

生ける憲法と憲法訴訟

——合憲性審査としての立法事実——

大 林 啓 吾

- I 序
 - II 生ける憲法の観念
 - III 憲法訴訟における生ける憲法
 - IV 立法事実と社会変化
 - IV 生ける憲法の不在？
- 後序

「生か、死か、それが疑問だ」(シェイクスピア(福田恆存訳)『ハムレット』八二頁(新潮文庫、一九六七年))

序

憲法は生きているのか、死んでいるのか、はたまた生ける屍なのか。⁽¹⁾ 今、アメリカではこの問いをめぐる議論

が盛んである。⁽²⁾ とりわけ、憲法典を崇敬する原意主義 (originalism) と現況に合った対応を試みる生ける憲法 (living constitution) との対立があり、これに保守とリベラルのイデオロギー的対立が入り混じる形で論争が起きている。

もとより論者によってアプローチは異なるが、その典型的対立構造としては原意主義者が憲法典を軸とした憲法実践——制憲者による拘束を前提——を提唱するのに対し、生ける憲法はコモンローによる憲法の発展——司法による憲法形成——を提示する。さらには近時、生ける原意主義が両者の調和をはかろうとしており、それが一層議論を誘発する結果となっている。

かかる状況は特殊アメリカ的であり、他の国ではここまで論争が盛んになっているとはいえない。⁽³⁾ その原因はいくつか考えられるが、原意主義が盛んな理由としてはアメリカの歴史が建国期から憲法とともにあったことや判決においても頻繁に歴史や原意が登場してきたことが挙げられる。他方で、生ける憲法が提唱されている理由としてはプラグマティックな思考がアメリカにおいて受け入れられやすかったことやすでに原意主義が存在していたためその好敵手として登場する素地があったことが挙げられよう。

つまり、アメリカの裁判実務や憲法理論においては、憲法制定時に思いを馳せながら憲法を語るというノスタルジックなアプローチが採用されてきたと同時に、それとは異なるプラグマティックなアプローチもまた顔を覗かせており、このようなアンビバレントな状況が原意主義と生ける憲法のいずれによっても正当化される余地を残しているのである。

とはいえ、この議論はアメリカに限らず立憲主義諸国に共通する課題である。静態的憲法か動態的憲法かをめぐる憲法変遷の問題、憲法典に拘束されるか否かをめぐる憲法解釈の問題、合憲性の判断において社会変化をどのように用いるべきかをめぐる憲法訴訟の問題など、これらは憲法学の永遠のテーマの一つといってもいいだろう。

う。

実際、日本でもこうした議論が取り上げられたことがあり、日本国憲法の解釈への応用が試みられたこともあ
⁽⁴⁾る。興味深いのは、日本の基本書レベルでは従来から生ける憲法が推されてきたという事実である。⁽⁵⁾基本書にお
 いて、原意主義が姿を現すことはほとんどないが、生ける憲法についてはその姿を垣間見ることができるのであ
 る。ただし、そこで登場する生ける憲法は憲法現実や憲法変遷の場面が多く、憲法解釈や憲法訴訟などの裁判実
 務まで架橋されてはいない。

そうした中、かつて憲法訴訟の文脈で生ける憲法の主題化を試みたのが芦部信喜であった。芦部は、『憲法訴
 訟の理論』⁽⁶⁾の中で、「司法審査と『生きた憲法』の観念」という項目を設け、その素材として立法事実論を検討
 したのである。⁽⁶⁾この立法事実論の研究は憲法訴訟の実務に影響を与えたものとして知られる論文であるが、当時
 は一部の判決を除き立法事実に踏み込んだ判決はそれほど多くなかった。⁽⁷⁾

しかしながら、近時、最高裁が社会状況の変化を理由に憲法適合性を判断する傾向にあることを踏まえると、
 あらためて立法事実論に光を当てる必要が生じている。⁽⁸⁾とりわけ、判例の中には立法事実の変化が違憲判断の中
 で大きなウェイトを占めているようにみえることから、その判断手法自体多くの学問的関心を集めている。⁽⁹⁾

このことは生ける憲法にも関係するものである。生ける憲法の観点からすると、憲法の意味変化には触れずに
 社会状況の変化を理由に憲法判断を行うことをどのように考えればいだろうか。本稿では、生ける憲法がどの
 ように憲法訴訟に影響するのかという問題意識の下、立法事実との関係について検討する。

I 生ける憲法の観念

まずは生ける憲法の内容を確認しておく。自然法的影響を受けながら高次法として位置づけられた合衆国憲法は普遍的（と考えられる）価値を実体化した国の最高法規である。そのため、憲法起草者は憲法を不変のものとして想定し、⁽¹⁰⁾修正要件も厳格化した。ゆえに憲法が時代状況に合わせて変化するという発想はなく、生ける憲法の観念はむしろ本来的な憲法の趣旨とはかけ離れたものであった。しかし、一九世紀に南北戦争を経て産業革命を迎えると、アメリカの社会状況は大きく変化し、この頃から生ける憲法の発想がささやかれ始めた。

1 生ける憲法とは何か

ドッドソン (Scott Dodson)⁽¹¹⁾によれば、生ける憲法は一九世紀末～二〇世紀初頭から比喩的に用いられ始めたという。その理論的素地は、一九世紀末のセイヤー (James B. Thayer)⁽¹²⁾論文にその片鱗をうかがうことができる。セイヤーは、司法審査の成り立ちに関する論文において、明文規定のない司法審査が認められるに至った経緯や背景を分析しており、それが憲法を有機的なものと捉えていたとみなすのである。⁽¹³⁾

二〇世紀に入ると、大統領や裁判官がこうした発想を提示するようになった。⁽¹⁴⁾ウィルソン (Woodrow Wilson) (後の大統領) はプリンストン大学学長時代に、「政府はただの機械ではなく有機体である」と説いた。⁽¹⁵⁾ウィルソンによれば、政府は様々な人の集合体なのであって、発展する継続的組織として捉える必要があり、「生ける政治的憲法は構造上も実際上もダーウィンのものである」⁽¹⁶⁾というのである。

また、裁判官では、ホームズ (Oliver Wendell Holmes Jr.) 裁判官が憲法を有機体として捉え、ブランドイス (Louis D. Brandeis) 裁判官も「何かしらの害悪に対応するために法律や憲法が制定されるわけであるが、しかし、

その一般的文言の対象は当時存在した害悪に必ずしも限定されるわけではない。時代は変化し、新しい条件や目的を持ち込む。したがって、生き生きとした原理こそが制定する契機となった害悪以外にも法を広く適用することを可能にするのである⁽¹⁷⁾と述べている。

このように憲法を有機体あるいは生き物として捉える発想は、必ずしもそのいわんとするところが同じわけではなかったものの、憲法は条文だけを指すのではなくむしろその実践に意味があると考える点でおおよそ一致しているといえる。

その後、こうした発想に言及されることが多くなったが、生ける憲法は憲法訴訟においてどのように活用されるのか、換言すれば具体的にどのような判断をすれば生ける憲法となるのか、また生ける憲法はいかなる憲法理論として構築されるのかなど、重要な課題が残っていた。そして、二〇世紀後半から二一世紀にかけて原意主義と生ける憲法の対立が激しくなると、生ける憲法は理論武装をはかる必要が出てきた。

その結果、生ける憲法を構成する二つの要素が明らかになった。一つは、生ける憲法が要請する内容である。裁判において、社会状況の変化を考慮すれば生ける憲法の実践になるのだろうか。それとも、それだけでは生ける憲法とはいえず、他に何か必要なのだろうか。この点につき、ホーウィッツ (Morton J. Horwitz) は、「憲法はアメリカ社会の最も中心的価値を媒介しているがゆえに持続的に存在するものであるが、しかし、その価値は社会の変化に応じて不可避免的に発展するものである⁽¹⁸⁾」とした上で、社会状況の変化に応じて憲法の意味を変えるアプローチが生ける憲法であるとしている⁽¹⁹⁾。

ここで重要なのは、社会状況の変化に応じて判断するだけでなく、それが憲法の意味を変えること、すなわち社会状況の変化を踏まえた憲法解釈を行うこと⁽²⁰⁾として点である。つまり、原意主義と異なる憲法解釈を行ってこそ、原意主義と対抗しうるのであって、そのためには単に社会状況を踏まえた判断をするだけでは足り

ない。社会状況の変化を踏まえた憲法解釈を提示することによってこそ、憲法論としての生ける憲法が立ち現れるのである。

もう一つは、司法中心の憲法実践である。二〇〇七年に二元的民主政論で知られるアッカーマン (Bruce Ackerman) が『生ける憲法』(The Living Constitution) と題した論文を出し、さらに二〇一〇年にはストラウス (David A. Strauss) が『生ける憲法』の題名で本を刊行した。とりわけ、本稿の関心からすれば、ストラウスが司法中心の生ける憲法論を展開したことが注目される。ストラウスによれば、「生ける憲法とは『正式な修正なくして、進化し、通時的に変化し、新しい状況に適合する憲法のことをいう』⁽²³⁾。ストラウスの生ける憲法は『コンロの発想に基づいており、判例の積み重ねによって憲法が形成されてきたと考える。司法がその時々々の社会状況に応じて憲法判断を行ってきたことが憲法だと説くのである。司法こそが憲法実践の担い手であるため、司法がどのように憲法解釈を行うかが重要になるが、ストラウスはそこで重要になるのは裁判所の先例であり、憲法制定者の意思はもちろん憲法典すらさして意味を持たないとする。憲法典にそれほど大きな意義を見出さないという点においてラディカルであるものの、連邦高裁の裁判官であるポズナー (Richard Posner) もそれに賛意を示している」とされる⁽²⁴⁾。

ストラウスの生ける憲法は、憲法典よりも司法の憲法判断を重視しかつ憲法修正手続を経ることなく司法が憲法の内容を変えられることができる点で憲法変遷の文脈でこの問題を語っているといえるが、それと同時に社会状況に応じて司法が憲法の内容を形成していくという点で憲法解釈や憲法訴訟にも接続をはかれる可能性がある。

ただし、かかる憲法構想がどこまで実際の憲法裁判において実践されているかについては検討の余地がある。というのも、連邦最高裁の裁判官の中でも意見が割れているからである。連邦最高裁では、一般にケネディ

(Anthony M. Kennedy) 裁判官が生ける憲法の発想に近いとされ、ブライヤー (Stephen G. Breyer) 裁判官のブラグマティックアプローチもそれに近いとされるが、二〇一六年に亡くなったスカリア (Antonin Scalia) 裁判官のように原意主義を採用する裁判官やトーマス (Clarence Thomas) 裁判官のように歴史に固執するアプローチをとる裁判官と生ける憲法は相性が良くな⁽²⁵⁾。実際、二〇〇三年の Lawrence v. Texas 連邦最高裁判決⁽²⁶⁾や二〇〇五年の Roper v. Simmons 連邦最高裁判決⁽²⁷⁾のように、これまでも連邦最高裁が生ける憲法に近いアプローチを採用したケースもあるが、二〇〇八年の District of Columbia v. Heller 連邦最高裁判決⁽²⁸⁾のように原意主義を採用したケースもある。また、他の裁判官も生ける憲法に親和的な動きをすることもあれば、そうではないこともあり、生ける憲法を積極的に推進しているとはいえない。生ける憲法の是非をめぐる最近の事例としては、二〇一五年の Obergefell v. Hodges 連邦最高裁判決⁽²⁹⁾が挙げられる。ケネディ裁判官の法廷意見は歴史的展開に触れながらも、そこで核となっていたのは判例の展開であり、さらに近時の同性婚承認状況に言及して同性婚禁止州法を違憲とした。これに対し、ロバーツ (John G. Roberts Jr.) 長官の反対意見は、「法廷意見は社会変化の実践を司法の役割にしてしまっている⁽³¹⁾」と批判し、人民の代表でもない司法がそのような役割を果たすことは制憲者意図に反するとして真っ向から対立している。

もっとも、現在の連邦最高裁において保守派とリベラル派が拮抗している状況を踏まえると、Obergefell 判決のようにケネディ裁判官がキャスティングボートを握っていることが多く、その意味では生ける憲法が実践されやすい状況にあるともいえる。

2 日本における生ける憲法の観念

一方、日本における生ける憲法は憲法の実践状況を語る文脈で登場することが多い。たとえば、憲法は改正要

件が厳格になっていくことから、容易にその内容を変えることができない法とみなされている。そこで、かかる硬性憲法の特徴が社会変化等の外在的影響に対しても及ぶべきかどうか、という問いが提起されることになる。すなわち、憲法は簡単にその内容が変えられないことが予定されているのだから社会変化によってその意味が変わることもない、という命題が顕現するのである。

ただし、従来の議論は憲法が社会状況に合わせて実践されるというレベル（憲法変遷）とに分かれて展開してきた。に明らかに反する行為が法的効果を持つかというレベル（憲法変遷）とに分かれて展開してきた。

前者のレベルでは、まず社会変化の影響以前の問題として、そもそも憲法が実際に適用されているかという段階がある。野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利の四人本は、レーベンシュタイン (Karl Loewenstein) を引き合いに出しながら憲法の実践状況の観点から生ける憲法に触れている。それによれば、「書かれた憲法が、治者・被治者の双方により遵守された『生ける憲法』(living constitution) となるためには、それに適した社会経済的・風土的諸条件が必要であるが、規範的憲法とは、かかる条件が存在し、成典憲法が現実に適用されている場合である⁽³³⁾」とし、「これに対し、成典憲法が、法的には効力を有するにもかかわらず、政治的教育・訓練とか、独立的中産階級が存在とかといった諸条件を欠くために、現実の政治の中で『生ける憲法』となっていない場合が、名目的憲法である⁽³⁴⁾」という。ここでは「生ける憲法」が、憲法が実際に適用されていることを指す意味で用いられている。

憲法の実際の適用を前提とした上で、次に問題となるのは社会変化の影響を受けるかどうかである。この問題について、芦部は「生ける法」という言葉を用いながら、「憲法も変転する社会の動態の下で『生ける法』であるから、憲法規範の本来の意味に変化が起り、その趣旨・目的を拡充させるような憲法現実が存在すること、これは当然の現象で、とくに問題とする必要はない⁽³⁵⁾」とする。つまり、憲法が生ける法であることを理由に、社

会変化に応じて憲法の趣旨や目的が広がっている現実を肯定していることから、生ける憲法の発想を受け入れているといえよう。

また、佐藤幸治も「政治社会はそれ自体生物であつて生物と同様不断の変化を免れず、憲法も一種の生きた有機的組織体ともいふべき性質をもつことは避けられない」⁽³⁶⁾と述べている。「生ける憲法」という言葉自体は使っていないものの、生物同様に憲法も変化する性質を有していることからすれば、その趣旨は生ける憲法の発想に近い。また、「有機的組織体」という言葉は、かつてホームズ裁判官が生ける憲法を語った内容にも通じるところがある。ホームズ裁判官は一九一四年の *Compers v. United States* 連邦最高裁判決の法廷意見において、「憲法規定は数学の公式のように形を本質とするものではない。憲法規定はイギリスから移植された有機的で生きている組織である。その本質は生き生きとしたものであつて形ばかりのものではない」⁽³⁸⁾と述べていたからである。

一方、こうしたレベルの問題とは別に、憲法条文の意味内容に明らかに反する行為が法的効果を持つかという憲法変遷の問題がある。芦部は、「問題は、規範に真正面から反するような現実が生起し、それが、一定の段階に達したとき、規範を改正したのと同じような法的効果を生ずると解することができるかどうか、そういう意味の『憲法変遷』が認められるか、ということである」⁽³⁹⁾（傍点原著）と述べている。⁽⁴⁰⁾そして芦部は、憲法規範の本来的意味に変化が起り、その趣旨・目的を拡充させるような憲法現実が存在することは当然のことであり、「これは、むしろ、憲法の変遷として説明すべき場合に当たらないと言ふこともできる」⁽⁴¹⁾とする。

こうしてみると、日本の憲法学においては、社会変化の影響を受けた憲法の実践と憲法変遷とに分けられ、前者が生ける憲法の問題であるという認識がある程度共有されているように思える。そして、そこであるところの生ける憲法は総じて肯定的に受け止められているといえる。

II 憲法訴訟における生ける憲法

生ける憲法の議論は、アメリカ・日本ともに生ける憲法の観念が中心となって論じられており、生ける憲法と憲法裁判との関係に関する問題が十分に検討されてこなかった。

この点につき、生ける憲法と憲法解釈や憲法判断との関係について問題意識を持っていたのが、芦部や伊藤正己であった。伊藤は「成文憲法の解釈としては、その解釈の基盤が法文にあるとしても、法文にとらわれ、概念構成と論理のみに重点をおく解釈を行うときは、生きた憲法の運用は望めない」と述べて目的論的解釈が主要な解釈方法であるべきと説いている。この見解は基本書の中で登場しているのでこれ以上の分析は行われていないが、生ける憲法が憲法解釈に対してどのような要請をもたらすかについて言及したものとして重要である。

1 生ける憲法と立法事実

司法は生ける憲法をどのように実践すべきか、という問題意識を持って憲法訴訟の領域に斬り込んだのが芦部であった。芦部は、『憲法訴訟の理論』の「第1部 1 3節」の見出しを「司法審査と『生きた憲法』の観念」とし、立法事実について分析したのである。

同節は次のような言葉で始まっている。「以上のような憲法裁判における最高裁の象徴性と権力性の相関関係は、別の見地からいえば、裁判所の憲法解釈の前提条件として、憲法が時代と社会の変転に応じて変化する『生きた思想の皮袋』だという観念を認めなければならないことを意味する。そこで、この『生きた憲法』(living constitution)の思想からみた司法審査のあるべき姿に考察の眼を転じてみたい」⁽⁴³⁾。

ここでの芦部の問題関心は、憲法が時代とともに変化するものであることを認めた上で、それに関する司法審

査はどうかあるべきかという点にある。芦部は、裁判所の判断には二つの過程、すなわち①当事者それぞれの憲法上の主張に内容を与える段階と②それらの主張を一つに従属させる段階とに分かれるとする。①は権利の主張と権利制限の主張の対立のことであり、②はいずれかの主張を認めることをいう。

芦部は、①の段階において裁判所が留意すべき点として、憲法の発展を重視して現代的・具体的意味の探求を志向するアプローチをとるとすれば、「誰が、何を、どこで、いつ、いかに、どんな動機・意図から、いかなる背景のもとで行なったかという事実（アメリカでいう *adjudicative facts*）はもちろん、法令の違憲性が争われる事件では、第二の段階における分析とも密接に関連してくるが、法令の基礎にあつてそれを支えている——つまり法令の背景をなす社会的・経済的——事実（アメリカでいう *legislative facts*）」⁴⁴が重要な意味を持つことになるとし、こうした事実の裏づけがあつてはじめて憲法上の主張に具体的な内容を与えることができるとする。事実問題の分析結果が憲法判断の具体的内容を形成することになるというのである。

このように、生ける憲法の観点から憲法裁判をみると、時代とともに変化する事実が重要な要素となり、その分析や評価が憲法判断の内容に反映されることになるのである。⁴⁵そのため、芦部は司法事実や立法事実の判断に着手し、同書において立法事実の検討を随所で行っている。

もともと、芦部はこれ以上生ける憲法と立法事実論の関係について何も言及しておらず、両者の関係は憲法の動態性から司法審査論を考えた場合に立法事実が重要になることしか明らかにされていない。とはいえ、立法事実論が立法の合理性を支える事実を検証するものであるとすれば、それは憲法判断に事実の変化を織り込むものであり、生ける憲法の発想を司法判断レベルにおいて実践するものといえることができる。とりわけ、それが司法による憲法価値の実現という企図によるものであるとすれば、アメリカ流の生ける憲法論にも近接することになる。

芦部の立法事実論は司法判断の活性化を意図していたものと指摘されることが多いが、立法事実論自体の理論的内容もそのようにいえるだろうか。この点につき、浅野博宣は、立法事実について法形成を支える事実として捉えたデイビス (Kenneth Culp Davis) と異なり、芦部が立法事実を支える合理性と説明したことの理由を分析することで、芦部の立法事実論の特徴を見出している⁽⁴⁷⁾。立法事実論を提唱したデイビスは、立法事実について、法形成を支える事実として捉えた⁽⁴⁸⁾。その法形成を合理化するために客観的な事実に基づいていることが必要であり、司法過程においてその事実認定を規律することが立法事実論だったのである。浅野によれば、芦部はデイビスの議論を受け止めた上で、立法目的のみならず手段の合理性を基礎づける事実をも立法事実の射程に入れることを伝えるために法律の合理性を支える事実として説明したのではないかと分析している。芦部の立法事実論がそのようなものであったとすれば、その狙いは憲法訴訟を進めることであり、立法事実論は、憲法訴訟論の一環として、立法に対する司法的統制を活性化させるという見地から提唱されたと考えられる。

2 立法事実の変化の許容?

それでは、最高裁は立法事実をどのように受け止めてきたのだろうか。従来から最高裁は立法事実に触れながら憲法判断を行ってきたが、最近では事実の変化こそが合憲性の判断において重要な要素となっているような判決が垣間見えるようになってきている。

かつて最高裁が立法事実について判断してきたのは職業の自由の領域が中心であった。生ける憲法の観点からすると、とりわけ、立法事実が変化した可能性が指摘される公衆浴場距離制限事件判決が注目される。芦部自身、昭和三〇年判決 (公衆浴場判決Ⅰ)⁽⁴⁹⁾、平成元年一月判決 (公衆浴場判決Ⅱ)⁽⁵⁰⁾、平成元年三月判決 (公衆浴場判決Ⅲ)⁽⁵¹⁾ の三つについて、それぞれ消極目的規制、積極目的規制、混在規制への変遷がみられると指摘しており、この事件

は立法事実の変化がみられる卑近な例と位置づけられている。とりわけ、公衆浴場判決Ⅱは公衆浴場判決Ⅰから三〇年以上経過してからの判断であり、その変化を検証する必要がある。

各公衆浴場判決の立法事実の認定部分は必ずしも明確ではなく、どの部分に照射するかによって変わりうるが、立法目的の背景について述べたと考えられる部分は以下の通りである。

公衆浴場判決Ⅰは、「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要な欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由に委せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来たすおそれなきを保し難く、また、その濫立により、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、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましくからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであり、従って、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その偏在乃至濫立を来たすに至ることがときときは、公共の福祉に反するものであつて、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができ旨の規定を設けることは、憲法二二条に違反するものとは認められない。」⁽³³⁾と判示した。

これに対して公衆浴場判決Ⅱは、「公衆浴場法の適正配置規制の規定が追加されたのは昭和二五年法律第一八七号の同法改正法によるのであるが、公衆浴場が住民の日常生活において欠くことのできない公共的施設であり、これに依存している住民の需要に応えるため、その維持、確保を図る必要があることは、立法当時も今日も変わりはない。むしろ、公衆浴場の経営が困難な状況にある今日においては、一層その重要性が増している。そうすると、公衆浴場業者が経営の困難から廃業や転業することを防止し、健全で安定した経営を行えるように種々の立法上の手段をとり、国民の保健福祉を維持することは、まさに公共の福祉に適合するところである。」

あり、右の適正配置規制及び距離制限も、その手段として十分の必要性と合理性を有していると認められる。⁵⁴⁾と判断した。

調査官解説によれば、公衆浴場判決Ⅱは、立法目的が既存業者の保護を超えて公衆浴場の確保自体に変化したという。⁵⁵⁾約三〇年の間に社会状況の変化があり、自家風呂の普及によって公衆浴場が減少していったものの、大都市圏ではなお公衆浴場の需要があるという状況となるにつれて、過当競争の防止というよりも公共施設としての確保の必要性の側面が強くなってきた。実際、昭和五六年には、住民の公衆浴場の利用確保のために公衆浴場確保特別措置法が制定されており、そのことを裏づけている。その結果、公衆浴場判決Ⅱはこのような状況の変化を念頭に判断したというのである。

たしかに、公衆浴場判決Ⅱでは過当競争の防止という側面が姿を消し、経営困難な状況が前面に出ていることからすると、立法目的に一定の変化があったようにもみえる。ただし、公衆浴場の公共性を理由に住民の利用に應じる必要があるという点については、公衆浴場判決Ⅱが述べるように公衆浴場判決Ⅰの頃と変わっていない。このように、立法目的については変化していない部分と変化した部分の両方が存在するように思われる。このような判断になった理由の一つとして考えられるのは、公衆浴場法における目的規定の不在である。公衆浴場法一条には定義に関する事項しか書かれておらず、他の規定にも目的に当たる内容が見当たらない。目的規定が存在しない以上、法律全体の趣旨や立法経過などから立法目的を想定せざるをえず、その結果、目的が抽象化・複合化し、立法事実の変化を受け入れやすい仕組みになっていたと考えられるわけである。

司法が立法事実の変化に言及することは、一見すると、生ける憲法に近いようにみえる。公衆浴場判決Ⅱは、公共施設としての公衆浴場の維持・確保を行う必要があるという点に加えて、経営困難な状況から公衆浴場業者を保護する必要性が生じたという認定を行った。つまり、変化自体は距離制限を認める方向での変化だったわけ

であり、合憲性が危うくなる方向での変化だったわけではない。だが、そうになると、なぜそのような立法事実の変化に言及する必要があったのかという問題が出てくる。

通常考えられるのは、立法事実の変化がなければ合憲性を支えられなくなったかもしれないという点である。しかし、公衆浴場判決Ⅱはオリジナルの立法事実⁽⁵⁶⁾は変化していないと述べている。そのため、そもそも公衆浴場判決Ⅰの憲法判断に批判が多かったこと⁽⁵⁷⁾やその後薬事法距離制限判決⁽⁵⁸⁾が違憲判断を下していることから、合憲性を支えるプラスの要素が必要だった可能性がある。仮にそうした側面があったとしたら、立法事実の変化が合憲判断の補強証拠のように用いられる可能性があり、そうすると司法的統制を強化するという発想とは距離が出てくる。

Ⅲ 立法事実と社会変化

1 立法事実が変化しても合憲

近時、最高裁は立法事実の変化に言及した判断を多用する傾向にあり、変化に伴う結果もいくつかのパターンが出てきた。すなわち、①立法事実が変化しても合憲、②立法事実が変化したから違憲、③立法事実が変化しているかもしれないが合憲、というパターンである。

まず、①については、農地法違反の事件において被告人が農地法による規制が財産権を侵害するのではないかと主張した農地法違反事件判決⁽⁵⁹⁾が挙げられる。最高裁は、「このような規制の目的は、土地の農業上の効率的な利用を図り、営農条件が良好な農地を確保することによって、農業経営の安定を図るとともに、国土の合理的かつ計画的な利用を図るための他の制度と相まって、土地の農業上の利用と他の利用との利用関係を調整し、農地

の環境を保全することにあると認められる。この規制目的は、農地法の立法当初と比較して農地をめぐる社会情勢が変化してきたことを考慮しても、なお正当性を肯認することができる。⁽⁶⁰⁾とし、立法事実が変化したとしても合憲であると判示した。

2 立法事実が変化したから違憲

次に②については、在外邦人選挙権訴訟⁽⁶¹⁾、国籍法違憲訴訟⁽⁶²⁾、非嫡出子相続分規定違憲訴訟⁽⁶³⁾、再婚禁止期間違憲訴訟⁽⁶⁴⁾などが挙げられる。在外邦人選挙権訴訟では、平成一〇年の公選法の改正が在外邦人に比例区の選挙については認められたものの小選挙区の選挙については認めないままだったことについて、「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によれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。」⁽⁶⁵⁾とし、選挙権侵害を認めて違憲判断を下している。

国籍法違憲訴訟は、「国籍法三条一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みることには相応の理由があったものとみられ⁽⁶⁶⁾」るとしながらも、「しかしながら、その後、我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきたっており、今日では、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も変化し多様化してきている。このような社会通念及び社会的状況の変化に加えて、近年、我が国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大することにより、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が増加しているところ、両親の一方のみが日本国民で

ある場合には、同居の有無など家族生活の実態においても、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても、両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり、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。これらのことを考慮すれば、日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって、初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結び付きが認められるものとすることは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということはできない。また、諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、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。さらに、国籍法三条一項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、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。以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の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べきである。⁶⁷⁾とした。

非嫡出子相続分規定違憲訴訟は、民法九〇〇条四号ただし書の非嫡出子に対する相続分規定の合憲性を判断するにあたり、昭和二二年の民法改正以降の状況につき婚姻や家族形態の変化、国民意識の変化、諸外国や国際状況の変化、国内の法制度の変化などに言及した上で、「本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和二二年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれ

に基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、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きたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下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ず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる。」⁽⁶⁸⁾とした。

再婚禁止期間違憲訴訟は、女性に六か月の再婚禁止期間を定める民法七三三条一項の合憲性につき、「その後、医療や科学技術が発達した今日においては、上記のような各観点から、再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難になったといわざるを得ない。加えて、昭和二二年民法改正以降、我が国においては、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、特に平成期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限り少なくするという要請が高まっている事情も認められることができる。また、かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向にあり、ドイツにおいては一九九八年(平成一〇年)施行の『親子法改革法』により、フランスにおいては二〇〇五年(平成一七年)施行の『離婚に関する二〇〇四年五月二六日の法律』により、いずれも再婚禁止期間の制度を廃止するに至っており、世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実である。それぞれの国において婚姻の解消や父子関係の確定等に係る制度が異なるものである以上、その一部である再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は、我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえないが、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つ

となり得るものである。」⁽⁶⁹⁾とし、一〇〇日を超える部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっており、
して憲法一四条および二四條二項に反するとした。

3 立法事実が変化しているかもしれないが合憲

また③については、酒類販売免許制事件判決と遺族補償年金差別事件判決⁽⁷⁰⁾がある。酒類販売免許制事件判決は、
酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的のために免許制を採用したことにつき、当初はその
必要性と合理性があったとした上で、「その後の社会状況の変化と租税法体系の変遷に伴い、酒税の国税全体に
占める割合等が相対的に低下するに至った本件処分当時の時点においてもなお、酒類販売業について免許制度を
存置しておくことの必要性及び合理性については、議論の余地があることは否定できないとしても、前記のよう
な酒税の賦課徴収に関する仕組みがいまだ合理性を失うに至っていないとはいえないと考えられることに加えて、
酒税は、本来、消費者にその負担が転嫁されるべき性質の税目であること、酒類の販売業免許制度によって規制
されるのが、そもそも、致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からもその販売について何
らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である酒類の販売の自由にとどまることをも考慮すると、
当時においてなお酒類販売業免許制度を存置すべきものとした立法府の判断が、前記のような政策的、技術的な
裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理であるとは断定し難い。」⁽⁷²⁾とした。

遺族補償年金差別事件判決では、遺族補償年金を受給できる年齢を夫の場合と妻の場合とで区別していたこと
の合理性につき、一審は専業主婦モデルを念頭に置いていた頃と異なり近時では共働きが増えてきたことから社
会変化を理由に平等違反の判断を下した。⁽⁷³⁾しかし、最高裁は、「地方公務員災害補償法の定める遺族補償年金制
度は、憲法二五條の趣旨を実現するために設けられた社会保障の性格を有する制度といふべきところ、その受給

の要件を定める地方公務員災害補償法三二条一項ただし書の規定は、妻以外の遺族について一定の年齢に達していることを受給の要件としているが、男女間における生産年齢人口に占める労働力人口の割合の違い、平均的な賃金額の格差及び一般的な雇用形態の違い等からうかがえる妻の置かれている社会的状況に鑑み、妻について一定の年齢に達していることを受給の要件としないことは、上告人に対する不支給処分が行われた当時においても合理的な理由を欠くものといふことはできない。」⁽⁷⁴⁾とした。

IV 生ける憲法の不在？

1 生ける憲法と在外邦人選挙権訴訟

以上の判決のうち、立法事実に積極的に踏み込み、その変遷を認めているのは違憲判断を下した②の判決群である。②は、社会変化を主な要因または一つの要因として法律の合憲性または合理性を判断しているのが特徴である。とりわけ、憲法解釈の変更も判例変更もしないまま、法律の合理性の変化によって違憲判断を下している。それでは、この系列の判例は生ける憲法とどのように関係しているのだろうか。

②の判決群のうち、在外邦人選挙権訴訟は、まず選挙権について次のような判示を行った。

「憲法は、前文及び一条において、主権が国民に存することを宣言し、国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動すると定めるとともに、四三条一項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、一五条一項において、公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であると定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を保障している。そして、憲法は、同条三項において、公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する

と定め、さらに、四四条ただし書において、両議院の議員の選挙人の資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならないと定めている。以上によれば、憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。⁽⁷⁵⁾

その上で審査基準について次のように述べた。

「憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならぬべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法一五条一項及び三項、四三条一項並びに四四条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」⁽⁷⁶⁾。

調査官解説によれば、「本判決は、最高裁判所大法廷が、選挙権又はその行使の制限に対する違憲審査基準を明らかにした上で、法令違憲の判断をした極めて重要な判決である⁽⁷⁷⁾」という。そしてその白眉たる厳格審査は定数不均衡訴訟等にみられるような選挙制度の仕組みの具体的決定に関する国会の裁量を前提として合理性を判断するものとは異なっており、それは選挙権の行使それ自体が制限されていることを重くみたのではないかと指摘⁽⁷⁸⁾されている。

したがって、在外邦人選挙権訴訟は、選挙権の憲法上の位置づけを展開しながら厳格審査基準を提示した点において新たな憲法解釈を示したものといえる。そしてこの基準が求めるやむを得ない事由の有無の判断を行う際に、在外選挙の複数回実施や通信手段の発達など社会変化に着目しながら判断した。これは社会変化の検討を許容する形で審査基準を設定したわけであり、選挙権または選挙権の行使に対する制限については不断の検討を迫るものといえる。そのため、一見すると、権利の内容については社会変化が用いられていないものの、審査基準には社会変化を活用しているようにみえる。

しかしながら、そのような審査基準は社会変化によってもたらされたわけではなく、あくまで基準の適用の際に社会変化を許容するにすぎない点に留意しなければならない。つまり、この判決は憲法上の権利の判断においても審査基準の設定においても社会変化によつて憲法解釈が影響を受けたわけではないのである。

そのため、憲法解釈そのものが社会変化の影響を受けていない以上、在外邦人選挙権訴訟は生ける憲法を實踐しているとはいえない。生ける憲法は憲法の意味内容が時代とともに変わることを認めるものであり、時代に対応した憲法解釈が提示されなければ生ける憲法が採用されたとはいえないのである。

ただし、生ける憲法を實踐していかないからといって、生ける憲法のアプローチに否定的であるとは限らない。本判決は社会変化を許容する形で審査基準を設定したことから、それは生ける憲法に親和的であるとはいえる。そして、社会変化を理由に合憲性を判断することは司法が社会状況に照らして憲法を實踐することでもあり、その意味でも司法による憲法実践を主眼とする生ける憲法に親和的であるといえよう。

2 平等判例と生ける憲法

②の判決群は、在外邦人選挙権訴訟を除き、国籍法違憲訴訟、非嫡出子相続分規定違憲訴訟、再婚禁止期間違

憲訴訟などいずれも平等判例である。最高裁は区別の合理性を判断する際に立法事実を詳細に検討し、立法事実の変化が主な理由となつて違憲判断を下している。これらの判例は、合憲性を判断するために事実を審査するという点では共通しているものの、在外邦人選挙権訴訟の判断手法とはいくつかの点で違いがみられる。

第一に、社会変化の射程についてである。在外邦人選挙権訴訟は選挙権の制限を行うやむを得ない事由があるか否かにつき、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ない著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえないとしたが、それは主として物理的に可能かどうかを審査するものである。一方、平等関連の判例は国内の状況のみならず国外の状況をも対象とし、さらに社会経済的变化、法制度的変化、国民意識の変化など、多様な分析視角から社会変化を検討している。社会変化の射程が広いということは、司法がより積極的に社会状況の変化に対応することを示しており、それはまた第二の違いにもつながる。

第二に、第一の射程にも絡むが、立法事実の検討レベルについてである。在外邦人選挙権訴訟は立法事実の変化について複数回の選挙の実施と通信技術の発達を述べるだけであった。これに対し、平等判例は様々な変化について具体的な変化を挙げながら詳細に検討している。たとえば、再婚禁止期間違憲訴訟は、医療や科学技術の発展に触れた上で、社会状況や経済状況の変化を指摘し、さらに外国の状況を挙げながら立法事実の変化を認定した。ここでは、物理的変化のみならず、社会状況や外国の状況にまで踏み込んでいるのである。また、非嫡出子相続分規定違憲訴訟は国民意識の変化という曖昧な要素まで変化の一因として取り上げており、広範囲にわたって立法事実の検証を行っている。

第三に、第二の点は審査基準のレベルに関わってくる。在外邦人選挙権訴訟は厳格審査を適用して社会変化について審査したが、選挙実施と通信手段の変化を挙げるだけで変化を認定しており、その審査の密度はそれほど

高くない。換言すれば、深く立ち入って審査しなくても明確に違憲となっていたということにもなるが、いずれにせよ、この判決では詳細な検討はされていない。一方、平等判例は区別の合理性の判断を行う際に社会変化を検討しているが、そこでの審査基準は在外邦人選挙権訴訟のときほど厳しいものではない。それにもかかわらず、最高裁は詳細な社会変化の検討を行っている。そうすると、立法事実の検証の程度は審査基準に関係なく行われる余地がある。

このように、在外邦人選挙権訴訟と平等判例には一定の相違点がみられるが、社会変化と憲法解釈および審査基準との関係では同じような対応を行っている。平等判例も憲法解釈や審査基準に社会変化を反映させていないからである。そのため、詳細な立法事実の検討を行っているからといって、平等判例も生ける憲法を直接実践しているわけではないといえる。ただし、平等判例が社会変化を重視して合憲性を判断している以上、司法が社会状況に応じて憲法実践を行っているわけであり、その意味で平等判例もまた生ける憲法に親和的である。

3 合憲性審査としての事実

このように、近時の最高裁は立法事実に踏み込んで判断することで、司法的統制を強めているといえる。芦部の立法事実論が司法的統制の強化にあつたとすれば、それに親和的なアプローチが登場し始めたことになる。

しかし、以上に述べた通り、そうした判断は生ける憲法の実践とは異なる。生ける憲法は、社会変化という外在的要因に基づき憲法解釈を行うものである。つまり、社会変化が憲法解釈そのものに影響するのが生ける憲法の実践であり、立法事実のように合憲性判断のための社会変化の審査は生ける憲法を直接実践しているとはいえない。

また、かかる判断は立法府との間で緊張関係をもたらす可能性がある。本来、社会状況の変化に照らして第一

次的に対応するのは立法府の責務であり、司法府が立法事実を詳細に検討して合憲性を判断するのは立法府の権限を侵害することにならないかという問題が生じるからである。もし司法が社会状況の変化を理由に憲法解釈に手を加え、その上で立法事実を検証するのであれば、それは憲法を軸とした判断であり、立法権の侵害の問題は生じにくい。だが、憲法解釈には手を加えずに社会変化を中心に合憲性を判断することは、審査の程度や判断する分野によって立法権との関係で問題が生じることに留意する必要があるだろう。

とはいえ、このような判断が憲法判断としてふさわしくないというわけではない。立法事実論の観点からみれば、このような方法もまた憲法判断の一部といえるからである。フェイグマン (David L. Faigman) ⁽⁷⁹⁾ によれば、立法事実には憲法ルールとしての事実と合憲性審査としての事実の二つがあるという。憲法ルールとしての事実とは、憲法解釈の内容を決めるために事実を活用することをいう。つまり、憲法の意味内容に社会変化が関わることを意味しており、社会変化が憲法解釈に影響を与える場合を指す。一方、合憲性審査としての事実とは合憲性を判断するために事実を審査することをいう。ここでは、社会変化が憲法の意味内容に影響をもたらすわけではなく合憲性審査の場面で法令の合理性を支える事実があるかどうかの判断の際に社会変化の有無が影響する。したがって、立法事実論の観点からすれば、いずれも憲法判断の一種ということになる。

これを日本の判例に当てはめると、日本の最高裁が検証している立法事実は合憲性審査としての事実であり、憲法ルールとしての事実ではない。ただし、その判断が純粹に事実判断かどうかについては検討の余地がある。立法事実の判断自体、当該事実の意味を持たせるために何らかの規範的判断が入り込まざるをえないわけであり、その意味で合憲性審査としての事実の判断においても憲法の規範的考慮が働いている可能性がある。

これを肯定的に解するのであれば、芦部が生ける憲法から立法事実を支える合理性の有無という意味での立法事実論を提示したことにつながってくる。芦部が想定する生ける憲法の概念は必ずしも明らかではないが、生け

る憲法から立法事実論を提示している以上、そこに憲法的判断が織り込まれるべきという要素が含まれているように思われる。だとすれば、憲法ルールとしての事実の判断が不在であったとしても、合憲性審査としての事実を判断する際に憲法の規範的要請を踏まえた判断を求めることになるのではないだろうか。

後序

本稿では、立法事実論を取り上げながら、生ける憲法と憲法訴訟との関係を考察した。生ける憲法は社会状況の変化に応じた憲法解釈や審査基準を肯定するが、合憲性審査としての事実という意味での立法事実の検証とは直接リンクするわけではない。したがって、近時の最高裁が用いる社会変化の法理は生ける憲法の直接の実践とはいえないことになる。ただし、生ける憲法は立法事実と相性が悪いわけではなく、司法による憲法価値の実現という意味ではむしろ親和的である。また、合憲性審査としての事実の判断においても憲法の規範的考慮が働いている可能性があり、それが明らかになれば、生ける憲法の発想に近づくように思われる。

また、司法的統制という観点からみれば、近時の最高裁は合憲性審査としての事実を重視しているのか、かつて芦部が企図した司法的統制の強化は一定程度実現される傾向にあるといえる。ただし、もし生ける憲法の立場から判断するのであれば、最高裁は社会変化を踏まえた憲法解釈を提示するか、合憲性審査の場面において憲法的考慮の内容を明らかにしなければならない。そのため、日本でも司法が生ける憲法のスタンスに立つべきかどうかを検討する必要があると思われる。

仮に生ける憲法を採用しない場合でも、最高裁が採用する合憲性審査としての事実の検証は立法府との緊張を高める側面があり、それを正当化する論拠などについても検討する必要があることに加え、⁽⁸¹⁾最高裁や控訴審の立

法事実の検証は一番の事実認定との関係でどのように考えればよいのかなど、⁽⁸²⁾なお多くの検討課題が残されているといえよう。

- (1) See Michael C. Dorf, *The Undead Constitution*, 125 HARV. L. REV. 2011 (2012) (book review).
- (2) 大林啓吾「司法裁量——原意主義と生ける憲法の接合は可能か？」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』二六七頁（成文堂、二〇一六年）。
- (3) もっとも、少なくともコモンローの国にはこの種の議論を行う共通の基盤がある可能性がある。この点に関連して、愛敬浩二「奥平憲法学とコモン・ロー立憲主義——『生ける憲法』という思想と方法」樋口陽一・中島徹・長谷部恭男編『憲法の尊厳——奥平憲法学の継承と展開』三八二頁（日本評論社、二〇一七年）を参照。
- (4) たとえば、原意主義の観点から日本国憲法一三条との関係を分析したものとして、土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義——幸福追求権解釈への予備的考察をかねて——」『四』法學論叢一三二巻一号一頁、三号一頁、五号一頁、六号一頁（一九九二年）。
- (5) 生ける憲法の概略については、大林啓吾「生ける憲法」大林啓吾・見平典編『憲法用語の源泉をよむ』五六頁（三省堂、二〇一六年）を参照。
- (6) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』二二—二四頁（有斐閣、一九七三年）（以下、『憲法訴訟の理論』とする）。
- (7) 大沢秀介『司法による憲法価値の実現』一四〇—一四三頁（有斐閣、二〇一一年）。
- (8) 大沢・前掲注（7）一四六頁。
- (9) 蟻川恒正『尊厳と身分』一五三—一七二頁（岩波書店、二〇一六年）、櫻井智章「事情の変更による違憲判断に ついて」甲南法学五一巻四号一四五頁（二〇一一年）など。
- (10) Philip A. Hamburger, *The Constitution's Accommodation of Social Change*, 88 MICH. L. REV. 239 (1989).
- (11) Scott Dodson, *A Darwinist View of the Living Constitution*, 61 VAND. L. REV. 1319 (2008). なお、生ける憲法の比喩的展開についてはこの文献に基づいてみる。
- (12) *Id.* at 1323.

- (13) James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893).
- (14) Dodson, *supra* note 11, at 1323-1324.
- (15) WOODROW WILSON, CONSTITUTIONAL GOVERNMENT IN THE UNITED STATES 56 (1908).
- (16) *Id.* at 57.
- (17) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 473 (1928) (Brandeis, J., dissenting).
- (18) *See, e.g., William J. Brennan, Jr., Construing the Constitution*, 19 U.C. DAVIS L. REV. 2, 7 (1985).
- (19) *See, e.g., Bernard Schwartz, "Brennan vs. Rehnquist" — Mirror Images in Constitutional Construction*, 19 OKLA. CITY U. L. REV. 213 (1994).
- (20) MORTON J. HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE 87 (1998). なお、ホーウィッツは、*Brown* 判決 (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)) の解釈を、*レベーン* のアプローチを提示する中で、原意主義と生ける憲法との対照性を明らかにしている。すなわち、*Brown* 判決について分離すれども平等の政策が通時的に誤りだったとしたと考えるのであれば、憲法制定時の理解に基づいて判断しているので、原意主義的アプローチをとったことになり、そうではなく現時点では誤りであると判断したと考えるのであれば、生ける憲法のアプローチをとったことになるといえる。
- (21) *Id.* at 28.
- (22) Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737, 1754 (2007).
- (23) DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION 1 (2010).
- (24) Eric J. Segall, *The Constitution Means What the Supreme Court Says It Means*, 129 HARV. L. REV. F. 176, 177 (2016).
- (25) Lisa K. Parshall, *Embracing the Living Constitution: Justice Anthony M. Kennedy's Move Away from a Conservative Methodology of Constitutional Interpretation*, 30 N.C. CENT. L. REV. 25 (2007).
- (26) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

- (27) Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).
- (28) なお、一般に、修正八条が禁止する残虐で異常な刑罰該当性の判断につき、妥当性についての発展的基準 (Evolving Standards of Decency) を用いることが生ける憲法のアプローチに親和的であるとみなされている。
- (29) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).
- (30) Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015).
- (31) *Id.* at 2624 (Roberts, C.J. dissenting).
- (32) ロバートコートの状況については、大林啓吾・溜箭将之編『ロバートコートの立憲主義』(成文堂、二〇一七年)を参照。
- (33) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ』一八頁(有斐閣、二〇一二年)(以下、『憲法Ⅰ』とする)。
- (34) 野中ほか『憲法Ⅰ』・前掲注(33)一八頁。
- (35) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』(第六版)三九九頁(岩波書店、二〇一五年)(以下、『憲法』とする)。
- (36) 佐藤幸治『憲法』(第三版)三三三頁(青林書院、一九九五年)。
- (37) *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604 (1914).
- (38) *Id.* at 610.
- (39) 芦部『憲法』・前掲注(35)三九九頁。
- (40) 芦部『憲法』・前掲注(35)三九九―四〇〇頁。これについて芦部は、一定の要件を満たした場合に変遷の法的効力を認める見解と変遷の法的性格を否定する見解を挙げた上で、実効性の消失の時点を捉えるのは容易ではなく仮死状態の憲法規定が復活することもありうるので安易に変遷の法的効力を認めるわけにはいかないとしており、慎重な態度を示している。
- (41) 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』八二頁(有斐閣、一九九二年)。
- (42) 伊藤正己『憲法』(第三版)八七頁(弘文堂、一九九五年)。
- (43) 芦部『憲法訴訟の理論』・前掲注(6)二二頁。
- (44) 芦部『憲法訴訟の理論』・前掲注(6)二二三頁。

- (45) なお、芦部はここで「裁判所の憲法解釈」を扱っているが、そこまで論じてきたのが最高裁を対象としたものであったことから、ここでいう「裁判所」は「最高裁」を指しているといっているであろう。そうすると、ここでいう事実問題と下級審の事実認定の問題と何が異なるのかという疑問が生じる。その異同につき、芦部がどのように考えていたのかを別途検討する必要がある。
- (46) 大沢・前掲注(7)一四〇頁。
- (47) 浅野博宣「立法事実論の可能性」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相 上』四二二頁(有斐閣、二〇一三年)。
- (48) Kenneth Culp Davis, *An Approach to the Problems of Evidence in the Administrative Process*, 55 HARV. L. REV. 364 (1942).
- (49) 最大判昭和三〇年一月二六日刑集九卷一号八九頁。
- (50) 最二小判平成元年一月二〇日刑集四三卷一号一頁。
- (51) 最三小判平成元年三月七日判時一三〇八号一一一頁。
- (52) 芦部『憲法』・前掲注(35)二二八—二二九頁。
- (53) 公衆浴場判決Ⅰ・前掲注(49)九三頁。
- (54) 公衆浴場判決Ⅱ・前掲注(50)三頁。
- (55) 原田國男「公衆浴場法二条二項、大阪府公衆浴場法施行条例二条の各規定と憲法二二条一項」最判解刑事篇平成元年度一頁。
- (56) 公衆浴場判決Ⅱ・前掲注(50)三頁。判決は、「公衆浴場が住民の日常生活において欠くことのできない公共的施設であり、これに依存している住民の需要に應えるため、その維持、確保を図る必要があることは、立法当時も今日も変わりはない」(傍線部筆者)と述べている。
- (57) 尾形健「公衆浴場の適正配置規制(一) 福岡公衆浴場事件」判例プラクティス憲法〔増補版〕二〇〇頁(二〇一四年)。
- (58) 最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁。

- (59) 最二小判平成一四年四月五日刑集五六卷四号九五頁。
- (60) 農地法違反事件判決・前掲注(59)九七―九八頁。
- (61) 最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁。
- (62) 最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁。
- (63) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二〇頁。
- (64) 最大判平成二七年一月一六日民集六九卷八号二四二七頁。
- (65) 在外邦人選挙権訴訟・前掲注(61)二〇九八頁。
- (66) 国籍法違憲訴訟・前掲注(62)一三七三頁。
- (67) 国籍法違憲訴訟・前掲注(62)一三七三―一三七四頁。
- (68) 非嫡出子相続分規定違憲訴訟・前掲注(63)一三三〇―一三三一頁。
- (69) 再婚禁止期間違憲訴訟・前掲注(64)二四三六―二四三七頁。
- (70) 最三小判平成四年一月一五日民集四六卷九号二八二九頁。
- (71) 最三小判平成二九年三月二一日裁時一六七二号八九頁。
- (72) 酒類販売免許制事件判決・前掲注(70)二八三三―二八三四頁。
- (73) 大阪地判平成二五年一月二五日判例時報二二一六号一二二頁。
- (74) 遺族年金違憲訴訟・前掲注(71)八九頁。
- (75) 在外邦人選挙権訴訟・前掲注(61)二〇九五―二〇九六頁。
- (76) 在外邦人選挙権訴訟・前掲注(61)二〇九六頁。
- (77) 杉原則彦「在外邦人選挙権剥奪違法確認等請求事件」最判解民事篇平成一七年度(下)六五八頁。
- (78) 野坂泰司「在外邦国民の選挙権」憲法判例百選Ⅱ〔第六版〕三二五頁(二〇一三年)。
- (79) David L. Faigman, “Normative Constitutional Fact-Finding”: Exploring the Empirical Component of *Constitutional Interpretation*, 139 U. Pa. L. Rev. 541 (1991).
- (80) Suzanne B. Goldberg, *Constitutional Tipping Points: Civil Rights, Social Change, and Fact-Based Adjudication*.

106 COLUM. L. REV. 1955, 1965-1974 (2006).

(81) これについては、判決を下す際には、法解釈論のみならず、科学的根拠が必要かどうかという論点も絡む。この点を検討したものととして、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」立命館法學二〇一〇年五・六号三二六三頁(二〇一〇年)がある。

(82) See e.g., Cathin E. Borgmann, *Appellate Review of Social Facts in Constitutional Rights Cases*, 101 CALIF. L. REV. 1185 (2013).

(83) 時国康夫「憲法事実——特に憲法事実たる立法事実について——」法曹時報一五卷五号六六七頁(一九六三年)。
なお、日本の最高裁が立法事実を検証する場合には、事実審で憲法上の争点に基づき立法事実が争われているときは公知の事実または裁判所に顕著な事実該当する場合には立証が必要とされないが、それに該当しない場合は正規の証拠の方式で立証されることになり、上告審で初めて憲法上の争点に基づく立法事実が争われたときはその立法事実が公知の事実または裁判所に顕著な事実該当する限り法律審たる上告審もこれを認定することができるが、それに該当しない場合は証拠による事実確定のため事件を事実審に差し戻さなければならないことになるとされる。

【付記】 本論文は、科研費基盤研究(C)「時代状況に合わせた憲法判例の展開とその理論的根拠についての研究」(16K03300)(研究代表者・白水隆)の成果の一部である。