



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)	中曾, 久雄
Citation	大阪大学, 2010, 博士論文
Version Type	
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/57920">https://hdl.handle.net/11094/57920</a>
rights	
Note	著者からインターネット公開の許諾が得られていないため、論文の要旨のみを公開しています。全文のご利用をご希望の場合は、 <a href="https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed">https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed</a> 大阪大学の博士論文について

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

氏 名	なか そく ひさ お
博士の専攻分野の名称	博士(法学)
学 位 記 番 号	第 23529 号
学 位 授 与 年 月 日	平成22年3月23日
学 位 授 与 の 要 件	学位規則第4条第1項該当 法学研究科法学・政治学専攻
学 位 論 文 名	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—
論 文 審 査 委 員	(主査) 教授 高井 裕之 (副査) 教授 棚居 快行 教授 高田 篤

### 論 文 内 容 の 要 旨

本稿を取り扱うテーマは民主主義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の問題、つまり司法審査の民主主義正当性の問題」である。この問題は、「アメリカ憲法学の最大の課題」であり、現在においても論じ続けられている。また、わが国においても、アメリカ同様にこの問題が論じられている。民主主義のもとでの司法審査とは言っても、その問題は多岐にわたる。そこで、本稿が検討の対象とするのは、司法審査により保障される権利の射程の問題、すなわち、裁判所が、民主主義との関係でかかる権利をどこまで保障できるかという問題である。具体的には、憲法上列挙されていない権利と平等保護を検討する。この問題はアメリカだけの問題ではなく、日本国憲法にもあてはまる問題である。

本稿は、まず、第一部で、アメリカにおける民主主義のもとでの司法審査を巡る議論を検討する。特に問題となるのが、連邦最高裁の展開した基本的権利理論(実体的デュー・プロセス理論)である。そこでは、主として、裁判官の実体的価値判断を、いかに克服するかという問題が提起された。本稿では、この問題に対して有力な答えを提示したプロセス理論に焦点をあてる。そして、プロセス理論の問題意識を共有しつつ、憲法上列挙されていない権利の問題について、プロセス理論とは異なるアプローチを提示したNilesの修正九条の解釈から権限アプローチを導出する。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捉え、それを実体的に保障するのではなく、政府の権限からアプローチし、その限界を確定し、違法な政府の制約からの自由の領域を保障するものである。次に、平等保護の問題について、修正一四条を巡る動機審査に焦点をあて、平等保護にも権限アプローチを拡張する。さらに、権限アプローチを浮き彫りにするために、Elyのプロセス理論に代替する理論を提唱するKlarmanとDworkinの理論、さらに現在の民主主義のもとでの司法審査の議論を概観する。そして、それらの議論をふまえ、この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。

第二部では、第一部の議論に即して、日本国憲法のもとで権限アプローチがいかに展開されるかを検討する。まず、日本国憲法における民主主義のもとでの司法審査の問題を概観し、通説がこの問題をいかに考えているかを概観する。次に、通説とは異なる形でこの問題にアプローチする松井教授のプロセス理論とその具体的適用を検討する。その上で、権限アプローチは、通説とプロセス理論が対立する、列挙されていない権利および平等の領域に妥当するということ、そして、最終的に、権利の実体ではなく介入の合憲性を問う権限アプローチが、日本における民主主義のもとでの司法審査の問題に対しても、一定の方向性を示すことができるということを提示する。

### 論文審査の結果の要旨

本学位論文は、「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—」と題され、司法審査と民主主義との関係、すなわち、国民が選挙した代表者からなる議会の制定した法律につき、選挙されておらず直接国民に対して政治責任を負わない裁判所が、司法審査権を行使してこれを憲法に違反するとして無効とする場合に生ずる対立・緊張関係の問題に取り組むものである。本論文は、大きく2部に分けられ、第一部ではアメリカの憲法判例・憲法学説が分析・検討され、第二部ではこれを受けてわが国の学説・判例が考察の対象とされている。

まず、第一部第一章では、実体的デュー・プロセス及び(平等保護の法理における)基本的権利に関する判例を概括的に紹介している。同第二章第一節では、憲法典に列挙されていない権利を軽視してはならないという合衆国憲法修正九条をめぐる学説を考察し、Mark Niles氏のpersonal autonomy論に特に着目して、その主張する司法審査方法論を紹介し、これを「権限アプローチ」と呼んでいる。すなわち、合衆国憲法は制限政府の理念に基づいている以上、政府は私的領域を、公共の利益以外の理由で制約する権限を有しないというのである。このアプローチは、裁判官の主観的価値判断によって何が基本的権利であるかを決定する実体的デュー・プロセスとは異なり、妥当なものであるとされる。次に第二節では平等保護に関する問題で裁判所が動機審査を行った事例を紹介し、この審査方法が、裁判所の役割を、政府による特定のグループに対する意図的差別の排除に限定している点で、民主主義のもとでの司法審査のあり方として妥当であるとしている。同第三章第一節では、裁判所の役割は政治参加に不可欠な権利を保障することにより民主主義のプロセスを維持することであるというJohn Hart Ely氏のプロセス理論を取り上げ、その概要を紹介した上で、実体とプロセスとの区別が相対的であり難点があると評価する。他方、同第二節では、プロセス理論を再構成し司法審査理論の射程を非常に狭めるMichael Klarman氏の議論に触れたのちに、無制限の功利主義的な多数者支配に对抗するRonald Dworkin氏の「切り札としての権利」論などをやや詳しく検討している。その上で、同第三節で、プロセス理論のように私的領域を政治プロセスに委ねることは適切でなく、他方で裁判官の主観的価値判断を避けうるものとして「権限アプローチ」が評価され、これを、同性愛行為を处罚する州法を違憲とした判例などにあてはめて、その意義を評価している。

第二部第一章では、民主主義のもとでの司法審査の問題に関するわが国の学説を概括的に紹介した上で、同第二章では特に松井茂記氏のプロセス理論を紹介し、同第三章で、これに対する批判を、民主主義観、司法審査観及び基本的人権觀の3点から考察している。そして、同第四章第一節では、日本国憲法13条をめぐる学説・判例を「権限アプローチ」の観点から分析し、「私生活上の自由」に言及する最高裁判所の判例はこの観点から整合的に理解できるとする。また、同第二節では憲法14条に関する主要な判例を動機審査の観点から分析し、同第三節では「権限アプローチ」の意義をまとめている。

以上要するに、本論文は、その主題に関するアメリカの主要な論者の所説を分析し、「権限アプローチ」の意義と正当性の論証を試みるとともに、わが国についても学説状況を踏まえ「権限アプローチ」の観点から判例を整理しようとするものである。本論文の取り上げた「司法審査と民主主義」というテーマは憲法学における古くからの重要な論点であり、これまでわが国の憲法学において、主要な議論の素材をアメリカ合衆国判例・学説に求めつづり返し論ぜられてきたところ、本論文も、これまでのわが国での議論をふまえアメリカの議論を分析するものであり、その意味で、憲法学におけるオーソドックスなテーマを扱ったものである。また、本論文がEly氏のプロセス理論やDworkin氏の権利論などわが国にも多大の影響を与える重要な学説を押さえていることは、研究の視点として的確であるといえる。このように十分な理論的な基礎の上に立って「権限アプローチ」を提唱する本論文の学術的価値は高いといえよう。

もとより、テーマ自体が広大で根本的なものであるだけに本論文のみですべての問題を解明するこ