

【論文】

違憲審査における「論証責任」(2・完)

伊 藤 健

目次

はじめに 本稿の課題

第1章 違憲審査における手続的基準

第1節 訴訟法における証明責任と証明度

第1款 日本法の理解

第2款 アメリカ法の理解

第3款 証明責任と証明度の関係

第2節 違憲審査における手続的基準

第1款 違憲審査における証明責任の否定と「論証責任」概念の登場

第2款 違憲審査における手続的基準の概念

第3款 「論証責任」概念の受止めと精緻化に向けた動き

第3節 手続的基準の内実

第1款 立法事実の性質

第2款 「論証責任」と「論証度」の内実(以上、14号)

第2章 違憲審査における「論証責任」

第1節 訴訟法における「論証責任」

第1款 規範的要件に関する「論証責任」

第2款 規範的要件と経験則

第3款 訴訟法における推定

第2節 違憲審査における「論証責任」

第1款 「合憲性推定の原則」の意味

第2款 関連する事実の類型

第3款 「論証責任」に基づく判断構造

第3節 「論証責任」の意義——「議論」理論との接合

第1款 実践的議論の一形態としての違憲審査

第2款 「論証責任」とその妥当範囲

むすびに代えて 裁判所と訴訟当事者が協働するための手続論（以上、本号）

第2章 違憲審査における「論証責任」

前章で検討したように、違憲審査における手続的基準として「論証責任」と「論証度」を観念する理論的可能性と必要性が肯定されとした場合、「論証責任」は、違憲審査においてどのように機能しうるのか。これを示そうと試みるのが、本章の目的である。敷衍すれば、違憲審査においては法律の憲法適合性の論証が主たる課題となるため、法律の憲法適合性を規範的要件と整理し、訴訟法で語られる規範的要件の判断構造を参考にして、法律の憲法適合性の判断構造を「論証責任」の観点から検討するということである。

そこで本章では、まず、訴訟法において規範的要件一般の文脈で語られる「論証責任」がどのように機能しうると考えられているのかを確認し、それに関連する訴訟法上の概念を整理する（第1節）。次に、それを違憲審査の文脈に投影して関連する用語を整理しながら、法律の憲法適合性という規範的要件の判断に関して「論証責任」がどのように機能しうるのかを整理する（第2節）。最後に、議論参加者の役割を重視する「議論」理論との接合を試みることで、違憲審査における「論証責任」の意義を示す（第3節）。

第1節 訴訟法における「論証責任」

第1款 規範的要件に関する「論証責任」

（1） 規範的要件とそれを基礎づける評価根拠事実と評価障害事実 そもそも、「規範的要件」とは¹⁶³⁾、「過失」（民法112条但書、709条など）や「正当な理由（正当の事由）」（民法110条、借地借家法6条など）のように、「それぞれの規範的評価の成立が所定の法律効果の発生要件となっており」、「法文上、その発生要件を前記のような一般的・抽象的概念を用いて表現」しているものをいう。この規範的評価を成立させるためには、「評価根拠事実」と呼ばれる「その成立を根拠づける具体的事実が必要である」¹⁶⁴⁾。この評価根拠事実とは、「当該規範的評価を積極（プラス）の方向に根拠づけるものである」。それに対し、「この事実と両立はするが右評価の成立を妨げるような事実、すなわち当該評価を消極（マイナス）の方向に基礎づける事実が存在することがあり」、これは「評価障害事実」と呼ばれる¹⁶⁵⁾。

ここで、「規範的評価自体は、具体的事実が当該規範的要件に当てはまるという法的判断であり、主要事実ではなく」、「評価根拠事実が主要事実であると理解する」現在の通説的立場（主要事実

¹⁶³⁾ 「規範的要件」と類似の用語として、「一般条項」、「不特定概念」、「抽象的概念」などが用いられることがある。以下では、これらを互換的に用いるが、これらの相互関係を示せば、『不特定概念』または『抽象的概念』を用いて『規範的要件』を法律要件として定めた実体法の規定が『一般条項』である。三木浩一「規範的要件をめぐる民事訴訟法上の諸問題」石川明＝三木浩一編『民事手続法の現代的機能』（信山社、2014年）7頁。

¹⁶⁴⁾ 司法研修所編・前掲注13)30頁。

¹⁶⁵⁾ 同34頁。

説)を前提にすると¹⁶⁶⁾、「評価根拠事実と評価障害事実とは、相互に事実として両立し、しかも、前者の事実に基づく規範的評価の成立に対して、後者の事実とは当該評価の成立を妨げる効果を持つ」ので、「評価障害事実もまた主要事実である¹⁶⁷⁾」。この2つの事実には、「本来、評価根拠事実に基づけば当該規範的評価が成立するとの判断が先行しなければならない、この評価の成立を前提として、評価障害事実の存否が問題となるという理論上の関係があるのである¹⁶⁸⁾」って、「このような法的評価による判断の先後関係の存在は、評価障害事実が評価根拠事実に対し抗弁として位置づけられるべきことを意味する」。その意味で、「主張された評価根拠事実だけでは当該評価の成立を肯定させるに足りないときは、その規範的評価成立の主張は、主張自体失当であるから、その事実を立証させる必要はなく、まして評価障害事実を認定した上で、総合判断しなければ結論が出せないものではない¹⁶⁹⁾」とされる。ただ一般論として、規範的要件の充足判断には規範的評価の問題がつきまとうことを否定できないため、すべての場合に妥当するわけではないとの留保の下、何らかの意味での総合判断が必要となることが認識されている¹⁶⁹⁾。

このように、評価根拠事実と評価障害事実との総合判断によって規範的要件の充足の有無を判断するという構造は、憲法上の権利と公共の福祉との利益衡量という枠組みを前提に¹⁷⁰⁾、法律の合憲性を基礎づける事実とそれを否定する事実との総合判断によって法律の憲法適合性を判断する違憲審査の構造と類似するものである。それゆえ、法律の憲法適合性を規範的要件と捉え、訴訟法における規範的要件の判断構造を参考に違憲審査の判断構造を考えることは、有用であると考えられる¹⁷¹⁾。

(2) 規範的要件に関する「論証責任」 近年、このような規範的要件に関して、証明責任だ

¹⁶⁶⁾ 同31頁。なお、主要事実説では、「規範的評価を根拠づける事実のみが主要事実であるから、これに当たる具体的事実の全部について主張責任がある一方、規範的評価自体については主張責任がないことになる」。つまり、「規範的要件に該当するものと判断できるか否かは法律問題である¹⁶⁷⁾」ので、「法規を適用する裁判所の職権に属し、……規範的評価の成立を主張する場合の、その主張の性質は法律上の意見の陳述である¹⁶⁸⁾」とされる。同32-33頁。

¹⁶⁷⁾ 同34頁。

¹⁶⁸⁾ 同36-37頁。

¹⁶⁹⁾ 山本和彦『民事訴訟法の現代的課題』(有斐閣、2016年)264-269頁、三木・前掲注163)7-11頁を参照。

¹⁷⁰⁾ 長谷部編・前掲注7)153-154頁〔土井執筆〕、高橋(和)・前掲注6)3599-3601頁、同「審査基準論——個別の衡量論と『絶対主義』理論のあいだ」ジュリスト1089号(1996年)166頁を参照。

¹⁷¹⁾ 河村浩「民事裁判の基礎理論・法的判断の構造分析(1)(下)——要件事実論とは、どのような考え方か——」判例時報2146号(2012年)18-19頁。

このことに対しては、御幸・前掲注15)46頁が、憲法学には立法事実をめぐる豊富な議論があり、その中には、要件事実論と類似の概念も確かに存在するため、「憲法訴訟の目的手段審査について、論証責任の分配を基に評価根拠事実・評価障害事実といった概念を用いて整理することは可能であろう¹⁷²⁾」が、憲法訴訟には通常の要件事実論が妥当しない特殊性もあるため、そのような特殊性を踏まえると、「主張・反論ではなく要件事実を踏まえて評価根拠事実・評価障害事実等の概念に置き換えることにどれだけの実益があるのか、疑問も残るところ¹⁷³⁾」であるとしている。

けでなく「論証責任」をも観念することでその判断構造を合理化しようとする試みが、訴訟法学でなされている。以下では、そのような試みを3つ紹介し、違憲審査における「論証責任」を検討する際の指標としたい。

(ア) 加藤新太郎 「論証責任」を規範的要件一般の判断構造との関係で初めて本格的に取り上げたのが、加藤新太郎である。

(a) 加藤は、民事訴訟の類型には、④「争点が事実問題にある証明責任型」と⑥「争点が規範(論題)にある論証責任型」があるという。そして、④証明責任型は、「要件効果型規範が適用される案件の事実関係に争いがあり、事実主張をすれば、法的構成も明らかになるタイプの訴訟である」とする。この類型ではまず、(i)「要件事実の主張が不足しているか、充足しているかで分岐があり、不足している場合には主張自体失当として請求棄却となる」。次に、(ii)「要件事実の主張が充足している場合には証明(立証)が奏功しなかったか、奏功したかで分岐があり、証明(立証)不奏功の場合には事実認定ができないから請求棄却となる」。最後に、(iii)「証明(立証)が奏功した場合には、認定事実を法令に当てはめることができれば、請求認容となるが、そうでなければ請求棄却となる」という¹⁷²⁾。

他方、⑥論証責任型は、「法的構成において一般条項、規範的要件、不特定概念の適用が問題となる類型であり、規範的要件の主要事実として評価根拠事実・評価障害事実が位置づけられ、評価根拠事実の証明責任は原告に、評価障害事実の証明責任は被告に、その所在が振り分けられる。その上で、その認定判断に関しては、一方で、(i)「評価根拠事実がすべて証明できても規範的要件該当性を認めない場合」もあれば、(ii)「評価根拠事実の一部しか証明できなくても規範的要件該当性を認める場合」もある。他方で、(iii)「評価障害事実がすべて証明できても規範的要件該当性を認める場合」もあれば、(iv)「評価障害事実の一部しか証明できなくても規範的要件該当性を認めない場合」もある。この理由として、「規範的要件該当性(……)の判断は総合的評価であるからと説明される」が、「規範的要件該当性が総合的な認定判断となるのは、単に事実認定だけに尽きる問題ではなく、『論証』という作用が加わる問題であるからというのが正確な説明である」と、加藤はいい、「このように証明責任だけでは結論を導くことができないタイプの争いがあることを確認したうへは、証明責任とともに論証責任を正面から意識した議論の必要性が語られるべき」だと述べる¹⁷³⁾。

(b) そして、論証責任論の効用として、事実認定のみでは結論が出ない場合があるという認識が共有されると、「論証責任型訴訟(規範的要件が争点となる類型……)」について、主張・反論の段階では、①論証命題の明示、②どの評価根拠(障害)事実が証明できれば論拠として、論証命題が

¹⁷²⁾ 加藤・前掲注14)30-31頁。

¹⁷³⁾ 同31-32頁。なお、加藤は、「論証」という用語を、「課題である判断事項(論題)の真偽を確定するためこれを必然的に帰結させる前提(論拠)を提供すること」と定義し、「論拠を提示して論題が真であることを正当化することができれば、論証が奏功したことになる」としている。同30頁。

論証できるかの確認とコンセンサスの形成・共有がされることになる」結果、第1に、「論証責任型訴訟の訴訟活動において、当事者の主張の精度が向上する」し、第2に、「審理の適正化・効率化を図ることができる」。また判決（認定判断）の段階では、第3に、「裁判官が、論証責任型訴訟について結論を導く根拠・理路にフォーカスした心証形成をすることが一般化する」し、「評価性の高い抗弁判断における理由づけも精緻になり」、「規範適合的事実認定・結論正当化判決が可能になる」という¹⁷⁴⁾。

こうして加藤は、「論証責任は、原則として当該規範的要件の適用を求める側の当事者が負う」と指摘し、その効果を「論拠を提出して論陣を張ったものの規範的要件該当性を論証することができなかった不利益は当事者が負うというもの」だとして要旨をまとめつつ、「規範的要件の認定判断においては、要件効果型思考ではなく、単に諸事情を勘案した総合判断でもなく、構造化された総合判断（統合型思考）が必要と解される」ので、「規範的要件の解釈論においても、考慮要素を析出し、構造化された総合判断を可能にする」ことが要請されると結んでいる¹⁷⁵⁾。

ここに、訴訟法学においても、「論証責任」論の有用性が正面から認められるに至ったのである。

（イ） **山本和彦** 加藤の議論を受けて、山本和彦は、より詳細かつ理論的に「論証責任」論を分析している。

（a） 山本は、「規範的要件は、法的評価・法的判断の問題であり、真偽の問題ではなく」、「真理値はない」ため、「規範的要件それ自体については、証明責任は観念できない」としている。というのも、証明責任が「ある事実について、その事実が真偽不明に陥った場合に、一方当事者に負わされる不利益」であるとすれば、「その対象が事実であること、換言すれば証明の対象になりうることが当然の前提となる」が、「規範的要件は明らかに法的概念であり、その真偽を直接判断できる（真理値を有する）事実、つまり、証拠によって直接立証できる事実ではない」からである。したがって、規範的要件に関しては、評価根拠事実と評価障害事実のみが主要事実となり、主張証明責任の対象になるとして¹⁷⁶⁾、加藤と同じ前提に立つ。

そして、規範的要件について真理値を観念できるとの異の所説（第1章第2節第3款（4）を参照）を検討する。そこで山本は、①「規範的要件の充足は法的判断の問題であり、それが正当か否かの評価は可能であっても、真偽の証明（証拠調べの対象）にはなりえない」のだから、規範的要件について真理値を観念できないとの「伝統的理解をあえて覆す必要は乏しい」し、②外国法や慣習法などのルールのある否の問題は証拠調べが可能であり、真理値があるからといって、そのようなルールを適用する際の法的評価（価値判断）の問題に真理値があることにはならないとして、「規範的要件それ自体には真理値は存在せず、証明の問題とはなりえない」との理解を維持すべきであり、

¹⁷⁴⁾ 同49-50頁。

¹⁷⁵⁾ 同50-51頁。

¹⁷⁶⁾ 山本（和）・前掲注14）202-203頁。

「規範的要件自体の証明責任は観念できない」とする¹⁷⁷⁾。

このような理解を前提に、「法的評価については、裁判官は基本的に当該概念に包摂されるか否かを判断できるはずである」が、「現実の問題として、裁判官が規範への当てはめ・法的評価に迷うことは十分あり」と指摘する。その上で、山本は、「確かに、法的判断の最終的責任が裁判所にあることは言うまでもないが、規範的要件に対する当てはめの問題は、法的判断と事実認定との中間的な性質を有する作業であることは否定できない」ので、「その評価判断が裁判官にとって困難である場合は十分に観念でき、そうした場合に、（裁判官が無理にどちらかの判断をしてしまうのではなく）むしろ一定の判断をすべきものとするルールがあってもよいとする」のが「論証責任」論であり、そうすることで、「評価が微妙な事例における裁判官の判断の統一を担保することができ、法的安定の確保が可能になる」と、「論証責任」論を評している。そして、山本自身も、「判断不能の問題を裁判官の価値判断に全て委ねてしまうのは、あまりにその裁量を広げすぎ、判決結果を不確実にするように思われ、判断不能の場合は、当該要件を根拠とする側の当事者が敗訴するとの基本原則は認められてよい」として¹⁷⁸⁾、法的評価について判断不能（ノン・リケット）という状態が発生しうることとその際の「論証責任」論の有用性を認めている。

（b）ただ山本は、論証責任がどの範囲で働くかは規範的要件の性質によって異なるとして、規範的要件が大きく2つの類型に区分されることを前提に、規範的要件に該当する事実について、「選択型規範では通常の証明責任が観念でき、総合判断型規範では証明責任を観念する必要はない一方、規範的要件それ自体については、（……）論証責任を観念して議論を整理するのが有益である」と結論づけている¹⁷⁹⁾。

ここで山本が提唱している規範的要件の分類が、①「選択型」と②「総合判断型」との区別である。①選択型とは、不法行為法上の「過失」のように、「法律効果を導く要件・要素が複数系列存在するところ、それが事前に確定し難いために規範的要件が立てられるものであり」、②総合判断型とは、借地借家法上の「正当の事由」のように、「法律効果を導く要件・要素の内容が多数存在するところ、それが事前に確定し難いために規範的要件が立てられるものである」¹⁸⁰⁾。

そして、①選択型では、当該規範的要件の適用を求める側が評価根拠事実を証明する必要があ

¹⁷⁷⁾ 同203-204頁。そのことから、同204頁脚注39)は、加藤の「論証」の定義（前掲注173)を参照)について、「『課題である判断事項（論題）の真偽を確定するため』と表現するのは、厳密には相当でない。筆者の理解によれば、『真偽』ではなく、『当否』という文言で定義すべきものであろう」とする。

¹⁷⁸⁾ 同209-210頁。

¹⁷⁹⁾ 同210-211頁。

¹⁸⁰⁾ 同199頁。山本（和）・前掲注169)266頁も参照。

この分類に対しては、三木・前掲注163)11頁が、「ある規範的要件が、『総合判断型』なのか、それとも『択一判断型』〔山本のいう選択型〕なのかは、『条項』を単位として画一的に定まるわけではなく、その事例における個別具体的な事実関係や当事者の主張の立て方によって、定まるのである」と疑義を呈している（〔〕内筆者）。これを受けて、山本（和）・前掲注14)199-201頁は、より詳細な分類を行うことで修正を試みているが、ここでは立ち入らない。

り、その点が証明されれば、一応当該規範的要件の適用は認められるが、評価障害事実が証明されれば、当該規範的要件の適用は否定されるため、「その枠組みは通常の事実的概念に近い」とされる¹⁸¹⁾。この意味で、①選択型は、司法研修所が示した規範的要件に関する判断構造（本款（1）を参照）に沿うと考えられるものであり、個別の評価根拠事実と評価障害事実についてであれば、証明責任を観念できるという¹⁸²⁾。対して、②総合判断型に関しては、「証明責任は、当該対象事実が規範の適用に直結する事実であることから、その事実の存否が確定しないと法適用ができないために存在する手段である」ところ、「各要件（要素）は単独で法適用の前提とはならず、規範的要件を基礎付けるものにすぎないので、そこを未確定に残したとしても法適用は可能である」ことから、「評価根拠事実と評価障害事実をそれぞれ検討し、最終的にその全体を総合して要件該当性を判断すべき」であり、「そこでは各事実について（弁論主義の対象とはなるものの）個別に証明責任を観念しない」とされる¹⁸³⁾。

このように、規範的要件にも性質の異なる類型が存在し、通常の事実的概念に近いもの（①選択型）と、評価根拠事実と評価障害事実を総合して要件該当性を判断する必要があるもの（②総合判断型）がありうるという視点は、規範的要件の分析をより精緻にするだけでなく、違憲審査における「論証責任」を検討する際にも有益であろう。

（ウ） 伊藤滋夫 加藤・山本の議論をさらに受けて、伊藤滋夫は、「論証責任」の有用性を認めつつ、以下のように述べている。

（a） まず、民事訴訟における事実判断においては、「訴訟上の立証状況によって、実際に、①ある事実が存在していると判断できる場合、②ある事実が存在しているとは判断できない場合、③ある事実が存在していないと判断できる場合とがあり」、「②の場合であるからといって、当然に③の場合とはいえないということを認める」とする¹⁸⁴⁾。ここでいわれる②の場合が、事実の真偽不

¹⁸¹⁾ 山本（和）・前掲注14)201-202頁。同・前掲注169)266頁脚注20)でも、①選択型については、「想定される行為態様は多様であるとしても、1つ1つの行為態様それ自体を取り出せば一般の判断枠組み（要件効果型規範）に近いのではないかとされていた。

¹⁸²⁾ 同・前掲注14)202-203頁を参照。

¹⁸³⁾ 同201頁。なお、このような「弁論主義は適用されるものの、証明責任の適用はない事実」は、「準主要事実」とされている。山本（和）・前掲注169)275-279頁も参照。

この点に関しても、三木・前掲注163)15頁は、「たしかに、『総合判断型』の場合は、複数事実を総合的に判断して常に何らかの結論が出されるのであるから、真偽不明の事態はないように思われる」が、「他方において、何らかの結論を出すといっても、その選択肢は規範的要件の成立を認めるか否かの択一でしかあり得ないのであるから、この場合も、規範的には一種の真偽判断が行われているといつてよく、その本質は『択一判断型』〔山本のいう選択型〕と変わらない」。そうだとすれば、「この場合にだけ証明責任を適用しないとするのは過剰反応であり、そこまでのドラスティックな考え方をとる合理性は認められない」とする（〔〕内筆者）。ただし、同16頁は、総合判断型の規範的要件において証明責任の対象となるのは、「総合判断の根拠となる個々の具体的な事実ではなく、それらを総合したより概括性の高い事実」（例えば、「正当事由を基礎づける事実」という抽象度の高い事実）であるとしている。

¹⁸⁴⁾ 伊藤（滋）・前掲注14)324-325頁。

明（ノン・リケット）の場合である。

そして、民事訴訟における事実の存否については、②「その事実の存否が不明である」という場合があることを認めた上で、「その事実の存在が明らかではないときは、その事実〔を〕存在しないものと扱うということはせず、その事実を存在したものとは扱わないこととして、その存在を前提とした法的判断をしない」という、合理的理由のある要件事実のルールによればよく、当該事実を不存在と扱うべきではないと述べる¹⁸⁵⁾。

しかし、民事訴訟における法的判断においては、「①ある法的判断が正しいと判断できる場合、②ある法的判断が正しいとは判断できない場合、③ある法的判断が正しくないとは判断できる場合とがあると一応考えたとしても、②と③とは別の判断をいっているかは疑問である」とする。つまり、「民事訴訟というものの機能から考えて、①の判断と②・③の判断とを区別する必要はもとよりあるが、②の判断と③の判断とを区別する必要はない」という。なぜならば、②の判断と③の判断は、「同様にある法的判断が結果としてできないというときの判断であることに変わりはなく、かつ、②の判断と③の判断とを区別しなくても、訴訟上の当事者の活動にも裁判官のその後の判断にも、さらには、法適用の正当性の確保、当事者双方及び第三者の判決に対する納得の確保などにも影響はない」し、「訴訟における法的判断の表現としては、③の判断をそのまま示した表現のほうが端的で分かり易いともいえる」からである¹⁸⁶⁾。つまり、伊藤は、法的判断について判断不能（ノン・リケット）という状態を認めないのである¹⁸⁷⁾。

こうして、民事訴訟における法的判断については、②の判断と③の判断とを区別する必要がないということを前提に、裁判官は、法的判断について、「自分が実際に考えている確からしさの程度」（実際の論証度）が、「『この判断で、まず間違っていることはない。』と考える程度」（必要論証度）に達すれば、①の判断をすればよく、実際の論証度が必要論証度に達していなければ、③の判断をすればよい。「そのような判断をすることによって、裁判官は、常になんらかの形で法的判断をすることが可能であり、これを判決において表現することもできる」と、伊藤は結論づけている¹⁸⁸⁾。

（b） このように、伊藤は、法的判断について判断不能（ノン・リケット）という状態を認めないのだから「論証責任」論について否定的であるかということ、必ずしもそうではない。それは、「論証責任」の概念理解に由来している。

前提として、立証責任は、「ある立証責任対象事実（要件事実）の存在が明らかにならなかった場

¹⁸⁵⁾ 同325頁（〔 〕内筆者）。

¹⁸⁶⁾ 同上。

¹⁸⁷⁾ 同312-314頁を参照。また、規範的要件における判断不能（ノン・リケット）について論じた伊藤（滋）・前掲注13)319-321頁も参照。

¹⁸⁸⁾ 伊藤（滋）・前掲注14)326頁。このような思考過程は一見したところ、法的判断について判断不能（ノン・リケット）という状態を認めた上で、立証責任を類比させた「論証責任」によって解決を図るのと同じように思われるが、伊藤は、法的判断について判断不能（ノン・リケット）という状態を認めないという点で、「その実質・理由ともまったく異なるものである」としている（同327頁）。同319-322頁も参照。

合に、同事実を存在したものと訴訟上扱うことができないために、当該要件事実の存在を前提とする法律効果の発生が認められないという不利益ないし危険」をいうとされるのに対し、「論証責任」は、「事実上、違憲ないし合憲を主張する当事者が裁判所に相当の根拠を抱かせるに努めざるをえない」ことという憲法学における定義を基に考えられている¹⁸⁹⁾。

ここで伊藤は、この「論証責任」の定義に「事実上」と付されている点に注目し、「上記定義の趣旨は、論証のための主観的活動に重点を置いて」おり、「正当化の根拠となる立法事実の存否自体よりも、その存在を前提として、違憲ないし合憲の判断は、法律解釈であって裁判官の専権に属するから、裁判官を事実上説得する活動に重点を置いて説明をしたものである」と解している¹⁹⁰⁾。

そして、「法的判断にノンリケット（判断不能ということ）はない」ことを確認した上で、「法的判断の基礎となる事実（例えば、立法事実）の判断が、評価根拠・評価障害の各事実の総合判断でされる場合において、そうした事実が存否不明になったら、その状態を前提として法的判断をすべきであり、「そうした場合に、当事者が裁判官の判断に影響を及ぼし得る説得活動を巧みにしなかったからといって、そのための法的不利益を当該当事者に当然に課すといった意味の論証『責任』を認めるのは相当ではない」。しかし、「当事者は、より説得力ある主張を展開して、裁判所に自己の解釈を認めさせるべきであるという一種の主観的活動の責任を論証責任として観念することは可能であろう」として¹⁹¹⁾、「論証責任」の主観的側面にその有用性を見出している¹⁹²⁾。

以上のことから、「責任」の意味するところに関して、「立証責任の場合には、当事者のすべき立証活動が基本であって、当事者のあらゆる立証活動（……）が立証責任対象事実の立証に成功しな[か]った場合には、直接に当該事実についての立証責任の負担者に不利益な形で法的に反映される」のに対して、「論証責任の場合には、基本的には裁判官のすべき法律解釈の問題について、当事者がその裁判官を根拠を示してどの程度説得できるかの問題であって、結果として不利益を受ける当事者の説得活動が不十分であったからといって、そのことのみが理由となって、当事者主義的に直接にその法律効果として、その当事者が不利な法律効果を受けるというものではない」。その意味で、「裁判官は、その立場において、あらゆる関係状況を考慮に入れて考えるべきである」としている¹⁹³⁾。

¹⁸⁹⁾ 同294-295頁。ここで引用されている憲法学における「論証責任」の定義は、御幸・前掲注15)38、121頁のものである。さらに、そこで参考にされていると考えられる高橋(和)・前掲注5)116頁も参照。

¹⁹⁰⁾ 伊藤(滋)・前掲注14)295頁。

¹⁹¹⁾ 同298-299頁。

¹⁹²⁾ なお、伊藤自身は、立法事実についてはその存否不明の問題がいつもありうるのであって、立証責任の考え方が必要となることを付言している。同302頁。同296-298、300-301頁も参照。前提として、伊藤(滋)・前掲注13)321-327頁は、主張責任と立証責任の所在は常に一致するとの前提から、山本のいう「準主要事実」(前掲注183)を参照)を批判し、規範的要件の類型を問わずその評価根拠事実と評価障害事実についての立証責任を認めている。

¹⁹³⁾ 伊藤(滋)・前掲注14)303-304頁(〔 〕内筆者)。

したがって、伊藤は、法的判断について判断不能（ノン・リケット）という状態を認めないものの、「論証責任」を訴訟当事者の「主観的活動の責任」として理解することで、一定の有用性を見出そうとしている。

（エ） 小括 近年、訴訟法学においては、証明責任が妥当する紛争と証明責任がそのままの形では妥当せず「論証責任」を観念する必要がある紛争が存在するということが認識されてきており、後者の紛争としては、規範的要件が問題となる事件が念頭に置かれていた。そして、訴訟法学における議論で注目すべきなのは、規範的要件の評価根拠事実・評価障害事実の存否について証明責任を観念することは基本的に可能であり、「論証責任」を観念するとすれば、それは規範的要件そのものの充足判断についてであるという理解が形成されつつあることである（加藤、山本）。

そのため、論証責任をこの文脈で観念する際の問題は、規範的要件の充足判断という法的判断に関して、判断不能（ノン・リケット）という状態を認めるか否かであった。一方で、規範的要件について真理値を観念することには否定的であるものの、規範的要件の充足判断が裁判所にとって困難である場合がありうること、その意味で法的判断について判断不能（ノン・リケット）が発生しうることを認めた上で、その判断不能を裁判官の価値判断にすべて委ねてしまうのではなく一定の判断をすべきことを指示するルールとして、「論証責任」を位置づける立場が提示されている（山本）。この立場は、規範的要件の充足判断について、証明責任は妥当しないが「論証責任」は妥当し、それに基づいて判断することを認めることになる。他方で、法的判断について判断不能（ノン・リケット）という状態を認めず、法的判断についての心証が「論証度」に至ればその法的判断が正しいと判断し、至らなければ正しくないと判断することによって、法的判断を処理することができるとする立場が提示されている（伊藤）。この立場は、規範的要件の充足判断に判断不能（ノン・リケット）はありえないので、証明責任だけでなく「論証責任」も妥当せず、心証が「論証度」に至るか至らないかのみに基づいて判断することになる。そのため、後者の立場でも「論証度」は観念されているので、それに至るか否かで「論証責任」を観念した場合と事実上同様の判断構造を経ることになる。その際、「論証責任」の有用性は、訴訟当事者の「主観的活動」に見出そうとされる。この点について、本稿では、規範的要件の充足判断そのものは法的判断であるため、そこに判断不能を認めることは困難かもしれないが、法的判断の論証にも一定の基準を提示する必要があることが指摘され始めているものと受け止めておきたい。しかも、後者の立場のいうように、「論証責任」を訴訟当事者の「主観的活動の責任」を中心に理解することで、「論証責任」の趣旨を訴訟当事者の「主観的活動」に一定程度及ぼそうとする点は、本稿の立場からも参考になるところがあろう。

また、規範的要件にも性質の異なる類型が存在し、通常の事実的概念に近いもの（㉑選択型）と、評価根拠事実と評価障害事実を総合して要件該当性を判断する必要があるもの（㉒総合判断型）がありうるという指摘もなされていた（山本）。これは、規範的要件といえども一括りに論ずることはできず、その性質に着目して類型化することで、より厳密に判断構造を整理することができることを意味している。なお、この指摘自体は、㉒総合判断型の場合に個々の評価根拠事実と評価障害

事実の証明責任を観念しないとするものの、いずれの種類の規範的要件においても個々の事実の存否についてそれぞれ独立に証明責任を観念する立場もみられる（伊藤）。

以上のような論証責任論の効用としては、主張・反論の段階での①訴訟当事者の主張の精度の向上、②審理の適正化・効率化、及び、判決（認定判断）の段階での③規範適合的事実認定・結論正当化判決の実現可能性が挙げられていた（加藤）。これらは、得てして水掛け論に陥ってしまいがちな違憲審査において、証明責任類似のものを観念し裁判所と判断基準を共有した上で訴訟当事者の関与を認めることにより、違憲審査の判断過程を合理化しようとする憲法学の問題意識にも通じるものがあると評価することができよう（第1章第2節第1款、第2款を参照）。

第2款 規範的要件と経験則

前款では、訴訟法において規範的要件一般の文脈で語られる「論証責任」がどのように機能しうると考えられているのかをみたが、その規範的要件に関する実際の判断においては、経験則が問題になることが多い。というのも、通常の事実的要件の場合には、証拠から主要事実や間接事実をあるいは間接事実から主要事実を証明するだけなので、事実認定の場においてしか経験則が適用されないのに対し、規範的要件の場合には、証拠から評価根拠事実を認定する際に経験則が適用され、その評価根拠事実が不特定概念・抽象的概念にあてはまるか否かを判断する際にも経験則が適用されることになるといわれるからである¹⁹⁴⁾。そのため、本款では、規範的要件の判断との関係で経験則がどのように機能するかを確認しておく。

（1） 経験則　そもそも、「経験則」とは、「一般には人間生活における経験から帰納される一切の法則、詳言すれば一定の条件のもとにおいて期待し得べき結果を表現する仮定的法則をいう」のであるが、「がんらい帰納とは個々の事象を観察しその共通点を抽出し認識することを本質とする判断にほかならないのであるから、経験則は必ずしも法則の型態で存在するとは限らず」、説示的判断たる定義の型態においてもまた存在する。それゆえ、ここでいう経験則は、「自然現象を科学的方法により経験し観察して帰納される自然法則、人間の思考作用を支配する論理の法則、数学上の原理、社会生活における道義条理慣例、取引上の慣習等、学術、芸術、技術、商業、工業等その他あらゆる生活活動にかんする一切の法則を包含するのであり、もとよりその外界の現象にかんすると内心的現象にかんするのを問わないばかりでなく、一般概念したがって言語もまた経験則に属する」といわれる。そして、「具体的事実の認識も事実判断であり、経験則としての概念もまた事実判断である」が、前者が「具体的事実の存否にかんしてなされた判断の結論として報告的判断」であるのに対し、後者は「経験から帰納された抽象的一般事実」であり、「前者すなわち報告的判断のなされるときその大前提となる説示的判断であることにその特質を有する」とされる¹⁹⁵⁾。

¹⁹⁴⁾ 大山政之「いわゆる規範的要件事実の主張・立証責任の分配について——『過失の一応の推定』を踏まえて——」中央学院大学法学論叢17巻1・2号（2004年）58頁。後藤勇『民事裁判における経験則——その実証的研究——』（判例タイムズ社、1990年）19頁も参照。

¹⁹⁵⁾ 岩松三郎『民事裁判の研究』（弘文堂、1961年）148-149頁。

このため、経験則が問題とされるのは、本款冒頭で示したように、「事実判断のなされる場合と法令の適用がある事実に対する価値判断を前提としている場合とにおいて、それらの判断につき大前提として作用するときである」といわれる。前者は、通常的事実認定であるためここでは措いておくと、後者の場合とは、例えば、過失、因果関係、心神喪失などのように、「法律が法律要件を構成する法律事実を規定するに当つて法律学以外の学問、芸術、その他一般の取引における概念または法則を援用している場合」であって、そこでは、「かかる法規を適用するには単に事実関係を確定するだけではならず、その確定された事実関係がそこにいわゆる過失、因果関係等の有無に該当するか否かの価値判断をなす必要があるのであつて、経験則が法律判断の大前提の一部として作用するものといわなければならない」ので、経験則の適用は、「法律判断の構成部分として法律概念の形成に役立ち」、法律問題たる性格を露呈しているとされてきた¹⁹⁶⁾。このようにして、経験則は、規範的評価を要する規範的要件の判断に不可欠とされるのである。

(2) 経験則の証明の要否 次に、事実判断でありつつも抽象的一般的な性質を帯びた経験則は、証明することが必要とされるのか否かを確認する¹⁹⁷⁾。

(a) この点については古くから、前提として、「経験則の適用は法令と同様裁判をなすためには欠くことのできないものであるから、経験則の認識、解釈、適用については裁判所は当事者がその経験則を主張したと、これを争いたると否とを問わず、また当事者の合意にも拘束されず、つねに職権調査の権限を有し、かつ義務を負うものであり、しかもそれが調査は訴訟外においてあらゆる手段に訴えなすことすら許されている」(自由な証明)とされてきた。しかし、「現代人類社会に存在する一切の経験則についてその知識造詣を裁判官に要求することは殆ど不可能を強いるに等しい」ので、「たとえ日常生活上通常人に一般に知られている経験則であつても、たまたま裁判所がそれを知っていない場合、または特別な専門知識によつてのみ認識し得べく、裁判所にその知識を期待し得ないような経験則にかんする場合等にあつては、当事者において訴訟上これを証明するの必要なしとしない」といわれ、「当事者も亦訴訟において鑑定ないし鑑定証人の申出をなし」、証明(厳格な証明)に努めなければならないというのである¹⁹⁸⁾。

¹⁹⁶⁾ 同149-150頁。

¹⁹⁷⁾ 経験則の証明の要否については、加藤新太郎『民事事実認定論』(弘文堂、2014年)212-216頁も参照。

¹⁹⁸⁾ 岩松・前掲注195)160-161頁。経験則を職権調査事項とするものとして、三ヶ月・前掲注23)423-424頁も参照。

なお、「厳格な証明」とは、「民訴法に規定された法定の手続(179条～242頁)に基づいて行われる証明」をいい、「自由な証明」とは、「こうした法定の手続によらずに行われる証明」をいうが、「自由な証明といえども、証明の程度(証明度)については通常の証明と異なるところはない」とされるように(三木ほか・前掲注22)250頁〔三木執筆〕)、この2つは、「法定の手続によるか否かの区別であつて、証明度の違いをもたらすものではない」く、自由な証明でも「確信ないし蓋然性が要求される」(高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下〔第2版補訂版〕』(有斐閣、2014年)36頁)。新堂・前掲注20)578頁も同旨。

しかもその際、「裁判所はその調査義務を尽しあらゆる努力を払つたにも拘わらずいに経験則の発見をなし得なかつた場合においては、それが適用につき裁判上利益を有すべき当事者——すなわちその適用を前提として確定さるべき事実について立証責任を負担する当事者——の不利益において裁判をなすの外はないのであるから、かかる当事者はつねに裁判所の職権調査を援助することにより利益を有し、またその調査の失敗による不利益を帰せしめられるという意味において責任を負うものといひ得る」とされていた¹⁹⁹⁾。

その後、経験則の証明に関する一般的な方向性としては、「裁判官も、〔①〕常識的な経験法則ならば社会人の一人として知っているはずであるから、これを証明する必要はないし、これをそのまま使用して事実認定をしても、だれでもが知っているような経験則ならば、その認定について疑惑をもたれる心配はな」く、「法規の内容として職責上裁判官の知ることが要求されるような経験則についても、同様に考えられる」が、「これ以外の、〔②〕特殊の専門的知識に属する経験則については、標準的裁判官が知っていることを期待できないから、証明の必要があるし、かりに、たまたま個人的研究や私的経験から知っていたとしても、やはり訴訟に現われた資料に基づきこれを明らかにしたうえで事実認定に利用すべきである」とされ²⁰⁰⁾、①一般的な経験則と②専門的な経験則の区別が概ね確立されている。

(b) この区別をより敷衍して考えていくと、この一般的な方向性の前提には、「法規の知識については、法曹教育を受けた裁判官は通常有しているべきものと考えられ、かつその正当性も保障されているといえるから」、「原則として、法的三段論法の大前提である法規は裁判所が主導となって入手すべきである」のに対し、「小前提となる具体的な事実については、公知の事実を除くと、必ずしも裁判官が知っているとはいえず、かつ、仮に知っている場合であっても、その正当性が客観的には保障されておらず、中立・公正な判断が可能であるとはいえないため」、「小前提である具体的な事実は当事者が主導となって提供すべきである」という考え方（法と事実の区別）があったとされる。だが、「経験則は、経験から帰納された事物に関する一般的な知識・法則である以上、法規に類する性格を有しているが、事実認定の過程で機能する場合が多く、その点においては法規と異なる」し、「事実認定の過程で機能する点においては事実に近い性格も有しているけれども、経験則は一般的・抽象的な法則に過ぎない以上、訴訟において歴史的証明が必要な個別・具体的事

¹⁹⁹⁾ 岩松・前掲注195)161頁。

²⁰⁰⁾ 新堂・前掲注20)581頁（〔 〕内筆者）。このような方向性を志向するものとして、兼子＝竹下・前掲注30)115-116頁、三木ほか・前掲注22)259-260頁〔三木執筆〕も参照。

なお、伊藤（眞）・前掲注29)359頁は、「経験則については、事実に関する判断法則として、原則として事実と同様の取扱いがなされるべきである」から、「裁判所がその私知にもとづく経験則を事実認定に用いることは許されず、書証または鑑定などの証拠方法にもとづいてこれを認定しなければならない」が、「合理的の通常人であれば、誰しも疑いを差し挟まないような日常的经验則については、公知の事実（〔民事訴訟法〕179〔条〕）に準じるものとして証明の必要はない」（〔 〕内筆者）としており、経験則の証明に関する原則と例外が本文で示した一般的な方向性とは逆転しているようにみえる。

実とも異なる」ため、経験則が「法規と事実のどちらにより近い性格を有しているかという観点から、この問題について一義的な回答を導き出すことは困難であり、「客観的に見て中立・公平な裁判を可能にするのか」という視点から検討していく必要がある」といわれ²⁰¹⁾、経験則の証明に関しては、法と事実の区別とは異なった視点から分析・整理される必要性が指摘されることがある。

ただ、この指摘に基づいたとしても、前述の一般的な方向性と同様に、「裁判官も通常の合理的な一般人である以上、〔①〕一般的な経験則については当然知っているはずであるし、また、このような知識を有している裁判官を養成する制度を採用し、かつ維持している以上、仮にこれらの知識を有していない場合でも自ら入手すべきであることになる」。しかも、「その中身の正当性は容易に判断することができ、仮に裁判官が誤って適用した場合であってもこれを指摘して修正することはさほど困難ではない」。したがって、①一般的な経験則については、「裁判官が自ら入手した経験則をそのまま裁判で利用することができる」という²⁰²⁾。

これに対し、専門的知識については、「ジェネラリストとしての裁判官制度を前提とする以上、裁判官がこれを当然有しているとは限らないため、各事件の解決に必要な専門知識はその都度入手せざるをえない」²⁰³⁾。しかし、「当事者から提出される専門知識は党派性を有し、見解が対立して議論が紛糾する可能性が高い」ことや、法廷は「どちらの専門家の見解、専門的経験則が妥当であるかを抽象的に争わせるのにはなじまない」場であり、裁判所がそのような抽象的な争いを解決する能力がないことに鑑みると、「訴訟に強い利害関係を有する当事者に調査させて、その結果を提出させ」ることの効率性よりも、裁判所の面前に「相対立する見解が提示されることによる弊害の方がはるかに大きい」といわれる²⁰⁴⁾。したがって、「〔②〕専門的経験則についても、原則として裁判所が入手すべきものであり、ゆえに裁判所が自らの努力でこれを獲得しているのであればそのまま利用することができる」が、「〔①〕一般的経験則ほどその正当性・客観性が保障されていないことを考えると、当事者には、その正当性について考慮し、異議を述べるなどの手続保障を与えるべきである」し、「裁判所が自ら専門知識を入手するとはいえども、当事者が専門家の意見を提示することをあえて妨げる必要も無い」とされていた²⁰⁵⁾。

とはいえ、①一般的な経験則と②専門的経験則それぞれを詳しくみていくと、「〔①〕一般的な経験則といわれるものには、〔a〕一般人の誰もが知っているような一般常識の類から、〔b〕裁判官が経験等から習得したものであり、それを裁判で用いることに対して一般人が疑念を抱かないようなものがある」し、他方、「〔②〕専門的経験則といわれるものにも、〔a〕医学や建築学の専門知識のように、習得や理解に特殊な専門的技能を要し、ゆえに専門家のみが知りうる経験則」（本来

²⁰¹⁾ 杉山悦子『民事訴訟と専門家』（有斐閣、2007年）346頁。

²⁰²⁾ 同346-347頁（〔 〕内筆者）。

²⁰³⁾ 同347頁。

²⁰⁴⁾ 同349頁。

²⁰⁵⁾ 同350頁（〔 〕内筆者）。

型の専門的経験則)と、「〔⑥〕習得に特殊な専門知識はいらないものの、ある地域の慣習のように一部の者のみが知っており、裁判官が必ずしも当然には知っているとは限らないもの」(特殊な経験則)もある²⁰⁶⁾。

そのため、一般的な事実調査に関して、「裁判所に全面的に事実調査の責任を負わせるものではなく、当事者による調査の端緒があって初めて裁判所による調査義務が発生するものと捉え直されつつある」という昨今の傾向を踏まえつつ、前述の「〔②⑥〕特殊な経験則や、〔②①〕本来的な専門的経験則については、当事者には調査の端緒として経験則を提示する責務があり、その責務を全く果たさないのであれば、裁判官による調査の職責は解放ないしは軽減される」と解することで、「基本的には職権証拠調べが妥当するとしつつも、当事者にも証拠の提出等、証拠調べへの協力を求めることもでき」、「当事者と裁判官との間で経験則に対する知識、認識のギャップがある場合には、当事者にも経験則を主張立証する責任を負わせることが、手続の不透明感を解消することにもつながる」といわれるようになってきている²⁰⁷⁾。

(c) 要するに、収集手続の規律に関して、「〔①〕一般的な経験則については、証拠調べ手続を用いることなく、当然に私知の利用が認められ、また、当事者への開示も要しない」が、中でも「〔⑥〕裁判官のみが知る経験則、すなわち裁判でのみ用いられる経験則については、当事者への説示の必要性が若干高くなる」とされ、他方、「〔②〕専門的経験則については、それが〔①〕本来型の専門的経験則であれ、〔⑥〕特殊な経験則であれ、係争事実と直結する事項については原則として立証が必要であり」、「それ以外の事項については、証拠調べほどの厳格な手続は不要ではあるが、当事者に経験則の入手のソースなどを開示して、意見聴取の機会を与えることは必要である」といわれるように²⁰⁸⁾、訴訟当事者への手続保障の強化が主張されるに至っている。

(3) 経験則からみた評価根拠事実と評価障害事実 最後に、ここまでみてきた規範的要件の判断に不可欠とされる経験則と、規範的要件の判断に必要とされる具体的な事実としての評価根拠事実・評価障害事実との関係を整理していく。ここでは、規範的要件の評価根拠事実は実際、「ある規範的要件が適用されるべき経験則の適用を求める主張」であることが多く、評価障害事実は、「規範的要件の適用を排除する経験則の適用を求めるための主張」であることが多いので、「最終的な決着をつけるためには、それぞれが適用を求めるのが、どのような経験則であるかを明らかにし、両経験則の蓋然性や、なぜ、どちらの経験則を優先して適用したのか、当該事例に適用され

²⁰⁶⁾ 杉山悦子「経験則論再考」高橋宏志先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』(有斐閣、2018年)505-506頁(〔 〕内筆者)。

²⁰⁷⁾ 同506-507頁(〔 〕内筆者)。

²⁰⁸⁾ 同507-508頁(〔 〕内筆者)。ただし、高橋(宏)・前掲注22)525頁は、「経験則が真偽不明であれば、それが真偽不明であることの結果としての主要事実の真偽不明で処理すれば足り、証明責任は主要事実のところだけで考えればよい」ので、経験則も「証明の対象となるが」、「証明責任を觀念する必要はない」という。伊藤(眞)・前掲注29)381頁も同旨。さらに、新堂・前掲注20)605頁も参照。

るべき経験則を選択した理由を大半の国民が納得でき、かつ検証ができるような形で判決文中に記載されるのが理想である」といわれる²⁰⁹⁾。

そうすると、一方当事者の評価根拠事実の主張としては、(Ⅰ)「経験則を主張・立証し、この適用を求めるもの」と、(Ⅱ)「これ〔経験則〕に当てはまる具体的事実あるいはその経験則の蓋然性の高さを基礎づける具体的事実の主張」とに分けられるし、そこで当該事例に適用される経験則についても、「当該事件の訴訟資料・証拠資料に基づき獲得されたもの」と、「裁判官が、当該事件の訴訟資料や証拠資料とは無関係に獲得したもの」とに分けられる²¹⁰⁾。

これに対する他方当事者の対応としては、まず、(ⅰ)「一方当事者が主張し、立証を試みる当該経験則自体が存在しないとの主張(経験則の否認)がありうる」。この場合、裁判官は、「そのような経験則が、本当に存在するか否かを、当該評価根拠事実が認められるか、そして、その評価根拠事実から、経験則を認定できるかの2段階に分けて検討すべき」とされる。次に、他方当事者から、(ⅱ)「その経験則に関する『特段の事情』を主張し、その経験則による効果を排除するとの主張がありうる」。この場合も、裁判官は、「『特段の事情』に該当する事実が立証されたか否かを検討すべき」といわれる。さらには、他方当事者によって、(ⅲ)「当該事例において適用されるべき別個の経験則及びこれを基礎づける事実が主張されることがある」が、この場合、裁判官は、「双方の経験則や、それを基礎づける事実を検討し、適用範囲を比較した上で」、当該事案においては、どちらの経験則を適用すべきかを判決理由中に示して結論を下すべきとされる。ここで、「経験則適用についての裁判官の法的評価(価値判断)が示されることとなる」。最後に、他方当事者は、(ⅳ)「評価根拠事実を否認する」と主張することもありうる。このとき、裁判官は、「直接証拠や間接証拠から、経験則に従って、当該評価根拠事実が認定されうるか……を検討し、認定できたら、この評価根拠事実の存在を前提として、経験則に従ったあてはめを行うべきであり、『評価根拠事実すら認定できないならば、その経験則は適用できない』ことになるという²¹¹⁾。

このような対応の可能性を念頭に整理すると、他方当事者の主張する評価障害事実とは、(ⅰ)評価根拠事実により主張されるような経験則は存在しないと否認し、「これとは両立しない別の経験則を基礎づけ、その適用を求める事実」、(ⅱ)評価根拠事実により主張されるような「経験則の適用を排除する『特段の事情』が存すると主張し、この『特段の事情』の存在を基礎づける事実」、(ⅲ)評価根拠事実により主張されるような経験則と衝突する別個の経験則の存在を主張し、その別個の経験則のほうが蓋然性が高いことを基礎づける事実、(ⅳ)評価根拠事実を推認するのを妨げる事実の大きく4つに分けられる²¹²⁾。

²⁰⁹⁾ 大山政之「規範的要件事実の審理における経験則の機能」中央学院大学法学論叢18巻1・2号(2005年)162-163頁。

²¹⁰⁾ 同163頁(〔 〕内筆者)。

²¹¹⁾ 同163-165頁。

²¹²⁾ 同165-166頁。

そして最終的に、裁判官は、「どの評価根拠事実ないし評価障害事実から、どのような経験則が認定できるのかを明確にした上で、評価根拠事実、評価障害事実それぞれから立証される経験則の蓋然性の高さを比較することにより、規範的評価へのあてはめがなされるべきか否か、決することとなろう」とされている²¹³⁾。

以上が、経験則が適用されることを視野に入れて整理した、規範的要件の判断に必要となる評価根拠事実と評価障害事実の一般的な分類である。

(4) 小括 規範的要件充足の有無に関する判断構造が、評価根拠事実と評価障害事実との総合判断によってなされ、その総合判断に規範的評価がつきまとうとしても、その評価が単なる主観的判断ではないことを示すための拠り所が、「経験から帰納される一切の法則」としての「経験則」であった。しかし、経験則は、個別具体的な事実というよりは抽象的一般的な事実としての性質を有するものと認識されていた。そのため、経験則は、原則として職権によって認定されるが、それでは訴訟当事者の与り知らないところで認定されてしまうため、一部の経験則については、訴訟当事者の証明に任せるなど、手続保障を図ろうとする傾向が示されてきたといえる。

このように規範的要件の判断において経験則が重要な役割を果たしうるのであれば、法律の憲法適合性を規範的要件と捉え、違憲審査の判断構造を、法律の合憲性を基礎づける事実とそれを否定する事実とを衡量するプロセスと理解する限り、違憲審査の文脈においても、法律の憲法適合性とそれに関係する事実とをつなぐ経験則をどのように位置づけるかを検討する必要があると考えられる。それゆえ、規範的要件の文脈では経験則を視野に入れて評価根拠事実・評価障害事実が構造化されていることが、違憲審査の文脈でも参考になりうるであろう。

第3款 訴訟法における推定

また、経験則の機能の1つとして、経験則に基づき「あることから他のことを推認すること」が挙げられるが、これは「推定」と呼ばれる。推定には、「裁判官の自由心証の一作用として経験則を用いて事実上行われる」「事実上の推定」と、「経験則が法規化され、法規の適用という形で行われる」「法律上の推定」があるといわれる²¹⁴⁾。前者は、「自由心証の働く場面に止まる」ものであるのに対し、後者は、「法規の内容」を指して用いられるものである²¹⁵⁾。

「事実上の推定」に関連して、裁判官が心証を形成する過程で利用される経験則には、「高度の蓋然性をもつ場合もあれば、そうでない場合もあり」、「その経験則がかなり高度の蓋然性をもつならば、前提事実の証明をもって推定事実の心証も一挙に証明度に近づくとみてよい」とされ、この場合、「相手方がその推論を誤りとする、または少なくとも疑わしいとする特別の事情を証明しないと、そのまま推定事実が認定される」²¹⁶⁾。これは、前述したように裁判官の自由心証の範囲内の

²¹³⁾ 同166頁。

²¹⁴⁾ 新堂・前掲注20)618頁。

²¹⁵⁾ 兼子=竹下・前掲注30)128頁***。

²¹⁶⁾ 新堂・前掲注20)619頁。

問題であることから、証明の（現実的）必要を生ずることがあるのは格別、証明責任との結びつきは存在しないといわれる。というのも、一方当事者に乙事実の証明責任があり、甲事実が証明されれば経験則により乙事実につき事実上の推定が働くと考えられる場合、乙事実についての証明責任は終始一方当事者が負担し、他方当事者は、乙事実につき真偽不明の状態に追い込むだけで十分であり、裁判官に確信を生ぜしめることを必要としないからである²¹⁷⁾。このように、「間接事実〔甲〕から経験則によって事実〔乙〕を認定すること（推認）を事実上の推定という」ので、これは、「事実認定の過程そのものであり、これによって証明責任の転換は生じない」というわけである²¹⁸⁾。

他方、「法律上の推定」は、「甲事実（前提事実）があるときは乙事実（推定事実）があると推定する」とされ、乙事実が他の法条の要件事実となっている場合を意味する「法律上の事実推定」と、「甲事実があるときはA権利があると推定する」とされ、甲事実としてA権利の本来の発生原因乙とは異なる事実が掲げられている場合を意味する「法律上の権利推定」に分けられる。法律上の推定は、「証明困難な推定事実または推定権利の発生原因事実〔乙〕の代わりに、証明の容易な前提事実〔甲〕の証明をすれば足りるとする趣旨の定めであり、推定事実〔乙〕についての証明責任（権利推定の場合はその発生原因事実〔乙〕についての証明責任）を緩和するためのものである」。それゆえ、一方当事者は、「乙事実（またはA権利の存在事由）の代わりに甲事実の証明をすれば、乙事実を構成要件とする法律効果（またはA権利）が認められる」し、「乙事実（またはA権利の存在事由）を直接証明することも妨げない」。これに対し、他方当事者としては、「甲事実（前提事実）の証明を妨げる立証をしてもよいが、甲事実が存在しても、乙事実は存在しない（A権利は存在しない）旨を証明して推定を覆すことが許される」。この意味で、「推定規定とは、その効果の主張者に対しては、証明主題の選択を許すとともに、これを争う者に対しては、反対事実について証明責任を負わすもの（証明責任転換の一例）である」とされる²¹⁹⁾。

このように、経験則が「事実上の推定」として機能するということは、事実認定の場面における裁判官の心証形成の問題である一方、経験則が「法律上の推定」として機能するということは、証明責任の転換がなされることを意味するので、「推定」の本来の意味を押さえておくことは、合憲性推定や違憲性推定の理解にも関連し、以下で違憲審査における「論証責任」を考える際にも重要となってこよう。

²¹⁷⁾ 三ヶ月・前掲注23)451頁＊(3)。伊藤(眞)・前掲注29)391-392頁も参照。

²¹⁸⁾ 司法研修所編『民事訴訟における事実認定』(法曹会、2007年)33頁(〔 〕内筆者)。

²¹⁹⁾ 新堂・前掲注20)618-619頁(〔 〕内筆者)。司法研修所編・前掲注218)32-33頁、三ヶ月・前掲注23)451-452頁＊(4)、兼子＝竹下・前掲注30)128頁＊ ＊ ＊、三木ほか・前掲注22)273-275頁〔三木執筆〕、伊藤(眞)・前掲注29)387-390頁も参照。

第2節 違憲審査における「論証責任」

第1款 「合憲性推定の原則」の意味

違憲審査における「論証責任」を考えるのであれば、その分配の基準を考えなければならない。近年、論証責任の分配のための原則として再構成されてきているのが、それ自体は古くから主張されてきた「合憲性推定の原則」である。問題は、これの意味である。

(a) 「合憲性推定の原則」については、立法事実の存在の問題として理解されてきた(第1章第2節第1款(1)を参照)。しかし、「『立法事実の存在』の推定という言葉の下で、立法事実の存在そのものの推定(……)ではなく、違憲性の論証責任の配分の問題(……)が論じられている」として²²⁰⁾、「合憲性推定」は、①「立法事実の存在の推定」と②「合憲性そのものの推定」の2つの意味に区別することができるとの見解がある²²¹⁾。

この見解によれば、合憲性推定の1つ目の意味である①「立法事実の存在の推定」とは、「立法府がある立法事実……を認識したという事実(前提事実)の存在から、当該立法事実(推定事実)の存在を推定することを意味」しており、「法律の違憲性を主張する側が、当該立法事実の不存在を証明しなければならない状況が生じる」ものとされる。これは、違憲審査では憲法適合性という規範的要件の充足の有無が問われていると考えることを前提に、「証明責任のデフォルト・ルールが、違憲性を基礎付ける諸事実については違憲性を主張する側に、合憲性を基礎付ける諸事実(立法事実)については合憲性を主張する側に配分するものであるならば」、「法律上の事実推定が、立証主題の変更を通じて本来の主要事実の証明責任を転換する作用を果たす」こととの類比において、「合憲性推定の原則」が妥当するということは、「立法事実の存在に関する証明責任が、合憲性を主張する側から違憲性を主張する側へと転換されていること」を意味するという²²²⁾。つまり、合憲性推定は、第1に、法律上の事実推定の類比として、憲法適合性を基礎づける評価根拠事実の証明責任を転換する機能を果たしていることになる。

他方、合憲性推定の2つ目の意味である②「合憲性そのものの推定」とは、「立法事実……の衡量に基づいて判断されるところの、法律の合憲性そのものの『推定』」である。この推定は、「法律の違憲性という規範的要件の論証責任の配分であり、個々の立法事実の存在の推定……の問題とは異なる」り、「本来の意味での推定、すなわち事実推定ではない」とされる。ここで合憲性推定は、第2に、訴訟法における推定とは異なるものとして、憲法適合性(あるいは、その下位要件)の論証責任

²²⁰⁾ 異・前掲注5)8頁注(23)。

²²¹⁾ 同17-26頁。安西・前掲注5)・(三・完)76-79頁、浅野・前掲注5)433頁注(24)も同旨。なお、合憲性推定の原則の基礎にあるとされる「敬讓」概念にも、事実問題の次元のものと法律問題の次元のものがあることについて、拙著・前掲注9)288頁脚注614)を参照。

²²²⁾ 異・前掲注5)18頁(傍点ママ)。ただし、伊藤(滋)・前掲注14)303頁は、「合憲性の推定がある場合であっても、およそそれを支える立法事実が、裁判所の職権探知を含むすべての訴訟の結果に照らし、すべて存否不明となって、立法の合理性を根拠づけるものがまったく見つけられないとき(……)においても、なお合憲性の推定の名の下に、合憲と判断すべきであるとするのは疑問である」と指摘する。

任を「当該法律の違憲性を主張する側に負わせることを意味する」という²²³⁾。

このようにして合憲性推定は、①「法律を支えている立法事実についての推定」と②「法律が社会にとって好ましいという立法府の価値判断を裁判所が尊重するということ」の双方に関わっている。これは、「法律の合憲性に関する法的論証には事実的要素と価値判断の要素がある」ことに由来するものである。ただその中において、「価値判断の要素が事実的要素に依拠していることから、特に事実的要素が問題となる」との認識に基づき、合憲性推定とは①「法律を支える事実状況の存在の推定」であると理解されるようになったといわれる²²⁴⁾。

要するに、この見解において合憲性推定の原則は、①憲法適合性を基礎づける立法事実の証明責任の問題として位置づけられるとともに、②憲法適合性そのものの「論証責任」の問題としても位置づけられている。これは、「事実の不明」と「法自体の不明」という2つの次元が区別されうることによって由来するものと推察される（第1章第2節第3款（4）を参照）。しかし、法的判断の不能は認められず、立法事実の存否は法律問題であることから、証明責任を觀念することはできないというのが一般的な理解であった（第1章第2節、第3節を参照）。この点について、本稿は、立法事実は法律問題に位置づけられ一般性を有することから証明責任を觀念することはできないが、命題性を有することから証明責任の判断構造を類比することは可能であり、そのことには裁判所の判断の正当性を高める積極的意義があると考えている（第1章第3節第1款を参照）。ここで客観的証明責任を類比して觀念されるものこそが、「論証責任」であった。それゆえ、法であるとともに事実である立法事実に妥当するのは、「論証責任」概念であると解している。その上で、憲法適合性そのものについては、それが法的判断そのものであることからすれば判断不能を認めることは困難かもしれないが、論証命題が二値的に表される限りでその当否いずれに関しても一定の水準の確信を得られないという事態が発生することは想定できないわけではないので、そこでも「論証責任」は、裁判所の価値判断の余地を残しつつそのような事態の原則的処理を指示する基準として機能しうると解しておきたい。

（b）これに関連して、合憲性推定の原則にはより抽象的な意味もある。この原則の下では、「既存の法律規定はそれ自体ひとつの規範仮説であり、もちろん、未来永劫合憲であると断言するものではない」が、「反駁が成功しない限りは、それは過渡的にしろ合憲であるとして扱われる」といわれることがあるのが、それである。この意味での合憲性推定の原則は、厳密な意味における証拠法上の準則というよりは、規範仮説の定立と反駁の連鎖としての法発展過程の中で、反駁なき

²²³⁾ 巽・前掲注5)23頁。従来、合憲性推定がこの意味で捉えられてきたことについては、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第2版〕』（日本評論社、2014年）64-65頁、浅野・前掲注5)429-431頁、大沢秀介『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、2011年）145-150頁を参照。

²²⁴⁾ 安西・前掲注5)・(三・完)78頁。なお、内野・前掲注11)281頁も、「少なくとも、法的判断の妥当性についての『推定』は、訴訟法学にいう推定（とくに法律上の事実推定）とは異質のものである、とみるべきであろう」が、「(イ)立法事実の存在の推定が言葉の正確な意味で語られる場合は、それは、(ロ)訴訟法学にいう無条件の事実推定に似てくる」という。

限りは、現行規範の合理性を主張しようという③規範的討論（議論）の問題の次元に位置づけられる（第1章第2節第3款（2）を参照）²²⁵⁾。この次元の合憲性推定の原則には、厳密な意味では事実問題といえない違憲審査の文脈において客観的証明責任類似の概念たる「論証責任」を観念することにより、立法事実の存否（立法事実命題の当否）を判断するための一定の法的基準を提示した上で、裁判所の憲法判断に訴訟当事者を事実上関与させるための指針を提示するという非常に大きな役割が込められることになる²²⁶⁾。

（c） 以上のように合憲性推定の原則の意味から、違憲審査の文脈では、①立法事実ひいては②憲法適合性についての「論証責任」、そして③規範的討論（議論）における「論証責任」を観念すると解される。とはいえ、従来、違憲審査において証明責任は観念できないとされてきたことは、前述のとおりである。そのために「論証責任」概念が提唱されてきたという経緯からすると、違憲審査において「論証責任」はどのように機能するのか、「論証責任」の意義はどこにあるのかを、規範的要件に関する議論を参考にしながらさらに検討しておく必要がある。したがって、次節で③規範的討論（議論）の観点から「論証責任」の意義を示すために、以下では、①違憲審査に関連する事実の「論証責任」の問題として、関連する事実の類型を整理し、「論証責任」が妥当しうる事実の類型を明らかにするとともに（第2款）、②憲法適合性の「論証責任」の問題として、どのように「論証責任」が機能しうるのかを示し、「論証責任」に基づき判断する際の違憲審査の構造を検討することで（第3款）、法律の憲法適合性の判断構造を「論証責任」の観点から整理していきたい。

第2款 関連する事実の類型

違憲審査において、事実が重要な役割を果たすということに疑いの余地はない。しかし、違憲審査において重要な役割を果たす事実には多様なものが含まれているため、違憲審査に関連する事実の類型についてはこれまでも議論がなされてきた。それゆえ、違憲審査において「論証責任」を観念することができるとするならば、その議論を参考にして、「論証責任」が妥当しうる事実の類型を明らかにしておく必要があろう。これに関連して、近年、違憲審査に関連する事実についてのこれまでの議論は2つの異なる観点から分類しようとしてきたとして、それぞれの観点において考えられてきた様々な類型を整理しようとする見解が現れているので²²⁷⁾、本款では、この見解の枠組みを参考にすることで、違憲審査において「論証責任」が妥当しうる事実の類型を明らかにする。

（1） **利用目的に着目した分類** その観点の1つが、利用目的に着目して分類しようとする向きであり、憲法学における立法事実論が先陣を切り、それを念頭に置きつつも、訴訟法学における裁判による法創造論がより一般的な議論展開をみせてきた。

²²⁵⁾ 原・前掲注11)316-317頁。内野・前掲注11)289-294頁も参照。

²²⁶⁾ 「論証責任」のこのような役割については、拙著・前掲注9)256頁以下も参照。

²²⁷⁾ 岡成玄太「裁判官の私知利用の禁止——経験則・公知の事実・立法事実の基礎理論——」法学雑誌68巻1号（2021年）20-22頁を参照。以下で検討する「利用目的に着目した分類」と「内容に着目した分類」の区別は、この見解に基づくものである。

(a) この向きにおいてはまずもって、立法事実と司法事実が区別される²²⁸⁾。立法事実と司法事実の区別自体はすでに日本においても受容されているものの、必ずしも単純なものではなく、事実の性質面と用途面という次元の異なる2つの特性に基づいた分類基準があることが指摘されてきた。つまり、一方で、事実の「性質面」における特性からは、「社会的・経済的な事実であって、特定の当事者のみに関するものではな」く、「トライアル手続による顕出は求められない」(立法事実)か、「特定の当事者にのみかわ」り、「トライアル手続によって顕出することが求められる」(司法事実)かによる分類基準が導かれ、他方で、「用途面」における特性からは、「法形成に用いられる」(立法事実)か、「特定の事案の争訟解決に用いられる」(司法事実)かによる分類基準が導かれるのである²²⁹⁾。

ここで、性質面における分類基準と用途面における分類基準が「平行であれば問題はないが、実はそうではな」く、「特定の当事者にかかわる事実」(性質面における司法事実)であっても、法形成の一環である「法律の合憲性判断に用いられうる」事実(用途面における立法事実)というものがあろう。それゆえ、事実の分類には、①特定の当事者にかかわるものではなく、法形成に用いられる「立法事実」、②特定の当事者にかかわるものであり、紛争解決に用いられる「司法事実」、③特定の当事者にかかわるものであるが、法形成に用いられる「立法事実として用いられる司法事実」、④特定の当事者にかかわるものではないが、紛争解決に用いられる「補助司法事実」の4つがあろうという²³⁰⁾。そして、「法律の合憲性判断においては、〔①〕立法事実のみならず〔③〕立法事実として用いられる司法事実も考慮に入れるべきである」とされている²³¹⁾。

(b) さらに、①立法事実自体にも、A「法律の合理性を支える事実」(狭義の立法事実)²³²⁾とB「法形成を支える事実」(法形成事実)という次元の異なる2種類があることが指摘されてきた。従来、用途面から導かれる前述の分類基準ではB法形成のための事実という点が正当に認識されていたにもかかわらず、日本の憲法学で語られてきた①立法事実は、主として前者Aの意味で用いられてきた。それに対し、アメリカにおける原語 legislative facts は、legislative が「主体としての立法府ではなく、作用としての立法作用を指していた」ため、後者Bの意味で用いられていたといわれる²³³⁾。

このようにアメリカでは、legislative facts はB法形成を支える事実と説明されるのが通常であるが、「なぜ法形成を支える事実が論じられるのか」といえば、それは法形成作用をどのように合理

²²⁸⁾ 前掲注3)、4)とそれらを付した前後の本文を参照。

²²⁹⁾ 安西・前掲注5)・(一)124頁。

²³⁰⁾ 同124-125頁。

²³¹⁾ 同126-127頁(〔〕内筆者)。

²³²⁾ この定義からいえば、A狭義の立法事実には、評価根拠事実としての合憲性を支える事実のみが含まれ、評価障害事実としての違憲性を支える事実は含まれないことになりそうだが、実際に違憲審査において立法事実が語られる際には、合憲性を支える事実だけでなく、違憲性を支える事実も含めて語られる場合も多いように思われる。芦部・前掲注3)155-157頁、江橋・前掲注5)79-81頁、内野・前掲注11)243頁、高橋(和)・前掲注19)189頁脚注75)を参照。

²³³⁾ 浅野・前掲注5)422-423頁。裁判による法創造一般の文脈でこの点をかねてより指摘していたものとして原・前掲注11)277-278頁を、簡潔にこの点をまとめるものとして御幸・前掲注5)179-181頁、巻・前掲注5)180-181頁を参照。なお、本稿では、「法形成」と「法創造」を互換的に用いている。

化するかという問いによって導かれるのであり、合理化のためには客観的な事実に基づいて行われる必要があると考えるときに、それは論じられることになる」という²³⁴⁾。他方、日本で、「〔①〕立法事実が〔⑤〕法律の合理性を支える事実として説明されたのは、憲法適合性を憲法の適用によって判断できる場合（文面判断）は限られていて、多くの場合、比較衡量によって法形成的に判断せざるを得ない（事実判断）という認識の下に、裁判所が行う法形成＝比較衡量を明示化し客観化させるために、裁判所が審査すべきはどのような事実であるのかという内容を提示しようとした」からだとされる²³⁵⁾。

そうだとすると、「legislative factsが〔①〕立法事実＝〔⑤〕法律の合理性を支える事実と説明されることによって、比較衡量の場面に限定されてしまっ」ており、「憲法訴訟において比較衡量が重要な役割を果たすことは否定できない」としても、「それ以外の法形成が見逃されやすくなっている」といわれる。それゆえ、裁判所が「広い意味での審査基準を定立して、合憲性を判断している」ことを認識し、法形成の一環としての「審査基準の定立という作用を明示化し客観化するために、審査基準の背景となる事実〔⑥〕を論じる」ことの必要性が指摘されるに至っている²³⁶⁾。

（c） こうして①立法事実を⑥法形成事実と広く捉えることによって、違憲審査において立法事実が用いられる場面（利用目的）にも様々なものがありうるものが直視できるようになり、それぞれの場面（利用目的）における事実を別の類型として観念することが可能になる。

1つは、従来⑤狭義の立法事実として認識されており、裁判所が何らかの国家行為の合憲性を判断するために、関連する憲法準則や基準の下で審理される④「憲法審査的事実（constitutional reviewable facts）」である²³⁷⁾。これは、違憲審査の基準を実際に適用する際に用いられる事実といえる。もう1つが、「憲法の意味を立証する際の伝統的な権威の源泉——文言、原意、憲法構造、先例、学識及び現代の価値観——に加わり、時にその構成要素となる」ことによって、ある特定の憲法解釈を具体化するために提示される⑥「憲法法理的事実（constitutional doctrinal facts）」である。⑥憲法法理的事実は、「同様の状況にある事例すべてに適用される準則や基準の展開を判断したり正当化したりするために用いられる」²³⁸⁾。これは、憲法の文言の意味を解明することで、新たな法理を形成したり新しい憲法上の権利を認めたりする際に用いられる事実といえよう。このような⑥憲法法理的事実と④憲法審査的事実は「ともに、個別の事例を超えている」が、「前者〔⑥〕は、憲法法理を定義づけるために用いられるということに基づいて区別されうるし、後者〔④〕は、憲法法理の適用に関連している」とされる²³⁹⁾。これは、法形成を念頭に立法事実が用いられる場面

²³⁴⁾ 浅野・前掲注5)434頁。

²³⁵⁾ 同438頁（〔 〕内筆者、傍点ママ）。

²³⁶⁾ 同438-439頁（〔 〕内筆者）。

²³⁷⁾ FAIGMAN, *supra* note 130, at 47.

²³⁸⁾ *Id.* at 46（傍点は原文斜体字）。

²³⁹⁾ *Id.* at 52（〔 〕内筆者）。

(利用目的)に着目した分類である²⁴⁰⁾。

(d) 以上のような、違憲審査において重要な役割を果たす事実を利用目的に着目して分類しようとする向きが、従来の立法事実論の主要な地位を占めてきたといえる。この分類は、まさに利用目的に着目したものであることから、事実が法適用だけでなく法解釈・法形成でも重要な役割を果たすことを認識させるという意義があったし、だからこそ、一般性を有する立法事実とは、過去の一回的事実たる司法事実とは異なり、証明責任の対象ではないと解されてきたのである。しかし、この分類は、事実をどのように認定するのかという問題意識とは異なるものに基づいているため、「論証責任」が妥当しうることの類型を明らかにするという本款との関係では、必ずしも有用なものといえない。

(2) 内容に着目した分類 もう1つの観点が、利用目的に着目した分類(①から④)を念頭に置きつつも、違憲審査に関連する事実をその内容に着目して分類しようとする向きであり、伝統的に、証明の要否との関係で展開されてきた訴訟法学における類型を類比したものである。

(a) この向きにおける第1の類型が、④「経験則としての立法事実」である。経験則は、前にも触れたように(本章第1節第2款(1)を参照)、「個別事案に関する事実ではなく、多数事案から抽出された法則的な統計的经验知識を指す」「法則」ないし「一般的事実」であった²⁴¹⁾。

その経験則の適用範囲としては、既存の法規を前提とした事実認定の領域が念頭に置かれてきたため、「事実判断のなされる場合」に経験則が適用されることは当然として、「過失、因果関係、心神喪失などの価値判断を伴う法律概念の内容形成の場合」にも経験則が適用されることが認識されてきた。「価値判断を伴う法律概念につき、その判断が法令解釈の性質を帯びることが指摘されていることからすると、その認識は、「実質的には法的価値判断一般における経験則の機能を否定するものではなかった」といえる²⁴²⁾。実際、「経験則における『因果関係』とは、『集团的因果関係』ないし『統計的因果関係』に他ならず、「集团的ないし統計的でない因果関係(個別的因果関係)そのものについての経験則などは『定義矛盾』なのである」といわれ²⁴³⁾、通常、経験則の「訴訟での役割は、立法事実と異なり、判決事実の確定である」が、「経験則は、一般的抽象的命題であり、多くの場合、立法事実と同じく、自然科学・社会科学の理論や結論である」ため、法的価値判断に際して、「立法事実と経験則の区別はときとして極めて不明確であ」と指摘される²⁴⁴⁾。

²⁴⁰⁾ Faigmanのこの分類については、青井未帆「憲法判断の対象と範囲について(適用違憲・法令違憲)——近時のアメリカ合衆国における議論を中心に——」成城法学79号(2010年)131-135頁、武田・前掲注5)517-519頁、岸野・前掲注5)287-288頁、巻・前掲注5)182-184頁を参照。また、類似の観点に基づく①立法事実の分類をかねてより主張するものとして、江橋・前掲注5)72-79頁、高橋(和)・前掲注5)12-13頁がある。

なお、Faigmanは、②「司法事実」は「特定の事件での憲法準則の適用に妥当する事実判断に関係している」ため、③「憲法事件特定事実(constitutional case-specific facts)」と呼ぶ。Id. at 46, 48.

²⁴¹⁾ 原・前掲注11)278頁。

²⁴²⁾ 同上。

²⁴³⁾ 太田・前掲注3)74頁。

²⁴⁴⁾ 同・前掲注12)150頁。

このことから、①立法事実のうちの一部は、④経験則に解消することが可能であると考えられる²⁴⁵⁾。そうだとすれば、前述したように（本章第1節第2款（2）を参照）、一般的な経験則が専門的な経験則かという経験則の性質によって証明の要否が概ね確定されることになるという訴訟法上の一般的な方向性を類比することによって、違憲審査においても、専門的な経験則を中心に「論証責任」を妥当させることが考えられるかもしれない。

（b）第2の類型が、⑤「顕著な立法事実」である。民事訴訟法179条は、「裁判所において……顕著な事実とは、証明することを要しない」としている。ここにいう「顕著な事実」には、①「公知であるために裁判所にも明白である事実」（公知の事実）と、②「とくに裁判所にだけ明白な事実」（裁判所にとくに顕著な事実）の2種類がある²⁴⁶⁾。

①公知の事実とは、「世間一般の人が信じて疑わない程度に知れわたっている事実」であり、「そのような公知性とその事実の存在の確からしさを保証してくれるから、わざわざ証拠による証明をする必要がない」とされる。他方、②裁判所にとくに顕著な事実とは、「判決すべき裁判所の裁判官が知っている事実で、裁判官としての職務の遂行上当然に知ることのできたものであり、現在も明白に記憶が残っているもの」をいい、「必ずしも一般に知れわたっていることを要しない」。しかし、「私的知識まで証明なしに認定できるとすれば、判断の正しさが疑われるおそれがあるから」、「裁判官がその職務関係を離れたところでたまたま知ることのできた事実とは、裁判所として顕著な事実といえない」とされる²⁴⁷⁾。

これらについて、顕著な事実とは「事実判断の小前提たる具体的事実に限」り、「当事者が主張した具体的事実であつて本来は相手方がこれを争うにおいては要証事実として証明を必要とすべきものがたまたま裁判所に顕著であればその証明を要しないとせられるに過ぎないのである」と指摘されるように²⁴⁸⁾、従来は、「既存の法規の構成要件に該当する事実ないしはその推認に役立つ事実として把握されてきた」。しかし、①立法事実の中にも、立法の契機となるに至った顕著な事例などのように、「広く世人に知られているという意味での『顕著性』を備えたもののがかなり存在する」。したがって、①立法事実のうちに、「〔⑤〕顕著な事実（顕著なるがゆえに証明不要とされる事実）が存することを肯定すべき」だとされる²⁴⁹⁾。

このように、①立法事実の中にも⑤「顕著な立法事実」があるとすれば、これは、まさに顕著なるがゆえに証明不要とされる事実と類比されるのだから、その定義ゆえに「論証責任」の出る幕は基本的でないことになろう。

（c） 以上のように、①立法事実の中には、④「経験則」や⑤「顕著な事実」に解消することが可

²⁴⁵⁾ ④「経験則としての立法事実」については、巽・前掲注14）・公法関係訴訟92-93頁、同・前掲注5)19頁も参照。

²⁴⁶⁾ 新堂・前掲注20)593頁。

²⁴⁷⁾ 同593、594頁。

²⁴⁸⁾ 岩松・前掲注195)154頁。

²⁴⁹⁾ 原・前掲注11)279-280頁（〔 〕内筆者）。⑤「顕著な立法事実」については、時國・前掲注5)15-27頁も参照。

能なものがある。しかし、「法則性を有しないために経験則に解消できず、また顕著性を有しないために顕著な事実にも属しない」ために、「従来の概念において位置づけることが困難な類型が存在する」。これには、「個別的な規律対象を念頭に置いた法規 (private act) に関する場合」、「立法の背景を成す個別的事件」、「一般的事実の抽出の基礎となる具体的事実」などがあり、「個別的事実ではないが、法則とするには熟さない事実群」もこれに含まれるとされる²⁵⁰⁾。

このようなものを第3の類型として㉔「顕著ならざる個別的事実」と呼ぶとすると²⁵¹⁾、この第3類型に当てはまるのが、憲法適合性という規範的要件に関する具体的な評価根拠事実・評価障害事実であると考えられる。これらは前述の2類型とは異なり、必ずしも一般的な法則性や顕著性を有するものではないため、原則として論証が必要とされるであろう。他方、(1) 利用目的に着目した分類にいう㉔通常的事実とは、利用目的の観点から扱いを異にする必要もあろう (第1章第3節第1款も参照)。それゆえ、違憲審査においては、これに関しても「論証責任」を妥当させることが考えられる²⁵²⁾。

(d) 事実の内容に着目したこの分類は、訴訟法学における証明の要否を示すための類型を基礎に据えたものである²⁵³⁾。そして訴訟法学では、㉔個別的事実だけでなく㉑経験則としての一般的事実をも視野に入れて証明の要否が整理されてきた。そのため、証明の要否と証明責任の妥当性と

²⁵⁰⁾ 原・前掲注11)280-281頁。御幸・前掲注5)183頁も参照。

²⁵¹⁾ 原・前掲注11)280頁を参照。この類型の事実は、必ずしも一般的性質 (第1章第3節第1款(3)を参照) を有するものではないかもしれないが、法律の合理性に関わる事実であることに間違いはないであろう。その意味で、これは、(1) 利用目的に着目した分類にいう㉓「立法事実として用いられる司法事実」に相当するように思われる。

²⁵²⁾ 巽・前掲注14)・公法関係訴訟93-95頁、同・前掲注5)19頁を参照。

なお、従来の立法事実論でも、安西・前掲注5)・(一)130頁は、立法事実とそれを支えるもの (自然科学、社会科学に由来する経験的データなど) を区別しているし、高橋 (和)・前掲注19)191頁は、立法事実命題と命題に該当する事実を区別している。さらに、土井・前掲注5)12頁は、「論証ないしは反証の直接の対象となるべき立法事実」たる「主要立法事実」と「その論証ないしは反証に用いられる事実ないしは専門的知識」たる「補助立法事実」を区別している (ただし、「民事訴訟法にいう『主要事実』・『間接事実』・『補助事実』の分類とは直接対応しない」という)。これらのいう前者が、㉑「経験則としての立法事実」に相当し、後者が、㉔「顕著ならざる個別的事実」に概ね相当しようか。この点については、立法事実とその科学的根拠づけを問題とする渡辺・前掲注5)3270-283頁や、経験則と経験則データを区別する太田・前掲注3)66-69頁も参照。

²⁵³⁾ このように(2)内容に着目して分類しようとする向きから、岡成・前掲注227)29-32頁は、「〔従来の〕立法事実論とは、内容的には経験則及び公知の事実と重なる情報を、〔(1)〕利用目的の観点からこれらと区別し、独自の規律に服せしめることが有効・適切であるという認識を前提に展開された議論だった」が、「情報の利用目的は実際には相対的・流動的であり、とりわけ事前には特定できないことも多い」ので、「情報の利用目的の相違は、せいぜい、原則的な規律を微修正するのに役立つ1つの考慮要素となるに過ぎない」と指摘する。そして、証明の要否・手続保障などの、従来の学説が提唱する立法事実に係る規律は、「その理由付けに情報の利用目的が援用されることが多いものの、少なくともその結論においては、経験則、公知の事実に関して提唱されている規律と実は大差がない」とし、「裁判所による独自の情報収集・利用の規律を構築するという目的との関係では」、①「立法事実」を㉑「経験則」・㉒「顕著な事実」(・㉔「顕著ならざる個別的事実」)と別の類型として位置づけることに疑問を呈している (〔〕内筆者)。

は一応別個の問題であるが（前掲注208）を参照）、違憲審査において重要な役割を果たす事実に関して「論証責任」が妥当しうる類型を明らかにするためには、こちらの分類も考慮に入れることが有用であるといえる。そして以上の検討からすると、違憲審査において「論証責任」が妥当しうるのは、④経験則としての立法事実と⑤顕著ならざる個別的立法事実であるといつてよいと思われる。

第3款 「論証責任」に基づく判断構造

前款では、違憲審査において「論証責任」が妥当しうる事実の類型を明らかにした。本款では、規範的要件の判断構造を類比しながら、「論証責任」に基づき判断する際の違憲審査の構造を検討していく。

（1）規範的要件論との関係 規範的要件充足の有無の判断を、その評価根拠事実と評価障害事実との衡量によって行うという考え方は、要件事実論に基づいている²⁵⁴⁾。要件事実論の特徴（性質）として、「事実と評価の区別をどのように考えるか、なにが本質的事実（これが原則となる事実である）か、その例外となる非本質的事実はなにか（そのまた例外となる再例外事実はなにかなど）、複数の具体的事実が問題となるときに、その複数の具体的事実相互の異同は厳密にどのようなになっているか、その複数の具体的事実のもつ意味（機能）が厳密にどのように相互に関係しあっているか、そのような具体的事実がそれぞれどのような法的効果につながっているか、そのような法的効果はそれぞれどのような対応関係になるか、そうした具体的事実の存否の判断をどのように組み合わせ、どのような順序で判断していくかなど」を明らかにすることが挙げられており、それぞれの具体的事実の立証を含めて検討される。そして、このような要件事実についての考え方を体系化したものが、要件事実論であるといわれる²⁵⁵⁾。

このような要件事実論に基づいて規範的要件を考えると、規範的要件を評価根拠事実と評価障害事実とに区別して考えるという方向性（本章第1節第1款（1）を参照）は、事実的側面から検討するものであり、他方、規範的要件の類型を区別するという方向性（本章第1節第1款（2）（イ）を参照）は、規範的側面から検討するものであるといえる。このような規範的要件論は、過去の一回的事実としての司法事実を対象として議論されてきているため、将来予測や規範的評価を含む一般的事実としての立法事実を主たる対象とし、法解釈の次元に片足を置いている違憲審査論にそのまま妥当させることは困難かもしれない（第1章第3節を参照）。しかし、違憲審査において問題とされる憲法適合性は、評価を必要とするもののその評価の前提として事実に基づくことをも必要としているため、規範的要件論を類比して違憲審査の判断構造を考えることは可能であり、また有用だと

²⁵⁴⁾ 「要件事実」とは、権利の発生、障害、消滅等の各法律効果の発生要件に該当する具体的事実のことであり、「主要事実・間接事実の区別という主要事実と同義に帰着」する。司法研修所編・前掲注13)3頁。

²⁵⁵⁾ 伊藤（滋）・前掲注13)5-6頁。同6頁は、民事訴訟を念頭に置いて、「要件事実論」を、「要件事実」というものが法律的にどのような性質のものであるかを明確に理解して、これを意識した上、その上に立って民法の内容・構造や民事訴訟の審理・判断の構造を考える理論」と定義している。加藤新太郎「要件事実論の到達点」新堂幸司監修／高橋宏志＝加藤新太郎編集『実務民事訴訟講座[第3期] 第5巻 証明責任・要件事実論』（日本評論社、2012年）22-25頁も参照。

解される。そうだとすると、前款のように違憲審査において関連する事実を利用目的や内容に着目して分類しそれに応じて論証の要否を明らかにするという方向性は、事実的側面から検討することを意味し、他方、定立された違憲審査の基準（実体的基準）の構成要素（観点）を分割するという方向性は、規範的側面から検討することを意味しよう。そこで本款では、「論証責任」に基づく違憲審査の判断構造を、実体的基準の構成要素との関係（規範的側面）から検討するとともに、違憲審査において関連する事実の類型との関係（事実的側面）からも検討する。

（２）「論証責任」に基づく判断構造の検討 以下では、規範的側面と事実的側面の２つの方向から、「論証責任」に基づく違憲審査の判断構造を検討していく。

（ａ） まず、実体的基準の構成要素を規範的要件の類型との関係で整理する。実体的基準の構成要素をどのように分割するかに関しては、様々ありうるが²⁵⁶⁾、大まかにいって、主として事実判断を内容とする事実判断的要素と主として価値判断を必要とする価値判断的要素とに分割することについては一定の合意をみているように思われる。管見でいえば、目的審査の基準は、立法目的の「正当性」・「重要性」・「実現の必要性」に分割することができ、手段審査の基準は、立法手段の「狭義の関連性」・「相当性」に分割できると考えているが、そのうち、立法目的の「実現の必要性」と立法手段の「狭義の関連性」が事実判断的要素であり、立法目的の「正当性」・「重要性」と立法手段の「相当性」が価値判断的要素である²⁵⁷⁾。

ここで、規範的要件の類型を確認しておく（本章第１節第１款（２）（イ）を参照）、規範的要件には、④選択型と⑤総合判断型があるとされていた。④選択型の「枠組みは通常の事実的概念に近い」とされていたことからすると²⁵⁸⁾、違憲審査基準の構成要素のうち事実判断的要素が、④選択型に相当するといつてよからう²⁵⁹⁾。そして、④選択型に関して、当該規範的要件の適用を求める側

²⁵⁶⁾ 拙著・前掲注9)20-27、114-136頁を参照。

²⁵⁷⁾ 同239-243頁を参照。

²⁵⁸⁾ 山本(和)・前掲注14)201頁脚注29)。

²⁵⁹⁾ 前述のように、管見にいう立法目的の「実現の必要性」と立法手段の「狭義の関連性」はともに、事実判断的要素であるところ、因果関係を問題とする点で共通する（拙著・前掲注9)92-93頁を参照）。この点、因果関係については、河村浩「民法における因果関係の要件事実とその構造——評価的要件という視点から——」伊藤滋夫編『民事要件事実講座 第6巻 民法学と要件事実論との協働』（青林書院、2010年）が、「因果関係の構成要素のうち、〔原因から結果に至るまでの〕連結点（観測値ないし予測値）は、事実といつてよいであろうが、各連結点を結ぶ規則性は、確率評価の問題（相対頻度の極限值等の問題）であり、事実ではない（その確率を基礎付けるデータが事実である）」ため（246頁（〔 〕内筆者））、「因果関係の法律要件としての性質は、評価を含むものであり、単純な事実的要件ではな」く（250頁）、規範的要件であるという（251-252頁）。ただし、因果関係の判断構造は、「各連結点ごとに、基礎的確率をベースに、その確率に影響を与える諸事情を、経験則上の原則的事実→例外的事実→さらにその例外的事実（以下、続く）に分けて総合評価するものであるから、……一型「山本のいう選択型」である」とする（260頁（〔 〕内筆者））。それゆえ、違憲審査で問題となる因果関係は過去の一回の事実における因果関係ではなく予測的・仮定的因果関係である点に注意は要する（拙著・前掲注9)197-198頁を参照）が、因果関係を問題とする立法目的の「実現の必要性」と立法手段の「狭義の関連性」も、あくまで規範的要件であるが、その中でも事実的要件に近いものになると解される。因果関係の規範的要件性については、伊藤(滋)・前掲注13)303-305頁も参照。

が評価根拠事実を証明する必要がある、その点が証明されれば、一応当該規範的要件の適用は認められるが、評価障害事実が証明されれば、当該規範的要件の適用は否定されるという構造をもつとされていたことに鑑みると²⁶⁰⁾、違憲審査においても、その事実判断的要素たる「実現の必要性」や「狭義の関連性」に関しては、合憲性推定が及ぶ場合、立法事実の存在が推定されるため²⁶¹⁾、違憲性を主張する側がそれらの評価根拠事実を真偽不明に追い込むか論証度を超えるまでそれらの評価障害事実を論証すれば、一応当該事実判断的要素の充足が否定され、その後、合憲性を主張する側が論証度を超えるまでそれらの評価根拠事実を論証すれば、当該事実判断的要素の充足が肯定されるという構成になる。逆に、違憲性推定が及ぶ場合には、立法事実の存在が推定されないため、合憲性を主張する側が論証度を超えるまでそれらの評価根拠事実を論証すれば、一応当該事実判断的要素の充足が肯定され、その後、違憲性を主張する側がそれらの評価根拠事実を真偽不明に追い込むか論証度を超えるまでそれらの評価障害事実を論証すれば、当該事実判断的要素の充足が否定されるという構成になる。このように、④選択型の規範的要件にあたる事実判断的要素では、評価根拠事実の論証とそれに対する評価障害事実の抗弁という形で、「論証責任」を訴訟当事者の主観的活動に事実上投影して考えることが一応できるであろう。

他方、⑤総合判断型が、「評価根拠事実と評価障害事実をそれぞれ検討し、最終的にその全体を総合して要件該当性を判断すべき」とされていたことは²⁶²⁾、違憲審査基準の価値判断的要素によく当てはまると思われる。価値判断的要素を基礎づける事実、まさに単独で充足判断の前提とはならず、規範的评价を基礎づけるものにすぎないので、そこを未確定に残したとしても充足判断は可能であると考えられるからである²⁶³⁾。そのため、「正当性」「重要性」や「相当性」といった⑤総合判断型に相当する価値判断的要素では、評価根拠事実と評価障害事実の論証だけでは決着が着かないことがありうる。とはいえ、合憲性推定が及ぶ場合には、立法事実の存在が推定されるため、違憲性を主張する側がその価値判断的要素の充足を否定する論証を積極的に行うことが事実上要請され、違憲性推定が及ぶ場合には、立法事実の存在が推定されないため、合憲性を主張する側がその価値判断的要素の充足を肯定する論証を積極的に行うことが事実上要請されることになる。それを受けて、裁判所には、自らの価値判断を決め手とする可能性を残しつつ、最終的に当該価値判断的要素の充足の有無についての心証が論証度に至らない場合に、論証責任の分配に則った判断をなすべきことが原則として求められよう²⁶⁴⁾。このように、⑤総合判断型の規範的要件にあたる価値判

²⁶⁰⁾ 山本(和)・前掲注14)201-202頁。

²⁶¹⁾ ただし、立法事実の不存在を一般的に論証するというのは悪魔の証明になるため、合憲性推定が及ぶ場合でも、どのような評価根拠事実に基づいているかは合憲性を主張する側がまずもって提示することが望ましいであろう。

²⁶²⁾ 山本(和)・前掲注14)201頁。

²⁶³⁾ 同上を参照。

²⁶⁴⁾ このような指針を提示することによって、実体的基準の程度差が不明確であることに由来する価値判断的要素の判断の困難性も、少しは緩和されようか。拙著・前掲注9)238頁脚注501)も参照。

断的要素において、その充足判断は、裁判所の価値判断の余地を残しつつも客観的証明責任を類比させた「論証責任」による一定の判断基準に則ってなすのが原則であると整理することができる。

以上より、規範的要件の類型を参考にして実体的基準の構成要素をみると、「論証責任」は、いづれにせよ法的には「ノンリケットの場合の裁判の基準」ととどまるものの、事実上は訴訟当事者の主観的活動にも投影させることが可能である。ただし、事実判断的要素か価値判断的要素かによって、「論証責任」が訴訟当事者の主観的活動に投影される程度、別のいい方をすれば、裁判所の価値判断が決め手となる程度が異なってくるであろう。

(b) 次に、違憲審査において関連する事実を評価根拠事実・評価障害事実の区別との関係で整理する。

第1に、規範的要件に関しては経験則の適用が特に重要となることを意識して、その評価根拠事実と評価障害事実を整理すると（本章第1節第2款（3）を参照）、一方当事者の評価根拠事実の主張として、（Ⅰ）「経験則を主張・立証し、この適用を求めるもの」と、（Ⅱ）「これ〔経験則〕に当てはまる具体的事実あるいはその経験則の蓋然性の高さを基礎づける具体的事実の主張」との2種類が考えられた。それに対して、他方当事者の評価障害事実の主張としては、（ⅰ）評価根拠事実により主張されるような経験則は存在しないと否認し、「これとは両立しない別の経験則を基礎づけ、その適用を求める事実」、（ⅱ）評価根拠事実により主張されるような「経験則の適用を排除する『特段の事情』が存すると主張し、この『特段の事情』の存在を基礎づける事実」、（ⅲ）評価根拠事実により主張されるような経験則と衝突する別個の経験則の存在を主張し、その別個の経験則のほうが蓋然性が高いことを基礎づける事実、（ⅳ）評価根拠事実を推認するのを妨げる事実の4種類が考えられるということであった²⁶⁵⁾。違憲審査においても、憲法適合性という規範的要件に関しては、④「経験則としての立法事実」が特に重要となると考えられるため、今後は、この整理を意識して、論証されるべき事実の類型をより構造化していくことが求められよう。

第2に、内容に着目して事実を分類すると（本節第2款（2）を参照）、違憲審査に関する事実、④「経験則としての立法事実」、⑤「顕著な立法事実」、⑥「顕著ならざる個別的立法事実」に区別することができるということであった。このうち、⑤「顕著な立法事実」は論証を必要としないが、④「経験則としての立法事実」と⑥「顕著ならざる個別的立法事実」は論証の要否が問題となる。これらはそれぞれ、第1のように経験則を意識した評価根拠事実と評価障害事実の整理においては、「経験則」と「(具体的) 事実」に対応していると考えることができ、前款での検討からすれば、一般的な④「経験則としての立法事実」は原則として論証する必要はないが、専門的な④「経験則としての立法事実」は例外的に論証する必要があり、他方、⑥「顕著ならざる個別的立法事実」は原則として論証する必要があるという形で、論証の要否を整理することが可能となろう²⁶⁶⁾。

²⁶⁵⁾ 大山・前掲注209)163-166頁を参照。

²⁶⁶⁾ 薬事法距離制限事件に関する最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁を用いて具体的に検討したものとして、巽・前掲注5)12-13、19頁、同・前掲注14)・公法関係訴訟92-95頁を参照。

以上のように、訴訟法における事実の証明に関する議論を類比して立法事実の論証構造を整理することで、「論証責任」論との接合を意識しやすくなるであろう。

第3節 「論証責任」の意義——「議論」理論との接合

本章では、法律の憲法適合性を規範的要件と捉え、その充足の有無の判断を評価根拠事実と評価障害事実との衡量によって行うという構造を前提にして、検討を進めてきた（第1節第1款（1）を参照）。そのような中、前節では、論証責任の分配のための原則として再構成されてきている「合憲性推定の原則」が、①立法事実ひいては②憲法適合性についての「論証責任」の問題として位置づけられるとともに、③規範的討論（議論）の問題としても位置づけられることを示した。これらのうち、①立法事実ひいては②憲法適合性についての「論証責任」の問題に関しては、論証責任が妥当しうる事実の類型を明らかにし、論証責任に基づき判断する際の違憲審査の構造を検討した。

そこで残っている問題が、③規範的討論（議論）の問題である。そもそも、規範的要件に関する「論証責任」には、規範的要件の評価に関係する評価根拠事実・評価障害事実を基にして、当該規範的要件が充たされているというレベルまで裁判官の心証が至らなかった場合の判断基準としての意味が込められていたことを明らかにした（本章第1節第1款（2）（エ）を参照）。同様に、違憲審査における「論証責任」が、法律の憲法適合性という規範的要件の充足に関する立法事実の存否（立法事実命題の当否）が不明になった場合の判断基準を意味し、理論的にいえば、「ノンリケットの場合の裁判の基準」としての客観的証明責任を類比させたものと解されることも明らかにした（第1章第3節第2款（3）を参照）。その際、厳密な意味では事実問題といえない違憲審査の文脈において、客観的証明責任類似の概念としての「論証責任」は、裁判所の判断に一定の法的基準を提示するとともに、その基準が訴訟当事者の論証活動に投影されることで、訴訟当事者が裁判所の判断に事実上参画するための装置になるということであった²⁶⁷⁾。こうして、「論証責任」には、訴訟当事者の事実上の行為指針としての役割が期待されるのである。ただし、この事実上の行為指針は、「証明の（現実的）必要」とは異なり、裁判官の心証形成の度合いに応じて移動するものとは必ずしも解されていないように思われる。そうだとすれば、違憲審査において主観的証明責任類似のものは妥当しないと考えられるものの（第1章第3節第2款（2）を参照）、「論証責任」には、弁論主義と切り離された主観的な行為指針が含意されているということになるかもしれない。

以上のことから、本節では、「論証責任」を③規範的討論（議論）の問題と接合し、違憲審査において訴訟当事者の論証活動に可能な限り基づいた憲法判断が示されるよう確保する機能を基礎づけることで、「論証責任」論には、訴訟当事者の役割を重視する手続論的装置としての意義があるこ

²⁶⁷⁾ 具体的にいえば、合憲性推定の下では、違憲性を主張する側（主として国民）が当該法律の違憲性を、違憲性推定の下では、合憲性を主張する側（主として政府）が当該法律の合憲性を論証しなければならないといわれてきたことである。芦部・前掲注6）・憲法学Ⅱ233、235頁、佐藤・前掲注6)233-234、283、715-716頁を参照。

とを明らかにするとともに（第1款）、最後に、違憲審査における「論証責任」の妥当範囲を検討しておく（第2款）。

第1款 実践的議論の一形態としての違憲審査

本款では、「論証責任」が規範的討論（議論）の問題の次元でも機能しうることを念頭に、「論証責任」が違憲審査において訴訟当事者が重要な役割を果たすための理論的基盤となりうることを明らかにする。

（a）ここで、付随的違憲審査制における法律の憲法適合性の判断を当事者対立主義構造と結びつけて考えれば、まずは、違憲性を主張する側が、「法律上の主張」として、問題となっている条項が違憲である旨の主張をした上で、その主張を基礎づけるための事実を提出し、その事実を論証するための「証拠の申出」を行う。その後、それに応える形で、合憲性を主張する側が、同じく「法律上の主張」として、問題となっている条項が合憲である旨を主張して、その主張を基礎づけるための事実を提出し、その事実を論証するための「証拠の申出」を行う²⁶⁸⁾。このような「証拠の申出」の一環として、「経験則としての立法事実」や「顕著ならざる個別的立法事実」などが裁判所の面前に提出され、「法律上の主張」の一環として、法律の憲法適合性に関する論証がなされるわけである。

しかし、このような構造で進められる違憲審査において、憲法適合性は事実問題ではなく法律問題であるから、それに関する証明責任を觀念することはできないとされるのが、従来の一般的な受止めであった。その後、法律問題においても訴訟当事者の手続保障の重要性が認識されるにつれて²⁶⁹⁾、訴訟当事者をも組み込んだ判断構造の提示が模索され、違憲審査におけるその1つの方策として提唱されるようになったのが、「論証責任」論であった。

（b）このような「論証責任」の意義を考えるに際しては、訴訟・裁判というものが実践的「議論」の制度化された一形態であることを思い起こすことが重要であると考えられる²⁷⁰⁾。そもそも、ある主張や結論（Claim, Conclusion）に対して反論があるとき、その主張や結論は正当化されなけ

²⁶⁸⁾ 林屋・前掲注12)153-154頁を参照。

なお、「法律上の主張」は、「狭義には、法規の適用の結果である、具体的な権利関係の存否（その発生・変更・消滅の効果）の主張をいう」が、「広義では、法規の存否・解釈適用に関する意見の陳述も含む」。「これらは、裁判所の注意を促し、その参考に供する意義をもつにとどまる」。また、「証拠の申出」は、「裁判所に対し、特定の証拠方法の取調べを要求する申立てであり、攻撃防御方法の提出行為の一つである」。新堂・前掲注20)460、626頁。

²⁶⁹⁾ 山本（和）・前掲注117)19-20頁を参照。

²⁷⁰⁾ 亀本洋『法的思考』（有斐閣、2006年）2頁は、「法的議論の実践的議論一般に対する特殊性は、『法による正義』（justice according to law）の実現が常に要請されることにあり、「これは、法的議論が、実定法規範を中核とする“制度化”された法に制約され、他方、議論を行う者自身が、“制度化”された法を受容し修正・展開することによって、正義を実現しなければならないことを意味する」としている。なお、そこで「法が制度化されている」状態とは、「一定の法共同体の裁判官・弁護士・法律学者など法に従事する人びとが、制定法や判例法の規則だけでなく法原理その他の法命題も含めて種々の法規範について、一定期間継続し固定化された共通の觀念を抱き、さらに顕著な場合には、これを成文化し、これらの觀念や文言に依拠して法的判断を正当化することを自明視している状態」と定義される。

ればならない。主張や結論Cを正当化するには、その主張や結論Cの根拠となる事実に関する言明(Data)を示さなければならない。その事実に関する言明Dからその主張や結論Cがなぜ引き出されるのかが問われたときには、主張や結論Cと事実に関する言明Dを架橋する仮言的言明たる論拠(Warrant)を提示しなければならず、さらに、論拠Wに反論が唱えられれば、論拠Wの正当性や権威を支える定言的言明たる裏づけ(Backing)を出さなければならないといわれる。このようにしてなされていくのが、「議論」であり、その構造は以上のように一般化することができるといわれている²⁷¹⁾。

この「議論」の一般的構造から、①「『議論』においては言明(statement)は言明によってのみ基礎づけられ、または正当化(justify)される」こと、②「発見のプロセス(process of discovery)」と「正当化のプロセス(process of justification)」とが区別されること、③正当化に関して、「ある言明を論理的な(形式論理的な、したがって演繹論理的な)推論のテストにさらすことによって正当化する」レベルと「右のテストの前提となる言明そのものの正当化」のレベルとが区別されることという3つの理論的帰結が引き出される²⁷²⁾。

まず、①に関しては、「『議論』自体が言語的表現による活動なのであるから、そこでの対象はすべて何らかの言語的表現すなわち言明の形をとらざるを得ない」。しかし、「言明であるからこそ、ある言明と他の言明との論理的関係はどうなのか、ある言明を根拠とする推論は受け容れられるものか、という形でわれわれは合理的批判的にテストし、論議できる」といわれる²⁷³⁾。

次に、②に関しては、発見のプロセスとは「ある言明にいかにして到達したのか、という心理学的プロセス」とされ、正当化のプロセスとは「到達されたところの、その言明の正当化」のプロセスとされる。そして、この2つを区別するのは、「議論」においてある主張をするとき、その主張にいかにして到達したかについての心理学的プロセスに関わる事実や言明が論拠とされているかぎり、反論のしようがなく、したがって合意も得られず、結局「議論」ははじまらないので、心理学的プロセスに関わる事実や言明が反論を受け、合意を得られると仮定することは、「議論」の一般的構造としては採りえないからだという²⁷⁴⁾。

最後に、③に関しては、①・②を前提にして焦点を正当化のプロセスに絞ると、「言明の正当化はもっぱら論理的推論によって行われる」が、「とくに規範的言明や道徳哲学上の言明に関しては、これらの作業にあたって論理的に前提としなければならない一般的な(……)言明をも、また正当化しなければならない」。けれども、「一般的言明の正当化を演繹論理によって行うことは——前提となる言明である以上、それこそ『論理的に』——不可能であり、別個の根拠から正当化されなけ

²⁷¹⁾ スティーヴン・トゥールミン(戸田山和久=福澤一吉訳)『議論の技法——トゥールミンモデルの原点——』(東京図書、2011年)143-157頁。トゥールミンの議論図式については、平井宜雄『法律学基礎論の研究』(有斐閣、2010年)64-67頁、亀本・前掲注270)7-8、229-235頁、田中・前掲注1)357-358頁も参照。

²⁷²⁾ 平井・前掲注271)70、71、74頁(傍点省略)。

²⁷³⁾ 同70頁。

²⁷⁴⁾ 同71-72頁。

なければならない」とされる。ここに、「前提とならない言明すなわち言明のマイクロレベルにおける正当化」という意味での「マイクロ正当化」と、前提となる言明の正当化という意味での「マクロ正当化」が区別されることになる²⁷⁵⁾。そして、実践的議論の最終的な争点は「問題となっている価値判断や義務づけ判断を表現する規範的言明の正当性」であるといわれることからすれば²⁷⁶⁾、実践的議論においては、後者の「マクロ正当化」をどのように行うのが特に重要だといえる。

このように実践的議論として「マクロ正当化」を行う際には、「各議論領域の主題・論拠・情報などを構成・規律する共通観点の相互了承を背景的コンセンサスとして、公正な手続に従った討議・批判・説得などの対話的議論を通じて」理性的な合意を形成することが目指される²⁷⁷⁾。その際の「議論」の条件としては、①議論参加者が、「自律的決定能力・責任能力のある人格として相互に承認し尊重・配慮し合うこと」と②「討議・対話において相互に互換的・対照的關係に立ち、……議論に自由かつ平等に参加する機会が各議論主体に与えられていること」に加え、③「一定の主張や反論の正当化理由となりうる共通論拠の範囲や優劣関係などについての相互了解」が存在していることが挙げられる。このような3つの条件の下で、実践的議論は、「議論参加者の間で一般的に受け容れられている原理・判断などに関する各主体の信念・意見について、主張・基礎づけなどに関する平等な責任分担ルールにのっとって試行錯誤的な討議・対話による吟味を加えつつ、すべての関係者が共通観点に照らして適切な理由に基づいていると了解し相互に受け容れて然るべきという意味で、合理的に動機づけられ基礎づけられた理性的な合意の形成をめざして遂行される」ものとされる²⁷⁸⁾。

このような理解は、実践的議論における「マクロ正当化」について、「一定の一般的価値・原理的規範やそれらの体系との合致という、非状況的な意味論 (semantics)・構文論 (syntactics) 次元よりも、一定の状況のもとでの議論参加者間の相互作用的コミュニケーションによる合意の形成という、状況的な語用論 (pragmatics) 次元を重視するもの」である。それゆえ、「マクロ正当化」を可能とするためには、「議論の共通の前提となる一般的価値や原理的規範の実質的内容についてだけでなく、それらの価値・規範自体の意味内容を個々の状況のなかで特定化したりそれに基づいて正当化を行ったりする議論が、〔前述のような3つの条件の下で〕遂行されることを保障する手続的条件についても、議論参加者間に背景的な相互了承がなければならない」という²⁷⁹⁾。ここに、「適正手続の保障」の重要性を見出すことができよう。

(c) 以上のような実践的議論の理解を前提に、裁判所による違憲審査が、論証と反駁の連鎖の中で法律の憲法適合性を議論する訴訟制度として実践的議論の一類型に位置づけられるとすれば、

²⁷⁵⁾ 同74-75頁。

²⁷⁶⁾ 亀本・前掲注270)3、7頁。

²⁷⁷⁾ 田中・前掲注1)362頁。

²⁷⁸⁾ 同370頁。

²⁷⁹⁾ 同371頁(〔〕内筆者)。

法律の憲法適合性に関する議論は、法律という前提となるべき言明が憲法に照らして正当化できるか否かを議論することになるため、「正当化のプロセス」のうち「マクロ正当化」に位置づけられる。そこで「論証責任」は、裁判所が依拠する「ノンリケットの場合の裁判の基準」として機能するだけでなく、一定の場合に、立法事実ひいては憲法適合性の論証を訴訟当事者のどちらに求めるかに関する事実上の指針をも示すことにより、違憲審査における手続保障を担保する装置としての役割を与えられる。つまり、「論証責任」は、「論証度」と相まって、実体要件を明確に確立できない領域においてその要件の不明確さを補完するために、訴訟当事者が取るべき論証活動を示す指針としても機能するものだといえる。それゆえ、「論証責任」や「論証度」には、違憲審査という実践的議論において、実体的な意味内容が必ずしも明確に確定していない基準をその論証手続という側面から規定し、訴訟当事者の論証活動に可能な限り基づいた憲法判断が示されるよう確保することにより、訴訟当事者が議論に参加するための手続的条件を保障する装置としての意義が認められることになるのである²⁸⁰⁾。

第2款 「論証責任」とその妥当範囲

ここまでは、違憲審査の中でも、目的・手段審査の形で定式化された一般的な審査基準が適用される場合を念頭において、「論証責任」の意義を示してきた。しかし、「論証責任」が、客観的証明責任を類比させたものであり、客観的証明責任が「裁判一般の要請としてすべての訴訟を通じて重要性の度合は異なるにしても観念されうる」ものだとすれば²⁸¹⁾、違憲審査が裁判・訴訟という制度においてなされる限り、実体的基準とは独立に、いい換えれば、目的・手段審査や違憲審査基準論の妥当の有無とは別に²⁸²⁾、「論証責任」を観念することができる可能性がある²⁸³⁾。

例えば、生存権に関する堀木訴訟上告審判決²⁸⁴⁾は、「憲法25条の規定は、国権の作用に対し、一定の目的を設定しその実現のための積極的な発動を期待するという性質のものである」り、しかも、「右規定にいう『健康で文化的な最低限度の生活』なるものは、きわめて抽象的・相対的な概念であつて、その具体的内容は、その時々における文化の発達程度、経済的・社会的条件、一般的な国

²⁸⁰⁾ このような観点から、違憲審査の文脈に限らない原理間衡量を梓づけるために「論証責任（議論責任）」を用いようとする試みとして、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（二）・完——私法関係における憲法原理の衝突——」法学論叢133巻5号（1993年）19-21頁、亀本・前掲注270）159-161、169頁を参照。

²⁸¹⁾ 三ヶ月・前掲注23）444頁＊（3）。

²⁸²⁾ 小山・前掲注100）12-17頁は、『原則としての自由』と『例外としての制限』という原則—例外の関係から、憲法上の権利の制限は正当化されなければならないという要請が生じる限りで、目的・手段審査（比例原則）による正当化が求められるという（同115-118、121-129頁も参照）。しかし、管見では、何らかの修正を要することは否定しないものの、『原則としての自由』と『例外としての制限』という原則—例外の関係の有無にかかわらず、理論上は、第一次的判断権者の判断に関する審査（“re”view）である限り、目的・手段審査という基本枠組みはある程度普遍的なものとして維持することが可能なのではないかと考えている（田中・前掲注1）508-510、557-563頁を参照）。ただ、本稿においてその点はさしあたり措いておく。

²⁸³⁾ 目的・手段審査が妥当する領域に関する日本の憲法判例においても、「論証責任」の分配を読み取ることのできる判例がすでに存在することについては、拙著・前掲注9）263-264頁脚注550）を参照。

²⁸⁴⁾ 最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁。

民生活の状況等との相関関係において判断決定されるべきものであるとともに、右規定を現実の立法として具体化するに当たっては、国の財政事情を無視することができず、また、多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものである」。したがって、「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない」としている²⁸⁵⁾。これは、憲法25条を具体化する立法措置に関しては、原則として「裁判所が審査判断するのに適しない」が、「著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合」には裁判所が審査判断するというように解釈することができる。そうであれば、憲法25条に関する立法措置は、原則として裁判所の審査権の範囲外にあるのだから、審査権の範囲内にあることを示すために、「著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合」であることの論証は、違憲性を主張する側に事実上求められるということになるのではなかろうか²⁸⁶⁾。仮にそうだとした場合の判示を文字通りに読むと、その論証が成功しなかった場合は「裁判所が審査判断するのに適しない」とされるのであって、憲法に違反するか否かが明言されるわけではない（その意味で、厳密には合憲性が推定されているわけではない）のだが、「裁判所が審査判断するのに適」するか否かが不明になった場合の判断基準という意味で捉えれば、ここでも「論証責任」が観念されていると読むことができる可能性はあろう²⁸⁷⁾。

また、衆議院議員定数配分規定に関する昭和51年判決²⁸⁸⁾では、衆議院議員の選挙における選挙区割と議員定数の配分の決定に関連する「諸要素のそれぞれをどの程度考慮し、これを具体的決定にどこまで反映させることができるかについては、……国会の具体的に決定したところがその裁量権の合理的な行使として是認されるかどうかによって決するほかはな」とされた上で、「具体的に決定された選挙区割と議員定数の配分の下における選挙人の投票価値の不平等が、国会において通

²⁸⁵⁾ 同1238-1239頁（傍点筆者）。

²⁸⁶⁾ 渋谷秀樹「生存権と違憲審査」立教法務研究7号（2014年）33-34頁を参照。戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣、1993年）129頁は、堀木訴訟上告審判決のこの判示につき、「そのような特別の場合であることを訴訟の当事者が立証すればよいとの観点を与えることは可能であろう」が、「〔堀木訴訟の〕訴訟記録をみて明らかのように、救済が必要とされる実態をよく示しており、それをみるかぎり通常感覚をもってすれば、当該法規定〔憲法25条〕との関連で『権限の著しい逸脱・濫用』であるとの答えが出てくるものと思われる」ところ、「最高裁判所は、そのように判断しなかった」ため、「単なる立証の問題とはいえないようである」と指摘している（〔 〕内筆者）。しかし、堀木訴訟上告審判決のこの判示が、「論証責任」だけでなく「論証度」をも示していると解すれば（詳しくは、別稿を参照）、この論証度の当否は措くとしても、新たにみえてくるものがあるのではないだろうか。園部逸夫「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和57年度』（法曹会、1987年）543頁も参照。

²⁸⁷⁾ 理論的にいっても、行政裁量の統制に「論証責任」を用いることができるのであれば（巽・前掲注14）・行政裁量論158-162頁を参照）、立法裁量の統制に「論証責任」を用いることができない理由はないであろう。

²⁸⁸⁾ 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。

常考慮しうる諸般の要素をしんしやくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものであり、このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するほかはない」とされている²⁸⁹⁾。ここでは一般論として、投票価値の不平等が「一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているとき」には違憲であることが推定されている（違憲性推定）。その際、前提としての投票価値の不平等が「一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達している」ことの論証は違憲性を主張する側に求められた上で、「特段の理由」があることの論証は合憲性を主張する側に求められていると読むことが可能である²⁹⁰⁾。

それを受け、本件選挙当時における各選挙区と全国平均の議員1人あたりの選挙人数の較差が約5対1に達していたことは、「一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているばかりでなく、これを更に超えるに至っているものというほかはなく、これを正当化すべき特段の理由をどこにも見出すことができない以上、本件議員定数配分規定の下における各選挙区の議員定数と人口数との比率の偏差は、右選挙当時には、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度になつていたものといわなければならない」として²⁹¹⁾、「特段の理由」を見出すことができないとされる。

そうだとすれば一般論にしたがって、本件投票価値の不平等は違憲であるということになりそうだが、最高裁判所はさらに議論を進め、「人口の異動は不断に生じ、したがって選挙区における人口数と議員定数との比率も絶えず変動するのに対し、選挙区割と議員定数の配分を頻繁に変更することは、必ずしも实际的ではなく、また、相当でもないことを考えると、……具体的な比率の偏差が選挙権の平等の要求に反する程度となつたとしても、これによつて直ちに当該議員定数配分規定を憲法違反とすべきものではなく、人口の変動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われない場合に始めて憲法違反と断ぜられるべきものと解する」として、個別的な審査基準を定立した。そしてその上で、人口数と議員定数との比率上の著しい不均衡が本件選挙のかなり以前から生じていたと認められることと、公職選挙法が5年ごとに直近の国勢調査の結果によって更生するとしているにもかかわらず本件選挙の時まで8年余りにわたって改正がなされていないことから、本件議員定数配分規定は、「憲法の要求するところに合致しない状態になつていたにもかかわらず、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかつたものと認めざるをえない」と結論づけている²⁹²⁾。これは、「合理的期間」の徒過があつて初めて違憲になるというものであることから、原則的な判断基準として、通常その期間内に何ら

²⁸⁹⁾ 同247頁（傍点筆者）

²⁹⁰⁾ 越山安久「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和51年度』（法曹会、1979年）147頁、駒村・前掲注99）・現代的転回195-196頁、木下昌彦編『精読憲法判例——統治編』（弘文堂、2021年）136頁②〔村山健太郎執筆〕を参照。

²⁹¹⁾ 最大判昭和51年4月14日・前掲注288)247-248頁。

²⁹²⁾ 同248-249頁（傍点筆者）。

かの是正が行われ違憲にならないことが推定されており（合憲性推定）、その結果として、「合理的期間内における是正」が行われていないことの論証が違憲性を主張する側に事実上求められていると解しうる²⁹³⁾。

他にも、訴訟法学においては、裁判による法創造の文脈での立法事実の収集と手続保障との関係で「論証責任（正当化責任）」が提唱されてきたことに鑑みると（第1章第2節第3款（1）（2）を参照）、違憲審査における法形成の文脈でも「論証責任」を活用することが考えられる。実際、裁判所による実効的な権利救済という局面に関して、「裁判所の正統な権利救済権限の行使についても、すべて裁判官の裁量にまかせずに、個々の事例ごとに当事者の主張・立証によって裁判官の権限行使を請求し、論証責任などの一定の要件を充たせば、権限行使を義務づけるという方式で、裁判を受ける権利の要請内容を語用論レベルから主体的に再構成する方向に議論を深めることが重要だと考えられる」という指摘もなされている²⁹⁴⁾。仮に実体問題と救済手段の問題を段階的に検討するとすれば²⁹⁵⁾、救済法領域における裁判所の裁量権行使の問題を権利救済という目的のための実効的な手段の選択の問題として捉えることにより、何が実効的な手段か、その手段を採用することによって発生しうる不利益はどの程度かなどを訴訟当事者に論証させ、それに基づいて裁判所が救済手段の選択を行うという構造に整理することができ²⁹⁶⁾、裁判所のその裁量を統制するために「論証責任」を用いることも可能になるかもしれない。

むすびに代えて 裁判所と訴訟当事者が協働するための手続論

かねてより、「訴訟制度がその社会的使命を適切に果たすために法の創造・修正を行う場合には、……立法事実をその審理の対象として組み込まなければなら」ず、「その政策決定の正当性を保障するためには、その判例法によって影響を被りうる者の意見に可能なかぎり耳を傾ける必要があり、その法的規整の合理性の保障のためには社会科学や自然科学の成果と方法とを立法事実として最大限利用しなければならない」。その意味で、「裁判官は法を知る」という法諺は、「当事者と裁判所は立法事実を基礎とする法律上の議論を通じて、妥当な法の解釈・法の創造を行う」ことを意

²⁹³⁾ 高橋（和）・前掲注19)299頁脚注139)は、「合理的期間」論について、「違憲状態の改正のための余裕を与えるために編み出された理論であり、合憲性の実体的判断の次元に属する理論ではない」という。

²⁹⁴⁾ 田中成明「法の支配と裁判を受ける権利（2・完）——法の支配論と法治国家論の統合的理解のための覚書」民商法雑誌156巻1号（2020年）222頁（傍点筆者）。なお、同222-223頁脚注76)には、「わが国の裁判実務における司法事実限定した要件事実論的法的議論様式が、憲法訴訟や現代型訴訟における立法事実をめぐる法的議論の活性化を妨げているきらいがある現状に照らして、アレクシーの論証責任（Argumentationslasten）規則のように、法律問題の審理手続の語用論的構造化という構想にもっと関心が向けられて然るべきではないか」ということが付言されている。R. Alexyの「論証責任（議論責任）」については、山本（敬）・前掲注280)18-19頁、亀本・前掲注270)73-74頁を参照。

²⁹⁵⁾ その実践的試みの1つとして、土井・前掲注83)・ジュリ54-58頁、同・前掲注83)・憲法適合的解釈264-271頁がある。

²⁹⁶⁾ See KENT ROACH, REMEDIES FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: A TWO-TRACK APPROACH TO SUPRA-NATIONAL AND NATIONAL LAW, at 60-71 (2021).

味する法諺に変容させるべきだといわれてきた²⁹⁷⁾。ここでいわれる「立法事実を基礎とする法律上の議論」の場の1つとして違憲審査が位置づけられ、その手続論的装置として「論証責任」や「論証度」が機能するというのが、本稿の見立てである。

ただ冒頭にも触れたように、本稿では、紙幅の都合から「論証度」については主たる検討対象の外に置かざるをえなかった。そのため、違憲審査における「論証度」がどのように認識されてきたかや、その「論証度」をどのように設定するべきかについては、稿を改めて論じることにして、ひとまず筆を擱くこととしたい。

[付記] 本稿は、科学研究費補助金 基盤研究 (C) 「違憲審査における論証責任・論証度の役割と違憲審査基準論の再構築」(20K01272、研究代表者：土井真一) の交付を受けて行った研究の成果である。

²⁹⁷⁾ 太田・前掲注12)140-141頁。吉野正三郎『民事訴訟における裁判官の役割』(成文堂、1990年)121-123頁も参照。ただし、この法諺を、太田は「当事者と裁判所は一緒に法を創る」と呼び、吉野は「裁判所は当事者と共に法を知る」と呼んでいる。司法権については、「立法権による『法定立』や古典的な『法発見』あるいは『法創造』などの概念よりも、より一般的な意味で『法の生成』を表すため」に「法形成」という用語が当てられることがある(土井・前掲注152)137頁注(111))ことを踏まえてこの法諺を呼ぶとしたら、「裁判所と当事者は共に法を成す」といったところであろうか。