

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——

渡 辺 千 原*

目 次

はじめに

I 政策形成訴訟の展開と社会変動

II 裁判所の使命としての社会変動への対応

1. 応答的司法を実現する裁判官像

2. 社会変動への応答という裁判所役割

3. 最高裁判事と最高裁役割論：「立ち位置論」の位置

III 立法事実変遷論に見る「社会」の読み込み

1. 立法事実論と立法事実変遷論

2. 社会の変化と規範の導出

3. 家族にかかわる規範の評価であることの意味と問題

IV 社会的要請の読み取りという課題への対応

1. 応答的司法を担う裁判官

2. 社会の読み込みのあり方

結 語

はじめに

小さく消極的、官僚的、非常識などの批判を受けて、平成の司法制度改革が取り組まれてから、20年近くが経過し、時代は令和へと移り変わった。裁判員制度や法科大学院制度など、大がかりかつ個別的には目標も異なる改革もなされており、その全体像を踏まえて理念を抽出したり、その実現状況を評価するのは容易ではない。意見書の冒頭での公式の理念とし

* わたなべ・ちはら 立命館大学法学部教授

てまとめられたのは、司法が「法の支配の理念に基づき」、「公共性の空間」を支える柱として、「法の維持・形成を図る」ことであり、司法作用を通じた「法の形成」もその役割とされた¹⁾。

ノネ・セルズニックの著名な法の発展モデルに照らして整理してみよう²⁾。法の発展モデルでは、抑圧的法、自律的法、応答的法の3モデルを提示する。抑圧的法から発展した自律的法は、「法の支配」として称揚されている状況に相当し、法は政治から分離され、実体的正しさよりも手続保障を重視し、法秩序はルールを遵守することによって実現するものとされる³⁾。

しかし、自律的法では、社会において生起する新たな諸問題や要請に十分に応答することができない。そこで、その要請にこたえ、法を発展させるモデルとして、応答的法モデルが提示される。応答的法では、実質的正義の実現のため、社会的秩序形成や社会変動に応答することが求められ、そのための開放性、柔軟性を備える。ただし、開放性は、自律的法に付随する法的な一貫性、予測可能性、政治的中立性を損ないやすい⁴⁾という問題も指摘される。

今期の司法制度改革における司法への要請は、自律的法をベースとした「法の支配」の確立を基本路線としつつも、それを失わない範囲で応答的法のモデルも一部取り込んで、司法の役割を拡大することを求めるものであったとまとめられる⁵⁾。

1) 司法制度改革審議会意見書(2001)。

2) Phillip Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, revised in 2001. Transaction Publishers 1978年版の邦訳としてP. ノネ & P. セルズニック著 六本佳平訳『法と社会の変動理論』(岩波現代選書1981年)。

3) ノネ&セルズニック 前掲注2) 邦訳84頁。

4) ロバート A. ケイガン 見平典訳『「応答的法」型の司法に向けて——可能性と危険性』棚瀬孝雄編『司法の国民的基盤 日米の司法政治と司法理論』(日本評論社2009年) 217頁。

5) 阿部昌樹「日本における応答的司法への期待と司法制度改革」棚瀬孝雄編『司法の国民的基盤——日米の司法政治と司法理論——』(日本評論社2009年) 229頁。

もっとも、これは、平成の司法制度改革期固有の課題ではない。平野仁彦教授は2010年の論文「法的正当化における法原理の位置」において「法システムは社会の中でその多くの部分が安定的に受容されていなければならない。安定的に受容されるためには、法が自立性を維持しつつ、社会の規範的要請に対しても可能な限り応答することができなければならない⁶⁾」と論じている。つまり、法の応答性は、法システムとしての自律性を備える条件でもあるのである。教授は、応答的法は、法システムの自律性を前提とし、法原理の整合性に支えられた、社会的要請へのバランスのとれた対応を要請するという。その際、法的正当化は、外部的考慮を無視することは出来ないが、それは第一次的な準拠点とはならないとする⁷⁾。

よって、司法制度改革期の応答的司法への期待は、これまで司法が均衡点と自認していたよりも、社会的要請への応答性を高めることが法システムの安定的存立のためにも必要となっているとの認識に基づくものと言えよう。

社会の変化が著しい現代において、社会の変化や要請に対して司法が応答する必要性は高まっている。もっとも、裁判を通じた法形成や政策形成を司法が果たすことは、すでに司法の正当な機能の一部である。裁判を通じた法形成や政策形成による応答、という場合、1960年代後半より提起されてきたいわゆる「現代型訴訟」での判決および訴訟提起や訴訟過程自体がもたらす事実上の政策形成機能、そして、法解釈の枠組みの中で行われる法形成と、違憲審査の枠組みで行われる法形成や政策形成が視野に入る。司法制度改革期以降については、三権の中での司法の役割強化を求める議論の後押しも受け、違憲審査や立法注文といった形での法形成が一部活性化していることは注目に値する。

では、自律的法の実現を本務とする裁判所は、社会的要請に対していかに応答してきたのか、また応答しうるのだろうか。本稿では、司法制度改革期ころからの裁判における政策形成・法形成の新しい潮流である最近の

6) 平野仁彦「法的正当化における法原理の位置」立命館法学333号=334号1177頁（2010年）。

7) 平野前掲注6）。

最高裁判所の違憲審査で用いられる「立法事実変遷論」に焦点を当てたい。平野教授は、法的正当化としては、法原理に依拠した内的正当化が中心で、外的正当化にかかわる事項はあくまで補充的に考慮に入るとするが、本稿は、応答性の部分に着目し、外部的考慮を違憲判断の根拠として用いる法理である「立法事実変遷論」が、いかに社会的要請を読みこみ、そこから規範的判断を導いているのか、また、それが、いかに正当化されるかについて若干の考案を行いたい。

Iで1960年以降の政策形成訴訟の展開を概観し、IIで、司法において応答的司法を実現する裁判所役割論や裁判官像がどのように成立しているかを確認し、IIIで最近の最高裁の違憲判決に見られる立法事実変遷論を、立法事実論の一部、そしてそれとは独立した要素をもつ概念として整理したうえで、その裁判例での用いられ方を分析する。IVでは、立法事実変遷論が、社会的要請に応答するための法理として適切に機能するための課題をいくつか抽出したい。

I 政策形成訴訟の展開と社会変動

司法制度改革期のころに司法の応答性への要求が特に高まったことは確かだが、日本の裁判所は、これまでも社会的要請に一定程度こたえ、法形成や政策形成機能を果たしてきたと考えられている。

1960年代以降、現代型訴訟と呼ばれる訴訟群が現れ、訴訟を通じた政策形成に注目が集まり、訴訟提起と訴訟を通じて社会問題への注目、議論が喚起され、訴訟が一種の社会的フォーラムとして機能しうることが論じられた。四大公害病訴訟などでは、提訴により社会的に十分に認識されてこなかった甚大な被害と被害者に光があてられ、その救済への要請にこたえるべく、訴訟を通じて、また訴訟をバネにして被害者救済が進んだ。被害者が声をあげることで訴訟の当事者性が前面に出ることになり、下級裁判所での闘いを通じて社会問題が世に問われ、勝訴判決や勝訴的和解での

終結が目指された。裁判所も、疫学的因果関係論を採用するなど、訴訟を通じた法形成と言える判断をし、こうした訴訟をばねに、環境基準の改定などと公害健康被害補償法の制定に結び付き、政策形成につながったと評価される⁸⁾。こうした現代型訴訟での法形成・政策形成は「新たな課題に対する下からの対応」による政策形成という特徴があった⁹⁾。

また、判決での勝訴に結び付かなくとも、訴訟提起や訴訟過程自体に政策形成効果が見られる場合もある。たとえば、1980年代の嫌煙権訴訟¹⁰⁾では、訴訟提起によって、受動喫煙の害への認知が広がり、またその社会的認知を支えに訴訟運動を促進、訴訟による救済や政策形成に結び付いたと評価されている。こうした裁判では、訴訟の外での社会運動や世論喚起と訴訟が連携するという戦略もとられ、裁判所と社会的営みとの距離が比較的近く、訴訟自体が社会問題を構築していく部分がある。法社会学的研究も判決そのものよりも、訴訟過程のもたらす交渉整序機能や、社会問題開示機能など、裁判官よりも当事者の参加、その活性化に向けられてきた¹¹⁾。

もっとも、訴訟提起が社会問題の開示に至るとしても、嫌煙権訴訟などは、潜在的に受動喫煙への嫌悪感が社会に存在し、その主張への社会的共感が得られるかどうか、一定の成果につながる鍵となる¹²⁾。裁判所は、訴訟を通じて顕在化した、社会に潜在していた分煙化への要請を読み取り、その要請への応答を意識した訴訟運営や判決行動を一定程度行ってき

8) 吉村良一『『政策形成訴訟』の意義と限界——公害・環境訴訟を例として』市川他編『現代日本の司法——「司法制度改革」以降の人と制度』（日本評論社2020年）。近刊。

9) ダニエル・H・フット著 溜箭将之訳『裁判と社会——司法の「常識」再考』（NTT出版2005年）、228頁。

10) 東京地域昭和62年3月27日判決。判時1226号33頁。

11) そうした議論の整理として高橋裕「現代型訴訟のインパクト」和田仁孝＝太田勝造＝阿部昌樹編『交渉と紛争処理』（日本評論社2002年）。民事訴訟法学での手続保障の第三の波の議論もここに位置づけることが出来る。

12) 嫌煙権訴訟では首尾良く禁煙車両の増設に結び付いたが、判決そのものは、原告の全面敗訴であった。その後の、喫煙者によるJTに対する製造物責任訴訟については、社会的共感を得にくい側面もあり、訴訟自体による社会問題開示効果もあまり高くない。柳瀬孝雄編『たばこ訴訟の法社会学』（世界思想社2000年）。

たと言える¹³⁾。

日本では、最高裁・下級裁判所に限らず、裁判官は政治的に選出されていない分、司法に対する社会的承認が必要との認識が強い。日本社会全般について言われるのと同様、社会的コンセンサス志向が強く¹⁴⁾、社会的コンセンサスを根拠に出来る場合には、比較的積極的な法創造にも乗り出してきたと言われてきた。

それに対して、政治部門とのコンフリクトがあるような場面では日本の司法は消極的であり、立法府にノーを突きつけることになる違憲審査における消極性は目立っていた。特に、1980年代から90年代にかけては、最高裁の法令違憲判決は一件もなく、1981年の大阪国際空港訴訟最高裁判決での差し止め請求不適法却下を受け、実質的救済につながる差し止め請求は冬の時代となり、日本の裁判所の保守性、官僚性への批判が高まっていく。こうした不満が、司法制度改革への動力ともなった。

司法制度改革期以降は、違憲審査の場面でも、司法の積極化の兆しが見られるようになった。2005年の在外邦人選挙権制限規定違憲判決は、立法不作為に対する国賠訴訟の道を大きく開き、2008年の国籍法違憲判決、2013年の非嫡出子相続分違憲決定、そして2015年の待婚期間違憲判決と注目すべき法令違憲判決が続出した。そこで鍵を握る法理が、立法事実変遷論であり、社会の変化を根拠に違憲判断を導くという手法であった。

司法制度改革期を経て、日本の司法が変わったのか、という問いはしばしば聞かれる。現代型訴訟といわれてきた訴訟群¹⁵⁾にせよ、その一部でも

13) Frank K. Uppham, "Stealth Activism: Norm Formation by Japanese Court", 88Washington University Law Rev. 1493 (2011). 日本の裁判所では、裁判官は自らが望ましいと考える規範形成を行うことが任されているという表現がなされている。

14) John O. Haley, "Constitutional Adjudication in Japan: Context, Structure, and Values", 88Washington University Law Rev. 1467 (2011).

15) 六本佳平は、現代型訴訟について、科学技術の進展を含む社会の変化や、それに応じた価値や利害の多様化、変化のテンポの加速といった現代社会において、裁判には、社会において一般的に妥当する規範構造を明確にし、または変更することを通じて、社会構造を改変する力を発揮することが求められている訴訟と説明している。六本佳平『日本の法』

ある憲法訴訟にせよ、広い意味での政策形成訴訟は、現代社会における変化や新しく生じた問題に対して訴訟が一定の応答をはかるものという点では共通する。よって、司法制度改革期以降、違憲審査の場面でその積極化を支えている立法事実変遷論は、社会からの要請を憲法判断の根拠づけにするものであり、1970年代以降の、司法の社会的コンセンサス志向の延長線上にあると言える。

他方で、手法の違いから、注目される点や応答性を高めるための条件は異なる。違憲審査については、最高裁判決こそが、法形成や政策形成にダイレクトにつながる。そのため、訴訟過程や訴訟過程への参加よりも、判決理由に現れる法的判断のあり方に焦点が置かれる。また、最高裁の裁判官やその判決行動に焦点が当たることになる¹⁶⁾。

応答的司法の実現の条件としては、しばしば応答的司法を実現できる裁判官の任用が必要であることが説かれ¹⁷⁾、民主的な選任方法を経ない日本の裁判官に応答性を期待することには限界があるとも言われてきた。司法制度改革期の法曹一元導入論は、応答的司法を促進するための裁判官制度改革という意味合いがあったが、結局のところ、キャリアシステムは維持され、最高裁に関わるような制度改革は取り組まれていないばかりか、より官僚化が進んでいるとの批判もある¹⁸⁾。

よって、格別の裁判官改革を経ずして、司法制度改革期より最高裁

と社会』（有斐閣2004年）、235頁。

16) 研究としても、法社会学者による研究よりも、憲法学者による判例分析や最高裁判事研究が活性化している。たとえば、渡辺康行・木下智史・尾形健編『憲法学から見た最高裁判所裁判官 70年の軌跡』（日本評論社2017年）。筆者も研究に加わった共同研究の成果としては、市川正人ほか編『日本の最高裁判所』（日本評論社2015年）、市川正人ほか編『現代日本の司法』（日本評論社2020年）。

17) 広渡清吾「法的判断と政策形成——「法律」と「法」の間——」法社会学63号15頁（2005年）、21頁では「日本の裁判において法形成、法創造の機能がより自由に行使され、裁判の政策形成機能が発揮されるためには、それに相応しい裁判官を創り出すことが必要である」という。ケイガン前掲注4）、217頁。

18) 瀬木比呂志『絶望の裁判所』（講談社2014年）。

が違憲審査の場面で応答性を発揮しているとすれば、それはいかに可能になっているのだろうか。その要因については、様々な角度からの分析を要するが、本稿では、社会的コンセンサスを根拠にした法形成や政策形成を裁判所の正当な役割とする裁判所役割観と、それをダイレクトに根拠付けに用いる「立法事実変遷論」に見られる、最高裁による社会変化の読み込みに着目する。そして、社会変化を読み込み、その要請に適切に応答して裁判所の法形成機能が健全に果たされる条件を探ってみたい。

II 裁判所の使命としての社会変動への対応

1. 応答的司法を実現する裁判官像

日本では近代法を導入しても、なおその理念の社会的浸透は不十分であり、長らく、そして司法制度改革期に至ってもなお、ノネ・セルズニックのいう「自律的法」ないし田中成明の法の三類型でいう「自立型法」¹⁹⁾の確立が求められてきた。司法制度改革審議会設置から間もない1999年12月に、裁判所は、法曹一元制や陪参審制の導入への反対論の趣旨も込めて、「我が国社会の平等志向を反映し、司法制度の運用における等質性の要請は極めて強い」ゆえに、統一性、等質性を重視してきたことを強調していた²⁰⁾。自律的法の実現に役割を限定して法の支配を実現しようとする見解としては正当化しうる。しかし、社会の要請への応答性がないと、逆に法システムの安定的存立は危ぶまれる。司法制度改革期の裁判所の応答性を

19) 田中成明の法の三類型での「自立型法」「管理型法」「自治型法」でいう自立型法の基盤の確立は、ノネ・セルズ・ニックの3モデルでは自律型法の確立と浸透を基礎とすると言える。ただし、目的-手段思考の強い管理型法は、応答的法と重なる部分はあるが、司法による応答が想定される応答法のモデルとは、その制度的側面等が異なる。法の三類型についてはたとえば、最近の著作では、田中成明『法の支配と実践理性の制度化』(有斐閣2018年)、10頁以下。

20) 最高裁判所「21世紀の司法制度を考える——司法制度改革に関する裁判所の基本的な考え方——」司法制度改革審議会議事録1999年12月8日 <https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai8append/append2.html> (2020年1月30日閲覧)。

求める声は、等質性の要請にとどまらなかった。

司法が応答性を備えるためには、裁判官が応答的法を志向する必要があると言われる。そのためには、応答的な態度をとる裁判官を任用すること、また応答的な判断を下すことを正当化しうるような裁判官選任システムを擁していることも重要である。司法が応答性を備えるためには、「法や政治の領域で成功を収め、幅広い経験を積んだ人々——法的のみならず政治的にも適切な判断ができる人物として名声を得た法律家——が就任する」²¹⁾必要がある。アメリカがとる法曹一元制や、その制度下での裁判官公選制などは、応答的法を志向する裁判官を輩出しやすい。

日本でも、司法制度改革期には、そうした観点から法曹一元制推進論が繰り広げられた。たとえば、1998年の日弁連の「司法改革ビジョン」では、「現在の裁判所はいわゆるキャリアシステム（官僚裁判官制度）を採用しています。この制度においては、裁判官が純粹培養的に養成されるため、裁判の運営が市民感覚からかけはなれているとの批判があります。そこで、社会的経験の豊かな人を裁判官に任用することが求められます。市民に身近な弁護士経験者を中心として裁判官を選ぶ制度（法曹一元）を導入する必要があるゆえんです」としている。しかし、当初の改革論の大きな柱だった法曹一元制推進論は、司法制度改革審議会での、2000年の中間報告の段階では、裁判官の給源の多様化、多元化という方向に収斂して、キャリアシステムは維持されることとなった。

他方、本稿が分析の対象とする最高裁については、意見書において「最高裁判所裁判官の地位の重要性に配慮しつつ、その選任過程について透明性・客観性を確保するための適切な措置を検討すべきである」²²⁾とされたものの、特段の改革は行われなかった。最高裁判事に対する民主的統制手段である国民審査制度についても手つかずのままである。

このように、日本の裁判官任用制度は、司法の応答性を確保するのに適

21) ケイガン前掲注 4), 215頁。

22) 司法制度改革審議会意見書（2001年）。

合的とは言えない。民主的統制を受けていない裁判官が政策形成や法形成を行うことについては、正統性への疑問もある²³⁾。では、司法内部では、裁判所やその裁判官の「社会的役割への応答」という役割についてのどのようなスタンスをとってきただろうか。

2. 社会変動への応答という裁判所役割

司法は一次的には法適用機関であるため、裁判を通じた法形成や政策形成は、本来の裁判所の役割を越える。特に、日本の裁判官は、キャリアシステム下で任用され、民主的統制を受けていないこともあり、法形成や違憲審査の行使は謙抑的に行われてきた。他方で、おそらくはそれゆえに司法に対する国民の信頼を得ることの重要性を公式の目標として繰り返し強調してきた。もっとも、何をもって国民の信頼を得るのか、についてはその時々裁判所が抱える問題ごとに異なる。

その1つの資料として裁判所時報に掲載される最高裁長官が高等裁判所長官や地家裁所長会同で行う訓示や、裁判所職員への訓示的意味合いをもつ新年のことばなどから、裁判官の役割認識を拾ってみたい。

戦後間もない1号では初代長官三淵忠彦は、「国家の存立は、裁判の公正に対する国民の信頼にかかって」おり、その公正は「裁判官その人の如何にかかるとし、裁判官が官僚制を払拭しデモクラシーのパイオニアたるべき使命を負うと言っている²⁴⁾。

新憲法体制、戦後の司法改革から間もなく、朝鮮戦争や日米安保条約など社会的に激しい争論となる政治的イシューに関わる問題について司法が判断を迫られたほか、松川事件への裁判批判²⁵⁾もわき上がる。それに対

23) たとえば、大屋雄裕『裁判の原点——社会を動かす法学入門——』（河出ブックス2018年）は、全体として裁判所の役割を限定的にとらえる。

24) これは、新年のことばではなく、1947年の最高裁判所長官訓示であるが、1948年の裁判所時報1号に掲載されている。

25) 1949年に起こった列車の脱線転覆事件で国鉄の労働組合員が被疑者、被告人となった事件の裁判に対し、広津和郎氏によって中央公論などによる裁判批判が繰り返し広げられていた。

し、田中耕太郎が、1955年、裁判官は世間の雑音に耳をかすべきではないとの訓示を行ったことは有名である²⁶⁾。司法の危機時代、1970年新年には、石田和外長官の「裁判の公正は単に公正であるというばかりでなく国民がこれを信じて疑わないものであることが必要である」、そのため、裁判官は「私生活のはしに至るまで一切の言動を慎み、いかなる点においても世の疑惑を招くことのないよう」心がけて「裁判所の姿勢を強く堅持し、国民の信頼を失わないよう努めたい」との有名なことばがある。このころは、司法をめぐる政治的、社会的状況を背景に、司法権の独立を守るために、裁判官に対して、政治からのみならず社会からも隔絶することを求めており、この訓示には社会の要請に応答するという観点は見られない。この石田の「公正らしさ論」は、その後、理想の裁判官像として維持され続けたわけではないが、実際には、現在に至るまで日本の裁判官の自己規律の指針として息づいているように思われる²⁷⁾。こうした裁判官像と、次に見る「社会の変化を読み取り、適切に応答する司法」を実現する裁判官像にはずれがあることは否めない。

もっとも、司法の危機が叫ばれた1960年代終わり頃には、すでに四大公害病訴訟が提起されており、こうした深刻な社会問題に対して司法が応答する必要はないとの立場だったわけではない。むしろ、こうした状況に対しては高い応答性を見せ、「最高裁の二つの顔」とも言われていた。

そして司法の危機が収束してきた1970年代半ばには、司法は、社会の変化を読み取り、適切に応答することで国民の信頼を得なければならない、

26) 1955年の全国高等裁判所長官、地方裁判所・家庭裁判所所長会同における長官訓示。こうした司法をめぐる状況への対応という面だけでなく、法哲学者である田中耕太郎長官は、自然法論の立場からも、法の支配の浸透を裁判官が率先すべきことを説く。社会の変化に応ずるというよりは、新憲法の理念を社会生活に実現するため、裁判官は職権の独立によって国民の期待と信頼にこたえるべきと1956年の新年のことばで述べている。裁判所時報198号1頁。

27) 渡辺千原「平成期の最高裁判所——変わったこと、変わらないこと」市川正人他編『日本の最高裁判所』（日本評論社2015年）、15頁。

という考え方が明示されるようになる。長官のことは、司法の信頼確保のための裁判の迅速化に加えて、価値の多元化、科学技術の発達等を含む社会変動を裁判所が的確に見極め、それによって生じる現代的な紛争に対して社会通念等を読み取って対応することで国民の信頼を得る必要があると説くものが多く見られる。石田の後任の村上朝一は、国民の信頼という言葉は使わないものの、「現代社会の生み出す種々の社会的問題と価値観の多様化」による解決困難な紛争について「法的安定性と具体的妥当性の調和点」を求めて適正迅速な裁判を実現することが必要としている²⁸⁾。

1978年、岡原昌男長官は、法の運用は「国民の常識にかなうものでなければならず」、「社会の通念ともいべきものを正確に見定め、国民の総意とかけ離れない線において結論づけていくことを心がけなければならないと思う」。それが「司法に対する国民の信頼と尊敬とを確保するための最善の方法」と言う。「社会変動の波は、国民の価値観をますます多様化させ」、「科学文明の目覚ましい発達」等の社会的諸現象が、紛争の激化や社会問題をもたらし、「国民の権利意識の高揚と情報化社会の波に乗って様々な法律問題に転化され、裁判所に持ちこまれてくる」。それに対して、裁判所は「従来の法律的知識を越える英知と識見を要求されている」と述べる²⁹⁾。司法の危機時代、宮本判時補の再任拒否の立場をとり、1973年の全農林警職法事件最高裁判決で公務員の争議行為に罰則を決めることを合理的との判断に立った、保守派の村上・岡原判事が、このように、「社会からの要請への応答という裁判所役割論を明示しているのである³⁰⁾。

28) 村上朝一「新年のことは」裁判所時報656号1頁(1975年)。

29) 岡原昌男「新年のことは」裁判所時報728号1頁(1978年)。寺田治郎長官の1983年の新年のことはも同様の問題意識を提示した上、「我々は、かかる社会の変化に敏速に対応し、創意工夫をこらし、努力をかさねて変転する事態に対処していかなければならない」とする。裁判所時報849号1頁(1983年)。

30) このあたりの経緯について、山本祐司『最高裁物語⑤』(講談社1997年)に詳しい。また、大久保史郎「最高裁の憲法判例と「司法の立ち位置」論」市川ほか編『現代日本の司法』(日本評論社2020年)。

その後も類似のことばは多い。1989年の矢口洪一も、社会の変化に伴う国民の期待に応え、司法制度の運営や裁判手続における改善が必要という理由で、司法改革を示唆している³¹⁾。また、裁判官についても、「国民の生活のあらゆる領域において、多様化、国際化が進行する中で、法律上の紛争も一段と複雑なものとなっている今日、法曹に最も期待されるものは、広範な社会の事象に対する的確な理解と総合的は判断を支える高い識見であります」と述べている³²⁾。矢口は、このような関心から、裁判官の研修制度や留学制度等を導入し、裁判官が法以外の多様な知識経験を持つことを求めており、法の外にある外部的考慮を容れることにつながる裁判官像と言える。この矢口の提示した裁判官像は、司法制度改革期に、裁判官に求める資質として引き継がれていく。

司法制度改革期の法曹一元導入論も受け、司法制度改革審議会意見書では「多様で豊かな知識、経験等を備えた判事」の確保、養成が求められた。こうした裁判官像について、たとえば阿部は、自律的法の担い手として必要な法や判例についての十分な知識や法的推論能力だけではなく、「法を社会に対して応答的なものにしていくことが期待され」、それゆえに「人間や社会への深い理解と共感」が必要と考えられたのだと指摘する³³⁾。ただ、ここで見てきたように、社会変化を読み取り、社会からの要請にこたえることのできる裁判官を理想の裁判官とする考え方は、司法制度改革期に新たに生み出されたものではなく、少なくとも司法内部では1970年代頃には明確に、むしろ、当時の保守派と言われた最高裁判事たちによって理想の裁判官像として明示されており、こうした裁判所役割の自認は、「日本的司法積極主義」を支えてきたと言えるのではないだろうか。

その後、司法制度改革期以降は、長官のことばとしては、その年の出来

31) 矢口洪一「新年のことば」裁判所時報993号1頁。(1989年)。

32) 最高裁判所長官訓示 裁判所時報956号1頁(1987年)。

33) 阿部昌樹「日本における応答的司法への期待と司法制度改革」棚瀬孝雄編『司法の国民的基盤』（日本評論社2004年）243頁。

事を振り返り、民事・家事・刑事・司法制度全般についての課題を提示するというスタイルが多くなり、社会の変化への対応による国民の信頼確保という表現は減ってきているものの、たとえば2008年の島田仁郎長官のことばでは「国民の生活様式や価値観も多様化の傾向が顕著で……我々司法に身を置く者も、新しい社会の情勢に的確に対応」することが必要で、そのために「時代の要請を正しく読み取る鋭敏な感性と柔軟な思考を持つことが何より肝要です」と述べられ、2014年の寺田逸郎長官の挨拶でも、枕詞としての要素が強いが、「前世紀の終わりから続く国際的、経済的な環境の変化の中で、様々な課題が浮上してきています……司法に携わる者には、このような時代の要請を的確に見据え、国民の信頼に応える努力を続けていくことが求められています」と述べられている。

司法制度改革の理念としても、社会的要請への応答が求められており、それに適合的な裁判官像は、日本の理想の裁判官像として定着してきている。ここで参照したようなことばが実際に裁判官の自己認識や判決行動にどの程度の影響を与えるかは不明であり、おそらくごく限定的な影響しかないだろう。しかし、少なくとも、裁判所としては、1970年代半ばころには、社会の変化に適切に応答することを裁判所の正当な役割として規定していたことは確認できた。

3. 最高裁判事と最高裁役割論：「立ち位置論」の位置

2. で見た裁判所役割論は、当然のことながら、最高裁にも基本的に妥当する。もっとも、最高裁は、違憲審査の終局審としての役割だけでなく、通常事件についての判例形成や判例変更の役割もあり、下級裁判所のそれに比して、裁判を通じた法形成の重要度は圧倒的に高く他の政治部門との緊張関係が特に先鋭に現れる。

この点について、元最高裁判事の千葉勝美の「司法の立ち位置論」は、最高裁判事が違憲審査を行う際、実際にどのような考慮をするのかの一端を示すものとして参考になる。

千葉によると、最高裁が憲法判断をする際には、「司法の立ち位置」をどう考えて臨むかを真剣に考え抜くことが重要であるという。そして、「立ち位置」とは、第1の、基本的人権を擁護することを使命とする司法部の役割についての考え方、第2の、対立法府や行政府との緊張を踏まえた司法役割論という2つの柱に加えて3つめの観点、「様々な意見が錯綜し価値観の対立が大きな社会的・政治的テーマについて、その憲法判断が将来我が国社会をどのような姿に導くことになるのかを念頭に置きつつ、国民全体の認識を探り、司法部がいつの時点で、どのような形で乗り出すべきか、それが、多くの国民の理解と信頼を勝ち得ることになるかについての情勢の分析等に関する考え方」という³⁴⁾。

この3つめの観点は、社会の変化や要請を読み取り、社会を味方につけて判断を導くものであり、2.でみた、社会的要請への応答という司法役割論と同じものと言える。むしろ、民主的基盤を欠く裁判所にとっては、3つめの社会的要請への対応であることを強調することではじめて、他の政治部門との位置関係において違憲審査を含む憲法判断に乗り出すことが可能になるともいえる。

この立ち位置論に対しては、第3の観点を中心に据えることで人権保障の要請を簡単に後退させることになるとの強い批判もある³⁵⁾。

また、立ち位置論は、多数決原理の民主制のもとで立法・行政に反映されにくい社会的少数者の基本的人権を擁護することも裁判所の役割であるという立場から、憲法を盾に議会の立法裁量や政府の行政裁量より「一歩前に出る司法」を目指すべきとした、泉徳治元最高裁判事の裁判所役割論³⁶⁾や違憲審査論に対抗して提示された側面があり、最高裁判事が共有する考え方というわけではない。キャリア判事出身の最高裁判事にも様々な

34) 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年、ii頁。大久保前掲注30)。

35) 坂田隆介「最高裁の『正統性』」市川ほか編『現代日本の司法』（日本評論社2020年）。

36) 泉徳治『一歩前に出る司法』（日本評論社2017年）、iii頁。

考え方がある上、最高裁の現在の人事慣行では、検事・弁護士・学者・行政官からの任命もあり、下級裁判所よりは多様な人材によって構成されている。その時々、それぞれのバックグラウンドを有する最高裁判事が社会的要請への応答という裁判所役割論を共有しているとは言い切れない。

しかし、社会からの要請を読み取り、それを盾に人権擁護の要請や政治部門との緊張関係とのバランスをとった判断を行うという、「立ち位置論」は、日本のこれまでの違憲審査の実際のありようの記述として一定の説得力があるし、2.で見てきた裁判所役割論や裁判官像とも符合する。この裁判所役割論が、応答的司法を支える考え方として一定程度定着している以上、「立ち位置論」を否定するのではなく、立ち位置論が司法による人権保障の後退ではなく、人権保障を適切に果たすことができる法理として機能しうる可能性を追求することも有益だろう。

そこで、次に最近の最高裁が、特に違憲審査の場面で法の外の事情の変化から違憲判断を導くのに用いている「立法事実変遷論」について、一般的な立法事実論との異同を確認した上で、最高裁がその判決において、どのように社会を読み込み、判断を導いているかについて検討したい。

Ⅲ 立法事実変遷論に見る「社会」の読み込み

1. 立法事実論と立法事実変遷論

立法事実の定義は1つではないが、裁判で事実認定の対象となる司法事実に対し、「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）の合理性を裏付け支える社会的・経済的・文化的な一般的事実」³⁷⁾との定義が一般的である。この概念は1942年にアメリカの Davis が行政法の領域で提唱し³⁸⁾、芦部信喜や裁判官の時国康夫たちが1960年代に日本に紹介し

37) 芦部信喜『憲法第7版』（岩波書店2019年）395頁。

38) Kenneth C. Davis, "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process", 55Harvard Law Rev. 364 (1942).

ている。時国は、「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である」³⁹⁾とし、議会資料や諸外国の立法例などを探索し、立法事実が何らかの資料により認められ、立法者が基礎とした資料を信頼したことが相当とされれば、立法府の判断を尊重することになると説く⁴⁰⁾。他方、芦部は、アメリカでの議論や実務状況を参考に、裁判官の独断による立法事実の認定を戒め、根拠に基づく立法事実の認定が必要であり、専門家の意見や社会科学的証拠の意義も強調している⁴¹⁾。

その後、裁判実務においても、1975年の薬事法違憲判決では、詳細な立法事実の検討がなされている⁴²⁾が、1980年代から90年代にかけての違憲審査の消極化の時代には、立法事実論を展開する判決自体が少なく⁴³⁾、また十分な検証がなされたい場合が多い。

立法事実は、司法事実とは区別される、規範にかかる事実であるゆえに、その顕出方法等が問題となる⁴⁴⁾。一般的には、立法事実は、通常の証拠規則による規律外で、当事者による証明活動の対象ではない。アメリカでは、違憲審査の訴訟過程において立法事実の裏付けのため当事者によって意見書や専門家証言等が活発に利用されるほか、利害関心を有する者からも広くアミカス・ブリーフの提出が認められている。立法事実は、法＝事実の区分によると、法の根拠付けとなる事実であるゆえに法に区分され

39) 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22頁（1963年）。

40) 時国前掲注39）、42頁。

41) 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——」『清宮四郎教授退職記念論文集・憲法の諸問題』（1963年）。

42) 芦部信喜「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（1975年）、21頁。

43) 立法事実論の積極的な展開が見られるときは、合憲性推定の原則が後退し、広い立法裁量が認められる。戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』（有斐閣2008年）、243頁。よって、1980年代以降の司法の官僚化が進んだ時代には、立法事実論を展開する裁判が少なかったのは当然のことかもしれない。

44) この点についての詳細な研究として原竹裕『裁判による法創造と事実審理』（弘文堂1999年）。

るとの考えから、裁判官による独自の調査も可能と考えられ、裁判所は立法事実を確知 (judicial notice) できると考えられている。

アメリカでは、20世紀初頭より、憲法訴訟において社会科学の知見やデータが活発に参照されるようになった。ブラウン判決⁴⁵⁾での社会科学的証拠の参照、特にクラーク博士の社会心理学実験結果が、別学制度の違憲判断に大きな影響を与えたことのインパクトは大きく、実証的な法社会科学研究の発展にも結び付いた。立法事実の社会科学的証拠による検証は、憲法訴訟における重要なプロセスであり、社会科学を含む科学的証拠の活用 の在り方、是非についてはかなりの議論が蓄積されてきている⁴⁶⁾。

他方で、ブラウン判決での社会科学的知見の参照に対しては、批判も強く、その後の合衆国の裁判所でも、そうした方法がそのまま踏襲されてきたわけではない。社会科学研究から憲法判断を導くことへの批判や、そうした研究の信頼性への疑問等が出されたこともあり、その後、人種差別等を問題とする訴訟では、社会科学的知見に直接依拠するような判断は避けられるようになり、そうした社会科学研究については、法と経済学が興隆し、より厳密な法の経験科学研究 (empirical legal studies) も発展するものの、そうした研究では研究対象として人種差別等に光が当たることは減ってきているとも言う⁴⁷⁾。

それでも、社会的にも価値観が対立しうるような場面での規範選定においては、経験的な事実や社会科学の知見等が参照される。また、実際に社会科学的知見そのものに依拠して結論を導くかどうかはともかく、事実

45) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) でのフットノート11では、7つの文献を引用しているが、そのなかでも、クラーク博士が行った人種隔離政策下で黒人の自己イメージ形成についての実験結果のインパクトが大きかったとされる。

46) その紹介として渡辺千原「法を支える事実——科学的根拠付けに向けての一考察——」立命館法学333=334号1803頁(2011年)。棚瀬孝雄「裁判における社会科学の利用」棚瀬孝雄『訴訟動員と司法参加——市民の法主体性と司法の正統性——』(岩波書店2003年)250頁[初出は2002年]。

47) Rachel F. Moran, "What Counts as Knowledge? A Reflection on Race, Social Science, and the Law", 44 Law & Society Rev. 515 (2010), 540.

依拠する形で規範選択を行うという判決スタイル（fact-based adjudication）が取られることが多い⁴⁸⁾。

最近の日本での立法事実変遷論による違憲判断も、同様に、社会の変化という事実に依拠して違憲判断という規範選択が行われている。その点では、アメリカと同様の傾向を示しているとも言える。

しかし、次項で見ると、日本の最近の最高裁が採用している立法事実変遷論は、いわゆる立法事実論が通常想定している事実とは異なる性質の事実を想定している場合が多く、その根拠付けのあり方にも質的な相違があるように思われる⁴⁹⁾。

もともと、立法事実の確定が必要となる場合として、(1)裁判所が意識的に新しい判例法のルールを定めるとき、(2)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、(3)法律の合憲性が一定の事実状態の存在に依存しているとき⁵⁰⁾、とされており、立法事実論を展開する場面として、立法事実の変遷が含まれている。

しかし、国籍法違憲判決が依拠した立法事実変遷論では、家庭生活や親子関係の実態の変化などの「社会通念及び社会的状況の変化」を憲法判断の前提とする。「社会状況」のような大きな社会の変化や規範的概念とされる「社会通念」の変化は、薬局の距離制限による不良医薬品の氾濫の防止可能性のような立法事実とは位相が異なる。「社会」をいかに把握するのかは、社会学の難問である。

もっとも、ここでは、社会そのものではなく、社会の「変化」を対象としている。たとえば前節で見た最高裁長官のこたばにある「国民の価値観

48) Suzanne B. Goldberg, "Constitutional Tipping Points: Civil Rights, Social Change, and Fact-Based Adjudication" 106 Columbia Law Rev. 1955 (2006).

49) 立法事実変遷論をアメリカの生ける憲法論との関係について検討したものと、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——」法学研究91巻1号395頁（2018年）。また、この点について、秋葉丈志「政策形成型訴訟における分析と根拠——社会科学の利活用を中心に」市川ほか編『現代日本の司法』（日本評論社2020年）。

50) 芦部前掲注34）、517頁。

の多様化」や「科学技術の目覚ましい発達」などの変化の示唆は、特に証拠等による裏付けがなくてもある程度は了解可能で、公知の事実としても受け取ることが出来る。これらの判決で変遷したという立法事実は、立法府が立法資料として収集認定する事実⁵¹⁾とは「同質」とは言えない要素を含むように思われる。

そこで、次にいわゆる立法事実論と立法事実変遷論を区別し、最近の最高裁判例の立法事実変遷論において社会の変化をどのように評価して規範的判断に結びつけているかを確認したい。

2. 社会の変化と規範の導出

立法事実の変遷は、社会の変化により、これまでの法の合理性が失われて別の規律が必要になっているか、新たな法が必要であるのに立法がなされていないという形で示される。違憲判断に至る場合には、こうした変化により遅くとも当該事件当時には、当該法は憲法に違反するに至っていたと結論づける。しかし、立法事実の変遷を受けた対応は、一次的には立法府が立法によって行うべきであり、立法事実の変遷として列挙される事項は、立法府が立法の際に考慮に入れるべき事柄として列挙する場合とも重なってくる。

よって、立法事実変遷論と類似の論理は、合憲判断や憲法訴訟以外で判決理由のなかで法解釈の範囲で行われる法形成あるいは判決において立法注文をするような場合にも見られる⁵²⁾。その意味では、立法事実変遷論

51) たとえば赤坂幸一「立法事実と立法資料」法学セミナー63巻4号86頁(2018年)は、立法事実として基本的に立法資料の収集を念頭に置いている。

52) たとえば、当時「異例の立法注文」として注目を集めた代理出産で生まれた子の嫡出性について争われた事件の最高裁決定である 最2小平成19年3月23日決定 民集61巻2号619頁では、代理出産という新たな技術は民法制定時に想定されていなかったことから、多様な考慮要素のなかに社会一般の倫理感情も含めた検討を行って、「立法による速やかな対応が強く望まれる」と法廷意見の中で述べられている。この点、渡辺千原「司法制度改革期以降の家族法判例の展開」市川他編『現代日本の司法』(日本評論社2020年)。

は、違憲審査だけでなく、裁判における法形成全般に及びうる、射程の広い理論である。よって、違憲審査の場面をこえて実際にどの程度この論理が用いられているかについても検討する必要がある。しかし、ここでは最近の最高裁の違憲判断の中に現れた代表的な立法事実変遷論を確認することとする。

2008年の国籍法違憲判決と2013年の非嫡出子相続分違憲決定は、立法事実変遷論をとり、いずれも非嫡出子差別の是正を導いた判断であるが、その論理は、1995年の非嫡出子相続分合憲決定での大西勝判事による補足意見のなかにも、すでに見られる⁵³⁾。つまり、戦後の民法改正以後「我が国の社会事情、国民感情等の変化には著しいものがある」と、相続財産の意義や、家族形態の変化、そして「国際的な環境の変化」として市民及び政治的権利に関する国際規約やヨーロッパ諸国の立法動向等を検討して「非嫡出子の相続分をめぐる諸事情は国内的にも国際的にも大幅に変容して、制定当時有していた合理性は次第に失われつつあり、現時点においては、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えているとまではいえないとしても、……その立法理由との関連における合理性はかなりの程度に疑わしい状態に立ち至ったものといえることができる」という。ただし、民法は私人間の諸利益の調整の上に成り立つため、「非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分と平等とした場合、配偶者その他の関係人の利益を保護するための措置が必要かどうか等を含め、相続、婚姻、親子関係等の関連規定との整合性をも視野に入れた総合的な判断が必要」であるゆえに、現時点で違憲とまでは言えないと結論づけている。明示はしていないが、そうした総合的な判断は、立法に際して立法府が行うべきとの判断と考えられる⁵⁴⁾。

53) 最大平成7年7月5日決定 民集49巻7号1789頁。この点について渡辺注27)、18頁。

54) 当時、非嫡出子の相続分を嫡出子と同等とする民法改正案が法制審議会で検討されていたことから、法改正への期待があったことが、合憲決定に終わった一因とも考えられる。渡辺前掲注52)。

2008年の国籍法違憲判決⁵⁵⁾では、国籍法3条1項が設けられた昭和59年以降、社会的、経済的環境等の変化に伴って、「家族生活や親子関係に関する意識が一様ではなくなってきた」「家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている」との社会通念及び社会的状況の変化から、両親の一方のみが日本人の場合の子と日本との結びつきの強弱を、両親の法律上の婚姻の有無で測ることは、今日では家族生活等の実態に適合しないとした上で、諸外国の立法や国際人権等の動向を「国際的な社会環境等の変化」として、その変化に照らして、準正を出生後の届出による日本国籍の取得の要件とすることと立法目的との間の合理的関連性が失われており、不合理な差別という判断を導いている。

多くの事柄を列挙して、何を重視したのか分かりにくいとの批判が多い2013年の非嫡出子相続分違憲決定⁵⁶⁾は、国籍法違憲判決で摘示した「社会通念」「社会状況」に当たるとされる事情の変化と、諸外国の立法のすう勢、国際人権条約とその委員会からの指摘、嫡出子と非嫡出子の区別に関わる法制や最高裁判決での問題指摘、といった国内外の規範にかかわる状況を列挙し、それらを「総合的に考察」した結果、「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」「子を個人として尊重し、その権利を保障すべきという考えが確立されてきている」ゆえに、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われているとする。

この決定では、多様な事柄の変化の結果として「家族の中の個の尊重」「子を個人として尊重」という考え方が社会的に確立しているとして、一種の社会意識に還元した上で、その社会意識を根拠に違憲判断を導いている。よって社会状況や社会通念の変化自体から違憲判断を導いた国籍法違憲判決とは論理立てに違いがある。

2015年の待婚期間違憲判決⁵⁷⁾は、立法事実の変遷の帰着点を「再婚をす

55) 最大平成20年6月4日判決 民集62巻6号1367頁。

56) 最大平成25年9月4日決定 民集67巻6号1320頁。

57) 最大平成27年12月16日判決 民集69巻8号2427頁。

ることについての制約をできるだけ少なくするという要請」としている。女性だけに半年の再婚禁止期間を設けていることは父性推定の重複を回避して父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐ目的であるが、旧民法制定後、「医療や科学技術が発達し……」再婚禁止期間を父性推定の重複回避のための期間に限定しないことは正当化が困難になったことに加えて昭和22年以降「社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできるだけ少なくするという要請が高まっている事情」があるとし、諸外国での立法動向も、再婚への制約を少なくするという要請の根拠としてあげている。

医療や科学技術の発展および晩婚化、離婚件数、再婚件数の増加、という比較的把握しやすい変化を立法事実の変遷としている点では、非嫡出子差別の事例とは異なるが、立法事実の変遷の帰着点として「再婚への制約を少なくするという要請」という規範的要請を導いている点が注目される。

以上、これらの判決における立法事実変遷論は、最高裁判事による社会変化の読み込みにより、「社会」を味方につけて違憲判断を正当化するものである。社会の変化に応じて法の憲法適合性を判断するという論理は、社会からの要請への応答性をダイレクトに根拠づけ、「社会の変化に適切に応答する司法」という前節でみた裁判所役割論にも適合的である。「変化」に注目することから、新たな状況に応じたあるべき法へと方向付ける、将来志向性のある判断に誘いやすいと言えよう⁵⁸⁾。

もっとも、そこでいう「社会」や社会意識がいかなるものなのかは明らかではない。特に国籍法違憲判決や、非嫡出子相続分違憲決定では、社会の変化として、家族形態の変化という社会的な事実の変化だけでなく、「国民感情」「家族生活や親子関係に関する意識」といった国民の社会意識

58) 亀本洋「未来志向の法解釈」民商法雑誌154巻1号90頁（2018年）は、裁判結果がどの程度よい結果をもたらしたかを検証するシステムを裁判制度のなかに組みこむことの困難を指摘しつつも、未来志向のプラグマティックな裁判の可能性を示唆する。

を重要な要素としている。しかし、家族の実態の変化もさることながら、「意識」が何を指すのか、また実際にどのように変化したと言えるのかについては少なくとも判決文の中には書かれていない。

さらに、2013年決定は、それを「家族の中での個の尊重」、2015年判決では「再婚への制約を少なくするという要請」という、より明確な規範的要請を導いているが、これらが、社会意識のようなものなのか、その考えが確立しているのはどこにおいてなのかも明らかではない。

この点、憲法研究者から、この変遷論は、国民のあるべき規範意識を先取りするものとの指摘がある⁵⁹⁾。つまり、「国民意識」は今ある国民意識ではなく、「あるべき国民意識」であり、最高裁判決は社会意識の形成にもつながるものと考えられている。ここでの社会は、生の社会的事実ではなく、かねてから規範的な概念と言われてきた「社会通念」に近く、最高裁判事が解釈によって導き出した社会であり、規範的事実である。よって、これは社会状況の変化を実証的に論じるのではなく、一定の社会的価値を積極的に表明するものである⁶⁰⁾とか、世論と理解したとしても、実証的意味の世論ではなく、規範的意味の「世論」⁶¹⁾というように、憲法学の議論ではその規範性を強調する論調が多く見られる。最高裁判事も、憲法学者も、社会的要請を実際の社会からいかに読み取るのかについては、関心が薄いようである。

その点は、別途検討したいが、これらの判決が、実際にはそれほど決定的な要素ではない一般的な「経済状況、社会状況の変化」「家族実態の多様化」などを変遷の内容として列挙しつつ、一定の社会的・国際的要請の明確化に還元していることから、これらの判決に見られる立法事実変遷論は、今まで課題とされてきた、国際人権の司法的判断での取り込みを可

59) 毛利透「国民意識の変化と憲法解釈」法律時報91巻5号38頁(2019年)。

60) 坂田隆介「最高裁と『司法的ステイツマンシップ』論」立命館法学366号441頁(2016年)。

61) 横大道聡「憲法学と『世論』」法律時報90巻9号128頁(2018年)、129頁。これは、「世論」ではなく公論にもとづく「輿論」に近いかもしれない。佐藤卓己『輿論と世論』(新潮社2008年)。

能にしていることは指摘できる。つまり、社会的状況の変化に加えて、より明確な諸外国の法制や国際的要請を参照することにより、国際的な規範の潮流である「家族の中での個人の尊重」や、再婚を含む「婚姻の自由」といった、より明確な規範的要請を導くことを可能にしている。

このように、最近の違憲判断で採用されている「立法事実変遷論」は、法の外的要請を、社会状況や社会意識の読み取りや国際的な規範的要請を通じて、憲法的価値として憲法に内在する原理へと転換し、それを正当化根拠として判断を導くものであり、法システムの安定性を維持しつつ、社会への応答をはかる法理として評価することができる。

日本の裁判所では、従来から原理による正当化よりも、社会的支持による正当化に重点を置いており、近時の立法事実変遷論は、かねてから指摘されてきた社会的コンセンサス志向を、違憲判断の際の正当化根拠のための法理として発展させたものでもある。

しかし、最高裁長官のことばや、ここで見た判決でも明確に述べられているように、「社会の変化」は、「国民の価値観の多様化」「家庭生活や親子関係の多様化」という、多様化の方向での変化である。多様化から、特定の事柄についての社会的コンセンサスを読み取るということは、原理的な困難をかかえる。

立法事実変遷論は、この社会変化の著しい現代において、違憲判断を含む裁判を通じた法形成を促しうる法理として評価しうるが、多様化への対応を、従来からの社会的コンセンサス志向を基盤にした正当化論に依拠し、社会的要請の読み取りや国際人権の潮流への考慮を時の最高裁判事の叡智に委ねているという点では、不安定さを否認ない⁶²⁾。社会からの多様な要請に対して開放性・柔軟性を有し、そうした要請に適切に応答しうるための条件について、改めて検討することが必要であろう。

62) 山元一「トランスナショナルとドメスティックの間で揺れる最高裁」法律時報88巻3号1頁（2016年）は、夫婦同性制度合憲判決が、国際的な潮流に目を向けていないことを批判する。

3. 家族にかかわる規範的評価であることの意味と問題

なお、ここまでは、立法事実変遷論を、違憲審査や裁判による法形成全般に妥当しうる一般的な法理として概観したが、ここで取り上げた事案は、非嫡出子の扱いに関わる問題や、国際結婚、待婚期間など、すべて家族に関わる事件である。

よって、家族をめぐる規範形成や憲法判断として、他の事件類型とは異なる特徴と課題を有している可能性もある。立法事実変遷論の射程が及びうる事件類型について検討する必要がある⁶³⁾。

婚姻の自由や家族形成は、憲法上の権利でもあるが、基本的には民法においてその制度概要が定められている。また、家族は社会的な共同体として、社会規範や私的自治が通用する範囲が広い。それゆえに、立法事実変遷論が指摘するような、家族をめぐる社会状況や社会意識等に適合した規律への要請が他の領域よりも強いと思われる。その意味では、この立法事実変遷論は、家族に関わる法的問題を扱うのに特に適合性があると言える。

2015年の夫婦同氏制最高裁判決⁶⁴⁾では、あえて「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」⁶⁵⁾と規定しているが、従来より、家族は前国家的な社会共同体で、国家による規律が及ばない私的領域として位置づけられてきた。よって、裁判所が家族のあり方について一定の規範を言明する際には、家族についての規範形成を行う制度的主体として適任なのは立法か司法かという問いでは不十分であり、社会や当事者に委ねるという選択肢のもつ意味も大きい。家族問題に法がどのように介入すべきか、という論点

63) 司法制度改革以降、憲法訴訟以外でも、生殖補助医療を用いた子の親子関係等、親子関係の規律に関わる注目すべき最高裁判決が多く出されており、最高裁による婚姻や親子関係の規律の動向のなかに、これらの判決を位置づけて理解する必要もあろう。この点、筆者による検討として、渡辺前掲注52)。

64) 最大平成27年12月16日判決 民集69巻8号2586頁。

65) この表現は、世界人権宣言や国際人権規約自由権規約に含まれる表現であるが、自民党改憲草案でも用いられている。あえてこの表現をここで採用した意図は不明だが、法律婚という国家による家族の枠組みの設定という文脈で、家族という共同体の自然性を強調することには違和感がある。

にもかかわる⁶⁶⁾。これが、司法の「立ち位置」の分析に一定の影響を与えていることは想定されよう。もっとも、家内領域、親密圏における事項を当事者の合意や、共同体の自治に任せることによる人権侵害の危険性はDVをはじめ近年のフェミニズムが繰り返し指摘してきた問題である。しかし、立法事実変遷論の検討において、そうした議論を踏まえた検討がなされたようには読み取れない。

家族については、社会からの要請への応答が強く求められる一方、その要請や家族についての規範を読み取る場合には、誰もが家族やあるべき家族についての考え方を持っていることもあり、その評価を行う裁判官の家族観がダイレクトに反映しやすい。「社会通念」への依拠が、現状維持的で保守的な判断に傾斜しやすいと批判されることも多いが、ことに家族については、様々な社会調査でも、国民の意識の変化が著しく、世代の差が大きいことが指摘されている⁶⁷⁾。家族にかかわる判断を、世代も出自も偏った男性中心の最高裁判事たちの賢明な判断に任せることで、本当に社会の変化への応答が期待できるのだろうか。

66) 実際に、1995年の非嫡出子相続分合憲決定や2015年の夫婦同姓制度合憲判決は、基本的に、相続も姓の決定も当事者の合意を優先する仕組みであることを根拠に合憲判断を導いている。

67) たとえば、「少子高齢化」「人口減少社会」の進行は客観的に否定しようがないし、2000年から2015年の間だけでも、一人世帯が増え、核家族の中でも夫婦のみや母子家庭が増え、両親と未成熟子という典型的核家族の数はかなり減っている。出生率は下がり、離婚率は高止まっている。総務省統計局 <https://www.stat.go.jp/data/nihon/02.html> (2020年1月30日閲覧)。また、NHKが1973年から5年おきに継続的に行っている意識調査によれば、特に家族・男女関係に関して意識が大きく変わったとされる。結婚するのが当然という人が減り、子どもを必ずしももたなくてよいという人が増え、過半数となっているが、例えばそうした家族の個人化に賛成する人は、若年層では5割近いが高年層では1割程度となっている。NHK放送文化研究所『現代日本人の意識構造（第8版）』NHKブックス（2015年）。

Ⅳ 社会的要請の読み取りという課題への対応

以上のように、立法事実の変遷は、立法事実の一部であるものの、より抽象的な社会変動や人々の規範意識の変化を最高裁判事が読み込んで構成するものである。社会の変化の方向性から将来に向けた規範的な「社会通念」、あるいは「家族における個の尊重」や「再婚の制約をできるだけ少なくする」といった具体的な規範的要請を抽出し、違憲判断の根拠としており、司法の応答性を確保し支える法理として機能している。その射程は、事件類型としては家族にかかわる平等権をめぐる規律において展開しているが、他の事件類型や、裁判を通じた法形成全般に及ぶ可能性もある。

社会的事実の他、諸外国の動向や国際人権等も規範的環境として参照されるため、グローバルスタンダードや国際人権規約等への考慮を規範的要請として読みこみ、それに対する応答を可能としている。日本の社会状況や国民の規範意識などよりも、具体的な規範的要請として読み込みやすいため、人権保障を後押しする論理としても機能しうる。よって、立法事実変遷論や立法事実論等の展開は、社会的事実を根拠に規範的判断を行うことになるため規制利益の擁護につながり、少数者の人権を擁護するという役割にとってマイナスに働くとは必ずしも言えない。むしろ、人権保障に資するべく、そのために必要な手続的規律等の検討を深めるべきだろう。

もっとも、社会変化や社会からの要請は、生の社会的事実ではなく、規範的事実として、最高裁判事による読み取りに委ねられるため、その妥当性をいかに担保しうるのかは大きな問題である。そこで、最後に、司法が社会的要請を適切に読み取るために、検討すべき課題をいくつか指摘しておきたい。

1. 応答的司法を担う裁判官

第1には、やはり応答的司法を担う裁判官を任用し、育成するしくみを備えている必要がある。司法制度改革期には、応答的司法を担う裁判官制度や法曹養成制度を求める声となって改革論議が繰り返された。

しかし、司法制度改革による裁判官改革は、下級審裁判所裁判官指名諮問委員会の設置や人事評価の透明化、また判事補の他職経験などにとどまっており、最高裁判事については何らの改革もなされていない。裁判官の給源の多元化も唱えられたが、多様なバックグラウンドをもつ人材を法曹とするはずだった法科大学院制度は、想定したような人材を受け入れて司法試験合格を導く制度として十分に定着しないまま、既習コースが一般化した。法学部3年法科大学院2年の一貫教育をとる法曹コースの導入も進められ、大学入学当初から法律学の学習に専念して早期の司法試験合格を目指し、それを達成できる者が優秀な法曹との考え方に移行してきている。

法曹に参入する時点で、「多様で豊かな知識、経験」を備えていることを期待できなくなっている以上、入職後に、多様で豊かな知識経験を備えられるよう、すでに導入された他職経験の充実のほか、裁判官研修の拡充も必要である。

司法制度改革のころより、専門訴訟への対応も求められるようになり、訴訟の専門化が進み、特定の専門領域についての知識の涵養や、専門分化による対応は進んでいるように思われる。しかし、本稿で取り上げたような、一般的な社会状況や社会意識といったものを読み取る能力の涵養については、一般的な教養もさることながら、少なくとも次項に挙げるような基礎的な認識をもつための研修は必要なのではないかと考える⁶⁸⁾。

司法制度改革期以降、2000年代には違憲審査の積極化が指摘されたが、

68) たとえば、ジェンダー課題に関する研修は不足している。渡辺千原「日本の法曹継続教育におけるジェンダー」南野佳代編著『法曹継続教育の国際比較——ジェンダーから問う司法——』（日本加除出版2012年）235頁。

その頃の最高裁判事は全て定年退官を迎え、現在は、全判事が第二次安倍政権下に任命された最高裁判事となっている。この間、原発再稼働や安保法制など、社会を二分するイシューをめぐる国家政策が進められており、最高裁人事にもそうした政権の意向が反映されている。よって、「司法の立ち位置」論は、現在は、立法府や行政府との均衡関係の中で司法の役割を縮小、後退させる方向に作用しているように思われる。裁判官のあり方としては、石田和外長官時代の「公正らしさ」が再び前面に出る恐れもある。

しかし、司法の正統性は、あくまで国民からの信頼による、という点には変わりはない。社会的要請に対する応答性という役割への期待はなお強い。よって、応答的司法を実現するための裁判官制度、裁判官養成をいかに行うかを改めて検討し、新たな改革論を活性化していく必要もある。

2. 社会の読み込みのあり方

Ⅲで見たように、最高裁が採用する立法事実変遷論は、一般的な立法事実論が対象として念頭に置いていたような事実とは異なり、社会状況や社会通念の変化といった背景的な社会的事実の変化に焦点を当て、そこから社会的要請を読み取るための法理としての機能を果たしている。また、そうして導出された事実や規範意識等は、実際の社会状況や社会意識そのものではなく、規範性を有するものであり、それゆえに、データ等による実証を必ずしも必要としないと考えられている。

確かに、変遷論と立法事実論では、対象となる「事実」のレベルは異なる。しかし、それが、実質的な根拠付けを必要としないことの正当化となるだろうか。この点については、筆者は、すでに立法事実論を展開する際には、その実質的根拠付けについても、利用可能なデータや知見等を探索、可能な限り科学的根拠付けを志向し、その検証過程については根拠となるデータ等を明示する必要があると論じたことがある⁶⁹⁾。

69) 渡辺前掲注46)。

それにより、裁判官による恣意的な想定による判断に一定程度統制をはかり、根拠付けの論証過程を明らかにすることで、後の検証に開くことが出来る。漸進的な法発展を支えることになるだろう。この点について、秋葉は、現在の最高裁が用いる資料は、公式な資料に限定されていることを指摘し、より豊富な社会科学の利用を推奨している⁷⁰⁾。

その先進国といえるアメリカでも、訴訟における社会科学の利用に対しては懸念の声も強い。社会科学の科学性への疑問もある。社会事象についてのデータの収集や評価の困難から、その調査には方法論上、あるいはデータ上、問題がある場合も少なくない。研究倫理上の問題から、実験的な研究の実施には限界がある。よって、必要な調査が存在しない場合や、あったとしても、方法論を含めその信頼性には留保が必要な場合も少なくない。アメリカでは、法の経験科学的研究が盛んであるが、その後はこうした批判を避けて、中立的客観的な研究が目指される一方で、リベラルな法変動のためにこうした知の援用がもくろまれていて、政治性と客観性のディレンマに陥ってきたとも言われる⁷¹⁾。

こうしたアメリカでの状況や議論から学ぶところは大きいですが、そのような問題があるからといって、憲法判断の根拠となる、社会状況や社会意識の変化の読み取りを、特別の裏付けなしに行うことで足りるとは言えない。

もっとも、最高裁判事が何の根拠もなく社会状況や社会意識の変化を読み取ったわけでもなかろう。たとえば非嫡出子相続分違憲決定では、社会状況や社会意識の評価に際して参照した出典等の記載はないが、嫡出子の出生数や晩婚化、離婚率の増加など、おそらく官公庁による公式な人口動向調査を参照したと思われる説明があり、内閣府等が行った世論調査等も参照された可能性はある。

非嫡出子相続分違憲判決に加わった千葉判事は、大法院決定当時の世論

70) 秋葉丈志「政策形成訴訟における分析と根拠——社会科学の利活用を中心に——」市川他編『現代日本の司法』（日本評論社2020年）。

71) Moran 前掲注 47)。

調査をもとに、非嫡出子の相続分を嫡出子と同じにすべきという意見の人の割合は4分の1程度にとどまっていたが、同じ世論調査で嫡出でない子の法律上の取り扱いという一般的なテーマでは非嫡出子への不利益な取り扱いをしてはならないという回答が多かったことを根拠に、法律婚を尊重する意識はなお浸透しているが、「嫡出でない子の、『個人としての尊厳』に着目し、不利益な取り扱いをしてはならないとする意識が圧倒的多数となっていると見るべきであって、国民全体として個人の尊厳を重んじ、出生による区別に反対する意識が他を凌駕している状況を示しているのである」⁷²⁾という国民意識のとらえ方を示している。ここでは、国民意識の認識、評価について、内閣府の世論調査結果⁷³⁾を資料として利用しつつ、その評価においては、かなり裁判官の規範的立場にたった解釈が入っていることが読み取れる。

その読み方そのものの当否はともかく、最近は統計的データに基づく知見が、一般常識と考えられてきた認識とはギャップがあることの指摘も多く、利用可能な統計的なデータを利用することは必須となっている。その際、世論調査を含めた、統計的データが依拠する方法論やその信頼性についての評価、またデータから何を読み取ることが出来るのかについての一定の基礎知識やスキルを備えていることは最低限求められる。

また、特に少数者の差別を含みうるような課題については、判断者のバイアスが影響するという点への認識をもつ必要がある。裁判は、具体的な事件をもとに、基本的には当事者が提出した証拠による情報をもとに判断を行う仕組みである以上、不十分な情報に基づく、ショートカットでの判断にならざるをえない。

Tversky & Kahneman⁷⁴⁾が、1970年代に、人は、限られた情報と認知能

72) 千葉前掲注34), 251頁。

73) 内閣府「家族の法制に関する世論調査」。平成24年12月調査。https://survey.gov-online.go.jp/h24/h24-kazoku/index.html (2020年1月30日閲覧)。

74) Daniel Kahneman & Amos Tversky, "Subjective Probability: A Judgment of Representativeness", 3Cognitive Psychology 430. (1972) など。カーネマンによる著書

力で判断をせざるを得ないため、認知的資源を節約するために、簡便で直観的な判断による、ヒューリスティックによる判断を行っていることを指摘した。ヒューリスティックな判断は、不完全な情報のもとである程度妥当な結論を導くものではあるが、顕著な事柄や、たまたま利用可能な情報の影響を受けることになり、判断の誤りも生じうる。Saks & Kidd は、統計的な情報が利用可能な場合には、常識や直観的推論によらずにより丁寧な評価をする必要があると指摘している⁷⁵⁾。ステレオタイプな判断も、ヒューリスティックの一つの現れであり、差別の動機がなくても認知の段階に影響を及ぼすとされる。こうした人間の認知のゆがみがあることについては、自信の強い最高裁判事も含め、裁判官が知っておくべき事柄の一つであろう⁷⁶⁾。

もっとも、結局のところ、事実評価にせよ、バイアスの知覚にせよ、裁判官の賢明な判断に委ねることには限界がある。社会科学的証拠の活用も、裁判が多様な知に開かれ、またそうした議論を活性化するフォーラムとして機能するための一手段に過ぎない。

往年の政策形成訴訟の研究から導かれた、裁判の「交渉促進機能」「フォーラム形成機能」「社会問題開示機能」の重要性を改めて認識する必要がある。社会からの要請に応答した法形成をその役割の一部とする裁判において、多様な意見と、その根拠付けに基づく対論を活性化させる手続や手続運営、また当事者の参加の促進が求められる。

裁判は、あるべき「社会」の構想と構築に関わっていることを前提に、

↘の邦訳として、ダニエル・カーネマン 村井章子訳『ファスト&スロー 上下』（早川書房〔原文2011年〕2014年）。

75) Michael J. Saks & Robert F. Kidd, "Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics", 15 Law & Society Rev. 123 (1980).

76) 様々な専門的証拠の活用は、こうした認知のゆがみに気づき、是正するためにも必要である。たとえば、セクシュアルハラスメント訴訟におけるフェミニズムカウンセリングの知見の活用について、渡辺千原「非専門訴訟における専門的知見の利用と評価」渡辺千原『訴訟と専門知』（日本評論社2018年）第7章。

違憲訴訟や最高裁もふくめた裁判というフォーラムのありかたを改めて研究していく必要がある。

結 語

法社会学研究としては、規範的要素をもつ「社会的要請の読み取り」を裁判官に対し要望するだけでは足りないだろう。たとえば、立法事実変遷論が変化したという「規範意識」は、法社会学が長く研究対象としてきた「法意識」にも通ずるものであり、これまでの研究や議論の蓄積が、何ら「応答的司法」の実現に活かされないで良いのか、という点は自省する必要がある。

また、法社会学では、伝統的に、社会の中にある法や規範の抽出に重点を置いてきたが⁷⁷⁾、法の中に援用される社会についての研究は不足している。本稿がその萌芽的研究として、分野は異なるものの平野仁彦先生の法理論研究等から受けた学恩に多少なりとも報いることが出来ればと考えたが、甚だ不十分な考察しかできなかった。しかし、今後も引き続き教えを賜りつつ、研究を進めていくことを誓うことで、本稿の結びとしたい。

77) たとえば広い意味の「生ける法」研究は、本稿でみた社会的要請の一部を示唆するものとも言える。