

プロセス的憲法観の展望
－松井茂記『日本国憲法第4版』を読む

中 曾 久 雄

プロセス的憲法観の展望 — 松井茂記『日本国憲法第4版』を読む

中 曾 久 雄

1 はじめに

松井茂記が単独で執筆した憲法の基本書であり、裁判規範としての日本国憲法を説明することを企図した『日本国憲法第3版』¹⁾から、15年ぶりに、第4版²⁾が出版された。周知のように、松井は、Elyのプロセス理論³⁾を土台としたプロセス的憲法観を、日本国憲法下で全面展開してきた⁴⁾。本稿では、『日本国憲法第4版』(以下、第4版とする)を通じて、プロセス的憲法観がどのように変化し、発展を遂げたのかを踏まえ、今後の展望を検討する。

1) 松井茂記『日本国憲法 第3版』(有斐閣, 2007年)。

2) 松井茂記『日本国憲法 第4版』(有斐閣, 2022年)。

3) JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980)。プロセス理論の紹介については、山本龍彦「最高裁のなかの〈アメリカ〉—憲法的二次ルールとしての権限配分」石川健治・山本龍彦・泉徳治編『憲法訴訟の十字路口 実務と学知のあいだ』(弘文堂, 2019年) 169頁, 葛西まゆこ「ジョン・ハート・イリイ プロセス理論—実体的価値との距離」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像』(尚学社, 2010年) 59頁, 浅野博宣「プロセス理論へ」法学教室 327号(2007年) 10頁, 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社, 2001年) 132頁がある。

4) 松井はプロセス理論ではなく、あえてプロセス的憲法観と称しており、その独自性を示唆しているように思われる。

2 プロセス的憲法観

プロセス的憲法観の出発点は、日本国憲法というプロジェクトをいかに理解するのかということから始まる（1～2頁。以下、本文、脚注における頁数の記載は第4版の頁数を指す）。松井は、実体的価値の憲法観（34頁）、あるいは、リベラリズムが現在の憲法学における支配的立場（通説）であるという（1頁）。松井は、この支配的立場を以下のように批判する。実体的価値の憲法観は、憲法を統治の及びえない実体的価値を宣言したものだともみる。この考え方のもとで、憲法の主たる部分は、統治権の及ぶ範囲に限界を定めた点、つまり、権利章典に見いだされることになる。憲法の目的は権利章典にあり、統治機構はそのための手段とみられ、権利は実体的なものともみられる。そして、憲法は、価値の体系ないし序列を定め、その最高価値とは、実定化された超実定法であるところの人間の尊厳の価値である（34頁）。しかしながら、人間の尊厳はドイツ的な背景から生まれてきたものであり、諸外国の憲法で必ずしもストレートに認められているわけではない。仮に、基本的人権が人間の尊厳に由来するとしても、そのことから基本的人権が法的権利として認められるという結論は導かれない。実体的価値の憲法観のもとで、基本的人権の根拠は、結局、憲法以前に存在し、憲法に上位する自然法に求めざるを得なくなっているが、この考え方は、今日において著しく説得力を欠いているという（287頁）。

そこで、松井は、実体的価値の憲法観に代えて、プロセス的憲法観を提示する。プロセス的憲法観は、憲法を統治のプロセスを定めたものと理解する（34頁）。プロセス的憲法観のもとで、統治権限に制約を加えた権利章典は、統治のプロセスを定めた統治機構と同じ性格のものともみられることになる。統治機構について、主権を国民の政治参加により政治が国民の意思を反映して行われるべきとする民主主義の問題として理解し（127頁）、権力分立は国家機関が憲法により定義され付与された権限のみを行使することができるものとして理解される⁵⁾（203頁）。ゆえに、立法権はその対象からアプローチし、司法と立法にわたらない限り、いかなる規範も定立でき（149頁）、また、行政権は、

法律執行として定義される（202頁）。さらに、司法権の本質を、事件・争訟の解決という機能の中に前提とされている当事者主義的な対審構造に求める（231頁）。

このように、プロセス的憲法観によれば、憲法は国民が自己統治を行うプロセスを規定するとともに、個々の国民がその統治のプロセスに参加するための権利を保障したとみるのである。ここでの憲法上の権利は、手続的・プロセス的なものとみられる。この考え方では、実体的価値の選択は、憲法の問題ではなく政治の問題だとみられる。しかも、権力の制約と権力への参画・政治参加を同じコインの裏表とするプリュラリズム的理解に立脚し、こうしたプロセス的憲法観が日本国憲法により適した理解であるという（26頁，34頁）。なお、プロセスには、政治参加のプロセスに関わる大文字のプロセスと、国政の決定が執行される小文字のプロセスの双方を含んでおり、民主主義プロセスとも称される（35頁）。

3 プロセス的基本的人権観

プロセス的憲法観のもとで、憲法上の権利は政治参加のプロセスに関わるプロセス的権利と政治参加のプロセスに関わらない非プロセス的権利に区分されることになる。これをプロセス的基本的人権観と称する（293～294頁）。

まず、憲法は、国民の選出した代表者がみずからの制定する法律から自分たちだけを除外したり、一定の切り離され孤立した少数者の代表を拒否することがないように平等権を保障している。これは、平等に扱われるということ自体を1つの権利として保障したものである（293頁）。

5) 近代的な権力分立原則の本来の趣旨は、権力を厳格に分離し、それぞれを別の機関に切り離して付与することにあつたのではなく、それぞれ異なる権限を付与された諸機関が相互に抑制・監視し合う点にあつたという。要するに、権力分立原則の本来の趣旨は厳格な権力の分離にあるのではなく、権力を一手に集中させない点にあり、単に権力を異なる機関に付与するだけでなく、それぞれの機関が意志をもって互いに抑制し合う、きわめてプラグマティックな理論であるという（203～204頁）。

次に、民主主義プロセスの構成的な権利についてである。民主主義プロセスの構成的な権利とは、プロセス的権利と称される。プロセス的権利は、政治参加のプロセスに関わる諸権利（具体的には、思想・良心の自由、信教の自由・政教分離、表現の自由、居住移転の自由、職業選択の自由、外国移住の自由、国籍離脱の自由、学問の自由、学ぶ自由・教育を受ける自由、教育の自由、家族及び性的自己決定権、生命、身体の自由、名誉、プライバシーの権利）、及び、政府のプロセスに関わる諸権利（具体的には、デュー・プロセスの権利、裁判を受ける権利、刑事手続におけるプロセス的権利、行政手続）の2種類からなる。これらの権利の制約は、国会を信頼することができない（293頁）。

憲法の保障する基本的人権のすべてが、このような意味でのプロセス的権利ではない。本来憲法で保護すべき必要のない非プロセス的権利（具体的には、生存権、教育を求める権利⁶⁾、勤労の権利及び勤労者の権利、財産権と経済活動の自由、環境権、平和的生存権、自己決定権）についても、基本的人権として保障されている以上、裁判所によって保護されなければならない（294頁）。

第4版では、新たに市民権という章が創設された⁷⁾。以下では、この市民権とは何か、概観する。

日本という政治共同体のすべての構成員は、日本国民としての地位を保障されている。これが市民権である。憲法10条は、市民権を全ての日本国民に保障しているという（343頁）。日本という政治共同体に所属することを希望する人には日本国籍が与えられることになり、日本国民は不当に国籍を剥奪されない権利を有している。また、日本国民は子どもに日本国籍を伝える権利を有している。さらに、日本国民は外国にあっても日本政府に基本的人権の保障を

6) 教育を受ける権利と教育を求める権利の条文上の根拠について、松井は以下のように説明する。「教育を受ける権利についても自由権的効果があるが、実際にそこでいわれていることは学習の自由や教育の自由のことであって、それらは21条及び23条によって保護されているため、26条の中に含ませる必要はない。それゆえ26条は、国に対して教育を付与することを義務づけ、国民に教育を求める権利を保障した規定と理解すべきである」（527頁）。

7) 要するに、プロセス的人権観は、市民権、平等権、プロセス的権利、非プロセス的権利によって構成されることになる（294～295頁）。

受ける権利を有している（343～345頁）。

市民権は、憲法13条における個人の尊重とも密接に関わる。13条における個人として尊重される権利とは、理念としてすべての政府の行為に適用されるが、それを独自の別個の基本的人權として考えることはできないという。プロセスの基本的人權観からは、13条はすべての市民が個人として尊重されることを求めたものであって、人間の尊厳にふさわしい取扱いを保障したものと考えられるべきではないという。そこで、個人として尊重されるとは、一定の場合において反証を許さない推定が用いられたときに、実体的権利の侵害になるということ、である。法律は一定の目標を実現するために、一定の徴標に依拠して、その適用の有無を規定するのが普通であり、理想を言えば、すべて個別的に検討吟味して、その上で適用の有無を判断するのが望ましいかもしれない。場合によって、そのような個別的な検討吟味には恣意的な判断が伴う余地もある。他方で、一律な取扱いが許されない場合もある。例えば、子どもに対する予防接種、輸血、妊娠中絶などの医療行為の場合、一定の年齢で線引きして、それ未満の子どもの場合に保護者の同意でもってすべてを決することは許されない。この場合は、裁判所を通して反証を許す余地を残すことが必要になる。そのような場合に、反証を許さない推定が用いられたときには、問題となっている実体的な権利の侵害になる。ゆえに、反証を許さない推定が個人としての尊重の要請に反するかどうかは、一方で問題となっている実体的権利の性質、決定の性質と個別的な判断の恣意性、そして、コストなどを考慮した上で決めざるを得ないという（346～347頁）。もう1つ問題となるのが、諸外国で問題となる義務的な最低限度の刑罰である。法と秩序を重視する諸外国の政権では、薬物犯罪では情状酌量の余地のない義務的な最低限度の刑罰が科されるが、日本において、このような規定は個人としての尊重の否定であり、31条のデュー・プロセスの権利の否定になり、同時に、裁判所の持つ固有の司法権の侵害にもなるという（347頁）。

市民権は、13条における生命及び自由の権利とも関わる。支配的な学説は、13条の文言を区別することなく幸福追求権と呼び、この規定を憲法上列挙さ

れていない権利の保障根拠規定として理解してきた。しかしながら、そのことは、生命及び自由がその他の幸福追求と一緒に扱われるべきという結論までもは、導出しないう。政治に参加するためには、生命及び自由が不可欠であるという。その意味で、13条の規定は市民の権利としての生命及び自由を基本的人権として保障しつつ、それ以外の政治参加のプロセスに不可欠な列挙されていない権利を保障したものと理解すべきであるという(347頁)。具体的には、生命を奪われない権利である。生命を奪われないことは、政治参加の当然の前提であり、憲法上保護されるべきことは当然である(347頁)。死刑は許されるとしても、犯罪に比例したものでなくてはならない。また、犯罪以外で政府が国民の生命を剝奪する場合もある。例えば、テロリストにハイジャックされた飛行機の墜落のように、他人の生命を救うというような、やむにやまれぬ利益がある場合は正当化されることもありうるという(348頁)。さらに、13条は、生命の処分に関する自己決定権を保障しているという。この見解によれば、自己の生命を絶つ権利も憲法上保障されているということになり、自殺の権利や生命維持装置の取外しを求める権利が導かれることになる。市民は、自分でどの政治共同体に属し、どのように政治共同体の決定に参加するのか自由に決定できるはずであり、それには究極的に、他の政治共同体を選んで国籍を離脱し国外に移住する権利と同時に、すべての政治共同体から自ら抜ける自由が保障されなければならない。これは、どのように生きるのかの最終的決定の権利とみるべきであり、生命を全うする権利であるという(348頁)。

生命について、尊厳死(医師に死ぬための薬品を処方してもらい、自らそれを服用して死ぬ権利)、安楽死(医師に死ぬための薬品を処方してもらい死なせてもらう権利)が認められるという(349頁)。松井は、別の著書において以下の主張を展開している。

憲法の生命に対する強いコミットメントは、個人がその生命の最終のあり方を決めることを否定するものではあり得ない⁸⁾。そして、政府には、何人も生命

8) 松井茂記『尊厳死および安楽死を求める権利』(日本評論社, 2021年)164頁。

を絶つことを他の人から強制されないよう確保する強い利益がある。他方で、病気や障害のゆえに苦しんでいる患者は、弱い立場にある。しばしばこれらの患者の治療や療養には、多くの人的ないし財政的資源が必要になる。これらの患者は、多くの場合他の家族の助け無くしては、生活に様々な不自由がある。人は、誰しも一人だけでは生きてゆけない。他の人を助け、他の人の助けをもらって生きていることこそが、共同社会の本質のほうである⁹⁾。誰であれ、死ぬことを強制されないことを確保することは重要である。しかし、だからと言って、自ら死を選ぶことをすべて否定する必要まであるかどうかは、別問題である。医師の補助に基づく死を容認しても、患者がそれを選ぶことを強制されないように充分な手続的保護措置をとり、適切に監視すれば、そのような強制は排除することが可能なほうである¹⁰⁾。生きることは、基本的人権であり、政府はこの権利を不当に剝奪することは許されない。そして、生命が基本的人権であり、それを他の人から奪われないよう防ぐことが不可欠であることを考えると、人の生命を不当に剝奪することを禁止し、それに反した場合には刑罰を加えることが求められる¹¹⁾。しかし、このことは、人が自分の命を絶つことを妨げないはずである。それゆえに自殺を禁止し、それに違反した場合に刑罰を加えることは許されない¹²⁾。より根底的には、日本国憲法が、基本的人権を保障している根拠を人間の尊厳に求め、生命をその根源的価値と捉えるのが、適切なのかどうかさえ疑うことができる¹³⁾。人間の尊厳を措定することは必要ではない。すべての国民は、生まれる際に、どの政治共同体に属するのかの選択権を有していない。ゆえに、すべての国民には、生まれてから、どの政治共同体に属するのかの選択権が認められなければならない。とすれば、すべての国民には、すべての人間社会から離脱する権利も認められることが必要である。このように考えれば、死ぬことを選択は、離脱の権利の行使である。そこには、基本的

9) 松井・前掲注8) 164～165頁。

10) 松井・前掲注8) 166頁。

11) 松井・前掲注8) 168頁。

12) 松井・前掲注8) 168～169頁。

13) 松井・前掲注8) 169頁。

人権保障の根源と相反するようなものは何もない¹⁴⁾

このように、プロセス的基本的人権観のもとで、安楽死、尊厳死が政治共同体の一員として不可欠な権利であるという¹⁵⁾そして、現行法のもと、自殺幫助及び同意ないし囑託殺人を禁止する刑法の規定は、憲法に反しているという¹⁶⁾(349頁)。

13条の保障する生命権は、その生命が脅かされている場合、政府に対し適切な措置をとることを要求しうる権利を含むと考える立場もあるが、生命保護のために政府が積極的な措置をとることを求めるような権利は、受刑者など施設に収容されている国民の場合などを除いて、一般的に認めることは困難であるという(351頁)。

13条における自由には、身体の移動の自由、身体の不可侵の双方を含んでいる。このうち、身体の移動の自由が基本的人権であるという(350頁)。また、身体の不可侵性について、身体を物理的に傷つけられない自由及び健康を害されない自由(健康権)が問題となる。物理的に傷つけられない自由について、予防接種法による義務的な予防接種、旧優生保護法による精神障害者への不妊手術や人工妊娠中絶の問題がある。公衆の生命・健康保持のため必要不可欠であれば予防接種強制も許されるが(ただし、結果的に生じる副反応被害には補償が必要である)、強制的な不妊手術や人工妊娠中絶はその人の保護のために正当化されることはないという(351～352頁)。健康被害について、国や地方公共団体の行為の結果の健康被害が生じたような場合には、身体の自由の侵害の主張が許されるべきであるという(352頁)。

14) 松井・前掲注8) 169～170頁。

15) 松井・前掲注8) 179頁。

16) ただ、患者の同意なく、医師が見かねて患者を殺すという安楽殺までもは、認められないという。

4 プロセス的二重の基準論

プロセス的基本的人権観は、プロセス的二重基準によって、その保障が具体化されていくことになる。松井はプロセス的二重の基準論を展開するに際して、裁判所の役割を明確にする。ここでの裁判所の役割は、あくまでも、民主主義プロセスの組織的機能障害¹⁷⁾を是正し、民主主義が適切に機能するよう確保することにある(85頁)。このような組織的機能障害を除去し、国民が本来のプリュラリズム的に理解された政治のメカニズムを通し、政治を変革することを可能にすることこそが、裁判所に求められる役割であり(86頁)、同時に、司法審査の民主主義的正当性を主張することが可能になるのである(85頁)。松井は、これをプロセス的司法審査理論と称する(87頁)。そして、プロセス的司法審査理論は、プロセス的二重の基準論(103頁)として展開されることになる¹⁸⁾日本国憲法のもとでふさわしい二重の基準論を展開する際には、以下の点を踏まえる必要があるという。

まず、合憲性判断基準と審査基準を区分することである。合憲性判断基準とは、法律が憲法に反しているか否かを判定する実体的判定基準である。審査基準とは、裁判所が法律の合憲性を審査する際に、立法者の判断をどの程度尊重するかに関わる基準である(99頁)。プロセス的二重の基準論は、審査基準の次元において展開されることになる¹⁹⁾

次に、二重の基準論自体をいかに捉えるかということである。憲法は、基本的人権を保障しているが、その保障は、裁判所のみならず、国会を中心とする

17) 多数者が選挙権や表現の自由などの国民の政治参加のプロセスに不可欠な権利を制約している場合、一定の少数者の利益を代表することなく差別をしているような場合、政治のメカニズムに組織的機能障害が生じるおそれがあるという(86頁)。

18) 松井茂記『二重の基準論』(有斐閣, 1994年)306頁。プロセス的二重の基準論は、プロセス的ないし制度的・権限分配的正当化にのみ依拠するものであるという。同316頁。なお、二重の基準論のオーソドックスな説明については、君塚正臣『憲法－日本国憲法解釈のために』(成文堂, 2023年)560～570頁。

19) 市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ－自由と秩序－』(有斐閣, 1998年)329頁。

政治プロセスに課せられた責務であるという。裁判所は、民主主義において逸脱した機関であるために、原則、国民の代表者である国会の決定を尊重し、国会の制定した法律は合憲と推定し、国会には広い裁量が認められるべきである。そして、二重の基準論の論拠が、ある種の基本的人権は民主主義プロセスに不可欠な権利であり、裁判所がその権利を手厚く擁護することが民主主義において裁判所にふさわしい役割であるという点にあるとすれば、手厚く保護されるべきは政治参加のプロセスに不可欠な諸権利などのプロセス的権利であり、それ以外の非プロセス的権利について、裁判所が国会の判断に口出しする根拠はないという（103頁）。それゆえに、表現の自由を中核とする政治参加のプロセスに不可欠な権利の場合、厳格な合憲性判断基準が満たされない限り法律を合憲とすることは認められない。対して、経済的自由などの非プロセス的権利の場合には、厳格な合理性の基準などという不明確な基準で裁判所が国会の社会経済政策に不当に関与することを認めるべきではなく、合理性の基準を適用し、合理的根拠があれば合憲と考えるべきであるという（103頁）。

5 プロセス的・二重の基準論の具体的適用

では、プロセス的・二重の基準論はどのように適用されるのか。

まず、列挙されていない権利の保護についてである。列挙されていない権利の保護は、裁判所のふさわしい役割と最も密接に関連する。列挙されていない権利には、裁判所が列挙されていない権利を憲法上の権利として承認し、それをどの範囲まで保護しうるのであるのか、という問題が存在する²⁰⁾ プロセス的・二重の基準論は、その範囲について、一般的自由権説及び人格的自律権説を否定する。一般的自由権説では裁判所が国会の第三院あるいは超立法府となり、また、人格的自律権説ではその判定する基準が明確ではないとする（318～319頁）。そこで、裁判所が、列挙されていない権利を憲法上の権利として承認することが

20) 松井茂記「明文根拠を欠く基本的人権の保障」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）154～155頁。

許されるのは、憲法が明文で保障している権利と十分条文的つながりのある権利か、憲法が樹立している政治参加のプロセスにとって不可欠な権利に限られるべきであるとする（319頁）。政治参加のプロセスにとって不可欠な列挙されていない権利として承認されると、その制約には厳格な審査が妥当する。政治参加のプロセスにとって不可欠な列挙されていない権利として挙げられるのは、生命、身体の自由、手続的デュー・プロセスの権利²¹⁾、名誉権、プライバシーの権利である（320頁）。

第4版において、憲法は全ての個人を一人の市民として尊重されるべきだとの立場から、24条を根拠とする家族及び性的事項に関する自己決定権（性的自己決定権）を政治参加のプロセスに不可欠な諸権利として保障しているという（475頁）。そして、その制限には厳格審査が妥当する（479頁）。この点は大きな見解の変更である²²⁾（第3版では家族の権利は非プロセス的権利であった²³⁾）。憲法は、二人以上の方がより長期的に、お互いにコミットした関係を形成することを想定し、家族の形成・維持に関する自己決定権（婚姻の自由、離婚の自由）を保障しているという（475頁）。憲法が性的自己決定権を保障している以上、その性的指向性も個人の自由であり、異性としか婚姻できないとして同性婚を否定すべき理由に乏しいので、同性婚を認めない民法の規定は明らかに24条に反するという（377、476頁）。家族の形成・維持には、家族を形成するための性的自由、性行為を強制されない自由が含まれる（478頁）²⁴⁾。また、性的自己決定権は、妊娠、避妊、出産、中絶も性的事項に関わる私的事

21) 13条は、全ての政府の行為に対して適正な手続を要求する包括的な手続的基本的人権規定でもあるという（320頁）。

22) 松井は以下のように説明している。「筆者は、従来、家族及び性的自己決定権を24条の権利と見つつも、これは政治参加のプロセスに不可欠な権利とはいえず、その制約に厳格審査を適用する必要はないとの立場をとってきた。しかし、現在は、家族及び性的自己決定権は、政治共同体を支え、維持していく上で不可欠な権利とみており、それゆえその制約には厳格審査が適用されるべきだと考えている。また、道徳や倫理などを理由にこれを制約することは許されない」。このように、家族及び性的自己決定権がどうして政治参加のプロセスに不可欠な権利となるのか、その理由は必ずしも明確に述べられていない。

23) 松井・前掲注1) 547頁。

24) 性的虐待防止のため、未成年者との間の性行為の規制は許されるとする（479頁）。

柄を自由に行う権利も意味する（479頁）。中絶の自由の制約は、性的自己決定権の制約であり、その制約には厳格審査が妥当する。加えて、中絶の制約は女性のみにも適用される点で性差別としても構成され、厳格審査が適用される。ただし、妊婦の生命・健康保護のための規制と、胎児が体外で生きていける以降であれば、潜在的生命を救うという、やむにやまれぬ政府利益のために、母体の生命・健康に危険が及ぶ場合を除いて中絶を禁止することは可能であるという（480頁）。

対して、環境権、平和的生存権、自己決定権は、非プロセスの権利であり（557頁）、裁判所がこのような権利を基本的人権として認めることは正当ではないとする（553頁）²⁵⁾

次に、政治参加のプロセスに関わる権利の保護である。その典型が表現の自由である。表現の自由を手厚く保護するのは、民主主義のもとで裁判所のふさわしい役割であるという（102頁）²⁶⁾そこで、表現の自由を制約する立法は、立法の判断を尊重する根拠が欠き、合憲性の推定が働かない。しかも、手厚く保護されるのは全ての表現であり、それぞれの表現が異なる価値を有している、といった表現の自由の価値の高低、ないし、価値の序列を否定する。憲法は、表現の自由一般を保障しており、その保障の趣旨は、表現の価値や危険性を表現者と表現の受け手に委ね、裁判所を含め政府が表現内容について判断することを、原則として禁止していることにある（422頁）。

表現の自由の審査の在り方を以下のように提示する。表現の自由の制約は、常に、厳格審査が妥当する（425頁）。表現内容に基づく制約の場合には、最も厳格な合憲性判断基準が適当とされる（424頁）。対して、表現内容中立的な制約は、表現内容に基づく制約ほどの表現抑圧の危険性はないので、重要な

25) ここでの自己決定権はライフスタイルの自己決定権を指す。ライフスタイルの自己決定権に憲法上の保護は及ばなくとも、差別の問題や裁量権の濫用の問題となる可能性はあるという（557～558頁）。

26) 表現の自由の制約は政治プロセスのブレイクダウンであり、その制約に対して裁判所が特に厳格に監視することが、裁判所のふさわしい役割であるという。松井・前掲注18) 317頁。

政府利益達成のために必要最小限度の制約であれば、許されることになる(424頁)。ただし、表現内容中立であっても、特定の見解や表現カテゴリーを狙い撃ちにしたり、差別的に不利益をもたらす場合は、表現内容の制約として取り扱うべきだという(441頁)。また、営利的表現と他の表現という区分を否定し、営利表現の制約も表現内容に基づく制約と同様に観念され(438頁)、さらには、わいせつな表現の禁止の合憲性もブランデンバーグ基準のような定義づけ衡量が適用されるという(107, 439頁)。他にも、現在問題となっているヘイトスピーチ、侮辱的表現について、その規制は慎重でなくてはならないという(383, 437頁)。

次に、政府のプロセスに関わる権利である。その典型が31条のデュー・プロセスの権利である。ここでは、手続の法定と手続の中身の適正さ及び実体の法定とさらにその実体の適正さを要求するという通説(実体的デュー・プロセス)が否定され、31条を端的に政府の権力が恣意的に行使されないように手続的制約を課す手続的デュー・プロセス²⁷⁾の権利であると理解される(491, 493頁)。政府のプロセスに関わる権利は法適用のプロセスに関わり、小文字のプロセスに該当する。政府のプロセスに関わる権利の保護にも合憲性の推定は及ばないとする²⁸⁾

次に、政治参加に関わらない非プロセス的権利である。非プロセス的権利の保護は、基本的には政治的プロセスの判断を尊重し、合憲性を推定して緩やかな審査を行うべきであるという(104頁)²⁹⁾そこで、経済的自由権に妥当する消極目的規制と積極目的規制の二分論を否定する。しかも、二分論の定義が不明確であり、また、消極目的規制は国民の生命・安全を守る規制なので、積極

27) 手続の法定とその手続の中身の適正を要求するのが手続的デュー・プロセスである。手続的デュー・プロセスの中身は、公正な適正の要求であり、具体的には、管轄権の存在、告知と聴聞の要求である(493～494頁)。

28) 国民に政治参加が保障されていても、法律の適用の段階で恣意的に適用されてしまっは、政治参加の意味がなくなるために、政府のプロセスに関わる権利にも裁判所は特別の責任を負っているという。松井・前掲注18) 312頁。

29) 非プロセス的権利の保障は、政治プロセスを通じて、すなわち、投票箱で決着をつけるべきであるという。松井・前掲注18) 313頁。

目的規制よりも緩やかな審査でなければならないという。いかなる目的の規制であろうが、合憲性を推定し、著しく不合理でない限り、裁判所は社会経済的規制立法を違憲とすべきではないとする（542, 547頁）。また、規制手段に応じて、あるいは、人格との結びつきに応じて審査を厳格化しようとする学説も否定する（545頁）。さらに、生存権の保障は政治プロセスで決着をつけるべきであり、裁判所は国会の判断を尊重し、緩やかな審査をするべきであるという（524頁）。これは、勤労の権利及び勤労者の権利も同様である（532頁）。

最後に、平等権である。切り離され孤立した少数者の代表の確保も裁判所の役割である。切り離され孤立した少数者とは、歴史的・経験的に他の集団と交渉が除外された集団である³⁰⁾ 代表者は全国民の代表者でなくてはならないが、切り離され孤立した少数者に対する偏見ゆえに、代表者がこのような少数者の利益を適切に代表しない場合がある³¹⁾ そこで、裁判所は、切り離され孤立した少数者に対する差別には、厳格審査を適用するべきであるという（106頁）。このような観点から、14条1項の後段列举事由の意味が重要となってくる。14条1項の後段列举事由は、歴史的あるいは経験的に切り離され孤立した少数者を規定しており³²⁾（後段列举事由は二級市民としてしか扱われないために用いられてきた徴表であったという）、それは疑わしい区分ということになる（363頁）。ゆえに、平等権侵害の有無について、基本的に、合理的な根拠に基づく区別であるならば許されるが、後段列举事由に基づく全ての差別には合憲性の推定が働かず、裁判所は区分の正当化根拠を厳格に審査すべきであるとする（363, 366頁）。

なお、近年問題になっている性的同一性及び性的指向に対する差別は、社会的身分、あるいは、疑わしい区分に類するもの（外国人、障害者、性同一性、同性愛者）として、厳格審査が可能であるとする（372頁）³³⁾ 性同一性（トラ

30) 松井・前掲注18) 309頁。

31) 松井・前掲注18) 315頁。

32) 松井・前掲注18) 315頁。

33) 松井は、後段列举事由を例示列举として理解し、同時に、後段列举事由として認められる範囲を拡大していると言えよう。

ンスジェンダー) について、性同一性障害者特例法の規定する性別変更の要件が厳しすぎるとし、性別を変更することは当然の憲法上の権利であり³⁴⁾これを否定することは14条、24条に反することになるという(376頁)。

6 お わ り に

第4版では、政治参加のプロセスに不可欠の権利の範囲が自己決定権にまで拡張している。これが、第4版における最大の特色である。これまで、松井は政治参加のプロセスに不可欠の権利の範囲を自己決定権にまで拡張することは極めて慎重であったが³⁵⁾第4版では、安楽死と尊厳死、同性婚、性的自己決定権といった自己決定権が、政治参加のプロセスに不可欠の権利になっている。このような政治参加のプロセスに不可欠の権利の範囲の拡張によって、確かに、プロセス的憲法観はアクチュアルな問題に応答し、その解決の方向性を提示することが可能になる。このように、第4版において、プロセス的憲法観は、単に人権及び司法審査の実体的価値判断の回避を追求するだけでなく³⁶⁾当該事案とそこで問題となっている権利の性質に即して、発展していくことが明らかにされたと言えよう。その意味で、プロセス的憲法観は憲法の基礎理論にとどまらず、実践性を有していると言えよう。

こうした実践性は、プロセス的憲法観に3つの影響を及ぼすと思われる。第1に、政治参加のプロセスに不可欠の権利の範囲の拡張によって、プロセス的憲法観は、個人の尊重を重視し、自己決定権を広く保障しようとする通説と変わりなくなっている。その意味で、第4版において、松井はこれまでの方向性と変わらないと言いつつも、実のところ、権利保護志向的な方向性へと転換したと言えるのではないかと思われる。関連して、第4版では市民権を創設し、

34) 性別を変更する権利は、13条の権利として保障されることになる。

35) 松井・前掲注18) 327頁。

36) プロセス的憲法観の土台にある Ely のプロセス理論は、実体的価値を回避する司法審査理論を構築するものであった。松井・前掲注18) 327頁。

これまでプロセス的憲法観では依拠することが必要ではなかった個人の尊重について、一定の場合において反証を許さない推定が利用され用いられたときには、実体的権利の侵害になるという意義を明らかにし、また、政治参加のプロセスに関連させつつも、実体的な生命の権利を論じている³⁷⁾第2に、明確な根拠付けのないままに、政治参加のプロセスに不可欠の権利を拡張することは、結局のところ、それは松井自身の実体的価値判断によるものではないか、という疑念を生じさせることになる。また、こうした拡張は、政治参加のプロセスに不可欠な権利とそうでない権利の区分の相対化を招き、加えて、すべての憲法上の権利が政治参加のプロセスに不可欠な権利になってしまう可能性すらある。第3に、政治参加のプロセスに不可欠の権利の拡張により厳格審査の範囲が拡大することで、司法審査の民主主義正当性をいかに主張するのか、という難問も生じるのではないかと思われる。プロセス的憲法観は、裁判所の役割を政治参加のプロセスに不可欠な権利を手厚く保護することに限定することで（換言すれば、裁判所による厳格審査の範囲を限定することで）、司法審査の民主主義正当性を主張し、通説（実体的価値の司法審査理論）に対する優位性を示してきた³⁸⁾が、明確な根拠もないままに、厳格審査の範囲を拡大させたことで、その優位性が没却すると思われる。

このように、プロセス的憲法観は、Elyのプロセス理論を完全に超えて独自の発展を遂げている。今後も、プロセス的憲法観を検討していくことが必要である。

37) 生命の権利は、人の生物的生存それ自体を保障するものであり、基本的人権の根幹をなす権利であるとされている。憲法は13条の筆頭に生命の権利を規定することで、生命の権利の根源性を明らかにしているという。長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）10条-24条』（有斐閣、2017年）107頁（土井真一担当）。なお、生命に対する権利の本質を政治参加の観点から理解することは適切ではないという。土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の観念」公法研究58号（1996年）94頁。

38) 裁判官自身の価値に依拠する実体的価値の司法審査理論は、司法審査の民主主義正当性を主張するのが困難であるという（84頁）。