The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	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
Author(s)	中曽, 久雄
Citation	阪大法学. 2011, 60(6), p. 117-154
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54834
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

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――

中　曽　久　雄

問題の所在

本稿が取り扱うテーマは民主主義（以降、使用する民主主義とは、国民が選挙により代表者を選出して、その代表者を通して国政の基本を決定するという代表民主主義である）のもとでの司法審査の問題である。すなわち、「民主主義を理念とする憲法制度のなかで、何故司法審査制が正当化されるのか」[1]という問題である。アメリカでは、司法審査について、その根本的な難点として「反多数決主義という難点」（counternajoritarian difficulty）[2]が指摘されてきた。特に、この問題は、憲法上列挙されていない権利や平等保護の領域において鮮烈な形で現れる。本稿では、列挙されていない権利や平等保護の問題の検討を通じて、民主主義のもとでの司法審査の問題を考察する[3]。

本稿の構成は以下の通りである。「一」では、実体的デュー・プロセスが提起した問題点（裁判官の実体的価値判断の問題）を指摘する。「二」では、「一」でみた裁判官の実体的価値判断の問題に対して有力な答えを提示した

プロセス理論と同じ問題意識を共有しながらも、プロセス理論とは異なるアプローチを提示した Niles の修正九条の解釈を概観し、そこから権限アプローチを導出する。「三」では、平等保護の問題について、Ely の動機審査を手がかりに、平等保護の領域においても権限アプローチを拡張する。「四」では、これまで検討してきた権限アプローチを浮き彫りにするために、Ely のプロセス理論、それに代替する Klarman と Dworkin の司法審査理論、さらに民主主義のもとでの司法審査に関する現在の議論を概観する。その上で、民主主義のもとでの司法審査に関する議論の中で、権限アプローチがいかに位置づけられるかを検討する。「五」では、実体的デュー・プロセスに関する近時の判例を通じて権限アプローチの妥当性を検討する。そして、「六」では、権限アプローチがいかに民主主義のもとでの司法審査の問題を克服していくかを考察する。

一　実体的デュー・プロセスの展開とその問題点

アメリカでは、連邦最高裁の展開した実体的デュー・プロセスの妥当性を契機にして、民主主義のもとでの司法審査の問題が活発に議論されている。実体的デュー・プロセスとは、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基本的権利として保障し、しかもそれに対する制約に対して厳格審査を及ぼす為の理論である。[4] 実体的デュー・プロセスのもとで認められたのは、一九〇五年の Lochner v. New York[5] に代表されるように経済的自由であったが、その後、経済的自由の領域において実体的デュー・プロセスは崩壊した。しかし、一九七三年の Roe v. Wade[6] において、デュー・プロセス条項を根拠にして中絶の権利を認めたことで、実体的デュー・プロセスが復活することになった。さらに、平等保護の領域においても、実体的デュー・プロセスと同じように基本的権利が承認された。[7]

実体的デュー・プロセスは様々な批判にさらされることになるが、代表的な批判として、以下の二つの点が挙げられる。第一に、基本的権利を保障する際に、「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」ということに依拠してきたが、それが曖昧であるということである。この点、Michael H v. Gerald D. におけるScalia 裁判官とBrennan 裁判官の対立が、この問題を象徴している。本件では、不倫関係から生まれた子供に対して、実の父親に訪問権を認めていない州法の合憲性が問題となった。Scalia 裁判官の相対多数意見は、自由の利益が単に基本的というだけでなく、「我々の社会により伝統的に保護された自由」でなくてはならないことを強調する。そして、不倫関係から生まれた子供に訪問する権利を裏付ける伝統はなく、修正一四条のもとで保護される「自由」には該当しないとした。さらに、Scalia 裁判官は、歴史や伝統に依拠する理由として、それが客観的な基準として機能することを強調する。もし、そのような基準がなければ、裁判官の主観的価値判断を許してしまうというのである。(8) これに対して、Brennan 裁判官の反対意見は、多数意見の依拠する歴史や伝統を厳しく批判する。すなわち、「伝統という概念が自由同様に、移り変わりやすく、また、つかみどころのないものである以上、相対多数意見が伝統によって、憲法の周囲に認識できる境界を設定できるということは、見せかけであるということが明白である。……何がアメリカの伝統に深く根ざしているかは、議論の余地がある。……合理的な人が特定の伝統の内容について一致せず、また、いなかる伝統が『自由』の定義と関連するかについても一致しないゆえに、相対多数意見は自らの追求する客観的な境界を見出すことはできない。たとえ、特定の伝統の内容と重要性に同意したとしても、以下のことをなおいっそう強調しておかなくてはならない。どの時点においても、ある伝統は自由の定義にとって十分に確たる関連を持ち、また、どの時点においても、ある伝統は自由の定義にもはや関連性を持たないまでに廃れてしまうということである」。(9) 第二に、基本的権利の制約に対して、

立法目的・手段の双方について、合理性の基準を超えた厳格な審査（やむにやまれぬ政府利益の要求）が及ぶということである。基本的権利の制約に対する厳格審査の適用は、民主主義のもとで裁判所が、立法府の判断をどこまで尊重し、そして、いかなる場合に覆すことが許容されるかという問題を提起した。

このように、実体的デュー・プロセスは、一定の列挙されていない権利に対して基本的または重要であるとして特別の保護を与えるものであり、そこで果たして、価値的に重要なものとそうでないものを区別できるか、さらに、そのような区別は何に基づいて行われるのかという疑問を生じさせたのであった。つまり、実体的デュー・プロセスは、裁判官が実体的価値判断を行うことで、裁判官統治になるのではないかという問題を生じさせたのである。

二　修正九条における権限アプローチの展開

二―一　Niles の personal autonomy 論

先にみたように、実体的デュー・プロセスは、列挙されていない権利を保障するに際して、裁判官の実体的価値判断の問題を生じさせた。実体的デュー・プロセスに対する批判を背景にして、近時、修正九条が実体的デュー・プロセスに替えて、列挙されていない権利の根拠になるという考えが有力になっている。そこで、列挙されていない権利の問題について、修正九条についての近時の議論を概観していくことにする。

修正九条（「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」[10]）は、これまでその意味が不明確で、そもそも憲法上の権利を保障した規定としては考えられてこなかった[11]。しかし、Griswold 判決において、修正九条が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[12]、再評価されるようになった。ただ、修正九条が再評価されていると言っても、修正九条がいかなる

権利を保障するかについては、議論が錯綜しているが、その要因は以下のように考えられる。修正九条の規定する「人民の保有する他の諸権利」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、実体的デュー・プロセスと同様に、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。そこで、修正九条は何らかの権利を保障していることは前提にしつつ、民主主義の下での司法審査という観点、すなわち、いかにして裁判官の実体的価値判断を回避するかに力点を置く Niles の修正九条の解釈を検討する。Niles の修正九条の解釈は、実体的デュー・プロセス理論を激しく批判し、裁判官の実体的価値判断の回避に焦点を当てる Ely のプロセス理論[13]と問題意識を共有している。しかし、Niles の修正九条の解釈は、Ely のプロセス理論と問題意識は共有するとは言っても、プロセス理論とは全く別のものであり、その方向性は全く異なる（この点は、後述する）。

まず、Niles は、実体的デュー・プロセスを以下のように批判する。第一に、実体的デュー・プロセスのもとで保障されてきた基本的権利の性質は、本来修正九条のもとで保障されるべき権利の性質とは異なること、そして、基本的権利は憲法上の規定の根拠を欠くということである。第二に、裁判官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[14]。第二の批判は、Ely と同じ問題意識を共有している。Niles にとって重要なのが、第一の批判である。先にみたように、実体的デュー・プロセスのもとで保障されてきた基本的権利は、歴史や伝統に根ざしているかということを基準にして決定されてきた。しかし、Niles によれば、列挙されていない権利は、歴史や伝統に依拠する基本的権利としてではなく、修正九条のもとで規範的に決定されるものであるという。つまり、Niles の実体的デュー・プロセス批判からすれば、実体的デュー・プロセスは裁判官の実体的価値判断の問題を提起したという Ely の診断は正しいが、それを回避するために列挙されていない権

利の保障を司法審査ではなく政治プロセスに委ねるという処方箋は妥当ではないということになる（この点は後に検討する）。

Niles は、修正九条が単なるインクのしみ（無意味）ではなく、重要な意味があることを強調する。Niles によれば、修正九条の「人民の保有する他の諸権利」は、personal autonomy を保障しているという。personal autonomy とは、他者や社会に危害を与えることのない個人の自由な自己決定や自律（個人のアイデンティティや精神的な自由に直接的に関わる事柄）に関わる領域である。Niles によれば、実体的デュー・プロセスのもとで保障されてきた基本的権利は、修正九条のもとで personal autonomy として保障されるべきであるという。このように、基本的権利を personal autonomy として捉え直すことで、基本的権利の保障において問題となっていた憲法上の条文の根拠がないという批判を回避できるという。

では、修正九条が personal autonomy を保障しているという根拠はどこにあるのだろうか。Niles は、personal autonomy の淵源を Locke の市民社会論、および、修正九条の起草者である Madison の制限政府論にまで遡る。そこで示されていたのは、他者や社会に対して害悪（物理的害悪）を与えることのない自由の領域と正当な政府の権限の関係についてであった。特に重要なのが、政府の正当な権限についてである。この点、Locke は、市民社会における政府の正当な権限の制限という観点で、また、Madison は制限政府という観点で、政府の権限の限界について議論してきたのである。Niles によれば、政府の正当な権限は、社会や他者に対する害悪の防止に限られ、社会や他者に対する害悪を与えない personal autonomy に対して、基本的に政府は介入することはできないというのである。このような考えのもと、personal autonomy の重要な意義は、実体的デュー・プロセスのように特定の自由が基本的権利であるかどうかを問うのではなく、それを制限する政府の権限（介入）からアプローチすること

とにある。つまり、政府の権限の合憲性を問うことで、違憲の政府の介入からの自由としてpersonal autonomyが保障されるのである。列挙されていない権利の保障について、基本的権利から政府の介入の合憲性を問うpersonal autonomyへのシフトは、個人の自律領域の介入に対して司法審査が積極的に行使され、結果として自由な社会の構築につながるのである。(15)

Nilesは、personal autonomyが侵害されたどうかを判断するために、二段階審査を提示する。第一段階で政府により制約される行為が、公的領域への制約か、私的領域への制約かを判断する。次に、第二段階で、私的領域に対する政府の制約と認められたならば、制約の合憲性（当該介入が公共の利益に基づくものであるか否か）の証明が政府に課されることになる。公共の利益について、Nilesは、personal autonomyが個人の自律に関わる領域である以上、多数者の道徳的な観点に基づく制約は、公共の利益とはならないという。そして、先にみたように、本来私的領域に対して政府は介入することはできないので、ここでは厳格審査が行われることになる。(16)

二―二　権限アプローチとは

以上検討してきたNilesの修正九条の解釈から、権限アプローチを導出する。まず、権限アプローチは、列挙されていない権利を私的領域として保護する。ここにいう私的領域とは、個人的な事柄に関わる領域である。ただし、他者や社会に危害（ここにいう、危害とは物理的危害である）を与える自由は私的領域から除外される。そして、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。例えば、Nilesが指摘するように、政府の道徳的な観点に基づく介入は、私的領域を阻害するものであり許されないというべきであろう。そして、権限アプローチは、いかなる政府の制約が私的領域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、その向こう側に公共の利益に基づかない違憲の政府の介入からの自由として私的領域を

保障する。政府の権限からアプローチする手法は、民主主義のもとでの司法審査の問題を考える上において、重要な視座を提供するものである。権限アプローチが、民主主義のもとでの司法審査の問題をいかに克服するかは、後に検討する。

三　平等保護における動機審査の展開とその意義

三―一　動機審査の展開

次に平等保護の問題についてである。平等保護の目的は、制定史的に見て人種差別を防ぐことにあり、人種差別が疑わしい区分でありそれに対して厳格審査が及ぶということは、判例・学説ともに一致している。民主主義のもとでの司法審査の観点から問題となるのは、人種以外のどのような区分に対して厳格審査が妥当するかということである。この問題に一つの答えを提示したのが、Ely の平等保護理論、なかでも動機審査である。規制理由に焦点を当て動機審査は、権限アプローチと親和性を有する。(17)

そこで、動機審査をめぐる判例と学説の展開を見ていくことにする。動機審査の妥当性をめぐっては古くから議論されてきたが、(18) 一九七〇年代以降、動機審査は政府の目的ないし意図を問題とする形で展開することになった。そのことが明確になったのは、一九七六年の Washington v. Davis (19) である。本件では、ワシントン特別区の警察官の採用に際して、言語能力試験の結果、黒人が高い割合で不採用となったことが、平等保護に反するかどうかが争われた。White 裁判官の法廷意見は、まず、平等保護の中心的な目的が、人種に基づく公務員の差別を防ぐことにあるということを確認する。そして、これまで、平等保護のもとで争われている法律や公務員の行為が平等保護に反するかどうかについて、人種差別目的を反映しているかを考慮することなく、差別効果だけで違憲としたことは

ないという。[20] そこで、人種統合の事例で示された「人種差別であると主張される法の不快な性質は、究極的に、人種差別目的にたどりつくものでなければならない」として、差別意図や差別目的を重視する原理に着目する。そして、「当法廷は、これまで単に人種的影響を大きく受けているということで法律を違憲としたことはない。人種的に不釣り合いなインパクトは無関係ではないが、それが憲法により禁止されている不快な人種差別の唯一の基準ではない。すなわち、人種的に不釣り合いなインパクトだけでは、厳格審査に付されるというルールを導出しない」[21]としたのである。このように本判決では、平等保護違反とするには意図的差別の証明が必要であるという準則が確立され、それは後の判例（主として、人種差別の事例）でも確認されている。[22]

最初に、動機審査の重要性に着目し、動機審査を理論化したのは、Ely である。Ely は動機審査を以下のように理論化する。「人種、宗教、政治を基礎にして、あるいは、選択を行う公務員が、自らが好きではないということを理由にして、人々を選択し重大な利益の剝奪を行うことは、憲法に一致しない。このような選択原理が用いられたとき、システムは誤作動を起こしている」。[23] つまり、動機審査は、権限アプローチと同様に、政府の行為の正当化がどのようなものであるかということを問題とするのである。さらに、Ely は、動機審査と疑わしい区分を結合させ、疑わしい区分のもとでの厳格審査の機能が、違憲の動機を洗い出すことにあるという。[24]

三―二　動機審査の意義

動機審査は、先にみたように主として人種差別のような「疑わしい区分」のカテゴリーに用いられてきたが、近時では「疑わしい区分」とされない区分にも拡大されて用いられている。そのことが示されたのは、フード・スタンプに関する詐欺を防止するために、親戚関係にも婚姻関係にもない者をふくむ家庭をフード・スタンプの資格から排除したフード・スタンプ法の合憲性が争われた一九七三年の U. S. Dept. of Agriculture v. Moreno である。[25]

Brennan 裁判官の法廷意見は、問題となっているフード・スタンプ法が、その制定過程からみて、フード・スタンププログラムからヒッピーを排除する意図しかないとした。そして、フード・スタンプ法は政治的に人気のない集団に対して害悪を与えることを目的としており、政府の正当な利益を構成しないとして、フード・スタンプ法を違憲としたのである。[26] また、知的障害者（the mentally retarded）のためのグループ・ホームの運営について特別の許可を要求する市のゾーニング条例のもとで、知的障害者のための集合住宅の運営の拒否が争われた一九八五年の City of Cleburne v. Cleburne Living Center[27] でも差別意図が明確に認められている。White 裁判官の法廷意見は、控訴裁が知的障害者を、「疑わしい区分に準じる区分（quasi-suspect classification）」と判示したことは誤りであるとした上で、本件で問題となっている条例には、一般的な社会経済立法に適用される合理性の審査が妥当するとした。[28] 法廷意見は、特別の許可の根拠を検討し、その根拠が不合理な偏見であるとして、条例の本件への適用は違憲であるとした。さらに、一九九六年の Romer v. Evans[29] では、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規定の改正が争われた。Kennedy 裁判官の法廷意見は、州憲法の規定の効果を検討する。州憲法の規定は、同性愛者への特別扱いを否定するのみならず、一般的な法律や政策による同性愛者の保護を否定するものであるという。つまり、「特定の集団だけが政府の助力を求められないとするのは、文字通り法の平等保護を否定している」ことになるのである。また、先例（U.S. Dept. of Agriculture v. Moreno）では、「平等保護に何らかの意味があるとすれば、少なくとも、それは政治的に人気のない集団に対するむき出しの敵意は正当な政府利益を構成しない」ことが明確にされている。したがって、制定された法律の目的が特定の集団に対する敵意に基づく場合は正当な目的に資するものではなく、たとえ緩やかな審査に基づいても平等保護違反となるとしたのである。[30]

このような動機審査の背後には、「疑わしい区分」は当然のことながら、たとえ「疑わしい区分」ではなくとも、不合理な偏見や悪しき動機によって政治的に人気のない集団を差別することは平等保護に最も反する差別であり、そのような差別を排除することが裁判所の役割であるとの考えがうかがえる。(31)

さらに、動機審査は、民主主義のもとでの司法審査の観点からも妥当であるといえる。もし、差別結果のみを重視して、立法における実体的判断に裁判所が踏み込んでしまえば、本来立法府が行うべき福祉や公共サービスなどの社会的利益に関する分配を裁判所が行うことになり、民主主義との関係において重大な疑義を生じさせることになる。この点、動機審査における裁判所の役割は、立法の実体的判断を審査するものではなく、法律の動機あるいは目的に焦点を当てて、意図的差別を排除することに限定される。つまり、動機審査は、裁判所の役割を意図的差別の排除に限定することで、実体的価値判断を回避しようとするものである。したがって、動機審査は民主主義のもとでの妥当な司法審査の役割であるといえよう。(32)

四　権限アプローチとその射程

四―一　Ely のプロセス理論の意義とそれに対する批判

これまで検討してきた権限アプローチを浮き彫りにすべく、Ely のプロセス理論を始めとする民主主義のもとでの司法審査に関する諸理論を概観し、それらの諸理論と権限アプローチの関係を整理する。

まず、Ely のプロセス理論についてである。Ely は、憲法典において見出すことのできない基本的権利を裁判所が保護することを認めるすべての見解を批判する。Ely は、これまで基本的権利の源泉とされているもの、すなわち、裁判官の価値、自然法、中立的原理、推論、伝統、コンセンサス、進歩の予言をすべて検討する。これらの基

本的権利の源泉とされるものは、結局のところ、裁判官個人が基本的なものと思う価値に過ぎないと批判する。そして、Ely は、このような基本的権利の保護を裁判所の役割として認めることは、民主主義に合致しないと批判する。[33] そこで、Ely は、民主主義のもとで妥当な司法審査理論として、Carolene Products 判決の脚注4に沿う形で、「参加志向的・代表補強的司法審査アプローチ」(participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review)、すなわち、「あれこれの実体的価値が、極めて重要であるとか基本的であるとかということではなく、適切に価値が特定され調整されるのがふさわしい政治プロセス、あるいは、これらのプロセスが達成した調整に参加する機会が、不当に制限されたどうかに焦点をおく」[34] 司法審査理論を提唱する。その要点は、次の三点である。第一に、憲法は実体的価値の選択や調整を政治プロセスに委ねており、もっぱら個人の紛争解決における手続的公正（小文字のプロセス）と統治のプロセスと配分への参加（大文字のプロセス）を保障している。第二に、そのような司法審査であるならば、「アメリカの代表民主主義制度の根底にある前提と矛盾しないばかりか、逆に（その仕組みゆえに）それを全く支えるものである」。第三に、裁判官は、政治プロセスの外部に存在し、かつ、身分保障を受けているので、政治プロセスの機能障害について評価するにふさわしい立場にある。[35]

以上見てきた Ely のプロセス理論の特徴は、以下の点に見いだすことができる。Ely は民主主義との関係において司法審査を正当化するに際して、政治プロセスの是正については、政治プロセスそれ自体に委ねることはできず、政治プロセスの外にある裁判所だからこそふさわしい役割であると主張するのである。司法審査の役割をこのように考えれば、司法審査は単に民主主義と矛盾しないばかりか、民主主義を可能にするものとして積極的に正当化できることになるのである。[36]

Ely の司法審査理論には、二つの重要な意義があるといえる。第一に、列挙されていない権利の保障について、

憲法の条文との結びつきがあるか否か、あるいは、政治参加に不可欠かどうかという要件を設定することで、裁判官による列挙されていない権利の保障の限界を設定したことにある。第二に、Ely の司法審査理論が、裁判官の実体的価値判断を回避するために、民主主義の構成に不可欠なプロセスとプロセスがもたらす実体を区別した上で、民主主義の構成に不可欠なプロセス的権利（表現の自由や選挙権）を手厚く保護することが、民主主義のもとでの司法審査の正当な役割であるとしたことである。この点は、他の学説により支持されている。[37] つまり、Ely は、「裁判所がプロセスの補強をおこなうことを正面から求めること」で、司法審査理論を「権利論から民主主義論に転化した」のである。[38]

しかし、Ely のプロセス理論は、様々な批判を呼び起こすことになる。Ely のプロセス理論に対する批判の多くは、プロセスと実体の区別に集中している。つまり、実体的価値判断を抜きに、いかにしてプロセスと実体を区分するかという難点が指摘されているのである。[39]

四―二　Klarman の司法審査理論と Dworkin の司法審査理論

以上では、Ely のプロセス理論の意義とそれに対する批判を見てきた。次に、そのような難点を克服すべく、Ely のプロセス理論に代替する二つの司法審査理論を検討する。一つは、司法審査の射程を狭める Klarman の理論であり、今一つは、権利論の観点から司法審査の射程を拡大する Dworkin の理論である。

Klarman によれば、Ely のプロセス理論はあたかもプロセスと実体を区別し、裁判官の実体的価値を回避できるかのような誤解を招いたという。Klarman によれば、Ely のプロセス理論はプロセスと実体の区別に成功していないという批判は当たっているとする。Klarman は、プロセス理論における本来あるべきプロセスと実体の区別が、Ely の行ったような区別ではないとして、以下のように主張する。「そもそもプロセス理論は、実体に関す

る価値判断は不要である」とし、プロセス理論における本来のプロセスと実体の区別が要求するのは、「当該政策決定」について、立法府よりも司法権によって行う方が適切である領域の認定に際しての中立性であるというのである。[40]

Klarmanによれば、プロセス理論にとり重要なのは、あくまで政治プロセスへの形式的な参加の保障が重要であるという。[41]そこで、Klarmanは、エントレンチメント理論と称する司法審査理論を提唱する。この司法審査理論は、Elyの司法審査理論同様に、政治プロセスの欠陥を是正することを目的とする。Klarmanは、政治プロセスの欠陥を、政治的多数者が塹壕（砦）を掘り自己の有利な立場を固定化させようとする「エントレンチメント」（entrenchment）という概念で説明する。[42]Klarmanのいう「エントレンチメント」には、立法者によるエントレンチメントと時間横断的なエントレンチメント（cross-temporal entrenchment）が存在する。前者は、立法者が自己の職にとどまりたいために、国民の利益を無視して行動する場合である。後者は、現時点での多数者が、将来を拘束するために現在の支配力を将来にまで及ぼそうとする場合である。[43]ただ、「エントレンチメント」が存在していても、直ちに、司法審査の行使が正当化されるわけではない。民主主義への配慮から司法審査の行使が正当化されるための四つの要件を設定している。[44]そして、Klarmanは、自らの司法審査理論が妥当する領域として挙げるのは、選挙区割りの不平等のみであるとする。[45]

このように、Klarmanにより再構成されたプロセス理論のもとでは、民主主義との関係で正当化される司法審査理論の射程が「恐ろしい程狭い」ものとなる。しかし、それはプロセス理論が「多数決主義の正当性を所与の前提」とする以上、「必然的にもたらされる結果」なのである。[46]

これに対して、Dworkinは、Elyのプロセス理論が前提とする功利主義を批判する。[47]Dworkinの理論は、権利

保障のあり方、司法審査の正当化について、プロセス理論と対立関係にあり、それを批判するものである。

Dworkin は、プロセス理論の前提とする功利主義を「共同体の各構成員の願望を他の構成員の願望と等価値」と扱うものとして捉える。[48] Dworkin は、功利主義には限界があることを指摘する。それは、功利主義が各人の平等を達成できない場合である。例えば、社会において人種差別が存在する場合、財の配分において、各人が一人として数えられるべきであるという原則が崩れ、黒人は一人以下のものとしてカウントされ、白人は一人以上のものとしてカウントされる。また、道徳的理由でポルノ雑誌を読むことを禁止する政策も、ポルノを読みたい人の選好がカウントされない。[49] Dworkin は、このような立法を民主的な政治過程で排除することは困難であるとする。そこで、このような立法に対抗して憲法上の権利が保障されなければならないというのである。デュー・プロセスや平等保護など憲法上保障された権利の意義は、一定の理由により立法がなされてはならないことを要求するものであるという。[50] つまり、憲法上の権利は、ある立法が功利主義により正当化される場合、少数者的な市民を保護するために、そうした正当化に対して「切り札」として機能する点にある。[51] Dworkin によれば、切り札としての権利は、多数者の利益に服さないことに重要な意義があるということを強調する。「政府が自らの意思を実現するために、政治的多数者に訴えかけてそのような権利を打ち負かせば、政府に対する権利は侵害されることになる」。そして、切り札としての権利のような「政府に対する権利は、多数者がそれを悪いと考え、または、多数者がそれにより不利益を被っても、それを行いうる権利でなくてはならない」のである。[52]

このような考えのもと、Dworkin は、司法審査の役割について、プロセス理論の主張するような政治プロセスの維持ではなく、[53]「無制限の功利性の最大化および無制限の功利性を求める多数者支配的決定に対して、人々の有する切り札としての権利の決定を行う」[54]ことであるとする。つまり、憲法上の権利の保障は政治過程に委ねること

はできず、権利の保障のための積極的な司法審査権の行使は、民主主義に反しないとするのである。[55]

四―三　民主主義のもとでの司法審査に関する現在の議論

Klarman と Dworkin の司法審査理論をめぐる対立は、民主主義のもとでの司法審査に関する現在の議論ともパラレルである。

司法審査が多数決主義を制約し、憲法上の権利を積極的に保護することは民主主義と矛盾しないという Dworkin の主張は、他の学説によっても支持されている。[56] 例えば、Moore は、民主的な立法府が功利主義的であり、憲法上保障された権利は功利主義に対して「切り札」として機能するという。そして、Moore は、司法審査の役割が立法府の功利主義から憲法上の権利を保護することにあるということを明確に認め、司法審査を権利基底的（rights-based）な観点から正当化しようとする。実際、連邦最高裁は、Brown 判決、Griswold 判決、Roe 判決において、積極的に権利を保障しており、これらの判決は権利基底的な観点に起因するものであるという。Moore によれば、立法府の功利主義から憲法上の権利を保護するために、司法審査を積極的に行使することは民主主義のもとで正当化されるという。[57]

Moore と同様に、司法審査の役割が権利保障であることを認める見解として、Chemerinsky の見解が挙げられる。Chemerinsky は、Moore と同様、連邦最高裁が Roe 判決や Griswold 判決で、列挙されていない権利を保障してきたことは正しかったと評価する。[58] Chemerinsky によれば、裁判所の役割は、多数決主義から保護されるべき重要な価値を特定することにあるという。すなわち、裁判官は、「自由」や「平等保護」といった憲法の一般的な規定を解釈する際に、何が憲法上の保護に値する価値かを決定しなければならない。このような裁判官の役割は、「ある種の事柄を多数決ルールから遠ざける」という憲法上の要請であるというのである。[59] ただ、裁判官が憲法上

の価値を保護することを認めるということは、民主主義とコンフリクトを起こすことになる。Chemerinsky は、まったく民主主義を否定するものではないが、憲法自体が多数決主義を制約するものであり、政治プロセスに基本的権利の保障や少数者保護を委ねるわけにはいかないという。そして、このような役割は、民主的に選挙されていない裁判官だからこそふさわしいというのである。[60] さらに、Chemerinsky は、憲法の制定過程から見て、民主主義を単なる多数決主義的として理解するのは誤りであり、個人の権利や自由を保護するものとして理解しなくてはならないことを強調する。多数決主義から基本的権利や少数者を保護するための司法審査は、民主主義社会において逸脱した制度ではないとする。[61] また、そのような役割を果たす司法審査は、民主主義を促進するものであるとする。[62]

Dworkin を始めとする権利保障を重視する司法審査理論に対しては、権利保障は政治プロセスに委ねられるべきであり、司法審査の射程を狭めるべきであるという Klarman と同様の主張がなされている。[63] さらに、近時では、司法審査そのものを否定し、あるいは、司法審査に優越的地位を認めることを否定するポピュリスト立憲主義[64]が有力に主張されている。ポピュリスト立憲主義が登場した背景には、連邦最高裁の姿勢の変化が挙げられる。ウォーレン・コートのもとでは、Brown 判決を始めとするリベラルな判決が下されたが、その後、連邦最高裁は保守化していった。とりわけ、レーンキスト・コートに入ってからは、中絶の規制に対しては緩やかな姿勢をとり、また、アファーマティヴ・アクションに対しては厳格審査を適用するなど保守的な姿勢を明確化させていった。このような流れのなかで、裁判所の役割が司法審査を積極的に行使して権利を保障することであると主張する支配的なリベラリズムな学説に対して、懐疑的な見方が広まった。このような背景のもと、ポピュリスト立憲主義が有力に主張されるようになったのである。[65] ポピュリスト立憲主義の特徴は、ポピュリズムの影響を受けながら、プロセス理論

同様に、市民の政治参加および自己統治の重要性を強調するところにある。[66] 以下では、ポピュリスト立憲主義を主張する代表的な論者の見解を概観する。

ポピュリスト立憲主義の先駆けとして、Parker の見解を挙げることができる。Parker は、政治参加の意義を強調し、洗練させた政治参加とそうでない政治参加の区別を否定する。さらに、憲法が少数者を保護するという見方も否定する。このような見方は、多数者の専制を誇張しすぎており、ほとんどの抑圧は、多数者ではなく少数者によるものであるという。[67] Parker によれば、憲法の目的は、多数者支配を増進することにあり、多数決支配から逃れることのできない領域はないとする。ただし、Parker は司法審査を放棄するわけではなく、「プロセス志向」の司法審査を支持する。司法審査の役割は、民主主義プロセスを改善することである。なぜ、このような役割が裁判官に認められかということについて、Parker は裁判官の資格によるものであるとする。[68]

市民の政治参加を強調し多数者支配を実現することを目指すならば、ポピュリスト立憲主義のもとでは、司法審査の役割は消極的に評価されることになる。この点を最も徹底したのが、司法審査の放棄を主張する Tushnet、および、裁判所による憲法の最終的解釈権の否定を主張する Kramer の見解である。

Tushnet は、ポピュリスト憲法を実現するために、裁判所から司法審査を取り上げることを提言する。Tushnet によれば、司法審査が存在しているために、国民も連邦議会の議員も憲法を真面目に議論しないという。[69] Tushnet は、司法審査がなくとも、議会が憲法を執行することは可能であり、また、それは連邦主義と権力分立に照らしても可能であるという。[70] さらに、Tushnet は、最近では連邦最高裁が保守的な傾向であると批判している。[71] 司法審査はこれまでほとんど役に立ったことがなく、裁判所は最終的には国民の判断にしたがってきたという。[72] そこで、Tushnet は、最終的に憲法を改正し裁判所から司法審査を剝奪すべきと主張する。[73]

Kramerは、司法審査の範囲が拡大していることを批判し、ポピュリスト立憲主義の観点から、裁判所の憲法の最終的な解釈権を否定する。憲法が何を意味するかを決定するのは市民の権利であり義務であるという。[74] さらに、Kramerは、市民には統治の能力があり、人民の統治の制限を裁判所に委ねるのは危険であるという。

このように、ポピュリスト立憲主義は積極的な司法審査の行使を支持する通説的な学説を根底から批判するために、多くの学説から厳しい批判がなされているところである。[75]

四―四　民主主義のもとでの司法審査の問題と権限アプローチ

では、権限アプローチは、これまで検討してきた民主主義のもとでの司法審査に関する諸理論のなかでいかに位置づけられるのであろうか。先にみたように、権限アプローチは、基本的には政府の介入できない私的領域を司法審査により保護するものである。このことは、権限アプローチが「多数決によっても侵害しえない領域を各人に留保する」[76]という司法審査観にコミットしていることを指し示すものである。それゆえに、権限アプローチは、列挙されていない権利の保障を政治プロセスに委ねるプロセス理論や司法審査による権利保障そのものを縮小しようとするポピュリスト立憲主義とは全く異なる。他方で、権限アプローチは、プロセス理論の提示した民主主義のもとでの司法審査に関する問題、とりわけ、列挙されていない権利の保障に伴う裁判官の実体的価値判断の問題意識を共有する。それゆえに、権限アプローチは、権利保障を重視する司法審査理論とは異なり、私的領域を基本的権利のような実体的な権利として保障するものでない。

次に、権限アプローチが、民主主義のもとでの司法審査の問題、すなわち、裁判官の実体的価値判断の問題をいかに克服するかを考察する。権限アプローチは、裁判官の実体的価値判断を回避するために、権利の実体ではなく介入の合憲性に焦点をあてる。[77] つまり、権限アプローチのもとでの裁判官の役割は、実体的デュー・プロセスのよ

うに新たに権利を創出するのではなく、政府の権限（介入）が公共の利益に適合する正当なものか否かの審査に限定されることになる。その際、何が公共の利益に基づく正当な介入であるかということよりも、むしろ、どのような介入が公共の利益に基づかない違憲の介入であるかが問われることになる。権限アプローチのもとで排除されるのは、個人の自律的決定を阻害するような介入である。そして、先にもみたように、権限アプローチは、政府の権限の限界を確定し、公共の利益に基づかない違憲の政府の介入からの自由として私的領域を保障する。(78)

ただ、権限アプローチが裁判官の実体的価値判断を回避するとはいっても、裁判官の価値判断を完全に排除するものではない。何が違憲の政府の介入であるかを判断する際に、裁判官は主観的な判断を余儀なくされることになる。しかし、政府の介入の合憲性の判断と実体的な価値に関する判断を同じ「主観的価値判断」と考えるべきではない。前者は、後者に比べて、遥かに制約されたものである。また、裁判官の役割を消極的なものに限定することは、民主主義とのコンフリクトの回避を考える上で重要となる。権限アプローチのもとで介入の審査は司法審査の機会の増大させるが、新たに権利を創出するものでもなく、また、権限アプローチが多数決によっても侵害しえない領域を保障するという司法審査観にコミットする以上、それによって、必ずしも民主主義とコンフリクトを起すわけではないように思われる。(79)

最後に権限アプローチの射程についてである。民主主義のもとでの司法審査の問題を克服しようとする権限アプローチは、列挙されていない権利および平等保護の領域においてのみ妥当するというべきである。したがって、列挙されていない権利とは異なり、テクストの文言が明確ゆえに裁判官の主観的価値判断が入りくい列挙されている権利の領域には、権限アプローチは妥当しないというべきであろう。(80)

五　権限アプローチと実体的デュー・プロセスに関する近時の判例

五―一　Lawrence 判決

次に、権限アプローチの妥当性を、実体的デュー・プロセスに関する近時の判例を通じて検討していくことにする。

連邦最高裁は、先にみたように、歴史や伝統に依拠して一定の基本的権利を保障してきたが、二〇〇三年の Lawrence v. Texas[81] では、実体的デュー・プロセスが大きく変化することになる。本件では、ソドミー行為を処罰する州法の合憲性が争われた。Kennedy 裁判官の法廷意見は、本判決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一九八六年の Bowers v. Hardwick[82] を覆して、ソドミー行為に対して憲法上の保護を認めた。Kennedy 裁判官の法廷意見によれば、Bowers 判決は、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、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という。というのは、修正一四条のデュー・プロセス条項の保障する「自由」は、住居や他の私的領域を政府の不当な侵入から保護するものだからである。[83]

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。Casey 判決では結婚、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、Romer 判決では、同姓愛者を標的とする法律が違憲とされた。以上のことから、本判決は、Bowers 判決における Stevens 裁判官の意見に従う。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」ということ、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。そして、修正一四条により保障される自由は、「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」であるとし、州法は、私的な生活への介入を正当化することができるような州の正当な利益を促進するものでないとした。(84)

Lawrence 判決と権限アプローチは極めて適合的である。この点を説明すべく、Lawrence 判決の意義について、Barnett の見解を見ていくことにする。Barnett によれば、Lawrence 判決では、政府に対して自由の介入の正当化を要求する「自由の推定」(presumption of liberty) の法理が採用されたという。「自由の推定」の法理にとって重要なのは、政府の介入の審査である。つまり、当該自由が基本的権利であるかどうかということは問題とならないのである。そして、「自由の推定」の法理は二段階審査を構成するという。まず、第一段階で、政府により制約されている自由が、他者や社会に害悪を与えない適正な自由の行使であるかが問題となる。法廷意見も指摘するように、Lawrence 判決で問題となっている同性愛者の性的自由は、他者や社会に危害を与えることのない適正な自由の行使である。次に、第二段階で、適正な自由の行使に対する介入であれば、介入の合憲性の証明は政府が行わなくてはならない。自由に対する介入の合憲性の証明について、不道徳であるという理由は多数者が単に当該行為を嫌っているに過ぎないのであり、他者や社会に害悪を与える不法な (wrongful) な自由とは区別され、介入を正当化する理由にはならないとする。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いうことになる。(85)

以上検討してきた Lawrence 判決は、二つの点で権限アプローチと適合的である。第一に、Lawrence 判決が、正当な理由のない政府の介入から保護される自由の領域を認めたという点である。これは、権限アプローチが保障する私的領域と同じものである。第二に、Lawrence 判決が基本的権利か否かではなく、政府の介入の合憲性を問

題とした点である。Lawrence 判決が裁判官の実体的価値判断の問題を意識したかどうかは定かではないが、同性愛者の性的自由が基本的権利か否かの判断をしなかったことで、基本的権利の承認の不明確さ、つまり、裁判官の実体的価値判断の問題を回避したといえよう。それは、同時に Lawrence 判決が、歴史や伝統に依拠する従来の実体的デュー・プロセスとは異なることを意味する。また、介入の合憲性の審査についても、同性愛者に対する道徳的批判が正当な立法目的（規制目的）を構成せず、私的な生活への介入を正当化できないということを明確に認めており、このような審査の枠組みは私的領域に多数者の道徳的な制約を許さない権限アプローチと同じであったといえよう。[86] つまり、Lawrence判決における介入の合憲性の審査は、先にみた権限アプローチのもとでの政府の権限（介入）が公共の利益に適合する正当なものか否かという審査に他ならないのである。

五―二　Casey 判決・Stenberg 判決・Gonzales 判決

権限アプローチは、中絶の領域において近時展開されている過度の負担テストとも適合的である。中絶の領域においては、Roe 判決で示された中絶の権利は基本的権利であり、その制約は厳格審査をパスしない限り憲法違反という判断枠組みではなく、私的領域の保護の観点から、中絶を実質的に制約しその行使を妨げる意図あるいは目的のある法律が違憲となるという枠組みが採用された。

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey[87] では、それが明確に示された。本件では、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。O'Connor 裁判官・Kennedy 裁判官・Souter 裁判官の共同意見では、まず、Roe 判決の中心部分を維持するということを確認する。第一に、中絶の自由は修正一四条のもとで保護されるということ。第

二に、胎児が母体の外で生存可能となった後、女性の生命・健康を危うくする妊娠について例外規定をおく限り、州は中絶を規制できること。第三に、州には、母体の健康と胎児を保護する正当な利益が認められるということである。ただ、共同意見は、Roe 判決の打ち立てた妊娠期間を三区分する枠組みは、Roe 判決の中心部分ではないとして、放棄する。仮に、最初の三分の一の期間でも、潜在的な胎児を保護することは許されるという。[88]

そこで、共同意見は、Roe 判決に代替する司法審査の基準を検討し、過度の負担（undue burden）テストを提示する。過度の負担とは、「州の規制が、生育可能となっていない胎児の中絶を行うとする女性に対して重大な障害を課す目的あるいは効果を有するもの」であるという。そして、「中絶を行おうとする女性に対して、重大な障害を課す目的あるいは意図を有する不要な健康上の規制は、中絶を行う権利への過度の負担となる」としている。そして、州法の規定のうち、過度の負担テストを用いて配偶者への告知要件のみを違憲とした。[89]

この過度の負担テストは、現在問題となっている部分的に出産に類似する中絶（partial-birth abortion）の事例においても用いられている。それが Stenberg v. Carhart[90] である。本件では、母体の生命保護を除いてすべての partial-birth abortion を禁止した州法の合憲性が争われた。Breyer 裁判官の法廷意見は、まず、本件の争点を判断するに際して、三つの原則を打ち立てる。第一に、胎児が独立して生存可能となる前には、女性には中絶の権利が認められるということ。第二に、胎児の生命保護を促進する法律は、胎児が独立して生存可能となる前の女性の中絶する権利に過度の負担を課すならば、違憲であるということ。第三に、州は、胎児の独立生存以降、胎児生命保護の利益を促進するために、中絶が母親の生命または健康保護のために必要である場合を除いて、中絶を禁止できるということである。[91]

そして、法廷意見は、二つの点において州法が違憲であるという。まず、例外規定の欠如である。Casey 判決

は、胎児が独立して生存できる以降に、中絶が母親の生命または健康の保護のために必要な場合を除いて、中絶を禁止できるというRoe判決の趣旨を確認している。それゆえに、胎児の独立生存以降の中絶規制が合憲とされるには、例外規定が必要ということになる。この点、州法はそのような例外規定を欠いていた。次に過度の負担である。州法のpartial-birth abortionの定義は、実質的に胎児の独立生存可能以前に用いられる中絶方法までも禁止するものであり、州法は中絶を行うすべての女性に過度の負担を課すものであるという。[92]

Gonzales v. Carhart[93]では、妊娠の第二トリメスター期において用いられる、胎児を切断して子宮から排出するintact D&E方法と呼ばれる方法を禁止した連邦法の合憲性が争われた。Kennedy裁判官の法廷意見は、まず、Case判決において示されたRoe判決の三つの基本的判断を再確認する。第一に、女性は、胎児の独立生存以前において、州からの介入なく中絶を行う権利を有するということ。第二に、胎児の独立生存以降、州は女性の生命および健康を危うくする妊娠について例外規定があれば、中絶を禁止することができるということ。第三に、州は、女性の健康と胎児の生命を保護する正当な利益を有するということである。特に、重要なのが第三である。胎児の生命を保護する政府の正当な利益を判断するに際して、規制の目的または効果が女性にとり実質的な障害となるならば過度の負担となるが、女性にとり実質的な障害とならないならば過度の負担とはならない。そして、本件においてもこのCasey判決の基準が適用される。[94]

まず、連邦法が過度に広汎で文面上違憲であるかどうかである。連邦法が禁止するのは、intact D&Eだけであって、連邦法は不明確ではなく、文面上違憲ではないとした。次に、連邦法が過度の負担を課すかどうかについてである。まず、連邦法の目的は胎児の生命の保護であり、これは正当な目的であるとした。次に、母体の健康を保護する場合を除くという例外規定についても、連邦法にはそのような例外規定は存在しないが、しかし、本件の

場合はそれが過度の負担にはならないという。先例（Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England）では、女性の健康を実質的に危うくするならば違憲であるということを前提としてきたが、本件の場合、そのような危険を生じさせるかについては医学上の不確実性が存在する。医学上の不確実性が存在するとき、過度の負担とならないとすることは先例と矛盾するものではない。また、通常の D&E は禁止されておらず、また、intact D&E が必要な場合でも他の方法により代替することによっても、この結論は支持されるとした。[95]

このように、Stenberg 判決は Casey 判決に即して、例外規定のない場合、直ちにそれが過度の負担を課すとしていたが、Gonzales 判決は例外規定がなくとも実質的な障害が存在しなければ過度の負担とはならないという Casey 判決・Stenberg 判決とは異なる枠組みを提示したのである。[96]

以上で検討してきた過度の負担テストは、中絶の自由の保護にとり、どのような意義を有するのであろうか。Casey 判決における過度の負担テストの採用は、Roe 判決で認められた中絶が基本的権利であって、その制約には厳格審査が適用されるという部分は放棄されたことを意味する。つまり、過度の負担のテストは、これまでの中絶の事例において用いられてきた従来の実体的デュー・プロセスとは異なるものである。過度の負担テストは、Casey 判決に見られるように「人格の尊厳および自律にとり中心的な選択」に関わる領域、すなわち、私的領域を保護するものとして機能する。[97] 過度の負担テストの特徴は、過度の負担を「中絶を行うとする女性に対して重大な障害を課す目的あるいは効果を有するもの」と定義していることからわかるように、法律の規制目的および効果を審査している点にある。[98] この点について、Pace は、「過度の負担テストは、基本的権利に関わる法律の背後にある動機の審査を包括する」という。そして、過度の負担テストの本来の役割は、中絶のような自律にかかわる領域において、多数者は自らの考えを女性に強制することは許されず、道徳的動機に基づいて制定された法律を排除す

ることにある。[99] このように、法律の規制目的を審査することに焦点を当てる過度の負担テストは、権限アプローチと適合的であるといえよう。

以上見てきたように、実体的デュー・プロセスに関する近時の判例は、Lawrence 判決や過度の負担テストに見られるように、介入の審査に焦点を当てるものである。したがって、権限アプローチは、実体的デュー・プロセスの近時の判例を適合的に説明することができるように思われる。

六　むすび

これまで検討してきたように、権限アプローチは、裁判官の実体的価値判断が問題となる列挙されていない権利および平等の領域に妥当することを示してきた。そして、権限アプローチは、権利の実体ではなく、それを制約する政府の権限（介入）からアプローチすることで、裁判官の実体的価値判断を回避する。つまり、権限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創出することではなく、政府の介入の合憲性の判断に限定されることになる。政府の介入の合憲性の判断は、裁判官の実体的価値判断に比べて遥かに制約されたものである。裁判官が、みずからが高い価値あると思うものを恣意的に保護する危険性を重く見るならば、権限アプローチのように裁判官の役割を介入の合憲性の判断に限定することには十分な意味が見いだされるのではなかろうか。また、すでにみたように、権限アプローチにより司法審査の機会は増大するものの、それによって必ずしも民主主義とのコンフリクトを起すわけではない。このようにして、権限アプローチは、民主主義のもとでの司法審査の問題について、一定の方向性を示すものである。

なお、日本国憲法のもとで、権限アプローチがいかに展開していくのかは、今後の課題としたい。[100]

(1) 松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、一九九一年) 一頁。阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、二〇〇一年) 一八頁。近時、司法政治学・政治レジームアプローチに着目し「司法積極主義の政治的構築」という観点から、民主主義のもとでの司法審査の問題の分析がなされている。見平典「司法積極主義の政治的構築 (一) (二) (三)」法学論叢一六三巻二号 (二〇〇八年) 一二四頁、一六三巻四号 (二〇〇八年) 一三一頁、一六三巻五号 (二〇〇八年) 一四九頁。見平講師は、従来の「『反多数決という困難』は、確かに基本的に重要な論点であるが、この論点への排他的関心の集中は、司法審査をめぐる規範議論の幅を狭め、規範的解明の対象となるべき問題を見過ごすことになりかねない」と指摘する。同「司法積極主義の政治的構築 (三)」一七〇～一七一頁。民主主義のもとでの司法審査の問題は、主としてアメリカにおいて論じられてきたが、この問題が日本国憲法のもとで問われることの意義を考察した論考として、土井真一「司法審査の民主主義的正当性と『憲法の観念』」佐藤幸治先生還暦記念論文集『現代立憲主義と司法権』(青林書院、一九九八年) 一一七頁以下。

(2) Alexander Bickel, The Least Dangerous Branch 16-18 (1962).

(3) この点、松井教授が二重の基準論との関係において指摘する「①明文的根拠を欠く憲法的権利の裁判所による保護、②実体的権利の保護の程度、そして③平等保護の三点」は、民主主義のもとでの司法審査全般に関わる問題である。松井茂記『二重の基準論』(有斐閣、一九九四年) 二八三頁。なお、民主主義のもとでの司法審査の問題は、司法審査の正当性のみならず、民主主義の正当性も問題になるという指摘が存在する。長谷部恭男『比較不能な価値の迷路リベラル・デモクラシーの憲法理論』(東京大学出版会、二〇〇〇年) 一四一頁、渡辺康行「多数だけでは決めない仕組み」樋口陽一編『ホーンブック憲法 [改訂版]』(北樹出版、二〇〇〇年) 三〇六～三一八頁。また、この点に関連して、阪口正二郎教授は、司法審査の「反多数決主義という難点」を強調する背景には、「権力に対抗する人権という方向ではなく、真の多数者により支配の実現という形での徹底した権力の民主化の方向」を追求することで、司法審査と民主主義の緊張関係を解消しようとする理解が存すると指摘する。しかし、阪口教授は、いかに民主化されようと権力は権力であるので、「誰が支配者であるべきかを問うよりも、むしろ支配者が誰であろうと、その権力をいかに制約するかという問い」が重要であるとし、「権力からの自由によって少数者の――究極的には個人――の人権こそを確保すべき」選択をなすべきであるとする。このような観点からすれば、司法審査の「反多数決主義という難点」が問題になるのではなく、民主主義の「多

数決主義という難点」が問題とされることになるという。阪口・前掲注(1)二八六～二八七頁。

(4) 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学一四一・一四二号（一九八七年）三〇六～三二六頁。

(5) 198 U. S. 45 (1905).

(6) 410 U. S. 113 (1973).

(7) 選挙権については、Wesberry v. Sanders, 376 U. S. 1 (1964); Reynolds v. Sims, 377 U. S. 533 (1964); Harper v. Virginia State Broad of Election, 383 U. S. 663 (1966); Kramer v. Union Free School District, 395 U. S. 621 (1969); Kirkpatrick v. Preisler, 394 U. S. 526 (1969); White v. Weiser, 412 U. S. 783 (1973). 裁判所にアクセスする権利については、Griffin v. Illinois, 351 U. S. 12 (1956); Douglas v. California, 372 U. S. 353 (1963); M. L. B. v. S. L. J., 519 U. S. 102 (1996). 移転の自由については、Shapiro v. Thompson, 394 U. S. 618 (1969); Dunn v. Blumstein, 405 U. S. 330 (1972); Memorial Hospital v. Maricopa Country, 415 U. S. 250 (1974). ただし、Saenz v. Roe, 526 U. S. 489 (1999) では移転の自由が、特権免除条項により保障されるものであるとされた。

(8) 491 U. S. 110 , 127 (1989).

(9) Id. at 137-138 (Brennan, J., dissenting).

(10) 修正九条の条文については、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。

(11) 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」にすぎないと考えられてきた。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）五〇～五一頁。

(12) 381 U. S. 479 484-486 (1965).

(13) John Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (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』（成文堂、一九九〇年）。

(14) Mark. Niles, *Ninth Amendment Adjudication: An Alternative to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights*, 48 UCLA. L. Rev. 85, 135-136 (2000). なお、Ely 自身も修正九条が憲法上列挙されていない権利の保障の根

拠となることを認めており、Niles の修正九条の解釈はそれを発展させるものとなっている。Id. at 90.

(15) Id. at 93-94, 127-123.

(16) Id. at 123-134.

(17) 実際、Niles の修正九条における審査の枠組みも平等保護における動機審査をモデルとしている。Id. at 133.

(18) Yick Wo v. Hopkins, 118 U. S. 356 (1886); Gomillion v. Lightfoot, 364 U. S. 339 (1960); Griffin v. County School Board of Prince Edward County, 377 U. S. 218 (1968); Hunter v. Erickson, 393 U. S. 385 (1969).

(19) 426 U. S. 229 (1976).

(20) Id. at 239.

(21) Id. at 240-242.

(22) Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp., 429 U. S. 252 (1977); Personnel Administrator of Mass. v. Feeney, 442 U. S. 256 (1979). 意図的差別の証明は必ずしも容易ではない。しかし、外的な事実から違憲の動機の特定は可能である。Rogers v. Lodge, 458 U. S. 613 (1982); Hunter v. Underwood , 471 U. S. 222 (1985). この点、差別的意図と差別的インパクトの関係について、連邦最高裁は必ずしも差別的インパクトを否定していなかったとの指摘がある。John Gates, *Supreme Court and the Debate over Discriminatory Purpose and Disproportionate Impact*, 26 LOY. L. REV. 567, 604-21 (1980).

(23) ELY, *supra* note 13, at 137. (1980)（邦訳一二八頁）.

(24) Id. at 145-47（邦訳一三八～一四〇頁）.

(25) 413 U. S. 528 (1973).

(26) Id. at 534.

(27) 473 U. S. 432 (1985).

(28) Id. at 439.

(29) 517 U. S. 620 (1996).

(30) Id. at 633-634.

(31) *See* Andrew Koppleman, Romer v. Evans *and Invidious Intent*, 6 WM. & MARY BILL RTS. J. 89, 133-137 (1997).

(32) *See* Barry Miller, *Proof of Racially Discriminatory Purpose under the Equal Protection Clause*: Washington v. Davis, Arlington Heights, Mt. Healthy, *and Williamsburgh Comments*, 12 HARV. C. R.-C. L. L. REV. 725, 738 (1980).

(33) ELY, *supra* note13, 43-72 (邦訳六九～一一三頁). この点、松井教授は、Ely の司法審査理論がこれまで議論において必ずしも明確でなかった「何をもって基本的価値と言えるのかの根拠を問い直すこと」で、「より直接的に裁判所がいかなる価値を執行することが民主主義社会於いて正当化されるかを問い」かけるものであると指摘する。松井・前掲注(1)二六三頁。

(34) Id. at 77 (邦訳一二九～一三〇頁). この点、淺野博宣教授は、「プロセス理論が裁判官を価値判断から解放するのであれば、それは大きな魅力であろう」と指摘する。淺野博宣「プロセス理論へ」法学教室 No. 327 (二〇〇七年) 一八頁。

(35) Id. at 87-88 (邦訳一四二～一四四頁).

(36) 阪口・前掲注(1)一四二～一四三頁。阪口教授は、このような Ely の正当化は、「まさに相手の力を逆手にとってそれを利用して相手を投げようとする柔道の方法に他ならない」という。

(37) *See* Joseph Grano, *Ely's Theory of Judicial Review: Preserving the Significance of the Political Process*, 42 OHIO ST. L. J. 167, 178-180 (1981); Henry Monaghan, *Our Perfect Constitution*, 56 N. Y. U. L. REV. 353, 373 (1981).

(38) 淺野・前掲注(34)二〇頁。淺野教授は、プロセス理論が「民主主義プロセスの優位を受け容れる」ことで、「民主主義プロセスの外側にいる裁判所の役割を導き出す」という「非常に巧妙な説明」を提示していると指摘する。

(39) *See, e.g.*, Laurence Tribe, *Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 YALE L. J. 1063, 1065-67 (1980); Mark Tushnet, *Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory*, 89 YALE L. J. 1037, 1037-1038 (1980); Paul Brest, *Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, 90 YALE L. J. 1063, 1092-1095 (1981).

(40) Michael Klarman, *Puzzling Resistance to Political Process Theory*, 77 VA. L. REV. 747, 748, 782-784 (1991).

(41) Id. at at 753-757, 790-814.

(42) Michael Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 GEO. L. J. 491 (1997).

(43) Id. at 502-525.

(44) Id. at 542-543.

(45) Id. at 513-515, 531-533.

(46) 阪口・前掲注(1)二〇二～二〇三頁。

(47) Ronald Dworkin, *Commentary*, 56 N. Y. U. L. REV. 525, 540-41 (1981).

(48) RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 275 (1977). ロナルド・ドゥウォーキン〈小林公訳〉『権利論Ⅱ』（木鐸社、二〇〇一年）六九頁。

(49) Id. at 266-278（邦訳五三～七四頁）. *See also* RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 26-29 (1996). ロナルド・ドゥウォーキン〈石山文彦訳〉『自由の法米国憲法の道徳的解釈』（木鐸社、一九九九年）三七～四〇頁。

(50) RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 66-67 (1985). Dworkin によれば、Ely のプロセス理論は、このような権利論に依拠しているという。つまり、Ely の偏見理論や現実代表論が、無制限の功利主義は誤りであるということを前提にして、無制限の功利主義に抵抗できる権利を人々が有することを認めているという。

(51) DWORKIN, *supra* note 48, at 364-368. ロナルド・ドゥウォーキン〈木下強・小林公・野坂泰司訳〉『権利論』（木鐸社、一九八六年）二二四～二三二頁。

(52) Id. at 194（邦訳二五八頁）（木下強・小林公・野坂泰司訳『権利論』）.

(53) DWORKIN, *supra* note 50, 63-64. Dworkin は、政治プロセスへの参加が損なわれたかどうかは、必然的に実体に依拠することになることを指摘する。

(54) Id. at 66-68. Dwrokin は、原理の特徴を以下のように説明する。「我々は、ある種の問題について、権力政治の闘争から原理のフォーラムに委ねる制度を有している。それは、個人と社会の間にもっとも根深く、かつ、基本的な紛争が、一度どこかで最終的に正義の問題となることを約束したということなのである。私は、それを宗教や預言とは呼ばない。それを法と呼ぶ」。Id. at 71.

(55) DWORKIN, *supra* note 48, at 140–149（邦訳一八二～一九五頁）（木下毅・小林公・野坂秦司訳『権利論』）.

(56) Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1380 (1997); Rebecca Brown, *Accountability, Liberty, and the Constitution*, 98 COLUM. L. REV. 531, 556 (1998).

(57) Michael Moore, *Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation*, 69 FORDHAM L. REV. 2087, 2098–2101, 2108–2109 (2000); Michael Moore, *Four Reflections on Law and Morality*, 48 WM. & MARY L. REV. 1523, 1565–1567 (2006).

(58) Erwin Chemerinsky, *Different Vision of Judicial Review: In Tribute to Professor Grano*, 46 WAYNE L. REV. 1403, 1416–1417 (2000).

(59) Id. at 1416.

(60) Id. at 1417.

(61) ERWIN CHEMERINSKY, INTERPRETING THE CONSTITUTION 9–10 (1987). Chemerinsky は、これまでの司法審査論争自体が誤りであることを指摘する。Id. at 1. その上で、司法審査の論争において本来問題とすべきは、裁判所が反多数決主義な方法で行動するということではなく、裁判所が誤った憲法解釈に基づいて、社会の進展を阻害することが問題であるという。Id. at 120–122. Chemerinsky 同様に、そもそも多数決主義は憲法において特別な地位を与えられたものではなく、それゆえに司法審査が憲法上保障された権利を保障することは、民主主義との関係で正当化する必要はないという主張が有力になされている。*See* Stephen Griffin, *Reconstructing Rawls's Theory of Justice: Developing a Public Values Philosophy of the Constitution*, 62 N. Y. U. L. REV. 715, 772–775 (1981); Donald Elfenbein, *Myth of Conservatism as a Constitutional Philosophy*, 71 IOWA L. REV. 401, 479–483 (1986);

(62) Erwin Chemerinsky, *The Supreme Court 1988 Term——Foreword: The Vanishing Constitution*, 103 HARV. L. REV. 43, 74–76 (1989). Chemerinsky のこのような考えの背後には、裁判所よりも多数者支配の機関である立法府の方が優れていると信じる理由はないという理解がうかがえる。Id. at 77–87.

このような Chemerinsky に代表されるように、民主主義を単なる多数者支配ではなく、権利保障に重点を置く立憲民主主義の観点から司法審査を正当化するアプローチは、日本の通説的見解を彷彿とさせるものである。立憲民主主義に基

づく司法審査の正当化を主張する代表的な学説として、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、一九七三年）三六一頁、同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、一九八一年）一五四頁、佐藤幸治『憲法　第三版』（青林書院、一九九五年）二九一、三三七頁、同「自由の法秩序」　佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五〇年の展望Ⅱ――自由と秩序――』（有斐閣、一九九八年）六三～六四頁。

(63) *See* Ronald C. Den Otter, *Democracy, Not Deference: An Egalitarian Theory of Judicial Review*, 91 KY. L. J. 615. 659 (2003); Jeremy Waldron, *Core of the Case against Judicial Review*, 115 YALE L. J. 1346, 1395-1401 (2005).

(64) ただ、一口にポピュリスト立憲主義とは言っても、その主張は一様ではない。ポピュリスト立憲主義の特徴としては、「①多数者すなわち『普通の人々』の政治的エネルギーへの否定的評価を批判する、②少数者による専制への警戒を説く、③多数者支配を正当化するものとして憲法典を援用する、④多数者支配と矛盾する司法審査制を批判する」ということが挙げられる。大河内美紀「『司法審査の正当性を問うこと』について」法律時報八二巻八号（二〇一〇年）八八頁。

(65) ポピュリスト立憲主義の背景については、松井茂記「『ポピュリスト的立憲主義』をめぐって」阿部照哉先生喜寿記念『現代社会における国家と法』（成文堂、二〇〇七年）三五三～三七六頁、木下智史「市民の憲法解釈」公法研究六六号（二〇〇六年）一四九～一五九頁。なお、木下教授は、ポピュリスト立憲主義と憲法との接合について、以下のように主張する。「憲法が権力分立制を維持しているのは、自由の保障のためばかりではなく、『市民の真の意思』を顕在させるために、さまざまな国家機関の抑制・均衡が有効であるからにほかならない。こうした均衡・抑制の仕組みを定めたものが、実定憲法であるとすれば、『市民の憲法解釈』を憲法を支える根拠におくポピュリズム憲法学の主張の原点と、憲法に基づく政治＝立憲主義とは、長期的視点にたてば、矛盾しないといえるのではなかろうか」。

(66) RICHARD PARKER, "HERE, THE PEOPLE RULE": A CONSTITUTIONAL POPULIST MANIFESTO (1994); MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999); LARRY KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW (2004).

(67) PARKER, *supra* note 66, at 88-93.

(68) Id. at 108-110.

(69) TUSHNET, *supra* note 66, at 57-65.

(70) Id. at 95–96.

(71) Id. at 129–133.

(72) Id. at 134.

(73) Id. at 175.

(74) KRAMER, *supra* note 66, at 227–247.

(75) ポピュリスト立憲主義に対してもっとも厳しい批判をしているのは、Chemerinsky である。Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review : The Perils of Popular Constitutionalism*, 2004 U. ILL. L. REV. 673 ; Erwin Chemerinsky, *Losing Faith : America Without Judicial Review ?*, 98 MICH. L. REV. 1416 (2000).

(76) 長谷部恭男『権力への懐疑――憲法学のメタ理論』（日本評論社、一九九一年）一〇七頁。

(77) Niles, *supra* note 14, at 157.

(78) その意味で、権限アプローチは、私的領域の保障を「国家行為への正当性付与」を行うものであると言えよう。このような司法審査の機能の分析については、市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤・初宿・大石・前掲注(62)三一六頁。

(79) なお、審査の程度であるが、権限アプローチのもとでの私的領域に対する政府の介入の審査は、厳格な合理性の基準で行われることになる。では、なぜ、厳格な合理性の基準かということである。そこには、列挙されていない権利と列挙されている権利の区別がある。列挙されていない権利は、テクストの文言が不明確であり、裁判官の主観的価値判断が入りやすい。そこに列挙されている権利と列挙されていない権利の決定的な違いがある。それゆえに、列挙されている権利と列挙されていない権利を同等に扱うことはできないのである。しかし、私的領域には一定の憲法上の保護が必要というべきである。そこで、私的領域の介入に対しては、民主主義とのコンフリクトの回避の観点から、厳格審査が妥当しないまでも、厳格審査に準ずる厳格な合理性の基準が妥当すると考えられる。権限アプローチのもとで、政府の規制理由を厳格な合理性の基準で審査することの意義は、目的と手段の実質的関連性を問うことで「きまり文句以外の一定の根拠に基づいて正当化する挙証責任を政府に負わせる」ことにある。Laurence Tribe, *The Supreme Court 1972 Term――a Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, 87 HARV. L. REV. 1, 123 (1973). 権限アプローチのもとでの審査の今一つの意義は、政府の介入の「真の理由」を洗い出すことにある。権限アプローチのもとで排除されるのは、私的領域を阻害

する政府の介入である。ただ、政府がそうした理由を正面から掲げることは少ないので、介入の「真の理由」を洗い出すことが重要となる。Niles, *supra* note 14, at 133. この政府の介入の「真の理由」を洗い出すということについて、厳格審査と厳格審査に準ずる厳格な合理性の基準ともに同様の機能を有する。両者の違いは、違憲の規制目的を洗い出す程度である。このように、権限アプローチのもとでの審査は、違憲の規制目的を洗い出すことに重点を置くことで政府の行為の正当化事由がいかなるものであるかを問う「政府の行為の理由の統制」として機能するものと言える。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」法時八〇巻一一号（二〇〇八年）七五～七七頁。

(80)　このような立場に立つと、なぜ憲法制定者の原意（この場合は条文の文言）に基づいて解釈することが民主主義との関係で正当化されるのかという「死者の問題」を提起する。そこで、列挙されている権利の意義を「民主主義とは独立した何らかの根拠を有していて、民主主義に先行し且つ優位する」ことに求めることで死者の支配の問題を回避できるように思われる。阪口正二郎「政治過程と司法審査――Taking Democracy Seriously――」東京大学社会科学研究四二巻三号（一九九〇年）一三三頁。*See also* John Ely, *Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts Are No Different from Legislatures*, 77 VA. L. REV. 833, 834 n. 4 (1991).

(81)　539 U. S. 558 (2003).

(82)　478 U. S. 186 (1986).

(83)　*Lawrence*, 539 U. S. at 566-569.

(84)　Id. at 577-578. この点、Romer 判決においても、立法者の同性愛者に対する道徳的な嫌悪は、同性愛者の不平等な取り扱いを正当化しないと判示されている。*Romer*, 571 U. S. at 635.

(85)　Randy Barnett, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution*: Lawrence v. Texas, 2003 CATO SUP. CT. REV. 21, 35-38. Barnett によれば、Lawrence 判決は、すべての適正な自由の行使が全く制約されないということを含意するのではないという。適正や自由の行使の制約について、合憲性の証明を政府に課すということを含意しているにすぎないとする。Id. at 37.

(86)　Niles, *supra* note 14, at 155.

(87)　505 U. S. 833 (1992).

(88) Id. at 846-853.

(89) Id. at 874-898.

(90) 530 U. S. 914 (2000).

(91) Id. at 930.

(92) Id. at 938-946.

(93) 127 S. Ct. 1610 (2007).

(94) Id. at 1620-1624.

(95) Id. at 1637-1638.

(96) この点、安倍圭介教授は、Gonzales 判決では、これまでの中絶の判例が「実質的にはほぼ覆った」と指摘する。「座談会：合衆国最高裁判所2006-2007開廷期重要判例概観」アメリカ法［二〇〇七］一九九頁。

(97) Schneider によれば、過度の負担のテストの本来の役割は、人々は道徳上平等であるというカント哲学に基づいて、州の中絶に関する規制が女性の健康保護に限定され、道徳的な判断は女性に委ねられることを保障することにあるという。Elizabeth Schneider, *Workability of the Undue Burden Test*, 66 TEMPLE L. REV. 1003, 1035-1037 (1995).

(98) Alan Brownstein, *Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctine*, 45 HASTINGS L. J. 867, 881 (1994). *See also* Gillian Metzger, *Unburdening the Undue Burden Standard: Orienting Casey in Constitutional Jurisprudence*, 94 COLUM. L. REV. 2025, 2079-2085 (1994).

(99) *See* Valerie Pace, *Salvaging the Undue Burden Standard—Is It a Lost Cause: The Undue Burden Standard and Fundamental Rights Analysis*, 73 WASH. U. L. Q. 295, 314-319 (1995). このような観点からすれば、Gonzales 判決における Ginsberg 裁判官の反対意見が指摘するように、問題となった連邦法は特定の中絶方法のみを禁止しており、さらに例外規定もないことから、明らかに政府の道徳的な関心事が作用しており、過度の負担を課しているということになろう。

(100) その第一弾として、権限アプローチの観点から、一三条の解釈を検討したものとして、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）。

論　　説

本稿は大阪大学の学位規定により、博士（法学）の学位取得論文の要旨を公表するものである。

（阪大法学）60（6-154）1190〔2011.3〕