

立法の不作为の合憲性を争う訴訟について

——在宅投票制度違憲訴訟の再考——

君 塚 正 臣

はじめに

司法権は、具体的事件に法を適用し解決する国家作用であるなどとされる¹⁾。無論、事件が未発生であれば、訴訟はできない²⁾。また、適用される法令がなければ、その下で生じる事件もないのが普通であり、通常、事件とはならない。だが、事件が発生し、その際に、あるべき立法があることが憲法の要請であるとして、その確認や救済を求めるときがあり、それは、立法の不作为の違憲性を争う訴訟と称される³⁾。そして、多くの事案では、訴訟類型として、立法の不作为について立法機関等に過失があるとする国家賠償請求訴訟が選択されてきた⁴⁾。

しかし、一般的に、立法機関には立法裁量があり、特定の法令がないことが直ちに違憲とはなり難い。そもそも、「違憲審査制が、本来違憲に行使された国家行為（法律等）の効力を事後的に否認する制度であるとするなら、このような意味において、『立法の不作为』は、原理上、違憲審査の対象とはなりえない⁵⁾」との主張もある。また、精神的自由や身体的自由では、その性質上、立法の不作为が問題になることはほぼ考え難い⁶⁾。その意味では、この種の訴訟は、社会国家理念の進展により言われ出したもの⁷⁾であろうし、主に請求権の性質を有する場面で成立するものとも言えよう。このほか、通常、法令が全くないことは珍しく、不完全な法令が存在していることが法令違憲と判決され、

合憲の状態に是正されるのであることを漫然と視野に入れていた感もあり、典型的な立法の不作为として念頭に置かれてきたのは、事件が発生した時点では、立法が全くない状況⁸⁾、或いは、およそ不完全な立法しかない場合であった⁹⁾。その結果、立法の不作为の合憲性を争う訴訟とは、限定的な場面でしか成立しない、例外的な異形の憲法裁判と見做され、かつ、それでもなおそれは、違憲判決を渴望する学説によって積極的に肯定されてきたように思える。

しかし、立法の不作为の違憲訴訟を、そのように、特殊な事例に対する特殊な解決方法としてこれを処理してよいものか。本当に特殊であれば、原則に反し、否定されるのが筋であり、認められているということは特殊ではないからなのではないのか。そこで、「近年の判例の展開によって、憲法訴訟論の分野において、もっとも激動に見舞われている」¹⁰⁾立法の不作为論について、立法の不作为の違憲の主張の例として、比較的最近まで長い間、ほぼ唯一取り上げられてきた判例である、1985年の在宅投票制度廃止訴訟最高裁判決¹¹⁾の再検討を起点に、この問題の全貌に迫りたいと思う。

1 在宅投票制度違憲訴訟再考

いわゆる在宅投票制度廃止訴訟とは何であったか。一審¹²⁾の事実認定によると、原告は、1936（昭和11）年1月2日に選挙権を取得した。戦後、1950年4月15日制定の公職選挙法（同

年法律第100号)および同月20日制定の同法施行令(同年政令第89号)の下では、不在者投票手続の一環として、在宅投票制度(「疾病、負傷、妊娠、もしくは身体障害のためまたは産褥にあるため歩行が著しく困難な選挙人につき、選挙人の現在している場所において投票の記載をなし、これを選挙期日の前日までにその属する市町村選挙管理委員会に到達するよう郵便をもって送付し、または同居の親族によつて提出させる制度」)が採られていた。これは、1948年に改正された衆議院議員選挙法第33条に基づき、身体障害その他の事由ある者に関し郵便による投票に加え、同居の親族による投票用紙の請求、投票の提出をも認めたものである。

しかし、1951年4月に行なわれた統一地方選挙において、在宅投票制度が悪用されて多数の選挙違反がなされたことを理由に、これを廃止する法律が、1952年8月16日に公布され、9月1日から施行された(同年法律第307号)。

原告は、1931年3月頃、屋根の雪降り作業中に転落し、翌年9月、脊髄前角炎、圧迫性脊髄炎症と診断され、北大病院に入院し、翌月、手術を受けたが、一人での歩行は困難となり、自宅で殆ど寝たきりの状態となった。結果、1936年に選挙権を取得後初の選挙で、介添えを頼んで車椅子を押してもらって投票所で投票した以外、戦前は投票せず、戦後も、選挙当日の天候あるいは冬期積雪がある場合は外出が不可能であるなどして、4回程度投票したに留まった。原告は、1種1級の身体障害(両下肢運動麻痺及知覚鈍麻両肢関節両膝関節及両足関節強直)と認定されている。

そして、原告は投票権を事実上行使できないことの合憲性を争う訴訟を提起した。その際、選挙無効訴訟、抗告訴訟、義務付け訴訟、差止訴訟、立法不作為の違憲確認訴訟という選択肢も考えられたが、国家賠償請求訴訟が最も「実質的な選択であり、いわば捌手から権利の救済と制度の改革を迫るもの」¹³⁾なのであった。

一審は、以下のように判示して、国に対し、

原告に10万円とその利息を支払えと命じた。

「選挙権の有無、内容について、これをやむを得ないとする合理的理由なく差別することは、憲法上前述の国民主権の表現である公務員の選定罷免権および選挙権の保障ならびに法の下での平等の原則に違背することを免れない。」「憲法第47条は」「右事項の定めを法律に委任しているが、立法機関が右事項を定めるにあたっては、かかる普通平等選挙の原則に適合した制度を設けなければならず、法律による具体的な選挙制度の定めによつて、一部の者について、法律の規定上は選挙権が与えられていてもその行使すなわち投票を行なうことが不可能あるいは著しく困難となり、その投票の機会が奪われる結果となることは、これをやむを得ないとする合理的理由の存在しない限り許されないものと解すべきであり、右合理的理由の存否については、選挙権のもつ国民の基本的権利としての重要性を十分に考慮しつつ慎重、厳格に判断する必要がある。」

「公職選挙法は、」「いわゆる投票現場自書主義を採用する」ため、「身体障害等により、選挙の当日投票所に行くことが不可能あるいは著しく困難な者にとつて、投票を行なうことが不可能あるいは著しく困難になることも否定し難い。」その中で、「一旦設けられていた在宅投票制度を廃止し、その結果特定の病院、施設等に入っている者を除き、」「身体障害等の事情ある者をして実質上投票を不可能あるいは著しく困難ならしめることとなつた右改正措置に、これをやむを得ないとする合理的理由があつたかどうかを検討されなければならない。」

「具体的な選挙制度を定めるにあたって、事実上投票が不可能あるいは著しく困難となる場合は、これを実質的にみれば、選挙権を奪うのと等しいものと解すべきである」ため、「投票の方法の定め方如何は、選挙権の保障と重大な関連をもち、投票の方法の定め方如何によつては実質的に選挙権を奪う結果になることもありうることなどに鑑みれば、国民の法の下での平等

の原則は、当然に、投票の方法を定める場合においても要請される。そして、「選挙に関する事項の決定は原則として立法府である国会の裁量的権限に委ねられているものと解せられ、その範囲は決して狭くない」ので、「選挙権そのものの実質的侵害が問題とされている事案においては、」¹³「明白の原則は採用しがたい。」

以上の基準設定の上で、一審は具体的な在宅投票制度廃止の可否に論を進める。

「確かに、投票所における投票に比し在宅投票が投票の秘密保持の点で劣る面のあることは認められるが、さればといつて、在宅投票制度の下でもその方法により投票の秘密保持が不可能もしくは困難とまでは認められない。」「憲法第15条第4項前段が、」¹⁴「投票の秘密を保障している」が、「選挙権の行使を可能ならしめることの重要性を考えれば、その投票制度の下では投票の秘密保持が不可能もしくはこれに近いというような場合は格別、在宅投票制度において想定される程度の投票の秘密保持上の問題を理由として投票の秘密を守るため投票そのものを不可能あるいは著しく困難にすることは、本末転倒であつて許されないものと解すべきである。」

「昭和26年4月の統一地方選挙において在宅投票制度が悪用され、違反による選挙ないし当選無効の事件が続出したことは、当事者間に争いが無い」。総じて、不在者投票に占める代理記載は約半数であり、例えば、不在者投票に関する選挙争訟は241件、代理投票に関するもの争訟は106件に及んでいた（昭和24年衆議院議員総選挙の不在者投票に関する選挙争訟は3件、昭和30年地方選挙におけるそれは20件で、代理投票に関するものが31件である）。悪用の例として、「選挙人が現在する場所で記載したと称して、市の嘱託員、選挙運動員と推定される者、あるいは同居でない親族、知己等が、選挙人の疾病（白痴その他の精神異常者で、意思能力のない者を含む）、産褥、文盲、盲人、老衰あるいは旅行中等諸理由で、投票ができない事情にあることを知しつして、」¹⁵「あらかじめ市委員会か

ら配付された投票所入場券を、当該選挙人若しくはその家族から入手または医師、助産婦と共謀しあるいはこれらを偽つて、その証明書の発行を得、同居の親族をよそおつて投票用紙を請求し、一切の交付を受けてから、その者が自由勝手に記載した」など、6選挙委員会管轄のものが挙がり、「当時なんらかの是正措置をとる必要があつたものと解され、改正法律がかかる弊害除去を目的としたこと自体はもとより正当であつたと評価しなければならない」。

だが、「立法目的が正当であつても、上來說示のとおり国民権の原理の下で国民の最も重要な基本的権利に属する公務員の」¹⁶「選挙権の制約は、必要やむを得ないとする合理的理由のある場合に限るべきである」¹⁴。「右措置が合理性があると評価されるのは、」¹⁵「同じ立法目的を達成できるより制限的でない他の選ぶ手段が存せずもしくはこれを利用できない場合に限られるものと解すべきであつて、被告において右のようなより制限的でない他の選ぶ手段が存せずもしくはこれを利用できなかつたことを主張・立証しない限り、右制度を廃止した法律改正は、違憲の措置となることを免れない」。

しかし、まず、「郵便投票制度に関しては、この制度の下で行なわれた昭和24年1月の衆議院議員選挙においてはもちろん、在宅投票制度が採用された以後である昭和26年4月の統一地方選挙においても、郵便投票の方法それ自体が違反の生ずる主たる原因となつたと認めるに足りる確証はない」。よつて、「前記の弊害は、少なくとも、郵便投票を含めた在宅投票制度全体から生じたとは断じ難いものであるから、在宅投票制度全体を廃止しなくとも上記弊害の是正という立法目的を達成する手段の存することが窺われ、したがつて、右弊害是正のためには、在宅投票制度全体を廃止するのではなく、そのうちの弊害のある部分のみの是正がまず考慮されるべきである。」

「国会の審議経過等について検討するに、」¹⁶「悪用の原因の第1としてあげた同居の親族の介入

による弊害の是正方法について仔細に検討された形跡は見当らないなど、「身体障害者の投票を不可能あるいは著しく困難にした国会の立法措置は、前記立法目的達成の手段としてその裁量の限度をこえ、これをやむを得ないとする合理的理由を欠くものであつて、国民主権の原理の表現としての公務員の選定罷免権および選挙権の保障ならびに平等原則に背き、憲法第15条第1項、第3項、第44条、第14条第1項に違反するものといわなければならない。(原告は、国会の右法律改正のほか、在宅投票制度を復活しないことによる違憲をも主張するが叙上のとおり右法律改正・施行そのものによつてすでに原告の選挙権行使が侵害されたというべきであるから、右主張については判断を要しない。)

「国会の立法行為も国家賠償法第1条第1項の適用を受け、同条項にいう『公務員の故意、過失』は、合議制機関の行為の場合、必ずしも、国会を構成する個々の国会議員の故意、過失を問題にする必要はなく、国会議員の統一的意思活動たる国会自体の故意、過失を論ずるをもつて足りるものと解すべきである。本件において、国会が法律改正によつて違憲の結果を生ずることを認識していたことを認めるに足りる証拠はない。しかし、国会」が「立法をなすにあつては違憲という重大な結果を生じないよう慎重に審議、検討すべき高度の注意義務を負うところ、」[かかる違憲の法律改正を行なつたことは、その公権力行使にあたり、右注意義務に違背する過失があつたものと解するのが相当である。]また、「本件訴えが右時点から3年に満たない昭和46年6月24日に提起され」ており、「原告の損害賠償請求権は、時効により消滅していない」とした。

結局、一審は、「原告は、」[立法行為により、以後自己の選挙権行使がすべて不可能あるいは著しく困難ならしめられたことに対し少なからぬ精神的苦痛を受けたことが認められる。]「当時外出するには車椅子を使用するほかなかつたこと」など、「諸般の事情を総合すると、右慰

藉料額は、金10万円と認め」たのであつた¹⁵⁾。

だが、二審¹⁶⁾は、その控訴人敗訴の部分を取り消し、原告(被控訴人)の請求を棄却した。

「国会議員による立法不作為については、常に、国賠法を適用し得ない法的障壁があるということとはできない。」「そもそも憲法51条が国会議員の院内で行つた演説、討論又は表決について院外における責任免除の特権を認めたのは、国会における国会議員の言論の自由を最大限に保障し、もつて国会議員がその職務を行うにあつてその発言について少しでも制約されることがないようにすることを目的としたものであつて、同条の中に、国会議員が院内で行つた演説、討論又は表決は本来違法なものであつても、適法とみなされるとか或いは国会議員が違憲の立法を行つたこと或いは憲法上の義務に違背して立法を行わないことによつて他人に損害を加えたとしても、国は賠償責任を負わないというような趣旨が含まれているものとは到底解することができない」のであるから、「国会議員による立法行為又は立法不作為についても、国賠法1条1項の適用はあるものと解するのが相当である。」

しかし、「被控訴人は、」[昭和11年に選挙権を取得して以後初めての選挙では、介添えを頼んで車椅子を押してもらい投票所]「へ赴いて投票し」ており、「介添えを得て車椅子を使用すれば投票所へ赴き投票することができ、現に昭和28年の参議院議員の選挙の際には投票所へ行つて投票しているのであるから、本件公職選挙法一部改正法による在宅投票制度の廃止は、それが『疾病等のため投票所に行くことができない在宅者』に対する関係で違憲、違法なものか否かを問うまでもなく、被控訴人に対する関係で違憲、違法なものでなかつたことは明らかであり、従つてこれと反対の前提に立つ被控訴人の本訴請求は、爾余の判断をまつまでもなく失当であり、」[本件立法不作為のうち、被控訴人に対する関係で、その違憲、違法が問題になる(その憲法適合性判断をなしうるか否か

が問題になることをも含む) のは、昭和 30 年以降のもののみである。」

「憲法が一方において成年に達した国民すべてに選挙権ないしその行使を平等に保障していること、他方において憲法が当該投票の方法は選挙が正当、公正に行われるようなものであるべきことを要請し且つ選挙人が候補者を自由に選べるようにするため投票の秘密を保障していることの双方に由来するところの制約を免れないものである。而して前者の憲法上の保障は、後者の憲法上の要請ないし保障よりも原則として優越する」「から、若し前者の憲法上の保障に由来する制約と後者の憲法上の要請ないし保障に由来する制約とが衝突するときは、原則として前者の憲法上の保障による制約を優先させるべきであつて、選挙が、正当、公正に行われ、選挙人による候補者の自由選択のための投票の秘密が犯されないようにするために（これを抽象化すれば、公共の福祉のために、ということになる）、合理的と認められる已むを得ない事由（以下、単に「合理的と認められる已むを得ない事由」というときは、専ら右のような見地よりするそれをいうものとする）のない限りは、選挙権ないしその行使の平等な保障は立法上貫徹されなければならない、国会はそのように立法すべきことを憲法によつて義務付けられているものというべきである。」

「国会が或る一定の立法をなすべきことが憲法上明文をもつて規定されているか若しくはそれが憲法解釈上明白な場合には、国会は憲法によつて義務付けられた立法をしなければならない」ので、「国会が憲法によつて義務付けられた立法をしないで故意に放置するときは、その不作為が違憲、違法であることはいうまでもないが、この場合の立法不作為は、それによつて立法府が既に特定の消極的な立法判断を表明しているものということができるから、裁判所が、国家賠償請求事件の審判に当たり、当該立法不作為につき、それが憲法に適合するか否かを判断したとしても、それは、立法府の特定の消極

的な立法判断に対して爾後的な審査をしたという性格をもつ」。

「現に行われている投票の方法についての法律が選挙権を有する国民の一部の者につき投票の機会を確保し得ないようなものであるに拘らず、国会がこれを故意に放置し、当該選挙権を有する国民に投票の機会を確保するような立法をしないでいる場合は、裁判所が具体的事件において、右立法不作為の憲法適合性を判断する場合に当たるものといわなければならない」が、「衆、参両議院は、それぞれ」然るべき「立法を少くとも当分の間はしないことに決定したものと」「いわざるを得ない。」

「在宅投票制度の技術的な問題点は国会に判明していたものと考えられるから、その準備ないし審議等のために必要とする期間としては1年もあれば十分であつたと推認される」ので、「昭和 42 年末頃までのものについては、国会が唯単に在宅投票制度を設ける立法をしなかつたというだけであつて、これを、故意に放置したものと認め得ない、また、」「合理的と認められる相当の期間が経過する前である昭和 43 年末頃までのものについても、右同様である。しかし、」「国会が昭和 44 年以降昭和 47 年 12 月 10 日までの間において、『疾病等のため投票所に行くことができない在宅者』のための在宅投票制度を設ける立法をしなかつたことについては、国会はこれを故意に放置したものといわざるを得ない。」

「昭和 44 年当時」、「全般的に国民の政治への関心や政治意識は向上し、民主主義国家の選挙民としての自覚も大いに高まり」「遅くとも昭和 44 年以降においては、国会議員選挙」等「について『疾病等のため、投票所に行くことができない在宅者』に対し実際に投票の機会を与えるための立法をしないでいることについて合理的と認められる已むを得ない事由がない」。だが、「昭和 44 年以降昭和 47 年 12 月 10 日までの間に、国会議員であつた者の殆んど大部分の者は、昭和 44 年以降の本件立法不作為が前

述のように、被控訴人のような『疾病等のため投票所に行くことができない在宅者』たる選挙人に対する関係で違憲、違法なものであることを全く認識してなかつた」。何故なら、この「頃までに発行された文献の中には、」被控訴人主張の「ような立法をしないことは憲法に違反する」とした学説は見当らず、また、そのような判例もなかつた」からである。

よって、「昭和44年以降の本件立法不作為については、それが被控訴人の選挙権を侵害するものであることにつき、前記の間国会の構成員であつた各国会議員に故意又は過失があつたものということとはできない。よつてこれと反対の被控訴人の主張は失当である。」これは原告の「形式敗訴・実質勝訴」¹⁷⁾であつた。

しかし、最高裁は、以下のように述べて、原告の上告を完全に実質的にも斥けた。

「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が」国家賠償法1条1「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。」

「憲法51条」の規定「のように、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を指定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得ない。ある法律が個人の具体的権利利益を侵害するものであるという場合に、裁判所はその者の訴えに基づき当該法律の合憲性を判断するが、この判断は既に成立している法律の効力に関するものであり、法律の効力についての違憲審査がなされるからといつて、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とはできない」。

よって「、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ふべきであつて、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ふとき、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1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないもの」だとした。

そして、「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、」「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」と述べた。「そうすると、在宅投票制度を廃止しその後前記8回の選挙までにこれを復活しなかつた本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はなく、結局、本件立法行為は国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない」。要は、「そもそも在宅投票制度の違憲性を国賠訴訟という形で争うことはできない」¹⁸⁾としたのであつた。

この事件で、地裁、高裁、最高裁は3者3様の結論を下した。地裁は、選挙権の制約であることを前面に、請求を一部認容した。高裁は、原告が投票所に行けた時期が実は長かつたことを認定しながら、その後、国会が法改正を行う時間も違憲・違法の認識がなかつたとして、請求を斥けた。最高裁は、同じく請求棄却の判決ながら、わざわざ「格別に新しい理論を展開」¹⁹⁾し、一義的な解釈に反しない限りは立法の不作為を違憲と認定することはないことを主な理由とした。狭い限定であり、長い間、立法の不作為の国家賠償請求訴訟の足枷となつた。問題となる憲法条項の「きわめて窮屈な文理解釈にかかつて」おり、なおかつ、立法の不作為以外の場合の憲法解釈の方法について何も語っていな

いは疑問ながら、他の訴訟手段によるときには解釈で導き得る憲法規範に従ってよいことを示唆しているようにも捉えられる²⁰⁾。ただ、後の、国会議員の国会での発言は無答責であるから国は代位責任を負わないとした事案²¹⁾と比べて、公職選挙法に関する立法の不作為については、仮に一義的解釈に反するときには憲法違反となることを認めた点で、注目できる。このことは逆に、立法以外の国会議員の故意・過失についても国は代位責任を負うとするのが一貫した解釈であることを示唆していた。

2 立法不作為事例の判例展開

在宅投票制度違憲訴訟最高裁判決以降、立法の不作為の合憲性が最高裁で争われた事件には、以下のようなものがある²²⁾。

旧軍人軍属については援護法を制定しておきながら、一般民間人戦災者について何の立法措置も講じないのは憲法14条等に反するとして、一般民間人戦災者が国会ないし国会議員の立法不作為と歴代内閣の法案不提出の責任を問い、慰籍料を求めた事件において、最高裁が、戦争犠牲・損害については立法裁量に委ねられているとして、請求を斥けた事例がある²³⁾。

西陣ネクタイ訴訟でも、最高裁は、立法の不作為の合憲性の判断に踏み込む例外的事例ではないとして、訴えを斥けている²⁴⁾。

南方地域から帰還した日本人捕虜に対して抑留期間中の労働賃金を決済する措置を講じてきたが、シベリア抑留者がそうでなかったことにつき、憲法14条に基づいて国に対して抑留期間中の労働賃金の支払を請求したシベリア抑留訴訟でも、最高裁は請求を斥けている²⁵⁾。

しかし、以上のような消極的姿勢は、いわゆる在外邦人選挙権訴訟最高裁判決²⁶⁾で変化する。上告人らが在外国民に国政選挙での選挙権行使の全部又は一部を認めないことは憲法14条等に違反するとして、主的に改正前後の公職選挙法の違法確認、予備的に上告人らが選挙権を有することの確認、及び立法府の改正懈怠

により選挙権を行使することができなかったとして国家賠償請求した事案において、予備的請求については、次回の衆院総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参院議員通常選挙における選挙区選出議員の選挙において在外選挙人名簿に基づき投票し得る地位にあることを確認し、国賠請求については、立法不作為の結果上告人らが投票できず精神的苦痛を被ったとして、各自に慰謝料5000円の支払を命じた。原審²⁷⁾は、在宅投票制度違憲訴訟最高裁判決の判例に従い、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反しているにも拘らず国会があえて当該立法を行わないような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けないと解すべきであるなどとして確認請求を却下し、国賠請求を棄却していた。その上告審で、最高裁が請求を認めるに至った展開は、在宅投票制度違憲訴訟最高裁判決からの判例変更ではない²⁸⁾が、「その判決の論理は、これを大幅に変更したものと解され²⁹⁾、行政事件訴訟法4条の確認の訴えの余地を認めたことも含め、驚きですらあった³⁰⁾。

その後、精神的原因によって投票所に行くことが困難な者の選挙権行使の機会を確保するような立法措置を国会が執らなかつたことは、国家賠償法上違法であるとは言えないとされた、いわゆる不安神経症患者選挙訴訟の最高裁判決もある³¹⁾。在外邦人選挙権訴訟最高裁判決で緩和された筈の要件を用いながら、問題の立法の不作為は違法とは評価されなかつた³²⁾。

いわゆる学生無年金訴訟は、大学在学中に疾病にかかるか負傷して障害を負った上告人らが、障害基礎年金の支給裁定を国に申請したが、国民年金法(平成元年法律86号による改正前)が、同法所定の学生等につき国民年金の強制加入被保険者とせず、任意加入のみを認めていたため、国民年金に任意に加入しておらず、同年金を支給しない旨の処分を受けたため、国に対し、この処分の取消しと国家賠償を求めた事案である。下級審段階では、「見かけとは異なり、深

奥では不作為救済（作為義務肯定）にかなりコミットしているように思われ」た³³⁾が、最高裁は、1989年改正前の国民年金法における強制加入例外規定を含む20歳以上の学生に関する措置及び加入等に関する区別や国民年金の強制加入被保険者とする等の措置を講じず、無拠出制の年金を支給する旨の規定を設けるなどの措置を講じなかった立法不作為は、憲法25条や14条1項に違反するというはできないとした³⁴⁾。在外邦人選挙権訴訟とは逆に、一審では請求が一部認容された³⁵⁾にも拘らず、控訴審³⁶⁾以降では請求が斥けられたものである。

消極的判決がやや続いたが、いわゆる国籍法違憲判決³⁷⁾では、立法の不作為を違憲とする積極的姿勢に転じた。国籍法3条1項の規定が、日本国民である父の非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者に限り日本国籍の取得を認めていることによって、同じく日本国民である父から認知された子でありながら、父母が法律上の婚姻をしていない非嫡出子は、日本国籍を取得することができないという区別は、上告人が国籍取得届を提出した当時、合理的な理由のない差別であるとして、最高裁は、原告の日本国籍取得を認めた。

夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫又は妻の氏を称すると定める民法750条の規定は、憲法13条、憲法14条1項、憲法24条1項及び2項等に違反し、この規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為の違法を理由に、国などに対し、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を原告らが求めた、いわゆる選択的夫婦別姓制度を争った訴訟で、最高裁は、民法750条の改廃をしない立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではなく、原告らの請求を棄却すべきだとした³⁸⁾。

これと同日に判決された、女性について6カ月の再婚禁止期間³⁹⁾を定める民法733条1項の規定が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反し、これを改廃する立法措置をとらない立法不作為の違法を理由に、国などに対し、国家賠

償法1条1項に基づき損害賠償を求めた事案において、最高裁は、2008年当時、女性について6カ月の再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定のうち100日超過部分が憲法に違反するものとなっていたとは認めながら、これを国家賠償法1条1項の適用の観点からみた場合には、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ことが明白であるにも拘らず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできないとして、立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとして、上告を棄却している⁴⁰⁾。この判断は、合憲とした1995年判断⁴¹⁾を覆し、立法の不作為の合憲性の判断に踏み込む「例外的な場合」には当たらないとしたのであった⁴²⁾。

このように、最高裁は、3件の違憲判決を経て、立法の不作為の合憲性の判断に踏み込むのは「例外的な場合」だとする在宅投票制度違憲訴訟判決を判例として維持しながらも、実際には立法の不作為を違憲と宣言することが吝かでない方向に大きく踏み出した。

以上、取り上げた最高裁判決の原審などのほか、注目された下級審判決を判決順に示す。下級審は、立法の不作為を違憲とすることにもう少し積極的でした。

在宅投票制度違憲訴訟一審判決直前、議員定数不均衡について、内閣と国会議員が改正法律案を提案しない不作為があると訴えたが、東京地裁で斥けられた例があった⁴³⁾。

在宅投票制度違憲訴訟一審判決が下されると、そのインパクトは大きく、学説上言われてきたことを裁判でも実践すべく、立法の不作為の違憲訴訟が数多く提起された。だが、1980年の私学訴訟大阪地裁判決⁴⁴⁾では、私立高校の学費と公立高校の学費との間に差額があるとしても、国の立法措置等に、直ちに違法の不作為があるとは言えないなどとされた。

大牟田市電気税訴訟福岡地裁判決⁴⁵⁾では、

地方公共団体が条例を制定して徴収する電気ガス税について、国が地方税法により特定産業用電気の消費について非課税としても、憲法に違反するものではないとされた。納税者による、税金相当額を自衛隊費に使用してはならない義務のあることの確認を求める訴えを、名古屋地裁が不適法として訴えを斥けた事例もある⁴⁶⁾。

国籍法は、1984年の改正前には、父系優先血統主義が採られていた。日本国籍を有する母とアメリカ合衆国国籍を有する父との間に生まれた子が提起した日本国籍を有することの確認請求訴訟において、一審の東京地裁判決⁴⁷⁾に続き、1982年、控訴審の東京高裁も、この規定を不合理な差別と認めず、父母両系主義を採用するか否かは立法裁量の問題であり、このような法の欠缺をどう補正するかは国会の立法裁量に任せられており、裁判所は法の欠缺を補充することはできないとして、訴えを斥けた⁴⁸⁾。

台湾人元日本軍人・軍属が、第二次世界大戦中に受けた戦死傷について、日本人軍人・軍属が恩給法などに基づいて補償が与えられているのに対比して不平等であるとして、本人又は遺族が日本政府に対してその立法の不作為を根拠に国家賠償請求を請求した事件がある。一審の東京地裁判決⁴⁹⁾に続き、東京高裁も、この種の訴えを義務確認訴訟の一類型として許容されることを認め、その場合の要件を示しながら、本件の訴えは、支給の内容や方法について、立法の不作為が憲法及び法律に違反することの確認を求める無名抗告訴訟が、制定すべき法律の内容が憲法上一義的に特定しているとは言えないから、その許容されるべき要件を欠く不適法なものであるとして、請求を斥けた⁵⁰⁾。この判断は、最高裁でも維持された⁵¹⁾。

在宅投票制度違憲訴訟最高裁判決は、同判決の前審も含め、以上のような下級審判決による、立法の不作為を国賠訴訟で争い得るとする「動向を全面的に裏切るもの」であった⁵²⁾。それでも、およそ一切の途が閉ざされたわけでもなく、上述の在外邦人選挙権訴訟最高裁判決に至るま

でも、興味深い下級審判決は続いた。

明治憲法下では植民地化以降、長年、国民であった在日韓国・朝鮮人は、戦後、日本国民の地位を剥奪された⁵³⁾。1997年の在日韓国・朝鮮人地方参政権訴訟大阪地裁判決⁵⁴⁾では、無名抗告訴訟としての地方参政権確認の訴えは、一定の具体性をもった法的な権利義務に関する紛争として法律上の争訟性を有し、実質的な紛争解決に資し、確認の利益も認められるが、在留外国人に地方参政権を保障する根拠は発見できないとして、原告の請求は棄却された。

戦前の植民地時代に、従軍慰安婦として性交渉、あるいは女子勤労挺身隊として長期間の肉体労働を強要された韓国国民が、日本国に対して「道義的国家たるべき義務」による損害賠償、明治憲法27条に基づく損失補償、戦後賠償ないし補償立法につき立法不作為があるとして損害賠償等を求めた関釜訴訟で、1998年の山口地裁下関支部判決⁵⁵⁾は、遅くとも1993年8月4日の内閣官房長官談話が出された段階で、特別の賠償立法をなすべき日本国憲法上の義務が生じ、その後3年の経過により立法をなすべき合理的期間を経過したとして、立法不作為による国家賠償責任について一部原告側の訴えを認め、合計90万円の支払いを日本政府側に命じた。だが、広島高裁は、「道義的国家たるべき義務」として過去の戦争と植民地支配の被害者個人に対する個別具体的な義務を国に課したものと解せず、何れの損失補償請求も法的根拠を欠くなどとして、原告の訴えを斥けた⁵⁶⁾。

そして、熊本ハンセン病訴訟の熊本地裁判決⁵⁷⁾は、らい予防法は日本国憲法に明らかに違反すること、国家賠償の起点になる時効(除斥期間の起算点)はらい予防法が廃止された1996年4月1日であり、遅くとも1960年以降は厚生大臣の患者強制隔離収容政策が、また、1965年以降は国会議員の立法不作為がその合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、何れの違憲性も明白であり有責であって不法行為が成立するとし、国立療養所に入所していた全ての

原告に対して、国は隔離と差別によって取り返すことの出来ない、極めて深刻な人生被害を与えたと認定し、国賠法に基づく損害請求の一部を認容したのであった。本判決は確定した⁵⁸⁾。

重度の筋萎縮性側索硬化症患者が選挙権を行使できるような投票制度が設けられていなかったのは違憲違法であったが、憲法の一義的な文言に違反していたとまでは認められないとして、立法不作为による国家賠償法上の違法はないとした東京地裁判決もある⁵⁹⁾。

ほかに、厚生年金受給権に対する差押えを一律に禁じる規定の立法不作为を争った事件もある⁶⁰⁾。戦没者妻への特別給付金に関する義務違反と立法不作为に基づく国家賠償請求が棄却された事件もある⁶¹⁾。大阪空襲訴訟大阪地裁判決では、1945年の米軍機による空襲により被災した者あるいは被災した者の親族である原告らが、国に対し、空襲被害者を放置した立法不作为は国家賠償法上の違法な公権力の行使に当たると主張したが、請求は斥けられた⁶²⁾。

立法不作为の合憲性を争うことは、在宅投票制度違憲訴訟をほぼきっかけとして頻出するようになったことが解る。もしも、そういった訴訟が「争訟性をめぐる障碍がほとんどない」と認識できれば、「立法者に適憲的な状況をつくり出させるための副次的方途＝バイパス」として活用される⁶³⁾ということになる。この中でも、在外邦人選挙権訴訟や国籍法違憲訴訟で請求が認容されたことは、この訴訟類型でも原告勝訴の可能性が示された点で大きい。また、再婚禁止期間訴訟のように、請求は斥けられながら、最高裁の憲法判断を引き出したケースもある。勝訴そのものより、平等権や参政権など、重要な人権が争われている訴訟では、憲法判断を引き出すことが原告の目的であることを考えると、請求棄却の事案であっても、憲法判断が示されたことは有意義なことであった。

立法の不作为に対して、最高裁は、当初、在宅投票制度違憲訴訟において否定的な姿勢を示したが、判例はそのままながら、例外を拡大

し、次第に軟化してきているということは言えよう。下級審のいくつかの判断はそれをエスカレートさせており、特定の制度や施策を変更させるインパクトを持ってきた。

3 立法不作为論を考え直す

上述のように、立法の不作为を争う訴訟は、進化しつつあると言えようが、このような変化は、「肝心の議論たる『立法不作为』とは何かという、そもそも出発点段階での問題にブレがある」⁶⁴⁾という曖昧さの表われでもある。作為・不作为「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」⁶⁵⁾ことに起因しよう⁶⁶⁾。

学説を経年的・鳥瞰的に見直すと、立法行為に対する国家賠償法1条の適用については、当初は消極説⁶⁷⁾も存在したが、概ね多くは認めてきていると言える⁶⁸⁾。司法審査は既に存在する立法に向けられたものであるとの主張⁶⁹⁾や、立法行為への司法の介入が認められず、立法の不作为の違憲訴訟という概念は、そもそも成立しないとする主張もある⁷⁰⁾が、そうだとすると、程度の大小はあれ、国会や地方議会が違憲的不作為を行うことが可能ということになり、矛盾である。「三権分立の原理から」「立法権が法律を定めたのに、司法権がその法律の効力を否定することは、司法権の権限をこえ、立法権の干渉であって許されない」⁷¹⁾わけでもあるまい。司法権の対象には憲法上、「処分」も含まれている⁷²⁾。また、授權規範たる憲法が立法の義務付けをすることはできないとするなら、行政機関の権限不行使を違法とした多くの判例を紙切れにしてしまうのではないか⁷³⁾。否定説では、政治的代表を送れないごく少数者の人権は踏み躪られたままとなる弊害もある⁷⁴⁾。少なくとも、「基本的人権保障のために、立法の不作为や立法の不備を争うことが一定の訴訟方法のもとで可能」⁷⁵⁾でなければ、日本国憲法の全体の解釈に齟齬を来そう。立法義務があるのにその時点で立法がなされていないければ、端的に違

憲状態と言うべきである⁷⁶⁾。ただ、立法府にも立法裁量があり、特定の人権と法内容が厳密にリンクすることは少ないため、そのような状態は珍しいだけであろう。結局、立法の不作为の違憲状態という概念は存在し、これを争うことが可能だとするのが多数説となったのである。

しかし、この種の事案をあえて特に「立法の不作为」と呼ばねばならなかったのかについては、疑問もある⁷⁷⁾。欠缺又は瑕疵のある立法について裁判所が違憲と宣言することは当然であり、ただ、新たに具体的な立法を裁判所が命じることが立法権の侵害になってしまうことがあるだけなのではないか⁷⁸⁾。立法の不作为には、全く立法がなされないもののほか、立法はなされたが、その内容などに不備・不完全な部分があるというものがある⁷⁹⁾。ゼロ保障は過少保障の酷いものと解せばよい⁸⁰⁾。しかも、当初から立法がない場合もあるが、違憲の法律を廃止しないことも立法の不作为として問題となる⁸¹⁾。在宅投票制度のように、一旦なされた合憲的法律をわざわざ「改廃して違憲状態にしたことはより問題となる」⁸²⁾。このようなものを類型化していけば、不作为が合憲だったところ違憲の立法をしたケースなども考えられるが、これらは「立法の不作为」とは言わない。ただ、同じ地平に乗っていることは認識できる。そして、何れも、不作为が違憲と認識されていたケースとそうでないケースがあろう。

現行憲法下で多くの立法で覆い尽くされており、純粹に全く立法がなされなかった領域は珍しく、違憲の法律を改廃しない場合が多く訴訟の対象となるであろう⁸³⁾。だが、わざわざ法律を改廃した事例は、通常の憲法訴訟ではないか⁸⁴⁾。財産権を巡る幾つかの判例は、当該立法の不備を物ともせずに憲法29条から直接救済を行なっている⁸⁵⁾し、尊属殺重罰規定違憲判決⁸⁶⁾でも、その多数意見に従えば、適切な加重を行う条項の不存在が違憲なのであった。「このような相違は結局見方の違いにすぎない」⁸⁷⁾。つまり、国籍法違憲判決の際の少数

意見の対立に見られるように、法令が違憲であるとき、修正すべきを積極要件と読むか、消極要件と読むかで異なる⁸⁸⁾だけであり、この事案も、不備のあった法令を指して、立法の不作为と読むことができよう⁸⁹⁾。これを裁判所が違憲と宣言できることは寧ろ当然であり、合憲であれば保障される利益を救済すべきであって、「違憲状態を除去するための手段が一つしか存在しない場合には、裁判所は、違憲確認判決に止まらず、給付判決等の積極判決を下すことができる」⁹⁰⁾ということであろう。そこでは、不備のある法律を改正しなかった不作为が争われよう⁹¹⁾。立法の不作为がこのように相対化されると、逆に、法令違憲判決は不完全な法令の問題、つまりはおよそ全てが立法の不作为の問題とも言える。その意味では、立法の不作为を「特別視するには及ばない」し、「その違憲審査を過度に回避することは許されない」⁹²⁾であろう。

だが、立法の不作为の特有の問題は別のところにある。それは、偏に国家賠償法に救済を頼むところから生じる問題である。国会には立法裁量がある以上、当時の認識として違憲であるとは思われない場合、法律がない、不完全である、廃止した、寧ろ違憲のものにした、ということに議会の故意・過失が認定されなければ、代位責任説的発想に依存する限り、国家賠償法上の救済はないということである。また、自己責任説に従っても、立法行為やその不作为にも国賠法の適用ありと主張することは可能である⁹³⁾が、やはり国自身の過失を認定せねばならない。このため、国賠法上、立法に故意・過失が認定される場合を限定することは多くの事案で難しく、救済の不十分さと併せて問題となる。加えて、法令が合憲に転化するには、「相当の期間」（合理的期間）が必要とされる。違憲状態が立法機関により認識できた即日改正することは困難であるためであり、このことを原告から見れば、立法の不作为を違憲とする訴訟で勝訴する障害に見える⁹⁴⁾。尊属殺重罰規定違憲判決などを想起すれば明らかのように、違憲であれば違法で

あり、救済が認められて然るべきところ、国家賠償法の枠組みに填れば、歴代の国会議員の過失の立証が必要となるという困難さに漂着するのには、割り切れないものがある。

その上、最高裁は、在宅投票制度違憲訴訟で、憲法51条の国会議員の免責特権を根拠に、立法の不作为による国家賠償責任が生じることがほほないものとした。法律内容の合憲性の問題とわざわざ分離して、立法の不作为については過失を認めなかった⁹⁵⁾。その後、訴訟要件を緩和してきているが、本案勝訴の要件は厳しいままである⁹⁶⁾。これには、立法の不作为においては、国家賠償請求以外に救済方法がない⁹⁷⁾中、憲法17条が、包括的な国家賠償責任を肯定していることと矛盾しているとの批判⁹⁸⁾がある。国家賠償法上の過失を損害の発生していることを裁判所が認定しながら、立法の不作为となると賠償を認めない点には疑問があり⁹⁹⁾、もし訴訟上も勝訴を得なければ、国家賠償法に基づく請求を回避するか、最高裁などの国家賠償法の解釈が誤っていると論破せねばならない。現状では、勝訴への道は遠いままである。

請求を斥けられるにせよ、違憲状態がいつから発生していたかを裁判所が認定しなければ、事後の立法にすら寄与できない。しかし、重要な人権とされる参政権や憲法14条1項後段列挙事由の差別の事例では、違憲宣言が特に求められると言えよう。立法不作为の状況を支持する側が、合憲であるとの立証責任を負うべきでもある¹⁰⁰⁾。在宅投票制度違憲訴訟最高裁判決は、当時でも、学説や下級審が、立法やその不作为の時点で直ちに違法になるとするのが優勢であった¹⁰¹⁾にも拘らず、また、救済を憲法の一義的文言に違反している場合に限るとした判断と、以上のような職務行為基準説を採るべき理由の間には因果関係がない¹⁰²⁾にも拘らず、実際に損害を蒙っている人の存在に目を向けず、職務行為の時点を基準として、違憲の立法を行わないという国会の注意義務違反を顧慮せず、過失の範囲を狭めてしまった¹⁰³⁾。そのこ

とによって、しかも、まるで合憲判決であるかのような印象を与えてしまった¹⁰⁴⁾。

しかし、在外邦人選挙権訴訟最高裁判決などを経て、以上の難点は比較的改善されたものと考えられる。この判決が、在宅投票制度違憲訴訟と異なつたのは、既に1984年には在外邦人の投票を可能にするという法律案が提出されながら、それから10年以上、何らの立法措置がなされなかった点を重視したものとする指摘¹⁰⁵⁾がある。とは言え、学説が違憲と認識していた程度は両事件でほぼ同じであろうし、これを受けて国会が問題にすべき程度は同程度だったのではないかとの疑問も浮かぶ。在宅投票制度違憲訴訟の結論が問題とされ¹⁰⁶⁾、在外邦人選挙権訴訟が成就したのは、両事件が参政権の侵害を争ったものだったからとすべきである¹⁰⁷⁾。そして、訴訟によって、当該制度の違憲性が認識されると、それを認識しないことが、その時点以降の歴代国会議員の過失として評価され、同様の訴訟が提起された場合には、賠償が認められ易いという効用もある。その意味では、最高裁も、「憲法上立法者に対する立法義務が課されている場合に、当該立法義務を果たさなければ違憲となることは理論的に当然」であって、「問題は、「立法の不作为がいかなる場合に違憲となるか、という点にある」¹⁰⁸⁾というところに、在外邦人選挙権訴訟で漸く進んだと評価してよからう。

選挙権のように憲法の要請の強いところでは、不十分な立法を黙認した国会の過失は、早々に認めてよい¹⁰⁹⁾。熊本ハンセン病訴訟熊本地裁判決はこの点を強調した¹¹⁰⁾。在宅投票制度についても、選挙権侵害として公職選挙法35条などの合憲性を争えるほか、同様な状況にある人には権利が付与されているのに自分には付与されていないとして、平等権侵害であると主張できる¹¹¹⁾。立法裁量の問題も、個々の人権の性質や司法審査基準等の問題に還元できる¹¹²⁾。その意味でも、裁判所は、重要な人権侵害であれば、仮に国賠請求を斥けるとしても、違憲で

あるものは違憲と判示することが望ましい。

なお、立法の不作为の違憲性が確認されるのは、参政権や憲法14条1項後段列挙事由の差別などが主であり、この「問題が理論的な研究課題とされるようになった背景」として、第一義的に「社会国家理念の進展とそれに伴う国家任務の増大、および実質的平等の思想の普及」などがあった¹¹³⁾とするのは、現在ではやや疑問であろう。生存権については、具体的権利説が主張され、「立法権の不作为の違憲確認訴訟の構想」が「理論的な最終目標」とであるという大須賀明の積極的な立場もある¹¹⁴⁾が、まず、立法が政治的・社会的与件の中で行われることを考えると、特に社会権の場合、いかなる立法がなされなければならないかの明確な一線を画定するのが難しいと言える¹¹⁵⁾。仮に生存権の性質が具体的権利であるとしても、司法審査基準との関係で無理があると言うべきであろう¹¹⁶⁾。

また、当然に特定の訴訟手段しかないわけでもなく¹¹⁷⁾、他に方法があれば、立法の不作为の違憲訴訟と概念構成する必要も、その途を選択せねばならない理由もない¹¹⁸⁾。これは、家永教科書裁判においても、第1次訴訟¹¹⁹⁾は国家賠償請求であり、国の過失の有無に裁判所は答えざるを得なかったが、それが故に差止めは当初からできなかった。違憲「無効」は争い得ない¹²⁰⁾。これに対し、第2次訴訟¹²¹⁾は行政事件訴訟法上の訴訟であり、処分の無効を争うことが可能であったが、他方、学習指導要領が改定されていることを理由に、長期裁判が打ち切られる危険も有していた。このことを想起すると、立法の不作为であっても、場合によっては後者の選択肢などがあることを初めから考えないというものでもないであろう¹²²⁾。逆に、これまで国家賠償請求が考えられなかったような事件でも、これによって憲法判断を求めることは可能であることを示唆する¹²³⁾。

立法の不作为に対する国家賠償訴訟において、賠償が認められると、「税金の無駄な再配分」¹²⁴⁾となるような事例も想定され、その原資

は国民全体の負担となるという点も、請求そのものが棄却される理由なのかもしれない¹²⁵⁾が、それでもなお、裁判所により判決理由中で違憲が宣言されれば、法改正に寄与するという原告の大きな目的は達成できよう¹²⁶⁾。そうであれば、これよりは、立法の不作为の違憲確認訴訟の方が、不作为を直接問題にする方法であると言えるか¹²⁷⁾。前述の台湾人元日本軍人・軍属損失補償請求訴訟の控訴審は、立法不作为の違憲確認訴訟の余地を広く認めることを示唆したのであるが、「(1) 行政庁ないし立法府において一定内容の作為をなすべきことが法律上二義を許さないほどに特定していて、行政庁ないし立法府の第一次的な判断権を重視する必要がない程度に明白であること、(2) 事前の司法審査によらなければ回復し難い損害を生じ、事前の救済の必要性が顕著であること、(3) 他に適切な救済方法がないこと、の各要件が満たされることが必要である」などの要件を定めたため、予備的新訴についても却下の結論を示した¹²⁸⁾。この訴訟が違憲宣言に至らなかったのは、憲法上の請求権の存在の確認が難しいこと、特にそれが外国人の憲法上の権利とすることの難しさに尽きるのではなからうか。この点は、立法の義務付け訴訟、法律の施行の差止訴訟¹²⁹⁾であっても同様であろう。こうなると、「立法の不作为」が「司法審査の対象となるかどうかを取り立てて問題とする必要はない」¹³⁰⁾のかもしれない。実際に在外邦人選挙権訴訟最高裁判決はそのスタンスだとする指摘¹³¹⁾もある。

このような議論を進めていくと、立法の不作为の合憲性を争う訴訟で大事なのは偏に違憲の宣言であることになり、それでは抽象的違憲審査とはならないか、という疑念も生じよう¹³²⁾。国家賠償訴訟は、何らかの損害があれば出訴可能ということであるから、「既存の訴訟要件のレベルで適切に憲法訴訟の成立をコントロールできない」難点があるのである¹³³⁾。実際、在外邦人選挙権訴訟の最高裁判決のように、被害額を一律5000円としたことは、違憲審査の独

立・前置でもあり、事実上の抽象的違憲審査の便法になるのではないかと懸念¹³⁴⁾もある。国賠請求は、被害者個人の救済と同時に公務員の不正を糾すという意味があるとし、後者を強調する説¹³⁵⁾もあるが、そうであれば、抽象的違憲審査の性質を認める不適切な結論である。このことから、以前の最高裁は、国家賠償法に基づく立法の不作为の違憲訴訟の途を極めて絞っていたのだとも言えよう¹³⁶⁾。

だが、救済を必要としている具体的個人の権利・利益の侵害があれば、事件争訟性は問題になるまい¹³⁷⁾。立法行為が特定の個人に発生している場合、その法的権利を巡る訴訟であると言え、確かに、一般的には「法律上の争訟」である¹³⁸⁾。限られた障害者が原告で、原告の損害と違憲の疑いのある立法との因果関係の直接性の問題に帰着し、特定の状況にある個人が訴えた、在宅投票制度違憲訴訟などのケースでは、特に抽象的違憲審査化の懸念はなからう¹³⁹⁾。ただ、議員定数不均衡問題を国家賠償訴訟で争うような事案では、殆どの有権者の権利侵害が考えられ、それでもよいのかはやや躊躇する点であるが、損失の程度は選挙区によるため、個人的な損害であると、まだ言い得よう。この意味でも、いわゆる立法の不作为を司法的に争うことは可能である筈である。

おわりに

以上のように考えてみると、「立法の不作为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」¹⁴⁰⁾ように思われる。立法の不作为という概念は、「すぐれてドイツ的な発想」¹⁴¹⁾であったのかもしれない。自らの権利利益の救済を裁判所に求める中で、憲法上不完全な当該立法の合憲性を争うことは当然にできるのであって、訴訟法の不備や、その極端な事例であることを理由に、それを断念せねばならないことの方がおかしい。憲法違反の状態があった時点から憲法違反であることに違いはなく、違憲の立法に基づく適用は違憲であるし、国賠

請求も、行政処分自体が違憲であるときと同様、認められよう。ただ、憲法51条から、国会議員個人に請求できないだけのことである。それが素直で、かつ、司法権や憲法訴訟の諸原理と合致する結論である。

我々は、この問題においても、歴史や哲学や外国事情を振り回す人文主義的な、特殊な事例における特殊な問題という処理を最早やめるべきだ¹⁴²⁾ということである。それに尽きる。

注

- 1) これについては、君塚正臣「司法権定義に伴う裁判所の中間領域論—客観訴訟・非訟事件等再考(1)」横浜法学22巻3号143頁(2014)など参照。
- 2) 典型例として、警察予備隊違憲訴訟＝最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁。本件評釈には、覚道豊治「判批」阪大法学6号68頁(1953)、俵静夫「判批」民商法雑誌35巻6号134頁(1957)、市原昌三郎「判批」ジュリスト臨時増刊276-2号芦部信喜編『憲法判例百選』205頁(1963)、池田政章「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕12頁(1965)、雄川一郎「判批」東京大学判例研究会編『判例民事法 昭和27年度』(1966)、原龍之助「判批」田中二郎編『行政判例百選』〔新版〕206頁(1970)、樋口陽一「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第2版〕196頁(1971)、種谷春洋「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕217頁(1977)、同「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』181頁(1985)、川上宏二郎「判批」雄川一郎編『行政判例百選Ⅱ』328頁(1979)、尾吹善人『解説憲法基本判例』1頁(有斐閣、1986)、手島孝「判批」塩野宏＝小早川光郎編『行政判例百選Ⅱ』〔第3版〕360頁(1993)、川添利幸「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ』〔第3版〕400頁(1994)、大久保史郎「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕337頁(法律文化社、1994)、長谷部恭男「判批」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕194頁(1996)、渋谷秀樹「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル 憲法Ⅰ』100頁(三省堂、2000)、野坂泰司「判批」法学教室296号109頁(2005)、村松勲「判批」小早川光郎ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第5版〕302頁(2006)、西村裕一「判批」法学教室349号7頁(2009)、尾形健「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』287頁(悠々社、

- 2010), 斎藤千加子「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第6版〕310頁(2012), 佐々木雅寿「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕412頁(2013)などがある。このほか、真田秀夫「門前払をくつた予備隊違憲訴訟—鈴木委員長の最高裁提訴却下」時の法令78号48頁(1952), 高根義三郎「具体的事件を離れて最高裁判所は抽象的と法律命令等の合憲性を判断できるか」法学新報60巻7号68頁(1953), 井上典之「違憲審査制の樹立」法学セミナー604号103頁(2005), 同「裁判所による司法権の自己理解」法学セミナー633号76頁(2007), 笹田栄司「警察予備隊違憲訴訟—政治との距離を図る『方程式』の誕生」論究ジュリスト1号10頁(2012)なども参照。
- 3) 戸松秀典『憲法訴訟』〔第2版〕151頁(有斐閣, 2008)参照。
 - 4) これに対して, 憲法裁判所を有する国では, 憲法訴訟のような手段が選択される。山内敏弘「立法者の不作為に対する憲法訴訟」一橋研究13号1頁(1966), 長尾一紘「立法府の不作為に対する憲法訴訟—西ドイツにおける理論と実践」中大法学新報79巻1号111頁(1972), 武川真固「立法不作為をめぐる憲法訴訟理論の一考察—西ドイツの論議を中心として」高田短期大学紀要4号1頁(1986), 真鶴俊喜「ドイツの憲法裁判における立法の不作為(1-3・完)」上智法学論集39巻1号305頁(1995), 40巻1号189頁(1996), 43巻2号157頁(1999), 咸仁善「立法権の不作為と憲法裁判—韓国憲法裁判所の憲法訴訟審判制度を中心として」比較法雑誌35巻2号147頁(2001), 青木誠弘「立法不作為の違憲問題における立法義務」筑波法政47号59頁(2009)など参照。
 - 5) 新正幸『憲法訴訟論』〔第2版〕307頁(信山社, 2010)参照。
 - 6) 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟第1巻』355頁, 364頁(有斐閣, 1987), 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』80-81頁(有斐閣, 1995)は, 自由権一般についてそう論及するが, 中谷実「立法の不作為」ジュリスト1037号228頁(1994)が示唆するように, 経済的自由のうち財産権のように, 法律によって権利の中身が規定される傾向のものもあり, 注意を要する。
 - 7) 井上典之「立法不作為と違憲審査」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』277頁, 292頁(有斐閣, 2005)。
 - 8) 岩間昭道『憲法綱要』303頁(尚学社, 2011), 樋口陽一『憲法』〔第3版〕444頁(創文社, 2007)は, 免訴判決に至った高田事件最高裁判決(最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁)も挙げるが, ここへの分類は不要であろう。中谷前掲註6)論文229頁は, 「直接的救済」テクニックだとする。
 - 9) 吉田善明『日本国憲法論』〔第3版〕264頁(三省堂, 2003)は, 第三者所有物没収事件最高裁判決=最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁もこの例であると述べている。しかし, 改めての概念区分は不要であろう。
 - 10) 毛利透ほか『憲法Ⅰ』325頁(有斐閣, 2011)[松本哲治]。
 - 11) 最大判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁。本件評釈には, 中村陸男「判批」ジュリスト855号84頁(1986), 同「判批」法学セミナー375号40頁(1986), 泉徳治「判批」ジュリスト855号90頁(1986), 同「判批」法曹時報38巻4号941頁(1986), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇昭和60年度』366頁(法曹会, 1989), 藤井俊夫「判批」ジュリスト臨時増刊862号『昭和60年度重要判例解説』17頁(1986), 釜田泰介「判批」法学教室66号82頁(1986), 長尾一紘「判批」民商法雑誌95巻2号96頁(1986), 同「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕426頁(2000), 内野正幸「判批」法学セミナー374号20頁(1986), 戸波江二「判批」同377号109頁(1986), 同「判批」法学教室77号別冊附録『判例セレクト'86』7頁(1987), 棟居快行「判批」判例評論330号40頁(1986), 田中館照橋「判批」法令解説資料総覧53号130頁(1986), はやし・しうぞう「判批」時の法令1276号58頁(1986), 小林武「判批」南山法学10巻1号79頁(1986), 宇都宮純一「判批」法学53巻5号145頁(1989), 渋谷秀樹「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅰ』104頁(三省堂, 2000), 新正幸「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕438頁(2007), 長谷部恭男「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕478頁(2012), 大石和彦「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕420頁(2013), 野中前掲註6)書108頁などがある。このほか, 中谷実「立法の不作為をめぐる司法消極主義と積極主義(1, 2)」南山法学30巻3=4号67頁(2007), 32巻2号41頁(2008), 土井真一「立法行為と国家賠償—2つの最高裁判例を読む」法学教室388号91頁(2013)なども参照。
 - 12) 札幌地小樽支判昭和49年12月9日判時762号8頁。本件評釈には, 古崎慶長「判批」判例評論195号21頁(1975), 向井久了「判批」上智法学論集20巻1号189頁(1976), 井端正幸「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕97頁(法律文化社, 1994), 三輪隆「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕324頁(2000), 青井未帆「判批」高橋和之ほ

- か編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕332頁(2007)などがある。このほか、山中善夫「投票所は月よりも遠し」—在宅投票廃止違憲判決(札幌地小樽支判49・12・9)をめぐって」法学セミナー237号98頁(1975)、小林武「立法の不作為に対する国家賠償請求訴訟」南山法学4巻2号21頁(1980)[以下、小林前掲註12]I論文、と引用]、同「立法の不作為に対する国家賠償請求訴訟・続」南山法学6巻2号23頁(1982)[以下、小林前掲註12]II論文、と引用]なども参照。
- 13) 佐藤幸治『現代国家と司法権』260頁(有斐閣、1988)。
- 14) これについて、LRAの基準を採用したものとする評価もある。杉原則彦「判批」法曹時報58巻2号279頁、305-307頁(2006)。しかし、このようなものは、手段審査において必要最小限度の手段の存在について合憲を主張する側に証明責任を負わせたものであり、通常の厳格審査に基づくものに過ぎない。LRAの基準とは、あくまでも、猿払事件一審判決(旭川地判昭和43年3月25日下刑集10巻3号293頁)などに見られるような、より軽い刑罰・処罰でも同じ結果が得られるなら、軽い刑罰・処罰を選択すべきだとする合憲性判断基準のことである。君塚正臣「LRAの基準—他に選択し得る基準が存する場合における本基準のより制限的な利用の勧め」横浜国際経済法学19巻3号103-134頁(2011)。
- 15) これを受けた1975年1月20日施行の公職選挙法49条2項改正で、重度身障者は郵便投票が可能になった。
- 16) 札幌高判昭和53年5月24日高民集31巻2号231頁。本件評釈には、佐藤英善ほか「判批」法学セミナー281号44頁(1978)、大内俊身「判批」民事研修258号26頁(1978)、小林武「判批」南山法学2巻3号181頁(1978)、中村陸男「判批」ジュリスト臨時増刊693号『昭和53年度重要判例解説』9頁(1979)、清水望「判批」Law School2巻3号114頁(1979)、向井久了「判批」法と秩序9巻1号29頁(1979)、長尾一紘「判批」芦部信喜編『憲法判例百選Ⅱ』330頁(1980)などがある。このほか、野中俊彦ほか「ゼミナール憲法裁判—憲法裁判の新たな可能性1—憲法裁判と制度改革」法学セミナー362号68頁(1985)、野中前掲註6)書49頁以下などがある。
- 17) 内野前掲註11)評釈20頁。
- 18) 同上21頁。
- 19) 野中前掲註6)書120頁。
- 20) 渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』269頁(信山社、1995)。
- 21) 最判平成9年9月9日民集51巻8号3850頁。本件評釈には、安藤高行「判批」ジュリスト臨時増刊1135号『平成9年度重要判例解説』24頁(1998)、大橋弘「判批」ジュリスト1133号180頁(1998)、同「判批」法曹時報52巻2号590頁(2000)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成9年度下』1180頁(法曹会、2000)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例1 公法編』117頁(有斐閣、2003)、石井忠雄「判批」法律のひろば51巻10号34頁(1998)、秋山義昭「判批」判例評論476号36頁(1998)、阿部泰隆「判批」民商法雑誌121巻1号86頁(1999)、國井和郎「判批」法律時報別冊『私法判例リマックス』18号(1999)、森田浩美「判批」判例タイムズ1005号『平成10年度主要民事判例解説』130頁(1999)、宍戸常寿「判批」法学協会雑誌116巻4号681頁(1999)、原田一明「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕376頁(2013)などがある。
- 22) 網羅的紹介として、畑尻剛「立法不作為とその救済方法」法律時報83巻5号63頁、64-65頁注6(2011)など参照。
- 23) 最大判昭和62年6月26日判時1262号100頁。本件評釈には、原田尚彦「判批」ジュリスト臨時増刊910号『昭和62年度重要判例解説』36頁(1988)、米沢広一「判批」法学教室89号別冊附録『判例セレクト'87』13頁(1988)、同「判批」佐藤進ほか編『社会保障判例百選』232頁(1991)、小林武「判批」民商法雑誌98巻2号146頁(1988)、平林慶一「判批」判例タイムズ706号『昭和63年度主要民事判例解説』118頁(1989)、大橋洋一「判批」西村健一郎=岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第4版〕242頁(2008)などがある。以下の戦後補償をめぐる裁判全般につき、中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成」立命館法学287号1頁(2003)、内藤光博「違憲訴訟に関する一考察—戦後補償裁判における国家賠償責任の可能性」専修法学論集92号71頁(2004)、同「中国残留婦人国賠訴訟における立法不作為違憲論」同99号57頁(2007)も参照。
- 24) 最判平成2年2月6日訟月36巻12号2242頁。本件評釈には、松下満雄「判批」ジュリスト956号76頁(1990)、柳赫秀「判批」山本草2ほか編『国際法判例百選』150頁(2001)、大石眞「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕208頁(2007)、武永淳「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕208頁(2013)、櫻井敬子「判批」自治実務セミナー53巻6号9頁(2014)などがある。
- 25) 最大判平成9年3月13日民集51巻3号1233頁。本件評釈には、成嶋隆「判批」法学教室206号96頁(1997)、大野重國「判批」法

- 律のひろば 50 卷 9 号 66 頁 (1997), 小山剛「判批」ジュリスト臨時増刊 1135 号『平成 9 年度重要判例解説』16 頁 (1998), 綿引万里子「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成 9 年度上』423 頁 (法曹会, 2005) などがある。
- 26) 最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁。本件評釈には, 新井誠「判批」法学セミナー 612 号 74 頁 (2005), 土本武司「判批」捜査研究 54 卷 10 号 127 頁 (2005), 米沢広一「判批」ジュリスト臨時増刊 1313 号『平成 17 年度重要判例解説』7 頁 (2006), 木村琢磨「判批」同 50 頁, 只野雅人「判批」法学教室 306 号別冊附録『判例セレクト 2005』6 頁 (2006), 野坂泰司「判批」法学教室 315 号 77 頁 (2006), 同「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕324 頁 (2013), 浜川清「判批」法律時報 78 卷 2 号 84 頁 (2006), 下山憲治「判批」法学セミナー 614 号 121 頁 (2006), 古田啓昌「判批」同 615 号 30 頁 (2006), 山崎栄一郎「判批」法律のひろば 59 卷 2 号 63 頁 (2006), 赤坂正浩「判批」判例評論 572 号 9 頁 (2006), 吉田尚弘「判批」判例タイムズ臨時増刊 1215 号『平成 17 年度主要民事判例解説』74 頁 (2006), 佐久間健吉「判批」同 288 頁, 早坂禧子「判批」法令解説資料総覧 289 号 77 頁 (2006), 小山剛「判批」受験新報 659 号 20 頁 (2006), 同「判批」660 号 16 頁, 村田尚紀「判批」関西大学法学論集 55 卷 6 号 135 頁 (2006), 内藤光博「判批」専修ロージャーナル 1 号 147 頁 (2006), 岡田順太「判批」東北文化学園大総合政策論集 5 卷 1 号 239 頁 (2006), 木村草太「判批」法学協会雑誌 124 卷 6 号 234 頁 (2007), 鈴木秀孝「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成 17 年』64 頁 (ぎょうせい, 2007), 杉原則彦「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成 17 年度』603 頁 (法曹会, 2008), 同前掲註 14) 評釈, 青木誠弘「判批」筑波法政 46 号 199 頁 (2009), 土井真一「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』300 頁 (悠々社, 2010), 越智敏裕「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕442 頁 (2012) などがある。このほか, 長谷部恭男ほか「鼎談・在外邦人選挙権大法院判決をめぐって」ジュリスト 1303 号 2 頁 (2005), 木村将成「憲法の『行為規範』化か」日本大学大学院法学研究年報 36 号 23 頁 (2006), 井上典之「立法不作為からの権利救済」法学セミナー 631 号 77 頁 (2007), 岩切大地「立法行為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」立正法学論集 45 卷 1 号 31 頁 (2011), 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」論究ジュリスト 1 号 81 頁 (2012), 土井前掲註 11) 文献などがある。
- 27) 東京高判平成 12 年 11 月 8 日判タ 1088 号 133 頁。
- 28) 藤田宙靖「裁判と法律学」325-326 頁 (有斐閣, 2016) [藤田発言]。
- 29) 渋谷秀樹『憲法』〔第 2 版〕493 頁 (有斐閣, 2013)。
- 30) こういった判決が下されるには, それ以前に「原則」が「上方移動」していることを指摘する見解もある。大石和彦「『国籍法違憲判決』は『郵便法違憲判決』または『在外国民選挙県訴訟』判決と似ているか?」阪本昌成古稀記念『自由の法理』419 頁, 422 頁下 (成文堂, 2015) は, 泉佐野市民会館事件 (最判平成 7 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁) において, 「基準線の位置が, 会館を「貸してもらえる状態 (本来は線が存在しないはずの場所) へとスライド」したと指摘する。
- 31) 最判平成 18 年 7 月 13 日判時 1946 号 41 頁。本件評釈には, 多田一路「判批」法学セミナー 624 号 101 頁 (2006), 青井未帆「判批」法学教室 318 号別冊附録『判例セレクト 2006』3 頁 (2007), 畑尻剛「判批」ジュリスト臨時増刊 1332 号『平成 18 年度重要判例解説』8 頁 (2007), 小林武「判批」民商法雑誌 136 卷 1 号 96 頁 (2007), 小山操子=石橋志乃=田淵学「判批」法学セミナー 626 号 30 頁 (2007), 小山剛「判批」受験新報 675 号 14 頁 (2007), 棟居快行「判批」国際人権 19 号 160 頁 (2008), 藤川浩司「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成 18 年』107 頁 (ぎょうせい, 2008), 坂東雄介「判批」北大法学論集 58 卷 6 号 330 頁 (2008), 茂木洋平「判批」東北法学 32 号 375 頁 (2008) などがある。
- 32) 井上前掲註 26) 論文 80 頁。
- 33) 中谷実「立法の不作為をめぐる司法消極主義と積極主義 (2)」南山法学 32 卷 2 号 41 頁, 42 頁 (2008)。
- 34) 最判平成 19 年 9 月 28 日民集 61 卷 6 号 2345 頁。本件評釈には, 君塚正臣「判批」ジュリスト臨時増刊 1354 号『平成 19 年度重要判例解説』22 頁 (2008), 工藤達朗「判批」法学教室 330 号別冊附録『判例セレクト 2007』4 頁 (2008), 新井章「判批」法学セミナー 638 号 30 頁 (2008), 多田一路「判批」同 121 頁, 加藤智章「判批」西村健一郎=岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第 4 版〕18 頁 (2008), 西土彰一郎「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』2 号 19 頁 (2008), 北村和生「判批」同 57 頁, 岩崎慎「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成 19 年』136 頁 (ぎょうせい, 2009), 村田尚紀「判批」関西大学法学論集 58 卷 5 号 121 頁 (2009), 武田美和子「判批」法曹時報 62 卷 10

- 号103頁(2010),同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成19年度下』620頁(法曹会,2010),内野正幸「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕298頁(2013),廣田久美子「判批」岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第5版〕22頁(2016)などがある。このほか、西埜章「学生無年金障害者訴訟における立法不作為の違法性」明治大学法科大学院論集1号131頁(2006),青木誠弘「不平等を解消しない立法不作為」筑波法政43号31頁(2007),同前掲註4)論文,柏崎洋美「学生無年金障害者訴訟に関する一考察」跡見学園女子大学マネジメント学部紀要7号15頁(2009),木村前掲註26)論文などもある。関連して,畑中祥子「社会保険における『任意』と『強制』—学生無年金障害者訴訟における国民年金の任意加入制度と立法の不作為について」賃金と社会保障1401号48頁(2005)も参照。
- 35) 東京地判平成16年3月24日判時1852号3頁。本件評釈には,愛敬浩二「判批」法学セミナー597号16頁(2004),堀勝洋「判批」判例評論550号14頁(2004),村田尚紀「判批」ジュリスト臨時増刊1291号『平成16年度重要判例解説』24頁(2005),同「判批」関西大学法学論集55巻2号56頁(2005),工藤達朗「判批」法学教室294号別冊付録「判例セレクト2004」5頁(2005),岡田正則「判批」法学セミナー602号119頁(2005)などがある。このほか,植木淳「平等原則と社会保障」北九州市立大学法政論集32巻2=3号1頁(2004),君塚正臣「学生無年金障害者問題の憲法学—差別包囲状況における『緩やかな合理性の基準』の想定外の可能性」法律時報77巻8号75頁(2005),畑尻剛「違憲判断の具体的処理方法—違憲確認判決を中心に」中央ロー・ジャーナル7巻1号65頁(2010)も参照。
- 36) 東京高判平成17年3月25日判時1899号46頁。本件評釈には,高藤昭「判批」判例評論563号2頁(2006),村山健太郎「判批」自治研究82巻10号140頁(2006),川野祐司「判批」広島法学29巻3号67頁(2006),植木淳「判批」北九州市立大学法政論集33巻2=3=4号113頁(2006),内野正幸「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕304頁(2007)などがある。
- 37) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。本件評釈には,長谷部恭男「判批」ジュリスト1366号77頁(2008),佐野寛「判批」同85頁,森英明「判批」同92頁(2008),同「判批」法曹時報62巻7号240頁(2010),同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例6 平成18~20年』5頁(有斐閣,2010),同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成20年度』267頁(法曹会,2011),奥田安弘「判批」法律時報80巻10号(2008),榎透「判批」法学セミナー645号126頁(2008),竹下啓介「判批」同647号6頁(2008),佐久間健吉「判批」法律のひろば61巻11号56頁(2008),同「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成20年』168頁(ぎょうせい,2010),村重慶一「判批」戸籍時報629号80頁(2008),近藤博徳「判批」法と民主主義433号19頁(2008),今井直「判批」季刊教育法159号74頁(2008),山元一「判批」ジュリスト臨時増刊1376号『平成20年度重要判例解説』13頁(2009),前田雅子「判批」同58頁,立松美也子「判批」同319頁,原田央「判批」法学教室341号6頁(2009),近藤敦「判批」同342号別冊附録『判例セレクト2008』3頁(2009),松本和彦「判批」民商法雑誌140巻1号59頁(2009),近藤博徳「判批」法学セミナー651号10頁(2009),浮田徹「判批」同増刊『速報判例解説』4号9頁(2009),金亮完「判批」同83頁,佐藤やよひ「判批」『私法判例リマックス』39号130頁(2009),市川正人「判批」判例評論599号2頁(2009),寶金敏明「判批」別冊判例タイムズ25号『平成20年度主要民事判例解説』266頁(2009),栗田佳泰「判批」九大法政研究75巻4号101頁(2009),下斐弥生「判批」九大学生論集3号31頁(2009),松井直之「判批」横浜国際経済法学17巻3号325頁(2009),百地章=山田亮介「判批」日本法学75巻1号211頁(2009),飯田稔「判批」亜細亜法学44巻1号255頁(2009),安藤高行「判批」九州国際大法学論集15巻3号101頁(2009),高井裕之「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法I』42頁(悠々社,2010),木村草太=大村敦志「判批」法学協会雑誌127巻2号147頁(2010),山田哲史「判批」法学論叢168巻1号105頁(2010),畑尻剛「判批」中央ロー・ジャーナル7巻1号65頁(2010),横尾日出雄「判批」CHUKYO LAWYER12号21頁(2010),吉田仁美「判批」関東学院法学19巻3号161頁(2010),毛利透「判批」櫻田嘉章=道垣内正人編『国際私法判例百選』〔第2版〕246頁(2012),横溝大「判批」戸籍時報684号16頁(2012),加藤隆之「判批」亜細亜法学46巻2号57頁(2012),井上典之「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕74頁(2013)などがある。このほか,高橋和之=岩沢雄司=早川真一郎「鼎談・国憲法違憲判決をめぐって」ジュリスト1366号44頁(2008),近藤博徳「最高裁2008年6月4日大法廷判決とその後の実務」自由と正義62巻4号39頁(2011),新井信之「わが国の最高裁判所における人権保障のグローバル化の兆候(1,2)—近年の婚外子裁判をめぐって

- て」香川法学30巻3=4号1頁(2011), 34巻3=4号240頁(2015), 常本照樹「平等判例における違憲判断と救済方法の到達点」論究ジュリスト1号100頁(2012)などもある。
- 38) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁。本件評釈には, 畑佳秀「判批」ジュリスト1490号97頁(2016), 上田健介「判批」法学教室430号126頁(2016), 中里見博「判批」同431号30頁(2016), 斎藤一久「判批」法学セミナー735号108頁(2016), 尾島明「判批」法律のひろば69巻4号66頁(2016), 建石真公子「判批」判例時報2284号53頁(2016), 村重慶一「判批」戸籍時報736号44頁(2016), 水野紀子「判批」家庭の法と裁判6号15頁(2016)などがある。関連して, 坂本洋子「別姓訴訟—立法不作為の違法性を問う!」時の法令1933号46頁(2013)などがある。
- 39) これについては, 君塚正臣『性差別司法審査基準論』167頁以下(信山社, 1996)など参照。
- 40) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。本件評釈には, 渡邊泰彦「判批」民商法雑誌152巻3号287頁(2015), 加本牧子「判批」ジュリスト1490号88頁(2016), 笹田栄司「判批」法学教室430号125頁(2016), 神橋一彦「判批」同133頁, 久保野恵美子「判批」同136頁, 堀口悟郎「判批」法学セミナー734号108頁(2016), 朝田とも子「判批」同735号109頁(2016), 尾島明「判批」法律のひろば69巻4号66頁(2016), 建石真公子「判批」判例時報2284号53頁(2016), 村重慶一「判批」戸籍時報736号47頁(2016), 澤田省三「判批」戸籍925号14頁(2016), 窪田充見「判批」家庭の法と裁判6号7頁(2016), 中曾久雄「判批」愛媛法学会雑誌42巻3=4号173頁(2016), 大竹昭裕「判批」青森法政論叢17号117頁(2016), 飯田稔「判批(1,2・完)」亜細亜法学51巻1号87頁(2016), 2号285頁(2017)などがある。
- 41) 最判平成7年12月5日判時1563号81頁。本件評釈には, 植野妙実子「判批」法学教室198号別冊附録「判例セレクト'96」8頁(1997), 君塚正臣「判批」民商法雑誌115巻4=5号729-733頁(1997), 同「判批」水野紀子=大村敦志編『民法判例百選Ⅲ』〔第7版〕12頁(2015), 大沼洋一「判批」判例タイムズ945号『平成8年度主要民事判例解説』142頁(1997), 村重慶一「判批」戸籍時報475号57頁(1997), 中川淳「判批」同606号84頁(2006), 小林節「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕66頁(2007), 糠塚康江「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕64頁(2013)などがある。
- 42) 井上前掲註26)論文80頁。
- 43) 東京地判昭和52年8月8日判時859号3頁。本件評釈には, 野中前掲註6)書70頁などがある。このほか, 札幌地判昭和56年10月22日判時1021号25頁, 東京地判昭和56年11月30日判タ467号120頁もあり, その評釈には, 藤原利紘「判批」選挙時報31巻3号41頁(1982)などがある。
- 44) 大阪地判昭和55年5月14日判時972号79頁。本件評釈には, 大沢勝「判批」季刊教育法37号114頁(1980), 竹中勲「判批」法学セミナー313号104頁(1981), 中村陸男「判批」判例評論265号174頁(1981)などがある。このほか, 小林武「教育を受ける権利と立法の不作為」南山法学5巻4号57頁(1982)などがある。
- 45) 福岡地判昭和55年6月5日判時966号3頁。本件評釈には, 鴨野幸雄「判批」ジュリスト臨時増刊743号『昭和55年度重要判例解説』24頁(1981), 棟居快行「判批」ジュリスト755号137(頁1981), 後藤智「判批」法学セミナー313号175頁(1981), 水野忠恒「判批」判例評論266号157頁(1981), 北島泰治「判批」中京大法学研究論集2号142頁(1981), 和田英夫「判批」金子宏編『租税判例百選』18頁(1983), 中里実「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕444頁(2000), 碓井光明「判批」『地方自治判例百選』〔第3版〕8頁(2003), 橋本博之「判批」水野忠恒ほか編『租税判例百選』〔第5版〕20頁(2011), 藤谷武史「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第4版〕8頁(2013), 林仲宣「判批」税70巻4号308頁(2015)などがある。
- 46) 名古屋地判昭和55年11月19日行集31巻11号2408頁。
- 47) 東京地判昭和56年3月30日判時996号23頁。本件評釈には, 石黒一憲「判批」法学教室9号101頁(1981), 松岡博「判批」判例タイムズ446号11頁(1981), 藤井俊夫「判批」判例評論273号18頁(1981), 二宮正人「判批」ジュリスト760号164頁(1982), 米沢広一「判批」法学セミナー324号117頁(1982), 小林節「判批」判例タイムズ463号66頁(1982), 伊志嶺恵徹「判批」琉大法学30号149頁(1982), 欧龍雲「判批」ジュリスト臨時増刊768号『昭和56年度重要判例解説』274頁(1982), 高良鉄美「判批」九大法政研究49巻4号437頁(1983), 平野朋子「判批」西南学院大法学論集15巻3号101頁(1983), 加来昭隆「判批」池原季雄=早田芳郎『涉外判例百選』〔第2版〕230頁(1986)などがある。このほか, 畑尻前掲註35)論文も参照。
- 48) 東京高判昭和57年6月23日行集33巻6号1367頁。本件評釈には, 江橋崇「判批」ジュリスト臨時増刊792号『昭和57年度重要判例

- 解説』14頁(1983), 内野正幸「判批」自治研究60巻6号155頁(1984), 畑尻剛「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I』〔第4版〕76頁(2000), 常本照樹「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選I』〔第5版〕74頁(2007)などがある。
- 49) 東京地判昭和57年2月26日行集33巻1=2号287頁。本件評釈には, 鴨野幸雄「判批」法学セミナー337号34頁(1983), 戸波江二「判批」判例評論298号180頁(1983), 今井威「判批」西南学院大法学論集15巻4号167頁(1983)などがある。
- 50) 東京高判昭和60年8月26日行集36巻7=8号1211頁。本件評釈には, 江橋崇「判批」ジュリスト847号45頁(1985), 古川純「判批」法学教室64号74頁(1986), 東壽太郎「判批」ジュリスト臨時増刊862号『昭和60年度重要判例解説』254頁(1986), 戸波江二「判批」法学セミナー379号117頁(1986), 内野正幸「判批」自治研究62巻11号123頁(1986)などがある。
- 51) 最判平成4年4月28日判時1422号91頁。本件評釈には, 高野幹久「判批」法学教室147号88頁(1992), 同「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I』〔第4版〕18頁(2000), 永田秀樹「判批」法学セミナー452号130頁(1992), 沼田寛「判批」法律のひろば45巻9号68頁(1992), 伊藤敏治「判批」訟務月報38巻12号65頁(1992), 金東勲「判批」ジュリスト臨時増刊1024号『平成4年度重要判例解説』273頁(1993), 牧野忠則「判批」法学教室150号別冊附録『判例セレクト'92』8頁(1993), 阿部浩己「判批」ジュリスト1040号141頁(1994), 澤野義一「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕425頁(法律文化社, 1994), 小山剛「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法I』7頁(悠々社, 2010), 館田晶子「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕16頁(2013)などがある。このほか, 高野幹久「国籍条項の違憲性と人権の国際的保護」法学教室186号68頁(1996), 萩野芳夫「戦後補償と立法裁量論について」関東学院法学9巻2号1頁(2000)参照。
- 52) 内野前掲註11) 評釈21頁。
- 53) 詳細は, 岡崎勝彦「在日韓国・朝鮮人の地方参政権保障」島大法学39巻4号289頁(1996)など参照。
- 54) 大阪地判平成9年5月28日判タ956号163頁。本件評釈には, 金子順一「判批」判例タイムズ1005号『平成10年度主要民事判例解説』316頁(1999)などがある。
- 55) 山口地下関支判平成10年4月27日判時1642号24頁。本件評釈には, 戸塚悦朗「判批」法学セミナー523号37頁(1998), 岡田正則「判批」同525号26頁(1998)などがある。このほか, 木村将成「『立法不作為』をめぐる2つの地裁判決について」日本大学大学院法学研究年報32号31頁(2002), 高良沙哉「戦後補償立法と被害者救済—いわゆる従軍慰安婦裁判を契機として」沖縄大学法経学部紀要14号1頁(2010)などがある。関連して, 西埜章「立法不作為の違法性」新潟大法政理論35巻3号101頁(2003), 小林武「『戦後補償』の国家責任」南山大アカデミア人文・社会科学編76号393頁(2003), 東京地判平成15年4月24日判時1823号61頁に対する評釈である高良沙哉「判批」沖縄大学法経学部紀要9号37頁(2007)も参照。
- 56) 広島高判平成13年3月29日判時1759号42頁。原審を取り消し, 原告の訴えを棄却した。
- 57) 熊本地判平成13年5月11日判時1748号30頁。本件評釈には, 小山剛「判批」ジュリスト1210号152頁(2001), 石埼学「判批」法学セミナー560号56頁(2001), 高佐智美「判批」同562号117頁(2001), 村重慶一「判批」判例タイムズ1070号(2001), 土井真一「判批」ジュリスト臨時増刊1224号『平成13年度重要判例解説』25頁(2002), 青柳幸一「判批」法学教室258号別冊附録『判例セレクト'01』3頁(2002), 並木茂「判批」法律時報別冊『私法判例リマークス』25号58頁(2002), 宇賀克也「判批」判例評論516号2頁(2002), 小島慎司「判批」自治研究78巻5号110頁(2002), 石森久広「判批」法政研究69巻1号117頁(2002), 飯田稔「判批」法学新報108巻11=12号175頁(2002), 磯部哲「判批」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』56頁(2006), 青井未帆「判批」信州大学経済学論集54号153頁(2006), 徳田靖之「判批」法と民主主義461号26頁(2011), 佐藤修一郎「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕422頁(2013), 高島英弘「判批」甲斐克則編『医事法判例百選』〔第2版〕24頁(2014)などがある。このほか, 松本克美「ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程」立命館法学277号1頁(2001), 番匠小百合「立法不作為訴訟」龍谷大学法学研究6号23頁(2004), 棟居快行「憲法学の可能性」125頁以下(信山社, 2012), 森川恭剛『ハンセン病と平等の法論』(法律文化社, 2012), 木村前掲註55) 論文などがある。
- 58) 但し, 判決後の政府声明は, 立法行為に政府が責任を負うのは, 「故意に憲法に違反し国民の権利を侵害する場合」に限るとした。高佐同上117頁。また, 棟居同上132頁は, 確定判決の内容に異議を唱えることは, 司法権の独立の侵害であり, 最高裁が沈黙を守るべき事態ではない, と批判する。

- 59) 東京地判平成14年11月28日判タ1114号93頁。本件評釈には、川崎和代「判批」法学セミナー583号72頁(2003)、青井未帆「判批」法学教室282号別冊附録『判例セレクト2003』9頁(2004)、仁田裕也「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成14年』281頁(ぎょうせい, 2014)、佐藤寛稔「判批」東北学院法学65号151頁(2006)などがある。このほか、大林文敏「立法不作為に関する一考察—ALS患者選挙権訴訟を中心に—」愛知大学法経論集168号1頁(2005)などがある。
- 60) 大津地判平成19年8月23日判時1989号97頁。本件評釈には、鶴澤剛「判批」自治研究86巻7号132頁(2010)などがある。この種の訴訟は、生存権に関する具体的権利説によっている。戸波前掲註6)論文355頁。
- 61) 大阪地判平成22年10月15日判時2101号73頁。本件評釈には、友岡史仁「判批」判例評論632号34頁(2011)、稲森公嘉「判批」法学教室378号別冊付録『判例セレクト2011-2』9頁(2012)、山下真「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成22年』256頁(ぎょうせい, 2012)などがある。
- 62) 大阪地判平成23年12月7日判時2176号52頁。本件評釈には、山下恭弘「判批」法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch』11号307頁(2012)、青井未帆「判批」世界833号184頁(2012)、宮川広臣「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成23年』259頁(ぎょうせい, 2013)などがある。このほか、青井未帆「立法不作為の違憲と『人権』侵害の救済」学習院大学法学会雑誌48巻1号3頁(2012)など参照。大阪高判平成25年1月16日訟月59巻12号3046頁は控訴を棄却した。関連して、青井未帆「空襲被災者の救済と立法不作為の違憲」成城法学80号210頁(2011)も参照。
- 63) 小林前掲註12)Ⅱ論文41頁。
- 64) 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171頁, 172頁(2007)。
- 65) 大石和彦「『立法不作為に対する司法審査』再論」立教法学82号130頁, 132頁(2011)は更に、「立法者が現に法律の制定改廃措置をしないこと」という意味での「立法不作為」と、「規範という観念的事象」である「立法の不存在」の区別ですら「十分自覚的な議論がなされ」ていない、と批判する。
- 66) 大石前掲註64)論文172頁。
- 67) 下村瑛二『国家賠償』32-33頁(日本評論新社, 1954)、今村成和『国家補償法』102頁(有斐閣, 1957)、遠藤博也『国家補償法上巻』450頁(青林書院新社, 1981)など。
- 68) 有倉遼吉『公法における理念と現実』240頁(多摩書店, 1959)、雄川一郎「日本の国家責任法 下」ジュリスト305号28頁(1964)、古崎慶長『国家補償法』113頁(有斐閣, 1971)、下山瑛二『国家補償法』123頁(筑摩書房, 1973)、野中前掲註6)書79頁など。下山説は転向したことになる。学説状況については、西埜章「立法の不作為と国家賠償責任」明大法律論叢81巻4=5号93頁(2009)が詳しい。
- 69) 木村前掲註55)論文35頁。同論文による2地裁判決の批判は、専ら在宅投票制度違憲訴訟最高裁判決を基準としたものである。
- 70) 戸松前掲註3)書157頁。
- 71) 古崎前掲註12)評釈22頁。違憲審査権はそのような例外的なものではない。同評釈は、「わたくしは憲法学者ではないので、」地裁判決の「憲法論の評釈は他の適当な方に譲り」などとして始まっているが、その多くの部分は、司法権解釈を中心とする憲法論である。
- 72) 駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山剛=駒村編『論点探究憲法』〔第2版〕358頁, 359頁(弘文堂, 2013)。
- 73) 大石前掲註64)論文182頁。
- 74) 棟居前掲註57)書130頁。
- 75) 伊藤正己『憲法』〔第3版〕638頁(弘文堂, 1995)。
- 76) 浦部法穂『憲法教室』〔第3版〕391頁(日本評論社, 2016)。
- 77) 戸松前掲註3)書152頁。
- 78) 井上典之『司法的人権救済論』93頁(信山社, 1992)、木下智史=只野雅人編『新・コンメンタール 憲法』638頁(日本評論社, 2015)[大河内美紀]同旨。
- 79) 戸波前掲註6)論文362頁。
- 80) 大石前掲註64)論文175頁同旨か。手続法の欠缺の際にも補填される。棟居快行「基本権としての人権—『基本権訴訟』その後」専修法学論集128号199頁(2016)など参照。
- 81) 戸波前掲註6)論文367頁。
- 82) 藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』226頁(成文堂, 2007)は、「ここでは憲法上の作為義務を論ずる必要はない」のだと指摘する。同「違憲審査の対象」樋口陽一編『講座憲法学6—権力の分立【2】』95頁, 119頁以下(日本評論社, 1995)も参照。榎原猛『憲法—体系と争点』375頁(法律文化社, 1986)も、「個人の基本的な人権が現に侵害されている場合には肯定されるべきである」と述べる。なお、阪本昌成『憲法理論I』〔補訂第3版〕435頁(成文堂, 2000)は、これを、「純粹不作為」と区別して「作為起因性不作為」と命名している。棟居前掲註57)書127頁同旨。
- 83) 新前掲註5)書304-305頁。
- 84) 樋口陽一=栗城壽夫『憲法と裁判』279頁(法律文化社, 1988)[栗城]。

- 85) 例えば、河川附近地制限令事件最高裁判決 = 最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁。本件評釈には、桑田連平「判批」ジュリスト420号61頁(1969)、同「判批」法曹時報21巻3号181頁(1969)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和43年度』404頁(法曹会、1969)、今村成和「判批」ジュリスト臨時増刊433号『昭和43年度重要判例解説』27頁(1969)、同「判批」判例評論123号23頁(1969)、高原賢治「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』〔第3版〕108頁(1974)、今村成和「判批」雄川一郎編『行政判例百選I』〔第4版〕305頁(1979)、近藤昭三「判批」塩野宏編『行政判例百選II』〔第2版〕328頁(1987)、内野正幸「判批」成田頼明編『街づくり・国づくり判例百選』232頁(1989)、近藤昭三「判批」塩野宏 = 小早川光郎編『行政判例百選II』〔第3版〕332頁(1993)、野村武司「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選II』〔第4版〕356頁(1999)、竹内重年「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I』〔第4版〕222頁(2000)、野村武司「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選II』〔第6版〕532頁(2012)、田村理「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕228頁(2013)などがある。
- 86) 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。本件評釈には、大塚仁「判批」ジュリスト532号49頁(1973)、平野龍一「判批」法律時報45巻6号55頁(1973)、和田英夫「判批」法学セミナー211号2頁(1973)、佐藤勲平「判批」法律のひろば26巻6号34頁(1973)、植松正「判批」同8号33頁、香川達夫「判批」判例評論172号34頁(1973)、同「判批」ジュリスト臨時増刊565号『昭和48年度重要判例解説』132頁(1974)、金沢文雄「判批」判例タイムズ297号2頁(1973)、田尾勇「判批」法曹時報25巻12号175頁(1973)、中谷瑾子 = 宮崎好広「判批」慶大法学研究46巻7号110頁(1973)、三原憲三「判批」創価法学3巻1号37頁(1973)、久保田きぬ子「判批」ジュリスト臨時増刊565号『昭和48年度重要判例解説』9頁(1974)、上田健二 = 大谷実「判批」法学セミナー237号135頁(1975)、田尾勇「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和48年度』109頁(法曹会、1975)、西原春夫「判批」法学セミナー259号50頁、260号32頁(1976)、畑博行「判批」同259号90頁(1976)、大須賀明「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕16頁(1977)、同「判批」樋口陽一 = 野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕46頁(1996)、小嶋和司「判批」芦部信喜編『憲法判例百選I』32頁(1980)、棟居快行「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』86頁(1983)、渡邊靖子「判批」研修418号103頁(1983)、井上祐司「判批」平野龍一 = 松尾浩也編『刑法判例百選II(各論)』〔第2版〕8頁(1984)、大貫正一「判批」自由と正義38巻5号37頁(1987)、小嶋和司 = 赤坂正浩「判批」芦部信喜 = 高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕42頁(1988)、澤野義一「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕78頁(法律文化社、1994)、若狭勝「判批」研修577号59頁(1996)、赤坂正浩「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I』〔第4版〕62頁(2000)、糠塚康江「判批」杉原泰雄 = 野中俊彦編『新判例マニュアル憲法I』190頁(三省堂、2000)、野坂泰司「判批」法学教室302号71頁(2005)、小林武「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選I』〔第5版〕62頁(2007)、岩井宜子「判批」法学教室350号10頁(2009)、高井裕之「判批」佐藤幸治 = 土井真一編『判例講義憲法II』39頁(悠々社、2010)、中林暁生「判批」法学セミナー688号50頁(2012)、渡辺康行「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕60頁(2013)、山田隆司「判批」法学セミナー716号62頁(2014)などがある。このほか、利谷信義「尊属殺違反判決とその後(日本における家族観の変遷と法1) — 尊属重罰規定を中心として」法学セミナー213号17頁、214号98頁(1973)、同「尊属殺違憲判決とその後(日本における家族観の変遷と法3)」同215号21頁(1973)、ホセ・ヨンパルト「日本国憲法解釈の問題としての「個人の尊重」と「人間の尊厳」(上、下) — 尊属殺違憲判決をめぐる」判例タイムズ377号8頁、378号13頁(1979)などがある。
- 87) 駒村前掲註72) 論文360頁。
- 88) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』〔第3版〕229頁以下(尚学社、2016)。
- 89) 下斐前掲註37) 評釈35頁はこの読み方に傾く。
- 90) 戸波江二『憲法』〔新版〕446-447頁(ぎょうせい、1998)。
- 91) 川又伸彦『マスター憲法』302頁(立花書房、2009)。
- 92) 戸波前掲註6) 論文398頁。
- 93) 内野前掲註11) 評釈22頁。
- 94) 戸波前掲註6) 論文368頁。
- 95) 棟居前掲註11) 評釈41頁。
- 96) 小山前掲註88) 書236頁。
- 97) 棟居快行『憲法解釈演習』〔第2版〕272頁(信山社、2009)。
- 98) 同上266-267頁。
- 99) 野中前掲註6) 書59頁。
- 100) これに対し、古崎前掲註12) 評釈24頁は、およそ「憲法には合憲推定の原則がある」とす

- るが、アメリカでも、明白性の原則の妥当領域は限定的である。芦部信喜『憲法訴訟の理論』259頁(有斐閣, 1973)など参照。現在のところ、有力な憲法学説の多くは、厳格審査下では立憲責任が転換されることを前提に議論を進める。
- 101) 岡田前掲註55) 評釈27頁。その後も、このような説は有力であった。阿部泰隆『国家補償法』140頁以下(有斐閣, 1988)、宇賀克也『国家補償法』97頁以下(有斐閣, 1997)、西塾章『国家賠償法』76頁(青林書院, 1997)など。
 - 102) 西塾章「立法不作为と国家責任」法律時報76巻1号50頁, 52頁(2004)。
 - 103) 戸波前掲註6) 論文379-380頁。
 - 104) 同上382-383頁。
 - 105) 杉原前掲註14) 評釈333-334頁。
 - 106) 長谷部恭男『憲法』[第6版]308頁(新世社, 2014)も、「民主的政治過程」の問題であることを理由に批判する。
 - 107) 青井未帆「選挙権の救済と国家賠償法」信州大学法学論集9号115頁, 168頁(2007)もそう示唆する。同論文同頁は、在宅投票制度を争った訴訟では、「不在者投票権という特権(privilege)の問題」だったという面を指摘する。
 - 108) 戸波前掲註6) 論文361頁。
 - 109) なお、内藤光博「憲法訴訟としての戦後補償裁判」国際人権15号40頁, 45頁(2004)は、日本国憲法施行日から、日本政府は戦後補償立法制定の義務を負うと主張するが、このような少数説的で一義的な憲法解釈を行う義務を一般に国会に負わせるのは妥当ではなからう。
 - 110) 棟居前掲註57) 書130頁。
 - 111) 松井茂記『日本国憲法』[第3版]104頁(有斐閣, 2007)。
 - 112) 駒村前掲註72) 論文359頁同旨。
 - 113) 戸波前掲註6) 論文356頁。同論文が第2、第3として述べる、違憲審査制への関心の高まり、立法府の怠慢への裁判上是正の必要の増大の方は首肯できる。
 - 114) 大須賀明『社会国家と憲法』63頁(弘文堂, 1992)。具体的権利説については、高田敏『社会的法治国の構成』153-154頁(信山社, 1993)、葛西まゆこ『生存権の規範的意義』215頁(成文堂, 2011)なども参照。
 - 115) 佐藤幸治『日本国憲法論』637頁(成文堂, 2011)。
 - 116) 「広汎な立法裁量」を理由に、芦部信喜『憲法』[新版補訂版]347-348頁(岩波書店, 2000)同旨。同書第6版(高橋和之補訂)386頁(2015)も、括弧書きにしつつ同じ。これに対して、藤井前掲註11) 評釈19頁は、判例が「国家賠償請求そのものを否定した」ことが、仮に生存権について具体的権利説を採っても、憲法訴訟としての原告の勝ち目がほぼなくなることを問題としている。それでも、「現実に立法が極端に不十分である場合には、」給付の直接請求「訴訟を肯定する余地がある」。渡辺康行ほか『憲法I』382頁(日本評論社, 2016)[工藤達朗]。大石前掲註64) 論文178頁も、立法不作为論の混乱の素は、そ「の出生地が生存権具体化法をめぐる議論であったこと」だと指摘する。
 - 117) 市川正人『基本講義憲法』362頁(新世社, 2014)。
 - 118) 松田聰子「『立法行為と国家賠償』に関する覚書」小高剛古稀記念『現代の行政紛争』389頁(成文堂, 2004)も、複数の訴訟形態を指摘する。戸松前掲註3) 書129頁以下は、「憲法訴訟提起の方法」として、「取消訴訟」「民衆訴訟」「損害賠償請求訴訟」などを取り上げた後、「立法の不作为訴訟」を批判的に取り上げ、次に「他の訴訟の可能性」と題して、「義務付け訴訟」「差止請求訴訟」「宣言判決請求訴訟・違憲無効確認訴訟」「当事者訴訟」を挙げ、最後に「仮の救済請求訴訟」と題して、「仮処分」の請求と「執行停止の申請」を挙げている。このような類型は、現行の訴訟法に従ったものであり、これを擦り抜けて憲法上保障せねばならない訴訟類型はないのかとの疑問はないではないが、違憲判断と救済を得るのに容易な方法があるのであれば、別段、「立法の不作为訴訟」に拘る必要がないという意味で、賛同できる。
 - 119) 最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁。本件評釈には、竹内俊子「判批」法学教室156号98頁(1993)、荒牧重人「判批」法律時報65巻8号33頁(1993)、長岡徹「判批」法学セミナー468号40頁(1993)、植野妙実子「判批」法律のひろば46巻10号37頁(1993)、田中館照橋「判批」法令解説資料総覧138号72頁, 139号52頁(1993)、小林武「判批」南山法学17巻2号237頁(1993)、中村陸男「判批」ジュリスト臨時増刊1046号「平成5年度重要判例解説」29頁(1994)、山下淳「判批」同42頁、常本照樹「判批」法学教室162号別冊附録『判例セレクト'93』15頁(1994)、秋山二郎「判批」訟務月報40巻3号96頁(1994)、君塚正臣「判批」東海大学文明研究所紀要15号95頁(1995)、同「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法I』81頁(悠々社, 2010)[以下、君塚前掲註119) 評釈、と引用]、瀧澤泉「判批」法曹時報48巻1号153頁(1996)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成5年度』388頁(法曹会, 1996)、木下智史「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法II』226頁(三省堂, 2000)、市川須美子「判批」堀部政男=長谷部恭男編『メディア判例百選』172頁(2005)、成嶋隆「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選I』[第5

- 版) 196頁 (2007), 中川丈久「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第6版〕166頁 (2012), 高見勝利「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕197頁 (2013) などがある。このほか、ジュリスト1026号 (1993), 法律時報65巻8号 (1993), 法学セミナー464号 (1993), 法と民主主義279号 (1993), 歴史評論519号 (1993) などに特集がある。
- 120) 大石前掲註65) 論文162頁。
- 121) 最判昭和57年4月8日民集36巻4号594頁。本件評釈には、田中館照橋「判批」ジュリスト770号14頁 (1982), 同「判批」法令解説資料総覧28号233頁 (1982), 園部逸夫「判批」ジュリスト770号26頁 (1982), 同「判批」同89頁 (1982), 同「判批」法曹時報35巻6号64頁 (1983), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇昭和57年度』341頁 (法曹会, 1987), 永井憲一「判批」法学教室23号105頁 (1982), はやし・しうぞう「判批」時の法令1144号52頁, 1145号45頁 (1982), 新井章「判批」労働法律旬報1046号4頁 (1982), 佐藤司「判批」季刊教育法44号68頁 (1982), 立石則文「判批」歴史学研究505号60頁 (1982), 菊池洋男「判批」中等教育資料445号71頁 (1982), 文部省初等教育局教科書検定課「判批」教育委員会月報381号30頁 (1982), 野中俊彦「判批」ジュリスト臨時増刊『昭和57年度重要判例解説』792号23頁 (1983), 野中俊彦「判批」法学セミナー337号33頁 (1983), 米沢広一「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』129頁 (1983), 東條武治「判批」民商法雑誌88巻3号28頁 (1983), 小林武「判批」南山法学6巻3号157頁 (1983), 渋谷秀樹「判批」法学協会雑誌102巻4号805頁 (1985), 君塚前掲註119)Ⅱ評釈などがある。このほか、ジュリスト770号 (1982), 法学セミナー328号 (1982), 季刊教育法44号 (1982), 教育32巻7号 (1982), 歴史学研究508号 (1982) などに特集がある。このほか、北島万次「最高裁判決によせて」日本史研究241号74頁 (1982), 由井正臣「家永教科書裁判を傍聴して」歴史学研究509号49頁 (1982) などもある。
- 122) 新井誠ほか『憲法Ⅰ』196頁 (日本評論社, 2016) [曾我部真裕] は、「違憲確認訴訟の可能性につき、今後の判例の展開が期待される」とする。
- 123) 小林武「刑事訴訟法199条1項ただし書きの括弧書を改廃しない立法不作為の違憲性」愛知大学法経論集173号21頁 (2007) は、表題の通りの鑑定意見書である。関連して、高作正博「死刑の執行方法と立法不作為の憲法論」関西大学法学論集64巻3=4号69頁 (2014) も参照。
- 124) 新前掲註5) 書318頁。
- 125) 土井前掲註11) 文献100頁。
- 126) 松井前掲註111) 書104頁。
- 127) 井上前掲註7) 論文284頁。
- 128) 戸波前掲註6) 論文385頁は、この要件について、(1)判決が行政庁に一定の行為を命じる以上、制定される立法の中身がある程度明確になっている必要はあるが、立法不作為の違憲確認訴訟では、憲法上明確になっている必要がない、(2)事前の救済の必要性についても必要条件とはされていない、(3)他の救済手段の不存在についても、独自に立法の不作為の違憲確認訴訟を提起することを否定するには及ばない、と批判する。
- 129) 同上387頁は、これらの可能性を示唆する。
- 130) 松井前掲註111) 書104頁。
- 131) 毛利ほか前掲註10) 書331頁 [松本哲治]。
- 132) 中村前掲註11) 評釈87頁, 新前掲註5) 書309頁も同旨。
- 133) 青井前掲註107) 論文119頁。
- 134) 棟居前掲註11) 評釈44頁。
- 135) 小林前掲註12)Ⅰ論文39頁など。
- 136) 青井前掲註107) 論文120頁。
- 137) 駒村前掲註72) 論文359頁。野中俊彦ほか『憲法Ⅱ』〔第5版〕283-284頁 (有斐閣, 2012) [野中] 同旨。
- 138) 戸波前掲註6) 論文378頁。
- 139) 新前掲註5) 書328頁。
- 140) 戸松前掲註3) 書157頁。
- 141) 中谷実「立法の不作為をめぐる司法消極主義と積極主義(1)」南山法学30巻3=4号67頁 (2007)。
- 142) 私人間効力論に関する、君塚正臣『憲法の私人間効力論』554頁 (悠々社, 2008) の感想と同じである。
- [付記] 本稿は、平成25年度—29年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」(課題番号25380029)による研究成果の一部である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。
- [きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院教授]