。

そこで、以上のような実体的デュ・プロセスの難点が批判されている中で、実体的デュ・プロセスに換えて修正九条が列挙されていない権利の源泉になる、という考えが有力になっている。このような状況を、単なる「インクのしみ」あるいは「憲法の道化師」として評されてきた修正九条が、一変して、「シンデレラのようにひのき舞台にたとうとしている」と評する向きさえある。(37) 以下では、修正九条の権利性をめぐる諸議論を概観し、修正九条の解釈における問題点を考察することにしたい。

2　伝統的理解

修正九条は、長らく権利を保障した規定ではないとされてきた。学説において有力であった説の一つが、修正九条は、最初の八つの修正条項で保障された権利の「解釈準則」にすぎないというものである。[38] そして、今一つの説が、制定史を重視するオリジナリズム説である。とりわけ、オリジナリズム説は、修正九条に関する伝統的理解であった。

オリジナリズム説は、修正九条に規定されている「権利」と修正一〇条に規定されている「権限」は、相互に補完的であり、あたかもそれはコインの裏表の関係であると考えていたというものである。[39]

このようなオリジナリズムの理解は、判例においても確認されている。例えば、公務員の政治活動を規制するハッチ法の合憲性が争われた United Public Workers v. Mitchell[40] において、「連邦の権限の行使が修正九条と修正一〇条に留保された権利を侵害するという反論がなされたとき、審査は、連邦の行為の根拠となった付与された権限に対して向けられなければならない。もし、委任された権限が見つけられたならば、修正九条と修正一〇条により留保された権利の侵害という主張は必然的に失敗する」[41] とされている。

しかし、最近の学説は、オリジナリズムを批判するものが多い。まず修正九条には、修正一〇条と同様の役割を果たすことが期待されたかもしれないが、しかし、それが修正九条のすべてとするなら、修正九条は余分ということになるからである。[42]

とりわけ、伝統的理解において問題となるのは、列挙されていない権利と（連邦）政府に明文で委任されない権限の間の関係である。この点について、権利章典に関する議論は、相互に補完的ではなく、権利が権限を「切り札で負かす」ということで特徴づけられていた。[43] したがって、確かに、権利と権限は類似し、重なってもいるが、権

利と権限は別個の問題として理解されなければならない。[44] しかし修正九条が政府の権限を制限するということは、修正九条の解釈の上で重要な視座となる。

3　具体的権利説

修正九条の権利性の議論のきっかけとなったのが Griswold 判決である。法廷意見は、「修正第九条の文言と歴史は、憲法の制定者達が最初の八の修正条項において特別に規定されている基本的権利と並んで、政府の侵害から保護されている、別個の基本的権利があることを信じていたことを明らかにする」[45] とする。しかし、「修正九条は修正一四条により州に対して適用されるものではない。また、修正九条を州あるいは連邦による侵害から保護される権利の独立した源泉として認めるつもりではない。そうではなく、修正第九条は、単に、修正五条、及び、一四条により保護された自由は、最初の八の修正において特別に規定された権利に限定されるのではないという見解を強く支持しているのである」[46] としている。このように Griswold 判決は、一見すれば解釈準則説を維持しながらも、修正九条は基本的権利に対する政府の侵害に対して制限する力になりうる、という新しい解釈を提示した。以下概観する具体的権利説にいう具体性とは、修正九条が保障するとする権利は、列挙されている権利と同等の地位であり、裁判規範性を有するということである。

Griswold 判決以降、実体的デュ・プロセスを批判し、列挙されていない権利の源泉を修正九条に求めたのは、Ely である。Ely は、修正九条は憲法に明示的に列挙されている権利以外にも、憲法上の権利が存在することを示しているという。[47] そして、修正九条は、列挙されていない権利の保障規定となるという。ただ、Ely は、無条件に列挙されている権利を認めるものではなく、政治参加に不可欠な権利だけが列挙されていない権利として、修正九

条のもとで保障されるという。すなわち、Ely は、修正九条のような open-end 条項を「代表補強アプローチ」により充足しようとしたのである。[48]

Charles Black は、修正九条が、憲法には列挙されていない具体的な権利が存在する事を示しているという。[49] そして、構成とアナロジーの関連において、いかなる権利であろうとも、およそ権利侵害が生じたならば、それは、修正九条の規定する「人民に保有された他の権利」の侵害になるという。[50] このように、Black は、列挙された権利でカバーできない権利侵害を、修正九条でカバーしようとした。[51] そして、Black は、さらに進めて、修正九条の射程を、福祉の権利にまで拡張しようとする。[52]

これに対して、Jordon Paust は、具体的権利は認めながらも修正九条で保障される権利は、基本的権利、あるいは、自然権であるとする。そして、修正九条は、このような権利を「人民に保持された権利」という一般的文言により、保障しているという。[53] また、Ringold は、憲法が、人間の自由や権利の発展の必要性を承認するために、動態的であるとする。そして、修正九条は、そのような憲法の動態性に合致すべく、列挙されていない権利（自然権）を包括しており、その源泉になるという。[54]

4　抽象的権利説

このような具体的権利説に対して、Randy Barnnet は、抽象的権利説を主張する。先にふれた具体的権利説は、すでに存在する権利として位置づけられるのに対して、ここでいう抽象的権利は、すでに存在する権利としてではなく、立法府によって創出される権利である。Barnnet は、オリジナリズムの方法論を批判しながら、修正九条が、憲法上列挙されていない権利を保障することは認める。[55] しかし、修正九条の役割は、連邦議会に列挙された権利以

外の権利を保護する権限を与えることを拒否するものであって、他に規定されていない連邦憲法上の権利についての規定ではないというものである。したがって、列挙されていない権利の創出については州の立法府に委ねられるというものである。[56]

5　具体的権利説の新たな展開

以上見てきた対立は、修正九条が保障する権利について、すでに、具体的なものか、あるいはまた、立法府によって、具体化されるものかという対立であった。しかし、最近では、具体的権利説からさらに発展し、いかに修正九条が保障する実体的権利を承認するかというプロセスに力点を置く説が現れている。Christopher Schmidt は、起草者の意図に沿いつつ修正九条が具体的権利を保障していることを認めている。

Schmidt は、修正九条を率直に理解すれば、憲法上列挙されていない権利を国民に与えており、もし、立法府や行政府が、列挙されていない権利を侵害するならば、裁判所は、そのような行為を、憲法に反するものとして判断する義務を有するとする。[57] そして、修正九条の主眼は、列挙されていない権利の「承認」であるという。[58] つまり、憲法上列挙されていない権利の「承認」は、必ずしも裁判官が権利を「創出」することではないという。[59] というのは、修正九条の保障する列挙されていない権利が、元来国民が有していた自然法に合致するかどうかを判断するのであって、裁判官が主観的に権利を創出するということとは、異なるからである。

そして、Schmidt は、列挙されていない権利の承認について、修正九条の規定に即した形で、行わなければならないとする。そこで、列挙されていない権利の承認は、三段階のプロセスで判断する。[60] まず、第一段階では、主張されている権利が、他の規定との結びつきがあるか否かを決定する。もし、他の規定との結びつきがあるなら、そ

の規定を適用すればよく、修正九条を援用する必要はない。そして、主張されている権利と他の規定と結びつきを持たなければ第二段階に移行する。[61] 第二段階では、裁判所は、主張された権利が修正九条の保障する権利に値するものであるか否かを決定するが、そこで最終的に重要となるのが、自然法と合致するかというものである。[62]

そして、第三段階において、第二段階で認められた権利は、基本的な権利であり、列挙されている権利と同等の地位であるということが認められるのである。それゆえ、列挙されている権利と同等の保障を及ぼすべく、厳格審査が適用される。[63]

Schmidt は、憲法上列挙された権利の承認においては、自然法への依拠を強調する。ただ、Schmidt の自然法への依拠は、修正九条が直接自然法を保障していると理解するものではなく、自然法は憲法の基礎を成しているというものである。

6　裁判官の恣意性の問題

このように修正九条に権利を認める場合でも、保障される権利の内容については、論者により様々である。その原因は、修正九条が保障する権利について、それがいかなる権利で、いかにして保障するかに何ら規定されていないことに起因するように思われる。これは、結局のところ修正九条の規定の不明確さゆえに裁判官の恣意が入りやすいという危険性を示しているように思われる。そこで、本稿では権利性をめぐる諸議論を参考にしながら、Ely が主張するように、修正九条は何らかの権利を保障にしていることは前提にしつつも、修正九条の解釈について民主主義の下での司法審査という問題意識を一番掘り下げている Niles の修正九条を権限アプローチする説を以降検討する。

四　実体的権利説から personal autonomy 論へ

1　Personal autonomy 論

先に見たように修正九条の議論は、極めて錯綜している。その主たる原因は、修正九条がどのような権利を保障しているかについては規定していないからである。したがって、必然的に様々な権利を導き出すことが可能なのである。

確かに「人民の保有する他の権利」からは、あらゆる権利を導くことが可能である。そうであるからこそ、権利を導く際に、権利を性質づける何らかの枠組みが、必要である。というのは、何らの枠組みもなしに裁判官が自由に様々な権利を導くことは、民主主義の下での司法審査に反するからである。

そこで、そのような枠組みを追求している試みとして、修正九条の保障する権利を起草者の意図、そして、その背後にある Locke の市民社会（civil society）論にまで遡り、修正九条を personal autonomy の保障と性質づける Mark Niles の説を取り上げ、以下それを概観していくことにする。Niles は、実体的デュ・プロセス批判から出発し、これまで実体的デュ・プロセスが担っていた基本的権利の領域を修正九条でカバーしようとする。[64]

そして、personal autonomy を制約する政府の権限の正当性を二段階で審査し、その合憲性を判断する枠組みを提示する。[65]

2　Personal autonomy と市民社会

Niles によって修正九条が保障するとされている personal autonomy について見ていくことにする。Niles によ

れば、James Madison は、「人民に保有された他の権利」を、市民社会において享受される個人の自然的自由とそのような自由を制限する政府の権限に対する歯止めであるとする。その背景には、正当な政府の観念と市民社会における自然的自由のコンフリクトという、Locke 的な市民社会論の考えが存在する。そして、市民社会における自然的自由こそ、personal autonomy であるとする。(66)

Niles によれば、personal autonomy とは、他者や社会に harm を与えることなく、私的な領域の事柄を決定する権利である。基本的に、personal autonomy に対しては、政府の制約が許されない。そして、このような考えから政府の正当な権限が枠付けられるのである。(67)

3　Personal autonomy と公的領域と私的領域の区別

Niles によれば、政府の正当な権限は、私的領域と公的領域との区別を前提としている。公的領域とは、社会や他者に関連し harm が生じる領域である。そして、harm を制約することが政府の正当な権限となる。この場合の harm は、主として、身体や財産に対する物理的な harm と反道徳的な行為による社会全体に対する harm である。これに対して、私的領域は、公的領域以外の領域で積極的には定義することはできない。あえて言えば、私的領域では他者や社会への関連はなく、harm が生じない領域である。したがって、私的領域の制約に対しては、公共の利益が存在しない限り、政府の制約は許されないとする。(68) Niles は、personal autonomy に対する制約が正当であるか否かを決定するために、二段階で政府の権限を審査する。

4　Personal autonomy の二段階審査

以下では、Niles が展開する personal autonomy に対する制約の二段階審査を見ていくことにする。

第一段階　第一段階では、政府により制約される行為が公的な領域への制約か、あるいは、私的な領域への制約かを判断する。そして、私的な領域への制約と判断された場合には、第二段階に移行する。[69] 第一段階では、原告が、政府の制約についてそれが私的な行為への制約であることを証明しなければならない。

第一段階で問題となるのは、公的な領域と私的な領域の区別である。この点で参考となるのが、Stanley v. Georgia[70] である。最高裁は、自宅でのわいせつ物の所有を処罰することは修正一条に反するとした。

この Stanley 事件におけるプライバシーの権利に対する二つの局面は、正当な政府の権限に関して重要となる二つの視座を提供するという。[71] 一つは、裁判所は、公的な領域と私的な領域を区別できるということである。すなわち、裁判所は、単なるわいせつ物の所有は、私的な領域での事柄であると認識しているという。二つ目は、いかにして公的なものと私的なものを合理的に区別するかということに対する基本的な標識を提供したことである。[72] このように、第一段階の審査では、政府の制約する領域が公的な領域か私的な領域かを決定する。

第二段階　第二段階では、私的領域に対する政府の制約の正当性が証明されなければならない。[73] Niles は、第二段階においては厳格審査を求める。すなわち、やむにやまれぬ制約の目的の存在と、それに合理的に関連する手段を証明しなければならない。[74] そして、政府が制約の正当性を証明できなければ、当該制約は憲法上許されないことになる。[75]

5　Personal autonomy 論の意義――Lochner 判決、Hardwic 判決の再検討

Lochner 判決　では、Niles の personal autonomy 論で、これまでの実体的デュ・プロセスに関する判決は、いかに読み返されるのであろうか。以下、実体的デュ・プロセスに関する代表的な判例として、Lochner 判決と Hardwick 判決について、Niles の説くところを検討することにする。

先にふれた Lochner 判決[76]では、州の規制が、適切な州の規制権限の行使か、あるいは、不適切な個人の権利への制約かということが問題となった[77]。

修正九条の personal autonomy 論のもとで問題となるのは、同様に適切な州の規制権限（police power）の行使か、あるいは、不適切な権利の制約かということである[78]。先に見た修正九条の審査の第一段階では、契約は、当事者間の合意であり、私的事項の行為として判断される。したがって、第二段階に移行する[79]。第二段階では、私的な行為を制約する政府は、制約の正当性の証明が求められる。雇用関係は、契約という観点から見れば私的領域の行為である。しかし、雇用関係は、雇用主の被用者に対する搾取を生じさせる危険性がある。また、パン屋が公衆の健康保持に関わる企業である以上、政府の規制に服するということは当然のことであり、まったく、政府からの制約に自由になるわけではないとする[80]。したがって、公衆の健康保持に関わる企業が被用者との間で締結する契約を、公衆の健康保持と被用者に対する搾取の防止という公共の目的のために制約することは、政府の正当な権限であると結論づける[81]。以上の点からすれば、Lochner 判決において問題となった州の最高労働時間規制は、修正九条のもとでは十分に正当化できるという。

Hardwick 判決　次は、Hardwick 判決[82]である。Personal autonomy 論からみた Hardwick 判決の争点は、州により禁止されたソドミー行為が、他者に harm を加えることのない、私的な行為であるか否かである[83]。第一段階

では、ソドミー行為は私的住居の中で、同意した成人の間で行われる行為なので、私的行為として判断される。よって、第二段階に移行する。[84] 第二段階では、政府は、制約の正当性の証明、すなわち、公共の利益の証明が求められる。[85]

Niles によれば、Hardwick 判決の場合、州のソドミー行為の禁止を正当化できるほどの公共の利益の存在は見出し難いという。というのは、Hardwick 判決において争点となった州が禁止するソドミー行為は、社会と関わらない個人の住居で行われる同意の上でのソドミー行為であり、そのような行為を制限することは、政府の道徳的な制約であるとし、正当な権限ではないとする。したがって、修正九条のもとでは、そのような制約は許されないとする。[86]

五　修正九条の権限アプローチ

1　権限アプローチとは

これまで検討してきた Niles の personal autonomy を権限アプローチとして理解し、それをもとにして、その問題点を克服する形での権限アプローチの発展を追及するために、それをより詳細に検討することにする。権限アプローチは、以下の事柄により構成される。私的領域と公的領域の区別、私的領域において成立する personal autonomy の性質、personal autonomy を制約する公共の利益、そして、その審査基準である。

公的領域と私的領域　まず、公的領域と私的領域の区別について検討していくことにする。権限アプローチは、公的な領域と私的な領域の区別の上に成立している。[87]

このような公的領域と私的領域の区別の淵源には、社会契約論が存在する。社会契約の最初の局面で、国家が創

出されるが、そのときの国家の役割は自然状態における万人の万人による闘争（権利侵害）の防止である。そして社会契約成立以後、初めて国家の正当な権限を越えた制約を防止するために、公私の領域の区分論が問題となる。[88]

私的領域における personal autonomy　次に、私的領域において、Niles は、政府の権限とコンフリクトする personal autonomy が保障されるとした。この personal autonomy の内容は、実体的に確定されるものではなく、政府の権限の機先を制するものとして、政府の権限からアプローチしその内容が確定される。具体的には、いかなる政府の制約が personal autonomy に対する侵害となるのかということを基準にして、政府の権限の限界を確定し、その向こう側に政府の制約からの自由の領域を設定するものである。つまり、政府の制約から消極的な形で、personal autonomy にアプローチするのである。[89] したがって、personal autonomy は、恣意的な政府の制約（公共の利益に基づかない制約）からの自由を要求する権利として定式化できる。この権限アプローチと類似した手法は、判例にも見られる。[90]

権限アプローチにおける公共の利益の証明　上記で検討した personal autonomy は、まったく無制約ではない。公共の利益の存在が証明されたならば、制約は可能である。問題は、政府が証明しなければならない公共の利益（public interest）である。この点、Niles は、公共の利益について、具体的には何であるかは語らない。ただ、Niles は、Lochner 判決で見たように、雇用主の被用者に対する搾取の防止を公共の利益であると積極的にアプローチする一方で、Hardwick 判決におけるソドミー行為の禁止のように、道徳的な制限を課すことは、公共の利益ではないと消極的にアプローチしている。

権限アプローチの審査基準　では、具体的に私的領域における政府の正当な権限を、いかなる審査基準で決定するのか。審査基準について、先に触れたように、Niles は、私的領域に対する政府の制約の正当性が証明されな

ければならないとし、厳格審査を求める。つまり、政府の本来の正当な権限は、harm の防止に限定されている。しかし、私的領域においては、政府は、そのような正当な権限を超えて介入することになる。したがって、その審査は厳格なものでなければならないのである。

また、先に見たように Niles は、基本的権利を拡大しようとする点においても、personal autonomy の制約に厳格審査を及ぼそうとする。

2　権限アプローチの構図

権限アプローチと実体的デュ・プロセス　修正九条、実体的デュ・プロセスは、いずれも憲法上列挙されていない権利に関わるものである。それでは、実体的デュ・プロセスと権限アプローチでは、いかなる差異があるのか。この点を民主主義の下での司法審査の観点から検討していくことにする。

先に見たように、実体的デュ・プロセスで保障される「基本的権利」は、何をもって基本的とするかについての客観的基準はなかった。ただ、判例は、何が基本的権利であるかを決定する際に、伝統に依拠してきた。しかし、伝統という概念自体が不明確であり、社会には対立する様々な伝統が存在する。したがって、いかなる主義の伝統を援用することも、また、伝統に場所と時間に応じて操作を加えることも可能である。さらに、誰の伝統を考慮するかも不明確であり、一義的に伝統が存在するとは言い難い。

また、憲法的な価値の源泉としての伝統への依拠は、伝統の後ろ向きな性格、すなわち、過去の世代の価値により現代を支配することを意味するので、非民主的であるといえる。[91] 結局のところ、何をもって「基本的」とするかについては、表向きは「伝統」に依拠しつつも、実際は裁判官の主観的な価値判断ではないかということになる。[92]

さらに、伝統に依拠する実体的デュ・プロセスの性格は権利保障というよりも伝統それ自体を継続することにあるといえる。

しかし、これに対して権限アプローチでは、実体的デュ・プロセスのように裁判官の主観的価値判断に基づく権利を創出するものではない。個別の政府の制約の正当性を審査するものであるから、裁判官による基本的権利の恣意的創出という批判は、生じないように思われる。

では、権限アプローチでは実体的デュ・プロセスで厳格審査が認められてきた基本的権利をいかに捉え直すのであろうか。それは、実体的デュ・プロセスが保障してきた基本的権利についても個人に権利を保障するというものではなく、むしろ、恣意的理由に基づいて政府が行動することを禁止するものと考えるべきである。[93] もちろん、基本的権利以外の権利も同様に考えられる。このように、権限アプローチにおいては、実体的デュ・プロセスのような価値区分は存在しないのである。

制限政府　権限アプローチにおいては、政府の正当な権限が問題となる。政府の権限について語ることは、制限政府（limited government）の考えに基づくものである。すなわち、制限政府における政府は主権者たる国民により、一定の権限を付与され、一定の領域でのみ行動でき、それ以外の領域では行動できない。[94] 権限アプローチは、憲法上列挙されていない権利を政府の権限（制約）からアプローチし、正当な政府の権威に限界を設定し、その向こう側に自由の領域を設定する。このような権限アプローチは、政府の制約のおよばない自由の領域を確保しようとした制限政府の考えと接合するものである。

制限政府、市民社会の考えからすれば、従来の Ely を始めとするプロセス法学の自己決定権に関する議論は、以下のように批判がなされる。Ely は、Roe 判決で認められた妊娠中絶のプライバシーの権利は、憲法の規定ある

いは制定者の意図からも、そしてさらには、政治参加とも無関係であるためにCarolen Products判決からも正当化できず、プライバシーの権利に関するものではなく、正当ではないとする。しかし、これに対して、先にふれたGriswold判決は、避妊具の「使用」の禁止は、政治参加とは無関係であるが、憲法の規定あるいは制定者の意図により認められるプライバシーの権利として正当化されるという。(95)

はたして、自己決定権についてこのような区別ができるのであろうか。先に見たように、自己決定権の意義は、政府の制約を排除するものであり、このような区別は、もともと存在しないはずである。したがって、Elyのように自己決定権にこのような区別を設けてしまうと、そのような区別は結局のところ明確な根拠がなく、権利の制約を許すことになるのではないだろうか。

3　権限アプローチの若干の考察

公的領域と私的領域の区別とpersonal autonomy　権限アプローチにおいて問題なのが、Nilesのような公的領域と私的領域の区別自体が可能かということである。

Nilesのような公的領域と私的領域の区別を支持することは別としても、少なくとも、一定の私的事項の保障は、政治参加に不可欠な自律領域の保障と考えることができるのではないだろうか。つまり、政治参加に不可欠な自律的な領域を保障することにより、多様な主張を持つ人々の政治参加が保障される、と立論とすることが可能であるように思われる。

このような自律領域の保障は、権限アプローチにおいて問題となる公共の利益の問題と関連する。Nilesは、公共の利益の具体的な中身について、雇用主の被用者に対する搾取の防止と積極的にアプローチする一方で、Hard-

wick 判決におけるソドミー行為の禁止のように、道徳的な制限を課すことは、公共の利益ではないと消極的にアプローチしている。このように、Niles が行う公共の利益の考慮について、唐突の感がいなめない。公共の利益は、元来多様なものであり、公共の利益が何であるかは、結局、多様な主義主張を持つ人々が参加する政治過程を通じて、決定されるべきものなのではなかろうか。そして、そこでの裁判官の役割は、そのような政治過程へのアクセスが、常に開かれているように、保障することではなかろうか。[96]

このような考えと類似するものとして、先に見た Ely の列挙されていない権利についての考えが挙げられる。先に見た Ely の自己決定権に関する区別は、権利の価値的区別を排除する権限アプローチからは、支持されないが、列挙されていない権利それ自体に関する考えは支持され得よう。Ely は、列挙されていない権利の根拠を修正九条に求め、そして、列挙されていない権利の保障の意義を政治プロセスへのアクセスの保障であるとしている。つまり、Ely は、「参加」に不可欠な限りにおいて、憲法上列挙されていない権利が保障されるというのである。[97]

審査基準　次に権限アプローチの審査基準である。権限アプローチの審査基準には二つの問題がある。一つは、審査の拡大による民主主義とのコンフリクトの問題で、今一つは厳格審査による民主主義とのコンフリクトの問題である。この二つの問題をいかに考えるべきであろうか。

権限アプローチにおける裁判官の役割は、先にもふれたように、何が公共の利益であるかを積極的に問うのではなく、公共の利益を決定する議論の場へのアクセスの不合理な障害を排除するという消極的な役割に限られよう。したがって、権限アプローチにおいて、司法審査の機会が増大したとしても、裁判官が「すべての法律の査問官」[98]になってしまうわけではないと思われる。

次に厳格審査と民主主義とのコンフリクトの問題に対しては、一応、以下のように考えられよう。民主主義の下

での司法審査の観点から、基本的権利という列挙されていない権利を、personal autonomy という道徳理論を用いて、列挙されている権利と同様に厳格審査を適用するのは問題である。したがって、審査は、厳格審査とは異なる、より緩やかな基準で行われるべきではないだろうか。

六　むすびにかえて

これまで検討してきた修正九条の権限アプローチは、その難点にもかかわらず、憲法一三条への解釈を展開する上でも新しい視座を提供するように思われる。先に見たように、憲法一三条の「幸福追求権」という抽象的な概念をいかに解釈するかという問題は、修正九条の「人民の保有する他の権利」をいかに解釈するかということと同じ構造を有している。そこで、憲法一三条に、本稿で検討された諸難点を克服した権限アプローチを適用することにより、民主主義の下での司法審査の観点から疑義が生じない解釈を追求していくことも可能であるように思われるのである。(99)

(1)　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』三九頁（有斐閣、一九九四年）。
(2)　種谷春洋『アメリカ人権宣言史論』二四〇頁以下（有斐閣、一九七一年）。
(3)　松井茂記「実体的デュ・プロセス理論の再検討」阪大法学一四一・一四二号二九七頁（一九八七年）。
(4)　藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、一九九八年）二七九頁。
(5)　381 U. S. 479 (1965).
(6)　芦部・前掲注(1)四〇頁。
(7)　奥平康弘「『無名の権利』の保障――C・L・ブラックの合衆国憲法修正九条論によせて――」同『憲法裁判の可能

性』二七七頁（岩波書店、一九九五年）。

(8) 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頁、四四頁（一九九五年）、松井茂記『日本国憲法第二版』三二九頁（有斐閣、二〇〇二年）。

(9) 藤井・前掲注(4)二七九、二八一頁。

(10) 松井・前掲注(3)三〇六頁。

(11) 198 U. S. 45 (1905).

(12) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U. S. 379 (1937); Williamson v. Lee Optical Co. of Oklahoma, 348 U. S. 483 (1955).

(13) 松井・前掲注(3)三〇八頁。

(14) 381 U. S. 479 (1965).

(15) *Id.* at 484-486.

(16) 藤井・前掲注(4)二八二頁。

(17) 410 U. S. 113 (1973).

(18) *Id.* at 153-156.

(19) *Id.* at 155-156.

(20) Webster v. Reproductive Health Service, 429 U. S. 490 (1989).

(21) 505 U. S. 833 (1992).

(22) 425 U. S. 238 (1976).

(23) *Id.* at 247-250.

(24) 478 U. S. 186 (1986).

(25) 431 U. S. 494 (1977).

(26) *Id.* at 503-504.

(27) *Id.* at 499.

(28) 497 U. S. 261 (1990).

(29) *Id.* at 278.

(30) *Id.* at 280.

(31) JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST : A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 14–15 (1980). ジョン・H・イリィ〈佐藤幸治＝松井茂記訳〉『民主主義と司法審査』一九～二〇頁（成文堂、一九九〇年）。

(32) *Id.* at 15（邦訳一〇頁）.

(33) *Id.* at 16（邦訳一一頁）.

(34) *Id.* at 20（邦訳一六頁）.

(35) Mark Niles, *Ninth Amendment Adjudication : An Alternatie to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights*, 48 UCLA. L. REV. 85, 135–136 (2000).

(36) *Id.* at 136–143.

(37) Sanford Levinson, *Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment*, 64 CHI.-KENT L. REV. 131, 134 (1988).

(38) 芦部・前掲注(1)五〇～五一頁。

(39) Raoul Berger, *Ninth Amendment*, 66 CORNELL L. REV. 1, 2–3 (1980).

(40) 330 U. S. 75 (1947).

(41) *Id.* at 95–96.

(42) ELY, *supra* note 31, at 34–35（邦訳四四頁）.

(43) *Id.*（邦訳四四頁）.

(44) *Id.* at 36（邦訳四六頁）.

(45) *Griswold*, 381 U. S. at 488.

(46) *Id.* at 491.

(47) ELY, *supra* note 31, at 38（邦訳四八頁）.

(48) *Id.* at 38–41（邦訳四八～五一）.

(49) CHARLES L BLACK, DECISION ACCORDING TO LAW 46 (1981). Black の修正9条の理解は、奥平・前掲注(7)一二七頁以下。

(50) *Id.* at 48.

(51) *Id.* at 51.

(52) Charles L. Black, *Further Reflections on the Constitutional Justice of Livelihood*, 86 COLUM. L. REV. 1103 (1986).

(53) Jordon J. Paust, *Human Rights and the Ninth Amendment : a New Form of Guarantee*, 60 CORNELL. L. REV. 231, 254–255 (1974).

(54) A. F. Ringold, *History of the Enactment of the Ninth Amendment and Its Recent Development*, 8 TULSA L.J. (1972).

(55) Randy E. Barnet, *Reconceiving the Ninth Amendment*, 74 CORNELL L. REV. 139 (1988).

(56) *Id.* at 39–41.

(57) Christopher Schmidt, *Revitalizing the Quiet Ninth Amendment : Determining Unenumerated Rights and Eliminating Substantive Due Process*, 32 U. BALT. L. REV. 196 (2002).

(58) *Id.* at 196.

(59) *Id.* at 198.

(60) *Id.* at 215.

(61) *Id.* at 215–216.

(62) *Id.* at 217–218.

(63) *Id.* at 219–220.

(64) Niles, *supra* note 35, at 91–92.

(65) *Id.* at 107.

(66) *Id.* at 108–112.

(67) *Id.* at 122.

(68) *Id.* at 132.

(69) *Id.* at 127.
(70) 394 U. S. 557 (1969).
(71) Niles, *supra* note 35, at 132.
(72) *Id.*
(73) *Id.* at 132-133.
(74) *Id.* at 133.
(75) *Id.* at 134.
(76) 198 U. S. 45 (1905).
(77) *Id.* at 56.
(78) Niles, *supra* note 35, at 145.
(79) *Id.* at 147.
(80) *Id.* at 149.
(81) *Id.* at 149-150.
(82) 478 U. S. 186 (1986).
(83) Niles, *supra* note 35, at 152.
(84) *Id.* at 153.
(85) *Id.* at 153-154.
(86) *Id.* at 155.
(87) *Id.* at 122.
(88) 阪口正二郎「リベラリズムと討議民主制」公法研究六五号一二〇頁（二〇〇三年）。
(89) 権限アプローチは、ドイツにおける一般的行為自由の議論が参考となる。ドイツにおける一般的行為自由の議論については、松本和彦「10 基本的人権の『保護領域』」小山剛・駒村圭吾編『論点探求　憲法』九四～一〇四頁（弘文堂、二〇〇五年）、櫻井智章「基本権論の思考構造（一）」法学論叢一五五巻三号一〇九頁以下、一〇九～一二六頁（二〇〇四

年)、丸山敦裕「包括的基本権条項から導かれる権利の射程――一般的行為自由の保障とその外縁――」阪大法学四八巻六号一六三頁以下、一六五～一六七頁(一九九九年)。

(90) Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972).

(91) ELY, *supra* note 31, at 102-103(邦訳一六一～一六二頁).

(92) *Id.* at 60-63(邦訳九一～九四頁).

(93) 長谷部恭男『憲法　第三版』一二〇～一二二、一五四～一五五頁(新世社、二〇〇四年)。

(94) 制限政府の起草者の意図を明示したのは、修正一〇条である。制限政府については、M・L・ベネディクト〈常本照樹訳〉『アメリカ憲法史』二七～四〇頁(北海道大学図書刊行会、二〇〇〇年)。

(95) John. Ely, *Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L.J. 920 (1973).

(96) ELY, *supra* note 31, at 136(邦訳一三六頁).

(97) 松井茂記『二重の基準論』一六三～一六四頁(有斐閣、一九九四年)。

(98) 松井・前掲注(8)阪大法学四五巻五号四四頁～五四頁。

(99) 長谷部・前掲注(93)一五四～一五六頁。長谷部教授の一三条の解釈は、修正九条の権限アプローチに示唆的である。長谷部教授は、憲法一三後段の保障は一般的自由を保障し、その意義は、国家権力が公共の福祉と適合する範囲内に抑えることにあるという。また、一三条前段の保障する「切り札の人権」についても権利の内容ではなく、政府の権限を問題としている。