

論 説

立法不作為に対する司法審査・その3

大 石 和 彦

本稿タイトルの「その3」とは、かつて「立法不作為に対する司法審査」という題をつけて発表した2件⁽¹⁾の続編、というくらいの意味である。もっとも、同題を付すことなく発表したものの、それらと不可分の関係を持つ1件⁽²⁾も含めると「その4」というべきかもしれないし、「その3」とはいつでも本来の意味での続き、というわけでもなく、その後に出た判例や目に触れた他研究者の業績に刺激を受けつつ、これまでとは多少違う方向からも再考した上での補遺、といったところである。ただ、1本目を『白鷗法学』に掲載いただいてからちょうど10年目のこの時期、同大学法科大学院の紀要、しかもこれまた第10号という節目に寄稿させていただく以上、やはり、今日に至るまでの取組を私なりに振り返る、という意味をも込めたものを、という多少のこだわりも無いわけではない。いざ実際に振り返ってみると、随分見晴らしのいい所まで来たものだ、という感も皆無ではないものの、10年もかけてたったこれだけか、という方が前者を圧倒しているといったところなのだが…

2本（3本）目の後に加えた部分とは具体的に何かを、最初に述べてお

(1) 大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学14巻1号（通巻29号）（2007）171－197頁、同「『立法不作為に対する司法審査』・再論 ―それでも規範は二種なのか？―」立教法学82号（阪本昌成教授退職記念号）（2011）30-166頁。

(2) 大石和彦「『憲法判断の対象』としての《規範》と《行為》：『義務賦課規範』・『権能付与規範』区別論の観点から」筑波ロー・ジャーナル11号（2012）25－42頁。

く。第1に、「立法不作為」と「立法不存在」という本来別のものが区別されず、しばしば殆ど同義のものとして用いられてきたことを、「過程と産物との混同(process-product ambiguity)」という、(憲)法解釈論の世界に限らず、世の中に広く見られる現象の1つとして説明する点、第2に、「ハンセン病訴訟」熊本地裁判決⁽³⁾に続き「在学国民選挙権訴訟」大法廷判決⁽⁴⁾が下された直後の、ある種の高揚感(フィーバー)も背景として1本目を公刊した2007年(平成19年)の後も、既に重要な2判決(国籍法違憲判決⁽⁵⁾、及び女子再婚禁止期間部分違憲判決⁽⁶⁾)が出ているため、それらも含めた上で、関係判例の流れにつき、自分なりに再整理を試みた点である。

1 「立法不作為」と「立法不存在」との間

(1) 国籍法違憲判決

国籍法違憲判決の「ハード・ケース」ぶりは、複数の補足意見、藤田裁判官の意見、2つの反対意見(横尾和子裁判官・津野修裁判官・古田佑紀裁判官反対意見と甲斐中辰夫裁判官・堀籠幸男裁判官反対意見)と、多くの個別意見が付けられたことにも現れている。このうち藤田裁判官は「非準正子」の置かれた状況を「立法府の不作為」と呼び、甲斐中裁判官・堀籠裁判官反対意見は「立法(の)不存在ないし立法不作為」という言葉を3回用いている(のに対し、法廷意見はその種の語を一切用いていない。)

各意見の見解の相違は、当時の国籍法3条1項の中にどのような規範的意味が含まれているかに関する見解の相違に由来している。

i) 法廷意見(参加裁判官9名)は、同項の中に、外国人たる母から生まれ、日本国民たる父から生後認知を受けた子のうち、婚外子(以下「非準正子」という。)には日本国籍付与対象者から排除するという、その意味

(3) 熊本地判平成13年5月11日・判時1748号30頁。

(4) 最大判平成17年9月14日・民集59巻7号2087頁。

(5) 最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁。

(6) 最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁。

では不利益的な規範（これを差し当たり本稿では「規範B」と呼ぶ。）と、日本国民の子にはできる限り広く日本国籍を認めるべしという徹底的授益規範（甲斐中裁判官・堀籠裁判官反対意見にいう「徹底した血統主義」。以下本稿では「規範A」と呼ぶ。）の両方が含まれていると考えたうえ、規範Bのみを無効とし、国会自身によって既に定立されている規範Aを根拠として（国会が定立したわけでもない規範を裁判所自らが勝手に創設することなく）、上诉人（原告）の請求を認容したと考えられる。

ii) 藤田裁判官意見は、当時の国籍法3条1項には、規範Aのみが含まれている（規範Bは含まれていない）と解する。すなわち非準正子について、国会は、彼らに国籍を付与するための明示的規範も作らず、また上記規範Bも作らなかった。これが、藤田裁判官がいう「立法府の不作為」である。もっとも、藤田裁判官が当時の国籍法3条1項に含意されていると考える規範A（「徹底した血統主義」）は、その「徹底」性ゆえ非準正子に対しても授益範囲を「拡張」することができるのであり、ゆえに、規範Bを無効とするという法廷意見が採った操作を無用とする（なぜなら規範Bは無いのだから）ものの、国会自身によって既に定立されている規範Aを根拠として（国会が定立したわけでもない規範を裁判所自らが勝手に創設することなく）、上诉人（原告）の請求を認容するという、法廷意見と同じ結論へと至った⁽⁷⁾。

(7) なお、本判決をめぐるのは、「(合憲) 類推解釈」、「(合憲) 拡張解釈」（本判決法廷意見のうち「3 原判決等」の中に見られる。）といった、よく考えると本判決のケースと十分噛み合っているのか、実はよくわからないジャーゴンが飛び交っており、このことが初学者をコケ脅し的に（無用に）混乱させているように思われるが、その点、授益規範（本稿本文にいう「規範A」）を「拡張解釈」又は「補充する」（後者は、少なくとも本判決の読み手の関心又は前理解の下では「合憲補充解釈」という言葉を想起させるであろう。）、という言葉を用いる藤田裁判官意見を読む際にも同様の注意が必要であるように思われる。

授益的規定の対象範囲が、文言を文字通り読んだ限りでは限定的に見える「過小包摂」事案の打開策としては、当該文言の通常の語義の範囲内での「拡張」解釈、授益規範の穴（欠缺）を「類推」等を通じ「補充」する等が考えられる。例えば仮に地方公務員災害補償法32条が、「遺族補償年金を受けることができる遺族は、職員の妻、子、父母、孫、祖父母及び兄弟姉妹であって、職員の死亡の当時その収入によって生計を維持していたものとする。」という規定であったとすると、事実婚カップルの女性側を授益対象に含めるためには、「妻」という文言の拡張解釈で行けるという考え方も成り立ち得るし、あるいは実際の現行法のように、「妻」の後に

iii) 当時の国籍法3条1項の下での、準正子と非準正子との間の区別につき、そもそも憲法14条1項に反するものではないとする横尾裁判官・津野裁判官・古田裁判官反対意見のみならず、法廷意見や藤田裁判官と同様、当該区別を違憲とする甲斐中裁判官・堀籠裁判官反対意見もまた、上告人(原告)の請求を棄却すべきとした理由は以下のようなものである。

すなわち、これら2つの反対意見によれば(この論点に限っては、横尾裁

「(婚姻の届出をしていないが、職員の死亡の当時事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を含む。)」というカッコ書きを「補充」するのと同値(これは実質的に、法律婚カップルの妻を対象とする規範を事実婚カップルの女性側にも「類推」適用するのと同じ)と解する考え方もあり得よう。これに対し死亡当時地方公務員(職員)であった妻の収入で生計を維持していた夫を受益対象に含めようとする場合には、「妻」に「夫」という含意を見出すことは可能な語義の範囲を超えるため、「妻」の文言の後に「又は夫」という文言を「補充」(妻に対する規範を夫に類推適用)するような形の解釈を施すしかないだろう。

そもそも法解釈の世界で「拡張」とか「補充」といったら、主には法令の《文言》を念頭に置きつつ、その意味の射程を「拡張」すれば済むのか、穴(「欠缺」)があるので(似たようなケースに適用すべき規範を「類推」適用するなどして)「補充」しなくてはならないのか、といった場面で語られてきた言葉であろう。とすれば、上記の「職員の妻」という文言をめぐるケースが、「(合憲)拡張解釈」、「(合憲)類推(補充)解釈」の本来的イメージというべきであろう。国籍法違憲判決の類似事案として言及されることの多い東京高判昭和57年6月23日・判時1045号78頁は、父系血統主義を採っていた当時の国籍法2条1号(「出生の時に父が日本国民であるとき。」)の下、出生による国籍取得が認められなかった、日本国民たる母と外国人たる父の間の子が提起した訴えであったが、この原告の主張とは要するに、当時の規定の「父」の後に「又は母」という文言を「(欠缺)補充」すること(により、日本国民たる父と外国人たる母の間の子を対象とする受益規範を自分にも「類推」適用すること)を求めるものであった。これに対し、国籍法違憲判決は、当時の国籍法3条1項のうち「父母の婚姻…により嫡出子たる身分を取得した」と定める部分の無効(平たくいえば《余計な部分の削除》)が求められた事案であって、《足りない部分の付け足し》が求められた上掲昭和57年東京高判とは、この点正反対の操作であったといわなくてはならない。

もっとも、ここまでこう書いておいてからこういうのも変に思われるかもしれないが、現行法の《文言》をどういじくるか(「拡張解釈」で済みますか、「欠缺補充」[足りない文言の付け足し]をするか、それとも余計な文言の削除[「合憲的『反制定法的法形成』」!?]なのか)という差異は、以下に述べる本質的な問題との比較では、実は些末なものであると思われる。すなわち法令の規定を解釈するとき(日本の)我々が決定的要因とするのは文理よりもむしろ、当該規定の《趣旨、目的》という、直には目には見えないものだからである。この観点からいえば、国籍法違憲判決の法廷意見及び藤田裁判官意見の立場は、彼らからしてみれば、本文中に述べた通り「規範A」という国会自身が当該制定法中に込めた含意に対して逆接どころか順接的なものであり、「反制定法的」(立法権の篡奪)という誇りは正鵠を得たものとはいえない、ということになる。これに対し上掲昭和57年東京高判における原告側主張は、重国籍者を生み出しにくいという点で父母両系主義よりも父系主義を選好したというのが当時の規定の《趣旨、目的》の本質部分だとすると、「(欠缺)補充」どころか「反制定法的」であったといえるかもしれない。

判官・津野裁判官・古田裁判官反対意見も甲斐中裁判官・堀籠裁判官反対意見に「おおむね同旨」。)、当時の国籍法3条1項の中に見出されるのは、外国人たる母から生まれ、日本国民たる父から生後認知を受けた子のうち、婚内子(「準正子」)に限って日本国籍を認めるという、授益射程限定的な規範(「徹底」的とはいえない血統主義の立場を採る「規範a」。)に過ぎず、これは、授益射程外の非準正子に国籍を付与するための根拠とはならない。未だ国会が授益範囲拡張志向の規範(「徹底した血統主義」を採る「規範A」)を未だ定立しておらず、非準正子については「立法(の)不存在ないし立法不作為」状態があるに過ぎないとすれば、非準正子に対し裁判所が判決で勝手に(国会の頭越しに)国籍を付与することは司法権の限界を逸脱し、立法権の篡奪(裁判所自ら国籍法改正を行うようなもの)になってしまう。したがって、上告人(原告)の請求を認めるわけには行かない、という結論になる。

(2)「立法不存在ないし立法不作為」

上記の通り、藤田裁判官は「非準正子」の置かれた状況を「立法府の不作為」と呼び、甲斐中裁判官・堀籠裁判官反対意見は「立法(の)不存在ないし立法不作為」と呼んでいる。後者においては「立法(の)不存在」と「立法不作為」とが、あたかも互換的同義語のように並べられている。その一方で、例えば女子再婚禁止期間部分違憲判決⁽⁸⁾は、当時《存在》していた民法733条1項を「改廃する立法措置をとらなかった立法不作為」のことを「本件立法不作為」と呼んでいる。このように、個別意見まで含めた意味での最高裁判例を見た限りでも、「立法不存在」と「立法不作為」との関係は混乱の中にあるといわざるを得ないように思われるが、両者は本当に互換的同義語なのであろうか。あるいは、国籍法違憲判決における核心問題を立法府の「不作為」と呼ぶことは適切であろうか。

(8) 前掲(注6)。

以下①と②・③との間のズレは、憲法を一通り勉強した人なら、誰でもすぐ思いつくはずである。

- ① 仮に国会が生活保護法を制定していない《不作為》状態があったとするなら、それがもたらす結果は、憲法25条1項所定の「権利」を「具体化」してくれるはずの法律が丸ごと《不存在》の状態ということになろう（《不作為》⇒《不存在》）⁽⁹⁾。公選法「第四章の二 在外選挙人名簿」（30条の2～30条の16）等が挿入されて、在外邦人も国政選挙（ただし当時は比例代表選挙のみ）に参加できるようになった平成10年改正以前の公選法の下で在外邦人がおかれていた状況も、公選法の《丸ごと》の不存在ではなく、それを構成すべき《一部》規定の不存在であったという点を度外視すれば、これと同じ（立法《不作為》による権利具体化規定《不存在》状態）であったと考えられる。

これに対し、

- ② 在宅投票制度廃止訴訟⁽¹⁰⁾では、在宅投票制度復活の《不作為》のみならず、同制度を廃止したこと（公選法改正）という《作為》が、同制度《不存在》という結果をもたらしていた（《作為》⇒《不存在》）

(9) おそらくこれが、戦後日本の立法不作為論の初期想定であったと思われる（その例として、（例えば高田敏「生存権保障規定の法的性格」公法研究26号〔1964〕87頁、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44号1・2号〔1969〕145頁）。そもそもそれら日本の論稿の出現を促したドイツの学界の議論を誘発するきっかけとなったドイツ連邦憲法裁判所1951年12月19日決定・BVerfGE 1,97及び同裁判所1957年2月20日決定・BVerfGE 6,257がそもそも福祉給付根拠法令による給付水準又は授益対象範囲の過少の主張をめぐるものであった。）。「立法（の）不存在」と「立法不作為」とがしばしば同義的に用いられてきたことも、この点による部分が大きいのではないかと推測される。もっとも、本文②及び③記載の後発事象の相次ぐ出現によって、そうした初期想定は揺さぶられることになるのではあるが…

(10) 最一小判昭和60年11月21日・民集39巻7号1512頁。

という側面を持っている。

- ③ 一連の投票価値の較差をめぐる訴訟⁽¹¹⁾における主要争点は、人口移動にともなう公選法末尾別表等の改正《不作為》が、違憲状態をもたらしている立法の《存在》を継続させる結果となっていることである(《不作為》⇒《存在》)。女性再婚禁止期間を定める民法733条が《存在》し続けている現状もまた、同条を国会が改廃しない《不作為》の結果である。ハンセン病訴訟で国賠違法評価の対象となった、「らい予防法」廃止の《不作為》による、強制隔離制度が《存在》する状態の継続も、この点では(公選法が選挙権具体化法であるのに対し、「らい予防法」が自由制約法であるという違いを度外視すれば)同じパターンである。

このように、《不存在》は、《不作為》のみならず《作為》によってももたらされうるし、また《不作為》は、《不存在》のみならず《存在》をもたらす場合もありうる。要するに、《過程》としての「作為」又は「不作為」と、《産物》としての「存在」又は「不存在」とは、本当は別もののなのである。

この、《過程》と《産物》との混同という問題については、「立法不作為」という言葉(が、本来《過程》を指しているはずなのに、時に「立法不存在」という《産物》を指しても使われる場面)をめぐるのみならず、「立法」、「命令」、「処分」、「判決」、「決定」といった言葉(言うまでもなくこれらも《過程》と《産物》の両方を指す場合がある。)と日常にかかわっている者としては、かねがね漠然と気にかかっていたところであるが、これがより広く、様々な場面で間々見られる現象であること(例えば「料理」という言葉が、調理人の行為すなわち《過程》と、それを通して作られた食べ物すなわち《産物》の両義を持つこと、さらに「建築」、「記録」といった言葉も同様であること)、またこうした現象が「過程と産物の二義

(11) 最大判昭和51年4月14日・民集30巻3号223頁等。

性（process-product ambiguity）」と命名されていることを、不勉強な私が知ったのは最近である⁽¹²⁾。

ところで、「料理」、「建築」、「記録」にしても、「立法」、「命令」、「処分」、「判決」、「決定」にしても、《過程》の方はいずれも現実界（一定の人〔々〕により一定の時間、場所）において行われる行為であるという1点では共通する。これに対し《産物》はというと、「料理」、「建築」、「記録」の場合、《産物》もまた現実の事象であるのに対し、「立法」、「命令」、「処分」、「判決」、「決定」の《産物》は観念的事象（我々の頭の中の約束事）であるという相違もある。「立法不作為」もまた、本来はあくまで現実界に位置を占める《過程》であるのに対し、「立法不存在」は、立法上の作為（法規定の廃止）又は不作為という《過程》を通じてもたらされる《産物》すなわち法という観念的事象のあり様を指している。このように、《過程》と《産物》の区別という観点のみならず、《現実界》の事象と《観念界》、の事象との間の区別という観点からもまた、「立法不作為」と「立法不存在」という言葉が、それぞれ指している対象は、2重の意味で別ものであると言わざるを得ないのである。

（３）区別論の実益

このように立法「不作為」と立法「不存在」とを分けることにつき、少なくとも理屈の上で納得いただいたとしても、ではそれらを区別することに、一体どんな「実益」があるというのか。

i) まずあげられるのは、判例に関する理解、記述に役立つ（無用の困難から免れることができる）ことだ。

例えば、ハンセン病訴訟熊本地判に対し、いちいち困惑しないでも済む。《立法不作為＝法令依存的権利具体化法の不存在》と思い込んでいる

(12) 本稿筆者がこれを知ったのは、長尾龍一『ケルゼン研究Ⅲ』（慈学社2013）103頁による。なお、そういう名前こそ出てこないものの、これと基本的に同様の区別論の見地から、従前の議論を批判的に整理・検討した例として、菅野喜八郎『国権の限界問題』（木鐸社1983）67頁以下及び74頁注6。

頭で、『「らい予防法」改廃不作為⇒自由制約立法の存在の継続』という構造の事案に関するこの判決を見たら、困惑するに違いない。これに対し、立法府の不作為イコール直ちに立法不存在ではない（前者によってもたらされる規範状態は、法令依存的権利具体化法の不存在の場合もあれば、自由侵害立法の存在継続の場合もありうる）と考えておけば、困惑しないで済むだろう。

《現実界》事象と《観念的》事象を分けて考える見地に立つと、真の区別は、立法上の作為と不作為との間、あるいは法令の存在と不存在との間にではなくではなく、むしろ立法上の作為・不作為を含め、国会（議員）が《現実》にどういう立法上の制定改廃作業を行ったか、あるいは怠ったのかという問題と、規範の存在又は不存在という《観念界》事象との間にあることになる。こうした見地に立った場合、立法上の作為と不作為との間の区別には頓着せず、むしろ「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。）」が国賠法1条1項の適用上違法となるかどうか、すなわち《現実の》世界でいつか誰かがやった行為の違法の問題と、「立法の内容の違憲性」すなわち《観念界》の事象をめぐる問題とを区別する、「在宅投票制度廃止訴訟」以来の一連の最高裁判例の立場は、少なくとも議論の出発点としては、首肯すべきものだということになるだろう。

在外国民選挙権訴訟において大法廷は、上掲判決と同様の立場から、「国会議員の立法行為又は立法不作為」が国賠法1条1項の適用上違法となるかどうかの問題と、「立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題」との間の区別論を語っているが、このうち「国会議員の立法行為又は立法不作為」にいう「立法不作為」は、本来の意味での《不作為》、「立法の内容又は立法不作為」にいう「立法不作為」は、実は立法《不存在》だということになる。

国籍法違憲判決における藤田裁判官がいう「立法府の不作為」とは、実は上記「規範B」の《不存在》にほかならないのであり、甲斐中裁判官・

堀籠裁判官反対意見がいう「立法（の）不存在ないし立法不作為」というのも、「規範A」（正確には「規範A」の意味から「規範a」の意味を差し引いた部分）の《不存在》のことだという形で整理されることになる。

ii）全ての違憲の法律は、違憲の法律を改廃しない「不作為」の結果である。とすれば、「全ての法令違憲問題は、立法不作為の問題である」と、いっていいないことはない。これに対しては、「当該規定を違憲と主張すればよいのだから、あえてこれを立法の不作為の問題とする必要はない」という反応が当然予測される。本稿の見地からは、このような禅問答もどき（言葉遊び）は無駄である。《現実界》における《過程》としての「立法不作為」と、その《産物》、すなわち法という《観念的》事象のあり様の一つである「立法不存在」とは、本来区別すべきはずのものであるのと同様に、違憲の法律を改廃しない「不作為」（《現実界》における《過程》）と、その《産物》としての違憲の法律（又は「当該規定」）という《観念的》事象もまた、やはり別ものである。違憲の当該規定を改廃しない「不作為」という現実事象の合憲性の問題が、「当該規定」という観念的事象の合憲性の問題へと解消されることはありえない。

（４）２タイプ規範区別論との関係

上記区別論は、「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。）」が国賠法1条1項の適用上違法かどうかの問題と、「立法の内容の違憲性」の問題とを一貫して区別する、「在宅投票制度廃止訴訟」以来の一連の最高裁判例の立場、さらには以下に述べる２タイプ規範区別論ともパラレルな関係にあるものと捉えることができる⁽¹³⁾。

在宅投票制度廃止訴訟上告審判決は、「法律の効力についての違憲審査

(13) 『憲法判例百選Ⅱ〔第五版〕』（別冊ジュリスト 2007）439頁〔新正幸〕は、「権限規範の様相」と「行為規範の様相」の二元論から、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。

がなされるからといって、当該法律の立法過程における国会議員の行動、すなわち立法行為が当然に法的評価に親しむものとすることはできない」と述べる。この部分には、「法律の効力についての違憲審査がなされる」、いわば普通の「憲法訴訟」には無い特殊性が、同事件には含まれていることが示されている。「規範の規範」としての憲法⁽¹⁴⁾の下での審査対象とされる憲法以下の法規範（法律や行政立法のような一般的抽象的なものにとどまらず、裁判判決や行政処分によって定立される個別具体的なものも含む。）は、我々の頭の中にのみ存在する「約束事」、つまり観念的事象であって、現実そのものではない。憲法上の人権規定は、通常の場合、「立法の内容」という《観念的》事象を審査対象とし、「法律の効力」という、これまた《観念的》事象をコントロール対象としている。これに対し「立法行為」は、《現実の》世界でいつか誰かがやった何かである。つまり「立法不作為」のみならず、それを含めた「立法行為」そのものがそもそも「憲法訴訟」における司法審査対象としてはある意味特異なのである。なぜ同判決がそのような特異な、通常の「憲法訴訟」における憲法判断対象たる法規範とは異なる対象に直面したのかといえば、その理由は至極単純で、当該ケースを不法行為法の亜種である国賠法1条1項にいう「行う」という文言へと鑄込んだ結果、現実の世界でいつか誰かがやった不法《行為》の違法を争うほかなかったからである。現実の世界でいつか誰かがやったこと、という対象は刑法や不法行為法（国賠法を含む。これを以下「行為規範」と呼ぶ。）の持ち場であって、憲法の（主たる）持ち場ではない。

ところで上記2タイプの規範それぞれの下で要件該当判断対象となる行為に違いはあるか。「規範の規範」の下でのそれ（「法行為」たらんと欲している）は意思表示行為であるのに対し、「行為規範」の下でのそれは意思表示行為（例えば、背任罪の構成要件に該当する法律行為、取引行為の形式をとってなされる所有権侵害の不法行為〔他人の所有物を勝手に第三

(14) 清宮四郎『憲法（第3版）』（有斐閣1979）16頁。

者に売却したり賃貸する場合など]) のみならず、それ以外の (物理的) 行為をも含めて広範にわたる。その意味で両規範の下での要件該当判断対象行為には違いがあると、いっていいないわけではないだろう。だが、行政庁の「許可」を得ないでなされた農地売買の合意のように、一方で農地法3条7項 (規範の規範) により「効力を生じない」とされ、また一方で同法64条 (行為規範) の対象とされる行為があり、この場合両規範の違いを、それぞれの要件該当判断対象行為の違いに求めるわけには行かないようにも思える。ではどうすればいいか。例えば以下の記述を手掛かりに考えて見よう。

「もしここでの (農地法上の) 許可が純粹に形成的行為としての『認可』であるとするならば、それを受けないでおこなわれた私人の行為については、それを法的に無効としさえすればすむわけで、それだけですみずさらに処罰をしようというのはつまり、農地法3条の許可が、まさに事実として権利移転行為がおこなわれること自体をも規制の対象としている…からだ、と考えられるのではないのでしょうか。」⁽¹⁵⁾

ここでは農地の売買契約により形成されるはずの当事者間の個別具体的規律 (規範) という《法的》 (つまりは観念上の) 事象と、その《事実》上の事象としての権利移転行為とが対比されている⁽¹⁶⁾。これをより一般化

(15) 藤田宙靖『行政法入門 (第7版)』(有斐閣2016) 110頁。

(16) 一見すると、農地法3条及び農地法64条のケースは、2種類の規範 (当事者間の個別具体的規律の改廃に関する「規範の規範」と、刑法法規という行為規範) が農地売買という同じ行為をめぐって連動する点で、2規範区別論にとつての鬼門のように見えるかもしれない。しかしながら、高木賢・内藤恵久 (編)『逐条解説 農地法』(大成出版社2011) 340頁によると、同法64条の構成要件に該当するためには、「売買契約等を締結し、手付け金等を支払い、又は仮登記等を行う」のみではならず、「売買契約等の締結後農地等を買主又は借主に引き渡すなど、権利の設定又は移転の効力が生じた場合に行われるのと等しい行為を行った」 (傍点は大石) ことを要する (藤田が本文引用部分で「事実として権利移転行為がおこなわれること」というのも、まさに後者の「行為を行った」ことを念頭に置くものと思われる。)。ここにもまた (むしろ、ここにおいてこそ)、農地売買契約の発効要件を定める「規範の規範」たる農地法3条と、引き渡し行為など売買契約の「効力が生じた場合に行われるのと等しい行為」を禁ずる「行為規範」たる同法64条との間の、目的ばかりではなく、そもそも対象行為のレベルでの相違が認められるといえるのではないか。

して言えば、「規範の規範」は下位規範(又はその構成要素としての権利・地位・義務・権限…)という観念的事象に対するコントロールを直接には目的とした規範であるのに対し、「行為規範」は制裁によって間接的に、あるいは強制執行行為によって直接的に、いずれにしても現実界の事象をコントロールすることを目的とするという違いがあるのだ、ということになる。

2タイプ規範区別論は、1本目の拙稿以来一貫して本稿筆者も採るところであるが、同様の区別論を根拠に、立法不作為に対する違憲判断につき否定的な見解を採ったのが、尾吹善人である⁽¹⁷⁾。彼はケルゼン⁽¹⁸⁾に倣い、行為規範が制裁を課す対象である違法行為とは反対の作為又は不作為(禁じられたことをしないこと〔又は命じられたことをすること〕)が、真の意味での《義務》の内容であるとした上で、行為規範ではない憲法からは、立法不作為に対する違憲判断の前提となるべき立法《義務》が導出されるはずはないとする。しかし、この議論を素直に延長して行くと、行政処分根拠規定も個別具体的下位規範定立要件を定める「規範の規範」だから、同規定からは違法な処分をしない《義務》は導出されないはずだ、ということになり、行政処分によりもたらされた損害の国賠請求が一切認められないことになるだろう。さらによく考えて見ると、「規範の規範」としての(「行為規範」ではない)憲法というイメージに合わない例は、何も「立

(17) 尾吹善人「憲法規範の変性?」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 1991) 383頁以下(尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』(信山社 2007) 428頁以下に再録)。

なお付言すると、立法行為(立法不作為を含む。)をめぐる国賠違法主張又は国賠違法判決に対し一貫して否定的立場を採り続けてきた尾吹であるが(尾吹善人『基礎憲法』[東京法経学院出版 1978] 180頁、同「憲法講義」受験新報1981年1月号10頁[13頁以下]、同『憲法徒然草』[三嶺書房 1983] 165頁以下、同『解説 憲法基本判例』[有斐閣 1986] 130頁、同『日本憲法』[木鐸社 1990] 8頁・352頁以下、同『憲法教科書』[木鐸社 1993] 160頁・251頁)、その論拠の1つとしてケルゼン流の「義務」論を明示的に援用したのは、実は晩年の上掲1991年論文が最初である。この背景には、直前に彼がハンス・ケルゼン(尾吹善人訳)『法と国家の一般理論』(木鐸社 1991)の訳出作業に従事していたことも関係しているのではないかと推測される。

(18) ケルゼン(尾吹訳)・前掲(注13) 119頁。

法不作為」に限ったことではないことは、事実行為（例えば靖国神社の祭祀に県費から玉串料を奉納すること）が違憲審査対象となるケース⁽¹⁹⁾を想起すれば明らかである（いわゆる「四号請求」は不法行為法の変種〔行為規範の一種〕なので、そこでの違法判断に憲法が登場するのはおかしいということにならないか）。

そこで新正幸は、「行為規範と権限規範の区別」⁽²⁰⁾（新がいう「権限規範」とは本稿にいう「規範の規範」に相当。）という法の一般理論と、行政処分によりもたらされた損害の国賠請求認容判決において憲法上の権利規定が援用される現実との間に折り合いをつけるため、「基本権規定は、権限規範であると同時に行為規範であるという二重の法的性格を有することになる」という説明を導入する⁽²¹⁾（新自身が明示的に述べるところでないが、地方公共団体の長若しくは委員会又は職員の事実行為をめぐる住民訴訟において政教分離規定が援用されるケースも同様に考えることが可能なように思われる）。もっとも、新はこの説明の射程を、国賠法1条1項の適用対象が「個別・具体的な国家行為」である場合に限定しており、立法（法律）は原則として行政処分のような個別具体的規律ではなく一般的抽象的なものであるがゆえ、個々の国民との間で損害賠償責任を発生させることは無いとして、立法行為（立法不作為含む）の国賠違法判断の可能性を原則否定する⁽²²⁾。しかし、こうした新の議論を延長して行っただけにもやはり、これまで歓迎されていた（少なくとも妥当性をさほど疑われずにいた）判例の線のかなりの部分を吹き飛ばしてしまう可能性が無いか。すなわち処分違法を理由とする国賠違法判決と法令違憲を理由とする国賠違法判決とを区別するために新が依拠するのは、行政処分の個別具体性に対する立法の一般抽象性という問題軸であったが、しかしながら行政庁が定立する規律

(19) 最大判平成9年4月2日・民集51巻4号1673頁。

(20) 新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社2010）184頁。

(21) 新・前掲（注18）307頁。同書188～189頁も同旨。なお、国又は公共団体の機関による事実行為の合憲性を問題とするケースを、2タイプ規範区別論の立場からどう説明すべきかという問題に関する本稿筆者の試論は、大石・前掲（注2）に示した。

(22) 新・前掲（注18）307頁。

の中には行政立法、(さらには「一般処分」)のように一般(抽象)的規律も含まれる。新の議論に乗るためには、行政立法改正権限の不行使をめぐる国賠違法判断(代表例として「筑豊じん肺訴訟上告審判決」⁽²³⁾)の可能性をも否定する覚悟が必要になるのではないか⁽²⁴⁾。

私としては、名宛人の範囲が特定されているか、それとも不特定(一般的)か、という問題軸と、「行政行為ニ依リ之ヲ具体化スルコトヲ要セズシテ、法規ニ依リ直接ニ法ヲ完成ス」の規定か、それともそうでない(行政処分による具体化を要する)規定かという問題軸とを区別した上で、後者の問題軸から見た場合の「一般的ナルモ抽象的ナラザル」規律の例として「法律ニ依リ満二十五歳以上ノ帝国臣民タル男子ハ選挙権ヲ有スル」という当時の衆議院議員選挙法の定めをあげていた美濃部達吉の議論が、ここでも想起されるべきだと考えている⁽²⁵⁾。つまり、選挙人名簿に登録されていない者及び選挙人名簿に登録されることができない者(かつて在外国民はこれに含まれていた。)は投票をすることができないものと定めていた平成10年改正前の公職選挙法42条1項及び2項はやはり「一般的ナルモ抽象的ナラザル」規律であるがゆえ、例外的に個々の国民との間に国賠責任を発生させる可能性があったという議論は、新の上記原則否定論を前提とした場合でも、不可能とは言い切れないのではないか。

さらに新は、「公権力発動要件欠如説」(違法性一元論)は、上記のような2タイプ規範区別論の見地から見て「問題がある」と述べるが、私としては、2タイプ規範区別論から、結論として直ちに(少なくともそこから

(23) 最三小判平成16年4月27日・民集58巻4号1032頁。

(24) 最大判平成16年1月14日・民集58巻1号56頁における「補足意見2」が、参院選挙区選出議員選挙区割及び定数配分規定(公選法別表3)の合憲性判断(立法裁量統制)の場面に、いわゆる「判断過程審査」を応用したことにつき、「個別具体的な行政活動の適法性審査を目的とする行政裁量論の手法を用いることができるかどうかには、議論のあり得るところ」との問題提起を行う福井章代調査官解説(『最高裁判所判例解説民事篇平成16年度(上)』19[40]頁。ただし傍点は本稿筆者。)にも、同様のことがいえる可能性がある。

(25) 美濃部達吉『行政法撮要 上巻(第5版)』(有斐閣1936)8頁。これら問題軸の区別については大石和彦『「個別法律の問題」の問題性』白鷗法学13巻1号(通巻27号)(2006)167頁にて述べた。

必然的に）これを否定しなければならなくなるわけではないと考えている。確かに2規範峻別論からすれば、処分の「取消違法」直ちに「国賠違法」とはならないだろう。しかしながら、2規範峻別論から出発しつつも、例えば国賠制度もまた、「法律による行政の原理」に仕える制度の一面をなす点で、行政争訟制度と変わりがなく、従って両制度下における処分の違法性は同一でなくてはならないはずである、といった理由付けを媒介にして、結論的には「公権力発動要件欠如説」を支持することは、決して不可能ではないように思われる。つまり結論を決定づけるのは実定法解釈レベルの議論であって、2規範峻別論という法の一般理論から直ちにこの点に関する結論が一義的に導出されるわけではないように思われる。

2 立法行為の国賠違法をめぐる判例の現状

上掲テーマについては、平成27年末に女子再婚禁止期間部分違憲判決⁽²⁶⁾（以下「平成27年判決」という。）が出たので、「在宅投票制度廃止訴訟」上告審判決（以下「昭和60年判決」という。）及び「在外邦人投票権訴訟」上告審判決（以下「平成17年判決」という。）を含めた判例の流れの中での、平成27年判決の位置づけ、あるいは上記3判例が構成するこれまでの判例の流れとはどういうものかを、確認しておきたい。

（1）変更された部分／維持された部分

まずは「論より証拠」ということで、平成27年判決の確認から。

「本件は、上告人が、女性について6箇月の再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定（以下「本件規定」という。）は憲法14条1項及び24条2項に違反すると主張し、本件規定を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為（以下「本件立法不作為」という。）の違法を

(26) 前掲（注6）。

理由に、被上告人に対し、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求める事案である。」

ここから既に判るのは、同判決が、「立法不作為」＝「立法不存在」とは考えていないことである（なぜなら本件においては民法733条1項の規定が《存在》していることが問題なのだから。）。

次に、立法府の作為と不作為との間の区別、又は立法の存在と不存在との間の区別ではなく、国会議員の立法行為が国賠法1条1項の適用上違法となるかどうかの問題と立法内容の違憲性の問題との間の区別に主たる関心をおいている点も、昭和60年判決から平成27年判決に至るまで、変化がない部分だといえるだろう。各判決の当該部分を、以下に示そう。

【昭和60年判決】

「…国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同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って、当該立法の内容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が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

【平成17年判決】

「…国会議員の立法行為又は立法不作為が同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って、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。」

【平成27年判決】

「…国会議員の立法行為又は立法不作為が同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々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。」

昭和60年判決において「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。）」とある部分が、平成17年判決以降、「国会議員の立法行為又は立法不作為」という言い回しになっていることは、差し当たり無視してかまわないだろう。問題は、「立法の内容の違憲性」という部分が平成17年判決のみ「立法の内容又は立法不作為の違憲性」と、「又は立法不作為」がわざわざ付け加されているが、これはどういうことか。同判決いわく、

「在外国民の選挙権の行使については、平成10年法律第47号によって公職選挙法が一部改正され（以下、この改正を「本件改正」という。）、在外選挙制度が創設された。しかし、その対象となる選挙について、当分の間は、衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙に限ることとされた（本件改正後の公職選挙法附則8項）。

…（中略）…

本件改正前の公職選挙法42条1項、2項は、選挙人名簿に登録されていない者及び選挙人名簿に登録されることができない者は投票をすることができないものと定めていた。そして、選挙人名簿への登録は、当該市町村の区域内に住所を有する年齢満20年以上の日本国民で、その者に係る当該市町村の住民票が作成された日から引き続き3

か月以上当該市町村の住民基本台帳に記録されている者について行うこととされているところ（同法21条1項、住民基本台帳法15条1項）、在外国民は、我が国のいずれの市町村においても住民基本台帳に記録されないため、選挙人名簿には登録されなかった。その結果、在外国民は、衆議院議員の選挙又は参議院議員の選挙において投票をすることができなかった。」

つまり、在外国民にとっての不利益規定が《存在》していたのである。だが、同判決調査官解説は以下のように述べ、あえてこれを授益規定《不存在》の問題だとした。

「同法42条1、2項がこれを制限しているとみるよりも、同法がその行使を可能にする規定を置いていないことに問題の本質があるともみるのが相当である。在外国民で上記の選挙権を有する者が投票することができるようにする立法措置が執られていなかったことは、憲法に違反しないか。これが本件改正前の制度に関する問題である。」⁽²⁷⁾

つまり「本件改正」前の状態を立法不存在状態と捉えた上、これを違憲（国賠違法ではない）判断対象としていることが、「立法の内容又は立法不作為の違憲性」の「又は立法不作為」の部分に示されている可能性がある。これに対し、民法733条1項という不利益的規定が《存在》しているケースたる平成27年判決では、「又は立法不作為」の部分が再び消失したものと考えることができよう⁽²⁸⁾。

もっとも、判例が語る上記「区別」論（または本稿1で述べた区別論と違った、いわば法の一般理論）はあくまで議論の《出発点》に過ぎず、具

(27) 『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）』603〔641～642〕頁〔杉原則彦〕。

(28) では在宅投票制度を定める授益規定の《不存在》が問題となった昭和60年判決でなぜ「又は立法不作為」の部分が無いかを気にする向きもあろうが、授益規定が無いこと（不存在）を含め、「立法の内容」と呼んでいたということになろうか。

体的にどう（「例外的」）場合に立法内容違憲が立法行為の国賠違法をももたらすのかという（実定法解釈論上の）問題に関する《結論》がそこから自動的に導出されるわけではなかろう。一旦は上記「区別」論を提示した昭和60年判決も、「例外的」にはあれ、立法内容の違憲性が甚だしいケースであれば（現実にそういうケースがありうるのかはさておき）、立法行為が国賠法上違法ともなると述べている。平成17年判決及び平成27年判決の以下引用部分は、「原則」という言葉は用いていないものの、やはり（もちろん原則に対する）「例外」となるべきケースに言及する。以下3判例の各部分を比較しよう。

【昭和60年判決】

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、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ごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」

【平成17年判決】

「…立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

【平成27年判決】

「…法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである…。」

まず明らかなのは、例外該当要件が、昭和60年判決では「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」という表現になっているのに対し、平成17年判決では、「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」と表現が変化していることである（実際にこの変化をもって、両者の間には実質的または部分的な判例変更と見る見解が多い。）。もっとも、各部分末尾に、昭和60年判決の場合は「ごとき」、平成17年判決及び平成27年判決の場合は「など」と、例示を意味する文言が挿入されているので、特に昭和60年判決の場合、国賠違法となるケースは上記に限られない、という読み方も不可能ではない⁽²⁹⁾。とすれば、特に昭和60年判決と平成17年判決の間の例外該当要件の表現変化にもかかわらず、平成17年判決が、両者「異なる趣旨をいうものではない」と述べたことにも、理由がないわけではないことになろう。

平成17年判決が選挙制度をめぐる事案であるにもかかわらず、選挙制

(29) 平成17年判決以前の昭和60年判決の支配の下、前掲平成13年熊本地判（注3）が国賠違法判断を下せたのは、まさに昭和60年判決の当該部分を例示に過ぎぬもの（それに限定する趣旨ではない）と解したためであった。

度の合憲性をめぐる他のケース（例えば投票価値の較差をめぐる最大判昭和51年4月14日・民集30巻3号223頁）のように立法裁量論に乗った形での判断ではなく、選挙権制約に「やむを得ない事由」があるかどうかという厳格な審査をしていることの理由を、前者が過少（不十分）保障問題に過ぎないのに対し、後者は全くのゼロ保障問題であった点に求めるとすると⁽³⁰⁾、昭和60年判決でも厳格審査がなされていなければおかしいのであるが、この点昭和60年判決は「憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえって、その47条は『選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。』と規定しているのであつて、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であることは、当裁判所の判例とするところである」として、上掲昭和51年判決を引用している。実はこの点（選挙権ゼロ保障事案に対する立法裁量論の適用から厳格審査の適用への変化）においてこそ、昭和60年判決と平成17年判決との間の真の意味での「実質的部分的判例変更」があるというべきなのかもしれない。

（２）平成17年判決の定式

H17年判決は、①「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」と、②「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」、以上2つの例外該当要件を語っている。このうち「長期にわたってこれを怠る」ケースの②が立法不作為を念頭に置いていることは明らかであるが、「長期」の経過を待たずに即違憲⇒国賠違法となるケースである①にも「立法不作為」が含

(30) 「過少保障」問題と「ゼロ保障」問題との対比については前掲（注1）の2007年の拙稿にて述べた。

まれている。卑見ではここでも、「立法の内容又は立法不作為」の「又は」以下の「立法不作為」とは、本当は《立法不存在》のことであると考えた上で、例えば重度身体障害者在宅投票制度を定める現行公選法49条2項とか、あるいは在外投票制度を定める公選法「第四章の二 在外選挙人名簿」や同法49条の2とかをバツサリ削除したような場合が、上記①(「長期」の経過を待たずに一発即違憲のケース)として想定されているのではないと思われる。これに対して②は、本来の意味での立法不作為のケースと考えられよう。

平成17年判決の②において「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠」であることという部分は、平成27年判決では「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること」に差し替えられている。平成17年判決では、平成10年公選法改正前の選挙権を具体化する授益的(「権利行使の機会を確保するために…必要不可欠」の)法令の不存在が問題であったのに対し、平成27年判決の場合、民法733条1項という不利益的(「権利利益を合理的な理由なく制約する」)法令の存在が問題であったという、違憲審査対象法令の原告に対する意味の違いが表れているといえようか。

これに対して、「明白」という文言は、平成17年判決の①②、平成27年判決いずれにも登場する。ところで、ここで(違憲であることが)「明白」とは、誰にとつて明白でなければならないか(国民みんなか、それとも国会議員にとってか)。ここで成否が問題となっているのが過失責任であるとする、違憲又は立法措置の必要不可欠性の「明白」性とは、行為者(国会議員)にとつての「明白」性だと考えられる。この点、平成17年判決は、「昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が…国会に提出された」ことに注目しているので、この時点で国会議員にとって法改正の必要不可欠性が「明白」となったことを確認しているといえることができ

る。この点、平成27年判決では、「平成20年当時において、本件規定のうち100日超過部分が憲法14条1項及び24条2項に違反するものとなっていたことが、国会にとって明白であったということは困難である」と明言している。ちなみに平成22年新司法試験論文式公法系第1問では、住所が無いためにホームレスが選挙権を行使できない状態を改善する立法措置を求める請願書が国会各院ではなく総務省に行ってしまったことから、当該問題が「国会にとって」明白だったといえるかどうか、採点上1つのポイントだったか。

〔付記〕昨年9月12日、早野俊明先生が逝去された。かつて向かいの研究室の住人として、ご葬儀の場におられたご家族の、数年前のお姿をお見かけすることもあっただけに、ますます痛恨極まるものがある。ここ数年は、筑波大学法科大学院の家族法の授業をご担当いただいていた関係で、授業前の講師控室に、何回か文字通りお邪魔したが、同年初夏にお電話でお話しさせていただいたのが、結局最後となってしまった。拙い本稿ではあるが、謹んで早野先生の御霊前に捧げたい。

（筑波大学法科大学院長・元本学法科大学院教授）