

【別紙2】

審査の結果の要旨

氏名 小川 亮

本論文は、著者のいう意味での審査基準について、理論的基礎づけとその具体化との双方を志向して、本格的な考察を加えるものである。

その背景には、「最高裁判所が判決をするに当たってよるべき基準を理論的に打ち立てていくこと」という「われわれ学究に課せられた課題」（田中二郎）が未だ十分に果たされていない一方で、そうした公法学による基準を公法学が指示するように用いることに対しては、学者出身の藤田宙靖裁判官も含めて裁判官サイドからの拒否反応があり、法的三段論法による正当化よりも「まず直感的に（リーガルマインドにより）考え」法理・先例等を「事後的に検証する」「全人格的判断」（千葉勝美）が高唱される、という現実に対して、現在の公法学および公法学教育が正鵠を射ていないという危機意識がある。

そこで著者は、伝統的な要件事実教育を媒介とした、法科大学院世代の行政法学による問題提起（巽智彦）に対し、ベテランの民事実務家が好意的な反応を示す（加藤新太郎）、という現象に突破口を見出し、そうした行政裁量論と立法裁量論・司法裁量論の間に依然として存在するバベルの塔の混乱を整理することによって、統合的な審査基準論の思考様式を発見する、という解釈戦略を選択する。

著者のいう審査基準論とは、何を規範的要件として構成するかという証明主題の選択と、具体的な要件事実の主張および証明にかかわる評価基準の選択とを含み、両者の厳格度は比例関係にある。前者は、憲法学では合憲性判定基準、行政法学では審査手法と呼ばれてきたものに相当する。後者については、憲法学では（狭義の）審査基準と呼ばれている。この狭義の審査基準について、行政法学にはこれをドイツでいう審査密度と同定する見解があり、民事訴訟法学を踏まえて論証責任と論証度の観点からその精緻化が試みられているが（巽）、この意味での審査密度が上昇すると、原告に課される論証度（換言すれば裁判所にとっての心証度）が低下する、という反比例の関係があるために、却って議論の混乱を招いている。それゆえ、審査密度の観念は、裁判所が行政の判断に立ち入る程度と連動させるべきであり、法律構成・争点形成（事実の主張）・証拠調べの3レベルで審理が充分尽くされたかどうかの解明度（太田勝造）に対応するものとして、狭義の審査基準とは区別されるべきだと主張される。本論文の重心は、これらのうち、合憲性判定基準・審査手法と狭義の審査基準とを併せた、広義の審査基準論におかれている。

このように整理された思考様式は、「裁判所と国会・行政の役割分担」を踏まえた法実践に固有のものであって、他の日常的実践とは一線を画しており、それゆえ審査基準論は法学固有

の議論であるといえる。けれども、他の分野とは異なる法学的議論の固有性を明らかにし、それが適切に行われているかを評価するためには、さらに一般的次元における考察が必要であり、そうした共通した視座を探究してきた哲学の領野に足を踏み入れざるを得ず、それにあてられた「第二部」の考察が、本論文全体の心臓部をなしている。

しかし、これは、決して、法学と哲学を無媒介に接合させる作業ではない。むしろ、すでに不用意に行われた先行業績により「法学にすでに入り込んでいる哲学的主張を剔抉した上で」、あらためて「哲学の知見を用いて、法学を『法学化』する」のが著者の目標である。「第三部」では、実際の判決を素材にして、とりわけ判例・学説上の判断過程審査論に対する貢献を明らかにしている。

以下では、かかる交通整理を踏まえた本論文の内容について、要約する。

「第一部 問題の抽出」では、裁量論において先行する、行政裁量論の展開をトレースしつつ、憲法学における違憲審査制論を展望し、三段階審査論よりも審査基準論がより適切であると主張される。

第1章は、行政裁量論をめぐって、美濃部達吉から田中二郎を経て今日に至る議論状況を概観し、現在の裁量論の基盤をなす後期田中説における踰越・濫用審査の枠組みにおいて、行為の性質による類型化論を備えた美濃部説・前期田中説の有した司法裁量の統制力が却って失われ、近時の「仕組み解釈」論もまた、静態的で司法裁量の統制については無力である点が指摘される。この点で、要件裁量説として単純化されがちな佐々木惣一の行政裁量論の方が、裁判所の判断代置審査の可能性を留保している一方で、法文の文言を法の創設手続方面からも読んでいく点で、審査基準論に接続する問題意識を備えていて、格段に卓れていると評価される。

他方、憲法論を主題とする第2章では、立法裁量論における実体的理解と機能的理解を区別し、これに接続させる形で三段階審査論と審査基準論が論じられた上で、とりわけ憲法文言における権限＝職務法的な観点からの語用論的解釈の必然性と、それに対応した審査基準論の優位性が語られると同時に、既存の議論における理論的根拠の不在も指摘される。ここに示された、比較衡量論と価値の比較不能性、公益最大化と立憲主義ないし反多数決主義のコスト、公益最大化の蓋然的システムとしての民主主義と司法審査の相補性、といった論点は、つづく「第二部」における検討対象となる。

「第二部 問題の解決」では、単なる哲学的知見の直輸入による解決ではなく、むしろここでの問題解決の試行を通じてしか得られない帰結をもって逆に哲学の世界へ輸出する心構えで、審査基準論の基礎づけが追究される。

第1章では、本論文にとって議論の受け皿となる「公共の福祉」論を、戦後日本の学説史を辿りながら点検する。とりわけ80年代後半から90年代にかけて、必ずしも功利主義が主流ではなかった日本に反功利主義的な正義論・権利論が流入して、「公共の福祉」論は再活性化す

ることになる。なかでも本論文は、公共の福祉による規制の正当化を排除する（反功利主義的な）「切り札としての人権」と、功利主義による基礎づけを許す「公共の福祉に基づく」憲法上の権利とを峻別する長谷部恭男学説を、その到達点として評価して、以下の議論の手がかりとする。

これに対し、ロナルド・ドゥオーキンの創唱にかかる「切り札としての人権」論については、その主張を額面通り受け取ることはできず、功利主義的にも基礎づけ可能であることを示すのが「第二部」の狙いであるが、その前に、「切り札」の基礎づけとして憲法学が引照した、権利基底的な道徳哲学それ自体について検討するのが、第2章である。とりわけ日本における権利論では、人格的自律による非帰結主義的正当化論が優勢であったが、肝心の人格的自律自体はブラックボックスになっており、道徳哲学的基礎づけを欠いていた。著者のみるところ、この欠を埋めるのに最も相応しい学説は、ドゥオーキンではなくアラン・ゲワースの権利論である。

「あなた自身の一般的権利と、あなたの受動者の一般的権利に適合するように行為せよ」という「一般的整合性の原理」で知られるゲワースの人権論は、理性的行為者に立脚する義務倫理学の立場からの非帰結主義的・定言的な立論が注目され日本では早くから紹介されたものの、その検討が途中で終わってしまった感がある。しかし、理性的行為者としての能力を欠くものに対しては比例性の原理で対応するなど、「提示される批判に対して、ほとんど常に、事前に自らの解答を提出している」議論の堅牢性と、国家による権利保障に着目して、「権利の共同体」としての国家論を展開する考察の体系性を高く評価する本章は、その後のシェフィールド学派の展開も視野に入れながら、ゲワースについて本格的な検討を行う。

しかし、ゲワースによる最も体系的な功利主義批判は、典型的な直接功利主義に向けられており、本論文が提唱する、より精緻化された間接功利主義——功利原理は行為の道徳的評価基準ではあるが、意思決定基準では必ずしもなく、意思決定基準の選択の基準になるという意味で行為に間接に作用するという考え方——までも否定するものとは考えられない。むしろ、ゲワース自身、理性的行為者にとっての目的達成との関係では、自律を道具的に正当化しており、欲求充足を価値の源泉としている。この論証は、間接功利主義の構想を基礎とすることで、より包括的に正当化され得るのであり、「権利の共同体」としてのみ正当化されるはずの国家も、欲求充足という効用を普遍主義的な形で実現する「効用の共同体」によって包摂される。そして、この「効用の共同体」論は、権利の利益基底構造を明らかにするのみならず、民主主義論やそのもとでの司法審査論への拡がりを有しているのである。

第3章においては、そうした間接功利主義を正当化するための、「最良の説明への推論（IBE: Inference to Best Explanation）」の方法——「仮説Pが、我々の経験を最良に説明するならば、Pは真である」という大前提を用いた論証であり、演繹や帰納とは区別された仮説形成の方法——が提示される。そもそも、信念体系における正当化の循環は避けることができず、演

釋や帰納によらないこと自体は問題ではない。このIBEによって、間接功利主義やそれを支える心理的快樂説による正当化が「許容」されることまでは、さしあたり論証できる。あとは、そうした作業仮説による説明能力の競争であり、たとえば佐々木惣一の議論が、実は間接功利主義によって正当化できることや、功利主義と整合的な「支持基盤理論」が民主主義や司法審査をよりよく正当化する、などの優位性を示せばよい。

ただし、その前に克服しておくべきは、道徳的価値をすべて効用（快樂）の総計と論ずるための障害となる、価値の比較不能性（長谷部）に基づく価値多元論である。そのためにあてられた第4章は、価値の通約可能性を承認しつつ、同時に、選択肢の比較可能性を承認する企てとしての、ルース・チャンの連鎖論証をはじめとして、さまざまな議論を点検したうえで、価値一元論や価値多元論というメタ倫理的立場の相違が、結局我々の実践に深く関係しており、価値多元論のジレンマをも説明できる価値一元論こそが、我々の経験の最良の説明であることを示す。

さらに、第5章では、価値一元論の内部における功利主義の有力な対抗馬である、自律一元論——自律ないし自由のみを先験的価値として認め、それ以外は自由な選択によってのみ価値として認められるという立場——を検討する。ここでも説明能力における優劣を論証するため、最も「体系的であるが故に」自律一元論の挫折を最も「如実に表している」、ドイツのクリストフ・メラースをとりあげる。彼は、民主的自己決定による個人的自己決定という定式により、自律一元論に基づく民主主義論と国家行為の（内容の正当性と区別された意味での）正統化を遂行したが、関与者の限られた司法審査（による民主的決定の覆滅）の正統化には「完膚なきまでに失敗」している。主要な国家行為としての司法審査の正統化が困難であれば、国家行為全体の正統化のための価値論としても採用できない。その一方で、政治的指導者が在職し続けるために保持すべき支持者たち（勝利連合）が多くなればなるほど、指導者は公共財をより多く提供することになるという、民主主義論としての「支持基盤理論」を肯定的に説明する。少なくともそれは、国家行為の帰結主義的正統化が、法実践をより良く説明できるとともに、功利主義と整合的であることの例証にはなっているとされる。

第6章は、実体法の意味論的内容を否定する根源的規約主義の立場を繰り返すとともに、法の文言が有する手続的意味を根拠に、法の不確定概念と裁量概念を再構成し、実際の司法審査に対してどのような規範的要請が導かれるかを確定する。それによれば、第1に、当事者間で司法審査の方法について争いがなく、かつ公法学の知見に照らして不合理とは言えない場合には、その方法で司法審査を行うべきである。また第2に、司法審査の方法について当事者間で争いがある場合には、被侵害利益を同定したうえで、既存の審査基準論に従って審査が行われるべきである。

第3に、既存の審査基準論では対応できない場合、ここではじめて「第二部」で検討した深層理論に遡る必要が生ずる。すなわち、支持基盤理論を念頭におきつつ、公益の実現という観

点から判断代置方式の審査が肯定されるべきか、という機能的考慮が求められるのである。

「国家対私人」と「国会・行政対裁判所」という構図を比較しながら、具体的には、①侵害される利益の行為一般にとっての必要度、②立法過程あるいは執行過程における理性的行為者の尊重の程度、③規制の態様における私人の理性的行為者の尊重の程度、の3点をこの順番で優先考慮して、審査基準を新たに設定して審査を行うべきだとされる。

なお、「第二部 補論」では、エリート主義への反感ともかかわる、専門家への敬讓の正統性が論じられており、道徳的含意を全く伴わない功利主義的な説明の優位性が示されている。

「第三部 応用と展開」においては、水俣病の認定の申請に対してこれを棄却する処分取消訴訟である最高裁第三小法廷判決平成25年4月16日民集67巻4号1115頁を分析・批判するとともに、これを題材にして、「第二部」までの理論的考察を、「実務家の文法」としての要件事実論の水準にまで落とし込む試みが行われ、行為にとって必要度の高い利益（身体的自由）の侵害を理由に最高度に厳格な審査（判断代置審査）を行った本判決を正当化して、全体が締めくくられる。

本論文の長所としては、以下の点をあげることができる。

第1は、憲法学への貢献である。これまで反功利主義的な正義論・権利論一辺倒だった憲法学のメタ理論とそれを踏まえた司法審査論に対して、功利主義サイドからの巻き返しは当然起こるべき流れであるが、これを体系的説得的に遂行したものは小川氏をもって嚆矢とするといってよい。その意味では、学説史上ランド・マークとなる業績であることは、疑いがない。当然、これまで有力だった非帰結主義的な権利論からの反論が予想されるが、本論文は今後の原理論や解釈論における砥石となり得るだけの堅牢性を備えている。

第2に、法哲学への貢献である。ゲワースの再評価、間接功利主義のIBEによる論証、チャンやレイルトンを論評した価値一元論の鮮烈な主張、民主主義論としての支持基盤理論の展開など、最近の議論を踏まえた新鮮な問題提起に満ちている。それぞれ反論が予想されるが、緻密に書き込まれた註記にみられるように、論争を支え得る理論武装はなされている。

第3に、行政法学への貢献である。憲法学においては蓄積のある審査基準論を、判断過程審査に持ち込もうという本論文の視角は、現在の行政裁量論の構造を側面から照らし出していることは間違いない。要件事実論を媒介とした行政裁量論の深化の動向へのコミットメントは、一定のインパクトをもち得るであろう。

しかし、本論文にも欠点がないわけではない。

第1に、求心的な論文スタイルを意図的に回避したことに加え、義務論と切り結ぶ戦線の拡がりに対応する必要もあったために、とりわけ第二部は、後半に進むにつれ、論点が拡散してしまった印象を禁じ得ない。

第2に、著者の歴史主義批判の立場が災いして、憲法学や行政法学における学説史の把握が

平板なものになる傾向があり、時系列的なダイナミズムを欠き、主張内容の理解も表層的なものに留まる箇所が散見される。

このような短所があるものの、これらは本論文の価値を損なうものではなく、チャレンジな思索の裏返しともいえるもので、今後のさらなる研究の展開可能性を示しているものであると考えられる。以上から、本論文は、その筆者が自立した研究者としての高度な研究能力を有することを示すものであることはもとより、学界の発展に大きく貢献する特に優秀な論文であり、本論文は博士（法学）の学位を授与するにふさわしいと判定する。