

## 【論文】

# 違憲審査における「論証度」

伊藤 健

## 目次

- はじめに 本稿の課題
- 第1節 訴訟法における証明度
  - 第1款 日本法の理解
  - 第2款 アメリカ法の理解
  - 第3款 証明度の有限性
- 第2節 違憲審査における「論証度」
  - 第1款 日本における議論の過少
  - 第2款 原則的論証度としての「合理的な疑いを超える論証」
  - 第3款 「論証度」の段階化と客観化
- 第3節 「論証度」の意義——実体的基準との接合
  - 第1款 「論証度」と実体的基準
  - 第2款 「論証度」と評決
- おわりに 実体論と手続論の相剋

## はじめに 本稿の課題

違憲審査基準論とは、主に法律の違憲審査を行う際に、裁判所が、権利論的及び機能論的観点から類型的に審査の基準を設定し、その基準に基づいて当該法律が憲法に適合するか否かを判断する手法である<sup>1)</sup>。そのため、当該法律が憲法に適合するか否かを判断する基準こそが違憲審査「基準」であることからすれば、一方で、違憲審査基準論が関心をもっているのは、当該法律が憲法に適合するための実体要件を定める「実体的基準」である<sup>2)</sup>。

<sup>1)</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）213-245頁、同『憲法学Ⅲ 人権各論（1）〔増補版〕』（有斐閣、2000年）24-32頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）713-718頁、高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報61巻12号（2009年）3603-3606頁を参照。

<sup>2)</sup> 長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）国民の権利及び義務（1）§§10～24』（有斐閣、2017年）158頁〔土井真一執筆〕を参照。違憲審査基準論の実体論的側面（実体的基準）に関する管見については、拙著『違憲審査基準論の構造分析』（成文堂、2021年）を参照されたい。



前稿で明らかにした違憲審査における「論証責任」の働き方を念頭に置きつつ、違憲審査における「論証度」の働き方を明らかにするという2つ目の課題について検討したい。

本来、訴訟法における証明度は、実体要件の証明がなされたといえるための手続要件なのだから、実体要件が明確に規定されている場合、1つ決めておけば大きな問題はない。ただ、違憲審査においては、論証度に関する議論が意識されてこなかったため、原則的論証度がどの程度のものかさえ明らかとはいえない。そこで初めに、原則的論証度としてどの程度のもので設定するべきかを検討しておく必要がある。

また、法律の憲法適合性のような規範的要件の場合、その実体要件の意味を明確にすることには限界がある。確かに、違憲審査の基準に関する議論は、実体的基準を立法目的と立法手段に構造化したり段階化したりして、実体要件の内容を具体化することを意図したものである<sup>9)</sup>。しかし、いくら具体化を試みたところで、実体的基準も規範的要件（の具体化）である以上、その意味を通常の事実的要件と同程度まで明確にすることは困難である。そこで、規範的要件の明確化に対する1つの代替策として、論証度を段階化することが考えられる。そのため、このような論証度の段階化の適否を検討する必要もあろう。

以上から、本稿ではまず、訴訟法における証明度がどのように考えられているかを確認する（第1節）。次に、違憲審査における原則的論証度としてどの程度のもので設定するべきかを検討し、その上で、論証度の段階化の可能性に触れ、その適否について検討する（第2節）。そして最後に、実体的基準との接合を試みることで、論証度の意義を示す（第3節）。なお、本稿も、前稿に引き続き違憲審査基準論を支持する立場からその手続的基準について考察するものであるため、その母国たるアメリカを比較対象国として検討を進めていくこととする。

## 第1節 訴訟法における証明度

### 第1款 日本法の理解

(a) そもそも「証明度」とは、「事実に関する争点について、どの程度の証明があれば、裁判官が一定の事実があったという心証を形成して事実認定してよいか」を決する基準のことである<sup>10)</sup>。要するに、証明がなされたといえるための手続要件が、証明度の問題だといえる。

この問題に関してはまず、「裁判をするには、その基礎として認定すべき事項について、裁判官が確信を得たうえでするのが原則であり、このような確信の状態に達した場合に、その事項は証明されたという」とされるように<sup>11)</sup>、裁判官の主観的な心証としての「確信」が必要とされてきた。

<sup>9)</sup> 巽・前掲注7)10-11頁。同「事実認定論から見た行政裁量論——裁量審理の構造に関する覚え書き——」成蹊法学87号(2017年)149-150頁も参照。

<sup>10)</sup> 加藤新太郎『手続裁量論』(弘文堂、1996年)127頁。

<sup>11)</sup> 兼子一＝竹下守夫『民事訴訟法〔新版〕』(弘文堂、1993年)114頁。三ヶ月章『民事訴訟法〔第3版〕』(弘文堂、1992年)420頁も参照。

しかしそれだけでなく、「この場合の確信とは、社会の通常人が、日常生活の上で、自ら疑を抱かずにその判断に安んじて行動するであろう程度の心理状態を指す」として<sup>12)</sup>、いくらか客観的な側面を要することが指摘されてきた。その後、この客観的な側面は、「通常、人が日常生活上の決定や行動の基礎とすることをためらわない程度に真実であることの蓋然性が認められれば、証明があったとすべきである」といわれるように、「ある証明主題たる事実自体の存否についての確からしさ（蓋然性）」として<sup>13)</sup>、証明度を語る際の観点の1つとされるに至っている。

証明がなされたといえるための手続要件の問題に関して、最高裁判所も、刑事訴訟では<sup>14)</sup>、「元來訴訟上の証明は、自然科学者の用ひるような実験に基くいわゆる論理的証明ではなくして、いわゆる歴史的証明である。論理的証明は『眞實』そのものを目標とするに反し、歴史的証明は『眞實の高度な蓋然性』をもつて満足する。言いかえれば、通常人なら誰でも疑を差挟まない程度に眞實らしいとの確信を得ることで証明ができたとするものである。だから論理的証明に対しては当時の科学の水準においては反證というものを容れる餘地は存在し得ないが、歴史的証明である訴訟上の証明に対しては通常反證の餘地が残されている」としており<sup>15)</sup>、客観的な「蓋然性」と主観的な「確信」という2つの観点を提示してきた。同様に民事訴訟でも<sup>16)</sup>、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の実事が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に眞実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」としており<sup>17)</sup>、客観的な「蓋然性」と主観的な「確信」という2つの観点を提示している。この客観的な「蓋然性」と主観的な「確信」との関係については、訴訟法学において議論があるものの<sup>18)</sup>、証明度を「蓋然性」という客観的な側面によって理解するか「確信」という主観的な側面によって理解するかに「実質的な差異はない」とも指摘されているので<sup>19)</sup>、ここでは、証明度は、客観的な側面と主観的な側面の2つの観点から語られうるということを確認しておきたい。

(b) このように語られる証明度として、わが国の刑事訴訟に関し、前述の判例は①「高度な蓋然性」という表現を用いているが、これは、検察官が主張する公訴事実につき「合理的な疑いを容れない程度の証明 (proof beyond a reasonable doubt)」を必要とするといえ換えられる。その具体

<sup>12)</sup> 兼子一『新修 民事訴訟法体系〔増訂版〕〕(酒井書店、1965年)253頁。

<sup>13)</sup> 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕〕(弘文堂、2019年)568頁。

<sup>14)</sup> 最判昭和23年8月5日刑集2巻9号1123頁。

<sup>15)</sup> 同1124頁(傍点筆者)。

<sup>16)</sup> ルンバル事件に関する最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁。

<sup>17)</sup> 同1419-1420頁(傍点筆者)。

<sup>18)</sup> 例えば、刑事訴訟に関しては、中川孝博『合理的疑いを越えた証明——刑事裁判における証明基準の機能』(現代人文社、2003年)264-280頁などを、民事訴訟に関しては、加藤・前掲注10)127-128、132-133頁、同『民事事実認定論』(弘文堂、2014年)36-45、50-53頁、伊藤滋夫『事実認定の基礎〔改訂版〕——裁判官による事実判断の構造』(有斐閣、2020年)157-159頁などを参照。

<sup>19)</sup> 三木浩一『民事訴訟における手続運営の理論』(有斐閣、2013年)432頁。

的な意味は、「抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いを容れる余地 (possible doubt) はあっても、訴訟手続という法制度内において反対事実の存在する抽象的可能性を完全に除去することは不可能であるから、健全な社会常識に照らしてその疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣意である」と説明される。そして、このような刑事訴訟の原則的証明度は、「証明の対象となる事実の性質や解明の密度が異なることから」、民事訴訟のそれよりも高いと一般に解されている<sup>20)</sup>。その理由は、刑事訴訟法学の側の説明によれば、「犯罪事実の証明すなわち有罪認定が峻厳な国家刑罰権の発動に直結するからであり<sup>21)</sup>、「犯罪構成要件事実について合理的な疑いを越える証明が必要であるという点」は「被告人に対する憲法上の保障であると解されて」いるため(憲法31条)、「犯罪を構成する要件事実について、検察官に要求される証明度を軽減するという発想は、直ちに憲法と衝突する」として、刑事被告人の基本的権利・自由の保障が根底にあることが指摘されている<sup>22)</sup>。また、心証がどの程度に達すれば「合理的な疑いを越える」といえるかについては、「『道徳的な確実さ』(moral certainty) すなわち、裁判官が、良心に従って、まちがいないと信じたとき」と説明されることがあり<sup>23)</sup>、仮に数値化するとすれば90%程度の確実さだといわれる<sup>24)</sup>。

他方、民事訴訟の原則的証明度に関しては、まずもって、以上のような刑事訴訟の原則的証明度との比較で考えられている。つまり、民事訴訟法学でも、刑事訴訟における証明については民事訴訟におけるそれよりも高度の証明度が要求されると一般に解されている。その理由は、民事訴訟法学の側の説明によれば、第1に、「刑事訴訟において有罪となった場合の被告人に及ぼす自由(ときには生命)又は名誉への影響がきわめて大きく、それは通常の民事訴訟において敗訴当事者が受ける損害に比べてより大きいものである」からであり、第2に、「刑事訴訟においては、犯罪構成要件事実の存在について高い証明度を要求して、その結果、仮に真実は罪を犯していたかもしれない被告人が無罪になったとしても、これによって直接に不利益を受ける者はいないということもでき(……)、これによって被告人の人権が守られることの方が(多くの有罪の者を逃しても、一人の無実の罪の人を出さないことの方が)より高い価値を守ったことになるという考え方」があるからである。よって、「民事訴訟の場合には、敗訴当事者となる被告(……)の被る不利益が、……それほど大きくないこと及びこの被告と実質的に利害の相反する直接の当事者となる原告があって、その当事者の被る不利益にも配慮しなければならないこと(……)に鑑み、民事訴訟における証明度を

<sup>20)</sup> 酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣、2020年)483-484、485頁\*\*。平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)186-187頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣、2018年)459-460頁〔堀江慎司執筆〕も参照。

<sup>21)</sup> 酒巻・前掲注20)484頁。

<sup>22)</sup> 伊藤眞ほか「〔座談会〕民事訴訟における証明度」判例タイムズ1086号(2002年)8-9頁〔酒巻匡発言〕。

<sup>23)</sup> 平野・前掲注20)189頁注(三)。

<sup>24)</sup> 村上博巳『民事裁判における証明責任』(判例タイムズ社、1980年)7頁、太田勝造『法律』(東京大学出版会、2000年)69-70頁、石丸俊彦ほか『〔三訂版〕刑事訴訟の実務(下)』(新日本法規、2011年)22頁〔石丸・川上拓一執筆〕を参照。

刑事訴訟におけるのと同じ程度に高いものとするのは不相当と考えられる。とはいえ、「民事訴訟といえども、人の権利義務に大きな影響を及ぼすものであるから、要証事実の証明の程度について、単に可能性があるという程度では足りず、何らかの意味で蓋然性のあることが必要とされることになった」と指摘されている<sup>25)</sup>。このように、民事訴訟において対象となる権利の性質と対立する両当事者の公平という観点から、民事訴訟では、前述の判例がいう「通常人が疑を差し挟まない程度〔の〕真実性の確信」を得るために7、80%以上の②「高度の蓋然性」を必要とするという立場（高度の蓋然性説）が一般的だとされてきた<sup>26)</sup>。

この立場に対しては、後述するアメリカ法の理解を踏まえつつ、以下のような批判がなされている。第1に、「民事訴訟においては、刑事訴訟におけるように一人の冤罪も出してはならないという絶対的要請はないので、刑事訴訟における程の高度の蓋然性を要求する必要が基本的にない」し、「当事者双方にとって証拠収集手段がかなり制約されている（証拠が偏在する場合があるとしても）ことからすれば、……証明責任を負う側にとって負担が重く不公平である」。第2に、「高度の蓋然性説によれば、証明度が高度の蓋然性に至らない場合には、証明責任を利用して『不存在』と判断せざるをえないが、50%を超える蓋然性で『存在』と判断する建前と、証明度が60%、70%を超えても80%に達しなければ証明責任によって『不存在』と判断せざるをえない建前とを比べると、本当は存在する事実を存在しないと判断する確率（誤判の確率……）は後者の方がずっと高くなる」。そしてこれを容認するということは、「訴訟による権利主張に制約を課し、結果として紛争以前の当事者間の実体法的現状の維持に加担する結果となる」。第3に、「『高度の』という基準がどの程度の高さをいうのかを指示する要素はそれ自体のなかには含まれていないため、むしろ裁判官が確信したときに高度の蓋然性があったと逆に擬制されている」と考えられ、五分五分か、それ以下か、それを超えているかという基準の方が、「明確であり実践的には判断しやすいし、個々の裁判官による判断誤差（……）も比較的少ない」。第4に、「高度の蓋然性を要求する場合には、証明責任を負う当事者の立証活動が高度の蓋然性を超えることはまずないと相手方が自分の立証責任を怠るおそれがあるのに対して、相対的蓋然性で足りるならば、相手方としても、つねに反対の立証活動に努力せざるをえない立場に置かれることになり、全体として当事者双方による立証活動が活発にな」という批判である。その結果、民事訴訟では、ある事実の蓋然性が50%を超える③「証拠の優越」で当該事実が存在すると判断するのに十分だとする立場（証拠の優越説）が提示されてきた<sup>27)</sup>。なお、この証拠の優越説と基本的に同じ立場に立ちながら<sup>28)</sup>、60%程度の蓋然性を求める④

<sup>25)</sup> 伊藤（滋）・前掲注18)160-162頁。

<sup>26)</sup> 同168-172頁。民事訴訟の原則的証明度として「高度の蓋然性」を必要とする根拠に関しては、加藤・前掲注10)133-134頁、同・前掲注18)55-58頁も参照。

<sup>27)</sup> 新堂・前掲注13)571-574頁。田村陽子「民事訴訟における証明度論再考——客観的な事実認定をめぐる——」立命館法学327・328号（2009年）1950-1957頁も参照。

<sup>28)</sup> 伊藤眞「証明、証明度および証明責任」法学教室254号（2001年）37-42頁、同「証明度をめぐる諸問題——手続的正義と実体的真実の調和を求めて——」判例タイムズ1098号（2002年）10-13頁を参照。

「相当程度の蓋然性」(優越的蓋然性)を原則的証明度とする立場(優越的蓋然性説)もある<sup>29)</sup>。

## 第2款 アメリカ法の理解

また、アメリカ法においては一般に、証明度として、①「証拠の優越 (preponderance of the evidence)」、②「明白かつ説得的な証明 (証拠) (clear and convincing proof [evidence])」、③「合理的な疑いを超える証明 (proof beyond a reasonable doubt)」の3つがあるとされる<sup>30)</sup>。

まず、①「証拠の優越」とは、「どちらかといえばありうる (more-likely-than-not)」程度の証明を求めるものである。アメリカにおいて、これは、「一般的な蓋然性 (確率) の目盛りにおける下限」であり、「証明度における1つの均衡点として、最も適切な基準である」と解され、民事訴訟における原則的証明度とされている<sup>31)</sup>。具体的な意味としては、「単に証拠の量や証人の数がより多いという物理的な優越を意味するのではないことについては争いがなく、「相手方の証拠よりも説得的な証拠がある状態」とか「主張された事実が存在しないよりも存在する蓋然性のほうが高いと陪審が思った状態」と定義されることがある<sup>32)</sup>。その上で、「原告に有利な誤判が望ましくない程度と被告に有利な誤判が望ましくない程度には、何ら差異がない」こと、および、「司法のシステムは、誤判によるコストの最小化を常に志向するものである」ことという2つの前提の下では、「蓋然性 (確率) の優劣を基準とする司法システム [が]、長い目で見れば、最も誤判の危険が少ない」ことが、証拠の優越という証明度が最適の証明度とされる理由であるといわれる<sup>33)</sup>。

次に、②「明白かつ説得的な証明」とは、「どちらかといえばかなりありうる (much-more-likely-than-not)」程度の証明を求めるものである。この基準は、「特殊な状況下における特定の争点に適用される」ものであり、中間的な証明度とされている<sup>34)</sup>。その証明度は、「証拠の優越」より高く、「陪審が主張事実を高度に蓋然性がある (highly probable) と思った状態」と定義されることがある<sup>35)</sup>。

最後に、③「合理的な疑いを超える証明」とは、「事実上の確実性 (virtual-certainty)」が認められる証明を意味し、刑事訴訟における原則的証明度とされる。これは、「蓋然性 (確率) の目盛りに

<sup>29)</sup> 同『民事訴訟法〔第8版〕』(有斐閣、2023年)382-383頁脚注200)、同ほか座談会・前掲注22)17頁〔伊藤(眞)発言〕。さらに、三木・前掲注19)435、438-451頁も参照。

<sup>30)</sup> ケヴィン M. クラーモント(三木浩一訳)「民事訴訟の証明度における日米比較」大村雅彦=三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』(商事法務、2006年)147-150頁、小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』(弘文堂、1996年)209-213頁、同『新証拠法〔第2版〕』(弘文堂、2003年)71-72頁を参照。See also JAMES BRADLEY THAYER, A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW, at 336-339 (1898).

<sup>31)</sup> クラーモント・前掲注30)148頁。

<sup>32)</sup> 小林・前掲注30)・新証拠法72頁。

<sup>33)</sup> クラーモント・前掲注30)151頁(□内筆者)。浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第3版〕』(弘文堂、2016年)144-151頁も参照。

<sup>34)</sup> クラーモント・前掲注30)148頁。「特殊な状況下における特定の争点」としては、例えば、親権の剥奪、詐欺、不当威圧、滅失した証書や遺言書の内容、口頭の贈与や契約などとされる。小林・前掲注30)・アメリカ民事訴訟法210頁も参照。

<sup>35)</sup> 小林・前掲注30)・新証拠法72頁。

おける上限」とされており<sup>36)</sup>、「全証拠を比較検討した後に、陪審員が有罪の真実〔について〕道徳的な確実さ (moral certainty) に達した確信を持つに至った状態」と定義されることがある<sup>37)</sup>。ここでいう「道徳的な確実さ」とは、17世紀の認識論における概念をそのまま使用したものであり、法律的特殊概念ではない。そのため、17世紀の認識論における理解から、「判断者が主題となる対象を直接知覚せず、証言等の媒体から得られるようなもので、そのような事が必ず起こるといえることは言えないが、偏見無く判断する者ならば誰でもそれが起こる事に合意するような性質のもの」といわれる<sup>38)</sup>。なお、「証拠の優越」に関して前述したこととの対比から、「合理的な疑いを超える証明」のように証明度を高くすることの理由は、証明度を高くすると「確かに全件数に対する誤答率は高まってしまふけれども、真犯人である被告人を無罪とする誤答 (false negative) を多く増やす代わりに、無実の被告人を有罪とする誤答 (false positive) をわずかながら少なくする効果を生ずる」ため、「誤りの種類に価値の序列をつけ」ていることにあるとされる<sup>39)</sup>。

### 第3款 証明度の有限性

証明度は、訴訟法学において活発に議論されてきた問題であり、本稿は、その訴訟法における知見を違憲審査に適用しようとするものであるため、ここでは、違憲審査における「論証度」を検討するという本稿の課題に沿う形で、証明度を整理するにとどめる。

まず、証明度は、客観的な「蓋然性」と主観的な「確信」という2つの観点で語られていた。この点については、主観的な「確信」を強調すると裁判官の恣意が判断に反映されてしまうという問題が生じる反面、客観的な「蓋然性」を用いて証明がなされたといえるための手続要件を客観化しようとしても、その客観化した要件を充たすか否かの判断を人間 (裁判官) が行う以上、何らかの主観を排除することはできないという問題があるのではないかと推察される。結局、この2つの観点を上手く組み合わせ、可能な限り恣意的だといわれないような証明度を構築することが目指されているものと受け止めておきたい。

次に、このような証明度の客観的な側面に関連して、前述したように「蓋然性」が確率で表記されることがあった。例えば、刑事訴訟における「合理的な疑いを超える証明」には90%程度の確実さが必要とされ、民事訴訟における「高度の蓋然性」は7、80%以上の確からしさを必要とする。他方、「証拠の優越」であれば心証が50%を超えればよいとか、「相当程度の蓋然性」(優越的蓋然性)があるといえるためには60%程度の蓋然性が求められるというような表記である。これらについては、数値自体は客観的であるといえるかもしれないが、裁判官の現実の心証を数値化することは不可能であることから、ここでいう確率表記は比喩的表現にすぎないと解されていることを付記

<sup>36)</sup> クラーモント・前掲注30)148頁。

<sup>37)</sup> 小林・前掲注30)・新証拠法72頁(□内筆者)。

<sup>38)</sup> 中川・前掲注18)202頁。この用語は、陪審を誤らせる可能性が高いとして批判が強いものの、それに代わる適切な表現もないと解されているようである。同203-207頁を参照。

<sup>39)</sup> 浅香・前掲注33)150頁。



しておく<sup>40)</sup>。

さらに、日本法とアメリカ法の証明度の対応関係について、①日本の刑事訴訟における原則的証明度としての「高度な蓋然性」はアメリカ法にいう㉓「合理的な疑いを超える証明」といい換えられているし、日本の民事訴訟で語られる③「証拠の優越」もアメリカ法にいう㉑「証拠の優越」に由来するものであるから、この2組が日米で対応していることは明らかである。他方、④「相当程度の蓋然性」(優越的蓋然性)は、③「証拠の優越」を修正したものであるからそれと類似しているであろうが、五分五分を超えればよいという意味ではなく60%程度の蓋然性が求められる点で、日本独自のものということになるかもしれない。残ったのが、②日本の民事訴訟における原則的証明度としての「高度の蓋然性」とアメリカの民事訴訟において特殊な状況下での特定の争点に適用される㉒「明白かつ説得的な証明」である。この2つの関係について、『明白かつ説得的な証明』は、なお基本的には高度な蓋然性であり、『合理的な疑いをいれない証明』よりも低い証明度であることを強調することに主眼があると思われるから、②日本の民事訴訟における「高度の蓋然性」と㉒「明白かつ説得的な証明」の「差異はそれほどではないかもしれない」とされていることからすれば<sup>41)</sup>、ほぼ相当するものと解して問題はないと思われる。以上より、日米で現在提示されている証明度としては、程度の高い方から、①日本の刑事訴訟における「高度な蓋然性」=㉓「合理的な疑いを超える証明」>②日本の民事訴訟における「高度の蓋然性」=㉒「明白かつ説得的な証明」>④「相当程度の蓋然性」(優越的蓋然性)>③「証拠の優越」=㉑「証拠の優越」の4種類があるということになる。

最後に、証明度の数に関して、証明度が確率で表記されるのであれば、理論的には無数に観念することが可能なはずである。しかし現実には、裁判官の現実の心証を数値化することが不可能であることから、1%ごとに心証を区別することは非現実的なものとなり<sup>42)</sup>、証明度はある程度類型的に観念されている。その結果が、前述のような4種類の証明度になっているのだと考えられる。さらに、③「証拠の優越」や④「相当程度の蓋然性」(優越的蓋然性)は、わが国の裁判実務で一般に採用されているわけではない。また、原則的証明度からの引下げについても、証明度の「変更が裁判官の恣意的判断にならないように十分に注意をして、法的安定性を害しないようにすることが非常に重要である」ので、「厳格な基準の下に、どうしても必要な事案に限って」認められるにすぎないとするのが<sup>43)</sup>、わが国の裁判実務での一般的理解のようである。それゆえ、訴訟法学においては、理論上認められうるものを含めると証明度の数は前述の4種類となるが、実務的な運用を視野

<sup>40)</sup> 三木・前掲注19)434頁、伊藤(滋)・前掲注18)171-172頁を参照。

<sup>41)</sup> 加藤・前掲注10)129頁。小林・前掲注30)・新証拠法76頁は、日本法の文脈において、「刑事訴訟では『合理的な疑いをいれない証明』が要求され、民事訴訟では原則としてそれより低い高度な蓋然性、すなわち『明白かつ説得的な証明』が要求される」としている(傍点筆者)。三木・前掲注19)436頁注23)も参照。

<sup>42)</sup> 少し文脈は異なるものの、田村・前掲注27)1950-1951頁を参照。

<sup>43)</sup> 伊藤(滋)・前掲注18)205頁。原則的証明度からの引下げについては、同201-206頁、加藤・前掲注10)144-149頁、同・前掲注18)58-62頁を参照。

に入れるとそれよりさらに限られてくる。そうだとすれば、以下で検討していく違憲審査における「論証度」も、このような訴訟法における証明度を基本に据えて考えていくことになる。

## 第2節 違憲審査における「論証度」

裁判所による違憲審査も訴訟の中でなされ、客観的証明責任を類比させた「論証責任」が妥当するとされるならば、論証がなされたといえるための手続要件として、「論証度」が必要となるはずである。そして「論証責任」が、立法事実の存否（立法事実命題の当否）に関して観念されるとするのであれば、「論証度」は、厳密にいうと、立法事実の存否（立法事実命題の当否）に関して裁判官が抱く確信の程度として観念されることになろう（前稿第1章第3節第2款（2）を参照）。さらに「論証責任」が、仮に憲法適合性に関しても機能しうるとするのであれば（前稿第2章第2節を参照）、「論証度」は、憲法適合性に関して裁判官が抱く確信の程度としても観念されるということになる。

しかし、そもそもわが国での従来の議論は、違憲審査において証明責任が妥当するか否かに関してなされるのが中心で、求められる確信の程度に関する議論はこれまであまり見当たらなかった。証明責任の当否に関する議論が、違憲審査における手続的基準全体の当否を含意することからすれば、当然のことであったかもしれない。ただ、理論的に不十分な点があるとはいえ、違憲審査においても「論証責任」を観念することが可能であると解されつつある現在においては、「論証度」に関する議論も進めなければ、「論証責任」の意義が半減してしまう。というのも、論証責任が、真偽不明（ノン・リケット）の場合の基準としての客観的証明責任を類比させたものとして観念されることに鑑みると、立法事実の存否（立法事実命題の当否）が不明になるのは、その存否（その当否）に関する心証が論証度を超えなかった場合であるということの意味するのであり、その論証度が不明確であれば判断不能（ノン・リケット）がどのような場合に生じるのかもまた不明確になるからである。さらには、たとえ法的判断について「論証責任」を観念することを認めないとしても、法的判断を行うには裁判官の心証が確信に至ることを必要とする立場があるので（前稿第2章第1節第1款（2）（ウ）を参照）、その意味でも、「論証度」に関する議論は進めなければならぬ。

そこで本節では、「論証度」に関するわが国の議論が少ないことを確認した上で（第1款）、黙示的ながら存在するアメリカの議論を検討することで、原則的論証度としてどの程度のものを設定すべきかを模索する（第2款）。そして最後に、「論証度」を段階化することの適否を探っていきたい（第3款）<sup>44)</sup>。

<sup>44)</sup> 本来であれば、学説だけでなく判例をも検討対象とすべきであるが、論証度については、日米を問わず判例の中で明示的に言及されることがほとんどなく、分析手法が確立していない。そのため、現時点で判例から論証度を網羅的に抽出するのは困難だと考えられるので、本稿はあくまで理論的な検討にとどまるという点を付言しておく。アメリカの判例における論証度の一端については御幸・前掲注7)37-38頁を、日本の判例における論証度の一端については後掲注118)を参照。

## 第1款 日本における議論の過少

ここでもやはり、違憲審査における「論証度」に関する議論の萌芽は、芦部信喜の主張に見て取ることが可能である。前稿で述べたように（前稿第1章第2節第1款（1）を参照）、違憲審査における事実問題の重要性を指摘した後、芦部は、「基礎にある事実問題が立法の合憲性を条件づける」とすれば<sup>45)</sup>、「議会の価値判断に合理的な事実の基礎が欠けている場合には合憲性推定の原則が支配しない」としている。そして、後述するJames B. Thayerの「明白性の原則」によれば<sup>46)</sup>、合理的な疑いがあるとき合憲性は推定されなくなるが、そこでいう「合理的な疑いとは、『注意深く自己の能力を問題に適用した有能で十分教育ある人の精神から容易に去らないような合理的な疑い』をい」とされる<sup>47)</sup>。

これらを踏まえて、「裁判所が、合憲性推定の原則を排除する『合理的な疑い』があるかどうかを決定するためには、不可避免的に相争うもろもろの利益を衡量しなければならない」が、仮にThayerの明白性の原則が、「違憲判決を下すためには裁判官は、『合理的な人間なら誰も違憲の判断に疑問をもつことはできない』との確信をもたなくてはならぬ、ということの意味するのだとすれば」、違憲審査は機能しえなくなると、芦部は述べる。そのため、ここでいう「合理的な疑い」とは、「そうした強い効果をもつものではな」く「事実問題の審査と利益衡量の結果えられる各裁判官の違憲性についての疑いであり、法的価値判断である」という<sup>48)</sup>。

こうして芦部が合憲性推定を覆すのに必要とする「合理的な疑い」という用語からは、刑事訴訟における原則的証明度としての「合理的な疑いを超える証明」にいう「合理的な疑い」が想起される。しかし、そのことを明言した箇所はみられない。しかも、芦部が、違憲審査で問題となる「合理的な疑い」について、合理的な人間がもつような疑いではなく各裁判官がもちうる疑いであり「利益(を)衡量」する必要があることを強調して、Thayerの明白性の原則のような「強い効果」を否定していることからすれば、もしかしたら刑事訴訟における原則的証明度より低いものを想定しているのかもしれない。そうだとすればこの延長線上において、内野正幸が、根拠を明確に示して

<sup>45)</sup> O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co., 282 U.S. 251, at 257 (1931).

<sup>46)</sup> Thayerの「明白性の原則」に関しては、本節第2款（1）を参照。

<sup>47)</sup> 芦部・前掲注3)134-135頁。

<sup>48)</sup> 同137頁（傍点ママ）。同357-358頁、芦部・前掲注1）・憲法学Ⅱ235-236頁も参照。

なお、Thayerのいう「合理的な疑い」に関して、「オールド・コート時代には裁判官自身の心の中で起こる疑いであると主観的に解され、要するに、裁判官が自分の心において、もしある法律が違憲だと疑いを明白に抱く場合には、他人がどう考えようと、その法律は憲法に違反すると宣言することが裁判官の義務であるとされていた」（主観的な理解）が、「1937年以後のニュー・コートでは、右の『合理的疑い』とは、合理的人間の抱く疑いというように変化」し、「ある自由を規制した法律は、もし合理的な人間がその制限は自由を侵さないと信ずることができるならば、裁判官は仮に主観的には違憲だと考えたとしても、法律を合憲と支持すると説かれるようになる」（客観的な理解）といわれている。向井久了「合憲性推定の原則」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第2巻』（有斐閣、1987年）57頁（傍点ママ）。芦部信喜『司法のあり方と人権』（東京大学出版会、1983年）5-8頁も参照。

はないものの、刑事裁判における立法事実の取扱いに関して、その顕出方法につき、「通常の証拠調べの手続も十分活用できるということができ、また、そこでは、厳格な証明は必要でなく自由な証明で足り」、論証度につき、「犯罪事実の立証の際に検察官側に要求される高い証明度が求められるわけではない」と指摘している点が目を引く<sup>49)</sup>。この指摘からすれば、内野は、違憲審査における論証度につき、少なくとも「合理的な疑いを超える証明」より低いものでよいと考えているといえよう。

また、巽智彦は、前稿で示したように規範的要件それ自体についての「論証責任」を語るのであれば、それは、「各種の評価根拠事実／障害事実を衡量した結果」、規範的要件の充足の有無に関する「心証が真偽不明ないしノン・リケットの状態に陥った場合」、すなわち充足・不充足どちらの心証も「50%の状態に陥った場合に、いずれの当事者に有利な判断を下すべきか」に関する「責任」として観念されることを前提とし<sup>50)</sup>、規範的要件の充足判断に関しては「論証度を50%に設定するというのが、民事訴訟法学においてこれまで想定されてきた規律なのではないか」と指摘している<sup>51)</sup>。

その上で、違憲審査において重要な地位を占める「合憲性推定の原則」に関して、合憲性推定は、「違憲性の下位要件（手段の合理性の欠如など）の論証責任（……）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」し、合憲性推定の排除は、「違憲性の下位要件の論証責任を、当該法律の合憲性を主張する側に負わせることを意味する」ところ、「この『推定』は論証度の増減という形で、段階的にもなされ得る」とし、「違憲性の下位要件の論証度を加重するならば、この『推定』は強化されるし、逆に論証度を軽減するならば、この『推定』は緩和される」と述べている。そしてこれは、明白性の原則が「目的達成のための手段の合理性の欠如が『明白である』ことを要求しているのは、合理性の欠如という規範的要件の論証度を加重するものと考えられる」し、「厳格な

<sup>49)</sup> 内野正幸「指紋押捺制度に対する憲法判断のあり方」法律時報57巻5号(1985年)34頁。

<sup>50)</sup> 巽・前掲注9)164頁。

<sup>51)</sup> 同162頁。加藤新太郎「民事訴訟における論証責任論」春日偉知郎先生古稀祝賀『現代民事手続法の課題』（信山社、2019年）51頁も同旨か。山本和彦「『論証責任論』に関する一考察」加藤新太郎先生古稀祝賀論文集『民事裁判の法理と実践』（弘文堂、2020年）210-211頁は、規範的要件一般に関する巽の指摘について、原則的論証度は「確かに法的評価の問題であるので、全力を挙げて裁判官は判断すべき要請があると解されるとすれば、基本的に妥当な評価といえる。ただ、この問題が、……裁判官のギリギリの判断を尊重するか、立法者の原則的姿勢を尊重するかのせめぎ合いであるとすれば、立法者の意思がどの程度ルールに表れているかなどによって、論証度が規範ごとに異なってくる可能性はなおあろう」としている。

他方、伊藤滋夫『要件事実論の総合的展開——その汎用性を説き論証責任論に及ぶ』（日本評論社、2022年）322-324頁は、民事訴訟の事実判断における原則的証明度を示したと一般に考えられているルンバル事件上告審判決・前掲注16)で問題となった「因果関係の存否の判断の性質は法的判断と考えるのが正しいのであるから、同事件における必要な確からしさの程度についての判示は、一般に考えられているのとは異なり、法的判断についての確からしさの程度について判示をしているのだと考える」とすると、法的判断における原則的論証度としても、高度の蓋然性説（前掲注26)を付した本文を参照）が妥当すると考えることは、「さほど突飛な考え方ではない、といえるかもしれない」とする。ただし、同329頁脚注76)は、自分たちが専門とする法的判断について、裁判官は、比較的容易に確からしいと感じるかもしれないため、法的判断における原則的論証度を70～80%の確からしさの程度とってよいかに関し、留保している。

合理性の基準が目的と手段の『実質的な』関連性を要求しているのは、関連性の欠如という規範的要件の論証度を軽減するものと考えられる」ことに表れているという<sup>52)</sup>。

管見の限り、違憲審査における「論証度」に関する日本での明示的な議論は、概ねこの程度に限られ、ほとんどなされてこなかった。しかしそこからでも、違憲審査における「論証度」は、「合憲性推定」が「論証責任」の原則とされうることを前提に（芦部、前稿第2章第2節第1款も参照）、刑事訴訟における原則的証明度かそれより低いものかから議論が始められ（芦部、内野）、しかも、審査基準の変動とともに段階化しうると想定されてきた（巽）ことが看取されるように思われる。

## 第2款 原則的論証度としての「合理的な疑いを超える論証」

(1) James B. Thayer——「明白性の原則」 前款でみたように、違憲審査における論証度を考える上で出発点をなしたのが「合憲性推定の原則」であるが、その合憲性推定の原則の理論的支柱になったのがJames B. Thayerの「明白性の原則」である。

(a) Thayerは、違憲審査における「裁判所の職務は、2つの契約や2つの法律が抵触している」とされている場合に解釈され比較されるように、2つの文書を解釈し一方を他方と比較した上で、それぞれの真の意味を宣言し、相互に矛盾する場合には上位規範 (superior obligation) としての憲法を実施するという単純かつ簡単な機能——……通常の慎ましやかな司法的職務——である」という。しかし、「この表現では、容易に、立法府の判断を誤った形で無視することになってしまう」、つまり、「立法府の判断を〔裁判所の〕判断の根拠として直接機能させることを拒否するだけでなく、そもそも立法府の判断を考慮することを拒否することにもなってしまう」ため、「法律家の厳格さと政治家の視野の広さとの結びつきが見落とされている」と指摘している<sup>53)</sup>。ここには、違憲審査において裁判所と議会との関係性を考慮することの必要性が示されている。

その関係性を踏まえて、裁判所は、「立法府は憲法の下で委任され制限された権限しか有していないという非常に単純な根拠に基づいて」、違憲審査権を行使し始める。このとき、「このような制限は、実効的なものであるために、完全に法的なものとしてみなされなければならない」が、「そのような制限は、裁判所が解釈し適用しなければならない」が、「このような単純な指針は、非常に重大な執行のルール (rule of administration) によって補完されていた」とする<sup>54)</sup>。

(b) そこで次に、Thayerは、「裁判所が法律を無視することはできるのか」と問い、「全く当然のこととしては——公正かつ真正な解釈によれば当該法は違憲であると結論づけたという理由だけでは——、これはできない」が、「法を制定する権限を有する者が単に誤りを犯しただけでなく、非常に明白な (very clear) ——合理的な疑いの余地がない (not open to rational question) ほどに明白な——誤りを犯した場合にのみ、裁判所は、法律を無視することができるのである」とい

<sup>52)</sup> 巽・前掲注7)23-24頁。

<sup>53)</sup> James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, at 138 (1893) (□内筆者)。

<sup>54)</sup> *Id.* at 138, 139-140.

う<sup>55)</sup>。これが、「明白性の原則」と呼ばれる「執行のルール」である<sup>56)</sup>。このようにThayerは、前述した裁判所の職務に対する理解を前提に、裁判所は「明白性の原則」という「執行のルール」に基づいて違憲審査権を行使すべきだと考えている<sup>57)</sup>。そして、この「明白性の原則」は、「裁判所が立法府の法律を扱う際の義務の基準 (standard of duty) であって、裁判所が適用するテスト (test) であり、「大きく複雑で常に広がる統治上の必要性に鑑みると、一部の者には違憲と思われるものの多くが他の者には合理的にそうと思われなくてもいいかもしれないということ、憲法にはしばしば様々な解釈の余地があるということ、選択や判断にはしばしば幅があるということ、そのような場合、憲法は、立法府に対して何らかの特定の意見を押しつけているのではなく、この選択の幅を開かれたままにしているということ、そして、いかなる選択であっても合理的であれば合憲であるということ」を認めている」とされる<sup>58)</sup>。

このようなThayerの見解において、「裁判所の機能は、合理的な立法行為の外在的な限界——……一般的な立法権が憲法の禁止に違反したり認められている限界を越えたりしなければ進むことのできない境界線——を確立することではしかない」。そして、立法府が合理的に考えうることに関する前述のようなテストを裁判所が適用する際には、「美德、分別及び十分な知識が常に立法府にあるということが、実際のところ慎重に思い出されなければならない」。裁判所が立法府の法律を審査する際の問題は、「単に、我々がしばしば実際に我々の立法部門でみるような者、つまり、無知で従順でなく思考力がなく無責任で適性がないかもしれない者は何を合理的に行うことができるのかということではなく、有能で十分に教養があり聡明かつ慎重で公共目的にだけ専念しており自己統治している人民を代表するのに適した者……は何を合理的に考えたり行ったりすることができるのか、何がそのような者にとっての許される見解なのかということである」。それゆえ、「我々の裁判官が語る合理的な疑い (reasonable doubt) とは、慎重に自身の能力をその問題に適用したとしても、有能で十分に教養がある者の頭に残る合理的な疑いであり、「我々が語っている合理的に容認可能な意見とは、このような者にとって合理的に可能な意見なのである」という。そうしたことから、「明白性の原則」が立法府の法律を審査するにあたって宣言される理由は、「同格の部門の職務を修正しているのだから、消極的にさえ立法を引き受けてはならない」ということと、「立法を無効にすることの帰結が非常に深刻になるかもしれないのだから、事案が非常に明白でない限り、裁判所は、権限を行使してはならない」ということの両方にあるとされている<sup>59)</sup>。

以上のような意味で、違憲審査における「究極的な問題は、何が憲法の真の意味かではなく、立法が維持できるか否かである」ので、「裁判官にとっての問題は、賛成の理由と反対の理由のどち

<sup>55)</sup> *Id.* at 144 (傍点筆者)。

<sup>56)</sup> Thayerの「明白性の原則」については、拙著・前掲注2)288頁脚注614)とそこに掲げた文献も参照。

<sup>57)</sup> 大林文敏『アメリカ連邦最高裁の新しい役割』(新評論、1997年)175-180頁、岸野薫「ジェイムズ・セイヤーの司法抑制論と違憲審査基準」香川法学42巻2号(2022年)187-198頁を参照。

<sup>58)</sup> Thayer, *supra* note 53, at 144.

<sup>59)</sup> *Id.* at 148-150.

らが単純優位であるかに関するものではなく、何が非常に明白 (very plain and clear) であるか——合理的な疑いを超えて明らかであるか——に関するものであるという裁判官の絶え間ない宣言……は、現実には、立法の合憲性を支持する判決が憲法の真の解釈に関する裁判官独自の意見を当然のように意味するわけではなく、法律が合憲だと判断される場合、裁判官の言葉の厳格な意味は……合理的な疑いを超えるほどに違憲であるわけではないにすぎないということを確認として表したものである」と述べている<sup>60)</sup>。

(c) こうして、Thayerの「明白性の原則」は、違憲の疑いが合理的な疑いを超えるほどに明白である場合にのみ、裁判所は当該法律を違憲と宣言することができるという考え方だと定式化されることになる。この「明白性の原則」については、「立証責任理論における説得の程度に関する『合理的な疑い (beyond reasonable doubt)』の定式を、違憲審査に応用したものであることは明らかである」との指摘があるように<sup>61)</sup>、刑事訴訟における原則的証明度を想起させる定式となっていることに注目したい。

実際、Thayerは、憲法の専門家であるだけでなく証拠法の専門家でもあり、陪審の評決を覆すための申立てにおいて事実審裁判所が採用すべき基準に関するイギリスの事件を議論した上で、これらの事件と法律の憲法適合性に関する連邦最高裁判所の審理とを類比して、それぞれの事例で同じ基準を適用すべきだということをかねてより主張していたといわれる<sup>62)</sup>。そこにおいて、Thayerは、「司法府は、消極的にさえ、立法機能を果たしてはならない」ので、「非常に明白な場合 (very plain case) でない限り、裁判所は法を違憲と宣言すべきではないということがかなり一様に示されており、これと同じくらい強くいわれているのが、すなわち、合理的な疑いを超えて (beyond a reasonable doubt) その事柄は明白でなければならないということである」とすでに述べていた。しかもその際、司法府の正確な役割は、「合衆国憲法の真の解釈を宣言するというものではなく、別の部門が不合理 (unreasonably) に行為したか否かを判断するというものである」。「憲法が何を許容しているかについて、司法府と立法府の結論が異なるならば、ほとんどの場合、司法府はその事項について最終的に判断することが認められるべきである」が、「立法府の行為の憲法適合性を判断する際、裁判所は、立法権の正しい見解は何かではなく、合衆国憲法の下で容認される見解は何かを考察するよう求められている」ため、合衆国憲法が「2つの見解を容認しているのであれば、立法府は、その2つの見解の間での選択権を奪われるべきではない」ということにも言及していたのである<sup>63)</sup>。

その後、Thayerは、証拠法に関する文献の中で、「特定の推定に反することが合理的な疑いを超

<sup>60)</sup> *Id.* at 150-151 (emphasis omitted) (傍点筆者)。

<sup>61)</sup> 原・前掲注5)201頁。岸野・前掲注57)203頁も参照。See also GARY LAWSON AND GUY I. SEIDMAN, DEFERENCE: THE LEGAL CONCEPT AND THE LEGAL PRACTICE at 41-42 (2020).

<sup>62)</sup> Jay Hook, *A Brief Life of James Bradley Thayer*, 88 NW. U. L. REV. 1, at 5 (1993).

<sup>63)</sup> James B. Thayer, *Constitutionality of Legislation: The Precise Question for a Court*, 38 NATION 314, at 314 (1884) (emphasis omitted).

えて証明されなければならないと解釈する場合……、推定のルールに何か——つまり、当該推定を覆すのに……必要とされる証拠の量に関する別のルール——が付加されていることを認識すべきである」と指摘している<sup>64)</sup>。そしてこのThayerの指摘は、「適切にも、推定とそれを覆すのに必要となる主張や証拠の重さを区別している」ため、「ある当事者に有利な推定は、証明責任を分配しているだけであり、その責任の重さ (weight of that burden) は、推定に『追加される』別個の二次的なルールである」と評されている<sup>65)</sup>。

以上のことを念頭に置くと、「合憲性推定の原則」と「明白性の原則」は密接に関連してはいるものの別個のルールであり、Thayerの「明白性の原則」は、「合憲性推定の原則」という「推定のルール」を前提として、「推定を覆すのに……必要とされる証拠の量」に関するルール、つまり、「論証度」に関するルールの1つであると位置づけられ、それは、刑事訴訟における原則的証明度としての「合理的な疑いを超える証明」に相当するものであったと整理することができる。したがってアメリカでは、違憲審査における原則的論証度として「合理的な疑いを超える論証」<sup>66)</sup> が想定されてきたといえるであろう。

(2) James B. Thayerへの批判——厳格すぎる論証度？ 以上のようなThayerの「明白性の原則」に対して、現在では様々な評価がなされているが、一般的に言えば、違憲審査における論証度としては厳格すぎるのではないか (合憲性推定の程度が強すぎるのではないか) という傾向で受け止められている。そこで以下では、Thayerの「明白性の原則」が現代のアメリカにおいてどのように受け止められているのかを具体的にみていくことにする。

(ア) Richard A. Posner Thayerの見解が様々な裁判官に受け継がれていくがその後衰退していった軌跡を辿っていく中で、Posnerはまず、「Thayerの考え方にとって中心的なのは、単に正しくない (incorrect) ものと、不合理 (unreasonable) なもの、つまり明らかに誤っているもの (clearly erroneous) や裁量権の濫用との区別であった」とする。その上で、「法律は、その違憲性が『合理的な疑い (rational question) の余地がないほどに明白 (clear)』である場合に限り無効にされるべきである」というThayerの「明白性の原則」は、「明らかな誤りや不合理性よりもはるかに厳格な基準である」と評し、「[明白性の原則を] 採用すれば、なぜそもそも法律が違憲と宣言されるのかを説明することができない」と説くのである<sup>67)</sup>。

Posner自身はその理由を明示的に説明していないが、その理由については、以下のように推論されている。つまり、仮に上訴裁判所裁判官が「その違憲性に関する合理的な疑い (reasonable

<sup>64)</sup> THAYER, *supra* note 30, at 336-337 (傍点筆者)。

<sup>65)</sup> Matthew J. Franck, *James Bradley Thayer and the Presumption of Constitutionality: A Strange Posthumous Career*, 8 AM. POL. THOUGHT 393, at 407-408 (2019)。

<sup>66)</sup> 論証度を表す際には、証明度と区別するため、「証明」ではなく「論証」という用語を当てることにしたい。

<sup>67)</sup> Richard A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, 100 CALIF. L. REV. 519, at 522-523 (2012) (quoting Thayer, *supra* note 53, at 144) ([ ] 内筆者)。本稿に関しては、戸松秀典「論文紹介」[2013-2] アメリカ法329頁以下を参照。



doubt) はないと信じて、ある法律を無効にするよう票を投じたいと考えている」場合、「その裁判官は、この事件は判断が分かれるだろう——同僚裁判官の中にその法律は合理的な疑いテストを耐えると考える者がいる——ということを想起」し、「自身とは考え方が異なる大いに合理的な専門家がいて知っているということに基づいて自身の投票を変更すべきか」と問うだろう。そのとき、Thayerによれば、合理的な疑いとは、「慎重に自身の能力をその問題に適用する、有能で十分に教養がある者の頭に残る」ものであり、「同僚裁判官は恐らく、そのような有能な人物であろう」ことからすると、「法律の合憲性を否定する判断は、全員一致でなければするべきではない」となるように思われるということである<sup>68)</sup>。

こうした推論により、Thayerは、違憲性の論証が「合理的な疑いを超える」よう要求することで、違憲判断が合議体全員一致の判断であることを求め、論証責任を過度に重いものにしたと、Posnerは批判していると理解されているようである。

(イ) **Matthew J. Franck** Thayerの「明白性の原則」は厳格にすぎるというPosnerのこの批判に対し、Franckは、刑事訴訟における陪審評決では「合理的な疑いの基準」が全員一致制の下で運用されていることを類比しながら、Thayerの「明白性の原則」はそれほど厳格なものではないと反論する。

曰く、前述のように敷衍されたPosnerの批判に関する推論を前提にしたとしても、憲法判断に関する「合理的な疑いの基準 (reasonable doubt standard)」の下において、自身の判断を他者の判断に明け渡すということは義務になっていない。いい換えれば、他者が合理的な疑いを抱き続けているとしても、ある者が合理的な疑いを超えた確信をもっているということは、単純多数決であれ全員一致ルールであれ、ある者が他者を合理的でないと考えているということにはならず、必ずしも厳密でなく恐らく定性的である評価に関して、意見が一致していないということを意味するだけであって、それ以上ではないのである。そして、このような憲法判断に関する「合理的な疑いの基準」は、高次法と低次権限との間の「明白な矛盾 (manifest contradiction)」という英米法の伝統的な観念へと遡ることができる<sup>69)</sup>と結論づけている。

そうだとすれば、憲法判断に関する「合理的な疑いの基準」は、刑事訴訟における陪審評決と同様に合議体全員一致の判断であることを求めているとしても、裁判官個人の判断基準であるし英米法の伝統から乖離するものではないと考えられる以上、無理難題を提示するほどに厳格なものではないということ、Franckはいわんとしているのだと解される。

(ウ) **Christopher R. Green** また、Greenは、建国初期の州憲法に基づく合憲性推定に焦点を当てて、その論証度を検討している。

<sup>68)</sup> Franck, *supra* note 65, at 410. ここでは、合理的な疑いに関する客観的な理解 (前掲注48) を参照) が前提とされているように思われる。

<sup>69)</sup> *Id.* at 410–411. ここでは、合理的な疑いに関する主観的な理解 (前掲注48) を参照) が前提とされているように思われる。

(a) 現代において、証明度を表す「明白かつ説得的な証拠 (clear-and-convincing evidence)」と「合理的な疑いを超える証明 (proof beyond reasonable doubt)」との間の区別は自明のものと考えられており、通常、「合理的な疑いを超える証明」の定式の方がより古いと考えられている。しかし、Greenによれば、「その区別も合理的な疑いの先在性の前提も、少なくとも合憲性推定の文脈においては、誤って」おり、「合憲性推定に関する明白性の定式 (Clarity formulations)の方が、合理的な疑いの定式よりも一般に早く、場合によってははるかに早い」という<sup>70)</sup>。

(b) そして、当初「明白性」と「合理的な疑いを超える証明」という2つの定式は同義であったと考えるべきであるとし、その理由としていくつかのことが指摘されている<sup>71)</sup>。第1の理由は、その2つの定式を明示的に区別している事例がほとんど存在しないことである。2つ目は、7つの州がその2つの定式をまさに同じ事例で初めて採用したので<sup>72)</sup>、その2つの定式が1つの尺度を表しているのは明らかだということである。第3に、合理的な疑いの定式を初めて採用したのが最初期である事例はすべて<sup>73)</sup>、その定式は多くの以前の事例ですでに採用されているとしているため、その2つの定式は、先例上互換的であるように思われた。第4の理由は、かなり以前に合理的な疑いの定式を採用していたある州では<sup>74)</sup>、合理的な疑いの定式を採用している事例を引用するだけで明白性の定式を採用しているという点でも、その2つの定式は、先例上互換的であるように思われることであった。そして特に第3点目に関して、「このような主張は、その2つの基準を区別する現代法の理解で解釈すると、明らかに誤っている——し、さらに、容易に論破できる」が、「合理的な疑いを超える証明はより高度な基準ではなく明白性の要件を詳細に説明したものだ」と捉えれば、このような言説は完全に筋が通っている」と、Greenは述べる。さらには、最後の5つ目の理由として、「明白性が背景的前提として捉えられ、合理的な疑いが明白性を説明し詳述するために用いられている」という形で、刑事手続における合理的な疑いのルールを採用も、全く同じ動向を示していることが挙げられている。つまり、『「明白かつ真に確信している (clearly and truly convinced)」』ということが、『合理的な疑い』がないということであり、「この推論が刑事法における合理的な疑いという証明度を最初に生み出したのであれば、合憲性推定の場合における言葉の上での名称が後に変遷する際にこの推論が作用していた可能性は、かなり高いように思われる」ということである。

<sup>70)</sup> Christopher R. Green, *Clarity and Reasonable Doubt in Early State-Constitutional Judicial Review*, 57 S. TEX. L. REV. 169, at 183-184 (2015).

<sup>71)</sup> *Id.* at 184-188.

<sup>72)</sup> この7つの州とは、New York州 (1846年)、Arkansas州 (1851年)、Florida州 (1856年)、Michigan州 (1858年)、Rhode Island州 (1889年)、Idaho州 (1891年)、Utah州 (1908年) のことである (なお、括弧内は、各州において、その2つの定式が初めて採用された年である)。 *Id.* at 183.

<sup>73)</sup> この合理的な疑いの定式を初めて採用したのが最初期である事例とは、Commonwealth *ex rel.* O'Hara v. Smith, 4 Binn. 117 (Pa. 1811)、Ogden v. Saunders, 25 U.S. 213 (1827)、*In re* Wellington, 33 Mass. (16 Pick.) 87 (1834) のことである。Green, *supra* note 70, at 186.

<sup>74)</sup> このある州とは、New Hampshire州 (1859年) のことである (なお、括弧内は、合理的な疑いの定式を採用した年である)。Green, *supra* note 70, at 186.

この理由には、合憲性推定においても刑事手続においても、明白性の定式が先に存在し、それが合理的な疑いの定式に変化していったという歴史的経緯が示唆されている。

こうして、Greenは、「合憲性推定に関する最初期の州の事例は実際には、その2つの定式を全く区別しておらず、同じルール別の表現定式として、その2つの定式を捉えているにすぎないと考えるべき」であり、「合理的な疑いを超える程度の違憲性の論証は、一般的にはより以前から存在した明白性の要件を詳細に説明したものとして生まれたのである」と結論づけている<sup>75)</sup>。要するに、Greenは、少なくとも建国期の州憲法に基づく司法審査の文脈において合憲性推定の初期設定値は「明白性の要件」であり、それが後に「合理的な疑いを超える証明」と呼ばれるようになったと考えていることが読み取れよう。

(c) 以上を整理し敷衍しておくとして、現代でいうところの「合理的な疑いを超える証明」を要求するThayerの「明白性の原則」は、少なくとも建国期の州憲法に基づく司法審査の文脈では、合憲性推定の原則的論証度の理解として厳格すぎるものであり、それより緩やかな「明白性の要件」こそが合憲性推定の原則的論証度として相応しいものであると、Greenは考えているように思われる。というのも、ここでGreenのいう「明白性の要件」がどの程度の論証度を意味するかは明確にされていないが、Greenの議論の出発点と用語法からすると、Greenは、「明白性の要件」を現代でいうところの「明白かつ説得的な証拠」に相当するものと考えているようだからである。したがって、Greenの主張の要点は、少なくとも建国期の州憲法下では、現代でいうところの「明白かつ説得的な証拠」が合憲性推定の原則的論証度とされていたのだから、より厳格な論証度として位置づけられる現代でいうところの「合理的な疑いを超える証明」を要求するThayerの「明白性の原則」は厳格すぎると指摘することにあると推察されよう。

(工) John O. McGinnis さらに、原意主義的な司法審査理論を志向するMcGinnisによれば、「原意主義者は、立法を無効にする前に明白な憲法違反 (clear violation of the Constitution) を要求するべきである」(明白性の義務)が、「原意主義者は、裁判官が憲法の正確な意味を明らかにするのに利用可能である十分な明確化方法 (methods of clarification) を利用することも要求するべきである」(明確化の義務)とされ、これら2つの「明白性と明確化の義務 (the obligations of clarity and clarification) はともに、裁判所の義務——憲法3条の下で付与される司法権の一側面である義務——に由来するものである」といわれる<sup>76)</sup>。そして、司法審査の本質に関する建国期の言説から、明白性の義務は、「憲法は、その意味が明白である場合にのみ、立法を無効にするべきである」という、立法を代置する際に要求される確信の基準のことであり、明確化の義務は、「意味を明らかにするために、あらゆる種類の資料を考慮するよう裁判所は積極的に試みる」べきであるという、判断を下す前に法に特有の明確化方法を考慮に入れる義務のことだとされている<sup>77)</sup>。

<sup>75)</sup> *Id.* at 171.

<sup>76)</sup> John O. McGinnis, *The Duty of Clarity*, 84 GEO. WASH. L. REV. 843, at 845 (2016).

<sup>77)</sup> *Id.* at 848, 849.

(a) ここで仮に、司法審査において明白性の義務は存在しないという非敬讓的な立場に立てば、「裁判官は、低次形式たる法律を代置するために、憲法を高次法として適用するだろう」から、「通常の証拠の優越の基準に従い、最善な形で解釈された憲法と抵触する場合には常に、法律が無効になるべきである」と考えるはずであるし、他方、憲法の文言上の明白性の欠如が敬讓のきっかけになるという Thayer のような立場に立てば、「明らかでない文言の範囲を判断することは、裁判官を主権者にしてしまう」ので、「条項の文面上明白性を欠いている場合には常に、裁判官は敬讓すべきである」と考えるはずである<sup>78)</sup>。それゆえ、裁判官が判断を代置するための確信の基準は、前者の立場であれば「証拠の優越 (Preponderance of evidence)」の基準によることになるし、後者の立場であれば Thayer がいうように「合理的な疑いを超える (Beyond reasonable doubt)」証明の基準によることになる。しかし、McGinnis は、原意主義者の立場では「明白性の義務 (Obligation of clarity)」によることになるというのである<sup>79)</sup>。

(b) 原意主義者の立場では明白性の義務によることになることとされる第1の理由は、以下のように説明される。つまり、「司法的明白性の義務という考え方は、政府行為に高次法を適用するイギリス法に根拠をもつ」ものであるが、そこでは、「法の中には、低次 (lesser) の義務をもつ法を代置することができるという意味で、高次 (higher) のものがあり」、「高次法に従うことが、司法的義務の一部」とであるとされていた。しかし、「高次法が低次の義務を代置するのは、矛盾が明白 (manifest) な場合だけであった」。その意味で、イギリス法の時点において「司法的明白性の義務はすでに、高次の義務で低次の義務を代置する過程の一部になっていた」のであり、「誤り (error) が明白 (manifest) である場合にのみ、別の政府行為の作用を代置する義務が発動される」ものであったからである<sup>80)</sup>。

第2に、「建国時の裁判官は、成文の文言の意味を発見するために複雑な法解釈論を適用していた」ので、「法〔解釈〕には、関連する様々な考慮事項に関する多くの知見を適用することが必要であった」。それは、その当時「法の意味は、発見されうるものであり、創られうるものではない」とされていたからである。そのため、「建国時の司法的明白性の義務を反映する行為は、法の意味を明らかにするために〔体系の一貫性などの〕諸原理を適用することと概して両立する」といわれる。要するに、明白性の義務の背景には、「たとえ憲法の文言がそれだけで捉えられると様々な解釈を許すものであるとしても、その当時の法学が、不確実性を低減させると考えられる精巧な解釈技術を生み出す」という慣行があったのである<sup>81)</sup>。

第3に、「建国期の法学界では、裁判官の解釈がよりよいということが明白である場合、裁判所の解明が立法者のそれに代置されるべきだ」と考えられていたが、それは、「このような明確化を

<sup>78)</sup> *Id.* at 846-847.

<sup>79)</sup> *Id.* at 849.

<sup>80)</sup> *Id.* at 868-869.

<sup>81)</sup> *Id.* at 871-872 (□ 内筆者).

行うための分別を有しているだけでなく、……優れた知識を有していることも多いのが、法律家である」と解されていたからであった<sup>82)</sup>。

第4の理由としては、建国期以来、「共和主義的な理論は、時を超えて憲法の意味を維持することを確保する裁判官の役割を特権化するだけでなく、裁判官の潜在的に党派的な性質を懸念して」きたところ、「明白な違反があると考えられる場合にのみ裁判官は立法を無効にするべきだ」という法理は、両方の関心を考慮に入れている」。そのため、この法理は、明白性をもたらすのに役立つ司法的解釈手法と結びつくと、法的手法の適用が法律の憲法適合性問題に明白性をもたらすことを確信しつつも、明白性が論証されえない場合には法律を支持するという裁判所の態度を創り出すということが挙げられている<sup>83)</sup>。

最後の5つ目は、連邦憲法制定前後の時期の連邦裁判所・州裁判所による判決などにおいても、「明白性の義務は、何世紀もの間意味を解明することを意図されてきた手法〔明確化方法〕を適用することで、当初は明らかでないように思われるかもしれない状況でさえ意味を発見するという大胆な慣行と共存していた」ことが、示されているからである。そのため、建国期において、「法律家は、意味は発見されるものだ」と信じていたし、制度上それを発見したり明らかにしたりする道具——文言を見ているだけでは残ったままの不確実性を低減させる情報に焦点を当てた道具——を有して」おり、様々な解釈準則を駆使することであらゆる考慮事項を衡量し、憲法の意味を明らかにすることが求められていたのだという<sup>84)</sup>。

(c) 結局、McGinnisのいう「明白性の義務」というのは、法の意味の解明に関する明確化の義務と表裏一体のものとして捉えられており、論証度として位置づけてよいのか、仮にそのように位置づけられるとしてどの程度の基準かは明示されていない。しかし、「証拠の優越」の基準でもなく「合理的な疑いを超える証明」の基準でもないとされていること、及び、前述したGreenの議論と同じく建国期（州だけでなく連邦も対象とされているが）にまで遡りながら「明白性」という用語に着目して議論していることに鑑みると、McGinnisのいう「明白性の義務」は、「明白かつ説得的な証明」の基準に相当するものと解することができようか。

(オ) Edward C. Dawson 他には、Thayerのいう「明白性の原則」を維持するものの、常にその基準によることは是としない立場も現れている。Dawsonは、「連邦最高裁判所は、連邦法律に有利に合憲性推定を適用する場合、可決の票差 (margin of passage) がより大きくなれば、法律に有利なより強い推定を明示的に適用し、最大級に極めて強固な、Thayer流の、合理的な疑いを超えることを求める敬讓 (beyond-rational-doubt deference) まで引き上げるべきだ」と主張し<sup>85)</sup>、

<sup>82)</sup> *Id.* at 874-875.

<sup>83)</sup> *Id.* at 878.

<sup>84)</sup> *Id.* at 902 (〔〕内筆者).

<sup>85)</sup> Edward C. Dawson, *Adjusting the Presumption of Constitutionality Based on Margin of Statutory Passage*, 16 U. PA. J. CONST. L. 97, at 115 (2013).

議会での表決の結果を違憲審査に反映しようとする。

(a) なぜならば、第1に、「可決の票差が大きくなればなるほど、当該法律を無効にすることでその意思が妨げられる（連邦議会において代表されているものとしての）人民の割合が大きくなる」し、「憲法の根底にある民主的原理に内在するのは、人民の意思を代表していることを理由に単純多数派（bare majority）は尊重されるべきであるという考え方だけでなく、より大きな多数派は人民の意思をより強く代表しより大きな影響力をもつに値するという考え方でもある」からだと言われる。つまり、「より大きな票差によって可決された法律に関しては、反民主的な懸念がより大きくなるので、連邦最高裁判所は、その票差がより大きくなるにつれて、より強く適用するよう合憲性推定を調整するべきである」のに対し、「法律が小さな票差で可決される場合、人民の意思はより曖昧になるので、立法府による人民の意思の表明を妨げることに関する懸念は弱くなる」ため、「合憲性推定はより弱くなるべきである」ということになる<sup>86)</sup>。

これに関連しては、可決のより大きな票差が、「当該法律は合憲であるという連邦議会による（そして、代表制であれば、人民自身による）より強い主張を反映している」ことに触れられている。つまり、「連邦議会は立法をする際に憲法を考慮しているので、連邦最高裁判所は、自身が可決した法律は合憲であるという連邦議会の信念（belief）にいくらかの敬讓を与えるべきだ」とすれば、「可決の票差がより大きいことは、連邦議会が当該法律は合憲であるという信念をより確信をもって（confidently）主張していることを示している」。したがって、「裁判所による合憲性推定は、連邦議会は立法の前に憲法適合性を検討するという自身の義務を履行して自身の能力を行使するだろうという前提に一部基づいているので、連邦裁判所は、連邦議会が当該法律の合憲性を支持していることがより明白である場合には、より強い合憲性推定を適用するべきである」ということにつながるという<sup>87)</sup>。

次に、第2の理由は、「より大きな多数派によって可決された法律はより優れた法であり、合憲でもある可能性が実際により高い」ということである。この理由は、「より大きな多数派は——立法そのものの質に関してであれその憲法適合性に関してであれ——正しい可能性がより高いという点に焦点を当てて」おり、より大きな多数派によって可決された法律は「憲法上の権利や憲法構造の限界に関する困難な問題を処理したり解決したりする方法において質がより高く正しい可能性がより高い」ために「特別多数決ルールはよりよい帰結をもたらす」という認識と、「多数派の規模がより大きくなるにつれて、立法府の判断が認識論的に正しい可能性はより高くなるし、熟議プロセスにおける情報カスケードや分極化のような『情報の病理（information pathologies）』の産物である可能性はより低くなる」という認識の上に成り立っているといわれる<sup>88)</sup>。

第3に、「合憲性推定の調整を適用すれば、2つの点において司法の正当性は向上・維持されるだ

<sup>86)</sup> *Id.* at 116.

<sup>87)</sup> *Id.* at 118-119.

<sup>88)</sup> *Id.* at 120-121.

ろう」ということも理由として提示されている。まず、「連邦最高裁判所が非常に人民から支持されている法律を無効にする可能性は低くなる」という点である。「司法審査はいくらか議論の余地があり反民主的なものだと考えられうるので、正当に制定された法律を無効にする裁判所は、不当に行動していると考えられうるし、しばしばそうである」。それゆえ、「可決の票差に基づいて合憲性推定を調整すれば、連邦最高裁判所が圧倒的票差によって可決された法律を無効にする可能性はより低くなる」ため、連邦最高裁判所の正当性に対する批判も少なくなるだろうという。次に、連邦最高裁判所が述べた理由がその判断の認識されている現実の理由を含んでいない場合に生じる不当性の認識が弱くなるという点である。そもそも、「連邦最高裁判所の歴史の中には、連邦最高裁判所が法律を無効にしなかったのはまさに、法律が非常に人民から支持されていたからだ、つまり、かなりの多数派の支持を集める立法計画の一部であったからだと考えられている事例が、いくつかある」。しかし、「(投票の票差に反映されるような)人民の支持を裁判所が意識したことに基づいていると考えられる判決は一般的に、その判断を支える推論の一部として当該法律に対する人民の支持があることを明示的に認めてこなかった」。これは、「連邦最高裁判所が、不誠実であり制度的な利己心や自衛本能によって動機づけられているという意味において、不当に行動している」という別の種類の不当性の認識を生み出しうる。それゆえ、「法律の可決という事実だけでなく——立法に対する人民の支持の量を考慮することが正当な法的根拠になれば、連邦最高裁判所の行動と動機に対する現実主義的な説明と形式的な説明との隔たりが有益な形で小さくなりうるだろう」というのである<sup>89)</sup>。

(b) このような理由で、法律可決の票差に基づいて合憲性推定を調整することが正当化できるとして、その推定はどのように変動しうるのか。この点について、Dawsonは、最も弱い合憲性推定として、「現代の連邦最高裁判所は少なくとも、合憲性推定を、優越的証明責任 (preponderance burden of proof) と同種の単なるタイブレーカーとして適用し、その結果、証拠が均衡している場合には、当該法律が疑いの利益 (the benefit of the doubt) を享受することがある」という。他方、最も強い合憲性推定としては、「連邦最高裁判所は、合理的な疑いを超えて (beyond a reasonable doubt) 違憲であると論証されうる場合でない限り、法律を覆すべきではない」という Thayer の見解が妥当するという。Thayer の見解について、Dawson は、「極端な Thayer 流の敬讓は支持を失っているが、少なくとも、法律可決の票差が最大値に近づくとつれて司法的敬讓が到達すべき限界——合憲性推定に関する Thayer 流の限界——として、復活しうるし、そうするべきであろう」とする。そして、この最も強い推定は、「合憲性に関して相当程度の疑い (significant doubts) があるとしても法律を支持するよう連邦最高裁判所に促しうる『有利なごまかし (thumb on the scale)』として機能するだろう」から、「これは、特定の法律が連邦最高裁判所の判例法理によって定められている合憲性テストを通過しないことを論証する非常に高い水準の証拠の証明と……支えとなる

<sup>89)</sup> *Id.* at 122-124 (emphasis omitted).

連邦議会の事実認定の十分性を評価するための非常に低い障害を要求することにまで広がるであろう」と述べている。こうして、合憲性推定は、最低限のタイブレーカーとしての優越的証明責任から、合理的な疑いを超える程度に無効の論証を要求する最大限の推定まで、強さが推移するだろうと結論づけられることになる<sup>90)</sup>。

(c) なお、この合憲性推定に対応する可決の票差について、「何とかかろうじて可決された法律の場合、推定は最も弱いであろうし、敬譲は均衡状態における単なるタイブレーカーに限定されるであろう」から、その最小値は、「両議院において僅差 (razor-thin) の1票差で可決された法律であろう」とするのに対し、可決の票差の最大値には、「少なくとも2つの自然な可能性がある」という。1つが、全員一致による可決であり、「これは、最も強いThayer流の合憲性推定が適用される限界に対する容易な定義であろう」が、「よりよいアプローチは、(両議院における) 特別多数による可決を最大値と設定することであろう」とする。なぜならば、「連邦議会における特別多数は、憲法修正を提案したり大統領拒否権を覆したりするのに十分な数であり、連邦議会でのこれより大きな票差は、憲法の下で何らの正式な効果も有していないからである。つまり、「全員一致の連邦議会にできて特別多数の連邦議会にできないことは、何もない」からである。それゆえ、「両議院の特別多数が法律を可決するよう投票した場合に、ありうる中で最も強い合憲性推定を発動すれば十分であるはずだ」と、Dawsonは述べている<sup>91)</sup>。

(d) 最終的に、Dawsonは、「以上の両端の間で、敬譲の量という尺度は変動するだろう」とするものの、「その尺度、つまり、様々な点で適用される敬譲の度合い」を正確には定義しておらず、「中間事例におけるそのスライディング・スケールの機能は、事例ごとに解決されることになろう」とするのみである。ただ、「最低限のタイブレーカーとしての敬譲と最大限のThayer流の敬譲という両端の間にある1つの自然な中間点は、『明白な証明 (clear showing)』による敬譲のようなものであり、「これは、法律がたとえ全員一致や特別多数の得票でなくとも比較的大きな票差で可決された場合に機能し始めるものである」として<sup>92)</sup>、アメリカ法における既存の証明度 (明白かつ説得的な証明) を意識した整理を行っている。

(カ) Enrique Schaerer 最後に、少し趣向は異なるものの、法的主張の証明に関する局面において証明度を論ずる論者を取り上げる。Schaererは、事実命題だけでなく、「法はXを意味する」とか「法はYに適用される」といった法の意味や適用可能性も、「指定された確信の程度まで証明されるべきであり、裁判所は、法——特に憲法——の解釈適用を導くための非公式な経験則として、伝統的な証明責任を用いることができる」と述べ<sup>93)</sup>、法命題に対しても証明責任の適用を認めよう

<sup>90)</sup> *Id.* at 130-131.

<sup>91)</sup> *Id.* at 131-132.

<sup>92)</sup> *Id.* at 133.

<sup>93)</sup> Enrique Schaerer, *Proving the Constitution: Burdens of Proof and the Confrontation Clause*, 55 U. RICH. L. REV. 491, at 499 (2021). Schaererが、法命題に対しても証明責任は「非公式」に妥当するというときに、何を意図しているのかは明確でない。けれども、そのとき、証明責任は「法の解釈適用を導くための非公式な発見



とする。

その上で、「法律の意味や適用可能性に関する主張は、証拠の優越の基準 (preponderance-of-the-evidence standard) のようなものにもみ服すべきである」のに対し、「憲法が何を意味するのか、憲法が一定の事実に対して適用されるか否かに関する主張は、明白かつ説得的な証拠の基準 (clear-and-convincing-evidence standard) に類似したものに服すべきである」とする。そしてその際、「裁判所は、法の意味や一定の事実に対する法の適用可能性に関する判断を導くのに資する経験則として、それらの基準を公式 (formally) に採用する必要はなく非公式 (informally) にもみ採用すればよい」としている<sup>94)</sup>。

このように、「憲法的主張は、法律の主張より高度の証明責任に服すべきである」のは、「憲法は、法律よりも、通常の民主的プロセスを通して変更するのが困難であり、「法律は、単純多数決によって制定、修正、あるいは廃止されることが多いが、憲法修正には、それ以上のもの——特別多数決——が要求されることが多い」からである。かといって、「合理的な疑いを超える証明責任 (beyond-a-reasonable-doubt burden of proof) に憲法的主張を服させることは賢明ではないであろう」とされている。というのも、「合理的な疑いを超える証明」のような高度の基準の下では、「意味や適用可能性に関して何らかの合理的な疑いが残る限り、裁判所は、憲法が何を意味しているのかを述べたり憲法を事実適用したりすることができず、「そうだとすると、合理的な疑いに直面して、裁判所が、急速に絶え間なく変化している世界において新しく予見されていなかった事実憲法を適用することができなかつた場合には特に、憲法の多くが実効性のないものになってしまう」からである<sup>95)</sup>。

こうすることで、Schaererは、「確信の必要性和不確実性の危険性のバランスを取ることを意図している」。つまり、「法——特に憲法——が廃絶しないように、法が法解釈者を制約するのに十分なほど確定されているが、新しい発展を射程に収めるのに十分なほど柔軟であることを確保する」よう目指しているのである<sup>96)</sup>。その結果、法的主張に関する証明度は、「一方で法律上の法的問題

---

的方法 (informal heuristics) つまり経験則 (rules of thumb)」として機能するとされており、「裁判所の適切な役割は、法を創造したり執行したりすることではなく、可能な限り公正かつ忠実に法を解釈することだけである」から、非公式に妥当すると考えることで、「証明責任は、司法府を権力分立制の中の『路線』にとどめるのに役立つ『緩衝装置』として資するであろう」と述べられている (*Id.* at 493)。このことから考えると、証明責任が、事実命題に対しては公式に——いいかえれば法的に——妥当するのとは対照的に、法命題に対しては「非公式」に妥当するということが、裁判所が法を創造的に解釈することに一定の歯止めをかけようとするために、裁判所を必ずしも法的に拘束するものではないとしても、訴訟当事者による法的主張を事実上考慮するよう裁判所に対して求めていると考えることができるので、違憲審査における「論証責任」(の事実上の行為指針 (前稿第2章第3節を参照)) と類似の機能を果たさせることが意図されているように思われる。

<sup>94)</sup> *Id.* at 500. 法的主張に関する証明度を検討するものとして、*See also* GARY LAWSON, EVIDENCE OF THE LAW: PROVING LEGAL CLAIMS, at 74–82, 193–207 (2017).

<sup>95)</sup> Schaerer, *supra* note 93, at 500–501.

<sup>96)</sup> *Id.* at 501.

に関しては証拠の優越であるべきであり、他方で憲法上の法的問題に関しては明白かつ説得的な証拠であるべきである」ということを導いている<sup>97)</sup>。

Schaererのこのような議論は、違憲審査における立法事実や憲法適合性の論証の局面を直接の対象とするものでは必ずしもないものの、憲法訴訟における論証の一局面を論じており、かつ、立法事実や憲法適合性も法的問題としての側面を有していることからすると、参考にしうるところがあるように思われる。

### 第3款 「論証度」の段階化と客観化

(1) 「論証度」の段階化 前款では、まず、合憲性推定の原則の理論的支柱になったThayerの「明白性の原則」を検討し、それが、刑事訴訟における原則的証明度たる「合理的な疑いを超える証明」と結びついていたことを明らかにした。次に、現代のアメリカにおけるその受け止め方をみていった。そこでは、Thayerの「明白性の原則」は、英米法の伝統から乖離するものではなく、(少なくとも部分的には)支持しようという評価もみられた(Franck, Dawson)ものの、厳格にすぎるし必ずしも伝統に根差したものではないという評価も散見された(Posner, Green, McGinnis)。いずれにせよアメリカでは、Thayerの「明白性の原則」が訴訟法における証明度と結びつけられて論じられていること、そしてその延長で、違憲審査における原則的論証度を「合理的な疑いを超える論証」と解するか「明白かつ説得的な論証」と解するかで議論があることは、日本では、違憲審査における「論証度」に関する明示的な議論がほとんどなされてこなかったことと比べると、特筆すべき事柄である。

(a) ここで、違憲審査における原則的論証度を考える前に、訴訟法における証明度を振り返ってみると(第1節1款(b)を参照)、①対象となる権利の性質と②対立する両当事者の公平を考慮した結果、①刑事訴訟で問題となる国民の生命・自由といった権利は民事訴訟で問題となる権利よりも一般に重要性が高く、刑事訴訟の帰趨は国家の刑罰権という国家権力の発動と直結していること、②民事訴訟では訴訟当事者が対等であることが多いが、刑事訴訟では証明責任を負う一方当事者たる検察官が捜査権限という国家権力を行使しうる立場にあるため、他方当事者たる被告人よりも常に優位に置かれていることという特別な事情から、刑事訴訟における原則的証明度は、民事訴訟におけるそれよりも高く設定されていた。となると、違憲審査においてもこれらの事情に類する固有の「特別な事情」が存在するのであれば、刑事訴訟における原則的証明度と同じように、違憲審査における論証度を高く設定することが容認されよう。

この点、違憲審査における「論証度」は、立法事実ひいては憲法適合性の判断に関して裁判官が抱く確信の程度の問題であることからすると、一般的には、議会による立法事実の認定や憲法適合性の判断に対して裁判所がどの程度敬讓して違憲審査に臨むかという問題だと考えられる。このような敬讓の問題は、議会と裁判所の機関間関係と密接に関連しているため、主として、憲法そのもの

<sup>97)</sup> *Id.* at 507.

のや人民による選挙の授権によって、認定した事実に基づき政策形成を行う権限を得ているという意味での「(法的または民主的) 正統性」や、証拠を調査し、正しい経験的・予測的結論に到達する能力があるという意味での「専門性(機関適性)」などの観点から、議会と裁判所のどちらがどの程度優位するのかを検討して判断されるものである<sup>98)</sup>。その結果、少なくともアメリカでの違憲審査においては、一般論として議会の方が裁判所より「(法的または民主的) 正統性」も「専門性(機関適性)」も高いことを「特別な事情」として、議会の方が裁判所より大きく優位するべきだと考えられたので、強度の合憲性推定が原則とされて、その論証度は「合理的な疑いを超える論証」と想定されてきた(Thayer)と解される。

(b) この原則的論証度から話を進めると、論証度を法律可決の票差に基づいて上下させる見解も存在した(Dawson)。アメリカでは、「一般に政党による党議拘束はなく、各議員はその政治的信念と、有権者の支持に応じて、法案への態度を決める」とされるのに対し<sup>99)</sup>、日本では、政党による党議拘束が強く、各議員が自身の政治的信念に基づいて法案に対する表決を行うことが多くないため<sup>100)</sup>、法律可決の票差を民主的正統性の表れとして単純に受け止めることはできないであろう。しかし、民主的正統性の程度を考慮し、論証度を変動させようとする見解があるということは、次節で「論証度」を実体的基準と接合する際に「論証度」の段階化を志向する可能性を秘めている点で、参考になるといえる。

このように、仮に論証度の段階化を志向するとしたとき、ありうる上限は、前述のとおり「合理的な疑いを超える論証」であると考えられるが、下限をどうするかが問題となる。この点については、理論的にいえば、「論証の優越」を下限とすることが考えられる。しかし、日本の裁判実務で「証拠の優越」は用いられていないという実際上の理由は措いておくとしても、仮にも議会が可決

<sup>98)</sup> Neal Devins, *Congressional Factfinding and the Scope of Judicial Review: A Preliminary Analysis*, 50 DUKE L.J. 1169, at 1177-1187 (2001); Paul Horwitz, *Three Faces of Deference*, 83 NOTRE DAME L. REV. 1061, at 1078-1094 (2008); Caitlin E. Borgmann, *Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding*, 84 IND. L.J. 1, at 16-21, 35-46 (2009); William D. Araiza, *Deference to Congressional Factfinding in Rights-Enforcing and Rights-Limiting Legislation*, 88 N.Y.U. L. REV. 878, at 887-893 (2013); LAWSON AND SEIDMAN, *supra* note 61, at 90-107. See also Daniel J. Solove, *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*, 84 IOWA L. REV. 941, at 1003-1009 (1999); F. Andrew Hessick, *Rethinking the Presumption of Constitutionality*, 85 NOTRE DAME L. REV. 1447, at 1461-1484 (2010).

ただし、DAVID L. FAIGMAN, *CONSTITUTIONAL FICTIONS: A UNIFIED THEORY OF CONSTITUTIONAL FACTS*, at 111-117 (2008) は、「専門性(機関適性)」という要素は、憲法事件における事実認定に関する敬譲の問題に関してそれほど重要ではなく、「事実そのものの性質」と「関係する憲法原理の性質」によって連邦最高裁判所の敬譲のレベルは決定されるべきだとする。

<sup>99)</sup> 松井茂記『アメリカ憲法入門〔第9版〕』(有斐閣、2023年)54頁。廣瀬淳子『アメリカ連邦議会——世界最強議会の政策形成と政策実現』(公人社、2004年)34-35、64-66頁、待鳥聡史『〈代表〉と〈統治〉のアメリカ政治』(講談社、2009年)26-30、54-59頁も参照。

<sup>100)</sup> 岩井奉信『立法過程』(東京大学出版会、1988年)60-62頁、大山礼子『国会学入門〔第2版〕』(三省堂、2003年)69-71、136-137頁、中島誠『立法学〔第4版〕——序論・立法過程論——』(法律文化社、2020年)105、111頁を参照。

し国民の支持を獲得しているはずの法律を、「論証の優越」という低い論証度を超えれば裁判所が覆してよいとすることには、民主的正統性の観点から問題があるかもしれない (McGinnis, Schaerer)。ただ、これは理論的な整理だけで確定することができる問題ではないため、判例を視野に入れて検討する必要がある。

(c) 以上のことから、違憲審査においては、「論証責任」の分配について合憲性推定が原則とされてきただけでなく、「論証度」について刑事訴訟における原則的証明度に相当する「合理的な疑いを超える論証」が初期設定値として想定されてきたといえる。そして、議会と裁判所の機関間関係などを反映させた段階化によって、それを変動させる可能性も否定されないということになる。

(2) 「論証度」の客観化 また、違憲審査における「論証度」については、段階化だけでなく客観化の可能性も議論されることがあった。訴訟法における証明度の理解や Posner・Franck の所説に関連して触れたように、裁判官個人という主観的な次元と合議体という客観的な次元を区別して考える見方が、それである。

このような次元の区別に関連して、Evan H. Caminker は、1923年に William E. Borah 上院議員が提示した、「連邦最高裁判所が連邦法を無効とするために、連邦議会は、連邦最高裁判所裁判官の間に単純多数 (bare-majority) の合意ではなく特別多数 (supermajority) の合意を要求すべきだ」という立法案を検討している。Borah 上院議員は、「連邦法を無効とする判決が5対4あるいは6対3でさえあったという事実は、合憲性推定が明白な誤り (clear error) によって覆されるのが正当であり、連邦議会が特別多数の要件を課すことがその推定に実効性を取り戻す最善の方法であるという考え方にそぐわない」として、「連邦最高裁判所が連邦法を無効とするためには、7人の連邦最高裁判所裁判官の同意を必要とする」ことを主張していた<sup>101)</sup>。

(a) Caminker 曰く、この Borah 上院議員の主張の背景には、「連邦最高裁判所内部における僅差での分裂は個々の連邦最高裁判所裁判官の合理的な疑い (reasonable doubt) に変換されるべき」なので、「5対4の分裂に基づいて連邦法を無効とする集団的な判断は、個人主義的な意思決定を支配する〔Thayer流の〕敬讓規範と簡単には折り合わない」という前提があった。しかし、この前提は問題に直面する。というのも、一方で、「〔疑いに関する〕主観的な観点からは、合理的な疑いという概念は、連邦法が違憲であると個々の連邦最高裁判所裁判官が個人的に考える確信 (certitude or confidence) の程度を扱うものである」。いい換えれば、「Thayer流の敬讓規範は、連邦最高裁判所裁判官に、同僚の意見だけでなく他の主張や洞察の源泉を十分考慮した後で、連邦法が違憲であると自身が十分に確信しているか否か、つまり、自らにとってその問題が合理的な疑いを超えているか否かを自問することを求めるものである」。そうだとすれば、「ここでの主張は、もし同僚のうち4人 (Borah〔上院議員〕の場合は、3人でさえ) が当該法律は有効だと考えているのであれば、

<sup>101)</sup> Evan H. Caminker, *Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule: Lessons from the Past*, 78 IND. L.J. 73, at 75 (2003). See also *id.* at 89. Borah 上院議員の立法案については、S. 4483, 67th Cong. (1923) を参照。

無効にする投票を行うのに十分な確信を抱いて、反対のこと〔当該法律は無効だということ〕を現実には考えることはできないということになる。しかし、現実はそうではない。他方で、「〔疑いに関する〕客観的な理解によれば、Thayerの議論は、憲法上の異議申立てが説得的であるという自身の個人的な見解にもかかわらず、『客観的に合理的な』連邦最高裁判所裁判官が連邦法を支持するならば、ある連邦最高裁判所裁判官は連邦法を無効にする投票を行えないということを示している」ことになる。しかし、これもまた、現実はそうではないからである<sup>102)</sup>。

(b) これらの問題を踏まえると、Borah上院議員の主張の背景にあるとされた、「連邦法を無効にする僅差で分裂した判決と合理的な疑いという個人主義的な基準との間には内在的な矛盾がある」という前提は、「〔疑いに関する〕主観的な理解の下でも客観的な理解の下でも説得的ではない」。しかし、Caminkerは、「集団的観点と個人主義的観点が論理的に結びついているか否かにかかわらず、連邦最高裁判所の集団的意思決定を支配する特別多数決の慣例は、司法審査の積極性を抑制する独自の仕組み——Thayer流の敬讓の個人主義的規範に取って代わるか、補完することができるもの——として機能しうる」という<sup>103)</sup>。

この点を敷衍すれば、「一度特別多数決の要件のために特定の合意レベルが選択されると、少なくとも結果として実現される敬讓の程度は、時を超えて一定のままではあるはずだ」が、「個人主義的に行動する連邦最高裁判所裁判官がThayer流の敬讓に付与する実際の重みは、事例ごと、文脈ごとに多少異なる可能性が高いであろう」とされる<sup>104)</sup>。ここで、「連邦最高裁判所裁判官がすべき時にはより大きく敬讓し、すべきでない時にはより小さく敬讓すると考えるならば、柔軟性は望ましいように思われる」。しかし、「敬讓を過小評価しようとする……圧力により、裁量権を享受している連邦最高裁判所裁判官は、恐らくすべきである程度よりも大きく敬讓しない根拠を『見出す』ことになるかもしれない」。それでもなお「意味のあるレベルのThayer流の敬讓を実際に確保したいのであれば、恐らく唯一の確実に安定した仕組みは、外在的に課される特別多数決ルールである」と、Caminkerは結んでいる<sup>105)</sup>。

以上のような形で、「論証度」を、法律を違憲とする評決に加わる裁判官の最低人数に反映させて考える立場は、「論証度」を客観化しようとするための1つの方途として整理することができよう。

### 第3節 「論証度」の意義——実体的基準との接合

前節での検討から、アメリカにおいては、違憲審査における原則的論証度として、「合理的な疑いを超える論証」が想定されてきたこと、そして、それを段階化することも理論的に否定されないことが明らかとなった。そこで本節では、この「論証度」を実体的基準及びその構成要素と接合し、

<sup>102)</sup> Caminker, *supra* note 101, at 94-96 (emphasis omitted) ([ ] 内筆者)。Caminkerは、疑いに関するこの客観的な理解に規範的な説得力があることは認めるものの、さらなる批判を加えている。See *id.* at 96-98.

<sup>103)</sup> *Id.* at 98 ([ ] 内筆者、傍点は原文斜体字)。

<sup>104)</sup> *Id.* at 103 (emphasis omitted)。

<sup>105)</sup> *Id.* at 105.

それに関連する論点を検討した上で（第1款）、その実際上の運用を裁判所における評決と関連づけることの是非を検討することによって（第2款）、「論証度」の意義を考えていきたい。

### 第1款 「論証度」と実体的基準

（1）**実体的基準との接合** まず、「論証度」は、立法事実ひいては憲法適合性の判断に関する論証がなされたといえるための手続要件なのだから、本来、1つ決めておけば大きな問題は生じないはずである。そのため、違憲審査における原則的論証度を「合理的な疑いを超える論証」とするのであれば、（その当否に議論はありうるとしても）論証度に関する議論としてはそれで十分とも考えられる。しかし、違憲審査で問題とされる憲法適合性という規範的要件は、実体的基準の構成要素をいくら明確にしたとしても、その意味が十分に明確になるとはいいがたい。それゆえ、実体的基準の不明確さを補完する1つの方策として、実体的基準ごとに、手続的基準を段階化することが考えられる。

（a）実体的基準としては従来、厳格審査基準、中間審査基準（または厳格な合理性の基準）、合理性の基準の3種類があると考えられてきた。これらのうち、中間審査基準と厳格な合理性の基準は論証責任の所在が異なるとして区別すれば、違憲審査基準は全体として4種類に整理することができる<sup>106)</sup>。このように実体的基準を論証責任の所在に応じて分類すると、違憲性推定が妥当する「厳格審査基準」・「中間審査基準」と、合憲性推定が妥当する「厳格な合理性の基準」・「合理性の基準」という2組に分類することができ、2つある論証責任の所在それぞれに厳格度の異なる実体的基準が2つあるという体系に整理し直すことができる。ただ、ここまでの整理において、「論証度」は考慮されていない。

そこで、この体系上の整理を念頭に置きつつ合憲性推定の原則を基礎に据えて「論証度」を考慮してみると、違憲審査における「論証度」は、議会による立法事実の認定や憲法適合性の判断に対して裁判所がどの程度敬讓して違憲審査に臨むかという問題なのだから、主として「(法的または民主的) 正統性」や「専門性(機関適性)」といった機関間関係の観点から変動させることが考えられた(第2節第3款(1)を参照)。その場合、議会に対する裁判所の敬讓が最も強く要求されるべき合理性の基準では、強度の合憲性推定が及ぼされ、原則的論証度としての「合理的な疑いを超える論証」が要求されるといえる。そしてこれの裏を返せば、議会に対する裁判所の優位が最も強く認められるべき厳格審査基準では、強度の違憲性推定が及ぼされ、同じく「合理的な疑いを超える論証」が要求されると考えるのが整合的であろう。そうだとすれば、これらとの対比において、議会に対する裁判所の敬讓が合理性の基準と比べて相対的に弱くなる厳格な合理性の基準、あるいは、議会に対する裁判所の優位が厳格審査基準と比べて相対的に弱くなる中間審査基準では、機関間関係の観点から論証度が引き下げられると考える余地が出てくる。したがって、合憲性推定・違憲性推定の程度が強い実体的基準に高い論証度を対応させ、合憲性推定・違憲性推定の程度が弱い実体的基準

<sup>106)</sup> 拙著・前掲注2)2頁脚注6)を参照。

により低い論証度を対応させることが、体系性という観点からは望ましいと考えられよう。以上のように、こと違憲審査基準論においては実体的基準自体が段階的に観念されてきたので、それに応じて、「論証度」も段階化することが馴染みやすい構造になっているのである。しかも、ひとまず仮に日本の裁判実務が明示的に認めている証明度を念頭に置いて考えると、「論証度」としては、「合理的な疑いを超える論証」が求められる場合と「高度の蓋然性」で十分とされる場合の2種類を観念することができる。そのため、論証責任の所在によって、「合憲性推定」が及ぼされる場合と「違憲性推定」が及ぼされる場合の2種類を区別し、さらに論証度として、仮に「合理的な疑いを超える論証」と「高度の蓋然性」を設定すれば、理論上は、「論証責任」と「論証度」により手続的基準を4種類に整理することができ、前述した体系上の整理に対応させることができそうである。

(b) ただ現実にはありうる論証度を考えるに際しては、憲法判例を視野に入れて検討する必要がある。例えば日本の憲法判例でいうと、小売市場事件上告審判決<sup>107)</sup>が、「個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができる」と宣言した箇所は<sup>108)</sup>、一般に「明白性の原則」と呼ばれてきた。これは従来、実体的基準と解されてきたように思われるが、この箇所を、「実体的な基準をめぐって、訴訟において、当事者のどちらにどの程度証明を要求するか」という手続的基準であると整理する見解も存在する<sup>109)</sup>。この見解に立てば、小売市場事件上告審判決にいう「明白性の原則」は、立法裁量の尊重を強調していることから強度の合憲性推定が及ぼされる場合の手続的基準であり、しかも、Thayerの「明白性の原則」(第2節第2款(1)を参照)と同様の表現を用いていることに鑑みれば、「論証度」として「合理的な疑いを超える論証」を求めていると解することができる<sup>110)</sup>。

<sup>107)</sup> 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁。

<sup>108)</sup> 同592頁(傍点筆者)。

<sup>109)</sup> 松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(一)——人権基礎づけ論からみた目的二分論——」民商法雑誌113巻4・5号(1996年)742-743頁。江橋崇「二重の基準論」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第2巻』(有斐閣、1987年)128頁、木下昌彦「職業の自由事案における憲法判断の枠組み——平成4年酒類販売免許制判決調査官解説を読む」法律時報91巻5号(2019年)76-78頁も同旨。

<sup>110)</sup> この点に関連しては、横田喜三郎『違憲審査』(有斐閣、1968年)630頁も、「違憲審査の指針の1つ」としての「明白の原則」について、「法律が憲法に違反することが明白である場合にきぎって、裁判所は、その法律を憲法に違反し、無効であると宣言する」のであり、「裏からいえば、憲法に違反することが明白でなく、たんにその疑いがある場合、すなわち、違反するとも見えるし、違反しないとも見えるというような場合には、違反しないとすべきであって、違憲無効と宣言しない」とするものだと説明した上で、日米の判例を検討している(同630-655頁)。この記述だけで横田のいわんとするところを特定するのは困難であるが、少なくとも、「違反するとも見えるし、違反しないとも見える」場合——つまり、心証が五分五分である場合——は、明白である場合に当たらないということを意味すると解すれば、横田も、「明白の原則」を、論証度と解していたといえるように思われる。

ただし、巽・前掲注7)は、「明白性の原則」について、「目的達成のための手段の合理性の欠如が『明白で

(c) また、厳格な合理性の基準を採用したと一般に解されてきた薬事法距離制限事件上告審判決<sup>111)</sup>をみていくと、本判決は、実際には違憲性推定を及ぼしていたという評価もあるものの<sup>112)</sup>、職業の自由に対する具体的な規制措置について、「検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである」としていることからすれば<sup>113)</sup>、立法裁量を尊重すること（議会に対する裁判所の敬讓）を建前としているので、総論として合憲性推定が及ぼされていると解することは不可能ではなからう<sup>114)</sup>。その上で、本判決には、小売市場事件上告審判決にいう「明白性の原則」のような文言がみられないため、その意味で、合憲性推定の程度（論証度）が引き下げられていると解することができる<sup>115)</sup>。とはいえ、

---

ある』ことを要求しているのは、合理性の欠如という規範的要件の論証度を加重するものと考えられる」とする一方（24頁）、「単なる『合理性の欠如』の論証度を加重するものというよりは、それとは質的に異なる別個の規範的要件たる『明白性』を要求するものと解する余地がある」として（25頁）、実体的基準と解する余地があることを指摘し、「行政行為の無効事由の文脈においては、瑕疵の明白性は瑕疵の重大性とは異なる要件として理解されている」ことを参照している（26頁注（76））。小島慎司「違憲審査の手法（違憲審査基準・比例原則）」横大道聡ほか編著『グローバル化のなかで考える憲法』（弘文堂、2021年）356頁脚注36も参照。なお、行政行為の無効事由の文脈における瑕疵の明白性については、塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕行政法総論』（有斐閣、2015年）180-183頁、藤田宙靖『新版行政法総論（上）』（青林書院、2020年）268-274頁を参照。

<sup>111)</sup> 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。

<sup>112)</sup> 木村草太『憲法の急所——権利論を組み立てる〔第2版〕』（羽鳥書店、2017年）282-285頁を参照。

<sup>113)</sup> 最大判昭和50年4月30日・前掲注111)576頁。

<sup>114)</sup> 渋谷・前掲注7)689-690頁、曾我部真裕「職業の自由」法学教室496号（2022年）62-63頁を参照。園部逸夫「経済規制立法に関する違憲審査覚書」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開 下巻』（有斐閣、1993年）199-200頁も、薬事法距離制限事件上告審判決に関して、調査官解説（後掲注116）とそれを付した本文を参照）を踏まえ、「消極目的の場合は、立法事実について必要性和合理性の主張がある場合、その主張に沿う資料が見出せない限り、当該規制の必要性和合理性を推定することはできないという視点からの判断がされる」としつつも、立法事実の審査について、「順序として、係争の法律の違憲を主張する側が、当該法律の立法事実の存在の推定を覆す、或いは、裁判所に合理的疑いを抱かせることが必要であり、当該法令の合憲を主張する側は、当該立法事実の存在について、合理的な疑いを抱かせないための資料提出をしなければならないこととなろう」としている。そのため、論証度はさておき、一応の合憲性推定は維持されると解しているかにみえる。同194-195頁も参照。

<sup>115)</sup> 最大判昭和50年4月30日・前掲注111)578-579頁が、薬事法の定める許可条件に関する基準について、「以下において適正配置上の観点から不許可の道を開くこととした趣旨、目的を明らかにし、このような許可条件の設定とその目的との関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性和合理性を検討し、この点に関する立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えないかどうかを判断することとする」としたり（傍点筆者）、同582頁が、「医薬品の供給上の著しい弊害が、薬局の開設等の許可につき地域的規制を施すことによつて防止しなければならない必要性和合理性を肯定させるほどに、生じているものと合理的に認められるかどうかについては、更に検討を必要とする」としたりしているため（傍点筆者）、それぞれにおける前者の「関連性」や「必要性和合理性」は実体問題だと考えられるところ、後者の「合理的裁量の範囲を超えないかどうか」や「合理的に認められるかどうか」は機関間関係を前提とした手続問題と解する余地があるように思われる。そうだとすれば、このようなところからも、本判決はやはり「明白性の原則」より合憲性推定の程



論証度がどの程度引き下げられていると解すべきかについては明らかでなく、調査官解説において、「その論の運びからすれば、健全な常識からすれば合理的根拠をもつとは思われぬような立法事実の主張に対しては、その主張にそう特段の根拠資料が見出されないかぎり、そのような主張事実の存在を肯定して当該立法の合理性を肯定することはできないという見地から、判断しているもののように思われる」と指摘されているので<sup>116)</sup>、限りなく違憲性推定に近いほどの弱い合憲性推定であり、その論証度は「相当程度の蓋然性」(優越的蓋然性)や「論証の優越」と解されるかもしれない<sup>117)</sup>。けれども、日本の裁判実務一般における証明度として「証拠の優越」は用いられていないという現状や、逆に日本の憲法判例には論証度を示唆していると解しうるものがすでに他にも存在するという問題からすれば<sup>118)</sup>、この点について軽々に確言することはできない。それゆえ現時点では、合憲性推定が及ぼされる場合、実体的には厳格な合理性の基準の方が合理性の基準よりも厳格であるが、議会に対する裁判所の敬讓という観点から、合憲性推定の程度(論証度)は厳格な合理性の基準の方が合理性の基準よりも低くなると考えることができると指摘するとどめておきた

度(論証度)が引き下げられていると解することができるかもしれない。後掲注117)、118)も参照。

<sup>116)</sup> 富澤達「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和50年度』(法曹会、1979年)213頁(傍点筆者)。前掲注114)も参照。

<sup>117)</sup> 民主的正統性の観点から異論はありうるものの(McGinnis, Schaerer)、理論的には、規範的要件の判断構造を評価根拠事実と評価障害事実の衡量と捉えることを前提に(前稿第2章第1節第1款(1)を参照)、議会に対する裁判所の敬讓や優位が非常に弱いのであれば、「相当程度の蓋然性」(優越的蓋然性)や「論証の優越」を違憲審査における「論証度」とすることがありうるかもしれない。ただし、論証度として「相当程度の蓋然性」(優越的蓋然性)や「論証の優越」を認めれば、前述した「合理的な疑いを超える論証」と「高度の蓋然性」からさらに手続的基準が増えることを意味する。前掲注115)、後掲注118)も参照。

<sup>118)</sup> 日本の憲法判例の中で論証度を基準の定式において示唆していると解しうるものは、経済的自由の領域に多くみられる。例えば、本文でも取り上げた①小売市場事件に関する最大判昭和47年11月22日・前掲注107)のように、「著しく不合理であることの明白である」ことを求める基準(同592頁(傍点筆者))のほか、②森林法共有分割制限事件に関する最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁のように、規制目的が「公共の福祉に合致しないことが明らかであるか」、「規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかである」ことを求める基準(同411頁(傍点筆者))、③酒類販売免許制事件に関する最判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁のように、「必要性和合理性についての立法府の判断が、……政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものである」ことを求める基準(同2832頁(傍点筆者))、本文でも取り上げた④薬事法距離制限事件に関する最大判昭和50年4月30日・前掲注111)のように、立法府の「合理的裁量」に言及しつつ「著しく不合理(なもの)であること」も「明白である(明らかである)」ことも求めている基準(同575-577頁)などがある。若干分類方法は異なるけれども、基準に着目し経済的自由の判例を分類するものとして、曾我部・前掲注114)61-65頁を参照。

論証度を考えるに際して、「明白である(明らかである)」という文言のみを手続的基準と解するならば、その有無により論証度は2種類しかない整理できるが、仮に「明白である(明らかである)」という文言だけでなく、不合理性の程度の「著し」さを表す文言なども手続的基準と解するならば(松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(二・完)——人権基礎づけ論からみた目的二分論——」民商法雑誌113巻6号(1996年)864-865頁、巽・前掲注9)160-161頁を参照)、事態はより複雑になってくる。前掲注115)、117)も参照。

い<sup>119)</sup>。

(d) したがって、結局のところ日本における判例の展開を踏まえるといえることは多くないのだが、伝統的な違憲審査基準論としては、合理性の基準<sup>120)</sup>と厳格審査基準が適用される場合の論証度の方が厳格な合理性の基準と中間審査基準が適用される場合の論証度よりも高いと解しておくのが、違憲審査基準論の体系上の整理と親和的であるということはいえるように思われる。

(2) 実体的基準との接合に関連する論点 以上のような「論証度」と実体的基準の接合に関連して、次に、「論証度」と実体的基準の構成要素(観点)との関係を検討しておく。

(a) 論証度につき、一方で目的審査に関しては、「権利制約の根拠となる対抗利益に関する侵害の切迫性についてどの程度の論証が要求されるか」が問題とされ、厳格な審査においては「明白かつ現在の危険または明白性の論証レベル」が、厳格な合理性の審査においては「具体的危険の発

<sup>119)</sup> 他にも例えば、在外国民選挙権訴訟に関する最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁は、実体的基準に関して、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである」とした上で、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない」として(2096頁)、厳格審査基準に相当する基準を採用したと一般に解されている(杉原則彦「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 平成17年度(下)(7月～12月分)』(法曹会、2008年)629-636頁)。この基準は、選挙権又はその行使の制限は違憲であることが原則であり、そのような制限なしに選挙の公正を確保しつつ選挙権行使を認めることが不能ないし困難な事情が論証された場合に限り、制限のやむを得ない事由があると認められ、合憲となるという構造になっているため、違憲性推定が及ぼされていると解することができるが、この基準の「論証度」については明確でない。ただ、この基準の適用段階では、平成10年改正前の公職選挙法の憲法適合性に関して、「既に昭和59年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に……法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」として(2097頁(傍点筆者))、「やむを得ない事由」が存在したことの心証の程度がかなり低いことが示唆されている。他方、平成10年改正後の公職選挙法の憲法適合性に関しては、「遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということとはできない」として(2098頁)、結論に影響はないものの「到底」という文言は付されていない。さらに、在外国民最高裁判所裁判官国民審査権訴訟に関する最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁も、同様の基準を採用した(720-721頁)上で、その適用段階では、「やむを得ない事由があるとは到底いうことができない」としている(722頁(傍点筆者))。これらの判示には、「やむを得ない事由」の存否に関する心証の程度が示唆されているように思われるため、「到底」という副詞の有無には一定の意味があると読むことができるかもしれない。なお、後掲注128)とそれを付した段落も参照。

このように、日本の憲法判例にも、基準の定式や適用段階で論証度や心証の程度が示唆されていると読むことのできるものがあることは、注目に値する。

<sup>120)</sup> なお管見では、いわゆる「合理性の基準」は、少なくとも実体的基準の構成要素の点で、「かみつく力をもった合理性の基準」と「最低限の合理性の基準」に区別することができると考えている(拙著・前掲注2)340-344、364-366、382頁表2を参照)が、ひとまず本稿では、手続的基準に焦点を当てていることから、この2つの基準をまとめて「合理性の基準」と呼んでいる。前掲注118)、後掲注132)も参照。

生、つまり危険発生の相当の蓋然性」が、合理性の審査においては「抽象的危険、つまり危険発生の抽象的・観念的な論証程度」が要求されるといわれることがある<sup>121)</sup>。他方で手段審査に関して、合理性の基準にいう「合理的な関連性」や中間審査基準・厳格な合理性の基準にいう「実質的な関連性」は、論証度の加重・軽減を示しているといわれることがある<sup>122)</sup>。

前者の「侵害の切迫性」の程度も後者の「関連性」の程度も、ともに事実判断的要素であることから、求められる立法事実の論証度を示していると解することに理がないわけではない。というのも、前者との関係では、立法目的の「重要性」が価値判断的要素としてあり、それぞれの目的審査の基準で求められる立法目的の重要度を特定できないため、その価値判断的要素を論証度と組み合わせることによって、実体的な重要度の問題を手続的な論証度の問題に還元しようとするものと解することができるからである。また後者との関係では、因果関係は確率で表記することが可能であるところ、論証度も確率で表記することが可能であり、実体問題と手続問題の垣根が低いからである。実際、基準の違いが論証度の違いにも表れることは本稿も認めるところであるし（本節第1款（1）を参照）、前述の言説は基準の違いを論証度の違いにのみ反映させるものではないかもしれない。いずれにせよ、違憲審査基準を手続的基準に引き寄せて整理するという方向にも、十分な合理性が認められる。ただし、管見では、目的審査における立法目的の「重要性」だけでなく事実判断的要素たる「実現の必要性」もまた実体的基準の構成要素であり、手段審査における立法手段の「相当性」だけでなく事実判断的要素たる「狭義の関連性」もまた実体的基準の構成要素であると解している<sup>123)</sup>。これは、実体的基準を事実判断的要素と価値判断的要素とに分解した上でそれぞれを可能な範囲で段階化し、手続的基準も別途段階化して整理することの方が、判断過程を分節化し争点を明確化することで利益衡量を枠づけるという違憲審査基準論の趣旨により一層適うと考えるからである<sup>124)</sup>。

（b）管見のように解すると、目的審査では「実現の必要性」と「論証度」が、手段審査では「狭義の関連性」と「論証度」がともに、確率概念を用いて定式化されうることになる。しかし、民事訴訟においても、例えば因果関係の疫学的証明などの分野で、統計的資料に基づく確率的証明は議論されているところであり、「事実の確率」と「心証の確率」という2種類の確率概念が生じることがありうるとされている<sup>125)</sup>。それゆえ、2種類の確率概念を混同しかねないという問題は確かに生

<sup>121)</sup> 渋谷・前掲注7)718-719頁。

<sup>122)</sup> 巽・前掲注7)24頁。木村・前掲注112)15-16頁も参照。

<sup>123)</sup> 拙著・前掲注2)239-243頁を参照。この点は、刑法の正当防衛における「防衛行為」の成立要件として、「必要性」（防衛適合性）と「相当性」が求められることと同じ構造だということもできる。井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）313-317頁を参照。さらに、三代川邦夫「防衛行為の相当性と目的手段審査」立教法務研究11号（2018年）144-154頁も参照。

<sup>124)</sup> 高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2017年）227-229頁を参照。

<sup>125)</sup> 三木・前掲注19)368-369、390頁。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）257頁注30）も参照。

じうるものの、違憲審査においても因果関係に関連して2種類の確率概念が問題となりうること自体に不自然さはないはずである。むしろ、「実現の必要性」や「狭義の関連性」という実体的基準と訴訟法における証明度を類比させた「論証度」という手続的基準を観念することにより、訴訟法上の知見を応用するための議論の土俵を整えることができるといえよう。

## 第2款 「論証度」と評決

(1) 「明白性の原則」の理解 前款において、小売市場事件上告審判決にいう「明白性の原則」が、論証度を表していると解しうることを示したものの、日本の判例自体が違憲審査における論証度について自覚的であるかは明らかでない。そのような中で、千葉勝美元最高裁判所裁判官が、再婚禁止期間規定違憲訴訟<sup>126)</sup>の補足意見において、立法不作為が国家賠償法上違法であると評価されるか否かについての判断枠組みに関連し、「明白である」という文言の意味について説いている点が興味深い。

在外国民選挙権訴訟上告審判決は、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」とした箇所のうち<sup>127)</sup>、後者の場合について、「一般に、憲法で保障されている権利行使の機会を確保する立法措置をとることが必要不可欠でそれが明白であることを要求しているが、これに当該事案を当てはめた結論としては、上記の明白性を充たすとして国家賠償法上違法と評価した上、国家賠償請求を一部認める判断をしている」といわれる。この点に関して、千葉は、「この判決においては、在外国民に選挙権の行使の機会を与える選挙制度を創設しなくとも立法裁量の逸脱・濫用で違憲であるとはいえないという2名の裁判官の反対意見が付されており、この反対意見は上記の立法措置をとることがそもそも必要不可欠ではないという趣旨の見解である」という。そして、このような意見分布に対し、「一般的な用いられ方からすると、『明白である』というのは、通常は異論を生じない場合を意味するものであるが、ここでは、このような一般的な用法とは異なり、もっと緩い程度を指すものとして用いられているのではないか、例えば、『多数』が必要不可欠であると考えた場合はこれを『明白』としているのではないかという疑義が生じかね」と批判している<sup>128)</sup>。

<sup>126)</sup> 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。

<sup>127)</sup> 最大判平成17年9月14日・前掲注119)2101頁(傍点筆者)。

<sup>128)</sup> 千葉勝美『違憲審査——その焦点の定め方』(有斐閣、2017年)121-122頁。前掲注119)で触れた在外国民選挙権訴訟上告審判決での憲法適合性判断に関する心証の程度の問題は、ここで「明白である」ことが求められている点とも無関係ではないかもしれない。

ここでの「明白である」という文言に関する問題については、木下昌彦編集代表『精読憲法判例——人権編』(弘文堂、2018年)574-575頁〔西貝小名都執筆〕も参照。

さらにこれとは別の文脈でも、千葉は同じ趣旨の記述を残している。砂川事件上告審判決<sup>129)</sup>が、日米安全保障条約の内容が違憲なりや否やの法的判断は、「純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものである」として<sup>130)</sup>、統治行為論を採用したと一般に解されている箇所につき、千葉は、日米安全保障条約が「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り」に該当する場合とは、「誰が見ても違憲無効であることが客観的に明らかな場合をいい、そうであれば、その場合は、政治的な判断を要する事項ないし政治的な判断に委ねるべき事項ではなく、司法部が介入することに問題はなく、介入は可能であるから、司法部が介入することが立法判断・立法裁量を侵害する余地がないため許されるというものであろう」としている<sup>131)</sup>。

以上2つの文脈においてであるが、千葉は、「明白である」という文言を、「異論を生じない場合」とか「誰が見ても……客観的に明らかな場合」という意味で理解している。しかも、1つ目の文脈では、2名の反対意見が付されているにもかかわらず「明白である」という要件が充たされとされていることに対して異議を唱えていることに鑑みると、少なくとも千葉にとって、「明白である」と評価するために必要とされる異論の不存在や判断の客観性は、合議体における評決の問題（全員一致制の要請）をも表しているようである。そして、ここでいう「明白である」という文言が小売市場事件上告審判決などの「明白性の原則」でも用いられていることと結びつけると、違憲審査の文脈で「明白である（明らかである）」という文言が用いられる場合にも、実体的基準とは異なるもの（手続的基準）として、合議体における評決の問題を表していると解することができるかもしれない。

(2) 「論証度」と合議体における評決 前述のように違憲審査の文脈での「明白である（明らかである）」という文言（「明白性の原則」）を手続的基準（論証度）と解するとしても、千葉が「異論を生じない場合」とか「誰が見ても……客観的に明らかな場合」というように、合議体における評決の問題と整理し、「明白性の原則」が妥当する場合には全員一致の判断であることを必要とすると最高裁判所が考えてきたのかについては、検討の余地がある。というのも、違憲審査の基準を示す箇所「明白である（明らかである）」という文言を用いている判決の中にも、反対意見が付されているため全員一致の判断ではないにもかかわらず、基準を充たすとして違憲と判断したものがあるか

<sup>129)</sup> 最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁。

<sup>130)</sup> 同3235頁（傍点筆者）。

<sup>131)</sup> 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線——その先に見ていた世界』（有斐閣、2019年）190頁。なお、横田・前掲注110）650-655頁は、これを違憲審査の基準と解しているのに対し、今村成和『人権と裁判』（北海道大学図書刊行会、1973年）156頁は、砂川事件上告審判決は「安保条約をもって、『明白に違憲無効であると認められないかぎり』は、裁判所の司法審査権の範囲外のもの」としたもので、違憲審査の基準として『明白の原則』を採用したものではない」とする（同148-149頁も参照）。

らである<sup>132)</sup>。

違憲審査における論証度については、前述のように(第2節第3款(2)を参照)、裁判官個人という主観的な次元と合議体という客観的な次元を区別することが考えられた。例えば、Thayerの「明白性の原則」で求められる「合理的な疑いを超える論証」における「合理的な疑い」は一面においてまさに、裁判官個人の内心の問題と整理しうる。しかし、内心の問題は他者には知りえない事柄であるため、それを裁判の基準とするには「論証度」を客観化する必要がある。それゆえ、「論証度」の客観化の1つの方途として、合議体における評決数に反映させるということが考えられないわけではなかった。

さらに、アメリカの刑事訴訟における「合理的な疑いを超える証明」と合議体における評決との関係に関して、「合理的な疑いを超える証明」を定義した道徳的な確実さ(moral certainty)は(第1節第2款を参照)、「良心や道徳、倫理とは関係がな」く、また「数学的確実性とは異なり、証拠の性質上、一定の結論が唯一必然に出てくるものではないが、偏見なく判断する者ならば誰もがその命題を肯定するようなものを意味する」ので、「判断者個人の主観的状态を指し示すだけでなく、客観的意義をも有している」とされる。そして、「1人でも合理的疑いを有している者がいれば、それは『誰もがその命題を肯定した』とはいえない」ので、全員一致制が「この客観的側面を担保する」と解されていた<sup>133)</sup>。したがって、アメリカに起源を有する「合理的な疑いを超える証明」が全員一致制を要求しているとすれば、それを違憲審査の手続的基準(論証度)に変換したと解しうる「明白性の原則」も全員一致制を要求していると解することには(その厳格度の当否を措けば)合点が行く。もしかしたら、千葉は、このようなことも念頭に置いていたのかもしれない。

このように解すれば、違憲審査における「明白性の原則」を合議体における評決についての特別なルールと解することもできないわけではなかろう。しかし、前述のように最高裁判所が現にそのようなルールを採用していると考えてきたかは疑わしいし、実際に全員一致の判断であることを求めるとなると多数意見の構成が著しく困難になり、評決結果から逆に判決文上の手続的基準が修正

<sup>132)</sup> 森林法共有分割制限事件に関する最大判昭和62年4月22日・前掲注118)(15名参加)は、前述のように「明らかである」ことを求めた上で、基準を充たすとして法令全部違憲と判断しているにもかかわらず、法令一部違憲とする1名の意見(他1名が同調)と法令全部合憲とする1名の反対意見が付されているため、部分的には、違憲とする裁判官が12名にとどまっており、必ずしも全員一致の違憲判断ではない。

なお本稿は、森林法共有分割制限事件上告審判決の基準について、「文面上小売判決の『著しく不合理であることが明白』よりは『著しく』の表現がない分、小売判決より厳しい基準である『明白の原則』を採用した」とされる(前田徹生「最高裁判所薬事法型判決の検証——違憲審査基準論? 三段階審査?——」桃山法学20・21号(2012年)436頁)ような意味かどうかはさておき、「明白性の原則」は採用されていると解している。大石和彦「財産権制約をめぐる近時の最高裁判例における違憲審査基準について——平成14年判決における変更?——」慶應法学13号(2009年)134-135頁、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す〔第2版〕』(有斐閣、2019年)315-316頁も参照。

<sup>133)</sup> 中川・前掲注18)287頁。なお、この主張を支える英米の刑事訴訟における陪審評決の全員一致制については、同216-254頁を参照。

されるという事態が生じないとも限らない。したがって、「明白性の原則」をはじめとした論証度を評決の問題と結びつけるのは現実的でないと思われる<sup>134)</sup>。

## おわりに 実体論と手続論の相剋

これまで、違憲審査において「論証責任」や「論証度」といった手続的基準に言及されることはあっても、手続的基準に光を当てた違憲審査基準論に関する包括的な検討はみられなかったといっても過言ではなからう。他方、違憲審査の実体的基準については、いわゆる違憲審査基準論や比例原則論にとどまらず利益衡量論や公共の福祉論をも含めれば、かなり古くから検討が進められてきた。この背景には、実務的にも理論的にも実体的基準が比較的可視性の高いものであったという事情が強く作用しているように思われる。つまり、判決文上あるいは解釈論上規範が定式化されて、その規範の充足の有無が明文で検討されるのが実体的基準であり、その議論は文面上認識可能であるという事情である。他方、手続的基準について、「論証責任」は、判断不能（ノン・リケット）の場合に初めて機能しうるものであるし、「論証度」は、究極的には裁判官の内心の問題である。そのため、手続的基準が「ある」といった場合、それが現実に機能していると推認しうる事情を断片的にかき集めることは不可能でないとしても、手続的基準の充足の有無が明文で検討されることはそう多くない。その意味で、手続的基準は比較的可視性が低い。しかしだからこそ、裁判官による手続的基準の運用次第で、立法事実ひいては憲法適合性の判断が左右されてしまうということがも

<sup>134)</sup> ちなみに、現行制度上、最高裁判所における評決については、裁判所法77条1項が、「裁判は、最高裁判所の裁判について最高裁判所が特別の定をした場合を除いて、過半数の意見による」として、過半数による評決を原則としている。そして、ここでいう「特別の定」として、最高裁判所裁判事務処理規則が定められており、その12条が、「法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないとの裁判をするには、8人以上の裁判官の意見が一致しなければならない」と規定している。また裁判所法10条2号により、そもそも違憲判決を下すには、大法廷（15人）で裁判をしなければならないわけであるが、同法9条4項の委任を受けた最高裁判所裁判事務処理規則7条は、「大法廷では、9人以上の裁判官が出席すれば、審理及び裁判をすることができる」として、大法廷の定足数を9人と定めている。したがって、これらの規定により、違憲判決を下すには、大法廷（15人）の定足数（9人）を充たした上で、実際の審理に加わっている裁判官の数とは無関係に8人以上が違憲だと判断しなければならないということになる。実際、同規則12条に関しては、「法律等の合憲性を否定することは、とくに重大な事からであるので、構成員の過半数でなく、定員の過半数によることとしたものである」といわれ、「法律等の合憲性を否定する裁判官が構成員の過半数であるが、8人に達しない場合」には、「法律等が違憲であるとの裁判ができないのであるから、それが合憲であるとの前提の上に立つて導き出された主文を言い渡さなければならない」と説かれている。最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説 下巻——69条～83条・附則——』（法曹会、1969年）92-93頁。中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣、2009年）89-90頁〔中野執筆〕も同旨。

他方、合憲判決を下すには、大法廷（15人）の定足数（9人）以上の過半数で足りるし、過去の大法廷における合憲判決に従って合憲判決を下す場合には、小法廷（5人）の定足数の過半数で足りることになっている（裁判所法10条1号、77条1項）。なお、大法廷の場合と同様に同法9条4項の委任を受けた最高裁判所裁判事務処理規則2条2項は、「小法廷では、裁判官3人以上が出席すれば、審理及び裁判をすることができる」として、小法廷の定足数を3人と定めている。兼子一＝竹下守夫『裁判法〔第4版〕』（有斐閣、1999年）103頁注（11）を参照。

し仮にあるとすれば、それは問題であろう<sup>135)</sup>。それゆえ、そのような問題がありうることを直視し、違憲審査への訴訟当事者の事実上の関与を認めることによって裁判官の裁量を統制するという観点をももち合わせていなければならないと考えられる。以上のような認識からすれば、これまで、実体的基準が違憲審査基準論における顕教として現に存在してきたしその検討が進められてきたわけであるが、今後は、その背後に違憲審査基準論における密教として控えているはずの手続的基準をも視野に入れて、複眼的に検討を進めていくべきであろう<sup>136)</sup>。

とはいえ、手続的基準は、実体的基準があってこそ有益に機能しうる。ここで、同じ実体的基準であっても、目的・手段審査の枠組みを前提にして衡量を枠づけようとする一般的な審査基準よりも、適用領域が限定された準則型の個別的な審査基準の重要性を説く見解がみられる<sup>137)</sup>。「これらの『準則』も、機械的なあてはめで自動的に結論が出るわけでは必ずしもなく、その意味で曖昧さも残るが、衡量枠としての目的手段審査の基準よりはその程度は低く、また、射程は狭いものの厳格な審査が可能になる」ことが<sup>138)</sup>、その理由である。利益衡量を枠づけるという違憲審査基準論の趣旨からいえば<sup>139)</sup>、準則型の個別的な審査基準の方が望ましいことはいうまでもない。ただ、こと憲法問題に関しては、扱うべき問題領域が幅広く、適用領域を限定した準則型の個別的な審査基準をすべての問題領域で構成していくことには現実的に限界がある<sup>140)</sup>。民法が準則型の規定を詳細かつ膨大に揃えられているのは、民法の諸規定がローマ法以来の悠久の歴史に深く根差しているからであって<sup>141)</sup>、憲法に関しては、思想的に遡ることはできるとしても法学的には必ずしも歴史が深くないことから<sup>142)</sup>、その権利規定の多くが原理型の規定であるとともに<sup>143)</sup>、現時点にお

<sup>135)</sup> 亀本洋『法的思考』(有斐閣、2006年)291頁を参照。

<sup>136)</sup> 顕教と密教については、竹村牧男『空海の哲学』(講談社、2020年)114-117頁を参照。それを示唆しようとした1つの試みが、あん摩マッサージ指圧師養成施設非認定事件上告審判決(最判令和4年2月7日民集76巻2号101頁)に関する拙稿「判批」新・判例解説 Watch 31号(2022年)15頁以下である。

<sup>137)</sup> 梶原健佑「衡量枠と準則——表現の自由論における司法審査基準の再検討——」山口経済学雑誌58巻5号(2010年)675頁以下、阪本昌成『権力分立——立憲国の条件』(有信堂高文社、2016年)242-249頁、曾我部真裕「違憲審査の方法(2)——(狭義の)違憲審査の方法」法学教室478号(2020年)60頁以下を参照。

なお、通常、個別的な審査基準が適用される場合には一般的な審査基準は適用されないので、一般的な審査基準と個別的な審査基準との関係は、いわば、一般法・特別法の関係に相当するものと考えられる。

<sup>138)</sup> 曾我部・前掲注137)67頁。

<sup>139)</sup> 高橋(和)・前掲注124)227-229頁を参照。

<sup>140)</sup> 曾我部・前掲注137)67頁も、判例の蓄積による法形成という観点からは、一般的な審査基準(衡量枠)よりも個別的な審査基準(準則)の方が重要になるとするが、一般的な審査基準についても「これを否定する趣旨ではない」と付言している。

<sup>141)</sup> オッコー・ペーレンツ(河上正二訳著)『歴史の中の民法——ローマ法との対話』(日本評論社、2001年)52-62頁〔河上執筆〕を参照。

<sup>142)</sup> 佐藤幸治『立憲主義について——成立過程と現代——』(左右社、2015年)37頁以下を参照。

<sup>143)</sup> 長谷部編・前掲注2)153-154頁〔土井執筆〕、高橋(和)・前掲注1)3599-3601頁、同「審査基準論——個別的衡量論と『絶対主義』理論のあいだ」ジュリスト1089号(1996年)166頁を参照。



いてすべての問題領域に十分な量の判例が蓄積しているとはいいい難い面がある<sup>144)</sup>。加えて、憲法では、時代の変化によってこれまで想定されてこなかった問題が新たに生じる可能性が特に高いという面もある。これらを考慮すると、現実問題としても、すべての問題領域で一般的な審査基準を完全に放逐することは困難であろう<sup>145)</sup>。そこに、目的・手段審査型の一般的な審査基準が機能する余地は残り続けると考えられる。また、一般的な審査基準と個別的な審査基準の関係が一般法・特別法の関係に立つという理解からすれば、一般的な審査基準の性質決定が個別的な審査基準の性質決定に影響を及ぼすこともあり、さらにいえば、「論証責任」や「論証度」は、目的・手段審査型の一般的な審査基準と独立に、個別的な審査基準でも問題になりうるものである。そのため、一般的な審査基準から個別的な審査基準への移行自体は望ましく、個別的な審査基準が積み重ねられている領域においてはそれに焦点を当てて、わが国独自の違憲審査の基準論を構築していくべきであり<sup>146)</sup>、外国法由来の違憲審査の基準論を過度に強調することは望ましくないことであろう<sup>147)</sup>。しかし、個別的な審査基準が必ずしも積み重ねられていない領域においてはなお、一般的な審査基準を論ずる意義があるだけでなく、手続的基準に至っては、一般的な審査基準や個別的な審査基準の議論と関連づけつつも独立に議論する必要性があるということもいえるように思われる。

以上のような違憲審査の基準に関する議論に対してはさらに、「審査基準等に関する精緻な検討が、多くの憲法学者の関心を訴訟の技術的側面に偏重させてきた結果、〈この国のかたち〉を構成する重要な実体問題の考究に割られるべき時間と労力を、彼らから奪い続けている」として、憲法訴訟論や審査基準論が、あるべき〈この国のかたち〉を彫琢しようとする上で実体問題よりも重要かという問いが投げかけられている<sup>148)</sup>。実体的基準であれ手続的基準であれ、この文脈において、違憲審査の基準に関する議論は広義の手続論にあたるわけだが、本稿としても、憲法学全体が手続論へと過度に傾くことを望んでいるわけではない。しかし、それは、手続論を蔑ろにしてよいということでもないであろう。実体的基準・手続的基準を含めた手続論に関する一定の合意があって初めて違憲審査の実体論に関する「議論」の場が整うのであり<sup>149)</sup>、そのような合意がないと単なる価値観・世界観の水掛け論に陥ってしまう可能性がある。実体と手続の関係を問われれば、実体のための手続であり、あくまで手続は実体を補完するものとしての役割にとどまる<sup>150)</sup>。とはいえ結局、

<sup>144)</sup> 井桁大介「違憲審査基準の要件事実的考察」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』（日本評論社、2023年）85頁を参照。

<sup>145)</sup> 準則型の規定がほとんどを占め、緻密な要件事実論が展開されている民法においてもなお、原理間衡量を必要とする一般条項が残されている点を想起されたい。一般条項の1つである公序良俗規定（民法90条）について検討した山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）193頁以下を参照。

<sup>146)</sup> 市川正人『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020年）410-414頁も、同じ方向性を示している。

<sup>147)</sup> 藤田宙靖『裁判と法律学——「最高裁回想録」補遺——』（有斐閣、2016年）110-111頁を参照。

<sup>148)</sup> 椎名智彦「プロセス法学研究の意義——比較法学からみた憲法継受——」青森中央学院大学研究紀要34号（2021年）68頁。なお、椎名も、「憲法訴訟論や審査基準論が重要でないと言っているのではない」と断っている。

<sup>149)</sup> 田中成明『裁判をめぐる法と政治』（有斐閣、1979年）157-160頁を参照。

<sup>150)</sup> この点は、拙著・前掲注2）264-265、385頁でも強調してきたところである。

違憲審査の基準に関する議論においても憲法学全体の傾向においても、実体と手続のどちらが重要かという視点ではなく、実体と手続の両方が重要であるという視点で捉えておくのが適切なのではないだろうか<sup>151)</sup>。

ここまで行ってきた前稿・本稿での検討は、学説を素材とした理論的な分析が中心を占めており、判例を素材とした実証的な分析が不十分であるため、試論の域を出ないものと自覚している。また、筆者の不勉強ゆえに、訴訟法理論について誤解しているところが散見されるかもしれない。それゆえ、畢竟、独自の見解であるといわれても仕方がないと考えている。けれども、わが国の最高裁判所も、「違憲審査に際して判断基準を設定したり、論証責任の配分や論証の程度を問題にしたりするなど、違憲審査基準論の成果を摂取し始めようとしているのではないかと感じさせるようになってきている」と指摘されて久しいので<sup>152)</sup>、これまで影に隠れてきた密教に光を当てることを目指した前稿・本稿での検討が今後の議論のたたき台となれば幸いである。

[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)、基盤研究 (C) 「日本独自の違憲審査基準論の構築——職業選択の自由に焦点を当てて」(23K01096、研究代表者：土井真一)、及び、若手研究「憲法訴訟における『救済法』構成の導入可能性——憲法上の権利という視点から——」(23K12361、研究代表者：伊藤健)の交付を受けて行った研究の成果である。

<sup>151)</sup> このことを示唆するものとして、土井真一「司法審査の民主主義的正当性と『憲法』の観念——手続的司法審査理論の憲法的地平——」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院、1998年)141-142頁、同「憲法判例と憲法学説」公法研究66号(2004年)131-132頁を参照。

<sup>152)</sup> 同「法の支配と違憲審査制」論究ジュリスト2号(2012年)167頁(傍点筆者)。