

Title	国家の保護義務と比較衡量：フランク・マイケルマンの「アメリカ合衆国における保護義務」論を端緒として
Author(s)	松村, 芳明
Citation	聖学院大学論叢, 23(1) : 121-136
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=2254
Rights	

聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository for academic archiVE

〈原著論文〉

国家の保護義務と比較衡量

——フランク・マイケルマンの「アメリカ合衆国における保護義務」論を端緒として——

松 村 芳 明

Protective Duty of the States and Balancing:
Beginning with the Clarification of Frank I. Michelman's Argument of
"The Protective Function of the States in the U.S."

Yoshiaki MATSUMURA

In Europe (especially Germany), there is the constitutional doctrine that the states must not only respect, but also protect constitutional rights of persons. In the U.S., this is not the case. Frank I. Michelman, a professor at Harvard University, argues for "the protective function of the states in the U.S.". This article attempts to clarify or examine this and other of Michelman's arguments, arguments of other theorists of the protective duty of the states, and an argument of other theorist, giving weight to a "balancing" approach in the constitutional scrutiny of courts in the U.S. and reconceptualizing rights and governmental powers. Through those attempts, this article is giving weights to a "balancing" approach in constitutional scrutinies of courts, in the U.S. and Japan, and attempting to reconceptualize rights and government powers.

Key words; protective duty of the states, balancing, republicanism, Frank I. Michelman, Richard H. Fallon, Jr.

Key words; 基本権保護義務, 比較衡量, 共和主義, フランク・マイケルマン, リチャード・ファロン

はじめに

憲法というもののエッセンスは、国家に対し、国民の人権を侵害しないよう命じる命令であることにある。これが我が国やアメリカ合衆国の憲法学において広く受け入れられている憲法についての見方である。そこでは憲法は、国家や州に対して、私人間で現実に起こる人権侵害的状况に対処する法的義務を課してはいない。しかしこれに対して、ドイツ連邦憲法裁判所やヨーロッパ人権裁

判所等においては、基本権保護義務という法理が採用され、一定の場合においては、私人（加害者）による人権侵害的行為から他の私人（被害者）を保護することを憲法（基本法）は国家に義務付けていると考えられている⁽¹⁾。

2003年に行われたセミナー（書物としての出版は2005年）において、合衆国の憲法研究者であるフランク・マイケルマン（Frank I. Michelman）は、ヨーロッパの研究者を前にして、「合衆国における保護義務」を論じたが⁽²⁾、これは、以上を前提とすると、一つの驚きである。本稿筆者は、マイケルマンのこの議論およびその含意について、すでに簡単には紹介・検討を行った⁽³⁾。本稿はまず、それを前提としつつ、マイケルマンの保護義務論についてより詳細まで明らかにする。次いで、それと関連する、他のヨーロッパの保護義務論および、マイケルマン自身の他の議論、マイケルマンが依拠する議論を見てゆく。それらの作業によって本稿は、以上の議論の多くにおいて、比較衡量（balancing）という手法が重要な位置を占めていること、そしてそこから導かれることとして、権利・政府権限に関する、利益を中心にすえるような新たな見方がありうることを示す。そして最後に、幾つかの提言じみた指摘を行いたいと思う。

1 保護義務論

1. 米欧の差異

まず、マイケルマンが保護義務に関して何を述べているのか、やや詳細に見てゆく。

マイケルマンは、私人による他の私人への身体的暴力の問題をとりあげて、次のように論を始める⁽⁴⁾。そのような問題に対しては、いかなる国家も、解決・救済のための民刑事の訴訟制度等の仕組みを整えている。またいかなる国家も、身体的暴力を予測・防止し、発見し、止めさせるための機関（警察や子どもの福祉のための機関等）を、法によって創設し、また財政的に維持している。以上の意味においては、すべての国家は、実質的な保護的機能（protective function）を実施しており、合衆国であれヨーロッパであれその点に差はない。しかし、そのような、憲法よりも下位の制定法が関係する保護的機能ではなく、関心を憲法（あるいはヨーロッパ人権条約）的な意味における国家の保護的機能に向けるとすれば⁽⁵⁾、憲法上の保護的機能ないし保護義務⁽⁶⁾が存するか否かは、上述の国家的諸制度・諸機関がその担当機能を怠り、かつそれが憲法上非難に値するとき、その懈怠行為が憲法との適合性を問われるか否か、ということにある。保護的機能ないし保護義務をそのように捉えるならば、合衆国とヨーロッパには差異がある⁽⁷⁾。

マイケルマンは、このようなヨーロッパと合衆国の差異を生む原因として一般に考えられる事項を順次検討するが、いずれも妥当ではないとした上で⁽⁸⁾、さらに次のように述べる。すなわち、保護義務法理の有無という差異は、憲法のレベルのみで現れているもので制定法のレベルにおいてのものではないし、また、憲法のレベルに着目しても、法理上の差異は見た目ほどのものではないと述

べるのである⁽⁹⁾。つまり、見た目にとらわれずに吟味すれば、合衆国においても裁判所は保護義務を果たしていることを見て取ることができるのである。

2. 裁判所の保護的機能・保護義務の遂行態様

マイクルマンは、合衆国でも裁判所は保護義務を果たしていることを具体的に示す前に、南アフリカ共和国における憲法裁判所判決である *Christian Education South Africa v. Minister of Education*⁽¹⁰⁾ をとりあげ、この判決の枠組みと同様なものが合衆国においても見られる、としている⁽¹¹⁾。マイクルマンによれば、南アフリカ共和国において、公立・私立を問わず、学校における身体的懲罰を禁ずる制定法に対して、あるキリスト教系の私立学校が、憲法によって保障されている宗教の自由を侵害するものだと主張した。憲法裁判所は、制定法が憲法上の権利を侵害すると認定したものの、その侵害を、憲法のいわゆる制限条項（南ア憲法 36 条）⁽¹²⁾ の下で合法（合憲）だとした。判決は、「国家は、……すべての人民、とりわけ子どもを、虐待、酷使、権利剥奪から保護……する措置を講ずる（take steps）憲法上の義務の下に……ある」⁽¹³⁾ とした。そして、私立の宗教学校においても身体的懲罰を禁ずるという判断に至った際に立法府は、そのような「憲法上の義務によって直接促された」⁽¹⁴⁾ と最高裁は認めたのである。マイクルマンは、この判決について、次のように述べる。

「*Christian Education* 判決は、我々が心にとどめておくべきポイントを示している。すなわち、ある原理ないし価値が憲法に埋め込まれているとする裁判所による認定は、憲法裁判において、一つ以上の方法によって表すことができるということである。そのうち一つの方法は、その原理ないし価値を、消極的ないし頑迷な政府に対抗して、直接裁判所が執行する方法である。もう一つの方法は——*Christian Education* 判決が典型的に示しているものであるが——、その原理に従う、ないしはその価値を追求するという明確な政府の目的が、ある正当化として、すなわち、憲法によって命じられている他の、場合によっては競合関係にある原理ないし価値を政府が侵害することの正当化として機能することを認めることである。*Christian Education* 判決において憲法裁判所は、私的な身体的虐待からすべての人民を保護する国家の義務という原理が、宗教的実践の自由への相当に明らかな侵害を正当化することを認めた。そうすることで、憲法裁判所は、保護義務の原理を、南アフリカ共和国の憲法のなかの、承認された重要な原理として位置づけたのである。」⁽¹⁵⁾

そしてマイクルマンは、このような枠組みを、合衆国の裁判所も採用しているとする。

「合衆国の裁判所が、憲法上保障された利益（例えば表現の自由や信教の自由）への侵害を正

当化するのに十分にやむにやまれぬ (compelling) 正当性を、手元の事案において州は持っている、とする州の主張を受け入れるとき、裁判所は、その政府の正当化の原理……が、明確な憲法上の重要性を持つ原理……であることを受け入れている。……我が国の連邦最高裁判所はこうして、ここで定義しようとしているものとしての、国家 (州) の保護的機能の原理とみられるもののために行動しているのである」⁽¹⁶⁾。

つまり、一方に表現の自由や信教の自由のような憲法上の利益 (ないし原理、価値) が存在し、他方、保護義務原理を追究するという政府の目的と、それに基づく前者の利益等への政府による侵害が存在する場合に、裁判所が後者の正当性を承認すると、後者の原理が憲法上の原理としての位置づけを獲得することになる。合衆国の裁判所が保護的機能を果たすのは、このような枠組みにおいてなのである。そしてこれは、「ある原理ないし価値が憲法に埋め込まれているとする裁判所による認定」の仕方のうち、原理を直接執行する方法と別の、「もう一つの方法」なのである。

マイクルマンは、このようにして保護的機能を果たした合衆国連邦最高裁判所の判決として、*Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*⁽¹⁷⁾、*Hill v. Colorado*⁽¹⁸⁾、*Madsen v. Women's Health Center, Inc.*⁽¹⁹⁾ を挙げる⁽²⁰⁾。

Cruzan 判決は、治療を拒否する本人の意思を示す明確で説得力ある証拠が存在しない場合に生命維持措置を終わらせることを禁じているミズーリ州法が、肉体侵害的医療措置を拒否する権利との関係で問題となったものであり、連邦最高裁は、望まない医療を拒否する権利を合衆国憲法修正14条上の権利であることを認めつつ、生命価値の促進および、法定代理人によるありうる虐待からの無防備な個人の保護という州の利益の方を優先させた⁽²¹⁾。*Hill* 判決および *Madsen* 判決は、人工妊娠中絶を行うクリニックの周囲で、中絶への抗議等のために人に接近することを制限する制定法や差止命令が表現の自由との関係で問題となったものである。*Hill* 判決は、表現の自由への一定の侵害があることは認めつつ、医療施設へのアクセスの自由を維持し、精神的な外傷から患者等を保護することを、州の正当かつ伝統的で特別な関心だとした⁽²²⁾。*Madsen* 判決も、表現の自由への一定の侵害があることは認めつつ、医療を求める権利の保護を「重要」で「強力」な利益だとした⁽²³⁾。

最後にマイクルマンは、人工妊娠中絶の権利を修正14条上のプライバシーの権利だと認めたことと有名な、*Roe v. Wade*⁽²⁴⁾ に言及する⁽²⁵⁾。*Roe* 判決によれば、妊婦のプライバシーの権利も絶対ではなく、胎児が母体外でも生存可能となる時点を越えると潜在的な生命の保護という政府の利益は十分にやむにやまれぬもの (compelling) となり、その時点以後は母体の生命・健康の維持のために必要な場合を除いて、州は中絶を禁止することも許される⁽²⁶⁾。マイクルマンの論からは、「母体外生存可能性」以後においては、政府の規制の背後にある生命の保護という利益が憲法上の原理としての地位を獲得し、プライバシーの権利を上回ることを認めたことにより、*Roe* 判決も一種の保護的機能を果たした判決だということができるのである。

3. 「未執行」テーゼ

上に挙げた諸判決においてもそうであるが、合衆国において裁判所は、加害者から被害者を保護する国家（州）の保護義務を一般的なかたちで明言することはなく、また、「他の私人の侵害からの州による保護を求める権利」を憲法上の権利として正面から認めることもない。マイクルマンの議論に乗るとすれば、憲法上の権利の侵害を行う州の行為に対して、裁判所が正当性を認めるときに、州側の原理が憲法上の原理としての位置づけを獲得することになり、保護義務が実施されるのである⁽²⁷⁾。マイクルマンは、このような態度による保護義務の実施が存在することは、裁判所によって直接執行されないが、それでも憲法上のものとしての地位を有する権利が存在することを示しているという。そのような権利をマイクルマンは、ローレンス・セイガー（Lawrence Sager）の議論に依拠して⁽²⁸⁾「未執行の」権利（‘under-enforced’ right）と呼び、ここでの問題領域に引き付けて、「私人による身体的虐待からの州による保護を求める」「未執行の」憲法上の権利は存在するという⁽²⁹⁾。

では、マイクルマンが依拠するセイガーの議論を見てゆこう⁽³⁰⁾。

憲法というものは、裁判所によって、少なくとも当初からすべて執行されるとは限らない。つまり、憲法と、裁判所によって執行される憲法とはまったく同一ではないのである。代表例が、最低限の福祉の権利である。セイガーは、合衆国の憲法研究者にあって、福祉の権利を憲法上の権利と認める数少ない存在であるが、セイガーによれば、それは権利として認められるとしても、裁判所によって直接執行される権利ではない。例えば医療については、具体的にいかなる医療水準が最低限の水準であるか、最低限の医療を満たすためにいかなる計画を立て、いかなる財政出動を行うべきか、といった諸事項の決定を必要とするが、その決定の責任を負うべき部門は裁判所とは別に存在する必要がある。

そう考えることには意味がある。最高裁は、物質的福利の配分について正面から向き合うことを一方で避けてきたものの、他方では、一定の集団に対して教育機会からのカテゴリカルな排除を行うことに対しては、警戒的な態度をとってきたが⁽³¹⁾、主流の憲法学ではこのような状況については、それを説明できないばかりか関心を持つことさえできない。しかし、このような領域において裁判所は、当初は憲法上の権利の直接執行を見合わせて「未執行」とし、政治部門が実施するものを後からは是認しつつ、そこに差別や権利剥脱がないかを審査する、といった態度をとったものととらえることが適切なのである。

マイクルマンは、以上のセイガーの議論を前提として、次のように述べる⁽³²⁾。「未執行」とすべき諸権利をもし裁判所が直接執行するとすれば、基準の不明確性、国家諸部門間の摩擦、過度な裁判所による事案処理といった問題が生じうるが、政治部門が自発的に選択した行為の正当化として、保護を求める権利や国家（州）の保護義務が呼び出されるならば、そのような問題性は消滅するか、より扱いやすいものとなる。「保護義務の正確な憲法上の基準は不明確なままかもしれないが」、政治部門の行為の正当性を承認・是認することによって裁判所は、「保護義務が……手元のケースにお

いて含意されているという判断を、政治部門と共有するのである」⁽³³⁾。

そして、以上の議論を前提にマイクルマンは、ヨーロッパと合衆国の差異という問題に再度戻って、次のように結論づける。

「合衆国の憲法が州（国家）の保護的機能ないし義務を否定ないし排除しているということではない。むしろ、……合衆国の法は、未執行という外観をとることによって、……義務の原理の力を強化している。……この点における合衆国とヨーロッパの憲法の区別は、ヨーロッパが称揚する人権の原理に対して合衆国が冷淡であるということではなく、両地域の専門家の憲法文化が、……裁判所と裁判の適切な役割に対する制約に関して、いくらか異なる観念を持っているということなのである。」⁽³⁴⁾

2 比較衡量

マイクルマンの以上の議論は、政府（州）が私人の権利・利益の保護のために他の私人の憲法上の権利等への侵害を行い、それを裁判所が正当化・承認することのうちに保護義務の実現を見るものであり、そのようなやり方を、「もう一つの方法」としてあるべき方法であるとし、また「未執行」の権利論に依拠してそれを正当化するものである。そして、保護義務法理の有無という米欧の一見した差異は、裁判所の態度（一部の憲法文化）に基づくものに過ぎず、保護義務の存在そのものの差異ではないとする議論である。このようなマイクルマンの議論は、説明としては一つの卓越であると思われる。しかし、いかなる規範的意義や、発展可能な含意を持つ議論なのかについては、ヨーロッパに存する保護義務が合衆国に存しないわけではないということ、裁判所の一見消極的な姿勢についても積極的に評価する余地があることが導かれるのみのようにも読める。しかし、本稿は、マイクルマンのこの議論を、マイクルマン自身の他の議論や、関連する他の論者の議論と関係させることによって、この議論の持つ含意や発展可能性を引き出せるように考える。それは、「はじめに」で述べたように、ひとことでいえば、比較衡量（balancing）の重視およびそれが含意する権利・政府権限の新たな捉え方である。

1. 比較衡量とは

憲法のフィールドに限定するならば、比較衡量とは、憲法上の権利の侵害（制限）がなされるとき、侵害（制限）によって失われる利益と得られる利益とを秤にかけて、秤がどちらに傾くかによってその是非についての結論を出す手法である⁽³⁵⁾。これには、そもそも保護される憲法上の権利の範囲はどこまでかを画定する際に、他人や社会等に与える利益侵害の程度よりも権利の実現によって得られる利益の方が上回る位置で権利の範囲の境界線を引くという方法（定義づけ衡量〔defini-

tional balancing])と、個々の事例ごとに、権利侵害によって実現される利益と失われる利益とを秤にかける手法(個別的衡量 [ad hoc balancing])があるとされるが⁽³⁶⁾、本稿はさらに、立法を行うにあたって立法府が、得られる利益と失われる利益とを秤にかけることも比較衡量の一種であると考えられる。

この比較衡量の手法に関しては、例えば、ドイツ型違憲審査の隆盛に刺激されて我が国(や合衆国)の違憲審査のあり方を改めて見直すという動機に基づいて、また、違憲審査基準(論)を比較衡量(論)のなかに位置づけつつ考察するなかにおいて、近時我が国において、活発な検討がなされているといえる⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾。本稿はそのような傾向に強い関心を持つものである。

2. 保護義務論と比較衡量

ここで、ヨーロッパの研究者の議論を見ることで、まず保護義務論そのものと比較衡量との強い結びつきを確認したい。

冒頭で述べたセミナーにおいてドイツ人憲法研究者であるディーター・グリム(Dieter Grimm)は、次のように述べる。すなわち保護義務論は、「人々のあるグループの権利縮減として現れるものが、他のグループの権利実現となりえる」ことをよしとするものであり、また、「社会の総体的な自由を高めることであり、基本権の全保持者にとって自由を実現すること」を「目的」とするものである⁽³⁹⁾。

このグリムの保護義務論の特徴の一つは、保護義務を遂行する中心的な国家機関として立法府を挙げていることである。グリムによれば、基本権の制限は法律によって行われるが、法律制定の際に立法府に課されている任務は、競合する憲法上の諸価値のいずれもが、できる限り維持されるように、それらを調和させることである⁽⁴⁰⁾。つまり、保護義務において重要なのは、憲法上の原理間の立法府による比較考量なのである。なおグリムは、ドイツにおいては、人間の尊厳を除き、基本権間の階層秩序が存在しないため、比較衡量が、諸権利の衝突を解決する最も有効な方法なのだと述べる⁽⁴¹⁾。

また、セミナーに基づく書物の編者であるゲオルグ・ノルテ(Georg Nolte)は、必ずしも保護義務に限ってのことだけでなく、違憲審査全体の問題としてではあるが、ヨーロッパにおいて活発な違憲審査がなされ、かつそれに対して目立った批判もなされていないのは、ヨーロッパの違憲審査における比較衡量の手法の多用に原因があるとする⁽⁴²⁾。ノルテによれば、アメリカの違憲審査においては、さまざまな「テスト」を開発・発展させることに重きが置かれており、ヨーロッパよりもルール志向型の違憲審査がなされているとあってよい。逆に、ヨーロッパ人権裁判所やドイツ連邦憲法裁判所においては、ケースごとにすべての要素を考慮する比較衡量を行うことに重きが置かれている。そのようなタイプの比較衡量は、法を見えにくくする難点がある一方、柔軟性という長所も持っている。この柔軟性のために、ヨーロッパの裁判所は自らのアプローチを目立たないうちに微修正

することも可能となるため、「反多数決主義の難題」という批判にさらされずに済む。こうしてヨーロッパにおいては、「ウォーレン・コートが終わらない」⁽⁴³⁾ という状況にあるのである。

ノルテの指摘は、(本稿全体としては有意義であるが)ここではひとまず措くとしても、保護義務論と比較衡量との結びつきは確認できるように思われる。

3. マイクルマンの保護義務論と比較衡量

実はすでに見たマイクルマンの議論において、マイクルマン自身は比較衡量についてとくに強調するところはない。しかし、マイクルマンの保護義務論は、比較衡量を内包しているのではないかと考えられる。なぜなら、第一に、マイクルマンが、南アフリカの憲法裁判所の枠組みと同様のものが合衆国連邦最高裁判所の判決にも存在し、合衆国においても保護義務論は存在すると述べた、すでに引用した主張(上記注16を付した引用)をなすにおいて、依拠する文献として、スティーヴン・ゴットリーブ(Stephen E. Gottlieb)とリチャード・ファロン(Richard H. Fallon, Jr.)の比較衡量論⁽⁴⁴⁾を挙げているからである。第二に、マイクルマンの他の議論、とくに共和主義論においては比較衡量を重視していると見ることができからである。マイクルマンが変説していないとすれば、マイクルマンの保護義務論は、自らの共和主義論と一定のつながりを持った議論であるはずであるが、共和主義論において比較衡量が重視されているなら、自らの保護義務論においても、それをまったく無視しているとは考えられないはずである。

第一、第二の点とも、その詳細は次項以降で見ることにし、ここでは、第一の点と関連した補足的な留意をしておきたい。それは、すでに引用したマイクルマンの言葉(上記注16を付した引用)のなかに、「やむにやまれぬ(compelling)」という言葉遣いがあることである。この言葉遣いは通常、州や連邦の行為の合憲性を判断する際に最も厳しく審査する基準である厳格審査基準において用いられる言葉遣いである。厳格審査基準とは周知のように、憲法上の権利に対する州や連邦による制約に対して、その制約目的が「やむにやまれぬ(compelling)」利益を実現するものかどうか、制約手段が目的に厳密に仕立てられている(narrowly tailored)かどうかを問う審査基準である。したがって、引用箇所のみから判断すれば、マイクルマンは厳格審査基準が用いられる場面のみを保護義務の場面だと考えているように判断される。しかし、例示されている *Cruzan* 以下の諸判決は、*Roe* 判決を除けば、厳格審査を用いたものではない。*Cruzan* 判決では合理性の基準が⁽⁴⁵⁾、*Hill* 判決と *Madsen* 判決では中間審査基準が用いられた⁽⁴⁶⁾。したがって、マイクルマンは、州の利益と憲法上の権利が衡量され、結果として生命や健康を保護する州の利益の方を優先させたことを保護義務だとしているのであって、必ずしも厳格審査が適用されるか否かはマイクルマンの議論にとって重要ではないと考えざるを得ない。キャスリーン・サリバン(Kathleen M. Sullivan)のように、厳格審査が採用されればほぼ自動的に憲法上の権利に軍配が上がり、合理性審査が採用されればほぼ自動的に制約側に軍配が上がる状況(ただし例外があることはサリバン自身も認める)を前提に、

比較衡量の主戦場は中間審査であるとする立場もある⁽⁴⁷⁾。いずれにせよ、マイクルマンのこの言葉遣いはややミスリーディングであるといえよう⁽⁴⁸⁾。

以上を確認した上で、上で「第一」、「第二」として挙げた点について見てゆくことにする。まず「第二」の点から見てゆきたい。

4. マイクルマンの共和主義論と比較衡量

「はじめに」で述べたように、本稿筆者はすでにマイクルマンの保護義務論に関連して、その共和主義論について簡単に紹介・検討を行ったが⁽⁴⁹⁾、マイクルマンの共和主義論を最もよく表すフレーズは、「全員 (everyone) の自己統治」というマイクルマン自身の言葉である⁽⁵⁰⁾。マイクルマンにとって共和主義とは、「アメリカ人民が、自らを支配する法に対して、自ら制定したものであるとみなすことができるような政治」⁽⁵¹⁾としての、熟議 (deliberation) に基づく「法生成政治 (jurisgenerative politics)」を志向する主義であるが⁽⁵²⁾、マイクルマンにとってとくに重要なのは、共同体内の法、とりわけ憲法について、多様な見解・属性を持つ政治参画者の「全員」が、自ら制定したとみなせることである。これを「全員の自己統治」と呼ぶ。マイクルマンは、200年前に制定された合衆国憲法典やその制定者意思にその後の政治が拘束され続けるという考え方を「プリューラリズム」に類似するものとして排除し、憲法は、個々具体の「法生成政治」において常に確定され続けるものと考えている⁽⁵³⁾。その「政治」には、議会における法律制定が含まれるのはもちろん、市民の間の議論や、裁判所における審査も含まれる⁽⁵⁴⁾。そこで今回注目したいのが、裁判所における審査が「法生成政治」であるために必要なものとしてマイクルマンが比較衡量を重視していることである。

本稿筆者はすでに、マイクルマンの保護義務論と共和主義論の共通性を指摘するために、マイクルマンの共和主義論のうち、ポルノグラフィ論を紹介・検討した⁽⁵⁵⁾。キャサリン・マッキノンらの運動によって、1984年に制定された反ポルノグラフィ条例 (インディアナポリス市) に対し、*American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut*⁽⁵⁶⁾ において連邦巡回区裁判所が違憲無効とした問題に関して、マイクルマンが、保護義務を果たそうとした議会の熟議を正当に評価しない判決であり、裁判所の保護義務を放棄したものだ、と非難した議論である。その議論で重視されているのが、比較衡量である⁽⁵⁷⁾。

すなわち、*Booksellers* 判決は、一方でポルノグラフィの及ぼす害については正当に評価したものの、他方で、「国家による検閲の禁止」という絶対主義的な基準を、事案の具体的状況を無視して当てはめたが、それに対してマイクルマンは次のように述べている。

「*Booksellers* 判決の……主張は、(州の規制の結果として生ずると認められる社会的悪と、規制されない私的活動の結果として生ずると認められる、性質上同様の社会的悪との間の選択を

我々が迫られている) *Booksellers* 判決のようなケースのための正しい裁判の方法が、なぜ、諸悪の比較ないし『衡量』(‘balancing’)を行いそれによって判決を下すという方法ではないのかをまったく説明していない」⁽⁵⁸⁾。

「国家(州)による検閲を禁止するというカテゴリカルなルールの官僚主義的擁護……は、何らかの簡素な卸売りのルールの方を好み、小売りの比較衡量を拒絶することによって、裁判所の誤りの率は最少化する、という結論を後押しする議論を目にするまでは、不完全である。……我々はそのような議論をまだ目にしていない」⁽⁵⁹⁾。

ボルノグラフィによって害を受けうる女性にも自己統治が可能のように、裁判所は、絶対主義によるのではなく、比較衡量を用いた柔軟な判断をすべきだとするのがマイクルマンの主張である。グリムの言葉でいえば、「基本権の全保持者にとって自由を実現すること」のために、競合する憲法上の諸価値のいずれもが、できる限り維持されるような調和の努力が主張されているのである。

5. ファロンの比較衡量論

最後に、すでに予告したように、マイクルマンが保護義務論を論じる際に依拠している合衆国における比較衡量論を見てゆきたい。ここではファロンの議論のみをとりあげる⁽⁶⁰⁾。なお以下のファロンの議論から本稿は、比較衡量の意義だけでなく、権利や政府の権限に関する新たな見方を取り出すことができる。

ファロンによれば比較衡量とは、憲法上の権利の基礎にある利益と、政府権限の基礎にある利益とを比較することである。利益間の比較であるから、その判断は、実際上の観点から帰結主義的に行われる⁽⁶¹⁾。裁判所はこのような意味での比較衡量を全面的に採用しなければならず、現実においても、厳格審査を適用する際にさえ、裁判所はこのような比較衡量を行っている⁽⁶²⁾。

このようなファロンの議論は、憲法上の権利と政府の権限に関する、独特の——ファロンに「独特の」ものとして済ませることはできないと考えられるが——捉え方を前提にしている。やや詳しく見てゆこう。

政府の権限は利益によって支えられている。そしてニューディールの憲法革命以降においては、政府の権限は、利益の実現のための目的志向的なものとして、かかる目的実現にとって効果的なように、十分に広く捉えられなければならない⁽⁶³⁾。

次に憲法上の権利であるが、これも、利益に基づくものである。権利をどう把握すべきかについては、人間存在はそれ自身が目的であって、他の目的のために利用されない権利保持者である、という、カント主義的な人間像を前提とする権利論や、道徳的な力の行使と発展に不可欠な権利が承認されるべきであるとするロールズの理論があるが、いずれも、いかなる権利を人は持つべきかについての問題を、具体的・実践的なレベルで解決することができない(例えば、表現の自由はヘイ

ト・スピーチを含むか、信教の自由は免除を含むか)。もはや権利は、哲学理論によってではなく、経験的次元で、すなわち、基礎にある利益が保護・促進されるべきものであるかによって捉えられなければならない⁽⁶⁴⁾。

そこで利益とは何かであるが、ファロンは、四つに分類する。一つは、個人の福利 (well-being) という利益であり、健康や物質的財、身体的精神的能力の行使の機会等である。二つ目は自律・自己決定の利益である。三つ目は尊厳としての利益であり、例えば平等保障はこれに基づく。四つ目はシステムの利益、すなわち、政府権限の濫用や過度な権力の政府への集中を避ける利益である。例えば表現の自由保障における表現内容規制の禁止というルールは、このシステムの利益によって説明できる。それは、内容規制の禁止が、いかなる表現が聞くに値するかを政府に判断させることの持つ危険を排除するものだからである⁽⁶⁵⁾。

憲法上の権利も政府権限も、ともに利益に由来するものであるとすると、権利は政府の権限とは独立的に存在するものであり、一方的に政府権限を抑制するものであると捉えるのは間違いであるということになるし⁽⁶⁶⁾、他方、正当な利益の実現のための政府権限の行使であれば、憲法上の権利の幅を狭めることも認められなければならない。このことをファロンは、権利と政府権限との「概念的な相互依存関係 (conceptual interdependence)」⁽⁶⁷⁾ と呼ぶ。つまり、権利および政府権限の概念は、それぞれ他方 (の基礎にある利益) による限界付けによってでしか確定できないのである。したがって、「切り札」としての権利という権利観は基本的にはとれないことになる⁽⁶⁸⁾。

例えば、修正1条の下ではいかなる表現が保護されるかについては、一方で表現の自由の基礎にある利益を考え、他方で、名誉の毀損やプライバシーの侵害、チャイルドポルノの製造・頒布による害、等から市民を保護する政府の活動の基礎にある利益を考え、両者を比較考量することによってでしか画定できない⁽⁶⁹⁾。そして、行っているのが対立する諸利益の比較衡量であるから、決定的なのは、実際の考慮となる。

こうして裁判所の違憲審査とは、利益の比較衡量により権利および政府権限の範囲を確定する作業だということになるが、そうすると、裁判所、とくに連邦最高裁判所の権限と責任は、基本的には広く捉えられる必要があるともファロンはいう⁽⁷⁰⁾。

以上のファロンの議論は、裁判所による違憲審査を利益衡量であると正面から認めるものである。この議論にマイクルマンが依拠して保護義務論を提示しているとすれば、やはりマイクルマンの保護義務論は比較衡量を内包したものと考えることができる。しかし重要なのはそれだけではない。ファロンの議論の大きな特徴の一つは、権利を利益に基づくものと捉えることである。だからこそファロンは違憲審査を諸利益間の比較衡量として見るべきだと主張できるのである。実は権利と利益の似たような結びつきは、マイクルマンにも見られる。マイクルマンは他の箇所で、「人間の自由を評価することは、人間の利益を解釈し評価することである。つまりそれは、自由を human goods として解釈することである」と言明している⁽⁷¹⁾。だとすれば、ファロンとマイクルマンの結びつき

は、単なる比較衡量の重視という点が共通することにとどまらず、もっと深い。

ファロンの、利益による権利の捕捉というテーゼは、比較衡量の重視だけでなく、政府権限の利益に基づく捕捉というテーゼや、権利概念の確定における政府権限との関連、「切り札」としての権利観の消極観をも導いている。さらに、正当な利益に基づく政府権限は正当に評価すべきだというテーゼも含むものと本稿は考える。グリムは、保護義務という概念は、国家が人権の敵であるだけでなく友でもあることを含意すると説くが⁽⁷²⁾、まさに、ファロンの議論においても、同様の考え方が内在していると考えられる。権利を利益から捉えるという見方がファロンとマイケルマンに共通しているならば、以上のような諸点についても共通しているとみなすことができるのである⁽⁷³⁾。

おわりに

以上、マイケルマンの保護義務論を手始めに、その他幾つかの議論を見てきた本稿は、それらの多くの議論において比較衡量という手法が重視されていること、また、関連して、そのような方向性が、権利・政府の見方に関するある一定の見方を示していることを見てきた。マイケルマンが通常理解とはまったく異なる意味で「保護義務」を論じるとき、そこには、憲法上の権利と政府権限（両者の基礎にある利益）とを適切に比較衡量し、ときには前者よりも後者を上回らせることもあるべきだという考え方が込められていると考えてよいと思われる。「全員の自己統治」のための柔軟な解決というあり方に魅力を感じる本稿は、これまで見てきた諸々の議論を基本線において積極視する立場に立ちたい。

最後に以下の諸点を述べておきたい。

まず、我が国においても比較衡量という手法に対して積極的に評価する立場がとられるべきであろう。そこでは帰結主義的な議論がより重視されるが、その方が、当事者の利益の増進となるはずである。その際、国家の主張する利益に対する正しい理解もなされなければならない⁽⁷⁴⁾。さらに、「切り札」としての権利論に対しては、過大評価は慎まれる。同様のことは、いわゆる憲法上の権利の一段階画定アプローチや⁽⁷⁵⁾ 人格的自律権論⁽⁷⁶⁾ にもいえる。権利は主として、そのように内側からでなく、外側から定義されるものだと考えるべきではないだろうか。

注

(1) 基本権保護義務に関する基本文献として、小山剛『基本権保護の法理』成文堂 1998。そこにおいては、基本権保護義務の定義として、「『基本権は、国に対して、各人の基本権法益を第三者の侵害から保護するための積極的措置を命じる』という法理である」(p. 1)という記述や、「基本権保護義務とは、国家との関係で不可侵が求められてきた自由権の保護法益について、他の社会構成員との関係における不可侵を読み込み、基本権の名宛人である国に、要保護者救済のための作為義務を課すものである」(p. 133)という記述がある。

(2) Frank I. Michelman, "The protective function of the state in the United States and Europe: the

- constitutional question,” in Georg Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005, pp. 156-80.
- (3) 拙稿「アメリカ合衆国における保護義務論とその含意—フランク・マイケルマンの議論を中心として」憲法理論研究会編『憲法理論叢書⑰ 憲法学の最先端』敬文堂 2009 pp. 69-84 (以下では「前稿」とする)。この前稿においては、マイケルマンの保護義務論を簡単に紹介した後、それをマイケルマンの共和主義論と関連付けるとともに、我が国における、憲法の全方位規範性を論じる議論や保護義務批判論、私人間効力論等と関係させて検討した。
- (4) See Michelman, “The protective function of the state,” above, note 2, at pp. 156-60.
- (5) ここではマイケルマンは、合衆国憲法とヨーロッパ人権条約（ドイツ連邦共和国基本法ではない）を比較している。
- (6) マイケルマンは、protective function（保護的機能）と protective duty（保護義務）の語を用い、かつ両者をほぼ同意義のものとして使用している。またマイケルマン、ディーター・グリム（Dieter Grimm）、ハイク・クリーガー（Heike Krieger）の三者の報告からなるセミナーのタイトルは「保護的機能（The protective function）」であるし、グリムの報告の題名も「国家の保護的機能（The protective function of the state）」である。以上から、「保護的機能」と「保護義務」の語は、ここでは同意義のものとして理解してよいと思われ、本稿においては、原則として、それぞれの箇所では原文においては何れが用いられているかに応じて、「保護的機能」・「保護義務」を使い分けることとする。
- (7) ここでマイケルマンが挙げる例は、ヨーロッパ人権裁判所の判決である *Case of Z and Others v. The United Kingdom*, 10 May 2001, Reports 2001-V と、合衆国連邦最高裁判所の判決である *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989) である。両判決とも、親から虐待を受けている子どもを、それと知りつつ（知り得た）担当機関が救出しなかった事件についての判決であるが、*DeShaney* 判決においては、州の職員や担当機関の責任は明確に否定されたのに対し、*Case of Z and Others* 判決においてヨーロッパ人権裁判所は、担当機関の責任を認めた。*DeShaney* 判決に関する邦語文献として、前稿 p. 79 注(3)に掲げた諸文献及び、樋口範雄「児童虐待と合衆国最高裁—子どもへの公的保護責任と 1983 条訴訟—」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 上』有斐閣 1993 pp. 247-83 等。*Case of Z and Others* 判決に関する邦語評釈として、今井雅子「私人の行為と国家の義務(2) 虐待からの児童の保護—Z 対イギリス判決—」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社 2008 pp. 119-23。なお、*DeShaney* 判決におけるウィリアム・レーンクイスト（William H. Rehnquist）裁判官による法廷意見中の以下のくだりは有名である。「(州による生命、自由、財産の剥奪を禁ずる) 修正 14 条の目的は、人民を州から保護することであって、州が人民を隣人から保護することを保障するものではなかった。(修正 14 条の) 起草者たちは、後者の領域の政府の義務の範囲を、民主的な政治過程に委ねることを意図していたのである」(489 U.S. 189 (1989) at 196.)。
- (8) マイケルマンは、①合衆国が連邦国家であること、②テキストの規定の仕方の違い、③ヨーロッパ人権条約と合衆国憲法が制定された時代背景と原意の違い、④基本権は客観的原理でもあるという観念がヨーロッパにのみ浸透していること、のいずれもが決定打ではないとする。最後に、最も有力と思われる、⑤ヨーロッパが左派的・社会民主主義的・共同体主義的であるのに対して、アメリカが右派的・リベラルデモクラシー的・個人主義的であるという、政治文化ないしイデオロギーの違いという事項についても、そうした差異が特定の法理の差異に結びつくかどうかは個々のケースによって異なり、保護義務法理の有無という違いに関しては、その結びつきはないとする。See Michelman, “The protective function of the state,” above, note 2, at pp. 160-70.
- (9) See Michelman, “The protective function of the state,” above, note 2, at pp. 170-1.
- (10) CCT 4/00 [2000] ZACC 11; 2000(4) SA757; 2000(10) BCLA 1051 (18 August 2000).
- (11) See Michelman, “The protective function of the state,” above, note 2, at pp. 171-2.
- (12) 南ア憲法 36 条は次のように規定する。「第 1 項 権利章典中の諸権利は、一般的に適用される法

よってのみ制限され得る。ただしその制限は、人間の尊厳及び平等、自由に基づく開かれた民主的な社会において合理的でありかつ正当化されるものでなければならず、かつ、以下のすべての関連事項を考慮に入れたものでなければならない。すなわち、a. 権利の性質、b. 制限の目的の重要性、c. 制限の性質及び範囲、d. 制限とその目的との関係、e. 目的を達成するためのより制限的でない手段、である。」〈<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>.〉訳は本稿筆者による。南ア憲法は、南ア政府のHP → 「Documents」 → 「Constitution」の順に進むことで見ることができる。なお南ア政府のHPは、South Africa Government Online 〈<http://www.gov.za/>〉。南ア憲法に関する邦語文献として、ダニエル・W・モルケル（田口守一訳）「南アフリカ共和国の憲法と司法制度」『比較法学』第32巻第1号 1998 pp. 357-89等。

- (13) CCT 4/00 [2000] ZACC 11; 2000(4) SA757; 2000(10) BCLA 1051 (18 August 2000), at para. 40. なお南ア憲法には次のような条項がある。「第12条 第1項 すべての者は、人格の自由と安全の権利を有しており、そこには、……c. 公的または私的起源からのあらゆる形態の暴力から自由であること、……e. 残酷に、ないしは非人道的、権利剥奪的に扱われ、または処罰されないこと……が含まれる」、「第7条 第2項 国家は、権利章典内の諸権利を尊重し、保護し、実現しなければならない」（訳は本稿筆者。その他については前注を参照。）。
- (14) Ibid. at para. 50.
- (15) Michelman, "The protective function of the state," above, note 2, at p. 172.
- (16) Ibid.
- (17) 497 U.S. 261 (1990).
- (18) 530 U.S. 703 (2000).
- (19) 512 U.S. 753 (1994).
- (20) See Michelman, "The protective function of the state," above, note 2, at pp. 172-4.
- (21) なお本判決に関する有意義な邦語文献として、樋口範雄「植物状態患者と『死ぬ権利』—Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health, 110 S. Ct. 2841 (1990)」『ジュリスト』第975号 1991 pp. 102-6.
- (22) See 530 U.S. 703 at 715. なお本判決に関する邦語文献として、蟻川恒正「表現の自由」『法律時報』第72巻第11号 2000 pp. 88-92.
- (23) See 512 U.S. 753 at 764, 767.
- (24) 410 U.S. 113 (1973).
- (25) See Michelman, "The protective function of the state," above, note 2, at pp. 174-5.
- (26) See 410 U.S. 113 at 154, 163-4.
- (27) マイケルマンはこのような裁判所の態度を、「裏口は開いているが表口は閉ざしている」態度とも呼ぶ。See Michelman, "The protective function of the state," above, note 2, at p. 175.
- (28) Lawrence Sager, "The Domain of Constitutional Justice," in Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 2005, pp. 235-70; Lawrence Sager, *Justice in Plainclothes: a Theory of American Constitutional Practice*, Yale University Press, 2004.
- (29) See Michelman, "The protective function of the state," above, note 2, at p. 175.
- (30) See Sager, "The Domain of Constitutional Justice," above, note 28, at pp. 240-2.
- (31) セイガーがここで頭頭に置いているのは、違法入国者の子どもに対して無償教育を拒否する州法を違憲と判断した *Player v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) である。
- (32) See Michelman, "The protective function of the state," above, note 2, at pp. 175-6.
- (33) Ibid. at p. 176.
- (34) Ibid. at pp. 176-7.
- (35) 「比較衡量」は「利益衡量」とも呼ばれ、英語においては *balancing* と呼ばれる語・懸念である。

- 本稿は、より価値中立的な語感を帯びる「比較衡量」の語を用いる。「比較衡量（利益衡量）」に言及する邦語文献として、教科書に限れば、芦部信喜『憲法〔第4版〕』岩波書店 2007 pp. 99-101, 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』有斐閣 2010 pp. 123-30, 辻村みよ子『憲法〔第3版〕』日本評論社 2008 pp. 164-6等。
- (36) 例えば、高橋前注 pp. 123-4。なお高橋は、現実には定義づけ衡量と個別的衡量との中間的な手法である「類型的アプローチ」（これこそが審査基準論である）が採用されることが多いとする（p. 124-30）。
- (37) 例えば、青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」『ジュリスト』第1400号 2010 pp. 68-74, 同「演習 憲法」『法学教室』第355～358号 2010 pp. 116-7, 152-3, 156-7, 146-7, 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)(下)」『ジュリスト』第1363号, 1364号 2008 pp. 64-76, 108-22, 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」『法律時報』第80巻第11号 2008 pp. 70-80等。
- (38) なお比較衡量（論）は、歴史的にも果たす役割としても、観念的な「公共の福祉」論と、二重の基準論等の審査基準論との間の過渡期的なもの、あるいは限定的なものとして位置づけられることもあるが（例えば前掲注(35)芦部 pp. 100-1）、本稿は、審査基準論も広い意味での比較衡量論に含まれる（例えば前注高橋(上)pp. 68-9 および注(36)、前注阪口 pp. 71-3）、比較衡量論の守備範囲も限定的なものにとどまるわけではない、とする立場に立つ。
- (39) Dieter Grimm, "The protective function of the state," in Georg Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, above, note 2, pp. 137-55, at p. 150.
- (40) See *ibid.* pp. 149-51. なおグリムは、憲法裁判所が打ち立てた過少包摂と過剰制限の法理も、この立法府の任務の遂行の有効な評価のためのものとしての意味があるとする。See *ibid.*
- (41) See *ibid.* p. 151.
- (42) See Georg Nolte, "European and US constitutionalism: comparing essential elements," in Georg Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, above, note 2, pp. 3-20, at pp. 16-8.
- (43) *Ibid.* at p. 17.
- (44) Stephen E. Gottlieb, "Compelling Governmental Interests and Constitutional Discourse," *Albany Law Review*, 55, 1992, pp. 549-60; Stephen E. Gottlieb, "Compelling Governmental Interests: an Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication," *Boston University Law Review*, 68, 1988, pp. 917-78; Richard H. Fallon, Jr., "Individual Rights and the Powers of Government," *Georgia Law Review* 27, 1993, pp. 343-90.
- (45) レンクィストによる法廷意見は、治療拒否権を、厳格審査を必要とする「基本的権利」としてのプライバシー権に属するものであるとする見方を退け、修正14条上の単なる「自由」として、合理性の審査によって判断した。合理性の基準とは周知のように、立法目的の正当性と、目的と手段との間の合理的的関連性を問う審査基準である。
- (46) 中間審査基準とは周知のように、制約目的の重要性および、目的と制約手段の間の実質的関連性、制約手段の必要性を問う審査基準である。
- (47) See Kathleen M. Sullivan, "Categorization, Balancing, and Government Interest," in Stephen E. Gottlieb (ed.), *Public Values in Constitutional Law*, The University of Michigan Press, 1993, pp. 241-71, at pp. 242-3.
- (48) マイケルマンがなぜ「やむにやまれぬ (compelling)」の語を用いて説明しようとしたのか、確かに不明であるが、ゴットリーブの議論に影響された可能性は考えられる。
- (49) 参照、前稿 pp. 73-8.
- (50) See, e. g., Frank I. Michelman, "'Protecting the People from Themselves,' or How Direct can Democracy be?," *UCLA Law Review*, 45, 1998, pp. 1717-34, at p. 1732.
- (51) Frank I. Michelman, "Law's Republic," *Yale Law Journal*, 97, 1988, pp. 1493-1537, at p. 149.

- 52) See Frank I. Michelman, "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation," *Tennessee Law Review*, 56, 1989, pp. 291-319, at pp. 291-3.
- 53) 参照, 拙稿「自己統治的民主主義と司法の役割(1)—フランク・I・マイケルマンの所説の一端を素材として—」『法研論集』第110号 2004 pp. (237)-(259), at pp. (248)-(249). ただし「法生成政治」が無限の憲法変遷ではないことにつき, 参照, 前稿 pp. 74, 78.
- 54) See, e. g., Michelman, "Law's Republic," above note 51, at pp. 1526-32.
- 55) 前稿 pp. 74-6.
- 56) 771 F. 2d 323 (7th Cir. 1985).
- 57) See Michelman, "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument," above note 52, at pp. 304-5, 314.
- 58) *Ibid.* at p. 304.
- 59) *Ibid.* at p. 314.
- 60) ゴットリーブの議論の検討は本稿では行わない。
- 61) See Fallon, Jr., "Individual Rights and the Powers of Government," above note 44, at p. 344.
- 62) See *ibid.* at pp. 360-1, 390.
- 63) See *ibid.* at pp. 348-50.
- 64) See *ibid.* at pp. 351-3.
- 65) See *ibid.* at pp. 357-59.
- 66) See *ibid.* at pp. 363-4.
- 67) See, eg., *ibid.* at p. 360.
- 68) See *ibid.* at p. 368. 「切り札」としての権利という権利観は, もちろん, ロナルド・ドヴォーキンのものである。See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. xi. また, 我が国においては長谷部恭男が提唱する。長谷部『憲法〔第4版〕』新世社 2008 pp. 116-7.
- 69) See *ibid.* at p. 362.
- 70) See *ibid.* at p. 372. ただしファロンは, 裁判所の権限にも限界があるという。まず, 連邦最高裁判所が決定するルールは下位の裁判所や他の政府部門を拘束するものであるため, その都度すべてを考慮した比較衡量を行うことは避けるべきとする。つまりノルテのいうようなタイプの比較衡量は拒絶している(両者の議論の比較検討はここでは行えない)。またファロンは, 能力・資格上の問題から, 政治部門の判断に対して再衡量をすることを控えるべき場面もあるとする(「未執行」テーゼとの類似性が伺われるが詳細の検討はここでは行えない)。See *ibid.* at pp. 374-82.
- 71) Frank I. Michelman, "Liberties, Fair Values, and Constitutional Method," in Stone & Epstein (ed.), *Bill of Rights in the Modern State*, The University of Chicago Press, 1992, pp. 91-114, at p. 98.
- 72) See Grimm, "The protective function of the state," above note 39, at p. 149.
- 73) 南アフリカの事例を参照しつつ, またオーウェン・フィス (Owen Fiss) の議論を検討しながら, 「自由にフレンドリーな国家」について論じているマイケルマンの論稿として, Frank I. Michelman, "The Bill of Rights, the Common Law, and the Freedom-Friendly State," *University of Miami Law Review*, 58, 2003, pp. 401-47.
- 74) 国家の主張する利益を正しく評価すれば, 「比較衡量は必然的に憲法上の権利よりも国家の利益に軍配を上げるもの」といった, よくある批判は回避できるのではないか。なお, 本稿の議論からすると, これまで審査基準の設定においては憲法上の権利の性質が決定的であるとされてきたことも再検討の余地があると考えられるが, 詳細は今後委ねる。
- 75) 参照, 樋口陽一『一語の辞典 人権』三省堂 1996 p. 92等。
- 76) 参照, 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』青林書院 1995 pp. 394-5等。