

〔論 説〕

憲法訴訟におけるいわゆる「立法事実の変化」論 に関する若干の覚書

江 原 勝 行

- I はじめに
- II 立法事実論の提起
- III 「立法事実の変化」に基づく違憲判断
 - 1 間接的区別の合理性と立法事実
 - 2 直接的区別の合理性と立法事実
- IV 立法事実認定の解釈上の性質と立法府との関係
- V 近年におけるある問題～同性婚違憲訴訟をめぐる下級審裁判例
 - 1 制度の不在に関する立法裁量縮減の肯定
 - 2 「立法事実の変遷」に基づく社会通念の変化
 - 3 「変遷」の未熟と政治過程への期待
- VI 結びに代えて

I はじめに

裁判所による違憲審査権の行使について、それを枠づける審査基準として最も人口に膾炙しているのがいわゆる「二重の基準」の理論であるといつてよいであろう。この理論は、経済的自由に対する規制に比して精神的自由に対する規制には厳格な審査基準を適用すべきとの考え方の根拠に向けられた原理論的観点からの批判に加え、ドイツ連邦憲法裁判所によって生成・展開されてきたいわゆる三段階審査における正当化審査にみられるようなヨーロッパ流の比例原則の観念が、違憲審査のあり方をめぐる日本の憲法学説に影響を与えるようになったこともあり、学説上の主張としても、最高裁判例に対する分析の道具立てとしても、そのままの形では主張・適用されていないというのが現状ではあるまいか。

その一方で、三段階審査における正当化審査の中でも憲法適合性が純然たる比例原則の視点から吟味されるわけではなく、規制手段の目的適合性や必要性が問われることになるように、「二重の基準」の理論によって発展してきた目的手段審査の枠組みは、今もって人権に対する公権力の規制の憲法適合性を判断する際の有用な指標となっているであろう。ただし、よく知られているように、「二重の基準」の理論の下での目的手段審査といつても、単に経済的自由に対する規制の合憲性が問われているからといつて、立法裁量を尊重して緩やかに行われれば事足りるとされているわけではなく、規制態様等の要因に応じて相対的に厳格な審査が行われるべき場合があるというのが、判例・学説の共通了解となっているように思われる。

そして、そのような相対的な厳格性を担保するための合憲性審査の姿勢の1つが、立法事実の視点に基づく合憲性の吟味であると評価しえよう。ところが、これまでの判例ないし裁判例の展開を俯瞰すると、司法府による立法事実への言及は、必ずしも合憲性審査の厳格性を担保する機能を担うだけではなく、また、かかる厳格性が本来資するであろう、合憲性の判断結果に対する訴訟当事者の予測可能性を確保することにはつながらず、裁判所が合憲／違憲の結論をいわば不意打ち的に正当化することに通じているという状況が時としてみられる。そのことは、訴訟物となっている権利ないし法律関係の基礎をなす事実の

確定に必要となる裁判資料の収集を訴訟当事者の責任に委ねる弁論主義が適用される司法事実とは異なり、立法事実は、その原則が適用されるものではなく、裁判所が職権によって認定しうる事実であると理論上解する¹⁾のであれば、至極当然の帰結ともいえよう。また、実際の訴訟においては、ある法令に対し、お馴染みの「立法事実の喪失」論によって違憲判断が下される場合もあれば、訴訟当事者による「立法事実の喪失」の主張に対して「喪失」の単純な否定によって合憲性のお墨付きが与えられる場合もみられよう。

以上のような状況にある、司法府による立法事実の援用ないしそれへの言及を限界づけることに資する見解を披瀝する用意は筆者には到底ないが、本稿では、実際の判例においてかかる援用ないし言及がいかなる場合にいかなる態様においてなされてきたのか、そして、特に近年議論の対象となっている憲法問題に関わる下級審裁判例の中で「立法事実の喪失」がいかなる態様において言及されているのか、若干の整理を行うことを通じていわゆる「立法事実論」の現況を見極めることを試みたい。

II 立法事実論の提起

立法事実の概念については、「違憲か合憲かが争われる法律の立法目的および立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般事実」²⁾という定義づけがみられるが、少なくとも日本における違憲審査制の運用との関連では、かかる定義づけがこの概念についての出発点となってきたであろう³⁾。そのような定義づけを行った同じ筆者によれば、「ただ憲法と法律の条文だけを概念的に比較して違憲か合憲かを決める憲法判断」の結果として、法令の合憲性にまつわる司法府の判断が「実態に適合しない形式的・観念的な説得力の弱い判決」に陥るという事態を回避するためには、制約

1) このことの指摘として、例えば宇那木正寛「立法事実」自治体法務研究 40 号（2015 年）104 頁参照。

2) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第八版』（岩波書店、2023 年）409 頁。

3) アメリカやドイツにおけるこの概念についての運用や分析も踏まえながら、この概念の分節化が様々に行われてきたことは周知のところであろう。その分節化の整理として、さしあたり大石和彦『「立法事実」の発現場面（一）』筑波ロー・ジャーナル 23 号（2017 年）1 頁以下参照。

されている権利の性質や権利制約の態様等に応じてという留保は伴っていないようが、立法事実に関する検証が求められるという⁴⁾。いうまでもなく、その立法事実に関する検証が法令に対する憲法判断の結論を左右した代表例としては、薬事法事件最高裁大法廷判決⁵⁾を挙げることができる。

薬事法判決において、最高裁は、職業が社会的・経済的な活動であり、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるということを前提に、職業の自由はそれ以外の憲法上の自由に比して公権力による規制の要請が強いという確認を行う一方で、かかる規制の憲法 22 条 1 項適合性については、規制の目的・内容や、規制により制限される職業の自由の性質・内容、制限の程度等を比較衡量したうえで慎重に決定されなければならないとした。そして、本件との関連でのその「慎重さ」は、規制措置の具体的内容およびその必要性・合理性に関して立法府が行使する合理的裁量の範囲の「広狭」について語ることで現れている。そこから、司法府が具体的な規制の目的、対象、方法等の性質・内容に照らしてかかる合理的裁量の範囲がいかなるものであるのか判断する局面が生じる。

本件では、いわゆる狭義の職業選択の自由に制約を課し、それゆえ職業の自由に対する強力な制限であるという許可制の一般的性質、および、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的・警察的措置であるという当該許可制の目的への着目がなされることによって、「重要な公共の利益」あるいは「よりゆるやかな制限」といった、一般に中間審査基準を構成すると考えられる指標をもって合憲性審査が行われることが示される。しかも、本件許可制の不可欠な要素となっている適正配置規制についても、薬局の開業そのものに直接関わるものではないとはいえ、「実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有する」と認められている。

本件の具体的結論を導き出す判断枠組みの適用を実行する過程において、最高裁は、適正配置を条件とする規制の要否に係る広島県側の主張に対し、規制目的と具体的規制措置との間の実質的関連性の欠如を指摘することにより否定的評価を下した。この評価がもたらされる要因が、本件規制を正当化しうる立法事実の当否への着目であった。上記のように、本件では、いわゆる消極目的

⁴⁾ 芦部・前掲注(2) 409頁。

⁵⁾ 最大判 1975 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁。

規制が強い態様の権利制限とされる許可制をもって設定されていることに留意が促されることにより、適正配置の視点を含む本件許可規制についての合憲性の判断枠組みが相対的に厳格化されることになったが、その際、職業の自由に対する制約につき立法事実の存在を前提にした合憲性の推定に立脚することなく、本件許可規制の目的と許可条件の設定との適合性・比例性についての相対的に厳格な検討を担保する指標として、最高裁は立法事実の当否という観点に依拠したのである⁶⁾。

Ⅲ 「立法事実の変化」に基づく違憲判断

1 間接的区別の合理性と立法事実

20世紀の終わりから始まったいわゆる司法制度改革に関する議論⁷⁾との進行と時期を同じくして、日本における憲法訴訟のあり方をめぐり、憲法裁判所を創設する（ないし最高裁内部に憲法判断に特化した専門部を設置する）ことの可否が政府、実務法曹界、学界と改めて議論されるようになった⁸⁾。この時期以降、最高

⁶⁾ もちろん薬事法違憲判決以外にも、同じ経済的自由権の制約に関わるという点では森林法共有林違憲判決（最大判1987年4月22日民集41巻3号408頁）において、当時の森林法186条に関する立法事実の検証が踏まえられたうえで、共有者に対する分割請求権の制限が同条の立法目的との関連において必要性および合理性に欠けると断じられたことは、つとに知られているところであろう。また、経済的自由権に対する制約の文脈ではないが、1998年の公職選挙法改正を經てもなお在外国民に対する選挙権の制限が残存していたことにつき、「まず問題の比較的少ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外国民の投票を認めることとしたことが、全く理由のないものであったとまでいうことはできない」が、「本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなど」から、在外国民選挙権の制限に関して「やむを得ない事由があるということとはできず」、憲法15条1項等に違反するとして最大判2005年9月14日民集59巻7号2087頁や、いわゆる1人別枠方式の立法時における合理性が遅くとも当該選挙実施時には失われており、かかる制度が憲法における投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたことを肯定した最大判2011年3月23日民集65巻2号755頁も、立法事実の喪失を最高裁が認定した——その認定に至る論理の明晰性は別として——比較的わかりやすい例といえるだろう。

⁷⁾ 1999年に司法制度改革審議会が内閣に設置された。

⁸⁾ 憲法裁判所の導入の是非をめぐる当時の政府（正確に言えば国会であるが）内における議論としては、憲法調査会におけるものを挙げるべきであろう。衆議院憲法調査会事務局「衆議院憲法調査会における『司法・改正・最高法規等』に関するこれまでの議論」衆憲資第66号（2005年）4-8頁、および参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」（2005年）187-189頁参照。同じ問題については、その後の憲法審査会における議論にも受け継がれている。衆議院憲法審査会事務局「憲法に関する主な論点（第6章司法）に関する参考資料」衆憲資第81

裁判所による法令違憲判決が相対的に増加したということは指摘されうるであろうが、その相対的に増加した最高裁の法令違憲判決が依拠した1つの道具立てが立法事実に関わる諸事実の変遷への言及であったということも、しばしば指摘されてきたであろう⁹⁾。かかる側面を含んだ最高裁判例を代表するものの1つとしては、憲法14条1項が合憲性審査の準拠規範となった国籍法違憲判決¹⁰⁾が挙げられよう。

憲法14条1項の基本的含意については、相対的平等の概念を視野に収めた法適用および法内容の平等をその趣旨としており、公権力が国民に対して合理的区別を行うことを許容しているというのが一般的理解であろう。最高裁は、憲法14条1項の意義に関する先駆的判決の中で、同項は「国民に対し絶対的な平等を保障したのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をする」ことを同項は否定していないとし¹¹⁾、個々人の間に存する事実上の差異に着目した合理的区別を公権力が行うことは許容されることを明言した。

それゆえ、憲法14条1項との関連における違憲審査の判断枠組みは、当該区別の合理的根拠を問うものとなり、さらに目的達成手段の適否に着目した違憲審査を志向する場合には、当該区別の具体的内容における不合理性の存否を問うものとなろう。国籍法違憲判決では、当該区別に関する立法目的に合理的根拠が認められない場合と並んで、「具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合に」、当該区別は合理的理由を欠く差別として憲法14条1項に違反するという判断枠組みが示された。

他方において、一般的に憲法上の基本原則と考えられている平等原則は、具体的観念を一義的に許容しうるほど明確な外延を有するものではない。同原則が、文字どおり国民への不合理な別異取扱いを公権力に対して禁止する客観法規範にとどまるものであるのか、何らかの標準的処遇の画定可能性を前提とし

号 (2013年) 5-9頁参照。

⁹⁾ 大林啓吾「生ける憲法と憲法訴訟——合憲性審査としての立法事実——」法學研究：法律・政治・社会 (2018年) 410頁以下によれば、「立法事実が変化してから違憲」判決に分類されるものが増加したということになる。

¹⁰⁾ 最大判2008年6月4日民集62巻6号1367頁。

¹¹⁾ 最大判1964年5月27日民集18巻4号676頁。

た「平等に取り扱われる権利」や「差別を受けない権利」という固有の権利内容を内包した主観的権利をも含意するものであるのか、議論の一致をみているとはいい難いであろう¹²⁾。

そして、平等原則の客観法規範としての側面を強調するなら、平等原則違反の有無は、他者が現に享有している権利利益または他者に対して現に課されている不利益との比較によって相対的に決定される問題と捉えられることになる。その際、平等原則違反をめぐる違憲審査のあり方にいわゆる三段階審査の枠組みを適用するのであれば、憲法14条1項の中に体现されている平等原則の保護領域は問われず、何らかの区別ないし別異取扱いの存否について検討され、存在が肯定される場合、その区別・別異取扱いの正当化可能性について審査されるという、二段階審査の枠組みが妥当することになる。

国籍法違憲判決においては、日本国籍の取得という不平等配分されている——と主張される——利益が憲法上の権利の中に含まれないということを前提に、平等原則を梃子としてかかる不平等配分の問題を憲法問題として措定し、当該不平等配分の存否に関する検討から合憲性審査が開始された。この審査の第一段階では、比較対象とすべきものとして措定される第三者との関係において不当に劣後する取扱いが認められるかということが問題にされた。

合憲性審査の第二段階をなす当該区別・別異取扱いの正当化可能性に関する検討は、いわゆる目的手段審査が代表的な手がかりたりうるといえようが、先述したように、当該区別・別異取扱いの合理性の存否についての認定に収斂することになる。目的審査については、当該区別がなされている理由の特定およびその正当性の検討ということになるだろうが、国籍法違憲判決では、当該区別の目的に関して、「血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍」を付与することであるとの認定が行われた。

また、手段審査については、一般論を当てはめれば、当該区別が上記目的の達成に適合しているか、また、当該区別事由が上記目的を達成する指標として

¹²⁾ 憲法上の平等原則が主観的権利として有する意義についての学説上の見解を整理した最近の例として、茂木洋平「平等保護条項の法的意味——特別意味説の妥当性の検討——」桐蔭法学29巻2号（2023年）109頁以下、特に119-123頁参照。

適切かという視点をもって合理性の存否につき検討されることになろうが、結論的には、「父母の婚姻」の有無に基づく国籍の付与という指標は、立法当時においては国籍取得の申請者と「我が国との密接な結び付き」を測ることを可能にするものとして、上記目的との間に合理的関連性を有するものであったが、その後、時代の変遷とともに特に家族形態が多様化したことによって、適切な指標たる性格＝上記目的との間の合理的関連性を喪失したとの認定がなされた。少なくとも原告による国籍取得届提出の時点においては、それまで立法措置の妥当性を根拠づけていた立法事実が失われていたと、最高裁は判断したということであろう。仮に政治部門において父母の婚姻の有無は依然として「我が国との密接な結び付き」を判定する適切な指標たりうるという認識が維持されていたとしても、かかる認識の妥当性を支える社会的事実の存在を否定することが、司法事実の発生時を基準点として司法府により可能とされているといえようか¹³⁾。

2 直接的区別の合理性と立法事実

国籍法違憲判決と同様に婚内子と婚外子との区別が——直接的・間接的という相違はあるものの——問題となり、かつ、違憲申立ての対象となった法規定を正当化する立法事実の当該司法事実の発生時における合理性の存否に焦点が当てられた裁判として婚外子法定相続分差別違憲決定¹⁴⁾を挙げることは、憲法学説等においてしばしばみられるといえるかもしれない¹⁵⁾。

当然のことながら、婚外子法定相続分差別違憲訴訟においては、婚外子と婚内子との区別そのものが合憲性をめぐる提訴の直接的契機となっていることに留意すべきであろう。先述のように、当該区別・別異取扱いを対象とした合憲性審査における正当化可能性についての検討は、目的の正当性や手段の目的適

¹³⁾ 立法事実の存続を維持すべきか否かという点に踏み込んだうえで違憲判断が下されたことは、国籍取得は憲法によって保障される権利ではないものの、「日本国籍は、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で極めて重要な意味を持つ法的地位であり、その意味において、基本権享受の重要な前提を成す」という点において、当該区別により制約されている利益の性質・程度は、審査密度を高めた判断枠組みを採用するに値するほど重大であるという認識を前提にしてのことであろう。

¹⁴⁾ 最大決 2013年9月4日民集67巻6号1320頁。

¹⁵⁾ このことに関する指摘として、例えば田中佑佳「婚外子法定相続分差別規定の違憲性——平成二五年九月四日最高裁大法廷決定（民集六七巻六号一三二〇頁）——」阪大法学 64巻2号（2014年）560頁参照。

合性等を吟味する目的手段審査が代表的な手がかりたりうるといえようが、その目的手段審査における厳格度は、当該区別・別異取扱いによって制約されていると主張される権利利益の性質等に加え、当該区別・別異取扱いが拠って立つところの事由の性質にも左右される。この後者の性質については、先天性ないし固定性という属性の有無やいわゆるスティグマ（=劣等の烙印）の有無が代表的指標であろうが¹⁶⁾、婚外子法定相続分差別違憲訴訟においてはまさしくそれらの指標が問題となったからこそ、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されて」いる現在の社会情勢の中で「父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許され」ないと断じられたのであろう。ここでは、「相続制度をどのように定めるか」という事柄に係る「立法府の合理的な裁量判断」¹⁷⁾は後景に追いやられている。

そして、そのように立法府の合理的裁量判断が先天性・固定性という属性やスティグマといった指標への疑念を前にして劣位に置かれることを正当化する要因として最高裁により言及されたのが、法律婚主義の下で婚内子・婚外子の法定相続分を適正に決定するために考慮すべき事柄が「時代と共に変遷する」という認識、そしてそれゆえ、かかる決定の合理性は「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」という認識であった。よく知られているように、相続制度に関する立法裁量の合理性をそれらの基本的認識を足掛かりに覆すことを可能ならしめる具体的要因として、1947年に民法が改正されて以降の諸事実、すなわち、社会・経済状況の変動に伴う婚姻ならびに家族の実態の変化、およびそれらのあり方に対する国民意識の変化、婚内子と婚外子の平等化という観点に基づく相続上の差別の廃止という諸外国の状況の変化、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」ならびに「児童の権利に関する条約」という日本が批准した条約の履行状況との関連において、それらの条約の実施を監督する国連各委員会から民法 900 条 4 号但書の規定につき改正の勧告等が繰り返されてきたこと、そして、住民票における世帯主との続柄の記載につき婚内子と婚外子の区別がなくなったこと、

¹⁶⁾ 学説上、憲法 14 条 1 項後段列举事由に基づく区別・別異取扱いに対して厳格審査を適用することが主張されるのも、かかる事由が主として先天性・固定性ないしスティグマに該当する蓋然性があるという理解を前提としてのことであろう。

¹⁷⁾ 最大決 1995 年 7 月 5 日民集 49 卷 7 号 1789 頁。

あるいは戸籍における婚外子の父母との続柄欄の記載についても婚内子と同様の記載に改められたこと、さらには上記の国籍法違憲判決を契機として、日本国籍の取得に関し婚内子と婚外子との別異取扱いを定めていた国籍法の規定が改正されたことといった、日本における婚内子と婚外子との区別に関する法制等の変化が列挙された¹⁸⁾。最高裁にとって、それらの様々な事柄の「変遷」は、家族という共同体の中であっても個人の尊重という理念がより明確に認識されるに至っているという理解に収斂するものであり、そうであるがゆえに、法定相続分に関する婚内子と婚外子の区別を支えてきた合理的根拠の喪失を帰結するものであった。

同様に、特定の立法事実が裏打ちされているとみなされることによって立法当初は立法府の合理的裁量判断の範囲内で定められたと考える余地のある法規定が、社会的諸事実の変遷により立法事実が失われたと判断された¹⁹⁾結果、従前とは異なり合憲性を否定された例として、民法の再婚禁止期間規定に対する最高裁の部分違憲判決が挙げられよう²⁰⁾。この判決では、父子関係を確定するための医療や科学技術が現代に比べて未発達であったという状況下で父性の判定に起因する血統の混乱を回避し、もって父子関係をめぐる紛争を未然に防止するという観点からは、再婚禁止期間を父性の推定が重複することを回避するための期間に厳密に限定せず、一定の期間の幅を設けたことには「理解し得る面があり」、その点において、旧民法767条1項の中で再婚禁止期間が6か月と定められたこと、そして、1947年の時点で再婚禁止期間の規定が旧民法から現行民法に引き継がれたことは、合理的立法裁量の範囲を超えるものであったとはいえないと判断された。

換言すれば、再婚禁止期間の設定それ自体ではなく、そこに「一定の期間の幅」を設けることに限定して、医療や科学技術の発達、社会経済状況の変化に伴う婚姻・家族の実態の変化、特に再婚についての制約をできる限り少なくするという要請、諸外国における再婚禁止期間廃止の傾向等の諸事情に鑑み、再

¹⁸⁾ 大林・前掲注(9)417頁によれば、婚外子法定相続分差別違憲決定を含む近年における平等原則関連の判例においては、斟酌される「社会変化の射程」の広範化および「立法事実の検討レベル」の仔細化が認められるという。

¹⁹⁾ 社会的諸事実の変遷に基づく喪失という意味で、「事情の変化」論と呼ばれることも実際にはあろう。「事情の変化」論に対する比較的最近の擁護論として、伊藤健「再婚禁止期間規定の憲法適合性」法学論叢183巻3号(2018年)113-114頁参照。

²⁰⁾ 最大判2015年12月16日民集69巻8号2427頁。

婚禁止期間規定の立法目的との関連における合理性＝合憲性を維持することはできないとみなされたのである。少なくともこの判決においては、父性の推定の重複を避けるためには民法 772 条 2 項に照らして 100 日の再婚禁止期間を設定するというのがあるべき立法のベースラインと判断されたといえようか²¹⁾。

IV 立法事実認定の解釈上の性質と立法府との関係

そのように 21 世紀に入ってから最高裁判例において部分的なものを含め違憲判決が相対的に増加したことには、「立法事実の変化」ないし「事情の変化」を足がかりとしているという側面が認められる。かかる側面に立脚した違憲判断は、それ以前に有効なものとして存在していた法令に基づき形成された法律関係の効力を違憲判断を契機として排除することによって法的安定性が害される結果を回避し、違憲判断によってもたらされるはずの権利侵害からの救済の対象範囲を限定することが可能になるという利点を指摘することができる²²⁾。

その一方で、裁判所による立法事実論の展開については、権力分立の観点に基づく批判も提起されてきた。例えば『事情の変更による違憲判断』という判断手法においては、立法者は一見面子を立てられているように見えながら、実のところ有権的な事実認定権を奪われており、「立法者は放置・怠慢を責められているのである。実際には『敬讓』とは程遠い判断がなされていると評価しうるのではあるまいか」²³⁾ということが指摘されている。確かに、法令の内容の合理性を基礎づけるはずの立法事実が「事情の変更」によりその妥当性を喪失するに至り、もはや当該法令の内容における合理性を肯定することができなくなっているのか否か、それを検証する権限は第一次的には立法府に帰属すると考えることができる²⁴⁾。裁判所が立法事実の検証に立ち入ることによって、ある

²¹⁾ 長谷部恭男『憲法 第 8 版』（新世社、2022 年）190 頁。

²²⁾ 山田哲史「立法事実の変化の検討の仕方と救済の観点」横大道聡編著『憲法判例の射程 第 2 版』（弘文堂、2020 年）399-400 頁。もっともそこでは至極当然なことに、「法的安定性と権利保障の調整を、一応は『事実』（法的評価を必要としないという趣旨ではない）として認識されるべき立法事実の変化の基礎づけに正面から用いるのは適切ではない」ということも付け加えられている。

²³⁾ 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 4 号（2011 年）158 頁。

²⁴⁾ それに対して、「法律を解釈し憲法的評価をする任務をもつ以上、そして、それを説得的に行うために立法事実の参照が効果的である以上、立法事実の審査・認定を裁判所の権限に属さ

いは法令の合理性を基礎づける立法事実の裁判時点における喪失を肯定することによって違憲判断を導くことは、消極的立法作用という立法府との間に緊張関係を生じさせうる権限行使と評価される余地が出てこよう²⁵⁾。

本来、立法事実論の観念自体には、法令の合理性の存否を事実に基づき根拠づけるという視点が含まれているという点で、裁判官の恣意的な判断を抑制することに資するというポジティブな側面を期待しうるであろう。そのポジティブな側面との関連では、裁判官が立法事実論を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、特に法創造とも目される法理の展開が必要となるハードケースにおいて、第三者および当事者に対し理由づけられた議論と決定を要請する「手続的合理性」を高めることにもつながるといふ指摘もみられる²⁶⁾。それにもかかわらず、裁判所による立法事実論の展開に対して上記のような批判が向けられる背景には、これまで言及してきた最高裁判例が、立法事実を認定する際、あるいは立法事実の喪失を根拠づける「事情の変化」を指摘する際、列挙されるべき「事情」の範囲や立法事実の存否に関する理由づけの程度、さらにはある法令が立法事実の喪失ないし「事情の変化」によって合憲から違憲へと変化した時期²⁷⁾といった諸問題をめぐって十分に説得的な論証を行ってきたようには思われないうことがあつたのではないか²⁸⁾。

ないとすることはでき」ず、「立法事実については立法府と裁判所の両方に権限があることを認めたいうえで、両者の調和をどのように図るかという問題となる」（高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017年）182-183頁）という、これまで最高裁が行ってきた立法事実論の展開を原則論としては擁護する議論もみられる。

²⁵⁾ ただし、例えば婚外子法定相続分差別違憲決定の中で指摘された、1947年の民法改正以降に現出した諸事実は、立法の合理性を支える事実＝立法事実に対して、憲法解釈を支える事実＝憲法解釈事実として位置づけられることを強調する議論（巻美矢紀『立法事実』の再考について）上智法學論集 65 卷 4 号（2022年）184-187頁）に照らせば、「事情の変更による違憲判断」を下すことは憲法の有権解釈機関たる最高裁の正当な権限行使であつて、立法府との間の緊張関係を生じさせるといつても、それは憲法における違憲審査制の導入が本来想定していた立法権と司法権との緊張関係を超えるものではないと考えることができよう。

²⁶⁾ 渡辺千原「法を支える事実——科学的根拠付けにむけての一考察——」立命館法学 333・334号（2010年）1810頁。

²⁷⁾ この「時期」をめぐつる問題については、「本件規定が制定後の事情の変化により現在では憲法上容認し得ないと評価されるとしても、そのような評価に至つた時点、すなわち合憲から違憲へと飛躍的な移行を裏付ける劇的な社会変動をどこに捕らえるかは、甚だ困難である」（最判 2000年 1月 27日判時 1707号 121頁における藤井正雄裁判官補足意見）といつたように、最高裁内部においても従来から指摘されてきたことである。

²⁸⁾ 最高裁における立法事実論の展開が十分に説得的なものに思われないうことについても、学界等の外部の目からのみならず、最高裁内部においても時としてそう見なされてきたことであ

そのような立法事実論の現状を是正することを志向して実際の裁判例を契機にいかなる理論的フィードバックを行うべきか、それを論じる用意は本稿筆者には到底ないが、以上のような最高裁判例における違憲判断の手法が下級審裁判例に対してどのような影響を及ぼしているのか、かかる違憲判断が下される対象となった問題と同様に、時代の変遷とともに価値観が大きく変化すると思われる近年の重要な憲法問題との関連において若干の検討を試みたい。

V 近年におけるある問題 ～同性婚違憲訴訟をめぐる下級審裁判例

1 制度の不在に関する立法裁量縮減の肯定

家族生活に関わる法律問題につき、先述の最高裁決定が違憲判断の対象とした婚内子・婚外子という区別に加えて、個人の性的指向やそれに基づく家族の形成に関する自己決定が個人の尊厳の理念と不可分に結びついていると考えられるならば、日本の法律上同性婚が認められていないことに関し、「事情の変化」論ないし「立法事実の喪失」という観念を媒介として、民法および戸籍法の中で同性婚が制度化されていないことが憲法 14 条 1 項や同 24 条等の諸規定に照らして違憲と判断される余地があるということは、比較的わかりやすい論理的筋道といえるだろう。周知のように、まさしくこの問題は、特に下級審裁判例を通じて近年議論の対象となっている。

その中でも名古屋地判 2023 年 5 月 30 日裁判所 Web²⁹⁾においては、「婚姻及び家族に関する事項」は「それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべく、国会の裁量に委ね

ろう。例えば国籍法違憲判決の中の横尾和子裁判官等反対意見においては、「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」とされ、むしろその反対意見の中で、日本における婚外子の増加等に関わる具体的な統計が挙げられることによって、「国民意識の変化」を指摘することが可能であるのか否か疑問が提起され、客観的に論証しようとする姿勢が伺われる。

²⁹⁾ 本判決の評釈として、小林直三「同性婚を認める規定を設けていないことに関する名古屋地裁違憲判決～名古屋地裁令和 5 年 5 月 30 日判決～」WLJ 判例コラム特報 290 号（2023 年）、山下純司「同性カップルの婚姻が認められていないことは憲法 24 条 2 項に違反する」新・判例解説 Watch 民法（家族法）No. 148（2023 年）1 頁以下参照。

られるべきもの」ではあるが、同性カップルに対し「国の制度として公証することもなく、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組み自体を与えない状態」を継続・放置することは、「個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くに至って」おり、憲法 24 条 2 項に違反すると結論づけられた。

この結論に至る推論過程において、一方では、民法上・戸籍法上の関連諸規定の制定以来、一貫して「男女の生活共同体に対して法律婚制度により公証を与え、これを保護するための枠組みを設けることは、それ自体合理性を有するもの」であると明言されたものの、他方では、「親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成することは、同性カップルにおいても成しうるはずのものである」という認識が示された。そして本判決は、そのような認識を正当化する背景的事実として、「家族の多様化」という傾向、「同性愛を精神的病理であるとする見解」が現在では否定されていること、各種国際機関が「性的少数者の権利保護に向けた活動」の一環として「同性カップルの生活共同体を保護する」活動を行っていること、諸外国において「同性婚制度」ないし「同性カップルを公証するための制度」を導入する国が増加しつつあること、日本においても同性カップルを対象とした登録パートナーシップ制度が多くの地方自治体の中で導入され、また、同性婚制度の導入に関する国民の意識調査において賛成派が反対派を上回る結果が報告されるようになるなど、「同性カップルに対する理解が進み、これを承認しようとする傾向」が進んでいること、といった諸事実を列挙した。そこから、現行の法律婚制度の「享有主体の範囲が狭きに失する疑いが生じてきており、結果として、同性愛者を法律婚制度の利用から排除することで、大きな格差を生じさせていながら、その格差に対して何ら手当てがなされていないことについて合理性が揺らいできているといわざるを得ず、もはや無視できない状況に至っている」という疑義が提起されたのである。

また、本判決は、上記に列挙した背景的事実を根拠とする、民法上および戸籍法上の関連諸規定の合理性への疑義と並んで、同性カップルにおいて「両当事者の関係が国の制度により公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みを利用することができない」という不利益の重大性を指摘している。その重大性の指摘は、かかる枠組みを利用することができるという価値が「人の尊厳に由来する重要な人格的利益を基礎としている」という認識に立脚するものである。さらには、同性カップルが国の制度によっ

て公証されたとしても「国民が被る具体的な不利益は想定し難」く、男女の結合関係を中核としてその間に生まれた子の保護・育成の機能を担うという「伝統的家族観を直ちに否定することにはなら」ないという、同性カップルが上記の人格的利益を享受することの妨げとなりうる具体的反対利益が想定しがたいことも、結論の補強的要因として指摘されている。

以上のように、本判決においては、婚姻・家族に関する事項に関する立法裁量の広汎性という原則論が堅持されつつも、同性カップルの関係を公証する制度を創設し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みを構築すること自体についての立法裁量の範囲は、人の尊厳に基礎づけられる重要な人格的利益の享受を対象とした問題に関わるものであるがゆえに、かかる原則論とは別個に狭められることとされ、また、この問題に関する国内外の環境における様々な変化が指摘されることによって、現行の民法および戸籍法が異性婚のみを想定し、その状態が継続していることの合理性について疑義が提起され、かかる継続は立法裁量の範囲を超えているという判断が正当化された³⁰⁾。

2 「立法事実の変遷」に基づく社会通念の変化

この名古屋地裁判決からほどなくして下された福岡地判2023年6月8日裁判所 Web においては、民法上および戸籍法上の関連諸規定を正当化する立法事実の変遷が明示的に言及されることによって、それらの諸規定が憲法24条2項に違反する状態にあることが宣言された。その言及に至る推論過程の中では、婚姻に関する国民意識の変化から、今日における婚姻制度の目的は「各人が、生涯を共に過ごす者を選び、公認された家族を作るという人生における自己決定の尊重と保護という側面が強くなってきている」という事実認識を足がかりとして、婚姻それ自体に関する社会通念の変化が指摘された。

すなわち、同性愛を国家的に容認する動きと相俟って同性婚制度を導入する

³⁰⁾ 本件における憲法14条1項違反の問題については、本文で述べたように、民法上および戸籍法上の関連諸規定が、同性カップルに対してその関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみなすべき場合に当たり、憲法24条2項に違反するといえるため、憲法14条1項との関連においても、国会の合理的立法裁量が行使された結果としての、合理的根拠を見出しうる区別であるとはいえないとされた。

国が増加する状況にあること、同性愛者を精神病として病理化する知見は誤っているという認識が一般化していること、国際連合では国連人権規約を根拠に性的指向に基づく差別は禁止されていることが決議されたこと、これらの、同性カップルに異性カップルと同等の権利を与えるべきという動きが世界の潮流となっていることを示す国際的な状況変化、および、多くの地方自治体におけるパートナーシップ制度の導入、同性婚賛成派の割合の増加という国民意識における変化等、日本における同性婚に対する国民の理解の浸透、以上のような、婚姻を異性婚に限定する従来 of 社会通念への疑義が国際・国内双方のレベルにおいて認められるようになってきているというのである。

本判決は、上記のような婚姻制度に関する実態の変化、そして、同性婚に対する社会的承認が拡大しつつあることという社会状況の変化を、民法上および戸籍法上の関連諸規定の下で同性カップルは婚姻制度を利用することによって得られる利益を一切享受できず法的に家族と承認されないという重大な不利益を被っている状態に接合させることによって、かかる諸規定の立法事実が変遷したということ——上記の名古屋地裁判決とは異なり——明言するに至っている³¹⁾。同性カップルの個人の尊厳に関わるような重大な不利益を是正すべきという結論を、性的指向や婚姻をめぐる社会状況の変化という従来 of 立法事実の喪失を措定することによって跡づけているといえようか。そのような推論から憲法 24 条 2 項違反の実質的な認定が導かれているのである³²⁾。

³¹⁾ 下級審裁判例における同性婚制度が構築されていないことについての——違憲状態の宣言を含む——違憲判断に先鞭をつけたとでもいうべき札幌地判 2021 年 3 月 17 日判時 2487 号 3 頁においては、同性婚を想定していない民法上・戸籍法上の関連諸規定および憲法 24 条の存在が同性愛カップルに対する法的保護を否定する理由として援用されることを回避するために、特に「同性愛を精神疾患として禁圧すべきものとする知見」に焦点を絞り、1947 年の民法改正時におけるかかる知見についての認識と 1992 年頃におけるそれとが比較され、かかる知見が今日、民法上・戸籍法上の関連諸規定の妥当性を補強する社会的事実とはならないことが指摘されている。

³²⁾ しかし、「同性愛者らの重大な不利益を解消し、自己決定を尊重する制度」をどのように構築すべきかということについては、「婚姻制度を適用する」のか、それとも、「婚姻とほとんど同じ法的効果を同性カップルに与える登録パートナーシップ制度」という「婚姻制度と異なる制度」を同性愛者のために設けるのか、また、「嫡出推定の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療の可否」という、「同性間の人的結合」について「現行の婚姻制度と異なるものとする余地」のある課題を前にしていかなる制度設計を図るのか、それらの諸問題は今後の「立法府における検討や対応」を不可避とするものであるため、結論的には、「同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が立法府たる国会の裁量権の範囲を逸脱したもとして憲法 24 条 2 項に反するとまでは認めることができない」とされた。そのような論法は、この判決に先立って下され

3 「変遷」の未熟と政治過程への期待

日本における同性婚制度の不在をめぐる以上のような下級審裁判例をどのように理解すべきかということについては、同じ問題に関わる大阪地判 2022 年 6 月 20 日判時 2537 卷 40 頁³³⁾が手がかりとなるかもしれない。結論としては、民法上および戸籍法上の関連諸規定が「個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くと認めることはでき」ないとし、憲法 24 条 2 項に違反することを否定した判決である。

同判決においては、婚姻の観念につき「男女が生涯続く安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係」としての側面が「我が国において、歴史的、伝統的に社会に定着し、社会的承認を得ている」ものとして強調されている。同判決によって理解されるどころ、「近年は家族の形態や夫婦の在り方が多様化しており、人々の意識においても、婚姻を、子の養育のためではなく個人の自己実現あるいは幸福追求に資するためのもので位置付けようとする傾向が高まっている」という「価値観の変化」も認められるが、それは「男女が安定した関係の下で共同生活をしながらその間に生まれた子を養育することを保護する婚姻の目的の意義」を現時点におい

た東京地判 2022 年 11 月 30 日判時 2547 号 45 頁と共通するところでもあろう。この東京地裁判決においては、他の下級審裁判例と同様、「同性愛を異常なもの、病的なものとするかつての認識は改められつつ」あること、「多くの国において同性間の人的結合関係に一定の地位や法的効果を与える登録パートナーシップ制度等が導入され」ており、さらには諸外国において「同性間の婚姻を認める立法が次々にされてきた」こと、日本に目を向けても、地方公共団体におけるパートナーシップ証明制度の導入等、「同性カップルについて一定の保護を与えようとする動きがある」ことといった、同性愛者を取り巻く社会状況の「大きな変化」が指摘されたうえで、同性愛者が家族を形成するための法制度が存在しないことは、「同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法 24 条 2 項に違反する状態にある」ものの、かかる法制度は現行の婚姻制度を同性カップルに適用するものに限られず、それを構築する方法については多様なものが想定されるため、民法上・戸籍法上の関連諸規定が憲法 24 条 2 項に違反していると断ずることを可能にするほど、かかる法制度の不在は立法裁量を制約するものではないとされた。

³³⁾ この判決に関する評釈としては、木村草太「生殖関係なき異性婚と同性婚の区別の合憲性——大阪地裁令和 4 年 6 月 20 日判決」法律時報 94 卷 10 号（2022 年）4 頁以下、松原俊介「同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」法学セミナー 813 号（2022 年）118 頁以下、丸山茂「同性間の婚姻を認めないことが憲法 24 条 1 項、同 13 条ならびに同 14 条 1 項に反しないとされた事例」新・判例解説 Watch 民法（家族法）No. 1（2023 年）97 頁以下参照。

て凌駕するものではない³⁴⁾。

他方では、同性カップルが婚姻制度またはそれに準じる家族形成のための制度へのアクセスを保障されることによって享受することが可能になる人格的利益への制約の問題については、憲法 24 条 2 項の中で明記されている「個人の尊厳と両性の本質的平等の要請」が国会による立法裁量の行使における合理性を判定する根本的指針となることは当然のことながら確認されており、さらに、「個人の尊厳に関わる重要な利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在する」ということが指摘されつつも、憲法上直接保障された権利とまではないえない人格的利益や実質的平等の「実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきもの」として、かかる人格的利益ないし実質的平等の斟酌は「国会の多方面にわたる検討と判断」に委ねられるべき一考慮要素の地位に留め置かれている。同性愛者の個人の尊厳を重視すれば「同性カップルに対しても公認に係る利益を実現する必要がある」が、「その方法には様々な方法が考えられる」ため、いかなる制度を構築すべきかについては「民主的過程において決められるべきもの」とされるのである³⁵⁾。

以上のように、この大阪地裁判決においては、上記の名古屋地裁判決とは異なり、異性婚のみを想定している現在の婚姻制度について、国会における合理的立法裁量の範囲からの逸脱を認定することによって違憲判断を導くことができるほど、婚姻をめぐる「価値観」が現時点で変遷しているわけではないものと認識され、また、婚姻制度またはそれに準じる家族形成のための制度が同性カップルにとって存在しないことによって制約されている人格的利益は、立法裁量の余地を縮減することによって違憲判断を導くことを可能ならしめるほど重大なものではないとみなされている。これまでに紹介してきたいくつかの下

³⁴⁾ したがって、「同性カップルについて公認に係る利益を実現する方法」を民主的政治過程の中で模索するにしても、現行の婚姻制度とは「別の新たな婚姻類似の法的承認の制度（これは、『登録パートナーシップ制度』と名付けることもできれば、『同性婚』と名付けることもできるものである。）を創設するなどの方法によっても可能である」ということが強調される。

³⁵⁾ 例えばサラリーマン税金訴訟最高裁大法廷判決（最大判 1985 年 3 月 27 日民集 39 卷 2 号 247 頁）において「租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量の判断を尊重せざるを得ない」とされたが、規制の当否や制度の不在について立法裁量の尊重が前提とされれば、立法事実の存否に関する検討は当然のことながら後景に追いやられることになる。

級審裁判例の中で共通に指摘されているような、同性カップルの保護に向けた様々な動向も、大阪地裁判決にとっては、異性婚のみを想定している現行の婚姻制度に正当性を付与する立法事実を喪失せしめる「事情の変化」を少なくとも現段階において構成するものとは考えられていないのであろう³⁶。

VI 結びに代えて

先天性ないし固定性という属性の有無やマイノリティに対するスティグマの有無を指標としていると思しき制度上の区別は、個人の尊厳に関わる不当な差別であって速やかに解消すべきという考え方は、多くの人々の直感に対して好意的な誘引力をもつものと思われるが、上記で紹介した同性婚違憲訴訟をめぐっての下級審における見解の相違は、これまでの最高裁判例の中で現れてきた立法事実論の展開に対する疑問をさらにクローズアップさせるものとなるかもしれない。合憲／違憲の判断を導く際に斟酌されるべき背景事情の範囲や援用の仕方がこれまでの最高裁判例における立法事実論の引き写しになっている節があり、その結果、様々に列挙された「事情」についての裁判官の選択行為を通じて、「社会通念」や「価値観」の変遷をどう捉えるかという主観的要因が推論過程の重要な一部を構成しているからである。

違憲審査制という制度が元々、民主主義体制下における立法府と司法府との緊張関係を内包しているものである以上、法令の必要性・合理性を基礎づける事実の存否に関わる認定を裁判所が行うことによって憲法判断が行われること自体は、立法府に敬讓を示すために裁判所における立法事実論の展開を排除することに通じる決定的要因にはならないと思われる。また、法令の必要性・合理性の存否を事実レベルで検証しようとする姿勢は、裁判所の判断における理由づけの充実化に資するという点で有用なものともいえる。しかし、特に法令が合憲から違憲へと「劇的な変化」を遂げる際、必要とされる「事情」の質的・量的変化の内容、あるいはそのような変化についての時間軸に照らした説明が判例上必ずしも明確にはなっていない現状において、裁判所の判断過程にお

³⁶ 逆にいえば、「今後の社会状況の変化によっては、同性間の婚姻等の制度の導入について何ら法的措置がとられていないことの立法不作為が、将来的に憲法 24 条 2 項に違反するものとして違憲になる」ということは可能性として認められている。

る立法事実への言及にはより慎重さが求められるであろう。