
種 別： 論説

タイトル： 「立法事実」の再考について

著 者： 卷 美矢紀

所 収： 『上智法学論集』第 65 卷 4 号（令和 4 年 3 月）175-201 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

「立法事実」の再考について

巻 美矢紀

はじめに

1. 立法事実とその変化について
2. 立法事実の再考——異質な憲法解釈事実
3. 憲法解釈事実の範例
4. 憲法判断における国民意識の考慮について
5. 憲法判断における外国法の考慮について

おわりに

はじめに

ここ 20 年ほど、最高裁では違憲判断が以前に比べて出されるようになり、違憲審査が「活性化」しているといわれているが、その要因の一つとして、ある手法の採用があると指摘されている。立法事実の変化を理由とする違憲判断の手法である。平成 17 年の在外国民選挙権訴訟判決（最大判平成 17・9・14 民集 59 卷 7 号 2087 頁）を契機に⁽¹⁾、その後は、婚外子や婚姻といった家族に関わる規定に対し違憲判断が出されているが、すべて上記手法がとられている。上記手法は原始的違憲に比べ国会との緊張関係が緩和されるため違憲判断が出しやすいといわれている⁽²⁾が、上記手法については後述のとおり学説からは厳しい批判も示されている。

(1) それ以前にも、上記手法は用いられていた。投票価値の較差に関する判決では、人口移動という立法事実の変化による違憲判断が出されていた。

(2) 山田哲史「立法事実の変化の検討の仕方と救済の観点」横大道聡編『憲法判例の射程〔第 2 版〕』（弘文堂、2020）394 頁。

しかし、そもそも、婚外子相続分差別違憲決定(最大決平成25・9・4民集67巻6号1320頁)を範例として、過渡期としての国籍法違憲判決(最大決平成20・6・4民集62巻6号1367頁)以降の、家族に関わる規定の合憲性判断において立法事実とされるものは、いわゆる立法事実とは異質なものの、すなわち新たな法理の承認に関する事実であると考えられる。このような理解からすると、最高裁が立法事実の変化として指摘し問題視されている、国民意識や、外国法など国外の法事情も正当化されることを論じたい。

まずその準備作業として、いわゆる立法事実と日本の判例におけるその範例、そして、立法事実の変化を理由とする違憲判断の手法に対する評価について確認しておく。

1. 立法事実とその変化について

(1) いわゆる立法事実とその範例

立法事実とは、具体的事件に関する司法事実と区別されるもので、芦部信喜によれば、「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」⁽³⁾とされ、憲法学では一般的に法律の合理性を支える事実と解されてきた⁽⁴⁾。

「立法事実」概念を提唱したのは、アメリカの行政法学者デイヴィスであ

(3) 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」『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973)。時国康夫「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巻5号(1963)654-86頁、江橋崇「立法事実論」『講座憲法訴訟第2巻』(有斐閣)、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について(1-3・完)」自治研究64巻12号(1988)122-30頁、65巻2号(1989)86-99頁、3号(1989)76-88頁。安西文雄「立法事実論」ジュリ1037号(1994)217-21頁。

立法事実に関するこれまでの研究成果を整理分析し、今後の課題を提示するものとして、御幸聖樹「憲法訴訟における立法事実論の現況と展望」論ジュリ29号(2019)179頁以下。御幸は、立法事実の検証のために判決資料を閲覧することの制度上の困難を問題視する。同186頁。また岸野薫「司法過程における立法事実：アメリカの立法事実論の一断面」香川法学40巻3・4号(2021)285頁以下を参照。

(4) 山田・前掲注2)。

る⁽⁵⁾。19世紀末以降の、資本主義の進展による社会の急激な変化に対応するためには、法の形式的な論理操作では困難になり、法廷の場に、ブランダイス・ブリーフ、すなわち法律の合理性を支える事実として統計などの実証的データが出されるようになった⁽⁶⁾。このような事実を説明する概念として、20世紀前半にデイヴィスが提唱したとされる。立法事実は、憲法問題の場合、法律の合憲性を支える事実であり⁽⁷⁾、目的・手段審査を前提に、立法目的および手段のそれぞれに関する合理性の審査に用いられる。

日本で、立法事実論の範例となる代表的な最高裁判決として、薬局距離制限違憲判決（最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁）と森林法共有林事件違憲判決（最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁）がある。

前者は、厳格な合理性の基準を採用したことから、立法事実について確証度の高いものが要求され⁽⁸⁾、手段の合理性について政府が主張する事実、すなわち、薬局開設の許可条件として距離制限を設けないと、薬局が乱立し、競争が激化して、薬局の経営が不安定になり、不良医薬品供給の危険が生じるという因果の連鎖は、「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」とされた⁽⁹⁾。

後者は、持分価額2分の1以下の者につき共有物分割請求権を制限した旧森林法186条の合憲性が争われたもので、最高裁は明白性の原則より手段について若干厳格な審査を採用し、立法事実に立ち入って判断した。最高裁は手段の合理性について、森林の共有は森林の共同経営とは直接関連しないことから、「立法目的と関連性が全くないとはいえないまでも、合理的関連性があるとはいえない」とし、さらに、共有物分割請求権を制限すると、かえ

(5) 高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2015）181頁。

(6) 高橋・前掲注5）182頁。ブランダイス・ブリーフとは、後にリベラルを代表する連邦最高裁判事となるブランダイスが、弁護士時代に、州側の代理人として、労働者保護立法の合憲性を支える事実として提出した、医学上・社会経済上の実証的データのことである。大林啓吾＝山本龍彦『アメリカ憲法の群像——裁判官編』（尚学社、2020）。

(7) 高橋・前掲注5）188頁。

(8) 安西文雄ほか『憲法学読本〔第3版〕〕339-40頁〔安西文雄執筆部分〕。

(9) 木下智史「憲法判例50年（7）職業の自由規制に関する違憲審査基準と立法事実論（職業の自由（2））」法教205号（1997）65-72頁。

って森林が荒廃してしまうことから、合理性がないとした。

(2) 立法事実の変化を理由とする違憲判断の手法に対する評価

次に、いわゆる立法事実の変化を理由とする違憲判断の手法に対する評価について概観する。

上記手法には、次のようなメリットがあると指摘されている。第1に、本稿冒頭で言及した、国会との緊張関係の緩和である。原始的違憲、すなわち国会が違憲の法律を制定したというより、国会が関与しない社会的事実の変化を理由に違憲と判断した方が、変化に迅速に対応しなかった国会の立法不作為は非難されるとしても、非難の程度は弱いからである⁽¹⁰⁾。なお、上記手法は、日本では、立法手段の合理性の喪失について使われ、国会との緊張関係がより強くなる立法目的の合理性の喪失については、後述のとおり少なくとも明示的には指摘されていない。第2に、法的安定性である。原始的違憲については、違憲判断の効力につき個別的効力説をとっても、先例の事実上の拘束性により当該規定が適用された者が極めて多い場合に法的混乱が生じるが、上記手法の採用により、違憲判断の事実上の拘束力が生じる時点が立法事実の変化後にすることで、法的混乱を限定できるからである⁽¹¹⁾。

しかし、上記手法には、厳しい批判や疑問も向けられている。第1に、立法事実の変化を判断する主体の適格性に関する批判である。立法事実およびその変化の判断は、立法事実の収集および分析能力において優れ、政治責任に裏打ちされた政治判断を行う国会こそが適していることから、立法事実の変化を裁判所が判断する上記手法は、国会の権限の篡奪であるとされる⁽¹²⁾。第2に、仮に一定の場合には立法事実の変化を裁判所が判断しうるとして

(10) 山田・前掲注2) 398-99頁参照。

(11) 婚外子相続分差別違憲決定は、法的安定性を確保するために、さらに確定的な法律関係については、遡及効を制限することを示している。この判示部分は、それがあつての違憲判断であるとして、千葉補足意見によれば単なる傍論ではないとされる。

(12) 櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学 51 卷き 4 号 (2011) 157-58 頁。

も、在外国民選挙権判決の横尾ほか反対意見が示したように、最高裁の多数意見はその変化を裏付ける実証的データを提示しておらず⁽¹³⁾、恣意的であるとする批判である⁽¹⁴⁾。仮に実証的データが示されたとして、データ分析の専門家でもなく、政治責任も負わない裁判所は、どの程度のデータであれば変化ありと判断することが適切とされるのか問題となる。

第3に、国籍法違憲判決以降、最高裁が立法事実の変化として提示する特定の種類の事実に対する批判である。一つは、外国法や国際条約など、国外の社会的事実の変化である。国際条約や国際機関の勧告などは、国際法と憲法の関係をどう理解するか、問題とされる条約は日本が批准したものかなどを検討する必要があり、それらの検討次第では、立法事実の変化として許容する余地があるが、問題は外国法である。外国法の変化が国内法令の合憲性といかに関係するか、疑問視されている⁽¹⁵⁾。もう一つは、国籍法違憲判決で初めて提示された、国民意識や社会通念の変化である⁽¹⁶⁾。国民意識の変化が法令の合憲性とどのように関係しているのか、国民意識や社会通念という所詮は多数派の意識を、少数者の人権を侵害する法令の合憲性審査で考慮することは妥当なのか、疑問視されている。

以上の批判や疑問は一見もっともなものであるが、それらの批判が前提としているのは既述の法律の合理性を支える立法事実である。そもそも、近年の違憲判断で示されている事実は、このような立法事実なのであろうか。もし異質なものであるとしたら、上記批判は的外れになるかもしれない。そこで、立法事実について再考することにした。

(13) 立法事実論を展開した薬事法違憲判決でも、実証的データは示されていない。日本の判例における法律の合理性の事実は規範的な評価であったとするものとして、宍戸常寿「立法の質と議会による将来予測」西原博史『立法学のフロンティア(2) 立法システムの再構築』(ナカニシヤ出版、2014) 60、75頁。

(14) 櫻井・前掲注12) 159頁。武田芳樹「立法事実の審査に関する一考察」『憲法学の創造的展開：戸波江二先生古稀記念』(信山社、2017) 参照。

(15) 伊藤正晴・最判解民平成25年度372頁。

(16) 石川健治「国籍法違憲大法院判決をめぐって：憲法の観点から(3・完)」法教346号(2009)12頁。

2. 立法事実の再考——異質な憲法解釈事実

(1) 法定立事実

近年、日本の憲法学における立法事実を正面から再考し、学界で注目されたのが、芦部の弟子である高橋和之の古稀を記念した、浅野博宣の論稿である。浅野によれば、「立法事実」概念を提唱したデイヴィスは、「行政過程における事実認定のあるべき規律」について論じる文脈において、「<法適用のためになされる事実認定>」と「<法形成・政策形成のためになされる事実認定>」を区別し、「行政過程において法形成・政策形成のために事実が認定される場合には証拠法と同様の規律を及ぼすことは適切ではない」と論じたのであり、立法事実を「法形成を支える事実」として観念していた。「legislativeとは、主体としての立法府ではなく、作用としての立法作用を指していた」とされる⁽¹⁷⁾。留意すべきことは、デイヴィスは、「司法過程においても法形成作用が存在するという認識を有していたことから」、彼の legislative facts 論は、司法過程をも射程に含むものであったということである。彼は、司法による法形成が合理的に行われるためには、「その基礎となっている事実を明示させ」、「さらに、その事実を直感や憶測に基づくものできなく客観的なものとする必要がある」と考えたのである⁽¹⁸⁾。実際、アメリカだけでなく、日本でも憲法学以外の領域では、立法事実は一般的に、「法形成を支える事実」として理解されているのである⁽¹⁹⁾。

浅野によれば、芦部が立法事実を「法律の合理性を支える事実」と定義したことに意図があったとされる。その意図とは、ケネス・カーストの論文の影響を受け、初期の判例の抽象的な「公共の福祉」論を批判し、それに代えて比較衡量論を後押しすべく、「裁判所が比較衡量において考慮すべき事

(17) 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) 423頁。

(18) 浅野・前掲注17) 434頁。

(19) 原竹裕『裁判官による法創造と事実審理』(弘文堂、1999)。

実をその内容において規定しようとしたものであった」とされる。しかし、現在では、比較衡量論が一般化している一方、「法形成が見逃されやすくなっている」ことから、浅野は本来の「法形成を支える事実」との定義を採用すべきと主張する⁽²⁰⁾。それにより、「合憲性推定原則との区別が明確に意識できるようになる」とともに、「審査基準の定立を」「比較衡量によるべきかどうかという判断も含めて把握」することができるからとされる⁽²¹⁾。

(2) 憲法解釈事実

浅野が指摘するように、高橋和之もまた1990年代に、芦部の定式化したいわゆる立法事実とは異なる「憲法解釈事実」について語っていた。憲法解釈事実とは、憲法解釈の方法に関する芦部の分類、すなわち文面審査と適用審査の区別を批判する文脈で示されたものである。上記区別の標識として、芦部は立法事実の審査の有無——文面審査では立法事実の審査は不要である——を指摘するが、これに対し、高橋は文面審査でも事実の審査は必要であると指摘し、このような事実を「憲法解釈事実」と呼んで、いわゆる立法事実と区別している⁽²²⁾。

芦部によれば、文面審査に位置づけられる、過度の広汎性、法令の文言の不明確性、検閲などについては、立法事実の検証なしに、合憲性を判断するとされる。これに対し、高橋は検閲概念の定義に際して、その定義の合理性を支える事実が必要になるとする。高橋によれば、「自己の定義の正しいゆえんを、概念の歴史的由来や展開、現代社会の直面している新たな検閲類似現象の解決の必要などを論じて根拠づけようとするわけです。こういった社会的・経済的・文化的・歴史的事実は、憲法解釈の合理性を支える事実であり、立法の合理性を支える事実ではありませんから、立法事実ではありません・・・憲法解釈を条文の観念的な操作によって行うことを避け、十分な事実の上に基礎づけることが、解釈論争を不毛な論争にしないためにも不可欠のことと思います」とされる⁽²³⁾。

(20) 浅野・前掲注17) 438-39頁。

(21) 浅野・前掲注17) 441-42頁。

(22) 高橋和之『憲法判断の方法』(有斐閣、1995) 13頁。

高橋は、2015年に公刊した憲法訴訟の体系書でも、事実から規範は生まれないが、新たな規範が説得的に提示されるためには、形式的な論理操作ではなく、事実により支えられていることが必要であるとしている⁽²⁴⁾。

浅野は既述のとおり、legislative factsを「法形成を支える事実」とすることで、比較衡量によらない審査基準の定立の余地を示唆しているが、高橋の検閲概念の定義、すなわち定義づけ衡量は、このような意味での審査基準の定立である。しかし、高橋は憲法レベルでの「法形成」や「法定立」を支える事実ではなく、あくまで「憲法解釈」を支える事実として「憲法解釈事実」の名称を付与していることに違いがある。法形成を正面から認めそれを統制するリアリスティックな議論に魅力を感じつつも、後で検討するように、憲法変遷との区別や、司法審査の民主的正統性の問題を意識し、法形成は憲法解釈としては説明し得ないもののできる限り限定すべきと考えることから、本稿では高橋の「憲法解釈事実」という用語にこだわることにしたい。

注目すべきことは、後に論じるとおり、高橋は、婚外子相続分差別違憲決定における社会的事実の変化の指摘を、いわゆる立法事実ではなく、定義づけ衡量を支える事実、すなわち憲法解釈事実として理解しているということである。

(3) 「憲法法理事実」／「憲法審査事実」

高橋が提示した「憲法解釈事実」は、アメリカの憲法学者 David L. Faigman が[§] 1980年代に示した⁽²⁵⁾、「憲法法理事実 (constitutional doctrinal facts)」にあたるものと考えられる⁽²⁶⁾。

Faigman は立法事実を、「憲法法理事実」と「憲法審査事実 (constitutional

(23) 同上。

(24) 高橋・前掲注5) 180頁。

(25) 立法事実に関する Faigman の2分類を紹介し、法令違憲／適用違憲について分析したものとして、青井未帆「憲法判断の対象と範囲について」成城法学 79号(2010) 89-90頁。

(26) 青井・前掲注25) 90頁、脚注284。

reviewable facts)」に分類する。後者は、司法事実を超える特定の状況へのルールや基準の適用における事実であり、いわゆる立法事実にあたる。これに対し前者は、憲法の原則 (tenets) になる法的ルールの内容に関わりそれを決定しさえするもので、憲法の意味を確定するにあたり、テキスト、原意、憲法構造、先例、学説、憲法価値に接合し、その一部となる事実である。法理やルール、基準 (standards) を定立するための事実であり、いわゆる立法事実とは区別される。この分類は、理論的にははっきりと区別できるが、実践的には区別が常に容易であるわけではないとされる⁽²⁷⁾。

憲法法理事実において留意すべきことは、事実から規範が生み出されるわけではないが、典型的には、原意主義が、憲法解釈において原意を特定する歴史的事実を必要とするように、憲法解釈一般においても、解釈が説得的であるためには、解釈を支える事実が必要なのである⁽²⁸⁾。

彼は「憲法法理事実」の例として、連邦最高裁が修正1条の保護から猥褻を排除する決定を説明する際に用いた、猥褻にさらされることは共同体の道徳的感覚を墮落させ、反社会的行為の事件を増加させさえするかもしれないという事実をあげる。これらの事実は、連邦最高裁が法的ルール、すなわち猥褻表現のための例外を認める表現の自由の法理の選択を支持して主張していることから、「憲法法理事実」であるとされる。連邦最高裁は猥褻を「真摯な文学的・芸術的・政治的・科学的価値をもつ」表現を除くために定義したのである。これに対し、特定の作品が作者や出版社などを法的責任から免除する十分な価値があるかどうかは、「憲法審査事実」の問題である。それは本質上、司法的というより立法的である。というのは、連邦最高裁は、作品の価値は共同体によって変わらないことを明らかにしてきたからである。しかし、この事実問題は新たな基準の表明ではなく、確立した法的基準の適用なので、「憲法審査事実」であるとされる⁽²⁹⁾。

(27) David L. Faigman, *The Empirical Judiciary: Constitutional Fictions: A United Theory of Constitutional Facts* (Oxford University Press, 2008), pp. 46-49.

(28) Faigman, *supra* note 27, pp. 46-49.

(29) Faigman, *supra* note 27. A. Christopher Bryant, "Book Review: The Empirical Judiciary: Constitutional Fictions: A United Theory of Constitutional Facts. By David L. Faigman. Oxford

私は後に論じるように、憲法変遷と区別するために、新たな憲法法理の承認も、憲法の解釈として論じられうる限り、法創造と区別すべきであると考えている。そこで、それがより明らかになる名称である、「憲法解釈事実」の用語を用いることにしたい⁽³⁰⁾。

既に触れたように、高橋は、婚外子相続分差別違憲決定における「立法事実」の変化の指摘を、新たなルールの承認を支える憲法解釈事実として理解している。そこで、上記決定について考察することにしたい。

3. 憲法解釈事実の範例

(1) 婚外子相続分差別違憲決定

相続分につき婚外子は婚内子の2分の1とする旧民法900条4号但書を違憲とした平成25年最高裁決定は、いわゆる立法事実の変化を理由とする違憲判断を示したものと理解されている。もっとも、留意すべきことは、立法事実の変化は、目的・手段審査の適用において示されたのではないということである。そもそも上記決定は目的・手段審査を採用しなかったのであり、立法事実の変化は総合考量されているのである。そして、その埋め合わせかのように、根拠条文の示されていない「個人の尊厳」が多用されているとして、憲法学からは恣意的であるとの批判が強い⁽³¹⁾⁽³²⁾。

しかし、上記決定が目的・手段審査を採用しなかったのは、本規定の真の問題は、目的・手段審査以前の問題であったからと思われる。すなわち、本規定に関する従来の考え、それを許容する潜在的な従来の憲法法理は、社会

University Press. 2008”, 25 Const. Commentary 467, 474.

(30) Faigman に対し、「憲法法理事実」と憲法解釈との関係が明らかにされていないと批判するものとして、Bryant, *supra* note 29.

(31) 代表的な批判として、蟻川恒正『尊厳と身分：憲法的思惟と「日本」という問題』（岩波書店、2016）158頁以下。

(32) 平成25年決定は、全員一致での判断を重視し、折衷的な砂川事件判決と同様、論理を犠牲にしたとの見方として、長谷部恭男発言「座談会：対話的違憲審査」論ジュリ12号（2015）218-19頁。

則や、公人に対する名誉毀損の公人理論のように、表現の内容規制について、萎縮効果を除去するために、アメリカの判例でとられている手法である。それは、具体的な事案とは関係なく、問題となる抽象的な利益を予め衡量し、憲法上許される範囲、あるいは憲法上禁止される範囲を、定義によって示したものであり、具体的な事案との関係では、その定義に該当するかどうかを判断すればよい⁽³⁶⁾。高橋は、平成25年決定の法理をこのような定義づけ衡量と解し、同決定で示された社会的事実の変化を、憲法解釈事実としてとらえているものと思われる。

なお、高橋は、本規定の問題は、目的・手段審査との関係で考えるのであれば、目的審査で検討されるものとする⁽³⁷⁾。そして高橋は「規制目的が憲法の禁止するものであるという主張の場合は、立法事実ではなく、憲法解釈事実の論証がなされることになろう」と述べている⁽³⁸⁾。しかし、目的審査に位置づけることは、問題の本質が、従来の考えを否定する新たな法理の承認であり、そこで考慮される事実は憲法解釈事実であることを曖昧にしてしまう。平成7年決定の反対意見が示したように、婚外子であることのみを理由に不利益を及ぼすことは、「立法目的の枠を超える」のである。

本規定の違憲のポイントは、婚外子であることのみを理由に不利益を及ぼすことは、立法目的とされる法律婚の保護のため、効果的でかつ過大包含ではないとしても(学説等の指摘のとおり、効果的でなくかつ過大包含なのであるが)、不利益の程度に関係なくそもそも憲法上許されないということであり、目的・手段審査ではこの点がぼやけてしまう。

また高橋は定義づけ衡量を「ルール」と位置づけている⁽³⁹⁾。たしかに、ドゥオーキンによれば、ルールは適用されるかされないかであるとされ⁽⁴⁰⁾、その意味では定義づけ衡量と同じといえる。原理／ルールの区別は他の論者によっても提起されているが、ドゥオーキンによれば、原理かルールかは、

(36) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』(有斐閣、2020) 137, 184頁。

(37) 高橋・前掲注33) 134頁。

(38) 高橋・前掲注5) 190頁、脚注79。

(39) 高橋・前掲注33) 134頁。

(40) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977) pp.22-28.

法の文言上決まるのであって⁽⁴¹⁾、「平等」のような抽象的な文言は、ルールと区別される原理であり、ルールのように適用されるかどうかというところまで分節化されたとしても、やはり原理なのである。後に論じるように、私は憲法の人権は原理であると考えため、人権に関する原理は、分節化されたとしても原理であり、法理と呼んでルールとは区別すべきと考える。

以上のように、平成 25 年決定で示された社会的事実、いわゆる立法事実ではなく、新たな法理の承認を支える、憲法解釈事実であったと考えられる。

(2) 過渡期としての国籍法違憲判決

Faigman は、医学の変化という発展が予測されるものに関してではあるが、憲法法理事実か憲法審査事実かは相対的なもので、後の判例によってその分類が変わる可能性を指摘している。例えば、中絶に制限を設けてはならない、トライメスター枠組みの第 1 期の最大限である 12 週は、憲法法理事実で、固定的であるが、母体外生存可能時は、医学の発展によって変更される憲法審査事実とされている。

平成 20 年の国籍法違憲判決は、出生後認知された婚外子につき、届出のみで国籍取得しうる要件として準正を課していた旧国籍法 3 条 1 項を平等違反としたもので、社会的事実の変化を、立法目的達成手段の合理性の喪失、すなわち、憲法審査事実として用いた。しかし、実質的にみても、違憲判断の決め手は、その後の平成 25 年婚外子相続分差別違憲決定で明示された法理であったように思われる。

旧国籍法 3 条 1 項の立法目的は、「我が国との密接な結びつき」の確保であり、その達成手段として準正要件を課すことは、制定当時は、諸外国でも同様の要件を課していたことをあげて合理的であったとする。しかし、その後、合理性が喪失されたとするのであるが、留意すべきことは、それを示す社会的事実の変化は、国内の変化（I）だけでは、「今日では必ずしも家族

(41) Ronald Dworkin, *Freedom's Law : The Moral Reading of American Constitutional Law* (Harvard University Press, 1996) pp.7-9.

生活等の実態に適合する」とはいえないとの弱い評価に過ぎず、国外の変化(Ⅱ)をふまえ、「立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」としている。

国外の変化(Ⅱ)としては、①まず非嫡出子について、(a) 諸外国では、「法的な差別的取扱いを解消する方向」にあること、(b) 「我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する」こと、さらに②本規定については、「多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている」ことがあげられている。これらは公知の事実といえる確かなもので、具体的な本規定それ自体に関する②を除いて⁽⁴²⁾、平成 25 年決定で明示された一般的なレベルでの法理の承認を支える事実と同じ事実が示されている。

他方、国内の変化としては、最終的には、家族観念および家族実態の多様化という「評価」が示されているが、それを支えるものとして、「出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど」(圏点筆者)と、実証的データなしに示されている。横尾ほか反対意見は、統計などの実証的データを示して、家族実態の多様化を否定しているが、多数意見は、婚外子の割合の増加を、家族実態の多様化を支える事実の一つとしてあげているに過ぎない。平成 25 年決定では補足するかのように、家族実態の多様化を支える事実として、国籍法違憲判決の事案の国籍取得届提出時点である平成 15 年段階にも妥当するよう、「平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなどしている」と丁寧に説明している。実証的データこそ示されていないものの、このような家族実態の多様化は、報道などで示されている公知の事実といえ、この事実からの合理的な推論とし

(42) 平成 25 年決定では、②に相当するものとして、諸外国での相続分に関する婚外子差別の解消を示している。

て、家族実態・観念の多様化も導かれるであろう。そして、このような一般的な議論からの合理的な推論として、国籍法違憲判決は、本事案のように「両親の一方のみが日本国民である場合」の生活実態、および家族のあり方に関する意識のより一層の複雑多様化を導出し、それゆえ、「その子と我が国との結び付きの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちに測ることはできない」との、弱い評価をしたものと思われる⁽⁴³⁾。

国籍法違憲判決が、新たな法理を正面から承認するのではなく⁽⁴⁴⁾、形式的にはⅠおよびⅡを用いた手段審査を通じて違憲判断に至ることができたのは、本規定の立法目的が「我が国との密接な結びつき」という不確定概念で、それゆえ、立法目的自体は憲法上否定されるものではなく、また何をもって目的達成手段として合理的といえるかは、家族に関する意識に関わるもので、評価に大きく依拠するものであったからと考えられる。

以上のように、国籍法違憲判決の違憲判断の実質的な決め手は、憲法解釈事実を支えられた新たな法理の承認であったといえるのであり、平成25年決定では、国籍法違憲判決自体も「立法事実」の変化の1つとしてあげられていることから、過渡期の判決であったといえよう。

次に、「立法事実」の変化に含めることが批判されている、国民意識の変化、および国外の社会的変化について、その妥当性を順に検討することにした。

(43) 国籍を取得できないことの不利益の程度は極めて大きく、他方、本規定の違憲判断によって事実上影響を受ける婚外子の数は相続分の場合に比し少なかったことは、違憲判断のハードルを低くしている。

(44) 本規定の違憲判断に対しても、バックラッシュが懸念されていたのであり、違憲判断後の国会審議では、詐欺認知の防止として、刑罰が科されることとなった。佐々木雅寿「最高裁判所と政治部門との対話：対話的違憲審査の理論」論ジュリ12号(2015)210頁。

4. 憲法判断における国民意識の考慮について

(1) 実例

国民意識の変化が、最高裁判決においてはじめて登場したのが、平成 20 年の国籍法違憲判決である⁽⁴⁵⁾。ここでは既述のとおり、形式的には、憲法審査事実として用いられている。すなわち、立法目的達成の手段としての合理性の検討において、合理性の喪失を裏付ける事実の一つとして用いられているのである⁽⁴⁶⁾。その後、平成 25 年の婚外子相続分差別違憲決定では、新たな憲法法理の承認を支える憲法解釈事実の一つとして、国民意識が用いられている。

アメリカの憲法判断においても、国民意識の変化は、憲法解釈事実として考慮されている。例えば、同性婚を禁止する州法を違憲とした 2015 年の Obergefell 判決 (Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644 (2015)) は、結婚観念の歴史の変遷を示すとともに、異人種間婚を禁止する州法を違憲とした 1967 年の Loving 判決 (Loving v. Virginia, 388 U. S. 1 (1967)) で既に、結婚の権利の核心に関する国民の理解 (understandings)⁽⁴⁷⁾、換言すれば国民意識が重要な意味で変化していたとして、結婚自体の精神的重要性、人格的重要性を指摘する。そして同判決は、社会の基本的な制度とされ、様々な利益が紐づけされている結婚制度へのアクセスを、同性カップルに認めないことは、同性カップルおよびその家族の子どもの尊厳を侵害するもので、結婚の権利および平等保護に反するとした⁽⁴⁸⁾。

Obergefell 判決では、婚外子相続分差別決定と同様、目的・手段審査は採

(45) 石川前掲注 16)。

(46) 大橋正春、鬼丸かおる元最高裁判事はともにインタビューにおいて、憲法判断における国民意識の変化の考慮を肯定的に解している。「インタビュー 大橋正春・鬼丸かおる元最高裁判事に聞く：憲法訴訟の実務と学説」法時 93 巻 2 号 (2021) 67-69 頁。

(47) Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644 (2015) at 659-73.

(48) 卷美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」憲法研究 4 号 (2019) 113 頁。上田宏和「『自己決定権』の構造」(2018、成文堂) 238 頁以下。

られていないだけでなく、「尊厳 (dignity)」というキーワードがたびたび用いられている。それは、ここでの問題が、憲法審査事実ではなく、憲法解釈事実であることを示唆しており、婚姻の権利の核心に関する国民の考え方それ自体の変化⁽⁴⁹⁾、結婚を生殖それ自体とは切り離しその人格性を重視する、結婚の権利に関する憲法解釈の変化が問題となっていたのである⁽⁵⁰⁾。

(2) 憲法変遷との関係

正当化論を考察する前に、憲法変遷との関係について検討しておく。憲法変遷もまた、国民の法的確信という国民意識と憲法規範との関係に関する議論である。憲法変遷には、「社会学的概念」と「解釈論上の概念」があるが、前者は「憲法に違反する事態が生み出され、かつそれが国民の広範な支持を受けている事実状態」を指し、これは長年にわたる憲法運用の過程で不可避的に生起する。問題は後者であり、違憲状態の正当化の論理、すなわち憲法規範に反する事態が、国民の法的確信により正当化されるという論理である⁽⁵¹⁾。

憲法変遷は、「これを安易に許すことになれば、憲法改正手続を経なければ許されないはずの行為が、国民の支持等を口実に正当化されることになり、立憲主義は空洞化の危険にさらされる。他方で、国民の支持を完全に失い、その意味で『実効性』を喪失した憲法規範をいつまでも援用し、憲法違反の主張を続けるならば、逆に憲法自体に対する国民の信頼を動揺させ、かえって立憲主義の基礎を掘り崩しかねない」⁽⁵²⁾。

これに対し、憲法解釈事実としての国民意識の考慮は、あくまで新たな憲法解釈を支えるための事実であり、解釈にとどまる限り、憲法規範の変更ではない。憲法変遷に関しても、「条文の担いようの意味の幅」の「枠内」にと

(49) 576 U. S. 672-73.

(50) 卷美矢紀「救済を視野に入れた憲法上の実体的な権利の構成：同性婚訴訟を手掛かりとして」法時 94 巻 2 号 (2022)。

(51) 高橋・前掲注 36) 475-76 頁。高橋和之「憲法変遷論にみられる混乱の若干の整理」『現代立憲主義の制度構想』(有斐閣、2006)。石川健治「憲法変遷論評註」藤田宙靖＝高橋和之編『憲法論集：樋口陽一先生古稀記念』(創文社、2004)。

(52) 高橋・前掲注 36) 476 頁。

どまる限りは、憲法解釈の変更であり、自衛隊の憲法9条適合性のように、枠を超えた場合に、憲法変遷が問題になるのである⁽⁵³⁾。

高橋の憲法解釈事実は、憲法変遷と同じ問題を回避すべく、定義上「解釈」に限定されている。もっとも、Faigmanの憲法法理事実は既述のとおり、新たな法理の「定立」とされていることに留意する必要がある。その例としてあげられている、猥褻に関する法理は、憲法解釈にとどまるものであるが、ニューディールの承認の場合、一般的な理解によれば従来の憲法規範に反する法創造で、憲法解釈を超えた「憲法革命」と解されており、憲法変遷と同じ問題が生じうるであろう⁽⁵⁴⁾。

以上の考察から、憲法変遷と同じ問題を抱える憲法定立事実と区別するために、憲法解釈にとどまるものについては、憲法解釈事実と定式化して区別することが有意義と考える。既述のとおり、国民意識を考慮した判例は、憲法解釈にとどまるものと考えられるのであり、本稿では憲法解釈事実に限定して議論する。もっとも、憲法変遷についても、憲法解釈と区別する基礎となる、一定の枠自体が変化するのであり、憲法変遷と憲法解釈の区別は相対的なものであることに留意する必要がある。

なお、憲法審査事実についても、憲法法理事実のように正面からは問題にはならないが、そもそも両者の区別が相対的であることから、国籍法違憲判決のように、相対的には憲法解釈事実の問題である場合もある。そして仮に憲法解釈を超えた法創造にあたる場合は、憲法変遷と同じ問題が生じうるであろう。

以下、国民意識を考慮することを積極的に評価し、これを正当化する学説について検討することにした。

(3) 正当化論

①司法的ステイツマンシップ論

正当化論として注目されたのが、坂田隆介が提示する司法的ステイツマン

(53) 高橋・前掲注36) 476-77頁参照。

(54) 例えば、アッカーマンによれば、インフォーマルな憲法改正があったと説明される。
Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Belknap Press, 1993).

シップ論である。それによれば、「司法的ステイツマンシップ」、すなわち最高裁の長期的な正当性を維持しうる「妥当な回答」を追求する責務をもつ裁判官が、立法事実変遷論を展開するのは、「ある問題をめぐって社会の価値が変容を遂げつつある状況において、一定の社会的価値を積極的に表明することを自らの責務と捉えた時である」。それは、「裁判所の価値判断に基づく決断であり、その際、社会状況の変化の態様や実相についての科学的・実証的な根拠づけは必ずしも重要な要素ではない。むしろ社会実態との不一致があるがゆえに、社会の動向をいわば先取りする形で当該価値を選択すべきであると態度表明することに意味があるといえよう」とされる⁽⁵⁵⁾。

もっとも、坂田自身、上記手法については、「恣意的認定の危険と諸刃の剣である」として、その危険性も認識しているが、それでも、「憲法上の要請に基づく一定の社会的価値の形成・実現を促すべく、統計上顕著な結果を得られない場合であっても、今後の社会を方向付けるという決意を込めて、社会状況の変化に言及し、積極的に価値表明するという手法は必ずしも否定すべきものではなかろう」と結論している⁽⁵⁶⁾。

以上のように、この見解は、裁判官をも「ステイツマンシップ」をもつものとして位置づけ、そのような裁判官の役割として、社会において現出しているが、支配的ではない社会的価値を先取りし、積極的に表明することで、社会を誘導することを正当化している。「こうした立場からは、科学的・実証的な根拠づけは必ずしも重要な要素ではなく」⁽⁵⁷⁾規範的な国民意識を提示しているのであるから、科学的・実証的な根拠づけは不要なのである。さらに、この見解の延長線上にあるものとして、社会を二分するような価値について、公論を促すことの意義を指摘する見解もある⁽⁵⁸⁾。

たしかに、アメリカでは、司法が実際にステイツマンとして機能し、そのような司法が、国民からも個別の判決はともかく一般的には支持されてきた

(55) 坂田隆介「最高裁と『司法的ステイツマンシップ論』：立法事実変遷論と司法的救済を手がかりに」立命館法学 366号(2016) 2, 10-13頁。

(56) 坂田・前掲注 55) 10頁。

(57) 坂田・前掲注 55) 10頁。

(58) 横大道聡「憲法学と『世論』」判時 90 卷 9 号(2018) 129頁。

といえる。しかし、そのような歴史のない日本では、司法的ステイツマンシップ論による正当化は難しいであろう。規範論としても、民主的正統性において劣り、法の専門家に過ぎない少数の裁判官が、ステイツマンとして、本来のステイツマンが多数集まり審議した結果としての法律を覆すことを正当化することは難しいのではないか。裁判官が国民意識の変化を僭称するおそれに対する懸念は、この問題を端的に示しているといえる⁽⁵⁹⁾。その歯止めとして、個人の尊重という憲法の基本価値を実現する方向で、国民意識の変化を利用することも考えられるが⁽⁶⁰⁾、やはり裁判官支配という問題は依然として残る。また公論の促進についても、それはあくまで結果であって、それ自体を目的として、社会的価値の先取りを正当化することも難しいと思われる。

②司法的応答論

司法的ステイツマンシップ論の後に登場した、注目すべき正当化論として、法社会学者の渡辺千原が提示した司法的応答論がある⁽⁶¹⁾。この見解は、同じく司法の「立ち位置」、すなわち役割⁽⁶²⁾を基礎にしつつ、憲法解釈との関係を意識したものとなっている。

渡辺は、リーガル・リアリズムのように、法を社会の要請に応答するものとして位置づけ、それゆえ、司法も同様に社会の要請、国民意識に応答するものと解する⁽⁶³⁾。注目すべきことは、国民意識を「認識」するものではなく、「構成」する規範的なものととらえている点である⁽⁶⁴⁾。国民意識が変化したといえるためには、どの程度のデータが必要であるかについて令和3年夫婦同氏制合憲決定(最大決令和3・6・23)⁽⁶⁵⁾の補足意見は、国民意識の変

(59) 毛利透「国民意識の変化と憲法解釈」法時91巻5号(2019)38-44頁。

(60) 毛利・前掲注59)。

(61) 渡辺千原「訴訟による政策形成と法形成——社会変化の読み込みとその評価のあり方」立命館法学2019年5・6号(2020)572-74頁。渡辺千原「最高裁判所判決の現状分析」市川・大久保ほか編『日本の最高裁判所：判決と人、制度の考察』(日本評論社、2015年)18頁参照。

(62) 渡辺・前掲注61)576頁。千葉勝美「違憲審査：その焦点の定め方」(2017、有斐閣)。

(63) 渡辺・前掲注61)583,585頁。

(64) 渡辺・前掲注61)592頁。

(65) 卷美矢紀・判セ・法教493号(2021)166頁。

化が客観的に明らかであることを要請しているが、認識の問題ではないのである。そもそも憲法解釈自体が「構成的」であり⁽⁶⁶⁾、新たな憲法法理の構成において、国民意識という生の事実がそのまま影響を及ぼすのではない。渡辺は、国民意識として示される規範的要請を、既に憲法に内在する原理として位置づける。

このように国民意識は構成するものとはいえ、フィクションではないことから、裁判官には統計などの実証的データを分析する最低限の素養が必要であると指摘する。また国民意識を「構成」する主体である裁判官の多様性の不足を、とりわけ家族に関する問題を扱う場合、問題視している⁽⁶⁷⁾。

③新しい人権の承認

憲法解釈事実は既述のとおり、憲法解釈の範囲内での新たな法理や基準の承認を支える事実であり、より一般的な「新しい人権」の承認にも妥当する。

アメリカの判例によれば、「新しい人権」すなわち憲法上の明文なき権利の承認基準は、「秩序づけられた自由の観念」に含まれるか、「基本的なものとして分類されるほど、わが国民の伝統と良心に根ざした正義の原則」であるかどうかなどである⁽⁶⁸⁾。こうした議論をふまえ、日本の学説は、「新しい人権」の承認基準として、国民の承認を提示するものが有力である⁽⁶⁹⁾。しかし、国民の良心という、多数派の意識に依拠することに対しては、人権が実際にはもっぱら少数者の保護のために機能していることから、批判も強い⁽⁷⁰⁾。

しかし、お金や武器をもたない裁判所は、国民の信頼だけが拠り所であり、またそもそも国民意識から離れた法規範は実効性をもたないことから、抽象的な原理として解釈が不可避な人権の理解については、何らかの形で国民意識に依拠せざるをえないのである。もっとも、具体的な結論について

(66) Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986)p. 52, 243.

(67) 渡辺・前掲注 61) 587 頁。

(68) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』(有斐閣、1994) 71 頁。

(69) 高橋・前掲注 36) 149 頁。

(70) 同上参照。

は、具体的な利害関係が明白で、しばしば偏見にとらわれてしまうことから⁽⁷¹⁾、構成するとはいえ多数派の意識である国民意識に依拠することは、少数者の人権保障の観点から問題がある(そもそも、人権の具体化について、多数派の承認があるのであれば、一般的には立法化すればよいということになるであろう)。そこで、人権の承認や解釈において、国民意識に依拠するのは、一般的・抽象的な権利の定式化や、一般的・抽象的なレベルでの法理の承認についてなのである⁽⁷²⁾。具体的な結論自体には多数派は賛成していなくても、一般的・抽象的なレベルでの法理について国民のコンセンサスがある以上、法の専門家である裁判官が示した、法理から具体的結論に至る法的な論証に、国民は納得せざるをえないのである。ベースライン論も、社会の制度イメージをそのまま導入するのではなく、法律家共同体の共通理解、とりわけ憲法を法律家として理解する者らによる構成に依拠しているのであり、一種の反照的均衡と位置づけることができる。

実際、アメリカでの、同性愛行為を処罰する州法の合憲性に関する判例変更が、示唆に富む。1986年のBowers判決(Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986))は、問題となる自由を、具体的な結論と直結しうるもので、その時点では圧倒的な多数の承認をえられないであろう、同性愛行為の自由と定式化し、そのような自由はアメリカの伝統には含まれないとして、そもそも否定した。これに対し、2003年のLawrence判決(Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003))は、問題となる自由を、一般的でより抽象度が高く、それゆえ、国民の承認をえられるであろうとともに、先例との関係でも正当化される「親密な選択の自由」として構成し、違憲判断を導いたのである⁽⁷³⁾。

また、婚外子相続分差別違憲決定に関与した千葉勝美元最高裁判事は、国民意識の変化を判断するにあたり、世論調査の結果を考慮したことを明らかにするとともに、国民意識をより抽象的レベルで考慮したことを明らかにし

(71) ジョン・ロールズが「原初状態(original position)」を想定したゆえんである。

(72) だからこそ、法理の構成の仕方こそが、救済にもつながるものとして、決定的に重要なのである。巻・前掲注50)参照。上田・前掲注48)45-46頁参照。

(73) 巻・前掲注50)。なお、この判決は、当該自由を基本的権利として正面からは論じておらず、基本的権利性の承認基準との関係でも論じていない。

ており注目される。相続分について婚外子を婚内子と同じくすること、すなわち本決定の具体的な結論については、否定が多数を占めたが、より抽象的なレベルで婚外子を婚内子と同じく取り扱うこと、すなわち本決定の具体的な結論を導出するより抽象的な法理については、肯定が圧倒的に多かったことから、抽象的な法理の承認について国民意識の変化に依拠している⁽⁷⁴⁾。

他方で、夫婦別姓のように、世論調査で既に具体的なレベルで賛成が多いにもかかわらず、政治力の強い強固な反対派の存在、他方で一般人にとってのインセンティブの弱さゆえに、政治過程において具体的なレベルでの賛成が適切に反映されない場合がある。

なおドゥオーキンによれば、個別の具体的な結論が、全体論 (holism) において、建前としてはもはや誰も否定しえないブラウン判決のように、パラダイム、すなわち妥当な解釈である限り整合的に説明すべき集合に必ず含むべきもの、あるいは逆に、「誤り (mistake)」として整合的に説明すべき集合から外すべきものもある⁽⁷⁵⁾。

世論調査については、その方法（答えを誘導する問いの立て方や、固定電話か調査自体の実施方法）について議論のあるところであり、その意味でも、国民意識の「構成」が必要となり、その構成において、客観的な事実の変化が基礎にあるといえる。国民意識の変化というのは、国民の信頼を拠り所とする裁判所が、複数の社会的事実の変化から示唆されるとともに、それらを統合する事実として構成するもので、新たな法理の承認において、国民を説得する強力な道具と考えられる。

5. 憲法判断における外国法の考慮について

立法事実として、国際的な社会的環境の変化が示されるが、それには国際条約と外国法がある。国際条約については、批准している場合のその裁判規

(74) 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線：その先に見ていた世界』（有斐閣、2019）250-51頁。なお、バックラッシュを回避するためには、具体的な結論についても、ある程度多数の承認が必要であり、その意味でタイミングを見計らう必要がある。

(75) Dworkin *supra* note 66, pp. 220-21, 387-89.

範性などについて考察が必要である。そこで、本稿では、国外の社会的変化の中でも最も疑義が強い、外国法の考慮に焦点を当てて検討することにした⁽⁷⁶⁾。そもそも、外国法は批准していない国際条約と同様、国内法といかに関係するかが問われている。

(1) 実例

近年の最高裁は、平成20年の国籍法違憲判決で、諸外国における差別解消の傾向について、平成25年の婚外子相続分差別違憲決定で、現在、嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は欧米諸国にはないなど諸外国の状況の大きな変化に述べている。特に平成25年決定は、憲法解釈事実の一つとして外国法に言及している点に留意すべきである。

アメリカの連邦最高裁の違憲判決でも、外国法に言及したものがいくつかみられる。既述の2003年のLawrence判決は、同性愛行為を処罰する州法の合憲性が争われ、1986年のBowers判決を判例変更したが、多数意見は、イギリスで同様の法律が廃止されたことなど外国法に言及している⁽⁷⁷⁾。注意すべきことは、Lawrence判決では、違憲審査基準は用いられておらず、外国法は、同性愛行為を憲法解釈事実として用いられているということである。

(2) 正当化論

憲法解釈事実として外国法を考慮する正当化論として興味深いのが、憲法学者ジェレミー・ウォルドロンの見解である。彼は、ジョン・ロールズの政治道徳に関する反照的均衡を用いて、本国の実定法と外国法との均衡として、「万民法 (ius gentium)」を導出し、万民法に拘束されるとする⁽⁷⁸⁾。しかし、これに対しては、国民主権の観点から、外国法はあくまでも情報提供で

(76) 手塚崇聡「国内裁判所における外国法・外国判例の参照：カナダ最高裁判所における実践を参考に」国際人権26号(2015)78頁以下83頁注26の文献参照。

(77) Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558 (2003) at 573-74.

(78) Jeremy Waldron, The Supreme Court, 2004 Term: Comment: Foreign Law and The Modern Ius Gentium (2005), 119 Harv. L. Rev. 129.

あって、それに拘束されるべきではないとの有力な批判がある⁽⁷⁹⁾。

もっとも、長谷部恭男が指摘するように、憲法の統治機構は実定法であるのに対し、人権は原理であると考えられる⁽⁸⁰⁾。というのも、近代以降の立憲主義は、究極的な価値観が対立する⁽⁸¹⁾多元的な社会で、それでも社会的協働を維持するための条件であり⁽⁸²⁾、そうであれば、近代以降の立憲主義の中核である人権保障については、原理であり、立憲主義にコミットする以上、普遍的妥当性を主張しうるものと考えられる⁽⁸³⁾。国民主権などから、法律それ自体について外国法を直接反映することは問題であるとしても、原理としての人権を具体化する法理を特定するために、憲法解釈事実として外国法の潮流を考慮することは妥当であるといえる⁽⁸⁴⁾。

外国法の場合、公知の事実であり、「潮流」であるとの判断は評価を要するが、国民意識より評価しやすい。しかも、外国法は当該国で裁判規範として存在するので、規範的要請を特定しにくい国民意識に比べ、より具体的な規範的要請を見出しやすいという利点もある⁽⁸⁵⁾。

それでは、外国法についてはどのような場合に考慮することが妥当とされるか。この点、積極的安楽死、すなわち末期患者の医師による自殺ほう助を、憲法上の権利として否定した1972年のGlucksberg判決（Washington v. Glucksberg, 521 U. S. 702 (1972)）のスター補足意見が示唆に富む。同補足意見は、積極的安楽死を合法化したオランダでのその後の論争に言及し、積

(79) Steven G. Calabresi and Bradley G. Silverman, “Hayek and The Citation of Foreign Law: A response to Professor Jeremy Waldron”, 2015 Mich. St. L. Rev. 1, 165.

(80) 長谷部恭男『憲法の階梯』（2021、有斐閣）229-32頁。

(81) 究極的な価値観の対立があまりに激しい場合、社会的協働の企ては失敗する。立憲主義は、偶然の産物なのである。長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999）13-14頁。

(82) 長谷部・前（2005）掲注81）3頁。

(83) 同様の理解を示すものとして、井上達夫『立憲主義という企て』（東京大学出版会、2019）161頁以下。

(84) 千葉・前掲74）247, 249頁参照。千葉勝美「国際人権法に対する最高裁憲法判断の今日的姿勢」国際人権32号（2021）、泉徳治「グローバル社会の中の日本の最高裁判所とその課題：裁判官の国際的対話」国際人権25号（2014）13頁以下、齋藤正彰「国際人権法と最高裁のスタンス」法セ674号（2011）5頁以下参照。

(85) 渡辺・前掲注61）588頁。

極的安楽死を憲法上の権利として承認する事実、すなわち憲法解釈事実が現段階では不確定であるとして、今後、議会での審議に期待し、憲法解釈事実が確定した場合、再び裁判所で審理されることに注意を促している⁽⁸⁶⁾。以上から、憲法解釈事実として普遍的妥当性を主張しうるためには、諸外国での潮流になっていること、少数の国であっても、少なくとも国内での評価が安定、すなわち法的に安定していることが必要であると考えられる。

もっとも、憲法判断における国外の変化、とりわけ国際人権条約への言及については、裁判官の恣意性が指摘されている。本稿の焦点である外国法との関係についても、平成25年の婚外子差別違憲決定では、欧米諸国における差別解消の潮流をあげているのに、平成27年の夫婦同氏制合憲判決では、女性差別撤廃条約を批准している国で夫婦別姓を認めない国は日本しかないという夫婦別姓の大きな潮流にもかかわらず、その点を完全に無視している。

数的にまさしく少数者で、物理的不利益やスティグマが強く、裁判所の積極的介入が強く求められる場合で、しかも問題解消のために立法の選択肢が限られている場合に、裁判所は積極的に判断する傾向がみられ、上記の要件を充たしている場合に、具体的な規範要請を示す外国法に言及しているといえる。

おわりに

グローバル化、とりわけインターネットを介した情報のグローバル化により、国外での社会変化⁽⁸⁷⁾、とりわけ具体的な規範要請を示す外国法の変化を認識することとなり、人権に関する国民意識は急速に向上している。とりわけ婚姻や家族に関わる事項は、国民にとって身近なもので、国外での社会変化に特に強い関心をもつと考えられることから、偏見を排した一般的なレ

(86) Bryant, *supra* note 29, pp. 481-82.

(87) 「座談会 平成の立法と判例(上):国際的な環境の変化」法時92巻4号(2020)49-55頁「座談会 平成の立法と判例(下):国内の社会・経済構造の変化」法時92巻8号(2020)4-24頁。

ベルでの、家族に関する人権の国民意識は急速に向上しているものと思われる。

このような急速な変化の状況で、憲法学においても、憲法の動態化、およびその判断において考慮すべき事項について、さらに考察を深める必要に迫られている。

(本学法科大学院教授)