

法を支える事実

科学的根拠付けに向けての一考察

渡 辺 千 原*

目 次

- . はじめに
- . 立法事実と立法事実論
- 1. 立法事実論の意義と射程
- 2. 立法事実論と立法事実の科学的根拠づけ
- 3. 憲法訴訟における立法事実：国籍法違憲訴訟での立法事実論を例に
 - . 法創造における法を支える事実
- 1. 法解釈方法論と立法事実論
- 2. 社会学的法学における社会的事実と科学
- 3. 利益衡量論とその批判
- 4. 小 括
 - . 科学的根拠付けに向けて：課題と展望

. はじめに

法を支える事実とは何か。そして、それを科学的に明らかにする意味はどこにあり、またそれは、いかに可能となるのだろうか。本稿は、主として憲法学において論じられ憲法訴訟の実務にも影響を与えてきた立法事実論を手がかりに、こうした問題について考察を行うことを目的とする。

立法事実は、当該事件において一回的に生起し、個別の裁判において法的判断の前提として認定されることを要する司法事実に対比される概念である。合衆国において1941年に Harvard Law Review にて Davis が提唱して以来、合衆国では違憲審査において立法事実の検討を行うことが定着し

* わたなべ・ちはら 立命館大学法学部教授

てきており、その科学的な根拠付けの重要性も高まっている。特に、立法事実の認定に際しての社会科学的知見の利用について、その是非も含め、活発に議論がなされている。

日本でも、この概念は、芦部教授や時国判事らによって1950年代には紹介されており、70年代には、立法事実の詳細な検討が行われたと評価される薬事法違憲判決のような判決も出ている。また、最近の最高裁判決においては、立法事実の変遷が、違憲判決の重要なキーとされる例も増えてきている。こうした裁判において、どれほど立法事実の実証的、科学的検討を行ってきたかについては後述するように疑問があるものの、立法事実論は着実に、日本の憲法訴訟の実務にも影響を与えてきている。立法・行政に対する司法のチェック機能の充実・強化が叫ばれる¹⁾ 昨今、違憲審査において立法事実論を展開していく必要性は今後も高まっていくものと考えられる。

他方、法を支える事実という場合、既存の法解釈を超えて新たな法理を打ち出すなど、裁判官による法創造といわれる場合の、既存の法や法解釈の合理性、あるいは新たな法理の合理性を支える事実についても視野に入りうる。この場面においては、むしろ民法学における法解釈方法論として展開してきた一連の議論の示唆が大きい。

確かに、違憲審査と、一応法解釈の範囲の中で行われる裁判官による法創造では、問題となる局面も、そこで具体的に検討される事実の性質も異なりうるが、広い意味で法の合理性を支える事実であるという点、そして、この事実をどのように解明していくかという課題については共通する部分も少なくない。これらの議論が、いずれもリアリズム法学・プラグマティズム法学の影響下に展開してきたことに鑑みれば、共通しているのは、ある意味当然のことではあるが、これまで、これらの議論は相互に参照しあうことは少なかった。

そして、憲法訴訟論において立法事実論が一定の位置を確立しているのに対し、最近、民法での解釈方法論という文脈においては、立法事実の探

求に類比されうる，社会的事実の探求に力点を置く考え方は，むしろ後退しているように思われる。法を支える社会的事実の探求といった思考様式は，「法的思考様式の核心を捉えるものではなく，それ故に法解釈論の基礎づけとして採用でき²⁾ない」という考え方の影響も考えられる。しかし，社会の流動性も高まり，時宜に応じて司法に立法的作用が期待されることも少なくないため，こうした場合の事実的基礎を，どのように探求すべきかという課題はなお重要性は高いし，その科学的根拠づけという点についても，今一度検討を要する時期に来ていると思われる。最近，活発化している民法と憲法の関係についての議論の一つの示唆としては，民法解釈において憲法的な価値や基本権による基礎づけの探求ということになるだろうが，その場合に，立法事実論がダイレクトに妥当しうる可能性も増してくるだろう。

本稿は，このような問題関心から，憲法訴訟においてだけでなく，法創造の領域も含め，立法事実＝法を支える事実の探求の必要性和，その事実の解明を，できるだけ科学的な根拠づけにおいて行い，再検証に開いていくべきであるということ論じたい。

「科学」という言葉も，非常に多義的で価値負荷的である。しかし，ここでは，立法事実の解明という文脈において，広く検証可能性に開かれた形で事実を解明する営みを，科学的根拠づけとし，そのために自然科学，社会科学の双方を含む科学的証拠を用いることに焦点を当てる。その科学性には疑問が提起されうるような社会学的な知見なども，特に排除することなく，いったん広く範囲を捉えて検討したい。その際，ひとつのモデルとなるのが，立法事実論の展開，ことに立法事実の解明において広く科学的証拠を利用してきた合衆国の判例や学説の展開であり，本稿では，十分に論じることはできないが，必要に応じて参照することにする。

周知のように，合衆国では，立法事実の審理において，社会科学の知見が参照され，それが憲法訴訟のあり方に大きな影響を与えるようになって³⁾いる。連邦最高裁判所が，公立学校での人種別学制度を平等保護条項違

反と判断した *Brown v. Board of Education*⁴⁾ において、社会科学的研究が非常に大きな役割を果たしたことは有名である⁵⁾。違憲判断に際して、いわゆるフットノートで、クラーク博士の社会心理学実験結果など多くの社会科学的研究を引用した上で、人種別学制度を平等保護条項に反し違憲と判断したことについては、今なお批判もつきない。ブラウン判決においては、通常の憲法判断で違憲判断を導いたのであり、社会科学的証拠を参照したことにはあまり意味はなかったとか、それを根拠付けに用いたことは誤りであったといった批判である。

そして、立法事実の認定における社会科学の利用は、散発的で一貫性に欠き、誤った解釈に基づいていたり、優れた知見を無視した判断が行われていることもあると言われる。

たとえば、Faigman (1991) は、連邦最高裁判所は、自らの憲法解釈を導くような知見に依拠する規範的憲法事実認定 (normative constitutional fact-finding) の伝統に依拠しているという⁶⁾。

また、Ericson & Simon (1998) は、中絶と性差別を扱った最高裁の事例を素材に、社会科学のデータがどの程度どのように用いられているかについて検討し、最高裁判所での社会科学のデータの利用は、下級審でそうしたデータが考慮に入れられたかどうかには関わらず、特定の種類のデータが特に重視されるということもなく、多数意見・反対意見のいずれに用いられるかにおいても相違はなく、基本的に法共同体に基準に合う形での利用がなされていると結論づけている。

しかし、合衆国では、社会科学を含む科学的証拠や知見を審理において導入し、科学的根拠付けを追求するという姿勢はその後、定着してきている⁷⁾。1993年に、連邦最高裁で、司法事実における科学的証拠の許容性の判断の際、裁判官がその証拠の科学的妥当性を判断しなければならないという判決が出て以降⁸⁾、立法事実においても、いかに科学的証拠を訴訟過程に導入し、裁判官がどれだけ証拠の科学的妥当性を判断すべきかといった観点からの研究も進められている⁹⁾。日本でも、同様の検討をしていく

必要があるのではないだろうか。

そこで、まず、日本での立法事実論をもとに、立法事実および立法事実論の意義を確認した上で、最新の最高裁による法令違憲判決である2008年の国籍法違憲判決を一つの例としてケーススタディを行う（ ）。そして、民法学での解釈方法論では、法を支える事実について、どのように位置づけていたのかを確認した上で、立法事実論を導入することの意義を論じ（ ）、その科学的根拠づけに向けて検討すべき課題を確認したい（ ）。

．立法事実と立法事実論

1．立法事実論の意義と射程

立法事実の定義としては、芦部（1979）の「法律を制定する場合の基礎を形成し、かつその合理性を支える一般的事実、すなわち社会的、経済的、政治的もしくは科学的事実」¹⁰⁾ という定義がよく参照されるが、この事実は、基本的には「立法府が立法の資料として収集認定する事実と同質」¹¹⁾ のものと理解され、この二つは通常重なるものとして想定される。

そして、この事実は、司法事実、つまり、「特定の事件の中で起った特定の実事、通例裁判所によって訴訟上認定される事実」¹²⁾ と対比される。立法は、一回限りしか生じない特定の事例を想定してなされるわけではないため、司法事実に対して、立法事実は、より一般性の高い事実であり、そのため「一般的事実」として理解されることもある。

立法府が、法律を制定する際に、その前提として、法の合理性を支えるような社会的、経済的、政治的、科学的事実についての資料を収集し、それに基づいて立法がされている場合、立法事実は、立法府が収集し、認定した事実とほぼ同じものになるが、この二者が必然的に同一になるわけではない。むしろ、その二者が、食い違いうるからこそ、立法事実を問うことに意味がある。つまり、立法府が収集し、認定した事実が、社会的、経済的、政治的もしくは科学的事実に照らしてみても、妥当ではなかったという

場合(立法事実の不存在)¹³⁾や、立法府が収集し、認定した事実が、現在においては、立法の合理性を支える事実として妥当しなくなった(立法事実の変遷)という場合に、当該立法の合憲性が問題となる。このような発想は、基本的に、法は、何らかの政策目的を達成する手段であるという目的=手段的思考に立ち、法を目的論的に解釈することを前提にしている。

そして、合憲性の推定は、立法事実の適正な存在、すなわち立法府が法律を制定する際に、その前提として認定した事実が妥当であることの推定でもある。よって、合憲性の推定を破るには、その立法の合理性を支える事実である立法事実の不存在を明らかにする必要がある。このような事実-憲法訴訟の文脈で立法目的の正当性や必要性を裏付ける事実、およびに立法目的を達成する手段の合理性や必要性を支える事実-の立証を要求し、その立証がない場合に違憲判断を行う違憲審査の手段のことを立法事実論というのである。

立法事実論の展開は、積極的に違憲判断を行うという意味での司法積極主義に結びつきやすい。立法事実論の積極的な展開は、戸松(2008)の指摘するように、合憲性推定の原則の後退、狭い立法裁量論、厳格な審査基準の適用とリンクする。逆に言えば、合憲性推定の原則を堅持し、広く立法裁量を認め、緩やかな審査基準が適用されるような場合には、立法事実論は展開されない傾向にある¹⁴⁾。薬事法違憲判決や森林法違憲判決¹⁵⁾をみても分かるように、「裁判所が立法事実論に立ち入ると、もはや合憲性推定の原則は、大きく後退している」のである¹⁶⁾。

もちろん積極的な違憲判断は、立法事実に立ち入ることで直ちに実現するわけではない。芦部(1963)が「我が国では、重要な立法事実の論点が安易に提出され、裁判所もそれに大きな比重をおかず、時にはかなり独断的な認定が行われることが少なくない」というように¹⁷⁾、十分な根拠なく立法事実の存否を認める場合、立法事実論の意味は没却され、場合によっては、裁判官の独断による憲法判断を許容することにもなる。

また、立法事実論と一口で言っても、そうした法を支える事実を具体的

な証拠やデータに基づいて探求したうえで立法事実論を展開していくことと、判決理由においてそうした形式で論証を行うことは一応、分けて考える必要がある。

その上で第一には、立法の合理性を支える「社会的、経済的、科学的事実」を、十分な根拠に基づいて検討することが、そして第二に、その検討過程を判決理由においても示すことの双方が重要であると考えられる。それにより、裁判官による規範的な判断を合理化、客観化することにつながる。その観点からも、立法事実の意義として、「立法府が立法の資料として収集認定する事実」と同質ではあるが、立法府が認定した事実を立法事実と同視することなく、立法の合理性を支える一般的事実としての独自の意義を重視する必要がある¹⁸⁾。

このように立法事実をとらえると、立法事実は、違憲審査という文脈を超えて、法解釈の文脈で行われてきている裁判官による法創造の場面にも射程を広げることができる。つまり、法創造とされる場合に、その法について、その合理性を根拠づける事実や、その社会的影響についての検討を求めていく道を開くのである。

立法事実を、十分な根拠に基づいて検討するということは、再検証に開かれているという意味で、広い意味では科学的な根拠付けを追求することにつながる。そこで、本稿では、立法事実の意義として、法の合理性を支える一般的事実という定義に基づきつつ、その科学的根拠付けに重点を置きたい。しかし、それは立法事実として、「法を支える科学的事実」のみを重視するということではない。社会的、経済的事実も、社会科学・経験科学の対象として、広い意味では科学的な検討の対象である。また、科学技術の発展から、実際に、科学的な事実が、新たな法や法理の展開の基礎となる場合も増えてきており、科学的事実による根拠付けの意義も高まってきている。立法事実の検証のあり方を問う上で、科学的根拠付けという枠組みで検討していくことは、現在の憲法訴訟での立法事実のとらえ方を評価する一つの軸を提供するだけでなく、科学的知見をベースにする

ような法や法理の展開についての裁判上での議論の展開のあり方の考察にもつながると考える。

2. 立法事実論と立法事実の科学的根拠づけ

以上のように、立法事実の概念を整理した上で、裁判において、立法事実論を展開することの意義をまとめておきたい。

第一に、立法事実を検討することで、今ある法や法理を、批判的に問い直すことを可能にする。違憲審査の場面で、立法事実論を展開することが、合憲性の推定の後退を意味するというのは、その証左とも言える。そして、それを科学的証拠に基づいて検討するとなると、いっそうそうした意味合いが強まりやすい。棚瀬(2003)は、裁判において社会科学的知見を参照することは、社会科学の持つ批判性ゆえに、いまある法への異議申立の効果強く有することを指摘している¹⁹⁾。

第二に、法の合理性を支える事実を、根拠に基づいて検討するということは、恣意的な判断を抑制することにつながる。特に、裁判官による法創造という文脈では、裁判官の恣意的な法創造作用に対する懸念が説かれるが、新たな法理の合理性を支える事実的根拠を求めることで、判断の客観化、合理化をはかることができる。

第三に、第二と関連するが、立法事実論を判決の中で展開すること自体の意味も指摘しておきたい。立法事実論を判決の中で展開することは、判決を実質的に理由づけられたものにする事となり、第三者及び当事者に対して理由づけられた議論と決定を要請する手続的合理性(田中 2003)²⁰⁾を高めることにもつながると考えられる。それにより、判決の妥当性を、より実質的な観点から検証していくことを可能にする。手続的合理性は、裁判官のみを名宛人とする議論ではなく、むしろ当事者が、ある法の違憲性を主張する場合や、新たな法理を求める場合に、こうした根拠付けのある議論を行っていくことに力点がある。しかし判決において理由づけられた議論が展開されていることも手続保障の重要な一部であり、ハードケー

スでは法創造といえるような法理の展開が必要となることも多く、その重要性が高まると考えられている。

そして、最後に、立法事実論が、従来、立法事実の顕出のあり方という手続上の問題として論じられてきたことから伺えるように、立法事実論は、法創造の手続的規制のあり方に対して重要な示唆を与えている。つまり、基本的に二者間の当事者主義的訴訟構造において、いかに立法類似作用に向けた活動が可能か、またそこでの立法類似作用を正当化しうる手続をいかに構築するかという論点である。Davis（1941）をはじめ、立法事実についての学説は、その顕出についての手続的・証拠法的規律のあり方に主軸がある。日本で立法事実論を紹介する議論の多くもまた、この問題に取り組んでいる。「裁判官は法を知る」ことを前提にすれば、その法の合理性を支える事実についても、法の領域の問題ともいえ、証拠による立証を必要とせず、司法確知、すなわち自由に情報・資料の収集を行いそれに依拠して立法事実を認定できると考えられる²¹⁾。しかし、立法事実の認定に関して裁判官の全知性を前提にするのは現実的ではないし、手続保障の観点からも問題がある。当事者への手続保障の観点から、合衆国では当事者が専門家証人やいわゆるブランダイス・ブリーフを通じて働きかけるという方法もある。また、違憲審査が一種の消極的立法作用でもあることから、利害関係者は当事者だけに限られないため、第三者による意見表明という形での参加として、アマカス・キュリエによる意見提出も可能である。こうした手続のあり方については、日本においてはまだ十分な検討がなされていない。特に、民法学での法解釈方法論　ことに社会学的法学や利益衡量論　のなかにも立法事実論的発想はみられるが、解釈の方法という議論枠組みゆえに、そうした事実の探求や顕出を手続法的に論じるという観点に欠けている。よって、この点について検討していくことの意義は非常に大きい²²⁾。

他方で、立法事実を科学的に検証するのを推進することには、以下のような疑問が呈される。これらは、根本的には、立法事実論が依拠する、法

をる政策目標を実現するための手段として考える法道具主義への批判につながる。

第一に、社会科学や自然科学といった科学での知見を、法的判断の前提に用いることに対する批判がある。それには、事実からは規範は生み出されないという根本的な問題に加えて、法の論理とは異なる論理に基づく科学を、そのまま法的判断に持ち込むことに対する疑問がある²³⁾。たとえば、科学的知見は確率的な見地からの暫定的な結論に基づくのが通常だが、その場合、一定の時間内にオールオアナッシングでの判断を要求される法とは対立しうる。そのため、法では民事と刑事で証明度の基準を設定して、その基準に達する証明があればよしとされるが、そうした基準と、統計学における誤差の基準の関係をどのようにとらえて、法的判断の基礎とすべきかといった、問題もある。そして、社会科学や自然科学などの知見は、不確実で流動的であるため、常に最新の研究成果を参照しなければならないとなると、法を不安定なものにすることになる。他方で、十分な研究がなされていない分野も多い、というような批判が代表的である。さらに、科学的思考は、基本的に因果的思考であり、法的思考とはなじまないという批判は、次の、立法事実論自体への批判にもつながる。

第二に、立法事実論は、主として立法目的 = 手段の因果関係に関する事実を探求することを主眼とするが、そうした目的 = 手段思考は、法政策的には有用でも、個人の基本的な権利を保障するという原理的な思考にはなじまないと言われることが多い²⁴⁾。Dworkin などに代表される、政策と原理を区別し、法的思考は基本的に原理志向性を有するべきであるという批判である²⁵⁾。

Dworkin (1977) は、法解釈は、「創造的」あるいは「構築的」解釈であり、連作小説のようにこれまでの解釈に新たな解釈を適合させていく必要があるという考え方から、法解釈は、あくまで解釈であり、社会科学によって結論が左右されることは望ましくないという。Brown 判決でも、人種隔離政策が差別なのは、「くしゃみが出れば風邪っぴき」というのと

同じくらい自明な「われわれは、ただそれを知っている（we just know it）」のであり、その証拠など必要はないという²⁶⁾。憲法上の判断を裏付けるのに、社会的事実は妥当ではなく、事実的根拠にのみ基づく憲法判断は望ましくない。法的解釈と科学的解釈は異なる。法解釈においては、事実も解釈的事実である。よって科学も、解釈的事実の一部ではない。

それに対し、Faigman (2008)²⁷⁾は、Dworkinの、科学の役割を、規範を基礎とした解釈的言説の中に位置づけようとする理解には問題があると指摘する。科学は、確かに、法にとってある目的を達成するための手段ではあるが、少なくとも、良き科学は、解釈者が望むようにあらゆる解釈をも許容するものではない。科学も社会的文脈から切り離すことはできないが、事実を科学者の望むような形に築き上げることはできない。Dworkinは、科学的事実も含め、すべての事実は解釈的事実であると理解しているが、もしその事実が、現実とはかけ離れている場合には裁判の正統性は失われる。Faigmanは、Dworkinの基本的立場が、憲法の法理を科学的知見という不安定な前提に依拠させることから来る問題を回避できるという利点は認めつつも、だからといって、科学的事実が判断において無意味なものにはなることはないと主張する²⁸⁾。Dworkinのいう解釈的判断が正しいのであれば、妥当な科学研究はその判断を補強するはずであるという。

本稿も、Faigmanの考え方に基本的に賛同する。科学としての言明の価値はその妥当性（validity）にかかっている。それを絶対視することはできないが、それでも、科学的根拠に欠けた判断は、法的妥当性も失うという点で、科学的根拠付けを追求することは必要であると言える²⁹⁾。

科学的思考が、因果的思考に立脚し、原理的思考にはなじまないという疑問に対しては、ここで根本的に反論する用意はない。しかし、まずは、そのような抽象的・論理的な疑問が実際に当てはまるような形で、わが国の立法事実論が展開してきているのかどうかについて確認しておく必要が

あるだろう。つまり、立法事実論が、法道具主義的な法の見方に立脚しているとして、それゆえに法政策的な観点から法を問題にすることで、法の中核的な法的思考がないがしろにされ、また科学的事実根拠をおくことで、法的安定性が阻害されるような事態が、実際に、生じているのだろうか。

3. 憲法訴訟における立法事実：国籍法違憲訴訟での立法事実論を例に

(1) 概 観

日本の裁判所では、文理解釈よりも目的論的解釈の手法を重視してきた憲法学の影響から、違憲審査制導入の当初から、立法事実を用いてきたといわれるが、その認定は昭和30年代までは、恣意的であったと評される³⁰⁾。そうした事態を受け、芦部教授や時国判事らによって、アメリカにおける立法事実論が日本で紹介、その必要性が説かれ、憲法訴訟実務においても立法事実が比較的詳細に検討される事例も出るようになってきている。

立法事実論を詳細に検討したとされる裁判例の筆頭として、常に言及されるのが1975年の薬事法違憲判決であり、1987年の森林法違憲判決も、立法事実論を展開して違憲判断に達した例とされる。2000年を越えてから、最高裁が違憲判断をする例が増えてきているが、2005年の在外邦人選挙権事件判決、2008年の国籍法違憲判決などは、立法事実の変遷を認めることで、違憲判断を導いている。

立法事実論を展開したリーディングケースとされる薬事法違憲判決³¹⁾では、薬事法が前提とした、距離制限と、不良薬品の供給の抑制の因果関係の存在を検討している。原審の、薬局開設の距離制限について薬局の「偏在……濫立により……施設に不備欠陥を生じ、品質の低下した医薬品の調剤供給等好ましからざる影響をきたすおそれがないでもない」という判断に対し、最高裁は、「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という可能性がある」とすることは、単なる観念上の

想定に過ぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断であるとは認めがたい」とする。この判決では、この因果関係が存在する可能性を、観念上は否定できないとしつつも、「果たして実際上どの程度」なのかが明らかにされていない点、不良医薬品の販売の現象は、都市部のスーパーでの低価格販売など他の理由もあり、それを一部薬局の経営不安定に帰することが合理的ではない点などが指摘されている。ここでは、立法事実という概念が直接に使われているわけではないが、立法事実として、距離制限の目的を確認した上で、その目的を達成するにあたって、その規制が必要かつ合理的かについての事実を検討しており、立法事実の論証を重視するきめ細やかな論旨を展開していると評価されている³²⁾。

しかし、詳細に立法事実論を展開されたとするこの判決でも、逆に因果関係を否定するに際して具体的なデータ等の根拠が示されているわけではない。立法事実についても、当事者主義的な手続法の基本による限りは、その立法事実の存在あるいは不在を裁判所に認めさせることに利益を有する当事者に積極的にその存在や不在を認めさせる、正当化責任を負わせることが合理的ではあるが³³⁾、より根拠に基づいた立法事実の不存在の論証もあり得たと考えられる。立法事実論を展開して、国会が認定した立法事実を否定して違憲判断を導いた点は評価できるが、立法事実の科学的根拠づけという部分に関しては、なお十分とは言えないように思われる。

次に、最新の法令違憲判決である国籍法違憲判決を素材に、ここでの立法事実変遷論について若干のケーススタディを試みたい。

(2) 国籍法違憲訴訟における立法事実変遷論

まずは、判決において何を立法事実としたかについてである。

本件は、国籍法3条が、届け出による日本国籍取得要件に、日本人に生後認知された子を含んでいないことが憲法14条違反となるかが争われた事例である。

判決では、まず、「我が国との密接な結びつき」を国籍付与の条件にすることは合理的であることを確認³⁴⁾した上で、日本との結びつきをはか

る指標として、両親の法律上の婚姻を求めることは、問題の改正時点では合理的³⁵⁾だったが、社会的、経済的環境等の変化に伴って遅くとも訴訟提起の時点においては、その合理性は失われたという立法事実変遷論に立った。

その合理性を支える社会的事実が、立法事実とされるが、この判決では、1)日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子の増大、そして両親共に日本人である場合の家族との比較において、両親の一方のみが日本国民である場合の、2)同居の有無などの家族生活実態の複雑多様性 3)法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係のあり方についての認識における複雑多様性 4)法律上の婚姻と我が国との結びつきの強弱との関連性の希薄さが挙げられているが、さらに、その前提として、法改正時と比較しての 5)夫婦共同生活のあり方を含む家族関係や親子関係に関する意識の多様化 6)出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態の変化、多様化という「社会通念及び社会的状況の変化」が指摘されている。主として出生数に占める非嫡出子の割合の増加などの家族生活や親子関係の実態の変化を社会的状況の変化とし、家族生活や親子関係に関する意識を社会通念の変化と整理しているようにも読める。

通常、立法事実とは、立法目的の合理性とそれに関係する立法の必要性を裏付ける事実および立法目的を達成する手段の合理性を基礎づける事実であり、ここでは我が国との密接な結び付きのある子に国籍を付与するという目的のために、密接な結び付きの指標として両親の婚姻を要件とする、逆に生後認知では不十分とすることの合理性が問われている。ここでの立法事実は、「両親の法律婚」と「子どもの日本との結びつき」の相関関係であり、因果関係ではない。

しかし、1)2)は、子どもの日本との結びつきに、直接関係がなく、3)は、法律上の婚姻自体の複雑多様性なのか、それに対する認識における複雑多様性なのか、不明確であるが、それをさしおいても、具体的にど

のような事態を指しているのかが分からない。それゆえ、1)～3)を根拠に、4)を導くことには無理があり、その検証にはなっていない。そして、本件は「立法事実変遷論」をとっているのだが、両親ともに日本人である場合と、両親の一方のみが日本人である場合の比較である2)3)について、立法時から変化があったのかについては何らふれられておらず、肝心の4)についても、法改正時と裁判時との相違については不明である。そのように考えると、通常の憲法学の理解における立法事実論に立てば、本件は、立法事実論を採用していないという評価も可能かも知れない。そして、その根拠づけという点に関しては、ほとんど皆無である。

他方、こうした立法事実変遷論をとるにあたっては、その前提として、社会通念や社会状況の変化が重要な役割を果たしていると思われる。「国籍法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては、日本国民である父と日本国民でない母との間の子について、父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものと見ることは相応の理由があったものとみられ」とし、当時、立法事実として認定した核となる2)3)が現在とどう異なっていたかには言及しないが³⁶⁾、1)5)6)は変化したと言っている。よって、実質的には、立法事実の「変遷」は、1)5)6)の変化を指すことになり、主として5)6)の社会通念及び社会的状況の変化を、立法事実変遷論の根拠としているようである。そして、本件が通常、立法事実変遷論に立っていると評価されていることに鑑みて、逆にそこでいう立法事実を整理し直すと、家族生活や親子関係に関する意識や、家族生活や親子関係の実態の多様化、という社会通念および社会的状況を、法を支える事実＝立法事実として捉えているということになる³⁷⁾。ここまで、立法事実論の射程を広げることが望ましいのかは、議論の余地があるだろうが、法を支えていく、直接的な目的＝手段としての合理性についての事実、をさらに支えていると考えられる社会通念や社会的状況も視野に入れて、検証しようとしている点は評価できるし、立法事実論を新

たな方向へと導く可能性のある論証とも言える。また、次章にみる法創造は、通常、立法後の社会変化などのため制定法と社会生活のギャップが大きくなり、立法当時に想定していなかった新たな問題が生じることになった場合に、その法欠缺を補充する必要性から認められると考えられており³⁸⁾、その際の手がかりとして、社会通念も一つの重要な要素とされている。立法事実論を法創造の領域にも射程を広げて考察する場合の、立法事実とその根拠づけのあり方を検討する一つの方向性を示すものとも言える。

しかし、こちらに関しても、その根拠づけは十分とは言えない。むしろ横尾・津野・古田判事の「家族生活や親子関係に関するある程度の意識の変化があることは事実としても、それがどのような内容、程度のものか、国民一般の意識として大きな変化があったかは、具体的に明らかとはいえない」という反対意見にも合理性があるように思える。同反対意見では、6)に関して、非嫡出子の出生数が1%から1.9%への増加、日本国民の父と外国人を母とする子の出生数が5538人から1万2690人に増加しているという具体的なデータをもとに、国民一般の意識の変化は大きくはないと述べている。出生数全体に占める非嫡出子の数が、最近の西欧諸国にみるほど大きくないことは明らかだが、率として倍増しているため、「増加はわずか」と片付けられるのかは疑問もあるが、少なくとも根拠に基づいた意見である点では、反対意見のほうが、立法事実論をより詳細に展開しているとも言える。

また、家族生活についての社会通念や社会的状況が変化したことが、子の我が国との結びつきの指標として法律婚を用いることに、どう影響しうのかについても不明である。

全体として、法廷意見において展開された立法事実論は、そこで説かれる立法事実の内容や、個別の要素との関連が不明確である上に、それぞれの事実についての根拠はほとんど示されていないという点でも、十分な議論とはなっていない。

（3）いかにして立法事実を認定したのか

では、本件ではどのようにして、そうした立法事実の認定に至ったのだろうか。

立法事実の認定の材料の一つとして、プランダイス・ブリーフ方式で出された資料、つまり当事者から提出された訴訟資料がある。きわめて限られた材料ではあるが、それと事件関係者の執筆した記事などを参考に若干の検討を試みたい。

2008年6月4日に最高裁大法廷で出された判決は、判決内容はほぼ同じだが、2件ある。ひとつは、単独の事件（A事件）³⁹⁾、もうひとつは、9事件を併合したケース（B事件とする）⁴⁰⁾、である。いずれも、フィリピン国籍の母と日本国籍の父との間に出生し、日本で育った子が、出生後に父から認知を受けたことを理由に日本国籍を取得しようとして認められなかったという事例である。

A事件では、原告側からは、一審から上告審までを通じて奥田安弘教授の意見書や文献がしばしば提出されている。そのほかには、一審では、国際法外交雑誌、国連子どもの権利委員会の報告審査などの文献も出されている。日本国籍を認めた地裁判決への国からの控訴への答弁書には、日本国際社会事業団が全国の児童相談所を対象とした子どもの国籍に関するアンケート調査結果も示されている。それによれば、4分の1が日本人父と外国人母の非嫡出子で、父の胎児認知を受けた子はゼロであったという結果であった。

国側は、昭和59年の国籍法改正時の立法資料である衆議院法務委員会の議事録のほか、国籍取得に関する他国の法制についてや、日本での帰化許可申請者数と帰化許可数の推移、家族に関する各国の法制や家族や女性についての各種データが出されている。

しかし、法廷意見が認定した立法事実の変遷について具体的なデータ等は当事者から十分に出されていないわけではない。意見書を提出した奥田教授は、法廷意見での立法事実の検討において、非嫡出子の増加について純

粹日本人家族と国際家族を比較する必要があり、データも存在するのに、両親の一方のみが日本人である場合には「より複雑多様な面がある」と述べているに過ぎず具体的に欠けると批判しており⁴¹⁾、少なくともその点については、もうすこし詳細な論証があり得たといえる。

B事件では、地裁の段階で、原告がわからずは、国籍法や戸籍法の解説、法律学者による国籍法による婚外子差別の問題を論じる論文を提出し、「準正が成立すれば父子の間に生活の一体性が生じるとしているが、そのような社会的事実を証明する統計データも研究報告もない」と準備書面で主張しており、裁判所もそうした調査の提出を両当事者に求めたが、国はその回答を提出しなかったということである(近藤 2009-1)。また、控訴の段階では、2500筆を超える、日本国籍確認を求める要請書兼署名を提出している。

それに対し、国側からは、立法時の国会での会議録や夫婦関係と親子関係は密接に関連するという趣旨の家族法の学術論文のほか、非嫡出子の出生率が日本ではわずかであること、国別の未婚女性の出生率比較や過去10年の帰化申請者数、親子に関する社会実態など、主に、日本での家族の実態が、欧米に比べてあまり変化していないことを根拠づけるためのデータが提出されているが、上にも述べたように、立法事実を直接に裏付けるような、両親の一方のみが日本人である場合の家族の実態などに関するデータは出されていない。

では、裁判所は、いかにして(2)で検討したような立法事実の判断に至ったのであろうか。(2)でみた立法事実の中核といえる、1)~4)の事実に関して、B事件の主任弁護士の近藤氏も、「本件では準正子の両親との同居率が重要な統計資料となりうるが、かかる統計は存在しなかった⁴²⁾」と述べており、最高裁が独自にそうした情報を入手して判断に至ったとは考えにくい。

B事件では、原告側は、国籍確認訴訟弁護団が、その活動母体のJFC(Japanese Filipino Children)弁護団、JFCネットワークを中心に、署名活

動などに積極的に取り組んだ。それにより「社会的状況や社会通念の変化」の一端を示したといえようが、具体的にそれを示す証拠とは言い難い。

本件は、JFC 弁護団やネットワークによる長年の社会運動の一環として訴訟が動員されている、典型的な政策形成訴訟でもある。法廷で JFC 本人が陳述して裁判官に直接働きかけるだけでなく、法廷外でメディアを利用して、JFC 本人たちが取材に応じたり、子ども達が泣いたり笑ったりする姿を見せて、社会的な関心、共感を集めるといったことで、社会問題開示⁴³⁾の役割を果たしたであろうことは想像できる。

よって、こういった事情が、本件で立法事実変遷論を展開する背景としての社会的状況や社会通念の変化の認定にも作用していった可能性はあるが、立法事実の直接の証拠にはなりえない。

このように、国籍法違憲判決の法廷意見で展開された立法事実変遷論が前提としている事実的な根拠は、両当事者が、書面として提出した資料からは読み取することは困難である。裁判所が独自に情報を収集して判断した可能性は否定できないが、認定した立法事実を示すようなデータが入手可能な形で存在していたとは考えられないため⁴⁴⁾、その可能性は低いだらう。手がかりとなりうる調査官解説では、立法趣旨の証拠としては、国籍法や戸籍法の解説書、改正時の衆議院法務委員会での政府委員の発言など、当事者からも提出されていた文献や資料が引かれているものの、両親の結婚と、子のわが国との結び付きについての何らかの資料については言及がない。言及があるのは、平成14年最高裁判決での梶谷・滝井判事の補足意見と、「昭和59年改正以降の家族生活や親子関係に関する意識や実態の変化」に関し、注で「非嫡出子に対する法的取り扱いの区別に関する意識の変化」を指摘し、その根拠として非嫡出子の相続分差別に対して、昭和の終わり頃から違憲説が増えてきたことを挙げている。立法事実の変化を、法学者の学説や、最高裁判例への言及で読み取っており、その根拠となる事実への検討は、解説のレベルでもなされていない。以上の、限られた資料からではあるが国籍法違憲訴訟における立法事実論は、十分な根拠に基づ

いているとは言えず、それゆえに、判決理由においても、十分に根拠づけられた形で立法事実論が展開されなかったと言ってよからう。

上述の近藤氏も、大法院判決を評価しつつも、「本判決における立法事実及びその変遷に関する認定・評価はあまりに大雑把にすぎ、当事者及び代理人として立法事実やその変遷をどのように主張し立証していったらよいかの指標は皆無」と指摘している。

立法事実論を展開する意義の一つには、実質的根拠づけを明確にして検証に開くことにある。その最低限の要件が満たされない立法事実論は、結論はともかく、芦部をはじめとして憲法学がかねてから批判してきた独断的な認定に陥ることにもなりかねない。

(4) 小 括

以上のように、立法事実論の展開は、安易な合憲性の推定をとらずに、立法事実の存否の検討を行うという点では重要な意義があるものの、薬事法違憲判決にせよ国籍法違憲判決にせよ、なお、その十分な検証も理由づけも行われているとは言い難く、科学的根拠付けにはほど遠い。

立法事実の審理に諸科学の知見を用いることについては、流動的で不安定な調査や研究結果を規範的判断の基礎に据えることになるため、法的安定性や、その他の前章でみたような観点から疑問が提起されうるが、現段階において、そのような批判がダイレクトに当たるような判決は日本では、ほとんどないと言っても良いのではないだろうか。むしろ、より豊富な根拠づけを探求すべきと言うべきだろう。そして、参照した文献やデータなどもできるだけ明示して、後の検証に開いていくべきではないだろうか。

そして、立法事実論が、法を政策実現の道具として捉える目的=手段思考に基づくものであり、原理的思考になじまないという批判に対しては、確かに、基本的には立法事実論が、法を目的論的に解し、それを支える事実的根拠を問い直すものであることは否定できない。しかし、薬事法違憲判決や国籍法違憲判決を見ても分かるように、それによって、憲法が保障する基本権を実現しようとする志向性を有しているのであり、立法事実の

検討が原理思考となじまないからといって、立法事実論の展開を否定する結論に結びつける必要はないだろう。

もっとも国籍法違憲訴訟のとり立法事実変遷論にみられるように、法の合理性を支える事実として、立法目的＝手段にかかわる直接的な事実的基礎よりも、その背景にある社会的状況や認識の変化を、立法事実の変遷の直接的根拠として位置づける場合、そこで検証したい立法事実自体、目的＝手段思考で捉えられるような範囲の事実を超えている。よって、立法事実概念の整理も必要であると思われる。

目的＝手段にかかわる直接的な立法事実について、可能な限り科学的根拠づけを求めていくことが望ましいと思われるが、その背景となる社会的状況や、規範的概念である社会通念について、同じレベルでの検証が望めるのか、また必要なのかについて検討する必要があるだろう。社会的状況といったものは、世論調査や人口統計などの集会的、数量的なデータによってのみ裏付けられるものではないため、社会通念など、規範的に評価される概念が用いられているのである。しかし、社会通念の判断において、多様なソースの知見をくみ取る用意は必要だと考えられる⁴⁵⁾。特に国籍法違憲訴訟で問題になったような、社会的少数者にかかわる問題について、検証なく「社会通念」を根拠にすることには慎重でなければならないだろう。できる限り、検討すべき立法事実を具体化した上で、その根拠づけとしては、利用可能な範囲で多様なディシプリンの知を参照して評価していくことも可能だし必要なのではないだろうか。ブラウン判決で影響力をもった社会心理学実験結果には方法論も含めて批判も多いが、このような研究の許容性についても検討していくべきだろう。

・法創造における法を支える事実

1. 法解釈方法論と立法事実論

上述したように、立法事実論の射程は、違憲審査の文脈に限られず、法

解釈の範疇で論じられる裁判官の法創造の場面にも及びうる。法創造は、通常、新たな法的問題が生じて既存の制定法の条文を手がかりとするだけでは現実の社会生活に適合した解決が得られない という「法の欠缺」が生じている場合に、狭義の解釈を超えて、実定法以外の規準も参照しつつ具体的な裁判規準を形成することで行われる。わが国では、実質的な法創造は、一般条項等を通じて解釈の形で行われるのが通例である⁴⁶⁾。

太田(2000)は、立法事実を法創造の場面でも検討する必要があるという立場で、立法事実を「裁判所が意識的に新しいルール・判例法を定めるとき、法律のポリシーが反復する社会の事実状態に適合しなくなったとき、および、法律の合理性が一定の事実状態の存在に依存しているとき、裁判による法創造の実質的合理性を確保するために、その確定を必要とする社会的事実」⁴⁷⁾とする。裁判における法創造を立法と連続線上の社会的・政策的判断ととらえて、立法事実とは、そうした法判断の社会的影響を判断するための社会科学的情報なのである⁴⁸⁾。法創造が必要となる場面としては、既存の制定法では想定していなかった新たな法的問題が生じたり(新たな法を必要とする立法事実の存在。これも、それ以前との比較において立法事実の変遷とも言える)、既存の制定法が想定していた社会的状況全般を含む社会的事実が変化した(立法事実の変遷に当たる)場合が考えられる⁴⁹⁾。よって、一般的に言えば、法創造の前提として、先の国籍法違憲判決のように、社会的状況の変化を読み取りつつ、新たな法を必要とする、より具体的な目的=手段思考に基づく立法事実の検討を行うということが必要になると考えられる。

しかし、このように立法事実概念を用いるに当たっては、これまで民法学が蓄積してきた法解釈方法論の議論がある中で、そこに立法事実論を持ち込むことの意義を確認する必要もあると思われる。立法事実ということばは使われていなくても、そこですでに立法事実類似の事実を検証することについて十分に議論が尽くされているのであれば、あえて立法事実論を持ち込む意義は薄いからである。

法解釈方法論は、法の解釈の範囲内での方法論の議論であり、それを越えた裁判官による法創造は、射程外であり、別の文脈の議論という考え方もありうる。確かに、法解釈と法創造を区別して裁判官の解釈の範囲がどこまでかを論ずることの意義はある⁵⁰⁾が、裁判官の法創造は、通常、解釈の名において行われるため⁵¹⁾、解釈方法論はむしろそうした法創造の範囲やあり方を巡る議論でもある。

そこで、次に、戦後の法解釈方法論の展開を中心に、それらの議論では、特に法創造と言えるような場面で、どのような事実をどのように探求することが求められてきたかを、⁵²⁾ 試みた立法事実の科学的根拠付けという考え方との比較において整理したい。法を支える事実⁵³⁾に目を向けるという解釈方法論は、民法学の礎を築いた、末弘徹太郎⁵²⁾、我妻栄の方法論⁵³⁾にもさかのぼり、それゆえに、すでに基本的な方法論として定着しているといった方がいいかもしれないが、ここでは戦後のいわゆる社会学的法学とその流れをくむ利益衡量論、そしてその批判という流れを対象として概観する。

社会学的法学は、解釈の際に、その社会的・政治的效果を探求する社会学的方法をとるという方法論であり、本稿が扱う「法を支える事実の科学的根拠付け」と同じ志向性を有しているように見える。しかし、そうした方法論の延長線上にある利益衡量論に対する批判という新たな論争を経て、社会学的方法は、議論の表舞台から退いているようである。

ここでの社会学的方法は、法を支える「社会的事実」の探求という意味で、立法事実論と同じであると言えるのだろうか。もし、そうであるとして、そうした事実の探求を追求しようとする立法事実論は、平井の批判などによって、もはや淘汰された議論であり、今論じる意味はないのだろうか。

2. 社会学的法学における社会的事実と科学

社会学的法学に立つとされる、来栖（1954）は、法規範を、現実の社会

関係の観察・分析から法規範を読み取るべきという。裁判官の主観的判断は、法創造を生む土台でもあるが、これを実定法の規定からの論理的演繹という形で客観のかけに隠すのではなく、「現実の社会関係の観察・分析」から読み取るのである。選択可能な解釈が複数あるゆえに、主観的な価値判断が最終的に介在するが、社会の事象の中に、正しい法規範が内在することを前提に、その読み取りが社会学的手法であると考え。社会的方法は、いわゆる生ける法探求、あるいはリアリズム法学における「現実に妥当している法 (law in action)」探求⁵⁴⁾の考え方と近い⁵⁵⁾。

来栖をはじめ、社会学的法学の立場に立つ論者は、法規範を支える事実として、社会関係の社会的分析を必要と考え、それは、人々によって行われている規範(生ける法)を探求するという意味と同様と考えられている場合もあるが、それに限られない。川島(1964)は、法解釈を価値判断とことば的技術からなるものにとらえた上で、価値判断の基準となる価値体系、価値判断と価値体系の関係を、社会関係の社会的分析によって明らかにすることを求める⁵⁶⁾。ここで明らかにしようとする社会関係は、立法事実論でいう社会的事実と同じであるとまでは言えないが、法規範の基礎として、現実の社会関係の観察、分析を行うという考え方は、立法事実論の発想と通じると言える。

さらに、こうした議論は、法解釈学を科学として確立しようとする志向性も有しており、本稿の立法事実の科学的根拠づけという関心と親和性を有しているよう思える。「科学」に関しては、川島・渡辺が積極的に論じている。川島は、「科学としての法律学」⁵⁷⁾で法解釈におけることば的技術と価値判断を二分し、価値判断を合理的に行うために、価値判断の基準となる価値の内容と価値体系、それぞれの価値判断の内容、価値判断と価値体系の関係や価値判断相互の関係を明らかにすることが必要であり、これが科学としての法律学の課題であるという。川島は、「科学というものは、物理的もしくは社会的自然の法則を理解し、それによって、自然の世界の将来の現象を予見する、またその法則を使うことによって、自然現象

を管理し、変革できるようにする」という性質を有しており、実用法学も、「現象に基づいてヒポテーゼ（仮説）をたて、そのヒポテーゼをさらに経験的事実に基づいて、もう一ぺん検証していく。」⁵⁸⁾という形をとれば、科学といえるという立場に立つ。このように、川島が科学性について、判断結果の検証可能性に重点を置く⁵⁹⁾限りでは、本稿での科学的根拠づけと同様の発想に立つと言える。もっとも、川島の科学観は時代によって変遷があることも指摘されている⁶⁰⁾。そして科学は、立法事実の根拠づけというよりは、基本的に、法律学のモデルとして位置づけられ、結論の発見過程において、科学の視点から外在的に観察、分析、コントロールするという考え方に立ってきたと理解される⁶¹⁾。ことばの技術と、判断を直接に根拠づける価値判断を二分化した場合、判決理由として展開される論証には、直接、科学的検証過程は現れないということになる。

その点、渡辺（1958）は、より踏み込んで、法的判断の根拠を科学的に明らかにすることを求める。「法規は、論理的＝歴史的体系として客観的に存在する制度であり、したがって、かかるものとして科学的分析の対象たり得る客観的現象である」⁶²⁾という認識を出発点とし、「法の趣旨や目的がどのような内容の社会関係を規律しようとしているかを実体的に明らかにする」⁶³⁾ことが、法解釈の前提として重要である。このような法の趣旨や目的は、立法者の主観的な意図や立法理由そのものではなく、立法時における「全体意思」⁶⁴⁾である。「特定の法規がいかなる客観的歴史的条件の中で、またなぜ成立することを客観的に必然づけられていたか、さらにその条件の中で、それはいかなる具体的利益　経済的、社会的、政治的、　を支持する機能を客観的に果たすものであったか、という客観的認識」⁶⁵⁾であり、この認識のためには、経験科学に基づく分析が必要であるという。

事実の科学的観察は「単純にある現象をそのまま指摘することではなく、その現象を生み出さずにはおかなかった社会的必然性にまでさかのぼって探求し、いかなる諸条件が必然的に一定の現象として帰結せざるをえない

かという法則性を明らかにすること⁶⁶⁾である。そしてそうした「社会的事実」は、経験科学的に証明される方法をもって法廷に再現されなければならない」と考える。

渡辺の、法規の合理性を支える事実の探求という点は、社会学的法学とされる考え方の中では、もっとも立法事実論の発想に近いと言える。川島が科学としての法律学の主体は法律学者や法社会学者を想定しているのに対し、渡辺が裁判過程も視野に入れている点でも立法事実論に近い文脈の議論と言える。また、その科学的根拠づけへの検討も行っている。

その科学観については、マルクス主義的な発展的歴史観に基づいて、客観的歴史的条件を明らかにできるし、それを明らかにすることが社会科学の作業であるとしている。そして、法解釈のそうした歴史的条件は、客観的に明らかにされるという立場から、客観説とされ、法解釈における価値判断が主観的なものであるという主観説との対立という形で法解釈学論争が展開したのであり、法解釈論争は科学観をめぐる争いとしても理解しうる⁶⁷⁾。そして、マルクス主義的な科学観に立つ社会的法学の立場は、本稿の科学観とは異なるため、立法事実論的発想に立つものの、合衆国の立法事実論での社会科学の参照のような、法とは別のディシプリンである諸科学の知見を用いるという発想はない。

3. 利益衡量論とその批判

このような社会学的法学の流れを受けて、1960年代頃より利益衡量論が台頭してきた。利益衡量論は、競合する法解釈を、その解釈をとることによる利害状況を検討することで選びとり、それにより、対立する利益間のバランスを図ろうとする方法論であり、社会的な変化に応じて柔軟に法解釈が行われることを推進する議論である。60年代には、政治的に安定し、経済成長、産業化もすすんで来る中で、複雑な利害の絡む紛争も多発し、そうした新たな状況に司法が対応しなければならない場面が増えてきたという背景があることも指摘されている。

利益衡量論は、目的論的解釈の手法に立ち、とるべき法解釈を選びとる際に、それをとることによる社会的な利益状態、社会的帰結を考慮に入れるという点では、立法事実論の発想と同じである。ただ、「利益」は、事実に重点を置いて把握することもできるが、むしろ事実には還元できない価値に近い意味で捉えられている点⁶⁸⁾で、社会学的法学と異なる。星野は、「社会関係の類型及び利益状況と価値判断」であるとしつつ、より高次の価値判断から論じていこうとしており、社会学的法学が科学的に明らかにしようとした、社会学的分析を基底に据えようとはしていない。それゆえ、こうした社会状況を明らかにしていく方法論や、科学的根拠付けに対する考察は前面に出てこない。この点、利益衡量論が裁判官への過剰な信頼のもとに成り立つ議論であると批判されていることにも通じうる。

他方で、利益衡量論は、そうした利益の衡量過程を、判断において示して実質的な正当化を図ることを強調する。つまり、裁判官の価値判断を制約するのは、利益衡量過程、つまり判断の実質的理由を判決理由においても明示して批判に開くことによって行うという立場である。「実質的な判断要素を隠さないで表に出して、それを批判にさらすべきではないか」⁶⁹⁾という。この点、立法事実論の、立法事実の存否についての判断過程を判断理由の中で展開することで批判に開くという考え方に親和性を有する。

しかし、このような社会学的法学の系譜に対して、周知のように平井（1988～1989）の批判があり、その後、民法学は法ドグマへの回帰傾向が見られるともいわれる⁷⁰⁾。平井によれば、戦後の法解釈論は、「学者中心主義」「心理主義」「未分化主義」「社会学主義」「直結主義」という特徴を持つことから、解釈論を学ぶ学生に非合理主義を生み出すことになったという。そのうち、「社会学主義」についてみておきたい。

社会学主義は、来栖・川島の方法論についての理解と、利益衡量論についての理解ではニュアンスが異なる。社会学的法学については、社会的事実の探求がそのままとるべき解釈に結びつく点、川島理論に対しては、判例研究方法論としての部分に着目している点で、多少文脈が異なる。しか

し、根本的問題としては、利益衡量論の思考方法が、ある解釈とそれが実現する社会的利益の因果法則を前提とした思考方式であり、そうした社会学主義の因果的思考方式は、平井の言う法的思考様式とは決定的に異なることにあるという。

この点は、上述したように、立法事実の科学的根拠付けに対する批判としても、しばしば指摘される問題である。すなわち、原因＝結果からなる因果的思考は、政策的思考、目的＝手段思考と親和的であるが、法的思考の核心にある要件＝効果思考とは相容れないという指摘である⁷¹⁾。その点については、先述したように、そうした相違があることは確かだが、裁判官の法創造の場面では、当然その法創造がもたらす社会的影響や、法創造の前提にある社会認識を必要とせざるを得ないし、平井も、それ自体を否定しているわけではない。その意味で、因果的思考は、法的思考の中核ではなくても、その一部として組み込まれていると言ったほうがよい⁷²⁾。平井が批判するのは、裁判官の判断に至った決めてを裁判官の心理に還元する心理主義が、議論に耐えられないことであり、議論に耐えうる形で、社会的事実から解釈を根拠づけることは、むしろ推進されるのではないだろうか⁷³⁾。その意味でも、少なくとも、本稿が対象とする、裁判官による法創造というような場面において、そうした法創造を支える事実を科学的に根拠づけることは、批判されていないと言える。

4. 小 括

このように、民法学における法解釈方法論のなかでも、法解釈を通じた法創造と言える場面において、その法創造を支える社会的事実による根拠付けの必要性については、すでに、そして一貫して認識されてきていると言える。

他方で、いかなる社会的事実を、どのように明らかにするのか、そして、そうした事実からの根拠付けを、判決の中で明示的に明らかにするのかについては論者によって見解が異なる。社会的事実の内容については、それ

自体が社会規範として受容されている「生ける法」を想定していると思われる議論もあるが、法が実現すべき価値・原理を明らかにするために現実の社会生活・社会関係を観察することが必要という考え方が出されることもある。その具体的な対象についても論者や場面によって異なりうるが、基本的に、社会的事実や経済的事実が対象とされるため、立法事実論では射程に入る科学的事実は、分析の対象外とされているし、目的＝手段的発想から、具体的に創造された法とその想定される効果についての予測は視野にはいるが、むしろ、その背景にある社会状況の把握という点にも力点があると思われる。

そして、そうした事実をいかにして明らかにするのか、という際に、科学をモデルとした法解釈学のあり方が追究されるという意味で、科学的探求についても論じられてきている。その科学観は、当然のことながらその時代における社会科学や科学哲学に影響されているため、一様ではないが、実際に事実を探求するという場面においては、「経験科学で明らかにする」「検証可能性」など、比較的素朴な科学観、つまり本稿でいう科学的根拠づけから大きく離れる考え方がとられているわけではないと言える。

ただし、そうした事実を把握する主体としては、通常、法学者か、裁判過程なら裁判官が主体的に把握することを想定しているように思われ、多様なディシプリンにおける調査結果や研究を参照するということへの言及は少ない。よって、合衆国における科学的証拠に関する議論のように、科学的研究の利用や評価の仕方については議論がなされていない。

また、そうした社会関係の分析を解釈に反映させるとしても、判決理由でそれを展開するかについては見解が分かれる。価値判断と法的構成を二分する立場を前提にすれば、実質的判断を支える事実に対する探求があっても、それを判断の正当化理由として言及する必要はない。利益衡量論は、実質的判断を前面に出すことを想定している⁷⁴⁾。ただし、利益衡量論は、利益の判断の際に、社会的事実を科学的に分析することには重点を置かないため、判決理由において展開される実質的判断で、社会的事実に基づい

て論証を行うことまでは、十分視野には入っていないように思われる。また、先述したように、解釈方法論における社会的事実の位置づけは、あくまで解釈方法論という議論の枠組みで行われるため、そうした事実をいかに審理の中に取り込むかという手続的な規律のあり方には考察が及んでいない。

以上の概観から、これまでの法解釈方法論においても、法を支える事実の探求の必要性については一貫して論じられてきているものの、なお、立法事実論を、法創造の場面に敷衍して論じることに一定の意義があると言えるだろう。

すなわち、第一に、社会学的法学は、社会的事実の社会科学的探求の主体として学者を想定しており、訴訟プロセスにおいてそれを明らかにしていくという視点はやや希薄であるゆえに、手続合理性の要請については考えられていない。他方で、利益衡量論は、実質的判断を示すことを想定しているが、社会的事実をいかに探求するかという点の考察は薄い。そこで、立法事実論の、裁判における法創造の場面において、その法を支える事実的基礎をできるだけ科学的に探求し、それを最終的には裁判官が判決理由において展開していくことで判断を正当化していくという方法論は、これまでの解釈方法論を補う示唆を有しているといえる。

そして、第二に、憲法訴訟においては立法事実論の意義が認識され、最近の憲法訴訟の中でも積極的に展開されるようになってきているのに対し、民法の解釈方法論の潮流において、社会学的法学 利益衡量論が有していた、実質的判断を支える事実的根拠付けの探求という方向性自体に疑問が呈され力を失ってきているとすれば、再度そのことの重要性を確認するという意義もあるだろう。

そして、第三に、前述したように、立法事実論が主題とする、立法事実を取り込む手続のあり方という観点からの検討に道を開くという点も重要である。本稿は、この点を展開することを主眼とはしないが、「法を知る」裁判官が、新たな法を必要とする「社会的事実」、および新たな法を宣言

した場合の「社会的影響」について知ることまでを当然の前提にできないゆえに、手続の中に、そうした情報をくみ上げるルートが必要であり、またそうした情報の流入や評価についての手続的規律のあり方を論じていく作業が不可欠であることは確認しておきたい⁷⁵⁾。

そして、最後に、最近の、「憲法と民法」の議論の活性化に鑑みても、違憲審査の場面と近い形で立法事実論を展開していく可能性も意義も広がるのではないかと考えられる。憲法と民法の関係については諸説あるが、その一つの示唆として、民法の憲法的基礎付けが注目されている。こうした議論は、目的論的解釈が価値のヒエラルヒアのために説明が無限後退に陥るという問題に歯止めをかけつつ、国の基本権保護義務を明確化し、権利基底の解釈を導き出していくという意義が認められる⁷⁶⁾。「社会的事実」を検討するという立場は、個人に対して集合的な社会、社会全体の集合的目標の保護や促進に定位する議論となり、個人の権利の尊重とは対置されると考えられる傾向がある。しかし、立法事実論のいう事実は、必ずしも、そうした集合的利益を重んじるものではなく、これまでの立法事実論の展開を見ても分かるように、これまで当然の規範とされていた考え方を問い直していくという作用があり、実際に個人の基本権を強化、擁護する方向へと道を開いてきた。

そうした形で、立法事実論を展開させるためにも、法創造の場面にも視野を広げて、立法事実のあり方、特に、多様なディシプリンに開かれた科学的根拠づけのあり方について、検討を始めていくことには、意味があると言えるだろう。

・科学的根拠付けに向けて：課題と展望

以上、立法事実論を、法を支える事実として、憲法訴訟だけでなく、訴訟における法創造の場面においても妥当する議論として、その科学的根拠付けの追求と、それを判決理由において展開していくことの意義を確認し

てきた。これまでの日本の、裁判で立法事実論が展開されていても、判決においてそれが十分な根拠付けがなされているとはいえない現状を反省する上では、一定の意義はあると考える。

しかし、科学的根拠づけに向けては、これから検討していくべき課題が山積しており、本稿はその出発点に立ったに過ぎない。このささやかな検討から見えてきた課題と今後の展望をまとめ、結びに代えたい。

第一に、本稿では、簡単に法を支える事実として立法事実としたが、実際に立法事実として想定される事実としては、比較的、特定しやすい、ある法の目的の妥当性とその手段の合理性を支える事実だけでなく、より広い社会的状況や社会通念が対象となることもあることが確認された。法創造の場面では、そういった状況を確認する必要性が特に高いと思われるため、法を支える事実として、どのような事実の確認が必要なのか、ある程度の類型と、その類型ごとに、どこまで、どのように明らかにする必要があるのかについて議論をしていく必要があるだろう。

この点については、合衆国での議論が参考になる。立法事実について、事実の性質に応じた分類を行い、その類型ごとに立証の仕方を検討する議論が多く見られる。たとえば、裁判における社会科学の利用とその立証方法という観点から、Monahan & Walker (1987) は、社会通念に近い「社会的事実 (social fact)」,いわゆる立法事実の立証において社会科学が用いられる場面として論争も大きい、単なる事実ではなく、権威・先例としての意義もある社会的権威 (social authority), それから純粹には立法事実ではないが、事件の事実上の争点において判断をするのを助ける (たとえばレイプのトラウマなど) ため、社会科学的研究から得た一般的な結論を個別のケースで事実問題を決するために用いる社会的枠組 (social framework) に分類して、それぞれの顕出方法について論じている。

ブラウン判決で利用された社会心理学実験は、社会的権威に分類される、それ自体に規範的要素があり、その妥当性にも争いがありうる事実である。通常アメリカで、立法事実の立証において用いられる社会科学的証拠は、

この社会的権威に分類されるものが多く、その利用に対しては疑問が付されることも多い。しかし、日本では、まだこうした研究が用いられることはほとんどないため、今後、こうした証拠の利用についても検討していく余地があると考えられる。それに対して、Monahan & Walker のいう社会的事実とは、その顕出方法や評価にあまり争いのない、規範的要素の薄い事実とされ、たとえば国籍法違憲判決でその変遷が認められた「社会通念」とされるようなものは、むしろこちらに分類されるように思われる。しかし、これについても、まだ日本では、その立証のあり方についての検討は十分なされているとは言えないうえ、逆に、争いのない事実のように見えるが故に、安易に、規範的判断の基礎に据えてしまう危険性があることにも留意する必要がある。Goldberg（2008）は、合衆国で新たな法理を生み出す際、事実を根拠にしようとする傾向があることを指摘し、特に争いのある「社会的権威」のような事実ではなく、「社会的事実」に当たるような事実に依拠した判断のほうが、規範についての議論を回避した上、事実についても検証がなされないため問題が大きいという。日本とは異なる文脈での議論ではあるが、同じく「社会通念」や「社会的状況」のような用語でその中身を十分検討することなく結論を正当化することは、本稿で論じてきた立法事実論の意義を無にするものであることは確認しておきたい。

第二に、本稿では、憲法訴訟における立法事実論についてのみ若干の具体的検討を行ったが、本来は、裁判において法理が展開してきたような分野においても、これまで日本ではどのように法を支える事実を認定してきたのか、その根拠付けのあり方を反省的に検討していくという作業をふまえた上で、立法事実の概念を導入していくことの意義を具体的に明らかにしていく必要があると考える⁷⁷⁾。

第三に、立法事実の顕出の手続ルール構築という重要な課題についても、検討の必要がある。法 = 事実の区分を前提に、「裁判官は法を知る」ことを前提にすると、法の前提となる立法事実も、裁判官が知っていることが前提となり、具体的な根拠付けを裁判で行う必要がないということに

なる。他方で、司法事実と同様に、当事者主義的な弁論主義、証明責任のルールをそのまま適用することは、創造された法が、同様の事例にも適用されることを想定したものであるゆえに、適切ではない。このルールが明確になることで、現在の、あいまいな立法事実論の意義が明確化され、その根拠付けが活性化されることにもつながろう。

そして、最後に、科学的根拠付けということの意義をより詳細に検討していくことも求められる。科学的根拠づけとして、利用可能な知見としてどのようなものがあり、いかに評価すべきかという科学的証拠の評価の問題でもある。そして、この点については、すでに社会科学・自然科学を含む科学的知見が活発に利用されている合衆国の経験から学ぶことも多いため、合衆国での議論を検討していくことも有用だろう。

たしかに、法と科学は異なるし、法を中心は、法共同体に共有された言葉と論理からなる法的推論であり、そこでの科学の役割は限定的なものにとどまるだろう。しかし、どのような理由でどこまで限定的なものにするのか、という点についての検討が十分になされていない限り、科学的根拠付けというだけで受容したり、逆に無視してしまうという、いずれも妥当ではない関係に陥るおそれがある。

科学的根拠付けは、検証可能性にかかれているところに意義がある。それが、科学の専門性ゆえに、その結果を問い直すことができないものになってしまうと、裁判が法的判断ではなく科学になってしまう。文脈は異なるが、足利事件での未発達なDNA鑑定結果に依存しての誤判は、そうした危険が現実化した例である。最近の生殖補助医療などの発展に応じた法的規制がととなわれないなかで親子関係が問題になる事例で、「立法による速やかな対応が強く望まれる」⁷⁸⁾という判決が続いているのは、立法府＝司法府での役割分担の問題ではあるが、専門性故に司法は判断を控えるという側面も否定できないように思われる。

本稿で概観したように、これまでの憲法訴訟での立法事実の認定は、科学的根拠付けを行ったとは言い難い状況にある。それが、法的叡智に基づ

く法的な議論であるという主張も、それを支える事実の存在を暗黙のうち
に推定していることは否定できず、Faigman の言うように、その事実が
明らかに科学的に妥当でないことが明らかになった場合、その正当性は失
われるであろう。よって、以上確認した課題に今後取り組んでいくことを
一つの展望として、結びに代えたい。

- 1) 司法制度審議会意見書（2001）参照。
- 2) 平井（1989）、ジュリスト927号、92頁。
- 3) Ancheta（2006）や、Faigman（2004）は、連邦最高裁判所による法発展において、科
学をどのように扱ってきたかについて分析を行っている。
- 4) Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al., 347 U.S. 483 (1954).
- 5) 詳しくは、棚瀬（2003）早川（1960）など。
- 6) Faigman（1991）は、これまでの最高裁判決での社会科学の利用に対し、経験的研究を
誤用した例や、無視した例というように利用のあり方を検証している。
- 7) ブラウン判決以降、科学的証拠の利用を控える裁判所も出たが、当事者の弁護活動の中
で、憲法上の主張をする際、それを裏付ける科学的証拠の探求やそれに基づく弁護活動を
展開するのが一般化したという。Ancheta（2006）、68。
- 8) Daubert v. Merrrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 113S. Ct. 2786. ここでは、科学的証拠
の許容性を裁判官が判断する際、科学的証拠の基礎となる推論や方法論が科学的に妥当で
あることを評価しなければならぬとされた。その際、検証可能性、ピア・レビューと公
表、誤差および一般的な受容性を、考察しなければならぬとされた。詳しくは、渡辺千
原（1997）。
- 9) たとえば、Faigman, Saks, Sanders & Cheng（2008）
- 10) なお、立法事実の定義として、芦部（1963）では、「法律を制定する場合の基礎を形成
し、それを支えている 背景となる社会的・経済的 事実」と、科学的事実を、定義
付けに入れておらず、日本における立法事実論でも、科学的事実と言及しない議論も多い。
- 11) 時国（1963）、22頁。新（1988）は、立法府における立法過程における立法事実を「国
会の認定した立法事実」として着目し、これは立法手続内で認定された、相対的な真実性
、確実性を持つに過ぎず、裁判所がこれを事後的に（裁判時に）審査するのが立法事実論と
いうことになるという。
- 12) 時国（1963）、22頁。
- 13) もっとも、この判断は、裁判時を基準に、裁判時に利用可能な情報に基づいて行うので
ある。新（1988）。
- 14) 戸松（2008）、245頁。
- 15) 最高裁昭和62年4月22日大法廷判決。民集41巻3号408頁。森林法186条が山林の持ち分
が2分の1以下の共有者に共有物分割請求権を認めていないことについて、森林の細分化
を防止することによって森林経営の安定を図るという目的は合理性があるが、その手段と
して分割請求権を制限することは合理的でも必要でもないと判断した。その判断の際に、

分割請求を認めないと、紛争の永続化を招いて森林経営の安定化につながらない、同条が森林の範囲や期間を限定しておらず、規制の必要性の限度を超える、現物分割でも合理的な分割可能といった立法事実の検討を行っている。

- 16) 戸松(2008), 247頁。
- 17) 芦部(1963), 525頁。
- 18) このように、立法事実論は、法の目的論的解釈を前提としている。
- 19) 棚瀬(2003)は、構築主義的な科学観に立ち、社会科学の政治性や批判性を強調する。そして、裁判における科学的知見の応酬も、社会的な議論の付置を反映するものととらえる。本稿では、絶対的真理としての科学を想定してはいないが、データや証拠に基づいて検証されることで、その妥当性を評価できるものという前提に立っている。
- 20) 田中(2003)は、手続的正義の要素として、1 第三者の中立性、2 手続的公正に加えて、3 第三者及び当事者に対して理由づけられた議論と決定を要請する手続的合理性を満たすことの重要性を指摘している。この議論に示唆を与えたとと思われる、Fuller(1981)は、裁判という秩序形成の形式の特色としては、主として当事者による手続への参加と、reasoned arguments(理由づけられた議論)を挙げている。
- 21) 日本でも、憲法訴訟だけでなく、いわゆる政策形成訴訟とか制度改革訴訟、社会問題開示型訴訟などといわれるような訴訟では、当事者が、裁判所に文献などの資料や専門家の意見書を準備書面や書証で添付するということが通常行われている。また、鑑定手続が用いられることもある。
- 22) 原(2000)、太田(2000)などの優れた先行研究も存在する。
- 23) この点に関しては、渡辺千原(1997)も参照のこと。
- 24) 法的思考の分類としては、田中(1994)などの法の三類型も参考になる。目的=手段思考が基本となる管理型法に対し、法の中核は、要件=効果かなる普遍主義型法(あるいは自立型法)にあるとする。
- 25) たとえば、立法事実論を法創造の場面にも射程を広げてその事実審理のあり方を検討する原(2000), 285頁も、「手段化され得ない法原理の問題と政策問題の区別が前提とされなければならず」、「たとえば人権の領域におけるように、他の目的に対する手段とみなすことが妥当でないような基本的な価値が問題となる領域においては、純然たる規範評価によって判断がなされるべき場合も生ずる」と論じている。
- 26) Dworkin(1977)。
- 27) Faigman(2008)。
- 28) Faigman(2008)は、Roe v. Wade 連邦最高裁判決で、中絶の権利と政府の人命を守る利益の衡量において、有名な trimester の枠組みを用いて生命の始期についての問いを避けたことで、後に混乱を招いたと指摘している。
- 29) そして、Dworkin 自身も、そのことは認めていると考えられる。たとえば、2007年に出された Gonzalez v. Carhart 連邦最高裁判決では、2003年の特定の中絶方法を禁止した一部出産中絶禁止法に対し、その法が禁止した中絶方法を用いられなくても、女性にとって深刻な健康被害は生じないという立法府が採用した医学的知見をそのまま尊重して、合憲判断を出したが、そうした立法事実の認定のあり方に対して、強い異論を述べている。

本件では、Kennedy 判事が「医学的論争に対する裁定を行う権限は政府にあり」という立場をとったが、それに対し、Dworkin（2008）は、「優れた医師や担当医が、安全ではないという術式を受け入れるよう女性に強要することは女性の選択権への深刻な負荷（burden）である」とし、反対意見を述べた Breyer 判事が、医学的権威による、容認されている中絶法が時として、禁止された中絶法よりもリスクが高い場合があるという証言を認めた点を、正当だったと評価している。Dworkin は、医学的知見の妥当性のみに基づいて議論を展開しているわけではないが、Faigman がいうように、なお科学的根拠があることは必要であり、科学的に疑わしい議論に基づく判断は、その正統性が揺らぐという Faigman の議論を証左しているように思われる。

- 30) 江橋崇（1987）。立法事実は認められても立法事実論が存在しない状況であったという。
- 31) 最高裁大法廷昭和50年4月30日判決。民集29巻4号572頁。
- 32) たとえば、芦部（1975）。その前提として、昭和30年の公衆浴場適正配置規制を、十分な根拠づけなく「公衆浴場の濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいては浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来すおそれなきを保し難い」と国会の認定した立法事実を何ら審査することなく合憲とした最高裁判決への疑問がある。最高裁大法廷昭和30年1月26日判決。刑集9巻1号89頁。
- 33) 正当化責任について太田（2000）31頁以下。もっとも、違憲審査においては、審査基準とも結びつけられるので、より詳細な検討が必要となりうるだろう。もっとも、日本ではいわゆる二重の基準論が実務上用いられているわけではなく、問題となっていることのうち、政策の当否レベルには立ち入らずに憲法上の違法適法レベルで判断を行い、問題となっている法令の目的、達成手段について権利の性質に応じた審査を行うという枠組みがとられていると分析されている。西村（2003）。
- 34) 判決では明確に述べられていないが、ここでの立法理由は、法改正時の政府説明を根拠にしていると考えられる。地裁では、枇杷田政府委員の「血統が繋がっていることが、一つは日本の国に対する帰属関係が濃いということを明確ならしめる一つの重要な要素としてとらえられていることだろうと思います。そういう面から考えますと、認知というだけでは、これは母親が日本人（外国人の誤りと思われる）である場合でありますから、生活実態といたしますと嫡出子の場合とはかなり違うのではないかと、民法におきましても嫡出子と非嫡出子とではいろいろな扱いが違います。……そういうことからいたしますと、なるほど片親の血はつながっておたにしても、当然に日本の国と結びつきが強いという意味で国籍が取得されるというふうにすることが適切ではないだろう。これが、準正になりますと、そこでは両親の間に婚姻関係があるわけで、生活の一体化というものが出てまいりますから、そういう場合は意思表示によって日本の国籍を取得させてもいいだろうけれども、認知だけではそうはいかないのではないかと、そういう考えから現在のような案にしておるわけでございます」という発言が参照されている。なお、次項で見ると、こうした立法時の政府説明などの審議資料は、国側から資料として提出されている。
- 35) しかし、国籍法3条1項の合理性は、立法当初より疑わしかったとも言える。本件での立法事実変遷論が、立法事実論として十分に根拠づけのある説得的なものとして展開できていない理由は、改正時での合理性を認めようとした点にあると言える。市川（2008）は、

立法当初から、当該規定の合理性が疑わしかったとのべ、判決における合理性の理由づけが「当時の社会通念や社会的状況」と不十分であることを指摘している。

- 36) この点については、当時の立法目的の説明として、立法時の政府委員説明をもとに、合理性があったと判断していると考えられる。国会の認定した立法事実を基本的にそのまま認めているのである。
- 37) 石川(2009)ジュリスト346号, 12頁は、本件でのここでの論証を、単なる立法事実論のアプローチではなく、社会通念や社会的状況の変化を違憲判断に結びつけた部分について、「事柄の性質」自体について、共同体の確信、国民の規範意識のレベルでの事情変更が結論を左右したという点で、特に平等論において重要であるという。
- また、本判決では、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の半分とすることの合憲性が問われた非嫡出子差別違憲訴訟において、補足意見などで、立法事実の変遷を認めており、そこでの立法事実として「社会事情、国民感情等の変化」が指摘されてきたことが影響しているとも考えられる。最高裁大法廷決定平成7年7月5日 民集49巻7号1789頁。その後も、合憲判断がなされながらも、少数意見で違憲の疑いが強いとされたことが、本件提訴の後押しになったとされている。
- 38) 田中(1994), 309頁。
- 39) 原審 東京高裁平成18年2月28日判決。一審 東京地裁平成17年4月13日。判例時報1890号27頁。
- 40) 原審 東京高等裁判所平成19年2月27日判決。東京地裁平成18年3月29日判例時報1932号51頁。
- 41) 奥田(2008)。
- 42) 近藤(2008), 20頁。
- 43) 近藤(2009-2)で、本件での訴訟戦略や社会運動における位置づけが説明されている。社会問題開示機能については、長谷川(1989) また、棚瀬(1972)。
- 44) 他方、調査、研究がなされていないような場合に、そうした調査の不在を一方当事者の不利益に帰することにも慎重でなければならない。これが、通常の司法事実における立証責任とは異なる部分である。特に、社会運動の一環として訴訟が動員されるような場合、原告側が利用できる資源は限りがあり、大がかりな調査等を期待するのは困難である。
- 45) 渡辺康行(1993)は、日本の憲法判例における「社会通念」の意義について分析している。社会通念を事実として捉える考え方もあるが、基本的には、規範的な概念とされている。もっとも、これが、常識やその他の社会的事実への探求をくみ取る窓口として機能することは明らかで、その根拠づけとして、なお各種のデータ等が用いられることには問題はないと考えられる。
- 46) 条文の操作による補充を除くと、反制定法的解釈とも言われる、法の条文からは導けないような解釈において、法文を空文化するような例もある。昭和43年11月13日大法廷判決 民集18巻9号1868頁。
- 47) 太田(2000), 129頁。
- 48) 太田(2000), 123頁。
- 49) 前注で挙げた、反制定法的解釈の代表例とされる利息制限法についての昭和43年大法廷

法を支える事実（渡辺）

判決に対しては、こうした「反制定法的解釈」が許されるかについても学説上議論が分かれるが、磯村（1978）104頁は、「立法者が法理念にもとづく法的原理や事物の本性を誤認ないし無視して規定し、あるいは後の技術的・社会的発展により社会状態が基本的に変更した結果法規が不適合になった場合」には、こうした解釈が許されるといい、広中（1997）104頁でも、「反制定法的法形成は、制定法の定めた規律が民事紛争の処理としていちじるしく妥当性に欠ける結果を当事者間に生じさせるものとなっており立法部の対処を必要とするにいたっているのに立法措置がとられないでいる（いわば立法部の怠慢が認められる）という場合にのみ、正当なものというべきである」という。広中は、その前提として、1954年の利息制限法施行後、公的融資制度および隣接諸制度が着実に機能するなど、高利貸資本の機能に対する社会の肯定的評価を支える条件が年と共に失われていく過程だったと指摘している。このような社会的背景の変化が、立法事実の変遷にあたる事情と言える。

- 50) フット（2006）、222頁は、解釈と政策形成の境界が曖昧であることを認めた上で、Feely & Rubin（1998）での区別の基準を示している。
- 51) 太田（2000）129頁は、伝統的に、裁判による法創造については、「裁判による法創造は存在するかしないか」という現在から見れば陳腐としかいいようのない問題設定がなされていたと指摘している。
- 52) 裁判官の法創造を是認し、その際、当該事件の社会関係を定型化して認識し、それを規律する社会的規範があれば、その規範を、ない場合には、訴訟に現れている社会目的の是非から法規範を創造する。
- 53) 法律現象の社会学的研究、すなわち法律現象が社会のどのようなファクターとどのような「実有的関係」にあるかを研究しなければならないと説いた。我妻（1926）。
- 54) また、ドイツの自由法学、特にエールリッヒの「生ける法」探求の主張からの影響が大きいことも周知の事実である。
- 55) たとえば、手附を例に、それが現実にどのようなものとして行われているかということをも明らかにすることを社会学的方法と示している。座談会（1954）。
- 56) 川島は、判例研究において、将来の裁判を予見する、そのために事件の事実関係から定型的事実＝定型的決定内容の結合関係を読み取る作業を社会学的手法として提示しているが、判例研究の方法は、ここでの規範を支える事実の探求とは直接には結びつかないため割愛する。
- 57) 川島（1964）。
- 58) 座談会、54頁。
- 59) 瀬川（1990）、48頁。
- 60) たとえば、法律時報の小特集「川島武宜先生の学問的遺産の継承のために」が参考になる。特に、瀬川（2010）、松村（2010）。松村（2010）は、素朴な科学主義から、後期には吉田民人の影響を受けたより洗練された科学的方法論へと展開していったと指摘するが、後期には、法解釈の際の事実的探求という文脈では論じていない。
- 61) 山本（1997）。
- 62) 渡辺（1959）、115頁。

- 63) 渡辺(1959), 120頁。
- 64) 渡辺(1959), 128頁。
- 65) 渡辺(1959), 122頁。
- 66) 渡辺(1959), 141頁。
- 67) 星野(1970)は、渡辺のこうした見解に対して、これは認識ではなく、判断であるという。
- 68) 加藤(1974)は、高次の価値による根拠づけには懐疑的で、抽象的には「最大多数の最大幸福」や「国民多数の意思(一般意思)」を実現するといった功利主義的な目標を示しつつも、具体的な事例において対立する諸価値・諸利益を同じ土俵の上で衡量して妥当な解釈を導き出すという考え方を示している。加藤(1974), 68頁以下。また、加藤は解釈論の前提として社会的事実を明らかにする重要性は指摘しつつも、社会的事実についての因果法則を明らかにしようというより、解釈の資料とすると述べていることから、社会的事実については、立法事実論という事実とは位相の異なる事実を想定していると考えられる。
- 69) 加藤(1982)19頁。
- 70) たとえば、得津(2009)は、民法学が民法ドグマと政策論に分離し、政策論を展開する商法学との壁がいかにか形成されたかについて法解釈方法論争を分析している。
- 71) 平井(1988), ジュリスト927号, 92頁。
- 72) 宮澤(1992)も、「正義」または「公平」になかった事態を実現するためにはいかなる措置が必要か、あるいは、主張されている措置がいかなる「正義」または「公平」に反する事態を引き起こすことになるかという因果的分析は、「法的思考様式」の一環としても許容しうるのではないかと思われる」という。宮澤(1992), 15頁。
- 73) 平井宜雄(1995)でも、政策形成訴訟では、法律家が政策決定者としての役割を期待されており、因果的思考とは異質な法的思考に基づく必要性は前提とするものの、むしろ積極的に目的=手段思考も取り入れる必要があることは当然の前提とされているものと思われる。
- 74) 平井は、利益衡量論が実質的判断を判決で示すということについて、「理論的には、法解釈の争いは、争いがある以上、究極的には常に『価値のヒエラルヒア』または『価値の序列』の争いに還元され、議論による正当化に耐えない非合理主義に陥ると批判する。平井(1989)ジュリスト927号89頁。しかし、これは、正当化しようとすること自体への批判ではない。
- 75) 太田(2000)130頁は、立法事実について弁論主義を妥当させることは不適切であると指摘し、正当化責任という考え方を提示している。また、弁護士や裁判官をはじめ法律関係者が社会学者、自然科学者などの専門家をもっと利用すべきことのほか、立法事実に関するリサーチを行う政府の研究機関を設置すべきことを提唱する。
- 76) 山本敬三(2004)など。
- 77) 先行研究として、原(2000)が、日本の裁判での法創造の領域例として医療水準の認定をあげているが、たとえば医療過誤訴訟に限っても「多数の同種事例の存在を前提として、具体的事例における実質的波及効果を念頭においた」(原 2000, 134頁)法理として、イ

ンフォームド・コンセントの浸透を背景にした説明義務の確立や、相当程度の可能性の法理の登場なども、検討の対象となりうるだろう。

- 78) 最高裁第二小法廷決定平成19年3月23日。判例時報1967号36頁。海外で代理出産で生まれた子と依頼者との親子関係を認める外国判決の効力を否定した。凍結精子によって男性の死亡後に行われた人工生殖によって生まれた子と男性との親子関係を否定する最高裁第二小法廷平成18年9月4日判決。判例時報1952号36頁も同様に、立法的対応を求めている。

参 考 文 献

Ancheta, Angelo N. (2006), SCIENTIFIC EVIDENCE AND EQUAL PROTECTION OF THE LAW, Rutgers Univ. Press.

新 正幸 (1988) 『憲法と立法過程』創文社。

芦部信喜 (1963) 「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」『清宮四郎教授退職記念論文集・憲法の諸問題』。

(1975) 「薬局距離制限の違憲判決と憲法訴訟」ジュリスト592号14頁。

(1979) 「憲法訴訟と立法事実」判例時報932号12頁。

Davis, Kenneth Culp (1941), "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process," 55Harv. L. Rev. 634.

Dworkin, Ronald (1977), "Social Science and Constitutional Rights: The Consequences of Uncertainty", 6 J. of L & Edu. 3.

(2008), THE SUPREME COURT PHALANX, nyrb.

江橋 崇 (1987) 「立法事実論」芦部信喜編 『講座 憲法訴訟 (第二巻)』有斐閣。

Ericson, Rosemary J. & Simon, Rita J. (1998), THE USE OF SOCIAL SCIENCE IN SUPREME COURT DECISIONS, University of Illinois Press.

Faigman, David (1991) "Normative Constitutional Fact-Finding: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation", 139U. Pa. L. Rev. 541.

Faigman, David (2004) LABORATORY OF JUSTICE: THE SUPREMECOURT'S 200-YEAR STRUGGLE TO INTEGRATE SCIENCE AND THE LAW, times Books.

Faigman, David (2008), CONSTITUTIONAL FICTIONS: A UNIFIED THEORY OF CONSTITUTIONAL FACTS, Oxford.

Faigman, David, Saks, Michael, Sanders, Joseph & Cheng, Edward (2008), MODERN SCIENTIFIC EVIDENCE 2008ed.

Feely, Malcom M. & Rubin, Edward (1998), JUDICIAL POLICYMAKING AND

- THE MODERN STATE (Cambridge).
- フット, ダニエル H (2006), 『裁判と社会 司法の「常識」再考』NTT 出版。
- Fuller, Lon (1981), “The Forms and Limits of Adjudication,” 92Harv. L. Rev. 353.
- Goldberg, Suzanne (2008) “Constitutional Tipping Points: Civil Rights, Social Change, and Fact-Based Adjudication”, 106 Colum. L. Rev. 1955.
- 原 竹裕 (2000) 『裁判による法創造と事実審理』, 弘文堂。
- 長谷川公一 (1989) 『『現代型訴訟』の社会運動論的考察』法律時報 61-12, 65頁。
- 早川武夫 (1960) 『司法過程における社会科学』法哲学年報1960年, 29頁。
- 平井宜雄 (1988~89) 『法律学基礎論覚書(1)~(9)』ジュリスト 916, 918, 919, 920, 912, 923, 926, 927, 928号。
- (1995) 『法政策学(第2版)』有斐閣。
- 広中俊雄 (1997) 『民法解釈方法に関する十二講』有斐閣。
- 星野英一 (1970) 『民法解釈論序説』『民法論集第1巻』有斐閣。
- 石川健治 (2009) 『特別企画 国籍法違憲大法廷判決をめぐる(1)~(3)』法学教室 343, 344, 346号。
- 磯村 哲 (1976) 『現代法学講義』有斐閣選書。
- 市川正人 (2008) 判批 判例評論599号164頁。
- 加藤一郎 (1974) 『民法における論理と利益考量』有斐閣。
- 加藤一郎 (1982) 『民法の解釈と利益衡量』月刊法学教室25号16頁。
- 川島武宜 (1964) 『科学としての法律学』『川島武宜著作集 第5巻 法律学1』。
- 近藤博徳 (2008) 『『立法事実の変遷』を読み取った国籍法違憲最高裁判決』法と民主主義433号19頁。
- (2009-1) 『最高裁判決2008 弁護士が語る 国籍法違憲訴訟 大法廷判決獲得までの歩み』法学セミナー651号26頁。
- (2009-2) 『国籍法違憲判決 JFC に対する法的支援活動の通過点』法律時報 81-8, 12頁。
- 来栖三郎 (1954) 『法の解釈と法律家』『来栖三郎著作集』信山社。
- 松村良之 (2010) 『70年代の川島法社会学から見えてくるもの』法律時報82-3, 62頁。
- 宮澤節生 (1992) 『法社会学的法律学の可能性』ジュリスト1010号11頁。
- Monahan, John & Walker, Laurens (1987), “Social Frameworks: A New Use of

- Social Science in Law,” 73Va. L. Rev. 559.
- 森 英明（2010）最高裁判所解説，法曹時報62巻7号，240頁。
- 西村枝美（2003）「法令審査における厳格さ——日本の判決に基づく再構成の試み——」手島古稀『新世紀の公法学』法律文化社 2003。
- 太田勝造（2000）『法律』東京大学出版会。
- 奥田安弘（2008）「国籍法違憲訴訟に関する最高裁大法廷判決」法律時報 80-10，1頁。
- 瀬川信久（1990）「民法の解釈」星野英一編『民法講座 別巻1』有斐閣。
（2010）「川島法学における法ドグマと科学」法律時報 82-1，51頁。
- 司法制度改革審議会（2001）意見書
- 田中成明（1994）『法理学講義』有斐閣。
（2003）「手続的正義から見た民事裁判のあり方について」法曹時報 55-5，1263頁。
- 棚瀬孝雄（1972）「裁判をめぐるインフレンス活動」『法社会学講座 5 紛争解決と法1』岩波書店。
（2003）『訴訟動員と司法参加——市民の法主体性と司法の正統性——』有斐閣。
- 時国康夫（1963）「憲法事実——特に憲法事実たる立法事実について——」法曹時報 15-5。
- 得津 晶（2009）「民商の壁——商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策研究 2 233頁。
- 戸松秀典（2008）『憲法訴訟 第二版』有斐閣。
- 我妻 栄（1929）「私法の方法論に関する一考察」法学協会雑誌44巻6号。参照したのは、ジュリスト収録分。
- 渡辺千原（1997）「事実認定における科学」民商法雑誌 116-3，116-4=5。
- 渡辺康行（1993）「違憲審査の正当性と——コンセンサス——ないし——社会通念——」ジュリスト1022号129頁。
- 渡辺洋三（1959）『法社会学と法解釈学』岩波書店。
- 山本克己（1994），民事訴訟における立法事実の審理——ドイツにおける議論の一端——。木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進』判例タイムズ社，21頁。
- 山本敬三（1997）「法的思考の構造と特質」田中成明編『岩波講座——現代の法15 現代法学の思想と方法』，231頁。岩波書店。

山本敬三(2004)「憲法システムにおける私法の役割」法律時報76巻2号59頁。
座談会：川島武宜・来栖三郎・加藤一郎・潮見俊隆(1954)「法解釈の『科学性』」法律時報26-4。