

〈論説〉

「準手続審査の法理論的基礎に関する一考察」

小林 祐紀

はじめに

本稿は、裁判所が準手続審査を審査手法の1つとして実践する際の法理論的基礎に関する検討を目的とする。準手続審査（semiprocedural review）とは、法律の合憲性審査の際に、裁判所が法律の実体審査の一部として立法府の判断形成過程を審査内容に包含するという審査手法を意味するものである。わが国の最高裁判所も、アメリカの連邦最高裁判所も立法過程における手続的瑕疵に着目した審査を行うことに対しては従来から一貫して否定的な態度をとってきた。このことは裁判官のみならず、学者の多くも立法過程における瑕疵を法的に問題にすること（政治の法化）に対しては否定的な立場をとっており、そのこと自体も非常に論争的なものであった。その要因としては、裁判所による立法手続に着目した審査が、法律の内容を審査し、重要な権利を侵害する場合に該当法律を違憲とする実体審査という伝統的なモデルに比して正当なものとはいえないとの考え方が強かったことが指摘できよう¹。

こうしたことの背景には、裁判所が立法過程に着目した審査を行うことは、立法府の自律的な活動を侵害することになるという権力分立原理との抵触があると指摘されてきた。裁判所による立法手続の審査が権力分立との関係で正当化し得るのか、換言すれば、当該審査は権力分立上の問題を生じさせないのかという問題については既に別稿²で検討を行っ

ている。そこで、本稿では、準手続審査を支える法理論的基礎に関する検討、具体的には従来の実体審査を正当化する議論や実体審査を否定する（批判的な）議論の何れの主張においても、裁判所が立法過程における手続的瑕疵を審査することが排除されていないことを明らかにする。それによって、従来の審査枠組みとの接続可能性を示すことにしたい。

I 「手続」の意義

従来、立法手続を規律する様々なルールは、とりわけ憲法学において、それほど重要なものとして扱われてくることはなかった。しかし、近年、政治学などの影響を受けて、実際の重要性が極めて高いものとして立法手続を規律するルールの意義に注目する見解も多い³。本章では、裁判所が立法過程における手続的瑕疵を審査することの前提として、そもそも立法に関する「手続」にどのような意義があるのかについて、幾つかの観点から確認しておくことにしたい。

(1) 手続と「結果」

第一に、ある手続とそれを経て作られたもの（結果）との関係についてである。「[立法過程に携わる] 多くの関係者も外部の専門家も、よいプロセスは、平均的に、かつ長きにわたってよりよい政策を生み出すことに繋がることを認めている⁴」との指摘がなされるように、一般的には手続の良し悪しは、その手続を経て生み出されたものとしての「結果」に影響を及ぼすと考えられている。もちろん、こうした主張には、よいプロセスの構成要素に何を含むのかについて大まかな同意があるに過ぎず、よい政策の構成要素やその判断基準については意見が分かれること、よいプロセスがよい政策を生み出すことを証明する系統的データの不足などの批判もあり得る⁵。

しかし、こうした批判があるとしても、欠陥を抱えた立法過程からは「質の悪い法や不備ある政策（poor laws and flawed policy）⁶」が生み出

され、さらには公益よりも超過利潤（レント）を得ようと活動する利益集団のための法が作られているということは、以前から夙に指摘されてきたことである。⁷ さらに、近年の実証研究においても、党派性の増大と相まって、立法手続を規律する正規のルールからの逸脱が生じることで、議会全体の政策選好の中央値から離れて多数党幹部の選好が政策の結果に反映されるというように結果が歪められることが明らかになっている。⁸

したがって、何がよいプロセスで、何がよい政策なのかを判断する際の基準について各人の考え方や立場に違いが当然に存在するとしても、こうした事象に鑑みると、立法手続やそれを規律するルールが想像以上に政策の結果に重大な影響を与えていることが分かる。

(2) 手続と「正統性」

第二に、手続と議会の正統性、その制定した法の正統性との関係についてである。立法手続は、議会やその制定した法の規範的、社会学的正統性の双方において重要な役割を果たすと考えられている。⁹

とりわけ、規範的政治理論における正統性の考え方に、実体的な観点から政治手続（political procedure）的な観点を重視する方向へと転換が生じていることが指摘されている。¹⁰ 従来、民主主義理論において実体的な観点から正統性を捉えるアプローチは、法の内容やそれが実体的、道徳的な基準に適合しているか否かに焦点を当ててきた。これとは対照的に、手続的な観点から正統性を捉えるアプローチは、正統性の唯一の—あるいは主たる—淵源を法の形成されるプロセスに求める。¹¹ 手続的なアプローチによれば、実体的正義、公共善、そして道徳哲学の内容には論者によって不一致があることから、法を正当なものと捉える際に適切に用いることのできる実体的基準を設けることはできないとされる。そこで、法の効力を正当化する根拠が一般的に受容された手続に見出されるのであれば、特定の法の実体的な内容をめぐる解決困難な不一致に

よってその正当化根拠が失われることはないため、法の正統性が揺るぎないものとなるという点を強調する¹²。

また、社会学的な見地から法の正統性を考えた場合にも係る実証研究によって、人は判断形成過程が公平であると感じる場合に、その結果も正統であると感じることが多くなると一般にいわれている。このことは、人がある結果の実体的内容に完全に同意しているかどうかは別にして、当該判断を支持することに繋がり得ることを意味している¹³。したがって、ある判断に到達する場合に採られるプロセスはその判断によって生じる結果と同程度に人々にとって重要なものであるということである¹⁴。これらの事柄を議会やその法形成過程について当てはめた場合にも、議会の手続に関する人々の感じ方－議会が立法過程において公平な判断形成手続を用いているかどうかの視点－は、議会やその法形成過程の評価、さらにはその結果の正統性に大きな影響を与えることが指摘できよう¹⁵。

(3) 手続と「法の支配」

①憲法上の「法の支配」

第三に、手続と法の支配との関係についてである。立法手続を規律する諸ルールは、立法過程がルールに基づかなければならない（＝政治権力は「法」によって拘束されなければならない）という視点から分析すると法の支配と密接な関連性を持つことになる。日本における「法の支配」は、英米法（とりわけアメリカ法）の影響を受け、「立憲主義」とほぼ同じ意味で用いられ、その内容としては「現在、①憲法の最高法規性の観念、②権力によって侵されない個人の人権、③法の内容・手続の公正を要求する適正手続（due process of law）、④権力の恣意的行使をコントロールする裁判所の役割に対する尊重¹⁷」という4つの原理を中心に理解されている。他方で、法の支配は各国の憲法の歴史とともに発展してきたものであって、どのような要素がそこに含まれるのかについて

は多義的かつ論争的な問題でもある。この場合に、法の支配について一般にコンセンサスの得られる要素（法の一般性・抽象性・明確性・安定性、および遡及立法の禁止¹⁸）を含むものと捉えるならば、立法手続が法によって規律されたプロセスであるべきという見解と適合的となる。

②政治理念としての「法の支配」

他方で、これら憲法上の法の支配についての解釈学説は、政治理念（ないし法理念）としての法の支配とも関係する（憲法上の法の支配の前提となる）こと¹⁹から、この観点から立法手続について考えることにしたい。まず、政治理念としての法の支配については、形式的理論と実質的理論の2つに大きく分けられる²⁰。前者は、たとえばフラー（Lon. L. Fuller）が主張するように、法の一般性、公布、無矛盾性、明晰性などの形式的要件を強調する立場である。多くの人々が法に従うことができるためには、法が一定の形式的条件を充足している必要があり、これが形式的要件なのである。これらは法の創設の仕方、法の実現の仕方に関する形式的な要請ではあるものの、政治権力に対して一定の制約となることから、法の支配として捉えられている。後者は、人権や基本的な実体的価値、あるいは何らかの道徳的基準を強調する立場である²¹。法の支配が形式的要件を充足するだけでなく、法の支配の「法」が正しいもの、善きものでなければならないとする。もちろん、何れの立場であっても、法の支配に何が含まれるのかについては論者によって意見が分かれる。特に、法の支配の実質的な考え方については、「正しい法とは何か」という論争的な問題が常に付きまとうことになり、それに伴う法の曖昧性という問題もある。そのため、英米系の法理論家たちの間では、法の支配を形式的理論に限定して考えているものが多い²²。

③形式的理論と立法手続

では、立法過程を規律するルールが法の支配の観念にとって重要であるということが、前述の形式的理論とも適合的であるのだろうか。当該理論の代表的論者の1人であるフラーは、その主著『法と道徳』²³で、

ルールの下で多くの人々が法に従うことができるためには、法の公布、一般性、明晰性、無矛盾性、恒常性、遵守可能性、非遡及性、公権力の行動と宣言されたルールとの合致という8つの原理（＝「法律性（legality）の原理」）が必要であるとする。これらのあるものは完全に実現されるべきであるものの、他のものの実現は程度の問題であるとしているように、これらの原理から法形成が手続的ルールによって規律されるべきだという命題が明確に導出される訳ではない。フラーも指摘しているように、8つの原理の中で、公権力の行動と宣言されたルールとの合致は最も複雑な問題である²⁴。それは、多種多様な場合に破壊されたり、損なわれたりするからである²⁵。さらに、それは、宣言されたルールとそれらの現実の執行との間に一致が見られないことであり、具体的には、法を知る手段がない場合、法の誤った解釈、賄賂の接受、偏見、権勢欲などがある場合に生じるとされる。フラーは、政府の行為と法との一貫性を確保することを目的として手続的な仕組みの重要性を認識しており²⁶、その不一致を阻止する責務が司法部ないし裁判所に委ねられているとする。さらに、フラーの議論は、立法過程を規律するルールが前述の形式的理論によって同定された法の支配の原理の幾つかの要素に資することを示しているのである。

そのことの重要な例として、法の恒常性が挙げられる。フラーは、法の内面道徳を構成する諸原理の中で、法はあまり頻繁に改正すべきではないことを要求する原理は、形式を整えて憲法の規定に組み入れるのにもっとも適しないものとする。そこで、いかなる法律も年1回以上改正してはならない、と決定するほど不見識な憲法制定議会といったものを思い浮かべることは困難であるとする²⁷。しかし、フラーはここで手続的な重要性を認識しつつも、実際に形式化されたルールを通じて法の支配の原理を理解する直接的な手段が存在することを見落としていると指摘することができる。その手段こそが立法過程を規律するルールなのである。手続的なルールの重要な目的の1つは、立法過程をゆとりあるもの

とし、性急に立法することを防ぎ、熟議的なプロセスとすることにある²⁸。こうしたルールは、法が頻繁に、かつ性急に変更されることのないことを確実にするのであって、フラーが指摘する法の内面道德の1つである「恒常性」という要素を促進することに繋がるのである。また、このようなルールは市民に対して法が変更されることを告知し、自らの行動を正しい方向に向けさせる時間を付与することにも資するのである²⁹。

このように、フラーは立法する方法や形式を規定する形式化されたルールが法の支配の原理に資するということを認識することに最も接近していたと言える。それは彼自身が、憲法典は如何なる制定法も公布の特定の方式を与えられるまでは法とはならないということを規定することができる³⁰と述べているところに表れている。そして、前述のように裁判所がこの規定を実施する権限を有するのであれば、法の制定のための法的要件なるものが存在していると考えられると指摘している³⁰。以上のことを踏まえると、立法過程を規律する諸ルールは、形式的理論の下でも法の支配という理念を確実なものとし、かつ促進する際の不可欠な機能を担うものとなる。

したがって、これら形式的理論、実質的理論の何れを採用したとしても、立法過程がルールによって規律されたプロセスであるべきとの考え方は最も広く共有された法の支配の1つの理解—政府は法によって規律され、かつそれに服すべきという観念—から生じてくるものである。このことは、政府が法の授権の下で、それに適合する形で自らの法形成の権限を含めた権限の行使を当然に求めることになる³¹。さらに、妥当な法を形成するのに必要な権限を付与するルールと、その立法権限をどのように行使するかを立法者に指示するルールは、ともに法の支配の本質的要素になると考えることができる³²。

(4) 小括

法学の領域では従来から、立法過程を規律するルールを軽視する傾向

にあり、³³ こうしたルールを単なる技術的ないしは「思慮のない手続主義 (mindless proceduralism)³⁴」と見たりすることで十分な検討がなされてこなかった。本章では、立法手続やそれに関する諸ルールが、立法の結果、正統性、法の支配の各々にとって実践的にも、規範的にも大きな意義を持つものであることを説明してきた。立法過程を規律するルールの重要性は、立法過程やそれに関係するルールが、プロセスを経て生み出された結果と同様に裁判所による審査を受けるに値するものであることを示しているといえる。もちろん、本章はそのような司法審査の正統性を構築することにあるわけではなく、その前提にある「手続」の適切でないし、その憲法適合性を裁判所が判断することの重要性を示すものである。そのため、次章以降では、立法過程を規律するルールの守護者ないし立法過程が適切か否かの監督者として裁判所の役割を考えることが正当なものといえるのかという問題を検討していくことにしたい。

II 実体審査の論拠の援用可能性

本章では、実体審査に関する主要な議論が立法手続の審査にも当てはまること、さらには、実体審査に指摘される批判も立法手続に関する審査には緩和されることを示すことによって、従来の司法審査を支える理論枠組との関係で立法過程における手続的瑕疵の審査の可能性が排除されていないことを示すことにしたい。ここでは、アメリカにおける司法審査を確立したと評される *Marbury v. Madison*³⁵ 連邦最高裁判決で示された実体審査の根拠となる各要素を踏まえ、検討を行うことにしたい。もちろん、本件は司法審査の可否を対象とするものであるが、その射程から立法過程における手続的瑕疵の審査が排除されているのか否かに焦点を当てることになる。

(1) 憲法の優位性

Marbury 事件で示された重要な要素は、①憲法が立法府の通常の法

律に優位すること³⁶、②憲法に反する立法府の法律は無効であること³⁷、③裁判所は憲法に矛盾する法律を執行できないこと³⁸、に要約することができる。マーシャル裁判官は、憲法を制定した目的について、「立法府の権限が定義され、制限される³⁹」というように政府の権限に制限を設けることにあり、憲法に矛盾する法律を執行することはこの目的を損なわせることになるとした。こうしたマーシャル裁判官の見解を学説は従来から、司法審査の「伝統的で、最も強力な主張⁴⁰」として受容してきたのである。したがって、違憲の法律を執行することは法律に対する憲法の優位性を損ない、さらには立法府の権限を制限するという憲法の目的をも減殺させることになるという主張は、憲法上の立法手続を侵害する形で制定された法律の場合にも同様に当てはまるものであると考えられる。

憲法の法形成に関する諸規定の目的は、議会の立法権を「規定し、定義する」こと、そして特定の手続に制限することにあることはよく知られていることである⁴¹。実際に、これらの規定の文言、歴史、目的は、「立法行為に関する規定は、政府の立法権限が綿密に作り上げられ、入念に考えられた手続に適合するように行使されるべきであるという起草者の考えを表明するものであることを明確に承認している⁴²」と考えられている。

実際に、アメリカの連邦最高裁もかつて判例の中で、「憲法典の下では、如何なる政府機関あるいは省庁も他に優越するものではない」という概念は、「政府の機関の権限や法律制定における立法府の権限が⁴³、憲法に適合する形で行使されているか否かを決定するための司法機関⁴³」を要求すると判示している。憲法の優位性の原理や制限された議会制度は、裁判所に対して、立法府が立法過程を含むすべての権限を憲法に合致する形で行使することの保障を求めるという考え方は、立憲民主主義における立法手続の審査の発展にとって重要である。したがって、立法府の権限に係る実体的な制限があらゆる成文憲法や立憲主義の本質的な要素であるかは論争的なものであるとしても、憲法が通常の法形成のた

めの手続的前提条件を含んでいることは広く受け入れられていると指摘できよう。

マーシャル裁判官は、憲法が人民の意思を体现するものであることから、憲法が最高位のもので、立法府を拘束するものであるとする⁴⁴。この主張は、憲法の法形成に関する規定にも関係する。それは、主権者である人民自らが原初的に有する法形成権限を立法者に授権し、さらには立法者が自らの権限を行使する特定の手続を定めたからである。したがって、立法過程の司法審査は、選挙によって選ばれた立法者によって実際に可決されていない、あるいは立法府が従うべきであると人民が同意した手続に適合しない形で成立した法によって統治されないという人民の権利を保障することになるのである。

(2) 法の支配

マーシャル裁判官による司法審査の正当化は、「法の支配」の概念に依拠するものとして捉えることができる。ある論者が指摘するように、マーシャル裁判官の主張が、民主的な機関である立法府がその権限行使にあたり憲法上の限界を遵守しているか否かを裁判所こそが公平に判断できるという考え方に依拠していたことによるものである⁴⁵。また、こうした見解以外にも、Marbury 事件を法の支配と司法審査の強力な結合の淵源として捉える傾向もある⁴⁶。

本件が法の支配に関する前述の見解の根拠となるか否かにかかわらず、本件と結び付けられた法の支配に基づく主張は、司法審査を巡る正当化の議論にはよく見られるものである⁴⁷。法の支配に基づく正当化は、以下のような論理展開をする。それは、①法の支配は政府が法に自らの活動が合致する形で行われることを要求し、②司法審査は政府の行動や活動に対する公平無私な視点を維持するのに必要であることから、③したがって、司法審査は法の支配にとって重要なものとなるというものである⁴⁸。

こうした見解は立法手続の審査を排除するものではないといえる。立法過程がルールによって規律されるべきだとする要件を法の支配が包含するという主張は、この概念の一般的な理解に基づくものである。実際に、法の支配に関する代表的論者は、実体審査よりも立法手続の審査の正当化根拠として当該概念を受容している。代表的論者の1人であるラズ（Joseph Raz）による法の支配の説明は大変示唆に富むものである。ラズは、法の支配の基本理念から生じ得る重要な原理の1つとして、裁判所は議会の制定した立法に対する司法審査の権限を有するが、それは極めて限定的な審査、つまり法の支配との合致を確実にすることに限られるとする。⁴⁹この点、法の支配を民主主義、正義、平等、人権あるいは個人⁵⁰の尊重や人間の尊厳と混同すべきではないと指摘しているように、ラズの説示が実体審査を意味するものではないことは明らかである。それに代わって、法の支配の理念によって要請される司法審査の類型として、ラズの列挙した法の支配の諸原理の実現に係る審査権限であるとする。そして、ここには法の制定はルール⁵¹によって規律されるべきという重要な原理も包含されているのである。

なお、憲法の優位性と法の支配は並列的に語られることがあるが、両者には重要な差異が存在する。それは法の支配による正当化が憲法の優位性の考えを受容することを前提としないということである。このことは、第一に、成文憲法を持たず、実体的な司法審査が認められない法システムの下でさえ法の支配に基づく主張は立法手続の審査を排除していないこと、第二に、立法手続を規律する憲法的、準憲法的ルールの何れも裁判所が執行することを容認しているという意義を明らかにするのである。シャウアー（Frederick Schauer）が指摘するように、「立法が法を遵守する形でなされるべきだということが法の支配の命ずるところであるとするならば、立法府の機能を構成し、制限する様々な法は裁判所の管轄内に存在する。したがって、裁判所は憲法的準則の執行者のみならず、立法者が自らを規律するルールとしてその遵守が期待されている

プロセスの執行者として最も説得的に理解される⁵²」ことになる。

(3) 憲法上の根拠と最高法規条項

このような一般的な議論に加えて、マーシャル裁判官は司法審査の根拠を「憲法の特定の文言」に見出している⁵³。たとえば、Marbury 事件において「司法権は、この憲法の下で生じる……すべての事件に及ぶ」と規定し、裁判官に憲法の擁護を課す合衆国憲法3条2節に依拠している⁵⁴。憲法を擁護し、憲法の下で生じるあらゆる事件を裁定するという司法の義務は、憲法の法形成に関する規定の侵害事例にも同様に適用される。

ここではさらに、「この憲法及びそれにしたがって制定された合衆国の諸法律は、……国の最高法規である」と規定する合衆国憲法6条2節のいわゆる最高法規条項に依拠している点が重要である。この主張は司法審査を巡る議論において重要なものであり、多くの論者が「憲法の文言、歴史、そして構造は、最高法規条項が連邦法の司法審査を行う権限を付与することを認めている⁵⁵」ことを根拠に司法審査を支持している。クラーク (Bradford Clark) の次の指摘はまさにこの点を的確に表現している。

「最高法規条項は、……裁判所が州法に対して『国の至高の法』に従うことを要求しているが、同条は連邦法の優位性について、憲法に『遵守した形で』制定されていることをその条件としている。したがって、憲法は『裁判官に対して州法よりも連邦法を優先することを明確に命じる』だけではなく、連邦法よりも憲法を優先することをも含意している。このことは、州法と連邦法のどちらに従うかを裁判所が決定する際に、裁判所はまず問題となっている連邦法の憲法適合性に係る争いを解決しなければならぬ⁵⁶」。

したがって、法律が憲法を遵守した形で制定されたか否かを検討することを最高法規条項が裁判所に要請しているとするならば、裁判所によ

る当該審査は、憲法に規定された手続的な法形成要件と適合的か否かを判断する権限を含むということになるだろう。実際に、最高法規条項を根拠にして結論を導いた Marbury 事件に批判的な論者も、「遵守する形で作られた」という判示を、憲法の手続的な法形成要件と適合的に法律を制定することのみを要求するものとして解釈するのである。⁵⁷

最高法規条項が裁判所に対して、憲法を遵守した形で法律が制定されたかを審査することを求めているとすれば、当該規定は当然に憲法上に規定された手続的な法形成に関する要件との適合性を判断する権限を含むということになるといえる。要するに、「適合的」か否かの審査は手続的な要件の充足のみならず、実体的な審査も包含することになるが、最高法規条項を根拠に立法手続の審査を否定しておきながら、実体審査のみを認めることは極めて困難であるということになるだろう。

Ⅲ ハートの議論

次に、20 世紀の法実証主義の理論家としてケルゼン (Hans Kelsen) とともに知られるハート (H.L.A. Hart) が、近代国家法の基本的な特徴・構造を解明しようとした主著『法の概念』⁵⁸の中で示した理論を手掛かりに、裁判所による立法手続の審査の可能性を見出し得るのかについて検討することにした。

(1) 議論の前提⁵⁹

ハートの議論は、「法とは何か」という問いに対してオースティン (John Austin) が説いた「法＝主権者命令説」では十分に説明できないという批判（近代国家法の特徴は、主権者、習慣的服従、命令などによっては説明できない）から出発する。法＝主権者命令説の典型としてイメージされる刑法についても、命令した主権者にも適用されることから「命令 (command)」の概念によっては説明することができないとする。また、法には、刑法を典型とするような制裁の威嚇を背景とした義

務を課すものだけではなく、契約や遺言や婚姻などを行う私的権能を付与するものもあるにもかかわらず、法＝主権者命令説は様々なタイプの法を無理に統一しようとしているとする。

そこで、「命令」に代えて、「ルール」の概念を導入する必要性を唱えるのである。ハートは、社会的ルールに着目し、社会的ルールには義務賦課的ルール（一次ルール [primary rule]）があるとする。これは一定の行為の禁止や、違法行為に対する刑罰規定などの個々人の行動に関わるルールの集まりを意味する。日常生活において、自分または他人の様々な義務を意識し、それによって行動を制御している。また義務について語ったり、それを根拠にして何かを正当化したり、他人を批判したりしている。そこでは人々は何らかのルールを受け入れ、行動の指針ないし規準として用いている（ルールの「内的側面」と呼ばれる）。

しかし、このような義務賦課的ルールである一次ルールのみでは社会には次のような欠陥があるとする。それは、①社会において遵守されるべき権威あるルールが何か明確でないというルールの不確定性、②社会変化に応じてルールの改廃ができないというルールの静止性、③ルールの解釈や違反をめぐる紛争を解決できないというルールの非効率性である。これらの欠陥を是正するために導入されるのが、次の3つのルール（二次ルール [secondary rule]）である。二次ルールは、前述の一次ルールとは異なり、個々の市民に対して直接に義務や責務を課すものではなく、専ら一次ルールの認定・変更・裁定に関わるものであり、権限付与的ルールである。それは、①社会において遵守されるべき権威あるルールが何かを定める「認定のルール (rule of recognition)」、②既存のルールの改廃する手続・権能を定める「変更のルール (rule of change)」、③ルールの解釈や違反をめぐる紛争を解決する権能を付与する「裁定のルール (rules of adjudication)」である。

認定のルールは、法を適用する者に対して、ルールに明記された特定の妥当性の基準を満たす法を認識し、適用する義務を課すことになるた

⁶⁰め、「何が法であるか」を最終的に決定する「究極の」ルールであり、法の妥当性の最終的な源泉であるとされる。変更のルールや裁定のルールはルールを同定する限りで、ともに認定のルールでもあり得る。ただし、認定のルールは他の2つのルールとは異なり、「裁判所、公務員、私人の、通常は合致する複雑な慣行としてのみ成り立つ」ものであり、言うなれば「その存在は事実問題」⁶¹なのである。認定のルールこそが他のルールの妥当性を決めるものであるため、認定のルールそのものの妥当性を識別する基準というものが外部に存在すると考えることはできない。そのため、認定のルールは「妥当でも妥当でないわけでもなく、単にそうした仕方での使用が適切なものとして受容されるだけ」ということになる。以上、簡単に説明してきたように、ハートは法を「一次ルール」と「二次ルール」の結合体として捉えるのである。

(2) 立法手続の審査と法の認定

ハートの理論を用いて立法手続の審査の基礎を構築しようと試みる論者は、ハート自身が立法手続の審査を肯定しているとの主張⁶²や、またあらゆる法システムが立法手続の審査を採用しなければならないという主張をしているわけではない。むしろ、ハートの概念枠組みに基づけば、立法手続の審査を行う権限が「裁定 (adjudication)」という権能に含まれると主張する⁶³。本稿もこうした立場からハートの議論を検討することにした。

① 裁定のルールと認定のルールの関連性

まず、ハートは次のように述べ、裁定のルールが認定のルールと密接に関連していると考えている。「裁判所が、ルールの違背が起こったか否かを有権的に決定する権限を持つとすれば、そうした決定は必然的に、いかなるルールが存在するかの有権的決定でもあるはずである」⁶⁴と。ここでのハートの指摘は、裁判権限を付与するルールは裁判所の判決を通じて一次ルールを同定することから、認定のルール（の1つ）に

なるということである。

しかし、この説示は、裁定と、何が法的ルールであるかを決定する権限との関係性について避けることのできない議論を生み出すことになる。というのも、仮に裁定のルールが裁判所に対して法的ルールを事件に適用することにつき授権し（特定の事件においてあるルールが侵害されたか否かの有権的決定をすること）、また認定のルールが裁判所に対してそのようなルールに明記された妥当性の基準を充足する諸ルールのみを適用することを義務付けている場合には、裁判所の裁判権限は必然的に法的ルールの妥当性を決定するための権限や義務を包含していることになる。

ここで留意すべきことは、法の妥当性を決定するための裁判所の権限に関するこの議論が、成文憲法の存在やそのような憲法の優位性に関する議論を前提条件としてはいないということである。この議論は、如何なる法制度下の裁判所においても、認定のルールによって示された基準－これらの基準は理論的には、超憲法的なものや、準憲法的なものもその源泉として言及される－を充足したものと捉えるという意味において、立法の妥当性を決定する権限を有すべきということを示唆している。⁶⁵ もちろん、認定のルールとの関係での妥当性を判断する権限は、立法に対する完全な司法審査権限に必然的に繋がる必要性があるわけではない。ハートが『法の概念』を記した当時のイギリスは伝統的な議会主権モデルを採用していたのであって、「国会の制定したものは法だ（what the Queen in Parliament enacts is law）」というルールが、当時のイギリスにおいて裁判所、公務員、私人によって究極の認定のルールとして用いられていたと。⁶⁶ このようなハートの認定のルールに関する主張は、裁判所が成文憲法を欠き、さらには実体審査を行う権限を有していないような法制度の国においてさえ、立法手続の審査を行う権限を有するという考えを支持しているといえる。さらには、法制定のための手続を規定するルールが如何なる法制度においても不可欠なものであり、

そのようなルールは法の同定にとって極めて重要なものであるという考えをも導出することが可能であろう。

②立法の「方法や形式」

また、このような理論は単純な架空の世界の中でも一貫した形で再現されるとする。たとえば、レックス王が何ごとかを命じたなら、そのすべてが当該社会の行動の規準となるというルールが裁判所、公務員、市民により一般的に受容された社会を想定する。そのような命令の中でも、王が「公的 (official)」な身分を持たないことを望む「私的」な願望を表明する命令を識別するために、「王として」立法する際に彼が用いる－彼の夫人や恋人に対する私的命令には使わない－特別の形式を特定する付加的ルールが採用されることがある⁶⁷。つまり、絶対的な法形成権限が1人の人物に集中するような単純な法制度の下であっても、立法の「方法や形式」に関するルールは王が立法する際に真剣に受け取られる必要があるものなのである。単純な法制度の下でさえ、立法の「方法や形式」に関するルールが遵守されるべきとの帰結が導き出せるのであれば、複数の立法者やより複雑な法形成の手續から構成される法制度においては立法する際の手続きを規定する二次ルールの必要性は著しく増大することになるはずである。そうであるならば、ハートが述べるように、成文憲法に規定されているとは限らないが、あらゆる法秩序で立法府の構成を特定し、立法する際に守らなければならない条件、すなわち立法の「方法や形式」に関するルールが存在しなければならない⁶⁸。

さらに、ハートは立法の方法や形式に関するルールは義務賦課のルールではないこと、そして、立法権限の「形式」はともかく、「範囲」は法によっては制限されていないことから、立法権限に対する「制限 (limits)」とは考えるべきではないと説示している⁶⁹。ただし、ハートは、これらの立法の方法や形式に関するルールの本質的な目的が、王が命じたことが法であることを王の臣下に認識させることにあると示すことによって、立法の方法や形式に関するルールがその目的を果たすため

には、真剣に受け取られる必要があるとする。この「方法と形式」に関するルールと認定のルールの関連性は、ハートが成文憲法のない法制度について語る際により明確なものとなる。立法の方法と形式を規定する憲法上の規定は、立法権限の範囲を定義する規定と同様に、何れも「立法権限を付与するルールの一部である⁷⁰」とする。これらの規定は、面前の制定されたとされる規定の妥当性（validity）の判定規準として裁判所が用いることから、重要な形で裁判所にかかわるのである⁷¹。

ハートは、オースティンの「法＝主権者命令説」の考えや主権者の立法権限は如何なる法的制限にも服さないという主張を斥けるという文脈の中でこれらの主張をしてきた。実際に、法形成はルールによって規律されたプロセスを除いては理解され得ないという考えを支持して、立法過程は何らの拘束も受けない自由な領域であるという見解を斥ける際にこれらの主張の重要性は十分に認識されることになる⁷²。それ以上に重要なことは、立法過程を規律するルールと認定のルールとの関係についてのハートの議論の影響である。ハートのこれらの説示は、立法する際に手続を規定するルールが認定のルールにとって極めて重要であるということを示唆している。それは、これらのルールが少なくとも当該制度の法的ルールを同定するための認定のルールの幾つかの判定規準を提供するからである⁷³。

③手続的要件は議会への制限か？

こうした説示はまた、ハートを『法の概念』が出版された時代のイギリスの憲法理論家の間で支持を受けていた議会主権に関する「新たな見解」に引き寄せることになる。この新たな見解を主張する論者によれば、主権者の構成や立法手続を規定するルールは、論理的に主権の前提として存在し、またこれらのルールは主権者の識別やその意思の確認にとって必要なものであると考えられている⁷⁴。したがって、彼らは立法過程を規律する手続的ルールは主権者たる議会の意思に対する制限としてではなく、その行為の妥当性にとって必要な前提条件として考えられる

べきであるとする⁷⁵。確かに、こうした見解を示す論者はイギリスの憲法理論におけるダイシーの伝統的な議会主権に関する理論に焦点を当てているのに対し、ハートが法哲学の領域でオースティンの主権者命令説に焦点を当てている点で対象が異なるという指摘もあり得る。しかし、ハートもまた新たな見解を提唱する論者の立法過程を規律するルールと議会主権との関係についての理解の大部分を受け入れているように思われるのである。それは、彼らの主張の帰結が、たとえ実体審査を否定する議会主権の原理の下でさえ、裁判所は手続的な理由に基づいて議会制定法の妥当性に関する疑義につき管轄権を有しなければならないということになるからである⁷⁶。このような主張は、裁判所が立法過程を審査することは法律案の信憑性を判断するのに必要であること、議会が実際に語ったかのかを審査するものとして司法審査を概念化するものである。

④手続的要件は事実問題ではなく解釈問題

しかし、以上までに見てきた内容は『法の概念』の中の一部と緊張関係を生じさせる。認定のルールと変更のルールの関係を議論する際に、ハートは両者の間に「密接な関連性があり⁷⁷」、認定のルールは必然的に「立法に言及することになる⁷⁷」としている。このように述べる一方で、ハートは、認定のルールが立法手続の詳細のすべてに言及する必要はないと付け加え、通常、認定のルールは、公的証明や公的印刷物を、適式な法定の十分な証拠とするとしている⁷⁸。しかし、立法の手続的な妥当性を決定することは単なる「証拠 (proof)」の事実問題ではなく、妥当な法を構成するものを認定するという裁判所の責務は何らかの公的証明によって完全に消滅するものではない。こうした主張は、ハート自身が『法の概念』の他の箇所で行っている主張によって十分に成り立ち得るものである。

ハートは認定のルールの不確定性の問題について論じるときに、「最高の立法府の権限を特定する成文憲法のない」法制度においてさえ、「(英国) 国会が制定したものは何であれ法である」という定式が常に法

を同定するための究極の標識として十分な表明となっているわけではないとする。⁷⁹ そのような法制度を持つ国であっても、「この定式の意味や射程には疑問が生じ得る」ということから、ハート自身も「国会が制定した」とは何を意味するのかについて疑念は生じ得るし、そうした疑念は裁判所によって解決されることになるとしている。⁸⁰

そして、ハートはこのような問題に答えるために、伝統的なイギリスにおける議会主権の法理に関連する厄介な諸問題の検討を行い、次のような結論に至っている。

「こうした議論の各段階にあたる、疑念の対象ではあるが明白に誤りとは言えない命題のいくつかは、いつの日か、問題を解決するように求められた裁判所によって、是認されたり、拒絶されたりするだろう。そのときは、提起された疑問への回答が得られ、その回答は、当該秩序が存続する限りは、想定され得る解答群の中で唯一の権威ある身分を持つこととなる。裁判所は、その時点で、⁸¹ 妥当な法を同定するための究極のルールを確定する」。

立法府が主権者で最高位の機関であること、そして裁判所が司法審査権限を有しない法制度においてハートが前述のことを議論していたことを思い起こすとき、次の2つの主張を展開することができよう。第1に、立法の手続的妥当性を決定するという側面の重要性についてハートは一部では見落としている箇所もあるものの、概ね認識しているということである。この手続的妥当性の判断は、法形成の際の要件に合致しているかという単なる事実の問題ではない。この判断には、どのような要件が存在し、当該要件がどのように充足されたかを決定する解釈的な役割が当然に必要とされるのである。したがって、ある法律が憲法に合致する形で適切に制定されたのかを決定することは、単なる事実問題ということにはならない。それは、憲法に規定された手続的な要件は一体何なのか、これらの諸要件と合致するとはどういう内容を意味するのかという解釈的な問題が生じるからである。何をもって「国会が制定した」

といい得るのかという解釈的な問題が、法制定の手続きを規定する成文憲法の存在しない法制度においてさえ生じるのであるから、成文憲法を有する法制度を採用する国においては当然に解釈問題として生じるといえる。第2に、「国会が制定した」とは何を意味するのかという問題を解決する権限には、法の妥当性を判定する究極の妥当性の標識を確定する「法創造権限」を含むとハートは理解しているということである。⁸²

以上の2つの見解を踏まえると、裁判所は自ら立法の妥当性を決定することに代えて、適式な法制定の公的証明に依拠しているという実際の結果を明らかにしていると指摘できる。実際の結果とは、裁判所が公的証明を準備する立法機関に対して、すべての法形成の要件が適式であるという事実の決定を行う権限のみならず、変更のルールや、認定のルールそれ自体の内容を決定する権限をも委譲しているということである。⁸³

しかし、ここでは裁判所が立法の妥当性について独立して判断する代わりに、何らかの公的証明を受け入れるという深刻な結果が生じているのであるが、ハートはそのことを見逃している。というのも、裁判所が公的証明を備える文書を妥当な「法」とみなすということは、裁判所が実際に変更のルールの内容を決定する権限のみならず、変更のルールを侵害する形で法を制定する権限をも証明機関に付与しているということになるからである。つまり、裁判所が公的証明を備える如何なる文書も「法」として受容するという事実は、証明機関が自らそのような文書を作成することを許し、さらには立法府によって一度も制定されていない文書が法制度の中で妥当な法の一部となるということの意味する。こうした主張は信じ難いものかもしれないが、実際に起こり得ることなのである。たとえば、議会の立法スタッフが、上下院ともに同形式の法案が可決されなければならないという要件が憲法によって要求されるにもかかわらず、当該要件を充足していないことを知りながら、認証し、大統領に送付したという事件がアメリカにおいてはそれほど昔ではない現実に生じているのである。⁸⁴

(3) 小括

以上までの立法手続の審査を支える認定のルールを議論を整理すると以下ようになる。①「裁定」は、認定のルールによって示された妥当性の基準を立法が満たすか否かを決定する権限を含むこと、②認定のルールによる妥当性の基準の一部は立法する際の手続を特定するルールから構成されるということである。

したがって、これらのルールを常に用いることは求められないものの、ある法律が議会によって制定されたのか否かに関する疑義が生じたときに、裁判所にはこれらのルールとの適合性を判断する権限が与えられるということになる。この権限は司法審査に付随するものでも、成文憲法の存在を前提とするものでもない。むしろ、立法する手続を特定するルールは如何なる法制度にも不可避なものであり、法を認定する際に不可欠なものであることから、裁定する権能は如何なるシステムにおいても立法過程に関する審査を行う権限を排除することなく、包含しているということになるのである。

Ⅳ ウォルドロンの議論

ここまでの議論は、立法過程に着目した裁判所による審査は正当なものとはいえ、伝統的なモデルとしての実体審査がなされるべきであるとの一般的な見解に対して、実体審査を支える根拠が立法過程の審査の可能性を排除していないことを検討してきた。

本章では、実体審査の批判的論者の一人であるウォルドロン (Jeremy Waldron) の所説を検討すること、具体的には、実体審査を批判するウォルドロンの議論における主張が立法手続に関する審査の可能性を排除していないことを明らかにすることを目的とする。

ウォルドロンは、タシュネット (Mark Tushnet) と並び、実体審査に対する批判を繰り広げるわけであるが、彼の主張には以下の理由から検討に値すると考えている。確かに、ウォルドロンは実体審査の先駆的

な批判者の一人として、また立法府の優位性を強く支持する者の一人である。⁸⁵ また、前章で述べたハートの理論や司法審査を正当化する法の支配という議論にも批判的である。ウォルドロンは立法手続に関する審査にこれまで直接的に言及したことはないが、司法審査それ自体に批判的であるとすればこのような審査にも否定的であると考えられそうでもある。しかし、実際には、後述するように彼の議論は立法手続に関する審査を肯定する立場にとって重要な視座を提供している。

(1) ハートの「認定のルール」に関する議論

前章では、裁判所による立法過程における手続的瑕疵の審査の可能性を見出すという見地からハートの認定のルールを基に議論を展開してきた。ウォルドロンは自身の論文の中で、ハートの認定のルールに関する議論を批判的に検討している。しかし、彼の議論それ自体は、立法手続に関する審査の可能性を見出す議論を展開する際に、次の主張を支持するものと考えられる。その主張とは具体的には、立法する際の手続を規定するルール（ハートの理論における「変更のルール」）は少なくとも妥当な法を識別する際の認定のルールの基準となるものを提供しているというものである。ウォルドロンはハートの理論を批判する中で、妥当な法を識別する基準は専ら変更のルールによって示されていることから、認定のルールそれ自体は不要なものであると指摘している。⁸⁷

ウォルドロンは、法形成をする権限を与え、制限を課す憲法上の規定は、法制度における変更の根本的な二次的ルールとされるべきであると⁸⁸する。特に、これらの憲法上の規定が存在することで認定のルールの必要性が否定されるとの彼の主張は、以下に述べられたように裁判所が妥当な法を認定するための全てを憲法上の規定が提供しているとの理由に基づくものである。

憲法上の規定を当該法制度における変更のルールの一部と考えた場合

に、認定のルール役割はどのようなものとして考えるべきであろうか。……1つの可能性は、変更のルールが機能していることを踏まえて、認定のルールの必要性を否定することである。この可能性は、意思や契約について語るものとの類似性がある。つまり、妥当な意思を認識するために、裁判所がなすべきことの全ては変更のルールを適用することである。……裁判所はこの種の法的変更のための妥当な手続の確認リストを確認するだけである。……裁判所はそれとは別個の認定のルールを必要とはしない。⁸⁹

さらに、ウォルドロンは、ハートも裁判所が規範の法的妥当性を判断する1つの基準として変更のルールを用いていることから前述の考えに同意するのではないかと分析する。したがって、ウォルドロンはハートの認定のルールの理論を批判する文脈の中で、本稿の目的とする立法過程の審査の可能性を見出す際に根拠とした認定のルールの議論それ自体を実際には肯定していると考えられるのである。

(2) 誠実な立法

前章では、認定のルールそれ自体は法形成に関する準憲法的ないし超憲法的な手続的要件の裁判所による執行をも正当化すると述べた。この点、ウォルドロンは自身の論文の中で、法形成に関する憲法上の要件に焦点を当てている。しかし、ウォルドロンの他の論文をも踏まえた場合には、彼自身もまたハートの変更の二次ルールが、準憲法的な手続的ルールを含むのみならず、憲法典に規定されていない手続的価値や原理をも含むものとして解釈されるべきであるとの見解をも支持していることが分かる。彼はその論文の中で次のように指摘しているのである。

法実証主義者は、法形成がルールに規律されたプロセスを除いて理解することはできないと主張する。立法過程は、それを構成し、規律するために生じた二次ルールに関連するものとしてだけでなく、当該プロセスがルールに規律されているという側面が我々にとってなぜ重要なものかを説明するより深い価値や原理に関連するものとして理解されるべ

きであると確信している。換言すれば、ハートが二次ルールと呼ぶところの、法システムの二次的階層（secondary tier）はルールのみならず、原理をも包含するものであるということである。⁹⁰

したがって、この文脈におけるウォルドロン主張は、憲法典に規定されたルールのみならず、明確に規定されていない手続的な価値も同様に裁判所が執行するという立法過程の審査を支持するものとして捉えることができるのである。

(3) 法の支配に関する議論

本稿では、法の支配によって、立法過程がルールによって規律されるべきであるとの考えが導かれ、この主張は憲法的あるいは準憲法的な手続的ルールを裁判所が執行することを支持すると述べた。ウォルドロンは法の支配が「本質的に論争的な概念」であると指摘してきたが、彼自身が法の支配の実体的な概念を批判する文脈の中で、立法過程を規律する手続的ルールは法の支配にとって重要であり、こうした理解はアリストテレス以来の「法の支配の伝統において顕著なものとしてあり続けた」ものであると考えているのである。⁹¹

ウォルドロンは現に、法の支配の考えが憲法あるいは準憲法的な手続的なルールと適合すること以上のことを求めているとし、「手続的な徳－立法のデュー・プロセス－は、法の支配にとって最も重要なものである⁹²」と指摘している。また、ウォルドロンは、とりわけ、「性急に、中身のない議会（empty chamber）で、慎重な討議や議論のための適切な規定が存在しない中で制定された」立法は「立法のデュー・プロセスの侵害」に該当するとする⁹³。そのような立法は彼によれば、「法の支配に反するもの」ということになる⁹⁴。もちろん、ウォルドロンは法の支配のこうした考え方と立法府が合致することを確保するためのあらゆる役割も裁判所が担うべきであると主張しているわけではない。しかし、形式的な手続的ルールに加えて「適切な熟議」という原理をも執行する司

法審査のモデルに対して、法の支配からのその可能性を検討する場合には、こうしたウォルドロンの議論は立法過程の審査を支える主要な根拠となり得るだろう。

(4) 司法審査制反対論の核心

ウォルドロンの司法審査制に対する反対論を展開する論文の中での幾つかの議論は立法過程の審査の可能性を見出すことに資する。彼はその論文⁹⁵の中で、違憲審査制批判が条件的なものであることを示している。その条件の一つとして、普通選挙によって選出される議員から成る立法府を含む理に適って然るべく機能する民主的制度 (democratic institutions)⁹⁶ が挙げられる。こうした民主的制度には、「法形成の手続が精巧なもので、かつ信用できるものであり、二院制や委員会審査、検討や議論や表決などの多面的なレベルの存在といった様々な安全装置を持つ⁹⁷」という前提が含まれる。ウォルドロンの議論は彼の掲げた前提に条件づけられるものであるが、「これらの前提が欠けた場合に常に立法に対する司法審査が肯定されるということにはならない」とし、それは、これらの前提に付随しない司法審査に反対の他の主張が存在し得るからであるとする。適切な立法過程を遵守することに著しく背馳するとしても実体審査に反対するものとして考える際の考慮事項となり得るならば、立法過程の審査を支持することに繋がる。なぜなら、そのような手続における病理に対処するより直接的な手段として立法過程の審査が考えられるからである。

ウォルドロンが特定する他の前提は、「立法の制度、手続、実践というものが、政治的平等という理念からの重大な逸脱がないように不断の審査 (constant review)⁹⁸ がなされる」というものである。ここでウォルドロンは明確に裁判所よりも社会による審査に言及している⁹⁹。しかしながら、この前提は立法過程における政治的平等を確保するための (実体審査とは異なる) 外的な審査の重要性を認めるものであると指摘する

ことができる。

(5) 立法手続の審査に対する権利基底的な正当化

ウォルドロンは司法審査制に対する権利に基づく反対論において、司法審査が人々の「民主的な参加のための権利」、すなわち、「社会的決定に¹⁰⁰対等に参加するための権利」を侵害するとする。ウォルドロンは、「法形成に¹⁰¹参画する権利」は「諸権利の権利」であるとする。司法審査制に反対する権利基底的な主張の核心にある当該権利は、立法過程に関する審査を正当化する際の権利基底的な主張を展開する根拠にも繋がるものである。¹⁰² 実体審査の場合には当該権利を侵害するとされるが、立法過程に着目した審査は当該権利を保護することに資すると考えられる。

立法過程の審査を支持する権利基底的な主張を展開する際に鍵となるのは、「社会的決定に¹⁰⁰対等に参加するための」人々の権利が立法過程それ自体において保護されなければならないということである。選挙で選ばれた代表者が¹⁰²対等に立法過程に参画する能力が侵害されるのであれば、「法形成に参画する」ための人々の権利は希釈され、さらには損なわれることになり兼ねない。

確かに、こうした主張は裁判所が単に立法過程を規律する公式なルールを執行するよりも、立法過程に¹⁰⁰対等に参画するという原理を直接に執行するような立法手続の審査を支持する際に意義を有する。もちろん、単に法形成を規律する明文のルールを執行することに限定された立法手続の審査であっても、「社会的決定に¹⁰⁰対等に参加するための」人々の権利を保護することに資する。こうしたルールの重要な諸機能の1つは立法者が立法過程に¹⁰⁰対等に参画するための能力を保障することになる。したがって、そのようなルールは本質的に法形成における平等な参加という人々の権利を保護することになるのである。

法形成のルールの執行に対する権利基底的な正当化はウォルドロンの議論の中に見出すことができる。司法審査制に反対の主張の文脈の中

で、彼は市民に影響をもたらす諸問題に関する判断形成プロセスにおいて対等に扱われるための市民の権利は、立法府における市民の代表者が立法過程において対等に扱われる権利を持つことを要求することを明確に指摘している。¹⁰³ ウォルドロンによれば、立法過程のルールは立法府における公正な代表や参政権と同じように必要不可欠なものである。そのため、このことは民主的な参加や政治的平等に対する人々の権利が、選挙を規律するルールと適合することを確保するのみならず、立法過程を規律するルールを執行することにより保護されるべきとの主張を支持する。

以上の内容を踏まえると、ウォルドロン自身は立法過程の審査に対して直接に態度表明をしたことはないが、本章で扱った彼の議論が実際には当該審査の可能性を見出す際の根拠として援用可能であることを示しているといえよう。

おわりに

本稿ではまず、Marbury 事件から今日最も影響力がある憲法理論を通じて実体審査に関する主要な正当化議論を検討してきた。そこでは、実体審査を正当化する議論の何れもが裁判所による立法過程における手続的瑕疵の審査の可能性を見出す際にも有用であることを明らかにした。その瑕疵には、単に憲法上規定されたものにとどまらず、憲法典に規定されていない手続的価値を損なうものをも含まれる。また、実体審査に批判的な議論においても、実体審査になされる指摘の多くが立法過程の審査の場合には当てはまらないことが明らかになったといえる。たとえば、法の支配を構成する手続的な徳（立法のデュープロセス）を立法府に遵守させる役割が裁判所に認められ、それには実体審査と異なる位置付けがなされている。各章で展開した議論を踏まえると、従来から頑なに実体審査のみを正当なものとし、立法手続に関する審査を斥けてきた思考様式は、維持していくことが難しいものと考えられる。という

のも、従来から正統なものと考えられてきた実体審査の優位性ないし絶対性に疑問を呈することで、立法手続に関する審査を行うことの重要性や、ある面では実体審査よりも正当であることを示していると指摘できるからである。

ただし、本稿の目的は裁判所が立法過程における手続的瑕疵を審査することの可能性が従来の実体審査を支える議論ないし反対する議論という双方の中で排除されていないことを明らかにすること（消極的正当化を行うこと）にあった。したがって、本稿では扱うことのできなかった当該審査の持つ機能的な側面からの基礎づけ（積極的正当化）が必要になるが、その点については他日に期すことにしたい。

【付記】本研究は、平成28年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援）の交付を受けて行った研究成果の一部である。

- 1 Glen Staszewski, *Rejecting the Myth of Popular Sovereignty and Applying an Agency Model to Direct Democracy*, 56 VAND. L. REV. 395, 456-466 (2003); see also A. Christopher Bryant & Timothy J. Simeone, *Remanding to Congress: The Supreme Court's New "On the Record" Constitutional Review of Federal Statutes*, 86 CORNELL L. REV. 328 (2001); William W. Buzbee & Robert A. Schapiro, *Legislative Record Review*, 54 STAN. L. REV. 87 (2001).
- 2 拙稿「『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28号（2016年10月刊行予定）を参照。
- 3 Adrian Vermeule, *The Constitutional Law of Congressional Procedure*, 71 U. CHI. L. REV. 361, 362 (2004); Aaron-Andrew P. Bruhl, *Using Statutes To Set Legislative Rules: Entrenchment, Separation of Powers, and the Rules of Proceedings Clause*, 19 J.L. & POL. 345, 393 (2003).
- 4 Barbara Sinclair, *Spoiling the Sausages? How a Polarized Congress Deliberates and Legislates*, in 2 RED AND BLUE NATION? CONSEQUENCES AND CORRECTION OF AMERICA'S POLARIZED POLITICS 55, 83 (Pietro S. Nivola & David

- W. Brady eds., 2008).
- 5 *Id.* at 78-83.
- 6 See e.g., THOMAS E. MANN & NORMAN J. ORNSTEIN, *THE BROKEN BRANCH: HOW CONGRESS IS FAILING AMERICA AND HOW TO GET IT TO BACK ON TRACK*, 1-6, 13, 141-146, 173-174 (2008).
- 7 See e.g., MANN & ORNSTEIN, *supra* note 6, at 217-218; Seth Grossman, *Tricameral Legislating: Statutory Interpretation in an Era of Conference Committee Ascendancy*, 9 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 251, 272-288 (2006).
- 8 Nathan W. Monroe & Gregory Robinson, *Do Restrictive Rules Produce Nonmedian Outcomes? A Theory with Evidence from the 101st-108th Congresses*, 70 J. POL. 217, 229 (2008).
- 9 A. Daniel Oliver-Lalana, *Legitimacy Through Rationality: Parliamentary Argumentation as Rational Justification of Laws*, in *THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION: ESSAYS IN LEGISPRUDENCE* 239, 241 (Luc J. Wintgens ed., 2005).
- 10 Frank I. Michelman, *The Not So Puzzling Persistence of the Futile Search: Tribe on Proceduralism in Constitutional Theory*, 42 TULSA L. REV. 891, 891-892 (2007).
- 11 José Luis Martí Mármol, *The Sources of Legitimacy of Political Decisions: Between Procedure and Substance*, in *THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION: ESSAYS IN LEGISPRUDENCE*, *supra* note 9, at 259.
- 12 Michelman, *supra* note 10, at 892.
- 13 このことは、判断形成過程が公正・公平であれば、権利侵害的な法律が正当化されることを意味しない。これは準手続審査が適用される限定的な場合において妥当するものである。
- 14 Joseph L. Arvai, *Using Risk Communication to Disclose the Outcome of a Participatory Decision-Making Process: Effects on the Perceived Acceptability of Risk-Policy Decisions*, 23 RISK ANALYSIS 281, 287-288 (2003).
- 15 Amy Gangl, *Procedural Justice Theory and Evaluations of the Lawmaking Process*, 25 POL. BEHAV. 119, 135 (2003).
- 16 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』13頁（岩波書店，第6版，2015年）。
- 17 芦部・同 13頁。
- 18 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』152—155頁（東京大学出版会，2000年）。Richard H. Fallon, Jr., “*The Rule of Law*” as a Concept in Constitutional

- Discourse*, 97 COLUM. L. REV. 1, 7-8 (1997).
- 19 深田三徳「法の支配をめぐる諸問題(1)—法哲学の視覚からする考察—」『同志社法学』58巻7号24頁(2007年)。
- 20 愛敬浩二『立憲主義の復権と憲法理論』51—54頁(日本評論社, 2012年)。
- 21 Fallon, *supra* note 18, at 14-24; Jeremy Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, 43 GA. L. REV. 1, 6-9 (2008).
- 22 深田・前掲注19 32頁。
- 23 LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 81-91 (rev. ed. 1969). なお、邦語訳として、L・フラー(稲垣良典訳)『法と道徳』(有斐閣, 1968年)がある。
- 24 フラー・同 100頁。FULLER, *id.* at 81.
- 25 フラー・同 100-101頁。FULLER, *id.* at 81-82.
- 26 フラー・同 100-114頁。FULLER, *id.* at 81-91.
- 27 フラー・同 99頁。FULLER, *id.* at 79-80.
- 28 See Jacob. E. Gersen & Eric A. Posner, *Timing Rules and Legal Institutions*, 121 HARV. L. REV. 543, 553-555 (2007).
- 29 Eric Berger, *Individual Rights, Judicial Deference, and Administrative Law Norms in Constitutional Decision Making*, 91 B.U. L. REV. 2029, 2071-2073 (2011).
- 30 FULLER, *supra* note 23, at 43.
- 31 See Frederick Schauer, *Legislatures as Rule-Followers*, in *THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE* 468, 468-469 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006).
- 32 JOSEPH RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, in *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* 210, 211-213, 216 (2d ed. 2009).
- 33 Vermeule, *supra* note 3, at 362.
- 34 Jeremy Waldron, *Principles of Legislation*, in *THE LEAST EXAMINED BRANCH*, *supra* note 3, at 31.
- 35 マーベリー事件を巡ってはこれまでも多くの批判がなされてきたが、司法審査に関する議論においてその重要性が否定される訳ではない。See Michel Troper, *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, 3 INT'L J. CONST. L. 24, 37-38 (2005).
- 36 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176-177 (1803).
- 37 *Id.* at 177.

- 38 *Id.* at 177-178.
- 39 *Id.* at 176.
- 40 Erwin Chemerinsky, *Losing Faith: America Without Judicial Review?*, 98 MICH. L. REV. 1416, 1424 (2000).
- 41 *E.g.*, *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417, 438, 439-440, 446, 448-449 (1998); *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385, 397 (1990); *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 945 (1983).
- 42 *Chadha*, 462 U.S. at 946-951.
- 43 *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168, 199 (1880).
- 44 *Marbury*, 5 U.S. (1 Cranch) at 176.
- 45 Robert J. Pushaw, Jr., *Justiciability and Separation of Powers: A Neo-Federalist Approach*, 81 CORNELL L. REV. 393, 503 (1996).
- 46 Fallon, *supra* note 18, at 9 n.33.
- 47 See Daniel B. Rodriguez et al., *The Rule of Law Unplugged*, 59 EMORY L.J. 1455, 1476-1477 (2010).
- 48 *Id.*
- 49 RAZ, *supra* note 32, at 214, 217.
- 50 *Id.* at 211.
- 51 *Id.* at 217.
- 52 Schauer, *supra* note 31, at 477-478.
- 53 *Marbury*, 5 U.S. (1 Cranch) at 178-180.
- 54 *Id.* at 178-180.
- 55 Bradford R. Clark, *The Supremacy Clause as a Constraint on Federal Power*, 71 GEO. WASH. L. REV. 91, 92 (2003); Saikrishna B. Prakash & John C. Yoo, *The Origins of Judicial Review*, 70 U. CHI. L. REV. 887, 902-913 (2003).
- 56 Bradford R. Clark, *Unitary Judicial Review*, 72 GEO. WASH. L. REV. 319, 322 (2003).
- 57 William W. Van Alstyne, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, 1969 DUKE L.J. 1, 20.
- 58 H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (2d ed. 1994). なお、邦語訳については、H・L・A・ハート（長谷部恭男訳）『法の概念』（ちくま学芸文庫、第3版、2014年）に依拠にした。
- 59 ハートの議論を扱う代表的な業績としては、森際康友「法・言語・行為—

- H.L.A. ハートの法概念論の分析」(1)～(5)『法学協会雑誌』98巻11号, 99巻1号, 99巻4号, 99巻8号, 100巻11号(1981年～1983年), 嶋津格「法における事実的要素—H.L.A. ハート『法の概念』を題材に」『亜細亜法学』19巻1・2号合併号281頁以下(1985年), 布川玲子「ハートにおける二つのルール概念」『法哲学年報1988』114頁以下(1989年), 酒匂一郎「法の自立性と法の批判」(1)～(2)『法政研究』56巻3-4号, 57巻4号(1990年～1991年), 森村進「H.L.A. ハートの『法の概念』」一橋論叢103巻4号73頁以下(1990年), 中山竜一『二十世紀の法思想』第2章(岩波書店, 2000年), 近藤圭介「法体系の境界をめぐる」(1)～(3・完)『法学論叢』172巻2号, 173巻1号～2号(2012年～2013年)などがある。
- 60 RAZ, *supra* note 32, at 93.
- 61 ハート・前掲注58 182頁。
- 62 実際に、『法の概念』の中には、「認定のルールは、……立法手続の詳細のすべてに言及する必要はない」というように、立法手続の審査の必要性を否定するかのような記述もある。HART, *supra* note 58, at 96.
- 63 Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of The Legislative Process*, 91 B. U. L. REV. 1915, 1945 (2011).
- 64 ハート・前掲注58 163-164頁。
- 65 See Michael C. Dorf, *How the Written Constitution Crowds Out the Extraconstitutional Rule of Recognition*, in *THE RULE OF RECOGNITION AND THE U.S. CONSTITUTION* 69 (Matthew D. Adler & Kenneth Einar Himma eds., 2009).
- 66 ハート・前掲注58 178頁。
- 67 同 122頁。
- 68 同 128頁。
- 69 同 122頁。
- 70 同 124頁。
- 71 同 125頁。See also Jeremy Waldron, *Who Needs Rules of Recognition?*, in *THE RULE OF RECOGNITION AND THE U.S. CONSTITUTION*, *supra* note 65, at 327, 340-341.
- 72 Jeremy Waldron, *Legislating with Integrity*, 72 *FORDHAM L. REV.* 373, 375 (2003).
- 73 *Id.* at 342.
- 74 Katherine Swinton, *Challenging the Validity of an Act of Parliament: The*

- 14 OSGOOD HALL L.J. 345, 360-341 (1976).
- 75 *Id.* at 361.
- 76 Bar Siman-Tov, *Legislative Supremacy in the United States?: Rethinking the “Enrolled Bill” Doctrine*, 97 GEO. L.J. 323, 369-370 (2009).
- 77 ハート・前掲注 58 162 頁。
- 78 同。
- 79 同 238 頁。
- 80 同。
- 81 同 243-244 頁。
- 82 同 244 頁。
- 83 Bar-Siman-Tov, *supra* note 76, at 358-362.
- 84 *Id.* at 362-363.
- 85 *See, e.g.*, Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693, 1696 (2008).
- 86 Michael C. Dorf, *Legal Indeterminacy and Institutional Design*, 78 N.Y.U. L. REV. 875, 897 (2003).
- 87 Waldron, *supra* note 71, at 342.
- 88 *Id.* at 340.
- 89 *Id.*
- 90 Waldron, *supra* note 72, at 375-376.
- 91 Jeremy Waldron, *Legislation and the Rule of Law*, 1 *Legisprudence* 91, 107 (2007).
- 92 *Id.*
- 93 *Id.* at 108.
- 94 *Id.*
- 95 Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006). ウォルドロン の違憲審査制批判の概要とその特徴については、愛敬浩二「ジェレミー・ウォルドロン の違憲審査制批判について」法政論集 255 号 763-766 頁 (2014 年) を参照。
- 96 *Id.* at 1360.
- 97 *Id.* at 1361.
- 98 *Id.* at 1362, 1389.

99 *Id.*

100 JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 213 (1999).

101 *Id.* at 232.

102 ウォルドロンの主張する参加のための権利は司法審査を正当化することになることは既に他の論者によっても指摘されているが、それは専ら実体審査に向けられている。そこでは、「権利基底的な司法審査は参加民主主義の他の形態と考えられる」とされる。Alon Harel, *Notes on Waldron's Law and Disagreement: Defending Judicial Review*, 39 ISR. L. REV. 13, 18 (2006).

103 Waldron, *supra* note 95, at 1388.

