

# 立法不作為に対する司法審査

大石和彦

- 一 問題提起——「立法不作為」論をめぐる混線状態
- 二 「立法行為」・「立法不作為」と「立法の内容」・「法律（上の規定）の不存在」
  - (1) 平成一七年大法院判決における「立法不作為」の二義
  - (2) 《法規定の不存在》に対する違憲審査はおよそ不可能か？
  - (3) 最高裁判例における《立法内容違憲》と《立法行為の国賠違法》の区別と相互関係
  - (4) 立法不作為論の出身地が生存権具体化法をめぐる議論であったこと——“混線”の原因？
  - (5) 小結
- 三 義務賦課規範と権能付与規範
  - (1) 授權規範たる憲法規範から作為《義務》が生じることはいえぬ
  - (2) 「権限規範の様相」・「行為規範の様相」二元論と「内容違憲・国賠違法区別論」の対応関係
  - (3) 「相対的不作為」の問題は《現在ある法律の内容の問題》に帰着されるか
- 四 法律改廃不作為を「権限規範の様相」の下問題にしうるか
  - (1) ここまでのまとめ・ここからの問題
  - (2) 立法不作為に対する違憲審査論において投票価値較差をめぐる選挙無効訴訟判決を持ち出す意味
  - (3) 「立法者の事後改善義務」をもたらず憲法規範は何か
  - (4) 法律の実体内容の違憲とは別途立法改廃不作為の違憲を論ずる意義
  - (5) 《法律Ⅱ判断結果》の統制と《立法者Ⅱ判断過程》の統制

## 一 問題提起——「立法不作為」論をめぐる混線状態

「立法不作為」に対する違憲審査の可否をめぐる戦後日本の議論の蓄積は既にかんがりの量にのぼっている。しかもこれまで裁判実務を支配（呪縛？）していた「在宅投票制度廃止違憲訴訟」に関する最一小判昭和六〇年一月二一日（民集三九巻七号一五一二頁）（以下「昭和六〇年判決」と略記）につき学説は、「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしい」<sup>1</sup>ものと見ていただけに、「在外邦人投票権訴訟」に関する最大判平成一七年九月一四日（民集五九巻七号二〇八七頁）（以下「平成一七年（大法院）判決」と略記）において最高裁が「初めて国会の立法不作為について違憲の判断をした」<sup>2</sup>今、ようやく“遅い春”が訪れた感もあるだろう。

だが、それはまた、見る者を最も困惑させる議論の一つでもある。困惑の理由は、まず第一に、ここでの肝心の議論対象たる「立法不作為」とは何かという、そもそも出発点段階での問題につきブレがあることである。だが既にこの段階でブレているのは、「立法不作為に対する違憲審査を認めるべきだ」と主張する側にとっても、あるいは「立法不作為に対する違憲審査なる概念を独自に論ずる必要は無い」、または「それを認めることではない」という側にとっても、有効な攻撃防御ができるはずがないのではなからうか。ブレの主たる原因として本稿が疑うのは、「立法不作為に対する違憲審査の可否の問題」という表題の下に、《立法作為》対《立法不作為》という、「立法不作為」という言葉を見た者が最初に予期する図式のみではなく、それとは（あるいは一見似てはいるが、実は）別次元の様々な問題または対抗図式が混線していることである。

本稿の目的は、右混線状態をできるだけ解消し（それができなくても、いくつつかの混線電波を腑分け、特定し）、こ

れまで必ずしも広く認識されることがなかったと思われる少々別の視角から「立法不作為の違憲審査」の意義を見出すことを目指した一試論を提示することにある。

## 二 「立法行為」・「立法不作為」と「立法の内容」・「法律（上の規定）の不存在」

(一) 平成一七年大法廷判決における「立法不作為」の二義

では、私が具体的に何に対して「困惑」しているか、例をあげよう。「立法不作為に対する違憲審査問題」を論ずる際の最新のリーディング・ケースたる「在外邦人投票権訴訟」に関する平成一七年大法廷判決の次のくだりである。

「…国会議員の立法行為又は立法不作為が「国賠法一条一」項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」  
〔「内補充および傍点は本稿筆者」〕

ここでは、「国会議員の立法行為又は立法不作為」と「立法の内容又は立法不作為」という、「区別される」べきもの

であるはずの両カテゴリーの中に「立法不作為」という共通の言葉が登場している。両方の「立法不作為」が同じなのか違うのか、というのがここでの「困惑」である。とにかく判決自身両者は「区別されるべき」問題と言っていることを重視すれば、同じく「立法不作為」といつても、前者と後者とは異なる次元の対象を指示していると解さざるをえない。前者の「立法不作為」は「国会議員の立法行為」と対になって同じカテゴリーの下に置かれているから、国会（議員）が必要とされる《法律の制定改廃を行わないこと》、つまり必要な《立法行為の不存在》を指すものと解される。これに対し後者の「立法の内容」が「国会議員の立法行為又は立法不作為」の結果もたらされる規範状態のことだとすると、後者に言う「立法不作為」というのも、やはり「国会議員の立法行為又は立法不作為」の結果もたらされる（あるいは放置される）、ある種の規範状態のことだと解するのが自然であろう。ある種の規範状態を「立法不作為」と呼び、しかもこれを存在する、「立法の内容」と対比しつつ、それとは別途概念を立てる実益をあらしめようとするなら、「立法の内容」と対になって言われている「立法不作為」とは、《法律（上の規定）の不存在》のことと解するのが、おそらくは合理的であろう。

(2) 《法規定の不存在》に対する違憲審査はおよそ不可能か？

平成一七年判決の事案に含まれる問題のうち、在外投票制度そのものがそもそも存在しなかった平成一〇年以前の段階に関して違憲審査対象とされるべきは、公選法旧四二条が、選挙人名簿に登録される者を日本国内の市町村の住民基本台帳に記録されている者に限っていたという、現にある「立法の内容」の問題ではなく、むしろ「同法がその行使を可能とする規定を置いていないこと」（すなわち《法律上の規定の不存在》の問題）だというのが、同判決調査官解説

の見方である。<sup>③</sup> この調査官解説によれば、同判決においては、憲法上の権利を具体化するための《法律上の規定の不存<sup>④</sup>》が違憲審査対象の一つとされたことになる。

立法不作為の違憲審査不可能論の想定しうる論拠のうち最も素朴かつ常識的なものは、《違憲審査対象自体が存在しないのに違憲審査できるわけがない》というものである。だが考えてみれば、存在する法律による憲法上の権利保障度が不十分な状態を放置する「相対的不作為」すなわち《過少保障》状態と、憲法上の権利を具体化する法律上の規定そのものが存在しないことが放置されている《ゼロ保障》状態とは、どちらが権利侵襲度が高いかといえば、それはもちろん後者だという方が、常識的に言って素直であろう。これを選挙権の場合につきいえば、国内都市部選挙区有権者の《過少代表》状態よりも、在外邦人が置かれてきた《ゼロ代表》状態の方が、憲法上の権利保障規定に照らして見た場合酷い状態に決まっている。在外邦人が置かれたゼロ代表状態につき違憲判断を行った平成一七年大法院判決は、私も共有する右常識論にマッチする。

当該法律が《無効》かどうかを判断することは、なるほど《無効》判断の対象となる法規定が存在しなければ、そもそも不可能であろう。<sup>④</sup> しかしながら、原告をゼロ保障状態に置いてきたことによる国に対する賠償命令は、実は保障ゼロ状態またはその放置という審査対象が存在するのだから、審査対象不存在を理由に不可能だと言いつけることはできない。上記大法院判決は実際それ(ゼロ保障状態が「明白」に違憲であることを前提とする国に対する損害賠償命令)をやったのである。つまり《対象が無いのにやりようがない》かどうかは、原告が求める請求の内容、救済の種類によるのではないか。

## (3) 最高裁判例における《立法内容違憲》と《立法行為の国賠違法》の区別と相互関係

現行日本法下、立法不作為を司法審査対象とするか、しうるとして、ではどのような仕方でそれがなされるか、という問題に対する答えは、結局のところ、その問題を実際の裁判へとせるための日本の現行実定救済法制度がいかなるものとなつていかによつて決せられる性質のものであろう。その問題を日本の現行救済制度に適合するようにパラフレーズして実際訴訟提起するとすると、多くの場合それは「立法行為（立法不作為を含む）」に対する国家賠償請求という形をとることとなつたが、その場合むしろ立法の作為も不作為も区別せずに両方含めた「立法行為」が国賠法一条一項にいう「違法」の評価を受けるか否かという問題の方が前面に出て、《立法の不作為》のみを特に別途取り出して論じる必要は確かに薄いようにも思える。<sup>(5)</sup>

むしろ最高裁が意識しているのは、《立法内容の違憲性》と《立法行為の国賠法上の違法性》の二項対立図式である。最高裁が、以上見たように、「国会議員の立法行為又は立法不作為」というカテゴリーと「立法の内容又は立法不作為」というカテゴリーとを分けた理由として直ちに推測されるのは、他ならぬ日本の現行憲法一七条および国家賠償法一条一項が「公務員の…行為」を「不法」（違法）性審査対象として指定している、という至極単純な理屈である。すなわち最高裁判例によれば、国家賠償請求訴訟においては「立法の内容」は直接には司法判断対象とはなり得ない（ただし間接的に関係することについては次の段落を参照）。違憲国賠訴訟での審査対象を「国会議員の立法行為又は立法不作為」として構成しなくてはならないのは、原告の関心対象たる憲法上の争点を現行国家賠償制度が念頭に置く違法性判断対象たる「公務員の…行為」の一つとして包摂するためであろう。<sup>(6)</sup> 以上のような国賠法理解の下では、《法律（規定）の不存在》と、《法律制定改廃の不作為》とは、さしあたってはそれぞれ別次元の問題として考えるところから出

発すべきだということになる（《国賠法上の違法性》の直接的評価対象は後者のみであつて、前者はその直接的評価対象とはならないから）。

ところでこの、「立法行為（立法不作為を含む）」（「国会議員の立法行為又は立法不作為」と、それによりもたらされる結果としての規範状態たる「立法の内容」（および私見によれば《法律（上の規定）の不存在》という意味での「立法不作為」）との間の出発点における区別は、「在外邦人投票権訴訟」に関する平成一七年大法廷判決のみならず、その先例たる「重度身障者在宅投票制度廃止訴訟」に関する昭和六〇年判決以来の最高裁判例の基本スタンスであるが、その一方で同じ昭和六〇年判決は、ひとたび「立法の内容の違憲性の問題」と「立法過程における国会議員の行動、すなわち立法行為」とを区別した上で、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというとき、容易に想定し難いような例外的な場合」には例外的に国賠法の違法評価対象となりうると述べている。つまり、「立法の内容」が一見明白に違憲であるような「例外的な場合」に「立法行為」は国賠法上違法となる、という点では、「立法の内容の違憲性の問題」は「立法行為」の国賠法上の違法性に影響するとされているのである。だが、注意しなくてはいけないのは、判例はやはり「立法行為（立法不作為を含む）」と「立法の内容」とを別次元のものとして区別した上、いったんは区別された両者の間の関係につき右のように解したのであつて、両者を互換的な同義語と考えたり混同したりしているわけでないことである。少なくとも形の上では昭和六〇年最判の枠組そのものには従っている。「ハンセン病訴訟」に関する熊本地判平成一三年五月一日（判時一七四八号三〇頁）が「らい予防法」廃止不作為の違法性につき論ずる前に、「らい予防法」そのものの違憲性の問題（昭和六〇年最判いうところの「立法の内容の違憲性の問題」）について論じているのも、これと同じ理屈である。右の

基本的論理構造それ自体については、平成一七年判決においても「変更」は無い。

(4) 立法不作為論の出身地が生存権具体化法をめぐる議論であったこと——“混線”の原因？

戦後日本の「立法不作為に対する違憲審査」論がもともと念頭においていた典型的問題状況とは、生存権具体化法の制定不作為による授益的法律の不存在状況であったと思われる。こうしてももとの議論が専ら授益的法律の不作為を想定してきたことは、自由権が本来それを侵害する立法の不作為または不存在をむしろ良しとするものであることを思えば、当然の帰結だったともいえよう。

立法不作為に対する違憲審査論がもともと念頭においていた問題状況がそのようなものであったことは、立法不作為の違憲審査論において《立法不作為》と《法律の不存在》とがしばしば互換的に用いられてきたこと（“混線”）の理由の少なくとも一つでもあるだろう。すなわちそうしたももとの問題意識の下では《立法不作為》よりもたらされる（放置される）状態に必要ない法律不~~存在~~という公式が疑われることは少なかつたであろう。だが、「重度身障者在宅投票制度訴訟」や「ハンセン病訴訟」といった、実際に裁判所で争われたケースを知っている現在の我々にとって、同公式は維持しがたいものと映らざるを得ない。というのは、「在宅投票制度訴訟」のケースでは、在宅投票制度廃止（公選法改正）という立法上の作~~為~~によつて必要な法律上の規定の不~~存在~~状況がもたらされた事案であり、一方「ハンセン病訴訟」では、ハンセン病患者強制隔離制度の根拠法であった「らい予防法」廃止という立法上の措置の不~~作為~~が、必要な法律の存在の継続をもたらすという状況が問題とされたからである。

特に「ハンセン病訴訟」の事案は、いくつもの点で、従来立法不作為の違憲審査論が念頭においてきた状況とは異なる



るものであった。「らい予防法」に基づくハンセン病患者強制隔離制度が、同法制定という作爲の結果もたらされたものであること、また平成八年まで同法律が存<sub>レ</sub>在<sub>レ</sub>していたこと、あるいはそこでの問題が《授益的法律》制定改正不作為でなく、《自由権侵害的》法律廃止不作為をめぐるものであったことから、《立法不作為≠必要な法律の不存在》という本家筋の公式には落ち込まないケースと考えられたが故であろうか、熊本地裁判決が当該ケースを「立法不作為」の問題領域へと招き入れたことに對しては、複数の論者から疑問ないし拒絶反応が示されることとなった<sup>9)</sup>。だが「ハンセン病訴訟」は国賠訴訟であったから、ここでは法律内容の違憲性を間接的に審査対象としえないではないが、法律内容の甚だしい違憲性の問題は、あくまで《そうした内容の法律を制定した(またはそれを改廃しない)立法行爲(立法不作為を含む)》の違法性という形で、直接違法評価の対象となる立法行爲(立法不作為を含む)の一属性としてカウントされるに過ぎない。ではなぜ判決は、当初の「らい予防法」制定行爲でなく、その後の同法改廃不作為を審査対象としたのか。上記昭和六〇年最判の枠組みの下で当該法律改廃不作為の違法を論証するためには、法律の内容が単に違憲であるというだけでなく、違憲であることが甚だしく、これが何人にも明らかであるということが必要だと感じられたため、特効薬「プロミン」の薬効が誰の目にも明らかになった(同法の「合理性を支える根拠を全く欠く状況に至った」一九六〇年以降の同法改廃不作為を攻撃対象にする方が良いという戦略だったのではないだろうか。昭和六〇年最判の枠組みの妥当性それ自体を争わずに、その枠組みに従う形を採りつつ、国賠法上違法という結論に達するための方法としては、それは極めて賢明な行き方であったように思われる。

## (5) 小結

昭和六〇年判決以来の《立法内容違憲》・《国賠法上違法》区別論からすれば、それに対応する形で、《法律上の規定の不存在》と《立法不作為》とが区別されるべきである（平成一七年判決は前者の《法律上の規定の不作為》も「立法不作為」と呼んでいるが）。すなわち《法律上の規定の不存在》につき平成一七年判決は《内容違憲》判断の対象としたが、《法律上の規定の不存在》とは本来区別されるべき《立法不作為》（昭和六〇年判決によれば、それを包摂する「立法行為」）は《国賠法上の違法性》評価の対象である。残された問題は、そもそも判例における《立法内容違憲》・《国賠法上違法》区別論自体が十分な根拠を持つものであるか否かであろうが、これについては以下三（二）であらためて見ることにしたい。

かように、判例の基本構造からすれば区別されるべきであるはずのものがしばしば“混線”してきたことの原因の一つとして考えられるのは、そもそも戦後日本の立法不作為に対する違憲審査をめぐる議論が、生存権具体化法律の不在問題という、《法律制定不作為＝法律不存在》という公式が自明視される状況からスタートし、以後もそれに呪縛（？）されてきたためではないか。例えば、昭和六〇年最判は「立法行為（立法不作為を含む）」が（つまり立法上の作為・不作為を区別せず、両者ひっくるめて）、原則として国賠法上違法判断対象とならないと述べているにもかかわらず、憲法学説はこれを「立法不作為」（つまり立法上の作為とは区別して、立法不作為のみ特に取り上げて、後者）が原則違憲判断対象とならないと述べた判決だと宣伝してきた。<sup>10</sup> ここからして既に、昭和六〇年判決以来の判例の基本構造と、立法不作為に対する司法審査の可否をめぐる憲法学説との間には、そもそも結論以前のズレがある。つまり学説は、最終的にそれを支持するにしろ批判するにしろ、昭和六〇年判決を、まずはそのありのままに内在的に理解しなくてはなら

ないはずなのに、それ以前に学説側が意識してきた問題構造の中に判例を鑄込んで改鑄してこれを理解しようとしてきた節がないか。昭和六〇年最判の基本枠組は、少なくとも形としてはそれに沿って書かれたハンセン病訴訟熊本地判に対する学説の拒絶反応にもかかわらず、授益法律制定不作為のみならず自由権侵害法律改廃不作為をも包摂可能なはずである（後者を昭和六〇年判決の枠組に包摂した上熊本地裁が至った結論に対しては賛否が分かれるにしても）。

### 三 義務賦課規範と権能付与規範

(1) 授權規範たる憲法規範から作為《義務》が生じることがありえない

これまで日本の憲法学界において十分検討されてきたとはいえない、もう一つの立法不作為違憲審査否定論がある。尾吹善人は、一貫して立法不作為違憲審査否定論に立った代表的論客であるが、彼は晩年、彼自身のそれをも含めた従来の否定論（その中には立法不作為独自の問題というよりは、それを含む上位概念たる《立法行為》そのものの違法をめぐる国家賠償請求訴訟の問題ではないかと思われるものも含まれる）とは異なる視角から、大要以下のような議論をしている。<sup>1)</sup>

立法不作為が違憲であるとされるには、その前提として憲法が立法院に対し《作為義務》を課しているのでなければならぬはずである。ここで尾吹はケルゼンに依拠しつつ、以下二点を、立法不作為違憲審査可能論に対する批判の基礎としている。

① 厳密な意味での法的《義務》は、法が命ずるのと反対の行為に対し「制裁」(刑罰や損害賠償命令の(最終的には執行行為の)ことであろう)を結びつけている場合にのみ成立する。<sup>13)</sup>

② 憲法規範の特質は、それが下位規範たる法律の発効要件を定める(立法者や立法手続を指定し、あるいは基本的人権条項を通じ法律の内容を制約する)「授權規範」であつて、①にいう法的《義務》を誰かに賦課する「義務づけ規範」ではない点にこそある。<sup>14)</sup>

以上①②あわせた結論として、憲法からは立法者に対する作為の《義務づけ》が引き出せるはずがないから(別言すれば、「授權規範」たる憲法規範が「義務づけ規範」に「変性」する(「化ける」)ということをも十分説得的に論証する理屈が立法不作為違憲審査可能論の側から提示されていない以上)、それ(立法者の作為義務)を前提とする立法不作為違憲審査可能論はそもそもその根拠を欠く、というのである。

ところで、もし右に引用した尾吹の議論が本当なら、彼のその議論は、立法不作為に対する違憲審査の可能性のみならず、彼自身それを意図したかどうかはともかく、行政機関の権限不行使を違法とした(立法不作為に関する判例とは異なり、こちらの場合少なからぬ数にのぼる)国賠判例をも巻き添えにする可能性がないだろうか。というのは、行政機関に対する権限付与規範(その中には行政処分または行政立法などの《法行為》を行う権限を付与するものもあれば《事実行為》を行う権限を付与するものもある)<sup>15)</sup>は、やはり「義務づけ規範」ではないがゆえに、そもそも「行政の作為《義務》」はありえず、従つて行政機関の権限不行使の違法性に関する司法審査もありえない、ということになるはずだからである。「基本的人権」が行政庁をして行政介入・規制権限の行使をすべく義務づける<sup>16)</sup>という行政法学者

宮田三郎の言など、上掲①②と正面衝突すること必定である。だが、この調子でうっかり尾吹の議論についていくと、極端な話、行政庁に権限を与える「根拠規範」からは（これはいうまでもなく「授権規範」であつて「義務づけ規範」ではないから）、違法処分をなすことを禁ずる不作為《義務》も出てこないはずであるから、なされた処分の違法を理由とする、ごく普通の国賠判決すらできないはずだということになりはしないか。では、尾吹の議論（の延長線上にあると思われる明らかに不合理な結論への過程）のいったいどこに問題があつたのだろうか。

行政庁の権限不行使の違法を根拠づけるための代表的な議論に「裁量権零収縮論」があるが、これにつき宮田三郎が「裁量がゼロになる場合であつて、規制権限がゼロになり、規制権限を行使できなくなる場合ではない」と述べていることに注意すべきであろう。つまり裁量ゼロ収縮後も規制権限は（つまりはその根拠規範⇨授権規範も授権規範のまま）存在し続けるというのである。すなわち裁量権がゼロ収縮するというのは、文言上は『できる』規定」型の授権規範が、「しななければならない」型授権規範へと解釈論上「変性」することであつて、「授権規範」が「義務づけ規範」へと「変性」する（「化ける」との主張ではない。では国に対する賠償支払義務の賦課という《制裁》はいかなる規範に由来するかといえば、それは、もともと「授権規範」であつた根拠規範が「義務づけ規範」へと「変性」することによつてもたらされたのではなく、根拠規範とは別の、国賠法一条一項という、国家機関による権限不行使をも包摂するほど極めて射程の広い構成要件を持つ（つまり一般的・抽象的な）「義務づけ規範」に由来するというべきであろう<sup>10</sup>。立法不作為違憲論を「立法裁量ゼロ収縮論」とパラフレーズすることが可能であるならば、やはりここでも基本的には右に述べたところと同じく考えるべきであろう。すなわち、いわゆる「立法府の作為義務」なるものも、実は立法府（法主体としては国？）または個々の議員が文字通り「義務づけ規範」に拘束されていることをいうのではなく、立法

府に向けられた立法権能付与規範が「しなげなければならない」型授権規範へと解釈論上「変性」する（立法府に対し憲法が与えていた《内容形成に関する裁量》がゼロ収縮するかどうかはともかく、少なくとも何らかの《立法上の制定改廃措置を「する」・「しない」の間の選択に関する裁量》はゼロ収縮する）ことを意味するに過ぎず、憲法規範が「授権規範」から「義務づけ規範」に「変性」することを前提にしなければ不可能な議論だというわけではない。

(2) 「権限規範の様相」・「行為規範の様相」・二元論と「内容違憲・国賠違法区別論」の対応関係

もつとも私は尾吹の上記議論の背景にある、「授権規範」・「義務づけ規範」峻別論そのものを疑問視しているわけではなく、むしろそれは問題整理に有用な議論でないかと考えている。例をあげよう。在宅投票制度廃止違憲訴訟に関する昭和六〇年判決が「内容違憲・国賠違法区分論」をとること、そしてこの基本構造それ自体については平成一七年度大法院判決にも踏襲されていることは先に見た通りであるが、こうした判例の基本構造については、それを採る十分な理由が示されていないとの疑問が既に提起されている。<sup>18)</sup>これに対し新正幸は、「権限規範の様相」と「行為規範の様相」の二元論（つまり尾吹の言葉で言えば「授権規範」と「義務づけ規範」の峻別論）から、最高裁判例における「内容違憲・国賠違法区分論」を根拠づけることができるし、また後者の論拠は前者「以外にはありえない」とする。<sup>19)</sup>つまりこういうことだろう。法律の「内容違憲」に帰属させられる法効果は、その法律の効力の否定（憲法九八条一項がいうところの「その効力を有しない」）である。これは《権限規範としての憲法》に対する違反に帰属する効果である。これに対し国賠違法とは、国賠法一条一項という一般的抽象的《行為規範》に照らしたマイナス評価である。かように内容違憲と国賠違法とが、本来別々のカテゴリーに属するものであるなら、むしろ立証責任を負うべきなのは、《内容違憲直ち

に国賠違法》を主張する側ではないのだろうか。

(3) 「相対的不作為」の問題は《現在ある法律の内容の問題》に帰着されるか

先にも触れたが、日本の「立法不作為に対する違憲審査」論がもともと念頭においていた問題状況は、生存権具体化法の制定不作為による授益的法律の不存在状況であつたと思われる。もともと法制度の整備により、権利具体化法律の不存在状況が實際上殆ど問題となりえないとされると（実是在宅投票制度が一時的に不存在になつたり、在外投票制度が平成一〇年まで不存在だつたりしたのだが）、次に立法不作為の違憲審査論の活躍の場は《現に存在する法律による権利具体化の不十分さ》の問題に見出されることとなつた。確かにこれも、憲法所定の権利を十分具体化した立法の不作為または不存在問題だと言つて言えないことはない。だがこの調子で議論を延長していけば、通常我々がいう法律の内容の違憲性の問題ですら、その法律を改廃しなかつた立法不作為の問題だとパラフレーズすることも不可能でない。しかしさすがにここまでくると、それは単なる言葉の遊戯とも思われてくる。このように「立法不作為」概念の射程範囲を際限なく広げていくことは、立法の作為と不作為をあえて区別した上特に後者を取り上げてその司法審査可能性を問題視することの意義自体を疑わしいものにする（実はそれがねらい？）。《現に存在する法律による権利具体化の不十分さ》の問題なるものも、現に存在する立法の内容の合憲性問題に過ぎないのでないかとの意見が出てくるのも当然である。<sup>20</sup>

尾吹や新が提示する「授権規範」（または「権限規範の様相」と「義務づけ規範」（または「行為規範の様相」）の二元論に沿つて考えていけば、そうした言葉の遊戯に「困惑」しなくてもよさそうである。つまり《現に存在する法律に

よる権利具体化の不十分さ」の問題なるものが、《国賠法上違法》かという「行為規範の様相」において語られる場合には、不十分な保障しかしていない法律を制定した《立法作為》を対象にすることも可能かもしれないし、あるいはその不十分さを改善しない《立法不作為》という形での構成も可能であろう。これに対し、同じ問題が現に存在する法律の《内容違憲》およびその効果としての効力の否認という「権限規範の様相」において語られる場合には、《現にある法律の内容の合憲性》の問題という形で争えばよく、あえてこれを無理に《必要な法律の不存在》問題として構成する必要は無い、ということになるだろう。先にも指摘したように、存在もしない法規範に対しその効力を否定するなどいうことは、ありえない。

#### 四 法律改廃不作為を「権限規範の様相」の下問題にしうるか

##### (1) ここまでのまとめ・ここからの問題

以上述べたことから得られる帰結をまとめておこう。例えば《現に存在する法律による憲法上の権利具体化の不十分さ》という「立法の内容」の問題に関して言えば、これを国賠請求訴訟で争うなら、直接には「立法行為（立法不作為を含む）」が審査対象とならざるを得ない。ここでは法律内容の違憲性は間接的には審査対象となるが、法律内容の違憲性の問題は、あくまで《そうした内容の法律を制定した（またはそれを改廃しない）立法行為（立法不作為を含む）》の違法性如何という形で、直接違法評価の対象となる立法行為（立法不作為を含む）の一属性としてカウントさ



れるに過ぎない。そうした構造それ自体は、法制度依存的権利具体化法律制定改善不作為の場合にも、自由権侵害的法制改廃不作為の場合にも、基本的違いは無いものと思われる。また立法行為（立法不作為を含む）に関する国家賠償請求を認容することについては、国会議員の免責特権を認めた憲法の規定に抵触しないか、原告はその人限りの利益の回復を求めているのではなく、むしろ「公憤」から訴えに及んでいることが多いがゆえ、金銭賠償になじまず、またその実質は抽象的違憲訴訟ではないのか、あるいは法律の一般性ゆえに「被害者」が広範に及ぶため、その中で特に原告のみが救済されなければならない理由が見出し難く、また賠償額が途方もない額に上るおそれがあるのではないか、などなどの問題が指摘されてきたが、これらの問題は立法作為をめぐっても不作為をめぐっても生じうる事柄であり、こうした問題を論じる際に、《立法不作為》のみ立法行為から切り取って特別に論じる意味は薄いように思われる。

これに対し、当該法律が無効か否かを「権限規範の様相」において争う場合、《現に存在する法律による権利具体化の不十分さをめぐる改善不作為》の問題は、結局は《現にある法律の内容違憲》問題とすることに解消し尽くされるのであろうか。つまり、先にも述べたように、ここで《立法不存在》を問題とすることはできないにしても、《立法不作為》を語る余地はないのだろうか。また、法律が無効か否かを「権限規範の様相」において争う際に「立法不作為」が問題となる場合、一体それは憲法第何条問題なのであろうか。これらが、以下本稿で扱う問題である。

(2) 立法不作為に対する違憲審査論において投票価値較差をめぐる選挙無効訴訟判決を持ち出す意味

右に検討した尾吹の議論（特に②）は、既に見たように、「授權規範」（または「権限規範の様相」と「義務づけ規範」（または「行為規範の様相」との峻別に基づくものであった。だとすれば、尾吹自身が立法不作為の違憲判断の可

否をめぐる議論の中で、立法行為（立法不作為含む）の《国賠違法》を争う国賠判例とともに、投票価値較差問題を選挙無効訴訟という形で争う最大判昭和五年四月一四日（民集三〇巻三号二三頁）とを、両者の区別に自覚無く並べているのは、一貫しないものがあると言わなければならない。<sup>①</sup> というのは、前者が「行為規範の様相」に属するものであることはここまで述べてくれば明らかであろうが、後者において「議員定数配分規定の下における各選挙区の議員定数と人口数との比率の偏差」「が」、…憲法の選挙権の平等の要求に反する程度になつていた」のを「合理的期間」を超えて放置すること（不作為）は、本来なら（つまり「事情判決の法理」という例外的法理の適用がなければ）当該法律上の規定を違憲無効とするための要件がみたされたかどうかの問題として、つまりは「権限規範の様相」において語られているからである。<sup>②</sup>

ところで「合理的期間」を超えた議員定数配分規定の改正不作為とはどのような問題であろうか。最高裁判例によれば、投票価値の著しい不平等状態をもたらすことも、それを「合理的期間」を超えて放置することも、ともに国会に与えられた裁量権の逸脱濫用に当たるとする。ただし前者は、具体的選挙制度設計すなわち《法律の内容形成に関する裁量》に対応するものであるのに対し、後者は、問題のある法律を改正《するか・しないか、いつするかに関する裁量》に対応する。このうち前者（法律の内容形成に関する裁量）に対し枠付けを行う規範は、いうまでもなく憲法一四条や四四条但書といった、主に基本的人権規定を主体とする、法律の実体内容に関する憲法上の規範であろう。では後者に関する裁量の枠付けを行う、いいかえれば立法者に「事後改善義務」を課している憲法上の規範とは何だろうか。例えばこれにつき井上典之は「立法不作為を違憲と評価するための…憲法上保障されている個人の権利・自由の実体内容とは別の」次元の要因であることを指摘する。<sup>③</sup>

(3) 「立法者の事後改善義務」をもたらす憲法規範は何か

実は、法律制定後の事情変化による法律の合理性の浸食という問題は、投票価値較差問題のみに特有の問題ではなく、制定後ある程度時間を経過した法律をめぐって間々見られる現象である。<sup>24)</sup> 例えば非嫡出子相続分規定（民法九〇〇条四号但書）を含む現行民法のうち家族法部分の制定時である昭和二十二年（もつとも非嫡出子相続分規定は旧家族法をそのまま受け継いだものであることを思えば、その時期はさらに明治三十一年へと遡ることになる）以降、当該規定を取り巻く様々な状況変化は、現時点における同規定の合理性を浸食していると考えられる。同規定の制定時を昭和二十二年ではなく明治三十一年と考えた場合、まず憲法典が交代しているから、現行憲法一四条はもちろん、家族法が「個人の尊厳」に立脚して制定されるべしという同二四条二項との整合性も問われよう。また非嫡出子相続分の合憲性問題をめぐっては、国民意識、ライフスタイルの変化等が裁判の当事者、あるいは裁判官の意見の中で指摘、援用されてきたことはここで繰り返し返すまでもない。また酒販免許制度は昭和一三年に発するが、当時は国税中酒税の占める割合が高く、またこれを戦時統制経済の一環として捉える見方もある。<sup>25)</sup> 酒税が国税中占める割合が当時と比べ著しく低下し、規制緩和が叫ばれる時代になつてもなお、最高裁が従来の酒販免許要件を違憲とすることはなかつた。<sup>26)</sup>

本稿が提起したいのは、立法を取り巻く時代変化が、立法者の判断の《結果》たる法律の《内容》の合理性にかかわるのみならず、権利制約的規律の定立および維持に関する《手続》にもかかわるのではないか、ということである。基本的な人権条項が国家による権利制約を拘束する《実体》規範であるのに対し、憲法四一条は、権利制約規範を創出するための《手続》規範である。同条が要求する《手続》とは、以下のようなものである。

私人に対し特に権利制約を行うには、必ず国会が法律という形式で示す判断を経なければならぬ。

では、権利制約のための右《手続》規範に、立法を取り巻く時代変化という要素を代入して違憲判断に利用するとはどういうことか。右の命題のコロラリーとして、次の命題を承認してもらえばいい。

かつての立法が、時代的变化の中、その合憲性を支える諸事情が掘り崩されるに至っている場合、その立法による私人に対する権利制約を正当化するためには、事情変更後の現在の国会の判断を経なくてはならない。

この命題の要求する《手続》を経ない、かつての立法による権利制約状況の放置（不作為）は憲法四一条（の趣旨？）に照らしても違憲性を帯びており、基本的人権条項に照らした実体的違憲性（の疑い）ばかりではなく、憲法四一条（のコロラリー）に照らした権利制約《手続》面での違憲性（の疑い）をも前者に足して、その合計が臨界点に達したといえる場合には、かつての法律は「無効」と考えるのである。私見によれば、「立法者の事後改善義務」なるものも、同様の憲法規範をその背後に置いて理解されるべきものであるように思われる。<sup>27)</sup>

(4) 法律の実体内容の違憲とは別途立法改廃不作為の違憲を論ずる意義

ただし最大判昭和五一年四月一四日をはじめとする投票価値較差問題に関する選挙無効訴訟判例が、基本的人権規定に照らした法律の実体内容の瑕疵の問題と、上記の手続的瑕疵（「合理的期間」を超えた「単なる不作為」）の問題とが

両方とも生じている場合でないと法律に対する違憲判断ができないとしていることには批判があり、本来は前者のみで違憲と断ぜられるべきであるとの主張もある。<sup>28)</sup>これに対し、前者の（人権規定を中心とした法律の实体内容に関する憲法規範に照らした場合の）瑕疵が決定的でなくとも、後者の（改善義務不履行の）瑕疵がかなりの程度に達している場合に両方の瑕疵を総合考慮した上法律を違憲と断ずることができれば、後者につき別途語る意味が生じてこよう。また前者の瑕疵は《規程内容形成に関する立法裁量》に対応するものであるのに対し、後者は必要な立法上の措置を《する・しないに関する裁量》に対応するものであるが、前者の瑕疵を決定的要因として裁判所が違憲判断を行う場合には、内容形成裁量との緊張関係を意識せざるを得ないのに対し、前者とは独立に後者の瑕疵を理由に違憲判断を行うことができれば、立法府に憲法上与えられたとされる内容形成裁量との緊張関係を意識せずに済む。いや、むしろ手続的瑕疵を理由とする違憲判断により、制定（または先の法改正）当初から大きく変更した事情の下で、憲法上の権利を譲歩させてでも追及したいポリシーの提示を立法府にあらためて要求する方が、法改正の不作為を放置するよりも、立法の民主性をより高めるとも言い得るであろう。<sup>29)</sup>いつでも合憲判断が民主的で違憲判断が反・民主的だというわけではないのである。

#### （5）《法律Ⅱ判断結果》の統制と《立法者Ⅱ判断過程》の統制

以上述べたような、法律制定後の事情変更による改廃不作為を憲法四一条（の趣旨）に照らして審査対象とすることは、法律という国会の判断過程の《結果》から、国会の判断過程そのもの（「立法者」または立法《行態》）へと審査対象を移行させること（「違憲の主観化」）を意味する。<sup>30)</sup>

新たに法律を可決した過程にそうした審査を及ぼすことには、立法府の聖域侵犯ではないか、あるいは裁判所に審査のために必要な情報の収集能力があるかといった疑問が特に強く感じられるであろう。これに関連して例えば、参議院比例区選挙への非拘束名簿式導入が、十分議論を尽くさないうまま党利党略によりなされたとの原告側主張につき最高裁は、「法律の効力が国会における審議の内容、経過により左右される余地はない」と答えた<sup>32)</sup>。また諸般の事情から衆法という形を採ることとなった、いわゆる成田新法の制定過程については、衆院法制局職員にも「提出されてから成立まで一六日、実質審議日数は衆参両院合わせてわずか三日という異例のスピードぶり」と言われるほどであったが、これを理由に同法の無効を主張する原告側に対しても最高裁は、「法案の審議にどの程度の時間をかけるかは専ら各議院の判断によるものであり、その時間の長短により公布された法律の効力が左右されるものでないことはいうまでもない」と答えた<sup>33)</sup>。

これに対して、制定後かなり経ち、しかも当初の法律の内容の合理性につき疑いを生じさせる、立法府の外部の者にとつても顕著な事実が生じており、しかも立法者による改善義務履行状況を審査するためのデータが裁判所にとつても顕著であるケースについては、右と区別すべきだとの考えもありえよう。実際最高裁はそのようなケースにおいて、既に国会の判断過程そのもの(立法「行態」)への審査を開始している。例えば参院選挙区定数配分規定の合憲性に関する最大判平成一四年一月一四日(民集五八巻一号五六頁)における「補足意見2」は行政裁量統制手法の一つである「判断過程審査」を立法裁量統制に応用し、国会が要考慮事項につき考慮を行ってきたかを審査している<sup>34)</sup>。さらに同じ問題に関する最大判平成一八年一〇月三日(裁時一四二二一号一頁)は法廷意見において国会に対し法改正に向けての「不断の努力」を要求した上、その履行状況を第三者評価している。

以上、法整備が進んだ現下実際に起こりうる、現に存在する法律を改正または廃止しない《立法不作為》に対する違憲審査の持ちうる意義につき若干の考察を行った。本稿も結局は新たな混線電波を発信したに過ぎないのではないかと恐れている。

- (1) 芦部信喜 (高橋和之補訂) 『憲法 (第四版)』 (岩波書店 二〇〇七) 三六九頁。
- (2) 曹時五八卷二号三一七頁 (平成一七年判決に関する調査官解説)。
- (3) 同前三〇四頁。
- (4) 新正幸 (憲法判例百選Ⅱ「第五版」) (別冊ジュリスト 二〇〇七) 四三九頁) が「未だ存在もしない立法行為の効力を否認することは、ありえない」と述べているのは確かにその通りであろう。
- (5) 戸松秀典『憲法訴訟』 (有斐閣 二〇〇〇) 一五三頁は、「立法の不作為を立法行為の概念の中に含めて捉えればよく、結局、立法の不作為をあえて個別に取り出して、憲法訴訟の一形式とする必要はない」とする。
- (6) 既にこの構造を指摘するものとして小山剛・駒村圭吾 (編) 『論点探求 憲法』 (弘文堂 二〇〇五) 三二九頁「駒村圭吾」。
- (7) 立法不作為論を《法律による生存権の具体化》というもともとの文脈において論じた代表例は、大須賀明「憲法上の不作為——生存権条項に即しての検討——」早稲田法学四四号一・二号一四五頁 (一九六九) である。
- (8) このことにつき例えば赤坂正浩・大沢秀介・井上典之・工藤達朗「ファーストステップ憲法」 (有斐閣 二〇〇五) 二七八頁「井上」。
- (9) 井上・前掲書 (注8) 二九二頁の他、小山剛・ジュリ一二二〇号 (二〇〇二) 一五五頁、青柳幸一・判例セレクト二〇〇一 (法教二五八号別冊付録二〇〇二) 三頁、土井真一・「平成二三年度重要判例解説」 (ジュリ一二二四号 二〇〇二) 二六頁。
- (10) 芦部・前掲 (注1)。
- (11) 尾吹善人「憲法規範の変性？」 (初出：新正幸・鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理』菅野喜八郎教授還暦記念 (木鐸社 一九九二)、尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』 (信山社 二〇〇七) 四二八頁以下に再録)。なお、ここで紹介する尾吹の議論の基本的枠組を支持し、またはそれに軌一すると思われる見解として、新・前掲 (注4) の他、木村将成『立法義務』の存否』法学政治学論究 (慶應義塾大学 四七号八七頁 (二〇〇〇)、同『憲法の『行為規範』化か——立法不作為』を認容した最近の裁判例について』日本大学大学院法学研究年

報三六号二三頁(二〇〇六)。

(12) ハンス・ケルゼン(尾吹善人訳)『法と国家の一般理論』(木鐸社一九九二)一一〇頁。

(13) ケルゼン・前掲書(注12)二一四頁。なお、そこにいう立法府に対する憲法上の授權規範の中には、立法機関を指定する規範(日本国憲法でいえば四一條、立法の《手続》に関する規範(日本国憲法五六、五七、五九条などがこれに当たるか)、それに違反する《内容》の法律の効力を否定するという意味で、マイナスの授權規範たる基本権規定がある。特にそこにいう基本権規定の性格については同書二二五頁の他、菅野喜八郎『続・国権の限界問題』(木鐸社一九八八)一〇五頁以下所收論文を参照。なお憲法規範の特質に関する②と同様の認識は、尾吹善人『日本憲法』(木鐸社一九九〇)三頁以下および同著『憲法教科書』(木鐸社一九九三)四六頁以下にも示されている。

憲法規範の特質に関するこうした認識は、新・前掲(注4)にいう「法的様相論」における「権限規範の様相」と「行為規範の様相」の二項対立図式と密接にかかわるが、これに関するさらに詳細かつ精密な考察として新正幸「ケルゼンの権利論・基本権論(二)」(関東学園大学法学紀要二二号(二〇〇〇)一八五頁以下など)。

(14) 「授權規範」と「義務づけ規範」または「権限規範の様相」と「行為規範の様相」の二項対立を語る尾吹や新を含む論者が「権限規範」という際の「権限」とは、『法行為』をなす権限のみが念頭に置かれているのか、それとも『事実行為』を行う権限をも含めて語られているのかという点も、少々気になるところではある。例えば、アルフ・ロスが「権限規範」を語るとき、それは『法行為』をなす権限を付与する規範のことであるらしい(菅野・前掲書(注13)一一二頁(注22)、新・前掲論文(注13)・関東学園大学法学紀要二二号二〇三頁(注9))。この点に関するロスの見解とはおそらく対照的なケルゼンのそれについては菅野・前掲書一一八頁注2を参照のこと。なお、行政による権限不行使の国賠責任の成立可能性を認めた判例の中には、事実行為の不作為に関するものが多いが(例えば古比ニールの清掃回収の不作為に関する高知地判昭和四九年五月二三日・下級民集二五巻五〇八号四五九頁、旧日本陸軍の砲弾類回収等の不作為に関する東京地判昭和四九年二月一八日・判時七六六号七六頁、野犬捕獲等の不作為に関する東京高判昭和五二年一月一七日・高民集三〇巻四号四三一頁など)、その一方で法行為の不作為に関するものも少なくない(行政行為を含む規制権限不行使につき例えば最二小判平成一六年一〇月一五日・民集五八巻七号一八〇二頁、省令の制定改正不作為につき最三小判平成一六年四月二七日・民集五八巻四号一〇三二頁)。

(15) 宮田三郎『行政法の基礎知識(4)——国家賠償法を学ぶ——』(信山社二〇〇五)六一頁。

(16) 宮田・前掲書五八頁。

(17) 二〇〇一年七月二一日午後八時半頃に、狭い歩道橋内で身動きの取れなくなった見物客が将棋倒しとなり多数の死傷者を出した「明石花火大会歩道橋事件」につき神戸地判平成一六年二月一七日は、当日現地警備本部指揮官であった警察官等につき、安全確保のために必要な措置を怠ったこと(不作為)を理由に業務上過失致死傷罪の成立を認めた。この場合も、警察官の不注意・不作為に対し刑罰というサン



クションを結びつけることを通し、彼に「注意義務」・「作為義務」を賦課している法規範としては刑法二二一条一項前段を想定すれば足りるのであつて、警職法や道交法上の警察に対する権限付与規範が義務賦課規範に「変性」したなどわざわざいう必要は無い。

- (18) 例えば棟居快行『人権論の新構成』（信山社一九九二）三一―九頁以下。また例えば「在宅投票廃止違憲訴訟」に関する昭和六〇年最高裁判決の原審である札幌高判昭和五三年五月二四日は、「国会議員が違憲の法律を制定したとすれば、違法行為をしたことになる」とする（民集三九卷七号一五九三頁）し、同事案の第一審（民集三九卷七号一五五〇頁以下）も上記區別論に立つてはいない。

- (19) 新・前掲（注4）。

実際、松井茂記『日本国憲法（第二版）』（有斐閣二〇〇二）一〇三頁はそのように考えて、「立法の不作為が司法審査の対象となるかどうかを論じることは意味がない」と結論づける。

- (21) 尾吹「憲法の基礎理論と解釈」（前掲（注11））四二―九頁。

- (22) このことを示す箇所として最大判昭和五一年四月一日（民集三〇卷三号二二三頁）のうち以下の部分（民集三〇卷三号二五〇―二五一頁）を参照：

「憲法九八条一項は、『この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。』と規定している。この規定は、憲法の最高法規としての性格を明らかにし、これに反する国権行為はすべてその効力を否定されるべきことを宣言しているものであるが、しかし、この法規の文言によつて直ちに、法律その他の国権行為が憲法に違反する場合に生ずべき効力上の諸問題に一義的解決が与えられているものとすることはできない。憲法に違反する法律は、原則としては当初から無効であり、また、これに基づいてされた行為の効力も否定されるべきものであるが、しかし、これは、このように解することが、通常は憲法に違反する結果を防止し、又はこれを是正するために最も適切であることによるのであつて、右のような解釈によることが、必ずしも憲法違反の結果の防止又は是正に特に資するところがなく、かえつて憲法上その他の関係において極めて不当な結果を生ずる場合には、むしろ右の解釈を貫くことがかえつて憲法の所期するところに反することとなるのであり、このような場合には、おのずから別個の、総合的な視野に立つ合理的な解釈を施さざるをえないのである。

そこで、本件議員定数配分規定についてみると、右規定が憲法に違反し、したがつてこれに基づいて行われた選挙が憲法の要求に沿わないものであることは前述のとおりであるが、そうであるからといつて、右規定及びこれに基づく選挙を当然に無効であると解した場合、これによつて憲法に適合する状態が直ちにもたらされるわけではなく、かえつて、右選挙により選出された議員がすべて当初から議員としての資格を有しなかつたこととなる結果、すでに右議員によつて組織された衆議院の議決を経たうえで成立した法律等の効力にも問題が生じ、また、今後における衆議院の活動が不可能となり、前記規定を憲法に適合するように改正することさえもできなくなるといふ明らかに憲法

の所期しない結果を生ずるのである。それ故、右のような解釈をとるべきでないことは、極めて明らかである。

(23) 井上・前掲(注8)二八二頁。

(24) この問題に独立の項目を割くテキストとして、戸松・前掲(注5)二四〇頁。

(25) 酒販免許制の当初の制定動機乃至は目的につき三木義一「酒類販売免許制合憲論批判」一橋論叢九四巻五号七一頁(一九八五)(後に同『現代税法と人権』(勁草書房一九九二)二九二頁所収)。

(26) 最三小判平成四年二月二十五日(民集四六巻九号二八二九頁)、最三小判平成一〇年三月二十四日(刑集五二巻二号一五〇頁)、最一小判平成一〇年三月二十六日(判時一六三九号三六頁)、最二小判平成一〇年七月三日(判時一六五二号四三頁)、最一小判平成一〇年七月一六日(判時一六五二号五二頁)。なお酒販免許制をめぐる事情変化に裁判所として以下に対処すべきかという問題については、さらに大石和彦・法学六四巻六号(二〇〇一)一四二頁(一四七一―一四九頁)をも参照いただければ幸甚である。

(27) 大石和彦「非嫡出子相続分規定の合憲性をめぐる平成七年決定のその後——古い立法に対する違憲審査方法論の探求——」白鷗法学・通巻二六号一二九頁は、直接的には民法九〇〇条四号但書の合憲性の問題につき書かれたものであるが、かつて制定された法律を支える立法事実の変化に裁判所としていかに対処すべきかという問題をめぐる若干ではあるが一般論の提示をも試みた。

なおドイツにおける立法者の事後改善義務論については小山・前掲(注9)の他、合原理映「立法者に対する法改正の義務づけ——ドイツ連邦憲法裁判所における改善義務論——」阪大法学四九巻一号二六九頁(一九九九)、同「立法者に対する法改正の義務づけ——改善義務に関するドイツの学説の考察——」阪大法学五三巻六号一五三頁(二〇〇四)。

(28) 安念潤司「いわゆる定数訴訟について」成蹊法学二七号(一九八八)一六八頁。

(29) *CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME* 108 (1999)。

(30) この問題に関するドイツでの議論につき安念・前掲(注28)の他、穴戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂二〇〇五)二六五頁以下。

(31) 例えば *Fullove v. Klutznick* (一九八〇)におけるステイヴンズ裁判官反対意見(448 U.S. 448, 548 (Stevens, J. dissenting))は、立法過程に対してもデュー・プロセスの要請は妥当するものであり、人種に着目した区別を設定する法律の立法手続こそ、その観点からの審査対象とされなくてはならないとしたうえで、当該法律の立法資料からは、地方公共事業への連邦補助金のマイノリティ業者優先参入枠が一〇パーセントであることの合理的理由、法律による優先対象マイノリティの列挙がその範囲であること、この理由が不明であり、さらには、より問題の少ない他の選びうる選択肢がなかったかについて十分検討したとは考えられず、従って立法過程に対するデュー・プロセスの要請を満たしたとはいえないとした。

(32) 最大判平成一六年一月一四日・民集五八巻一号一頁。

(33) 内田正文「新東京国際空港安全確保緊急措置法」ジュリ八〇五号一〇四頁（一九八三）。

(34) 最大判平成四年七月一日・民集四六卷五号四三七頁。

(35) この場合、裁判所がいかにして要考慮事項を同定しうるかという問題がある。この点につき例えば、立法不作為の国賠法上の違法性判断の際の考慮要因として駒村・前掲（注6）三三〇頁が「請願処理、附帯決議の履践、市民の要請行動、審議会での指摘」といったものをあげていることが参考となろう。

（本学法科大学院教授）