

比較衡量・審査基準・立法裁量(1)

—違憲審査の記述的理論序説—

Balancing, Test, and Discretion (1):

Towards a Descriptive Theory of Constitutional Review in Japan

山 崎 皓 介

Kosuke YAMAZAKI

目 次

はじめに

1. 理論的課題
2. 分析視点
 - 2.1 ルールと原理の区別論①——区別の基準
 - 2.2 理由概念の分析
 - 2.3 ルールと原理の区別論②——区別の本質
 - 2.4 法的推論の理論・総説 (以上, 本巻)
 - 2.5 衡量的正当化の構造
3. 比較衡量
4. 目的・手段審査
5. 審査基準
6. 立法裁量

おわりに

はじめに

日本の最高裁判所は憲法判断をどのように正当化 (justification) しているのだろうか？これを判例全体にわたって体系的に説明するような理論, すなわち違憲審査の記述的理論はいまだ存在しないように思われる (ここで千葉勝美の所説を想起する向きもあるが, これについては後述する)。

憲法学は「どのように正当化しているか」ではなく、「どのように正当化すべきか」を論じる規範的理論に傾注してきた。記述的理論と規範的理論の違いは, 理論と現実が食い違った場合に, 理論を現実に合わせてのか, それとも現実を理論に合わせてのかという点にあらわれる。したがって違憲審査基準論はもちろん, 「判例法理の内在的発展」(柴田2023: 70) を目標にかかげる比例原則論 (三段階審査論) もまた, 規範的理論であることに疑いはない。このことは, 「日本の裁判実務に対する良き提案」(小山2020: 346), 「現在の判例における比較衡量論に比例原則という基礎を据えて一步一步進化させていこうという態度」(渡辺2022: 5) といった論者たち自身による位置づけからも明らかである。そのうえでざっ

くり言ってしまうえば、学説はいま、違憲審査基準論か、比例原則論か、それともその折衷かという議論軸で展開している。つまり学説が取り組んでいるのは、もっぱら規範的理論であるようにみえるのである⁽¹⁾。

それにしても、なぜ学説は規範的理論に注力するのだろうか。それは単純に記述的理論を構築したくてもできないということなのかもしれない。たとえば、高橋和之はそうした見方をはっきり打ち出している。

最高裁が憲法訴訟の体系を既に判例理論として形成しているのであれば、判例分析によりそれを解明し、その理論を出発点に議論を進めることも可能であろう。しかし、私の見るところ、最高裁判例には憲法訴訟に関する諸理論・諸手法が散発的には提示されているものの、いまだ体系性を語りうる段階にはない。例えば、憲法判断の手法として最高裁が多用するのは、「諸般の事情を総合考慮すると」式の総合判断手法であるが、そのほとんどがどのように総合考慮したのかが不明でアメリカの審査基準やドイツの比例原則の手法と比べて理由の透明性が低く、恣意的・主観的判断の危険を胚胎した手法といわざるをえない。このような判決をいくら丁寧分析しても、そこから日本独自の体系的な憲法訴訟理論を析出することは困難であろう。日本独自の憲法訴訟理論は、たしかに日本の判例の分析から発見・造形していくのが王道であるかもしれないが、アメリカやドイツなどの憲法訴訟「先進国」の理論に学びつつ、日本に適した分析枠組を構想し、それによる判例分析と裁判所による応答を続けるのが近道ではないだろうか。(高橋和之2017: viii)

高橋はこのように、憲法判例の正当化プロセスには理論化できるほどの規則性・体系性が備わっていないとの認識を率直に示す。要するに記述的理論はあきらめて、規範的理論に注力するしかないというのである。ここまで割り切るかはともかく、記述的理論についての悲観的な見通しは、判例に対して比較的穏当な態度をとる比例原則論の支持者も含め、多かれ少なかれ共有されているのではなかろうか⁽²⁾。

けれども、違憲審査の記述的理論というプロジェクトはほんとうに望み薄なのだろうか？ 憲法学が判例分析に用いるツールは、比較法研究をつうじて得られたものが多いように思われる。たとえば「審査の厳格度（審査密度）」、「審査基準の定立・適用」、「目的・手段審査」といった基本的な概念（分析視点）からしてそうだ。この意味で比較法研究は、規範的理論のみならず、記述的分析の基礎をも提供してきたといえよう。高橋がさきの引用で、日本の憲法判例は「アメリカの審査基準やドイツの比例原則の手法と比べて理由の透明性が低い」としていることからもうかがえるように、われわれはごく自然に比較法研究というフィルターをとおして判例をみているのである。しかし、まさにこの点に落とし穴があるの

ではないか。私はつぎのように考えている。判例の理由づけが不透明にみえるのは、アメリカやドイツの違憲審査と比較することで、かえって日本の違憲審査に焦点が合わなくなる、そんな場面もあるからではないか。もう少し違った分析視点をとることで、日本の違憲審査についても記述的理論を構築できるのではないかと。

ではその分析視点とはなにか。それはひと言でいえば、法的推論 (legal reasoning) の理論である。さまざまな特殊性はあるにしても、違憲審査も法の解釈・適用であることに変わりはない。したがって、およそ法的推論がどのような構造をもつのかを明らかにすることができれば、それは違憲審査の法的推論を分析する視点としても機能するはずである。つまり法的推論の理論という、より一般的・基底的な理論から違憲審査の理論を組み立てていくのである。

これまでの違憲審査に特化した比較法学的アプローチでは、最高裁による憲法判断の正当化 (= 法的推論) はどうしても不透明にみえてきた。しかし上記のような法哲学的アプローチは、そこになんらかの規則性を見出すかもしれない。混沌とした判例テキストも、分析視点を変えてみれば、そこに秩序を読みとれるかもしれない⁽³⁾。記述的理論を不可能とする立場は、あらゆる手を尽くしたあとに採られるべき消極的な立場である。であれば、こうした分析視点の変更にも十分な理由があるといえよう。以上のような次第で、私はまず法的推論の理論という分析視点を準備し、それを使って違憲審査の記述的理論を構築してみたいと考えている。

とはいえ、それはけっして容易なことではない。私は法的推論について、おもにN.マコーミックやR.アレクシーの所説を参照したいと考えているが、かれらの理論をたんに紹介するだけではとうてい目的を達しえないだろう。まず分析視点という概念上の装置を使いこなすためには——そして真に理解してもらうためには——、それをひとつひとつ組み立てていく作業を経る必要がある (内田1985: 148-9)。それだけではない。そもそも既存の理論をそのままもってきて済む話なら、違憲審査の記述的理論はとうの昔に構築されていたはずである。かれらの理論がどれほど示唆に富むものであっても、批判的な検討は欠かせないのである。さらにいえば、法的推論の理論を違憲審査に応用していく場面でも、いろいろな理論構成のしかたがあるだろう。

このように本研究は相応のボリュームになることが予想される。じっさい私自身の作業も長期化してきた。そうすると研究が完成するまで待つて、その成果を一度に公表するというのではあまりに心許ない。そこで、まずは中間報告を行うところからはじめたい。幸いにもそれができるくらいにはこの研究も煮詰まってきた。本稿の目的は、違憲審査の記述的理論のアウトラインを描きだすことにある。これによって読者諸賢のご叱正を賜ることができ

ば望外の幸せである。

* * *

本稿の行程は以下のとおりである。まず第1節では、違憲審査の記述的理論はそもそもなにを説明しなければならないのか、その理論的課題を整理する。大雑把に言えば、比較衡量、(厳格な)審査基準、立法裁量の3つが本稿の主題となる。第2節では、記述的理論を構築していくための分析視点(法的推論の理論)を準備する。ただし本稿では、今回の中間報告に必要なかぎりで行うにとどめる。第3節では、理論の核となる比較衡量の構造を明らかにする。第4節では、いわゆる目的・手段審査と比較衡量とがいかなる関係にあるのかを検討する。第5節と第6節では、審査基準および立法裁量と呼ばれるものが、それぞれどのような推論構造になっているのか、やはり比較衡量と関連づけながら説明する。

1. 理論的課題

理論とはデータから抽出されたパターンにほかならない。ゆえに理論の成否や優劣は、さまざまデータをどれだけ包括的かつ体系的に説明できるかにかかっている。違憲審査の記述的理論であれば、個々の判例テキストに示された個々の理由づけ(reasoning)⁽⁴⁾が説明されるべきデータということになる。ではそれらを包括的かつ体系的に説明するためには、具体的になにを明らかにする必要があるのだろうか。判例の理由づけには、従来のアプローチでは理論化できなかった部分、すなわち規則性(パターン)を見出せなかった部分がある。であれば、そうした部分にいかなる規則性があるのか、これを明らかにすることこそ記述的理論が取り組むべき課題といえよう。本節では、判例がどのような点で理論化しがたい(と考えられてきた)のかを整理し、それにより本稿の課題をもう少し具体化してみたいと思う。

(1) 千葉勝美の所説

このような具体化を進めるにあたっては、(元)最高裁判事・千葉勝美の所説がよい足がかりになるだろう。周知のとおり、千葉が成田新法事件の調査官解説で示した「判例法理の全体像」(千葉ほか2019: 100 [千葉発言])は、ひとつの有力な判例分析になっている。じっさい、それは現在の調査官解説における標準的な考えかたとなっている⁽⁵⁾、学説にも記述的分析としては受け入れられているふしがある⁽⁶⁾。ところが、このように有力な分析であるにもかかわらず、千葉の見解には大きな理論的空白がある。つまり、判例の理由づけの肝心な部分に理論化が及んでいないのである。

この空白部分がおおむね本稿の理論的課題となる。なぜなら学説では、最高裁はこの空白

部分において場あたりの (ad hoc) に正当化しているとの見方が強いからである⁽⁷⁾。場あたりのであるとは規則性の不存在を意味する。つまり学説は、この空白を埋めるような記述的理論は構築しえないとみているのである。このように千葉の見解と学説を照らし合わせることで、従来のアプローチでは理論化できなかった部分が浮き彫りになるわけだ。そこで以下では、千葉の示した「判例法理の全体像」をかんとんに振り返り、その理論的空白と学説の考えかたを整理するなかで、本稿の課題を具体化していくことにしよう。

さて、千葉は「憲法判例における合憲性審査基準」にかんして、概略つぎのように論じていたのであった (千葉2019: 12-4)。いわく、「昭和50年以降」の最高裁は、「基本的人権、特に精神的自由を規制・制限する法令の合憲性」を判断するにあたって、多くの場合「一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と制限される自由・権利の内容及び性質、並びにこれに加えられる具体的制限の態様及び程度等……を具体的に比較衡量するという『利益衡量』の判断手法」を採っている。ただし「利益衡量」は、「共通の基準ないし判断の枠組みを用いない限り、主観的ないし恣意的」なものになりかねない。そこで最高裁は、その「判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準……ないしはその精神を併せ考慮」することがある。この「厳格な基準」の用いかたとしては、「具体的な事案に応じて、その処理に必要なものを適宜選択」しており、さらに「事案に応じて、その内容を変容させあるいはその精神を反映させる限度にとどめる」などして、「基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処している」⁽⁸⁾。

以上が千葉の見解であるが、便宜上これを3つの項目に分けておこう。すなわち千葉によれば、①昭和50年以降の最高裁は、とくに精神的自由を制限する法令の合憲性判断において、②比較衡量⁽⁹⁾を基本としつつ、③その判断指標として「厳格な基準」を適宜用いているという。千葉はこれを「今日の最高裁の共通認識となっている」とまで述べている (千葉2019: 12)。実際にどこまで「共通認識」になっているのかは必ずしも明らかでないが、一定の範囲内にある判例の理由づけを、とにもかくにも統一的にとらえた意義は大きかったというべきだろう。だがさきにも述べたように、その説明にはなお大きな理論的空白が残されている。この空白を上記3項目ごとに検討していくことにしよう。叙述の関係上、②、③、①の順に論じる。

(2) 比較衡量

まず②比較衡量を基本としていることについて。比較衡量といっても、判例では目的・手段審査や厳格な審査基準へと展開する場合もある。ここではそのような展開を伴わない、いわば原初的な比較衡量 (「総合衡量型」(市川2020: 382) などと呼ばれる) に着目する。

その具体例として、博多駅事件決定（最大決昭和44・11・26刑集23巻11号1490頁）をかんたんにみておこう⁽¹⁰⁾。同決定は、フィルム提出命令による取材の自由の制限が許されるかどうかについて、

一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性の有無を考慮するとともに、他面において取材したものを証拠として提出させられることによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであ〔る〕

としていた。そして同決定は、ここに列挙された「諸般の事情」を具体的に書き出し、それらを「あわせ考慮するときは、……本件提出命令を発したことは、まことにやむを得ないものがある」と結論づけたのであった（刑集23巻11号1494-5頁〔傍点引用者〕）。

通説的な見方によれば、この手の比較衡量は、失われる利益と得られる利益にかんする諸般の事情を列挙し、それらを総合考慮（あわせ考慮）して結論を導き出すものにすぎない。いいかえれば、諸般の事情を一括入力すると結論が出力される「ブラックボックス」（高橋和之2017: 251）のようなものでしかない。つまりそこでは、なにをどのように考慮して結論を導いているのかという肝心の内部構造が見えないとされているのである⁽¹¹⁾。そのため比較衡量には恣意的判断の危険があると批判されてきたのであった。そのような不透明なプロセスでは、結論が恣意的に選ばれているのではないかという疑念が生じるのも無理はないだろう。

興味深いのは、千葉もまた比較衡量に対しては懐疑的であることだ。さきほどみたように、千葉は比較衡量について、「共通の基準ないし判断の枠組みを用いない限り、主観的ないし恣意的になり、理屈抜きで結論を押し付けることにもなりかねない」とする（千葉2019: 13）。そのため千葉の説明では、「判断の枠組み」となる「厳格な基準」のほうに重点が置かれることになる。こうして千葉は、判例は比較衡量を基本としていると指摘する一方で、その内部構造（なにをどのように考慮して結論を導いているのか）については、ほとんどなにも説明しないのである⁽¹²⁾。ここにひとつめの、それも根本的な理論的空白を見出すことができる。

以上を記述的理論の観点からとらえなおせば、理由づけの基本形である比較衡量からしてすでに理論化しがたいとの理解が共有されているといえよう。というのなにをどのように考慮しているのかが不明確なら、そのような理由づけに規則性（パターン）を見出すことなどできないからである。そうすると、憲法判例の理由づけを包括的かつ体系的に説明するためには、まず諸判例に共通する比較衡量の推論形式を解明しなければならない。本稿ではこ

れを〈比較衡量の構造〉と呼び、第一の理論的課題として位置づけたいと思う。

この〈比較衡量の構造〉とはなにを指すのか、もう少し具体的に説明しておこう。構造とは一般に、「一つのものを作り上げている部分部分の材料の組み合わせ方」や「物事を成り立たせている各要素の機能的な関連」のことをいう（『大辞泉』）。たとえば椅子であれば、脚、貫、座、背柱、背板、笠木などの要素が各々機能を果たしながら組み合わせることで、椅子というひとつのものを作りあげている。これが椅子の構造だ。比較衡量についても同じように、「諸般の事情」と呼ばれる考慮要素がそれぞれのどのような機能を果たし、またどのように関連しあって、ひとつの理由づけ（結論の導出）を成り立たせているのかが問題になる。本稿で〈比較衡量の構造〉というときには、そのような考慮要素間の機能的関連にかんするパターンを指しているのである。

(3) 目的・手段審査

つぎの③「厳格な基準」の話に入るまえに、比較衡量にかかわる、もうひとつの理論的課題を確認しておかねばならない。周知のとおり判例における比較衡量は、しばしば目的・手段審査という形をとる（渡辺ほか2023: 76）。たとえば堀越事件判決（最判平成24・12・7 刑集66巻12号1337頁）は、国公法102条1項等による政治的行為の規制が憲法上許されるかどうかは比較衡量により決められるとしたうえで、つぎのようにいう。

……本件罰則規定の目的は、……行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することにあるところ、これは……憲法の要請にかなう国民全体の重要な利益というべきであり、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為を禁止することは、国民全体の上記利益の保護のためであって、その規制の目的は合理的であり正当なものといえる。他方、本件罰則規定により禁止されるのは、民主主義社会において重要な意義を有する表現の自由としての政治活動の自由ではあるものの、……その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。（刑集66巻12号1344頁）

ここではあきらかに目的-手段関係を意識した比較衡量がなされているといえよう⁽¹³⁾。

こうした目的・手段審査は、比較衡量を構造化するものとしてひろく受け入れられてきた（駒村2013: 134-5; 宍戸2015: 257; 高橋和之2024: 137-8; 渡辺2022: 390）。諸般の事情を総合考慮するだけの比較衡量は、そのままでは決まった形をもたない融通無碍な理由づけでしかないが、目的・手段審査に再編されることで明確な形式（構造）をもつようになる、というわけだ。これに呼応するように堀越事件の調査官解説も、比較衡量の「方法」は「結局のところ『目的及び手段（方法）の合理性の審査』にならざるを得ないように思われる」としてい

る（岩崎2015: 494-5）。

しかし目的・手段審査が以上のようなのだとすると、本稿においては第一の理論的課題との整合性が問題となってくるだろう。私はこのあと、諸般の事情を総合考慮するタイプの比較衡量にも確固たる構造があると主張することになるが、その場合、目的・手段審査はどのような位置づけになるのかを説明しなければならないのである。

見通しをよくするため、あらかじめ議論の方向性を示しておこう。まず確認されるべきは、判例・学説上、目的・手段審査が必ずしも明確な形式になっていないということだ。ひとくちに「目的・手段審査」といっても、その具体的内容についてはコンセンサスがないのである⁽¹⁴⁾。したがって、それは分析視点としては機能しえない。なぜなら、たんに目的・手段審査の形になっているとするだけでは、その具体的内容に一貫性がない以上、規則性を見出したことにはならないからである（この点についてはまたのちほど確認する）。

では、目的・手段審査タイプの比較衡量はどのように理論化されるのだろうか。そこに規則性はないのだろうか。私はつぎのように論じることになるだろう。第3節で明らかにする比較衡量の構造は、（多義的な）目的・手段審査にも通底している。裏を返せば、総合考慮タイプとか目的・手段審査タイプというのは表層的な特徴であって、同一の構造がどのように表現されるかの違いでしかない。それゆえ、表層的なレベルで一貫性がなかったとしても、目的・手段審査タイプの比較衡量を理論的に分析することは十分に可能である、と。

以上のように本稿では、目的・手段審査の概念は分析視点ではなく、むしろ分析対象として位置づけられる。そこで第二の理論的課題として、判例における目的・手段審査を、とくに比較衡量の構造という観点から分析することを試みたいと思う。

(4) 審査基準

③「厳格な基準」の問題に移ろう。千葉によれば、最高裁は比較衡量の判断指標として、「厳格な基準」を事案に応じて「適宜」用いており、これにより「一定の客観性」（千葉2019: 13）を得ようとしているのであった。

周知のとおり、このような千葉の「厳格な基準」論に対しては、学説から多くの批判が寄せられた。すなわち、「厳格な基準」が用いられるとしても、その用いられかたを規定するメタ・レベルの基準が明らかにされなければ、最高裁の判断は統制されないし、予測可能性ももたらされない、と批判されたのであった⁽¹⁵⁾。

こうした学説の反応からも明らかなように、千葉の説明には理論的空白がある。もっといえば、それは理論的説明になっていない。事案に応じて基準を「適宜」選択・形成しているという説明は、どんな判例にもあてはまってしまう。このような反証可能性のない（反例を

提出しえない)説明は理論といえない。(科学的な)理論とは、たえず反証テストにさらされ、それに耐えているかぎりで受け入れるに値するものであるからだ (Popper 1972=1980: 61-4)。したがって理論的説明のためには、「適宜」の内実、すなわち、最高裁はなにをどのように考慮して基準を選択・形成しているのかということが明らかにされなければならないのである。

ところがこの点について、千葉はほとんどなにも語らないし⁽¹⁶⁾、学説も規範的理論の観点から批判するのが大半で、記述的な理論化に成功しているとまではいえない。また近年の調査官解説では、たしかに千葉の頃より実質的な説明がなされてはいるが、それも概括的なもので、具体的なメカニズムが明らかにされているわけではない⁽¹⁷⁾。これらのことから、判例における審査基準の導出には、従来のアプローチでは理論化しがたいものがあると推測される。そこで本稿では、最高裁が基準を選択・形成するさいの推論形式を〈審査基準の導出メカニズム〉と呼び、これを第三の理論的課題としてとりあげることにしたい。

ところで、千葉は「厳格な基準」の例として、「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」があると述べている (千葉2019: 13)。また最高裁は、「厳格な基準」を「黙示的」に用いる——合憲であるための要件として明示しないが、それを意識して比較衡量する——ことがあるという (木下2017: 168; 千葉1995: 236-7)。たとえば、さきに引用した堀越事件判決などは、黙示的に「必要最小限度の基準」を用いたものとされる (岩崎2015: 503)。

本稿では「審査基準」という言葉を、以上のような「厳格な基準」よりも狭い意味で用いることにしたい。具体的には、黙示的なものは「審査基準」とみなさないし、また「不明確ゆえに無効の原則」や「目的・手段における必要かつ合理性の原則」なども「審査基準」に含めない。本稿ではこれらに別の理論的位置づけを与えることになる。それは裏を返せば、本稿の立場からすれば理論的に区別されるべきものが、千葉の説明では「厳格な基準」として一緒くたにされている、ということだ。この点については、第5節であらためて論じることしよう。

(5) 立法裁量ほか

さいごに、理論的空白というよりは射程距離の問題であるが、千葉の示した「判例法理の全体像」が、①昭和50年以降の、とくに精神的自由を制限する法令の合憲性判断を対象としていることについて検討しよう。ここでは本稿における課題設定との関係で、3点ほど確認しておきたいことがある。それらはいずれも、判例全体を包括する理論を構築するためには

なにを明らかにすべきか、ということにかかわる。

第一に、立法裁量の問題がある。千葉は2019年の著作では、「特に精神的自由」というかたちで自身の見解が妥当する範囲を限定している。もともとの成田新法事件の解説では経済的自由（職業選択の自由・財産権）の判例もとりあげていたことからすると（千葉1995: 239-42）、この限定にはひとまず経済的自由を切り離す意図があると考えられる。そのような限定をする理由は、やはり経済的自由には立法裁量論がかかわってくるからだろう。これに対して、本稿冒頭で企図したような包括的・体系的な理論においては、とうぜん経済的自由の判例もカバーしていなければならない。

では、そこにはいかなる理論的課題があるだろうか。ここまでとりあげてきた比較衡量と厳格な審査基準は、経済的自由の判例にもみられる（だからこそ成田新法事件の解説でとりあげられていた）。つまり経済的自由とは、比較衡量、厳格な審査基準、立法裁量の三者が交錯する地点なのである。問題はこの三者間の関係性である。

どういうことか。経済的自由の判例にあらわれる立法裁量論は、たとえば「明白性の原則」（芦部1994: 239）といったように、「審査基準」の一種として扱われ、厳格な審査基準と同一のカテゴリーに位置づけられる傾向にあった。しかし最近では、判例の立法裁量論はいわゆる「実体法」的な比較衡量・審査基準と異なる次元にある、との見解も有力に主張されている（木下2019: 77-8; 曾我部2022: 65）⁽¹⁸⁾。このように現時点では、そもそも立法裁量とはなにかということについて理論的説明が確立しているわけではないのである。

また、私は基本的に後者の有力説に賛同するが、そのような見解をとるにしても、「実体法」的ではないとはどういうことか（「手続法」的と言ってみたところでなにも解明したことにはならない）、それは比較衡量や審査基準といかなる関係にあるのか、といったことが判例テキストに則して具体的に明らかにされているわけではない。

以上のように、経済的自由を理論の射程におさめるためには、立法裁量論はそもそも法的推論においてどのような位置を占め、どのような役割を果たしているのか、ということが解明されなければならない。本稿ではこれを〈立法裁量の規範的位置づけ〉と呼んで、第四の理論的課題として扱いたいと思う。立法裁量論は経済的自由以外の領域でもひろくみられる推論であるから、その理論的分析が重要な意味をもつことはいうまでもない。

第二に、いわゆる「合理的関連性の基準（猿払基準）」の問題がある。千葉が「昭和50年以降の」と限定をかけた趣旨は、猿払事件判決（最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁）を除外することにあるとみてまず間違いないだろう（千葉ほか2019: 102-3〔千葉発言〕）。

同判決が示したとされる「合理的関連性の基準」⁽¹⁹⁾については、どのような事案で用いられるのかという問題もさることながら、そもそもそれがなんであったのかさえ解明されてい

ないように思われる。この「基準」は、千葉の見解から締め出されたうえに、違憲審査基準論からは、比較衡量を構造化するはずの目的・手段審査のあとに比較衡量がなされるのはおかしいと批判され（駒村2013: 135-6; 高橋和之2008: 71）、比例原則論からは、肝心の必要性審査を欠いており比例原則とは似て非なるものだと批判されてきた（石川2012: 312-3; 小山2014: 33-6）。つまりそれは、およそ合理的には理解しえないものとして、もっぱら批判の対象となっているのである。

では違憲審査の記述的理論は、猿払事件判決をどのように扱うべきだろうか。「昭和50年以降」の主流派判例とは別系列にあるものとして、例外扱いするべきなのだろうか。否、判例の包括的・体系的な説明を試みる以上は、猿払事件判決（およびその系列にある諸判例）もまずは統一的にとらえることを目指すべきだろう。例外扱いは、それに失敗したあとにとられるべき消極的な選択肢である。

結論からいえば、猿払事件判決も他の判例と同じように、〈比較衡量の構造〉という理論枠組みによって分析できると私は考えている。ただし、同判決がいまなお有する独特の存在感にかんがみて、この点にかんする本格的な検討は別稿に譲り、本稿では第3節でかんたんに言及するにとどめたいと思う。

第三に、自由権以外の領域について。ここまで千葉の見解を足がかりに理論的課題を整理してきたため、その内容は自由権の違憲審査を想定したものとなっている。だがいうまでもなく、違憲審査は自由権以外にも、法の下での平等、選挙権、政教分離、生存権、婚姻・家族制度、選挙制度など、さまざまな問題をとり扱う。違憲審査の記述的理論は、憲法判例全体にわたってその法的推論を体系化するものであるから、これらの領域すべてをカバーしているのでなければならない。もっとも、そのような領域横断的な体系化となると、本稿の範囲を超えてしまうのは火を見るよりも明らかである。そのため本稿では、まずは自由権に的をしばって論を進めたいと思う（もちろん、それでも過大な目標であるから中間報告という形をとるのだが）。

そうすると、本稿のサブタイトルが「違憲審査の記述的理論序説」と、自由権に限定しないかたちになっているのはミスリーディングに思われるかもしれない。しかし私の見立てでは、自由権の理論は、他の領域での違憲審査にも応用可能な基礎理論としての性格をもっている。いいかえれば、比較衡量・審査基準・立法裁量というこの理論の基本的な構成要素は、違憲審査全般を体系化する普遍性ないし拡張性を備えている可能性があるということだ。本稿はただちに領域横断的な体系化を行うものではないが、それを見すえたものになっているのである。「違憲審査の記述的理論序説」と題した次第である。

* * *

以上本節では、違憲審査の記述的理論が説明すべきことがらを整理してきた。その結果、つぎの3点を解明することが本稿の課題とされたのであった。

A：比較衡量の構造

〈最高裁は、なにをどのように考慮して比較衡量しているのか〉

B：審査基準の導出メカニズム

〈最高裁は、なにをどのように考慮して審査基準を選択・形成しているのか〉

C：立法裁量の規範的位置づけ

〈立法裁量は、法的推論においてどのような位置を占め、どのような役割を果たしているのか〉

またAの〈比較衡量の構造〉に関連して、目的・手段審査概念の分析も本稿で取り扱われるべき重要課題であることが確認された。

さて、さっそく分析にとりかかりたいところだが、まずはそのための道具立てをしなければならない。次節でこしらえる分析視点こそ、これらのことがらを解明する鍵となるからだ。

2. 分析視点

法的推論（法的理由づけ、legal reasoning）とは、理由を示して法的判断を正当化することである（MacCormick 1978: 14-5）。問題はそれがどのようにしてなされるかだ。本節では、法的推論の一般的な構造を探究することにしよう。ただし、それはあまりに大きなテーマであるから、ここでは前節でとりあげた理論的問題を解明するのに必要な範囲で論じるにとどめる（さらなる探究は他日を期したい）。

ではどのように議論を進めていくのがよいだろうか。私はここで、いわゆるルール（rule）と原理（principle）の区別論を参照したいと思う。それは法的推論の理論の基礎をなす、きわめて重要な区別であるからだ（Alexy 1986=2002: 44）。以下ではまずこの区別について検討し（2.1～2.3）、そこから法的推論の理論を組み立てることにしよう（2.4, 2.5）。

2.1 ルールと原理の区別論①——区別の基準

ルールと原理の区別論というと、いまさらとりあげるまでもないと思われるかもしれない。たしかにそれは人口に膾炙している。しかし少なくとも一部の憲法学説においては、この区別のもつ法哲学的意義が必ずしも十分に理解されていないようにみえる。本節で提示する区別論の内容を明確にするためにも、従来の憲法学説にみられる区別論との相違を確認するところから議論をはじめたいと思う。

(1) 通説的見解？

日本の憲法学ではときおり、つぎのような見解がみられる⁽²⁰⁾。ルールとは、意味内容が一義的であり、解釈の余地がなく（小さく）、文言どおりに結論づけなければならない確定的な規範のことをいう。これに対して原理とは、意味内容が一義的でなく、解釈の余地が大きく、結論を一定の方向に導くにすぎない不確定な規範のことをいう。たとえば衆議院議員の任期を定める憲法45条はルールだが、表現の自由を保障する憲法21条1項は原理である、等々。

上記のような見解を便宜上「従来の区別論」と呼ぶことにしよう。従来の区別論は、その使われかたも相まって、それほど有益な議論になっていないきらいがある。たとえばこの区別論のもとでは、「憲法〇〇条は〈ルール〉だから、解釈の余地がない（小さい）」といった言明がなされることがあるが、これはトートロジーでしかない。「憲法〇〇条は〈解釈の余地がない規範〉だから、解釈の余地がない」と述べているにすぎないからだ。そのような言明をする論者は、「解釈の余地がない」とする実質的な理由を示さなければならない。だがそこにいたって、ルールや原理の概念はもはや役に立たないのである。結局、こうした区別論が役に立つ場面はほとんどないように思われる⁽²¹⁾。

本稿で依拠する区別論は、これとは区別の基準も異なるし、区別の使いかたも異なる。もちろん、研究者は各々の目的のために学術的概念を自由に構成してよいから、従来の区別論が間違っているというわけではない。じっさい区別論自体は古くからあり、これまでさまざまな区別の基準が提唱されてきた（Alexy 1986=2002: 45-6）。けれども、区別論はもっと有益なしかたで構想することができる。

(2) ふたつの「確定性」

では本稿の区別論は従来のものとどのように異なるのか。この点をはっきりさせるべく、従来の区別論に含まれている概念上のもつれを解きほぐしてみよう。そこでは2つの「確定性」が、すなわちcertainであることとdefinitiveであることが混同されているようにみえる。

まずここでいうcertainとは、「コミュニケーション上のcertainty」（Hart 2012: 126）にかかわる言葉である。たとえば「それ片づけておいて」といわれたが、「それってどれのこと？」となった場合の「それ」はuncertainな表現である。「それ」がなにを指しているのかが「不確定」であるというわけだ。法規範では一般的表現が用いられるため、このuncertainty——H.L.A.ハートのいう「綻び（open texture）」——は不可避的に生じる（Hart 2012: 127-8）⁽²²⁾。たとえば、タトゥー施術業は「医業」（医師法17条）にあたるのか、同性パートナーは「事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」（犯給法5条1項1号）にあたるのか、

自衛のための必要最小限の実力は「戦力」（憲法9条2項）にあたるのか、等々。もちろん人権条項にもuncertaintyは生じる。国旗を焼却する行為は「表現」（21条1項）といえるのか、ジャンプラーは「職業」（22条1項）といえるのか、といったように。

これに対してdefinitiveとは、終局性を意味する言葉である。たとえば休日の朝に「今日は何をすべきか」と考えているとしよう。「資料を手に入れる必要があるから、図書館に行かないといけないな」、「でもさすがにそろそろ部屋を片づけるべきだし」とあれこれ考えている段階での「いけない」や「べき」は、いずれもdefinitiveではない。しかし、それらを考え合わせたうえで「やはり今日は図書館に行くべきだ」と判断するときの「べき」はdefinitiveである。つまり、最終的な判断であるという意味で「確定的」なのである。「原理は結論を一定の方向に導くにすぎない」というときに問題となっているのは、このdefinitive性（finality）である。たとえば、国家がある表現行為を制限しているとしても、その一事だけでは違憲であるとの最終的な判断を下すことはできない。その制限がより重要な価値を実現しているかもしれないからだ。表現の自由保障が「一応の（prima facie）」ものであるといわれるとき、それはdefinitiveでないということを意味しているのである。

これら2つの「確定性」は、問題の性格が異なることにも注意が必要である。certain/uncertainの区別は程度問題である。どんなに明瞭な規定であっても、適用対象となるかははっきりしないケースは少数ながら生じるし、規定が不明瞭になればなるほど、そうしたケースは増えていく。これに対してdefinitive/prima facieの区別は質的問題である。どんな判断も最終的な判断であるかそうでないかのどちらかでしかない。

以上のようにcertainおよびdefinitiveという言葉は、いずれも「確定的」という日本語をあてることができるが、まったく別の性質を意味している。したがって、たとえば不確定（uncertain）かつ確定的（definitive）な法規範を観念することができるし、じっさいそのような例はいくらでもある。民法90条の定める法規範などはその典型だろう。「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為」という表現はuncertainだが、とにかくそれに該当するものが「無効」であることはすでに決まっている。つまり、それを「無効」とみなすべきことはdefinitiveである。これに対して、憲法21条1項などはcertainかつprima facieな法規範を定めているといえよう。なぜcertainかということ、ある国家行為が「表現」行為の制限にあたるか否かがはっきりしないケースは比較的少ないといえるからだ。

この2つの「確定性」の違いをふまえたうえで、従来の区別論をもう一度みてみよう。それによれば、ルールとは、意味内容が一義的であり、解釈の余地がなく（小さく）、文言どおりに結論づけなければならない確定的な規範をいい、原理とは、意味内容が一義的でなく、解釈の余地が大きく、結論を一定の方向に導くにすぎない不確定的な規範をいうのだっ

た。けれども、意味内容や解釈の余地うんぬんはcertain/uncertainの問題であろうし、結論うんぬんはdefinitive/prima facieの問題であろう。このように従来との区別論では、2つの「確定性」が混同されたままルールと原理の区別が行われている可能性がある。

(3) 本稿で採用する区別基準

ここに本稿の区別論との違いがある。本稿ではdefinitive/prima facieという性質だけを区別の基準にする。つまりcertainであろうがuncertainであろうが、definitiveな規範はルールと呼び、prima facieな規範は原理と呼ぶということだ。そのためルールと原理の区別は、程度問題ではなく、質的なものとなる。本稿の基礎にあるニール・マコーミックやロバート・アレクシーの著作では、まさにこのような立場がとられている (Alexy 1986=2002: 47-8, 48 n. 24, 57, 64; 2003: 433-5; MacCormick 1978: 67-8, 180)⁽²³⁾。

ではなぜdefinitive/prima facieという性質を区別の基準にするのか。なぜそれが有益な区別論になるのか。これには区別の使いかたが関係してくる。ルールと原理の区別は、「憲法〇〇条は原理だから、これこれである」といったように、なにか法解釈論上の即効性を期待して使うべきものではない。それは法的推論の構造をよりよく説明するための言葉なのである。definitive/prima facieという性質を基準にするのも、それが法的推論の構造を説明するうえで重要なファクターとなるからである。ゆえに本稿の区別論がもつ有益性をいまここで示すことはできない。その有益性は、区別論を基礎にして構築される法的推論の理論、さらにはそれを分析視点として構築される違憲審査の記述的理論がもつ説明力によって示されるのである。

そこでルールと原理の区別論をもう少し深掘りしていくことにしよう。この段階ではまだ、definitive/prima facieという性質が区別基準となることを示したにすぎない。しかしこれらの性質は、より精確にはどのようなものであるのか。なぜそのような性質上の違いが生じるのか。こうしたことを追究するなかで、法的推論の構造が徐々に浮かび上がってくることになる。

2.2 理由概念の分析

私が本稿で提示するルールと原理の区別論および法的推論の理論は、おもにマコーミックとアレクシーの所説に依拠するものである。けれども本節では、かれらの所説を要約して紹介したり、その相違点を逐一検討したりする途はとらない⁽²⁴⁾。そうではなく、かれらが共有している理論の本質的部分だけをとりだし、それを明確化することに注力する。なぜなら、この方法が本節の目的——違憲審査の記述的理論を構築するための分析視点を用意する

こと——にもっとも適合的であると考えられるからである。

さて、そうするとつきなる目標は、ルールと原理の区別論の本質的部分をとりだすことである。私はそのために、哲学者ジョン・ブルームによる理由概念の分析を参照したいと思う。というのも、ブルームが提示する概念分析は、マコーミックやアレクシーによる区別論の本質的部分を、かれら以上に明快に示すものとして理解することができるからである。以下ではまずブルームの分析を概観し(2.2)、それをもとにルールと原理の区別論(2.3)を組み立てることにしよう。

(1) 規範的理由

いわゆる分析哲学の一分野であるメタ倫理学では、ある時期から「理由」の概念をめぐって活発な議論がなされるようになった。それは「理由」がすぐれて基礎的・普遍的な概念と考えられるようになったためである。そこではさまざまな論争があるが、そのうちのひとつに、「理由」——正確には、つぎに述べる「規範的理由」——は「行為を支持する考慮要素(a consideration that counts in favor of an action)」という以上に分析できないのではないか、というものがある。分析できないとする立場(非還元主義)もあるが⁽²⁵⁾、もちろん分析可能とする立場(還元主義)もあり、ブルームは後者に属している。

注意が必要なのは、ここで問題にされているのは「規範的理由(normative reasons)」であるということだ(Broome 2013: 46-7)。規範的理由とは、人がなにかを行うことや、なんらかの信念(belief)をもつことなどを正当化するような理由である。これに対して、正当化にかかわらないような理由もある。たとえば「冷凍庫のペットボトルが破裂した理由は凍結膨張だ」というとき、凍結膨張はペットボトルの破裂を正当化しているわけでない。それは破裂を説明するものであるので、「説明的理由explanatory reasons」などと呼ばれる。説明的理由のなかでも、人の行為を説明するものは「動機的理由motivational reasons」と呼ばれる。たとえば「AさんがBさんを殺害した理由は、痴情のもつれだった」というとき、そこで述べられているのは動機的理由だろう。

以下の議論で分析対象になっているのは規範的理由である。法規範(ルール・原理)も行為や法的判断の規範的「理由」であるから(Alexy 1986 = 2002: 59)、その分析は本稿でも参照するに値するのである。

(2) 「べき」と「説明」

では理由概念はどのように分析されるのだろうか。ひと言でいえば、ブルームは「べき(ought)」と「説明(explanation)」をより基礎的な概念とし、それらを使って理由概念を

分析している。そこでこれらの基礎概念からみてみよう。

まず〈べき〉⁽²⁶⁾について。ブルームは〈べき〉の意味を定義することはせず、われわれはそれをすでに知っているものとして議論を進める (Broome 2013: 8)。もっとも、〈べき〉は多義的であるため、ブルームは自らがフォーカスする〈べき〉の意味を選び分けるべく、いくつかの区別を行っている。そのうち本節でとりわけ重要になる区別が、「限定的な〈べき〉 (qualified ought)」と「非限定的な〈べき〉 (unqualified ought)」の区別である (Broome 2013: 25-6)。限定的な〈べき〉とは、たとえば道徳的にすべきこと、法的にすべきこと、自愛のために (prudentially) すべきこと、といったように、まさに範囲の限定された〈べき〉のことをいう。これらの限定的な〈べき〉はしばしば衝突する (法的にすべきでも、道徳的にはすべきでない等々)。これに対して非限定的な〈べき〉とは、「すべてを考慮したうえで〈べき〉 (all-things-considered ought)」, すなわち、関連する考慮要素すべてを考慮に入れたうえで判断された〈べき〉のことをいう。たとえば、もしある行為をするべきか否かの判断に、法的な〈べき〉も道徳的な〈べき〉も関連してくるのであれば、そのどちらをも考慮に入れたうえで出された結論が非限定的な〈べき〉となる。ブルームがフォーカスするのはこの非限定的な〈べき〉であり、それは以下の議論でも同様である。

つぎに「説明」について。日常用語としての「説明」や「説明する (explain)」には多義性があるため、そのままでは理由概念の分析に支障が生じてしまう。そこでブルームは、これらの言葉をどのような意味で用いるのかを特定している (Broome 2013: 47-8)。そのさい、つぎの3つの例文が引き合いに出される。

- (a) ダーウィンは、なぜ進化が生じるのかを説明した。
- (b) 『種の起源』は、なぜ進化が生じるのかを説明している。
- (c) 自然淘汰は、なぜ進化が生じるのかを説明する。

ブルームは、「説明する」という動詞を(c)のような意味でしか用いないとする。(c)に例示される「XはYを説明する」は、「XがYをそのようなものにする (X makes Y so)」といいかえられるようなものである。あるいは、「XがYを事実にする (X makes it the case that Y)」といいかえてもよい (Broome 2015: 86)⁽²⁷⁾。このような関係にあるXとYは、それぞれ「説明項 (explanans)」・「被説明項 (explanandum)」と呼ばれるが、(a)(b)では主語が「説明項の記述者」や「説明項の記述」になっている点で(c)とは異なるというわけだ。ブルームは、このような「説明項が-説明する-被説明項を」という関係を「説明関係 (the explaining relation)」と呼び、それ以上に分析されることのない基礎的なものとして措定している

(Broome 2015: 87)。この説明関係というのはかなり広範な概念であり、そこには因果関係も論理的関係も含まれる。

「説明 (explanation)」という名詞については、説明項を指すものとして用いられている。しかし日本語では、「説明」を説明項の意味で用いると少々わかりにくくなってしまう。かといって「説明項」というのもかたすぎる。そこで以下では、ブルームのいう「explanation」に「説明するもの」という訳語をあてることにしたい。さきほどの(c)でいえば、自然淘汰は進化の発生を「説明するもの」ということになる。なお、「説明」・「説明するもの」という言葉はあまりに一般的な言葉なので、これらをブルームのように限定的な意味で用いるのは本節 (2.2~2.5) だけにとどめる。

(3) pro totoな理由

これで理由 (a reason)⁽²⁸⁾ 概念を分析する手はずは整った。大雑把に言えば、規範的理由は「〈べき〉を説明するもの」として分析されることになる。しかしここで重要なのは、より精緻に分析していくなかで、規範的理由が2つの理由概念——「pro totoな理由」と「pro tantoな理由」——に区別されることである。この区別が、ルールと原理の区別論を理解するための重要な手がかりとなる。

では分析に入ろう。さきほど「説明的理由」という概念が出てきたように、じつは「理由」と「説明するもの (explanation)」は大体において同義であるといえる (Broome 2013: 46)。たとえば「自然淘汰は進化が発生する理由である」は、「自然淘汰は進化の発生を説明するものである」といいかえられる。そうすると、これは〈べき〉を含む文についても同様のはずである。すなわち、Nを任意の人を表す記号、Fを任意の述語を表す記号とすると、

(d) NがFするべきことの理由とは、NがFするべきことを説明するものである

といえる。「XはYを説明する」は「XはYを事実にする」と言いかえ可能であったから、さらにつぎのようにいうこともできる。すなわち、

(e) NがFするべきことの理由とは、NがFするべきことを事実にするものである。

〈べき〉を「事実」にするというのは、法学者や法律家にとっては違和感があるかもしれない。けれども、ここではそれをゆるやかにとらえて、〈べき〉をなんらかの意味で「真 (true)」にする、あるいは「正当」なものにする、というぐらゐの意味に理解しておいてよ

いものと思われる⁽²⁹⁾。

以上を具体例でいえば、つぎのようになる。かりに「あなたはアレクシーのもとを訪ねるべきである」ということが真であるとしよう。このとき、

- (f) あなたはこのあたりでもっとも優れた法哲学者のもとを訪ねるべきであり、かつ、アレクシーはこのあたりでもっとも優れた法哲学者である

ということが「あなたはアレクシーのもとを訪ねるべきである」ことを説明している（真にしている）のであれば⁽³⁰⁾、この(f)は、あなたがアレクシーのもとを訪ねるべきことの理由である。

ただしブルームによれば、(f)は、あなたがアレクシーのもとを訪ねるべきことの説明的理由である（Broome 2013: 49-50）。というのも、(f)と「あなたはアレクシーのもとを訪ねるべきである」こととの関係は説明関係であるからだ。もっとも、〈べき〉を説明するような理由は、少し言いかたを変えるだけで規範的理由になるという。すなわち、(f)は、あなたがアレクシーのもとを訪ねることの規範的理由である。この場合、(f)は「あなたがアレクシーのもとを訪ねる」ことを説明している（真にしている）のではなく、正当化しているからである（訪ねることを説明しているのであれば、それは動機的理由である）⁽³¹⁾。

これを一般的な形式で述べれば以下のようになる。まず、

- (g) Xは、NがFするべきことの理由である

というときのXは説明的理由である。しかし、(g)と同じ意味でつぎのように述べるとき、Xは規範的理由となる。

- (h) Xは、NがFすることの理由である。

比喩的には、(g)に出てくる「べき」と説明的「理由」が合体して、(h)の規範的「理由」が作りだされているといえよう（Broome 2013: 50）。

さて、以上の(d)(g)(h)を使って、規範的理由はつぎのように定義することができる（Broome 2013: 50）。ただし、規範的理由にはもうひとつ別の種類があるため、ブルームはこの第一の規範的理由を「pro totoな理由」と呼んで区別をはかっている。

【定義】 NがFすることのpro totoな理由とは、なぜNがFするべきなのかを説明するものである。

(4) pro tantoな理由

ではもうひとつの規範的理由とはなにか。われわれはしばしば、「NはFすべきである」とはいえないときにも、「NにはFする理由がある」と言うことがある。たとえば、医者である里見は子どもを動物園に連れていく約束をしていたが、勤め先の病院で緊急事態が発生したため連れていけなくなったとしよう。このとき、「里見は子どもを動物園に連れていくべきである」との結論にはならなかったとしても、なお「里見には子どもを動物園に連れていく理由がある」とはいうだろう。これはpro totoな理由ではない。なぜなら、Fすべきことを説明していないからである（Fすべきことが真でない以上、それを真にするものも存在しない）。ブルームは、このような理由を「pro tantoな理由」と呼ぶ（Broome 2013: 51）。

そこで、このpro tantoな理由がどのように分析されるのかをみてみよう（この段落と次段落で、たんに「理由」というときにはpro tantoな理由を指す）。子どもを動物園に連れていく理由があるのに、「連れていくべきだ」とならないのはなぜか。それはもちろん、連れていく理由とはべつに、連れていかない理由があるからだ。理由には「重さ（weight）」があり、Fする理由とFしない理由の両方が存在する場合には、どちらがより重いかによってFすべきか否かが決まる——「重さ」というのは比喻でしかないが、これは多くの人にとってなじみ深い考えかただろう。ブルームは、このような理由の差引き（balance）による〈べき〉の説明を「衡量的説明（weighing explanation）」と呼び（Broome 2013: 52）⁽³²⁾、そのなかで果たす役割という観点からpro tantoな理由を定義するのである。

つまり、こうである。もし「NはFすべきである」ということが真であり、それを真にするのが衡量的説明であるなら、そこには「NがFする理由」が少なくとも1つあり、かつそれと対抗関係にある「NがFしない理由」が少なくとも1つある。そして、「NがFする理由」の重さの合計が「NがFしない理由」の重さの合計を超えること、この差引勘定が「NはFすべきである」ということを説明する（真にする）。もちろん、Fしない理由の総重量のほうが大きい場合には、「NはFするべきでない」ことが説明される。Fする理由とFしない理由が総重量において等しい場合には、「NはFするべきである」とも、「NはFするべきでない」ともいえないことが説明されることになる⁽³³⁾。ブルームは、これらの衡量的説明においてFする理由とFしない理由が果たしている役割を、それぞれ「Fすることに与する役割（for-F roll）」・「Fすることに抗する役割（against-F roll）」⁽³⁴⁾と呼ぶ。こうしてpro tantoな理由はつぎのように定義されるのである（Broome 2013: 53）。

【定義】NがFすることのpro tantoな理由とは、NがFするべきことの衡量的説明において、または、NがFするべきでないことの衡量的説明において、または、NはFするべきであるとも、NはFするべきでないともいえないことの衡量的説明において、Fすることに与する役割を果たすものである。

2.3 ルールと原理の区別論②——区別の本質

以上がブルームによる理由概念の分析の概要である。ここには本稿にとって有用なアイデアが多く含まれている。そこでこの分析に若干の検討を加え、ルールと原理の区別論や法的推論の理論に対する示唆を引きだしてみよう。さしあたり検討したいのはつぎの2点である。第一に、そもそもなぜpro totoな理由/pro tantoな理由という区別が生じるのか。第二に、衡量的説明における理由の「重さ」とはなんであり、それはどのようにして比較されるのか。まずは前者について検討し、それをもとにルールと原理の区別論の本質的部分をとりだすことを試みる。後者については、のちほど法的推論の理論を組み立てるさいに論じる機会があるので、それまで棚上げしておく。

(1) 合理性の要請

さて、なぜ規範的理由にはpro toto/pro tantoという区別が生じるのだろうか。あるいは同じことだが、なぜpro totoな理由は〈べき〉を説明するが、pro tantoな理由は単体では〈べき〉を説明しないのだろうか。その背後にあるメカニズムは単純明快であるが、意外にも明確に言語化されることが少なかったように思われるので、以下で検討してみよう。

重要なことは、ここでいう〈べき〉が非限定的な〈べき〉であるということだ。さきにみたように非限定的な〈べき〉とは、すべてを考慮したうえでの〈べき〉(all-things-considered ought)のことをいう。つまりpro tantoな理由は、それだけでは「すべてを考慮した」といえないものであるから、すべてを考慮したうえでの〈べき〉を説明しないのである。

具体例で敷衍しよう。前述の里見のケースにおいて、以下のようなpro tantoな理由があったとする。(i)は里見が子どもを動物園に連れていく理由、(j)はそうしない理由である。

- (i) 子どもを動物園に連れていかないと、子どもとの約束を破ることになる。親は子どもとの約束を守るべきである。
- (j) 子どもを動物園に連れていけば、病院に行くことができず、その結果、自身の受け持っている患者が死亡するかもしれない。医師は自身の受け持っている患者を死なせるべきでない。

この場合、里見が子どもを動物園に連れていくべきか否かについて、すべてを考慮したうえで判断したといえるためには、そのことに関連性 (relevance) のある理由(i)(j)の両方を考慮に入れなければならない。裏を返せば、(i)(j)のどちらかだけでは、すべてを考慮したことにならないということだ。要するに、all-things-consideredというときのthingsにあたるものがpro tantoな理由なのである⁽³⁵⁾。

衡量的説明において〈べき〉が説明されるのは、そこで関連する理由のすべてが考慮されているからにほかならない。たとえば、(i)よりも(j)のほうが重いという衡量結果は「里見は子どもを動物園に連れていくべきでない」ことを説明するが、そこでは衡量というかたちで(i)(j)のいずれもが考慮に入れられている⁽³⁶⁾。

ひるがえってpro totoな理由が〈べき〉を説明するのも、それだけですべてを考慮したといえるからである。たとえば、里見のケースで動物園に連れていく理由(i)だけがあり、そうしない理由(j)がなかったとしよう。この場合、(i)は連れていくべきことを説明するpro totoな理由といえるが、それは(i)だけですべてを考慮したといえるからである。これとはべつに、pro totoな理由の背後にすべてを考慮したうえでの判断が控えているような場合もある。たとえば、(f)「あなたはこのあたりでもっとも優れた法哲学者のもとを訪れるべきであり、かつ、アレクシーはこのあたりでもっとも優れた法哲学者である」が、あなたがアレクシーのもとを訪れるべきことを説明するのは、(f)に含まれる〈べき〉それ自体についての衡量的説明——法哲学者のもとを訪れる理由のほうが、そうしない理由よりも重いという衡量結果による説明——が背後にあるからかもしれない (Broome 2013: 58)⁽³⁷⁾。

以上要するに、関連性のある考慮要素のすべてをカバーするのがpro totoな理由であり、そのうちの一部をなすにすぎないものがpro tantoな理由であるわけだ。こうしてみると、ブルームが「pro toto (全体的な)」・「pro tanto (部分的な)」という名称を採用したことにも合点がいく。結局のところ、われわれが規範的理由のなかにpro toto/pro tantoという区別を見出すのは、実践的判断をするにあたって「すべてを考慮したか否か」ということがきわめて重要な問題であるからなのだ。

ではなぜそれが重要なのか。すべてを考慮することが合理性 (rationality) の要請であるからだ (Broome 2021: 134)。われわれが合理的であろうとするなら、あることをすべきか否かの最終的な (definitive) 判断は、すべての関連性のある考慮要素 (=理由) を考慮に入れたうえで下さなければならない。動物園に行けば患者が死亡するかもしれないと知っ
ていながら、それをまったく考慮せずに子どもとの約束だけを考慮する人は不合理である。もちろん、患者のことだけを考慮する人も不合理である。なぜそれが不合理なのかと問うことに、おそらくあまり意味はない。人間理性 (ratio) とはそういうものであると伝統的に

考えられてきたのである⁽³⁸⁾。

(2) ルールと原理

それでは以上のようなpro totoな理由とpro tantoな理由の区別、そしてその区別の根本にある合理性の要請をふまえたうえで、あらためてルールと原理の区別について考えてみよう。

私はさきほどルールと原理の区別基準を、確定的（definitive）な法規範であるか、それとも一応（prima facie）の法規範であるかという点に求めた。いまならこのような区別の根本にある考えかたをより明確に示すことができる。まず前提として、法実践とは合理的な営みである——少なくとも、そうあろうとしている——と考えておこう。そうすると、法的にNがFするべきか否かについては、そのことに関連性のあるすべての法的理由を考慮したうえでなければ最終的な判断をすることができない⁽³⁹⁾。ルールと原理の区別の本質はここにある。すなわち、ルールとは、すべてを考慮したうえで形成されているがゆえにdefinitiveな法規範であり、原理とは、すべてを考慮するまえの段階にあるがゆえにprima facieな法規範であるのだ（Alexy 1986=2002: 82; 2021: 192; MacCormick 1978: 255-8）。

具体例で敷衍しよう。民法162条1項は「20年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得する」としている。この法規範に関連性のある考慮要素は、つぎのようなものだろう。(1)は当該状況下での所有権取得を肯定する理由、(m)は否定する理由である。

- (1) 20年間所有の意思をもって平穩かつ公然と他人の物を占有した者が所有権を取得しなければ、そのような長期間継続した事実状態が覆されるかもしれない。継続した事実状態は保護されるべきである。
- (m) 20年間所有の意思をもって平穩かつ公然と他人の物を占有した者が所有権を取得すれば、もとの所有者は所有権を失う。所有権は侵されるべきでない。

(m)の「重さ」についてひとこと補足しておけば、20年間も平穩かつ公然の占有を許している者の所有権保障はそれほど重要でない（権利の上に眠る者は保護しない）という評価になるだろう。以上のような理解を前提にするなら、民法162条1項が制定された背景には、(m)よりも(1)のほうが「重い」という判断があるといえる。そのような衡量結果こそが、「20年間……占有したものは、その所有権を取得する」とみるべきことを説明するからだ。

このように民法162条1項が定める法規範は、すべてを考慮したうえで形成されているた

め、最終的・確定的な法規範、すなわちルールとみなすことができる。このような性質をもつルールと個別的事実（たとえば、「Aさんは20年間所有の意思をもって平穏かつ公然とBさんの土地を占有した」）の組み合わせは、基本的にはpro totoな理由として機能する。つまり、それだけで最終的・確定的な個別的規範（「Aさんはその土地の所有権を取得するとみるべし」）を説明する⁽⁴⁰⁾。それが可能なのは、ルール形成の段階ですでにすべてが考慮されているからにほかならない。

これに対して(1)(m)に含まれている規範——「継続した事実状態は保護されるべきである」および「所有権は侵されるべきでない」——は、すべてを考慮するまえの段階にある。いいかえれば、それらはまだ対抗的理由と関連づけられていない（Alexy 2021: 192）。たとえば前者でいえば、なんらかの継続した事実状態があっても、それを保護しない理由が存在し、しかもそちらのほうが重大であるような状況はいくらでも想定しうる。「継続した事実状態は保護されるべきである」という規範は、そうした一切の対抗的理由からは切り離されて定式化されているのである。

そのためこれらの規範は暫定的（prima facie）な結論しか導かない。たとえば「所有権は侵されるべきでない」という規範は、「20年間……占有した者が所有権を取得すれば、もとの所有者は所有権を失う」という事実と合わせると、「20年間……占有した者がその所有権を取得するとみるべきではない」との結論を導くが、これは一応のものでしかない。いうまでもなく、対抗的理由も考慮に入れてはじめて最終的・確定的な結論が出せるからである。

このようなすべてを考慮するまえの段階にあるがゆえにprima facieな法規範が原理と呼ばれる。原理とはルールの理由（考慮要素）となるものであるのだ（Alexy 1986=2002: 59-60; MacCormick 1978: 166）。法体系には数多くの原理が含まれている以上、ある行為を要請する原理と、それをしないよう要請する原理の両方が存在する状況は無数に生じる。そのため原理は、多くの場合pro tantoな理由として機能することになる⁽⁴¹⁾。

なお原理とみなされるのは、(1)(m)全体ではなく、そこに含まれている〈べき〉の部分だけである。理由というものは基本的に規範と事実から構成されるが⁽⁴²⁾（Alexy 1978=1989: 197-202; see Broome 2013: 51）、ルールと原理の区別は規範についての区別であるからだ。

(3) 補足①：ルールについて

本稿で採用する区別論の本質的部分は以上のとおりである⁽⁴²⁾。このような区別論をもとに法的推論の理論を組み立てていくわけだが、そのまえにルールと原理の各概念についていくつか補足しておきたいことがある。まずはルールのほうから補足する。

第一に、ルール概念の定義について。アレクシーはルールをつぎのように定義している。

これに対してルールとは、従われるか、そうでないかのいずれかでしかないような規範である。もしルールが有効であり、かつ〔面前の事件に〕適用されるなら、そのルールが述べるとおりにするよう要請されるのであり、それ以上でもそれ以下でもない。

(Alexy 1986 = 2002: 48)

ロナルド・ドゥオーキンによるつぎのような定式化も基本的には同じことを述べている。

ルールは全か無か (all-or-nothing) というかたちで適用される。あるルールが要件としている事実が認められるとき、そのルールが有効であれば、当該事件においてはそれが提示する答えを受容すべきことになるし、そのルールが無効であれば、それは当該事件における決定にまったく寄与しないことになる。(Dworkin 1978: 24)

これらはいずれも有名な一節であるが、ときおりその趣旨が十分に伝わっていないようにみえることがある。ここでいう「従われるか、そうでないか」とか「全か無か (all-or-nothing)」という表現に仮託して、明瞭 (certain) な法規範がルールであると理解すべきではない。アレクシーもドゥオーキンも、ルールとは、適用される場面で最終的・確定的 (definitive) な結論を導く法規範であるということをしわんとしているのである⁽⁴³⁾。

第二に、すべてを考慮したうえでの判断とは、競合する理由がある場合にはそれらを衡量することを意味するが、この衡量には実質的なものと形式的なものの2種類があるということを指摘しておきたい。さきほどの民法162条1項の衡量的説明においては、所有権取得を肯定する理由(l)と否定する理由(m)が具体的に特定されていた。このように理由の中身が具体化されている衡量を「実質的衡量」と呼んでおこう。

これをわざわざ実質的衡量と呼ぶのは、それとは異なる性質の衡量、すなわち「形式的衡量」があるからである。たとえば、「正当な業務による行為は、罰しない」とする刑法35条について考えてみよう。同条の定める法規範がルールであることは明らかである。というのもこの法規範は、ある行為が「正当な業務による行為」にあたるとされたときに、それを「罰しない」とする最終的・確定的な結論を導くものと一般に考えられているからである。

ここで重要なのは、民法162条1項とは異なり、刑法35条の制定段階では業務行為を罰する理由と罰しない理由が具体的に特定されていないということである。それもそのはずで、問題となっている業務行為がいかなる行為であるかが特定されていなければ、それに関連する理由(原理)も特定されえない。つまりこのルールは、事件類型ごとに罰する理由と罰しない理由を特定し、それらを衡量すること(事件類型ごとにルールを形成すること)を裁判官に委ねているのである。ここから同条にいう「正当な」という言葉の意味を逆算することができる。「正当な」業務行為とは、それを罰する理由よりも罰しない理由のほうが重いような業務行為全般を指す言葉なのである。

ではこのルールの背後にある衡量はどのようなものになるだろうか。以上のことからすれば刑法35条の衡量的説明は、「正当な業務行為を罰する理由よりも罰しない理由のほうが重いという衡量結果が、正当な業務行為を罰するべきでないことを説明する」というものになるだろう。前半部分の衡量結果は、「正当な」業務行為の意味からして当然のことを述べるトートロジーにすぎない。このようにFする理由とFしない理由の中身が具体化されないまま、抽象的・形式的になされる衡量を「形式的衡量」と呼ぶことにしよう。

近代的な法体系においては、意図的に不明瞭（uncertain）な文言——いわゆる「規範的要件」——を用いることで、ルール形成の段階では形式的衡量にとどめておき、実質的衡量を裁判官に委ねるタイプのルールが存在する（Hart 2012: 130-3）。たとえば、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者」は損賠賠償責任を負うとする民法709条、「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為」を無効とする民法90条などもそうである。要するにこれらは、裁判官が「ケースごとに重要性（weight）の変わる諸利益の競合について、諸事情を考慮してバランスをとる」ための方途なのである（Hart 2012: 135）。

この点を確認したかったのは、本稿の主題である違憲審査においても、形式的衡量によって形成されているルールが登場するためである。たとえば、「表現の自由を制限する国家行為は、公共の福祉のために必要かつ合理的なものでないなら違憲である」という判例上のルールがそうである。だがこれについては次節で論じることにしてしよう。

(4) 補足②：原理について

つぎに原理の概念についてもいくつか補足がある。第一に、アレクシーによる原理の定義について。よく知られているように、アレクシーは原理を「最適化命令（optimization commands, Optimierungsgebot）」であるとした。

ルールと原理を区別する決定的なポイントは、原理とは、あることが事実上および法的に実現可能な範囲で最大限に実現されるよう命じる規範であるということだ。つまり原理とは最適化命令なのである。その特徴は、さまざまな程度で実現されうること、そして実現されるべき程度は事実上の実現可能性のみならず、法的な実現可能性にも依存しているということにある。法的に実現可能な範囲は、対抗関係にある原理やルールによって決まってくる。（Alexy 1986=2002: 47-8）

この定義については本稿の議論との関係で2点コメントしておくことがある。まず、この定義では2つの「命令」がないまぜにされていることに注意が必要である。アレクシー自身がのちに認めたように、ここでは「最適化の命令（commands to optimize）」と「最適化され

るべき命令 (commands to be optimized)」とがはっきり区別されていない。原理とみなされるべきは後者だけである (Alexy 2000: 300-1)。

この点を本稿の議論で敷衍しよう。NがFするべきか否かの最終的・確定的な判断は、すべてを考慮したうえでなければ下すことができない——これはFする理由とFしない理由が対立している場合には、それらを衡量して結論を導かねばならないことを意味する。このような判断 (= 衡量) を要請するのは合理性であるが、アレクシーはこの合理性の要請を指して「最適化の命令」と呼んでいるのである。

これに対して衡量される理由——民法162条1項でいえば「継続した事実状態は保護されるべきである」および「所有権は侵されるべきでない」という規範——は、「最適化」の対象、すなわち「最適化されるべき命令」として位置づけられる。このように「最適化されるべき命令」と、合理性の要請としての「最適化の命令」はまったくの別物である。そして原理とみなされるべきは前者、すなわちすべてを考慮するまえの段階にあるがゆえにprima facieな法規範だけなのである。この意味で原理を「最適化命令」としたのはミスリードであったといわざるをえない。

アレクシーの定義——「原理とは、あることが事実上および法的に実現可能な範囲で最大限に実現されるよう命じる規範である」——にかんするコメントの2点目として、本稿では原理概念から「事実上の実現可能性」という要素が除外されることを確認しておきたい。上記定義にいう「法的に実現可能な範囲で最大限に実現される」とは、原理はより重い対抗原理がある場合、それによって実現が制限されることを意味する。これに対して「事実上……実現可能な範囲で最大限に実現される」とは、原理は他の原理を損なうことなく実現される余地があるとき、そのかぎりでの実現が拡張されることを意味する (Alexy 2021: 192 n. 13)。

アレクシーによれば、このような原理概念からは比例原則——適合性・必要性・狭義の比例性の3点セット——が「論理的に導出される」。具体的には、「法的な実現可能性」が狭義の比例性に対応し、「事実上の実現可能性」は適合性・必要性の原則に対応しているという (Alexy 1986 = 2002: 66-9)⁽⁴⁴⁾。けれども、原理概念から三つ組の比例原則が論理的に導出されるという言いかたはやや修辭的である。実際には、比例原則を論理的に導出できるように原理概念を定義しているというべきだろう。このようにみると「事実上の実現可能性」という要素は、適合性・必要性の原則を、ひいては三つ組の比例原則を導くために追加されていることがわかる。

しかし本稿では、ドイツ法に固有の要素に引きずられることなく、日本の法体系や法実践をよりよく説明できるような原理概念を構成するべきだろう。この点、日本ではドイツのように三つ組の比例原則が確立しているわけではない。次節で明らかになるように、三つ組の

うち日本の違憲審査を説明するうえで必要なのは狭義の比例性（＝比較衡量の要請＝合理性の要請）だけである。そのため本稿では「事実上の実現可能性」という要素を原理概念から除外する。もっとも、これは適合性・必要性の原則に相当する考えかたが日本の違憲審査にはみられないということを意味するわけでない。それらは比例原則論のように「ルール」としては存在していないが、それとは違ったかたちで違憲審査に組み込まれているのである。この問題についても次節で詳しく論じることにしてしよう。

原理概念にかんする第二の補足は、妥当（valid）な原理の見出しかたについてである。原理という法規範は、制定法主義のもとでも明文化されていないことが多い。たとえば民法学で頻出する「継続した事実状態は保護されるべし」や「取引の安全は保障されるべし」といった原理は、民法典のどこにも書かれていない。では法体系において妥当している原理はどのようにして同定されるのだろうか。

さきほど述べたように、原理とはルールの理由である。同じことを法律家・法学者がよく使う言葉でいえば、原理とはルールを形成するにあたっての考慮要素であり、ルールにおいて調整されている利益であり、ルールの保護法益であり、ルールの趣旨・目的であり、あるいはルールを正当化するものである。したがって妥当な原理は、明文化されていない場合でも、妥当なルールの理由（考慮要素、趣旨、目的）を逆算することで同定することができるのである⁽⁴⁵⁾——もちろん、そのような同定作業には一定の創造性が伴うことになるが（MacCormick 1978: 153）⁽⁴⁶⁾。

これに対して比較的少数ながら、原理が明文化されることもある⁽⁴⁷⁾。法律の第1条に置かれる目的規定などはその典型だろう。目的規定は、その法律の諸ルールが全体として追求する目的、すなわちそれらに共通する理由を述べるものであるから、原理を定めたものとみることができる。また憲法の人権規定も、多くは原理を制定したものと理解しうる。というのも、そこで定められている法規範は、あきらかにすべてを考慮するまえの段階にあるからである。

2.4 法的推論の理論・総説

補足がやや長くなってしまったが、議論を本筋に戻そう。本節の目的は、違憲審査の記述的理論を構築するための分析視点として、法的推論の一般的構造を解明することにあつた。ここまでルールと原理の区別について検討してきたのも、それが法的推論の理論の基礎をなすからであった。そして検討の結果、この区別の本質はつぎの点にあることが明らかになった。すなわち、ルールとは、関連性のあるすべての法的理由を考慮したうえで形成されているがゆえに最終的・確定的（definitive）な法規範であり、原理とは、すべてを考慮するま

えの段階にあるがゆえに暫定的 (prima facie) な法規範である、と。

このような区別論をふまえて、いよいよ法的推論の理論を組み立てていく。法的推論の大枠は、1階の正当化と2階の正当化からなる2階建て構造として理解することができる (Alexy 1978=1989: 221; 2003: 435; MacCormick 1978: 100-1)⁽⁴⁸⁾。ざっくりいえば、1階の正当化とはルールによる正当化であり、2階の正当化とはルールの正当化である。実際の裁判実務では、1階の正当化だけで完結する事件がほとんどを占めるが、なかにはルールが「尽きる」ことで1階の正当化ができないような事件もある。そのような場合に法的推論は、ルールを形成するべく2階の正当化 (メタ正当化) へと移行することになる。以下ではまず、1階の正当化、1階の正当化の限界、2階の正当化という順で法的推論の構造全体を鳥瞰し (2.4)、そのあと2階の正当化にかんする各論的な検討を行うことにしよう (2.5)。

これから述べていくことは、法律家ならだれでもあたりまえに行なっていることである。しかしながら、なにかをするということと、そこでなにがなされているのかを明確な言葉で論じるということはまったく別のことがらである。違憲審査の記述的理論に必要なのは、ごく基礎的なところからひとつずつ明快な分析を積み重ねていくことである。

(1) 1階の正当化

裁判所が個々の事件を解決するために行う法的推論は通常、ルールと個別的事実から個別的規範を導くという形をとる。これは一般に法的三段論法と呼ばれる推論形式であるが、法的推論の骨格をなす重要な構成要素であるので、その構造をもう少し詳しくみておこう。

この1階の正当化の形式をできるだけシンプルに書きあらわすと以下のようなになる。

- (1) すべての人 x について、 x が20年間所有の意思をもって平穏かつ公然と他人の物を占有したならば、 x はその所有権を取得する。
- (2) aさんは、20年間所有の意思をもって平穏かつ公然と他人の物を占有した。
- (3) aさんが20年間所有の意思をもって平穏かつ公然と他人の物を占有したならば、aさんはその所有権を取得する。[(1)より]
- (4) aさんは、その所有権を取得する。[(2)(3)より]

順を追ってみていこう。まず(1)はルールである。ここで重要なのは、法規範 (ルール・原理) はまずもって全称命題のかたちで法体系に含まれているということだ。全称命題 (universal proposition) とは、ある集合に属するすべてのものについてなにごとかを述べているような命題のことをいう。たとえば「人は皆いつか死ぬ (すべての人 x について、 x はいつ

か死ぬ)」や「法哲学者ならマコーミックのことを知っている（すべての人 x について、 x が法哲学者であるならば、 x はマコーミックのことを知っている）」といった命題は、いずれも人という集合に属するすべてのものについてなにごとかを述べているので全称命題である⁽⁴⁹⁾。これに対して、特定の個体についてなにごとかを述べている命題を単称命題（singular proposition）という。たとえば「アレクシーはマコーミックを知っている」は単称命題である。このようにみると(1)のルールも全称的であることがわかる⁽⁵⁰⁾。

なぜ法規範は全称命題のかたちで妥当しているかという、形式的正義が法規範を全称化するよう要請するからである（Alexy 1978=1989: 222; MacCormick 1978: 73）。形式的正義は、少なくとも近代的な法体系では一般的に承認されている根本的な要請であり、「等しいものは等しく、異なるものは異なるように扱え」と定式化される（憲法14条1項の定める法の下での平等は、その具体化ないし明文化であるといえよう）。つまり形式的正義のもとでは、同様の事件は同様に処理しなければならないため、法規範は必ずなんらかの集合に言及することになるのである。もっとも、形式的正義はどの範囲を「等しいもの」とみるかについてはなにも語らない。それは実質的正義の問題である。それでもなお、法規範が全称化可能（universalizable）でなければならないことは、このあとみていくように法的推論の理論の基礎をなす重要な特徴である。

ところで、(1)のルールには一見したところ〈べき〉が含まれていないが、なぜそれは法規範といえるのだろうか。この問題についてはいろいろな理解のしかたがあるが、ここでは、法規範はつねに裁判官（法適用者）を名宛人とした〈べき〉、すなわち裁決規範としても把握できることを指摘しておきたい（Alexy 1978=1989: 224 n. 35; 青井2007: 83-4）。たとえば(1)なら、「裁判官は『 x が20年間……占有した』と認めるならば、『 x はその所有権を取得する』と判断すべきである」という法規範としてみることができ⁽⁵¹⁾。法的推論の理論は、まさに裁判官等による裁決にかかわるものであるから、基本的には裁決規範のレベルで考えていくべきだろう。ただし本稿では、煩雑化を避けるため裁決規範としての表記は省略したいと思う。

つぎに、(2)は認定された事実である。これは a さんという個体について述べる単称命題である。そのつぎの(3)は(1)から導かれる単称的な規範であるが、このような導出が可能なのは、(1)はすべての人について述べており、それゆえ a さんについての命題である(3)をも含意しているからである。このように全称命題から単称命題を導く推論のことを全称例化という。こうして得られた(2)と(3)から、結論として(4)が導かれることになる。ここでの推論形式は、「 p ならば q 」と「 p 」からは「 q 」が導かれるとする前件肯定式（modus ponens）である。前件肯定式が演繹的に妥当な推論形式であることはいままでもない。

このように1階の正当化とは、ルールと事実という2つの前提から、全称例化と前件肯定式という推論形式によって個別的(単称的)規範を導くことをいう。この推論は、諸前提に含意されているものをとりだす——それゆえ前提が真(ないし正当)であるなら結論も必ず真(ないし正当)になる——タイプの推論という意味で、演繹的推論である(ようにみえる)。そのためマコーミックは、1階の正当化を指して端的に「演繹的正当化」と呼んでいる(MacCormick 1978: 19)⁽⁵²⁾。厳密には演繹的推論ではないとの理解が有力であるが⁽⁵³⁾、1階の正当化の基本的構造を論じるうえでこの問題に立ち入る必要はない(Alexy 2003: 435; MacCormick 1978: 28 n. 5)。

以上のように、法的推論はまずもって(すなわち1階部分において)演繹的な推論形式をとる。そしてそれは法実践において盤石な正当化とされている。くりかえしになるが、1階の正当化で前提にすえられる法規範はルール、すなわちdefinitiveな法規範であり、ゆえにそこから導かれる個別的規範もdefinitiveであることが重要である⁽⁵⁴⁾。ルールによる正当化は合理性の要請——すべてを考慮したうえで最終的判断を下すことの要請——にかなうものであり、それ以上の推論は基本的には不要なのである⁽⁵⁵⁾。

(2) 1階の正当化の限界

元裁判官の土屋文昭によれば、地方裁判所が扱う民事事件の約9割は、事実が確定されれば「ストレートに法律が適用されて結論が出る」ような事件であるという(土屋2015: 4, 208)。つまり現実の裁判実務は、ほとんどの場合1階の正当化で完結するということだ(刑事事件についてもおそらく大差ないだろう)。

しかしながら、1階の正当化はいつでも可能というわけではない。適用すべきルールが尽きてしまう場面は不可避的に生じるからである。もちろん、そのような場合にも裁判官は法的判断を回避することはできない。そこで法的推論は、一般に「法解釈」と呼ばれる特殊なルール形成のプロセスに移行することになる。これが残りの約1割の事件で行われる「2階の正当化(second-order justification)」である(なぜ「2階」なのかといえば、それは1階の正当化のための正当化、すなわちメタ正当化であるからだ)(MacCormick 1978: 100-1)。

では「ルールが尽きる」とは具体的にはどういうことであるのか。これは2階の正当化のありかたにもかかわる問題であるから、ここでもう少し詳しくみておきたいと思う。ルールが尽きたといえるような問題状況は、大きく「解釈問題」と「補充問題」の2つに分けることができる。この分類が伝統的な「(狭義の)法解釈」と「欠缺補充」の区別に対応していることはいうまでもない⁽⁵⁶⁾。順にみていこう。

まず解釈問題について。ルールは、適用される文脈によって多義的ないし不明確——すな

わち不確定 (uncertain)——にならざるをえない。古典的な例だが、最大判昭和23・7・29 (刑集2巻9号1092頁) で争われた憲法38条3項の解釈問題をとりあげよう⁽⁵⁷⁾。以下の(1)は同項のルールであるが⁽⁵⁸⁾、この事件では(2)のような事実への適用可能性が問題となった。

- (1) すべての人xについて、xにとって不利益な唯一の証拠が「本人の自白」であるならば、xは有罪とされない。
- (2) bさんにとって不利益な唯一の証拠は公判廷における自白である。

このままでは1階の正当化を行うことができない。それはもちろん、公判定における自白は憲法38条3項にいう「本人の自白」に含まれるのかが(事件当時においては)はっきりしないからである。ここで必要なのは、ルール(1)と事実(2)を結びつけるような「意味規則 (semantic rule)」(Alexy 2003: 434) である⁽⁵⁹⁾。それはたとえば以下のようなものであるが、ここでは2通りの意味規則を考えることができる。

【解釈A】

- A-(1) すべての人xについて、xにとって不利益な唯一の証拠が「本人の自白」であるならば、xは有罪とされない。
- A-(2) すべての人xについて、xにとって不利益な唯一の証拠が公判廷における自白であるならば、xにとって不利益な唯一の証拠は「本人の自白」である。
- A-(3) bさんにとって不利益な唯一の証拠は公判廷における自白である。
- A-(4) bさんは有罪とされない。(全称例化と前件肯定式は省略)

【解釈B】

- B-(1) すべての人xについて、xにとって不利益な唯一の証拠が「本人の自白」であるならば、xは有罪とされない。
- B-(2) すべての人xについて、xにとって不利益な唯一の証拠が公判定における自白であるならば、xにとって不利益な唯一の証拠は「本人の自白」ではない。
- B-(3) bさんにとって不利益な唯一の証拠は公判定における自白である。

上記A-(2)とB-(2)が意味規則である。解釈Aでは「bさんは有罪とされない」という結論になるし、解釈Bではbさんの事件にこのルールは適用されないという結論になるが、いずれにせよ、そうした1階の正当化は意味規則が確立されてはじめて可能となるのである。このよ

うに解釈問題とは、ルールと事実を結びつける意味規則——裁決規範のレベルでとらえるなら、これも法規範（ルール）である——がいまだ確立されていない場合に、どのような意味規則が選択されるべきか（されるべきでないか）という問題のことをいう。

さきに言及した形式的衡量からなるルールにおいても、この「解釈」問題が生じることになる。たとえば、おとり捜査の適法性が争われた最判平成16・7・12（刑集58巻5号333頁）では、刑訴法197条1項本文（「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる」）に定められたルールに対して、つぎのような意味規則(2)が選択されることになった⁽⁶⁰⁾。

- (1) すべての捜査活動xについて、xが捜査の「目的を達するため必要」なものであるならば、xは適法である。
- (2) すべての捜査活動xについて、xがおとり捜査であり、かつ、直接の被害者がいない薬物犯罪等にかんするものであり、かつ、通常の見方のみでは犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象とするものであるならば、xは捜査の「目的を達するため必要」なものである。
- (3) 被疑者cさんに対して行われた捜査活動dは、おとり捜査であり、かつ、直接の被害者がいない薬物犯罪等にかんするものであり、かつ、通常の見方のみでは犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象とするものであった。
- (4) 捜査活動dは適法である。

さきほどの憲法38条3項の解釈問題では、同項にいう「本人の自白」の意味をどう「解釈」するかという言いかたがしっくりくるが、この刑訴法197条1項では日常的な意味での「解釈」が行われているとはいいがたい。その原因は、上記ルール(1)には実質的な意味内容がほとんどないことにある（それが意図的なものであることはすでに述べたとおり）。それでも、いまだ確立していない意味規則の選択が問題になっているという点で、これも同じ解釈問題としてみることができるのである⁽⁶¹⁾。

ルールが尽きているといえるような局面には、もうひとつ補充問題がある。これは意味規則のレベルではなく、そもそも適用されるべきルールが存在しない場合に、どのようなルールが形成されるべきか（されるべきでないか）という問題である。たとえば、「eさんは消滅時効完成後に自己の債務を承認した」という事実のもとで、「eさんは時効を援用できない」という主張がなされたとしよう。ところが、この問題について民法典は規定を設けていな

い。いわゆる法の欠缺である⁽⁶²⁾。そこで最大判昭和41・4・20（民集20巻4号702頁）では、結局つぎのようなルール(1)が補充されたのであった。

- (1) すべての人xについて、xが消滅時効完成後に自己の債務の承認をしたならば、xは時効を援用することができない。
- (2) eさんは消滅時効完成後に自己の債務を承認した
- (3) eさんは時効を援用することができない

ここでもやはり、このような補充がなされるか否かが決まったあとでないと1階の正当化を行うことはできない。

以上が、ルールが尽きた場合に生じる解釈問題と補充問題である。重要なのは、これらの問題がいずれもルール（意味規則を含む）の形成にかかわっているということである。形式的正義はルールが尽きた場合にも、将来生じる同種の事案において同様の判断をする用意のあることを求める。それゆえ裁判官は、〈bさんの自白は「本人の自白」といえるか〉という個別的（単称的）な判断ではなく、〈およそ公判廷における自白は「本人の自白」といえるか〉という全称的な判断をしなければならない、つまりルール（全称的規範）を形成しなければならないのである（Alexy 1978=1989: 222, 226; MacCormick 1978: 78-9）。

このことは2階の正当化の特性を理解する手がかりとなる。裁判とは、過去に起きた事件について事後的に判断を下す、過去志向的なものであるといわれることがある。これは1階の正当化についてはそのとおりである。しかし2階の正当化は、面前の事件にとどまらず、これから生じる将来の事件でどのように判断していくか、という未来志向的なものになる（MacCormick 1978: 75-6; see Hare 1952: 157-8）。そしてこのような未来志向的な判断においては、なにかをする/しないことの「結果」あるいは「帰結」を考慮するという、帰結主義的思考が行われることになるのである（MacCormick 1978: 103-4; see Hare 1952: 56-7）。

(3) 2階の正当化：全体像のラフスケッチ

それでは解釈問題・補充問題におけるルール（意味規則）の正当化、すなわち2階の正当化はどのようにしてなされるのだろうか。それは1階の正当化（演繹的正当化）の限界において行われるから、演繹的なものではありえない。法的推論の理論にとっての最重要課題は、この2階の正当化の構造を解明することである。しかしながら、2階の正当化は複雑な構造をもっており、すべてを論じ尽くすことは困難をきわめる。そのため本稿では、第1節で確認した理論的課題を解決するのに必要なかぎりでの問題を論じることとしたい。具体

的には、まず2階の正当化にかんする理論の全体像をごくかんたんにラフスケッチしたうえで、そのうち本稿の理論的課題に関係してくる部分——衡量による正当化——に焦点をあてて議論を進めたいと思う。

さて、2階の正当化には大きく分けて2つのモードがあるように思われる⁽⁶³⁾。すなわち、〈制定者意図による正当化〉と〈衡量による正当化〉である。

前者からみてみよう。法の制定は、制定者（立法者）と名宛人とのあいだで行われる言語的コミュニケーションにほかならない（Hart 2012: 124）。つまり制定法とは、制定者による発話（utterance）であるのだ（MacCormick 1978: 209）。言語的コミュニケーションにおいては、発話者は言葉を発し、それによって聞き手が発話内容を理解することを意図する。したがって、制定者がある解釈（意味規則）を意図していることをなんらかのかたちで示せるなら、それによって当該解釈は正当化されるといってよいだろう。このような正当化を〈制定者意図による正当化〉と呼ぶことにしよう。

ここでいう「制定者意図」の見出しかたにはさまざまなものが考えられる。立法経緯（legislative history）の参照はもちろん、言葉の一般的な使用規則への言及（いわゆる文理解釈）もそこに含めることができよう。なぜなら言語的コミュニケーションにおいて発話者は、言葉の使用規則を利用して聞き手が発話内容を理解することを意図するからだ（Searle 1969=1986: 84-5）。あるいは、制定当時の通念などから制定者意図を考えることもできるだろう。たとえば、札幌税関検査事件判決（最大判昭和59・12・12民集38巻12号1308頁）における「検閲」（憲法21条2項）の解釈などはそのような例といえるかもしれない⁽⁶⁴⁾。

これに対して〈衡量による正当化〉は、ある意味では立法者と同じやりかたでルールを正当化するものである。ルールとは、すべての関連性のある考慮要素を考慮したうえで——Fする理由とFしない理由のどちらもが存在している場合にはそれらを衡量したうえで——形成されるものであった（以下、簡略化のため対抗関係にある理由が存在している場合に話を限定する）。つまり裁判官も立法者と同じように、あるルール（意味規則）をもつ理由とまたない理由を衡量してルールを形成することがあるというわけだ。

もっとも、立法者による衡量と裁判官による衡量とは決定的な違いがある。それは、立法者は法体系に新たな原理を持ちこみ、それを衡量してルールを形成することができるのに対して、裁判官は基本的に、法体系に含まれている既存の原理でルールを形成しなければならない、という違いである（MacCormick 1978: 107, 154-5, 187-8）。裁判官が行うのはあくまで法に従った裁判であって、そこで行われるルール形成は法の「すき間をうめるような（interstitial）」ものでなければならないのである（MacCormick 1978: 122）。

以上のように2階の正当化には〈制定者意図による正当化〉と〈衡量による正当化〉とい

う2つのモードがあると考えられるが、問題は両者の関係性である。どちらか一方の正当化だけがなされる場合もあれば、両方ともなされる場合もある。両者ともなされる場合には、たがいに異なる結論を導く場合もあるだろうし、結論が一致する場合もあるだろう。さらにいえば、そもそも両者を区別しがいがある場合もあるだろう。このように2階の正当化の全体像はかなり複雑であることが予想されるため、残念ながら本稿ではこれ以上立ち入ることができない。ただ一般論として、〈制定者意図による正当化〉が可能であるならひとまずそちらが優先され (Alexy 1978 = 1989: 248-9; see also 広中2006: 65-7)、反対に制定者意図をほとんど見出せないようなケース——たとえば、形式的衡量からなるルールの解釈問題——においては〈衡量による正当化〉が行われるということはいえるだろう。

基本的人権にかんする違憲審査においては、多くの場合、憲法制定者の意図を見出すことができないため〈衡量による正当化〉がなされることになる。そこで2階の正当化の全体像にかんする検討は——きわめて不十分であるが——これで切りあげて、以下では〈衡量による正当化〉に焦点をあてることとしたい。項をあらためよう。

-
- (1) もちろん、この四半世紀で判例研究に膨大なエネルギーが注がれ、飛躍的な進展がもたらされたことはたしかである。しかしながら、判例の射程や判例体系の分析に重きをおく判例研究と、判例にみられる法的正当化の構造を解明しようとする違憲審査の記述的理論とは、関心対象が微妙に異なる（もちろん相補的ではあるが）。
- (2) たとえば渡辺（2022: 364注3）は、「透明度の低い日本の判例状況に鑑みれば、まず目指すべきは、従来の判例と親和性のある比例原則の思考を基礎にした目的・手段審査ではないか」〔傍点引用者〕としている。比例原則論のシナリオは、判例のなかに部分的にでも比例原則的なものを見出し、そこから漸進的に比例原則の採用へと誘導するというものだ。それはけっして、憲法判例全体を理論（比例原則）的に説明しようとするものではないのである。
- (3) 私はここで、日本の違憲審査は独自の発展を遂げており、諸外国のそれと大きく異っている、と言いたいのではない。むしろアメリカやドイツの違憲審査も法の解釈・適用である以上、根本的なところでは同じ構造をもっていると考えている。ここで言いたいのは、従来の比較法学的アプローチでは日本の違憲審査にうまく焦点を合わせられないのではないか、ということにすぎない。つまり対象というより、アプローチ（分析視点）のほうを問題にしているのである。逆にいえば、法的推論の理論からアメリカやドイツの違憲審査モデルも説明できるはずだし、それができればこのアプローチはより説得力のあるものになるだろう（紙幅の関係で本稿では割愛せざるをえないが）。
- (4) reasoningという語は「推論」とも「理由づけ」とも訳される。本稿ではこれらを同じ意味で用いる。
- (5) もちろん、そこでは一定の補足や修正が施されてきている。調査官解説における到達点を説き明かすものとして、木下（2017）がある。
- (6) 千葉の見解に集まった批判のほとんどは、「違憲審査はそのようなものであるべきでない」という規範的な議論である。それは裏を返せば、記述的分析としてはほとんど否定されていないようにみえるということだ。じっさい、千葉の見解にもっとも批判的な論者のひとりであ

る市川正人も、「千葉裁判官の判例理解は、比較衡量を行っている最高裁判例の『解釈』として十分成り立つように思われる」としているし（市川2020: 401）、比例原則論を支持する渡辺康行も、「憲法学の観点からは、千葉を語ることは近年の最高裁について語るにほぼ等しい」と述べている（渡辺2022: 455）。

- (7) ほかならぬ千葉自身、判例の場合あたりの性格をあるていど認めている（千葉2019: 15）。近年の千葉の議論は、むしろそうした場合あたりの性格を擁護することに眼目があるといえよう（千葉2019: 14-21）。だがここではそのような議論に立ち入る必要はない。
- (8) 最後の「基準を定立して……」という部分は、堀越事件判決（最判平成24・12・7刑集66巻12号1337頁）の千葉補足意見から引用した（刑集66巻12号1350頁）。このフレーズはあまりに反響（批判）を呼んだためか、千葉（2019: 14）では削除されている。もっとも、それは見解の変化を表すものではなさそうである（千葉2019: 16）。
- (9) 千葉は「利益衡量」という言葉を使うが、これはいわゆる法解釈論争で喧伝された「利益衡量」論を想起させるため、本稿では採用しない（「比較衡量」で統一する）。法解釈論争では、正当化プロセスと発見プロセスの両面にわたって議論が展開されていたが、私がここで問題にしているのは正当化プロセスに限られる。
- (10) 千葉は法令の合憲性判断を扱うのに対して、本件では裁判所命令の合憲性が問われているが、ここではこの点を考慮する必要はない。
- (11) 比較衡量に対する批判にもいくつかパターンがあるが、近年はこの点が強調される傾向にある。枚挙にいとまがないが、高橋和之（2017: 251）のほかにも、土井（2017: 156）、市川（2020: 384）、曾我部（2020: 67）、阪口（2021: 158-9）、小山（2022: 212）、渡辺（2022: 388）など。元最高裁判事によるものとして、泉（2019: 347）。
- (12) わずかに千葉（1995: 234）が、「自由の価値とこれを制限することにより得られる価値とを抽象的に比較しているのではなく（すなわち、私権と公共の利益という図式のみで比較しているのではなく）、具体的な制限の態様・程度等を前提にした利益較量が行われていることに注目すべきであろう」とするぐらいである。
- (13) ただし厳密に言えば、判例におけるこの手の目的-手段関係への着目は、違憲審査基準論という目的・手段審査とは別物である。判例は比較衡量の考慮要素として目的と手段に着目するのに対して、違憲審査基準論は目的審査と手段審査をそれぞれ独立のテストとして位置づけるからである（高橋和之2017: 270-1）。
- (14) 伊藤健の近年の著作は、そうした問題意識から書かれたものである（伊藤2021: i）。
- (15) これも枚挙にいとまがないが、たとえば長谷部（2013: 253）、上田（2019: 63）、市川（2020: 401-2）、坂田（2020: 40-1）、村山（2020: 97-8）、浅野（2021: 400-1）、渋谷（2021: 231, 257）、柴田（2023: 83）など。
- (16) せいぜい、比較衡量の「天秤が最初から大きく傾いており、容易に結論が出る」場合には「厳格な基準」は用いられないとするぐらいである（千葉2019: 23-4）。
- (17) たとえば大阪市ヘイトスピーチ条例事件（最判令和4・2・15民集76巻2号190頁）の調査官解説は、「表現内容規制の合憲性審査の枠組み」をつぎのように整理している。

そして、従来の判例を概観すると、①規制される自由又は利益につき、保護の必要性が特に高く、制限の程度も重大であるような場合については、明白かつ現在の危険を意識した利益衡量の方法を採用し、②その保護の必要性が低く、当該規制の外縁が比較的確かつ限定的なものについては、特に利益衡量の方法について具体的に明示せず、③その余のものについては、⑦明白かつ現在の危険の基準以外の厳格な基準を意識した利益衡量の方法を採用し、又は④……合理的関連性の基準によるという傾向を指摘することができると思われる。（高瀬2023: 214-5）

しかしこの整理については、かりに記述的分析として適切であるとしても、第一に、①および③⑦の「……を意識した利益衡量的な方法」という部分にあいまいさが残る、第二に、①と③⑦がどのように違い、どのように使い分けられるのかが必ずしも明確でない、第三に、③⑦にはさまざまな基準が含まれるが、それらの選択・形成メカニズムがはっきりしないなど、理論的説明としてはなお検討すべき事項が多いように思われる。

- (18) このような見解の基礎にあるのは、酒類販売免許制事件（最判平成4・12・15民集46巻9号2829頁）の調査官解説（縮引1995: 581-3）である。
- (19) いちおう引用しておく、「国公法102条1項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあたっては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の3点から検討することが必要である」（刑集28巻9号399-400頁）との部分が「合理的関連性の基準」として理解されてきた。
- (20) 以下に示すのは、特定の論者の著述というよりは、ひとつのモデルとして私が再構成したものである。このような理解をとっているようにみえるものとして、渡辺（2003: 41-2）、長谷部（2016: 4-5, 234-5）、高橋和之（2017: 216-217）、巻（2019: 110）など。
- (21) 山崎（2021: 173）は、「特定条項が『ルール』か『原理』か、殊更に問題にする論者は、自らの解釈論上の選好の正しさを論証抜きに先取りしている疑いすらある」と述べて、区別論が有益でないどころか有害である可能性を示唆する。これは本文で述べたような区別論に対する批判としては正当であろう。
- (22) 「綻び」という訳語は、Hart（2012=2014: 207）から拝借した。
- (23) 法規範の一般性（generality）を区別の基準にする立場もあるが、本稿では採用しない。あくまでdefinitive/prima facieだけを基準として、一般性はイレヴァントとみる。高度に一般的な規範はprima facieであることが比較的多いとはいえるが、高度に一般的かつdefinitiveな規範も存在するため（たとえば民法90条）、一般性を区別基準にすることはできない（Alexy 1986=2002: 60-1）。なお、一般性と確定性（certainty）は別の性質である。たとえば、「公の秩序又は善良の風俗に反する」という表現は高度に一般的かつ不確定（uncertain）であるが、「その他一切の表現の自由は、これを保障する」という規定は高度に一般的で、かつそれなりに確定的（certain）であるといえよう。
- (24) マコーミックやアレクシーの所説を扱う文献は多いが、詳細な紹介と検討をするものとして、まずは亀本（2006: 1-174）を参照。
- (25) たとえば、T.M.スキャンロンはつぎのようにいう。
私は理由の概念を根源的なものとみる。あることの理由であるとはどういうことか。このことを説明する試みは、すべて同じ概念に戻ってきてしまうように私には思われる。すなわち、あることを支持する考慮要素という概念である。「どうやって支持するのか？」と問われるかもしれない。それに対する唯一の答えは「理由を与えることによってだ」というものだろう。（Scanlon 1998: 17）
- (26) 英語には「べき（ought）」を名詞化した単語がない。そのためブルームは、文法には反するけれども便宜上「べき」を名詞としても用いるとする（Broome 2013: 8）。この名詞化されたoughtについて、日本語では「当為」という訳語をあてることも考えられるが、本稿ではブルームにならって「べき」を名詞としても用いることにする。ただし判別が付きやすいように、名詞化されている場合には山括弧でくくって「〈べき〉」と表記する。
- (27) これらの言いかえにあたっては、(c)の「なぜ」という部分は外し、「自然淘汰は進化の発生を説明する」としたうえで、「自然淘汰が進化の発生を事実にする」などといいかえることになる（Broome 2013: 48）。

- (28) 英語の「reason」という名詞には、可算名詞の「a reason/reasons」と不可算名詞の「reason」があるところ、ここで分析対象とされるのは前者である (Broome 2013: 46)。後者は日本語でいう「理性」を意味する名詞であって、前者とはまた別の概念になる (Broome 2021: 130)。
- (29) ブルームは、「NはFするべきである」といった類の「事実」を「規範的事実 (deontic fact)」と呼ぶ (Broome 2013: 49)。しかし、そこではなにか独特のカテゴリーに属する形而上学的な存在者が想定されているわけではない。「規範的事実」は意味論的实在にすぎないからである (Broome 2004: 31; 鴻2014: 138)。要するに、「NはFするべきである」という規範的命題が真理値 (あるいはそれに類する意味論値) をもつことさえ認めることができれば、それで足りるのである。本稿の文脈でいえば、「NはFするべきである」という規範的命題が真/偽や正当/不正当といった意味論値をもつと想定することは、それほどおかしなことではないと思われる。
- (30) これが前件肯定式 (modus ponens) と呼ばれる推論になっていることはいうまでもない。ただし、さきにも述べたように「説明関係」は非常に広範な概念であるため、被説明項を導くしかたは前件肯定式に限られないし、それどころか論理的関係にも限定されないことには注意が必要である (たとえば因果関係や目的-手段関係なども含む)。なお、この推論を正確に書きだすなら以下ようになる。
- (1) すべての人xについて、xがこのあたりでもっとも優れた法哲学者であるならば、あなたはxのもとを訪れるべきである
 - (2) アレクシーがこのあたりでもっとも優れた法哲学者であるならば、あなたはアレクシーのもとを訪れるべきである [(1)より]
 - (3) アレクシーはこのあたりでもっとも優れた法哲学者である
 - (4) あなたはアレクシーのもとを訪れるべきである [(2)と(3)より]
- (31) ここでは、正当化の対象は〈べき〉(=Fするべきこと)ではなく、行為や信念をもつこと(=Fすること)であると考えられている。
- (32) さきほど述べたように、ブルームは“explanation”を「説明するもの」という意味で用いている。しかしながら“weighing explanation”については、衡量的に「説明すること」といった意味合いでも使われている。
- (33) 念のため補足しておけば、「NはFするべきでない」は、“N ought not to F”, すなわちFの禁止を意味し、「『NはFするべきでない』とはいえない」は、“it is not the case that N ought not to F”, すなわち禁止の否定 (=許可) を意味している。なお、Fするべきであるとも、Fするべきでないともいえないことの説明には、衡量的説明によらないものもある。それは、Fする理由とFしない理由のいずれも存在しない場合や、Fする理由とFしない理由が「通約不能 (incommensurate)」な場合である (Broome 2013: 53)。
- (34) 「NはFするべきでない」ことの衡量的説明において、Fする理由は「Fしないことに抗する役割 (against-not-F roll)」を果たすが、これは要するに「Fすることに与する役割」である。
- (35) 「pro tantoな理由であるがゆえに、単体ではすべてを考慮したことにならない」のではない。Fする理由だけでなくFしない理由も存在しているがゆえに、それらは単体ではすべてを考慮したことにならないのであり、そのような自らの対抗的存在をもつような理由をpro tantoな理由と呼んでいるのである。
- (36) (i)(j)はpro tantoな理由だが、つぎのような衡量結果(k)それ自体はpro totoな理由である。なぜなら、それはまさしく〈べき〉を説明するものになっているからだ。
- (k) 子どもを動物園に連れていかないと子どもとの約束を破ることになるが、それよりも、子どもを動物園に連れていけば病院に行くことができず、その結果、自身が受

け持っている患者が死亡するかもしれないことのほうが重要である。

- (37) ある種の義務論では、衡量にかけられることのない理由が観念されるだろう。たとえば、「人は嘘をつくべきでない」という道徳律は、どれだけあなたに嘘をつく理由があろうとも、つねに「あなたは嘘をつくべきでない」との結論を導く、といったように。この道徳律の適用においては、すべてを考慮していないにもかかわらず〈べき〉が説明されているようにみえるが、これはどう理解したらよいのだろうか。ブルームがいうように、それはpro tantoな理由であるが、いわば無限の重さをもつと考えるしかない (Broome 2013: 59)。無限の重さをもつから、事実上それだけで衡量的説明 (すべてを考慮したうえでの判断) が終了するというわけだ。このように考えるなら、かりに上記のような理由を観念するとしても本文の議論は維持される。
- (38) Fする理由があると信じていながらそれに応えないこと (アクラシア (ἀκρασία)) が不合理であるというのは、古代ギリシアからいわれてきたことである (Broome 2021: 134)。
- (39) さきほどのブルームの議論では、すべてを考慮したうえでの〈べき〉として、法だけでなく、道徳や自愛の思慮なども含めた文字どおり「すべての理由」を考慮したうえでの〈べき〉が考えられていた。これに対してルールと原理の区別論においては、「すべての法的理由」を考慮したうえでの〈べき〉が問題になっている。そこでは法体系に含まれていない理由は基本的に関連性をもたない。このような〈べき〉は、ブルームの議論からすれば、すべてを考慮したうえでの〈べき〉とはいえない。しかし全体と部分の関係は相対的である。つまりそれは、法という部分的な領域の内側では、まさにすべてを考慮したうえでの〈べき〉になっているのである。
- (40) 「基本的には」と限定をかけたのは、ルールには例外ルール (適用除外ルール) が編入される可能性があるからだ。この可能性がある以上、厳密にはルールもprima facieであるといわざるをえない。けれども、このことによってルールと原理の質的な違いが失われるわけではない。というのも、原理がオーバーライドされるためには、それ以上に重い対抗原理があれば足りるのに対して、ルールがオーバーライドされる (= 例外ルールが編入される) ためには、そのルールを支持する原理と、確立したルールを尊重すべきことを内容とする「形式的原理」とを足し合わせた重さを上回るような対抗原理が必要とされる、という重要な違いがあるからである (Alexy 1986 = 2002: 57-8; 2021: 182)。この形式的原理というのは、法的安定性、民主主義、権力分立などの要請を総称したものである。以上のようなルールと原理の違いをより正確に示すために、ルールとはいわばprima facieにdefinitiveな法規範であり、原理とはたんにprima facieな法規範である、という言いかたができるかもしれない。
- (41) 「多くの場合」と限定をかけたのは、ある行為に関連する原理がひとつしかない場合 (たとえば、表現の自由制限がなんの役にも立っていない場合)、その原理はpro totoな理由として機能するためである。このようにpro totoな理由/pro tantoな理由の区別と、ルール/原理の区別は完全に一致するわけではない。それらは異なる区別であるからだ。その違いを整理しておけば、第一に、両者は区別の基準を異にする。前者は対抗的理由が存在するか否かを基準としているのに対して、後者はすべてを考慮したうえでの判断を経ているか否かを基準としている。第二に、両者は区別の対象 (あるいは着眼点) も異にする。すなわち、理由とは「XはYの理由である」というようにつねに相対的・関係的な概念であるのに対して、ルールや原理というのはXそれ自体の性質にかんする非関係的な概念である。このように両者は異なる区別であり、単純に対応させることはできないのである。
- (42) よく知られているように、ルールと原理の違いは、規範間の矛盾抵触がどう解決されるかという点にはつきりあらわれるとされている (Alexy 1986 = 2002: 48-9)。それによると、ルール間の矛盾ではいずれかが無効 (invalid) にならざるをえないのに対して、原理間の矛盾で

はどちらも無効になるわけでない。これはここまでの議論からすれば当然の帰結である。原理はすべてを考慮するまえの段階にある暫定的なものであるため、それらの矛盾抵触ははじめから想定されている。これに対して、ルールは最終的・確定的なものであるからこそ、相互に矛盾抵触してはならないのである。最終的・確定的な判断の矛盾は、あきらかに不合理である (Alexy 2021: 195; Broome 2013: 154-7)。

- (43) ちなみにマコーミックは、ルールはつねに「pならばq」という形式に書きなおせるとしたうえで、それは「所与の要件事実 (p) が生じたときにはいつでも (whenever), 所与の法的効果 (q) が生じる」ことを定めており、その意味で「強行的 (mandatory)」な法規範であると述べている (MacCormick 1978: 45, 54, 156 [傍点引用者])。「強行的」というのは本稿の言葉でいえば「確定的 (definitive)」ということである。
- (44) 「事実上の実現可能性」と適合性・必要性の原則との対応関係について、もう少し敷衍しておく。適合性の原則とは、基本権制限は、その制限目的をまったく促進しないなら違憲であるというルールのことをいう。これに違反する場合、基本権は法的な理由がないにもかかわらず制限されているため、そこには他の原理を損なうことなく基本権を実現する余地、すなわち「事実上の実現可能性」が残されているということになる。つぎに必要性の原則とは、基本権制限は、制限目的を同じくらい促進する、より制限的でない手段が存在するなら違憲であるというルールのことをいう。これに違反する場合も、対抗原理 (制限目的) を損なうことなく基本権をさらに実現する余地が残されているというわけだ。
- (45) ルールの妥当性は、ハートのいう「承認のルール (rule of recognition)」によって判定される (Hart 2012: 94-5)。明文化されていない原理の妥当性は、ルールの妥当性を介して間接的に「承認」されるというわけだ (MacCormick 1978: 233)。原理とは「道徳的原理」であるとする立場もあるが、法と道徳の関係についての議論は錯綜しているきらいがあるので、ここではひとまず上記のようなハートの法実証主義を前提しておく。
- (46) たとえば、さきにもみた取得時効ルール (民法162条1・2項) の原理をどう解するかについても議論がある (四宮=能見 2018: 414-7)。こうした原理の同定作業にあたっては、ルール制定者の意図が援用されることもある。
- (47) この場合の原理の妥当性は、直接的に承認のルールによって判定することができる。
- (48) 日本でもこの2階建て構造の存在はつとに知られていたが (山本2021: 54-5)、現在では平井 (1989: 23) による「マイクロ正当化」と「マクロ正当化」という名称で人口に膾炙している (平井が引用するのもマコーミックやアレクシーである)。しかし平井の議論では、そこからさらに進んで正当化 (とくに「マクロ正当化」) の内部構造が追究されているわけではない。
- (49) かっこ内の表記について敷衍しておく、 $\forall x$ 「すべての人xについて」というときのxは変項であり、人という集合のなかの任意の個体がそこに代入されることを意味する。したがってそれは「任意の人xについて」といいかえてもよい。
- (50) より正確に表記するなら、(1)にいう「物」についても全称化すべきだろう。その場合(1)のルールは、「すべての人xとすべての物yについて、xが20年間……yを占有したならば、xはyの所有権を取得する」となる。
- (51) より正確には裁判官 (法適用者) についても全称化されるので、裁決規範の一般的形式は「すべての法適用者xとすべての人yについて、xがyについてFであると認めるならば、xはyについてGであると判断すべきである」というものになる。このような裁決規範においては、しばしば〈べき〉が二重にあらわれることになる。たとえば「yは損害を賠償すべきである」ことが内容となっている場合、裁決規範は「xは『yは損害を賠償すべきである』と判断すべきである」となる。なお、いわゆる定義規定や意味規則 (後述) のように非自立的な規範も、裁決規範のレベルでは一個の自立的な規範として理解されることになる。

- (52) ただしマコーミックは命題論理を使って論じているため、全称命題とその例化についてはあいまいである（これらは述語論理の概念である）。なお1階の正当化は、Alexy（1978=1989: 221）の用語法では「内的正当化」と呼ばれる。
- (53) なぜ厳密には演繹的推論ではないかという点、(1)や(3)に出てくる「ならば」は古典論理における「ならば」（実質含意）とは異なる意味をもつと考えられているからである。つまり法規範における「ならば」は、例外の主張による阻却可能性（defeasibility）を伴う点で実質含意とは異なるというのである（高橋文彦2013: 130-43）。もっとも、この議論は「出来上がった判決の内容よりも、むしろ判決が出来上がるまでの思考過程」（高橋文彦2013: 81）を念頭に置いたものであるため、本稿のようにもっぱら正当化のプロセス（「出来上がった判決の内容」）に焦点をあてる議論にどこまで参照できるのかは検討の余地があるように思われる。なお、法規範における「ならば」を実質含意とみるものとして、足立（2018）がある。
- (54) 原理についても以下のように「演繹的正当化」を行うことは可能である（いわゆる「要件→効果」図式はルールの特売特許ではない）。しかしながら、その場合の結論(4)はprima facieなものであるところに決定的な違いがある。
- (1) すべての国家行為xについて、xが表現行為を妨げるものであるならば、xは違憲である。
 - (2) 国家行為aは、表現行為を妨げるものである。
 - (3) 国家行為aが表現行為を妨げるものであるならば、国家行為aは違憲である。[(1)より]
 - (4) 国家行為aは違憲である。[(2)(3)より]
- ところで、ルールと原理の区別はdefinitive/prima facieという性質を基準にしているわけだが、以上のように(3)や(4)のような個別的規範にもdefinitive/prima facieの違いを考えることができる。それほど実益のある論点ではなさそうだが、ルールと原理の区別は全稱的規範についてのものとすべきだろうか、それとも個別的規範も含めるべきだろうか。本稿ではひとまず、全稱的かつdefinitiveな法規範だけを「ルール」と呼び、全稱的かつprima facieな法規範だけを「原理」と呼んでおこうと思う。
- (55) 本文では扱えなかったが、「演繹的正当化」はしばしば連鎖的に行われる。すなわち、あるルールのもとで導かれた結論が、こんどは別のルールの要件事実となってさらなる結論が導かれるといった形をとる（たとえば、所有権の時効取得から妨害排除請求権への連鎖など）。このような連鎖の最終地点として、法的紛争の主題（民事訴訟でいう訴訟物）についての判断がなされることになる（MacCormick 1978: 45-6）。
- (56) これはマコーミックによる「解釈問題（problem of interpretation）」と「関連性問題（problem of relevancy）」の分類を借りたものである（MacCormick 1978: 67-70）。後者は判例法主義を前提にした概念であり、判例法に含まれていない新たなルールの主張を法的に正当化しうるか否かという問題状況を指している。制定法主義においてこれに相当するものは、いわゆる欠缺補充の問題であるから、本稿では「補充問題」と呼ぶことにした。もちろん両者にはさまざまな点で違いがある。しかしルールが尽きる場面の分類という目下の議論においては、そうした相違点を考慮する必要はない。
- (57) この段階ではまだ憲法問題をとりあげないほうがよいのかもしれないが、内容がシンプルであり、例として適切であるため採用した。
- (58) 条文それ自体は法規範ではない。それは法規範がとりだされてくるころのもの、すなわち「法源」である（広中1997: 173）。裏を返せば、法規範とは規正文（条文を含む）の「意味」である（Alexy 1986=2002: 22）。それゆえ法規範の定式化は「意味」を損なわない範囲で条文から離れることができる。
- (59) Alexy（1978=1989: 226）では「語法ルール（word usage rules, Wortgebrauchsregeln）」と呼

ばれている。以下では簡略化のため意味規則がひとつしか出てこない例を扱うが、意味規則はしばしば二重三重に形成される (Alexy (1978=1989: 227-8))。

- (60) 刑訴法197条1項本文にいう「取調」は捜査活動一般を意味するとされている (酒巻2024: 27)。これについても意味規則として定式化することができるが、省略した。
- (61) マコーミックは、このような形式的衡量からなるルールの解釈問題を、ある事実類型がルールの要件に該当するものとして分類されるか、という意味で「分類問題 (problem of classification)」と呼んでいる。そして分類問題と解釈問題のあいだに「論理的」な違いはないという (MacCormick 1978: 95)。
- (62) 法の欠缺には、ある事実類型に適用されるルールがそもそも存在しないという「公然欠缺」と、ある事実類型に適用されるルールが適用範囲外とされるべき場合もカバーしており、必要な例外ルールが存在しないという「隠れた欠缺」がある (青井2007: 528-9)。本文で述べたのは公然欠缺の場合である。なお注 (40) で触れた例外ルールの編入可能性の問題は、この隠れた欠缺の補充にかんする議論である。
- (63) 以下の議論は、日本の (裁) 判例も念頭に置きつつ、制定法解釈について論じるMacCormick (1978: 203-13) と解釈カノン (文理解釈や目的論解釈などの法解釈の型) の正当化構造等を論じるAlexy (1978=1989: 234-50) の議論を私なりに再構成したものであるが、概括的かつ暫定的なものといわざるをえない。実証作業も含め、本格的な検討は他日を期したい。
- (64) 同判決はつぎのようにいう。

……憲法が……検閲の禁止についてかような特別の規定を設けたのは、検閲がその性質上表現の自由に対する最も厳しい制約となるものであることにかんがみ、これについては、公共の福祉を理由とする例外の許容 (憲法12条, 13条参照) をも認めない趣旨を明らかにしたものと解すべきである。けだし、……わが国においても、旧憲法下における出版法 (明治26年法律第15号)、新聞紙法 (明治42年法律第41号) により、文書、図画ないし新聞、雑誌等を出版直前ないし発行時に提出させた上、その発売、頒布を禁止する権限が内務大臣に与えられ、その運用を通じて実質的な検閲が行われたほか、映画法 (昭和14年法律第66号) により映画フィルムにつき内務大臣による典型的な検閲が行われる等、思想の自由な発表、交流が妨げられるに至った経験を有するのであって、憲法21条2項前段の規定は、これらの経験に基づいて、検閲の絶対的禁止を宣言した趣旨と解されるのである。

そして、前記のような沿革に基づき、右の解釈を前提として考究すると、憲法21条2項にいう「検閲」とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不適當と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すと解すべきである。(民集38巻12号13017-8頁〔傍点引用者〕)

安念 (2004: 86) は、この意味規則は「出版法から抽出したもの」であり、「憲法定制当時の人々は検閲といえば直ちに出版法を連想したはずですから、このフォーミュラには説得力があります」としている。

文献

青井秀夫 2007『法理学概説』有斐閣

浅野博宣 2021「最高裁の憲法解釈方法に関する一考察——なぜ審査基準論を採るべきか」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論——その諸相と展望』有斐閣, 389頁以下

- 芦部信喜 1994『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣
- 足立英彦 2018「条件つき法規範について」金沢法学60巻2号37頁以下
- 安念潤司 2004「演習」法教285号86頁以下
- 石川健治 2012「法制度の本質と比例原則の適用」LS憲法研究会編『プロセス演習 憲法〔第4版〕』信山社, 291頁以下
- 泉徳治 2019「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」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路口——実務と学知のあいだ』弘文堂, 335頁以下
- 市川正人 2020『司法審査の理論と現実』日本評論社
- 伊藤健 2021『違憲審査基準論の構造分析』成文堂
- 岩崎邦生 2015「判解」最判解刑事篇平成24年度463頁以下
- 上田健介 2019「利益衡量論と審査基準論のあいだ——『集会の自由』領域の調査官解説を読む」法時91巻5号58頁以下
- 内田義彦 1985『読書と社会科学』岩波書店
- 亀本洋 2006『法的思考』有斐閣
- 木下昌彦 2017「最高裁における憲法判断の現況——調査官解説を踏まえた内在的分析の試み」論ジュリ23号16頁以下
- 2019「職業の自由事案における憲法判断の枠組み——平成4年酒類販売免許制事件判決調査官解説を読む」法時91巻5号76頁以下
- 駒村圭吾 2013『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』日本評論社
- 小山剛 2014「比例原則と猿払基準」法学研究87巻2号29頁以下
- 2020『『三段階審査』論』立命館法学393・394号332頁以下
- 2022「比較衡量/総合的考慮論と審査基準論」判時2506・2507号210頁以下
- 阪口正二郎 2021「権威の文化と正当化の文化——日本の違憲審査制はグローバル化に耐えうるか? ——」判時2475号臨増141頁以下
- 坂田隆介 2020「最高裁の『正統性』(legitimacy)」市川正人ほか編著『現代日本の司法——「司法制度改革以降」のひとと制度』日本評論社, 29頁以下
- 酒巻匡 2004『刑事訴訟法〔第3版〕』有斐閣
- 穴戸常寿 2015「日本型違憲審査制の現在」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』三省堂, 255頁以下
- 四宮和夫=能見喜久『民法総則〔第9版〕』弘文堂
- 柴田憲司 2023「憲法判例と比例原則——判例法理の内在的発展の可能性」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』日本評論社, 69頁以下
- 渋谷秀樹 2021「裁判所における違憲審査の基準」判時2475号臨増227頁以下
- 曾我部真裕 2020「違憲審査の方法(2)——(狭義の)違憲審査の方法」法教478号60頁以下
- 2022「職業の自由」法教496号60頁以下
- 高瀬保守 2023「判解」法曹時報75巻7号201頁以下
- 高橋和之 2017『体系憲法訴訟』岩波書店
- 2024『立憲主義と日本国憲法〔第6版〕』有斐閣
- 高橋文彦 2013『法的思考と論理』成文堂
- 千葉勝美 1995「判解」最判解民事篇平成4年度220頁以下
- 2019『憲法判例と裁判官の視線——その先に見ていた世界』有斐閣
- 千葉勝美ほか 2019「〔座談会〕千葉勝美・元最高裁判事との対話」法時91巻9号96頁以下
- 土屋文昭 2015『民事裁判過程論』有斐閣
- 土井真一 2017「§13【個人の尊重・生命, 自由及び幸福追求に対する権利・公共の福祉】」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, 63頁以下
- 長谷部恭男 2013『憲法の円環』岩波書店
- 2016『憲法の理性〔増補新装版〕』東京大学出版会
- 鴻浩介 2014「規範理由は還元不可能な概念なのか」東京大学哲学研究室『論集』33号130頁以下
- 平井宜雄 1989『法学基礎論覚書』有斐閣
- 広中俊雄 1997『民法解釈方法に関する十二講』有斐閣
- 2006『新版民法綱要第一巻総論』創文社
- 卷美矢紀 2019「Obergefell判決と平等な尊厳」憲法研究4号103頁以下
- 村山健太郎 2020「法令の合憲性審査の思考様式」山本龍彦=横大道聡編『憲法学の現在地——判例・学説から探究する現代的論点』日本評論社
- 山崎友也 2021「憲法判例における論証作法と学説の『使命』——非嫡出子相続分違憲決定・その後」判時2479号臨増147頁以下
- 山本敬三 2021「日本における民法解釈方法論の変遷とその特徴」山本敬三=中川丈久編『法解釈の方法論——その諸相と展望』有斐閣, 27頁以下
- 渡辺康行 2003「憲法学における『ルール』と『原理』区別論の意義——R・アレクシーをめぐる論争を素材として——」栗原壽夫古稀記念『日本憲法学の創造力上巻』
- 2022『憲法裁判の法理』岩波書店
- 渡辺康行ほか 2023『憲法I基本権〔第2版〕』日本評論社
- 綿引万里子 1995「判解」最判解民事編平成4年度582頁以下
- Alexy, R. 1978 *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. (R. Adler and N. McCormick, trans., 1989, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. New York: Oxford University Press.)
- 1986 *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. (J. Rivers, trans., 2002, *A Theory of Constitutional Rights*. New York: Oxford University Press.)
- 2000 “On the Structure of Legal Principles.” *Ratio Juris* 13: 294-304.
- 2003 “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison.” *Ratio Juris* 16: 433-49.
- 2021 *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press.
- Broome, J. 2004 “Reason.” In R. Wallace, M. Smith, S. Scheffler, and P. Pettit ed., *Reason and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 28-55
- 2013 *Rationality Through Reasoning*. Chichester: Wiley Blackwell.
- 2015 “Reason versus ought.” *Philosophical Issues* 25: 80-97
- 2021 “Reasons and rationality.” In M. Knauff and W. Spohn ed., *The Handbook of Rationality*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Hare, R. M. 1952 *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press. (小泉仰=大久保正健訳1982『道徳の言語』勁草書房)
- Hart, H. L. A. 2012 *The Concept of Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press. (長谷部恭男訳2014『法概念〔第3版〕』筑摩書房)
- Popper, K. R. 1972 *Conjectures and Refutations: the Growth of Scientific Knowledge*. London: Routledge & Kegan Paul. (藤本隆志ほか訳1980『推測と反駁——科学的知識の発展』法政大学出版会)
- Searle, J. R. 1969 *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press. (坂本百大=土屋俊訳1986『言語行為——言語哲学への試論』勁草書房)
- Scanlon, T. M. 1998 *What We Owe to Each Other*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

國學院大學北海道短期大学部紀要第42巻

MacCormick, N. 1978 *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press. (亀本洋ほか訳
2008『判決理由の法理論』成文堂)