The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	民主主義のもとでの司法審査 : 権限アプローチの構築に向けて
Author(s)	中曽, 久雄
Citation	阪大法学. 2010, 59(5), p. 93-122
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55186
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

――権限アプローチの構築に向けて――

中　曽　久　雄

一　問題の所在

アメリカでは、民主主義（以降、本稿で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を決定するという代表民主主義を指している）のもとでの司法審査の問題が長年議論されてきた。民主主義のもとでの司法審査の問題とは、国民に対して直接政治責任を負わない裁判所が、国民代表としての議会によって制定された法律を違憲としうる司法審査の行使を、どのようにすれば民主主義と調和的に考えることができるかという問題である。後述するが、民主主義のもとでの司法審査の問題は、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、民主主義のもとでの司法審査に関する諸理論を検討し、権限アプローチ[1]により民主主義のもとでの司法審査の問題を検討することを目的とする。

「二」では、権限アプローチを展開するに際して手がかりにしてきたElyのプロセス理論[2]の意義を検討し、それに対する批判を紹介する。プロセス理論は、裁判官の実体的価値判断をいかに回避するかということに焦点をあ

て、司法審査を政治プロセスの保障とするならば民主主義には反しないとし、民主主義のもとでの司法審査の問題について新たな地平を開いた。しかし、プロセス理論には、実体的価値判断抜きにしていかにプロセスと実体を区分するかなど批判も多い。しかも、プロセス理論は、権限アプローチが保障の主眼とする私的領域（列挙されていない権利）の保障を政治プロセスに委ねる。そこで、「三」では、Ely のプロセス理論に代替する理論を提唱する Klarman と Dworkin、さらに現在展開されている民主主義のもとでの司法審査に関する議論を概観する。特に重要なのが、権限アプローチ同様に司法審査による権利保障を重視する Dworkin 理論および権利基底的なアプローチの検討である。Dworkin の理論は、市民が社会全体の利益に基づく決定に対して「切り札としての権利」をもっており、司法審査の根拠をその保障に求めるならば、民主主義のもとでの司法審査の問題は生じないというものである。このような Dworkin の権利論および司法審査理論は、私的領域をいかに民主主義と矛盾しないように保障するかということを目的とする権限アプローチにとって示唆的である。そして、「四」では、民主主義のもとでの司法審査に関する諸理論と権限アプローチの関係を整理する。その上で、権限アプローチが以上で検討した民主主義のもとでの司法審査に関する諸理論の難点を回避して、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検討する。そして、「五」で、日本国憲法への示唆を検討する。

二　Ely のプロセス理論の意義とそれに対する批判

二―一　Ely のプロセス理論

まず、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見解を批判する。Ely は、基本的価値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。これら基本的価値の源泉とされるものは、結局のところ、裁判官自身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、このような基本的価値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いう。[3]

そこで、Ely は、民主主義のもとであるべき司法審査理論として、Carolene Products 判決の脚注四に沿う形で、「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、不当に制限されたかどうかに焦点をおく」[4]司法審査理論を提唱する。[5]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、そのような代表補強的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。

そして、Ely の司法審査理論は、政治プロセスが機能障害を起しているときにのみ、司法審査の行使を認める。すなわち、「(1)内部にいる者が自ら内部にとどまり、外部の者が外部にいるようにするために政治的変化のチャンネルを閉ざす場合、あるいは、(2)現実には、いかなる人も発言や選挙権が否定されていないが、実効的な多数者に恩恵を受けた代表者が、単純な敵意あるいは偏見により共通の利益を認めようとせず、少数者に何らかの不利益を与え、それによって代表制度により他の集団に与える保護を少数者に対して否定する場合である」。[6]つまり、Ely

は政治的変化のチャンネルの障害の排除と少数者の代表促進ということが、民主主義のもとで許容される裁判所の役割であるというのである。以下では、その具体的適用を見ていくことにする。

二―二　Ely のプロセス理論の具体的適用

「政治的変化のチャンネル」の障害となるのは、表現の自由の制約である。Ely は、表現の自由の制約について、常に厳格審査が妥当し、規制目的および規制手段の双方の審査が要求されるという。(7) しかし、規制の仕方により、裁判所は異なった二つのアプローチをとるべきであるという。第一のアプローチが、「保護されないメッセージのアプローチ」である。これは、政府の回避しようとしている害悪がメッセージの危険性に依拠しているために、政府の規制は特定の見解にのみ及ぶことになる。したがって、このような場合には「若干の明確かつ限定的に定義されたカテゴリー」を除いて、すべての表現の制約を認めないとするものである。Ely は、このアプローチが採用された判決として、Cohen v. California, 403 U. S. 15 (1971) を挙げる。本件で問題となった裁判所庁舎内での不快な振る舞いは、「わいせつ」にも「けんか言葉」にも該当せず、不快な振る舞いを制約するには具体的でやむにやまれぬ利益が必要であるとの判示が、それであるという。(8) これに対して、今一つのアプローチが、「具体的脅威のアプローチ」である。これは、「保護されないメッセージのアプローチ」とは異なり、政府の防止する害悪がメッセージとは独立しており、特定の見解に制約が及ぶ危険性はないから、具体的危険を個別具体的に判断するものである。つまり、「具体的脅威のアプローチ」のもとでは、メッセージそれ自体は保護されたとしても、特定の表現が提起する脅威（害悪）により、当該表現は制約されるという。(9)

次に「少数者の代表促進」である。Ely は、「切り離され孤立した少数者」(discrete and insular minority) に対

する区別には、厳格審査が妥当するという。[10]

では、他の権利はいかに保障されるのであろうか。Ely は、平等保護の観点から他の修正条項の見直しを行っている。修正四条は、プライバシーの保護ではなく、誰を捜索し逮捕し、あるいは、誰の物を押収するかという決定に不平等な取り扱いが入るのを防ぐ規定であり、平等保護の予防措置として理解すべきであるという。[11] また、修正八条も犯罪とあまりに不均衡な処罰を禁止し、一定の人々に異常に重い処罰を恣意的に科す可能性に対処したものであるという。[12] さらに、刑事手続の権利だけではなく、修正五条の収用条項についても「私有財産の実体的価値」を保障したものではなく、「多数者に対する少数者の保護」であるという。[13] ただ、Ely は、憲法典のなかには実体的価値の保障としか考えられない条項も存在するということを認めている。その典型例は、修正一条の信教の自由である。Ely は、「憲法起草者にとって宗教とは重要な実体的価値であり、少なくとも連邦の立法府から全く手の届かないところに置きたかった」という。[14] また、修正五条の自己負罪拒否特権および二重の危険の禁止も同様である。自己負罪拒否特権は、強制自白という反道徳的な行為を禁止し、二重の危険の禁止は市民の安息感を保障しているという。[15] しかし、Ely は、このような実体的な価値を保障する規定は稀であり、憲法典は主としてプロセスに関心が向けられたものであるという。すなわち、憲法典は、決定のプロセスの構造として、第一に、すべての人の利益が実体的決定の時点において現実にもしくは事実上代表されるようにして、また、第二に、個々の適用のプロセスが理論上許されない差別を実際には導入してしまうことのないようにして、少数者が組織的に不利益を受けることのないようにしたものであるという。[16]

では、Ely の司法審査理論のもとでは、憲法上列挙されていない権利はいかに保障されるのであろうか。Ely は、憲法上列挙されていない権利の保障を全く認めないわけではない。Ely は、憲法上列挙されていない権利の根拠を

修正九条[17]および特権・免除条項[18]に求め、それを認める条件として、憲法の条文との結びつきがあるか、あるいは、政治参加に不可欠かどうかということを挙げる。[19]

二―三　Ely のプロセス理論の意義

これまで見てきた Ely のプロセス理論は、民主主義のもとでの司法審査の問題を考える上でいかなる意義を有するのであろうか。

まず、Ely は司法審査から実体的な価値を排除するために、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する。[20] Ely は、プロセスと実体の区別を以下のように考える。「参加は、明らかに、価値と見られうる。……価値を執行することは、特定の善（権利その他）を非常に重要なものとして指定し、政治プロセスの課すいかなる制約からも保護されなければならないものを示す。これに対して、参加に向けられた方法は、価値選択を実現しその結果生じる損失と利益の配分に関する決定が、いかに形成されるかに関する審査様式を示したものである」という。[21] つまり、Ely は、プロセスがどのような実体（結果）を選択するかについて関わらないという意味において、中立的であると主張するのである。さらに、Ely は、プロセスの射程を拡大して、基本的権利として認められてきた選挙権や移転の自由をプロセス的権利[22]と捉え直す。

Ely の司法審査理論が、政治参加に不可欠な表現の自由や選挙権を手厚く保護することで、司法審査の役割を政治プロセスの維持としたことは、他の学説により支持されている。[23] つまり、Ely の司法審査理論は、政治プロセスそれ自体の欠陥の是正を政治プロセスに委ねるわけにはいかず、政治プロセスとは独立する裁判所の役割であるということを明確にした。[24] そして、司法審査がかかる権利を保障することは、むしろ民主主義を可能にするものとし

て正当化されることになる。[25]

次に、民主主義のもとでの司法審査の問題で大きな争点となっていた憲法上列挙されていない権利の保障について、先に見たように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、裁判所による憲法上列挙されていない権利の保障の限界を設定した。この点、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、さらには政治参加とも無関係であるために Carolene Products 判決からも正当化できないとする。これに対して、Griswold 判決で違憲とされた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政府によるのぞき見の禁止としてのプライバシーに関わるものであり、正当であるとする。[26]

二―四　プロセス理論に対する批判

Ely のプロセス理論は、アメリカの憲法学に大きな影響を及ぼすことになったが、[27] 同時に多くの批判を招くことにもなった。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。[28]

Ely は、先に見たように憲法典が主としてプロセスに関心を向けているというのみで、何がプロセス的権利で何が実体的権利であるかの区別の根拠を明確に示していない。何が政治参加に不可欠な権利であるかについて、Michelman は、Ely の参加概念には実体的要素が含まれているとし、表現の自由だけでなく、プライバシーや財産権さらには福祉請求権までもが政治参加に不可欠な権利として認められるという。[29] また、Morse は、Ely が実体的権利と位置づけた信教の自由について、信教の自由は実体的権利ではないという。Morse は、信教の自由には個人と国家を媒介する機能があり、自己統治に資するプロセス的権利であると指摘している。[30] 結局のところ、Ely

のプロセスと実体の区別は相対的なものであるといえよう。[31] しかも、Ely は政治参加に不可欠なプロセス的権利について、純粋に政治参加に関わるものだけでなく、一部の基本的権利をプロセス的権利として捉えており、したがって、Ely の司法審査理論のもとで保護される権利は、プロセス的なものから離れていくことになる。[32] このように、Ely のプロセス理論はプロセスと実体の区別だけではなく、プロセスの射程を拡大する際に、いかにして実体的価値判断を必要としない客観的限定を加えるかという問題も抱えているのである。[33]

三　プロセス理論の再構成の試みと民主主義のもとでの司法審査の議論

Ely のプロセス理論は以上のような難点を抱えているが、以下では Ely のプロセス理論に代替する二つの理論を検討する。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、権利基底的な観点から司法審査の射程を拡大する Dworkin の理論である。

三―一　Klarman

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、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 は、プロセス理論に対して向けられた批判のうち当たっているものと当たっていないものを区別する。Klarman は、Ely が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いう。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[34]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、立法府よりも裁

判所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。[35] 例えば、表現の自由の規制や選挙区割りの不平等が問題となる場合に、プロセス理論が焦点をあてなければならないのは、司法審査の行使の正当化が実体的判断抜きに可能かどうかであるということになる。そして、司法審査の行使が正当化されるのであるならば、問題の解決に際して実体的判断（例、「一人一票」）が行われようと、それはプロセス理論にとり問題ではないのである。[36] つまり、Klarman におけるプロセス理論のプロセスと実体の区別は、「積極的な司法審査の発動が、一体いかなる場合に民主主義との関係で正当化されるのかというレヴェルで問題になるものである」。[37]

さらに、Klarman は、Ely の偏見理論を切り捨てるべきであると主張する。第一の理由は、Ely は、政治参加について、単なるアクセスに関わる部分だけではなく、参加の実質的な障害を問題にする「偏見」の除去を司法審査の役割であるとしている。しかも、Ely は、偏見理論を正当化する際に持ち出すのが、Dworkin の「平等な配慮と尊重」をもって取り扱われる権利である。この Dworkin の「平等な配慮と尊重」は、Ely も認めるように実体的なものである。[38] 第二は、偏見理論そのものに関わる。まず、単純な敵意を問題とする「第一級の偏見」について、Ely 自身が認めるように一見すると第一級の偏見があるような場合でも、当該立法のなす区別が正当である場合がある。例えば、強盗に対して特別な不利益を課すことがなぜ正当化されるかについては、プロセスではなく実体的価値に基づいてのみ判断することが可能である。さらに、ステレオタイプによる判断を問題とする「第二級の偏見」についても、ステレオタイプに基づく判断には、人々の現実の行動や能力にかかわる記述的なステレオタイプと、社会においていかに人々が行動しいかなる役割が与えられるかという規範的なステレオタイプの二種類が存在する。そして、問題となるのは、立法の行う規範的なステレオタイプに基づく判断（例、女性の場は家庭である）である。裁判所が立法の規範的なステレオタイプに基づく判断の合憲性を審査する場合、第一級の偏見同様に実体

的な価値判断を回避できない。それゆえに、Klarmanは、偏見理論について「いかなる非実体的な理論もありえない」という。[39]

そして、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であり、偏見理論のような実質的な参加の保障は不要であるということになる。[40] そこで、Klarmanはプロセスの欠陥の是正のみを目的とする反エントレンチメント理論と称する司法審査理論を展開する。プロセス理論のもとでの司法審査の目的は、政治プロセスの欠陥を是正することであるが、Klarmanも政治プロセスの欠陥に着目して、司法審査理論を構想する。Klarmanは、政治プロセスの欠陥を政治的多数者が塹壕を掘り自己の有利な立場を固定化しようとする「エントレンチメント」(entrenchment)という概念で説明する。[41] Klarmanによれば、「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)が存在するという。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、現時点の社会における多数者が、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。[42] ただ、「エントレンチメント」が存在しても直ちに司法審査権の行使が正当化されるわけではない。Klarmanは、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。第一に、エントレンチメントが存在しても、それがどの程度重大なエントレンチメントなのか、第二に、政治プロセスにエントレンチメントがあるとしても、政治プロセスを通じてエントレンチメントを除去できないかどうか、第三に、エントレンチメントを司法審査で解決するために、司法審査権の行使に争いのないベースライン（例えば、一人一票原則）が存在するかどうか、第四に、政治プロセスを通じて除去できないエントレンチメントが存在しても、司法審査以外の方法でエントレンチメントを除去することはできないかどうかを検討する必要があるという。[43]

そして、Klarman が自らの司法審査理論の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。[44]

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」であるというべきであろう。[45]

三―二　Dworkin

Ely および Klarman のプロセス理論は、民主主義の「正当性」を前提としてきたが、民主主義の「正当性」は実は必ずしも自明のものではない。[46] そのために、プロセス理論は司法審査権の「反多数決主義」という難点を回避しても、今度はなぜ民主主義を維持することが司法審査のあるべき役割といえるかという「多数決主義という難点」[47] を抱え込むことになる。

この「多数決主義という難点」という問題に対して、一つの答えを提示したのが Dworkin の理論である。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る。さらに、Dworkin は憲法の保障する基本的な諸権利が、社会全体の利益に基づく決定に対する「切り札としての権利」であり、そして、司法審査の根拠をそのような権利の保障に求めるならば、民主主義との問題は生じないと主張する。それゆえに、権限アプローチがいかに私的領域を民主主義と矛盾しない形で保障するかを検討する上で、Dworkin の理論は重要な視座を示すものであるといえよう。

Dworkin の理論は、功利主義批判を念頭においたものである。Dworkin は、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」と扱うものであると定義する。[48] しかし、一見して平等主義的に見える功利主義

には限界がある。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は、ポルノを読みたい人の選好がカウントされない。[49] そして、Dworkin は、このような立法を民主的な政治プロセスで排除することは困難であるとし、これらの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。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、ある立法が功利主義により正当化される場合に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。[50] このように、Dworkin は、民主主義を純粋な功利主義として捉えるのではなく、一定の結果に到達するものとして捉える。

これに対して、プロセス理論が前提とする多数決主義は、功利主義を前提とするものである。[51] すなわち、代表民主制は、「最大多数の最大幸福とは何かを決定する制度的方法」であるとする。[52] その場合、プロセス理論は、民主主義を Dworkin のように一定の結果に到達するものとして捉えるのではなく純粋な手続として捉えるのである。[53] つまり、功利主義的に理解される民主主義のもとでの裁判所の役割は、一定の選好を表明することに対して障害がないかを監視することにある。それゆえ、民主主義プロセスにおいて一定の望ましい結果が出ないからといって、裁判所が介入することはないのである。[54]

次に、Dworkin の司法審査理論を概観していくことにする。まず、Dworkin によれば、Ely のプロセス理論の最大の難点は、その民主主義概念であるという。つまり、「実体的価値・政治的価値の選択は選挙で選ばれていない裁判官よりも代表者が行わなくてはならない」という民主主義概念である。Ely の民主主義概念は、一つの特定

の民主主義が正しいことを想定しており、裁判所の役割もこの正しい民主主義を保護することにあるという。[55] しかし、Dworkin は、実体的価値に依拠せずに何が民主主義の正しい捉え方であるかについて提示することが可能であるかどうかを問題とする。すなわち、Ely のプロセス理論は、裁判所が実体的価値に依拠することなく、公正なプロセスを判断するのに適切な地位にあるということ、および、プロセスに関する裁判所の判断は民主主義に一致するが実体に関する判断は民主主義に一致しないことを証明しなければならないはずだという。[56] さらに、民主主義の問題は、表現の自由、平等保護そしてデュー・プロセスの保障の問題と関連する。Dworkin は、民主主義の問題についてこれらの権利の解釈の問題を通じて検討をくわえる。

まず、表現の自由について、表現の自由の保障は、政治権力の平等の達成と関連している。すなわち、「民主主義は、人々全体において政治権力の平等をできるかぎり達成することに本質がある。表現の自由は、この平等を達成するために不可欠である」。そして、Dworkin は、「政治権力の平等性」を実現するためには、「政治的決定に影響を与える際に、他者が有するのと同じ機会を有する」ことが必要であるという。すなわち、「投票、議員への要求、請願、政治的問題についての言論などを行うための同一の機会である。一部の者が利用可能な影響力を行使するためのメカニズムは、全ての者が利用可能でなくてはならない」。そして、政治権力の機会の平等が損なわれたかどうかについて、手続ではなく実体（結果）に依拠するという。すなわち、「機会の価値を最も現実的に測定するための基準は、手続ではなく結果に求められる。政治プロセスに参加する権利が、二人の人間にとって等しく価値があるのは、かかる権利が各自の平等な尊敬をうける可能性を高め、各自の利益が、……政府による決定において平等の配慮を受ける場合のみである」。そして、「システムの提供する政治的機会の価値が平等か否かは、プロセスの最後に来るであろう立法が、全ての者を平等に扱っているか否かに依拠する」。[57] つまり、このことは、裁判官

が「Ely の最も回避したいと望んでいた政治的道徳の性質の決定、すなわち、個人の実体的権利についての決定を回避しえないことを意味するのである」[58]。

次に、Dworkin は、平等保護やデュー・プロセスについて検討する。まず、黒人を差別する法律を例にして考えた場合、この法律を平等保護違反とするには二つのアプローチがあるという。第一のアプローチは、当該法律が黒人の実体的利益を侵害するゆえに平等保護に反するというものである。しかし、第一のアプローチは、どの利益が侵害されており、なぜそれが基本的な利益なのかを証明する必要があり、実体的価値判断が必要となる[59]。これに対して、第二のアプローチは、「人種差別を行う立法が平等保護に反するという理由は、特別に重要な利益を侵害するからではなく」、立法の正当化に際して人種差別のような「偏見を入れることを許されない」からだというものである。Dworkin は、第二のアプローチが妥当であるとし、民主主義のもとでの司法審査の問題で争点となっている平等保護やデュー・プロセス（例、道徳的な理由に基づく中絶や同性愛の禁止）は、「一定の結果を伴う立法がなされてはならない権利」ではなく、「一定の理由により立法がなされてはならない権利」であるという。そして、Dworkin は、Ely もこのような権利論に依拠しているという[60]。

このような考えから、Dworkin は、純粋の功利主義に基づく民主主義は誤りであり、そして、「裁判官が、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を決定[61]」することで、「多数決主義という難点」を回避する[62]。そして、Dworkin は、平等保護やデュー・プロセスのような憲法上保障された権利の保障は政治プロセスに委ねることはできず、これらの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いう[63]。

三―三　民主主義のもとでの司法審査に関する現在の議論

これまで Klarman と Dworkin の司法審査理論の対立を検討してきたが、両者の議論をふまえつつ、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。

Klarman と Dworkin の司法審査理論の対立は、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。両者が対立しているのは、司法審査による権利保障の射程をいかに考えるかである。司法審査が多数決主義を制約し、憲法上保障された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 同様の主張は、他の学説によっても支持されている。[64] 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個人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。[65] Moore 同様に、司法審査の役割が権利保障であることを認める説として、Chemerinsky の見解が挙げられる。Chemerinsky は、これまで連邦最高裁が Roe 判決や Griswold 判決で、憲法上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いう。[66] さらに、Chemerinsky は、民主主義を単に手続的に理解するのは誤りであり、民主主義は実体的価値や自由を保護するものとして理解しなくてはならないという。そもそも、憲法の起草者も民主主義を単なる多数決主義として理解しておらず、それゆえ、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いう。[67]

これに対して、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、権利保護は民主主義プロ

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。[68] さらに、近時では、ポピュリスト立憲主義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、妊娠中絶の規制には緩やかな姿勢をとり、また、アファーマティヴ・アクションには厳格審査を適用するなど保守的な姿勢が明確となった。[69] このような流れのなか、裁判所の役割が司法審査を積極的に行使して権利を保護することであると主張する支配的なリベラルな学説に対して、懐疑的な見方が広まった。そこで、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。[70] ポピュリスト立憲主義は、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。[71] さらに、ポピュリスト立憲主義は、支配的なリベラルな学説とは異なり、消極的な司法審査の行使が望ましいとする。例えば、Tushnetは、司法審査がこれまでほとんど役に立ったことがなく、また司法審査がなくとも憲法を執行することは可能であるという。そして、憲法を改正し裁判所から司法審査権を剝奪すべきと主張する。[72] Kramerも、ポピュリスト立憲主義の観点から、裁判所が憲法の最終的な解釈者であることを否定する。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。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。[73]

しかし、ポピュリスト立憲主義には批判が多い。Chemerinskyは、ポピュリスト立憲主義のもとでは、裁判所が個人の権利保護のために積極的に司法審査を行使することが否定されてしまい妥当ではないという。また、少数者の保護は裁判所の役割であり、司法審査を放棄すると少数者は常に多数者に抑圧されることになるという。[74] また、

Sagerは、個人の権利保障などの政治的正義にかかわる事項については、政治プロセスではなく裁判所に委ねられるべきであるとする。裁判所は、中立性、専門性、コモン・ローにおける反省的平衡（reflective equilibration）を有している点で、政治プロセスより優れているという。[75] さらに、Friedmanは社会科学的な観点から、裁判所の憲法判断と国民の憲法判断は一致しており、さらに国民自身も司法審査を要求しているという。[76]

四　権限アプローチとその射程

四―一　権限アプローチと民主主義のもとでの司法審査の問題

これまで検討してきた民主主義のもとでの司法審査を巡る議論のなかで、権限アプローチがいかに位置づけられるかを検討して、さらに、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するかを見ていくことにする。

まず、権限アプローチが、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かである。権限アプローチは、私的領域を司法審査により保護することを目的とする。権限アプローチのもとで保障される私的領域とは、自律や平等な配慮と尊重といった個人の「善き生き方」の領域であり、また、これに対する政府の制約を基本的に許さないものである。ただし、私的領域が個人の「善き生き方」に関わるからといって、あらゆる自由がそこに含まれるわけではない。Nilesの指摘にもあるように、他者や社会に危害を加えるような自由は私的領域から除外されることになる。[77] このように、権限アプローチの保障する私的領域は、Dworkinや権利基底的なアプローチが指摘するように民主的な決定に対して「切り札」として機能する。[78] 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

を縮小するポピュリスト立憲主義とは異なる。ただし、権限アプローチは、Ely のプロセス理論の提示した列挙されていない権利に関する問題意識を共有する。すなわち、憲法上列挙されていない権利を基本的権利として保障することは、裁判官自身の価値的に重要であるものを保護しているに過ぎず、それは民主主義に反するという Ely の主張に賛同する。また、権限アプローチは、実体的権利の保障を認める権利基底的なアプローチとも異なる。権限アプローチは司法審査によって私的領域を保障するが[79]、それを実体的な権利として積極的に保障するものではない。私的領域を実体的な権利として保障してしまえば、裁判官の実体的価値判断の問題が生じる。

では、権限アプローチが、いかにして裁判官の実体的価値判断を回避するかである。この実体的価値判断が特に問題となるのは、「開かれた条項」（アメリカ合衆国憲法修正九条と修正一四条）の解釈である。実体的デュー・プロセス理論のように、修正一四条のデュー・プロセス条項を根拠にして基本的価値を保護することは、結局のところ裁判官自身が重要である価値を保護しているに過ぎず、民主主義とコンフリクトすることになる[80]。そこで、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権限（介入）に焦点をあてる。すなわち、権限アプローチのもとでは、政府の権限（介入）が公共の福祉に適合する正当なものか否かということが審査されることになる。そして、権限アプローチのもとで排除されるのは、人種差別に基づく立法やポルノ規制（道徳的規制）のような個人の善き生き方の決定を阻害するような介入である[81]。介入の理由とはいっても、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[82]。

このように、権限アプローチは、裁判官の役割を実体的権利の創出のような積極的なものではなく、違法な政府の介入の排除という消極的なものとすることで、裁判官の実体的価値判断を回避する。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。何が違法な政

府の介入であるかの判断に際して、裁判官の価値判断は不可避である。[83] しかし、権限アプローチのもとでの政府の介入についての合憲性の判断とプロセス理論の指摘する実体的価値判断（実体的デュー・プロセス理論のもとでの基本的権利の保護）を同じ価値判断と考えるべきではない。前者の判断は、後者の判断に比べて遥かに制約されたものである。裁判官の実体的価値判断の問題を考える上において、裁判官自身が高い価値があると思うものを恣意的に保護する危険性を重視するならば、権限アプローチのように裁判官の判断を消極的なものに限定することには、十分な意味が見いだされると言い得よう。

権限アプローチの位置づけが明らかになったところで、次に、権限アプローチと民主主義の関係について検討する。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の裁判官の役割は政府による制約の正当性の判断であり実体的デュー・プロセス理論とは異なり、積極的に権利を創出するのではない。したがって、政府の介入の審査によって司法審査の機会が増大するが、それによって裁判官が「すべての法律の査問官」[84]になってしまうわけではない。このように考えれば、司法審査の機会が増大したとしても、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。

四―二　権限アプローチの射程

最後に権限アプローチの射程を検討する。表現の自由について、プロセス的司法審査理論と通説の実体的な司法審査理論とでは、結果的に裁判所による手厚い保護が正当化される点において差がない。[85] また、表現の自由を裁判所が手厚く保障することの正当化の根拠を政治参加に求めることは、他の学説によっても支持されている。[86] 民主主義のもとでの司法審査の問題において争点となるのは、先にも見たように列挙されていない権利および平等保護に

おいて人種以外にいかなる区分に厳格審査が及ぶかということである。[87] 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、この列挙されていない権利および平等保護の領域において真価を発揮するというべきであろう。なお、表現の自由や信教の自由のような列挙されている権利に権限アプローチが妥当するかについては、憲法上列挙された権利と列挙されていない権利の関係もふくめて、今後の課題としたい。

五　日本国憲法への示唆

松井教授は日本国憲法にもプロセス理論が妥当するとし、憲法は政治プロセスの参加を定め、司法審査の役割も政治プロセスの維持であるとする。[88] しかし、実体的価値を含む権利（例、奴隷的拘束からの自由、通信の秘密、居住・移転・職業選択の自由、家族制度の保障、生存権、教育を受ける権利等）の多い日本国憲法にプロセス理論が適合するかについては、多くの難点が指摘されてきた。[89] 近時、権限アプローチ同様に、列挙されていない権利および平等の領域において介入に焦点を当てたアプローチが登場している。[90] これらのアプローチをふまえつつ、権限アプローチを日本国憲法のもとでいかに展開させていくことができるかは、今後の課題としたい。[91]

（1）　権限アプローチは、列挙されていない権利を基本的に政府の介入を許さない私的領域として捉える。そして、権限アプローチは、政府の権限（介入）の正当性に焦点をあて、政府の権限の限界を確定して政府の制約からの自由の領域として私的領域を保障する。中曽久雄「列挙されていない権利の構図――アメリカ合衆国憲法修正九条における権限アプローチの展開――」阪大法学五七巻二号七三頁（二〇〇七年）。さらに、権利の内容が空虚であるとされ、列挙されていない権利と同じ問題を抱える平等についても、動機審査（動機審査も権限アプローチ同様に規制理由に焦点が当てられる）に着目して、権限アプローチを拡張することができる。動機審査は、権限アプローチ同様に、立法の実体的判断に踏み込むものではなく、裁判所の役割を意図的差別の排除に限定することで、裁判官の実体的価値判断を回避しようとするもので

あり、したがって、民主主義のもとでの妥当な司法審査の役割である。同「平等保護における動機審査の意義」阪大法学五九巻一号一五三頁（二〇〇九年）。

(2) プロセス理論について、まず、Ely に先駆けて、Carolene Products 判決の脚注四に沿う形で司法審査理論を展開する Lusky が挙げられる。LOUIS LUSKY, BY WHAT RIGHTS ?: A COMMENTARY ON THE SUPREME COURT'S POWER TO REVISE THE CONSTITUTION (1975). そして Lusky の司法審査理論を発展させたのが、John Ely である。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）。Ely のプロセス理論の検討とその日本国憲法への展開については、松井茂記教授の一連の業績が挙げられる。松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、一九九一年）、同『二重の基準論』（有斐閣、一九九四年）、同「福祉国家の憲法学」ジュリスト一〇二二号（一九九三年）六九頁以下、同「自己決定権について（一）・（二）」阪大法学四五巻二号（一九九五年）一頁以下、五号（一九九五年）一頁以下、同「プロセス的司法審査論再論」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）六七頁以下、同「『ほっといてくれ』の憲法学から『みんなで一緒にやろうよ』の憲法学へ」紙谷雅子編『日本国憲法を読み直す』（日本経済新聞社、二〇〇〇年）八四頁以下、同『日本国憲法　第三版』（有斐閣、二〇〇七年）。

(3) ELY, *supra* note 2, 43-72（邦訳六九～一一三頁）。

(4) Id. at 77（邦訳一二九～一三〇頁）。

(5) Id. at 87-88（邦訳一四二～一四四頁）。

(6) Id. at 103（邦訳一六一～一六二頁）。

(7) Id. at 116（邦訳一八八頁）。

(8) Id. at 106-115（邦訳一七五～一八六頁）。

(9) Id. at 110（邦訳一八〇頁）。

(10) Id. at 151-61（邦訳二四二～二五九頁）。Ely の平等保護理論の検討について、中曽・前掲注(1)「平等保護における動機審査の意義」を参照。

(11) Id. at 97（邦訳一五四頁）。

(12)　Id. at 97（邦訳一五四頁）、173-176（邦訳一七二～一七八頁）。

(13)　Id. at 97（邦訳一五五頁）。

(14)　Id. at 94（邦訳一五一頁）。

(15)　Id. at 96（邦訳一五一～一五三頁）。

(16)　Id. at 100-101（邦訳一五八～一五九頁）。

(17)　Id. at 38（邦訳四八頁）。

(18)　Id. at 28（邦訳三六頁）。

(19)　*See* John Ely, *Wages of Crying Wolf: A Comment on* Roe v. Wade, 82 YALE L. J. 920, 929-930 (1973).

(20)　Nowak は、Ely の司法審査理論が裁判所による価値選択と政治プロセスを調和させる試みであるという。John Nowak, *Foreword: Evaluating the Work of the New Libertarian Supreme Court*, 7 HAST. CON. L. Q. 263, 270 (1980).

(21)　ELY, *supra* note 2, at 75* （邦訳一一七～一一八頁）。

(22)　Id. at 116-25（邦訳一八八～一九九頁）、177-79（邦訳一七九～一八一頁）。

(23)　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).

(24)　See Lawrence Sager, *The Incorrigible Constitution*, 65 N.Y.U. L. REV. 893, 910-11 (1990); David Strauss, *Modernization and Representation Reinforcement: An Essay in Memory of John Hart Ely*, 57 STAN. L. REV 761, 778 (2004). この点、棟居快行『憲法学再論』（信山社、二〇〇一年）四〇〇頁。

(25)　阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、二〇〇一年）一四一～一四三頁。

(26)　Ely, *supra* note 19, at 928-937. ただし、Ely は、後に Roe 判決を評価している。JOHN ELY, ON CONSTITUTIONAL GROUND 304 (1996).

(27)　Symposium, *Constitutional Adjudication and Democratic Theory*, 56 N.Y.U. L. REV. 259 (1981); Symposium, *Judicial Review versus Democracy*, 42 OHIO ST. L. J. 1 (1981); Symposium, *In Honor of John Hart Ely*, 57 STAN. L. REV. 695 (2004); Symposium, *On Democratic Ground: New Perspectives on John Hart Ely: Democracy and Distrust*, 114

YALE L. J. 1193 (2005).

(28) 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).

(29) Frank Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 WASH. U. L.Q. 659, 670–79. *See also* Frank Michelman, *Law's Republic*, 97 YALE L. J. 1493, 1504–1505 (1988).

(30) Carlton Morse, *Political Process Theory of Judicial Review under the Religion Clauses*, 80 S. CAL. L. REV. 793 (2006).

(31) Gary Leedes, *Supreme Court Mess*, 57 TEX. L. REV. 1361, 1423–1424 (1979).

(32) Brest は、基本的権利理論は、容易に代表補強司法審査理論に転換できることも指摘する。Paul Brest, *Substance of Process*, 42 OHIO St. L. J. 131, 138 (1981).

(33) 土井真一「司法審査の民主主義的正当性と『憲法の観念』」前掲注(2)『現代立憲主義と司法権』一四〇頁。

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

(35) Id. at 784.

(36) Id. at 788–819.

(37) 阪口・前掲注(25)一九一頁。

(38) Klarman, *supra* note 34, at 785–786.

(39) Id. at 784. *See also* Brian Boynton, *Democracy and Distrust after Twenty Years: Ely's Process Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000*, 53 STAN. L. REV. 397, 419 (2000).

(40) Klarman, *supra* note 34, at 753–757, 790–814. Klarman は、アクセスの保障として正当化できるのは、政治的言論の保障のみであるという。また、Klarman は、アクセスの保障が十分であれば、人種差別のような問題を解決することは可能であり、実際 Brown 判決がなくとも政治プロセスへのアクセスを保障していれば、Brown 判決と同様の結果が政治

プロセスを通じて達成されたという。

(41) Michael Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 GEO. L. J. 491 (1997). Klarman の司法審査理論の詳細については、阪口・前掲注(25)一六六頁。

(42) Id. at 502-525.

(43) Id. at 542-543.

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

(45) 阪口・前掲注(25)二〇二～二〇三頁。この点、Klarman は「立憲主義はそれほど重要か」という問いに「それほどではない」としている。Michael Klarman, *What's So Great about Constitutionalism?*, 93 NW. U. L. REV. 145 (1998).

(46) 阪口・前掲注(25)二〇〇～二〇五頁、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会、二〇〇〇年) 一四一頁。

(47) Steven Croley, *Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62 U. CHI. L. REV. 689, 694 (1995).

(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) DWORKIN, *supra* note 48, 364-368 (邦訳一二四～一三二頁)。

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

(52) John Ely, *Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility*, 53 IND. L. J. 399, 407 (1978.)

(53) ただし、少数者保護を認める Ely のプロセス理論は、無制限の功利主義を認めるものではない。John Ely, *Professor Dworkin's External/Personal Preference Distinction*, 1983 DUKE L. J. 959, 986.

(54) Ely は、偏見ではなく道徳的な観点から当該行為を禁止することを求める選好は選好としてカウントすることを許容

する。ELY, *supra* note 2, at 255, n. 92（邦訳二九四～二九五頁）。

(55) RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 60 (1985).

(56) Id. at 60-61. 同様の指摘として、長谷部恭男「政治過程としての違憲審査」ジュリスト一〇三七号（一九九四年）一〇五頁。

(57) Id. at 63-64. *See also* Tribe, *supra* note 28, at 1077-1079.

(58) DWORKIN, *supra* note 55, at 64.

(59) Id. at 65.

(60) Id. at 66-67. Dworkin は、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。*See also* DWORKIN, *supra* note 48, at 275-277（邦訳六七～七三頁）。

(61) DWORKIN, *supra* note 55, at 66-68.

(62) Croley は、多数者によっても侵害することのできない権利の保護を目的とする Dworkin の理論が「多数決主義という難点」を回避していると評価する。Croley, *supra* note 47, at 773-75.

(63) *See* DWORKIN, *supra* note 48, at 140-149. ロナルド・ドゥウォーキン〈木下毅・小林公・野坂泰司訳〉『権利論』（木鐸社、一九八六年）一八二～一九五頁。

(64) 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).

(65) 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).

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

(67) ERWIN CHEMERINSKY, INTERPRETING THE CONSTITUTION 9-10 (1987). この点、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) ; Erwin Chemerinsky, *The Supreme Court 1988 Term—Foreword : The Vanishing Constitution*, 103 Harv. L. Rev. 43, 74-76 (1989).

(68)　*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).

(69)　中絶については、Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U. S. 833 (1992) ; Stenberg v. Carhart, 530 U. S. 914 (2000) ; Gonzales v. Carhart, 127 S. Ct. 1610 (2007). アファーマティヴ・アクションについては、City of Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U. S. 469 (1989) ; Adarand Constructors, Inc. v. Pena 515 U. S. 200 (1995) ; Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 127 S. Ct. 2738 (2007).

(70)　ポピュリスト立憲主義の背景については、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、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。

(71)　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). ポピュリスト立憲主義の理論を巡っては、Symposium, *Theories of Taking the Constitution Seriously outside the Courts*, 73 Fordham L. Rev. 1341 (2005) ; Symposium, *On the People Themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review*, 81 Chi.-Kent L. Rev. 809 (2006).

(72)　Tushnet, *supra* note 71, at 123-175.

(73)　Kramer, *supra* note 71, at 227-247.

(74)　Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review : A Reply to Professor Kramer*, 92 Cal. L. Rev. 1013, 1022-2104

(2004). *See also* Larry Alexander & Lawrence Solum, *Popular? Constitutionalism?*, 118 HARV. L. REV. 1594, 1616 (2005).

(75) Lawrence Sager, *Courting Disaster*, 73 FORDHAM L. REV. 1361, 1369–1370 (2005).

(76) Barry Friedman, *Marbury in the Modern Era: Mediated Popular Constitutionalism*, 101 MICH. L. REV. 2596, 2631–2635 (2003).

(77) 私的領域の意義については、*See* Mark Niles, *Ninth Amendment Adjudication: An Alternative to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights*, 48 UCLA. L. REV. 85 (2000).

(78) 駒村圭吾「基本的人権の観念①」小山剛・駒村圭吾編『論点探求　憲法』（弘文堂、二〇〇五年）二四頁。

(79) *See* Niles, *supra* note 77, at 108–112.

(80) ELY, *supra* note 2, 44（邦訳七〇頁）。ただし、憲法上列挙された権利の保障は別であると考えられる。この点について、Lusky は「ある種の権利は憲法典に規定されているゆえに、司法権の手厚い保護を受けるに値する」ことであり、「憲法の制定者がこれらの権利に特別の意義を認めていたことが、例外的に厳格な司法審査を制定者の意思の執行として正当化するであろう」という。Louis Lusky, *Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence*, 82 COLUM. L. REV. 1093, 1097 (1982). また、Ely も憲法上列挙された権利は重要な価値であり、しかも当該価値は多数者による侵害の可能性があるので憲法典に書き込んで保護しようとしたものであるという。そして、Ely はそうした規定を裁判所が執行することを認めている。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). この点についての Ely の議論の詳細については、阪口・前掲注(25)一四七頁。本稿も、このような観点から、列挙されている権利の保障については、列挙されていない権利の保障とは異なり、民主主義とのコンフリクトは生じないと考える。

(81) *See* Niles, *supra* note 77, at 132–134.

(82) 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、二〇〇六年）一〇七～一〇八頁。

(83) この点、Ely も価値判断それ自体を否定するものではない。Ely が否定するのは、裁判官の実体的価値判断である。ELY, *supra* note 2, at 75*（邦訳一一七～一一八頁）。

(84) 松井・前掲注(2)「自己決定権について（二・完）」四四頁～五四頁。

(85) Perryは、表現の自由の保護の射程について、自己実現からのアプローチも民主主義プロセスからのアプローチも、同じ射程を有しているという。*See* Michael Perry, *Freedom of Expression: An Essay on Theory and Doctrine*, 78 Nw. U. L. Rev. 1137, 1157 (1984).

(86) Leedes, *supra* note 31, at 1426-29. *See also* Alexander Meiklejohn, *First Amendment is an Absolute*, 1961 Sup. Ct. Rev. 245, 255.

(87) 松井・前掲注(2)『二重の基準論』一六九～一七二頁。

(88) 松井・前掲注(2)『二重の基準論』三四二頁。

(89) 代表的な見解として、長谷部恭男「政治取引のバザールと司法審査」法律時報六七巻四号（一九九五年）六二頁。同「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌一一一巻一一・一二号（一九九八年）一六五頁、市川正人「違憲審査と民主制」佐藤幸治他編『憲法五〇年の展望Ⅱ』（有斐閣、一九九六年）二九七頁以下、土井・前掲注(33)、棟居快行「プロセス・アプローチ再訪」高田敏先生古希記念『法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、二〇〇七年）三頁以下、棟居・前掲注(24)三九四頁が挙げられる。

(90) 松本和彦「環境汚染の自由の保障？」前掲注(89)『法治国家の展開と現代的構成』三二五～三二六頁、同「基本的人権の『保護領域』」小山他編・前掲注(78)一〇三～一〇四頁、櫻井智章「基本権論の思考構造（一）」法学論叢一五五巻三号（二〇〇四年）一〇九～一一〇頁。

(91) 権限アプローチの観点からは、憲法一三条は以下のように定式化されるであろう。憲法一三条は、政府の介入の正当性を要求し、そうすることで政府の権限の限界を設定し、違法な政府の制約からの自由を保障している。この点、憲法一三条における判例について、権限アプローチと同様の介入の理由に焦点をあてたアプローチが展開されている。京都府学連事件（最大判昭和四四年一二月二四日刑集二三巻一二号一六二五頁）では、「憲法一三条は、……国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している」とし、「私生活上の自由」を個人の私生活領域に対する政府の侵害からの保護として捉えている。その上で、「私生活上の自由の一つ」（傍線は筆者）に「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」が含まれるとしたが、「私生活上の自由」の内包

（ただし、内包については「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」や「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」を認めており、一部明らかとなっている）と外延は明らかにせず、「正当な理由」があるかどうかという介入に焦点をあてている。外国人指紋押捺事件（最判平成七年一二月一五日刑集四九巻一〇号八四二頁）も同様に「個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有する」とし、「国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制すること」を問題としている。これに対して、他者や社会に危害を与える自由が問題となる場合は、「私生活上の自由」への言及はなく、単にその制約のみを問題としている（例えば、未決拘禁者の喫煙の禁止の合憲性が争われた最大判昭和四五年九月一六日民集二四巻一〇号一四一〇頁、ストーカー規制法の合憲性が争われた最判平成一五年一二月一一日刑集五七巻一一号一一四七頁）。なお、一四条の検討については、中曽・前掲注(1)「平等保護における動機審査の意義」一八一～一八二頁。