

憲法訴訟における論証責任と違憲審査基準論

——合憲性推定原則との関係から——

本 間 啓 誉*

要 旨

最高裁判所の憲法判断の手法は、比較衡量による総合考慮であると言われており、憲法学説が主張してきた違憲審査基準論や憲法訴訟論は、裁判実務には取り入れられてこなかった。たしかに、総合考慮型の判断手法は、柔軟な判断を可能にする等、裁判所にとっては利点の多い判断手法である。しかし、国民にとっては、いかなる事実が、いかなる基準及び手続で判断されるのか予測することができず、こうしたことが、現在の憲法訴訟を取り巻く混沌とした状況の原因になっていると思われる。そうであれば、訴訟による人権保障の実効性を確保するために、国民にとって簡明かつ有益な判断手法である違憲審査基準論を確立する必要性が高い。

そこで、本稿では、合憲性推定原則や違憲審査基準論によって分配される論証責任を用いることで、国民にとって簡明かつ有益な手続により、十分な人権保障を実現する憲法訴訟の構築が可能であるかを検討する。Ⅱでは、アメリカにおける立証責任の概念や合憲性推定原則の効果について述べた後（1、2）、違憲審査基準と立証責任の所在の関係性についての学説及び判例を整理する（3、4、5）。Ⅲでは、日本における違憲審査基準論について簡単に述べ（1）、論証責任や合憲性推定原則の概念について、訴訟法上の立証責任や事実推定との比較をしつつ、論証責任の概念に関する議論の整理を行う（2）。Ⅳでは、これまでの議論を参考して、論証責任の概念を用いつつ、当事者たる国民が憲法訴訟において果たすべき役割が何であるかを明確化していく方法について若干の考察を行う。

目 次

I はじめに

1. 問題の所在
2. 本稿の課題

Ⅱ アメリカにおける違憲審査

1. 立証責任 (burden of proof) の概念
2. 合憲性推定原則と立証責任の分配
3. 違憲審査の要素
4. 違憲審査の厳格度と立証責任の分配
5. 違憲審査基準の重層化

Ⅲ 日本における違憲審査

1. 違憲審査基準の概要

2. 違憲審査基準と論証責任

Ⅳ おわりに

I はじめに

1. 問題の所在

日本の最高裁判所における憲法判断の手法として、千葉勝美元最高裁判事は、堀越事件判決（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）の補足意見において、「基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、…（中略）…「利益較量」の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準（明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRAの原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など）ないし

* ほんま ひろたか 法学研究科公法専攻博士
課程後期課程

2022年9月30日 査読審査終了

第1推薦査読者 橋本 基弘

第2推薦査読者 秦 公正

はその精神を併せ考慮したものがみられる。もっとも、厳格な基準の活用については、アプリアリに、表現の自由の規制措置の合憲性の審査基準としてこれらの全部ないし一部が適用される旨を一般的に宣言するようなことをしない」と判示している。その理由として、同補足意見は、「基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処」するためであることをあげている。裁判実務が採用する総合考慮による利益衡量について、泉徳治元最高裁判事は、「違憲審査において如何なる項目を審査するのか、如何なる手法・基準で審査するのか語るところがな」く、「諸般の事情を総合的に衡量して判断するというのであるから、結局は裁判官の主観によって結論が決ま」ってしまい、「国民の側からみても、これによって裁判の結果を予測することは困難である」として、総合考慮型の利益衡量を「客観的な裁判規範としての違憲審査基準と評価することはできない」¹⁾と指摘している。

泉元判事の指摘を前提とするかぎり、日本における憲法訴訟論の第一人者のひとりである芦部信喜が、憲法訴訟論の重要課題としてその必要性和重要性を主張していた、「人権価値を具体化するのに実効的な違憲審査基準が判例として確立する」²⁾ことはいまだ実現していないことになり、一方では、最高裁の憲法判例を理解するには、アメリカ流の違憲審査基準論ではなく、比例原則を主軸とするドイツ流の三段階審査論³⁾の方がより適切なのではないかと主張されて久しくなっている。こうした現状に対し、憲法訴訟論や違憲審査基準論につき、「いま本当にこれまでの方向性を放棄すべきなのか否か、真剣に見定めるべき時である」⁴⁾との主張もなされている。

2. 本稿の課題

たしかに、利益衡量による総合考慮型の判断手法は、千葉元判事が主張していた事案に応じた柔軟な判断を可能にするということだけでなく、法的問題（とりわけ民事法分野）においては一般的

な思考方法であり、「裁判官になじみやすいもの」⁵⁾でもあり、憲法判断を行う裁判所にとっては利点が多いものであるということは否定できない。

しかし、憲法訴訟による人権保障を求めようとする国民にとってみれば、様々な事情が総合考慮されるというのでは、いかなる事実が、いかなる基準と手続で判断されるのか予測することができず、裁判において自らが果たすべき役割を認識することができないまま判決が出てしまうことになる。つまり、通常の民事訴訟や刑事訴訟では、「立証責任」という概念によって、当事者や裁判所が当該訴訟において果たすべき役割がある程度明確になっているにもかかわらず、憲法訴訟においては、当事者の手がかりとなるべきものが存在せず、裁判所が全くの自由裁量で判決を行うことが可能になっている。こうしたことが、現在の日本における憲法訴訟を取り巻く混沌した状況の一つの原因となっているのではないと思われる。そうであれば、二重の基準論や合憲性推定原則に基づいて、違憲審査の実体的判断基準及び論証責任の分配を定める違憲審査基準論は、自らの人権保障を求める国民一般にとって、最も簡明かつ有益な判断手法となるのであって、これまでの違憲審査基準論や憲法訴訟論を放棄すべきではなく、むしろ、その確立が必要である。

他方で、すでに違憲審査基準論が判例として確立しているアメリカにおいては、合憲性推定原則と結びついた違憲審査基準によって分配される「立証責任」が、当事者の立証活動を具体的に規律し、訴訟の結果を左右するものとして機能しているといわれている。つまり、アメリカにおいては、違憲審査基準によって、当事者及び裁判所の役割がある程度明確になっている。そこで、本稿では、アメリカの憲法訴訟における「立証責任」と違憲審査基準に関する議論及び日本の憲法学における「論証責任」に関する議論を整理し、「論証責任」によって、憲法訴訟において当事者たる国民が果たすべき役割が何であるかを明らかにすることが

できるか考察する。そのうえで、国民の果たすべき役割を明確にし、訴訟において十分に人権保障が行われるような憲法訴訟を実現していく方向性を検討する。

Ⅱ アメリカにおける違憲審査

1. 立証責任 (burden of proof) の概念

(1) 本稿は、上記のように、憲法訴訟における論証責任と違憲審査基準論の関係について考察することを目的とするものである。そこで、まずは、アメリカの民事訴訟における立証責任 (burden of proof) の概念について整理しておくこととする。

(2) 立証責任の概念は、「審理の途中での行為責任的な「① 証拠提出責任 (the duty of producing evidence, burden of production, burden of going forward with the evidence)」と、② 審理の最終段階での結果責任的な「説得責任 (the risk of non-persuasion, burden of persuasion)」⁶⁾に分けられている。そして、証拠提出責任は、「審理の途中で、ある争点につき十分な証拠を提出しないと、自己に有利に事実認定してもらえない一方当事者の不利益のことであり、行為責任⁷⁾とされ、説得責任は、「一方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、審理 (trial) で当事者が主張・立証を尽くしたにも拘らず、当該事実の存否につき、必要な証明度を超える証拠を示せなかった場合には、自己に不利に事実認定されるという、一方当事者が負う責任のことである」⁸⁾とされる。

2. 合憲性推定原則と立証責任の分配

(1) 民事訴訟では、上記のような意味で用いられる立証責任が、原告と被告のいずれに分配されるのかにつき、「決定的な基準はないと言われている」⁹⁾。しかし、憲法訴訟においては、合憲性推定原則というものにより立証責任の分配が決定され、合憲性推定原則が働く場合には、違憲主張側に立証責任が課せられるとされている¹⁰⁾。

(2) 合憲性推定原則は、「① 主権者たる国民を代表する議会 (立法府) の意思を尊重するという民主制の理論と、② 立法・行政・司法の三権は対等であって、相互に他の意思を濫りに否定しない礼譲を示すべきであるとする権力分立の原理」を基礎におくものであり、「法律はすべて、立法権をもつ議会によって合憲との判断で制定されたものであるから、一般に合憲との判断の推定を受ける原則をいう」¹¹⁾とされる。この合憲性推定原則の訴訟上の効果については、「合憲性推定原則にいう「合憲性の推定」とは、法律の基礎にある立法事実が立法の合憲性を条件づけるということを意味し、「推定」されるのは、法律を支える立法事実の存在である」とされ、立法目的及び立法目的達成手段の合理性を支える立法事実が推定される結果、当該法令は合理的であり合憲の結論に至ることになる¹²⁾。

当初の連邦最高裁は、憲法問題が主張される事件のすべてにおいて合憲性推定原則が働くとしていたが、United State v. Carolene Products Co 事件¹³⁾判決におけるストーン判事法廷意見の脚注4で、いわゆる「二重の基準論」¹⁴⁾の考え方が示されたことにより、合憲性推定原則が働く領域が限定され、精神的自由を規制する立法については合憲性推定原則が働かないとされるようになった。したがって、合憲性推定原則が働く場合は、違憲主張側が立法事実の不存在を立証する責任を負い、合憲性推定原則が働かない場合には、合憲主張側が立法事実の存在を立証する責任を負うことになる。

3. 違憲審査の要素

次に、法令の憲法適合性を判断する際に、いかなる基準で、いかなる要素を審査するのかについて検討する。まず、訴訟において憲法適合性を判断する最も一般的な分析方法は、目的手段審査であるとされている。そして、ギャロウェイによれば、「目的手段審査には、3つの要素、すなわち、政府利益の審査、政府利益の実現のために選択さ

れた手段の有効性審査、及び政府利益を促進するより制限的でない手段が利用可能であるか否かを判断するための代替手段の審査がある」。もっとも、代替手段の審査は、「厳格な目的手段審査が適用できる事件においてのみ用いられ」、「緩やかな審査が適用可能な事件においては、最初の2つのみが用いられる」としている¹⁵⁾。このように、アメリカにおける違憲審査基準では、その審査の厳格度に応じて、審査される要素が異なることがわかる。

4. 違憲審査の厳格度と立証責任の分配

(1) 合理性の基準

ア 合理性の基準は、「敬謙的合理性の基準と非敬謙的合理性の基準」に分かれる（後者の基準は一般に「噛みつく力をもった合理性の基準」と呼ばれているものである。）。そして、敬謙的合理性の基準が適用されると、実体的には、「想定できる有効な目的があり、かつ選択された手段が論理上合理的であるならば、政府の行為は合憲」であり、手続的には、「強度の合憲性推定が働き、立証責任は、政府が想定できる有効な目的を有していないこと又は合理的な政府の職員が当該手段の有効性を信じるができないことを主張する違憲主張側に課される」¹⁶⁾こととなる。この敬謙的合理性の基準が適用された事件としては、Williamson v. Lee Optical. Co of Oklahoma¹⁷⁾があげられる。

この事件は、免許を受けた眼科医や検眼士以外の者が、処方箋に基づかずにレンズ等の調整、複製、交換を行うことを禁止した州法が、デュープロセス条項や平等保護条項に反するか否かが争われた。連邦最高裁は、「オクラホマ州法は、多くの場合、不必要で無駄な要件を課すかもしれないが、その新しい要件の利点と欠点を衡量するのは立法府であって裁判所ではない」とし、「立法府は、処方箋が必要となる機会の頻度が眼鏡の調整に関する当該規制を正当化するのに十分であると判断したかもしれない。同様に、レンズの複製が必要な

ときに、処方箋が必要かもしれないし、そうでないかもしれない。しかし、立法府は、全てのケースにおいて、あるものを必要とするのに十分な頻度でそのものが必要とされると判断したかもしれない。あるいは、視力の矯正だけでなく、潜在的な病気や疾患を発見するためにも、眼科検査が非常に重要であり、フレーム変更やレンズ複製には、必ず医学専門家の処方箋が必要であるとの判断を立法府はしたかもしれない。「法律が合憲であるためには、その目的にあらゆる点で論理的に合致している必要はない。是正すべき害悪が目の前にあり、特定の立法措置がそれを是正するための合理的な手段であると考えられるだけで十分である」¹⁸⁾と判断した。つまり、敬謙的合理性の基準の下では、「立法府が、当該規制の根拠とし得た仮定的理由が「想像可能」であれば、当該規制は支持し得る」こととなり、当該基準は、「仮定上の合理的根拠」を審査するものとされる¹⁹⁾。こうした敬謙的合理性の基準による違憲審査は、「目的審査においても手段審査においても、その構成要素充足のために必要となる立法事実が、実際に存在するか否かにかかわらず、合憲性推定のゆえに裁判所によって補充される点と、裁判所による価値判断が入らないものと考えられている点に特徴がある」²⁰⁾とされる。

イ 次に、非敬謙的合理性の基準（＝噛みつく力をもった合理性の基準）は、「政府の行為が現実的に有効な目的を有しており、かつ、当該目的を促進するために選択された手段が、明らかに合理的（効果的）であること」²¹⁾を求める基準である。立証責任については、この基準が適用された多くの事件では違憲主張側に課せられることとなるが、政府が負担する場合もあるとされる²²⁾。その例として、City of Cleburne v. Cleburne Living Center²³⁾があげられる。

City of Cleburne v. Cleburne Living Center 事件の概要は、以下の通りである。Cleburne Living Center (CLC) は、精神遅滞者のためのグループ

ホームであるフェザーストーンホームを運営するために建物を賃借する予定であったが、当該グループホームの運営予定地に適用されるゾーニング条例の下では、フェザーストーンホームが精神遅滞者のための病院に該当するとして、特別使用許可が必要である旨の連絡を市側から受けたため、特別使用許可申請を行ったものの当該許可申請が拒否された。そこで、CLCは、当該条例が、文面上及び適用上、CLCとその潜在的入居者の平等権を侵害し、平等保護条項に反して無効であると主張して訴えを提起した。

連邦最高裁は、「緩やかな審査基準が適切であることは支持する」²⁴⁾として、「精神遅滞者その他の者を区別する法令は、正当な政府目的と合理的に関連していなければならない」²⁵⁾との基準を用いたが、「記録において、フェザーストーン住宅が、市の正当な利益に対して何らかの特別な脅威をもたらすと信じる合理的根拠が明らかになっていないので、本件に適用される限りにおいて、ゾーニング条例は無効である」²⁶⁾と判断している。つまり、ここでは、ゾーニング条例が、現実の有効な目的を有しており、かつ当該目的を促進する手段として合理的であることにつき、市側に立証責任が課せられている。

(2) 厳格審査基準

ア 「厳格審査が適用された場合、強力な違憲性推定が存在しており、政府側が、やむにやまれぬ政府目的が危険にさらされていること、政府の行動がそのような目的を促進するために実質的に効果的な手段であり、かつ政府の行動がそのような目的を促進するために利用可能な最も制限的でない手段であることを示さなければならない」²⁷⁾とされている。したがって、厳格審査基準は、政府の側に立証責任を分配するものであるとされている。

イ しかしながら、裁判所は、厳格審査を用いても立証責任を違憲主張側に負わせる場合があり、そのような例として、*Burson v. Freeman* 事件²⁸⁾がある。この事件は、市議会議員候補者の選

挙資金担当者が、投票所の入り口から100フィート以内の場所において、投票の勧誘、選挙用印刷物の掲示・配布を禁止するテネシー州法の条項は、修正1条および修正14条に反すると主張して、テネシー州デイビッド群のエクイティ裁判所に訴えを提起した事件である。連邦最高裁の相対的多数意見（4名）は、当該条項が「パブリックフォーラムにおける政治的言論を制限するものとして、厳格な審査に服さなければならず」、「テネシー州は、当該規制がやむにやまれぬ州の利益を果たすために必要であり、かつ当該目的を達成するために必要不可欠な関連性があることを立証しなければならない。」²⁹⁾としたが、具体的な審査においては、「真の問題は、制限区域がどの程度の広さまで許容されるのか、あるいは十分に調整されたものといえるのかである。上告人と反対意見は、テネシー州の100フィートの境界線が投票権を保護するというやむにやまれぬ州の目的を達成するために不可欠の関連性がないと主張する」が、これに「我々は賛成しない」としている。そのうえで、「これらの制定法が、長く、途切れることなく、そして広く使われてきたことが、反対意見が要求する程度の証明を州が行うことを困難にして」おり、「これらの制定法が長い期間有効であったことが、これらの制定法がなかったならば、どのような事態が生じていたのかについて証言できる証人を州が申請することを困難にし」、「これらの制定法が、投票者への脅迫や選挙違反行為に対して与える正確な効果を特定することが困難であり」、「さらに、州が、自由かつ効果的な投票を行う自由を確保するというやむにやまれぬ目的を有しているため、問題となっている選挙における規制によって政治的安定をもたらす客観的効果を実証的に証明する責任を州が負うとすることは決してない」³⁰⁾として、当該条項が州目的と不可欠な関連性がなく、必要最小限度の手段とはいえないとした州最高裁の判決を破棄差戻しとした。ここでは、実証的という限定が付されているものの、合憲主張側

に目的と手段との間の関連性についての立証責任が課されていない。

(3) 中間審査基準

中間審査基準は、主として性差別に関する事件で適用される基準であり、実体的基準として、「重要な政府目的を有し、当該目的達成にとって実質的に関連していること」を求めるものであるとされる。ここでいう「重要な政府目的」は、「有効な目的以上であり、やむにやまれぬ目的未満を意味する」ものであり、「実質的に関連している」とは、「実質的に有効であり、かつ、必要不可欠な関連を有することをいう」とされる³¹⁾。

立証責任については、「中間の違憲性推定」が働き、「立証責任は政府が負」い、立証の程度は「政府が当該行為について極めて説得力のある正当性を示さない限り違憲と判断する」ものであるといわれている³²⁾。もっとも、立証の程度については一定ではないとの指摘³³⁾があるが、立証責任の分配を問題とする本稿では割愛する。

5. 違憲審査基準の重層化

以上、伝統的な違憲審査基準である合理性の基準、厳格審査基準、中間審査基準という3つの基準について整理してきたが、合理性の基準という緩やかな基準が適用されれば、立証責任は違憲主張側に課せられ、厳格審査及び中間審査という厳しい基準が適用されれば、立証責任は合憲主張側に課せられることとなっており、実体的判断基準と立証責任の分配が連動するものと考えられてきたといえる。もっとも、判例上は、実体的基準と立証責任の分配を連動させないものもあり、このような判断がなされる理由として、実体的判断基準の適用範囲を変更したくない一方で、法令を違憲（または合憲）とする判断はしたくないと裁判所が考えたためであるということが指摘されているところである³⁴⁾。そして、このように、実体的判断基準それ自体は変更せずに、政府や議会への敬讓を行う場合と敬讓を行わない場合を使い分け

るという判断手法は、現在の連邦最高裁長官であるロバーツにもみられ、その結果としてロバーツは6個の違憲審査基準を用いているといわれている³⁵⁾。つまり、合理性の基準、厳格審査基準、中間審査基準のいずれにも、政府や議会へ敬讓するものと敬讓しないものがあることになる。ロバーツがこのように審査基準を重層化することは、「権利制限の態様と先例のそれが同一カテゴリー内であれば、本件にも同様の合憲性判断基準が適用される」が、「本件の全関連事情を衡量した常識的判断が、合憲性判断基準の指示する解答とは異なる場合があり」、「合憲性判断基準を固定したまま…（中略）…常識的判断に到達する」³⁶⁾ためであるとされる³⁷⁾。

III 日本における違憲審査

1. 違憲審査基準の概要

日本の裁判において法令の合憲性が問題となる場合、基本的には、当該法令によって得られる利益（公益）と失われる利益（制約される個人の自由など）の比較衡量によって判断されてきた。もっとも、この判断を単純な比較衡量によって行った場合、公益が重視されやすくなる、裁判官の主観に影響され予測可能性が低下するなどの問題がある³⁸⁾。そこで、日本の憲法学説は、違憲審査基準論というものを提唱してきた。この違憲審査基準論は、「利益衡量の枠組みを目的と手段の連関構造に再構成」し、「規制される権利の重要性と制限の強度・態様に応じて、クリアしなければならない論証のハードルを変化させた3種の基準を提示」³⁹⁾している。その3種の実体的判断基準には、① 目的がやむにやまれぬものであり、かつ目的達成手段として必要最小限度のものであることを求める厳格審査基準、② 目的が重要であり、かつ手段が目的との関係で実質的関連性を有することを求める中間審査基準、及び③ 目的が正当であり、かつ手段が目的との関係で合理的関連性があることを求める合理性の基準がある⁴⁰⁾。

2. 違憲審査基準と論証責任

(1) 違憲審査基準の論証責任分配機能

ア 芦部信喜によれば、経済的自由に対する規制については、「立法府の判断を尊重するのを建前とすべきであるから、その合憲性は、精神的自由の規制立法に適用される基準よりも緩やかな基準によって判定される」とし、そこで用いられる違憲審査基準は、「合憲性推定原則と結びついて広く用いられる「合理性」の基準」であるとしている。さらに、合憲性推定原則の効果について、「立法目的及び立法目的達成手段の合理性を支える立法事実の存在が推定される」とし、その結果として、違憲主張側に推定を覆すような立法事実を論証する責任があるとしている⁴¹⁾。つまり、合理性の基準が適用される場合には、論証責任が違憲主張側に課せられるとしており、ここでは、実体的判断基準が設定されれば、それに伴って論証責任の分配も決定されることになるとしている。したがって、違憲審査基準には、論証責任分配の機能があることになる。

イ 一方で、裁判所による憲法判断のあり方を明確にするためには、実体的判断基準である「合憲性判断基準」と立法府の判断に対する尊重の程度である「審査基準」を区別することを主張している見解もある⁴²⁾。このように、「合憲性判断基準」と「審査基準」を区別した場合、ロバーツ長官が用いているような重層化した違憲審査基準が確立されるとも思える。しかし、松井茂記は、「プロセス的・二重の基準論」の下、「非プロセス的権利の制約の場合、基本的には合理性の基準を合憲性の推定を伴って用いる緩やかな審査が妥当」とし、「政治参加のプロセスに不可欠な諸権利の制約については」、「やむにやまれないほど圧倒的に重要な政府の利益を達成するために必要不可欠な」手段であることを求める基準が適用され、「合憲性の推定は働かず、むしろ裁判所は法律を違憲と推定し、政府側でこの厳しい合憲性判断基準を満たす証明ができない限り、これを違憲とすべき」とし、政

治参加のプロセスに不可欠な諸権利に対する内容中立的な規制については、「重要な政府利益を達成するために必要最小限度の制約であることが要求され」、「合憲性を推定すべきではな⁴³⁾」としている。したがって、「合憲性判断基準」と「審査基準」を区別するとしても、「合憲性判断基準」が緩やかな場合にのみ合憲性推定原則が働くとしており、ロバーツ長官のような違憲審査基準の重層化を認めるものではないと思われる⁴⁴⁾。

ウ 近年、佐々木雅寿が、カナダにおいて違憲審査の民主的正当性の根拠とされる対話理論を基にした「対話的違憲審査」を提唱している。佐々木雅寿は、対話的違憲審査における主張・立証責任の分配について、「人権保障が原則であり人権制約が例外であること、人権制約の合憲性を支える立法事実などは国会や政府がほぼ独占していること、他方、国会が制定した法律は合憲であるという推定が働く通常考えられていること」から、「① 人権制約の有無の判断と、② 人権制約の正当性の判断の二段階に分け、①の段階では人権制約を主張する当事者がその主張・立証責任を負い、②の段階では人権制約の正当性を主張する当事者及び国側がその主張・立証責任を負うと考えるべき⁴⁵⁾」としている。ここでは、適用される審査基準の厳格度に伴って主張・立証責任が分配されるものとは考えられておらず、違憲審査基準には論証責任分配の機能がないことになる⁴⁶⁾。なお、対話的違憲審査の理論における主張・立証責任の意義については、後述する。

(2) 合憲性推定原則と論証責任

これまで論じてきたところからすると、合憲性推定原則と結びつく合理性の基準が適用された場合、立法事実の存在が推定されることとなり、違憲主張側が立法事実の不存在について論証する責任を負うことになる。もっとも、ここでいわれている「論証責任」の概念や、「推定」の意味については、民事訴訟法上の概念と同様のものと解することができるのか、それとも異なるものであるの

かが議論されてきた。そこで、以下では、民事訴訟における立証活動についての概要を示したうえで、「論証責任」や「推定」の概念について検討する。

ア 民事訴訟における立証活動

民事訴訟は、「原告が主張する一定の権利または法律関係」⁴⁷⁾である訴訟物が審理対象とされているところ、原告や被告は、この訴訟物の存否について、権利の発生、消滅、障害、阻止という法律効果を発生させる法律要件に該当する具体的事実（これを要件事実、主要事実などという。）⁴⁸⁾を立証して争うことが必要となる（なお、実際の裁判実務においては、間接事実（要件事実の存否を推認する事実）や補助事実（証拠の証明力に影響を与える事実）の主張をし、証拠に基づいて立証することによって、要件事実の立証が行われる。）⁴⁹⁾。

この当事者間の立証活動を規律する重要な概念として、「立証責任」というものがあり、それは、「訴訟上、ある主要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一方当事者が受ける不利益のことをいう」⁵⁰⁾。そして、立証責任は、実体法の解釈を基準とし、ある法律効果の発生によって利益を受ける者に分配されるとする法律要件分類説が有力⁵¹⁾とされている。したがって、立証責任を負っている者が要件事実の存在を立証する必要がある、相手方当事者は、要件事実の不存在まで立証する必要がなく、その存在が真偽不明となる程度に持ち込めばよいことになる。

そして、立証責任を緩和するものの一つとして、民事訴訟では、「法律上の事実推定」と「法律上の権利推定」というものがある。まず前者は、ある法律効果の要件であるA事実とは別のB事実があれば、A事実の存在を推定するということが法律に規定されているものである。次に、後者については、ある法律効果の要件がA事実であっても、B事実があれば当該法律効果が推定されるということが法律に規定されているものをいう。これらにより、相手方は、当該推定を覆すために、A事

実の不存在を立証しなければならないとされる⁵²⁾。

そのほか、実務上頻繁に行われる推定として、「事実上の事実推定」があり、これは、裁判官が間接事実の存在から、経験則により主要事実の存在を推認するものである⁵³⁾。

イ 立法事実と立証責任

上記のように、民事訴訟においては、主に要件事実の立証が問題とされているところ、憲法訴訟において立証の対象となるのは、立法事実⁵⁴⁾である。こうして立証対象事実が異なることから、憲法訴訟においては、民事訴訟法上の「立証責任」や「推定」概念と同様の意味でその概念を用いることはできないとされてきた。その理由については、以下の見解がある。

① 内野正幸

憲法訴訟において立証すべき事実である「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り」、「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証明責任の規律は観念しえないことになろう」⁵⁵⁾。そのうえで、「法律の違憲審査における「挙証責任」については、訴訟法学にいわれる挙証責任とは意味が異なり、「挙証責任」は、多くの場合、「事実上、違憲（ないし合憲）を主張する当事者が裁判所に（その点について）『相応の根拠』を抱かせるように努めざるを得ないということ」を示すものとして捉えられるべき」⁵⁶⁾としている。

② 安念潤司

「憲法訴訟においては、しばしば法の解釈の問題について、「証明」という言葉が用いられる。その最も代表的な例は、違憲の「立証責任」であろう。しかし法令が違憲か合憲か否かは法律問題であろうから、このような表現方法については慎重でなければなるまい」。立法事実が「法の解釈を決定する性質のものである以上、その存否は、実際上、

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らうか。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⁵⁷⁾。

③ 高橋和之

「違憲を主張する側が法律を支える立法事実の不存在あるいは不十分であることの証明に失敗したから責任は違憲の主張者にあり、推定原則に従って合憲と判断する、という当事者主義的構造は通用しない。「法律問題」である以上、裁判所が責任をもって判断しなければならないのである⁵⁸⁾。このように、立法事実についての「立証責任」を観念することはできないとしたうえで、合憲性推定原則が意味する「推定」について、「立証責任の原則と結びついた民事訴訟法的な意味で使われているわけではなく、「国民を代表する立法府が定めた法律は、一応それが必要であり合理的であることを支える立法事実が存在するであろうことを前提として議論を出発させようという程度の意味にすぎないとして、「立証責任」の転換を意味するのではなく、裁判所は立法事実が存在するという立法府の判断を一応尊重して問題を考えるべきであり、違憲判断をするにはそれに相応しい説得力のある説明がなされなくてはならないということを表現している⁵⁹⁾」としている。

これらの見解は、いずれも、立法事実が一定の法的評価を含んだ事実であって、純粋な事実とは異なることに根拠を置くものである。しかし、近年においては、民事訴訟において法的評価を含んだものとして扱われる規範的要件に関する議論を用いて、憲法訴訟を要件事実的に捉えようとする見解がある。

ウ 要件事実論と立法事実

a 規範的要件の立証責任

実体法上の法律要件には、純粋な事実ではなく法的評価を含む要件が規定されていることがある(例えば、民法709条における「過失」など)。このような要件は、民事訴訟法上、規範的要件と呼ばれており、当事者が主張すべきは、相手方に過失があるということではなく、相手方の過失を基礎づける具体的事実(=評価根拠事実)であるとされる(例として、交通事故における運転手の脇見運転などがある)⁶⁰⁾。そして、規範的要件の立証責任については、各当事者がそれぞれ立証責任を負うとされる。例えば、不法行為に基づく損害賠償請求においては、相手方の過失が認められることで損害賠償請求権が発生することから、原告に相手方の過失を基礎づける評価根拠事実の立証責任が課せられる一方で、過失が認められなければ上記請求権が発生しないことから、過失を否定する事実(=評価障害事実)の立証責任が被告に課せられることになる。

b 規範的要件としての立法事実

巽智彦は、先の芦部信喜による「合憲性推定原則」の説明について、㉞立法事実の存在が推定されるという事実の推定の意味と、㉟立法事実によって論証される法令の合憲性が推定されるという意味が含まれていることを指摘する⁶¹⁾。そのうえで、民事訴訟における規範的要件の審理構造を憲法訴訟にも利用することで、㉞及び㉟について、以下のように説明している(なお、芦部信喜による前記の説明や、憲法学が二重の基準に基づき論証責任を語る場合(上記㉟ないし㉞の見解等)は、合憲性そのものの推定の意味であるとしている⁶²⁾)。

法令の違憲性が問題となる場合、当該法令が違憲であるか否かは、民法709条における「過失」と同様に規範的要件であるとする。そして、違憲審査基準論は、規範的要件の下位要件として、目的の正当性・手段の合理性・LRAなどの要件を設定する役割をもち、各当事者は、この下位要件に該当する評価根拠事実(または評価障害事実)を主

張・立証することになるという。こうした審理構造に照らして、立法事実というものを検討すると、下位要件である実体的審査基準を設定するのに必要な事実、下位要件を充足するか否か判断するのに必要な経験則、及び下位要件に該当する評価根拠・障害事実が立法事実になるとする。そして、このような意味での⑦立法事実の存在の推定とは、立法府が主張する立法事実の存在が推定されることをいい、違憲主張側が違憲性を基礎づける立法事実について立証責任を負担することになっている。合憲性推定原則をこのような意味で捉えた場合、本来的には、規範的要件は原告と被告の相互に立証責任が課せられるはずが、違憲主張側に立証責任の転換が生じることとなる⁶³⁾。その意味では、合憲性推定原則は、先に示した、民事訴訟法における「法律上の事実推定」と類似の概念といえよう。もっとも、立法事実の存在を推定するという意味での合憲性推定は、一貫して批判されてきたとしている⁶⁴⁾。

次に、合憲性そのものを推定する場合は、「立法事実ないし憲法事実（違憲性の評価根拠事実及び評価障害事実）の衡量に基づいて判断されることの、法律の合憲性そのものを「推定」することというとする。そして、「この意味での「合憲性の推定」は、具体的には、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する」とし⁶⁵⁾、ここでの「論証責任」とは、「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表すものであり、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、当該法令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」⁶⁶⁾としている。

c 論証度と解明度の区別

法令の違憲性を規範的要件として捉え、合憲性推定原則は、違憲性の下位要件の論証責任を違憲主張側に負わせるものであると考えるにしても、法令の憲法適合性は裁判官が職権で判断しなけれ

ばならないものであって、法的判断が不能（いわゆる、ノンリケット）になることはないとする、上記の意味での論証責任は観念できないことになるとはならないかと思われる。しかし、裁判所が自らの職責を果たして審理したとしても、結果として法令の違憲性が真偽不明に陥る事態は想定できるとし、これまで問題とされてきたことは、「審理結果の確実性（＝解明度）が低い状態、すなわち十分に審理を尽くさない状態で判断を下すこと」にあるため、解明度が十分に達した状態であれば論証責任を観念して、論証責任の所在にしたがって結論を下すこともできるとする⁶⁷⁾。

一方で、同じく要件事実論から「論証責任」について検討する立場であっても、「立法事実についても、その存否不明の問題は、いつもあり得る」としつつ、「合憲性の推定がある場合であっても、およそそれを支える立法事実が、裁判所の職権探知を含むすべての訴訟の結果に照らし、すべて存否不明となって、立法の合憲性を根拠づけるものがまったく見つけられないとき…（中略）…においても、なお合憲性の推定の名の下に、合憲と判断すべきであるとするのは疑問である」として、論証責任は、「基本的には裁判官のすべき法律解釈の問題について、当事者がその裁判官を根拠を示してどの程度説得できるかの問題であって、結果として不利益を受ける当事者の説得活動が不十分であったからといって、そのことのみが理由となって、当事者主義的に直接にその法律効果として、その当事者が不利な法律効果を受けるというものではない」⁶⁸⁾とする⁶⁹⁾。したがって、要件事実論を介して憲法訴訟について考察しようとする見解⁷⁰⁾であっても、「論証責任」に関しては、統一の見解がある状況にはないといえる。

エ 対話的違憲審査における主張・立証責任

a 対話的違憲審査の理論を提唱する佐々木雅寿は、「違憲審査における対話を促進させるためには対話のルールを明確にする必要がある」⁷¹⁾とし、主張・立証責任をそのルールの一つとして位置付

けている。そのうえで、「対話的違憲審査の理論は、違憲審査において国側が法律などの合憲性を主張・立証することを最高裁と国側との対話の重要な要素と考えるため、国側の主張・立証責任を要請する」⁷²⁾としている。

b もっとも、佐々木は、国側の主張・立証責任が要請されるとしても、「法律の合憲性に関する判断は裁判所の職権事項であることと、違憲審査の機能には、訴訟当事者の人権保障のみならず、客観的な憲法秩序の維持も含まれることを前提にすれば、法律の合憲性を、主張・立証責任が果たされたかどうかという点のみで決めることは相当でなく、「違憲審査における主張・立証責任の問題は、通常の民事裁判におけるそれとは異なる性質をもつことは否定できない」⁷³⁾としている。したがって、対話的違憲審査の理論においては、前述の通り、人権制約の正当性は国側に主張・立証責任が課されるが、国側が主張・立証に失敗した場合に、裁判所は立証責任の所在にしたがって違憲判決をすべきとは考えられていない。

そのうえで、佐々木は、主張・立証責任の明確化が司法事実や立法事実の収集にとって必要かつ有効なものであるとして、「違憲審査における主張責任は、主に、憲法問題に関し自己の主張を展開するいわば争点形成・展開責任であり、立証責任は、司法事実や立法事実を裁判所に提出するいわば証拠提出責任である」とする。もっとも、上記の通り、立証責任の所在のみにしたがって判決を出すべきではなく、判決の「結論は、裁判所の判断に委ねられ」ており、「主張・立証責任は、裁判所の憲法判断を、より多くの具体的事実に基づき、十分な議論をふまえた、説得力のある質の高いものにするための補助責任または協力責任と理解することができる」としている。

c そうすると、ここでいう主張・立証責任は、訴訟の最後において判決内容を決定する際に機能するものではなく、憲法訴訟の審理を充実化させるためのものと理解されており、憲法訴訟の解明

度を高めるためのものと考えられるが、立証責任の所在にしたがって判断すべきでないとする以上、佐々木の見解は、上記の巽の見解とも異なる。したがって、主張・立証責任について、解明度の概念を介して整理するとしても、統一的な結論が出るものではないことになろう。

IV おわりに

(1) アメリカにおける憲法訴訟は、合憲性推定原則により、違憲又は合憲の立証責任が分配されることを原則としており、実体的判断基準が選択されると同時に、立証責任の所在も決定されることになっていた。もっとも、実体的判断基準と論証責任の所在が連動しない場合も存在しており、現在においては、それを超えて、もともと各実体的判断基準のそれぞれに立証責任を違憲主張側に課すものと合憲主張側に課すものの2つのバリエーションが内在しているとする立場もある。たしかに、このような判断手法は、実体的判断基準のカテゴリーを変えずに結果の妥当性を確保するというものであって、違憲審査基準を確立しながらも柔軟な判断を行う余地を残すものとして、日本の憲法訴訟論に視座を与えるかもしれない。

しかし、政府や議会へ敬譲を行うか否かについて、その客観的な判断基準を明確にせず、「常識的判断に到達するため」という裁判所の主観的な基準によって行うのであれば、当事者の予見可能性を奪うことになり、結局のところ、総合考慮型の判断と変わらないことになる。加えて、敬譲の有無に関する客観的基準に関しても、政府や議会へ敬譲するからこそ、合憲性推定原則が働いて、実体的判断基準としても緩やかな基準が設定されるという関係にあるとするならば、厳しい実体的判断基準でありながら政府や議会への敬譲をするということを理論的に説明するには、合憲性推定原則だけでは足りず、別の理論が必要になると思われ、さらなる検討を行わなければならない。この点については、実体的判断基準が同じであり

ながら、論証責任の所在が異なるとされる中間審査と厳格な合理性の基準の関係も同様⁷⁴⁾である。したがって、重層化する違憲審査基準論の議論を参考しつつ、厳格な合理性に基準については、その適用場面、実体的判断基準及び論証責任の所在に関し、再構築することも必要となる。

(2) ア そして、合憲性推定原則や論証責任の意義については、要件事実論を介して、通常の民事訴訟と同様に規律しようとする見解は、当事者たる国民の訴訟における役割を明確にするものとして機能する可能性がある。しかし、上記のように、同じ要件事実論の立場にあっても、論証責任を立証責任と同様の意味で用いることはできないとする見解もあり、必ずしも統一的に考えられるものではない。また、民事法分野における規範的要件は、その定義を行うことができる⁷⁵⁾一方で、目的手段審査の実体的判断基準は、「それ自体としては不明確で」、「対抗利益と衡量しないと認定できない」⁷⁶⁾ものであるとされている。さらにいえば、裁判所による違憲判決は、事実上、裁判所による法創造という側面を有しており、その点で、三権分立という憲法上の大原則との関係を考慮しなければならない、訴訟物の有無や刑罰権の有無という訴訟当事者間の関係を判断する民刑事訴訟とは訴訟構造に大きな違いがある。したがって、憲法訴訟を要件事実論で整理するには限界があると思われる。

こうした議論状況を前提に、以下では、論証責任及び合憲性推定原則の意義について、若干の検討を試みる。

イ まず、論証責任の意義については、上記のような訴訟構造上の違いがあることに加えて、憲法訴訟の結果は、訴訟当事者の権利義務または法律関係にとどまらず、国民一般の権利義務等に影響を及ぼす可能性があることから、違憲または合憲の判決を訴訟当事者の立証活動に委ねることはできない。そうであれば、論証責任の意義を訴訟法上の主張・立証責任と同義に捉えることはでき

ず、論証責任とは、憲法学において伝統的にいわれていた通り、裁判所に対して自らが行う違憲又は合憲の主張に「相応の根拠」があることを示す説得責任あるいは正当化責任として理解されるべきものであって、訴訟の最後において合憲・違憲の判決を決定するものと理解することはできないと思われる。

しかしながら、原則として、論証責任が違憲審査の厳格度に応じて分配されるものである以上、論証責任は訴訟当事者の一方のみに課されるものであるから、論証責任を負担する訴訟当事者は、そうでない相手方が行う以上に違憲または合憲の論証を行わなければ、自らが望む判決を得ることができなくという事実上の負担を有しているということにはなるといえる。そうすると、次に問題となるのは、いかなる程度に説得又は正当化すればよいのかということであるが、この点は、先に述べたように、アメリカにおける中間審査基準が適用された事件を参考として、さらに検討していくことが必要となろう。

ウ 次に、合憲性推定原則の意義について検討する。合憲性推定原則の効果を立法事実の存在が推定されるとし、合憲性推定原則を憲法上の原則と捉えるならば、民事訴訟法上の法律上の事実推定であるとも考えられる。しかし、民事訴訟法における法律上の事実推定は、前記の通り、立証責任の負担軽減を趣旨とするところ、合憲性推定原則は立証責任の負担軽減を趣旨とするものではないことや、前提事実なく立法事実の存在を推定するものであることからすると、民事訴訟法における法律上の事実推定とは異なるものというべきである。また、合憲性推定原則が経験則や論理則でないことや間接事実の存在を前提としていない以上、事実上の事実推定とも異なる。

そして、合憲性推定原則を合憲性そのものを推定すると捉えた場合、事実推定でない以上、法律上の権利推定と同義であるか否かを検討することになるが、合憲性そのものは訴訟当事者の権利で

ない以上、法律上の権利推定とは当然に異なることとなる。

したがって、合憲性推定原則も、民事訴訟法上の「推定」とは異なるものとして理解せざるをえないといえる。

(3) もっとも、論証責任や合憲性推定原則の意義を上記の意味で理解するとしても、そこから直ちに、憲法訴訟における当事者たる国民の果たすべき役割を統一的に示すことができることにはならないと思われる。つまり、日本においては、憲法訴訟という訴訟類型がない以上、民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟、あるいは客観訴訟のいずれかによる必要があるところ、これらの訴訟は、審理に関してそれぞれ異なるルールが規定されていたり、訴訟当事者同士の関係も一定でない。また、憲法上の主張についても、文面違憲、法令違憲、適用違憲など複数の主張がある。したがって、こうした事件類型や主張類型別に、説得責任や正当化責任の内容や程度を整理することが必要となる。

注

- 1) 泉徳治「最高裁の「総合的衡量による合理性判断の枠組み」の問題点」石川健司＝山本龍彦＝泉徳治編『憲法訴訟の十字路 実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）347頁。
- 2) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1996年）166頁。
- 3) 三段階審査論の詳細については、小山剛『憲法上の権利の作法』（尚学社、2016年）、渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達郎『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016年）58頁以下などを参照。
- 4) 土井真一「違憲審査制と最高裁の活性化」論究ジャーナリスト2号（2012年）167頁。
- 5) 泉・前掲注1）375頁。
- 6) 田村陽子「アメリカ民事訴訟における証明論—『法と経済学』的分析説を中心に—」立命館法学5・6号（2011年）198頁。
- 7) 同199-200頁。
- 8) 同201頁。
- 9) 同202頁。
- 10) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（1973、有斐閣）140頁。
- 11) 新正幸『憲法訴訟論 第2版』（2010年、信山社）520頁。
- 12) 同521頁。
- 13) United State v. Carolene Products Co., 304 U.S.144（1938）.
- 14) 「二重の基準論」の根拠として、芦部信喜は、民主的政治過程論と政策問題に対する司法の判断能力を上げる（芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）218-219頁参照）。
- 15) Russell W.Galloway, Means-End Scrutiny in American Constitutional Law, 21 LOY.L.A.L. Rev. 449, at 449-451（1988）.
- 16) *Id.* at 451.
- 17) Williamson V. Lee Optical.Co of Oklahoma, 348 U.S. 483（1955）.
- 18) *Id.* at 487-488.
- 19) 山本龍彦「合理性の基準—その源流と、遙かなる〈res publica〉」山本龍彦＝大林啓吾編『違憲審査基準 アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂、2018年）72-73頁。
- 20) 伊藤建『違憲審査基準の構造分析』（成文堂、2021年）293頁。
- 21) Galloway, *supra* note 15, at 452.
- 22) *Id.*
- 23) City of Cleburne v.Cleburne Living Center, 473 U.S. 432（1985）.
- 24) *Id.* at 435.
- 25) *Id.* at 446.
- 26) *Id.* at 448.
- 27) Galloway, *supra* note 15), at 454.
- 28) Burson v.Freeman, 112 S. Ct.1846（1992）.
- 29) *Id.* at 198.
- 30) *Id.* at 208.
- 31) Galloway, *supra* note 15), at 455.
- 32) *Id.* at 455-456.
- 33) 御幸聖樹「憲法訴訟と要件事実論の接続可能性」伊藤滋夫編『憲法と要件事実』（日本評論社、2020年）120頁。
- 34) DAVID LFAIGMAN, CONSTITUTIONAL FICTION: A UNIFIED THEORY OF CONSTITUTIONAL FACT at 102（Oxford, 2008）.

- 35) 詳細については、村山健太郎「選挙運動資金規正とフォーマリズム—ロバーツ・コートの諸判決を素材として」アメリカ法2017巻1号(2017年)67-70頁、村山健太郎「合衆国憲法における宗教条項解釈と憎悪の法理」学習院大学法学会雑誌54巻2号(2019年)35頁以下参照。
- 36) 村山健太郎「二重の基準論の現在」法律時報91巻5号(2019年)21頁。
- 37) ロバーツ長官は、特に修正1条が問題となる場合において、カテゴリカルアプローチと呼ばれる判断手法を採用しており、合憲性判断基準の設定においても、先例のカテゴリーを重視するものと思われる。なお、ロバーツのカテゴリカルアプローチの詳細については、大林啓吾「表現の自由-修正1条絶対主義？」大林啓吾=溜箭将之編『ロバーツコートの立憲主義』(成文堂、2017年)191-245頁参照。
- 38) 安西文雄=巻美久紀=穴戸常寿『憲法学読本 第2版』(有斐閣、2014年)77頁。
- 39) 横大道聡「違憲審査基準の適用の仕方」曾我部真裕=赤坂幸一=新井誠=尾形健編『憲法論点教室 第2版』(日本評論社、2020年)8-9頁。
- 40) 各審査基準の構成要素については、伊藤・前掲注20)に詳細な検討がある。
- 41) 芦部・前掲注14)『憲法学Ⅱ』235頁。
- 42) 松井茂記『日本国憲法論 第3版』(有斐閣、2007年)112頁。
- 43) 同117-119頁。
- 44) むしろ、松井茂記は、いわゆる厳格な合理性の基準というカテゴリーを認めるべきでないとしていることから、審査基準のカテゴリーを増やすことには反対の立場であると思われる。
- 45) 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(三省堂、2013年)223頁。
- 46) 同227-228頁。
- 47) 大島真一『新版 完全講義 民事裁判実務の基礎入門編 第2版』(民事法研究会、2018年)12頁。
- 48) 司法研修所編『新問題研究 要件事実』(司法研修所、2011年)5頁。
- 49) 例として、貸金返還請求訴訟をあげると、訴訟物は貸金返還請求権であり、貸金返還請求権の要件事実、「原告は、令和2年5月1日、被告に対し、弁済期を令和4年4月30日と定めて、1000万円を貸し付けた」という事実と「令和4年4月30日が到来した」事実であり、間接事実が、「原告は、令和2年4月30日、原告名義の口座から1000万円を引き出した」という事実であり、証拠が「取引履歴証明書」などとなる。
- 50) 大島・前掲注47)19頁。
- 51) 司法研修所・前掲注48)8頁。
- 52) 三木浩一=笠井正俊=垣内秀介=菱田雄郷『民事訴訟法 第2版』(有斐閣、2015年)273-274頁。
- 53) 大島・前掲注47)218頁。
- 54) 「法律を制定する場合の基礎を形成し、かつその合理性を支える一般的事実、すなわち社会的、経済的、政治的、もしくは科学的な事実」と定義される(芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、1981年)24頁など)。なお、立法事実に関する詳細は、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5・6号(2010年)1803-1846頁等がある。
- 55) 内野正幸「法律の違憲審査における「挙証責任」芦部信喜還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣、1985年)322頁。
- 56) 同355頁。
- 57) 安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」前掲注55)381頁。
- 58) 高橋和之『体系 憲法訴訟』(有斐閣、2017年)183頁。
- 59) 同。
- 60) 三木ほか・前掲注52)213-241頁。
- 61) 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」石川ら・前掲注1)『憲法訴訟の十字路口 実務と学知のあいだ』8頁。
- 62) 同23頁。
- 63) 同10、18頁。
- 64) 同19-20頁。
- 65) 同23-24頁。
- 66) 同14、23頁。
- 67) 同16頁、これに賛同するものとして、伊藤・前掲注20)258頁がある。
- 68) 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に及ぶ—』(日本評論社、2022)302-304頁。
- 69) 伊藤滋夫は、論証責任に関する自身の見解が本文中で述べた高橋和之の見解と矛盾するものではないことを示唆している(同303頁)。
- 70) 本稿で紹介したもののほか、井桁大介「違憲審査基準の要件事実的考察」法律時報93巻11号111-116

頁などがある。

71) 佐々木・前掲注45) 221頁。

72) 同222頁。

73) 同226頁。

74) 伊藤・前掲注20) 297頁。なお、厳格な合理性の基準を用いているといわれる薬事法違憲判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）は、県側が主

張していた距離制限の必要性や合理性を否定する論理で違憲判決を導いており、論証責任が合憲主張側にあるように読める。

75) 例として、民法709条の「過失」=予見可能性に基づく結果回避義務違反など。

76) 御幸・前掲注33) 45頁（御幸発言）。

