慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	立法プロセスの裁判所による法的統制の可能性と限界
Sub Title	The possibilities and difficulties of judicial review of the legislative process
Author	川﨑, 政司(Kawsaki, Masaji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.1 (2018. 1) ,p.171- 202
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	大沢秀介教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180128-0171

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

立法プロセスの裁判所による法的統制の可能性と限界

川　﨑　政　司

はじめに
一　裁判所による立法手続の統制
　1　議事手続
　2　法案準備手続
二　立法過程の内容的審査
三　判断過程審査
四　裁判所による立法プロセスの考慮
　1　立法者意思
　2　目的・動機の審査
五　立法事実の審査
まとめにかえて

はじめに

社会の多様化・複雑化、価値の多元化、不確実性の拡大などに伴い、立法の必要性・合理性に関する実体的な判断はますます困難なものとなっているが、そのような中で、プロセスの重要性が増している。

法的な統制ということでも、プロセスが重視されるようになってきている。法的な統制の方法としては、あらかじめ規範・ルールを定め、事後的に訴訟を通じて裁判所がチェックをするというのが一般的であるが、その両者においてプロセスにも重きを置く傾向がみられ、特に、裁判所においては、問題によっては判断の重心を実体的要素から手続的要素に移すような状況も見受けられる。

立法の憲法適合性についても、同様である。すなわち、政治的プロセスによって生み出される法律に対して裁判所が違憲審査を行う場合には、その内容の憲法適合性を審査するのが最もオーソドックスな方法といえるが、その一方で、法律の規定からはその趣旨や理由が明確でない場合もある。また、憲法の規定は抽象性が高く、立法を枠付けるものであることが多く、そこでは、立法裁量の存在を認めざるを得ないことも少なくなく、とりわけ、日本の裁判所は、基本的に立法者の裁量を前提として違憲審査を行ってきている。そして、立法の趣旨や理由を特定し、あるいは立法者の判断の合理性ないし裁量の逸脱・濫用の有無について審査するためには、立法プロセス[1]に目を向けることなども必要となってくる。

他方、立法が正統性をもつためには、法によって定められている手続に則って行われることが必要となり、そのことは、立法の内容の適切さの確保にもつながり得る。そして、そのことを担保するために、裁判所が法的な統制を及ぼすことの是非が問題となってくる。

立法プロセスを問題とする場合には、あらかじめ定められた手続が遵守されたかどうかという手続的・形式的

な面と、必要かつ十分な情報・資料の分析・提示・説明や検討・議論が行われた上で決定がなされたかという内容的な面の二つがあり、制定された法律が民主的正統性をもち、議会の判断が国民の意思として擬制されるためには、ともに適切なものであることが求められることになる。ただし、立法プロセスの内容的な面での適切さの追求は、実体的な適否の問題に接近することになることにも留意しておく必要があるだろう。

本稿は、立法プロセスに関する裁判所による法的統制ということから、立法手続に関する審査、立法過程の内容的審査、判断過程審査、目的・動機の審査、立法事実の審査などについて検討を加えるとともに、その限界などについても論じることとしたい。(2)

一　裁判所による立法手続の統制

法の支配や法治国家の原理が法による統治を求めるものであることからは、統治機関の権能行使の手続についても法的な統制が行われることが必要となり、立法プロセスも法的な規律の対象とされることになる。

もっとも、その場合に、立法が議会によって担われるものである以上は、立法手続は、第一義的には、議会への法案の発案から始まり、審議、議決、成立、公布に至るまでの一連の手続を指すことになる。この手続は、「議事手続」とも呼ばれ、そこでは、民主性と効率性が基本的な要素となり、前者の方に重点が置かれつつも、この二つの要素・要請の調和をいかに図るかが課題となる。議事手続については、近代議会の成立・発展の過程において、討議自由、定足数・多数決、議事公開、一事不再議などの諸原則が確立されてきたのであり、それらについては、何らかの形で憲法、議院規則などでも規定されているところである。(3)

他方、立法プロセスのあり方ということでは、発案の権限をもつ機関等における立案・決定のプロセスも射程

に入ってくることになり、その手続についても規範的な統制が行われる。とりわけ、行政国家現象の進展や議会の機能の低下などに伴い、行政府における立案・決定過程の重みが増しており、行政府におけるプロセスの適正性・透明性・民主性を確保することも重要となる。

しかしながら、制度的・建前的には、発案機関等における法案準備手続は、立法の中核的な作用・プロセスということはできず、また、その規律については、内部手続としてその自律に委ねられるべきところもあるのであり、特別の制度でも採用されない限りは、その手続的な瑕疵は、議会の審議・議決によって成立した法律の効力に影響を及ぼすものではないといえる。

1　議事手続

議会が制定した法律が国民の意思として擬制されるためには、その手続が議会法の定めるところに従い適正かつ民主的に行われることが必要である。しかし、その点については議会による自律が重視され、実際の手続が議会法に基づいたものとなっているかどうかにつき、裁判所が法的な統制を及ぼすことに関しては、慎重な見方が強い。

そもそも、議事手続については、議会法による規律が行われているとはいえ、そこでは、先例が重視され、弾力的な運用が認められていることが多い。また、議会法により規律されているとはいっても、実際のプロセスは政治過程そのものであり、その評価については、基本的には自律的な判断により行われるとともに、最終的には国民の政治的な批判や評価に委ねるべきものといえる。このようなことから、特に司法裁判所との関係では、その審査にはなじまないものとされてきた。

(1)日本における取扱いと議論

この点、日本では、警察法改正無効事件・最大判昭和三七年三月七日民集一六巻三号四四五頁が、両議院の自主性の尊重のため議事手続について有効無効を判断すべきでないと判示し、それ以降、学説上も、議論が進み、議事手続については、審査することができるのに裁判所はこれを自制すべきものか、それとも原理的に裁判所の権限外にあるものなのか、あるいは例外を認めるかどうかなどといった点で議論は分かれるものの、議院の自律権を根拠として、基本的に裁判所の審査は及ばないとする説が多数となっている。(4)

(2)欧米諸国における状況等

他方、欧米諸国では、国や審査機関、時代などによって異なるところもある。

例えば、英米においては、議院の自律権（議会特権）が重視され、議事手続については、伝統的に、司法機関である裁判所の審査の対象外とされてきている。すなわち、議会主権を伝統的な基本原理とするイギリスでは、権利の章典（Bill of Rights）が「議会における言論及び討論又は議事手続に関する自由は、裁判所その他の議会外の場所において非難され、又は問題とされてはならない」とし、一九一一年議会法（Parliament Act of 1911）三条も「この法律に基づき付与される庶民院議長の証明書については、いかなるものであっても、あらゆる目的のために終局的であり、かつ、裁判所によって問題とされることはない」と規定している。また、アメリカでは、権力分立に基づく対等な機関に対する尊重という観点から、両院議長と大統領が署名した登録法案についてはそのことをもって法律が成立したことを裁判所は承認すべきであるとした一八九二年のField事件連邦最高裁判決(5)（いわゆる登録法案法理）が、先例とされてきている。

もっとも、その一方で、イギリスにおいては、二〇〇四年狩猟法に関する二〇〇五年のジャクソン事件貴族院

判決[6]が一九一一年議会法の解釈という形をとりながら実質的には議会手続を審査の対象とし、そこにおける裁判卿の傍論では議会主権の限界への言及などもみられた。アメリカでも、登録法案法理が動揺を来たすようになっており、一九九〇年の Munoz-Flores 事件連邦最高裁判決[7]が、連邦議会が憲法（手続規定）に違反する形で法律を制定したという問題は司法判断の対象となることを認めるなどしている[8]。

これに対し、ヨーロッパ大陸諸国では、議事手続も憲法裁判所の審査の対象とされている。

この点、ドイツの連邦憲法裁判所は、議事手続もその審査の対象とするものの、その瑕疵の確定を回避し、あるいはその瑕疵により法律が無効となる場合を限定するなど、必ずしも積極的に行っているわけではないとされるが、二〇〇二年の移住法判決[9]のように連邦参議院の議決手続の瑕疵を認め法律を違憲無効とした例などもある[10]。

また、フランスの憲法院は、自らを立法手続統制機関として確認した一九七五年七月二三日判決[11]以降、立法手続の憲法適合性統制を行ってきている。もっとも、これは、憲法院が、もともと「合理化された議会制」の監視者・それをめぐる紛争の裁定者の役割を担うものとして設けられたことや、詳細な手続が憲法や憲法附属法律によって規定されるなど立法手続準則の位置付け・あり方なども関係しているのであり、そこでは、基本的に憲法・憲法附属法律の規定に関する違反の有無が審査され、また、実際には、議事の手続そのものよりも、修正案提出手続を含む法案提出手続が問題とされることが多いことにも注意が必要である[12]。

(3)議事手続の司法審査の可能性

議事手続については、議院の自律権ないし議院規則制定権のほか、裁判所が政治的な紛争に巻き込まれる危険性なども考慮するならば、基本的に裁判所はその審査を自制すべきである。

しかし、事後的な司法裁判所による審査となる日本の場合には、憲法裁判所、とりわけフランスの独特な制度

でもある憲法院の仕組みやあり方が直ちに参考となるものではないとしても、[13] 日本における議論に影響を与えてきた英米においても上記のとおり揺らぎがみられることには留意せざるを得ないのではないかと思われる。

そもそも、憲法五八条等が根拠とされる議院の自律権も、司法審査を一切排除する理論的な根拠としては自明・強固なものとは言い難い。[14] むしろ、立憲主義、議事手続に対する法的統制の趣旨、憲法の議事手続規定の意義、適正な民主政過程の確保・維持に関する裁判所の役割などを考慮するならば、一切審査は許されないとしてその対象外に置くべきとする十分な理由は見出し難いのではないだろうか。

もちろん、だからといって、裁判所の審査が及ぶのは、議事手続に重大かつ明白な瑕疵がある例外的な場合に限られるべきである。

これに対しては、そのように限定しても、何がそれに該当するのか、また、それに該当するかどうかを審査するためには結局裁判所が広く審査することを認めることになるのではないか、といった問題も指摘され得る。しかしながら、まず瑕疵の重大性ということからは、その審査は、国家意思の形成行為に関する手続[15]に限られるべきであり、また、それは、憲法の規定に違反する場合か、憲法が定める制度・手続に密接にかかわる憲法的準則ともいうべきものに反する場合に限られることになるといえる。[16] すなわち、議院における採決前の質疑、討論等の手続、予備審査機関である委員会の手続[17]の瑕疵については、重大な瑕疵に該当するものではなく、仮に委員会での採決の手続について疑義がある場合でも、本会議においてそれを有効なものとして可決したときは、その議院の判断が法的にも最終的なものとなるのであって、裁判所が、委員会の採決手続の瑕疵を理由として法律を違法・無効と判断することは、議院の自律権の侵害となるといえる。悩ましいのは、本会議における採決の前提となった質疑や討論の打切りなどの動議の手続、議決が行われた本会議を秘密会とする手続などの瑕疵であろうが、その瑕疵をもって直ちに議事手続が違法性を帯びるとすることができるかどうかは微妙ではないかと思われる。[18]

また、明白な瑕疵ということについても、裁判所において顕著な場合に限られるのであり、審議中継を含む国会による審議公開が進むとともに、マス・メディアにより詳細な国会報道がなされている状況の下では、その審査の範囲が無用に広がるおそれは少ないとみるべきである。(19)

裁判所による例外的な審査の余地を認める場合に、より問題となり得るのは、議事手続上の重大かつ明白な瑕疵ゆえに、常に法律の効力が否定されるのかということだろう。この点については、特に、内容が違憲の場合には当該規定だけが違憲無効となるのに対し、手続的な問題にもかかわらず法律全体が無効となるとするのは、重大な結果を招くことになり、バランスを欠くとの指摘が妥当するだろう。(20) もっとも、これに対しては、法の一般原則等を加味した対応も可能との反論もなされているところであり、(21) 事情判決の法理等を用いた対応の余地もあるのではないかと思われる。ただし、判決の確定までにはそれなりの時間を要することなどからは、それにより違法を宣言するにとどめ無効としない取扱いが一般化する可能性もあるが、その場合には、判決は、国会に対して違法の事実を指摘して反省を促すにとどまることになりかねない。その一方で、法律を無効とした場合に、日本の国会の状況を考慮するならば、改めて制定し直すといった対応がどれだけ期待できるのかといった問題もある。裁判所が、将来無効の手法などを用いて、その間に手続のやり直しや補充の手続をとることを求めるといったことも考えられないわけではないが、裁判所の権限として、そのような判決をすることが許されるかどうかについては、やり直しや補充の手続の意味・効果も含め、慎重な検討が必要であろう。

このほかにも、例外的に裁判所の審査の対象となり得るとするのであれば、議事手続の瑕疵を誰がどのような方法で争い得るのかという問題の検討も避けて通ることはできない。この点、客観訴訟の提起を通じてそれを主張する余地のほか、権利利益を侵害されたとする者が立法の手続的な違憲性・違法性を争う場合が考えられるが、いずれもかなり限定的で、主張としても副次的なものにとどまることになることは否めないように思われる。(22)

以上のように考えてくると、議事手続について例外的に裁判所の審査が認められるとしても、裁判所が立法を違憲・無効とすることは、あまり考えられず、裁判所の判決による問題解決はあまり期待できないということになるのかもしれない。しかし、それでも、裁判所が違憲・違法とする余地はあるのであり、また、裁判所の審査の対象となり得るとすることが、立法者の自己抑制につながることにも目を向けるべきではないだろうか。

2　法案準備手続

法案については、それぞれの議院を構成する議員、あるいはその下部機関である委員会のほか、内閣が、議院に提出することができるものとされている。

そして、法案準備手続についても、規範的な規律が行われるようになっているとはいえ、それは、委員会の場合は別として、基本的にそれぞれの自律的な規律に委ねられるべきものであり、必ずしも法律による統制が要請されるわけではない。

この点、議員提出法案については、国会法等による発議の要件・手続の定めがあるほかは[23]、事前に審査を行う政党ないし会派において内部的な手続が定められているだけである。

他方、内閣提出法案については、閣議、内閣法制局審査などについて、法律が規定している。

もっとも、閣議については、内閣法四条で規定されている以外、閣議における決定の手続・要件などはすべて慣行（慣習法）によっている。また、内閣法制局設置法三条一号が閣議に付される法案等の審査・上申をその所掌事務として規定しているものの、これにより内閣法制局が内閣提出法案等に関し審査権限をもつと解することはできても、その審査が閣議に付す手続的な要件としてどれほど強固なものであるかは定かではなく、いわんや、その審査が拘束力をもつとして、閣議決定される法案等は内閣法制局の審査どおりのものであることを要するな

どと解することはおよそ困難であろう。[24]

このほかにも、各府省の内部手続として省議などが定められているが、その根拠は、法令ではなく、訓令などによる内規にとどまる。

そもそも、発案までのそれぞれの機関の手続は、内部的・自律的なものであって、これについて、国会が法律で、どのような観点からどこまで関与できるのかが問題となり得るのであり、仮にそれが認められるとしても、その遵守状況の外部的チェックは、基本的にそれを定めた国会によって行われるべきだろう。[25]

いずれにしても、発案が国会において立法活動を開始する契機にすぎない以上、それ以前の準備手続は、国会が制定した法律の正統性や効力を左右するようなものではなく、その瑕疵は、それぞれの機関、あるいは国会の審議において問題とされるべきものである。[26] 裁判所による審査が行われるのは法律の成立・施行後であり、法案準備手続に瑕疵があった場合でも、国会の審議・議決を経て有効に成立している以上は、その瑕疵は問題となし得ない、あるいは治癒されたと考えるべきであり、裁判所が審査の対象とすることは、内閣や政党の自律権との関係から問題があるだけでなく、仮に裁判所が法案準備手続の瑕疵をもって法律の効力を否定するようなことがあれば、国会の立法権の侵害との誹りを免れないであろう。

なお、行政機関が制定する命令については、行政手続法により意見公募手続が規定されているほか、個別の法律により、審議会への諮問、公聴会の開催、関係者からの意見聴取などが規定されている場合があり、これらの手続を欠いて制定された命令について、裁判所が審査を行い、その瑕疵ゆえに違法・無効とすることができるかどうかも問題となり得る。[27]

二　立法過程の内容的審査

国会審議の内容など立法過程の適否につき、内容的な面から裁判所が審査を行うことについては、それを規律する法的な規範が存在するわけではなく、基本的には各議院、ひいては国民の政治的な評価に委ねるべきものであることなどから、その余地はないということができる。立法の憲法適合性について、裁判所は、あくまでも立法者の判断結果である法律の内容によって判断することが基本となる。

この点、参議院の非拘束名簿式比例代表選挙の憲法適合性が争われた事件で、その立法目的は不当であり、立法目的と手段との間に合理的関連性がなく、国会における審議経過も不当であるから、国会の裁量権の範囲を逸脱しているとの原告の主張に対し、最大判平成一六年一月一四日民集五八巻一号一頁は、そのいずれも否定し、「所定の手続にのっとって可決成立した法律の効力が国会における審議の内容、経過により左右される余地はないから、国会における審議経過の不当をいう論旨は失当である」としている。(28)

立法過程ないし立法行為のあり方については、国家賠償訴訟との関係でも問題となり得る。すなわち、国家賠償では、公権力行使に当たる公務員の行為が問題とされることになるが、その違法概念をめぐっては行為違法と結果違法、また、前者については公権力発動要件欠如説と職務行為基準説の対立があるところ、(29)立法行為についていえば、その結果（法律内容）の違憲性と国会議員の立法行為の国家賠償法上の違法性とを区別すべきかどうかが議論となり、これを肯定するのであれば、国会議員が立法過程においてどのような職務上の義務を負うかということが問題となる。

この点については、周知のとおり、在宅投票制度廃止違憲訴訟・最判昭和六〇年一一月二一日民集三九巻七号一五一二頁が、職務行為基準説を採りつつ、立法内容の違憲の問題と、国会議員の立法過程における行動の職務

上の法的義務違背の問題とは区別されるべきとした上で、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」にのみ国家賠償法上の違法の評価を受け得るとした。この判例は、「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」には違法の評価を受けるとした在外選挙訴訟・最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁により実質的に一部変更されるに至っている。

ここでは、立法行為に絞って若干付言しておくならば、二つの判例からは、立法内容の違憲性と立法行為の違法性との関連は必ずしも明確ではないものの、国会議員の立法行為が違法とされるのは、違憲な法律の制定が前提とされ、かつ、憲法上の権利侵害が明白な場合に限定されていると解することができ、そうであれば、法律がそれに該当する場合には、改めて立法過程のあり方やそこにおける議員の主観的な事情が問われることにはならないように思われる。(30)

問題は、憲法上の権利を侵害する違憲の法律を制定してはならないとする個別の国民に対して負う職務上の義務（行為規範）を、基本的に授権規範と制限規範とから成り、規範としての抽象性の高い憲法から、どのように導き出すのかであり、また、法律の制定行為によって個人の権利義務に直接に影響を及ぼし、その救済の必要がある場合としてどのようなケースを想定するかということも、これにかかわることになる。(31)

三　判断過程審査

裁判所が立法プロセスにおける検討、判断等について審査を及ぼすものとして、近時にわかに注目されているのが、判断過程審査の手法である。

日本では、行政裁量の統制について判断過程審査の手法が取り入れられるようになってきているが、立法裁量については、参議院議員定数訴訟・最大判平成一六年一月一四日民集五八巻一号五六頁の補足意見2が、「様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされてはいないか、といった問題は、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているか否かを問うものとして、法的問題の領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得るし、また、なされるべきものである。」と述べたことにより、その手法の意義・可能性・限界等について論じられてきた。

もっとも、立法に関する判断過程審査の手法の応用については、なお検討すべき点が少なくない。

第一は、判断過程審査の位置付けであり、あくまでも実体審査に付随的なものなのか、それとも、併存的、あるいは代替的なものかという問題であり、これについては、実体的には違憲でないのに判断過程の問題により法律を違憲とすることもあり得るのかということも絡んでくることになる。また、立法者の判断過程を考慮して憲法適合性を判断することは、違憲性が規範的・客観的な評価ではなく、立法者の行為の期待可能性や非難可能性へと変質し、いわゆる「違憲の主観化」を招くことになることにも留意する必要があるだろう。

第二は、判断過程として何を審査するかである。行政裁量に関する判断過程審査には、判断過程の合理性ない

し過誤・欠落の審査を行うものと、考慮要素に着目した審査があり、後者については考慮の有無のみの形式的審査と考慮要素の重み付けを行う実質的審査があるといわれるが[32]、判断過程の合理性の審査は二で検討した立法過程の内容的審査とあまり変わらないようにも思われる。また、考慮要素の審査については、考慮すべき要素と考慮すべきでない要素の設定や重み付けをどのように行うのかという問題があり、場合によっては裁判官の主観的判断に左右されることにもなりかねない。

第三は、立法者の判断を、どの立法資料からどのように抽出・特定するのかということであり、現実の過程に目を向ければ立法者の判断が明確でないことも少なくない。この点については、裁判の場で、誰がそのことを主張・論証するかといった問題も関連してくることになるが、当事者による主張・論証であろうが、裁判所による職権探知であろうが、立法者の判断や判断過程の特定が容易でないことに変わりはない。過程審査とはいうものの、実際上は、観念的操作を行うことで、実体的審査に近づき、また、結果からの後付け的なものとなる可能性も否定できないのではないだろうか。

立法に関する判断過程審査の手法については、ドイツの連邦憲法裁判所が取り入れているところであり、一九七九年の共同決定法判決[33]では、三種の審査密度の区別を示した上で、中間的審査密度の手法として、立法過程の適切さに着目する「主張可能性の統制」の基準が採用され、また、二〇一〇年のハルツⅣ判決[34]では、問題となった法定の給付額につき信頼できる統計に基づき透明でかつ首尾一貫したプロセスにより算出されているか否かに着目した検討が行われ、給付額の一部が違憲と判断されている。もっとも、ドイツでも、基本法からの立法者の手続的義務やそれに対する手続的統制の導出については、学説上、批判も強いともいわれる[35]。

仮に、判断過程審査が立法裁量の統制の手法として意味をもち得るとしても、どのような領域・場合に妥当するかについては、慎重な検討を要する。

参議院議員定数訴訟平成一六年判決の補足意見2で言及されたのは、最高裁によって広い立法裁量が認められてきた選挙制度、特に参議院の選挙制度であったが、実体的な審査の部分で判断過程審査の手法を取り入れることは、必ずしも投票価値の平等の要請を重視することにはつながらず、また、最高裁は較差基準は示していないとはいえ、最大較差の程度を問題とするならば、その判断過程がどうであろうが、あまり意味をもたないことになってくる。結局、最高裁が投票価値の平等を重視する姿勢を強めるに伴い、判断過程審査への言及は、多数意見に取り入れられることもなく、個別意見としても姿を消すことになった[36]。

判断過程審査を裁判所による実効的な統制を可能ならしめる方法として評価する立場からは、立法者の制度形成に依存し、立法裁量が認められる領域での応用が示唆されるが[37]、判断過程審査の手法の意義・可能性についてまで否定的にみる必要はないとしても、その具体的な採用や効用についてはさらなる見極めが必要なのではないだろうか（本稿五も参照）。

なお、投票価値の較差訴訟においては、最高裁は、投票価値の較差が投票価値の平等の要請に反する状態となっているか否かの実体的な審査に続く、合理的ないし相当な期間内において是正されたといえるか否かの審査において、諸般の事情を総合考慮して、国会における是正の実現に向けた取組が司法の判断の趣旨を踏まえた立法裁量権の行使として相当なものであったといえるかどうかという観点から判断すべきという枠組みを示した上で、国会の是正の動きなどを検討・考慮するようになっている[38]。立法権と司法権の関係を強調しつつ、最高裁判決を前提に国会においてそれを踏まえた対応が行われたかどうかを重視するものであり、そこでは、国会と裁判所の相互作用といったものも垣間見られないではない。しかしながら、そこにおいて考慮の対象となっているのは、判断過程というよりも、国会の取組の経過や行態・努力である。これについては、より一層「違憲の主観化」を招き、違憲判断は十分な対応をしない国会への責任追及・制裁といった意味合いを帯びることになる。ま

してや、最近の判決において散見されるように選挙後の国会の動向・措置まで考慮するというのは、選挙前の取組や努力を裏付ける間接的な事情であったとしても、行き過ぎであり、理論的な説明は困難ではないかと思われる。

四　裁判所による立法プロセスの考慮

以上、立法プロセスの審査の可能性等について検討してきたが、それでは、裁判所は、立法プロセスをどのようなものとして位置付け、これに対してどのような態度をとっているのだろうか。

まず、裁判所が、立法プロセスに無関心というわけではない。事実認定において立法プロセスに言及するのは異例なことではなく、また、当事者の主張立証において立法資料が持ち出されることが増えるに伴い、立法プロセスにつき検討し、あるいは考慮するものもみられるようになっている。最近では、施行命令が法律の委任の範囲内かどうかの判断にあたり、立法過程における議論を考慮することを正面から認める判決[39]も現れている。

法律の解釈や憲法適合性の判断にあたり、実質的に立法資料が考慮されることも少なくない。

ここでは、立法者意思と、目的・動機の審査ということから、裁判所による立法プロセスの考慮とそのあり方について考察を加えておきたい。

1　立法者意思

法律の解釈をめぐっては、法律のテキストから客観的に読み取れるところに従って解釈すべきとする法律意思説と、立法者の意思に従って解釈すべきとする立法者意思説などがあるところ、日本では、立法者意思説が正面

から主張されることはあまりなく、法律の解釈は、法律のテキストの文理的・論理的な意味の解明が基本となるべきとされている。しかしながら、その一方で、立法者の具体的な意思については、解釈上重要な参考資料となるとされ、裁判所もそれを参照してきたといえる。

もっとも、日本では、立法者意思については必ずしも十分な議論がなされてこなかったことなどもあり、重要な参考資料という位置付けの中で、便宜的に取り扱われてきたところがある。また、立法者意思を考慮する場合には、立法過程における提案理由説明（趣旨説明）、議事録、決議、委員会報告書、立案者の見解などの立法資料が参照されることになるが、立法資料として何が重要な意味をもつかは、立法プロセスのあり方によって異なり得る。この点、日本では、国会資料よりも、起草者意思を示し得る審議会の資料、立案担当者が書いた解説書などが重視される傾向が強かったということができ、その理由としてしばしば指摘されてきたのが国会審議の不十分さや信頼の低さなどである。[40] しかし、最近は、立法プロセスのあり方やそこにおける重心の変化、さらに国会会議録データベースの整備などに伴い、国会での議論等が持ち出されることも増えてきている。

ただ、立法者意思を取り上げるにしても、立法者は複数の議員から成り、立法過程には多数の人々が関与し、相矛盾する議論が展開されたり、どのような判断を基に決定されたのか明らかではないことも少なくない。特に、国会は、二つの会議体によって構成され、それぞれの議院の審議においては委員会中心主義が採用されており、そこでは提案者に対する質疑が中心となる一方、逐条審査は行われていない。かつて、筆者は、国会審議においてどのようなものが立法者意思として捉え得るか、裁判所はそれに関しどのような見方をしてきたのかなどについて、やや踏み込んだ検討を行ったことがあるが、[41] 現実の審議から立法者意思を導き出すのは容易なことではない。

そして、近年において、最高裁は、事案によるのかもしれないが、立法者意思が正面から問題とされた場合に

は、容易にはそれを認めない姿勢をとっているようにも見受けられる。すなわち、最高裁は、立法者意思を考慮する余地は認めているものの、それは、起草者意思を示す資料だけでは足りず、国会審議において明確に読み取れるものであることを求めており、その特定の困難性、国会審議の現状等からすれば、それを導き出し得るのは例外的なケースにとどまる可能性が高い。(42) むしろ、最高裁は、立法プロセスや法文などに表出された立法者側の意思・意図にはあまり重きを置くことなく、かなり大胆な解釈等を行うことで法律の規定を実質的に書き換えるようなことも少なからず行ってきたところなどもある。(43) そこでは、やや便宜的な面もみられるものの、現実の国会審議を横目で睨みつつもそれにとらわれないとする、最高裁の法解釈を担う法原理機関としての自負といったものが垣間見られるとはいえないだろうか。

2　目的・動機の審査

法律の憲法適合性に関する裁判所の審査については、様々な見方・評価はあるが、通常は、目的－手段審査と、利益衡量によって行われている。ここで問題とするのは、そのうちの目的審査である。

目的－手段審査のためには、まず目的を特定することが必要となるが、必ずしも容易ではなく、目的自体が論争的なものでもある。すなわち、目的は、立法を方向付け、それを指導する価値的な目標となるものであり、立法の核となるものであるが、様々なものが考えられ得るだけでなく、実際に示される目的については、多くの賛同を得るために、建前的なものとなったり、公益を装って真の目的が隠されたりすることなどもある。また、目的の捉え方についても、あくまでも法律の規定から導き出される客観的なものに限られるのか、それとも、立法過程に現れた立法者の意図や認識も対象とし得るかという問題があり、このことは、憲法適合性の審査にあたり裁判所が立法者の動機まで詮索することが許されるかということにもかかわってくる。

目的と動機の相違や関係はかなり微妙であるが、とりあえず立法者の主観的意図にかかわるものが動機だとすれば、動機審査では立法過程や立法資料に目が向けられることになる。しかし、動機となると、複数の者の内心をも含む様々なレベルのものがあり得るのであり、その特定はより困難となるだけでなく、それを問題とすることによる立法者の権限・領域への立入りや政治との衝突の可能性なども指摘される。他方、目的についても、法律の規定のみから同定できるかという問題があり、立法過程や立法資料を考慮することができないとまではいえないだろう。ただし、そうなってくると、目的審査と動機審査の境界はより曖昧となることは避けられない。

この点、アメリカ連邦最高裁判所では、動機審査の是非が問われ続けており、一九六八年のO'Brien事件判決[44]に代表されるようにその詮索に否定的な態度を示してきた時期もあるが、混乱や変遷もみられ、特に近年は、平等保護の領域などを中心に、動機審査に踏み込むものが少なからず見受けられる[45]。

これに対し、日本では、目的と動機の区分やその特定のあり方について十分に意識した議論が展開されてきたとは言い難い。最高裁も、この点についてあまり自覚的とはいえず、便宜的に立法の経緯や立法資料から立法目的を特定することも少なくない。

例えば、立法事実に基づき目的－手段審査を厳格に行ったとされる薬事法距離制限訴訟・最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九巻四号五七二頁は、薬事法の適正配置規制の目的について、法案提案者の提案理由では、一部地域における薬局等の乱設による過当競争に伴う一部業者の経営の不安定化とその結果としての施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険の防止、薬局等の偏在の阻止による無薬局地域・過少薬局地域への薬局の開設等の間接的な促進の二点を挙げているとした上で、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止といった消極的・警察的目的のための規制措置であるとした。そこでは、何の躊躇もなく提案理由説明に依拠する一方、違憲の判断を導き出しやすくするために、提案理由で説明されていた薬局等の過当競争と経営の不安定化の防止につ

いては目的ではなく不良医薬品の供給の防止のための手段として、上記のような整理を行ったようにもみえる。[46]また、衆議院小選挙区の選挙区割りにおけるいわゆる一人別枠方式を憲法の投票価値の平等の要請に反するとした最大判平成二三年三月二三日民集六五巻二号七五五頁も、法案提出者である政府側の国会審議での説明を要約・引用して、一人別枠方式の背景・目的を認定するとともに、その合理性の時間的な限界を指摘している。

最高裁の目的審査は、厳密性や客観性を欠くところがあるとともに、目的自体が問題とされることはなく、その正当性等を簡単に認めるものがほとんどである。目的を理由に違憲と判断することもあり得るはずだが、それは、立法者の意図や立法の必要性・合理性の全面的な否定にもつながりかねないことから、立法者との正面衝突の回避といった配慮が働いているということだろうか。

他方、動機審査として特に問題となるのは、法律の規定などから導き出される目的とは別に、裁判所が、立法者の隠された意図まで詮索し、そのような動機を考慮して法律の憲法適合性を判断することが許されるのかということであろう。それについては、建前上の目的と手段との関連性・適合性を立法事実に基づき厳格に審査することで、真の立法目的（動機）を間接的にあぶり出すといった手法も語られる。裁判所が直接に動機を審査することについては、その特定の困難性や恣意的な認定の危険性をはじめ様々な困難を伴うことは否めない。また、仮に、その審査やあぶり出しにより、不当な動機が紛れていることが判明したからといって、それだけで法律が違憲となるものではなく、違憲となり得るのは、動機そのものが憲法上認められないものである場合か、法律の内容の憲法適合性が疑わしい場合に限られることになってくるだろう。

なお、これに関連して、特定の者だけを対象とする個別的法律の問題にも触れておきたい。立法実務では、特定の者だけを規律の対象として想定する場合でも、法律の一般性との関係から、形式的には一般的な規定とする取扱いが行われているが、これに対し、実質的に狙い撃ちとされた者が憲法一四条一項や四一条との適合性を争

うことが少なくない。しかし、裁判所は、立法過程において適用対象を特定の者に限定する意図が明確にされている場合であっても、一貫して、法律の規定が一般的であることをもって、原告の主張を斥けてきている。[47] まさに動機の審査を回避したものともいえるが、形式的に過ぎるところがあることは否めず、[48] 恣意的・狙い撃ち的な立法による人権侵害を十分に抑止・救済し得ないことにもつながりかねないのではないだろうか。

五　立法事実の審査

法律の憲法適合性に関する目的－手段審査や利益衡量は、その必要性・合理性などを基礎付ける立法事実を踏まえて行われることになるが、それは、立法者と同様の思考過程によりその判断や根拠をなぞることにもなる。

立法事実については、立法と憲法訴訟の両方の場面で語られるようになっているが、両者はいろいろと関連するものではあるものの、区別することが必要だろう。その場合に、後者は、あくまでも裁判所による憲法適合性の判断にかかわるものであり、審査基準とも結び付けられて、裁判所による立法事実の審査のあり方が問題とされるものであり、裁判所の憲法判断が法形成・政策形成といった側面があることを認め、その判断自体が立法事実に基づくことを求めることで、裁判官の恣意的な判断の排除にもつながることになるものといえる。

そして、ここで検討しておかなければならないのは、裁判所の審査において、立法過程における立法事実に関する判断や資料がどの程度考慮されるべきか、あるいはそれが可能かということであり、これについては、裁判所がどのようにして立法事実の審査を行うのかということや、裁判所の能力といったことも絡んでくることになる。

この点、立法事実については、基本的に、当事者によってその存否に関する主張とその証拠の提出が行われ、

裁判所は、当事者の主張・論証を踏まえつつ、最終的には司法的確知によって立法事実に関する判断を行うことになるとされる。もっとも、国会審議においても立法事実に関し議論されるようになっているとはいえ、[49] 現実には、そこでの議論から立法事実に関する情報・資料や立法者の判断を導き出すことは困難であり、国が訴訟の当事者等となる場合には、国の側から持ち出されるのは立案者としての所管省庁の資料であることが少なくない。また、裁判所の側についても、政策判断を含む法形成に関する事実について十分に判断することができるのか、その判断は立法者の判断にどこまで優越し得るのかといったことも問われることになり、その点から、立法事実の審査の射程・あり方が問題とされ、立法者の判断を尊重する合憲性推定原則にもつながることになる。

なお、裁判所の審査により、立法過程における立法事実に関する情報・検討・論証の不十分さが明らかになったとしても、立法者の手続的義務などが法的に問題となったり、直ちに立法事実の欠如に結び付くものではなく、裁判所として、適宜、立法事実の存否を判断することが必要となる。

また、判断過程審査で問題とされる考慮すべき要素をどの程度考慮し、考慮すべきでない要素を考慮したかどうかということは、実は、立法事実の審査においても問題となり得るものであり、その場合に、考慮すべき要素を考慮していなければ必要・十分な立法事実の欠如ということに結び付く可能性が高い。仮に判断過程審査が実体審査と切り離され、立法者の主観的事情に着目するものであるならば、両者は完全に重なるものとはならないようにも思われるが、実際の立法過程から十分な情報が得られない状況では、結局、立法にあたって考慮すべき要素等の問題は、裁判所による実体審査の中に吸収されてしまうことが多いのではないだろうか。

まとめにかえて

より良き立法のためには、立法プロセスにおいて、手続を踏みながら、立法の必要性・合理性に関する情報・資料の収集・提示・説明とそれに対する批判・議論・評価がなされることが必要である。しかしながら、実際には十分に行われているとは言い難く、それらを確保するための仕組みなどを工夫・整備する機運も乏しいのが現状である。

そのような中で、裁判所の役割に期待するというのは、ある意味では自然の流れといえなくもない。裁判所による法律の憲法適合性の審査にあたり、立法プロセスを検討・考慮の対象とすることは、立法者の恣意的な判断の排除や立法者に緊張感を与えることにつながり得る。しかしながら、その一方で、現実の立法は政治的な調整・妥協によって行われており、それについて法的な評価がどこまで可能であり、また、自由な政治的判断の余地を縛ってでも行うべきかという問題が常につきまとうことになる。プロセスに問題があったからといって、それゆえに法律を違憲・無効とすることのハードルは高い。

他方、裁判所が立法プロセスに目を向ける場合に、その考慮やそれへの言及については便宜的・アドホックなところがあることは否めない。最高裁は、しばしば多数の議員から成る国会を擬人化し、また、理想的な合理的立法者像として語り、その判断を尊重することが少なくないが、そのような表面上の敬譲とは裏腹に、最高裁が抱く立法者像は複雑であり、立法者への不信・不満が滲み出すこともある。立法プロセスの審査や考慮は、実体審査による立法者の判断の否定よりも立法者である政治との衝突の回避につながるともいわれるが、プロセスを詮索したり、立法者の主観的事情を問題とすることは、逆に立法者に対する非難の色彩を帯びやすく、場合によってはその民主的正統性が問われることにもなりかねないほか、それにより、違憲の主観化が一層強まることになれば、権利救済が疎かとなったり憲法の規範力をさらに弱めるおそれがあり、司法の基盤を掘り崩すことにもつながりかねない。

なお、これまで触れてきたように、憲法訴訟において立法プロセスや立法事実を問題とする場合には、その主張・論証や裁判所の判断方法の問題と切り離して論じることはできない。そこでは、立法者の判断や義務がいわれるものの、立法者が直接に訴訟にかかわるわけではなく、主張・論証を行うのは当事者である。[50] そして、問題は、立法の憲法適合性を主張する側が立法者をどこまで代弁できるのかということであり、国会審議では示されなかった資料等が証拠として持ち出さたり、それぞれの主張・論証の巧拙に左右される可能性も否定できず、また、裁判所の能力や主観的な判断といった問題からも目をそらすことはできないだろう。

立憲主義の要請の強まりなどとともに、立法プロセスも聖域ではなくなっているといえるが、以上検討してきたように、その限界を意識しつつ、裁判所による審査の可能性や効用を追求していくことが重要であろう。

おわりに、大沢秀介先生には公私にわたりご指導・ご高配を賜るとともに、先生の数々のご研究・ご業績に接することで司法の機能や司法と政治の関係にも研究の幅を拡げることができた。その学恩等にお応えするものとしては課題が残る論考となってしまったが、今後ともご指導をいただきながら研究を発展させることでお許しを願うこととしたい。

＊本稿は、平成二八年度科学研究費助成事業・基盤研究（A）二五二四五〇一一の研究成果の一部である。

（1） 本稿において「立法プロセス」は手続・事実過程の両者を含む立法の契機から制定後までも射程に入れたプロセスを総体的に指すものとして用いており、これに対し、手続に着目する場合には「立法手続」、特に議会の手続を指す場合には「議事手続」、国会の制定過程を中心とした事実過程に着目する場合には「立法過程」を用いている。

（2） 立法の質の確保の観点から立法事実や立法の手続的正当性と裁判所の役割などについて考察を加えたものとして、大沢秀介「立法の質と裁判所の役割」川﨑政司・大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望―法形成をめぐる政治と

法』（尚学社、二〇一六年）三八八頁以下などがある。

（3）議事手続について規定する法は、「議会法」、「議事法」などと呼ばれたりしている。なお、日本では、憲法五八条二項が両議院の議院規則制定権について規定しているにもかかわらず、国会法が存在し、両議院の組織・運営・手続について詳細に規定しているといった問題がある。

（4）ここで学説の状況について詳細な分析・整理を行う余裕はなく、この点については田口精一「議院の自律権」清宮四郎等編『新版　憲法演習3〔統治機構Ⅱ〕』（有斐閣、一九八〇年）七七頁以下、畑尻剛「議事手続に対する司法審査・再考」法学新報一〇八巻三号（二〇〇一年）三八三頁以下等参照。もっとも、そこで重要となるのは、切り口が異なったりそれぞれ多様なニュアンスを含む学説の整理・分類よりも、議事手続について裁判所の審査が認められないとする場合のその論拠の吟味、例外的な審査の可否、例外的に審査が認められるとした場合のその範囲・効果の検討などではないかと思われる。

（5）Marshall Field & Co. v. Clark 143 U.S.649 (1892).

（6）Jackson v Attorney General［2005］UKHL56.

（7）United States v. Munoz-Flores 495 U.S.385 (1990).

（8）この点については、小林祐紀「「対等な機関への尊重」と立法手続の審査―アメリカにおける登録法案法理の議論を素材にして―」比較憲法学研究二八号（二〇一六年）一〇三頁以下も参照。

（9）BVerfGE106, 310.

（10）これらの点については、畑尻剛「議事手続に対する司法審査―ドイツ連邦憲法裁判所「移住法」判決を契機として―」法学新報一一二巻一一・一二号（二〇〇六年）四九五頁以下等参照。

（11）Décision n° 75-57 DC du 23 juillet 1975.

（12）これらの点については、奥村公輔『立法手続と権力分立』（信山社、二〇一六年）一一頁以下等参照。

（13）例えば、大石眞『議院自律権の構造』（成文堂、一九八八年）三四七頁は、「合理化された議院内閣制」の下、議事手続準則の重要な部分が数多く憲法典によって規律されるとともに、事前統制を任務とする憲法院が特に設けられたフランス第五共和制と、憲法典に定める議事手続準則がきわめて限定され、事後的にかつ事件性の要件に拘束され

つつ訴訟が提起される日本との違いを強調する。また、ドイツ連邦憲法裁判所による手続審査についても、抽象的規範統制として行われていることも見逃すべきではないだろう。

(14) 自律権ということから司法審査が排除されるわけではなく、そこでいう議院の自律権とはどのようなものであり、また、何ゆえに司法審査が排除されるかが問われるべきであろう。この点、司法審査が排除されるとする場合には、イギリスで歴史的に形成され発展してきた議会の自律権が想定されることが多いが、それはイギリス固有の議会主権の原理を背景とするものでもあり、そのイギリスでも立憲主義との関係などから揺らぎもみられることは先に触れた。また、議院の自律権については権力分立の原理を背景とするものとされることも多いが、立憲主義との関係を考えれば、司法審査の排除は自明とはいえず、議院の自律権の特殊性・絶対性を導き出すことができるかどうかは微妙である。日本国憲法による議院の各種自律権の保障を根拠に、あるいは議院規則制定権には解釈権や手続の適否の認定権を含むとして、他の機関の審査・関与を一切排除する完全自律権が持ち出されることもあるが、結論先取りとなっているところもあるように思われる。なお、完全自律権の考え方によれば、議院規則も違憲審査の対象から除外されるとするが、議院規則によって憲法の規定を空洞化することも可能となりかねないなど、妥当ではないだろう。

(15) 最判平成九年九月九日民集五一巻八号三八五〇頁は、立法等の審議の過程で行う質疑、演説、討論等は、立法行為、条約の締結の承認などのような「多数決原理により国家意思を形成する行為」そのものではなく、「国家意思の形成に向けられた行為」であるとして、両者を区別するが、当該事件の判断においてそれがどのような意味をもつかはともかく、議事手続に関する裁判所による審査を考える上では重要な区分となるものと思われる。

(16) 議事手続あるいは立法手続に関する各国憲法の規定は多様であり、当該規定をあまりもたないものから詳細な規定を置くものまでみられるが、少なからぬ国の憲法が、議会の本会議の議決における定足数と議決の要件、会議公開の原則等について規定しており、それらが近代議会の議事の基本原則とされていることの現れといえなくもない。完全自律権の立場から憲法上の議事規定も実質的意味の「議事手続準則」であるとして憲法上の規範とすることの意味を認めない考え方もあるが、憲法より下位の規範でも議事手続に関する重要事項が規定されていることは否定するものではないものの、議院の自律権と立憲主義・適正手続の確保との調和ということから、憲法の規定等に重きを置くことには合理性があるといえる。宍戸常寿「行政判例研究・衆議院事務局による議員提出法律案の不受理」自治研究

七五巻二号一〇四頁も、「議事規則が憲法上規定されていること自体が、例外的に「憲法の番人」である裁判所の審査を許容する趣旨である」とも考えられるとする。

(17) 国会法により委員会中心主義が採用されているとはいえ、あくまでも委員会は予備審査機関にとどまり、委員会審査省略や中間報告の制度などにみられるように、議院の意思決定において、委員会での審査・可決は必須のものとされているわけではない。

(18) 憲法五七条の趣旨から本会議の採決が秘密会により行われ、その記録も秘密とされるというのはあまり想定できず、また、事案にはよるものの、採決に移るための手続の瑕疵についても、議決手続の重大な瑕疵とはならず、裁判所の審査の対象とはならないことが多いのではないかと思われる。警察法改正無効事件で問題とされた会期延長の議決や会期の議決のような国会運営上の決定についても、議院ないし国会の判断によるべきであり、裁判所の審査の対象外というべきだろう。

(19) 議事手続の審査がなされる場合には、議事録が最も重要な資料となるが、議事録には必要な記録がすべて記載されているわけではなく、また、一定の加工・修正がなされることもあるほか、混乱のうちに採決が行われた場合には十分に記録にとどめることが困難なケースなどもある。しかし、それだからといって、審議の公開や他の媒体による記録・情報提供が進展している状況の下では、裁判所の審査が困難となるわけではないといえる。

(20) 例えば、大石眞「議院自律権」法学教室七八号（一九八七年）一一頁。

(21) 毛利透「立法手続と司法審査―警察法改正無効事件」憲法判例百選第五版（二〇〇七年）四一三頁。

(22) 憲法が保障する人権が侵害されているのであれば、内容的な面から違憲性を争うのが筋であろう。なお、手続に係る瑕疵の重大性・明白性の検討に際しては、法律が規定する事項の重要性や人権への影響等も関係してくるとする考え方もみられるが、手続の違憲性等に関する判断にあたり実際上考慮されることがあることは否定できないとしても、それを正面から認めることは手続的・形式的な審査の枠をはみ出す可能性もないわけではない。

(23) 衆議院においては、議員による法案提出につき所属会派の機関承認が必要との取扱いがなされており、それが確立された先例かどうかが裁判でも争われることになったが、東京高判平成九年六月一八日判時一六一八号六九頁は、当該取扱いが先例として確立しているものであって適法であるとの趣旨の衆議院の判断が示されている以上、裁判所

としてその判断を差し控えるべきものとした。同判決は「法律案の議事手続を含め、議院の自律権の範囲内に属する事項についての議院の取扱いに、一見極めて明白な違憲無効事由がある場合には、裁判所の審判の対象とする余地がある」とも言及しており、注目されるが、ただ、そうであるならば、本件については、先例の確立の認定は不要であったともいえる。このほか、議員提出法案については、それぞれの議院法制局の審査を経たものが受理される取扱いともなっているが、あくまでも慣行にとどまるものとされている。

(24) 設置法の所掌事務の規定とはいえ、それを通じて、国会が内閣提出法案の立案手続においてどのような統制を及ぼそうとしたのかが問題となり得るところであるが、いずれにしても、内閣法制局の審査が法的に内閣の判断を左右すると解することは困難であり、それは内閣の権限や自律権の侵害ともなりかねない。日本では、行政組織に関する法律による統制が広く認められ、かつては局・部のような内部組織についても法律事項とされていたが、両者は密接に関連するものであるとはいえ、組織と手続の問題は区別して考えるべきところもある。

(25) 国会が、法案の提出との関係でその手続が欠くべからざるものと考えるのであれば、それに関する資料を法案と一緒に提出することを求めるなど、それを担保するための工夫がなされるべきだろう。

(26) しかも、日本の現在の仕組み（国会法五九条・衆議院規則三六条・参議院規則二八条等参照）では、議院に提出され、議題となった後は、内閣や議員が発案前の手続に瑕疵があったとして撤回や出し直しをしようとしても、それを認めるかどうかは議院や委員会の判断次第ということになる。

(27) 行政処分については、例えば、群馬中央バス事件・最判昭和五〇年五月二九日民集二九巻五号六六二頁が、行政処分を行うにあたっての諮問機関への諮問等を法が定めている趣旨につき行政処分の客観的な適正妥当と公正の担保を所期したものとした上で、諮問を経ないでなされた場合はもちろん、その審理・決定（答申）の過程に重大な法規違反があることなどにより、その趣旨に反すると認められるような瑕疵があるときは、行政処分も違法として取消しを免れないとした例などがある。命令の制定について、法律で定める諮問等の手続の瑕疵によってそれが違法・無効とされ得る余地はあるとしても、行政処分と同様に考えることは難しいところもあるのではないかと思われる。

(28) このほか、いわゆる成田新法について、短期間での成立を理由とした無効の主張につき、最判平成四年七月一日民集四六巻五号四三七頁は、法案が衆議院及び参議院でそれぞれ可決されたものとされ、昭和五三年法律第四二号と

して公布されたものであることは公知の事実であるとした上で、「法案の審議にどの程度の時間をかけるかは専ら各議院の判断によるものであり、その時間の長短により公布された法律の効力が左右されるものでない」とした。

(29) 神橋一彦「行政救済法における違法概念と憲法規範—国家賠償法1条の違法概念の特殊性を中心に」法学教室三八六号（二〇一二年）九五頁以下等参照。

(30) 明白に権利を侵害する違憲な法律であれば、国会議員はそのことを認識し得たはずであることになり、改めて実際の立法過程を検討して国会議員の認識や過失を認定する必要はほとんどないのではないかと思われる。なお、違法評価をそのような場合に限定することについては、毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリスト一号（二〇一二年）八八頁が指摘するように、立法者の民主的政策判断権限の行使の萎縮のおそれなどを考慮するならば、妥当であると考えるべきだろう。

(31) 個別的な措置法律の場合に限らず、行政庁の処分を待たずに法律の制定自体により直接に個人の権利義務に影響を与えそれによる損害の救済が必要となる場合があることは否めない以上、立法行為が国家賠償法上違法と評価される余地はあるのであり、それにかかわる規範を憲法から導き出すことも可能と考えるべきだろう。在宅投票制度廃止違憲訴訟昭和六〇年判決は「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法規制の対象になじまず」とするが、基本的には政治的なものであることは確かだとしても、国家賠償法との関係では緩やかにではあるがその規制を受けるということになるのではないだろうか。

(32) 村上裕章「判断過程審査の現状と課題」法律時報八五巻二号（二〇一三年）一二頁参照。

(33) BVerfGE50, 290.

(34) BVerfGE125, 175.

(35) この点については、岡田俊幸「判断過程統制の可能性」法律時報八三巻五号（二〇一一年）五五頁以下等参照。

(36) 参議院議員定数訴訟平成一六年判決後も補足意見で判断過程審査に言及したのは、藤田宙靖最高裁判事であり、同判事の退任とともに最高裁判決からは姿を消すことになったが、同判決以降の同判事の補足意見では、立法者の真摯な努力を強調するようになり、判断過程審査とは異質なものとなっていった面もあるように思われる。

(37) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』（第三版、尚学社、二〇一六年）一八五～一八七頁、渡辺康行「立法者による

制度形成とその限界―選挙制度、国家賠償・刑事補償制度、裁判制度を例として―」法政研究七六巻三号（二〇〇九年）二九〇頁等。

(38) それまでの判断枠組みを整理する形で示し、それらの点を明確にしたものとして、衆議院については最大判平成二五年一一月二〇日民集六七巻八号一五〇三頁、参議院については最大判平成二六年一一月二六日民集六八巻九号一三六三頁。

(39) 医薬品ネット販売権利確認等訴訟・最判平成二五年一月一一日民集六七巻一号一頁は、郵便等販売を規制する施行規則の規定が、薬事法の趣旨に適合し、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をも斟酌した上で、薬事法の諸規定を見て、そこから授権の趣旨が規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するとした。もっとも、授権の趣旨につき立法過程まで考慮の対象とすることについては、授権法律による委任やこれに対する司法統制のあり方などを念頭に置くならば、評価の分かれ得るところであろう。

(40) 能見善久「法律学・法解釈の基礎研究」『日本民法学の形成と課題　上』（有斐閣、一九九六年）五三～五四頁等参照。

(41) 「国会審議の機能と評価に関する一考察（三）・（四）」議会政治研究七七号九四頁以下・七八号六九頁以下（二〇〇六年）。

(42) 例えば、アメリカ映画「シェーン」の日本での著作権が保護期間を延長する法改正の対象となるかどうかが争われた「シェーン」ＤＶＤ事件で、最判平成一九年一二月一八日民集六一巻九号三四六〇頁は、法律の文言について「一般用法とは異なる用い方をするというのが立法者意思であり、それに従った解釈をするというのであれば、その立法者意思が明白であることを要する」とした上で、「改正法の制定に当たり、そのような立法者意思が、国会審議や附帯決議等によって明らかにされたということはできず、法案の提出準備作業を担った文化庁の担当者において、映画の著作物の保護期間が延長される対象に昭和二八年に公表された作品が含まれるものと想定していたというにすぎないのであるから、……立法者意思が明白であるとすることはできない」と判示した。立法過程での議論を含む事実関係等からも国会が郵便等販売禁止の意思を有していたとは言い難いとした前掲注（39）の平成二五年最高裁判決も、立法者意思の認定につき厳格な立場に立ったものといえる。なお、前掲注（15）の平成九年最高裁判決を前提と

するならば、質疑・討論等における発言は表決の際の多数者の判断に結び付くものでない限り、立法者意思とは評価し得ないことになるのではないかと考えられ、そうなると国会審議から立法者意思を認定できる場合は稀となるが、実は、最高裁はそのことを意識しつつ対応しているようにもみえる。

(43) この点、例えば、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店、一九九九年)七五頁は、「日本の裁判所は、ほとんど制定法を違憲と判断することなく、したがって「司法積極主義」との非難を受けることなく、しかし制定法を最高裁判所の有権解釈権を通じて読み替えることで、積極的に政治部門の判断を変更し、しかもそれを「現状」として固定してきた可能性がある」と指摘する。

(44) U.S. v. O'Brien 391 US.367 (1968).

(45) 動機審査をめぐるアメリカ連邦最高裁判決の分析については、黒澤修一郎「第8章　立法裁量—立法の動機を審査することは可能なのか?」大沢秀介・大林啓吾『アメリカの憲法問題と司法審査』(成文堂、二〇一六年)二二九頁以下等参照。

(46) 実際の提案理由説明では、薬局の配置規制の目的として端的に乱設偏在(過当競争・乱売・経営の不安定化)の防止がうたわれていたにもかかわらず、最高裁は、薬事法の性格及びその規定全体との関係から、それ自体は手段とした上で、不良医薬品の供給の防止ということから配置規制の必要性・合理性の検討を行い、違憲と判断した。しかし、これは、そのような目的を措定すれば配置規制が手段としての適合性や比例性を欠くことは目に見えていたということもでき、理由として詳細な検討が行われているものの結論ありきの立論であった感は否めず、また、一部で指摘されるような不正な目的をあぶり出したものでもない。いずれにしても、目的—手段審査においては、何を目的として認定するかが決定的に重要な意味をもつことにもなるのであり、そこでは、目的の操作の可能性など裁判所による目的の特定のあり方が問われることにもなる。

(47) 実質的には名城大学紛争への対応のため制定された「学校法人紛争の調停等に関する法律」に関する東京地判昭和三八年一一月一二日判タ一五五号一四三頁、実質的にはオウム真理教とその後継団体を対象とした「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」に関する東京地判平成一三年六月一三日判時一七五五号三頁、東京地判平成二三年一二月八日訴月五九巻八号二〇一二頁・東京高判平成二五年一月一六日訟月五九巻八号二一九五頁等。

（48）ただし、前掲注（47）の平成一三年東京地判や平成二三年東京地判は、立法の背景事情、国会の審議状況、衆議院での修正を経た法律の文言などから適用対象が当該宗教団体に限られることを認めており、その点では立法者の意図にも言及しているといえるが、それにもかかわらず最終的には形式を強調したのは法律対象事案の特殊性ゆえということだろうか。

（49）国会会議録システムを用いて単純に「立法事実」という語で検索をしてみると、それが国会の議論の場に登場するのは一九七〇年代であり、二〇〇〇年前後から大幅に増加し一般化するようになってきたといえる。しかし、そこでは、立法事実について現に社会に生じている問題状況や立法の背景となる生の事実の把握の問題と捉えるなど、その意義を十分に理解していないと思われる発言も少なくなく、法案につき立法事実が問われた場合でも十分な議論や論証が行われているとは言い難い状況にある。

（50）もっとも、憲法訴訟においても、憲法適合性をめぐり「主張立証」とか「立証責任」といった言葉が用いられることもあるが、そこでは、当事者主義による証明責任の分配といった考え方が妥当するわけではなく、違憲性と合憲性を主張する側がそれぞれその主張を支える事実などを論証する負担を負うことになるにとどまるものであり、合憲性の推定が働くかどうかによって、その負担の重心が移動することになる。このようなことから、訴訟法学の概念と混同されやすい「立証責任」ではなく「論証責任」などといった言葉が使われることも少なくない（この点については、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、一九九一年）二八六頁等参照）。

また、その場合に、法律の合憲性について論証を行うのは、刑事訴訟であれば検察官、民事訴訟であれば当事者、行政訴訟であれば国、地方自治体等ということになり、多くの場合には国の訴訟担当者（特に法務省訟務局の担当者）ということになるが、所管省庁の職員が担当者となったり、その協力を得たりすることができるとはいえ、争われている法律が議員立法によるものである場合もあるだけでなく、必ずしも訴訟担当者が国会審議をはじめとする法律の具体的な立法プロセスを熟知しているわけではない。訴訟担当者がその合憲性に疑義を抱いているようなこともあり得ないではない。他方、裁判所は、当事者が論証に失敗した場合でも、自らの責任において心証を形成することになるが、その職権による探知においては、それ以上に情報の入手が困難なことが少なくない。ただし、その一方で、裁判所は、憲法適合性が争いとなった場合でも、憲法判断をする義務まで負うわけではない。