

「立法事実」の発現場面（一）

大石和彦

- 一 本稿の基本視角（以上本号）
- 二 具体例
- むすび

一 本稿の基本視角

本稿は、いわゆる「立法事実」が、法令の憲法適合性判断の手順（法令が憲法の人権条項に違反するか否かにつき、3種のうちの1つの違憲審査基準を選択した上で、立法目的及び規制手段の順で判断して行く過程）の中のどの段階で、どのような仕方で、その役割を演じるのか、という視角から検討する。そうした作業を通じ、同時に、「『目的』と『手段』の2段構えで法律の合憲性を検討する」¹⁾という、今やすっかり定番となった感のある憲法判断の構造²⁾が、実のところいかなるものであるのか（「『目的』と『手段』の2段構え」の構造を通じ憲法判断がなされた判例がある一方、一見すると同じ構造を持つように見えても実はそうではない判例もあること。）を確認することにもなるだろう。

-
- 1) 『最高裁判所判例解説刑事篇昭和48年度』143頁 [田尾勇]。同調査官解説は、そこでの解説対象判例たる、最大判昭和48年4月4日・刑集27巻3号265頁（いわゆる「尊属殺重罰規定違憲判決」）につき、「最高裁が明確な形で意識的にかかる手法を用い……た例ははじめてとあってよい」と述べるが、本稿は以下部分で、その認識の妥当性を疑うことへと向かうであろう。
 - 2) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法的論証を求めて』（日本評論社2013）27頁以下は、「目的手段審査」の特質につき、それが「処分審査」の殆どのケースにおいて用いられてこなかった理由を探る中で検討を加えているのが注目される。

「立法事実（legislative facts）」という言葉の意味について、これまで日本においては「法律……の合理性を裏づけ支える……一般的事実」³⁾と説明するのが一般的であった。これに対し、アメリカでの原義に忠実であろうとすれば、議会における立法の際に前提とされた事実のみならず、行政庁による規則制定（行政立法）の際に前提とされた事実、さらには裁判所も判例を通じ「法形成」に与っているという現実を踏まえ、「裁判所による法形成の資料となる事実をも含むことからいって、『法形成に関連する事実』としたい……気もするが、それはやや原語から離れ過ぎるというべきかもしれない」として田中英夫が掲げた「立法的判断に関する事実」という訳⁴⁾、さらに近時は、「法形成を支える事実」というアメリカでの原義と、「法律の合理性を支える事実」という現下日本において一般的な用法につき、「後者を前者の用法の適用例と説明することはできない」、「両概念は相互に独立している」とする浅野博宣の指摘⁵⁾も

3) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第六版）』（岩波書店 2015）383頁。芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査—アメリカの理論・実態とその意義—」同『憲法訴訟の理論』（有斐閣 1973）117頁以下（初出 1963）における、「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている一背景となる社会的・経済的事実」（同書 152頁）も同旨であろう。

なお、時國康夫「憲法事実—特に憲法事実たる立法事実について—」同『憲法訴訟とその判断の手法』（第一法規 1996）1頁以下（初出 1963）は、その冒頭、立法事実につき「社会一般の現象として一群の事件中で起る事実で、多くの場合、数多くの事件中に起った特定の事実を基礎として抽出される事実であり、立法府が立法の資料として収集認定する事実と同質のもの」との（立法事実を収集する機関を立法府に限定することなく、おそらくは他の機関が行う、それと「同質」の作用をも視野に入れた）説明をしているものの、本論に入ってから部分で検討されるのは、「立法の必要性を裏付ける立法事実」（同書 4頁）、「法律により採られた特定の規制方策で規制することが立法目的達成に最小限必要であるとの立法府の判断を裏付ける立法事実」（同書 10頁）である。

4) 田中英夫『英米法のことば』（有斐閣 1986）74頁以下。なお、田中成明が「立法事実」という言葉を用いるに当たって念頭に置いているのも、裁判による法の継続形成が問題となる場面である（田中成明『法の思考とはどのようなものか』〔有斐閣 1989〕201頁、同『現代法理学』〔有斐閣 2011〕555頁。）。

5) 浅野博宣「立法事実論の可能性」・高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相上』（有斐閣 2013）419頁以下。

注目される場所であるが、以下では、専ら本稿の関心、視角から、“法律の合理性に関する（その合憲性を左右する）事実”くらいの意味で用いておきたい。ここで、法律の合理性を「支える」事実とは言わないで、「関する」、「左右する」と言ったのは、法律の合憲性を「支える」事実（後に言及する、いわゆる“Brandeis brief”が支えた事実など）と、法律が違憲であること（法律の不合理性）を主張するための事実（法律が防止しようとしている害悪の主因が、法の想定〔薬局の一家所集中⇒一部薬局の経営不安定化〕とは別のところ〔製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激烈な販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等〕にあるという、薬事法違憲判決⁶⁾が前提とした事実や、時國康夫が言う「禁止される行為を野放しにしても何等の弊害がそもそも生じないという立法事実」⁷⁾など）との間の差は、本稿の関心から見た場合、意識する必要がないからである。

「立法事実」を対象とした検討視角には様々のものがありうる。実際にこれまで、特にその意味を「法律の合理性を支える一般的事実」とした上で、「合憲性の推定原則」若しくは違憲審査基準との関連が検討されたり、又はそうした事実の顕出方法などといった視角からの検討が行われてきたし⁸⁾、「民事訴訟法学および憲法学の双方において……相互に通訳可能性がある形で」展開されてきたドイツの立法事実論から示唆を得ようとする近時の巽智彦の業績⁹⁾も注目される場所である。だが、本稿は、あえて「立法事実」の意味につき、基本的には現下日本で一般的な上記の理解を前提とした上で、それらのある一

6) 最大判昭和50年4月30日・民集29巻4号572頁。

7) 時國・前掲書（注3）4頁。

8) 芦部「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」前掲（注3）、時國・前掲（注3）、芦部信喜「憲法訴訟の理論と技術」同著『憲法訴訟の現代的転回』（有斐閣1981）3頁以下（初出1975）、時國康夫「憲法訴訟における立法事実論の位置づけ」時國・前掲書（注3）53頁（初出1980）、江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第2巻』（有斐閣1987）69頁以下。

9) 巽智彦「公法関係訴訟における事実認定について—憲法訴訟を端緒として—」成蹊法学85号（2016）116頁。

定の観点からの類型化に依拠する。「立法事実の類型」といえば、「公知の事実又は裁判所に顕著な事実」、「確実にして争う余地なき事実」、それ以外で「何等かの文献に記述がありその文献の記述に立法者が重きをおいたのも相当と考えられるもの」という、時國康夫による3分類の例¹⁰⁾があるが、これはあくまで、立法事実の顕出方法という基本的関心に導かれた前提作業の小結として得られた「訴訟法上の類型」であり、本稿の観点とは異なるものである。本稿の視角で見た場合、時國が上記3分類を提示した論文の中で上記3分類とは別の観点から示した、「立法（による規制）の必要性を裏付ける立法事実」と、「法律により採られた特定の規制方策で規制することが立法目的達成に最小限必要であるとの立法府の判断を裏付ける立法事実」という類型に、むしろ注目したい。これは言うまでもなく、本稿の関心が、上述の通り、法律の合憲性をめぐる「『目的』と『手段』の2段構え」の判断構造へと向けられていることと関係する。

これとよく似たものに、芦部信喜による、「立法目的の合理性ないしそれと密接に関連する立法の必要性を裏付ける事実」と、「立法目的を達成するための手段が合理的（精神的自由が問題になる場合は必要最小限の意を強く含む）であることを基礎づける事実」という分け方¹¹⁾がある。このうち前者は立法目的（の合憲性判断）、後者の事実は規制手段（の合憲性審査）という、法令の憲法適合性を二段構えで審査する例の手法と対応していることをうかがわせる。そのことは、両「事実」に対し、後により単純化した形で与えられたのであろう、「立法目的および立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏

10) 時國・前掲書（注3）。

11) 芦部信喜「憲法裁判の問題点—憲法訴訟の対象・時期・適格性と立法事実—」芦部『憲法訴訟の理論』（注3）167 [183] 頁（初出1966）。なお時國・前掲（注3）の初出時期とこの芦部論文の初出時期がいずれも、両者が司法研修所で「憲法訴訟」と題するジョイント・セミナー（もっとも芦部・『憲法訴訟の理論』〔注3〕2頁によれば、両者の都合で「つねにジョイント・セミナーの形式で行うことはできなかった」というが。）を行っていた時期（1961年～1969年）と重なることから常識的に推測する限り、両者の間で基本概念の把握に大きな違いがあったものとは考え難い。

づけ支える……事実」¹²⁾という表現を見れば、ますます明らかである。

上記両「事実」を提示した直後、芦部は次のように続ける。

「憲法訴訟において立法事実のもつ最も重要な面は、この立法目的達成手段の合理性に関するものだといっても過言ではない」¹³⁾。

この記述の背後には、芦部が別の論文で引用している、以下のような「フロインド教授のあげる例」が念頭におかれているであろう。

「かりに3.2パーセント以上のアルコールを含有する飲料の販売を禁止する法律が制定されたときは、3.2パーセントの基準が公衆衛生・公衆道德の維持に合理的関連性を持つかどうかという『立法事実』が、争点として争われる。」¹⁴⁾

さらに、上記の例を引用する論文の冒頭、違憲立法審査において事実が問題となる局面における「もっとも重要な一面」につき、芦部は、

「形式的な理論が予定する事実上の結果が特定の法律によってはたして生ずるかどうか、という因果の連関の問題」¹⁵⁾

と述べている。つまり、当該立法が採用した規制「手段」（3.2パーセント以上のアルコールを含有する飲料の販売の禁止）を「因」、当該立法が実現しようとしている「目的」（公衆衛生・公衆道德の維持）が達成された状態を「果」として想定した上で、それらの間に本当に因果関係（合理的関連性）があるの

12) 芦部・高橋補訂『憲法』前掲（注3）383頁。

13) 芦部・前掲（注11）183頁。

14) 芦部『憲法訴訟の理論』（注3）152頁。

15) 芦部『憲法訴訟の理論』（注3）117頁。

かをめぐって、「ある」と主張する側が提示する事実（法律の合理性を支える事実）に対し、「ない」と主張する側が逆の事実を対抗して提示する。そこで思い描かれているのは、そうしたイメージであろう。

一方、時國は、「立法の必要性を裏付ける事実」の例として、最大判昭和37年4月4日（刑集16巻4号377頁）が語るところを引用しつつ、

『「深夜営業を認めると、往々にして売淫や賭博その他善良な風俗を害する行為を誘発する虞れがある。」という立法事実¹⁶⁾』

をあげる。芦部が引用する「フロイド教授のあげる例」においては、規制手段（3.2パーセント以上のアルコールを含有する飲料の販売の禁止）という「因」と、「目的」（公衆衛生・公衆道徳の維持）の達成という「果」との間の「合理的関連性」が問われる構造であったが、時國があげる例は、規制対象行為（深夜営業）という「因」と、当該立法が防止しようとしている害悪の発生（売淫や賭博その他善良な風俗を害する行為の誘発）という「果」との間で合理的関連性が問われる構造となっている。しかしながら、いずれの例にあっても、立法が想定した（「形式的な理論が予定する」）「因」と「果」の間に、本当に合理的関連性があるのかどうかをめぐり、合憲主張側と違憲主張側から事実をめぐる応酬がなされるという基本構造に変わりはない。また、時國の表現でいうと、「法に採り入れられた手段による憲法上の権利の制約が必要最小限度を超えており、他により極端でない手段により同じ目的が達成しうることを示す立法事実¹⁷⁾なるものをめぐる応酬も、「他[の]より極端でない手段」という「因」と、「同じ目的が達成しうることを示す」という「果」の間の関係性をめぐるものである点で、やはり基本構造に変わりはない。

「立法事実」が演じる「最も重要な面」として芦部が想定していたのが、上

16) 時國・前掲書（注3）4頁。

17) 時國・前掲書（注3）54頁。

記のような因果関係をめぐるものであるとの推測は、芦部が「立法事実を踏まえた憲法判断」として薬事法判決¹⁸⁾の以下部分を「注目される」としていることから補強される。

「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとするのは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。」（ただし傍点は本稿筆者。）

規制手段という「因」と、立法目的という「果」の間の合理的関連性の有無は、法令が憲法の人権条項に違反するか否かにつき、3種のうちの1つの違憲審査基準を選択した上で、立法目的及び規制手段の順で判断して行くという例の手順の中では、いうまでもなく手段審査段階で論じられるアイテムだろう。つまり、そうした違憲審査手順の中で「立法事実」が演じる、唯一の、ではないにせよ、「最も重要な面」として想定されていたのは、手段審査の場面であったと考えられる¹⁹⁾。

近時、「立法事実の変化」を（特に唯一の理由として）援用して、かつては合憲性を認められていたはずの規定に対し現段階では違憲だとする旨の判決²⁰⁾が相次いでいる。これらのうちの一部（特に婚外子法定相続分規定違憲決

18) 前掲（注6）。

19) 小山剛『「憲法上の権利」の作法（新版）』（尚学社2011）においてはRdnrn.356～359（自由権制約の実質的正当化論に関する節の末尾）に置かれていた「V 補論—『事情の変化』論」に相当する部分が、第3版（2016）では同書末尾（Rdnrn.834～838）に移動しているのは、そこで引用されている判例（在外国民選挙権訴訟、国籍法違憲判決など）が自由権制約をめぐる事案に当たらないから、という、同書全体の構成上の都合によるものと推測される。もっとも、「事情」とはすなわち「立法事実」のことであるから（ちなみに同書巻末用語索引に「立法事実」の語は無い。）、本稿本文で述べたように、それが役割を演ずる主要な段階が手段審査であるとする、ドイツ流の手段審査の手法である「比例原則」に言及する部分の近くに当該部分を置くという新版のやり方にも理由が無いわけではなからう（もちろん、学生向けテキストという性格も考慮した結果であったと思われる。）。

定)²¹⁾につき小山剛は、「解釈論を放棄した事情の変化論への逃避」、「明快で跡付け可能な論証の対極」という、極めて厳しい評価を与えている²²⁾。芦部、時國が、憲法判断に当たり立法事実を十分参酌することの重要性を強調した意図は、裁判所の憲法判断が「一定の理論・公式で形式的に解決され……る場合が少なくな」った当時の日本の「憲法訴訟の一つの大きな欠陥」を改善し（芦部）²³⁾、あるいは、それが「恣意的主観的でなく、より客観的なものに近い判断」にするため（時國）²⁴⁾であったことに鑑みると、小山が上記のような評価を与えた現状は、そうしたもとの意図とは対極にあると言うべきであろう。もちろん裁判所がただ事実を参酌して判断すれば、憲法判断の質が上がると芦部が考えていたわけではないことは、東京都公安条例事件判決²⁵⁾中語られた集団暴徒化論を彼が批判していたこと²⁶⁾からしても明らかである。要は、裁判所が憲法判断に当たり、事実を語るかどうか、ではなく、そこで語られる事実の質、又はその質を下支えする、事実を確定するまでの手続が十分かどうか、であろう。以下本稿では、残念ながら、そのための処方箋を提示できる用意は無いのであるが、小山が「解釈論を放棄した事情の変化論への逃避」、「明快で跡付け可能な論証の対極」と呼んでいる問題を孕んだ判例が一方にあり、また一方では、「事情の変化論」を語りつつ、特にそうした問題が指摘されるわけではない判例もあることの原因を、これまで十分意識されてきたとは言えない新たな角度から、明らかにしたい。そうした作業を通じ、「立法事実」なるものが語

20) 在外国民選挙権訴訟（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁）、婚外子法定相続分規定違憲決定（最大決平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁）、再婚禁止期間規定違憲訴訟（最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁）など。

21) 前掲（注20）。

22) 小山・前掲（注19）260頁。

23) 芦部『憲法訴訟の理論』（注3）148頁。

24) 時國・前掲書（注3）41頁。

25) 最大判昭和35年7月20日・刑集14巻9号1243頁。

26) 芦部『憲法訴訟の理論』（注3）163頁。

られる場面には、実は様々なものがあること（規制対象行為を野放しにすること又は規制手段を「因」、害悪の発生又は立法目的の達成を「果」と見立てた上で、その間の関連性を問うという構造のモデルを座標軸として、そのモデルに適合的な事例、適合的でない事例があること、後者にもさらにいくつかの類型があること）が明らかになるだろう²⁷⁾。

（おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）

27) その作業の一端は、大石和彦「婚外子法定相続分規定違憲決定」公法研究77号107頁において行った。