
Marmor 教授の「立法における戦略的言語行為」理論 へのコメント

長谷部 恭男

〈東京大学〉

立法における戦略的言語行為に関する Marmor 教授の理論は、経済活動規制の合憲性に関する日本の判例原理と直接に関連している。経済活動の自由に関して、日本の最高裁判所は、規制目的が「消極的」か「積極的」によって審査のあり方を区別している¹。公の秩序の維持や国民一般の生命・健康の安全を守ることを意図する「消極目的の立法」については、裁判所は、立法目的と採用された規制手段との間に厳密な関連性を要求する²。他方、特定の産業または団体の利益を保護するために国会が積極的に介入する規制立法については、裁判所は、採用された立法手段と立法目的との間に想定上の関連性のみを要求する³。結果として、消極目的の立法はより厳密に審査され、違憲とされる場合もある一方で、積極目的の立法は、ほとんど常に合憲とされる。

特定の利益の実現を図る積極目的の立法よりも、社会一般の利益を追求する消極目的の法律を制定することを困難とするかに見えるこの判例法理について、日本の憲法学者の多くは、懐疑的な態度をとる。しかしながら、こうした学者の多くは、国会議員が立法過程において立法の目的や動機を率直に表明するとナイーブに想定している。しかし Marmor 教授が示しているように、議員たちは、しばしばその真の目的を隠蔽しようとするものである。

いわゆる政治的多元主義の民主政理論によると⁴、民主的な立法過程では、多様な利益集団が、社会一般の利益よりもむしろ、自分たちだけの限られた利益の実現を追求する。こうした観点からすると、民主的政治過程を維持すべき裁判所の役割は、立法過程の公正さおよび透明性を実現することに限定されるべきこととなる。

この理論によれば、一般的な公共の利益の促進を目指す消極目的の法案の場合、表明された目的は、しばしば特定の利益の実現を図ろうとする目的を隠すための見せ掛けのものである。そこで裁判所は、合憲性審査にあたって、採用された規制手段が実際に、表明された立法目的の実現に役立つことを確認する必要がある。表明された目的と、経済活動の規制手段との間に密接な関連性がない場合、裁判所は国会に当該法案を差し戻すべきである。こうした合憲性審査を通して、立法の真の目的が明らかとなり、より公正で透明性の高い形で利益集団間の政治的な競争が遂行されることになる。他方、積極目的の法案は、当初から特定の利益の実現を公に標榜しており、しかも、国会議員の過半数によって現にそれが支持されているはずなのであ

1 Yasuo Hasebe, 'The Supreme Court of Japan: Its Adjudication on Electoral Systems and Economic Freedoms', *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, No. 2, pp. 305-07 (2007) 参照。
2 *Sumiyoshi Limited v. Governor of Hiroshima Prefecture*, 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁 (regulation prohibiting a new pharmacy near existing stores of the same trade struck down as insufficiently related to its purpose of protecting public health).
3 *Marushin Sangyo Corp. v. Japan*, 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁 (regulation prohibiting newly setting up a marketplace for small retailers upheld as rationally related to its purpose of protecting small retailers from excessive competition).
4 例えば、John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Harvard University Press, 1980) を参照。

るから、裁判所として特に介入する必要はない。このように、一見すると奇妙な判例法理の下で、実は裁判所は適切にその機能を遂行していることが判明する。