



Title	立法国賠における逸脱型と懈怠型
Author(s)	齊藤, 正彰
Citation	北大法学論集, 73(5), 1-21
Issue Date	2023-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/87803
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_73_5_01_Saito.pdf



立法国賠における逸脱型と懈怠型

齊 藤 正 彰

問題の所在

憲法学説は、国家賠償請求訴訟（国賠訴訟）を「立法の合憲性を審査する憲法訴訟の一類型として位置づける」¹ようになっている。「現代型訴訟としての違憲国賠訴訟」²についての学説の期待に応えるかのような、違憲判断と国賠法上の違法判断を切り離す判例の傾向も、注目されている³。このような展開は、「学説を置き去りにした判例の冒険」とも評

¹ 中村睦男＝常本照樹『憲法裁判50年』（悠々社・1997年）321頁〔中村〕。ただし、「立法的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」（戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』（有斐閣・2008年）157頁）とする見解もある。また、大石眞『憲法概論 I 総説・統治機構』（有斐閣・2021年）388-389頁参照。

² 棟居快行『憲法学再論』（信山社・2001年）463頁以下。国賠訴訟を「政策的に活用する」ことを狙って、「国賠法上の違法性判断において、違憲判断が表に表れることをコントロールさせるものとして判例理論を読む図式」も提唱される。青井未帆「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論——権限規範と行為規範の区別をふまえて」信法12号（2009年）1頁以下、同「空襲被災者の救済と立法不作為の違憲——国家賠償責任について」成城80号（2011年）210頁以下参照。

³ 立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性を切り離した、最高裁の「内容違憲・国賠違法区別論」（棟居快行「判批」判時1194号〔判評330号〕（1986年）203頁）を「いわば逆手にとって、国賠法上の違法性を認めないという結論を維持する一方で立法内容の違憲性を明示するという手法」（常本照樹「選挙権行使の可能性と立法不作為の問題」ジュリ臨増『平成15年度重要判例解説』（2004年）25頁）といわれる。この区別論を最高裁が「明確な形で実践した」のは、平成

されるが⁴、そのようにして「雪山の稜線」に記された立法国賠（立法行為・立法不作為の違憲性を理由とする国家賠償請求）における「違法性の判断基準」に関する「判文の表現ぶり」⁵を、学説は十分に説明しているであろうか⁶。

I 判 例

在宅投票制度廃止違憲訴訟の昭和60年判決（最判昭60・11・21民集39巻7号1512頁）は、〈国会議員の立法行為（立法不作為を含む）の国賠法上の違法性〉と〈法律の内容の違憲性〉の問題とは区別されるべきであり、国会議員の立法行為は本質的に政治的なものであって原則として法的規制・評価の対象にならないとして、「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

27年の再婚禁止期間違憲判決が最初とされる（大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し——契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟」法時88巻7号（2016年）67頁）。これに関して、憲法判断のあり方についての平成27年の2判決の調査官解説における言及（加本牧子・最判解民事篇平成27年度（下）696頁、697頁、畑佳秀・同書761-762頁）も注目される。なお、小山剛『「憲法上の権利」の作法〈第3版〉』（尚学社・2016年）237頁、笹田栄司ほか『ケースで考える憲法入門』（有斐閣・2006年）306頁〔井上典之〕、同『憲法判例に聞く——ロースクール・憲法講義』（日本評論社・2008年）317頁。

⁴ 棟居快行『憲法の原理と解釈』（信山社・2020年）363頁。

⁵ 加本・前掲判解（註3）689頁。本稿は、最高裁のスタンスを前提に、判例で示された立法国賠についての「違法性の判断基準」を扱う。立法不作為を国賠訴訟で争うことの是非ないし要否、職務行為基準説の理解、下級審裁判例の動向等は、基本的に扱わない。「権限規範」と「行為規範」、「立法不作為」と「立法の不存在」の区別といった議論にも立ち入らない。

⁶ ただし、最高裁は「自ら提示した枠組みを正確に適用しようとはしておらず、実際には「総合衡量」といってよい判断手法をとっている」（毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論ジュリ1号（2012年）89頁）とみられるから、「さほど表現の変化にこだわる必要もないのかもしれない」（棟居快行ほか編著『判例トレーニング憲法』（信山社・2018年）181頁〔工藤達朗〕）ともいわれる。

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」とした。

その後、最高裁では昭和60年判決を引用する例が続いたが、「下級審裁判例は必ずしも「憲法の一義的な文言」に拘泥してはいないように見える」⁷ともいわれた。とりわけ、山口地下関支判平10・4・27判時1642号24頁（関釜元従軍慰安婦訴訟判決）は、「人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合であって、……立法課題としての明確性と合理的正期間の経過とがある場合にも、立法不作為による国家賠償を認めることができる」とした。続いて、熊本地判平13・5・11判時1748号30頁（熊本ハンセン病訴訟判決）は、昭和60年判決は「もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、……他に比類のないような極めて重大な自由の制限……に関する本件とは、全く事案を異にする」とし、昭和60年判決以来の一連の最高裁判決の限定的表現は「絶対条件」ではなく「立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎない」のであって、本件「規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、……規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当」とした。

そうしたなかで、在外邦人選挙権制限違憲訴訟の平成17年判決（最大判平17・9・14民集59巻7号2087頁）は、内容違憲・国賠違法区別論を維持しながら、④「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、⑤「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、国賠法上違法になるとした⁸。

⁷ 稲葉馨「立法」ジュリ993号（1992年）65-66頁。

⁸ そのうえで平成17年判決が、昭和60年判決は「以上と異なる趣旨をいうものではない」としたことについては、「司法判断の安定性を確保するための苦心

再婚禁止期間違憲訴訟の平成27年判決（最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁）は、やはり内容違憲・国賠違法区別論を確認したうえで、「もっとも、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、例外的に、その立法不作為は国賠法上違法となるとしたうえで、昭和60年判決と平成17年判決を参照指示している。

この平成27年判決に付された千葉勝美補足意見は、「多数意見で示された一般論は、……国会議員の職務行為である立法的対応がどのような場合に国家賠償法上違法になるのかについての全体的な判断の枠組みを示したもの」と解し、平成17年判決の「判断基準」は平成27年判決によって「整理し直された」ので、「今後は、この点の判断基準は、本件の多数意見の示すところによることとなろう」とした。

ところが、在外邦人国民審査権制限違憲訴訟の令和4年判決（最大判令4・5・25民集76巻4号711頁）では、昭和60年判決、平成17年判決、平成27年判決が参照指示されており、平成27年判決に取り込まれて「整理し直された」はずの平成17年判決が再び引用されている。

Ⅱ 学 説

憲法学説は、すでに生存権の法的性格に関する具体的権利説をめぐる議論において、立法不作為という論点に接していた⁹。そのことが、「立法行為」にも国賠法1条が適用されるかを検討する行政法学説と異なり、立法国賠においても憲法学説の視界に「立法不作為」が占位することに

の対応」（千葉勝美『違憲審査——その焦点の定め方』（有斐閣・2017年）117頁）ともいわれるが、学説上は、実質的な判例変更との指摘も強く、なお議論がある。渡辺賢「公務員の給与決定と立法国賠」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論——思想・制度・運用』（信山社・2015年）906頁註7参照。

⁹ 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟（1）』（有斐閣・1987年）355頁、毛利透ほか『憲法Ⅰ総論・統治（第3版）』（有斐閣・2022年）334頁〔松本哲治〕参照。

繋がったのかもしれない。いずれにしても、「具体的権利説の下で主張された立法不作為の違憲確認の可能性について、憲法学の通説の与えた回答は否定的であった」¹⁰。ところが、札幌地小樽支判昭49・12・9判時762号8頁が在宅投票制度の廃止をめぐって「違憲国賠訴訟が日本の現代型訴訟ないし制度改革訴訟において大きな役割を果たすことができることを示したことから、大きな注目を集めた」¹¹のである。

立法国賠は、「①訴えの利益等の訴訟上の難点なくして法律の違憲審査を求めることができ、②立法の改廃を直接求めるものではないために立法府との摩擦が少なく、さらに、③他の訴訟によっては必ずしも救済を得られない国民に対して権利保護の途を確保する訴訟形態」¹²として評価されることとなった。そして、国賠法上違法と認められるには、たとえば、「①憲法規範上一定内容の立法をしない義務ないし立法義務が明確であって、②憲法に違反する立法行為ないし違憲状態を放置する立法不作為が国民の具体的権利に直接影響を及ぼす処分的性格をもち、③そのような立法行為ないし立法不作為と損害との間に具体的・実質的な関連性が認められることが必要であり、④立法不作為の場合には、さらに、……一定の「合理的期間」の経過という要素が必要となる」¹³と論じられた。

最高裁の昭和60年判決に対しては、「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほど厳しい制約を課した」¹⁴といった批判も強かったが、

¹⁰ 山元一「戦後補償と立法不作為」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法(1)国際人権法と憲法』(信山社・2006年)337頁。

¹¹ 辻村みよ子編著『ニューアングル憲法——憲法判例×事例研究』(法律文化社・2012年)335頁[山元一]。

¹² 戸波・前掲論文(註9)383頁。

¹³ 佐藤幸治『憲法<第3版>』(青林書院・1995年)350頁。芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法<第7版>』(岩波書店・2019年)398頁も参照。

¹⁴ 芦部〔高橋補訂〕・前掲書(註13)398頁。「「憲法の一義的な文言云々」ということにこだわって、国家賠償請求訴訟が憲法訴訟の一つの場として展開して行く上で本判決が桎梏とならないよう望みたい」(樋口陽一ほか『注解法律学全集(4)憲法Ⅳ』(青林書院・2004年)119頁[佐藤幸治]、同・前掲書(註13)350頁、同『日本国憲法論<第2版>』(成文堂・2020年)690頁)。「裁判所に立法の違憲

昭和60年判決は「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」場合を「例外的場合の典型的な例としてあげているとも解せないわけでもなく、……ある立法行為が憲法上保障された権利の内容に明らかに反した場合には、この例外的場合に当たるとは否定されていない」との理解¹⁵も提唱された。そして、最高裁も、平成17年判決、平成27年判決を経て、「国賠違法を認める要件を緩和する方向で再定式化している」¹⁶とされる。

そのような流れのなかで、最高裁は、「立法行為は原則として国賠法上違法とならず、例外的にのみ違法となるという大枠を一貫して採用し、その例外に当たる場合のバリエーション（例示）を事案に応じて都度、定式化してきた」¹⁷ともいわれる。問題は、いくつかの「例外的場合」の定式化の異同ないし関係の理解である。

性を確認させることによって制度改革を促す憲法訴訟としての性格」を有する国賠訴訟を「法治国原理担保手段の一環としても位置づける」立場からの批判的検討として、宇賀克也「立法と国家賠償」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣・1993年）67頁以下。また、立法国賠が「訴訟本来の制度趣旨からははずれている」（畑尻剛「国家賠償請求訴訟における立法行為の憲法適合性審査——判例の類型化とその帰結」中央ロー4巻4号（2008年）4頁、同「立法不作為とその救済方法」法時83巻5号（2011年）64頁）としても、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請」があるとした最高裁自身の言葉（最大判昭51・4・14民集30巻3号223頁）を裏切っているとの批判もなされる（野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣・1995年）120頁、山元・前掲論文（註10）345頁）。対照的に、平成17年判決について、佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ基本的人権・統治機構』（悠々社・2010年）301頁〔土井〕。¹⁵ 中村睦男「在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決」ジュリ855号（1986年）88頁〔同「人権の法理と統治過程」（信山社・2021年）468頁所収〕。

¹⁶ 曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法教476号（2020年）56頁。

¹⁷ 戸部真澄「国が在外国民に国民審査権の行使をさせないことが違法であるとされた事例」新・判例解説 Watch 行政法 No.231（2022年）4頁。他方、この3判決の定式化を「同一性格のもの（国賠違法判断基準）」と見るのは疑問（稲葉馨「立法行為国家賠償判例の再検討」法学80巻6号（2017年）19頁）とする指摘もある。

平成17年判決が前示のように㉠と㉡の2つの場合¹⁸を分類して定式化した意味については、㉠直接侵害型と㉡間接侵害型¹⁹、㉠防御権と㉡制度を前提とする権利²⁰、㉠立法内容と㉡立法行為²¹といった説明もなされた。その後、平成27年判決の千葉補足意見を手がかりに、絶対的立法不作為と相対的立法不作為の区分²²と結びつけた説明が示された。

すなわち、千葉補足意見は、平成17年判決の㉠は、「昭和60年判決の事案と同様の違憲の立法を行った国会議員の立法行為又は立法不作為の違法性が問題になったケース」について、「昭和60年判決と同様に、当然に違法となる極端な場合を示したもの」とする。そして、平成27年判決の事案は、平成17年判決の㉠と「同様のケース」であるとする。それに対して、平成17年判決の㉡は、同判決の事案で問題になった「国会議員が憲法上の権利行使の機会を確保する立法措置をとること」を怠る場

¹⁸ 学説では㉠を「前段」、㉡を「後段」と称することがある。ただ、「前段」は、㉦前の段落、㉧複数の文から構成される条文における第1文、㉨1つの文の中の前半部分、といった異なる意味で用いられることもあり、ここでは㉠と㉡で表示する。

¹⁹ 木村草太「判批」法協124巻6号（2007年）244頁。

²⁰ 青井・前掲「立法行為」（註2）19頁。同様に、㉠自由制約立法と㉡制度構築立法（LS憲法研究会編『プロセス演習憲法（第4版）』（信山社・2011年）642頁〔笹田栄司〕）、㉠自由権制限と㉡制度的権利（駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法（第2版）』（弘文堂・2013年）367-368頁）等。

²¹ 岩切大地「立法者に対する国賠法を通じた司法審査——裁判所と立法者との関係」立正45巻1号（2011年）44-46頁、52-53頁。

²² 戸波・前掲論文（註9）362頁によれば、この区分は、「憲法上の立法義務、および相当の期間の猶予、という二つの要件」について具体的に検討するにあたって有益とされ、「絶対的立法の不作為」とは、「いわば本来の意味における立法の不作為であり、明示的な立法義務に違反して、立法府が立法を怠るというものであって、そこでは、立法がなされないこと自体が直接問題となる」のに対して、「相対的立法の不作為」とは、「いわば派生的ないし付随的な立法の不作為であり、ある立法がなされた後に、当該立法の内容・手続・範囲等に不備・不公正があり、そこに立法の不作為が見出される場合」とされる。ただし、「相対的立法不作為は、作為と不作為の両方の性質をあわせもっている」（木下昌彦編集代表『精読憲法判例——人権編』（弘文堂・2018年）574頁〔西貝小名都〕）とされる。

合に、それが「例外的に違法となるという判断基準を説示したもの」とする²³。平成17年判決の判示では、「国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る」という「時間的要素」が、⑥のみに係するのか、それとも④と⑥の両方に係するのか「明らかでなく、したがって、相対的立法不作為がどちらに属するのかは必ずしも明らかでなかった」が、平成27年判決の千葉補足意見を手がかりに、平成17年判決の④は立法作為ないし相対的立法不作為の場合、⑥は絶対的立法不作為の場合に対応すると説明される²⁴。

しかし、平成17年判決は、④の「場合」に対比して、⑥で「国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」としており、「時間的要素」が、④に含まれるとされる相対的立法不作為には係らないようにみえる。これに対しては、平成17年判決の④は、期間経過の要件を考慮することを排除するものではなく、場合によっては時間的要素が除外される趣旨であると説明される²⁵。それでも、平成27年判決が平成17年判決④・⑥を包括する「全体的な判断の枠組み」を示したと解することに対しては、「長期にわたる立法措置の懈怠」が条件に組み込まれている平成27年判決では、「期間条件」を組み込んでいない平成17年判決④の「不作為タイプ」を包括することができず、かえって④と⑥の「選択的適用」の場合と比べて「国賠違法の認められる余地が狭くなる」との疑問が示される²⁶。

いずれにしても、令和4年判決は、平成27年判決によって上書きされたはずの平成17年判決の⑥を復活させており、今後は平成27年判決の「判断基準」が用いられるという千葉補足意見の期待は、裏切られたようにみえる。

憲法上の権利侵害が生ずる場合を類型化し、平成17年判決の④は「侵

²³ 千葉補足意見によれば、平成27年判決の事案は平成17年判決④のような「憲法上の権利侵害が一義的な文言に違反しているような極端な場合ではないので、多数意見は、今回、改めて、これらの従前の当審の判示をも包摂するものとして、一般論的な判断基準を整理して示した」とされる。

²⁴ 木下編集代表・前掲書（註22）569頁〔西貝〕。

²⁵ 同書574頁〔西貝〕。

²⁶ 稲葉・前掲論文（註17）22頁。

害立法」、平成17年判決の⑧は「積極的権利立法不作為」、平成27年判決は「消極的権利立法不作為」に該当すると説明する見解もある²⁷。この見解によれば、令和4年判決はその事案に「より適合的な」平成17年判決の⑧を引用しており、これによって平成17年判決と平成27年判決の「それぞれの意味合いは、より明瞭になった」とされる²⁸。しかし、そうであるとすれば、「積極的権利の行使を実現する立法の不作為」が問題である令和4年判決が、平成17年判決⑧だけでなく、平成27年判決をも引用していることが問題となろう。

Ⅲ 検 討

1 立法行為と立法不作為の区別

判例における「立法行為(立法不作為を含む。)」という書きぶりをみて、従来、学説は、最高裁は「立法行為と立法不作為を区別せず」²⁹に扱っていると論じることが多かった³⁰。しかし、平成17年判決をめぐって、「明

²⁷ 戸部真澄「再婚禁止期間の改廃に係る立法不作為が国家賠償法上違法でない」とされた事例」新・判例解説 Watch19号(2016年)35-36頁。

²⁸ 戸部・前掲論文(註17)4頁。

²⁹ 渡辺康行ほか『憲法Ⅱ総論・統治』(日本評論社・2020年)352頁[渡辺]、土井真一「立法行為と国家賠償——2つの最高裁判例を読む」法教388号(2013年)93頁註11も参照。

³⁰ 「立法の不作為という概念を立法行為の概念から分離せず」(戸松・前掲書(註1)154頁)、「作為と不作為の区別を強調しない論法をとっている」(井口秀作「違憲国賠訴訟における判断構成」大東ロー13号(2017年)35頁)といわれる。なお、岡田順太「立法不作為と国賠違法」横大道聡編著『憲法判例の射程〈第2版〉』(弘文堂・2020年)295-296頁参照。もちろん、「立法の不作為については、立法行為の場合以上に違憲審査の限界にかかわる微妙な問題が生じる」ことが指摘され(野中・前掲書(註14)56頁)、また、「立法の違憲性の問題と立法不作為の違憲性の問題は、立法義務のある場合とない場合という違いがあるから、同一に論ずることはできない。それを取えて同一視することにより、混乱を生みだしている」(高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店・2017年)380-381頁註132)との批判もなされている。学説においては、「法律の規定を廃止する立

白な権利侵害で国家賠償法上違法となる類型」(第1類型)と「憲法上の権利保障のために明白に必要な措置を長期間怠るという類型」(第2類型)の区別が提唱される³¹。また、平成17年判決の㉔は、「憲法上の権利侵害の重大明白性を例外要件とする発想」であって、「熊本ハンセン病訴訟第一審判決を連想させ」、平成17年判決の㉕は、「権利救済の立法義務が認定でき、しかも合理的期間が徒過したと判断されることを例外要件とする」ものであって、「関釜元慰安婦訴訟第一審判決と類似の考え方とみることができる」との整理がある³²。

これに関連して、平成27年判決の調査官解説³³は、「限定的な表現を用いた昭和60年判決の判示の「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……」との部分は、その後続く「国会があえて当該立法を行う」という表現からうかがわれるように、立法不作為ではなく、主に立法行為を念頭に置いて違法の度合いが極端な場合を例示したもの」とみている³⁴。そして、「立法不作為とは異なり、立法行為が

法府の行為」と「立法府が法律の制定ないし改廃を行わないという立法の不作為」(佐藤幸治＝中村睦男＝野中俊彦『ファンダメンタル憲法』(有斐閣・1994年)285頁[中村])の区別も意識される。ただし、藤井俊夫「違憲審査の対象」樋口陽一編著『講座・憲法学(6)権力の分立(2)』(日本評論社・1995年)は、「存在していた在宅投票制度を廃止する立法の合憲性の問題と、一度廃止した在宅投票制度を復活させずに放置するという立法不作為の合憲性の問題とは、問題が明らかに異なる」(125頁)として、前者の問題については「一定の作為(廃止立法)によって国民の権利を奪ったり、あるいは、制限したりすることが違憲ではないかということだけが問題とされればよい」(126頁)とするが、そのためには、判例の内容違憲・国賠違法区別論とは異なる違憲即違法論、あるいは厳格な制度後退禁止が前提となるのではなからうか。

³¹ 毛利・前掲論文(註6)88頁。

³² 赤坂正浩『世紀転換期の憲法論』(信山社・2015年)253-254頁。ちなみに、ハンセン病訴訟の事案を立法不作為と構成することの意味に関して、小山剛「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」ジュリ1210号(2001年)154-155頁、土井真一「ハンセン病患者の強制隔離政策と国の責任」ジュリ臨増『平成13年度重要判例解説』(2002年)26頁参照。

³³ 加本・前掲判解(註3)689-690頁、694頁。

³⁴ なお、昭和60年判決の例示は「作為型のもの」(稲葉・前掲論文(註7)66頁)

違法になる場合は、あえて、違憲と分かっている立法を積極的に行うような場合がその典型例として想定されることから、通常は考えにくいような極端な例示となった」としている³⁵。調査官解説は、平成17年判決の④について、「違憲の法律を制定する立法行為やこれと同視し得る立法不作為により本来自由に行使し得る憲法上の権利が侵害され、期間の経過を要せずに直ちに違法となる極端な場合を想定した説示」と説明するのである。

そこでいう「違憲の法律を制定する立法行為……と同視し得る立法不作為」が問題である。先の憲法学説は、判例が第2類型に該当するはずの立法不作為を第1類型で扱っているとみて、「第1類型は、問題となる国会議員の立法活動を作為、すなわち積極的立法と見る場合の判断基準であって、不作為と見る場合には第2類型で考えると分類する方がすっきりする」と批判していた³⁶。

2 法律の廃止に牽連する不作為

ここで、在宅投票制度廃止違憲訴訟において、何が問題とされたのかを確認しておくことが有用であろう。原告Xは、昭和6年に事故で歩行

との指摘は、早くから存在していた。また、昭和60年判決では「立法不作為の場合は明示的には語られていない」として、立法不作為が含まれると解した場合の不都合も指摘されていた（内野正幸「立法行為・司法行為と国家賠償責任」西村宏一ほか編『国家補償法大系(2)国家賠償法の課題』（日本評論社・1987年）12-13頁註26参照）。

³⁵ 通常は、「国会議員がいかなる立法行為をなし得るか、という選択権は立法内容の違憲性とは別に広く認められており……、立法ミス（内容違憲の立法）が生じても通常は政治責任の問題にとどまる」が、「内容違憲に関する「故意重過失」の立法ミスに際しては、国賠法上の法的責任を問いうる」として、「立法行為について、国賠法上の責任要件を違憲性の認識においては故意重過失に限定」したものとされる（棟居・前掲論文（註3）205頁）。また、「故意」よりも強い「悪意」を意味する」（渋谷秀樹『憲法〈第3版〉』（有斐閣・2017年）493頁）ともいわれる。

³⁶ 毛利・前掲論文（註6）89頁、山崎友也「在外邦人選挙権訴訟再考——その意義と射程」論ジュリ29号（2019年）19頁。

困難となり、昭和27年に在宅投票制度が廃止された後は車椅子で投票所に行って投票したが、その後、車椅子に乗ることも困難になったので担架等で投票所に行き、ついに昭和43年から47年までの8回の選挙では投票できなかった。第1審判決は、公選法改正による在宅投票制度の廃止という「立法行為」を加害行為と捉えた³⁷。それに対して、控訴審判決は、在宅投票制度の廃止当時にはXは車椅子で投票所に行けたのであるから、Xが投票所で投票できなくなった後に在宅投票制度を設けなかった「立法不作为」のみを加害行為と捉えた。ところが、最高裁判決は、「公職選挙法の一部を改正する法律により在宅投票制度を廃止し、その後在宅投票制度を設けるための立法を行わなかった」という「この廃止行為及び不作为を「本件立法行為」と総称する」としたのである³⁸。

つまり、昭和60年判決は、在宅投票制度を廃止したままにしたことを問題としているのであり、そこでいわれる「立法不作为」は、単に「立法府が法律の制定ないし改廃を行わないという立法の不作为」というよりも、「法律の規定を廃止する立法府の行為」と連続して一体と捉えられるようなものである³⁹。換言すれば、昭和60年判決は、立法不作为一

³⁷ なお、「第一審判決の下される少し前の時点で、重度身体障害者の一部を対象とした在宅投票制度が復活させられ、……原告はその対象者のなかに入った」（野中・前掲書（註14）109頁）。

³⁸ 昭和60年判決の調査官解説（泉徳治・最判解民事篇昭和60年度376頁）は、在宅投票制度の廃止行為およびそれを復活させなかった立法不作为と、選挙権を行使できなかったXの損害との間には「因果関係が存することが明らかであり、両者が一体となって本件における加害行為を形成する」と説明している。なお、野中・前掲書（註14）58頁以下。

³⁹ 学説上、一般に、立法不作为として論じられる状況の場合分けについて、佐藤・前掲書（註14）689頁、戸松・前掲書（註1）151-153頁、駒村・前掲論文（註20）360頁、初宿正典＝大石真編『憲法 Cases and Materials 憲法訴訟』（有斐閣・2007年）346-347頁等参照。「「立法不作为の違憲審査」という論点の名称は、慣例上のネーミングにすぎず、その射程を適切に示しているわけではない」（曾我部・前掲論文（註16）56頁）。「憲法学における「無」の問題の射程をもう少し厳密に検討することが必要であろう」（井上典之「立法不作为と違憲審査」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』（有斐閣・2005年）292頁）とされる。裁判所がこれまでに扱ってきた主要な訴訟における処理テクニックを訴訟形式別に

般を扱っているのではなく、既存法律の廃止という積極的な立法行為と、それに牽連する消極的な立法行為を合わせて論じていたと解されるのである。

これについては、立法国賠における「立法不作为」には、在宅投票制度廃止違憲訴訟のように「制定した法律をのちに改廃したことで違憲状態が生じた事態」と、在外邦人選挙権制限違憲訴訟のように「立法者がそもそも憲法上求められているはずの法律を制定していない事態」とがあり、いずれも「法律規定の不存在の違憲」というべき状況であることは共通しているが、前者は違憲状態が立法者の「作為（立法行為）」によって生じ、後者は「不作为（立法不作为）」によって生じていると説明される⁴⁰。

3 昭和60年判決の射程

ここで、有力な行政法学説が、平成17年判決によって「昭和60年最判の「容易に想定し難いような例外的な場合」という違法性の判断基準は、原則として憲法上立法を拘束しないと解釈される権利に関わるような事案に、適用される射程を限定された」⁴¹としていることが注目される。

昭和60年判決は、「立法行為の規範たるべき憲法についてさえ、その解釈につき国民の間には多様な見解があり得る」とし、そのように見解が分かれる場合には、「国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなう」とするものと解される。そして、上告人が「在宅投

整理するものとして、中谷実「立法の不作为」ジュリ1037号(1994年)228頁以下。

⁴⁰ 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社・2011年）246頁参照。ハンセン病訴訟のような「立法者が廃止すべき法律を廃止しなかったために、適用機関による人権侵害が重篤化したようなまれなケースでは、立法者が法律を改廃しない不作为の違憲という構成も不可能ではない」とされ、これが第3の類型とされているが（同頁）、後述するように、平成27年判決は、これを立法者の不作为によって違憲状態が生じている場合の下位分類として扱っていると解される。「違憲法律を改廃しない立法の不作为」については、戸波・前掲論文（註9）367-368頁参照。

⁴¹ 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣・2012年）533頁。

票制度の設置は憲法の命ずるところであるとの前提」に立つのに対して、「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」、かえって憲法47条が「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」としているのである。

こうした昭和60年判決の思考は、「当該事案では、国会は憲法に原則として拘束されず、例外的に、憲法に特別な規定があるにもかかわらず国会がそれに違反するような場合にしか、法律制定行為の違法性が問題にならない」と解するものであり、「国家賠償請求において違法性が主張されている法律が、憲法上原則として立法を拘束しないと解釈される権利に関わる場合の状況を、叙述したもの」であると説明される⁴²。そのような思考から、「最高裁は在宅投票制度の廃止または復活については憲法判断を加える必要はないと考えた」⁴³のであろう。

⁴² 同書500頁。このように解するならば、昭和60年判決は「国会議員の立法活動（の少なくとも大部分）を国家賠償法上の法的評価から完全に免除する強い志向を示す叙述」（毛利・前掲論文（註6）86頁）ではなく、「立法過程を法的介入から保護し、これを「聖域」化するという観点」（中林暁生＝山本龍彦『憲法判例のコンテクスト』（日本評論社・2019年）93頁〔山本〕）に立つものでもなくて、また、「政治的なもの」が性質上法的規制になじまないことに、論理の飛躍がある」（長尾一紘「立法の不作为に対する違憲訴訟」別ジュリ『憲法判例百選Ⅱ〈第4版〉』（2000年）427頁）との批判が直ちに当てはまるものでもないと考えられる。「立法の政治的性格は、広範な立法裁量の承認を要請する」が、「そのことは、立法がおよそ法的責任とあいられないことを意味するものではない。立法裁量といえども無制約のものではなく、憲法により限界づけられており、その逸脱は違憲となるのである」（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣・1997年）106頁）。原田尚彦「立法の不作为と国家賠償責任」ジュリ臨増『昭和62年度重要判例解説』（1988年）37-38頁も参照。換言すれば、「在宅投票制については、存在・不存在ともに合憲」という意味で「許容説」をもって妥当とすべき」とされるのであって、具体的な立法がたとえば「普通選挙原則と秘密選挙原則の要請」に適合しないのであれば、立法裁量を逸脱したと判断されることになると解される（長尾一紘「判批」民商95巻2号（1986年）114頁参照）。

⁴³ LS 憲法研究会編・前掲書（註20）641頁〔笹田〕。なお、これに関して、「問題の重要性から見て大法廷で取扱うべきであった」（尾吹善人『日本憲法——学説と判例』（木鐸社・1990年）357頁）が、「にもかかわらず第1小法廷限りで判

4 許容範囲の逸脱と義務の懈怠

そうであるとする、立法国賠には、憲法の許容範囲（国会の立法裁量の限界）を逸脱する立法行為が問題となる類型と、憲法が求める法律の整備を懈怠していることが問題となる類型との区別が存すると解される。これは、前出の、第1類型＝立法者の作為（立法行為）によって違憲状態が生じる場合、第2類型＝立法者の不作為（立法不作為）によって違憲状態が生じている場合の区別に結びつく。ただし、逸脱が問題となる類型は、既存の法律規定を廃止する立法行為の後に、その規定を復活させないという立法不作為、すなわち法律の廃止に牽連する立法不作為（判例の表現では「違憲の法律を制定する立法行為……と同視し得る立法不作為」）を含んでおり、「立法不作為」の語を用いることによる混淆を避ける必要がある。そこで、以下では、逸脱型と懈怠型と称することとしたい。

逸脱型には、(a)憲法上の人権の保障が及んでいないと考えられる（少なくとも最高裁はそのように解している）領域における立法行為が対象となる場面であり、したがって、広汎な立法裁量に委ねられる領域における立法行為が問題となるものと、(b)憲法上の人権を直ちに侵害すると考えられるものがある。昭和60年判決は逸脱型(a)であり、立法行為は憲法上の人権に拘束されていないが、それでも法律の内容が「憲法の一義的な文言に違反している」ような場合には違法となるのである。他方、平成17年判決の㊤は逸脱型(b)であり、「憲法上保障されている権利を違法に侵害する」場合である⁴⁴。逸脱型(b)の平成17年判決㊤との対比によっ

断したのは、おそらく選挙権の保障範囲に属する問題ではないと解したからであろう」（高橋・前掲書（註30）381頁註133）との指摘が注目される。

⁴⁴ 平成17年判決の調査官解説が示す、「昭和60年判決を維持しつつも、その射程を実質的に限定」したという理解（杉原則彦・最判解民事篇平成17年度657頁）は、昭和60年判決がそれと「類似の事案に関しては、なお生きていると解釈していることを意味する」（赤坂・前掲書（註32）259頁註28）。そして、昭和60年判決と平成17年判決㊤の文言の相違や、平成17年判決には立法行為の政治性を強調する昭和60年判決のような説示がみられないことは、逸脱型(a)と逸脱型(b)の種類の違いにあると解される。これとは異なり、平成27年判決の千葉補足意

て、逸脱型(a)である昭和60年判決の「違法性の判断基準は、原則として憲法上立法を拘束しないと解釈される権利に関わるような事案に、適用される」⁴⁵と解されるのである。

懈怠型では、憲法上の人権に関する国会の立法義務が前提となる。判例上は、憲法が求める法律の整備を懈怠している場面として、(c)必要とされる法律を制定していないとき（平成17年判決㊸）と、(d)問題のある法律を改廃していないとき（平成27年判決）の区別がみられる。当然ながら、いずれも懈怠型であるので、長期にわたって立法措置を怠ることが要件に含まれている⁴⁶。

逆に、逸脱型は、立法行為がなされた（法律が制定された）時点で直ちに違法なのであり、時間の経過を問題とする必要はない。反面、「精神的損害に対する国賠請求という主観訴訟の衣をかぶって抽象的審査を求めるもの」⁴⁷への懸念がとりわけ問題となろう。ただし、学説が「その性質上、政治過程の中で対処されて行くべきもので、原則として裁判過

見は、平成17年判決㊸「の判示の内容は、昭和60年判決とは表現が異なる点はあるが、それと異なる判断内容を示したのではなく、単に従前の判断を踏襲する趣旨で表現を簡潔にして述べたもの」としていた。

⁴⁵ 山本・前掲書（註41）533頁。同500-501頁も同旨。

⁴⁶ ただし、「立法の不備」については、「制定された違憲立法の中に違憲部分が認められるのであるから、当該立法の不作為自体を違憲立法とみなして、直ちに違憲と判断することができる」のであり、「相当の期間の配慮は基本的に不必要」（戸波・前掲論文（註9）369頁）との指摘もある。

⁴⁷ 棟居・前掲書（註4）353頁、すでに、同・前掲論文（註35）206頁。「立法行為ないし立法不作為を理由とする国家賠償請求訴訟をあまりに容易に認めることは「抽象的違憲審査権」を認めるに等しい結果にもなる」ので、「一定の限界が存しよう」（樋口ほか・前掲書（註14）115頁〔佐藤〕。戸波・前掲論文（註9）378頁、ただし同399頁も参照）とされてきた。渡辺・前掲論文（註8）912頁も参照。しかし、最高裁が「国賠訴訟において憲法判断に踏み込んだり違憲判断を下したりするように」なった今日、国賠訴訟は、「法令違憲を争う際の主軸になる可能性もあり」、「憲法訴訟法がない日本において大きな役割を果たす」と期待され、「具体的事件から離れて判断するわけではないので、ただちに司法権の問題を惹起することにはならない」とされる（大林・前掲論文（註3）67-69頁）。

程になじむものではない」としていたのは逸脱型(a)の場合であり、逸脱型(b)と懈怠型(c)・(d)については、「個人の重要な基本的人権が立法の不作為ないし不備によって実際に侵害されていることが明確な場合には、……司法審査の対象となりうる」との評価が当てはまるであろう⁴⁸。

逸脱型	(a)	昭和60年判決	憲法上の人権保障が及ばない領域での立法行為
	(b)	平成17年判決①	憲法上の人権保障が及ぶ領域での立法行為
懈怠型	(c)	平成17年判決②	憲法上必要となる法律の制定の不作為
	(d)	平成27年判決	憲法上問題のある法律の改廃の不作為

5 判例の再分類

このような逸脱型(a)・(b)および懈怠型(c)・(d)という分類の観点から、従来の最高裁判例は以下のように整理できるかもしれない。

逸脱型(a)の昭和60年判決の後、戦傷病者戦没者遺族等援護法が一般民間人被災者を対象から除外していることが問題となった最判昭62・6・26判時1262号100頁は、上告人らの「主張にそう立法をしなかった国会ないし国会議員の立法不作為」が昭和60年判決のいう「例外的場合」に当たると解すべき余地はないとしている。これは、対象を旧軍人軍属等に限定した援護法を制定した立法行為について、「戦争犠牲ないし戦争損害に対しては単に政策的見地からの配慮が考えられるにすぎないもの、すなわち、その補償のために適宜の立法措置を講ずるか否かの判断は国会の裁量の権限に委ねられるもの」であって、憲法上の人権保障が及ばない領域における立法行為についての逸脱型(a)の事案とみて、昭和60年判決を引用したものとも解される⁴⁹。

⁴⁸ 佐藤・前掲書（註13）347頁参照。

⁴⁹ 「問題の状況と争い方いかんによっては、立法行為か立法不作為かの区別の意味が二義的になる場合がありえよう」（佐藤・前掲書（註14）689頁）。なお、最判平13・4・13訟月49巻5号143頁について、援護法が「憲法14条1項に違反しないという合憲性判断を理由として、同項を改正しない立法不作為を理由とする国家賠償請求は認められないと判示しており、在宅投票最判は引用されていない」（宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果——最大判平成27年12月16日を契機に」法支183号（2016年）87頁）と捉えるならば、この昭和62

西陣ネクタイ訴訟の最判平2・2・6訟月36卷12号2242頁は、「改正後の繭糸価格安定法……各法条の立法行為」⁵⁰を問題とするものである。そして、当該各規定が「営業の自由に対し制限を加えるものではある」としつつ、広汎な立法裁量を認める小売市場判決の「趣旨に照らしてみれば」、逸脱型(a)に準ずると解して、昭和60年判決を引用した「原審の判断は、正当として是認することができる」としたものかもしれない。

再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法733条が憲法14条1項の「一義的な文言に違反する」との主張に対する最判平7・12・5判時1563号81頁は、「改廃」の不作為を問題としているようにもみえる。しかし、民法733条の「元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される以上」は国会が民法733条を改廃しないことが直ちに昭和60年判決のいう「例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らか」としたことにもみられるように、この時点では、「時の経過」によって合理性を失った規定の改廃というよりも、民法733条の制定時を指目するものと解される。そうであるとなると、当時の最高裁は、この問題に憲法の人権保障は及ばないとの見地から、逸脱型(a)として扱ったものと考えられることでもできよう⁵¹。

懈怠型(c)の事案であった平成17年判決の後、最判平18・7・13判時1946号41頁は、精神的原因による投票困難者に対して憲法が保障する選挙権行使の機会を確保するための立法措置を執らなかったことについて、平成17年判決と同じく懈怠型(c)の事案と捉えている。「昭和60年最判は、平成18年最判と同様に、選挙権（行使）の法的制限ではなく、身

年判決とは違って、逸脱型(a)の事案と扱っていない可能性が問題となろう。

⁵⁰ 稲葉・前掲論文（註7）64頁。

⁵¹ これらの平成17年判決の「以前に在宅投票最判を引用した最高裁判決も、最高裁の憲法解釈を前提にすれば比較的容易に立法（不作為）を合憲と判断できる事案に係るものであった」（山本・前掲書（註41）500頁）。したがって、昭和60年判決は、「違憲国賠訴訟において憲法判断を不要とする構造をもっている」（井口・前掲論文（註30）29頁）というよりも、憲法判断を要する問題と解していなかったのであろう。

体的疾患により事実上選挙権（行使）が制約されている事案」⁵²であり、平成18年判決は「在宅投票制度創設に関する事件であったが、在宅投票最判ではなく、在外投票最大判のみを引用して」⁵³いる。つまり、昭和60年判決の時点では立法行為（法律の廃止と牽連する不作為）を逸脱型(a)の問題として扱っていた領域において、平成18年判決が立法不作為を懈怠型(c)と解したとすれば、「ここでは選挙権の保障がその実質的保障まで含むものであるとしたのであり、注目される」⁵⁴ことになろう。

同様に、女性について6か月の再婚禁止期間を定める民法733条の規定を問題としながら、平成7年判決は逸脱型(a)として扱い、平成27年判決は懈怠型(d)としていることが注目される。逸脱型(a)は、憲法上の人権の保障が及んでいないと解される領域が対象となるものであり、それに対して、懈怠型(d)は、憲法上の人権の保障が及んでいると解され、国会の立法義務が問題となる領域を扱うものである。これは、最高裁のスタンスの変化を示しているとも解される。

そして、令和4年判決が、懈怠型(d)の平成27年判決と、懈怠型(c)の平成17年判決⑨を合わせて引用している趣旨が問題となる。平成17年判決の時点では、まず、逸脱型(a)・(b)と区別して、懈怠型が定式化された。ところが、その後、「制定」の不作為とは区別される「改廃」の不作為が問題となった平成27年判決によって、懈怠型にも(c)・(d)の区別が生じた。そうすると、在外邦人国民審査権制限違憲訴訟は、「現行法上、在外国民について審査権の行使を認める規定を欠いている状態にある」ことが問題であるが、これを「在外審査制度を創設する立法措置」の懈怠とみれば「制定」の不作為としての懈怠型(c)となる。ところが、すでに最高裁判所裁判官国民審査法は存在しており、ただ「国民審査法は、在外国民による審査権の行使の方法等についての規定を全く設けていない」という現行法の不備・不十分の問題とみれば、「改正」の不作為としての懈怠型(d)ともいえそうである。

平成27年判決の調査官解説は、平成27年判決について、「立法不作為

⁵² 山崎・前掲論文（註36）19頁

⁵³ 宇賀・前掲論文（註49）89頁。

⁵⁴ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第5版〉』（有斐閣・2020年）327頁。

が国家賠償法上違法となる場合の具体的な判断基準として、①立法の内容の違憲性の明白性と、②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ったことという要素を挙げており、平成17年判決とも、基本的な考え方を異にするものではない⁵⁵と説明している。つまり、平成27年判決が、このような基本的理解を前提として、「立法不作为が例外的に違法となる場合の判断基準を……判示したもの」であり、違憲であることが明白な法律の規定の「改廃等の立法措置を怠る場合」を問題としているのは、「事案に即した……類型を例示として切り出し」たものであるとすれば⁵⁶、懈怠型における(c)と(d)の区別にこだわる必要は小さいのかもしれない。

通常は、「違憲の法律によって損害が生じている場合に、違憲の法律を制定した国会の行為を問題とするには及ばず、制定された法律の違憲性を争えば足りるので、実際には、立法行為自身を国家賠償の対象とする必要性は乏しい⁵⁷とされるのであって、とりわけ逸脱型(a)は「容易に想定し難いような例外的な場合」のものであり、逸脱型(b)に該当する事案も実際の最高裁判例ではみられないようである⁵⁸。また、「ある領域に法律が全く整備されていないということは現在では考えられず、法律の改廃に関わって立法不作为は議論されることが通常⁵⁹とされる。そう

⁵⁵ 加本・前掲判解(註3)693頁。

⁵⁶ 同694頁。

⁵⁷ 戸波・前掲論文(註9)382頁。

⁵⁸ ただし、西陣ネクタイ訴訟判決は、「立法内容の違憲性の判断要素に言及しながらも、実際には立法行為の違法性の判断しか行わないハイブリッド型」(大林啓吾「憲法訴訟における違憲・合法——国賠訴訟における立法内容の合憲性と立法行為の合法性の区分」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳——奥平憲法学の継承と展開』(日本評論社・2017年)432頁。畑尻・前掲論文(註14)16頁も参照)とされ、「適切な代替措置もなく、正常に営まれてきた活動を破滅に陥れるようなことは違憲とする説も有力」(大石眞「生糸の輸入制限と経済活動の自由」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ〈第5版〉』(2007年)209頁)と評されるものであり、逸脱型(b)に分類することも可能な事案であったかもしれない。

⁵⁹ LS 憲法研究会編・前掲書(註20)638頁[笹田]。戸波江二『憲法〈新版〉』(ぎょうせい・1998年)446頁、井上・前掲書(註3)318頁、高橋・前掲書(註30)375頁も同旨。

であるとすれば、懈怠型(c)が問題となる場面も稀であり、憲法の要請に合致しなくなった法律規定の「改廃」に関わる懈怠型(d)が今日の一般的な類型ということになりそうである。そもそも、懈怠型(c)と(d)は、説明の便宜としては理論的に区別しうるが、実際の事例においては峻別が困難である場合も多いであろう。平成27年判決は、懈怠型一般を念頭に置きつつ、懈怠型(d)についての最高裁の初めての判示となることを意識して定式化されたものであるとすれば、令和4年判決は、法律規定の「制定」の不作为の要素が含まれる事案であることから、平成17年判決⑧が示す懈怠型(c)を補完的に引用したということかもしれない⁶⁰。

- * 本稿は、本学の佐々木雅寿教授から判例の理解について重要な御教示を得たことによって成立している。
- * 引用に際して、原典に付された圈点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

⁶⁰ 逸脱型(a)・(b)の区別は、憲法上の保護の存否に関わり、違法性の判断基準の差にも繋がるのに対して、懈怠型(c)・(d)は法律の「制定」が必要な事案か「改廃」が求められる事案かという認識の相違にとどまり、いずれにしても違法性の判断に関して相違はない。