

〔論 説〕

公法関係訴訟における事実認定について  
——憲法訴訟を端緒として——

異 智 彦

0. 序
  0. 1 問題設定
  0. 2 行論
1. ドイツにおける「立法事実論」
  1. 1 民事訴訟法学における議論
    1. 1. 1 「法創造事実」
    1. 1. 2 事実の一般性
  1. 2 憲法学における議論
    1. 2. 1 立法府の将来予測
    1. 2. 2 個別事実と一般事実
  1. 3 二つの「立法事実論」の交錯
2. ドイツ連邦憲法裁判所の審理手続
  2. 1 事実認定権限
    2. 1. 1 事物管轄から導かれる事実認定権限
    2. 1. 2 事実認定権限の根拠
  2. 2 職権探知主義
    2. 2. 1 職権探知主義の根拠
    2. 2. 2 職権探知主義と弁論権
  2. 3 職権証拠調べ
    2. 3. 1 証拠調べの多様性
    2. 3. 2 手続権と費用負担

公法関係訴訟における事実認定について

2. 4 職権主義を基礎づける理念——法創造事実か憲法事実か
3. 憲法訴訟における「事実認定」の位置づけ
  3. 1 事実と法——規範的要件における交錯
    3. 1. 1 事実問題と法問題
    3. 1. 2 規範的要件の審理構造
  3. 2 規範的要件としての違憲性
    3. 2. 1 違憲性の審理構造
    3. 2. 2 評価根拠事実／障害事実としての立法事実
    3. 2. 3 規範的要件の充足の判断を規律する経験則としての立法事実
  3. 3 憲法訴訟における「事実認定」の位置
    3. 3. 1 立法事実の分類
    3. 3. 2 事実問題と法問題の交錯
4. 結びに代えて
  4. 1 要約
  4. 2 展望

## 0. 序

### 0. 1 問題設定

法律実務家の専門性の要を構成し、全ての事件ないし紛争の帰趨を左右しているのは、事実認定という作業である<sup>1</sup>。違憲審査制の不活性を嘆く論者が、訴訟における憲法問題の実効的な審理を確保すべく、「具体的な事実の問題にまで憲法問題を刈り込む」という戦略を取る<sup>2</sup>のは、こうした法律実務の現実に鑑みるならば、至極尤もなことと言えよう。

ところで、訴訟における事実認定の重要性は、訴訟法学はもとより公法学においても、早くから認識されてきた。「憲法訴訟論」の一分枝として登場した我が国の「立法事実論」は、いうまでもなく憲法問題を扱う訴訟における事実認定の問題に焦点を当てるものであった<sup>3</sup>し、同時期の他の

1 例えば参照、土屋文昭『民事裁判過程論』45頁（有斐閣、2015）。

2 遠藤比呂通「立法事実」同『市民と憲法訴訟』3頁、7頁（信山社、2007）。

3 芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査——アメリカの理論・実

論者はすでに、憲法訴訟に限らず、「实在事実と認定事実の相応関係が固定化していない」訴訟一般における事実認定の問題の特殊性に目を向けていた<sup>4</sup>。とりわけ後者の視点は、同時期に勃興したいわゆる「現代型訴訟」に理論的分析を加え始めた民事訴訟法学と問題意識を共有するものであり<sup>5</sup>、現に民事訴訟法学においても「立法事実論」というテーマが形作られるに至った<sup>6</sup>。

しかし、二つの学問分野が正面から交流を持つに至るには、なお時間を要した<sup>7</sup>。その原因は、民事訴訟法学が憲法問題の審理を自らの体系に包摂する動機を持たなかったこともさることながら、公法学が想定してきた「事実」ないし「事実認定」の概念それ自体が不明瞭であり、訴訟法理論上の有用性を発揮できなかったことにも起因すると思われる。本稿は、こうした問題意識から、憲法訴訟における事実認定の諸問題を考察し、我が国の公法関係訴訟<sup>8</sup>における事実認定の理論構築の端緒を得ることを目的とするものである。

## 0. 2 行論

本稿では、上記の目的を達成するために、ドイツにおける民事訴訟法学と憲法学との二つの「立法事実論」の交錯 (1)、および、それを背景として実定法に結実した、ドイツ連邦憲法裁判所の実事認定の特色 (2) に、

態とその意義」同『憲法訴訟の理論』117頁（有斐閣、1973）〔初出：1963〕；時國康夫「憲法事実——特に憲法事実たる立法事実について」同『憲法訴訟とその判断の手法』1頁（第一法規、1996）〔初出：1963〕。

4 長谷川正安『憲法判例の体系』35頁以下、71頁以下（勁草書房、1966）。

5 参照、新堂幸司「現代型訴訟とその役割」同『民事訴訟制度の役割』291頁（有斐閣、1993）〔初出：1983〕。

6 早期の言及として、吉野正三郎「裁判による法形成と裁判官の役割」同『民事訴訟における裁判官の役割』95頁、126頁以下（成文堂、1990）〔初出：1988〕。現在の議論状況の概観として参照、新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』580頁註1（弘文堂、2011）。

7 嚆矢として、原竹裕『裁判による法創造と事実審理』（弘文堂、2000）。

8 この用語で念頭においてるのは、憲法問題や行政活動の適法性の問題など、実体公法の問題が争われる訴訟一般であり、必ずしも行政事件訴訟等の具体的な訴訟類型ではない。本稿で検討する憲法問題の審理のあり方は、大部分で行政活動の適法性の問題の審理のあり方にも援用可能であると考えているが、さらなる分析は後日を期したい（4. 2参照）。

示唆を求める。立法事実 (legislative facts) の概念がアメリカ法由来のものであるにも関わらず、また我が国の違憲審査制がアメリカ型の司法審査制をとっているにも関わらず、ドイツの議論を考察対象とするのは、我が国の訴訟法、特に民事訴訟および行政 (事件) 訴訟の構造および理論が、ドイツの議論に根底的に規定されていることを主たる理由とする。また、以下で見る通り、ドイツの議論および実定法の状況を明らかにすることそれ自体も、我が国の議論を顧みるための有益な視点を提供するものとなる。

その上で本稿は、ドイツの議論においても必ずしも明確にされていない、憲法訴訟における「事実認定」の作業の位置づけを探求する。ここで示唆を求めるのは、民事訴訟における規範的要件の審理構造である (3)。具体的には、法令の違憲性の審理構造を規範的要件の審理構造に仮託して捉えることで、公法関係訴訟における事実認定のあり方に関する分析視点を獲得する。

## 1. ドイツにおける「立法事実論」

ドイツ公法学は、アメリカが違憲審査制を確立した当初から、常にアメリカ憲法学の動静を視野に入れてきた<sup>9</sup>。しかし、こと立法事実論に関しては、我が国とは対照的に、ドイツ公法学の関心はさほど向けられてこなかった<sup>10</sup>。とはいえ、それに相当する議論は、民事訴訟法学における法創造事実に係る議論 (1. 1) と、憲法学における議会の将来予測の統制に係る議論 (1. 2) とに、それぞれ豊富な蓄積が見いだされる。

### 1. 1 民事訴訟法学における議論

アメリカの立法事実論は、ドイツの民事訴訟法学説においても、裁判所

---

9 Vgl. *Horst Dippel*, Die amerikanische Verfassung in Deutschland im 19. Jahrhundert - Das Dilemma von Politik und Staatsrecht, 1994, S.9ff.

10 アメリカのみならず西欧、北欧、南米諸国やトルコ、南アフリカ、さらには日本 (清宮四郎による独語論考が取められている) の違憲審査制を網羅し、横断的検討をなしたコロキウム記録である *Hermann Mosler (Hrsg.)*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart - Länderberichte und Rechtsvergleichung, 1962 においても、アメリカ憲法学の総体的な検討を行い、違憲審査についても踏み込んだ分析をなした *Winfried Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987 においても、立法事実論への言及は見られない。

による法創造 (Rechtsfortbildung) という論題に関連して、しばしば取り上げられてきた。この裁判所による法創造という論題の中核にあるのは、裁判官法 (Richterrecht) ないし判例法 (case law) を権力分立原理においていかに位置づけるかという問題意識であり<sup>11</sup>、そこで取り扱われる具体的な論点は多岐にわたっているが、法創造に関わる「事実」に関する論点は、その重要な一部を占めている。具体的には、規範事実 (Normtatsachen)<sup>12</sup>、法創造事実 (Rechtsfortbildungstatsachen)<sup>13</sup>、規範構築事実 (Normbildungstatsachen)<sup>14</sup>といった概念 (以下、総称して「法創造事実」という) を体系化する試みがなされている<sup>15</sup>。

### 1. 1. 1 「法創造事実」

こうした試みには、以下のような背景が存在する。一方で、ドイツでは、事実 (Tatsache) と法 (Recht) の区別を前提とする実定法上の規定が分野を問わずしばしば存在し、その解釈論を体系化するために、事実認定 (Tatsachenfeststellung) ないし事実問題 (Tatfrage) と、法解釈 (Rechtsauslegung) ないし法問題 (Rechtsfrage) との区別の問題が議論されてきた<sup>16</sup>。例えば民事訴訟法学においては、この問題は、上告理由 (§

11 Vgl. z.B., *Hans-Peter Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht - Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen, 1969, S.37ff.

12 *Peter Lames*, Rechtsfortbildung als Prozesszweck - Zur Dogmatik des Zivilverfahrensrechts, 1993, S.28ff., S.52ff.

13 *Gerhard Schneider*, Die Heranziehung und Prozessrechtliche Behandlung sog. Rechtsfortbildungstatsachen durch die Gerichte, 1991, S.54ff., 127ff.; *Curt Wolfgang Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S.329ff.

14 *Felix Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht, 2010, S.392ff.

15 概観として、原竹裕・前掲註 (7) 69頁以下。他方の日本では、裁判所による法創造という論題は、現代型訴訟の問題と強く結び付けられて、ドイツとは異なった展開を見せている。例えば参照、田中成明「裁判による法形成」鈴木忠一=三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座1』49頁 (日本評論社、1981)。

16 *Wilhelm A. Scheuerle*, Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP 157, 1, 1958. 実定法上の例については ders., S.4ff.

545 Abs.1 ZPO) および上告審の審理範囲ないし事実認定権限 (§ 559 Abs.2 ZPO) を画するものとして議論されてきた<sup>17</sup>。そして、この論点においてすでに、上告審において独自の認定がされるべき事実のカテゴリとして、憲法学における「立法事実」(1. 2. 1 参照)が取り上げられていた<sup>18</sup>。他方で、判例法の創造そのものにも問題関心が向けられ、「立法事実」の審理に係る訴訟法上の諸規律が見直されるようになる<sup>19</sup>。具体的には、判例法の基礎となる「立法事実」について、弁論主義の適用の可否、証拠調べにおける特別の取り扱いの要否などが論じられるようになった<sup>20</sup>。

このように、「立法事実」という概念を媒介として、上告審においても独自の認定を行うことが望ましいとされる「事実」と、判例法創造の観点

---

17 *Kurt Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit trichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz : ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage, 1964, S.58ff., 98ff.; *Horst-Eberhard Henke*, Die Tatfrage : der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, 1966, S.138ff. 詳細な論評として、柏木邦良「不特定概念と判決三段論法—ヘンケ『事実問題…民法における不特定概念とその上告可能性』の紹介と検討をかねて」北大法学論集 22 卷 2 号 87 頁 (1971)。なお、この問題は、ドイツにおいては、連邦法解釈の統一、司法の中央集権化という「政治的目的」と密接に関連していた(兼子一「上告制度の目的」同『民事法研究Ⅱ』171 頁、174 頁以下(酒井書店、1954)〔初出：1953〕；同「経験則と自由心証」同 185 頁、200 頁以下〔初出：1951〕)。なお、連邦法解釈の統一のための上告制度は、憲法解釈を統一するための連邦憲法裁判所の設置へとつながる問題意識にも発展している。Vgl. *Max Grünhut*, Allgemeinverbindliche Richtersprüche, *Judicum* 2.Jahrgang, 1929, S.138 (S.149ff.)

18 Vgl. z.B. *Peter Gottwald*, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, 1975, S.162ff.

19 嚆矢として、*Rolf Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 119ff., S.154ff.

20 Vgl. *Hugo Seiter*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, FS für Fritz Baur, 1981, S.573; *Eike Schmidt*, Der Umgang mit Normtatsachen im Zivilprozess, FS für Rudolf Wassermann, 1985, S.807; *Hanns Prütting*, Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung - Überlegungen zur Zulässigkeit und zu den Grenzen der Rechtsfortbildung mit einem Vorschlag an den Gesetzgeber, FS für Rechtswiss. Fakultät Köln, 1988, S.305. ザイター、シュミットの議論については、山本克己「民事訴訟における立法事実の審理」木川統一郎古希『民事裁判の充実と促進(下)』21 頁、23 頁以下(判例タイムズ社、1994)。

から通常の審理の規律とは異なる規律を妥当させることが望ましいとされる「事実」とが、同一の性質をもつ事実のカテゴリとして認識されるようになった。先に見た「法創造事実」の体系化の試みは、こうした議論の延長線上に位置づけられる。

### 1. 1. 2 事実の一般性

上記の沿革からも分かる通り、「法創造」という観念で示される事柄の内実は文脈に応じて異なり<sup>21</sup>、「法創造事実」の概念それ自体もまた、明瞭に定義づけられているとは言い難い。しかし、「法創造事実」の核的な特色が、特定個人や特定の事件にのみ関わる性質のものではない、事実の一般性にあるという点には、見解の一致があるものと見受けられる。例えば、医薬品の供給の適正化が困難となっており、それが国民の生命及び健康に対する危険を招来しているという社会状況（3. 2. 2 参照）や、ある約款の内容を一定範囲の人間が知悉していること<sup>22</sup>などは、こうした一般性を有する事実の典型である<sup>23</sup>。

一般性を有する事実は、上告審における審理範囲の問題と、訴訟上の取り扱いの問題との双方において、特殊な取り扱いを要請する。一般性を有する事実の認定が他の事案においても同様になされるべきだとすると、それは判例法を創造する役割を担い、法の統一という上告審の任務に関係することとなり、上告審における審理対象とすべきとの評価がなされることとなる。また、そうした事実認定については、典型的な事実認定とは異なって、訴訟当事者による処分委ねることが適切ではなくなり、弁論主義の排除や証拠調べにおける特別の配慮が必要との評価がなされることとなる（2. 2 および 2. 3 参照）。

ここから分かるように、ここで問題となっているのは、事実の一般性それ自体ではなく、ある事案における事実認定が、他の事案においても影響を発揮するという事態である<sup>24</sup>。そうすると例えば、個別事実を規範的要

21 参照、三木浩一「判例による民事訴訟法の法創造」新堂幸司監修『実務民事訴訟講座〔第3期〕（第1巻）〕157頁、159頁（日本評論社、2014）。

22 土屋・前掲註（1）148頁。

23 一般性という観点からの立法事実の把握について参照、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について（一）」自治研究64巻12号122頁、124頁（1988）。

24 原竹裕「弁論主義の限界と第三者情報——私人間訴訟における公共的争点の

件の充足に結びつけるための経験則（3. 2. 3参照）も、上記と同様の要請が当てはまり、「法創造事実」に含まれることになる<sup>25</sup>。換言すれば、本稿の問題関心から見た場合、「法創造事実」の概念は、他の事案においても影響を与えることになる事実認定に関わるという観点から、一般性を有する事実や経験則など、従来訴訟法上の取り扱いにおいて必ずしも共通点を見出されてこなかったものを、同じカテゴリに収めるための概念構成として理解することができる<sup>26</sup>。

## 1. 2 憲法学における議論

以上で見た民事訴訟法学の議論に対して、憲法学の議論においては、異なる問題関心から「立法事実」が議論されてきた。憲法裁判権を対象とする憲法学の問題関心は、一般性を有する事実を裁判所がいかにかに認定すべきかというのではなく、立法府の事実認定の当否を憲法裁判所がいかにかに判断すべきかにあった。

### 1. 2. 1 立法府の将来予測

ドイツ憲法学における「立法事実論」の端緒は、H. ディヒガンズ連邦議会議員の連邦憲法裁判所法改正提案をめぐる1970年代の議論に求められる。ディヒガンズの主張は次のようなものであった。「連邦憲法裁判所は、立法者の事実認定および予期される将来の展開（erwartende zukünftige Entwicklung）に関する諸仮定（Annahmen）に拘束される。ただし、裁判所が、立法者が濫用的に、明らかに不当な事実認定から出発している

---

審理」一橋論叢117巻1号79頁、80頁（1997）は、法規の解釈問題、法規の憲法適合性、社会的多発事例における共通争点を、「公共的争点」として範疇化している。これらはいずれも、その中でなされる裁判所の判断が、同じ争点を有する他の事件にも影響を及ぼすという特徴を持つ。ただし、ここで語られる他の事件への影響の内実は、精査する必要がある。参照、異智彦「法令等の違憲・違法を宣言する裁判の効力—「違憲判決の効力論」を手がかりとして」成蹊法学83号183頁（2015）。

25 Lames, a.a.O. (Anm.12), S.55.

26 原・前掲註（7）280-281頁は一般性のない法創造事実（顕著ならざる個別的な法創造事実）として、措置法、立法の背景を為す個別的事件、一般的事実の抽出の基礎となる具体的事実を挙げ、事実の一般性の要素のみでは問題をとらえきれない旨を正当に指摘している。

と認める場合には、その限りでない」<sup>27</sup>。ディヒガンスの論旨は、法形成 (Rechtsgestaltung) の問題に関わる事実認定を行うべきは裁判所ではなく議会である旨を正面から説くものであった<sup>28</sup>。その後こうした事実は、アメリカの legislative facts の直訳である、「立法事実 (legislatorische Tatsachen)」という用語で呼称されるようになった<sup>29</sup>。その後、ドイツにおける立法事実論は、議会の将来予測 (Prognose) に関する裁判所の審査密度の問題を中心に論じられることとなった<sup>30</sup>。

ディヒガンスの提案それ自体は、審議過程における諸参考人の強い反対にあって挫折した<sup>31</sup>ものの、連邦憲法裁判所の実事認定の在り方に学説の関心を向けた点で、重要な役割を果たしたと言える<sup>32</sup>。換言すれば、ドイツ憲法学における立法事実論は、立法府との関係での憲法裁判権の限界確定、ないしは憲法裁判権の民主的正統性の問題という、権力分立原理の下で違憲審査制度が必然的に孕む問題群<sup>33</sup>のコロラリーとして登場したのである。そしてこの問題は、法律の違憲性を直接争う手続 (抽象的規範統制や法律に対する憲法異議) を有するドイツにおいては尚のこと深刻なものとして<sup>34</sup>、現在まで常に論争的となってきた<sup>35</sup>。

27 *Hans Dichgans*, Vom Grundgesetz zur Verfassung - Überlegungen zu einer Gesamtrevision, 1970, S.182.

28 *Dichgans*, a.a.O. Anm.27, S.178ff.

29 *Klaus Engelmann*, Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht: zugleich ein Beitrag zum materiellen Verständnis des Verfassungsprozeßrechts, 1977, S.55.

30 参照、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」杉村敏正選暦『現代行政と法の支配』447頁 (有斐閣、1978)；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」芦部信喜選暦『憲法訴訟と人権の理論』35頁 (有斐閣、1985)；岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制——1970年代(旧西)ドイツにおける学説・判例の検討」法学政治学論究 14号 67頁 (1992)。

31 その経緯は、*Wilhelm Karl Geck*, Vorwort, in: *Klaus Jürgen Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts - Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsrechtlicher Entscheidungen, 1971 S. V ff. に詳しい。

32 *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts Bd. 1, 458 (462f.), 1976.

33 近時の検討として参照、*Christoph Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S.136ff.

## 1. 2. 2 個別事実と一般事実

他方で、連邦憲法裁判所における事実認定の問題は、BVerfG Urt. 27. 1. 1965, BVerfGE 18, 315 (「乳、乳製品及び油脂の流通に関する法律」による流通規制を合憲とした事例) が、経済行政上ないし経済技術上の問題について議会の事実認定の審査に消極的態度を示したこと<sup>36</sup>をきっかけに、ディヒガンスの提案と時期を接して、すでに学界の関心事となっていた<sup>37</sup>。その中で、アメリカの議論を明示的に参照し、ドイツにおける「立法事実論」に先鞭をつけたのは、K. J. フィリップのモノグラフィーである<sup>38</sup>。フィリップは、アメリカの legislative facts に関する議論を参照して、個々の人物または事案に関係する事実である個別事実 (Einzeltatsachen) と、そうではない事実、典型的には人物または事案のグループ (Klasse) に関係する事実である一般事実 (generelle Tatsachen) とを区別した<sup>39</sup>。そして、憲法訴訟においては一般事実の重要性が非常に大きいとして、一般的事実をさらに過去の事実・現在の事実・将来の事実に分け、さらに現在の事実・将来の事実に関しては、実際に連邦憲法裁判所が認定した事実を類型化している<sup>40</sup>。オッセンビュールも、彼に倣って個別事実と一般事実と

---

34 *Brun-Otto Bryde*, Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FS 50 Jahre BVerfG, Bd.1, 2001, S.533 (554).

35 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』260頁以下(弘文堂、2005)。

36 連邦憲法裁判所曰く、「流通規制の範疇における立法者の措置は、頻繁に詳細にわたり、しばしば純粹に技術的性質を有する。そのような主として経済行政上ないし経済技術上の問題を、広範囲にわたる証拠調べによって明らかにすることは、基本的には連邦憲法裁判所の任務ではない。この問題が本件のように行政裁判所の三審級を使って判断されており、かつこれらの裁判が立法者の恣意を何ら明確に示唆していないのならば、連邦憲法裁判所は通常は干渉する動機を全く持たない」。

37 先駆的業績として、*Hans Thierfelder*, Zur Tatsachenfeststellung durch das Bundesverfassungsgericht, Juristische Analysen 1970, 879 (S.897ff.)。

38 *Philippi*, aa.O. (Anm.31)。

39 *Philippi*, aa.O. (Anm.31), S.6f.

40 *Philippi*, aa.O. (Anm.31), S.15ff. ただし、彼が分析の根幹に据える経験的 (empirisch) / 直感的 (intuitiv) 認定の定義がそもそも明瞭でなく (S.8f.)、さらには分析の基礎となったデータの正確な適示がないために、その数理的

を区別し、後者を「立法事実」と呼んだうえで、将来の「立法事実」の認定の特殊性を考察している<sup>41</sup>。

### 1. 3 二つの「立法事実論」の交錯

以上のように、ドイツの民事訴訟法学と憲法学とは、ともにアメリカの立法事実論を参照してきた。そこでは、それぞれの関心に応じた力点の違いがありながらも、法創造ないし法形成ということがらが、両分野で共通に問題とされてきた。民事訴訟法学では、他の事案においても影響を及ぼし得る事実認定が判例法の創造につながるという認識から、各種の訴訟法上の問題の考察が進められていた。他方で憲法学では、ディヒガンス提案が示した法創造ないし法形成の任務は裁判所ではなく議会にあるとの認識から、一般性を有する事実に関する裁判所の審査密度の考察が進められていた。

こうした議論状況に鑑みると、日本の「立法事実論」については、そもそも二つの分野において念頭に置く「立法事実」が異なるがために、有意義な発展が妨げられてきたとの印象をぬぐえない。母国アメリカにおける立法事実 (legislative facts) の概念を参照する際に、ドイツでは民事訴訟法学、憲法学を問わず、①裁判所による立法的判断の基礎となる事実という法創造の契機を重視した概念が摂取されたものと言える。これに対して日本では、民事訴訟法学の問題関心は同様であったのに対し、憲法学の標準的定義が受容したのは、②法律の合憲性を基礎づける事実という点を重視した、別の概念であった<sup>42</sup>。その結果日本では、両分野の理論的対話により「立法事実論」に加えられるべき知見とは何か、立法事実論における憲法学固有の問題関心は如何に整理することができるかといった点が、問題として十分に認識されてこなかったのではないか。

より具体的に言えば、①裁判所による法創造を支える事実（「法創造事実」）と②法律の合憲性を支える事実（「狭義の『立法事実』」ないし「憲法事実 (constitutional facts)」）とは明確に区別されるべきであり<sup>43</sup>、両者

---

分析のほとんどが再検証不能であり、彼の試みは成功したとは言い難い。

41 *Ossenbühl*, (Anm. 32), S.466.

42 浅野博宣「立法事実論の可能性」高橋和之古稀『現代立憲主義の諸相 (上)』419頁、422頁 (有斐閣、2013)。

43 原・前掲註 (7) 277頁。

が重なり合うものなのか、二つの分野の問題関心は二つの事実の類型との関係でどのように交錯しており、どのように整理することができるのかといった問題が、「立法事実論」の中で取り込まれるべき課題として認識される。すでにこうした点に関しては、事実の「一般性」によって安易に法創造事実および狭義の立法事実を特徴づけることを否定し、それぞれの分野の問題関心に沿った具体的な検討の積み重ねから「立法事実」の特色を浮き上がらせる方向性が示されており<sup>44</sup>、公法学においてもこの問題意識を受け継いだ議論がなされることが期待されていると言える。

## 2 ドイツ連邦憲法裁判所の審理手続

先に見た通り、ドイツの「立法事実論」は、法創造の基礎となる事実という定義を共有することを通じて、民事訴訟法学と憲法学とで通訳可能な議論を発展させてきた(1. 3参照)。この点は、既に連邦憲法裁判所固有の手続法典(BVerfGG<sup>45</sup>)に結実していると見ることができる<sup>46</sup>。

我が国の違憲審査制のあり方との関係で示唆的なのは、連邦憲法裁判所は憲法問題の審理に関する限りで独自の事実認定権限を有している点(2. 1)、その事実認定は職権に基づいて行われ得る点(2. 2)、事実認定のための証拠調べの方法も多様である点(2. 3)が挙げられよう。

### 2. 1 事実認定権限

#### 2. 1. 1 事物管轄から導かれる事実認定権限

ドイツの連邦憲法裁判所は、規範の合憲性に関する事実を独自に認定す

---

44 原・前掲註(7) 277頁以下、特に278頁。

45 周知の通り、ドイツにおいては、法律の合憲性に関する判断の事物管轄が連邦憲法裁判所に専属しており、BVerfGG(Bundesverfassungsgesetz)は連邦行政裁判所固有の手続法典である。ただし、連邦憲法裁判所以外の裁判所にも、法律の合憲限定解釈を行う権限はあると解されている。参照、阿部照哉「法律の合憲解釈とその限界」同『基本的人権の法理』218頁、223頁(有斐閣、1976)〔初出：1971〕。

46 早期にその概観を行ったものとして参照、永田秀樹「西ドイツにおける憲法訴訟の手続原則」大分大学経済論集34巻3号125頁(1982)。現在の状況について、畑尻剛＝工藤達朗編『ドイツの憲法裁判(第2版)』169頁以下〔武市周作〕(中央大学出版部、2013)。

ることができる」とされている。換言すれば、ドイツの連邦憲法裁判所が、規範の合憲性に関する事実（狭義の立法事実）の認定権限を有する点には、争いがない<sup>47</sup>。ただし、これはその事物管轄から導かれるもの、すなわち、法令の違憲性の判断の前提として必要となる限りでのものであり、規範の合憲性に関わるわけではない事実については、他の裁判所の実事認定（具体的には、具体的規範統制の申立てをした他の裁判所が既に行ったそれや、憲法異議の対象となった判決中のそれ）を前提にしなければならないと解されている<sup>48</sup>。具体的規範統制については、連邦憲法裁判所は「法問題（Rechtsfrage）に関してのみ判断する」（§ 81 BVerfGG）との明文が置かれているが、これは規範統制を申し立てた他の裁判所の実事認定権限との調整の規定であり、規範の合憲性に関わる事実について連邦憲法裁判所の認定権限が排除されているわけではないと考えられている<sup>49</sup>。

### 2. 1. 2 事実認定権限の根拠

これに対して、日本の最高裁判所は、民事訴訟および行政事件訴訟においては、職権調査事項を除き原審までの事実認定に拘束される（民事訴訟法321条1項、322条、行政事件訴訟法7条）ため、憲法問題について判断する場合でも、原審までに現れている訴訟資料および証拠資料のみを利用することになる<sup>50</sup>。ドイツの最高裁判所（BGH）も同様であり、ドイツの民事訴訟法学における「立法事実論」が、この上告審の審理範囲の問題に関してなされていたことは、先に見たとおりである（1. 1. 1 参照）。

47 Franz Klein, in: Theodor Maunz et al. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Bd.1, 2016, § 26 S.4f. (Stand. 1987).

48 参照、川又伸彦「憲法裁判における法律審の事実審査」法学新報103巻2・3号547頁（1996）；同「ドイツ連邦憲法裁判所による司法事実審査について—最近の判例の動向を中心に—」栗城壽夫古稀『日独憲法学の創造力（下）』271頁（信山社、2003）；同「憲法異議と憲法の規範力—判決に対する憲法異議についての最近のドイツ憲法裁判所の判例を中心に—」ドイツ憲法判例研究会編『講座憲法の規範力第2巻：憲法の規範力と憲法裁判』285頁、290頁以下（信山社、2013）。

49 Franz-Wilhelm Dollinger, in: Christian Burkiczak et al. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Heidelberger Kommentar), 3.Aufl., 2015, § 81 Rn.13.

50 刑事訴訟法には同様の条文が存在せず、事情が異なるところがあるが、本稿では立ち入らない。参照、松尾浩也『刑事訴訟法（下）（新版補正第二版）』251-252頁（弘文堂、1999）

この比較からは、我が国の最高裁判所が「立法事実」の認定権限を有するとした場合に、それはドイツの連邦憲法裁判所が有するのと同様の、違憲審査権限（憲法 81 条）から当然に導かれる法令の合憲性を支える事実（狭義の立法事実）の認定権限を意味するのか、ドイツの BGH が有するのと同様の、上告審の法統一の任務から導かれる法創造事実の認定権限を意味するのか、という問題が抽出されよう。これは、先に見た法創造事実と狭義の立法事実との重なり合いの問題の一つの現れであると理解できる（1. 3 参照）。

## 2. 2 職権探知主義

### 2. 2. 1 職権探知主義の根拠

また、連邦憲法裁判所の事実認定においては、弁論主義が排除され、職権探知主義（Untersuchungsgrundsatz）が妥当するものと解されている。連邦憲法裁判所は、他の系列の裁判所の職権探知主義の手續により下された確定判決中の事実認定であれば、それを自身の判断の基礎にすることができる（§ 33 Abs.2 BVerfGG）が、文言上これは義務ではなく、連邦憲法裁判所に認定権限が認められる限り（2. 1 参照）、独自の職権探知の余地は広く開かれている。ディヒガンスの提案（1. 2. 1 参照）の背景にあったのは、こうした職権探知主義を前提とした事実認定による、連邦憲法裁判所の広範な活動への危惧であったわけである。

ここで職権探知主義が採られる理由は、憲法訴訟においては訴訟当事者の利益を超えた公益が問題となることに求められている<sup>51</sup>。ここには民事訴訟法学において法創造事実弁論主義を適用することが問題視されていたこととの共通点が見いだされる（1. 1. 1 参照）が、ここでもまた、狭義の立法事実について職権探知主義が妥当することの根拠が、それが一般性を有する法創造事実であるが故なのか、それとも立法の合憲性を基礎づけるという憲法事実たる特色に由来するものなのかが、法創造事実と狭義の立法事実との重なり合いの問題の一つとして現れてくる（1. 3 参照）。

---

51 *Ernst Benda et al., (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht - Ein Lehr- und Handbuch, 3.Aufl., 2011, Rn.300.*

2. 2. 2 職権探知主義と弁論権<sup>52</sup>

また、連邦憲法裁判所が常に職権を発動して事実認定を行うことになるわけではない点にも注意を要する。一方で、連邦憲法裁判所法には、「手続開始の申立ては、文書によって連邦憲法裁判所に提出されなければならない。申立ては理由づけられねばならない；必要な証拠方法が主張されねばならない」（§ 23 Abs.1 BVerfGG）との規定が存在する。この条文は申立てに際しての協力義務（Mitwirkungspflicht）ないし理由付け義務（Begründungspflicht）を定めるものであり<sup>53</sup>、具体的には、申立人が申立ての際にこの義務を履行しない場合には、そもそも申立てが不適法となる<sup>54</sup>。換言すれば、この場合、裁判所は職権探知を行うことなく、即座に（場合によっては 24 条の簡易手続により<sup>55</sup>）申立てを却下することができるものと解されている<sup>56</sup>。他方で、弁論主義が排除され、職権探知主義が妥当

52 問題設定の嚆矢として、山木戸克己「訴訟における当事者権」同『民事訴訟理論の基礎的研究』59 頁、61 頁以下（有斐閣、1961）〔初出：1959〕。

53 職権探知主義と当事者の協力義務は、ドイツの訴訟法学において古くから議論されてきたものである。旧非訟事件法（FGG）について参照、本間靖規「非訟事件手続における職権探知主義に関する覚え書き——ドイツ法を中心に」同『手続保障論集』547 頁、558 頁以下（信山社、2015）〔初出：2008〕。現行非訟事件法（FamFG）について参照、高田昌宏「非訟手続における職権探知の審理構造——新非訟事件手続法・家事事件手続法の制定を契機として——」法曹時報 63 卷 11 号 1 頁、30-31 頁（2011）。行政裁判所法について参照、新山一雄「西ドイツにおける職権探知原則」雄川一郎献呈『行政法の諸問題（下）』245 頁（有斐閣、1990）；駒林良則「職権探知原則と協力義務」大阪市立大学法学雑誌 39 卷 3・4 号 122 頁、124 頁以下（1993）；本間靖規「職権探知主義について——人事訴訟手続を中心に」同『手続保障論集』521 頁、540 頁（信山社、2015）〔初出：2008〕；須田守「取消訴訟における『完全な審査』（四）」法学論叢 178 卷 5 号 27 頁、28 頁以下（2016）。

54 *Christofer Lenz/ Ronald Hansel (Hrsg.)*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2.Aufl., 2015, § 23 Rn.23.

55 *Hans Lechner / Rüdiger Zuck (Hrsg.)*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7.Aufl., 2015, § 24 Rn.17; *Burkiczak et al. (Hrsg.)*, a.a.O. (Anm. 49), § 24 Rn.14.

56 *Benda et al. (Hrsg.)*, a.a.O. (Anm. 51), Rn.302. 他方で、協力義務と切り離して、この条文が申立人の（主観的）論証責任または（主観的）立証責任を示したものと理解する見解もある（*Bodo Pieroth/ Peter Silberkuhl (Hrsg.)*, Die Ver-

するとしても<sup>57</sup>、当事者の弁論権は一定程度保障されねばならない<sup>58</sup>。換言すれば、職権探知主義の下でも裁判所が常に事案解明を独自に行うことになるわけではなく、手続関係人の口頭弁論による争点形成は当然あり得るのであり<sup>59</sup>、この関係者の弁論権は、関係人 (Beteiligte) の書類閲覧権 (§ 20)、共同代表者 (Beauftragte) の期日列席 (§ 21)、補佐人 (Beistand) の選任 (§ 22 Abs.1 S.2)、関係人からの証人尋問および鑑定人尋問の申出 (§ 28 Abs.1) といった制度によって、補われることになる。

## 2. 3 職権証拠調べ

### 2. 3. 1 証拠調べの多様性

他方で、上記の職権探知主義の根拠とされることがある、連邦憲法裁判所法 26 条 1 項 1 文は、正確には、「連邦憲法裁判所は、真実の探求のために必要な証拠を取り調べる (erheben)」という内容である (§ 26 Abs.1 S.1 BVerfGG)。これは、訴訟資料の顕出の問題というよりはむしろ、顕出された訴訟資料の存否の判定のための証拠調べについて、裁判所に積極的な活動を期待するものであるように見える<sup>60</sup>。実例として、著名な薬局判決 (BVerfG Urt. 11. 7. 1958, BVerfGE 7, 377)<sup>61</sup>では、議会による将来予

---

fassungsbeschwerde, 2008, S.55)。

57 ただし、連邦憲法裁判所法の解釈においても細部では意見が分かれている。例えば、Zuck は職権探知主義を訴訟資料の提出の問題ではなく、証拠調べの問題に限定しようとしている (Zuck, in: *Lechner/Zuck (Hrsg.)*, a.a.O. (Anm. 55), § 26 Rn.1)。

58 参照、山田文「職権探知手続における手続規律・序論」法学論叢 157 巻 3 号 1 頁、10 頁以下 (2005)。

59 他方で、憲法裁判権の民主的正統化の観点からは、口頭弁論のアンビバレントな性質が指摘される。参照、クリストフ・メラース「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」マティアス・イエシュテットほか編 (鈴木秀美ほか監訳)『越境する司法』247 頁、315 頁以下 (風行社、2014) [原著：2011]。

60 この点を特に意識するものとして、*Winfried Kluth*, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, NJW 1999, 3513 (3514ff.)。

61 邦語解説として参照、野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性—薬局判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第 2 版)』272 頁 (信山社、2003) [初出：1996]；覚道豊治「薬局開設拒否事件」ドイツ判例百選 66 頁 (1969)。

測の基礎となった各種の一般的事実について、綿密な証拠調べがなされた<sup>62</sup>。

このような、事実認定のための証拠資料の検出という観点からも、連邦憲法裁判所法は充実した制度を設けているといえる。具体的には、申立てまたは職権による証拠調べに加えて、他の裁判所および行政庁の協力義務 (§ 27)、議会・政府の意見表明の機会 (§ 77、§ 82、§ 94)、補佐人 (§ 22) による意見陳述などの特則が存在することや、1998 年改正により立法された § 27a により、連邦憲法裁判所は、専門知識を有する第三者に態度表明の機会 (Gelegenheit zur Stellungnahme) を与えることができることとなったことが注目される。最後の点について付言するならば、これは訴訟参加の手続とは異なり、当該第三者は関係人たる地位を有することになるわけではなく<sup>63</sup>、アメリカのアミカス・キュリエに近い制度であると考えられる<sup>64</sup>。

### 2. 3. 2 手続権と費用負担

また、連邦憲法裁判所法は証拠調べ手続への当事者の列席と審尋権を保障しており (§ 29)、口頭弁論外での証拠調べ (§ 32 Abs.1 S.2)<sup>65</sup>につい

---

62 具体的には、同事件において連邦憲法裁判所は、「薬局制度および医薬品制度の状況、とりわけ、アメリカ占領区における行政による開業管理の結果と無限定の開業の自由の帰結について、また薬局の経済的状況および薬局外での医薬品の流通状況について概観を得るために」、連邦内務省参事官、バイエルン州内務省上級参事官、バイエルンラント薬剤師会業務執行者、内閣薬剤参事官、経済学者らの鑑定を実施し、さらにはスイスおよびオランダの薬局の状況についても、スイスの連邦衛生局局長、スイス薬剤師協会書記官の鑑定を実施し、オランダについては国際薬学協会事務総長の鑑定書を証拠調べしている。

63 *Bethge*, in: *Maunz et al. (Hrsg.)*, a.a.O. (Anm. 47), § 27a S.2.

64 *Kai Habertzell*, in: *Dollinger et al. (Hrsg.)*, a.a.O. (Anm. 49), § 27a Rn.4. そのほか、*Heribert Hirte*, *Der amicus-curiae-brief - das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen*, ZZP 104, 11 (48), 1991 は、職権探知主義に関する § 26 Abs.1 を指摘して、連邦憲法裁判所の手続ではアミカス・キュリエを運用することが可能であると説いていた。ただし、*Zuck*, in: *Lechner/ Zuck*, a.a.O., (Anm. 55), § 27a Rn.2 は、手続関係人としての固有の権利が認められているアミカス・キュリエとの差異を強調する。

65 例としては、議会の議事録の証拠調べが挙げられている。*Klein*, in: *Maunz et*

でも、学説は少なくともその結果を口頭弁論の場に顕出すべきことを主張している<sup>66</sup>。さらに、こうした証拠調べの結果は関係人の書類閲覧権（1. 2. 2 参照）の対象となり、判決文中にも記載されることとなる<sup>67</sup>。これらの点は、立法事実については証拠調べが基本的に行われず、立法事実の認定の根拠が判決文中にはっきり示されない日本の状況に鑑みたときに、大きな特色と評価することができる。

なお、職権証拠調べの問題に関しては、真実解明のために誰の費用負担において証拠調べを実施するかが問題とされなければならない<sup>68</sup>。この点について、ドイツの連邦憲法裁判所に職権探知主義の下で詳細な証拠調べを行うことが期待されていること背景には、連邦憲法裁判所法が同法上の手続について濫用的な申立てでない限り訴訟費用を国庫負担としており（§ 34 Abs.1, 2）<sup>69</sup>、訴訟費用の当事者負担に起因する上記のような問題が生じないという事情があることも看過されてはならないと思われる<sup>70</sup>。

## 2. 4 職権主義を基礎づける理念——法創造事実か憲法事実か

以上の雑駁な概観からも示されたとおり、ドイツの憲法裁判所は、憲法問題に関する事実認定権限を、広汎な職権主義の下で積極的に行使している。ドイツのような強力な憲法裁判所を持たず、アメリカほど活発でない司法審査制に甘んじている我が国の状況からすると、直接の示唆を得るには相当の懸隔があるようにも見える。

しかし、先に示した通り（2. 2. 1 参照）、ドイツの連邦憲法裁判所のこのような広汎な職権主義を基礎づけているのが、認定の対象が他の事案

---

*al.* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 47), § 26 Rn.11.

66 *Klein*, in: *Maunz et al.* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 47), § 26 Rn.11; *Benda et al.* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 51), Rn.324.

67 *Benda et al.* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 51), Rn.303.

68 高橋宏志「職権証拠調べ」伊藤真ほか『演習民事訴訟法2』192頁、195頁（有斐閣、1985）。

69 詳しくは参照、永田秀樹・前掲註（46）144-145頁。

70 この点の重要性の指摘として、*Juliane Kokott*, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, S.58 Anm.156a, 1993。我が国でも、専門家の意見聴取の手続について、立法論として国庫負担を説く見解がある。参照、杉山悦子『民事訴訟と専門家』318頁（有斐閣、2007）〔初出：2004〕。

においても影響を及ぼしうる法創造事実であることなのか、法令の合憲性を支える狭義の立法事実（憲法事実）であることなのかは、必ずしも明らかでない。法創造事実に関して弁論主義を後退させるという議論は、我が国の民事訴訟法学においてもたびたび説かれているところであり<sup>71</sup>、その限りでは、裁判所の違憲審査権の有無は問題とならないはずである。換言すれば、我が国の憲法問題の審理において、狭義の立法事実ではなく法創造事実の観点から各種の訴訟上の規律を見直す余地はないかは、二つの種類の「立法事実」の交錯のあり方の解明の必要性の延長線上に、やはり重要な課題として認識される（1. 3参照）。

### 3. 憲法訴訟における「事実認定」の位置づけ

繰り返しになるが、ドイツの民事訴訟法学における「立法事実論」は、他の事案においても影響を及ぼしうるような事実認定のあり方に焦点を当てるものであった（1. 1. 1参照）。我が国の民事訴訟法学も、大規模不法行為訴訟などのいわゆる「現代的訴訟」をめぐる議論を下敷きに、社会への波及的効果を生ずるような法的争点について、同様に論じられてきた<sup>72</sup>。こうした「立法事実」の訴訟上の取り扱いに関する議論は、無論、我が国の「憲法訴訟論」においても重要な題目であった<sup>73</sup>が、先に見た「立法事実」の捉え方の違い（1. 3参照）にも起因して、訴訟法理論の観点からすると不明瞭な議論が多かったように見受けられる。そこで以下では、議論の蓄積の厚い民事訴訟を念頭におき、そこで憲法問題が争われる場面について、「事実認定」という作業が占める位置をより具体的に解明する。

本来であれば、刑事訴訟、行政事件訴訟、非訟手続<sup>74</sup>など、民事訴訟とは異なる規律を有する手続それぞれについて議論がさらに必要となるが、

71 例えば、原竹裕・前掲註（7）297-303頁；太田勝造「裁判による民事紛争解決：立法事実と正当化責任を中心として」同『民事紛争解決手続論（新装版）』109頁、153頁（信山社、2008）〔初出：1988〕；三木・前掲註（21）166頁；川嶋四郎『民事訴訟法』470頁（日本評論社、2013）。

72 原・前掲註（7）4頁以下。

73 概観として、新正幸『憲法訴訟論（第2版）』570頁以下（信山社、2010）。

74 我が国でも、家事事件手続法56条2項および非訟事件手続法49条2項に当事者の協力義務が明記されるに至り、その法的効果などの議論が再び盛り上がっている。

本稿では立ち入る余裕がない。また逆に、民事訴訟において憲法問題が争われる際に特殊なものとして、立法者が訴訟手続に関与できないという問題が存在するが、この点にも本稿では立ち入らない<sup>75</sup>。

### 3. 1 事実と法——規範的要件における交錯

まず必要となるのは、事実認定という作用が訴訟法理論上いかに位置づけられており、それは憲法問題の審理においていかなる役割を担っているのかを明らかにする作業である。この点は、ドイツにおいても必ずしも明確にされておらず、示唆はむしろ我が国の訴訟法学に求められる。

#### 3. 1. 1 事実問題と法問題

現在の我が国の訴訟における事実認定とは、当事者が口頭弁論の場に顕出し、または裁判所が職権で探知した各種事実（主要事実、間接事実、補助事実および事情）の存否を、証拠調べの結果および口頭弁論の全趣旨に照らして、裁判所の自由心証に基づいて判断するプロセスであるとまとめられよう。こうした事実認定のプロセスに載せられるべき問題群は、一般に「事実問題」と呼称されている。これに対して「法問題<sup>76</sup>」とは、上記のような事実認定のプロセスによって確定された事実関係に適用すべき法命題の選択ないし決定と、その意味内容の解明に関する問題を意味する。法問題に関しては、裁判所は法を知る（*iura novit curia*）の格言通り、外国法や慣習法のような例外的な場面でなければ、主張や証明といった事実認定のプロセスを経る必要がない。

#### 3. 1. 2 規範的要件の審理構造

ただし、法規範の適用に際しては、事実問題と法問題とは連続ないし交錯することになる。一般的に、事実認定により確定された事実関係が適用される法規の要件規定に該当するか否かの判断を言う、いわゆる「当ては

---

75 参照、木村草太「憲法判断の方法——『それでもなお』の憲法理論」高橋和之古稀『現代立憲主義の諸相（上）』507頁、511頁（有斐閣、2013）。

76 「法律問題」という用語が一般的であるように見受けられるが、問題となるのは法律に限られない客観法一般である（対応する独語は *Gesetzesproblem* ではなく *Rechtsproblem* である）ことから、本稿では法問題という用語を用いる。

め」の問題<sup>77</sup>は、「適用される法命題の外延を具体的事件に即して決定し、その意味内容を確定する作業」を含むために法問題に属するといわれる<sup>78</sup>。

この「当てはめ」の構造が輻輳化して現れるのが、いわゆる規範的要件の審理である。現在の標準的な理解によれば、不法行為責任の要件としての「過失」（民法709条）や借地契約および借家契約の更新拒絶の要件としての「正当の事由」（借地借家法6条、28条）のようないわゆる規範的要件については、そうした規範的要件の充足の有無を基礎づけるもう一段具体的な諸種の事実（評価根拠事実および評価障害事実）が主要事実と位置づけられ、それらの存否ないし心証度を総合的に衡量して、規範的要件それ自体の充足の有無が判断される<sup>79</sup>。評価根拠事実／障害事実の存否の判断が事実問題に当たることは争いが無いが、必要な評価根拠事実／障害事実を選別し衡量して規範的要件の充足の有無を判断する作業（評価根拠事実／障害事実を規範的要件に「当てはめ」る作業）は、やはり法問題であると言われる<sup>80</sup>。

### 3. 2 規範的要件としての違憲性

以上のような規範的要件の審理構造は、法令の違憲審査についても妥当すると考えられる。著名な薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）を例にとろう。

#### 3. 2. 1 違憲性の審理構造

この事件では、距離制限違反を理由とする薬局開設不許可処分の違法性という訴訟物の前提問題として、薬局の距離制限規定が職業選択の自由を

77 ただし、我が国における「当てはめ」という用語の不明瞭さについて参照、亀本洋「法を事実当てはめるのか、事実を法に当てはめるのか」日本法哲学会編『民事裁判における「暗黙知」——「法的三段論法」再考』13頁（有斐閣、2013）。

78 山本和彦『民事訴訟審理構造論』22頁、317頁（信山社、1995）〔初出：1989-90〕；高橋宏志『重点講義民事訴訟法上（第2版補訂版）』425-426頁（有斐閣、2013）。

79 司法研修所編『民事訴訟における要件事実第一巻（増補）』30頁以下（法曹会、1986）〔初出：1984〕。

80 三木浩一「民事訴訟における証明度」同『民事訴訟における手続運営の理論』428頁、467頁（有斐閣、2013）〔初出：2010〕。

保障する憲法 22 条 1 項に違反しないかが問題となった。換言すれば、この事件では、同規定の違憲性（以下「違憲性要件」という）は、訴訟物を基礎づける規範的要件（の一つ）として位置づけられていたと言える。

さらに具体的に見ると、この事件では、この違憲性要件の充足の判断のために、さらに下位の規範的要件が立てられていると見ることができる。この事件で具体的に問題となったのは、「国民の生命及び健康に対する危険の防止」という立法目的の達成のために薬局の距離制限という手段を用いることの「合理性」の存否に加えて、他のより緩やかな手段によって目的を達成することはできないかという「必要性」ないし「LRA」の存否であった<sup>81</sup>。これを違憲審査基準と呼ぶか、三段階審査理論によって具体化された比例原則と呼ぶかはともかく、ここでは薬局の距離制限という手段が立法目的の達成のため「合理性」を有さないという規範的要件（以下「合理性欠如要件」という）と、薬局の距離制限という手段が立法目的の達成のため「必要性」を有さない（他の手段によって目的を達成することができる）という規範的要件（以下「必要性欠如要件」という）が定立されているものと見ることができる。

このように、法令の違憲性が争われる訴訟においては、法令の違憲性という大きな規範的要件の下に、複数の小さな規範的要件が位置づけられ、審理対象が段階的に明確化されていくという審理構造が見いだされる。通常の民事訴訟においても、場合によっては、複数の規範的要件を統合するさらに上位の規範的要件が問題となることがあるとされており<sup>82</sup>、憲法訴訟はこうした重層的な審理構造が典型的に現出するものであると整理することができよう。

### 3. 2. 2 評価根拠事実／障害事実としての立法事実

さらに薬事法判決を例にとり、上記のような憲法訴訟の審理構造を、事実問題のレベルまで具体化してみよう。結論から言うならば、従来狭義の立法事実とされてきたものの多くは、違憲性要件の評価根拠事実／障害事実として、事実問題のレベルに位置づけられる。

---

81 石川健治「薬局開設の距離制限」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ（第6版）』205頁、207頁（2013）。

82 吉川愼一「不法行為訴訟の証明責任・要件事実」新堂幸司監修『実務民事訴訟講座（第3期）第5巻』225頁、253頁（日本評論社、2012）。

同事件における被告の主張を体系的に整理するならば、要旨以下の通りとなる。(a) 現在、医薬品の供給の適正化が困難となっており、それが国民の生命及び健康に対する危険を招来している、(b) (a) の事態は、薬局等の偏在による過当競争の結果として医薬品の乱売競争が生じ、その弊害として、一部業者の経営が不安定となり、その結果、設備、器具等の欠陥を生じ、医薬品の貯蔵その他の管理がおろそかとなって、良質な医薬品の供給に不安が生じ、また、消費者による医薬品の乱用を助長し、販売の際における必要な注意や指導が不十分になるという経過により生じており、こうした事態を解消するためには薬局等の経営の安定をはかることが必要と考えられ、そのためには薬局等の偏在ないし過当競争を緩和する必要があるが、そのための手段としては適正配置条項が合理的である、(c) 適正配置条項以外の手段として法規違反に対する行政上の常時監視という手段もあるが、その対象の数がほう大であることに照らしてとうてい完全を期待することができず、薬局等の経営の安定を図ることができない（上告理由一について三（二））。

ここでは、国民の生命及び健康に対する危険を招来する医薬品の乱売という事態が発生しているという、適正配置規定が防ぐべき事態の認識（規制の目的）(a) が示された後、それを防ぐために適正配置条項が実効性を有する (b) という合理性欠如要件に関する主張と、適正配置条項以外のより緩やかな手段によっては医薬品の乱売という事態を防ぐことができない (c) という必要性欠如要件に関する主張とが現れている。換言すれば、(a) および (b) は、合理性欠如要件に関わる評価障害事実の主張であり、(a) および (c) は、必要性欠如要件に関わる評価障害事実の主張であると位置づけられる。

これに対して最高裁は、被告の主張する上記評価障害事実の心証を低く見積もり、かつ合理性欠如要件および必要性欠如要件の評価根拠事実を指摘することで、結論的に合理性欠如要件および必要性欠如要件の充足を認定したものと理解することができる。被告の主張 (b) に対応する違憲性の評価根拠事実としては、(b) 薬事法が医薬品の製造、貯蔵、販売の全過程を通じてその品質の保障及び保全上の種々の厳重な規制を設けていることや、薬剤師法もまた調剤について厳しい遵守規定を定めていること、これらの規制違反に対しては罰則及び許可又は免許の取消等の制裁が設けられているほか、不良医薬品の廃棄命令、施設の構造設備の改繕命令、薬

剤師の増員命令、管理者変更命令等の行政上の是正措置が定められ、更に行政機関の立入検査権による強制調査も認められ、このような行政上の検査機構として薬事監視員が設けられていることの指摘が挙げられる（上告理由一について四（二）（2）イ）。要するに、(b')の諸事実は、既存の法規制により（a）の事態は十分に防止されており、適正配置規制を導入せずとも立法目的は果たされていることを示すものとして、合理性欠如要件の評価根拠事実と位置づけることができる<sup>83</sup>。

### 3. 2. 3 規範的要件の充足の判断を規律する経験則としての立法事実

他方で同判決は、薬局の偏在ないし過当競争の発生が一部業者の経営の不安定化に繋がり、それがさらに医薬品の乱売をもたらすという、被告の主張する一連の事実経過（3. 2. 2 参照）について、「観念上はそのような可能性を否定することができない」が「果たして實際上どの程度にこのような危険があるかは、必ずしも明らかにされてはいない」とし、医薬品の乱売の原因としてスーパーマーケットによる低価格販売等の他の原因も考えられるとして、それが「単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたい」と断じている（上告理由一について四（二）（2）ロ）。この裁判所の評価は、立法者の用いた経験則、具体的には、薬局の偏在という事実から医薬品の乱売という事実を推認するに当たって用いられた、「販売者が偏在するならば商品の乱売が起こる」という経験則および「商品の乱売の主たる原因は販売者の偏在にある」という経験則の誤りを指摘するものと位置づけることができる。

一般的に、経験則は、規範的要件の認定に当たっての評価根拠事実／障害事実の衡量の作業を法的に枠づける規範としても機能するとされている<sup>84</sup>。例えば、海難審判法3条および4条1項2号に基づく業務停止1月の懲戒裁決の取消訴訟において、懲戒処分の要件である過失を認定する際

---

83 なお、同判決の論理構造、とりわけ合理性欠如要件と必要性欠如要件が具体的にどのように認定されたのか（そもそも必要性欠如要件の具体的な審査にまで及んだのか否か）に関しては、細部において学説の理解も異なっているように見受けられるが、本稿では立ち入らない。

84 大山正之「規範的要件事実の審理における経験則の機能」中央学院大学法学論叢 18 卷 1・2 号 133 頁、146 頁以下（2005）。

に用いられた停泊中の船舶の方位測定に関する経験則について、証拠調べを経ずに事実認定の基礎としたことを適法とした判決（最判昭和 36 年 4 月 28 日民集 15 卷 4 号 1115 頁）では、この経験則は、個々の評価根拠事実／障害事実を衡量して過失という規範的要件の充足の有無を判断する過程において働くものであった。換言すれば、違憲性要件の充足の有無、より正確には、さらに下位の合理性欠如要件や必要性欠如要件の充足の有無を判断するに当たっては、こうした経験則の取捨選択が大きな意義を持っているのだと言える。立法の合理性を基礎づけるという意味での狭義の立法事実の中には、こうした経験則の形を取るものも多く含まれるものと考えられる<sup>85</sup>。

### 3. 3 憲法訴訟における「事実認定」の位置

以上で見たように、違憲性の審理構造は、民事訴訟における規範的要件の審理構造を援用して把握することができる。そうすると、ドイツの議論および民事訴訟法学における議論を参照しながら、憲法訴訟における事実認定のあり方に関して、以下のような示唆を得ることができる。

#### 3. 3. 1 立法事実の分類

一方で、憲法学において想定されている狭義の立法事実、すなわち、立法の合憲性を基礎づける事実というものが、訴訟の審理構造において異なる位置づけを与えられる複数の種類の事実を包含していることに気づく。具体的には、違憲性要件を基礎づける具体的な評価根拠事実／障害事実のレベルに属する立法事実（3. 2. 2）と、違憲性要件の充足の有無を判断するための経験則のレベルに属する立法事実（3. 2. 3）とは、少なくとも区別されるべきであろう。というのも、訴訟法理論上、主要事実としての位置づけを与えられる評価根拠事実／障害事実と、主として法問題の領域に位置する経験則とでは、その取り扱いが異なることが当然に想定されるからである。例えば、評価根拠事実／障害事実としての立法事実については、原則として証明が必要であり、公知の事実についてのみ例外的に証明が不要となる（事実問題）のに対して、経験則としての立法事実につい

85 遠藤・前掲註 (2) 12 頁がその重要性を指摘する「立法の合理性に関する事実」は、このように規範的要件の充足の有無の判断に際して用いられる経験則としての立法事実を含むものと解される。

ては、経験則や法規の証明についてと同様に、原則として証明の対象にならないが、専門的经验則については例外的に証明が必要となる（法問題）と解される<sup>86</sup>。

### 3. 3. 2 事実問題と法問題の交錯

他方で、こうした区別があいまいであったことや、そもそも規範的要件の審理構造が事実問題と法問題との混合問題（mixed-question）という形で提示されたこと<sup>87</sup>にもおそらく起因して、これまで「立法事実」の認定については、典型的な事実問題ではない<sup>88</sup>とされながらも、単純に法問題として扱うことも妥当ではない<sup>89</sup>という、アンビバレントな位置づけがなされてきた<sup>90</sup>。事実問題と法問題の区別は、訴訟事件の審理において証拠による証明が不可能ないし必要な命題の範囲を確定することなどを目的とする「審理対象としての区別」<sup>91</sup>として有用性を発揮しているものであり、このような区別を実効的なものであらしめるためには、事実問題と法問題とは相互排他的に定義されるのが望ましい。その意味で、従来の立法事実論が往々にして説いてきた、立法事実の認定は事実問題と法問題との中間に位置するといった説明は、たしかに明瞭さを欠く<sup>92</sup>。現に、規範的要件の審理構造、評価根拠事実／障害事実の認定という事実問題のフェーズと、それらの衡量による違憲性要件の充足判断という法問題のフェーズとは、

---

86 経験則の証明の要否等の議論の概要について、杉山悦子「経験則の獲得方法」伊藤眞＝加藤新太郎『判例から学ぶ民事事実認定（ジュリ増）』76頁（2006）；同『民事訴訟と専門家』346-347頁（有斐閣、2007）。

87 田中英夫「判例による法形成——立法による法形成との比較を中心に」同『英米法研究1——法形成過程』3頁、41頁以下（東京大学出版会、1987）〔初出：1977〕。

88 詳細な分析として、内野正幸「憲法訴訟における『主張・立証責任』」同『憲法解釈の論理と体系』229頁、241頁以下（日本評論社、1991）。

89 太田・前掲註（71）116頁註20、144-145頁。

90 立法事実の認定は法（律）問題でもあるという指摘（芦部信喜「憲法訴訟と立法事実」同『司法のあり方と人権』213頁、215頁（東京大学出版会、1983）〔初出：1979〕）はその典型であろう。

91 山本克己「契約の審理における事実問題と法律問題の区別についての一考察」民訴雑誌41号25頁、26頁（1995）。

92 安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」芦部信喜選集『憲法訴訟と人権の理論』381頁註8（有斐閣、1985）。

連続的ではあるものの明確に分かれるようにも見える。

しかしながら、従来の「立法事実論」のアンビバレントな態度の背後には、「立法事実」の認定に、典型的な事実問題または法問題に妥当する規律のパッケージを二者択一的に妥当させるのが適切でないという問題意識があったとも考えられる<sup>93</sup>。具体的には、事実問題または法問題に妥当する規律のパッケージを分解し、訴訟資料および証拠資料の顕出（弁論主義の適否）、立証責任および証明責任の適否、上告審における審理の可否等の個別の論点において、それぞれ妥当な結論を選び取っていくという問題意識である。こうした問題意識は、違憲性要件に限らず、規範的要件の審理構造一般に関するものとして考察が進められているところであり<sup>94</sup>、基本的に妥当なものと考えられる。

#### 4. 結びに代えて

以上、非常に雑駁ながら、一方でドイツの二つの「立法事実論」の内実 (1) およびドイツ連邦憲法裁判所の職権性の強い手続規律の双方に示唆を得 (2)、他方で憲法訴訟における「事実認定」の位置づけを浮かび上がらせる (3) ことで、公法関係訴訟における事実認定についての考察の一応の端緒を示すことができた。最後に、以上の検討結果を要約し (4. 1)、今後の検討の方向性をまとめて (4. 2)、本稿の結びに代えたい。

##### 4. 1 要約

ドイツでは、民事訴訟法学および憲法学の双方において、アメリカの立法事実論が参照されていた。そこでは、それぞれの学問分野の関心に応じた問題設定がなされながらも、裁判所による法創造という部分に焦点を当てることで、相互の通訳可能性がある形で議論がなされていた。そこから

93 同様の発想を夙に示しているものとして参照、鶴澤剛「憲法訴訟における判決効の訴訟法的構造——訴訟法から見た公法の特質」立教法学 69 号 105 頁、121 頁以下 (2005)。

94 嚆矢として、倉田卓次「一般条項と証明責任」同『民事実務と証明論』252 頁 (日本評論社、1987) [初出：1974]。近時の考察として、山本和彦「総合判断型一般条項と要件事実——『準主要事実』概念の復権と再構成に向けて」同『民事訴訟法の現代的課題——民事手続法研究 I』261 頁 (有斐閣、2016) [初出：2009]

は、①裁判所による法創造を支える事実（「法創造事実」）と②法律の合憲性を支える事実（「狭義の『立法事実』」ないし「憲法事実（constitutional facts）」）とは明確に区別されるべきであり、②の事実を念頭に置いてきた我が国の憲法学が、①を念頭に置いてきた民事訴訟法学の議論をどのように摂取できるかを再検討する必要性が示された（1）。

また、ドイツの連邦憲法裁判所の実事認定は、上記のような議論の通訳可能性を基礎に、実定法により詳細に制度化されていた。具体的には、連邦憲法裁判所には立法事実の認定権限があり、しかもそこでは、訴訟資料の顕出、証拠資料の顕出の双方について、広汎な職権主義が採られていた。ただし、この職権主義を支えるのが、認定対象が法創造事実であることなのか、憲法事実であることなのかは、必ずしも明確でなく、この点を明らかにすることで、違憲審査制の建前の異なる我が国にもドイツの議論を参考に供する可能性があることを示した（2）。

最後に、法令の違憲性の審理構造を、民事訴訟における規範的要件の審理構造に仮託することで、立法事実には少なくとも二つの種類があることを明らかにした。具体的には、評価根拠事実／障害事実として事実問題のレベルに属するものと、それらを衡量して規範的要件たる違憲性の充足の有無を判断するための基準（経験則）として法問題のレベルに属するものとが存在し、両者は訴訟上の取り扱いを基本的に異にするものとして区別されるべきものであることを示した。さらには、事実問題と法問題とのパッケージ的な適用を緩和し、個々の訴訟上の規律を個別に見直していく方向性を、憲法訴訟における立法事実論も共有すべきことを確認した（3）。

## 4. 2 展望

以上の検討は、いずれも今後検討すべき課題を提示するに留まり、それぞれについてさらに考察を深める必要がある。思いつくままに今後の方向性を挙げるならば、従来の立法事実論において論じられてきた審査密度の問題との関連を、規範的要件としての違憲性の審理構造を基礎として、訴訟法理論に通訳可能なものとして明らかにすること<sup>95</sup>、立法事実の訴訟上の取り扱いの問題について、法創造事実と憲法事実とのそれぞれが要請するものを明確に区別しながら、我が国の既存の制度および理論によってど

---

95 この点は近々別稿を公にする予定である。

のように対応可能であるのか、またその限界はどこに見いだされるのかを明らかにすること<sup>96</sup>、こうした憲法訴訟に関する諸議論が、行政事件訴訟における各種の行政活動の違法性の審理構造の分析に転用可能であるか否かを明らかにすること<sup>97</sup>、などが検討に値しよう。

とはいえ、本稿の雑駁な分析からも、我が国の公法関係訴訟の審理構造をより具体的に見直す必要があることは、少なくとも明らかになったと言えよう。本稿が、訴訟法学との生産的な対話の回路を開いた金字塔<sup>98</sup>に再度光が当てられ、半ばで途絶えたその著者の研究を公法学が引き継ぐための一つの礎石となれば、望外の喜びである。

※本研究は JSPS 科研費 15K21375 (平成 27-28 年度若手研究 (B)「紛争の画一的解決の要請の諸相」) の助成を受けたものである。

---

96 そもそも我が国の「憲法訴訟論」は、我が国の実定訴訟法上の各種制度の活用に関して具体的な議論を積み重ねて来なかった。近時になって原・前掲註(7) 307頁は、通常鑑定、事実上の意見書、私鑑定、書証・検証物の提出命令等について、立証主題が特定されていない場合には使いづらさを指摘しており、ここに具体的にアミカス・キュリエ制度の活用可能性が存する。参照、三木浩一＝山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』192頁(2012)。

また、「憲法訴訟論」が盛んに取り上げられた時期から見ると、そもそも現在の我が国の訴訟法制上の与件は相当に異なっており(専門委員や裁判所調査官制度の普及など)、議論のアップデートを図る必要性は大きい。現在の民事訴訟の制度の概観として、笠井正俊「民事裁判と科学」長谷部恭男ほか編『岩波講座現代法の動態第6巻——法と科学の交錯』137頁、142頁以下(岩波書店、2014)。

97 前掲註(8)参照。

98 原・前掲註(7)。