

# 列挙されていない権利の保障の意義

中 曾 久 雄

# 列挙されていない権利の保障の意義

中 曾 久 雄

## 1 問題の所在

憲法上列挙されていない権利の保障の問題について、従来の学説（人格的自律権説、一般的自由権説、プロセス的権利説）は、どのような権利が憲法13条のもとで憲法上の権利として保護に値するののかという、いわば13条の保障範囲を対立軸として展開されてきた。しかし、後にもるように、近時、従来の学説における対立軸、すなわち、保障範囲の広狭の問題が相対化しつつある。そこで、列挙されていない権利を保障範囲の観点ではなく、端的に国家行為の合憲性の観点から再構成を試みる見解が有力に主張されている。後に検討するように、従来の見解が列挙されていない権利を積極的に基礎づけようとしていたのに対して、これらの見解は積極的基礎づけを行わず、国家機関の介入・制限を通じて列挙されていない権利を消極的に確定しようとする消極的アプローチとして位置付けられる。本稿ではこの消極的アプローチに着目して、消極的アプローチの観点から、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<sup>1)</sup>。

本稿の構成は以下の通りである。2では、保障範囲をめぐる主要な学説（人格的自律権説・一般的自由権説・プロセス的権利説）を概観し、その意義を検討する。3では、列挙されていない権利の再構成を試みるいくつかの学説（違憲の強制あるいは違憲の侵害からの自由・切り札としての人権）を概観する。4では、国家行為の合憲性に焦点を当てる見解を消極的アプローチとして位置

付け、消極的アプローチの観点から列挙されていない権利の捉え方、および、その保障の意義を考察する。そして、5では、これまでの検討をふまえて、列挙されていない権利の保障が何を意味するのかについて、考察を加える。

## 2 保障範囲を巡る学説の対立

従来、学説は、13条のもとで保障される列挙されていない権利の保障範囲、つまり、保障範囲の広狭をめぐる対立していた。まずは、13条の保障範囲をめぐる主要な学説を概観する。

### 2-1 人格的自律権説

列挙されていない権利の保障範囲をめぐるには、保障範囲を限定する人格的自律権説が通説的地位を占めているとされている<sup>2)</sup>。人格的自律という概念は、列挙されていない権利をいかに限定するかという問題、つまり、幸福追求権が曖昧な規定であるために、安易に多くの利益を人権と認めてしまうと人権の基本的観念と背馳してしまうという問題に応じる具体的基準として機能する<sup>3)</sup>。

しかし、人格的自律という概念はそれだけにとどまらず、佐藤幸治博士の説に見られるように、人権の基礎づけ論と大きく関連している。佐藤説においては、人権の基礎づけ論と列挙されていない権利の承認の要件が連続した関係と

---

1) 本稿は、憲理研叢書21号『変動する社会と憲法』に提出予定の「列挙されていない権利の保障は何を意味するのか」を基にして、紙数の関係上論じることのできなかつた部分を加筆し、再度列挙されていない権利の保障の問題を検討するものである。

筆者は、憲法上列挙されていない権利の保障の問題について、アメリカの議論を紹介してきた。中曾久雄「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57巻2号(2007年)73頁、同「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(presumption of liberty)とその意義」阪大法学61巻3・4号(2011年)257頁。

2) 君塚正臣「幸福追求権—延長上に家族と平等を一部考える—」横浜国際経済法学19巻2号(2010年)127頁。

3) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法[第五版]』(岩波書店, 2011年)82頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ』(有斐閣, 1994年)340頁。

なっているのである。佐藤博士は、「人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利であると解される。かかる権利は、道徳理論上各人に生まれながらにそなわる権利であり、その意味において、普遍的な道徳的権利である」という<sup>4)</sup>。そして、憲法は、13条を通じて人格的自律権の導入を図っているとする<sup>5)</sup>。佐藤博士によれば、13条は、憲法の保障する個々の人権を根底的に支え、そして、統合する基幹的な人格的自律権を保障しており、そこからは、個別の人権が派生していくとともに、個別の人権以外にも人格的自律にとって不可欠な権利が補充的に保障されていくことになる<sup>6)</sup>。その意味で、基幹的な人格的自律権は、「各種人権を生み出す母体のごときのものであり、憲法制定時に、それまでの人類の歴史・経験に照らして人格的自律にとって不可欠ないし重要と思われた各種人権が憲法各条に明記されたが、憲法のその後の展開の過程でなお人格的自律性にとって不可欠ないし重要と思われる人権を生成」<sup>7)</sup>するものなのである。

そして、佐藤博士によれば、13条のもとで補充的保障対象となるものについて、①「人格価値そのものにまつわる権利」(例、名誉権、プライバシーの権利、環境権〔人格権〕)、②「人格的自律権(自己決定権)」、③「適正な手続的処遇をうける権利」および④「参政権の権利」を挙げる。一方で、①「人格価値そのものにまつわる権利」の内実であるとされる名誉権、プライバシーの権利、環境権(人格権)は、権利のカテゴリーとしてそれなりの特定性・明確性をもっているといえるが、他方で、②「人格的自律権(自己決定権)」のカテゴリーは「漠然としていることは否めない」とする。そこで、さらに、②の内容について、i「自己の生命、身体の処分にかかわる事柄」、ii「家族の形成・維持にかかわる事柄」、iii「リプロダクションにかかわる事柄」、iv「そ

4) 佐藤幸治『憲法 第三版』(青林書院, 1995年)392頁。

5) 佐藤幸治『日本国憲法と法の支配』(有斐閣, 2002年)138頁。

6) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年)175頁。

7) 佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣, 2008年)101~102頁。佐藤説の理論構造については、早瀬勝明『憲法13条解釈をどうやって客観化するか』(大学教育出版会, 2011年)48頁を参照。

の他の事柄」に類型化を行う。ivについては、i・ii・iiiに匹敵する重要な類型が形成される可能性が残されている<sup>8)</sup>

しかし、問題はどのような権利が人格的自律に不可欠な権利として認められるかである。人格的自律に不可欠かどうかを判断する基準は、極めて不明確なものであるという指摘がこれまでなされてきた<sup>9)</sup>この点について、佐藤博士は、「不可欠」という表現が厳しすぎるとし、「不可欠ないし重要なもの」という表現に変えている<sup>10)</sup>さらに、佐藤博士は、何が人格的自律に不可欠なのかどうかという基準について、「決して超越的なものではなく（人類の）歴史的な経験を踏まえたものでなければならず、憲法に明記された個別的人権に匹敵するだけの内実をもち、特定性・明確性を特質とする『権利』として構成可能なものでなければならない」という<sup>11)</sup>また、人格的自律権説を支持する芦部信喜博士は、列挙されていない権利が保障される基準として、①「長期間国民生活に基本的なものであったという歴史的正当性」、②「多数の国民がしばしば行使し若しくは行使できるという普遍性」、③「他人の基本権を侵害するおそれがない（若しくは極めて少ない）」という公共性を挙げる<sup>12)</sup>

近時、人格的自律権を支持する学説は、人格的自律に不可欠か否かという要件を必ずしも厳格に捉えるのではなく、緩和する方向性を明確に打ち出している。この点について、土井真一教授は、人格的自律権説が前提とする理性概念について、「不可謬性への誤信から成る『理性』概念は人間的なる真実と無縁である」としつつも、「自らの行為の意味を理解し反省的思惟を通じて自らの

8) 佐藤・前掲注7) 101頁。

9) 戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号(1998年)14頁。この点、君塚教授によれば、憲法は「人格」や「自律」を特に予定するものではないという。君塚・前掲注2) 129頁。

10) 佐藤・前掲注4) 447頁。近時、佐藤博士は「不可欠」ではなく「重要」としており、保障の基準の要件を緩和する方向性を示していることがうかがえる。佐藤・前掲注6) 176頁。

11) 佐藤・前掲注7) 113頁。そして、最狭義の「人格的自律権（自己決定権）」について、「人格的自律権」の内実をなすものとして、それにふさわしい類型化を通じて具体的内容を明らかにしていくべきであるという。

12) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994年）75頁。

行為を統御していく能力として、あるいは他者との対話可能性の前提条件として『理性』概念を用いることを否定する」必要はないし、また、「理性を合理的に否定することもまた困難」であるとする。ただ、「人格的利益説が『必要不可欠性』の要件を過度に強調することになれば、悪しき道徳主義への懸念は増大せざるを得ない」という。そこで、土井教授は、「明文で個別的に保障されている人権の中にも、合理性の審査を原則とするものが多く含まれていることに鑑みれば、補充的保障に際して厳格審査を前提とする必要は必ずしもない。従って、『必要不可欠性』の要件は緩和して理解すべきであり、人格的自律を積極的に促進するものではなくとも、逆にそれを積極的に害するものでないのであれば、広く憲法上の保障に含めていく道が探られるべきである」という<sup>13)</sup>

人格的自律権説の要点は、二つある。一つは、人権保障をいかに考えるかという人権の基礎理論と関連させつつ、列挙されていない権利を一定の権利に限定して保障することにある。もっとも、保障範囲に限定を加えるとはいってもそれは必ずしも厳格な趣旨ではない。人格的自律権説のもとで補充的保障の対象となる列挙されていない権利は、人格的自律権に調和的な性質を有し、憲法上列挙された権利と同等の特定性・明確性を有することが要求されるのである<sup>14)</sup>。人格的自律権説は、列挙されていない権利の中に人格的自律に調和的性質という共通項を見出し、そうすることで権利を積極的に基礎づけようとするのである。そして、今一つは、列挙されていない権利を憲法の保障する「基本的人権」にふさわしい構成をとるということが、付随的違憲審査制と関連しているとい

13) 土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の概念」公法研究 58 号 (1996 年) 95～98 頁。もっとも、殺人や窃盗といった行為を憲法上の人権として類型化することについて、「憲法上制約が許容し得るといった次元の問題ではなく、個人の尊厳原理を基礎とする人権観からして、本来その禁止が当然視されるべき」であるとする。なお、関連して、田近教授は判例上保護の対象と認められた利益との類推により人格的自律に不可欠か否かを決定していく方向性があることを指摘する。田近肇「包括的基本権」曾我部真裕・赤坂孝一・新井誠・尾形健「憲法論点教室」(日本評論社、2012 年) 106 頁。

14) 佐藤・前掲注 7) 102 頁。同様の指摘として、竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010 年) 73 頁。

うことである。付随的違憲審査制のもとでは、具体的紛争の解決に必要な限りにおいて違憲審査権が行使されるので、紛争当事者は「その紛争に関係づけつつ憲法何条違反と申し立て、裁判所もそれを前提に必要なに応じて憲法判断を示すということが求められる」。そして、基本的人権の侵害が生じるのであれば、まず個別的权利の侵害が主張されて、もし適切な条項が見当たらない場合に、13条により補充的に保障される独自の類型の権利侵害が主張されることになる。したがって、「漠然と『幸福追求権』の侵害ということはありえない、換言すれば、『幸福追求権』に何でも読み込みうるというものではない」のである<sup>15)</sup>

## 2-2 一般的自由権説

一般的自由権説は、13条が保障するのは、すべての権利・自由であるとする。もっとも、一般的自由とはいっても、文字通りすべての自由が保障されるわけではなく、他者に対して加害行為を行う自由は除外しており、保障範囲を無限定とはしていない<sup>16)</sup>つまり、「公共の福祉に反しない限り一般的に自由を拘束されないとする一般的自由権の存在が認められる」のである<sup>17)</sup>また、一般的自由権説は、必ずしも人格的自律権説の基本的思想そのものを否定しているわけではない。一般的自由権説が批判するのは「憲法上の人権ではないものが、場合によって憲法上の権利になったり、ならなかったりするということであり、人格的自律権説の「そのような論理は妥当ではな」とする<sup>18)</sup>

問題は、一般自由権説のもとでは加害行為を除くとはいえ、人格的自律権説とは異なり、無数の権利を導出することが可能であり、人権のインフレ化が生じる可能性があるということである。そこで、一般的自由権説は、この問題について、以下のような解決策を提示する。

15) 佐藤・前掲注7) 107頁。

16) 戸波江二『憲法 [新版]』(ぎょうせい, 1998年) 175~178頁。

17) 橋本公巨『日本国憲法』(有斐閣, 1998年) 218~220頁。

18) 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室 158号 38頁。

まず、一般的自由説の立場に立った場合でも、個人の自由な行為に対する制限が直ちに違憲になるわけではない。一般的行為自由のなかで、人格に関連する行為とそうでないものとの間で違憲審査の厳格度に段階付けを行う。すなわち、「人格的生存に関わらない権利・自由については、その制限の必要性・合理性をゆるやかに審査することとし、人格的生存に不可欠な権利の制限の合憲性審査とは一線を画す」る。また、人権保障の範囲を広げたとしても、「核心部分の厳格な審査を維持することは論理的に十分可能であり、「むしろ、一般的自由まで人権保障を広げることは、逆に、一般的自由までも保障されるのだから、人格的自由についてはなおさら強く保障される」ことになり、「人権保障の強度を全体として高める」ことになるという<sup>19)</sup>

次に、一般的自由権説が主張するのは、個々の行為を人権として認め保障するというのではなく、一般的行為自由という一つの人権を保障するということである。この点について、憲法規範のレベルでの「人権」の保障と、現実の行為のレベルでの「人権によって保護される行為」との相関関係を依拠し、説明を行う。表現の自由を例にすれば、規範レベルは、「表現の自由、言論・出版の自由、集会・結社の自由が保障されている」ほか、解釈により、「報道の自由、デモ行進の自由、知る権利」が認められている。現実の行為のレベルでは、さまざまな具体的表現行為が、憲法上の保護を受けることになる。例えば、「ビラはり・ビラ配り、国会周辺のデモ、選挙の際の戸別訪問や電話での投票依頼、取材、取材源の秘匿、公開討論、ポルノ雑誌の閲読などの活動ないし行為」について、これらの行為は憲法上の「人権の行使」と評価され、表現の自由の保護の対象となる。しかし、それらの行為はそれぞれ一つの「人権」と構成されるのではない。従来、「憲法規定と憲法現実との区別はあまり問題」とされずに、「ビラをはる権利が表現の自由に含まれるかどうか」という規範のレベルで議論されてきた<sup>20)</sup>この規範レベルの人権保障と現実行為のレベルの保障の区別を前提にすれば、一般的自由権説においても、オートバイに乗る権

19) 戸波・前掲注 18) 40 頁。

20) 戸波・前掲注 18) 38～39 頁。



利、登山の権利、馬に乗る権利が、バラバラの人権として13条から出てくるわけではない。オートバイに乗りたいというときに、公権力によってそれが規制される場合、オートバイに乗る権利ではなく、「自分が決めるべき問題について国家によって不当に制約されないという権利があり、その自己決定の一つの内容としてオートバイに乗ることがあるので、それが規制される」ということになる<sup>21)</sup>この二点において、これまで一般的自由権説に向けられていた人権のインフレ化という批判を克服しようとする。

以上検討してきた一般的自由権説の要点は、人格的自律権説が限定を加える結果切り捨てられる些細な権利・自由を一般的行為自由という憲法上の権利として構成して、保護を与える点にある。もっとも、後に検討するように、一般的自由権説が、人格的自律権説の基本思想を否定していない点において、両説の隔たりは小さいといえよう。

### 2-3 プロセス的権利説

最後に、プロセス理論に依拠する松井茂記教授の主張するプロセス的権利説である。松井教授のプロセス的権利説は、列挙されていない権利の保障の問題を司法審査の「民主主義正当性」の観点から検討する<sup>22)</sup>松井教授によれば、従来の学説の問題点は裁判官の実体的価値判断の問題が生じることにあるという。すなわち、人格的自律権説については、「何が人格的自律にとって不可欠なのかの基準が定かでないため、裁判官の主観的価値判断で新しい基本的人権が創出され、立法府による規制が裁判官によって不合理だとして覆される危険性がある点が特に問題である」という。他方で、一般的自由権説に対しては、人格に関する行為とそうでないものとの間で違憲審査の厳格度に段階を付けることについて、「そのような区別が可能なのか不明確であり」、「裁判官の主観的判断による厳格審査の適用の危険性を残している」と指摘する<sup>23)</sup>

21) 戸波江二・小山剛「幸福追求権と自己決定権」井上典之・小山剛・山元一「憲法学説に聞く」(日本評論社、2004年)11頁。

22) 松井茂記『二重の基準論』(有斐閣、1994年)308頁。

松井教授によれば、列挙されていない権利の保障の問題は、「なぜ裁判所が明文根拠を欠く基本的人権を基本的人権として承認し、その制約の合理性を審査判断する必要があるのか、そしてなぜそれが正当化されるのかの問題」であると指摘する。そして、「代表民主政のもとでは、国民は選挙を通じて代表者を選出し、国民の自由の制限を委ね」、「立法者は、民主的に選出された代表者であるから、その決定は尊重されるべきである」。しかし、「その代表者が民主的に選出されるプロセス自体を制限している場合、代表者ではない裁判所がその制約が合理的かどうか審査し、不合理な制約を排除する必要がある」。したがって、「本来裁判所によって基本的人権として保護されるべきは、このような民主的なプロセスに関わる権利だけである」ことになる<sup>24)</sup>つまり、憲法は、「そのような政治的参加に不可欠な権利について、裁判規範として、その保護を裁判所固有の役割として託した」のであり、「これらの権利は、まさに代表者を信頼して委ねることのできない権利であり、それゆえそれらこそ『基本的人権』として保障されるに値するものでありまたそれゆえ民主主義を基本原理とする憲法のもとで裁判所がそれを保護することが正当化される」というのである<sup>25)</sup>そして、列挙されていない権利を「基本的人権として承認することが許されるのは、憲法解釈の限界という観点からみて、憲法が明文で保障している権利と十分条文的つながりのある権利か、憲法が樹立している政治参加のプロセスにとって不可欠な権利に限られるべき」であるとする。そして、その制約に対しては、原則として厳しい審査が適用される<sup>26)</sup>それ以外の自由は、憲法上の「基本的人権」としてではなく、「国会の法律によって保護されるべき自由」にとどまるという<sup>27)</sup>

23) 松井茂記「明文根拠を欠く基本的人権の保障」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）155頁。

24) 松井・前掲注23）151頁。

25) 松井茂記『日本国憲法 第三版』（有斐閣、2007年）339頁。

26) 松井・前掲注22）310頁。

27) 松井・前掲注25）339頁。なお、松井教授は、「幸福追求権は基本的には自由権であるが、その現代的な保障のため、政府による積極的な施策が要求される場合もあり、それに応じて請求権をも含みうるものと考えるべきであ」とする。

もつとも、プロセスの権利説のもとでも、政府が様々な自由を制約できるといふことにはならない。プロセスの権利説は、基本的人権とはいえない自由の保護を、裁判所ではなく、政治的プロセスを通して解決されるべきであるとする。つまり、民主主義原理のもとでは、自由の制約が不当であるとするならば、「表現の自由を行使し、選挙権を行使して、自分たちの力でその不当な制約を撤廃すべきだというだけ」である<sup>28)</sup>しかし、「基本的人権といえない行為についても、憲法的保護の可能性は残されている」とする。憲法上の保護の根拠としては、「憲法一三条の手続的デュー・プロセスの権利と憲法一四条の平等権」に求められる。基本的人権とはいえないような自由について、その制限には、「憲法一三条により公正な手続が要求され」、「憲法一四条により不合理な差別は許されない」とする<sup>29)</sup>

このように、プロセスの権利説は、人格的自律権説のような質的・価値的限定を否定しつつも、司法審査と民主主義の観点から政治参加に不可欠か否かあるいは憲法の条文とのつながりの有無という観点から、13条の保障範囲に限定を加えている<sup>30)</sup>

### 3 列挙されていない権利の再構成を行ういくつかの試み

以上検討してきたように、従来の学説は、様々な観点から、「ある権利自由が憲法13条の保護範囲に含まれるかどうか、含まれるものと含まれないものをどうやって切り分けるか」ということに焦点を当ててきた<sup>31)</sup>つまり、それは、13条に質的な限定を加える人格的自律権説と質ではなく量的拡張を行う一般的自由権説の対立でもあった<sup>32)</sup>しかし、保障範囲の広狭については、人格的自律権説が「事柄それ自体を正面から個別の権利・自由（一三条によって補充的

28) 松井茂記「自己決定権について（二・完）」阪大法学 45 巻 5 号（1995 年）73 頁。

29) 松井・前掲注 28) 64 頁。

30) 藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、1998 年）356 頁。

31) 早瀬・前掲注 7) 20 頁。

保障対象となる独自の権利を含む)の問題と捉ええないとしても、規制の趣旨・強度如何によっては結果的に個別的権利・自由の侵害というべき場合がありうる<sup>33)</sup>として、13条の保障からこぼれ落ちた自由についても憲法上の問題になることを認めたことにより(政治参加に不可欠な権利とそれ以外の自由に対する憲法上の保護を認めるプロセス的権利説も人格的自律権説と同様の構造を有している)、一般的自由権説との「理論的な隔たり」はほぼ消滅されたと指摘されている<sup>34)</sup>

このように、列挙されていない権利の保障に際して保障範囲の広狭はもはや争点となっていない。そうすると、保障範囲の広狭という観点のみで、列挙されていない権利の保障の問題を考えるのは妥当ではないことになる<sup>35)</sup>そこで、近時、保障範囲の広狭の問題から離れて、国家行為の合憲性の観点から、列挙されていない権利を再構成しようとするいくつかの試みが有力に主張されている。

### 3-1 違憲の強制あるいは違憲の侵害からの自由

まず、憲法の「客観法的側面」に着目して、13条が主観的権利ではなく、違憲の強制あるいは違憲の侵害からの自由を保障しているという小山剛教授の見解である。

小山教授によれば、13条の保障範囲の問題について、「一般的自由説と人格的利益説の対立から離れ、別の視点から考えたほうがよい」とする。そこで、

32) 本稿の直接の検討対象ではないが、保障範囲を巡る質的限定と量的拡張という問題にとどまらず、人権の意義をいかに考えるかという人権保障の基礎理論を巡る問題も存在する。田近・前掲注13) 103頁。

33) 佐藤・前掲注7) 109頁。

34) 君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法〔第二版〕』(法律文化社、2011年)(丸山敦裕担当)70頁。もっとも、人格的自律権説は、幸福追求権に含まれない自由について、裁量権逸脱、比例原則、平等の問題として捉え、純粋な人権問題としては扱わないために、一般的自由権説との微妙な距離感是否定できない。

35) 早瀬教授は、「憲法13条解釈論について、保障範囲に限定すること、しないことについてだけ批判を加えるのは、端的に誤りである」と指摘する。その要因として、「学説の理論構造の違いをきちんと意識していない」ことを挙げる。早瀬・前掲注7) 49, 51頁。

小山教授は、「包括的自由権の保護領域を自己決定権という主観的権利の射程として考えるのか、それとも、憲法の客観的側面に注目し、違憲の強制を受けないことの保障として考えるのかという区別」という視点を提示する。そして、13条の解釈を憲法の客観法の側面から考察する。「一般的自由説の母国であるとされるドイツは」、客観法型であるという。ドイツにおける一般的行為自由は、その保障に際して「規制が法治国家の諸原理、特に比例原則に適合している」かどうかを問うものである<sup>36)</sup>もともと、小山教授は、すべての列挙されていない権利を一般的自由として捉えるわけではない。列挙されていない権利は多種多様であり、その中には例えばプライバシー権のように「憲法による明文の保障がある権利と同等の重要性を持ち、輪郭が比較的明瞭なものについては」、「独立した基本権として」定義すべきであるとする。これに対して、「そこからこぼれ落ちた」自由については、「国家が恣意的な動機・合理性のない手段で規制を加えることができると考えるべきではない」とし、先にみた一般的自由として定義される。一般的自由は、一つの独立した権利としてではなく、「正当な根拠のない規制からの保護を与えるものである」。このように、一般的自由は、「違憲の強制」あるいは「違憲の侵害」からの自由として定義されることになる。そして、一般的自由は「実質的法治国家の要請として恣意的な国家の活動を禁止する」という観点から、個別の主観的権利によりカバーされない自由について、「憲法に反した強制が加えられないこと」を保障するものである。つまり、客観法の観点から理解された一般的自由は、列挙されていない権利を創設するものではなく、その承認の要件とも無関係である。そうすると、一般的自由説に対して向けられた人権のインフレ化という批判は当てはまらないことになる<sup>37)</sup>

次に、一般的自由に殺人の自由といったグロテスクな自由が含まれるかである。「殺人の自由も一般的自由に含まれるか」という問題は、憲法21条が保障する芸術の自由に『舞台における殺人』が含まれるのかという問い」と変わらな

36) 小山剛『「憲法上の権利」の作法 [新版]』(尚学社, 2011年) 95頁。

37) 小山・前掲注36) 96頁。

い。とすると、残る問題は「反射的利益との区別が不明確になるという」ことだけであるが、「一般的自由は、自己の行為に制約が加わる限りにおいて、憲法に反する国家行為の違憲性を問題とするものであり」、反射的利益論を否定するものではない<sup>38)</sup>

この小山教授の見解は支持を集めている。宍戸常寿准教授は小山教授の見解を支持して、「13条後段が『客観法』として、およそ国民の自由の制限が法治国家原理に服すべきことを定めている」という。その具体的内容として、法律の留保、比例原則を挙げる。そして、比例原則は、「①必要性の原則（警察違反の状態を排除するために必要な場合でなければならない）、②過剰規制の禁止（必要なものであっても、目的と手段が比例していなければならない）」からなっているという。そして、この比例原則はもともと明治憲法下における公法学説が、「G・イエリネックのいう『消極的地位』に対する権利として一般的自由権を承認し、そこから行政の法律適合性の原則や比例原則を引き出した」ものであるという<sup>39)</sup> 宍戸准教授によれば、一般的自由権説は、戦前の一般的自由権を再生し応用したものだと主張する。もっとも、宍戸准教授は、憲法上の権利と放任行為を区別する前提を支持するので、人格的自律権説を否定しない。あくまで人格的自律権説の保護からもれる自由に対して、客観法原則、すなわち、法律の留保・比例原則が妥当するという。そして、このような観点から、判例も説明することができるという<sup>40)</sup>

これらの見解は、13条の保障する「一般的自由」を実質的法治国家原理（恣意的な国家活動の禁止）に服するという「違憲の強制からの自由」として「客観法」の観点から捉え直すことにその意義がある。しかも、人格的自律権説自体を否定するものでもない。そのために、先にみた一般的自由説と人格的自律

38) 小山・前掲注 36) 97 頁。

39) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開（日本評論社、2011年）18頁。

40) 宍戸・前掲注 39) 21～23 頁。京都府学連事件判決では、明文の規定がなくとも写真撮影が許される条件として、証拠保全の必要性・緊急性を挙げる。これは比例原則の①の必要性を適用したものである。次に、撮影が許される場合に、犯人の近くにいる第三者の容ぼうが含まれても良いとした点は、②の過剰禁止に反しないことを確認したものであるという。

権説という従来の学説間で生じていた競合関係は解消されることになる。より厳密に言えば、13条は「一般的自由」か「人格的利益」のどちらか一方を保障しているものではなくて、「一般的自由」と「人格的利益」の双方を同時に保障していることになる<sup>41)</sup>

### 3-2 切り札としての人権

次に、長谷部恭男教授の切り札としての人権である。長谷部教授によれば、人権とは人が人であること自体から当然に認められる権利であり、それは社会全体の利益を理由に制約されえないという。それ以外は、すべて社会全体の利益のために保障されているにすぎない権利であって、社会全体の利益のために制約されるものである。前者は、切り札としての人権であり、後者は公共の福祉に基づく権利であるとする。つまり、長谷部教授は、憲法上保障された権利には、「切り札」としての人権と、公共の福祉に基づく権利の二つの種類のものがあるという。公共の福祉に基づく権利とは、「憲公共財としての性格のゆえに保障されるべき権利」であり、「判例を見ると、しばしば公共の福祉に適合するか否かという観点から、憲法上の権利が侵害されているか否かが判定されてきた」という<sup>42)</sup>その意味で、公共の福祉に基づく権利は、先にみた一般的自由と近い考えである。

これに対して、切り札としての人権は「公共の福祉」の観点からの制限を覆すものであるが、その要点は公共の福祉に基づく権利と同様に、国家行為の理由を問うことにある。以下では、切り札としての人権の理論構造を見ていくことにする。長谷部教授によれば、切り札としての人権は「いかなる個人であっ

41) 山本龍彦「幸福追求権」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法』（信山社、2012年）33頁。

42) 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）80頁。長谷部教授によれば、「営業の自由」論争の核心には、憲法上保障された経済的自由について、「個人的自由の不可欠の一環をなす部分」と、「公共の福祉の観点からする政策的選択の結果として保障され、ときには社会の構成員に強制される部分とからなる」という双方の主張があるとする。前者が「切り札」としての人権で、後者は公共財としての憲法上の権利であるとする。このような人権の「複合的な性格」は、精神的自由権においても同様であるという。

でも、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うであろうような、そうした権利でなければならない」とする。この切り札としての権利の核心は「個人の人格の根源的な平等性」である。つまり、個人は「それぞれ自分の考えに従って自由にその生き方を決め」ることができるのであり、「この点に関する限りいかなる差別も認められない」のである。その意味で、他人の権利や利益を侵害しているからという「結果」に着目した理由ではなく、「自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由にもとづいて否定」することを許さない権利である。このような制限は、「その人を他の個人と同等の、自分の選択にもとづいて自分の人生を理性的に構想し、行動しうる人間としてみなしていないことを意味する」。長谷部教授は、具体例として、ポルノグラフィーが道徳的に墮落しているために出版を禁止する場合やマルクス主義が誤った理論であるためにマルクス主義学説の発表を禁止する場合を挙げる。このような場合個人の自律的な判断を政府が先取りするものであり、個人の根源的な平等性を否定されているという。「切り札」としての人権は、個々の具体的な自由を保障するより、「特定の理由にもとづいて政府が行動すること自体を禁止する」ものである。つまり、「切り札」としての人権は、「あらゆる問題について社会の大勢に順応して生きようとする人にとって、また現に社会の多数派と同じ考えを持っている人にとってはさして価値のない権利」である<sup>43)</sup> その意味で、切り札としての人権は、「多数派が望まぬこと、道理を弁えぬ行いをする権利」<sup>44)</sup>なのである。切り札としての人権は、「個人の方の理想や価値、その政治的な主義や意見などが、社会の多数派の見解や選好などと異なっているという『理由』に基づいて、政府が、その人の自由を制限し、不平等に取り扱うことを禁止する」ものであり、「『批判的パターンリズム』に基づく干渉に対する個人の拒否権を核として構想されている」<sup>45)</sup>

43) 長谷部・前掲注 42) 79 頁。

44) 石川健治「自分のことは自分で決める」樋口陽一編『ホーンブック憲法 改定版』（北樹出版、2000 年）128 頁。



したがって、切り札としての人権の特徴は比較衡量を拒否して、ある特定の理由で人権を制約するというを絶対的に禁止するというにある。つまり、切り札としての人権は、「人権が絶対的に保障される範囲・程度を人権の側から画定し、いかなる理由であれ国家権力の立ち入ることのできない人権領域を確立しようというのではなく、人権領域への介入の可否を国家権力の掲げる『理由』に依拠」する権利論なのである<sup>46)</sup>。そこでは、「どのような理由で規制をなすかが決定的に重要なので」あり<sup>47)</sup>人権の種類・性質・内容を問わない<sup>48)</sup>切り札としての人権は、個々の人権をカテゴライズするものではなく、どの人権のカテゴリーでも、ある種の制約場面において、切り札としての人権が問題となる局面が存在する。また、切り札としての人権の「内包と外延は、特定の政治実践との照応関係の中で明らかになってくるのであって、解釈の素材から独立に内包と外延を画定することは土台無理である」。このように、切り札としての人権は、「個人の特定の要求や行為を国家権力から防御するというよりも、国家が権力を行使する際に依拠する理由を規律する」<sup>49)</sup>ものである。

この長谷部教授の見解においても、先にみた小山教授の見解と同様に、13条が保障するのは、個人の自律に関わる切り札としての人権と一般的自由に関わる公共の福祉に基づく権利の双方ということになる。

#### 4 列挙されていない権利の保障の意義

以上検討してきた列挙されていない権利の再構成を試みる見解の意義は二つ

---

45) 小泉良幸「自己決定とパターンリズム」西原博史編『岩波講座憲法2人権論の新展開』（岩波書店、2007年）182～183頁。

46) 高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」塩野宏先生古希祝賀『行政法の発展と変革』（有斐閣、2001年）295～296頁。

47) 阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量：『シールド』としての権利と『切り札』としての権利」一橋法学9巻3号（2010年）52頁。

48) 佐藤・前掲注7）115頁。

49) 駒村圭吾「基本的人権の観念」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法』（弘文堂、2005年）27頁。

ある。一つは、13条が人格的自律権も一般的自由の双方を保障しているということで、従来の学説の対立を解消することにある。そして、今一つは、観点こそ異なるものの、その共通点は「保障範囲の積極的画定にかかわる問題を棚上げにして」<sup>50)</sup> 端的に人権制限を行う国家側の制約の合憲性を問うことにある。それは、先にみたように、従来の学説のように列挙されていない権利を積極的に基礎づけた学説とは異なり、列挙されていない権利の制約（制約理由）からアプローチし、しかも、「制限理由の制限を試みる」「自由制限の正当化理由の排除」に重点を置く「消極的アプローチ」として特徴づけられよう<sup>51)</sup> 消極的アプローチは、そもそも、従来の学説が抱く問題意識とははじめから次元が異なっている。では、この消極的アプローチのもとで、列挙されていない権利はどのように捉えられ、そして、その保障はどのような意義を有するのであろうか。以下では、この点を順次検討していくことにする。

#### 4-1 列挙されていない権利の捉え方

まず、列挙されていない権利の捉え方についてである。保障範囲に力点を置いていた従来の学説に対して向けられていた批判は、列挙されていない権利を人格的自律あるいは政治参加に不可欠といった性質を見出すことで、果たして、外延の広い列挙されていない権利の中から憲法上の保護に値する権利を画定することができるのかということであった。列挙されていない権利が包括的で、かつ、外延の広いものである以上、人格的自律権説やプロセス的権利説が行っているような、列挙されていない権利についての積極的基礎づけは、ともすると「内包の抽象化・希薄化」を招くことにもなる<sup>52)</sup> これに対して、消極的

50) 櫻井智章「基本権論の思考構造(1)」法学論叢 155 巻 3 号 (2004 年) 126 頁。

51) 小泉・前掲注 45) 172~173 頁、松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山・駒村・前掲注 49) 103 頁。

なお、筆者の主張する権限アプローチもまたこの消極的アプローチの側面を有する。中曾久雄「列挙されていない権利の再構成 - 憲法 13 条における権限アプローチの展開 -」阪大法学 60 巻 3 号 (2010 年) 111 頁。

52) 小泉・前掲注 45) 185 頁。

アプローチは、人格的自律権説やプロセスの権利説のように権利の積極的な基礎づけや保障範囲の画定を問題とはしていない<sup>53)</sup> 消極的アプローチの場合、列挙されていない権利の保障に際して、個々の権利・自由の価値や内実は問題とはせず、また、それを正確に記述し積極的な基礎づけを行うものではない<sup>54)</sup> さらに、消極的アプローチは権利・自由それ自体の内実を問うものではないので、一般的自由権とも異なり些細な自由をより広く保障するというものでもない。

消極的アプローチのもとで、列挙されていない権利の保障に際しての焦点は「自由そのものよりも、むしろ自由を制限する国家行為の方」にある<sup>55)</sup> 先にもみたように、制限されている権利・自由が「人格的な価値」を有しているか否かではなく、権利・自由を制限する側、つまり、国家行為が「公共の福祉」に適合しているか否かである<sup>56)</sup> そして、「公共の福祉」を逸脱する国家行為、つまり、公共の福祉により正当化することのできない合理的理由のない国家行為は<sup>57)</sup> 端的に違憲となる<sup>58)</sup> その意味で、消極的アプローチのもとでは、列挙されていない権利の保障と国家行為の合理性の要求はコインの裏表の関係をなしている<sup>59)</sup> また、消極的アプローチのもとで、列挙されていない権利は、列挙され

53) この点について厳密に言えば、列挙されていない権利の個々の内容は、「失われた局面ごとに、その姿の一部を表すのである」。阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）72頁。

54) 小泉・前掲注45) 173頁。

55) 松本・前掲注51) 103頁。

56) 西村裕一「人権なき人権条項論」法学教室 No. 380（2012年）47頁。

57) 松本・前掲注51) 103頁。

58) この点、長谷部教授は、幸福追求権の規定が「公権力の行使を正当な範囲（公共の福祉の適切な実現の範囲）内に収めるため、公共の福祉に反する自由の制約を違憲として攻撃する適格 standing を国民に付与する条項である」とする。もっとも、違憲の国家行為に対して、「人は常に抵抗することを要求されるわけではなく、「抵抗は許容されているだけである」という。長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）123～126頁。

59) 西村枝美「一般行為の自由－それは何か」長谷部恭男編「人権論の再定位 3 人権の射程」（法律文化社、2010年）235頁。See Mark. Niles, *Ninth Amendment Adjudication: An Alternative to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights*, 48 UCLA. L. REV. 85, 108-112 (2000).

ている実体的権利とは異なり、実体のない、いわば、非実体的な権利として位置付けられることを意味する。このように、列挙されていない権利は、国家に対して当該行為が公共の福祉に適合していること、つまり、国家に当該制約の合理性の証明を要求し、公共の福祉により正当化することのできない国家行為を排除する権利として理解すべきであろう<sup>60)</sup>

この点、アメリカにおいても、同様の傾向が見られる。周知のように、アメリカでは、修正 14 条のデュー・プロセス条項を用いて一定の憲法上列挙されていない権利（基本的権利）を保障してきた。いわゆる実体的デュー・プロセスと呼ばれる理論である。しかし、実体的デュー・プロセス理論に対する様々な批判から<sup>61)</sup> 近時、列挙されていない権利の領域において国家行為の制限の合憲性に焦点をあてる見解が有力に主張されている。以下では、主要な見解を概観する。

Alexander Casazza によれば、列挙されていない権利が保障するのは、プライバシーや自律といった個々人の純粋な私的な行為である。列挙されていない権利の保障において問われるのは、当該権利が重要であるかどうかということではない。ここで問われるのは、政府の提示する正当化事由の合憲性である。とりわけ、個々人の私的な領域に対して多数者の道徳的選好に基づいて制限を課すのは、違憲の権限行使となる<sup>62)</sup> そして、このようなアプローチこそが判例とも適合的であるという<sup>63)</sup>

この Casazza と同様の主張は他にも見られる。Chase Sanders の見解である。

60) 西村・前掲注 56) 47 頁。西村准教授は「そもそも、『公共の福祉』が人権の限界ではなく国家権力の限界であり、国家権力に対して人権制約の「理由」を要求する概念であるとすれば」、その焦点は「自由を制限する国家行為の側に」と指摘する。

61) 中曾・前掲注 1) (「列挙されていない権利の構図」) 78~80 頁。

62) Alexander Casazza, *Inkblots: How the Ninth Amendment and the Privileges or Immunities Clause Protect Unenumerated Constitutional Rights*, 80 S. CAL. L. REV. 1383, 1423-1424 (2007).

63) See, e.g., *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972) (プライバシーの権利に何らかの意味があるとすれば、子供を産むか産まないかの決定のように、人間にとり基本的な影響を与える事柄に対する政府の正当な理由のない干渉からの自由であるという個人の権利である)。

Sanders によれば、列挙されていない権利が保障するのは、一定の重要な権利ではなく、他者や社会に害悪を及ぼさない個々人の自由な行為や実践であるという。列挙されていない権利は、例えば、結婚する権利・子供を持つ権利・食事をする権利・通りを歩く権利など個々人の自由な行為を広く包含するものであるという。そして、Sanders は、列挙されていない権利の制約に対する司法審査の焦点は、個々の権利の内実ではなく、政府が介入できない領域を特定することにあるという<sup>64)</sup>その焦点は、政府の規制の合憲性である。ここで除外されるのは、個々人の自由な行為を妨げる道徳的観点からの規制である。その類例として、ソドミー行為を禁止した州法の合憲性が争われた *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986) を挙げる。つまり、道徳的観点からの政府の規制は、憲法上正当な権限を越えるものであり、違憲となる<sup>65)</sup> Sanders によれば、これまでの列挙されていない権利の規制に対する司法審査の議論にはこうした視点が欠落していると批判する<sup>66)</sup>

そして、このような解釈は、13条の判例とも適合的であるように思われる。13条が保障するのは「国家権力の行使に対して」保護される「私生活上の自由」であるとしその内包と外延を積極的に定義せず、それに対する制約が「正当な理由」があるかどうかを問題としている<sup>67)</sup>判例の枠組みは、13条の保障範囲の問題、つまり、「『憲法上の権利』の正面からの承認を巧妙に回避し」<sup>68)</sup>つつ、制約の合憲性について審査を行っている点に特色がある<sup>69)</sup>

64) Chase Sanders, *Ninth Life: An Interpretive Theory of the Ninth Amendment*, 69 IND. L. J. 759, 817 (1994).

65) Id. at 817. このような考えの背後には、憲法の起草者に影響を与えた自然法論が存在する。

66) Id. at 840.

67) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。この枠組みは13条に関わる後の裁判例において踏襲されている。

68) 卷美矢紀『『憲法上の権利』の守備範囲－諸法との『協働』に向けて』法学教室 No. 323 (2007年) 16頁。この枠組みは後の判例においても踏襲されている。

69) 判例の検討については、中曾・前掲注51) 139～145頁。

#### 4-2 制約根拠に対する司法審査の在り方—真の目的の洗い出し—

先にみたように、列挙されていない権利を国家に対して当該制約の合理性の証明を要求し、公共の福祉により正当化することのできない国家行為を排除する権利として捉えると、問題は、果たして公共の福祉に適合しないような国家行為が存在しうるかである。たとえ、憲法違反の疑いのあるような国家行為であったとしても、「公共の福祉と関連する何らかの理由によって支えられているのが通常」である<sup>70)</sup> そうすると、国家行為の「真の」立法目的を確定するのは困難であり<sup>71)</sup> 国家行為の合憲性を審査したとしても、広汎な規制が正当化されるだけであり、「結局、負けがこむだけ」となる<sup>72)</sup>

そこで、列挙されていない権利の保障が無意味にならないためには、いかにして「法律等が『公共の福祉』に適うか否かを」審査するかが重要となる<sup>73)</sup> この点において注目されるのが、一定の場合には、国家機関の側の規制目的ないし立法目的を問う審査理論である。列挙されていない権利の領域でいえば、「個人の主体性の否定を含意する理由」<sup>74)</sup> に基づくような国家行為に対しては、たとえ公共の福祉と関連する何らかの理由によって支えられていたとしても、制約根拠に立ち入って審査することが要求される。この審査は、立法目的それ自体もさることながら、目的・手段の関連性の審査を通じて真の目的・理由を洗い出すというものである<sup>75)</sup> つまり、この審査は、「厳格審査に限らずとも目的手段審査において違憲の目的を煉り出す」というものである。それは直接的な目的の審査ではなく<sup>76)</sup>、むしろ、手段審査の機能に着目している。「本来の正しい関係にある目的と手段はもともと一体のもの」であるために、「立法目的に比例しないような規制手段が取られている」場合、「当該規制は、真実はどう

70) 長谷部・前掲注 58) 126 頁。

71) 西村裕一「『審査基準論』を超えて」法学教室 No. 382 (2012 年) 49 頁。

72) 駒村・前掲注 49) 28 頁。

73) 西村・前掲注 56) 48 頁。

74) 長谷部・前掲注 58) 124 頁。

75) 阪口・前掲注 47) 56 頁。西村准教授によれば、目的手段審査には立法府の真の目的を洗い出す機能があり、しかも、通説もこの審査理論を部分的に採用してきたことを指摘する。西村・前掲注 71) 50 頁。

あれその余剰において、表向きの目的とは異なる何らかの目的に仕えている」ことになる。このように、目的手段審査には、「その目的と規制手段との関連性を審査することを通じて」、当該目的が「真の」目的であるか否かを審査する機能を有しているのである<sup>77)</sup>。このような議論は、決して新奇なものではなくて、「すでに部分的には通説が採用」しており、従来の司法審査理論とも親和性を有しているといえる<sup>78)</sup>。しかも、法令違憲とされた最高裁判決もこの観点で理解することが可能である。例えば、薬事法違憲判決<sup>79)</sup>では、当該規制が立法目的と何ら関連するものではなく、その真の目的は業界保護であることが指摘されている<sup>80)</sup>。そうすると、違憲の決め手は審査基準ではなく、表向きの立法目的に隠された真の立法目的が洗い出されたということに求めることができる<sup>81)</sup>。

76) この点、「国家行為の目的を画定する作業というのは、関係者の共通する動機を見出すということではなく、「解釈によって最善の目的を構成する作業」であり、つまり、「目的審査とは、『目的の正当性の審査』ではなく、『正当な目的を構成できるかどうかの審査』」であると指摘されている。木村草太『憲法の急所』（羽鳥書店、2011年）266頁。

77) 西村・前掲注71) 51～52頁。手段審査の機能について、阪口教授は以下のように指摘する。「目的P1を達成するより制限的ではない手段R2の存在が明るみにできれば、それは規制R1の目的は掲げられたP1ではなく、隠れたP2ではないかということを示す。規制R1が目的P1との関係で過少包摂であるという場合も同じである。同じ程度の弊害を有する行為が規制の対象を免れているということは、規制目的の信憑性を著しく損なう」。阪口・前掲注47) 56頁。

78) 例えば、平等権においては、14条1項後段列挙事由を典型とする「疑わしい区別事由」について厳格審査が適用するとされるが、これは、その区別の事由が差別目的を隠すための口実である可能性が高いからである。また、表現内容規制と表現内容中立規制の二分の根拠の一つは、後者が前者に比較して表現の自由を抑圧するという動機に基づく規制の可能性が高いという点にあるとされている。さらに、経済的自由権における規制目的二分論の根拠は、消極目的規制が一部の特殊利益のための「真の」目的が隠されている可能性が高いために厳格な審査に服するという説が有力化している。西村・前掲注71) 50頁。

となると、この審査理論の射程は二重の基準論にも及ぶことになる。この審査理論の観点からすれば、二重の基準論の妥当性は、「民主的政治過程論」や「裁判所の審査能力論」ではなく、「経済的自由に対する制約に比べて精神的自由に対する制約の方が政府の行動が個人の自律性を侵害するような偏見に基づいている蓋然性が高い」ことに求められる。

西村・前掲注71) 53～54頁。

79) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。

80) 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000年）109頁。

81) 西村・前掲注71) 51頁。

もつとも、この審査理論にも問題がないわけではない。「有能な立法者であればあるほど、『真の』理由」を洗い出されることを防止するために、さらに「偽の立法目的」をでっち上げる可能性がある。となると、この審査は裁判所と立法府とのいたちごっこを生じさせる可能性がある<sup>82)</sup> 今後、いかにして真の目的を洗い出すかは詰めて議論していく必要性がある<sup>83)</sup>

以上検討してきた真の目的を洗い出すことを目的とする審査理論の要点は、国家の行為の正当化事由に着目して排除されるべき理由が存在の有無をチェックする機能を果たすことにある<sup>84)</sup> それと同時に、国家行為の正当化理由を問うという列挙されていない権利の固有の機能とも関連し、公共の福祉に基づかない不合理な国家行為の排除を通じて、排除されるべき制約根拠を確定し、国家機関の権限の限界を枠づけるという機能も有すると考えられる<sup>85)</sup> こうした議論の特徴は、憲法上の権利の機能を「政府の行為理由を統制するものとして」捉えるものであり、<sup>86)</sup> 消極的アプローチもこうした議論の流れを汲むものとして位置付けられよう。

82) 長谷部恭男「表現活動の間接的・付随規制」戸松・野坂前掲注23) 239頁。例えば、表現活動の付随規制・間接規制の問題について、長谷部教授は、ある県に住むカール・シュミットの愛読者の多くが麻薬中毒患者であるために、県としては麻薬の蔓延を防ぎ、犯罪の発生を抑止するために、シュミット関連の書籍を知事の指定する特定の書店でしか取り扱ってはならないという条例を制定したという架空の事例を通じて考察する。そして、「一見したところ内容規制のように見えるが、実際には表現内容に着目しているわけではなく、表現活動から派生する間接的効果の抑止を狙う内容中立規制であるとの理屈は、その気になればいかなる規制についても編み出しうる可能性がある」と指摘する。

83) 西村・前掲注71) 54頁。そこで、西村准教授は、事案の経緯、規制の効果が真の目的を探る手がかりになると主張されている。

84) Pildesによれば、司法審査には、国家行為を正当化とすることのできない理由を確定する機能を有しているという。Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L. J. 711, 712-714.

85) See Randy Barnett, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, 2003 CATO SUP. CT. REV. 21, 35. See also Pildes, *supra* note 84, at 715.

86) 阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能－憲法と理由」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011年）168頁。See also Pildes, *supra* note 84, at 724.



### 4-3 裁判官の役割

次に、列挙されていない権利の保障に際しての裁判官の役割という制度論的な観点からの意義である。つまり、列挙されていない権利の創出は、通常、法律あるいは憲法改正により行われる。しかし、裁判所による列挙されていない権利の創出は民主的手続を経るものではないので、議会と裁判所との役割分担という視点が不可欠となる<sup>87)</sup>

この観点からすれば、人格的自律権説にみられるように、裁判官が列挙されていない権利を保障するに際して価値的・質的な限定を加えることは、困難であるというだけでなく、「裁判官の恣意的・主観的価値判断」という問題を生じさせることになる<sup>88)</sup>つまり、「何が人格的自律にとって不可欠なのかの基準が定かでないため、裁判官の主観的価値判断で新しい基本的人権が創出され、立法府による規制が裁判官によって不合理だとして覆される危険性を」有している<sup>89)</sup>また、不明確な基準のもとで列挙されていない権利を広汎に認めることは、裁判官による法形成を広く認めすぎることになり、「かえって人権体系を崩す」ことになりかねない<sup>90)</sup>

消極的アプローチは、裁判官の恣意的・主観的価値判断の問題についても一つの解決策を示すことが可能である。消極的アプローチのもとでの裁判官の役割は、列挙されていない権利を一定の基準により創出することではなく、公共の福祉に適合しない国家行為を排除することに限定される。そうすることで、「裁判官の恣意的・主観的価値判断」の問題を回避できる<sup>91)</sup>しかも、人権の内

87) 巻美・前掲注 68) 16 頁。

88) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第二版』（有斐閣、2010 年）135 頁。

89) 松井・前掲注 23) 151 頁。

90) 芦部信喜『憲法判例を読む』（岩波書店、1987 年）130～131 頁。この点、芦部博士は以下のように指摘する。「幸福追求権の内容として認められるために必要な要件を厳格に絞れば、立法措置がとられていない場合に一定の法的利益に憲法上の保護を与えても、右のおそれを極小化することは可能であり、またそれと対比すれば、人権の固有性の原則を生かす利益の方が、はるかに大きいのではあるまいか。この限度で裁判官に、憲法に内在する人権価値を実現するため一定の法創造的機能を認めても、それによって裁判の民主主義的正当性は決して失われるものではないと考えられる」。芦部・前掲注 3)（『憲法 II』）341 頁。

容を画定するより侵害を排除する方が容易であり、実践的観点からも妥当であるといえよう<sup>92)</sup>

もっとも、裁判官の恣意的・主観的価値判断を回避するとはいっても、裁判官の価値判断それ自体を完全に排除するというものではない。国家行為の合憲性の判断に際して、裁判官の価値判断は不可避である。その意味で、消極的アプローチは、従来の学説に比べれば、裁判官の実体的価値判断の問題について、比較的優位性を主張しているだけに過ぎないのかもしれない。しかしながら、国家行為の合憲性についての裁判官の判断と列挙されていない権利を創出する裁判官の判断を同列に考えるべきではない。国家行為に関する合憲性の判断は、列挙されていない権利の創出についての判断に比べて制約され限定されたものである。裁判官自身が価値判断を行い高い価値があると思うものを恣意的に保護する危険性に重点を置くならば、裁判官の役割を消極的なものに限定することには民主主義のもとでの裁判官の役割の問題を考える上において十分な意味が見いだされるように思われる<sup>93)</sup>

## 5 結 び

以上検討してきたように、消極的アプローチの観点から、列挙されていない権利の保障の意義は、その価値を問うこと、すなわち、積極的な基礎づけを行い個別の権利の類型化を行うということではない。列挙されていない権利の保障の意義は、国家行為が公共の福祉に適合しているか否かを問うことにある。すなわち、国家行為に際して依拠する理由を規律し統制することを普遍化する

91) 中曾・前掲注 51) 135 頁。

92) この点について、櫻井准教授によれば、「概念自体を否定する形で消極的にアプローチする場合には、その概念に対する様々な捉え方が共通に立脚する基盤そのものを否定することになるので、積極的にアプローチする場合に存在する様々な捉え方相互の対立にかかわらず、意見の一致が得られやす」く、また、それは「裁判所の実践的知恵」でもであると指摘する。櫻井智章「基本権論の思考構造(二)」法学論叢 155 巻 6 号(2004 年) 98, 109 頁。

93) 中曾・前掲注 51) 135~136 頁。

ことにほかならない。その意味で、列挙されていない権利の保障において問われているのは、権利の質ではなく、国家の行為理由の質である<sup>94)</sup>また、消極的アプローチのもとで、列挙されていない権利の保護の程度が一律に同様ということの意味するものではない。国家機関による侵害の危険性によって保護の度合いが異なるというべきであろう。したがって、消極的アプローチのもとでも従来の学説同様に、列挙されていない権利の保護の程度について、侵害・制限の観点からのグラデーションが存在している。そして、消極的アプローチのもとでの司法審査の役割は、特定の思想や信条を抑圧する国家機関の権限濫用の危険性にみられるように<sup>95)</sup> 国家機関の行為の正当化に際してある種の不合理な理由を排除し、国家機関の限界を確定することにある<sup>96)</sup>つまり、司法審査の役割は国家機関の権限、あるいは、行為理由の統制である。しかも、このような司法審査の役割の限定は、列挙されていない権利の保障に際して問題となる裁判官の実体的価値判断について他の学説と比較して優位性を有しており、民主主義のもとでの司法審査の問題を考えるうえで十分な意義を有しているといえよう。なお、列挙されていない権利の典型として挙げられるプライバシー権や自己決定権について、消極的アプローチの観点から、それがいかに定義され、保障されるべきかといった検討は今後の課題である。

---

94) 阪口・前掲注 47) 57 頁。

95) 木村草太「表現内容規制と平等条項－自由権から〈差別されない権利〉へ」ジュリスト 1400 号 (2010 年) 101 頁。

96) この点、アメリカの学説は、列挙されていない権利に対して多数者の道徳的な観点から制約を課すことは許さないと指摘されている。Barnett, *supra* note 85, at 37. See also Niles, *supra* note 59, at 155.