

## 裁判による法創造と事実審理（二）

### 序論

第一章 裁判による法創造の意義と限界―ドイツ法上の展開―

第二章 法創造の事実的基礎―立法事実と法創造事実

第一節 アメリカにおける立法事実論（以上前号）

第二節 ドイツにおける法創造事実論

第三節 小括

第三章 立法事実・法創造事実の具体例（以上本号）

第四章 立法事実・法創造事実と訴訟手続―アメリカ法・ドイツ法―

第五章 日本法

終章

原  
竹  
裕

## 第二節 ドイツにおける法創造事実論

第一節においては、アメリカにおける「立法事実」の概念の系譜を探るとともに、そこから立法事実の二義的性格とでもいうべきものを析出した。このような二義的性格は、ドイツにおける類似の議論を検討することによって、より鮮明なものになる。

ドイツにおける議論は、①憲法裁判権以外の領域、すなわち通常裁判権・労働裁判権・行政裁判権・社会裁判権・財政裁判権の領域においても問題となりうる「法創造事実」に関するものと、②もっぱら憲法裁判権（Verfassungsgerichtsbarkeit）の領域において問題となる「一般的事実」に関するものとに分けて検討するのが便宜であろう。

### 一 「法創造事実」に関する議論

すでに前章においてみたように、ドイツにおいては、「法を語る口」としての裁判官像が支配的であったためもあって、法学において裁判官による法創造活動が正面から論じられることは比較的少なかった。しかし、比較的近時に至り、主に法の欠缺を補充するものとしての裁判官による法創造（richterliche Rechtsfortbildung）が活発に論じられるに至った。

しかし、このような動きの中で、裁判官による法創造の事実的基礎についての訴訟法学的な検討は、ごく最近に至るまで、なされないままであった。これは、従来の訴訟法体系がそのような法創造作用を念頭に置いていなかったか、らにほかならない。そこで、従来の訴訟法なканずく証拠に関する理論の体系がいかなるものであったのかを、まず

検討することにする。

1 従来の証拠法体系

裁判による法創造の訴訟手続的側面につき検討するに際し、多くの論者が、伝統的証拠法体系の典型をなすものとして捉えているのが、フリードリヒ・シュタイン (Friedrich Stein) の一八九三年の著書『裁判官の私知 (Die Private Wissen des Richters)』に示された体系である。

(一) シュタインの体系—大前提と小前提

(1) 証明の対象—事実と法規

イ 事実

シュタインは、訴訟上の証明の対象は、法規と事実であるとする。その理由は、裁判官の責務が、構成要件事実を法規に包摂することである点に求められている。

それらのうち、ドイツ法においては、証明の対象としては、原則として、事実が予定されているという。事実全般に共通するのは、それらが、大前提 (propositio maior) としての法規に包摂されるべき小前提 (Untersatz, propositio minor) であるという点である<sup>(一)</sup>とされる。

ロ 法規

事実と並んで、法規もまた証明の対象をなす。ただ、当時の法制度上、「汝は事実を語れ、されば我は法を語らん (narra mihi factum, narro tibi ius)」という当事者・裁判官の分業が確立されているため、法規の創出 (Beschaffung) が裁判官の職責に属することは明らかであるといふ<sup>(5)</sup>。

従って、当事者が法知識 (Rechtswissende) を提供することは、裁判官の判断を支えるために望ましいことであるが、裁判官を拘束することはできないという。また、弁論主義を適用することは、裁判官の責任を当事者に転嫁することになり、許されないという。したがって、裁判官は法規の資料収集に際し、審判者の義務 (officium iudicis) を果たさなければならぬとされる。このようにして、法の探索自体については職権主義が妥当するとされる<sup>(6)</sup>。

国内の法規なかんずくライヒの法については、裁判官はその存在と内容について無制限の確知義務 (Wissenspflicht) を負<sup>(4)</sup>う。ライヒ法以外の国内法規及び外国の法規については、私知を利用する権能が承認されなければならないという。この場合、裁判官は法を知るべきであるとはいっても、実際には法の探索に迫られることがあるし、実務上の活動を契機として、初めて法知識を獲得することも多いとされる。そして、その場合の情報源は問われない<sup>(5)</sup>とされる。

かくして、裁判官は、当事者による法の援用 (Berufung) がなくても、その法を知るに至った以上はこれを適用することができるし、当事者による立証が不適切である場合には、これを排斥すべきであるという。裁判官が未だ法についての確固とした認識を得られない場合には、さらに法を探索する義務 (Forschungspflicht) を負<sup>(6)</sup>う。

裁判官が自らの責務として法の探索を行う場合、いかなる手段と方式に拠るべきか。シュタインは、法律の場合と慣習法の場合とは事情が異なるとする。まず、法律の形式における法規の存在が、一種の事実であることは明白であるという。このような事実、公刊された文言という知覚可能な外界の事象として現れるものであり、訴訟上の証

明の対象となる。しかし、これに反し、不文の慣習法の存在は事実の一種ではなく、多数の観察事例 (eine Mehrheit von Beobachtungsfällen) からの帰納 (Induction) によって導出されるものであって、一種の判断 (Urteil) であるという。この点で、慣習法は経験則と共通した性質を備え、その訴訟法上の取り扱いについても、経験則に関するそれによるべきであるとされる。<sup>(7)</sup>

では、法規の公布の有無や、慣習法たることを基礎づける行使事例など、法規の存在承認の事実的基礎 (tatsächliche Grundlage für die Annahme des Daseins eines Rechtsatzes) の認定は、事実問題であろうか。この点は、とくに上告との関係で意味を有する。この点につき、シュタインは、下級審裁判所によるこれらの事実的基礎の認定が、上告審においても拘束力を有するとするのは現実的ではないとする。<sup>(8)</sup>そして、当時のライヒ裁判所における実務上は、下級審の認定を是正したり、独自に資料を収集することが行われていることを指摘している。<sup>(9)</sup>

このようにシュタインは、小前提たる事実と、大前提たる法規との質的相違を強調し、法規の探索は裁判官の職務に属するとするのである。

(2) 小前提・大前提二分論と経験則の位置づけ

このような小前提 (事実) と大前提 (法規) との二分体系のもとで、経験則はいかに位置づけられるか。

イ 経験則の意義

シュタインによれば、経験則とは、「定義、または、具体的な当該訴訟の事例や事実からは独立した一般的な内容をもった仮言的な判断であって、経験から獲得されたものではあるが、導出の基礎となった観察対象たる個別的な諸

事例からは独立し、それら事例を超えて、新たな諸事例についても妥当するものである。」<sup>(10)</sup>とされる。このようにシュタインにおいては、経験則の法則Ⅱ大前提としての性質が強調される。

シュタインは、この定義との関係で次の諸点に留意すべきであるとする。

第一に、単に、多数の事例が存するだけでは、経験則は獲得されない。そこに法則 (Regel) としての性質が見出され、同様の結果が生ずる期待を抱くことが可能になることにより、はじめて経験則が獲得される。<sup>(11)</sup> 経験則の導出にとっては、個々の事例の個性は重要でないし、また事例の数の多寡も問題ではない。たとえ少数の事例であっても、そこから法則性を導き出すのに十分の数であるのであれば、そこから、経験則を導き出すことが許容される<sup>(12)</sup>という。

第二に、経験則はその妥当する分野を問わない。自然法則であろうと、社会における商慣習であろうと、経験則たりうる資格を有するという。<sup>(13)</sup>

シュタインは、訴訟において経験則が果たす役割を、①証拠評価に際しての役割、②徴憑 (Indiz) からの推認、及び③経験則上起こり得ない事実 (不能事実) の認定排除に分けて検討している。しかし、さらにシュタインは、法律の解釈、なかならず不特定概念の解釈や、法律行為の解釈に際して果たす役割にも触れている。<sup>(14)</sup>

#### ロ 経験則の獲得方法

経験則は、法則であって、事実に関する命題ではない。したがって、経験則自体は、書証・証人・当事者という証拠方法にはなじまないという。そして、証拠調べの方法において典型的に用いられるのは、鑑定である<sup>(15)</sup>という。

では、経験則は常に鑑定により獲得しなければならないのであろうか。裁判官の個人的知識 (私知、private

Wisson)を用いることはどうか。この点について、シュタインは次のような方途を逐次検討する。

第一の方法は、私知の利用を禁止し、常に鑑定を要するとするものである。しかし、シュタインによれば、これは実際的ではない<sup>(16)</sup>。

第二に、経験則を、特別の専門分野に属するものとそうでないものとに分ち、後者についてのみ、鑑定によらない利用を許すことも考えられる。これは、上告審における是正の可能性との関係で合理的な面も有するが、シュタインは、そのような区別が可能であるかどうかにつき疑問を投げかける<sup>(17)</sup>。

第三に、経験則を公知 (notorisch) なものと非公知 (non-notorisch) なものとに分ち、前者については裁判官による自由な利用を許すという解決も想定しうるが、これに対しても、シュタインは、公知・非公知の区別可能性自体に疑問を投げかける<sup>(18)</sup>。

シュタインは、裁判官による経験則の入手源は、裁判官の裁量により決しうるとする。その実質的理由としては、経験則は事実からは独立しており、事実証言の場合のような主観性 (Subjectivität) を免れていることを挙げる<sup>(19)</sup>。

以上は、客観的・抽象的法則としての経験則それ自体に関わる。では、裁判官は、自分が私的に知覚した個別的な事実を、経験則導出のための基礎となる個別的な行使事例 (einzelne Übungsfälle) に関する事実として用いることができるであろうか。シュタインは、私知の利用禁止は、小前提すなわち構成要件事実のみに係わることを確認した上で、このような禁止は、大前提の導出の基礎となる下位の素材 (untergegangenes Rohmaterial) にまでは及ばないとする。かくして、大前提としての経験則・慣習法それ自体と同様、その基礎となる事実についても私知利用の禁止は及ばないとされるのである<sup>(20)</sup>。

## ハ 経験則論と弁論主義の妥当範囲

しかし、ここで、経験則につき当事者の主張に縛られないとする考え方が、弁論主義と両立するかどうかが問題となる。<sup>(21)</sup> シュタインは、弁論主義は、小前提としての事実のみを対象とし、経験則は規律対象ではないことを確認する。その上で、必ずしも訴訟原則には縛られない合目的な解決を試みる。すなわち、当事者の鑑定申出権を承認しつつ、鑑定の採否は裁判官の裁量に任せられるとする。<sup>(22)</sup>

この、弁論主義の妥当範囲に関するテーゼが、その後の民事訴訟法学に引き継がれることになる。

## (3) シュタインの見解のまとめ

以上のようなシュタインの見解から、次のような事情が明らかとなる。

シュタインは、事実認定において、経験則の果たす役割を強調し、事実と経験則との本質的相違点を、前者が、五感による直接的な知覚が可能な小前提であるのに対し、後者が、帰納的な判断から得られる法則 $\parallel$ 大前提である点に見い出している。そして、訴訟上の証明の対象を前者に局限する立場を採っている。そして、それに伴って、弁論主義の妥当範囲も、大前提に包摂されるべき小前提としての事実のみに限定されるとしている。

むしろ、シュタインは、決して、社会的経済的実情に関する知識の必要性を無視していたわけではない。むしろ、経験則がそのような実情を基礎としていることを強調しているし、一般条項の内容確定との関係でも、そのような知識がまさに不可欠であることを明言している。しかし、それにもかかわらず、シュタインは、まず、経験則を大前提としてとらえ、その探索を主に裁判官の営為とすることによって、むしろ、証拠法の外在的要素に押しやってしまっただかのように見える。また、一般条項の内容確定に係わる社会的事実の証拠法上の取り扱いについても、述べられて



いない。

これは、法規の内容確定に関する見解において、さらに顕著となる。シュタインは、慣習法の基礎となる事実について、通常の証拠調べと私知の利用の双方を許容する立場を明言し、また、法それ自体が、証明の対象ではないことを論じている。このように、シュタインは、正当にも、法の領域における証拠法の諸問題が存することに着目している。しかし、惜しむべきことに、シュタインの見解においては、法の内容確定の基礎となる事実は、慣習法の基礎となる事実等を除き、視野の外に置かれている。

このようにシュタインの体系では、法創造の基礎事実に隣接する諸事実は取り扱われているが、法創造事実それ自体の位置づけは欠落しているといえるのである。

## （二）シュタインの体系の影響

その後シュタイン流の体系は、長らく、ドイツにおける証拠法の基本的な体系として確固たる地位を占めることになる。その特徴は、第一に、証明の対象を事実・経験則・法規に三分する点、第二に、そのうちの事実について、構成要件に該当する小前提としてのそれに限定する点、にみられる。こうした体系においては、大前提たる法規が所与の前提とされており、そもそも法創造が念頭には置かれていないと同時に、仮に法創造の基礎事実を想定したとしても、いずれの範疇にも分類され得ない。このような体系が、主要な体系書にも採用されたのである。<sup>23)</sup>

## 2 法創造事実に関する議論の登場

シュタイン流の体系の中で、大前提を所与の前提とした強固な証拠法の枠組みが樹立される中、訴訟法理論におい

ては、法創造に関する訴訟法的接近の試みが長い間なされないままに時が経過した。

しかし、他方、前述したように、ドイツにおける法学方法論においては、裁判官による法創造に関する議論が、その許容性をめぐってなされていた段階を通過し、法創造の限界画定や、具体的な手法に関する議論へと重点を移すようになった。

このような動きの中で、裁判官による法創造の事実的基礎についての訴訟法学的な検討が、ようやく、主としてザイター・プリュッティングを初めとする訴訟法学者によってなされるに至っている。以下においては、近時における、裁判官による法創造における事実的基礎に関する理論の系譜をたどることにする。

#### (一) ザイター以前の理論の状況

一九七〇年代に入り、ドイツにおいても、法創造における事実的基礎の問題に着目がなされるようになる。具体的には、シュリューター、ヴァンク及びゴットヴァルトらの見解を挙げることができよう。

##### (1) シュリューターの見解

ウィルフリート・シュリューター (Wilfried Schüter) は、裁判官による法実現 (Rechtsausführung) ないし法発見 (Rechtsfindung) の有する限界を、諸側面から解明しようとする。その中で、彼は、裁判所が法の実現において利用しうる事実的基礎の不十分さを指摘する。<sup>(24)</sup>

彼は、裁判所による判断活動が、将来の行為規範を定立する点で、「準立法的 (quasi-legislatorisch)」な性格を帯びることを指摘する。その上で、彼は判断材料の収集のための人的・物的手段の点から立法者と裁判所とを比較し、

立法の際には官僚機構からの専門知識の供給や、利益団体による意見表明が期待できるので、裁判所の場合にはそのような情報の提供の機会が十分には与えられていないと指摘する。すなわち、裁判所は人的設備の点からいっても小規模であるし、弁論主義の適用によって情報源は原則として当事者の提出材料に限定されるのである。シュリューターは、このような場合に裁判所による「法事実的關係及び背景の認識（eine Kenntnis der rechtstatsächlichen Verhältnisse und Hintergründe）」を目的とした調査を可能ならしめる法的根拠としては外国法規・慣習法等の証明に関するドイツ民事訴訟法（Zivilprozessordnung（ZPO））第二九三条の準用が考えられるが、同条が具体的事件の解決に直接必要でない外国法の探索を、しかも当事者の費用負担のもとに行うことを許容する趣旨とは考えられないとしている。<sup>(26)</sup>

(2) ヴァンクの見解

ロルフ・ヴァンク（Rolf Wank）は、一九七八年の「裁判官による法創造の限界」と題するモノグラフにおいて、シュリューターと同様、法創造活動に関し立法者と裁判所との比較を行った上で、立法者に比して裁判所には事実認識の点における不十分さが顕著であるとす。<sup>(26)</sup>

彼は大意、次のように述べる。裁判所が社会的問題を合理的に解決するためには、「法律外の実事認識（außerjuristische Tatsachenkenntnis）」が不可欠である。しかしながら、立法者と比べて、裁判所の有する法律外事実の認識手段はきわめて限定されたものである。手続規定もまた然りであって、どの規定も個別的な事件の解決に適合するように作られている。裁判所は「個別事件を超え出る事実（den Einzelfall hinausgehende Tatsachen）」の解明のための手段を有していないのである。<sup>(27)</sup>

もっとも、裁判所の中で唯一の例外をなしているのが連邦憲法裁判所である。しかし、連邦憲法裁判所における積極的な事実認定を一般の裁判権に移し替えることはできないという。ただし、連邦憲法裁判所の任務は他の裁判所のそれとは全く異なっているし、連邦憲法裁判所の審査する法律の数自体、立法者の制定するそれらのごく一部分でしかないからであるという。<sup>(28)</sup>

ヴァンクは、立法から将来生ずるであろう効果の予測 (Prognose) に関しても、裁判所の判断能力が立法者に比べて不十分であることを指摘する。<sup>(29)</sup>

### (3) ゴットヴァルトの見解

さらに、訴訟法の見地からの考察の萌芽も現れる。ペーター・ゴットヴァルト (Peter Gottwald) は、一九七五年の論文「事実審としての上告審 (Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz)」において立法事実にごく簡単に言及している。

ゴットヴァルトは、後に紹介するフィリップイを引用しつつ、ある部類の人または物に、個別事例とは独立に關係する事実としての一般的事実 (generelle Tatsache) に着眼している。彼によればかような一般的事実は、事実であるにもかかわらず上告審における独自の認定の対象となる。訴訟法領域における先駆的な着眼であった。<sup>(30)</sup> もっとも、ゴットヴァルトは、一般的な事実を経験則と同視し、その独自の位置づけを認めなかった。<sup>(31)</sup>

### (4) まとめ

このように、一九七〇年代に至り、法創造の事実的基礎に関する理論がその萌芽を現すに至るのであるが、この時

期の理論には、共通の特徴がある。すなわち、この時期においては、裁判所による事実的基礎について、その収集のための訴訟法的枠組みが検討されるというよりは、裁判所による収集能力の欠如が、法創造の許容範囲一般を論ずるに際し、それを画する制約条件として捉えられていたのである。

他方、訴訟理論との関係における先駆的な着眼として注目されるのは、ゴットヴァルトによる立法事実への着眼である。しかし、ゴットヴァルトが立法事実について言及した部分は、量的にもわずかであり、しかも、その独自の位置づけを目指すものではなかった。本格的な考察の登場は、一九八〇年代をまたなければならなかったのである。

## (二) 法創造事実の概念の提唱

一九八〇年代に入り、ようやく、裁判による法創造の事実的基礎に関する訴訟理論的側面からの考察が登場する。その口火を切ったのがザイターである。

### (1) ザイターの見解—法創造事実の概念の提唱

フーゴ・ザイター (Hugo Seiter) は、一九八一年の「裁判官による法創造に際しての証拠法上の問題」と題する論文において、裁判官による法創造に関する証拠法上の問題を初めて検討した。<sup>(32)</sup>

彼は、その中で、裁判官による法創造において裁判官の依拠すべき事実的基礎の重要性を指摘するとともに、そのような事実が、従来の訴訟法理論上、未だ認知されていないものであることを指摘する。すなわち、裁判官による法創造において重要性を有する事実は、既存の (Bestehend) 法規範の構成要件への包摂 (Subsumtion) に役立つものではなく、裁判官による新たな (neu) 法原則の創出の構成部分たる事実主張としての性質を有している。ところ

が、従来の訴訟法は、もっぱら前者の事実だけを念頭に置いて構築されており、後者の事実には関心が抱かれてはこなかったという。彼は、前者の事実を、「包摂事実 (Subsumtionstatsache)」と名づけることに、後者の事実は、前者との対比において「法創造にとって重要な事実 (Rechtsfortbildungserhebliche Tatsache)」「法獲得事実 (Rechtsgewinnungstatsache)」「法創造事実 (Rechtsfortbildungstatsache)」または「立法事実 (legislative facts)」と呼ぶことが可能であり、その中でも「法創造事実」の呼称が最も適切であるとする。<sup>(33)</sup>

次いで、ザイターは、法創造事実に関する証拠法上の位置づけの必要性を強調する。

ザイターは、まず、従来の証拠法理論においては、大前提たる規範に包摂されるべき小前提たる事実のみが念頭に置かれ、大前提自体に関わる法創造事実についての検討がまったく行われてこなかったことを指摘する。すなわち、大前提たる法規範の意味内容の探究は「裁判所は法を知る (iura novit curia)」の標語のもと、裁判官の解決すべき問題とされている。そして、その際、現行法は、法の探求が事実認定なしに可能であるとの想定の上に立っている。そのことは、裁判所の審級が事実審と法律審とに区別された上で、法律審たる上告審による独自の事実認定は否定され、事実認定を必要とする場合には差戻しをすべきことが予定されている点にも表れているという。しかし、裁判官による法創造にあたっては、正確な事実認定の基礎が不可欠である。しかも、裁判所にはそのような事実認定を行う資格が十分にあり、そのことは連邦憲法裁判所における広汎な事実認定の実績をみれば判明するという。かくして、「裁判所は法を知る」との原則を法創造にあたっての事実的な基礎にまで拡張することは妥当ではなく、証拠法上の位置づけを探るべきであるという。<sup>(34)</sup>

(2) E・シュミットの見解

アイケ・シュミット (Eike Schmidt) は、一九八五年の「民事訴訟における規範事実の取り扱い」と題する論文<sup>(35)</sup>において、通常の法的思考を包摂モデルとして位置づけた上で、そのモデルが適用され得ない局面における規範事実 (Normatsache) の重要性を説く。その場合とは、①立法及び司法的法創造の場合、②一般条項の具体化の場合、及び③不特定概念の取り扱いの場合であるという。その上で、規範事実の訴訟上の取り扱いにも言及されている。

#### イ 従来の包摂モデル

シュミットは、従来の民事訴訟が個別事案における主観的権利の実現を念頭に置いてきたことを指摘する。この場合、争いの対象となるのは、適用法規の内容または事実問題<sup>(36)</sup>についてである。裁判官の判断は、憲法上、権力分立の概念に従い、「法律及び法」に拘束されることとされている (ドイツ基本法第二〇条第三項)。このことは、判決への期待の安定化 (Stabilisierung der Entscheidungserwartung) をもたらすとともに、裁判官の具体的判断についての答責性を免除することを目的としている<sup>(37)</sup>。そこから、包摂モデル (Subsumtionsmodell) が帰結される。この包摂モデルでは、個別的事象が、一般的に定められた規範の構成要件要素に該当するかどうかを審査され、これによって法律効果の有無が決められる。ここでは、小前提としての事象記述が、大前提としての法律構成要件に帰属せしめられるという思考操作が行われる。ドイツの実務上、弁論整序のために行われているレラツイオンステヒニーク (Relationstechnik) もまた、このような包摂モデルに対応している<sup>(38)</sup>という。

#### ロ 規範事実の意義

シュミットは、上述のような包摂モデルによる思考の限界を指摘し、規範事実 (Normatsache) という事実の範

嚮を提唱する。そのような限界が生ずるのは、①法創造の領域、②一般条項の具体化の領域、及び③不特定概念の定義づけの領域であるという。

まず、包摂モデルによる思考は、大前提たる構成要件が吟味のために俎上に乗せられる場面、すなわち立法過程(Gesetzgebungsverfahren)及び裁判官による法創造(nichterliche Rechtsfortbildung)においては、<sup>(39)</sup> 妥当しない。なぜなら、包摂モデルは、既存の構成要件を前提としているからである。むしろ、立法の際には、<sup>(40)</sup> 社会生活に関する事実が重要となる。けだし、立法は社会の統御(Steuerung)の手段だからであるという。

同様のことは、司法府による判断が社会統御の意義を帯びるときには、常に問題となるという。例えば、法創造の場面ではなくとも、良俗違反、信義誠実、過失、通常の商人の注意などの、一般条項(Generalklauseln)の具体化(Konkretisierung)に関する判断もまた、それが社会統御の意義を果たす以上、社会的事実を視野に収めなければならない。これは、司法が、もはや社会の価値観の一元性(Wertehomogenität)に依拠することができず、また、科学技術や経済の要請(technisch-ökonomische Anforderungen)に直面しなければならぬ現代にあっては不可避である。このような社会にあっては、一般条項が多様な個別的事象に適応させられなければならない。この場合、理論上要求される事前の統御(Vorsteuerung)すなわち民主的なチェックは欠如しているが、まさにそのような民主的正当化事由が欠けているからこそ、<sup>(41)</sup> 社会的なデータ(Sozialdaten)による実質的正当化(sachliche Legitimation)が必要となるという。

規範事実の重要性は、不特定法概念(unbestimmter Rechtsbegriff)の定義づけについても同様に指摘される。もっとも、この場合には、一般条項の場合とは異なり、すでに概念中に潜在的に統御機能(Steuerungsfunktion)が含まれているとされる。<sup>(42)</sup>



このように、包摂事実の収集にはとどまらず、社会経済的なデータ収集の必要性 (Datenerhebungsbedarf) が生ずるのは、構成要件の完結性 (taubestandliche Geschlossenheit) が欠如し、開かれたものとなっているからであるとされる。このことは、約款規制法 (Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)) に基づく団体訴訟 (同法第一三条以下) についてもあてはまるといふ。すなわち、同法の適用に際しても、一種の包摂過程 (Subsumtionsvorgang) が採用されるが、例えば、約款の不適合性を判断する際に必要となる事実は個別的な事実にはとどまらない。このような判断に際しては、一方において技術的経済的な要請を、また他方において社会的な保護の要請を吟味した上、両者を衡量することに依らねばならないといふ。<sup>(43)</sup>

このように、法規範の操作に際しては、常に、前法律学的 (vorrinsisch) な知見が必要となるが、シュミットは、このような知見を、規範事実 (Normtatsache) と呼ぶのが妥当であるとす。それは、適正な紛争統御のための社会的経験的背景 (sozialempirischer Hintergrund) をなすものであるという。また、包摂事実が過去指向の回顧的なもの (Retrospektive) であるのに対し、規範事実は将来的用具 (zukunftsgerichteter Einsatz) である点にも特徴があるとされる。<sup>(44)</sup>

#### ハ シュミットの見解のまとめ

以上にみたシュミットの見解の特徴は、法の社会統御機能を重視する立場から、法創造事実ないし規範事実が必要になる局面を分類して明示した点に存するといえよう。

## (3) プリュッツィングの見解

ハンス・プリュッツィング (Hanns Prütting) は、ザイターの問題提起に呼応して、「法創造事実」に関する訴訟法上の問題を検討した。彼は、一九八八年の「裁判官による法創造の訴訟法的側面」と題する論文<sup>(45)</sup>において、裁判官による法創造に関する訴訟法的側面の問題を一般的に概観しているが、その中でザイターの創唱にかかる「法創造事実」に着眼したのである。

プリュッツィングは、ザイターにならない、「法創造事実」を法の創造のために援用される事実として把握する。そして、法創造事実が、小前提を充足するところの包摂事実と異なり、大前提たる規範自体の創出に役立つものであることから、これを「規範事実 (Normtatsache)」と呼ぶことも可能であるとする。<sup>(46)</sup>

## (4) シュナイダーの見解

ゲルハルト・シュナイダー (Gerhart Schneider) は、ザイターと同じく、包摂事実と法創造事実という事実区分を採用する。

包摂事実は具体的な、空間と時間によって特定された、過去と現在の現象並びに外部的及び精神的状態であると定義される。それは客観的法が、ある法律効果の要件として定めたものであるという。<sup>(47)</sup>

これに対し、法創造事実の場合には、個別事例を越え出で、多数の事例に妥当し、統一的判例にとって価値を有するだけではなく決定的であるような事実が問題となることが指摘される。シュナイダーによれば、法創造事実は、社会的歴史的現在または将来の事実として、国家または社会を記述し、個々の人または物にはなく、一個別事例とは

別個独立に—あるクラスの人または物に関するものであるとされる<sup>(48)</sup>。

そのような一般的な性質のゆえに、法創造事実は、法的三段論法の小前提の形成に際しては重要ではなく、むしろ、新たに創造された大前提（Obersatz）の基礎を形成するという。この見解は、明らかに、ザイターのそれに準拠するものである<sup>(49)</sup>。

(5) ラーメスの見解—訴訟目的論の角度からの接近の登場—

最近に至り、法創造という現象を訴訟目的との関係でとらえる見解が注目を集めている。ペーター・ラーメス（Peter Lames）の見解がそれである。ラーメスは、法創造を、訴訟に付随する現象としてではなく、それ自体を訴訟の目的と捉える見解に立脚するのである。ラーメスは、その上で、法創造の事実的基礎についても触れている。

イ 法創造効

ラーメスは、一九九三年に刊行された『訴訟目的としての法創造』という著書<sup>(50)</sup>の中で、法適用と法創造との不可分一体性（ないし峻別不可能性）を強調し、法創造それ自体が訴訟の目的であるとするとする。そして、判決効の一種として、法創造効（Rechtsfortbildungswirkung）を承認する<sup>(51)</sup>。このような立場に立脚した上で、ラーメスは、法創造という訴訟目的を実現するためには、事実的基礎の収集が不可欠であるとする。裁判所が、波及効果につき、「暗闇への投射（Schub ins Dunkle）」を強いられるような状況下においては、法創造目的論は成り立たないという<sup>(52)</sup>。

しかし、ラーメスは、法創造事実ないし規範事実という概念の独自性を強調しようとはしない。むしろ、彼は、法適用に際してその機能が承認されてきた経験則が、法創造においても重要な機能を果たすことを主張する。そして、

そのような法創造経験則に収まらないものについてのみ、規範事実としての位置付けを与えようとする。

#### ロ 法創造事実の概念

ラーメスは、法創造事実とされるものの中に、経験則に還元しうるものが多く含まれていることを承認する。そして、それらに還元しえないものに限って、独自の範疇への分類を承認する。その際の呼称としては、ザイターの提唱した「法創造事実」ではなく、シュミットと同様の「規範事実 (Normatsache)」が妥当であるとしている。

ラーメスは、ザイターによる法創造事実の概念について次のような批判を展開する。

ザイターは、包摂事実と法創造事実という二分論を提唱している。しかし、ラーメスは、そのような二分論は、第一に、既存の法規の適用と、新たな規範の創出とが峻別可能であることを前提としている点で妥当ではないし、また、第二に、事例に関する包摂事実の中にも、法創造にとって重要な意義を有するものが存する点を看過している点で妥当ではないという。<sup>(53)</sup>

これに対し、後に触れるフィリップイのように、個別事実と一般事実という二分論を用いる論者もある。しかし、ラーメスは、もし、裁判に際して、等しい事例に対し等しい解決を与えなければならぬとすれば、すでに、個別的事実も、一般的性質を帯びていることを否定できないのではないか、との疑問を投げかける。<sup>(54)</sup>

ラーメスは、法創造のために用いられる事実が、特別の取扱いを許されるのは、それが、専ら新たな規範の創造のためだけに援用される場合であると、そのような場合の呼称としては、シュミット同様、規範事実 (Normatsache) が妥当であるとす。<sup>(55)</sup>

3 「法創造事実」についてのまとめ

ドイツにおける裁判官による法創造の基礎事実としての「法創造事実」に関する見解のうちで、一九七〇年代におけるシュリユーター及びヴァンクの見解は、裁判官による法創造の限界を探るといふ文脈のもとで論じられたものである。そしてこの時期の見解は「事実的基礎が不十分であるから法創造には限界がある」との消極的見解としての性格が濃かったといえよう。<sup>(56)</sup>しかし、ようやく一九八〇年代のザイター及びブリュッティングの見解に至って、裁判官による法創造の事実的基礎に関する見解はそれまでの消極的見解から、「法創造にふさわしい事実的基礎を踏まえるべきである」との積極的見解へと転化したものといえることができる。その後の見解もこの延長線上にある。

このように、近時に至り議論されるに至った「法創造事実」は、司法の立法的契機に着眼したものであることはいうまでもなく、従ってアメリカにおける「司法による立法的判断の基礎事実」としての「立法事実」にはば相当するものであるといえよう。

二 憲法裁判所における「一般事実」の認定

ドイツにおいて戦後導入されるに至った憲法裁判制度は、審査権を特別の裁判所としての連邦憲法裁判所に集中させ、具体的な訴訟事件と無関係に、独立して立法その他の違憲審査を行うことが可能な点（抽象的審査制・特別裁判所型・憲法保障型）において、具体的な事件を契機として当該事件の解決に必要な限度で、通常司法裁判所による審査が行われるアメリカ、そしてわが国の違憲審査制（付随的審査制・通常裁判所型・私権保障型）とは異なる。<sup>(57)</sup>そしてそのような基本的構造の差異は、違憲判決の効力の強弱にまで影響を及ぼしている。<sup>(58)</sup>

しかし、第一に、このように通常裁判権の系列とは別個の裁判所によって憲法判断がなされることは、まさに、立法事実の第二の側面（審査対象たる立法の基礎事実）を純粹な形で浮かび上がらせることになる。また、第二に、違憲判決の強大な効力を前提とせざるをえないことは、ドイツにおいて、早い時期から周到かつ徹底的な事実審査を傳達させることになった。

このような理由から、ドイツにおける憲法裁判での事実認定に関する理論を検討することは、立法事実の審査のあり方を検討するうえで、有益であると考えられる。以下においては、ドイツにおける連邦憲法裁判所の事実認定の可否をめぐるかつての見解を紹介した上で、連邦憲法裁判所の事実認定のありかたを検討する。

### 1 連邦憲法裁判所の独自の事実認定の可否をめぐる見解

ドイツの連邦憲法裁判所が、憲法判断の基礎として事実認定を行うことの可否をめぐることは議論がなかったわけではない。議会による立法権の独占を重視する立場から、連邦憲法裁判所は、立法の基礎をなす事実については、立法府の認定に拘束されるべきであるとの意見が、連邦憲法裁判所法第四次改正審議に際して連邦議会のハンス・ディヒガンズ (Hans Diefhans) 議員から強く主張されたことがある。<sup>(59)</sup> しかし、連邦憲法裁判所及び憲法学者はこれに對しこぞって反対し、立法府認定事実の拘束力を認める改正案は撤回されることになった。<sup>(60)</sup>

かようにして、連邦憲法裁判所による独自の事実認定は、それ自体疑いのないものとして承認されるに至ったのである。

### 2 連邦憲法裁判所による事実認定に関する見解

（一） ヴァックの見解

ゲルハルト・ヴァック (Gerhard Wacke) は、連邦憲法裁判所による事実認定が、他の種類の事件を扱う裁判所における事実認定とは異なっていることに着眼した<sup>(61)</sup>。

彼は、具体的規範統制を念頭に置いて、大要次のように述べる。

具体的規範統制手続は通常の審級系列の裁判所から提出された憲法問題について連邦憲法裁判所が審査する形をとって行われるが、同じ合憲性問題であっても、提出裁判所 (Vorlagegericht) の手続と提出後の連邦憲法裁判所の手続とは、異なった意義を有する。例えば、ある税法規定の違憲性を理由に課税処分を取消を求め行政訴訟の場合、提出裁判所たる行政裁判所においては訴訟物となるのは処分の有効性であって、適用法律の合憲性審査は、単に前提問題 (Vorfrage) を成すにすぎず、それに対する回答は既判力 (Rechtskraft) を生じない。これに反し、連邦憲法裁判所の手続においては法律の合憲性の問題は本案問題 (Hauptfrage) ・本来的な訴訟物であって、連邦憲法裁判所法 (BVerfGG) 第三二条第二項によって法律効 (Gesetzeskraft) を生ずることとされている。両手続において合憲性問題の有するこのような全く異なった性格と意義は、事実探究の強度にも影響を及ぼさざるをえない<sup>(62)</sup>。

このことから、ヴァックは連邦憲法裁判所における事実認定は、審級裁判所における個別的事件をめぐるそれとは質的 (qualitativ) な差異を有しているとし、同法の手続規定を通常の訴訟法の特則として位置づける<sup>(63)</sup>。だが、彼は、そのような連邦憲法裁判所の実事認定の内容につき詳細には述べていない。

## (二) フィリップピーの見解

連邦憲法裁判所による事実認定を実証的手法を用いて詳細に分析したのは、クラウス・J・フィリップピー (Klaus J. Philipp) である。彼は、「連邦憲法裁判所の事実認定」<sup>(64)</sup>において連邦憲法裁判所の事実認定の正当性を主張するとともに、連邦憲法裁判所の事実認定を詳細に検討した。

## (1) フィリップピーによる立法事実(一般的事実)の定義

フィリップピーは、連邦憲法裁判所が現に裁判を抽象的な憲法原則だけではなく、事実的基礎に基づいて行っていることを指摘する。そのうえで、連邦憲法裁判所の認定する事実の多くは、普遍的な性質を有する「一般的事実 (generelle Tatsache)」であり、それはアメリカにおける「立法事実」に相当するものであるとした。

フィリップピーによれば、「事実 (Tatsache)」については広狭二通りの捉え方が可能である。狭義においては、事実は「五感によって知覚可能な具体的事情」に限定されるが、広義においては、すべての「現実の事情」が事実に含まれる。例えば、「人はいつかは死ぬ」といった普遍的な一般的事情は、狭義の定義によれば事実に含まれないが、広義の定義によれば事実に含まれる。フィリップピーは、広義の定義を採用し、連邦憲法裁判所もまた普遍的な一般的事情を事実として捉えているとする。<sup>(65)</sup>

そのうえで、フィリップピーは、憲法の領域において問題となる事実を、「個別的事実 (Einzeltsache)」と「一般的事実 (generelle Tatsache)」とに区分する。個別的事実は、「個々の人または物に関する事実 (Tatsachen... die sich auf einen einzelnen Menschen oder eine einzelne Sache beziehen)」であって、通常、五感によつて知



覚可能であるのに対し、一般的事実は、「ある部類の人または物に関する事実 (Tatsachen, die auf eine Klasse von Menschen oder Sachen beziehen)」であつて、通常、五感によつて直接に知覚することは困難であるといふ。<sup>(66)</sup>

フィリップイによれば、典型的には、裁判官の事実認定活動は個別的事実に関するものが主であり、訴訟法も個別的事実を前提として作られている。一般的事実は、裁判官による法創造の領域においても特別の役割を演じているが、とりわけ、連邦憲法裁判所の判断においては一般的事実の探究が大部分を占め、個別的事実の認定は、憲法訴訟の領域を中心として限定的に行われるにすぎないといふ。<sup>(67)</sup>

## (2) 一般的事実の分類

フィリップイは、連邦憲法裁判所の認定した一般的事実を大きく①歴史的事実 (historische Tatsache)、②現在の事実 (gegenwärtige Tatsache) 及び③将来の事実 (zukünftige Tatsache) の三種に分類し、後二者はさらに細分化されている。

すなわち、現在の事実には、社会・経済制度の目的や、諸量間の統計的相関関係、自然科学的因果経過に関する事実、さらには社会通念に関する事実などを含むとされる。また、将来的事実（予測）には、立法の効果予測、社会的構造変化に関する予測、投票行動の予測などを含むとされる。<sup>(68)</sup>

その実例のうち若干については、次章において取り上げる。

## (3) 連邦憲法裁判所による一般的事実認定の正当性

連邦憲法裁判所による一般的事実の認定は、果たしていかにして正当化されるのであろうか。フィリップイは、デ

イヒガンズら連邦憲法裁判所による独自の事実認定に対して批判的な論者に対し、次のように反論し、独自の事実認定の正当性を裏づける。

イ 反対の論者は、連邦憲法裁判所の任務はあくまで個別的事件の解決にあり、その任務を超えて一般的な事実を収集してはならないという<sup>(69)</sup>。しかし、連邦憲法裁判所の統制の対象が、立法者の制定した一般的規制であることを看過すべきでない。立法者は、立法にあたって、社会的現実をあまねく顧慮するのであり、その際、立法者の事実認定には制限は課されない。連邦憲法裁判所は立法者によって定立された一般的規制を、さらに統制する立場にあるのであって、その際には広く社会的現実を顧慮する必要がある。その限りにおいて、連邦憲法裁判所の活動は立法者の任務と接近するのである。

ロ 連邦憲法裁判所の独自の事実認定は、憲法判断を真実により合致したものにするとともに、憲法判断に柔軟性をもたらす。立法事実に基づいた判断を行うことにより、①事実状態の変更によって時代遅れとなった法律を違憲であると宣言することができ、②逆に新たな事実状態の生起によって必要となった法律の合憲性を維持することが可能となるのである。<sup>(70)</sup>

### (三) オッセンビュールの見解

フリッツ・オッセンビュール (Fritz Ossenbühl) も、具体的規範統制との関係で、連邦憲法裁判所の事実認定が主に一般的事実を対象とするものであることを指摘する。<sup>(71)</sup>

彼は、娯楽機器設置に対して特別税を賦課する州の娯楽税法の合憲性に関し、連邦憲法裁判所が事実認定を拒否して審級裁判所へ差し戻したことを批判する。<sup>(72)</sup>

彼によれば、確かに、連邦憲法裁判所法第八一条は、同裁判所の審理を法律問題 (Rechtsfrage) に限定してはいるが、これは連邦憲法裁判所が事実認定を全く行わないことを意味するのではない。連邦憲法裁判所は、同裁判所と審級裁判所との任務分担に関する誤った認識に立脚したものである。提出裁判所に係属する具体的な個別的法的争訟に関する事実としての「個別事件の事実 (Binzellfalltatsache)」と、審査されるべき法規の基礎をなす立法事実たる「一般的事実 (Generelle Tatsache)」とは峻別されるべきである。どの裁判所も、その判断すべき法律問題に属する事実を探究しなければならぬのであり、立法事実は、まさに、連邦憲法裁判所の判断すべき立法の合憲性という法律問題に属する事実である。提出裁判所と連邦憲法裁判所とは、決して事実審と法律審の關係にあるわけではない。従って、前記事件における連邦憲法裁判所による差戻しはその点を看過したものである。オッセンビュールは、連邦憲法裁判所による立法事実の認定の正当性を以上のように論証した。<sup>(73)</sup>

#### 四 ヴェーバー・グレルの見解

ハインリヒ・ヴェーバー・グレル (Heinrich Weber-Grelle) もまた、連邦憲法裁判所による認定事実の多くが一般的事実であるとする。<sup>(74)</sup>

彼もまた他の論者たちと同様、規範統制における事実認定の必要性を指摘する。規範統制は、決して規範と基本法との照合に尽きるものではなく、ある法律とその法律の基礎をなす問題との均衡が失われているかどうかを審査されるのであるという。そのうえで、彼はオッセンビュールに倣い、具体的規範統制手続において問題となる二種の事実を区別する。すなわち、提出裁判所に係属する事件の基礎をなす事情の解明はひとえに審級裁判所の責務であるのに対し、審査対象たる規範がその上に拠って立つ事情の解明は連邦憲法裁判所の任務である。そして、ヴェーバー・グ

レレは、こうした立法者が規範の基礎とした事実の多くは、こうした事実は、その普遍的性質及び個人との関連性の欠如とを特徴とする「一般的事実」であるとする。<sup>(75)</sup>

ヴェーバー・グレレによれば、こうした区別は、両裁判所が全く異なった機能を有していることに基づく。すなわち、提出裁判所は、第一次的には個別的な事件を裁判しなければならぬのに対して、連邦憲法裁判所の任務は、違憲と考えられた規範を包括的に評価することにあるからである。審級裁判所が規範の基礎をなす事情について自ら証拠調べをなすことは、本来の訴訟物を超えてしまし、当事者に対し訴訟開始前には予定されていなかった費用の危険を負わせることになるという。<sup>(76)</sup>

このようにして、ヴェーバー・グレレもまた、連邦憲法裁判所による一般的事実の認定は正当なものであるとするのである。

### 3 連邦憲法裁判所の認定事実についてのまとめ

以上にみたように、連邦憲法裁判所における認定事実を表すものとしては、「立法事実」ないし「一般的事実」の語が頻繁に用いられ、司法事実に対応するものとしては「個別的事実」の語が用いられる。「一般」「個別」の語を冠している点は、立法事実の「属性」を基準としたものとして注目される。フィリップイがアメリカのシャープの見解を参照していること<sup>(77)</sup>にみられるように、「一般的事実」の概念構成にあたっては、アメリカにおける立法事実論が大きな影響を及ぼしていることが許されよう。

連邦憲法裁判所がどの程度の事実認定をすることができるのかに関して、議論がみられるが、以上にみたヴァッケ、フィリップイ、オッセンビュール及びヴェーバー・グレレの見解にみられるごとく、少なくとも「一般的事実」

につき連邦憲法裁判所が独自に認定することができるという点では、大方の見解が一致しているとみることができる。<sup>(18)</sup>

- (1) Stein, F., Die Private Wissen des Richters, S. 5 f. (1893).
- (2) A. a. O., S. 174 f.
- (3) A. a. O., S. 175.
- (4) A. a. O., S. 176 f.
- (5) A. a. O., S. 177.
- (6) A. a. O., S. 178.
- (7) A. a. O., S. 180 f.
- (8) A. a. O., S. 188 f.
- (9) A. a. O., S. 189 f.
- (10) A. a. O., S. 21 f.
- (11) A. a. O., S. 19 f.
- (12) A. a. O., S. 20 f.
- (13) A. a. O., S. 21.
- (14) A. a. O., S. 32 ff.
- (15) A. a. O., S. 52.
- (16) A. a. O., S. 77.
- (17) A. a. O., S. 78.
- (18) A. a. O.

- (91) A. a. O., S. 85.
- (90) A. a. O., S. 182.
- (89) A. a. O., S. 86.
- (88) A. a. O., S. 95 f.
- (87) Vgl. etwa, Hellwig, K., System des Deutschen Zivilprozessrechts, 1. Teil, S. 673 ff. (1912) ; Rosenberg, L., Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, S. 346 ff. (1927).
- (86) Schlüter, W., Das Obiter Dictum, Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, S. 28 ff. (1973).
- (85) A. a. O.
- (84) Wank, R., Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 154 ff. (1978).
- (83) A. a. O., S. 162.
- (82) A. a. O.
- (81) A. a. O., S. 165 ff.
- (80) Gottwald, P., Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 162 f. (1975).
- (79) A. a. O.
- (78) Seiter, H., Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in : Festschrift für Fritz Baur, S. 573 f. (1981).
- (77) A. a. O., S. 574 f.
- (76) A. a. O., S. 577 ff.
- (75) Schmidt, E., Der Umgang mit Normtatsachen im Zivilprozess, in : Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, S. 807 (1985). 『法律』 四〇・三〇〇の民法論について 『法律』 三六・四〇「民法論」の発展と

- 審理」木川統一郎博士古稀記念『民事裁判の充実と促進（下）』二二頁以下所収（一九九四年）において紹介がなされている。
- (36) Schmidt, a. a. O. (Anm. 81), S. 807. このような対立項は、とくに、意思表示の解釈に関する場合に、オーバーラップする可能性がある。
- (37) Schmidt, a. a. O. (Anm. 81), S. 807.
- (38) A. a. O., S. 807 f.
- (39) A. a. O., S. 809.
- (40) A. a. O., S. 809 f.
- (41) A. a. O.
- (42) A. a. O., S. 810.
- (43) A. a. O., S. 810 f.
- (44) A. a. O., S. 811.
- (45) Prütting, H., Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln, S. 305 (1988).
- (46) A. a. O., S. 318.
- (47) Schneider, G., Die Heranziehung und prozessrechtliche Behandlung sog. Rechtsfortbildungstatsachen durch die Gerichte, S. 16 (1993).
- (48) A. a. O., S. 17.
- (49) A. a. O., S. 21 f.
- (50) Lames, P., Rechtsfortbildung als Prozeßzweck (1993).
- (51) A. a. O., S. 52 f. なお、ラーメスの法創造効の考え方には、ディーター・ライボルトの見解の影響が存する。ディーター・ライボルト（吉野正三郎＝水野五郎訳）「判決効と法形成」天野和夫＝P・アーレンス＝J・L・ジョーウェル＝王淑文

編『裁判による法創造—現代社会における裁判の機能—』三三二頁以下所収（一九八八年）を参照。

- (52) Lames, a. a. O. (Ann. 96), S. 52 ff.
- (53) A. a. O., S. 55.
- (54) A. a. O.
- (55) A. a. O., S. 56.
- (56) もともとヴァンクは、すでに法創造の合理性担保のために経験諸科学の知見を利用すべきことを示唆していた。Wank, a. a. O. (Ann. 26), S. 154, S. 186, S. 257. さらに一九八九年の論稿においてヴァンクは、「法事実 (Rechtstatsache)」の認定につき、法学、法社会学、法制史及びその他の諸科学の積極的利用を説いている。Wank, R., Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, DVBl. 1989, 633, 635 (1989).
- (57) 周知のとおり、ドイツの違憲審査手続は、①連邦政府、州政府または連邦議会の議員の三分の一の申立により法律の合憲性を具体的事件とはかかわりなく審査する抽象的規範統制 (abstrakte Normenkontrolle) (連邦憲法裁判所法 (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG)) 第一〇章) ②具体的事件の係属する裁判所が法律の違憲性を確信した場合に、連邦憲法裁判所の判断を仰ぐ具体的規範統制 (konkrete Normenkontrolle) (同法第一章) 及び③基本権の侵害を受けたと主張する者が救済を求めて出訴する憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde) (同法第一五章) の三種に分かれる。①は最も純粋な抽象的審査であり、②は具体的事件を契機とする点では付随的審査制に類似するが、連邦憲法裁判所に提出された以後の手続は具体的事件と切り離された形で行われるため抽象的審査の範疇にとどまる。これに対し、③は、具体的な権利侵害からの救済を主眼とするもので、むしろ付随的審査制・私権保障型に近似する。そして、現実には提起される手続の大部分が③の憲法訴願である (例えば、一九八九年における処理件数は、①が六件、②が三〇件、③が三六九三件であった)。
- Vgl. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., S. 63 ff., S. 120 ff., S. 159 ff., S. 202 ff., S. 362 f. (1991). このことは、抽象的審査制と付随的審査制との合一化傾向の一つの現れとして把握されることがある。杉原泰雄『憲法—憲法総論』三三二頁以下、三三四頁以下（一九八七年）。なお、ドイツ型の違憲審査制は、違憲審査権を特別の裁判所に集中させる形をとる点



- に着目して、集中型違憲審査制と呼ばれることもある。マウロ・カベレッティ(佐藤幸治)谷口安平訳『現代憲法裁判論』七一頁以下(一九七四年)、畑尻剛『憲法裁判研究序説』四頁以下(一九八八年)。
- (85) BVerfGG 第三二条第二項によつて、裁判には「法律効(Gesetzeskraft)」が与えられている。法律の違憲判決は、BVerfGG 第七八条、第八二条、第九五条第三項によつて無効宣言の形で行われ、無効(nichtig)と宣言された法律は原則として効力を対世的・溯及的に失うことになる。Pestalozza, a. a. O. (Anm. 57), S. 334 f.; S. 352 f.; 田上穰治「改訂西ドイツの憲法裁判」七八頁以下(一九八八年)。もっとも、このような原則には個別的状況に応じた柔軟な修正が施されることがある。竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力—民事訴訟法学からの一試論—」三ヶ月章博士古稀記念『民事手続法学の革新(中)』六六九頁以下所収、六八〇頁以下(一九九一年)。
- (59) ディヒガンズは、立法府と連邦憲法裁判所との関係を事実審と法律審との関係になぞらえ、連邦憲法裁判所はもっぱら憲法規範の解釈とこの適用に専念すべきであるとした。Dichgans, H., Vom Grundgesetz zur Verfassung: Überlegungen zur einer Gesamtrevision, S. 176 f. (1970)。
- (60) 反対論の代表としては、後述するフィリップイの見解が挙げられる。なお、この議論の経緯に関しては、高見勝利「立法府の予測に対する裁判的統制について—西ドイツにおける判例・学説を素材に—」岩部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』三五頁以下所収、四二頁以下(一九八五年)も参照。
- (19) Wacke, G., Zur Funktionsfähigkeit unseres Rechtsprechungssystems, DVBl. 1968, 537 (1968)。彼は、連邦憲法裁判所が一連の裁判において、諸州の娯楽機器課税の合憲性に関し、事実認定を拒否して審級裁判所へ差し戻したことを批判する。
- (62) A. a. O., S. 543。
- (63) A. a. O.
- (64) Philipp, K. J., Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts (1971)。フィリップイの見解につき、とくに将来事実重点を置いてその一端を紹介するものとして、阿部照哉「憲法訴訟における事実認定と予測のコントロール—西ドイツの憲法判例を中心に—」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』四四七頁以下所収(一九七八年)、及び高見・前

掲(注68)論文がある。

- (59) Philippi, a. a. O. (Anm. 64), S. 3 ff.
- (66) A. a. O., S. 6 ff.
- (67) A. a. O., S. 9 ff. フォリッピイによる連邦憲法裁判所判例集(BVerfGE)一〜二五卷(一九五一年九月九日〜一九六九年五月七日)登載の諸判例の分析によれば、認定された二八一の事実のうち、個別的事実は一二であるのに対し、一般的事実は二六九であり、一般的事実の占める割合は九六%に達しているという。連邦憲法裁判所が例外的に個別的事実を認定する典型的な場合は、①訴訟者の国籍を認定する場合(BVerfGE1, 322 (328) など)及び②報道関係事件において言論の広範囲の経緯を認定する場合(BVerfGE12, 113 (115 f.), BVerfGE 7, 198 (199 f.) など)の二種類であるという。A. a. O., S. 2, 10 f.
- (68) A. a. O., S. 15 ff.
- (69) Kern, E., Probleme der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes gemäß Artikel 131 GG, DVBl. 1954, 211, 215 f. ナルンバーク、連邦憲法裁判所が「超裁判官的(überrichterlich)」な機能を行使することは極力避けらるべきであるという。
- (70) Philippi, a. a. O. (Anm. 64), S. 185 f., 188 f.
- (71) Ossenbühl, F., Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Stark (hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, S. 458, S. 489 f. (1976).
- (72) BVerfGE 18, 186 (191 ff.) (1966). 判旨は、差戻を相当とする理由につき、次のように述べた。「もし、提出裁判所が事実関係を完全に解明するという任務の一般的な遂行につき適切さを欠き、それを連邦憲法裁判所に委ねようとするのであれば、連邦憲法裁判所の本来の任務を見誤ることになるであろう。連邦憲法裁判所に課せられているのは第一次的には憲法問題の解明であって、事実の調査ではない。」BVerfGE 18, 192 f.
- (73) Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 71), S. 489 f.
- (74) Weber-Grellet, H., Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 22 ff. (1979).

(75) A. a. O., S. 23 f.

(76) A. a. O., S. 24.

(77) Philipp, a. a. O. (Anm. 64), S. 7 Anm. 13.

(78) Vgl. Wacke, a. a. O. (Anm. 61), S. 543; Philipp, a. a. O. (Anm. 64), S. 9 ff.; Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 71), S. 489 f.; Weber-Grellet, a. a. O. (Anm. 74), S. 24 f.

### 第三節 小括

#### 一 事実分類の観点

これまでの検討から、立法事実ないし法創造事実の定義には、いくつかの系列の存することが判明した。

第一に、機能的分類に立脚した定義がある。すなわち、通常の法適用に際して小前提として必要となる「包摂事実」と区別されるところの、大前提たる法規範の創出に関わる事実として、法創造事実を定義づける立場である。この把握の仕方、ドイツによる立法事実の発見の経緯にも符合するし、また、近時のドイツの訴訟法学上の議論にも対応する定義の仕方であるといえよう。

第二に、上記のような定義を前提にしつつも、さらに、とくに目的論的ないし政策的な法解釈方法論を採用することを念頭に置き、目的手段との関連を重視する手法を用いる際に必要となる事実面の資料として法創造事実をとら

える見解が存する。立法事実を目的関連的な事実と手段関連的事実とに大別して把握するカースト教授の議論はその典型例であるし、また、法創造事実を、比例原則との関係で位置づけるドイツの見解もこれと密接に関連しよう。

第三に、属性に着目し、個別的性質ではなく、社会一般の人間行動等に関わる一般的性質を備えている点に、法創造事実の特徴を見出し、これを一般的事実として定義づける見解も存する。

第四に、とくに、憲法訴訟の場合を念頭に置いた用法の存することもすでに知られている。この場合、とくに、違憲審査の対象たる個別立法の合理性を支える事実としてこれをとらえるのが通例である。このような把握の仕方は、わが国の憲法訴訟論において、前提とされている考え方であるといえよう。<sup>(1)</sup>

## 二 アメリカ・ドイツの議論の比較—司法観の相違との関係—

第一節におけるアメリカにおける「立法事実」論の分析から得られたのは、そこで用いられる「立法事実」が、①司法府の「立法的判断の基礎事実」、及び②「違憲審査の対象たる立法の基礎をなす事実」、という二つの意義を有するということであった。そして、さらに、第二節における、ドイツでの類似の議論の分析からは、アメリカにおける「立法事実」に相当するものとして、①裁判官による法創造の基礎事実としての「法創造事実」と、②連邦憲法裁判所の認定事実としての「一般的事実」とがあることが判明した。そして、アメリカにおける概念とドイツにおける概念の相互関係については、ドイツにおける「法創造事実」が、アメリカにおける①の意味における「立法事実」にほぼ対応し、またドイツにおける「一般的事実」が同じくアメリカにおける②の意味における「立法事実」に、それぞれ対応するものとして捉えることが可能であるといえる。

しかし、アメリカにおける議論と、ドイツにおける議論には、共通点だけでなく、相違点もまた存在することに

留意する必要がある。

特に顕著な相違点としては、次の二つの点が挙げられる。

(1) まず目につくのは、ドイツにおける立法事実論類似の議論のうち、「法創造事実」に関する議論の展開が、ごく最近に至ってやっと始まったものにすぎないという点である。アメリカにおいて今世紀の前半から広義の立法事実の存在が理論上正面から認知されてきたことは第一節でみた通りであり、このこととの対比でみると、ドイツにおける議論の後発性が顕著である。

(2) (1)とは対照的に、ドイツ連邦憲法裁判所の事実認定は、ある意味でアメリカにおけるそれを上回る徹底性を示している。アメリカにおけるシャープらの議論が、ドイツにおける連邦憲法裁判所の事実認定の先進性に触発されて行われたものである点は、その証左であるといえよう。

このように、アメリカの議論と比較して、ドイツにおける議論には、通常訴訟の分野における「後発性」と、憲法訴訟の場面における「先進性」が顕著であるといえる。このような、ドイツにおける議論状況の分離は、なぜ生じたのであろうか。この点を、通常訴訟の分野を中心とした「裁判官による法創造」・「法創造事実」に関する議論と、連邦憲法裁判所の事実認定に関する議論とに分けて、若干検討することにした。

まず、ドイツにおいて、裁判官による法創造（あるいは法創造事実）に関する議論が、アメリカと比べて「後発的」たらざるを得なかった事情としては、次のようなものが考えられる。

イ まず、大陸法的な権力分立論の影響が挙げられよう。アメリカにおいては権力分立が三権の間の抑制・均衡に重点をおいて理解され、司法院の優位とも矛盾なく調和したのに対し、大陸法においては権力分立が立法権を中心として理解され、司法院は立法府の定立した法の適用者にすぎないとされた。<sup>(2)</sup> このような権力分立の理解のもとでは、

裁判の法創造機能は、「法による裁判」の原則に抵触し、許されないとされることになる。<sup>(3)</sup>

ロ 次に、上の事情とも関連して、アメリカ型の司法権とドイツ型の司法権との守備領域の違いが挙げられるであろう。アメリカにおいては司法権が立法を含む政府行為の司法審査の作用をも当然に内包するものとしてとらえられた。これに反し、ドイツでは、司法は戦前においては民事及び刑事事件の裁判に限られており、違憲審査権はおろか、行政裁判権も与えられていなかった。このような事情はドイツの戦後の司法制度整備にあたって影響を及ぼし、違憲審査制を導入するにあたって、審級裁判所とは別個の系列の憲法裁判所を設けることによって対処した。<sup>(4)</sup> かくして、政策的考慮を最も必要とするところの違憲審査は審級裁判所の守備領域ではないとされ、通常裁判所は、従来と同じく民事・刑事事件の裁判に専念することとなったのである。<sup>(5)</sup>

ハ また、判例法に対する認識の相違も挙げられる。アメリカにおいて先例拘束性の原則が採用されていることは、最上級裁判所が行う裁判に一定の立法的性格を付与することになる。<sup>(6)</sup> これに反し、ドイツにおいて基本的には制定法主義がとられてきたことは、判例のもつ拘束力を制度的なものではなく、単に事実的なものとして把握する傾向を生じたことは否めない。<sup>(7)</sup>

ニ さらに、右に述べたことも関連して、ドイツにおいては、民事訴訟の目的について、既存の実体法上の権利ないし全体としての法秩序の実現に重点を置いて理解する傾向が強<sup>(8)</sup>く、法的効果としての権利義務を定める「規範」を中心に据えて訴訟理論が構築された点も挙げられよう。かような理論構成のもとでは、大前提たる規範に該当する事実<sup>(9)</sup>に第一義的重要性が与えられることになり、その他の事実<sup>(9)</sup>は、理論構成にあたって視野の外に置かれがちである。このように、通常司法の分野においては、法の適用については重要性をもたず、単に政策形成にとつてのみ意義を有する事実<sup>(9)</sup>は、理論体系の中に入り込む余地がなかったと考えられるのである。

以上に反し、連邦憲法裁判所の行う違憲審査の場面において、「先進的」な事実認定が可能となったのは、上に挙げた口の事情がいわば裏面から作用した結果であると考えられる。すなわち、戦後、ドイツが違憲審査制を導入するにあたって、通常裁判所には審査権を与えずに、集中型審査制を採用したのは、司法審査のもつ政治的性格を自覚し、古典的権力分立原理に忠実であらんとしたためである。いわば、連邦憲法裁判所は、当初から非司法機関的な性格を併有するものとして出発したのである。そして、そのような連邦憲法裁判所の性格は、裁判官の任命方式のみならず、その行動様式にも影響を及ぼしたものと考えられる。<sup>(10)</sup> アメリカにおいては司法内在的な作用であるところの違憲審査は、ドイツにおいては司法外在的な作用として導入され、そのことが、連邦憲法裁判所が、伝統的な通常裁判権の枠組みを超えた活動をなすことを可能ならしめたのである。

(1) もっとも、近時は、立法事実の本来的な意義(＝立法的判断の基礎事実)も、憲法訴訟論において次第に自覚され始めている。この点については第五章参照。

(2) 大陸とアメリカにおける権力分立観の相違については、芦部信喜「司法審査制の理念と機能」同『憲法訴訟の理論』所収、九頁以下(一九七三年、初出一九六五年)、及び杉原泰雄『憲法Ⅰ憲法総論』二八一頁以下(一九八七年)参照。

(3) 裁判官による法創造に言及するドイツの文献は、古典的権力分立論が裁判官による法創造に対する消極論に傾くことを、しばしば指摘する。例えば、フーゴ・ザイターは、既存の手続規定が「裁判官の任務は立法者によって発せられた法規範や慣習法を特定の事情に適用することにあるという伝統的権力分立論に基づいた観念を前提としている」とする。また、ハンス・ブリュッテニングは、裁判官による法創造が、権力分立原理・民主政原理及び法による裁判の原理と緊張関係にあることを指摘する。Seiler, H., Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 577 (1981); Prütting, H., Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung, Festschrift Re-

chswiss. Fakultät Köln, S. 316 (1988).

- (4) マウロ・カペレットティ (Mauro Cappelletti) は、ドイツにおいてアメリカ型の非集中型審査制でなく、集中型審査制が採用された理由として、①大陸における司法部への警戒の傾向、②大陸における先例拘束原理の不在のもとで統一判断を確保する必要があったこと、及び③大陸型裁判官が制定法の適用には秀でていたが政策的判断には不向きであること、を挙げている。カペレットティ(谷口安平『佐藤幸治訳』『現代憲法裁判論』七五頁以下(一九七四年)。なお、和田英夫「カペレットティの『比較憲法裁判論』について」同『大陸型違憲審査制』三四五頁以下所収(一九七九年、初出一九七五年)参照。
- (5) このことは、アメリカの制度が「裁判上司法型」であるのに対し、フランス・ドイツの制度は「裁判上司法型」である、という形で表現されることがある。樋口陽一「栗城壽夫「憲法と裁判」一六頁以下(樋口)(一九八八年)。
- (6) アメリカにおける立法事実論は明らかに先例拘束性を念頭に置かれている。Karsl. K. C. Legislative facts in constitutional litigation, US Supreme Court Review 1960, 75, 107-108 (1960)。なお、主にアメリカ法を参照しつつ立法による法形成との比較において判例による法形成の特質を検討したものととして、田中英夫「判例による法形成」同『法形成過程(英米法研究一)』三頁以下所収(一九八七年、初出一九七七年)参照。
- (7) ヘリベルト・ヒルテ (Heribert Hirte) は、アメリカとドイツにおける立法事実顕出制度の相違の背景として、①コモローにおいては裁判官に形成的・立法的権能 (eine gestaltende und damit rechtssetzende Befugnis) が認められてきたのに反し、ローマ法諸国においてはフランス大革命の影響もあって法創造権能に対する抑制 (Vorbehalt) が存在したこと及び②ドイツにはアメリカにおけるような先例拘束性が存在しないことを挙げる。ただし、②については、最上級裁判所以外の判断については差は存在しないし、近年ドイツにおいても最上級裁判所からの逸脱に際しての理由づけ強制 (Begründungszwang) が論じられているところから、両国の差異は絶対的なものではなくところと云う。Hirte, H., Der amicus-curiae-brief, das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen, ZfP 1991, 11, 58 ff. (1991)。
- (8) 民事訴訟目的論に関する詳細にはここでは立ち入らない。ドイツにおける議論状況に関しては、三ヶ月章「民事訴訟の目的と機能」三ヶ月章『青山善充編』『民事訴訟法の争点(新版)』六頁以下(一九八八年)、中村英郎「民事訴訟制度の目的につ



いて」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進（上巻）』一頁以下（一九九四年）などを参照。

(9) 既存の訴訟法が「包摂事実」のみを念頭に置いてきたのはその最大のあらわれである。Seifer, a. a. O. (Ann. 3), S. 574 註。

(10) カペレットティ（谷口一佐藤訳）・前掲書七七頁、和田英夫『大陸型違憲審査制』五二頁以下（一九七九年）。

### 第三章 立法事実・法創造事実の具体例

本章では、アメリカ、ドイツ及びわが国における裁判例において現れた立法事実ないし法創造事実の実例のうちの若干を探ることにする。

#### 第一節 アメリカにおける認定の例

アメリカにおける立法事実認定については、多数の例が存することが知られている。本節では、これらを網羅的に掲げることはせず、最近の典型例として、アスベスト訴訟におけるそれを検討するにとどめる。

なお、その他の事件についても、訴訟法上の取り扱いとの関係で問題となるものについては、追って随時採り上げることにする。

アスベスト訴訟は、近時の最も大規模な製造物責任訴訟として知られており、これに関する多数の論稿も存している。<sup>(1)</sup>

【判例 A2】 In re Asbestos Litigation 事件（連邦第三巡回区上訴裁判所一九八七年九月三日）<sup>(2)</sup>  
 （事案）

まず、事案の背景として、ニュージャージー州における当時の判例法の状況を紹介する必要がある。

建材中に包含されるアスベストによる健康被害を理由として提起された多数のアスベスト訴訟が、原審であるニュージャージー連邦地方裁判所に係属した。ニュージャージー州法上、製造物責任について厳格責任の準則が形成されていた。しかし、これらの訴訟において、製造者側は、製造当時有害性を知り得なかったとして、いわゆる技術水準 (state-of-the-art) の抗弁を提出するのが常であった。

ニュージャージー州最高裁判所は、一九八二年に示した判断において、無過失責任としての把握を徹底し、上記抗弁は法的に認められないと判断した (Bestada 事件)。その実質的根拠として、そのように解することが、製造物責任法理の背景にあるところの、①リスクの分散、②事故の抑止、及び③事実認定の容易化という政策的目的に合致することが挙げられている。州最高裁判所の見解によれば、製造物責任の厳格化は、製造者側に製品の改良を促し、また、技術的争点に関する陪審の混乱をも回避し得るといふ<sup>(3)</sup>。

しかし、その二年後（一九八四年）、同裁判所が、薬品の欠陥事例について、技術水準の抗弁の主張を許す判断を示した (Ford 事件)<sup>(4)</sup>。そのため、係属中の他の訴訟において、別の建材製造業者が、同抗弁を主張したが、州の第一審裁判所は、薬品とは異なり建材については、同抗弁は先例により許されないとして、これを斥け、州の最高裁判所もこれを支持した<sup>(5)</sup>。そこで、さらに別の、いまだ訴訟当事者となっていない製造業者が、業種により異なる判断を示すのは、法による平等な保護を保障した合衆国憲法修正第一四条（平等保護条項）に反するとして、連邦地方裁判所に出訴した。その際、製造業者たちは、同州の判例法も、同条にいう「法 (laws)」に該当するとの理論構成をとった。これが本件の事案である。

なお、その後、一九八六年に、技術水準の抗弁に関する争点についての判断を留保しつつ、アスベストの危険性が業界において以前から認識されていたという事実認定に基づいて責任を肯定した事例が現れた（Eischer事件）。かくして、判例理論は三つ巴の様相を呈するに至っていた。<sup>(6)</sup>

原審であるニュージャージー連邦地方裁判所は、合議体によって（in banc）審理を行い、全ての同種事案につき、共通に適用されるべき判断を下した（本件の標題が対立当事者名によって表示されていないのはそのためである。<sup>(7)</sup>）。原審の多数意見は、合理的基礎の基準（rational basis test）を適用し、技術水準の抗弁を排除する州の判例準則と、その政策的目標との間には、合理的な関連性（rational relationship）が存存るとして、州の裁判所により定立された準則は違憲ではないとした。<sup>(8)</sup>これに対して、製造業者が上訴（appeal）したのが本件である。

（判例）

上訴棄却。

ワイス（Weiss）裁判官の法廷意見（ベッカー（Becker）裁判官同調）の要旨は次のとおりである。

まず、本件においてそもそも平等保護条項違反の有無が問題になるかどうかに関しては、州籍相違事件（diversity case）においては連邦裁判所も州法を解釈適用すること、及び、判例法も「法」に相当することを根拠として、修正第一四条違反に関する争点についての判断に立ち入った。

次に、審査基準に関し、訴訟上の抗弁を主張する権利は、基本的（fundamental）なものとみることができず、従って、基本的権利に適用されるべき厳格な基準は、本件では適用し得ず、通常の合理的基礎の基準によるべきであるとした。そして、公的政策についての判断については、州の立法府が最も適任であることを確認し、同時に、コモロー上の準則についての急激な変更は望ましくないことも確認した。

次に、立証責任分配（allocation of burden of proof）に関し、法の合憲性を主張する側は、異なった取り扱いの基礎にある事実的想定（factual assumptions）を政策立案者が真実であると想定することが困難であったことを裁判所に確信させなければ

ばならないが、本件においてはそのような立証が尽くされていないとした。

そして、結論として、リスク分散の趣旨、被害補償、事実認定の容易化という政策的考慮のために、当該業種につき技術水準の抗弁を廃したことは、合理的関連性 (rational relationship) が肯定されるとして、違憲の主張を認めず、上訴を棄却した。ベッカー裁判官は、上記の法廷意見に同調しつつ、立法事実に関し、次のように補足した。

「完全な手続保障の下で本件において認定された司法事実 (adjudicative fact) の基礎の上に立って、ニュージャージー州最高裁判所は、次のような立法事実 (legislative fact) — すなわち、アスベストに晒されることによる危険は、問題となる全ての時点において、業界にとって認識可能であったとの事実を認定した。立法事実認定の課題については、法律学上もあまり論じられていない。そこで、私は、立法事実が、なぜニュージャージー州最高裁判所とった区別 (distinction) を有効たらしめると考えるのかにつき、別個に説明を行うことにする。」

「ニュージャージー州最高裁判所の判決を読むと、同裁判所は、アスベスト事件の被告に対し、技術水準の抗弁を理論的には否定していない。むしろ、ニュージャージー州の裁判所は、Beshada・Feldman・Fischer という三事件の錯綜の中で、問題となる全ての時点において、アスベストの危険性が業界にとって認識可能であったとの立法事実を認定したのである。そうであるとすると、ニュージャージー州最高裁判所は、合理的にも、アスベスト業界に対して『認識可能 (knowable)』であった事項に関する、際限のない訴訟の繰返し (endless re-litigation) を排除したことになる。」

「Fischer 事件において、ニュージャージー州最高裁判所は、アスベストの害悪が業界にとって認識可能であったことのみならず、これら害悪が、少なくとも一製造業者に現実には認識されていたことをも認定した。(中略) 例えば、同裁判所は、『アスベストに晒されることによる重大な肺への危険を記録するとともに、労働者を保護するための措置につき論じているところの、一九三六年から一九四一年までの間に出版された一一の科学記事』を参照した。」

「技術水準の抗弁は、被告または他方当事者が知っていた事項—すなわち特定当事者に関連する事実—を判断するものではない。むしろ、認識可能であった事項—すなわち世間一般に関する事実、を判断するものである。Feldman 事件において、裁判

所は、認識可能な事項に着目した。しかし、Fischer事件においては、裁判所は、個別具体的な判断を行った。業界の一業者たる被告「Johns-Manville社」が、まさにアスベストの被害を知っていたと判断することによって、ニュージャージー州最高裁判所は、三つ巴の判例の到達点として、害悪が業界全体に認識可能であったと判断したのである。」

「Feldman事件における裁判所の見解において、すでにこのような立法事実認定にまで到達していたとの議論をしばらく措き、仮に、立法事実が上記Fischer事件の時点に至って初めて認定されたのだとしても、今日の時点でそれが非合理であると断ずることはできない。取り扱いの区別につき、非合理であるとのラベルを貼ることは、製造業者の認識能力に関する現時点でのニュージャージー州の立場に反することになる。のみならず、そのように合理性を否定すると、当該裁判所は、現時点において支持しうるものが明白な区別的取扱いを否定するという、無意味な儀式を行うほかはない。そのようにしても、州裁判所が上述したような根拠に基づいて、その判断を再び復活 (revive) させるだけのことである。」

「アスベストの危険性の認識可能性 (knowability) に関する争点は、特定の訴訟当事者が知っていた事項に関するものではなく、むしろ、いかなる知識が、業界全体にとって可能な事柄の領域に属していたか、に関するものである。かくして、アスベストの危険性の認識可能性は、裁判所がその上に立脚して法の準則を形成 (fashion a rule of law) することのできる立法事実であるから、ニュージャージー州最高裁判所が、法的準則をこれら立法事実の上に立脚させたとしても不当ではない。」<sup>(9)</sup>

アスベスト訴訟は、アメリカにおいても稀に見る大規模な広がりをもった訴訟であり、一九八六年だけをとってみても、全米で三万件以上の同種訴訟が係属していたことは、上記の判例においても認定されているところである。<sup>(10)</sup> その意味で、本件における準則形成の可否の判断は、それが直ちに、当時係属する多数の訴訟に対して決定的な影響を及ぼすことになる。その意味で、本件は、そこでの立法事実認定が直ちに広汎な波及効果を生ずべき事案であったといえる。

## 第二節 ドイツにおける認定状況

次に、ドイツにおける認定状況に目を転ずることとする。ドイツにおける認定例のうち、社会計画の破産法上の位置づけに関する連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所との判断の齟齬の発生と立法的解決への過程については、すでに紹介したところである。ここでは、破産手続における配当率に関する統計資料が利用されていたことが特徴的であった。ここでは、同判例以外の事案から具体例を抽出することとしたい。まず、通常裁判権の領域を検討し、次に、憲法裁判権におけるそれを検討する。

## 一 民事通常裁判権の領域—貸付利息の適正性判断を例として

民事通常裁判権の領域においては、経済的事象に関する法創造事実を基礎に置いた判断が見いだされる領域がある。それは、典型的な取引のなされる分野における契約条件の適正さの判断がなされる場合である。ここでは、金融市場における適正な利率をいかに算定すべきかが問題となった事例を挙げることにする。

【判例D7】 連邦通常裁判所（民事第三小法廷）一九八一年三月一二日判決<sup>(1)</sup>

（事案）

本件は、債権の譲受人からする債務者の連帯保証人に対する給付請求である。訴外割賦銀行（Teilzahlungsbank）Bは、クレジット仲介者（Kreditvermittler）を介して、訴外Sに対して名目約二万マルクの金銭を貸し付けたが、その内訳は、元本一

万二、〇〇〇マルクのほか、仲介手数料、及び主債務者死亡等の場合に備えた残債務保険料 (Prämie der Restschuldversicherungs) の額を加えた計一万三、八六〇マルクに、さらに月利〇・九五パーセントの利息分(六、一八八マルク)を上乗せしたものであり、実際にSに交付されたのは、元本の一万二、〇〇〇マルクのみであった。そして、Sの実親がその保証人となり、当時Sの婚約者であったXが、Sの連帯保証人 (Mithaftend) となった。しかるに、Sは、約定の割賦金を一部しか弁済しなかった。

原告Xは、Bから貸金債権を買い受け、Sから一部弁済を受けたが、残額の支払を受けられなかったため、Yを相手取って支払命令 (Mahnbeseid) の申立を行ったが、Yは責任額を争ったため、争いのある部分についてのみ、通常訴訟に移行した。

第一審において、Yは、主債務の原因たる消費貸借が、良俗に反する (sittenwidrig) ものであり、適正な額はX主張の額より少ないと主張した。第一審 (ハイルブロン (Heilbronn) ラント裁判所) は、この主張を容れて、請求を棄却した。控訴審 (シュトゥットガルト上級ラント裁判所) もこれを支持したため、Xが上告したのが本件である。

(判旨)

上告棄却。

連邦通常裁判所は、残債務保険付の金銭消費貸借における適正な手数料及び保険料率の算定につき、原判決とは異なる見地から、実質的な対価的均衡を考察した。その概略は次のようである。

まず、同裁判所は、ドイツにおいて消費者保護の気運の高まりと、契約自由の濫用法理の進展が見られることを指摘しつつも、いまだ、「他の事情 (andere Umstände)」の考慮なしに、一義的に利率の点だけから高利であることを判断しうるような制度が存在していないことを指摘した。従って、貸主の優越的地位の濫用などの「他の事情」の存在に言及せず、市場金利との比較だけから、高利率であることを認定した原判決は不当であるとした。

その上で、同裁判所は独自の見地から、妥当な実質的利率の算定を行った。同裁判所によれば、その算定に際しては、市場比較 (Markvergleich) の手法が有効であるという。しかし、その場合、比較対象たる市場の選定には、慎重さを要するという。

すなわち、比較の対象たる市場は、当該事件で問題となる取引と同様の特性を備えた特別市場 (Sondermarkt) であらねばならず、漫然と、一般的な市場金利との比較を行うのは妥当ではないという。そして、そのような特別市場を基準とした上で、対価的な関係をなすところの「一定期間の信用供与」と「利子」との均衡の有無に着目し、取引の内容、目的及びその他の事情を総合的に考慮して、対価的な不均衡の有無を判断すべきであるという。

そして、その場合、真実の認定のため、必要とあらば、事実審裁判官 (Factualien) は、適切な鑑定人を選任することができ、その際、一般的にアクセス可能な、統計資料などの情報源が与えられなければならないという。また、事実審裁判官は、統計資料等の証拠の意味 (Beweisbedeutung) につき、鑑定人を審尋し、または官庁の情報を求めることができるという。

その上で、本件のような残額保険付の金銭消費貸借につき検討を加えている。

- (1) まず、仲介手数料につき、これは、報酬の意味を有するもので、民法上の利息にはあたらないとし、これを実効的利息 (Effektivzinssatz) に含めた原判決は妥当ではないとした。

- (2) 次に、債務者が死亡した場合等の残額保険料につき、これは、信用供与者及び債務者の相続人の双方のリスクを低減するものであって、双方が平分して負担するのが相当であるとした。

- (3) 最後に、狭い意味での利息につき、市場比較による適正性の判断がなされた。その際、比較の方法については、金融数学的 (finanzmathematisch) に厳密な手法が採用されなければならない。この場合、理論的に適正な利率の値については、事実問題として、事実審裁判官 (Factualien) が、必要とあらば鑑定人の助力を得て認定しなければならないという。また、本件のように、残額保険が付されている場合には、保険によるリスクの低減が、利率にも影響を及ぼすべきものであるから、比較対象の選定にあたっては、同じく残額保険の付された取引によるべきであるとする。そして、本件における原審の認定事実によれば、ドイツ連邦銀行による統計上、本件消費貸借締結当時の平均的な金利は月利〇・三三パーセントであり、本件の月利〇・九五パーセントは、同統計の標本との差異を考慮しても、当時の利率の相場を格段に上回るものであると説示し、信用供与における対価関係の不均衡が認められ、本件消費貸借契約は良俗違反により無効 (nichtig) であるとした。もっとも、約款自体の効力の



判断までは行わなかった。

本件は、法創造事実ないしそれに類似する概念を明示的に承認したものではないが、残額保険付消費貸借という、ドイツにおいて一定の社会的類型性を帯びた取引に關し、社会的波及効果を及ぼしうる判断に際して、金融市場の実情が基礎とされたものである。こうした経済的事実は、実質的に法創造事実<sup>(12)</sup>に相当するであろう。ドイツにおいても、本件を、法創造事実（規範事実）認定の一つとして位置づける論者が見られる。

## 二 憲法裁判権の領域

前述のとおり、ドイツにおける連邦憲法裁判所による事実認定の状況に關する網羅的な実証的研究がフィリップイによって行われている。

フィリップイの分析は、一九五一年から一九六九年までの判例を素材として行われており、最近の判例は素材とされていないが、それでも、いくつかの典型的な一般的事実の認定の例を抽出することに成功している。ここでは、その中から、若干の事例を紹介する。

### 1 立法目的に關する事実―社会・経済的背景に關する事実

立法によって維持・達成される目的に關する事実が認定された例としては、一九六一年七月一七日の決定が挙げられる。ここでは、手工業領域におけるマイスター（親方）制度の保護の必要性判断の前提として、同制度の実情が認定された。

【判例D8】連邦憲法裁判所（第一小法廷）一九六一年七月一七日決定<sup>(13)</sup>

（事案）

手工業法 (Handwerksordnung) 第七条第一項は、手工業者の独立した営業を、原則としてマイスター試験 (Meisterprüfung) にかからしめるとともに、マイスター試験の受験資格として、長期にわたる修業期間を要求していた。時計職人 (Uhrmacher) である原告Kは、例外的な職業的技能の認定規定 (同条第二項) の適用による独立営業の許可を申し立てたが、上級行政庁は、Kにはマイスター試験を受験する機会が存したとして、この申立てを容れなかった。そこで、Kは、行政訴訟を提起した。

第一審のハノーヴァー行政ラント裁判所は、同条第一項の規定が、職業の自由を侵害し違憲である可能性があるとして、連邦憲法裁判所の判断を求めた。これによって開始された具体的規範統制手続が本件である。

（判旨）

前記規定の合憲性を確認。

連邦憲法裁判所は、職業選択の自由の制限が本人の働きかけの可能な主観的許可要件にかかっている場合には、重大な共同体利益 (ein wichtiges Gemeinschaftsgut) を保護する目的に基づく場合にのみ制限が正当化されるとしたうえで、伝統的な手工業制度の維持・促進を重大な共同体利益とみなすことができるかどうかに関し、次のように述べる。

「立法者が、手工業の維持及び促進についての社会の特別の利益を理由づけるに際して用いた考慮は、基本法により可能な、従ってひとえに立法者の裁量によって定められる経済・社会及び企業政策の領域に属する。それらは、憲法の基本原理とも特別の価値判断とも矛盾しない。他面においてそれら考慮は、われわれの経済・社会生活の事実と経験 (Tatsachen und Erfahrungen unseres wirtschaftlichen und sozialen Lebens) に基づいて、確認される。」<sup>(14)</sup>

その上で、具体的に認定された事実はそのとおりであった。

- ① 約三六二万人の従業者を擁し、約七五万二、〇〇〇の企業から成る手工業という分野が確かに実在する。
  - ② 伝統的手工業における売上高は四四七億マルクに達している。
  - ③ 技術革新の進展の中にあっても、個人的手工業の意義はいまだ失われていない。
  - ④ 手工業の大部分が中小企業である。
  - ⑤ 手工業者の三三・二％が個人企業であり、平均的には一企業当たり五・四人の労働力である。
  - ⑥ 若年層の三分の二が手工業領域において修業を続けている。
  - ⑦ マイスター制度は、社会において確固たる地位を占めている。
- 裁判所は、大要以上のように認定したうえで、手工業制度が特に重大な共同体利益とみなされ得ると結論づけた。<sup>(15)</sup>

立法の必要性それ自体は、価値判断の領域に属するが、その必要性を判断するに当たって前提となる社会的実情は、まさに事実<sup>(16)</sup>に属する。本件において認定された事実はそのような事実の一つである。

## 2 立法の手段的合理性に関する事実

次に、手段的合理性の審査の側面に目を向けることにする。

まず、立法当時の効果予測の当否についての審査に関する代表例として、バイエルン薬事法に関する違憲判決が挙げられる。ここでは、法律規定が、すでに立法者による将来予測を基礎として定められていた場合にどのような審査を行うべきかが問題とされた。

【判例D9】 連邦憲法裁判所（第一小法廷）一九五八年六月二一日判決<sup>(16)</sup>

## (事案)

訴願者は、バイエルン州政府に対し、薬局開設のための営業許可 (Betriebs-erlaubnis) を求めたが、同政府は、新規開業薬局の数的制限を定めたバイエルン薬事法 (das Bayerisches Gesetz über das Apothekenwesen) の適用により、これを許さない旨の裁決 (Bescheid) をした。

そこで、訴願者が、同規定の違憲性を主張して憲法訴訟を提起したのが本件である。

バイエルンの当局者の説明によれば、バイエルン薬事法の規定は、かりに開業を自由にしてしまった場合に生じるであろう「薬局の隙限のない増加→都市への薬局の集中→過当競争→職業倫理低下→錠剤嗜癖→国民の健康への被害」という因果的帰結についての予測を基礎に定められたものであるという。

## (判旨)

裁決の違憲宣言と取消・前記規定の無効宣言

同判決は、職業選択の自由が、本人の働きかけによって左右することのできない客観的許可要件によって制限される場合に関する著名な「薬局定式」を定立した。その定式によれば、制限は、きわめて重要な共同体利益 (ein überragend wichtiges Gemeinchaftsgut) に対する高度に明白または蓋然的な危険 (nachweisbare oder höchstwahrscheinlicher schwere Gefahren) を防止する目的に出た場合にのみ正当化されることになること<sup>(1)</sup>。

そして、国民の健康は「きわめて重要な共同体利益」に該当するから、「薬局の隙限のない増加→都市への薬局の集中→過当競争→職業倫理低下→錠剤嗜癖→国民の健康への被害」という因果的帰結についての予測が正確であるならば、同規定は合憲となり、逆にその予測が誤りならば、同規定は違憲となるという。

そのような前提に立脚したうえで、連邦憲法裁判所は、大略、次のような事実認定を行った。……自由開業が薬局数の増加につながることは確かである。しかし、毎年新たに免許を取得する約一千人の薬剤師のうちで、独自に薬局を開業する者は一部にすぎない。都市においても一定の飽和状態に達すれば、無計画な新規開業は行われまいであろう。したがって、近い将来におけ

る抑制のない薬局増加の危険は存在しない。このことは、自由開業制を採用するスイスにおける状況や、想定モデルによっても明らかである。したがって、そこから先(都市への薬局の集中↓…以下)の予測もその意味を失う。<sup>(18)</sup>

このような事実認定を基礎として、連邦憲法裁判所はバイエルン薬事法の規定を違憲と判示したのである。

### 3 派生的・副次的効果の発生に関する事実

次に、立法による副次的弊害などの発生に関する事実を取り上げる。

【判例D10】連邦憲法裁判所(第一小法廷)一九六六年二月二〇日判決<sup>(19)</sup>

(事案)

本件は、取引の全ての段階をとらえて課税を行う全段階売上税(Alphasenumsatzsteuer)を定める売上税法(Umsatzsteueresetz)の平等原則違反性が争われた憲法訴訟の事例である。

一九三四年以来、ドイツの売上税法においては、全ての取引段階につき売上税を課する方式が採用されていた。しかし、この方式は、非課税企業の事業形態によって課税額が異なるという性質を有していた。すなわち、個々の独立の企業間において、外部取引(Außenlieferung)が行われる場合には、その全てについて課税がなされるのに対し、いわゆる内部取引(Innenlieferung)の場合、すなわち多段階の取引を傘下に収める親企業が、従属企業との間で取引を行ったり、あるいは事業部門(Betriebsabteilung)相互間において取引を行う場合には、課税を免れる構造になっていた。

この点をとらえて、課税決定を受けた納税者が、同法の一九六一年改正法の違憲を主張して、連邦憲法裁判所に憲法訴訟を提起したのが本件である。

(判旨)

憲法訴訟を棄却。

連邦憲法裁判所は、立法者によって採用された区別が平等原則に反するかどうかは、その区別が、規律対象たる事実関係に照らし、あまりにも過大であつて恣意的とみなされるかどうかによって決せられるとした。そして租税の領域においてはそれが財産への侵害を伴うがゆえに、できる限り入念に平等原則が遵守されなければならない旨を確認した。

他方、連邦憲法裁判所によれば、租税法は、原則として、多様な経済生活の過程 (Massenvorgänge des Wirtschaftlebens) を包括するものであつて、従つて、立法に際してはそのような多様な現実を類型化せざるをえないといふ。そこで、個々の競争者間で、一定限度の不平等な取り扱いが生ずるのは、不可避であるともいふ。<sup>(20)</sup>

しかし、立法者の形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) は無限定ではない。それには外在的な限界が存し、租税の与える影響の不平等には限度がある。まわめて例外的なあるいは特別な事情のもとにおける不平等は考慮の外に置かれるが、類型の設定自体においてすでに不平等である場合には、そのような法律は基本法第三条第一項に反することになるといふ。<sup>(21)</sup>

その上で、本件売上税規定によつて生ずる不平等な帰結について考察される。本件規定は、課税対象として外部的な売上 (Außensatz) のみを選択し、内部的な売上 (Innensatz) は除外した。このような取り扱いは、訴願者の主張するような競争阻害 (Wettbewerbsverzerrung) を生ずることになる。すなわち、複数生産段階を集約した多段階企業 (mehrstufige Unternehmen) を、単一段階企業 (einstufige Unternehmen) に比して、競争において優遇する結果を生ずることになる。ただし、多段階企業は、内部取引のみを行うことにより、本来ならば価格及びコストに転嫁されるであろうところの生産ラインへの負担 (Belastung der Erzeugerkette) を回避することができる。これに反して、単一段階企業は、そのような負担を避けられない。かくして、同一品目、同一製造方法のもとにおいても、業態によつて、課税上の不平等が生ずることになる。これは、税率が最大四パーセントにまで達することに照らすと、重大であるといふ。<sup>(22)</sup>

もちろん、企業におけるコスト要因は、企業ごとに異なり、固定資本、原材料、労働力なども影響する。また、価格だけが競争力に寄与するわけではない。しかし、価格は競争の最も重要な要素であり、租税はコスト要因として価格に一定の影響を及ぼ

すという。<sup>(23)</sup>

さらに、連邦憲法裁判所は、従前の規定の変遷や立案の経過なども認定した上で、本件規定のゆえに不平等が招来されていることを認めたが、しかし、国庫の損害を回避するため、法律全体の無効宣言はなしえないし、また、一部無効は理論上は考えられるが、無効部分 (Nichtiger Teil) を有効な部分と区別する定式が存在しないとして、これもなしえないとした。よって、不平等の解消は、立法府自身による改正にまたなければならぬとした。<sup>(24)</sup>

### 第三節 わが国における認定状況

立法事実あるいは法創造事実は、わが国における伝統的な議論上は、存在していなかった概念である。しかし、たとえ理論上自覚されていなかったとしても、裁判実務上、そのような事実の認定の必要が自覚され、実際に認定されてきたのではなからうか。本章の第一の目的はそのことを検証することにある。そして、結論からいえば、かような事実の認定状況は、領域ごとに顕著な対照をみせる。すなわち、積極的法創造の領域におけるそのような事実認定は、不十分であるのに対し、他方、いわば消極的立法判断としての憲法訴訟の領域においては、注目すべき認定例がみられるのである。それらの例を、以下において紹介し、検討する。

#### 一 憲法訴訟の領域

まず、相対的に認定例の豊富な憲法訴訟の領域を取り上げることとする。

実質的な消極的立法判断に相当する違憲審査の領域においては、審査対象立法の基礎をなすところの「狭義の」

立法事実が認定された例が存する。それらの実例については、すでにわが国において、芦部信喜教授を初めとする憲法訴訟論の先駆者によって、すでに多くの分析がなされてきたところである。そこで、ここでは、その代表的なものを紹介するとどめる。

### 1 憲法訴訟と立法事実の認定例(一)―「立法事実」の語を明言するもの

まず、立法事実の概念を明確に自覚した上で判示された例が存する。ただし、いずれも刑事事件である。次に紹介する二つの事案は、いずれも、立法事実の認定方法という手続上の問題点についても判示しているため、後に、再び触れる機会がある。

#### 【判例J-1】 福岡高裁昭和六〇年二月五日判決<sup>(25)</sup>

(事案)

本件は刑事事件である。第一審において、被告人は、公職選挙法第一三八条第一項、第二三九条第三号による戸別訪問禁止規定及び同法第一四六条、第二四三条第五号の文書頒布制限規定の適用により有罪に処せられたが、同規定が憲法第二一条第一項によって保障された表現の自由を侵害し違憲であるとして控訴した。控訴趣意においては、実体的違憲性のほか、立法事実認定に關しての手続上の違法も主張されている。

(判旨)

控訴棄却。立法事実に関する判示部分は次のとおりである。

「国会の定める選挙制度に関する規制立法の合憲性の判断にあたっては、いわゆる立法事実が考慮されて判断が合理的な基礎の上に立つものであることが必要であるが、右立法事実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り、



証拠により認定されるべき過去に一回限り起こった特定の事実である司法事実と異なり、法律問題としてその判断の過程で司法認知しうるものであるうえ、公職選挙法における戸別訪問の禁止及び文書頒布の制限についてのいわゆる立法事実に関しては既に類似の判断や諸文献等があり、これらによりいわゆる立法事実は十分認知しうるから原判決に憲法判断の訴訟手続面において所論のような誤りと不当性があるとはいえない。」

「戸別訪問を禁止し、文書頒布を制限する立法の必要性、立法目的達成への手段の合理的関連などを裏付けるものとして、戸別訪問は買収、利益誘導等の温床となりやすく、これを放任するときは候補者間に戸別訪問の競争を激化させて多額の出費を余儀なくさせ、また、投票を情実に支配されやすいものとし、さらには選挙人の生活の平穩を害するに至ること、そして、戸別訪問の許容によってこれらの諸弊害が現実化する蓋然性はかなり高いこと、また、文書頒布を放任した場合、経済的強者が経済的弱者に対し選挙活動において優位を占める結果となつて候補者の実質的平等を害し、無責任文書や中傷文書が頒布されて異常な選挙戦が展開され選挙の適正な執行が害されること、加えて、我が国の実情を見ると、文書頒布の制限を必要とする状況がお存することなどは前記の判例、文献等から裁判所に顕著なものとして司法認知されるものである。」<sup>(26)</sup>

本件判旨は、立法事実に関し、「立法院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り、証拠により認定されるべき過去に一回限り起こった特定の事実である司法事実と異なり、法律問題としてその判断の過程で司法認知しうる」と位置づけ、本件においては、立法事実が「判例、文献等から裁判所に顕著なものとして司法認知される」とした点に特徴を有する。

【判例丁2】 東京高裁昭和六〇年五月三三日判決<sup>(27)</sup>

(事案)

刑事事件。第一審（東京地方裁判所）は、被告人を大麻取締法違反により有罪に処した。これに対し、弁護人が、原審においては大麻の有害性についての立証がなく、かつ、大麻取締法第二四条第二号、第四条第一項の規定が憲法第一三条、第一四条、第三一条及び第三六条に違反するとして、法令解釈適用の誤りを理由に控訴。

（判旨）

控訴棄却。

「大麻の有害性は、大麻取締法による大麻輸入の規制目的の正当性、その規制の必要性、規制手段の合理性を基礎づける事情であって、いわゆる『立法事実』に属するから、『判決事実』とは異なり、必ずしも訴訟手続における立証を要しないものである。したがって、原審がこの点について証拠調べを行わなかったからといって、訴訟手続における瑕疵の存否の問題は生じない。そして、大麻の有する薬理作用が人の心身に有害であることは、自然科学上の経験則に徴し否定できないところであり、その有害性にかんがみると、刑罰をもってその輸入行為を禁止することは、国民の衛生保健上の危害防止という重要な公共の利益を確保するため必要かつ合理的な措置であって、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものということができます、このことは累次の判例（『引用判例略』）に照らしても疑いのないところである。それゆえ大麻取締法の前記条項が憲法一三条、三一条に違反するとはいえない。<sup>(28)</sup>」

本件においては、立法事実が、自然科学上の経験則としての位置づけを与えられている。これは、立法事実が同時に経験則としての性質をも有しうることを示す例である。

## 2 憲法訴訟と立法事実の認定例(一)——理論的に立法事実とされるもの

次に、判旨において、立法事実である旨は述べられていないものの、憲法学説によって、理論的に立法事実として

把握されているものの実例をいくつか示すことにしたい。

すでに芦部信喜教授らによって指摘されているように、昭和二〇年代においては、立法事実の認定は詳細には行われなかった。しかし、昭和三〇年代に入ると、立法事実を認定した事例が登場する。しかし、その具体的な認定の内容については、批判が生ずることがあった。その後、立法事実認定については比較的詳細な判示がなされる傾向が生じ、学説の批判を受けて、立法事実の認定についての先例を変更した例もみられる。

ここでは、従来の分析との重複をなるべく避けるため、網羅的な紹介は行わず、リーディングケースとしてのいわゆる薬事法判決及び近時の若干の事例を紹介することにする。なお、ここで薬事法判決を取り上げるのは、立法事実の類型を取り出すためでもある。<sup>(29)</sup>

(一) 目的に関する事実と手段的合理性に関する事実

昭和五〇年代以降、違憲審査に際し、立法事実を多面的に検証する例がみられるようになった。これらにおいては、立法目的の認定のほか、その手段的合理性（目的達成との因果的関連性及び相対的最小限性）、及び派生的・副次的効果の発生の可能性についての認定をも含む。その典型例として最初に着目されたのは、周知のごとく、昭和五〇年の薬事法違憲判決である。

ここでは、立法の目的と手段の両面による立法事実の分類との関係が注目される。

【判例】3 最高裁（大法廷）昭和五〇年四月三〇日判決<sup>(30)</sup>  
（事案）

行政事件。原告（非控訴人・上告人）Xは、薬事法上の薬局配置の距離制限に基づく営業不許可処分を受けた。Xは、行政庁Y（広島県知事）を被告として、同処分の取消を求め、抗告訴訟を提起し、薬局配置の距離制限を定める当時の薬事法第六條第二項、第四項及びこれらを準用する同法第二六條第二項が憲法第二二條に違反すると主張。第一審判決は憲法上の争点については判断しなかったが、改正前の許可基準を適用することにより、営業不許可処分を取り消す旨の判決を下した。これに対して、Yが控訴したところ、控訴審判決は、原判決を取消し、Xの請求を棄却した。これに対して、Xが上告。

〔判旨〕

原判決破棄・控訴棄却

最高裁判所は、上の諸規定を違憲と判断した。

その際に前提とされた法的判断（違憲審査基準）は、職業の自由の制限に関し「合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、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、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」というものであった。<sup>(32)</sup>

上の基準を前提となされた立法事実認定は次のようなものであった（①～④の番号及び「」内の見出しは筆者による）。

①「規制の目的」

（法律案の提案者は）「その提案の理由として、一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生ずるのを防止すること、及び薬局等の一部地域への偏在の阻止によって無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進することの二点を挙げ、これらを通じて医薬品の供給（調剤を含む。以下同じ。）の適正を図ることがその趣旨であると説明しており、……この二点が右の適正配置の目的であるとともに、その中でも前者がその主たる目的をなす。」これによると、右の適正配置規制は、主として国民の生命及び

健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であ」る。

②（規制による弊害）

「薬局等を自分の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業者そのものの断念にもつながりうるものであるから」、「中略」開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有するものである。」

③（規制と目的との因果的関連性）

「大都市の一部地域における医薬品の乱売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケットによる低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激的な販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定されることを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない。」（中略）「薬局等の設置場所の地域的制限の必要性と合理性を裏づける理由として被告人の指摘する薬局等の偏在―競争激化―一部薬局等の経営の不安定―不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによって右の必要性和合理性を肯定するに足りず、また、これらの事由を総合しても右の結論を動かすものではない。」

④（代替手段の存在、及び目的と規制手段との均衡）

「無薬局地域又は過少薬局地域における医薬品供給の確保のためには他にもその方策があると考えられるから、無薬局地域等の解消を促進する目的のために設置場所の地域的制限のような強力な職業の自由の制限措置をとることは、目的と手段の均衡を著しく失するものであって、とうていその合理性を認めることができない。」

本件において認定された立法事実は、複数の種類にわたる。そして、それぞれが、最高裁判所の示した法的前提

(審査基準)の各部分と対応する。

①の事実認定(規制の目的)は、審査基準における「社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、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、警察的措置である場合には」とある部分に対応する。

②及び③の事実認定は、審査基準中の「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要」するという部分に対応する。

④の事実認定(代替手段の存在、及び目的と規制手段との均衡)は、審査基準中の「許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」との部分に対応するものであって、他の手段との目的達成度の相対的比較に関する立法事実として位置づけることが可能である。

この薬事法判決に見られるように、違憲判断における立法事実は、立法目的に関する事実のほか、その手段的合理性に関する事実(目的達成との因果的関連性及び手段間の相対比較)をも含むことが明らかである。

【判例J4】 最高裁(大法廷) 昭和六二年四月二二日判決<sup>(33)</sup>

(事案)

XとYは本件山林を共有していたが、Xが原告となり、Yを被告として、民法第二五六条第一項による本件山林の分割とYによる伐採によって生じた損害の賠償を求めた。これに対して、Yが森林法第一八六条の分割禁止規定を援用したが、Xは同規定は違憲であると主張した。事実関係には争いがなく、専ら同規定の違憲性が争点となった。第一審は、損害賠償請求は認容した

が、同規定につき合憲と判示し、分割請求は棄却した。Xは控訴したが、同様の理由により控訴棄却。Xがさらに上告したのが本件である。

（判旨）

原判決一部破棄・差戻

最高裁判所（多数意見）は、森林法第一八六条の規定を違憲と判断した。

その際に最高裁判所が前提とした審査基準は、「立法の規制目的が：社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けることが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法一九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができる」というものであった。

上の審査基準に対応する形で行われた立法事実認定は次のようであった（①～⑥の番号及び「」内の見出しは筆者による）<sup>(35)</sup>

①〔規制の目的〕

森林法第一八六条の立法目的は、その前身たる明治四〇年法の「立法の過程における政府委員の説明が、長年を期して営むことを要する事業である森林経営の安定を図るために持分価格二分の一以下の共有者の分割請求を禁ずることとしたものである旨の説明に尽きていたこと」等にかんがみると「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保護培養と森林の生産力の増進を図り、もって国民経済の発展に資することにあると解すべきであり、「公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない。」

②〔規制と目的との因果的関連性……その一〕

「森林が共有となることよって当然に、その共有者間に森林経営のための目的的団体が形成されることになるわけではなく

…森林が共有であることと森林の共同経営とは直接関連するものとはいえない。」

③〔規制と目的との因果的関連性……その二〕

「共有者間、ことに持分の価額が相等しい二名の共有者間において、共有物の管理又は変更等をめぐって意見の対立、紛争が生ずるに至ったときは、各共有者は、共有森林につき、同法二五二条但し書に基づき保存行為をなしうるにとどまり、管理又は変更の行為を適法にすることができないこととなり、ひいては当該森林の荒廢という事態を招来することとなる。」…森林法一八六条の立法目的と同条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定したこととの間に合理的関連性のないことは、これを見ても明らかであるというべきである。」

④〔規制と目的との因果的関連性……その三〕

「森林法は森林の分割を絶対的に禁止してゐるわけではなく、わが国の森林面積の大半を占める単独所有に係る森林の所有者が、これを細分化し、分割後の各森林を第三者に譲渡することは許容されていると解される。」…「森林につき持分価額二分の一以下の共有者からの民法二五六条一項に基づく分割請求の場合に限って、他の場合に比し、当該森林の細分化を防止することによって森林経営の安定化を図らなければならない社会的必要性が強く存すると認めるべき根拠は、これを見出すことができな  
す」

⑤〔規制の最小限性……その一〕

「森林の安定的経営のために必要な最少限度の森林面積は、当該森林の地域的位置、気候、植栽竹木の種類等によって差異があつても、これを定めることが可能というべきであるから、…一律に現物分割を認めないことは、同条の立法目的を達成する規制手段として合理性に欠け、必要な限度を超えるものというべきである。」

⑥〔規制の最小限性……その二〕

「当該森林の伐採期あるいは計画植林の完了時期等を何ら考慮することなく無期限に分割請求を禁止することも、同条の立法目的の点からは必要な限度を超えた不必要な規制というべきである。」



本件において認定された立法事実も、【判例J3】と同様、複数の種類にわたっている。そして、それぞれが、最高裁判所の示した法的前提（審査基準）の各部分と対応する点も同様である。

①の事実認定（規制の目的）は、審査基準における「立法の規制目的が：社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか」の部分に対応する。

②から⑥までの事実認定は、審査基準中の「規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けることが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り」という部分に対応する。

このうちで、②から④までの事実認定は、規制と目的との因果的関連性に関わるのに対し、⑤及び⑥の事実認定は、他の手段との相対的比較に関する立法事実として位置づけられる。

## （二） 立法事実認定の変遷例

ここでは、立法目的に関する認定が変更された例を挙げる。公衆浴場法に関する合憲判断の理由の変化がそれである。

すなわち、当初、最高裁判所は、公衆浴場法の合憲性を論証するに際して、公衆浴場法が、浴場の衛生設備の低下の防止を図ることを主眼として定立されたものと解した。

【判例J5】 最高裁（大法廷）昭和三〇年一月二十六日判決<sup>(46)</sup>

## (事案)

刑事事件。被告人は、福岡県知事の許可なく公衆浴場を経営したとして、公衆浴場の設置につき都道府県知事による許可制を定めた公衆浴場法及び許可基準を定めた同法第二条第二項後段、及び同規定を具体化した福岡県条例第三条第一項に基づいて有罪判決を受けた。被告人は、これら諸法令が職業の自由を侵害するとして、憲法第二条違反を理由に控訴した。控訴審(福岡高等裁判所昭和二十八年九月二十九日判決)は、上記諸法令が公共の福祉にかなうものとして、合憲と解し、控訴を棄却した。被告人(控訴人)が上告。

## (判旨)

上告棄却。

最高裁判所は、前記諸法令は憲法第二条には違反しないと判断した。

その際、立脚した立法事実は、次のようなものであった。

「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に欠くべからざる、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性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からざる影響を来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、その偏在ないし濫立を来たすに至るがこときことは、公共の福祉に反するものであって、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る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。」<sup>37)</sup>

しかし、本判決が公衆浴場法の立法目的を衛生設備低下等の防止に求めた上、規制措置との因果的関連性を認定し

たこと自体については批判が多かった。<sup>(38)</sup> このような批判の中で、立法目的を別異に解することにより、合憲性をかろうじて是認しようとの議論も登場した。<sup>(39)</sup>

このような動きの影響もあってか、近時に至り、最高裁は、次のような2件の判例において、従来とは異なる方法で同法の合憲性を論証した。

【判例J6】 最高裁(第二小法廷) 平成元年一月二〇日判決<sup>(40)</sup>

刑事事件。公衆浴場法の無許可営業によって有罪判決の宣告を受けた被告人が前出の諸法令の違憲性を主張したものである。最高裁判所は、小法廷における審理のうえ、合憲との結論を下したが、【判例J5】とはその理由づけに相違がみられる。

「公衆浴場が住民の日常生活において欠かす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因應するため、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をすることを防止し、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であり、右の適正配置及び距離制限も、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。」<sup>(41)</sup>

【判例J7】 最高裁(第三小法廷) 平成元年三月七日判決<sup>(42)</sup>

行政事件。行政処分(営業不許可処分)の取消を求める原告が、行政処分の根拠法令の違憲性を主張したものである。

憲法上の争点は、【判例J6】と同じく公衆浴場営業につき配置制限・許可制を定める公衆浴場法第二条が憲法第二二条に違反するか否かであった。

最高裁判所は、法律規定を合憲と判示したが、立法目的に関し【判例J6】と同様に、かつての【判例J5】とは異なる判断

を行った。

「法二条二項による適正配置規制の目的は、国民保健及び環境、衛生の確保にあるとともに、公衆浴場が自家風呂をもたない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設であり、入浴料金が物価統制令により低額に統制されていること、利用者の範囲が地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しいこと、自家風呂の普及に伴い公衆浴場の経営が困難になってきていることなどにかんがみ、既存公衆浴場業者の経営の安定を図るにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとする<sup>(43)</sup>ことも、その目的としているものと解されるのであり、前記適正配置規制は右目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられる」。

公衆浴場法に関する右の三判例は、同一の規定に関し、立法事実の認定が変遷した実例を提供するものである。これが、社会の実情それ自体の変化によるものなのか、それとも、認定変更にすぎないのかについては、議論が存しう。

## 二 法創造の領域

次に、通常の訴訟の領域に目を転ずる。わが国においては、実質的な法創造は、一般条項などを媒介として、解釈の衣の下に行われている。その例として、例えば、法人格否認の法理、非典型担保に関する清算義務に関する法理の形成、損害賠償算定基準の形成などが挙げられよう。また、ドイツにおける人格権法理の形成に相当する場面においては、わが国においては被侵害法益の一般的承認というルートをとらず、受忍限度論の適用により事案ごとの個別認定がなされる。従って、人格権、日照権、環境権などの「新しい権利」の生成に関する場面においては、純然たる準

則定立の方法による法創造は見あたらぬ。しかし、その中において、大規模不法行為訴訟の領域においては、多数の同種事例の存在を前提として、具体的事例における実質的波及効果を念頭に置いた判断が要請されざるをえない。

### 1 医療水準の認定

アメリカにおけるアスベスト訴訟においては、業界の技術水準が認定の対象とされた。これに対応するわが国の例として、医療過誤訴訟における医療水準の認定が挙げられよう。ここでは、とくに、一連のいわゆる未熟児網膜症に関する諸裁判例のうちから実例を抽出することにする。

ここでの医療水準の認定は、形式的には、不法行為または債務不履行の要件としての過失の認定の基礎とされるものである。その意味で、純然たる準則定立の例ではない。むしろ、抽象的規範的要件の個別事例における具体化が、多数の同種事例の存在を背景として、立法類似の波及効果を生ずる例であるといえよう。その意味で、このような類型は、準則定立型の法創造ではなく、さりとて、個別事例集積型でもなく、むしろ、その中間形態というべきではなからうか。ここでは、面前の事件が、いわばモデルケースとして判断されることになる。最高裁も、このような波及効果の大きさを顧慮した上で判断を行っているものと思われる。

医療水準は、時の推移とともに変化する性質を有する。医療過誤訴訟において、問題とされる医療水準は、治療の当時の一般的平均的な臨床の現場におけるそれである。そこでは、時的な限定性を帯びた法創造事実が問題とされるといえよう。

未熟児網膜症は、未熟児の生命維持のための酸素供給が原因で生ずる疾病である。その予防法については、酸素の濃度の調節などに関するものが主であったが、その後、光凝固法と呼ばれる有効な治療法が普及するに至った。未熟

児網膜症に関する裁判例は多数に上るが、一連の訴訟で問題とされたのは、果たして、治療当時の医療の現場において、新たな治療法が普及していたといえるか、という点であった。この点に関しては、多数の同種事例が生起しており、下級審においても、責任肯定例と否定例とが出現し、最高裁の判断が待たれることとなった。<sup>(45)</sup>

【判例J8】 最高裁（第三小法廷）昭和五四年一月一三日判決<sup>(46)</sup>

（事案の概要）

未熟児網膜症によって視力を喪失した $X_1$ （昭和四二年出生）及びその両親 $X_2$ 、 $X_3$ が、医師 $Y_1$ に対しては不法行為に基づき、また、病院の運営母体である $Y_2$ （長崎市）に対しては診療契約の債務不履行及び使用者責任に基づき、損害賠償請求を行った。第一審及び控訴審は、いずれも $X_1$ らの請求を棄却。 $X_1$ らが上告。

（判旨）

上告棄却。医療水準に関し、本判決は、原審認定事実（その中には、①昭和四二年当時未熟児網膜症の予防法としては酸素投与量の抑制などしか知られていなかったこと、及び②わが国における発症例の報告数が少なく、確実な治療方法も開発されていなかったことが含まれる。）に基づき次のように判示した。「右の事実関係のもとにおいては、被上告人 $Y_1$ の上告人 $X_1$ に対しては、予防ないし治療の方法は、当時における本症に関する学術上の見解や臨床上の知見として一般に受容されていたところにはば従って行われたものであって当時の医学水準に適合したものであるべきであり、その間特に異常ないし不相当と思われる処置が採られたとは認められないのであるから、小児科医師としての裁量の範囲を超えた不相当なものであったということではできない。」

本件の原審（控訴審）判決においては、未熟児網膜症に関する知見の変遷等に関し、日本医師会への調査囑託の結

果などに基づき、①「本症の病態」、②「本症の歴史的背景」、③「原因」、④「治療及び予防法」、の標題のもとに、詳細な事実認定がなされている。<sup>(46)</sup> 本件判決は、この事実認定に立脚したものである。

上記の判例の登場後にも、とくに光凝固法の知見の普及し始めた時期をいつに求めるかにつき、基準に不明確さが残った。そのような中で、最高裁は、相異なる基準時における医療水準の認定を含む判断を相次いで示すようになった。まず、【判例 J 9】最高裁（第三小法廷）昭和五七年三月三〇日判決は、被害者である原告人（昭和四四年出生）が診療を受けた「昭和四五年初めにおいては、光凝固法は、本症についての先駆的研究家の間で漸く実験的に試みられ始めたという状況であって、一般臨床眼科医はもとより、医療施設の相当完備した総合病院ないし大学医学部附属病院においても光凝固治療を一般的に実施することができる状態ではなく、患児を光凝固治療の実施可能な医療施設へ転医させるにしても、転医の時期を的確に判断することを経一般的に期待することは無理な状況であった」旨の原審認定事実に基づき、被告原告人たる病院経営者の責任を否定した原判決を正当とし、上告を棄却した。<sup>(47)</sup> 次いで、【判例 J 10】最高裁（第三小法廷）昭和五七年七月二〇日判決は原告人が出生した昭和四四年当時の医療水準につき、「本症の治療法として発表された光凝固法も未だ追試早々の段階にあって、一般の臨床医家の間では勿論、眼科学界においても本症に対する有効な治療法であると認識されたものはなかった」との認定に立脚した。<sup>(48)</sup>

しかし、その後、【判例 J 11】最高裁（第三小法廷）昭和六〇年三月二六日判決は、昭和五一年出生児に関する同症に関し、当時の医療水準に照らして、光凝固法を適時に施す義務があったと認定するに及んで、最高裁の前提とする時的基準が明確化し始めた。<sup>(49)</sup> 昭和四五年出生児に関する光凝固法治療の期待可能性を否定した【判例 J 12】最高裁（第一小法廷）昭和六一年五月三〇日判決を経て、【判例 J 13】最高裁（第三小法廷）昭和六三年一月一九日判決は、昭和四七年当時の医療水準に関し、「光凝固法を実施することがいまだいわゆる臨床医学の実践における医療水準に

達していたものとはいえないとした原審の判断」を正当としたが、同判決には、医療水準の認定を諸条件に照らし相對的に行うべきであるとの伊藤正己裁判官の補足意見が付された。<sup>(51)</sup> かくして、昭和四七年当時の医療水準がいわば分水嶺になることが、判例上顕著になり始めた。この基準は、昭和四六年当時の光凝固法の普及を肯定しえないとした【判例J14】最高裁（第一小法廷）昭和六三年三月三十一日判決によってさらに確かなものとなった。<sup>(52)</sup> そして、さらに、近時に至り、【判例J15】最高裁（第二小法廷）平成四年六月八日判決は、昭和四七年出生児に関する同症に關し、「昭和四七年当時、本症に關する光凝固法はいまだ該専門分野における追試、検討の段階にあり、一般臨床眼科医（総合病院の眼科医を含む。）の医療水準として、その治療法としての有効性が確立され、その知見が普及定着してはいなかった。冷凍凝固法も同様の状態であったのであり、また本症に適切な他の治療法もなかった。」との原審認定事実に基づき、同事件における担当医師に対し、光凝固法の治療を期待する余地はなかったとし、分水嶺上の判断例が加わった。<sup>(53)</sup>

かくして、未熟児網膜症に關して最高裁によって行われた医療水準に關する認定は、多数の同種事例の存在を背景に、医療水準の時的変動を踏まえて行われたものと評価することができ、現在においても、明確化の途上にあるものといえよう。

## 2 損害額の算定基礎としての統計的事実

次に、不法行為責任における損害額の算定の領域に目を向けよう。損害額の算定は、裁判官の裁量の發揮される領域である。しかし、裁量性が認められる領域であるといっても、そこでは、全くの恣意が許容されるものではなく、一定の算定基準に立脚した合理的なものでなければならぬ。現に、実務上もそのような扱いがなされている。その



ような基準の定立は、まさに司法による法創造作用の發揮される領域であるといえよう。

損害額のうち、とくに財産的損害については、被害者の稼働可能年数などを根拠としなければならないが、これは、仮に不法行為がなされなければ、どれだけの期間稼働できたか、といった仮定的な判断であり、同様の属性を有する平均人の統計などに拠らなければならない。【判例J16】最高裁(第三小法廷)昭和三十九年六月二四日判決は、このような統計的事実の認定の例である。同判決においては、原審判決の利用した書証(厚生省第九回修正生命表及び経済企画庁編国民生活白書所収の資料)に立脚して、稼働可能期間及び平均賃金の算定を行った。

なお、ドイツにおいても、例えば、未成年者の事理弁識能力などに関し、これを法創造事実の実例としてとらえる見解が存在することは注目されてよいであろう。<sup>(55)</sup>ただし、このような統計的事実については、それが、一般的法則的属性をも有するがゆえに、経験則との異同も問題とされざるをえない。この点については後に検討する。

### 3 認定のなされなかった例

以上のように、わが国においても、法創造に際して事実的基礎が考慮された事例が存在する。しかし、憲法訴訟の領域において審査対象立法の基礎事実が比較的詳細に認定される傾向が生じているのに対し、より広い法創造型訴訟の領域においては、必ずしも、常に事実的基礎についての認定が明示的になされるわけではない。例えば、典型的な準則の定立ともいうべき、非典型担保の分野においては、おそらく、裁判所も、背景をなす当該担保形態の普及の度合いや、その取引の実情などに関し、一定の背景的知識を前提として判示をしているものと思われるが、それに関し、理由中における指摘はなされていない。<sup>(56)</sup>

これは、そのような事実を、裁判所も、諸々の文献資料や、現実の個別事件などから、顕著なものとして熟知して

いたことにもよるであろう。しかし、むしろ、実質的に判断を支えている顕著な事実であるからこそ、理由中で明示することが望ましかったのではなからうか。

また、そのような事実についての明示がなされないのは、従来、このような事実のカテゴリーがそもそも指定されておらず、訴訟理論上の明確な位置づけがなされていなかったことにも由来するのではなからうか。まさに、従来の訴訟理論上は、事実と法規との区分論に立脚した上で、社会経済的実情に関する事実は、法則的性質を帯びたものだが、かろうじて、法規類似のものとしての経験則に属せしめられていたにすぎない。しかも、経験則の機能する領域の確定に際しても、法創造の領域は考慮されていなかったのである。

かくして、実質的な判断根拠としての社会経済的事実の訴訟理論における位置付けを探ることが、次なる検討課題として立ち現れるのである。

- (1) 本件における事実認定を立法事実認定の典型例とするものとして、例えば、以下の文献がある。Keeton, R. E., *Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts*, 73 Minn. L. Rev. 1 (1988); Becker, E. R. & Orenstein, A., *The Federal Rules of Evidence After Sixteen Years*, 60 Geo. Wash. L. Rev. 857, at 900 (In. 221) (1992).
- (2) *In re Asbestos Litigation*, 829 F. 2d 1233 (1987).
- (3) *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*, 447 A. 2d 539 (1982).
- (4) *Feldman v. Lederle Laboratories*, 479 A. 2d 374, 386 (1984).
- (5) *In the Matter of Asbestos Litigation Venned in Middlesex County*, 491A. 2d 700. (1984).
- (6) *Fischer v. Johns-Manville Corp.*, 512 A. 2d 466 (1986).
- (7) *In re Asbestos Litigation*, 628 F. Supp. 774 (1986).なお、州の裁判所の判決についての違憲性に基づく上訴は、連邦最

高裁判所に対してなすべきこととされている。本件は、いまだ州裁判所での訴訟において被告とされていない製造業者が提起したために、連邦地方裁判所の管轄権が認められたものである。

(8) 平等保護条項に関する違憲審査基準に関しては、戸松秀典『平等原則と司法審査』（一九九〇年）など参照。

(9) 829 F. 2d, at 1245-1249. なお、この後に、手続的側面についての説示がなされているが、ここでは省略する。この点については、次章参照。

(10) 829 F. 2d, at 1235.

(11) BGHZ, 80, 153 ff.

(12) Schmidl, E., Der Umgang mit Normtatsachen im Zivilprozess, in: Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, S. 807, 812 (Fn. 42) (1985).

(13) BVerfGE, 13, 97.

(14) BVerfGE, 13, 110.

(15) BVerfGE, 13, 110 ff.

(16) BVerfGE, 7, 377. 本判决の紹介として、覚道豊治「薬局開設拒否事件」ドイツ判例百選六六頁以下（一九六九年）などがあつた。

(17) BVerfGE, 7, 408.

(18) BVerfGE, 7, 415 ff.

(19) BVerfGE, 21, 12.

(20) BVerfGE, 21, 26 f.

(21) BVerfGE, 21, 27 f.

(22) BVerfGE, 21, 28 ff.

(23) BVerfGE, 21, 32 f.

- (24) BVerfGE, 21, 39 ff.
- (25) 福岡高判昭和六〇年二月五日判タ五五四号三〇一頁。なお、本判決については、田中正人「立法事実の証明の必要性及び証明の方法」判タ八九〇号四頁以下（一九九五年）参照。
- (26) 判タ五五四号三〇一頁。
- (27) 東京高判昭和六〇年五月三日高裁判裁速報昭和六〇年度二三六頁。
- (28) 上掲同頁。
- (29) わが国の裁判例からの立法事実の抽出に関しては、周知のごとく、とくに、芦部信喜教授及び時国康夫判事の諸業績が着目される。芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」『憲法訴訟の理論』一一七頁以下所収、一三一頁以下（一九七三年、初出一九六三年）、同「憲法裁判の問題点—憲法訴訟の対象・時期・適格性と立法事実—」同書二六七頁以下所収、一八四頁（一九七三年、初出一九六六年）、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二二頁以下（一九六三年）、同「憲法訴訟の方法と憲法判断の手法」ジュリスト六三八号二二二頁以下、二二七頁（一九七七年）、同「憲法訴訟における立法事実の位置づけ」Law School二五号一五頁以下所収、一五頁以下（一九八〇年）など。
- (30) 最（大）判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁。なお、芦部信喜「職業の自由の制限と『厳格な合理性』基準」同『憲法訴訟の現代的展開』二七七頁以下所収、二九五頁以下（一九八一年、初出一九七五年）。
- (31) 民集二九卷四号五七七頁。
- (32) 民集二九卷四号五七九頁以下。
- (33) 最（大）判昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁。本判決と立法事実との関係について、戸波江二「職業の自由」芦部信喜編『憲法の基本問題』二四〇頁以下所収、二四五頁（一九八八年、初出一九八五年）、柴田保幸「本件解説」最高裁判所判例解説（民事篇）昭和六二年度一九八頁以下、二二三頁以下（一九九〇年）。審査基準の理解につき、芦部信喜「憲法判例の動向と『二重の基準』の理論」和田英夫教授古稀記念「戦後憲法学の展開」二六五頁以下所収（一九八八年）を参照。
- (34) 民集四一巻三号四一一頁。

- (35) 民集四一巻三号四一三頁以下。
- (36) 最(大)判昭和三〇年一月二六日刑集九巻一号八九頁。
- (37) 刑集九巻一号九三頁。
- (38) 例えば、芦部信喜『合憲性推定の原則と立法事実の司法審査』『憲法訴訟の理論』一一七頁以下所収、一六二頁(一九七三年、初出一九六三年)、山下健次『公衆浴場の適正配置規制と職業の自由』芦部信喜『高橋和之編』『憲法判例百選Ⅰ(第二版)』一五〇頁以下(一九八八年)参照。
- (39) 小嶋和司「職業選択の自由の制限」我妻栄(編集代表)『憲法判例百選』(旧版)五五頁以下(一九六四年)。
- (40) 最二小判平成元年一月二〇日刑集四三巻一号一頁。本判決の解説として、原田國男「時の判例」ジュリスト九三四号九八頁以下(一九八九年)など。
- (41) 刑集四三巻一号三頁。
- (42) 最(三小)判平成元年三月七日判時一三〇八号一一一頁。本判決の解説として、木下智史「公衆浴場の距離制限の合憲性」ジュリスト平成元年度重要判例解説三二頁以下(一九九〇年)など。
- (43) 判例時報一三〇八号一二二頁以下。
- (44) 【判例J8】以前だけでも、すでに、肯定例として、岐阜地判昭和四九年三月二五日判時七三八号三九頁(昭和四四年出生児に関する)、浦和地判昭和五二年三月三一日判時八四六号二四頁(昭和四六年出生児に関する)などが存し、否定例として、長崎地判昭和四九年六月二六日判時七四八号二九頁(昭和四二年出生児に関する)【判例J8】の第一審)、大阪地判昭和五一年五月二二日判時八一六号二頁(昭和四二年出生児に関する)などが存した。なお、医療水準の認定につき、橋本雄太郎「医療水準論に関する一考察」法学研究六〇巻二号三二五頁以下(一九八七年)、滝井繁男『藤井勲』『医療水準論』の現状とその批判」判タ六二九号二頁以下(一九八七年)など参照。
- (45) 最(三小)判昭和五四年一月一三日判時九五二号四九頁。
- (46) 福岡高判昭和五二年五月一七日下午民集二八巻五(八合併号五〇〇頁以下、五〇八頁以下)。

- (47) 最(三小) 判昭和五七年三月三〇日判時一〇三九号六六頁。
- (48) 最(三小) 判昭和五七年七月二〇日判時一〇五三号九六頁。
- (49) 最(三小) 判昭和六〇年三月二六日民集三九卷二号一二五頁。
- (50) 最(二小) 判昭和六一年五月三〇日判時一一九六号一〇七頁。
- (51) 最(三小) 判昭和六三年一月一九日判時一二六五号七五頁。
- (52) 最(一小) 判昭和六三年三月三一日判時一二九六号四六頁。
- (53) 最(二小) 判平成四年六月八日判時一四五〇号七〇頁。
- (54) 最(三小) 判昭和三九年六月二四日民集一八卷五号八七四頁。
- (55) Schneider, G., Die Heranziehung und prozessbrechliche Behandlung sog. Rechtsfortbildungstatsachen durch die Gerichte, S. 35 ff. (1993).
- (56) 例えば、仮登記担保に関する著名な判例である最(大) 判昭和四九年一〇月二三日民集一八卷七号一四七三頁は、詳細な解釈論を展開しているが、法創造事実に対応する事実の認定は見当たらない。もっとも、法創造の手法として、当事者間の利益衡量による方法が採用される場合には、必ずしも広汎な社会的事実の認定が前提となるわけではない。この面で、法創造事実の認定の可否については、実体法分野における方法論への依存性を認めざるを得ない。当事者外へのいわゆる外部性を生ずる問題分野に焦点を合わせて立法事実の意義を説くものとして、太田勝造「新しいタイプの訴訟の出現と民事訴訟制度」ジュリスト九七一号五八頁以下所収(一九九一年)参照。