

【論文】

違憲審査における「論証責任」(1)

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、本号)

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

はじめに 本稿の課題

一般に、「裁判における法の適用過程は、個別具体的な事実関係を確定する事実認定と、個々の事実関係に適用すべき一般的法規規を選択してその規範的意味内容を解明し特定化する法の解釈という二つの作業に分けられる」といわれる¹⁾。この過程自体は、違憲審査においても基本的に異なることはない。法律の憲法適合性が争われる違憲審査においては、法律が憲法に適合するか否かを判断する枠組み・基準に関する議論が、前述の「法の解釈」という作業に相当する²⁾。ここで解明・特定化された一般的法規規を前提に、それが適用されることになる事実関係を確定しなければならない。しかし、違憲審査の「事実認定」においては、通常の法適用とは異なり、個別具体的な事実関係（司法事実 (adjudicative facts)）だけが問題になるわけではない³⁾。法律が憲法に適合するか否かは主として、「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている——背景となる社会的・経済的——事実」に基づいて判断される。これは、「立法事実 (legislative facts)」と呼ばれ⁴⁾、司法事実よりも一般的なものであることが多く、場合によっては、価値判断に基づく何らかの評価を含むものである。このように違憲審査の事実認定では、司法事実の認定だけでなく立法事実の認定もが必要となる。

この立法事実の認定については、従来、法律が憲法に適合するか否かを判断する枠組み・基準の問題とは独立に論じられる傾向があったように思われる⁵⁾。枠組み・基準の問題に関する立場の如

¹⁾ 田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011年）453-454頁。

²⁾ 公共の福祉論、比較衡量論、違憲審査基準論、三段階審査論（比例原則論）といった違憲審査の基準論から、各権利条項の実体解釈論に至るまで、憲法学が取り扱っている多くの議論がここに位置づけられよう。

³⁾ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）152頁。「司法事実」とは、「係属事件の解決だけの目的で確定されねばならぬ事実、すなわち直接の当事者に関する——誰が、何を、どこで、いつ、いかに、どんな動機もしくは意図で行なったかという——事実」である。なお、「司法事実」は、「判決事実」と呼ばれることもある。大石眞『憲法制度の形成』（信山社、2021年）30-31頁。また、太田勝造『法律』（東京大学出版会、2000年）123頁も参照。

⁴⁾ 芦部・前掲注3）152頁。

⁵⁾ 立法事実を論じたものとしては、例えば、江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第2巻』（有斐閣、1987年）69頁以下、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について（一）（二）（三・完）」自治研究64巻12号（1988年）122頁以下、65巻2号（1989年）86頁以下、65巻3号（1989年）76頁以下、高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）95頁以下、土井真一「立法学研究の憲法解釈学的意義についての一考察——立法過程論と立法事実論との関連性について——」平成7年度特定研究経費研究報告書『立法に関する総合的研究』（京都大学法学部、1996年）1頁以下、時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』（第一法規、1996年）1頁以下、53頁以下、渡辺千原「法を支える事実——科学的根拠付けに向けての一考察——」立命館法学333・334号（2010年）3263頁以下、浅野博宣「立法事実論の可能性」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 上巻』（有斐閣、2013年）419頁以下、武田芳樹「立法事実の審査に関する一考察」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開 下巻』（信山社、2017年）511頁以下、御幸聖樹「憲法訴訟における立法事実論の現況と展望」論究ジュリスト29号（2019年）179頁以下、巽智彦「立法事実論の再構成——事実認定論からみた違憲審査」石川健治ほ

何にかかわらず、立法事実の必要性に関する共通了解を得るという意味において、そのような傾向に意味がなかったわけではない。だが、枠組み・基準の問題に関する立場の1つである違憲審査基準論は、違憲審査における法の解釈の文脈に位置づけられるだけでなく、立法事実の認定の文脈にも位置づけられるべきものである。

そもそも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典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⁶⁾。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⁷⁾。その実体要件を表している基準としては、厳格審査基準、中間審査基準、合理性の基準といった一般的な審査基準や、明白かつ現在の危険の法理や現実の悪意の法理といった個別的な審査基準が挙げられるが⁸⁾、これらはすべて、前述の法の適用過程における「一般的法規範」と整理できよう⁹⁾。

他方で、違憲審査基準論には、もう1つ重要な側面がある。それは、「手続的基準」と呼ばれ、実体的基準を充たすための立法事実の存否ひいては憲法適合性に関して、どのような場合に論証がなされたか判断するのか、論証がなされなかった場合にどのように判断するのかを定める手続要件としての、「論証責任」と「論証度」の問題である¹⁰⁾。このうち、違憲審査における「論証責任」とは、事実の真偽不明(ノン・リケット)の場合の裁判官の判断基準として語られる「客観的証明責任」に相当するものであり¹¹⁾、それは、立法事実の存在が推定される合憲性推定と、その存在が推定されない違憲性推定に分けられる。通常、厳格審査基準が適用される際には違憲性推定が妥当し、合理性の基準が適用される際には合憲性推定が妥当するとされる。また、中間審査基準が適用される

か編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』(弘文堂、2019年)1頁以下、岸野薫「司法過程における立法事実——アメリカの立法事実論の一断面——」香川法学40巻3・4号(2021年)285頁以下、卷美矢紀「『立法事実』の再考について」上智法学論集65巻4号(2022年)175頁以下などがある。これらの中には、枠組み・基準の問題に関連づけて論ずるものがないわけではないものの、枠組み・基準の問題との接合が十分に意識されてこなかったように思われる。

⁶⁾ 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。

⁷⁾ 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。

⁸⁾ 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頁を参照。

⁹⁾ 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。

¹⁰⁾ 長谷部編・前掲注7)158頁〔土井執筆〕を参照。

¹¹⁾ 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、1991年)260-261、284-287頁、原竹裕『裁判による法創造と事実審理』(弘文堂、2000年)312-318頁を参照。

際には、制約されている権利によって、違憲性推定が妥当する場合と合憲性推定が妥当する場合が区別される。この「論証責任」については、違憲審査における証明責任の問題として言及されることがなかったわけではないもの¹²⁾、これに着目して違憲審査基準論を分析するという試みは、本格的になされてきたといえる状況にある。しかし、近年、「論証責任」は、規範的要件¹³⁾や違憲審査における証明責任類似の問題として、訴訟法学や行政法学といった主に憲法学以外の領域で議論の俎上に載せられることが増えてきた¹⁴⁾。そのため、これらの領域で得られた知見を憲法学がどのように受け止めるのかについて、改めて検討すべき時が来たと思われる¹⁵⁾。そこで、立法事実の認定の観点からみた違憲審査基準論における1つ目の課題としては、違憲審査における「論証責任」の働き方を明らかにすることが挙げられる¹⁶⁾。

これに対して、違憲審査における「論証度」とは、立法事実の存否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ことであるが、これについては、これまで言及されることすらほ

¹²⁾ 違憲審査における証明責任の問題に言及する従来の文献としては、例えば、安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」芦部信喜先生還暦記念論文集『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、1985年）359頁以下、同「憲法訴訟論とは何だったか、これから何であり得るか」論究ジュリスト1号（2012年）132頁以下、江橋崇「二重の基準論」芦部編・前掲注5）125頁以下、内野・前掲注11）229頁以下、大貫裕之「『立法裁量』の一考察」菅野喜八郎教授還暦記念『憲法制定と変動の法理』（木鐸社、1991年）491頁以下、松井茂記「二重の基準論」（有斐閣、1994年）、高橋（和）・前掲注5）、林屋礼二『憲法訴訟の手續理論』（信山社、1999年）149頁以下、太田・前掲注3）59頁以下、同『民事紛争解決手續論（新装版）』（信山社、2008年）109頁以下、原・前掲注11）255頁以下などがある。

¹³⁾ 「規範的要件」とは、「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。司法研修所編『民事訴訟における要件事実 第一巻（増補版）』（法曹会、1998年）30頁。なお、「規範的要件」は、「評価的要件」と呼ばれることもある。伊藤滋夫『要件事実の基礎（新版）——裁判官による法的判断の構造』（有斐閣、2015年）302-303頁。

¹⁴⁾ 近年、訴訟法学や行政法学などの論者によって、規範的要件や違憲審査における証明責任類似の問題が論じられている文献としては、例えば、堀清史「いわゆる憲法訴訟における主張責任及び証明責任の周辺について」岡山大学法学会雑誌65巻3・4号（2016年）948頁以下、巽智彦「公法関係訴訟における事実認定について——憲法訴訟を端緒として——」成蹊法学85号（2016年）116頁以下、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）178頁以下、同・前掲注5）、同「憲法関係の訴訟における事案の解明」伊藤滋夫編『憲法と要件事実（法科大学院要件事実教育研究所報第18号）』（日本評論社、2020年）5頁以下、102頁以下、同「公法訴訟論の再構築——あるいは二つの『比較法』——」成蹊大学法学部編『未来法学』（有斐閣、2022年）44頁以下、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）27頁以下、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）193頁以下、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）279頁以下などがある。

¹⁵⁾ 違憲審査基準論の手續論的側面（手續的基準）に着目して検討した憲法学における近年の文献としては、例えば、村山健太郎「二重の基準論の現在」法律時報91巻5号（2019年）19頁以下、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」同誌76頁以下、御幸聖樹「憲法訴訟と要件事実論の接続可能性」伊藤（滋）編・前掲注14）27頁以下、112頁以下などがある。

¹⁶⁾ 「論証責任」に関する管見については、拙著・前掲注9）2頁脚注6）、95-96頁脚注228）、256頁以下も参照されたい。

とどなかつたといっても過言ではない¹⁷⁾。そのため、違憲審査においてそもそも論証度を設定する必要があるのか、その必要があるとして、どのように設定すべきかを検討することも必要となろう。そこで、立法事実の認定の観点からみた違憲審査基準論における2つ目の課題として、違憲審査における「論証度」の働き方を明らかにすることが挙げられる。

違憲審査基準論に含まれる以上のような手続的基準が、立法事実の認定については憲法適合性の判断に関する手続論的装置として機能することになる。しかし、前述したように、論証度はおろか論証責任に着目して違憲審査基準論を分析するという試みは、これまで本格的になされてこなかったという事情がある。そのため、本稿では、2つ目の課題を視野に収めつつ紙幅の都合から1つ目の課題に主な焦点を絞り¹⁸⁾、まず、違憲審査における手続的基準が登場することとなった経緯を確認し、「論証責任」と「論証度」の問題点を意識しつつ、それらの内実を示す(第1章)。次に、近年の規範的要件に関する「論証責任」の議論を踏まえた上で、違憲審査における「論証責任」をどのように運用していくべきかについて検討したい(第2章)。なお、本稿は、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、原則として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章 違憲審査における手続的基準

違憲審査における論証責任(と論証度)は、訴訟法における証明責任(と証明度)とは異なるといわれることがある¹⁹⁾。しかし、論証責任と論証度が、訴訟法における証明責任と証明度から多大なる影響を受けていることは否定しがたい。そのため、訴訟法における証明責任と証明度を確認してから、論証責任と論証度を検討するのが本筋といえよう。よって、本章では、訴訟法における証明責任と証明度を確認した上で(第1節)、違憲審査における手続的基準が登場することとなった経緯を整理することにする(第2節)。そして最後に、「論証責任」と「論証度」の問題点を意識しつつ、違憲審査における手続的基準の内実を示しておきたい(第3節)。

第1節 訴訟法における証明責任と証明度

まずは、訴訟法において、証明責任と証明度が一般にどのように理解されてきたのかについて、確認しておく。

¹⁷⁾ 御幸・前掲注15)38頁。管見の限りでは、近年、憲法学の文脈で「論証度」の問題に言及している数少ない例外が、長谷部編・前掲注7)157-160頁〔土井執筆〕、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』(有斐閣、2017年)718-719頁、巽・前掲注5)23-26頁、御幸・前掲注15)37-38頁である。

¹⁸⁾ 2つ目の課題としての「論証度」については、本稿での「論証責任」に関する検討を前提に、別稿で検討することを予定している。

¹⁹⁾ 高橋(和)・前掲注5)115-116頁、同『体系 憲法訴訟』(岩波書店、2017年)183頁、内野・前掲注11)286頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書院、1995年)517頁、原・前掲注11)312-315頁、堀・前掲注14)931-932頁、御幸・前掲注5)183頁。巽・前掲注5)13-15頁も参照。

第1款 日本法の理解

(a) 本稿冒頭で触れたように、裁判における法の適用過程には、事実認定と法の解釈という2つの作業が必要とされる。このうち的事实認定において、事実についての当事者の主張を真実と認めるべきかどうかは、裁判官が自由な心証に基づいて判断するのが建前とされ(自由心証主義)、「弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して」行わなければならない(民事訴訟法247条)、かつ、その事実主張について「証明」がなければならないとされている。ここで、「証明」とは、「裁判の基礎として認定すべき事実について、それが存在したことの確からしさ(蓋然性)が、証拠や経験則などによって裏付けられた状態」、または、「証拠を提出して裁判官に働きかける当事者の行為(立証活動)」のことである。この証明に関して、証拠などによって真実であるとの裏づけをどの程度得たときに、裁判官は証明ありと判断してよいか、判断すべきかが問題とされる。これが、「証明度」の問題であり、「自由心証主義を合理化するための制約の一つ」として顕在化することとなる²⁰⁾。このように訴訟法において語られる「証明度」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」を決する基準と定義されている²¹⁾。

(b) この証明度の充足を目指して、訴訟当事者による立証活動とそれに基づいた裁判所による事実認定がなされるが、訴訟当事者の努力や裁判所の能力にも限度があるから、裁判所がある事実の存否について心証を形成できないままに審理が終わることもありうる。そこで、真偽不明(ノン・リケット)の事実は存在しないものと扱い、その事実を要件とする法律効果の発生を認めないことで、事実が真偽不明の場合にも判決を可能にする必要が生じる²²⁾。ここで、「証明責任」が問題とされる。つまり、このように訴訟法において語られる「証明責任」は²³⁾、伝統的に、「訴訟上、ある要件事実の存在が真偽不明に終わったために当該法律効果の発生が認められないという不利益又は危険」と定義される²⁴⁾。こうした証明責任を「どちらの当事者が負うかは、特定の主要事実については、最初から抽象的に定まっておき、具体的な訴訟の経過、具体的な立証活動如何によって動くことはない」ため、証明責任は、「当事者の具体的な立証活動と無関係に定まっているとともに、審理の最終段階でいずれにも心証形成をなしえない場合の裁判の仕方を定める」基準であると

²⁰⁾ 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』(弘文堂、2019年)567頁。

²¹⁾ 加藤新太郎『手続裁量論』(弘文堂、1996年)127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)155-156頁も参照。

²²⁾ 新堂・前掲注20)603-604頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上〔第2版補訂版〕』(有斐閣、2013年)517-518頁、三木浩一ほか『民事訴訟法〔第3版〕』(有斐閣、2018年)263頁〔三木執筆〕を参照。

²³⁾ 「証明責任」という用語については、ローゼンベルク(倉田卓次訳)『証明責任論〔全訂版〕』(判例タイムズ社、1987年)3頁、伊藤(滋)・前掲注13)144-145頁、三木ほか・前掲注22)265-266頁〔三木執筆〕を参照。なお、論者により、「証明責任」、「立証責任」、「挙証責任」など様々な用語が用いられることがあるが、本稿では、それらは基本的に同じものを意味していると互換的に解し、原則として「証明責任」の語を用いる。三ヶ月章『民事訴訟法〔第3版〕』(弘文堂、1992年)441頁、高橋(宏)・前掲注22)519頁も参照。

²⁴⁾ 司法研修所編・前掲注13)5頁。

いわれる²⁵⁾。

前述のような意味で「ノンリケットの場合の裁判の基準をなす証明責任」は、「客観的証明責任」と呼ばれる²⁶⁾。この「客観的証明責任」は、「事実審理の終了時（口頭弁論の終結時）におけるいずれかの当事者の危険ないし不利益であると同時に、裁判の前提となる事実の存否が不明である場合に裁判官に『裁判の拒絶』を許さず、裁判を可能ならしめる法則」であることから、「結果責任であって、訴訟の過程において当事者が証拠を提出すべき行為責任はそこには含まれない」²⁷⁾。しかし、「ノンリケットの場合の裁判の基準」であるということは、「訴訟の審理過程における当事者および裁判所の行動を規律し、その行為規範として働く」と指摘されており、ここから「係争事実の存否を不利益に判断される危険を避けるための、審理過程における立証の必要性」が生じ、「主観的証明責任」を觀念することが主張される²⁸⁾。そのため、「主観的証明責任」は、「各当事者〔が〕自己に有利な判決を得るために自己に有利な事実（逆に言えば真偽不明になれば不利な事実）を立証しなければならない行為責任」といわれることになる²⁹⁾。そして、こうした2つの証明責任概念については、「客観的挙証責任というものは、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觀念されうるところであるが、……主観的挙証責任は、弁論主義という構造のもとで、またその構造のもとにおいてのみ、はっきり現われるものである」と指摘されている³⁰⁾。

²⁵⁾ 新堂・前掲注20)606頁。

²⁶⁾ 同612頁。

²⁷⁾ 小林秀之『新証拠法〔第2版〕』（弘文堂、2003年）164頁。三ヶ月・前掲注23)441-442頁、高橋（宏）・前掲注22)518-519頁、三木ほか・前掲注22)264-265頁〔三木執筆〕も参照。

²⁸⁾ 新堂・前掲注20)611-612頁。

²⁹⁾ 小林・前掲注27)164-165頁（〔〕内筆者）。三ヶ月・前掲注23)442-443頁、三木ほか・前掲注22)266-267頁〔三木執筆〕も参照。

なお、こうした行為責任としての主観的証明責任を拡充していくと、「一方の当事者がもつ挙証についての負担（心理的負い目）が、その挙証の成功によって消滅し、今度は相手方が逆にそれを覆す負担を負うに至る」という意味で、具体的訴訟の内部における挙証負担の移動ということを觀念する基盤が与えられる」。こうして「一応の有力な証拠が提出されたときは、相手方は反対の証拠をあげねば不利益を被ることになる」ため、ここでは、「裁判官の心証形成の度合に応じて時々刻々に挙証責任が転換（移動）する」ようにみえる。しかし、それは、「具体的な心証の問題にはかならないのであり、必ずしも弁論主義のもとでのみ現われる現象ではないし、客観的挙証責任が弁論主義を通して行為責任の形で現われる姿としての主観的挙証責任とも、はっきり区別すべきものである」とされ、このような現実の負担は、法的な概念ではなく事実的な状況としての「証明の（現実的）必要」と呼ばれている。三ヶ月・前掲注23)446頁****（3）。高橋（宏）・前掲注22)526-527頁、伊藤（滋）・前掲注13)147-149頁、新堂・前掲注20)606頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』（有斐閣、2020年）382-383頁も参照。

主観的証明責任と証明の（現実的）必要の区別について、三木ほか・前掲注22)267頁〔三木執筆〕は、「主観的証明責任は、審理の推移によって移動することはなく常に客観的証明責任と所在を共通にする点や、あくまでも主要事実についてだけ觀念し得る点で、現実の負担を意味する『証明の必要』とは異なる」とする。

³⁰⁾ 三ヶ月・前掲注23)444頁*（3）。ローゼンベルク・前掲注23)34頁も、客観的証明責任は「職権探知主義、弁論主義、あるいは両原則の中間物、そのいずれが支配する手続であれ、いやしくも具体的事実への抽象的法規の適用が問題とされる限り、いかなる手続にも存在するのであるが、一方、主観的証明責任を云々しうるのは、……弁論主義を基礎とする手続においてのみなのである」という。新堂・前掲注20)606頁、伊藤

以上のように証明責任概念に2つの意味があることが指摘されてきたところ、直前で指摘したことも示唆されているように、「主観的挙証責任なるものは、客観的挙証責任を前提し、そこから流出するものであって決してその逆ではない」し、「客観的挙証責任の存在が弁論主義を通して特殊な投影をしたものにほかならない」ため³¹⁾、訴訟法学において、証明責任の本質は客観的証明責任にあると解されている³²⁾。このことを前提に、「自由心証の領土の尽きたところから証明責任の支配が始まる。前者の全領土を踏査しても判決を見出しえなかった裁判官に対し、後者は前者の拒んだものを与えるのである」と評される³³⁾。これは、まず自由心証の問題があり、そこから生じる事実に関する真偽不明（ノン・リケット）の問題を解決するために、「証明責任」の問題が生じるということを意味する。ただ、事実に関する真偽不明が生じうるのは、存否いずれの心証も証明度を超えなかった場合であることに鑑みると、自由心証から真偽不明の問題に至る間には常に、「証明度」の問題が控えているといえる。そうだとすれば、少なくとも事実認定の場面では、証明度の問題が先在し、その後で証明責任の問題が生じると考えるのが、「証明責任」と「証明度」の論理的関係であるといえるだろう。

第2款 アメリカ法の理解

(a) また、アメリカに目を転じると、法における事実の主張の証明に不可欠な要素として、①許容性の原理 (principles of admissibility)、②重大性の原理 (principles of significance)、③証明度 (standards of proof)、④証明責任 (burdens of proof)、⑤終結性あるいは完全性の原理

(真)・前掲注29)382頁も参照。しかし、三木ほか・前掲注22)267頁〔三木執筆〕は、「証明責任を負う当事者は実質的には一種の行為責任を負うので(……)、主観的証明責任は職権探知主義のもとでも観念し得る」とする。

なお、「弁論主義」とは、「判決の基礎をなす事実の認定に必要な資料(訴訟資料)の提出(主要事実の主張と必要な証拠の申出)を当事者の権能と責任とする建前」をいい、「私益に関する事項は当事者の自由な処理に任すべきであるという思想に基づく」。その内容としては、大きく3つあるとされる。まず、①「主要事実は、当事者が口頭弁論で陳述しないかぎり(弁論に現出しないかぎり)判決の基礎に採用することができない」。そのため、「当事者は自分に有利な主要事実はこれを主張しないとその事実はないものと扱われ、不利な裁判を受けることになり、この不利益は「主張責任」と呼ばれる。次に、②「当事者間に争いのない事実(自白したまたは自白したとみなされる事実)は、証拠によって認定する必要があるのみならず(『民事訴訟法』179条・159条1項)、これに反する認定をすることができない」。これにより、「弁論主義は、当事者に対し、事実についての審判の範囲を限定する権能を認めるのみならず、その審判の内容をも決定する権能を認めるものといえることができる」。最後に、③「争いのある主要事実は証拠により認定するが、証拠は原則として当事者が申請したものでなければならない」。以上のような「弁論主義」に対して、「[判決の基礎をなす事実の認定に必要な資料]の探索を当事者の意思のみに委ねず、裁判所の職責ともする建前」が、「職権(探知)主義」と呼ばれる。新堂・前掲注20)467、469-475頁(〔〕内筆者、傍点ママ)。兼子一=竹下守夫『民事訴訟法〔新版〕』(弘文堂、1993年)79-82頁、三ヶ月・前掲注23)187-201頁も参照。

³¹⁾ 三ヶ月・前掲注23)444頁* (3)。

³²⁾ 小林・前掲注27)164頁、三木ほか・前掲注22)264-265頁〔三木執筆〕。ローゼンベルク・前掲注23)30-31頁も参照。

³³⁾ ローゼンベルク・前掲注23)75頁。引用部分前段と同様の標語的表現を用いるものとして、三ヶ月・前掲注23)437-438、441-442頁、三木ほか・前掲注22)265頁〔三木執筆〕なども参照。

(principles of closure or completeness) という、証拠法則の5つの側面に言及されることがある³⁴⁾。

まず、①許容性の原理とは、「主張の法的真実性を立証するために何が許容される (*admissible*) のかを判断する」ものである。ここで、「主張を認容するか否かを考察する判断権者は、世の中にある無数の事実のうちどの部分集合を考慮に入れるべきかを判断する何らかの手段をもっていなければならない」とされる³⁵⁾。要するに、これは、「当該証拠をそもそも法廷に提出してよいか否か」に関する証拠能力の問題である³⁶⁾。

次に、②重大性の原理は、「事実の主張の法的真実性を立証するために当該証拠がどの程度影響力をもつのかを判断するため」の仕組みである。これは、「許容された証拠に重要性 (*weight*)、価値 (*value*) または重大性 (*significance*) を帰する」仕組みを意味する³⁷⁾。つまり、ここでいう重大性は、「証拠能力のある証拠についてどこまで信用し、どこまで重みを置いて事実認定の基礎とするか」に関する証明力の問題といえる³⁸⁾。

さらに、③証明度に関しては、「特定の結論を正当化するためにその(重要な)証拠がどの程度必要なかを知る必要がある」ので、「その帰結のために認識論的に必要となる許容された証拠の重要性や規模の総量を示すことで、ある主張がいつ法的に真偽を宣言されうるのかを教えてくれる」基準が必要となるといわれる。このような基準を「証明度」と呼び、証明度の表し方としては、蓋然性 (*probability*) の観点から数字で表すことができる基数的な尺度と、確実性 (*certainty*) の観点から表された範型で示すことができる序数的な尺度がありうるという³⁹⁾。例えば、前者は、7、80%の蓋然性というように確率表記がなされるものであり、後者は、「合理的な疑いを超える証明」のように、心証の程度を言語表記したものである。

また、④証明責任は、以下のように説明される。「どちらかの命題の法的真偽が重要であって証明度が固定されているとしても、……認識論的な不確実性を処理するための何らかの手段がなければならぬ」が、「これは『潜在的に』必要な要素であるにすぎない」。というのも、「一定の証明度を考慮して許容性の原理と重大性の原理を適用することによって、関連する命題の真偽が立証される場合には、この意味での証明責任を分配する必要はないかもしれない」からである。しかし、「事実認定者が利用可能な証拠が関連する命題またはその否定に関する真偽いずれかの閾値基準を充たすということに納得せず、認識論的に適切な回答として『わからない』[という回答]を残している場合には常に、法がその不確実性の責任を誰かに課すことで、事実認定者は、主張の法的真理値を必ずしも確定しなくとも、その事件の判断をなすことができる」ようになるとされ、ここに、「証明責任」の必要性が承認される。そして、「一般的には、現状を変更するよう裁判所に求めている

³⁴⁾ GARY LAWSON, EVIDENCE OF THE LAW: PROVING LEGAL CLAIMS, at 20-28 (2017).

³⁵⁾ *Id.* at 20 (傍点は原文斜体字).

³⁶⁾ 浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第3版〕』(弘文堂、2016年)135頁。

³⁷⁾ LAWSON, *supra* note 34, at 21 (傍点は原文斜体字).

³⁸⁾ 浅香・前掲注36)135-136頁。

³⁹⁾ LAWSON, *supra* note 34, at 23.

者——原告か、何らかの種類の救済を申し立てている当事者のどちらか——が、その主張と整合する事実認定を正当化するのに十分な、関連する事実の主張に関する証拠を提出しなければならない」といわれる⁴⁰⁾。

最後に、⑤終結性あるいは完全性の原理とは、「ある点で、特定の判断のために集めるつもりである証拠のすべてを集めた——つまり、当該判断のための証拠収集は終結する——と判断」するものである。これに関して、「証拠提出責任 (burdens of production) ——特定の手続を進めるよう司法制度を説得するのに十分な証拠を提出する義務——は、より十分な証拠収集を展開するよう当事者を促すための仕組みとして容易に理解されうる」と指摘されている⁴¹⁾。

このうち本章の関心との関係で重要なのは、当然ながら、③証明度と④証明責任である。証明責任に関して、前述のように「どちらかの命題の法的真偽が重要であって証明度が固定されているとしても、……認識論的な不確実性を処理するための何らかの手段がなければならない」とされていることからすれば、証明度が確定されていることを前提に、心証がその水準に到達しない場合の不確実性を処理するために、証明責任が必要とされているといえる。それゆえ、アメリカにおいても、証明度の問題が先在し、それを前提に、証明責任が機能することになるという認識が共有されているといえよう。

(b) また現代のアメリカでは、証明責任は、「証拠提出責任 (burden of producing evidence)」と「説得責任 (burden of persuasion)」に区別されるのが一般的である⁴²⁾。証拠提出責任は、「トリアルにおいて証拠を提出しなければならない当事者の行為責任」であり、日本やドイツにおいていわれる主観的証明責任に類似しているが、「トリアルにおける裁判官と陪審の権限分配に大きく関係し、この証拠提出責任が果たされないと事件の事実認定は陪審に回されず、裁判官によって裁判がなされる」ことになるという。敷衍すると、証拠提出責任を負っている当事者がその責任を履行しない場合、陪審の評決に付されることなく、裁判官は、証拠提出責任を負っている当事者を敗訴させることになる。そのため、証拠提出責任は、「事件を陪審に判断させるか否かの基準」になるものとされており、「トリアルの過程で当事者間を移動する」ことも指摘されている⁴³⁾。

他方、説得責任は、「客観的証明責任とほぼ同じである」とされ、「当事者が証拠提出責任を果たし、その事件の事実認定が陪審に委ねられ、すべての証拠が提出されたトリアルの最後の段階で、当該事実の存否の可能性が同程度であるために陪審がいずれとも判断しかねる場合に生ずる当事者の危険」と定義される。これは、「トリアルの最後の過程で初めて問題になるものであるから、証拠提出責任のようにトリアルの途中で当事者間を移動することはない」⁴⁴⁾。

⁴⁰⁾ *Id.* at 24-25 ([] 内筆者).

⁴¹⁾ *Id.* at 26, 27. これは日本でいう「解明度」(後掲注110)とそれを付した本文を参照)に近いかもしれない。

⁴²⁾ この区別は古く、JAMES BRADLEY THAYER, A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW, at 355-370 (1898) に由来する。小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』(弘文堂、1996年)203頁を参照。

⁴³⁾ 同204頁。その意味では、証明の(現実的)必要とも類似する。

⁴⁴⁾ 同209頁。

このようにアメリカでも、日本における客観的証明責任に相当する「説得責任」が存在しないわけではないものの、事実認定が陪審制度との関連において訴訟当事者の立証活動に基づく裁判所と陪審の権限分配の問題として捉えられる傾向にあることから、証明責任はどちらかという主観的証明責任類似の「証拠提出責任」を中心に理解されるきらいがあるように思われる⁴⁵⁾。

第3款 証明責任と証明度の関係

本稿は訴訟法に関する検討を主題とするものではないため、ここではさしあたり、訴訟法における理解に関して以下の3点を確認しておきたい。

第1に、細部において相違はあるものの、日米を問わず、証明責任には「客観的証明責任」（説得責任）と「主観的証明責任」（証拠提出責任）の区別があるという点である。客観的証明責任は、訴訟当事者の立証活動とは無関係であり、「ノンリケットの場合の裁判の基準」たる結果責任とされるのに対し、「主観的証明責任」は、客観的証明責任が訴訟当事者に事実の立証を促すための行為責任として投影されたものと理解されている。なお、「主観的証明責任」は、「証明の（現実的）必要」（前掲注29）を参照）とも区別される。前者は、審理の推移によって移動せず客観的証明責任と所在を共通にするのに対し、後者は、審理の過程における事実上の問題として移動し、裁判官の心証に応じてどちらの訴訟当事者に立証が求められているかを表すものであるという点に注意を要する。

第2に、第1の証明責任概念の区別に関連して、「主観的証明責任」は、弁論主義の下においてしか観念しえないのに対し、「客観的証明責任」は、弁論主義の妥当の有無にかかわらず、訴訟手続一般において観念しうるとされているように、両証明責任概念の妥当範囲と弁論主義の妥当範囲が関連している点である。後述するように（本章第3節第2款（1）を参照）、違憲審査においては、当事者主義（弁論主義）は後景に退き、職権（探知）主義が妥当しうるとされていることからすれば、違憲審査における証明責任の問題を考える際には「客観的証明責任」を中心に考え、必要な限

⁴⁵⁾ 三ヶ月・前掲注23)443頁*（1）。小林・前掲注27)171-172頁も参照。

他にも、小林秀之『民事裁判の審理』（有斐閣、1987年）9-10頁によれば、わが国の民事訴訟法においては、「証拠方法の提出までは弁論主義が適用され当事者の支配領域であるが、一旦証拠方法として提出された以上は、自由心証主義が支配し裁判官の自由な心証形成にすべてを委ねる」と考えられているのに対して、アメリカ（証拠）法では、「アドヴァサリー・システム」がその基本原理としてあり、「証拠をめぐる両当事者が先鋭的な形に対立する中でのみ真実が発見される」と考えられている。そのため、「反対尋問権の保障が証拠法の中核ということになる」という。そして、ここでいわれる「アドヴァサリー・システム」を内容的に分けると、「当事者提出の原則（the principle of party-presentation）」と「当事者追行の原則（the principle of party-prosecution）」に分かれ、前者は、「当事者が調査をなし、証拠や事実を提出し、法的議論をなすのであり、かつ当事者は平等にその機会が与えられなければならないとするもの」であり、後者は、「当事者がその判断に基づき適切と思う時期・方法で主張・立証や申立てを行うというもの」であると指摘されている（同・前掲注42)74、79-81頁、浅香・前掲注36)6-7頁も参照）。

また、浅香・前掲注36)145-151頁においては、「証明の程度のモデル」が、静的な説得責任だけでなく動的な証拠提出責任も視野に入れて検討されている。

これらのことから、アメリカにおいては、訴訟当事者を中心とした訴訟法理解が前提とされており、「証拠提出責任」が重視される傾向にあることを推認することができるように思われる。

り「主観的証明責任」や「証明の（現実的）必要」の問題に言及するということになる。こうして、「客観的証明責任」の重要性が増すことになる。

第3に、日米ともに、証明度があって初めて証明責任が必要になるというように、「証明度」の問題が先在し、その後で「証明責任」の問題が生じるという論理的関係があることが暗黙のうちに承認されていた。これは、違憲審査においても証明責任類似の概念を観念するのであれば、当然に証明度類似の問題を考察しなければならないことを意味する。裏を返すと、後述するように、従来違憲審査においては証明責任を観念することに対して消極的な立場が支配的であったことからすれば、証明度の問題が自覚的に考察されてこなかったことには頷けるところがあるといえる。

第2節 違憲審査における手続的基準

次に、違憲審査における手続的基準の問題が、憲法学を中心にどのように議論されてきたのかを辿ることで、証明責任・証明度とは異なる概念としての「論証責任」・「論証度」がどのような経緯で登場することになったのか、どのように精緻化が試みられているのかを整理する。

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

まずは、違憲審査における証明責任の議論がどのようにして始まり、どのような問題点が指摘されてきたのかをみていく。

(1) 芦部信喜 日本における憲法訴訟論の始祖の1人である芦部信喜は、合憲性推定の原則について論じる際に、違憲審査において裁判所が直面する問題には、「憲法規範……の意味ないし内容は何か、という純粋に法的な問題」と、「形式的な理論が予定する事実上の結果が特定の法律によってはたして生ずるかどうか、という因果の連関の問題」などの事実問題があるという⁴⁶⁾。そして、「多くの憲法事件は、右に触れたような意味の事実問題を含むから、たんに憲法と法律の規範を比較するだけで法律の合憲性を決定することは不可能」なので、「法律の合憲性は、事実問題あるいは事実と法律の混合問題について裁判所が到達する結論によって左右される」として⁴⁷⁾、「事実問題」（立法事実）の重要性を指摘する。ただし、「事実と法律の混合問題」ともされているように、立法目的および立法目的達成手段の合理性ないし非合理性を示すための事実のデータについては、「事実の存在だけでなく妥当性を審査しなければならず、「立法事実の存在だけでなく妥当性の審査が要求されるということは、その限りで立法事実が法律問題（question of law）でもあることを意味する」とされているので⁴⁸⁾、立法事実が単純な事実問題ではなく法律問題を孕んでいるこ

⁴⁶⁾ 芦部・前掲注3)117頁。ただし、同117-118頁は、「事実上の結果は、法律の目的との関連および概念の操作により事実を法的に評価して再構成されるものであるから、法律と事実との因果の連関を測定する作業は純粋な事実問題の分析ではない」としている。

⁴⁷⁾ 同118頁。

⁴⁸⁾ 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）28-29頁（傍点ママ）。同『司法のあり方と人権』（東京大学出版会、1983年）215-216頁も参照。

また、時國・前掲注5)40-41頁が、「憲法判断のプロセスは、憲法判断の素材となる事実の考察と、憲法的

とは、芦部も認識していたといえる。

その上で、合憲性推定の原則は、「純粋な法律問題を決定するさいは、実際にはほとんど役割を演じ」ず、「重要な役割を果たすのは、事実の領域である」といい、アメリカの判例を引用して、合憲性推定を、「立法を支える事実状態の存在の推定」と定義するとともに⁴⁹⁾、「証拠の法則であり、法律を攻撃する当事者に挙証責任が負わされる」のが原則であると述べる⁵⁰⁾。ただし、表現の自由の優越的地位が認められるようになると、表現の自由を制限する法律を支持する側が、「『きわめて強い正当化の理由の存在』を現実的な、単なる仮定的ではない事実上の基礎を示して証明しなくてはならなくな」り、挙証責任の転換が認められたとも指摘している⁵¹⁾。

ここでは、違憲審査における「事実問題」（立法事実）の重要性が指摘されていたこと、そして、合憲性推定は「事実の領域」の問題であるとされていたこと、さらにそれらを前提として、合憲性推定の原則は立法事実の存在の推定を意味し「証拠の法則」たる「挙証責任」の問題として語られていたことが重要である。芦部は、立法事実が純粋な事実問題ではないことを自覚しつつも、違憲審査において証明責任を観念しようとしていたのである。ただ、ここで芦部がいう「挙証責任」は、どちらの訴訟当事者が立法事実を提示するのかに関する主観的なものが念頭に置かれていたように思われることに注意が必要であろう。

（２） 浦部法穂 また、浦部法穂は、違憲審査における証明責任の問題と銘打って論じているわけではないものの、目的審査の基準と手段審査の基準それぞれについて、以下のように説明している。

つまり、目的審査の基準について、「ある法律による人権制限の目的が合憲か否かを審査するにあたって、その法律が規制対象としている行為と一定の『害悪』発生との間の関連性が、どの程度に明らかにされたら（いいかえれば、『立法事実』の存在がどの程度に証明されたら）、それを合憲とすることができるのか、というのが、違憲審査の基準の問題なのである」とし⁵²⁾、手段審査の基準について、「ある法律における人権制限の程度・手段が合憲とされるためには、それが、目的達

価値の衡量という価値判断の2つの面よりなっているが、共に憲法判断という法律判断の一側面であり、憲法判断の素材となる事実は、憲法的価値判断の基礎として、またその判断をたすける材料として用いられるものなのである」として立法事実の複雑な位置づけを示唆した上で、「憲法事実たる立法事実は憲法判断という法律判断のたすけとなる事実であるから、裁判所が自ら調査考察しうることは、勿論であるが、憲法判断に役立つ立法事実を自ら収集利用する手段と能力を常に裁判所がもち合わせるものではないこと、および、憲法判断の素材となる立法事実が、争う余地のない程確実な事実では常でないことに鑑みれば、当事者の主張立証にも委ねられるべき」であり、「憲法事実たる立法事実についても、当事者に顕出および反駁の機会が与えられることにより、……より確実な事実の基礎に立ち、より多くの素材に基く、所謂 Well informed judgment がなされうる」としていたことは、立法事実の顕出方法を考える上で注目に値しよう。

⁴⁹⁾ 芦部・前掲注3)132頁(傍点ママ)。引用されている判例は、Borden's Farm Products Co. v. Baldwin, 293 U.S. 194, at 209 (1934)である。また、同・前掲注48)・現代的展開26頁も参照。

⁵⁰⁾ 同・前掲注3)140頁(傍点ママ)。また、同・前掲注6)・憲法学Ⅱ235-236頁も参照。

⁵¹⁾ 同・前掲注3)142-143頁(傍点ママ)。

⁵²⁾ 浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（日本評論社、2016年）94頁。

成のための必要最小限度のものであることが証明されなければならない。いいかえれば、その法律のとっている制限の程度・手段よりも緩やかな程度・手段の規制によっては目的を達成しえない、ということが証明されてはじめて、人権制限の程度・手段の合憲性が承認されることになるのである」としている⁵³⁾。そして、目的審査において求められる規制対象行為と害悪発生との関連性の程度や、手段審査において認められる人権制限の程度について、審査基準が語られることになる⁵⁴⁾。

このように、浦部は、証明責任という用語こそ出してはいないものの、法律を合憲とするために目的審査・手段審査においてどのような立法事実（規制対象行為と害悪発生との関連性の程度や人権制限の程度を基礎づける事実）が証明されなければならないかということを示している。これは、法律の合憲性を主張する側が立法事実の証明責任を負うこと（違憲性推定）を示唆している。他方、経済的自由に対して加えられる政策的制約の場合には、「制限の目的が社会権の実現ないし社会的・経済的弱者の保護にあると認められるかぎり、制限の程度・手段に関しては『合憲性推定の原則』があてはまり、その法律による制限の程度・手段が著しく不合理であることの明白でないかぎり合憲とされる」としており⁵⁵⁾、一部の場合には、法律の違憲性を主張する側が立法事実の証明責任を負うこと（合憲性推定）を示唆している⁵⁶⁾。そのため、浦部も、違憲審査における事実問題（立法事実）の重要性を認識しつつ、その証明の問題を訴訟当事者の観点から論じているように見受けられる。

このことを踏まえて、浦部は審査基準を「立法事実の挙証責任」の問題と割り切っていることが読み取れるとの指摘がなされている⁵⁷⁾。そうだとすれば、浦部も、「立法事実という事実関係に着目し、司法審査プロセス（いわゆる憲法訴訟）における立法事実の存否（害悪の存否、目的と手段の関連性の存否など）についても、司法事実に関しての挙証責任と同様に厳密な学問的意味において『挙証責任』を観念することができると思われるはずである」といわれるように⁵⁸⁾、芦部と同じく、事実問題（立法事実）の重要性に着目した上で、違憲審査において証明責任を観念しようとする系譜に立っていると位置づけることができよう。

（3） 安念潤司　しかしながら、このような系譜に対して、違憲審査における証明責任を痛烈に批判してきたのが、安念潤司である。

安念は、「立法事実論の意義については、いまさら強調するまでもないが、しかしかかる『事実』が、法の解釈を決定する性質のものである以上、その存否は、實際上、当事者の助力があるにしても、窮極的には裁判所が、自らの職責において決定しなければならないのではなかろうか。換言すれば、立法事実には立証責任というものは観念できず、またノンリケットという事態もありえな

⁵³⁾ 同101頁。

⁵⁴⁾ 同96-103頁を参照。

⁵⁵⁾ 同102頁。

⁵⁶⁾ 棟居快行『憲法の原理と解釈』（信山社、2020年）297頁脚注（11）も参照。

⁵⁷⁾ 同296頁。後掲注70）に引用した浦部発言も参照。

⁵⁸⁾ 同297頁。

い。もしかりに立法事実の存否が不明になれば、それは端的に法の解釈が不明になるはずであって、それを存否いずれかに擬制することは許されないと思われる。そうすると、訴訟法上は、立法『事実』の存否もやはり法律問題であって、事実問題ではないと解するほかないのではあるまいか』として⁵⁹⁾、違憲審査において証明責任を観念することに疑問を呈してきた。

さらに、違憲審査における証明責任は訴訟法における証明責任と異なるとして「論証責任（正当化責任）」を提唱する立場（後述）に対しては、「訴訟法的には、ある法令が違憲であるという主張は法律上の主張であって、しかも法適用上の意見の表明にすぎないから、それに格別の制限があるわけではないが、裁判所を拘束する意味もなく、裁判所の専権に属する法の解釈・適用に関する一資料であるに止まる。したがって、裁判所は、それを全面的に採用することも、全面的に無視することも、ともに可能であり、また、問題となっている法令が違憲であると考えらるならば、当事者の主張がなくても、違憲の判断をすることが、権限でもあれば義務でもある」とし、「問題は、言葉の選択ではなくて、論証にせよ説得にせよ、その具体的な内容である。具体的に何を、どのような方法によって論証あるいは説得すればよいのか、そして、そうした論証なり説得なりに失敗した場合には、誰がどういう不利益を被るのか、を明らかにしなければならない」という。そして、やはり結局、「違憲の立証責任なる議論は、仮象問題にすぎず、裁判所の専権に属する法律問題の一部にすぎないと割り切るべきであり、そうだとすれば、議論の無用の混乱を避けるため、違憲の立証（論証、説得）責任なる言葉を用いること自体をやめた方がよい」と述べている⁶⁰⁾。

このように、安念の批判の骨子は、法律の憲法適合性は法律問題なのであるから、その法律の合理性を支える立法事実の存否も法律問題であり、法律問題に証明責任は妥当しないのだから、違憲審査において証明責任を観念することができないし、証明責任類似のものもその内容が不明確なので観念するべきではないというものであった。

（４） 内野正幸 安念が違憲審査における証明責任に対して当初の批判を行ったのと同じ記念論文集において、「論証責任」という用語を憲法学で恐らく初めて提示し本格的に検討したのが、

⁵⁹⁾ 安念・前掲注12)・当事者適格381頁注(8)。

⁶⁰⁾ 同・前掲注12)・憲法訴訟論132-133頁。同じく林屋・前掲注12)154-156頁も、違憲法令訴訟では、「一見して、申立人と相手方との間では、『法令の違憲性』をめぐって、『具体的事件』の審理の場合の攻撃防禦方法の提出と同様の活動がなされているように見える。しかし、民事訴訟では、適用される『法律』との関係で、一定の効果を主張する者は、そうした効果をみちびくものとされている要件事実が具体的に存在したことの『事実上の陳述』をすることが必要となるが、違憲法令訴訟は、そうした適用される『法律』自体が違憲かどうかを問題とする訴訟であるから、……違憲法令訴訟における『法律上の陳述』・『事実上の陳述』・『証拠の申出』といった一連の過程は、構造的にみて、民事訴訟におけるものとは異なっている。しかも、『法令の違憲性』についての判断は、……本来、裁判所がなすべき法律問題であるから、違憲法令訴訟では、当事者は、当事者の利益と関係する面はあるにせよ、本来的には、裁判所がこの法律問題について正しく判断するための資料を蒐集する作業に協力しているという関係にある」。そうだとすれば、「『立証責任』は、弁論主義と職権探知主義をとわずに認められるが、それは、そもそも事実関係を確定するさいの処理原則であり、違憲法令訴訟は法律問題に関するから」、ここで立証責任は問題とならないとしている（傍点ママ）。

内野正幸である。

内野は、安念と同じく、立法事実の法律問題性に着目した上で⁶¹⁾、「判決事実(要件事実)の場合は、その存否不明は、適用されるべき一般的法規範命題……を具体的事件に対していわば肯定的、否定的のいずれの形で適用すべきかという問題に関わるのに対し、立法事実の場合は、その存否不明は、ある法律が合憲であるという一般的法規範命題が妥当であるか否かという問題自体に関わってくることになる」とし、「証明責任の規律は、前者の問題の解決に資するものとしての意義をもつが、後者の問題の場合は、その判定は原理的には裁判官の専権に属するのであるから、そこでは、かかる問題の解決に資するものとしての証明責任は成立しえない」として⁶²⁾、立法事実の存否についての証明責任に関し、否定的な立場を匂わせる。

とはいえ、訴訟法における主観的立証責任と客観的立証責任の区別のアナロジーを用いて、「立法事実に関しては、大幅な職権探知が許容されるのであるから、ここでは、主観的『立証責任』は妥当しえない」ものの、立法事実の存否について「客観的立証責任」が成立する余地はあることが指摘されている。しかも、それだけでなく、立法事実の存否とは異なる、立法事実命題(法規範命題)の当否についての「立証責任」も、「原則的には、法的価値判断についての論証責任として、あるいはそれを含むものとして位置づけることができ」、これは、「法的価値判断の問題に関して裁判官を説得する責任を含意することになろう」とも指摘されている⁶³⁾。

以上のような検討の結果として、「法律の憲法適否の審査における『立証責任』は、立法事実『立証責任』の場合も含め、訴訟法学にいわれる立証責任(証明責任)とは意味が異なるのである」とされ、「それは、原則的には、立法事実につき主張・立証するなどして、憲法適否という法的価値判断の問題に関して説得力のある議論を展開する現実的な必要を意味するものにすぎない」と結論づけられている。そして、「法律の合憲性判断に関しては、訴訟法学の概念と混同されやすい『拳証(する)責任』や『立証(する)責任』(……)の語を用いるよりも、『論証(する)責任』(……)や『正当化(する)責任』(……)の語を使った方が、より適切だといえよう」と提言している⁶⁴⁾。

ここの内野の説明で「論証責任(正当化責任)」といい換えられている「法律の憲法適否の審査における『立証責任』」(「立法事実『立証責任』」を含む)は、主観的証明責任や証明の(現実的)必要に類似のものを表しているように見える⁶⁵⁾。ただ同時に、「憲法判断の決め手となる論証は、裁判

61) 内野・前掲注11)243-244頁。

62) 同284頁。

63) 同285頁。

64) 同286頁。

65) なお、これに関連して同上では、「裁判の内実を目を向けると、多くの場合、立法事実に関する資料の提出および法律論をめぐる論証の提示につき当事者の果たす役割は、かなり大きい」ため、「その意味で、訴訟の実態面に着目して、近似的な意味での主観的『立証責任』を観念することもでき」、「実際、『立証責任』は、当事者の『立証』行為責任すなわち主観的『立証責任』の意味合いで語られる傾向にあったと思われる」と指摘されており、内野も違憲審査における訴訟当事者の役割を認めている点は見逃せない。

官の専権的判断にかかるのであるから、いわば主観的論証責任（当事者は、ある憲法適否についての当為命題を論証できなければ、自己に不利な憲法判断を受ける、という関係）は、成立しえないであろう」とか⁶⁶⁾、「論証責任や正当化責任の概念でさえ、主観的『立証責任』の意味で使われるとしたら、問題であろう」とされていることからすると⁶⁷⁾、内野自身は、「論証責任（正当化責任）」を客観的証明責任類似のものと解しているように思われる⁶⁸⁾。

内野の真意が、「論証責任（正当化責任）」の積極的活用を志向することにあつたかは定かでない。しかし内野が、訴訟法における証明責任と異なるものとして、違憲審査における証明責任には、立法事実の存否に関するものと立法事実命題の当否に関するものという2つがありうることを認識しており、それら2つを「論証責任（正当化責任）」という用語に整理しようとしていたことは事実である。そしてこのように、違憲審査における証明責任が立法事実の存否と立法事実命題の当否という2つの文脈で問題になりうると明らかにされたことは、後に「論証責任（正当化責任）」の理論的位置づけを考える上で重要な点となっていくことになる⁶⁹⁾。

(5) 小括 そもそも、違憲審査における証明責任の問題の震源地は、違憲審査における「事実問題」（立法事実）の重要性が認識されるようになったこと、そして、そのための「証拠の法則」たる「挙証責任」の問題として合憲性推定の原則というものの導入が図られ、合憲性推定は「事実の領域」の問題であるとされたことにあつた（芦部）。そこでは、立法事実が純粋な事実問題ではないことを自覚しつつも、立法事実の認定の問題を事実問題に引き付けることで、訴訟法における証

⁶⁶⁾ 同上。

⁶⁷⁾ 同287頁。

⁶⁸⁾ この点に関して、大貫・前掲注12)512-514頁注(19)は、まず主要事実と間接事実の区別の機能として、①「主要事実に関して主張責任が観念されると共に、主要事実の存否について証明責任の分配が定められており、……当事者の弁論活動の指針となる」こと、さらに、②「裁判所の釈明活動の指針となることなどによって、裁判所の審理活動の指針ともなる」ことが強調されなければならないと述べ、「憲法訴訟においてもそれが訴訟手続である以上、主要事実（そして間接事実）は語りうるし、語らなければならないのではない」という。そして、「この立場からいえば、主要事実の存否が不明となった場合、いずれかの当事者が負う不利益（その事実を要件とした自らに有利な法律効果の発生が認められない）という意味での証明責任（客観的証明責任）も又語りうる」のであって、「職権探知主義（あるいは職権主義）の下でも主要事実が不明となることはありうるから（……）、職権探知主義が憲法訴訟において妥当するというはこの結論とは関係がないであろう」とする。ただし、もし憲法訴訟では職権（探知）主義が妥当するものとする、「理論的には主張責任と主観的証明責任（証拠提出責任）は観念しえないこととなる」と付言する。その上で、「ある要件と効果を結びつける規範を前提として、その規範の適用が問題となった場合、確かに、その規範の意義の確定そしてそれを前提とした具体的事件への適用は裁判官の専権に属する。従って、当該要件に該当する事実（主要事実）の把握も裁判官の専権に属する。しかし、審理の結果、当該事実が不明となることはありうるから、証明責任は、この場合にも当然問題となるのである。憲法訴訟においては、実体的判定基準への法律の適合・不適合が問題となるものとし、しかもこの実体的判定基準は、一定の要件の下で法律の違憲即ち法律の効力の否定という効果あるいは法律の合憲即ち法律の効力の維持という効果が生じる旨定める規範であると解するならば、やはり、証明責任は語りうるのではないだろうか」と結んでいる。

⁶⁹⁾ 違憲審査における「論証責任」については、新正幸『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、2010年）362-389頁も参照。

明責任の問題を、違憲審査に導入しようと試みられていたのである。そして、それを押し進めようとする一つの立場として、違憲審査基準を「立法事実の挙証責任」の問題と割り切る立場が出てくることになったといえよう（浦部）。

このようにして違憲審査にも証明責任の問題を導入しようとする立場に対しては、法律の憲法適合性は法律問題なのであるから、その法律の合理性を支える立法事実の存否も法律問題であり、法律問題に証明責任は妥当しないはずであるという批判が投げかけられることとなった（安念）。これは、前述した訴訟法における証明責任の理解が「事実認定」と「法の解釈」の区別に基づいており、証明責任が「事実認定」の問題として位置づけられていたことからすると（本章第1節を参照）、1つの理論的帰結であったといえよう。

しかし、訴訟法における証明責任と異なる意味ではあるが、違憲審査においても証明責任類似のものを観念しようとする動きが出てくる（内野）。そこでは、前述の批判を踏まえて、違憲審査で問題となる立法事実は純粋な事実問題ではないことからその認定に弁論主義は妥当せず職権（探知）主義が妥当するとしても、それは主観的証明責任の問題が妥当しないことを帰結するにすぎず、客観的証明責任の問題が妥当する余地はあるとされていた。その上で、立法事実の問題は、立法事実の存否に関するものと立法事実命題の当否に関するものという2つに区別されることが認識されていたが、いずれにしても立法事実の問題に関して法律問題性を否定できないことから、訴訟法における証明責任そのものを観念することは困難であると考えられた。そこで、証明責任とは異なる「論証責任（正当化責任）」という用語でもって、前述の2つの立法事実の問題でも訴訟法における客観的証明責任類似のものを語る事が模索されることとなった。この後、違憲審査においては「立法事実の存否」と「立法事実命題の当否」という2つの問題がありうると認識することが、「論証責任（正当化責任）」の理論的位置づけを考える上で重要な点となっていくことになる。

なお、違憲審査において主観的証明責任を観念することは困難であるとはいえ、従来の学説が、違憲審査において証明責任の問題を語る際、どちらの訴訟当事者が立法事実を提示するのかという問題を念頭に置いていたり（芦部、浦部）無視できなかつたり（内野）したことから、違憲審査においても訴訟当事者の役割が重要だと認識されていたことが看取される。これは、得てして抽象的な水掛け論に終始しかねない違憲審査において、訴訟当事者の関与を認め、より具体的な議論を展開する必要があるとの問題意識が背後にあったからだと推察される。そうだとすれば、わが国が付随的違憲審査制を採用していることと相まって、この問題意識を理論的にどのように反映させるべきかも検討すべき重要な問題であるということを付言しておく。

第2款 違憲審査における手続的基準の概念

次に、（用語の問題はさておき）違憲審査における「論証責任」と「論証度」の問題を裁判所が違憲審査を行う際の手続論として、違憲審査の基準との関係で整理しようとする系譜をみていく。

（1）江橋崇 憲法訴訟論が体系的に論じられた論文集の中で、江橋崇は、二重の基準論を論じる際に、その前提として、「一般に、憲法判断の基準という場合には、(1) 基本的人権に関する

条文解釈によって導きだされる法令の合憲性に関する実体的判定基準 (standard of constitutionality) と、(2) 裁判の過程で、当該の法令、あるいは当該事件における適用が右の基準に達しているか否かをどのような方法で判定するかに関する審査基準 (standard of proof of constitutionality) とが存在する」としていた。そして、一般に「審査基準」という語は、「明白かつ現在の危険」、「明確性の原則」、「LRAの基準」、「利益衡量」を束ねる概念として用いられ、また、「明白性の原則」、「厳格な審査基準」、「立法裁量論ないし合理性の基準」、「厳格な合理性の基準」を束ねる概念として用いられ、前者には、実体的判定基準が数多く含まれており、後者はおおむね審査基準であるように見える」という⁷⁰⁾。

こうした区別を認識した上で、「法令の違憲審査には、合憲性を計る物差作りと、その実物へのあてはめという2種類の作業が含まれている」ので、「違憲審査の基準論を論じる際には、こうした、問題の二面性を自覚してかかる必要があるのだが」、「かならずしもその点が明確にならなくとも、実体面と手続面の混同による混乱も生じている」と指摘していた⁷¹⁾。

ここで、違憲審査の基準には実体面の問題と手続面の問題がありうるということが初めて認識されることになったのである。

(2) 松井茂記 さらに、松井茂記も、二重の基準論や違憲審査基準論を論じるに際し、「合憲性判断基準 (合憲性判定基準)」と「審査基準」との区別を提唱する。「両者とも、ある法律の合憲性が裁判所で争われたときに裁判所の審査に関わってくる基準であるが、前者はいわばその法律が憲法に合致しているかどうかを判断する基準であり、後者はいわばその合致しているか否かをどのように審査するかに関する基準である」という⁷²⁾。

そして、合憲性判断基準に関して、「これはそれぞれの憲法規定から導かれ」、「基本的人権を制

⁷⁰⁾ 江橋・前掲注12)127-128頁。野中俊彦ほか『[ゼミナール] 憲法裁判』(日本評論社、1986年)179-183頁〔江橋崇執筆〕も参照。同202頁の〔ゼミナール〕では、「違憲審査基準は事実をどこまで証明しなければいけないのかという問題であることをはっきりさせておくことが必要なのです」〔浦部法穂発言〕、「実体面での合憲か違憲かという問題と、それをどのように訴訟の場で判断していくかという問題を自覚的に分けていくことが必要なように思います。これまでは、おしなべて、審査基準の問題を実体の合憲判定と結びつけすぎてきたのではないのでしょうか」〔戸波江二発言〕とのやり取りがなされ、同書巻末の憲法裁判ミニ辞典3頁の「違憲審査基準」の項目では、「違憲審査基準が、実体の合憲性判定基準と理解される場合と、訴訟における証明度の尺度として理解される場合とで、若干の意味の相違がある」とされている。浦部の見解については、本節第1款(2)を参照。

⁷¹⁾ 江橋・前掲注12)129-130頁。

⁷²⁾ 松井・前掲注12)50頁。なお、同70頁注(33)では、「あるいは、『審査基準』というのは誤解を招き易いかもしれない。それは、合憲性が推定されるか否か、裁判所が立法事実の審査において立法府の判断を尊重するか、それとも裁判所自身が新たに立法事実を認定するかに関するものであり、その意味では『審査基準』という言葉を用いるよりも、『審査の方法』ないし『審査の程度』と呼んだ方がよいのかもしれない」とされている。「合憲性判断基準 (合憲性判定基準)」と「審査基準」については、松井茂記『日本国憲法〔第4版〕』(有斐閣、2022年)99-108頁も参照。また、市川正人『基本講義 憲法〔第2版〕』(新世社、2022年)63-65頁、同『司法審査の理論と現実』(日本評論社、2020年)152-160頁、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論 下巻』(法律文化社、2018年)122-125頁も、この区別を採用する。

約する法律の場合、基本的人権は『公共の福祉』のための制約に服するとされているので、基本的人権の制約が一体いかなる目的のためのものか、その目的はどの程度の重要性を持ったものか、制約が手段としてその目的にとってどの程度必要なのかが問題となる」とされ、例としては、やむにやまれない政府利益の基準、より制限的でない他の代替手段（LRA）の準則、合理性の基準などが挙げられる⁷³⁾。

他方、審査基準には、「緩やかな審査」と「厳格な審査」の2つがあり、「緩やかな審査は、法律に合憲性の推定を認め、立法府の判断を尊重して行う審査であり、主に社会経済規制立法に対して妥当するのに対し、「厳格審査は、法律に合憲性の推定を認めず、立法府の判断にかかわらず裁判所みずから厳しく行う審査であり、主に表現規制立法に対して妥当するとされる⁷⁴⁾。

以上の区別を念頭に置き、二重の基準論について、それは、「元来、合憲性の推定＝立法府の判断の尊重の問題だったのであり、合憲性判断基準の多層性は二重の基準論と連動しつつ展開してきた」ので、「もっぱら審査基準のレベルで定式化す」べきだと結論づけている⁷⁵⁾。

こうして、違憲審査の基準には実体面の問題と手続面の問題の区別があることを前提に、二重の基準論や合憲性推定は手続面の問題として位置づけられるに至ったといえる。

(3) 高橋和之 高橋和之はまず、違憲審査における証明責任が訴訟法におけるそれと異なることを認識した上で、立法事実と合憲性推定との関係から違憲審査における証明責任の問題を説き起こしている。

曰く、「合憲性の推定原則とは、もともと立法府に対して払われるべき当然の敬意という、権力分立および民主政の原理からくる考えを基礎に置き」たものであったけれども、それが、違憲審査における事実問題の重要性が認識されるにしたがって、「立法を支持する事実状態の存在が推定される」ものだといわれるようになった。ここで、「立法を支持する（support）事実状態」こそが立法事実であるが、「『支持する』かどうかは、……競合するプラス・マイナスの諸利益の衡量の結果として帰結されるものであるから、必然的に『評価』を伴っている」のであり、立法事実も「単なる客観的事実ではない」とされた。そして、合憲性の推定は、「議会の行ったこの評価（衡量）を尊重し、自制するということも意味する」とされた⁷⁶⁾。

こうした認識を基に、「合憲性の推定は、このように事実の評価を含んだ立法事実の存在の推定であり、通常法律用語の『推定』とは著しく性格を異にする」と指摘するだけでなく、「この推定が問題となる場面も、当事者間ではなくて、立法府と裁判所の間である」から、「立法府と裁判所

⁷³⁾ 松井茂記「違憲審査基準論」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）282頁。

⁷⁴⁾ 同・前掲注12)50-51頁。

⁷⁵⁾ 同306頁。二重の基準論をこのように「審査基準のレベルで定式化する」のであれば、君塚・前掲注72)89頁のいうように、それは「裁判所が当該規制を疑ってかかるか否か、立証責任（証明責任、挙証責任）を何れに負わすかが問題である」のだから、「基準の数が奇数というのは奇なのである」という指摘は、少なくとも手続的基準に関する限り正当である。

⁷⁶⁾ 高橋（和）・前掲注5)111-112頁（傍点ママ）。

の間で合憲性の推定により挙証責任を負うのは、裁判所であって、「違憲を主張する当事者は、裁判所が挙証責任を負うことのいわば反射として、裁判所に違憲を確信させるための訴訟活動をせざるをえないが、それは厳密には挙証責任とは異なる」とも指摘している⁷⁷⁾。加えて、「法解釈(法定立)はその事件の当事者のみに関係するのではない」がゆえに、「挙証に失敗したからといってその当事者に責めを帰すというのは許されない」のだから、「裁判所は当事者の挙証で確信が得られなければ、自ら調査して確信に至らなくてはならない」。その意味で、「ここでの挙証責任というのは、裁判所が議会に対して自制し、相当の根拠がない限り違憲判決は出すべきでないとされる(……)結果、その反射として事実上、違憲を主張する当事者が裁判所に『相当の根拠』を抱かせるよう努めざるをえないということを表現するものにすぎず、訴訟法上の意味とは内容を異にする」として⁷⁸⁾、合憲性「推定」や違憲審査における「証明責任」の問題は、訴訟法上のものとは異なると結論づけている。

さらに、高橋は近年、比例原則論と審査基準論との対比において、比例原則論が段階理論に基づいて審査密度の濃淡を区別する点に関し、これは、「個別の基本権の内部でその基本権の性質や規制の態様を基礎に設定された『段階』であり、いわば基本権の実体論に属する『合憲性判定基準』の性格をもつものである」としている。その意味で、「比例原則とは、基本権に内在する原理であり、基本権の実体論に属する議論なのである」から、「比例原則は全国家機関が服すべき原則とされる」という。他方、審査基準論でいうところの審査基準に関し、これは「訴訟手続上の基準」であるので、「裁判所だけが直接の名宛人であり、立法権がそれに服することはなく、「審査基準論の根拠は、基本権の本質というより、むしろ憲法が統治機構全体の中で裁判所に期待している役割である」としている。そして、そのことに基づき、「裁判所は、他の国家機関と同様に、『合憲性判定基準』に拘束されるが、その上に、裁判所は審査基準にも拘束される」ということを導いている⁷⁹⁾。

以上のように、高橋は、違憲審査における証明責任が訴訟法におけるそれとは異なることを認識した上で、合憲性判定基準と審査基準との区別を認めることで、違憲審査における証明責任に独自の意味を与えようとしている。

(4) 土井真一 このような流れを受けて、土井真一は、違憲審査の基準論の構造を5つに整理している。その5つとは、①「違憲審査の基本枠組みおよび審査の対象となる観点」、②「各観点を審査する際の実体的判断基準」、③「審査における論証責任の分配と要求される論証の程度」、④「論証に際して用いることができる論拠の範囲」、並びに、⑤「各問題領域あるいは事件において②から④を定める基準」である⁸⁰⁾。

このうち、①は、「違憲審査に際してどのような判断の基本枠組みを採用し、どのような観点到

⁷⁷⁾ 同112頁。

⁷⁸⁾ 同116頁。高橋(和)・前掲注19)183頁も参照。

⁷⁹⁾ 高橋(和)・前掲注19)245-246頁。

⁸⁰⁾ 長谷部編・前掲注7)157-159頁〔土井執筆〕。

ついて審査を行うかを定めるもの」である。三段階審査論における「基本権に対する制約・侵害の正当化」段階でその制約・侵害の目的と手段に着目して審査する目的・手段審査の枠組み、そして、目的審査において問われる目的の正当性、重要性、目的実現の緊要性や、手段審査において問われる狭義における目的と手段の関連性、手段の相当性などの観点が、これに当たる。

次に、②は、「①で定めた観点について判断する際の実体的基準」であり、「目的の重要性についてどの程度の重要度を要求するか」や、「手段の関連性について手段が目的をどの程度の確率で促進することを要求するか」などを定めるものとされる。

さらに、③は、「①の観点について②の実体基準を満たすことを、いずれの当事者が論証する責任を負うか、あるいはどの程度の論証を要求するかを定める手続的基準であり」、「事実問題に関する証明責任および証明度に類比されるもの」であるという。そして、論証責任の分配に関しては、「合憲性の推定」と「違憲性の推定」の2つしかないのに対し、論証の程度については、「合理的疑いを入れない程度の確信」や「論証（証拠）の優越」など、複数の段階を設定することが可能であるとす^{81) 82)}。

また、④は、「論証に際して、どのような証拠を提出することが許されるかを画すもの」であり、「法律の文面のみに基づき審査するのか、立法事実の提出を認めるのかに関わる」とされる。これは、違憲審査の範囲の問題のうち、文面審査（文言審査と立法事実審査）や適用審査などの選択に関するものであると思われる⁸³⁾。

⁸¹⁾ この点に関して、渋谷・前掲注17)718-719頁は、目的審査における論証の程度（レベル）として、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」が要求されると表現している。

⁸²⁾ なお、佐藤・前掲注19)517頁は、「表現の自由」に対する制約の合憲性の判定基準に関して、表現の自由の「優越的地位」に鑑み、「この領域では通常合憲性の推定原則が排除され、むしろ違憲性の推定原則が妥当すると解される（もっとも、ここにいう合憲性の推定原則の排除ないし違憲性の推定原則は、基本的には、手続法上の挙証責任の転換というような厳密な意味においてではなく、あくまでも制約が例外であり、したがって制約法規を適用する側で該法規の合憲性について裁判所を説得するに足る議論を積極的に展開しなければならないという程の意味においてである。ただ、このことから司法的積極主義が正当化され、また、ときには厳密な意味での挙証責任の転換と結びつくことのあることに留意すべきである）」としていた。その後、同書の実質的改版である同・前掲注6)283頁では、合憲性の推定原則の排除（違憲性の推定原則）が手続法上の厳密な意味ではない旨の記述は削除されているものの、同715-716頁では、「二重の基準論」の要諦を説く際に、「自由な精神活動の外的な現われである表現行為の自由を規制する立法については、基本的に通常合憲〔性〕の推定が排除され、むしろ違憲性の推定が妥当し、規〔制〕する政府の側に合憲性についての重い論証責任があり、そして「規制目的の正当性と規制手段の最小限度性が厳しく問われなければならない」として（□内筆者、傍点ママ）、「論証責任」という用語が用いられている。

⁸³⁾ 文面審査（文言審査と立法事実審査）や適用審査については、土井真一「憲法判断の在り方——違憲審査の範囲及び違憲判断の方法を中心に」ジュリスト1400号（2010年）51-52頁、同「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法——憲法適合的解釈と一部合憲判決の位置付け」土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）225-231頁を参照。

最後に、⑤は、「違憲審査の基準そのものではなく、問題領域あるいは当該事件においてどのような違憲審査基準が妥当するかを判断するための基準」であり、「基準を選択する基準」だとされる。例えば、二重の基準論や規制目的二分論などがここに位置づけられる。

こうして、土井は、違憲審査の基準論を、実体的基準(②)と手続的基準(③)を中心に、実体的基準で審査されるべき具体的な観点(①)、実体的基準・手続的基準を用いて審査する対象の範囲(④)、さらに、実体的基準・手続的基準を選択するためのメタ基準(⑤)とに区別し、構造化しようとしている。これは、本款で取り上げてきた論者の主張を踏まえながら、違憲審査の基準論を複層的に整理しようとするものである。その結果、本稿の主題である「論証責任」や「論証度」は、実体的基準を前提としてその論証の働き方を規律する手続的基準としての理論的位置づけを得るようになったといえよう。

(5) 小括 以上のような経緯で、現在では、多少の用語上の差異はあるものの、違憲審査の基準に、法律が合憲と判断されるために充たすべき実体要件を定める実体的基準と、実体的基準の充足に関してどのような場合に論証がなされたと判断するのか、論証がなされなかった場合にどのように判断するのかを定める手続要件としての手続的基準があることが認識されるに至っている(江橋、松井、土井)。これは、違憲審査における「論証責任」と「論証度」の問題を、裁判所が違憲審査を行う際の手続論の問題として整理し、そうすることで違憲審査の手続論の問題と実体論の問題を体系化するためのルールを解明しようとするものである。そして、重要なことは、このように整理・解明することによって、手続的基準というものの存在が一般に認識されそれが裁判所と訴訟当事者の間で共有されることになれば、裁判所は裁判過程でその基準を明示するよう求められることになりうるということである。このような試みには、得てして抽象的な水掛け論に終始しかねない憲法適合性が裁判過程で争われるがゆえに、憲法適合性に関する実体要件(実体的基準)だけでなくその論証に関する手続要件(手続的基準)もが重要な役割を果たすという認識から、証明責任と証明度を類比させた「論証責任」と「論証度」を観念する必要があるという問題意識が込められていたのである。

なお、実体的基準と手続的基準との区別を認めるとともに、違憲審査において語られる証明責任に独自の意味を与えようとする論者もいた(高橋)。そこでは、違憲審査における証明責任は、裁判所と当事者の間や当事者間の問題ではなくて、立法府と裁判所の間の問題だと整理され、「裁判所が議会に対して自制し、相当の根拠がない限り違憲判決は出すべきでない」とされる」ものといわれていた。これは、違憲審査に証明責任の問題を導入しようとする立場に対する前述の批判(安念)を踏まえ、違憲審査においては職権(探知)主義が妥当することから、違憲審査における証明責任の問題を訴訟法におけるものとは区別し裁判所の自制の問題と解することで、違憲を主張する当事者が裁判所に「相当の根拠」を抱かせる行為はあくまで事実上のものにすぎないと整理するものである。前款で採り上げた他の論者(芦部、浦部)が、違憲審査における証明責任という主題の下、訴訟当事者の役割を何らかの形で強調しようとしていたのに対し、この論者は、訴訟当事者の

役割を事実上のものにすぎないと割り切った上で、違憲審査における証明責任の法的な意味合いはあくまで議会に対する裁判所の自制であると整理した点に特色がある。ただ、こうすることで、違憲審査における証明責任の問題は権力分立上の問題に還元されてしまうため、違憲審査というものが裁判過程という場で裁判所と訴訟当事者によって行われる「議論」の問題であるという視点が抜け落ちてしまうようにも思われる。

第3款 「論証責任」概念の受止めと精緻化に向けた動き

最後に、憲法学が議論してきた違憲審査における「論証責任（正当化責任）」が、訴訟法学・行政法学によってどのように受け止められてきたのかをみていく。

(1) **太田勝造** 民事訴訟法・法社会学を専門とする太田勝造は、裁判による法創造の文脈における立法事実の収集と手続保障との関係で、「正当化責任」概念を提唱する。

太田によれば、「正当化責任」とは、「提出された立法事実たる社会科学が、合理的判断をなすには質的あるいは量的に不十分であるか、相互に対立しあっており、裁判官が法的規整の諸選択肢の中のどれが最も優れたものであるかの確信を得られない場合（法的判断不能の場合）に、どのような結論を下すべきかのルール」であって、「立法事実の審理結果が法的判断不能に帰した場合の処理のための規範的システム」である⁸⁴⁾。そして、裁判による法創造を視野に入れると、その社会的望ましさを担保するために、その立法事実を用いて法的選択肢の社会的効果予測を正確に行う必要があるが、そこでは、立法事実が「正確な社会的効果予測を実現するための社会的事実」となるため、憲法学における定義よりも広く、立法事実を、「法的価値判断の基礎となる社会的事実や法則一般」と捉える必要があるという⁸⁵⁾。それに伴い、「正当化責任」を、「立法事実を用いて、自己に有利な法創造ないし法解釈を裁判所に認めさせる責任」、あるいは、「自己に有利な法創造や法解釈の妥当性・合理性を、裁判所に対して立法事実を用いても十分に説得できなかった場合に、そのような法創造や法解釈を裁判所に認めてもらえない不利益を当該当事者が蒙る原則」と再定式化している⁸⁶⁾。

ここには、立法事実が、違憲審査の文脈にとどまらず法創造というより一般的な文脈において有効に機能するものであることとともに、その判断不能ひいてはそれに基づく法創造や法解釈の判断不能が生じることを認め、その場合に証明責任とは異なる「正当化責任」が必要になることが示されている。その意味で、太田は、立法事実や「正当化責任」をより広く活用することを志向しているといえよう。

(2) **原竹裕** 同じく民事訴訟法を専門とする原竹裕も、裁判による法創造の文脈で、法創造事実に関する証明責任を論じている。

(a) そこではまず、証明責任の核心が、「客観的証明責任、すなわち裁判所に対し事実の真偽

⁸⁴⁾ 太田・前掲注12)155、176頁。

⁸⁵⁾ 同・前掲注3)128-129頁。

⁸⁶⁾ 同131頁。

不明の場合の判断を指示する原理として把握されるべきである」ことと、「法自体の不明」と「法創造事実の不明」とは区別されるべきであり、「立証主題または職権探知主題として特定された法創造事実について、真偽不明の事態が生ずることは不可避である」ことが前提とされる⁸⁷⁾。

(b) 次に、「法自体の不明」と「法創造事実の不明」のこの区別に関連して、規範面での「論証」と事実面での「証明(立証)」が区別される。法創造の文脈では、一方で、法政策上の規範的討論という次元において、規範の定立者は、規範目的の正当性と、選択された手段と目的との間の因果的関連性の観点から、選択された政策手段の最低限の合理性を論証しなければならないとされる。ここで語られるのが、「論証責任」である。これに基づき、「規範定立型の法創造にあっては、司法府がこのような合理性を論証すべきことになる」(展望的な論証責任)のに対し、憲法訴訟のような事後的審査にあっては、司法府が規範の定立者(立法府)のなした論証を評価すべきことになる(回顧的な論証責任)とされる⁸⁸⁾。

他方で、規範的討論のための共通基盤となりうる法創造事実に関しては、前述のように真偽不明の事態が生じうるのだから証明責任を観念しうるが、法創造事実に関する証明責任は、「事実の存否不明の際の裁判官の判断方法の問題」としての「裁判規範(評価規範)的側面」と、「当事者ないし第三者に課される特別の立証義務の問題」としての「行為規範的側面」とに分けて考える必要があるとされる。というのも、「通常の法適用過程においては、裁判官の判断方法と当事者の立証の必要とが、表裏一体のものとして把握される」がしかし、以下の3つの事情から、法創造事実に関する証明責任においては、この2つが分離することになるからだという⁸⁹⁾。

第1に、法的争点に関する判断においては、当事者の意見とは異なる解釈を前提としつつ、それに則った攻防を通じて勝訴する可能性も残存しているので、「法的争点(法律解釈)において当事者の意見が認められなくとも、それで勝訴の見込みがなくなるわけではない」。その意味で、「たとえ当事者の法的見解が採用されなくとも、これが、本案レベルでは客観的不利益として顕在化しない場合もある」ため、法創造事実に関する証明責任は、「当事者間におけるリスクないし不利益の配分の問題」と異なった構造を想定しなければならないという。ここに、法的争点に関して、当事者間の客観的不利益は間接的なものになるという事情が生まれる⁹⁰⁾。

また第2に、裁判所による公共的意思決定としての法創造について利害関係を有する者は、同種訴訟をすでに提起している者、将来同種訴訟を提起する可能性の高い者、同一の境遇に将来置かれる可能性のある国民一般など、当該訴訟の当事者以外にも存在する。そのため、裁判による法創造に関して、「間接的不利益が及ぶものは、法創造が行われる当該訴訟の当事者に限定され」ず、利

⁸⁷⁾ 原・前掲注11)312頁。

⁸⁸⁾ 同312-313頁。法政策上の規範的討論における「論証責任」については、同286-291頁も参照。

⁸⁹⁾ 同313頁。

⁹⁰⁾ 同314頁。

害関係者（ステイクホルダー）が多元化するという事情もある⁹¹⁾。

これら2点から、法創造事実に関する証明責任は、従来の証明責任概念と異なったものを想定しなければならないことになる。

さらに第3として、「法創造の及ぼす広範な波及効果のゆえに、第三者の情報提供の機会をも与えるべきことになる、……当事者の行為と裁判所の判断とは直結しないことになる」。すなわち、「弁論主義のもとでは当事者が立証を怠れば、確実に不利な判断が待っており、ここで立証を懈怠することによって即時に証明責任分配による不利益が生ずるのに対し、第三者の情報提供の機会を認める場合には、行為の懈怠が不利益には直結しない」。その結果、第三者の関与を認めると、主観的行為責任が希薄化するという事情が指摘される⁹²⁾。

以上3つの事情から、証明責任の裁判規範（評価規範）的側面と行為規範的側面が分離することになり、「法創造事実については、不利益を媒介とした証明責任の概念は該当」せず、そのために、客観的裁判準則と主観的行為義務とが分離し、各々純化することになる。それはすなわち、「客観的証明責任（法適用方法の指示）は純粹に裁判官の判断準則として現れ、主観的証明責任は——もしそれに相当するものがあるとすれば——主観的行為義務として現れる」ということである。そして、「客観的裁判準則の名宛人が裁判官であることは当然であるが、主観的行為義務が承認される場合の名宛人は、当事者のみならずそれ以外の第三者もその選択肢に入ってくることになる」。それゆえ、法創造事実については、証明責任概念が希薄化するとされる⁹³⁾。

（c） 結局、原は、ある法創造事実につき真偽が定かでない場合、代替的な立証・探知主題の特定を模索したり純然たる規範評価による法的判断を許容したりしなければならず、「法創造事実には、本来の証明責任の概念は適用しえない」。しかし、「だからといって、従来蓄積されてきたところの、証明責任分配の実質的基準に関する議論が、法創造の領域において実益を有しないことにはなら」ず、「裁判所は、法創造事実に対比的にアクセスしやすい立場にある当事者に対し、より強く顕出を促すことが要請される」と結んでいる⁹⁴⁾。

（d） ここでは、裁判による法創造の問題として、規範的討論に関する「論証責任」と法創造事実に関する証明責任とを区別して議論し、法創造事実に訴訟法における証明責任は妥当しないとしつつも、訴訟当事者の関与を排除することなくそれを促進する必要性を指摘することにより、手続保障の実現が目指されている。

前述したように、違憲審査における証明責任については、否定的な立場が大きな影響をもってきたことは事実である。しかしその後、それを克服しようという動きがみられるようになり、「論証責任（正当化責任）」という概念が、立法事実や法創造事実といった一般的な事実に関する証明責任

⁹¹⁾ 同上。

⁹²⁾ 同314-315頁。

⁹³⁾ 同315頁。

⁹⁴⁾ 同315-316頁。

類似の概念や法的議論・法的判断に関する規範的討論（議論）の概念として、導入を試みられてきたことは、裁判過程における一般的な事実や法的議論との関係でその概念を活用する有用性が見込まれてきたことを意味しよう。

（3）堀清史 近年、「論証責任」に対する注目が集まりつつあり、それを精緻化する試みもなされている。

民事訴訟法を専門とする堀清史は、まず、訴訟法における証明責任について、従来の学説と同様、「その定義から、それが①事実についてのものであること、②当事者の証明が証明度に達しなかった場合の対処方法であるということ、を確認する必要がある」という。①については、事実と法の区別を前提に、「法的な内容について証明責任を観念することは基本的にできない」ことを帰結する。また、②については、ここでいう証明責任が「客観的証明責任を意味し、行為責任として把握される主観的証明責任とは区別される」ことを帰結する⁹⁵⁾。

次に、民事訴訟でいうところの事実との関係でいえば、憲法訴訟でいうところの立法事実は「法的な領域に関するものと整理される」ため、両者は異なると理解されていることに触れた上で、立法事実に関する「憲法訴訟の証明責任」の問題を民事訴訟法的な意味における証明責任として論じることはできないとしつつも、「法内容の判断につき、原則としてどのように判断するのか、という問題」（客観的論証責任）として論じることは「可能であり、また必要なことではないか」として話を進める⁹⁶⁾。

そして、立法事実についての客観的論証責任の分配の問題に関して、「法律効果発生の要件を権利発生・障害・阻止・消滅などに分類し、それを基礎として証明責任の分配を考える」法律要件分類説を前提に⁹⁷⁾、「実体法としての憲法の解釈が明らかにならなければ、法律要件分類説による証明責任の分配は、非常に困難なものになろう」とする⁹⁸⁾。

そうであれば、法律要件分類説に従う限り、「実体法の解釈の問題」である証明責任の分配については、「規範相互間の関係、例えば規範と規範の原則—例外関係が重要である」として、三段階審査論に注目する。三段階審査論では、「自由であることが原則であり、国家がそれを制限するのは例外的にしか認められない」という Carl Schmitt の配分原理に依拠し、自由とその制限の関係を「原則—例外 (Regal-Ausnahme)」図式にもち込むことで、憲法上の権利は、「原則的自由に対する

⁹⁵⁾ 堀・前掲注14)935頁。

⁹⁶⁾ 同930-932頁。

⁹⁷⁾ 同933-934頁。民事訴訟における証明責任の分配に関する法律要件分類説については、司法研修所編・前掲注13)5-7頁も参照。

⁹⁸⁾ 堀・前掲注14)929-930頁。ここではさらに、「審査基準論が、憲法上の権利について、権利の発生—障害や権利の発生—消滅のような構造で理解していたのかどうかは明らかではない」、つまり、「実体法としての憲法の理解が、審査基準論からは明らかになっていない」のであり、さらに、目的—手段の関連性審査が「伝統的な法解釈の作法で把握されるところの憲法上の権利とどのような関係に立つか、明らかにしてこなかった可能性がある」と指摘されている。

国家の例外的制限をはねのけ、自由領域を防御する」自由の制限に対する妨害排除請求権と一般に理解されている⁹⁹⁾(防御権的構成¹⁰⁰⁾)。こう解することにより、三段階審査論は、「(ア) 規範の保護範囲及び(イ) 制約については、人権侵害を主張する側が、(ウ) 正当化については、人権侵害に当たらないとする側が、論証責任を負担すべき」という「実体法としての憲法解釈」として位置づけられることになるという¹⁰¹⁾。

このように、堀は、立法事実ひいては法内容の判断について「論証責任」の成立可能性を認めることから一歩進めて、民事訴訟における証明責任の分配に関する法律要件分類説とのアナロジーで、その分配基準に関する実体法解釈の重要性に着目し、そこに三段階審査論の居場所を見出すことで、「論証責任」概念の精緻化を図ろうとしている。

(4) 異智彦 行政法を専門とする異智彦は、規範的要件の審理構造に仮託して憲法訴訟における事実認定のあり方を検討した上で、規範的要件の証明責任の問題と対比しながら、違憲審査における「論証責任」の構造をさらに精緻化しようとしている。その意味で、「論証責任」に関する近年の議論をかなり前進させている立役者だといえるので、少し詳細に確認していく。

(a) 異は第1に、訴訟における事実認定を、「当事者が口頭弁論の場に顕出し、または裁判所が職権で探知した各種事実(主要事実、間接事実、補助事実および事情)の存否を、証拠調べの結果および口頭弁論の全趣旨に照らして、裁判所の自由心証に基づいて判断するプロセス」であるとまとめて、こうした事実認定のプロセスに載せられるべき問題を「事実問題」と呼ぶ。他方、「上記のような事実認定のプロセスによって画定された事実関係に適用すべき法命題の選択ないし決定

⁹⁹⁾ 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』(日本評論社、2013年)73頁。同「憲法的論証における厳格審査」法学教室338号(2008年)41-43頁も参照。

¹⁰⁰⁾ 防御権的構成については、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、2001年)14-17頁、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』(尚学社、2016年)12-13頁も参照。

なお、ここで詳細に論じる余裕はないものの、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』——『憲法上の権利』への招待」樋口陽一ほか編著『国家と自由・再論』(日本評論社、2012年)15頁以下が、防御権的構成に「アクチオ的思考を排除して、実体法の先在を想定する論法」(26頁)としての意味を込めていることに対し、小島慎司「憲法上の権利の防御権的構成について」上智法学論集62巻3・4号(2019年)254-257頁が、防御権的構成は以下の2つのモデルに支えられているものの、三段階審査論は、「国家を行為者と見立てた上で刑法・不法行為法をモデルとしてその行為の憲法的評価を論じる」刑法・不法行為法モデルさえ維持すれば、「憲法上の権利・自由の行使を正当防衛をモデルとして考える」正当防衛モデルを論じなくとも成立する旨を指摘し、三段階審査論にとって「自由とは何かという深層の議論につながっている」正当防衛モデルは必ずしも必要ないとしている点が、憲法訴訟論の全体構造を考える上で興味深い。

¹⁰¹⁾ 堀・前掲注14)927-929頁。実際、三段階審査論を支持する論者によれば、被制約利益が憲法上の権利の保障範囲に含まれ、その憲法上の権利に対して国家による制約が存在することを原告が主張・立証すれば、当該制約は「一応違憲」という評価が成立し、次に、国家が当該制約の正当化を論証しなければならないとされている。松本(和)・前掲注100)71-72頁注(33)。永田秀樹ほか『講義・憲法学』(法律文化社、2018年)293頁〔永田執筆〕、石川健治「ドグマーティクと反ドグマーティクのあいだ」石川(健)ほか編・前掲注5)322頁も参照。

と、その意味内容の解明に関する問題」を「法問題」と呼ぶ¹⁰²⁾。

しかし、「法規範の適用に際しては、事実問題と法問題とは連続ないし交錯することになる」という。特に規範的要件については、「規範的要件の充足の有無を基礎づけるもう一段具体的な諸種の事実（評価根拠事実および評価障害事実）が主要事実と位置づけられ、それらの存否ないし心証度を総合的に衡量して、規範的要件それ自体の充足の有無が判断される」。ここでいう「評価根拠事実／障害事実の存否の判断が事実問題に当たることは争いがない」が、「必要な評価根拠事実／障害事実を選別し衡量して規範的要件の充足の有無を判断する作業（評価根拠事実／障害事実を規範的要件に「当てはめ」る作業）」は法問題であるとする¹⁰³⁾。

こうした分類を前提に憲法訴訟をみても、法令の違憲性が争われる訴訟においては、法令の違憲性が「訴訟物を基礎づける規範的要件（の一つ）として位置づけられて」おり、「法令の違憲性という大きな規範的要件の下に、複数の小さな規範的要件が位置づけられ、審理対象が段階的に明確化されていくという審理構造が見いだされる」として¹⁰⁴⁾、規範的要件の審理構造に仮託して憲法訴訟における事実認定のあり方を語るための素地を整える。

ここで、憲法学が想定している立法事実には、①「違憲性要件を基礎づける具体的な評価根拠事実／障害事実のレベルに属する立法事実」と、②「違憲性要件の充足の有無を判断するための経験則のレベルに属する立法事実」といった、訴訟の審理構造において異なる位置づけを与えられる複数の種類の事実が包含されていることに着目する。こうすることにより、「〔①〕評価根拠事実／障害事実としての立法事実については、原則として証明が必要であり、公知の事実についてのみ例外的に証明が不要となる（事実問題）のに対して、〔②〕経験則としての立法事実については、経験則や法規の証明についてと同様に、原則として証明の対象にならないが、専門的経験則については例外的に証明が必要となる（法問題）」と整理されることになる¹⁰⁵⁾。

こうした整理に基づいて、巽は、「従来の立法事実論が往々にして説いてきた、立法事実の認定は事実問題と法問題との中間に位置するといった説明は、たしかに明瞭さを欠く」としつつも、そこから、「『立法事実』の認定に、典型的な事実問題または法問題に妥当する規律のパッケージを二者択一的に妥当させるのが適切でないという問題意識」を読み取る。そして、「事実問題または法問題に妥当する規律のパッケージを分解し、……個別の論点において、それぞれ妥当な結論を選び取っていかうという問題意識」は、基本的に妥当なものと考えられると評している¹⁰⁶⁾。

(b) 以上のような認識を基にして、第2に巽は、「論証責任」に関して、以下のような検討を加

¹⁰²⁾ 巽・前掲注14)・公法関係訴訟97頁。

¹⁰³⁾ 同96-97頁。

¹⁰⁴⁾ 同95頁。

¹⁰⁵⁾ 同91-92頁(〔〕内筆者)。巽・前掲注5)19頁はさらに、③「規範的要件の具体化に関わる事実」を立法事実として位置づけている。

¹⁰⁶⁾ 巽・前掲注14)・公法関係訴訟90-91頁。立法事実論における法問題と事実問題の相対性については、同・前掲注14)・事案の解明12-18頁を参照。

えている。民事訴訟における規範的要件の審理において、「個々の評価根拠事実／障害事実の証明責任については、当該規範的要件の充足により利益を得る側が評価根拠事実の証明責任を負い、当該要件の充足により不利益を被る側が評価障害事実の証明責任を負うという形で、基本的な分配の基準が構成され」、証明責任の分配はそれぞれの評価根拠事実／障害事実ごとに決定される¹⁰⁷⁾。それを受け、行政訴訟で語られる証明責任については、評価根拠事実／障害事実を総合考慮して判断される規範的要件の充足の判断に関して、何らかの規範的含意があったのではないかと推論し、そこに、規範的要件それ自体についての「論証責任」が成立する余地を見出す。そこでいう「論証責任」とはつまり、「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、……いずれの当事者に有利な判断を下すべきか」を示す、「当事者間のある種の『責任』」である¹⁰⁸⁾。

このような民事訴訟や行政訴訟における規範的要件に関する議論を、異は違憲審査に応用しようとするわけである。しかし、前述のように（本節第1款（3）を参照）、違憲審査における証明責任に関しては、法律の憲法適合性判断が法律問題であることからして、真偽不明という事態はありえず、その判断の一要素をなす立法事実の認定についても、裁判官の専権事項とされるべきものであり訴訟当事者の証明に委ねることはできないという批判がなされてきた。

この批判に対して、異はまず、法問題たる規範的要件の充足の判断に関して、「裁判所が審理を尽くし十分な解明度に達していても、結果的に心証度がノン・リケットの状態（……）に留まってしまうことは、規範的要件の審理においても論理的には否定できないのではないか」、「法問題にノン・リケットを観念しない見解が問題としてきたのは、裁判所が真偽不明ないし判断不能の心証度のもとで判断を下すことそれ自体ではなく、審理結果の確実性が低い状態、すなわち解明度に満たない審理状況で終局裁判を下すことの是非だったのではないか」と指摘している¹⁰⁹⁾。その際、異は、「証明主題の蓋然性がどの程度あれば、その事実を真ないし偽と判断しうるかの問題」を意味する「心証度（論証度）」と、「証拠調べ・事実関係解明をどこまでするかの問題、裏がえせば、結果の確実性がどの程度達成されれば、その争点についての判断に熟すかの問題」を意味する「解明度」とを区別する見解に着目し¹¹⁰⁾、この2つを区別すれば、規範的要件の審理においても判断不能（ノン・リケット）という事態の発生は理論上ありうると考えているのである。というのも、解明度が十分な程度に達しているとしても、「規範的要件の充足に関する裁判官の心証度が論証度を超えない場合には、当該規範的要件の充足・不充足は論証責任の所在に応じて判断されることにな

¹⁰⁷⁾ 同・前掲注14)・行政裁量論167頁。

¹⁰⁸⁾ 同164-165頁。

¹⁰⁹⁾ 同162-163頁(傍点ママ)。

¹¹⁰⁾ 太田勝造『裁判における証明論の基礎——事実認定と証明責任のベイズ論的再構成——』（弘文堂、1982年）108-114頁を参照。「解明度」については、同『『訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について』新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、1988年）437-441頁も参照。

る」と考えることが可能だからである¹¹¹⁾。その意味で、規範的要件の審理において「論証責任」を語ることも、理論的に不可能ではないと結論づけている。

その上で次に、前述のように規範的要件の審理構造が法令の違憲性の審理構造にも当てはまるとすれば、違憲審査基準の機能に関する議論から、「規範的要件としての違憲性を構成する各種の下位要件（目的の正当性、手段の合理性、必要性の欠如など）」と、「各種下位要件の充足の有無を判断するための評価根拠事実／評価障害事実」を区別して考えることができるとされる¹¹²⁾。

その結果、一方で、「法律の違憲性に関する裁判官の心証度が違憲・合憲のいずれに関しても『論証度』を超えない場合、当該法律の違憲性は論証責任の所在に応じて判断されることになる」という形で、「いわば法令の違憲性という規範的要件の充足に係る証明責任」を、「論証責任」として観念している¹¹³⁾。他方で、合憲性推定の原則に、「立法事実の存在の推定」と「法律の合憲性そのものの推定」の2つの意義があることを指摘する際に、前者の文脈において、「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」、合憲性推定の原則により、「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」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になる」として¹¹⁴⁾、立法事実の存否に関する証明責任を語っている。

また、異は、「法律の合憲性そのものの推定」としての「合憲性推定の原則」に関連して、合憲性推定は、「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¹¹⁵⁾、「論証度」の概念にも触れている。

以上のように、異の議論は、規範的要件としての法令の違憲性そのものに関しては「論証責任」の語を、その違憲性の評価根拠事実／評価障害事実に関しては「証明責任」の語を用いて、それぞれを区別し「論証責任」概念の精緻化を図っていること¹¹⁶⁾、そして、「論証度」概念を恐らく初めて本格的に取り上げていることが興味深い。

(5) 小括 こうして訴訟法学では、立法事実をより広く法創造事実と捉え、違憲審査の文脈

¹¹¹⁾ 異・前掲注14)・行政裁量論164頁(傍点ママ)。

¹¹²⁾ 同・前掲注5)10頁。

¹¹³⁾ 同14頁(傍点筆者)。これは、「ノン・リケットの際の判断を可能とする仕組み(証明論で言えば客観的証明責任)」として捉えられている。同15頁注(43)。

¹¹⁴⁾ 同18頁(傍点ママ)。

¹¹⁵⁾ 同24頁。

¹¹⁶⁾ 同23頁注(69)とそれが付された本文から推察すると、直接的には、原が「法自体の不明」と「法創造事実の不明」の区別に対応させて「論証責任」と「証明責任」の語を使い分けていることの影響を受けていると思われる。しかし、この問題意識自体はさらに、内野の議論にまで遡ることができるものである。内野の議論については本節第1款(4)を、原の議論については本款(2)を参照。

にとどまらず法創造というより一般的な文脈においても有効に機能するものであると整理し、立法事実・法創造事実ひいては法内容の判断不能が生じることを認めることにより、証明責任とは少し異なるが類似した「論証責任（正当化責任）」を観念することが可能だという立場が示されていた（太田、原、堀）。

そのような立場を従来の訴訟法学とより整合的なものとし精緻化する際のポイントが、「法自体の不明」と「法創造事実の不明」の区別である（原）。この区別によれば、立法事実・法創造事実は、一般的な社会的事実であり評価的要素を含みうる点で、司法事実とは異なるものの、事実の次元にとどまるものである。そのため、証明責任としての裁判規範（評価規範）的側面と行為規範的側面が分離することにより証明責任概念が希薄化するとはいえ、「法創造事実の不明」が生じうることに疑いはなく、証明責任類似の概念を観念することの理論的抵抗が少ないといえる。

他方、「法自体の不明」について、当初は、規範的討論（議論）という抽象的な次元で政策論の一環として語られるのみであった（原）。しかし行政法学から、規範的要件の充足判断という具体的な次元では事実問題と法律問題が連続ないし交錯することを前提に、規範的要件の充足判断に関しても、判断不能（ノン・リケット）が生じるのではないかといわれ、そこにおいて、証明責任類似の概念を観念することも不可能ではないのではないかと主張されるに至っている（巽）。

このように現在においては、「法自体の不明」と「法創造事実の不明」の区別を前提としつつ、一方で「法創造事実の不明」については、司法事実と異なるとしても事実認定の問題なのだから証明責任類似の概念を観念することに理論的抵抗が少なく、他方で「法自体の不明」については、法的評価・法解釈の問題なのだとしても規範的要件の充足判断のような一定の場合には証明責任類似の概念を観念する余地があると整理されてきているように思われる。

また、「論証責任」の成立可能性を認めることから一歩進めて、民事訴訟における証明責任の分配に関する法律要件分類説とのアナロジーで、その分配基準に関する実体法解釈の重要性に着目し、そこに三段階審査論の居場所を見出す見解もみられた（堀）。これは、違憲審査における「論証責任」の分配基準を訴訟法学としてどのように受け止めるかに関するものであり、違憲審査基準論がその分配基準として主に依拠することが多い二重の基準論との対比を考えると興味深いものである。

なお、ここで語られている「論証責任（正当化責任）」は原則として、客観的証明責任に相当するものが想定されていたことを最後に付言しておく（原、堀、巽）。

第3節 手続的基準の内実

ここまで本章では、訴訟法における証明責任と証明度を確認し、違憲審査における手続的基準が辿ってきた経緯を整理してきた。最後に、違憲審査における手続的基準として「論証責任」と「論証度」を語ることに對する批判を意識しつつ、それでもなおそれらを語る場合に、その内実をどのように理解するかを示しておきたい。

第1款 立法事実の性質

(1) 立法事実の位置づけ そもそも、違憲審査における証明責任に否定的な立場(安念)は、法律の憲法適合性判断が法律問題であることからして、真偽不明(ノン・リケット)という事態はありえず、その判断の一要素をなす立法事実の認定についても、それは純粋な事実問題ではなく法律問題であるがゆえに、裁判官の専権事項とされるべきものであり訴訟当事者の証明に委ねることはできないという考え方を基礎に据えていた。この考え方は、「法の存否、法の内容、法をどう解釈すべきか、法適用の結果はどうなるかなどは、全て裁判官が完全に承知しているものとして、裁判官に一任され、当事者の干渉は認められない」という「裁判官は法を知る」の原則に基づいている¹¹⁷⁾。この原則は、事実(認定)と法(解釈)との区別を前提にしており¹¹⁸⁾、「事実問題の判定(事実認定)は、当事者の主導の下に(裁判官との共同によって)行われる」が、「法律問題の判定(法の解釈)は原則的に裁判官の職責に属する」という訴訟当事者と裁判官の役割分担として現れることになる¹¹⁹⁾。

ここでの争点は、立法事実は事実と法のどちらに位置づけられるかであった。立法事実が「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている——背景となる社会的・経済的——事実」と定義されていることからすれば¹²⁰⁾、それは、立法資料、統計資料、社会科学や自然科学上の研究成果を論拠として導かれる評価が念頭に置かれているため、現に社会に存在する事実から導かれる評価として、事実の一環と位置づけられてきたように思われる。他方、違憲審査における証明責任に否定的な立場のいうように、立法事実が法律問題の判断の一要素をなすことからすれば、法の一部と位置づけるべきであるようにも思われる。けれども、立法事実は、事実とみるとしても、過去の一回的事実としての司法事実とは異なり一般的なものが多い¹²¹⁾、法とみるとしても、政策的価値判断そのものではなく政策的価値判断の合理的基礎を構成するものである¹²²⁾。だからこそ、立法事実を事実か法のどちらかに割り切って位置づけることには無理があるとされてきたのであろう¹²³⁾。

またこの立法事実の位置づけに関連して、立法事実論の母国アメリカでは、立法事実を確定する際の重要な資料の1つとなりうる連邦議会の事実認定について、生の統計的・経験的事実を認定す

¹¹⁷⁾ 太田・前掲注3)129頁。「裁判官は法を知る」の原則については、山本和彦『民事訴訟審理構造論』(信山社、1995年)96-105頁を参照。

この原則の1つの帰結として、「法規を知ることが裁判官の職責であるから、裁判官は、当事者の主張や証明を待たずに知っている法を適用して差し支えない(当事者の法知識や法解釈に拘束されることもない)」とされる。新堂・前掲注20)582頁。

¹¹⁸⁾ 事実(認定)と法(解釈)との区別については、田中・前掲注1)456-457頁を参照。

¹¹⁹⁾ 内野・前掲注11)232頁。

¹²⁰⁾ 芦部・前掲注3)152頁。

¹²¹⁾ 御幸・前掲注5)181頁。

¹²²⁾ 太田・前掲注12)117頁脚注(20)、150頁を参照。

¹²³⁾ 芦部・前掲注3)117-118頁、同・前掲注48)・現代的展開28-29頁、同・前掲注48)・司法のあり方215-216頁、高橋(和)前掲注5)106-108頁を参照。

ることもあるが、規範性が強く客観的に検証できない事実を認定することもあるといわれる¹²⁴⁾。それゆえ、立法事実には経験的なものから規範性の強いものまで含まれうるという認識に基づき、立法事実は、「その真偽が世の中での経験や実験によって検証されうる事実」たる「経験的事実」、「経験的事実から引き出される結論を反映している言説」たる「評価的事実」、「経験主義よりも困難な価値選択という構成要素を反映する」「価値基底的事実」の3つに分類されるという主張も提示されている¹²⁵⁾。これは、立法「事実」と整理されるものの中にも、評価的要素を多分に含んでいるものがあることを示している¹²⁶⁾。

以上のように、立法事実とは、司法事実と異なり一般的なものが多いが政策的価値判断の合理的基礎を構成するものであるし、経験的なものから規範性の強いものまで様々ありうることから¹²⁷⁾、事実であるとともに法でもあると認識されてきたのである。

(2) **立法事実の命題性** 前項で示した認識を前提にすれば、違憲審査における証明責任や証明度の当否を考える際に、事実と法の区別や立法事実の位置づけは必ずしも決め手になるわけではないことになる。

(a) ここで注目すべきは、法律の憲法適合性判断の一要素をなすという意味で法的主張である立法事実に関する主張も、その事実が存在するか否か(事実命題)とその事実が正しいか否かあるいは当該法律を支持するか否か(価値命題)を合わせた主張だと考えることができるため、真か偽あるいは当か否のどちらかである一種の「命題」だということである¹²⁸⁾。この点に関連し、法的主張も「命題——原則として、真か偽のどちらかでありうる言説——である」限り、「『法はXである』とか『法はXを意味する』という形態での、法に関するあらゆる肯定命題型の主張は何らかの事実の主張であり、事実の主張に本来的に適用されるすべての証明原理に服する」。ただし、「(少なくともいくつかの)法的主張のもつ、規範を適用し発展させることに関する特徴は、歴史的事実というわかりやすい事項に対する事実調査とは異なる手法の事実調査を法的主張に適用する十分な理由になるかもしれない」と指摘されることがある¹²⁹⁾。この指摘は、命題の形を取る法的主張一般が証拠法則に服しうることを主張するものであり、法的主張一般を事実の主張と同一視しようとしている点で、広範にすぎるように思われる。しかし、立法事実に関する主張は、確かに法的主張である

¹²⁴⁾ See Daniel A. Crane, *Enacted Legislative Findings and the Deference Problem*, 102 GEO. L.J. 637, at 669-672 (2014).

¹²⁵⁾ William D. Araiza, *Deference to Congressional Factfinding in Rights-Enforcing and Rights-Limiting Legislation*, 88 N.Y.U. L. REV. 878, at 894-898 (2013).

¹²⁶⁾ 御幸・前掲注5)180頁も参照。

¹²⁷⁾ 立法事実の類型については、第2章第2節第2款も参照。

¹²⁸⁾ 内野・前掲注11)244頁を参照。さらに、同「適用違憲と違憲審査基準——立法事実命題にも言及しつつ——」憲法理論研究会編『憲法と時代』(敬文堂、2014年)168頁も参照。

¹²⁹⁾ LAWSON, *supra* note 34, at 36, 40. See also Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, *The Myth of the Law-Fact Distinction*, 97 NW. U. L. REV. 1769, at 1770, 1791-1792 (2003); John O. McGinnis & Charles W. Mulaney, *Judging Facts Like Law*, 25 CONST. COMMENT. 69, at 93-94 (2008).

が二者択一の形で表されうることもまた確かである。そうだとすれば、立法事実に関する主張が一種の命題の形で提示される限り、事実に適用される証拠法則を立法事実に関する主張にも類比するという意味に限定して前述の指摘を受け止めることは、可能なのではないか。つまり、立法事実も、①許容性の原理（証拠能力の問題）、②重大性の原理（証明力の問題）、③証明度、④証明責任、及び、⑤終結性または完全性の原理（解明度）を類比させてその真偽あるいは当否を判断することは可能なのではないかということである¹³⁰⁾。

(b) そこで前述の指摘を少し具体的にみていくと、現実の訴訟手続においては、「その期日の最後または少なくともその事件の最後に、裁判官は根底にある紛争に判断を下すが、その紛争は、法的问题に関する一定の主張を法的に正しい（または正当化される）ものとして認容することに黙示的であれ明示的であれ依存しているであろう」から、適用される法的ルールを一度特定すれば、問題となっている特定の文脈におけるそのようなルールの意味を確認する何らかの手法が必要となる¹³¹⁾。このとき、法の特定と法解釈のプロセスは、証拠の観点から説明することができる¹³²⁾。まず、当該法解釈を基礎づける証拠の存否で、法解釈の当否が決まるので、「〔法〕解釈に関する紛争は一般に、解釈上の証拠の〔①〕許容性や〔②〕重大性に関する紛争として現れうる」といえる¹³³⁾。また、「裁判官は、利用可能な資料で満足しない場合、さらに調査したり、当事者による補充説明を求めたりすることができる」が、「当然ながら、判決は予定表通り下されなければならない結果、満足できないとしても証拠調べを打ち切らなければならないこともある」。その意味で、⑤終結性または完全性の原理もまた、法的判断のプロセスにおいて妥当するといえる¹³⁴⁾。ここでいう「法解釈」を「法律の憲法適合性」に、法解釈を基礎づける「証拠」を「立法事実」に読み替えれば、立法事実に関する主張にこれらの証拠法則を類比することは可能であろう¹³⁵⁾。

そして、③証明度と④証明責任に関しては、「裁判所や学者が、法的问题に関して用いている適切な証明度や証明責任を特定することは、ほとんど全くない」としても、「法規範の存在を公表したり一定の文脈における法規範の意味を宣言したりする場合には常に、その結論を定式化し正当化

¹³⁰⁾ See LAWSON, *supra* note 34, at 45–46. これらの証拠法則については、本章第1節第2款を参照。また、DAVID L. FAIGMAN, CONSTITUTIONAL FICTIONS: A UNIFIED THEORY OF CONSTITUTIONAL FACTS, at 87–109 (2008) も、許容性の原理、証明度、証明責任といった証拠法則が違憲審査に関連する事実の類型（第2章第2節第2款（1）（c）を参照）ごとに妥当するか否かを検討している。本書に関しては、小竹聡「著書紹介」[2009-2] アメリカ法283頁以下を参照。

¹³¹⁾ LAWSON, *supra* note 34, at 47, 48.

¹³²⁾ *Id.* at 49.

¹³³⁾ *Id.* at 49–51 ([] 内筆者).

¹³⁴⁾ *Id.* at 51.

¹³⁵⁾ なお、この点については、日米の現実の訴訟手続に相違があるため、なぜアメリカにおける証拠法則が日本にも妥当するのかが問われることとなろうが、アメリカにおける証拠法則はそれぞれ日本においても概ね対応するものが観念されているため、その限りで、日米の訴訟手続の相違はそこまで大きいわけではないと考えることができよう。

するために必要とされる、何らかの程度の証明された確信を抱かなければならない」し、「もし結論またはその否定のいずれに関しても、その程度の確実性あるいは確信まで至らない場合、認識論的な不確実性にもかかわらず判断に至るためには、証明責任が分配されていなければならない」という¹³⁶⁾。

さらに敷衍すれば、「事実Fが法的に真であると結論づけないということは、Fが法的に真でないと結論づけることと同じことではない」。もしFに関する一切の結論に全く至らなければ、Fに関しては、何ら結論づけられていない。「関連する司法制度が証明責任の分配のための手法を有しているならば、評決に至るのに必要なのはそれだけであり、「事実認定者が関連する事実に関する明確な結論に至らない場合には常に、証明責任を負っている当事者が負ける」とされるにすぎないのである。そのため、「事実認定者は、原告の主張の法的真実性というよりもむしろ、原告の証明の十分性に関する判断をして」おり、原告その他の証拠を提出する何らかの当事者が異なる証明を行えば、異なる帰結がもたらされるかもしれないのである。つまり、「法において、事実認定者は実際に事実を認定しているのではなく、「証明を評価している」といえる。このように事実問題と法的問題との間に大きな相違はなく、「一定の事実問題に関して、誰かが常に証明責任を負っている」のであれば、「一定の法的問題に関してもまた、誰か(……)が証明責任を負うことができるであろう」といわれることになる¹³⁷⁾。この意味では、事実認定も法的評価の側面を有しているため、事実の主張に③証明度と④証明責任を観念するのであれば、法的主張である立法事実に関する主張に③証明度と④証明責任を類比することも可能であろう。

(c) 以上のように、立法事実に関する主張を「命題」だと考えればその主張の真偽あるいは当否を二値的に評価することが可能になるので、立法事実に関する主張にも、証明責任と証明度を類比することが可能である。それにとどまらず、証明責任と証明度類似のものに基づいて立法事実に関する主張の真偽あるいは当否を判断するということは、どのような場合に確信に至ったといえるのか、確信に至らなかった場合どのように処理すればよいのかに関するルールに基づいて判断することを意味する。他方、そのようなルールに基づかずに立法事実に関する主張の真偽あるいは当否を判断することは、裁判所が恣意的に判断したのではないかという疑いを招きうる。したがって、違憲審査において証明責任と証明度類似のものを語ることには、裁判所の判断の正当性を高める積極的意義があるといえる。

(3) **立法事実の一般性** しかし、これらが訴訟法における証明責任と証明度と同一のものといえるかという点、もう少し検討が必要となる。

(a) 立法事実も一般的・抽象的な「事実」にすぎず、前項で示したように「命題」の形式で表されるのであれば、その限りで、立法事実を過去の一回的事実(司法事実)に引きつけ、過去の一回的事実における証明責任と証明度がそのまま立法事実にも妥当すると考えることができるかもしれ

¹³⁶⁾ *Id.* at 51-52.

¹³⁷⁾ *Id.* at 116-117.

ない。しかし、立法事実には、過去の一回的事実と異なる一般的性質があるし、経験的なものから規範性の強いものまで様々ありうるといわれていた。これは、立法事実が、価値判断そのものではないとしても法律の憲法適合性という価値判断の基礎をなし、「法の解釈を決定する性質のものである」ことから、「立法『事実』の存否もやはり法律問題であって、事実問題ではない」といわれてきたことに反映されている¹³⁸⁾。

だが、問題は単に、立法事実の存否の判断が法律の憲法適合性判断の一要素をなすから法律問題に位置づけられるという立法事実の位置づけの問題にとどまるわけではない。重要なのは、立法事実が一般性を有することから過去の一回的事実とは異なる取扱いが求められる可能性があるということである。というのも、立法事実に証明責任を觀念し過去の一回的「事実」と同じように扱えば、憲法判断を示した判決の効力との関係で問題が生じる可能性があるからである。

(b) 立法事実との関係で問題となりうる判決の効力としては、「羈束力」と「既判力」が考えられる¹³⁹⁾。まず、判決の「羈束力」とは、「判決にかぎらず裁判一般における判断内容が、種々の手続内的要請から、当該事件の手続内において、他の裁判所を拘束することが認められ」るものの総称である。その1つとして、民事訴訟法321条1項が「原判決において適法に確定した事実は、上告裁判所を拘束する」と規定していることから、事実審における事実認定の判断は、上告審を拘束するとされている¹⁴⁰⁾。次に、判決の「既判力」とは、「終局判決が確定すると、その判決における請求についての判断は、以後、当事者間の法律関係を律する規準となり、同一事項が再び問題になったときには、当事者はこれに矛盾する主張をしてその判断を争うことが許されず、裁判所もその判断に矛盾抵触する判断をすることが許されなくなる」拘束力のことであり、「紛争解決のための本決まりの規準として、のちの別訴において、当事者および裁判所を拘束するものである」¹⁴¹⁾。そのため、既判力は原則として、当該事件における訴訟当事者と前訴・後訴裁判所にのみ作用すると解されている¹⁴²⁾。この既判力は、「当事者は事実審の口頭弁論終結時〔基準時〕まで事実に関する資料を提出することができ、終局判決もそれまでに提出された資料を基礎としてなされる関係から、この時点において権利関係が認められるか否かの判断」に生じるとされる。その結果、「後訴において、前訴確定判決の既判力ある判断を争うために、前訴の基準時まで存した事実に基づく攻撃防御方法を提出することは、許されず、「当事者がこの禁止に反してその事由を提出したと

¹³⁸⁾ 安念・前掲注12)・当事者適格381頁注(8)。内野・前掲注11)243-244頁も参照。

¹³⁹⁾ 判決の「羈束力」と「既判力」については、伊藤(眞)・前掲注29)541-542、545頁以下も参照。なお、「羈束力」は、「手続内拘束力」と呼ばれることもある。三木ほか・前掲注22)412-413頁〔垣内秀介執筆〕。

¹⁴⁰⁾ 新堂・前掲注20)682-683頁。ただし、民事訴訟法322条は、「前二条の規定は、裁判所が職権で調査すべき事項には、適用しない」として、「職権調査事項については、上告審も、調査のため必要な事実の収集を行う」ことを認めている。同939-940頁。

¹⁴¹⁾ 同683-684頁。

¹⁴²⁾ 同704頁。

しても、裁判所は、その審理に入ることなく排斥しなければならない」という（既判力の遮断効）¹⁴³⁾。ただし、民事訴訟法114条1項が「確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する」としているため、既判力は、「判決の主文で表現されている判断についてのみ生じるのが原則である」¹⁴⁴⁾。それゆえ、「判決理由中の事実の認定や法律判断には既判力が生じないから、他の訴訟で同一事実や同一法律問題が争いになっても、……別の認定・判断が可能である」¹⁴⁵⁾。

(c) このような判決の効力を念頭に置くと、立法事実を過去の一回的事実と同じように扱うことに関しては、以下のような問題点を指摘することができる。まず、判決の羈束力からは、法律問題に位置づけられ一般性を有する立法事実を過去の一回的事実と同じように扱うと、立法事実に関しても事実審の認定が原則として終局的なものとなり、当該訴訟手続内において、法律審たる上告審が立法事実を新たに認定したり修正したりすることができなくなる可能性がある¹⁴⁶⁾。

次に、判決の既判力からは、その遮断効により、後訴において、前訴の事実審の口頭弁論終結時までに存在した過去の一回的事実を主張することは許されないのが原則である。けれども、立法事実に関しては、上告審でも新たに認定したり修正したりされていることを仮に前提とすれば、事実審の口頭弁論終結時を基準時として既判力の遮断効を及ぼすことはできないし、そうすべきではないことになる¹⁴⁷⁾。もっとも、判決理由中の事実認定や法律判断そのものに既判力は生じないし、

¹⁴³⁾ 同693-694頁（〔〕内筆者）。なお、「その事由は前訴の基準時までに存在したが、その提出をおよそ期待できなかった場合にまでこれを排斥するのは手続保障を欠くことになるので、その提出を認めるべきであるとされている。

¹⁴⁴⁾ 同699頁。とはいえ、「主文の文句は簡潔であるから、どんな請求について（またはどの訴訟要件が欠けているかを）判断しているかは、判決の事実や理由を参酌する必要がある」ともいわれる。

¹⁴⁵⁾ 同702頁。

¹⁴⁶⁾ 元最高裁判所裁判官である泉徳治は、「法律解釈の一環だから、立法事実の認定も非常に自由にやらせてもらっているというところがある」として、法律審たる上告審が立法事実を独自に認定することができることの理由を、立法事実が法律解釈の一環であることに求めている。石川健治ほか〔座談会〕『十字路口』の風景——最高裁のなかのドイツとアメリカ」石川（健）ほか編・前掲注5)422頁〔泉徳治発言〕。この泉の発言を受けて、嘉多山宗「憲法裁判における裁判所と当事者の役割分担」法律時報93巻8号（2021年）123頁は、上告審における立法事実の顕出・認定について、「上告審が法律審であるという手続上の制約や最高裁判所の審理の実情に由来する限界を足枷と感じながら、法律判断として説明のつく範囲内で、資料・文献等の調査を行い、判断を行っているものと推測される」とする。

また、アメリカにおける上訴審（法律審）での立法事実の顕出・認定について、岸野・前掲注5)294頁は、「立法事実をめぐることは、上訴審で實際上、新規の（de novo）審査がなされ」、「上訴審判事たちは、下級審で顕出され記録中にあるもの以外にも目を向け、独自に判断を行ってきたが、それは、「立法事実の認定の影響は当事者を超えて社会一般に及ぶため、収集される情報には専門性を含めた質及び量が求められる」からだという。

¹⁴⁷⁾ 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）649-652頁、同「活性化する憲法・行政訴訟の現状」公法研究71号（2009年）199-200頁を参照。ただし、立法事実の顕出の基準時の問題については、櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学51巻4号（2011年）155-160頁、御幸・前掲注5)185-186頁も参照。

もし判決理由中の判断に何らかの拘束力が生じるとしても¹⁴⁸⁾、それはあくまで当該事件との関係で生じるにすぎない。しかし、立法事実の主張に関する裁判所の判断は、より一般的な拘束力をもつものと考えられているように思われる。つまり、立法目的がやむにやまれざる利益に該当するとの判断やある立法手段について立法目的との間に実質的な関連性があるとの判断は、当該事件限りでの個別的な判断ではなく、当該法律に関するより一般的な判断を示している¹⁴⁹⁾、そのような判断の基礎をなす立法事実の主張に関する判断についても、当該事件限りでの個別的な判断とはいえない側面があるのではないだろうか¹⁵⁰⁾。そうだとすると、一般性を有する立法事実を過去の一回的事実と同じように扱うということは、その判断の拘束力が（もし生じるとしても）当該事件との関係でしか生じないとされる結果として、裁判所の憲法判断が事件ごとに異なる事態を招きかねないという問題を生じさせる可能性がある。この問題は特に、「最高裁判所の憲法判断には、判例として一定の拘束力が認められており、判例変更の可能性が留保されるものの、最高裁判所の示した憲法判断に従って、その後の裁判が行われることが、制度上の前提であるといつてよい」とされること（先例拘束性の原則）との関係で¹⁵¹⁾、顕在化する。というのも、判例の拘束力が事実上のものであったり判例変更の可能性が留保されたりするとしても、最高裁判所には、「適正な手続に基づいて、事件から事件へと苦心を重ねながら一般的法準則を形成してゆくこと」が求められるため¹⁵²⁾、先例拘束性の原則の下では、最高裁判所の憲法判断が事件ごとに異なることは必ずしも是とされないはずだからである¹⁵³⁾。

¹⁴⁸⁾ 訴訟法学では、判決理由中の判断の拘束力の議論として、争点効（新堂・前掲注20）718-732頁を参照）や信義則による拘束力（伊藤（眞）・前掲注29）570-573頁を参照）に関する議論が提示されている。

¹⁴⁹⁾ 松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編著『講座・憲法学 第6巻 権力の分立（2）』（日本評論社、1995年）220-221頁を参照。

¹⁵⁰⁾ 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）356-358頁を参照。これも、立法事実の存否が法律問題だといわれること（安念・内野）の含意の1つであろう。

¹⁵¹⁾ 土井・前掲注83）・ジュリ53頁、同・前掲注83）・憲法適合的解釈238頁。ここでいう判例に認められている一定の拘束力については、裁判所法10条、刑事訴訟法405条、民事訴訟法318条などが実定法上の根拠として挙げられる。

また、最高裁判所の憲法判断のうち「先例として拘束力をもつのは、憲法判決中のいわゆるレイシオ・デシデンダイ（ratio decidendi）の部分であって、法律などの合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至るうえで直接必要とされる憲法規範的理由づけ（判決を導く決定的理由づけ）である」とされる。佐藤・前掲注6）43頁（傍点ママ）。

なお、先例拘束性の原則については、同『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）262頁以下、松井・前掲注149）212-218頁も参照。

¹⁵²⁾ 土井真一「法の支配と司法権——自由と自律的秩序形成のトポス」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望 II——自由と秩序』（有斐閣、1998年）114頁（傍点筆者）。

¹⁵³⁾ なお、巽智彦「法令等の違憲・違法を宣言する裁判の効力——『違憲判決の効力論』を手がかりとして——」成蹊法学83号（2015年）138-139頁は、先例拘束性と既判力の関係について、「その拘束の内容が異なるに過ぎないとして連続的に捉えることが可能であり」、「後訴裁判所の拘束の論点においては、憲法判断であることの特異性は小さい」とする。

(d) 以上のように、法律の憲法適合性を基礎づけるものとして一般性を有する立法事実を過去の一回的事実と同じように扱うことには、最高裁判所が立法事実を新たに認定したり修正したりすることができなくなりうる点と、最高裁判所による立法事実の判断の拘束力が当該事件との関係でしか生じないとされてしまいうる点で問題があるように思われる。したがって、立法事実^{めえ}は、事実であるとともに法でもあるという^{めえ}のような存在と位置づけられることにもそれなりの理由があり、その命題性のゆえに事実に近いものであるから証明責任と証明度類似のものを語ることはできし、そのことには積極的意義があるが、その一般性のゆえに法に近いものであるから証明責任と証明度がそのまま妥当するのではなくあくまで証明責任と証明度を類比しうるにすぎないと解しておくべきであろう。

第2款 「論証責任」と「論証度」の内実

立法事実に関する主張に対して、証明責任と証明度類似のものを語ることもできるとしても、その内実をどのようなものと解するのが問題になる。

(1) 立法事実に対する弁論主義の妥当性　　そこでまずもって、立法事実の顕出を訴訟当事者の権能に限定することができるかが、立法事実に対する弁論主義の妥当性として問題とされる。それに関しては、弁論主義の妥当根拠として挙げられる私的自治に基づく自己責任と真実発見という観点から、以下の問題点が指摘されている¹⁵⁴⁾。

一方で、私的自治に基づく自己責任という観点からは、第1に、立法事実^{めえ}は、「たとえ、当事者間の事情に属する事実であるとしても、……単に当事者間にはとどまらない公共的な意義を獲得するに至」っているため、私的自治に基づいて弁論主義を適用することを正当化することは困難であるとされる(立法事実の公共性)。第2に、立法事実の多くは、「当事者の支配領域外の事実である」と考えられるから、当事者による訴訟資料の保全・提出可能性が成り立ちがたいということがある(立法事実の領域性)。

他方で、真実発見という観点からは、そこでいう真実発見の合理性は、裁判所が「労少なくして真実発見をなしうる」というコスト面に着目してのものであることを前提として、第1に、「弁論主義の適用によって十分な訴訟資料が提出されるためには、収集にあたる当事者が、事実の内容及び証拠に対するアクセスの可能性・容易性を有していなければならない」が、立法事実については、「むしろ、当事者以外の第三者のほうが詳細な知識を有する場合も多い」ので、「十分な資料の提出を確保しえないおそれが生ずる」という(提出資料の過少性)。第2に、立法事実に関しては、「情報に対するアクセスの可能性・容易性が、一方当事者にのみ備わっている場合がある」が、このような場合には、「提出される資料は、一方当事者にとって有利なものに限定されることになり、公共的争点に関し、裁判所が中立な立場からの判断を行おうとする際には不都合が生ずる」(提出資料の一方性)。第3に、立法事実^{めえ}は、通常の法規の主要事実とは異なり、「基準となる構成要件に

¹⁵⁴⁾ 原・前掲注11)297-302頁。弁論主義については、前掲注30)を参照。

よって定型化されてはならず」多様な事実が利用可能性を帯びるので、「いかなる社会的事実を顕出すべきか、それ自体が模索の対象である」。それゆえ、対立する当事者にのみ顕出を委ねた場合、「いずれも、当事者の視点によって選択されたものにすぎず、提出資料の二極分化を招く」ことになり、「両極以外の第3の視点からの資料は提出されない可能性が出てくる」(提出資料の両極分化)。

以上2つの観点から指摘されている5つの問題点により、立法事実に関して、弁論主義(そして、その帰結としての主張責任¹⁵⁵⁾)は妥当しないとされるのが一般的である¹⁵⁶⁾。これに関しては、立法事実が一般性を有することから(本節第1款(3)を参照)、その顕出を訴訟当事者の権能に限定する必然性がないため¹⁵⁷⁾、否定しえないと思われる¹⁵⁸⁾。

(2) 違憲審査における証明責任と証明度類似の概念の内実 このように、立法事実に関して、弁論主義(そして、その帰結としての主張責任)は妥当しないとされるのが一般的であったとしても、憲法学における従来の議論は、違憲審査における証明責任の問題を主観的証明責任(証拠提出責任)として捉えてきたとの指摘がある¹⁵⁹⁾。アメリカにおいては、憲法の意味(法的主張)の証明に関して論ずる際に、証明責任を説得責任(客観的証明責任)の意味で用いることを明示的に宣言しているものもみられないわけではないが¹⁶⁰⁾、多くの文献は、例えば、「申し立てられている規制が自身の不利益となるように機能していることを原告が一度論証すると、当該規制がどのよう

¹⁵⁵⁾ 主張責任については、前掲注30)を参照。

¹⁵⁶⁾ 同じく立法事実に関する主張責任を否定するものとして、林屋・前掲注12)154-156頁、太田・前掲注3)131頁がある。

なお、立法事実に関する主張責任と異なるものとして、法律の違憲性に関する主張責任がある。これは、裁判所に憲法問題について判断してもらうための争点提起としての意味合いをもち、憲法訴訟の当事者適格の問題とも関連すると思われる。法律の違憲性に関する主張責任については、例えば、内野・前掲注11)237-240、248-253頁、高橋(和)・前掲注5)115頁、同・前掲注19)151-152頁、林屋・前掲注12)126-127、157-158頁、巽・前掲注5)26-27頁、藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』(成文堂、2007年)130-143頁などを参照。

¹⁵⁷⁾ 立法事実の顕出が訴訟当事者の権能に限定されないとしても、裁判所の職権に委ねることによいのかという観点からは、「法廷助言者制度」を導入することが考えられる。法廷助言者制度については、例えば、伊藤正己「Amicus Curiaeについて——その実際と評価——」菊井先生献呈論集『裁判と法(上)』(有斐閣、1967年)129頁以下、金原恭子「世論と裁判所とをつなぐもの——米国におけるアマカス・キュリイとロー・クラーク——」大木雅夫先生古稀記念『比較法学の課題と展望』(信山社、2002年)243頁以下、御幸聖樹「権力分立の現代の変容に関わる諸問題——議会拒否権・政党分立論・アマカス」片桐直人ほか編『憲法のこれから』(日本評論社、2017年)154頁以下、同「アマカス」大林啓吾編『アメリカの憲法訴訟手続』(成文堂、2020年)257頁以下、笹田栄司「憲法裁判において最高裁判所をサポートするシステムその1——アマカスキュリイ」判例時報2483号(2021年)122頁以下などを参照。

¹⁵⁸⁾ 弁論主義・主張責任が妥当しないとされる結果として生じる不意打ちを防止し、訴訟当事者に対する手続保障を確保する観点からは、「法的観点指摘義務」を活用することが考えられる。法的観点指摘義務については、山本(和)・前掲注117)251-259頁、原・前掲注11)303-306頁、太田・前掲注3)130-131頁を参照。櫻井智章「時の変化——社会状況の変化は違憲の理由になるか?」大林啓吾=柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』(成文堂、2018年)150-151頁も参照。

¹⁵⁹⁾ 内野・前掲注11)286頁。堀・前掲注14)930-931頁、巽・前掲注5)15頁注(43)も参照。

¹⁶⁰⁾ See Enrique Schaerer, *Proving the Constitution: Burdens of Proof and the Confrontation Clause*, 55 U. RICH. L. REV. 491, at 504-505 (2021).

にして何らかの正当な目的を促進しうるのかを示すもっともらしい説明を政府が提示しなければならない」というように¹⁶¹⁾、規制の違憲性を主張する側がその論証をなすべきなのか合憲性を主張する側がその論証をなすべきなのかを論じており、違憲審査における証明責任を証拠提出責任（主観的証明責任）として用いているように見受けられる。けれども、日本においては、前述のとおり立法事実に関して弁論主義が必ずしも妥当しない以上、弁論主義を前提にして成立する主観的証明責任も妥当しないと考えられるので、仮にどちらの訴訟当事者が違憲性や合憲性の論証をなすべきかを議論するのであれば、それは、事実上の行為指針を指摘していると整理されることになろう。このように、違憲審査においては、立法事実の一般性から弁論主義は妥当せず職権（探知）主義が妥当することを認めざるをえない以上、主観的証明責任を語ることに慎重にならざるをえないと思われる。

しかし、立法事実の命題性が肯定されるのであれば（本節第1款（2）を参照）、違憲審査においても、立法事実に関する主張について、その命題の真偽あるいは当否という二値によって議論を整理することができ、その真偽あるいは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（判断不能）が発生しうることは否定できないと考えられる。それゆえ、その際の処理手順を定めておく必要があるといえる。そこに、訴訟法における証明責任と証明度を類比して、「論証責任」と「論証度」を観念する余地が生まれることになる。つまりその際、「論証責任」を客観的証明責任に相当するものとして限定的に捉えることにより、どのようにして立法事実を顕出するのかに関する弁論主義・職権（探知）主義の問題とは独立に、「論証責任」を、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（ノン・リケットの場合）の基準、いい換えれば、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に裁判官はどのような判断を下すのかを示す基準として観念することができるように思われる。そして、「論証責任」をこのように観念することができるのであれば、立法事実の存否（立法事実命題の当否）が不明になる場合（ノン・リケットになる場合）の基準、いい換えれば、立法事実の存否（立法事実命題の当否）について確信に至ったと裁判官が判断するための基準が必要となるので、そのための基準として「論証度」を観念することができるのである。

（3） 違憲審査における「論証責任」と「論証度」 以上のことから、違憲審査における「論証責任」と「論証度」については、ひとまず以下のように整理することができる。

違憲審査において事実が果たす役割の重要性は疑いないが、立法事実の位置づけは事実か法のどちらかに容易に割り切れるものではない。立法事実に関する主張は、一般的性質を帯びているが、命題の形で表すことができる限りで、その真偽あるいは当否を二値的に語るすることができる。そうだとすれば、違憲審査が訴訟手続においてなされる以上、立法事実の存否（立法事実命題の当否）が

¹⁶¹⁾ PAUL BREST, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING: CASES AND MATERIALS, at 1006 (1975). See also Caitlin E. Borgmann, *Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding*, 84 IND. L.J. 1, at 47-48 (2009); McGinnis & Mulaney, *supra* note 129, at 118-121.

不明になった場合（ノン・リケットの場合）の基準は問題となるはずであるし、問題とすべきである。その意味で、客観的証明責任類似のものとして、「論証責任」が必要とされる。そして、訴訟法における証明責任・証明度と同様に、違憲審査においても、立法事実の存否（立法事実命題の当否）が不明になる場合（ノン・リケットになる場合）の基準があつて初めて、その基準に至らなかった場合の処理が問題になる。つまり、「論証度」という確信に至つたと裁判官が判断するための基準があつて初めて、論証度という基準に至らなかった場合にどのような判断を下すべきかに関する「論証責任」の問題が生じるといえる。したがって、立法事実に関する主張が命題の形でなされ、かつ、違憲審査が訴訟手続においてなされる限り、違憲審査においても手続的基準として「論証責任」と「論証度」を観念するの必要があり、その際、確信のための基準として「論証度」の問題が先在し、その後、論証度に至らなかった場合の処理を指示する基準として「論証責任」の問題が生じると整理することができるのである。

以上の整理に実体的基準を踏まえると（本章第2節第2款を参照）、実体的基準が充足されたとどのような場合に確信するのかを指示する基準が「論証度」であり、実体的基準充足の判断が論証度に至らない場合にどのような判断を下すのかを示す基準が「論証責任」であることになる。そのため、実体的基準の充足を容易に確信できるならば、手続的基準を観念する必要性はそれほど顕在化しない。しかし、立法事実の存否（立法事実命題の当否）の判断は必ずしも容易といえないように思われる。それゆえ、手続的基準は、法的には、実体的基準の充足の有無を明確に確信することが困難である場合に、それを手続的に解決しようとする試みであると位置づけることができ、裁判過程においてそれを明示するよう、あるいは少なくともそれを意識した判断を示すよう裁判所に求めるものである。そして、このように位置づけることで、違憲審査における手続的基準というのは、訴訟当事者の論証活動に投影され、裁判所の憲法判断の当否を訴訟当事者の論証に事実上帰責しようとするものということになり、それを逆手に取れば、訴訟当事者が裁判所の憲法判断に参画するための手続論的装置ということになるのである¹⁶²⁾。

〔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。

¹⁶²⁾ この点については、拙著・前掲注9)256-260頁も参照。